

# 《海峽兩岸交往綜合性框架協議》(建議稿)

周葉中、段 磊\*

兩岸交往是指大陸和台灣以各種方式進行溝通、接觸和交流的過程，它包含兩岸民眾之間的交往和兩岸公權力機關之間的交往兩個層次。2008 年以來，隨着兩岸關係和平發展的逐漸深入，兩岸之間的交往日趨多元、複雜。因此，運用法治思維，積極構建兩岸交往機制，促進兩岸在各層次交往的常態化和制度化，對於增進兩岸民眾情感，強化兩岸交往聯繫，積累兩岸政治互信等均有着重要現實意義。兩岸協議作為“兩岸法制”<sup>1</sup>的重要構成部分，能夠在一定程度上將兩岸既有的共識予以固化，並對大陸和台灣產生現實約束。在這種情況下，兩岸有必要凝聚共識，以平等協商的方式共同構建體系化的兩岸交往機制，促進和保障兩岸各層次的交往，形成超越於一般事務性議題之上的“兩岸交往綜合性框架協議”，為兩岸交往機制的規範化提供法理基礎。為此，我們在長期進行兩岸關係和兩岸交往機制研究的基礎上，依託“兩岸大交往機制”<sup>2</sup>的理論框架，草擬了《海峽兩岸交往綜合性框架協議》(建議稿)，以期助益於大陸和台灣早日就兩岸交往問題形成制度性協議，促進和規制兩岸交往行為，使大陸和台灣逐步形成“不因領導人的改變而改變，不因領導人注意力的改變而改變”的法治化的兩岸關係。

## 序言

為促進海峽兩岸關係和平發展，保障兩岸交往有序進行，基於互信互諒、平等互利、循序漸進的原則，海峽兩岸關係協會與財團法人海峽交流基金會就雙方交往事宜，經平等協商，達成協議如下：

[釋義]序言部分是兩岸協定的傳統內容，主要對本協定的目的、談判與簽署協定的原則、主體和名稱等基

本問題進行說明。具體而言，本協定的序言主要規定下列內容：一是協定目的。作為構建兩岸關係和平發展框架的重要文件，兩岸交往綜合性框架協定的根本目的在於保障兩岸交往的有序進行，進而達到凝聚共識，拓展兩岸互信的目的。因此，此處將協定目的表述為“保障兩岸交往有序進行”。二是協定談判和簽署的原則。按照兩岸協定的慣例，兩會在協定談判和簽署的過程中處於平等地位，因而此處確立“互信互諒、平等互利”為達成協議的原則。三是協議主體。自 1993 年以來，各項兩岸協定的談判和簽署主體均為兩岸兩會，這種兩會事務性協商機制已成慣例，因此，此處的協議主體仍規定為“海峽兩岸關係協會與財團法人海峽交流基金會”。四是協定名稱。兩岸在兩會機制下形成了協議前冠之以“海峽兩岸”的慣例。這一慣例在本協議中並無修改必要，宜繼續沿用。因此，本協議的名稱確定為“海峽兩岸交往綜合性框架協議”。

## 第一章 總則

### 第一條 兩岸交往的目標

本協定的目標為：

一、增進雙方之間的各層次交往，保障雙方交往的有序進行。

二、擴大雙方在交往過程中的合作領域，建立更加廣泛的合作機制。

三、通過規範雙方交往秩序，進一步維護和拓展兩岸關係和平發展的良好局面。

[釋義]本條規定本協定的目標。兩岸協定的目標條款是整個協定的基本條款，它既為整個協議的具體規定指明方向，又為協議在適用過程中存在疑問時提供指導。在兩岸協議中，自《海峽兩岸農產品檢疫檢

\* 前者為武漢大學副校長；後者為武漢大學法學院博士研究生

驗合作協定》起，各項協定均以不同方式設置目標條款，且一般置於協議的第一條或第一章中。基於目標條款對協定的重要意義和近年來兩岸協議形成的傳統，本協定亦將目標條款置於全文第一條。本協定所規定的三項目標是對協定性質、內容、功能等基本思路、基本精神予以總結，並分層遞進進行的規定。

第一，本協定作為規制兩岸各層次交往機制的基礎性協定，為兩岸各層次交往提供基本準則、形成健康的交往秩序無疑是協定的首要目標。因此，本條確定“加強和增進雙方之間的各層次交往，保障交往的有序進行”為協定的第一項目標。

第二，本協議以構建兩岸大交往機制為指導思想，因而有效整合和擴大兩岸現有的交往範圍，擴大雙方合作領域亦應當是本協定的當然目標之一。可以說這是兩岸實現有序交往的必然結果。因此，本條將“擴大雙方在交往過程中的合作領域，建立更加廣泛的合作機制”確定為協定的第二項目標。

第三，除上述兩項目標外，本協定在整個兩岸關係和平發展框架中無疑也具有重要作用。一方面，作為兩岸關係和平發展框架的重要組成部分，兩岸交往機制的形成，將為整個發展框架的完善提供動力支援；另一方面，由於兩岸交往對於兩岸各領域互信的強化具有重要作用，因而兩岸交往機制的形成和拓展亦將為兩岸關係和平發展創造更好的內在條件。因此，本條在前兩項目標基礎上將“進一步維護和拓展兩岸關係和平發展的良好局面”確定為協定的第三項目標。

## 第二條 兩岸交往的合作範圍

雙方同意本着平等互惠原則，就兩岸交往事宜，加強在包括但不限於下列領域的交流與合作：

(一)雙方民間交往的制度安排，包括雙方民間往來的規定、待遇、標準等問題的交流與合作。

(二)雙方公權力機關交往的制度安排，包括雙方公權力機關往來的原則、規則、名義，雙方公權力機關以議題為核心的合作機制等問題的交流與合作。

[釋義]本條規定協定的合作範圍。在兩岸大交往機制的整體安排下，兩岸就雙方交往這一議題的合作範圍，明確為主要涵蓋雙方民間交往的制度安排和雙方公權力機關交往的制度安排兩個構成部分。在兩岸大交往機制中，兩岸交往的主體是兩岸民眾，其主導者是兩岸公權力機關。兩岸民間交往機制包含兩岸民眾在經貿、投資、旅遊、就業、就學、文化交流、探親、婚姻等各個方面的交往，其政治色彩較為淡薄，

受兩岸政治關係變動的影響較小。對兩岸民間交往機制而言，最重要的內容應當包含兩岸就上述民間交往領域中的法律規範、給予對方居民的待遇、標準等問題的交流與合作等。因此，本協定規定兩岸就民間交往制度安排的合作，應包括雙方民間往來的規定、待遇標準等問題。兩岸公權力機關交往機制則是兩岸在政治上存在分歧的情況下，為處理涉及公權力運作的兩岸事務性問題而產生的一種交往機制。目前兩岸公權力機關交往機制包含作為兩岸公權力機關“白手套”的兩會交往機制和剛剛建立的大陸和台灣兩岸事務主管部門溝通機制等具體制度。對於兩岸公權力機關交往機制而言，其正常運行受到兩岸間政治分歧的影響較大，同時亦受到兩岸公權力部門體制設置不一等制度困境的影響，因此在構建這一機制時，應充分考慮“非政治化”和體制對應等現實問題。因此，本協定規定兩岸就公權力機關交往制度安排的合作，應當包括對雙方交往過程中的“非政治化”問題加以消解的雙方交往之原則、規則、名義等問題，以及對體制對應問題加以消解的以議題為核心的合作機制構建等問題。

## 第三條 兩岸交往的基本原則

一、雙方以適當方式鼓勵和支援民間交往的開展，並遵循下列原則：

(一)雙方承諾就兩岸民間交往過程中的相關事項展開持續協商；

(二)雙方對兩岸民間交往的單方規制應以有利於民間交往的開展為原則；

二、雙方公權力機關應以雙方商定的、適當的名義和方式開展交往，並遵循下列原則：

(一)雙方尊重彼此在各自領域內的管轄權；

(二)雙方公權力機關在開展業務交往活動中，不涉及政治問題。

三、在雙方交往中出現上述原則無法涵蓋的現實問題時，由雙方以協商方式解決。

[釋義]法律原則是指可以作為規則的思想基礎或政治基礎的綜合性、穩定性的原理和準則。<sup>3</sup>對本協定而言，協定的基本原則構成協定各項具體條款的根基，其效力涵蓋整個協議。結合兩岸交往實踐，本條擬設計三項內容作為本協定的基本原則，其中兩項分別規制兩岸民間交往和兩岸公權力機關交往，一項對整個兩岸交往機制進行兜底性規制，具體說來：

第一，本條規定了兩岸民間交往的基本原則。兩岸民間交往是兩岸交往中數量最大也最活躍的交往形

式。本條提出，兩岸應持有共同“鼓勵和支持”兩岸民間交往的基本態度，並遵守兩項基本原則：其一，由於兩岸民間交往涉及兩岸民眾往來中的各種問題，其內容紛繁複雜，故本條首先規定了雙方就民間交往中產生的相關事項進行繼續協商的原則，即明確兩岸將以協商方式解決兩岸民間交往問題，以強化兩岸在這一領域的共識決策方式，避免過去純粹的單方決策所導致的各類問題，從而作出有利於兩岸民眾交往的制度安排。其二，在提倡兩岸以共識決策解決兩岸民間交往中各類問題的同時，協議並不完全否認大陸和台灣單方決策的重要意義，但協議對兩岸單方決策進行了原則性限制，即兩岸做出的單方面規制應以有利於兩岸民間交往的開展為原則，以避免兩岸其中一方刻意限制兩岸交往情況的出現。

第二，本條規定了兩岸公權力機關交往的基本原則。本協議試圖以“兩岸間”這一概念作為指導構建兩岸公權力機關交往機制的理論基礎。<sup>4</sup>以“兩岸間”概念為指導的兩岸公權力機關交往機制，就是以對兩岸現有治理權力邊界的尊重為基礎，將政治問題與現實中的共同治理相分離以適應兩岸現實的一種方案。<sup>5</sup>在這一方案指導下，兩岸應“以雙方商定的、適當的名義和方式”開展交往，並遵循以下兩項基本原則：一是雙方應尊重彼此在各自領域內的管轄權。尊重對方現有治理權力是兩岸公權力機關展開交往與合作的基礎，為盡量規避“主權”、“治權”等政治敏感性較高的用語的使用，本條以“管轄權”來描述雙方在各自領域內的治理權力，並以“尊重”代替“承認”，用以描述(而非規定)大陸和台灣對待對方治理權力的基本態度。二是雙方交往中的非政治化原則。在“兩岸間”的理論架構之下，兩岸公權力機關交往、合作的主要目的是解決兩岸事務性問題，故應盡力去除兩岸公權力機關在雙方交往過程中的政治屬性，達到“政治脫敏”的效果。因此，本條明確了雙方公權力機關交往的主要目的，即“業務交往”，明文要求雙方避免涉及政治問題。

第三，本條規定了雙方協商解決未盡事宜的基本原則。在海峽兩岸的交往活動中，可能出現各種各樣的現實問題，這些現實問題可能超越兩岸在簽署協議時的預料。因此，除規定兩岸民眾和兩岸公權力機關交往的基本原則外，本條還設置了兜底性條款，即當發生上述原則無法涵蓋的現實問題時，由兩岸以協商方式解決的規定。

## 第二章 兩岸民間交往的制度安排

### 第四條 兩岸雙方尊重對方民商事法律制度

兩岸雙方尊重對方民商事法律制度，並致力於共同建立區際法律衝突規範，以解決雙方在民商事法律規則中存在的差異。

雙方承諾，己方居民在對方領域內時，遵守對方之民商事法律規定。

[釋義]在一定時期內，囿於兩岸之間存在的“承認爭議”，大陸和台灣均不承認對方制定的法律規範，亦不認為己方居民在對方領域內應當遵守對方制定的相關法律規定。在兩岸交往隔絕的情況下，這種不承認態度對兩岸民眾基本權利的保護並無太多影響。然而，在兩岸民眾交往日盛的時期，這種不承認態度則不僅無法在實踐中得到切實執行，亦不利於兩岸民眾的個人權利在對方領域內獲得有效保障。

在兩岸打破隔絕狀態、雙方民間交往日趨密切的情勢下，台灣方面對兩岸政治關係定位發生了改變，以“一國兩區”為基礎制定了作為其調整兩岸事務基本法律的“兩岸人民關係條例”。在“兩岸人民關係條例”中，台灣方面開始允許適用“大陸地區之規定”<sup>6</sup>，間接承認了大陸地區民事法律在台灣地區的可適用性。與此同時，大陸方面亦在考慮到兩岸民眾交往日盛的情況下，逐漸改變其對待台灣地區法律規定的態度，有條件地承認了台灣地區相關法律規定在大陸的可適用性。2010年最高人民法院《關於審理涉台民商事案件法律適用問題的規定》的出台，實現了大陸對台灣地區民事法律的適用效力從間接承認到直接承認的轉變<sup>7</sup>，這對於解決兩岸交流中產生的各類糾紛，明確法律適用問題，具有重大實踐意義。2009年，兩岸簽署《海峽兩岸共同打擊犯罪和司法互助協定》，為兩岸在司法互助方面的合作提供了規範依據。這體現出兩岸嘗試以共識決策方式解決雙方在司法領域之中的合作的基本態度。總之，兩岸已在實踐中對對方民商事法律規範的適用性持承認態度，且已開始了致力於強化雙方在民商事司法活動中互助合作的實踐，故本條對這一實踐中的既有現象加以確認，規定雙方尊重對方民商事法律制度。

在承認對方民商事法律規範適用性的基礎上，構建兩岸區際法律衝突規範成為兩岸必須面對的現實問題。所謂區際法律衝突，就是在一個國家內部不同地區法律制度之間的衝突，或者說是一個國家內部不同法域之間的法律衝突。<sup>8</sup>由於兩岸分屬兩個不同法域，在兩岸交往過程中，自然會產生區際法律衝突問

題。從法理上講，要解決區際法律衝突問題，可以採用制定全國統一的區際衝突法、各法域分別制定各自的衝突法、類推適用國際私法、適用與解決國際法律衝突基本相同的規則和制定統一實體法等方式。<sup>9</sup> 在兩岸當前尚處於政治對立的形勢下，雙方很難以全國統一制定衝突法或實體法的方式解決兩岸間存在的區際法律衝突，而由兩岸分別制定各自衝突法、類推適用國際私法或使用與解決國際法律衝突基本相同規則的方式解決區際法律衝突亦會出現一定程度的疏漏。因此，以協定方式推動兩岸各自區際法律衝突規則的趨同化，既能夠取得與全國統一制定區際衝突法相類似的法律效果，又無礙於雙方在政治對立情況下各自維持自己的法制權限，從而能較好地解決兩岸區際法律衝突。因此，本協定規定，雙方致力於共同建立區際法律衝突規範，以解決雙方在民商事法律規則中存在的差異。

在承認對方民事法律規範可適用性的前提下，要求己方人員在對方領域內尊重對方相關法律規定，成為兩岸尊重對方民商事法律制度的應有之義。在大陸，商務部、國家發改委和國台辦曾於 2010 年聯合制定了《大陸企業赴台灣地區投資管理辦法》，該辦法第三條即規定，“大陸企業赴台灣地區投資，應……認真瞭解並遵守當地法律法規……”。按照這一規定，大陸已經在法律規範中明確了己方居民在台灣地區遵守當地法律規範的義務。這種義務的確立是出於對台灣地區既有社會秩序的尊重，亦是出於對大陸赴台居民個人權利的保護。因此，本協議所規定的，“雙方承諾，己方居民在對方領域內時，遵守對方之民商事法律規定”之條文，亦是對兩岸既有規定的一種確認與拓展。

在區際私法中，適用其他法域的民商事法律，只是為了保護私人的民商事利益，並非對該法域國際政治和法律地位的認同。<sup>10</sup> 因此，大陸方面允許在發生區際法律衝突時適用台灣地區法律，要求己方居民在台灣地區遵守當地規定，並非是對台灣“主權”或“治權”的承認，而是將台灣地區法律重新視為“一個中國”法律體系的一部分，將台灣地區法律視為保障當地秩序的規則。然而，這種要求己方居民在對方領域內遵守對方法律法規的規定，目前僅限於個別領域，並未形成概括性規定，而這種零散的規定方式已無法滿足現實需要。因此，本條確立了大陸和台灣應要求“己方民眾在對方領域內遵守對方民商事法律規定”的概括性原則，以保障兩岸民眾在對方領域內的活動，不對對方領域內的既有社會秩序產生影響。

### 第五條 兩岸雙方居民在對方領域內的法律地位

雙方承諾，雙方居民在對方領域內享有不低於對方居民之法律地位。

[釋義]隨着兩岸交往日益深入，兩岸居民前往對方領域內婚嫁、探親、旅遊、投資、就學、就業等活動日益頻繁。在這一背景下，大陸居民在台灣的法律地位和台灣居民在大陸的法律地位，成為兩岸關係和平發展中的一個新問題。在大陸，台灣居民在法律上具有“中國人”的身份，在實踐中享有“視同公民”即與大陸人民相當的法律地位，基本上享受到“國民待遇”，在個別領域還享有“超國民待遇”。<sup>11</sup> 但是，受到兩岸政治對立的影響，在大陸生活、工作、居住的台灣居民仍受到一定程度的“區別管理”，因而其所享有的權利也在一定程度上受到限制。在台灣，關於大陸居民在台灣地區的法律地位問題，其“兩岸人民關係條例”做出了較為細緻的規定，其內容涉及大陸人民在台灣地區法律地位的原則性規定、大陸居民入境台灣地區、大陸人民在台灣地區居留、定居、就業、從事商務或觀光活動、擔任公職或登記為公職候選人、擔任涉密職務、組織政黨、從事投資、就學等事項。<sup>12</sup> 總之，在“兩岸人民關係條例”中，台灣當局以“確保台灣地區安全與民眾福祉”為由，通過各類限制性規定，確立了大陸人民在台灣地區有別於台灣人民的法律地位。近年來，儘管台灣地區“司法院”透過一系列“大法官解釋”，部分修正了這種區別對待的限制性規定，確立了適用於大陸人民人身自由、遷徙自由和收養領域的同等對待原則，但總體而言，大陸人民在台灣地區的各项基本權利之行使仍處於受限狀態。<sup>13</sup>

確認兩岸居民在對方領域內有不低於對方居民的法律地位，有利於促進兩岸民眾的日常交往，保障兩岸民眾在對方領域內的基本權利。目前，在部分兩岸協定中，零散地規定了兩岸居民在對方領域內的法律地位問題，如《海峽兩岸投資保護和促進協議》中即規定，“一方應確保給予另一方投資者及其投資公正與公平待遇，並提供充分保護與安全”，但此類規定僅散見於兩岸簽署的幾項專項協議，其保護範圍極其有限。因此，站在增進雙方民眾交往的角度，兩岸應當盡快以專門協定(或協定條款)概括性地確認兩岸居民在對方領域內的法律地位，全面推行同等對待原則。因此，本條以“雙方居民在對方領域內享有不低於對方居民之法律地位”的表述方式確認這一原則，以滿足兩岸關係發展過程中雙方民眾的現實需要。

### 第六條 兩岸共同促進民間交往

一、為實現共同促進兩岸民間交往之目的，雙方同意加強包括但不限於以下合作：

(一)兩岸居民在對方區域內居留和定居時產生的各類問題；

(二)兩岸居民之間在婚姻、撫養、贍養、收養、繼承中產生的各類問題；

(三)兩岸居民在對方區域內就學、就業中產生的各類問題；

(四)兩岸居民在對方區域內進行經貿活動、投資活動中產生的各類問題；

(五)兩岸居民在對方領域內進行文化交流活動和社會組織交流活動中產生的各類問題。

二、雙方應盡速針對本條合作事項的具體計劃與內容展開協商。

[釋義]兩岸民間交往機制所涉及的，乃是兩岸交往中數量最龐大、形式最活躍的交往形式，也是與兩岸民眾福祉關係最密切的交往形式。因此，在確定兩岸民商事法律規定的合作原則和兩岸給予對方居民在己方領域內享受同等待遇的原則後，本條以列舉方式規定了雙方在兩岸民間交往領域中應重點強化合作的具體領域。依照民事活動的範圍不同，本條分別規定了雙方應強化合作的領域，具體包括兩岸居民在對方區域內居留、定居、就學、就業、進行經貿活動、投資活動、文化交流活動、社會組織交流活動中產生的各類問題，兩岸居民之間婚姻、撫養、贍養、收養、繼承中產生的各類問題等。當然，本條亦明確指出，雙方加強合作的領域“包括但不限於”上述領域。這一規定為雙方在未來民間交往中出現其他不屬於上述條款羅列之問題時，繼續進行合作提供了依據。除此之外，本條還專項規定，雙方應盡速針對上述問題展開具體協商，從而明確了雙方在上述領域進行後續協商，簽署本協定之後續協定的義務。

## 第三章 兩岸公權力機關交往的制度安排

### 第七條 兩岸公權力機關交往平台的構建與維護

兩岸雙方致力於共同促進公權力機關之間的業務往來，以實現促進和保障雙方民間往來、維護兩岸關係和平發展之目的。

雙方公權力機關得通過包括但不限於以下之平台進行交往：

(一)海峽兩岸關係協會與財團法人海峽兩岸交流

基金會之商談機制；

(二)雙方兩岸事務主管機構之溝通機制；

(三)雙方共同認可的其他溝通機制。

雙方致力於共同構建和維護上述交往平台，並視情況需要，進一步拓展雙方交往渠道。

[釋義]本條規定兩岸公權力機關交往平台的構建與維護機制。所謂交往平台，即由兩岸以共識形式構建的能夠為雙方提供常態化的理性溝通機會的制度安排。<sup>14</sup> 在歷史上，兩岸公權力機關之間曾通過兩岸兩會、個案授權民間組織、行業組織和兩岸事務主管部門等渠道進行過交往。目前仍在運行的渠道包括兩會事務性商談機制和兩岸事務主管部門溝通機制。這兩種兩岸公權力機關間的交往機制，既有分工上的區別，又可以相互彌補與配合，共同發揮着保障雙方公權力機關溝通、交流的功能。

自1991年以來，兩岸兩會接受雙方當局授權，通過平等協商，簽署了21項事務性協定。兩岸透過這一平台，就雙方共同關心的事務性議題充分交換意見，形成兩岸共識，並以協議形式將兩岸共識予以固化。因此兩會事務性協商機制的主要功能，在於解決兩岸之間的眾多事務性問題，保障雙方在事務性議題上的溝通與合作。與歷史悠久的兩會機制不同，大陸和台灣兩岸事務主管部門之間的溝通渠道剛剛建立，大陸國台辦主任張志軍與台灣陸委會主委王郁琦在2013年APEC會議短暫寒暄，並於2014年2月和6月完成互訪，宣告雙方建立常態互訪機制。從雙方兩次正式會談的實踐來看，雙方兩岸事務主管部門進行溝通的內容，既涉及兩岸政治性議題，如兩岸領導人會晤等問題，也涉及兩岸事務性議題，如兩岸兩會互設辦事處、兩岸共同推動《海峽兩岸經濟合作框架協定》(ECFA)後續協商等問題。但總體而言，雙方在這一機制中並不涉及兩岸交往中的具體問題，而是宏觀地就雙方的兩岸政策交換意見。因此，兩岸兩會和兩岸事務主管部門這兩套交往機制之間已形成較為清晰的分工，二者相互影響，相互促進，共同構成當前兩岸公權力機關的交往平台。在這一現實背景下，本條對兩岸現有的兩種公權力機關交往平台進行制度確認，要求雙方應共同構建和維護這兩個交往平台，並以“雙方認可的其他交往平台”的兜底性規定，保障了兩岸創設其他交往平台和恢復運行原有交往平台的可能性。最後，本條還為兩岸共同構建除上述幾種交往平台之外的兩岸公權力機關交往機制預留了制度空間，規定雙方“情況需要，進一步拓展雙方交往渠道”。如此一來，本條的設計既保障了兩岸現有公權力機關

交往機制的正常運行，也為雙方在未來開拓新的交往機制，如拓寬兩岸公權力機關直接接觸範圍等提供了可能。

#### 第八條 兩岸業務人員交往的非政治化

雙方業務人員的接觸應以“有關部門負責人”、“執法人員”等名義進行，雙方在交往過程中應避免觸及政治問題。

[釋義]本條規定兩岸公權力機關交往中雙方業務人員交往的非政治化原則。目前，大陸和台灣尚不能就兩岸政治定位問題提出雙方均可接受的方案，因而兩岸間存在的政治分歧無法得到消解，這種分歧的集中表現即是雙方的“承認爭議”<sup>15</sup>。承認爭議在政治上的具體表現之一，便是兩岸互不承認對方公權力機關和政治職位的“合法性”，構成兩岸政權核心的公權力機關和政治職位也為兩岸所否認。<sup>16</sup>然而，隨着近年來兩岸事務性往來逐漸密切，在合作執法、信息溝通等方面，兩岸公職人員之間的直接接觸已經無法避免。自《海峽兩岸食品安全合作協定》以來，絕大部分兩岸協定都將“雙方業務主管部門指定的聯絡人”作為協定的議定事項聯繫主體，在實踐中兩岸協議的具體實施和實施中的溝通均由兩岸各自的業務主管部門進行，因而在兩岸協議的聯繫機制之下，兩岸公職人員亦存在直接接觸的現象。在這些場合，雙方公職人員往往以民間身份，如顧問、專家等，或是以“業務部門主管人員”、“執法人員”等政治色彩較弱的身份進行接觸。兩岸共同堅持的這種以非政治化方式處理兩岸事務性問題的默契，充分體現出雙方的務實態度，為雙方聯繫、接觸的順利進行，避免政治分歧帶來的負面影響提供着重要支援。然而，兩岸這種在業務往來中以“非政治化”方式處理相互間關係的方式，卻僅僅是雙方的一種政治默契，而並無正式制度加以明確。我們認為，應當以協議形式，將這一“政治默契”加以明確，以保證雙方業務人員的正常往來。因此，本條明確規定，雙方業務人員在交往過程中，應當避免觸及政治問題，並明確雙方交往過程中的身份為“有關部門負責人”、“執法人員”等。

#### 第九條 兩岸城市交往

雙方支持兩岸城市之間的友好交往，雙方共同致力於建設兩岸城際友好關係，鼓勵雙方簽署城際事務性合作協定和備忘錄。

[釋義]本條規定兩岸城市之間的交往機制。城市是兩岸各自地方政權的組成部分，也是雙方公權力機

關交往的構成單元之一。在當前兩岸存在的“承認爭議”之中，雙方爭議的核心集中於中央層面，即“一個中國”問題，大陸對於台灣地區地方政權的合法性並不否認，在兩岸城市交往的實踐中，亦以“市長”、“縣長”名義，稱呼台灣地區地方行政機關負責人。因此，兩岸城市間公權力機關的交往成為兩岸在存在較大政治分歧的情況下，雙方實現直接接觸和往來的一個突破口。在台灣方面“政黨輪替”已成常態的今天，拒不承認“九二共識”的民進黨重新在台執政並非沒有可能，這將可能重新阻斷大陸和台灣當局“中央”層面交往的渠道。然而，在台灣“地方”層面卻極難出現一黨壟斷全部縣市執政權的局面。因此，構建兩岸城市間交往機制，能夠在兩岸出現特殊政治局勢的情況下，為兩岸提供另一條公權力機關之間的交往渠道。

在實踐中，兩岸多個城市間建立了友好關係。如上海市與台北市、南京市與新北市、富陽市與基隆市、龍岩市與桃園市、漳州市與台南市等。其中尤以上海市與台北市之間的交往最為密切。自2000年起，兩市就開始輪流舉辦城市論壇，兩市市長亦曾進行過互訪。2011年7月，台北市市長郝龍斌訪問大陸，參加“上海—台北城市論壇”，與上海市市長韓正舉行會晤，雙方簽署教育、衛生醫療、旅遊合作交流合作備忘錄。<sup>17</sup>我們認為，作為兩岸公權力機關交往機制的一項重要渠道，兩岸城市間交往機制，包括雙方以備忘錄形式進行合作的方式應當被固定下來，以成為兩岸間一種制度化的交往方式。因此，本協定專條規定兩岸城市間交往機制，鼓勵和支持雙方城市簽署城際事務合作協定和備忘錄。

### 第四章 本協議的實施條款

#### 第十條 本協議的實施主體

一、雙方成立“兩岸交往合作委員會”(以下簡稱委員會)，作為協調本協定相關事務性問題的兩岸跨區域共同機構，負責本協定及其後續協定的實施。

二、委員會由雙方指定代表組成，委員會每半年召開一次例會，必要時經雙方同意可召開臨時會議。

委員會下設秘書處，作為委員會的常設機構，秘書處成員由雙方指定人員組成，秘書長由雙方各自指派一人共同擔任。委員會秘書處可依照委員會指示，執行委員會所承擔的事務。

三、委員會的權限包括：

- (一)本協定後續協定的協商；
- (二)監督並評估本協定的執行情況；
- (三)通報有關本協定的相關信息；
- (四)就本協定及其後續協定的解釋、修改問題進行協商。

四、本協定相關後續協定的達成和協定解釋、修改文本的簽署，由海峽兩岸關係協會與財團法人海峽交流基金會負責。

[釋義]本條規定本協議的實施主體。從兩岸協定的傳統來看，協議議定事項<sup>18</sup>的實施往往需要通過雙方設定的聯繫主體進行溝通協調。這種聯繫主體既可以是由兩岸各自設置的民間機構，也可以是兩岸業務主管部門指定的聯絡人。然而，這種聯繫主體機制卻無法克服兩岸業務主管部門設置中存在着體制不統一的問題。在現有的兩岸協議中，經常出現大陸多個業務主管部門聯繫台灣一個部門，或大陸多個業務主管部門聯繫台灣多個部門的情況。這種多重聯繫的情況對於兩岸協定實施中的暢通聯繫較為不利。因此，ECFA在原有兩岸協議聯繫主體制度的基礎上，創設了“兩岸經濟合作委員會”這一機構。其代表由兩岸各自指定，一般為兩岸各自負責協議相關事宜的業務部門主管人員，其職能包括協議後續協商、監督、評估、解釋、爭端解決等。ECFA設置的這種綜合性協議聯繫機制，很好地解決了兩岸業務主管部門體制不統一帶來的聯繫困境。然而由於種種原因，兩岸經濟合作委員會在實際運行過程中，逐漸演變為無實體機構的一個對話平台，且這一平台“不發出共同的結論文件及不發出共同的共識內容”。兩岸經合會這一原本可以成為兩岸協議實施主體的機構被“虛化”了，這就使其原本可以發揮出的職能，尤其是監督、評估協定執行情況等需由實體機構完成的職能受到很大限制。

因此，本協定在對協定實施機構進行安排時，採取了在兩岸經合會模式基礎上，對其進行適當修正的方法，設置“兩岸交往合作委員會”，以適應本協定對其職能設定的需求。具體來說，“兩岸交往合作委員會”對兩岸經合會模式的修正包含以下幾點：一是設置委員會秘書處，作為委員會常設機構，秘書處成員亦由雙方指定，可由雙方分別選出一位代表擔任秘書處共同秘書長。作為常設機構，委員會秘書處可以承擔監督、評估協定實施、通報信息等需由常設機構完成的任務，並為委員會召開會議提供協助。二是明確委員會僅負責後續協定、協定解釋、修改的“協商工作”，亦即是說，明確委員會在這些重要職能行使過程中的“協商平台”屬性，以保證兩岸兩會在上述

問題上的主導地位，避免再次出現兩岸經合會屢遭台灣地區部分人士質疑權力過大，超越監督的境況。<sup>19</sup>與此相適應的是，本條明確規定，本協定相關後續協定的達成和協定解釋、修改文本的簽署，由兩岸兩會負責實施。三是出於同樣理由，取消了兩岸經合會規定中，其職權“包括但不限於”的表述，將兩岸交往合作委員會的職能限定為協定明確規定的內容。

除上述修正外，本條對於兩岸交往合作委員會的職權設置，基本維持了與兩岸經合會類似的表述，即包括後續協定的協商工作、協定監督和評估、協定資訊通報和協定及後續協定的解釋、修改問題的協商工作。在經過上述調整和完善後，由兩岸交往合作委員會和兩岸兩會共同構成的一套機制，其職能已遠遠超越傳統兩岸協議規定的“聯繫主體”，而更加近似於包含各項協議實施權能的主體，因此本條定名為實施主體。

#### 第十一條 本協議的遵守

雙方應遵守協議。

[釋義]本條規定本協議的效力和效力實現方式。兩岸協定的效力，是指協議的拘束力。在兩岸協議中，一般以“雙方應遵守協定”來規定協定的效力。這一規定一方面以“雙方”迴避兩岸定位問題，以此替代可能導致兩岸爭議的“大陸”、“台灣”、“中共”、“國家”等詞匯，防止出現不必要的問題；另一方面，以“遵守”二字總括協定效力的實現方式問題，至於雙方如何遵守和實施協定，則交由雙方自行決定。這一表達方式能夠較好地表述兩岸協議的效力問題，因而，本條遵循兩岸協議的慣例，保留這一規定。

#### 第十二條 本協議的後續協商

雙方應當盡速針對本協定所規定的各項事宜展開協商，並以達成相關後續協定的方式予以落實。

根據本協定簽署的後續協定，構成本協定的一部分。

[釋義]由於本協議涉及兩岸民間交往、兩岸公權力機關交往的各個層面，因而兩岸很難在短期內就各層面的所有議題達成一致，因此，本協定採取了與ECFA類似的框架協議形式，即雙方先就若干與兩岸交往相關聯的原則性、基礎性議題和未來兩岸交往中出現的各類議題之處理方式達成一致，簽署框架協定，再就框架協定中涉及的各项問題展開具體協商，形成後續協議。因此，本條設定了兩岸就本協議規定的相關事項展開後續協商和簽署後續協議的義務，以促進兩岸盡快將這一框架協議落到實處。

### 第十三條 本協議的監督評估

兩岸交往合作委員會(含委員會秘書處)應定期對本協定及其後續協定的實施進行評估,以監督協定在兩岸的實施情況。

完成相關監督、評估工作後,委員會應及時向兩岸兩會提交評估報告。

[釋義]本條是對兩岸交往合作委員會監督評估協定實施情況這一職能的細化規定。根據以往兩岸協定運行實踐中的慣例,對兩岸協議實踐效果的監督和評估,往往由兩岸各自業務主管部門負責,再由兩會在高層會談時就相關情況交換意見。在第六次“陳江會談”之前,歷次兩岸兩會高層會談,都有總結和檢討前次會議簽署的兩岸協議在近期的執行成效的內容。在第六次“陳江會談”時,兩會高層達成共識,“同意在適當時間由兩會邀集兩岸主管機關,舉行‘兩岸協議成效與檢討會議’,以落實雙方關切議題的實際執行”<sup>20</sup>。自此以後,兩岸兩會先後在2011年和2014年分別在台北和長沙舉行兩次“兩岸協議成效檢討會”,對兩岸協定實施情況進行回顧和檢視。在兩岸簽署ECFA後,ECFA的監督評估工作則由兩岸經合會負責實施。然而,正如上文所言,兩岸經合會因其機構的“虛化”而導致其很難切實執行協議監督和評估工作。因此,本協定所設的協定實施主體——兩岸交往合作委員會設置了作為其常設機構的秘書處。秘書處作為一個實體機構,可以行使委員會的協議監督和評估職能。除此之外,本條還細化規定了委員會的報告職責,即在其完成對協議的定期監督和評估後,應當向兩岸兩會提交評估報告,以便將本協定及其後續協定的實施評估機制與“兩岸協議成效與檢討會議”機制相結合,共同構成系統化的兩岸協定監督評估機制。

### 第十四條 本協議的修改

一、雙方可通過協商方式,以另定協定或換函確認形式對本協議進行變更。

二、雙方可通過協商方式,以另定協定或換函確認方式對本協定的未盡事宜加以補充。

[釋義]本條規定本協議的修改機制。兩岸協議的修改,是指有權修改主體,根據兩岸關係發展的現實情況,對既有兩岸協定的內容進行變更、補充的過程。在現有的兩岸協定文本中,協定的修改機制往往以“協議的變更”和“未盡事宜”兩種形式加以表述。前者係指狹義上對協定內容的修正,後者則指對協議的補充。為方便敘述,本條將這兩類條款統一歸

入兩岸協議的修改機制之中。關於本協定的變更,本條延續兩岸協議的既有傳統,仍規定變更應由“雙方通過協商方式進行”。然而,與以往協定不同的是,本協定明確了協定變更的形式,即“可以另定協議或換函確認形式進行”。這既是對既有兩岸協議變更實踐的一種總結與確認,又是對兩岸協定變更機制的一種規則完善。關於本協議的補充,本條延續了兩岸協議的既有傳統,仍規定對未盡事宜通過協商方式加以補充。而補充未盡事宜的具體形式,亦遵循兩岸協議的慣例,即可以另訂協議或換函形式進行。

### 第十五條 本協議的解釋

本協定由雙方通過協商方式解釋。

(一)協議的解釋應以書面形式作出;

(二)協議解釋一旦做出,即與本協議具有同等效力;

(三)協定解釋涉及本協定嗣後簽訂的後續協定之規定時,其效力適用於該後續協議。

[釋義]本條規定本協議的解釋機制。兩岸協議的解釋,是指有權解釋主體,運用一定的解釋方法與解釋規則,通過對既有兩岸協定文本正確含義的闡釋,使兩岸協議得以有效適用的過程。對兩岸交往綜合性框架協議進行解釋,是適用本協議的重要環節。在目前簽訂的兩岸協定中,所規定的協定解釋機制實際上包含三種模式,即以“爭議解決”條款規定解釋問題、以“協商解釋”條款規定解釋問題和以“機構安排”條款規定解釋問題。<sup>21</sup>

關於本協定的解釋機制,需要明確以下幾個問題:一是關於解釋機制的作成方式。根據兩岸協定的解釋慣例,兩岸間對於本協議的解釋只能通過兩岸協商機制進行。在這一機制之下,本協議的解釋亦應遵循兩會商談機制形成兩岸協議的制度,以協商方式做出,而書面化的形式要求則使這種協商結果更為明確。二是關於解釋的啟動程序。在這種協商機制之下,雙方均可就各自在適用本協定過程中出現的需要對協定進行解釋的問題,提出解釋申請,以便啟動解釋程序。三是關於解釋的效力問題。就本協定而言,基於解釋與被解釋對象具有同等效力的基本原理,對本協議的解釋理應與本協議具有同等效力。同時,由於本協議係針對兩岸交往機制達成的框架性協定,在本協定之後將會達成若干後續協議,以貫徹實施本協議的要求,因此本協議的解釋若涉及後續協議,則解釋的效力應當及於該後續協議。

### 第十六條 本協議的接受與生效

本協定簽署後，雙方應各自完成相關程序並以書面形式通知另一方。本協議自雙方均收到對方通知後次日起生效。

本協議於X年X月X日簽署，一式四份，雙方各執兩份。四份文本中對應表述的不同用語所含意義相同，四份文本具有同等效力。

[釋義]本條規定本協議的接受和生效辦法。兩岸協議的接受是指兩岸依照各自規定，通過一定方式使本屬於民間私協定的兩岸協定，具有規範意義上的法律效力的過程。<sup>22</sup> 由於兩岸協議在形式上仍屬於兩岸兩會這兩個民間機構簽署的協議，因而要使其在兩岸範圍內具有相應的法律效力，就必須依照兩岸各自域內法律所規定的接受程序，以實現協定在形式上的轉變。在近年來的兩岸協定中，協定的生效往往採用“完成準備後相互通知生效”的模式，即規定雙方各自完成相關程序後以書面通知對方，協議自雙方均收到通知起生效，實際上是後完成準備的一方通知之日為生效日。<sup>23</sup> 亦即是說，兩岸協議的生效是以雙方接受協定為前提的，當雙方均完成協定接受程序後，協

定方可在兩岸範圍內生效。實踐證明，這種先接受、後生效的表述方式，符合兩岸關係發展實踐，故本協定遵循兩岸協定的慣例，仍採用“完成準備後相互通知生效”的模式，表述協定的接受和生效條款。

兩岸兩會在兩岸事務性談判中是平等關係。這種平等關係不僅體現在談判過程中，亦體現在協定文本中。因此，本協定在保持主體內容不變的情況下，允許在落款順序、紀年表述上，分別設置兩個不同版本。大陸所持版本落款海協會在前，海基會在後，使用公元紀年；台灣所持版本落款海基會在前，海協會在後，使用台灣地區通行紀年，雙方各持有己方版本和對方版本各一份。兩份落款、紀年表述不同的協議，具有同等效力。

[基金項目：2011年度國家社科基金“構建兩岸交往機制中的法律問題研究”(項目編號：11BFX082)；2014年度中央高校基本科研業務費專項項目“兩岸協議實施機制研究”(項目編號：2014106010203)]

### 註釋：

- <sup>1</sup> 兩岸法制是調整和規範大陸和台灣在兩岸關係和平發展過程中各類行為的規範和制度的總稱，其規範構成包括兩岸各自域內涉對方事務法律規範和兩岸協議。見祝捷：《論兩岸法制的構建》，載於《學習與探索》，2014年第7期。
- <sup>2</sup> 兩岸大交往機制是統攝和描述兩岸各種交往機制的總括性概念，它涵蓋兩岸各方面、各層次的交往機制，具體來說，大交往機制包括調整兩岸民眾交往的“兩岸內”交往機制、調整兩岸公權力機關交往的“兩岸間”交往機制和調整兩岸在國際社會交往的“兩岸外”交往機制。見祝捷、周葉中：《論海峽兩岸大交往機制的構建》，載於黃衛平等主編：《當代中國政治研究報告》(第十輯)，北京：社會科學文獻出版社，2013年。由於調整兩岸在國際社會交往的“兩岸外”交往機制的政治色彩較為濃厚，暫不適宜在當前兩岸兩會事務性商談機制下進行規制，因而本建議稿僅涉及對兩岸民眾交往機制和兩岸公權力機關交往機制的規制。
- <sup>3</sup> 李龍主編：《法理學》，武漢：武漢大學出版社，2012年，第127頁。
- <sup>4</sup> “兩岸間”的概念，是在將地理概念上的“兩岸”作為現階段大陸與台灣政治定位模式的基礎之上借用現實主義者對歐洲一體化成果的“政府間”描述經過兩岸特殊語境改造後形成的一種描述兩岸交往的概念。見祝捷、周葉中：《論海峽兩岸大交往機制的構建》，載於黃衛平等主編：《當代中國政治研究報告》(第十輯)，北京：社會科學文獻出版社，2013年。
- <sup>5</sup> 周葉中、段磊：《海峽兩岸公權力機關交往的回顧、檢視與展望》，載於《法制與社會發展》，2014年第3期。
- <sup>6</sup> “兩岸人民關係條例”第41條規定，大陸地區人民相互間及其與外國人間之民事事件，除本條例另有規定外，適用大陸地區之規定。
- <sup>7</sup> 《關於審理涉台民商事案件法律適用問題的規定》第1條規定，根據法律和司法解釋中選擇適用法律的規則，確定適用台灣地區民事法律的，人民法院予以適用。
- <sup>8</sup> 黃進：《區際衝突法研究》，上海：學林出版社，1991年，第48-49頁。

- <sup>9</sup> 黃進：《試論解決國際法律衝突的途徑》，載於《法學評論》，1988年第1期。
- <sup>10</sup> 徐崇利：《兩岸民商事法律衝突的性質及立法設計》，載於《廈門大學法律評論》(第五輯)，2003年。
- <sup>11</sup> 陳動：《台灣居民在大陸的法律地位》，載於《兩岸關係和平發展制度化學術研討會論文集》，2014年9月21日。
- <sup>12</sup> 見“兩岸人民關係條例”第二章。
- <sup>13</sup> 祝捷：《論大陸人民在台灣地區的法律地位——以“釋字第710號解釋”為中心》，載於《台灣研究集刊》，2014年第2期。
- <sup>14</sup> 同註5。
- <sup>15</sup> 祝捷：《論兩岸海域執法合作模式的構建》，載於《台灣研究集刊》，2010年第3期。
- <sup>16</sup> 祝捷：《兩岸關係定位與國際空間——台灣地區參與國際活動問題研究》，北京：九州出版社，2013年，第25頁。
- <sup>17</sup> 《上海—台北城市論壇舉行，共同簽署合作備忘錄》，載於中國廣播網：[http://news.cnr.cn/gnxw/201107/t20110725\\_508281483.shtml](http://news.cnr.cn/gnxw/201107/t20110725_508281483.shtml)，2015年3月11日。
- <sup>18</sup> “議定事項”一詞是兩岸協議針對聯繫主體制度所使用的專門用語，其所指代的正是兩岸協議中規定的具有較高專業性和技術性的具體業務。與“議定事項”相對的是協議的“其他事項”，按照兩岸協議的傳統，協議其他事項的聯繫事宜往往由兩會負責。
- <sup>19</sup> 在兩岸經合會設立後，台灣地區部分“立法委員”不斷提出，兩岸經合會“這種機制的設計未來可能架空行政、立法、司法三權，超越了整個國家的權利，而且看起來是一個違憲的設計，而架空的結果會變成一個超級怪獸”。見台灣地區《“立法院”公報》，第100卷第9期，第318頁。基於此，本協議修正了兩岸經合會相關規定中可能引起誤解的表述。
- <sup>20</sup> 《第六次“江陳會談”概述》，載於海峽交流基金會網站：<http://www.sef.org.tw/ct.asp?xItem=186011&ctNode=3809&mp=19>，2015年3月11日。
- <sup>21</sup> 這三種模式的解釋和概括，見段磊：《論兩岸協議解釋機制的構建與完善》，載於《台灣政局與兩岸關係學術研討會論文集》(北京聯合大學台灣研究院主辦，2014年6月7日，未出版)。
- <sup>22</sup> 周葉中、段磊：《論兩岸協議在大陸地區的適用——以立法適用為主要研究對象》，載於《學習與實踐》，2014年第5期。
- <sup>23</sup> 此種模式見諸於《海峽兩岸經濟合作框架協議》之後的各項兩岸協議。