

釋字第七二一號解釋協同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋審查有無違憲的標的是憲法增修條文，情形非常特殊，故特從受理審查程序與審查方法角度提出三點簡單的意見：

一、修憲條文僅於極例外情形始得審查，在公民複決修憲案的情形，其審查範圍更應限於修憲程序的合法(憲)性。

本院為違憲審查的憲法依據為憲法第一百七十一條第二項：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」憲法第一百七十三條復規定：「憲法之解釋，由司法院為之。」顯然本院可以解釋憲法，也可以用憲法來審查法律，但憲法就是未授權本院審查憲法本身，尤其不清楚的是，如果真要審查在法規範位階上居於最高的憲法，又要用何種規範作為審查的基礎？

純從理論而言，本院如果能確認某些屬於人世恆常不變的自然法規範，則用以審查屬於實定法的憲法內容，並非不可能，憲法內容的形成如果也是經由某種多數決的程序，則和法律一樣，不能排除其部分內容反映的是多數的不理性。問題當然是，本院要用何種方法來確認自然法的存在和具體內涵？此時司法面臨的反多數決困境，顯然又比法律的情形更為嚴重，在後者至少還有憲法的權威可恃，解釋憲法的方法是否穩妥也可受公評，前者在無實定法可以為據的情形，逕以多數大法官心目中的公平規範為超越時空的自然法，其潛藏的少數獨裁危險顯然更高，很難經得起外界的挑戰，應已超出可操作的極限。因此比較可採的，還是本院在釋字第四九九號解釋以憲法中具有本質重要性的規定為基礎進行

審查的先例，實質上即為德國二戰前重要學者Carl Schmitt的憲章、憲律二分論，先確認憲法中屬於制憲者基本決定的部分，以其改變等同憲法的破毀，而不再是修憲，因此成為修憲的界限。惟Schmitt的憲法學理論並未說明由何機關來認定修憲界限是否已經逾越，事實上在其與Hans Kelsen的論戰中，明確反對由特設司法機關承擔此一權責。就此部分，本院在第四九九號解釋刻意再把作為修憲界限的本質重要性規定，與自由民主憲政秩序連結，顯然又參考了德國戰後基本法依「防衛性民主」(streitbare oder wehrhafte Demokratie)理念建構的制度，而以憲法法院為此一秩序的守護者：「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」以此對照憲法增修條文第五條第四、五兩項規定，雖僅就政黨違憲解散部分加以規定，但該規定以政黨「危害自由民主之憲政秩序」為違憲，而僅得由本院大法官審判認定，實已寓有以本院為自由民主憲政秩序守護者的意旨，則在修憲逾越修憲界限而危害自由民主憲政秩序的情形，本院也應有審查認定的權責，這是第四九九號解釋為本院認定憲法違憲意在言外找到的憲法理據。

但第四九九號解釋創設的審查權，將本院通常據以審查國會法律的憲法規定也納入審查，畢竟太不尋常，應該僅在

極例外的情形，即憲政運作已因此陷入困境，民主法治有可能逸出不可折返點而將難以自癒時，始足以合理化。該案由國大代表在任期將屆滿之際，未經所屬政黨同意，即先以多數通過不記名表決提案，繼以此方式通過延長代表本身及現任立委任期的修正案，的確已使民主憲政陷入難解的危機，而使本院不得不創設憲法未規定的審查權並即對修憲條文進行審查。例外情形的受理本應從嚴，基於憲政穩定的考量，若非有類似的急迫情形，本院自不宜僅以第四九九號解釋創有先例在前，即輕啟審查憲法條文之門，否則群起效尤，反而會帶來憲政的不安。

不僅如此，本案在受理上還有一個異於第四九九號解釋的特殊背景，不能不納入考量，該背景足以動搖第四九九號解釋創設本院審查權的基礎，因此在勉予受理時，尤有說明清楚的必要。簡言之，Carl Schmitt所持由發動的制憲力（*pouvoir constituant*）所做的基本決定（即憲章：*Verfassung*），不得由依據該憲法所生的憲制力（*pouvoir constitué*）所做的修憲決定（即憲律：*Verfassungsgesetz*）加以改變，是以制憲力與修憲力的可分為前提，但對於制憲力如何發動，Schmitt也明知無法建構明確的規範理論，不過他仍基於主權在民的基本思考，想像了幾種合理的選擇，都以人民某種程度的直接參與為其特徵。足見其修憲界限理論仍內含了修憲程序所涉民主正當性高低的前提，即在國民直接而非付託特定機關修改憲法的情形，其民主正當性已與制憲力的發動無異，縱使形式上是依據憲法發動的修憲程序，基於主權在民的基本原則，可否再由依憲法設置的司法機關本於原憲法的本質重要性規定去作審查，理論上即不能無疑。本席認為，在這種國民直接修憲的情形，本院即使因憲政陷

入困境而認有受理需要，基於主權在民的基本原則，所得審查者應該也以修憲程序有無重大違反正當民主程序之處為限，而不得再進一步對修憲內容加以審查。

本案審查的中華民國九十四年六月十日修正公布的憲法增修條文第四條第一、二項規定，是依八十九年四月二十五日修正公布的憲法增修條文第一條所定修憲程序所修正，該程序剛好就有高度的國民參與，也就是在立法院提出憲法修正案，經公告半年後，由採比例代表制選出的國民大會代表複決該憲法修正案，其選舉方式授權法律定之。依上開授權規定，於九十四年二月五日制定公布的國民大會代表選舉法（九十五年一月二十五日公布廢止）第二十一條第一項規定，選舉票上應刊印政黨、聯盟就該憲法修正案贊成或反對。九十四年五月二十七日制定公布的國民大會職權行使法第八條規定，政黨、聯盟推薦的國民大會代表行使職權時，應依其所屬政黨、聯盟在選票所刊印的贊成或反對意見，以記名投票方式為之。其違反者，以廢票論。由此可見，依此程序選出的國民大會代表僅負有依選舉結果代表全體國民複決該憲法修正案之權，所複決的憲法修正案實質上和公民複決已經相去不遠。而和第四九九號解釋審查的憲法增修條文相比，當時是經由國民大會以一般代議方式完成修正，人民在選舉國大代表時尚無任何修憲案，國大代表提出、審議修憲案時，不僅未受人民的明確委任，也沒有公告半年讓民眾充分討論，當然有其本質的不同。故本席對於本件解釋案的聲請，寧以無明顯憲政困境而不受理為恰當，其受理也認應以程序有無重大瑕疵為限去作審查為宜，縱使因形式上畢竟仍由國民大會議決，非公民直接複決，而援第四九九號解釋先例，對憲法增修條文的內容加以審查，考量上

述憲法論證上的困難，也認為應充分節制，避免作任何多餘的論述。故就解釋結果，本席雖勉予接受，卻不得不作以上危心之論。

二、本件解釋進一步闡釋了現行憲法的本質重要性規定，選舉權的核心內涵應與民主原則與主權在民原則扣合。

第四九九號解釋所稱具本質重要性的憲法規定，因有劃定修憲界限的功能，考量修憲本為民主國家通過基本結構的修改來調適重大社會變遷的最後管道，升高修憲難度的結果即是增加其調適的困難，其甚者且有迫使走向顛覆體制的危險，故對於憲法規定中屬於具本質重要性者的認定，自不宜寬泛。前引第四九九號解釋中的例示性闡明（「諸如」），僅第一條、第二條為高度抽象的基本原則宣示，至於「第二章保障人民權利」與「有關權力分立與制衡之原則」，如果依其字面理解為所有關於人民權利的規定都不得變動，所有涉及憲法機關權限與互動也因為多多少少都會影響權力分立或制衡，而同樣不得調整，則憲法可因社會變遷而與時漸進的空間幾乎已不存在，從我國憲法有關修憲程序的規定，本已設有高門檻而可杜輕率浮濫之弊（「剛性憲法」），亦可理解制憲者不另就修憲內容明文設限的明智考量（從民國二年的「天壇憲草」已有國體不得為修正議題的規定應可推斷，我國制憲先賢對修憲界限理論尚非一無所知）。外國少數憲法有修憲界限規定者，如德國、法國，其界限也都以基本原則或最核心事項為限（如共和國、人性尊嚴、聯邦原則等）。故本號解釋特就第四九九號對本質重要性規定的例示性闡明，再作進一步的釐清，其中有關機關權限與互動部分，第四九九號解釋已明確指出：「憲法之修改如純為國家組織結構之調整，固屬『有權修憲之機關衡情度勢，斟酌損益』之

範疇」，本號解釋則就基本權部分強調其界限應限於基本權的核心內涵：「憲法之修改如未違反前述民主共和國原則、國民主權原則，或未涉人民基本權核心內涵之變動，或不涉權力分立與制衡原則之違反，即未違反自由民主憲政秩序。」據此即可就憲法增修條文的系爭規定有無逾越修憲界限，加以審查。

本案引起爭議的立法委員選舉規定，原即為憲法第一條的民主原則與第二條的主權在民原則的落實，因為不僅民意政治與責任政治需要通過國會的定期改選始能總量的體現，即統治權歸屬應由被統治者決定的主權在民原則，其最重要的立法權部分，也只有通過定期改選始能彰顯。則修憲調整立委選舉方法時，得斟酌損益的範圍，即應以此二基本原則能否得到確保為其依歸。系爭規定同時也是憲法第十七條有關人民選舉權的具體化，就此即應先確認其受到絕對保障的核心範圍，從憲法第一百二十九條有關選舉方法的規定：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票方法行之。」其中所謂憲法別有規定，即知制憲者有意保留就不同選舉公職在選舉方法上為不同處理的空間，其核心範圍應該也就是立委選舉所要體現的民主原則和主權在民原則。換言之，修憲者得因我國民主政治生態及發展階段的特殊需要，並考量立委職務的特性而就選舉方法的設計有偏離該條所定四原則的彈性，但無論如何不能使民意政治與責任政治，或主權在民原則的落實，因此大幅落空，乃至根本顛覆。比如造成少數族群的利益、價值無法在國會被有效的代表，或少數人的統治權難以通過選舉去撼動。其偏離若沒有達到這種危險程度，應該都還未逾越修憲的界限。本號解釋在審查基礎的論述上大體採

此見解，至於審查的標準，本席認為除應考量前述程序因素外，因我國仍屬新興民主政治體，應為政治部門保留較大的摸索、試誤、以民主來治癒民主瑕疵的空間，即知無論如何都以寬鬆的審查標準較為合理可行。

三、國會選舉制度攸關民主政治良窳，但其選擇恰反映其民主化的歷史，非單純理論問題，尤非司法者所得置喙。

本號解釋即在前述審查基礎及標準上展開審查，最後得到系爭規定未違反憲法本質重要性規定的結論。聲請人主要指摘的有兩點：第一，並立制的政黨比例代表部分席次太少（僅佔總席次一百一十三席中的三十四席），且因並立而非聯立，造成立委選舉總席次分配無法反映政黨總得票率，且落差可能甚大；第二，以政黨比例代表方式產生的全國不分區代表，在分配席次時因有百分之五的門檻，對政黨造成歧視，並使兩百萬公民的參政權遭到剝奪。

針對第一點的指摘，本應從正確認知選舉制度出發，在相對多數和比例選舉這兩種普遍存在的國會選舉制度以外，考量其歷史形成的政黨政治特質，在選人（相對多數選制）和選黨（比例代表制）因素各有不同權重，且一凸顯區域代表性（相對多數選制），一凸顯政黨代表性（比例代表制），有些國家即逐漸發展出將這些因素儘可能併予考量的兩張選票制，其仍以政黨比例代表為主軸，僅以各黨在區域勝選者「優先」分配該政黨席次（指優先於政黨名單上的候選人，只在區域當選人分配完畢仍有餘額時，才開始按政黨所提名單分配席次）者，如德國，一般稱為「聯立制」，或「個人化的比例代表制」。其將區域選票和政黨選票分開計算，一由相對多數決定各選區的勝選者，一由政黨比例決定全國不分區的當選人，兩者間互不影響，如日本，則被稱為

「並立制」，實際上即真正的混合制，通常是在原有區域代表選制的基礎上，為強化政黨政治的因素，或提高專業人士投入立法工作的機率而作的調整，正因為民眾對於政黨還沒有充分的信任而欠缺實施全面比例代表制的條件，才會走向這種混合。故並立制無法完整反映政黨及其政策支持度的缺點，是所有走向此種混合的國家都明知而願意容忍的。相對於此，以政黨比例代表為主軸而強化選人及區域權重的聯立制，雖有理念一致的顯著優點，在其原來比例代表制的傳統下作此調整，也不會受到強烈的反對。但從選舉制度的選擇而言，聯立制同樣也有若干缺點，對比例代表制的信仰者而言，其最受詬病者即為提供民眾分裂投票的機會，仍然會造成席次比例的扭曲（比如經常出現超額代表—Überhangmandat），對區域代表制的信仰者而言，則此種本質為比例代表的選制，和其他比例代表選制一樣會有很高的機率形成無政黨過半而必須組成聯合政府的局面，以致開票後還要經過相當時間，才能由政黨之間合縱連橫的結果決定最後的統治者，上個世紀的重要哲學家 Karl Popper 甚至嚴厲批評，此種不能由人民「直接」決定統治者的選制，不符合主權在民的要求。足見選制的選擇，其實也就是不同民主型式（patterns of democracy）的選擇。

身為司法機關的本院不宜從選制優劣的角度去臧否系爭規定，越俎代庖的成為實質的制度選擇者，只能循前述審查基礎與標準去作審查。從以上對不同選制所做的簡單分析即知，各國在民主政治的信仰上各有所偏，反映其歷史文化的差異，很自然的也會顯現在其選舉制度的選擇上。因此選舉制度有無差別待遇，即應從該制度所要體現的民主政治去觀察，區域多數決的選制重在區域代表性，其「贏者全拿」

的本質適足反映 Arend Lijphart 所謂西敏寺民主類型的信仰，此時認定整體席次的分配有無選票價值上的差別待遇，即不能再如傾向多黨的共識民主類型（consensus democracy）那樣，從政黨得票率來觀察。反而各區選民人數是否過於懸殊，或選區劃分有無不當，才是區域選制必須面對的平等問題。同樣對於採比例代表選制者，也不能再從區域人數與區域參選者分配席次觀察，主張區域代表性是否公平。對於併採二制的並立制，則只能分別觀察有無差別待遇，而不能再從政黨總得票率與分配席次認定有無差別待遇，道理十分清楚。既沒有差別待遇，當然無需進一步審視，有無違反民主政治或主權在民的基本原則。至於混合的程度，系爭增修條文規定政黨比例代表僅佔三分之一弱，也只反映了修憲當時多數民眾對於民主政治的信仰，包括願意付託政黨的信任程度，同樣尚無任何違反民主政治或主權在民原則之處。

真正構成差別待遇的，是政黨比例代表中的百分之五門檻，此一規定確實可使總票數未達門檻者，縱使在比例上應可分到席次，仍未獲分配，就該強制扣除部分，與跨過門檻的政黨相比，有票值不平等的問題（後者實質上按比例的不勞而獲前者扣除部分）。設定門檻自有其改善民主政治運作的合理目的，已見於解釋理由，此處不贅。可補充說明的是，百分之五門檻究竟會造成多大的票值不平等，尤其因為任何選制的變動必然連帶影響政黨策略，此一動態因素如不納入考量，對於所謂票值不平等仍無法做出正確的整體評估。系爭規定就總共一百一十三席中僅留三十四席實施不分區的政黨比例選制，縱使不設百分之五門檻，任何政黨的得票率也需跨過百分之三才可獲分席次，離開百分之五的門檻，其實只升高了百分之二，因此只要參選政黨稍多而有一定同質

性，即使不設門檻，能獲分席次的政黨也不會太多。以聲請人參與的第七屆立委選舉而言，總共有十七個政黨參與，最後不分區部分只有中國國民黨與民主進步黨獲分席次，但其他政黨中跨過百分之三得票率的也只有新黨和台灣團結聯盟，因此百分之五門檻實際上只擋下了兩黨各一席，所謂兩百萬公民參政權被剝奪的說法，自屬過度渲染。更重要的是，在門檻未大幅提高的情形，通常反而會促成政黨間的整合，再通過分裂投票策略的靈活運用，第三、四小黨跨越門檻的機會可能反而提高，這也是並立制原已內含的可能性，從四年後第八屆立委選舉，在選制不變的情形下，台灣團結聯盟一舉取得三席，親民黨也在不分區代表中攻佔二席，已可充分反證百分之五門檻必將堵塞小黨參政之門的說法。

總而言之，選舉制度如果同等適用於所有政黨，形式上即無差別待遇，但若從政黨有大小之分，門檻規定實際上不利於小黨，而使小黨的得票在計算上會因未跨過門檻而票值歸零來看，又不能不把選制在政黨間的動態因應納入評價，其實際結果即未必不利於小黨。從民主政治、主權在民等基本原則的觀點來審查，此一選制仍給予政黨及選民充分因應的空間，從而不論在民意表達、責任清算，或統治權的歸屬上，都看不到有何減損，更遑論自由民主憲政秩序的危害。人類實施民主政治迄今的經驗顯示，沒有任何選制是完美的，而其形成又必然反映了本國的歷史經驗，參考了先進國家的某些成功經驗，其妥適性恆可通過政治實務與理論去作檢驗與評價，本院大法官各自依其研究心得或參與實務的經驗，固然會形成一定確信或偏好，但對於憲法所定的選舉制度，除於確有必要時得以戒慎恐懼的態度認定是否已逾越修憲界限外，任何旁論式的意見表達，都十分不宜。本號解釋

肯認系爭規定未逾越修憲界限，自不表示所有大法官對於現行選制的優劣有任何共識，尤無待贅言。