制憲與修憲之區分及憲改之必要性

●陳慈陽／台北大學法學系教授

一、前言

我國憲法在宣布進入動員戡亂時期及實施戒嚴，就名存實亡，無論是動員戡亂時期臨時條款或戒嚴均是獨裁者箝制人民之藉口，當中僅有地方自治選舉或中央民意代表之增補選尚有一絲民主味道，然此仍是在軍事統治下，是否符合民主原則，仍是否定，因為中央民意代表之不改選就已使得憲法秩序失其民主正當性。特別是動員戡亂時期臨時條款賦予總統之獨裁權，從緊急處分擴張到中央民意代表的不改選及至總統無需經由立法程序，就可自設「動員戡亂機構」，在在牴觸民主憲法的精神與正當性。

直至1987年宣告解嚴，第一屆國民大會第二次臨時會亦經由修憲程序，在1991年4月22日議決廢止動員戡亂時期臨時條款，並在同年5月1日由總統公布。同年4月30日李總統登輝先生宣告，5月1日起，終止動員戡亂時期。彼時中央民意代表全面改選才使統治秩序取得民主正當性，然以不修改憲法本文，而以增修條文的方式增修憲法，此又與法治國之法明確性與人民可預見性相違背，實為違憲之舉。1990年之後，數次修改憲法增修條文及凍結本文規定，使得憲法條文充滿矛盾及不和諧，特別是中央與地方權限劃分部分更是如此。此外增修條文重點為總統及五院關係的運作，強化基本國策，如環境保護及婦女人權等，還有兩岸關係之規定。在國家權力行使上，依據憲法增修條文規定，司法院正、副院長、大法官及監察院正、副院長、監察委員及考試院正、副院長及考試委員改由立法院同意任命之，且總統任命行政院長則不需立法院同意。自1991年起以迄2005年止，共經歷七次修憲，然結果並未使我國步上民主憲政已開發國家，而是在憲法過時的架構下，來做修修補補之動作，使得我國憲法更呈現出支離破碎之態，特別是規範政治力之國家權力制衡在此七次修憲後，相互間呈現真空失控之狀態。準此，在未來憲改過程中，如何使我國憲法成為具有二十一世紀憲政精神及適合我國憲政現實之「規範憲法」，實為本世紀初我國憲政上最重要課題！

二、制憲與修憲區分否？

不論制憲權或憲法上權力均須溯及至國民意志，也就是兩者均基於國民主權理念所形成的。雖然可以去區分制憲權與憲法上權力之不同性，但卻難以說明後者受前

者之拘束。在通說上通常以國民制憲權基於國民主權存在於憲法秩序外，而憲法上權力雖源自國民，但乃基於制憲權之決定所形成的，所以後者受前者之拘束。然如從根本而言，如何對後者之國民主權者受以前國民主權者之制憲權拘束來為說明？此不無疑義。因此對憲法上之權力的受拘束性非來自制憲權之決定，而是制憲權亦應與憲法上之權力受憲法核心中所表現價值秩序內容所拘束，此價值秩序之內容並非是由實證法秩序所形成的，而是先於國家與憲法存在，僅是由實證憲法秩序所「描述」而已。

制憲權究竟是屬國家權力或同時亦是創造國家之力的問題回答，應從制憲權本質乃國民主權表現之形式之一觀點出發。依此，如從君主專制改變為民主共和國，制憲權當然是創造國家之力，此如法國大革命之第一共和憲法。但如果制憲權之行使雖在排除之前憲法秩序，創造新憲法秩序，但此先後存在之憲法秩序均基於國民主權所形成的，此時制憲權本質上已非是在創造新國家之權力，而是國家權力之本質，比如法國第四共和改變為第五共和憲法。此亦在說明國家存在之連續性與制憲權之關係，完全取決於主權者有否變動而定。

現今民主憲法均會規定修憲要件，包含實質或程序要件，如我國憲法第一百七十四條及增修條文第一條及德國基本法第七十九條。因此修憲權在憲法秩序中僅受修憲要件之限制，相對於憲法其他權力而言，修憲權有其優先性與支配性，因此學者辯稱其為憲法秩序中之「制憲權」（pouvoir constituant constitué）[1]或「制度化的制憲權」（pouvoir constituant institué）[2]，以與憲法秩序外之制憲權為區別。

至於憲法被制定後，制憲權是否已消失或仍存在憲法秩序外，可以隨時發動。或有學者認為其已進入憲法秩序內，成為修憲權等見解，均是學理討論。然可以肯定的是無論上述何種見解，均無法阻擋人民作為國家主權者，隨時有可能發動其制憲權力。因此憲法秩序建立後，制憲權存於何處問題之探討並無意義。反而探討在國民主權下，所有權力行使，當然包含憲法秩序外之制憲權，應受何種拘束，才具意義。也就是在尋找憲法核心之內容為何對自由民主憲法秩序之永續性與正當性基礎才有意義。

世界各國之民主憲法——無論是1776年之美國憲法，或1789年法國大革命後之一系列在歐洲所產生之憲法，甚至到九〇年代東歐與俄聯的新憲法——均是在於遭人民抵抗廢棄後所產生的新憲法秩序。當然我國亦不能置外於此一世界潮流。因此自1911年以來無論在中國大陸或1949年之後在台灣——政治現實在此暫且不論——不可否認的是在原則上均以國民主權原則為中心來進行制憲或修憲。此乃是一種對在1911年以前君主專制的反對。因此民主原則在我國憲法史上，亦如同世界其他國家一樣，一直是一系列實證憲法（草案）的核心。此亦是在我國憲法學發展中無人能否認的事實。我國憲法——當然包含九〇年代之增修條款亦脫離不了此民主共和國的傳統（憲法第一條）。所以，以「為價值所拘束的民主原則」——此乃指人性尊嚴與以人之基本價值為內容之基本權的保護——以及為保障此自由民主憲法秩序所必要的憲法基本原則，如法治國，權力分立與社會國原則等為內涵，於我國憲法價

值體系之憲法核心部分應受到絕對的保護是無庸置疑的。然目前最重要應討論的問題是憲法政策上或亦須從政治現實面上來論，是否憲法核心部分的實證化有助於自由民主憲法秩序永續性與同一性的保障？正如上述所論證的，其確實為有效方式，但卻非為必要要件。以人為本所為受價值所拘束的憲法解釋與適用以及違憲審查才是保障一憲法價值體系存續的必要要件。但不可否認的是如將憲法核心理論予以實證化，其將可具有實證憲法的效力，較能符合我國為成文法國家所擁有法安定性與明確性的功能。

真正的制憲權行使應是使國民主權為質、量及同一性上的改變。前者係指將國民主權國家的主權者──國民──改變成另一主權主體，如君主或獨裁者；而後者雖是國民作為主權者，但已在「量」及同一性上有所變化，如加拿大的魁北克如於未來獨立制憲，該憲法雖與加拿大憲法同以國民主權為正當性來源，但主權者在「量」及同一性上已為變更，此時應是制憲權第一次之行使。又如於1990年我國一機關二階段修憲，將在中國大陸制定之憲法，其當時未獲台灣人民之同意，所以在1990年之前於台灣不具民主正當性，在此之後經人民選舉出第二屆國民大會代表加以確認，這亦是第一次台灣人民行使制憲權，因為國民主權主體在「量」及同一性上已有變更，因此之後我國如不變更國民主權作為一國憲法秩序存續之正當性，也就是憲法核心並未變更，無論是更改國號、國旗，均僅是修憲權之行使，而非制憲，因為國旗及國號並非憲法秩序正當性之來源，也非屬憲法核心內容，至多僅是一國人民歷史、文化及認同的感情表現及象徵而已，隨時可隨著人民共識及確信的改變而變更之。但不可否認的是，如國旗、國號已經長時間之使用，如欲更改，則國民變更之共識及確信須較保存原有國旗及國號之意志更為強烈，始足當之。

三、憲改之必要性

（一）問題提出

憲法是國家根本大法，其不僅作為國家法制建立的重要法基礎，更是人民政治意志形成與國家組織與運作的最高位階之法源依據，因此一部憲法所包含的內容是否恰如其份地符合該部憲法所適用之區域的社會與政治條件，實為憲法能否發揮其應有功能之必要前提。過與不及僅徒使憲法減損其規範效力，並進而喪失憲法應有法地位。我國憲法囿於當時制訂的時空背景，絕大多數的條文內容早已不符台灣當前及未來所需，縱使經七次修憲，基本上仍屬二十世紀初中國憲法之架構，且七次修憲造成憲法內容之支離破碎，特別是國家權力之制衡出現空前未有之漏洞，總統與行政院之權責不清、行政院及立法院僵局無法透過憲法機制解決等問題，處處顯示我國需要一部二十一世紀之憲法來規範政治力之運作。

又自由民主法治國家係以人民之價值體系做為主體與基礎，然而隨著世界潮流日益快速地變遷，憲法如何與時並進長久地作為國家根本大法則必須依賴於憲法在內容設計上是否具有活力與融合力，此即為普受先進自由民主國家所肯認的「有活動力的憲法」之要求。尤其在台灣面對今日快速的國際競爭之時，如何正確的掌握現今之憲政問題與國際普世價值的潮流與脈動，並透過憲法修正予以反映，都是涉及

人民政治意志的形成與表達與國家政治活動之正常發展的前提要件，同時更是透過健全法制以提升全民福祉與國家競爭力的必要條件。

（二）未來憲法應修改之內容

1、基本權利

我國現行憲法於當時制訂上係受到德國1919年之威瑪憲法相當程度之影響，此一影響亦同樣反映在基本權利規定之上。由於當時威瑪憲法的概念是認為基本權利保障之具體內容形成乃是立法者之任務，因此在憲法層次上之表現而言，基本權利之規定毋寧僅為立法之指示綱領，無須過於詳細，同時亦非人民得以直接主張保護之主觀權利。然而，威瑪憲法之基本權利理論於戰後卻已遭到揚棄，並且透過1949年基本法的制訂與實行，已經發展出相當綿密的基本權利架構。反觀我國經過數十年的演進，再加上國家社會的進步等因素，我國憲法既有的基本權利類型以及過於簡約的規定方式顯然已經不符現代社會的需求，儘管相對於德國1949年的制憲，我國數十年以來透過司法院大法官透過相關釋憲案與國家學說的充實來彌補憲法基本權利規範之不足，然而釋憲終不能取代或替代必要的修憲需求。鑑於此，如何將數十年於實務與學說所普遍肯認之基本權利內涵反映到憲法修正上，同時以世界價值潮流為參考訂定具有未來發展性的基本權利規範，相當值得吾人深思。

2、中央政府體制

我國中央政府體制向來缺少明確的定位，雖然憲政體制的設計具有因地制宜性，然而觀諸我國中央政府體制並非完全來自我國憲政實務與慣例之累積，而係許多西方制度之移植與拼湊，致而憲法所規定之中央政府體制始終未能真正符合國家與人民之所需，究竟採取「總統制」或「內閣制」，中央政府體制度內涵的建立實應參考台灣本身的經驗，設置適合我國發展的制度。另外，國會究應考慮「兩院制」或「單一國會」也存在進一步討論空間，甚而對於我國所獨有的「監察院」與「考試院」，其定位以及權限劃分亦應加以釐清。

3、中央與地方關係

隨著全球化時代所帶來的挑戰，地方力量佔有舉足輕重的地位，因此中央與地方間的關係是憲政改革過程中另一項重要的議題，對於「地方自治」作為憲法上制度之內涵，體現地方自治本旨應是憲法所要具體落實的目標，故針對現行中華民國憲法與增修條文以及地方制度法，應重新探討各地方自治體（直轄市、縣、市、縣轄市、鎮、鄉等）之存廢與定位以及主要的組織與權限，藉以釐清渠等與中央之關係。

再者，現行憲法缺乏有關地方行政區劃之具體規定，因行政區劃涉及地方自治團體之「地域高權」，係地方自治之核心，有關此一議題應在中央與地方關係的架構中一併考量。

另外，中央與地方財政分配，在現行憲法難以找到明確依據，此為各國憲法中有關「財政憲法」的核心問題，亦應受重視。甚者現今強調所謂的「夥伴關係」在中央與地方關係的發展上更具有關鍵性地位，故如何透過具體的憲法條文設計擘畫有關「中央對地方之監督」、「地方對中央之參與」以及「有效解決中央與地方爭議之機制」更是未來研究的重心。

4、修憲程序

修憲程序有程序上的限制，即修憲案提

出的要件，修憲案通過的門檻等。而在實體上的限制，則是修憲內容不得抵觸憲法核心領域，目的在於確保自由民主憲政秩序的存續，並也確保人民自由權的保障。長遠來看，修憲程序的完備也是確保我國憲政秩序的長治久安。因此，在新一階段的憲政改造中，應該明確指出修憲的各種要件與限制。

（三）小結

自二十世紀末全球民主化的潮流形成各新興民主國家紛紛進行憲政改革，甚至制訂新憲，特別是東歐、中亞及南非各國。尤有甚者，還有歐盟的結合形成新的歐洲憲法秩序，對此新的國家秩序，歐盟近年來更是致力於新憲法的草擬與制訂。此不僅是為了進入二十一世紀與日俱增的人權保障潮流，更是對二十世紀傳統民主國家體制再度省思，創造適合二十一世紀的憲法秩序。

我國憲法制訂於五十年前的中國，由於時空演進，不僅與我國憲政現實不相符合，亦落後於世界二十一世紀的憲法思潮與理論。因此為兼顧全球新興憲政發展及我國現況之需求，憲法的改造實乃刻不容緩之要務。

四、結論

過去的十幾年來，我國歷經了七次的憲法修正。國會全面改選啟動了我國的憲政改造，到今年的二次國會改革；並且，中央政府體制，也因為總統直選以及取消閣揆同意權，而與憲法本文有很大的差異。相形之下，人民權利義務的變革，在過去的修憲中，是相對缺席的。然而，在過去十幾年來，透過大法官會議解釋、外國學說的引介，基本權利的保障倒也蓬勃發展。

基本權利保障為憲法的核心價值。美國憲法制定當時，制憲先賢以為政府之間的權力制衡足以確保基本權利，但是才沒幾年，美國憲法就增加了人權條款。法國憲法經過多次的修改，政府體制不斷的變更到現在的第五共和，其內容對於基本權利的保障都有相當的篇幅。瑞士於1999年剛通過的新憲法中，共有三十七個條文，總結過去百年來基本權利保障的成果，將各種基本權利保障的譜系做了最完整的呈現。

過去的幾年來，大法官會議解釋不斷的充實基本權利保障的內容，從傳統的自由權保障開始，如新聞自由、人民集會遊行結社自由，要求國家不得侵入人民自由權的保護領域；發展出各種基本權利所衍生的制度性保障、保護義務等機制，則進一步要求國家必須確保人民基本權利的行使可能性；甚至，大法官會議也明確指出，人性尊嚴的確保為基本權利的最高指導原則。

從大法官釋憲實務觀察，除了擴展了基本權利保障的縱深與廣度之外，針對政府體制的發展也是有目共睹的。萬年國會的改選就是從此啟動，成為我國民主發展的試金石，隨後展開一連串民主化的進程。直到近幾年，核四停建所衍生的行政立法權之間的憲政爭議，真調會釋憲案所開創出來的國會調查權等，憲政機關之間的權力糾葛，無不訴諸憲法解釋，獲得某種程度的抒解。

依據憲法，監察委員必須經立法院同意後產生，但立法院卻遲遲未進行監察委員的資格審查，遑論同意權的行使；依據憲法，中央與地方政府有其權限範圍，卻因為健保費分擔、缺水，從地方一直吵到中央。每個問題所衍生的紛爭，都可以在憲

法中發現其癥結所在。

憲法條文是白紙黑字冰冷的文字，透過憲政機關忠誠於憲法精神的行使職權，才使得憲法活躍於社會。憲政機關之間的清楚的權限劃分，如立法行政權之間的制衡、中央與地方政府的權限劃分，以及司法權行使的方式，更重要的人民基本權利對憲政機關的拘束，在在都是憲法生命力的前提要件。

承接過去十幾年的憲法變遷，監察委員遲未產生、朝野之間的爭執，其中固然摻雜了政治人物之間的恩怨糾葛，但從憲法規範效力的角度來看，憲法本文、增修條文之間的交相傾軋，卻也是我們不得不面對的問題。因此，總結這近二十年來的憲法變遷，以及我國政治、經濟、社會的發展，施行在台灣這塊土地的憲法，自有其令人稱許的生命力，但也走到了必須大幅度變遷的時刻。唯有重新檢視現行憲法的虛實良窳，才能為我們的憲法賦予新世紀的新生命，來面對新世紀的挑戰。

【註釋】

1.Burdeau, G., Traité de Science Politique, 1953 Bd. III, S. 203.; Kriele, M., VVdStRL Heft 29 (1971), S. 59.

2.Burdeau, G., Droit Constitutionnel et Institutions Politiques 1962, S. 72. ◎