

司法審查、選舉制度與民主代表性*

—— 從司法院釋字第721號解釋談起

林春元**

摘 要

憲法增修條文「單一選區兩票制」的立委選舉制度與政黨票的「百分之五門檻」，引起系爭選制是否違憲的爭議。司法院釋字第721號解釋認定該增修條文並未違憲。然而，正反兩方的論理都以「國民意志」為基礎。我國憲法的「國民意志」究竟取決於何？系爭選舉制度又如何展現、反應或扭曲國民意志？司法者如何面對與解讀「國民意志」？憲法究竟有無提供任何論理或依據，提供釋憲者介入的正當性與判斷標準？

本文由司法院釋字第721號解釋出發，探討增修條文選制關於國民意志與代表性、政黨政治交織的複雜議題。本文發現臺灣民主化歷史與憲法變遷建構出總和式民主與審議式民主兩種民主模式，進而從政黨在民主代表中的意義，嘗試檢視政黨票百分之五門檻的合憲性。本文主張，釋憲者發展憲法論述必須正視政黨在臺灣憲法民主代表性的關鍵意義，不應該忽略選舉制度對於政黨政治的不公平競爭與寡占維持。

關鍵詞：單一選區兩票制、百分之五門檻、政黨競爭、司法審查、民主代表性、代表性強化。

* 本文曾刊載於中研院法學期刊，20期，頁155-210（2017年）。
〔責任校對：張幼文、呂佳霖〕。

** 中原大學法學院財經法律學系副教授。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/60015002.pdf>。



目 次

壹、前言	三、兩種取徑在司法院釋字第721號解釋的論戰
貳、司法審查與代表性強化的民主化歷程	肆、政黨民主代表性的憲法論述
一、抽象理論、個案現實與民主化歷史	一、政黨與兩種民主
二、民主化歷史與代表性強化的司法審查	二、政黨票的合憲性
參、兩種民主與兩種代表性	三、政黨票百分之五門檻的合憲性
一、總和式民主與審議式民主	四、政黨不公平競爭的憲法審查標準
二、臺灣民主內涵的呈現與進展	伍、結論

壹、前言

臺灣在1990年代後期展開民主化的歷程，在以「國會改革」為口號的第七次修憲中，廢除了國民大會並且改採立法委員「單一選區兩票制」，期待藉此開啟臺灣民主的新篇章。然而，採取單一選區兩票制的2008年第七次立法委員選舉卻產生始料未及的現象。在增修條文的「單一選區兩票制」實施下，總得票率僅有51%的中國國民黨最後囊括國會72%的席次，其他約48%得票率的政黨最後僅能取得30%席次，引起社會譁然。許多人質疑，這樣的選舉制度使得原本生存不易的小黨雪上加霜，幾乎難有發展的空間。綠黨與制憲聯盟提出釋憲聲請，指謫增修條文第4條第1項及第2項與公職人員選罷法第67條第2項違反憲法第2條國民主權原則、第129條平等選舉票等值原則，並侵害聲請人受憲法保障之參政權、結社自由及平等權。大法官最後作成司法院釋字第721號解釋，先是主張司

法可以審查增修條文有無違反憲法，繼而認定單一選區兩票制與政黨票百分之五門檻都合憲。

大法官尊重修憲機關的民主決定，因此傾向「自制」而做成系爭規定合憲的解釋，其結果並不令人意外。有趣的是隨著本號解釋做成，共有六份協同意見書、一份一部不同一部協同意見書與一份不同意見書公布。儘管大部分的意見書都傾向支持合憲的結論，八份意見書卻也都表達了對既有選制負面影響的擔憂，使得增修條文所確定的立委選舉制度成了一個合憲卻令人擔憂、不滿卻只能無奈接受的制度。然而，在現行修憲程序的超高門檻條件下，司法院釋字第721號解釋的合憲結論等同於宣告這個令人不滿的選舉制度將持續實施、左右臺灣民主政治發展，產生深遠的影響。

更有趣的是，司法院釋字第721號解釋多數意見與各份意見書主要的論理基礎都環繞在「國民意志」與「國民主權」。關於司法審查增修條文的爭議，多數意見主張增修條文是「國民意志」的展現，除非有程序重大瑕疵，否則釋憲機關應予以尊重¹。少數意見則認為爭議條文是基於政黨操作與低投票率的國大代表制定，無法代表「民意」。關於選舉制度是否違憲的實質爭議，多數意見主張增修條文的選舉制度是「國民意志」的選擇，百分之五門檻則因為避免小黨林立而未剝奪小黨勝選機會，無違國民主權原則²；少數意見則認為單一選區兩票制加上百分之五門檻的限制，造成「國民意志」的扭曲而違憲。

1 多數意見主張，增修條文的單一選區兩票制決定是「反映我國人民對民主政治之選擇，有意兼顧選區代表性與政黨多元性，其以政黨選舉票所得票數分配政黨代表席次，乃藉由政黨比例代表，以強化政黨政治之運作，俾與區域代表相輔，此一混合設計及其席次分配，乃國民意志之展現……」，司法院釋字第721號解釋參照。

2 司法院釋字第721號解釋多數意見認為政黨票門檻的正當目的在於「避免小黨林立，政黨體系零碎化，影響國會議事運作之效率，妨礙行政立法互動關係之順暢」。

「國民主權原則」從司法院釋字第499號解釋以來成為檢視修憲決定的重要基礎，不意外地再度成為本號解釋的論述基礎。同樣不意外地，國民主權成為各說各話、各自表述的抽象原則。臺灣憲法的「國民意志」究竟取決於何？系爭選舉制度又如何展現、反映或扭曲國民意志？憲法究竟有無提供任何理論或依據，提供釋憲者介入的正當性與判斷標準？

司法院釋字第721號解釋的作成，並未終結臺灣民主與選舉的諸多爭議，而是觸動更深而困難的憲法挑戰。2016年立法委員選舉，有多達18個大小政黨參與，最後在區域立委方面，非國、民兩大黨的候選人只有5位當選；不分區立委方面，只有親民黨與時代力量各取得3、2席。立法委員選舉制度是否有違國民主權原則、是否剝奪小黨公平機會，仍存在著疑慮。

本文擬由司法院釋字第721號解釋出發，探討增修條文選制所反映關於國民意志與代表性、政黨政治交織的複雜議題。本文主張，憲法國民意志的探求應該重視臺灣民主化歷史所建構的民主代表性結構，大法官應該看到當前憲法民主代表性的多重結構，並從中思考政黨在代表性結構的角色，以此發展審查增修條文選制設計合憲性的論述基礎。本文第二部分說明臺灣民主化歷程即是建構與強化民主代表性的歷程，主張大法官應該從臺灣民主化的歷史探求國民意志。本文接著分析臺灣民主化過程建構的民主代表性結構，主張臺灣憲法的「國民意志」包含反映式代表性與逐漸強調的審議民主集體代表性。第四部分檢視司法院釋字第721號解釋的意見書，分析意見書中不同代表性的爭論，並指出「政黨」在憲法論述中的缺席。最後嘗試探討政黨在臺灣民主代表性結構中的角色，並嘗試發展重視政黨的代表性論述，以此檢視增修條文的合憲性。本文主張，由於過去對於政黨角色忽略，既有的違憲審查理論欠缺清楚而直接的依據與法律基礎回應選舉制度設計可能造成的民主傷

害。可能的思考，是從反托拉斯法理論中之寡占的論述，審查選舉制度的合憲性³。

貳、司法審查與代表性強化的民主化歷程

司法者應不應該審查增修條文、審查的程度如何，是本號釋字的第一個議題。多數意見與蘇永欽、湯德宗等大法官，以民主理論為依據主張司法應自制或僅為低密度審查⁴。相對的，黃茂榮與李震山大法官等同樣以民主為基調，卻就第五次修憲程序的政黨操作與該屆國民大會代表的投票率，質疑增修條文是否具有充分的正當性。針鋒相對的兩方意見不只是在立場上不同，其立論基礎也在抽象理論與具體現實兩端有重大不同。兩種路徑都不能為臺灣的國民主權提出深刻的基礎。在抽象理論與個案選舉之外，我們應該從臺灣民主化歷史中觀察國民主權內涵的建構演變，以進一步思考國民意志與國民主權的深刻意涵。

一、抽象理論、個案現實與民主化歷史

主張司法者應該自制於增修條文審查者，以司法審查的抽象理論出發，認為司法者應盡量尊重民意機關的決定。例如蘇大法官主張，修憲程序為國民主權之展現，具有高度正當性，釋憲機關之審查為例外，應僅得審查程序的合憲性⁵。蘇大法官檢視第七次修憲程序，發現系爭增修條文乃是依據2000年4月公布的增修條文第1條

3 限於作者語言能力與資料蒐集能力的限制，未發現有直接從政黨寡占與反托拉斯法的論理探討具有政黨比例代表制國家的國會選舉制度合憲性。本文認為，儘管美國聯邦國會選舉沒有採用政黨比例代表制的設計，但其相關論述與發展仍有參考價值。

4 司法院釋字第721號解釋（多數意見書、蘇永欽大法官協同意見書、湯德宗大法官部分協同暨部分不同意見書）。

5 司法院釋字第721號解釋（蘇永欽大法官協同意見書）。

的修憲程序所制訂，亦即在立法院提出憲法修正案之後，經公告半年由採比例代表制選出的國民大會代表複決，再將選舉方式授權法律定之。蘇大法官承認國會選舉制度攸關民主政治良窳，卻認為只要增修條文是依法定程序作成，即「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。⁶」依據合憲程序所增修的條文當然具有正當性，司法機關不宜從選制優劣的腳步去臧否系爭規定，越俎代庖地成為實質的制度選擇者⁷。湯大法官持類似觀點，主張第七次修憲並非一般代議民主決定，而是採取「立法院提出、國民大會複決」的兩階段程序，「實質上已經屬由公民複決所通過……堪稱國民總意志之直接展現」，除非有重大明顯程序瑕疵，否則釋憲機關應予以尊重。兩位大法官的觀點建立在民主決定的正當性之上，亦即只要修憲在程序上未有重大瑕疵，司法者應該保持自制態度，否則就是反民主、欠缺正當性的司法濫權⁸。

相較於此，主張司法應該介入的少數意見並未直接抨擊司法自制的理論，而是聚焦於進行第七次修憲的國民大會代表背後的政治現實，質疑該次程序能提供多數意見所宣稱的充分民主正當性。主要論點一個是建立在該次國民大會代表之投票率，另一個是質疑修憲背後的政黨運作。

陳春生大法官與黃茂榮大法官都從投票率的觀點挑戰多數意見。陳大法官雖然承認第七次修憲程序未必有重大瑕疵，但指出「唯其僅基於百分之二十三之投票率，且將原憲法之修憲程序，修正為更嚴格之程序，近乎封閉未來修憲之道路」，從而對多數意見的審查態度持保留態度⁹。黃茂榮大法官則以同樣理由質疑系爭增

6 同前註。

7 同前註。

8 司法院釋字第721號解釋（湯德宗大法官部分協同暨部分不同意見書參照）。

9 司法院釋字第721號解釋（陳春生大法官協同意見書參照）。

修條文實際上無從「反映我國人民對民主政治之選擇」，更遑論「國民意志之展現」¹⁰。李震山大法官則從政黨操作的觀點提出質疑，指出「我國制定上述選舉規則者，皆是參與競賽的大黨代表……大黨們仍不難以其所掌握的多數席次，將有利於己的競爭條件寫入規範中，順利達到阻絕小黨分享政治資源的目的。」李大法官進一步指出第七次修憲「所上演的就是由兩大黨聯手修憲而有過度政治自利的操控戲碼，國民主權正當性普受質疑。」李大法官以此作為基礎，主張修憲條文仍應受司法審查之節制¹¹。

投票率與政黨操作的觀點，將增修條文正當性的理解從制定的直接程序，延伸到個案的修憲代表選舉與程序外的政黨運作。此種觀點在個案上或許可以回應現實輿論的期待，卻欠缺一致而可操作的司法標準。投票率的觀點若徹底貫徹，等同於以投票率區分民意機關決定的效力。如果認為高投票率當選之代表所做的決定即有高度正當性，而低投票率當選之代表所做的決定則應受到司法者高度審查，將使得國家立法效力階層化，甚至可能使得低投票率的特定屆期國會所做的決定全盤受到正當性質疑。同樣的，政黨操作的觀點毋寧是當代民主的常態，以之為標準也同樣會挑戰國會立法的一般效力。不僅如此，投票率的高低、政黨操作的程度與正當性的判斷欠缺客觀標準，毋寧迫使人民在決定是否遵守法律之前，逐一檢視各個法規通過的該屆立法機構投票率。以投票率與政黨操作作為判斷特定規範正當性的程序標準，將可能危及法律一般、平等適用的精神，甚至挑戰民主與法治原則的根本基礎。

從抽象司法審查理論出發的論理，較能顧全法律的一致性及法治精神。在以民主為基礎的憲政制度中，具有民意基礎的國會所制定的法律即具備民主正當性，欠缺民意基礎的司法者原則上應予尊

10 司法院釋字第721號解釋（黃茂榮大法官不同意見書參照）。

11 司法院釋字第721號解釋（李震山大法官協同意見書參照）。

重，只有在特殊例外的情形能宣告民主機關的決定違憲。此種「司法自制」說法有憲法理論的支持¹²，但是否能在千變萬化的現實政治一致適用，有時候會受到質疑。在民主社會中，由民選代表組成的國會所制定之法律大部分會受到民眾接受，卻有部分立法會因為選舉過程、政黨操作，社會氛圍轉變、或者是法律內容的不適當等等原因，而受到社會高度的質疑與挑戰。本案涉及的增修條文即是一例。司法者若無視於民主政治與立法程序的複雜性，而一律套用抽象理論，形式地面對代議機關制定的規範，也可能與社會現實的人民期待相背。

在過於個案的具體現實與過於抽象的形式理論之間，是否存在更為合宜的立論取徑？司法對於民主決定的審查應該建立在何種基礎上？

二、民主化歷史與代表性強化的司法審查

在檢視增修條文關於選舉制度決定是否合憲的實質審查時，蘇永欽大法官協同意見書提出一個有別於抽象理論與具體個案的理論取徑：民主化的歷史。其指出「國會選舉制度……的選擇恰反映其民主化的歷史」，從而認定增修條文的選擇「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」¹³。「民主化歷史」的觀點，可以幫助我們跳脫理論借用與個案立場，從臺灣的歷史發展中尋找臺灣憲法所展現的國民意志以及其可能用以判斷選舉制度合憲性的憲法理論與標準。然而，蘇大法官提出民主化歷史的觀點之

12 例如Bickel教授認為只有立法決定違反憲法賴以存續的長遠價值才能宣告違憲，或者Ely教授所稱的，當立法程序不正當或立法決定危及民主程序暢通時，司法始有宣告民主決定違憲的正當性。See generally ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (2d ed. 1986); John H. Ely著，劉靜怡等譯，民主與不信任，頁152-153（2005年）。

13 司法院釋字第721號解釋（蘇永欽大法官協同意見書參照）。

後，卻立即以第七次修憲結果等同於民主化歷史的展現，是否窄化了過去二十多年來迂迴卻豐富的臺灣民主化與憲法變遷的歷程，不無疑問。修憲固然是臺灣民主化的一部份，但臺灣憲法的內涵乃是在憲法本文基礎上，藉由修憲與釋憲兩個路徑相互影響與對話而逐步建構的。將單一修憲結果指為民主化歷史的展現，從而主張司法自制，看起來是尊重修憲機關的民主決定，實質上過度簡化了過去二十多年來的民主化歷史所承載的意義。以民主化歷史來探究臺灣憲法展現的國民意志以及可能的憲法原則，能提供更豐富而深入的思考。

從1990年以來臺灣民主化與憲法變遷，如同葉俊榮教授主張的，以「代表性強化」(representation-reinforcing) 為主軸，而由社會、釋憲者與修憲機關共同促動完成的¹⁴。憲法變遷所呈顯的代表性建構過程，不僅建立了司法者面對民主決定的理論基礎，實質上也提供分析本案審查系爭選舉制度的重要參考。究竟在釋憲與修憲兩股力量的交織互動下，臺灣民主化歷史如何帶動了憲法的代表性結構演變？現今憲法呈顯的代表性結構又為何？

(一) 憲法本文的代表性結構

憲法第1條與第2條分別規定民主共和國原則與國民主權原則，確立臺灣作為民主國家之基礎。在具體制度設計上，憲法在五權分立的架構與政權治權分離的考量下，將修憲權與選罷總統的權力交

¹⁴ 代表性強化的概念由美國學者John H. Ely所提倡，指司法審查的主要功能在於強化民主程序之代表性。我國學者葉俊榮借用此一概念來說明臺灣憲法變遷之進程。葉俊榮，法統的迷思：台灣民主代表性的操控與重構，收於：民主轉型與憲法變遷，頁3-23（2003年）。John Hart Ely, *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 MD. L. REV. 451, 457-71 (1978). 學者張嘉尹也主張，臺灣憲法變遷的主軸是民主正當性之強化。請見張嘉尹，臺灣憲法變遷的憲法學考察，臺灣民主季刊，3卷3期，頁129-164（2006年）。另外，學者蕭高彥主張臺灣憲法變遷是一種鑲嵌在國族主義與不同黨派政治力量對抗力量下的結果。請見蕭高彥，國族民主在台灣：一個政治理論的分析，政治與社會哲學評論，11期，頁1-33（2004年）。

給國民大會，另外第6章將「立法權」交給立法院，再將監察權交給監察院，使三個機關分別行使一般民主國家國會之權限。儘管規定方式略有不同，憲法都規定國民大會代表、監察委員及立法委員由人民定期選舉產生¹⁵。第17條將人民的選舉罷免等參政權列為基本人權，予以保障。第129條規定「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、直接及無記名投票之方法行之。」除去將國會權力分開的設計，臺灣憲法在中央民意代表產生的設計上與一般國家的代議制度類似，亦即：人民經由直接與無記名的投票方式選出中央民意代表，由其分別代表人民、行使權力，並且透過定期改選使中央民意代表的民主正當性得以持續更新，以落實國民主權原則與民主共和國原則。除了一般性的代表選舉之外，憲法還對於特定地區與屬性的人民保留一定代表性，例如憲法第64條第2項規定立法委員之婦女名額。

不過中華民國憲法的民主制度設計可以說從未在臺灣實現過。制憲後1947年行憲，選出第一屆中央民意代表，包括國民大會代表、立法委員與監察委員後，同年即爆發國共內戰，國民政府宣布進入「動員戡亂時期」並且制定動員戡亂臨時條款，凍結憲法本文的適用。1949年戰敗的國民政府到臺灣後，失去對大陸地區的實質統治權。為了對內維持統治的正當性並對外向國際社會發聲，國民政府宣布在第二屆立法委員未能依法選出與集會之前，仍由第一屆立法委員持續行使職權，造就了後來所稱的「萬年國會」。當時司法院大法官也透過司法院釋字第31號解釋，以「國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉」為由，使第一屆立法委員與監察委員持續行使職權¹⁶。遲遲未改選的中央民意機關因此被稱為

15 憲法第28條、第65條與第93條分別要求國民大會代表、監察委員及立法委員之定期改選。

16 司法院釋字第31號解釋參照。See also, Jiunn-Rong Yeh, *The Cult of Fatung: Representational Manipulation and Reconstruction in Taiwan*, in THE PEOPLE'S REPRESENTATIVES: ELECTORAL SYSTEMS IN THE ASIA-PACIFIC REGION 23, 24-27

「萬年國會」，臺灣憲法的民主制度也成為紙上制度，長期與現實脫節。

一直到野百合運動促動臺灣社會反對萬年國會的能源，才讓大法官有機會乘勢做成司法院釋字第261號解釋，並且開啟了由釋憲與修憲相互影響交織的民主化與憲法變遷歷程¹⁷。臺灣當今的民主想像與代表性觀點，也必需要在釋憲與增修條文整體的理解參照之下，才能有更完整的瞭解。

（二）代表性強化的憲法變遷

萬年國會意味著代表民意行使權力的中央民意機關未曾得到臺灣人民的投票授權，產生代表性的危機。代表性危機因此成為臺灣民主化與憲法變遷的核心議題。順應當時民間社會與野百合運動要求老代表下台的呼求，大法官做成關鍵的司法院釋字第261號解釋，推翻過去司法院釋字第31號解釋的立場，在民主共和國原則與國民主權原則的基礎上，宣告「萬年國會」無法「反映民意」而違憲¹⁸。

如前所述，憲法設定的代議民主制度是授權機制——使人民藉由選舉授權民意代表，賦予政府統治人民的民主正當性。民主必須「反映民意」，使民意代表的授權基礎與受統治的人民意志一致，才能具備民主正當性。司法院釋字第261號解釋面對的萬年國會在空間與時間兩個面向上都展現了「代表性危機」¹⁹。從空間上而言，

(Graham Hassall & Cheryl Saunders eds., 1997).

17 葉俊榮、張文貞，路徑相依或制度選擇？論民主轉型與憲法變遷的模式，問題與研究，45卷6期，頁1-31（2006年）；Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison*, 59 AM. J. COMP. L. 805, 805-39 (2011).

18 葉俊榮、張文貞（註17），頁1-31。相關討論亦請見，葉俊榮（註14），頁3-23。

19 葉俊榮，九七憲改與臺灣憲法變遷的模式，臺大法學論叢，27卷2期，頁7（1998年）。

當時國民政府主權有效的範圍僅及於臺灣，而行使立法權與制憲權的中央民意代表卻是由大陸各省代表所選出，導致代表大陸地區的中央民意代表行使統治權於臺灣地區的奇怪現象，造成民意代表正當性與權力行使範圍的空間代表性錯置。空間代表性錯置加上司法院釋字第31號凍結第二屆中央民意代表選舉，使得定期選舉無法舉行，連帶產生時間代表性的危機，亦即行使權力的民意代表正當性建立在過去選民同意的問題。藉由宣告萬年國會違憲，司法院釋字第261號解釋補救當時中央民意代表時間與空間代表性危機，目的在於使於臺灣地區行使權力的中央民意代表由臺灣人民選出，並且以定期改選機制定時更新其正當性基礎²⁰。

司法院釋字第261號解釋開啟了學者葉俊榮所稱「以代表性強化為核心」的民主化與修憲歷程。葉教授認為，動員戡亂時期臨時條款凍結中央民意代表選舉造成的萬年國會，產生民主制度中的代表性危機。司法院釋字第261號解釋宣告萬年國會違憲，使民主程序能在完整的代表性之下運作，也促動了以代表性強化為主軸的七次修憲。前三次修憲是以「對內代表性強化」為訴求，第一次修憲確立1992年第二屆中央民意代表全面改選，第二、三次修憲則環繞在強化國家最高行政首長的民主代表性²¹。三次修憲初步解決中央民意代表對內的代表性危機，讓行使立法權與制憲權的代表得到選民授權，也使「『所謂的中華民國』，不再是國共內戰歷史結構延續下的外來政權，而是蛻變成以台灣人民為其主權基礎的『中華民國在台灣』²²。」第四次修憲是透過省的虛級化，強化臺灣的對外代表性。司法院釋字第261號解釋帶動修憲的結果，使得臺灣人民基本上都能透過普通、平等、直接與無記名投票的方式，選出中央與

20 大法官指出：「民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑」。司法院釋字第261號解釋參照。

21 關於歷次修憲與臺灣內外代表性強化的說明，請見葉俊榮（註14），頁8-10；葉俊榮、張文貞（註17），頁7。

22 請見葉俊榮（註14），頁11。

地方的民意代表，使得統治者對內與對外的代表性能一致。

不過臺灣民主代表性的議題並未因為司法院釋字第261號解釋與後續修憲而終結。國民大會在1999年9月的第五次修憲二讀與三讀程序中，採取無記名方式投票通過增修條文，做成延長立法委員與國民大會代表任期以及第四屆國民大會代表採取政黨比例制的結論。第五次修憲同時遭受程序上違憲與實質結果上違憲的兩方面質疑。前者引發爭議的是重複表決以及無記名投票有無違反國大議事規則或抵觸民主原則的問題；後者直指增修條文關於中央民意代表延長任期以及國代依附立委選舉的政黨比例代表制是否抵觸憲法之爭議²³。

同樣以「反映民意」為理由，2000年3月24日大法官作成司法院釋字第499號解釋，宣告一個由民主選出的國民大會所制定的增修條文違憲。大法官一方面援引正當修憲程序原則，主張修憲程序必須公開透明、滿足理性溝通的條件而宣告第五次修憲的無記名投票與其他程序瑕疵違憲。另一方面主張「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎」為修憲的界限，宣告中央民代延任違反定期改選之民主原則、依附政黨比例的國大選舉方式違反憲法參政權之保障而違憲²⁴。

從司法審查的實踐歷史來看，宣告立法機關制定之法律違憲已然是需要慎重思考的非常態現象，更遑論宣告增修條文違憲。即使

23 第三屆國民大會88年9月4日通過之憲法增修條文第1條，國民大會代表第四屆起依比例代表方式選出，並以立法委員選舉各政黨所推薦及獨立參選之候選人得票之比例分配當選名額。該增修條文第1條第3項後段規定：「第三屆國民大會代表任期至第四屆立法委員任期屆滿之日止」，復於第4條第3項前段規定：「第四屆立法委員任期至中華民國九十一年六月三十日止」，計分別延長第三屆國民大會代表任期二年又四十二天及第四屆立法委員任期五個月。

24 司法院釋字第499號解釋理由書例示憲法中的民主共和國原則、國民主權原則、基本權之保護與權力分立與制衡原則具有本質重要性，為不可更動之「自由民主憲政秩序」。

參照司法院釋字第261號解釋，一個合法選舉產出的民意代表所組成的國民大會所制定的憲法增修條文，在時間與空間面向都具有充分民意基礎，實際上是無由讓一個欠缺直接民意基礎的司法機關宣告違憲的²⁵。然而，大法官當時不僅作成違憲宣告的結論，臺灣社會也普遍接受、贊同大法官的結論，意味著臺灣對於民主決定逐漸加深的規範要求，不再滿足於司法院釋字第261號解釋呈現的民主代表性。

（三）民主代表性作為憲法核心價值

從司法院釋字第261號、第499號解釋與前五次修憲的臺灣民主化所開展的代表性建構與變遷歷程，對本案至少有兩個重要的意涵。

首先，臺灣民主化與憲法變遷的歷史，賦予大法官在民主憲政中不同的角色定位。大法官在民主憲政中的主要意義，不在於以抽象的價值取代民主的決定，也不取決於個別選舉的結果，而是在於維護民主程序的完整與順暢並維護與強化民主化建構的民主代表性結構。美國司法審查大師John H. Ely主張，透過憲法文義解釋或者尋求憲法長久價值的司法審查傳統理論，既是徒勞無功，也必然與民主相矛盾。其認為美國憲法是一部由嚴密程序與制度設計組成的基本架構，目的在維護民主政治與人民的自由。法院的功能即是在維護政治程序的暢通，並且避免政治多數忽略少數利益、以偏見或歧視對待社會孤立的少數²⁶。臺灣大法官在過去的民主化歷史中，持續扮演強化民主代表性的角色。司法院釋字第261號解釋除去動員戡亂時期臨時條款對民主代表性的扭曲、司法院釋字第499號解釋則處理了民意代表超越選民授權期限與以政黨比例代表剝奪人民選舉權利的議題。透過強化臺灣民主代表性，大法官建立了司法審查在臺灣的正當性地位，亦即當民主程序無法維持暢通而對人民代

25 同此見解，請見，司法院釋字第721號解釋（蘇永欽大法官協同意見書）。

26 John H. Ely 著，劉靜怡等譯（註12），頁152-153。

表性形成障礙或排除時，大法官即有介入並矯正民意機關決定的正當性。

司法院釋字第721號解釋涉及立法委員選舉制度，是民主代表性與政治過程是否暢通的關鍵制度，不良的選舉制度可能扭曲代表性並且可能壓迫少數、有害臺灣民主政治的變遷。即使面對的是經由民意代表透過合法程序所制定的憲法增修條文，基於民主代表性強化，大法官介入審查選舉制度，仍有其堅強的理由。更何況在增修條文設定的超高門檻修憲程序之下，修憲幾乎不可能，大法官因此成為在當今憲政秩序下唯一可以矯正增修條文設計的立委選舉制度所可能造成的民主代表性扭曲。

其次，選舉制度的合憲性不應該取決於抽象理論決定或偶然政治現實，而是必須以臺灣民主化歷史對於代表性的建構來檢視。臺灣民主化與憲法變遷的進程，使得民主代表性成為憲法核心價值，並且透過增修條文與大法官解釋共同呈顯建構代表性結構與內涵精神。選舉制度成為實現代表性、強化代表性的關鍵制度，修憲者型塑選舉制度應尊重憲法的代表性結構變遷，釋憲者審查選舉制度也必須建立在過去憲法變遷過程中逐步累積的代表性建構之上。然而，尚未釐清的問題是，臺灣民主化歷史所建構的民主代表性結構究竟為何？增修條文的選舉制度是否違背了憲法對於代表性的要求？

參、兩種民主與兩種代表性

當代民主理論主要有總和式民主（aggregative democracy）與審議式民主（deliberative democracy）兩種觀點。總和式民主強調個人偏好的反映與加總是公共決策的正當性來源，強調選舉不受扭

曲的反映式代表性，以個人的平等參政為憲法論證的基礎²⁷。審議式民主強調理性的溝通審議才能賦予公共決策正當性內涵，將焦點放在決策程序的審議與溝通所表現的理性程度。兩種民主各有其民主代表性的強調²⁸。在臺灣，隨著民主化歷史的發展，先後呈現出總和式民主與審議式民主的思考，共同建構臺灣民主代表性的內涵。

一、總和式民主與審議式民主

（一）總和式民主的概念與特色

總和式民主強調代議機關權力正當性建立在選民意志的加總與多數決。因此在選舉的議題上，總和式民主重視個人參政權的不受扭曲。有三個主要特色：

首先，民主代表性是指民意代表必須盡可能地反映真實社會中每個個人的政治偏好與優先順位²⁹。總和式民主將「人民」理解為由自主、獨立的個人所組成，由於存在社會中的個人基於其自身居住地區、階級、性別與種族等等不同而有相異的利益與價值觀，個人即是社會參與的利益所在。獨立的個人有自成一格的政治認同與利益，大部分是主觀而流動的，可以因為個人環境脈絡的轉變而改變，並且與社會連結的團體或機制分開³⁰。民主的意義即在於反映

27 See AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? 13 (2004); Juan Perote-Peña & Ashley Piggins, *A Model of Deliberative and Aggregative Democracy*, 31 ECON. & PHIL. 93, 93-121 (2015).

28 各個學者對於審議方式與內涵的理解各有不同，但共同的特徵包括平等、公開、互惠、理性論辯、免於權力壓制、負責以及聚焦於共識或共善等特徵。Edward C. Weeks, *The Practice of Deliberative Democracy: Results from Four Large-Scale Trials*, 60 PUB. ADMIN. REV. 360, 360-72 (2000). See also Jon Elster, *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*, in DELIBERATIVE DEMOCRACY: ESSAYS ON REASON AND POLITICS 3, 3-33 (James Bohman & William Rehg eds., 1997).

29 Amy Gutmann & Dennis Thompson 著，謝宗學、鄭惠文譯，*商議民主*，頁13-15（2005年）。

30 David K. Ryden, *Voting Rights and Political Representation in Constitutional Law*:

社會中個人的偏好與利益結構，一個能充分反映民意、有完整民主代表性的國會即應該是社會的縮影。

其次，不受扭曲的選舉是民主憲政的核心要求。選舉是民主的根本、甚至是唯一重要的機制。選舉一方面是授權機制，選民行使投票權，授權代表為其發表意見、參與政府統治，賦予國會制定法令與公正政策的正當性。另一方面，選舉與多數決也是反映民意最直接、最公正的方式。基於選舉的特殊地位，選舉必須盡可能呈現社會中個人的真實偏好，必須建立選民與代表之間的直接關聯：選民投票的意志必須不受扭曲、干擾，而候選人得以理念訴諸選民而獲選。

從候選人端而言，選舉制度是政治人物以陳述理念與主張尋求選民認同的制度。藉由在不同候選人中選擇最能代表其利益者，使代議機制能夠反映選民偏好。Amy Gutmann與Dennis Thompson形容總和式民主中「政治人物就像生產者一樣，陳述其立場並設計策略回應選民要求；選民如同消費者一般在相競爭的候選人中做出抉擇，表達其偏好。^{31、32}」從選民端而言，基於選舉對偏好反映的關鍵地位，選舉應能完整而不扭曲地反映選民的意志。代表的權力如果與選民投票權表達的意志脫節，即欠缺代表性與正當性。

再者，反映選民意志的代表性也強調個人與代表間的直接連結，而將其憲法基礎建立在個人憲法權利之上。由於聚焦於選民意志在選舉過程的充分展現，個人是否能充分行使參政權成為當然的

The Primacy of Individualism, in REPRESENTATION IN CRISIS: THE CONSTITUTION, INTEREST GROUPS, AND POLITICAL PARTIES 33, 41 (1996).

31 GUTMANN & THOMPSON, *supra* note 27, at 13-15.

32 大法官於理由書中指出，依據當時憲法增修條文選出的國民大會代表「本身未曾辦理選舉，而以他種性質不同、職掌相異公職人員選舉之得票作為當選與否及分配席次之依據，則等同於未經選舉程序而產生……」，強調國民大會代表既然為中央民意代表，即必須藉由選舉授予其權力行使的正當性基礎。司法院釋字第499號解釋理由書參照。

憲法論述基礎。從個人權利出發，總和式民主在憲法論述上著重每個公民享有投票權，並且對選舉結果有同等的影響力。亦即「一人一票、票票等值」的思考。

（二）審議式民主的理想與特色

審議民主近年來重新受到重視，引起民主理論的「審議轉向」(deliberative turn)，目的是在嘗試修正總和式民主的不足³³。審議民主認為，總和式民主重視「人民選票的競爭」而非集體意志與利益，也因此可能產生包括多數暴力、不理性盲從與國會分裂對立的後果³⁴。鑑於總和式民主可能的負面影響，近二十年來許多民主理論家嘗試推動審議民主，強調「審議」作為民主正當性的核心，矯正總和式民主的不足³⁵。審議民主的精神在於使每個人在充分的資訊與賦予理由的公平程序中進行審議，最後產生以理性為基礎的公共意見。審議民主相信理性溝通與討論才是公共決策的正當基礎，其不認為個人偏好是既成不變的，個人偏好有可能基於偏見或資訊不足，可以透過理性溝通反省修正。審議中，各種多元主張或利益必須提出其他人可能接受的理由以說服公眾，也因此理由必須建立在互惠的基礎上，再進行公開的溝通討論。此外，為了避免少數犧牲的結果，審議民主強調每一種「聲音」都應該被平等尊重，每一種利益都應該有充分表達的機會與管道。Amy Gutmann與Dennis Thompson認為，審議民主應該被定義為「一種政府型態，其可以促使自由而平等的公民（及其代表們），提出互相能夠接受且普遍可以相信的理由，來為各種決定辯護，目的在於達成對當前全體公

33 See JOHN S. DRYZEK, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND BEYOND: LIBERALS, CRITICS, CONTESTATIONS* 1-5 (2000).

34 RICHARD A. POSNER, *LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY* 172-73 (2003).

35 請見如林火旺，審議民主與公民養成，*國立臺灣大學哲學論評*，29期，頁104（2005年）；林國明，審議的不平等：台灣公民會議的言說互動，*台灣社會學*，27期，頁1-50（2014年）。

民具有拘束力，但未來仍可接受挑戰的各種結論。³⁶」James Fishkin認為，自由民主憲政的基本原則必須包含審議、政治平等與非獨裁，而審議民主是可以使三者融合的理論，亦即透過審議使公民平等參與而不會產生多數暴力，使得民主決定的結果能夠盡可能反映人民整體的利益，而不只是欠缺理性的多數偏好³⁷。

臺灣從1990年代以來逐漸脫離威權專制而走向民主，但建立在總和式民主上的民主理解，所產生的缺點也逐一暴露。例如顏厥安教授即指出「多數人太習慣接受一次性投票產生公職人員後的全盤委託，因此臺灣的民主生活是以投票機器（voting machinery）為最主要的組織、動員與吸收資源能量，形成了媒體曝光、政商連結、密室政治，缺乏公共論辯的『非民主文化』。³⁸」學者錢永祥也主張「臺灣的民主化歷史過程已經從人民與統治者、本土與外來、國民與外敵，逐漸演變成人民內部之對抗的『民主內戰』。民主之所以演變成內戰的其中一個重要的原因是，「民主被理解為敵我之間的『競爭/輸贏』。而這種理解，乃是『多數決』民主觀的邏輯結果。³⁹」有鑑於總和民主的弊端，國內也逐漸重視審議民主的研究與制度建立。

相較於總和式民主，審議式民主的主要特色包括：集體意志的追求、理性審議的程序、正當程序的憲法基礎三者。

首先，審議民主不強調多數，而是強調追求「公意」——以促進整體公共利益、形成共識為目標的集體意志。例如James Fishkin

36 審議民主的特色有四個：提出理由（reason-giving）、容易取得且理解（accessible）的理由、有拘束力的（binding）與動態性（dynamic）。GUTMANN & THOMPSON, *supra* note 27, at 13.

37 See generally JAMES S. FISHKIN, *THE VOICE OF THE PEOPLE: PUBLIC OPINION AND DEMOCRACY* (1997).

38 顏厥安，民主社會的合法性與正當性，思想，11卷，頁163-171（2009年）。

39 錢永祥，必要的民主：他—我對抗抑或你—我平等，思想，11卷，頁173-180（2009年）。

主張，民主決定的結果應能夠盡可能反映人民整體的利益，而不只是欠缺理性的多數偏好⁴⁰。公意不是個人意志的加總，而是社會集體意志的展現⁴¹。政府僅是人民與主權之間的媒介，負責執行公意所制訂的法律並維持社會和政治的自由，立法機構則應該整體合作運作後產出完全的代表性。Burke便主張立法機構必須跳脫區域利益，以全國的福祉為考量來審議法律與政策，即使其中個別議員必然從其個別觀點來判斷什麼對全國有益的。

國會不是由代表各種相互敵對利益的大使組成的。即便個別利益都應該被維持而且倡議，與其他利益相對，但國會是國家審議的集會，為的是整體的利益。地方的偏見不應該指導整體利益，但普遍的善是在整體的普遍性理由中產出⁴²。

強調「公意」的審議民主仍重視選舉，卻不將代議民主理解成社會中個人偏好的競爭縮影。因為即便是區域選舉產出的民意代表，也非直接帶著區域選民的利益、與其他事務隔絕而做出決定，而是鑲嵌在與其他代表與政治機構相互連結的網絡中，受到其同儕、政黨與想要連任的動機等等影響。因此正當的公共決策必須透過審議來尋求共識、追求公共利益。

其次，審議特別強調理性公開的溝通程序。對審議民主而言，「公意」不建立於個人或地方利益的集合之上，而必須透過審議與溝通才能產出⁴³。審議民主相信個人偏好有可能基於偏見或資訊不

40 See generally FISHKIN, *supra* note 37.

41 盧梭雖然主張集體決策促成公意，卻是以「投票」作為實現方式，因為其認為人們應該避免受到他人口才的煽動。請見，Jon Elster, *Introduction*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY* 1, 6-7 (Jon Elster ed., 1998).

42 Edmund Burke, *Speech to the Electors*, in *BURKE'S POLITICS: SELECTED WRITINGS AND SPEECHES OF EDMUND BURKE ON REFORM, REVOLUTION, AND WAR* 113, 114-16 (Ross J. S. Hoffman & Paul Levack eds., 1949).

43 Fishkin認為審議的品質取決於資訊、實質平衡、多元性、真誠性、平等考量五

足，因此選舉的意義不取決於當選代表是否反映社會的偏好，而是在選出具有能力的人，得以提出好理由辯論社會的利益。審議民主更強調國會是個審議機構，民意代表帶著地方選民的資訊在國會進行溝通與審議，透過理由相互說服以追求「公意」——人民整體的意志與利益⁴⁴。審議民主相信，普遍利益的追求必須透過理性溝通與討論才能產生。而由於國會追求的是普遍的、整體的利益，因此即使社群中的成員沒有直接成為國會代表，各種利益仍可以被平等地代表。區域代表在審議中的意義是提供意見與資訊，透過民意代表在國會中為社會中各種利益發聲與理性辯論，使決策結果得以接近國家利益。

再者，審議民主通常仰賴的憲法基礎是正當程序。因為重視審議而非個人偏好，審議民主不強調個人權利，而傾向以「正當程序」作為憲法論據：亦即公共決策的正當性取決於憲政機關形成決策的過程是否正當。正當程序的要求及於行政、立法與司法程序，主要的內容則包括公開程序、理性溝通、平等參與及附具理由等⁴⁵。欠缺正當的程序可能使決策的正當性失所附麗。

個條件。資訊是指參與者被給予對其認為與議題相關正確資訊的合理管道；實質平衡是指一方提出的主張應該被相對立場者思考並回應；多元性是指公眾的重要立場可以被參與者在討論中代表；真誠性是指參與者真誠衡量各種主張優劣的程度；平等考量是評估由參與者提出的主張取決其優劣，而不是取決於提出者的身分地位。JAMES S. FISHKIN, *WHEN THE PEOPLE SPEAK: DELIBERATIVE DEMOCRACY AND PUBLIC CONSULTATION* 33-43 (2011).

44 民意代表在國會中的審議應該以全國人民的真正利益為考量，此種觀點可見如 Edmund Burke, *Speech on American Taxation*, in *SELECTED WRITINGS OF EDMUND BURKE* 157, 218 (Edward John Payne ed., 1960); *THE FEDERALIST* NO. 35, at 182-83 (Alexander Hamilton) (Barnes & Noble ed., 2006).

45 關於正當法律程序的比較法基礎與大法官透過司法院釋字的實踐，請見湯德宗，論憲法上的正當程序保障，收於：行政程序法論，頁167-199（2003年）。

（三）兩種模式的代表性比較

總和式民主與審議式民主對於國會代表性的想像並不相同。由於重視民意代表對於選民利益的連結，總和式民主在選舉制度上也特別重視區域代表是否能代表區域人民的利益，相信各個區域利益的代表加起來即能代表全國利益。區域代表要能夠反映代表性，區域內的同質性成為關鍵。有同質性的小選區容易界定意見與利益，也容易使選民監督、控制其代表。如此一來，選區裡的各個選民容易感覺自身利益受到相當的代表，滿足於代表結構。本文稱此種民主代表性的理解之為「反映式代表性」，亦即民主代表性的有無與強弱，端視選舉制度是否忠實反映社會既存人民的利益與意見。

審議式民主強調「集體代表性」，重點在於政府能否產出集體的「人民」意志⁴⁶。審議民主強調的集體代表性比反映式的代表性更為複雜而多面向。要掌握集體代表性，必須細緻地瞭解國會的運作、委員會與政黨權力的動態關係。審議民主認為反映式代表性引致對人民選票的競爭，能被聽見的聲音往往是為促成選舉動員而為的政治宣傳與操作，也容易使得區域利益成為國會討論與交換的重點，無法為全國利益為理性辯論⁴⁷。重視集體代表性並非忽視區域代表性，但更強調選舉制度必須能兼顧少數聲音的表達與超越選區的全國利益⁴⁸。換言之，對審議民主支持者而言，民主代表性的關鍵不在社會意見的多數與少數，而在於是否能透過審議產生一個足以代表人民集體的意志。

兩種民主模式在追求目標、憲法基礎、制度關鍵與代表性結構的思考都有所不同。綜合上述可以用下表呈現。

46 HANNA F. PITKIN, THE CONCEPT OF REPRESENTATION 221-22 (1967).

47 Robert Gargarella, *Full Representation, Deliberation, and Impartiality*, in DELIBERATIVE DEMOCRACY 260, 261-65 (Jon Elster ed., 1998).

48 *Id.*

表1 臺灣兩種民主模式的分析

民主模式	總和式民主	審議式民主
追求目標	偏好的反映	公意的形成
憲法基礎	個人權利的憲法基礎	正當程序的憲法基礎
制度關鍵	未受扭曲的選舉	理性公開的審議程序
代表結構	反映代表性	審議後的集體代表性

資料來源：作者自製。

二、臺灣民主內涵的呈現與進展

從司法院釋字第261號到第499號解釋，雖然都是以「反映民意」為論述基礎詮釋憲法第1條的民主共和國原則與第2條的國民主權原則，但卻已經反映了臺灣民主代表性內涵的深化與變化。司法院釋字第499號解釋部分承繼且強化了司法院釋字第261號解釋的總和式民主觀點，卻也發展出強調理性溝通的審議式民主觀點，使臺灣的代表性結構更為豐富複雜。兩種不同的民主觀點，暗示不同的代表性理念，共同建構臺灣憲法的代表性內涵。

（一）總和式民主的奠基

司法院釋字第261號與第499號解釋反映出總和式民主的色彩，著重在民意代表的選出必須忠實反映選民的偏好。從代表端而言，民意代表必須來自於選民的直接決定，不受扭曲。司法院釋字第261號解釋強調民意代表的定期選舉，是反映民意、貫徹民主憲政之關鍵。因此主張欠缺選舉的中央民意機關，根本失去其行使職權的正當性。司法院釋字第499號解釋也有相同的意旨，主張1999年憲法增修條文第1條使國民大會代表依附於立委選舉的政黨票數比例選出，依附他種選舉結果而產生的民意代表，欠缺民主正當性。大法官於司法院釋字第499號解釋理由書指出，依附政黨比例產生的國民大會代表「已不具民意代表身分，充其量為各政黨指派之代表，……

無異由政黨指派未經選舉之人員代表國民行使政權。……⁴⁹」使「候選人無從以本身之理念與主張訴諸選民而獲選」，因此剝奪人民藉由選舉表達意見的管道，是對代表性的扭曲⁵⁰。

兩號解釋也皆以個人參政權為主要的論述基礎。在司法院釋字第499號解釋中，大法官訴諸憲法保障的個人基本權，指謫政黨比例代表未經過選舉程序產生「於憲法所保障人民參政權之意旨不相符合」是違憲的。憲法保障人民參政權，即是保障個人得以以自由意志選擇能代表其利益與意見的代表參與政府。若個人無法透過投票行使其參政權，民意代表機構即未獲得選民授權，也因此難以展現憲法保障的國民主權原則與民主共和國原則⁵¹。司法院釋字第261號解釋即便未直接援引個人投票權的依據，其思考一開始就是以投票權是否得以行使的問題為開展。

（二）司法院釋字第499號解釋與審議轉向

司法院釋字第499號解釋在臺灣釋憲實務首次明言審議之於民主決定的重要性。即便如此，司法院釋字第499號解釋對於審議與程序的要求，仍回應了審議民主的精神，也將代表性的議題從選舉擴張至國會程序。國會能否充分實現代表性的關鍵，不在於是否能完美地反映選民意志與偏好，更在於民意代表是否能夠透過國會審

49 司法院釋字第499號解釋理由書。

50 大法官於理由書中指出，依據當時憲法增修條文選出的國民大會代表「本身未曾辦理選舉，而以他種性質不同、職掌相異公職人員選舉之得票作為當選與否及分配席次之依據，則等同於未經選舉程序而產生……」，強調國民大會代表既然為中央民意代表，即必須藉由選舉授予其權力行使的正當性基礎。司法院釋字第499號解釋理由書參照。

51 以個人權利為基礎的反映式民主也運用到其他議題中。例如在司法院釋字第401號解釋處理「選民得因國大代表暨立委之言論及表決不當而依法罷免」的議題時，大法官以人民參政權為論述依據。司法院釋字第401號解釋指出：「罷免權乃人民參政權之一種，憲法第一百三十三條規定被選舉人得由原選舉區依法罷免之……從而國民大會代表及立法委員經國內選舉區選出者，其原選舉區選舉人得以國民大會代表及立法委員所為言論及表決不當為理由，依法罷免之」。

議程序對全國人民負責⁵²。司法院釋字第499號解釋提出的「正當修憲程序」，即是強調代議機關的決定必須要透過公開、理性溝通的審議過程始能具備民主正當性。

代表性強化是臺灣民主化至今憲法變遷的核心，司法者審查修憲者或立法者對於選舉制的設計，應該正視臺灣憲法過去二十多年來累積的共識價值，以代表性強化的觀點來思考、探討選舉制度設計對於代表性的意義以及其是否符合「民主化歷史」與「國民意志」。從司法院釋字第261號解釋以來，臺灣憲法的民主代表性已經發展出兩種模式。司法院釋字第261號解釋所建構的總和式民主模式仍持續成為臺灣社會對民主的主要理解，但審議民主也逐漸成為憲法的民主內涵之一，重視審議後的集體代表性。

三、兩種取徑在司法院釋字第721號解釋的論戰

司法院釋字第721號解釋的多份意見書的爭議都環繞在「國民主權」之上，有趣的是，對立的觀點之間卻恰巧反映了兩種不同的代表性理解。第一種思考著重在探討系爭選舉制度是否扭曲民意以及造成選票價值不等的問題，是反映式代表性的思考。第二種思考則著重於集體代表性，強調系爭選舉制度可以避免小黨林立與議事效率不彰。透過司法院釋字第721號解釋各種意見的分析，可以反映臺灣民主代表性的不同理解與爭論焦點。

（一）總和式民主的取徑

如前所述，總和式民主強調的反映式代表性，要求選民透過選舉展現的偏好與當選的代表之間應該取得一致，也因此指謫的重點在於選舉對於民意的扭曲，以及對於人民平等參政權的傷害。

⁵² 嚴格言之，司法院釋字第499號解釋並非審議民主的完美典範，因為其仍侷限於代議民主的框架、未訴諸公民平等直接的參與；修憲界限的提出也可能與審議民主強調的暫時性決定有違。

1. 選舉不應扭曲民意

總和式民主下的反映式代表性，檢視選民投票所表現的意志與投票結果之間的關係，強調選舉結果必須與選民意志一致。此種觀點清楚地於司法院釋字第721號解釋的聲請書中呈現，其主張憲法第2條國民主權原則要求「國會代表之組成，應合理反映選民對各政黨之認同和支持程度，藉此反映存在於政黨背後之國民間不同觀點與利害關係，進而確保統治權力之行使能夠與國民總意志趨於一致」。聲請人進而指出，第七次立委選舉造成國民黨與民進黨之外的小黨得票率共11%，卻因為百分之五門檻而無法取得任何席次的情形。單一選區的制度壓縮小黨空間，聲請人估計改採單一選區後非兩大黨的得票率驟降13%至30%。政黨票的百分之五門檻，也會使原本想投給小黨的選民為避免自己所投之選票成為死票，而改投票給非其第一理想之大黨，這些都是對兩大黨以外候選人支持者的意志造成「結構性扭曲」。

聲請書之外，部分大法官的意見書也回應反映式代表性的觀點。例如李震山大法官強調應正視「席次分配與多元民意的關聯性意義」，其發現單一選區本來就不利小黨競爭，政黨比例代表制的百分之五門檻更使得選民對小黨的投票與實際分配席次產生相當落差⁵³。此外，第八屆立委選舉有約6.4%的選票、第七屆立委選舉有11.8%的小黨有效票無法反映在政黨席次的分配上，而這些票應產生之席次卻分配到其他大黨，更加劇選票在小黨與大黨之間的差距。這些設計都使得當選的代表無法反映選民投票意志，是對於反映式代表性的扭曲。除了投票與當選名單的不一致之外，李震山大法官另外提出「選舉內在自由」的觀點，指出當選民預估其支持的小黨可能跨不過百分之五門檻時，其可能選擇不投票以降低投票率，或者投票給尚可接受的其他政黨。選民因為選舉制度的設計，

⁵³ 司法院釋字第721號解釋（李震山大法官協同意見書參照）。

而必須放棄自己偏好的候選人，而將票投給次佳的可能當選人，李法官也認為會對選舉自由造成扭曲，也是一種扭曲民意的選舉制度⁵⁴。

2. 選舉不應危害個人參政權平等實現

司法院釋字第721號解釋多份意見書都尋諸個人參政權與平等權作為論述基礎，亦即從個人參政權與「一人一票、票票等值」憲法價值為標準，檢視系爭選制（尤其是政黨票的百分之五門檻）是否違憲⁵⁵。

陳春生大法官直接指出「人民參政權之實現，既與政黨活動或政黨政治有密不可分之關係，則政黨之平等地位，直接間接產生人民參政權之是否實現問題。」陳大法官據此主張，政黨票百分之五門檻弱化小黨參政機會，違反人民參政權的平等實現⁵⁶。

羅昌發與黃茂榮大法官都著重在檢視系爭制度是否侵害「一人一票、票票等值」的平等參政權，卻有不同的結論。兩位大法官所關注的問題是，系爭制度使得少數政黨得票，最後因為未超過門檻而分配給大政黨，造成投給主要政黨的票在席次分配的價值上高於投給小黨的票，可能造成不平等現象。羅大法官認為憲法第129條的平等選舉係指「有投票權者就特定選舉均有一張選票之權利，且

54 同前註。對選舉自由所造成的影響，是使選民因為顧及勝選可能，而必須捨棄自己心目中的最佳候選政黨，從而將票投給有可能勝選的政黨，無法依照自己的意願投票。

55 採此立場者，如陳新民、陳春生、羅昌發與黃茂榮大法官。此外，聲請人另外也就選區劃分造成縣市之間選民票值差異，提出「票票不等值」的違憲質疑。此質疑未能在多數意見被回應，卻也表達反映式代表性仰賴個人權利憲法基礎的意涵。

56 陳大法官指出「若對特定政黨、規模較小政黨、新設政黨……以法令或制度限制其行使之資格或條件時，則實質將弱化或排除黨參與政治意思決定之機會，則結果也將剝奪各該政黨所代表之人民的參政權。」司法院釋字第721號解釋（陳春生大法官協同意見書）。

每一選票價值相同」。由於任何選舉制度均無法使每一張選票所彰顯之價值與在特定選舉中的效果，達到絕對相等之結果，因此羅大法官認為系爭制度雖然有票值不等的問題，但尚未背離自由選舉與平等選舉的原則⁵⁷。黃大法官指出「選舉之表現為一人一票、票票等值，不得透過選舉制度之設計……導致票票不等值的結果」，其進而主張系爭規定使小黨可分配席次受到壓縮，有選票不等值，違反自由民主憲政秩序⁵⁸。

（二）審議式民主的取徑

相較於聲請書以個人權利及反映式代表為主軸，多數意見訴諸「國會主權」的抽象原則，一方面將增修條文的制度選擇理解成國民意志的展現，另一方面將重點移到「選舉之後的國會審議」，以「避免小黨林立影響國會審議」為由，正當化政黨比例代表制中的百分之五門檻設計⁵⁹。

1. 選制設計是國民意志的展現

多數意見指出增修條文既經由正當修憲程序完成，其選制設計及其產生的結果「反映我國人民對民主政治之選擇，有意兼顧選區代表性與政黨多元性，其以政黨選舉票所得票數分配政黨代表席次，乃藉由政黨比例代表，以強化政黨政治之運作，俾與區域代表相輔」⁶⁰。換言之，多數意見認為系爭選舉制度乃是國民經由選舉與公民複決程序所制定的，本身即反映人民的選擇。因此，系爭選制的目的不在追求反映式代表性，而在於選出有能力的人透過適當的審議程序，有效率地產出代表人民、對整體有益的法律與政策。

57 司法院釋字第721號解釋（羅昌發大法官協同意見書參照）。

58 司法院釋字第721號解釋（黃茂榮大法官不同意見書參照）。

59 應先說明的是，多數意見是否真的重視審議，以及其所呈現的民主理念是否符合審議民主，並不無疑問。本文僅擷取與審議民主思考靠近的部分並予以突顯。

60 司法院釋字第721號解釋（解釋理由書）。

透過區域利益與政黨利益的混合，多數意見相信增修條文的設計能使國會審議更為正當，可以追求全國利益、代表集體意志。

2. 強調審議效率正當化票票不等值

多數意見承認政黨票百分之五門檻「可能使政黨所得選票與獲得分配席次之百分比有一定差距，而有選票不等值之現象」，卻主張「避免小黨林立，政黨體系零碎化，影響國會議事運作之效率，妨礙行政立法互動關係之順暢」之目的，可以正當化選票不等值的疑慮。陳新民大法官進一步以德國經驗說明，德國因為過去小黨林立的弊病，型塑出特殊政黨觀，表明政治性選舉功能在於確保「能夠有效駕馭國會的代議機構」，因此可以以「民主功能性」理由限制政黨發展。亦即，從民主功能的觀點來看，選舉制度可以排除票票等值的價值、限制政黨權力，依據在於「護衛民主憲政體制」⁶¹。

多數意見的理由推論似乎與西德聯邦憲法法院於1952年的Schleswig-Holstein一案判決理由構成類似。該案中法院指出，政黨比例代表制會偏惠小黨，導致「立法機構無法產出穩定多數，而形成大量小團體，以致於無法行動，尤其是無法型塑一個政治上有功能的政府……此種對於國家的危險已經構成充分的基礎，在比例代表的選舉中對席次有政黨間的差別待遇。⁶²」其推論大致可以區分成三個階段：1) 如果未設門檻，政黨比例代表制會產生小黨林立的現象，使國會的政黨體系零碎；2) 零碎的國會無法產出穩定的多數，會減損議事效率，影響行政與立法的互動，導致政府效率不

61 司法院釋字第721號解釋（陳新民大法官協同意見書）。另請見，蔡宗珍，憲法、國家與政黨——從德國經驗探討政黨法制化之理論與實踐，收於：憲法與國家（一），頁160（2004年）。

62 德國判決的內容出版於，BVerfGE 1, 208 (248)。轉引自Kieran Williams, *Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic*, 4 ELECTION L.J. 191, 193 (2005)，該文中亦發現俄羅斯與捷克分別於1998年與2001年，都有法院做出支持政黨票門檻的決定。

彰；3) 功能不彰的政府會危及民主憲政體制⁶³。這樣的推論似乎呼應著審議民主的觀點，亦即將民主立法決定的正當性基礎繫於國會審議的品質與效率。如果小黨林立可能會減損政黨協調統合意見以產出政策主張之功能，也可能導致國會不易形成共識或妨礙行政立法之互動，減損國會審議功能，民主體制就會因此受到威脅。為維護國會審議功能，百分之五的門檻即便導致票票不等值也是憲法所允許的⁶⁴。

然而，跨國實證研究並不支持此種論理。Williams指出，首先後共產國家的比例代表制研究已經證實，比例代表制或許偏惠「取得席次的小黨」，但對於「無法取得席次的小黨」卻是有害的。政黨票的門檻根本不是國會中政黨數目的關鍵，而是選區選出的代表人數與社會異質性。其次，零碎國會不會產出穩定多數的說法，也欠缺實證支持。對歐洲國家的研究顯示，決定內閣穩定性的變項非常多，諸如失業率、風險管理的領導策略、隨機的重大事件等。例如法國第四共和即使具備所有穩定議會民主的憲法條件，卻仍然無法促成團結的國會。最後，實證研究也指出民主體制的延續與內閣的壽命關聯不大，過於穩定的政府甚至會危害民主體制⁶⁵。

李震山大法官也質疑多數意見的主張僅為欠缺實證依據的「預測或假設」，是否適用於臺灣非無疑問。其指出，從我國的政治現實來看，即使廢除政黨票百分之五門檻，小黨也必須取得政黨選舉

63 改寫整理自Williams, *supra* note 62, at 199-200，原文分成五個論理：1. 比例代表制偏惠小黨；2. 比例代表制會造成碎裂的國會，門檻是必須的預防手段；3. 過於分裂的立法機構無法持續產出多數，因此難以促成政府功能運作；4. 不穩定的政府會無法執行有效的政策，影響大眾對於自由民主秩序的信心；5. 政府的癱瘓與無效率會使民主崩潰。

64 司法院釋字第721號解釋（解釋理由書）。必須指出的是，儘管司法院釋字第721號解釋多數意見表現出審議民主的說法，卻是建立在「多黨＝不利審議」「兩黨＝有利審議」的圖像上，以過去西方國家的經驗為想像，並未深入思考選舉制度與憲法論理如何強化審議。

65 Williams, *supra* note 62, at 200-04.

有效票3%以上才能得到一個席次。以第七屆立委選舉為例，廢除系爭門檻也至多只有四個政黨可參與席次分配，沒有小黨林立的問題。此外，國會議事效率不彰的原因多端，沒有小黨參與的現狀也未必運作順暢，多數意見沒有提出說明即將問題歸咎於小黨，並以此為限制小黨權利之依據並非妥適。黃茂榮大法官也指出「在臺灣並無小黨林立，政黨體系零碎化，以致影響國會議事運作之效率，妨礙行政立法互動關係之順暢的實證經驗。如何能以之為理由，逕予限制小黨之生存及發展的可能性。⁶⁶」

（三）房間裡的大象？

司法院釋字第721號解釋多數意見與各個意見書的在兩種途徑中的爭論，都未能充分重視本案的關鍵角色：政黨。單一選區兩票制與政黨票百分之五門檻所引發的憲法爭議，真正的挑戰來自於「政黨」。部分政黨質疑系爭選制剝奪其依得票率應得之席次，或者擔心系爭選制運作的結果會導致獨厚特定大黨、壓抑小黨、政黨競爭不公平的結果。然而，居於關鍵的政黨，卻在反映式代表性與集體式代表性的論述未能受到應有的重視，如同房間裡被刻意忽略的大象。反映式代表性強調「民意扭曲」與「票票不等值」，卻未能注意到此乃政黨不平等的現實所必然的結果。集體式代表性的觀點簡化的推論，忽視臺灣政黨政治下政黨對立消蝕國會的理性審議，以及大黨壟斷下少數聲音的剝奪。也因此兩套論述都無法令人滿意。

政黨主導臺灣憲法政治由來已久。從過去的一黨獨大到現在的兩黨競爭，政黨不僅主導臺灣各種大小選舉，甚至左右國會與政府的運作⁶⁷。然而，過去憲法學界與實務界長期忽視政黨，欠缺一個

⁶⁶ 司法院釋字第721號解釋（黃茂榮大法官不同意見書）。

⁶⁷ 關於政黨在臺灣憲法政治的發展與影響，請見林春元，臺灣憲政體制與政黨政治下的權力分立，中研院法學期刊，12期，頁325-370（2013年）。

關於政黨民主代表性的完整理論，使得政黨的現實強大影響力與稀薄的憲法論述之間形成極大的落差⁶⁸。

肆、政黨民主代表性的憲法論述

如果政黨才是選舉制度的爭議所在，憲法究竟提供何種基礎提供釋憲者審查選舉制度的合憲性？

中華民國憲法本文欠缺關於政黨的規範，一直到2005年的增修條文才將政黨正式納入憲法。2005年的修憲以國會改革為目標，通過「國會減半」與「單一選區兩票制」的增修條文，並且將政黨納入原有的民主代表性結構中。有鑑於過去國會議員品質不佳、議事效率低落，2005年的修憲以國會改革為主要訴求，提出「席次減半」與「單一選區」、「兩票制」三個制度解方，首次在憲法將政黨在國會與選舉制度的角色予以制度化⁶⁹。從臺灣民主化所建構演進

68 大法官解釋中有直接處理政黨的司法院釋字有限，其中司法院釋字第613號與第645號解釋，都認為政黨介入機關的任命是違憲的。司法院釋字第613號解釋，大法官認為，掌管媒體的通訊傳播委員會，其建置「應朝愈少政黨干預，愈有利於建立人民對其公正性之信賴之方向設計」，若由「立法院各政黨（團）與由各政黨（團）依其在立法院所占席次比例推薦組成之審查會共同行使，影響人民對通傳會應超越政治之公正性信賴」。司法院釋字第645號解釋也延續同樣觀點，認為公投審議委員會「由各政黨依立法院各黨團席次比例推薦，送交主管機關提請總統任命」的任命方式是牴觸憲法的。

69 單一選區的制度是指一個選區只有獲得最高票者能夠當選的制度，用來矯正過去複數選區中容易使低票數的極端意見者當選，導致國會理性問政困難的弊病。葉俊榮教授解釋單一選區的優點：「在過去複數選區的國會議員選舉制度下，候選人只要掌握特定選票便容易當選，這使得立場偏頗或極端的候選人，只要獲得一定選民的認同，反而容易出線……在單一選區制度下，候選人在選區中必須獲得多數支持……將迫使候選人經營多數選民的認同……有助於溫和穩健的候選人當選，同時也降低走極端候選人當選的可能性……有助於促進國會問政的理性與和諧」。參見葉俊榮（註14）；王業立，比較選舉制度，頁133-137（1998年）。本文注意到席次減半與單一選區的議題，但以政黨票與百分之五門檻為主要探討對象。

的民主代表性內涵，本文進一步思考司法院釋字第721號解釋中，最爭議的政黨票與百分之五門檻的合憲性。

一、政黨與兩種民主

近代政黨被認為有許多功能，包括代表民意、成為人民利益匯聚與計算的管道、提出候選人、動員社會、組織國會等等。然而，在兩種民主理論模型中對於政黨的角色定位並不相同。

總和式民主認為政黨的功能在於選民意志的反映與加總，政黨的正當性也直接與選舉連結。在總和式民主的理念下，投票才是政治過程的核心，政黨的角色相對不重要。在選舉中，政黨的功能在於提供選民做決定的資訊，並篩選出最可能代表多數、最可能為公眾接受的合適候選人。藉此，政黨可以在政治過程中匯集並反映選民的利益，使國會的組成盡可能貼近社會的利益分布。換言之，政黨是否能反映社會利益組成，以及是否能將多元利益匯聚轉譯成公共政策，是政黨在總和式民主中最重要功能，也是政黨與其他公民社會組織不同之處⁷⁰。一旦政黨的運作扭曲選民的意志，諸如操作民意、以黨團運作架空民意代表與選民的連結等等，都可能違背總和民主的理念。由於總和式民主對於個人與國家之間直接關聯的強調，政黨對於利益的彙整與社會動員是否符合民主的期待都不是沒有爭議的⁷¹。

70 Richard Gunther & Larry Diamond, *Types and Functions of Parties*, in *POLITICAL PARTIES AND DEMOCRACY* 3, 8 (Richard Gunther & Larry Diamond eds., 2001).

71 Gabriel Almond指出「總和」即是提供人選與公共政策的可接受選項來尋求最大的利益團體結盟，其認為政黨協助人民釐清意見，使利益更能形成清楚的主張並適當表達於政治過程中。當社會的利益多元時，政黨透過初步篩選與整合意見，也有助於總和民主計算而決定社會整體的最佳政策。不過也有許多政治理論家質疑政黨對於民意的彙整與動員過程必然造成扭曲，阻礙人民與國家的直接關聯。越來越多的研究也傾向認為政黨並未能扮演中介民意、代表人民整體意見的角色。See, e.g., GABRIEL A. ALMOND & JAMES S. COLEMAN, *THE POLITICS OF THE DEVELOPING AREAS* 37 (1960).

在審議民主中，政黨同樣有提供資訊與提出候選人的功能，但更是社會審議與國會思辯的關鍵機制。政黨在審議民主中最主要的功能在於「促進社會民主思辯」。例如Cohen主張，審議民主的目的是要將政治權力行使的正當性建立在公共論理之上，民主制度必須建立各種有利的溝通條件，促使公民的意見得以形成論述，並對政治權力的行使產生影響力，再藉由選舉、政府、國會等機制將來自於公民的溝通權力制度化為行政權力⁷²。哈伯瑪斯（Jürgen Habermas）則強調，審議民主應該創造理想的言說情境，使公民間的表達與溝通可以順利進行⁷³。從審議民主的觀點而言，政黨首先的功能在於協助促成民主思辯的有利溝通環境。政黨可以形成、發掘公共議題、提供公共討論必要的資訊與方案，也可以動員社會、促成有助於民主運作的討論能量。第二，理性溝通能力不是先驗的，而是由溝通過程學習而來。政黨經常進行政治溝通，因此更有能力協助公民進行論證。政黨可以匯聚民意以進一步篩選、形成可供公共理性討論的政策選項，透過提出理由、反駁錯誤資訊，協調、整合與妥協，協助大眾進行理性的溝通、思辯，進而包容不同立場。第三，當社會中個人或少數意見分散、隔離，例如在不同企業下受壓榨的勞工、在各種社會團體中受歧視的身心障礙者與各地的環境污染受害者等等，政黨藉由發掘、彙整相似利益者的意見，能匯聚原本不易被聽見的少數利益並協助發聲，甚至形成政黨，而促成社會整體多元意見呈現與討論思辯⁷⁴。第四，國會中的政黨運作也可能有助於國會審議⁷⁵。國會中政黨運作可以形成政策的討論方向，將黨內不同意見整合匯聚成公共更可以接受之選項，使國會討論更能聚焦而有品質。政黨也必須就其他政黨所提出，或者社會

72 Joshua Cohen, *Democracy and Liberty*, in *PHILOSOPHY, POLITICS, DEMOCRACY: SELECTED ESSAYS* 185, 186-87 (1998).

73 JÜRGEN HABERMAS, *ON THE PRAGMATICS OF COMMUNICATION* 304, 363 (Maeve Cooke ed., Barbara Fultner trans., MIT Press 2002) (2000).

74 Cohen, *supra* note 72, at 186-87.

75 蔡宗珍（註61），頁139。

存在的不同主張做回應，協助社會與國會理解不同觀點並做出合於人民整體利益的判斷。然而，政黨也可能有害審議民主。政黨在整合意見以形成國家政策法律的過程中，可能壟斷意見而犧牲壓抑邊緣的聲音，也可能因為意識形態與選舉利益而排擠公共理性的討論。美國憲法起草者之一的麥迪遜（James Madison）即對政黨抱持不信任的態度，指出政黨可能引致群黨割據（factions）的狀態，不利於民主共和政治⁷⁶。因此，在強化政黨審議功能的同時，必須要避免政黨傷害審議民主。

二、政黨票的合憲性

2005年的修憲，增加了政黨票選出不分區立委的設計，是提升政黨於審議民主的功能，應該可以通過合憲性檢驗。

（一）增修條文下的政黨民主審議

2005年的政黨票不分區立委，目的是希望強化政黨的功能。透過政黨整合意見、強化國會決策的意見基礎與避免極端化，增修條文的政黨票設計有助於強化國會審議、提升集體思辯的民主正當性。這樣的設計，與總和式民主的關聯性較低，而更像是將政黨於民主中的角色功能予以制度化，也呼應了臺灣民主化逐漸強調的審議式民主精神。增修條文的政黨票設計，至少在政黨整合民意、強化國會完全代表性與增進多元、避免極端化三方面呈顯了審議式民主的精神。

1. 政黨票匯聚民意及整合利益

增修條文將政黨的中介角色予以制度化，反映著憲法正視政黨在民主政治中的現實重要性。在現實政治上，人民的投票當然可能反映偏好，但團體的連結是個人認同的基礎，相當程度型塑了共同

76 THE FEDERALIST NO. 10, at 51-59 (James Madison) (Barnes & Noble ed., 2006).

意識形態、價值體系與世界觀。個人的利益與偏好主要型塑於其所屬的團體，政治過程中的投票行為也經常仰賴有組織的團體⁷⁷。當選的代表在國會中也並非僅依據選區選民的偏好行事。民意代表鑲嵌在與其他代表與政治機構相互連結的網絡中，受到其同儕與政黨的影響，政黨動員與政黨協商才是國會審議的常態。

在這樣的代表性結構中，政黨發掘公共議題與公民意見，進行內部意見溝通、匯聚與整合，有助於篩選形成公共政策的建議及批評，並且影響國會議員的立場與結盟。政黨票的設計著眼於政黨的政策論述能取代候選人個人魅力，促成選舉的思辯討論，將政黨的角色制度化，有助於國會審議更有效率地產出「公意」⁷⁸。

2. 政黨票強化國會完全代表性

政黨不分區立委的設計也有助避免國會淪為區域利益分贓的場域，使國會審議能朝向完全代表。

首先是政黨票所選出的是不分區立委，可以避免區域代表過度重視區域利益而忽略全國公益的可能，反映全國公益或非區域性的少數利益。此外，尤其當立委選舉改為小選區的單一選區制度，代表全國的立法委員越來越像縣市議員，地方選民服務、地方紅白帖「遠比具有國家層次的問政能力更重要」⁷⁹。超越區域的政黨代表，在制度設計上就是來減緩全國民意審議機關淪為地方利益割據

77 David K. Ryden, *Group Theory and the Pluralist Challenge to Representation*, in REPRESENTATION IN CRISIS: THE CONSTITUTION, INTEREST GROUPS, AND POLITICAL PARTIES 67, 71-75 (1996).

78 例如在澳洲的經驗中，澳洲參議院（Senate）選擇比例代表制的原因，主要考量正是為了提升參議院的審議能力、地位與正當性。John Uhr, *Why We Chose Proportional Representation*, in REPRESENTATION AND INSTITUTIONAL CHANGE: 50 YEARS OF PROPORTIONAL REPRESENTATION IN THE SENATE 13, 26 (Marian Sawer & Sarah Miskin eds., 1999), <https://www.aph.gov.au/binaries/senate/pubs/pops/pop34/pop34.pdf>.

79 郝明義，如果台灣的四周是海洋，頁213（2015年）。

的弊病。司法院釋字第721號解釋理由書指出區域代表與政黨比例代表混合的立法委員選舉制度「有意兼顧選區代表性與政黨多元性，其以政黨選舉票所得票數分配政黨代表席次，乃藉由政黨比例代表，以強化政黨政治之運作，俾與區域代表相輔……」⁸⁰」司法院釋字第331號解釋理由書對政黨比例代表制也有類似詮釋：「憲法增修條文第一條、第二條及第四條增設按政黨比例方式選出僑居國外國民及全國不分區中央民意代表之規定，旨在使中央民意機關有部分代表，於行使職權時，不為地區民意所侷限，而能體察全國民意之所在，發揮維護國家整體利益之功能；並使政黨在其所得選票總數比例分配之全國不分區當選名額內，選出才德俱優，聲譽卓著之黨員任中央民意代表，為國家民主憲政建設，貢獻其心力。」⁸¹」這些說明都反映了政黨票意在補充區域代表的不足，強化國會完全代表性。

3. 政黨票有助於多元政治及避免極端化

由於立法委員選舉單一選區的設計，欠缺政治資源的小黨與獨立參選人不易勝出，因此政黨票反而可能吸引認同政黨立場的選民，使原本分散在選區不易當選的小黨候選人，有機會透過政黨理念的訴求進入國會。小黨進入國會表達少數觀點，能夠避免多數民主決定壓迫少數。政黨票因此有助於提高小黨進入國會的機會，避免多數決定壓迫少數，並另可以提供多元意見強化國會決策的論理完整性。

幾位大法官都注意到小黨在反映民意與促成審議的功能。羅昌發大法官指出「規模較小之政黨，常代表特殊、多元價值或遭忽視之意見或利益，在民主社會……常可扮演重要角色，或具有正面意

80 司法院釋字第721號解釋參照（解釋理由書）。

81 司法院釋字第331號解釋參照（解釋理由書）。

義或功能。⁸²」李震山大法官認為，選舉制度造成小黨生存困難的結果會使「社會進步所賴的前瞻、較無既得利益包袱的非主流多元意見欠缺發聲管道。⁸³」小黨進入國會，能提出不同、被忽略的利益與觀點，強化審議基礎。南韓的學者也指出，比例代表制有助於提升少數代表性，促成更好的審議民主⁸⁴。

此外，小黨進入國會也可以避免國會極端化。美國憲法學者 Cass Sunstein 特別提醒我們，審議有可能會產生極端化的現象，使參與審議後的個人或團體採擇比原先更為極端的立場，經常導致錯誤或不正義的決定⁸⁵。這種「團體極端化」(group polarization) 也容易造成社會的分裂，進而阻礙理性溝通，而國會正是最容易產生極端化的政府機關。因此 Sunstein 認為，憲法必須促成審議而防止極端化，關鍵在於確保「異質性」(heterogeneity)，確保社會多元意見的充分表達與彼此對話，使任何審議團體可以暴露在不同的意見之中⁸⁶。

(二) 政黨票的合憲性

增修條文將政黨在國會的角色予以制度化，目的在於透過政黨匯聚民意、增加完全代表、提高小黨參與機會與減少極端化，目標在於促成國會的民主審議，建立國會審議的集體代表性。雖然臺灣剛性政黨政治與社會分裂的現實，大大地削減增修條文預期的功能，但其強化國會審議、避免極端化的制度精神，仍應該作為法院

82 司法院釋字第721號解釋參照（羅昌發大法官協同意見書）。

83 司法院釋字第721號解釋參照（李震山大法官協同意見書）。

84 Woo-Young Rhee, *Representation of Minority under Deliberative Democracy and the Proportional Representation System in the Republic of Korea*, 9 J. KOREAN L. 301, 322-26 (2010).

85 Sunstein認為，導致團體極端化的原因包括社會比較的心態與在有限論理中有力說理的作用。CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY* 22-26 (2002).

86 *Id.* at 37.

解釋與審查系爭制度合憲性的參考⁸⁷。質言之，增修條文關於單一選區兩票制的設計，以強化國會審議與避免極端化為目的，應該可以受到憲法合憲性的檢驗。

三、政黨票百分之五門檻的合憲性

增修條文第4條第2項的政黨票百分之五門檻則可能產生違憲的疑慮，有違臺灣民主代表性的要求。在司法院釋字第721號解釋中，大法官們開展出完全反映得票率、避免政黨歧視與避免政黨寡占三個論述來檢視政黨票百分之五門檻的合憲性。問題是，哪一種論述最能符合臺灣民主歷史的理路？

(一) 完全反映得票率與避免政黨歧視

第一種從政黨出發的觀點，是主張政黨有獨立、排他的代表性，並且要求政黨席次分配應該與政黨得票率完全一致，因此主張百分之五門檻扭曲得票率應得席次而違憲⁸⁸。黃茂榮大法官注意到政黨在現實政治的關鍵角色，主張因為政黨目前透過黨紀影響國會關於法律、預算與人事同意案之表決，「政黨在立法院之功能已漸凌駕於個別立法委員之上。」黃大法官以政黨影響力為基礎，進一步指出國民意志在立法院之參與係透過政黨來實踐，「基於該事實，政黨在立法委員之全部席次的分配應按政黨之得票比率，才能使政黨的影響力，不多不少……以真正兼顧選區代表性與政黨多元性。⁸⁹」黃大法官似乎認為政黨應該具有獨立於區域代表性與集體代表性之外的代表性。黃大法官並未提出具體的理由說明政黨何以應具有獨立代表性，僅僅指出政黨在現實政治中強大的影響力，已

87 林春元（註67），頁350-352。

88 黃茂榮大法官於其意見書中指出：在政黨比例代表制上實施區域選舉，是為了使立法委員貼近民意，並使黨意貼近民意所致，使其對黨員之黨紀約束趨於合理，不應作為壓抑劣勢政黨的制度。司法院釋字第721號解釋黃茂榮大法官不同意見書參照。

89 司法院釋字第721號解釋參照（黃茂榮大法官不同意見書）。

經凌駕個別立法委員。

從政黨觀點發展出的第二個主張是避免政黨歧視，指謫百分之五門檻造成政黨歧視。羅昌發大法官從個人平等衍生出政黨平等的觀點，進而主張如果系爭選制有政黨歧視的動機即有違憲之虞。羅大法官指出「政黨本身雖未必得享有憲法第二章所列之所有權利……然政黨作為人民之組合，其本身自應享有憲法第七條平等權之保障。」因此，如果系爭政黨比例代表制的百分之五門檻，可能會使在得票比例上應該可以分配到席次的政黨因未達門檻而被強制扣除，與跨過門檻之政黨形成差別待遇，有違反政黨平等之疑慮。政黨歧視（或政黨平等）的觀點，將政黨視為憲法平等權保障的主體，檢視規範是否造成政黨之間的歧視。

就反映得票率的觀點而言，國會選舉的席次結果固然應盡可能貼近得票率，卻未必要求二者完全一致、「不多不少」。黃大法官提出的第一種論點，以「政黨影響力」為基礎，固然是政治現實的觀察，但憲法究竟應該承認、強化或者限制政黨的影響力則是另一層次的規範問題。政黨在立法院功能強化的政治現實，無法成為憲法要求不分區立委與政黨得票比率完全一致的規範要求。更根本的問題在於，排他的政黨代表性觀點過於強調政黨代表與政黨得票之間的關聯，要求二者比例完全一致，容易使不分區代表成為政黨利益的傳聲筒，失去其超越區域與政黨利益而追求全國公意的動機，反而容易刺激國會極端化而阻礙理性審議。

「政黨歧視」的觀點可以建立在少數歧視而阻礙政治變遷的代表性強化途徑之上，然而，一方面政黨是否直接受到憲法平等權保障非無爭議，另一方面關於平等的複雜歧異也阻礙「政黨歧視」論述發展出司法可操作的憲法標準。例如司法院釋字第721號解釋中，羅昌發大法官將平等的討論聚焦於「動機」，主張如果增修條文的政黨門檻，其制定動機在限制或縮小政黨生存空間，即瀕臨違憲程

度。相對的，陳新民大法官從「機會平等」的角度，系爭規範的門檻適用於所有政黨，形式上即無差別待遇，「就此而言，可滿足『政黨平等原則』之要求」。

（二）審議民主與政黨公平競爭

第三種觀點是黃茂榮大法官提出避免政黨寡占的論理。黃茂榮大法官指謫系爭百分之五門檻的差別待遇，會造成僵固而無修正可能性的政黨寡占秩序，而「會使國民主權原則及民主共和國原則失效。」其認為增修條文之規定是兩大黨透過修憲維持寡占地位，使第三黨之生存與發展空間受到「永久性的壓縮」，形成僵固無修正可能性之寡占憲政秩序。黃大法官進一步將政黨平等的議題連結到國民主權，指出「由政黨組成之僵固寡占的憲政秩序，一樣是反民主的，會使國民主權原則及民主共和國原則失效。⁹⁰」

本文認為，如果增修條文的設計是為了強化政黨在民主審議的功能，政黨公平競爭則是避免政黨政治傷害理性民主審議的必要機制。誠如蘇大法官指出的，政黨政治是動態發展並非僵固不變，現在的邊緣小黨確實可能成長而超過百分之五門檻。因此選舉制度是否違憲的標準，不在於得票率與取得席次完全一致，而在於選舉制度是否能確保政黨的動態發展在公平的條件下發生。在審議民主的理論中，政治平等是基本要件。審議的理性必須是人民在理想情境下以誠信言說審議才能達成的結果，政治的不平等則是對理想情境的破壞⁹¹。若需要說服越多人才能形成政治決定，則相關的討論就更容易趨於理性。不公平的政黨競爭意味著強勢政黨擁有的能有效影響政治秩序的地位資源，會使政黨不需要說服他人即可遂行其意，則減少國會理性討論的動機。如果將政治比喻為市場，則不公

90 司法院釋字第721號解釋參照（黃茂榮大法官不同意見書）。

91 ANTHONY MCGANN, *THE LOGIC OF DEMOCRACY: RECONCILING EQUALITY, DELIBERATION, AND MINORITY PROTECTION* 116 (2006).

平競爭所造成的政黨寡占秩序足以阻礙政治變遷的管道，並且減少國會審議的多元基礎、促成極端，最後破壞國會民主審議的功能。

政黨寡占觀點雖然首次出現於臺灣大法官解釋，但有比較法的支持。許多法律學者都將政黨間競爭與市場競爭相比擬，提出避免寡占為民主憲法的重要價值⁹²。美國最高法院在 *Williams v. Rhodes* 一案中也表明同樣看法，指出「競爭在概念上與政府政策上是我們選舉過程的核心」⁹³。美國法上對政黨寡占的討論，來自政黨或族群透過選區劃分確保自己競選優勢的「傑利蝾螈」(gerrymandering)。這種表面上公平、實際上卻能夠確保特定族群或政黨的優勢的選舉操作，一方面使對手必須取得相較於自己更多的選票才可能當選而傷害公平競爭，另一方面也減少執政黨與國會對選民的回應能力，因為即便欠缺多數也可以穩固席次。政治競爭與市場類似，政黨爭取選民的選票，如同市場中廠商爭取消費者的錢，選票與購買決定一樣可以表達公眾的偏好。也因此不難理解許多學者借用反托拉斯法 (anti-trust law) 的理論回應政黨選舉操作的問題：透過寡占的反托拉斯原則。在反托拉斯法中，寡占意味著市場優勢者藉由減少競爭而欠缺正當商業目的的手段，延續自己的競爭優勢，取得操作市場價格的能力⁹⁴。在政治領域中，如果一個政黨因為暫時贏得選舉而享有寡占優勢，卻藉由操弄選舉制度而傷害對手競爭能力從而延續自己的優勢，是傷害民主的。政黨寡占的

⁹² See, e.g., POSNER, *supra* note 34, at 234-47; JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 102-03 (1980); Samuel Issacharoff, *Gerrymandering and Political Cartels*, 116 HARV. L. REV. 593, 593-648 (2002); Nathaniel Persily & Bruce E. Cain, *The Legal Status of Political Parties: A Reassessment of Competing Paradigms*, 100 COLUM. L. REV. 775, 788-92 (2000); Richard H. Pildes, *The Theory of Political Competition*, 85 VA. L. REV. 1605, 1605-26 (1999); Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 STAN. L. REV. 643, 643-717 (1998).

⁹³ *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23, 32 (1968).

⁹⁴ See Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 STAN. L. REV. 253, 294-330 (2003).

典型議題固然是特定單一政黨藉由操作選區劃分而不公平地降低對手政黨的勝選可能，但如果兩黨聯合壟斷，透過選舉制度的設計排除其他小黨參與的空間，應同樣構成違憲的寡佔。

政黨寡佔的論理也更能實現增修條文納入政黨的目的，提升國會審議的效率與品質。首先，政黨寡佔會造成政治變遷過程的阻礙。小黨形塑少數認同而挑戰多數價值，經常是政治變遷的重要基礎。當大眾認為兩大黨無法代表其意見時，可以藉由小黨反映不滿與提出訴求，因此國會中的小黨成為促成政治變遷的重要管道。因此，百分之五門檻如果阻礙小黨生存或形成小黨進入國會的不公平限制，則成為司法者應予以排除的政治變遷障礙。

其次，政黨寡佔會減少國會審議的資訊與論理基礎，使國會決定建立在不完整、甚至是偏頗的資訊與論理之上。小黨型塑社會少數認同、反映社會不容易被聽到的少數意見。藉由提供主流以外的意見，使公共討論與國會審議不受限於主流政黨的意識型態與價值，避免國會審議因為有限的論理而偏頗或陷於錯誤，以透過更健全的審議產生正確而符合社會整體利益的決定。政黨票百分之五門檻不僅不是多數意見所說的「避免小黨林立」而強化議事效率的合理限制，反而是充實多元意見的平等表達之障礙。

第三，政黨寡佔容易造成國會對立與極端化。單一選區兩票制加上臺灣的政黨政治現實，結果是形成兩個主要剛性政黨幾乎囊括國會所有席次。兩大黨內部聚合而對外對立，在選舉過程與國會審議過程中都以對抗另一黨為唯一目標，使國會討論成為政黨對立、黨紀動員的場域，甚至阻礙國會的理性審議⁹⁵。小黨的參與與公平競爭機會，是打破政治壟斷與強化審議的重要關鍵。

95 林春元（註67），頁325-370。

此外，正常政治過程幾乎無法挑戰兩大黨的寡占秩序。自利的主流政黨不願減低自己政治優勢而欠缺修憲動機，而選民也難以在高門檻的修憲制度中透過投票改變現狀。政黨寡占的制度弊病幾乎無法透過政治過程治癒。如果選舉制度實質上造成政黨寡占的效果，使得政黨政治同時失去其反映民意與追求公意的功能，釋憲者不應該自制而任由政黨寡占持續傷害民主。維持一個允許小黨參與、活絡而公平競爭的政治市場，是司法者的職責所在。問題是，違憲的政黨寡占如何認定？是否有可供司法操作的標準呢？避免政黨寡占是否有司法可操作之標準？單單是席次高過於得票比例本身不足以成為市場排擠的效果，需要證明此種寡占效果會持續，使小黨必須得到比主流政黨更多的選票才能獲得席次。

四、政黨不公平競爭的憲法審查標準

在反托拉斯法的理論中，構成寡占必須符合兩個條件。一個是寡占的價格權力不合理地高於有競爭時的程度；第二個是欠缺正當目的的排除行為導致對手競爭的不利益。若以之類比於政治，政黨於選舉制度的寡占，必須要符合下列兩點：1) 政治的寡占權力：掌權的政黨控制相關政府部門，並且擁有取得高於正常競爭能取得的席次。2) 政治的排除行為：欠缺正當目的之選舉制度，減少對手競爭優勢，使其他政黨必須取得更高票數才能取得同樣席次⁹⁶。構成上述兩個標準，政黨的寡占則非憲法所允許。

如果將反托拉斯法的理論運用在政黨競爭市場中，政黨構成政治寡占權力，不僅取得壟斷的席次，而且有取得高於競爭應得席次的能力。僅僅是獲得席次高於得票比例不等同於政黨寡占，因為在單一選區贏者全拿的制度下，此種情形是無可避免的，也是憲法允

⁹⁶ 相同見解，請見David Schleicher, "Politics as Markets" Reconsidered: Natural Monopolies, Competitive Democratic Philosophy and Primary Ballot Access in American Elections, 14 S. CT. ECON. REV. 163, 163-220 (2006).

許的。必須政黨所能控制的席次高於競爭可得的合理範圍，才構成寡占的政治權力。

除了具有寡占權力之外，違憲的政黨寡占還必須有傷害其他對手競爭的行為，並且欠缺正當目的。首先，選舉制度如果使未參與選制設計的小黨取得席次，必須取得比制定設計選舉制度的主要政黨更多票數，則可能構成排除行為。因為其使席次偏離選民的想法，而減低小黨或少數族群參與政治過程的機會。必須有實際證據顯示選舉制度實質地使特定選民在政治過程的影響力受到不利益，減少其參與政治過程的機會與選舉其想要選的候選人，持續壓抑特定選民的意志⁹⁷。排除行為還必須欠缺正當目的，如果具有正當目的，則排除行為未必違憲。至於羅大法官所強調的歧視動機，美國最高法院在反托拉斯法的判決中指出，不需要證明主觀上操作的動機，僅需要設計選制的行為客觀上可以展現此意圖即可，因為「沒有寡占者不察覺到其正在做的事」(no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing.)⁹⁸。同樣的，構成寡占的主流政黨在設計選舉制度時，必然認知到選舉制度的設計是否能使其維持政治優勢⁹⁹。

在本案中，制定增修條文的政黨佔有國會壟斷的席次，因此關鍵在於是否藉著形成選舉制度，取得不公平的競爭優勢，傷害小黨的競爭力。系爭政黨比例代表制度雖然一體適用於所有政黨，但適用的結果卻使依得票率應取得席次的政黨，因為未能通過百分之五門檻而無法取得席次，而由主流政黨依比例瓜分這些席次。此種制度使得小黨必須得到比主流政黨更多的選票，才可能得到第一個席次，可能構成排除行為。不僅如此，百分之五門檻也可能使選民考

97 *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109, 131, 133 (1986) (Plurality Opinion).

98 *Aspen Skiing v. Aspen Highlands*, 472 U.S. 585, 602 (1985).

99 *Bandemer*, 478 U.S. at 128-29 (Plurality Opinion); *Gaffney v. Cummings*, 412 U.S. 735, 752-53 (1973).

量選舉結果而放棄投票給其最心儀的小黨，一方面形成特定選民參與政治過程的障礙，另一方面減少小黨得票率與政治影響力。百分之五門檻對政黨競爭的影響，與單一選區贏者全拿的制度特色相互加乘，賦予既有大黨在選舉上的不公平優勢，不利於健全政黨競爭與多重民主代表性的展現。司法院釋字第721號解釋多數意見的「避免小黨林立」無法維持政黨在政治市場中寡占的正當性，尤其我國在兩黨現實下，國會審議效率不彰而府會溝通不良的情形依舊，反而需要藉由少數聲音的納入與競爭，打破兩政黨壟斷的現況，以促成國會審議的品質。

政黨寡占的觀點受到部分大法官的挑戰。多數意見認為法律形式上賦予各個政黨同等的機會與地位，而沒有「剝奪兩大黨以外政黨獲選之可能性」。蘇大法官認為現實政治中，政黨的生態並非固定不變的，如果將政黨間的動態因應納入評價，系爭選制是否真的不利小黨尚未可知。陳新民大法官從各國立法例主張，全球110個有政黨比例代表制的國家中有47個設有門檻，而設有門檻的國家中有一半的門檻是等於或超過5%，足見政黨門檻僅為立法政策的問題。然而，違憲的政黨寡占不需要達到完全排除小黨獲選的可能，只要實質上持續掌權政黨的優勢而造成不公平競爭即可。此外，政黨的發展固然是動態的，政治現實發展卻顯示政黨票百分之五門檻在單一選區兩票制的制度基礎上，確實形成小黨選舉競爭的不利益，造成抑制競爭、維持兩黨優勢的寡占效果¹⁰⁰。

¹⁰⁰ 各國立法設計的政黨不分區席次取得門檻不同。例如紐西蘭為5%，以色列為3.25%，而土耳其為10%。至於各國立法的門檻設計是否能跳過各國不同法律制度與政治脈絡的討論而直接導出「立法政策」的看法，從而適用到我國形成合憲的結論，本文暫且持保留態度。

伍、結論

憲法不只是一個文本，是不斷發展的歷史運作，是不同世代的臺灣人民動員、提出主張、政治運作、解決爭議，所逐漸充實建構的規範體。我們應該從過去臺灣民主轉型的憲法成就中，淬練出有價值的線索，對當前的憲法爭議進行分析與建議。

臺灣民主化的歷程以強化民主代表性為主軸，當今憲法的民主代表性，既確保反映式代表性，也強調審議的代表性。2004年修憲將「政黨」納入國會的代表性結構中，將過去始終左右臺灣憲法政治與國會運作的政黨政治予以制度化，卻也引發選舉制度是否違憲的疑義。由於臺灣的憲法討論，過去欠缺處理選舉制度合憲性與政黨憲法角色的經驗，於司法院釋字第721號解釋中引發司法能否審查增修條文，以及系爭選舉制度是否違憲的兩大議題。

本文認為，從臺灣民主化的歷史來看，司法者應該致力於強化國會選舉的民主代表性，從而具有審查系爭選舉制度是否破壞憲法民主代表性結構與程序的正當性。臺灣民主化不僅確立國會反映代表性，也強調國會審議的功能與集體代表性，政黨票的設計即是企圖透過將政黨制度化，以強化政黨作為民意中介與促進審議的功能。可惜的是，司法院釋字第721號多數意見書與各份意見書的討論都未充分重視政黨在民主代表性中的意義。本文認為，從政黨在國會民主代表性的建構歷程來看，大法官應該思考以「避免政黨寡占」為立論基礎，從而系爭政黨票的百分之五門檻可能造成少數壓迫、壓抑審議並阻礙政治變遷而有違憲疑慮。隨著司法院釋字第721號解釋的作成，臺灣立法委員選舉制度短時間內難以透過釋憲的管道改變，然而此一選舉制度可能對臺灣多元民主政治有深刻影響。本文除了指出大法官在審查選舉制度合憲性所可能缺少的考量與觀點之外，也期待未來能啟動修憲機制，回應既有選舉制度所形成的不公平競爭秩序。

在修憲門檻過高，而司法院釋字第721號解釋肯定既有增修條文選舉制度合憲性的情況下，至少應該修改選舉相關的法制，因為增修條文的選舉制度不易改變。可以思考的是修改目前公職人員選罷法，矯正既有制度所形成的不公平政黨競爭秩序，使得臺灣民主政治能在政黨公平的基礎上，逐漸深化理性審議的品質、深化民主。可能的修法方向至少有三：

一、降低參選的保證金門檻：現行公職人員選舉罷免法第32條規定，登記為候選人時，應繳納保證金；其數額由選舉委員會先期公告。第八屆立委候選人必須繳納20萬的保證金。現行法制也並未設下保證金退還的門檻，使得參政的小黨經常血本無歸。相較於全球民主國家多半沒有保證金制度，臺灣立委與議員參選的保證金繳納與退還的門檻過高，足以阻礙小黨與獨立參選，應該修改公職人員選舉罷免法第32條以降低候選人保證金門檻¹⁰¹。

二、降低政黨補助款的門檻：依據現行公職人員選舉罷免法第43條第6項，目前政黨必須獲得5%以上的選票才能申請政黨補助款，以得票為基礎計算補助款的設計更使其原本資源豐富的政黨可以獲得遠高於小黨的補助款，加劇不平等競爭。補助款不僅不應該作為勝選的獎勵，甚至應該思考用來支持資源缺乏的小黨，使其能公平參與選舉競爭。修改方向應該降低門檻限制，並思考補助款給予的計算基礎是否合理。

三、取消或降低政黨提名不分區立委的限制：現行公職人員選舉罷免法第24條規定，政黨若要提名不分區席次，必須於最近一次總統選舉獲得2%以上選票，或最近三次立委選舉政黨票曾達2%者，或提名10人以上的區域候選人。此種制度排除首次參選的政黨

101 綠黨與社民黨針對此議題有相同主張。請見陳金寶，小黨崛起 降低政黨補助門檻 檢討選舉金，自立晚報，2015年1月16日，http://www.idn.com.tw/news/news_content.php?artid=20150116abcd001（最後瀏覽日：2017年1月8日）。

之外，也對小黨極不公平。即便小黨能夠找到10個志同道合的候選人，前述的保證金門檻卻形成小黨的財政負擔，惡化小黨的競爭弱勢。

參考文獻

1. 中文部分

- Amy Gutmann and Dennis Thompson 著，謝宗學、鄭惠文譯（2005），商議民主，臺北：智勝。[Gutmann, Amy, and Dennis Thompson. 2004. *Why Deliberative Democracy?*. New Jersey, NJ: Princeton University Press.]
- John H. Ely 著，劉靜怡等譯（2005），民主與不信任，臺北：商周。[Ely, John H. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Revised ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.]
- 王業立（1998），比較選舉制度，臺北：五南。
- 林火旺（2005），審議民主與公民養成，國立臺灣大學哲學論評，29期，頁99-143。
- 林春元（2013），臺灣憲政體制與政黨政治下的權力分立，中研院法學期刊，12期，頁325-370。
- 林國明（2014），審議的不平等：台灣公民會議的言說互動，台灣社會學，27期，頁1-50。
- 郝明義（2015），如果台灣的四周是海洋，臺北：大塊文化。
- 張嘉尹（2006），臺灣憲法變遷的憲法學考察，臺灣民主季刊，3卷3期，頁129-164。
- 湯德宗（2003），論憲法上的正當程序保障，收於：行政程序法論，頁167-208，臺北：元照。
- 葉俊榮（1998），九七憲改與臺灣憲法變遷的模式，臺大法學論叢，27卷2期，頁7-47。
- （2003），法統的迷思：台灣民主代表性的操控與重構，收於：民主轉型與憲法變遷，頁3-23，臺北：元照。

- 葉俊榮、張文貞（2006），路徑相依或制度選擇？論民主轉型與憲法變遷的模式，問題與研究，45卷6期，頁1-31。
- 蔡宗珍（2004），憲法、國家與政黨——從德國經驗探討政黨法制化之理論與實踐，收於：憲法與國家（一），頁133-176，臺北：元照。
- 蕭高彥（2004），國族民主在台灣：一個政治理論的分析，政治與社會哲學評論，11期，頁1-33。
- 錢永祥（2009），必要的民主：他—我對抗抑或你—我平等，思想，11卷，頁173-180。
- 顏厥安（2009），民主社會的合法性與正當性，思想，11卷，頁163-171。

2. 外文部分

- Almond, Gabriel A., and James S. Coleman. 1960. *The Politics of the Developing Areas*. New Jersey, NJ: Princeton University Press.
- Bickel, Alexander M. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2d ed. New Haven, CT: Yale University Press.
- Burke, Edmund. 1949. Speech to the Electors. Pp. 113-117 in *Burke's Politics: Selected Writings and Speeches of Edmund Burke on Reform, Revolution, and War*, edited by Ross J. S. Hoffman and Paul Levack. New York, NY: Alfred A. Knopf.
- . 1960. Speech on American Taxation. Pp. 157-220 in *Selected Writings of Edmund Burke*, edited by Edward John Payne. New York, NY: Modern Library.
- Cohen, Joshua. 1998. Democracy and Liberty. Pp. 185-231 in *Philosophy, Politics, Democracy: Selected Essays*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dryzek, John S. 2000. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals,*

- Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University Press.
- Elhauge, Einer. 2003. Defining Better Monopolization Standards. *Stanford Law Review* 56:253-342.
- Elster, Jon. 1997. The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory. Pp. 3-33 in *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, edited by James Bohman and William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press.
- . 1998. Introduction. Pp. 1-18 in *Deliberative Democracy*, edited by Jon Elster. New York, NY: Cambridge University Press.
- Ely, John Hart. 1978. Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review. *Maryland Law Review* 37:451-487.
- . 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Fishkin, James S. 1997. *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*. New Haven, CT: Yale University Press.
- . 2011. *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, Robert. 1998. Full Representation, Deliberation, and Impartiality. Pp. 260-280 in *Deliberative Democracy*, edited by Jon Elster. New York, NY: Cambridge University Press.
- Gunther, Richard, and Larry Diamond. 2001. Types and Functions of Parties. Pp. 3-39 in *Political Parties and Democracy*, edited by Richard Gunther and Larry Diamond. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- Gutmann, Amy, and Dennis Thompson. 2004. *Why Deliberative Democracy?*. New Jersey, NJ: Princeton University Press.
- Habermas, Jürgen. 2002 (2000). *On the Pragmatics of Communication*, edited by Maeve Cooke, translated by Barbara Fultner. Cambridge, MA: The MIT Press.

- Hamilton, Alexander, James Madison, and John Jay. 2006. *The Federalist*, edited by Barnes & Noble. New York, NY: Barnes & Noble.
- Issacharoff, Samuel. 2002. Gerrymandering and Political Cartels. *Harvard Law Review* 116:593-648.
- Issacharoff, Samuel, and Richard H. Pildes, 1998. Politics As Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review* 50:643-717.
- McGann, Anthony. 2006. *The Logic of Democracy: Reconciling Equality, Deliberation, and Minority Protection*. Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Perote-Peña, Juan, and Ashley Piggins. 2015. A Model of Deliberative and Aggregative Democracy. *Economics and Philosophy* 31:93-121.
- Persily, Nathaniel, and Bruce E. Cain. 2000. The Legal Status of Political Parties: A Reassessment of Competing Paradigms. *Columbia Law Review* 100:775-812.
- Pildes, Richard H. 1999. The Theory of Political Competition. *Virginia Law Review* 85:1605-1626.
- Pitkin, Hanna F. 1967. *The Concept of Representation*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Posner, Richard A. 2003. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rhee, Woo-Young. 2010. Representation of Minority under Deliberative Democracy and the Proportional Representation System in the Republic of Korea. *Journal of Korean Law* 9:301-342.
- Ryden, David K. 1996. Group Theory and the Pluralist Challenge to Representation. Pp. 67-89 in *Representation in Crisis: The Constitution, Interest Groups, and Political Parties*. New York, NY: State University of New York Press.

- . 1996. Voting Rights and Political Representation in Constitutional Law: The Primacy of Individualism. Pp. 33-46 in *Representation in Crisis: The Constitution, Interest Groups, and Political Parties*. New York, NY: State University of New York Press.
- Schleicher, David. 2006. "Politics as Markets" Reconsidered: Natural Monopolies, Competitive Democratic Philosophy and Primary Ballot Access in American Elections. *Supreme Court Economic Review* 14:163-220.
- Sunstein, Cass R. 2002. *Designing Democracy*. New York, NY: Oxford University Press.
- Uhr, John. 1999. Why We Chose Proportional Representation. Pp. 13-42 in *Representation and Institutional Change: 50 Years of Proportional Representation in the Senate*, edited by Marian Sawer and Sarah Miskin. Available at <https://www.aph.gov.au/binaries/senate/pubs/pops/pop34/pop34.pdf>.
- Weeks, Edward C. 2000. The Practice of Deliberative Democracy: Results from Four Large-Scale Trials. *Public Administration Review* 60:360-372.
- Williams, Kieran. 2005. Judicial Review of Electoral Thresholds in Germany, Russia, and the Czech Republic. *Election Law Journal* 4:191-206.
- Yeh, Jiunn-Rong. 1997. The Cult of Fatung: Representational Manipulation and Reconstruction in Taiwan. Pp. 23-37 in *The People's Representatives: Electoral Systems in the Asia-Pacific Region*, edited by Graham Hassall and Cheryl Saunders. New South Wales: Allen & Unwin Press.
- Yeh, Jiunn-Rong, and Wen-Chen Chang. 2011. The Emergence of East Asian Constitutionalism: Features in Comparison. *The American Journal of Comparative Law* 59:805-839.

Judicial Review, Electoral Systems, and Democratic Representation:

The Case of J.Y. Interpretation No. 721

*Chun-Yuan Lin**

Abstract

The Single-District-Two-Votes system and its 5% threshold of political party vote enacted in Taiwan's Constitutional Amendment were constitutionally problematic. The Constitutional Court in J.Y. Interpretation No. 721 held the electoral systems constitutional, but several separate opinions questioned the majority on the ground of popular sovereignty and "the will of the People."

Focusing on this interpretation, this article inquires the complex issues of electoral systems, judicial review, and democracy. This article argues that the meaning of popular sovereignty and the representative structure have been changed and evolved during the process of Taiwan's democratization and constitutional change. The Constitution represents the aggregative model of democracy and the ideal of deliberative democracy, requiring the electoral systems to reflect people's will and enhance the deliberation in the Legislative Yuan. While embodying the two understandings of democracy and representation, Justices' opinions ignored the role of political party. Through the lens of political party, this article suggests that the Court should reinforce the double representative structure, prevent the oligopoly of political market, and hold the 5% threshold unconstitutional.

* Associate Professor, Department of Financial and Economic Law, School of Law, Chung-Yuan Christian University.

KEYWORDS: election, Single-District-Two-Votes system, judicial review, political party, democratic representation, representation-reinforcing.