

## 憲法制訂與憲政改革的探討\*

施正鋒

東華大學民族事務暨發展學系教授

### 摘要

我們先將討論人民的制憲權、以及憲法制訂與民族塑造的關係。再來，我們要探究為什麼一個國家要制訂憲法，也就是制憲的動機。然後，我們要分析制憲的時機。接下來，我們要分析制憲的途徑。其次，我們要探討制憲過程必須面對的課題，包括啟動方式、制憲個體、以及公民參與。同時，我們也要瞭解制憲的實質內容，包括憲政持久、萬年條款、以及憲政體制。最後，我們將嘗試建構一個憲法變遷的概念架構，來鋪陳相關因素的因果關係。

**關鍵詞：**憲法制訂、憲政改革、民族塑造、憲法變遷

---

\* 發表於永久和平伙伴協會主辦「各國制憲運動學術研討會」，台北，臺灣大學農業綜合館農經二教室，2019/2/28。

A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right.

Thomas Paine (1792)

The people must be present and presupposed as political unity, if it is to be the subject of a constitution-making power.

Carl Schmitt (2008: 112)

On the surface it seemed reasonable: let the people decide. It was in practice ridiculous because the people cannot decide until somebody decides who are the people.

Ivor Jennings (1958)

. . . ; there is nothing more futile than rebellion and liberation unless they are followed by the constitution of the newly won freedom.

Hannah Arendt (1990: 142)

. . . the narrative we tell ourselves about our Constitution's roots is a deeply significant act of collective self-definition; its continual re-telling plays a critical role in the ongoing construction of national identity. . . . In part because Americans differ so radically in other respects, our constitutional narrative constitutes us a people.

Bruce A. Ackerman (1991: 36)

Almost by definition, the old regime is part of the problem that a constituent assembly is convened to solve. There would be no need to have an assembly if the regime was not flawed. But if it is flawed, why should the assembly respect its instructions?

Jon Elster (1995: 375)

A people has always the right to review, to reform, and to alter its constitution. One generation cannot subject to its law the future generations.

*Declaration of the Rights of Man and Citizen* (1793: Art. 28)

Behind every constitutional structure lies the possibility of revolutionary overthrow — peasants with pitchforks, so to speak. The constituent power can exercise itself through the forms of law, but those forms cannot ultimately constraint the constituent power.

Mark Tushnet (1984: 2006)

## 壹、引言

憲法是用來規範國家及政權的基本結構，特別是政府的權力、及人民的基本權利。就狹義而言，憲法的制訂（constitution-making，簡稱制憲、或是立憲）是指一群政治行為者草擬、討論、以及核可憲法；廣義的制憲則還包括釋憲、修憲（amendment）、及變更不成文的憲政常規，因此又稱為「憲法變革」（constitutional transformation）（Negretto, 2017: 3）。不管稱為中性的「憲法變遷」（constitutional change），或是比較正面的「憲政發展」（constitutional development）、「憲法改造／憲政改革」（constitutional reform），廣義的制憲其實就是漢字的「憲改」。概念上而言，制憲與修憲的最大差別在於究竟憲法的內容是通盤的取代（replacement）、還是只作局部的修訂。然而，不只是新瓶裝新酒，新瓶有可能只裝舊酒，而舊瓶不得已的時候可以拿來裝新酒，換句話說，大規模修憲或許有制憲的功能，而形式上的制憲也有可能是換湯不換藥<sup>1</sup>；到底是修憲、還是制憲，不在於內容、或是程序，而在於是否立意承先啓後、還是在歷史的關鍵時刻打定主意採取新的憲政秩序（Negretto, 2017: 3-4）。

就政治學的領域而言，制憲屬於比較政治學<sup>2</sup>（comparative politics）所探討的政治變遷（political change）、或是政治發展（political development）的課題，而鑽研民主化、甚至於轉型正義的學者也有涉獵，特別是如何化解社會上嚴重的族群分歧；在法學的範疇，比較憲法（comparative

<sup>1</sup> 如果說憲法內容是酒、制憲程序（或對憲法的認同）是瓶子，按照 Rosenfeld（1998: 1902），同樣是制憲，法國是新酒新瓶、美國是新瓶舊酒、德國是新瓶舊酒。

<sup>2</sup> Choudhry（2008a: 7, 14）指出，還包含政治理論、以及政治哲學；參見 Choudhry（2008ab）。

constitutional law) 學者也相當關心制憲 (Choudhry, 2008a; Hirschl, 2014; Ginsburg, 2016)。大體而言，比較政治學者偏重制度的建構，而比較憲法學者比較關懷人權的保障；另外，法律學者的研究偏重憲法的文本 (text)，而政治學者則相對上偏重制憲的政治、社會、甚至於文化上的脈絡 (context)，前者比較關心憲法的撰寫 (constitution writing)、後者則比較重視憲法政治 (constitutional politics)。

學術界對於制憲的關注，不外憲法的實質內容 (substance)、及制憲的程序 (process) (Jackson, 2008: 1255; Klein & Sajó, 2012; Lerner, 2011: 6; Tribe & Landry, 1993)。我們如果把制憲 (廣義) 與否當作一種集體決策的話<sup>3</sup>，可以嘗試著建構一個憲政改革的概念架構 (圖 1)：以制憲為中心，決策的產出物 (output) 是一部憲法或修憲條文 (what)，而結果 (outcome) 則是希望能達成某些目標 (for what)，包括促進民主、減緩衝突、以及塑造認同<sup>4</sup>；往前必須探討的是制憲過程的四個課題，包括主體 (who)、理由 (why)、時機 (when)、以及方式 (how)。如果把制憲當作要被解釋的應變數 (dependent variable)，制憲的理由 (甚至於時機) 勉強可以當作獨立變數 (independent variable)。

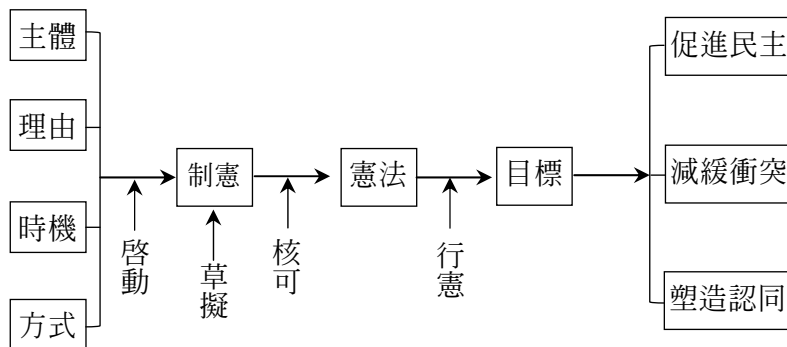


圖 1：憲政改革的概念架構

<sup>3</sup> 見 Elster (2013) 有關於制度設計的集體決策。

<sup>4</sup> 見 Lerner (2011: 3-4) 的討論。

我們先將討論人民的制憲權、以及憲法制訂與民族塑造的關係。再來，我們要探究為什麼一個國家要制訂憲法，也就是制憲的動機。然後，我們分析制憲的時機。接下來，我們分析制憲的途徑。其次，我們要探討制憲過程必須面對的課題，包括啟動方式、制憲個體、以及公民參與。同時，我們也要瞭解制憲的實質內容，包括憲政持久、萬年條款、以及憲政體制。最後，我們將嘗試建構一個憲法變遷的概念架構，來鋪陳相關因素的因果關係。

## 貳、人民的制憲權

自從法國大革命以來，制憲的正當性來自於 Emmanuel Joseph Sieyès (1789: 11) 所謂的「人民制憲權」(constituent power<sup>5</sup> of the people<sup>6</sup>)。在這裡，制憲權假設先有人民存在 (people 還是 *demos*)，問題是，並不是所有的國家在制憲的時候已經有人民，以美國為例，美國民族 (American nation) 的概念是在制憲以後才建構的<sup>7</sup>；相對地，即使一塊領土已經有了人民，要是內部存在嚴重的族群分歧，如果不想生活在同一個國家，在著手制憲之際，難免會出現到底誰才是構成 (constitute) 有資格制憲的人民／民族；因此，制憲往往又有民族塑造 (nation building) 的功能，可以透過憲法將混雜的一群人打造為人民、或民族<sup>8</sup> (Tushnet, 2013: 1986-87)。可見，民族與憲法是彼此相互建構的 (Lerner, 2011: 4)，也就是憲法制訂與民族塑造有遞迴 (recursive) 關係 (圖 2)。

<sup>5</sup> 原文是 *pouvoir constituant*，也就是 constituting power、power to make constitution。參見 Klei 與 Sajó (2012: 4)、及 Lerner (2011: 5)。

<sup>6</sup> 其實，Sieyès (1963: 58, 154) 的「老百姓」(Third Estate) 就是「人民」(people)，在法國的脈絡就是「民族」(nation)。美國憲法在序言開宗明義寫著 We the people of the United States，美國在台協會 (n.d.) 的翻譯是「我們，美利堅合眾國的人民」。

<sup>7</sup> 不管是透過『獨立宣言』(Declaration of Independence, 1776)、『邦聯條款』(Articles of Confederation, 1781)、還是『1789 憲法』(United States Constitution, 1789)。

<sup>8</sup> 譬如馬來西亞聯邦 (Federation of Malaysia) 結合英國統治下的諸多馬來邦 (Malay States)，才有馬來西亞人的概念出現。

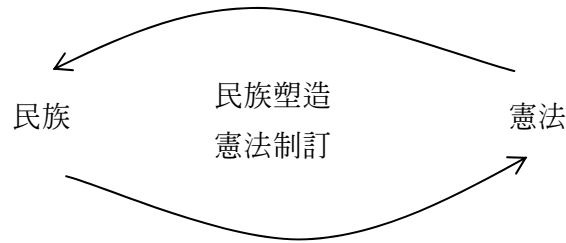


圖 2：民族與憲法的建構關係

Lerner (2011: 6, 19-26) 認為人民與制憲的關係有兩種傳統的典範：本質 (essentialist) 典範假設在制憲之前已經存在著一群具有共同歷史、語言、文化的人民，憲法是建立在厚實的 (thick) 文化認同基礎、體現的是這個社會的文化及願景，而制憲只不過進一步彰顯這些人團結的表徵，訂出的是民族國家式憲法 (nation-state constitution)，譬如丹麥、冰島、挪威、及德國的憲法；而程序 (proceduralist) 典範仰賴的則是這群人淡薄的 (thin) 公民認同<sup>9</sup>，透過制憲的過程來凝聚人民的認同，以起碼的憲法共識來處理政治議題、把憲法當作民族認同的基礎，所制訂的是自由式憲法 (liberal constitution)，譬如美國的憲法。這是兩種截然不同的憲法想像，前者是憲法被動反映制憲前的政治現實、以及既有的認同，而後者則在社會具有共同的規範、及價值後，有意識地擘畫憲法來建構嶄新的政治個體、主動地創造民族 (pp. 15, 26-29)。

### 參、為何要制訂新憲法

Choudhry (2008a: 5-6) 將憲法的功能歸納為管制 (regulative)、以及構成 (constitutive) 兩大類<sup>10</sup>：管制性功能分為促成 (enable)、以及阻斷 (disable) 政治決策，前者包含政府制度的建制、部門權力的安排、決策的程序、及部門之間的互動，後者則包含對於決策的程序限制 (譬如超級

<sup>9</sup> 或是 Habermas (1999: 118) 所謂的憲政愛國主義 (constitutional patriotism)。

<sup>10</sup> 包括構成政體、表達認同、象徵主權、分配權力、保障人權、及體現妥協 Jackson (2008: 1253)。

多數 supermajority)、或是實質限制(譬如人權法案);構成性的功能是指人民的建構、鍛造(forge)共同的政治認同,一方面透過制度、及共同的決策經驗來孕育萌芽中的政治共同體(包含制憲過程中的討價還價),另一方面在憲法中揭櫫這個政治共同體的願景、改變公民的自我瞭解。同樣地,憲法也勾勒政府的權力如何行使的機制,另外,在一個多元的國度,憲法往往也用來表達社會的團結。

Tushnet (2014: 1983-84) 指出,現代國家的肇建通常需要一部嶄新的憲法,除了這是國格(statehood)是否會被國際社會接受的先決條件、同時又對內象徵著國家的存在,而憲法勾勒政府的權力如何行使的機制,另外,在一個多元的國度,憲法往往也用來表達社會的團結。Lerner (2011: 17) 將前者稱為制度的(institutional)功能,也就是將對於政府權力的限制加以制度化,後者則為奠基的(foundational)功能,用來表達共同的價值、或是宣示所追求的願景,特別是民族認同(national identity)<sup>11</sup>。

Jackson (2008: 1253-54) 指出,制憲不應該只是在實務上訂出一部憲法,更是在規範上去推動憲政主義(constitutionalism),也就是各方願意使用法治來解決歧見、限制政府權力以保障人民的權利、提供百姓合理而穩定的生活框架、讓正當的政府可以有效地運轉,包括維持治安、提供公共財、以及遏止暴力及剝削。新憲政主義(new constitutionalism)進一步主張,憲法可以用來積極處理國家的重大議題<sup>12</sup>。如果現有的憲法運作尚稱順暢、或只是形式上參考用罷了<sup>13</sup>,就沒有必要大費周章,然而,要是屢經修訂仍然不敷所需,當然必須革故鼎新;另外,萬一當權者天怒人怨而波及現有體制、或是國家經歷重大的衝突,爲了讓百姓有耳目一新的感覺,也有必要制訂新憲(Tushnet, 2014: 1984-85)。

當社會科學家探討什麼因素促成人的行爲,是在問背後的理由

<sup>11</sup> 參見 Tribe 與 Landry (1993: 630-31) 的類似觀點。

<sup>12</sup> 有關憲政主義的一般性介紹,見 Pennock 與 Chapman (1979), 有關於新憲政主義,見 Elkin 與 Soltan (1993)。

<sup>13</sup> Soltan (1993: 1413) 稱那些紙上的憲法宛如凱薩琳大帝時的「波坦金村」(Potemkin village)。

(rationale)，包括動機 (motivations)、願望 (desire)、或信念 (belief)；對於政治學者來說，左右政治行為的不外權力、利益、及理念 (idea)<sup>14</sup>。Rakove (1987) 分析美國當年的制憲過程，以為憲法是理念、利益、及政治力量的妥協結果。Elster (1995: 376-86) 發揚光大，將制憲的動機 (含願望、及信念) 歸納為利益、激情<sup>15</sup> (passion)、及理性 (reason) (圖 3)：

(一) 利益包含個人、團體、及機構三個層面，首先，制憲者的制度偏好難免有個人的考量，包括私心自用、利益交換、或是逃避追訴；政黨支持某種制度一定裹著冠冕堂皇的理由，其實卻很有可能早已經盤算好黨派的私利；機構往往有本位主義，難免會站在本身的立場推動特定方案，譬如國會指出由制憲議會著手憲改的種種缺點、主導憲改的總統會強調強勢總統的好處<sup>16</sup>。(二) 不管稱為聽來稍嫌負面的激情、還是正面的理念，憲法有內建的自我約束 (self-binding) 功能，一方面用來保障少數族群的權利，另一方面用來防止菁英因為自戀般的虛榮心作祟而競相為作秀。(三) 唯有理性才能壓制利益、及激情，讓正派而無私的制憲者出於高尚而純正的思維能佔上風。

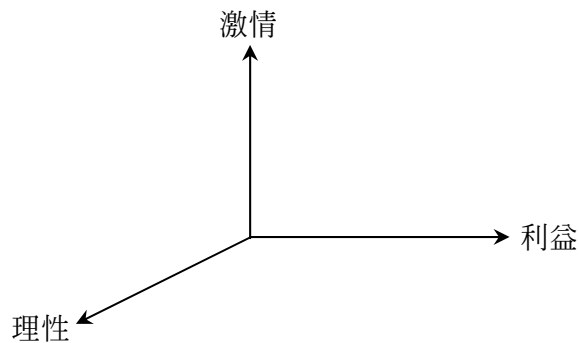


圖 3：制憲的三種動機

<sup>14</sup> 譬如國際關係理論嘗試解釋國家的外交行為，現實主義主張最重要的驅策力量是政治權力，自由主義認為是經濟利益，而建構主義則相信是理念、還是認同。

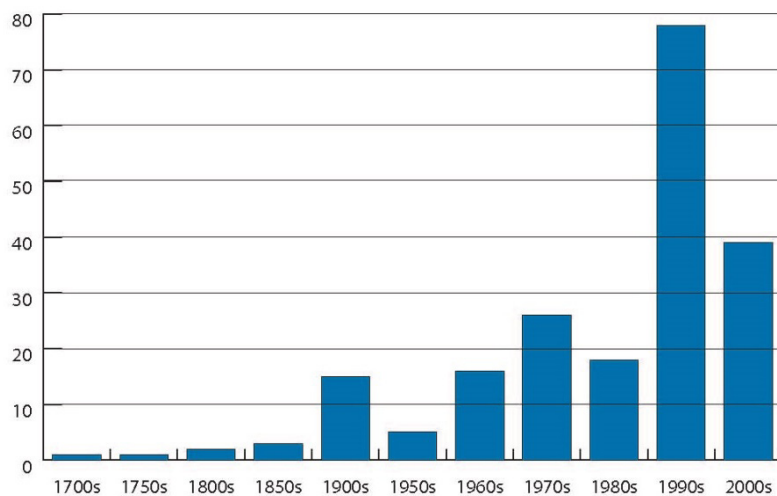
<sup>15</sup> 激情包含畏懼 (fear)，譬如當年法國國會授權戴高樂一手主導第五共和憲法，就是擔心阿爾及利亞的動亂會蔓延到本土 (Elster, 2013: 204)。

<sup>16</sup> Ginsburg (2016: 1354-55) 指出，為了讓各方願意投資新的憲政秩序，一些利益是必要的。換句話說，至少要讓既得利益者覺得新憲對於他們有好處 (Elskins, et al., 2009: 7)。Soltan (2008: 1411) 也提醒，民主、和平、及人權等理念往往必須與強權的利益妥協。



## 肆、制憲的時機

根據 Elkins 等人 (2009: 6)，在 1789-2005 年間，世界上有過 200 多個國家、總共制訂 935 部憲法；從 1990 年代以來，已經有將近 120 部新憲 (圖 4)。Elster (1995: 368-69) 觀察到，現代的制憲運動已經有七波：(一) 十八世紀末的美洲國家、法國、及波蘭；(二) 1848 年革命風潮後的日耳曼、及義大利超過 15 個邦，先後有革命、及反革命憲法；(三) 一次大戰後波蘭復國、捷克建國、及德國戰敗；(四) 同盟國在二次大戰後指導戰敗的日本、德國、及義大利制憲；(五) 在 1940-50 年代，英國、及法國殖民地的獨立建國；(六) 在 1970 年代，葡萄牙、希臘、及西班牙民主化的新憲；以及(七) 東、中歐共產國家民主化後制訂新憲。



來源：International Institute for Democracy and Electoral Assistance (2011: 9)。

圖 4：十八世紀以來的制憲

Elster (1995: 372-73) 發現，除了美國的 1787 憲法與法國及波蘭 1791 憲法、及南歐國家在 1970 年代的新憲 (希臘 1975 憲法、葡萄牙 1976 憲法、及西班牙 1978 憲法) 看不出有先後影響的關係，其他的制憲運動明顯有群聚效應、或是連鎖反應：前者是指有共同的原因，譬如歐洲國家在兩次大

戰後、及第三世界國家的去殖民；後者又分爲示範效果<sup>17</sup> (cognitive model)、及信念的提升<sup>18</sup> (upgrading of beliefs)。

制憲的時機不外革命、君主國改制共和國、國家肇建、政權轉移<sup>19</sup>、及國家經歷危機之後 (Jackson, 2008; Klein & Sajó, 2012; Negretto, 2017)。根據 Elster (1995: 370-71)，制訂憲法的時機通常是在國家面對重大挑戰之際，包括社會經濟危機 (美國 1787 憲法、法國 1791 憲法)、革命 (法國 1830 憲章、法國及德國的 1848 憲法)、政權垮台 (1970 年代中的南歐、1990 年代初的東歐)、擔心政府垮台 (波蘭 1791 憲法、法國 1958 憲法)、戰敗 (德國在兩次大戰後、日本及義大利在二次大戰後)、戰後重建 (法國 1946 憲法)、復國或建國 (波蘭及捷克在一次大戰)、及殖民地解放獨立 (美國、及二次大戰後的諸多第三世界國家)。

Lerner (2011: 16) 指出，不管是新的國家出現、還是既有的國家經歷重大政治變革，沒有制訂新憲是不可思議的。在革命之後，人民作爲主權擁有者有權取消原本的契約關係，制憲意味著擺脫舊有體制的束縛、透過新憲來重新建構自己；在開國之後，新憲除了有國家建構 (state-building) 的功能<sup>20</sup>，也就是國家機器的打造、人民權力的保障，同時也是對於世人的自我宣示 (self-assertion)，這是一個嶄新的民族國家 (nation-state)，因此，制憲又有民族塑造的意義，而新憲象徵著這個國家的主權 (Klein & Sajó, 2012: 8-9, 13)。

然而，在拉丁美洲國家 (1978-94)、及東歐國家 (1989-95) 的民主化，有三分之一並未重訂新憲；相對地，即使是民主國家，如果現有的憲法功能不彰，在老百姓的壓力下，政治人物便有制憲的誘因，譬如法國面對阿爾及利亞危機，1958 年憲法是用來取代政府失能的 1946 年憲法；有時候，

<sup>17</sup> 譬如法國的 1848 革命影響了德國各地、南斯拉夫及蘇聯的解體影響捷克斯洛伐克一分为二。

<sup>18</sup> 譬如東歐國家在 1989-90 年的圓桌會談制憲。

<sup>19</sup> 根據 Aarato (2000: 17)，政權轉移 (regime transition) 應該是指走向民主 (transition to democracy)、或者至少是遠離威權統治 (transition from authoritarian rule)。

<sup>20</sup> 見 von Bogdandy (2005) 有關於國家建構、民族塑造、以及制憲的關係。

在政治版圖巨變之後，主政者可能無法透過國會修憲、或出於黨派利益考量立意著手巨幅制度改造，就必須找理由從事制憲，譬如阿根廷總統裴隆（Juan Perón）在 1949 年制憲取代 1853 年憲法，其實是爲了鞏固權力，而俄羅斯總統葉爾欽（Boris Yeltsin）在 1993 年透過公投通過新憲，也是藉口憲政危機擴增權力（Negretto, 2017: 7-8）。

## 伍、制憲的途徑

不管稱爲 Teitel (2000) 模式 (model)、Arato (2000) 的形式 (form)、Jackson (2008) 的途徑 (approach)、還是 Lerner (2011) 的典範 (paradigm)，大體是在探討憲法是使用何種方式制訂的。Teitel (2000) 在《轉型正義》(Transitional Justice) 特別以專章 (chap. 6) 討論憲法正義 (constitutional justice)、及轉型憲政主義 (transitional constitutionalism)，也就是在著手轉型正義之際，要如何來面對制憲的課題、或憲政主義可以扮演什麼角色。她將當下盛行的理論歸納爲十八世紀以來傳統的現實主義 (realism) 與理想主義 (idealism)、及第三波民主化以來的建構主義 (constructivism)。

根據古典的現實主義，憲法是國家的政治安排、是社會共識的法治化，而制憲宛如一般的立法，反映的只不過是政治生態、權力鬥爭的平衡，因此，儘管革命性的政治變遷勢必跟隨著憲政改造、帶來嶄新的政治秩序，終究革命與憲法結合爲一，卻是行禮如儀，所以這是一種有機的憲政主義 (organic constitutionalism) (Teitel, 2000: 192-93)。相對地，現代的理想主義除了強調使用憲法來限制國家權力，還重視政治理念的塑造，特別是在面對政治巨變的時候，制憲是一種崇高的肇基行爲 (act of foundation)、憲法就是革命的成果，制憲必須超越尋常政治、大開大闢，體現的是奠基憲政主義 (foundational constitutionalism) (pp. 293-95)。

不過，Teitel (2000: 195-97) 主張建構主義比較能抓住民主轉型時期的制憲途徑，也就是先暫時使用過渡時期的臨時憲法，循序漸進，等大家慢慢透過共識的凝聚來降低彼此的政治差異，才來通過長治久安的憲法，此時，憲法不是憑空而來、也不能歸零創新，而是依據現有的憲政秩序調整

而來<sup>21</sup>。這樣的憲改方式通常出現在透過協商來達成民主化的國家，譬如南非、以及西班牙<sup>22</sup>，大家說好先接受過渡的憲法，畢竟民主尚待鞏固、沒有必要一開頭就把憲法訂死，等彼此慢慢培養制憲的共識再說（pp. 197-201）。Teitel（2000: 209-11）認為過渡憲法的優點在於毋須被舊憲法綁手綁腳、可以超越根深蒂固的政治安排，甚至於有可能進一步讓大家超越現有的共識，終究達成憲法變革，那就是獲致批判性憲政主義（critical constitutionalism）。

Jackson（2008: 1249-52, 1255）進一步認為，傳統的制憲強調通盤的改弦更張，尤其是憲法具有奠基、至高無上（supreme）、以及不可動搖（entrenched）等特色，當然希望各方人士坐下來好好談，也就是 Ackerman（1992: 48-54）所倡議的「憲法時刻」（constitutional moment）；然而，要是制憲的條件不足、缺乏互信跟共識，操之過急的結果很可能欲速則不達，特別是在民主化過程中的政權轉移之際，既得利益者往往會擔心憲改不利自己、甚至於可能會被迫自廢武功，意興闌珊是合理的反應，她因此主張不妨透過漸進、或過渡的方式，暫且推動轉型憲法（transitional constitution），先處理積重難返的沉痾宿疾、再伺機翻轉既有的權力關係，不要妄想一步登天。

接著，Jackson（2008: 1261-70）將後衝突（post-conflict）社會著手政權轉移之際的制憲途徑分為三種：（一）快刀斬亂麻（quick and break）模式通常出現在殖民者、或是掌權者放棄控制之際，譬如英國在北美的保王派（Loyalists）於美國獨立戰爭後走人，提供斬斷情絲的制憲時機；另外，如果是由外部的軍事力量介入政權轉移，由於佔領軍跟原有的政治勢力沒有瓜葛，可以無視抗拒而硬加新憲，譬如戰後的德國、以及日本。（二）漸進而多管道（incremental, multi-channel）模式出現在共黨政權垮台的東歐國家，儘管新憲或許會在蘇聯撤軍後制訂，實質的憲改不斷地透過釋憲、

<sup>21</sup> 當然，Teitel（2000: 1979）也承認，新舊雜陳的憲政延續有可能只是藕斷絲連（residual），甚至於復辟（restorative）。

<sup>22</sup> Teitel（2000: 201-209）認為德國戰後的基本法、東歐共產國家民主化的制憲、甚至於美國憲法，都可以算是轉型制憲的模式。

修憲、立法、非正式的圓桌協商、或是公投等多重方式在進行，抽刀斷水，譬如波蘭、以及匈牙利。（三）過渡而多階段（interim, multi-staged）模式是指南非的制憲過程，先協商同意基本原則，接著制訂過渡憲法，再由民選制憲議會草擬憲法，終究揮別與舊政權的糾葛。

不過，Jackson（2008: 1270-71）坦承，不管是透過轉型、還是過渡憲法，必須付出相當的精力在於討論、妥協、教育、參與，畢竟，只有經過結構性憲政反思、及學習，才有可能達成堅實的通盤制憲協議；另外，一些中介變數也會影響制憲的過程，包括領導菁英的特質、舊政權的本質、新憲的準備工作、以及是否社會有嚴重的分歧；她提醒，民主正當性必須透過一些過程來獲致，不要把最終的制憲拿來當作建構制憲主義的第一部，吃緊弄破碗、欲速則不達。

Lerner（2011: 6-7, 33-36）也注意到，要是在一個高度分裂的社會（deeply divided society<sup>23</sup>），既沒有共同的血緣文化、又缺乏共同的規範價值，憲政討論不僅無法發揮橋樑的功能，還很可能變成政治鬥爭的場域、擴大現有的基本差異跟歧見，進而威脅到既有的脆弱穩定，換句話說，制憲過程充滿風險，這時候，循序漸進或許是比較可行的制憲方式<sup>24</sup>，也就是刻意延緩爭議性的選擇，可以採行的制憲策略有三，包括暫緩制憲（以色列）、刻意使用含混但建設性的憲法用字（印度）、及象徵性使用自相矛盾的條款（愛爾蘭）。換句話說，與其把制憲當作塑造民族認同的終局，不如視為重新定義集體自我的第一步<sup>25</sup>（p. 39）。

<sup>23</sup> 是指族群的差異在政治左右認同、及動員，尤其是社會的成員對於國家的願景相互競爭、民族認同的定義堅持不下，基本上，這是多族群、或是多種族的社會，也就是「We the divided people」（Choudhry, 2008a: 5; Lerner, 2011: 31, 36, 42-43）。有關於高度分裂衝突的特色，見 Harris 與 Reilly（1998: 9-13）；有關於這些國家的制憲，見 Lijphart（2004）、及 Choudhry（2008b）。

<sup>24</sup> Soltan（2008: 1416, 1421-2）同樣地主張，在脆弱的國家（fragile state）制憲，沒有必要把憲法看得那麼至高無上，不應該把制憲當作建國的必要條件，事緩則圓（moderation），想辦法平衡多元利益、遵守分暴力原則、及訴諸理性（或至少願意講道理）。

<sup>25</sup> Lerner（2011: 36-46）建議遵循四項原則來制訂漸進式憲法（incremental constitution），包括非多數決、非革命性途徑、承認人民分裂、及將憲政議題轉移到國會，希望能讓共識慢慢發展而成，大體是服膺 Lijphart（1977）的協和式民主（consociational democracy）。

Jackson (2008: 1280-81) 特別呼應 Teitel (2000: 196-97) 的說法，也就是制憲不是憑空歸零、不能光往前看，而是必須看到過去的不公不義，認為憲法必須與過去連結，畢竟所有的民族共同體都有一些想像的過去，終究必須經過爭辯而創造新的敘述傳承下去。話又說回來，中繼屋或許是暫時的避難屋，卻未必是永久屋，換句話說因此，不應該把憲法的不可動搖當作民主的長治久安，因此有必要訂定落日條款；換句話說，原本的用意是事緩則圓，希望透過制衡來鼓勵妥協、化解衝突，然而，要是暫行憲法過於僵硬、甚至於鞏固就勢力的既得利益，適得其反，可能無法克服猜忌、甚或惡化對立 (pp. 1281-82, 1285)。

## 陸、制憲的過程

就制憲的過程而言，邏輯上包含啟動 (launching, initiative)、草擬 (drafting)、以及核可 (ratification, certification, adoption) 等三個步驟<sup>26</sup> (Klein & Sajó, 2012)；Elster (1995: 373) 把前者稱為上游 (upstream) 限制、後者則是下游 (downstream) 限制。另外，Negretto (2017) 則把觀察的重心放在制憲程序的四大特徵，包含法律框架、制憲個體、代表產生、及公民參與；Arato (2000: 250-55) 也認為比較重要的是制憲過程是否合乎幾項原則，包括會議形式、議決方式、法律延續、草擬與公投、無知之幕 (veil of ignorance)、及反思<sup>27</sup>。事實上，這些類別的界線在實務上是模糊的，譬如啟動除了考慮究竟是否在現有的法律框架下制憲，同時也左右了制憲個體的選擇；又如憲法的草擬及核可，除了牽涉到制憲個體，也必須考慮代表產生、公民參與、及一些開會的技術問題 (附錄 1 制憲的順序及

<sup>26</sup> 參考 Saunders (2012) 的推動 (agenda setting)、制憲、以及行憲 (implementation)，而制憲又包含設計、草擬、及核可。Mendez 與 Wheatley (2007: 15-17) 所謂的制憲分析架構，其實是指制憲代表產生、開放程度、以及核可的方式。參見 Quentin-Baxter (2002: 665) 的實務經驗。

<sup>27</sup> 請比較 United Nations Secretary-General (2009: 3-5) 所建議的 6 項指導原則、以及 Brandt 等人 (2011: 9-10) 的 4 項指導原則。

時間表、以及附錄 2 各種制憲個體及任務)。

Arato (2000: 29) 質疑制憲的方式有差別嗎? Negretto (2017: 18-21) 認為, 制憲過程的選擇當然不會是無關痛癢、而是相當重要, 具體而言, 制憲程序有規範性(非工具性)、以及策略性(工具性)的考量: 前者是指不管制憲的結果如何, 制憲程序本身就具有一些可欲性的規範, 包括實踐人民主權、民主參與、或是政治自主, 甚至於至少有助於理性決策; 後者則把制憲過程當作工具罷了, 也就是希望透過新憲來達成一些憲政主義的核心價值, 包括有限政府、以及人權保障等等。Jackson (2008: 1293) 甚至於警告, 在社會分歧嚴重的國家, 一些民主程序可能會惡化齟齬。

Negretto (2017: 19) 指出, 不管出發點是什麼, 多少假設制憲程序與結果有相當程度的關連, 問題在於究竟什麼叫做制憲成功? 是指憲法的內容、還是影響? 又要如何判斷憲法好不好? 如果以一般性的代議式民主來看, 成功與否的指標大體是考察政治權力的取得是否公平競爭, 通常比較不會注意到權力的運用; 另一種方式則是觀察是否有助於特定目標的達成, 譬如降低分裂社會的衝突, 而這些目標往往必須權衡得失<sup>28</sup>。我們先討論程序課題、再考量實質問題。

## 一、啟動方式

不管稱為法律框架、還是法律延續<sup>29</sup> (legal continuity), 關心的是究竟制憲要在現有的體制內按規行事 (by the rules)、還是無中生有 (*ex nihilo* creation), 如果是革命性變動、或是獨立建國, 當然可以另起爐灶、或是從零開始; 要是原本就有一部憲法, 不管是修憲、還是制憲, 就要考慮是否接受原有的憲政規範約束 (Klein & Sajó, 2012)。根據 Negretto (2017: 8-9) 的統計, 在 1900-2005 年間有 126 部憲法取代, 當中有 40 部 (32%) 是依照原先的憲法規定進行; 其他的制憲走體制外途徑, 通常是面對開國、或

<sup>28</sup> Ginsburg (2016: 1352) 甚至於認為, 有時候制憲並非要求最佳的憲法、而是避免最壞的情況出現, 也就是博弈理論的最大最小策略 (maximin strategy), 只要能避免最壞的情況出現就好, 他稱之為希波克拉底 (Hippocratic) 途徑。

<sup>29</sup> 有關於法律延續討論, 見 Arato (2000: chap. 5)。

革命重大政治變動之際，要不是沒有憲法、現有的憲法缺乏正當性、或原來的憲法沒有取代的規定。

除非是殖民地獨立、戰勝國強加、或是舊政權 (*ancien regime*) 垮台，否則，制憲過程很少是在真空的情況下進行的，尤其是現有的憲法要是規定修憲、或是制憲的機制，包括取而代之的方式，也就是在現有的憲政框架下行使由制憲權而來的「憲政權」 (*constituted power*<sup>30</sup>)，那麼，制憲者是否受到現有憲政體制的約束？以美國當年的制憲為例，『邦聯條款』 (第 13 條) 規定必須經過所有的邦同意<sup>31</sup>，然而，『1789 憲法』 (第 7 條) 卻規定只要 9 個州的制憲議會核准即可<sup>32</sup>，是否違憲？Tushnet (2013: 1988-89) 指出，制憲者既然代表人民行使制憲權，並不受到現有的憲政機制約束，畢竟，這些機制來自人民的制憲權，而制憲權是永遠不受拘束的；換句話說，制憲權是隨時可以召喚自己出來的 (*call itself into being*)，不必受限於先前所制訂的憲法。Sieyès (1963: 135) 這樣說：

Not only is the nation not to subject to a constitution, but it *cannot* be and it *must not* be; which is tantamount to saying that it is not.

要是既有的憲法不合時宜、修憲不能解決問題，當然只有制憲一途，特別是在民主轉型之際，新人新政，總是希望能萬象更新；問題是，憲法很少有自廢武功的條款，如果朝野無法取得共識，主事者當然可以選擇片面制憲，不過，如果擔心成本太大，可以暫時接受現的憲政框架、彼此慢

<sup>30</sup> 也就是「被構成的權力」，原文是 *pouvoir constitue*，又稱為憲制權、憲定權。有關於制憲權與憲政權的差別，見 Sonenscher (2003: xxiv)。

<sup>31</sup> 原文是：

Every State shall abide by the determination of the United States in Congress assembled, on all questions which by this confederation are submitted to them. And the Articles of this Confederation shall be inviolably observed by every State, and the Union shall be perpetual; nor shall any alteration at any time hereafter be made in any of them; unless such alteration be agreed to in a Congress of the United States, and be afterwards confirmed by the legislatures of every State.

<sup>32</sup> 原文是：

The ratification of the conventions of nine states, shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the states so ratifying the same.



慢培養信任感及共識，也可以先修改憲改的方式、或是先制訂過渡時期憲法，再不然就是透過公投來授權制憲（Negretto, 2017: 9-11）。Klein 與 Sajó（2012: 15-16）提醒，有些制憲者或許想要透過舊憲法來建立新秩序的正當性，雖然有妥協的用意，譬如西班牙、葡萄牙、及波蘭，其實是有一點病態；有時候，體制內的憲改甚至於可能出自於憲法欺騙（fraud to the constitution）、由民主走向專制，譬如法國維琪政府是透過國會立法（*French Constitutional Law of 1940*）來制憲、及納粹透過『授權法』（*Enabling Act of 1933*）結束威瑪共和國。

根據 Elster（1995: 373-75），制憲啟動者（creator）可能來自內部<sup>33</sup>，譬如美國 1987 年制憲是由大陸會議（Continental Congress）決定的、法國 1789 年的制憲由國王決定，而德國在 1949 年的制憲則是由西方佔領國所決定；只不過，制憲者未必對於啟動者言聽計從，譬如美國聯邦制憲議會三度不理會的大陸會議指令，包括決定制訂新憲、由各州制憲議會而非各州議會核准、及只要九個州同意九而不需共識，又如法國制憲議會改變投票方式，而德國制憲議會堅持由邦議會核可、而非透過公民投票；他指出，通常制憲議會之所以會召開，舊政權往往本身是問題的一部分，也就是說，要是舊政權沒有問題，哪有召開制憲議會的必要？那麼，既然舊政權有瑕疵，為什麼制憲議會要百依百順？

## 二、制憲個體

我們歸納 Arato（2000: Chap. 7）、及 Negretto（2017: 11-14），除了採用不成文憲法的國家是自然演進（organic evolution）而來，譬如英國、以色列、及紐西蘭，其他的憲法若不是由政府所制訂，包括行政<sup>34</sup>（法國第

<sup>33</sup> Jackson（2008: 1283-85）提醒，還要進一步區分草擬憲法者是自己人、還是外人：本國人的制憲的思維可能出於利他（理念）、或是私心（利益），當然也有可能被外人當作棋子；外人或許比較不會捲入當地的黨派之爭，然而，也有可能出於國家利益而設定憲政框架。

<sup>34</sup> 包含政府所敦聘專家學者所組成的委員會（advisory council），雖然可能會考量社會多元的代表性，由於缺乏民意基礎，因此制憲比較沒有正當性，頂多只能幫忙草擬（Saunders, 2012: 7）。

五共和國)、國會立法(西班牙、南非)、及司法釋憲(匈牙利),再不然就是在革命、建國、或是民主轉型之際所成立的制憲議會<sup>35</sup>。根據 Negretto (2017: 12), 在 1900-2005 年間總共有 124 個制憲個體, 其中有 38 個(31%) 是制憲議會、68 個(55%) 是國會制憲, 兩者合起來將近九成(參見表 1)。

表 1: 各種制憲個體

	Number	Frequency
Constituent assembly	53	12%
Constituent legislating assembly	15	3%
Constituent legislature	89	19%
Executive	40	9%
Referendum	6	1%
Constituent assembly+executive	42	9%
Constituent assembly+legislature	0	0%
Constituent assembly+referendum	13	3%
Constituent legislating assembly+executive	9	2%
Constituent legislating assembly+referendum	2	<1%
Constituent legislature+executive	78	17%
Constituent legislature+referendum	9	1%
Referendum+executive	57	12%
Constituent assembly+executive+legislature	4	<1%
Constituent assembly+executive+referendum	3	<1%
Constituent assembly+legislature+referendum	1	<1%
Constituent legislature+executive+referendum	16	4%
Constituent assembly+executive+legislature+referendum	1	<1%
Other	22	5%

來源: Ginsburg 等人 (2009: 5.5)。

說明: 只統計 1789-2005 年間 806 部憲法中的 460 部, 其他不詳。

<sup>35</sup> 最常見的用字是 constituent assembly。Arato (2000: 232-35) 區分為人民普選所產生的主權制憲會議 (sovereign constituent assembly)、以及其他各種形形色色體制外的憲政議會 (constitutional convention)。

Elster (2013: 202) 認為，好的制憲個體是能促進制憲代表的三種能力傾向 (aptitude)，包括道德上的公正無私、沒有認知上的偏見、以及盡心盡力。Negretto (2017: 18-19) 指出，國會制憲比較能合乎務實的考量，特別是能將既有的政黨納入協商過程，同時也可以避免與萬一民選制憲議會的可能扞格不入，相對地，透過制憲議會則比較可能強化公民權、降低衝突、促進民主化；話又說回來，儘管制憲議會可以比較有包容的代表性，未必表示國會就不能獲得社會多元的授權來制憲；相對地，國會議員往往會考量連任而討好特定利益，訂出來的憲法可能會像法律般又臭又長；此外，多元代表有可能只是用來背書樣版，卻是被限制參與實質討論的 (pp. 25-26)。

Elster (1995: 395) 建議，爲了避免國會的機構利益從中作梗<sup>36</sup>，應該仿效美國採取制憲議會方式<sup>37</sup>。Partlett (2012: 193-208) 承認，非常的 (extraordinary) 制憲議會建立在人民作爲制憲的力量、彰顯人民主權，強調制憲過程的百姓動員機制，如果再配合公民投票，或許可以防止菁英在體制內國會討價還價可能衍生的各種弊病，包括且戰且走、沒完沒了、層次太低、與舊政權糾纏不清、甚至於虛晃一招，因此極大化民主正當性，當然是值得敬佩；然而，他以俄羅斯、白俄羅斯、及哈薩克的經驗來看，這些後威權國家的政治制度原本就相當積弱，萬一強人、或政黨不願意進行對話、執意訴諸民粹方式強行主導制憲，即使在形式上透過公投核可，終究卻是造成憲政獨裁，也就是儘管程序是對的、最後的結果卻是不好的 (pp. 209, 234-35)。

### 三、公民參與

制憲過程強調包容性 (inclusiveness)，其實就是指被允許公民參與的

<sup>36</sup> Holmes 與 Sunstein (1995: 287-88) 稱爲「制憲的議會化」 (parliamentization of constitution making)，也就是制憲過程高度政治化。

<sup>37</sup> Elster (1995: 395) 建議制憲議會的代表以比例代表方式產生、採單院制、不要在首都或是大城市舉行、附近不應該有駐軍、降低專家在技術層面以外的角色、應該訂定時限來應付拖延戰術等等。參見 Elster (2013) 有關於制憲議會的任務、地點、人數、期限、代表的選舉、討論及投票的公開 (publicity) 及足夠的隱密 (secrecy)、以及核准。

程度 (Tushnet, 2013: 1994)。最常見的是公民參與方式是間接的，也就是推選制憲代表，事實上，公民也可以直接參與制憲，包括公眾徵詢、提交建議、以及核可；直接參與特別是指公民投票，包含上游作業的批准著手憲法的草擬、以及下游的最終核可 (Negretto, 2017: 16-18)。當然，要是公民參與只是形式上應付了事，恐怕會淪為民主櫥窗般的過場，不能有大眾教育的功能，包括政治性、以及技術性的爭議 (Negretto, 2017: 16-17; Tushnet, 2013: 1998-99)。Tushnet (2013: 1994, 1998) 指出，科技日新月異，人民有各式各樣的提議方式，譬如冰島運用的「眾包」(crowdsourced)，集思廣益，終究還是要仰賴專業人士(法政專家)將稀奇古怪的建議忠誠地篩選、以及整合<sup>38</sup>。

接下來的課題，就是當制憲代表開始進行憲草的討論之際，究竟要開放到怎麼樣的程度，也就是採取閉門、開放、還是半開放的方式<sup>39</sup>？就政治哲學而言，所謂的代表 (representation) 包含必須徵詢授權者的代表 (delegate)、可以依據自己良知良能的自由委任 (trusteeship)、以及還是單一任務的命令委任 (mandate) (Pitkin, 1967)。表面上，制憲代表是命令委任、而且必須遵循授權者的指令，事實尚未必如此，否則就沒有審議 (deliberation) 的空間，也因此，開會過程的爭辯是否對外開放，就會影響討論的素質：大體而言，對外開放可以鼓勵不偏不倚的討論，同時遏止代表利益薰心，缺點則是檯面上的討論可能為了各自為了交代而言不由衷、心口不一；相對地，閉門會議有利於各抒己見、暢所欲言，同時，制憲代表可以透過討價還價、甚至於換票 (logrolling) 來著手整合 (Elster, 1995: 387-93)。

當年美國的制憲採取閉門方式，法國在 1791、1793 年的憲法則是在眾目睽睽下完成，各有千秋；不過，當年美國的憲草在出爐後，還是經過各種正式、還是非正式的討論，更重要的是，最後必須透過民選議會核准，

<sup>38</sup> Saunders (2012: 7)、及 Arato (2000: 167) 都提醒如何兼顧效率、以及正當性。

<sup>39</sup> 譬如歐洲理事會 (Council of Europe) 的 Venice Commission (2011: para. 144)，就認為匈牙利制訂新憲的過程缺乏透明、朝野對話不足、大眾沒有充分機會討論、以及時程過於緊湊。

換句話說，要兼顧審議、以及開放（Abrato, 2000: 250）。Tushnet（2013: 1996-97）指出，當代的制憲議會很難像美國 1789 年在費城那樣閉門討論，除了各國文化有所不同<sup>40</sup>，基本上是靠議題半公開、半閉門，也就是說，絕大多數原則性的爭議必須在開放之前已經處理完畢；話又說回來，會議的內容很少能夠滴水不漏，因為除了戰術性考量，也就是透過外部壓力來逼對方接受條件，只要有一位代表不高興協商的結果，可以在吃飯的時候不經意地「私下」洩漏給媒體<sup>41</sup>，所以，只能企盼有足夠的公開、及足夠的隱密<sup>42</sup>。

再來是公民投票，最早在十八世紀通過的憲法，往往經過公投核准<sup>43</sup>，十九世紀的新憲比較少交付公投，進入二十世紀則大幅增加，卻不分民主、或是威權政權，換句話說，公投並不能保障真正的百姓參與，尤其是在權力不對稱的情況下（Negretto, 2017: 18）。事實上，在政治因素的扭曲下，選民投票很可能不是針對制憲議題，特別是政客民粹般操弄不相干議題，唯有透過有效的資訊散播才可能針砭這種弊端（Saunders, 2012: 7）。當下，儘管國內法未必規定制憲必須經過公投核准，譬如只要某種國會的特別多數（qualified majority）通過也可以，不過，國際上儼然已經有要求制憲公投的軟法（soft law）趨勢，也就是說，儘管政客、或政黨難免嚴重簡化、扭曲、甚至於欺騙憲法議題，經過公投的新憲畢竟是比較有正當性；再好的憲法內容如果無法被百姓接受，表示並不適合，相對地，即使公投順利過關，徒法不足以自行，還要看後續實際運作是否暢順（Tushnet, 2013: 1999-20）。

<sup>40</sup> 有關於近日華航機師工會談判的直播，見陳宜加（2019）、吳賜山（2019）、及許政榆（2019）。

<sup>41</sup> 譬如促進轉型正義委員會在 2018 年爆發「東廠事件」（賴于榛，2018；行政院釐清促進轉型正義委員會 0824 事件專案小組，2019；賴佩璇，2019）。

<sup>42</sup> Elster（1995: 395）認為，委員會的討論應該有隱密性，而大會討論則應該對外開放；用這樣的標準來看，美國的制憲議會（1787）不夠公開，法國的國民制憲議會（1789）矯枉過正，而西班牙在 1978 年的制憲幾近於最佳平衡。

<sup>43</sup> 譬如 1778 麻州憲法、1792 新罕布夏州、以及 1793 法國憲法（Negretto, 2017: 18）。請參考附錄 3 對於制憲公投門檻的考論。

## 柒、制憲的實質內容

### 一、憲政持久<sup>44</sup>

政治哲學家、及憲法學者長期關注憲法的持久性 (endurance)，也就是一部憲法到底能使用多久。根據 Elkins 人 (2009: 1-2)，各國憲法很少超過 50 年，平均年限是 19 年，剛好是 Thomas Jefferson 當年建議的修憲週期，而多明尼加共和國、及海地的憲法佔了人類憲法的 7%，意味著政局穩定；為什麼美國在 1789 年制訂的憲法用了 200 多年，而法國的 1789 憲法壽命只有 10 來年<sup>45</sup>？憲法的持久性本身並沒有規範上的好處，重點在於是否能伴隨重要的公共財，包括民主參與、經濟發展、國家團結、及政治穩定；相對地，憲法的取代則看究竟是否能與時俱進更新那些陳舊的制度、或是阻礙穩定，畢竟，政局不穩不利政治重建、或是外交政策 (Elkins, et al., 2009: 5-6)。

Elkins 等人 (2009: 2-4) 指出，儘管憲法是所有政治制度當中最有黏性的 (sticky)，難免還是在面對環境衝擊之際有所變動；他們拿生物學做比喻，主張憲法的內容 (DNA)、以及制憲的過程 (運動) 都很重要，不過，國內、以及國外的環境 (挑戰、危機) 也同樣不可忽視。比方說，到底車子的耐久度是決定於車子的品牌 (包括設計、及裝配)、還是使用的過程？至於車子的使用，還要看使用者 (車主、司機)、以及外部環境 (路況、天候)。如果說人民是車主、政府是司機，要看政治文化、及民主素養；如果說政黨對立或社會分歧是路況、外部威脅或支持是天候，也會影響車子的性能。話又說回來，要是車子為了省油老是放在車庫觀賞用、偶而發動暖車以免電瓶壞掉，那麼，耐久未必等於耐操，即使歷久彌新又如何？換句話說，一部不能保護人民的憲法，再老有什麼用 (Rana, 2012: 1018)？

<sup>44</sup> Varol (2016) 稱為憲法的黏性 (stickiness)，比較中性的用詞是維持 (maintenance) (Berber & George, 2001)。

<sup>45</sup> Elkins 等人 (2009: 1) 舉了一個笑話：有人去圖書館要求借閱法國憲法，館員回答說，「對不起，我們這裡沒有收藏期刊」。

正如有憲法未必就是憲政國家 (constitutional state)，憲政持久只是獲致憲政主義的必要條件而已、並不是充分條件 (Venter, 2008: 16; Negretto, 2017: 20)。

## 二、萬年條款

有些憲法規定某些條款不能修訂<sup>46</sup> (unamendable, immutable)，又稱為「萬年條款」 (eternity clause)，譬如德國基本法第 79 條規定<sup>47</sup>，人權尊嚴 (第 1 條)、以及憲法原則 (第 20 條，包含聯邦體制) 不可修訂，以防止法西斯政權死灰復燃，而葡萄牙 1975 年憲法也有 35 個類似條款；另外印度最高法院判定，修憲不能動到憲法的基本結構，而德國、羅馬尼亞、及奧地利最高法院有權審查修憲案是否合憲，也有助於保護那些不能更動的條款 (Tushnet, 2013: 2005; Klein & Sajó, 2012: 21-22)。

Klein 與 Sajó (2012) 認為，儘管保護憲法、或是其核心 (譬如共和體制) 的出發點是對的，卻與人民制憲權的基本原理相背離。Tushnet (2013: 2005-2006) 質疑，是依據現有的規定修憲，為什麼過去的人民制憲權優於現在的人民制憲權？他認為，人民制憲權可以採用法律的形式來呈現，然而，那些條款不能反過來限制人民的制憲權，那麼，也就是採用更周延的方式制訂新憲取而代之的時候，著手制憲，仁至義盡 (*pro tanto*)，這就是一種非暴力的法律革命。

## 三、憲政體制

學術界對於各種憲政體制 (中央政府體制) 的發展、特色、及優缺點的研究，已經有相當豐富的文獻，不過，政治人物大體停留在頭痛醫頭、

<sup>46</sup> 或是決定暫時按兵不動 (decide not to decide) (Dixon & Ginsburg, 2012)。

<sup>47</sup> 第 79.3 條：

Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation in principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.

腳痛醫腳的速食認識，夏天想到冬天的好、冬天想到夏天的好<sup>48</sup>。社會運動人士比較關注的是制憲的象徵意義，多半不在乎實質內容，所謂總統制、內閣制兩案併陳，表面上的理由是不要替子孫決定未來，其實是輕忽制度的政治影響，當然就不會嘗試去作通盤的瞭解<sup>49</sup>。

癥結在於目前的憲政體制經過 1997 年增修條款修憲後，實質上已經脫離『中華民國憲法』的雙首長制。如果要採取總統制，就應該廢掉閣揆這個盲腸；如果要採取內閣制，委實沒有必要多此一舉直選總統，由國會任命一位老政治家就可以。總統制與內閣制的最大差別是正當性的雙元、或是單元，不過，至少行政權當是單元的，課責 (accountability) 清楚；如果要重回雙首長制，就會有行政權雙元的困擾，也就是到底總統、還是閣揆有權無責 (圖 5)？總之，憲政體制設計不是擺地攤、或是夜市討價還價，七拼八湊的結果，恐怕會祿孝孤。

	總統制	雙首長制	內閣制
正當性	雙元	雙元	單元
行政權	單元	雙元	單元

圖 5：三種憲政體制的正當性及行政權

<sup>48</sup> 譬如剛下台的行政院長賴清德，先前主張閣員必須由立委擔任，那就是內閣制的作法理由是比較能接地氣。美國史上擔任國防部長最長的是麥納馬拉 (Robert McNamara, 1961-68)，歷任甘迺迪、及詹森兩位總統。他是商學院畢業的，入閣前擔任福特汽車總裁，沒有當過國會議員。還好，他在二次世界大戰當過兵 (陸軍航空隊)，不過，不是職業軍人。試問，誰說當過立委才能接地氣？是否所有的職位都需要接地氣？到底接地氣又是什麼？不少人認為當下總統的權力太大，因此主張改為內閣制 (陳水扁)、或是總統到國會備詢 (馬英九)。其實，如果現在採取內閣制，在全面執政下，總理除了要到國會備詢，執政黨可以不理會國會。當然，也有主張內閣制、直選總統 (林濁水)，比較像是愛爾蘭模式。至於四位獨派大老四大老要求蔡英文交出行政權，民選總統權力交給沒有民意基礎的閣揆，那是違背民主政治授權與負責相符的基本原則；更何況，要是賴清德當選總統怎麼辦？難道他甘心當一個虛位元首？

<sup>49</sup> 有關於台灣憲政體制選擇的考慮，見施正鋒 (2012：104-108、221-23)。



## 捌、代結語：憲法變遷的解釋

到目前為止，我們尚未看到解釋憲政改革的通盤理論。Elkins 等人 (2009: 3-8) 以生理學、疾病理學來看憲法變遷<sup>50</sup>，認為要解釋憲法的出現、調整、及持久，除了憲法本身是否靈活、及明確，來要再加上制憲過程是否包容性，另外，來自內、外環境的衝擊也會影響 (圖 6)。儘管臚列了重要解釋變數的清單，這些變數之間的關係並不是那麼清楚，我們有必要援引相關理論，進一步耙梳。

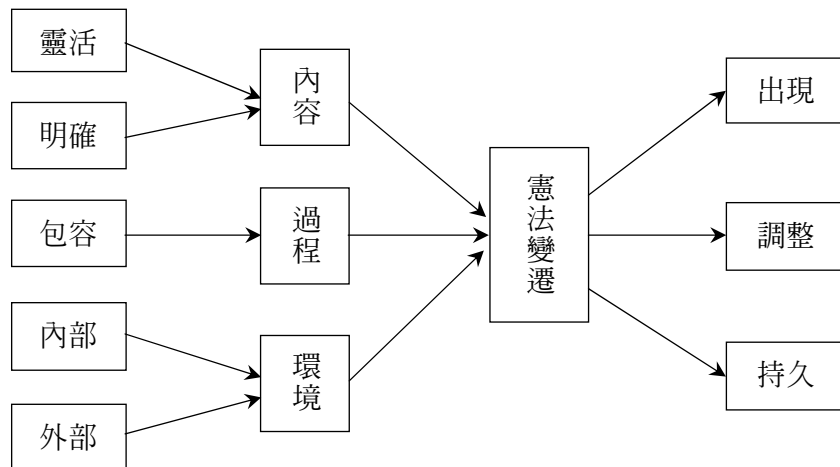


圖 6：憲法變遷的因果關係

我們最早建構了一個選舉制度興革的概念架構，辨識制度改革者的動機、情境條件、以及改革過程與方式等因素，基本上是以選民的不滿作為要求變革因果關係 (causal link) 的主軸，內外環境的變動算是脈絡，至於時機、及朝野相對實力決定協商的結果 (施正鋒, 1999: 197-98、206-10)。隨後，我們經過調整，又建構了一個概念架構來瞭解原住民漁獲權、及自治權，分別考察影響原住民要求、以及政府同意的因素，兩股力量激盪的結果就是政治妥協 (施正鋒、吳珮瑛, 2014: 118、159、205、250)。我

<sup>50</sup> 他們的比喻是透過驗屍、以及家族醫療史 (Elkins, et al., 2009: 9)。

們是綜合了根據新制度主義 (New Institutionalism) 的經濟、社會、及政治面向<sup>51</sup>，也就是決策者除了盤算需求來決定供給，也要考量政治、經濟、社會、及文化等宏觀因素，終究則是透過當下的 (contingent) 政治實力一比高下。

我們又整理 Frye (2002) 的看法，整理出影響民主制度出現的制度性因素 (憲政體制、選舉制度、政黨體系)、及非制度性條件 (社會結構、經濟結構)<sup>52</sup> (施正鋒, 2012: 103-104)。由於民主是程序上的目標，如果我們再涵蓋其他實質的價值，譬如民族塑造、甚至國家締造 (state-making)，然後合併圖 1 及圖 6 為圖 7。如制憲是國家建構的一部分，可以促成民族塑造，終究的目標是國的肇建。

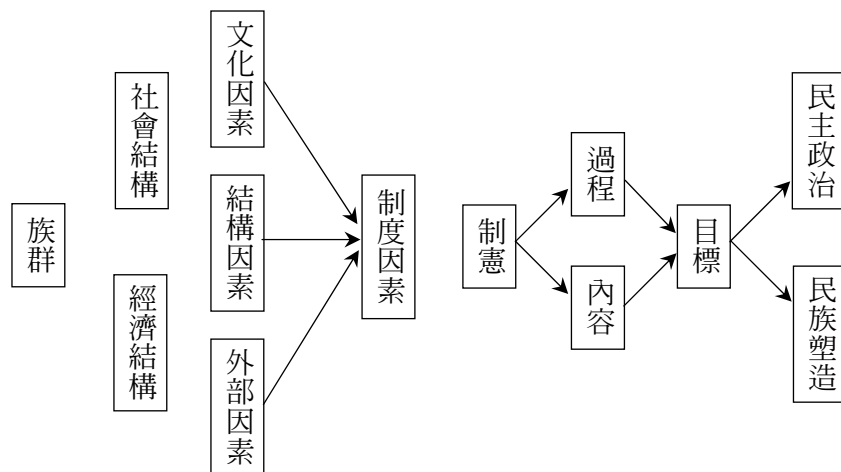
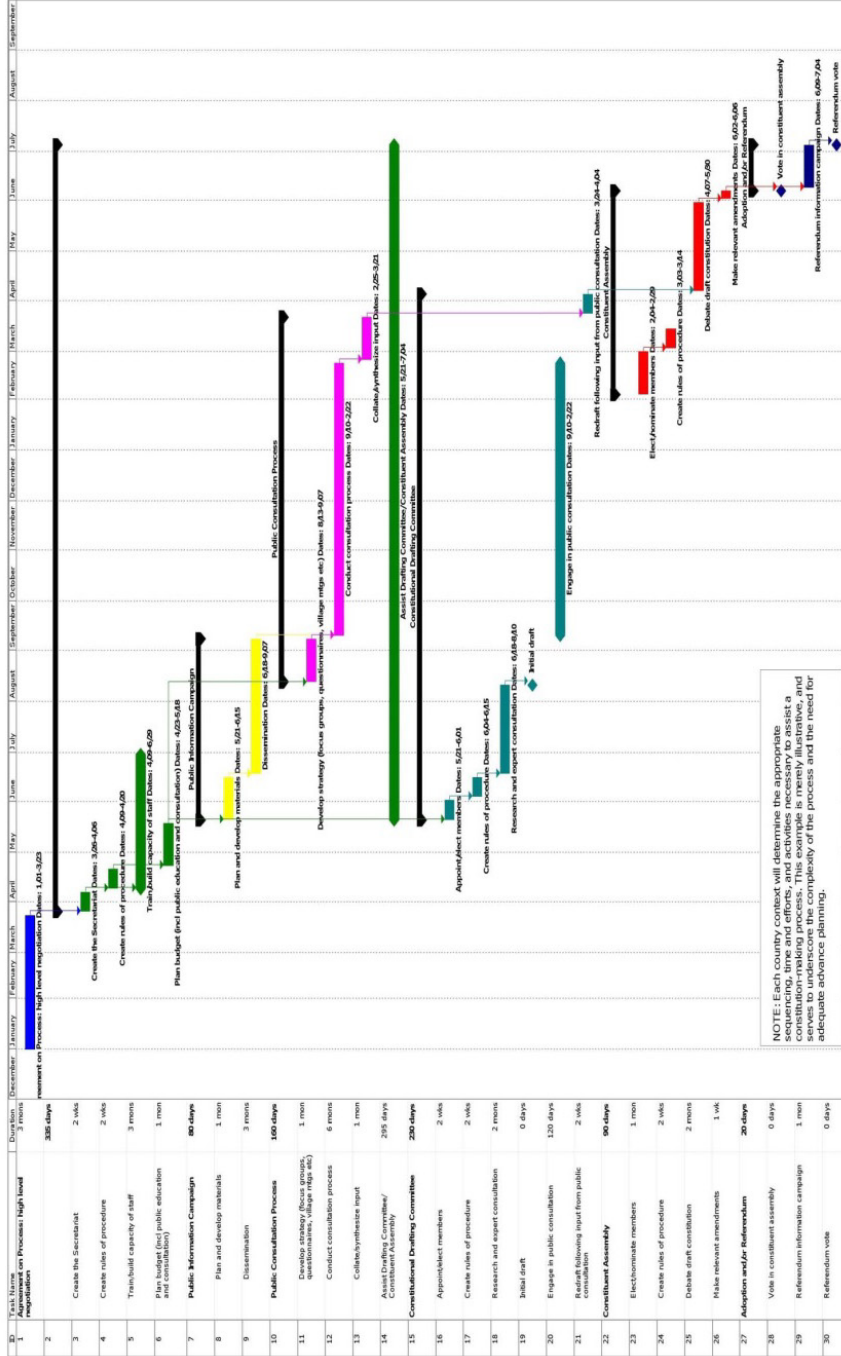


圖 7：憲法變遷的概念架構

<sup>51</sup> 經濟觀強調政治人物的理性選擇，社會觀重視宏觀的大環境，包括社會分歧、經濟結構、及文化特質的變化，而政治觀則認為關鍵在於政治權力的合縱連橫 (施正鋒, 1999: 197-204)。

<sup>52</sup> 其實，制度因素有可能回頭影響結構因素。

附錄 1：制憲的順序及時間表



來源：United Nations Secretary-General (2009: 3-5)。

附錄 2：制憲個體與不同的任務

任務	制憲個體														
	Constituent assembly	National conference	Legislature	Roundtable	Constitutional commission	Other bodies	Peace process parties	Special bodies	Experts	Electoral management bodies	Governments and their departments	Courts	Referendums	Civil society	Political parties
Starting the process							■				■			■	■
Road map	■	■	■				■		■		■			■	■
Generating ideas	■	■	■	■	■	■	■	■	■		■			■	■
Guiding principles	■	■	■	■	■		■		■		■			■	■
Civic education	■	■	■		■	■			■	■	■			■	■
Consultation on draft	■	■	■		■	■			■	■	■			■	■
Other forms of consultation		■	■		■	■	■								■
Making submissions							■			■				■	■
Receiving and processing views	■	■	■		■	■		■	■	■	■		■	■	
Resources management	■	■	■	■	■	■		■	■	■				■	
Managing media	■	■	■	■	■	■		■	■	■		■			
Managing international actors	■	■	■	■	■	■		■	■						
Making procedural rules	■	■	■	■	■	■		■		■					
Determining agenda of issues	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■				■	■
Making choices on issues	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■			■	■	
Dealing with divisive issues (special bodies)								■				■	■		■
Ensuring technical coherence									■						
Preparing concrete proposals	■	■	■	■	■	■			■	■					
Technical drafting of text									■						
Adoption of constitution	■	■	■	■								■	■		
Implementation			■						■		■	■		■	■
Dealing with problems								■			■	■		■	
Monitoring and evaluation	■	■	■		■				■	■					
Responding to failed processes			■	■	■						■			■	■

來源：Brandt 等人 (2011: 33)。

### 附錄 3：憲政改造過程的討論\*

立法院在 2004 年 8 月匆匆通過的憲法修正案，次年，由政黨比例代表選舉產生的「任務型」國民大會代表（2005/5/14），緊接著（2005/6/7）進行第七次憲法增修條文的複決。原本勢不兩立的民進黨與國民黨，此回聯手取下國民大會總數 300 席中的 244 席，因此，儘管朝野政黨協商通過的國大職權行使法將修憲門檻設為四分之三，還是順利複決 2004 年經過立委所通過的修憲案。然而，不少人擔心，如果兩大黨有 19 位國大跑票，修憲案就過不了關，因此堅持採取二分之一的門檻。

其實，究竟要採取多高的門檻，主要決定於該國的憲政傳統。一般而言，屬於不成文法、或是沒有嚴重社會分歧的國家，譬如英國、紐西蘭、或是以色列，憲政法案只要國會的多數決即可；相對地，如果是有族群分歧、或是採取聯邦制的國家，爲了要安撫少數族群、取得共識，往往會有超級多數的規定，也就是少數否決的機制，譬如南非、或是美國。

大多數民主國家的修憲工程慎重其事，要不採取兩階段（先國會、後公投）、就是兩機關（雙國會）的過程。原本，中華民國憲法的修憲方式有二（第 174 條），過去六次都是由國大單獨修憲（國大總額五分之一提議，三分之二出席，出席代表四分之三決議）；當然，也可以先由立法院提案、再交給國大複決（立委四分之一提議，四分之三出席，出席委員四分之三決議，擬定修憲案，再提請國大複決），也就是兩機關修憲。

爲了要將國大的複決權轉爲公民複決，也就是兩階段修憲，第六回憲法增修條文（200/4）廢掉國大單獨修憲的管道，同時限定國大只能複決此番的自廢武功案。然而，當時的條文雖然明確規定國大複決領土變更案、以及彈劾正副總統的方式，卻未規定修憲案的同意門檻。既然當時沒有明文規範，如果不是疏忽、或是認爲不言自明，很可能就是有留待再議的伏筆，豈有便宜行事、堅持以一般立院法案二分之一議決的道理？中選會、以及一些憲改人士主張，即便是沒有國大職權法，也有國大組織法可以適

\* 施正鋒（2007）。

用，問題是，後者也是刻意排除修憲案的議決方法，這些人豈可爲了達成修憲而不擇手段、作選擇性的詮釋？

即便是硬將要國大的「兩機關第二階段複決」解釋爲「兩階段的第二階段公投複決」，那麼，除了二分之一的門檻以外，不要忘了，各國爲了提高公民的參與、以及修憲案的正當性，多半會有投票率的最低標準，而我們的公投法也有明文規定，也就是投票人數必須達到全國具有投票權人數的一半。此回國大選舉的投票率不到四分之一，比一般令人詬病的民調更具抽樣偏差，竟然可以決定國家根本大法的變更，那些倡議社會改革的良心，豈可視而不見？

由於中選會在國大的選票上越俎代庖印上贊成、或是反對，有人進而指鹿爲馬說這就是美國總統選舉人團命令委任（mandate）的概念。其實，不管是依據選區、還是政黨比例所選出來的民代，政治哲學家對於他們到底是沒有自主性的代表（delegate）、還是具有良知良能的自由委任（trusteeship），並沒有定論，因此，如果投票與政黨相悖，只能以開除黨籍來約束。哪有爲了降低過關的難度，硬要將廢票剔除、以便降低計算門檻百分比的分母的道理？我們聽社運者提出語焉不詳的「違憲」、或是「違反憲政原理」指控，也不過是一堆把常識當知識用的假內行、認真地在欺騙老實的眞外行罷了。

經過此回修憲以後，未來的修憲必須經過公民投票複決，也就是必須所有的選舉人的二分之一支持，修憲案才能通過，輿論又紛紛表示門檻過高。就民主國家的修憲過程而言，程序正義的重要性並不亞於實質的憲改內容，憲改的機制一定會比一般國會所上的通過法案的要求來得嚴格，特別是內部有相當社會分歧的國家，因此，除了國會的特別多數議決以外，還會加上公民複決、或是州議會的複決，簡述如下。

瑞典的修憲案算是比較簡單，不過，必須經過連續兩屆國會同意才有效，也就是中間必須間隔著一次國會改選。愛爾蘭的修憲案要先經兩院通過，再交予公民投票複決、過半通過。日本的修憲案要先經兩院的各自三分之二通過，再經過公投複決。西班牙的重大修憲案要先經兩院的各自三分之二通過，再經過公投複決、過半通過。法國的先憲案可以先經兩院過

半通過、再加上公投複決，或是獲得兩院聯席會議的五分之三支持。

丹麥的修憲案經國會通過後，公投複決必須投票率乘以支持率超過百分之四十才有效。義大利的修憲案可以經兩院各自三分之二通過，或是兩院各自獲得過半支持、再經過公投複決，這時候，必須有過半的選民贊成才有效。澳洲的修憲案必須先分別經過聯邦參眾兩院的絕對多數通過，才能交付公民複決；該國公投門檻相當複雜，必須在六個省的過半省份（也就是至少四個省）都獲得過半省民支持，而且贊成票必須超過選民總數的一半。

加拿大的修憲案必須先經過聯邦議會通過，再來必須獲得三分之二以上（也就是七個）的省議會同意，此外，這些贊成修憲省份的人口加總必須佔全國過半人口。有些特別的修憲案還必須所有十個省議會同意才有效，譬如官方語言、以及修憲程序的變更。

瑞士的修憲案不只是一要獲得公投過半票數，而且必須在過半的邦都獲得過半選民支持。也因此，百分之二十的人可以否決百分之八十的人所支持的修憲案。美國的修憲案可以由參眾兩院的各自三分之二提案、或是在三分之二州議會要求下召開修憲會議來提案，再來，必須獲得四分之三的州議會、或是州修憲會議贊成，才算有效；因此，只要人口較少的州結合起來，也就是百分之五的人口就可以否決修憲案。

我們可以看到，公投一方面可以展現民氣，另一方面，高門檻其實是一種遏止盲目熱情的冷卻劑。另外，德國的修憲案並不需要經公投，恐怕是擔心戰前政客濫用公投的惡夢再現。同樣地，社會二元對立的比利時、以及荷蘭，對於修憲公投也是敬而遠之。所謂的自由，不只是一要抵抗威權統治、更要拒絕思想上的禁錮。可惜，在這次修憲的過程，我們看到的卻是對於知識的高度敵意。

## 參考文獻

- 行政院釐清促進轉型正義委員會 0824 事件專案小組，2019。〈行政院釐清促進轉型正義委員會 0824 事件專案小組報告〉 (<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/4b6a514e-89dd-4140-8eff-71a4ee4f282a>) (2019/2/16)。
- 許政瑜，2019。〈華航機師罷工落幕，機師工會嘆「直播是非常危險的事」〉《聯合新聞網》2月15日 ([https://www.upmedia.mg/news\\_info.php?SerialNo=57671](https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=57671)) (2019/2/16)。
- 吳賜山，2019。〈「談判就全程直播吧！」羅文嘉籲資訊透明、社會監督〉《新頭殼》2月12日 (<https://newtalk.tw/news/view/2019-02-12/206056>) (2019/2/16)。
- 陳宜加，2019。〈談判場內外說法不一，華航要求開放直播〉《自由時報》2月9日 (<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2694299>) (2019/2/16)。
- 賴于榛，2018。〈批張天欽不義「打侯」，吳佩蓉千字聲明：我就是洩漏消息的人〉《ETtoday 新聞雲》9月12日 (<https://www.ettoday.net/news/20180912/1257047.htm#ixzz5fgPkTdt5>) (2019/2/16)。
- 賴佩璇，2019。〈促轉會查「東廠事件」洩密者 蕭吉男獲不起訴〉《聯合新聞網》2月15日 ([https://www.upmedia.mg/news\\_info.php?SerialNo=57671](https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=57671)) (2019/2/16)。
- 施正鋒，1999。《台灣政治建構》。台北：前衛。
- 施正鋒，2007。〈憲政改造過程的討論〉與談於群策會主辦「制憲的困境與突破論壇」，台北，公務人力發展中心卓越堂，3月4日 (<http://mail.tku.edu.tw/cfshih/politics%20observation/%E5%85%B6%E4%BB%96%E6%96%87%E7%A8%BF/20070304.htm>) (2019/2/16)。
- 施正鋒，2012。《進入二十一世紀的台灣民主制度——常識治國的邪惡》。台北：翰蘆。
- 施正鋒、吳珮瑛，2012。《原住民族的主權、自治權與漁獲權》。台北：翰蘆。
- 美國在台協會，n.d。『美利堅合眾國憲法』 (<https://web-archiver-2017.ait.org.tw/zh/us-constitution.html>) (2019/2/11)。
- Ackerman, Bruce A. 1991. *We the Peoples: Foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Arendt, Hanna. 1990 (1965). *On Revolution*. New York: Penguin.
- Brandt, MicheleJill Cottrell, Yash Ghai, and Anthony Regan. 2011. *Constitution-making and Reform: Options for the Process*. Geneva: Interpeace.
- Choudhry, Sujit. 2008a. "Bridging Comparative Politics and Comparative



- Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies,” in Sujit Choudhry, ed. *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* pp. 3-40. Oxford: Oxford University Press.
- Choudhry, Sujit, ed. 2008b. *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* Oxford: Oxford University Press.
- Elkin, Stephen L., and Karol Edward Soltan, eds. 1993. *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Elkins, Zachary, Tom Ginsburg, and James Melton. 2009. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Frye, Timothy. 2002. “Presidents, Parliaments, and Democracy: Insights from the Post-Communist World,” in Andrew Reynolds, ed. *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*, pp. 81-103. Oxford: Oxford University Press.
- Ginsburg, Tom, Zachary Elkins, and Justin Blount. 2009. “Does the Process of Constitution-Making Matter?” *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5, pp. 5.1-5.23.
- Habermas, Jürgen. 1999. *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Harris, Peter, and Ben Reilly. 1998. *Democracy and Deep-Rooted Conflict: Options for Negotiations*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- International Institute for Democracy and Electoral Assistance. 2011. “Constitution Building after Conflict: External Support to a Sovereign Process.” (<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitution-building-after-conflict.pdf>) (2019/2/18)
- Jennings, Ivor. 1958. *The Approach to Self-Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klein, Claude, and Andrés Sajó. 2012. “Constitution-Making: Process and Substance,” in Michel Rosenfeld, and Andrés Sajó, eds. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford Handbooks Online).
- Lijphart, Arend. 1977. “Consociational Democracy.” *World Politics*, Vol. 21, No. 2, pp. 207-25.
- Lijphart, Arend. 2004. “Constitutional Design for Divided Societies.” *Journal of*

- Democracy*, Vol. 15, No. 2, pp. 96-109.
- Mendez, Fernando, and Jonathan Wheatley. 2007. "The Constitution- Making Process: An Analytical Framework," in Jonathan Wheatley, and Fernando Mendez, eds. *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*, pp. 7-20. London: Routledge.
- Paine, Thomas. 1792. *The Rights of Man* (<https://ebooks.adelaide.edu.au/p/paine/thomas/p147r/chapter7.html>) (2019/2/12)
- Pennock, J. Roland, and John W. Chapman, eds. 1979. *Constitutionalism*. New York: New York University Press.
- Pitkin, Hanna Fenichel. 1967. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press.
- Schmitt, Carl. 2008. *Constitutional Theory*. Durham: N.C.: Duke University Press.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. 1789. *What Is the Third Estate?* (<https://pages.uoregon.edu/dluebke/301ModernEurope/Sieyes3dEstate.pdf>) (2019/2/34)
- Sieyès, Emmanuel Joseph. 1963. *What Is the Third Estate?* Trans. by M. Blondel. New York: Frederick A. Prager.
- Sonenscher, Michael. 2003. "Introduction," in Emmanuel Joseph Sieyès, *Political Writings: Including the Debate between Sieyes and Tom Paine 1791*, p. vii-xliv. Indianapolis: Hackett.
- Teitel, Ruti G. 2000. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press.
- United Nations Secretary-General. 2009. "United Nations Assistance to Constitution-making Processes." ([https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance\\_Note\\_United\\_Nations\\_Assistance\\_to\\_Constitution-making\\_Processes\\_FINAL.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf)) (2019/2/18)
- Venice Commission. 2011. "Opinion on the New Constitution of Hungary." Opinion No. 621/2011 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e)) (2019/2/16)

# Exploring Constitution-Making and Constitutional Change

Cheng-Feng Shih

*Professor, Department of Indigenous Affairs and Development  
National Dong Hwa University Shoufeng, Hualien, TAIWAN*

## Abstract

We shall start with discussions of the constituent power of the people and constitution-making and their relations to nation-building, then explore why a state undertakes constitution-building, and examine its timing. After looking into various approaches of constitution-making, we will examine some issues to be decided, including mechanisms of launching constitution-making, entity, and public participation. Meanwhile, we will also understand the substance of constitution-making, including constitutional endurance, eternity clauses, and constitutional systems. Finally, we will provide for a conceptual framework for understanding the causal links during constitutional changes.

**Keywords:** constitution-making, constitutional reform, nation-building, constitutional change

