

釋字第七二一號解釋協同意見書

大法官 李震山

本院繼釋字第四九九號解釋審查憲法增修條文之合憲性十四年後，再度以憲法增修條文第四條第一項及第二項有關立法委員選舉方式及分配政黨比例代表席次所設百分之五門檻規定為審查對象，作成本件解釋。前解釋以「憲法部分規定違憲」收場，本件解釋則以「並未違反憲法賴以存立之自由民主憲政秩序」為由，宣告系爭憲法規定合憲。不論結果如何，司法審查憲法條文內容是否違憲，終究是罕見且令人側目的事，值得先略述其原委與可能產生的齟齬後，再續就政黨比例代表制所設百分之五門檻的合憲性問題，補充敘明己見，敬供參考。

壹、司法院大法官審查憲法條文合憲性的光與影

我國憲法第七十八條、第七十九條第二項及第一百七十三條明定，司法院大法官掌理憲法解釋之事宜，然而解釋只是方法或手段，透過解釋闡發憲法的精義及維護憲法的尊嚴與憲政秩序，才是目的，我國大法官因而也會被戴上「憲法守護者」(Hüter der Verfassung) 的桂冠。但當審理憲法規定是否違憲時，大法官如何從扮演忠誠為憲法辯護的角色轉換成中立的角色，又應如何基於維護憲法的核心價值或憲法內在價值的一致性，而本於良知客觀地去形成心證，絕對是一項嚴峻的挑戰。對此憲法理論與實務上棘手的老問題，本院釋字第四九九號解釋所展現的態度是，為維護憲法的尊嚴與整全性，大法官不能默爾而息。惟有論者認為，

修憲是國民主權的直接表現，依國民主權原則，人民有權經由修憲決定或調整人權清單、政府體制、國家目標等，應無其他機關包括不具充分民主正當性的大法官可得置喙之餘地；持此見解者，對於釋字第四九九號解釋所持立場，必定是難以甘服。換言之，該號解釋固屬發光發熱之作，同時也在其光環之後投射出幢幢陰影，爭論不斷。

前揭解釋宣示：「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。……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。」很顯然的，該號解釋不願坐視「違憲的憲法規範」存在恐導致憲法朝破毀(Verfassungsdurchbrechung)的方向發展，乃將「違憲審查制度」作為憲法內建的自救或自衛重要機制運作之，而其防禦的範疇不僅是外在法令的牴觸，尚且及於內在的自我矛盾。當然，從憲法的尊崇性、司法的被動性、權力分立相互制衡的衡平性下，審查憲法規範的合憲性應極為審慎。因此，該號解釋乃舉出含實體與程序的「重大明顯瑕疵」、涉及憲法原則「具本質重要性」、「憲法賴以存立之自由民主憲政秩序」等要件，希冀為自己劃上一條不容僭越的紅線，以免混淆釋憲者與修憲者角色，展現出「守護憲法」的理念格局與氣勢，具里程碑意義，本件解釋跟進之，是否會產生加乘效果而消除陰霾，尚難定論。

再依前述「凡憲法設置之機關均有遵守之義務」一詞，應可推論如下：一、修憲機關若踐行該義務，就必須於修憲時體認憲

法規範中隱然有本質不可變的「原則」(Principle, Prinzipien)，以及可與時俱進而調整的「規則」(Rule, Regeln)，若規則有牴觸原則之虞時，就會衍生憲法規範內在價值衝突與欠缺合致性的問題。二、司法院大法官若踐行同一義務針對前述衝突為解釋，而以最適化誡命(Optimierungsgebot)的「憲法原則」支配「憲法規則」，就會有憲法條文違憲的可能性。三、有違憲疑慮的憲法規範，究係制憲或修憲的產物，或修憲程序的慎重程度如何，皆不會改變規範瑕疵的本質，該瑕疵亦不致因修憲的程序具高度正當而產生自動療癒的效果，或以此為由而放寬該號解釋所定之違憲審查標準。然而，若修憲程序是透過公民投票複決所完成(憲法增修條文第十二條參照)，是否仍容許針對修憲條文為司法違憲審查？縱然得以審查，應如何拿捏其審查依據與寬嚴標準？若經公民複決的憲法條文內容本身已明顯危及國民主權、自由民主憲政秩序等原則，究應等下次修憲再行修復？或順多數民意走向？或由違憲審查機關適時祭出療癒手段？不斷追問的結果，是否會使問題落入循環論證、以問答問的套套邏輯(tautology)中？本席以為，此似已進入個別釋憲者憲政價值觀抉擇而難問是非對錯的場域，因此，在沒有緊急踩煞車的重大情事變更或更堅強的理由之前，繼續擎著釋字第四九九號解釋的火炬向前行，無疑已是當前理性的決定！

貳、立法委員中全國不分區及僑居國外國民代表，由獲得百分之五以上政黨選舉票之政黨依得票比例分配席次的憲法規定合憲性問題

憲法增修條文第四條第二項中有關全國不分區及僑居國外

國民依政黨名單投票選舉之規定：「由獲得百分之五以上政黨選舉票之政黨依得票比例選出之」（下稱 5% 門檻條款），是否侵害憲法第七條、第十七條及第一百二十九條所保障的選舉平等權 (Recht auf Wahlrechtsgleichheit) 及政黨機會平等權 (Recht auf Chancengleichheit)，而與國民主權原則有違。本件解釋認為，我國憲法規定區域代表單一選區與政黨比例代表兩票制，究應採並立制或聯立制，應否有政黨 5% 門檻條款之設計或其門檻之高低等，均是修憲機關基於國情審時度勢所決定的選舉制度，既然將之高懸於憲法，「既無損於民主共和國與國民主權基本原則之實現，而未變動選舉權及平等權之核心內涵，即應屬修憲機關得衡情度勢，斟酌損益之範疇，自未違反上開自由民主憲政秩序。」對只有結論但未附具體理由的本件合憲解釋，本席認為，如果專針對 5% 門檻條款詳予審查，其結果未必完全符合國民主權原則而無違於選舉平等權及政黨機會平等權之保護，只是該等瑕疵尚未達到破毀自由民主憲政秩序的程度。對之，有作以下補充說明必要，祈能有助於問題的釐清與解決。

一、若未設 5% 門檻條款，是否即會形成「小黨林立」現象？若因而增加小黨進入立法院，是否就是影響國會議事有效運作的主要因素？恐皆需有「在地化」的事證為根據

本件解釋想當然爾地認為，若未設 5% 門檻條款將導致「小黨林立，政黨體系零碎化，影響國會議事運作之效率，及行政立法互動關係之順暢」，是將需充分事證為依據的「預設或預測」，轉化為抽象理論解釋或形式概念推論的「事實與結論」，實欠妥適。先就小黨林立與政黨體系零碎化 (Splitterpartei) 層面言，以

我國憲法規定政黨代表名額僅三十四人為例，各小政黨或政治團體至少需獲得政黨選舉有效票百分之三以上的票數，方能獲得一席位。若以中央選舉委員會公告第八屆立法委員投票（一〇一年一月十四日）之有效票數一千三百一十六萬二千餘票為計算基礎，欲跨過百分之三門檻，需三十九萬四千八百多票，超越百分之五門檻，則需六十五萬八千一百餘票。未獲分配席次的參選小黨中得票最高者為綠黨，獲二十二萬九千五百多票，距 5% 門檻選票數甚遠。因此，縱使該次選舉廢除 5% 門檻條款，仍然還是立法院現有的四個政黨（中國國民黨、民主進步黨、台灣團結聯盟及親民黨）可參與席次分配，並不生「小黨林立」的現象。至於大黨是否會因廢除 5% 門檻條款就分裂出許多小黨參選而零碎化，並無禁得起考驗的經驗事實可為依據。至於未來若經修憲大幅增加政黨代表席次，會是何種景況，則不屬本件解釋的範圍。總之，本件解釋「小黨林立」的預測與預設，由於未附具體理由，尚待商榷。

在我國政治現實上，若再多幾個小黨進入立法院，就真的會成為導致國會運作效率不彰的主要原因，恐怕也未必當然。德國聯邦憲法法院即務實地認為，國會良好運作機能能否確保，需由國會提出「具一定可能性」（mit einiger Wahrscheinlichkeit）的客觀事實，更精確的說：「對未來發展的預測，必須有現在可信而足資證明的事實觀點為根據。」¹不能僅憑歷史經驗為抽象預測。基此，乃作出幾件宣告「門檻條款」違憲且具指標意義的裁判，包括二〇〇八年二月十三日有關「地方選舉法之 5% 門檻條款」

¹ 其原文為：「……, wenn die weitere Entwicklung auf Grund hinreichend belastbarer tatsächlicher Anhaltspunkte schon gegenwärtig verlässlich zu prognostizieren ist.」BVerfG, Urt. v. 26.2.2014, NVwZ 7/2014, S.439.

(BVerfGE 120,82)、二〇一一年十一月九日有關「歐洲議會選舉5%門檻條款」(BVerfGE 129,300)，以及二〇一四年二月二十六日再就歐洲議會選舉法將政黨得票門檻下調為百分之三之規定宣告違憲。德國選舉法制雖與我國不盡相同，但問題的本質相去不遠，因此前述裁判皆具參考價值。²此外，我國立法院議事運作不順暢的原因多端，縱使執政黨國會議員席次逾半，且無「小黨林立」的現狀下，運作也未必順暢。另就組織層面而言，我國現行中央行政雙首長現制，行政院長由總統任命，無須立法院同意。至於採三權分立之內閣制的現代立憲國家，若因小黨林立採聯合政府及可能倒閣頻繁的不穩定性，從而影響行政與立法權和諧運作的經驗，與我國政治現況未必有正當合理的比較基礎。況本件解釋亦未指出5%門檻規定確有助於國會良好運作的客觀證據，於原因仍混沌不明時，就將問題一概歸咎於小黨，恐會予人欲加之罪何患無詞的不良印象。

二、因5%門檻條款所流失的選票價值，是否對政黨機會平等與多元價值代表性產生負面影響？

我國採政黨比例代表制之目的，既然是有意淡化單一選區因採相對多數選舉制而形成「贏者全拿」，敗選者之選票所代表的

² 有關邦選舉政黨比例代表制，德國聯邦憲法法院早在1950年代就針對Schleswig-Holstein邦選舉法規定7.5%門檻條款，認為超過一般5%門檻，且該差別規定對國會功能的影響並不具備特別急迫理由(aus besonderen zwingenden Gründen)而宣告該邦法之門檻條款違憲。另就歐洲議會選舉部分，則於1979年5月22日裁定5%門檻為合憲(BVerfGE 51,222)後，則相繼以國會無法有效證明當初「會影響國會良好運作」目的的立法事實與法律基礎仍然正確為由，宣告5%門檻及3%門檻規定皆屬違憲。其中2件裁判的中譯，請參考劉如慧，〈「地方選舉法之5%門檻條款」判決〉、陳淑芳，〈「歐洲選舉5%條款」判決〉，收錄於《德國聯邦憲法法院裁判選輯(十四)》，司法院，102年，第81-108頁、第265-300頁。另，值得注意的是，聯邦眾議會議員選舉仍維持5%門檻條款，但兼採政黨若在各邦區域選舉中獲得3席以上者，雖政黨票未逾5%門檻，仍得依政黨原得票比例參與分配席次之制度，該基本席次條款(Grundmandat Klausel)，在採兩票聯立的德國則會衍生「超額議席」(Überhangmandat)的憲法爭議問題。請參考陳淑芳，《權力劃分與權限歸屬》，元照，100年，第106頁、第119頁。

民意不能反映的缺失，就更應正視「席次分配」與多元民意的關聯性意義。否則，本就不利小黨競爭的區域代表制，在政黨比例代表制下，小黨所獲低於 5% 門檻的選票，又因喪失席次的分配權而不具「結果值」(Erfolgswert)，因此被浪費的選票形同「廢票」，以致小黨於同一次選舉中，需受到兩種制度雙管齊下的雙重不利益與侵害。第八屆立法委員選舉即有八十四萬一千四百多票，約占有效票的百分之六點四，第七屆立法委員選舉，則更有高達百分之十一點八的政黨有效票流失選票價值。如此高比例選舉人的意見無法在國會被代言，產生所謂與民意脫節、與政黨比例代表制設計立法目的不符、小黨存續困難，以及扼止多元意見開展等諸多問題，即應受到高度重視。最受到疵議的不公結果是，該等「廢票」應產生的席次仍可改分配給其他獲政黨票逾 5% 門檻之政黨，愈大的政黨「不勞而獲」的機率愈大，擷取組織結構上的利益愈多，「劫貧濟富」的結果，使貧者幾乎一無所有。若再將 5% 門檻的制度構想，作為政黨經費補助的條件，就更不利小黨存活，亦同時隱藏著使政治多樣化喪失的高度風險。³當小黨轉變為大黨的可能性受到制度上嚴重之制約時，除影響人民組黨或組織政治團體的意願外，少數意見代議失靈情形就可能成為常態，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後，必蓄積走上街頭或採非體制抗爭的能量，有害於民主穩定發展。此外，尚有一間接影響投票行為的負面效果，當選民預估其所支持的小黨政黨票可能跨不過 5% 門檻，該選民可能選擇不投票降低投票率或轉而將票投給尚可接受的其他政黨，扭曲「選舉內在自由」，鬆動選舉自由與民意政治的聯結關係，所生副作用亦不可小覷。

³ 程明修、吳瑛珠譯，〈「三邦門檻」判決〉，收錄於《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十四）》，同前註 2，第 221-240 頁。

5%門檻條款制度，又極易給代表非主流意見的小黨貼上極端、反動、堅持己見不願妥協的「麻煩製造者」標籤，屢成為大黨壓抑小黨政治空間的正當化理由，其所型塑的「政黨歧視」自不利政黨機會平等的競爭氛圍。⁴再者，政黨比例代表制中各政黨的「固定名單」，往往將各黨資深重要的職業政治人物置於「安全地帶」，當選機率極高，這些人物對政治影響動見觀瞻，而其形象卻未必符合人民期待，又不能對之行使罷免權，亦勾動該制度是否合於國民主權原則的敏感神經，頗值得深究。足見，5%門檻條款所呈現的政黨機會平等，並非單一問題，而是牽一髮動全局的制度，德國聯邦憲法法院對之一貫地不敢掉以輕心而認為：「由基本法第二十一條第一項、第三條第一項可得出政黨機會平等之原則，……政黨要求機會平等的權利與民主原表彰之選舉普通性、平等性原則具有密切的關聯性。……當公權力以可以改變政黨機會的方式干預政黨之競爭時，其裁量的界限將因此特別地受到限縮。」⁵反觀本件解釋就此部分，幾乎是雲淡風清地留白。

三、將 5%門檻條款規定於法律，是否較諸規定於憲法中，會更有利於民主活化與國民主權原則的維護？

我國制定上述選舉遊戲規則者，皆是參與競賽的大黨代表，其若以抽象結構或特殊案型的糖衣包裹著自利的內容，應屬不難想像之事。縱然遊戲規則未必合乎當時政治實際情況，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

⁴ 至於政黨若構成憲法增修條文第 5 條第 5 項規定：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。」則又屬另一層次的憲法問題。

⁵ Vgl. BVerfGE 120,82 (105). 中譯詳參陳淑芳，同前註 2，第 278 頁。

中，順利達到阻絕小黨分享政治資源的目的。更嚴肅的是，一旦有上述性質的選舉遊戲規則被載入憲法之中，在修憲門檻極高情況下，就更容易將大者恒大而長期寡占的政治現實制度化。針對上述情形的違憲審查，除會遭遇前述「修憲應無界限」的理念挑戰而生頓挫外，若再誤用一般人對憲法高度尊崇與尊重多數決的善意，小黨縱再多次釋憲挑戰，恐仍面臨無功而返的窘境，長此以往，勢將激化少數升高體制外抗爭的強度，影響法律和平，無助於社會安定。況且民國九十四年的修憲，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，實難等閒視之。⁶因此，吾人有必要審慎考慮，將「門檻條款」改規定在選舉法律之中，方能收適時修法以回應民意、活化民主之效，頂多只需在憲法中規定「得設門檻，但以不超過多少百分比」的方式授權立法者，由後者視政黨比例代表制名額、合格選民數、投票率高低走向、甚至選民在兩票制下分裂投票的傾向、政黨發展等動態民主之本土情節，作合理判斷後而以法律定之，並於必要時接受司法審查的節制。

參、「真理不會自相矛盾」、「只有選票不能保證實質的自由與民主」一代結語

回到本意見書初始所提「違憲的憲法」問題，本席擬以一個半世紀前美國著名文人梭羅 (Henry David Thoreau, 1817-1862) 在其一八四八年問世的「論公民不服從的責任」(On the Duty of

⁶ 本件解釋所審查「並立式單一選區兩票制」、「政黨門檻」的憲法增修條文，係民國94年6月10日第7次修憲的成果，該次修憲係由300名專為行使「複決立法院提出憲法修正案」所謂「任務型國代」所為，諸代表係由政黨提名，以政黨為選舉對象，並依政黨得票率分配當選名額。而該次選舉投票率僅逾2成，且非政黨或其他政治團體之選民無從參與或當選為國民大會代表，其國民主權的正當性遭到普遍質疑。

Civil Disobedience) 一文⁷末尾幾段話（第 43 段、第 44 段）的寓意，借花獻佛，兼作為憲政理念的自我表述。梭羅是積極主張廢除奴隸制度的人道主義者，對於美國憲法允許「販奴、蓄奴」的規定，期期以為不可。⁸但他也深悉在所處的「時代精神」下，識時務的俊傑們還是會以憲法是民主多數決或政治妥協的成果為由，而以滿懷虔敬謙遜的態度將憲法文本視為真理而奉行不渝。因此他隱喻地表示：「真理不會自相矛盾，也不容許以錯誤的手段去彰顯正義。」(Truth is always in harmony with herself, and is not concerned chiefly to reveal the justice that may consist with wrong-doing) 對該句話的解讀，若參酌前述兩段話的義理與文脈，不難將之詮釋為，美國憲法允許的蓄奴規定與其本身所揭示「人生而平等」的價值是互斥且矛盾的，蓄奴的錯誤手段自不能彰顯正義，因而證立蓄奴條款並非真理，其縱然規定在憲法內，吾人當無須再為其辯護。

梭羅以不合作但和平的方式「抗民主多數決」，衍生日後的「市民不服從」或「和平抵抗權」等理念與行動，若人民所抗爭

⁷ 該文內容原係梭羅於 1848 年 1 月以「個人對政府的權利與責任」(The Rights and Duties of the Individual in Relation to Government) 為題所發表的演說，並於 1849 年以「反抗公民政府」(Resistance to Civil Government) 為題發表於期刊，現所使用之文章名稱係後人所改。梭羅另一本傳世名著為「湖濱散記」(Walden, or, Life in the Woods)。

⁸ 美國 1787 年聯邦憲法第 5 條後段規定：「1808 年前的憲法修正，不得變更本憲法第一條第九項第一款與第四款之規定。」而該兩「不可修改的憲法條款」，即是有關「奴隸買賣」的入境不得禁止的規定，20 年內不得修正。詳見黃昭元，〈修憲界限理論之檢討〉，收錄於《現代國家與憲法》，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，元照，86 年，第 196 頁。惟憲法所允許的奴隸制度，一直到梭羅辭世的次年 1863 年美國林肯總統 (Abraham Lincoln, 1809-1865) 宣告解放黑奴後，才開始較大規模擴散「禁止或排除種族歧視」之黑人人權保障理念。林肯總統該項政治上重大歷史成就，隨即呈現在以下憲法增修條文：一、1865 年 12 月 18 日生效的第 13 條第 1 項規定：「美國境內或屬美國管轄區域之內，不准有奴隸制度或強迫勞役之存在。但因犯罪而被判強迫勞役者，不在此限。」二、1868 年 6 月 16 日生效的第 14 條第 1 項，對美國公民「不得拒絕給予法律上平等保護」之規定。三、1870 年 3 月 30 日生效的第 15 條第 1 項規定：「美國或其任何一州，對於美國任何公民之投票權，不得以種族、膚色或曾為奴隸而否定或剝奪之。」凡此，皆是付出內戰慘痛代價後由總統或國會立法行為所致，司法違憲審查並未明顯發揮所謂「寧靜革命」的力量。美國經司法實務的發展，其聯邦最高法院認修憲條文的內容是司法可審查的對象，並非不受司法審查的政治問題。見黃昭元，同前註，第 200 頁註 54-56，第 203 頁註 63。

的是「不法之法」，而由釋憲者代替人民披掛上陣，即屬違憲審查制度的精髓與寫照。顯見，梭羅與違憲審查制度共同追求的真理，彼此互不矛盾，而違憲審查制度正是彰顯正義的和平手段。也因為如此，梭羅具濃厚自然法色彩的堅毅信念，以及不懼主流思潮而勇於表達的和平抵抗精神，頗經得起時代的考驗，並影響了不少堅持正義的靈魂，包括與他同時代的俄國大文豪托爾斯泰 (Leo Tolstoy, 1828-1910)、之後的印度聖雄甘地 (Mohandas Karamchand Gandhi, 1869-1948)、美國的民權運動領袖金恩 (Martin Luther King, 1929-1968) 與南非抗種族隔離的靈魂人物曼德拉 (Nelson Rolihlahla Mandela, 1918-2013) 等。本院釋字第四九九號解釋，是在有明顯違反自由民主憲政的憲法規範存在而代議又失靈時的司法作為，如果因而避免或減緩一連串的「市民不服從」、「和平抵抗」，或其他激烈反政府抗爭，而有助於憲政秩序的維持，其啟發性的意義就非比尋常。無論如何，自由民主憲政秩序得來與維護確屬不易，甚至充滿血淚斑斑的歷史記憶，值得各盡所能的去維護它！

就選舉制度而言，德國聯邦憲法法院早在一九五七年的判決中就指出：「行使選舉權時，所有國民之平等對待是國家秩序的重要基礎之一」，選舉權與自由民主憲政秩序間產生緊密的聯結。另在同一判決中敘明，政黨機會平等原則並非絕對禁止差別待遇，但強調「欲正當化差別待遇，始終都應具備特別的、客觀合法的迫切理由」。⁹惟 5% 門檻的「憲法規則」，是否構成維護「國會運作能力」 (Funktionsfähigkeit des Parlaments) 之特別的、客

⁹ 以上兩句引言原文分別為：1. Die Gleichbehandlung aller Staatsbürger bei der Ausübung des Wahlrechts ist eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung. 2. Differenzierungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets eines besonderen, sachlich legitimierten, „zwingenden“ Gründen. Vgl. BVerfGE 6,84.

觀合法的迫切理由，就需受「憲法原則」的嚴格檢證。總而言之，須在健全而與時俱進的選舉法制下，選舉自由方能呈現真正民意，人民的選票才有帶來實質自由與民主的可能。