

第七次修憲過程之圖像

台灣大學國家發展所教授

李炳南

台灣大學國家發展所博士候選人

楊智傑

壹、修憲過程.....	2
貳、爭議.....	4
一、選舉過程爭議.....	4
(一) 獨立參選人.....	4
(二) 保證金與申報財產.....	4
(三) 必須事前表達立場.....	5
(四) 各黨團事後可否反對修憲案？.....	5
(五) 投票率未過半.....	5
二、修憲程序爭議.....	6
(一) 國大職權行使法在選舉完成後才通過.....	6
(二) 代表可否自由投票？.....	6
(三) 重新表決與亮票問題.....	7
(四) 可否分案投票？.....	8
(五) 能否修改修憲案內容或再提一個新修憲案？.....	9
(六) 修憲門檻.....	9
三、背後因素.....	10
參、任務型國大的定性.....	11
一、任務型國大的原始意圖.....	11
(一) 第六次修憲原始意圖.....	11
(二) 修憲意圖在修憲程序中持續爭持.....	11
(三) 憲法解釋是否該採取原始意圖？.....	12
(四) 遵照修憲意圖仍然無法解決全部爭議.....	12
二、選舉人團制度.....	13
肆、修憲瑕疵與正當性.....	14
一、大法官對修憲程序的解釋.....	14
(一) 大法官解釋第 1267 次不受理決議案.....	14
(二) 與釋字四九九號間的矛盾.....	15
(三) 重大明顯瑕疵？.....	16
(四) 大法官的主觀動向.....	17
(五) 小結.....	17
二、修憲瑕疵與正當性.....	17

(一) 美國增補條文第十四條.....	17
(二) 法國戴高樂公投修憲.....	18
(三) 憲法的正當性？.....	18
伍、這次修憲的定位.....	19
一、修憲與制憲的區別.....	19
二、制定新憲法的呼聲與程序.....	20
三、制定新憲並不一定要遵守舊憲程序.....	20

壹、修憲過程

立法院在 2004 年 8 月 11 日到 24 日，舉行臨時會，提出修憲案。在親民黨堅持下召開六次公聽會，與會學者雖多持反對意見，但基於選舉壓力，立法院中主要四黨都同意簽字，以四分之三門檻通過修憲案。

按照憲法需公告六個月全國討論，但實際上完全沒有人討論。六個月後之三個月內照比例代表制選出任務型國大三百人，進行修憲案複決。

國大選舉法在第五屆立委最後一個會期結束前的 2005 年 1 月 14 日通過，2 月 5 日總統公布。當時選舉法通過時沒引發太多的爭議。在選舉法中，允許二十人聯盟亦可參選，這是為了貫徹增修條文的「比例代表制」保留獨立參選人參選空間的精神。而且當時在選舉法第十四條的選舉公報的印製上，也要求必需要事前就該次任務表達立場，以印在選票上供選民選擇。當時這些規定都沒有引發太多的爭論。不過國大職權行使法卻沒通過。

一直到登記前，各政黨都沒有表態是否反對這次修憲案¹。直到登記當天（3 月 30 日），親民黨和台聯才決定反悔，登記反對修憲案。此即引發第一個爭議：那就是在立法院支持修憲案的政黨，事後在國大選舉中能否登記反對修憲案？

後來，民主行動聯盟提出一百五十一人參選，登記時也引發爭議，中選會認為民主行動聯盟未經過人民團體法登記為政黨，不可以用「民主行動聯盟」的名義參選，按照國大選舉法第四條，必須以「張亞中等一百五十一人聯盟」名義參選。張亞中當時就認為這樣剝奪其參選自由，他認為至少可以讓他用「張亞中等一百五十一人民主行動聯盟」，但中選會堅持不能寫上「民主行動聯盟」字樣。張亞中認為這已經違憲，而宣稱勢必要聲請大法官解釋。此為第二個爭議。

此外，台聯黨的李安妮認為申報財產不符合比例原則，民主行動聯盟也對候選人申報財產制度表示異議，而堅持不繳交財產申報表，這是另一個爭議。至於繳交保證金的問題，民主行動聯盟也表示了意見，這是一個相關的爭議。

各政黨登記參選後，選舉過程中只有台灣智庫和中選會辦過幾場公開辯論

¹ 在登記前一天，親民黨曾詢問本研究研究員之一是否有意願代表親民黨參選，但當時面談時，仍然不清楚親民黨究竟要選擇贊成還是反對之立場。

會。但都未引起社會關注。原本增修條文中所謂「六個月內全國討論」不但沒有落實，在後來三個月內的競選期間中，全國也沒有什麼辯論。當然這一方面是因為中共通過反分裂法、國民黨和親民黨訪問團陸續造訪大陸進行連胡會和宋胡會，轉移了媒體焦點所致。

而這三個月中，偶有討論要求應該在國大代表選出前通過國大職權行使法，台灣智庫也曾發動號召連署，呼籲儘快通過該法。但是由於親民黨和台聯黨已經表明反對修憲案，所以不希望複決門檻過低。國民黨和民進黨希望二分之一門檻；親民黨和台聯卻希望採四分之三門檻，這樣才能發揮小黨牽制兩大黨修憲的效果。由於立法院職權行使法規定若交付黨團協商而無共識時，就必須等到協商四個月後無結果才能進行二讀表決。因為親民黨和台聯一黨持續反對，所以到選前國大職權行使法都沒通過。假如該法未能通過，任務型國大可否適用國大組織法的相關規定，此為第三個爭議。

五月十四日，進行國大代表選舉，選舉投票率創台灣新低為二成三，其中一成九贊成，其餘反對。贊成修憲政黨的代表加起來共兩百四十九人，約為六分之五，反對代表只有五十一人，約為六分之一。由於親民黨和台聯黨的得票不如預期，如今就算採四分之三門檻修憲仍能過關，故開始質疑如此低的投票率，這樣的選舉是否具有正當性，此為第四個爭議。

選完不久，由於國民黨和民進黨的代表約為六分之五，超過四分之三，故在立法院黨團協商時，即大幅退讓，於5月20日黨團協商同意投票門檻為四分之三，也同意國大代表如有與所屬政黨（或聯盟）主張不同之跑票記入廢票之中。但此舉一出，前民進黨主席林義雄則高呼反對，認為各政黨不該違反選舉承諾，投票門檻訂為四分之三乃違憲之舉，要求陳水扁總統必須反對國大職權行使法，否則將發動罷免陳總統。5月22日，陳水扁即動員民進黨籍立委發動「復議」，但復議失敗。5月27日總統公布該法，但加註意見如下：「依據憲法，總統既非釋憲機關，對立法院所通過之法律案亦無否決權。至國民大會職權行使法，關於憲法修正案複決門檻及廢票之規定，既有違憲之重大爭議，允宜尋求釋憲解決，俾符憲政法理、民主原則與民意期待。」嗣後民進黨籍立委趙永清等八十九人也以對於投票門檻和廢票計算提出釋憲案。這是第五個爭議。

另外，該法規定必須全案複決，不可分案逐條複決，也不可修改修憲案。但親民黨、台聯黨則主張可以分案逐條表決，這是第六個爭議。

為了順利開除違反政黨主張投票之黨籍代表、而可以馬上依序遞補其他代表，經兩大政黨要求後，中選會認為應配合政黨選舉承諾，決定在中山樓附近設「工作站」，各政黨若發現黨籍代表有問題將立刻開除黨籍，中選會採「外收發」方式，立即認定，以最速件遞補下一位代表，馬上發給證書就任。有人批評中選會這種作法違反一般開除黨籍的程序，似乎有為修憲護航之譏。這是第七個爭議。

國大開會兩天，6月6日說明各黨修憲立場，當天小黨不斷杯葛，場面混亂。6月7日，採記名投票，國民黨、民進黨大膽亮票，雖然小黨一再杯葛議事程序，修憲案最後仍然過關。亮票是否違法，這是第八個爭議。

後來，台聯黨和親民黨立委在立法院發動連署，得到國民黨籍立委的「義助」，達到三分之一連署門檻，提出釋憲案，針對此次修憲過程中投票率過低和不能分案投票，要求大法官解釋。親民黨主張國大選舉投票門檻過低不具正當性，而台聯黨主張修憲案綁在一起複決違憲。大法官卻作出不受理決定，其理由卻與四九九號解釋有所不同，這是第九個爭議。

本文採取焦點團體訪談法、深入訪談法及參與觀察法等，據此得到資料及其他文獻資料，對第七次修憲過程作一質性的分析，並對其中若干爭議提出我們的詮釋。

貳、爭議

一、選舉過程爭議

(一) 獨立參選人

獨立候選人的爭議，主要是民主行動聯盟所提起的。其主要有兩問題，一是團體姓名權，二是保證金。

民主行動聯盟原本希望以「民主行動聯盟」為聯盟名稱登記參選，中選會卻以國大選舉法第四條第二項：「前項聯盟之名稱，應冠以其登記候選人名單首位之候選人姓名，加「等」字及聯盟人數，稱為聯盟，並以首位之候選人為聯盟代表人，對外代表聯盟。」堅持其只能採用「張亞中等一百五十一名聯盟」。張亞中雖希望能在其後冠上「民主行動聯盟」，這樣才會有比較多人知道這個團體，但遭到中選會否決。張亞中認為，根據釋字四七九號，其有團體姓名權，而中選會的決定也逾越了法律的解釋（張亞中，2005：3）。

(二) 保證金與申報財產

就保證金部分，張亞中則認為，既然修憲案是立法院各政黨一致通過，則任務型國大則勢必得有民間團體加入反對，而保證金的限制，則是對民間團體的反對加諸了不必要的限制（張亞中，2005:4）。而且，倘若是準公民複決，為何需要繳交保證金？美國選舉人團就不需要繳保證金。而且原本一度還要求必須申報財產，難道國大有可能進行利益輸送嗎？（聯合報社論，2005.5.18）台聯黨的李安妮代表也認為國大候選人必須繳交保證金的規定不符比例原則。

（三）必須事前表達立場

根據國大選舉法第十四條關於印製選票的規定中，要求各政黨必須表達政見，表達對修憲案贊成或反對之立場及理由，且不得超過兩千字。

此一方式，已經逼使各政黨在選前表態，且進一步連結到事後各黨代表選出後，也不能反悔當初立場。甚至，由於只能表達「贊成」或「反對」立場，所以也沒有任何「修正」的空間。

（四）各黨團事後可否反對修憲案？

親民黨和台聯黨直到登記參選前一刻才逆轉決定反對修憲案。

有人認為其不准反悔，因為當初在立法院通過修憲案時都是其簽字同意，這樣已經違政黨誠信。蘇永欽認為不可以反對，既然是準公民複決，那麼立法院通過的黨只能選擇贊成，而由民間反對力量組成反對，兩組人馬供人民投票。（國民大會職權行使法座談會記錄：2005.02.23）

（五）投票率未過半

此次選舉投票率只有兩成三（23.35%），一成九贊成。這樣的低投票率，引發了這次選舉是否有效的爭議。事實上，早在三月二日就有學者指出這個問題的嚴重性（第七次憲政改革座談會記錄：2005.03.02）

之所以投票率過低，有很多原因。一、投票當天台灣出現罕見大雨，這次選舉氣氛本來就不濃烈，剛巧碰上大雨，索性就不去投票。二、這是台灣第一次選黨不選人的選舉，由於沒有候選人競選，所以選舉氣氛一直無法炒熱。三、由於國民黨和民進黨兩大黨都贊成修憲案，一般藍綠對決模式在此無法發揮，大部分選民認為不去投票也無所謂。四、不少人反對修憲案，但由於自己所認同的政黨居然贊成修憲案，而其也不願意去投一個自己不支持的小黨，所以也不去投票。（聯合報社論，2005.6.3）

投票率過低，小黨和反對這次修憲的學者就認為將使得這次修憲的正當性不足。假若這次修憲真是採取準公民複決，那麼比照公投法的門檻和將來修憲公民複決的門檻；公投法原本也有憲法複決公投的規定，門檻要求必須過半選舉權人投票、投票過半同意，公投才會過關。而此次修憲條文第十二條規定，將來修憲由立法院提案、公民直接複決，複決門檻為有效同意票過選舉人總額半數。這兩個公民複決門檻都遠遠高於這次的投票率二成三。假若這次投票真的是準公民複決，那麼投票率過低的確是致命傷。

另外，我們認為，若從憲法要求六個月討論時間來看，六個月就是為了要讓全國人民了解然後去投票。這次投票率這麼低，跟六個月來全國都沒人討論脫不

了關係，在程序上的確是嚴重瑕疵，其結果嚴重損害此次修憲的民主正當性。

因而，有學者認為這次投票率過低，導致修憲應該無效。也有認為，由於投票率過低，才應該開放國大自由討論投票，以彌補民主正當性。(楊智傑，2005)而這個問題也會跟投票門檻爭議牽扯在一起。(朱雲漢，2005)

二、修憲程序爭議

(一) 國大職權行使法在選舉完成後才通過

國大職權行使法因小黨對投票門檻相持不下，在選舉前遲未通過。一直到選舉完成，才因為國民黨和民進黨知道選舉結果，認為穩贏，所以才肯退讓。民間組成的「誠信修憲監督聯盟」和台灣智庫認為，職權行使法在選完才通過，已經違反了遊戲規則應該在「無知之幕」之後訂定的法理，也就是先遊戲，後訂遊戲規則，這算是一種投機主義。

根據憲法第三十四條：「國民大會之組織，國民大會代表之選舉罷免，及國民大會行使職權之程序，以法律定之。」表示國大職權行使法應該由法律定之。但過去多次修憲也一直沒有訂定國大職權行使法，因為之前該條被凍結。

參考國大組織法第八條規定：「國民大會集會非有代表總額三分之一以上人數之出席，不得開會，其表決除憲法及國民大會行使職權之程序相關法令另有規定外，以出席代表過半數之同意為之。」據此，國民黨內有認為若到國大開會前都未訂出職權行使法，則門檻統一為出席代表過半數即可。(林玲君，2005)

另根據大法官解釋，本來國民大會就有所謂的議會自律，可以自訂議事規則。釋字三八一號曾針對：國民大會修憲一讀會的出席人數，是否要符合憲法一七四條的三分之二門檻？大法官認為此屬議會自律，由議會自行認定，但須符合自由民主之憲政秩序。但大法官於釋字四九九號卻認為修憲採無記名投票違憲，某程度也限縮了國大的議會自律範圍。關於這個問題，容後再論。

(二) 代表可否自由投票？

國大代表能否跑票？根據「修憲原意」，任務型國大乃學習美國選舉人團制度，國大代表只能按照先前立場投票。國民大會代表選舉法第十四條規定，選舉公報上各黨必須印上各黨的政見，據此當初各政黨已經表明了自己的政見為贊成還是反對。故各政黨當選人當選後應該不得違背政黨之立場。而且，選舉法第二十八條又說各黨代表被開除黨籍時，則喪失代表資格，由各政黨於原候選人名單中依序遞補。若各黨代表跑票時，各黨可以開除其黨籍。在此次修憲會議前，國民黨代表朱宏源因其立場與黨立場不同，而自願辭職。

我們以為，拿國大選法的條文做為當選人有無自由意志的規定並不妥當。國大選法祇是選舉的方法，不應該涉及國大如何行使職權。而且第十四條原本祇是關於選舉公報的印製，效力應該沒有強到要求代表絕對要聽從政黨意見。第二十八條也祇是說政黨可以開除代表黨籍，但是如果跑票都已經發生了，記票也已經記了，政黨事後再開除黨籍，也已經來不及。想避免自己黨的代表跑票，最好事先就先把可能會跑票的代表開除黨籍，這樣才能發揮政黨約束力（楊智傑，2005）。

甚至，如果說各政黨代表沒有自由意志的話，那麼國大選法第二十五條就更奇怪了。該條規定要有婦女和原住民保障名額，如果各代表沒有自由意志的話，何必要對特定族群有保障名額呢？說到底，用選舉辦法來推論國大代表是否能自由投票，沒什麼道理可言（楊智傑，2005）。

另有學者指出，即便是在美國，選舉人團仍然能夠跑票，跑票結果仍然計算，頂多被開除黨籍。美國五十一個州，只有密西根州和北卡羅萊納州以法律規定，不忠實選票視為廢票，選舉人資格被取消。還有幾個州（如奧克拉荷馬州、新墨西哥州、南卡羅萊納州、華盛頓州等）將不忠實選票照算，但投票者被處以刑罰或罰金。其他大多數州（二十四個州）對選舉人的跑票，缺乏任何法律上的制裁。（賴佑民，2005；廖元豪，2005）

有認為之所以不能跑票，因為採取的是「比例代表制」。但是賴佑民認為，舉世採取完全比例代表制的民主國家，選出來的都是「自由委任」的國會議員。所以，他認為跑票者可以事後被開除黨籍，但仍然該算有效票。（賴佑民，2005）

而針對開除黨籍部分，胡祖慶認為，中選會不該為了替兩大黨修憲護航，至中山樓設立工作站，立刻進行遞補代表之工作。其認為，開除黨籍必須按照人團法或黨章規定。另外，中選會為合議機關，國大代表喪失資格必須由委員會全體認定，不該由主委一人認定。且此例一開，將來不分區立委也比照辦理的話，恐將造成政治秩序混亂。（胡祖慶，2005）中選會應該選務中立，但卻曲從執政黨等大黨之意志，不顧小黨之反對，使此次修憲的民主正當性再度受到傷害。

（三）重新表決與亮票問題

另外尚有一爭議與跑票有關，亦即投票完成後，能否重行表決？

此次修憲國大自己通過議事規則，其中第二十一條規定若有重大瑕疵可以重新表決。當時一般認為設立「重行表決」這個機制是為了避免政黨代表跑票之後，要馬上開除其黨籍，然後再重行表決。國大主席團主席台聯黨代表李安妮為此辭去主席團主席以示抗議。另外，新黨代表周陽山在第一次會議時曾經提出質疑，他認為憲法第三十二條言論免責權的規定：「國民大會代表在會議時所為之言論及表決，對會外不負責任。」而議事規則第十九條、第二十一條與此有所抵觸。查詢該兩條，我們不太確定其所指抵觸之處何在。但是若看其後來的發言，其應該是指，當代表投票違反政黨意見會被開除黨籍，且可能被認定為具有瑕疵而重

行表決，這樣就抵觸了國大代表的言論免責權（國民大會會議速記稿：2005.06.06）。但我們認為憲法第三十二條指的言論免責權乃是法律責任，而非政治責任。被開除黨籍乃是政黨內部的控制，屬政治責任問題。

不過關於表決所引發的爭議實際上卻不是跑票問題，而是亮票問題。

由於釋字四九九號解釋的要求，國大代表投票必需用記名投票，即在選票上已經印上代表名字。但這次投票時卻發生嚴重亮票問題。既然是記名投票了，為何還需要亮票？主要是為了避免跑票後撤換代表時間能夠縮短，所以即使已經記名投票，有政黨居然還是要求部分代表亮票。

在6月6日國民大會第一次會議時，亮票是否構成重大瑕疵曾經引發爭議。親民黨代表李桐豪代表質疑公開亮票算不算是重大瑕疵。故議事規則第三項乃規定，是否算是重大瑕疵，由主席團認定。但周陽山代表質疑不該由主席團認定。後來當天主席陳金讓（國民黨籍）裁定，若有爭議先由主席團認定，再由政黨協商決定（國民大會會議速記稿：2005.06.06）。到了6月7日投票當天亮票問題非常嚴重，親民黨代表秦慧珠等三十一人於投票完成後曾連署提案，要啟動國大議事規則第二十一條：「出席代表對表決結果，提出異議，經三十人以上連署或附議，得要求重行表決。」而主席葉菊蘭（民進黨籍）則提出第二項「採用投票表決，非有重大明顯瑕疵足以影響表決結果者，不得重行表決。」，自行認定並無重大明顯瑕疵足以影響表決結果，宣布不再重新表決。為此，台聯黨、親民黨強烈抗議，甚至要求撤換主席。其後，該爭議並未經主席團認定，也未照前一天陳金讓主席宣稱的交由政黨協商。

（四）可否分案投票？

這次修憲案依其性質可約略分為四個部分，包括立委減半、單一選區兩票制、廢除任務型國大修憲案交由公民直接複決、彈劾總統權交給大法官。這麼多內容，立法院卻是以同一個修憲案通過，交由任務型國大複決，這就產生了國大是否可以分案投票的爭議。上述通過的職權行使法也規定只能對全案投贊成或反對，不能拆開投票。

在台灣智庫與本研究舉辦的焦點團體訪問中，親民黨籍呂學璋認為，應該可以拆成兩案。但林濁水認為是配套，不可拆案（國民大會職權行使法座談會記錄：2005.02.23）。

另外，台聯黨陳建銘委員助理曾經在本研究舉辦的修憲案討論會中提出，瑞士公投也不同案子必須拆開。而且大法官曾經釋憲指明，案子應該可以拆案時要拆案（第七次憲政改革座談會紀錄：2005.03.02）。其所指乃謂大法官解釋第五四三號。

若參考大法官釋字第五四三號關於立法院是否得部分追認總統緊急命令之意旨：「立法院就緊急命令行使追認權，僅得就其當否為決議，不得逕予變更其內容，如認部分內容雖有不當，然其餘部分對於緊急命令之整體應變措施尚無影

響而有必要之情形時，得為部分追認。」大法官認為能拆開的案子就應該可以分別追認，那麼修憲案應該也可以分案由國大複決才對。這樣才真正能落實國大把關、審議民主的原始精神。不過，追認緊急命令與複決修憲案本質上仍然有所不同。

另外，若參考舊的國大議事規則第五四條第二項「第二讀會經逐條討論後，應為全案之複決。但如有出席代表二十人以上之提議，過半數之同意，得進行分條之複決。前項複決，應以投票方式行之。」表示在此之前的國民大會對審查修憲案，就有分條複決的機制。這次修憲台聯代表李安妮曾經在國大預備會上，要求在會議規則中加入這條，可是被主席團否決，這也是李安妮決定退出主席團的部分原因（李安妮辭去國大主席團主席的公開聲明：2005.06.06）。本文認為，分案投票方能讓整套制度更合理，不此之圖，必有他因。

（五）能否修改修憲案內容或再提一個新修憲案？

國大代表能否修改修憲案內容？國大職權行使法第九條規定禁止。

由於這學者普遍認為次修憲案過程草率，在本研究與台灣智庫合辦之國大職權行使法討論會中，就曾經提及補救方式。由於國大只能「複決」，照理講應該不能修正立法院提案。故林濁水建議應可由立法院補提一案，兩案併陳，供國大選擇。當時與會專家似乎都認同這個想法。（國民大會職權行使法座談會記錄：2005.02.23）

本文認為，國民大會若能修正修憲案的內容，或者立法院能夠再提一個新案供國大選擇，整套制度有極大可能較原案更合理。不過事後立法院並沒有另提一案。其原因為何，值得吾人深究。

（六）修憲門檻

修憲門檻到底是二分之一、三分之二還是四分之三，在修憲過程中各黨一直爭執不下。原本國、民兩黨堅持二分之一，親民黨、台聯黨堅持四分之三，最後由於國、民兩大黨覺得穩贏，所以退讓為四分之三。甚至在立法院通過國大職權行使法後，還引發陳水扁發動民進黨籍立委進行復議程序，此為修憲過程中一大爭議。

由於憲法條文對於國大複決修憲案的門檻並沒有規定，導致這個問題才會爭執不下。我們認為既然憲法第一七四條第二款對此沒有規定，就是有意省略，應該回歸一般多數決法理，為二分之一。參照大法官釋字第三號所述「省略規定之事項應認為有意省略」以及「明訂其一者應認為排除其他」之拉丁法諺，可推論憲法增修條文不規定憲法修正案複決所需票數乃是有意省略，即排除特定數額之表決。因此，憲法修正案之複決門檻，應依民主原則及慣例以二分之一相對多數表決通過（林玲君，2005）。

但也有認為，之所以漏未規定，是因為原本憲法本文第一百七十四條第一項為國大主動修憲，門檻為三分之二出席、四分之三同意。而第二項僅規定立委提案門檻，交由國大複決。之所以省略立委提案後複決的門檻，當然就是要比照第一項國大修憲門檻，不為重複規定而已。增修條文制定任務型國大時，因為限縮國大自行修憲的權力，明文排除憲法本文第一百七十四條第一款，但同時明訂依第二款複決修憲案。本來互聯、互補的條文被刪除一半，這的確是當時的立法疏漏，但若「回歸」憲法的精神，亦當然應回歸為第一百七十四條第一款的四分之三門檻（聯合報社論，2005.6.3）。

此外，輔以第六次修憲的另一事實，更能證實這點。在二〇〇〇年第六次修憲時，民進黨的林義雄主席和游錫堃祕書長曾經至新黨黨團會見郝龍斌主席和李炳南祕書長，新黨代表提到希望領土變更案比照修憲程序辦理。後來在修憲黨團協商上再度確認這點。而所謂比照修憲程序辦理，意指為何？當時新黨代表要求必須寫清楚，後來通過的增修條文第四條第五項即清楚寫明，必須經由國大代表總額三分之二出席、出席代表四分之三之同意。若當時與會代表都認同領土變更案乃比照修憲程序，則國民大會的修憲複決應該也是三分之二出席、四分之三同意。

又，從原本國民大會議事規則第五四條第三項也看出：「…前項複決，應以投票方式行之。須有代表總額三分之二之出席，出席代表四分之三以上之同意為通過。」投票門檻為三分之二出席四分之三同意，也跟憲法第一百七十四條第一項門檻一樣（隋杜卿，2005）。

但有認為，如果這次真的是準公民複決，那麼公民複決門檻不該是四分之三或三分之二，應該為二分之一（中國時報社論，2005.5.20）。可是朱雲漢卻認為，如果真的是準公民複決，那麼這次的投票率過低就說不過去了。所以兩者必取其一（朱雲漢，2005）。

三、背後因素

之所以會發生上述這麼多爭議，其背後的因素可能在於：政黨為了達到自己的最終目的，而進行選舉程序與修憲程序的對抗。我們曾經指出，影響台灣修憲的因素有三種，一個是分離主義取徑，一種是制度多元取徑，一種是合理主義取徑（李炳南，2003：自序）。而所謂的制度多元取徑，就是分析個人、政黨、機構基於自己利益而影響修憲。Jon Elster 將影響憲法改變的利益分為三類，一種是個人利益、一種是團體利益，一種則是制度利益。與上述分法類似（Elster，1995）。本次修憲結果由於涉及兩大黨對小黨之間的利益分配，故上述諸多程序上的爭議都可簡化為大黨與小黨之間的利益對抗。

參、任務型國大的定性

一、任務型國大的原始意圖

(一) 第六次修憲原始意圖

任務型國大到底定性為何？是本次修憲過程中的一大爭議。調閱當初修憲過程與各黨操盤手的說法，原本是希望將國大完全廢除，但因為國民黨堅持要保留國大這個機關，怕完全廢除後容易讓人民直接進行公投台獨，引起兩岸關係的緊張。最後妥協結果，國民黨國大黨團書記長蔡正元提議，採取任務型國大，依比例代表制選出，而這個任務型國大祇是類似「委任機關」，有人稱為「準公民複決機關」，亦即其乃學習美國選舉人團制度，在選前即選定立場，讓人民針對該政黨立場進行投票，然後按照各黨得票比例依序排出國大當選人，而國大代表事後在投票時必須依照原本選前所採立場來投票。這就是美國的選舉人團制度的翻版。依當時國民兩黨七項共識中「國大代表行使職權依所屬政黨主張為之，其程序由立法院定之。」（李炳南，2003：132-133）

(二) 修憲意圖在修憲程序中持續爭持

如果真照修憲原意，應該是準公民複決機關，比照美國選舉人團，那麼這次選舉就不該出現這麼多爭議。雖然有明確的修憲原意，但在選舉過程中，各方似乎摸不清任務型國大的定性為何，光從增修條文上也看不出這個意思，故修憲過程中才會不斷起爭議。

當初第六次修憲時對於國大選舉方式無法達成共識，後來決定交由立法院制定法律決定之（李炳南，2003：134）。其後 2005 年 1 月制定國大選舉法時，似乎也沒有把定位講清楚。若是準公民複決，為何還要讓各政黨競爭，為何還要繳保證金，為何還要有婦女和原住民保障名額？直到國大選完之後、國大職權行使法通過，才真正決定國大跑票算廢票、全案複決等，將國大定調為準公民複決機關。所以，雖然修憲原意很明確，但是當初選舉辦法即無共識，也是後來造成修憲過程中爭議的原因。

另外，小黨之所以反對這樣的修憲原意，某程度在於：他們根本未參與第六次修憲。台聯並未參加 2000 年第六次修憲，他們根本不接受國民黨、民進黨所謂的修憲原意。當初第六次修憲兩大黨之所以想廢國大，就是怕新興親民黨透過國大選舉崛起（李炳南，2003：130），故當初修憲原意某程度就是在防制小黨出現。故這次修憲，小黨一方面為了修憲內容進行抗爭，另一方面也質疑任務型國

大這種準公民複決機制壓迫小黨的本質。

(三) 憲法解釋是否該採取原始意圖？

憲法解釋是否一定要尊重制憲者或修憲者的原始意圖呢？對此國內外學者都有不同看法。

純就國內學者看法而論。有學者認為應該重視原始主義，例如蘇永欽教授對於機關權限爭議的解釋，比較傾向於尊重文本與歷史的解釋方法，其主張先看文本，且對文本的解讀應採用合憲性解釋，並輔以歷史解釋或體系解釋；而就人權部分，就比較贊同採取非原始主義的解釋方法(蘇永欽，2002:375)²。例如，針對釋字五三〇號解釋，蘇永欽認為此乃屬於機關權限的問題，應該採取意圖解釋(蘇永欽，2002:374-379)，而主張司法院審判和行政不該合一。

不過，對於同一問題，卻也有學者認為不該採歷史解釋，而該採取體系解釋。法治斌就是以體系解釋的觀點，認為釋字五三〇要求的司法院應審判行政合一是合理的(法治斌，2002:782-788)。

針對其他議題，也有學者認為不該採取歷史解釋。例如，一九九七年第四次修憲原本想採雙首長制，陳水扁上任後卻漠視這個精神，也引來了一些批評。廖國宏認為，這個個案是關於政府體制的爭議，且離制憲時間不久，修憲意圖雖然容易追查，但是，由於修憲意圖未表明等理由，故他不贊成於解釋憲法時探求修憲者意圖(廖國宏，2005:126-136)。

反對解釋憲法時根據修憲意圖的人，主要認為修憲意圖難以探求，或是因為嚴格遵守修憲意圖不利於人權保障。不過就政府體制議題，並不會直接關涉到人權的問題，而且若修憲時點離現在很近，修憲意圖多已表明也不難探求。這就是為何蘇永欽認為在政府體制解釋上應該遵照修憲意圖的原因。

(四) 遵照修憲意圖仍然無法解決全部爭議

不過，純就第六次修憲而言，雖然修憲意圖是想學習美國選舉人團這點很容易探求。若比照選舉人團制度，在投票率上，的確不用限制(美國也無限制)。但是跑票算廢票，這卻是美國沒有的制度。另外，由於選舉人團原本是選總統，只決定一件事，而這次修憲卻是四個案子綁在一起而未分案，這也明顯異於選舉人團所議決事項乃單一的原本設計。

²黃錦堂教授對機關權限爭議的解釋，也主張應從文本、制憲意圖和體系等來源作解釋，請參見氏著，機關爭議問題釋憲方法之應用，「司法院大法官九十年度學術研討會記錄」，頁 132，司法院，2002 年 12 月。

二、選舉人團制度

若說修憲意圖是學習美國選舉人團制度，我們也來看一下美國選舉人團制度的演變。

美國憲法對於選舉總統的方式，是在最後一刻才達成共識（Dahl, 2001: 74-76）。原本制憲者的設計，是希望由各州選出的選舉人，經過詳細討論後，自由地作出決定。甚至，每位選舉人可以投票選擇兩位總統，然後再統計票數，這也可以看出選舉人投票不會被其政黨所限。這可從《聯邦黨人文集》第 68 篇窺知一二。

此輩人員（選舉人）乃負有直接選舉大總統之責任，故皆應具有豐富之鑑別力，務必使之選出最適當之人物，然後賦予大總統之重任。今所規定之選舉程序及先由人民在民眾間選出少數人員，專司其事，由其審查實情，並徵集各方消息，詳予考核其資歷，故其所得之判斷，以理度之，自不致選出不合用之人（顏欣淇譯，2005：88）。

但是，由於這個條文是倉促通過，裡面漏洞很多。例如關於總統、副總統人選的設計，馬上就出現矛盾。後來在 1806 年即以增補條文第十二條修改。至於原本希望的討論、審議程序，卻也因為將選舉辦法交由各州自訂，而馬上脫離了制憲者的原始意圖，被政黨系統操控（Dahl, 2001：78-79）。

依照美國憲法，各州的選舉人團的選舉辦法乃由各州決定。甚至，有些州讓州議會擁有決定權。直到 1832 年以前，南加州的選舉人團仍然由州議會選出的（Dahl, 2001:82）。又，在 2000 年美國總統大選之爭時，由共和黨掌控的佛州議會，其實早就打算，若選舉因為選票清點翻盤由高爾獲勝，則該州憲法規定此時州議會可以推翻人民投票結果，由州議會自己決定選舉人團（王磊，2002）。

各州所設計的選舉辦法，後來多半採用由人民普選。但是在選舉方式上，一開始有將州分為數個選區或一個大選區這兩種方式。後來，則都採用將州設定為大選區的方式。這也就是我們所謂的贏者全拿系統，讓在州內獲得多數選票的政黨，可以獲得所有的選舉人。之所以會如此，可能是各州希望自己在決定總統人選上，集中力量（Dahl, 2001:82）。

不過這樣的方式，讓在普選中獲得多數選票的政黨，可以囊括所有選舉人票，讓選舉人團流為一個選舉機器，而不能自主思考判斷，這已經完全脫溢了制憲者的原始意圖。而且這種選舉制度，早為美國多數民眾所不滿，民意調查顯示，多數民眾希望將選舉人制改為直選。但礙於美國修憲程度高度困難，相關選舉方式一直沒辦法更動。（Dahl, 2001：87）。2000 年美國總統大選之後，更多學者質疑這種選舉方式的合理性（Dahl, 2001：ch. 4）。

美國選舉人團的運作，其實根本已經違反了他們的制憲原意。而我國第六次修憲的原始意圖，竟是要學習美國選舉人團的運作。而後來國大選爭期間，不少學者一直強調我們第六次的修憲原意是要學選舉人團。兩相對照，這樣的發

展，實在非常弔詭。

肆、修憲瑕疵與正當性

本文雖然質疑這次修憲過程中的諸多瑕疵，而認為其欠缺正當性，但是是否因為這些瑕疵，而使得這次修憲無效呢？

一、大法官對修憲程序的解釋

(一) 大法官解釋第 1267 次不受理決議案 (2005/6/17)

針對本次修憲程序爭議，立法委員提出兩個釋憲案。

一個是立法委員趙永清、賴清德、陳景峻等八十九人提出聲請。其認為國代跑票算廢票、國大不經討論及投票等方式違反國民主權原理。但大法官卻認為其未說明與立法院行使職權何關、且認為修憲已過、衡諸客觀事實已無解釋之必要，而不受理³。

第二個則是立法委員陳志彬、羅志明、顏清標等八十七人提出聲請。其認為國大職權行使法乃於國代選完後才通過，故該法不符正當程序，另外，又認為國大選舉未設投票門檻限制有違民主多數決原理。但大法官認為關於第一項質疑聲請人並未明確說明理由，而且兩項質疑都因為修憲已過、衡諸客觀事實已無解釋之必要，而不受理⁴。

³大法官解釋第 1267 次不受理決議案 (2005/6/17)

十三、立法委員趙永清、賴清德、陳景峻等八十九人聲請書為立法院於九十四年五月二十日三讀通過國民大會職權行使法第八條及第十條第一項規定，發生是否抵觸憲法之疑義，聲請解釋案。會台字第 7773 號

決議：

(一) 按立法委員現有總額三分之一以上聲請解釋憲法，須就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有抵觸憲法之疑義，始得為之，司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款定有明文。

(二) 聲請人為立法院於中華民國九十四年五月二十日三讀通過，總統於同年五月二十七日制定公布之國民大會職權行使法第八條：「政黨、聯盟推薦之國民大會代表行使職權時，應依其所屬政黨、聯盟在選票所刊印之贊成或反對意見，以記名投票之方式為之。其違反者，以廢票論」；及第十條第一項：「憲法修正案，經立法院派員說明提案要旨後，不經討論，應即行使複決，經國民大會代表總額四分之三以上之同意者，該憲法修正案即為通過」等規定，認有違反國民主權原理等抵觸憲法之疑義，聲請解釋。惟聲請人並未敘明立法委員係行使何種職權適用上開法律發生抵觸憲法之疑義；且衡諸客觀事實，本件聲請所提之各項疑義，已無解釋之必要，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

⁴大法官解釋第 1267 次不受理決議案 (2005/6/17)

十四、立法委員陳志彬、羅志明、顏清標等八十七人聲請書為行使議決國民大會職權行使法之職權，就國民大會代表複決憲法修正案之可決人數，職權行使法之立法時限，以及國民大會代表選舉法未設最低投票率之規定，適用憲法發生疑義，聲請解釋案。

（二）與釋字四九九號間的矛盾

對這次修憲的程序瑕疵所提出的質疑，大法官居然都以不受理處理。但大法官對一九九九年第五次修憲卻用釋字四九九號宣告其違憲。這兩者是否有所矛盾。以下列出兩項批評。

1.與立法院職權行使無關？

釋字四九九號，也是由立法委員提出，為何與立法院職權行使有關？釋字四九九號之所以受理，大法官們舉出該次修憲內容有某些條文與立法院職權有關。而這次修憲案內容，也涉及了立法委員選舉方式及其職能的調整。為何這次就與立法院職權無關？兩者之間必有一是一非。

2.解釋已無必要？

釋字四九九號解釋也是針對修憲後作出的解釋，當時修憲過後，衡諸客觀事實，為何有解釋必要？而為何第七次修憲之後就無解釋必要？兩者之間也有一是一非。

我們認為，如果大法官可受理釋字四九九號解釋，本號解釋也應受理。而且，我們也認為大法官的確有權受理修憲程序的解釋。至於受理之後，大法官是否應予審理呢？這點將在下段中討論。

會 台 字 第 7781 號

決議：

（一）按立法委員現有總額三分之一以上聲請解釋憲法，須就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之。司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款定有明文。

（二）本件聲請人立法委員陳志彬、羅志明、顏清標等八十七人聲請意旨略謂：（1）國民大會職權行使法第十條第一項以「國民大會代表總額四分之三以上之同意」作為複決通過憲法修正案之多數決標準，確屬必要、合理，與憲法意旨並無違背；（2）國民大會職權行使法係於本次國民大會代表（下稱國大代表）選出後，始進行審議，完成立法，立法院各政黨難免以選舉結果為基礎，進而作有利於己之規劃，此與選舉前，因當選席次尚未確定，各黨派尚可公平合理訂定國大代表職權行使規則有間，不但不符正當修憲程序，且與分權制衡原則有違。（3）憲法修改須有強烈民主正當性為依據，本次選舉國大代表以複決立法院所提憲法修正案，實係人民直接對該修正案為贊成與否之表決，但國民大會代表選舉法卻未設有選舉權人二分之一以上投票之最低投票率規定，有違民主多數決原則。惟查聲請意旨（1）既認國民大會職權行使法第十條第一項規定與憲法意旨無違，自無對該規定聲請釋憲之必要。次查聲請意旨（2）僅泛稱國民大會職權行使法係在國大代表選出後始完成立法，各黨派難免依選舉結果為有利於己之立法規劃，但對於各黨派實際上於議決該法時，如何依選舉結果為不公平不合理而有利於己之職權行使規則之安排、規劃，而違背何等正當修憲程序及分權制衡原則，以致聲請人適用憲法何等規定發生如何之疑義，俱未具體指明；且聲請意旨（2）、（3）所指疑義，衡諸客觀事實，已無解釋之必要。綜上所述，本件聲請核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

(三) 重大明顯瑕疵？

我們雖然認為大法官應該受理，但卻認為大法官不該宣告修憲程序違憲。大法官對修憲的解釋可以分為程序面和實質面。我們一貫的立場乃反對大法官介入實質的修憲內容（李炳南、曾建元，2002；楊智傑，2004a），至於修憲程序，我們認為大法官可以受理，但應該採取「議會自律原則」而予以尊重，即不予審理。。

1. 議會自律原則

大法官在釋字三四二號解釋中，即提出了對於議會程序瑕疵的問題，其中採用了兩個判準，一個是「議會自律原則」，一個是「重大明顯瑕疵原則」。釋字三四二號針對的是立法院的三讀程序，大法官認為瑕疵並不明顯，而訴諸議會自律，宣告其合憲。後來，在釋字三八一號解釋中，將這套方法套用在修憲程序上，認為原則上修憲應該尊重議會自律。不過大法官在後來的釋字四九九號解釋中，卻單獨使用重大明顯瑕疵原則，宣告第五次修憲違憲。

2. 重大明顯瑕疵

大法官在釋字四九九號解釋採用的「重大明顯瑕疵」，所謂明顯，係指事實不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言則指瑕疵之存在以喪失程序之正當性。

若套用這個原則，來檢視第七次修憲程序，則從國大選舉和國大職權行使法相關爭議等在修憲前就見諸報端社論，就知道這些瑕疵非常明顯，根本不待調查。而是否重大，根據本文上述分析，也指出此次修憲諸多措施都不正當，尤其將四案綁在一起，禁止國代自由討論自由投票等等，應該都是嚴重的程序瑕疵。

3. 重大明顯瑕疵引發的問題

大法官在釋字四九九號解釋所採用的「重大明顯瑕疵」判準，我們認為其內涵大有問題。首先，大法官並非修憲參與者，不管任何修憲瑕疵，大法官一定得進行調查或蒐集相關資訊才能有所了解，所以對大法官而言，根本就沒有什麼修憲瑕疵是明顯的。至於是否重大，也是靠大法官自己認定。大法官在釋字四九九號解釋中認為選民應該有權罷免國代，所以應該秉持公開透明原則。但是國大修憲程序本來就已經公開，此應足以滿足選民監督的需求，但是投票為何也必須記名，本文作者已經在他處對此提出批評（李炳南、曾建元，2002）。

而且，這次修憲爭議中，為了讓各黨可以快速撤換黨籍代表所引發的亮票、中選會在陽明山設置臨時辦公室等問題，反而就是因為大法官強調的記名投票，而延伸的過度濫用的問題。Jon Elster 早已指出，修憲程序若過度公開，會使代表無法自由討論投票、無法免於來自外在的強制力，而使得修憲程序不當（Elster, 1995）。這次修憲程序就見證了 Elster 的預言，由於過度公開、甚至亮票，使得國大代表無法擺脫政黨控制，而致這次修憲完全被兩大黨掌控。

甚至，若能更跳脫本次事件，以動態的角度來看，當初大法官若不以釋字四

九九號宣告第五次修憲違憲，而保留常設國大的話，就不會有後來的任務型國大，以及第七次修憲的爭論。也就是說，如果大法官能夠秉持都不介入的原則，那麼根本就不會有這次修憲程序上的諸多問題。

爲什麼有的案子大法官決定介入？另些案子大法官又決定不介入？這個問題相當有趣，值得進一步探討。

（四）大法官的主觀動向

大法官爲何會在釋字四九九號受理並宣告修憲程序有瑕疵，而針對第七次修憲卻不受理？我們認爲，大法官在爲憲法解釋時，或多或少仍受到政治性影響，或者受個人偏好、環境的影響（楊智傑，2004b）。

在釋字四九九號解釋時，由於國人當時對第五次修憲結果非常反彈，基於民意的支持，以及大法官本身也認爲那次修憲結果不妥，以致大法官才敢介入宣告第五次修憲程序和實質皆違憲。但是，第七次修憲內容爲兩大政黨所支持，且其結果普遍爲人民接受，雖然程序上瑕疵很多，但是大法官一方面可能基於自己也支持這次修憲結果，一方面則可能基於感受到主要政黨及多數人民對修憲結果的支持，所以決定不受理這次的釋憲申請。由此可見，大法官在修憲案的受理解釋上，並不客觀公正，對於同一問題並沒有一個固定的判準。

（五）小結

我們認爲大法官應該受理對這次修憲程序的釋憲聲請案。而對修憲程序的審查，應該採用「議會自律原則」不予審理，而非採用「重大明顯瑕疵原則」⁵。除了上述大法官的主觀動向、重大明顯瑕疵所引發的問題、以及造成的不良影響外，另外我們還可從「民意認可」的角度，申論修憲瑕疵並不需要大法官的介入。

二、修憲瑕疵與正當性

從歷史上來看，部份國家著名的修憲條文並不符合修憲程序。

（一）美國增補條文第十四條

美國內戰後的第十四條增補條文，在修訂程序上一樣有程序上的瑕疵。當時國會通過修憲案，只有 25 州出席投票，排除了南方 11 州的國會代表，是在南方各州都沒有代表的情況下通過修憲提案的。甚至，在憲法批准程序上，他們也威脅南方各州，要求南方各州必須以接受第十四條增補條文爲條件，才能再加入聯邦。

⁵ 當然這次任務型國大的修憲程序是否屬於議會自律，還是被立法院綁架，仍有爭執空間。

不過，Bruce Ackerman 詳細論證儘管修憲程序不符合憲法規定，但由於人民的支持，卻使該次修憲取得了正當性（Ackerman, 1998：159-252）。

（二）法國戴高樂公投修憲

我們也可以比較法國經驗。法國憲法規定，修憲程序必須兩院通過並經人民複決。可是在一九六二年時，戴高樂卻違反憲法第八九條，直接以憲法第十一條總統提出人民公投的方式，來進行修憲，希望將總統選舉方式改爲人民直選。當時國會認爲戴高樂此舉違憲，而通過倒閣，戴高樂也進而解散國會。當年 10 月 28 日總統直選公投仍然舉辦，贊成該法案的民眾有 62.25%，而國會改選，支持戴高樂的議員也以 57% 的得票率，獲得總數 482 席中的 279 席（徐正戎、呂炳寬，2005:315-316）。該次結果被提到憲法委員會進行合憲審查，但 11 月 6 日憲法委員會做成決定，認爲公民投票通過之法律爲國民主權的直接體現，不得爲違憲審查的對象，所以憲法委員會無權宣告是否違憲（徐正戎、呂炳寬，2005: 316）。

戴高樂於 1969 年又試圖用憲法十一條總統交付公投的方式，提出有關「區」政府自治及參議院選舉方式及其組織架構調整方案之公投。結果該次公投反對者以 52% 否決該案。戴高樂只好宣布辭職（徐正戎、呂炳寬，2005: 317）。

亦即，這種違反憲法本文規定的修憲方式，即是以人民是否支持，作爲判斷其是否有效的判準。

（三）憲法的正當性？

到底憲法的正當性 (legitimacy) 從何而來？是大法官說合憲就具有正當性？大法官說違憲就不具正當性？還是該由人民的接受度來判斷？

根據 Carl Schmitt 的分類，憲法的正當性可分爲「王朝正當性」和「民主正當性」。所謂王朝正當性乃指君主專制國家的憲法來自於權威（劉鋒譯，2004：121）。但二次戰後日本憲法乃受美國壓力而制定，德國基本法也是被同盟國強迫採取共和體制，這兩國的憲法的正當性主要來自於戰勝國強權之支持，相較於 Schmitt 的分法，吾人或可稱其爲「外來的權威正當性」。

如果，連外部正當性和王朝正當性都算是一種正當性的話，那麼基本上，只要人民支持、可以接受或同意 (consent) 該部憲法，其即具有正當性，此乃所謂的民主正當性。而且人民的接受，可以來自於默示的接受，亦即人民沒有反抗，就代表其肯接受 (Murphy, 1992)。當然，人民的接受，可能是以政黨作爲中介以表達，畢竟人民無法直接表達民意，不管對憲法的贊成或反對，都必須透過政黨反映意見。以這次任務型國大選舉結果，各大黨囊括了 94.5% 的選票，而宣稱代表人民的民主行動聯盟，卻僅得 1.6%，可見真正能代表人民的仍是政黨。相較於公民投票複決修憲案而言，第七次修憲之正當性，吾人或可稱其爲政黨代理型的民主正當性。

如果人民認為一部憲法欠缺正當性，當累積到足夠的反對能量時，其將會透過政黨，以某種方式修正該部憲法，在未修正之前，其仍然是有效存在的，具有合法性（legality）。亦即，該憲法未被修正前，其正當性或有疑慮，但仍然有效存在。例如，我們的憲法本文是一個在大陸制定的憲法，拿到台灣來用，在民主化進程以來，其正當性越來越受到質疑，所以一直被修改，甚至被要求完全廢棄，另立一部新憲法。可是在未廢棄之前，這部憲法仍然是有效實施的憲法。

這也呼應了我們前面的立場：我們認為大法官不應該宣告修憲程序違憲。儘管第五次修憲受到民意高度反彈，正當性存有疑慮，但人民應該透過再度修憲或立法的管道來加以調整。而且我們也相信第五次修憲若大法官不介入的話，民意自然會透過其他方式對該次修憲結果進行調整（楊智傑，2004a）。

針對第七次修憲，我們認為大法官不該介入，而若多數人民真對其正當性有所質疑的話，自然會發動政治行動（修憲或修法）修改這次修憲的結果。第七次修憲雖然存在許多瑕疵，但最終的結果卻具有正當性。雖然投票率只有 23.35%，很多人認為這樣低的投票率欠缺正當性；但是，在修憲結束之後，一般民意調查皆顯示，過半的民眾接受這次修憲結果或無意見。此即這次修憲的民主正當性基礎。

伍、這次修憲的定位

承上，我們雖然認為這次修憲程序有許多瑕疵，而影響了其正當性，但我們卻認為這次修憲仍然有效。因此，我們必須更進一步討論，這次修憲的定位為何？其是否是為了啟動下一波的新憲而準備？

一、修憲與制憲的區別

修憲程序和制憲程序可以加以區分。修憲程序由於強調的是憲法秩序的穩定，強調的是憲政主義(constitutionalism)，強調憲法高於法律，不希望憲法變動過快，所以修憲程序嚴格一點較好。吾人或可稱其為憲政主義式(constitutionalist)的修憲。

雖然我們歷經七次修憲，而且每次都強調是進行修憲、而非制憲，所以都要遵守既有的修憲程序。但實際上，也有人說前六次修憲已經有實質制憲的效果，尤其以增修條文的方式，幾乎把憲法本文大部分政府組織的條文都凍結。與上述之憲政主義式的修憲相對比，吾人或可稱其為國家主義式(nationalist)的修憲。也有人援引東歐新興民主國家改革為例，認為持續修憲也可以達到新憲的效果，並稱此為「修憲與制憲的相對化」（葉俊榮，2004：92-93），我們曾經稱其為「分期付款式」的制憲。。

二、制定新憲法的呼聲與程序

儘管有謂前六次修憲已經達到實質制憲的效果，但是 2004 年總統大選時，陳水扁還是提出制定新憲法的呼聲。後來連戰也願意進行制定新憲法。藍綠候選人都提出其新憲目標。一開始陳水扁執意以公民投票完全新憲法的制定，其不願意採用既定憲法的程序。而泛藍陣營確認為，即使要大幅修憲，也仍應該遵循修憲程序。但後來綠營讓步，願意接受藍營的修憲取徑。

而這次修憲的重點之一，在於完全廢除任務型國大，納入公投機制。對國民黨來說，這是符合連戰新憲三部曲的前兩步。民進黨陳水扁之所以接受這次修憲，也是為了推動新憲。所以，這次的修憲，可以說是為了促進新憲的一個中間步驟。但採取這種方式，也表示雙方都選擇了以遵守既定修憲程序來完成新憲的方式。

三、制定新憲並不一定要遵守舊憲程序

若以制憲的角度來看，我們是否就可以跳脫修憲的嚴格程序？例如，陳水扁為了提倡新憲法，原本一度希望直接公投台灣新憲法，而不走既定的修憲程序。陳水扁到了美國領人權獎時，曾舉美國做例子，說美國剛建國時，1789 年原本是邦聯召開邦聯的修憲會議，結果修憲代表一群人坐下來，談了沒多久，居然變制憲大會。最後還決定交給各州批准，美國因而從邦聯轉為聯邦。陳水扁提到，美國人既然可以修憲變制憲，台灣當然也可以不用遵守既定的修憲程序，直接制憲。

其實，美國新憲的正當性，完全建立在各州間的一致性協商的基礎上，而非多數決的民主正當性上。陳水扁似乎只看到制憲程序的技術問題，而未了解背後的正當性本質。美國人肯從修憲變制憲，是所有修憲代表坐下來談，大家都同意改為制憲，並約定出一套制憲程序，才變成制憲的。實際上幾乎所有新興民主國家的民主改革都是採取這種協商一致的方式，其在民主轉型過程中，未必繼續採用舊的修憲程序，也有採用新的制憲的方式。而 1918 年的德國威瑪憲法，也並沒有按照原本憲法第七八條的修憲程序制定，但是正如 Carl Schmitt 所大力辯護的，新憲的正當性並不來自於是否符合舊憲法的程序（劉鋒譯，2004：122-124）。但是不論如何，共同點是大部分的政治力量坐下來協商，如果大多數人都同意使用新規則，也約定出了一套新的遊戲規則（例如決定要用公投複決新憲），那就可以直接用這套新遊戲規則，不一定要遵守舊憲法的修憲程序（楊智傑，2004a）。

參考文獻：

Ackerman, Bruce(1998), *We the People 2: Transformation*, Harvard University Press.
Dahl, Robert A., (2002), *How Democratic is the American Constitution?*, Yale

- University Press, 2002.
- Dellinger, Walter E. (1978), *The Recurring Question of the "Limited" Constitutional Convention*, 82 Yale L. J. 1623 (1979).
- Eidsmoe, John A. (1992), *A New Constitutional Convention? Critical Look at Question Answered, and not Answered, by Article Five of the United States Constitution*, 3 U.S. A.F. Acad. J. Legal Stud. 35(1992).
- Elster, Jon (1995), *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 Dule L. J. 364 (1995).
- Leonard, Arne R.(1996), *In Search of the Deliberative Initiative: A Proposal for a New Method of Constitutional Change*, 69 Temp. L. Rev. 1203 (1996).
- Katz, Elai,(1995) , *On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment*, 29 Colum. J. L. & Soc. Probs. 251 (1995/1996)
- Ku, Raymond, (1995), *Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change*, 64 Fordham L. Rev. 535 (1995/1996)
- Murphy, Walter F. (1992), *Consent and Constitutional Change*, in Human Rights and Constitutional Law (James O'Reilly, ed., 1992)
- 王磊，2002，《布什訴高爾》，北京：北京大學出版社，2002年6月。
- 中國時報社論，2005.5.20，國大職權行使法不能偏離憲政法理，第二版。
- 李炳南，2003，2000台灣憲改，台北：海峽出版社，2003年12月。
- 李炳南、曾建元，2002，政治邏輯與法理邏輯的辯證——以司法院大法官釋字第四九九號解釋為例，收於劉孔中、陳新民主編《憲法解釋之理論與實務》第三集上策，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，頁91-128。
- 朱雲漢，2005，台灣的憲改奇譚，中國時報 2005.5.23，第四版星期專論。
- 林玲君，2005，立法委員瘋了嗎？中國時報，2005.5.24，第十五版民意論壇。
- 林超駿，2003，Scalia 大法官之憲法解釋觀——原始主義者之回應與挑戰，憲政時代第28卷第2期。
- 法治斌，司法行政與司法審判之分與合，「當代公法新論（上）」，元照，2002年7月。
- 徐正戎、呂炳寬，2005，「半總統制的理論與實踐」，鼎茂出版，2005年1月。
- 隋杜卿，2005，政治鬥爭，不能無限上綱，2005.5.27，第十五版民意論壇。
- 周育仁，2005，任務型國民大會複決修憲案之正當性，
- 胡祖慶，2005，中選會，政黨看家護院？聯合報，2005.6.1，民意論壇版。
- 張亞中，2005，修憲程序合理性的探討，
- 賴佑民，2005，國代跑票等於廢票？中國時報 2005.05.26，民意論壇版。
- 葉俊榮，2002，超越轉型：台灣的憲法變遷，收於《台灣憲法之縱剖橫切》，頁71-101，元照，2002年12月。
- 楊智傑，2004a，《祭司還是大法官》，三文印書館。
- 楊智傑，2004b，建構大法官決策行為模型，政大法學評論第81期，111-156。

- 楊智傑，2005，國大代表可否跑票和分案投票？大紀元電子報，2005.6.1。
- 劉鋒譯，2004，《憲法學說》，台北：聯經，2004。
- 廖元豪，2005，誰說修憲已過關，聯合報，2005.5.16。
- 廖國宏，2005，消散在世紀首航中的憲政風暴—一九七修憲後台灣憲政體制的「換軌」爭議與憲法解釋，「第一屆西子灣公法學研討會論文集 主題：憲法與社會」，頁 107-136，高雄復文圖書 2005 年 1 月。
- 顏欣淇譯，2005，《美國憲法原理》(Federalist)，北京：中國法制出版社。
- 蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範，「走入新世紀的憲政主義」，元照，2002 年 10 月。
- 聯合報社論，2005.5.18，國大職權法需再對委任複決或代議修憲明確定位，第二版。
- 聯合報社論，2005.6.3，國大選舉的正當性疑義有待釋憲澄清，第二版。
- 國民大會會議速記稿，2005 年 6 月 9 日紀錄。
- 李安妮辭去國大主席團主席的公開聲明，2005.06.06，國民大會。
- 台灣智庫、台大國家發展研究所合辦，2005.02.23，國民大會職權行使法座談會紀錄。
- 台大國家發展研究所、台灣智庫合辦，2005.03.02，第七次憲政改革座談會紀錄。