



# 財團法人凱達格蘭基金會 新台灣國策智庫通訊

第 107 期

2022 年 1 月

- 重新思考制憲的政治 2
- 區域全面經濟夥伴協定生效對臺影響評估 4
- 四大公投後的政治新局之展望 7
- 南海情勢回顧與展望 8
- 「太空發展法」通過後台灣的太空發展 11

## 重新思考制憲的政治

蘇彥圖

中央研究院法律學研究所副研究員

時序進入 2022 年初，修憲再度被排入了台灣的政治議程。儘管接下來的修憲政治會如何發展，還有些許變數與未知數，在當前台灣極化、對立的政治氛圍底下，大概沒有多少人會對這次修憲嘗試的前景，抱持樂觀，或者寄予什麼厚望。不論結果如何，這次的修憲嘗試，可能只是再次印證了困擾著台灣憲政民主的一項根本弔詭：21 世紀的台灣當然值得一部新的、更好的成文憲法，但是別說制憲了，就連要在《中華民國憲法增修條文》中增減個一兩條規定，也是難上加難。

許多制憲運動者並不同意這是一項真正的弔詭。他們可能會說，修憲歸修憲，制憲歸制憲，兩者不該混為一談；如果修憲寸步難行，那終究只是修憲運動者要煩惱的事，不勞制憲運動者費心；如果修憲不成——或者說，無法達到憲政改革的目的，我們還有制憲這條出路，而且更該試著這麼做！在台灣的制憲派與修憲派論辯、競爭了三十餘載之後，這樣的零和思維，可能已經被許多論者視為理所當然，而它最主要的思想基礎，則是古典憲政理論上關於制憲權與修憲權的截然二分：前者是「制定憲法的權力」，而後者則是「被憲法制定的權力」；前者可以無拘無束、大開大闢地破舊立新，而後者則須依循設有高議決門檻的程序規則進行，甚至不得逾越既有憲法所設下的實體修改界限。

然而，真正能夠創造出一部新憲法的，終究不是存在於概念世界裡的制憲權，而是現實世界

中的制憲的政治（politics of constitution-making）（Tushnet, forthcoming 2022）。如果說古典制憲權理論一般所設想的那種「從無到有」（ex nihilo）的秩序創造，對於現實世界中的制憲，多少還能有所啟發、指引，或者還可提供一些說明、解釋，那多少是因為，在現代世界憲法史上，制憲時刻多半出現在戰爭、衝突等重大的憲政危機過後，或者新國家的創建之初。可是如果我們因此就以為，制憲的政治必然是一種革命性的、大破大立的憲政改變，或者完全繫於某種可遇而不可求的歷史偶然，那毋寧又是一種想像貧乏的錯誤。根據 Negretto (2020) 的研究，在 1900-2015 年間，全球共有 25 部新憲法，是誕生在業已獨立而且民主已步上軌道的國家。這些民主國家憲法替換（constitutional replacement）的歷史經驗告訴我們，制憲的政治，既不必然要與舊憲法秩序完全決裂，相當程度上還可以受到實定法的規制與引導。

當我們將思考的重心置於制憲的現實政治，我們還將注意到一個鮮少被古典的制憲權理論所討論、但是對於民主制憲的成敗影響至為深遠的因素：政治妥協——或者說，憲政社群內部不同政治陣營間的菁英合作。就世界憲法史上的通例而言，舊政權（ancien regime）的成員／支持者，在制憲時刻來臨時，往往還是舉足輕重的政治勢力，不會徹底失勢，或者完全脫離、退出憲政社群。在這樣的情況底下，往往只有當他們同意或者默許新憲法，憲法的替換才有可能成

真；而為了確保和平的憲法變動以及新憲法秩序的政治穩定，憲政社群中的各大政治陣營（包括舊政權的代表），最好都能參與制憲，而且也要設法在這個過程中，交涉出各方都可接受的憲政安排（Tushnet, 2013: 1991-1992）。Negretto（2020）的研究還發現，相較於公民參與，制憲過程中的菁英合作，更有助於鞏固新憲法制定後的自由憲政民主。

委內瑞拉於1999年與2017年間，兩度由總統強勢主導制憲，結果導致民主衰敗、國家失能（Landau, 2018）。智利刻正進行中的制憲工程，則是其主要政黨在2019年間達成協議並經公民投票後才啟動的；許多論者也因而對其前景，抱持審慎樂觀的態度（Verdugo and Prieto, 2021）。如何從這類比較制憲經驗中，汲取教訓與啟發，進而為今後台灣後主權（post-sovereign）的制憲政治，擬議出合理可行的劇本——我想，這應該是我們這一代制憲運動者的重要功課。一旦我們掙脫了制憲——修憲二元論的傳統概念枷鎖，我們或許也將發現，修憲運動的成功，未必就是制憲運動的挫敗，甚至還有可能讓我們與制定一部台灣新憲法的憲政願景，更加接近。

#### 【參考文獻】

Landau, David. 2018. *Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time*

as Tragedy, the Second as Farce. Pp. 161-175 in *Constitutional Democracy in Crisis?*, edited by Mark A. Graber, Sanford Levinson and Mark Tushnet. New York, NY: Oxford University Press.

Negretto, Gabriel. 2020. *Constitution-Making and Liberal Democracy: The Role of Citizens and Representative Elites*. *International Journal of Constitutional Law* 18: 206-232.

Prieto, Marcela, and Sergio Verdugo. 2021. *Understanding Chile's Constitution-Making Procedure*. *International Journal of Constitutional Law* 19: 1-5.

Tushnet, Mark. 2013. *Constitution-Making: An Introduction*. *Texas Law Review* 91:1983-2013.

\_\_\_\_\_. Forthcoming 2022. *The Politics of Constitution-Making in Elgar Handbook on the Politics of Constitutional Law*, edited by Mark Tushnet and Dimitry Kochenov.

Verdugo, Sergio, and Marcela Prieto. 2021. *The Dual Aversion of Chile's Constitution-Making Process*. *International Journal of Constitutional Law* 19: 149-168. BT