

公民投票入憲的評估與建議

■許宗力／台大法律系教授

公投有無入憲的必要？若肯定的話，應以何種面貌入憲？本文首先對公民投票做一初步的、一般性的法政策分析，其次則是討論現行憲法對公民投票所持立場，最後則是從憲法政策觀點探討公投入憲議題，企圖藉由各種不同層次的法理分析，提出公民投票入憲的評估與建議。

壹、前言

本文旨在探討公民投票有無入憲的必要，以及，肯定的話，應以如何面貌入憲的問題。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。

其次要澄清的是，本文主要在談公民投票是否，以及如何入憲的問題，所以討論範圍自始就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，何況這類公投既然是

超乎憲法秩序，屬純粹政治層次的行為，其實施也就不必在乎是否有憲法或法律的依據，而是由政治力決定。所以，依本文看法，近日執政黨與在野黨爭吵超憲法秩序的公投是否要入憲、納入公投法，或明文加以排除，並無意義。

本文底下討論的脈絡是先對公民投票作一初步的、一般性的法政策分析，以了解一般贊成或反對公民投票所持理由所在，並檢視是否皆站得住腳。其次則是討論現行憲法對公民投票所持立場，因不先了解現行憲法對是否在何種範圍內容許公民投票的實施，公投入憲的後續問題根本就無從討論下去。最後則是從憲法政策觀點提出本文對公投入憲的看法。

貳、公民投票的一般性法政策分析¹

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，也不反對至少最重大、最根本性的問題應提交公民投票議決。

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

九 九 憲 改

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。

另一方面來看，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²。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的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。政策或規範的達致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；黑金政治的變本加厲正持續啃食我們國家社會的根基，公民投票提供了一套可以制衡與對抗的機制；在現在及將來可能出現三黨不過半的情況時，公民投票也可以發揮降低衝突、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？

參、現行憲法對公民投票的態度

一、公民投票與憲法保留

在回答現行憲法對公民投票採取什麼樣態度的問題之前，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³，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無形化，並稱「全國選民直接行使四權名之曰國民大會」⁴。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⁵，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，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⁶，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⁷。

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⁸，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⁹。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¹⁰。

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，憲法保持沈默，故立法者對此有很大政策裁量空間。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會，當可對獨佔修憲權的國民大會發揮一定制衡功能¹¹。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。

肆、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。所以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。公投入憲除了是基於法安定性之考量因素外，特別是對於主權讓渡與修憲公投入憲之主張，我們還有更深一層之憲法政策上之考量。底下本文將區分（1）主權讓渡（與現狀變更）、（2）修憲與（3）法案、重大政策等三種公投類型作進一步說明，並提出具體修憲方向的建議：

九 九 憲 改

一、主權讓渡與變更現狀的公民投票

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，這種現狀的變更，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。

近日報載，對岸中國不僅反對台灣以公民投票尋求獨立，也反對台灣將此類公民投票入憲，並擬以此為對台動武的新藉口。姑且不論中國此舉是否虛張聲勢，也姑且不論我們是否就要因此就範，放棄公投入憲主張，我們在此只想澄清的是，我們主張的公投並不是尋求台灣獨立的公投，因台灣作為主權獨立國家，不管他的名字是中華民國或是台灣共和國，已是一個既存事實，我們並無必要以公民投票去追求一個已經擁有的東西¹²；毋寧，我們主張的是是否決定改變現狀的公投，因現狀變更，不僅涉及主權讓渡與拋棄，更涉

及台灣人民全體及世世代代子孫的命運，由人民保有決定權，本就合乎民主要求，中國當局倘連這種公民投票也橫加阻撓、恐嚇，勢必難以得到國際輿論的認同。至於台灣的執政黨倘竟也附和對岸，主張台灣主權獨立現狀的變更也應排除於公投事項範圍之外，即與自我解除武裝無異，值得全民群起加以撻伐了。

爰上述考慮，建議修正條文如下：

第二條之一：

國家主權全部或一部之拋棄或讓渡，非經台灣（地區）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。

二、憲法修改的公民投票

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。再說，近年來的數次修憲，一般民眾若非抱持事不關己的冷漠態度，就是認為每次修憲總是為政黨、政治人物與修憲國大代表一己私利而修，因而對修憲持蔑視與嘲弄態度，而憲法作為國之根本大法，在民眾心目中中原享有的崇高地位也就自然連帶跟著貶值。「憲法貶值」是國之警訊，不祥之兆。對此，我們除應努力嘗試各種不同途徑重建全民的憲法意識與憲法感情外，在修憲再度議題化的今日，我們趁勢能作的，應該就是修改現行修憲程序，讓人民日後也能透過公民投票參與修憲，除可藉此避免修憲反成憲法共識形成的負數外，也可強化人民的憲法感情與意識。

另外，國旗、國號、領土等是否應排除於公投事項範圍之外，也是近年來執政黨

與在野黨爭執的另一焦點所在，因與修憲公投相關，本文擬一併在此提出看法。本文看法是，法理上並無須加以排除的理由。因國旗、國號、領土等一來都是憲法所規範事項（參見憲法第一章各條文），二來又不屬憲法學上所稱憲法修改界限所在¹³，所以，既然修憲者都有權藉由修憲程序加以修改，則身為主權擁有者的人民本身豈有不能經由公民投票參與修改上列事項的道理？

綜上，底下試著提出兩個方案：

1. 甲案：國民大會廢除後修憲提案權由立法院獨佔

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。

2. 乙案：國民大會繼續存在，繼續擁有修憲權

第一百七十四條：

（第一項）憲法之修改，須經國民大會代表總額五分之一之提議，三分之二之出席，及出席代表四分之三之決議，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。

（第二項）立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，得擬定憲法修正案，提請國民大會複決。國民大會複決憲法修正案，適用前項規定程序。

三、國家法律與重大政策的公民投票

根據本文前面的分析，現行憲法對法律的公民投票與重大政策的諮詢性公民投票

並未採排斥態度，故主張這類公投入憲，純是基於法明確性與安定性的考量。另因憲法作為國家根本大法，唯可長可久的基本性、原則性、結構性與重要性事項方才適合入憲，細節性與次要性事項較不適宜¹⁴，所以針對這類型公投，憲法作原則性的授權為已足，至若制度細節，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、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問題，則可以委由立法者裁量決定，憲法基本上毋庸自為明定。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，由人民以選舉與公民投票方式以及法定國家機關行使之。

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。

（本文是拙著「憲法與公民投票」一文的改寫，除作部分增刪外，基本論點不變）

【註釋】

1. 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。

九 九 憲 改

2. 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。
3. 人民作為國家機關，可參閱R. Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: HStR I, §14 Rn.23ff。
4. 張君邁，中華民國民主憲法十講，一九四七，頁四五~四九。
5. 雷震，制憲述要，一九八九，頁十九。
6. 如薩孟武、劉慶瑞、林紀東等前輩憲法教授所理解的創制複決，均只限於對憲法與普通法律等「法案」所為者而言，不包括政策票決（薩孟武，中國憲法新論，頁一六四以下；劉慶瑞，中華民國憲法要義，頁一一一以下；林紀東，中華民國憲法逐條釋義，第一冊，頁二七七以下）。
7. 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，其意見不一定可以支持，但極具參考價值：Ulrich Rommelfanger, Das Konsultative Referendum, Berlin 1988; Karften Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991。
8. 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。
9. 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。
10. 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，頁四十以下。
11. 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。
12. 關於台灣以中華民國為名，作為主權獨立國家的論証，詳請參照拙著，兩岸關係法律定位百年來的演變與最新發展——台灣的角度出發，收錄於拙著，憲法與法治國行政，一九九九年，頁二三九以下。
13. 關於憲法修改界限，請參閱拙著，憲法修改界限論，台大法研所碩士論文，一九八一年；另請對照參閱黃昭元，修憲界限理論之檢討，收錄於現代國家與憲法，李鴻禧教授祝壽論文集，頁一八〇以下。
14. 參見拙著，憲法與政治，收錄於拙著，憲法與法治國行政，頁一以下，特別是頁九以下。◎