

# 「地方選舉法之5%門檻條款」判決

BVerfGE 120, 82

德國聯邦憲法法院第二庭2008年2月13日判決

- 2 BvR 1/07-

劉如慧 譯

## 要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

- A.機關爭議訴訟之標的
  - I.相關法律規定
  - II.聲請人之主張
  - III.聲請相對人之主張
  - IV.相關機關之意見
  - V.言詞辯論
- B.機關爭議訴訟合法
  - I.本案可訴諸聯邦憲法法院
  - II.本案之訴訟對象合法
  - III.對權利之侵害或有直接侵害之虞
  - IV.期間之遵守
- C.訴訟參加合法
- D.聲請人之請求有理由
  - I.聯邦憲法法院之地位及審查標準

II.立法者有義務審視5%門檻條款

III.下述理由均無法正當化5%門檻條款

IV.機關爭議訴訟之裁判

E.償還墊款

F.表決數及參與之法官

## 關鍵詞

機關爭議訴訟(Organstreitverfahren)  
5%門檻條款(Fünf-Prozent-Sperrklausel)  
平等選舉權(Recht auf Wahlrechtsgleichheit)  
政黨機會平等權(Recht auf Chancengleichheit)  
多數決選舉制度  
(Mehrheitswahlsystem)  
比例選舉制度(Verhältnisswahlsystem)  
地方代表機關之運作能力  
(Funktionsfähigkeit der kommunalen

Vertretungsorgane)  
計算價值平等(Zählwertgleichheit)  
結果價值平等(Erfolgswertgleichheit)  
專職市長及邦參議之直接選舉

(Direktwahl der hauptamtlichen  
Bürgermeister und Landräte)  
事實上之門檻條款(faktische  
Sperrklausel)

### 裁判要旨

唯有當地方代表機關運作能力的  
預期損害有相當之可能性(mit einiger  
Wahrscheinlichkeit)時，始能正當化  
5%之門檻條款。

### 案 由

聲請人：綠黨(Partei BÜNDNIS  
90 / DIE GRÜNEN)，什列斯威－霍  
爾斯坦邦黨部(Landesverband Schles-  
wig-Holstein)，由邦委員會(Landesv-  
orstand)代表，代表人邦主任委員 F.

訴訟代理人：Brunner, Peters,  
D'Amico 律師事務所，Mühlenstraße  
42, 23879 Mölln

輔助聲請人之參加人：左翼黨  
(Partei Die LINKE)，什列斯威－霍爾  
斯坦邦黨部，由邦委員會代表，代表  
人為發言人 J. 和 B.

訴訟代理人：Appen, Koblitz, Lü  
eße 以及 Smit 律師，Holtener Straße  
154, 24105 Kiel

聲請相對人：什列斯威－霍爾斯  
坦邦議會，由議長代表，邦大廈，D  
üsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

訴訟代理人：1. Dr. Dr. h.c.  
Hans-Peter Schneider 教授，  
Rominteweg 3, 30559 Hannover；2.  
Weissleder & Ewer 律師，  
Walkerdamm 4 - 6, 24103 Kiel

聲請人請求，確認聲請相對人在  
2006年12月13日的會議中否決綠黨黨  
團關於「鄉鎮及縣選舉法」(Gemein-  
de- und Kreiswahlgesetz, GKWG)第  
10 條第 1 項之 5% 門檻條款修正案，  
侵害聲請人依據基本法第 38 條第 1  
項、第 28 條第 1 項第 2 句以及什列  
斯威－霍爾斯坦邦憲法第 3 條第 1 項  
規定之平等選舉權，暨基本法第 21  
條第 1 項之政黨機會平等權；

備位請求，確認聲請相對人在  
2006年12月13日的會議中處理綠黨黨  
團之「鄉鎮及縣選舉法」之修正案時  
，拒絕放寬該法第10條第1項規定之  
5% 門檻條款，侵害聲請人依據基本  
法第38條第1項、第28條第1項第2句  
以及什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3  
條第1項規定之平等選舉權，暨基本  
法第21條第1項之政黨機會平等權。

聯邦憲法法院—第二庭—in  
Hassemer 副院長、Broß 法官、  
Osterloh 法官、Di Fabio 法官、

Mellinghoff法官、Lübbe-Wolff法官、Gerhardt法官以及Landau法官之參與下，根據2007年11月28日所進行之言詞辯論，作出有理由之判決。

### 裁判主文

1.聲請相對人在2006年12月13日的會議中否決綠黨黨團關於鄉鎮及縣選舉法第10條第1項之5%門檻條款修正案，侵害聲請人及參加人依據什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3條第1項以及基本法第21條第1項規定之權利。

2.什列斯威－霍爾斯坦邦應返還聲請人及參加人所為之必要墊款(Auslagen)。

### 理由

#### A.機關爭議之標的

本件邦機關爭議程序（基本法第99條、聯邦憲法法院法第13條第10款）涉及以下問題：什列斯威－霍爾斯坦邦議會在2006年12月13日的會議中以多數決否決綠黨黨團廢除該邦地方選舉法中5%門檻條款之修正案，是否侵害綠黨及左翼黨之權利。

#### I.相關法律規定

1.什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉之席次分配規定於該邦鄉鎮及縣選舉法第7條以下（1997年3月19日公布版本，最近一次修改為2005年2月1日該法第11條，GVBl S. 57）。各該規

定如下：

#### 第7條

#### 基本規定

(1)鄉鎮及縣代表們由以下列方式選出之代表所組成：

1.於鄉鎮或縣之各選舉區經由多數決（第9條第5項）一直選代表，以及

2.於各選舉地域之鄉鎮或縣名單經由比例分配(Verhältnisausgleich)（第10條）－比例代表(Listenvertreter)

(2)居民人數70以下之鄉鎮無代表。

(3)為適用前項規定、為確定應選代表總額（第8條）、選舉區數目（第9條）、暨有權簽署選舉建議之選舉人數（für die Anzahl der einen Wahlvorschlag unterzeichnenden Wahlberechtigten）（第21條第1項），以邦統計局在選舉前第三年之12月31日所紀錄之居民人數為準。就第2項情形，於調查居民人數時，邦登記法第19條規定之河湖及海上船員不予計算在內。

#### 第8條

代表總額(Anzahl der Vertreterinnen und Vertreter)

代表總額如下：

	代表總額：		
居民人數	總計	直選代表	比例代表

1.縣轄鄉鎮			
71 至 200	7	4	3
201 至 750	9	5	4
751 至 1,250	11	6	5
1,251 至 2,000	13	7	6
2,001 至 5,000	17	9	8
5,001 至 10,000	19	10	9
10,001 至 15,000	23	12	11
15,001 至 25,000	27	15	12
25,001 至 35,000	31	17	14
35,001 至 45,000	35	19	16
45,001 以上	39	21	18
2.非縣轄之市			
150,000 以下	43	23	20
150,001 以上	49	27	22
3.縣			
200,000 以下	45	27	18
200,001 以上	49	29	20

### 第9條

選舉區數目以及直選代表選舉

(1)居民人數71至2,000之鄉鎮為一選舉區。

(2)居民人數2,001至10,000之鄉鎮以下列方式選舉：

1.居民人數2,001至5,000之鄉鎮分為三個選舉區，各選出三名直選代表，

2.居民人數5,001至10,000之鄉鎮分為五個選舉區，各選出二名直選代表。

(3)縣以及居民人數10,001以上之鄉鎮，選舉區數目與第8條規定之直選代表名額相同。每一選舉區選出一位直選代表。

(4)每一選舉人之票數與選舉區中直選代表之名額相同。選舉人對每一候選人只能投一票。

(5)選舉區中由獲得最多票數之候選人當選。票數相同時，由選舉執行長(Wahlleiter)抽籤決定之。

### 第10條

比例分配(Verhältnisausgleich)

(1)每一個提出選舉建議名單(Listenwahlvorschlag)並獲得許可之政黨或政治團體(Wählergruppe)，若有至少一位直選代表當選，或在選舉地域內總計至少獲得5%之有效票，得參加比例分配。為計算比例分配之票數，每一個選舉建議名單之票數，為該政黨或政治團體推薦之直選候選人所獲得票數之加總。

(2)依前項規定票數不計入選舉建議名單所獲票數之直選代表人數，將自依照第8條規定之代表總名額中扣除。其餘席次將按照最高數計算法依序分配予選舉建議名單，其順序是以各選舉建議名單獲得之總票數除以1, 2, 3, 4等而得出(依比例應佔席次(verhältnismäßiger Sitzanteil))。分配

最後席次時，若最高數相同時，由選舉執行長抽籤決定之。

(3)政黨或政治團體以其依比例應佔席次扣除當選之直選代表後，剩餘席次分配予其選舉建議名單上之比例代表。

(4)倘若在選舉區中一政黨或政治團體當選之直選代表人數大於其依比例應佔席次，則超過之席次予以保留（超額席次）。此時應依照第2項第2句繼續依最高數往下計算額外席次並依第3項分配，直至最後一個超額席次為依比例應佔席次所涵蓋為止。但繼續分配之額外席次總數不得逾超額席次數目之兩倍。

(5)比例代表當選人依照各政黨或政治團體所提名單順序分配。倘若一政黨或政治團體之比例代表席次多於其名單上之被提名人，則該席次維持出缺。

(6)下列人選由名單中排除：

1.由選舉區中直接選舉產生之當選人，

2.名單提出後，脫離該政黨或政治團體，或參加另一政黨或政治團體之候選人。

鄉鎮及縣選舉法第10條第1項第1句規定之5%門檻條款自從該法於1959年4月1日生效之日（1959年3月25日版本之鄉鎮及縣選舉法第11條，GVOBl Schl.-H. 1959 S. 13）起即存在於什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉

法。

2.綠黨黨團於2006年5月19日提出什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮及縣選舉法修正案(LTDrucks 16/794)，當中建議修改該邦地方選舉法之重要事項，包括廢除鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定之5%門檻條款。依據該草案，新鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定：

各政黨及政治團體在選舉地域之席次依照第9條第1項規定予以分配。

新鄉鎮及縣選舉法第9條第1項應規定席次分配如下：

各政黨及政治團體之席次數目依照聖拉古計算法(Sainte Laguë/Schepers)計算。獲得超過所有選舉建議候選人所獲票數半數以上之政黨或政治團體，於依照第1句分配席次時，若其選舉建議(Wahlvorschlag)獲得不超過供分配席次(zu vergebende Sitze)之半數，則將不依照第1句之計算方法，先分配予一個額外席次。此規定不適用於不同政黨及政治團體提出之聯合名單。準此，供分配之席次將依照第1句所稱之計算方法繼續分配。

2006年6月1日一讀之後，大會以一致決將草案送交內政及法律委員會進一步諮商及聽證（全體會議事錄16/32）。內政及法律委員會給予許多機構對此草案表示意見之機會，並於2006年12月6日建議邦議會否決此一

草案(LTDucks 16/1120)。在2006年12月13日邦議會的大會中，基督教民主黨及社會民主黨對抗自由民主黨、綠黨及南什列斯威選舉人聯盟(Südschleswigscher Wählerverband)，以多數決否決此一草案(全體會議事錄16/46)。

## II. 聲請人之主張

聲請人於2007年4月4日提出機關爭議訴訟。渠主張，聲請相對人於2006年12月13日表決綠黨黨團所提出之鄉鎮及縣選舉法修正案時，未廢除或放寬第10條第1項規定之5%門檻條款，在缺乏充分理由之情形下予以保留，此舉侵害渠選舉平等權及機會平等權。渠認為，保留什列斯威—霍爾斯坦邦地方選舉法中5%之門檻條款牴觸邦憲法。

1. 聲請人認為，邦議會2006年12月13日之決議係為聯邦憲法法院法第64條第1項意義下之對權利影響重大之措施(rechtserhebliche Maßnahme)。立法者在詳細的大會辯論之後，否決法律草案，終局地表示保留鄉鎮及縣選舉法第10條第1項5%門檻條款之意願。即使認為聲請相對人之決定不能視為聯邦憲法法院法第64條第1項意義下之措施，立法者至少是不作為，同樣可對之提起機關爭訟。

聲請人具備聲請權。保留5%門檻條款損害其選舉平等權，因為在2008年5月即將到來的地方選舉中，

如果渠於各個鄉鎮未能匯集至少5%的票數，5%門檻條款將使其所獲選票毫無價值。過去在個別案例中，該條款已經阻礙渠進入地方代表機關。這同時也危及基本法第21條第1項所保障之政黨機會平等權，按之，政黨被保障共同參與政治的意志形成。只要聲請人在2008年的地方選舉未能跨越5%之門檻條款，則仍然被阻絕於透過各地方代表對政治意志之形成施予影響之重要可能性。

本聲請係在聯邦憲法法院法第64條第3項意義下及時提出。所指責之措施係邦議會於2006年12月13日之決議，其否決廢除5%門檻條款之法律草案。至今尚未超過6個月。

2. 聲請人認為否決該法律草案侵害其機會平等權。5%之門檻條款導致未跨越門檻之政黨票數受到不平等的對待。聯邦憲法法院只在極為狹隘之要件下容許平等選舉原則之例外。5%之門檻條款是否符合選舉之平等原則，無法一試定終生。不能普遍推定5%門檻條款之合憲性。立法者毋寧必須持續檢驗曾經通過的門檻條款，因為作為其基礎之情況可能改變。一個在最初通過時合憲的門檻條款可能由於框架條件的變化而成為違憲。此時—尤其如同本案基於一政黨之法律提案—立法者有責任，在內容上詳細探討門檻條款之合憲性。立法者有義務，評價所有納入考慮之情況後做

出預測。倘若立法者意欲保留5%之門檻條款，立法者毋寧負有特別的說理及證明義務，而非如聲請相對人之觀點，由聲請人肩負此項義務。

聲請相對人在審查範圍上並不符合要求。就一個有說服力的、符合憲法的保留5%門檻條款之決定而言，為決議建議做準備的內政及法律委員會在2006年12月6日進行之調查以及取得之意見，並未形成適當的基礎。立法者在判斷地方代表之運作能力時，不能僅止於直接援用或確認，為聯邦及邦議會選舉所發展出來的原則，亦即在比例代表制(Verhältnismahlrecht)存在情形下，缺乏門檻條款將促使較小的政黨和政治團體林立，致使意見形成益為困難。倘若聲請相對人對於5%門檻條款之正當性，合義務地進行憲法所要求之審查，將得到該條款不再合憲並且必須廢除的結論。

至少在引進市長及邦參議(Landesräte)之直接選舉以後，5%之門檻條款已經成為多餘。此外，5%之門檻條款只在約莫200個鄉鎮以及縣產生作用。其餘鄉鎮之居民人數少於1萬人，以致於在當地依照鄉鎮及縣選舉法第8條最多選出19位鄉鎮代表，是事實上5%門檻條款所造成的結果。在什列斯威－霍爾斯坦邦，大多數的鄉鎮無論保留或廢止5%之門檻條款均不受影響。再者，今日所有的鄉鎮中有2/3，競選者非政黨，而

只是統一的名單(Einheitslisten)。

3.左翼黨，什列斯威－霍爾斯坦邦黨部，於2007年10月6日聲明輔助參加聲請人。它如同聲請人因5%門檻條款之存續而遭受損害，並提出自己的陳述。

### III.聲請相對人之主張

聲請相對人認為本案聲請及訴訟參加顯不合法而且亦無理由。

1.本案缺乏合法之訴訟標的，蓋聲請人之憲法上權利不可能因為聲請相對人之系爭措施遭受侵害，也因此並無拘束兩造之憲法關係存在。聯邦憲法法院法第64條第1項所稱之措施，僅指規範之頒布，而不包括邦議會對於法律草案之否決。此處涉及純粹的國會內部程序，它在立法程序進程中並未開展任何對外效力。

若將法律草案之否決定性為聯邦憲法法院法第64條第1項意義下能訴諸機關爭議之「措施」，如此一來，每一項關於政黨機會平等或選舉平等原則之政治爭議均能刻意透過法律草案的否決，而訴諸機關爭議程序，進入憲法法院。

若將本案聲請解釋為，聲請人自認為其權利因為5%門檻條款之保留而遭受侵害，則渠事實上係指責立法者之不作為。但此時必須遵守6個月期間之規定。

然而，本案無論如何缺乏一個賦予其聲請權限、由憲法明確規定之立

法者行為義務。聲請人自認為因立法不作為而遭受侵害，他必須闡釋，立法者從憲法的角度而言負有行為義務以及理由何在。聲請人並未說明此一狀況。他既未在聲請文件中，也未在先前整個國會諮商程序中，指出事實或法律關係有所改變或是立法者可能有任何錯誤預估。

2. 出於相同理由，左翼黨之訴訟參加亦不合法，他只不過是附和聲請人之陳述。

3. 此外，本案聲請亦無理由。聲請人未能闡釋，自從聲請相對人上次處理地方選舉法5%門檻條款之合憲性問題之後，什列斯威－霍爾斯坦邦的事實及法律關係產生根本性變化，以致於從憲法角度而言必須廢除5%之門檻條款。

a) 關於5%門檻條款現今在憲法上必須作成不同判斷之「闡釋及證明義務」在於聲請人。聯邦憲法法院曾經於2003年3月11日之裁判(BVerfGE 107, 286)中宣告，保留5%門檻條款並不違憲。

聯邦憲法法院在1957年1月23日就北萊茵－威斯特法倫邦地方選舉法中5%門檻條款之裁判理由(BVerfGE 6, 104)至今仍然適用。聯邦憲法法院在後續期間也多次確認上開裁判，並且在1961年5月30日之裁判中明確說明，什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮及縣選舉法之門檻條款合乎聯邦憲法法院

歷年判決中視為容許之界限(vgl. BVerfGE 13, 1 <19>)。準此，依照聯邦憲法法院歷年判決應推定地方選舉法之5%門檻條款合憲。

b) 聲請人並未成功闡釋框架條件如何改變，致使5%門檻條款之合憲性成為問題。

aa) 不因為其他邦沒有門檻條款，聲請相對人即負有義務不予引進或加以廢除。同樣地，聲請人所援引之其他邦憲法之法院判決也不具有決定性，因為本案之法律問題係專以什列斯威－霍爾斯坦邦之憲法狀況作出判斷。此外，未有任何一個邦具有可與什列斯威－霍爾斯坦邦相提並論之地方憲法(Kommunalverfassung)及地方選舉法。

bb) 什列斯威－霍爾斯坦邦引進市長及邦參議直接選舉制度，也未使得5%門檻條款之憲法正當性喪失。在引進市長及邦參議直接選舉之後，地方代表機構對於行政高層仍然有重要之選舉作用。鄉鎮及市代表從成員當中選出副市長、縣議會選出邦副參議、市代表則選出市參議(Stadträte)。就行政高層與地方代表機關間之權限及權力分配而言，甚至可以得到相反結論：5%門檻條款在市長直選之條件下更重要而且更有必要。經由直接選舉，市長之職位取得直接之民主正當性，使其面對地方代表機關時地位更為強化。伴隨而來的是不利於地

方代表機關之權力推移，若廢除5%之門檻條款將使代表機關之多數意見形成益為困難，情勢將更為惡化。

另一方面，鄉鎮代表雖然喪失部分選舉功能，但並未損失重要任務而使其不再需要有形成穩定多數之能力。相反地，在過去賦與鄉代表之任務範圍在質量上均有增加。

cc)5%之門檻條款對於地方代表機關運作能力之維持意義重大。鄉鎮代表全體會議主要在各委員會中準備，因此他們能否為大會所接受非常重要。準此，全體會議的多數不可在委員會中成為少數。但若干城市及鄉鎮正面臨這樣的危險。

c)聲請相對人亦無在否決法律草案前未充分審查法律狀況，致使聲請人權利受損之情事。雖然聲請相對人作為最高之立法機關有義務對門檻條款持續監督。然而，監督之要求不應過度擴張，而且立法者對於廢除5%門檻條款可預期之運作妨礙有預估空間(Prognosespielraum)，此一空間不應受到過度限制。

#### IV.相關機關之意見

圖林根(Thüringer)法務部就此程序表示意見。它認為本件聲請合法，但無理由，因為地方選舉法之5%門檻條款從憲法角度無可指摘。它有助於達成眾所承認之目標，亦即確保地方代表團體之運作能力及公共福祉取向(Gemeinwohlorientierung)。

將地方代表團體之運作能力及公共福祉取向之必要性，以及政黨之平等選舉權暨機會平等，兩者取得平衡，原則是立法者的權責。

地方選舉法之門檻條款的意義在於，在多元政黨體系下保護地方代表們，以強化地方代表們之工作能力，並使黨派林立時通常會出現的統一和協調問題根本不致於發生。唯有當決議事實上符合多數意志時，地方代表們才能有運作能力。然而，缺乏門檻條款，少數對於地方代表所作決定之影響力將不合比例地增強。作成違反公眾利益之決議的可能性即因而提高。

對於地方代表們運作能力有侵害之虞的程度不應過度要求。北萊茵-威斯特法倫邦(Nordrhein-Westfalen)以及梅克倫堡-佛波門邦(Mecklenburg-Vorpommern)憲法法院所適用之嚴格標準，亦即以基於實證證據之具體危險作為前提，應予拒絕。從聯邦憲法法院判決毋寧可以推導出，運作能力有侵害之虞(eine Gefährdung)即已足夠。

在防衛性及價值受拘束之民主的憲法基本原則背景下，地方選舉法之5%門檻條款也無可指摘。邦立法者得以透過地方選舉法之5%門檻條款限制激進黨派在地方選舉之政治活動。未能跨越5%門檻條款之小黨派中，可能也有極端政黨，他們只想散布

倒退及仇外的意識型態，僅欲利用地方代表作為進一步政治野心的舞台及跳板。

### V. 言詞辯論

在2007年11月28日進行之言詞辯論中，聲請人、參加人以及聲請相對人深化並補充其論述。聯邦憲法法院並聽取專業鑑定人（聯邦憲法法院法第27條之1）Everhard Holtmann教授以及什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮議會執行長Jörg Bülow先生之意見。

### B. 機關爭議訴訟合法

本案主要聲請合法。

#### I. 本案可訴諸聯邦憲法法院

1. 依據基本法第99條以及聯邦憲法法院法第13條第10款，本案可訴諸聯邦憲法法院。根據2006年10月11日修正通過之什列斯威－霍爾斯坦邦憲法 (GVBl Schl.-H. S. 220 ff.)第59c條，直到什列斯威－霍爾斯坦邦設置邦憲法法院以前，什列斯威-霍爾斯坦邦內之憲法爭議由聯邦憲法法院裁判。

2. 訴訟當事人之間必須有法律關係之爭議，而該法律關係是由憲法所塑造並從中產生相互間之憲法上權利及義務(vgl. BVerfGE 2, 143 <150 ff.>; 27, 152 <157>; 73, 1 <30>)。當政黨指責之法律規定涉及選舉之人民代表之組成時，即關乎政黨之憲法上地位(vgl. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 9, 12;

Clemens, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, 1987, S. 1261 <1265, 1270>)。聲請相對人身為什列斯威－霍爾斯坦邦之立法機關必須對於5%門檻條款之維持負責。因此訴訟當事人之間存在憲法上問題之爭議。

#### II. 本案之訴訟標的合法

聯邦憲法法院法第64條第1項，依其文義也適用於一邦之內之機關爭議(vgl. BVerfGE 27, 44 <51>; 60, 53 <63>)。按之，當聲請人得主張，因聲請相對人之措施或不作為，以致憲法所賦與之權利及義務遭受侵害，或有直接遭受侵害之虞時，機關爭議程序之聲請即為合法。訴請審查之措施必須是對權利影響重大(rechtserheblich)或至少成為可能損害聲請人法律地位之對權利影響重大之行為 (vgl. BVerfGE 57, 1 <4 f.>; 60, 374 <381>; 97, 408 <414>)。僅為準備性質或單純執行性之行為，並非機關爭議之適用對象(vgl. BVerfGE 68, 1 <74 f.>)。

1. 聲請人認為，邦議會2006年12月13日之表決以及伴隨而來之保留5%門檻條款，侵害其權利。渠主張，否決什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉之法律草案，並非如聲請相對人所言，僅涉及國會內部程序，未開展任何對外效力。終局否決法律草案，毋寧與5%門檻條款之保留相連結，其直接對外生效，並且涉及聲請人憲法

上所保障之權利。

2. 本案毋須回答聯邦憲法法院迄今懸而未決的問題：在何等條件下，立法者單純之不作為可訴諸機關爭議程序解決(vgl. BVerfGE 92, 80 <87>; 103, 164 <168 f.>; 107, 286 <294>; vgl. auch VfGH RP, Urteil vom 15. November 1971 - VGH 7/71 -, DVBl 1972, S. 783 <784 f.>; VfGH NW, Urteil vom 6. Juli 1999 - VerfGH 14/98 und 15/98 -, DVBl 1999, S. 1271; LVerfG M-V, Urteil vom 14. Dezember 2000 - LVerfG 4/99 -, NordÖR 2001, S. 64 <65>)。不同於迄今所裁判之案例，本案不涉及立法者之單純不作為。聲請相對人毋寧已在內容上處理什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法中5%門檻條款是否保留，並且在國會程序中明確拒絕旨在廢除門檻條款之法律草案。不管此一行動被評價為措施或不作為，在本案中，否決綠黨黨團廢除5%門檻條款之法律提案無論如何係為合法之機關爭議程序處理對象。

a) 依照聲請文義，聲請人指責聲請相對人的一項措施，亦即於 2006 年 12 月 13 日之邦議會會議中否決綠黨黨團之法律草案。渠於聲請理由中進一步闡述，「聲請相對人於 2006 年 12 月 13 日之系爭決定」該當於聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項意義下之有法拘束力之措施。藉由否決法律草案，立法者終局表達保留 5% 門檻條

款之意欲。此外，聲請人亦表示，渠反對 5% 門檻條款繼續存在，並認為渠之選舉平等權以及政黨機會平等權因而受損。

b) 機關爭議程序的標的原則是規範之頒布(vgl. BVerfGE 2, 143 <177>; 20, 119 <129>; 20, 134 <141>; 99, 332 <337>)。法律草案之否決可否一般性地評價為聯邦憲法法院法第 64 條第 1 項意義下之有法拘束力之措施，可置而不論。聲請相對人不只是未進一步討論即否決地方選舉法中 5% 門檻條款之提案，也沒有通過對門檻條款無直接影響之地方選舉法規定。綠黨黨團於 2006 年 5 月 19 日之提案明確欲廢除門檻條款。2006 年 6 月 1 日一讀後，該法律草案被以一致決送交邦議會之內政及法律委員會進一步諮詢。該委員會給予不同機構對該法律草案表示意見之機會。故黑森邦內政及體育委員會、梅克倫堡－佛波門邦內政部、什列斯威－霍爾斯坦邦城市聯盟、什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮議會、梅克倫堡－佛波門邦市及鄉鎮議會協會(der Städte- und Gemeindetag Mecklenburg-Vorpommern e.V.)、以及基爾之克里斯提昂－阿爾伯瑞茲大學(Christian-Albrechts-Universität zu Kiel)裡的羅倫茲－封－史坦行政學中心(das Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften)均表示意見。內政及法律委員會深入研究 5%

門檻條款保留問題，最後委員會之多數結論為，建議邦議會否決該法律草案。因此在本案中，法律草案之否決與法律之通過無異，而後者被評價為措施。這兩種情形中，立法者均在國會程序中實質處理地方選舉法之門檻條款問題，並且作出侵犯聲請人地位權利(Statusrechte)之決定。反之，不僅是聯邦憲法法院第二庭于2001年3月8日之裁判(BVerfGE 103, 164)，包括2003年3月11日之裁判(BVerfGE 107, 286)，均以立法者單純之不作為為基礎。這些機關爭議程序的出發點既非具體的法律草案，也不是關於什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法中之5%門檻條款保留之爭議。

### III. 對權利之侵害或有直接侵害之虞

在聯邦憲法法院法第64條第1項之意義下，聲請人亦有權聲請(vgl. BVerfGE 4, 144 <147 f.>; 27, 44 <51>; 60, 53 <63>)。渠已足夠具體釋明，聲請相對人藉由系爭對權利影響重大之措施侵害渠源於憲法所保障之權利或有直接侵害之虞(unmittelbare Gefährdung)。

聲請人並不因為未參與立法程序即喪失聲請權限。對於自己權利之「侵害」或「直接侵害之虞」也不要求，利害關係人必須是措施相對人，抑或該措施正是有目的地針對他而來。當聲請人必然也受到該措施波及時

(mitbetroffen)，自己權利之侵害或直接侵害之虞毋寧已經存在(vgl. BVerfGE 62, 1 <32>; Clemens, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, 1987, S. 1261 <1282>)。聲請人參與什列斯威－霍爾斯坦邦之地方選舉，將因為5%門檻條款之維持，而影響渠機會平等以及選舉平等之權利，從而影響渠地位權利(statusmäßige Rechten)。

聲請人也充分釋明，透過鄉鎮及縣選舉法第10條第1項之5%門檻條款之維持，渠源自什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3條第1項(選舉平等)及基本法第21條第1項之權利(政黨機會平等)可能已受侵害。

### IV. 期間之遵守

依據聯邦憲法法院法第73條第2項連結第64條第3項，邦機關爭議之程序聲請必須在聲請人知悉系爭措施或不作為後6個月內提出。

聲請人于2007年4月4日向聯邦憲法法院提出聲請，自2006年12月13日起算，仍然在6個月期間內。

### C. 訴訟參加合法

左翼黨及什列斯威－霍爾斯坦邦黨部之參加，符合聯邦憲法法院法第65條第1項規定，係為合法。

政黨不僅在機關爭議程序有當事人能力，有權透過機關訴訟指摘其在選舉法領域之憲法地位遭受侵害，也有權參加訴訟程序。倘若一政黨以其

相對於其他憲法機關之憲法地位為根據，進行機關爭議程序，其他政黨通常可以參加(vgl. BVerfGE 20, 18 <24>)。

左翼黨充分同意聲請人之聲請及論述。與聲請人相同，參加人身為政黨，也可能因為系爭5%門檻條款而有權利受損。提議廢除5%門檻條款之法律草案遭到否決，也涉及政黨機會平等，從而涉及參加人身為政黨之地位。

由於機關爭議程序在左翼黨參加之際已經繫屬，故無理由依據聯邦憲法法院法第64條規定之期間禁止渠參加此一程序(vgl. BVerfGE 92, 203 <229>)。使爭訟資料盡可能廣泛呈現並受法律評價，毋寧是憲法價值。

#### D. 聲請人之請求有理由

聲請人之請求有理由。聲請相對人於2006年12月13日之會議中否決綠黨黨團關於鄉鎮及縣選舉法第10條第1項之5%門檻條款修正案，從而無充分理由保留門檻條款，侵害聲請人及參加人依據什列斯威－霍爾斯坦邦憲法（以下稱邦憲法）第3條第1項以及基本法第21條之權利。

#### I. 聯邦憲法法院之地位及審查標準

依據基本法第93條第1項第5款以及第95條，聯邦憲法法院此處係居於什列斯威－霍爾斯坦邦邦憲法法院之地位。因此審查標準為邦憲法(vgl. BVerfGE 27, 240 <244>; Löwer, in:

Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 70 Rn. 53; Sturm, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 99 Rn. 6; Wilke, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 44 Rn. 4)。唯有當基本法之特定規定例外在邦憲法中作為不成文要素產生作用時，始能審查是否違反基本法(vgl. BVerfGE 103, 332 <357 f.>; Sturm, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 99 Rn. 6; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: Dezember 1995, § 73 Rn. 47 f.)。

#### II. 立法者有義務審視5%門檻條款

1.a)對於什列斯威－霍爾斯坦邦之地方選舉而言，選舉之平等原則來自邦憲法第3條第1項規定，其係重述依據基本法第28條第1項業已具有拘束力之選舉法基本原則（依據基本法第38條第1項）(Wuttke, in: Schmalz/Ewer/von Mutius/Schmidt-Jortzig, Staats- und Verwaltungsrecht für Schleswig-Holstein, 2002, S. 35; Meyer, Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht, 1990, S. 57)。其解釋得援引聯邦憲法法院對於基本法第38條第1項第1句之判決，因為選舉法基本原則之內容在聯邦及邦層次上一致(vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl.

2002, § 1 Rn. 18; ders., in: Friauf/Höfling <Hrsg.>, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Stand: Dezember 2007, Art. 38 Rn. 16; Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein- Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, S. 273 f.; Caspar, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig- Holstein, 2006, Art. 3 Rn. 25)。

選舉平等原則確保作為民主原則前提之國家人民平等性(vgl. BVerfGE 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 f.>; 99, 1 <13>)。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 (vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>)。選舉之平等原則要求，所有國民能夠盡可能以形式上相同之方式行使積極及消極選舉權。此原則是以嚴格及形式平等之意義予以理解 (vgl. BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 f.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>)。

選舉法之選舉平等原則要求，每一位選舉權人之選票原則上必須具有相同的計算價值(Zählwert)以及在法律上就結果有相同的機會。所有選舉人投下的選票應該對於選舉結果有相同的影響。

b)選舉平等原則在多數決選舉制

度(Mehrheitswahlsystem)以及比例選舉制度(Verhältniswahlsystem)中作用方式不同。所投選票中，唯有投給獲得多數支持之候選人者，始分配到代表，此符合多數決選舉制度之目的；反之，投給僅有少數支持之候選人之選票則在分配代表席次時未獲考慮。此處，選舉平等原則在所有選票相同計算價值之外，僅要求在選舉時，以盡可能大小相同的選舉區為基礎，從而所有選舉人能以大致相同的選票價值參與創設過程(Kreationsvorgang) (BVerfGE 95, 335 <353>)。

相對地，在比例選舉制度中，選舉平等原則意味著每一位選舉人的選票對於代表的組成必須具有相同的影響力(vgl. BVerfGE 1, 208 <246 f.>; 16, 130 <139>; 95, 335 <353>)。比例選舉制度旨在使所有政黨中以盡可能與所獲票數相同之比例在該選舉機關中獲得代表。在比例選舉制度中，除計算價值平等(Zählwertgleichheit)之外，還加上結果價值平等(Erfolgswertgleichheit)。

c)邦憲法對於地方選舉並未規定特定選舉制度。立法者原則上可自由選擇多數決或比例選舉制度(vgl. BVerfGE 6, 104 <111>; Klein, in: Maunz/D ü rig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 158; von Mutius, in: von Mutius/Wuttke/Hübner, Kommentar zur Landesverfassung

Schleswig - Holstein, 1995, Art. 3 Rn. 2; Wuttke, in: Schmalz/Ewer/von Mutius/Schmidt-Jortzig, Staats- und Verwaltungsrecht für Schleswig-Holstein, 2002, S. 22; a.A. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 31)。立法者同樣也有權決定將兩種選舉制度相互結合。然而基本法以及邦憲法就選舉法之形塑所賦予立法者之廣泛決定空間，並非毫無限制。雖然有各種設計可能性，立法者毋寧負有義務，依所擇選舉制度之基本要素，在結果上正確予以形塑，不得引進違反結構之要素 (vgl. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 31)。

選舉法必須符合選舉權之基本原則。立法者在形塑選舉法時負有義務，在各個選舉制度中維護選舉之平等。當他決定某一選舉制度時，必須遵守適用於各該制度框架內之選舉平等標準 (vgl. BVerfGE 95, 335 <354>)。

2. 對政黨而言，被選舉人之機會平等原則奠基於基本法第21條第1項。若民主植基於意見及利益的自由競爭，則意見不同之各政黨及團體必須能夠在相同條件下、有相同機會參與政治競爭。因此政黨機會平等權理所當然是民主基本秩序之要素 (vgl. BVerfGE 1, 208 <242>)。此源於政黨設立自由及多黨原則對於自由民主之

重大意義，並源於基本法所欲之人民意見及意志形成之自由及公開過程 (Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 1 Rn. 22; Achterberg/Schulte, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Februar 2007, Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 15)。

機會平等原則在內容上要求，每一個政黨、政治團體及其候選人原則上在整個選舉程序中被賦予相同機會，從而在席次分配上也有相同機會。政黨選舉時之機會平等權在邦層次上由基本法第21條第1項不成文之憲法地位所導出，其亦直接適用於邦，並且為邦憲法之要素 (vgl. BVerfGE 1, 208 <227>; 6, 367 <375>; 60, 53 <61>; 66, 107 <114>; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: Dezember 1995, § 73 Rn. 48; Wilke, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 44 Rn. 4, 16; vgl. auch SaarlVfGH, Urteil vom 26. März 1980 - Lv 1/80 -, NJW 1980, S. 2181 <2182>; VfGH NW, Urteil vom 29. September 1994 - VerfGH 7/94 -, NWVBl 1994, S. 453)。

政黨之機會平等權與選舉之普通及平等原則緊密相關，後者的形成係透過民主原則。因此在此領域平等必

須以嚴格暨正式意義予以要求，如同選舉之普通及平等原則所蘊含之選舉權人之平等對待。故當公權力以可能改變政黨平等之方式介入政黨競爭，其裁量必須劃設特別狹隘之界限(BVerfGE 85, 264 <297>)。正因為各國會多數某程度正是在這些涉及政黨競爭條件規則下活動，因此在此範圍內也必須嚴格審查。

3. 什列斯威－霍爾斯坦邦在其鄉鎮及縣選舉法中依照比例選舉之基本原則確立其選舉制度。在什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法中所存在之直選代表可能性並沒有打破比例選舉制度，因為所獲選票同時也是（政黨）名單之票數(zugleich als Votum für die Liste gilt)，議席將依照總票數扣除直選席次後予以分配。立法者選擇比例選舉制度以後，有義務確保選票不僅在計算價值上，在結果價值上也平等。

鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定之5%門檻條款致使選票之權重不同。所有選票之計算價值未因5%門檻條款而有所改變，但選票之結果價值卻有不相同之待遇，端視選票係投給得以囊括5%以上選票之政黨，或是未能跨越5%門檻條款之政黨而定。選票若係投給能囊括5%以上選票之政黨，則依照比例分配(Verhältnis-ausgleich)對於席次分配產生直接影響。反之，選票若是投給未能跨越

5%門檻條款之政黨，則毫無效果。5%門檻條款致使這些選票在此範圍內喪失結果價值。

聲請人之機會平等權同時也因為5%門檻條款而受損(vgl. BVerfGE 6, 104 <112>)。此時所涉及者並非僅止於不重要及可忽略之不利益(eine unerhebliche und zu vernachlässigende Benachteiligung)。這經由聲請人所提資料可資確認，蓋渠提出什列斯威－霍爾斯坦邦2003年地方選舉之最終結果，闡述渠於不同之縣中未能跨越5%門檻條款，因此無法和其他跨越5%障礙之政黨以相同方式參與席次分配。

4. 選舉平等之基本原則如同政黨機會平等原則，並非絕對禁止差別待遇(Differenzierungsverbot)。然而由選舉平等及政黨機會平等基本原則的形式性格可推導出，對於選舉法規定，立法者就差別待遇只剩下狹隘的衡量空間(ein eng bemessener Spielraum)。再者，立法者有義務，審視涉及選舉平等及機會平等之選舉法規範，必要時甚至予以修改，倘若此一規範之憲法正當性由於新發展而有所疑義。

a) 就選舉平等之差別待遇正當性之審查，原則上採取嚴格標準(vgl. BVerfGE 82, 322 <338>; 93, 373 <377>; 95, 408 <418>; Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, §

1 Rn. 20; ders., in: Friauf/Höfling <Hrsg.>, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Stand: Dezember 2007, Art. 38 Rn. 52, 83)。聯邦憲法法院此處向來要求必須有急迫理由 (dem Erfordernis eines „zwingenden Grundes“)(seit BVerfGE 1, 208 <248 f.>; vgl. auch BVerfGE 95, 408 <418>)

。然而這並不意味著，憲法要求差別待遇必須是必然的或需要的，如同選舉平等基本原則與其他選舉法基本原則或其他基本權利相衝突時可能發生的情形一樣。選舉法差別待遇之正當化理由也可以是藉由憲法正當化並且其重要性與選舉平等相稱者 (vgl. BVerfGE 95, 408 <418>)。它們毋須是憲法要求實現之目標。在此脈絡下，「充分的」(zureichende)、「源於人民代表選舉事務領域本質所生之理由」毋寧亦為已足 (vgl. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>; 95, 408 <418>)

。尤其包括為了實現該選舉所謀求之目標。確保選舉之性質為人民政治意志形成之整合過程，以及維護當選之人民代表之運作能力，即屬之 (BVerfGE 95, 408 <418>)。

差別待遇規定必須是為了達成其目標所適當的、必須的。因此所容許之範圍也依照（平等）選舉權將受侵害之強度而定。穩固的法律確信以及法律實務同樣可以受到尊重。立法者之預估及評價不能以抽象建構之情境

為依歸，而應取向於政治現實 (BVerfGE 95, 408 <418 f.> m.w.N.)。倘若立法者以差別待遇規定追求其塑造選舉法時所不容許之目標，或是該規定對於各該選舉所欲追求目標之達成而言不適合或不必要，則將違反選舉平等以及政黨機會平等之基本原則。

b) 立法者有義務，審視涉及選舉平等及機會平等之選舉法規範，必要時甚至予以修改，倘若此一規範之憲法正當性由於新發展而有所疑義，例如由於立法者引為前提之事實或規範基礎發生變化，或是當初發布規範時就其影響所為之預測已經證明為錯誤 (Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: März 2007, Art. 38 Rn. 123 unter Hinweis auf BVerfGE 73, 40 <94>; 82, 322 <338 f.>; 107, 286 <294 f.>)。

聯邦憲法法院很久以前即已強調，比例選舉法中之門檻條款與選舉平等以及政黨機會平等之相容性判斷，無法抽象地一試定終生。一項選舉法規範可能在某一國家之某一特定時點具備正當性，但在其他國家或是其他時點則否 (BVerfGE 1, 208 <259>; 82, 322 <338>)。因此，曾經被視為容許之門檻條款並非在任何時間均無憲法上之疑慮。當一個國家內部情勢重大變更時，則毋寧可能產生不同之憲法判斷。當選舉法之立法者發現此一意

義下之情勢變更，必須納入考慮。

什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法之5%門檻條款於1959年引進之初是否合憲，可置而不論；蓋門檻條款應否繼續保持，決定關鍵唯有當前之情況。有鑑於此，聯邦憲法法院於2003年3月11日就什列斯威－霍爾斯坦邦地方選舉法5%門檻條款之裁判中確認，1995年地方憲法之修改（引進專職市長及邦參議之直接選舉）可能剝奪門檻條款之正當性，從而建立聲請相對人之審視及改善義務(eine Überprüfungs-und Nachbesserungspflicht) (vgl. BVerfGE 107, 286 <296>)。

### III. 下述理由均無法正當化5%門檻條款

依照這些標準無法正當化保留5%門檻條款對於聲請人所帶來之平等選舉權以及機會平等權利之侵害。

1. 下述理由無法正當化5%門檻條款：其有助於使憲法敵對或（右翼）極端政黨遠離地方代表機關之參與。防阻政黨鬥爭在此脈絡下是一個與本質無關之動機(vgl. BVerfGE 1, 208 <257>)。5%門檻條款不只是對（不希望的）極端政黨產生作用，而同樣涉及所有政黨，包括地方政治團體以及個別候選人。對抗違憲政黨，基本法第21條第2項有程序規定可供使用。此外，只要聯邦憲法法院尚未透過判決宣告某政黨違憲並解散之，上開規定禁止國家與之對抗(vgl. BVerfGE

111, 382 <410>)。選舉立法者無權透過引進或保留門檻條款，具目標性地將特定政黨排除在共同參與政治意志形成之外(Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <456>)。

2. 確保政治權力取向於大眾福祉，現今也不能視為什列斯威－霍爾斯坦邦之地方代表選舉保留5%門檻條款之急迫理由。

未設限之比例代表制在比例選舉法框架中，雖然容易使得那些主要僅代表部分利益、缺乏取向於整體福祉之政治綱領的小團體也能擁有代表(vgl. BVerfGE 51, 222 <236>)。因此聯邦憲法法院於5%門檻條款在聯邦及歐洲層次之正當性中討論此一觀點，並強調大政黨在這些選舉中之意義(vgl. BVerfGE 6, 84 <92>; 51, 222 <236>)。

無論這些觀點是否以及在多大範圍內能夠正當化聯邦層次之5%門檻條款，它們至少在地方層次無法予以正當化。地方憲法以及地方實相係由鄉鎮居民自決權之思想所形塑。即使尤其在較大之鄉鎮或縣，居民之意志形成大多由政黨所造就，然而由地方自治行政之保障可以得出，地方代表團體候選人之選擇必須無論如何也可能依照個別特殊目標，因此可以不專屬保留給依其本質及結構主要以國家

整體為取向之政黨。受束於地方、僅追求地方利益之政治團體（市政廳政黨或選舉人協會）(Rathausparteien oder Wählervereinigungen)的選舉建議權，以及其候選人平等參與地方選舉之機會也必須受到維護(BVerfGE 11, 266 <276>)。

此外，地方選舉法中之5%門檻條款也對多年來活躍於聯邦及邦層次之政黨產生作用。哪一政黨或候選人團體最能代表人民之利益，並非由選舉法立法者決定，而是選舉權人(vgl. VfGH NW, DVBl 1999, S. 1271 <1275>; Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Heinig/Morlok, ZG 2000, S. 371 <382>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <456 f.>)。

3.確保人民代表之運作能力原則上可以正當化5%門檻條款帶來的不平等，然而就地方選舉，必須注意依照各邦法律及事實基礎產生之地方代表機關特殊性。

a)在比例選舉制度中，被視為平等選舉權差別待遇的正當化理由之一者，是聯邦憲法法院判決中一再重申之確保所選出人民代表之運作能力(vgl. etwa BVerfGE 1, 208 <247 f.>; 4, 31 <40>; 6, 84 <92, 93 f.>; 51, 222 <236>; 82, 322 <338>)。對於立法機關之選舉，聯邦憲法法院多次闡釋，比例選舉可能導致國會有許多小團體

代表，阻礙穩定多數之形成或是導致形成困難。倘若將忠實反映全體選民政治意見光譜之原則貫徹到底，將產生立法團體無運作能力之危險，尤其是不再能夠創設有行動能力的政府(vgl. BVerfGE 1, 208 <248>)。法治國中廣泛的立法工作以特別程度要求政府和國會間之合作。政府必須盡可能持續受到國會多數信賴之支持，俾於通過迫切的法案時，不會時常瀕臨喪失支持者之危險(BVerfGE 6, 84 <94>)。人民代表中清楚的多數對於其任務之達成不可或缺。因此立法者允許在比例選舉中就選票之結果價值採取差別待遇，只要這是為了確保選舉作為政治意志形成之整合過程以利整體選舉制度之一致性，以及確保選舉所要追求之目標，所絕對必要(BVerfGE 51, 222 <236>)。

b)聯邦議會及邦議會選舉之5%門檻條款有其必要，但不能直接推導出門檻條款對於地方代表機關之運作能力也具有必要性。雖然在地方選舉法中，為了維護所選機關之運作能力，原則上也可以考慮就選舉平等以及政黨機會平等基本原則採取差別待遇(Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <452>)。然而在此範圍內必須提出哪些要求以及它們是否確實被實現，對於地方選舉法必須另外判斷。限制選舉平等以及機會平等基本原則，是否為維護地方

代表機關之運作能力所必須，只能就所選機關之具體運作加以判斷(vgl. BVerfGE 6, 104 <115>)。

此處必須考慮，鄉鎮代表會和縣議會並非國家法意義下之國會(vgl. BVerfGE 65, 283 <289>; 78, 344 <348>; BayVerfGH, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, 1952, N.F. Band 5, S. 66 <76>; Wurzel, Gemeinderat als Parlament?, 1975, S. 170 ff.; Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 284)。地方代表團體旨在完成作用範圍以地方為限之任務，與國會行使國家權力無法相提並論。鄉鎮代表會是行政的一個機關，首先被賦與行政活動。不同於國會，鄉鎮代表會和縣議會並不從事立法活動。雖然代表機關採合議制結構(die kollegiale Struktur)並有制定章程之權限也無礙於此項事實。地方代表機關也沒有創設一個類似於政府之執政委員會之功能。最後，地方代表機關之決定處於法律監督之下(什霍邦鄉鎮規章第123條)。

4.將選舉所謀求之目標，即確保人民代表大會之運作能力，與選舉平等及政黨機會平等之要求取得平衡，

原則是立法者的任務。聯邦憲法院必須尊重其空間。尤其不能承擔立法者在立法過程之任務，不能自行調查為了審視5%門檻條款所有重要相關之事實及法律觀點，並且相互衡量(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <449>)。

門檻條款之使用植基於立法者對於小黨派進駐之蓋然率、未來可能之運作能力障礙以及對於地方代表機關完成任務之重要性等之評估。作成預估決定時(vgl. hierzu Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 157 ff.)立法者不得僅以地方代表機關之作用能力受損之純粹理論上可能性以正當化其侵害。選舉立法正存在這樣的危險，各個國會多數係以自身權力之獲取作為引導目標，而非有關大眾福祉之考慮(vgl. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 37, § 46 Rn. 30; Linck, Jura 1986, S. 460 <464>; Becht, Die 5 %-Klausel im Wahlrecht, 1990, S. 120 f.)。在邦議會中獲有代表之政黨可能堅持5%門檻條款，俾將來自較小政黨及地方政治團體之競爭盡可能縮小(von Arnim, in: Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 453 <454>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef

Isensee, 2007, S. 441 <449 f.>。因為這個理由，選舉法的設計也處於嚴格的憲法監督之下。故立法者不得自由決定，欲將何種程度之運作干擾可能性納入考慮。否則將使得法院對立法者預估決定之監督，包括其事實上基礎之監督，成為不可能。

準此，一個普遍而抽象的論據，亦即廢除5%門檻條款將使得較小政黨和政治團體容易進入地方代表機關致使此機關中之意志形成困難，無論如何無法正當化對於選舉平等及機會平等原則之侵害。唯有當地方代表機關運作能力的預期損害有相當之可能性(mit einiger Wahrscheinlichkeit)時，始能正當化5%之門檻條款 Ehlers, Jura 1999, S. 660 <665>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <450>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>; Caspar, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 3 Rn. 44)。

雖然廢除5%門檻條款看來非常可能使得較多政黨及選舉人協會進入地方代表機關。多數意見形成以及決議的作成也可能因為此一理由而較為困難。相互攻擊的黨團越少，必須處理的立場越少，決議的作成就可以越容易。另一方面，單純是「容易化」或「簡化」決議的作成並不足以正當化5%門檻條款對於政黨選舉平等及

機會平等之侵害(ebenso BerIVfGH, Urteil vom 17. März 1997 - VerfGH 90/95 -, LKV 1998, S. 142 <144>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <451>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>)。蓋民主是以不同立場相互激盪並謀求妥協作為前提(vgl. BerIVfGH, LKV 1998, S. 142 <144>; Antoni, ZParl 1980, S. 93 <103>; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>)。並不是在地方代表團體中的每一種衝突、每一項政治爭論均可以被視為運作能力的障礙(VfGH NW, DVBl 1999, S. 1271 <1273>; Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 200)。

5.什列斯威－霍爾斯坦邦依照法律及事實狀態，為了確保地方代表團體之運作能力必須保留5%門檻條款的充分理由並不明顯。聲請相對人既未在立法程序中亦未在聯邦憲法法院面前清楚說明具備這樣的理由。

a)就立法者之預估決定而言，什列斯威－霍爾斯坦邦中地方憲法的設計舉足輕重。地方代表機關的法定職權及工具尤其重要，以避免無法決定或是遭受小團體之干擾(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <449>)。

依照什霍邦鄉鎮規章第1條第1項

，鄉鎮就自己事務有自由之自治行政權。它們有權並且在承擔能力範圍內負有義務，在行政區域內以自己責任完成所有公共任務。鄉鎮代表會就自治行政事務作成所有對鄉鎮而言重要的決定（什霍邦鄉鎮規章第27條第1項第1及第2句）。它們必須作成所有重要的地方政治決議。尤其鄉鎮代表會具有下列專屬權限：頒布、修改及廢止地方章程、設置或廢除提供地方日常生活所需之公共機構、以及促進地方經濟之措施（什霍邦鄉鎮規章第28條）。此外，鄉鎮代表會還有創設功能(Kreationsfunktion)，其中包括選舉委員會成員（什霍邦鄉鎮規章第46條第1項）、委員會成員代表（什霍邦鄉鎮規章第46條第4項）、各委員會主席（什霍邦鄉鎮規章第46條第5項）、以榮譽職治理之鄉鎮的市長及副市長（什霍邦鄉鎮規章第52條）、以專職治理之鄉鎮的鄉鎮代表會主席（什霍邦鄉鎮規章第33條）以及副市長（什霍邦鄉鎮規章第52條）。縣議會也有相類似的任務。

b)因此地方代表機關運作能力的損害將具有高度重要性。然而在專職之市長或邦參議直選之後，重要人事決定之一現在由人民直接為之。此外，有鑑於鄉鎮及縣規章的規定尤其確保地方代表們即使在通常的法定人數未能達成時（例如藉由拖延）亦有決定能力，故完全地無運作或決定能力

不太會發生。也無須嚴肅擔憂危及委員會中之工作。最後，關於預算暫時執行（什霍邦鄉鎮規章第81條，什霍邦縣規章第57條結合什霍邦鄉鎮規章第81條）以及超乎計畫或計畫外支出之規定（什霍邦鄉鎮規章第82條，什霍邦縣規章第57條結合什霍邦鄉鎮規章第82條），確保預算經營管理之適正進行，即使就預算案未作成決議（Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <455>）。

aa)在引進專職治理之鄉鎮之市長及邦參議之直接選舉以後，在什列斯威-霍爾斯坦邦地方選舉法中迄今據以支持5%門檻條款之主要元素已經喪失(vgl. auch LVerfG M-V, Urteil vom 14. Dezember 2000 - LVerfG 4/99 -, LKV 2001, S. 270 <274 f.>; VfGH NW, NWVBl 1994, S. 453 <457>; so auch Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <453>)。聯邦憲法法院在1957年1月23日對於北萊茵-威斯特法倫邦地方選舉法5%門檻條款之判決中闡釋，（鄉鎮）參議會(der (Gemeinde-)Rat)必須透過選舉指定各種委員會，尤其是主要委員會；它尤其必須選出鄉鎮執行長(Gemeindedirektor)以及副執行長(Beigeordneten)，負責執行行政事務。過去為選出專職市長及邦參議需要穩定多數，而它可能因為小黨派出現在地方代表會或縣議會而受到危害，

但自從什列斯威－霍爾斯坦邦1995年修改地方憲法以後，上述需要已經不存在了(von Arnim, DVBl 1997, S. 749 <757>; ders., DVBl 1999, S. 417 <420>; ders., in: Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 453 <457>; Meyer, in: Mann/P ü ttner <Hrsg.>, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 74)。

專職市長及邦參議自從直選以後，即不再依賴人民代表之信任。人民直接選舉確保專職市長及邦參議具備特別之制度上獨立性。人民對他們的罷免(Abwahl)雖然在加重條件下可以由鄉鎮代表會或縣議會預作準備，但最後是由一個市民決定(B ü rgerentscheid)為之（什霍邦鄉鎮規章第57d條，什霍邦縣規章第47條）。再者，此職務與地方代表機關之選舉週期並未相互連結。鄉鎮及縣代表之選舉週期為5年(鄉鎮及縣選舉法第1條第1項第1句)。相對地，專職市長及邦參議則至少6年及最長8年選舉一次（什霍邦鄉鎮規章第57條第4項第1句，什霍邦縣規章第43條第4項第1句）。藉由鄉鎮及縣規章中上述規定，專職市長及邦參議必須並能夠與地方代表機關合作，即使後者當中之政黨多數不必然與自己的政黨屬性相符。這些觀點強化市長及邦參議相對於鄉鎮

代表會或縣議會之地位(Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rn. 262)。

市長的直接選舉已經大幅度保障一個獨立於鄉鎮代表會多數之外、可運作的鄉鎮行政，邦參議的情形亦同(Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2001, S. 270 <273>)。因為市長以自己職權，為鄉鎮行政的領導、為實質及經濟面任務之完成、為行政之事務進行等，承擔獨自而廣泛之責任。市長執行鄉鎮代表會及各委員會之決議。他具有不可剝奪之人事決定權，包括公務員法、勞動法、勞資法各方面，以支應鄉鎮服務人力。再就必須立刻執行的緊急措施，市長有緊急決定權(Eilentscheidungsrecht)。而就委辦任務(Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung)之執行（什霍邦鄉鎮規章第3條），市長具有自己的機關功能。最後，市長是鄉鎮的法定代理人（什霍邦鄉鎮規章第56條）。

反之，在榮譽職治理之鄉鎮，鄉鎮代表會始終負責市長的選舉（什霍邦鄉鎮規章第52條第1項第2句）。在什霍邦鄉鎮規章第40a條第2及3項之要件下，鄉鎮代表會亦得撤銷市長職務。市長任期與鄉鎮代表會之選舉時間相扣連（什霍邦鄉鎮規章第48條第1項第1句之第二半句）。但這仍然不能正當化5%門檻條款之保留。蓋於所有以榮譽職治理之鄉鎮，候選人為

了依照鄉鎮及縣選舉法第10條第2項在鄉鎮代表會中確定獲得席次，無論如何必須取得至少5%的選票。儘管可能有不同的個案，這所謂的事實上門檻條款(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <454>; Sundermann, DVP 2000, S. 26 <29>; BayVerfGH, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, 1952, N.F. Band 5, S. 66 <83>)植基於，在什列斯威－霍爾斯坦邦所有以榮譽職治理之鄉鎮居民人數都少於1萬人，故依照鄉鎮及縣選舉法第8條最多僅選出19個鄉鎮代表。就一個選出19個席次的委員會而言，5%已經構成事實上的門檻條款。在較小的鄉鎮中，事實上的最低門檻高於5%，以致於5%在當地通常不會產生作用。廢除鄉鎮及縣選舉法第10條第1項規定之門檻條款，在所有以榮譽職治理之鄉鎮事實上不會產生作用，而這類鄉鎮佔什列斯威－霍爾斯坦邦鄉鎮總數的95%。

bb)即使在鄉鎮代表會或縣議會有數目較多之黨團或個人代表，也不會長期危害地方代表會作成決議及有效進行選舉之能力(vgl. Meyer,

Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht, 1990, S. 213 f.; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <454>)。

除法律另有規定外，對於實質決定，相對多數決即已足夠（什霍邦鄉鎮規章第39條第1項第1句，什霍邦縣規章第34條第1項第1句）。對於提案(Anträge)，可投贊成票、反對票以及棄權。當贊成提案之票數多於反對票，決議即告成立。計算相對多數時，棄權票不納入考慮。

選舉原則上採最多數決程序(Meiststimmenverfahren)（什霍邦鄉鎮規章第40條第3項第1句，什霍邦縣規章第35條第3項第1句），故僅取決於一候選人所獲得之票數。一候選人比另一位推薦候選人多出至少一票，即為當選。對某一人的選舉只可能因為另一位推薦候選人獲得較多票數而受到阻礙。在極端案例中，倘若其他人都棄權，候選人僅得一票即可當選(Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig - Holstein, 5. Aufl. 2007, § 40 Anm. 1 zu Abs. 3)。若有二位或更多位候選人獲得相同票數，則抽籤決定選舉結果（什霍邦鄉鎮規章第40條第3項第2句，什霍邦縣規章第35條第3項第2句）。

當一黨團提出要求，鄉鎮代表會及縣議會之委員會成員選舉、鄉鎮主席及由政黨推薦之地方諮議會

(Ortsbeiräten)人選，亦得依照比例選舉程序(Verhältnismahlverfahren)進行（什霍邦鄉鎮規章第40條第4項第1句、第46條第1項第1句，什霍邦縣規章第35條第4項第1句、第41條第1項第1句）。此時僅僅黨團有權以提出選舉建議名單之方式，呈送選舉建議。比例選舉程序之目的在於將鄉鎮代表會之政治實力狀況反映在各委員會中，但此時該程序可能有利於較小的黨團。對各個名單所投出之整體票數構成依照d'Hondt'式最高數計算法分配席次之計算基礎。在地方代表會中既存之小黨派或個人代表如何能夠影響有效選舉之進行能力，並不明顯。

cc)鄉鎮及縣章程定有特殊規則，其確保地方代表們即使在未能維持作成決議之法定最低人數之際，也有決定能力(vgl. Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <455>)。

當鄉鎮代表或縣議會議員出席達法定人數之半時，鄉鎮代表會及縣議會原則上即有決議能力（什霍邦鄉鎮規章第38條第1項第1句，什霍邦縣規章第33條第1項第1句）。鄉鎮及縣章程不僅規定席次出缺以及依照什霍邦鄉鎮規章第22條具有除名理由之情形（什霍邦鄉鎮規章第38條第2項第2句，什霍邦縣規章第33條第2項第2句），也就第一次會議對提案未能產生決議能力之情形加以規定（什霍邦鄉鎮

規章第38條第3項，什霍邦縣規章第33條第3項；vgl. auch BayVerfGH, Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, 1952, N.F. Band 5, S. 66 <77>）。這在實務上尤其涉及鄉鎮代表會或縣議會中有若干成員離開該會議所導致。在重新磋商相同提案所召開之第二次會議中，則不適用什霍邦鄉鎮規章第38條第1項及什霍邦縣規章第33條第1項之決議能力規定。只要有至少3位鄉鎮代表或縣議會議員出席，鄉鎮代表會或縣議會即可不考慮到場成員人數，而有決議能力（什霍邦鄉鎮規章第38條第3項第1句，什霍邦縣規章第33條第3項第1句）。

dd)此外，各個委員會運作能力之損害也無法由下列理由導出：廢除5%門檻條款之後，鄉鎮代表們可能由較多黨團及個人代表組成。一般而言，合議制委員會(Kollegialgremium)越大，意志形成就越困難、越複雜，此處亦復如此(Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 2007, § 45 Anm. 1 zu Abs. 2)。然而鄉鎮依照什霍邦鄉鎮規章第45條第2項可以自由決定常設委員會（在專職治理鄉鎮必設之主

要委員會是為例外)、其任務領域及成員數目。它可以專以合目的性考慮出發。委員會之大小是否保障所有黨團均可共同參與其中,在此無關緊要。在鄉鎮代表會中擁有特定數量之席次並未使得黨團有權要求提高委員會席次(Dehn, in: Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 2007, § 45 Anm. 1 zu Abs. 2)。準此,廢除5%門檻條款不必然導致在一個委員會中有投票權之成員增加。

依照什霍邦鄉鎮規章第46條第2項第4句,雖然未隸屬黨團之鄉鎮代表們有權選擇一個委員會擔任諮詢員(beratendes Mitglied),故廢除5%門檻條款可能提高諮詢員數量並使得程序較難進行。此項情形並無法正當化5%條款之保留。少數之參與毋寧符合人民代表通常之實務情形以及委員會工作之意義。透過委員會準備決議,正也有助於考慮少數黨團之政治意見。此外,個人參與委員會在鄉鎮及縣章程並不陌生。什霍邦鄉鎮規章第46條第3項及什霍邦縣規章第41條第3項即規定個別人民之參與,此時這些人民不屬於鄉鎮代表,但卻是專業委員會中有投票權之成員,只要鄉鎮各自的主要章程(Hauptsatzung)納入此規定。

c)門檻條款之判斷原則上取決於什列斯威-霍爾斯坦邦的狀況(vgl.

BVerfGE 107, 286 <296>; vgl. auch BVerfGE 6, 104 <119 f.>)。但在作成預估決定時,其他沒有5%門檻條款的各邦經驗仍然不能完全忽略(vgl. auch Meyer, Kommunales Parteien- und Fraktionenrecht, 1990, S. 216; von Arnim, DVBl 1997, S. 749 <757>; ders., DVBl 1999, S. 417 <420>; Ehlers, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein- Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, 2002, S. 273 <292>; Puhl, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 441 <453 f., 457>; Meyer, in: Mann/Püttner <Hrsg.>, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 74)。因此,當什列斯威-霍爾斯坦邦與一個就地方選舉法未設有門檻條款之他邦,在地方憲法(地方代表、主要行政官員及委員會三者間之任務劃分)、地方選舉法、地方結構、政黨版圖以及市民積極參與政治團體或作為個別候選人等方面,存在重要的吻合,這對憲法判斷而言是重要的(vgl. BVerfGE 107, 286 <296>)。

儘管各地方憲法和邦結構有所不同,但以地方結構的根本差異作為門檻條款之論據,在今日幾乎不再能夠獲得確認(vgl. Meyer, in: Handbuch

des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 46 Fn 158; Ehlers, Jura 1999, S. 660 <666>。自從幾乎城市邦以外之所有邦(Flächenländern)改革地方憲法之後，各地方憲法毋寧存在根本的一致性 (von Arnim, DVBl 1997, S. 749 <749, 752 f.>)。因此在預估缺乏5%門檻條款是否將大幅限制地方代表們的運作能力時，也必須考量，在未設有5%門檻條款的其他各邦，未聽聞地方代表們的運作能力遭受嚴重干擾(vgl. Meyer, in: Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. 2005, § 46 Rn. 42; Heinig, NWVBl 2000, S. 121<123 f.>; Nordrhein-Westfalen LTDrucks 12/2455, S. 22)。

d)此外，地方代表機關中之團體數目受到5%門檻條款之影響程度，毋寧遠低於受到各自鄉鎮或縣規模的影響。如同專業鑑定人Holtmann教授於言詞辯論中所闡述，將黑森、北萊茵－威斯特法倫邦、梅克倫堡－佛波門邦等三個邦，與萊茵蘭－普法爾茨邦(Rheinland- Pfalz)及圖林根兩個邦相比較。前者在1990至2006年間先後廢除地方選舉法中的門檻條款，而後者仍舊保有門檻條款。比較後發現，地方選舉法中門檻條款的存在，對於選舉參與及候選人數沒有可證明的影響。反之，5%門檻條款的存在對於各個地方代表機關中之代議團體的數目，有極低度之有限影響。依照地

方規模等級將上述資料分類整理後顯示，地方代表機關中之代議團體的數目與鄉鎮大小成正比，並且與門檻條款之存否無關。準此，地方大小對於地方代表機關中之代議團體的數目有最大的影響力。

#### IV.機關爭議訴訟之裁判

準此，聲請相對人於2006年12月13日之會議中，否決綠黨黨團就鄉鎮及縣選舉法中關於第10條第1項5%門檻條款之修正案，已經侵害聲請人及參加人源自什列斯威－霍爾斯坦邦憲法第3條第1項及基本法第21條第1項之權利。

依照聯邦憲法法院法第72條第2項，聯邦憲法法院在機關爭議訴訟程序中只能確認，系爭措施或不作為是否違反邦憲法之某一特定規定(Umbach/ Dollinger, in: Umbach/ Clemens/ Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 72 Rn. 9; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 44)。相反地，聯邦憲法法院不能確認，某一規範，此處為鄉鎮及縣選舉法第10條第1項，違反什列斯威－霍爾斯坦邦憲法或基本法之權利，並且因而無效。

#### E.墊款償還

聲請人及參加人透過準備及執行本程序，對於問題之澄清有根本性的貢獻。因此根據聯邦憲法法院法第34a條第3項命令償還墊款，應屬適當。

**F.表決數及參與之法官**

本裁判就B及C，以7:1之票數通過。

法官：Hassemer Broß Osterloh  
Di Fabio Mellinghoff  
Lübbe- Wolff  
Gerhardt Landau