

憲法秩序之變動

許志雄著

學術論文集



元照出版

憲法秩序之變動

許志雄 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法秩序之變動 / 許志雄著. --- 初版---[臺北縣深坑鄉] : 許志雄出版; 臺北市, 元照總經銷, 2000 [民 89]

面 : 公分. --

ISBN 957-744-117-3 (精裝)

詞等

581.27

89013821

憲法秩序之變動

2000 年 10 月 初版第 1 刷

作 者 許志雄

出 版 人 許志雄

總 經 銷 元照出版公司

台北市 100 館前路 18 號 5 樓

定 價 新臺幣 500 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

Copyright©by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號 ISBN 957-744-117-3

序 言

全球憲法秩序大變動，無疑是二十一世紀前夕最震撼人心的現象。建構立憲主義制度及落實人權保障，成為各國戮力追求的目標。我國無法自外於此一世界潮流，亦從八〇年代末葉開始推動憲政改革，以期建立長治久安的憲法秩序。身為憲法研究者，有感於憲法秩序的變動理論與實務之重要性，多年來始終秉持現代實質憲法論的觀點，持續從事有關研究，如今業已累積相當數量的論文，爰予彙集成冊，取名為《憲法秩序之變動》。

本書收錄二十篇論文，依性質分成三編，而將其中三篇短文列為附錄。第一編「憲法變動的理論」，顧名思義，重點置於抽象理論的探討，不過其問題意識出於我國憲法秩序，所以並未忽略具體問題的觀照。第二編「憲政改革的認識與評價」，以我國近十年來的憲政改革為主要對象，從學理及現實的角度就其是非功過加以檢討。第三編「憲法秩序的理念與現實」，將足以影響憲法秩序的重要原理及制度納入考察，以解明我國憲法秩序應有或可能的走向。各論文均曾先後發表於各學報、雜誌及研討會，寫作當時往往有其特殊情境，茲為存真，除若干勘誤外，盡量保持原文。

一九九二年拙著《憲法之基礎理論》出版時，曾於序言中引述日本憲法學者清宮四郎的箴言，以「入門容易，大成難」形容憲法學。八年來，在不斷的鑽研過程中，對此前輩的真知灼見，又有更深一層的體認。惟吾人有幸在淡江大學公共行政學系及台灣大學法律學系任教，沈浸於自由民主的學術氛圍中，享受師生

與同儕的良性互動，畢竟是人生一大樂事。

作者受業於恩師李鴻禧教授，一九八一年獲交流協會獎學金赴日進修，復接受東京大學教授蘆部信喜指導。個人於學術研究生涯中，能夠親聆兩位憲法泰斗教誨，深感慶幸。去年六月蘆部老師因病逝世，吾人接獲消息時，簡直不敢相信。因為，之前老師儘管健康情況欠佳，卻仍著述不輟，時有鴻文發表。蘆部老師可以說是為學問「鞠躬盡瘁，死而後已」，留下一個學者的最佳典範。此際，手捧老師的鉅著《憲法制定權力》，緬懷過去種種，不禁興起無限哀思。

本書付梓，承淡江大學公共行政學系兼任講師、台灣大學國家發展研究所博士班研究生陳佳慧負責排版、校對，淡江大學公共政策研究所研究生趙威寧、日本研究所研究生黃美惠及外甥女徐立安協助校對，在此表達誠摯的謝意。元照出版公司及月旦法學雜誌的紀副總經理、林總編輯美惠、張惠東、方林萍、林綠貞、許靜儀……等同仁，不時提供有形無形的助力，使本書能夠順利出版，併此誌謝。

最後，謹以本書獻給八十高齡的母親，以及伴我走過二十幾年歲月、同甘共苦的牽手一兆英。

許志雄

二〇〇〇年九月九日

於蔚嵐山莊

目 錄

序 言

第一編 憲法變動的理論	1
1. 憲法的生命力	3
2. 制憲權的法理	43
3. 憲法變遷	95
4. 憲政轉換時期的認識與抉擇 ——國家定位與憲法走向的思考	149
 第二編 憲政改革的認識與評價	191
1. 第一階段憲政改革的考察	193
2. 憲政改造與政治革新	211
3. 總統直選的民主效用 ——兼論中央政府體制的定位與問題	235
4. 從比較憲法觀點論「雙首長制」	251
5. 九〇年代我國憲政改革的問題	269

6. 政黨輪替在我國憲政發展上的意義 ——從統治機構論的角度分析	289
7. 憲法保障與違憲的憲法規範 ——司法院釋字第四九九號解釋評析	307

第三編 憲法秩序的理念與現實337

1. 人權的「光」與「影」	339
2. 主權論的歷史軌跡	359
3. 政黨補助的憲法問題	379
4. 地方自治權的基本課題	395
5. 地方自治的普遍化與國際化	415
6. 教育基本法的意義與特質	435

附錄455

1. 國民大會的定位與存廢	457
2. 憲法與司法	467
3. 地方自治 / 廢省	477

第一編

憲法變動的理論

憲法的生命力

壹、前言

貳、憲法的生命週期

一、長壽憲法與短命憲法

二、法秩序的變動模式

三、憲法的變動與規範力

參、憲法生命力的泉源

一、正當性的意義

二、正當性的要件

三、自律性原則

四、修憲界限

肆、憲法的永續性

一、形式永續性與實質永續性

二、永續性與暫定性的對比

三、維繫永續性的基本條件

伍、我國憲法的生命力問題

一、正當性的質疑

二、永續性與暫定性的矛盾

三、「準據國」的錯亂

陸、結語

壹、前言

一九八〇年代末葉，世界憲法狀況出現大規模的地殼變動。特別是一九八九年冷戰結束，蘇聯解體，東歐變天，各國興起制憲熱潮。柏林圍牆倒塌，德國統一，雖然未制定新憲法，但是有關憲法變動的議題普遍引起關切。論者指出，經此變化，歐洲的「西」與「東」之間，形成「憲法共同社會」或「價值共同社會」；這是繼一六八九年（英國「權利典章」）及一七八九年（法國「人權宣言」）後，另一個永垂青史的八九年。反觀亞洲後進國家，如中華人民共和國、新加坡及緬甸，卻不斷以國情、文化不同為由，排斥立憲主義，抗拒人權保障，顯示「北」與「南」之間，存有天壤之別¹。

大約同一時期，我國憲法秩序亦邁入高度變動階段。堅持憲法原封不動的主張，絲毫無力抵擋時代的潮流；朝野激烈爭辯的毋寧是，應該制憲或修憲？大修或小修？實際上，我國為了化解憲政危機，憲法業已經歷一九九一年、一九九二年及一九九四年三階段改革，而且似乎意猶未盡、欲罷不能。惟不容諱言的，儘管進行多次改革，我國憲政危機仍然存在，甚至另外衍生出憲改亂象。此際不免令人懷疑，我國憲法的改革方式與內容，是否正確、妥適？充斥朝野的「國情不同」論，是否妨礙我國立憲政治的發展？接二連三的改革，從憲法變動理論的角度觀之，有何意義？更直接的問題是，我國憲法究竟有何弊病？如何改革方能強

¹ 樋口陽一著，憲法狀況・變化するものと動かぬもの，ジュリスト第1022號，1993年5月，頁13、14。

化憲法的生命力，建立長治久安的憲法秩序？

借用柯奇（W. Kägi）的說法，我國當前所面臨的，不僅是憲法運用的危機，更是憲法思想的危機²。我國憲政改革一再嘗試錯誤，一再重蹈覆轍，根本癥結在於欠缺憲法思想的觀照。基於此一問題意識，本文將從現代實質憲法論³的立場出發，探究憲法的生命現象，找出憲法生命力的奧秘，據以檢討我國憲法秩序的問題，進而尋求根本解決之道。

貳、憲法的生命週期

一、長壽憲法與短命憲法

月有陰晴圓缺，人有悲歡離合；生物會出生、成長、茁壯、衰老、死亡，文明會發生、成長、成熟、沒落；同樣，國家與法秩序也會呈現類似的生命週期現象。憲法立於法秩序的頂點，自不例外，即使於實定憲法中以「不磨大典」自喻（日本明治憲法敕語），或昭示「頒行全國，永矢咸遵」（中華民國憲法前言），亦難逃盛衰興亡的命運。所不同的是，各國憲法的生命長短不一，有的如朝菌蟪蛄，不知晦朔春秋；有的如冥靈大椿，日月長明。而且，在憲法的生命週期中，有的經常生氣蓬勃，活力十足；有的則奄奄一息，尸居餘氣。

² 引自蘆部信喜著，憲法制定權力，東京大學出版會，1984年初版第2刷，頁315。

³ 關於現代實質憲法論的意義，詳參拙著，憲法概念之考察－憲法學之對象與課題，收於「憲法之基礎理論」，稻禾出版社，1993年第2刷，頁1以下。

實際上，各國憲法類多短命，真正長壽的憲法屈指可數，難得一見。法國自一七八九年大革命後，歷經一七九一年憲法、一七九三年憲法、一七九五年（共和三年）憲法、一七九九年（共和八年）憲法、一八〇二年（共和十年）憲法、一八〇四年（共和十二年）憲法、一八一四年憲章、一八一五年帝國憲法附加法、一八三〇年憲章、一八四八年憲法、一八五二年憲法、一八七〇年憲法、一八七五年第三共和憲法及一九四六年第四共和憲法，到一九五八年第五共和憲法，若再加上一九四〇年維希（Vichy）政權下的憲法，則在大約兩百年間制定了十六部憲法⁴，其中多屬短命憲法，堪稱顯例⁵。

又如中華民國，在一九四六年制定的憲法之前，曾制定多部形式意義的憲法，如一九一一年臨時政府組織大綱、一九一二年臨時約法、一九一四年袁氏約法、一九二三年曹錕憲法及一九三一年訓政時期約法。這些「憲法」的存續期間皆相當短暫，加以制定過程紛擾不安，內容乏善可陳，自無從發揮憲法應有的機能。特別值得一提的是，德國一九一九年威瑪憲法經過審慎研議後始告成立，其內容引進當時一般國家憲法所無的直接民主制及社會權思想，相當具有特色，對第一次世界大戰後的新興國家憲法影響頗大⁶，而中華民國憲法中亦可看到不少威瑪憲法的影子。

⁴ 因學者認定的方式不同，其數目間有出入。

⁵ 法國憲法史變化多端，逸趣橫生，非其他國家所能望其項背。法國歷史上出現的憲法，內容豐富，多采多姿；極端言之，世界上所有類型的憲法，法國殆皆曾經實驗過。因此，不安定性與多樣性，可以說是法國憲法的特色。參照阿部照哉編，比較憲法入門，有斐閣，1994年初版，頁211（矢口俊昭執筆部分）。

⁶ 小林孝輔著，ドイツ憲法史，學陽書房，1980年初版，頁171。

但是，威瑪憲法於實施十幾年後，即遭不測。事實上，該憲法於艱困的環境中成立，無論固執傳統性統治的布爾喬亞階級、受俄羅斯革命刺激而要求社會主義化的人士、或蒙受凡爾賽條約屈辱的大眾，皆未予以支持，因此自始運作不順，迨納粹黨竄起，一九三三年國會通過授權法，賦予政府專制權力後，已是名存實亡⁷。

相較之下，美國一七八七年制定的聯邦憲法，施行迄今超過兩百年，堪稱長壽憲法。該憲法完成於獨立革命後不久，平心而論，不管制定程序或內容，皆未必周全。雖然，美國聯邦憲法經過若干次增補，卻能歷久不衰，順利運行至今。值得探討的是，究竟何種條件讓美國憲法綿延不絕？何種因素造成長壽憲法與短命憲法的差別？憲法在存續期間，又如何保持活力，發揮應有的機能？

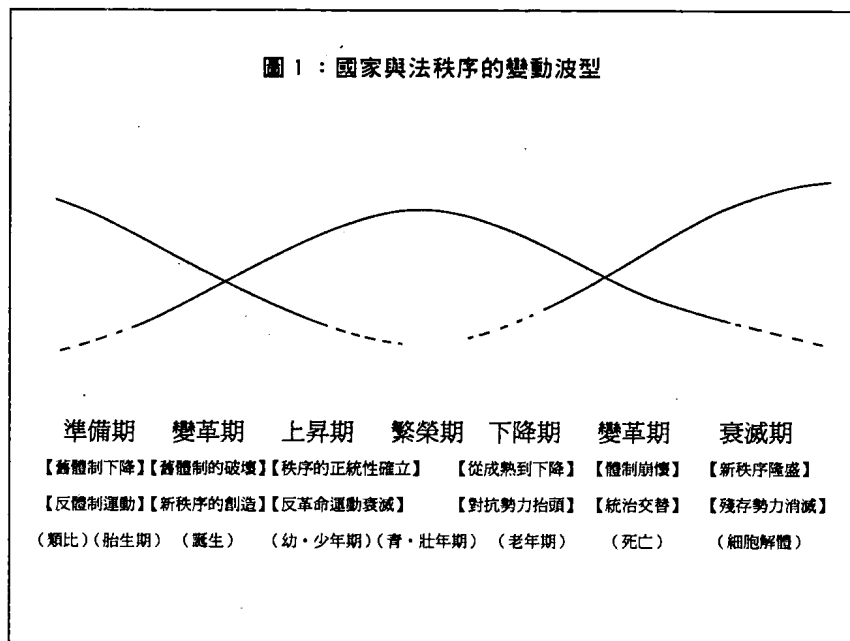
二、法秩序的變動模式

如前所述，萬物皆有生命週期，國家及法秩序同然其理。試以人或動物的生命現象為例，其發展階段大體呈「胎兒期→誕生→幼年及少年期→青壯年期→老年期→死亡→細胞解體」模式；與此類比，國家及法秩序的發展可用「準備期→變革期→上昇期→繁榮期→下降期→變革期→衰滅期」表示，依其演變，憲法的生命力亦表現出起伏現象。國家與法秩序的變動，繪以圖形，呈如下波狀型⁸：

⁷ 同註6，頁175、176。

⁸ 本圖形及其說明，主要參考小林直樹著，憲法秩序の理論，東京大學出

圖 1：國家與法秩序的變動波型



惟須表明的是，上開圖形乃高度簡化、抽象化的產物，意在理解與說明的方便，與真實世界的情境當然有所差距。各國法秩序受到種種因素影響，必然處於複雜的變動狀況，其實際發展曲曲折折，不可能是單純、圓滑的曲線。而且，生物步入老年期後，即不斷向死亡接近，最終歸於塵土，不能復生。但是，舊體制可能經過一番努力，在走下坡後峰迴路轉，注入新的生命力，再度欣欣向榮。基於此一前提，以下參照上開圖形所示階段，略加說明：

1. 新體制準備－舊體制下降時，新秩序運動開始蓬勃發展。

這個時期舊體制的社會矛盾激烈化，統治階級的道德淪喪、士氣低落，人民的服從心與忠誠度減弱，極易演變成暴力統治，而「惡法」更是層出不窮，堆積如山。統治階級強調「實定法的正義」，高唱「惡法亦法」。反之，革命勢力則訴諸「自然法的正義」，鼓吹「惡法非法」觀念，並倡導抵抗權或革命權，試圖藉以建立本身的正當性，進而摧毀舊體制。

2.變革期－革命勢力能否成功，取決於各種時空條件；惟一旦成功，即須進行體制的變革。一方面運用各種手段，破壞舊體制，瓦解殘存的舊勢力；他方面爲了建立新的法秩序，由本身推動制憲權的行使，將革命主體的價值實定化。因此，新憲法的制定，是本時期的一大特徵。

3.安定期－新憲法制定後，開始建立法規體系，以統合各種政治、經濟及社會因素。本時期中合法性與正當性（此處正當性的根據，重點在於人民的支持，與後述憲法的正當性不盡相同）結合，法體系充分發揮社會統制的機能。統治體制若能維持經濟的安定與成長，滿足人民的要求，獲得普遍的支持與忠誠，則法秩序進入繁榮期。這種繁榮狀態究竟能夠持續多久，除繫於統治當局的智慧與努力外，亦視人民的要求及各種政治、經濟與社會條件而定。不過，任何國家殆皆不可能永遠維持繁榮與安定。當階級的對立關係升高，社會矛盾惡化，而耽於現狀的執政當局卻無法提出有效對策，以求解決，則體制開始滑入下降期。法體制若不能適應變動的社會條件與民眾需求，即使表面秩序仍然維持，其正當性卻已減弱。

4.死喪期－法秩序的正當性減弱，取而代之的是暴力統治。執政當局爲了保住政權，不擇手段，動輒發動國家緊急權，強調