



2016年·华东政法大学博士精品文库

特别行政区对外交往权研究

姚 魏 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



2016年·华东政法大学博士精品文库

特别行政区对外交往权研究

姚 魏 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

特别行政区对外交往权研究 / 姚魏著. —北京:
法律出版社, 2016. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9711 - 4

I. ①特… II. ①姚… III. ①特别行政区基本法—外
交事务—研究—中国 IV. ①D921.94

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 154953 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘琳	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京玺诚印务有限公司	责任印制/沙磊
开本/A5	印张/13 字数/348 千
版本/2016 年 6 月第 1 版	印次/2016 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	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	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	西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
	重庆公司/023-65382816/2908
	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9711 - 4	定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学博士精品文库

编 委 会

主 任

叶 青

副主任

应培礼 顾耕耘 刘晓红 林燕萍 唐 波

委 员

(以姓名拼音为序)

陈金钊	程金华	丁绍宽	董保华	杜志淳
范玉吉	高富平	龚汝富	何 敏	何益忠
黄武双	李秀清	刘宁元	刘宪权	马长山
屈文生	孙万怀	童之伟	王 戎	王月明
吴 弘	杨正鸣	易益典	张明军	赵劲松

总 序

我们组织“华政博士精品文库”丛书,每年遴选若干优秀博士学位论文出版,以期助推博士学术发展,鼓励博士生精心治学。我们希望“华政博士精品文库”能够像一川清流,如一缕烛光,展现新时期学术青年的深思与创造,为我国的法学研究和法治实践事业注入自己的理想与力量!可以说,文库的每一本著作都满含着博士们的追求、志向与期望。这种志气和期望,体现着青年学子对我们国家法治建设的期许和信心,是博士们品德修养和科研底蕴的展现。他们将这种底蕴和情怀幻化为一种博大的向往,包含着对法治和真理的不懈追求,并将其内化为一种既定的生活方式。正如彼得·德恩里科所说:“每个人都有一个博大的襟怀:通过法治来构建并维系一个和谐社会,通过彼此努力和共同参与来解决社会冲突。这不仅是我们的襟怀,也是我们寻求的生活方式”。

——摘自《2014年·华东政法大学
博士精品文库》总序

自序

2016年春节,我在书房里修改书稿,由于上海施行“禁放令”,窗外一片宁静,可是远在数千里之外的香港却异常喧闹。正月初一晚,旺角地区发生了大规模暴乱,众多激进分离分子借无证商贩被查之事,向特区执法人员及调停警察发起攻击,后接连几日又发生数起纵火案件。我们这一代人对香港有着特殊的感情,都是在它的流行文化影响中长大的,“四大天王”的歌、周星驰的电影、金庸的小说都曾陪伴着我们成长,可是近年来香港的经济乏力,民众暴戾之气抬头,“东方之珠”变为了“游行之都”。当我有机会跨过罗湖桥亲身感受这座城市后,我深深地为这片儿时想往之地感到惋惜。这座城和这里的人究竟怎么了?

十年前我开始研习港澳基本法,甫一接触便是“2013年大游行”等负面新闻,对于一个以法学为业的人,我总是自觉地从法律的角度探求原因。据我所知,基本法的制定非常尊重港人的意见,起草委员会共59人,港方委员就有23人,基本法的每个条文都是经过起草委员会三分之二多数通过的,

立法阶段还多次征询港人意见。可以说,基本法制定的过程是民主的,给予港人的自治权也是广泛而真实的。回归以后,中央对香港是恪守承诺的,并没有任何干涉香港自治事务的现象,亚洲金融风暴期间还给予香港大力支持,中央与香港之间的关系是和睦友善的,国际社会对中央维护“一国两制”的实际行动也给予赞许。经过多年的观察和思考,我认为当前“乱象”根源在于一部制定得良好的基本法没有得到很好的遵守!

殖民时期香港的法治享誉世界,那是指香港社会崇尚法律、公务人员依法行政且清正廉洁、司法公正并享有权威,充其量只是一种超越“法制”而尚未达到“法治”的准法治时代,盖因英国人的统治行为没有民主基础,立法与行政反映的是殖民者的利益与意志。虽然这种“法治”在回归前也含有一些保护人权的内容,但多少有些挽回英帝国颜面的意味,同时也是有意给中国管治香港制造障碍。现代社会的法治必定包涵宪法之下国家秩序的合理建构,它是其他一切法治要素得以实现的前提。因此回归前国家依据宪法制定了基本法,将香港纳入中国整体的宪政秩序中,也就是确定了中央与特区之间的宪制性关系。对此港人包括香港政府感到极大的不适应,因为过去在他们的头上从来就没有过一个真正把自己当作共同体成员的国家,基于本能与惯性,他们只关注基本法中关于自治事务与居民权利的条文,对待中央与特区关系的条款却很茫然和不屑,香港法律精英更是把这种倾向发挥至极致,并以普通法传统为借口拒斥中央权力的合法介入。试想一个地方性政权如果没有国家观念和政治责任的担当,它怎么能够准确把握自治权的边界,怎么会主动建立与中央的和谐关系呢?

当然,除了那些极端敌视大陆政权的港人会因反对“一国两制”而不遵守基本法,大多数港人基于内化于心的法治观念都认为中央和香港须共同遵守基本法。这是香港社会的主流民意,也是中央管治香港的积极因素,即使那些极端反对派也不敢公然否定基本法,也说要按照基本法办事。基本法由此成为香港法治生活的“圣经”,可是谁去解读它的教义呢?由于历史原因,香港法律界具有较高权威,作为第一线的

法律操作者,他们对基本法的解释主导着港人的认知和态度,也影响了中央对基本法解释的生成和运用。

作为中国的地方区域,香港的宪制基础除了基本法,当然还应包括国家宪法,也就是说,特区法治的“圣经”由宪法与基本法共同组成,而且前者更为基础和重要,基本法的制定依据不仅仅是《宪法》第31条,而是完整的一部宪法。恰如不可能“半部《论语》治天下”,光凭基本法——半部“圣经”也治不好特区。强化这个认识是增强特区居民国家意识的重要途径,因为有关国家建构的叙事与规则都写在宪法中,解释基本法也要完全按照宪法的文本与精神作出,此谓合宪性解释,在任何国家都是解释法律的主要方法之一。在研究特别行政区对外交往权的时候,我就发现问题的严重性。如果说,中央与特区关于基本法认识的差异仅涉及国家或特区内部事务时,不良后果或许还可以控制,比如对基本法居留权条款的解释若中央不予纠正,等到香港人满为患时,港人自然会回到基本法的原意上来。可是一旦涉及对外事务,如果中央仍由特区完全自主地处理,结果怕是不容想象,这样的事例在本书中就列举了不少。

中央在处理与特区关系的时候,往往有强烈的父爱主义倾向,因为对于香港、澳门这两个长期被他人“收养”的“幼子”,祖国似乎满怀愧疚,认为当年“父子失散”,自己负有监护不力的责任,所以在回归前制定基本法时给予特区极高的自治权,超过了世界上任何国家所能给予地方政府权力的最大限度。关键问题是,在“家规”宽松的情况下,实际执行得还不严格,中央基本上是对特区的行为“百依百顺”,甚至超出了合法限度,比如特区法院在回归后通过判例夺走了违反基本法审查权,中央没有作出制止的举动,任由它实施,认为只要不触及审查全国人大及其常委会所立法律的底线即可。在对外关系上也几乎如此。我国部分内地学者也深情呵护港澳同胞,体恤他们盼望自治的心情,自觉或不自觉地也对基本法做了宽松解读,将特别行政区对外交往权不加区分地说成是自治权的一部分,就是典型表现。

在当前复杂的国际政治环境下,某些别有用心的国家就在利用特

区的两大弱点——自治权扩张和极度任性,来对中国的和平崛起制造障碍。港澳出现“重大事件”时少不了它们的身影,一旦出现所谓“人权危机”,就总有外交抗议。美国政府总是不遗余力地干涉香港事务,国会内设机构甚至建议国务院加强与英国国会的接触,联手审议中国在香港执行基本法的情况。香港回归都将近二十年了,英国政府依旧每半年就发出一份《香港问题报告》,国会还妄称将调查《中英联合声明》颁布三十年实施情况。如此局势下,中国政府应坚持严格地执行基本法。我一直认为,香港在英国人眼中永远就是一枚棋子,港人总是悲情地陷入它所设计的阴谋,就像王菲唱的那首《棋子》中的歌词:“想走出你控制的领域,却走进你安排的战局;我没有坚强的防备,也没有后路可以退;想逃离你布下的陷阱,却陷入了另一个困境……”英国人虽然交还了香港的治权,但他们从来就没有离开过香港,港人成为其维护自身利益的工具。每当我看到有人高举港英时期龙狮旗的场景,我便痛感英帝国的狡黠和港人的可悲。与之相反,每当我看到中央政府爱护甚至迁就香港同胞的举动时,我便深刻体会到一种父对子的舐犊情深,但它也许成为一种溺爱,亦让人唏嘘。

我想,我写这本书的目的其实和上述看法一样,就是克服我们心中的旧有观念和惯性思维,正确而严肃地解释基本法,维护宪法和基本法的权威,将中央与特区的关系保持在应然状态。我真心希望香港和澳门两个特别行政区能够长期保持繁荣稳定,在“一带一路”建设中找到“国家所需,港澳所长”,襄助国家对台湾地区实行和平统一,实现中华民族伟大复兴!

姚 魏

2016年2月15日

目 录

导 论 / 1

- 一、学术研究的缘起 / 1
- 二、对相关问题的研究现状 / 4
- 三、研究对象的确定 / 9
- 四、研究方法与研究思路 / 13

第一章 特别行政区对外交往权的基础理论与法律依据 / 19

第一节 对外交往权的发展史 / 19

第二节 国家对外交往权与公民对外交往权的关系 / 24

- 一、国家对外交往权与公民对外交往权出现实质性的分解 / 25
- 二、国家对外交往权与公民对外交往权呈现正和博弈的关系 / 27
- 三、国家对外交往权与公民对外交往权居于不同的主次地位 / 28

第三节 国家对外交往权与次国家政府对外交往权的关系 / 29

- 一、国家对外交往权与次国家政府对外交往权有主权性有无之差别 / 30

2 目 录

二、国家对外交往权与次国家政府对外交往权功能形式各异 / 33

三、国家对外交往权与次国家政府对外交往权既合作又对立 / 35

第四节 特别行政区对外交往权的法律依据 / 37

一、中华人民共和国宪法 / 37

二、特别行政区基本法 / 42

三、在特别行政区实施的全国性法律 / 46

四、特别行政区的本地立法 / 50

五、国际法上的依据——《联合声明》 / 54

第二章 对特别行政区对外交往权构成与性质的反思 / 59

第一节 学界对特别行政区对外交往权的已有认知 / 60

一、特别行政区对外交往权大致涵摄于基本法第七章 / 60

二、特别行政区对外交往权属于一种高度自治权 / 63

三、特别行政区以国际法主体身份从事对外交往 / 66

第二节 以授权理论为视角解析特区对外交往权 / 70

一、法学中的授权概念与理论之归纳 / 71

二、以授权的“两分法”审视特区对外交往权 / 77

三、中央人民政府授权的国际法意义及后果 / 85

第三节 以地方自治理论为基点的权力性质考察 / 98

一、地方自治的内涵与特征 / 99

二、特区对外交往权并非高度自治权 / 107

三、澄清特区对外交往权性质的价值 / 115

第四节 特别行政区对外交往权的具体构成 / 124

一、特别行政区对外交往权的“三分天下” / 125

二、对宪法和基本法相关内容的体系性解读 / 132

第三章 特别行政区对外交往权的运作规范 / 142

第一节 特别行政区对外交往权的内部运行机制 / 143

一、行政机关在特别行政区对外交往中的权力 / 143

二、立法机关在特别行政区对外交往中的权力 / 149	
三、司法机关在特别行政区对外交往中的权力 / 154	
第二节 特别行政区对外交往权的外部监督规范 / 157	
一、中央涉特区对外交往的机构设置及职能 / 158	
二、中央对特别行政区“外交事务参与权”的规范 / 162	
三、中央对特别行政区“对外事务处理权”的控制 / 168	
四、中央对特别行政区“涉外事务自治权”的监督 / 180	
第四章 比较法视野下的特别行政区对外交往权 / 193	
第一节 回归前后港澳地区对外交往权的历史性比较 / 194	
一、回归前港澳地区的对外交往权 / 194	
二、回归后特别行政区的对外交往权 / 200	
三、回归前后港澳对外交往权的异同 / 208	
第二节 特别行政区与其他次国家政府对外交往权的比较 / 220	
一、与单一制国家次国家政府对外交往权的对比 / 220	
二、与联邦制国家次国家政府对外交往权的对比 / 230	
第三节 特别行政区与中国普通行政区对外交往权的比较 / 244	
一、在“外交事务参与权”方面的比较 / 244	
二、在“对外事务处理权”方面的比较 / 256	
三、在“涉外事务自治(主)权”方面的比较 / 266	
第五章 特别行政区对外交往权的实证研究 / 282	
第一节 菲律宾人质事件 / 283	
一、事件经过 / 283	
二、争议焦点 / 284	
三、法理分析 / 286	
第二节 刚果(金)案 / 292	
一、案情简介 / 292	
二、对法院判决的评论 / 294	

4 目 录

三、对提请释法和人大释法的分析 / 297

第三节 澳门汇业银行事件 / 302

一、事件概述 / 302

二、事件分析 / 303

三、延伸思考 / 307

第四节 谢业深诉秘鲁政府案 / 309

一、案情简介 / 309

二、争议问题 / 310

三、案件分析 / 312

第五节 李少民驱逐出境案 / 317

一、案情简介 / 317

二、法理问题的辨析 / 319

三、法律解决的途径 / 322

第六章 完善特别行政区对外交往权的运行方式 / 327

第一节 特别行政区对外交往权的设定和行使原则 / 328

一、尊重和维护中国国家主权的原则 / 330

二、保障特区自治权和自主权的原则 / 337

三、符合国际规则和他国交往意愿的原则 / 343

第二节 特别行政区行使对外交往权的完善路径 / 352

一、增强特区居民与公务人员的国家观念 / 352

二、提升特区政府依法进行对外交往的能力 / 361

三、维护和强化特区的行政主导体制 / 370

第三节 结论——一个天体物理学的隐喻 / 379

主要参考文献 / 387

后 记 / 397

导 论

一、学术研究的缘起

法学是一门实践性很强的社会科学。刑法、民法、诉讼法等部门法在不同领域的社会生活中引导和规范人们的行为方式,并为各种争议确定裁判标准。研究这些部门法的法律现象是相应法学分支的任务,它们紧密联结着各自领域的实践,随研究对象的发展而发展,研究工作具有很大的实证性和实用性,当然各个部门法学也会有基础性和应用性研究之分,前者不直接指导法律实践,但为后者提供方法和理论,以此途径间接地影响法的真实世界。然而,宪法学在中国却长期被归入“理论法学”的范畴,它似乎长期停留在了法理讨论的阶段,这在当年宪法司法化问题的讨论上可见一斑,在公民基本权利的研究上也表现出这种倾向。形成上述宪法学研究风格有多种原因:一方面,宪法为自己设置了不可司法适用的禁令,让宪法案例无从产生;另一方面,法定的宪法监督制度没有真正地实施,全国人大及其常委会至今未进行过一例违宪审查和宪法解释。因此,中国较难产生出可供研

究的本国行宪素材,从域外引进的宪法理论亦不能全面指导中国实践,这就让中国宪法学的理论研究成为“屠龙术”。在此情况下,中国的宪法学界亟须寻找到新的理论增长点,并且要成为经世致用之学。

20世纪80年代,随着中英联合声明与中葡联合声明的签署,港澳回归祖国的各项准备工作渐次展开,制定两个特别行政区的基本法成为当时重要的法制任务。彼时,中国宪法学界贡献了大批人才,由全国人大常委会设立的港澳基本法起草委员会汇集了一大批宪法学家,张友渔、王叔文、肖蔚云、许崇德等赫然其中,他们为两部基本法的制定提供了智力支持。回归前,更多的宪法学者参加了对香港和澳门原有法律的审查工作。此外,一批年轻的宪法学人也纷纷从事港澳基本法的研究,回归前后发表了大量的学术成果,为基本法的顺利实施奠定了基础。显然,那个时期的宪法学者找到了“用武之地”,中央与地方的法制关系这个宪法学主题具体化为中央与港澳特区的关系,成为宪法学者持续探索的课题,它又进一步分解为特别行政区对国家结构形式的影响、宪法在特别行政区的效力、宪法与基本法的关系、特别行政区内部政制安排、基本法的解释机制等重大理论课题。

依笔者目力所及,中国当代著名宪法学家都曾对港澳基本法做过研究,有部分宪法学家主要精力就放在这个领域,如王振民、邹平学等。而在港澳回归后的一段时间,基本法的研究进入一个相对低潮。可是,回归后的一系列事件,让中国宪法学界感受到香港地区许多始料未及的宪法问题。这些事件包括香港法院事实上获得了违宪(基本法)审查权、行政主导体制无法真正确立、政党的影响力超出预期等。此时,展现在中国宪法学者面前的是一幅全新的宪治图景,基本法在具有判例法传统的香港获得了实际运行,成为了“运行中的宪法”(基本法被港人视为“宪法”),鲜活的宪法案例让学者们如痴如醉。一方面,“一国两制”下中央与特区关系国际上没有先例,基本法的内容设计也具有独特性,因而制度运行中产生的争议必然具有本国特殊性,解决问题满足了学者求新求异的个性;另一方面,基本法这部“小宪法”的实施,让学者看到了宪法实践的魅力,看到了在华人地区实现宪治的希

望,并触发他们将某些先进经验借鉴到内地的冲动。

笔者于2005年左右也加入了港澳基本法的研究行列,特别关注了近十年来港澳基本法的实施状况,对学界的研究现状亦有深入了解。官方的选题大多针对重大理论问题而设定的,但是研究结论过早地确定,不利于学术的独立性,而且研究对象过于集中,容易造成资源浪费,反而忽视了一些看似微小但意义重大长远的问题。一般认为,在进入新宪治秩序的国家或地区,宪法不可能规定所有的政治制度,某些政治规则需要在宪法运行一段时间后,在多方博弈的情形下,以宪法惯例的形式对参与方进行约束。例如,美国的马伯里诉麦迪逊案就使最高法院实现了“伟大的篡权”,开创了法院违宪审查的先例,半个世纪后的德里德·斯考特案又让这个先例变成惯例,从此再也无人对法院违宪审查权发出疑议。在具有普通法思维习惯的香港亦如此,如果某些违背“一国两制”原则且基本法没有明确规定的做法长期得不到纠正,它就有可能成为惯例,若不及时介入,就会让以后的纠错成本极为高昂。因为“魔鬼就隐藏在细节之中”,所以中国的宪法学界要善于“见微知著”、“未雨绸缪”,不能局限于基本法的文本和官方的指导,而要投身于基本法伟大而丰富的实践,这才是真正的研究范式转换。

2010年,在菲律宾发生了震惊世界的“香港人质事件”,此事件除了案情离奇、结果惨痛以外,时任香港特首的曾荫权与菲律宾总统阿基诺三世的交涉经过,成为各界关注的热点。关于曾荫权是否有权致电菲国总统一事,当时出现了截然不同的看法,笔者觉得“兹事体大”,不可不察,它涉及香港对外交往的主体、范围、权限等重大问题,而基本法并没有明确的规定,处理不好就会产生不良的宪法惯例,影响中央外交权和特区对外事务权的良性互动,并形成负面的国际影响,于是发表了一篇题为“从菲律宾人质事件看香港对外事务权”的论文,初步阐发了笔者对香港对外交往权的看法。随着时间的推移,香港在对外交往领域又相继发生了一系列有影响力的案件和事件,如菲佣居港权案、刚果(金)案、斯诺登赴港避难事件等,另一个特别行政区澳门也发生了著名的汇业银行案,它们从不同的角度对特别行政区对外交往行为提出

理论阐释的需求,宪法学界和国际法学界给予了部分回应,但始终走不出案例分析的局限,解决的是一时一地的问题,理论意义有限。

笔者认为,在两个特别行政区回归十余年后,有必要对其对外交往权做一番系统的理论梳理,宪法学人要更多地承担这份责任,因为特别行政区的对外交往是一个貌似国际法实为宪法学的问题,它的行使首先取决于国内法尤其是宪法和基本法的规定,体现的是中央与地方的法制关系。笔者还认为,学术研究的内容要和体现研究成果的载体相匹配。以往的研究过于分散、琐碎,并非学者立意不高远、理论水平有限,而是由于理论回应现实强调及时性和应用性,追求的是“片面的深刻”,不求体系的完整,也许一篇万余言的论文足以解决问题;但是要针对某个问题做出体系性阐述,就需要对大量的事例和理论进行介绍、评述,综合运用归纳、演绎、类比等思维方式,非专著和博士论文无以容纳之。因此,笔者准备将自己长期针对“特别行政区的对外交往权”的思考以博士学位论文的形式贡献出来,以供学界晒正。当然,笔者也希望通过此文引起官学两界对这个问题的重视,同时进一步“活化”中国宪法学,将其带入实用法学的行列。

二、对相关问题的研究现状

每一篇论文或论著的写作者都怀有一种复杂的心情,既希望自己的选题能够找到足够多的参考文献,不至于做“无米之炊”,并在前人研究的基础上获得理论上的推进;但又不愿意看到太多的人已经对选题进行过“精耕细作”,因为要在众多同类研究成果中做出开创性的成绩非常难,而创新性又是博士论文和专著的要求之一。笔者在选题之初也面临这样的心理纠结。值得庆幸的是,国内外尚无太多的从宪法学角度探讨特别行政区对外交往权的文章,同时从其他学科角度介绍分析国家或特别行政区对外交往(权)的文章并不少。前一类参考文献(数量少、层次低)为笔者提供了研究的参照系,但又未成为不可逾越的创新阻碍;后一类参考文献因研究角度不同,充其量只是给笔者提供了大量研究素材,具体论题的重合度较小,反可形成“错位竞争”,数量越多对出新成果越有利。