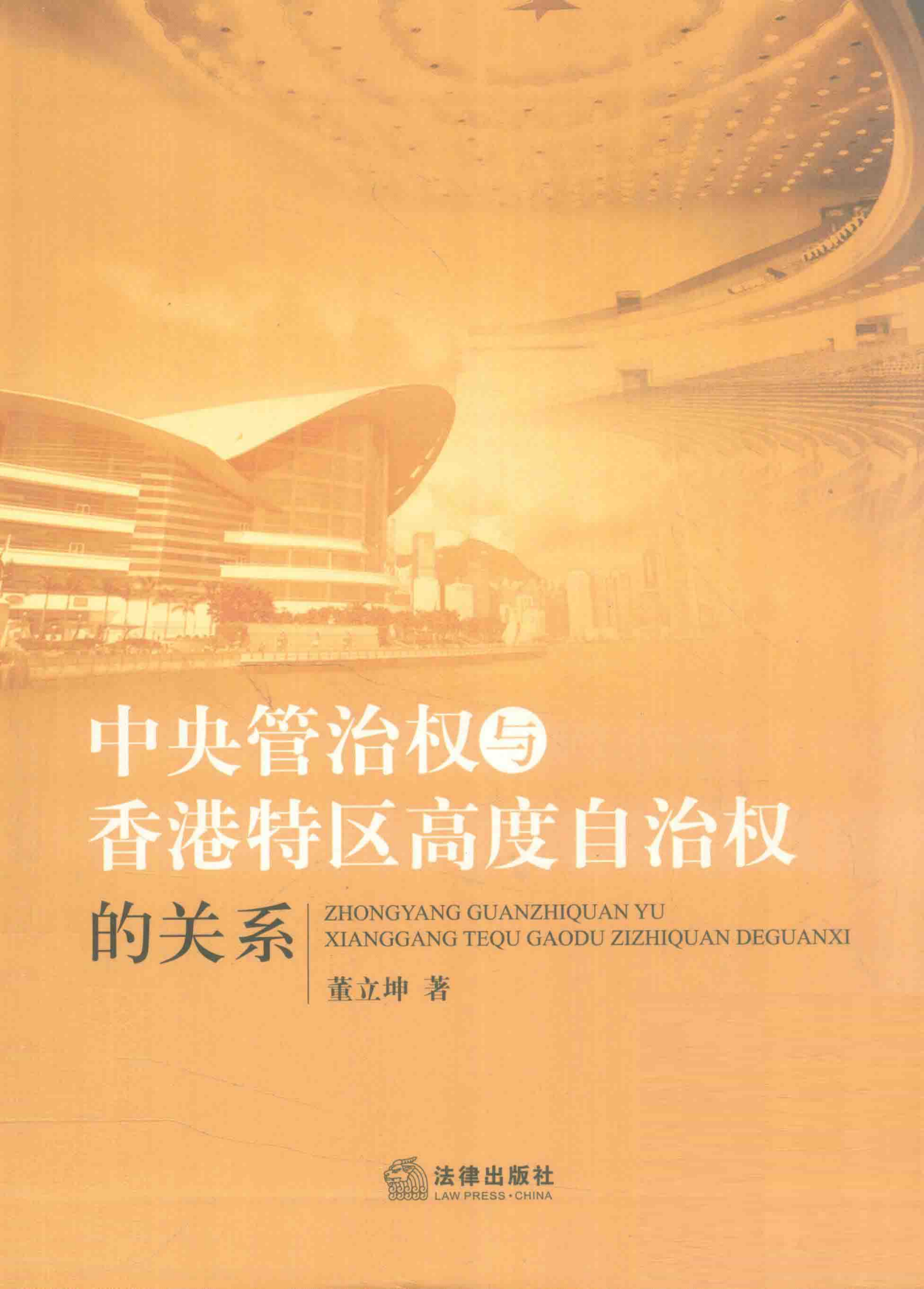




中央管治权与 香港特区高度自治权 的关系

ZHONGYANG GUANZHIQUAN YU
XIANGGANG TEQU GAODU ZIZHIQUAN DEGUANXI

董立坤 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

本著为2010年教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目《特别行政区制度在我国国家管理体制中的地位和作用研究》的阶段性成果。

中央管治权与 香港特区高度自治权 的关系

ZHONGYANG GUANZHIQUAN YU
XIANGGANG TEQU GAODU ZIZHIQUAN DEGUANXI

董立坤 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中央管治权与香港特区高度自治权的关系 / 董立坤
著. —北京:法律出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6118 - 4

I. ①中… II. ①董… III. ①特别行政区基本法—研
究—香港 IV. ①D921. 94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 040586 号

中央管治权与香港特区高度自治权的关系
董立坤 著



©法律出版社·中国

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 程 岳
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 26
字数 440 千
版本 2014 年 6 月第 1 版
印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6118 - 4

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

董立坤

深圳大学教授，国务院发展研究中心港澳研究所高级研究员，曾任上海社会科学院国际法研究所所长，深圳大学法学院院长，深圳大学港澳基本法研究中心主任。长期从事国际私法、香港法律和港澳基本法的教学与研究工作，参加、主持和承担国家多项重大科研项目，主要有：国家社科基金“七五”规划重点项目《上海香港比较研究》；国家社科基金“九五”规划重点项目《中国内地与香港地区法律的冲突与协调研究》；教育部重大攻关项目《特别行政区制度在国家管理制度中的地位与作用研究》。先后在《中国社会科学》、《法学研究》，《中国法学》等权威的社会科学刊物上发表专论数十篇，有多本著作出版。在发表的论、著中，有的获得国家、省、市级奖项，有的译成外文。由韩国法务部翻译出版的《中国内地和香港地区法律的冲突与协调》一书，韩国法务部长还亲撰序言，称此书“不仅作为法务部的业务参考，还将无偿分发给有关研究机构、行政机关、图书馆”。

序

乔晓阳*

近日收到深圳大学董立坤教授的来信及样书,希望我为其新著《中央管制权与香港特区高度自治权的关系》一书作序。在担任全国人大常委会香港、澳门基本法委员会主任的十多年间,我一直积极推动港澳基本法的学术研究。在多个场合我经常讲,“一国两制”是一项史无前例的伟大事业,是根据我国国情对个别地区实施管理的重要制度创新;港澳基本法是“一国两制”伟大构想的具体结晶,是“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的具体化、法律化;要保持港澳长期繁荣稳定和谐,必须始终依靠法律和制度,依靠基本法的稳定性、权威性;要加强基本法研究,为正确落实“一国两制”基本方针政策提供法律支撑和保障。令人欣慰的是,伴随着我国法学研究的蓬勃发展,基本法研究这个曾经的“冷门”,现在已是方兴未艾,吸引了不少学者的目光,正在不断产生出高质量的学术成果。

香港和澳门回归以来的实践证明,“一国两制”方针政策是完全正确的,是充满生命力的。同任何政策和制度的推行一样,“一国两制”方针政策和基本法在实践中也遇到了不少问题和挑战,需要切实地加强“一国两制”

* 乔晓阳:全国人民代表大会法律委员会主任委员,曾任全国人民代表大会常务委员会副秘书长,香港澳门基本法委员会主任。

和基本法的研究工作。可以说,加强基本法的研究,既是全面推进依法治国基本方略的内在要求,也是正确实施“一国两制”方针政策的必然要求。只有真正把基本法研究深、研究透,才能全面准确地贯彻落实“一国两制”方针,才能使“一国两制”方针政策不断适应客观形势的发展要求,始终成为香港和澳门繁荣稳定的根本保障。2009年12月5日,我在一个基本法研究的会议上提出当前急需研究的20个问题,其中就包括了董立坤教授此书所论述的问题。中央与特别行政区的权力运作关系,是基本法研究中的一个重大问题,也是具有很强实践性的问题,不但在学术界,在社会上也经常引起广泛关注。在香港基本法起草过程中,就对中央与特区关系的几个重大问题进行过比较深入的讨论。这些问题最终都是按照宪法规定的国家体制,并充分考虑到香港、澳门的具体情况加以解决的。通过基本法的制定和实施,对“一国两制”下的国家体制与特别行政区制度的关系已经有了比较丰富的实践,但有关国家体制与特别行政区制度的关系,包括中央管治权与香港特区高度自治权的关系等,在理论上系统地予以总结和阐述的论著尚不多见。“一国两制”发展和丰富了我国的国家理论,如何从这个角度阐述清楚国家体制和特别行政区制度的关系,至今仍是摆在我们面前的一个重要的研究课题。董立坤教授的这本书不啻为一个很好的尝试。

我与董立坤教授相识,其缘分来自于基本法研究。董教授虽自谦“老马弩钝”,但向来勤于笔耕,长期致力于基本法研究,不断有论著面世。本书中的个别观点,一定会引发不同意见。然而学术研究贵在独立思考,观点的交锋最能给人以启迪。本书系统地阐述了中央管治权和香港特区高度自治权及二者间关系,希望本书的出版,能吸引更多的学者参与到这个问题的讨论中,也期待更多学术精品的面世。是为序。

2014年4月3日

目 录

前言 / 1

第一章 主权与治权 / 5

- 一、主权是现代国家的本质属性 / 6
- 二、国家是一个权力主体 / 9
- 三、国家行使权力的形式 / 11
- 四、主权与治权 / 13

第二章 香港从来不是一个政治实体 / 22

- 一、香港从来不是一个政治实体 / 22
- 二、鸦片战争后,英国对香港行使治权 / 25
- 三、中国恢复对香港行使主权和治权 / 31

第三章 中央对香港行使管治权的方式 / 38

- 一、中央对香港行使管治权有充分的法律依据 / 38
- 二、与主权密切相关的重大权力由中央直接行使 / 41
- 三、中央授权香港行使高度自治权 / 56

第四章 香港高度自治权的限度 / 60

- 一、中央对授予香港特区行使的高度自治权享有监督权 / 60

- 二、中央可扩大或变更授权范围 / 66
- 三、中央享有基本法未明确的权力 / 68
- 四、应防止高度自治权的滥用 / 70

第五章 全国人大常委会解释基本法的法律效力 / 78

- 一、“菲佣居港权”案由来及香港高等法院判决 / 78
- 二、基本法的解释方法 / 80
- 三、“非难条款”与基本法相关规定不抵触 / 85
- 四、全国人大常委会释法的效力 / 96

第六章 中国政府机构在香港特别行政区的豁免权 / 99

- 一、香港普通法中的官方豁免权 / 99
- 二、华天轮案涉及官方豁免权 / 100
- 三、官方豁免权不同于主权豁免权 / 100
- 四、回归之前,英国政府在香港享有官方豁免权 / 102
- 五、回归后中国政府机构在香港享有官方豁免权的法律依据 / 106
- 六、判定可享有官方豁免权的机构的标准 / 110
- 七、华天轮案判决的深远法律意义 / 111
- 八、有待研究的问题 / 113

第七章 香港法院对涉及国家行为的案件无管辖权 / 114

- 一、香港终审法院藉刚果(金)案向全国人大常委会提请解释基本法相关条文,以明确香港法院对涉及国家豁免的案件是否有管辖权 / 114
- 二、国家豁免行为和决定国家豁免规则的行为属基本法第 19(3)条中的国家行为 / 116
- 三、香港特区法院不能藉香港原有法律中有关国家豁免的规则或判例行使对涉及国家豁免行为的案件的管辖权 / 130
- 四、应逐步明确香港法院行使权力的边界 / 137

第八章 香港法院无权自行创设权力——香港法院的违反基本法审查权 / 138

- 一、香港法院的违反基本法审查权的法律含义 / 138

- 二、香港法院行使违反基本法审查权的法律依据问题 / 142
- 三、推动香港特区法院自设违反基本法审查权的因素 / 158
- 四、香港法院自设违反基本法审查权对基本法的挑战 / 163
- 五、香港特别行政区违反基本法审查权的制度选择路径 / 167

第九章 香港特别行政区的终审权 / 172

- 一、终审权是国家司法主权的必要构成部分 / 172
- 二、港英时期香港的终审权 / 176
- 三、香港特别行政区的终审权 / 177
- 四、有关香港特别行政区终审权的几个问题 / 182
- 五、正确认识和行使香港特别行政区的终审权 / 195

附录 / 197

- 一、全国人大常委会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》
第十三条第一款和第十九条的解释 / 197
- 二、香港特别行政区终审法院“刚果(金)”案(FACV 5,6&7/2010)
2011年6月8日判决书中文本 / 200
- 三、香港特别行政区终审法院“刚果(金)”案(FACV 5,6&7/2010)
2011年9月8日判决书中译本 / 327
- 四、香港特别行政区高等法院原讼庭“菲佣居港权”案(HCAL 124/
2010)判决书中译本 / 330
- 五、香港特别行政区高等法院上诉庭“菲佣居港权”案(CACV 204/
2011)判决书中译本 / 370
- 六、香港特别行政区终审法院“菲佣居港权”案(FACV 19/2012)判决
书中文摘要 / 403

后记 / 406

前 言

2013年2月21日,全国人大常委会委员长吴邦国同志在澳门各界纪念澳门基本法颁布20周年纪念大会上,总结了澳门实行“一国两制”,贯彻执行基本法,推动澳门建设和发展的经验。他说:“深刻认识中央与澳门特别行政区的权力关系,就是既要维护中央的权力,也要保持澳门特别行政区的高度自治权,从而使这两方面的权力落到实处,以实现澳门的良好管治。”

吴邦国同志有关澳门实行基本法,推进“一国两制”的经验总结也完全适用于香港特别行政区。如何正确处理中央管治权与香港高度自治权的关系,一直是一个关系中央对香港行使主权,保证香港高度自治权,实现香港良好管治的重要问题。

近几年来,我和我的同事对在香港发生的一些法律事(案)件,根据“一国两制”的理论和基本法的规定进行了研究和解读,写了一些文章,有的文章已公开发表,有的仍属内部文稿。今重新审视这些写作和发表于不同时期、论述不同问题的文章和文稿,似乎都涉及一个问题:中央管治权和高度自治权的关系。

中央管治权与特区高度自治权的关系不仅是一个理论问题,也是香港社会进步与发展的一个现实问题。自1997年7月1日,我国恢复对香港行使主权以来,在香港发生的许多问题都与这个问题有关。当前香港的矛盾与争议,本质上仍然是一个特区高度自治权的问题。笔者

基于这个认识,构建了本书的逻辑体系,期望通过理论的论述,对以往发生在香港有关事件的分析,寻找出处理中央管治权与特区高度自治权关系的最佳的权力界限。

本书共九章。

第一章,主权与治权。认清主权与治权的基本属性,是研究中央管治权与特区高度自治权关系的一个基本理论问题。本章对国家形态,单一制国家和复合制国家;权力形态,主权、治权、地方自治权、地方高度自治权等有关概念进行了梳理,大家只有讨论同一个概念才可能对讨论的有关的问题有共同的认识。

第二章,香港从来不是一个政治实体。我们只有知道昨天,才能知道今天,我们只有知道昨天和今天,才能预知明天。本章分析了香港不同时期的法律地位,并根据基本法、国际法的有关规定,分析了香港政治形态和权力形态,以明确香港的历史和现实:香港既无法改变她为中国一个地方行政区的法律地位,也无法改变中央对其行使管治权的历史宿命。

第三章,中央对香港行使管治权的方式。中央对香港行使管治权是《宪法》和《中英联合声明》规定的,其行使权力的方式是由基本法根据中央与特区关系的特点所规定的。无论是由中央直接行使权力,或是由中央授权香港特区行使权力,中央对香港都享有完全的主权和治权。从有利于实现中央管治权与香港高度自治权的原则出发,探索了实现香港良好管治的途径和方法。

第四章,香港高度自治权的限度。本章分析了高度自治权的内涵和外延,强调高度自治不是完全自治,高度自治是有限度的,不得滥用高度自治权。本章列举了香港社会中有人利用高度自治权,损害国家的主权的事例,强调应根据基本法的规定,正确理解和运用高度自治权,规范中央管治权与香港高度自治权的关系,推进香港的良好管治,促进香港的建设和发展。

本书从第五章到第八章,对涉及香港法院处理的四个具体涉及中央管治权与香港高度自治权关系的案例进行分析,以明确中央管治权与香港高度自治权的权力界限。

第五章,全国人大常委会解释基本法的法律效力。香港高等法院原讼庭在“菲佣居港权案”中,以所谓的普通法方法,判决《入境条例》有关条款抵触了基本法第24条第2款第4项的规定,香港法院的判决涉及中央与香港关系中的若干重要的法律问题:一是香港法院解释基本法刻意偏离全国人大常委会已在有关的“释法”中明示的基本法的解释方法,香港法院片面强调依所谓字面解释基本法也偏离了

普通法惯用的宪法性法律采用的目的解释方法;二是香港法院对基本法第24条中有关“通常居住”的理解也是错误的,非中国籍人无法凭借香港高等法院原讼庭的判决取得香港永久性居民身份;三是应当正确解读全国人大常委会释法的法律性质和法律效力,只有根据基本法的规定,才能建立起全国人大常委会与香港特别行政区法院在释法方面良性互动关系。“菲佣居港权案”经上诉香港高等法院上诉庭和香港终审法院,两庭都已作出判决,推翻了香港高等法院原讼庭的判决。本书所阐述的论点,在香港终审法院的判决中已予以采用。为了对本书观点有全面的了解,在本书的附录中全文收录了香港高等法院原讼庭、香港高等法院上诉庭和香港终审法院对本案的判决,为读者进一步研究本案、研究中央管治权与香港法院的司法权的关系提供应有的素材。

第六章,中国政府机构在香港特别行政区的豁免权。本章所涉及的问题起源于香港法院发生的一起民事赔偿案件——华天轮案。2008年,原告一家马来西亚公司在香港起诉广州打捞局,诉由是,广州打捞局没有按照合同约定,派出华天轮号到马来西亚为离岸钻油工程提供服务,索赔一亿多美元。香港特区高等法院行使海事管辖权扣押了华天轮号。广州打捞局以其是交通部的下属机构,应享有官方豁免权(crown immunity)或国家豁免权(Sovereign immunity)为由申请法院驳回诉讼。由此引发了中国官方机构可否在香港享有原英国政府所享有官方豁免权的争论。官方豁免权又称王室豁免权,是英国普通法上的一项制度,是指主权者在本国法院的豁免权和特权。香港回归前,英国政府在香港享有豁免权,该权利受普通法调整。香港回归后,中国作为香港的主权者,中国政府机构可否享有香港普通法上的官方豁免权?

第七章,香港法院对涉及国家行为的案件无管辖权。刚果(金)案是一起由美国秃鹰基金会向香港高等法院申请承认和执行以外国国家刚果(金)为被告的仲裁裁决的案件。刚果(金)以享有国家豁免权为由,主张香港法院对此案没有管辖权,但是香港高等法院上诉庭认为,香港在回归前奉行英国的限制豁免制度,回归后因没有关于国家豁免的全国性法律在香港适用,且限制豁免制度已成为国际法并构成普通法的一部分,故限制豁免制度应在香港适用,因此认为香港法院有权对一个主权国家行使管辖权。案件上诉到香港终审法院,香港终审法院就本案涉及的与基本法相关的问题请求全国人大常委会对基本法相关条文进行解释。全国人大常委会于2011年8月26日通过了《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)》,对香港终审法院提出的四个问题予

以解释。香港终审法院根据全国人大常委会的释法规定对刚果(金)案作出终审判决,判决刚果(金)享有国家豁免权,终结了香港法院对刚果(金)案的审理。本案涉及一系列与基本法相关的重大理论与实践问题,其中最关键的问题是,香港法院作为中国的一个地方区域性法院,其所谓的独立的司法权和终审权是否可以比照主权国家享有的独立的司法权和终审权,两者是否有本质的区别。

第八章,香港法院无权自行创设权力——香港法院的违反基本法审查权。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的规定,审查香港立法机关制定的法律是否违反基本法并确定被审查法律效力的权力,有人比照西方国家的违宪审查制度,称之为“违宪审查权”。自香港特别行政区成立后,香港法院在一宗案件中,通过判例,自我创设了审查香港法律的权力,由此侵蚀本应由中央行使的权力,对基本法构成严重的挑战。本书根据基本法和香港的原有法律制度指出,基本法不是宪法,根据基本法的规定审查香港立法机关制定的法律是否违反基本法并确定被审查法律效力的权力,应称之为“违反基本法审查权”。无论从基本法的规定,还是香港原有法律,或是其他法律理论与实践来看,香港法院行使违反基本法审查权缺乏法律根据,也违反了根据基本法设定的中央权力与香港特区的权力关系。本书论证了如何在基本法的框架内,通过适当的法律程序,建立完善的香港法律违反基本法的审查制度,以确保香港法院依法行使权力。

第九章,香港特别行政区的终审权。根据基本法第19条规定,香港特别行政区享有独立的司法权和终审权,有人依此字面规定,以为香港特区的终审权如同一个主权国家的终审权,是不受限制的,有人还以香港的终审权挑战国家的主权。本书探索了终审权的产生条件,分析了香港回归前后终审权的法律性质,论证了香港终审权的权力界限,给香港终审权以明确的法律定位。

本书由董立坤同志构思,董立坤、张淑钿、陈虹同志共同撰写。在本书写作过程中,有关人士和专家提出了许多宝贵意见,乔晓阳同志应邀为本书写了序言,在此,谨致以诚挚的谢意。我们知道,在“一国两制”下,中央管制权与特别行政区高度自治权的关系是个非常重要,也是非常复杂的问题,我们的探索是初步的,定会有许多不当之处,权当引玉之砖,期待有关的专家学者不吝赐教。

董立坤
2014年4月于深圳

第一章 主权与治权^{*}

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称基本法)序言写道:“香港自古以来就是中国的领土,一八四零年鸦片战争以后被英国占领……中华人民共和国政府于一九九七年七月一日恢复对香港行使主权……根据中华人民共和国宪法,全国人民代表大会特制定中华人民共和国香港特别行政区基本法,规定香港特别行政区实行的制度。”基本法第1条规定:“香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。”第2条规定:“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治……”以上规定明确了以下几点:第一,香港自古以来就是中国领土。在19世纪中叶,英国以武力占领香港,不改变香港为中国领土的事实。香港不是英国的殖民地,解决香港问题不能采用“二战”以后由联合国推行的非殖民地化模式。解决香港问题,应当由中国政府和英国政府谈判,以使中国恢复对香港主权。中国的立场得到了联合国和国际社会的承认,1972年,应我国驻联合国代表的要求,联合国将香港、澳门从殖民地名单中剔除。第二,中央人民政府恢复对香港行使主权,重在强调“恢复”和“行使”,说明主权和主权的行使权(即治权)都应当回归中国政府。香港回归是领土主权和治权都归还于中华人民共和国,即由中国政府对香港行使完全的主

^{*} 本章由董立坤、陈虹撰写。

权和治权。第三,香港特别行政区的制度是由全国人民代表大会根据中国宪法的规定制定的基本法确定的,香港特区的各项权力非为固有权力,而是源于中央的授权。高度自治是授权自治,不改变香港为中国一个地方行政区域的法律地位,也不改变中央对香港特别行政区享有的完全的主权和治权。

一、主权是现代国家的本质属性

(一)各种有关国家起源的学说

关于国家的起源,学说繁多,主要有自然说、契约说、私有制说、武力说等。持“自然说”的学者亚里士多德认为,人就是天生的政治动物。国家之起源,乃由于种族延续所需的一对男女的结合以及天生的统治者和被统治者为确保各自的生存而建立的结合,自然而然地构成家庭,由此逐步形成自然村落。为了满足生活需要,继而在自然村落的基础上自发地结成一个共同体。这一顺其自然发展形成的共同体,就是国家。^①“契约说”的代表学者卢梭认为,一切社会之中最古老的而又唯一自然的社会,就是家庭。^②各个家庭成员,一经成年脱离家庭依附关系后,就都同等地恢复了独立状态,他们之间就靠约定来维系,当社会发展需要人们共同协作,以全部共同的力量来保障每个结合者的人身和财富时,每个结合者及其自身的一切权利将全部转让给整个集体,而原来的约定就转化成了社会契约。^③这一结合行为产生的道德与集体之共同体,以代替每个订约者的个人。这一由全体个人的结合所形成的公共人格,过去称为城邦,现在则称为共和国。当它是被动时,它的成员称它为国家,当它是主动时,就称它为主权者。^④资产阶级的启蒙学者是从所谓“抽象的人”的眼光来看待国家的本质,因而他们所得出的普遍结论是,国家是建立在人的理性的基础之上的,国家的本质就是人类理性的自我发展。^⑤马克思主义者才真正认识到国家的本质属性是阶级斗争不可调和的产物。恩格斯认为国家是在氏族制度的废墟上兴建起来的,国家并不是从来就有的。在经济发展到一定阶段必然是社会分裂为阶级时,国家就由于这种分裂而成为必要了,国家是文明社会特有的现象。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中指出:“国家是社会在一定发

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》(一),高书文译,九州出版社2007年版,第7~11页。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第5页。

③ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第19页。

④ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第21页。

⑤ 王沪宁主编:《政治的逻辑——马克思主义政治学原理》,上海人民出版社2004年版,第97页。

展阶段上的产物;国家是承认:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面,这些经济利益相互冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上凌驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会相异化的力量,就是国家。”^①

(二) 国家产生与社会管理需要有着密切的关系

尽管有着各种不同的关于国家起源的学说,但各个学说有一个共同点,这就是:在原始社会末期,随着生产的发展,社会出现了分工,社会分工出现以后,生产活动和产品的交换有很大的发展,需要有一个权威组织来保证生产以及交换的顺利进行,同时脑力劳动与体力劳动相互分离并成为某些人的职业,使得这种权威组织不仅十分需要而且成为可能。随着分工的发展也产生了单个人的利益或单个家庭的利益与所有互相交往的个人的共同利益之间的矛盾;而且这种共同利益不是作为一种“普遍的东西”存在于观念之中,而是首先作为彼此有了分工的个人之间的相互依存关系存在于现实之中。^②一开始就存在着一定的共同利益,维护这种利益的工作,虽然是在全体的监督之下,却不能不由个别成员来担当:如解决争端;制止个别人越权;监督用水,特别是在炎热的地方;最后,在非常原始的状态下执行宗教职能。这样的职位,在任何时候的原始公社中,甚至在今天的印度,还可以看到。这种职位被赋予了某种全权,这是国家权力的萌芽。生产力逐渐提高,较密的人口在一些场合形成了各个公社之间的公共利益,在另一些场合又形成了各个公社之间的相抵触的利益,而这些公社集合为更大的整体又引起新的分工,建立保护公共利益和防止相抵触的利益的机构。^③毋庸置疑,社会生活总是会产生公共利益,与公共利益密切相关的公共事务需要进行管理,公共利益与个人利益也并不是完全步调一致的,有时甚至是激烈冲突的,公共利益与个人利益的冲突需要第三方来进行调和,国家顺理成章地成为了矛盾、冲突的调停人,也成为了对违反公共利益,侵犯社会其他成员利益的人的制裁者。国家从此担负起了履行公共事务的职责。

① [德]恩格斯:“家庭、私有制和国家的起源”,载《马克思恩格斯全集》(第21卷),人民出版社1965年版,第194页。

② [德]马克思、恩格斯:“德意志意识形态”,载《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1960年版,第37页。

③ [德]恩格斯:“反杜林论”,载《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1995年版,第522页。

(三) 主权是现代国家的本质属性

尽管国家一词起源较早,国家也是从原始氏族社会的瓦解中产生的,但是现代意义上的国家的概念却是与主权同时产生的,国际社会民族国家的形成标志着现代国家的形成,主权是现代国家的本质属性。

1. 现代主权国家的构成要素。什么样的国家属于国际法上的国家,国际法上没有统一的定义,但是国家应该由什么构成,即国家的构成要素是什么却可从某些公约、国际文件和国际法的著作中窥见。一般而言,国家的构成要素有三要素说和四要素说。三要素说是指人民、领土、权力。国内学者一般倾向于四要素说,即包括定居的人民、确定的领土、政权组织、主权。^① 国外学者的观点分歧较大。《奥本海国际法》认为当人民在他们自己的主权政府下定居在一块土地之上时,一个正当意义的国家就存在了,国家的存在必须有四个条件:人民、土地、政府、有主权的政府。^② 英国学者阿库斯特认为,国家必须有领土、人口、能对其领土保持有效控制和处理同其他国家之间的关系的政府。^③ 《关于国家权利与义务的蒙得维的亚公约》第1条规定国家作为国际法的主体,要具备四个条件:常住的人口、确定的领土、政府、与其他国家建立关系的能力。伊恩·布朗利认为国家应包括人口、确定的领土、政府、独立(他认为独立是从与他国交往的能力中体现出来的),但是他进一步指出“这种扼要的列举经常为法学家们在实质上采用,但是,它不过是进一步讨论的基础”^④。冷战结束后,西方国际法学界在已有的清单上加上了民主、法治、人权等一系列要素。国际法上的国家标准的不确定性,不仅表现在国家构成要素的内容上,还表现在这些要素在确定一个实体是不是国际法上的国家的具体个案中的实现程度是没有确定标准的。例如,国家的居民没有确定最低值,有的国家在成为独立国家时仅有几千人。有的国家的领土是不确定的,例如以色列,它的领土是有争议的。有的国家的政府是不确定的,一般而言国家应该有一个稳定的政府,但是在内战不断或外族入侵的情况下,政府可能近乎于无,政府的不确定性丝毫不影响国家主权的继续存在。

2. 主权是现代国家的本质属性。无论国际法上的国家标准多么不确定,但是

① 例如王铁崖、梁西等学者都主张四要素说。

② [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第1卷第1分册),王铁崖、陈公绰等译,中国大百科全书出版社1995年版,第92页。

③ [英]M.阿库斯特著:《现代国际法概论》,汪瑄等译,中国社会科学出版社1981年版,第62页。

④ [英]伊恩·布朗利著:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2003年版,第82页。