

论恢复行使主权

The Resumption of
the Exercise of Sovereignty

王 禹◎著



人 民 大 学 出 版 社

论恢复行使主权

The Resumption of
the Exercise of Sovereignty

王 禹◎著



人 民 大 学 出 版 社

责任编辑:张 立

封面设计:林芝玉

版式设计:边 娜

责任校对:陈艳华

图书在版编目(CIP)数据

论恢复行使主权/王禹 著. —北京:人民出版社,2016.5

ISBN 978-7-01-016051-1

I. ①论… II. ①王… III. ①一国两制-研究-香港②一国两制-研究-澳门 IV. ①D618②D676.58③D676.59

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 065412 号

论恢复行使主权

LUN HUIFU XINGSHI ZHUQUAN

王 禹 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京盛通印刷股份有限公司印刷 新华书店经销

2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:17.25

字数:265 千字

ISBN 978-7-01-016051-1 定价:56.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

前 言

主权问题是香港问题和澳门问题的本质问题。“恢复行使主权”，是我国解决香港问题和澳门问题的核心和必然结果，也是我国政府在香港和澳门设立特别行政区，实施“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的逻辑起点。因此，必须从“恢复行使主权”切入探讨“一国两制”的宪制原理。

香港和澳门自古以来就是中国领土。香港问题是英国自 1840 年鸦片战争以来，以武力和武力相威胁强迫清政府签订《南京条约》、《北京条约》、《展拓香港界址专条》三个不平等条约形成的。澳门自 16 世纪中叶以后被葡萄牙逐步占领，1887 年《中葡里斯本草约》和《中葡友好通商条约》确认了“葡国永驻管理澳门以及属澳之地”。这些不平等条约不可能是中国政府真实意志的表达。我国政府和我国人民不予以承认。

这些不平等条约在法律上是无效的，香港和澳门在被英国和葡萄牙占领期间，其主权在法律上没有发生过变更：香港和澳门的主权一直属于中国。香港与澳门回归前，我国正是按照这一精神去处理相关的港澳事务；我国与英国谈判解决香港问题，与葡萄牙谈判解决澳门问题，也是在这一精神下进行部署和安排的。“恢复行使主权”，并非“主权的恢复”或“主权的移交”，而是主权“行使”的恢复。主权是国家绝对和最高的权力。“恢复行使主权”就是指我国对香港和澳门恢复行使绝对和最高的国家权力，也就是指恢复行使作为主权国所应当行使的管治权力。我国宪法确立了单一制的国家结构形式。在这种国家结构形式下，中央对地方具有全面的管治权力。我国是在单一制国家结构形式下对香港和澳门恢复行使主权，对香港特别行政区和澳门特别行政区享有全面管治权。

两部基本法的序言第一段叙述了香港问题和澳门问题的形成及其解决。第二段明确指出我国在解决香港问题和澳门问题以后,对香港和澳门所采取的管治方针,即“一国两制”:在香港和澳门设立特别行政区,实行高度自治,“港人治港”和“澳人治澳”,不在香港和澳门实行社会主义的制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变。序言第三段明确指出全国人民代表大会根据中国宪法,特制定香港基本法和澳门基本法,规定香港特别行政区和澳门特别行政区实行的制度,以保障国家对香港和澳门的基本方针政策的实施。

“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治是我国对香港和澳门恢复行使全面管治权的基本方针政策。宪法是我国在香港特别行政区和澳门特别行政区实行“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的根本法律依据,基本法是我国在香港特别行政区和澳门特别行政区实行“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的具体法律保障。宪法和基本法共同构成了特别行政区的宪制基础。

特别行政区制度是我国对香港和澳门行使全面管治权的制度载体。授权是中央全面管治权和特别行政区高度自治权的“法律中介”,将维护国家统一和保障高度自治在法理上连接起来。授权的法律依据是中国宪法,授权的政策依据是我国在中英联合声明和中葡联合声明里宣布的十二项基本政策及其附件一的具体说明。我国对特别行政区的全面管治权,既包括中央直接行使的权力,也包括授权特别行政区实行高度自治。中央对特别行政区的高度自治权有进行监督的权力。全面管治权和高度自治权不仅不矛盾,而且相辅相成,共同构成特别行政区治理体系的整体。

香港、澳门回归后政治体制发生了根本性变化。行政长官制是我国在特别行政区实行“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的地方政权组织形式。行政长官是整个政治体制的核心。行政长官既是特别行政区的地区首长,也是特别行政区政府的首长;行政长官既对中央人民政府负责,也对特别行政区负责。行政长官的产生办法由两部分构成:在特别行政区当地通过选举或协商产生后,报中央人民政府任命。立法会是特别行政区的立法机关。法院实行独立审判。这是一种实行行政主导、行政与立法

互相配合又互相制约、司法独立的地方政治体制。香港、澳门特别行政区的政制发展,即行政长官和立法会的产生办法修改问题,必须围绕着进一步加强和巩固行政长官制这一地方政权组织形式而展开。

本书共分五章,分别讨论了“主权”“高度自治”“特别行政区制度”“授权”“行政长官制”等有关“一国两制”的基本概念和基本原理。本书努力将这些讨论置于我国宪法学理论框架,以及宏观的政治和历史背景下展开。

目 录

前 言	1
第一章 主 权	1
第一节 主权的概念及其运用	1
一、主权的概念	1
二、不平等条约问题	11
三、主权不能谈判原则	16
四、殖民地问题	20
第二节 台湾问题、香港问题与澳门问题的形成	25
一、台湾问题	25
二、香港问题	28
三、澳门问题	29
第三节 “一国两制”思想的形成、提出及其宪法依据	31
一、“一纲四目”	31
二、“暂时不动、维持现状”与“长期打算、充分利用”	32
三、“一国两制”的提出	35
四、宪法第 31 条	37
第四节 香港问题和澳门问题的解决	38
一、中英谈判	38
二、中葡谈判	41
三、联合声明的内容和效力	42
四、香港基本法的起草和香港回归	48

五、澳门基本法的起草和澳门回归	49
第五节 恢复行使主权的内涵	50
一、一些似是而非的观点	50
二、主权恢复行使的形式表现	52
三、恢复行使主权的内涵	54
第二章 “一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”与高度自治	59
第一节 社会主义与资本主义	59
一、社会主义与资本主义的概念	59
二、马克思笔下的社会主义理想	63
三、中国特色社会主义理论	66
四、“一国”下的“两制”关系	70
第二节 “一个国家”	74
一、国家统一的概念	74
二、“一国两制”的基本内涵	75
三、宪法在特别行政区具有最高法律地位	77
第三节 “港人治港”与“澳人治澳”	79
一、“港人治港”与“澳人治澳”的内涵	79
二、永久性居民与非永久性居民	81
三、港澳居民的国籍问题	85
四、外国居留权问题	90
五、港澳居民参与国家事务管理的权利	91
第四节 高度自治	93
一、自治、地方自治与高度自治的概念	93
二、高度自治的标志和内涵	95
三、行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权	97
四、处理对外事务的权力	99
五、财政方面的高度自治	102
第五节 五十年不变	103
一、保持原有的资本主义制度和生活方式五十年不变	103

二、原有法律基本不变	105
三、法律体系宪制基础的根本性改变	110
第三章 单一制与特别行政区	114
第一节 单一制的概念	114
一、我国的国家结构形式	114
二、单一制原则在基本法的体现	118
三、所谓“剩余权力”问题	120
第二节 特别行政区	123
一、特别行政区的概念	123
二、特别行政区的区域范围	124
三、我国历史上的特别行政区划制度	126
四、特别行政区制度在国家管理体制中的地位	130
第三节 中央和特别行政区的关系	131
一、国家、中央和中央人民政府的概念	131
二、中央在特别行政区行使权力的特点及其原则	135
三、中央在特别行政区行使的权力	139
四、特别行政区应自行立法维护国家安全	150
五、中央处理港澳事务的工作部门	152
第四节 特别行政区与我国其他地区的关系	156
一、特别行政区与各省、自治区和直辖市的关系	156
二、特别行政区与特别行政区的关系	159
三、特别行政区与台湾的关系	159
四、特别行政区驻北京办事处	161
第四章 授 权	163
第一节 授权的概念分析	163
一、为什么要研究授权	163
二、授权的词源	166
三、不同部门法上使用的授权概念	167
四、授权的一般原则	174

五、基本法里的两种授权概念	177
第二节 我国对特别行政区授权的意义、依据与形式	178
一、授权与分权	178
二、我国对特别行政区授权的意义	181
三、授权的法律依据和政策依据	183
四、授权的形式	184
第三节 授权的主体、内容和方式	187
一、授权主体与被授权主体	187
二、高度自治授权的内容	189
三、授权的方式探讨	190
第四节 授权监督与变更、取消、续期	197
一、授权监督	197
二、授权的变更、取消与续期	199
三、授权理论的进一步运用	200
第五章 行政长官制	203
第一节 港澳回归后政治体制的根本性转变	203
一、政治和政治体制的概念	203
二、政治体制的基本原则	206
三、有关三权分立问题的争论	212
四、从总督制到行政长官制	215
第二节 行政长官的地位和职权	221
一、行政长官的地位和职权	221
二、行政长官领导政府	224
三、行政会议和行政会	225
第三节 立法会	227
一、立法会的地位和职权	227
二、立法会的议事规则	229
三、立法会议员的权利与资格丧失问题	230
第四节 法院管辖权的限制问题	232

一、特别行政区的司法建制	232
二、法院对国防、外交等国家行为无管辖权	233
三、法院对特别行政区内部的政治问题和政治行为无管辖权 ...	238
四、原有法律制度和原则对法院管辖权的限制	240
第五节 政制发展问题	242
一、政制发展的概念	242
二、政制发展启动的三个问题	245
三、香港的政制发展问题	246
四、澳门的政制发展问题	251
主要参考文献	253
后 记	264

第一章 主 权

第一节 主权的概念及其运用

一、主权的概念

主权问题是香港问题和澳门问题的本质问题。恢复行使主权,既是我国解决香港问题和澳门问题的核心和必然结果,也是我国政府在香港和澳门设立特别行政区,实施“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的逻辑起点。

我们通常将主权的概念等同于国家的最高权力。古希腊的柏拉图(Plato, BC.427—347)、亚里士多德(Aristotle, BC.384—322),以及后来的托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas, 约1225—1274)对最高权力都有过论述。如亚里士多德在其《政治学》里认为,城邦是由家庭集合发展起来的政治共同体,最高权力可以由一个人、少数人或者多数人行使,从而形成不同的政体。然而,我们今天所使用的“主权”(Sovereignty)概念,不仅有最高权力的意思,而且还远远超出了这一内涵。这就不能不提到近代法国的让·博丹(Jean Bodin, 1530—1596),是他首先提出并讨论了我们今天的“主权”概念。

博丹在《共和六书》中,提出了对后世影响深远的主权概念:

主权是凌驾于公民和臣民之上的共同体(commonwealth)所有的最高和绝对的权力。^①

“共同体”,就是我们今天所说的“国家”。博丹认为,“在保留上帝的终

① 博丹的《共和六书》以法文发表于1576年,1586年博丹自己将其译成拉丁文出版。在1576年的法文版里,博丹指出“主权是共同体所有的绝对且永久的权力”,在其拉丁文版里,博丹还补充说,“主权是凌驾于公民和臣民之上的最高的和绝对的权力。”[法]让·博丹:《主权论》, [美]朱利安·H.富兰克林编,李卫海、钱俊文译,邱晓磊校,北京大学出版社2008年版,第26页。

极权威的情况下,臣民只能服从于他的拥有主权的君主,而不能再服从于任何人”^①。这就是说,公民的职责是对主权者的服从,主权是国家得以构成的本质要素。博丹反对法国当时封建领主的割据状态,认为“君主是上帝的影子”^②,主张主权属于君主。

其后,荷兰的格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645)进一步提出,“凡行为不从属于其他人的法律控制,从而不致因其他人意志的行使而使之无效的权力,称为主权”。^③ 主权因此是指一个国家不受其他国家控制而处理内部事务的权力。欧洲三十年战争(1618—1648)结束后签订的威斯特伐利亚和约(the peace treaty of Westphalia)重新划分了欧洲各国的边界,创立了以国际会议解决国际争端的先例,承认国王在自己的领地内不臣服于任何更高的政治权威,所有与会国具有独立和平等的地位。^④ 这个和约标志着产生了近代以来国家主权至上的国际法原则。

到了17和18世纪,霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679)、洛克(John Locke, 1632—1704)与卢梭(Jean-Jacques Rousseau, 1712—1778)等影响深远的启蒙思想家,根据社会契约论的思想,亦相继讨论了国家与主权问题。他们认为,国家建立在社会契约的基础上,通过此种契约,人民将自己的权利让渡出来,从而使得国家有权管治社会,而国家有义务保护人民。他们还认为,国家的主权既可以属于君主,也可以属于人民。尤其是卢梭提出的人民主权论,成为当代世界各国普遍奉行的一项宪法原则。法国1789年《人权宣言》和1791年宪法都明确规定了人民主权原则,并指出主权是统一的、不可分割、不可剥夺和不可动移的整体。^⑤

① [法]让·博丹:《主权论》,[美]朱利安·H.富兰克林编,李卫海、钱俊文译,邱晓磊校,北京大学出版社2008年版,第77页。

② 同上注,第91页。

③ [荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,[美]A.C.坎贝尔英译,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第88页。

④ 参见莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第375页。

⑤ 法国1789年《人权宣言》第3条规定,“整个主权的本原主要是寄托于国民。任何团体、任何个人都不得行使主权未明白授予的权力。”1791年法国宪法第三篇国家权力第1条规定,“主权是统一的、不可分的、不可剥夺的和不可动移的;主权属于国民;任何一部分或任何个人皆不得擅自行使之。”

这样就逐渐奠定了主权概念在当代宪法学与政治学、国际政治与国际法上的重要地位。我们今天所说的“主权”，不仅是国家存在的法律基础，也是国家行使一切权力的源泉，它既不可分割，也不可转让。主权既包括国家独立处理对外事务的权力，也包括在其管辖范围内所行使的至高无上的排他性权力。

西方法学理论传入中国是在鸦片战争以后。中文“主权”一词较早出现在丁韪良于1864年所翻译的《万国公法》。该书指出，“治国之上权，谓之主权。此上权或行于内，或行于外。行于内，则依各国之法度，或寓于民，或归于君”，“主权行于外者，即本国自主，而不听命于他国也。各国平战、交际，皆凭此权。”该书将主权作为国家存在的必要条件，指出主权的丧失就意味着国家在国际法意义上的解体或灭亡：“内乱既甚，或外敌征服，而致其主权全灭，始视其国为亡矣。”^①1911年的《中华民国临时约法》第2条明确规定中华民国主权属于国民全体。

我国民国初期的学者，在列举国家要素时，不全用“主权”一词。王世杰在其《比较宪法》里使用“主权”一词作为国家的构成要素，钟赓言在朝阳法律科讲义《宪法》中则使用“统治权”一词。还有些著作作用“权力”或“国权”一词作为国家的构成要素。^②后来才逐渐统一使用“主权”。1949年中华人民共和国成立后，历部宪法采用了“中华人民共和国的一切权力属于人民”的这一表述，并明确提出要在尊重国家主权和领土完整的基础上发展外交关系。

主权是国家的构成要素，这是1648年威斯特伐利亚和约确立的国际法准则。这就回答了国家何以成为国家的问题，即国家本身是最高的权力，国家权力上面不再有其他权力，也不受其他权力的约束。^③然而，自博丹发表《共和六书》以来，宪法学、政治学、国际政治与国际法等学者却以不尽相同的内涵来使用“主权”概念。

① [美]惠顿：《万国公法》，[美]丁韪良译，何勤华点校，中国政法大学出版社2003年版，第27—28页。

② 参见张知本：《宪法论》，上海法学编译者出版，中华民国二十二年四月出版，第6—9页。

③ 参见凯尔森：《上帝与国家》（1923），林国荣译，田立年校，刘小枫选编：《施米特与政治法学》，上海三联书店2002年版，第313页。

1. 绝对主权和相对主权

首先就是关于绝对主权观和相对主权观的争辩。绝对主权观,以霍布斯、卢梭和黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831)为代表。绝对主权观认为主权是不可转让和不可分割的,而且是绝对和神圣不可侵犯的。主权者除受到自己的意志限制以外,不受其他限制,而与其他国家的关系中,主权者享有完全的行动自由。相对主权观,以普芬道夫(Samuel Pufendorf, 1632—1694)、奥斯丁(John Austin, 1790—1859)、洛克和狄骥(Léon Duguit, 1859—1928)为代表。相对主权观认为主权是国家的最高权力,但不是绝对的权力,而且,主权必须依赖于其他国家的承认,主权必须受到国际法的约束。^①

回答这个问题,就必须回到博丹提出主权概念的时代。1572年,法国发生了持续数月的宗教动乱和宗教大屠杀暴行^②,这是一个混乱的时代,博丹就是在这个背景下写作《共和六书》的。该书的宗旨是要求国家承担起维护法律、安全、和平与秩序的责任,而国家承担起这个责任必须具有一个最高权力中心,这就是主权。^③ 主权把国家同其他一切组织,如家庭、社团、村落、教会、民族与种族等,区别开来。一个国家之内,公民可以没有共同的语言、宗教与信仰,但都必须服从一个共同的主权。博丹提出的主权概念首先是抽象的和绝对的。他说,

在这儿我没有对只有一两个国家的君主所坚持主张的一些琐碎的权力进行详细的阐述,但这些权力决不能看成是主权的标志。因为主权的标志仅归主权者排他性地享有,而其他拥有审判权的领主、法官和所有臣民是不能享有的;在这种意义上,我们依据其本质才能说:主权是不可转让的、不可分割的,也是不可消灭的。^④

① 参见肖泽晟:《宪法学》,科学出版社2003年版,第78页。

② 即圣巴托罗缪屠杀(Massacre de la Saint-Barthélemy),因开始于1572年8月24日圣巴托罗缪日而得名。

③ 参见何新:《让·博丹的国家主权至高无上论》,见其著作《论政治国家主义》,时事出版社2003年版。

④ 参见[法]让·博丹:《主权论》,[美]朱利安·H.富兰克林编,李卫海、钱俊文译,邱晓磊校,北京大学出版社2008年版,第146页。

根据博丹的这个定义,主权是国家永恒的权力,不仅是国家本身所固有的内在权力,而且是一种非授予的权力,既不能分割,也不能转让。主权有别于国家在特定时间内所授予其他个人或者组织的任何有限的权力。主权不受法律的限制,主权本身就是法律的源泉。

然而,博丹的主权概念,是从主权者绝对拥有而与其他主体不可分享的权力中归纳出来的。这些就是他所说的主权性权力(Sovereign power)。这些主权性权力包括制定法律、宣布战争和媾和、设置和罢免最高官员、终审、赦免、定税与免税、宣誓效忠、铸币和度量衡等。这些权力是主权者所必须享有和行使的,具有排他性的特点。由这些排他性权力构成的权力整体本身就是主权,主权者既不能转让,也不能放弃。

这样我们就可以区分出主权的第一层内涵,即主权和主权性权力。第一个主权的概念是指国家赖以存在的须臾不可分离的统治权力本身。这个权力是国家本身所固有的:有主权,即是国家,没有主权,即不是国家。主权是国家的特有属性。而主权性权力,是指主权者所行使的权力,是指主权者在统治国家过程中必不可少的管治权力。

2. 主权的“所有”与主权的“行使”

主权的“所有”是指国家的归属问题。如同民法中的所有权概念是指物的归属一样,而主权的“所有”是指这个国家是谁的?古代的王位世袭制就是建立在国家为君王所有的基础上,即主权在君^①。另一种就是主权在民。现代社会多数国家在宪法里就明确宣布主权在民原则。^②

最早提出主权概念的博丹,就认同“主权在君”。他认为,“国家只有通过主权才能达到真正的稳定、统一或安宁,没有特定个人发挥作用,主权也难以达到上述目的”^③。这个特定的“个人”就是君主,君主就是主权者,君

① 如《史记·秦始皇本纪》记秦始皇制曰:“朕为始皇帝。后世以计数,二世三世至于万世,传之无穷。”

② 还有少数国家例外。一种例外的情况是宣布主权属于君主和人民共有,如1921年的列支敦士登国宪法。另一种例外是规定主权属于上帝或者真主,上帝或者真主将主权交给人民行使,如1973年的巴基斯坦伊斯兰共和国宪法。

③ [英]戴维·米勒、[英]韦农·波格丹诺主编:《布莱克维尔政治学百科全书》(修订版),邓正来译,中国政法大学出版社2002年版,第779页。

主政体是最好的政体形式。霍布斯与黑格尔亦认同君主主权。霍布斯认为君主政体能够达到公私利益的最紧密结合,君主制是最好形式的政体。^①黑格尔认为,国家作为政治有机体,其生命的自由意志只能由一位君主来体现,国家主权即为王权。^②另一种观点反对君主主权,提出主权属于人民的思想。英国17世纪的约翰·弥尔顿(John Milton, 1608—1674)认为,所有的国王都是人民“根据一定的条件托付给他权力的”,“一旦国王不遵守这些条件,权力就必须交还给人民”,“一切权力的源泉一向是来自人民”。^③法国卢梭根据社会契约论与自然权利说,提出国家是人民订立契约的产物,国家权力来自人民订立契约时对其自然权利的转让,人民是国家最高权力的来源。卢梭提出的人民主权学说,直接推动了法国大革命的爆发和发展,对后世产生了巨大影响。

这里所说的“主权”是指国家的归属问题,即国家是谁的,君主抑或人民?笔者在这里称为主权的“所有权”问题。在博丹时代,实行君主专制,主权的“所有”与主权的“行使”是一致的。然而,随着君主专制政体的消亡,主权的“所有”与主权的“行使”发生了背离,作为主权者的人民无法直接行使统治的具体权力,而只能通过选举产生议会或总统代表人民行使主权,这就产生了主权的名义归属与主权的实际行使的关系问题。

格劳秀斯认为,主权的存在有一般主体与特殊主体之分,主权的一般主体就是政治体(body politic),或者称为国家,主权的特殊主体亦即组成政府的人或人们。^④洛克认为,在一系列主权者中,国王是形式上的或法律上的主权者,只要在法律范围内就是最高的;其次是立法机关,是政府权力中的主权者,并且在其权力范围内是不受限制的,这是政府主权者;在立法机关后面是另外一个组织,最终它才是真正的主权者,即建立立法机关的市民社

① 转引自[美]列奥·施特劳斯等主编:《政治哲学史》(上),河北人民出版社1993年版,第466页。

② 黑格尔对君主立宪制的理解是从他的逻辑“一”、“少”和“多”三个观念出发的。参见洪谦德:《黑格尔哲学之当代诠释》,人本自然文化事业有限公司2007年版,第240页。

③ [英]约翰·弥尔顿:《为英国人民申辩》,何宁译,商务印书馆1978年版,第141、165页。

④ 参见[荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,[美]A.C.坎贝尔英译,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第88页。亦可参见[美]小查尔斯·爱德华·梅里亚姆:《卢梭以来的主权学说史》,毕红海译,法律出版社2006年版,第11—12页。