

北京大学港澳研究丛书

燕园论道看港澳

YAN YUAN LUN DAO KAN GANG AO

——香港特区对外事务的国际法视角
澳门特区的政制发展与法律改革

饶戈平 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

014058087

北京大学港澳研究丛书

D927.658
12

YAN YUAN I
KAN GANG AO

燕园论道看港澳

——香港特区对外事务的国际法视角
澳门特区的政制发展与法律改革

饶戈平 主编



北航

C1745516



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D927.658

12

图书在版编目(CIP)数据

燕园论道看港澳:香港特区对外事务的国际法视角 澳门特区的政制
发展与法律改革/饶戈平主编. —北京:北京大学出版社,2014.9

(北京大学港澳研究丛书)

ISBN 978-7-301-24460-9

I. ①燕… II. ①饶… III. ①法律—研究—香港 ②法律—研究—
澳门 IV. ①D927.658.04 ②D927.659.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第150996号

书 名: 燕园论道看港澳——香港特区对外事务的国际法视角 澳门特区的
政制发展与法律改革

著作责任者: 饶戈平 主编

责任编辑: 胡利国

标准书号: ISBN 978-7-301-24460-9/D·3613

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: ss@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62765016
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 21.25印张 306千字

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

定 价: 45.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

2012年北京大学港澳研究中心在北大主办了两场学术研讨会。一场题为“一国两制与香港特区的对外法律事务——纪念香港回归祖国十五周年”，是和外交部条约法律司合办的；一场题为“澳门特区的政制发展与法律改革”，是和清华大学港澳研究中心、澳门特区驻京办合办的。这是本中心近年来学术交流系列活动的组成部分，也是在北大举办的“一国两制”和基本法高端论坛之一。登载于本书的22篇论文即选自这两场研讨会。

与香港有关的研讨会集中讨论了“一国两制”下香港特区的对外法律事务，或许是近十五年来内地学界从国际法角度讨论“一国两制”在香港成功实施的唯一的一次专题学术会议。研讨会对香港回归以来在对外法律事务方面的实践进行了有深度的理论梳理和总结，从法理上阐释了基本法在对外领域的适用，有学术上的探索和新意，有很强的现实意义和学术价值。特别是其中一些议题，如“一国两制”对国际法发展的贡献，香港特区对外事务权的法律性质和地位，国家外交权与香港对外事务权的关系，国际条约在香港的缔结、适用和履行等问题的论述，都独辟蹊径，各有新论，传递了国际法学界和实务界的最新研究信息，受到各方面关注。

与澳门有关的研讨会结合当前澳门社会的热点议题，集中讨论了澳门政制发展和法律改革问题，表明了学界对“一国两制”在澳门成功实施和持续发展的研究兴趣。这也是内地不多见的澳门专题研讨会之一，引起澳门特区政府、民间的密切关注。与会者对特别行政区“政制”的理

解、对特区高度自治权法律性质的认识、对澳门特区立法与行政的关系的建言,以及对澳门法律改革诸问题的探讨,都很有针对性和创意,不乏真知灼见。

这两场研讨会至少表现出一些共同特点。首先是体现了三个结合。从研讨内容上看,注重理论与实践的结合,力戒空谈理论或只讲实务,而是试图对“一国两制”实践加以理论阐释和归纳;从举办者构成看,注重政府部门与社会研究机构的结合,首创合作,优势互补,扩大了社会影响;从参与成员看,注重内地人士与港澳人士的结合,角度不同,交流切磋,相得益彰。其次,会议议题相对集中,专业特色明显,学术性强;讨论有深度、有成果,与会者满意,社会反响好。再次,研讨过程凸现学术自由、兼容并包的学风。与会者不论来自何方,以文会友,畅所欲言,自由讨论,各得其所,体现出高端论坛的应有品质。会后各举办方和参与者纷纷表达了继续合作、再聚燕园的心愿。

本书不妨说是这两场研讨会成果的集中展示,期望能够对“一国两制”和基本法的研究贡献一份绵薄之力,也期待得到各界朋友的批评指正。书中所辑论文力求充分尊重各位作者的研究,原汁原味,未辅以任何的雕琢。各篇论文也都仅仅表达了作者个人观点,文责自负,并非必然代表任何机构,包括本书编者的立场。

主编 饶戈平

2013年1月于燕园

目 录

香港篇 “一国两制”与香港特区的对外法律事务

香港特区对外事务权的法律性质和地位/饶戈平	003
国家外交权与香港对外事务权关系浅析/周露露	023
香港特别行政区的涉外民商事司法协助/董立坤	034
“一国两制”下香港特区对外司法协助概述/吴海文	046
香港特区适用、缔结和履行国际条约的法律和实践: 延续、发展与创新/马新民	054
香港特别行政区缔结和适用国际条约的若干问题/戴瑞君	098
香港特别行政区适用和缔结条约:制度与实践/陆少冰 龙云本	119
论香港特别行政区的双边经济协定实践/曾华群	132
主权豁免与仲裁裁决的执行 ——从香港特别行政区终审法院关于刚果(金)案的 判决谈起/余敏友 张 弛	149
粤港合作承接法律服务离岸外包的法律 问题探析/慕亚平 朱颖俐 慕子怡	164

澳门篇 澳门特区政制发展与法律改革

澳门特区行政主体体制下的立法与行政的关系/饶戈平	181
澳门立法与行政的关系/郑伟	192
澳门法律改革与发展的若干问题思考/刘德学	217
论澳门法律改革的宪制基础/王禹	242
澳门法律改革仍须着力解决“本地化”遗留问题/许昌	250

共同篇 香港和澳门共同面临的法律问题

“一国两制”对国际法发展的贡献/黄惠康	263
“一国四区”下的投资争端解决/顾敏康	268
外交和国家安全因素对港澳金融监管法制的影响/陈欣新	277
“一国两制”与特区政制发展/王振民	284
特别行政区的政制发展:一个反思/叶海波	291
特别行政区高度自治权:权力还是权利/吴天昊	310
论选举制度对行政立法关系的影响/骆伟健	322

香 港 篇

“一国两制”与香港特区的 对外法律事务

香港特区对外事务权的法律性质和地位

• 饶戈平*

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称《香港基本法》或《基本法》)授予香港特别行政区以广泛的对外事务权,为维护、拓展香港的对外交往与国际合作提供了法律依据。香港对外事务权本质上属于经国内授权产生的地区性职能性对外交往能力,业经中国在中英联合声明中的承诺而享有国际法上的保障,并为国际社会所认可。香港特区事实上取得国际法上有限的权利能力和行为能力,但不具有一般的国际人格。

一、香港特别行政区对外事务权的主要内容

香港是一个国际化大都市,广泛的对外联系是其繁荣稳定的必要条件。作为中国的一个特别行政区,香港所享有的高度自治不仅表现为本地事务和内部治理,同时也表现在它与外部世界的联系上。《香港基本法》把与香港有关的对外关系区分为外交事务和对外事务两个层面,分别置于中央和香港特区的职权范围之内。

* 作者系北京大学法学院教授,北京大学港澳研究中心主任。

对外关系通常指一个国家同外部世界交往的各种关系的总和,涉及政治、经济、社会、文化等多个方面。而外交关系是其中的一个特殊或核心方面,因为一般对外关系主要是通过外交关系来实现的^①。外交是主权国家之间互相交往的主要形式,是国际社会的沟通系统^②,强调的是国家之间的政治、法律关系,与此相关的事务也可称为外交事务。广义的对外事务概念内涵宽泛,一般可理解为包括但不限于外交事务的所有对外事项,其中也可以包括国家内不同地区的不涉及外交的对外联系。而狭义的对外事务概念往往仅指外交事务之外的其他对外事项。不过这两个概念的界限并不严格,平常也有混同使用的。《香港基本法》所说的外交事务是指与香港有关而直接涉及国家主权及中央权限的外交性质的对外关系,而对外事务则是指那些仅限于香港地区的对外联系,或是虽与国家主权有关但可由中央授权香港具体处理的对外事务。

《香港基本法》为规范香港特别行政区的对外事务做出了全面、系统的制度性安排,特别用一个整章(第七章)的篇幅来专门规定香港的对外事务。但《香港基本法》内与对外事务相关的条款不仅限于第七章,也包括其他章节的一些规定。这些章节的条款环环相扣,相辅相成,共同构成香港对外事务的整体安排。总体来看其内容可分为五个部分:

(一)有关涉及香港的外交事务和对外事务权限划分的原则性、框架性规定。即中央政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务,由外交部在香港设立派出机构具体处理;在外交权属于中央的前提下,由中央政府授权香港特别行政区依照《香港基本法》自行处理有关的对外事务^③。(二)授权香港特别行政区自行处理对外经济事务的规定^④。(三)授权香港特别行政区自行处理教育、科学、文化、体育、宗教、劳工和社会服务等方面对外事务的规定^⑤。(四)授权香港特别行政区自行处

① 参见周鲠生:《国际法》,商务印书馆1981年版,第505页。

② [英]杰夫·贝里奇、艾伦·詹姆斯著:《外交词典》,北京大学出版社2008年版,第96页。

③ 《香港基本法》第13条,第48条第9项,第62条第3项。

④ 《香港基本法》第五章相关条款。

⑤ 《香港基本法》第六章第49条。

理一般性对外事务的规定^⑥。(五)授权香港特别行政区处理其他对外事务的相关规定,如谈判订立司法协助协定等^⑦。

以《香港基本法》为根据,在确认涉港外交权属于中央的前提下,香港特别行政区从中央获得了处理本地对外事务的广泛职权,成为中国地方行政区域中拥有最多对外事务权的地区。从宪政理论上,这种对外事务权可以理解为香港高度自治的一个组成部分,从法律渊源上看,《香港基本法》构成香港特别行政区对外事务权的法律根据。

《香港基本法》第七章涵盖了香港自行管理的一般性对外事务,集中体现了香港经授权获得的对外事务权。下文即围绕第七章来概述香港特别行政区对外事务权的主要内容:

(一) 有限的缔约权

缔约权本是国际法上国家的固有权力,属于外交权的一部分,由各国中央政府或联邦政府享有并实施。中国是一个单一制国家,地方政府一般不单独拥有对外缔结条约的权力。但是基于“一国两制”方针,《香港基本法》授予香港特别行政区在特定领域内享有自行对外缔结双边协议的权力。在这些双边条约的法律关系中,香港可以成为经中国中央政府授权并为国际社会认可的条约主体。据统计,从回归之日起到2008年4月,受中央政府授权,香港特别行政区政府对外谈判民航、司法协助、投资保护等双边协定事宜有180项,签署双边协定100项,修订有关协定11项。这一数字超过了香港回归中国前150多年对外签订的双边协定的总和^⑧。

在缔约权方面,《香港基本法》规定的中央授权可分为一次性授权和具体授权两种类型^⑨。

《香港基本法》一次性授权香港特别行政区在经济、贸易、金融、航运、通信、旅游、文化、体育等领域,可以“中国香港”名义单独签订和履行

^⑥ 《香港基本法》第七章第150条至157条。

^⑦ 《基本法》,第96条。

^⑧ 段洁龙主编:《中国国际法实践与案例》,法律出版社2011年版,第231页。

^⑨ 同上,第221页。

有关协议(第151条)。在上述领域,香港特别行政区政府可自行对外签订双边协议,而无需中央政府再事先具体授权。

同时,《香港基本法》又给予香港特别行政区以某些具体的缔约授权,可在与香港有关而涉及国家主权的特定领域对外缔结双边条约。即经中央政府事先的逐个逐案的授权,香港可以对外谈判和缔结涉及国家司法主权的司法协助协定(第96条)、涉及领空权和航行权的民航协定(第133、134条),以及涉及外国人出入境和居留的互免签证协定(第155条)等。

对于其他一些领域的协定,例如投资保护、处理非法移民和打击非法贩卖人口等,基本法没有明文规定香港的缔结权,因为有可能涉及外交、国防事务。实践中可由中央政府根据需要,逐案授权香港自行缔结双边条约。

(二) 有条件参与国际组织的活动

参加国际组织,特别是政府间国际组织通常是国家的专属权力,但《香港基本法》第151条授权香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通信、旅游、文化、体育等领域,以“中国香港”名义单独地同有关国际组织保持和发展关系。

对以国家为单位组成而与香港有关的适当领域的国际组织和国际会议,香港特别行政区代表可作为中国代表团成员,或以中央政府与有关国际组织或国际会议允许的身份,参加其活动,并以“中国香港”的名义发表意见。回归后香港以中国代表团成员身份参与其活动的以国家为单位组成的政府间组织有24个^⑩。

对不以国家为单位组成的国际组织和国际会议,香港特别行政区可以“中国香港”名义参加。这里的“国际组织”既包括政府间组织,也包括非政府组织。香港回归十多年来,以“中国香港”名义参与其活动的这类国际组织总数超过190个。其中政府间组织有31个,包括1997年以后

^⑩ 参见国务院发展研究中心港澳研究所编写:《香港基本法读本》,商务印书馆2009年版,第242页。

香港新加入的 10 个。在这些政府间组织中,香港以“中国香港”名义分别取得正式成员、准成员或区域成员等不同地位^⑪。

对中国已参加,香港也以某种形式参加了的国际组织,中央政府承诺采取必要措施使香港特别行政区以适当方式继续保持在这些组织中的地位。

对中国尚未参加而香港已以某种形式参加的国际组织,中央政府将根据需要使香港特别行政区以适当形式继续参加这些组织(第 152 条)。

(三) 参与有关的外交谈判

外交,是国家间谈判的艺术和实践^⑫。外交谈判本属国家外交事务,由中央政府执掌。但为协助香港特别行政区广泛开展国际交往与合作,《香港基本法》第 150 条规定,香港特别行政区政府代表可作为中国政府代表团成员,参加由中央政府进行的同香港特别行政区直接有关的外交谈判。

(四) 签发香港特别行政区护照与旅行证件

护照是由一国主管机关签发给本国公民以证明其身份、国籍的证件,其格式和发行机关通常是全国一律。但《香港基本法》允许在香港签发“中华人民共和国香港特别行政区护照”。由中央政府授权香港特别行政区政府针对香港永久居民中的中国公民予以签发;同时也授权香港特区政府针对在香港的其他合法居留者签发中国香港特别行政区旅行证件。上述护照和证件前往各国和各地区有效,持有人并有返回香港的权利(第 154 条)。显然,香港特别行政区被授权获得签发本地区永久居民护照或旅行证件的权力。

(五) 实行单独的出入境管制

为有效行使国家的属地、属人管辖权,出入境管制通常都由国家主管

^⑪ 参见国务院发展研究中心港澳研究所编写:《香港基本法读本》,商务印书馆 2009 年版,第 242 页。

^⑫ *Black's Law Dictionary*, 6th Edition, West Publishing Co, 1990, p. 459.

机关统一实施。但《香港基本法》授权香港特别行政区政府对本地区的出入境实行单独管理,规定香港特区政府可对世界各国或各地区的人入境、逗留和离境实行出入境管制(第154条)。

(六) 在外国设立经济贸易机构

为便于香港对外经贸往来,《香港基本法》允许香港特别行政区政府可根据需要在外国设立官方和半官方的经济、贸易机构,报中央政府备案(第156条)。

综上所述,《香港基本法》为保障和管理香港特别行政区的对外事务构建了一个完整的法律框架,不但保留而且大大扩展了香港原有的处理对外事务的权限和能力,并且以中国一个全国性法律的形式予以明确规定,正式确认了香港特别行政区在对外事务方面的高度自治权。通过这些规定,香港作为中国的一个特别行政区所获得的广泛的对外事务交往权,其范围、程度和种类远远超过中国内地的省、自治区和直辖市,超过一般单一制结构国家的地方行政区域,也在很大程度上超过联邦制国家的成员邦或州。可以说,《香港基本法》为香港回归后的发展繁荣,为港人治港、高度自治创设了最大限度的国际活动空间。香港回归十五年的实践充分证明,对外事务权的享有和行使,是香港维护和扩展其对外交往和国际合作的有力的法律保障,是“一国两制”方针在香港成功实施的范例。

二、 香港特别行政区对外事务权的法律根据

(一) 授予对外事务权符合香港发展的客观需求

社会发展的客观需求,决定着法律的制定与发展。作为中国的一个地方行政区域,香港为什么需要、为什么能够被授予如此广泛的对外事务权,盖出于对香港历史和现实情况的尊重,出于实施“一国两制”方针的要求。香港从来只是一个地区性经济实体,不具备国际法主体地位,不具

有独立的对外交往权。然而,香港又是一个有着鲜明国际特色的地区性经济实体,其内在发展需要有广泛的对外联系。香港正是在与外部世界的广泛交往中逐步成长为亚太地区重要的国际金融中心、国际贸易中心和国际航运中心,成为举世瞩目的自由港和国际大都市。香港已经深深地融入国际经济体系及国际社会之中,与世界各国、各地区保持着广泛多样的经济、社会、文化联系。实践表明,在香港经济的发展过程中,获得必要和有限的对外交往权,是取得和维持其繁荣稳定的必要条件。

事实上,回归之前香港已经获得对外交往的某些权利能力和行为能力,只不过它不是由香港自身产生而是由英国给予的;也不是源于明确的法律规定,而主要基于英国的政策许可。港英统治时期,涉及香港的对外事务由英国外交及联邦事务部掌管。英国政府一方面牢牢掌控涉及香港的外交大权,另一方面又根据实际情况逐步给予香港处理对外经贸关系的某些自主权。包括同意香港自行决定其对外经济政策,开展双边经贸谈判,签订双边协议;允许香港以英国代表团成员身份出席非政治性国际会议,拥有独立发言的立场;可以附属于英国的地位参加国际协定,有权自行选择参加这些协定下的各单项贸易协定;可以官方、半官方或民间身份参加专业性国际组织,并在海外设立代表机构;等等^⑬。正是由于英国政府采取了灵活变通、逐步放权的政策,促使香港成为英国殖民体系中在对外交往中享有较大自主权的地区经济实体。同时很重要的一点是,国际社会也逐步认可香港在国际交往中得享有限的权利能力和行为能力,接受它在国际法律关系中的独特地位。

回归前的香港,在国际金融方面,已经成为亚太地区最重要的功能性金融中心之一,拥有发达完善的外汇市场、银行同业拆借市场、股票市场和黄金市场,是本地区最大的筹资贷款中心。世界前一百家大银行中的85家在香港营业,港币可自由兑换。回归前夕香港的外汇储备居世界第十位。在国际贸易方面,香港是享誉世界的自由港,享有单独关税区地

^⑬ 参见国务院发展研究中心港澳研究所编写:《香港基本法读本》,商务印书馆2009年版,第232页。

位,是世界贸易组织正式成员。香港与世界上 160 多个国家和地区保持贸易关系,是世界第 13 大贸易实体。在国际航运方面,香港拥有世界上首屈一指的集装箱码头,位列十大国际空运中心。在国际条约的适用方面,通过英国参加而适用于香港的多边条约以及允许香港自行签署的双边条约就高达 480 多个。在国际组织的参与方面,香港以不同身份参与其活动的各类国际组织超过 130 个,其中政府间国际组织不下于 30 个^⑭。可以说,与国际社会的广泛联系既是香港发展的特色和优势,也是香港发展不可或缺的要素。离开了广泛的对外交往和特定的国际法律角色,香港就无以取得其经济发展与社会繁荣。

如何尊重香港的历史发展和现实需要,妥善处理香港回归后的国际联系和对外事务,是“一国两制”方针在香港实施所面临的一个重大问题。鉴于“一国两制”方针的根本目标是维护中国主权和领土完整、保持香港长期的繁荣稳定,而广泛的对外交往是香港发展繁荣的必要条件;鉴于香港回归前事实上已经享有国际法上某些特定的权利能力和行为能力;鉴于既有的对外事务机制已构成香港原有制度中重要的组成部分,那么在香港回归之后,在确保中国主权的前提下,保留和加强香港在对外事务方面的能力和机制无疑是最现实、最明智的政策选择。这样做既符合香港本身的利益,也从根本上符合中国的国家利益,符合“一国两制”方针的构想和宗旨。这种考虑和选择早在中英谈判之前就已由中国政府确定下来,形成解决香港问题的十二条政策^⑮。中国在中英联合声明及附件中明确阐述了这一政策,而《香港基本法》则以国内法形式对这一政策内容做出了具体规定,予以法律化、制度化,所以最终确立了香港特区对外事务权的法律基础。

(二) 基本法构成香港特区对外事务权的法律根据

基本法授权香港特别行政区高度自治,包括授予其广泛的对外事务

^⑭ 参见国务院发展研究中心港澳研究所编写:《香港基本法读本》,商务印书馆 2009 年版,第 232—233 页。

^⑮ 参见李后:《百年屈辱史的终结——香港问题始末》,中央文献出版社 1997 年版,第 68—71 页。