

# 論立法院對兩岸經貿協定（議） 之條約案議決權

陳秉訓\*

## 摘要

立法院對兩岸經貿協定（議）應享有憲法第六十三條的條約案議決權。本文透過大法官釋字和修憲過程之詮釋，而認為兩岸經貿協定（議）應屬憲法第六十三條所指之「條約」。雖大法官釋字第三二九號不將「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」視為「條約」，但其未否定台灣與中國間可形成條約關係。事實上，WTO協定即是中國以國家身份參與而台灣又同時為締約會員的協定。其次，為了形成條約關係的目的，可將「大陸地區」視為國家。根據大法官釋字第三二八號，統治行為決定領土，而中國對「大陸地區」有統治行為；又我國對「大陸地區人民」亦未以本國人對待，故「大陸地區」可視為國家。最後，兩岸經貿協定

（議）屬WTO相關協定的延伸協定，非單純的雙邊關係，又涉及我國和第三國經貿關係的改變，故應屬於「協定類」的條約。因此，立法院應依憲法第六十三條審議兩岸經貿協定（議）。

## 壹、前言

二〇一四年三月十八日因為國民黨立委張慶忠以三十秒時間宣佈審查通過與中國之服務貿易協定，一群學生和公民衝入立法院，並成功佔領立法院院會會議廳長達四週，以表達對黑箱審查過程之抗議<sup>1</sup>。此活動之後被稱為「太陽花學運」（sunflower student movement）。到了三月三十日時更形成全球台灣留學生或僑胞在各地同步舉行接力示威之現象<sup>2</sup>。四月十日

\* 本文作者係國立政治大學科技管理與智慧財產研究所

註1：See Hui-Chin Lin, *Sunflower Student Leader Vows To Keep Up Activism*, *TAIPEI TIMES*, Apr 18, 2014, <http://www.taipeitimes.com/News/taiwan/archives/2014/04/18/2003588317> (last visited Apr. 20, 2014).

註2：See Shannon Tiezzi, *Taiwan's 'Sunflower Movement' Goes Global*, *THE DIPLOMAT*, Apr. 2, 2014, <http://thediplomat.com/2014/04/taiwans-sunflower-movement-goes-global/> (last visited Apr. 20, 2014) (“Organizers envisioned the series of protests as a ‘24-Hour Relay Across the Globe,’ with protests beginning in Australia on the morning on March 30 and then unfolding around the world, with events held in Tokyo, Seoul and Hong Kong in Asia; Berlin, Paris, London, and Madrid in Europe; and New York City, Washington DC, San Francisco, Montreal and Toronto in North America.”).

佔領立法院運動結束，國會監督法制在太陽花學運後成為延伸的議題之一。

民間版的《兩岸協議監督條例》在太陽花學運初期即提出<sup>3</sup>，但持續缺乏馬英九政府的重視。行政院長江宜樺甚至在四月三日指稱民間版的條例是把「兩國論」法律化而不是憲法架構下所容許的模式<sup>4</sup>。對此，中央研究院法律研究所黃國昌副研究員表示「他不清楚馬總統與行政院長江宜樺指責『兩國論入法』從何而來，希望馬政府講清楚」<sup>5</sup>。

馬政府對於與中國簽訂服務貿易協定的輕忽，及缺乏對國內相關產業的影響和國家安全的謹慎評估，是導致此學運的主因之一<sup>6</sup>。一般民眾已不信賴對馬政府處理中國事務的方式<sup>7</sup>。如果對兩岸協定的簽訂事務無妥善的公開透明程序，以讓國人知道不同的利益團體其獲利與損失，難保未來不會有比太陽花學運更大的衝突發生。

針對《兩岸服務貿易協議》，國民黨的態度

乃根據《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第五條第二項而認為該協議為「其內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之者」，故「協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核定，並送立法院備查」<sup>8</sup>。其認為《海峽兩岸經濟合作架構協議》（ECFA）屬於第五條第二項之「協議之內容涉及法律之修正或應以法律定之者」，故「協議辦理機關應於協議簽署後」應「報請行政院核轉立法院審議」<sup>9</sup>。而《兩岸服務貿易協議》屬於ECFA的執行事項，而歸類為「行政命令」，故由「行政院院長赴立法院院會報告並交換意見」，而「立法院依據『行政命令』之審查程序加以處理」即可<sup>10</sup>。但這樣的方式仍會讓《兩岸服務貿易協議》的黑箱疑慮回到原點。因此，為解除此法律見解的迷思，本文試著提出不同的法律觀點，以讓立法院取得審議兩岸服務貿易協議或經貿協議之憲法正當性。

本文首先討論憲法第六十三條之立法院對條

註3：參閱翁郁雯、諸宇泓（2014/3/25）。「服貿／補法源漏洞 一分鐘教你看懂《兩岸協議監督條例》」。取自三立新聞網：

<http://www.setnews.net/News.aspx?PageGroupID=6&NewsID=17935&PageType=3>（最後瀏覽日：2014/4/20）。

註4：參閱劉麗榮（2014/4/3）。「民間版納兩國論 江揆：行不通」。取自中央社新聞網站：

<http://www.cnabc.com/news/apd/201404031288.aspx>（最後瀏覽日：2014/4/20）。

註5：參閱王文萱、曾韋禎（2014/4/19）。「兩岸監督條例／硬扣民間版兩國論 黃國昌批政府混淆視聽」。取自自由時報網站：<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/772058>（最後瀏覽日：2014/4/20）。

註6：See J.R., *Sunflower Sutra*, THE DIPLOMAT, Apr. 8, 2014,

<http://www.economist.com/blogs/banyan/2014/04/politics-taiwan>（last visited Apr. 20, 2014）。

註7：參閱台灣指標民調，「台灣民心動態調查、學運與服貿僵局」民調新聞稿（2014/3/28），

<http://www.tisr.com.tw/?p=3992>（最後瀏覽日：2014/4/20）。

註8：參閱曾志超（2013），〈從法律面觀點論服貿協議審查〉，財團法人國家政策研究基金會，科經（析）102-022號（2013/12/13），

<http://www.npf.org.tw/post/3/13010>（最後瀏覽日：2014/4/20）。

註9：同前註。

註10：同前註。

約之議決權。司法院大法官會議曾於一九九三年十二月二十四日做出釋字第三二九號解釋<sup>11</sup>，其針對憲法第六十三條「條約」一詞提出定義，並排除「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」為條約之一種類。事實上，台灣和中國目前同為「世界貿易組織」（World Trade Organization，簡稱WTO）之會員，故屬於《世界貿易組織設立協定》（Agreement Establishing the World Trade Organization）之會員國，且因此為WTO下相關協定（Agreement）之會員國。因而，釋字第三二九號的部分概念是不合時宜而應重新詮釋其意涵。本文嘗試詮釋該解釋文所未說明之「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」。其次，本文透過憲法條文和大法官釋字的分析，以確認「大陸地區」可視為國家。事實上，憲法經過歷屆的增修條文，已將主權概念回歸到台灣人民<sup>12</sup>。「大陸地區」的人民以不屬於我國人民，故以該區人民所組成的國家當然可視為「非屬我國之國家」。因此，「大陸地區」可做為國際條約的對造。最後，本文特別討論「兩岸經貿協議」之定性。從WTO的觀點而出張「兩岸經貿協議」的本質是WTO相關協定的周邊協定，不單涉及雙邊關係而更影響我國在WTO內的多邊關係，而屬於國際條約的範疇。因此，其由立法院以條約案方式監督屬符合憲政制度的作法。

## 貳、一九九三年大法官會議釋字第三二九號

### 一、憲法第六十三條「條約」之定義

憲法第六十三條規定「立法院有議決…條約案及國家其他重要事項之權」。對本條之「條約」定義，大法官會議於釋字第三二九號之解釋文表示：

「憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」<sup>13</sup>

因此，所謂「條約」有二個基本要件：第一，締結對象為「其他國家或國際組織」；第二，應為「國際書面協定」。可能的第三個要件為協定名稱為「條約」、「公約」、或「協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者」。

註11：參閱司法院網站，大法官會議釋字第329號，

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=329](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=329)（最後瀏覽日：2014/4/21）。

註12：本文不處理「金門」或「馬祖」等二區域住民的身份問題。「台灣人民」的概念乃一般認知的概念，而不特別詮釋或定義。

註13：參閱司法院網站，大法官會議釋字第329號（解釋文），

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=329](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=329)（最後瀏覽日：2014/4/21）。

在釋字第三二九號的理由書中，大法官會議進一步解釋「中華民國」、「其他國家」、「國際書面協定」、和「國家重要事項」等意涵<sup>14</sup>。做為協定的當事人，「中華民國」的概念包括「主管機關授權之機構或團體」；相似地，「其他國家」的概念包括「其授權之機關或團體」<sup>15</sup>。另「國際書面協定」乃指「名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱」<sup>16</sup>。「國家重要事項」指「涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項」<sup>17</sup>。

針對立法院的條約案議決權，該釋字理由書指出：

「其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議。其無須送立法院審議之國際書面協定，以及其他由主管機關或其授權之機構或團體簽訂而不屬於條約案之協定，應視其性質，由主管機關依訂定

法規之程序，或一般行政程序處理。」<sup>18</sup>

從立法院得否議決的角度，大法官會議將「條約」分為三種：「名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者」、「經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者」、和「其餘國際書面協定」等。第一類與第三類為「應送立法院審議」的國際書面協定。第二類屬「無須送立法院審議」的國際書面協定。

## 二、「應送立法院審議」之國際書面協定

### （一）批准條款

大法官會議以條約是否有「批准條款」來決定該條約是否「應」受立法院審議。然而，「批准」（approval）僅是簽署國接受條約拘束的一種方式。根據《維也納條約法公約》（Vienna Convention on the Law of Treaties，簡稱VCLT）第九條第一項，「條約」（treaty）對簽署國產生拘束力的要件為該簽署國「同意」（consent）受到約束<sup>19</sup>。VCLT第十一條規定條約簽署國表示「同意」之方式有「簽署」（signature）、「條約文件

註14：參閱司法院網站，大法官會議釋字第329號（理由書），

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=329](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=329)（最後瀏覽日：2014/4/21）。

註15：同前註。

註16：同前註。

註17：同前註。

註18：同前註。

註19：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 9.1（“The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.”），<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1974/2.html> or <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>（last visited Apr. 25, 2014）。

的交換」(exchange of instruments constituting a treaty)、「確認」(ratification)、「接受」(acceptance)、「批准」(approval)、「加入」(accession)、「或「其他約定的方式」(any other means if so agreed)<sup>20</sup>。

「簽署」是指締約代表(representative)的簽字乃等同簽署國的「同意」<sup>21</sup>。根據VCLT第十二條第一項，以「簽署」代表簽署國「同意」受條約的約束，其情況有三種：(1)條約規定「簽署」即代表「同意」；(2)締約國在條約協商過程時合意以「簽署」方式代表「同意」；(3)簽署國願意以「簽署」代表「同意」之意圖是清楚表達於締約代表的授權文件內，或該意圖已在條約協商過程中清楚傳達<sup>22</sup>。其次，締約代表必須有「完全的授權」(full

powers) 而才能代表簽署國「同意」<sup>23</sup>。VCLT第七條規定兩種類型可代表行使「同意」的締約代表。第一種是第七條第一項，其規定締約代表必須出具授權文件，或是從該簽署國的締約實務或其他情勢而言，該簽署國的確有意讓該締約代表能代表其行使「同意」，並因而給予「完全的授權」<sup>24</sup>。第二種是第七條第二項，以職務身份來界定其代表性，該項規定「國家首長」(Heads of State)、「政府首長」(Heads of Government)、「外交事務的部長」(Ministers for Foreign Affairs)、「外交使團的首長」(heads of diplomatic missions)、「和「特任代表」等得視為擁有處理合約制訂相關事務之「完全的授權」<sup>25</sup>。

「條約文件的交換」指締約國以交換外交文

註20：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 11 (“The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.”).

註21：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 12.

註22：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 12.1 (“The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by the signature of its representative when: (a) the treaty provides that signature shall have that effect; (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that signature should have that effect; or (c) the intention of the State to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.”).

註23：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 7.

註24：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 7.1 (“A person is considered as representing a State ... for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if: (a) he produces appropriate full powers; or (b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.”).

註25：See Vienna Convention on the Law of Treaties art. 7.2 (“In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State: (a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty; (b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited; (c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.”).



書 (note) 的方式，來確認其同意受到條約的拘束<sup>26</sup>。「確認」指締約國雖簽署條約文件，但仍須經國內相關程序的確認後才得視為同意受條約之約束<sup>27</sup>。「接受」指締約國表示同意受到條約的約束，其形式很多，包括條約的確認 (ratification)、國際慣例法之明示接受、根據國際慣例法下未一貫否認等等<sup>28</sup>。「批准」 (approval) 指締約國是否同意受條約約束是國會的職權須經國會通過<sup>29</sup>。最後，「加入」指

締約國不是條約的最初參與者而是後來加入，而此同意方式通常須經國內法的程序<sup>30</sup>。

VCLT第十一條規定的「確認」、「接受」、「批准」和「加入」等等不同方式以讓締約國表示同意受條約的約束，而「批准」只是形式一種。和「批准」相似，「確認」、「接受」和「加入」等都涉及國內的審查程序，而通常是由國會做為審查的單位。甚至「批准」、「確認」和「接受」等三種模式有概念的重疊<sup>31</sup>。亦即，「確

註26：See ANTHONY AUST, *MODERN TREATY LAW AND PRACTICE* 102-03 (2d ed. Cambridge University Press 2007)。

註27：See Oona A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 *YALE L.J.* 1236, 1350 (2008) (“Ratification is, in fact, a term that is usually used to refer to the narrow set of cases in which the state has earlier “signed” a treaty and then later consents to be legally bound by it (usually after the agreement has received approval through the domestic political process).” )。

註28：See Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 *YALE J. INT'L L.* 1, 115 (2006) (“Acceptance could be expressed through a number of means, including (1) treaty ratifications; (2) explicit acceptance of treaty rules as customary international law (as the United States has done with the Vienna Convention on the Law of Treaties and aspects of the Law of the Sea Convention); (3) principles of customary international law to which the United States has not persistently objected; and (4) jus cogens, or peremptory rules of international law which a state may not avoid through either persistent objection or ratification of a contrary treaty.”); Oliver J. Lissitzyn, *Efforts to Codify or Restate the Law of Treaties*, 62 *COLUM. L. REV.* 1166, 1190 (1962) (“There was, however, one significant departure—the addition to the traditional signature-ratification-accession formula of another term: acceptance. This addition was suggested by the growing practice of substituting ‘acceptance’ for one or more of the other procedures as a means by which a state could become a party to a multilateral treaty. ‘Acceptance’ has the advantage of implying less formality than ratification; furthermore, under the constitutions of some nations, ‘ratification,’ unlike ‘acceptance,’ requires compliance with certain domestic procedural requirements.”)。

註29：See Hubert Beemelmans, *State Succession in International Law: Remarks on Recent Theory and State Praxis*, 15 *B.U. INT'L L.J.* 71, 91 n.79 (1997)。

註30：See Hathaway, *supra* note 27, at 1350 (“When a state is not among those who signed the treaty at its inception but later consents to be bound by it (again, in a process determined entirely by domestic law), this act of consent is usually referred to as ‘accession’ rather than ratification—and it is understood to have exactly the same legal effect.”)。

註31：See United Nations, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, in *YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION VOL. II* 187, 198-99 (1966) (Reports of the Commission to the General Assembly), available at [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_1\\_1966.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf); see also Vienna Convention on the Law of Treaties art. 14.1 (“The

認」、「接受」、「批准」和「加入」等是相當類似的加入條約方式。然而，釋字第三二九號限定「名稱為條約或公約或用協定等名稱」之「條約」必須有「批准」條款才「應」受國會審查，卻讓那些採取「確認」、「接受」或「加入」等條款之「條約」排除於國會審查之範圍。此等於是「名稱」來決定是否應受國會審查，而不是依照「實際的規範意涵」來決定審查與否。

## (二) 名稱

對大法官會議而言，「名稱」是很重要的事，因為釋字第三二九號認為「國際書面協定」之名稱必須為「條約或公約」、或「用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者」。無論是「條約」、「公約」或「協定」都是中文詞彙，而要如何對應至「國際書面協定」的非中文詞

彙（通常會是英文字彙），這是釋字第三二九條所未處理的。一般來說，「treaty」翻為「條約」，「convention」翻為「公約」（例如「Paris Convention」翻為「巴黎公約」<sup>32</sup>），「agreement」翻為「協定」（例如「Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights」翻為「與貿易有關之智慧財產權協定」<sup>33</sup>）。不過，也有為了中文的目的而翻譯之例子。以所謂《公民與政治權利國際公約》為例<sup>34</sup>，此為馬政府最得意的政績<sup>35</sup>，其英文名稱為「International Covenant on Civil and Political Rights」。但「covenant」是否能翻成「公約」是有疑問的，而也非不可以。

事實上，「名稱」並不重要，而重要是締約國願意受到拘束的條約內容<sup>36</sup>。條約的本質問題應是該國際書面協定是否造成約束我國的效

consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when: (a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification; (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that ratification should be required; (c) the representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or (d) the intention of the State to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.”), art. 14.2 (“The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.”).

註32：參閱智慧財產局網站，一般性公約，

<http://www.tipo.gov.tw/lp.asp?ctNode=6779&CtUnit=3281&BaseDSD=7&mp=1>（最後瀏覽日：2014/5/16）。

註33：同前註。

註34參閱法務部網站，兩公約及兩公約施行法，

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=32913&CtUnit=12352&BaseDSD=7&mp=200>（最後瀏覽日：2014/5/16）。

註35：參閱總統府網站，總統簽署「公民與政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」批准書（2009/5/14），<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=1300&itemid=22973>（最後瀏覽日：2014/5/16）。

註36：See Joanna Harrington, *Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-) Establishing a Role for Parliament*, 50 MCGILL L.J. 465, 470-71 (2005) (“Many names are given to treaties, including ‘Convention’, ‘Charter’, ‘Covenant’, ‘Protocol’, ‘Pact’, ‘Act’, ‘Statute’, and ‘Agreement’. But whatever the name given, all are treaties if they reflect the will of the parties to be bound by their terms under international law.”).

果。「國際書面協定」的英文名詞很多，例如：convention、treaty、protocol、declaration、covenant、charter、pact、statute、agreement等等<sup>37</sup>。過於依賴「名稱」來界定「國際書面協定」的性質是忽略條約事件的本質。國際書面協定的「名稱」不會影響協定內容的拘束性，故「名稱」不適宜做為認定立法院是否能審議的標準。

大法官會議將「條約」和「公約」視為必然受立法院審議的「國際書面協定」。針對「協定」或其他名稱之條約，大法官會議認為若該類條約的「**內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者**」時才應受立法院審議。該內容要件有語意上的模糊，因為「具有法律上效力」可能僅修飾「人民之權利義務」但有可能亦修飾「國家重要事項」（如同時修飾二者，本文稱「一元說」）。釋字第三二九號理由書使用「用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者而言」語句，此或許可意涵「直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項」與「直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者」等二語句是對等平行的。因此，以「協定」為名的國際書面協定可分為二者：「其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項」的協

定、及「其內容直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者」的協定（本文稱「二元說」）。

關於「具有法律上效力」的要件，釋字第三二九號理由書並無解釋。根據一般法律概念，「具有法律上效力」可解釋為「視為法律」<sup>38</sup>。在此概念下，如果條約的規範內容有限制人民基本權利的效果，則儘管該規範內容明訂其應直接成為法源，卻可能因我國憲法規定而無法必然「具有法律上效力」。憲法第二十三條規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。因此，若條約要產生限制人民自由權利之效果，該條約必須要成為「法律」而能取得「效力」。另一方面，假設條約的條文屬於給予人民某種權利基礎之規範內容（例如基本人權、智慧財產權等等），則其受否應受立法院審議之問題應不嚴重，因為該類規範不會對人民有不利之效果。

大法官認為「協定」類條約「應」受立法院審議的前提是其「具有法律上效力」，但問題在於從憲法角度而言，該類條約通常都不具有法律上效力。因而，幾乎所有「協定」類的條約皆無法受到立法院的審議。

### （三）其餘國際書面協定

根據釋字第三二九號，只要是「國際書面協

註37：See George K. Walker, *Sources of International Law and the Restatement (Third)*, *Foreign Relations Law of the United States*, 37 NAVAL L. REV. 1, 14 (1988) (“Besides the term ‘convention’ used in the statute, other titles commonly used to mean an international agreement include: treaty, protocol, declaration, covenant, charter, pact, statute, or the word ‘agreement’ itself.”).

註38 參閱李孟玢，〈論世界人權宣言之基本性質與法律效力〉，《中正大學法學集刊》，1期，頁336（1998/07）。「法律效力」的用語亦出現在討論法律行為的文章中。請參閱楊佳政，〈電子交易中數位簽章與電子文件之法律效力淺析〉，《資訊法務透析》，10卷2期，頁12-23（1998/02）。



定」，其原則上應送立法院審議。除了「附有批准條款者」是必然要受立法院審議外，對於「其餘國際書面協定」（即「未附有批准條款」之國際書面協定），只要其「經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者」，則可免受立法院審議。亦即，有兩類「國際書面協定」免審議，一個是「經法律授權或事先經立法院同意簽訂」之「國際書面協定」，另個是「其內容與國內法律相同」之「國際書面協定」。釋字第三二九號並未說明為何此二類「國際書面協定」可不受立法院審議。除了此二類外，其他「未附有批准條款」之國際書面協定皆應受立法院審議。

### 三、「無須送立法院審議」的國際書面協定

「經法律授權或事先經立法院同意簽訂」之國際書面協定與「其內容與國內法律相同」之國際書面協定等二類「無須送立法院審議」。針對後者，釋字第三二九號理由書指其為「**協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律**」者<sup>39</sup>。此二類條約的內容在形式上已受立法院審查，但大法官會議忽略「法律審查」和「條約審查」的本質不同。「法律審查」僅僅涉及國內事務，但「條約審查」卻涉及我國對他國的義務和違反的後果。「法律」修改可依據各階段的立法者考慮而變動，但「條約」為一旦加入則必須遵守，否則將可能遭到條約的其他簽署國採取報復。亦即，加入條約後，原則上「法律」的修改將無法朝與條約規範相違背的方向走，而嚴重限制主權的行使。

儘管透過「立法」程序，立法院可間接審查

「無須送立法院審議」的國際書面協定的規範內容；甚至在「由主管機關依訂定法規之程序，或一般行政程序處理」來落實條約內容時，立法院可實質審查相關的行政法規。但該類國際書面協定卻可透過司法實務的方式產生規範性效果，而失去立法監督的把關。

關於條約是否能成為法源，最高行政法院九十三年度判字第二八一號判決曾指出「**國際法與國內法為平行之法律體系，且均為行政法之法源；惟國際法要成為行政法之法源，並非毫無限制，必須條約或協定明定其內容，始可直接引用作為法規適用。或將條約、協定內容，透過國內法規之訂定，訂定於相關法規，才能有效執行外，必須司法審判機關採用，作為判決先例。**一般而言，於國際法與國內法衝突時，國際法之效力應優先於國內法；但其應具上開要件，始有優先於國內法適用之餘地」。因此，條約或協定若欲成為具規範性的法源，其可透過三種方式之一來達成，包括該條約或協定有直接適用之規定、該條約或協定之內容由法律或法規制訂程序而成為國內法規、和該條約或協定透過法院採用而產生規範效力。雖然司法實務認為條約本身通常應經立法才能產生效力，但其不否認以判例方式將條約規範引入。在這種情況下，立法院的審議更顯重要，如此才能以具民主正當性的機構來決定我國是否應受國際條約之約束。

### 四、「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」

在釋字第三二九號的理由書中，最後一段陳述：

註39：參閱司法院網站，大法官會議釋字第329號（理由書），前揭註14。

「至條約案內容涉及領土變更者，並應依憲法第四條之規定，由國民大會議決之。而臺灣地區與大陸地區間訂定之協議，因非本解釋所稱之國際書面協定，應否送請立法院審議，不在本件解釋之範圍，併此說明。」<sup>40</sup>

本段傳達兩件訊息。一是「條約」涉及領土變更時，按照當時憲法規定，須由國民大會議決（現行的方式在第參部分有所敘述）。另一是釋字第三二九號未處理立法院是否有權審議「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」。後者特別與兩岸經貿協定（議）之立法院監督爭議有關。

在釋字第三二九號的聲請書中，聲請者並未要求大法官會議解釋「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」<sup>41</sup>，而是在聲請書的「說明」內解釋「疑義性質及經過」時提到：

「今年四月二十七日至二十九日，由行政院大陸委員會授權之財團法人海峽交流基金會董事長辜振甫與大陸方面的海峽兩岸

關係協會會長汪道涵在新加坡進行會談，並簽署『辜汪會談共同協議』、『兩會聯繫與會談制度協議』、『兩岸公證書使用查證協議』及『兩岸掛號函件查詢、補償事宜協議』等四項協議，部分朝野立委要求大陸委員會必須將上述四項協議送立法院審議，再度引發有關條約審議權之爭議。對於何種協定應送立法院審議，何種協定僅須送立法院備查，涉及憲法第五十八條第二項及第六十三條有關『條約案』之意義與範圍之釐清，故聲請解釋。」<sup>42</sup>

釋字第三二九號解釋文未提到「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」，卻在理由書中陳述「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」不屬於憲法第六十三條的「條約」。不過，釋字第三二九號並未解釋「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」定義，也未指出「辜汪會談共同協議」、「兩會聯繫與會談制度協議」、「兩岸公證書使用查證協議」及「兩岸掛號函件查詢、補償事宜協議」等是否即為「臺灣地區與

註40：同前註。

註41：參閱司法院網站，大法官會議釋字第329號相關附件「抄立法院立法委員陳建平等八十四人聲請書」，[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03\\_01\\_detail.asp?expno=329&showtype=相關附件](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=329&showtype=相關附件)（最後瀏覽日：2014/4/22）。該聲請書主旨為「立法委員陳建平等八十四人，為（一）憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條及第一百四十一條之條文中，有關「條約」一詞之內容及範圍如何，迭起爭議，亟待釐清，以弭憲政上之紛爭；（二）條約以外之國際書面協定，究竟何種協定應送立法院審議，何種協定僅須送立法院備查，係長期存在於立法院與行政院間之憲政爭議，此一爭議隨立法委員全面改選後，有愈演愈烈之趨勢，有必要儘速予以明確界定；（三）有關何種協定應送立法院審查或備查之分類標準，其有權認定機關應為立法院或行政院，攸關此一憲政爭議之解決，應一併予以釐清；（四）外交部訂定發布之「條約及協定處理準則」第七條及第九條第一項，明顯侵犯憲法第六十三條賦予立法院之條約審議權，而其中第九條亦違反中央法規標準法第七條，依憲法第一百七十二條之規定，該準則第七條及第九條應屬無效。爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款，聲請解釋」。

註42：同前註。

大陸地區間訂定之協議」。

假設釋字第三二九號所指之「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」為該四項辜汪會談所簽訂的「協議」。問題在於釋字第三二九號是否不認為台灣和中國間有可能形成「國際書面協定」。本文認為釋字第三二九號並未否認台灣與中國間可能存在「國際書面協定」。

釋字第三二九號公布的時間是一九九三年。當時大法官會議應無法預料我國在約十年後可加入以國家為主要成員的WTO<sup>43</sup>。WTO之成立是依據《世界貿易組織設立協定》（以下稱「WTO協定」）<sup>44</sup>。我國雖非以「國家」身份而是以「個別關稅領域」（separate customs territory）的身份加入WTO協定，但中國卻是以國家身份加入<sup>45</sup>。無論如何，台灣和中國二者皆是WTO協定的締約國。

根據「國際書面協定」的要件，因為「WTO協定」使用的名稱為「協定」，則其必須具備「內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者」才會視為「國際書面協定」。如果嚴格適用釋字第三二九號而認為「具有法律上效力」為「協定」的要件，即「一元說」，則WTO協定的內容並不具「法律上效力」，故該些協定並非釋字第三二九號所指之「國際書面協定」（即「憲法所稱之條約」）。雖WTO協定不是「國際書面協定」，但也非「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」，因為「名稱」是使用「協定」而非「協議」。亦即，台灣和中國間國際關係的形成不會只有「協議」的選項。

如果採取以「協定」為名的國際書面協定有二類而其中一為「其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項」的協定，即「二元說」，則WTO協定因涉及我國外交、財政、和經濟，故應視為「國際書面協定」。因而，台灣與中國間國際關係是能以「國際書面協定」的形式存在。

### 五、「立法院條約審議權」之再定義

根據前述的討論，釋字第三二九號所解釋的「憲法所稱之條約」是與一般國際法概念有很大差距而過於重視「名稱」。似乎非屬於「條約」、「公約」、或「協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者」等類的國際書面協定者即非歸類於「憲法所稱之條約」。不過，從釋字第三二九號的解釋文語意，「國際書面協定」應可不限於該三類。解釋文使用「**國際書面協定，包括 ...**」語句，故「包括」可解釋為「例示」。亦即，「國際書面協定」是上位用語，而「條約」、「公約」或「協定」只是舉例而非限制「國際書面協定」可包含的類型。

在這樣的詮釋下，釋字第三二九號並非限制立法院的條約審議權，而是明示特定的「國際書面協定」必須受立法院審議。其他未由釋字第三二九號所涵蓋的「國際書面協定」仍可屬於憲法第六十三條「條約」的範圍。

此外，「協定」的要件「內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力

註43：參閱羅昌發，《國際貿易法》，頁26-29（2010）。

註44：同前註，頁7-8。

註45：See Patrick Tani, *The Turkish Republic of Northern Cyprus and International Trade Law*, 12 ASPER REV. INT'L BUS. & TRADE L. 115, 133 (2012).

者」若可拆解成「內容直接涉及國家重要事項」之協定或「內容直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力者」之協定等二類，則立法院的條約審議權將更廣。只要協定的內容有關於「國家重要事項」，例如涉及國防、外交、財政、經濟等等（該四項只是列舉），則該協定就應受立法院審議。

最後，台灣與中國間可存在的「國際書面協定」並未被釋字第三二九號所否認。立法院早已審查我國加入WTO與WTO相關協定<sup>46</sup>。中國在二〇〇一年十二月十一日加入WTO<sup>47</sup>，而我國於二〇〇二年一月一日加入<sup>48</sup>。亦即，我國所加入的WTO協定是中國以「國家」身份參加的協定。因此，台灣與中國不必然侷限在「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議」的單一模式。立法院也審議了台灣與中國共同為締約國的WTO相關協定。

### 參、「大陸地區」可視為「國家」以為條約審議之目的

因為加入WTO，台灣與中國早已有「國際書面協定」架構下的國際關係。為讓立法院對兩岸經貿協定（議）有根據憲法第六十三條的條約審議權，進一步要處理的問題是在「條約」的要件中，締結對象須為「其他國家或國際組

織」，而「大陸地區」（中國）是否可視為「其他國家」。本文主張為了條約審議的目的，「大陸地區」應視為一個「國家」而有資格與我國形成「條約」關係。

#### 一、憲法之「領土」與「主權」

中華民國憲法增修條文至今共歷經七次變化<sup>49</sup>，是一個將「主權」移轉給台灣人民的過程，而讓中華民國終於成為完全由台灣人民所組成的國家。第一次修憲重點在於將「主權」移轉給台灣人民<sup>50</sup>。在一九九一年五月一日總統（八十）華總（一）義字第二一二四號令制定公布之憲法增修條文共十條中，第一條和第二條規定國民大會代表和立法院委員等是由「自由地區」選舉出。

第二次修憲重點在於「總統直選」。在一九九二年五月二十八日總統（八十一）華總（一）義字第二六五六號令增訂公布第十一至十八條之憲法增修條文中，第四條將我國總統交由「自由地區全體人民」。

第三次修憲重點除了調整原增修條文的複雜狀態而限縮條文數，其更確立「自由地區」有先於中華民國的「原住民」。在一九九四年八月一日總統（八十三）華總（一）義字第四四八八號令修正公布全文十條之憲法增修條文中，第九條將原「山胞」用語改為「原住民」。

註46：參閱立法院網站，WTO世界貿易組織，<http://lis.ly.gov.tw/npl/hot/answer/wto1/wtowebsite.htm>（最後瀏覽日：2014/5/30）。

註47：See Kong Qingjiang, *China in the WTO and Beyond: China's Approach to International Institutions*, 88 TUL. L. REV. 959, 960 (2014).

註48：See Tani, *supra* note 45, at 130.

註49：參閱立法院網站，[http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@158:1804289383:f:NO%3DE04105\\*%20OR%20NO%3DB04105\\$\\$\\$11\\$\\$\\$PD%2BNO](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@158:1804289383:f:NO%3DE04105*%20OR%20NO%3DB04105$$$11$$$PD%2BNO)（最後瀏覽日：2014/4/28）。

註50：參閱謝瑞智，《憲政改革》，頁12-13（1998）。



第四次修憲開始調整行政權的屬性，以將行政權的正當性來源從立法院移到總統。在一九九七年七月二十一日總統（八十六）華總（一）義字第八六〇〇資六七〇二〇號令修正公布全文十一條之憲法增修條文中，第三條規定「行政院院長由總統任命之」，並未有應經立法院同意之設計，此不同於前一版增修條文第二條第三項規定「行政院院長之免職命令，須新提名之行政院院長經立法院同意後生效」。

第五次至第六次修憲重點在改變「國民大會」的憲法定位，以朝向虛級化國民大會和廢除國民大會的方向前進<sup>51</sup>。第五次修憲時所修正之增修條文乃一九九九年九月十五日總統（八十八）華總（一）義字第八八〇〇二一三三九〇號令修正公布第一、四、九、十條條文，其中第一條第一項規定「國民大會代表…並以立法委員選舉，各政黨所推薦及獨立參選之候選人得票數之比例分配當選名額」。除了「國民大會」的功能調整外，其確立「國民大會」的正當性來源為「立法院」，因為採取立法院選舉的政黨得票比率來分配國民大會代表的席次，稱「依附式比例代表選舉制」<sup>52</sup>。

不過，該次修憲被二〇〇〇年三月二十四日大法官會議之釋字第四九九號解釋為違背修憲正當程序而失其效力。在解釋文中，大法官會議認為：

「第三屆國民大會八十八年九月四日通過之憲法增修條文第一條，國民大會代表第四屆起依比例代表方式選出，並以立法委員選舉各政黨所推薦及獨立參選之候選人得票之比例分配當選名額，係以性質不同、職掌互異之立法委員選舉計票結果，分配國民大會代表之議席，依此種方式產生之國民大會代表，本身既未經選舉程序，僅屬各黨派按其在立法院席次比例指派之代表，與憲法第二十五條國民大會代表全國國民行使政權之意旨，兩不相容，明顯構成規範衝突。若此等代表仍得行使憲法增修條文第一條以具有民選代表身分為前提之各項職權，將牴觸民主憲政之基本原則，是增修條文有關修改國民大會代表產生方式之規定，與自由民主之憲政秩序自屬有違。」<sup>53</sup>

大法官會議主要依賴當時仍有規範效果的憲法第二十五條，其規定「國民大會依本憲法之規定，代表全國國民行使政權」。因為「依附式比例代表選舉制」所產生之國民大會代表其權利來源並非人民，該類「國民大會代表」非屬「民選代表」，故無法執行憲法賦予之民選代表職責。

為解除第五次修憲的問題，產生第六次修憲。在二〇〇〇年四月二十五日總統（八十九）華總一義字第八九〇〇一〇八三五

註51：參閱李炳南、曾建元，〈第五、六次修憲國會制度改革相關議題之政治邏輯與法理分析〉，《人文及社會科學集刊》，14卷1期，頁125-126（2002/03）。

註52：同前註，頁129-130。

註53：參閱司法院網站，大法官會議釋字第499號（解釋文），[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=499](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=499)（最後瀏覽日：2014/4/27）。



○號令修正公布之憲法增修條文十一條中，第一條第一項規定「國民大會代表三百人，於立法院提出憲法修正案、領土變更案，經公告半年，或提出總統、副總統彈劾案時，應於三個月內採比例代表制選出之…。比例代表制之選舉方式以法律定之」。該條文雖保有「國民大會」的權利來源為人民之形式上意義，但其實質上仍是立法院的附屬，因為國民大會之召開與其代表之選舉等發動前提為立法院的職權行為。因而，「國民大會」又稱為「任務型國大」制度<sup>54</sup>。

最近一次修憲為第七次修憲，其完成廢除「國民大會」的任務。在二〇〇五年六月十日總統華總一義字第〇九四〇〇〇八七五五一號令修正公布第一、二、四、五、八條並增訂第十二條之憲法增修條文中，第一條規定「憲法第二十五條至第三十四條及第一百三十五條之規定，停止適用」。此規定使得憲法本文關於「國民大會」的相關條文不再有規範效果，因而宣告「國民大會」制度的終結。原本在憲法本文中，國民大會根據第四條對「領土」的變更有決議的權利，另其根據第一七四條有修憲權利，而此二項權利也在增修條文第一條宣告不適用。在二〇〇五年六月十日公告之憲法增修條文第一條中，其規定「中華民國自由地區選舉人於立法院提出憲法修正案、領土變更案，經公告半年，應於三個月內投票複決，不適用憲法第四條、第一百七十四條之規定」。因此，原本屬於國民大會的二項職權（即領土變更和修憲），其提案權移轉給立法院，而決

議權則歸屬於「自由地區選舉人」。

從第一次修憲到第七次修憲，李登輝總統所開啟的修憲工程以中華民國主權在民的概念，而最後在陳水扁總統的努力下，中華民國成為台灣人民的國家。因為有「主權」範圍的明確定義，相對的「大陸地區」則不再為「主權在民的中華民國」所涵蓋的領土。

## 二、憲法之「領土」與「大陸地區」

憲法本文第四條規定「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之」。該條已被現行憲法增修條文所取代。現行憲法增修條文第四條第五項規定「中華民國領土，依其固有疆域，非經全體立法委員四分之一之提議，全體立法委員四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，提出領土變更案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，不得變更之」。無論是哪個版本，關鍵問題是「固有之疆域」一直是未定義的概念。

大法官會議曾於一九九三年十一月二十六日的釋字第三二八號中解釋憲法本文第四條，而解釋文指出：

**「中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而為『依其固有之疆域』之概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。」<sup>55</sup>**

註54：參閱李炳南、楊智傑，〈第七次修憲過程瑕疵與正當性〉，《中華人文社會學報》，4期，頁89-90（2006/03）。

註55：參閱司法院網站，大法官會議釋字第328號（解釋文），

釋字第三二八號並未解釋「固有之疆域」，卻是設下司法權對於主權問題的界限，而宣告不應該由大法官會議解釋。

然而，從釋字第三二八號之理由書，或許可推論「領土」應如何界定的處理方式。理由書指出：

「國家領土之範圍如何界定，純屬政治問題；其界定之行為，學理上稱之為統治行為，依權力分立之憲政原則，不受司法審查。我國憲法第四條規定，『中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之』，對於領土之範圍，不採列舉方式而為概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱『固有之疆域』究何所指，若予解釋，必涉及領土範圍之界定，為重大之政治問題。本件聲請，揆諸上開說明，應不予解釋。」<sup>56</sup>

理由書雖未解釋「政治問題」的具體意涵，其卻提出「國家領土之範圍」之界定方法。理由書認為國家領土範圍之「界定」乃屬「統治行為」。不過，「統治行為」又是一個未定義的詞彙。

一九九六年十二月三十一日做出的釋字第四一九號亦曾觸及「統治行為」，其解釋文提到「對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，為學理上所稱統

治行為之一種，非本院應作合憲性審查之事項」<sup>57</sup>。在釋字第四一九號理由書中，大法官會議指出：

「按政治問題或類似之概念（如統治行為或政府行為）所指涉之問題，應由憲法上之政治部門（包括行政及立法部門）作政治之判斷，而非屬可供司法裁決之事項，此在立憲民主國家之憲政實踐中，所累積發展而成之理論，不乏可供參考者，本院釋字第三二八號解釋亦有關於憲法第四條所稱固有疆域範圍之界定，係屬重大政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋之案例。」<sup>58</sup>

理由書重申「政治問題」為「非屬可供司法裁決之事項」，並又增加「類似之概念（如統治行為或政府行為）所指涉之問題」為不予司法裁決之事項。然而，如釋字第三二八號一樣，大法官會議並無提供判斷「政治問題」的基準。

釋字第四一九號或許可提供「排除為政治問題」的基準以做為界定「政治問題」。其理由書繼續指出：

「惟就副總統兼任行政院院長之違憲疑義而言，係屬二項憲法職位互相兼任時，是否牴觸憲法之法律問題，並非涉及政治上之人事安排，揆諸本院歷來對憲法上職位兼任所作之諸多解釋（例如釋字第一號、

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=328](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=328)（最後瀏覽日：2014/6/1）。

註56：同前註。

註57：參閱司法院網站，大法官會議釋字第419號（理由書），

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=419](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=419)（最後瀏覽日：2014/6/1）。

註58：同前註。

第十五號、第十七號、第二十號、第三十號、第七十四號、第七十五號及第二〇七號等），本件關於副總統兼任行政院院長之憲法疑義部分，尚不能以政治問題或類似概念為由，不為實體之解釋。」<sup>59</sup>

亦即，只要事務觸及憲法的實質規範時，例如憲法職位的問題，則儘管該事務涉及政治行為，其也應受到司法審查。在這樣的觀點下，因為憲法並未定義「領土」，而「領土」也不屬於司法解釋的範圍，故觸及「領土」的問題永遠無法涉入憲法的實質規範。僅有所謂「領土變更」的議題必須有憲政程序上的遵守而會受到司法審查，而除此之外則皆不受司法審查。

如果「領土」無法定義其範圍，則亦無法認定「領土變更」與否，因而使得現行憲法增修條文第一條關於領土變更的程序無操作之可能。然而，憲法解釋不應讓憲法變成死水。既然有領土變更程序的規範，憲法必然意涵有所謂的「領土範圍」。本文認為中華民國在修憲後，由於「主權」移轉至台灣人民的關係，領土範圍已侷限在「台灣」（廣義地包含本島和周邊島嶼）。

至於憲法有所謂「大陸地區」的概念，但如果「領土」無法解釋其範圍，則「大陸地區」也不可能。根據釋字第三二八號的意旨，「大陸地區」範圍屬「政治問題」而由行政院或立法院進行政治判斷。從行政院的角度，憲法的

「大陸地區」就是指「中國」，因為《臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則》第三條規定「大陸地區」指「中共控制之地區」<sup>60</sup>。相對地，《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第二條規定「大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土」，而同條指台灣地區為「臺灣地區：指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區」。如果憲法的「領土」不確定，「台灣地區以外」亦無從確定，故立法院未實質以立法方法定義「大陸地區」。

### 三、「大陸地區」可視為國家

釋字第三二八號理由書指出「國家領土之範圍如何界定，純屬政治問題；其界定之行為，學理上稱之為統治行為」。根據此理論，「中國」對「大陸地區」有「統治行為」。「中國」是一個國家，而「大陸地區」為其「國家領土」因而亦是一個「國家」。

此外，從釋字第三二八號的意旨，「大陸地區」的範圍屬於政治問題，而可由政治部門決定，故不同政黨執政可對「大陸地區」有不同的對待。無論如何，「大陸地區」都是相對於「自由地區」或「台灣」的他者，而不是屬於修憲後中華民國主權範圍。

「大陸地區」是他者之現象又反映在我們如何對待「大陸地區人民」。「大陸地區人民」至少與「台灣人民」不同，而最多是視為「外國人」。在一九九九年十二月三日的釋字第四九七號中，該案涉及「大陸地區人民」進入

註59：同前註。

註60：亦即，我國政府仍主張「中國」為「中華民國領土」。不過，此不代表憲法所指之「大陸地區」為我國領土。修憲後的「主權」既然已回歸給台灣人民，則「領土」應該以主權來源的地理區域為判斷，以免使得憲法關於領土的規定處於不確定或無法推論的狀況。關於這部分爭議，筆者將另外撰文處理。

我國國境內的管制問題。該解釋文指出：

「中華民國八十一年七月三十一日公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例係依據八十年五月一日公布之憲法增修條文第十條（現行增修條文改列為第十一條）『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』所制定，為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。內政部依該條例第十條及第十七條之授權分別訂定『大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法』及『大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法』，明文規定大陸地區人民進入臺灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無牴觸。」<sup>61</sup>

該解釋文認為對「大陸地區人民」進入我國的管制（例如資格要件、許可程序、停留期限）是合憲的，且是為了確保我國安全與民眾福祉。此見解彰顯「大陸地區人民」的「他者」性質。大法官會議的法理基礎是根據憲法增修條文（為現行憲法增修條文第十一條）和

憲法第二十三條。憲法增修條文只規定「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」得以法律規範，故只有涉及我國人民與「大陸地區人民」之間的事務才得以法律規範，而「大陸地區人民入境」的單方行為應不屬之。然而，大法官會議並未針對憲法增修條文進行詮釋，而是直接從憲法第十條所保護的居住遷徙自由出發，並引用憲法第二十三條來合理化系爭行政法規<sup>62</sup>。理由書指出系爭行政法規屬「為維持社會秩序或增進公共利益所必要」，卻未說明理由<sup>63</sup>。亦即，對「大陸地區人民」的基本權利限制是自然的事情，而無須特別的論述。

在二〇一三年七月五日的釋字第七一〇號中，該案涉及對「大陸地區人民」強制出境的措施。該解釋文指出：

「中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項規定：『進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……』（該條於九十八年七月一日為文字修正）除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨。」<sup>64</sup>

註61：參閱司法院網站，大法官會議釋字第497號（解釋文），

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=497](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=497)（最後瀏覽日：2014/6/4）。

註62：同前註（理由書）。

註63：同前註（理由書）。

註64：參閱司法院網站，大法官會議釋字第710號（解釋文），

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=710](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=710)（最後瀏覽日：2014/6/5）。



在其理由書中，相對應的說明為：

「惟大陸地區人民形式上經主管機關許可，且已合法入境臺灣地區者，其遷徙之自由原則上即應受憲法保障（參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十二條及第十五號一般性意見第六點）。除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分者外，強制經許可合法入境之大陸地區人民出境，應踐行相應之正當程序（參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十三條、歐洲人權公約第七號議定書第一條）。」<sup>65</sup>

雖然大法官解釋的法理根據為憲法第十條，但其又參酌《聯合國公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights）第十二條<sup>66</sup>與第十三條。該公約第十三條規定「本公約締約國境內合法居留之外國人，非經依法判定，不得驅逐出境，且除事關國家安全必須急速處分者外，應准其提出不服驅逐出境之理由，及聲請主管當局或主管當局特別指定之人員予以覆判，並為此目的委託代理人到場申訴」。而值得注意的是本條

是對於外國人的保障。而大法官會議引用第十三條做為法理基礎意涵「大陸地區人民」本質上是「外國人」。

綜合上述，「大陸地區」既非屬憲法上「主權」概念所必然涵蓋的區域，而憲政實務對「大陸地區人民」亦採取「外國人」的態度，故「大陸地區」從憲法角度可視為一個「國家」。

#### 肆、兩岸經貿協定（議）之定性

台灣和中國同屬WTO會員國，故雙方的經貿關係不再是單純的雙邊關係。台灣對於一個國家的經貿條約會影響到我國對他國經貿關係。例如我國給予A國的貨品W關稅減讓將可能影響B國的同貨品或相似貨品在我國的市場，因而在我國與B國洽談經貿協議時，B國對於貨品W的關稅減讓需求可成為我國談判的籌碼以換取我國在B國更多的利益。

WTO會員國間的經貿協定是受到WTO的監督。經貿協定必須符合WTO的規範，以免違反相關協定而造成貿易報復的後果<sup>67</sup>。以關稅議題為例，GATT協定（General Agreement on

註65：同前註（理由書）。

註66：聯合國公民與政治權利國際公約第12條規定「一、在一國領土內合法居留之人，在該國領土內有遷徙往來之自由及擇居之自由。二、人人應有自由離去任何國家，連其本國在內。三、上列權利不得限制，但法律所規定、保護國家安全、公共秩序、公共衛生或風化、或他人權利與自由所必要，且與本公約所確認之其他權利不牴觸之限制，不在此限。四、人人進入其本國之權，不得無理褫奪」。中文翻譯見司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/rights/work02/%E5%85%AC%E6%B0%91%E8%88%87%E6%94%BF%E6%B2%BB%E6%AC%8A%E5%88%A9%E5%9C%8B%E9%9A%9B%E5%85%AC%E7%B4%84.pdf>（最後瀏覽日：2014/6/5）。

註67：See James Bacchus, *Common Gauge: Harmonization and International Law*, 37 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 1, 10 (2014)（“[D]ispute settlement decisions by the WTO are enforceable in that they are backed by the ultimate “last resort” of economic sanctions against countries that choose not to comply with WTO rulings on the obligations in WTO rules.”）。



Tariffs and Trade, GATT 1947) 設有「最惠國待遇原則」(Most-Favored-Nation principle, 簡稱MFN)<sup>68</sup>。簡單而言, A國就關稅措施給予B國較好的待遇, 則該較好的待遇將立刻且無條件地適用其他WTO會員國<sup>69</sup>。不過GATT協定設有例外規定, 而符合特定規範的經貿協定即是一種例外<sup>70</sup>。GATT協定第XXIV條規定兩個要件, 而在要件滿足時A國與B國間的經貿協定可免於「最惠國待遇原則」的適用<sup>71</sup>。第XXIV條第五項規定兩國間的關稅或管制措施不得高於加入WTO前的狀態; 另同條第八項規定關稅或管制措施的降低應適用於雙方實質上(substantially)所有的貿易項目<sup>72</sup>。

兩岸經貿協定(議)涉及關稅議題, 其必然要符合GATT協定的相關規範; 否則因為我國對中國的讓利, 將導致我國違反GATT協定的

「最惠國待遇原則」, 進而遭到其他國家在WTO的爭端機構提出相關的訴訟, 乃至最後被貿易制裁<sup>73</sup>。亦即, 兩岸經貿協定(議)無論使用「協定」或「協議」或其他中國認為可迴避主權問題的名稱, 其本質上是屬於WTO相關協定的一部分, 而自然應落入「用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項」之條約。

況且, 在經貿協定的情境下, 因為我國與中國同屬WTO會員國, 我國自然以WTO會員國的方式對待中國, 而不是「大陸地區」。再者, 在憲政實務下, 「大陸地區」是可視為國家, 故當然能與我國形成國際條約的關係。因此, 兩岸經貿協定(議)可落入憲法第六十三條所指之「條約」, 應由立法院審查其內容並同意, 而始得生效。

註68: See ANDREW T. GUZMAN & JOOST H.B. PAUWELYN, *INTERNATIONAL TRADE LAW* 287 (New York, Aspen Publishers 2009) .

註69: See GATT 1974 art. 1.1 (“With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.”) .

註70: See GUZMAN & PAUWELYN, *supra* note 68, at 315 (introducing the concept of preferential trade agreements as an exception to the MFN principle) .

註71: See Ping-Hsun Chen, *Cross-Straits Economic Cooperation Framework Agreement, Cross-Strait Agreement on Intellectual Property Right Protection and Cooperation, and Implications of One-China*, 36 HOUS. J. INT’L L. 59, 65 (2014) .

註72: See *id.* at 65-66.

註73: See Robert D. Sloane, *On the Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility*, 106 AM. J. INT’L L. 447, 493 (2012) (“The whole system benefits from efficacious sanctions in the form of remedies that the Dispute Settlement Body approves—typically increased tariffs, which prevailing states may implement if the violating state does not take appropriate measures to correct the violation. WTO/GATT law also clearly defines the circumstances under which necessity constitutes a defense.”) .

## 伍、結論

當「中國是國家」已成為普世價值時，不願意面對其國家的性質而以矮化我國為地區的方式與中國交往，進而規避國會監督，這不應是權力分立並相互制衡的憲政體制應有的狀況。為建立兩岸經貿協定（議）應受立法院審議的憲法法理，本文從大法官釋字第三二九號來分析憲法第六十三條「條約」的定義。關於「條約」的要件，第一，締結對象為「其他國家或國際組織」；第二，應為「國際書面協定」。第三個要件為協定名稱為「條約」、「公約」、或「協定」等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者」。

兩岸經貿協定（議）是否為「條約」，其關鍵法律問題在於「大陸地區」可否視為國家，以及經貿協定是否屬於「其內容直接涉及國家重要事項」之協定。針對第一個問題，本文認為我國憲法經過修憲，已將「主權」範圍侷限在台灣與其附屬島嶼。再者，根據釋字第三二八號，「領土」由政府的統治行為界定。在我國憲法與大法官會議都無法解釋我國領土

的情況下，「大陸地區」是否屬於我國領土則屬於政治問題，而不同的執政黨可有不同的主張。因而，「大陸地區」不必然屬於我國領土。另外，我國憲政實務一直視「大陸地區人民」為他者，甚至視為「外國人」。又既然統治行為決定「領土」範圍，則中國統治「大陸地區」，而中國為國家，故「大陸地區」當然可視為國家，以能和我國形成國際條約關係。

針對第二個問題，本文認為兩岸經貿協定（議）是WTO相關協定的一部份，不能抽離成單純的雙邊關係。兩岸經貿協定（議）也會改變我國對其他國家的經貿狀態。而釋字第三二九號指出「國家重要事項」包括國防、外交、財政、經濟等等，則兩岸經貿協定（議）當然屬於「其內容直接涉及國家重要事項」之協定。

總結，兩岸經貿協定（議）是憲法第六十三條所指之合約，因而立法院有審議權。希望本文的提出能解開行政權與立法權間的衝突，以讓兩岸經貿協定（議）的行政過程更透明，並且能有更多利益團體的參與，才不至於讓兩岸經貿協定（議）成為社會不公平的來源。

### 律師通訊處變更通知書

致：全國律師雜誌編輯部

地址：台北市重慶南路一段130號5樓  
電話：(02) 2331-2865  
傳真：(02) 2375-5594

律師姓名：

電話：

傳真：

更新住址：

(新執業律師亦請填寫)