

# 本文章已註冊DOI數位物件識別碼

## ▶ 路徑相依或制度選擇？論民主轉型與憲法變遷的模式

Path Dependence or Collective Institutional Choice? Modeling  
Constitutional Changes in the Context of Democratic Transitions

doi:10.30390/ISC.200611\_45(6).0001

問題與研究, 45(6), 2006

Issues & Studies, 45(6), 2006

作者/Author：葉俊榮(Jiunn-Rong Yeh);張文貞(Wen-Chen Chang)

頁數/Page：1-31

出版日期/Publication Date：2006/11

引用本篇文獻時，請提供DOI資訊，並透過DOI永久網址取得最正確的書目資訊。

To cite this Article, please include the DOI name in your reference data.

請使用本篇文獻DOI永久網址進行連結:

To link to this Article:

[http://dx.doi.org/10.30390/ISC.200611\\_45\(6\).0001](http://dx.doi.org/10.30390/ISC.200611_45(6).0001)



*DOI Enhanced*

DOI是數位物件識別碼（Digital Object Identifier, DOI）的簡稱，  
是這篇文章在網路上的唯一識別碼，  
用於永久連結及引用該篇文章。

若想得知更多DOI使用資訊，

請參考 <http://doi.airiti.com>

For more information,

Please see: <http://doi.airiti.com>

請往下捲動至下一頁，開始閱讀本篇文獻

PLEASE SCROLL DOWN FOR ARTICLE



# 路徑相依或制度選擇？

## 論民主轉型與憲法變遷的模式\*

葉 俊 榮

(國立臺灣大學法律學院專任教授)

張 文 貞

(國立臺灣大學法律學院專任助理教授)

### 摘 要

1980年代中期以來，包括台灣在內的部分亞洲、中東歐、中南美等國家紛紛進行民主轉型，並帶動新一波的憲法變遷。不過，在民主轉型的脈絡中，憲法究竟扮演何種角色，則一直未受到充分學術探討。本文旨在深究民主轉型與憲法變遷間的互動關係。

在研究方法上，本文歸納分析民主轉型國家的憲法變遷，提出四種主要的模式：轉型初期一次制憲、轉型初期一次大幅修憲、階段式制憲、多次漸進修憲。其次則從主權因素、政權更迭、憲政傳統以及國際干預的四個面向，探討民主轉型國家的憲法變遷模式是否與特定因素相關。本文發現，民主轉型國家的憲法變遷模式，並無法從單一面向來作合理的解釋；此外，這一波民主轉型國家的憲法變遷，明顯表現出相對化的特質——制憲與修憲的相對化、一次與漸進的相對化，而與傳統憲法變遷的理論預設並不相同。

基於前述研究發現，本文認為，民主轉型的憲法變遷模式，並不必然與民主轉型的模式路徑相依，而可以是一個集體的制度選擇。對台灣而言，雖然過去七次的漸進修憲，在一定程度內與民主轉型的路徑及模式有關，但這並非表示台灣就不可能進一步透過集體的制度選擇，採行較大幅度的憲改。相反地，台灣經由漸進修憲所組織出之憲政秩序，一方面觸動下一波的憲改，另一方面也某程度與憲法在民主轉型脈絡中的組織功能相互呼應。

**關鍵詞：**民主轉型、憲法變遷、民主化、制憲、修憲

\* \* \*

---

\* 作者感謝審稿人提供本文修訂之寶貴意見。本文研究過程中，研究助理鄧煜祥、洪慈翊、李怡俐及梁志鳴協助資料蒐集及各國經驗之初步分析，作者併此致謝。當然，所有文責，由作者自負。



## 壹、前言

1980年代中期以來，包括中東歐、中南美以及部分非洲與亞洲國家紛紛進行民主轉型，台灣亦在其列。<sup>①</sup>民主轉型是否必然帶動憲法變遷<sup>②</sup>？又是何種模式的憲法變遷？而憲法變遷的內容與程序，是否反應民主轉型的需求？以何種方式來加以反應？在民主轉型的脈絡中，憲法扮演何種角色？本文寫作的目的，即在深入探究民主轉型與憲法變遷間的互動關係。

在研究方法上，本文首先歸納分析民主轉型國家的憲法變遷，並提出四種主要的模式。其次則從理論角度，從主權因素、政權更迭、憲政傳統以及國際干預的四個面向，探討民主轉型國家的憲法變遷模式是否與特定面向的因素有關，並以此來檢驗相關民主轉型與憲法變遷的理論預設是否正確。最後則提出本文之論點。

本文認為，憲法變遷不必然與民主轉型「路徑相依」(path-dependent)<sup>③</sup>，而可以是一個集體的制度選擇 (collective institutional choice)<sup>④</sup>。在民主轉型與憲法變遷的動

---

註① 關於第三波民主化國家經驗的詳盡介紹，參見 Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Norman: University of Oklahoma Press, 1991)。特別針對亞洲第三波民主化國家的民主轉型及憲法變遷經驗探討，參見 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asia Case* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003)。本文所指涉之民主轉型國家即為這些第三波民主化國家，並以其憲法變遷經驗作為後續模式分析 (modeling) 的基礎。由於本文旨在對民主轉型國家的憲法變遷經驗進行模式分析，因此在研究對象的選擇上，並不擬 (亦不可能) 包含所有第三波民主化國家，而是以其憲法變遷模式作為選擇分析之標準，在此先予說明。唯一的例外是在漸進修憲模式的實證案例中，為了充分檢驗相關的理論因素，本文增列了一般定位為第四波民主化國家的印尼 (參見本文第二章第四節第三部分的說明)。

註② 憲法變遷，可進一步區分為形式憲法變遷如憲法制定或修改，或實質憲法變遷如憲法解釋或憲政實際運作所導致之變遷。本文所探討之憲法變遷，僅限於憲法制定或修改等形式憲法變遷，先予說明。

註③ 此種路徑相依的看法認為，民主轉型的路徑 (path)，不但與先前威權政體的結構有關，也會影響到後續民主鞏固 (consolidation) 的成敗。民主轉型國家的憲政及法治基礎、統治模式、經濟發展、政黨結構與市民社會，則是觀察轉型路徑以及民主鞏固成敗的重要面向。參見 Juan J. Linz & Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996), pp. 55-65。類似見解參見 Arend Lijphart & Carlos H. Waisman, "Institutional Design and Democratization," in *Institutional Design in New Democracies: Eastern Europe and Latin America* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1996), pp. 3-4; Guillermo O'Donnell and Philippe C. Schmitter, *Transition from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986), pp. 15-36。而將此種路徑相依理論進一步適用於民主轉型國家的憲法變遷，主張憲法變遷模式亦與民主轉型模式「路徑相依」者，參見本文第三章第一節，尤其是第一節第二部分及第三部分，從政權更迭以及憲政基礎對憲法變遷模式選擇所作的探討。

註④ 將特定法律規範或法律制度的內容與其他政治、經濟或社會制度的選擇同視，並引入制度選擇的分析方法，在近年美國法學、法學與政治學的整合、以及法律經濟分析方法中成為熱門之顯學。此一制度選擇的分析方法，特別被比較憲法與比較政治所採用，最新介紹參見 Tom Ginsburg & Robert A. Kagan, *Institutions and Public Law: Comparative Perspective* (New York: Peter Lang Publishing, 2005)。本文對於法律規範甚或法律制度，基本上也認為除了傳統規範演繹的分析外，當然亦可以將之視為與其他政治、經濟或社會制度相同，而進行更廣泛制度選擇的討論。因為本文並非特別針對法律與其他學科 (如政治學、經濟學或社會學等) 間之整合問題進行方法論的探討，而是直接以此方法分析憲法變遷

態中，其實存在著許多選擇的契機，足以影響民主轉型國家憲法發展的方向。<sup>⑤</sup>雖然台灣過去七次的漸進修憲，確實在一定程度內與民主轉型的路徑及模式一和平協商的民主轉型（peaceful, negotiated democratization）有所關連<sup>⑥</sup>，但這並非表示台灣一定就要被綁縛在此一路徑之上，而不可能進一步透過集體的制度選擇，來進行較大幅度的憲改。

本文認為，經過七次的漸進修憲，台灣現在比起民主轉型初期具有更符合憲政主義之基本憲政基礎，亦學習到更成熟的憲政運作經驗<sup>⑦</sup>，這些經由漸進修憲所組織出之憲政秩序，一方面觸動下一波的憲改，另一方面亦某程度與憲法在民主轉型脈絡中的組織功能相互呼應。<sup>⑧</sup>

## 貳、民主轉型國家的憲法變遷模式

雖然第三波民主化國家陸續在 1980 年代末期進行民主轉型，也同步引發憲法的變遷，但檢視這些國家的憲法變遷，卻呈現非常多元的樣態。為系統化耙梳理解這些憲法變遷的多元樣態以及其背後的脈絡及理路，本文擬以概念類型之分析方法，以二個標準來建立憲法變遷的模式。<sup>⑨</sup>（表 1）

表 1 民主轉型國家的憲法變遷模式

		時間集中度	
		低 -----> 高	
憲法同一性	低   ↓ 高	階段式制憲	一次制憲
		漸進修憲	一次修憲

資料來源：作者製表

議題，囿於文章定位，即不在此詳細對制度論方法多作說明。

註⑤ 對東歐國家的憲法變遷進行詳細比較研究，另外參考南非憲改經驗，而得到類似結論者，參見 Andrew Arato, *Civil Society, Constitutions and Legitimacy* (New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000), p. xiii. 他認為南非成功地從東歐國家不算成功的憲法變遷經驗中學習，而最後採取了一個創新而成功的作法。

註⑥ 張文貞，「中斷的憲法對話：憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位」，*台大法學論叢*（台北），第 32 卷第 6 期（2003 年 11 月），頁 61-102。

註⑦ 漸進或階段式的憲政改革，提供了後續或後階段的憲政改革者絕佳的學習（learning constitutional experiences）以及時間（time）上的優勢。參見 Andrew Arato, *op.cit.*, p. xiii.

註⑧ 參見葉俊榮，「超越轉型：台灣的憲法變遷」（以下簡稱「超越轉型」），收錄於 *民主轉型與憲法變遷*（台北：元照出版，2003 年 1 月），頁 23-58。

註⑨ 因此，本文並非先選擇特定國家來分析其憲法變遷的模式，而是先建立概念分析的類型，以此作為基礎來觀察實際上的憲法變遷模式，先予說明。



表 1 橫軸所表示的是時間的集中度：亦即，民主轉型國家是否在民主化的一開始，便一次性地<sup>⑩</sup>進行憲政改革，以協助民主轉型？從時間集中度來觀察，一則是民主轉型國家在民主轉型一開始，就非常集中地來處理憲改議題，而其後的轉型脈絡中，憲法修改便不再成為轉型政治的主要議題。另外一種則是，民主轉型國家選擇將憲改的議題與內容作階段性的處理，而沒有作一次性的解決，因而在民主轉型的脈絡中，憲改便成為不斷出現的重要議題。

表 1 縱軸所表示的則是憲法的同一性：亦即，民主轉型國家在進行憲改之後，其憲法是否仍與轉型前之憲法具有同一性？以憲法同一性的角度來觀察，一則是在憲改之後，其憲法基本上仍維持與民主轉型前之憲法相同，但在憲法相關實質內容上作大幅度或小幅度等不同程度的修改。另則是在憲改之後，以一個全新的憲法來取代舊的憲法，以彰顯民主轉型開啓新局的意義，憲改之後的憲法與憲改之前的憲法完全不具同一性。

從上述兩個標準可以建立出一個憲法變遷的概念類型，區分出如表 1 所示之四種憲法變遷的模式，分別是：1. 轉型初期一次制憲，2. 轉型初期一次大幅修憲，3. 階段式制憲，以及 4. 多次漸進修憲。本文將以此四種憲法變遷模式作為觀察基礎，來分析民主轉型國家實際的憲法變遷經驗，檢視此四種模式於具體憲法變遷經驗上的表現及其內涵。

### 一、轉型初期一次制憲

轉型初期一次制憲的憲法變遷模式，在於這些國家一方面於轉型初期便集中地一次完成憲改，另一方面則以取代舊憲法的方式完成憲改。不論就時間上一次性地集中處理或在憲改作法上的去舊出新，都鮮明地表現出重新開始的新時代意義。至於實際憲法內容變動的幅度或大小，則未必有明顯的意義。

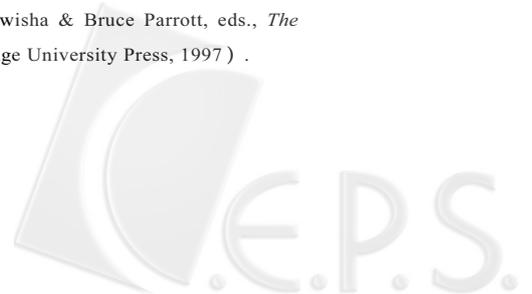
在轉型初期選擇一次性完成制憲的國家，包括前蘇聯共產國家中的立陶宛、愛沙尼亞<sup>⑪</sup>以及後續紛紛宣告脫離前蘇聯而獨立的國家。<sup>⑫</sup>前東歐共黨國家中的羅馬尼亞、保加利亞、捷克、斯洛伐克<sup>⑬</sup>，亞洲的菲律賓、蒙古，也是在轉型初期就選擇制定新憲法的國家。

註<sup>⑩</sup> 亦有描述為「一次到位」式的憲改。參見吳玉山，「政權合法性與憲改模式：比較台灣與後共新興民主國家」，*問題與研究*（台北），第45卷第1期（2006年1-2月），頁1-28。

註<sup>⑪</sup> 同屬波羅的海3小國的拉脫維亞，在公投宣告獨立之後，並非制定一部新憲法，而是選擇回復1922年的憲法。參見 Rett R. Ludwikowski, "Constitution Making in Former Soviet Dominance," *Georgia Journal of International & Comparative Law* (Athens, Georgia), Vol. 23, No. 2 (1993), p. 155.

註<sup>⑫</sup> 前蘇聯民主轉型國家憲改歷程的詳盡介紹，參見 Kristian Gerner & Stefan Hedlund, eds., *The Baltic States and the End of the Soviet Empire* (New York: Routledge, 1993); Ian Jeffries, *The Countries of the Former Soviet Union at the Turn of the Twenty-first Century* (New York: Routledge, 2004) .

註<sup>⑬</sup> 東歐民主轉型國家憲改歷程的詳盡介紹，參見 Mary Kaldor & Ivan Vejvoda, eds., *Democratization in Central and Eastern Europe* (New York: Continuum, 2002); Karen Dawisha & Bruce Parrott, eds., *The Consolidation of Democracy in East-Central Europe* (New York: Cambridge University Press, 1997) .



觀察轉型初期一次制憲的國家，我們可以發現其制定新憲的時間，大約是在首次民主選舉之後 1 至 2 年左右的時間。例如，立陶宛、愛沙尼亞在 1990 年舉行國會大選，於 1992 年分別以公投通過新憲法。<sup>⑭</sup>羅馬尼亞、保加利亞、捷克、斯洛伐克，也是在 1990 年進行國會大選，並分別在 1991 年或 1992 年通過新憲法，其中羅馬尼亞的新憲經由公民投票通過，而其他國家則是由國會制定通過。<sup>⑮</sup>在亞洲，蒙古在 1990 年進行國會普選、成立新政府，並由總統成立新憲起草委員會開始著手新憲的起草，於 1992 年初即由國會通過新憲法。<sup>⑯</sup>菲律賓在 1986 年總統大選後前總統馬可仕流亡、總統候選人艾奎諾夫人就任為新總統後，即頒佈臨時憲法並組成制憲委員會，而於 1987 年以公投通過新憲。<sup>⑰</sup>

## 二、轉型初期一次大幅修憲

轉型初期一次大幅修憲的憲法變遷模式，在於一方面於轉型初期便集中式地一次完成憲改，另一方面則選擇維持原憲法的同一性，只是大幅度地更動其內容，來滿足民主轉型的需求，解除後續轉型脈絡中必須不斷面對憲改議題的政治壓力。民主轉型初期以一次大幅修憲方式進行憲改的國家，包括亞洲的南韓、南美洲的阿根廷。

以南韓為例，其自 1980 年代開始在政治上逐步小幅開放。1985 年的國會選舉，反對黨獲得相當廣大的支持，並主張修憲。但一直到 1987 年，執政黨仍對憲改有所保留，引發國內大規模的示威抗議。最後執政黨妥協，與反對黨各推派代表 4 人組成修憲小組，就當時的憲法進行逐條修正與討論，很快地向國會提出修憲案。修憲案獲得國會通過後，在同年 10 月 27 日進行公民投票，以約高達八成的投票率和九成以上的贊成率，通過憲法的修正。<sup>⑱</sup>修憲內容主要是針對政府體制與權力分立的確立與調整，但也觸及基本國策與人權保障。因此，形式上雖然是修憲，也有學者認為實質上應可定位為制憲。<sup>⑲</sup>

至於南美的阿根廷，其憲改契機並非直接源自於 1980 年代末期前蘇聯與東歐等國

註⑭ Rett R. Ludwikowski, 前引文, pp. 155-268.

註⑮ Rett R. Ludwikowski, 前引文, p. 198.

註⑯ Tom Ginsburg, "Political Reform in Mongolia," *Asian Survey* (Berkeley, CA), Vol. 35, No. 5 (1995), p. 459; Alan Sanders, "Mongolia's New Constitution," *Asian Survey* (Berkeley, CA), Vol. 32, No. 6 (1992), p. 506.

註⑰ 陳鴻瑜，「菲律賓新舊憲法之比較」，*問題與研究*（台北），第 26 卷第 6 期（1987 年 3-4 月），頁 1-11。

註⑱ James M. West & Edward J. Baker, "Constitutional Reforms in South Korea 1987: Electoral Processes and Judicial Independence," *Harvard Human Rights Yearbook* (Cambridge, Massachusetts), Vol. 1 (1988), p. 135; 林秋山，「南韓的憲改與政治發展」，*研考雙月刊*，第 21 卷第 1 期（1997 年 2 月），頁 35-41。

註⑲ 韓相敦，「韓國憲法修正略史」，*憲政時代*，第 17 卷第 1 期（1991 年 7 月），頁 88-99。



家的民主化效應，但也有些許關連。<sup>⑳</sup> 1989年就任的總統梅內姆，成功挽救當時的經濟危機，其所屬政黨也在1993年的國會選舉獲得人民支持；雖然當時阿根廷的憲法不允許總統連任，但政績優異的梅內姆卻仍執意爭取連任總統，其所屬執政黨為此而主張修憲。根據阿根廷憲法的規定，修憲之提議必須由國會三分之二以上議員作成有修憲必要之宣告，並於法律中具體決定修憲代表的選舉與憲法會議的召開。1993年底，國會通過了前述修憲必要宣告之法律；1994年4月，舉行了憲法會議代表的選舉，執政黨雖然贏得選舉，但並沒有過半數。憲法會議由同年的5月進行到8月，於8月23日通過憲法的修正，增加了大約三分之一以上的憲法條文，除了政府體制的相關規定外，還有一整章有關新興人權的保護。因為修憲幅度非常大，對這究竟是修憲或制憲，也曾引發爭論。1995年，梅內姆競選總統連任成功，但四年後則也遭逢政黨輪替，由反對黨當選總統。

### 三、階段式制憲

階段式制憲的憲法變遷模式，在一方面無法於轉型初期便集中式地一次完成憲改，而選擇以漸進式的方式來完成，另一方面則仍以取代舊憲法的方式完成憲改。因此，在轉型的脈絡中，雖然沒有在時間上一次性地集中處理憲改議題，以開啓新局，但因為在後來有在憲法的同一性上則選擇去舊出新，仍有表彰新秩序的階段性意義。在此一模式中，因為原先的憲法經過階段式修改，最後制定的新憲相較於舊憲，往往有比較大幅度的變動；惟因這些變動是漸進演化，因而較不會引起強烈反彈。

採行階段式制憲的國家中，最成功的例子就是南非，另外也有東歐的波蘭與亞洲的泰國。

#### (一) 南非

以南非為例，自1990年2月反對運動領袖曼德拉被釋放之後，民主轉型就展露契機。<sup>㉑</sup> 1991年開始，反對黨與當時白人執政黨展開一連串協商，商訂改革時程。在轉

註<sup>⑳</sup> 阿根廷憲改歷程，參見 Nestor Pedro Sagues, "An Introduction and Commentary to the Reform of the Argentine National Constitution," *University of Miami Inter-American Law Review* (Coral Gables, Florida), Vol. 28, No. 1 (1996), p. 41; Geoffrey P. Miller, "Constitutional Moments, Pre-commitment, And Fundamental Reform: The Case Of Argentina," *Washington University Law Quarterly* (St. Louis, Missouri), Vol. 71, No. 4 (1993), pp. 1061-1086; Christopher M. Nelson, "An Opportunity For Constitutional Reform In Argentina: Re-Election 1995," *University of Miami International American Law Review* (Coral Gables, Florida), Vol. 25, No. 2 (1995), pp. 283-316; Ileana Gomez, "Declaring Unconstitutional & Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead," *University of Miami International American Law Review* (Coral Gables, Florida), Vol. 31, No. 1 (2000), pp. 93-120.

註<sup>㉑</sup> 南非憲改歷程，參見 D. J. Brand, "Constitutional Reform- The South African Experience," *Cumberland Law Review* (Birmingham, AL), Vol. 33, No. 1 (2002), pp. 1-14; Christina Murray, "A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution," *University of Arkansas at Little Rock Law Review* (Little Rock, Arkansas), Vol. 23, No. 3 (2001), pp. 809-838.



型初期，基本上仍是以修憲或修法的方式，來因應政治變革。到了 1993 年，各政黨針對制憲議題進行協商，就制憲的程序與內容達成共識，先作成「34 點憲法原則」(34 constitutional principles)，後來則通過「過渡憲法」(Interim Constitution)，作為制憲之前憲政相關運作的最高規範。其中最值得注意的是，在此一過渡憲法的第五章當中，對新憲的制定程序有完整詳盡的規定，甚至設定期限：要求國會必須在召開第一次會議開始起算二年內，通過新憲法。<sup>②</sup>

1994 年 4 月，南非舉行首次自由的國會大選，反對黨「黑人民族議會」雖然獲得高達 63.7% 的選票，但仍未達成通過新憲所需的 2/3 席次，因此在制憲過程中，反對黨仍須尋求保守派一定程度的合作。不過，對已在大幅勝選的基礎上取得執政的「黑人民族議會」來說，至少在新憲的形塑上，不必如同過渡憲法般完全是政黨協商的產物，而可以有更高的民主正當性基礎，也應該有一個更開放的程序，而非將公眾排除在外。因此，南非國會設定了兩個平行進行的程序：一是大規模的公眾參與，一個是政黨間的政治討論。在 1994 年到 1996 年的二年間，國會密集進行政黨間的討論以及大幅公眾的參與，舉辦各式辯論以及憲法聽證會。1996 年 5 月，國會以壓倒性多數通過憲法草案。不過新憲草案在根據過渡憲法的規定送交憲法院審查時，被法院以與過渡憲法所揭示的 34 點原則未盡相符而退回國會修改。1996 年 10 月，國會再將修正後之憲法草案送到憲法院審查，經法院確認，於 1996 年底正式公布，1997 年 2 月 4 日生效施行。

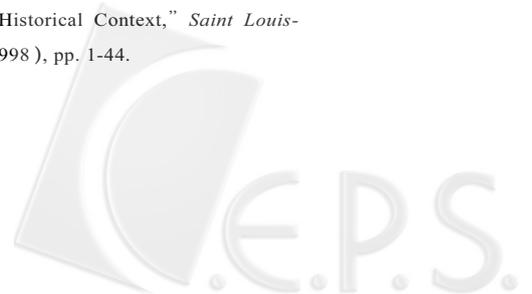
從這裡我們可以清楚看到，南非以長達七年的時間，採取階段式制憲方式，先以修法、修憲、制定過渡憲法的方式來處理轉型過程中的政治議題，同時也以過渡憲法所定的新憲準備程序作為基礎，順利完成制憲。

## (二) 波蘭

波蘭的憲改歷程，跟南非一樣，也是花了約七年的時間。<sup>③</sup> 1989 年，因為前蘇聯共黨勢力瓦解，波蘭的共產黨受到國內改革政治團體如團結工聯的改革壓力，在 1989 年 4 月與改革派展開政治協商，確立國會改選。不過，此次的國會選舉，並非全面改選，眾議院 65% 的席次仍分配給共產黨，但在參議院與眾議院所餘 35% 的席次，則全

註 ② 否則即須進行國會改選。新選出的國會必須在一年內通過新憲法。參見南非過渡憲法第 73 條第 1 項及第 9 項之規定。Section 73 prescribes that 1) the Constitutional Assembly shall pass the new constitutional text within two years as from the date of the first sitting of the National Assembly under this Constitution, 9) that ... if a new constitutional text is not passed ... within the period of two years ..., the President shall dissolve Parliament..., whereupon an election ... shall be held, and that 10) the Constitutional Assembly as constituted after such an election, shall pass the new constitutional text within a period of one year as from the date of its first sitting after such election.

註 ③ 波蘭的憲改歷程，參見 Miroslaw Wyrzykowski, "Introductory Note To The 1997 Constitution Of The Republic Of Poland," *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* (St. Louis, Missouri), Vol.1, No.1 (1997), pp.1-4; Daniel H. Cole, "Poland's 1997 Constitution In Its Historical Context," *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* (St. Louis, Missouri), Vol.1, No.1 (1998), pp. 1-44.



由反對黨團結工聯贏取。1989年部分改選的國會，一方面以修憲的方式，對1952年的憲法予以增修，作為民主轉型初期的政治權力運作的重要規範；另一方面，兩院也都各指定一個憲法委員會，來進行新憲法的起草工作。不過，很快地，隨著民主改革呼聲的持續增強，1989年仍有部分指定席次的國會於1991年被解散，同時並舉行新的國會大選。

1992年就任的全新國會，其重要使命之一，就是要接續先前新憲的制定工作。1992年4月，國會先通過一個有關新憲準備和制定程序的法律；同時，為了因應制憲之前的相關憲政運作須要，國會也隨即在10月間通過包含行政、立法權力運作互動及地方自治等規範在內的修憲條文，通稱「小憲法」(The Small Constitution)。根據前述有關新憲準備與制定的規範，國會必須選出新的憲法委員會來準備新憲草案的提出，新憲草案必須經國會二院各2/3同意通過後，交由公民複決。雖然新憲準備與制定程序已經確立，新的憲法委員會也正要開始運作，但1993年5月眾議院又再次被解散，憲法委員會的運作遂受到影響。1993年底新國會產生後，為求達到通過新憲所須的2/3多數，改革派決定妥協，一方面進行政黨協商，另一方面也盡量尋求天主教團體的合作。1997年4月2日，新憲順利通過國會三讀程序，497名議員中有451名贊成，40名反對，6名棄權。同年5月25日，新憲法交由公民複決，投票率為42%，其中52%贊成，48%反對。1997年10月17日，新憲正式生效實施。

相較於前述的南非經驗，波蘭在新憲制定的過程中，顯然比較受到轉型政治過程的干擾。因為國會的解散改選，使得憲法委員會制定新憲的準備也不得不中斷。而仰賴包括1989年、1992年等轉型初期的修憲，似乎也能有效維持憲政秩序。因此，在1993、1994年間，多數論者都對波蘭制憲抱持悲觀的態度，也多將其憲改經驗歸類為漸進式修憲。不過，由於轉型初期波蘭各政黨就對制定新憲有共識，也通過新憲準備與制定的相關法律，後來又受到加入歐盟的外在因素的催化，因此最後還是能順利完成新憲的制定。

### (三) 泰國

亞洲的泰國，則是因為1992年5月的「黑色五月」事件，進一步觸動民主改革的契機。<sup>④</sup>一開始，泰國國會先以修憲方式，處理轉型初期的政治改革議題，其中最重要的就是行政與立法的關係以及軍方控制參議員席次的問題。1993年，眾議院任命一個特別的憲法改革委員會，討論憲改所須的改革步驟。此時，對於憲改究竟是要修憲或制憲，並沒有太多討論，也沒有一定的共識。不過，民間團體卻自發性地組成一個「民主發展委員會」，由社會聲望、形象良好的人士所主導，督促政府憲改工作的進行。這個民主發展委員會舉辦了一系列全國性的憲改公聽會，其討論不僅及於憲改的實質內容，更包括憲改的方式與策略。

註④ 泰國憲改歷程，參見 Borwornsak Uwanno & Attorney Wayne D. Burns, "The Thai Constitution of 1997: Sources and Process," *University of British Columbia Law Review* (Vancouver, Canada), Vol. 32, No. 2 (1998), pp. 227-248.



1995年，泰國舉行國會大選，改革派贏得選舉。1996年，國會決定正式成立憲法起草會議。此一構想，迅速獲得民間改革團體的支持。泰國國會遂通過第二次的憲法增修，主要是規定新憲起草與通過的程序，使憲法起草會議的組成與運行能有憲法上的基礎。憲法起草會議是由各地的代表及社會賢達、學者專家所組成，必須在240天內集合公眾之意見，提交國會。新憲草案必須經由國會多數通過，如果該草案未能獲得國會多數通過，則必須交由公民複決。1997年，泰國國會順利通過新憲法。<sup>⑤</sup>

不約而同地，採取階段式制憲的南非、波蘭與泰國，都在1997年前後通過新憲法。從南非與波蘭的經驗可以看出，制定新憲的政治共識、甚至是新憲準備與制定程序的立法，都是這些國家在經歷轉型初期的修憲，以及轉型過程的政治干擾後，還能繼續完成新憲制定的重要原因。泰國在轉型初期雖然對新憲尚未有共識，但在民間團體的努力以及1995年新國會形成後，制憲工程很快順利展開。從而，階段式制憲模式，雖然在轉型初期乍看起來似乎與一次修憲或漸進修憲有類似的發展態樣，但最終還是在開啓新局並盡可能兼顧政局穩定的目標下，有效分散並縮減，因為一次制憲可能激發的政治成本與認同歧異，以溫和手段達成制憲目標。

#### 四、漸進式修憲

漸進式修憲的憲法變遷模式，在一方面於轉型初期沒有集中式地一次完成憲改，而採取分階段的漸進方式推動，另一方面也沒有採取取代舊憲法的方式進行憲改，而採取在舊憲法的架構上進行修正。不論就時間的集中度或憲法的同一性來觀察，這種憲法變遷的模式，最不能夠表現出轉型國家重新開始的新時代意義。同樣地，實際憲法內容變動的幅度或大小，亦未必有明顯的意義。

採取漸進式修憲模式的民主轉型國家，包括東歐的匈牙利、亞洲的台灣與印尼。匈牙利在1989年大幅修憲後截止2004年為止，又有十次大小幅度不等的修憲。台灣在1991年開始修憲後，迄今總共有七次修改。印尼從1999年開始修憲，到2002年為止，總共有四次修憲。

##### (一) 匈牙利

以匈牙利為例，受到柏林圍牆倒塌與蘇聯政體解體的影響，其也在1989年開始民主化。<sup>⑥</sup>1989年6月至9月間，當時執政的共產黨與反對黨，展開數次的圓桌會談，正式啓動憲改協商。10月23日，由當時仍為共產黨所主導的國會，以2/3以上多數通過第一次的憲法增修。首次的憲法增修，除了給予接下來1990年國會全面改選的憲法

註⑤ 不過，很可惜地，泰國在今(2006)年發生軍事政變。在政變之後，1997年所制定之憲法已遭凍結。

註⑥ 匈牙利的憲改歷程，參見 Gabor Haimai, "The Reform of Constitutional Law in Hungary after the Transition," *Legal Studies* (London), Vol. 18, No. 2 (1998), pp. 188-196; Gregory Tardi, "The Democratization of the Hungarian Constitution," *Michigan State University - DCL Journal of International Law* (East Lansing, Mich.), Vol. 9, No. 3 (2000), pp. 369-411; Georg Brunner, "Structure and Proceedings of the Hungarian Constitutional Judiciary," in Laszlo Solyom & George Brunner, eds., *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 2000), pp. 65-102.



基礎外，也對憲法實質內容作了非常大幅度的增修，其中甚至已經涉及國體以及國號的修改。其中重要內容包括：將 1949 年憲法中的「匈牙利人民共和國」( People's Republic of Hungary ) 改為「匈牙利共和國」( Republic of Hungary )；將憲法中「社會主義國家」( socialist state ) 的文字改為「獨立的民主憲政國家」( independent, democratic constitutional state )；刪除共產黨一黨專政的文字，改採政治多元主義；增設基本人權的相關規定；設立憲法法院；確立行政與立法間相互負責的機制。

雖然 1989 年的大幅修憲是由舊共黨政權所主導，但因其修改幅度之大，也有學者認為大幅修改後的憲法，可以說已經是一部「新憲」了。<sup>⑦</sup>不過，因為第一次大幅修憲由舊國會所主導，在 1990 年改革派贏得新國會的選舉後，很快地又進行一次修憲。一共修改四個條文，主要在於更進一步地淡化匈牙利過去社會主義國家的色彩，強化公民自由權利的保障，往市民法治國傾斜。<sup>⑧</sup>其後，改革派並沒有繼續強力推動新憲，反而是由前共黨重組的社會黨在 1994 年贏得國會選舉後，曾積極提議制定新憲，但卻未能獲得廣泛支持而告終。<sup>⑨</sup>雖然在 1989 年由舊國會所通過之憲法修正的前言，清楚提到修憲是為了促進民主轉型，為將來制定新憲而作準備。直到今天，這個揭示新憲目標的憲法前言仍存在匈牙利憲法<sup>⑩</sup>，但匈牙利的新憲卻仍未產生。從 1990 年開始而截至 2004 年為止，匈牙利又分別進行了大小幅度不等共十次的修憲，範圍涵蓋政府體制的調整、公民投票、人權保障、加入歐盟以及憲法上的調整與因應等。<sup>⑪</sup>

不論有無一部新憲，民主化之後的匈牙利已經歷多次政黨輪替，民主政治運作相當成熟，並於 2004 年順利加入歐盟。直到今天，匈牙利的憲法學者仍在談論新憲，但究竟何時匈牙利才會有一部新憲法，恐怕也仍在未定之天。

## (二) 台灣

台灣自 1980 年末期開始，一方面因應內外的統治危機；另一方面亦受到第三波民主

註⑦ Andras Sajo, "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary," *Oxford Journal of Legal Studies* (New York), Vol. 15, No. 2 (1995), p. 254.

註⑧ 例如，1989 年由共黨主導的國會將憲法第二條第一項修正為："The Republic of Hungary shall be an independent, democratic state under the rule of law, in which the values of civic democracy and democratic socialism equally prevail." 但 1990 年改革派占多數的新國會則再次修正本條文，僅留下前段文字，將後段偏向社會主義思想的文字完全刪除，改為 "The Republic of Hungary shall be an independent, democratic state under the rule of law."

註⑨ Georg Brunner, *op.cit.*, p. 69.

註⑩ Preamble: "In order to facilitate a peaceful political transition to a constitutional state, establish a multi-party system, parliamentary democracy and a social market economy, the Parliament of the Republic of Hungary hereby establishes the following text as the Constitution of the Republic of Hungary, *until the country's new Constitution is adopted.[emphasis added]*" *The Constitution of Republic of Hungary* is available at [http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/hu00000\\_.html#I000\\_](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/hu00000_.html#I000_) (visited May 20, 2005).

註⑪ 在 1989 年修憲之後，匈牙利於 1990 年、1993 年、1994 年、1995 年、1997 年、2000 年、2001 年、2002 年、2003 年及 2004 年共有十次幅度大小不等的修憲。資料來源，參見 A. Tsentscher, ed., *International Constitutional Law* (last modified May 1, 2005), at <http://www.oefre.unibe.ch/law>.



化以及對岸中國逐漸興起的影響與挑戰，開始一連串政治自由化、民主化的措施，而於 1987 年解除戒嚴、開放黨禁、報禁。<sup>⑳</sup>與此同時，為因應民主化而進行憲政改革的主張與討論，雖然一直有在同步進行，但 1990 年初因為李登輝總統以副總統之地位接續蔣經國總統之任期屆至，面臨必須召開國民大會改選總統、副總統，因為其間的高層權力鬥爭引發民間不安，而接連導致一連串訴求全面政治改革的社會及學生運動，才真正觸動國是會議的召開，正式啟動憲政改革。

在 1991 年第一次修憲之前，雖然各方對於究竟要「回歸憲法」、「制憲 vs. 修憲」或「大幅修憲 vs. 小幅修憲」的爭議不斷，最後還是在當時執政國民黨的強力主導下，進行「一機關、二階段」的修憲。亦即，1991 年的第一次修憲，仍是由 1948 年即已就任的第一屆國民大會為之，最主要的工作在於廢止動員戡亂時期臨時條款，並制定中華民國憲法增修條文，以修憲方式來解決包括國民大會、立法院及監察院等第一屆中央民意代表的退職問題，並賦予第二屆中央民意代表在中華民國自由地區重新選舉產生的憲法基礎。

1992 年的第二次修憲，係由 1991 年底選舉產生具有最新民意基礎的第二屆國民大會代表來進行；因為國民黨贏得該次選舉，享有超過修憲所須四分之三以上席次<sup>㉑</sup>，所以第二次修憲基本上仍由國民黨所主導。這一次修憲最主要的工作在調整監察院及考試院的組織及職權—監察院不再為國會、考試院的職權也大為縮減；倒是國民大會增加了部分人事同意權。地方自治及基本國策亦有相關規定。不過，因為這次修憲對究否開放總統直接民選抑或以間接民選方式為之，未能達成共識，而決定留待下次處理，這也直接觸動 1994 年的第三次修憲。

接下來在 1994 年、1997 年<sup>㉒</sup>、1999 年<sup>㉓</sup>、2000 年以及 2005 年<sup>㉔</sup>台灣皆分別進行

註 ⑳ 台灣的憲改歷程，參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，**憲法—權力分立**（台北：學林出版，2003 年），頁 476-484；葉俊榮，「超越轉型」，頁 28-38。

註 ㉑ 民進黨在第二屆國民大會代表選舉之得票率為 22.78%，當選六十六席。參見徐火炎，「選民的政黨政治價值取向、政黨認同與黨派投票抉擇：第二屆國大代表選舉選民的投票行為分析」，**國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學**，第 3 卷第 2 期（1993 年 7 月），頁 144-166。

註 ㉒ 1997 年、1999 年及 2000 年的三次修憲，皆由第三屆國民大會代表來進行。第三屆國民大會代表在 1996 年 3 月間選出，民進黨在該次選舉的總得票率為 29.9%（資料來源：**中央選舉委員會選舉資料庫網站** <http://210.69.23.140/pdf/C1996005.pdf>），首次超過占修憲關鍵之四分之一席次，從而也在修憲議題上取得與國民黨協商的重要政治空間。後來的三次修憲，可以說都是由國民黨以及民進黨聯合主導。

註 ㉓ 1999 年的修憲，主要是針對國會改革與國民大會組織定位的問題。該次修憲凍結國民大會代表之選舉，改採比例代表制分配；但修憲在混亂之程序中通過，不僅擴增國民大會職權，使國民大會成為常設之機關，甚且自行延長第三屆國大代表與第四屆立委的任期。修憲案通過後，社會輿論為之譁然，後來亦被司法院大法官作成釋字第 499 號解釋，以該次修憲有違修憲正當程序、任期延長有違民主原則等明顯重大之違憲瑕疵而宣告無效。

註 ㉔ 2005 年的修憲則是由首屆（亦是最後一屆）依據 2000 年憲法增修規定所產生的任務型國民大會來進行。在 2005 年 5 月 14 日舉行之任務型國民大會代表選舉中，投票率為 23.36%，而民進黨得票率為 42.52%，獲 127 席，成為任務型國民大會中的最大政黨；而國民黨得票率 38.92%，獲 117 席，仍占有影響修憲關鍵之四分之一席次。資料來源：**台灣年鑑網站** [http://www.gov.tw/EBOOKS/TWANNUAL/show\\_book.php?path=8\\_003\\_010](http://www.gov.tw/EBOOKS/TWANNUAL/show_book.php?path=8_003_010)。因此，第七次修憲與第四、五、六次的前三次修憲相同，仍由民進黨與國民黨所共同主導。



修憲：確立總統由人民直選；調整總統、行政院長及立法院的關係，使政府體制往半總統制傾斜；將原先三個國會（國民大會、立法院及監察院）調整為二個國會（國民大會及立法院），最後根本廢除國民大會而確立單一國會；修改國會選制；司法院大法官之權限增修；公民複決修憲入憲。<sup>⑳</sup>

雖然每次憲法增修的幅度大小不一，但從憲法條文增刪修改的角度來觀察，這七次的憲法增修，總共增刪或凍結中華民國憲法將近三分之一的條文，其整體的改革幅度之大，可見一斑。而若從政府體制以及相關憲政機關的權限變動角度來看，則目前政府體制從原先動員戡亂時期臨時條款中無限擴張的總統權力、偏向內閣制的憲法本文到目前向總統制傾斜之半總統制設計，由過去的三個國會到目前的單一國會，監察院及司法院大法官的職權功能調整，公民複決修憲入憲等，這七次的修憲可以說已經將中華民國憲法原先的「五權」風貌完全改觀。漸進修憲在憲政機關權限與功能上的改變幾乎可以說與一部新憲可以造成的改變無異。

### （三）印尼

不像前述民主轉型國家在 1990 年代初期就開始民主化，印尼一般被歸類為第四波民主化國家，在 1990 年代的後期才初露民主化契機。<sup>㉑</sup> 1997 年，受到亞洲金融風暴的影響，印尼陷入嚴重經濟危機，導致國內政局不安、社會動亂。1998 年，掌權了二十多年的總統蘇哈托被迫下台，由副總統哈比比（B.J. Habibie）接任。在國際關注的壓力下，1999 年 6 月，印尼舉辦了首次的民主選舉，所產生的人民代表大會（MPR）<sup>㉒</sup>，成為印尼歷史上第一個民主國會。這個國會的重要使命之一就是進行憲改。1999 年 10 月，經過四個月的討論，人民代表大會以 2/3 多數決通過了對 1945 年制定之憲法的首次修正。該次修憲的主要內容就是在限縮總統的權力：一方面規定立法權為人民代表大會中的人民立法會議（DPR）所享有；另一方面則規定總統任期為五年，僅能連選連任一次。在修憲的同時，總統哈比比在龐大的政治壓力下提前下台，人民代表大會則依憲法選舉出瓦希德（Abdurrahman Wahid）作為下一任的總統，梅加瓦蒂（Megawati Soekarnoputri）則為副總統。

註 ⑳ 這幾次修憲的詳細內容參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，前引書，頁 476-484；葉俊榮，「超越轉型」，頁 28-38。

註 ㉑ 印尼的憲改歷程，參見 Andrew Ellis, "The Indonesian Constitutional Transition: Conservatism or Fundamental Change?" *Singapore Journal of International & Comparative Law* (Singapore), Vol. 6, No. 1 (2002), pp. 116-153; Tim Lindsey, "Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy," *Singapore Journal of International & Comparative Law* (Singapore), Vol. 6, No. 1 (2002), pp. 244-301; Jared Levinson, "Indonesia's Odyssey: A Nation's Long, Perilous Journey to the Rule of Law and Democracy," *Arizona Journal of International and Comparative Law* (Tucson, Arizona), Vol. 18, No. 1 (2001), pp. 103-140; Sunaryati C. Hartono, Astrid S. Susanto, and S. Surachman, *Political Change and Legal Reform Towards Democracy and Supremacy of Law in Indonesia*, IDE Asian Law Series (Tokyo, Japan: Institute of Developing Economies, 2002).

註 ㉒ 不過，這次的國會選舉中，並非所有席次均開放民選，而仍保留了部分的指定席次。



在首次成功修憲之後，人民代表大會於 1999 年底指定一個工作小組，並組成一個憲改特別委員會，從事修憲的準備工作。2000 年初，前述憲改委員會舉辦一連串的公聽會、國際研討會與諮詢會議，經過仔細討論之後，在 2000 年 7 月底透過前述工作小組向人民代表大會提出憲改報告。對此一憲改報告，人民代表大會另外成立了一個委員會來審查，其審查意見再送回大會。人民代表大會最後採納了部分修憲意見，而於 2000 年 8 月 18 日通過第二次的憲法修正。其範圍包括：地方自治的落實，立法權的進一步強化，取消人民立法會議中的軍警代表，軍隊國家化以及基本權利保護等。

自 2000 年開始，人民代表大會由原先每五年集會一次，改為每年集會一次，一方面聽取國事報告，另一方面也可以進行修憲。由於前次憲改委員會所提出的憲改報告其實涵蓋非常多的議題，但第二次修憲時只有通過其中的一小部分，因此人民代表大會決定以該憲改報告為藍本，定出一個為期兩年（2000 年 8 月—2002 年 8 月）的修憲計畫。其後，前述人民代表大會成立的工作小組舉辦了一系列的諮詢會議，通過了一個修正版本，並將其交回憲改委員會，憲改委員會則指定了一個包含 30 位學者和評論家在內的專家小組，和憲改委員會委員一同開會討論。

2001 年 11 月，人民代表大會通過第三次修憲，其重點仍是在政府體制：將總統改為全民直選；設立地方議會（DPD），與人民立法會議分享一定的立法權，並就中央地方關係的法案可以參與討論；調整中央政府體制，使其更接近議會制，落實權力分立與制衡；設立憲法法院，確保司法獨立；設立獨立選舉委員會、國家審計委員會以及監察使。這一次修憲的幅度，可以說是歷來最大的一次。2002 年 3 月間，前述憲改委員會重新召開，提出第四次修憲草案，隨即由人民代表大會通過。其內容包括：新增總統第二輪選舉；取消人民代表大會（MPR）中包括軍警在內的功能代表，人民代表大會又改回每五年集會一次，並由 550 名的人民立法會議（DPR）及 128 名的地方立法會議（DPD）所組成，人民立法會議才是議會制底下主要的國會。至此，人民代表大會進行憲改的階段性任務終告完成，一般認為其終將會走向真正的虛級化。

### 叁、憲法變遷模式的理論分析與批判

前文探討民主轉型國家的憲法變遷，並歸納出四種模式。接下來必須進一步探究的是：為何這些面臨民主轉型的國家會採取上述任何一種的憲改模式？為何部分民主轉型國家以一次性集中的方式完成憲改，部分國家卻以多階段或漸進方式來推動？為何部分民主轉型國家選擇維持憲法的同一性，在民主轉型前的憲法基礎上進行憲改，而部分國家卻以去舊出新的方式來完成憲改？這些問題的回答，是否與民主轉型脈絡或政經條件有關？為深入探究此一問題，以下先從學理上所假設影響憲法變遷的主要面向進行分析，再從民主轉型國家憲法變遷的實際經驗來檢證其與理論的合致性。



## 一、理論假設

為何民主轉型國家會表現出不同的憲法變遷模式？而此種模式的選擇，是否與特定民主轉型的脈絡或因素有關，甚至在某程度上受到其制約而表現出路徑相依的特質？從特定的民主轉型因素或面向，是否即可以解釋、甚或預測憲法變遷的模式？許多研究嘗試探討此一問題並提出相關回答，本文以下將討論並進一步檢證這些理論假設。為討論方便，區分為主權因素、政權更迭、憲政傳統及國際干預等四個主要面向來加以分析。

### (一) 主權因素

在解釋為何部分民主轉型國家會選擇一次制憲，而部分國家則選擇其他憲法變遷方式時，最常被提出來的理論說明就是主權 (sovereignty)。憲法作為一政治秩序最根本也最權威的規範，憲法制定的本身，自有建立並同時確立此一政治秩序的功能。<sup>⑩</sup>傳統憲法理論向來亦區分制憲與修憲，將制憲定位為主權者事實上之政治決定，目的在創設一個全新的政治秩序，並於其上建立規範秩序；相對地，修憲則是在最根本的規範秩序 (即憲法) 建立之後，由憲法所創設的權力。<sup>⑪</sup>

制憲與主權的連結，在憲法變遷的實踐上，亦清晰可見。學者曾歸納人類歷史上迄今七波的制憲浪潮，其中許多皆與主權因素息息相關。<sup>⑫</sup>第一波制憲浪潮是在 18 世紀末期。1789 年的美國聯邦憲法是美國脫離英國殖民獨立建國之後，為了將原本鬆散的邦聯進一步建立成更緊密的聯邦國家所制定。1791 年的法國憲法更是將原本的君王主權轉化為人民主權的具體實踐。其後幾波的制憲浪潮，不是與君王主權轉化為人民主權有關，就是與殖民地的獨立建國結合。

1980 年代末期開始民主化國家所進行的憲法變遷，被學者歸類為第七波的憲法變遷浪潮。<sup>⑬</sup>這一波憲法變遷主要是因應民主轉型，但民主轉型過程中往往面臨高度政治分歧，民主轉型國家若非有對外主張主權或獨立建國需要，否則不易達成制定新憲所須之高度政治共識或跨黨派的支持。因此，學者認為，在轉型初期成功一次制憲的國家，是因為這些國家的民主轉型與獨立建國相互結合，制定新憲能彰顯其獨立主權，因此轉型初期的制憲主張獲得絕大多數民衆、甚至是過去共產或威權政黨的支持。前述立陶宛、愛沙尼亞、斯洛伐克等國家，即為適例。<sup>⑭</sup>

註⑩ Keith G. Banting & Richard Simeon, *Redesigning the State: the Politics of Constitutional Change in Industrial Nations* (London: Macmillan, 1985), pp. 8-9.

註⑪ 將此一憲政傳統作最精闢的分析，並進而加以批判的當代法 (哲) 學經典，莫過於漢娜·鄂蘭的《論革命》一書。Hannah Arendt, *On Revolution* (New York: Penguin Books, 1963), pp. 141-178, 180-241.

註⑫ Jon Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process," *Duke Law Journal* (Durham, North Carolina), Vol. 45, No. 2 (1995), pp. 368-370.

註⑬ *Ibid.*, p. 370.

註⑭ Rett R. Ludwikowski, *op.cit.*, p. 230.



## （二）政權更迭

第二種常見來解釋民主轉型國家憲法變遷模式的理論，主要是從轉型脈絡中對權力政治（power politics）的觀察<sup>⑤</sup>、甚或從賽局理論（game theory）<sup>⑥</sup>的觀點出發，來分析轉型過程中不同的政治行動者如何作成憲法變遷的選擇。

學者認為，民主轉型過程中，既有的共產或威權政黨面臨改革派強烈的挑戰，如果這些共產或威權政黨在民主轉型初期的首次民主化選舉中幸運地仍保有絕對優勢，為了繼續鞏固其優勢，這些共產及威權政黨反而會選擇以一次制憲的方式，利用制定全新遊戲規則的機會，來繼續確保其長期的統治優勢。<sup>⑦</sup>因此，學者認為，民主轉型國家很快即選擇一次制憲的國家，往往很弔詭地並非民主化最徹底的國家，反而是很容易陷入威權復辟的國家。前述東歐國家中的保加利亞、羅馬尼亞即為適例。<sup>⑧</sup>

從賽局或協商的觀點也可以佐證這一點：對轉型初期仍保有多數優勢的政黨來說，對其最有利的政治選擇莫過於利用多數決的機制將其多數優勢進一步確保下來。而制定新憲，使將來任何遊戲規則的修改都必須透過修憲方能為之，正是以今日多數之優勢來確保將來之多數優勢的最徹底作法。<sup>⑨</sup>基於此，賽局理論對前述制憲就是為了鞏固舊勢力的說法，作些許修正，進一步主張民主轉型國家是否選擇一次制憲，要視轉型初期首次的民主選舉而定。不論是舊勢力的共產或威權政黨、抑或是新勢力的改革政黨贏得首次民主選舉，只要其占有多數之優勢，對其最有利的選擇就是透過多數決之機制來進一步鞏固其多數優勢，而制憲正是這樣一個理性計算的選擇。

從而，民主轉型初期選擇一次制憲的國家，可能是在首次民主選舉中勝選的共產或威權政黨為了鞏固其舊勢力，也可能是因為改革政黨的大幅勝選而希望長期確保其勝利果實。而民主轉型初期未能選擇一次制憲的國家，則往往是改革派與保守派較為勢均力敵，任一方都無法立即透過一多數機制來確保其優勢，對這類國家來說，漸進式的改革幾乎無可避免。<sup>⑩</sup>

## （三）憲政傳統

憲政傳統，亦為影響民主轉型國家憲法變遷模式的重要因素。倘若民主轉型國家將體制的穩定存續（legal continuity）視為轉型過程所要追求的重要價值，則其對憲法

註<sup>⑤</sup> 代表觀點為 Juan Linz & Alfred Stepan, *op.cit.*, pp. 55-65; Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004), pp. 1-2.

註<sup>⑥</sup> Josep M. Colomer, *Strategic Transitions: Game Theory and Democratization* (Baltimore, MD: John Hopkins University Press, 2000), pp. 129-130; Enrico Colombatto & Jonathan R. Macey, "Path-Dependence, Public Choice, and Transition in Russia: A Bargaining Approach," *Cornell Journal of Law and Public Policy* (Ithaca, New York), Vol. 4, No. 2 (1995), pp. 379-413.

註<sup>⑦</sup> Ran Hirschl, *op.cit.*, pp. 1-2.

註<sup>⑧</sup> Juan Linz & Alfred Stepan, *op.cit.*, pp. 55-65.

註<sup>⑨</sup> Josep M. Colomer, *op.cit.*, p. 130.

註<sup>⑩</sup> Josep M. Colomer, *op.cit.*, pp. 130-131.



同一性的要求就會相對增高，對憲改的時間集中度亦會相對放鬆。匈牙利的憲法學者在解釋匈牙利為何採行漸進修憲模式時，最常以其特殊之憲政傳統或憲政文化來加以立論。學者認為，對體制穩定的追求，是匈牙利憲法文化的核心，憲法不須是一個看起來完美雕刻的作品，即使是經過多次的修憲，只要能夠運作得好，就沒有迫切需要制定一新憲法。<sup>⑤①</sup>

類似見解亦表現在政權合法性與憲改模式間的關連。有認為政權合法性較高的威權主義國家，在民主化之後易於採取延遲性、漸進性及內發式的憲改模式；而政權合法性較低的威權主義國家，則在民主化之後易於採取第一時間、一步到位、外生式的制憲模式。<sup>⑤②</sup> 這種觀點亦是認為民主轉型國家在威權時代的憲政基礎，會進一步影響到其民主化之後的憲改模式。威權時期若具相當之憲政基礎，其政權合法性愈高，則其愈重視憲法的同一性，憲改時間的集中度也就比較不會被重視。相反地威權時期的憲政基礎若非常薄弱、其政權合法性愈低，則其愈需要去舊出新，而以比較集中的方式來很快地開啓新局，制定新憲。

#### (四) 國際干預

國際干預 (international intervention) 的因素，亦為傳統解釋憲法變遷模式的一個重要面向。這個觀點從國際關係或國際政治的脈絡出發，認為一個國家制憲或修憲的選擇，往往受到國際關係或國際政治的制約。

在過去人類歷史上七波的憲法變遷中，許多憲法變遷的脈絡與戰爭息息相關，制憲或修憲的決定往往與戰勝國的立場有關，而非從戰敗國的轉型脈絡出發，更談不上訴諸戰敗國的自我決定。二次大戰後日本新憲或是西德基本法的制定，即為適例。<sup>⑤③</sup> 近年聯合國在許多經歷戰爭或內戰的國家所進行之戰後重建與和平工作，直接將該國之制憲納入協助戰後重建之工作內容<sup>⑤④</sup>，也是一種以國際干預方式決定憲法變遷模式的例子。

本文探討對象—1980年代末期進行民主轉型及憲法變遷之國家，雖然沒有如二次大戰後之日本或西德直接受國際干預而制定憲法的情況，但東歐民主轉型國家為了加入歐盟而紛紛制定新憲，亦為此一理論解讀為是國際干預憲法變遷模式的重要實踐。

## 二、實際檢證

前述從主權因素、政權更迭、憲政傳統以及國際干預等四個面向對憲法變遷模式選擇所提出的解釋，是否能在民主轉型國家的憲法變遷經驗中獲得驗證？這些民主轉型國家選擇一次制憲、一次大幅修憲、漸進修憲以及階段式制憲的原因，是否單純從

註⑤① Gabor Haimai, *op.cit.*, p. 188.

註⑤② 吳玉山，前引文，頁 1-28。

註⑤③ Jon Elster, *op.cit.*, pp. 368-370.

註⑤④ Kirsti Samuels, "Post-Conflict Peace-building and Constitution Making," *Chicago Journal of International Law* (Chicago, Illinois), Vol. 6, No. 2 (2006), pp. 663-682.



這四個理論假設的面向就可以獲得完全令人滿意的解釋？從以下的討論來看，其答案顯然是否定的。

### （一）主權因素的解構

從主權面向的觀點來看，民主轉型國家之所以選擇以一次制憲作為其憲法變遷模式，是否都是因為獨立建國或有伸張主權的需要？反過來說，有獨立建國或伸張主權需要的民主轉型國家，就一定會選擇一次制憲的方式？這兩個問題的答案顯然都是否定的。

從前述民主轉型國家憲法變遷模式的分析可以清楚發現，即便民主轉型脈絡與獨立建國相互糾葛的情形，也有國家不是選擇制定新憲，而是選擇回復舊憲。例如波羅地海三小國中的拉脫維亞，就選擇以回復蘇聯統治前所適用之 1922 年的憲法，來作為獨立之後的「新憲」。而民主轉型國家的制憲，絕大多數並未涉及獨立建國或主權伸張，不管是東歐前共產國家也好，或是亞洲的菲律賓、泰國、蒙古等皆是如此。有意思的是，許多國家即便涉及相當高的主權爭議，受到轉型脈絡的影響，也不見得就可以採取制憲方式來伸張主權。例如，捷克與斯洛伐克，一開始仍選擇以修改聯邦憲法的方式來同時處理兩者關係並解決民主轉型的問題，直到此一方式確定無法在複雜的選舉及政治轉型脈絡下被接受，捷克及斯洛伐克才轉而分裂並分別制定新憲。<sup>⑤</sup> 台灣也是一樣，雖然台灣有主權伸張之需要，但在現實政治脈絡下，亦不可能將之直接與制憲加以連結。

即使是從傳統主權因素出發，而主張許多攸關主權諸如國號或國體的改變都必須以制憲方式才能修改的論述，也都在這一波憲法變遷的模式中被打破。最具體的例子就是匈牙利，在其 1989 年的第一次修憲時，就已經透過修憲，在原憲法的條文中直接將其國體及國號作修正。

### （二）政權更迭的解構

從威權政黨或改革勢力是否在轉型初期贏得勝選的政權更迭面向，來解釋民主轉型國家的憲法變遷模式，亦面臨實踐與理論並非一致的情形。如表 2 所示，政權更迭的觀點僅能解釋一次制憲的國家，但對採取其他憲法變遷模式的國家，卻無法提出有效解釋。在民主轉型初期仍具優勢的保守政黨，雖然可能選擇以制憲來確保其後續的政治優勢，但亦可能因為希望與改革派取得一個較好的關係而選擇修憲，或因為其他原因而不得不選擇修憲。前者如南韓、後者如台灣。同樣地，有些國家雖然是由改革派取得民主轉型初期的優勢，但也不一定就會選擇一次制憲來鞏固其多數優勢。如阿根廷選擇一次大幅修憲，匈牙利與印尼採取多次漸進修憲，波蘭是先大幅修憲再制憲等。

註⑤ Jon Elster, Claus Offe & Ulrich K. Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea* (New York: Cambridge University Press, 1998), pp. 71-77.



表 2 政權更迭與憲法變遷模式之關係

首次民主選舉結果	一次制憲	一次大幅修憲	漸進修憲	階段制憲
共產或威權政黨勝選	羅馬尼亞 保加利亞 蒙古	南韓	台灣	
改革政黨勝選	立陶宛 愛沙尼亞 菲律賓	阿根廷	匈牙利 印尼	波蘭 南非 泰國

資料來源：作者製表

### （三）憲政傳統的解構

同樣地，憲政傳統的觀點，亦無法為前述民主轉型國家憲法變遷模式提出完整的解釋。重視憲政傳統的匈牙利固然選擇漸進修憲的方式，但同樣在東歐國家當中享有悠久穩定憲政傳統的波蘭，卻是選擇階段式制憲的方式。

類似的情況如南非、阿根廷及南韓，這些國家與匈牙利及波蘭非常類似，在威權時期之前或其中仍有一定程度的憲政統治基礎，但這些國家亦非皆採溫和之漸進修憲。進行一次大幅修憲的南韓及阿根廷，雖然原先修憲內容主要針對政府體制與權力分立的調整，但最後也是觸及基本國策與人權保障，修改幅度非常之大，形式上雖然是修憲，但兩國都有學者認為實質上應可定位為制憲。在威權時期即有相當憲政基礎的南非，亦不採溫和漸進修憲，而選擇以階段式制憲方式來開啓新局。

其實，民主轉型國家不論原先的憲政基礎為何，一旦憲改機制啟動之後，各方對憲法就有重新檢視的機會。不論保守派對制憲或大幅憲改是否有預期，在相關政治條件或脈絡許可的情況下，還是可能進一步導致更大幅或更一次性的變革。

### （四）國際干預的解構

國際干預亦無法解釋民主轉型國家的憲法變遷模式。以東歐國家與加入歐盟間的脈絡來看，雖然多數採行一次制憲的模式，但最早獲准加入歐盟的國家卻是採行漸進修憲的匈牙利以及採行階段式制憲的波蘭。此外，雖然不少採行一次制憲國家在其制憲過程中有外國學者或國際團體的介入幫忙，但採階段式制憲的南非、以及後來採行漸進修憲的印尼，卻也都有非常國際團體或學者的介入幫忙。<sup>56</sup>顯見國際干預並非一定即與一次制憲模式作必然之連結。

## 肆、憲法變遷理論的重構

前述研究發現民主轉型國家的憲法變遷模式，並無法從單一向來作合理解釋，亦與傳統的理論預設並非相同。亦即，傳統理論認為可以由民主轉型脈絡中的單一面

註<sup>56</sup> Andrew Ellis, *op.cit.*, pp. 116-153; Tim Lindsey, *op.cit.*, pp. 244-306; Christina Murray, *op.cit.*, pp. 809-838.



向或因素來解釋、甚或預測憲法變遷模式的假設<sup>57</sup>，已某程度地受到這一波民主轉型國家實際上的憲法變遷經驗挑戰。此一理論假設與實際運作之間的落差，顯示相關憲法理論面臨重新檢討。許多憲法理論對照民主轉型國家的實踐，雖然尚未達到是非對錯的翻盤，但也已經沒有原來哪麼黑白分明。

本文發現，這一波民主轉型國家的憲法變遷模式，明顯表現出相對化的特質，分別是制憲與修憲的相對化、一次與漸進的相對化。進一步而言，憲法變遷內涵與樣態的多元，更創造了許多選擇的空間。從社會對制度進行集體選擇的角度來看，問題的重點不在憲法「會」或「應該」怎麼變，而是在憲政秩序之下，社會成員希望憲法在該特定社會扮演何種角色，又希望憲法往哪個方向改。對照民主轉型國家憲法變遷的實踐，憲法變遷的社會集體選擇，將是現代憲政主義的精髓。

## 一、從絕對到相對

從民主轉型國家憲法變遷的實際檢視中可以發現，憲法變遷表現在時間與空間上的樣態，往往是多元而動態。現實中的憲法變遷不但充滿變數，也受到客觀環境與社會集體選擇所影響，許多原本憲法學理上認為理所當然的「道理」，也變得沒有那麼絕對。本文發現，這一波民主轉型國家的憲法變遷模式，明顯表現出相對化的特質，分別是制憲與修憲的相對化、一次與漸進的相對化。

### （一）制憲或修憲的相對化

一般的憲法理論，不論是從歐陸法學的主權理論<sup>58</sup>，或是從英美法系的形式法學觀點<sup>59</sup>，一向認為制憲（constitution making）與修憲（constitutional revision）是截然不同的概念。不只是啟動的條件、進行的程序有別，效果與作用也大不相同。<sup>60</sup>不過，在本文前述觀察的憲法變遷實踐經驗中，制憲與修憲的差異卻已經逐漸模糊，兩者的分野已經不像以往那樣涇渭分明，而產生制憲與修憲相對化的現象。<sup>61</sup>

註<sup>57</sup> 當然，單一面向的解構，也可能是受到其他面向的影響。以波蘭為例，其憲法變遷的實際過程，同時受到前述政權更迭、憲政傳統及國際干預（加入歐盟）的因素影響，也正是因為如此，波蘭的憲法變遷過程，無法從單一面向來分析，這也是為什麼從單一因素來解釋波蘭憲法變遷路徑的文獻，往往無法得到完全合致的解釋。這也是本文之所以要檢討傳統以單一面向或因素來解釋憲法變遷路徑的重要原因。不過，究竟這些多元面向或因素如何在不同程度上影響憲法變遷，相互間有如何複雜之互動關係，則非本文目前所聚焦處理之議題，而有待將來或其他文獻作進一步探討。

註<sup>58</sup> 參見許志雄，「制憲權的法理」，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（主編），*現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集*（臺北市：月旦，1997年3月），頁169-170。

註<sup>59</sup> 對傳統英美法學以形式觀點論證制憲與修憲不同的批判，請參閱 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), pp. 10-32.

註<sup>60</sup> 前文第二章第一節正是以此修憲或制憲在形式上的嚴格區分來建立憲法變遷模式的概念類型。但這並非表示本文同意此一形式之嚴格區分，而是以此來建立概念類型，作為檢驗民主轉型國家實際憲法變遷的基礎。而如本文分析發現，實際上憲法變遷的經驗並未嚴守此一嚴格區分，而是表現出一個相對化的特質。

註<sup>61</sup> 葉俊榮，「超越轉型」，頁23-58。



在民主轉型國家的憲改實踐中，不論原先觸動憲法變遷的契機為何，也不論大幅度的憲政改革是否有事先的預期，憲改機制一啓動，反而使得各政黨（包括改革派與保守派）與人民，對憲法的定位與走向有重新檢視的機會。在相關政治條件（如保守派的配合、沒有其他更為急迫的社會經濟議題）允許下，即可能導致大幅修憲或重新制憲。而一次直接制憲與一次大幅修憲之間，在作用上並沒有絕對的優劣，在實施上也沒有嚴格的規範要件，往往都是現實存在的條件，而影響選擇的方向。<sup>⑭</sup>選擇一次修憲的國家，往往是因為它們原有的憲法，並沒有與當代民主憲法的內涵發生多大的歧異，只不過是在威權時代，憲法未曾真正落實而已。<sup>⑮</sup>因此，對這些國家來說，只要一次修憲，將原有憲法中與民主憲政運作未能完全相符的部分加以修改，就足以因應新局。而對選擇直接制憲的國家來說，一方面是因為它們原有的憲法內容受到過多社會主義或蘇維埃憲法的影響，重新制憲比較能因應民主化之後的憲政運作；另一方面也是因為對於制憲工程，有相對較高的政治能量與國民認同使然。值得注意的是，不論宣稱的是制憲或修憲，大都以「新憲」來稱呼變動過的憲法。<sup>⑯</sup>

比較印尼與匈牙利的經驗，我們可以發現，印尼一開始就沒有制定新憲的計畫，反而比較有意識規劃的是修憲進程。相反地，匈牙利的漸進修憲比較是一個意外的發展，因為匈牙利一開始就希望制定一部新憲，也在首次修憲的前言中對制定新憲的目標作了清楚的宣示。<sup>⑰</sup>儘管如此，印尼一共四次的修憲，卻也不是一開始就有的規劃。事實上，2000年的第二次修憲原本並不被看好，後來所提的二年憲改計畫，在2001年及2002年得到超過2/3以上的支持，也頗令人意外。有意思的是，漸進式修憲的成果，也不可以小覷。印尼在四次修憲之後，不論是憲政體制的安排或基本人權的規定，都已經與1945年所制定的舊憲有天壤之別，說其是一部新憲，亦不為過。

細究各個國家所採取制憲或修憲的程序或內容，更可以看出這個相對化的特質。首先，從憲改的程序可以看出端倪。傳統以為只有制憲可能採取公民複決，但是在這一波的憲政改造脈絡中已有所突破。有的國家即使是修憲，也會採行公民複決。例如，前述的南韓，雖然沒有制憲，但在大幅修憲後，也交由公民複決。許多國家甚至直接將公民複決納入修憲程序。相反地，有的國家雖然是制憲，但仍由議會為之，最後並沒有採行公民複決，例如前述的南非。

憲改的幅度也表彰出相對化的訊息。傳統理論以為制憲在憲改幅度與內容上幾乎

註⑭ Keith G. Banting & Richard Simeon, *op.cit.*, pp. 22-28.

註⑮ 南韓的經驗，就被學者認為是一個典型的例子。參見 Tom Ginsburg, *op.cit.*, pp. 208-217. 事實上，波蘭在1997年成功制憲之前，也常被學者舉例為有相當憲政傳統而無須制憲的例子。參見 Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 1999), pp. 283-286.

註⑯ 其中最鮮明的例子就是1987年南韓的大幅修憲，雖然是對舊憲的修改，但我們可以很清楚地看到，不論是南韓的政界或學界，都是以新憲法來對待、稱呼修憲之後的全新的憲政秩序。在採取階段式制憲的國家，最終當然有新憲法的制定；不過，即使是採取漸進修憲的國家，對於在一段時間之後經歷多次更改已經大幅變動的憲法，其國內也會以「新憲」來直接稱呼並定位。這點在匈牙利與印尼的經驗上都可以清楚看出。

註⑰ Andas Sajo, *op.cit.*, p. 254. 事實上，到目前為止，匈牙利憲法的前言都仍保留這段制定新憲的目標宣示。



無所不可，而修憲則有一定的界線，並以憲章或憲律為區分。<sup>⑥⑥</sup>在最近這一波民主轉型國家的憲改脈絡中，此種傳統修憲界線的理論已受到嚴酷挑戰。有的國家雖然只是修憲，但不管是一次修憲或漸進修憲，修憲幅度都非常大。政府體制、人權清單、甚至是國名，都可以修改。許多前共黨國家，如果不制憲，往往也必須藉由修憲，將原先共黨或社會主義國家常用的「人民共和國」(People's Republic) 改為「共和國」(Republic)。匈牙利就是其中一個典型的例子。相反地，有的國家雖然是制憲，但因為它們原有的憲法，並沒有與當代民主憲法的內涵發生多大的歧異，這些國家即使是宣稱制憲，所制訂新憲法的內容往往沒有與舊憲法產生結構性的差異。

因此，我們可以看出，在這新一波的憲改脈絡中，憲政改造的方式究竟是修憲或是制憲，並非絕對，與國家主權或國家認同的因素也沒有絕對必然的關係。傳統憲法理論將制憲、修憲截然二分對立的觀點，經過最近這一波憲政改革的具體實踐，已經不得不重新檢討了。

## (二) 一次或漸進的相對化

一次完成憲改或是分階段漸進完成，一直是憲法變遷實踐中的重要區別。<sup>⑥⑦</sup>一般以為，漸進主義較能確保民主轉型的穩定，而一次完成則較能展現新局 (new beginning)。<sup>⑥⑧</sup>同樣的，這種一次或漸進的區別，在民主轉型國家的憲法實踐中，也呈現相對化的現象，其中最值得一提的便是階段式制憲的憲法變遷模式。

階段式制憲模式採取了一個比較長期、溫和的新憲制定過程，其最後完成制定的新憲，相較於轉型初期一次制憲國家的新憲，有相對較高的穩定度。例如南非、波蘭或泰國，在 1997 年完成新憲後，都沒有再對憲法進行任何增修。<sup>⑥⑨</sup>但在轉型初期一次制憲的國家，幾乎絕大多數的國家都有後續一、二次的憲法增修，如立陶宛、愛沙尼

註 ⑥⑥ 修憲界限論的介紹、分析及批判，參見黃昭元，「修憲界限理論之檢討」，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（主編），*現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集*，頁 181-253。

註 ⑥⑦ 公共政策的制訂也有一次全盤理性 (comprehensive rationality) 與漸進調適 (muddling through) 兩種類型。此種不同型態的決策模式係由林布隆首先提出。Charles Lindblom 將決策模式區分成「全面理性 (根基式)」(rational-comprehensive) 與「接續有限度的比較 (分支式)」(successive limited comparison)。前者強調漸增式的改革步調，建構於既有的現狀，按部就班的小幅度改變是其特色；至於後者則是全面性的改革，將過去的制度單純的視為經驗而已。每次改革都準備從頭開始，全面大幅度翻修是其特色。參見 Charles E. Lindblom, "The Science of 'Muddling Through'," *Public Administration Review* (Washington, DC), Vol. 19, No. 1 (1959), pp. 79-88.

註 ⑥⑧ 以東歐憲政改革為例，學者艾克曼對於東歐憲政程序的規劃是類似「全盤理性」設計，即先舉行制憲代表的選舉以制定新憲，再交付全國公民複決，最後根據新憲進行全國性選舉，建立全新的國會。Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (New Haven: Yale University Press, 1994), p. 51. 然而其他觀察東歐政經狀況的學者，則認為在急劇變遷社會中，過於嚴格的制度設計往往反倒製造更高度的不可預期與不穩定，東歐人民應嘗試肯定階段間斷式的憲政改革，保留因應變遷的空間。

註 ⑥⑨ 不過，很可惜地，泰國在今 (2006) 年發生軍事政變。在政變之後，1997 年所制定之憲法已遭凍結。對於泰國 1997 年憲法目前所遭遇的反挫，一則映證民主轉型與憲法變遷之間並非單純之單向路徑相依，另則亦帶出憲法如何在民主鞏固、民主深化、甚或民主文化的發展上有更進一步功能發揮的問題，值得深入探討。



亞、羅馬尼亞、保加利亞、捷克、斯洛伐克、蒙古等。回復舊憲的拉脫維亞，也不例外。

轉型初期的一次大幅修憲，有時也是階段式制憲或是漸進式修憲的前導。不過，在階段式制憲的情況，因為各方（尤其是主要政黨間）對於最終制定新憲有共識，因此一開始的大幅修憲，往往是為了解決民主轉型初期一些憲政運作的困難，例如修憲以提供總統或國會重新全面改選的基礎，改變過去共產或威權政黨在憲法上的獨大地位，確保司法權的獨立運作，或是規定將來制憲的準備程序等等。這些初期的憲改，因為其過渡性質使然，並不會與最終制憲的目標與程序，產生任何混淆。

反而必須仔細觀察的是，一次大幅修憲與漸進式修憲的關係。在採取漸進式修憲的國家，儘管轉型初期的修憲幅度不可謂不大，但與一次大幅修憲的國家不同的是，這些國家往往會再經過多次修憲，整個憲改工程才會真正告一段落。例如，前述南韓在1987年、阿根廷在1994年大幅修憲之後，到目前為止已超過十年，也都沒有任何後續的修改。但採取漸進修憲的國家，即使在首次大幅修憲後，也仍會有後續不斷的增修。

我們比較這兩類的國家就可以發現，採取漸進修憲模式的國家，在轉型初期進行大幅修憲的國會，往往仍未具備完全之民主正當性，其所主導的憲改一開始就具有過渡性質，從而也預設了全新選出的國會必須有機會主導下一次的憲改。而這背後的考量，還是在兼顧政局穩定與政治改革的雙重目標，而選擇與舊勢力妥協的方式來從事憲改。例如，匈牙利在1989年進行的首次大幅修憲，仍是由非經自由民主選舉選出的共黨代表來進行；台灣於1991年進行的第一次憲改也是由未改選前的國會來主導；印尼在1999年進行第一次修憲的國民大會，雖大部分由民選產生，但仍有部分指定席次。在此種模式下，一方面改革幅度不可能過小，另一方面卻也因為政黨協商政治的本質，使得改革派與保守派不可能太快獲致全面突破性的進展，只好著眼於眼前最急迫、也可以達成共識的問題，一次解決一個問題，最後就像綁香腸一般，將先前無法解決的議題放到下一次機會來處理，一次又一次地接續修憲，來達成終局目標的解決。<sup>⑩</sup>

從以上的分析可以看出，在時間序列上的一次處理或分階段處理，已經不是那麼是非黑白的選擇，而有更多的排列組合與制度選擇的空間。幾次漸進處理之後，再一次大幅處理，也是憲法變遷的選項之一。相反地，我們也不仍排除一次集中處理之後，必須透過漸進修改微調的可能性。這種一次集中處理與分次漸進處理的相對化，為憲法變遷創造了更寬廣的制度選擇空間。

## （二）從路徑到選擇

民主轉型國家憲法變遷的多元流動的現象，促成我們進一步思考憲法在民主轉型以及變遷社會中的定位與功能。我們必須要進一步深究憲法的變遷，是否以及在何種程度內受制規範理論？又是否及在何種程度內受制於大環境的現實條件與制約？而有

註⑩ 葉俊榮，「超越轉型」，頁23-58。



多少程度是社會意志的集體選擇？許多憲法變遷的理論都指出特定因素主導憲法變遷的內容時程及幅度，不過如前文分析，從民主轉型國家的實際經驗來檢驗這些理論，我們可以清楚發現這些理論都無法清楚解釋為何特定民主轉型國家採行特定之憲法變遷模式。本文認為，前述民主轉型國家憲法變遷的多元流動及相對化特質，可以看出在憲法變遷的模式上，社會對制度集體選擇的空間遠比傳統理論預設來得更為寬廣。

## 二、制度選擇或路徑相依？

民主化的過程是弔詭且複雜的，而憲法在轉型脈絡中所扮演的角色甚至是相當矛盾的。<sup>①</sup>民主轉型國家如何定位憲法的功能，又如何形塑憲法變遷方向，除了客觀存在的規範與現實條件外，社會的集體選擇扮演相當重要的角色。

從南非與波蘭的經驗可以看出，制定新憲的政治共識，甚至是新憲準備與制定程序的立法，都是這些國家在經歷轉型初期的修憲以及轉型過程的政治干擾後，還能繼續完成新憲制定的重要原因。泰國在轉型初期雖然對新憲尚未有共識，但在民間團體的努力以及 1995 年新國會形成後，制憲工程很快順利展開。從學理上來講，誰也無法事先證立南非與波蘭歷經波折後一定會制憲成功。但是，當社會集體的意志，決定往這個方向努力，雖然面臨諸多困難仍然繼續前進，才是最後成功的真正原因。正因為如此，究竟誰實際上在參與並決定憲改的方向，便顯得相當重要。<sup>②</sup>憲法變遷的過程中，選擇既然有其相當的重要性，那麼誰來做選擇？又如何作成決定？反而成為觀察憲法變遷動態的重點。

對於民主轉型與憲法變遷之間採路徑相依看法的理論，往往過度重視政治菁英或政黨在相關政治決策過程上的角色與功能。雖然政治菁英與政黨在政治決策過程中確實有相當重要的角色，但這些政治菁英或政黨也比較容易受制於轉型脈絡的政治限制。但從少數國家比較正面的發展經驗來看，倘若其他民主深化的力量（如市民社會、法治文化、理性論辯或公民審議）在民主轉型與憲法變遷的過程中，能夠與政治菁英或政黨的論述產生一個正面的競爭、甚至相互構成一個創造性的對話，就比較可能在憲法變遷的脈絡發展上，產生一個主動的能動性，而能在轉型脈絡中化被動為主動，作成有利的集體選擇。也因此，從憲法變遷的脈絡來看，憲改程序的設計，攸關憲法變遷此一集體選擇的基礎，在選擇過程中市民社會參與的程度，即成為當代憲法變遷的重要觀察指標。

### （二）憲法變遷的機能論

憲法變遷多元動態的現象，更進一步導引我們思考憲法變遷機能的學理基礎。以

註① 在轉型社會的脈絡下，所有政治改革的推動與進行，原則上都必須受到既有憲政架構與修憲程序的規範及控制，但另一方面，既有的憲法秩序卻又常因為無法迅速且有效地回應來自各方對於變遷的渴求，反而成為轉型過程中亟思被改革的對象。葉俊榮，「超越轉型」，頁 39-40。

註② 制度選擇的觀點以及各個行動者在制度選擇過程中的角色的初步理論介紹，參見 Tom Ginsburg & Robert A. Kagan, *op.cit.*



往我們分析憲法變遷的機能，至少有三種模式，分別是將憲法變遷看成現實政治交易的結果呈現，也將憲改結果看成政治爭逐的戰利品的鏡映模式（constitutional reflectionalism）；從規範的角度將憲法變遷視為民主深化的基礎工程的基石模式（constitutional foundationalism），以及認為憲法變遷是一次一次社會決定的總體結果，變遷中的憲法秩序也是一步一步交織而成的結織模式（constitutional constructivism）。<sup>⑦</sup>

這三種模式各有詮釋的優勢，也各從特定面向描繪出憲法變遷的多元面向。但是，從第三波民主轉型國家憲法變遷的實態觀察，我們更可以看出其中結織模式的特別意義。從結織的基礎上看，憲法變遷顯得更為流動，處處蘊含社會集體選擇的可能，而一次的選擇可能為下一次的選擇提供基礎。一次與一次的選擇之間，雖然有所關連，但卻處處充滿調整的可能性。

匈牙利、印尼與台灣的憲法變遷，都是典型的漸進修憲模式。但是，在開始修憲的時候，沒有人知道憲法總共必須修改幾次，只知道憲法必須修改，才能解決當前的憲政危機。然而，在一次一次修憲的過程中，都蘊含社會的集體決定。同樣的，如果透過既有的集體選擇，這些國家決定改懸更張，不論透過修憲或制憲的方式，對憲法做一次性全面的整理，也不是不可能。然而，果真如此發展，先前的幾次階段是修憲，並非全然無功的徒然，而是非常重要的歷程與發展條件。台灣經過七次修憲後，目前有較大幅度進行憲改的新憲主張，便是具體的案例。因此，憲法時刻的出現，不是理論的必然，而是社會選擇的結果。

## 伍、結 論

人類社會雖然有七波憲法變動的歷史<sup>⑧</sup>，但肇因於第三波民主化的最近這一波憲法變遷，卻結構性地展現出更多元、更動態的憲法變遷模式，對傳統的憲法學理，產生相當程度的衝擊，傳統憲法的理論假設也面臨考驗。

從民主轉型國家所歸納的四種憲法變遷模式中，我們很難具體論斷優劣。事實上，每一個模式的實踐，都可找到相應支持的政經文化條件。但我們也不認為這些模式已經定型，許多國家仍有可能透過集體選擇，在特定的時空環境下，往另一種模式發展，或再行創造另外一種模式。台灣最近所昂揚的新憲法運動，便是一個值得觀察的指標個案。

從民主轉型國家的憲法實踐，我們看到了多然動態的現象，這樣的發現促成我們提出了制憲修憲的相對化以及一次或漸進的相對化。正因為憲法變遷的相對化現象，創造了許多發展的可能性，也蘊含著許多決策的空間。從豐富的國家實踐模式看，民主轉型雖有路徑相依的論點，但表現在憲法變遷的脈絡上，卻顯現出更歧異多元的局

註⑦ 以上三種模式的深入分析，詳請參見葉俊榮，「超越轉型」，頁41-44。

註⑧ Jon Elster, *op.cit.*, pp. 368-370.



面，在轉型脈絡與憲法變遷的動態中，其實存在著許多選擇的契機，足以影響民主轉型國家憲法發展的方向。因此，影響憲法變遷的政治菁英或公民團體，對於選擇可能性的事前掌握，對於憲法變遷路徑，實際上有影響力量的。因此，雖然以漸進修憲著稱，但台灣還是可以選擇下一步怎麼走，而不是宿命地定位自己是漸進修憲的國家。又與其拘泥於制憲與修憲的形式區別，不如認真思考憲法變遷的機能，重視憲改的實質內容與程序設計。

\* \* \*

(收件：95年8月8日，接受：95年10月12日；責任校對者：莊家梅)



# Path Dependence or Collective Institutional Choice? Modeling Constitutional Changes in the Context of Democratic Transitions

*Jiunn-rong Yeh*

Professor  
Department and Graduate Institute of Law  
National Taiwan University

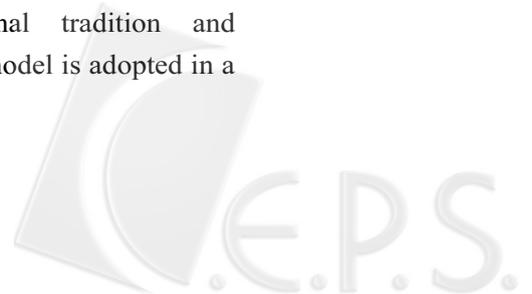
*Wen-chen Chang*

Assistant Professor  
Department and Graduate Institute of Law  
National Taiwan University

## Abstract

Many countries in East and Central Europe, Central and South America, and Asia, including Taiwan, undertook democratic transitions amidst the 1980s, which triggered a new wave of constitutional change. The role of constitutional change in the context of democratic transitions, however, has not been explored and discussed fully by scholars in the field. This article aims at addressing this issue and focuses on the interactions between democratic transitions and constitutional change.

In order to analyze constitutional change in the context of democratic transitions, this article offers four models for empirical observation, which includes 1) initial constitution making, 2) initial major constitutional revision, 3) constitution making via stages, and 4) incremental constitutional reforms. Next, this article resorts to four dimensions of factors including sovereignty, regime change, constitutional tradition and international intervention to explain why any particular model is adopted in a



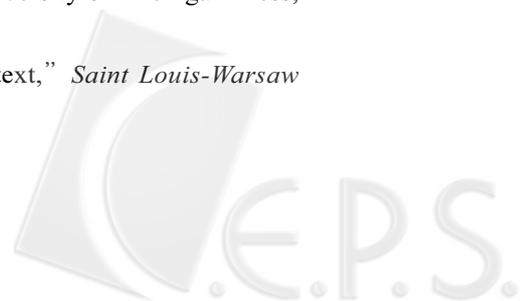
transitional context. This article finds that contrarily to conventional assumption, the adoption of a particular constitutional change model does not depend on a single factor. Rather, the reality is more complex and shows a relative nature: the relativity between constitution making and constitution amending and the relativity between one-time change and incrementalism. Based on this finding, this article further contends that the choice of constitutional change may be collectively made, and constitutional change has played a rather constructive function during democratic transitions. Although Taiwan's past constitutional change was rather incremental, this would not prevent any future adoption of other large-scale change models.

**Keywords:** constitutional change; democratic transitions; constitution making; constitutional revision; democratization



### 參考文獻

- 吳玉山,「政權合法性與憲改模式:比較台灣與後共新興民主國家」, **問題與研究** (台北), 第45卷第1期(2006年1-2月), 頁1-28。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著, **憲法一權力分立** (台北:學林出版, 2003年), 頁476-484。
- 林秋山,「南韓的憲改與政治發展」, **研考雙月刊**, 第21卷第1期(1997年2月), 頁35-41。
- 徐火炎,「選民的政黨政治價值取向、政黨認同與黨派投票抉擇:第二屆國大代表選舉選民的投票行為分析」, **國家科學委員會研究彙刊:人文及社會科學**, 第3卷第2期(1993年7月), 頁144-166。
- 張文貞,「中斷的憲法對話:憲法解釋在憲法變遷脈絡的定位」, **台大法學論叢** (台北), 第32卷第6期(2003年11月), 頁61-102。
- 許志雄,「制憲權的法理」, 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會(主編), **現代國家與憲法:李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集** (臺北市:月旦, 1997年3月), 頁169-170。
- 陳鴻瑜,「菲律賓新舊憲法之比較」, **問題與研究** (台北), 第26卷第6期(1987年3-4月), 頁1-11。
- 黃昭元,「修憲界限理論之檢討」, 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會(主編), **現代國家與憲法:李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集** (臺北市:月旦, 1997年3月), 頁181-253。
- 葉俊榮,「超越轉型:台灣的憲法變遷」, 收錄於 **民主轉型與憲法變遷** (台北:元照出版, 2003年1月), 頁23-58。
- 韓相敦,「韓國憲法修正略史」, **憲政時代**, 第17卷第1期(1991年7月), 頁88-99。
- Ackerman, B., *We the People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991).
- Ackerman, B., *The Future of Liberal Revolution* (New Haven: Yale University Press, 1994).
- Arato, A., *Civil Society, Constitutions and Legitimacy* (New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2000).
- Arendt, H., *On Revolution* (New York: Penguin Books, 1963).
- Banting, K. G. and R. Simeon, *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations* (London: Macmillan, 1985).
- Brand, D. J., "Constitutional Reform- The South African Experience," *Cumberland Law Review* (Birmingham, AL), Vol. 33, No. 1 (2002), pp. 1-14.
- Brunner, G., "Structure and Proceedings of the Hungarian Constitutional Judiciary," in Laszlo Solyom & George Brunner, eds., *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 2000), pp. 65-102.
- Cole, D. H., "Poland's 1997 Constitution In Its Historical Context," *Saint Louis-Warsaw*



- Transatlantic Law Journal* ( St. Louis, Missouri ), Vol.1, No.1 ( 1998 ), pp. 1-44.
- Colombatto, E. and J. R. Macey, "Path-Dependence, Public Choice, and Transition in Russia: A Bargaining Approach," *Cornell Journal of Law and Public Policy* ( Ithaca, New York ), Vol. 4, No. 2 ( 1995 ), pp. 379- 414.
- Colomer, J. M., *Strategic Transitions: Game Theory and Democratization* ( Baltimore, MD: John Hopkins University Press, 2000 ).
- Dawisha, K. and B. Parrott, eds., *The Consolidation of Democracy in East-Central Europe* ( New York: Cambridge University Press, 1997 ).
- Ellis, A., "The Indonesian Constitutional Transition: Conservatism or Fundamental Change?" *Singapore Journal of International & Comparative Law* ( Singapore ), Vol. 6, No. 1 ( 2002 ), pp. 116-153.
- Elster, J., "Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process," *Duke Law Journal* ( Durham, North Carolina ), Vol. 45, No. 2 ( 1995 ), pp. 364-396.
- Elster, J., C. Offe, and U. Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea* ( New York: Cambridge University Press, 1998 ).
- Gerner, K. and H. Stefan, eds., *The Baltic States and the End of the Soviet Empire* ( New York: Routledge, 1993 ).
- Ginsburg, T., "Political Reform in Mongolia," *Asian Survey* ( Berkeley, CA ), Vol. 35, No. 5 ( 1995 ), pp. 459-471.
- Ginsburg, T., *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asia Case* ( Cambridge: Cambridge University Press, 2003 ).
- Ginsburg, T. and R. Kagan, *Institutions and Public Law: Comparative Perspective* ( New York: Peter Lang Publishing, 2005 ).
- Gomez, I., "Declaring Unconstitutional and Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead," *University of Miami International American Law Review* ( Coral Gables, Florida ), Vol. 31, No. 1 ( 2000 ), pp. 93-120.
- Haimai, G., "The Reform of Constitutional law in Hungary after the Transition," *Legal Studies* ( London ), Vol. 18, No. 2 ( 1998 ), pp. 188-196.
- Hartono, S., A. Susanto and S. Surachman, *Political Change and Legal Reform Towards Democracy and Supremacy of Law in Indonesia*, IDE Asian Law Series ( Tokyo, Japan: Institute of Developing Economies, 2002 ).
- Hirschl, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* ( Cambridge: Harvard University Press, 2004 ).
- Huntington, S. P., *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* ( Norman: University of Oklahoma Press, 1991 ).
- Jackson, V. and M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law* ( New York: Foundation Press, 1999 ).
- Jeffries, I., *The Countries of the Former Soviet Union at the Turn of the Twenty-first Century*



- (New York: Routledge, 2004).
- Kaldor, M. and I. Vejvoda, eds., *Democratization in Central and Eastern Europe* (New York: Continuum, 2002).
- Levinson, J., "Indonesia's Odyssey: A Nation's Long, Perilous Journey to the Rule of Law and Democracy," *Arizona Journal of International and Comparative Law* (Tucson, Arizona), Vol. 18, No. 1 (2001), pp. 103-140.
- Lijphart, A. and C. H. Waisman, "Institutional Design and Democratization," in *Institutional Design in New Democracies: Eastern Europe and Latin America* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1996).
- Lindblom, C. E., "The Science of 'Muddling Through'," *Public Administration Review* (Washington, DC), Vol. 19, No. 1 (1959), pp. 79-88.
- Lindsey, T., "Indonesian Constitutional Reform: Muddling Towards Democracy," *Singapore Journal of International and Comparative Law* (Singapore), Vol. 6, No. 1 (2002), pp. 244-301.
- Linz, J. and A. Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996).
- Ludwikowski, R. R., "Constitution Making in Former Soviet Dominance," *Georgia Journal of International and Comparative Law* (Athens, Georgia), Vol. 23, No. 2 (1993), pp. 155-268.
- Miller, G. P., "Constitutional Moments, Pre-commitment, and Fundamental Reform: The Case Of Argentina," *Washington University Law Quarterly* (St. Louis, Missouri), Vol. 71, No. 4 (1993), pp. 1061-1086.
- Murray, C., "A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution," *University of Arkansas at Little Rock Law Review* (Little Rock, Arkansas), Vol. 23, No. 3 (2001), pp. 809-838.
- Nelson, C. M., "An Opportunity For Constitutional Reform In Argentina: Re-Election 1995," *University of Miami International American Law Review* (Coral Gables, Florida), Vol. 25, No. 2 (1995), pp. 283-318.
- O'Donnel G. and P. Schmitter, *Transition from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986).
- Sagues, N. P., "An Introduction and Commentary to the Reform of the Argentine National Constitution," *University of Miami Inter-American Law Review* (Coral Gables, Florida), Vol. 28, No. 1 (1996), pp. 41-68.
- Sajo, A., "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary," *Oxford Journal of Legal Studies* (New York), Vol. 15, No. 2 (1995), pp. 253-268.
- Samuels, K., "Post-Conflict Peace-building and Constitution Making," *Chicago Journal of International Law* (Chicago, Illinois), Vol. 6, No. 2 (2006), pp. 663-682.



- Sanders, A., "Mongolia's New Constitution," *Asian Survey* (Berkeley, CA), Vol. 32, No. 6 (1992).
- Tardi, G., "The Democratization of the Hungarian Constitution," *Michigan State University - DCL Journal of International Law* (East Lansing, Mich.), Vol. 9, No. 3 (2000), pp. 369-411.
- Uwanno, B. and W. D. Burns, "The Thai Constitution of 1997: Sources and Process," *University of British Columbia Law Review* (Vancouver, Canada), Vol. 32, No. 2 (1998), pp. 227-248.
- West, J. M. and E. J. Baker, "Constitutional Reforms in South Korea 1987: Electoral Processes and Judicial Independence," *Harvard Human Rights Yearbook* (Cambridge, Massachusetts), Vol. 1 (1988), pp. 135-178.
- Wyrzykowski, M., "Introductory Note To The 1997 Constitution Of The Republic Of Poland," *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* (St. Louis, Missouri), Vol.1, No.1 (1997), pp. 1-4.

