

國家話語之外的法律規範？

鄭昊、祝捷*

一、引言

2014年3月7日，台灣地區“立法院”初審《海峽兩岸服務貿易協議》。這部簽署於2013年6月21日的協議，是台灣海峽兩岸行政當局就中國大陸和台灣地區的服務貿易合作事宜所達成的協議，也被認為是2008年後中國大陸和台灣地區構建兩岸關係和平發展框架的標誌性成果之一。

台灣地區“立法院”的初審在主要反對黨民進黨的杯葛下陷入混亂。¹主持會議的執政黨國民黨的“立法委員”張慶忠在混亂中宣佈《海峽兩岸服務貿易協議》審查超過3個月，依法視為已審查，送“立法院”院會備查。²此舉引發民進黨籍“立法委員”的強烈不滿，後者呼籲其支持者“佔領”“立法院”議場，由此引發了針對《海峽兩岸服務貿易協議》的街頭學生運動，即“太陽花學運”。這場街頭學生運動持續了1個月，結果之一就是推動台灣領導人——台灣地區現行“憲法”上的名稱為“中華民國總統”——馬英九同意由朝野共同商議制定一部審議和監督兩岸協議的法律。³“太陽花學運”被中國大陸定性為“干擾和破壞”兩岸關係和平發展進程的事件。⁴但考察兩岸協議在海峽兩岸間簽署、審議和適用的實踐就能發現：“太陽花學運”實際上是台灣社會對於兩岸協議各種質疑的一次總爆發，它雖然以極端方式體現了台灣社會對於兩岸協議的各種不滿，但也表明了兩岸協議的法律性質並非沒有值得討論之處。中國大陸和台灣——它們各自的憲制性規定⁵，都認為對方是自己的一部分——兩個互不承認

的政治實體，在交往中盡量迴避使用“國家”的話語，而採取各種替代性的表述，謹慎地處理着相互之間的關係，兩岸協議就是其中的一個產物。兩岸協議，在海峽兩岸這樣一個微妙的場域出現，很難用傳統的國際法和國內法理論去解釋其法律性質，它也暗示了法律規範可能出現了新的類型：一種全球化背景下脫離了國家話語⁶的法律規範。本文從兩岸協議產生的政治背景以及這種背景在法律上的體現發端，對兩岸協議在台灣兩岸以及全球化背景下的法律性質進行討論。

二、主權的重疊宣示：兩岸協議產生的政治背景及這種背景在法律上的體現

1946-1949年的中國內戰，不僅導致中國大陸政權的更迭，而且導致在1945年後短暫統一的整個中國，再次陷入分裂狀態。在中國內戰中失敗的“中華民國”“國民政府”退逃到台灣，這個太平洋上的島嶼原來是中國的領土，在1895年的中日甲午戰爭後，被割讓給日本殖民統治，直至1945年日本宣佈無條件投降後，方根據《波茨坦公告》歸還中國，重新置於“中華民國”“國民政府”的管治之下。中國共產黨的軍隊並未打過台灣海峽，“中華民國”雖失去了中國大陸的全部領土，但保留了台灣島、澎湖列島、金門島和馬祖島以及中國大陸東南沿海的幾個島嶼。中國共產黨在沒有獲得這幾個島嶼的管治權時，就在北京宣佈成立國號為中華人民共和國的新國

* 前者為德國馬爾堡大學法學院助理教授，法學博士；後者為武漢大學兩岸及港澳法制研究中心執行主任，2011 兩岸關係和平發展協同創新中心教授，博士生導師

家，取代“中華民國”。儘管中華人民共和國實際並未對台灣行使管治權，正如“中華民國”在 1949 年後也從未對中國大陸行使管治權一樣，但海峽兩岸都宣稱對方的實際控制範圍在自己的“主權”範圍內。由此，在中國大陸和台灣構成的“整個中國”的區域內，就有了兩個相互重疊的主權，這種特殊的現象被台灣學者張亞中稱之為“主權的重疊宣示”⁷，在某種意義上不僅僅是理論上的闡釋，而且為中國大陸和台灣各自的憲制性規定所認可。

（一）中國大陸憲法肯定的“主權重疊宣示”

在中國大陸，制定於 1982 年的《中華人民共和國憲法》序言第 9 自然段規定：“台灣是中華人民共和國的神聖領土的一部分。完成統一祖國的大業是包括台灣同胞在內的全中國人民的神聖職責。”不僅從憲法的角度，宣示了中華人民共和國對台灣的主權，而且規定從未受到中華人民共和國實際管治的台灣人民，也要承擔實現國家統一的憲法義務。由此，在中國大陸看來，1982 年憲法不僅適用於中國大陸，而且也適用於台灣，因為它為台灣人民也設定了憲法上的義務。1982 年憲法第 31 條還為台灣和平統一後的法律地位預留了制度空間。1982 年憲法第 31 條規定：“國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。”這句話是中國共產黨解決國家統一問題的政策核心——“一個國家，兩種制度”——在憲法上的體現。儘管 1982 年憲法第 31 條並未出現“台灣”的表述，而且這一條文實際上已經在香港和澳門獲得了實施，但中國大陸的官方學者認為，它本來就是為解決台灣問題所準備的，只是因為歷史的緣故，首先適用於香港和澳門問題，至今仍然是和平解決台灣問題的惟一方式。⁸ 2014 年 9 月 26 日，中國共產黨的新領袖習近平還提出了“一國兩制在台灣的具體實現形式”的新理念，表明儘管 1982 年憲法第 31 條在台灣的具體實現步驟和形式可能不同於香港和澳門，但確定無疑仍是一項無可動搖的憲法性制度。

不過，理解 1982 年憲法序言第 9 自然段時，不能僅僅從文本的文義和邏輯來解讀，也不能僅僅依靠對於立憲時原始材料的分析來解釋，還需要借助中國

共產黨的政治領袖的一系列講話來理解。事實上，這些講話已經在第 9 自然段文本沒有改動的情況下，對它的內涵進行了一定程度的修改。這倒並不是說中國共產黨已經放棄了“一個中國”的立場，而是說明中國共產黨已經認識到“中華人民共和國”這個政權符號在台灣獲得認同的難度，開始逐漸用“中國”這個更加寬泛、抽象的國家符號取代之。

這一取代過程，體現為三個“一個中國三段論”的形成。中國共產黨的政治領袖習慣用三個有邏輯聯繫的分句具體化地描述“一個中國”，這種由三個分句組成的、描述“一個中國”的政策表述，因而被簡稱為“一個中國三段論”。第一個“一個中國三段論”出現在 1993 年中國大陸發佈的《台灣問題與中國的統一》（白皮書），即：“世界上只有一個中國，中華人民共和國是代表中國的惟一合法政府，台灣是中國的一部分。”⁹ 第一個“一個中國三段論”與 1982 年憲法序言第 9 自然段的表述基本一致，都強調台灣對於中華人民共和國這個政權的從屬性。1998 年 1 月，時任國務院副總理錢其琛在一個主要由官方學者參與的會議上，提出第二個“一個中國三段論”，即：“世界上只有一個中國，台灣是中國的一部分，中國的主權和領土完整不能分割。”第二個“一個中國三段論”沒有出現“中華人民共和國”的表述，而是強調台灣從屬於一個名為“中國”的“國家”。至於這個“中國”究竟是中華人民共和國，還是“中華民國”，中國共產黨的領袖們認為，這並不是當前最急迫的問題。¹⁰ 第二個“一個中國三段論”的問題是沒有突出台灣和中國大陸的“對等”關係。2002 年 11 月，中國共產黨第十六次代表大會的政治報告提出第三個“一個中國三段論”，即：“世界上只有一個中國，大陸和台灣同屬一個中國，中國的主權和領土完整不能分割。”¹¹ 第一個分句和第三個分句沒有任何變化，第二個分句將原來的“台灣是中國的一部分”改為“大陸和台灣同屬一個中國”，修正了第二個“一個中國三段論”對於台灣與大陸的對等關係突出不足的問題。第三個“一個中國三段論”完整地寫進了 2005 年 3 月由中華人民共和國的最高立法機構——全國人大通過的《反分裂國家法》。值得注意的是，這部法律也是中華人民共

和國惟一一部在正式名稱中不包含“中華人民共和國”這一政權符號的法律。這種法律的命名方法，也表現出在台灣問題的論域內，中國共產黨的民族意識和國家意識要遠遠大於他們的意識形態觀念。當然，中國共產黨的政治領袖只是在不斷地擴大 1982 年憲法序言第 9 自然段的內涵，而不是取消對“一個中國”原則的堅持，因此，中華人民共和國對台灣的主權宣示，並未隨着“中國”內涵的不斷泛化而改變。

(二) 台灣地區現行“憲法”對“一個中國”和“主權重疊宣示”的堅持

在台灣地區，謀求“獨立”已經不是少數人的主張，而是有着巨大影響力的社會思潮。但是，儘管李登輝、陳水扁等台灣地區領導人都曾發表過“獨立”的言論，台灣地區現行“憲法”卻沒有發生任何傾向於“獨立”的變化。事實上，台灣地區現行“憲法”並不是在台灣制定的，而是 1946 年——“中華民國”的“國民政府”當時還設在中國大陸的南京——制定於中國大陸，制定這部“憲法”的代表機關也不是純粹由台灣人組成的“制憲會議”，而是由來自全中國代表組成的“國民大會”。來自台灣的代表只是組成“國民大會”的一個部分，並沒有特殊的地位。

“中華民國”“國民政府”退逃台灣後，這部“憲法”被認為是“中華民國”對全中國“主權”的象徵。“中華民國”“國民政府”謹慎處理着這部“全中國”“憲法”和小台灣的落差，包括：①以“國家遭遇重大變故”為名，允許在中國大陸產生的第一屆“國民大會”全體代表延任，其任期竟被延長至“光復大陸”時為止，事實上，絕大多數台灣人，包括從大陸來的“國民政府”高層官員，也不認為他們能夠“光復大陸”，不過，第一屆“國民大會”任期還是從 1948 年橫跨至 1991 年，長達 43 年之久，堪稱人類議會史上任期最長的議會；②以“動員戡亂”為名，禁止在台灣組織除國民黨之外的其他政黨，也不允許出現“台獨”的主張，主張“台獨”的政黨和言論不受結社自由和言論自由的保護；③在台灣地區保持着“福建省政府”、“新疆省辦事處”、“蒙藏委員會”等與台灣島本身毫無關聯的政府機構，已經獨立並加入聯合國的蒙古國(即外蒙古)在台

灣地區的體制中，也要受到“蒙藏委員會”的管理，這些機構中的一部分至今仍然存在於台灣行政當局的序列中。但是，1990 年後，第一屆“國民大會”代表由於自然凋零而所剩無幾，執政當局為維持對全中國的“主權”，又遲遲不開放台灣選舉。台灣出現了名為“野百合學運”的“民主運動”，職司台灣地區現行“憲法”解釋權的“司法院”作成解釋，廢止了存續 43 年之久的第一屆“國民大會”，開啟了台灣地區“憲政改革”的序幕。¹²

1991 年台灣通過的第一個“憲法增修條文”在第 10 條規定了“兩岸條款”，即：“自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。”這句話創造了兩個有意思的概念：“自由地區”和“大陸地區”。這種劃分顯然不是純粹地理意義上的，而是將冷戰時期高度對立的意識形態，代入了兩岸事務中。不過，“自由地區”和“大陸地區”的區分，其基礎不是台灣的“獨立”傾向，而是對“一個中國”的堅持，這種憲制性規定上“隔離但統一”的狀態，成為台灣地區日後處理與中國大陸事務微妙心理的法律基礎。儘管台灣在隨後 15 年間又發動了 6 次“憲政改革”，但除了在 1997 年第四次“憲政改革”時，將“兩岸條款”的序號從第 10 條改為第 11 條外，對“兩岸條款”沒有任何修改。

與此同時，台灣地區還設計了一種對於“一個中國”的特殊保護機制，即超高的“修憲”門檻。在 2005 年，台灣通過第 7 個“憲法增修條文”，其中規定，有關“獨立”的“國土變更案”和任何試圖修改“憲法”的提案，都必須通過以下程序：①“立法院”全體“立法委員”3/4 以上通過，根據台灣的政黨版圖，這已經是不可能實現的事情了；②通過後的提案需公告 6 個月，可以想像，任何含有“台獨”內容的提案，在這 6 個月內都會受到中國大陸的強烈反對；③公告結束後，舉行由全台灣具有投票權的公民參加的“公民投票”，過半數有投票權的公民參與投票，且投票公民過半數同意，提案方為通過。能夠在上述程序中一一過關的提案，基本上是不存在的。因此，儘管台灣在 1991-2005 年間進行了 7 次“憲政改革”，通過了 6 個“憲法增修條文”¹³，但在 2005 年至今，無一新的“憲法增修條文”出現。不涉兩岸

議題的台灣“政府體制”、地方自治團體地位、政黨分配議席的門檻乃至於台灣少數民族¹⁴的“憲法”地位等都無法獲得修改，更遑論比上述議題都更加敏感的“一個中國”問題。中國大陸的外在壓力、台灣民眾期盼兩岸局勢穩定的內在壓力，以及超高的“修憲”門檻，導致台灣當前體現“一個中國”的憲制性規定幾乎無修改之可能。¹⁵

“司法院”“大法官”是台灣地區另一個對“憲法”有着重大影響的群體，他們對於“憲法”所肯定的“一個中國”原則也採取敬而遠之的態度。在著名的“釋字第328號解釋”中，傾向“台獨”的民進黨籍“立法委員”陳婉真等，要求“大法官”解釋中國大陸是否為“憲法”第4條所稱之“固有疆域”。對於這一棘手的問題，大法官使用了政治問題不審查的原則，認為解釋“憲法”第4條所稱“固有疆域”的含義，是一個政治問題，不應由司法機關作出判斷。大法官的態度，表明通過“釋憲”途徑改變“一個中國”，在可見的未來，也幾乎沒有任何可能性。或許台灣的政治人物、學術界和民眾對於“一個中國”有着不同的認知，而且很多民眾的“中國情結”已經所剩無幾，但“憲法”就是“憲法”，它是台灣至今堅持“一個中國”的法理根據，也是“一個中國”在台灣的法理圖騰。

（三）兩岸協議——國際法還是國內法？

一個世界史上或許只有兩個德國並立時期才會出現的現象，在德國統一後二十餘年間，一直存在於台灣海峽兩岸：兩個互不隸屬的“政治實體”，在各自的憲制性規定上，都認為對方在自己的“主權”所及範圍內，儘管它們都沒有對對方行使任何具有實質意義的管轄權。當然，這並不是用兩德關係類比兩岸關係。儘管有很多台灣學者包括台灣地區領導人馬英九曾經提出用兩德模式解決兩岸問題，但中國大陸對此表示拒絕接受。中國大陸的理由是：①兩者形成的原因、性質不同，兩德問題是外部因素造成的，而兩岸問題是中國內戰遺留的問題，是內政問題；②兩者在國際法上的地位不同，德國的分裂為二戰期間和戰後一系列國際條約所規定，而台灣根據《開羅宣言》等國際條約，已經歸還中國；③兩者存在的實際狀況

不同，兩德是在美蘇對抗的背景下相互承認且並存於國際社會，而中國大陸始終堅持“一個中國”原則，台灣地區現行規定也體現“一個中國”框架，國際社會對於“一個中國”的事實也普遍認同，因此，兩岸關係和兩德關係不能相提並論。¹⁶

在包括中國大陸和台灣的“中國”這片土地上，有了兩個政權符號、兩部憲制性規定和兩個被宣示的“主權”，而且這兩個“政治實體”至今沒有相互承認，它們的公權力機構不能相互往來，各自的法律在對方區域內能夠獲得法技術意義上的適用，相互之間的司法判決和商事仲裁決定甚至都能獲得執行，但仍無法獲得對方的正式承認，台灣居民進入大陸和大陸居民進入台灣都必須辦理相應的證件，其難度並不比跨國旅行中辦理外國簽證低，它們的海關對對方的進出口產品收繳關稅，彼此之間的相互投資均被被投資地比照為“外資”處理。更有意思的是，它們還共同參加了一些重要的國際組織，如國際奧委會、世界衛生組織、世界貿易組織等，只不過台灣所用的名稱需要做適當改動而已。

兩岸之間的關係到底是國際法關係，還是國內法關係？似乎在傳統意義的國際法和國內法理論上，都難以找到合適的解釋框架。中國共產黨的政治領袖一再提出“兩岸政治關係合情合理安排”的呼籲，但到底甚麼是“合情合理”、如何判斷“合情合理”，至今沒有一個明確的答案。台灣地區領導人馬英九創造性地提出“主權互不承認、治權互不否認”的觀點，似乎不僅沒有解決“主權重疊宣示”的問題，反而以這個問題的存續為基礎。這種“主權重疊宣示”的奇怪狀態，導致了兩岸協議無法通過國際法和國內法的既有理論進行解釋和定性。

三、兩岸協議究竟是否法律：中國大陸和台灣各自的實踐

（一）兩岸協議的簽署主體：公權力機構的“民間白手套”

由於中國大陸和台灣都沒有承認對方的“憲法”，因而也否定對方依據“憲法”建立的公權力機

構。¹⁷ 受這種“承認爭議”的影響，中國大陸和台灣無法通過公權力機構的直接對話處理相互之間的交往事務，而在兩德並立時期，不論是聯邦德國還是民主德國，都沒有拒絕與對方的公權力機構接觸。顯而易見，這些交往事務都需要公權力機構的參與才能實現，有些事務本身就具有高度的公權力屬性，如共同打擊犯罪和司法互助。於是，中國大陸和台灣建立了一種特殊的交往機制，即“兩會機制”。“兩會機制”是指中國大陸和台灣的公權力機構都不直接參與兩岸交往，兩岸交往的主體由中國大陸成立的海峽兩岸關係協會(海協會)和台灣地區成立的財團法人海峽交流基金會(海基會)承擔。這兩個機構在外表上都不具有公權力的屬性，而是以民間私法團體的名義活躍於兩岸。在中國大陸和台灣的語言體系中，兩會被稱為公權力機構的“民間白手套”。

台灣地區的海基會成立於1990年11月，根據海基會的章程，其職責是“協調處理台灣地區與大陸地區人民往來有關事務，並謀保障兩地區人民權益”，並“辦理及接受政府委託辦理業務。”台灣處理兩岸交往事務的“兩岸人民關係條例”第4條規定，“行政院”得委託民間機構，處理台灣地區與大陸地區人民往來有關之事務，正式賦權海基會處理兩岸事務的權力。1991年2月，海協會在大陸成立，負責與海基會的交流與聯繫。根據其章程第4條，海協會可以接受中國大陸政府的委託，與台灣的授權團體和人士商談兩岸交往中的有關問題，並可簽訂協議。這兩個機構在外表上都不具有公權力的屬性，而是以民間私法團體的名義開展交往。在中國大陸和台灣的政治語言體系中，海協會和海基會被稱為各自公權力機構的“民間白手套”。事實上，從雙方的政治領袖、政府官員到普通民眾，都清楚兩會只是名義上的民間機構。在中國大陸，海協會由國務院台灣事務辦公室直接管理，會長一般由退任的高級官員擔任。中國共產黨的元老之一、曾經的上海市市長汪道涵，曾任國台辦主任的陳雲林，曾任商務部部長的陳德銘先後擔任海協會的會長。中國大陸大量涉台部門的高級官員在海協會擔任副會長或顧問。2013年4月26日成立的第三屆海協會理事會中，共有5名副會長，其中4名是曾經或現任的國台辦副主任，1名曾任商務部主管

對台貿易的副部長。台灣學者認為，“海協會根本就是(大陸)國台辦為了因應兩岸協商，以民間對民間的模式而給予(國台辦)另一種‘民間團體’的面目”，“實際上它仍是‘政府組織’的本質”。¹⁸ 台灣的海基會情況也與之類似。擔任海基會董事長辜振甫、江丙坤和林中森均擔任過“中華民國”“總統府”或“行政院”的部長級高官。“兩岸人民關係條例”規定，海基會的工作人員都具有公務人員的身份，所有與海協會開展交流的事務或作業，都必須事先獲得台灣地區的“大陸委員會”或其他台灣行政機構的委託和許可。中國大陸和台灣的公權力機構其實從來就沒有缺席過兩岸交往，它們只是戴着海協會和海基會的白手套，用各種沒有公權力屬性的名義(如專家、顧問等)開展談判、簽署協議。這種“隔離但交往”的奇特狀態，不僅從1991年起至今維持了超過20年，而且在可見的未來，仍然是中國大陸和台灣相互關係的真實樣態。

(二) 中國大陸和台灣各自(以立法程序)接受兩岸協議的實踐

中國大陸和台灣畢竟沒有建立直接的公權力機構交往機制，公權力機構對兩會機制的深度介入，也只是兩會內部的工作機制。兩岸協議在名義上，都是以兩會為簽署主體的，因而具有明顯的私人協議性質。如何讓這種私人協議去規範中國大陸和台灣的公權力機構？中國大陸和台灣都採取了類似於主權國家接受國際條約的做法，將這種私人性質的協議，轉化為各自“憲法”所規定的法律體系的一部分。¹⁹ 在中國大陸，不同於中華人民共和國與主權國家簽署的國際條約，兩岸協議不需要經過全國人大或其常委會——中華人民共和國的立法機構——批准。中國大陸的行政機構可以直接將兩岸協議作為行政立法的依據。如國務院知識產權局為實施《海峽兩岸知識產權保護合作協議》，於2010年11月頒佈了《關於台灣同胞專利申請的若干規定》，這種行政立法活動與主權國家將國際條約轉化為內國法的方式極為類似。中國大陸的法院也可以將兩岸協議作為裁判案件的依據。如福建省廈門市海滄區人民法院在審理“中國工商銀行股份有限公司廈門市分行訴廖靜惠等”一案

中，法官在判決書的法律依據部分直接引用了《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》第 1 條第 4 項的規定。²⁰ 中國大陸對於如何將兩岸協議轉化為域內的法律，基本沒有異議，這或許源於中國大陸官方和民眾對於國家統一的情感勝過了對法效力形式正當性的思慮。當然，從一個更加廣濶的視角而言，兩岸協定實際上也構成了中國大陸解決國家統一問題之一貫方針——“一國兩制”——的法理形式，中國大陸實施兩岸協定的方式，實際上也構成了對於“一國兩制”的具體實踐方式，是對於“一國兩制”在台灣問題上的一種創新模式。

台灣對於兩岸協議如何進入“憲法”規定的法律體系，則存在較大爭議。傾向“獨立”的民進黨一直希望將兩岸協議等同於國際條約。1992 年海協會會長汪道涵和海基會董事長辜振甫在新加坡簽署 4 項協議，84 名“立法委員”——超過當時全部 225 名“立法委員”的 1/3——聯署申請“司法院”大法官解釋，要求大法官回答該 4 項協議是否應適用台灣地區立法機構審議國際條約的程序。大法官針對作成的“釋字第 329 號解釋”，明確指出兩岸協議不是國際條約，是否應交由“立法院”審議，不在大法官解釋範圍內。²¹ 該解釋否定了將兩岸協議等同於國際條約的意見，但並未有說明如何將兩岸協議轉化為台灣的域內法。“兩岸人民關係條例”在第 4-1 條和第 5 條規定，如兩岸協議涉及修法或制定新法，需由“行政院”核轉“立法院”審議通過後，方可生效，如兩岸協議不涉及修法或制定新法，則由“行政院”核定後，送“立法院”備查即告生效。比照國際法，台灣實際上是轉化的方式接受兩岸協議，台灣公權力機構所執行者，並非是兩岸協議本身，而是台灣的法律：在立法機構根據兩岸協議修法或制定新法時，公權力機構執行者，是立法機構修改後的法律或制定的新法；在無須立法機構修法或制定新法時，公權力機構執行者，還是原來的台灣法律，與兩岸協議無甚關聯。台灣地區法務部門一份有關《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》的說明，能體現台灣對兩岸協議的態度：“（《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》）相關之合作內容，係在我方現行的法令架構及既有的合作基礎上，以簽訂書面協議之方式，強化

司法合作之互惠意願，同時律定合作之程序及相關細節，提升合作之效率及質量。與對岸律定合作事項涉及人民權利義務部分，均在現行相關法律下執行，未涉及法律之修正，亦無須另以法律定之。”²² 該說明將不涉修法或制定新法的兩岸協議，視為確認中國大陸和台灣合作意願的法律規範，暗示了兩岸協議對台灣公權力機構的約束力，實際上來自於體現兩岸協議內容的台灣法律，而非兩岸協議本身。

“兩岸人民關係條例”還為中國大陸和台灣通郵、通航和通商(即“三通”)事務，設定了一種特殊的接受制度。“兩岸人民關係條例”第 95 條規定，如兩岸協議的內容涉及台灣地區與大陸地區直接通商、通航以及大陸地區人民進入台灣地區工作，則須提交“立法院”審議，但如“立法院”在 30 日內未做成決議，視為通過。2008 年 11 月 4 日，海協會和海基會簽署《海峽兩岸海運協議》，該協議規定：“雙方同意兩岸登記船舶自進入雙方港口至出港期間，船舶懸掛公司旗，船艙及主桅暫不掛旗”，這一規定顯然是為了避免中國大陸和台灣地區因互不承認而引發的尷尬。但台灣地區“商港法”第 45 條規定，“船舶入港至出港期間，應懸掛中華民國國旗、船籍國國旗及船舶電台呼叫旗。”《海峽兩岸海運協議》與“商港法”存在明顯衝突之處。台灣地區“立法院”認為，要麼修改“商港法”，使之符合《海峽兩岸海運協議》，要麼修改“兩岸人民關係條例”，在兩岸事務中排除“商港法”的適用。在一個冗長的法律程序即將開始之時，“行政院”利用“推定通過”的條款，在將《海峽兩岸海運協議》提交“立法院”90 天後，宣佈該協議生效。目前，由中國大陸控制的船舶進入台灣港口，僅懸掛公司旗，而不懸掛其他任何旗幟。但是，不能據此認為，兩岸協議的效力高於台灣法律，因為同樣是這部《海峽兩岸海運協議》，其中有關中國大陸船舶進入台灣港口免除營運稅和租稅條款，因“立法院”未能完成對“兩岸人民關係條例”和相關租稅法律的修改，而被延擱生效。

(三) 台灣內部關於兩岸協議的爭議

與中國大陸內部對於兩岸協議之法律性質的認識比較一致不同，台灣內部對於兩岸協議的法律性質

充滿了爭議。這種爭議影響到了應該使用何種法律程序去接受兩岸協議。按“行政院”的觀點，絕大部分兩岸協議不涉及修法或制定新法，因而都是在核可後提交“立法院”備查。但要求對兩岸協議嚴格審查的民進黨籍“立法委員”，依據“立法院職權行使法”第60條的規定，用聯署的方法，將原本只需經歷備查程序的兩岸協議轉進審議程序。當然，執政的國民黨畢竟佔據着“立法院”的多數席位，兩黨在“立法院”委員會的爭論常常曠日持久，難以達成一致。最終，大部分兩岸協議都根據《立法院職權行使法》第61條的規定，在審議3個月後自動生效。惟一次例外，就是前述的服貿協議。“太陽花學運”導致台灣領導人馬英九被迫同意朝野共同商議，制定一部審議和監督兩岸協議的法律。在台灣地區“九合一”選舉後上台的“行政院長”毛治國選擇同意在完成這部法律的制定之前，停止推動服貿協議的審議活動。²³

2014年4月，台灣地區“行政院”公佈了它所制定的“台灣地區與大陸地區訂定協議處理及監督條例(草案)”，並提交“立法院”審議。這部被稱為“行政院版”的草案並不是惟一一部提交“立法院”審議的草案。幾乎與之同時提交“立法院”審議的，還有民進黨提出的“台灣與中國締結協議處理條例草案”(“民進黨版”)和由48名立法委員提出的“兩岸協定締結條例草案”(“立法委員版”)。有意思的是，這48名立法委員全部來自於民進黨，他們與民進黨黨中央分別提出了各自的草案。其中或許意味着民進黨內部就此問題，也沒有完全達成一致。三個版本的草案，對於兩岸協議採取了完全不同的定性和處理方法。“行政院版”堅持“憲法”和“兩岸人民關係條例”的“一中”立場，認為兩岸協議是大陸地區和台灣地區簽署的法律文件。“民進黨版”則直接將條例命名為“台灣與中國”的締結協議處理條例，並且將協議定性為“兩國協議”。“立法委員版”則保留了台灣在“憲法”上的“國號”，即“中華民國”，也承認中華人民共和國這一政權符號，認為兩岸協議是“中華民國”和中華人民共和國簽署的法律文件，在“一中立場”和“兩國論”之間選擇了折衷。在“立法院”審議和監督兩岸協議的程序上，“立法院”已經不僅僅是一個在兩岸協議簽署後職

司審議權和批准權的機構，還能夠介入兩岸協議的選題、商談等前簽署過程。“立法委員版”草案甚至提出，行政機構在授權海基會進行兩岸協議的商談前，必須向“立法院”報告，並且提交協商計劃書，只有在“立法院”批准協商計劃書後，這種授權才是有效的。²⁴根據“憲法”，與外國締結條約是台灣領導人——“中華民國”“總統”的職權，“立法院”只能在締結條約後，才能對條約行使審議和批准之權。但是，三個草案都規定“立法院”在兩岸協議簽署前，就有權介入。兩岸協議受“立法院”監督的密度，已然超過了國際條約。

那麼，兩岸協議到底是甚麼呢？從中國大陸和台灣各自的實踐中，看不出來雙方對此有何共識。中國大陸至今沒有對兩岸協議的法律性質做一個明確的表態，但實踐中不需要全國人大及其常委會批准的直接適用，已經表明兩岸協議被中國大陸視為一個國內法規範。但是，兩岸協議並不在《中華人民共和國憲法》和《中華人民共和國立法法》規定的法律體系中，甚至也不在中國大陸的中國特色社會主義法律體系中。中國特色社會主義法律體系，是中國大陸在2011年宣佈基本建成的本國法律體系，被認定為中國共產黨依法治國的標誌性成果。台灣對於兩岸協議的處理，更加充滿了矛盾性：它已經被大法官明確地排除出國際法的範圍，但不論是行政機構還是立法機構，也都不認為它是國內法，對它的審議和監督，甚至高於國際法。那兩岸協議到底是甚麼？能否用國內法和國際法的框架來解釋？如果不行，又有甚麼合理的解釋框架，能夠對兩岸協議的法律性質進行界定？

四、國家話語之外的法律規範：全球化背景下兩岸協議的法律性質再討論

(一) 海峽兩岸學者關於兩岸協議法律性質的探討

事實上，兩岸協議的法律性質也是中國大陸和台灣學者討論的焦點。中國大陸憲法學界的權威學者周葉中及其學生段磊認為，兩岸協議是一種共同政策，作用是指導中國大陸和台灣對於各自法律的制定、修

改和廢止，兩岸協議本身並不產生直接的拘束力。²⁵ 這一定位如果在立法領域，無疑是有一定道理的，但無法解釋中國大陸的法院適用兩岸協議的行為。而榮膺讓－莫內教授稱號的中國大陸國際法學權威學者曾令良認為，必須根據兩岸協議所涉及的領域進行定位，而不應當對兩岸協議進行抽象定位，如曾令良給予特別關注的例子，ECFA就是中國大陸和台灣在WTO框架下簽署的區域貿易協議。²⁶ 另一位在中國大陸台灣研究領域享有盛名的杜力夫則認為，兩岸協議是兩岸關係和平發展法治化的具體形式，既不是國際法，也不是傳統意義的國內法，而是國家尚未統一狀態下的特殊法律，即“兩岸法”。²⁷ 本文作者之一祝捷也曾經同意杜力夫的觀點，認為兩岸協議構成了兩岸法制的重要組成部分，不能用國際法和國內法來定性。²⁸ 台灣學者對於兩岸協議的定性，則存在“國際條約”說、“準國際條約”說和“行政協議”說三種。“國際條約”論的代表性人物國際法學者姜皇池認為，兩岸協議從簽署和程序來看，就是國際條約。²⁹ 而兩位台灣憲法學者曾建元和林啟驊卻認為，兩岸協議只是“類似於”國際條約，而不能等同於國際條約，因為中國大陸和台灣在憲法上不是“兩國關係”，而只是一種類似於“國與國”的關係。³⁰ 現任台灣“司法院”大法官蘇永欽認為，兩岸協議不因涉及與管治權所不及的其他政權就變成條約，而是“中華民國”“政府”和其管治權所不及的大陸政府(特別提醒的是，蘇永欽教授沒有用中華人民共和國政府的表述)簽署的行政協議。³¹

上文提到的都是中國大陸和台灣具有代表性的學者觀點。總體而言，主流觀點跳脫不出“國際法”和“國內法”二分的框架，試圖跳脫出這一框架的“兩岸法”、“行政協議”實際上也在使用“類國際法”或“區際法”的思路對兩岸協議進行定性。對於兩岸協議這種客觀存在的法律現象，已經真實地在中國大陸和台灣產生實際作用和激烈爭議的法律規範，如何在法律體系中使之獲得一個準確的定位呢？

(二) 對國內法和國際法的二分及其在全球化背景下的悖論

由於以上的種種情狀，如果暫且拋開兩岸之間多

年形成的眾多內容蕪雜、性質曖昧的協議、共同聲明等文件(本文正是要對它們的產生、性質與前景進行法學上的梳理與研討)，可以想像，台灣海峽兩岸存在這樣一幅法律圖景：首先，由於雙方俱不承認對方的“國家性”(第三方視角下的國家性定義之疑難倒還只是次要原因)，兩岸之間不可能產生國與國之間的國際法，無論其內容是戰爭與和平還是文化、人員與經貿交流；其次，兩岸對對方所主張的、基於自己“主權”及於全中國的認識而產生的國內性政治性訴求——法律性的或非法律性的、憲法性的或非憲法性的——也都面臨着種種理論和實踐上的困境，突出的例如它們為各自主張的主權之下的人民，也就是同一個全中國人民，創設了截然相悖的權利義務，其中包括憲制性的權利義務，而由於上述跨區域、跨治權的有效規範的缺失，在政治性較弱的民商事等領域中，兩岸之間亦難免嚴重隔閡甚至隔絕，這既是曾持續幾十年的真實狀態，也反過來進一步削弱了雙方在兩岸問題上的政治與憲制、法律訴求的現實性。正如現有的跨兩岸文件從這種局面中破冰而出一樣，依照霍布斯從笛卡爾處繼承來的哲學觀與方法論³²，對這些文件淵源與性質的考察，也應當首先置於這幅圖景中進行。

國際法不成立、國內法相悖或缺失，這很容易使人聯想到無法律的自然狀態。霍布斯認為，人在自然狀態(*statu naturali*)中擁有無限的權力，但他們陷於爭戰之中，反而危及了最重要的和平與安全。而由於人的生命在先天上並無懸殊，所以自然爭戰狀態不會以任何人的最終勝利而告終：即便強者也可能被弱者輕易抹殺，因而無人得以真正信任自己的力量超越於他人之上。³³ 出於理性的自我保護，人們選擇通過契約來限制每個人的無限權力。總之，人在自然意義上的平等與理性引出了第一個自然的法則(*das erste natürliche Gesetz*)，即對和平的訴求³⁴，並從它進一步引伸出相互忍耐、利益分配等法則與義務。³⁵ 國家為了加強這些法則在良心上的約束力並締造穩定的和平應運而生，它以國民之間的和平與安全為己任，設立判定好與不好、法與不法、有益與無益的規則，使用對內對外的“劍”，即刑罰與戰爭。³⁶

霍布斯的自然狀態、社會與國家的誕生是政治哲

學、社會哲學與法理學中的經典形象，其意義無需贅述。在本文的主題下，尤其值得注意以下幾點：①國家是社會契約的造物，即較大規模的人際認知同步及契約觀念乃是理性人民之天賦，使他們得以在無國家的環境下達成共識、締結契約。②對霍布斯來說，這種天賦——首先是人之理性——並非以規範約束欲望的能力，更多的是單純的、自然的趨利避害³⁷，規範法則只產生在社會契約之後。③社會契約的出發點是維持和平，所以在它所塑造的社會中，安全居於法律價值秩序的頂層。④社會契約以國家為單位，國家不止是人民的工具與僕役，相反，它對內享有法倫理學意義上的強大威權，對外則不承擔任何責任。首先，這四點是彼此相連，例如在斯賓諾莎看來，恐懼並非理性，它催生的甚至不是宗教，而只是迷信。³⁸

其中第二點中產生於對死亡的恐懼、被動的理性並不足夠可靠，這就導致往往需要一個威權國家來彌補理性中所欠缺的規範性並填補它與一以貫之的和平之目的、安全之訴求之間的裂隙。然而，也不能忽視該理論中內部似相抵牾之處，如國家對外的無限權力³⁹、零責任與它治下人民的安全與和平就是一個非常直接而且不可迴避的矛盾。而且，為何基於第一點也就是自然人的普遍協同天賦而產生的社會契約，卻只能以國家為單位呢？尤其在人類進入近代與全球化時代後，人類早期相互隔離、小範圍聚落生態已經遠遠不足以解釋這個問題。在保留現有全球一體化的強度與規模、但剔除國家存在的虛擬全球自然狀態下，似乎可以想像跨越更大地域、更多人口社群、更接近世界烏托邦的社會契約出現。那麼，現代國家的正當性和它們在全球化中的地位與意義究竟如何？

事實上，思想史上對該理論的修正和改進就集中在上述問題上。針對規範理性的欠缺和威權國家，康德論證了先驗的人類理性和道德，他認為，人為自身立法，而且“只要每個人任意的自由都能與任何他人的自由依照普遍法則共存，那麼行為或者它的準則就是正當的”。⁴⁰ 國家固然具有“威權”，但在這種充滿規範色彩的理性法則之下，它只是人與人關係中的自由的守衛者⁴¹，而這種自由又是貫徹道德自由和來自實踐理性法則的道德絕對命式的外部條件，因此國家法都應是與絕對命式相連的自由法，這也是它約束

力的來源。從這種理念來看，他的《世界公民觀點之下的普遍歷史觀念》也就是順理成章的了。而這個題目正觸及到了第二個問題，也就是社會契約國家與其他國家、與世界的關係問題。例如格勞秀斯就在繼承斯多亞學派、西塞羅以來的普遍的、人文的自然法基礎上，奠定了契約締造公權力及其合法化基礎和多國社會中的國際法或曰萬民法的思想。⁴²

脫離這種認識，單純強調國家性與國內性的社會契約論，在終結自然狀態的同時，也創造了另一個自然狀態，即國際自然狀態。正如兩個人之間的協議不構成社會契約一樣，在這種現實主義國家策略的自然狀態中，即便出現了國際法，也只是國家間縱橫捭闔的工具而已：誠然是法，但純粹的國與國之間的締約歸根結底是一種私權締約、私權司法與私力救濟，對任何法律系統而言，都只解決了問題的一半。⁴³ 這種邏輯終局只描述了自然爭戰狀態，而沒有試圖用普遍法與公權力精神去規範它，這對於任何形式的社會契約論精神都是只解其一不解其二的。而且，綜觀國際法的造法過程，它經常是由災難促成的、亡羊補牢的行為。⁴⁴ 聯合國憲章所說的人類“身歷慘不堪言之戰禍”，不正是這幅自然狀態的寫照嗎？

當然，國家依然是國際法實踐最重要的主體，這既是無法迴避的現實，也有其堅實的法理基礎。所謂的世界共和國、世界聯邦國家等形式，雖然並非天方夜譚，但(除了世界革命這條途徑以外)它在未來被正當構建的可能性離不開現有國家與地區的積極參與。不過另一方面，以全球性和區域一體化本身的涵義而言，一個世界國家、地區聯盟和若干個區域聯盟已經事實存在並且持續加強擴大，尤其是在經濟、科技、文化、人員交流等領域。非國家性主體例如非政府性國際組織在國際社會中的比重也呈上升趨勢。一個由國家、國際組織、(全球或區域)國家與地區聯盟複合而成的國際秩序已經形成。

與之相應的，現代個人在身份上的多元性也開始取代排他性。個人的歸屬雖然並未大幅脫離國家，但逐漸與國家性呈現交錯的狀態(*Staatenkreuzende Zugehörigkeit*)。由個人因宗教、語言、職業、興趣愛好聚合起來而產生的政治與社會利益催生了大赦國際、無國界醫生、綠色和平等組織為其代言。它們開

始在局部領域中弱化單個國家的歸屬潛力，並開啟了一個尚顯模糊與碎片化的“世界社會”⁴⁵。所有社會一樣，這個世界社會也自發地產生對(類)法律形式的規範秩序的訴求。⁴⁶ 同時，世界法律意識雖然仍待進一步發展，但可能已經達到了塑造一個法律生態與法律系統的程度，無論是聯合國人權宣言等文件，還是國際習慣法中的法律確信精神，抑或是一般國際法乃至普世原則，都印證着平等原則與基本法益的深入人心。國際法庭、國際海事法庭、國際軍事法庭、國際刑事法庭的成立也都暗示人類通往世界法庭之路雖然依舊漫漫，但相對於百年之前已經大為縮短。

(三) 國家話語之外的法：兩岸協議的法律性質的一種界定

無論是與人之理性、普遍法則、自然法、萬民法等概念結合在一起的社會契約思想，還是人類進入近現代全球化之後的歷史實踐、經驗與當代動態，甚至也包括天下大同這個最樸素也最宏偉的人類理想，最終指向世界公民構成的世界社會形象及其規範系統。⁴⁷ 正如自然狀態普遍存在於國內與國際上一樣，社會契約同樣超出國家的範疇，世界公民們得以在或抽象、或具體的意義上，締結世界社會契約，創設規範，形成公力，從而應對傳統國家與狹義國際法難以處理的問題，並與國際法形成合力，構建完整、健全的世界法律秩序。同時，在一個珍視自由價值的社會中，一切公權力都應該是候補性的，國家社會如此，世界社會亦是如此。⁴⁸ 在國家、國際關係與世界公民社會中，國家應當具有優先性，這不是因為它在實然層面上深厚的歷史傳統與強大的現實力量，而是因為它在規範層面上擁有最為穩定、最為體系化的合法基礎。純粹的內部主權事務，無需國際干預，而國家間締約足以解決問題時，也無需世界公民共同體秩序走到前台來。所以，儘管世界公民社會及其價值已經存在，但不得需要援引它來處理的問題並非多數。

然而，如果將上述理論實踐投射到台灣問題上，不難發現，台灣海峽兩岸關係狀態(見上文)，在困難重重、矛盾林立的同時，卻也提供了一種超脫於圍繞“國家”與“國際”概念建立的話語體系之外的、世界社會理念得以發揮其候補性的、當代世界獨一無二

的場所。中國大陸與台灣地區，在事實上可以比擬為一個局部的“世界社會”。雖然這並非曾經放言“解放台灣”、“光復大陸”的中國大陸和台灣雙方的本意，然而幾十年來海峽兩岸交流的逐步擴大與加深，無疑正是在國家與國際概念、話語體系之外的一場引人矚目的政治、法律與社會實踐。

無論從任何一方的憲法來解讀，中國大陸和台灣地區都不是國與國的關係。至於是不是國家與其所屬地區的關係，雙方憲制性規定層面也並無分歧：在憲制性規定的層面，他們都以中國自居，認為“主權”及於全中國，其中自然包括台灣。在這種“主權重疊宣示”之下，雙方政府既然互不來往，自然也就不可能創設約束雙方的法律文件。然而，雙方公民卻有天然的、不止於普遍理性與一般法則的親近性，拋卻政體的差異，他們在意識形態上受到相通的語言、文化，包括具有抽象規範意義的正義觀念與法律確信的深刻影響。更重要也更具憲法規範意義的是，他們是“同一個人民”，甚至也同是北京與台北的“制憲權力”(pouvoir constituant)，“中華民國”“憲法”來自全中國代表組成的“國民大會”，同時中華人民共和國的全國人民代表大會中始終有台灣代表參與。⁴⁹ 上文所說的人身歸屬的多元性非常典型地體現在他們身上，他們的身份跨越了大陸與台灣的“治權”地域範圍，及於整個中國的“主權”領域之中。兩岸多年來交流的逐漸加深乃至締結協議，正是一種公民社會之間或內部(僅就視角而言，沒有任何本質上的區別)跨治權的締約造法活動。在大陸與台灣這兩個曾經相互隔絕、對立的政治體之上，一個世界公民與世界社會理念的局部縮影正在嶄露頭角。

事實上，中國大陸和台灣一直在試圖從公民層次建立兩岸的交往機制，從而跳脫出剪不斷、理還亂的國家話語體系。中國大陸在 1979 年由全國人大常委會發表的《告台灣同胞書》中，提出了“寄希望於台灣人民”的政策，2005 年，當時的中國共產黨政治領袖胡錦濤重申了這一觀點。1982 年憲法沒有承認台灣政府的法律地位，但並沒有影響它給台灣民眾設定了憲法上的國家統一義務。台灣方面也是如此。調整中國大陸和台灣地區關係的法律，被命名為“台灣地區人民和大陸地區人民關係條例”，這種命名的方法實

際上也體現了跳出國家話語的努力，將兩岸交往定位在公民交往的層次。兩岸公權力機構雖然沒有任何公開的交往，但這也是中國大陸和台灣地區惟一沒有開展交流的領域。中國大陸和台灣的民間交往已經十分熱絡。國家話語的缺失，並不影響中國大陸和台灣公民的交往，相反，還為這種交往省卻了很多不必要的謹慎和麻煩。兩岸協議享受着這種國家話語之外的各種便利，也為時刻可能被拉回這一話語體系所煩惱。游走在國家話語之外的兩岸協議，在跳脫出國家話語的兩岸場域，能夠游刃有餘卻不失謹慎地處理兩岸關係，而一旦兩岸協議被拉回到國家話語體系之內，它卻面臨着“去功能化”的危險。由服貿協議引發的“太陽花學運”事實上就是兩岸協議被拉回國家話語所造成的困境。中國大陸和台灣這種“隔離但統一”、“隔離但交往”的國家構成方式，恰恰給了兩岸協議一個機會，也為國家話語之外的新法律類型，一個試驗的機會。

五、總結：兩岸協議的法律屬性—— 結論、問題與展望

本文的結論是：兩岸協議是中國大陸和台灣地區在國家話語之外形成的一種新的法律形式，它不能落

入國際法和國內法的原有解釋框架中，傳統以國家為本位的法律二分法並不適用於這種新的法律形式。既然前所未有的，那就意味着創新，是現有中國特色社會主義法制的創新。面向一個正在形成的世界公民社會，兩岸協議的嘗試，或許在開始是一種無可奈何的替代性方法，但已經開始指引着世界公民們在國家話語之外，形成能夠帶來真正安全、平等、自由的世界法律秩序。不過，如果台灣海峽兩岸任何一方不放棄統一的訴求，國家的幽靈也始終游蕩在台灣海峽的兩岸。一個局部的世界社會，會在統一的壓力下，被擠壓進國家話語體系，這種擠壓可能是和平的，也可能是非和平。因此，國家在有着統一訴求的台灣海峽兩岸，它的候補性並不是遂其所願的，它隨時要侵入這個局部的世界社會。更有意思的是，與世界公民運動中非政府主義思潮的盛行不同，中國大陸和台灣的民眾樂見國家話語對於兩岸協議的侵入，儘管意圖不同——中國大陸民眾希望國家話語的重新建立為統一帶來更多的希望，而台灣的民眾希望國家話語為自己提供更多參與兩岸事務的機會——但都對兩岸協議造成了壓力。國家的候補性與國家話語之外的兩岸協議，如何在這個局部的世界社會融合，恐怕已經不僅僅中國大陸和台灣地區所要好好思考的問題，在全球化背景下，也應該為所有試圖推動世界社會和世界公民形成的人們去思考。

註釋：

- ¹ 本文對台灣地區領導人、“行政院”和“立法院”狀態的描述，均發生在2016年1月台灣地區第三次政黨輪替之前。
- ² 《張慶忠：服貿協議視為已審查》，載於中時電子報：<http://www.chinatimes.com/cn/realtimenews/20140317004414-260407>，2015年2月3日。
- ³ 《馬英九承諾：當局支持兩岸協議監督機制的法制化》，載於中新網：<http://www.chinanews.com/tw/2014/03-29/6008511.shtml>，2015年2月3日。
- ⁴ 《國台辦新聞發佈會輯錄(2014-04-16)》，載於國務院台辦網站：http://www.gwytb.gov.cn/xwfbh/201404/t20140416_6026239.htm，2015年2月3日。
- ⁵ 憲制性規定，是從中性和技術性的角度描述兩岸各自具有根本法性質的法律，即中華人民共和國的現行憲法和台灣地區現行“憲法”，對於憲制性規定的論述，見周葉中、祝捷：《論憲法資源在兩岸政治關係定位中的運用》，載於《法商研究》，2013年第5期。

- ⁶ 需要注意的是，“脫離國家話語”並不意味着放棄“一個中國”的立場，也不意味着承認台灣的“國家性”，讀者自行判斷，無須過度解讀。
- ⁷ 張亞中：《“兩岸統合”：和平發展時期政治安排的可行之路》，載於《北京大學學報》(哲學社會科學版)，2014年第1期。
- ⁸ 周葉中：《“一國兩制”法理內涵新釋》，載於《中國評論月刊》，2014年12月號。
- ⁹ 《台灣問題與中國的統一》(白皮書)，載於國務院新聞辦公室：http://www.gov.cn/test/2006-02/28/content_213349.htm，2015年2月3日。
- ¹⁰ 目前，中國大陸和台灣方面展開事務性商談的政治基礎和前提即“九二共識”，這一共識的核心即在於“海峽兩岸均堅持一個中國原則，努力謀求國家的統一”，但對“一個中國”原則之內涵，則由雙方以“口頭聲明方式各自表達”。
- ¹¹ 《全面建設小康社會，開創中國特色社會主義事業新局面——在中國共產黨第十六次全國代表大會上的報告》，載於新華網：http://news.xinhuanet.com/ziliao/2002-11/17/content_693542.htm，2015年2月3日。
- ¹² 周葉中、祝捷：《台灣地區“憲政改革”研究》，香港：香港社會科學出版社有限公司，2007年，第24頁。
- ¹³ 需要說明的是，1999年9月15日，台灣地區“國民大會”通過的第五個“憲法增修條文”延長了“國大代表”的任期，從而引發島內民怨爆發，部分“立法委員”提出“釋憲”聲請，隨後“司法院”於2000年3月24日作成“釋字第499號解釋”，宣告第五個“憲法增修條文”“違憲”，因而無效。見上註，第41-43頁。
- ¹⁴ 台灣地區少數民族，即台灣地區所稱的“原住民”。
- ¹⁵ 馬英九在其第一個“總統”任期就職演說中表示“在一個年輕的民主國家，遵憲與行憲比修憲更重要”。見《“中華民國”第12任“總統”馬英九先生就職演說》，載於台灣地區“總統府”網站：<http://www.president.gov.tw/>，2015年2月3日。
- ¹⁶ 國務院台灣事務辦公室、國務院新聞辦公室：《一個中國的原則與台灣問題白皮書》，2000年2月。
- ¹⁷ 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14頁。
- ¹⁸ 周葉中、祝捷：《兩岸治理：一個形成中的結構》，載於《法學評論》，2010年第6期。
- ¹⁹ 周葉中、段磊：《論兩岸協議的接受》，載於《法學評論》，2014年第4期。
- ²⁰ 周葉中、段磊：《論台灣立法機構審議監督兩岸協議機制的發展及其影響——以“兩岸協議監督條例草案”為對象》，載於《台灣研究集刊》，2015年第1期。
- ²¹ 見“釋字第329號解釋”之解釋理由書。
- ²² 台灣地區“法務部”：“‘海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議’不涉制定及修正法律”，2009年5月5日新聞稿。
- ²³ 《毛治國：先處理兩岸協議監督條例再談服貿貨貿》，載於華夏經緯網：<http://www.huaxia.com/xw/twxw/2014/12/4193008.html>，2015年2月3日。
- ²⁴ 《兩岸協議締結條例草案》，載於台灣地區“立法院”網站：<http://ly.gov.tw>，2015年2月3日。
- ²⁵ 周葉中、段磊：《論兩岸協議的法理定位》，載於《江漢論壇》，2014年第8期。
- ²⁶ 曾令良：《WTO框架下兩岸經濟合作框架協定的法理定位》，載於《時代法學》，2009年第6期。
- ²⁷ 杜力夫：《論兩岸和平發展的法治化形式》，載於《福建師範大學學報》(哲學社會科學版)，2011年第5期。
- ²⁸ 祝捷：《論兩岸法制的構建》，載於《學習與探索》，2013年第7期。
- ²⁹ 姜皇池：《論ECFA應適用條約審查程序》，載於《新世紀智庫論壇》，第51期，2010年。
- ³⁰ 曾建元、林啟驊：《ECFA時代的兩岸協議與治理法制》，載於《中華行政學報》，2011年第6期。
- ³¹ 蘇永欽：《ECFA應當怎麼審？》，載於《中國時報》，2010年7月1日。
- ³² Malte Diesselhorst, Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant, Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des

modernen Systemdenkens, S. 5.

³³ Hobbes, *De Cive*, 1. Kap., Ziff. 3, übereinstimmend *Elements*, 14. Kap., Ziff. 2 und *Leviathan*, 13. Kap. a. Anf.

³⁴ Hobbes, *De Cive*, 2. Kap., Ziff. 1, 3. Kap., Ziff. 31.

³⁵ Hobbes, *De Cive*, 2. Kap., Ziff. 3, *Elements*, 15. Kap., Ziff. 2, *Leviathan*, 14. Kap.

³⁶ Malte Diesselhorst, *Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant, Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens*, S. 22 ff.

³⁷ Malte Diesselhorst, *Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant, Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens*, S. 52 ff.

³⁸ Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, Vorwort.

³⁹ 權力的定義例如 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Kap. 1, § 16。

⁴⁰ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre, § C. Allgemeines Prinzip des Rechts.

⁴¹ Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, S. 27.

⁴² Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1720, deutsche Fassung hrsg. v. W. Schätzel, *Klassiker des Völkerrechts*, Bd. 1, 1950, II. 5 § 23. Stefan Kadelbach, *Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung*, *ZäöRV* 2004, 1.

⁴³ Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, S. 308.

⁴⁴ Michael Bothe, *Rechtslabyrinth: Zur Vielfalt, Fragmentierung und Legitimation der internationalen Rechtsordnung*, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), *Rechts regiert die Welt - fragt sich nur welches? Vom Völkerrecht der Staaten zum Weltbürger- und Menschenrecht*, S. 15.

⁴⁵ Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, S. 301.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ 具體表述如 Andreas Th. Müller, *Weltbürgerliches Völkerrecht, 世界公民的萬民法*, *ZäöRV* 2008, 551。

⁴⁸ Otfried Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, S. 294, 304, 308.

⁴⁹ 全國人民代表大會台灣代表團由“各省、自治區、直轄市和中央國家機關、中國人民解放軍中的台灣省籍同胞組成的協商選舉會議選舉產生”，即台灣代表團成員均屬在中國大陸生活的台灣籍人士。見《台灣省出席第十二屆全國人大代表協商選舉方案》，載於中華人民共和國政府網站：http://www.gov.cn/jrzg/2012-04/27/content_2125201.htm，2015年2月3日。