



运用法治思维和法治方式构建维护两岸关系和平发展的制度框架，其本质在于，通过贯彻相应的法律制度，形成一套具有一致性、明确性、稳定性的两岸关系和平发展的法律秩序，使法律成为保障和维护两岸关系和平发展既有成果的有力手段。

海峡两岸法学研究

（第七辑）

海峡两岸关系法学研究会 编



九州出版社
JIUZHOU PRESS

全国百佳图书出版单位

(第七辑)

海峡两岸法学研究

海峡两岸关系法学研究会 编

图书在版编目 (CIP) 数据

海峡两岸法学研究. 第七辑 / 海峡两岸关系法学研究会编. --北京: 九州出版社, 2016. 12

ISBN 978-7-5108-4882-7

I. ①海… II. ①海… III. ①法学-中国-文集
IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 308659 号

海峡两岸法学研究·第7辑

作 者	海峡两岸关系法学研究会 编
出版发行	九州出版社
地 址	北京市西城区阜外大街甲 35 号 (100037)
发行电话	(010) 68992190/3/5/6
网 址	www.jiuzhoupress.com
电子信箱	jiuzhou@jiuzhoupress.com
印 刷	北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 16 开
印 张	18.5
字 数	349 千字
版 次	2016 年 12 月第 1 版
印 次	2016 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5108-4882-7
定 价	55.00 元

★ 版权所有 侵权必究 ★

《海峡两岸法学研究》

编委会

总顾问

张福森

顾 问

张鸣起 孙亚夫 孙 谦 张苏军

徐显明 李 林

主 编

尹宝虎

编委会成员

许海星 张自合 许 颖

序 言

改革开放以来，大陆法治建设取得了历史性成就。经过三十多年的努力，一个立足国情和实际、适应改革开放和现代化建设需要、体现人民意志和人民利益，以宪法为统帅，以民法、刑法、诉讼法、行政法、社会法等多个部门法为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。在这个过程中，大陆的人权法制保障不断加强，促进经济增长和社会和谐的法治环境不断改善，依法行政和公正司法水平不断提高，对权力的制约和监督进一步加强。

中国特色社会主义法律体系的形成基本解决了无法可依的问题，在这一新的历史起点上还需进一步完善中国特色社会主义法律体系，全面落实依法治国方略。大陆的法治发展在坚持从国情和实际出发的同时，也注意借鉴境内外法治建设有益经验，包括台湾法治建设的经验。两岸法制同根同源，同为中华法系的组成部分。尽管当前两岸社会制度不同，但推进法治、维护人民权益、服务社会发展的目标是一致的。加强两岸法制的比较研究，既有利于加深两岸互信，也有利于两岸相互学习，取长补短，共同促进法治文明和社会进步，造福两岸人民。

两岸人民之间各领域的交往需要法治的保障。为适应 1987 年后台湾民众往来大陆逐渐增多、两岸贸易投资规模不断扩大的情势，大陆适时采取和完善了一系列司法、立法、执法措施，基本形成了对两岸交往的法治保障体系，起到了维护台湾同胞权益，规范两岸交往秩序，促进交流合作的重要作用。两岸关系稳健发展，需要用制度化、法律化的手段，不断解决人民交往中出现的各种问题，妥善处理各种交往矛盾。从理论上探索解决现实具体问题的方案，是两岸关系法学研究的目的。为此，两岸法学界、法律界有必要加强相关学术研究，深入交流研讨，为两岸法治文明、社会进步和两岸交往的法治保障提供智力支持。

2008年5月以来，两岸双方在反对“台独”、坚持“九二共识”的共同政治基础上推进两岸关系，开辟了两岸关系和平发展新局面。在两岸同胞的共同努力下，两岸人民交往日益密切，经济合作日益深化，文化交流日益加强。为适应新形势的需要，海峡两岸关系法学研究会于2011年12月重新组建成立。在两岸法学法律界朋友的支持和参与下，海峡两岸关系法学研究会通过两岸和平发展法学论坛、学术座谈会、学术年会等形式推动两岸法学交流，促进对两岸关系中法律问题的研究，取得了一些成绩。《海峡两岸法学研究》就是展示这些交流和研究成果的载体之一。

《海峡两岸法学研究》收集的论文既关注于两岸法制的比较研究，也着重从不同角度探讨两岸交流合作中需要解决的各种法律问题，展示了两岸专家学者对于这些问题的深入思考。当然，论文集所选编的论文仅代表作者个人观点，不代表研究会的立场。出版论文集的目的更主要是为抛砖引玉，促进两岸法学法律界更多地关注两岸关系各领域法律问题。

希望两岸法学界、法律界密切往来，关注现实，围绕两岸关系和平发展的需要，进一步破解影响两岸关系和平发展的各种问题、难题，为巩固和深化两岸关系和平发展、服务两岸同胞福祉做出积极贡献！

是为序。

海峡两岸关系法学研究会

张福森

2014年12月10日

目 录

序言	1
论维护两岸关系和平发展制度框架的法理内涵与 构建方向	周叶中 段 磊 1
论“宪制—治理”框架下的两岸政治关系合情 合理安排	祝 捷 14
两岸关系和平发展制度框架的构建：社会 共同体视角	严安林 25
“一国两制”台湾模式的基本矛盾与法治化问题探讨 ...	毛启蒙 33
论台湾立法机构审议两岸协议的泛政治化	季 烨 44
中華法傳統的當代文化意涵 ——法治現象的文化研究與社會學分析	張志銘 56
中华法律的道德传统及其现代价值 ——论德治与法治并举的中国法治之路	尹宝虎 81
審判獨立與權利保障 ——從兩篇千古名文談起	李念祖 98
两岸及内地与港澳法院司法合作与交流之状况与展望 ——以人民法院工作为视角	邵中林 108
关于完善两岸司法互助工作的思考	李 桦 许荣锽 124
兩岸司法互助協議中「調查取證」之研究	傅美惠 137
海峡两岸婚姻家庭利益诉求与解决研究	冯 霞 150
論臺胞與陸配生活權益保障之法律與政策	李福隆 171
臺灣就業服務法對陸籍配偶工作權的保障	林麗燕 179
當前兩岸教育交流的政策與法制分析 ——從台灣承認大陸學歷與招收陸生說起	張國聖 190
ECFA 框架下两岸投资协议的签署、生效与履行	彭 莉 204

兩岸投保協議調解機制的具體落實與發展	李復甸	214
由區域自由貿易協定檢視兩岸經貿爭端解決機制 之發展	林俊宏	225
海峡两岸检察首长个案干涉权之比较研究 ...	甄 贞 梁景明	254
台湾地区检察官评鉴制度相关问题研究	董 坤	263
从台湾法官与司法辅助人员的关系看大陆法官 员额制改革	薛永慧	270

论维护两岸关系和平发展制度框架的法理内涵与构建方向^{*}

周叶中 段磊^{**}

自2014年以来,台湾地区内部政治格局发生重大变化,岛内发生以反对《海峡两岸服务贸易协议》为目的的所谓“太阳花运动”,承认“九二共识”、支持两岸关系和平发展的国民党陆续在岛内地方性选举、台湾地区领导人选举和民意代表选举中遭遇重大失败。随着台湾地区政党轮替的发生,两岸关系和平发展的前景再次变得不可预期,不少学者对两岸关系的发展方向做出了“冷和平”^①“冷内战”^②的判断。面对台湾岛内“政党轮替”常态化的局面,只有通过具有稳定性、可持续性特点的制度约束,构建维护两岸关系和平发展的制度框架,才能有效框限台湾地区各派政治力量的两岸政策,确认、保障和维护两岸关系和平发展的既有成果,力争两岸关系和平发展不因台湾地区政治局势的改变而改变,不因台湾地区领导人政治立场的改变而改变。基于这一目的,本文在厘清维护两岸关系和平发展制度框架法理意涵的基础上,对这一框架的构成现状做出归纳,最终对新形势下维护两岸关系和平发展制度框架的构建方向做出宏观展望。

一、维护两岸关系和平发展制度框架的法理意涵

构建维护两岸关系和平发展制度框架的核心,在于建立一套规范、调整和保障两

^{*} 本文系中国法学会部级涉台专项项目“关于制定两岸关系综合性法律的研究”之阶段性成果。

本文系国家自然科学基金一般项目“构建两岸交往机制的法律问题研究(11BFX082)”和中央高校基本科研业务费专项项目“两岸协议实施机制研究(2014106010203)”的阶段性成果。

^{**} 周叶中,武汉大学法学院教授、博士生导师,国家2011计划“两岸关系和平发展协同创新中心”专家委员,武汉大学两岸及港澳法制研究中心主任;段磊,法学博士,武汉大学法学院讲师,武汉大学两岸及港澳法制研究中心研究人员。

① 《倪永杰答中评:两岸将走向冷和平!》,中评网2016年1月19日,资料来源:<http://www.crntt.com/doc/1040/9/1/7/104091780.html?coluid=136&kindid=4711&docid=104091780&mdate=0119095236>,2016年4月20日最后访问。

② 《张亚中:蔡英文赢,两岸进入冷内战?》,中评网2016年1月17日,资料来源:<http://www.crntt.com/doc/1040/8/9/4/104089429.html?coluid=136&kindid=4711&docid=104089429&mdate=0117003600>,2016年4月20日最后访问。

岸关系和平发展进程的制度体系。从制度的表现形式来看，制度往往表现为一种规范，而法律规范则是制度最高层次的表现形式。因此，要促进两岸关系的长期稳定发展，就必须运用法治思维，强化制度建设，实现两岸关系从对个别政治人物和个别政党的依赖，向对制度依赖的阶段性转变。运用法治思维和法治方式构建维护两岸关系和平发展的制度框架，其本质在于，将两岸关系和平发展的事实与成果转化成为立法、执法、司法和守法的过程，通过贯彻相应的法律制度，形成一套具有一致性、明确性、稳定性的两岸关系和平发展的法律秩序，使法律成为保障和维护两岸关系和平发展既有成果的有力手段。基于这一认识，我们应首先厘清维护两岸关系和平发展制度框架的法理意涵。

从描述的角度而言，维护两岸关系和平发展的制度框架可以被概括为：能够维护、促进和保障两岸关系和平发展的各项成果持续发展，使之不因台湾地区政治局势的改变而改变，不因台湾地区领导人政治立场的改变而改变的各项制度安排的总称。然而，这一描述性定义远远不能满足我们深刻理解维护两岸关系和平发展制度框架的法理内涵，以及促进对台工作理论与实践发展的需要。因此，我们有必要从制度的一般特点出发，寻求对维护两岸关系和平发展制度框架这一概念更为精准的分析。具体说来，构建维护两岸关系和平发展的制度框架，在目的、内容、功能上均体现出鲜明的特点：

第一，在目的上，构建维护两岸关系和平发展的制度框架，旨在使两岸能坚持以制度体系维护“一个中国”框架的稳定性，以制度保证两岸关系和平发展的成果不会因政治原因“得而复失”。以“九二共识”为主要表现形式的“一个中国”框架构成两岸关系和平发展的政治前提和政治基础。现阶段，两岸在政治层面就“一个中国”框架形成的共识构成这一框架的核心，其主要表现形式依然是两岸之间的政治共识和两岸政治人物的政治承诺。由于缺乏相应的制度保障，“一个中国”框架依然停留在政治共识层面，其有效性严重依赖于台湾当局、岛内主要政党和政治人物的政治操守和政治态度，而缺少规范意义上的约束力。受台湾岛内“斗争性”政党政治^①的影响，台湾地区政治人物关于两岸关系的主张与承诺，往往会受到各种政治因素的影响。随着民进党籍候选人蔡英文当选新一届台湾地区领导人，两岸透过政治共识形成的“一个中国”框架，极可能再次遭到挑战。在这种形势下，两岸仅从政治层面形成关于“一个中国”框架的共识，已不能满足两岸关系深入发展和台湾地区政治局势变化的需求。因此，构建维护两岸关系和平发展制度框架的目的在于，从制度层面寻求

^① 参见陈星：《论台湾政党体制的制度化问题》，载《台湾研究集刊》2013年第4期。

两岸对“一个中国”框架的共同认知基础，借助制度，尤其是法律制度的权威性和稳定性，维护“一个中国”框架的权威性和稳定性。

第二，在内容上，维护两岸关系和平发展的制度框架，主要体现为以（法律）规范为表现形式的两岸“制度独白”和“制度共识”。法律规范是制度框架的重要表现形式，也是众多具有制度特征的规范中最具权威性、稳定性和外部保障性的一种表现形式。要维护两岸关系和平发展的权威性和稳定性，保障两岸关系和平发展的正确方向，就必须运用法治思维和法治方式建构这一制度框架。因此，（法律）规范构成维护两岸关系和平发展最重要的法理依据，也构成维护两岸关系和平发展制度框架的主要内容。目前，维护两岸关系和平发展的制度框架，主要体现为大陆和台湾各自涉对方事务规定和两岸协议两种表现形态。其中，前者由两岸各自制定，在两岸各自领域内生效和实施，体现出大陆和台湾各自维护两岸关系和平发展的“制度独白”。尽管两岸涉对方事务立法，本质上仍然是两岸各自域内的法律，其体现的也并非两岸共识，但这些法律规范却构成两岸关系法治化的基础，对两岸交往和两岸关系和平发展框架法律机制的构建，起着不可替代的基础性作用。^①后者由两岸以协商方式共同制定，在两岸范围内生效和实施，体现出大陆和台湾共同维护两岸关系和平发展的“制度共识”。可以说，作为唯一能够在两岸同时发生约束力的规范性文件，两岸协议在处理涉及两岸共同利益的事务性议题中发挥着重要作用。

第三，在功能上，维护两岸关系和平发展的制度框架，既要承担维护两岸关系和平发展既有成果的功能，也要发挥保障两岸关系和平发展可持续性的功能。构建维护两岸关系和平发展的制度框架，首先要立足两岸关系发展的现实。目前，两岸关系和平发展的现实表现为，通过大陆和台湾八年的共同努力，两岸关系和平发展取得一系列重大成果。然而，我们不得不正视的是，两岸关系之所以能取得今天这样的成果，与支持和承认“九二共识”的国民党在台湾地区执政，有着重要关联。在台湾地区“政党轮替”已成常态的今天，没有哪一个政党能够在台湾地区永久执政，因而将维护两岸关系和平发展成果的希望，寄托于某一特定政党显然是不明智的。因此，维护两岸关系和平发展制度框架的首要功能，就是以具有稳定性特征的制度体系取代缺乏足够稳定性的两岸政治共识。通过制度框架内含的以（法律）规范为表现形式的制度体系，确认、巩固和维护两岸关系和平发展的既有成果。此外，构建维护两岸关系和平发展的制度框架，还应在立足现实的基础上，着眼两岸关系和平发展的未来，通过

^① 周叶中、段磊：《论“法治型”两岸关系的构建》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期。

制度推动两岸关系实现可持续发展。因此，维护两岸关系和平发展的制度框架，应对两岸关系未来发展的方向做出一些预期性安排，将两岸对双方关系发展方向的政策主张，以法律制度形式表述出来，为两岸以阶段化、议题化方式解决双方政治分歧提供制度保障。

二、维护两岸关系和平发展制度框架之构成现状

如前所述，维护两岸关系和平发展的制度框架，主要体现为以（法律）规范为表现形式的两岸“制度独白”和“制度共识”。本文即以此为主要研究对象，加以分析和探讨。目前，学界尚未形成对维护两岸关系和平发展制度框架的构成进行系统归纳与分析的研究成果。基于上文对维护两岸关系和平发展制度框架法理意涵的认知，我们认为，现阶段维护两岸关系和平发展制度框架，主要由两岸根本法^①、两岸事务性规定和两岸协议三部分构成。

（一）两岸根本法的“暗合”构成维护两岸关系和平发展制度框架的宪制基础

大陆和台湾的根本法分别处于各自法律体系的最高地位，构成大陆和台湾各自两岸政策的根本依据。如上所述，当前，两岸就“一个中国”框架形成的共识，依然属一种政治共识，双方并未在规范层面，形成一种制度共识。考察两岸各自根本法的基本内容可见，双方关于“一个中国”的规定体现出一种“暗合”态势，即两岸双方制定的根本法，在并未事先进行协商，也不可能协商的情况下，在“一个中国”问题上表现出某种契合。具体说来，这种“暗合”态势体现在以下几个方面：

第一，两岸各自根本法对两岸主权统一和国家主权范围的界定呈现出一致的态势，从而为维护“一个中国”框架的主权意涵奠定了宪制基础。“一个中国”框架的内涵极其丰富，但其主权意涵构成了这一框架的核心，即两岸在主权层面上同属一个中国，中国的主权没有因为两岸政治对立而分裂，世界上既不存在两个名为“中国”的主权国家，也不存在一个名为“台湾”的独立于中国的主权国家。考察两岸各自根本法的相关规定，无论是1982年《中华人民共和国宪法》，还是台湾地区现行“宪法”及其“增修条文”，二者对国家主权统一性的界定呈现出契合形态，而双方所主张的国家领土主权范围亦相一致，即均认为各自根本法的主权效力应当涵盖包括大陆

^① 本文将《中华人民共和国宪法》和台湾地区现行“宪法”并称为“两岸根本法”，这种表述，仅是从功能角度对台湾地区现行“宪法”做出的一种描述性界定，并不意味着本文认可台湾地区现行“宪法”的正当性。

和台湾在内的全中国。两岸各自根本法对国家主权的相关规定，能够为我们积极应对台湾方面执政者统“独”立场发生变化后带来的负面影响提供有力的规范资源和宪制基础。

第二，两岸各自根本法均以“谋求国家统一”为处理两岸关系的最高准则，从而为两岸实现和平统一的最高目标提供宪制依据。长期以来，尽管两岸存在激烈的意识形态之争，对国家未来统一的具体方式存在争议，但双方对“谋求国家统一”这一目标却保持一致立场。因此，“谋求国家统一”亦成为两岸双方在达成“九二共识”时，形成的一种存在于双方表述之中的共同话语。与此相类似的是，两岸双方在各自根本法之中，均表露出较为明显的“谋求国家统一”的“宪法目标”。1982年宪法序言第九自然段明确规定“完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责”，将国家统一大业界定为全中国人民应当完成的法律义务；台湾地区现行“宪法”“增修条文”序言亦明确规定该“条文”的“立法目的”系“因应国家统一前之需要”，因而亦将“国家统一”界定为一种“宪法目标”。

第三，两岸各自根本法在处理涉对方事务时均预留了特殊的制度安排空间，从而为在统一前和统一后处理两岸事务提供了制度基础。尽管自1949年以来，两岸处于长期隔绝对峙状态，但双方均在各自根本法之中，为处理两岸关系，解决双方统一前的事务性安排和解决双方统一后的制度设计，预留了专项条文。如，1982年宪法第31条为解决台湾问题预留了特别行政区制度这一宪法上的制度安排，而台湾地区现行“宪法”“增修条文”第十条则明确规定“自由地区与大陆地区间人民权利义务关系及其他事务之处理，得以法律为特别之规定”，为处理两岸关系预留了立法空间。两岸双方的这种制度安排上的共有预设，体现出在国家尚未统一的情况下，两岸事务在大陆和台湾各自根本法之中的特殊地位。

总之，两岸根本法上对“一个中国”框架表现出的“暗合”态势，为两岸以求同存异的方式，就“一个中国”框架形成共同认知奠定了宪制基础，也为以一个中国原则为核心的“九二共识”提供了规范依据。因而，两岸在根本法层面就“一个中国”框架形成的“暗合”，构成现阶段维护两岸关系和平发展制度框架的宪制基础和根本效力来源。

（二）两岸事务规定体系构成维护两岸关系和平发展制度框架的“独白”形态

作为中国内战的延续，两岸保留了两套互不隶属的法律体系，在事实上形成了“一个中国”框架下的两个平行法域。大陆涉台事务性立法和台湾涉陆事务性立法

（以下合称“两岸事务规定”），即是两岸各自制定的，在两岸各自法域内实施的，以两岸交往过程中出现的事务性问题为调整对象的法律规范的总称。^① 自上世纪 80 年代末以来，随着两岸恢复接触，双方人员交往和经贸往来日益密切，为维护两岸交往秩序，两岸各自陆续制定了一批涉对方事务的立法。这些立法大多以对方居民在己方领域内的权利义务为调整对象，并初步形成两岸交往过程中的法秩序渊源。由于两岸事务规定均为两岸依据各自政策制定的立法，双方在立法前缺乏沟通与协调，因而双方两岸事务规定体现的并非两岸共识，而是双方各自两岸政策的“独白”。因此，两岸事务规定体系构成现阶段维护两岸关系和平发展制度框架的“独白”形态。

大陆方面在两岸关系发展的过程中，陆续制定了《台湾同胞投资保护法》等法律法规，初步形成了一套涉台事务性法律体系。大陆的涉台立法散见于一百余件法律、行政法规、地方性法规和部门规章之中，体现出一种分散的单行立法模式。^② 大陆涉台事务性立法对两岸事务的规定主要集中在以下三个方面：（1）确立了台湾同胞在大陆投资保护过程中的权利义务和相关程序；（2）确立了台湾同胞在大陆接受行政管理的有关实体和程序性规定；（3）确立了两岸同胞之间发生民事法律行为中的权利义务关系。

与大陆方面的单行立法模式不同，台湾方面涉及大陆事务立法采取的是以“两岸人民关系条例”为核心的综合性立法模式。“两岸人民关系条例”是台湾当局于 1992 年制定的一部规定两岸事务性问题的立法。该“条例”也是两岸范围内制定最早、内容最为丰富的一部综合性立法。这部立法的主要内容涵盖三个方面：（1）明确了两岸事务性协商机制的法律地位，为两岸有关机构授权签署相关协议提供了法律依据；（2）确定了大陆赴台居民的法律地位，对大陆赴台居民的基本权利做出了大量限制性规定；（3）规范了两岸民间交往的秩序，为两岸人员往来确立了制度框架。除“两岸人民关系条例”外，台湾当局还根据两岸关系发展的实际情况，制定了一些有关两岸事务的实施性立法，对两岸交往活动走向法制化奠定了基础。

（三）两岸协议体系构成维护两岸关系和平发展制度框架的“共识”形态

两岸协议是“两岸跨越政治对立达成的对双方均有约束力的法律文件，是两岸直

^① 段磊：《海峡两岸涉对方事务立法体系的构成、比较与启示》，载《西安电子科技大学学报（社会科学版）》2014 年第 3 期。

^② 根据国务院台湾事务办公室编辑的《台湾事务法律文件选编》，目前大陆涉台立法共 107 件，其类别涵盖宪法、经济法、行政法、民商法、社会法、诉讼法等法律部门。参见国务院台湾事务办公室编：《台湾事务法律文件选编》，九州出版社 2011 年版。

接接触达成共识后对未来双方行为规则的约定”。^① 由于两岸间存在的政治分歧和对立，两岸协议的创制无法以“多数决”的方式进行，即无法由两岸民众以民主投票的形式完成决策，而只能由两岸官方出面代表两岸民众达成共识，完成协议的创制和实施。具体说来，两岸协议的“共识”特征主要体现在以下两个方面：

一方面，两岸协议这一两岸共识决策的产生原因在于两岸各层次交往的日益密切和随之产生的大量涉及两岸共同利益的共同事务。在两岸处于政治对立、军事对峙的时代，两岸之间并不存在交往，更不会产生涉及双方共同利益的事务，因而在当时双方并不存在形成共识决策的需要。然而，自上世纪八十年代以来，两岸交往日益密切，呈现出多元化、复杂化和双向化的态势，随着两岸在经济、文化和社会问题层面利益格局的日趋复杂，两岸之间已经衍生出越来越多的共同事务。因此，两岸公权力机关不得不在双方尚处于政治对立的情况下，以寻求共识的方式解决涉及两岸共同利益的事务，进而透过各种渠道形成了一系列的共同决策。考察两岸双方签署事务性协议的过程与内容可知，大陆和台湾签署事务性协议的初衷和主要目的，即是通过规范化的两岸共同决策，处理两岸交往过程中产生的共同事务，规制两岸交往活动，维护两岸民众共同利益。

另一方面，两岸协议的调整对象、创制方式、生效和实施方式均体现出“共识决策”的基本特点。具体说来：（1）两岸协议的调整对象是涉及两岸共同利益的事务性问题，涵盖两岸交通运输合作、经济合作、司法合作等诸多领域。（2）两岸协议的创制，必须由大陆和台湾基于平等协商，以“共识决”方式实现。考察两岸关系发展现状，两岸创制协议的唯一方式便是由双方协商谈判，并签署协议。（3）两岸协议的生效和实施，亦须由大陆和台湾共同协作，方可实现。考察各项两岸协议的文本，协议的解释、修改等实施程序，均需两岸以协商方式共同完成。因此，在两岸协议完成创制程序后，仍需两岸协作，方可使之生效和实施。

总之，两岸协议的调整对象与创制、实施过程，均体现出强烈的“两岸共识”特征，因而，作为双方共识规范化体现形式的两岸协议，也只能依赖两岸共同协作方可有效实施。作为一种“两岸共同政策”，^② 两岸协议体系构成了当前维护两岸关系和平发展制度框架的“共识”形态，为两岸处理涉及双方共同利益的事务性问题，提供了规范保障。

① 杜力夫：《论两岸和平发展的法治化形式》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2011年第5期。

② 参见周叶中、段磊：《论两岸协议的法理定位》，载《江汉论坛》2014年第8期。

三、新形势下维护两岸关系和平发展制度框架的构建方向

从两岸关系和平发展框架的法理内涵出发，考察上述三种制度体系的基本特点，无论是从两岸各自宪制性规定对“一个中国”框架的确认情况，还是两岸各自事务性规定的发展状况，抑或是两岸协议的体系化程度来看，其制度化和系统化程度依然偏低，尚不能称之为完整意义上的维护两岸关系和平发展的制度框架。因此，我们认为，当前维护两岸关系和平发展的制度框架仍然处于一种初级状态。一方面，这种初级的制度框架依然存在着很多制度缺陷，亟待做出合乎两岸关系发展实际的完善；另一方面，这种初级的制度框架体现出的是以政治促进法治的内在逻辑，法律制度的作用只是确认和巩固两岸各自政策主张，因而难以发挥自身的能动性。^①可以说，这种初级制度框架，在两岸关系和平发展处于“顺境”时，尚能发挥其保障两岸关系和平发展秩序的基础性作用，而一旦两岸关系面临重大挑战，处于“逆境”时，这一框架将可能因政治力的影响而面临无法发挥其作用的危险。因此，在台湾地区再次发生政党轮替的形势下，我们应更为重视运用法治思维和法治方式，进一步推动构建维护两岸关系和平发展的制度框架，使之真正成为能够支撑和维护两岸关系和平发展大局的重要支柱。如上所述，维护两岸关系和平发展的制度框架是一个内容极为复杂的制度体系，因而本文仅能从宏观视角观察和审视这一框架，基于两岸关系发展的新情况，提出有益于建构与完善这一制度框架的若干发展方向。

（一）推动形成两岸关于“一个中国”框架的“法理共识”和制度性保障

如上所述，当前两岸就“一个中国”框架在根本法层面呈现出“暗合”态势，能够为两岸以求同存异方式构建两岸关系和平发展的制度框架提供宪制基础。然而，我们不得不承认的是，这种基础本身却“建立在脆弱的平衡基础上”，无法为两岸关系实现可持续发展，最终化解两岸政治对立提供有力支持。在当前形势下，这种“暗合”强烈依赖于双方各自的意志，一旦台湾方面以“制宪”“修宪”或“释宪”等方式背弃这种“暗合”，那么维护两岸关系和平发展制度框架的宪制基础将不复存在。因此，在进一步构建和完善这一制度框架过程中，两岸必须在现有的双方宪制性规定“暗合”的基础上，强化对双方“暗合”的外在约束，推动两岸形成关于“一个中

^① 参见祝捷：《巩固“一个中国”原则的法治思维析论》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。

国”框架的法理共识，将两岸对“一个中国”框架的“暗合”升级为两岸对“一个中国”框架的“共识”。

对话必须承认相异主体的存在，即在互为“他者”的情境下，互相理解，在主体间的相互承认中，不断扩大交往共同体的范围。^① 因此，要形成两岸有关双方法理关系的共识，以“法理共识”取代宪制性规定的“暗合”，其中一个重要前提，就是必须解决作为台湾当局“法理标志”的“中华民国宪法”之定位问题，务实看待台湾地区现行“宪法”对维护“一个中国”框架的作用。台湾地区现行“宪法”是国民党败逃台湾前，于大陆制定的“中华民国宪法”及其通过七次“宪政改革”制定的“增修条文”。实事求是地看，这部“宪法”在台湾地区依然发挥着根本法的实际作用，既构成台湾地区公权力机关的规范基础，又发挥了保障台湾同胞基本权利的现实作用，更为维护“一个中国”框架提供了法理支撑。废除国民党政府“伪法统”“伪宪法”的过程，是为中国革命历史所确认的事实，这一过程也构成我国社会主义法治建设的基础，这是不容否认的。^② 然而，六十余年来，随着时空环境的改变，两岸关系的主要矛盾已从两岸争夺中国代表权的“正统”之争，转变为双方就两岸是否同属一个中国的统“独”之争。在这种背景下，台湾地区现行“宪法”的政治角色与功能正在发生微妙的变化，这部“宪法”已从国民党反动统治的“合法性”依据，转变为维护“一个中国”框架的重要依据。同时，台湾多数民众对这部“宪法”亦有其政治感情，他们认同这部“宪法”在台湾地区政治生活中的地位与作用，对此我们应当在“一个中国”框架下予以尊重和包容。因此，应在深入分析台湾地区现行“宪法”“一中性”因素的基础上，肯定台湾地区法律制度，尤其是其“宪法”对维护“一个中国”框架的重要意义，继而在区分正当权威和实际权力的前提下，给予台湾地区现行“宪法”的法理定位做出合情合理安排。亦即是说，在否认台湾地区现行“宪法”完全正当权威属性的前提下，务实认可其在台湾地区的实际权力属性，从而赋予台湾地区有关规定以恰当的主体性地位。

在务实看待台湾地区现行“宪法”的基础上，两岸可在宪制性规定层面，共同推动“九二共识”从一个表现在两岸各自政策话语之中的政治性共识，向表现在两岸“宪制性规定”之中的、具有更强权威性和规范性的“制度共识”发展。这种两岸在“宪制性规定”层面形成“法理共识”的表现形式，即是大陆和台湾基于“一个中

① 唐桦：《两岸关系中的交往理性初探》，载《台湾研究集刊》2010年第3期。

② 周叶中：《关于两岸法理关系定位的思考》，载周叶中、祝捷：《两岸关系的法学思考（增订版）》，九州出版社2014年版。