

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.