

國際法作為憲法解釋之界限*

—— 臺灣分裂社會中之憲法危機及其解決

陳怡凱**

目次

壹、前言	四、小結
一、臺灣憲法危機：分裂社會	肆、國際法上之國家作為憲法之前提與框架
二、問題之提出	一、國家概念
貳、憲法上之國際法界限	二、國際法意義之國家與憲法意義之國家之關係
一、國際法與憲法之關係	三、國際法上之國家構成憲法解釋與修憲制憲之界限
二、國際法義務與憲法義務之衝突	四、中華民國憲法之國家主張之國際法界限
三、小結：國際法作為憲法解釋之界限之意義	伍、憲法違反國際法意義下之國家之後果
參、國際法與憲法衝突之態樣	一、本章總論
一、憲法規範直接使用國際法概念	二、憲法規範不因違反國際法而喪失內國法效力
二、內國憲法之權力分立、司法獨立原則與國際法義務之衝突	三、憲法之功能
三、國際法上之實踐可能性構成內國憲法之界限	四、憲法與國際法上國家之關係

* 投稿日：2013年3月18日；接受刊登日：2014年5月2日。〔責任校對：鄭育翔〕。作者特別感謝本文審稿過程中所有匿名審查人所提供之寶貴意見，使本文之論證更加完備。亦感謝德國傅佩芬律師資料之協助與成大法研所李佩穎同學之幫忙校對。

** 國立成功大學法律學系助理教授。
穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/51601241.pdf>。



- | | |
|----------------------------|-----------------------------|
| 五、以虛構國家為基礎之中華民國憲法長期適用之後果 | 二、臺灣政治「兩極化」與「敵友化」之根源 |
| 六、德國基本法並非以虛構之帝國屋頂作為憲法之出發點 | 三、虛構中國之後遺症：臺獨問題與憲法之自相矛盾 |
| 七、臺灣之憲法危機與解決之方向 | 四、國族之國家認同是國家存續與憲法上國民主權原則之基礎 |
| 八、本章結論 | 五、修憲有界限說之適用前提：對於憲法基本共識未改變 |
| 陸、當前臺灣之憲法危機與解決 | 六、人民制憲權可自行決定憲法調整之方式 |
| 一、本章總論 | 七、釋憲者應採取整合成功之憲法解釋 |
| 二、中華民國憲法關於國家定位之歷史發展 | |
| 三、臺灣當前之憲法危機 | |
| 四、當前憲法危機之解決 | |
| 柒、結論：以國際法作為憲法解釋之界限 | |
| 一、違反國際法之憲法國家主張於內國法域將喪失實際效力 | |

摘 要

憲法並非只是法律條文，該概念暗示：其所規範的是國家，一種主權權力。任何國家均需要主權，需要一種至高、終局之權力，來確保憲法命令之履行與和平，以便使國家不受他國之干擾。主權保護國家之團結，若沒有該團結，則社會恐怕會分裂，因為政黨之間之對立將可能會擴大成無法化解之地步。國家主權同樣也被憲法保護，因為憲法不只正當化與穩定化國家主權，同時也整合與團結國民。國家與憲法構成為一體而又可交互替換之兩面。

國際法上之國家概念之所以作為憲法解釋之界限，是因為國際法上之國家是憲法之前提。憲法在法階層中之優位性、限制統治、正當化統治與整合人民之功能皆仰賴統治權實際有效存在之國家，而非虛構國家。因此所謂大中國憲法只能被解釋為是：以「未來」追求兩岸統一為目的之憲法，而不能以「目前」兩岸已經統一之（大中國）為出發點。在「大中國」憲法委託之下，目前只可能是以「臺灣」為憲法上之國家主張。反之，若大中國憲法被解釋為以虛構大中國作為憲法之國家主張，則將導致荒謬結果：中華民國憲法以虛構之大中國國家自居，將其唯一有效適用之領土臺灣不但未加以保護，反而將之在憲法上「敵人化」為違憲之「臺獨」。中華民國憲法只有在「臺灣獨立之狀態」維持下去，或反攻大陸成功底下，它才可能繼續有效存在。當反攻大陸已經不可能之情況下，維持「臺灣獨立狀態」，不被中共併吞，是中華民國憲法繼續存續之唯一可能性。憲法對國家之錯誤解釋不但導致憲法自己並未保護自己，而且憲法在自己之內部製造敵友化與兩極化。這是臺灣憲法危機之根源：中華民國憲法被操作為以虛構之大中國自居，來消滅唯一有效適用之臺灣獨立狀態。因此本文認為：臺灣政治菁英對中華民國憲法之忠誠只有二選一之局面：不是「反共復國」，就是「維護臺灣獨立國家之狀態」。如果既放棄「反共復國」，又不維護「臺灣獨立狀態」，則是對中華民國憲法之背叛。

關鍵詞：國際法與內國法、主權、憲法、國家認同、整合理論、憲法忠誠、憲法功能、正當性。

International Law as the Limits of Constitutional Interpretation:

Constitutional Crisis of the Split Society in Taiwan and Its Resolution

*Yi-Kai Chen**

Abstract

A constitution is not only a legal text. The term implies that it regulates a state, a sovereign power. Every state demands sovereignty, the ultimate and final power to ensure the fulfillment of constitutional order and peace, in order to preserve independence from other states. Sovereignty protects the state's cohesion, without which the society risks breaking up as the opposition between political parties grows irreconcilable. State sovereignty is protected by the constitution as well, because the constitution not only legitimates and stabilizes sovereign powers but also integrates and unites its citizens. The concepts of state and constitution developed into integral, but interchangeable categories.

Since the state under the international law is the premise of the constitution, the concept of state in terms of international law serves as a boundary of constitutional interpretation. The constitutional functions, such as supremacy in the hierarchy of legal orders, legitimation and limitation of sovereign powers, and Integration of citizens, can be fulfilled only by a sovereign state rather than by a fictional one, because sovereign power is limited territorially. Therefore, the so-called "Constitution of Greater China" can only be interpreted as a constitution

* Assistant Professor, Department of Law, National Cheng Kung University.

pursuing the goal of cross-strait reunification in the future, but not a constitution existing in a unified China by now. According to the delegation of the Constitution pursuing “a greater China in the future tense”, it could be argued that Taiwan should be considered as the only state defined by the Constitution. By contrast, if the fictional “Greater China” was regarded as the state defined by the Constitution via constitutional interpretation, a ridiculous outcome would follow: the Constitution of R.O.C. would consider itself as the Constitution of fictional Greater China while providing no protection to Taiwan, the only territory that the R.O.C. constitution could be applied. In addition, the independence of Taiwan would be regarded as violating the constitution. R.O.C. Constitution could be effective continually only in cases where the independence of Taiwan continues or the Mainland China is successfully recovered. Owing to the fact that recovering the Mainland China has become impossible, maintaining the independence of Taiwan is the only possibility for the R.O.C. Constitution to survive persistently. Misinterpretation of the constitution about state status not only results in the failure of self-protection but also produces antagonism and polarizes the society. The crisis of the R.O.C. Constitution originates from this misinterpretation. Therefore, this article argues that two options are available if political elites in Taiwan are loyal to the R.O.C. Constitution. They include recovering the Mainland China or safeguarding the independence of Taiwan. It would be a betrayal of the R.O.C. Constitution if they neither try to recover the Mainland China nor maintain the independence of Taiwan.

KEYWORDS: international law and domestic law, sovereignty, constitution, national identity, integration theory, constitutional functions, constitutional loyalty, Legitimacy.

壹、前言

一、臺灣憲法危機：分裂社會

當前總統李登輝與陳水扁在其任期內各提出兩國論，與一邊一國論時，臺灣當時之官方說法是：在中華人民共和國所代表之中國之外，另外還有臺灣存在（國號為中華民國）。可是當馬英九總統上任之後，卻又取消兩國論而以「九二共識，一中各表」來自我定位。亦即中華民國這個國號所代表之法主體又從臺灣變成中國。國家定位隨著總統之政治立場不同而可以忽然兩國，忽然一國，而居然沒有違憲之疑問，這種憲法是正常的嗎？它的內容是空的嗎？可以任人填上任意之國家嗎？

民主國家之朝野政黨是一種競爭性之夥伴關係，在我國卻是兩極化為敵友關係，藍營甚至喊出「聯共制臺獨」之口號¹，其與對臺灣有敵意之中共視為朋友而合作，卻將國內之民進黨視為敵人。此種政治兩極化、狂熱化、敵友化是當前臺灣社會之現象，此種現象國家學將之定性為：基本共識瓦解之分裂社會現象²。此時憲法之整合失靈，所有應該保持中立之行政、司法、媒體、學者、藝術等均被兩極化捲入，憲法判決無法取信於民，甚至形同具文。此種基本共識瓦解之國家命運如何？國家學之研究認為：此種國家，長期而言，沒有存活下去的能力³。

1 吉里巴斯，扁痛批連說聯共制臺獨，大紀元時報，2005年5月4日，<http://www.epochtimes.com/b5/5/5/4/n909690.htm>（最後瀏覽日：2012年6月3日）。

2 學者 Dieter Grimm 表示：「假如沒有憲法上之基本共識，則不同之意見與利益勢必會水火不容地要消滅對方。反之，有了憲法上之基本共識，則便可化鬥爭為競爭，而使競爭者可以共存」。請參考 *Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl., 1994, S. 306.

3 德國多元主義大師 Ernst Fraenkel 於1964年9月22日第45屆德國法曹會議之演講中表示：「一個國家若對於基本問題沒有最低限度共識，對於許多經濟、社會與政治問題亦無起碼共識存在，則此種國家長期而言是沒有活命能力的」。轉引自：*Winfried Brugger, Theorie und Verfassung des Pluralismus. Zur Legitimation des Grundgesetzes im Anschluß an Ernst Fraenkel*, in: Brugger (Hrsg.), *Legitimation*

早就有學者指出：我國目前所處之社會是分裂社會之現象。而且政治學界對臺灣人民國家認同分裂現象之論述非常多⁴，對於臺灣人之中國認同與臺灣認同之民意調查也一直不斷在進行，但法學界似乎很少針對分裂社會如何解決做出建議⁵。這種分裂社會中所固有之基本共識欠缺、社會兩極化、判決不被信任之現象，正是憲法整合失靈之現象，而整合正是憲法之一大功能，如何使憲法重新恢復此一功能是當今臺灣法律人最迫切之工作。

二、問題之提出

1949年國民政府撤退到臺灣之後，中華民國憲法有效施行之區域僅限於臺灣，但中華民國憲法仍不放棄大中國作為其國家主張，此一憲法上之國家主張在國際法域於1971年被聯合國大會2758號決議否定，但於內國法域又繼續適用於臺灣人民迄今，這時產生許多問題：憲法上之國家是否以國際法上之國家為前提？如果是，則憲法上之國家之解釋是否應採用國際法之標準？若憲法上之國家主張被國際法否定，是否會影響該憲法之內國規範效力？是否會影響該憲法在內國之實際效力？此種大中國憲法超過六十年地適用於臺灣人民，臺灣人民是否會遵循憲法之要求而產生中國國家認同？如果

des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, 1996, S. 273 (290).

- 4 請參考：江宜樺，自由主義、民族主義與國家認同，頁1-245（1998年）。
- 5 前大法官許宗力教授認為：自2000年政黨輪替以來，臺灣社會即進入分裂社會（getrennte Gesellschaft）。並認為大法官也捲入此一政治風暴中。作為解決之道，許教授建議改變大法官之提名任用方式，提高為立法院2/3多數或3/5多數之同意，以增加大法官解釋於分裂社會中之被接受度。請參見：Tzong-Li Hsu, Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Übergangsdemokratie und der getrennten Gesellschaft, in: Grote/Härtel/Hain/Schmidt/Schmitz/Schuppert/Winterhoff (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, FS für Christian Starck zum 70. Geburtstag, 2007, S. 801 (801-812).（關於分裂社會之說明，請參見 S. 807；關於改變大法官提名任用方式之說明，請參見 S. 812。）；顏厥安，自由主義與國家認同——以一個理論問題懷念張忠棟老師，收於：幕垂鴉翔——法理學與政治思想論文集，頁273以下（2005年）。

答案為否定，其原因為何？是否不遵照國際法上之國家判斷之憲法就會發生此種整合失靈之後果？究竟國際法上之國家與憲法具有何種關係？憲法所要求之中國認同在臺灣民間只剩下不到5%，臺灣認同穩定成長到超過50%，此一憲法現實與憲法應然要求形成重大落差，對於此種憲法危機應如何解決？可否一概將此一憲法現實解釋為違憲，來貫徹憲法要求？還是說憲法應順應該憲法現實而讓臺灣認同入憲？如果憲法堅持背離國際法，貫徹中國國家主張，則當臺灣總統是屬於那群不到5%之中國認同者，臺灣會陷入何種危機？如果臺灣認同應取代中國而入憲，則應採取何種方式？制憲？修憲？釋憲？如何面對修憲有界限說與釋憲有界限說之挑戰？

貳、憲法上之國際法界限

何謂憲法上之國際法界限？為了答覆這個問題，本文先一般性地說明國際法與憲法之間之關係。接著討論在何種限度內國際法與憲法發生衝突？最後在為了避免二者衝突之前提下，國際法可能構成憲法在國際法域實踐上之界限。至於這兩種法域可能發生之衝突之型態，本文放到第參章討論。

一、國際法與憲法之關係

憲法與國際法分屬於兩個不同之法秩序，但二者並非毫無關聯性。兩者共同之聯繫是：二者均以主權國家為規範對象。由於主權對內是最高，因此規範國家內部最高統治權之法，即為憲法。因此憲法在內國亦具有最高法位階，而形成上下位階秩序之內國法秩序。另一方面，由於主權對外是平等，因此基於主權平等性原則，在國家外部規範國與國相互間之關係之法，即為國際法。這裡形成以主權國家平等性為基礎之協調秩序，亦即國際法秩序並非是上下階層秩序，而是平行關係之協調秩序。因此如將國家法與國際法綜

合起看，則形成以主權國家為介面之內國法域（憲法法域）與國際法域。這兩種法域在一般情況是井水不犯河水，但並非二者不會發生衝突。

如果在無任何前提之下，純理論去討論國際法與憲法之關係是誰優先於誰？不但不容易有答案，而且容易流於一元論與二元論之爭辯，並且對實務並無太大實益⁶。但如果有某種前提之設定下，則此一問題比較能夠取得共識。亦即，如二者在國際法域之下，則國際法優先；反之，若二者在內國法域之下，則絕大多數國家是以內國憲法優先。

（一）在國際法域國際法優先

如果所涉及的法域是國際法域，則國際法與內國法誰優先？在國際法域，基於國家主權平等性原則，不可能以某一國家之內國法來解決國際法紛爭，因此主宰國際法域之法基礎是國際法，而非內國法。德國聯邦憲法法院多次表示：「內國法院無法做出具國際法效力之判決」⁷。國際法院於1988年聯合國總部案之諮詢意見中亦表示：「國際法優先於內國法」（International law prevails over domestic law）⁸。另一方面，一國不得以其內國法為由來擺脫國際法義務⁹。這些均表示，若國際法與內國法在國際法域相衝突，則國際法優先。

6 國際法與憲法是否屬於統一之法秩序？無論是採肯定之一元論或採否定之二元論，各國在實務上彼此並不互相要求要有這些理論意義下之行為，他們彼此要求的是要遵守國際法規而已，他們並未反對各個國家之內國秩序要採用二元論之設計或採用一元論。請參考：Philip Kunig, *Völkerrecht und staatliches Recht*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, S. 101 (120).

7 BVerfGE 1, 351 (371); BVerfGE 1, 396 (413).

8 Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, ICJ Reports, 1988, pp. 12, 34; 82 ILR, pp. 225, 252.

9 見維也納條約法公約第64條第1項之規定。

(二) 在內國法域絕大多數國家採憲法優先

反之，如果前提是在內國法域，則國際法與內國法誰優先？在內國法域，基於國家內部主權原則，主權對內是最高，在一國之內，規範該最高主權之法是作為最高法位階之內國憲法，因此憲法優於國際法。即使極少數國家如荷蘭，表示：「國際法效力優於憲法」¹⁰，該法基礎仍然是內國憲法，亦即是荷蘭內國憲法自己決定賦予國際法高於憲法之效力。總之，國際法在內國之效力如何？以及在內國具有何種法位階？不只由內國憲法決定，國際法自己也說這個問題任由內國自行決定¹¹。因為國際法只關心締約國是否違反條約，至於締約國如何履約，則放任給內國自行為之。而絕大多數之國家之憲法均規定：國際法在內國之法位階低於憲法。

二、國際法義務與憲法義務之衝突

如果國際法域與內國法域不相重疊，原則上二者不發生衝突。但如果國際法義務要求於內國法域履行，或內國憲法之命令不只要於內國實踐而是也想要於國際上實踐，則二者可能會發生衝突。國際法義務與憲法義務各自在他方之法域必須配合他方之要求，儘可能不牴觸主宰該領域之他方法律，否則該義務無法於他方之法域中實踐。

(一) 國際條約義務在內國之履行

既然國際法條約在內國之位階低於憲法，因此國際法條約本身就可能被內國法院，尤其是被內國之憲法法院根據內國憲法，解釋

¹⁰ Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 16.

¹¹ 一般國際法並沒有規定，用何種方式在細節上去履行該國際法義務。國家尤其是可自由地決定內國措施。換言之，國際法只關注結果，而任由國家自由去選擇各種不同之方法，來履行國際法命令。請參見：Jörg P. Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., 2001, S. 153; Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/1, 1989, § 9, S. 101.

為違憲而無效了¹²。但這只是表示該國際法條約之內國效力無效而已，該條約之國際法效力並不因內國憲法法院之違憲解釋而有任何影響。亦即締約國在國際上仍負擔國際法義務。此時該締約國由於其憲法法院之違憲無效之判決，而無法履行其國際法義務，這時該締約國只剩下兩種途徑：要嘛締約國透過修憲來使國際法合憲，要不然便是締約國與其他締約國重啟談判，修改違憲之條約條文，來使該條約合憲。否則該締約國可能必須負擔國際法上之國家責任。這裡無法簡單地以國際法優先或憲法優先來解決。因為如前所述，在國際法域是國際法優先，但在內國法域是憲法優先。而國際法條約在國際法域只課締約國負擔行為意義下之義務，至於條約之履行則是透過締約國之內國法為之。亦即在履行行為之層面上是屬於內國法域，此時內國憲法優先。因此國際條約在履行之層次上（內國法域）若違反內國憲法，則該國際法義務無法於該內國被履行。而條約違反內國憲法並不會減損條約之國際法效力，因為在負擔行為之層次上（國際法域）只有國際法源才會創造出國際法效力，內國法包括內國憲法與內國憲法法院之判決均無國際法效力。

但如果締約國既不願修改自己之憲法，亦無法透過談判來修改條約，此時將形成僵局。如果締約國亦不願忍受或無法承受國際法上之報復、報仇、損害賠償等國家責任，則此時締約國可能必須被迫修憲。但這仍是一種政治性抉擇，而非國際法義務無論付出何種代價均必須履行¹³，或國際法之效力強於內國憲法。

12 德國聯邦憲法法院有權限去審查國際條約是否合憲，雖然形式上審查之客體是國會對條約之同意法，但實質上同意法之內容與條約之內容完全相同，因此實質上是對條約作合憲性審查。Vgl. *Andreas von Arnould*, *Völkerrecht*, 2012, S. 203, Rn. 524. 今日在德國學界已經沒有爭議地肯認：國際法條約可以被審查其是否合憲。請參考：*Rudolf Bernhardt*, *Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR Bd. VII, 2. Aufl.*, 1995, §174, Rn. 30., S. 591.

13 原則上條約只課締約國以義務去履行條約，但並未課締約國以義務使不履約成為不可能。因此締約國一直有是否履約之決定餘地。請參考：*Robert Pfeffer*, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, 2009, S. 149.

總之，可以做三點歸納：第一、國際條約義務在履行層面上之法根源是內國法，在負擔行為層面上之法根源是國際法。第二、國際法條約義務於內國履行時，有與內國憲法產生衝突之可能性。第三、此時內國可以選擇修憲或修條約之方式來化解衝突，若無法透過修改條約之方式來化解，則該內國可能要在被迫修憲或負擔國際法上國家責任（亦即：忍受他國之報復、報仇與負擔損害賠償等）之間作一抉擇。

由於在憲法與國際法條約義務發生衝突時，不是修憲就是修條約，有這兩種處理方式，因此客觀來看這裡似乎並無憲法必須依照國際法來解釋。但為了避免形成上述之僵局，以及避免承受國際法上之國家責任，各國在締約時均非常慎重，避免去締結可能違憲之條約。比如德國聯邦憲法法院於馬斯垂克條約與里斯本條約案之判決中，均先下達假處分¹⁴，於判決結果出爐之前，聯邦總統應停止批准該條約。如條約已生效，國家已經承擔了國際法義務，此時內國憲法法院在審查條約是否違憲時亦應慎重，儘可能不要使其判決產生違反國際法，導致自己之國家被他國報復報仇之後果¹⁵。

另一方面，若內國憲法法院之判決違反國際法，雖然亦不會使該判決因之而無效，但法院地國基於主權國家對外負擔統一之責任，因此仍是要為其司法權違反國際法而負擔國際法上之國家責任。國家亦不得主張內國憲法上之權力分立或司法獨立為由來擺脫該國家之國際法責任。

（二）內國憲法規定於國際法層面上之實踐

憲法所規定之要求，係課國家機關以遵守與實現之義務，國家

¹⁴ *Eckhard Pache*, Das Ende der europäischen Integration?: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie, EuGRZ 2009, S. 285 (287).

¹⁵ 德國聯邦憲法法院一而再地表示：德國法院之任務在於：應避免會導致德國之國際法上國家責任發生之情況，參見：BVerfGE 58, 1 (34); BVerfGE 59, 63 (89); BGHSt 45, 321 (339).

機關不得為違憲之行為。於主權之內部領域，由於一國擁有最高統治權，因此憲法之規定可以對自己之國民與在自己主權有效之統治領土上貫徹。但於外部主權之領域（國際法域），憲法上之規定必須合乎國際法，否則無法在國際上實踐。即使內國機關遵照憲法之指示而為實踐，但內國國會之立法無法產生國際法效力¹⁶，內國法院之判決亦無法產生國際法效力，二者均只有內國效力而已。這導引出一個結果：只有合乎國際法之內國憲法要求才可能在國際上獲得實踐。因此釋憲者亦必須考慮憲法義務在國際法上之實現可能性。否則規範該義務之憲法條文在外部實踐上將成為具文。因此國際法上之實踐可能性構成憲法之外部界限。如憲法之主張違反國際法，則此時憲法面臨不是修憲配合國際法就是該憲法主張無法在國際上實踐之命運。如該國家堅持不修憲，則該憲法主張將成為具文，長期下去將使憲法喪失整合之功能與正當性，而不僅對外效力被否定，連對內效力亦會受到影響。

三、小結：國際法作為憲法解釋之界限之意義

因此內國法院無論是在解釋憲法或條約，均需注意：應努力使憲法秩序與國際法秩序儘可能不發生衝突。尤其不能只顧自己本國之憲法與本國意識型態，而完全不管國際法對本國所課加之國際法義務或不顧該憲法主張在國際法上之實現可能性。因此所謂「國際法構成憲法解釋之界限」，是在這個意義下來理解。它既不是指國際法在內國法域優先於憲法，亦不是指違反國際法之內國法或內國憲法法院之判決無效，或內國憲法法院之解釋不能違反國際法。而只是指：內國法院於行使審判權，解釋憲法時，必須顧及國際法上之指示以及該憲法解釋在國際法上之實踐可能性，以避免憲法與國際法相衝突所導致之國際法上之國家責任或導致憲法無法實踐而成為具文。

16 比如美國所制定之臺灣關係法與中共所制定之反分裂法均只具內國效力，而無國際法效力。

參、國際法與憲法衝突之態樣

由於許多國際法義務之實踐必須動用到內國主權，而規範該內國主權行使之法是憲法，因此內國在實踐國際法義務時，國際法與憲法就可能產生衝突。另一方面，如果內國憲法之主張違反國際法，則該內國憲法之主張在國際上將無法實踐。簡言之，國際條約義務於內國法域之實踐，必須合乎內國憲法，反之憲法義務於國際法域之實踐必須遵守國際法，否則均構成憲法義務對外實踐以及國際法義務在內國實踐上之障礙。只要二者均想要於對方之法域實踐，憲法與國際法就必須協調才行。由於國際法與內國憲法衝突之態樣繁多，本文只列舉出幾個與我國有關之重要衝突態樣。

一、憲法規範直接使用國際法概念

憲法是制憲權主體單方制定之法規範，而非與他國締結之條約，只具有內國憲法效力，因此解釋內國憲法時，原則上可以只根據內國法之解釋規則。不過憲法條文中有些規定使用國際法概念，比如我國憲法第38條規定：「總統依本憲法之規定，行使締結條約及宣戰、媾和之權」。所謂「條約之締結」、「宣戰」、這些都是國際法概念。內國法院，尤其是大法官對於這些國際法概念究竟是要根據國際法或根據內國法之解釋原則來解釋呢？比如關於條約或條約之締結，是否可以不管維也納條約法公約以及國際習慣法之規定而自行解釋？尤其司法院釋字第329號解釋將兩岸簽署之協議判定為：「不是條約」¹⁷。問題是：這是根據國際法原則所為之解釋呢？還是根據內國憲法原則（或內國憲法所採取之政治意識形態）所為之解釋？尤其是兩岸均負擔WTO之法義務，兩岸所簽署之關於關稅減讓之協議，並不能簡單地以自己之定義而將之解釋為「非條

¹⁷ 司法院釋字第329號解釋理由書（節錄）：臺灣地區與大陸地區間訂定之協議，因非本解釋所稱之國際書面協定，應否送請立法院審議，不在本件解釋之範圍。

約」，而擺脫WTO法義務。比如兩岸簽署之ECFA，如果不照國際法定義而是自行解釋為不是條約，而因此也不是WTO架構下之區域協定，因此就推論出ECFA不用送交WTO秘書處，也不用遵守GATT 94第24條之規定，則此種解釋與推論將造成我國作為WTO之會員違反了WTO之國際法義務。

又比如「宣戰」，該戰爭之概念，以及在何種限度內對他國宣戰不違反聯合國憲章第2條第4款之武力禁止原則，以及是否構成聯合國憲章第51條之自衛權之要件，這些都必須根據國際法以及國際法院之判決實務來解釋¹⁸。除此之外，關於主權（憲法第2條）、領土（憲法第4條）也都是國際法概念，在解釋這些概念時，只基於內國憲法所為之解釋，可能違反國際法，並導致在國際法上無法實踐。比如最高法院98年度台上字第7667號判決認為：「在大陸地區犯罪視為在中華民國領域內之犯罪」，此種將我國有效統治權所不及之大陸地區視為我國領土之解釋，是否能在國際上貫徹實踐？這裡是否可能違反國際法地侵犯了中華人民共和國之主權¹⁹？為了避免我國法院在解釋憲法上之國際法概念時違背國際法，因此該國際法概念之解釋應採用國際法之解釋原則²⁰，而非單純只以內國法之解釋原則為標準²¹。

18 2008年我國「聯合號」海釣船遭日本巡邏艦撞沉，挑動了釣魚臺主權之敏感神經。當時行政院院長劉兆玄答覆立委質詢時表示：「最後手段不排除不惜一戰」。請參見：保釣／劉揆揚言對日不惜一戰？陳肇敏：規劃中，今日新聞網，2008年6月13日，<http://www.nownews.com/2008/06/13/10844-2289211.htm#ixzz1e3w9Yetj>（最後瀏覽日：2012年5月15日）。

19 關於最高法院98年度台上字第7667號判決，根據國際法之國家管轄權原則，可能侵犯中華人民共和國主權以及相關之評論，請參考：陳怡凱，國際法於我國內國法院之實踐，司法新聲，104期，頁31以下（2012年）。

20 所謂國際法之解釋原則，國際法院與國際仲裁法院係適用之下述之條約解釋原則：「負擔應做狹窄解釋」，「高權之放棄不可被推定」，「條約目的應有效達成」，「有疑義時，應假定當事人想要為合乎國際法之行為」。德國聯邦憲法法院於薩爾邦地位之判決（BVerfGE 4, 168）表示出一個規則：就條約之解釋需以就國際條約之解釋一般所發展出來之原則為基準。亦即，德國法院實務在解釋條約時是按照國際法之解釋標準而非內國法之解釋標準。

21 國際法與內國法之關係，如前所述，在內國法域是以內國法為基準，在國際法

一國不按照國際法之解釋原則而自行解釋內國憲法上之國際法概念，可能造成國際法與憲法之衝突。至於該衝突會產生何種後果？有各種各樣。最弱的是沒有任何國際法後果，比如2013年我國自辦之兩公約國家報告書之提交與審查，江宜樺院長悖離國際審查委員會之結論觀察意見，自行解釋「居住權」，認為國際人權公約所指之「居住權」，不包括「違法佔用戶」²²。由於兩人權公約對我國並未真正發生國際法拘束力，所以江院長這種「自行解釋」並不會產生國際法後果。又比如中共對於兩岸關係自己解釋為是其內政，並自行制定反分裂法，該法規定在何種要件下，其可以對臺灣使用武力。此一反分裂法被學者認為違反聯合國憲章之「威脅使用武力」²³。伊拉克不只自行解釋科威特是其領土，而且還於1990年8月出兵併吞科威特，此種違反國際法之情況更加嚴重。並導致一連串之聯合國安理會之制裁決議²⁴。因此內國背離國際法自行解釋內國法上之國際法概念，並非只是無法在國際法域實踐而已，而是仍可能造成國際法後果。

域是國際法優先於內國法。但若內國法使用國際法概念，該概念必然具有涉外性，當其涉及第三國之利益時，事件就已經不是純內國法域，而是滲入國際法域，因此應採取國際法上之解釋規則，以避免負擔國際法上之國家責任。

22 國際審查委員會之結論性觀察意見中，關於居住權之部分，是建議政府：「關於遭到迫遷之居民，如華光社區，在未有替代住宅方案之前，應停止強制驅離住民」。然而江院長仍透過自行解釋居住權，而下令強制拆除華光社區。請參考：尤美女，國家人權報告國際審查的意義，新世紀智庫論壇，61期，頁102（2013年）。

23 Jochen A. Frowein, Der völkerrechtliche Status Taiwans und seine Rolle als begrenztes Völkerrechtssubjekt, in: Dalibor/Gröblichhoff/Kruse/Lachmayer/Peters (Hrsg.), Perspektiven des Öffentlichen Rechts: Festgabe des 50. Jahren Assistententagung öffentliches Recht, 2011, S. 83 (84).

24 聯合國安理會第660號決議譴責伊拉克，並要求伊拉克自科威特撤軍；聯合國安理會第661號決議對伊拉克施加經濟制裁；聯合國安理會第678號決議授權對伊拉克採取軍事措施。

二、內國憲法之權力分立、司法獨立原則與國際法義務之衝突

行政機關代表國家對他國所為之司法領域之承諾，係屬於國際法上之單方行為，對於國家具有法拘束力。內國法院可否以憲法上之權力分立原則與司法獨立原則為由，而不理會該國際法承諾，自行做出違背承諾之判決？

比如關於拉法葉艦案，我國檢調單位為了能夠取得汪傳浦在瑞士銀行之資金流向紀錄，由當時法務部部長陳定南²⁵與行政院院長謝長廷先後出具保證，保證對於汪傳浦等人日後如被逮捕、移送或審判時，將獲得辯護人之協助、受無罪推定原則之保障及不被判處死刑²⁶。縱然法務部在該聲明之新聞稿中明示：「該保證並非法律保證而只屬於政治性承諾之性質」。不過，我國法院在審理此一案件時，是否可以植基於司法獨立之憲法原則而不顧及我國行政首長上述對於瑞士之司法互助協議上所作之保證，而仍判處汪傳浦死刑？

由於國家不能主張其內國憲法上之權力分立規定而解免國際法義務，而司法權亦為國家權力之一環，因此即使就內國而言法官依據法律獨立審判，無須瞻顧，但對外為了避免判決違反國際法，導致國家整體因司法權之行使而負擔國際法上之國家責任，亦即負擔國際法上之損害賠償，或被他國報復或報仇，或被斷交，或於國際組織被開除或被停權，因此法官於審判案件時，原則上不能只考慮內國法而不管國家在國際上之整體利益，而是應努力使內國法與國

25 關於法務部發布之對瑞士司法互助聲明之新聞稿，請參見法務部網站下述之網址：<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27483&ctNode=27518&mp=001>（最後瀏覽日：2011年3月15日）。

26 瑞士是歐洲人權公約之締約國，其不得將犯人引渡到科處死刑之國家，否則將違反歐洲人權公約第3條。但根據歐洲人權法院之見解，若有請求國官署之承諾，此種科處死刑之危險並不存在，則即使將犯人引渡到非公約締約國，亦不違反公約第3條(EGMR, Entsch. v. 16. 10. 01, 71555/01, Slg. 01-X = ÖJZ 2003, 34-Einhorn / Frankreich.)。請參考：*Jens Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2006, Art. 3, Rn. 20, S.72.

際法相協調，儘可能避免內國法之解釋牴觸國際法，或對國際條約做出違背國際法解釋規則之解釋²⁷。

三、國際法上之實踐可能性構成內國憲法之界限

有一些內國法行為可能具有國際法意義，比如內國之公投行為。當內國公投的主題涉及國家在國際上之政治地位時，則該公投將產生具有國際法上人民自決權之意義。一個主權國家當然享有自決權，但人民自決權是否能成功之發動，而達到自決之目的，國際局勢之前決定起著重大之作用。在兩德統一之前，德國學者不斷有人主張由東西德人民行使人民自決權來達到兩德之統一²⁸。但冷戰時代東西陣營對立之僵局已經否定了以人民自決權解決兩德統一之可能性了²⁹。

四、小結

從現代國家邁入憲政國家之後，國家內部主權受到馴服。原本現代國家統一集中之主權，被憲政國家拆散成三權分立，但這只是對內如此，對外卻仍然還是統一集中之主權不變。因此主權國家對外必須為其統治權之行使，無論其為行政、立法或司法，負擔統一之國際法上之國家責任。因此釋憲者應顧及國家對外所承擔之國際法義務，避免國家陷入國際法義務與憲法義務之衝突。尤其應認知：在國際上一國之意志並非可以單方實踐。為了避免因無法在國際上實踐所導致之減損主權之權威性，與憲法之權威性，掌握國家統治權之人在國際法領域為行為時必須理性，國際法上實踐可能性

27 *Hermann Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, 1957, S. 3.

28 *Wilhelm G. Grewe, Außenpolitik und Völkerrecht in der Praxis*, AVR 1998, S. 7.

29 Grewe 表示德國之國際法問題只有英美法蘇四強達成共識才有可能解決，如果四強之見解彼此矛盾，則關鍵在於：誰坐在槓桿較長的那一端。在1989年之前，居於槓桿較長那一端的人主張維持現狀。在德國問題上，這個人是蘇聯。不過如果蘇聯要求超出維持現狀以外之主張，也大多會失敗。參見 *Grewe (Fn. 28)*, S. 7.

構成其行為之最外圍之界限³⁰，因此它同時也是憲法解釋之界限。

肆、國際法上之國家作為憲法之前提與框架

前一章關於國際法與憲法衝突之態樣中，本文分析該衝突原因時表示過：憲法規範若使用一些國際法概念，應採用國際法之解釋原則，以避免內國法院判決之結果與國際法相衝突。本章現在專門研究另一種憲法與國際法衝突之態樣：憲法雖未明文規定，但憲法直接以國際公法之概念元素為前提：國際法上之國家。此時若憲法所主張之國家與國際法上之判斷不同時，憲法與國際法亦可能產生衝突。由於這個問題是我國憲法所面臨之最大挑戰，所以本文以專章來研究。本章主要是討論：憲法是否以國際法意義下之國家為前提？如果答案為肯定，則憲法與國際法意義下之國家處於何種關係？制憲與修憲是內國法行為，原則上不產生國際法效力。但若修憲之內容涉及國際法意義下之國家三要素之修改，比如領土要素，則是否只有內國效力？在何種限度內會產生國際法效力？當憲法所預設之國家，雖符合國際法上之國家定義，但政府有效行使統治權並未在憲法所預設之全部國土上，而只在一小部份之國土上，而因此不被國際社會承認為正當政府，該大部分國土反而是被叛軍政府有效統治，而且該叛軍政府因此被國際社會當作正當政府而承認，此時若未以修憲來變更憲法所預設之國家，則該憲法會受到何種衝擊？本章先區分國際法上之國家與憲法上之國家，然後再討論二者處於何種關係，接著以國際法上之國家作為憲法解釋之界限為立論基礎來分析：何時內國憲法行為會產生國際法效力？以及違反國際法之內國憲法行為是否能在國際上實踐？最後討論我國憲法上之大

30 比如在2008年總統大選時，合併舉行「入聯公投」與「返聯公投」公投，便是不夠慎重地考慮「返聯」在國際法上之實踐可能性。

中國國家主張是否合乎國際法而能夠在國際上實踐？

一、國家概念

憲法上之國家概念與國際法上之國家概念因憲法與國際法規範之目的不同，所以原則上二者可以不必相同。

(一) 國際法上之國家概念

國際法上之國家定義只以國家三要素為概念元素：國民、國土與國家權力（主權）。依此定義，只要是擁有實際有效統治權之政府控制特定之土地與其上之人民，則該單位為國家。此定義之關鍵特徵為：實際有效之統治權（主權）。國際法之出發點在於：只有擁有對內最高有效統治權之單位才有能力，以其至高無上之權力，來約束其內部之各種勢力，以履行其對外承諾之國際法義務。因此只有擁有主權之單位才是具有國際法權利能力之主體。

(二) 憲法上之國家概念

憲法之主要目的之一是維護內部和平。內部最高統治權應如何設計，才合乎被統治之人民之期望，而才取得統治正當性³¹，這是由制憲權主體自行決定。有些國家強調基本權保障之民主法治體制才正當，有些國家認為無產階級專政之共產主義國家才正當，另一些國家認為國家必須實現真主阿拉之意志之政教合一才正當。這些被課以具體之國家目的之國家，是憲法意義之國家³²。

二、國際法意義之國家與憲法意義之國家之關係

如前所述，由於國際法與憲法所追求之目的不同，因此二者之

³¹ 就國家之產生而言，國際法上之國家要求國家權力之有效性，憲法上之國家則要求國家權力之正當性，而且是來自於國民意志之正當化，這是國際法上國家與憲法上國家概念之最大不同。請參見，*Paul Kichhof*, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen integration*, in: *HStR* Bd. I, 1995, 2. Aufl., § 183, Rn. 34., S. 870 (871).

³² *Karl Doehring*, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., 2000, S. 18, 19.

國家概念原不必相同。雖然如此，但國際法意義下之國家與憲法意義下之國家並非沒有共通性。二者均是以國家三要素之國家定義為出發點。憲法雖然要求特定內容之國家，但該國家至少必須也是國際法意義下之國家，只不過憲法上之國家特徵並非只要求統治權具有有效性就夠了，而是還有其他更多之要求。因此二者之關係可歸納為：憲法上之國家係以國際法上之國家為前提。

學者Dietrich Murswiek指出：憲政國家之憲法亦非只以國家為客體，而是同時以國家為前提。原則上憲政國家之憲法是對於一個既已存在之國家加以建構，因此基本法之通過並非建立了新國家，而是對於一個在國際法上既已存在之國家（德國）重新加以建構而已。國家之存在被基本法以之為前提，它被基本法帶入一個具體的憲政國家形式，因此德國國家性是基本法之基礎，不應因基本法之創設而被觸犯，而是應被維護與鞏固³³。

德國聯邦憲法法院對於基本法上之國家肯認其係採用國際法上民族國家之結構，其表示：「基本法建構德國民族國家，如同啟蒙運動與法國大革命，以及19世紀逐漸具體形成之民族國家那樣。³⁴」

三、國際法上之國家構成憲法解釋與修憲制憲之界限

憲法上之國家既然是以國際法上之國家為前提與框架，因此憲法解釋或修憲與制憲若超出該框架，則逸出了憲法之界限而進入國際法域。此時該釋憲、修憲或制憲若符合國際法之要求，則產生國際法效力，而並非只是內國效力而已。反之，若該釋憲、修憲或制憲違反國際法之要求，則導致憲法要求與國際法相衝突，由於這是在國際法域所發生之衝突，所以是以國際法為判斷標準，亦即這時

³³ Dietrich Murswiek, Maastricht und Pouvoir Constituant: Zur Bedeutung der Verfassungsgebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration, *Der Staat* 23 (1993), S. 162.

³⁴ Peter M. Huber, Maastricht, ein Staatsstreich?, 1993, S. 22.

該內國行為可能因違反國際法而無法實踐，或該國家需負擔國際法上之國家責任。

(一) 產生國際法效力之內國憲法行為

一國之修憲行為只是該國之內國法行為，原則上不產生國際法效力。但由於國際法上之國家是憲法之前提與框架，因此憲法之修改若在該框架內為之，則只產生內國效力，反之若修憲逾越了該憲法框架，觸動了該國際法上國家三要素，則將進入國際法之領域，而產生國際法效力³⁵。比如以修改憲法之方式而對領土為處分，則由於國家三元素中之領土元素發生變動，因此而產生國際法效力³⁶。比如過去之捷克斯洛伐克便是以修憲之方式處分國家，將國家一分為二，導致捷克與斯洛伐克兩國之產生³⁷。此種修憲已經逾越了憲法之框架，變動了作為憲法前提與框架之國際法上之國家，因而進入國際法領域³⁸。另一方面，該修憲亦符合國際法上人民自決權之要求，由於該修憲合乎國際法而因此也產生出國際法效力。

(二) 違反國際法之內國法行為：不產生國際法效力

內國法行為無論是修憲、制憲、或國會決議，並非只要涉及國

35 學者 Helmut Quaritsch 表示：「內部自決權是人民自由決定政治統一之種類與形式，而因此與人民制憲權相同。但如該自決權（制憲權）之行使改變了國家之領土，亦即涉及脫離、加入、合併，則其離開了國家法領域」。Vgl. Helmut Quaritsch, Wiedervereinigung in Selbstbestimmung – Recht, Realität, Legitimation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. VIII, 1995, §193, S. 322.

36 1947年英國國會制定印度獨立法(India Independence Act) 放棄對於印度之領土主權，而讓印度獨立。此一內國法產生國際法效力。請參見：Peter Fischer/Heribert Franz Köck, Allgemeines Völkerrecht, 5. Aufl., 2000, S. 109.

37 1992年9月3日捷克斯洛伐克聯邦政府議決了解散捷克斯洛伐克聯邦共和國之憲法草案。同年11月25日聯邦議會通過該憲法草案。該憲法第1條第1項規定：自1992年12月31日結束起捷克斯洛伐克聯邦共和國停止存在。第1條第2項規定：由捷克共和國與斯洛伐克共和國為其繼承國。請參考：Mahulena Hošková, Die Selbstauflösung der CSFR, ZaöRV 1993, S. 689 (690 f.).

38 此種修憲或制憲之內國單方行為，因影響國際法上之國家三要素，因而產生國際法效力。此種內國行為也被解釋為是國際法上人民自決權之行使行為，其同時也是國際法所肯認之國際法行為。

家三要素就一定發生國際法效力，而是該內國法行為也必須合乎國際法才行，否則仍不產生國際法效力。本文只舉下述三個例子來說明：

1. 蘇聯拒絕承擔沙皇俄國之借款

如果是在國家三元素不變之情形下所為之制憲或修憲，無論將國體從君主國改成共和國，或政體從民主制改成獨裁制，均仍是在該憲法之框架界限內為之，因此不產生國際法效力，而只發生內國效力。亦即，不影響該國家在國際法上之同一性與繼續性³⁹。如果革命成功後之政府，不遵照此一國際法規則，而意圖透過主張與舊國不具國家同一性來擺脫前政府時代所負擔之國際法義務⁴⁰，則該主張不發生國際法效力。

比如沙皇俄國被共產革命推翻之後，制定蘇聯憲法，以及成立蘇維埃社會主義聯邦共和國。但由於國家三要素原則上不變，只是政權從某一群俄國人民（沙皇家族）移轉到另一群俄國人民（蘇聯共產黨），因此不符合國際法上國家同一性變動之判斷原則。因此違反此一國際法原則之「新國家」主張無法在國際上實踐。即使當時蘇聯主張新國家成立，拒絕承擔過去沙皇在位時向法國之借款債務，該主張無法發生國際法效力⁴¹。

2. 俄羅斯下議院決議撤銷過去蘇聯解體之決議

1991年12月21日最高蘇維埃作成蘇聯解散之決議。該決議之內

39 關於國際法上之國家同一性請參考：Wilfried Fiedler, *Das Kontinuitätsproblemen im Völkerrecht*, 1978. 中文文獻請參考：陳怡凱，論國家同一性與憲法同一性，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（下）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁811-850（2002年）。

40 這是共產主義之國際法學說，其認為：雖然相同階級社會之內之變動不影響國家同一性，但如果是向來之統治階級被推翻，則產生「新國家」。請參考：Reinhard Maurach/Boris Meissner, *Völkerrecht in Ost und West*, 1967, S. 109, 100 ff.

41 Karl Doehring, *Völkerrecht*, 1999, S. 406.

容變動國家三要素而且又符合國際法⁴²，因此產生國際法效力：蘇聯發生國家滅亡，俄羅斯等新共和國產生。反之，1996年年初，俄羅斯下議院（state дума）投票撤銷過去蘇聯時代最高蘇維埃之上述蘇聯解散之決議⁴³，意圖重新使蘇聯起死回生。由於此一撤銷之決議違反國際法，因此不產生國際法效力⁴⁴，亦無法於國際上實踐。因為新國家之產生係取得原始之高權，而與其基礎法行為（最高蘇維埃之決議）相切斷了。不能再對該基礎法加以修改或變更來影響已獨立之新國家之法地位。

3. 塞爾維亞與蒙特內哥羅之國家同一性主張

自1991年開始，前南斯拉夫社會主義聯邦共和國在其中四個加盟共和國均宣告獨立之後⁴⁵，只剩下塞爾維亞與蒙特內哥羅兩個共和國。他們首先表示，其他四個共和國之獨立宣告違反南斯拉夫之憲法，並主張，它們兩個共和國與前南斯拉夫社會主義聯邦共和國具國家同一性。此種國家同一性主張甚至被確認於1992年4月27日之南斯拉夫聯邦共和國憲法。問題是：該南斯拉夫憲法所主張之國家同一性是否能在國際法層面上實踐？國際社會大多數國家均否認剩餘之南斯拉夫所為之國家同一性主張。聯合國安理會強調南斯拉夫聯邦共和國與前南斯拉夫社會主義聯邦共和國不具國家同一性⁴⁶。其甚至不能留在聯合國大會，而是必須重新申請加入聯合

42 Alma-Ata 條約係取代蘇聯之獨立國家國協條約，當該條約之批准書送交存放時，同一天最高蘇維埃作成該蘇聯解散之決議。

43 相關報導請參見 Spiegel von 18. 3. 1996, Liebe zur Union, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-8893108.html>.

44 Ignaz Seidl-Hohenveldern/Gerhard Loibl, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl., 2000, S. 2. Rn. 0102.

45 克羅埃西亞與斯洛維尼亞於1991年6月25日舉行公投之後而宣告獨立。緊接的是1991年9月17日馬其頓之獨立宣告以及1992年3月6日之波士尼亞之獨立宣告。

46 聯合國安理會於1992年以第777號決議第1款中表示：「本會考慮到南斯拉夫聯

國。南斯拉夫憲法之國家同一性主張被安理會之決議所否決，如果不放棄憲法之主張，而繼續堅持下去，事實上亦無法產生憲法所主張之效果。各國對於新獨立國家均為國家承認，而剩餘之南斯拉夫若不重新申請加入聯合國，亦無法留在聯合國。因此最後南斯拉夫聯邦共和國（塞爾維亞與蒙特內哥羅）於2000年11月2日以新會員之身分而加入聯合國。在南斯拉夫聯邦共和國改名為塞爾維亞與蒙特內哥羅（2003年2月23日）之後，南斯拉夫這種國家同一性之憲法主張終局地被放棄了。

四、中華民國憲法之國家主張之國際法界限

（一）中華民國憲法上之國家主張違反國際法上之有效性原則

如前所述，憲法上之國家是以國際法上之國家為前提。因此該國際法上之國家三要素構成憲法之框架與前提。憲法上之國家主張若違反國際法，則將導致該憲法主張無法於國際上實踐。中華民國憲法所預設之國家主張是國土包括中國大陸在內之大中國。自1949年中共贏得內戰勝利之後，國民政府撤退到臺灣，中華民國憲法之實際效力與政府之有效統治權只能及於臺、澎、金、馬（為了行文方便以下僅稱臺灣）。若一國發生國際性戰爭，因戰敗導致絕大部分國土喪失，則根據國際法上國家同一性之判斷原則，該國家可能發生國家滅亡或因領土不合比例之縮減而導致同一性之喪失，因而該縮小國在國際法上不能繼續以原來國之身分而為行為。若一國發生內戰，因政府軍戰敗而導致絕大部份領土被叛軍佔領，這時原政府雖根據原憲法是正當政府，但根據國際法之有效性原則卻是一個

邦共和國（塞爾維亞與蒙特內哥羅）不能在聯合國中自動地繼續前南斯拉夫社會主義聯邦共和國之聯合國會籍，因此本會向聯合國大會建議，南斯拉夫聯邦共和國應申請加入聯合國，而目前它不可參與聯合國大會之工作。」請參考：SC/RES/777, 19. 9. 1992.

在大部分之國土上均無法行使有效統治權之政府，這在國際法上並非是正當政府，因為國際法是以有效性原則為判斷標準。

由於國際法不處理短期間（*Provisorien*）之變動局面⁴⁷，因此當一國發生內戰形成政府軍與叛軍並存時，國際法有一靜候期，靜待最後之結局：如政府軍消滅叛軍，則原政府仍是正當政府，反之，若叛軍消滅政府軍，則叛軍政府將取代原政府而為國際法上代表該國家之正當政府。若該政府軍與叛軍對峙局面長期化，任何一方均無法消滅對方，則形成兩個國際法主體，並根據有效性原則，以各該有效行使統治權之政府為代表該統治權所及之地區之正當政府⁴⁸。

（二）中華民國憲法之國家主張違反聯合國大會2758號決議

1971年聯合國大會2758號決議⁴⁹有幾點涵義：

1. 自1949年起到1971年止，已經超過20年，國際法上之靜候期已過，國際上認為蔣介石政府已經不可能反攻大陸，此種局面不是暫時，而是已成定局（*im Fall Taiwan ist der Fortfall der Staatsgewalt nicht mehr vorübergehender, sondern endgültiger Natur*）⁵⁰。同時也表示：中共沒有能力統一臺灣之局面也呈長久化之定局。

47 國際法不會關注短期之局面，因為一個政權只有長期之局面才能擔保國際法義務之履行。至於長期性（*Dauer*）這個概念不得恣意解釋，而是必須從理性之觀點出發，考慮在判斷之時點客觀存在之政治生活關係才能加以回答。根據此一「長期局面」之標準來回答一個問題：戰爭或革命是否產生出一個新國家？因此判斷之關鍵在於：新建立之統治權從理性觀察之觀點來看是否能夠長期地生存下去。請參考：*Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 11), S. 129.

48 學者 Theodor Schweisfurth 表示：除了「有效統治」這個標準之外，對於政府承認之法律容許性，別無任何其他之要件存在了。請參考：*Theodor Schweisfurth, Völkerrecht*, 2006, S. 12.

49 聯合國大會2758號決議如下：「承認中華人民共和國政府之代表為中國之唯一合法代表，以及中華人民共和國為安理會常任理事國之一。決定恢復中華人民共和國之所有權利並承認其政府之代表為中國之唯一正當代表，並驅逐蔣介石代表於其在聯合國與所有聯合國相關組織中非法佔據之席位」。

50 *Carsten Stahn, Die Volksrepublik China und Taiwan: Zwei Staaten, eine Nation? Der Staat* 2001, S. 73 (79).

2. 代表中國之正當政府，不是在中國大陸並無有效統治權之中華民國政府，而是在中國大陸實際行使有效統治權之中華人民共和國政府。決議文中表示：「驅逐蔣介石代表於其在聯合國與所有聯合國相關組織中非法佔據之席位」。這同時表示：中華民國如再繼續以代表中國之名義在國際上為行為或加入國際組織，對聯合國而言均是「非法的」。

該決議只是解決中國這個國際法主體是由誰代表之問題。但該決議並未表明：無法代表中國之中華民國政府之法性質為何？或它可以代表何種國際法主體？但有一點是明確的，只要聯合國大會2758號決議未變更，中華民國政府在國際上就無法代表中國而為行為。我方如果繼續在國際上與中共進行中國代表權之爭，則結果必定因違反上開聯合國大會之決議而失敗。亦即中華民國憲法之國家主張無法在國際上實踐。

(三) 臺灣之國際法地位

由於中華民國自1949年以來統治權只有在臺灣才具有效性，因此根據國際法有效性原則之判斷上，中華民國政府所代表之國家只能代表臺灣而不能代表中國。即使不爭執臺灣之法律主權是否屬於中國⁵¹，但只要兩岸尚未實質合併之前，臺灣與中國大陸並沒有在同一有效主權底下之中央與地方之關係，而是彼此是互不隸屬與各自互相獨立之兩個主權主體⁵²。

51 到底在1949年時臺灣領土是否已經屬於中國，還是說仍屬於日本之領土，或是無國之領土？是有爭議的。請參見：*Robert Heuser, Taiwan und Selbstbestimmungsrecht, ZaöRV 1980, S. 31 (61 ff.)*. 本文主要不是在討論戰後日本放棄臺灣之領土主權後，中國是否有取得臺灣之領土主權。本文是認為沒有，但這個題目已經有很多學者表示過意見了。本文是從國共兩黨官方之立場出發，而試圖去論證：縱然有，也因為國共內戰而形成兩國。亦即，兩岸關係是兩國關係，無論是自始兩國論或嗣後兩國論皆可證明兩岸兩國。

52 即使是認為臺灣只是政治實體之學者 Crawford 也是認為兩岸事實上不是同一主權底下之中央與地方之關係，而是互不隸屬。JAMES CRAWFORD, *THE CREATION OF STATES IN INTERNATIONAL LAW* 218 (2d ed. 2006).

關於臺灣之國際法地位，文獻主要有兩種立場，一種是認為臺灣是國家⁵³，另一種是認為臺灣是一個穩定化之政治實體⁵⁴。即使政治實體說亦認為臺灣完全滿足國際法上國家三要素。亦即，無論採取何說，均肯認：臺灣不是被中共統治而是自己統治自己，並且在臺灣有一長期獨立於中共統治之外之有效統治權存在。政治實體說之理由並非臺灣不具備國際法上之國家元素，而只是臺灣未主張自己是國家。無論是國家說或政治實體說均認為兩岸關係並非是一國之內政，而是國際關係。

1. 內戰並不違反國際法

認為臺灣獨立將使中國局部領土喪失，因此除非中國同意放棄領土，否則臺灣獨立建國違反國際法上之領土完整性原則⁵⁵。此種說法並不正確，因為內戰產生之國家或政治實體在國際法上並非不合法，因為國際法並不保障一國不發生內戰，武力禁止原則與領土完整性原則只能對外適用（對第三國適用），並不對內適用（不適用於內戰）⁵⁶。政治實體或叛軍可能違反內國憲法，但是並無違反國際法。國際法將「內戰之爆發」視為一國之內政，原則上並不干預。

53 Donald G. Palmer Jr., *Taiwan: De Jure or Not De Jure? An Analysis of Taiwan's Legal Status Within the International Community*, 7 JOHN F. KENNEDY U. L. REV. 65, 90 (1996); Peter Fischer, Taiwan: Der Staat, der nicht sein darf: Die Stellung der Republik China Revisited, in: Bröhmer/Ress (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 77 (88); Claudius Petzold, *Die völkerrechtliche Stellung Taiwans*, 2007, S. 116.

54 CRAWFORD, *supra* note 52, at 219; Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis*, 3. Aufl., 1984, S. 229; Michael Bothe, *Friedenssicherung und Kriegsrecht*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, 1997, S. 581 (592).

55 Jianming Shen, *Sovereignty, Statehood, Self-determination, and the Issue of Taiwan*, 15 AM. U. INT'L L. REV. 1101, 1129 (2000).

56 這是國際法院在2010年7月22日關於科索沃之獨立宣告是否合乎國際法之問題所作之諮詢意見中所表示出來之見解。請參考：Anne Peters, *Das Kosovogutachten und die Kunst des Nichtssagens*, JZ 2010, S. 1168 (1168 ff.).

2. 從內政轉變成為國際關係

對於內戰所形成之局面，如果該局面已經穩定，則該交戰團體可被承認為國家或是穩定化之政治實體。即使只承認為穩定化之政治實體，根據通說之見解，國際法上武力禁止原則亦適用於已經穩定化之政治實體⁵⁷。亦即，政府軍不得再以武力攻打該政治實體，該政治實體亦不得再攻擊政府軍，否則均違反聯合國憲章之武力禁止原則⁵⁸。亦即，這等於是說該內戰已經結束，雙方進入國與國之國際局面，而適用國與國之間之武力禁止原則。因此這時原本是一國內政之內戰，在局面穩固化之後轉變成為國際關係而不再是一國之內政⁵⁹。亦即，一國爆發內戰時，是一國之內政，但內戰不能任意停止，否則當內戰雙方不再交戰，局面穩固化之後，將形成新的局面：兩個國家或所謂一個國家與一個政治實體，無論是哪一種均不再是一國之內政，而是進入國際法關係。因此臺灣與中國之關係是國際關係，即使臺灣沒有主張兩國論，而只是政治實體，亦同。

3. 從政治實體轉變成為國家之關鍵因素

由於政治實體說亦認為臺灣完全滿足國際法上國家三要素⁶⁰。因此即使是主張政治實體說之學者，亦對於臺灣從政治實體轉變成為國家之關鍵只取決於於：臺灣主觀上是否自我主張國家性或宣告獨立，而沒有其他之要求：比如並不要求須中共同意。因為這裡不是尚未爆發內戰時去討論人民自決權是否包括脫離權之問題，以及是否需要母國同意之問題。而是已經爆發內戰而雙方呈現長期僵局

57 Jochen A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, 1968, S. 35 ff.; Stahn (Fn. 50), S. 73; Heuser (Fn. 51), S. 31, 69; Fischer (Fn. 53), S. 89; CRAWFORD, *supra* note 52, at 220-21; Schweisfurth (Fn. 48), S. 34.

58 因此中共所主張之臺灣問題是中國之內政以及以反分裂法來威脅對臺灣使用武力，被學者認為違反國際法上之「威脅使用武力」之禁止。Frowein (Fn. 23).

59 一個穩定化之政治實體之國際法地位，在與母國之衝突上並非是一國之內政，而是具有國際性之情況。見：Stahn (Fn. 50), S. 81; Frowein (Fn. 23).

60 CRAWFORD, *supra* note 52, at 60.

之局面⁶¹。

(1) 獨立建國之內戰

內戰有兩種，一種是獨立建國之內戰，另一種是爭奪同一國之中央統治權。如果內戰之一方追求獨立建國，則在該局面穩固化之後，表示政府軍無法消滅叛軍，這時該獨立建國成功，此時第三國可以合法地承認該政治實體為國家。南斯拉夫之內戰，甚至在局面尚未穩定，克羅埃西亞與斯洛維尼亞之統治權尚未確定長期有效性時，就已經受到許多國家之承認⁶²。這裡並沒有需要母國同意之問題，因為代表母國之塞爾維亞本來就是不同意才爆發內戰。

(2) 同一國之中央政府權之爭奪

另一種不是要獨立建國，而是要爭奪同一國家之中央統治權之內戰。此種內戰在局面長期穩定之後，雙方均無法消滅對方，此時該實體是獨立國家呢？或仍是穩定化之政治實體？許多學者認為國家性不能被強迫給予，既然該實體自己不主張自己之國家性，而是仍要主張代表某一既已存在之國家，則由於一國只有一個政府，因此該未被承認之政府，就只能是政治實體，而不是國家。因此這裡透露出：政治實體可以自由決定它是否要成為獨立國家，而無庸經政府軍同意。如果自始主張獨立建國之內戰只要局面穩固之後就是國家，則內戰結束後，嗣後主張自己國家性之實體亦同樣成立國

61 Crawford 在其著作提到：剛果脫離比利時，認為剛果被前主權者比利時同意給予完全之獨立性，因此剛果這個新國家產生；反之，他也有提到中共制定反分裂法，但並沒有指出臺灣獨立需要中共之同意。而是認為臺灣未主張自己之國家性，*see id.* at 58; 218。

62 在南斯拉夫內戰與科索沃之實務發展顯示出：許多國家願意去承認這些違反母國意思而獨立脫離之實體為國家，甚至於這些實體在統治權還不具有有效性之時點，就已經獲得許多國家之承認了。*Christian Schaller, Sezession und Anerkennung: Völkerrechtliche Überlegungen zum Umgang mit territorialen Abspaltungsprozessen, SWP 2009, S. 5 (12).*

家，二者均無違反國際法，也均無需得到母國同意。

4. 臺灣沒有主張自己之國家性？

否定臺灣為國家之重大理由是：「臺灣並不主張自己是國家，而是與中共爭奪代表『中國』這個國家」⁶³、「政治實體自己不主張國家性，第三國並不能強加以其所不主張之國家性」⁶⁴、「臺灣迄今未作獨立之宣告」。

中華民國在1949年國共內戰失敗後，仍有很長一段時間與中共競爭代表中國，而未主張代表臺灣。由於兩岸之局勢已經穩定，因此臺灣若不想繼續競爭代表中國，而是只想代表臺灣自己，則須讓國際社會知道，其主觀意志已經改變。因此即使採政治實體說之學者亦表示只要臺灣變更主張，臺灣就不再是政治實體而是國家⁶⁵。

至於如何變更主張？何謂主張自己之國家性？是否必須獨立宣告？政治實體說之學者列舉臺灣在WTO或亞銀會籍之名稱接受「Chinese Taipei」、「Taipei, China」而作為臺灣自己不主張自己是國家之證據⁶⁶。這種說法與事實不符，它是錯誤地昧於一項事實：「該名稱不是臺灣自願接受，而是中共壓力下之強加給予之名稱」⁶⁷。

即使堅持臺灣必須有明示之獨立宣告，否則不能被賦予國家性之學者James Crawford，亦未指出所謂「獨立宣告」具體而言是何

63 MALCOLM N. SHAW, *INTERNATIONAL LAW* 211 (5th ed. 2003).

64 CRAWFORD, *supra* note, at 151-52; *Verdross/Simma* (Fn. 54), S. 229. 反之，認為這一點並不重要之學者也有許多：Walter Rudolf, *Neue Staaten und das Völkerrecht*, AVR 1977, S. 1 (20); Lung-chu Chen, *Taiwan's Current International Legal Status*, 32 NEW ENG. L. REV. 675, 679 (1998).

65 Nii Lante Wallace-Bruce, *Taiwan and Somalia: International Legal Curiosities*, 22 QUEEN'S L.J. 453, 476 (1997).

66 學者 Malcolm N. Shaw 關於臺灣加入 WTO 被迫使用 Chinese Taipei 之名稱，居然認為是臺灣自己避免主張國家性，而完全不提中共壓力與國際壓力。SHAW, *supra* note 63, at 212.

67 學者 Carsten Stahn 說出事實：大部分之國家之所以沒有與台灣建立國與國之交往關係，是在於別種原因，因為與台灣建立外交關係之國家必須去考慮 PRC 之敏銳反應。見：Stahn (Fn. 50), S. 93.

種行為？總統之對外宣告？人民之獨立公投？申請加入聯合國？變更國號？但Crawford分析行政院陸委會1999年8月1日之說詞：「我們主張一個中國指的是未來而不是現在，兩岸目前並未統一，而是對等與分離。目前兩岸是並存，因此兩岸可被定性為統一之前之特殊國與國之關係」。然後他從中認為該說詞不夠清楚，不符合臺灣與中國是國際性之國與國關係之理念⁶⁸。反之，德國學者Stahn也引用陸委會同一說詞，但得出完全相反之結論，其認為：「該說詞毫無疑問地表達出臺灣無限制之國家屬性」⁶⁹。

認為臺灣不是國家而只是政治實體之學者，其質疑的焦點集中在主觀面：臺灣自己不主張自己是國家，以及臺灣未作獨立之宣告。不過，他們至少必須先指出：何種行為才能算是國家性之主張？「獨立宣告」具體而言是指何種內容之宣告？國際法有無公定標準？根據何種國際法標準來否定陸委會之說詞既不是國家性之表示，也不是獨立宣告？在未指出這些標準之前，就否定陸委會之說詞不是獨立國家性之表示，無法令人信服。

另一個問題是：在國際法上，「獨立宣告」是否為表示自己具國家性之唯一方式？「國家意志」固然被認為是國家成立之主觀要素，但這是指國族具有「國家之意志」。但國際法並沒有規定要以何種方式對外為「國家意志」表示。「獨立宣告」固然是表示國家意志之方式之一，但是臺灣獨立行使有效統治權，比如：對外國人核發入臺簽證、對於違法居留臺灣之外國人包括大陸人之遣送與驅逐出境、發行新臺幣、對於外國飛機侵入臺灣領空之驅離行為、加入WTO等國際組織、申請加入聯合國、與他國建交或與非邦交國互設領事級辦事處等，在在表現出臺灣行使主權國家性之意志。何以臺灣持續不斷地表現出上述這些主權國家意志之行為均不算，而唯一只能採取「明示之對外獨立宣告」？否則均不能算是國家之主

68 CRAWFORD, *supra* note 52, at 217.

69 Stahn (Fn. 50), S. 90.

權意志之表示？此種局限於以特定行為之表示才構成「主權意志表示」之見解，並不被國際法院所採。常設國際法院於東格陵蘭案中，認為主權之主張並非植基於某特定之行為，而是單純植基於主權持續不斷地展示，其包含兩個元素，這兩個元素都必須被顯示為存在：「作為主權者而為行為之意思與意志」，以及「某些此種主權權威之實際展示」⁷⁰。這裡所謂「作為主權者而為行為之意志」固然必須對外顯示出來，但國際法院並沒有斷定只能透過「獨立宣告」之方式來表示，而否定其他之表示。

如果認為上述臺灣這種國家主權行使行為固然展現出國家意志，但並未凸顯出其是代表「臺灣」還是代表「中國」之意志，因此該行為仍不能算是臺灣明確變更主觀意志之行為，則此種見解也大有疑問。主觀意志之改變並非只侷限於獨立宣告，而是也可從國家之行為中得知：如果內戰當事人已經長久不再繼續交戰，又不積極談判合併，反而各自長期行使有效統治權，並反對被對方之統治權所及，這種客觀行為所透露出來之意志是：「反對統一之意志」，而非「力求統一之意志」。即使過去曾經明示追求統一，但客觀行為卻反其道而行，則承認該政治實體之國家性並沒有違反其意志而被強加給予。更何況與臺灣建交之少數邦交國完全是將臺灣當作國家地交往，臺灣亦不反對自己被只當作代表臺灣而不當作代表中國。更何況臺灣1991年之修憲停止動員戡亂，就已經不再視中共為叛亂團體，也不再與中共競爭中國之代表權了。這些均足以明確展現臺灣主觀意志之變更。如果對臺灣這些長期之客觀行為所展現之國家意志視而不見，單純只拿有無「明確獨立宣告」做文章。新國

⁷⁰ See PCIJ, *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, PCIJ Ser. A/B No. 53, pp. 45, 46. "... Before proceeding to consider in detail the evidence submitted to the Court, it may be well to state that a claim to sovereignty based not upon some particular act or title such as a treaty of cession but merely upon continued display of authority, involves two elements each of which must be shown to exist: the intention and will to act as a sovereign and some actual display of such authority."

家之是否產生，變成在分析「如何放話」才構成「獨立宣告」。這些都不是具有國際法說服力之論證⁷¹。

5. 小結

如果認為只有中國才是國家而臺灣不是國家，因此推論出中華民國憲法只能附麗於中國，則這種推論並不正確。中國固然是國家，但並非中華民國政府有效統治權所及，因此中華民國政府繼續主張代表中國，該主張將因違反國際法上有效性原則與聯合國大會2758號決議而無法在國際上實踐。亦即中華民國憲法若主張大中國，則國際社會之判定仍然是：臺灣沒有主張自己之國家性，而是主張別人之國家，因此只能被當作政治實體而非國家。亦即無論中華民國主張甚麼，國際社會仍將中華民國當作臺灣，而認定是臺灣在作主張，而非認為是中國在作主張。因此無論採取何說，國際社會早已將中華民國當作臺灣。問題只在於臺灣有無主張自己是國家而已，如果主張臺灣國，則無論採取國家說或政治實體說皆肯認臺灣為國家。由於憲法是以國際法意義下之國家為前提，因此中華民國憲法不可能接受自己所規範之客體不是國際法意義下之國家，而只是政治實體。因此它只有主張臺灣國之選項，否則中華民國憲法將失去憲法之資格。

在臺灣之國際法定性上，無論是國家說或政治實體說均肯認臺灣滿足國際法上之國家三要素。並皆認為國際法上之武力禁止原則亦適用於兩岸。二者之差別只在於：臺灣有無主張自己之國家性，前者認定有，而後者認定無。採政治實體說之Crawford認為滿足國

⁷¹ 學者 Brad R. Roth 亦持相同見解批評 Crawford 之論述沒有說服力，尤其是批評 Crawford 對於行政院陸委會前述說詞之解讀是錯誤的。Roth 表示：從陸委會之聲明來看，Crawford 所謂「臺灣不是一個國家，因為臺灣沒有清楚明確的主張其與中國分離」的主張並不正確。請參見：Brad R. Roth 著，梁志鳴譯，張文貞校訂，不敢說出自己名字的政治實體——臺灣作為國際法秩序上之權利主體，月旦法學雜誌，158期，頁88以下（2008年）。

家三要素之實體，還必須合法化才成為法律國家⁷²，此種區分並未被一般國際法與學者通說所採⁷³。一般國際法關於政府承認固然有區分事實上政府與法律政府，但關於國家產生之判斷是根據事實：統治權是否具實際有效性。並沒有事實上存在之國家還需要「合法化」之問題。除非國家承認違反通說見解改採創設說⁷⁴，或對於內戰產生之新國家違反國際法院之見解認為牴觸國家領土完整性原則，這時才可能去主張該政治實體只是事實國家而欠缺合法性。由於臺灣政府之統治權有效性毫無疑問地存在，以及國家承認之通說採宣示說，因此臺灣是國際法意義下之國家⁷⁵。至於邦交國多寡，應是中共阻撓之問題，而非作為政治實體之臺灣只有局部之國際法主體性之問題。因此中華民國憲法在1949年之變局之後，面臨一個問題：繼續主張大中國，被國際社會否定國家性，而成為政治實體。或主張臺灣，被國際社會接受為國家⁷⁶。由於憲法不可能否定自己之國家性，因此中華民國憲法只有放棄大中國之國家主張，才可能使憲法規範的對象具有國家資格，否則等於是說憲法規範之客

72 Crawford 將該合法化繫諸於各國之承認，但這個標準比單純適用有效性原則之標準更加不可能精確。因為國際實務證明：各國之國家承認完全是以自己本國之利益為出發點，這是政治性決定，不可能客觀。Kristina Bautze, *Völkerrecht*, 2012, S. 44. Shaw 也坦承國家承認實務之政治性，SHAW, *supra* note 63, at 369.

73 國家承認之通說與國家實務均採宣示說。見：Knut Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Aufl., 1999, S. 234; Schweisfurth (Fn. 48), S. 333; Doehring (Fn. 41), S. 402 ff.

74 Crawford 有採創設說之傾向。雖然他也認為：實體是否為國家原則上並不仰賴承認，但他又認為國際法與國際實務對於國家承認並未提供可操作性之標準，因此創設說又會從後門回來。請參見：CRAWFORD (Fn. 52), S. 28. 學者 Roth 也以同樣的理由批評 Crawford，認為 Crawford 關於國際法上國家承認所採取之立場在臺灣問題之適用上，是自相矛盾的。Roth 說：Crawford 對臺灣地位所持之立場不一致，亦即，一方面認為承認僅具宣示性之功能，但另一方面又認為臺灣對於國家地位之主張之所以失敗是因為缺乏足夠之國際承認。請參考：Brad R. Roth 著，梁志鳴譯，張文貞校訂（註71），頁91。

75 學者 Donald G. Palmer 亦採此種見解。其認為臺灣滿足傳統國家性之標準，以及在國家承認採宣示說底下，臺灣也是法律國家(*de jure* statehood)。Palmer, *supra* note 53, at 90。

76 即使採政治實體說亦認為：臺灣只要自我主張國家性，就是國際法意義下之國家。見 Frowein (Fn. 23), S. 87.

體不是國際法意義下之國家。因此國際法上國家判斷構成中華民國憲法上國家解釋之界限。

伍、憲法違反國際法意義下之國家之後果

一、本章總論

中華民國憲法上之大中國國家主張因違反國際法，所以不生國際法效力，已如前述。有疑問的是：憲法規範是否會因違反國際法而導致喪失內國憲法效力？如果不會，則在內國法域，如前所述是以憲法為優先，因此憲法上之國家主張縱然違反國際法上之國家判斷，似乎仍沒有法義務必須配合國際法而在內國法域放棄憲法自己之國家主張。不過，這並不表示：內國憲法可以完全自由地背離國際法之國家判斷。這裡只是沒有法規範之命令存在，使國家負擔法義務在自己之內國法域去遵照國際法。但是可能來自於事實上之因素而使憲法上之國家必須去作合乎國際法上之國家解釋。亦即，如果由於憲法對國際法上之國家之依存度如此之高，以致於憲法若背離國際法上之國家判斷，將導致憲法基本共識瓦解、社會兩極化、國家整合失靈、民主原則與國民主權原則無法起作用，則憲法是否還能背離國際法而自行以虛構國家為基礎，是大有疑問的。因此在方法論上，所謂國際法上之國家構成憲法解釋之界限，並不是從國際法規範中導出，而是從國家學與憲法學理論中導出。所謂憲法以國際法意義下之國家為前提，是否表示：有某些憲法功能必須附著於國際法意義下之國家才能發揮出來？到底憲法有哪些功能？憲法與國際法上之國家具有何種關係？大中國之中華民國憲法超過六十年之久地適用於臺灣，臺灣人民是否會跟隨憲法而產生中國認同？實證調查之結果為何？如果大多數之臺灣人民產生自己之國家認同，其原因何在？憲法是否可以不顧國際法而自行虛構背離國際法

判斷之國家？兩德統一前，西德之基本法是否以虛構之帝國屋頂為出發點？堅持以虛構大中國為客體之中華民國憲法將產生何種危機？該危機如何解決？由於這些問題是涉及：在內國法域中，憲法上之國家應如何解釋之問題，因此本章所使用之論證，不是國際法論證而是國家學與憲法學之論證。

二、憲法規範不因違反國際法而喪失內國法效力

(一) 憲法規範之內國效力不因違反國際法而受到影響

憲法上之國家主張如果違反國際法，比如我國憲法上之大中國國家主張違反聯合國大會2758號決議以及國際法上之有效性原則，則該憲法規範主張並不會因違反國際法而無效，只是該主張在國際法域不發生國際法效力以及無法在國際法域中實現。所謂國際法構成憲法解釋之界限，是指違反國際法之憲法主張無法於國際法域生效與實踐。但在內國法域，如果該憲法未被內國自己透過修憲、制憲、或釋憲改成合乎國際法之主張時，該憲法仍具內國法效力，國際法並不能在內國法域消滅內國法，包括內國憲法之效力。

(二) 國際性法院無權宣告內國法無效

即使是歐盟機關之歐洲法院，雖然基於歐洲法優位原則⁷⁷，但仍只能確認會員國之內國法違反歐洲法，但仍不能逕行宣告內國法無效⁷⁸。歐洲人權法院雖擁有強制管轄權，但也同樣只能確認內國法或內國法院之判決是否違反歐洲人權公約，但仍無權宣告內國法或內國法院之判決因違反公約而無效⁷⁹。

77 EuGHE Rs. 6/64, *Costa v. ENEL*, Slg. 1964, S. 1251.

78 歐洲法院只是將為反歐盟法之內國法宣告為立即不具可適用性，不過該內國法根本並未失效。請參考：Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 5. Aufl., 2010, S. 159. 關於歐洲法院之判決請參考：EuGHE 1968, 373, Rs. 34/67, “Lück”.

79 歐洲人權法院之權限，只限於確認內國法是否違反人權公約。至於內國法律之去除，則並不在人權法院之管轄範圍內。請參考：Jörg Polakiewicz, *Die*

總之，內國法不會單純因違反國際法就自動喪失其內國效力，原因在於內國法域是由國家主權所統治。只有主權者之國家自己才能廢除其內國法或內國判決之效力。國際法基於內政不干預原則，必須尊重國家之內部主權。因此內國法，包括內國憲法，只能由該內國自己廢除其效力，其不可能只因違反國際法就自動喪失其內國效力。

三、憲法之功能

如果中華民國憲法是以虛構之大中國國家為基礎，則該憲法是否還能夠發揮憲法之功能？為了瞭解當憲法長期不以國際法上之國家為出發點時，會產生何種後果？所以在這裡先討論憲法之功能為何？然後再討論：憲法與國家之關係為何？接著本文再指出：長期以虛構國家為出發點之憲法，有哪些功能無從發揮？這時才能看出：當前臺灣所面臨之危機為何？

德國憲法文獻關於憲法功能之分類，彼此之間或有差異⁸⁰，有些其實只是用語上之差異而已，但學者一般均肯認有下述之功能：

(一) 建構統治與限制統治之功能

憲法重新建構國家統治權⁸¹，並徹底規範國家全部之統治權，

Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, S. 223 ff.

80 例如學者 Klaus Stern 列出憲法之五大功能：秩序功能、穩定化功能、原則指示之功能、統一建立之功能（整合功能）、控制與限制權力之功能，請參考：Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., 1984, § 3, Die Verfassung, S. 82 ff.; 學者 Anne Peters 提出憲法之七大功能，包括：權力限制之功能、組織化之功能、穩定化之功能、指示之功能、正當化之功能、建構之功能以及整合之功能。請參考：Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 76 ff.

81 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1991, S. 29 (42 f.); Christoph Möllers, *Verfassunggebende Gewalt - Verfassung- Konstitutionalisierung*, in: von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 1 (4 ff.).

使所有之統治權均放在唯一一個法基礎。任何國家權力均不能主張憲法以外之權限，使所有之國家權力均受到憲法之拘束⁸²，從而達到憲法限制統治之功能。由於所有國家權力均來自於唯一之法基礎——憲法，所以憲法具排他適用性。由於憲法拘束所有之國家權力，所以憲法也拘束立法機關之立法行為，因此普通法律不能牴觸憲法，行政命令不得牴觸憲法與法律。亦即，憲法具優位性。憲法之排他性與優位性是每一部憲法均必須具備之特性，而這兩個特性正是來自於憲法之建構統治與限制統治之功能。

(二) 正當化統治之功能

正當化是指被統治者之人民將國家統治權承認為正確、合乎正義與合目的性，因此接受與自願服從統治⁸³。由於此種承認與接受統治之意願是來自於人民之意志，因此無論是制定憲法之權力（制憲權）或被憲法所制定之國家權力（立法權）均必須來自於人民之意志而作為唯一之意志根源，才能正當化國家之統治⁸⁴。這使全體國民可以透過全體意志來自我統治，而使民主成為可能。

(三) 整合之功能（統一建立功能）

憲法之整合力是指：憲法形成、保持以及繼續發展人民對於政治與社會問題之協議以及內部之共同歸屬感，而使政治統一成為可能⁸⁵。學者Konrad Hesse表示：「我們所稱之國家是指政治統一，國

82 *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., 2003, S. 130.

83 學者 *Jürgen Habermas* 表示：如果法長期而言應存續下去的話，則法也必須被規範相對人所接受與內化(*verinnerlicht*)，因此法必須是規範相對人正確性確信之一部分，以及必須是規範相對人內心世界之一部分。請參考：*Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 2. Aufl., 1992, S. 49. *Zippelius* 指出：正當化要嘛是指國家行為具值得同意性（規範性之正當化），要不然就是指人民實際上之同意（社會學正當化）。請參考：*Reinhold Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., 2003, S. 127.

84 *Josef Isensee*, *Das Volk als Grund der Verfassung: Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt*, 1992, S. 77.

85 學者 *Dolf Sternberger* 將此種憲法整合力放在憲法愛國主義（*Verfassungspatriotismus*）之概念中討論，請參考：*Dolf Sternberger*, *Schriften*: X:

家並不是那種直接了當就存在的東西。該統一性需要建立，也需要維護。該統一性必須於現代多元社會之政治過程中取得與確保：在眾多不同團體之互相折衝中，形成不同意見與利益之間之均衡，以及解決與規範衝突，這些既是國家之任務也是國家之生存條件」⁸⁶。Hesse接著又說：「凡是不再可能可以從眾多個別意志中產生出一有拘束力之總意志，凡是不再能成功地透過理解與多數決之方式來設定與實現政治目的，則國家作為政治行為統一就瓦解了。國家之產生與存續是植基於國家整合過程之成功。國家整合過程之成功被視為是國家本質之真正核心」⁸⁷。亦即，Hesse認為憲法最重要之功能在於：建立與維護整合（政治統一），也就是建立與維護國家。

（四）穩定化之功能

憲法承擔將歷史上所達成之基本共識做跨世代地穩定化之功能。第一，透過書面之固定，把有拘束力之基本共識擺脫於政治之外，憲法所規定之基本共識不再是政治之主題而是政治之前提⁸⁸。第二，憲法防止突發性之社會變遷，憲法透過共識之要求與正當化要求之強化以及修改程序之繁重來保護憲法免於受到社會力急就章地破壞⁸⁹。

程序之繁重固然是剛性憲法之特徵。但修憲程序也打開了憲法可以被修改之可能性，這同時也是憲法開放性之特徵。憲法透過修憲而向社會開放，讓新的社會共識流入憲法，避免憲法與時代脫節。過度剛性之憲法將導致憲法成為具文，過度開放性之憲法容易

Verfassungspatriotismus, 1990, S. 17-31.

86 Konrad Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland, Aufgabe und Funktion der Verfassung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 3 (15).

87 Hesse (Fn. 86), S. 16.

88 Grimm (Fn. 2), S. 16.

89 Grimm (Fn. 2), S. 430.

導致憲法瓦解⁹⁰。意即，憲法之穩定性並非只靠憲法之剛性，而是要兼顧憲法之開放性，剛性與開放性之平衡是憲法維持穩定性存續之關鍵。

(五) 小結

從上述憲法之功能可以歸納出：當憲法功能正常發揮時，則憲法具最高法位階與具排他適用性，可以限制統治權、正當化統治權、整合人民而使國家不致於瓦解，並使國家維持長期之穩定，不會使政治鬥爭逸出憲法之框架，而導致政治兩極化。

亦即，憲法確保國家之存續、穩定，受人民接受，整合人民，避免國家瓦解。如果憲法之功能有障礙，則會產生憲法危機，該憲法危機之症狀是：人民，尤其是掌握國家機關之政治人物，不遵守憲法，政治鬥爭不受憲法之約束，而是在憲法軌道之外自行其是，政治兩極化與敵友化，國家處於瓦解當中，社會變成為分裂之社會。情形嚴重惡化時，會出現人民不服從統治與抵抗統治之現象，甚至爆發內戰⁹¹。此時國家瓦解，退化為現代國家產生前之內戰狀態⁹²，在國際法上則將之定位為「失敗國家」(failed state, gescheiterte Staaten)⁹³。

90 學者 Paul Kirchhof 表示：過於僵化之憲法，將破壞國家之發展，反之過於彈性之憲法將使憲法消失於日常政治之任意性中。請參考：Paul Kirchhof, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. I, 1987, § 19, S. 789, Rn. 33.

91 學者 Ulrich Karpen 指出：負荷憲法之共識瓦解時，容易引發市民不服從、抵抗與革命。請參考：Ulrich Karpen, Grundgesetz, Konsens und Wertewandel, JuS 1987, S. 593 (598).

92 現代國家起源於宗教內戰，也亡於內戰，因此內戰始終是現代國家之單門。當憲法整合失靈，內部鬥爭無法保持在憲法之框架內，則政治鬥爭將逾越憲法框架，往兩極化蔓延出去。請參考：Kriele (Fn. 82), S. 85, 137.

93 失敗國家之特徵是國家權力之完全瓦解，不再有政府存在，也不再具有起作用之行政官署與司法機關，取代國家秩序的是無政府狀態。請參考：Schweisfurth (Fn. 48), S. 22, Rn. 71.

四、憲法與國際法上國家之關係

中華民國憲法所主張之大中國國家，是指：國土包括臺灣、中國大陸；國民包括定居於二者之人民；國家權力是指：在該二者地域上有一最高有效之統治權存在。此種意義下之大中國事實上並不存在。亦即，憲法以之為前提之國家事實上並不存在，而只是被虛構。國家機關超過六十年之久放任此一局面，不以制憲、修憲或釋憲來調整，這會產生何種後果？

如果特定憲法之功能是依附於實際有效之國家權力，則當憲法以虛構國家為客體時，該憲法功能就發揮不出來了。亦即，憲法與國際法上之國家是不是有此種依附關係？只有釐清二者之關係之後，才能回答本文所關心之問題：以虛構之大中國國家為基礎之中華民國憲法長期適用於臺灣，會產生何種後果？由於國際法上之國家是由國家三要素所構成，所以底下將逐一分析憲法與各個國家要素之關係。

(一) 國際法上領土元素與憲法之關係

憲法規範國家，該國家至少必須是國際法意義下之國家。亦即，該國家必須是領土國家。憲法與國際法上領土元素具有何種關聯性？根據學者Dieter Grimm之見解，該關聯性在於：受憲法規範之公權力只以本國領土為限⁹⁴。在別國領土上之公權力，憲法根本規範不到，因此憲法也不可能去限制在別國領土上之公權力。因此就憲法建構統治權與限制統治權之功能而言，領土構成憲法規範之界限。每一部憲法均只能適用於其所建構之國家領土上。該領土元素基於國際法之解釋是指：國家權力實際有效性所及之領土，而不是任何虛構之土地，或統治權無法實際有效控制之土地。只有在實際有效統治權所及之領土上，憲法才可能建構與限制在該領土上之

⁹⁴ Dieter Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. I, 2003, § 1, Rn. 87, S. 3 (36).

統治權，從而主張憲法之「排他性效力」以及其「最高法位階效力」。憲法所主張之排他性與最高性之請求，只有在實際有效統治之領土上才可能兌現。因此透過國界所標明之內國與外國之區分，是國家權力統一性之前提，而且也是公權力入憲化之前提。學者Grimm因此推導出：憲法能否成功地發生實際效力，係取決於：該內外區分是否明確地保持著，亦即國界所標明之領土是否有效地被防衛，而免於受到外國統治行為之侵入⁹⁵。

憲法如不依照國際法上之國家概念，不以實際有效統治之國土為界限，比如我國憲法之大中國國家主張，則根據上述之推論，實際上只適用於臺灣之中華民國憲法，在大陸地區上，中華民國憲法自始就被中華人民共和國憲法所排除。亦即，中華民國憲法在其自己所主張之大中國大部份領土上，無法實現憲法所固有之建構統治權與限制統治權之功能，從而亦無法實現其排他性與最高性之效力請求。如憲法堅持不調整，則憲法應然與實然之落差無法消除，憲法整合之功能無法起作用，憲法將喪失對現實之操控力，最後憲法之正當性亦發生動搖。這是為何世界各國均配合國際法上之國家判斷而調整其憲法上之國家主張之原因⁹⁶。

(二) 國際法上國家權力元素與憲法之關係

憲法所規範國家之統治權，就是國際法上之具最高性之國家主權。該統治權對內必須具統一性，才能替憲法執行與貫徹憲法命令。亦即，在國家之領土上，只有單獨一個國家權力存在，該國家權力由國家獨占，不可以與他人分享統治權限。

學者Josef Isensee表示：「只有當國家權力具統一性與獨占性時，國家才能以決定統一性來解決相關人之紛爭，並以權力獨占來

95 *Grimm* (Fn. 94), Rn. 38, S. 18.

96 國內常有學者引用德國屋頂理論來解釋兩岸關係。問題是德國聯邦憲法法院之判決當真有採取屋頂理論嗎？虛構之帝國屋頂有可能在國際上實踐嗎？兩德關係有按照虛構之帝國屋頂在處理嗎？德國應該是採取國際法上國家同一性理論而非屋頂理論。請見下文論述。

執行該國家決定。因此國家權力之統一性與獨占性是憲法之前提。只有該前提具備，國家才可能履行和平任務。因為國家機關對內不是靠與他人停火談判，締結和平協議，來履行和平任務，而是靠國家權力之統一性與獨占性來取締與制裁違法者，以便保護守法之人民⁹⁷」。

簡言之，國家權力不具統一性時，則無法確保法之統一性，對於合法與非法之涉及是非善惡之法價值判斷，亦無法統一地適用全部土地與人民。從而國家權力與憲法無法對全體人民發揮整合之作用。此種整合作用是以國家權力之實際有效地具統一性為前提。這不是憲法條文所虛構之大中國國家權力所能取代的。試圖透過教科書之教育或政府與媒體對大中國之宣傳與洗腦所產生之整合作用，是無法取代每天都在進行之規範統一適用所帶來之因規範價值觀之貫徹所產生之整合。

(三) 國際法上國族元素與憲法之關係

憲法上所謂制憲權主體之人民，在國際法上是指行使人民自決權之國族⁹⁸。所謂制憲決定，在國際法上就是指國族行使內部自決權之決定：組成國家之國族有權自由地選擇其政治體系，以及自由地決定其經濟、社會、與文化之發展⁹⁹。亦即具有國家認同與社會同質性之國族¹⁰⁰，以制憲權主體之身分，將社會之基本共識，定入

97 *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. I, 1987, § 13, S. 618, Rn. 64.

98 學者 *Isensee* 表示：國族作為先於國家存在之政治意志單位是人民自決權之主體。*Josef Isensee*, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL 49 (1990), S. 39 (42); *Karl Doehring*, Das Selbstbestimmungsrechts der Völker als Grundsatz des Völkerrechts, BDGVR 14 (1974), S. 7 (21 ff.).

99 憲法之創設是內部自決，而外部自決是建立、維護或解散國家。請參考：*Isensee* (Fn. 84), S. 17; *Daniel Thürer*, Selbstbestimmungsrecht der Völker, AVR 22 (1984), S. 113 (126).

100 國族之最低社會同質性是指民族、語言、文化、價值之同質性，這是國族（包括自決權主體與制憲權主體）之客觀要件。而主觀要件是：有結合成為政治上命運共同體之意志，以及因該同質性所產生之國家認同。這些法律外

憲法。因此憲法被制定之前，就已經有國族存在，也有基本共識存在。該基本共識之內涵還包括：國體是君主國或共和國，政體是民主制或獨裁制，經濟體制是自由市場經濟或共產計畫經濟，以及法律要根據何種程序而被制定等等。其中國際法上之國家三要素之存在是基本前提，因為若沒有國族之最低同質性與國家認同存在，則一盤散沙之人民沒有能力形成基本共識，從而亦無法制憲。

當國族制定了憲法之後，等於是國族之意志進入憲法，透過憲法之最高法位階，這時才可能使所有之規範均來自於同一個意志。在一國當中所有之統治權，與規範統治權之法，全部來自於同一意志根源¹⁰¹。以國族之意志作為唯一最高之法根源，而使所有於內國通行之法均來自於該意志根源，因此國會之法制定，法院之裁判與行政機關之法執行全部是國族意志之貫徹，而使民主成為可能：人民以自己之意志統治自己，因此人民接受該統治而正當化該統治，於是憲法發揮正當化與整合之功能。

國族固然透過制憲而給予憲法正當化，但憲法並非一制憲之後就一勞永逸地取得正當性，而是仍須由國族繼續認同憲法才行。制憲前之國族與制憲後之國族原則上是同一國族，只是國族是由各世代所組成，制憲之世代會凋零，新世代會不斷產生。因此國族之國家認同，以及制憲當初所形成之基本共識並非永久不會改變。國家機關負擔義務去爭取國民認同國家與認同憲法上之基本共識。如果它們沒有被後來的世代接受時，則該憲法之正當性即產生問題。

(四) 小結

前面闡述國際法上國家三元素與憲法之關係，主要是在說明：

之元素常見之於國籍法中之外國人歸化之要件中。尤其是語言測驗與文化價值認同測驗。蘇聯與南斯拉夫之瓦解顯示出國族之異質性過高與國家認同之低落導致國家性之瓦解。因此學者認為國家建立之國際法評價連接上法律外之評價元素來判斷：國族是否能夠長久地具合致性與整合。請參考：Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/2, 2002, §82, Begriffliches: Das Volk, Volks- und Minderheitsgruppen, das Staatsvolk, S. 3, 4, 6.

¹⁰¹ Isensee (Fn. 97), S. 619, Rn. 68.

該國家三元素構成憲法之前提。在該前提不具備底下，憲法無法兌現其要求：憲法所應具備之建構統治之功能、限制統治之功能、正當化統治之功能與整合之功能均無從發揮。亦即，憲法於其所主張之國土上，無法產生其實際之效力。憲法所要求之最高性與排他性之效力，統一適用於所有國民與國土之法統一性、所有規範均來自於同一意志根源之正當性，規範統治之功能、正當化統治之功能與整合之功能均無法發揮。

五、以虛構國家為基礎之中華民國憲法長期適用之後果

自1949年國府撤退到臺灣以來，中華民國憲法上之大中國國家主張一直未配合國際法上之國家判斷而修改。這種以虛構國家為基礎之憲法，長期適用於臺灣，會產生何種結果？憲法能夠有效地發揮整合之效果嗎？臺灣人民會一直追隨憲法之國家立場而自認為中國人嗎？從1992年起所作之臺灣人民國家認同之民調資料顯示答案為否定。大中國憲法超過六十年地在臺灣適用，卻無法讓臺灣人民產生「中國人」之認同。這證實了國家學之推斷：憲法以國際法上之國家為前提，若以虛構國家為基礎，則憲法無法發揮其應有之功能：最高性效力、排他性效力、正當化功能、整合功能。尤其是整合之功能將會失靈。

(一) 臺灣人民國族認同之演變：從認同混亂到新認同之形成

從臺灣人民所認同之國家是否仍遵守制憲當初之大中國國家，可以推斷出虛構國家之憲法是否還能產生整合之效果？學者認為：憲法規範上之基本共識可從實證憲法條文中得知，而經驗性之憲法基本共識可以透過民意調查或社會科學之實證研究得知¹⁰²。因此臺

102 E. Noelle-Neumann, Demoskopie als Instrument der Rechtstatsachenforschung, in: Heinz (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, 1986, S. 147 (147 ff.); Utz Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2003, S. 635; Armin

灣人民之國家認同可以透過民意調查來查知¹⁰³。

實證調查證明臺灣人民之國家認同狀況，是從1992年到2007年之認同混亂，一直到自2008年起形成自己之國家認同。根據政治大學選舉研究中心之民調，從1992年到2011年之統計，臺灣民眾之中國人認同逐年下降，反之自認為只是臺灣人之比例卻逐年上升¹⁰⁴。見下表¹⁰⁵：

時間	中國人	既是中國人 也是臺灣人	臺灣人	無反應
1992年	25.5	46.4	17.6	10.5
1994年	26.2	44.6	20.2	8.9
1995年	20.7	47.0	25.0	7.3
1996年	17.6	49.3	24.1	9.0

von Bogdandy, Zweierlei Verfassungsrecht: Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsens?, Der Staat 39 (2000), S. 163 (175 f.).

103 學者常使用長期之民意調查來探求當下人民之認同意識。比如關於歐盟各會員國人民是否具有歐洲認同？也是用民意調查之方法來探查，2003年只有4%之人民覺得自己是歐洲人，8%之歐盟人民先覺得自己是歐洲人而後才又覺得自己是會員國之國民，44%之歐盟人民先覺得自己是會員國之國民而後才覺得自己是歐洲人，依然仍有40%之歐盟人民覺得自己單純只是會員國之國民而不是歐洲人。請參考：*Christian Callies, Europa als Wertgemeinschaft-Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht, JZ 2004, S. 1033 (1039).*

104 不只是政大選舉民調中心得出此一結論，幾乎各種媒體亦得出相同之結果。根據天下雜誌2009年12月16日之民調，高達62%之受訪者自認為只是臺灣人，自認為「既是臺灣人也是中國人」只佔22%，自認為「只是中國人」之比例只有8%。18歲到27歲之年輕受訪者中自認為「只是臺灣人」更高達75%，自認為「既是臺灣人也是中國人」只有15%。請參考：天下雜誌第437期「二〇一〇國情調查」，第63頁。遠見雜誌民調中心在2008年10月之臺灣人認同調查中，以可重複選擇之方式得出：認同自己是臺灣人之比例高達95.9%，認同自己是亞洲人之比例為73.5%，認同自己是中國人之比例46.6%。

105 原始資料來源：專論：臺灣民眾中國認同的解構與重構，中國新聞評論網，2012年1月1日 <http://www.chinareviewnews.com/doc/1019/2/7/7/101927707.html?coluid=7&kindid=0&docid=101927707&mdate=0216155927>（最後瀏覽日：2012年10月15日）。

1997年	19.2	41.4	34.0	5.3
1998年	16.3	39.6	36.2	7.8
1999年	12.1	42.5	39.6	5.8
2000年	12.5	44.1	36.9	6.5
2001年	10.6	43.1	41.6	4.7
2002年	9.2	43.7	41.2	5.8
2003年	8.3	43.3	47.5	4.7
2004年	6.2	47.7	41.1	5.0
2005年	7.2	43.4	45.0	4.4
2006年	6.3	44.9	44.2	4.6
2007年	5.4	44.7	43.7	5.9
2008年	4.0	43.1	48.4	4.1
2009年	4.2	39.8	51.6	4.4
2010年	3.8	39.8	52.7	3.7
2011年6月	4.1	39.0	54.2	2.7

從此一臺灣人民之國家認同實證調查中可以歸納出如下之結論：

1. 憲法規範之大中國國家主張無法產生實際效力

由於國際法意義下之國家是以國家權力之實際有效性為要素，因此憲法上之國家主張若不遵守國際法之判定，則該憲法必然是以無實際有效性統治權存在之虛構國家為其客體。該虛構國家無法令人民產生國家認同。根據前述憲法理論之推斷：人民不可能被該大中國憲法整合成為中國人，亦無法產生大中國之國家認同。此種憲法理論之推斷在這裡獲得證實：在1992年第一次國家認同之民意調查，就已經顯示出臺灣人民自認為只是中國人之比例只有25.5%。這還是在長期實施戒嚴，嚴懲臺獨，並以白色恐怖與教育洗腦之方

式灌輸中國人認同底下，所得出之結果。

2. 臺灣人民否定中國認同之趨勢無法阻擋

在解嚴之後，無法再用白色恐怖之方式灌輸國家認同底下，根據上面之統計，臺灣人民單獨只是中國人之認同呈現出穩定下降之趨勢，反之單獨只有臺灣人認同之比例則呈現穩定上升，二者此種消長趨勢不因任何人或任何政黨執政而受到影響。到了2011年該中國人認同之比例已經跌到只剩下4.1%。而臺灣人單獨認同之比例則上升到54.2%。根據此一數據可以推導出：國家機關已經窮盡一切民主法治國家所容許之方式來爭取臺灣人民之中國認同，但仍無法扭轉中國認同逐漸被揚棄，以及臺灣認同逐漸增長之趨勢。

(二) 為何大中國憲法在臺灣實施，但臺灣人卻未產生中國認同？

中華民國憲法是一國家規格之憲法，而非地方規格之省憲法或邦憲法。此種國家規格之憲法，超過六十年之久地單獨適用於臺灣人民，雖然憲法主張的是大中國憲法，但實際能因憲法之實際有效適用而產生整合作用的，只限於臺灣人民，不及於大陸人民。臺灣法院之判決，與行政官署之行政處分，人民之選舉總統與立法委員，在在都是國家規格之憲法之實際適用與實踐。這裡單獨只把臺灣人民往國家之規格整合。因為根據學者Rudolf Smend之見解，整合不是想像，而是透過實際之經驗才產生出整合（Integration durch tatsächliche Erlebniszusammenhänge）。此種整合之經驗本身可能是在感官之領域（auf dem sinnlichen Gebiet），然後才伴隨與激發出精神內容。比如：閱兵典禮中行進之部隊，或遊行之花車也被使用於國家生活以做為整合之手段。首先是對於身體移動者做整合性之統合，然後也會對於非直接參與身體移動之人（圍觀之觀眾）也產生

展示性效果，而將他們作了精神上之納入¹⁰⁶。

該整合之經驗也可能是在純精神之領域（als rein geistige Integrationsweise），比如：人民參與選舉與投票，以及對於選舉結果之體驗。該選舉結果之體驗連帶地產生了緊張之紓解，類似於比賽之結局。選舉提高了個人參與國家生活之感覺，而不管他是屬於多數派或少數派，都一樣提高了該感同身受之感覺¹⁰⁷。

無論是在感官之領域或精神之領域，整合之產生是來自於人民之親身體驗。憲法第一次執行之法律，以及憲法第二次執行之行政處分與司法判決，均是對全體臺灣人民作統一之實施，這是臺灣人民每天都在經歷與參與之國家規格之國家生活。大中國只存在於歷史地理教科書中之想像。在兩岸開放探親之前，臺灣人民既看不見也摸不著大中國，臺灣人民四十年之久過著與中國大陸隔絕之生活¹⁰⁸。因此根據Smend之整合理論，臺灣人民對中國只有想像，沒有體驗，因此不可能產生出大中國之整合。反之，真正對臺灣人民有效實施之國家憲法只是以臺灣為唯一適用對象之中華民國憲法，所有之中央與地方議會全部由臺灣人民親自參與直選選出，亦即臺灣人民參與各種選舉、參與各種訴訟、參與行政程序與受到行政處分、參與各種示威遊行等，這種人民對國家生活之參與與體驗是每年、每天、時時刻刻都在進行。國家規格之憲法對臺灣人民超過六十年之實際有效實施，當然會將臺灣人民往國家規格之方向整合在一起。最後導致臺灣人民形成自我之國家認同。整合理論在這裡又獲得證實：沒有實際體驗就沒有整合，憲法有效實施之部分才可能受到真實之體驗，憲法虛構之部分由於欠缺體驗，因此也不可能產生整合。

106 *Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 149.*

107 *Smend (Fn. 106), S. 150-152.*

108 在開放探親、旅遊與投資貿易之後，仍只有在中國短暫停留之臺灣人才受到中共法律之適用，不過，該法律是完全沒有臺灣人民之參與就產生出來的。

六、德國基本法並非以虛構之帝國屋頂作為憲法之出發點

本文再三強調，憲法是以國際法意義下之國家為前提，不可將事實上不存在之國家虛構為存在。否則對外無法產生國際法效力，對內亦無法實踐而使憲法成為具文，並產生憲法整合與國家整合失靈。因此世界各國不會以虛構之國家為憲法上之國家主張。因為此種以虛構國家為基礎之憲法必須付出重大代價：憲法整合失靈。

反之，在我國一直有學者主張大中國之虛構國家，並以兩德統一前之屋頂理論為例，認為德國基本法亦以虛構德意志帝國存在，或虛構帝國屋頂之存在，來試圖解釋兩岸之上也可虛構有大中國存在¹⁰⁹。問題是：德國基本法有當真以虛構之德意志帝國屋頂為規範主張嗎？屋頂理論有受到聯邦憲法法院以及學者之通說所採用嗎？在兩德統一之前，國際社會是以東西德兩國為出發點？還是說國際社會接受在東西德之上有一虛構之帝國屋頂？

（一）聯邦憲法法院關於基礎條約案之判決

戰後德國基本法關於西德之國家定位，最關鍵之判決是聯邦憲法法院之基礎條約案之判決，該判決對於全德國法地位之問題，做如下之斷定：「基本法之出發點在於：德意志帝國撐過了1945年之崩潰，其既不因德國之戰爭投降而滅亡，亦不因盟軍占領當局在德國行使外來之國家權力而後來滅亡。德意志帝國繼續存在，其仍舊擁有權利能力，不過作為全部國，由於其欠缺組織，尤其是由於其欠缺制度化之機關，所以其本身無行為能力¹¹⁰。此種全德之國民，以及全德之國家權力也定入基本法中。對全德國之責任，依舊是由盟軍四國負責」¹¹¹。

「西德之建立，並非是建立新國家，而是對於德國之一部分重

109 張亞中，論兩岸與中國之關係，收於：統合方略，頁53-78（2010年）。

110 BVerfGE 36, 1 (15 f.).

111 BVerfGE 36, 1 (16 f.).

新組織。亦即，西德並非是德意志帝國之法律繼承國，而是與德意志帝國具國家同一性。關於空間方面，是具局部之國家同一性。在此限度內，同一性並不主張排他性。亦即，西德關於國土與國民方面並未包含全德國。」¹¹²。

(二) 判決之缺點與理論之解釋模式

將上述之判決歸納起來，可以得出：德意志帝國繼續存在，並擁有權利能力。不過，其沒有行為能力。西德並不是德意志帝國之法律繼承人，而是與德意志帝國具同一性。即使關於領土方面，西德只與該帝國具局部之同一性。西德於國家法上將其高權限於基本法有效之領域。東德在與西德之關係上，並非外國。東德具國際法主體性，東西德之間之疆界具國家法性質。

1. 判決之缺點與矛盾

聯邦憲法法院上述之基礎條約案之判決是關於東西德之關係之解釋。由於該判決關於德意志帝國之論述有許多自相矛盾之處，因此在理論上應如何解釋才合理？便有理論討論之空間。

矛盾之處在於：所謂全德國之德意志帝國並未滅亡，其有權利能力，但無行為能力。不過所謂「有權利能力」就表示該德意志帝國是一獨立之法主體。因此聯邦憲法法院在關於德國之問題上，是從三個國際法主體出發：西德，東德，與德意志帝國。但法院又認為德意志帝國與西德具國家同一性，所以西德與德意志帝國作為法主體方面，便不再能彼此區分，而是只有一個法主體存在。另一個法主體是東德。因此應該是只有東西德兩國存在，而德意志帝國已經與西德同一了¹¹³。

¹¹² BVerfGE 36, 1(16 f).

¹¹³ *Karl Doehring*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., 1984, S. 75.

此外，法院又認為德意志帝國並無組織，與機關，因此只有權利能力，但無行為能力。果如此，則西德亦幾乎不可能與之具國家同一性。因為毫無疑問，西德有組織，也有機關，即使說西德與德意志帝國只具局部之同一性，亦同¹¹⁴。

此種矛盾應如何克服？尤其是所謂德意志帝國有權利能力，但無行為能力。此種存在，在法理上應如何想像？

2. 理論之解釋

(1) 屋頂理論：

德意志帝國繼續存在，但由於它沒有機關，所以可以只是作為帝國屋頂繼續存在，在該屋頂底下有兩個局部之法秩序：西德法秩序與東德法秩序。東西德各自在其各自之領土上行使德意志帝國（全德國）之權限¹¹⁵。

屋頂理論雖可解決某一些矛盾之問題，尤其是：德意志帝國既存在，但又無機關，無行為能力，同時又有東西德存在。但將德意志帝國視為以屋頂之形式繼續存在，這是一種虛構，並不合乎國際法。按照該理論，全德國在戰後國家三要素仍不變，領土是東西德國土，國民是東西德國民，國家權力分成東德政府與西德政府各自行使，但沒有全德之中央政府，所以該全德國無行為能力。但此種理論並不合乎國際法與國際社會之看法。尤其是東西德各自以獨立之國家加入聯合國。國際社會並不接受有所謂虛構之全德國存在，無論該存在之形式是屋頂或是別的¹¹⁶。

114 *Rudolf Bernhardt*, Die deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. I, 1987, § 8, S. 321 (339).

115 *Albert Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 79.

116 學者 *Karl Doehring* 指出：第三國雖然可自由去承認西德與德意志帝國具國家同一性這種見解，不過第三國同時也可能認為東德是一個從德意志帝國脫離之國家。德意志帝國雖然繼續存在，不過縮小成為去除東德之狀態。可以期待第三國會採此種立場，因為在世界上很多國家均與東德建交，以及東德是聯合國之會員，這兩件事會助長此一發展。*Doehring* (Fn. 113), S. 76.

(2) 同一性理論：

德意志帝國在戰後並未滅亡，但在戰後縮小成為西德，西德與德意志帝國具國家同一性，而東德發展成為一獨立的新國家與新的國際法主體。此種見解合乎國際法¹¹⁷。由於西德含有大部分之德意志帝國之國土與國民，並自我理解為一未曾滅亡之德意志帝國之代表人，因此根據國際法上之國家同一性與繼續性之規則，可以推論出：德意志帝國以西德之形貌而繼續存續，東德已經發展成為獨立與分離之國家，並為一國際法主體¹¹⁸。

(三) 通說與實務採用：同一性理論

由於聯邦憲法法院之基礎條約案判決，關於全德國與東西德關係之論述，有自相矛盾之處，所以有理論解釋之空間。問題在於：何種理論既合乎國際法又合乎基本法？屋頂理論並不符合國際法，學者Rudolf Bernhardt表示：「如果縱然全球均承認東德，尤其是東德已經是聯合國之會員，在國際認證有兩個德國存在之情形下，西德仍然還是堅持有超過四十年之久根本無法令人看見之帝國屋頂存在，或自我主張自己所偏好之法律立場，則這很難合乎國際情況。再加上東德激烈地拒絕與德意志帝國具同一性，或局部之同一性，並強調其自己之主權國家性。這種違反東德國家機關明示之意志之理論建構，終究不容易維持得下去」¹¹⁹。他又說：「鑒於在德國土地上之政治與法律現實，將德意志帝國建構為有權利能力但無行為能力之在兩德上方之屋頂，在國際上無論是國際法或國家法均無法

117 學者 Rudolf Dolzer 指出：基本法之制定者並不想要對德國之存在作憲法上之虛構，而是確信德國繼續存在。如果國際法當真反對德國此種存在（德意志帝國在同一性理論下之存在），則基本法基於該國際局勢將無法生存下去。*Rudolf Dolzer, Die rechtliche Ordnung des Verhältnisses der Bundesrepublik Deutschland zur Deutschen Demokratische Republik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. I, 1987, § 12, S. 557.*

118 *Bernhardt* (Fn. 114), S. 341.

119 *Bernhardt* (Fn. 114), S. 340.

令人信服」¹²⁰。

反之，同一性理論合乎聯邦憲法法院所作之論述：德意志帝國並未滅亡、西德並非是德意志帝國之繼承國，而是與德意志帝國具國家同一性、西德在國土與國民方面保持開放讓東德加入、東德是國際法意義下之國家，為一國際法主體。同一性理論合乎國際法上國家同一性之判斷，也是德國通說與國際實務所採¹²¹。因此德國基本法是以該實際存在而且與西德具國家同一性之德意志帝國為出發點，而非以虛構之帝國屋頂為出發點。

七、臺灣之憲法危機與解決之方向

（一）臺灣憲法危機形成之原因

前述之民調數據證實了國家學與憲法理論之推斷：長期以事實上不存在之虛構國家作為憲法之國家主張，憲法無法發揮整合之功能，長期下去，憲法之大中國國家要求將成為具文。在憲法現實上，人民之國家認同仍會繼續發展下去，導致產生自己之新的國家認同。

亦即，人民之國族意識將發生實際變更，而該國族意識之變更，將影響國際法上國家同一性之判斷。由於國族意識之國家認同是屬於憲法之前提，也是屬於基本共識之內容，因此此種國家在新的國家認同產生之前，將會有一段基本共識瓦解之混亂局面。當形成新的基本共識之後，新的國家認同如果一直沒有以制憲、修憲或釋憲之方式進入憲法，則形成當前臺灣最嚴重之憲法危機。

（二）憲法危機解決之方向

現在的問題是：憲法應如何面對此種新的國家認同？可否一概將之解釋為違憲，排除於憲法之外？還是說憲法應向社會現實開

¹²⁰ *Rudolf Bernhardt*, Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 38 (1980), S. 7 (13 ff.).

¹²¹ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 11), S. 149.

放，讓新產生之國家認同入憲？何時憲法應堅持規範要求，對抗社會現實來貫徹憲法之主張？何時憲法應與時俱進，順應社會之新共識，將新共識入憲？

憲法要求其規範主張被遵守，但憲法是否實際被遵守又無可避免地仰賴真實之社會共識。這種兩難困境應如何解決？國家機關是否必須捍衛憲法規範之要求，而不管該要求是否合乎時代精神？學說有二。

1. 憲法規範說（合法性論）

社會基本共識固然是憲法之基礎，但憲法基礎之問題與法律無關，憲法構成一個自成封閉之體系。憲法基礎之社會基本共識既不影響憲法之內容亦不影響憲法之效力請求。憲法係以法來將政治過程納入軌道，亦即憲法不得讓自己被扯入政治過程。憲法於國會多數、社會潮流以及政治情況轉變時仍應堅持憲法規範。公共意見與時代精神均不是憲法解釋之標準。憲法應使社會共識朝向憲法之方向發展，而非憲法自己去配合社會共識而調適。合憲性之法命令並不會變成為合乎時代精神之命令，公共意見之同意並不能擺脫違憲之責難¹²²。

2. 社會共識說（正當性論）

憲法不可能自行其是，就當真能產生實際效力，而是說憲法規範應連接上社會共識。憲法與產生憲法之社會一起發展，憲法基礎之社會基本共識亦具有法律重要性，其決定了憲法之正當性與實際效力，因此憲法構成一個開放性之體系，應向社會基本共識開放。與時代脫節以及遠離社會真實共識之憲法只會導制憲法被違反與被規避¹²³。

122 *Isensee* (Fn. 84), S. 95.

123 *Thomas Württenberger, Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl., 1991, S. 195.

3. 兩說之比較

憲法規範與當下人民在現實社會中所具有之共識處於何種關係？這在文獻上是涉及規範性憲法與事實性憲法之間之關係。學者 Grimm 認為：「規範性憲法與事實性憲法之關係並非是單向性之關係：規範性憲法提出法要求，事實面因該要求而配合地修正。而是一種雙向關係：憲法規範之客體（事實性憲法）會回頭影響憲法規範之理解與適用。」¹²⁴。亦即，憲法規範不是一味地單向訂正社會現實，因為憲法能夠有效地操控社會現實是仰賴被規範者之自願服從。因此不願服從憲法之人之數量就絕對不能太多。憲法應儘可能多地爭取人民承認與接受憲法規範¹²⁵。如果大多數人民形成新的基本共識，則該基本共識應流入憲法而影響憲法之理解與適用¹²⁶。學者 Isensee 將這一點說得更清楚：「介於實然憲法與規範憲法之間必然存在著緊張關係。不過該緊張不得逾越一定之程度，否則將危害到憲法規範之有效性。而使憲法之應然效力自始受到質疑。一個不切合實際現實以及過度負荷希望之規範無法領導國家生活，反而使國家秩序被視為違憲而失去憲法之資格，以及失去其正當性。無論是制憲與修憲，包括後來之釋憲都必須要考慮這一點。」¹²⁷。

無論憲法規範說（合法性論）如何言之成理，均無法否認一件事：憲法只有當植基於社會中足夠之共識時，憲法才可能取得並保有實際效力。如果完全不考慮憲法能否實際發揮效力，無論憲法被推翻或成為具文皆視而不見，則當然可以採取憲法規範說，該說完全只考慮憲法之法律要素，未被憲法規範規定進去之社會事實要素則完全不考慮，認為這些要素與憲法無關。反之，社會共識說洞察

124 Grimm (Fn. 2), S. 19.

125 學者 Utz Schliesky 表示：基本共識做為被統治者之意志合致而要求：要有儘可能多之被統治者認為統治目的具有值得承認性，請參考：Schliesky (Fn. 102), S. 637.

126 Josef Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW, 1977, S. 545 (550).

127 Isensee (Fn. 97), S. 643.

憲法能夠實踐之社會前提條件，雖然這只涉及憲法之正當性而非合法性，但由於憲法具有先天脆弱之本性，因此憲法不同於其他內國法，而是接近國際法，憲法之存活非常仰賴正當性，亦即非常仰賴被規範者之基本共識與法意識，以及其自願遵守之意願。因此著重憲法正當性之社會共識說較符合符合憲法此種特性。

即使原則上採用合法性論（憲法規範說）之學者Isensee也承認：「如果反對憲法之人民數量很多，人民支持憲法之普遍意志不再存在，則憲政國家將無法防衛。憲政國家生存所依賴之前提要件，為了人民自由之緣故，因此憲政國家不能自己去保障該前提要件。自由之憲法是靠著人民自由地支持它而活，此種靠著人民自願支持憲法之依賴性是憲政國家存在之理由，再嚴格之合法性論（憲法規範說）均不能使憲政國家擺脫這一點，而使憲政國家自給自足（Autarkie）」¹²⁸。

八、本章結論

基本共識是國族對於其所願意接受統治之條件所達成之共識。因此該基本共識有正當化統治之作用。背離基本共識之統治即為喪失正當性之統治，而人民可能拒絕服從該統治。因此任何統治均需要正當性。即使是獨裁者也需要正當化，因此希特勒特別注重以合法之方式來取得政權。民主法治國家與獨裁政權均需要正當化，二者之區別只在於：獨裁政權只須獲得掌握國家強制機器之公務員認為其正當即可¹²⁹，反之民主法治國家必須擴大其正當性之基礎，不只是掌握國家機器之公務員，而是包括被統治之人民，均承認其為

¹²⁸ Autarkie（自給自足）這裡是指：完全不用理會是否受到人民之普遍支持，請參閱：Isensee (Fn. 84), S. 100.

¹²⁹ Martin Kriele 表示：任何人皆不可能光用自己之拳頭暴力來建立獨裁，就算有98%之人民痛恨與不信任獨裁者，但對獨裁者而言，關鍵在於：只要有2%之人民掌有國家官職，以及掌有合法使用武器之獨占權，而該2%之人民將獨裁者視為對他們擁有權威之統治者就夠了。獨裁者是依靠公務員、軍隊、警察與秘密警察而生存的。請參考：Kriele (Fn. 82), S. 13.

正當統治。而且此種對於統治權正當性之主觀確信，必須至少是多數，而且是長期經久的存在於社會中對統治秩序之看法¹³⁰。因為否則的話，該統治秩序之穩定性將隨著正當性喪失而消失¹³¹。因此如果當下大多數人民不再承認與接受制憲當初之基本共識，則該基本共識無論如何均捍衛不了。無論多強大之剛性憲法，或防禦性民主，均無法阻止憲法被推翻。大多數人民如果已經形成背離憲法之新共識，則這已經是無法抵擋之制憲力，憲法如果不讓大多數人民新的基本共識入憲，則結果只是讓憲法自己被推翻¹³²，或憲法成為具文。

陸、當前臺灣之憲法危機與解決

一、本章總論

本章先回顧中華民國憲法如何因應1949年之變局，總統與大法官對於我國憲法上國家定位採取何種看法？中華民國憲法上之國家定位如果不照人民新的基本共識調整，將會產生何種憲法危機？接著再討論新的國家認同之基本共識如何入憲？修憲有界限說與釋憲有界限說之障礙如何克服？

二、中華民國憲法關於國家定位之歷史發展

(一) 中華民國憲法面臨1949年之變局

中華民國憲法是制定於民國36年（1947年），原本就是對中國

130 Schliesky (Fn. 102), S. 635.

131 Grimm 表示：「所有憲法之功能，包括正當化功能、限制統治之功能、秩序功能以及紛爭解決功能均植基於共識之建立」。Grimm (Fn. 2), S. 16.

132 學者 Peters 表示：憲法之阻擋效果只及於法之力量所及之處。任何一部憲法均無法確切地阻止政治行動，以及無法阻止政治行動革命地換掉憲法。請參考：Peters (Fn. 80), S. 387.

這個國家所為之規範。縱然憲法第4條只含糊地規定：「中華民國之領土依其固有之疆域」。但從憲法史來看，中華民國憲法是以中國為規範客體，殆無疑義。但自1949年起，因國民政府內戰失敗，撤退到臺灣，統治權之有效性就已經無法及於中國大陸了。

(二) 中華民國憲法對1949年變局之因應

如果中華民國憲法因應此一變局，將其所主張之大中國順勢改成臺灣，將可解決憲法在「國土」上之最高性、排他性、以及憲法正當性之問題。但當時國府並未採取此種解決辦法，而是仍維持大中國之國家主張，認為內戰尚未終局成為定局，國民政府仍是代表全中國之合法政府，中共是叛亂團體，亦即以「反共復國」作為因應此一變局之正當化理由。正常憲法進入動員戡亂之憲法。此種以動員戡亂憲法模式來因應1949年之變局，付出之代價是：憲法在大中國國土上之最高性、排他性與正當性皆喪失，在有效統治之臺灣上亦付出不民主與省籍歧視違反平等權之代價。此種代價可以被忍受之唯一理由，正如同動員戡亂「臨時條款」之名稱所顯示的：這是暫時性之權宜措施。

(三) 戡亂憲法正當性之動搖與終止

問題在於：此種兩岸分治之局面呈長久化與穩固化。首先國際法層面上之中國代表權被否定了，聯合國大會2758號決議完全合乎國際法上之有效性原則，以對中國大陸行使實際有效統治權之中華人民共和國政府才是代表中國之合法政府。自那時候起中華民國憲法所主張之中國在國際上被否定，而因此該憲法主張無法在國際上實踐。

接著，動員戡亂臨時條款憲法之正當性亦發生動搖了。尤其是萬年國會長期不改選，大中國憲法架構下臺灣省與中華民國之實際行政區域80%以上重疊。在李登輝總統時代透過歷次之重大修憲來調整憲法應然與現實之落差，包括：終止動員戡亂、廢除臨時條款、國會全面改選，所有民意代表全部只由有效統治權所及之臺灣

地區選出、國大虛級化、凍省，在陳水扁總統時代還有取消國統綱領，任務型國大亦取消。這些修憲表面上都是以民主改革、提高行政效率與政府改造為名義來發動，但實質上均是往國家現狀之臺灣之方向調整。亦即透過歷次之修憲已經將原本以大中國為客體之中華民國憲法修改成為以臺灣為規範對象之憲法。

(四) 中華民國憲法上之國家定位

在內國憲法層次上，雖然在李登輝與陳水扁總統任內透過歷次修憲，來將「大中國憲法」往「臺灣憲法」之方向調整，但並未明白表示將中華民國憲法所指涉之國家配合自1949年之國家變局而調整為臺灣，而是以民主化與行政效率之名義為修憲目的。這種作法之原因在於：修憲當時國家認同尚未形成，雖然終止動員戡亂之後之歷次修憲實質上是將大中國朝向臺灣調整之憲法修改，但關於國家定位均未明白表示調整，而憲法上國家三要素之國民、國土與國家權力（主權），均未改動。因此憲法上之國家定位如何，就留下了爭議之空間。

1. 歷任總統之見解

(1) 兩國論與一邊一國論

首先表示意見的憲法機關是總統。李登輝總統提出「兩國論」與陳水扁總統提出「一邊一國論」。其重點都是：中華民國所代表之國家是臺灣，其與中華人民共和國所統治之中國是「國與國」之間之關係。

值得注意的是：李登輝總統終止動員戡亂，不再視中共為叛亂團體，並承認中共為代表中國之合法政府。這時遺留下來之問題是：中華民國憲法如何自圓其說？憲法在其所主張之國土上要求最高性、排他性、與正當性之效力請求，該請求無法兌現之忍受就是以不承認中共為大中國國土上合法政權為條件。在同一國土上，憲法不可能承認排除其憲法效力之政權，而是要求排他性與最高性地

適用，否則該憲法形同自我否定。如果不再「反共復國」，則憲法唯一還能維持住其最高性、排他性與正當性之效力請求的辦法是：國土限縮為臺灣，不包括中國大陸。因為中華民國憲法只有在臺灣才能夠有效兌現其最高性、排他性與正當性之效力請求。這是在承認中共為合法政權後，中華民國憲法唯一之出路¹³³。因此李登輝總統對外主張兩國論以及接任之陳水扁總統亦延續此一國家定位而提出一邊一國論。這是在終止動員戡亂、承認中共為合法政權之後，中華民國憲法還能維持住其為「憲法」資格之必然結論。然而，到了2008年馬英九總統於就任後，卻又回到一個中國原則。但馬總統雖回到一中原則，卻未同時視中共為叛亂團體，這時局面再起變化。

(2) 2008年後之一中原則：自1949年以來前所未有之新變局

過去在蔣介石或蔣經國時代，雖主張一個中國，但該中國是中華民國，中共是叛亂團體，兩岸不只事實上統治權分開，在憲法上亦是處於「漢賊不兩立」之地位。李登輝與陳水扁總統時代，雖然不稱對方是叛亂團體，但更明確主張兩岸是兩國之關係。現在馬英九總統回到一中原則，但卻未稱對方為叛亂團體，表面上似乎是延續李陳兩位前任總統之結束戡論之策略，但問題是：如不否認對方代表中國，而自己又堅持一個中國，則中華民國政府代表何國？一個國家只有一個政府代表它，憲法是規範一國最高統治權之法，除非中華民國只代表臺灣不代表中國，否則在一中原則底下，從我國之觀點來看，唯一可能之解釋是：中華民國政府才是代表全中國之合法政府，而中共是叛亂團體。因此如果承認排除中華民國憲法效

133 這裡所謂唯一之出路是指：在承認中共為代表中國之合法政權底下，中華民國憲法所主張之國家應如何解釋才能既合乎憲法理論又合乎國際法理論？只剩下臺灣這個選項。否則無論是虛構之「一中原則」，或「主權治權分離說」，皆違反國際法。即使在一中原則底下，若中國只能是指中華民國，則中共政權不能承認為合法政權，否則亦違反憲法理論。

力之中共也可以合法代表中國，不是叛亂團體，則將導致中華民國憲法不是一國之最高憲法，而喪失其最高性與排他性（唯一性）。在一國論底下（一中原則）承認中共對中國之代表權，等於對於我國憲法之最高性與唯一性之自我否定。馬總統此種國家論述導致中華民國憲法陷於自我否定之危機，這是自1949年國民政府撤退到臺灣以來，前所未有之新變局。

（3）2012年馬英九總統之新詮釋：兩岸互不承認主權、互不否認治權

馬英九在當選第二任總統後，於2012年5月20日就職演說時表示：「在九二共識，一中各表下，一中就是中華民國」、「兩岸之間應求同存異，互不承認主權與互不否認治權」¹³⁴。馬總統此種兩岸定位，是否能解決上述之憲法自我否定之問題？似乎是大有疑問的。所謂「兩岸一中」、「互不承認主權與互不否認治權」之主張，無論是在國際法或憲法層面，均問題重重。

A. 「兩岸一中互不否認治權」之國際法問題

馬總統所提出之兩岸「互不承認主權」與「互不否認治權」。此種說法是建立在主權與治權分離之基礎上。但國際法上之國家概念，無論在理論或實務並無主權與治權可以分離之說法¹³⁵，而是只有統治權是否具有有效性之問題。在一個因國際戰失敗或內戰失敗而喪失大部分國土之統治體，在國際法有效性原則之判斷上，可能導致國家滅亡¹³⁶或政府正當性喪失，不可能該敗戰之統治體對於無法

134 請參考：政治中心，520／重申九二共識 馬總統：互不承認主權、互不否認治權，今日新聞，2012年5月20日，<http://www.nownews.com/n/2012/05/20/74120>（最後瀏覽日：2012年10月15日）

135 學者 Isensee 表示：將國家權力與主權之間作思想上之區分，是國際法理所沒有的(Eeine gekankliche Trennung zwischen der Staatsgewalt und Souveränität als einer Eigenschaft der Staatsgewalt ist der Völkerrechtslehre fremd.)，請參考：Isensee (Fn. 97), S. 605, Rn. 34.

136 Doehring 表示：如果國家權力重大地減損其有效性時，則該國家權力喪失。

行使有效統治權之大部分國土還能主張擁有主權，而只是治權不及之餘地。中華民國政府自1949年撤退到臺灣，就已經喪失大部分中國領土之有效統治權了。許多國家在當時就已經轉而承認具統治權有效性之中共為代表中國之合法政府了。中華民國政府卻能代表中國直到1971年聯合國大會2758號決議，這並不是主權與治權分離之說法被國際社會接受，而是國際法對於政權變動與國家之產生與滅亡有一定之靜候期，靜待局面是否已經穩定？國民政府早在1949年就已經撤退到臺灣，如果主權與治權分離之說法可以被國際社會接受，何以在局面不變之情況下，中華民國政府於1971年被國際社會判定為喪失中國代表權？由此可知此一說法自始就未被國際法之理論與實務所接受。聯合國大會2758號決議之意涵係表示：該靜候期已經過了，中華民國政府反攻大陸無望，中共對中國大陸之統治權已經穩定有效，所以決議由（具有有效性之）中華人民共和國政府取代（不具有有效性之）中華民國政府為代表中國之正當政府。這是國際法上有效性原則理論之實踐與適用。

所謂「兩岸一中原則」，兩個互不隸屬彼此獨立於對方之外之統治權，卻主張共同國土與共同國民，此種觀念與國際法上主權國家在一國領土上之擁有單一最高排他性統治權之定義不符。國際法上並無一國兩中央政府之型態。兩個中央政府同時並存之型態只可能存在於國際組織，但國際組織並無領土，亦無領土高權。聯邦國雖然有聯邦政府與邦政府，但聯邦國之中央政府仍只有一個，而非擁有兩個中央政府。

至於馬政府所主張之「互不承認主權」與「互不否認治權」，這種說法在國際法上是否能成立？所謂互不否認治權，如果該治權指的是目前實際有效性之統治權，則根據國際法上之有效性原則，

其可能是外力之干預，也可能是內戰之結果。只有當該國家權力之重建不再存有希望時，才可以認定該國家因國家權力之喪失而滅亡。請參考：*Doehring* (Fn. 41), S. 71, Rn. 161.

主權原本就只能以有效性之統治權為限，對於無領土有效性之統治權，在國際法上將被判定為主權之消滅，而非還可以去主張「無治權下之主權」。由於主權與治權是同一回事，所以「互不承認主權」與「互不否認治權」，構成彼此互相矛盾之命題。

B. 「兩岸一中互不否認治權」之憲法問題

如前所述，憲法上之國家概念也是以國際法上之國家概念為前提：只有在一定之領土上擁有單一排他性最高之統治權才可能是國家。而規範該最高統治權之法就是憲法。因此憲法在一國之內具最高法位階，並具有排他性效力以及成為所有其他規範之根源。憲法不可能接受：在同一國家領土中還有其他規範可以抵觸它，否定它的效力，或來自其他之根源之法還能主張效力。因此如果兩岸是一個中國的話，則將產生哪一個憲法才是在兩岸具最高法位階與排他性憲法之問題。若中華民國憲法仍主張大中國作為其所規範之國家，則必須將中共視為叛亂團體，而且表示仍在戡亂中，它才能對於其排他性效力為何無法實踐於中國大陸加以自圓其說。蔣介石與蔣經國總統便是採取此種方式來正當化憲法之應然效力主張與實然效力實踐之間之落差。另一種方式是將中華民國憲法解釋為其所規範之客體只是臺灣，而非大中國，憲法之應然效力主張與實然效力實踐均只限於臺灣，這時承認中共為統治中國大陸之正當政府，才不會有違憲之問題。這是李登輝與陳水扁總統所採取之作法。無論是兩蔣總統或李、陳總統之憲法解釋方式均合乎憲法理論，要嘛是中華民國憲法所規範的國家是中國，中共是竊據局部國土之叛亂團體，要不然便是：中華民國憲法所規範之國家是臺灣，既然國土不包括中國大陸在內，所以中共並非「竊據國土」之叛亂團體，而是統治中國大陸之正當政府。在這兩種解釋方式之下，憲法均主張其在「全部國土上」之最高性與排他性之效力請求，這兩種解釋方式均合憲¹³⁷。

¹³⁷ 兩蔣總統與李、陳總統關於兩岸之定位均合乎憲法理論，但李、陳總統之定

馬政府所提出之「兩岸一中，互不否認」之主張，這是承認中共對中國大陸之統治為合法，並非叛亂團體。這時產生一個嚴重之憲法問題：如果馬政府又認為中華民國憲法所主張之國家是包括中國大陸在內之大中國，而排除中華民國憲法在大陸適用之中共並非叛亂團體，則此種主張本身就已經違反中華民國憲法了，其等於是否定憲法在自己國土上之最高性、排他性與正當性了。

C. 「互不承認主權」與「互不否認治權」之操作實務與虛實

馬總統之兩岸一中，「互不承認主權」與「互不否認治權」，在實踐上卻只見我方單方承認對方之治權，至於「互不承認主權」在操作上卻暗中消失，絕口不再提。馬政府在臺日雙方之釣魚台主權爭議事件中，不對中共否定其主權；在臺灣與菲律賓廣大興漁船事件中，對於中共趁機吃我國主權豆腐，亦不駁斥中共無主權來介入臺菲之糾紛。亦即馬政府之「互不承認主權」與「互不否認治權」是著重在不否認中共對全中國（中國大陸加上臺灣）之治權，導致中共可以任意插手臺灣事務。但對於「不承認中共對全中國（大陸加上臺灣）之主權」卻輕輕放過。亦即「不否認中共對全中國之治權」是實，「不承認中共對全中國之主權」是虛。在「互不否認治權」之一中操作下，導致原本應該是「一個全中國（大陸加臺灣）只能是指中華民國」之憲法命令，卻變成「不否認中華人民共和國對全中國（大陸加臺灣）之治權」，而造成「中華民國」被偷偷代換為「中華人民共和國」。這種操作不但違背臺灣人民之基本共識，即使根據目前之憲法也是違憲的，因為其違背了憲法所命令的「一個中國只能是指中華民國」¹³⁸。

位既合乎憲法理論也合乎國際法。至於馬總統之兩岸一中，互不承認主權與互不否認治權之說法既不合乎國際法亦不合乎憲法理論。

¹³⁸ 此種擔憂馬政府偷偷推動背離人民基本共識之兩岸政策，並非杞人憂天，2013年11月1日蘋果日報之社論贊同美國監聽臺灣的總統與政府。請參考：蘋論，還好有老美監聽馬當局，蘋果日報，2013年11月1日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20131101/35407414/>（最後瀏覽日：2014年1月5日）。

(4) 小結

憲法上之國家是以國際法上之國家為前提。憲法之最高性、排他性與正當性之效力請求均是以統治權在國土上之有效性為前提，才有可能兌現。基於憲法與國家此種關連性，因此憲法上之國家主張無法脫離國際法上之國家而自行其是，否則憲法將成為具文，而無法產生實際效力。如果萬不得已，退而求其次，憲法在無法產生實然效力之下，最低限度必須在應然效力主張上不能放棄其最高性與排他性之請求，否則憲法等於自我否定，一個在自己國土上連應然效力上也不主張最高性與排他性之憲法，將喪失憲法之資格。因此中華民國憲法上之國家主張只有兩種選項：一個是兩蔣總統之一中主張，中華民國憲法是大中國國土上唯一合法之憲法，同時視中共為叛亂團體。另一個是李陳總統之兩國論主張，中華民國憲法是臺灣領土上之憲法，這時視中共為代表中國之合法政權，就不會有憲法自我否定之問題。這裡並沒有第三種選項存在之餘地。

在馬政府所謂「兩岸一中，互不否認治權底下」，中華民國憲法既主張「大中國」為其國土之適用範圍，何以對排除其在「國土上」之效力之中共，也可以接受？如此憲法日後被違背，被不遵守，甚至被以非法之方法變更，是否也都變成沒關係？亦即，若堅持兩岸一中，則不能不將中共當作叛亂團體，否則中華民國憲法在其自己主張之國土上（中國大陸部份）不但在實然上不具最高性與排他性，而且連在應然上亦放棄該最高性與排他性之主張，逕行承認排除其效力之中共為合法政權，則中華民國憲法陷入無法自圓其說之窘境：憲法在其國土上之排他性與最高性效力底下，只有它自己才合法，在其內國違反該憲法之任何法均不合法。因此憲法不可能承認在其國土上排除其效力之中共與中華人民共和國之憲法為合法，否則憲法等於對自己之效力主張作自我否定。

馬政府既堅持中華民國憲法所主張之國家是大中國，另一方面卻又在「互不否認治權」底下，不否認中共對中國大陸領土統治之

合法性，則似乎已經違背了自己所定位之中華民國憲法了。

2. 大法官關於國家定位之見解

大法官關於憲法上國家主張之釋憲實務，亦呈現猶豫瞻顧，刻意迴避或互相矛盾之情況。

(1) 司法院釋字第328號解釋

國土是國家三要素之一，憲法第4條亦有規定，因此職司釋憲之大法官若能闡明中華民國之領土範圍，則當可確定憲法所指涉之國家到底是臺灣或是中國。大法官於1993年11月26日所為之司法院釋字第328號解釋，卻對於此一憲法基本共識之問題以政治問題為由而迴避掉。但大法官放棄解釋似乎亦透露出一些意涵。至少該號解釋顯示出：大法官對於中華民國憲法原本所規範之「大中國」國家，已經有考慮到時空變遷以及憲法之應然請求與實然效力之巨大落差，因此猶豫瞻顧，而到最後放棄官方權威解釋。

由於當時臺灣人民對於國家認同並未形成共識，因此司法院釋字第328號解釋以政治問題為由，迴避憲法所意指之國家為何之問題，有其不得已之苦衷。但大法官已經體察了此種國家認同之變動，而最後並未堅持固守「中國」，而是保持開放，留待日後國家認同明朗化之後之彈性解釋空間。雖然這留下許多後遺症，但已經是當時所能做之高明解釋了。

(2) 司法院釋字第475號解釋

中華民國憲法上之國家如果到現在仍是大中國，則中華民國政府對於過去在1949年以前在大陸地區所發行之國庫債券，當然要負責清償。反之，如果中華民國憲法上之國家是指臺灣，則該國庫債券之債務應由主張代表中國唯一合法政府之中華人民共和國政府，本於國家同一性與政府繼承之法理，負責清償。在臺灣之中華民國政府則無庸負責。從大法官對於此一國庫債券清償與否之立場，可

間接推斷出大法官所採取之國家立場。

大法官在本號解釋認為：「政府在民國三十八年以前在大陸地區發行之國庫債券，係基於當時國家籌措財源之需要，且以包括當時大陸地區之稅收及國家資產為清償之擔保，其金額至鉅。嗣因國家發生重大變故，政府遷臺，此一債券擔保之基礎今已變更，目前由政府立即清償，勢必造成臺灣地區人民賦稅之沉重負擔，顯違公平原則」。大法官最後之結論認為：前述在民國38年以前所負擔之國家債務，於國家統一前，不予處理。

前述國庫債券是以大陸地區之稅收為擔保，稅捐高權是附著於領土主權而來，大法官所謂「國家發生重大變故，政府遷臺，此一債券擔保之基礎今已變更」，這是指政府遷臺後，對於大陸地區已經收不到稅，間接表示大陸地區之領土主權已經喪失。所以在國家統一之前（亦即大陸地區之領土主權取回之前），此種國家債款不處理。

大法官此一論述是有疑問的，其以債權之擔保為立論之出發點，但顯然對於債權之存在以及中華民國政府清償之義務並不否認。即使政府在大陸地區收不到稅，這也只是表示該債權變成無擔保之債，債務人還是不能拒絕或緩期清償。因此本案之重點在於：債務人是誰？中華民國政府是否有清償之義務？它所代表之國際法主體是臺灣還是中國？

本文認為正確之解釋應該是：中華民國政府遷臺之前是代表中國之合法政府，因此在遷臺之前所負擔之債務，是歸屬於中國這個國家，而非歸屬於政府。亦即，該國家債務之債務人是中國這個國際法主體，而非中華民國政府。中華民國政府遷臺之後，由於已經喪失大陸地區之領土主權，因此也不再是代表中國之政府，前述國家債務之債權人應向代表中國之合法政府之中華人民共和國政府主張，而非向中華民國政府主張，因為中華民國政府並非債務人，而是中國才是債務人。中華人民共和國政府基於國家同一性與政府繼承之法理，必須概括承受前手政府所製造出來之債務，不得拒絕清

償該債務。

大法官在本號解釋既不否認中華民國政府之清償義務，亦不立即清償。可說仍處於國家定位猶豫不決之態度。由於債務人是中國，所以如果不拒絕清償，就表示中華民國仍然是代表中國之政府，反之，如果拒絕清償，則表示中華民國政府所代表之國際法主體已經不是中國，而是臺灣。但本號解釋既不否認債務，又不清償債務，可說是國家定位不明下之自相矛盾。

(3) 司法院釋字第644號解釋

人民團體組織法第2條規定：「人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或分裂國土。」；人民團體組織法第53條規定：「違反本條之人民團體，主管機關可以不准設立」。這兩條規定被大法官認為這是對政治性言論之內容為審查，認為抵觸憲法上之言論自由與結社自由而宣告為違憲無效。

本號解釋表面上看似是保障人民基本權之解釋：各政黨無論主張分裂國土或共產主義，都可以合法設立。因此主張共產主義之中共根據本號解釋是合法合憲的。問題在於：憲法上大中國之國家主張是否改變了？如果沒有改變，則由於中華民國憲法因中共之叛亂，而無法適用於其所主張之「全部國土」上，所以「反共復國」在憲法堅持大中國底下並不能輕易放棄，否則憲法無法自圓其說。尤其在司法院釋字第475號解釋中大法官還是強調：中華民國政府過去在1949年之前於大陸地區之舉債，須等到「復國」之後才處理。似乎中華民國尚未放棄「反共復國」之國策。比如廣播電視法第21條第2款規定：廣播電視節目之內容不得違反「反共復國」之基本國策。

但司法院釋字第644號解釋似乎認為主張共產主義之人民團體是受中華民國憲法保障之結社自由權與言論自由權，從這裡似乎可推導出「反共復國」之國策已經被放棄了。果如此，則似乎亦暗示著：憲法所主張之國家已經不是以中國大陸為領土之中國了。既然

領土不包括中國大陸，因此中共對中國大陸之統治就不是竊據我國國土之叛亂團體之行為，也不是在我國國土上排除中華民國憲法之違憲行為。因此主張共產主義以及共黨結社才可能合乎我國憲法。

至於民進黨之臺獨黨綱是否分裂國土？其實只有當中華民國憲法所主張之大中國國家真的存在，而非虛構時，「臺獨」才有分裂國土之可能。如果中華民國憲法有效統治之國土早在1949年就只限於臺灣，國土早已因國共內戰而分裂，則這裡並沒有「臺獨」與「分裂國土」之問題。因此臺灣內部所謂獨派團體所爭取的，充其量只是國號是否要改名稱，國旗是否要更換之問題。但由於憲法大中國國家長期被虛構為存在，導致獨派團體認為「臺灣國」尚未建立。若以國際法上國家三要素為標準，則目前中華民國有效統治之國與獨派團體所主張之臺灣國二者完全是同一回事。何謂臺獨？自始就沒有明確之定義，反而是一直被政治性操作與擴大解釋，包括有所謂之「顯性臺獨」、「隱性臺獨」、「法理臺獨」、「獨臺」¹³⁹。中共對臺獨之定義最廣，而且一直變動不定，1996年臺海危機時中共說：「臺灣直選總統就是臺獨，而臺獨就是戰爭」。學者楊開煌認為站在中共之立場，所有不贊同中共「一國兩制」的論點，都視為「兩個中國」、「一中一臺」、或是軟性臺獨、隱性臺獨、獨臺、B型臺獨¹⁴⁰。這些任意解釋「臺獨」之說法，除了政治目的之外，並無國際法之依據。

(5) 小結

大法官對於背後隱含「國家定位」之聲請案，整體來看顯得猶豫與瞻顧，對於國土何在之憲法問題，以政治問題迴避掉。中華民國

139 關於「顯性臺獨」、「隱性臺獨」、「顯性獨臺」、「隱性獨臺」之分類，請參考：張亞中，建構共同體史觀之探索，收於：剝復之間：兩岸核心問題探索，頁60-64（2012年）。

140 楊開煌，中共「對台政策」解釋與評估：決策人物取向之研究，東吳政治學報，7期，頁94以下（1997年）。

國政府是否仍代表大中國而承擔中國這個法主體所負擔之債務，亦語焉不詳，既不明白否認債務，又不清償債務。對於以主張共產主義為目的之結社，單純只以結社自由與言論自由之基本權為立論，似乎忽略了大中國國家之虛構必須以「反共復國」為條件。從李總統終止動員戡亂以來，似乎已經不再將中共視為叛亂團體，也不再反共復國，如此一來停止中華民國憲法上大中國國家虛構，以國際法上之國家，統治權有效性所及之地——臺灣——作為憲法上之國家應是唯一合乎邏輯之解釋。

三、臺灣當前之憲法危機

(一) 當前臺灣憲法危機之原因不在國際法

國際法上之國家是以統治權之有效性為決定標準，1949年國府撤退到臺灣是決定性關鍵。中間經過了21年之久之國際法上之靜候期。1971年聯合國大會2758號決議所隱含之涵義在於：「靜候期已經結束了，中華民國不可能反攻大陸，中華人民共和國不可能統一臺灣。雙方各自在其所統治之地區已經穩固」。這是國際法上有效性原則之判斷與適用。不是李登輝陳水扁總統之兩國論才導致兩岸兩國，也不是馬英九總統之「一中原則」又導致兩岸歸於統一。亦非中共之反分裂法使兩岸不會分裂，或中華民國憲法之大中國憲法不修改，就可把1949年之變局一筆勾銷。

臺灣當前之問題並不是在國際法層面上是否有任何人要以任何方式分裂大中國國土，或宣告臺獨建國，因為這些都是虛構國家下之假議題。而是在憲法層面上如何去除虛構之大中國，使當下臺灣人民之國家基本共識進入憲法，受到憲法位階之保護。

(二) 當前臺灣憲法危機在於：臺灣國家認同未入憲

臺灣憲法危機隱藏一個嚴重之危險：實際上在民間只擁有不到5%之中國認同卻受到中華民國憲法之保障，而擁有超過50%之臺灣認同卻是無法進入憲法，反而可能會被以「臺獨」為由而宣告違

憲。更危險的是：如果總統是那群不到5%之中國認同者之一，則其關於兩岸之政策可能以背離人民之基本共識之方式來推動。這形成民主憲政國家之漏洞：總統背離當下全民基本共識之政策，卻利用人民之新的基本共識尚未入憲之漏洞，而完全可能在形式上合憲。

德國修憲有界限說正是在防止此種合法掏空憲法之危險：希特勒以合法方式取得政權之後，從事違背人民基本共識之行為，以形式合憲之方式，積極之作為來掏空威瑪民主憲法。如果臺灣總統是屬於那種不到5%之中國認同者，則其不用透過修憲，而是倒過來以不修憲之方式就已經可以合法地推行背離人民基本共識之行為了。尤其是以所謂「一中原則」搭配「互不否認治權」之方式，將原本所謂一個中國只能是指中華民國之解釋加以相對化，偷偷代換為中華人民共和國，導致中華人民共和國插手臺灣之事務。這種逐案地、漸進式地巧妙操縱「一中概念」，卻在實質上逐漸將「中華人民共和國」代換進入「中華民國憲法」。利用這種「移形換位」達到「合法篡位」之目的¹⁴¹。尤其是在馬總統任內，發生許多以「一個中國」之名義，但卻任由「中華人民共和國」來代換「中華民國」，遇有此種事件發生時，馬政府均保持默不作聲，他是以不作為來進行此種代換。

(三) 一中原則下之國家混同

中華民國在臺灣之主權，在馬政府之「兩岸一中」、「互不否認治權」底下，透過中國名義之巧妙運用，而產生了下述之後遺症：國軍退役將領敵我不分，不但參加中華人民共和國之國慶¹⁴²與論壇，並傳出「國軍、共軍都是中國軍」之言論¹⁴³。原本是臺灣與日

141 「合法篡位」又稱「合法革命」，都是修憲有界限說所要防止的。

142 羅添斌，退將參加中國國慶 高華柱：若有也不多，自由時報，2011年9月29日，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/sep/29/today-p2.htm>（最後瀏覽日：2012年11月2日）。

143 羅添斌，「國軍共軍都是中國軍」退役將領敵我不分，自由時報，2011年6月

本之釣魚台領土主權糾紛，也被巧妙地代換為中華人民共和國以代表中國之名義對日本之領土主張，而馬政府對中華人民共和國之釣魚台主權主張卻無任何異議¹⁴⁴。國軍退役將領共諜案接二連三地爆發¹⁴⁵，在一個中國之巧妙運用底下，國家忠誠似乎已經發生混亂了，不只軍方人員之共諜案¹⁴⁶，甚至臺灣人根據國安局之統計已經高達169人在中國之黨政軍機構任職，包括擔任人大代表、政協委員¹⁴⁷。另一些實質上是國家認同之問題也被以基本權保護之外殼加以包裝：陳雲林來臺時，愛國同心會可以持五星旗夾道歡迎，被解釋為是言論自由，但中華民國國旗卻被警方取締。國臺辦主任孫亞夫來臺大談一中統戰¹⁴⁸，卻被陸委會解釋為學術自由¹⁴⁹。此種以中國名義，在兩岸一中原則底下，將中華民國偷偷代換為中華人民共

9日，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/jun/9/today-t1.htm>（最後瀏覽日：2012年11月2日）。

144 黃昆輝，中共藉釣魚台混水摸魚吞台灣主權 馬英九不吭一聲默認？，臺灣海外網，2012年9月13日，<http://www.taiwanus.net/news/press/2012/201209130839001446.htm>（最後瀏覽日：2012年11月2日）。

145 李宇欣、陳璟民、彭顯鈞，又爆共諜 綠營轟：國軍保密系統全面失靈，自由時報，2012年10月30日，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/oct/30/today-p6.htm>（最後瀏覽日：2012年11月3日）。

146 屏東空軍四三九聯隊戰資官少校將 E2K 空中預警機等軍事機密販賣給中共。中華戰略學會研究員王志鵬於2013年10月28日在自由時報之讀者投書中表示：「中國統戰誘惑之方式與手段，會由大陸轉向台灣，由退役轉向現役，未來國軍年輕一代之軍士官面臨的挑戰會更嚴」。請參考：王志鵬，空軍共諜案與台灣戰略地位，自由時報，2013年10月28日，<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/oct/28/today-o4.htm>（最後瀏覽日：2013年11月20日）。

147 陳慧萍，169臺灣人任職中國黨政軍職，自由時報，2012年3月27日，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/571389>（最後瀏覽日：2012年11月3日）。

148 即使馬政府也主張一中原則，但別忘了，其所主張之一個中國是指中華民國，而非中華人民共和國。因此國台辦張亞夫之主張，陸委會應捍衛我國立場嚴加駁斥，或將之驅逐出境，才不至於又發生概念偷渡之狀況。參見：孫亞夫喊一中 台聯要求驅逐出境，民視新聞，2012年12月12日，<http://tw.news.yahoo.com/孫亞夫喊-中-台聯要求驅逐出境-060728627.html>（最後瀏覽日：2013年11月5日）。

149 這種明目張膽之「敵對中華民國憲法」之行為，卻被馬政府解釋為基本權而受中華民國憲法之基本權保障，造成中華民國憲法居然保障「消滅中華民國」之自由之荒謬現象。

和國之作法屢見不鮮。

在一中原則底下，中華民國與中華人民共和國均主張代表中國，而馬政府又提出互不否定之下，這裡就有操縱中國名義，以中華人民共和國代換中華民國之空間。原本在我國所謂一個中國只能是指中華民國，但卻在不否認中華人民共和國代表中國之下，竟然導致讓中華人民共和國魚目混珠，代換中華民國而插手臺灣事務。馬政府執政之後，這幾年或有意或無意地嘗試這種操作一中名義，原本應只能是指中華民國，但在執行上卻不反對被代換為中華人民共和國¹⁵⁰，或在面對中華人民共和國時，不明確區隔，無論是陳雲林之五星旗與國旗事件、中共主張釣魚台領土主權事件、或中共護照改版事件¹⁵¹，臺菲廣大興漁船事件¹⁵²，馬政府之緘默每次均引起喧然大波。因為這種外交政策與操作是自1949年以來從所未有之新變局，是臺灣人民從所未曾料想到的新局面：「兩岸一中，互不否認」竟然導引出中共可以透過虛構之一中而在事實上插手臺灣事務。這種操作之模式，大多是中共干預臺灣事務，馬政府不作聲¹⁵³。

150 最明顯的操弄「一中代換」的例子是：關於中共對日本主張釣魚台主權時，馬政府之態度為何？國安會副秘書長葛光越說，中、日和臺、日之間對於釣魚台主權看法存有爭議，但臺、中之間對於釣魚台主權看法則無爭議。他表示，臺灣應向日本表達「釣魚台是我國領土」立場，但不須對中國宣示擁有釣魚台主權一事表示異議，因為根據憲法第4條，中國大陸是我「固有疆域」。請參見：范正祥，釣魚台屬中國？日關切台灣態度，自由時報，2010年10月3日，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/432445>（最後瀏覽日：2012年6月15日）。

151 中華人民共和國新版護照把臺灣、南海均包括進去。馬政府除了命陸委會抗議之外，並沒有更進一步之後續反制行動。詳見：社論，護照挑釁主權，馬若愚為何默不吭聲？，自由時報，2012年11月28日，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/paper/634104>（最後瀏覽日：2013年3月15日）。

152 最近之臺灣與菲律賓之間關於「廣大興號」之衝突，中共國臺辦嚴詞譴責菲律賓射殺臺灣漁民，連網友都怒斥中共趁機吃臺灣豆腐，但馬政府仍保持緘默。請參考：曾韋禎，中國譴菲野蠻 網友批吃台灣豆腐，自由時報，2013年5月11日，<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/may/11/today-fo1-2.htm>（最後瀏覽日：2013年6月3日）。

153 陳雲林到臺灣之國旗事件，引起滔天巨浪，中華民國之警察居然動手拔掉抗

(四) 小結

馬政府表面上主張：「一中是指中華民國」，但在「互不否認治權」之下，卻默許「中華人民共和國所代表之中國」代換進入在臺灣之中華民國憲法。這種作法之所以可能，是因為中華民國憲法所保障之國家是虛構之大中國，當受到多數人民認同之「臺灣國」尚未進入憲法時，中華民國憲法所保障之國家等於是空的，因為它並沒有保障中華民國憲法有效施行之區域「臺灣」。反而是開放讓憲法無法有效施行之中國進入。馬政府可以照這種「一中」解釋，而推行背離人民基本共識之「傾中政策」。甚至讓中華人民共和國併吞臺灣、由中華人民共和國憲法取代中華民國憲法，都還可解釋為「合憲」。這就是當前臺灣最大之憲法危機。它讓只佔不到5%之中國認同受到憲法高位階之保護，讓超過半數之臺灣認同不僅不受憲法保護，反而被打為違憲之臺獨。它讓少數擁有中國認同之政客可以合法合憲地推動背離人民基本共識之「傾中政策」或「兩岸統一」，甚至可以「合憲」地讓中華民國憲法被中共消滅。臺灣之所以發生這種獨特之憲法危機，理由在於：中華民國憲法是以「虛構國家」，或以實際統治權所不及之「國際法上之他國」作為本國憲法所保護之客體。

歸納起來，臺灣之病症在於：制憲當初之憲法上之大中國國家主張，自1949年國民政府喪失中國大陸之有效統治權迄今，均未進行合乎國際法上國家判斷之修憲。從而導致規範性憲法上之國家與憲法現實上之國家嚴重分離，以至於現實上以臺灣為國家認同之基本共識雖形成，但卻遲遲未入憲，無法獲得應有之規範性地位，因此無法以憲法之規範力來保護該新的基本共識。反而仍是以已經喪失民心之「中國」為官方版本之國家，導致憲法規範所捍衛之國

議群眾手持之中華民國國旗。馬政府受到輿論譴責之後，比較不敢嘗試類似這種主動操作，而大多改為較細膩之被動操作：任由中共干預臺灣事務，被動不作聲，不駁斥。

家，竟然是不符合現實基本共識之國家。並誤用德國修憲有界限與釋憲有界限理論來捍衛絕大多數國民所不認同之國家。這導致憲法（與國家）之整合功能失靈，而使得少數政客可以藉由操弄一中原則來進行背離基本共識之諸種措施。

四、當前憲法危機之解決

如前所述，國際法意義下之國家構成憲法之前提。憲法之最高性、排他性要求，憲法之限制統治、正當化統治以及整合之功能均附麗於國際法上實際國家。憲法以及職司釋憲之大法官不能由於政治敏感而保持「國家中立」，或「國家虛構化」，否則憲法建立與維護國家之任務將落空，憲法等於沒有保護之對象。中華民國憲法實際有效適用之臺灣如果不能被憲法保護，等於憲法並未保障它自己，因為中華民國憲法只存在於臺灣，也只有對臺灣人民適用，因此臺灣被中共併吞就是中華民國憲法之消滅。中華民國憲法以其統治不到之中國為其國家主張，而此一中國在國際法意義下目前等於是中華人民共和國。中華民國憲法上之國家是否調整為臺灣，主要之作用是對內防範有心政客之「合法篡位」，而不是對外防範「臺獨建國」。如果有大中國國家認同之總統，明知臺灣人民之中國認同不到5%，明知憲法上之中國是虛構，但卻利用憲法上之虛構中國，假戲真做，代換以實際中國之中華人民共和國，則將可以表面合憲之方式，遂行中共統戰臺灣，消滅中華民國憲法之目的。為了揭發與防止此種以表面合憲之方式所為之「合法篡位」，因此憲法上之虛構中國應去除，應以目前憲法有效施行，以及受到大多數國民所認同之臺灣來取代。

（一）解決之途徑：制憲、修憲與釋憲

從前述歷年臺灣人民認同之調查可以得出：中國認同不到5%，臺灣國家認同超過半數，而且此種消長呈穩固化繼續之趨勢。憲法如何面對此種基本共識之改變？憲法可否繼續捍衛不到5%之中國

認同？繼續將超過半數之臺灣認同打成「臺獨」而違憲？問題是這種以不變應萬變之作法，將使規範憲法與現實憲法脫節更嚴重，中國國家認同仍然整合不動臺灣人民，統獨意識形態之抗爭仍將繼續主宰臺灣社會，以及少數政客有遂行「合法革命」之機會。因此解決之道在於：應該讓新形成之臺灣國基本共識取代虛構之大中國，而進入憲法。可能之入憲途徑有：制憲、修憲與釋憲。

（二）國際法意義下之國家是否屬於憲法不可修改之核心？

要將中華民國憲法之大中國國家主張調整為合乎人民基本共識之臺灣，應該採取制憲之手段？還是以修憲之手段為之？首先碰到的問題是：作為憲法前提之國際法意義下之國家是否可處分？是否屬於不可修改之核心，而亦構成修憲有界限之範圍？

1. 國族意識可能發生變更

國族意識是國家之主觀要件，若國族意識發生變更，則影響國際法上之國家同一性¹⁵⁴。國族既是制憲權主體，也同時是人民自決權主體，其有權處分國家。捷克人與斯洛伐克人原本是同一國族，但當捷克人與斯洛伐克人自己之國族意識覺醒，產生國族意識變更，則自行以修憲之方式修成兩國。奧地利人於二次世界大戰之後，國族意識發生變更，不想要再當德國人，於是也建立自己之國家¹⁵⁵。國家並非一產生，就會永遠存續，國家機關如不照顧人民之國族意識與國家認同，則當國族意識發生變更，國家就會受到處分了。

2. 國家性是否屬於不可修改之核心？

根據修憲有界限說，憲法基本共識之內容構成憲法之核心，這是制憲權主體之人民接受統治之前提。只有當國家滿足該前提內容時，人民才會願意接受統治。就憲政國家而言，該基本共識之內容

¹⁵⁴ Fiedler (Fn. 39), S. 99.

¹⁵⁵ Kriele (Fn. 82), S. 74.

包含：國民主權原則、民主原則、權力分立原則、法治國原則、自由與平等之基本權保障。德國基本法第79條第3項所規定之永久性保障原則，就是基本共識之內容，並明文規定為修憲之界限。

有疑問的是，該基本共識之內容是否包括國際法意義下之國家？對此問題德國基本法第79條第3項並未明文規定，但學者通說肯認為包括「國家」在內¹⁵⁶。亦即，德國國家性亦為基本共識涵蓋之內容，而構成修憲之界限。此種見解亦被實務所證實。德國聯邦憲法法院在里斯本條約之判決中，明白肯認德國國家性亦為基本法第79條第3項所保障之範圍，而構成修憲之界限¹⁵⁷。

由於國際法上之國家亦屬於憲法基本共識，因此也受到修憲有界限說之保障。所以學者通說與聯邦憲法法院表示該德國國家性構成歐洲整合之界限¹⁵⁸。如果歐盟往歐洲聯邦國整合，德國從國際法意義下之國家變成為歐洲聯邦國之一邦，則違反德國基本法第79條第3項之界限，此時亦無法透過修憲來正當化，而是只能由德國人民行使制憲權來作此一重大決定。

我國自司法院釋字第499號解釋以來也採德國修憲有界限說，如依德國通說與實務之見解，則國家性之變更也觸及憲法核心，只能以制憲之方式為之，不能以修憲之方式變更。因此如採取同一解釋，則是否臺灣國家性之入憲也只能制憲，不能修憲。

本文認為：德國修憲有界限說將「國家性」列入不可修改之核心，該國家性是指國際法上國家，亦即是指實際有效之國家，而非虛構國家。對於國家性之處分等於是人民自決權中外部自決權之行使，因此慎重為之是正確的。反之，中華民國憲法所規範之中國，

156 *Kirchhof* (Fn. 90), §19, S. 797, Rn. 51; *Dietrich Murswiek*, *Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip*, in: Kraus/Wolff (Hrsg.), *Souveränitätsprobleme der Neuzeit*, Freundesgabe für Helmut Quaritsch anlässlich seines 80. Geburtstages, 2012, S. 95 (98).

157 BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009, Abs-Nr. 179, 263, 228.

158 *Murswiek* (Fn. 33), S. 169 ff.; BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08 (Lissabon-Vertrag), Abs-Nr. 216.

自1949年起，就已經由於喪失中國大陸之領土而虛構化了，國家權力事實上只能於臺灣才能有效行使。根據國際法上之有效性原則，中華民國之國家性只存在於臺灣，憲法老早就應該針對1949年之變局而調整，但迄今一直並未調整，而是以虛構之中國延續至今。因此將憲法上之大中國改為臺灣，並非是對國家性為處分，而是去除虛構，配合國際法上之國家判斷而調整，所以並無德國修憲有界限說之適用，認為只能以制憲調整，而不能以修憲為之。亦即無論制憲或修憲都是可採用之憲法調整方式。問題是哪一種方式比較妥適？

(三) 制憲解決與正名制憲

目前大多數臺灣人民認同臺灣，認同中國者微乎其微。縱然有此一事實存在，但以制憲方式來表達此一意志是否具有可行性，仍須考慮國際因素。亦即，高調地以制憲來訂正自1949年以來之兩岸分裂之事實是否有必要？即使不管中共之反應，也必須考慮美國之意見。尤其是在國際法上，兩岸是兩個互不隸屬之國際法主體，早有定論。因此變更中華民國憲法之國家主張為臺灣，其目的不是對外爭取臺灣是獨立國家。其目的應該只是對內防止不到5%之中國認同一直佔據憲法，受到憲法保障，卻反過來將擁有54%之臺灣認同打為違憲之「臺獨」。

民進黨執政期間亦曾經嘗試推動「正名制憲」，但該「正名制憲」並非如同本文所強調的，應對內填補國家漏洞，將虛構之大中國改成臺灣。反而是對外取向性，強調事實上早已存在之臺灣主權獨立之國家性。從第三國，尤其是美國之角度來看，中華民國是國號，其代表臺灣，臺灣事實上從1949年起就已經獨立於中國之外。所以大費周章之正名制憲，若沒有強調其內部取向性，只會引發外界一種「多此一舉」之印象¹⁵⁹：在已經取得獨立主權地位六十年後

159 這也是美國並不支持陳水扁總統任內所推動之「正名制憲」之原因，因為以

又再次強調自己之主權獨立性，或甚至令人疑惑：難道臺灣這六十年來都是中國之一部份，現在才開始獨立嗎？

原本制憲也可以是矯正憲法上國家虛構之解決之道，但由於制憲這個選項，在陳水扁總統時代大張旗鼓地推動「正名制憲」之下，引發往外部面向強調之「建國制憲」之印象，因此其實現可行性在考慮國際局勢之下，尤其是考慮美國之意向底下，是大有疑問的¹⁶⁰。為了避免造成失焦與不必要之阻力，制憲似乎太過於引人注目了。這裡所追求之目的不是對外取向之「建國制憲」，而是對內取向之「修正憲法虛構之國家」，以實際統治權所及之臺灣作為中華民國憲法所規範之國家。調整自1949年以來所未調整之憲法上國家，使該憲法上國家與國際法上國家之判斷一致，以達到消除憲法應然與憲法實然之間之落差。因此在權衡國際局勢下，制憲並非是妥當之選項，較妥當之憲法調整方式應該是修憲或釋憲。

(四) 修憲解決與修憲界限說

另一種調整可能性是透過修憲讓新的共識進入憲法。但此種修憲解決模式在我國由於司法院釋字第499號解釋採取修憲有界限說，因此產生憲法上國家主張之變更是否逾越修憲之界限？

1. 國內學者討論修憲有界限說之缺失

我國司法院釋字第499號解釋也引進修憲有界限說，但本號解釋與學者關於修憲有界限說之論述大多集中於：列舉某些憲法規定，認為具本質重要性，而定性為憲章，並認為憲章不得修改，否

制憲來強調台灣在國際法上之主權國家性，是多餘之舉。

¹⁶⁰ 學者 Roth 也採取相同之見解，其認為臺灣對外爭取法律地位之法律論證必須顧慮美國與國際社會之支持，尤其必須避免美國為了迴避立即處理燙手山芋而不得不作出明確對台灣地位不利之表態。Roth 表示：「臺灣積極爭取其法律地位的法律論證，如果無法在實際上有助於獲取政治支持，則很可能反過來產生無法忍受之政治成本」。請參考 Brad R. Roth 著，梁志鳴譯，張文貞校訂（註71），頁103。

則就是「憲法破毀」¹⁶¹或「革命」¹⁶²。此種論述完全忽略了：基本共識之問題，修憲有界限說與國民主權原則如何相容之問題¹⁶³，以及修憲有界限說適用之前提與界限之問題。

由於國家也是屬於基本共識之內容，因此當國家認同之基本共識轉變時，是否會因修憲有界限說而認為只能以制憲之方式，而不能以修憲之方式來讓該新的基本共識進入憲法。這理必須先討論修憲有界限說適用之前提為何？接著再以東德之修憲為例來說明此一現象。

2. 修憲有界限說之適用前提

有界限說只是在防範像希特勒那樣之政客，藉著一時掌控國會，以合法之修憲方式，修改出違背人民基本共識之獨裁專制體制。其適用之前提在於：人民對於憲法之基本共識仍存在。所以有界限說是在對付少數政客之篡位，以維護多數人民之基本共識，而不是在對抗合乎多數人民意志之修憲¹⁶⁴。學者Martin Heckel表示：「如果人民之規範意志不再繼續下去，因為人民對於基本秩序之正確性與正義性之確信，以及該基本秩序正當性之確信不可回復地失去了，則憲法就像春天之冰一樣地融化了。如果人民之意志是反對憲法，基於人民制憲權而要排除憲法之效力，則國家機關不能鎮壓人民。國家機關必須負責幫人民過渡到新的憲法狀態，即使國家機關是根據舊憲法才合法與正當地取得官職，即使憲法並未賦予國家機關此種換掉憲法之權限、亦同。因此人民制憲權所為之憲法排除

161 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，頁24以下（2004年）。

162 許育典，憲法，6版，頁19（2013年）；李惠宗，憲法要義，3版，頁36（2006年）。

163 學者黃昭元針對修憲有界限說，曾質疑該說與國民主權原則相違背。請參考：黃昭元，修憲界限理論之檢討，收錄於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法——李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁224以下（1997年）。

164 Thomas Württenberger, Die Verfassung der DDR zwischen Revolution und Beitritt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. VIII, 1995, § 187, S. 121, Rn. 41.

不能被等同於政變，人民自由之意志亦不能被等同於篡位者之意志（*der Wille eines Usurpators*）。」¹⁶⁵。

因此修憲有界限說不能機械式地適用，不能完全只看修憲之內容是否觸犯了憲章，只要觸犯憲章就指摘為「合法政變」或「合法篡位」，而是要考慮人民之基本共識是否改變。當人民對民主制之基本共識仍一直存在時，則將民主制透過修憲程序修改成獨裁制，就是違反修憲之界限之合法篡位。反之，如共產國家之人民對社會主義憲法之基本共識改變，想要將共黨獨裁修改成多黨民主，這同樣也逾越社會主義獨裁憲法之憲章，難道此種修憲也不可以？也抵觸修憲之界限而無效？何以只能革命制憲，不能透過修憲之方式來辦到呢？

3. 以兩德統一前之東德修憲為例：逾越憲章，但並非合法篡位

過去前東德共黨憲法，關於共產黨一黨專政之規定也是其憲章。在兩德統一之前，東德透過修憲將該一黨專政之憲章取消，修改成為多黨制之代議民主¹⁶⁶。根據有界限說之理論，難道這種修憲也是逾越界限¹⁶⁷，因而無效？或只能以制憲之方式為之，不能以修憲之方式為之？國際法意義下之國家是憲法之前提，根據有界限說之理論，國家性也是屬於憲章，因此以修憲之方式將國家修成兩國，比如捷克斯洛伐克之修憲，難道這種修憲也是逾越界限，因而

165 *Martin Heckel*, *Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR Bd. VIII*, 1995, §197, S. 519, Rn. 62, 63.

166 東德在1990年3月18日大選之後，於4月作了決定性之修憲：廢除了舊憲法前言，並將國務院之權限移轉到人大主席團。同年6月6日公佈了東德憲法原則：自由民主聯邦國、社會生態法治國、宣佈私有財產、經濟行為自由、結社自由、司法獨立、勞動與環境之保護。請參考：*Heckel* (Fn. 165), §197, S. 501, Rn. 26.

167 學者 *Doehring* 表示：1989/90年之東歐共產國家之修憲，如採 *Carl Schmitt* 的見解，則全部都是革命事件，因為共產主義之基本原則已經被放棄了，而不只是修改而已。請參考：*Doehring* (Fn. 32), S. 100, Rn. 240. 不過雖然是逾越憲章之修憲，由於其合乎多數人民之意志，所以仍是有效。

無效？從東德與捷克斯洛伐克之修憲可以證明：修憲有界限說之適用前提並非單純只是憲章被修改而已。縱然修改之內容是具有本質重要性之憲章，但如該修改合乎當下人民之共識，則該修改仍是具有正當性，因此這裡並無修憲有界限說適用之餘地。學者Thomas Würtenberger也主張此種看法，他認為希特勒之修憲與東德之修憲都是以合法修憲程序逾越憲章之修憲，但希特勒之修憲是背離人民憲法意志，所以是以表象合法之手段所為之憲法破棄，反之，東德人民之修憲是當真合乎人民多數意志之憲法排除¹⁶⁸。

4. 東德何以捨制憲而就修憲？

既然絕大多數東德人均想要揚棄舊憲法，則制憲也可以成功，何以當時東德人不走「光明正大」之制憲途徑，而卻以修憲之途徑來達成制憲之目的¹⁶⁹？這是因為當時東陣營剛鬆動，東德人民並不肯定蘇聯是否會放手讓東陣營國家擺脫共產體制，因此以不動聲色地修憲，暗中掏空共產主義憲法為宜。當時擔心明目張膽地高調制憲，可能太招搖而恐怕會引來不可測之危險，因此以修憲來取代制憲是當時之政治理智決定¹⁷⁰。

5. 小結：修憲有界限說不能對抗大多數人民之基本共識

學者Grimm強調：即使是防禦性民主，事實上只能防禦力量較

168 Würtenberger (Fn. 164), S. 121, Rn. 41.

169 學者 Heckel 表示：東德以合法之修憲為外套來進行制憲，目的是要偽裝成社會主義之憲法之效力仍繼續下去，雖然該社會主義憲法已經受到革命性地破毀，以及被一個不具繼續性之憲法所取代了。請參考：Heckel (Fn. 165), §197, S. 500, Rn. 24.

170 學者 Heckel 指出：蘇聯境內有50萬紅軍、根據 Breschnew 之理論，社會主義國家互相支援對付「反革命」、華沙公約之軍事合作、蘇聯作為東德之佔領軍之剩餘權利，尤其是1953年6月17日對東德反抗做過血腥鎮壓之記憶，這些均逼使東德革命儘可能地溫和以及不引起注意地進行，以避免任何挑釁。這是一種獲取生存，不得不爾之舉措。請參考：Heckel (Fn. 165), §197, S. 498, Rn. 18.

弱小的那一方¹⁷¹。任何憲法均無法阻止體制外之力量推翻憲法，或阻止革命之發生¹⁷²。憲法透過有界限說能夠辦到的只是：揭穿少數政客假借合法之外衣所為之憲法破壞。如果人民當真基本共識改變，這表示現實社會中大多數人民形成新的憲法意識，因此照該新共識所為之修改是合乎多數人民意志之修改，該修改即使交付人民公投（制憲程序）都會通過，因此這是制憲權主體之人民所為之主權行使行為，其既然重新制定新憲都可以通過，則以修憲之方式（國會加重多數決）刪除某些憲章之規定，或將新的基本共識入憲，皆無牴觸修憲界限之問題，因為這理並無少數政客背離基本共識之篡位¹⁷³。

因此雖然我國自司法院釋字第499號解釋以來也採用修憲有界限說，而即使國家性之改變也屬於修憲之界限，但一方面，如前所述，這裡所為之修憲只是將虛構之中國調整為臺灣，並非對實際存在之中國國家性為處分，而另一方面由於臺灣人民之國家認同基本共識已經改為臺灣認同，因此這裡並無修憲有界限說之適用餘地。因此我國還是可以透過修憲之方式將中華民國憲法上之國家主張修改成臺灣。

171 *Grimm* (Fn. 2), S. 331.

172 學者 *Kirchhof* 表示：實證憲法無法阻止法律外手段之違反憲法，而是只能防衛假合法式之憲法破壞。革命無法被禁止，不過欠缺正當性與合法性之革命活動，卻也不能任由革命者去引用表面上之合法來取代。亦即，基本法79條第三項是要拿掉革命者之合法面具。請參考：*Kirchhof* (Fn. 90), §19, 1987, S. 775 (790).

173 學者 *Dietrich Murswiek* 指出：「構成憲法統一性之基本決定之不可修改性，只有當人民一直保持確信這些基本決定是正確的，以及只有當從該正當性確信所導引出來之政治意志一直保持下去，該意志是要來維護此種基本決定下之憲法時，則該基本決定之不可修改性才可能長期地被保障下去。反之，如果大多數人民均認為該基本決定不正當，並想要透過別種憲法決定來取代時，則長期而言不可能該基本決定能夠維持下去的。」請參考：*Dietrich Murswiek*, *Verfassungsfragen der staatlichen Selbstdarstellung*, in: ders. (Hrsg.), *Staat-Souveränität-Verfassung*, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, 2000, S. 307 (315).

(五) 釋憲有界限說與基本共識改變

第三種方式是透過大法官之解釋，將中華民國憲法上之國家解釋為是指臺灣。但此種方式在理論上又會受到憲法變遷理論與釋憲有界限說之挑戰。這裡可能要注意：憲法變遷理論之適用前提為何？在基本共識瓦解之社會，是否還有適用之餘地？

1. 釋憲有界限說與憲法變遷

所謂釋憲有界限說，這是指憲法法院透過憲法解釋所為之憲法變遷必須有所限制：該憲法解釋必須在文義範圍內。亦即，以憲法規定之概念所容許之涵蓋範圍內，才可以為憲法變遷。此種限制之主要理由是在確保制憲當初之憲法基本共識，防止其被釋憲者所破壞。這裡針對之對象是憲法法院。憲法法院雖無權限來修改憲法，但它卻完全能夠以釋憲之方式而將憲法加以續造發展，而完全有能力背離原本之基本共識。因此釋憲有界限說是防止憲法法院法官恣意解釋憲法，而背離憲法之基本共識¹⁷⁴。但憲法變遷在這理所謂以文義來限制憲法解釋到底是何所指？它並不是指法官只能採用歷史解釋法，只能遵照制憲者之意志，而是說法官可將憲法意義朝向於社會變遷之解釋。問題在於：該意義變遷是否必須保持在憲法文義可涵蓋之範圍內？還是說憲法解釋可以取向於已經改變之社會共識而可超越憲法文義？

2. 憲法解釋取向於社會變遷

從聯邦憲法法院關於基本權理解從防禦權往給付權之方向發展，反映出：聯邦憲法法院並非對於社會中價值觀之轉變無動於

¹⁷⁴ 學者 Martin Bullinger 表示：憲法之實證法化不得導致作為政治基本共識之憲章任由最高之法官處分。憲法法官之任務在於：照顧憲法所規定之政治基本共識。Martin Bullinger, Fragen der Auslegung einer Verfassung, JZ 2004, S. 209 (211).

衷，而是跟隨時代思潮之轉變而變更對基本權之理解與解釋。學者 Würtenberger 表示：「德國在戰後一直到六零年代之前，是經濟奇蹟之年代，取向於自由主義思想之國家理論與憲法理論獲得貫徹。基本法所規定之社會法治國，幾乎只有法治國綱領被感覺到。自六零年代中葉以來，公共意見開始轉變成社會國之思潮。一個有計畫的，重分配的，保障社會安全之國家才受到人民之接受」¹⁷⁵。因此聯邦憲法法院關於基本權之解釋也跟隨此種社會現實之改變，也發展出基本權之社會給付權之面向。

學者 Würtenberger 表示：「如果在社會中見解變遷已經有某種持久性，則司法機關不能長期忽略這一點。法規範不應根據在制定當時之價值確信與正義確信來解釋，而是應根據解釋時當下之價值確信與正義確信來解釋。在法概念之文義範圍內所容許之限度內，可以透過解釋而將過時之價值觀與正義觀過濾掉，而以合乎時宜之理念來取代。如此而使法規範之意義朝向當代之時代精神調適」¹⁷⁶。他又指出：「凡是法規範與歷史立法者之規範意志在時間上距離越遠，則法規範越是需要朝向時代精神調適。此種排斥歷史立法者意志之理由在於：今日所應適用之法之正當性基礎並不在於過去，而是在於當下。對法院而言關鍵並不在於：當時立法者從何種價值觀與正義觀導引出法規範，而是在於：目前存在於作為主權者之人民心目中主流之價值觀與正義觀為何」¹⁷⁷。亦即，當下人民之共識才是憲法解釋之標準。

3. 憲法變遷之突破：背離憲法文義之解釋

當時代思潮轉變，人民之基本共識發生改變，聯邦憲法法院應該取向於新產生之基本共識來解釋憲法，已如前述。但此時聯邦憲

¹⁷⁵ Thomas Würtenberger, Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung, NJW 1986, S. 2281 (2283).

¹⁷⁶ Würtenberger (Fn. 123), S. 198.

¹⁷⁷ Würtenberger (Fn. 123), S. 199.

法法院是否只能在憲法文義可能涵蓋之範圍內，才能為此種憲法變遷？亦即，在何種限度內，法適用者得不考慮實證憲法，而考慮憲法現實？

學者Würtenberger指出：德國聯邦憲法法院雖然注意到社會變遷之事實，也會將社會變遷納入解釋，但仍然是透過憲法規範之文義可容許之意義範圍內，來反映該社會變遷，而不是直接根據社會現實。亦即，聯邦憲法法院仍還是從憲法之應然秩序導引出判決，而非從實然秩序中導出。其主要理由在於：德國戰後迄今人民對憲法之基本共識並未改變¹⁷⁸。

這裡清楚點明：釋憲有界限說與憲法變遷理論之適用前提在於：人民之基本共識不變之正常社會。反之，如果是在基本共識瓦解之社會，當人民從瓦解之基本共識中，逐漸凝聚新的基本共識，此時應如何解釋？本文認為，這時應採取有同樣基本共識瓦解問題之威瑪時代之憲法理論——整合理論。學者Smend表示：「憲法解釋與普通法律解釋不相同，憲法解釋必須很大程度地脫離規範條文之拘束，以及法學方法之拘束，而取向於整合成功（以整合成果為取向）。亦即憲法解釋之目的是為了達到整合成功。因為政治力常常在一個不完全合憲之軌道上才成功地達到整合，憲法條文所指示之整合任務之履行，縱然有個別之違反，不過與其對條文忠誠，倒不如寧可在有瑕疵之憲法生活中達到整合成功」¹⁷⁹。

學者一般均承認：無論是修憲有界限說或釋憲有界限說，均無法阻止憲法被人民推翻與被破棄。亦即，憲法對於社會現實中之新共識應採取一種立場：只有在能防阻得了之限度內，才能否定該新共識，憲法防阻不了時，就必須「招安」：讓新共識入憲¹⁸⁰。因為

178 Würtenberger (Fn. 123), S. 196.

179 Smend (Fn. 106), S. 190.

180 學者 Isensee 指出：憲政國家只能以保護憲法之法律防範措施來對付個別不認同憲法之攻擊，不過如果反對之人民之數量很多，如果人民普遍之（支持）憲法意志不存在了，則憲政國家將無法防衛。請參見：Isensee (Fn. 84), S. 100.

繼續抱殘守缺，一概否定社會中新產生之價值與共識，將縮減憲法之正當性基礎，這等於是累積憲法被破棄與被推翻之能量。該釋憲有界限說之適用前提仍然是：當下人民對於憲法之基本共識不變。因此才有防止憲法法院法官破壞憲法基本共識之必要性。反之，如果當下人民之基本共識改變，憲法法院法官之解釋必須取向於好不容易從瓦解之社會中成功整合出來之新共識。如此才能儘可能地擴充憲法之共識基礎。無論採取何種解釋，憲法之解釋不能導致國家瓦解、社會分裂、憲法各種功能之喪失，以及憲法成為具文¹⁸¹。因為憲法所負擔之任務是：國家之建立與維護，以及法秩序之建立與維護¹⁸²。

職司釋憲之大法官對於中華民國憲法所以之為前提之國家，是哪一個國家？不能再迴避，而是應做出合乎當下人民基本共識之憲法解釋。人民並不可能對於其所不認同之國家忠誠，臺灣人民對於中國之認同已經微乎其微，低於5%，而且還一直往下降。中國再也不可能作為整合臺灣人民之國家，反之，臺灣人民對於臺灣認同不斷成長，自2009年起已經年年穩定超過50%。此種長期從國家認同分裂與瓦解之困境中最後終於整合成功之基本共識，應納入憲法，使之享受憲法高位階之保障。因此應採整合理論之見解，將憲法解釋取向於整合成功。至於德國憲法變遷或釋憲有界限之理論是在憲法基本共識不變之社會中才有適用之餘地。

181 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, 1988, S. 283 (286).

182 *Hesse* (Fn. 86), S. 15.

柒、結論：以國際法作為憲法解釋之界限

一、違反國際法之憲法國家主張於內國法域將喪失實際效力

憲法上之國家是以國際法上之國家為前提。因此憲法對其所主張之國家也必須採取國際法上國家之解釋：基於國家權力之實際有效性之實際國家，而非基於失去國家權力有效性之虛構國家。本文主張：此種國際法上之國家解釋構成憲法解釋之界限。憲法如不照此種解釋，則不僅該憲法主張於國際法域無法實現，於內國法域雖然不會因此喪失內國憲法效力，但長期而言，該憲法之實際效力亦喪失。亦即憲法之要求，比如大中國國家認同之要求，也同樣無法實現。

二、臺灣政治「兩極化」與「敵友化」之根源

1949年中華民國喪失對中國大陸之實際有效統治，中華民國憲法之國家主張如不改成臺灣，而仍堅持代表中國，則憲法就是以其實際上規範不到之虛構中國為其國家主張，並加以憲法高位階之保障。反之，中華民國憲法有效施行之唯一地區——臺灣——不但沒有被納入作為國家保護，反而被虛構中國之憲法當作「臺獨」而被中華民國憲法「敵人化」。這是困擾我國多年之政治敵友化之根源。因此除非中華民國憲法所主張之國家改為臺灣，否則臺灣政治兩極化與敵友化之衝突無法化解。

三、虛構中國之後遺症：臺獨問題與憲法之自相矛盾

在國際法上只有有效統治權所及之領土才是國土，只有在該國土上憲法才能有效施行。中華民國憲法實際上只存在於臺灣，臺灣是其適用之唯一國土，但唯一國土之臺灣卻沒有被當作國家而受到

憲法之保障，這等於中華民國憲法自己並沒有保障自己之存在。因此如果臺灣被代表實際中國之中共併吞，這同時等於中華民國憲法喪失其唯一有效適用之國土，也等於中華民國憲法被消滅。亦即，臺灣在國際法上之滅亡就是中華民國憲法之消滅。臺獨是只有在虛構中國之憲法底下，才有存在「違憲」之可能。1949年國共內戰之結果就已經決定了臺灣與中國大陸之兩岸兩國，自那時起中華民國只能以「臺獨」之身分存在於國際，而不是除了臺灣之外另有國土供其存在。中華民國憲法若仍保障「虛構中國」，打壓「臺獨」，則等於陷入自我矛盾：中華民國憲法以規範不到之中國自居，來宣告唯一被其規範適用之臺灣國為違憲之臺獨。

四、國族之國家認同是國家存續與憲法上國民主權原則之基礎

國際法意義下之國家是有國族意識與國家認同之一群人所組成的。這是國民對國家忠誠之基礎，以及一國內部團結之基礎。憲法是在此一基礎上，國家才不致於瓦解。學者Wolfgang Reinhard表示：現代民主民族國家是依靠人民對於國家之認同而活。如果該國家認同萎縮，則是該國家滅亡之開始¹⁸³。因此憲法解釋應往臺灣人民國家認同超過半數之臺灣國解釋，才能避免國家瓦解與滅亡。在一般正常國家中，國族之國家認同是具有穩固之多數共識，而且也受到憲法所保障。因此不可能發生憲法所命令之國家認同在內國只剩下不到5%。此種憲法若不朝人民多數認同之國家調整，則該憲法提供一種合憲之獨裁統治可能性：背離當下人民國家認同基本共識之政策居然可以合憲，大中國國家認同之總統可以不顧多數人民之意願而合憲地強推兩岸統合政策，如此則國民主權原則將名存實亡。

¹⁸³ Wolfgang Reinhard, *Geschichte des modernen Staates*, 2007, S. 110.

五、修憲有界限說之適用前提：對於憲法基本共識未改變

憲法固然可以設定修憲界限，或防禦性民主來限制政治行動者，並增加對於憲章之確保，不過這種作法在一定強度以上就行不通了。因為政治勢力或憲法外之力量透過合法之機關來影響或變更憲法上之基本決定，這在法律上幾乎不可能防制得了¹⁸⁴。因此反對憲法之人數不能太多，如果太多，到達超過半數，則這變成是制憲力。此種反對憲法之制憲力根據國民主權原則，原本就能夠透過人民制憲權之行使而排除舊憲法，或換掉整部憲法，也能將不再合乎當下人民基本共識之憲章刪除或變更。這裡並沒有修憲有界限說適用之餘地，亦即此時憲法不能硬擋，而是要保持開放，讓新的共識進來，以增加支持憲法之共識之基礎。否則的話，憲法之基本共識將持續被危害。

六、人民制憲權可自行決定憲法調整之方式

臺灣人民對國家認同之基本共識已經超過半數認同臺灣，因此這是國民主權制憲力層次之展現。以制憲來將中華民國憲法之大中國改成臺灣，雖然合乎理論，但鑒於國際因素之考慮，尤其是美國之態度，以及容易引發「獨立建國制憲」之印象，因此無需採用此種大張旗鼓之方式來做此種憲法調整。如前所述，只要合乎當下人民之基本共識，即使以修憲之名，行制憲之實，亦無不可。東德之修憲放棄社會主義憲法，捷克斯洛伐克以修憲修成兩國，皆為例證，這裡並無修憲有界限說適用之餘地。

七、釋憲者應採取整合成功之憲法解釋

釋憲有界限說以及憲法變遷理論，也同樣是在人民對於憲法之基本共識不變之情況下，才有適用之餘地。像臺灣社會這種從國家

184 *Grimm* (Fn. 2), S. 331.

認同之長期分裂與瓦解之困境中所形成之新的超過半數之國家認同共識，應根據整合理論，而為釋憲之標準。將臺灣納入中華民國憲法做為國家來保障才能發揮憲法各種功能，才能逐漸解決困擾臺灣社會多年之政治兩極化以及重建憲法共識。這才能以新的基本共識來逼使藍綠政治人物遵守憲法。以及避免大中國認同之總統，背離人民之基本共識，以形式合憲之方式，進行「合法篡位」。也只有拆除憲法上之虛構中國，以臺灣國取代，才能破除一直被污名化之「臺獨」。臺灣才能走向正常國家之路。

參考文獻

1. 中文部分

- Brad R. Roth著，梁志鳴譯，張文貞校訂（2008），不敢說出自己名字的政治實體——台灣作為國際法秩序上之權利主體，月旦法學雜誌，158期，頁81-103。[Roth, Brad R. 2006. Taiwan's Nation-Building and Beijing's Anti-Secession Law: An International Law Perspective. 收於：台灣法學會編，主權、憲法與台灣的未來，頁1-59，臺北：元照。]
- 尤美女（2013），國家人權報告國際審查的意義，新世紀智庫論壇，61期，頁100-103。
- 江宜樺（1998），自由主義、民族主義與國家認同，臺北：揚智文化。
- 吳庚（2004），憲法的解釋與適用，3版，臺北：三民。
- 李惠宗（2006），憲法要義，3版，臺北：元照。
- 張亞中（2010），論兩岸與中國的關係，收於：統合方略，頁53-78，新北市：生智。
- （2012），建構共同體史觀之探索，收於：剝復之間：兩岸核心問題探索，頁60-64，新北市：生智。
- 許育典（2013），憲法，6版，臺北：元照。
- 陳怡凱（2002），論國家同一性與憲法同一性，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（下）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁811-851，臺北：元照。
- （2012），國際法於我國內國法院之實踐，司法新聲，104期，頁28-43。
- 黃昭元（1997），修憲界限理論之檢討，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法——李鴻禧教授

六秩華誕祝賀論文集，頁179-236。臺北：月旦。

楊開煌（1997），中共「對台政策」解釋與評估：決策人物取向之研究，東吳政治學報，7期，頁67-103。

顏厥安（2005），自由主義與國家認同——以一個理論問題懷念張忠棟老師，收於：幕垂鵲翔——法理學與政治思想論文集，頁271-286，臺北：元照。

2. 外文部分

Arnauld, Andreas von (2012), *Völkerrecht*, Heidelberg: C. F. Müller.

Bautze, Kristina (2012), *Völkerrecht*, 1. Aufl., Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag.

Bernhardt, Rudolf (1980), *Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz*, VVDStRL 38, S. 7-47.

—— (1987), *Die deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. I, Heidelberg: C. F. Müller, §8.

—— (1995), *Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. VII, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, §174.

Bleckmann, Albert (1975), *Grundgesetz und Völkerrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1988), *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, Leipzig: Duncker & Humblot, S. 283-299.

—— (1991), *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main:

Suhrkamp.

- Bogdandy, Armin von (2000), Zweierlei Verfassungsrecht: Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsens?, *Der Staat* 39, S. 161-184.
- Bothe, Michael (1997), Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), *Völkerrecht*, Berlin: Walter de Gruyter, S. 581-663.
- Brugger, Winfried (1996), Theorie und Verfassung des Pluralismus. Zur Legitimation des Grundgesetzes im Anschluß an Ernst Fraenkel, in: Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, S. 273-315.
- Bullinger, Martin (2004), Fragen der Auslegung einer Verfassung, *JZ*, S. 209-214.
- Chen, Lung-chu. 1998. Taiwan's Current International Legal Status. *New England Law Review* 32:675-684.
- Callies, Christian (2004), Europa als Wertgemeinschaft- Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht, *JZ*, S. 1033-1045.
- Crawford, James. 2006. *The Creation of States in International Law*. 2d ed. Oxford: Clarendon press.
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger (1989), *Völkerrecht*, Bd. I/1, Berlin: Walter de Gruyter.
- (2002), *Völkerrecht*, Bd. I/2, Berlin: Walter de Gruyter.
- Doehring, Karl (1974), Das Selbstbestimmungsrechts der Völker als Grundsatz des Völkerrechts, *BDGVR* 14, S. 7-94.
- (1984), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag.
- (1999), *Völkerrecht*, Heidelberg: C.F. Müller.
- (2000), *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Heidelberg: C.F.

Müller.

- Dolzer, Rudolf (1987), Die rechtliche Ordnung des Verhältnisses der Bundesrepublik Deutschland zur Deutschen Demokratische Republik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. I, Heidelberg: C.F. Müller, §12.
- Fiedler, Wilfried (1978), Das Kontinuitätsproblemen im Völkerrecht, Freiburg: Karl Alber Verlag.
- Fischer, Peter (2005), Taiwan: Der Staat, der nicht sein darf: Die Stellung der Republik China Revisited, in: Bröhmer/Ress (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Köln: Carl Hermanns Verlag, S. 77-93.
- Fischer, Peter/Köck, Heribert Franz (2000), Allgemeines Völkerrecht, 5. Aufl., Wien: Linde Verlag.
- Frowein, Jochen A. (1968), Das de facto-Regime im Völkerrecht, Köln: Carl Heymanns Verlag KG.
- (2011), Der völkerrechtliche Status Taiwans und seine Rolle als begrenztes Völkerrechtssubjekt, in: Dalibor/Gröblichhoff/Kruse/Lachmayer/Peters (Hrsg.), Perspektiven des Öffentlichen Rechts: Festgabe des 50 Jahren Assistententagung öffentliches Recht, Baden-Baden: Nomos, S. 83-88.
- Grabenwarter, Christoph (2008), Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Grewe, Wilhelm G. (1998), Außenpolitik und Völkerrecht in der Praxis, AVR, S. 1-18.
- Grimm, Dieter (1994), Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- (2003), Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. I,

- Heidelberg: C. F. Müller, §1. S. 3-43.
- Habermas, Jürgen (1992), Faktizität und Geltung, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Heckel, Martin (1995), Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. VIII, Heidelberg: C. F. Müller, §197.
- Hesse, Konrad (1983), Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland, Aufgabe und Funktion der Verfassung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/New York: Walter de Gruyter, S. 3-27.
- Heuser, Robert (1980), Taiwan und Selbstbestimmungsrecht, ZaöRV, S. 31-75.
- Hošková, Mahulena (1993), Die Selbstaflösung der CSFR, ZaöRV, S. 689-735.
- Hsu, Tzong-Li (2007), Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Übergangsdemokratie und der getrennten Gesellschaft, in: Grote/Härtel/Hain/Schmidt/Schmitz/Schuppert/Winterhoff (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 801-812.
- Huber, Peter M. (1993), Maastricht, ein Staatsstreich?. München: Richard Boorberg Verlag.
- Ipsen, Knut (1999), Völkerrecht. 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Isensee, Josef (1977), Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW, S. 545-551.
- (1987), Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. I, Heidelberg: C. F. Müller, §13.
- (1990), Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL 49, S. 39-69.

- (1992), Das Volk als Grund der Verfassung: Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt, Düsseldorf: Westdt.
- Karpen, Ulrich (1987), Grundgesetz, Konsens und Wertewandel, JuS, S. 593-599.
- Kichhof, Paul (1987), Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. I, Heidelberg: C. F. Müller, §19.
- (1995), Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, §183.
- Kriele, Martin (2003), Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.
- Kunig, Philip (1997), Völkerrecht und staatliches Recht, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, Berlin: Walter de Gruyter, S.101-179.
- Maurach, Reinhard/Meissner, Boris (1967), Völkerrecht in Ost und West, Stuttgart: Kohlhammer.
- Meyer-Ladewig, Jens (2006), Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, Art. 3.
- Möllers, Christoph (2003), Verfassunggebende Gewalt - Verfassung-Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Heidelberg: Springer Verlag, S.1-57.
- Mosler, Hermann (1957), Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, Karlsruhe: C.F. Müller.
- Müller, Jörg P./Wildhaber, Luzius (2001), Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern: Stämpfli Verlag.
- Murswiek, Dietrich (1993), Maastricht und der Pouvoir Constituant: Zur Bedeutung der Verfassunggebenden Gewalt im Prozeß der

- europäischen Integration, *Der Staat* 23, S. 161-190.
- (2000), Verfassungsfragen der staatlichen Selbstdarstellung, in: Murswiek (Hrsg.), *Staat-Souveränität-Verfassung*, Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, S. 307-332.
- (2012), Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip, in: Kraus/Wolff (Hrsg.), *Souveränitätsprobleme der Neuzeit*, Freundesgabe für Helmut Quaritsch anlässlich seines 80. Geburtstages, Berlin: Duncker & Humblot, S. 95-147.
- Noelle-Neumann, Elisabeth (1986), Demoskopie als Instrument der Rechtstatsachenforschung, in: Heinz (Hrsg.), *Rechtstatsachenforschung heute*, Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, S. 147-154.
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin (2010), *Europarecht*, 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Pache, Eckhard (2009), Das Ende der europäischen Integration?: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie, *EuGRZ*, S. 285-298.
- Palmer, Donald G. Jr. 1996. Taiwan: *De Jure* or Not *De Jure*? An Analysis of Taiwan's Legal Status Within the International Community. *John F. Kennedy University Law Review* 7:65-128.
- Peters, Anne (2001), *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin: Duncker & Humblot.
- (2010), Das Kosovogutachten und die Kunst des Nichtssagens, *JZ*, S. 1168-1170.
- Petzold, Claudius (2007), *Die völkerrechtliche Stellung Taiwans*, Baden-Baden: Nomos.
- Pfeffer, Robert (2009), Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht,

Tübingen: Mohr Siebeck.

- Polakiewicz, Jörg (1993), *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Wien: Springer Verlag.
- Quaritsch, Helmut (1995), *Wiedervereinigung in Selbstbestimmung – Recht, Realität, Legitimation*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. VIII, Heidelberg: C. F. Müller, §193.
- Reinhard, Wolfgang (2007), *Geschichte des modernen Staates*, München: C. H. Beck.
- Rudolf, Walter (1977), *Neue Staaten und das Völkerrecht*, AVR, S. 1-45.
- Schaller, Christian (2009), *Sezession und Anerkennung: Völkerrechtliche Überlegungen zum Umgang mit territorialen Abspaltungsprozessen*, SWP, S. 5-28.
- Schliesky, Utz (2003), *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schweisfurth, Theodor (2006), *Völkerrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Loibl, Gerhard (2000), *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7. Aufl., Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Shaw, Malcolm N. 2003. *International Law*, 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shen, Jianming. 2000. *Sovereignty, Statehood, Self-determination, and the Issue of Taiwan*, *The American University International Law Review* 15:1101-1162.
- Smend, Rudolf (1994), *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin: Dunker & Humblot, S. 119-276.
- Stahn, Carsten (2001), *Die Volksrepublik China und Taiwan: Zwei Staaten, eine Nation? Der Staat*, S. 73-95.

- Stern, Klaus (1984), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., München: C. H. Beck.
- Sternberger, Dolf (1990), *Schriften: X: Verfassungspatriotismus*, Frankfurt: Insel Verlag.
- Thürer, Daniel (1984), *Selbstbestimmungsrecht der Völker*, AVR 22, S. 113-137.
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno (1984), *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis*, 3. Aufl., Berlin: Dunker & Humblot.
- Wallace-Bruce, Nii Lante. 1997. Taiwan and Somalia: International Legal Curiosities, *Queen's Law Journal* 22:453-486.
- Württemberg, Thomas (1986), *Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung*, NJW, S. 2281-2287.
- (1991), *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1995), *Die Verfassung der DDR zwischen Revolution und Beitritt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. VIII, § 187, Heidelberg: C.F. Müller.
- Zippelius, Reinhold (2003), *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., München: C. H. Beck.