

台湾研究新跨越

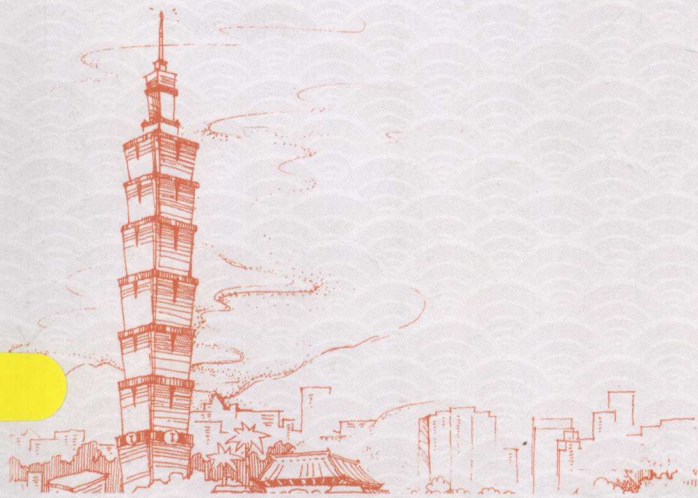
Taiwan Diqu Dui Dalu Jingmao Shiwu Lifa Yanjiu

台湾地区

对大陆经贸事务立法研究

马英九执政以来，两岸经贸关系日趋热络，交流领域、规模的不断扩大外，制度化、机制化逐步构建，两岸关系的法律治理将愈发重要。本书主要就台湾当局大陆经贸事务立法的历史与现状进行系统、深入的研究。

● 彭莉 著



013029815

D927.58

12

台湾地区 对大陆经贸事务立法研究

彭莉 著



D927.58
12



北航

C1635513



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

台湾地区对大陆经贸事务立法研究/彭莉著. —厦门:厦门大学出版社, 2011. 12
(台湾研究新跨越)

ISBN 978-7-5615-4130-2

I. ①台… II. ①彭… III. ①经济法-立法-研究-台湾省 ②贸易法-立法-研究-台湾省 IV. ①D927.580.229.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 243476 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:14 插页:2

字数:243 千字 印数:1~1 000 册

定价:42.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

内容提要

2008年5月,台湾地区实现了第二次政党轮替,在两岸关系上持较为开放、务实、灵活政策的国民党取代了主张“台独”的民进党成为执政党,台海局势发生了重大的积极变化。马英九执政以来,两岸经贸关系日趋热络,除了表现为交流领域、规模的不断扩大外,更表现为制度化、机制化的逐步构建。在这一过程中,法律所扮演的角色将越来越重要。为此,对台湾地区大陆经贸事务立法加以全面的研究有其重要的现实意义。

将政治利益凌驾于经济利益之上是李登辉和陈水扁执政时期思考两岸经济问题的一贯模式,马英九上台后,这种情况虽有较大的改变,但并没能彻底扭转。长期以来,两岸经济的互动始终是在政治对立的背景下展开的。两岸经贸关系这种被赋予高度政治意涵的特质,既是台湾地区大陆经贸事务立法型塑的重要原因,同时也在型塑出的制度与规则中留下了或深或浅的痕迹。换言之,两岸经贸交流中“政治与经济角力”的不正常现象,充分体现在台湾地区大陆经贸事务立法的“过程”与“规则”两个层面。为此,本书主要采寻“法律—经济—政治”的研究路径,对台湾地区大陆经贸事务立法的历史与现状进行以法律为主,兼及经济、政治的系统、深入的研究。本书核心内容包括:参照法律发展主体理论分析台湾地区大陆经贸事务立法的演进路径及其动力;参照行政立法的审查理论研究台湾地区大陆经贸事务立法框架构成中“‘法律’—‘法规’”的配置,以及行政立法的扩张与不作为,亦即“泛化”与“缺位”问题;参照涉外经济法“适度”管理及“非歧视原则”探寻台湾地区大陆经贸事务立法中存在的种种投资贸易壁垒;参照区域贸易协定相关理论探讨两岸经济合作框架协议中的法律问题。此外,本书还从法律价值的角度就台湾地区大陆经贸事务立法进行了客观的评析。

关键词: 权威与民众 泛化与缺位 经贸壁垒 ECFA

Abstract

In May 2008, Taiwan had its second party rotation, and Kuomintang, which adopts a more open, pragmatic and flexible policy on the relationship across the Taiwan Strait, replaced the Democratic Progressive Party, which seeks the “independence of Taiwan”, to become the ruling party; as a result, the Taiwan situation underwent a substantial positive changes. Since Ma Ying-jeou assumed the rule of Taiwan, the economic and trade relations across the Taiwan Strait have been warming up, reflected by the constantly expanding fields and scale of exchange, and more importantly by the progressive formation of institutions and mechanisms for such exchange. In this process, laws have been playing an increasingly important role. As such, comprehensive research on Taiwanese authorities’ mainland economic and trade legislation will produce substantial practical significance.

Putting political interests above economic interests was a common practice for Lee Tung Hui and Chen Shui Bian in their contemplation of cross-strait economic issues during their rules. After Ma Ying-jeou assumed the rule, this situation has changed tremendously, but has not been completely reversed. For a long time, cross-strait economic interaction has taken place in the contest of political confrontation. The assignment of a high level of political connotation to cross-strait economic and trade relations is not only a major factor in Taiwanese authorities’ mainland economic and trade legislation, but also has left imprints on the resulting institutions and rules to varying degrees. In other words, the abnormal phenomenon of “political and economic rivalry” in cross-strait economic and trade exchange is fully manifested in the “process” and “rule” aspects of Taiwanese authorities’ mainland economic and trade legislation. Thus, this book adopts a “legal-economic-political” research approach to carry out systematic, in-depth research on the

history and reality of Taiwanese authorities' mainland economic and trade legislation; the research is focused on law and dwells on economy and politics as well. The core contents of this paper include: an analysis of the evolution path and driving force of Taiwanese authorities' mainland economic and trade legislation on the basis of the legal development entity theory; a study of the "law'-statute'" configuration in the framework of Taiwanese authorities' mainland economic and trade legislation, as well as the expansion and inaction of administrative legislation, i. e. the "generalization" and "omission" issues, on the basis of the administrative legislation review theory; an examination of the various investment and trade barriers in Taiwanese authorities' mainland economic and trade legislation on the basis of the "modest" management and "non-discriminatory principle" in foreign-related economic laws; and a probe into the legal issues in the integrated economic cooperation framework agreement on the basis of theories relating to regional trade treaties. Moreover, this book also provides an objective evaluation and analysis of Taiwanese authorities' mainland economic and trade legislation from the perspective of the value of law.

Keywords: Authority and People; Generalization and Omission; Economic and Trade Barriers; ECFA

目 录

第一章 导 论	1
第二章 台湾地区大陆经贸事务立法的演进及其动力	14
第一节 法律发展的基本理论与模式	14
第二节 法理结构的改变与台湾当局大陆经贸政策的法制化	18
第三节 法制化后台湾地区大陆经贸事务立法的变迁	30
第四节 台湾地区大陆经贸事务立法演进中的权威与民众	52
第三章 台湾地区大陆经贸事务立法的架构及其配置	82
第一节 行政立法的扩张与不作为及其审查制度	82
第二节 台湾地区大陆经贸事务立法的架构	88
第三节 台湾地区大陆经贸事务立法架构中 “‘法律’—‘法规’”之配置	93
第四节 行政立法的“泛化”与“缺位”及其消解	96
第四章 台湾地区大陆经贸事务立法中的待遇问题	111
第一节 涉外经济法中的适度管理与“非歧视待遇”	111
第二节 台湾地区大陆经贸事务法律规范解读	117

第三节 台湾地区对大陆的经贸壁垒分析 ——以陆资入台问题为例·····	137
第五章 马英九执政前后台湾地区大陆经贸事务立法的转变·····	147
第一节 法的价值视角下的台湾地区大陆经贸事务立法： 前马英九时期的考察·····	147
第二节 马英九执政后台湾地区大陆经贸事务立法的转变·····	157
第六章 两岸经济合作框架协议中的法律问题·····	162
第一节 ECFA 的法律依据·····	162
第二节 ECFA 的临时原产地规则·····	167
第三节 ECFA 的贸易救济制度·····	172
第四节 ECFA 的争端解决机制·····	182
代结语 价值的回归与立法模式的再转换·····	198
参考文献·····	204
后记·····	215

第一章

导 论

一、研究现状与研究意义

(一)研究现状

20 世纪 80 年代后期,由于国际政经体系变迁,台湾岛内政治格局变动,尤其是祖国大陆采行积极、务实的对台政策,两岸关系在经贸交流领域找到突破口,以日新月异之势迅猛发展,并由此衍生了大量法律问题,台湾地区大陆经贸事务立法由此展开。20 世纪 90 年代初期是台湾当局大陆政策迈向法制化的转折点,其标志性立法即 1992 年 7 月台湾“立法院”三读通过的“台湾地区与大陆地区人民关系条例”(以下简称“两岸人民关系条例”)。“两岸人民关系条例”共分 6 章 96 条,其中规范两岸经贸事务的条款主要体现在第 2、第 5 章中,这些条款对两岸经贸交流中的直航、贸易、投资、金融往来等问题作了原则规定。以此为法源,台湾相关行政部门随后陆续出台了一系列配套子法,台湾当局大陆经贸法制由此构建,并引发了海峡两岸广泛的关注。近 20 年来两岸学者对台湾地区大陆经贸事务立法的研究主要集中于以下议题:

1. 关于“两岸人民关系条例”经贸条款的研究

“两岸人民关系条例”中的经贸条款在酝酿阶段便引起了大陆与台湾地区的高度关注,迄今仍是法学界的研究重点。一般认为,“两岸人民关系条例”的出台是台湾当局大陆经贸政策制度化、法制化的标志,条例中的经贸条款有其积极、进步的一面,却也体现了台湾当局“以政治为优先”的保守心态,许多规

定落后于现状,过于僵化。^①“两岸人民关系条例”颁布迄今共 11 次修正,但在李登辉执政时期,并未有实质性的调整,其间所历经的修正多半是头痛医头、脚痛医脚,使得该法支离破碎,体例不一^②,其中大多数条文不合时宜,甚至成了两岸经贸关系法制化中的阻碍。^③2000 年 5 月,台湾地区实现了第一次政党轮替。基于岛内外的种种压力,陈水扁执政后不得不对原有的大陆经贸立法作一定程度的调整。2003 年 10 月,台湾“立法院”对“两岸人民关系条例”进行了有史以来的最大幅度修正,两岸学者就此予以了不同的解读。一种观点认为,“两岸人民关系条例”的此次修正“开启了两岸经贸新局”,有利于促进海峡两岸经贸关系的发展;^④另一种观点认为,条例虽然在个人、民间的部分有所放宽,但却明显强化了所谓的“有关部门主导”,因而仍是“开放没到位,管制不放松,缺乏前瞻性”^⑤,暴露了台湾当局阻挠两岸“三通”的实质。^⑥还有一种观点认为,“两岸人民关系条例”的此番修正虽然在部分议题上有较大松绑,但同时也增设了一些新的壁垒,陈水扁当局在修改“两岸人民关系条例”经

① 曾宪义、佟柔等. 海峡两岸关系暂行条例[M]. 台北:蔚理法律出版社,1989;谢次昌. 法律应该适合两岸通商之潮流——评“台湾地区与大陆地区人民关系条例(草案)”[J]. 法学杂志,1989(5):45~48;陈安. 两种“两岸人民关系法”之对立与统一——兼谈闽台自由贸易协议之可行[J]. 台湾研究集刊,1990(2/3):72~78;董成美. 论两岸条例的几个问题[A]. 常征主编. 海峡两岸关系的法律探讨[C]. 成都:四川大学出版社,1992. 60~70;范忠信. 评七个版本的“两岸关系法”[J]. 台湾研究集刊,1991(1):53~59;唐荣智、丁珊. 试论“海峡两岸关系暂行条例暂行条例”中的投资规范[J]. 政治与法律,1990(1):34~39;唐荣智、丁珊. 两岸人民关系条例与中华经济圈[J]. 法治论丛,1991(1):51~55;范忠信. 两岸经贸关系法制化问题当议[J]. 亚太经济,1991(5):73~77;曾华昌. 台湾地区与大陆地区人民关系条例[A]. 陈安主编. 台湾法律大全[C]. 北京:中国大百科全书出版社,1998. 1109~1131.

② 高孔廉、李信宽. 两岸条例需要全面翻修[J]. (台湾)法令月刊,2002(5):55~59.

③ 李炳南、彭艾乔. “台湾地区与大陆地区人民关系条例”的第八次修正——主要议题之分析(2003)[A]. “两岸政经发展”研讨会论文[C]. 2005. 3. 20—32;陈岱松. 析台湾对两岸经贸关系设置的政策法律障碍[J]. 政治与法律,2001(1):69~72.

④ 冯震宇. 两岸关系条例翻修开启经贸新局[J]. (台湾)贸易杂志,2003(12):12~14.

⑤ 杨茜、章易. 解读台湾当局新通过的“两岸人民关系条例”[J]. 统一论坛,2004(1):21~22;王泰铨、丁雅宁等. 变迁中的对大陆经贸政策及相关法令(上、下)[J]. (台湾)月旦法学杂志,2009(6):25~34.

⑥ 陈萍. 从“两岸关系条例”修正看台湾当局阻挠“三通”的实质[J]. 世界经济与政治论坛,2003(3):41~46.

贸条款时始终坚持“开放与管制”并存原则。^① 2008年5月,台湾局势发生了重大的积极变化,在两岸关系上持较为开放、务实、灵活政策的国民党取得了执政地位,两岸经贸关系初步实现了正常化,并逐步向制度化和更紧密化迈进。目前,两岸法学界尤其是大陆法学界对此的研究还较为缺乏。^②

2. 关于“两岸经贸关系条例”配套子法的研究

“两岸人民关系条例”中的经贸条款在较长的一段时间里采行的是“高度空白授权”的立法模式,条例之配套子法对两岸经贸关系的发展因而有着实质性意义。然而,长期以来,条例配套子法或付之阙如,或限制过严,或规范不周,在一定程度上影响了两岸经贸关系的发展。^③ 投资问题是两岸经贸关系的“热点”议题之一,早些年主要以探讨台商大陆投资为主,一般侧重于对规范的分析。^④ 此外,还有学者专门就台商在大陆投资“政治风险”的保险可行途径进行了颇具前瞻性的研究。^⑤ 近年来,陆资入台逐渐成为“热点”话题,两岸学者着重探讨了陆资入台中的立法障碍、陆资入台的法律途径、陆资入台的法律模式等问题^⑥,同时对陆资投资台湾不动产法律制度也予以了专门的分析。^⑦ 两岸直航法制是两岸经贸关系中另一“热点”话题,两岸学者对此同样

① 彭莉.陈水扁执政后台湾当局两岸经贸关系立法的调整[J].政治与经济论坛,2005(3):104~107.

② 彭莉.政治与经济的角力:台湾当局大陆经贸立法演进之分析[J].台湾研究,2009(2):42~47.此外,台湾有部分学者对两岸签订ECFA法律问题进行了探讨,对此在“关于经济一体化法律问题的研究文献”中有具体说明。

③ 周延鹏.论《对大陆地区从事间接投资或技术合作管理办法》[J].(台湾)法律评论,1993(7、8):43~47.

④ 周延鹏.论《对大陆地区从事间接投资或技术合作管理办法》[J].(台湾)法律评论,1993(7、8):43~47;陈月端.两岸规范台商投资法律之探讨[J].(台湾)法律评论,1995(1):45~53.王泰铨、卢炯星、霍一峰.论海峡两岸投资中的问题及法律对策[A].孙婉钟主编,“海峡两岸WTO法律论坛”论文集[C].北京:北京大学出版社,2007.210~224.

⑤ 陈安.台商大陆投资保险可行途径初探[A].孙婉钟主编,“海峡两岸WTO法律论坛”论文集[C].北京:北京大学出版社,2007.189~209.

⑥ 刘汉廷.开放中(陆)来台问题与对策之研析[A].财经政策及立法(上册)[C].台北:“立法院”法制局编印,2002.3~24;杨树明、金晶.陆资入台的途径及法律模式刍议[A].游劝荣主编.区域经济一体化与权益保障研究[C].北京:人民法院出版社,2007.72~78;吴学媛.投资台湾两岸法律大解析[M].北京:中国人民大学出版社,2009.

⑦ 刘汉廷.开放外资及陆资投资“国内”不动产问题研析[A].财经政策及立法(上册)[C].台北:“立法院”法制局编印,2002.25~52.

予以了高度关注。^①

3. 关于两岸经贸争端解决机制的研究

对于两岸间的贸易争端解决,有学者提出应区分微观层面和宏观层面进行分析。对于微观层面的贸易争端,应注重发挥行业协会的协调作用,强化两岸仲裁机构的合作;对于宏观层面的贸易争端,则可在WTO框架下咨商,并借鉴与引入CEPA模式。^②2002年,海峡两岸先后加入WTO,“入世”后两岸经贸争端的特点、解决途径及其“政治化”之防治引发了学术界较多的讨论。^③此外,两岸学者一致肯定,相较于其他方式,仲裁是解决两岸经贸争端最可行、最有效的途径,并提出了互纳仲裁员、联合仲裁、两岸联合设立仲裁机构等合作方案,具有较强的现实意义。^④有学者还指出,除了用仲裁方式解决争议以外,由于海峡两岸暨港澳相互请求承认和执行对方法院裁判的数量逐年增加,因此,海峡两岸暨港澳判决承认与执行难问题已成为限制海峡两岸暨港澳经

① 莫世健.论两岸海运直航和内地有关法律适用[J].法学家,2002;(2):86~95;司玉琢、汪鹏南.论海峡两岸直航的法律环境[A].司玉琢.司玉琢商法论文集[C].北京:法律出版社,1995;唐永红.经济全球化、WTO与两岸直接“三通”——从经济与法律角度的分析[J].特区经济,2003(9):32~37;尹章华.两岸通航海上旅客运送法律问题之探讨[EB/OL].(台湾)法源法律网.<http://www.lawtw.com>,访问时间:2008-01-23;尹章华.两岸直航法制之研究[EB/OL].(台湾)法源法律网.<http://www.lawtw.com>,访问时间:2008-01-23.

② 翁国民、王海薇.试论两岸贸易争端的解决之道[A].孙琬钟主编.“海峡两岸WTO法律论坛”论文集.北京:北京大学出版社,2007.128~140.

③ 陈安.中国“入世”后海峡两岸经贸问题“政治化”之防治[J].中国法学,2002(2):40~45;蔡善强.论“入世”后海峡两岸的经贸争端及其法律调整[J].政治与法律,2002(5):92~96;许育红.浅谈入世后海峡两岸贸易纷争的预防方式[J].外交学院学报,2003(1):103~107;王建明、刘玉春.入世后的两岸经贸争端及处理机制[J].国际经济合作,2003(11):20~23.

④ 范光群.海峡两岸商务纠纷解决方式的探讨——以调解及仲裁方式解决[A].1993仲裁双语会议(香港)论文;陈动.两岸仲裁合作之探讨[J].台湾研究集刊,1997(3):19~26;陈安主编.海峡两岸交往中的法律问题研究[M].北京:北京大学出版社,1997;林俊益.香港、大陆仲裁判断在台湾之承认与执行[J].(台湾)法令月刊,1997(5):34~37;王泰铨.两岸政策对于大陆涉台经贸纠纷仲裁之回响[J].(台湾)法令月刊,1994(10):7~10;陈井星.两岸四地仲裁制度之比较研究——兼论两岸华人(商)组织仲裁机构的构建[J].(台湾)法令月刊,1999(5):14~23;郭晓文.海峡两岸之间经贸仲裁的发展与前瞻[A].孙琬钟主编.中国经贸法律的热点问题[C].北京:中国人民公安大学出版社,2004.149~157;胡顺娟.如何用仲裁方式解两岸经贸纠纷[J].两岸关系,2006(2):46~47.

贸易争议解决以及制约海峡两岸暨港澳经贸健康发展的首要问题。^①

4. 关于两岸经济一体化法律问题的研究

在经济全球化的背景下,以WTO规则为导向的多边贸易体制与区域经济一体化体制并行不悖,对各国及地区经济的发展产生了深远的影响。在海峡两岸均为WTO成员的情况下,建立两岸经济合作机制以因应经济全球化、自由化的需要具有重大的意义。21世纪初期,两岸学者尤其是大陆学者就WTO体制下两岸区域贸易安排的法律意义、法律依据、法律原则、法律性质、法律地位、法律路径及法律框架等问题进行了大量的颇具理论价值与现实意义的探索。^②近年来,构建具有中国特色的经济合作协议已摆上两岸两会事务性商谈的议事日程,两岸学者从法律角度予以了一定的关注。^③

(二)研究意义

上述成果从法学的不同角度探析了台湾地区大陆经贸事务立法问题,具

① 王传丽.论两岸四地经贸争议解决[J].法学杂志,2006(3):46~52.

② 莫世健.世贸组织内的大中国自由贸易区法律框架初探(上)[J].当代法学研究,2000(4):45~53;莫世健.世贸组织内的大中国自由贸易区法律框架初探(下)[J].当代法学研究,2001(1):63~69;大中国自由贸易区法律框架研究[A].国际经济法论丛[C].2002(5):118~142;曾华群.略论WTO体制的“一国四席”[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2002(5):5~14;曾华群.两岸四地建立更紧密经贸关系的法律思考[A].陈安.国际经济法论丛[C].北京:法律出版社,2003.37~59;曾令良.论WTO体制下区域贸易安排的法律地位与发展趋势——兼论中国两岸四地建立自由贸易区的几个法律问题[A].陈安.国际经济法论丛.北京:法律出版社,2003.1~16;范宏云、余雄.关于建立两岸自由贸易区的国际法思考[J].湖北经济学院学报,2003(4):54~57;莫世健.论世贸组织内的大中国自由贸易区法律路径[A].朱兆敏.论入世后中国各单独关税区间紧密经贸合作的法律基础和框架[A].朱兆敏.论入世背景下“两岸四地”经济一体化的法律问题[A].曾令良.论WTO体制下区域贸易安排的法律地位与发展趋势——兼论中国“三地”建立自由贸易区的几个法律问题[A].以上三篇文章均载孙琬钟主编.中国经贸法律的热点问题[C].北京:中国人民公安大学出版社,2004;孙晓萍.建立“两岸四地”自由贸易区的法律思考[J].国际经贸探索,2004(11):48~51;唐永红.WTO下两岸经济一体化的法律定位、依据与原则[J].台湾研究集刊,2006(4):54~61;The Greater China Free Trade Zone within the WTO: A Solution to Ease Tension Across the Taiwan Strait, Vol. 2:1 (2001), *The Journal of World Investment*, pp. 87~121.

③ 王泰铨、刘家华.两岸经济合作框架协议(ECFA)之形式架构与实质内容[J].(台湾)月旦法学杂志,2009(6):25~34;颜慧欣. ECFA与两岸交流之相关WTO规范[A].财团法人两岸交流远景基金会编. ECFA:开创两岸互利双赢新局面[C].财团法人两岸交流远景基金会出版,2009.53~72.

有一定的代表性,尤其是在台商大陆投资、两岸经贸争端解决、两岸区域贸易安排等方面的研究具有一定深度。然而,该问题仍有进一步深入探究的必要。以上关于研究现状的介绍显示,两岸尤其在大陆法学界对台湾地区大陆经贸事务立法的研究主要集中于两个阶段:一是20世纪90年代初期,这一时期台湾当局颁行了“两岸人民关系条例”及一系列的配套子法,学术界对此进行了大量评析;二是21世纪初期,这一时期大陆与台湾先后成为WTO的成员,两岸“入世”后台湾地区大陆经贸事务立法的走向及两岸区域贸易法律安排法律问题引起了广泛讨论。由此可见,两岸法学界对包括台湾地区大陆经贸事务立法乃至两岸经贸关系法律问题的研究尚未常态化,学术界对该问题的兴趣程度端视“热点”话题的出现,进而导致现有的研究成果基本着眼于问题的某一侧面或某一阶段,至今尚未有学者就此作专门、系统、动态、前瞻的研究。^①另一方面的问题是,现有研究的角度大多偏重于规范的解读与规范的运用。实际上,正如两岸经贸关系被定位为“特殊的国内经贸”关系,台湾当局的“大陆经贸事务立法”这一命题也并非单纯的法律问题,它不像一般意义上的“经济法”、“涉外经济法”那样,直观地或相对直观地反映经济发展对法律的需求,并针对经济现象的利弊、原因和过程进行制度设计,进而寻求制度的法制化,而是处处受制于政治因素,带有浓重的政治效果。众所周知,长期以来,两岸经济互动始终是在政治对立的背景下展开的,从而形成了“经济整合,政治分离”的异态。两岸经贸关系这种被赋予极高政治意涵的特质,既是台湾地区大陆经贸事务立法型塑的重要因素,同时也在型塑出的制度与规则中留下了或深或浅的痕迹。具体而言,两岸经贸交流中“政治与经济交织”、“民间与官方角力”的不正常现象,充分体现在台湾地区大陆经贸事务立法的“过程”与“规则”两个层面,并使其在相当长时间里呈现出滞后性、双轨性、歧视性等特点,立法的自主性及其对经济发展的“反作用”长期被抑制。

台湾当局的“大陆经贸事务立法”是其大陆经贸政策法制化的结果。由于台湾的大陆经贸政策,“是以台湾的经济利益需要为基础,以台湾‘安全’和政治意图为思考的出发点,根据客观形势发展需要与岛内厂商的要求不断地调整变化”^②,因此,台湾地区大陆经贸事务立法的另一特点就是既有规范频繁

^① 1998年由北京大学出版社出版的《海峡两岸交流中的法律问题》(陈安主编)一书,是笔者了解到的最为全面研究两岸经贸关系法律问题的论著,但受限于篇幅,该书对某些经济议题未能涉及。此外,该书出版迄今已10余年时间,资料已明显滞后。

^② 李非. 海峡两岸经济合作问题研究[M]. 北京:九州出版社,1998. 234.

地受到调整,正如有学者分析:在两岸交往秩序的建构过程中,立法由于其过于鲜明的政策宣示性而决定了它们在两岸关系现状下难以充分发挥其固有的秩序建构功能,使法律的制定以及频繁的修改表现为一种人为建构秩序的不断试错的过程。^①这一特性在未来一段时间内不可避免地仍将存在。至于两岸经贸关系中一些争议性的法律问题,则将随着两岸关系的相对缓和与冲突而凸显或暂时搁置。对于上述问题系统、动态的探讨及客观、理性的把握,不仅有利于健全两岸经贸交流的法制环境,也有利于促进两岸经贸关系的发展,有利于“和平统一”大业的实现。

二、研究路径与研究方法

(一)研究路径

“路径”即到达目的地的路线,或办事的门路、办法。所谓研究路径,是人们在研究活动中形成的思维线路,包括切入点的选择、论证步骤和层次安排等等。法学在其漫长的发展历程中探索出许多研究路径,如“主体—客体—内容—法律事实”、“权利能力—行为能力”等,成功地分析了诸多法律问题。经济法学作为一门新兴的法律学科,在对传统法学研究路径继承的同时,出现了一些不同于传统法学的新的研究路径,例如经济与法律互动路径等等。

本书主要采“经济与法律互动”路径。基于“政治”在两岸经贸关系中的特殊影响力,在以“经济与法律互动”为观察角度时,将增加考虑政治因素,因此,本书对许多问题的探讨在一定程度上带有观察“法律—经济—政治”三者互动的意涵。

(二)研究方法

研究方法系指从事研究工作实际所为的有计划、步骤与原则的做法,亦即研究工作在操作层次所使用的各种应用行为。本书所采取的研究方法,主要包括:

1. 法律社会学方法

法律社会学是法律史学采取的基本研究途径,其特点是注重法律与社会之间的因果关联,解释变迁的动力(dynamics)与时机(timing)。本书在对法律、法规所设定的规则方面进行讨论的同时,更关心法律、法规与外部因素的

^① 王建源,在事实与规范之间——论国家统一前的两岸交流秩序[J],台湾研究集刊,2001(2):78~88.

关系,换言之,本书的任务之一,即探讨近20年来台湾地区对大陆经贸立法的出台、演变及某些制度的异化现象,带有法律史学的性质,因此,法律社会学方法是本书运用的主要方法之一。

2. 文献(文件)分析法

文献分析法或文件分析方法,主要指搜集、鉴别、整理文献,并通过对文献的研究,形成对事实科学认识的方法。文献(文件)分析法尝试系统化地去重新掌握复杂的各种社会现象,除了提供更多历史事件的证据、增进对现象的了解外,也是检测大规模社会结构变量与过程的重要参考来源,其所搜集的资料来源可包括公开的文献及私人的文献。^① 文献的现代定义为:已发表过的,或虽未发表但已被整理、报道过的那些记录有知识的一切载体。这里“一切载体”,不仅包括图书、期刊、学位论文、科学报告、档案等常见的纸面印刷品,也包括有实物形态在内的各种材料。本书所利用的文献主要包括了学术界及实务界的研究成果,官方公布的法规、政策、工作报告、统计及民意调查资料,重要决策者正式或非正式的谈话,以上不论通过图书、期刊、报刊、研究报告、学位论文、网络等何种形式呈现。

3. 比较法学方法

比较分析法是在同一架构下,同时检视两种或两种以上的人、事或物,辩解其异同与优劣,并加以归纳、提炼与整合,进而得出某种结论的研究方法。比较是认识事物的基础,是人类区别和确定事物异同关系的最常用的思维方法,比较分析法现已被广泛运用于科学研究的各个领域。法学的比较研究包括法律部门比较、国际与区际比较及“法条—背景—效果”比较等等,其目的在于通过“异中求同”、“同中求异”的过程,综合衡量解决问题和制度设计的各种方案,进而达到评价优劣利弊的目的。本书运用比较法学方法研究台湾地区大陆经贸事务立法问题,一是着眼于历史的比较,分析“动员戡乱体制”终结前后、“戒急用忍”政策前后、加入世贸组织前后以及两次政党轮替前后台湾地区大陆经贸事务立法的变化;二是着眼于规则的比较,分析台湾“专项性大陆经贸立法”与“一般性涉外经贸立法”间的差异,为研究经贸“待遇”问题寻找论据。

由于两岸经贸关系被定位为“特殊的国内经贸”关系,具体而言,“两岸贸易是一种‘按外贸进行管理的特殊的国内贸易’;台商投资视同港澳投资,属于

^① 田丽虹,两岸关系的决策分析——解析行政立法关系下的大陆政策[M].台北:新文京开发出版股份有限公司,2003.11.

外来资本的一个特殊部分;两岸航运则属于‘特殊管理的国内航线’,按外贸运输进行管理”^①,因此,涉外经济法尤其是涉外投资法理论将在本书中广泛参照采用。

值得注意的是,虽然两岸经贸关系是“特殊的国内经贸”关系,两岸经贸关系立法是“特殊的国内经贸”立法,其之“特”即在于半个多世纪以来台湾当局一直对台湾地区行使实质上的“治权”,海峡两岸长期分属两个不同的“法域”,实行两种不同的法律制度,法律冲突不可避免,参照适用涉外经济法来处理两岸经济关系的立法模式有其合理性,但是,必须牢牢把握的是两岸经贸关系是“参照适用”而非“适用”或“准适用”涉外经济立法中的相关理论与规则,这是“一个中国”原则在两岸经贸关系立法中的具体体现。由于两岸同属“一个中国”,涉外经济法中的部分理论与规则必须加以排斥,这一点也同样适用于本书所运用到的行政立法审查、法律发展等其他理论。

三、内容安排

本书共分六章展开论述,具体内容设计如下:

第一章,导论。本章包含了研究现状与研究意义、研究路径与研究方法、研究内容等方面的内容。本章首先全面回顾了两岸学者对本书选题已有的研究成果,进而阐述了本选题的研究意义;其次,说明了本书将主要采用“经济与法律互动”的研究路径,以及主要采用法律社会学方法、文献分析法及比较法方法等研究方法;再次,说明了文章的结构及内容安排。

第二章,台湾地区大陆经贸事务立法的演进及其动力。本章主要参照法律发展主体理论探寻台湾地区大陆经贸事务立法的演进路径及其动力。20世纪80年代后期,随着两岸经贸关系日新月异的发展,台湾当局两岸关系的法理结构历经了绝对主观主义向相对主观主义的嬗变,有关大陆经贸立法活动由此开启。1992年7月,台“立法院”正式出台了酝酿多年的“两岸人民关系条例”,台湾当局的大陆经贸政策开始迈向了法制化的轨道。在其后的近20年时间里,伴随着两岸经济关系的跌宕起伏而曲折前行,台湾地区的大陆经贸事务立法在不同的执政者执政时期呈现出不同的特点:在李登辉执政时期主要表现为“框架的建构与调整的滞后”,在陈水扁执政时期主要表现为“摇摆于开放与管制之间”,在马英九执政时期主要则表现为“以开放、松绑为主

^① 李非. 海峡两岸经济合作问题研究[M]. 北京:九州出版社,1998. 24.