

再訪兩岸簽署書面協定的權力分立課題

—以晚近美國法制與理論的發展為比較觀察的起點

邱文聰

中央研究院法律學研究所副研究員

一、前言

過去二十多年來兩岸間的交流，主要是依循「台灣地區與大陸地區人民關係條例」(以下簡稱「兩岸人民關係條例」)所提供的法制架構，針對兩岸「人民」間往來交流衍生的行政、民事、刑事等各種問題，從我方擁有統治高權的立場，以「人民」為規範對象，進行單方的規制。然而，「兩岸人民關係條例」對於「政府」進行兩岸交流，進而簽訂可拘束雙方政府與人民之書面協定，卻僅有少數條文(第 4-3、4-4、5-1、5-2 條)，提供部分的程序性規範要求，搭配相當於空白授權的兩岸協定簽署授權規定(第 4-2 條)，輔以幾乎可由行政部門任意決定是否適用的國會事後監督機制(第 5 條)，構築出相對簡陋的法制框架。這使得「政府」進行兩岸交流雖極易背離民主原則，人民或其代議士卻無從進行有效節制。

行政院為了回應 318 佔領立院行動對於兩岸協議監督立法的訴求，雖然提出「兩岸協議監督條例草案」(全稱為「臺灣地區與大陸地區訂定協議處理及監督條例草案」)，但政院版「兩岸協議監督條例草案」主要仍沿襲「兩岸人民關係條例」規範政府進行兩岸交流的權力分配格局，再點綴式地增加一樣是由行政權獨攬的政策說明宣導與國安評估，並未根本改變既有法制框架所面臨的問題。簡單來說，現行的法制至少面臨以下三個憲法層次的問題：

第一、依照「兩岸人民關係條例」第 5 條第 2 項的規定，「內容涉及法律修正或應以法律定之」之兩岸協定，應於簽署後由立法院審議，「內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之」者，則僅需送立法院備查。¹ 此一規定表面上似乎以「法律保留原則」為準，判斷兩岸協定簽訂後是否應送國會審議，符合大法官釋字 329 號解釋的意旨，² 以「內容是否直接涉及人民之權利義務且具有法律上

¹ 然而現行的立法院職權行使法，並未特別針對兩岸協定之「備查」程序有所規定，致使兩岸協定之備查可否類推適用「行政命令」備查程序？遇有爭議時如何解決？等問題，常成為立院實際運作上困擾之來源。

² 目前多數見解認為兩岸協定的國會監督與制衡，應至少比照或類推適用大法官釋字 329 號解釋所建立的判準。事實上，只有當兩岸被當成「對外關係」時，才有總統是否擁有專屬權的權力分立爭議，否則若屬「內政」，總統本來就沒有任何專屬的權限，而屬於立法院當然可以審議的範疇。

效力」為據，決定國會可以對行政部門所簽訂之國際書面協定，進行監督與制衡的範圍。³ 然而此規定卻忽略，釋字 329 號解釋除了以涉及人民權利義務的傳統法律保留原則為斷之外，同時也以「內容是否直接涉及國防、外交、財政、經濟等國家重要事項」為標準，劃定立法權在行政權簽署國際書面協定時，得以和行政權協力或共享權限的範圍。⁴ 將立法院可以主動與閩政府簽署兩岸書面協定的範圍，框限在「涉及修法或立法事項」的結果，無異於宣告，只要不涉及法律修正或法律制定，即使亦非憲法明文專屬於總統或行政之權限，仍可排除立法院的監督制衡。職是之故，截至目前為止政府簽署的 21 項協議中，⁵ 僅有「經濟合作架構協議」(ECFA) 及「智慧財產權保護合作協議」二者，曾完成立法院審議的程序。其餘簽署之書面協定，行政院均仍認為不牽涉修法或立法，即非屬國會可予監督制衡的領域，因此即使事前未獲得國會對於簽署兩岸協定的授權，至多也僅需將簽署後的書面協定送交立法院備查，即為已足。在此，我們面臨的憲法課題是：究竟行政權在兩岸事務上所享有的行政保留領域，是否廣泛到足以將國會的制衡範疇壓縮至其固有單純的立法領域？國會在憲法權力分立原則下，對於不直接涉及「修法或立法」的兩岸事務，是否真的必須任由行政部門主宰而全無置喙餘地？

第二，即使先不爭執國會可以與閩兩岸事務而進行監督制衡的範疇究竟應該多大，「兩岸人民關係條例」以及政院版「兩岸協議監督條例草案」在屬於國會可監督制衡的領域內，除了允許國會依「兩岸人民關係條例」第 5 條第 2 項之規定進行「事後審議」外，僅允許國會透過「事前授權」，例如「兩岸人民關係條例」第 4 條之 2 第 1 項與第 73 條等規定，⁶ 進行監督與制衡。對於「事前授

³ 請參見廖元豪，〈行政、立法兩權拉鋸中的對外協定—從台灣與美國憲法政府體制談起〉，【台灣本土法學】，第 244 期，頁 9 及註 6（2014）。

⁴ 大法官釋字 329 號解釋：「憲法所稱之條約，係指我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或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。」釋字 329 號解釋之後所修訂之「條約及協定處理準則」，雖將「具有法律上之效力」列為「內容直接涉及國家重要事項」之條約的要件，但行政院日前已正式向立法院提出的「條約締結法草案」，則刪除「具有法律上之效力」的文字，直接使用「內容涉及國防、外交、財政或經濟上利益等國家重要事項」，應更符合釋字 329 號解釋之原意。

⁵ 所涉及的事務領域包括包機、旅遊、空運、食品安全、海運、郵政、共同打擊犯罪與司法互助、空運補充、金融合作、農產品檢疫、標準計量檢驗、漁船船員勞務合作、ECFA、智財保護、醫藥衛生、核能安全、投資保障、海關合作、服貿、地震監測、氣象合作。當中「服務貿易協議」、「地震監測合作協議」與「氣象合作協議」三者，目前仍未生效。

⁶ 「兩岸人民關係條例」第 4-2 條第 1 項：「行政院大陸委員會統籌辦理臺灣地區與大陸地區訂定協議事項；協議內容具有專門性、技術性，以各該主管機關訂定為宜者，得經行政院同意，由其會同行政院大陸委員會辦理。」

「兩岸人民關係條例」第 73 條第 1 項：「大陸地區人民、法人、團體、其他機構或其於第三地區投資之公司，非經主管機關許可，不得在臺灣地區從事投資行為。」第 3 項：「第一項所定投資人之資格、許可條件、程序、投資之方式、業別項目與限額、投資比率、結匯、審定、轉投資、申報事項與程序、申請書格式及其他應遵行事項之辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定之。」

權」與「事後審議」以外的其他國會監督或民主制衡，則一概認為侵犯總統（及所屬行政權）受憲法保障之「對外代表國家行使條約締結」的權力，⁷ 破壞權力分立原則，不應採納。然而從憲法的角度來看，總統對外締結國際書面協定的權力是否真的足以排除國會在「事前授權」與「事後審議」之間的中間階段，以其他形式參與兩岸事務的政策形成？

第三，不論是「兩岸人民關係條例」或政院版「兩岸協議監督條例草案」，對於可能涉及影響台灣主權地位現況的兩岸協定，均未規定特別的締結或監督程序，之所以如此的理由或許是認為，涉及高度政治性議題的兩岸協定，都屬於「憲法保留」予總統固有權限的兩岸（對外代表）與國防（三軍統帥）等領域內的事項，因此不應由國會透過立法加以限制。⁸ 相對地，由公民團體提出的民間版「兩岸協定締結條例草案」，特別針對「涉及建立兩岸軍事互信機制、結束兩岸敵對狀態、安排兩岸階段性或終局性政治解決、劃定或分享疆界、決定中華民國在國際上之代表或地位，以及其他可能影響中華民國台澎金馬人民對中華民國台澎金馬主權」之兩岸協定，規定了包括事先由立法院同意，⁹ 事後再由公民複決的特別締結程序，¹⁰ 主要的論理基礎則是認為在國民主權原則下，該等協定應屬於「憲法保留」予「國會」與「人民」來主導與決定。究竟涉及主權之兩岸協定的締結，是憲法保留予總統之權限，或是憲法保留予國會及人民的權力？

上述三個問題分別牽涉到行政權與立法權在對外事務上，各自享有及與對方交錯共享的權力範圍、立法權在其權力範圍內的可能監督制衡模式，以及國民主權原則與總統固有對外與軍事實體權限的優先順位。針對前兩個問題，論者多舉美國法制為例，嘗試說明行政權在對外事務上應享有優勢地位。然而，所舉法制或為較早之案例，歷經長期發展後已有不同面貌；或經不斷檢討後已出現問題

此等規定是否足以作為兩岸協定簽訂的授權依據容有疑問，詳見下述。

⁷ 憲法第 35 條：「總統為國家元首，對外代表中華民國。」憲法第 38 條：「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權。」持此類見解者，請參見廖元豪，註 3，頁 10-12；葉慶元，〈監督條例有必要？〉，【論壇新浪潮】，<http://www.monsoon.org.tw/detail.php?id=100>，（5/12/2014 造訪）；歐陽弘，〈美國 2002 年貿易法的憲法爭議－從權力分立談起〉，【台灣本土法學】，第 244 期，頁 17（2014）。

⁸ 行政院大陸委員會法政處處長葉寧於中華民國憲法學會舉辦之研討會上，即持此一見解。

⁹ 民間版「兩岸協定締結條例草案」第 6 條第 3 項：「涉及建立兩岸軍事互信機制、結束兩岸敵對狀態、安排兩岸階段性或終局性政治解決、劃定或分享疆界、決定中華民國在國際上之代表或地位，以及其他可能影響中華民國台澎金馬人民對中華民國台澎金馬主權之各項協定，其締結計畫應由行政院提出及報告，並經全體立法委員三分之二同意；未經同意所為之協商或簽署之協定，無效。」

¹⁰ 民間版「兩岸協定締結條例草案」第 15 條第 4 項：「涉及建立兩岸軍事互信機制、結束兩岸敵對狀態、安排兩岸階段性或終局性政治解決、劃定或分享疆界、決定中華民國在國際上之代表或地位，及其他可能影響中華民國台澎金馬人民對中華民國台澎金馬主權之各項協定，應有立法委員四分之三出席，及出席委員四分之三決議，再依公民投票法之程序，辦理全國性公民投票，由中華民國台澎金馬全體人民複決，經有效投票數超過二分之一同意，不受公民投票法第三十條投票人數之限制。」

而亟待變革。單純介紹過時的國外法制不僅恐生誤解，也無從自他國的錯誤及變革中汲取寶貴的經驗。本文以下即再以美國法制與理論的新近發展，重新檢視對外關係上的權力分立原則，以依序回答上述三個問題。

二、兩岸事務：固有權限之外的共享領域

從實踐上的經驗來看，美國政府對外簽署國際書面協定除了依其特有的美國憲法第 2 條規定，經參議院 2/3 多數同意後簽署「憲法第二條之條約」外，大體上有三種模式可以選擇：單純行政協定（sole executive agreements）、國會授權之國會行政協定（ex ante congressional executive agreements）、國會審議之國會行政協定（ex post congressional executive agreements）。在這三種模式中，「國會審議之國會行政協定」必須在書面協定簽署後，由國會依一般程序經多數決審議，實際上應與我國經立法院審議的憲法上條約相當。反之，前二類模式則無須於事後經國會審議，但因為「國會授權之國會行政協定」需由國會於事前藉由法律、條約或決議授權簽訂，仍適用於國會與行政共享的權力領域，因此三類當中，只有「單純行政協定」完全無須國會的參與，可由行政部門獨自完成。

那麼，除了依憲法規定必須依照憲法第二條條約的簽署與審議路徑，¹¹ 締結國際書面協定的情形之外，行政部門究竟應依照上述三種模式中的哪一種，完成對外書面協定的簽署？美國憲法學理與實務所確立的標準是，模式的選擇至少與國際書面協定所涉及的實體事務究竟屬於總統與國會中的何者，有緊密的關係。¹² 依照聯邦最高法院在 *Youngstown* 一案對於國家事務的權力分配規則，大體上可以區分為三個類型：憲法明文總統擁有獨立權限的領域（總統專屬領域）、國會透過立法明確加以規範或授權的領域（立法領域）、總統雖無憲法上專屬之獨立權限，但憲法並未禁止，而國會亦尚未積極立法規範的灰色地帶（zone of twilight）。¹³ 當所涉及的實體事項只屬於「總統專屬領域」時，行政部門當然可以採行「單純行政協定」的路徑，簽署國際書面協定，例如，代表個別私人與外國政府協商爭端解決、¹⁴ 承認外國政府及簽署建交公報、¹⁵ 協議人質釋放等。¹⁶ 反之，當所涉及的實體事項屬於國會已有所作為的「立法領域」時，除非國會已事前授權可由行政部門簽訂，因而可循「國會授權之國會行政協定」路徑進行，否則行政部門即必須依「國會審議之國會行政協定」模式，完成國際書面協定的

¹¹ See Oona A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 YALE L.J. 1236, 1344-49 (2008).

¹² See also John K. Setear, *The President's Rational Choice of a Treaty's Prer ratification Pathway: Article II, Congressional-Executive Agreement, or Executive Agreement?* 31 J. LEGAL STUD. 5 (2002).

¹³ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 637 (1952) (Jackson, J., concurring).

¹⁴ 5 TREATIES AND OTHER INTERNATIONAL ACTS OF THE UNITED STATES OF AMERICA 1079, 1099 (Hunter Miller ed., 1931-1948).

¹⁵ *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 330 (1937); *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 229-30 (1942).

¹⁶ *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).

簽署。介於二者中間的「灰色地帶」的權力如何分配，往往成為爭議的焦點。

聯邦最高法院自 30 年代末的 *Curtiss-Wright* 一案開始，的確採取了一種相當寬容的態度，承認總統在對外關係上是代表國家的「唯一機關」(sole organ)，因此即使沒有憲法明文或國會的授權，在相關實體事項上，也享有極為廣泛的 (plenary) 權限。¹⁷ 總統在對外關係上的此一廣泛權限，不僅成為支持總統可以簽署「單純行政協定」的依據，更經常成為論者主張在前述「灰色地帶」的領域中，總統可以逕以「單純行政協定」推展對外關係的理由之一。聯邦最高法院也在後來的 *Dames & Moore*¹⁸ 及 *Garamendi*¹⁹ 兩案中，對於國會未明確立法或授權而屬於「灰色地帶」的事項，直接由國會的其他作為推論國會對於行政部門的隱含 (implicit) 授權，而允許總統簽署無須事後經國會審議的國際書面協定。聯邦最高法院在對外事務上允許行政部門以推論而非明確規定，取得國會對簽署國際書面協定的「隱含授權」，等於排除「授權明確原則」的適用，也間接地將國會在對外事務的積極參與可能性，限縮在國會過去已有明確作為的「立法領域」。²⁰

然而，廣泛承認總統在對外的大小事務上具有排除國會參與權限的論理基礎，不斷遭受質疑與批評。例如，耶魯大學法學院教授 Hathaway 即指出，總統在對外關係上是代表國家的「唯一機關」，並不必然可以推論出總統在所有對外事務的政策上，具有排除其他機關參與的單方權限 (unilateral power)。²¹ 畢竟「對外代表國家」作成意思表示或接受他國的意思表示，只是一種主導對外協商談判「過程」的權力，與對外政策「實體內容」的決策權並無必然的關連。此繼，聯邦最高法院則在最近的 *Medellín v. Texas* 判決中，²² 一改 *Dames & Moore* 以來在「灰色領域」中寬鬆認定總統實體權限的態度，而將總統於「灰色地帶」中可單方主導決策的權限，重新框限在「國會過去已廣泛默認總統享有」的實體事務上 (a pervasive history of congressional acquiescence)，²³ 不再單純以總統在對外關係上是代表國家的「唯一機關」，即任意推論國會對實體事務的隱含授權，而壓縮國會積極參與政策形成的可能空間。²⁴

¹⁷ *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.* 294 U.S. 304, 317-20 (1936).

¹⁸ *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).

¹⁹ *Am. Ins. Ass'n v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 416-17 (2003).

²⁰ 即使如此，美國總統並不常採行「單純行政協定」的模式簽署國際書面協定。根據 1946 年到 1973 年的資料統計，只有約 7% 的國際書面協定採行「單純行政協定」模式。大約八成的國際書面協定則是依循「國會授權之國會行政協定」模式而行。See LOCH K. JOHNSON, *THE MAKING OF INTERNATIONAL AGREEMENTS: CONGRESS CONFRONTS THE EXECUTIVE* 12-13 (1984).

²¹ See Oona A. Hathaway, *Presidential Power over International Law: Restoring the Balance*, 119 *YALE L.J.* 140, 208 (2009).

²² 552 U.S. 491 (2008).

²³ *Id.* at 531.

²⁴ See Anne E. Nelson, *From Muddled to Medellín: A Legal History of Sole Executive Agreements*, 51 *ARIZONA L. REV.* 1035, 1061-63 (2009).

回到台灣。國防、外交與兩岸雖向來被認為是專屬於總統的權限，但這應只是相對於「行政院」而言，總統在國防、外交與兩岸事務上，有獨立於行政院的專屬權限。非謂總統在國防、外交與兩岸事務上，必然具有實體政策的決策主導權，甚至可完全排除立法院的參與。我國憲法本文不僅明白規定立法院在對外事務上享有議決宣戰案、媾和案與條約案之權，增修條文也規定「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」，屬於立法院得以與聞的事務。此外，大法官更在釋字第 329 號解釋中再次確認，對外書面協定之內容若直接涉及「國防、外交…」等國家重要事項，即屬立法院可以置喙的範疇。因此在我國憲法下，國防、外交與兩岸事務中，除非已特別由憲法明文規定專屬於總統的具體事項，例如憲法第 35 條「總統統率全國陸海空軍」，否則其餘事項，都至少應該是行政與立法共享權限的領域。在共享權限的領域中，若欠缺國會明確的授權依據，而行政部門卻又欲以「單純行政協定」模式對外簽署書面協定，則參考 *Medellín v. Texas* 的判準，應當只有在國會過去已廣泛默認得不經審議而由行政部門獨立行動時，才能被允許。

依此標準來檢驗兩岸之間至目前為止所簽署的 21 項書面協定，當中部分書面協定或許可以找到具體明確的法律授權依據，例如尚未生效的「氣象合作協議」，行政部門雖未提及氣象法，但依氣象法第 4 條規定，「為促進國際間氣象合作，交通部得本互惠原則，與外國氣象機關或機構簽訂氣象合作協定或交換氣象資料。前項業務，得委託民間團體辦理，且得代表政府與外國或國際氣象組織談判國際氣象業務或簽署有關協定；其協定事項，並應依相關法規規定辦理。」因此，倘若兩岸間之氣象合作屬於「與外國氣象機關或機構」簽訂之氣象合作協定，而兩岸氣象合作協定也確係由「交通部」委託海基會辦理，則因氣象法第 4 條已為授權，行政部門當可採「國會授權之國會行政協定」模式處理，無須在簽署後送立法院審議。反之，倘若兩岸簽署氣象合作不被認為屬於「與外國氣象機關或機構」簽訂之氣象合作協定，而「兩岸人民關係條例」中又未針對氣象合作事項，授權主管機關對外簽署書面協定，若依據 *Medellín v. Texas* 的標準，因為對外簽署氣象合作協定已由氣象法將之置於「立法領域」內，行政部門就必須在簽署後將書面協定送交立法院審議。

再以牽涉兩岸間司法互助的「共同打擊犯罪及司法互助協議」為例。該書面協定簽署後，僅送立法院備查，然而「兩岸人民關係條例」中除了第 4-2 條第 1 項「行政院大陸委員會統籌辦理臺灣地區與大陸地區訂定協議事項」，對辦理機關有所規定外，並無明確授權行政部門簽訂「司法互助」協定的規定，也沒有其他法律，特別授權行政部門對外簽訂司法互助協定。但以目前台灣與外國政府間已簽署的三項司法互助協定為例觀察，無論是 2002 年簽訂的「駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定」、²⁵ 2010 年簽訂的「駐越

²⁵ 台美司法互助協定的程序更為嚴謹，雙方於 2001 年 11 月 14 日完成草簽後，先送立法院審議，

南臺北經濟文化辦事處與駐臺北越南經濟文化辦事處關於民事司法互助協定」或 2013 年簽訂的「駐菲律賓臺北經濟文化辦事處與馬尼拉經濟文化辦事處間刑事司法互助協定」，均經過立法院正式的審議程序。因此，若依據 *Medellin v. Texas* 的標準，「司法互助」顯然並不屬於立法院過去已廣泛默認可不經審議而由行政部門獨立作成「單純行政協定」的事項，原應在簽署後送立法院審議。行政院卻於兩岸司法互助協議簽署後僅送立法院備查，無疑應已侵奪並壓縮了立法權原本應有的參與空間。

同樣地，引起廣泛爭議的兩岸服貿協議也面臨相同的困境。服貿協議所涉及的國際貿易事項，原本已有貿易法第 7 條第 1 項「主管機關或經行政院指定之機關，得就有關對外貿易事務與外國談判及簽署協定、協議。其所為談判事項涉及其他機關者，應事先協調」的授權規定。而兩岸間的貿易，除了「兩岸人民關係條例」第 35 條第 3 項「臺灣地區人民、法人、團體或其他機構，經主管機關許可，得從事臺灣地區與大陸地區間貿易；其許可、輸出入物品項目與規定、開放條件與程序、停止輸出入之規定及其他輸出入管理應遵行事項之辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定之」的行政處分及法規命令授權依據外，「海峽兩岸經濟合作架構協議」(ECFA) 中，也規定「雙方同意…就服務貿易協議展開磋商，並儘速完成」。上述法律與條約中的規定，似乎可當作服貿協議採行「國會授權之國會行政協定」模式的依據。然而，此等授權依據事實上都有問題。首先，將貿易法第 7 條第 1 項授權行政部門「與外國談判及簽署貿易協定」的規定，適用於兩岸，雖名正言順，但恐怕與目前政府之政策立場相背。不僅如此，貿易法第 7 條第 1 項本身則因為在授權目的、內容及範圍上未有具體明確的界定，也有違反授權明確性原則的問題。²⁶ 其次，「兩岸人民關係條例」第 35 條第 3 項雖授權行政部門就兩岸間貿易事項訂定行政命令，但「授權訂定行政命令」與「授權簽署國際書面協定」並不能劃上等號，²⁷ 至少，行政命令尚可由行政機關自行修正、停止甚至廢止，而一旦對外簽署「國會授權之國會行政協定」，則政府本身亦將受拘束，其影響程度顯大不相同。至於 ECFA 當中對服貿協議的規定，至多只課予雙方進行「磋商」的義務，並不能直接解釋為雙方在 ECFA 下已負有「簽訂」服貿協議的義務，當然也就不能單以此框架性協定，作為行政部門簽署服貿協議的授權條約。²⁸

於 2002 年 1 月 16 日完成審議通過後，雙方再於 2002 年 3 月 26 日依審議通過之內容正式簽署生效，之後再由法務部於 2002 年 10 月 11 日將正式簽署之文件送立法院備查。

²⁶ 請參見大法官釋字 680 號解釋理由書：「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。」另請參見葉寧，〈條約與行政協定之國會監督—從美國法觀察的比較研究〉，【國立台灣大學法律學研究所碩士論文】，頁 166 (1995)。

²⁷ See Hathaway, *supra* note 21, at 156.

²⁸ 請參見宋承恩，〈看穿國王的新衣—服貿協定的法律辨正〉，【風傳媒】，2014 年 4 月 3 日，專家評析。

若依照 *Medellin v. Texas* 的標準，一旦欠缺簽署兩岸書面協定的國會具體授權，「灰色地帶」中的權限如何分配，就必須藉由觀察立法院過去如何處理對外自由貿易協定來判斷。我國與友邦間簽署自由貿易協定，即便先不爭執貿易法第 7 條第 1 項作為授權依據是否符合授權明確性的要求，過去的慣例也都仍然在簽署後，送經立法院審議通過，例如 2003 年「中華民國與巴拿馬共和國自由貿易協定」、2005 年「中華民國（臺灣）與瓜地馬拉共和國自由貿易協定」、2007 年「中華民國（臺灣）與薩爾瓦多共和國暨宏都拉斯共和國自由貿易協定」及「中華民國（台灣）與尼加拉瓜共和國自由貿易協定」。我國與非友邦間的自由貿易協定，亦復如此，例如 2013 年「臺紐經濟合作協定（ANZTEC）」與「臺星經濟夥伴協定（ASTEP）」，同樣都在簽署後經立法院正式審議。這樣的憲政實踐充分說明了服貿協議的簽署，絕非可依循「單純行政協定」的模式完成。

要言之，單純以總統在對外關係上是代表國家的「唯一機關」，而將國會對兩岸事務與聞的權力侷限在「涉及修法或立法事項」上，顯然才是背離權力分立原則對於行政與立法共享權限時的權力分配規則。

三、在頭尾之間：締約與決策過程中的民主原則

如果兩岸事務是行政與立法共享權限的領域，國會的監督制衡及與聞決策的權力究竟應該如何行使，始符合權力分立原則與國際談判的實際需求？

對外關係中的國際談判往往涉及高度專業或機密，因此各國憲法多將「締約」的權力交付予行政部門。美國國會在與行政部門共享權限的事務領域中，除了可以被動地在「事後審議」行政部門所簽署的國際書面協定之外（包括「憲法第二條條約」的審議與「國會審議之國會行政協定」的審議），也在新政時期（New Deal）前後，開始大量使用「事前授權」模式，以平衡監督制衡的民主價值與大量對外締約的實際需求。然而，不論是原有的事後審議，或後來發展出的事前授權模式，在經過多年的實際運作與制度變遷後，逐漸被證實均無法同時滿足對內的民主課責與對外的競爭效率要求，而有賴進一步的制度變革。

先談事前授權模式的問題。事前授權模式由國會藉由法律、條約或決議，對國際書面協定的簽署給予事先授權，國會即無須於簽署後再為審議。事前授權模式使行政部門得以在需要快速國際合作的場合，可以更為靈活而有效率地發展對外關係。但事前授權模式雖由國會授權簽署，不過採取此模式締結的國會行政協定，其效力僅相當於授權命令，不及經事後審議通過的國會行政協定。事前授權模式已成為當今美國政府簽署國際書面協定最主要的締結模式，約佔所簽署之全部書面協定的八成，所涉及的事務範圍從國防（例如協防外國或提供後勤支援）、

貿易、外援、農業、漁業、經濟合作、勞工、投資、司法互助，到教育、核能、環保、地圖測繪與太空合作等，包羅萬象，不一而足。²⁹

美國國會當初大量採用事前授權模式時，原期待可藉由「授權明確原則」與「立法否決權」，以便在授權後仍可繼續對行政部門加以制衡。然而，「授權明確原則」有其實際操作上的困難，因為實際談判上的彈性需求，國會在事前授權往往不能太過具體緊縮，因此很難避免空白授權。而空白授權的困境，原可再藉由授權後的「立法否決」獲得緩解，但聯邦最高法院在 1983 年的 *Chadha* 案中，又認定「立法否決權」的制度設計因剝奪總統在正式立法程序後的否決權，而違反權力分立原則。³⁰ 至此國會原可透過「立法否決權」確保行政部門遵循國會授權要求的制度設計，也告瓦解，形成國會制衡的真空狀態。更糟的是，國會當初的授權多半並無期限的限制，行政部門一旦在五、六十年前獲得國會的授權，至今就仍可以在幾乎不受國會節制的情況下，獨斷而行。此種一旦開放就風箏斷線的事前授權模式，在對外事務上塑造了獨大的行政權，不僅侵蝕民主原則，也可能反過來動搖行政部門決策的合理性。面對此等困境，已有不少學者提出變革之議，包括要求未來的國會授權應附加定期失效的落日條款，使國會得以定期檢討行政部門是否遵循授權要求，再決定是否繼續授權。此外，也有主張應該改從程序面著手，要求行政部門在國際書面協定生效前更早的階段，例如進行協商之前或正式生效前，即履行資訊提供的義務，藉此引導出更多的公眾意見來影響行政部門的決策（也就是所謂的「公告與評論」notice and comment 制度），達到民主治理的目的。凡此皆可稱為「對外行政立法」的正當法律程序要求（an “APA” for administrative international lawmaking）。³¹

我國在對外關係上，亦常採行事前授權的國際書面協定締結模式，例如，保險法第 175-1 條第 1 項：「為促進我國與其他國家保險市場主管機關之國際合作，政府或其授權之機構依互惠原則，得與外國政府、機構或國際組織，就資訊交換、技術合作、協助調查等事項，簽訂合作條約或協定。」洗錢防制法第 16 條：「為防制國際洗錢活動，政府依互惠原則，得與外國政府、機構或國際組織簽訂防制洗錢之合作條約或其他國際書面協定。」證券交易法第 21-1 條：「為促進我國與其他國家證券市場主管機關之國際合作，政府或其授權之機構依互惠原則，得與外國政府、機構或國際組織，就資訊交換、技術合作、協助調查等事項，簽訂合作條約或協定。」與組織犯罪防制條例第 15 條：「為防制國際性之組織犯罪活動，政府或其授權之機構依互惠原則，得與外國政府、機構或國際組織簽訂防制組織犯罪之合作條約或其他國際協定。」未來除了可考慮修法改採定期授權的設計外，也應考量如何進行制度革新，使對外決策的形成過程，能更符合行政

²⁹ See Hathaway, *supra* note 21, at 159-164.

³⁰ *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 923 (1983).

³¹ See Hathaway, *supra* note 21, at 241-258.

程序上民主的正當程序要求。

再來談事後審議模式的問題。事後審議模式雖然相較於事前授權更能滿足民主控管的要求，但在兩個面向上欠缺效率。第一，事後審議模式因為需要通過國會多數決的審查，因此程序較為冗長，也亦遭到反對與抵制，有時無法回應快速變遷中的國際情勢；第二，事後審議模式只能被動等到行政部門簽署後，才能表達國會或公眾的不同意見，但此時對外政策若非木已成舟，就是必須花費極大的變動成本，才能改變已經簽署的雙方協議內容。

為了解決這兩種無效率問題，美國 1974 年的貿易法即採行「強化過程參與」和「限縮事後審查權限」兩種策略，一方面由國會事先設定貿易談判的具體目標（得以部分解決第二個無效率問題），另一方面再依目標達成與否，由國會決定是否自我限縮審查權限（解決第一個無效率問題），成為一般所稱的「快速立法」程序（fast track procedure）。³² 但同樣面臨重新在對外貿易上調整民主與效率需求的韓國「通商條約締結程序暨執行之相關法律」，則僅採用「強化過程參與」的解決方案，透過締結計畫報告、衝擊影響評估、簽署前的資訊公開等要求，達到國會提前參與對外貿易政策形成的目的，但並未同時搭配「限縮審查權限」的制度，而是藉由過程中國會的參與，自然降低事後審議中國會反對的可能性。換言之，「強化過程參與」和「限縮事後審查權限」這兩種解決方案並非必要同時存在，至少，前者並不必然蘊含後者存在的必要性。究其原因無非是因為這兩個無效率問題雖然在表面上相互獨立，但事實上，第二個無效率問題常常就是第一個無效率問題的原因。因此，將資訊取得、政策評估與意見傳達等國會制衡之時間點向前挪移的「強化事中參與」制度，不僅可以解決第二個無效率問題，也有助於避免第一個無效率問題的發生；而單純由國會自我「限縮事後審查權限」（包括審查完成時限、決議方式）的制度改革，雖可解決第一個無效率問題，避免事後冗長的審議程序，但卻無助於化解國會因為無從及早參與決策而生的第二個無效率問題。

但是，「強化事中參與」的制度是否以及在何種情況下將侵犯行政部門的「締約過程主導權」？民間版「兩岸協定締結條例草案」在協商開始前的階段，賦予立法院可以透過決議，對行政部門的協定締結計畫，提出修正意見、附加附款或保留，並要求行政部門在協商過程中，若未能依立法院之修正或保留「完成協商者」，應於國會改變意見前停止協商。³³ 民間版此等「強化事中參與」制度被行

³² The Trade Act of 1974, Pub. L. No. 93-618, §§ 151-154, 88 Stat. 1978, 2001-08 (codified as amended at 19 U.S.C. §§ 2191-2194 (2006)). 貿易法的「快速立法程序」除了賦予國會中的任一院，可以因行政部門未能達成國會設定之談判目標，而以決議取消快速程序的適用外，也採用定期失效的授權，使國會得以定期檢驗授權適當性。

³³ 民間版「兩岸協定締結條例草案」第 9 條：「立法院對於依第六條或第十條第二項報告之協定締結計畫或計畫變更情事，得以院會決議，對協定締結計畫提出修正意見、附加附款或保留。」

政院質疑為違反權力分立，擔憂將導致責任不明，也使談判毫無彈性。³⁴

進一步分析，論者認為民間版所設計之「強化事中參與」制度違反權力分立的理由，主要有二：一、總統既然是對外事務上代表國家的「唯一機關」，而擁有專屬的條約締結權限，則倘若總統「自願」將其專屬權限開放給其他部門參與，雖為憲法所允許，但是一旦立法院或其他機關藉由法律或其他方式，強迫總統共享憲法保留予總統的專屬權限，就碰觸了權力分立原則的紅線；³⁵ 二，國會的事前參與若具「立法否決」的效果，將因為剝奪總統原本在事後審議模式下所享有的覆議權，也就違反權力分立原則。

上述第一個質疑理由，顯然並未理解「主導協商談判過程的權力(締約權)」與「實體事務內容的決策權力(兩岸、貿易、司法互助等)」的不同。總統雖擁有條約締結的程序性權力，並不必然等於擁有在任何事務領域中對實體政策的決策專屬權力；總統擁有「締約程序」的主導權，也不當然可以否定其他部門在「實體政策形成過程」中的參與。因此，真正的關鍵問題應該在於，立法院參與「實體政策的形成過程」，在什麼樣的參與程度下可能影響總統對「締約程序」主導權？這必須從分析上述第二個質疑理由來回答。

由於總統是「對外代表國家」作成意思表示或接受他國意思表示的表意與受意機關，立法院顯然不能逼迫總統接受總統不願接受的對外政策，並要求總統以之作為簽署國際書面協定的內容。但同樣地，總統也不能在行政權與立法權共享實體決策權限的事務上，逼迫立法院接受一個立法院不願意接受的內容。立法院倘若在行政部門完成協商簽署書面協定前，即具有否決行政部門所主導完成之書面協定的權力，將無異於架空總統原本在事後審議模式下，所具有的覆議權。然而，這並不代表立法院不能在「不影響」行政部門仍能將其主導完成的書面協定送交國會事後審議的情形下，在協商完成前，即主動積極地表達有別於行政部門的政策意見。換言之，倘若立法院在「締約程序」中，對實體政策所表達的反對意見，具有拘束行政部門的「法律效力」，使得違背國會意見的協商或協商結果，在未經國會事後審議的情況下，就已喪失取得法效力的資格，則此等「實體政策的決策參與」因已剝奪總統的覆議權而違反權力分立原則；反之，倘若立法院在「締約程序」中，對實體政策所表達有別於行政權的意見，僅為不具「法律拘束力」的政治性意見表達，即使在現實上對行政部門可能構成壓力，也並不違反權力分立原則。這樣的制度安排，既可讓共享實體事務決策權的國會，能及早參與政策之形成，避免書面協定簽署後才發生爭議，也仍然確保行政部門在「締

第 10 條第 3 項：「協定締結機關或受託協商機構，…未能依立法院決議之修正意見、附加附款或保留完成協商者，應於立法院決議變更意見、修改保留與附加附款…前，應(sic)停止協商。」

³⁴ 行政院大陸委員會，〈行政院版兩岸協議監督條例常見 Q&A〉，

<http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=108612&CtNode=7588&mp=210>，(2014/4/30 造訪)。

³⁵ 請參見廖元豪，註 3，頁 10-12。

約程序」上決定表意與否的主導權與事後的覆議權。

在此標準下，民間版「兩岸協定締結條例草案」允許立法院在對外協商前對締結計畫提出修正或保留，應可被理解為「國會意見的表示權」；至於行政部門在違背國會政策意見時的停止協商義務，則只應該被理解為不具法律拘束力的政治性要求，不因為行政部門執意繼續協商而完成兩岸協定之簽署，就當然在法律上排除將其送交國會審查的可能性。

四、 涉及主權之兩岸協定的權力歸屬：總統的兩岸與國防專屬權？或國民的主權？

兩岸協定若僅涉及正常國家對外關係所處理的一般事務，行政與立法間權力的獨攬或交錯共享、國會在兩岸協定締結過程中的可能監督與制衡模式，已如前述。但倘若行政部門欲簽署涉及影響台灣主權地位現況的兩岸協定時，實體決策的權力分配與制衡，是否仍只需比照僅涉及一般事務的兩岸協定？

現行「兩岸人民關係條例」與行政院版「兩岸協議監督條例草案」對於涉及影響台灣主權地位現況的兩岸協定，並未訂有特別的程序，甚至認為此類協定所涉及的兩岸間政治關係或軍事對峙狀態的安排，本來就屬於憲法上保留予總統的「兩岸」與「國防」的實體決策權限，因此不需要也不應由法律加以限制。相反地，民間版「兩岸協定締結條例草案」則特別將涉及「建立兩岸軍事互信機制」、「結束兩岸敵對狀態」、「安排兩岸階段性或終局性政治解決」、「劃定或分享疆界」、「決定中華民國在國際上之代表或地位」以及「其他可能影響中華民國台澎金馬人民對中華民國台澎金馬主權」之兩岸協定，定位為憲法保留予「國會」與「人民」決定的事項，因此規定行政部門進行此類書面協定的協商前，應先由全體立法委員 2/3 同意，³⁶ 於簽署完成並經 3/4 立法委員出席及出席者 3/4 同意之重度決議通過後，尚需再交付公民複決，依簡單多數決通過。³⁷

總統在「兩岸」與「國防」的事務上，究竟是否享有憲法所賦予專屬的實體決策權，因此涉及主權之兩岸協定即可由行政部門採行「單純行政協定」模式為之？在兩岸事務上，總統相對於立法院，並無專屬的政策決策權已如前述，而國防事項中，雖亦有部分屬於行政與立法共享的權限領域，但依據憲法第 35 條規定，「總統統率全國陸海空軍」，因此在部署防衛與指揮作戰的國防事項上，總統具有專屬的決策權則應無疑問。然而，即使是「國防」事務中真正專屬總統的部分，此等決策權的行使仍應該建立在憲法之主權者地位不受影響的前提之上。換言之，即便假設總統在「兩岸」與「國防」事務上享有專屬決策權，總統在理

³⁶ 請參見前揭註 9。

³⁷ 請參見前揭註 10。

論上也不能藉此發展或建立可能侵蝕、影響與改變國民主權原則中之「國民」對於目前獨立現狀所擁有的主權者地位的兩岸關係，也不能簽署相關的兩岸協定。簽署具有變更國民之主權者地位的兩岸協定，在邏輯上將超越基於國民主權原則所修訂之憲法賦予總統在「兩岸」與「國防」事務上所享有的任何權限。在美國法上，割讓領土的條約不能以「單純行政協定」的模式簽訂，而只能經由「憲法第二條之條約」程序締結。³⁸

問題在於，若依照目前我國憲法增修條文之前言及第 11 條的規定看來，兩岸關係處於「分裂國家」的狀態，國家主權及於自由地區與大陸地區，因此即使我政府與「大陸地區」上之政府簽署書面協定「結束敵對狀態」，甚至簽署「和平協議」，都似乎因為不會變動目前國家的主權狀態，而落入總統享有決策權之範圍。然而，若考量目前憲法增修條文乃是由「自由地區選舉人」所修訂，享有國防事務中統帥三軍之決策專屬權的總統，也是由「自由地區全體人民」直接選舉而出，而未來之修憲更將僅由「自由地區選舉人」投票複決。依憲法第 2 條國民主權原則，在憲法增修條文下，就只有「自由地區全體人民」，才可能是真正的「國民」與「主權者」。因此，總統若逕以「單純行政協定」與對岸政府約定台澎金馬在國際上，將由中華人民共和國政府所代表，或約定「割讓」金門、馬祖，或簽訂必須以承認一中架構或一中框架為前提，而影響中華民國台澎金馬人民對中華民國台澎金馬主權的「軍事互信協議」或「和平協議」，都將是明顯背離「國民」付託的行為。民間版「兩岸協定締結條例草案」針對此類涉及主權之兩岸協定，規定事先由立法院同意、事後再由公民複決的特別締結程序，應屬符合國民主權原則的制度設計。

五、結論

兩岸「政府」間的官方關係長期以來在憲法增修條文對於國家定位與國民主權原則相互割裂處理的陰影下，遁入以「人民」為主要規範對象的「兩岸人民關係條例」中，使得政府進行兩岸交流時，原應受到較高密度之規範，過去以來卻多未受到應有的節制。規範密度不足的結果，連帶使得相關論述對於行政與立法兩權在兩岸或對外事務上權限應如何劃分，監督制衡可以有如何之手段等問題，也未能與時俱進並成熟發展，兩岸政府交流也因之常成為民主治理的邊陲地帶。

本文考察美國法制與理論的晚近發展，重新檢討兩岸關係的相關領域中，立法權於固有的「立法領域」之外，與行政權交錯共享權限的「灰色地帶」，並提出以「國會過去是否已廣泛默認可不經審議而由行政部門獨立行動」的判準，決定行政權在此一「灰色地帶」中，得以單獨行動的界線。在這個標準下，兩岸

³⁸ 「領土割讓」被認為非屬聯邦國會之權限，因此也同樣不能以「國會行政協定」之模式簽訂。See Hathaway, *supra* note 11, at 1345-46.

間至今簽署的 21 項書面協定，依其簽署模式，有部分恐已侵犯立法權原應享有的權限而違反權力分力原則。此外，在立法權享有實體政策決策權的領域內，除了可以藉由增加行政立法程序中的正當程序設計，強化「事前授權」模式的民主正當性外，也可以在不侵犯總統覆議權的前提下，分別採取「強化過程參與」和「限縮事後審查權限」兩種策略，改善既有「事後審議」模式所面臨的民主與效率挑戰。至於簽訂涉及主權的兩岸協定，由於將根本推翻總統權限來源之依據——依國民主權原則而修訂的憲法規範，因此並非屬總統享有專屬權限的領域，而必須歸由國會與主權者發動與決定。

兩岸服貿協議的爭議開啟一個讓我們重新檢視兩岸關係之中，行政與立法、政府與人民、台灣與中國，兩兩間建立良性互動關係的契機。本文期待能提供相關的論述與分析，誌此天光初現時。