

釋字第 769 號解釋協同意見書

張瓊文大法官提出

本號解釋係聲請人雲林縣議會對於中華民國 105 年 6 月 24 日修正公布地方制度法第 44 條第 1 項¹及第 46 條第 1 項第 3 款規定²（下併稱系爭規定），就縣（市）議會議員選舉議長、副議長之方式，由無記名投票改為記名投票，認其應適用之系爭規定有牴觸憲法第 129 條、第 171 條及第 23 條規定之疑義，向本院聲請解釋憲法，多數意見認此聲請經核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 1 款所定聲請要件相符，故予受理。

本席同意多數意見認為本案符合大審法程序上聲請要件之見解，惟究係如何符合大審法第 5 條第 1 項第 1 款之要件，尚有值得補遺之處，爰提出協同意見以明其理。

一、本號解釋自行認定聲請人修正其組織自治條例為大審法第 5 條第 1 項第 1 款規定之行使職權

¹地方制度法第 44 條：「(第 1 項)直轄市議會、縣(市)議會置議長、副議長各一人，鄉(鎮、市)民代表會置主席、副主席各一人，由直轄市議員、縣(市)議員、鄉(鎮、市)民代表以記名投票分別互選或罷免之。但就職未滿一年者，不得罷免。(第 2 項)議長、主席對外代表各該議會、代表會，對內綜理各該議會、代表會會務。」

²地方制度法第 46 條第 1 項：「直轄市議會、縣(市)議會議長、副議長，鄉(鎮、市)民代表會主席、副主席之罷免，依下列之規定：一、罷免案應敘述理由，並有議員、代表總額三分之一以上之簽署，備具正、副本，分別向行政院、內政部、縣政府提出。二、行政院、內政部、縣政府應於收到前款罷免案後七日內將副本送達各該議會、代表會於五日內轉交被罷免人。被罷免人如有答辯，應於收到副本後七日內將答辯書送交行政院、內政部、縣政府，由其將罷免案及答辯書一併印送各議員、代表，逾期得將罷免案單獨印送。三、行政院、內政部、縣政府應於收到罷免案二十五日內，召集罷免投票會議，由出席議員、代表就同意罷免或不同意罷免，以記名投票表決之。四、罷免案應有議員、代表總額過半數之出席，及出席總數三分之二以上之同意罷免為通過。五、罷免案如經否決，於該被罷免人之任期內，不得對其再為罷免案之提出。」

本號解釋多數意見於理由書第一段認為：「聲請人雲林縣議會就其於中華民國 90 年 7 月 16 日修正公布之雲林縣議會組織自治條例第 6 條規定：『本會置議長、副議長各一人，由議員以無記名投票分別互選或罷免之。……』其中以無記名投票方式互選或罷免議長及副議長，是否修正為記名投票，認應適用之 105 年 6 月 22 日修正公布之地方制度法第 44 條第 1 項規定……及第 46 條第 1 項第 3 款規定……有牴觸憲法第 129 條、第 171 條及第 23 條之疑義，向本院聲請解釋，經核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款所定聲請要件相符，爰予受理」。

細繹其文義，係以聲請人雲林縣議會修改其縣議會組織自治條例第 6 條（下稱舊組織自治條例）之規定，為大審法第 5 條第 1 項第 1 款所指之「行使職權」，故邏輯上是認為，地方立法機關配合系爭規定而修正其相關地方法規，為其職權之行使，因係依據系爭規定而修正，須適用系爭規定，發生系爭規定有違憲之疑義而聲請解釋。

惟按系爭規定既已明定直轄市議員、縣（市）議員、鄉（鎮、市）民代表，選舉或罷免直轄市議會、縣（市）議會議長、副議長及鄉（鎮、市）民代表會主席、副主席，應採記名方式，此一具有法律位階之中央法規，其法位階效力高於規定以無記名投票選舉議長、副議長之聲請人之舊組織自治條例，在未經憲法法院宣告違憲之前，形式上對地方自治團體本有拘束力，依地方制度法第 30 條規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」聲請人之舊組織自治條例規定，因牴觸系爭規定而無效。申言之，聲請人修正其舊組織自治條例之規

定僅係配合中央之系爭規定而重申其旨，並無立法裁量權限可言，即使未經修正，聲請人亦應直接適用系爭規定以辦理議長、副議長之選舉罷免，事實上，截至目前為止，確有部分地方議會之組織自治條例尚未依系爭規定修改其議長、副議長之選舉罷免方式³。

聲請人之聲請函及解釋憲法聲請書通篇均在闡述其主張系爭規定牴觸憲法第 129 條、憲法第 171 條及憲法第 23 條之理由，縱有提及其組織自治條例時亦僅稱「本會為地方自治團體之立法機關，就適用地方制度法第 44 條、第 46 條及雲林縣議會組織自治條例第 6 條之規定，於行使議長、副議長之選舉罷免之事項，發生適用憲法之爭議（疑義），及適用法律有牴觸憲法第 129 條、憲法第 171 條、憲法第 23 條之疑義，爰依據同法（按指大審法）第 5 條第 1 項第 1 款規定聲請司法院大法官會議解釋憲法」⁴，係稱其行使議長、副議長之選舉罷免（職權）之事項，發生適用憲法之爭議（疑義），及適用法律有牴觸憲法之疑義而聲請解釋，並非謂其行使修改自治條例之職權而發生適用或牴觸憲法之疑義⁵。

二、不論聲請人有無修正其舊組織自治條例，聲請人為行使

³各地方議會尚有台東縣議會及金門縣議會尚未依系爭規定修改其自治條例；連江縣議會於系爭規定修正後雖曾修改其組織自治條例(民國 105 年 8 月 11 日)，但有關議長、副議長選舉罷免之投票方式仍規定以無記名為之，並未依系爭規定之內容修正(最後瀏覽日 107 年 11 月 8 日)。相關規定如下：

- (1)臺東縣議會組織自治條例第 6 條(民國 91 年 11 月 8 日修正公布)：「本會置議長、副議長各一人，由議員以無記名投票分別互選或罷免之。但就職未滿一年者，不得罷免。」
- (2)金門縣議會組織自治條例第 6 條(民國 97 年 1 月 23 日修正公布)：「本會置議長、副議長各一人，由議員以無記名投票分別互選或罷免之。但就職未滿一年者，不得罷免。」
- (3)連江縣議會組織自治條例第 6 條(民國 97 年 1 月 17 日修正公布)：「本會置議長、副議長各一人，由議員以無記名投票分別互選或罷免之。但就職未滿一年者，不得罷免。」

⁴聲請函說明四及聲請書貳、一、(六)參見。

⁵雲林縣議會聲請書附有該議會 105 年 10 月 6 日第 4 次定期會第 3 次會議記錄、106 年 3 月 27 日臨時會提案、106 年 5 月 18 日第 5 次定期會第 3 次會議記錄，其中記載有關該議會組織自治條例第 6 條及第 29 條關於議長、副議長選舉罷免方式之討論。本號解釋多數意見因而認為雲林縣議會係為修改其組織自治條例而適用系爭規定。

辦理議長、副議長選舉之職權，於未選舉之前，聲請本院解釋，符合大審法第5條第1項第1款之規定

按縣設縣議會，縣議員由縣民依法選舉之，任期四年；議會議長、副議長由議員投票互選或罷免之；議會議長、副議長之選舉應於議員宣誓就職典禮後即時舉行，並應有議員總額過半數之出席，以得票達出席總額半數者為當選。選舉結果無人當選時，應立即舉行第二次投票，以得票數較多者當選；得票數相同者以抽籤定之。憲法增修條文第9條第1項第3款、地方制度法第33條第1項、第44條第1項、第45條第1項均定有明文。足見選舉議長、副議長為議員之法定職權，而議會作為地方立法機關亦有辦理議員選舉議長、副議長之選舉事務之職權，且依前開規定應於新任議員宣誓就職後立即辦理投票，而無可迴避的必須面臨選舉方式之選擇。

既然多數意見認為：「縣議會置議長及副議長以及其選舉及罷免之投票方式，因攸關縣議員行使投票之法定職權，以選舉產生對外代表該地方立法機關，對內綜理及主持議會立法事務之適當人選，或以罷免使其喪失資格，屬與縣議會組織及其運作有關之重要事項」，足見議長、副議長為地方議會重要之常設職位，依國家制度之設計，發生依法須改選（如任期屆滿），或辭職、去職、死亡等情事，應辦理補選等情形時，均面臨採用記名或無記名選舉方式之爭議，此一情形具有反覆且定期均會發生之特性。故對於尚未行使選舉議長、副議長之職權，但將來必定需要選舉議長、副議長，而面臨適用其認為違憲法規窘境之聲請，自應予受理而為解釋，不能要求聲請人必須辦完選舉，才符合「行使職權」之

要件。

多數意見未正面處理依國家制度之設計，「必須且反覆」依據「有違憲疑義之法規」而行使選舉之職權者，於尚未行使之際聲請大法官解釋，是否符合大審法第 5 條第 1 項第 1 款所定「行使職權」之要件，而迂迴以聲請人未主張之「修改自治條例」逕認定為符合行使職權之要件，殊為可惜。

本院釋字第 546 號解釋⁶針對人民申請參加地方公職人員選舉為候選人，因主管機關認其資格與規定不符而予核駁，申請人不服提起行政爭訟時，雖選舉已辦理完畢，但其經由選舉而擔任公職乃憲法所保障之權利，且性質上得反覆行使，除非該項選舉已不復存在，否則審議或審判結果對其參與另次選舉成為候選人資格之權利仍具實益，並非無權利保護必要，而認為「受理爭訟之該管機關或法院，仍應為實質審查，若原處分對申請人參選資格認定有違法或不當情事，應撤銷原處分或訴願決定，俾其後申請為同類選舉時，不致再遭核駁處分」，情況雖不盡相同，但係針對法律制度所規定之定期選舉之特殊性，所為程序上之特別安排，或有作為本問題參考之價值。

⁶釋字第 546 號解釋：「……惟所謂被侵害之權利或利益，經審議或審判結果，無從補救或無法回復者，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，諸如參加選舉、考試等，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。是當事人所提出之爭訟事件，縱因時間之經過，無從回復權利被侵害前之狀態，然基於合理之期待，未來仍有同類情事發生之可能時，即非無權利保護必要，自應予以救濟，以保障其權益。人民申請為公職人員選舉候選人，因主管機關認其資格與規定不合而予核駁處分，申請人不服而提起行政爭訟時，雖選舉已辦理完畢，但其經由選舉而擔任公職乃憲法所保障之權利，且性質上得反覆行使，除非該項選舉已不復存在，則審議或審判結果對其參與另次選舉成為候選人資格之權利仍具實益，並非無權利保護必要者可比。受理爭訟之該管機關或法院，仍應為實質審查，若原處分對申請人參選資格認定有違法或不當情事，應撤銷原處分或訴願決定，俾其後申請為同類選舉時，不致再遭核駁處分」。