

張亞中／著

Northeast
Plain

停止炮击大、小金门等

香港社會各界，包括電 影界人士均對國際電影 展會給予極大支持，不 僅在場外設置多個大 型廣告，更在場內設 有「國際電影展會」

在海峡两岸同胞共同努力下，一个新型的祖国宫有几代中国人共同建造起来。这是一个历史性的大事。中国统一大业，是几代中国人前赴后继、奋力开拓的。作为台湾同胞，我们应当继承和发扬这种光荣传统，为台湾和祖国的前途，为两岸同胞的福祉，为中华民族的伟大复兴，贡献智慧和力量。

台独是国际公认的一个原则，我们决不会让我们的骨肉同胞，为了少数人、区、县、市的和平利用就来大陆搞分裂。在大陆任何地方搞分裂活动，生产要停止，

中華人民共和國

中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会

台湾同胞书

(一九七九年一月一日)

第五届全国人民代表大会常务委员会于一九七八年十二月二十六日举行第五次会议，讨论通过了《中华人民共和国全国人民代表大会有权罢免全国人民代表大会常务委员会组成人员》。

属的分型标准，然而各各类一起，则所编录载于人类前史者，自更不可限量。早已为人类所统一，不仅是全中国人民和台湾同胞的共同心愿，也是全人类和全人类共同的心愿。

中国政府已经命令人民解放军
海陆空三军，台湾海峡附近地区
这只能解除人民的痛苦。我们要求
美国和国民党政府台湾海峡之
有，以便为真正的和平一

由于长期隔绝，大陆和台湾的贸易很不便利，亚洲海外的许多桥樑都遭到破坏，而咫尺的大陆和台湾的贸易却不能自由来复现。有理由继续存在，我们却要求为和平来复通地接触。互通贸易，探亲访友，参观考察，通信往来。

第一章

前言

在從法理的角度討論兩岸主權以前，或許更需要了解的是，兩岸間有關主權的問題，絕非只是法理的爭議，而其本質是個不折不扣的政治問題。它是國家內戰後的產物，受到國際政治現實的影響。在彼此的互動中，雙方之間有著水火不容的意識形態，也有著血濃於水的民族情感；有著劍拔弩張的軍事對峙，也有著酒酣耳熱的文化交流；有著寸土必爭的外交對抗，也有著利益均霑的經濟往來。能夠化解爭議、增進合作，所憑藉的絕非法理的論述或是立場的堅持，最需要的還是雙方能否以理性、互信的態度，設身處地為對方設想，共同找尋一個合理的解決方法。

在兩岸的互動中，有關主權的爭議一向牽動著雙方的情緒與立場。由於主權攸關國家在國際間的國家人格，而且是國家治權的下層基礎，使得主權爭議成為兩岸最根本的結。如果兩岸能放下對主權的討論，暫時擱置主權的爭議，務實發展雙方關係，當係最符合全體中國人的心願與利益。但是，如果雙方認為主權問題仍是兩岸關係能否長久持續發展的關鍵，則彼此應認真務實地面對這個問題，將兩岸的主權問題作一深入的討論，以尋求共識。本文即在此基礎上為此一問題作一探討。

另一個分裂國家德國，在布朗德總理推動其東進政策前後，全西德對未來兩德間的各種可能發展關係的法律定位已提出廣泛與深入的討論，相關專書或專文不下千餘篇，這千餘篇的專文為西德法學界在為日後布朗德政府推動東進政策

時，提供了相當的法理基礎，使得與東德所簽訂的基礎條約得以在不違憲的原則下，可以順利推展，為七〇年代以後的兩德關係創造出良性的環境。德國的經驗給人的啟示是，政策的推動必須要依賴合理與合法的理論依據，而德國的學術界在這件事情上可謂集全國法政界的力量為未來的政策建構合理化與合法化的依據。

環顧兩岸對有關問題的討論與申論，仍多停留在為本身政治立場的申述，有關從法理面探討的專文屈指可數，國內至今幾無一本從法理上專門探討兩岸主權問題的專書，本書希望能填補此一空白，並盼拋磚引玉，共同研究。

本書名為「兩岸主權論」，旨在從法理的角度，探討兩岸間對主權、範圍、及相互主權關係的認定，並期為兩岸找尋一合理的定位，以利雙方關係的發展。

第二章

主權之涵義

- 第一節 主權的傳統概念
- 第二節 主權與國際法的關聯
- 第三節 主權的限制或是否可分
- 第四節 主權與「正當性」的關聯

第一節 主權的傳統概念

「主權」(Sovereignty)一詞，源自拉丁字 "Superanus"，最早出現在中古世紀歐洲的封建社會，用來指一種封建領土以上，再無其他最高權威的概念。西元一五七七年法國政治學者布丹(Jean Bodin)在其所著《國家論》六卷(*Six livres de la republique*)中，將主權定義為「不受法律約束、凌駕於公民和臣民以上的最高權力」，他並將主權的屬性界定為：(一)主權是永恆的，它與侷限於特定時間所轉讓的權力不同；(二)主權是非委派的權力，亦可說是不受限制或無條件地委派的權力；(三)主權是不可轉讓的，而且不受法令的支配，因為主權者本身就是法律的源泉。¹ 依據布丹的看法，在君主制國家，主權屬於君主。布丹的主權理論主要貢獻在於將國家的概念從基督教統治理念中分離，奠定了現代國家的基礎。

十七世紀，荷蘭的格老秀斯(Hugo Grotius)也論述了國

¹ George H. Sabine, *A History of Political Theory*, 4th ed. (Hinsdale Illinois: Dryden Press, 1937) 李少軍、尚建新譯，《西方政治思想史》，（台北：桂冠圖書公司，一九九二年），第422-423頁。

家主權的觀念，他認為主權就是國家的最高統治權，主權行為不受其他權力的限制，不從屬於其他任何人的意志。換言之，格老秀斯也認為主權屬於國家，在君主制國家自然屬於君王。²

一七六二年法國思想家盧梭(Jean-Jacques Rousseau)發表「社約論」(The Social Contract)，提出人民主權的看法，強調國家主權屬於人民，是公共意志的運用，從而確立三原則，即主權是不可轉讓(*inalienable*)、不可分割(*indivisible*)及絕對至高無上與神聖不可侵犯。³一七八九年法國〈人權宣言〉重申主權屬於人民，它是統一而不可分侵犯與不可轉讓。依照盧梭的看法，主權是屬於人民，政府只是受人民付託，行使主權的權力(*Sovereign power*)。

第二節 主權與國際法的關聯

早期國際法向政治理論借用主權概念時，強調「絕對領

² 端木正，《國際法》，（北京大學出版社，一九八九年），第54頁。

³ Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, (New York: Penguin Books, 1968), Book 1, chapter 6, Book 2, chapter 1,2.

土主權」(absolute territorial sovereignty)，此一理論認為國家權威非但在其領土內是至高無上的，國際間亦不存在有其他更高主權或國際法律可以約束國家的主權行為。因此「國家在其範圍內有宣稱不受其他限制和控制的自由，則必須同樣承認其他國家在其範圍內也有相同的自由」。⁴

主權的概念是將「國家統治者的權力在國內高於一切」的觀念引介至政治理論中發展出來的。「主權」主要指的是國內憲法權力和權威的問題，奧本海國際法即稱，「這種權力和權威被認為是國內最高、最原始的權力，具有國家內的排他性權力」⁵。但是從二十世紀的歷史可以看到，尤其是透過極端民族主義，企圖將國內主權觀念移轉至國際舞台上。奧本海國際法認為這種極端形式的轉移是不利於國際法與國際組織的正常運作和發展，並且亦非適當。主權作為最高法律權力和權威，是不適用於各國將其運用在國際社會。⁶一般而言，沒有一個國家對其他國家擁有最高的法律權力與權威，而各國也不從屬於其他國家的法律權力與權威。因此，國際上，國家間關係的表徵是平等與相互獨立，但其實卻是相互依賴。雖然國家往往被稱為「主權國家」，但是，

⁴ F. H. Hinsley, *Sovereignty* (New York: Basic Books, Inc., 1966), p.158.

⁵ Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts ed., *Oppenheim's International Law*, 9th edition, Volume I, (Longman Group UK Limited, 1992) § 56, p.124. (以下簡稱 *Oppenheim's International Law*)

⁶ Ibid.

事實上這應該只能算是說明了他們的國內憲法地位，而不是他們在國際上的法律地位。

由於「主權」本是國內法的概念，自二十世紀起，將主權用在國際法上，則有將「有限領土主權」(limited territorial sovereignty)或「相對主權」(relative sovereignty)觀念逐漸取代以前的傳統「絕對領土主權」(absolute territorial sovereignty)的共識。簡言之，相對主權是在傳統觀念中，加入了「不違反國際法」的但書，因此主權觀念開始與國際法產生辯證的結合，國家於是成為國際法的主體，享有國際法上的權利與義務。⁷

目前當代國際法論述中，「主權國家」(Sovereignty State)仍是描繪國家內部組織的法律歸屬問題，而非國家在國際上的法律地位。美國國際法具有權威性的「美國法律重述」(Restatement of the Law)外交關係卷中定義主權為「一個國家在其領域內排他之合法控制，包括治理其領域及推行法律之權力」。⁸國際法百科全書亦將主權定義為「一個國家獨

⁷ 楊永明，〈民主主權：政治理論中主權概念之演變與主權理論新取向〉，《政治科學論叢》，第七期，民國85年5月，第144頁。

⁸ Restatement of Law Third, *Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1987), § 206, Comment (b). 引自，張大同，〈國際法上主權觀念與兩岸關係〉，《主權問題與兩岸關係論文集》，（台北：中國大陸研究學會編印，

立於其他國家之外，且於法律上不受其他國家的影響，以及國家對其領土和人民的政府權力享有最高性，與排他性的管轄權」。⁹

有些學者區別主權的概念為「內部主權」與「外部主權」，前者指的是描述國家內部的主權；後者指的是國家主權在國際法的運用。¹⁰亦有些學者將國家主權的兩項特性，即外部獨立與內部自主，以「消極主權」(negative sovereignty)與「積極主權」(positive sovereignty)概念來表達。前者指國家不受其他國家的干涉與控制，是一種正式的法律狀態(a formal legal condition)；後者是指國家自行處理其國內事務的能力。¹¹

由於主權一詞意義由國內統治者與被統治者的關係，延伸至國際法上的國與國間關係，十分複雜易生誤解¹²，因此

民國八十四年)，第21頁。

⁹ Helmut Steinberger, "Sovereignty", in *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 10., (Amsterdam: North-Holland Publishing and Company, 1987), pp.397-418, at pp.403-404.

¹⁰ Helmut Steinberger, "Sovereignty", in *Encyclopedia of Public International Law*, op.cit., p.404.

¹¹ 楊永明，〈民主主權：政治理論中主權概念之演變與主權理論新取向〉，同上文，第145頁。

¹² Hans Kelsen, "Sovereignty and International Law", in W. J.

許多國際法學者對主權一詞有保留態度，有謂主權一詞涵義多重，常遭濫用¹³；國際法學者史塔克(J. K. Starke)即稱，主權乃一專有名詞(a term of art)，而非可予準確定位的法律表述(legal expression)¹⁴；另有學者建議主權在國際法上的意義是指一個國家是獨立自主，非附屬於他國，因此主權一詞可以「獨立」代表。¹⁵如奧本海國際法所稱：「主權是最高的權威，在國際層面而言，並不意謂它是高於其他國家的法律權威，而是表示它不依附於任何世上的其他權威。因此，依照最嚴格與最狹隘的意義，主權含有全面獨立的意思，無論在國土以內或在國土以外都是獨立的。」¹⁶

基於主權觀念在國際法上運用的不斷濫用，當代國際法

Stankiewicz, ed., *In Defense of Sovereignty* (London: Oxford University Press, 1969), p.115-131.

¹³ Restatement of the Law, *Restatement of the Foreign Relations Law of the States*, (Minn: St. Paul, American Law Institute, 3ed., 1987), § 206, Comment (b)

¹⁴ J.G. Starke, *Introduction to International Law*, (London: Butterworth, 1977, 8th ed.), p.113.

¹⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 4th ed., 1990), p.78. 張大同，〈國際法上主權觀念與兩岸關係〉：《主權問題與兩岸關係論文集》，同前書，第19-35頁。

¹⁶ *Oppenheim's International Law*, § 34, p.122.

已避免引用此一名詞，雖然如奧本海國際法仍將「有一個主權的政府」與「人民、領土、政府」三項並列為國家存在的四個條件，¹⁷但是也有已避免使用主權此一名詞，例如國際法上最常為人引用構成要素為：固定的人民、確定的領土、政府、與他國交往的能力。¹⁸ ¹⁹ 美國國際法定位構成國家的條件是確定的領土、固定的人民、自己能控制的政府、與其他國家進行正式關係的實體，²⁰均未提及主權一詞。

中共的國際法學者則將「具有主權」作為國家構成的條

¹⁷ Ibid., § 34, p.120-123.

¹⁸ 一九三三年蒙特維多「國家權利義務公約」第一條(Montevideo Convention on Rights and Duties)。國際法學者海克華克(Green H. Hackworth)在一九四〇年的著作中也避免使用「主權」的概念，他說：「國家一詞就國際法的意義而言，是指永久佔有固定疆域，由共同法律及慣例而結合為政治團體，並擁有一個有組織的政府，而且有處理對外國關係的能力的一群人。」Green H. Hackworth, *Digest of International Law* (1940), Vol.1, p.47. 引自，杜衡之，〈國際法大綱〉，上冊，（台北：台灣商務印書館，民國七十二年修訂一版），第83頁。

¹⁹ 國際法學者丘宏達認為使用「主權政府」與「與他國交往的能力」兩者的意義事實上是一樣的，「因為只有主權政府才能有與他國交往的能力」。丘宏達等合著，〈現代國際法〉，（台北：三民書局，民國六十七年再版），第172頁註2。

²⁰ *Restatement of Foreign Relations Law of the States*, op. cit., § 201.

件之一，²¹他們對主權的定義是：「一個國家獨立自主地處理對內對外事務的最高權力，是國家的根本屬性。在一個地域之內，儘管有政府組織和定居的居民，如果沒有主權，只能是一個國家的地方行政單位或殖民地，而不能成爲一個國家。」²²

布萊利(Brierly)提到，主權由「統治者」的一種絕對權力，漸漸轉變成「國家」的一種絕對權力時，將爲國際法帶來很大的困難，「因爲如果主權的意義是絕對權力，如果國家之爲主權者是這種意義，國家就不可能同時遵從法律…，如果這一前題是正確的，我們的結論唯有說國際法只是一種幻想。」²³法國學者高利亞(Claude- Albert Colliard)教授更率直地說：「主權學說，從科學觀點說，爲不確定；從政治影響說，又是危險的。所以在學術上，今日此說已不爲人支持。只是在國際現實關係中，仍可見到此說而已。總之，這是一

²¹ 其他三個要素為：定居的居民、確定的領土、一定的政府組織。

²² 王鐵崖，《國際法》（法律出版社，一九八一年），第87頁。另白桂梅等編，《國際法》，（北京大學出版社，一九八八年），第62頁稱：「主權是國家的根本屬性，真正國際法意義上的國家必須具有主權。主權是國家對內的最高權和對外的獨立權。一國的下屬地方單位，如省、市、邦、州等，雖然也有政府組織，有定居的居民，但它不是國家，因為它沒有主權」。

²³ Brierly, *Law of Nations* (1955), p.42引自杜衡之，《國際法大綱》，同前書，第83-84頁。

個呆滯的觀念，其中有種種缺陷，既不能構成國家的一個尺度，也不應用以爲國家的一個真正尺度。」²⁴

主權觀點用在國際政治中也是眾說紛紜的，有的國家認爲有關內政之事，他國無權干涉，但也有學者主張，主權應當以負責爲前題，對那些自己國人都無法負責照顧福利或人道而造成內亂的國家而言，是沒有理由使用主權作爲藉口以阻止他國對本國的干涉。²⁵也有學者認爲從歷史的角度來看，應當將主權看作是一個持續在發展的概念，而不是一個政治學上不變的根本概念。²⁶

儘管國際法學者不喜歡或否認主權觀念，但在現實國際關係中，主權仍是衡量一個國家的條件，對於這一事實，國際法也無法漠視，也無法否認，所以聯合國憲章第二條第一款仍有「本組織係基於各會員國主權平等之原則」的規定。²⁷而國際法承認國家爲國際法人(International Person)，通常

²⁴ Colliard, *Institutions Internationales* (1963), p.77. 引自杜衡之，《國際法大綱》，同前書，第84頁。

²⁵ Francis M. Deng, Sadikiel Kimaro, Terrence Lyons, et, *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, (Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1996).

²⁶ Jens Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

²⁷ 陳治世，《國際法》，（台北：台灣商務印書館，民國七十九年），

也是從國家的主權是否完整這一點來確定其法人資格是否完整。凡具有完整主權者，通稱其為「主權國」(Sovereign State)或「獨立國」(Independent State)，屬完整的國際法人。至於那些主權不完整者，常稱之為「部分主權國」(Partly Sovereign State)或「附庸國」(Dependent State)，不屬於完整的國際法人。在國際法眼中，是以有無「具體處理對外關係的能力」，以作為判斷是否是一個「完整的國際法人」。這種以外交能力來鑑定國家是否有法律地位，正是國際法與政治學的觀點不同所在。

總之，由於國際法及國際組織的發展，已無任何一個國家可再宣稱自己擁有傳統上所說具絕對性的「主權」，因此，國際法已儘量避免使用「主權」此一概念，但在國際現實關係中，主權一詞仍為普遍使用。在了解「主權」的現代內涵後，本書也使用此一約定俗成的名詞，作為探討兩岸關係的主軸。

第三節 主權的限制或是否可分

在討論主權可否分割讓渡前，可先行了解「主權權力割予」(surrender of sovereign power)與「主權權力受限」(limitation of the exercise of sovereign power)是兩個不同的概念。²⁸ 前者是指一個國家因戰敗或其他原因，臣屬於其他國家或某個機構，其本身的主權權力部分或全部已經喪失。在國際法上，「併吞」、「占領」與「割讓」均屬此一範疇。例如甲午戰敗，我割讓台澎，即等於將此地的主權權力讓與日本。「主權權力受限」其意為，雖然當事國基於條約將其一部分的主權交出與他國共享，但並未割與，待條約義務消失，或日後退出該條約，所交出的權力將再獲得。在國際法上，參與國際組織、「租借」等均屬此一概念，前者如加入聯合國，後者如清末將香港新界租與英國九十九年。精確的說，加入國際組織或簽署平等條約，只會造成「主權權力受限」，是「治權」的讓與，而非「主權」的割與，只是表示其行為將受到約束，但當事國家的主權並不會喪失。

²⁸ K. W. B. Middleton, "Sovereignty in Theory and Practice", in W. J. Stankiewicz, ed., in *Defense of Sovereignty*, op. cit., p.153.