

清华法学文库
法治研究系列

中央与特别行政区关系

一种法治结构的解析

王振民 著

04



清华大学出版社

清华法学文库
法治研究系列

中央与特别行政区关系

一种法治结构的解析

王振民 著



清华大学出版社
<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

(京)新登字 158 号

内 容 提 要

本书从法治的视角尤其从宪法的角度,探讨了在实行“一国两制”情况下,中国处理中央与特别行政区关系的基本理论和基本架构,探讨了中央与特别行政区职权划分遵循的基本原则和方法;然后从实证的角度对处理中央与特别行政区关系的一些技术操作问题,尤其对特别行政区成立后处理两地关系的实践和《基本法》的运用,包括中国的违宪审查制度及其对特别行政区的影响,进行了深入的研究;并且对涉及到的诸多宪法学理论问题做了新的诠释。

本书适合研究宪法学、特别行政区基本法和政治学的人士及其他有兴趣者研究参考。

图书在版编目(CIP)数据

中央与特别行政区关系:一种法治结构的解析/王振民著. —北京:清华大学出版社,2002

(清华法学文库. 法治研究系列/王保树、高鸿钧主编)

ISBN 7-302-05634-X

I. 中… II. 王… III. 宪法—研究—中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 045428 号

出 版 者: 清华大学出版社(北京清华大学学研大厦,邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

责任编辑: 方 洁

印 刷 者: 世界知识印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 880×1230 1/32 **印张:** 15.125 **字数:** 408 千字

版 次: 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-05634-X/D·42

印 数: 0001~4000

定 价: 26.00 元

“清华法学文库”总序

“清华法学文库”是一套大型丛书，入选书目主要是清华大学法学院教师的专著、译著、教材及以清华大学法学院教师为合作者的著作。本文库的编辑宗旨是，提升科研水平，促进法学各学科的建设，为依法治国和我国法学的繁荣不断做出新的贡献。

清华大学法学院复建，正逢我国社会主义法制建设不断加强，“依法治国”成为治国方略，现代中国法学走向繁荣，法学教育空前发展。并且，经济的“全球化”，高科技的迅速发展，将使现代中国法学的发展和法学教育改革进入一个新的时期。清华大学法学院必须抓住这一极好的发展机遇，积极组织和推动科学研究工作，创造学术著作出版的优良环境，持续提升科研成果水平，不断提高教学质量，为中国法学和法学教育的发展做出应有的贡献。基于此，清华大学法学院决定编辑并由清华大学出版社出版“清华法学文库”。

本文库包括三个系列，即“专著系列”、“教材系列”和“译著系列”。根据“清华法学文库”编辑工作规则的规定，本文库收入的著作须具备三个条件：（一）学术水平应属同专业上乘；（二）符合学术规范；（三）符合出版要求。文库收入的译著应具备三个条件：（一）原著应是具有较高学术水准的著作；（二）译著符合信、达、雅的要求；（三）符合出版要求。为了保证文库的质量，文库设编委会，负责文库的选题，承担下列职责：（一）接受作者或译著的申请；（二）审查文稿质量，提出修改意见；（三）根据需要，匿名送审稿件；（四）安排出版。

“清华法学文库”是一个长期的学术出版计划，它不以编辑出版固定的册数为目标，而是随着清华大学法学院的发展一直延续下去。

11/11/11

它不采取命题作文的方式,也不采取事先支持或事先确定选题的做法,而是选用已经成熟的符合条件的作品。我相信,经过法学院全体教师和出版社的共同努力,“清华法学文库”将贡献于社会一批有影响的著作,并以此感谢所有支持和关心清华大学法学院发展的人士。

王保树 谨识

2001年5月于清华园

心寄治邦 ——“法治研究系列”序

诗云：“天生蒸民，有物有则。民之秉彝，好是懿德。”^①

—

先民群聚集居，上祖弓猎火烹。三皇之传邈邈，迹犹可循；五帝之说纷纷，事则可鉴。姬黄北来，败东夷而据中原；夏禹南向，服苗蛮而统九州。天下为公，三代禅让，选任贤能；黎民为贵，四岳群牧，平章百姓。三皇设言而民不违，五帝画像而民知禁。丹服以象劓，墨体而征臙，犯者无皮肉之苦；杂履以兆宫，去领而示辟，违禁免生死之罚。

物寡欲增，锱铢之夺遂起；强凌弱抗，曲直之争愈烈；夏有乱政而作《禹刑》，五刑之属三千，慎罚而倡赎赦；商有乱政而作《汤刑》，科条之数三百，重孝而增酷刑。周承五刑之法，尚礼明德，慎刑鉴罚。三典刑邦国，厘分轻重缓急；五听察民情，明辨曲直是非；三宥辨衍过，无知者宽免；三赦悯幼老，无能者怜恤。

周道既衰，礼崩乐坏。诸侯蜂起，九鼎非属一家；群雄逐鹿，八卦难卜孰赢。悠悠春秋，多事之秋，凛凛战国，战乱之国。志士奔走，献富国强兵之策；百家争鸣，寻救世安民之途。克己复礼，明德慎罚，儒家奔走呼号；立制操刑，缘法而治，法家身体力行；道法自然，无为而治，老聃之真谛；节用非攻，兼爱尚同，墨翟之要旨。春秋以降，诸国弗用周制，纷立其法：魏有《法经》之传，韩有《刑符》之设，楚有《宪令》

^① 《诗经·大雅·蒸民》。

之制。郑铸刑书，叔向责之，恐民知有辟不惧于上；晋铸刑鼎，仲尼叹之，忧民在鼎矣贵贱无序。然德礼曲高和寡，儒士少佐于王政；刑宪调低用灵，法家每聘于君前。齐用管仲，修法治，广政教，九合诸侯，一匡天下；秦听卫鞅，变旧法，行新制，五年而强，诸侯毕贺。邓析遭诛，私造之竹刑犹用于郑；商君受磔，所立之新法仍行于秦。

秦缘法而强，恃力而霸，灭六国一天下，置郡县统六合。治道运行，皆有法式，法繁于秋荼；机枢转动，尽布罗网，网密于凝脂；酷刑惨诛，赭衣塞路，圜圜成市；横征暴敛，饿殍盖地，悲号惊天。焚书之灰未散，陈胜吴广揭竿于田垄；坑儒之土方干，刘邦项羽起事于里巷。数百年基业，二世骤毁；几十年教训，千载长铭。

汉鉴秦弊，改弦易辙，宽政尚礼，蠲繁削苛。然一家之尊，独教化不足安邦治世，遂辅以刑名之学；三章之法，务简约何济御奸止暴，继补以九章之律。

二

殷袭夏礼，损益可知；汉承秦制，利弊详察。由汉至清，王姓几易，德主刑辅弦歌不辍；由清至汉，官法多变，重刑轻民一以贯之。唐之律疏，宋之刑统，立名稍异，其义颇近；明之律诰，清之律例，处时不同，其旨相通。

仁为趋善膏粱，法乃惩恶药石。兵刑一旨，惟有大小之分；法刑同源，复存广狭之辨。天秩有礼而制五礼，天讨有罪而作五刑。礼唱法随，出于礼而入刑；德施法循，准乎恩而免罪。五刑常悬，期刑去刑，念绳墨弃之不用，官以讼多自责；^①十恶不赦，以杀止杀，盼斧斤废而不举，君为刑重怀忧。条之繁简，网之疏密，乃历代所虑；刑之轻重，罚之宽严，为累朝所思。科条时繁时简，量刑世轻世重。效四时之兆，察灾异之变，先春风以播恩，后秋霜而动宪。逢吉行赏，眚灾肆

^① 《后汉书·韩延寿传》、《后汉书·刑法志》。

赦。鹊巢共树，刑部沾光；^①日蚀暗天，太尉倒霉^②；彗星现而停刑^③，妖狐出而设厂^④。斩低头之虎^⑤，雪鬼诉之冤^⑥……

梨洲有言：三代以上，法为天下之法；三代以下，法为一家之法。敕例滋彰，国定常律化作具文；人主折狱，官设法司堕为傀儡。期尧、舜之王，而桀、纣之君接踵，法毁刑滥；盼管、晏之臣，而来、周之吏比肩^⑦，律亡罚酷。罪逐情加，情姿法偃，赏罚常凭人主喜怒；刑随意改，意妄理障，轻重每依法官好恶。烈烈忠骨，却为屈死之鬼；炳炳史家，竟是刑余之人。文帝感缢索之义，遂有肉刑之废^⑧；太宗观图人之軀，即禁鞭背之罚^⑨。捶楚之下，何求不得，无辜不容清白之辩；重刑之逼，安准避仕，名流难兴山林之思^⑩。象由齿毙，光泽之玉先毁；漆因汁割，芳茂之桂早折。官逞嗜杀之癖，吏逐鬻讼之利；欲活则生议，将死则死比。举手挂罗网，动足触机陷。法书明于帙里，冤魄结于狱中。连坐之法，覆巢岂有完卵；三夷之诛，涸川焉存活鱼？割舌之酷，口将言而噤；刖腴之惨，足将进而趑趄。求长生于重典，如索游虾于滚釜：一钱之偷弃市，半瓜之窃行决；^⑪望速死于酷刑，若乞全叶于蚕齿；炮烙之烟翻腾，凌迟之刃飞转。求消心头之恨，君赐叛逆之肉于臣下；^⑫为解胸中之忿，帝坐贼人之皮于臀底。^⑬直言之臣，以

① 见《旧唐书·刑法志》。

② 见《后汉书·刑法志》。

③④ 见《明史·刑法志》。

⑤ 《后汉书·童恢传》载童恢为官青州，审害民之二虎，杀低头闭目者，谓其“垂头服罪”。由此“吏人为之歌颂”。《后汉书·刑法志》亦载此事。

⑥ 见《后汉书·刑法志》。

⑦ 指管仲、晏婴、来俊臣、周兴。——笔者注。

⑧ 见《汉书·刑法志》。

⑨ 《新唐书·刑法志》载：“太宗览《明堂针灸图》，见人之五脏皆近备……遂诏罪人无得鞭背。”

⑩ 明《大诰》十条罪目之一为“寰中士大夫不为君用”。见《明史·刑法志》。

⑪ 《隋书·刑法志》。

⑫ 隋炀帝将反叛者处以极刑之后，“命公卿以下齧其肉”。见《隋书·刑法志》。

⑬ 明武宗正德五年，将罪犯磔后，“以皮制鞍鞴，帝每乘骑之”。见《明史·刑法志》。

蝼蚁之命，进逆耳忠言，多遭廷杖之苦，汤镬之刑；阿谀之徒，凭机巧之心，施舔痔狐媚，常受心腹之宠，紫绶之贵。登闻鼓常响，难罄民间冤声；听讼观^①躬临，靡详狱讼细情。“京控”之队络绎，龙体烦劳；“扣阍”之躯匍匐，圣驾常惊。亘古乏民主，子民身贱犬马；历朝有秦政，黎庶命轻鸿毛。法，治民治吏不治君；礼，及上及尊不及卑。

三

朝日西去，秋风动而蝉不觉；西人东来，犬爪近而兔不知。软膏之欺，病夫愈病，病夫怎敌屠夫；利炮之攻，土枪益土，土枪难对洋枪。列强骤来，万世弦歌忽断；群狼突至，一统疆土瓜分。国破徒遗山河之景，兵败枉论华夏之尊。睡狮之梦终醒，夜郎之狂遂灭。御外安内之议遽起，变法图强之论因生。或举泰西之制证于古，或援汉家故物用于今。西法东渐，法治之倡得势；古礼今废，德治之声失时。然戊戌变法胎死腹中，洋务运动转瞬破产，辛亥革命半途而废，“五四”运动昙花一现。期间属以华夷之辨，体用之争，新旧之别，中西之鉴。统一法权之法立，治外法权未归；民主共和之宪颁，域内专制仍存；泰西新法广采，形具而无根；故国旧法尽废，名亡而实存。外无独立之尊，奢谈自由；内有战乱之患，遑论法治；民乏民主之求，“德先生”水中之月；国多国殇之难，“赛小姐”镜中之花。百年浩劫，累世罹难，悠悠苍天，曷此其极！

饱经磨难，江山复归一统；历尽祸乱，国家终获安宁。以新为务，旧法一笔勾销；拜俄为师，新范方兴未艾。花缘自怯，难耐狂飙；柳本易折，怎禁骤雨？运动频繁，政策代替法律，宪法束之高阁；内斗升级，民权搁置一旁，律师打入冷宫。小波未平，大浪又起。山雨欲来风满楼，黑云压城城欲摧。一夜秋风，神州残花遍地；十年劫难，山河满目疮痍。群凶武斗，有枪有棒；和尚打伞，无法（发）无天。法院门可

^① 《晋书·刑法志》：“及明帝即位，常临听讼观，录洛阳诸狱。”

罗雀，法典付之一炬，法学弃如弊屣，法治荡然无存。牢狱之中，有功之士含冤；棍棒之下，无辜之魂赴冥。堂堂国家主席，冤魂难寄尸骨；区区巷间恶少，邪气竟瘴朝纲。是非颠倒，直言烈女刑前遭断喉之刑；黑白混淆，忠谏元勋身后受口诛之罚。名曰民主之制，万岁呼声山响；号称共和之体，同室相煎湍急。高山低头，涧水无语，苍天叹息，大地抱憾。呜呼！吾华夏民族何此灾多难众？吾炎黄子孙何此时乖运蹇？

乱后思治，劫余议生。拨乱反正，重演平反昭雪故剧；正本清源，复议实事求是旧题。亡羊补牢，“德先生”又成座上之宾；迷途思返，“赛小姐”再登大雅之堂。修宪明制，拟置方圆于规矩；立法设范，试度轻重于衡石。遂有权界群己之宪，防遏奸暴之刑，厘定分争之则，生殖财货之规，对簿公堂之式，救助残弱之条……短短旬年，母法携子法并进；匆匆廿载，公法与私法偕行。法治之盛，历代未有；民主之隆，亘古无双。然律文少本土之根，规范多舶来之品。萱爱家乡，种河阳而不茂；桔恋故土，移淮北而味异。立法如雨后春笋，条文繁而实效微；普法似阵前誓师，口号响而行动迟。官恣术势，人治余患尚存；民乏权能，法治公理难行。禁条迭出，“三乱”悍吏不绝；法袍几易，“三盲”法官犹存；良驹期伯乐慧眼，政绩凭数字游戏。僧穷方丈富，民瘦官吏肥。横行恶霸，多借“严打”运动铲除；当政贪官，每赖高层批示就法。富奸行贿于外，贪吏枉法于内，高官弄权于上，小民惧法于下。黑字法条不敌红头文件；金色天平屈从方孔铜钱。贪心荡漾，见利而忘义；嗜欲横流，为富而不仁；良药竟成毒饵，鸩酒却充佳酿。无辜蒙冤，九泉含恨；有罪逍遥，万民不平。

四

审堂下之荫，知日月之行；观往古之制，明今日之理。民为邦本，无黎民则无国君；法为常典，有治法而有治人。古之法治，生乎本土曩昔；今之法治，引自泰西近世。泰西古时，希腊罗马之盛，毁于蛮族之侵；教会专权，领主任势；农奴卑贱代承，贵族特权世袭。迨至近

世,文艺复兴,宗教改革,科学昌兴,理性优位,民主生而君主隐,法治行而神治萎,理性扬而情感抑,平等显而特权除。西人凭科学而强,恃武力而霸,奉民主而昌,尊法治而盛。古之法治,民主之义少有;今之法治,自由之韵多涵。纵观当今寰宇,神治隐形,德治匿迹,人治难凭,武治弗久。欲国强民富,似舍民主无途;期长治久安,盖非法治莫属。守古律以治今世,刻舟求剑之愚;移西法而植中土,缘木求鱼之幻。徒念先贤之治,望梅止渴;生搬外来之法,画饼充饥。

临渊羡鱼终无鱼,守株待兔何有兔。已往不谏,来日可追;东隅既逝,桑榆非晚。侪辈同道,世纪之交,聚集清华,申报法治理论之题。承学校资助,学院支持,课题同仁戮力同心,以自由之意志,独立之精神,穷学人之思,究法治义理:曰法治价值之义理,法治运行之义理,法治嬗变之义理。价值之义理,考辨正义、平等、公平、效率、秩序、自由、道德、民主诸基础价值与法治之关联;运行之义理,探索法治之下权力制约、依法行政、契约自由、罪刑法定诸原则之内含;嬗变之义理,阐发法治发生、演变、成熟之机韵。今成书数册,名曰“法治研究系列”,忝列“清华法学文库”。论涉古今,择善而从;言及中外,唯宜是采;瞩望方来,未雨绸缪。探索幽隐,意在明理;陈说兴衰,略备省鉴。侪辈冀尘雾之微,补益山海;萤烛之光,增辉日月;望积跬步以至千里,聚小流以成江海,为民主推波助澜,于法治添砖加瓦。忧国忧民之心,形诸文墨;求治求强之情,萦于笔端。著者其旨虽同,论说各抒己见;其义虽近,行文自存特色。编者才疏学浅,孤陋寡闻,舛误偏颇,在所难免,愿聆教于读者,就正于方家。

日月昭昭,天行有常;山河巍巍,地孕其藏;众生芸芸,心寄治邦。

高鸿钧

2001年于清华园

目 录

前言	1
第一章 宪法学关于国家结构的一般理论	7
一、国家结构理论在宪法学中的位置	7
二、国家结构形式的基本理论	10
三、三种主要国家结构形式比较	13
四、国家结构形式在世界范围内的新变化	26
第二章 中国国家结构形式的历史演进	28
一、中国古代的国家结构形式	28
二、从辛亥革命到 1949 年前的国家结构形式	43
三、新中国国家结构形式的演变	46
第三章 “一国两制”国策的产生及其运用	56
一、香港、澳门和台湾问题的由来	56
二、中国统一方案种种	63
三、“一国两制”国策的形成及其内涵	74
第四章 “一国两制”的法律化和特别行政区建置的设立	90
一、“一国两制”的有关宪法问题	90
二、设立特别行政区的宪法和法律依据	98
三、特别行政区的法律地位	102
四、特别行政区的设立对中国国家结构产生的影响	107

第五章 处理中央与特别行政区关系的基本原则	110
一、中央与特别行政区关系的性质特征	110
二、处理中央与特别行政区关系的基本原则	113
三、影响中央与特别行政区关系的主要因素	124
四、中央与特别行政区的职权划分	134
第六章 中央享有的权力	143
一、特别行政区的创制权	144
二、特别行政区基本法的制定、修改、解释权以及 违宪审查权	149
三、特别行政区政府的组织权	157
四、宣布非常状态权	162
五、外交事务权	166
六、防务权	169
七、“剩余权力”的处理	173
八、中央权力的来源、性质及其行使	176
第七章 特别行政区享有的权力	180
一、特别行政区享有的高度自治权	180
二、特别行政区参与管理全国性事务的权利	195
三、接受中央授予的“其他权力”的权力	203
四、特别行政区对维护国家统一与主权所承担的责任	205
第八章 对相关关系的处理	209
一、中央人民政府各部门与特别行政区的关系	209
二、一般地方政府与特别行政区政府的关系	215
三、特别行政区与特别行政区之间的关系	219
四、台湾与其他地区的关系	223
第九章 处理中央与特别行政区关系的机构及其实践	226
一、最高国家权力机关	226

二、最高国家行政机关	232
三、应该遵循的工作原则	237
四、1997 年后处理中央与特别行政区关系的实践	240
第十章 1997 年后有关中央与香港特别行政区关系	
的个案分析	255
一、香港特别行政区诉马维案	256
二、港人内地所生子女居港权诉讼案及有关宪制问题	263
三、侮辱国旗、区旗案	286
四、张子强案和李育辉案及有关刑事司法管辖权问题	294
五、特别行政区与内地的民商事司法协助	302
第十一章 违宪审查、法治与国家统一	313
一、中国的违宪审查制度	316
二、“一国两制”下特别行政区的违宪审查制度	349
三、法治与国家的统一	378
后语 新问题和几点感言	388
一、层出不穷的新问题	388
二、普通法的治理哲学	391
三、再论中国的国家结构形式	397
感谢	401
参考文献	403
附录 I 条约、法律和决定	412
附录 II 司法解释和案例	420
附录 III 条约、法律和决定选录	423

CONTENTS

Preface	1
Chapter One The State Structure (Nation-Region Relationship) in Constitutional Law	7
I . The Status of the State Structure Theory in Constitutional Law	7
II . Basic Theories of the State Structure	10
III . Three Major Models of State Structure	13
IV . The New Developments of State Structure in the World Today	26
Chapter Two The Historical Evolution of the State Structure in China	28
I . The State Structure in Ancient Times	28
II . The State Structure from the 1911 Revolution to 1949	43
III . The Development of State Structure in New China	46
Chapter Three The Creation of "One Country Two Systems" and Its Operation	56
I . The Origins of Hong Kong, Macau and Taiwan Issues	56

II. Different Formulas for China's Re-unification	63
III. The Formation and Meaning of the "One Country Two Systems" Policy	74
Chapter Four The Legalization of the "One Country Two Systems" Policy and the Establishment of the Special Administrative Region (SAR)	90
I. Constitutional Issues Regarding "One Country Two Systems"	90
II. The Constitutional and Legal Foundations for the Establishment of the SAR	98
III. The Legal Status of the SAR	102
IV. The Impact of the SAR on China's State Structure	107
Chapter Five The Fundamental Principles in Handling Central-SAR Relationship	110
I. The Characteristics of the Central-SAR Relationship	110
II. The Fundamental Principles for Handling the Central-SAR Relationship	113
III. The Major Factors Affecting the Central-SAR Relationship	124
IV. The Division of Powers between the Central Authorities and the SAR	134
Chapter Six The Powers of the Central Authorities	143
I. The Power to Create SARs	144
II. The Power to Enact, Revise and Interpret the Basic Law of SARs and to Review Its of Constitutionality	149

III. The Power to Organize the Government of the SAR	157
IV. The Power to Declare a State of Emergency	162
V. The Power to Conduct Foreign Affairs	166
VI. The Defence Power	169
VII. The “Residual Power”	173
VIII. The Origin, Nature and Exercise of the Central Powers	176
Chapter Seven The Powers of the SAR	180
I. A High Degree of Autonomy	180
II. The Right to Participate in the Management of National Affairs	195
III. The Right to Accept “Other Powers” Delegated by the Central Authorities	203
IV. The Responsibilities of the SAR to the Country	205
Chapter Eight Other Relevant Relationships	209
I. Relationship between the Departments of the Central People’s Government and the SAR	209
II. Relationship between the Ordinary Local Governments and the SAR	215
III. Relationship between the SARs	219
IV. Relationship between Taiwan and Other Regions	223
Chapter Nine The Institutions Responsible for Handling Central-SAR Relationship and Their Practice	226
I. The Highest Organ of State Power; the NPC and Its Standing Committee	226