發佈：2014-06-23, 週一 17:09
點擊數：9884

一、前言

一般而言，兩岸任何協議簽署程序及其生效要件，需依據「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」（以下稱「兩岸人民關係條例」）第5條第2項規定辦理，兩岸之協議涉及法律修訂或制定者，應送立法院審議，兩岸在2013年6月21日「海峽兩岸服務貿易協議」（以下稱「兩岸服貿協議」），由於協議涉及法律修訂或與我國國內法相衝突，因此立法院審議便成為必要。舉例來說，兩岸服貿協議附件中規範，「跨國企業內部調動人員進入臺灣初次停留期間為三年，惟可申請展延，每次不得逾三年」，雖然其所指內部調動人員係指被其他世界貿易組織會員的法人僱用滿一年，然而這種所謂「內部調動人員」亦有可能擁有中華人民共和國國籍，因此，需適用「兩岸人民關係條例」第11條規定，經許可受僱在臺灣地區工作之大陸地區人民，其受僱期間不得逾一年，足見兩岸服貿協議內容與「兩岸人民關係條例」規範相衝突，倘視兩岸服貿協議為行政協議，其法律位階等同行政規則或行政命令，依命令不得牴觸憲法或法律之原則，應優先適用「兩岸人民關係條例」，反而會造成政府在適用兩岸服貿協議時違反「條約必須遵守原則」（pacta sunt servanda），對兩岸雙方均為不利。兩岸服貿協議第24條亦規定，協議簽署後，雙方應各自完成相關程序並以書面通知另一方。本協議自雙方均收到對方通知後次日起生效。換言之，當臺灣一方未完成相關程序，未完成書面通知中國，該協議便無法生效。

至於何謂協議？兩岸協議是否為國際條約之一種？「兩岸人民關係條例」雖未明文定義，但締結協議之任一方均有國際法上主體地位，享有締約權，因此，兩岸協議為廣義國際法之一部分，自然適用國際法。1969年「維也納條約法公約」（以下稱「條約法公約」）定義之條約，指的是：「國家間所締結而以國際法為準之國際書面協定，不論其載於一項單獨文書或兩項以上相互有關之文書內，亦不論其特定名稱為何。」論者或以為雙方均非以國家互稱，不符合條約法的主體定義；然而無論是中華人民共和國，亦或中華民國，長期以來均以國家地位對外與其他國際法主體締結條約，因此，兩岸在國際法上具有國際法律人格地位（international personality）不容抹滅，國際法人享有之締約權更不容剝奪，因此，兩岸協議可謂是廣義國際法定義下條約之一種。

至於國際文書在各國國內法地位，依國家自主原則，由各國自行律定，通常規定在憲法，不過，由於我國憲法並未對條約進行定義，僅在第58條第2項及第63條提及「條約案」，因此，1993年12月24日司法院釋字第329號針對憲法上「條約」定義便作出解釋，大法官們認為：「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之效力者而言。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。」無論我國與他國締結之國際書面協定名稱為何，經過立法院審議，則具有等同「法律案」、「預算案」等之法律位階，高於我國行政規則與命令，但低於我國憲法。這種由立法院審議的方式，便是認可行政部門談判結果的程序，對外，此種行為稱之為批准，至於某些條約為何要經過批准，盧梭（Jean-Jacques Rousseau）曾說，批准的作用在避免代表由於其主觀上的某種錯誤而進行簽署。因此，批准是很嚴肅的要式行為，一旦經過批准，締約國就有義務遵守條約，此際，也才會有違反國際法之問題。

二、未經立法院審議通過之兩岸服貿協議在國際法上之地位

（一）協議之國際法地位及是否具法律效力不同

Phoca PDF

協議本身在國際法上之地位，與其是否具有法律上之效力，是兩種截然不同之概念，如前所述，兩岸服貿協議是國際文書，是國際法定義的條約，不過，兩岸服貿協議要在法律上具有效力，需符合第24條規定，由締約雙方各自完成相關程序，此協議在中華人民共和國境內由行政部門國務院核准即可，主要因為中華人民共和國不願將其視為國際條約，以避免形成國對國的關係，因此不採取由全國人民代表大會批准，不過，這種變通的程序，並不能減損該文書在國際法上之地位，亦即只要是兩個國際法上的主體，無論是否有相互承認或被其他國家承認，就有所謂締約權，因此，對外均可被視為國際法律主體之兩岸官方機構，兩岸服貿協議在國際法上是條約的一種。

其次，條約是否有法律上之效力？是否對締約國產生拘束力？需審視條約本身生效條款及締約國是否同意承受條約拘束力而定。就前者而言，兩岸服貿協議第24條規定雙方應各自完成相關程序並以書面通知另一方，成為協議生效要件，換言之，兩岸服貿協議在國際法上仍無法律上之效力，簽署僅能代表雙方代表對約文文本之認證，除非經談判國協議以簽署表示承受條約拘束之同意，顯然，兩岸雙方代表並未協議僅以簽署表示承受條約拘束，因此仍需經由「各自完成相關程序並以書面通知另一方」方能生效。

（二）兩岸服貿協議的簽署並不代表臺灣立即承受其法律拘束力

論者或以為，在簽署後須經批准才能使條約發生拘束力之情形下，簽署不能僅認為只是約文認證，因此主張簽署國不得採取行動以破壞該條約之宗旨與目的，不過，此處所指的並不涉及條約本身的效力，而是禁止濫用權利原則的適用，也就是在簽署後，批准前，締約國不能採取任何行為，刻意破壞及減損條約規範之內容。「條約法公約」第18條因此規定，一個國家已簽署條約，或已交換構成條約之文書，但須經批准、接受或核准時，在其明白表示不成為該約當事國以前，有義務不做將破壞該約目的和宗旨的行為。例如德國和波蘭曾於1919年《凡爾賽條約》上將上西里西亞割讓與波蘭後，在該約批准以前，德國雖有權利處分該地區之國家財產，但如濫用此權利，即屬違反國際義務。綜觀兩岸服貿協議，雖已簽署但未經由臺灣方面完成相關程序，便未發生法律上效力，然臺灣方面只要不採取任何作為，以減損兩岸服貿協議訂立宗旨與目的，則便未有違反國際義務之情況發生。

至於兩岸服貿協議是否對臺灣產生拘束力？一般而言，國際法上的多邊條約倘依生效條款規定生效，但並不一定會對所有締約國均產生拘束力，亦即需審視締約國本身是否同意承受條約拘束，承受的方式不外乎就是批准、接受、贊同、加入等等，例如1982年「聯合國海洋法公約」已於1994年生效，然由於美國國會並未批准該公約，因此除了公約內規範已形成習慣法美國必須遵守外，其他規範美國並無義務承認，換言之，公約對美國並不產生拘束力。但在雙邊條約，倘發生法律上效力，勢必雙方均已完成承受條約拘束之法定程序，兩岸服貿協議倘生效，即代表兩岸雙方均已表達承受該協議之拘束，此時臺灣如不遵守協議規範，才會有違反國際義務之可能。

三、兩岸服貿協議當然可以重啟談判

針對兩岸服貿協議之爭議，中國國台辦在2014年4月16日例行記者會上表示，兩岸兩會獲授權協商所達成協議的權威性，應該得到維護，沒有已簽協議重新談判的先例，等於否定了重啟談判的可能性；馬英九總統也曾在2013年年底接受《亞洲週刊》專訪時明確表示不可能重啟談判，究竟兩岸服貿協議能否重啟談判，這要回到兩岸服貿協議簽署後，締約雙方就有審議通過或予以批准之法律義務嗎？

（一）人民不滿委任官員談出的結果，當然可以重新談判

Phoca PDF

從國際法的角度來說，國家並無予以批准的義務，當中又有幾個問題存在，首先，批准並沒有一定的期限，倘一國進行批准時，也可以附有條件，不過，這種有條件的批准，另一締約國並沒有義務要接受，例如美國參議院在1900年審查有關巴拿馬運河之第一個「海-龐斯福條約」（Hay Pauncefote Treaty）時，附加若干修改該約的條款，引起英國不悅，而英國也不願接受美國參議院附加的這些條款，因此，該約並未生效，之後英國與美國雙方均願意重啟談判，至1901年才又簽訂第二個「海-龐斯福條約」，此時參議院同意後，美國透過此條約取得了開鑿、管理和防衛巴拿馬運河之獨占權。換言之，雙邊條約是可以逐條審查，甚至可以附加條件，倘對方不願接受，亦可以重啟談判，倘談判順利，則會有新的條約出現。

此外，對兩岸服貿協議進行逐條審查之結果，將會有某些條文或附件部分內文無法通過之現象，國際法上，為了摒除或更改條約中若干規定對該國適用時之法律效果，因此一國得於簽署、批准、接受、贊同或加入條約時，片面提出保留聲明，由於國際社會在「條約普遍化原則」與「國家同意說」兩股勢力拉扯下，條約保留已被接受。國際條約雖有雙邊和多邊條約之分，不過雙邊條約一旦任何一方針對某些條款提出保留，等於在向對方提出新的談判建議，對方若不同意重啟談判予以修改，談判要繼續到達成協議為止；對方若同意修改，被保留的條款將被刪除或修改，最後便成為無保留的條約。所以，針對兩岸服貿協議條款，實際上並不排除保留之可能，只不過重啟談判後，中國願不願意接受重新談判協商之內容，也有決定的權利，倘中國不願重啟談判，也就宣告兩岸服貿協議將遙遙無期。

（二）行政與立法部門合作談判是國際趨勢

因之，兩岸服貿協議在立法院倘經過逐條審查後被否決，此一拒絕批准行為儘管在政治上被認為是不妥當或不友好，但在法律上是絕對合法的，簽署國有完全自由裁量之權利。不過，由於拒絕批准已簽署的條約，對國際事務的正常進行以及條約關係的穩定，通常有不利的影響，為解決現代國家分權的問題，條約法專家哈洛維（Kaye Holloway）曾在其著作「條約法上的現代傾向」（Modern Trends in Treaty Law）中提到，近年來，現代各國政府實踐上作為，通常在條約談判期間，主管締約的行政部門與有權認可條約的立法部門進行合作，以取得立法部門對談判中所牽涉的總方針和原則之認可，以期在條約簽署後，在提請後者正式認可過程中，不致遭到拒絕，這也就是為什麼在行政立法分權下，立法部門如能在兩岸談判過程中扮演一定角色，反較能讓兩岸協議審查通過之原因。

四、兩岸服貿協議僅為臺灣對外經貿協議之一環

（一）協議需雙方合意，受脅迫簽署之協議無效

在反兩岸服貿協議之學運啟動後，經濟部長張家祝便不斷地公開表示：「由於民間抗爭兩岸服務貿易協議，許多國家目前對與台灣的經貿談判改採觀望態度，今年度的雙邊會商都已暫停。」甚至進一步提及，「原先與其他國家FTA（自由貿易協定）談判日期都已訂定，也預定時間對外公開，但後來破局，但他不願意公布是哪個國家。」換句話說，無論是兩岸服貿協議，亦或與他國之雙邊FTA，張家祝部長證實了這些協議均非單純能以經貿角度作為考量，當中必須夾雜著經中有政，政治壓力與脅迫下方能達成的FTA，然倘締約並非出於自由意志，從而否定意思表示，「條約法公約」第52條說明了，當一國受到威脅或使用武力對一國施行強迫，則條約係違反聯合國憲章所含國際法原則以威脅或使用武力而獲締結者無效。換言之，如果是在中國脅迫之下，由我國與他國締結之條約亦可能會被宣告為無效，再者，在中國尚未撤除對臺灣飛彈，亦不承諾放棄武力犯臺，使得兩岸所締結之相關協議是否能在國際法上具有效力，畢竟臺灣在武力威脅下簽署之條約或協定，也值得進一步關切。

Phoca PDF

不過，倘許多國家並非基於自身與臺灣之經貿利益締結貿易協定，此種貿易協定就是政治妥協下的產物，就不是純以經貿市場為考量。倘中國未來反悔或企圖以此為籌碼封鎖臺灣經貿市場，都有可能回過頭來要求這些與臺灣簽署FTA之國家撤回或廢約。因此，如果其他國家因對中國恐懼而暫停與臺灣進行FTA談判，這種協定則不具有確定性與穩定性，未來發生變動或可能會對臺灣造成嚴重傷害，臺灣政府更應該慎選，甚至利用此一機會通盤檢討談判策略與優先目標。

（二）無兩岸服貿協議，臺灣仍有其他出路

難道兩岸沒有服貿協議，就會影響到臺灣在國際服貿市場上的競爭力，或是被迫離開國際服務業市場？事實正好相反，2013年6月，包括臺灣、美國、日本、歐盟等22個「世界貿易組織」（WTO）會員[1]
（（包含歐盟27國，但不包括中國，共計為49國））在瑞士日內瓦，就推動「服務貿易協定」（Trade in Services Agreement，TiSA）密集進行的協商，未來簽署TiSA的相關各國將依TiSA相互開放服務業市場，以達到高度自由化的目標。目前參與TiSA談判的國家，進出口服務貿易合計占全球服務貿易總值七
成以上，涵蓋全球主要服務貿易出口國及
若干新興市場[2]
；換言之，中國的服務貿易產值在國際市場上占有率並不高，在國際經貿秩序中，中國服務貿易產業仍處於發展中國家階段，希望透過對外開放來提升中國自身的服務貿易，與新加坡、香港、澳門等簽署服務貿易方面的協議，學習並增進其品質，換言之，臺灣欲在服務貿易市場展漏露頭角，應善用WTO會員國地位，以TiSA為優先選項，積極在世界服務貿易市場取得有利地位。

五、結論

兩岸服務貿易協議為臺灣對外經貿協議之一環，臺灣當然不能無視於中國市場，只是，根據「台灣指標民調公司」在2014年3月調查結果，高達七成六的民眾支持立法院重審協議，六成七民眾支持逐條審查，逐條表決，換句話說，兩岸服貿協議最後條文勢必更動，構成條約法上的保留，在國際社會實踐上，雙邊協議亦有可能，然倘中國不願接受，最後則僅剩重啟談判，而重啟談判在國際法上亦為可行，1901年美國與英國之「海-龐斯福條約」亦在美國參議院逐條審查後附加條件，在英國不願接受下重啟談判後所達成的最終條約，換言之，無論就國際法或國際實踐之角度觀察，均為可行。

倘中國不願與臺灣重啟談判，臺灣必須先認知到，在「經中有政，政中有經」的思維下，兩岸簽署任何協議均不單純，而在服務貿易方面，臺灣其實有更好的選擇，也就是在「世界貿易組織」架構下正在商談的TiSA，其談判會員國占全球服務貿易總值七成以上，如果放掉這麼優勢的市場而不爭取，僅局限在中國此一小規模的服務貿易市場，臺灣恐將得不償失。

作者林廷輝為臺灣國際法學會副秘書長

註解:

1.22國分別為臺灣與澳大利亞、加拿大、智利、哥倫比亞、哥斯大黎加、歐盟、香港、冰島、以色列、日本、韓國、墨西哥、紐西蘭、挪威、巴基斯坦、巴拿馬、巴拉圭、秘魯、瑞士、土耳其

Phoca PDF

、美國等國。

2.「我國歡迎並支持『服務貿易協
定』（TiSA）展開談判」，經濟部新聞稿，2013年6月28日，
http://www.moea.gov.tw/Mns/otn/content/Content.aspx?menu_id=8634

Phoca PDF