

憲法與公民投票

——公投的合憲性分析與公投法的建制

台大法律系教授 許宗力

一、問題的提出

公民投票在台灣島內公開議題化已經很久，如果廖文毅一九四七年在「處理台灣問題意見書」中提及，「台灣的歸屬問題……必須尊重台灣人的意志，應舉行公民投票來決定」¹不算的話，至遲自一九八六年民進黨提出台獨黨綱，主張經由公民投票決定台灣前途，公投議題就已逐漸開始發酵，其後經歷一九九〇年的「台灣公民投票基金會」力主兩岸關係、外交政策、總統選舉方式應經全體公民議決，一九九一年「公民投票促進會」推動以公民投票議決重要政策、重建憲政體制、確保主權國家地位，以台灣名義申請加入聯合國，「人民制憲聯盟」主張公投制定一部台灣新憲法，一九九三年各種版本公民投票法紛紛出籠，到一九九四、九五年間，台北縣、市在沒有明白法源基礎下，猶陸續舉辦公共政策層面的核四公投，而達到最高峰。不過既然說是議題化，就表示公投尚未能得到全民的共識，依舊處在爭辯階段。的確，到今天還是有不少人視公投為洪水猛獸，並根本質疑其合憲性。為釐清其間的若干重要爭點，底下擬先對公民投票作一初步的法政策分析，以明確本文立場，其次略述外國法制暨實施概況，用供比較參酌，再次則是討論公民投票在現行憲法下的容許性，而後再分析公民投票有無入憲必要，以及，肯定的話，應以如何面貌入憲，最後則對公民投票法應有的若干重要建制原則提出個人看法。

在進入實體討論前，有必要對本文所理解的公民投票先作一概念的界

定。基本上，只要是官方所舉辦，由人民直接對「事」，而非對「人」，以投票表達其接受與否的意見，就是本文所稱的公民投票。所稱之「事」，包括法律、議案或個別政策議題，所以以法案為行使對象的創制、複決，以及只針對個別政策議題為行使對象的所謂政策票決(Policy Vote)，都包括在本文所理解之公民投票的概念範疇內。又既然對「事」不對「人」，以人為對象的選舉與罷免自始就排除在外，自不待言。又因本文主要在談公民投票的合憲性，所以討論範圍侷限在憲法秩序下的公民投票，像制憲公投與國際法上民族自決的討論都有意加以放棄。

二、公民投票的法政策分析²

(一) 獲致最大民主正當性 vs. 犧牲少數權利

支持公民投票的主要理由在於其可以獲致最大的民主正當性。因為代議民主制度下，以多數決自各選區選出民意代表做決策的方式，最後可能會造成「多數（選民）服從少數（選民）」的結果。直接民主程序的採行，使得人民無須透過民意代表就能將其意見表現出來，而人民最能信任的莫過於自己，所表現出來的意見必然最為忠實。況且在直接民主程序中，該特定事務決策的做成必須獲得大多數人民的同意。此時，不論是國家權力或者反對力量，都要藉由不斷地溝通、說服以爭取民意的支持，直接民主的多數決原則在實踐上因而遠較代議民主更不容易為特殊利益團體所操縱。而整個議題討論的過程，也正是民意由被型塑到主動形成的過程。所以，基於這種高度的民主正當性，即使認為一般事務應由政府機關處理者，也不反對至少最重要、最根本性的問題應提交公民投票議決。

¹ 參見林勁，「台獨」研究論集，一九九三年，頁三九~八二。

² 關於贊同與反對公民投票的觀點，詳可參閱 Thomas Mayer, Direkte Demokratie als Chance für die politische Kultur, ZRP 1993, S.332ff.; Ulrich Karpen, Plebiszitäre Elemente in der repräsentative Demokratie? JA 1993, S.113ff.; Harlan Hahn/Sheldon Kamienieckim, Referendum Voting: Social Status and Policy Preference, 1987; 吳棟傑，公民投票法制之憲法許容性暨法政策分析，台大法研所碩士論文，一九九五年。

反對者認為，公民投票也容易為特殊利益團體所操縱，因為公民投票活動通常由較具資力的特殊利益團體發起或資助。其可能將複雜而涉及多方面的議題，以過度簡化的方式做資訊的傳佈，進而影響民意的表達與立法議程。如果說直接民主果真不易為特殊利益團體所操縱，那麼更大的危險是其可能危及少數權利。在某議題的公民投票下的個人，由於無法預知何時及何種議題會再度被交付公民投票，因此失去於投票行為中與他人交換支持的動機；而且祕密投票的運用也使得無法判斷對方是否信守諾言，這種情況下，個別投票行為人便會根據他自己對此單一議題的偏好做投票決定。問題在於，「多數決原則」加上「票票等值」對個人偏好強度一視同仁的假設，就可能出現多數人微弱的贊成 / 無關緊要的利害關係勝過少數人強烈的反對 / 事關重大的權益損害的現象。因此，採用直接民主程序，將會越過代議民主所建立的制衡體系以及立法程序的過濾效果，開啟了少數權利被侵害的途徑。這些屬於少數的特殊利益團體(例如：原住民)的訴求也很難獲得多數人的青睞。

(二) 提升政治參與與民主教育 vs. 過度預期人民的決策理性

在公民投票這種由下而上形成政策的過程，廣泛的討論與資訊的流通能使人民對該議題充分地認識，進而以一負責的決策態度做更接近客觀的、更正確的決定。代議民主不再完全主導一般人對現代民主政治內涵的理解，人民會基於自利動機而投身於為自己的立場辯護並試圖改變他人的看法、改變政府的決策。以美國為例，該二十三個擁有創制程序的州，投票率要較其他州為高。

反對意見認為，現代的社會規模日益擴張，社會關係日益複雜，少有人民具備使政策達其合理性的能力，若欲勉強使之，則須耗費大量的教育資源。即使人民對複雜的社會問題有可能做出理智的決策，也無法有充裕的時間去仔細評估各方案之間的異同優劣。而且人民在公民投票程序終須為其決

策負責，這個過度沈重的負擔也會降低其運用公民投票程序的興趣。美國各地方、州及全國性的選舉已有低投票率的傾向，而公民投票的總投票數幾乎總是低於在同一選舉中對政治候選人的總投票數，那些拒絕公民投票的人中，有過半數認為太長的提案超出其負擔。加上對解釋提案的書面資料的研究顯示，一個僅受有限教育的人士將難以理解提案內容，遑論將其政策立場轉化為選票表達出來。

（三）透明而同步於民意的政策 vs.破壞政策持續性

國家機關在公民投票程序中，為了使其政治決策獲得社會的認同，因此負擔較多的公開說明義務。雖然此時仍須透過媒體進行互動，不過因為人民被納入決策的形成程序，媒體報導不再是片面的政令宣傳。人民也能對政策議題的討論、議案的用語、政治人物的立場加以審究，並隨時提出建議。公民投票的採行允許人民在選舉以外的時間介入政治程序，或改變民意代表、政府官員決定的政策，這就迫使代議士不得不致力於真實民意的反應。

另方面來看，公民投票的存在，尤其是賦予國會少數黨提案權的公民投票，將不可避免地使無法在國會貫徹其主張的少數意見動輒籲請人民反對國會決議。況且民意如流水，果要求國家政策時時與民意同步的話，難保不會破壞國會多數的政策形成、政策持續能力，以及弱化國會的責任準備。挪威在一九七二年對是否加入成為歐洲共同體會員國的公民投票，就是國會追求持續政策的能力遭到損害的例證。

（四）加強立法效能 vs.立法怠惰與程序扭曲

公民投票一個主要的作用即是對立法行為的控制。人民不僅可以批准或修正國會通過的決議，對於那些具高度爭議性的問題，民意代表或政府官員認為可能激怒選民或特殊利益團體而不願為決策行為時，人民也可以經由公民投票將該議題排入議程或自為決策。所以公民投票的運用能發揮督促的功能，使立法行為更有效率。而且公民投票的使用並不必然影響立法機關的決

策品質，或造成立法機關的無能。

反對者認為，公民投票對立法機關而言如同一潛在的威脅，立法者會設法延遲公民投票的舉行；或者立法者也可能利用公民投票機制，將那些具高度爭議性的燙手山芋丟還給人民做決定，以免得罪任何選民。而在國會的議案討論過程中，議案的反對者可能會迫使議案支持者在議案中附加特定內容，企圖讓該案在公民投票時更容易被否決；甚至反對者會在正式的協商中「保留實力」，將其重要論點留待公民投票此一主戰場提出。這樣一來原本完整的立法程序不免遭致扭曲。

（五）補救不彰的政黨功能 vs. 弱化政黨功能

民主的政府體系植基於責任原則，而責任原則要求政府確實反應人民的意志。這個介於統治者與被統治者間，引導持續的資訊公開、對話的進行的正是政黨。政黨通常乃透過代議民主的選舉制度發揮其中介功能。公民投票的支持者認為，政黨對現代社會的發展已然欠缺必要的敏銳度，不再能對相關的政治議題提供適當的解決方案，中介能力不足；甚者政黨自身成了政治決策的權力中心，改變其中介功能。因此公民投票制度的引進有助於對政黨無法吸納的議題表達意見，補救國家與社會、統治者與被統治者之間的意志落差。

公民投票的反對者對政黨功能弱化的因果關係解釋與前述大異其趣。他們認為政黨是一種利益的匯集，各種不同的團體結合在政黨中，並藉著實現共同利益的政黨活動同時穩定整個民主體制。但是，公民投票允許某一團體進行跨政黨的聯合行動以參與政策決定程序，是紊亂政黨體系、弱化政黨功能的原因。

（六）對抗專家政治 vs. 業餘的侵入

現代民主體制對決策所需的知識負載日趨龐大，國家各領域的運作也越來越依賴專家的參與，例如：環保問題、醫療問題、科技問題等等。這種由

專家參與，甚至實際上主控某些決策形成的情形，已明顯地背離了決策者對人民負責的民主權力結構設計³。不僅在決策過程中專家可能基於自己的價值觀點限縮決策方案的選擇性，經由專家建議而做的各種決策也不見得廣受大眾信賴。為突破不具民主正當性的決策主體所作決定仍拘束人民的現象，公民投票容納了較多的聲音與選擇可能，有助於人民對抗政府因持續擴張而出現的專家依賴傾向。

反對者認為，正因為現代社會的政策議題複雜而充滿技術性，只有全職的民意代表和專業政府官員才是對所可能採取的行動及行動結果的最適評估者。政策或規範的達成應該透過專家的研究與國會中的協商，而不應由人民的「是」/「否」票決做決定。尤其在人民欲行使創制權而必須提出一完整的法律案時，最容易形成所謂「業餘的侵入」問題而干擾國家整體決策體系的合理性和一致性。

（七）穩定代議民主制度 vs.破壞代議決策機制

如果代議民主制度仍被認為是現代民主政治的較佳選擇，那麼直接民主的輔助與穩定代議制度功能就不容忽視。當人民無法滿意於國會與政黨的表現時，可以經由公民投票的程序得到修正，而不必然背棄他原先支持的政黨，因此有益代議民主的穩定。這種由代議機關與人民共同承擔決策責任的制度，縮短了人民與政府的距離，人民不再是單純的施政對象，政府決策的可信任程度也會相對地提高。

反對者則認為，直接民主使得人民握有太大的權力而破壞了代議決策機制中人事權、政策權區分的制衡效果。國家的行政與立法機關功能都會因為公民投票的使用而弱化，因為無論對議案做再詳盡的分析、再謹慎的判斷，公民投票的存在就代表著決策的高度不確定性，一切都在未定之天。而且，今日的人民並不具直接民主源起時的同質性，要代表各不同利益立場的眾人

³ 蔡宗珍，國民主權於憲政國家之理論結構，月旦法學，第二十期，頁三六參照。

共同參與政治議題的討論，必然會造成社會資源的過度動員。所以公民投票不適用於作為重要政治議題達成妥協或決策的方式。唯有代議的立法機關才能提供一個協商共識、緩和衝突的理想場所。

（八）小結

總而言之，贊成公民投票的觀點，主要認為直接民主具有最大的民主正當性，有助於代議民主的穩定，人民得對國會的決策加以補充或修正，強化國會決策準備程序與人民的互動，並能促進政治的參與，對抗專家政治的專斷。反對公民投票的則認為，多數暴力的存在可能使得直接民主不那麼可靠，社會高度發展與公共議題的複雜化都不利於人民自為決策，而公民投票較代議程序欠缺深思熟慮，也可能造成特殊利益團體的操控。

從這些爭辯當中可以看出，要評斷公民投票制度的利弊，必須以一相對的、動態的角度觀察。使用公民投票制度的各該國家的政治背景、所涉議題具一般性或者關係特別利益、公民投票的使用頻率、決策所需專業程度以及與「門外漢」意見的混合比例、司法審查的存在與否等等，率皆影響在個別公民投票案中人們對評價標準的選取，同時影響人們對此制度的整體評價。公民投票制度既然作為代議民主的補充而非取代，其制度弊病當無庸過分誇大，況且上述反對意見所指出的問題也非不能避免。少數權利可以違憲審查機制為其屏障；低使用頻率的公民投票無虞破壞政策持續性；「民間專家」的存在使社會資源的動員能有效運用，增加決策選擇機會而不至流於純然「業餘」的恣意；政治參與的提升不必然形成全面依賴人民決策的狀況，代議士或政黨仍負有為綜合判斷的責任。對台灣本土而言，台灣正處於由威權政治轉型到民主體制的過程中，直接民主剛好為個人及社會團體提供了更完整與直接的政治參與管道；在現在及將來可能出現三黨不過半的情況時，本文更認為公民投票可以發揮降低衝突、仲裁整合的功能；就身處高風險社會下的人民而言，我們也認為公民投票可以使人民有機會以其對安全的主觀需

求對抗科技理性至上的專家政治。特別是當我們環顧週遭，發現許多高度爭議性政策，不是因三黨不過半，就是因民眾不信賴政府、不信任專家而長期懸而未決，終造成不當社會成本的支出，更讓我們有充足理由相信唯有透過公民投票才能獲得民主、和平、有效的解決。總之，對公民投票，我們固然不應視之為解決問題的萬靈丹，而百般歌頌它，美化它，但另一方面也實在無須視之為洪水猛獸，而百般敵視它、醜化它，毋寧經由適當地設計，我們相信公民投票制度不但不會妨礙代議民主的運行，甚至還能適切地扭轉代議民主的缺失，而這不正是我們政治民主化過程中所極力追求的更高境界？

三、外國法制與實施概況

公民投票制度的比較法研究方面，如前所述不能獨立於各該國家的歷史背景、政治發展而論，本文為求研究焦點集中起見，以地區粗分為歐洲民主國家（含澳、紐）、非洲國家、亞洲國家、東歐與前蘇聯，並略述其實施概況⁴。

（一）歐洲民主國家

1. 歐洲民主國家除英國、荷蘭、比利時以外，大部分皆在憲法中對全國性公民投票做了明確的規範。其採行的公民投票制度以複決形式為主，規定有創制形式的僅義大利及西班牙。而強制的公民投票與任意的公民投票則兼而有之。另外，從各該憲法來看，所規定的多屬有法拘束力的公民投票。

憲法中的規定如：法國第五共和憲法第十一條，總統有權將由政府或國會兩院建議的，關於公權組織、或關於國家經濟、社會政策、公共服務事業的改革、或不違憲但對國家體制運作有影響的國際條約批准等法案，提交公民投票複決。第五共和憲法第八十九條，憲法修正案得由總統基於內閣總理

⁴ 有關外國公投法制，詳參閱 Klaus Troitzsch, *Volksbegehren und Volksentscheid, Eine vergleichende Analyse direktdemokratischer Verfassungsinstitutionen unter besonderer Berücksichtigung der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz*, 1979; Thomas . Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, 1989; Markku Suksi, *Bringing in the People, A Comparison of*

的建議提出或由國會議員提出，國會兩院分別對同一修憲草案表決通過後，經公民投票同意取得最後確定力。丹麥憲法第二十條，關於國際條約的批准，倘國會無法以六分之五的多數通過，政府得提交公民投票複決。愛爾蘭憲法第二十七條第一項，所有經國會兩院通過的法律，在正式頒佈前，若有過半數參議員或三分之一以上眾議員提議，總統得將該法律提交公民投票複決。義大利憲法第七十一條，人民經五萬人的連署得提出創制案；第七十五條，人民得就已通過的法律或其中部份條款行使複決權。西班牙憲法第二十三條，人民有權以直接方式參與公共事務；第八十七條，人民有創制權（需五十萬人連署）；第九十二條，政府得將特別重大的政治決定提交公民複決。

針對修憲案，規定須經強制公民投票的有瑞士、澳洲、丹麥、愛爾蘭等。而如法國，其修憲方式有二，一為國會兩院分別表決通過後提交公民投票確定，一為國會兩院聯席大會以五分之三表決通過後確定，因此修憲途徑是可選擇的，但選擇了第一種之後，公民投票的舉行仍是強制的。

2. 歐洲民主國家全國性公民投票適用的範圍大致可歸納為下列幾種，公共政策或國家重大事務、國家公權組織、憲法的增修或制定、國際條約與組織、人民權利與義務。其中以關於國際條約與組織（涉及國家主權的部份讓渡），及公共政策或國家重大事務的公民投票的實施最為常見（涉及人民權利義務的似亦應屬於此類）。例如：加入歐盟、加入北約、降低選舉權年齡、總統直選、地方政府、修憲程序、選舉制度、核能利用、原住民問題、社會安全法、槍械管理法、墮胎合法、離婚合法、工業關係、租金與價格、共產主義、賭博、強制軍訓、酒吧營業時間等等。

雖然公民投票適用的範圍相當廣泛，不過，也有國家對不允許進行公民投票的事項做明確的規範。例如：法國，規定共和體制不得做為公民投票或修憲的議題。義大利，規定國家財政或預算、刑法、國際條約的批准不得進

行公民投票。西班牙，規定組織法、稅賦、國際事務、特赦等事宜不得行使創制權。希臘，也規定國家財政及預算不得進行公民投票。至於葡萄牙，則規定憲法的增修、憲法某些關於立法權限的規範、國家預算、財稅等事宜不得行使公民複決。

3.公民投票(尤指複決)通過與否的計算，大致以有效票的過半數為準。但是對修憲的複決案可能會較嚴格，例如：丹麥，修憲複決除需有效票過半數同意以外，還須有百分之四十以上的選民。愛爾蘭，修憲複決也需過半數同意，並有三分之一以上的選民。澳洲則規定，修憲複決除需全國過半數選民投票支持外，還須於過半數州獲得過半數選民認可才算通過。

(二) 非洲國家

非洲國家實施公民投票的特色在於，時間多集中在第二次世界大戰以後，而其公民投票的舉行主要是為了解決主權與獨立以及憲政體制的問題。

1.主權獨立類公民投票將近半數集中在一九四五年至一九五九年間舉行，這個現象符合第二次世界大戰後，殖民地紛紛脫離歐洲強權獨立的趨勢

2.非洲國家屬於憲政體制的公民投票是指，對新憲法或修憲的同意、涉及統治者職務、權力、任期、反對者權力、政黨競爭之可能的議題(不以修憲的方式為限)。憲政體制公民投票在一九六〇年代至一九七〇年代，常用為非洲國家強人獨裁政權的合法化工具，期間公民投票的使用頻率達到最高峰。這類公民投票的特徵包括，政府對媒體的控制、鎮壓或逮捕行動之後進行公民投票、自願登記制的投票權(未登記者無投票權)甚至利用某些民間禁忌企圖操縱投票結果；而其投票結果則往往出現投票率與同意率均達百分之九十以上，或同意率在百分之九十以上的情形。非洲國家與憲政體制有關的這種「製造人民授權或同意的假象」的公民投票，使得本應是反應人民意志的直接民主制度反成了獨裁的指標。

（三）亞洲國家

亞洲地區至少還有三分之一的國家尚未行使過全國性的公民投票，包括台灣、日本、中國大陸、印度等。而舉行過公民投票的國家，其集中於主權獨立、憲政體制的議題類型及投票現象則與非洲國家有部份雷同。

1.主權獨立類公民投票也集中於一九四五年至一九五九年間，不過與非洲國家情況有間。雖然亞洲地區在第二次世界大戰前，也普受列強殖民統治，但是戰後亞洲各國獨立為新興國家的方式卻少有動用公民投票的。這些與主權獨立有關的公民投票，除柬埔寨與外蒙古的獨立以外，是在印度與巴基斯坦未定界地區舉行的對所認同的國家的選擇。

2.亞洲國家憲政體制類公民投票，除了實際可辨識的情況，加上投票率與同意率皆達百分之九十以上，或同意率達百分之九十以上的判準，也有不少屬於政權合法化的例子。例如：孟加拉，同意齊亞總統；柬埔寨，同意施亞努及其政策；南韓，同意朴正熙總統及憲法、同意總統第三任任期、同意全斗煥總統及新憲法；敘利亞，阿塞德總統連任並同意政策；巴基斯坦，同意總統及其政策；以及菲律賓，由馬可仕主導的修憲、戒嚴、停辦選舉、總統兼任總理、延長總統任期、擴大總統權力等憲政體制公民投票。

在這些公民投票中，政府為求其所欲的投票結果，雖不必然赤裸裸地直接對選民施以強制，但也出現許多不合理的手法。例如：官方對民眾強力動員，甚至以利誘的方式鼓勵人民投票；政府的媒體控制，視杯葛公民投票進行的報導為非法行為；同額競選；「準公開」的投票與武裝警衛的「監（視）（投）票」；政府對公民投票議題內容的操縱。其餘更有如降低投票年齡、宣佈與舉行公民投票的時間性緊迫、廢票的併入計算、以及刻意使可能為重複投票等等不一而足。

（四）東歐與前蘇聯

東歐與前蘇聯地區公民投票類型以主權獨立為大宗，而且集中在一九九

○年代的前蘇聯與南斯拉夫，充分顯示共產國家解組後的效應。本區尋求獨立的國家面臨著兩種「雙重獨立」的問題⁵，一是原為大國多數民族的俄羅斯人、塞爾維亞人，當蘇聯及南斯拉夫中各小國獨立後，他們反而成了該小國中的少數民族，所以也要求從這些小國獨立出來；一是小國原有的少數民族想仿效小國自大國獨立的做法。不過，這類獨立問題事實上都很難以公民投票解決。本區的憲政體制公民投票是僅次於主權獨立的另一類型，但罕有如亞非國家運用於獨裁政權合法化的方面。大體而言，蘇聯共產政權解組後所遺留的民族、憲政問題，本區多思以公民投票方式解決，但是民族戰爭與嚴重的憲政衝突仍持續不斷。

（五）小結

比較瞭解數地區國家公民投票制度可以發現，歐洲民主國家的公民投票多是一種經憲法規範的、常態的制度，人民得以公民投票的直接民主程序對法律、條約、國家重大政策等積極地參與。雖然公民投票可能影響政府及代議民主的效能，還須耗費相當的社會成本，而且日益偏低的投票率也讓人懷疑其是否反應了真正的民意，不過，大致上公民投票作為代議民主的補充功能，在歐洲國家是十分受肯定的。至於其他地區，公民投票的運用集中在第二次世界大戰後及一九九○年代，正是主權問題與政府體制面臨調整的時候。主權獨立方面的公民投票可以說是去殖民的「地區主權的行使」或者現代新興國家的建立，因此較近於國際法上的「住民自決」。關於憲政體制的公民投票，由許多事據顯示，獨裁政權或強勢的威權領袖最常用於政權的合法化，以及改變政治體制便利統治。

台灣目前的政治生態已逐漸脫離威權強人統治時期，所論及的公民投票制度也不具有獨裁政權合法化背景。因此，在公民投票法制化的問題上，除了與憲政體制（採總統制或內閣制或雙首長制、國民大會存廢、省級存廢）

⁵ 周陽山，蘇東巨變與兩岸互動，一九九三，頁五七以下。

國家主權相涉外，其重點已漸如歐洲民主國家般放在公共政策議題方面。從近年來台灣社會對金權政治的普遍反感、對專家的疑慮、和對參與決策過程的強烈渴望，可以說人們的確意識到，在政治民主化歷程中加速威權轉型的必要，以及補救代議制度隱然浮現的缺失的迫切性。一種對法律、國家重大政策進行公民投票的制度應該能夠於此發揮作用。當人民的政治參與獲得提升、政策更符應人民的需求時，政府自然受到信賴，代議民主自然穩定。本文以為台灣的幅員廣度、民主化程度、經濟條件、社會發展皆堪支持（全國性）公民投票制度於此時此地採行。當然，公民投票制度的採行是以社會資源負荷能力為前提，而歐洲民主國家的具體實施經驗也足為我國防範公民投票制度濫用的借鏡。

四、現行憲法下公民投票的容許性

（一）公民投票與憲法保留

在現行憲法規範下，是否還容有公民投票實施的空間？解答這個問題之前，本文擬先提出憲法保留(Verfassungsvorbehalt)的看法，也就是說，是否允許實施公民投票，原則上應保留由憲法本身作決定，倘憲法沒有允許，立法者或任何國家機關均不得擅為公民投票之決定。因根據現行中華民國憲法之規定，我國明顯是以代議民主，而非直接民主為主幹的民主國家，此從憲法第六十二條（立法院代表人民行使立法權）、增修條文第九條（縣之立法權由縣議會行之）等條文觀之，就明白不過。在此憲法已預為代議民主之價值決定的前提下，倘議會仍執意立法，允許實施公民投票，以人民直接的意見來替代議會的決議，即不啻與議會怠惰憲法所課法定義務無異，明顯構成對議會與代議民主制的破棄。雖輿論上曾見有人援引憲法第二條的國民主權原則，作為我國實施公民投票的依據，然憲法第二條充其量只訴說國家權力的擁有者是人民，至於國家權力是由擁有者的人民自己直接行使，或委由特

定國家機關行使，則保持沈默。何況作為民主國家，並不就表示人民因擁有國家權力就得隨時隨地行使該國家權力，毋寧，在憲法之內，人民也已被「馴化」成為某種意義下的憲法機關⁶，只能在憲法允許範圍內行使其國家權力，超出此範圍外的國家權力的行使，都將因欠缺合憲性而只能以「純」政治行為視之了。當然，倘憲法本身的規定，於代議制外，仍預留直接民主實施的空間，就另當別論了。問題是，我國憲法有無預留公民投票發揮的空間？

（二）對修憲案的公民投票

根據憲法第二十七條及第一七四條，修憲明顯屬國民大會此一代議機關的職權，倘進一步參酌前文有關憲法保留的論述，即不難知悉，現行憲法應未容留針對修憲案實施公民投票之餘地。

（三）對法律案的公民投票

憲法是否允許對法律案實施公民投票，這是一個頗有爭議的問題。之所以有爭議，是由憲法第二十五條（國民大會依本憲法之規定，代表全國國民行使政權），加上第十七條（人民有創制、複決之權）第二十七條第二項（國民大會創制複決兩權，除修改憲法、複決立法院所提憲法修正案外，俟全國有半數之縣市曾經行使創制複決兩項政權時，由國民大會制定辦法並行使之）所造成。究竟人民對於國家法律案的創制、複決權是否已為國民大會所取代，或者係並存的？

制憲初始，五五憲草賦予國民大會此一代議的國家機關，代表人民行使原屬於人民的法律創制複決權，主要考慮因素一來是為了廣土眾民，難以實施全國性的公民投票，二來顧慮到人民的智識水準、民主素養普遍不足，三來則是擔心代議民主（立法院的運作）可能受黨派、利益團體操控，而有此「間接的直接民權」的矛盾構想。後來的政治協商會議中，張君勱批評這種制度不唯不能達致直接民權，反成了代議政治的妨礙，於是力主將國民大會

⁶ 人民作為國家機關，可參閱 R.Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: HStR I, § 14 Rn. 23 ff.

無形化，並稱「全國選民直接行使四權名之曰國民大會」⁷。其後經朝野的政治角力與妥協，遂折衷為對國民大會的創制、複決法律權加以限制，即現行憲法第二十七條第二項待全國半數縣市行使此二權利的規定。這個折衷方案所顯示的意義是，一方面反對由國民大會行使直接民權，另一方面又不得不給與名義上對法律案的創制複決權，因此以該限制條件的規定將國民大會行使直接民權一事無限期地延長⁸，以達實質禁止國民大會行使創制複決權的目的。在瞭解制憲者賦予國民大會創制複決權此一特殊的、曲折的歷史緣由後，本文較傾向於國家法律的創制複決權並非由國民大會獨佔的見解，且從制憲者透過憲法第二十七條第二項規定「實質禁止」國民大會的創制複決權，而將直接民權性質的創制複決權「巧妙」交回人民手上的意圖，本文甚至認為憲法第二十七條第二項與十七條的合併適用，已足為國人就國家法律行使創制複決權的憲法依據。再說今天台灣社會的發展也已大異於制憲當時，不但地理環境已有變遷，台灣人民的知識水準與民主素養也日趨提升，而且，代議民主的運作也漸漸出現金權政治或特殊利益團體掌控的現象，因此將憲法規定解釋為人民擁有針對法律進行全國性公民投票（創制、複決）的權利，毋寧是較符合政治現實的做法。

（四）對地方法規的地區性公民投票

憲法第一二三條規定縣民關於縣自治事項，得依法律行使創制複決權，故地方法規的公民投票在縣的層級並無問題。但既然憲法並沒同時提及直轄市市民與鄉鎮市民亦得就自治事項行使創制複決權，是否就表示憲法不允許在直轄市與鄉鎮層級實施創制複決？其實不然，因憲法對於直轄市，除在第一一八條提到直轄市之自治以法律定之外，並未像對中央與縣一般，有預為代議民主的價值決定，因此直轄市層級的公民投票，就無憲法保留的適用，

⁷ 張君勱，中華民國民主憲法十講，一九四七，頁四五~四九。

⁸ 雷震，制憲述要，一九八九，頁十九。

也就是說，是否實施公民投票，立法者有權自為政策抉擇。而作為地方自治團體的鄉鎮，既然憲法連提都未提，而純粹是立法者的產物，則立法者有權決定在鄉鎮層級實施創制複決，更不在話下。再說，同為地方自治團體，倘只允許縣為創制複決，直轄市與鄉鎮則不准，自更是難以理服人。

（五）對個別政策議題的公民投票

中央或地方，可否於法案之外，另外對諸如參與聯合國使用的名稱、核四興建、拜耳設廠，乃至車行地下道的興建等法律與議案外的個別政策議題，亦實施公民投票？由於憲法對直轄市與鄉鎮，如前述，並未預為代議民主的價值決定，留給立法者對代議民主與直接民主自為最適混合的決定空間，所以立法者不僅有權決定在這兩個層級實施法案的創制複決，也同樣有權決定實行政策票決。至若中央與縣，則由於憲法保留以及憲法對直接民主只提及創制複決的緣故，可否亦實行政策票決，就端視創制複決的概念解釋上是否亦包含政策票決而定了。鑑於創制複決之包括政策票決，與認為創制複決之僅針對法律與議案的國內外一般看法相距太遠，本文基本上認為至少在中央與縣並無實行政策票決的合憲空間。不過如果考慮將政策票決的效果弱化為下述的諮詢性公民投票，則又另當別論。

（六）諮詢性公民投票

到目前為止所談的公民投票，都是就對國家機關，特別是議會具有法拘束力的公民投票言。也因為對議會具有法拘束力，形同對代議制度的破棄，本文才提出憲法保留的看法，主張在憲法已預為代議民主之價值決定的場合，實施公民投票，應以憲法有允許為必要。但這裡要提出討論的諮詢性公民投票，情形則稍有不同，因其一方面僅是單純意見的表達，不具法拘束力，並未「侵犯」有權決策機關的職權，但另一方面又具有不容否認的強大事實上拘束力，故其實施是否亦以憲法明文規定為必要，遂成為問題⁹。

⁹ 關於諮詢性公民投票是否需要憲法保留，底下兩本德國文獻對正反兩說有精闢描述，其意見不一

本文基本看法是，諮詢性公民投票因不具法拘束力而未使人民取得決策權，故至少在形式上尚不至侵犯國會議員依據自由委任原則所擁有的自由決定權，乃至整個的代議民主制度。且因諮詢性公民投票只是對民意的瞬間捕捉（Momentaufnahme），恆有其特定歷史與政治現實條件的背景，我們幾乎可以很肯定的說，公投一結束，其現實條件與多數決結構必程度不等地馬上發生變化，故國會抵死不從公投結果，仍非無政治正當性。雖然諮詢性公民投票可能產生巨大的政治壓力，但就公開的決策程序而言，政治上的壓力本就是議會民主的本質，且諮詢性公民投票帶來的政治壓力，與源於政黨、國會黨團、利益團體、民意調查等的事實上拘束力，事實上也沒有什麼不同。再說既然我們並不禁止民間以舉辦民意調查來影響議會，對由官方舉辦，公信力與精準度都更高的民意調查---諮詢性公民投票，自然就沒有差別對待的道理。綜上理由，復證諸許多憲法上未明文規定諮詢性公民投票的國家（例如挪威、比利時、丹麥、列支登士敦等），其學說與實務亦皆允許實施諮詢性公民投票的事實，本文認為諮詢性公民投票不適用憲法保留，在憲法未有明文的我國，不論是針對全國性事務或地方性事務，也不論是法案或個別政策，都可實施諮詢性公民投票，而不虞違憲。

（七）對主權讓渡的公民投票

最後，本文要提出一個以主權讓渡為對象的特殊的公民投票類型，這就涉及人民保留(Popularvorbehalt)的理論。所謂人民保留，指根據憲法規定，某些事項，連民意代表組成的國會，乃至任何民選的國家機關，都無權越俎代庖，而只能保留由主權者的人民自己以公民投票決定。若以我國憲法為例，主權（國家權力）的拋棄即屬人民保留範圍。因根據憲法第二條，中華民國主權，「屬於」國民全體。倘再配合第二十五條「國民大會代表人民『行使』政權」，以及第六十二條「立法院代表人民『行使』立法權」觀察，可

定可以支持，但極具參考價值：Ulrich Rommelfanger, *Das Konsultative Referendum*, Berlin 1988;

知唯有國家權力的「行使」委諸民意機關而已，倘涉及主權的「擁有」或「存在」本身發生變動的事項，就不在授權範圍，乃屬人民保留事項，須由主權擁有者的人民自己作決定。而所謂國家權力「擁有」或「存在」本身發生變動，指的是國家權力的一部或全部拋棄¹⁰，比如參與國際組織，讓渡國防、外交或貨幣等國家權力於該國際組織（如歐洲各國參加歐盟），或與其他國家合併，組成新的國家（如南、北葉門合併為葉門），或併入其他國家，成為該其他國家的一部（如德意志民主共和國併入德意志聯邦共和國）是¹¹。準此，倘中華民國台灣的主政者有意與中華人民共和國合併，即非經台灣人民公民投票之同意不可¹²。

（八）小結

分析至此，可知在現行憲法規範下，除修憲一項外，針對中央與地方的法案實施公民投票，並無虞違憲。不過，除國家權力的拋棄根據憲法第二條有實施公民投票的義務外，其他的公民投票，何種情形設為義務性公投，何者則為任意性，仍端賴立法者的政策決定。至若諮詢性公民投票，其實施同樣沒有違憲的顧慮，但既然有法拘束力的公民投票不為憲法所禁止，則法制上另外設計諮詢性公民投票似較缺乏實益，然立法者如看重諮詢性公民投票的彈性優點，而讓法拘束力不同的兩套公投制度並存，仍非無不可。不過至少就我國而言，針對修憲就有諮詢性公民投票發揮的餘地。因修憲的創制複決既為憲法所不許，則讓人民有對修憲案假藉諮詢性公民投票表示意見的機

Karften Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991.

¹⁰ 但割讓或兼併領土，並非國家權力的拋棄或擴張，而是國家權力行使之地域範圍的拋棄或擴張，故不屬人民保留。但依憲法第四條規定，領土變更屬國民大會保留範圍。

¹¹ 不過，國家權力的拋棄保留由人民決定，並非民主本質的必然，仍視各個國憲法的規定與解釋而定。通常是小國在讓渡國家權力時，較有喪失國家認同與同一性的顧慮，才會設有這種人民保留的規定。像新加坡憲法第六條規定，以任何方式將新加坡主權全部或部份拋棄或讓渡與其他國家，應提交公民投票，並得到實際投票總數三分之二之同意。另丹麥憲法第二十條則規定，憲法賦予國家機關的職權讓渡與國際組織，須經議會六分之五特殊多數決的同意。如未達到六分之五多數的同意，但仍獲得二分之一多數支持，而政府仍堅持其讓渡的立場，得提交公民投票決定。

¹² 詳請參閱許宗力，兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展，月旦法學，第十二期，頁四十四以下。

會，當可對獨佔修憲權的國民大會發揮一定制衡功能¹³。另外，如果政策票決確未能為創制複決的概念所涵蓋，則諮詢性公投的搭配無疑為其提供了一張合憲的通行證。

五、公民投票入憲的建議

本文上面的分析，固獲致公民投票在我國現行憲法下並無違憲之虞的結論，但事實上憲法本身對此多未有明確規定，如上的結論，不可否認都是透過憲法解釋得來。雖然本文確信公投合憲的見解，但為避免爭議，與因之可能引發的更進一步的政爭，倘有修憲機會，能將公投的容許性明確規範下來，對法安定性當更有所助益。對於公投入憲的建議，本文的看法是，針對不同事項的公民投票本應有不同的制度設計，例如：對法律案進行有法拘束力的公民投票、對法律案進行諮詢性的公民投票、對國家重大政策進行有拘束力的公民投票、對國家重大政策進行諮詢性的公民投票，以及採取強制或任意的公民投票、何種表決通過標準、是否以負面表列的方式排除使用公民投票等等，這些細節的設計適合以法律保留的方式交由立法者決定，憲法層次的討論不能也不必對每一個可能涉及公民投票的議題詳加分析，並歸入特定的公民投票類型。因此本文僅以較具重要性、原則性的議題類別為對象，提出入憲的必要與修憲方向的具體建議：

1.主權讓渡：對小國而言，讓渡國家權力的一部或全部予其他主權國家或國際組織明顯比大國有較大喪失國家同一性的風險，故為求慎重計，同為小國的我國，確有參酌新加坡與丹麥憲法之規定，將國家權力拋棄的事項納入人民保留的必要。雖然如本文前面所分析，經由對我國憲法第二條、第二十五條以及第六十二條的合併觀察，也可獲致國家權力的拋棄屬人民保留的

¹³ 比方說廢除國民大會的呼聲長久以來就此起彼落，卻礙於把持修憲權的國民大會基於既得利益，不願「自廢武功」，而遲遲無法付諸實現。倘立法院能設計諮詢性公民投票制度，讓民眾有對廢除國大的修憲案表示意見的機會，即便投票結果不具法拘束力，但相信國大受到如此龐大民意壓力，廢除國大的成功機率必大幅提升。

結論，但為明確計，仍以在憲法直接明白規定為妥。又中華民國台灣之併入中華人民共和國，或與之合組一新的國家，同樣也涉及主權的拋棄，當亦有人民保留的適用。不過鑑於中華人民共和國之與其他主權國家同視，在部份國人心中尚存有疑問，故為避免無謂的爭端，同時也基於公民投票是台灣人民用來對抗對岸中國併吞台灣之最有力武器的基本認識，本文強烈主張應在憲法中明確規定，與對岸中國任何形式的合併，均應經台灣人民公民投票表示同意。建議修正條文如下¹⁴：

第二條之一：國家主權全部或一部之拋棄或讓渡予其他主權國家或國際組織，非經全體公民過半數之投票，有效票過半數之同意，不得為之。與中國大陸任何形式之合併，亦同。

2.憲法增修：修憲本身是一種國家憲政結構的重大改變，與主權讓渡一樣都涉及國家最重要、最根本的問題，因此民主正當性的要求特別強烈，有必要將憲法修正案提交人民進行公民投票做最後的決定。本文假設國民大會廢除後修憲提案權由立法院獨佔，擬定修憲公民投票的憲法條文如下：

第一百七十四條：憲法之修改，須經立法委員總額三分之一之提議，三分之二之決議，擬定憲法修正案，提請全體公民複決。此項憲法修正案，經全體公民過半數之投票，有效票過半數之同意，即為通過。

3.國家法律與重大政策：本文肯定人民有針對法律行使全國性公民投票的權利，不受憲法第二十七條第二項的限制；也肯定諮詢性公民投票、政策票決的存在並不違背現行憲法體制。而這種肯定正體現了「人民是國家主權行使者之一」的觀點，對此基本價值的確立，應有於憲法明示出來的必要。至於制度細節，例如：對某事項採取強制或任意的公民投票、有法拘束力或諮詢性的公民投票、公民投票發動或提議機關、發動程序要件、執行機關、

¹⁴ 以下所擬修憲條文，作者曾以國民大會憲政改革委員會憲政顧問的身分，於受託提出的「公民投票制度評析與建言」研究報告中建議過，但未獲國民大會採納。

實施程序、經費、時間間隔、以及是否排除性質上不宜實施公民投票的事項等，則可以法律保留的方式交由立法機關決定。綜此，建議修正條文如下：

第二條：中華民國之主權屬於國民全體，由法定國家機關及人民以公民投票方式行使之。

第一百三十六條：創制、複決兩權及其他類型公民投票之行使，以法律定之。

六、公民投票法的建制原則

肯定公民投票合憲後，人民還不能因此就直接行使投票權，因投票不像言論與集會自由是「自己自足」的權利，毋寧還有賴國家提供一套制度設計的配合與舉辦才能落實，且因公投涉及重大公益，而落入法律保留範圍¹⁵，所以行政機關尚無權自訂辦法實施公投，有關公投的一切重要制度內容，比方說公投的適用事項、種類、提案人、條件、程序與效果等，到最後都還需仰賴立法者的決定。本文底下擬提出數項較重要，也可說較具爭議性的建制原則¹⁶，以供參考、討論，至若具體規範設計，則為有意的放棄。

（一）補充性原則

公民投票的功能主要在於補充代議民主之不足，而不是直接加以阻撓與取代。故如果秉持公民投票的補充性原則，即不難發現不宜賦予國會少數有發動公民投票之權，因倘若賦予之，讓國會少數有結合議會外的反對力量，以改變原國會多數決結果之機會，即不啻使任何議會多數決都置於「少數發動公投」之保留下，不僅有弱化，乃至取代代議民主的危險，甚至與民主的多數決原理根本有違。

¹⁵ 以公共事務重要性作為法律保留適用範圍的判斷標準，詳請參閱許宗力，論法律保留原則，收錄於同作者著，法與國家權力，頁一八三以下。

¹⁶ 以下建制原則的提出，當然沒有窮盡，像公投後一定期間內「一事不再理」，以及為確保公投能輸出正確民意，準用選罷法規定，要求給予一定合理期間供辯論、宣傳，正、反雙方公平使用傳播媒體，甚至必要範圍內的政府資訊公開等，都是公投法不可或缺的重要內容。因較乏爭議性，故不特別提出討論。

（二）權限分配秩序尊重原則

公民投票的功能既然在於補充代議民主的不足，就不能被濫用為機關權限相互侵越的武器。準此，對原屬議會權限之法案與其他議案的公民投票，就只能限議會本身的多數決或一定公民數才有權發動，其他國家機關都無權置喙，否則，比方說如果讓行政院對為其所不喜的立法院通過的法案，有權訴諸公民投票，使立法院的意志有被立法院外支持行政院的力量推翻的機會，不僅與行政權侵犯立法權無異，也使憲法原設計的覆議程序受到行政院的規避。同樣，對修憲案發動諮詢性公民投票，應只有獨佔修憲權的國民大會或一定公民數才有權發動，其他機關皆不許可，唯一的例外是立法院，因立法院有權向國民大會提憲法修正案，可謂是修憲的參與機關，故為探詢民意，以為修憲提案的參考，立法院自非無發動諮詢性公民投票之權。權限分配秩序尊重原則除適用於水平的機關相互間關係，也適用於垂直的中央與地方自治團體相互間關係，故不僅對於中央事項，地方無權發動公投妄加置喙，即對於地方自治事項，中央也無權逾越其監督權限範圍，藉由公投達到干涉目的。

（三）自利防堵原則

公民投票屬對具體之「事」的決定，相對於對「人」的決定，一般認為選民比較容易受自利的心態所左右，而導致輸出不理性的結果，故對於預算案、租稅法案與薪俸法案等具有財政效果的決定，一般承認公民投票法制的國家幾無例外地將之排除於公投事項範圍之外¹⁷。我國引進公民投票，當無自外於此一建制原則之理。

（四）少數權益尊重原則

不能以少數人的權益作為全國性或其他廣域性公投的標的，比如單純涉及原住民權益事務，或涉及特定地區住民生命、身體與財產安全等之事務的

¹⁷ 不過預算與租稅法案是否真的不適宜交由公投決定，在國外已漸有檢討的聲音出現。

決定，原則上應對各該最直接的利害關係人的意見予以最大尊重，不能由事不關己，或利害根本相衝突等與之不具均質性（Homogenität）的其他民眾以公投方式共同參與決定，否則勢將導致多數暴力，以犧牲少數為手段來成就多數利益。少數保護是多數決的「孿生物」，於公民投票法的建制上當亦不容予以違犯。

（五）外部性決定排除原則

影響特定地區人民生命、身體或財產安全的事務，如果不具有外部性，原則上可以由該區域人民至少以諮詢性公投方式決定是否接納。反之，如果有外部性，將影響到區域外第三人利益，就不宜由該區域人民自行以公投決定。但第三人受影響的，如果不是諸如生命、身體與財產安全等基本權利，而純粹只是因某政策的實施，預估可能得到的經濟利益或生活上之「方便」，也就是法學上所稱之反射利益，就不能以具外部性為由反對公投。畢竟基本權利與反射利益在法的評價上不可能是相提並論的。

（六）科技或其他專業決定排除原則

「科技的歸科技，應尊重專家決定，不要泛政治化」。這是近幾年來政府因多起重大投資開發案面臨居民強烈抗爭導致停擺而不時提出的呼籲。這個看法基本上是對的，因像捷運木柵線何時可以安全通車，那些藥品應列為毒劇藥品，游離輻射安全標準如何訂定，在在都需專業、科學上的認定，根本不是一般民眾所能以多數決作決定的。不過本文也須指出，不是任何決定只要一涉及科技或其他專業性質，就當然構成公民投票的禁地，毋寧，如果專家的意見發生歧異，或必須於資訊不足的情況下作決策，其決定事實上也都是一種涉及價值判斷的政策決定，像核四興建與拜耳設廠是否安全而可以放行，就是著例。所以，即便我們同意科技或其他專業決定不宜公投，但我們也反對披著科技的外衣做價值的走私，而只要涉及政策評價，就非不能為公投的標的。

七、結語

本文基本上對公民投票持肯定、支持立場，雖然主張毋庸過分誇大公投的可能弊病，但有鑑於公投所耗費社會成本的確極高，仍願於文末再次呼籲：如非絕對必要，切莫輕易訴諸公投，特別是個別政策議題的公投。寫作過程中本文原擬再提「最後手段原則」作為公投法的另一個建制原則，不過思索再三，鑑於事務的複雜性，仍覺難以文字作要件的類型化，終至決定放棄，而滿足於一定公民連署人數的程序性要求。放棄的另一個原因是，本文以為與其為公投的實施設定重重關卡，倒不如轉而呼籲政府應致力於透過適當行政程序的設計以提升人民的參與，因人民的參與一提升，政府的決策自然就更透明、更符應人民需求，更受到人民信賴，如此一來，自然就減少公投實施的動機，代議民主當然也就隨之穩定。最後要自承的是，本文並未嘗試對代議民主與直接民主的最適混合作詳細設計，僅願所提數項建制原則能為更完善的制度設計提供一個思考的起點。（本文是根據作者主持「公民投票制度評析與建言」研究計畫增寫而作，作者學生林淑雅小姐對該研究計畫的完成提供重要的實質協助，謹藉此機會一併致謝）