

# 目 录

目 录.....	1
一 相关政策.....	1
(一) 中央政策文件.....	1
国务院关于深化泛珠三角区域合作的指导意见.....	1
2017 年政府工作报告摘录：研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划.....	11
深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议.....	12
国务院关于加快实施自由贸易区战略的若干意见.....	15
国务院关于印发中国（广东）自由贸易试验区总体方案的通知.....	19
推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动.....	29
中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要：第十二篇深化内地和港澳、大陆和台湾地区合作发展.....	37
(二) 广东省政策文件.....	38
广东省人民政府关于印发实施《粤澳合作框架协议》2017 年重点工作的通知.....	38
关于印发《关于推动珠三角国家自主创新示范区与中国(广东)自由贸易试验区联动发展的实施方案(2016-2020)》的通知.....	45
广东省高级人民法院印发《广东省高级人民法院关于充分发挥审判职能为中国（广东）自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》的通知.....	54
关于印发《广东省人民检察院关于服务保障中国（广东）自由贸易试验区建设的若干意见》的通知.....	57
广东省人民政府关于支持前海加快开发开放的若干意见.....	61
广东省司法厅、广东省自贸办关于印发《积极发展法律服务业推进中国（广东）自贸试验区建设的若干意见》的通知.....	65
广东省知识产权局广东省自贸办关于印发《加强中国（广东）自由贸易试验区知识产权工作的指导意见》的通知.....	69
二 领导讲话.....	72
习近平：建议粤港澳大湾区建设协调机构：抓住重大机遇，打造一流湾区.....	72
习近平在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告摘录.....	74
李克强：研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划.....	75
李克强谈粤港澳大湾区：把它建成世界级大湾区.....	75
胡春华：大力推进大湾区建设提升粤港澳合作水平.....	76
胡春华：粤港澳大湾区以打造世界级经济区为目标.....	77
三 专家观点.....	78
广东省人大常委会主任黄龙云：粤港澳三地立法学界交流与合作具有广阔前景.....	78

王振民：香港基本法的高级法背景——国家宪制的故事.....	94
樊纲：粤港澳大湾区可以称之为“中国大湾区” .....	101
郭万达：大湾区规划落实需要强有力的协调机制.....	102
黄志勇：构建粤港澳大湾区的法制合作体系.....	105
全国人大代表陈曼琪：大湾区可先在法律和安老方面试行合作发展.....	106
全国人大代表林笑云：推进粤港澳大湾区法治建设与融合.....	107
深圳大学法学副教授张淑钿：大湾区合作需跨越法律冲突.....	108
省委常委、政法委书记何忠友：完善法治化营商环境推动粤港澳大湾区建设.....	109
余淼杰：发展粤港澳大湾区，重在顶层统筹设计.....	109
文雅靖：推进大湾区法律合作，优化粤港澳律师事务协同.....	111
2017 第六届中国南方智库论坛黄晓慧：推进粤港澳大湾区区域治理与合作发展的法治路径和措施.....	113
2017 第六届中国南方智库论坛马蓉蓉：建设粤港澳大湾区需要软法机制.....	115
第一届中国首席法务官与律所高伙对话论坛：共话粤港澳大湾区法律共同体的使命与愿景.....	118
法制日报：粤港澳大湾区建设需法治先行.....	120
广州法治化营商环境论坛：粤港澳大湾区建设面临区际法律“大考验” .....	121
华南理工大学法治评价与研究中心：粤港澳大湾区城市群首个法治指数发布.....	122
新华社：粤港澳积极搭建“一带一路”法律服务平台助力中国企业“走出去” .....	123
粤港澳大湾区建设发展与制度保障高层论坛：探索大湾区司法协作和法治体系建设新路径.....	125
粤港澳大湾区营商环境和法律合作深圳湾沙龙：粤港澳大湾区营商环境和法律合作.....	130
中国民主同盟广东省委员会：关于促进粤港澳大湾区司法合作平台建设的建议.....	132
中国社会科学报：以法治推进粤港澳大湾区发展.....	135
<b>四 纪念香港特别行政区基本法实施 20 周年系列讲话.....</b>	<b>137</b>
张德江在纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施 20 周年座谈会上的讲话：坚定“一国两制”伟大事业信心继续推进基本法全面贯彻落实.....	137
广东省省长马兴瑞：基本法为推动粤港合作注入强大动力.....	144
国务院港澳事务办公室副主任宋哲：基本法是“一国两制”事业的法律保障.....	146
全国人大常委会香港基本法委员会副主任梁爱诗：大浪淘沙始见真金... ..	149

全国政协副主席、香港特别行政区行政长官梁振英：基本法保障的“一国两制”是对香港最好的宪制安排.....	152
原香港基本法起草委员会委员谭耀宗：基本法的起草与实践.....	154
武汉大学法学院副教授黄明涛：不忘初心 方得始终——纪念香港基本法成功实施二十周年.....	157
《香港特别行政区基本法》司法实践 20 年.....	162
<b>五 基本法的研究.....</b>	<b>166</b>
中国人民大学法学院教授韩大元：维护宪法和基本法权威,大力增强国家认同.....	166
香港城市大学法学院教授、副院长顾敏康：从五个方面理解和贯彻基本法.....	168
论《宪法》在《香港特别行政区基本法》制定过程中的作用——纪念《香港特别行政区基本法》实施 20 周年.....	173
20 年，香港法治可以和经济成就相媲美.....	181
基本法下中央和香港特区的关系.....	184
维护法治的关键是全面准确贯彻实施基本法.....	185
香港《基本法》的基本问题.....	187
香港法院适用中国宪法问题研究.....	193
《宪法》与《基本法》共同构成香港特别行政区的宪制基础.....	203
<b>六 粤港澳大湾区法律研究.....</b>	<b>214</b>
《粤港合作框架协议》法律问题三议.....	214
CEPA 条件下“大湾区”经济合作的法律框架建构.....	218
试论粤港澳大湾区府际合作的法律基础.....	223
营建粤港澳大湾区良好法治营商环境——以对接国际高标准投资贸易规则为视角.....	228
粤港澳大湾区城市群建设中的法律冲突与法律合作.....	241
粤港澳大湾区法治文化的发展困境与优化路径.....	249
粤港澳大湾区内地城市群营商法治指数建构：动因、价值及路径.....	256
粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制研究.....	268
<b>七 粤港澳法律冲突研究.....</b>	<b>280</b>
泛珠三角合作背景下的区际法律冲突及解决.....	280
港、澳、珠三角地区的区际法律冲突及其协调.....	285
跨越法系的鸿沟:内地与香港法律冲突解决之出路.....	295
论公共秩序保留在解决我国区际民商事法律冲突中的定位.....	303
论陆港两地基本法解释方法的冲突与调适.....	308
论中国内地与香港区际法律冲突解决的理念重构.....	323
中国继承制度区际法律冲突及协调.....	330

中国区际法律冲突解决路径探析.....	340
中国区际法律冲突探究.....	371
<b>八 粤港澳合作研究.....</b>	<b>374</b>
两岸四地经济合作规则的法律实证分析.....	374
论粤港澳区域合作中的法律问题及其反思.....	381
区域一体化下粤港澳政府合作的法律基础思考.....	388
深化粤港澳法律合作问题研究.....	395
“特区租管地”：一种区域合作法律制度创新模式.....	398
以自贸区法治创新推进深港深度合作.....	415
粤港澳合作机制中突破知识产权地域性的探讨.....	421
粤港澳合作框架协议审议机制论析.....	427
粤港澳紧密合作的法律依据及相关法律问题思考.....	433
粤港澳经贸合作的法律基础.....	438
粤港澳文化创意产业合作的知识产权保护对策.....	449
粤港澳刑事警务执法合作的内容与机制构建.....	455
粤港澳知识产权执法合作研究.....	460
《粤港合作框架协议》的性质、效力分析及立法建议.....	464
粤港深度合作的法律依据问题及对策探析.....	472
<b>九 CEPA 法律研究.....</b>	<b>481</b>
CEPA 框架下内地与港澳医疗卫生合作的法律思考.....	481
CEPA 框架下内地与港澳地区知识产权法律冲突及解决.....	488
CEPA 框架下内地与港澳知识产权法律冲突与解决.....	493
CEPA 框架下粤港环保合作的趋势与障碍的法律分析.....	500
CEPA 模式对于中国区际法律冲突解决途径的借鉴.....	544
CEPA 条件下服务贸易的法律适用问题.....	550
从晚近自由贸易协定看 CEPA 框架下的贸易救济法律制度的完善.....	555
论 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的法律基础.....	562
论 CEPA 下中国内地与香港之间的反倾销法律问题.....	565
内地与香港在 CEPA 框架下的知识产权法律问题初析.....	569

# 一 相关政策

## （一）中央政策文件

### 国务院关于深化泛珠三角区域合作的指导意见

国发〔2016〕18号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：  
泛珠三角区域包括福建、江西、湖南、广东、广西、海南、四川、贵州、云南等九省区（以下称内地九省区）和香港、澳门特别行政区（以下统称“9+2”各方），拥有全国约五分之一的国土面积、三分之一的人口和三分之一以上的经济总量，是我国经济最具活力和发展潜力的地区之一，在国家区域发展总体格局中具有重要地位。近年来，在“9+2”各方共同努力下，泛珠三角区域合作领域逐步拓展，合作机制日益健全，合作水平不断提高。新形势下深化泛珠三角区域合作，有利于深入实施区域发展总体战略，统筹东中西协调联动发展，加快建设统一开放、竞争有序的市场体系；有利于更好融入“一带一路”建设、长江经济带发展，提高全方位开放合作水平；有利于深化内地与港澳更紧密合作，保持香港、澳门长期繁荣稳定。为深化泛珠三角区域合作，现提出以下指导意见。

#### 一、总体要求

（一）指导思想。全面贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中全会以及中央经济工作会议、中央城市工作会议精神，认真落实党中央、国务院决策部署，按照“五位一体”总体布局和“四个全面”战略布局，牢固树立和贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，坚持合作发展、互利共赢主题，着力深化改革、扩大开放，进一步完善合作发展机制，加快建立更加公平开放的市场体系，推动珠江—西江经济带和跨省区重大合作平台建设，促进内地九省区一体化发展，深化与港澳更紧密合作，构建经济繁荣、社会和谐、生态良好的泛珠三角区域。

#### （二）基本原则。

政府引导、统筹推进。发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，加强顶层设计，强化规划引领，以重点领域和关键环节为突破口，统筹推进基础设施、产业、社会管理、公共服务和生态文明建设等方面合作。

改革引领、创新驱动。全面深化改革，积极开展先行先试，充分释放改革红利。大力实施创新驱动发展战略，健全技术创新市场导向机制，增强市场主体创新能力，促进创新资源综合集成，培育具有国际竞争力的创新发展区域。

优势互补、合作共赢。充分发挥各方比较优势，促进内地九省区要素自由流动、资源高效配置和市场深度融合，建设统一开放、竞争有序的现代市场体系。加强与港澳务实合作，积极探索重大项目平台共建和利益共享机制，提升发展内生动力。

陆海统筹、全面开放。以综合交通运输体系为依托，统筹沿海、沿江、沿边和内陆开放，充分发挥港澳独特优势，推动“引进来”和“走出去”相结合，更好利用国际国内两个市场、两种资源，创新开放型经济体制机制，形成参与和引领国际合作竞争新优势。

生态优先、绿色发展。坚定不移实施主体功能区制度，坚持在发展中保护、在保护中发展，大幅提高能源利用效率，加强生态环境协同监管和综合治理，共建环境保护市场化机制和生态补偿机制，推动绿色发展，形成有利于节约资源和保护生态环境的空间格局、产业结构和生产生活方式。

### （三）战略定位。

全国改革开放先行区。发挥经济特区、国家级新区、国家综合配套改革试验区、自由贸易试验区等体制机制优势以及港澳在全国改革开放和现代化建设中的特殊作用，在完善社会主义市场经济体制、推进国家治理体系和治理能力现代化等方面积极开展先行先试，为全国深化改革、扩大开放积累经验。

全国经济发展重要引擎。强化珠三角地区与港澳的辐射引领作用，带动中南、西南地区加快发展，加强与长江经济带发展的有机衔接和统筹协调，在全国创新发展方面发挥重要的示范作用，构建有全球影响力的先进制造业和现代服务业基地，成为促进全国经济平稳健康发展的重要引擎。

内地与港澳深度合作核心区。依托港澳两地国际竞争优势及内地九省区广阔腹地和丰富资源，在内地与香港、澳门关于建立更紧密经贸关系的安排（CEPA）及其补充协议框架下，充分发挥内地九省区与港澳山水相连、经济联系密切以及“一国两制”的优势，深化各领域合作，拓展港澳发展新空间，提升区域开放型经济发展水平。

“一带一路”建设重要区域。立足泛珠三角区域连接南亚、东南亚和沟通太平洋、印度洋的区位优势，充分发挥建设福建 21 世纪海上丝绸之路核心区以及相关省区作为“一带一路”门户、枢纽、辐射中心和海上合作战略支点功能，发挥港澳独特作用，共同推动“一带一路”建设，打造我国高水平参与国际合作的重要区域。

生态文明建设先行先试区。发挥泛珠三角区域山清水秀生态美的优势，加快推动形成绿色循环低碳的生产生活方式，建立跨区域生态建设和环境保护联动机制，筑牢生态安全屏障，全面提升森林、河湖、湿地、草原、海洋等自然生态系统稳定性和生态服务功能，推动经济社会与资源环境协调发展。

## 二、促进区域经济合作发展

(四) 优化区域经济发展格局。充分发挥广州、深圳在管理创新、科技进步、产业升级、绿色发展等方面的辐射带动和示范作用，携手港澳共同打造粤港澳大湾区，建设世界级城市群。构建以粤港澳大湾区为龙头，以珠江—西江经济带为腹地，带动中南、西南地区发展，辐射东南亚、南亚的重要经济支撑带。促进城市群之间和城市群内部分工协作，着力构建沿江、沿海、沿重要交通干线的经济发展带。形成以大城市为引领，以中小城市为依托，以重要节点城市和小城镇为支撑的新型城镇化和区域经济发展格局，积极推动产城融合和城乡统筹发展。加强城市公共服务质量监测，提升公共服务质量水平，促进区域一体化和良性互动。建立毗邻省区间发展规划衔接机制，推动空间布局协调、时序安排同步。注重陆海统筹，支持福建、广东、广西、海南等省区合作发展海洋经济，共建海洋经济示范区、海洋科技合作区，加大海洋科技研发投入力度，发展海洋科学技术，加快科技成果产业化，推动海洋产业园区转型升级，科学开发海洋资源，保护海洋生态环境。

(五) 共同培育先进产业集群。加强产业协作，整合延伸产业链条，推进产业链上下游深度合作，培育形成优势互补、分工合理、布局优化的先进产业集群。顺应“互联网+”发展趋势，积极发挥国家超级计算广州中心、贵阳国家大数据中心的作用，推进制造业数字化、网络化和智能化。完善区域制造业创新体系和产业协作体系，改造提升现有制造业集聚区，推进新型工业化产业示范基地建设，将泛珠三角区域打造成为“中国制造 2025”转型升级示范区和世界先进制造业基地。改革服务业发展体制，创新发展模式和业态，扩大服务业对内对外开放，逐步放宽外资准入限制，加快推进与港澳服务贸易自由化。加快转变农业发展方式，推进特色农产品供应基地建设，加强南繁育种、南菜北运、粮食产销合作及农业大数据共享，大力推动供港澳农产品基地建设，合作建设一批高水平现代农业示范区，健全现代渔业产业体系和经营机制，打造生态农业产业带。

(六) 引导产业有序转移承接。以国家级、省级开发区为主要载体，建设承接产业转移示范区。加大对加工贸易梯度转移承接地的培育支持力度。建立产业转移跨区域合作机制，制定产业转移指导目录，明确产业承接发展重点。积极支持东部沿海地区产业及国内外知名企业生产基地向中西部地区有序转移，促进产业组团式承接和集群式发展。充分发挥各类合作平台在促进产业转移中的积极作用，大力推进广州泛珠合作园区、粤桂黔高铁经济带合作试验区建设，支持粤桂合作特别试验区、闽粤经济合作区、北部湾临海产业园、湘赣开放合作试验区等跨省区合作平台发展。

## 三、大力推进统一市场建设

（七）实施统一的市场规则。清理阻碍要素合理流动的各种规定和做法，实施统一的市场准入制度和标准，推动各类生产要素跨区域有序自由流动和优化配置，规范发展综合性产权交易市场。加强地方和企业标准制订合作，推进产品检验、计量检定、资质认证等结果互认，促进商品自由流通，有序推动服务业区域标准制定。建立统一的市场执法标准和监管协调机制，依托企业信用信息公示系统，推动实现市场主体基础信息互联互通、市场监管信息共享共认、市场监管措施协调联动、消费者权益保护异地受理处置和行政执法相互协作。规范行政处罚自由裁量权，探索建立区域行政处罚裁量基准制度，逐步统一内地九省区行政处罚裁量权的运用，为企业跨区域发展营造更加良好的行政执法环境。

（八）建设区域社会信用合作体系。建立区域信用联动机制，开展区域信用体系建设合作与交流，促进信用建设经验成果及信用市场服务的互通、互认和互用。推进社会信用体系建设合作，按照社会信用信息共享交换平台建设总体要求，支持内地九省区建立健全各行业各领域信用记录，并与全国统一的信用信息共享交换平台实现对接，以统一社会信用代码为标识，实现企业登记、产品质量监管等信用信息的共享交换。健全知识产权保护机制，完善专利代理信用信息查询系统。建立完善统一的企业信用分类标准，实现跨地区信用联合惩戒，完善“一处失信、处处受限”的失信惩戒机制。

（九）构建区域大通关体制。加快建立大通关电子口岸信息平台，推进电子口岸互联互通和资源共享。完善口岸综合服务体系和口岸联络协调机制，推动内陆口岸同沿海、沿边口岸通关协作，实现口岸管理相关部门信息互换、监管互认、执法互助。在全面实施关检合作“三个一”（一次申报、一次查验、一次放行）的基础上，逐步推行“单一窗口”制度。在现有福建、广东、广西、海南四省区海关区域通关一体化的基础上，加强与长江经济带海关区域通关一体化衔接，进一步扩大通关一体化范围。

#### 四、推进重大基础设施一体化建设

（十）建设现代化综合交通运输体系。强化区域内各种运输方式的衔接和综合交通枢纽建设，构建安全、低碳和便捷的综合交通运输体系，增强对区域发展的支撑能力。加快已列入《中长期铁路网规划》的铁路项目建设，提高区域内以及与周边省（区、市）和国家（地区）的互联互通水平。贯通海口经南宁经贵阳至兰州的铁路，打造南北新通道。推进琼州海峡跨海通道工程、湛海铁路扩能工程。规划建设赣州至深圳、重庆至昆明、涪陵经凯里至柳州、柳州至韶关、西安经重庆经长沙至厦门、吉安至武夷山、贵阳至张家界、兴义至永州至郴州至赣州、临沧至清水河等铁路项目。加快国家高速公路和国省干线公路建设及升级改造，全面提升公路技术等级和安全防护水平，打通省际“断头路”、

“瓶颈路”，提高公路安全性。推进珠江主要干支流高等级航道建设，继续提升西江航运干线通航水平，加快右江、北盘江—红水河、柳江—黔江等航道建设，稳步开展湘桂运河前期研究，畅通西南水运出海通道。建立完善珠江水运发展协调机制，合力推进珠江水运协调发展。优化沿海港口功能布局，增强沿海港口对内陆地区的服务能力。在琼州海峡南北岸规划建设新客货滚装码头，提高琼州海峡客货滚装运输服务能力和水平。统筹泛珠三角区域空域资源管理使用，明确区域内各机场分工定位，实现机场群健康有序发展。进一步推动区域内各国际机场航权开放，打造国际航空枢纽和门户机场。优化完善区域机场布局，加快推进支线机场建设。支持加密区域内城市间航线航班，促进区域内客货快速运送。鼓励发展多式联运，完善统一相关标准规范和服务规则，积极培育多式联运经营人，加快建设具有多式联运功能的货运枢纽和物流园区，完善枢纽节点集疏运体系，畅通“最后一公里”。着力解决制约甩挂运输发展的瓶颈问题，推进泛珠三角区域甩挂运输网络化发展。加快智能物流网络建设，推进交通运输物流公共信息平台发展，促进不同运输方式信息系统的互联互通和信息交换共享，建设面向东南亚、南亚的区域性国际物流公共信息平台。着力构建泛珠三角区域国际物流主干网络，大力推进蓉欧快铁等国际物流通道建设。

（十一）构建能源供应保障体系。加强电源与电网建设，开展电力输送以及煤炭、油气储运合作，为促进区域合作发展提供稳定安全可靠的能源保障。在保护生态环境的基础上，适度开发金沙江、雅砻江、大渡河、澜沧江等河流水能资源，配套建设送出通道。大力发展新能源和可再生能源，稳妥推进已经列入相关规划的核电项目建设，积极开发风能、太阳能、生物质能、海洋能等新能源，完善区域电源点布局，推广多能互补的分布式能源。深入实施“西电东送”工程，推进西南能源基地向中南、华南和东南地区输电通道建设，建设500千伏金沙江中游电站送电广西直流输电工程，加大配电网的建设与改造力度。大力实施“西气东输”工程。统筹油气运输通道和储备系统建设，推进西气东输三线、新疆煤制气管线等油气管道建设，完善区域性油气管网建设。

（十二）完善水利基础设施体系。以提高水利保障能力为核心，建设综合防洪抗旱减灾体系，加强水资源保护与开发利用，强化区域水资源管理。保障泛珠三角区域防洪供水安全，确保对港澳供水安全。加快推进以大藤峡、洋溪、落久、高陂、德厚等为重点的骨干工程建设，支持澳门防洪（潮）排涝体系建设，加快推进柳江综合规划及环境影响评价工作，统筹实施珠江干支流河道崩岸治理及河道综合整治工程。加强沿海各省区标准海堤建设与相互衔接，争取到2020年海堤标准化率提高至80%以上。共同推进珠江流域综合整治开发，联合实施水源涵养和水土保持能力提升工程。落实最严格水资源管理制度，严守水资源开发利用控制、用水效率控制、水功能区限制纳污控制指标三条红线，加快开展

江河水量分配，依法对区域内的年度用水实行总量管理，强化规划和项目水资源论证，严格水功能区监督管理。实行严格的河湖管理与保护制度，促进河湖休养生息，维护河湖健康生命。强化珠江流域水资源的统一管理、统一调度，加快制定出台珠江水量调度条例。推进水利信息化建设，提高流域水资源调控、水利管理和工程运行信息化水平。

（十三）完善信息基础设施。深入实施“宽带中国”战略，强化区域通信枢纽建设，加快区域网络基础设施建设升级，强化信息网络安全。加强广州、成都等国家级互联网骨干直联点互联工程建设，实施省际骨干网络优化工程，合理布局泛珠三角区域骨干网核心节点，提升网络传输能力及网间互联互通水平。支持开展“宽带中国”示范城市（群）创建工作，推动贯彻实施光纤到户国家强制标准。共同规划和实施大数据战略，合理布局区域数据中心，建设泛珠三角区域重点城市群信息港，着力构建重点领域信息共享平台。增进与周边国家（地区）信息互联互通，积极推进中国—东盟信息港建设。建设服务泛珠三角区域以及东南亚、南亚的国际呼叫中心。

## 五、促进区域创新驱动发展

（十四）构建区域协同创新体系。加强深港创新圈等区域科技创新合作，加快构建以企业为主体、市场为导向、产学研相结合的区域协同创新体系。充分发挥国家自主创新示范区、国家高新区的辐射带动作用，依靠创新驱动传统产业转型升级和培育发展战略性新兴产业。优化科技资源配置，新建一批产业技术创新平台和企业技术中心。制定区域科技创新基础平台共享规则，率先相互开放国家级和省级重点实验室、中试基地等试验平台。加强区域内国家国际科技合作基地的横向交流和联系。深化产学研合作，共建协同创新平台，联合开展重大科技攻关，共同实施科技创新工程。组建产业技术创新战略联盟，联合开展产业重大共性科技攻关，推动科技成果转化和产业化。

（十五）优化区域创新环境。鼓励和支持社会资本设立泛珠三角区域创业投资基金，激发区域创新创业活力。大力发展众创空间，支持广州国际创新城等一批大型创新创业平台建设，着力推进泛珠三角区域大众创业、万众创新。推动建立跨省区知识产权保护联盟，支持中新广州知识城开展国家知识产权运用和保护综合改革试点。发挥知识产权服务业集聚区的辐射作用，促进知识产权服务与区域产业融合发展。加强区域内知识产权司法协作。建立统一的科技人才资源库，完善科技人才市场体系，推动科技人才交流与共享。

## 六、加强社会事业领域合作

（十六）促进教育文化合作。建立教育合作交流平台，开展师资培训、课程改革、实训基地建设、毕业生就业等方面合作。建立区域优质教育资源相互交流、共建共享机制，扩大优质教育资源覆盖面。鼓励内地九省区联合共建高校优势

学科和研究机构，联合培养人才和开展科学研究。完善跨区域就业人员随迁子女就学政策，推动实现平等接受学前教育、义务教育和中职教育，确保符合条件的随迁子女顺利在流入地参加高考。深化文化遗产保护合作，加强文化市场监管合作，建立泛珠三角区域非物质文化遗产展演展示、公共文化服务体系建设合作交流机制，推动泛珠三角文化市场区域合作和一体化建设，支持组建区域演艺联盟和跨地区企业连锁，促进文化产品流通，扩大区域文化消费规模。支持省区、城市之间开展多样化的文化、体育交流活动。

（十七）加强医疗卫生合作。建立健全区域内疾病预防控制、突发公共卫生事件应急处理协调机制和联防联控网络。促进区域公共卫生服务资源共享，推动同级医疗机构检查结果互认。依托互联网发展远程医疗，提高边远地区诊疗水平。加强食品药品监管能力建设，提升区域食品药品安全保障水平，建立区域食品原产地可追溯制度和质量标识制度，建立健全大案要案查处联动机制和跨区域重大安全事故应急联动机制。支持建设中国—东盟医疗保健合作中心及中国—东盟传统医药交流合作中心，加强与东盟国家在医疗保健、传统医药等方面交流合作。

（十八）加强人力资源和社会保障合作。拓展内地九省区人力资源交流与合作，推动建立统一的公共就业人才服务体系和公共就业服务信息平台，促进人力资源合理配置和有序自由流动。支持内地九省区互派干部挂职交流。探索建立技能人才库和技能人才培养引进使用机制。在革命老区、民族地区、边疆地区、贫困地区建设职业技能培训基地，加强劳动力职业技能培训，引导农村劳动力有序转移。加强劳动者权益保护，建立劳动保障维权信息沟通制度、劳动保障违法及争议案件协同处理制度。加快实现区域医疗保险异地就医直接结算和养老、失业等社保关系跨省区顺畅转移接续。

（十九）共同优化休闲旅游环境。推动区域旅游一体化，建立公开透明的市场准入标准和运行规则，打破行业、地区壁垒，鼓励跨地区连锁经营，加快建设无障碍旅游区。联合打造旅游精品线路和旅游品牌，加快推进建设世界级观光旅游线路。规范区域旅游市场秩序，统一旅游标识，联合打击不正当竞争和侵害消费者权益的行为。完善国内国际旅游合作机制，加强全方位合作，构建务实高效、互惠互利的区域旅游合作体系。支持泛珠三角区域在促进外国人入境、过境旅游便利化及医疗旅游方面开展先行先试，探索部分国家旅游团入境免签政策或落地签证，简化邮轮、游艇出入境手续。

（二十）完善社会治理协调机制。加强社会治安信息交流，建立矛盾纠纷排查预警、案件应急处置、交通安全部门协作及反走私区域合作机制。健全突发事件应急处置体系，制定实施区域安全生产、重大事故、卫生应急、环境污染、社会救助和灾害救助等方面的突发事件应急预案，规范信息报告制度，加强跨

部门、跨区域应急联动，提升联合处置能力。加强司法合作，提供司法保障，创新社会治安治理体制，提高管理效能和服务水平，建立人口信息网上协查协助平台，完善流动人口管理服务，推进更多惠民利民便民新举措，提高人民群众满意度。

#### 七、共同培育对外开放新优势

（二十一）积极融入“一带一路”建设。发挥区位优势，完善联通内外的综合交通运输网络，加强与“一带一路”沿线国家经贸往来和文化交流。推动澜沧江—湄公河合作、大湄公河次区域经济合作和泛北部湾经济合作，积极参与中国—东盟自贸区升级建设，打造中国—中南半岛、孟中印缅经济走廊。鼓励区域内有条件的企业共同参与境外经济贸易合作区和农业合作区开发建设，推进国际产能和装备制造合作。加强协同配合，支持加快建设福建 21 世纪海上丝绸之路核心区，完善广东 21 世纪海上丝绸之路建设重要引擎功能，把云南建成我国面向南亚东南亚辐射中心，增强广西有机衔接“一带一路”的重要门户作用，进一步提升海南以及内陆省份在“一带一路”建设中的支撑作用。充分发挥香港、澳门独特优势，积极参与和助力“一带一路”建设。

（二十二）充分发挥自由贸易试验区示范带动作用。依托自由贸易试验区深化与港澳合作，发挥对泛珠三角区域的辐射和带动作用。大力推进自由贸易试验区投资、贸易、金融、综合监管等领域制度创新，完善外商投资准入前国民待遇加负面清单管理模式，打造国际化、市场化、法治化的营商环境，为泛珠三角区域进一步改革开放提供可复制、可推广的成功经验。支持有条件的省区按程序申请设立海关特殊监管区域，提升区域对外开放水平。

（二十三）推动口岸和特殊区域建设。统筹规划区域内口岸布局，实现优势互补、错位发展。加强口岸基础设施建设，支持进境指定口岸和启运港建设，扩展和完善口岸功能。支持在区域内国际铁路货物运输重要节点和重要内河港口设立直接办理货物进出境手续的查验场所。支持内陆航空口岸增开国际客货运航线、航班，增强区域内边境口岸和特殊区域功能，打造高水平对外开放平台。支持云南、广西有序设立边境经济合作区、跨境经济合作区和边境旅游合作区，研究完善人员便利化出入境管理政策。

#### 八、协同推进生态文明建设

（二十四）加强跨省区流域水资源水环境保护。实施《水污染防治行动计划》，加强江河湖海水环境综合治理，协同推进跨省区流域水污染防治和水资源保护。共同推进重点行业清洁生产技术改造，降低废水排放总量及主要污染物排放强度。支持发展再生水、海水等非常规水资源利用产业。加快构建水污染联防联控体系，充分发挥流域协作机制监督作用，强化跨界断面和重点断面水质监测和考核，建立完善水质监测信息共享机制。开展地下水监测工作，保障地下水

环境安全。协同推进珠江、韩江干支流及近海海域水污染防治，支持跨省区河流综合治理。针对危险化学品生产、存储、运输等对水源地的影响进行风险评估，完善监测预警措施和应急预案。加强饮用水备用水源和水源地环境风险防控工程建设，确保饮用水水质安全。建立流域水资源水环境承载能力监测评价体系，实行承载能力监测预警。

（二十五）加强大气污染综合治理。完善污染物排放总量控制制度，加强二氧化硫、氮氧化物、PM<sub>2.5</sub>（细颗粒物）等主要大气污染物的联防联控。实施城市清洁空气行动，加强珠三角等重点区域和火电、冶金、水泥、建筑陶瓷、石化等重点行业的大气污染防治，加强对工业烟尘、粉尘、城市扬尘和挥发性有机物等空气污染物排放的协同控制。推进实施清洁生产技术改造，开展工业产品生态（绿色）设计，从源头减少污染物的产生和排放。大力推进脱硫脱硝工程建设，促进工业固废及再生资源综合利用产业规范发展，加强黄标车和老旧车淘汰及机动车尾气治理工作。支持港澳与内地九省区开展大气污染防治及环保科研合作。

（二十六）强化区域生态保护和修复。建立国土空间开发保护制度，切实加强环境整治，划定并严守生态保护红线，强化国土空间合理开发与保护，加大自然保护区、重点生态功能区建设和保护力度，构建区域生态屏障。支持跨省区河流中上游地区生态文明先行示范区建设。共建南岭山地、闽粤桂琼东南沿海红树林生物多样性保护重要生态功能区，稳步推动将以幕阜山、罗霄山、怀玉山、高黎贡山、哀牢山、无量山为核心的区域和江河源头、重要湖泊所在地纳入重点生态功能区。加大沿江天然林草资源保护和珠江防护林体系建设力度，加强湿地保护与恢复，加强生态系统保护。按照建立国家公园体制试点要求，支持福建、湖南、云南等地开展国家公园体制试点工作。

（二十七）健全生态环境协同保护和治理机制。编制泛珠三角区域生态环境保护规划。建立污染联防联控工作机制和环境质量预报预警合作机制，推动环境执法协作、信息共享与应急联动。支持内地九省区推进碳排放权、排污权管理和交易制度，共同设立泛珠三角区域生态环境保护合作基金，加大对生态环境突出问题的联合治理力度。建立跨省区流域生态保护补偿机制，研究建立地方投入为主、中央财政给予适当引导的资金投入机制，支持开展东江、西江、北江、汀江—韩江、九洲江等流域补试试点。

## 九、深化内地九省区与港澳合作

（二十八）推进重大基础设施对接。加快跨境交通基础设施建设，完善连接港澳与内地的综合交通运输网络，加快建设港珠澳大桥、广深港高速铁路、莲塘/香园围口岸、深港西部快速通道、粤澳新通道等项目，加强粤港澳轨道交通衔接。支持香港国际机场第三跑道建设，巩固香港国际航空枢纽地位，统筹航路

航线安排，加强香港国际机场与内地九省区机场的合作，打造具有国际影响力的临空经济带。巩固香港国际航运中心地位，鼓励内地航运企业在香港设立分公司以及香港航运企业在内地自由贸易试验区内设立分公司。支持香港成为亚太区域重要的邮轮母港及国际游轮旅游中心，加强泛珠三角区域港口之间合作。提高内地与港澳通关便利化水平，合理调整和规划区域口岸建设。以稳定供港澳水、电、气为目标，扎实推进东江供水、核电、电网、西气东输二期天然气接收站、海上天然气和管道工程。推进粤港澳跨境通信网络建设。

（二十九）加强产业合作。充分发挥香港作为国际金融中心、航运中心、贸易中心的优势以及澳门作为世界旅游休闲中心、中国与葡语国家商贸合作服务平台的特殊作用，加强内地与港澳紧密合作，共同开拓国际市场。进一步放宽准入限制、简化审批环节，推动扩大内地与港澳企业相互投资，鼓励和支持内地与港澳企业共同“走出去”，支持内地企业在香港设立地区总部。巩固香港国际金融中心和离岸人民币中心地位，促进澳门作为中国与葡语国家商贸合作金融服务的平台角色，扩大人民币双向流动渠道和规模，支持泛珠三角区域内企业在香港发行人民币债券和香港企业在境内发行人民币债券，加强资本市场和金融创新合作。支持香港为内地企业提供多元化的风险管理、资产管理、法律以及争议调处等专业服务。支持香港成为泛珠三角区域对外科技交流合作基地、知识产权贸易平台，发挥香港文化、科技优势，帮助泛珠三角区域企业提升品牌形象和产品质量，更好走向国际市场。优化和调整赴港澳“个人游”政策措施。支持澳门世界旅游休闲中心建设，共同推进澳门会展商贸、中医药等产业发展，支持澳门经济适度多元发展。有序推动开展粤港澳游艇自由行。

（三十）支持重大合作平台发展。推进深圳前海、广州南沙、珠海横琴、汕头华侨经济文化合作试验区等重大平台开发建设，充分发挥其在进一步深化改革、扩大开放、促进合作中的试验示范和引领带动作用。积极推进港澳青年创业基地建设。支持内地九省区发挥各自优势与港澳共建各类合作园区，支持广东与澳门共建江门大广海湾经济区、中山粤澳全面合作示范区。

（三十一）加强社会事务合作。探索有利于港澳居民在内地就业、生活的制度安排。支持内地九省区与港澳推进社会信用体系建设合作，探索信用建设经验成果及信用市场服务的互通、互认和互用。加强内地与港澳专业人才培养和交流合作。支持港澳中小学与内地九省区中小学结为姊妹学校，支持港澳知名大学到内地九省区开展合作办学。支持港澳创意企业在内地有序发展影视娱乐文化等业务。支持港澳与内地九省区加强食品药品安全方面交流合作。

（三十二）开展多层次合作交流。加强政府间协调沟通，研究解决港澳与内地九省区在合作发展过程中出现的问题。支持行业协会、智库间合作交流。加强青少年交流，强化广州、深圳青少年交流基地功能，支持在其他省区开展多种



法施政，发展经济、改善民生、推进民主、促进和谐。“港独”是没有出路的。要推动内地与港澳深化合作，研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划，发挥港澳独特优势，提升在国家经济发展和对外开放中的地位与功能。我们对香港、澳门保持长期繁荣稳定始终充满信心。

我们要深入贯彻对台工作大政方针，坚持一个中国原则，维护“九二共识”共同政治基础，维护国家主权和领土完整，维护两岸关系和平发展和台海和平稳定。坚决反对和遏制“台独”分裂活动，绝不允许任何人以任何形式、任何名义把台湾从祖国分裂出去。要持续推进两岸经济社会融合发展，为台湾同胞尤其是青年在大陆学习、就业、创业、生活提供更多便利。两岸同胞要共担民族大义，坚定不移推动祖国和平统一进程，共同创造所有中国人的幸福生活和美好明天。

各位代表！

面对世界政治经济格局的深刻变化，中国将始终站在和平稳定一边，站在公道正义一边，做世界和平的建设者、全球发展的贡献者、国际秩序的维护者。我们将坚定不移走和平发展道路，坚决维护多边体制的权威性和有效性，反对各种形式的保护主义，深入参与全球治理进程，引导经济全球化朝着更加包容互惠、公正合理的方向发展。推动构筑总体稳定、均衡发展的大国关系框架，着力营造睦邻互信、共同发展的周边环境，全面提升同发展中国家合作水平，积极提供解决全球性和地区热点问题的建设性方案。加快完善海外权益保护机制和能力建设。我们愿与国际社会一道，致力构建以合作共赢为核心的新型国际关系，为打造人类命运共同体作出新的贡献。

各位代表！

使命重在担当，实干铸就辉煌。我们要更加紧密地团结在以习近平总书记为核心的党中央周围，同心同德，开拓进取，努力完成今年经济社会发展目标任务，为实现“两个一百年”宏伟目标、建设富强民主文明和谐的社会主义现代化国家、实现中华民族伟大复兴的中国梦而不懈奋斗！

## 深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议

2017-07

泛珠三角合作信息网

国家发展和改革委员会  
广东省人民政府  
香港特别行政区政府  
澳门特别行政区政府

### 深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议

为充分发挥粤港澳地区的综合优势，深化粤港澳合作，推进粤港澳大湾区建设，高水平参与国际合作，提升在国家经济发展和全方位开放中的引领作用，

为港澳发展注入新动能，保持港澳长期繁荣稳定，国家发展和改革委员会、广东省人民政府、香港特别行政区政府、澳门特别行政区政府（以下称四方）经协商一致，制定本协议。

## 一、总则

（一）合作宗旨。全面准确贯彻“一国两制”方针，完善创新合作机制，建立互利共赢合作关系，共同推进粤港澳大湾区建设。

（二）合作目标。强化广东作为全国改革开放先行区、经济发展重要引擎的作用，构建科技、产业创新中心和先进制造业、现代服务业基地；巩固和提升香港国际金融、航运、贸易三大中心地位，强化全球离岸人民币业务枢纽地位和国际资产管理中心功能，推动专业服务和创新及科技事业发展，建设亚太区国际法律及解决争议服务中心；推进澳门建设世界旅游休闲中心，打造中国与葡语国家商贸合作服务平台，建设以中华文化为主流、多元文化共存的交流合作基地，促进澳门经济适度多元可持续发展。努力将粤港澳大湾区建设成为更具活力的经济区、宜居宜业宜游的优质生活圈和内地与港澳深度合作的示范区，携手打造国际一流湾区和世界级城市群。

（三）合作原则。

——开放引领，创新驱动。积极构建开放型经济新体制，打造高水平开放平台，对接高标准贸易投资规则，集聚创新资源，完善区域协同创新体系，开展创新及科技合作。

——优势互补，合作共赢。充分发挥各地比较优势，创新完善合作体制机制，加强政策和规划协调对接，推动粤港澳间双向合作，促进区域经济社会协同发展，使合作成果惠及各方。

——市场主导，政府推动。充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，推动各种生产和生活要素在区域内更加便捷流动和优化配置。

——先行先试，重点突破。支持广东全面深化改革，探索粤港澳合作新模式，推动主要合作区域和重点领域的体制机制创新，以点带面深化合作，充分释放改革红利。

——生态优先，绿色发展。着眼于城市群可持续发展，强化环境保护和生态修复，推动形成绿色低碳的生产生活方式和城市建设运营模式，有效提升城市群品质。

## 二、合作重点领域

（四）推进基础设施互联互通。强化内地与港澳交通联系，构建高效便捷的现代综合交通运输体系。发挥香港作为国际航运中心优势，带动大湾区其他城市共建世界级港口群和空港群，优化高速公路、铁路、城市轨道交通网络布局，推动各种运输方式综合衔接、一体高效。强化城市内外交通建设，便捷城际交通，共同推进包括港珠澳大桥、广深港高铁、粤澳新通道等区域重点项目建设，打造便捷区域内交通圈。建设稳定安全的能源和水供应体系，进一步提升信息通信网络基础设施水平、扩大网络容量。

（五）进一步提升市场一体化水平。落实内地与香港、澳门《关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA）及其系列协议，促进要素便捷流动，提高通关便利化水平，促进人员、货物往来便利化，打造具有全球竞争力的营商环境。推动扩大内地与港澳企业相互投资。鼓励港澳人员赴粤投资及创业就业，为港澳居民发展提供更多机遇，并为港澳居民在内地生活提供更加便利条件。

(六) 打造国际科技创新中心。统筹利用全球科技创新资源，完善创新合作体制机制，优化跨区域合作创新发展模式，构建国际化、开放型区域创新体系，不断提高科研成果转化水平和效率，加快形成以创新为主要引领和支撑的经济体系和发展模式。

(七) 构建协同发展现代产业体系。充分发挥大湾区不同城市产业优势，推进产业协同发展，完善产业发展格局，加快向全球价值链高端迈进。培育战略性新兴产业集群，建设产业合作发展平台，构建高端引领、协同发展、特色突出、绿色低碳的开放型、创新型产业体系。

(八) 共建宜居宜业宜游的优质生活圈。以改善民生为重点，提高社会管理和公共服务能力和水平，增加优质公共服务和生产生活产品供给，打造国际化教育高地，完善就业创业服务体系，加强人文交流、促进文化繁荣发展，推进区域旅游发展，支持澳门打造旅游教育培训基地，共建健康湾区，完善生态建设和环境保护合作机制，建设绿色低碳湾区。

(九) 培育国际合作新优势。充分发挥港澳地区独特优势，深化与“一带一路”沿线国家在基础设施互联互通、经贸、金融、生态环保及人文交流领域的合作，携手打造推进“一带一路”建设的重要支撑区。支持粤港澳共同开展国际产能合作和联手“走出去”，进一步完善对外开放平台，更好发挥归侨侨眷纽带作用，推动大湾区在国家高水平参与国际合作中发挥示范带头作用。

(十) 支持重大合作平台建设。推进深圳前海、广州南沙、珠海横琴等重大粤港澳合作平台开发建设，充分发挥其在进一步深化改革、扩大开放、促进合作中的试验示范和引领带动作用，并复制推广成功经验。推进港澳青年创业就业基地建设。支持港深创新及科技园、江门大广海湾经济区、中山粤澳全面合作示范区等合作平台建设。发挥合作平台示范作用，拓展港澳中小微企业发展空间。

### 三、体制机制安排

(十一) 完善协调机制。编制《粤港澳大湾区城市群发展规划》，推进规划落地实施。四方每年定期召开磋商会议，协调解决大湾区发展中的重大问题和合作事项。

(十二) 健全实施机制。四方每年提出推进粤港澳大湾区建设年度重点工作，由国家发展和改革委员会征求广东省人民政府和香港、澳门特别行政区政府以及国家有关部门意见达成一致后，共同推动落实。广东省人民政府和香港、澳门特别行政区政府共同建立推进粤港澳大湾区发展日常工作机制，更好发挥广东省发展和改革委员会、香港特别行政区政府政制及内地事务局、澳门特别行政区政府行政长官办公室在合作中的联络协调作用，推动规划深入实施。

(十三) 扩大公众参与。强化粤港澳合作咨询渠道，吸纳内地及港澳各界代表和专家参与，研究探讨各领域合作发展策略、方式及问题。发挥粤港澳地区行业协会、智库等机构的作用，支持工商

企业界、劳工界、专业服务界、学术界等社会各界深化合作交流，共同参与大湾区建设。加强粤港澳大湾区的宣传推介。

### 四、其它

本协议自四方代表正式签署之日起生效，有效期五年。经四方协商同意，可对本协议进行修正和展期。

本协议以中文书就，一式四份。

本协议于 2017 年 7 月 1 日在香港签署。

国家发展和改革委员会主任  
何立峰

广东省人民政府省长  
马兴瑞

香港特别行政区行政长官  
林郑月娥

澳门特别行政区行政长官  
崔世安

## 国务院关于加快实施自由贸易区战略的若干意见

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

加快实施自由贸易区战略是我国新一轮对外开放的重要内容。党的十八大提出加快实施自由贸易区战略，十八届三中、五中全会进一步要求以周边为基础加快实施自由贸易区战略，形成面向全球的高标准自由贸易区网络。当前，全球范围内自由贸易区的数量不断增加，自由贸易区谈判涵盖议题快速拓展，自由化水平显著提高。我国经济发展进入新常态，外贸发展机遇和挑战并存，“引进来”、“走出去”正面临新的发展形势。加快实施自由贸易区战略是我国适应经济全球化新趋势的客观要求，是全面深化改革、构建开放型经济新体制的必然选择。为加快实施自由贸易区战略，现提出如下意见：

### 一、总体要求

(一)指导思想。全面贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中全会精神，认真落实党中央、国务院决策部署，按照“四个全面”战略布局要求，坚持使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，坚持统筹考虑和综合运用国际国内两个市场、两种资源，坚持与推进共建“一带一路”和国家对外战略紧密衔接，坚持把握开放主动和维护国家安全，逐步构筑起立足周边、辐射“一带一路”、面向全球的高标准自由贸易区网络。

### (二)基本原则。

一是扩大开放，深化改革。加快实施更加主动的自由贸易区战略，通过自由贸易区扩大开放，提高开放水平和质量，深度参与国际规则制定，拓展开放型经济新空间，形成全方位开放新格局，开创高水平开放新局面，促进全面深化改革，更好地服务国内发展。

二是全面参与，重点突破。全方位参与自由贸易区等各种区域贸易安排合作，重点加快与周边、“一带一路”沿线以及产能合作重点国家、地区和区域经济集团商建自由贸易区。

三是互利共赢，共同发展。树立正确义利观，兼顾各方利益和关切，考虑发展中经济体和最不发达经济体的实际情况，寻求利益契合点和合作公约数，努力构建互利共赢的自由贸易区网络，推动我国与世界各国、各地区共同发展。

四是科学评估，防控风险。加强科学论证，做好风险评估，努力排除自由贸易区建设中的风险因素。同时，提高开放环境下的政府监管能力，建立健全并严格实施安全审查、反垄断和事中事后监管等方面的法律法规，确保国家安全。

(三)目标任务。近期，加快正在进行的自由贸易区谈判进程，在条件具备的情况下逐步提升已有自由贸易区的自由化水平，积极推动与我国周边大部分国家和地区建立自由贸易区，使我国与自由贸易伙伴的贸易额占我国对外贸易总额的比重达到或超过多数发达国家和新兴经济体水平；中长期，形成包括邻近国家和地区、涵盖“一带一路”沿线国家以及辐射五大洲重要国家的全球自由贸易区网络，使我国大部分对外贸易、双向投资实现自由化和便利化。

## 二、进一步优化自由贸易区建设布局

(四)加快构建周边自由贸易区。力争与所有毗邻国家和地区建立自由贸易区，不断深化经贸关系，构建合作共赢的周边大市场。

(五)积极推进“一带一路”沿线自由贸易区。结合周边自由贸易区建设和推进国际产能合作，积极同“一带一路”沿线国家商建自由贸易区，形成“一带一路”大市场，将“一带一路”打造成畅通之路、商贸之路、开放之路。

(六)逐步形成全球自由贸易区网络。争取同大部分新兴经济体、发展中国家、主要区域经济集团和部分发达国家建立自由贸易区，构建金砖国家大市场、新兴经济体大市场和发展中国家大市场等。

## 三、加快建设高水平自由贸易区

(七)提高货物贸易开放水平。坚持进出口并重，通过自由贸易区改善与自由贸易伙伴双向市场准入，合理设计原产地规则，促进对自由贸易伙伴贸易的发展，推动构建更高效的全球和区域价值链。在确保经济安全、产业安全和考虑产业动态发展需要的前提下，稳步扩大货物贸易市场准入。同时，坚持与自由贸易伙伴共同削减关税和非关税壁垒，相互开放货物贸易市场，实现互利共赢。

(八)扩大服务业对外开放。通过自由贸易区等途径实施开放带动战略，充分发挥服务业和服务贸易对我国调整经济结构、转变经济发展方式和带动就业的促进作用。推进金融、教育、文化、医疗等服务业领域有序开放，放开婴幼儿养老、建筑设计、会计审计、商贸物流、电子商务等服务业领域外资准入限制。

加快发展对外文化贸易，创新对外文化贸易方式，推出更多体现中华文化、展示当代中国形象、面向国际市场的文化产品和服务。讲好中国故事、传播好中国声音、阐释好中国特色，更好地推动中华文化“走出去”。吸引外商投资于法律法规许可的文化产业领域，积极吸收借鉴国外优秀文化成果，切实维护国家文化安全。

在与自由贸易伙伴协商一致的基础上，逐步推进以负面清单模式开展谈判，先行先试、大胆探索、与时俱进，积极扩大服务业开放，推进服务贸易便利化和自由化。

(九)放宽投资准入。大力推进投资市场开放和外资管理体制改革的，进一步优化外商投资环境。加快自由贸易区投资领域谈判，有序推进以准入前国民待遇加负面清单模式开展谈判。在维护好我国作为投资东道国利益和监管权的前提下，为我国投资者“走出去”营造更好的市场准入和投资保护条件，实质性改善我国与自由贸易伙伴双向投资准入。在自由贸易区内积极稳妥推进人民币资本项目可兑换的各项试点，便利境内外主体跨境投融资。加强与自由贸易伙伴货币合作，促进贸易投资便利化。

(十)推进规则谈判。结合全面深化改革和全面依法治国的要求，对符合我国社会主义市场经济体制建设和经济社会稳定发展需要的规则议题，在自由贸易区谈判中积极参与。参照国际通行规则及其发展趋势，结合我国发展水平和治理能力，加快推进知识产权保护、环境保护、电子商务、竞争政策、政府采购等新议题谈判。

知识产权保护方面，通过自由贸易区建设，为我国企业“走出去”营造更加公平的知识产权保护环境，推动各方完善知识产权保护制度，加大知识产权保护和执法力度，增强企业和公众的知识产权保护意识，提升我国企业在知识产权保护领域的适应和应对能力。

环境保护方面，通过自由贸易区建设进一步加强环境保护立法和执法工作，借鉴国际经验探讨建立有关环境影响评价机制的可行性，促进贸易、投资与环境和諧发展。

电子商务方面，通过自由贸易区建设推动我国与自由贸易伙伴电子商务企业的合作，营造对彼此有利的电子商务规则环境。

竞争政策方面，发挥市场在资源配置中的决定性作用，通过自由贸易区建设进一步促进完善我国竞争政策法律环境，构建法治化、国际化的营商环境。

政府采购方面，条件成熟时与自由贸易伙伴在自由贸易区框架下开展政府采购市场开放谈判，推动政府采购市场互惠对等开放。

(十一)提升贸易便利化水平。加强原产地管理，推进电子联网建设，加强与自由贸易伙伴原产地电子数据交换，积极探索在更大范围实施经核准出口商原产地自主声明制度。改革海关监管、检验检疫等管理体制，加强关检等领域合作，逐步实现国际贸易“单一窗口”受理。简化海关通关手续和环节，加速放行低风险货物，加强与自由贸易伙伴海关的协调与合作，推进实现“经认证经营者”互认，提升通关便利化水平。提高检验检疫效率，实行法检目录动态调整。加快推行检验检疫申报无纸化，完善检验检疫电子证书联网核查，加强与自由贸易伙伴电子证书数据交换。增强检验检疫标准和程序的透明度。

(十二)推进规制合作。加强与自由贸易伙伴就各自监管体系的信息交换,加快推进在技术性贸易壁垒、卫生与植物卫生措施、具体行业部门监管标准和资格等方面的互认,促进在监管体系、程序、方法和标准方面适度融合,降低贸易成本,提高贸易效率。

(十三)推动自然人移动便利化。配合我国“走出去”战略的实施,通过自由贸易区建设推动自然人移动便利化,为我国境外投资企业的人员出入境提供更多便利条件。

(十四)加强经济技术合作。不断丰富自由贸易区建设内涵,适当纳入产业合作、发展合作、全球价值链等经济技术合作议题,推动我国与自由贸易伙伴的务实合作。

#### 四、健全保障体系

(十五)继续深化自由贸易试验区试点。上海等自由贸易试验区是我国主动适应经济发展新趋势和国际经贸规则新变化、以开放促改革促发展的试验田。可把对外自由贸易区谈判中具有共性的难点、焦点问题,在上海等自由贸易试验区内先行先试,通过在局部地区进行压力测试,积累防控和化解风险的经验,探索最佳开放模式,为对外谈判提供实践依据。

(十六)完善外商投资法律法规。推动修订中外合资经营企业法、中外合作经营企业法和外资企业法,研究制订新的外资基础性法律,改革外商投资管理体制,实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式,完善外商投资国家安全审查制度,保持外资政策稳定、透明、可预期。

(十七)完善事中事后监管的基础性制度。按照全面依法治国的要求,以转变政府职能为核心,在简政放权的同时,加强事中事后监管,通过推进建立社会信用体系、信息共享和综合执法制度、企业年度报告公示和经营异常名录制度、社会力量参与市场监管制度、外商投资信息报告制度、外商投资信息公示平台、境外追偿保障机制等,加强对市场主体“宽进”以后的过程监督和后续管理。

(十八)继续做好贸易救济工作。在扩大产业开放的同时,有效运用世贸组织和自由贸易协定的合法权利,依法开展贸易救济调查,加大对外交涉力度,维护国内产业企业合法权益。强化中央、地方、行业协会商会、企业四体联动的贸易摩擦综合应对机制,指导企业做好贸易摩擦预警、咨询、对话、磋商、诉讼等工作。

(十九)研究建立贸易调整援助机制。在减少政策扭曲、规范产业支持政策的基础上,借鉴有关国家实践经验,研究建立符合世贸组织规则和我国国情的贸易调整援助机制,对因关税减让而受到冲击的产业、企业和个人提供援助,提升其竞争力,促进产业调整。

#### 五、完善支持机制

(二十)完善自由贸易区谈判第三方评估制度。参照我国此前自由贸易区谈判经验,借鉴其他国家开展自由贸易区谈判评估的有益做法,进一步完善第三方评估制度,通过第三方机构对自由贸易区谈判进行利弊分析和风险评估。

(二十一)加强已生效自由贸易协定实施工作。商务部要会同国内各有关部门、地方政府,综合协调推进协定实施工作。优化政府公共服务,全面、及时提供有关自由贸易伙伴的贸易、投资及其他相关领域法律法规和政策信息等咨询服务。加强地方和产业对自由贸易协定实施工作的参与,打造协定实施的示范地区和行业。特别要加强西部地区和有关产业的参与,使自由贸易区建设更好地服务西部地区经济社会建设,促进我国区域协调发展。做好宣传推介,定期开展评估和分析,查找和解决实施中存在的问题,不断挖掘协定潜力,研究改进实施方法,提升企业利用自由贸易协定的便利性,提高协定利用率,用足用好优惠措施。

(二十二)加强对自由贸易区建设的人才支持。增强自由贸易区谈判人员配备,加大对外谈判人员教育培训投入,加强经济外交人才培养工作,逐步建立一支政治素质好、全局意识强、熟悉国内产业、精通国际经贸规则、外语水平高、谈判能力出色的自由贸易区建设领导、管理和谈判人才队伍。积极发挥相关领域专家的作用,吸收各类专业人士参与相关谈判的预案研究和政策咨询。

## 六、加强组织实施

加快实施自由贸易区战略是一项长期、涉及面广的系统工作,各有关方面要加强协调,形成合力。商务部要会同相关部门研究制订加快实施自由贸易区战略的行动计划,建立协调工作机制。地方各级人民政府要结合本地实际,围绕实施自由贸易区战略推进地方相关工作,调动有关企业充分利用自由贸易协定的积极性,提高协定利用率。

国务院

2015年12月6日

## 国务院关于印发中国(广东)自由贸易试验区总体方案的通知

各省、自治区、直辖市人民政府,国务院各部委、各直属机构:

国务院批准《中国(广东)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《方案》),现予印发。

一、建立中国(广东)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区),是党中央、国务院作出的重大决策,是在新形势下推进改革开放和促进内地与港澳深度合作的重要举措,对加快政府职能转变、积极探索管理模式创新、促进贸易和投资便利化,为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验,具有重要意义。

二、自贸试验区要当好改革开放排头兵、创新发展先行者，以制度创新为核心，贯彻“一带一路”建设等国家战略，在构建开放型经济新体制、探索粤港澳经济合作新模式、建设法治化营商环境等方面，率先挖掘改革潜力，破解改革难题。要积极探索外商投资准入前国民待遇加负面清单管理模式，深化行政管理体制改革，提高行政管理效能，提升事中事后监管能力和水平。

三、广东省人民政府和有关部门要解放思想、改革创新，大胆实践、积极探索，统筹谋划、加强协调，支持自贸试验区先行先试。要加强组织领导，明确责任主体，精心组织好《方案》实施工作，有效防控各类风险。要及时总结评估试点实施效果，形成可复制可推广的改革经验，发挥示范带动、服务全国的积极作用。

四、根据《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国(广东)自由贸易试验区、中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区以及中国(上海)自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》，相应暂时调整有关行政法规和国务院文件的部分规定。具体由国务院另行印发。

五、《方案》实施中的重大问题，广东省人民政府要及时向国务院请示报告。

国务院

2015年4月8日

(此件公开发布)

### 中国(广东)自由贸易试验区总体方案

建立中国(广东)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区)是党中央、国务院作出的重大决策，是新形势下全面深化改革、扩大开放和促进内地与港澳深度合作的重大举措。为全面有效推进自贸试验区建设，制定本方案。

#### 一、总体要求

##### (一)指导思想。

全面贯彻落实党的十八大和十八届二中、三中、四中全会精神，按照党中央、国务院决策部署，紧紧围绕国家战略，进一步解放思想，先行先试，以开放促改革、促发展，以制度创新为核心，促进内地与港澳经济深度合作，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验，发挥示范带动、服务全国的积极作用。

##### (二)战略定位。

依托港澳、服务内地、面向世界，将自贸试验区建设成为粤港澳深度合作示范区、21世纪海上丝绸之路重要枢纽和全国新一轮改革开放先行地。

##### (三)发展目标。

经过三至五年改革试验，营造国际化、市场化、法治化营商环境，构建开放型经济新体制，实现粤港澳深度合作，形成国际经济合作竞争新优势，力争建成符合国际高标准的法制环境规范、投资贸易便利、辐射带动功能突出、监管安全高效的自由贸易园区。

## 二、区位布局

### (一)实施范围。

自贸试验区的实施范围 116.2 平方公里，涵盖三个片区：广州南沙新区片区 60 平方公里(含广州南沙保税港区 7.06 平方公里)，深圳前海蛇口片区 28.2 平方公里(含深圳前海湾保税港区 3.71 平方公里)，珠海横琴新区片区 28 平方公里。

自贸试验区土地开发利用须遵守土地利用法律法规。

### (二)功能划分。

按区域布局划分，广州南沙新区片区重点发展航运物流、特色金融、国际商贸、高端制造等产业，建设以生产性服务业为主导的现代产业新高地和具有世界先进水平的综合服务枢纽；深圳前海蛇口片区重点发展金融、现代物流、信息服务、科技服务等战略性新兴产业，建设我国金融业对外开放试验示范窗口、世界服务贸易重要基地和国际性枢纽港；珠海横琴新区片区重点发展旅游休闲健康、商务金融服务、文化科教和高新技术等产业，建设文化教育开放先导区和国际商务服务休闲旅游基地，打造促进澳门经济适度多元发展新载体。

按海关监管方式划分，广州南沙新区片区和深圳前海蛇口片区内的非海关特殊监管区域，重点探索体制机制创新，积极发展现代服务业和高端制造业；广州南沙保税港区和深圳前海湾保税港区等海关特殊监管区域，试点以货物贸易便利化为主要内容的制度创新，主要开展国际贸易和保税服务等业务；珠海横琴新区片区试点有关货物贸易便利化和现代服务业发展的制度创新。

## 三、主要任务和措施

### (一)建设国际化、市场化、法治化营商环境。

1. 优化法治环境。在扩大开放的制度建设上大胆探索、先行先试，加快形成高标准投资贸易规则体系。按照统一、公开、公平原则，试点开展对内对外开放的执法与司法建设，实现各类市场主体公平竞争。强化自贸试验区制度性和程序性法规规章建设，完善公众参与法规规章起草机制，探索委托第三方起草法规规章草案。对涉及自贸试验区投资贸易等商事案件，建立专业化审理机制。完善知识产权管理和执法体制，完善知识产权纠纷调解和维权援助机制，探索建立自贸试验区重点产业知识产权快速维权机制。发展国际仲裁、商事调解机制。

2. 创新行政管理体制。按照权责一致原则，建立行政权责清单制度，明确政府职能边界。深化行政审批制度改革，最大限度取消行政审批事项。推进行

政审批标准化、信息化建设，探索全程电子化登记和电子营业执照管理，建立一口受理、同步审批的“一站式”高效服务模式，建设市场准入统一平台和国际贸易“单一窗口”，实现多部门信息共享和协同管理。深化投资管理制度改革，对实行备案制的企业投资项目，探索备案文件自动获准制。建立集中统一的综合行政执法体系，相对集中执法权，建设网上执法办案系统，建设联勤联动指挥平台。提高知识产权行政执法与海关保护的协调性和便捷性。探索设立法定机构，将专业性、技术性或服务参与性较强的公共管理和服务职能交由法定机构承担。建立行政咨询体系，成立由粤港澳专业人士组成的专业咨询委员会，为自贸试验区发展提供咨询。推进建立一体化的廉政监督新机制。

3. 建立宽进严管的市场准入和监管制度。实施自贸试验区外商投资负面清单制度，减少和取消对外商投资准入限制，重点扩大服务业和制造业对外开放，提高开放度和透明度。对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理模式，对外商投资准入特别管理措施(负面清单)之外领域的外商投资项目实行备案制(国务院规定对国内投资项目保留核准的除外)，由广东省负责办理;根据全国人民代表大会常务委员会授权，将外商投资企业设立、变更及公司章程审批改为备案管理，由广东省负责办理，备案后按国家有关规定办理相关手续。健全社会诚信体系，建立企业诚信制度，开展信用调查和等级评价，完善企业信用约束机制，实施守信激励和失信惩戒制度。完善企业信用信息公示系统，实施企业年报公示、经营异常名录和严重违法企业名单制度。以商务诚信为核心，在追溯、监管、执法、处罚、先行赔付等方面强化全流程监管。配合国家有关部门实施外商投资国家安全审查和经营者集中反垄断审查，实施外商投资全周期监管。探索把服务相关行业的管理职能交由社会组织承担，建立健全行业协会法人治理结构。根据高标准国际投资和贸易规则要求，强化企业责任，完善工资支付保障和集体协商制度，建立工作环境损害监督等制度，严格执行环境保护法规和标准，探索开展出口产品低碳认证。

## (二) 深入推进粤港澳服务贸易自由化。

4. 进一步扩大对港澳服务业开放。在《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》、《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》及其补充协议(以下统称《安排》)框架下探索对港澳更深度的开放，进一步取消或放宽对港澳投资者的资质要求、股比限制、经营范围等准入限制，重点在金融服务、交通运输服务、商贸服务、专业服务、科技服务等领域取得突破。允许港澳服务提供者在自贸试验区设立独资国际船舶运输企业，经营国际海上船舶运输服务。允许港澳服务提供者在自贸试验区设立自费出国留学中介服务机构。支持在自贸试验区内设立的港澳资旅行社(各限5家)经营内地居民出国(境)(不包括台湾地区)团队旅游业务。在自贸试验区内试行粤港澳认证及相关检测业务互认制度，实行“一次认证、一次检测、三地通行”，适度放开港澳认证机构进入自贸试

验区开展认证检测业务，比照内地认证机构、检查机构和实验室，给予港澳服务提供者在内地设立的合资与独资认证机构、检查机构和实验室同等待遇。允许港澳服务提供者发展高端医疗服务，开展粤港澳医疗机构转诊合作试点。建设具有粤港澳特色的中医药产业基地。优化自贸试验区区域布局，规划特定区域，建设港澳现代服务业集聚发展区。

5. 促进服务要素便捷流动。推进粤港澳服务行业管理标准和规则相衔接。结合国家关于外籍高层次人才认定以及出入境和工作生活待遇政策，研究制订自贸试验区港澳及外籍高层次人才认定办法，为高层次人才出入境、在华停居留提供便利，在项目申报、创新创业、评价激励、服务保障等方面给予特殊政策。探索通过特殊机制安排，推进粤港澳服务业人员职业资格互认。探索在自贸试验区工作、居住的港澳人士社会保障与港澳有效衔接。创新粤港澳口岸通关模式，推进建设统一高效、与港澳联动的口岸监管机制，加快推进粤港、粤澳之间信息互换、监管互认、执法互助。加快实施澳门车辆在横琴与澳门间便利进出政策，制定粤港、粤澳游艇出入境便利化措施。支持建设自贸试验区至我国国际通信业务出入口局的直达国际数据专用通道，建设互联互通的信息环境。

### (三) 强化国际贸易功能集成。

6. 推进贸易发展方式转变。粤港澳共同加强与 21 世纪海上丝绸之路沿线国家和地区的贸易往来，开拓国际市场。鼓励企业在自贸试验区设立总部，建立整合物流、贸易、结算等功能的营运中心。探索自贸试验区与港澳联动发展离岸贸易。加强粤港澳会展业合作，在严格执行货物进出口税收政策前提下，允许在海关特殊监管区域内设立保税展示交易平台。支持开展汽车平行进口试点，平行进口汽车应符合国家质量安全标准，进口商应承担售后服务、召回、“三包”等责任，并向消费者警示消费风险。鼓励融资租赁业创新发展，对注册在自贸试验区海关特殊监管区域内的融资租赁企业进出口飞机、船舶和海洋工程结构物等大型设备涉及跨关区的，在确保有效监管和执行现行相关税收政策前提下，按物流实际需要，实行海关异地委托监管。支持在海关特殊监管区域内开展期货保税交割、仓单质押融资等业务。创新粤港澳电子商务互动发展模式。按照公平竞争原则，积极发展跨境电子商务，完善相应的海关监管、检验检疫、退税、跨境支付、物流等支撑系统，加快推进跨境贸易电子商务配套平台建设。拓展服务贸易新领域，搭建服务贸易公共服务平台。建立华南地区知识产权运营中心，探索开展知识产权处置和收益管理改革试点。积极承接服务外包，推进软件研发、工业设计、信息管理等业务发展。加强粤港澳产品检验检测技术和标准研究合作，逐步推进第三方结果采信，逐步扩大粤港澳三方计量服务互认范畴。改革和加强原产地证签证管理，便利证书申领，强化事中事后监管。

7. 增强国际航运服务功能。建立自贸试验区与粤港澳海空港联动机制，建设 21 世纪海上丝绸之路物流枢纽，探索具有国际竞争力的航运发展制度和协同运作模式。探索与港澳在货运代理和货物运输等方面的规范和标准对接，推动港澳国际航运高端产业向内地延伸和拓展。积极发展国际船舶运输、国际船舶管理、国际船员服务、国际航运经纪等产业，支持港澳投资国际远洋、国际航空运输服务，允许在自贸试验区试点航空快件国际和台港澳中转集拼业务。允许设立外商独资国际船舶管理企业。放宽在自贸试验区设立的中外合资、中外合作国际船舶企业的外资股比限制。允许外商以合资、合作形式从事公共国际船舶代理业务，外方持股比例放宽至 51%，将外资经营国际船舶管理业务的行政许可权限下放给广东省。促进航运金融发展，建设航运交易信息平台，发展航运电子商务、支付结算等业务，推进组建专业化地方法人航运保险机构，允许境内外保险公司和保险经纪公司等服务中介设立营业机构并开展航运保险业务，探索航运运价指数场外衍生品开发与交易业务。推动中转集拼业务发展，允许中资公司拥有或控股拥有的非五星旗船，试点开展外贸集装箱在国内沿海港口和自贸试验区内港口之间的沿海捎带业务。在落实国际船舶登记制度相关配套政策基础上，自贸试验区海关特殊监管区域内中方投资人持有船公司的股权比例可低于 50%。充分利用现有中资“方便旗”船税收优惠政策，促进符合条件的船舶在自贸试验区落户登记。允许在自贸试验区内注册的内地资本邮轮企业所属“方便旗”邮轮，经批准从事两岸四地邮轮运输和其他国内运输。简化国际船舶运输经营许可程序，优化船舶营运、检验与登记业务流程，形成高效率的船舶登记制度。

#### (四) 深化金融领域开放创新。

8. 推动跨境人民币业务创新发展。推动人民币作为自贸试验区与港澳地区及国外跨境大额贸易和投资计价、结算的主要货币。推动自贸试验区与港澳地区开展双向人民币融资。在总结其他地区相关试点经验、完善宏观审慎管理机制基础上，研究适时允许自贸试验区企业在一定范围内进行跨境人民币融资、允许自贸试验区银行业金融机构与港澳同业机构开展跨境人民币借款等业务。支持粤港澳三地机构在自贸试验区共同设立人民币海外投贷基金。允许自贸试验区金融机构和企业从港澳及国外借用人民币资金。支持自贸试验区内港澳资企业的境外母公司按规定在境内资本市场发行人民币债券。研究探索自贸试验区企业在香港股票市场发行人民币股票，放宽区内企业在境外发行本外币债券的审批和规模限制，所筹资金根据需要可调回区内使用。支持符合条件的港澳金融机构在自贸试验区以人民币进行新设、增资或参股自贸试验区内金融机构等直接投资活动。在《安排》框架下，研究探索自贸试验区金融机构与港澳地区同业开展跨境人民币信贷资产转让业务。允许自贸试验区证券公司、基金管

理公司、期货公司、保险公司等非银行金融机构开展与港澳地区跨境人民币业务。支持与港澳地区开展个人跨境人民币业务创新。

9. 推动适应粤港澳服务贸易自由化的金融创新。在《安排》框架下，完善金融业负面清单准入模式，简化金融机构准入方式，推动自贸试验区金融服务业对港澳地区进一步开放。允许符合条件的外国金融机构设立外商独资银行，符合条件的外国金融机构与中国公司、企业出资共同设立中外合资银行。在条件具备时，适时在自贸试验区内试点设立有限牌照银行。降低港澳资保险公司进入自贸试验区的门槛，支持符合条件的港澳保险公司在自贸试验区设立分支机构，对进入自贸试验区的港澳保险公司分支机构视同内地保险机构，适用相同或相近的监管法规。支持符合条件的港澳保险中介机构进入自贸试验区，适用与内地保险中介机构相同或相近的准入标准和监管法规。在自贸试验区建立与粤港澳商贸、旅游、物流、信息等服务贸易自由化相适应的金融服务体系。积极推动个人本外币兑换特许机构、外汇代兑点发展和银行卡使用，便利港元、澳门元在自贸试验区兑换使用。在完善相关管理办法、加强有效监管前提下，支持商业银行在自贸试验区内设立机构开展外币离岸业务，允许自贸试验区内符合条件的中资银行试点开办外币离岸业务。允许外资股权投资管理机构、外资创业投资管理机构和自贸试验区发起管理人民币股权投资和创业投资基金。建立健全全口径外债宏观审慎管理框架，探索外债管理新模式。在《安排》框架下，推动自贸试验区公共服务领域的支付服务向粤港澳三地银行业开放，允许自贸试验区内注册设立的、拟从事支付服务的港澳资非金融机构，在符合支付服务市场发展政策导向以及《非金融机构支付服务管理办法》规定资质条件的前提下，依法从事第三方支付业务。支持符合条件的内地和港澳地区机构在自贸试验区设立金融租赁公司、融资租赁公司，开展飞机、船舶和海洋工程设备等融资租赁业务。统一内外资融资租赁企业准入标准、审批流程和事中事后监管，允许注册在自贸试验区内由广东省商务主管部门准入的内资融资租赁企业享受与现行内资融资租赁试点企业同等待遇。支持商业保理业务发展，探索适合商业保理发展的外汇管理模式。稳妥推进外商投资典当行试点。创新知识产权投融资及保险、风险投资、信托等金融服务，推动建立知识产权质物处置机制。发展与港澳地区保险服务贸易，探索与港澳地区保险产品互认、资金互通、市场互联的机制。支持自贸试验区内符合互认条件的基金产品参与内地与香港基金产品互认。允许自贸试验区在符合国家规定前提下开展贵金属(除黄金外)跨境现货交易。允许境内期货交易所在自贸试验区内的海关特殊监管区域设立大宗商品期货保税交割仓库，支持港澳地区企业参与商品期货交易。

10. 推动投融资便利化。探索实行本外币账户管理新模式，在账户设置、账户业务范围、资金划转和流动监测机制方面进行创新。探索通过自由贸易账户和其他风险可控的方式，开展跨境投融资创新业务。在风险可控前提下，开展

以资本项目可兑换为重点的外汇管理改革试点。支持自贸试验区金融机构与港澳地区同业合作开展跨境担保业务。允许在自贸试验区注册的机构在宏观审慎框架下从境外融入本外币资金和境外发行本外币债券。深化外汇管理改革，将直接投资外汇登记下放银行办理，外商直接投资项下外汇资本金可意愿结汇，进一步提高对外放款比例。提高投融资便利化水平，统一内外资企业外债政策，建立健全外债宏观审慎管理制度。区内试行资本项目限额内可兑换，符合条件的区内机构在限额内自主开展直接投资、并购、债务工具、金融类投资等交易。构建个人跨境投资权益保护制度，严格投资者适当性管理。建立健全对区内个人投资的资金流动监测预警和风险防范机制。深化跨国公司本外币资金集中运营管理改革试点。研究探索自贸试验区与港澳地区和 21 世纪海上丝绸之路沿线国家按照规定开展符合条件的跨境金融资产交易。按照国家规定设立面向港澳和国际的新型要素交易平台，引入港澳投资者参股自贸试验区要素交易平台，逐步提高港澳投资者参与自贸试验区要素平台交易的便利化水平。研究设立以碳排放为首个品种的创新型期货交易所。

11. 建立健全自贸试验区金融风险防控体系。构建自贸试验区金融宏观审慎管理体系，建立金融监管协调机制，完善跨行业、跨市场的金融风险监测评估机制，加强对重大风险的识别和系统性金融风险的防范。探索建立本外币一体化管理机制。综合利用金融机构及企业主体的本外币数据信息，对企业、个人跨境收支进行全面监测、评价并实施分类管理。根据宏观审慎管理需要，加强对跨境资金流动、套利金融交易的监测和管理。做好反洗钱、反恐怖融资工作，防范非法资金跨境、跨区流动，完善粤港澳反洗钱和反恐怖融资监管合作和信息共享机制。探索在自贸试验区建立粤港澳金融消费者权益保护协作机制以及和解、专业调解、仲裁等金融纠纷司法替代性解决机制，鼓励金融行业协会、自律组织独立或者联合依法开展专业调解，建立调解与仲裁、诉讼的对接机制，加大金融消费者维权支持力度，依法维护金融消费者合法权益。支持建立健全金融消费者教育服务体系，积极创新自贸试验区特色的多元化金融消费者教育产品和方式。

(五) 增强自贸试验区辐射带动功能。

12. 引领珠三角地区加工贸易转型升级。发挥自贸试验区高端要素集聚优势，搭建服务于加工贸易转型升级的技术研发、工业设计、知识产权等公共服务平台。支持在自贸试验区发展加工贸易结算业务、建设结算中心。支持设立符合内销规定的加工贸易产品内销平台，建设加工贸易产品内销后续服务基地。推进企业依托海关特殊监管区域开展面向国内外市场的高技术、高附加值的检测维修等保税服务业务。允许外商开展机电产品及零部件维修与再制造业务。建立专利导航产业发展工作机制。支持企业依托自贸试验区开展自主营销，拓展境内外营销网络。

13. 打造泛珠三角区域发展综合服务区。推动自贸试验区与泛珠三角区域开展广泛的经贸合作，依托自贸试验区深化与港澳合作，更好地发挥辐射和带动作用。鼓励自贸试验区内企业统筹开展国际国内贸易，形成内外贸相互促进机制。扶持和培育外贸综合服务企业，为中小企业提供通关、融资、退税、国际结算等服务。强化对泛珠三角区域的市场集聚和辐射功能，开展大宗商品现货交易和国际贸易，探索构建国际商品交易集散中心、信息中心和价格形成中心。

14. 建设内地企业和个人“走出去”重要窗口。依托港澳在金融服务、资讯、国际贸易网络、风险管理等方面的优势，将自贸试验区建设成为内地企业和个人“走出去”的窗口和综合服务平台，支持国内企业和个人参与 21 世纪海上丝绸之路建设。扩大企业和个人对外投资，完善“走出去”政策促进、服务保障和风险控制体系。鼓励企业和个人创新对外投资合作方式，开展绿地投资、并购投资、证券投资、联合投资等，逐步减少对个人对外投资的外汇管制。允许自贸试验区金融机构按规定为自贸试验区内个人投资者投资香港资本市场的股票、债券及其他有价证券提供服务。加强与港澳在项目对接、投资拓展、信息交流、人才培养等方面交流合作，共同到境外开展基础设施建设和能源资源等合作。探索将境外产业投资与港澳资本市场有机结合，鼓励在自贸试验区设立专业从事境外股权投资的项目公司，支持有条件的投资者设立境外投资股权投资母基金。

#### 四、监管服务和税收政策

##### (一) 监管服务模式。

1. 创新通关监管服务模式。广州南沙保税港区、深圳前海湾保税港区等现有海关特殊监管区域，比照中国(上海)自由贸易试验区内海关特殊监管区域的有关监管模式，实行“一线放开”、“二线安全高效管住”的通关监管服务模式，同时实施海关特殊监管区域整合优化措施，并根据自贸试验区发展需要，不断探索口岸监管制度创新。如海关特殊监管区域规划面积不能满足发展需求的，可按现行海关特殊监管区域管理规定申请扩大区域面积。除废物原料、危险化学品及其包装、散装货物外，检验检疫在一线实施“进境检疫，适当放宽进出口检验”模式，创新监管技术和方法；促进二线监管模式与一线监管模式相衔接，简化检验检疫流程，在二线推行“方便进出，严密防范质量安全风险”的检验检疫监管模式。

广州南沙新区片区、深圳前海蛇口片区内的非海关特殊监管区域，按照现行通关模式实施监管，不新增一线、二线分线管理方式。

珠海横琴新区片区按照《国务院关于横琴开发有关政策的批复》(国函〔2011〕85 号)确定的“一线放宽、二线管住、人货分离、分类管理”原则实施分线管理。经一线进入横琴的进口废物原料、危险化学品及其包装、进入横琴后无法分清批次的散装货物，按现行进出口商品检验模式管理。

2. 加强监管协作。以切实维护国家安全和市场公平竞争为原则，加强各部门与广东省人民政府的协同，完善政府经济调节、市场监管、社会管理和公共服务职能，提高维护经济社会安全的服务保障能力。

## (二) 税收政策。

抓紧落实现有相关税收政策，充分发挥现有政策的支持促进作用。中国(上海)自由贸易试验区已经试点的税收政策原则上可在自贸试验区进行试点，其中促进贸易的选择性征收关税、其他相关进出口税收等政策在自贸试验区内的海关特殊监管区域进行试点。自贸试验区内的海关特殊监管区域实施范围和税收政策适用范围维持不变。深圳前海深港现代服务业合作区、珠海横琴税收优惠政策不适用于自贸试验区内其他区域。此外，在符合税制改革方向和国际惯例，以及不导致利润转移和税基侵蚀前提下，积极研究完善适应境外股权投资和离岸业务发展的税收政策。结合上海试点实施情况，在统筹评估政策成效基础上，研究实施启运港退税政策试点问题。符合条件的地区可按照政策规定申请实施境外旅客购物离境退税政策。

## 五、保障机制

### (一) 法制保障。

全国人民代表大会常务委员会已经授权国务院，暂时调整《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》和《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》规定的有关行政审批，自2015年3月1日至2018年2月28日试行。自贸试验区需要暂时调整实施有关行政法规、国务院文件和经国务院批准的部门规章的部分规定的，按规定程序办理。各有关部门要支持自贸试验区在扩大投资领域开放、实施负面清单管理模式、创新投资管理体制等方面深化改革试点，及时解决试点过程中的制度保障问题。授权广东省制定自贸试验区落实《安排》的配套细则。广东省要通过地方立法，制定自贸试验区条例和管理办法。

### (二) 组织实施。

在国务院的领导和统筹协调下，由广东省根据试点内容，按照总体筹划、分步实施、率先突破、逐步完善的原则组织实施。按照既有利于合力推进自贸试验区建设，又有利于各片区独立自主运作的原则，建立精简高效、统一管理、分级负责的自贸试验区管理体系。自贸试验区建设相关事宜纳入粤港、粤澳合作联席会议机制。各有关部门要大力支持，加强指导和服务，共同推进相关体制机制创新，并注意研究新情况，解决新问题，总结新经验，重大事项要及时报告国务院，共同把自贸试验区建设好、管理好。

### (三) 评估推广。

自贸试验区要及时总结改革创新经验和成果。商务部、广东省人民政府要会同相关部门，对自贸试验区试点政策执行情况进行综合和专项评估，必要时

委托内地和港澳第三方机构进行独立评估，并将评估结果报告国务院。对试点效果好且可复制可推广的成果，经国务院同意后推广到全国其他地区。

## 推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动

国家发展改革委、外交部、商务部

2015-03

愿景与行动分为 8 个部分：一、时代背景；二、共建原则；三、框架思路；四、合作重点；五、合作机制；六、中国各地方开放态势；七、中国积极行动；八、共创美好未来。

### 前言

一、时代背景

二、共建原则

三、框架思路

四、合作重点

五、合作机制

六、中国各地方开放态势

七、中国积极行动

八、共创美好未来

### 前言

2000 多年前，亚欧大陆上勤劳勇敢的人民，探索出多条连接亚欧非几大文明的贸易和人文交流通路，后人将其统称为“丝绸之路”。千百年来，“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”的丝绸之路精神薪火相传，推进了人类文明进步，是促进沿线各国繁荣发展的重要纽带，是东西方交流合作的象征，是世界各国共有的历史文化遗产。

进入 21 世纪，在以和平、发展、合作、共赢为主题的新时代，面对复苏乏力的全球经济形势，纷繁复杂的国际和地区局面，传承和弘扬丝绸之路精神更显重要和珍贵。

2013 年 9 月和 10 月，中国国家主席习近平在出访中亚和东南亚国家期间，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”（以下简称“一带一路”）的重大倡议，得到国际社会高度关注。中国国务院总理李克强参加 2013 年中国—东盟博览会时强调，铺就面向东盟的海上丝绸之路，打造带动腹地发展的战略支点。加快“一带一路”建设，有利于促进沿线各国经济繁荣与区域合作，加强不同文明交流互鉴，促进世界和平发展，是一项造福世界各国人民的伟大事业。

“一带一路”建设是一项系统工程，要坚持共商、共建、共享原则，积极推进沿线国家发展战略的相互对接。为推进实施“一带一路”重大倡议，让古丝绸

之路焕发新的生机活力,以新的形式使亚欧非各国联系更加紧密,互利合作迈向新的历史高度,中国政府特制定并发布《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。

## 一、时代背景

当今世界正发生复杂深刻的变化,国际金融危机深层次影响继续显现,世界经济缓慢复苏、发展分化,国际投资贸易格局和多边投资贸易规则酝酿深刻调整,各国面临的发展问题依然严峻。共建“一带一路”顺应世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化的潮流,秉持开放的区域合作精神,致力于维护全球自由贸易体系和开放型世界经济。共建“一带一路”旨在促进经济要素有序自由流动、资源高效配置和市场深度融合,推动沿线各国实现经济政策协调,开展更大范围、更高水平、更深层次的区域合作,共同打造开放、包容、均衡、普惠的区域经济合作架构。共建“一带一路”符合国际社会的根本利益,彰显人类社会共同理想和美好追求,是国际合作以及全球治理新模式的积极探索,将为世界和平发展增添新的正能量。

共建“一带一路”致力于亚欧非大陆及附近海洋的互联互通,建立和加强沿线各国互联互通伙伴关系,构建全方位、多层次、复合型的互联互通网络,实现沿线各国多元、自主、平衡、可持续发展。“一带一路”的互联互通项目将推动沿线各国发展战略的对接与耦合,发掘区域内市场的潜力,促进投资和消费,创造需求和就业,增进沿线各国人民的人文交流与文明互鉴,让各国人民相逢相知、互信互敬,共享和谐、安宁、富裕的生活。

当前,中国经济和世界经济高度关联。中国将一以贯之地坚持对外开放的基本国策,构建全方位开放新格局,深度融入世界经济体系。推进“一带一路”建设既是中国扩大和深化对外开放的需要,也是加强和亚欧非及世界各国互利的需要,中国愿意在力所能及的范围内承担更多责任义务,为人类和平发展作出更大的贡献。

## 二、共建原则

恪守联合国宪章的宗旨和原则。遵守和平共处五项原则,即尊重各国主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、和平共处、平等互利。

坚持开放合作。“一带一路”相关的国家基于但不限于古代丝绸之路的范围,各国和国际、地区组织均可参与,让共建成果惠及更广泛的区域。

坚持和谐包容。倡导文明宽容,尊重各国发展道路和模式的选择,加强不同文明之间的对话,求同存异、兼容并蓄、和平共处、共生共荣。

坚持市场运作。遵循市场规律和国际通行规则,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用和各类企业的主体作用,同时发挥好政府的作用。

坚持互利共赢。兼顾各方利益和关切,寻求利益契合点和合作最大公约数,

体现各方智慧和创意,各施所长,各尽所能,把各方优势和潜力充分发挥出来。

### 三、框架思路

“一带一路”是促进共同发展、实现共同繁荣的合作共赢之路,是增进理解信任、加强全方位交流的和平友谊之路。中国政府倡议,秉持和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢的理念,全方位推进务实合作,打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

“一带一路”贯穿亚欧非大陆,一头是活跃的东亚经济圈,一头是发达的欧洲经济圈,中间广大腹地国家经济发展潜力巨大。丝绸之路经济带重点畅通中国经中亚、俄罗斯至欧洲(波罗的海);中国经中亚、西亚至波斯湾、地中海;中国至东南亚、南亚、印度洋。21世纪海上丝绸之路重点方向是从中国沿海港口过南海到印度洋,延伸至欧洲;从中国沿海港口过南海到南太平洋。

根据“一带一路”走向,陆上依托国际大通道,以沿线中心城市为支撑,以重点经贸产业园区为合作平台,共同打造新亚欧大陆桥、中蒙俄、中国—中亚—西亚、中国—中南半岛等国际经济合作走廊;海上以重点港口为节点,共同建设通畅安全高效的运输大通道。中巴、孟中印缅两个经济走廊与推进“一带一路”建设关联紧密,要进一步推动合作,取得更大进展。

“一带一路”建设是沿线各国开放合作的宏大经济愿景,需各国携手努力,朝着互利互惠、共同安全的目标相向而行。努力实现区域基础设施更加完善,安全高效的陆海空通道网络基本形成,互联互通达到新水平;投资贸易便利化水平进一步提升,高标准自由贸易区网络基本形成,经济联系更加紧密,政治互信更加深入;人文交流更加广泛深入,不同文明互鉴共荣,各国人民相知相交、和平友好。

### 四、合作重点

沿线各国资源禀赋各异,经济互补性较强,彼此合作潜力和空间很大。以政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通为主要内容,重点在以下方面加强合作。

**政策沟通。**加强政策沟通是“一带一路”建设的重要保障。加强政府间合作,积极构建多层次政府间宏观政策沟通交流机制,深化利益融合,促进政治互信,达成合作新共识。沿线各国可以就经济发展战略和对策进行充分交流对接,共同制定推进区域合作的规划和措施,协商解决合作中的问题,共同为务实合作及大型项目实施提供政策支持。

**设施联通。**基础设施互联互通是“一带一路”建设的优先领域。在尊重相关国家主权和安全关切的基础上,沿线国家宜加强基础设施建设规划、技术标准体系的对接,共同推进国际骨干通道建设,逐步形成连接亚洲各次区域以及亚欧非之间的基础设施网络。强化基础设施绿色低碳化建设和运营管理,在建设中充

分考虑气候变化影响。

抓住交通基础设施的关键通道、关键节点和重点工程,优先打通缺失路段,畅通瓶颈路段,配套完善道路安全防护设施和交通管理设施设备,提升道路通达水平。推进建立统一的全程运输协调机制,促进国际通关、换装、多式联运有机衔接,逐步形成兼容规范的运输规则,实现国际运输便利化。推动口岸基础设施建设,畅通陆水联运通道,推进港口合作建设,增加海上航线和班次,加强海上物流信息化合作。拓展建立民航全面合作的平台和机制,加快提升航空基础设施水平。

加强能源基础设施互联互通合作,共同维护输油、输气管道等运输通道安全,推进跨境电力与输电通道建设,积极开展区域电网升级改造合作。

共同推进跨境光缆等通信干线网络建设,提高国际通信互联互通水平,畅通信息丝绸之路。加快推进双边跨境光缆等建设,规划建设洲际海底光缆项目,完善空中(卫星)信息通道,扩大信息交流与合作。

贸易畅通。投资贸易合作是“一带一路”建设的重点内容。宜着力研究解决投资贸易便利化问题,消除投资和贸易壁垒,构建区域内和各国良好的营商环境,积极同沿线国家和地区共同商建自由贸易区,激发释放合作潜力,做大做好合作“蛋糕”。

沿线国家宜加强信息互换、监管互认、执法互助的海关合作,以及检验检疫、认证认可、标准计量、统计信息等方面的双多边合作,推动世界贸易组织《贸易便利化协定》生效和实施。改善边境口岸通关设施条件,加快边境口岸“单一窗口”建设,降低通关成本,提升通关能力。加强供应链安全与便利化合作,推进跨境监管程序协调,推动检验检疫证书国际互联网核查,开展“经认证的经营者”(AEO)互认。降低非关税壁垒,共同提高技术性贸易措施透明度,提高贸易自由化便利化水平。

拓宽贸易领域,优化贸易结构,挖掘贸易新增长点,促进贸易平衡。创新贸易方式,发展跨境电子商务等新的商业业态。建立健全服务贸易促进体系,巩固和扩大传统贸易,大力发展现代服务贸易。把投资和贸易有机结合起来,以投资带动贸易发展。

加快投资便利化进程,消除投资壁垒。加强双边投资保护协定、避免双重征税协定磋商,保护投资者的合法权益。

拓展相互投资领域,开展农林牧渔业、农机及农产品生产加工等领域深度合作,积极推进海水养殖、远洋渔业、水产品加工、海水淡化、海洋生物制药、海洋工程技术、环保产业和海上旅游等领域合作。加大煤炭、油气、金属矿产等传统能源资源勘探开发合作,积极推动水电、核电、风电、太阳能等清洁、可再生能源合作,推进能源资源就地就近加工转化合作,形成能源资源合作上下游一

体化产业链。加强能源资源深加工技术、装备与工程服务合作。

推动新兴产业合作,按照优势互补、互利共赢的原则,促进沿线国家加强在新一代信息技术、生物、新能源、新材料等新兴产业领域的深入合作,推动建立创业投资合作机制。

优化产业链分工布局,推动上下游产业链和关联产业协同发展,鼓励建立研发、生产和营销体系,提升区域产业配套能力和综合竞争力。扩大服务业相互开放,推动区域服务业加快发展。探索投资合作新模式,鼓励合作建设境外经贸合作区、跨境经济合作区等各类产业园区,促进产业集群发展。在投资贸易中突出生态文明理念,加强生态环境、生物多样性和应对气候变化合作,共建绿色丝绸之路。

中国欢迎各国企业来华投资。鼓励本国企业参与沿线国家基础设施建设和产业投资。促进企业按属地化原则经营管理,积极帮助当地发展经济、增加就业、改善民生,主动承担社会责任,严格保护生物多样性和生态环境。

资金融通。资金融通是“一带一路”建设的重要支撑。深化金融合作,推进亚洲货币稳定体系、投融资体系和信用体系建设。扩大沿线国家双边本币互换、结算的范围和规模。推动亚洲债券市场的开放和发展。共同推进亚洲基础设施投资银行、金砖国家开发银行筹建,有关各方就建立上海合作组织融资机构开展磋商。加快丝路基金组建运营。深化中国—东盟银行联合体、上合组织银行联合体务实合作,以银团贷款、银行授信等方式开展多边金融合作。支持沿线国家政府和信用等级较高的企业以及金融机构在中国境内发行人民币债券。符合条件的中国境内金融机构和企业可以在境外发行人民币债券和外币债券,鼓励在沿线国家使用所筹资金。

加强金融监管合作,推动签署双边监管合作谅解备忘录,逐步在区域内建立高效监管协调机制。完善风险应对和危机处置制度安排,构建区域性金融风险预警系统,形成应对跨境风险和危机处置的交流合作机制。加强征信管理部门、征信机构和评级机构之间的跨境交流与合作。充分发挥丝路基金以及各国主权基金作用,引导商业性股权投资基金和社会资金共同参与“一带一路”重点项目建设。

民心相通。民心相通是“一带一路”建设的社会根基。传承和弘扬丝绸之路友好合作精神,广泛开展文化交流、学术往来、人才交流合作、媒体合作、青年和妇女交往、志愿者服务等,为深化双多边合作奠定坚实的民意基础。

扩大相互间留学生规模,开展合作办学,中国每年向沿线国家提供1万个政府奖学金名额。沿线国家间互办文化年、艺术节、电影节、电视周和图书展等活动,合作开展广播影视剧精品创作及翻译,联合申请世界文化遗产,共同开展世界遗产的联合保护工作。深化沿线国家间人才交流合作。

加强旅游合作,扩大旅游规模,互办旅游推广周、宣传月等活动,联合打造具有丝绸之路特色的国际精品旅游线路和旅游产品,提高沿线各国游客签证便利化水平。推动 21 世纪海上丝绸之路邮轮旅游合作。积极开展体育交流活动,支持沿线国家申办重大国际体育赛事。

强化与周边国家在传染病疫情信息沟通、防治技术交流、专业人才培养等方面的合作,提高合作处理突发公共卫生事件的能力。为有关国家提供医疗援助和应急医疗救助,在妇幼健康、残疾人康复以及艾滋病、结核、疟疾等主要传染病领域开展务实合作,扩大在传统医药领域的合作。

加强科技合作,共建联合实验室(研究中心)、国际技术转移中心、海上合作中心,促进科技人员交流,合作开展重大科技攻关,共同提升科技创新能力。

整合现有资源,积极开拓和推进与沿线国家在青年就业、创业培训、职业技能开发、社会保障管理服务、公共行政管理等共同关心领域的务实合作。

充分发挥政党、议会交往的桥梁作用,加强沿线国家之间立法机构、主要党派和政治组织的友好往来。开展城市交流合作,欢迎沿线国家重要城市之间互结友好城市,以人文交流为重点,突出务实合作,形成更多鲜活的合作范例。欢迎沿线国家智库之间开展联合研究、合作举办论坛等。

加强沿线国家民间组织的交流合作,重点面向基层民众,广泛开展教育医疗、减贫开发、生物多样性和生态环保等各类公益慈善活动,促进沿线贫困地区生产生活条件改善。加强文化传媒的国际交流合作,积极利用网络平台,运用新媒体工具,塑造和谐友好的文化生态和舆论环境。

## 五、合作机制

当前,世界经济融合加速发展,区域合作方兴未艾。积极利用现有双多边合作机制,推动“一带一路”建设,促进区域合作蓬勃发展。

加强双边合作,开展多层次、多渠道沟通磋商,推动双边关系全面发展。推动签署合作备忘录或合作规划,建设一批双边合作示范。建立完善双边联合工作机制,研究推进“一带一路”建设的实施方案、行动路线图。充分发挥现有联委会、混委会、协委会、指导委员会、管理委员会等双边机制作用,协调推动合作项目实施。

强化多边合作机制作用,发挥上海合作组织(SCO)、中国—东盟(“10+1”)、亚太经合组织(APEC)、亚欧会议(ASEM)、亚洲合作对话(ACD)、亚信会议(CICA)、中阿合作论坛、中国—海合会战略对话、大湄公河次区域(GMS)经济合作、中亚区域经济合作(CAREC)等现有多边合作机制作用,相关国家加强沟通,让更多国家和地区参与“一带一路”建设。

继续发挥沿线各国区域、次区域相关国际论坛、展会以及博鳌亚洲论坛、中国—东盟博览会、中国—亚欧博览会、欧亚经济论坛、中国国际投资贸易洽

谈会,以及中国—南亚博览会、中国—阿拉伯博览会、中国西部国际博览会、中国—俄罗斯博览会、前海合作论坛等平台的建设性作用。支持沿线国家地方、民间挖掘“一带一路”历史文化遗产,联合举办专项投资、贸易、文化交流活动,办好丝绸之路(敦煌)国际文化博览会、丝绸之路国际电影节和图书展。倡议建立“一带一路”国际高峰论坛。

#### 六、中国各地方开放态势

推进“一带一路”建设,中国将充分发挥国内各地区比较优势,实行更加积极主动的开放战略,加强东中西互动合作,全面提升开放型经济水平。

西北、东北地区。发挥新疆独特的区位优势 and 向西开放重要窗口作用,深化与中亚、南亚、西亚等国家交流合作,形成丝绸之路经济带上重要的交通枢纽、商贸物流和文化科教中心,打造丝绸之路经济带核心区。发挥陕西、甘肃综合经济文化和宁夏、青海民族人文优势,打造西安内陆型改革开放新高地,加快兰州、西宁开发开放,推进宁夏内陆开放型经济试验区建设,形成面向中亚、南亚、西亚国家的通道、商贸物流枢纽、重要产业和人文交流基地。发挥内蒙古联通俄蒙的区位优势,完善黑龙江对俄铁路通道和区域铁路网,以及黑龙江、吉林、辽宁与俄远东地区陆海联运合作,推进构建北京—莫斯科欧亚高速运输走廊,建设向北开放的重要窗口。

西南地区。发挥广西与东盟国家陆海相邻的独特优势,加快北部湾经济区和珠江—西江经济带开放发展,构建面向东盟区域的国际通道,打造西南、中南地区开放发展新的战略支点,形成 21 世纪海上丝绸之路与丝绸之路经济带有机衔接的重要门户。发挥云南区位优势,推进与周边国家的国际运输通道建设,打造大湄公河次区域经济合作新高地,建设成为面向南亚、东南亚的辐射中心。推进西藏与尼泊尔等国家边境贸易和旅游文化合作。

沿海和港澳台地区。利用长三角、珠三角、海峡西岸、环渤海等经济区开放程度高、经济实力强、辐射带动作用大的优势,加快推进中国(上海)自由贸易试验区建设,支持福建建设 21 世纪海上丝绸之路核心区。充分发挥深圳前海、广州南沙、珠海横琴、福建平潭等开放合作区作用,深化与港澳台合作,打造粤港澳大湾区。推进浙江海洋经济发展示范区、福建海峡蓝色经济试验区和舟山群岛新区建设,加大海南国际旅游岛开发开放力度。加强上海、天津、宁波—舟山、广州、深圳、湛江、汕头、青岛、烟台、大连、福州、厦门、泉州、海口、三亚等沿海城市港口建设,强化上海、广州等国际枢纽机场功能。以扩大开放倒逼深层次改革,创新开放型经济体制机制,加大科技创新力度,形成参与和引领国际合作竞争新优势,成为“一带一路”特别是 21 世纪海上丝绸之路建设的排头兵和主力军。发挥海外侨胞以及香港、澳门特别行政区独特优势作用,积极参与和助力“一带一路”建设。为台湾地区参与“一带一路”建设作出妥善安排。

内陆地区。利用内陆纵深广阔、人力资源丰富、产业基础较好优势,依托长江中游城市群、成渝城市群、中原城市群、呼包鄂榆城市群、哈长城市群等重点区域,推动区域互动合作和产业集聚发展,打造重庆西部开发开放重要支撑和成都、郑州、武汉、长沙、南昌、合肥等内陆开放型经济高地。加快推动长江中上游地区和俄罗斯伏尔加河沿岸联邦区的合作。建立中欧通道铁路运输、口岸通关协调机制,打造“中欧班列”品牌,建设沟通境内外、连接东中西的运输通道。支持郑州、西安等内陆城市建设航空港、国际陆港,加强内陆口岸与沿海、沿边口岸通关合作,开展跨境贸易电子商务服务试点。优化海关特殊监管区域布局,创新加工贸易模式,深化与沿线国家的产业合作。

## 七、中国积极行动

一年多来,中国政府积极推动“一带一路”建设,加强与沿线国家的沟通磋商,推动与沿线国家的务实合作,实施了一系列政策措施,努力收获早期成果。

高层引领推动。习近平主席、李克强总理等国家领导人先后出访 20 多个国家,出席加强互联互通伙伴关系对话会、中阿合作论坛第六届部长级会议,就双边关系和地区发展问题,多次与有关国家元首和政府首脑进行会晤,深入阐释“一带一路”的深刻内涵和积极意义,就共建“一带一路”达成广泛共识。

签署合作框架。与部分国家签署了共建“一带一路”合作备忘录,与一些毗邻国家签署了地区合作和边境合作的备忘录以及经贸合作中长期发展规划。研究编制与一些毗邻国家的地区合作规划纲要。

推动项目建设。加强与沿线有关国家的沟通磋商,在基础设施互联互通、产业投资、资源开发、经贸合作、金融合作、人文交流、生态保护、海上合作等领域,推进了一批条件成熟的重点合作项目。

完善政策措施。中国政府统筹国内各种资源,强化政策支持。推动亚洲基础设施投资银行筹建,发起设立丝路基金,强化中国—欧亚经济合作基金投资功能。推动银行卡清算机构开展跨境清算业务和支付机构开展跨境支付业务。积极推进投资贸易便利化,推进区域通关一体化改革。

发挥平台作用。各地成功举办了一系列以“一带一路”为主题的国际峰会、论坛、研讨会、博览会,对增进理解、凝聚共识、深化合作发挥了重要作用。

## 八、共创美好未来

共建“一带一路”是中国的倡议,也是中国与沿线国家的共同愿望。站在新的起点上,中国愿与沿线国家一道,以共建“一带一路”为契机,平等协商,兼顾各方利益,反映各方诉求,携手推动更大范围、更高水平、更深层次的大开放、大交流、大融合。“一带一路”建设是开放的、包容的,欢迎世界各国和国际、地区组织积极参与。

共建“一带一路”的途径是以目标协调、政策沟通为主,不刻意追求一致性,

可高度灵活,富有弹性,是多元开放的合作进程。中国愿与沿线国家一道,不断充实完善“一带一路”的合作内容和方式,共同制定时间表、路线图,积极对接沿线国家发展和区域合作规划。

中国愿与沿线国家一道,在既有双多边和区域次区域合作机制框架下,通过合作研究、论坛展会、人员培训、交流访问等多种形式,促进沿线国家对共建“一带一路”内涵、目标、任务等方面的进一步理解和认同。

中国愿与沿线国家一道,稳步推进示范项目建设,共同确定一批能够照顾双多边利益的项目,对各方认可、条件成熟的项目抓紧启动实施,争取早日开花结果。

“一带一路”是一条互尊互信之路,一条合作共赢之路,一条文明互鉴之路。只要沿线各国和衷共济、相向而行,就一定能够谱写建设丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的新篇章,让沿线各国人民共享“一带一路”共建成果。

## **中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要：第十二篇深化内地和港澳、大陆和台湾地区合作发展**

2016-03

新华社

支持港澳巩固传统优势、培育发展新优势,拓宽两岸关系和平发展道路,更好实现经济互补互利、共同发展。

### **第五十四章支持香港澳门长期繁荣稳定发展**

全面准确贯彻“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方针,严格依照宪法和基本法办事,发挥港澳独特优势,提升港澳在国家经济发展和对外开放中的地位和功能,支持港澳发展经济、改善民生、推进民主、促进和谐。

#### **第一节支持港澳提升经济竞争力**

支持香港巩固和提升国际金融、航运、贸易三大中心地位,强化全球离岸人民币业务枢纽地位和国际资产管理中心功能,推动融资、商贸、物流、专业服务向高端高增值方向发展。支持香港发展创新及科技事业,培育新兴产业。支持香港建设亚太区国际法律及解决争议服务中心。支持澳门建设世界旅游休闲中心、中国与葡语国家商贸合作服务平台,积极发展会展商贸等产业,促进经济适度多元可持续发展。

#### **第二节深化内地与港澳合作**

支持港澳参与国家双向开放、“一带一路”建设,鼓励内地与港澳企业发挥各自优势,通过多种方式合作走出去。加大内地对港澳开放力度,推动内地与港澳关于建立更紧密经贸关系安排升级。深化内地与香港金融合作,加快两地

市场互联互通。加深内地同港澳在社会、民生、文化、教育、环保等领域交流合作，支持内地与港澳开展创新及科技合作，支持港澳中小微企业和青年人在内地发展创业。支持共建大珠三角优质生活圈，加快前海、南沙、横琴等粤港澳合作平台建设。支持港澳在泛珠三角区域合作中发挥重要作用，推动粤港澳大湾区和跨省区重大合作平台建设。

#### 第五十五章推进两岸关系和平发展和祖国统一进程

坚持“九二共识”和一个中国原则，坚决反对“台独”。在坚持原则立场基础上，以互利共赢方式深化两岸经济合作，扩大两岸合作领域，增进两岸同胞福祉，巩固和推进两岸关系和平发展。

#### 第一节促进两岸经济融合发展

加强两岸宏观政策交流，拓展经济合作空间和共同利益。推动两岸产业优势互补、融合发展，鼓励两岸企业相互持股、合作创新、共创品牌、共拓市场。深化两岸金融合作，支持两岸资本市场开展多层次合作。推动两岸贸易投资扩大规模、提升层次。扩大对台湾服务业开放，加强两岸在农渔业、中小企业、电子商务等领域合作。推进海峡西岸经济区、中国（福建）自由贸易试验区建设，打造台商投资区、平潭综合实验区、福州新区、昆山深化两岸产业合作试验区等对台合作平台，深化厦门对台合作支点建设。鼓励长三角、珠三角、环渤海等台资企业聚集区发挥优势，支持台资企业转型升级，引导向中西部地区梯度转移。

#### 第二节加强两岸人文社会交流

扩大两岸人员往来，完善台湾同胞待遇政策措施，为台湾居民在大陆工作、学习、生活提供更多便利。加强两岸文化交流合作，共同弘扬中华文化，增进两岸同胞文化、民族认同。深化两岸教育交流合作，扩大两岸高校学历互认范围，推进闽台职业教育交流合作试验区建设。鼓励两岸联合开展科技研发合作，深化两岸学术交流。加强两岸基层和青少年交流，让更多台湾普通民众、青少年和中小企业在交流合作中受益。

## （二）广东省政策文件

### 广东省人民政府关于印发实施《粤澳合作框架协议》2017年重点工作的通知

粤府函〔2017〕179号

各地级以上市人民政府，省有关单位：

《实施〈粤澳合作框架协议〉2017年重点工作》已经粤澳两地政府同意，现印发给你们，请认真组织实施。实施中遇到的问题，请径向省港澳办反映。

广东省人民政府

2017年7月12日

实施《粤澳合作框架协议》2017年重点工作

#### 一、携手参与“一带一路”建设

1. 支持粤澳企业前往“一带一路”沿线国家参展参会，促进与“一带一路”沿线国家开展双向投资合作，鼓励粤澳企业、归侨等前往海外投资，组织考察广东境外合作产业园区。（省商务厅、发展改革委、港澳办）

2. 粤澳共同牵头组织赴“一带一路”沿线重点国家考察、推介及招商，共同开拓合作新领域。（省商务厅）

3. 广东省作为第二十二届澳门国际贸易投资展览会的伙伴省，粤澳双方共同邀请葡语系国家及“一带一路”沿线国家代表参会。（省商务厅）

4. 支持举办中国进出口商品交易会、中国国际高新技术成果交易会、广东21世纪海上丝绸之路国际博览会。（广州、深圳、东莞市政府，省商务厅、贸促会）

5. 发挥落户澳门的“中葡合作发展基金总部”作用，为粤澳企业投资葡语系国家提供便利，更好地服务“一带一路”建设。（省商务厅、发展改革委、质监局）

6. 将“国际基础设施投资与建设高峰论坛”与澳门中葡金融服务平台、中葡合作发展基金、特色金融等有机结合，探索打造粤澳携手参与“一带一路”建设重要资金平台。（省商务厅、发展改革委、金融办）

7. 支持举办“澳门国际环保合作发展论坛及展览”，共同促进泛珠环保合作，促进广东与欧盟的环保技术配对合作。（省环境保护厅）

8. 粤澳携手共同组织艺术团赴巴林举办中国丝绸之路艺术节演出，助力推动“一带一路”沿线民心相通。（省文化厅）

9. 推动成立“一带一路”法律服务研究中心，加强对“一带一路”沿线国家法律法规及政策研究，探索提供法律服务。（省司法厅）

10. 支持粤澳律师事务所在“一带一路”重要战略支点国家设立分支机构，建立合作关系。（省司法厅、商务厅）

11. 加强与“一带一路”沿线国家的旅游合作，开发“一带一路”旅游产品，探讨联合开发海上丝绸之路有关旅游产品的可行性。（省旅游局）

12. 加强中医药科研、人才培养和成果转化合作，推动中医药进入“一带一路”沿线国家，促进优质中医药产品通过澳门走向葡语系国家及“一带一路”沿线国家市场。（省中医药局、商务厅）

13. 澳门基金会设立“一带一路”专项奖学金，支持粤澳青少年赴葡语系国家以及“一带一路”沿线国家学习，促进青年了解支持“一带一路”建设。（省

教育厅、财政厅、港澳办)

14. 举办“一带一路”沿线国家青年精英研习班、创新创业论坛等，组织发动沿线国家华侨青年和外籍青年精英参与。组织青年代表团互访，加强与“一带一路”沿线国家在商贸、文化、教育等方面的交流。(团省委，省教育厅、商务厅、文化厅、外办、侨办)

## 二、携手推进粤港澳大湾区城市群规划建设

15. 粤澳双方共同配合国家做好《粤港澳大湾区发展规划》编制工作。对标国际一流湾区，研究提出粤港澳大湾区城市群的战略定位、统筹协调机制、核心城市功能、发展目标、重点项目、主要任务和保障措施等。(省发展改革委、港澳办)

16. 粤澳共同推进粤港澳大湾区城市群建设，共同研究制订智慧城市指标体系，通过建立定期的联络机制，推动产学研合作活动，促进智慧城市之间的联系合作。(省经济和信息化委、发展改革委、教育厅、科技厅)

## 三、促进现代服务业合作

### (一) 服务贸易自由化。

17. 进一步落实《〈内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排〉服务贸易协议》开放措施，完善《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》框架下负面清单管理模式。(省港澳办、商务厅、法制办)

### (二) 金融合作。

18. 推动跨境人民币业务发展，推动银联多币种卡粤澳互通使用以及 RQF II、QD II、QFLP 等跨境投资业务开展。(人行广州分行、广东证监局)

19. 支持澳门发展特色金融，拓展融资租赁等产业。(省商务厅、广东银监局)

20. 支持粤澳金融机构跨境合作，支持澳门银行业机构在粤设立分支机构，向南沙、前海、横琴、广东金融高新技术服务区等重要平台聚集。(省金融办、广东银监局)

21. 推动金融市场双向开放，探索与澳门地区产品互认、资金互通、市场互联的机制。(人行广州分行，广东银监局、证监局、保监局)

22. 发挥粤澳银行中介作用，推动与葡语系国家经贸往来以人民币结算，助力建设澳门“葡语国家人民币清算中心”。推动广东企业在澳门设立葡语国家业务分部，利用澳门平台进行人民币结算。(人行广州分行、广东银监局、省商务厅)

### (三) 旅游合作。

23. 参与举办“葡萄牙旅行社协会年会”、“亚太旅游协会旅游交易会”、“澳门国际旅游(产业)博览会”等活动，支持粤澳两地业界共同开拓旅游市场。(省

旅游局)

24. 探索实施中国(广东)自由贸易试验区(以下简称广东自贸试验区)粤港澳游艇“定点停靠、就近联检”模式,力争在口岸通关监管、游艇码头设置等方面取得进展。(省旅游局、口岸办、自贸办,港澳办,广东海事局,省海警总队,海关广东分署,省公安边防总队,广州、深圳、珠海边检总站,广东、深圳、珠海出入境检验检疫局,广州、深圳、珠海市政府)

(四) 文化创意、会展及贸易投资合作。

25. 组织广东企业到澳门参展办展,联合举办“2017第十五届中国商品(印度孟买)展览会”、“2017粤澳名优商品展销会”。(省商务厅、贸促会)

26. 落实《加强跨境贸易电子商务合作备忘录》,继续为粤澳两地跨境电子商务企业提供合作和培训的平台,支持两地业界交流合作。(省商务厅)

(五) 中医药产业合作。

27. 参照国家有关政策,以粤澳合作中医药科技产业园、国家健康科技产业基地为试点,打造国际健康旅游先行示范区。(省中医药局、卫生计生委、旅游局、食品药品监督管理局,珠海、中山市政府)

28. 进一步完善粤澳食品药品安全交流合作机制,加强信息通报反馈机制,完善区域联防机制,推进技术监督合作交流。(省食品药品监督管理局)

29. 共建国际中医药产业基地,支持粤澳合作中医药科技产业园、国家健康科技产业基地开展中医药产品国际注册和合作研究,全面构建国际合作交流平台。(珠海、中山市政府,省中医药局、食品药品监督管理局)

30. 加强粤澳高等院校在中医药人才培养和科技项目方面合作,推动开展中医药领域专利保护研究合作,促进粤澳中医药专利信息开发运用。(省中医药局、教育厅、知识产权局)

31. 结合澳门中医药生产条件及产业发展的现实需求,探讨粤澳合作中医药科技产业园、国家健康科技产业基地接受澳门制药厂商委托加工药品的标准和条件,争取国家相关部委支持,探讨在粤澳合作中医药科技产业园、国家健康科技产业基地实施更加便利的检测、认证及相关审批手续。(珠海、中山市政府,省中医药局、食品药品监督管理局)

(六) 专业服务合作。

32. 加强粤澳标准的制修订合作,推进粤澳计量技术交流和测试技术等方面的融合发展。(省质监局)

33. 继续完善粤澳知识产权合作工作机制,强化项目合作制度。促进粤澳知识产权交流研讨、宣传培训、引导服务等领域的合作,提升两地知识产权创造、运用、保护、管理、服务水平。继续协助澳门考生参加全国专利代理人资格考试。(省知识产权局)

34. 加强粤澳知识产权信息共享，共同举办“泛珠三角区域知识产权公务人员交流活动”。建设完善粤港澳三地知识产权信息平台及“粤港澳知识产权资料库”，及时提供两地知识产权政策法规及政策措施的最新动态。推动建立两地知识产权保护部门协作处理机制。（省知识产权局、工商局）

35. 落实粤澳商标合作计划，完善商标执法及案件协作处理机制，支持在粤的澳资企业申请认定广东省著名商标。（省工商局，工商总局商标审查协作广州中心、商标局驻广州办事处）

36. 推行商事登记银政直通车服务，通过广东商业银行机构在澳门的银行机构网点，为澳门企业和居民在粤创办企业、个体工商户提供便利。（省工商局）

37. 借助广东自贸试验区横琴新区片区“知识产权易保护”平台，为横琴自贸片区进出口企业提供知识产权海关保护服务。（珠海市政府，海关广东分署）

#### 四、推进重点合作区域建设

##### （一）深入推进广东自贸试验区建设。

38. 共同推动加快广东自贸试验区建设，创新深度合作机制，深化各项改革，探索进一步扩大对澳门服务业开放政策。（省自贸办，广州、深圳、珠海市政府）

39. 共同加强横琴澳门青年创业谷、南沙粤港澳青年创新工场以及前海创新创业方面的合作，鼓励粤澳两地青年共同创新创业。（广州、深圳、珠海市政府）

##### （二）全面推进珠海横琴新区开发合作。

40. 加强粤澳合作产业园区推荐项目的跟踪服务工作，继续推荐有利于澳门经济多元化发展的项目到粤澳合作产业园建设及发展。（珠海市政府）

41. 推进粤澳合作中医药科技产业园 GMP 中试大楼、研发检测大楼及科研总部办公大楼等公共服务平台建设，打造广东省中医药产业公共服务示范平台。（珠海市政府，省中医药局）

42. 加强横琴人才示范区建设，制订出台有关政策措施，建立健全人才创业发展服务体系，鼓励澳门居民参与国家职业技能鉴定考核。（珠海市政府，省人力资源社会保障厅）

##### （三）加快中山翠亨新区合作。

43. 尽快成立中山与澳门合作共建翠亨新区的合资开发主体，共同研究解决用地规模指标限制等事宜，加快项目落地。（中山市政府）

44. 充分发挥澳门“中国与葡语国家商贸合作服务平台”作用，拓展中山与葡语系国家交流合作，以“火炬国际会议中心”为载体吸引葡语系国家商品中心落户。（中山市政府）

45. 继续多形式开展两地青少年交流合作。支持澳门青年到中山创新创业，促成“粤澳青年创新创业合作基地”落户翠亨新区。（中山市政府）

##### （四）推进江门大广海湾建设。

46. 落实《关于推动粤澳共建大广海湾框架协议》，共同研究推进粤澳（江门）产业合作示范区的规划编制和开发建设。（江门市人民政府）

47. 发挥澳门旅游院校及有关教育机构优势，推进旅游教育培训合作。（江门市人民政府）

48. 继续深化和推进金融和健康养生领域的合作，引进澳门食品加工等方面产业，推进两地产业合作。（江门市人民政府）

#### 五、完善基础设施与推动便利通关

49. 按照国务院《珠海口岸查验机制创新试点方案》，共同推进“合作查验，一次放行”新型通关模式。加快推动粤澳新通道建设，尽快落实鸭涌河治理方案以及口岸大楼建设。（珠海市人民政府，省港澳办、口岸办）

50. 推进珠海湾仔与澳门内港之间挡潮闸的前期研究工作，争取早日落实建设方案。（珠海市人民政府，省港澳办、口岸办）

51. 加快推进港珠澳大桥建设，共同争取在港珠澳大桥珠澳口岸实行更加便捷的通关模式，支持港珠澳大桥珠澳口岸人工岛澳门口岸管理区建设工作，做好沿线的物流、旅游、商贸等主要配套产业的规划和布局。（珠海市人民政府，省发展改革委、口岸办）

52. 推进珠澳航空业的合作发展，开拓公务机服务、推进航空客货运市场合作，探讨珠海机场与澳门国际机场的合作模式，包括股权合作，实现优势互补，协同发展，共同做大做强航空产业。（珠海市人民政府）

53. 加强粤澳海域管理及围海方面交流合作，对澳门新城各区填海造地的需求给予支持。（珠海市人民政府，省海洋渔业厅）

54. 落实《关于支持澳门新城A区填海工程供砂协议书》，继续推进1、2号采砂用海区向澳门新城A区填海工程供砂。（珠海市人民政府，省海洋渔业厅）

55. 落实《粤澳供水协议》、《粤澳供水合作框架协议》、《关于建造第四条对澳供水管道工程的合作协议》及《关于建造平岗—广昌原水供应保障工程的合作协议》，加快推进第四条对澳供水管道工程及平岗—广昌原水供应保障工程建设，确保对澳供水安全。（省水利厅）

56. 完成220千伏对澳输电第三通道线路珠海段工程可行性研究工作，签订2010年至2020年电力合作框架协议补充协议，确保对澳供电安全稳定。（南方电网公司，珠海市人民政府、省发展改革委）

#### 六、促进社会公共服务合作

57. 加强联合防控传染病和突发公共卫生事件应急处置合作，促进双方开展传染病防治及专业人员技术培训与交流合作，派遣临床医学专家赴澳工作。（省卫生计生委）

58. 提高合作应对突发公共卫生事件水平。探索便利澳门人士非紧急就医以

及跨境运送转诊安排。（省卫生计生委）

59. 落实《粤港澳三地搜救机构〈客船与搜救中心合作计划〉互认合作安排》，加强粤港澳海上应急救援合作，确保在粤港澳三地水域航行的客船安全。（广东海事局）

60. 加强粤澳警务合作，加强信息情报沟通，共同打击跨境犯罪活动，维护粤澳治安稳定。（省公安厅）

61. 继续落实《粤港澳区域大气污染联防联控合作协议书》，加强珠三角地区空气质素管理和粤港澳珠江三角洲区域空气监测网络运行管理合作，推进区域微细悬浮粒子（PM2.5）联合研究。（省环境保护厅）

62. 继续推动澳门废旧车辆及澳门惰性拆建物料转移处置项目，争取落实澳门惰性拆建物料具体接收地点。（省海洋渔业厅、环境保护厅）

63. 加强珠澳边界自然保护区的沟通联系，建立交流机制，共同保护珠江口红树林等滨海湿地，提升粤澳林业交流合作水平。（省林业厅）

64. 继续做好澳门特区政府对在广东就读幼儿园及中小学的澳门籍幼儿、学生提供学费津贴资助计划的相关工作，支持两地中小学、职业技术学校加强校际交流。（省教育厅、人力资源社会保障厅）

65. 继续开展“青年同心圆计划”粤澳交流合作项目和粤澳姐妹学校交流，支持粤澳青少年开展多种形式的国情体验、创新创业和来粤实习等交流合作。（团省委，省文化厅、人力资源社会保障厅、教育厅、港澳办）

66. 为进一步深化青年人才发展合作，支持澳门大学生在粤实习，加强澳门青年在电子商务、金融业、会展、旅游和文化等领域的学习交流和工作体验。（省港澳办、教育厅、团省委）

## 七、完善机制安排

67. 加强粤澳发展策略小组参谋作用，围绕粤澳携手参与“一带一路”、粤港澳大湾区城市群发展规划及当前合作重点开展专题调研及政策研究，服务两地合作发展。（省港澳办）

68. 举办携手参与“一带一路”建设系列会议，完善会晤磋商机制，强化日常沟通与协作。（省港澳办，发展改革委、商务厅，广州、珠海、中山市政府）

69. 加强粤澳两地民间交流合作。发挥广东省粤港澳合作促进会平台作用，深化两地业界的交流合作。（省港澳办）

# 关于印发《关于推动珠三角国家自主创新示范区与中国(广东)自由贸易试验区联动发展的实施方案(2016-2020)》的通知

广东省全面深化改革加快实施创新驱动发展战略领导小组国家自主创新示范区建设工作办公室中国(广东)自由贸易试验区工作办公室关于印发《关于推动珠三角国家自主创新示范区与中国(广东)自由贸易试验区联动发展的实施方案(2016-2020)》的通知

珠三角各地级以上市人民政府、省有关单位：

《关于推动珠三角国家自主创新示范区与中国(广东)自由贸易试验区联动发展的实施方案(2016-2020)》已经广东自贸试验区工作领导小组第四次会议审议通过，现予印发。请各市、各部门结合实际，认真抓好贯彻落实，确保各项创新试点任务扎实推进，努力为我省全面深化改革、建设创新驱动先行省、实现“三个定位、两个率先”目标作出贡献。执行中如有任何问题，请及时向省自创办、省自贸办反馈。

附件：1.《关于推动珠三角国家自主创新示范区与中国(广东)自由贸易试验区联动发展的实施方案(2016-2020)》

2.“双自联动”创新试点任务分工表

省自创办省自贸办  
2016年11月2日

附件一：

关于推动珠三角国家自主创新示范区与中国(广东)自由贸易试验区联动发展的实施方案(2016-2020年)

为深入实施《珠三角国家自主创新示范区建设实施方案(2016~2020年)》和《中国(广东)自由贸易试验区总体方案》，加快推进珠三角国家自主创新示范区(以下简称自创区)和中国(广东)自由贸易试验区(以下简称自贸区)联动融合发展，制定“双自联动”实施方案如下。

一、总体要求

(一)指导思想。

深入贯彻党的十八大、十八届三中、四中、五中全会精神和习近平总书记系列重要讲话精神，全面落实全国科技创新大会精神，坚持创新、协调、绿色、开放、共享发展理念，以创新驱动发展为核心战略和总抓手，不断提升自创区和自贸区的功能、质量和效益，推动自贸区溢出改革动能和改革红利、自创区溢出创新动能和创新红利，促进改革与创新双轮驱动发展，形成放大效应，为广东建设创新驱动发展先行省、实现“三个定位、两个率先”的目标作出贡献。

(二)发展目标。

充分发挥自创区和自贸区各自优势，促进制度创新、开放创新、金融创新和科技创新的多维度融合，努力打造体制创新最深入、要素流动最便捷、科技创新最前沿、高端产业最集聚的先行区和示范区。到 2017 年，基本形成自创区和自贸区联动发展的体制机制，为广东乃至全国开放创新提供一批可复制可推广的经验。到 2020 年，基本建成具有全球影响力的创新资源配置中心、创新产业集聚中心、科技创新中心，打造全球创新网络重要枢纽。

二、推动自贸区溢出改革动能和改革红利，营造自创区更加开放包容的创新创业生态

(一)增强政府服务创新发展的能力。

1. 深化行政审批制度改革。严格实施行政许可事项目录管理，加大对涉及投资、创新创业、生产经营、高新技术服务等领域的行政审批清理力度，加快推动“证照分离”改革试点，进一步破除制约科技创新的准入障碍。在深入研究论证的基础上，有序推动下放或委托至自贸区的相关省级管理事权推广至自创区。

2. 提升政务服务水平。推广“一门式、一网式”政务服务模式改革，推广全程帮办服务机制，对企业设立、经营许可、人才引进、产权登记等方面实行“一站式”受理、并联审批、限时办结、跟踪服务，鼓励简单事项即来即办，力争做到企业“零跑动”、“零等待”，为企业创新创业、高效运行提供优质的政务服务环境。试行“零收费”改革，除法律、行政法规规定不得免收的行政事业性收费项目外，自创区内所有行政事业性收费省级以下一律免收，降低科技企业运营成本。

3. 强化事中事后监管。推动社会信用体系建设，加快编制信用信息共享目录清单，建立事前信用承诺、事中信用分类监管、事后信用联合奖惩制度，加强对科技企业的动态风险识别和信用管理。推动企业专属网页和大数据分析系统建设，实现对企业信息的集成管理。

4. 推动跨境研发活动便利化。按照国家现行税收政策规定，探索运用电子围网、公共保税仓库等方式，对符合税收政策规定的企业自用研发设备和进口研发耗材实施进口税收优惠政策。支持企业开展国际服务外包业务，对经认定的技术先进型服务企业进口货物实施保税监管，国家不予减免税的商品除外。探索实施特殊物品及生物耗材进口便利化措施，争取设立广东特殊物品及生物耗材空服中心，探索将机场货站及监管仓库的相关功能延伸至自创区，对特殊物品及生物耗材实施区域通关一体化、“互联网+易通关”、卫生检疫及动植物检验检疫改革等贸易监管模式，实现一站式办理通关手续。

(二)提升金融服务科技创新的水平。

5. 大力推动跨境科技投融资。依托自贸区金融开放创新政策，支持金融机构和企业开展跨境人民币双向融资，推动银行业金融机构增加对科技企业境外

项目的人民币信贷投放，为科技创新提供跨境金融支持。推动符合条件的科技企业在自贸试验区所在地外汇分局辖内银行机构开立资本项目一投融资账户，探索办理限额内资本可兑换相关业务。促进自贸区融资租赁企业与自创区科技企业对接，推动自贸区内融资租赁机构开展跨境双向人民币资金池业务、人民币租赁资产跨境转让业务，为科技企业的大型研发设备、实验仪器等提供融资服务。支持自贸区内科技企业开展跨境外汇资金集中运营业务，集中管理境内外成员企业的资金。支持自贸区内科技企业的境外母公司在境内市场发行人民币债券。支持粤港澳三地机构合作设立人民币海外投资基金，募集内地、港澳地区及海外机构和个人的人民币资金，为企业开展海外投资及跨境并购境外技术成果、研发机构、企业股权提供投融资服务。探索境外风险投资基金直接投资境内创新型企业，鼓励港澳地区机构投资者在自贸区内开展合格境外有限合伙人(QFLP)业务，参与境内私募股权投资基金和创业投资基金的投资。

6. 降低科技企业融资成本。鼓励商业银行探索符合科技企业特征的可变利率贷款，根据科技企业成长状况动态平衡其利息支出。支持金融机构设立专门的科技支行或融资机构，推动设立科技贷款风险担保资金池、科技风投引导资金，支持自创区科技创新成果进入自贸区要素交易平台交易。发挥政府创业投资引导基金的作用，鼓励社会资本发起设立创业投资基金、股权投资基金和天使投资基金，积极对接自创区内科技型企业，加大对创新成果在种子期、初创期的投入。加大对科技型、创新型企业的金融支持，积极争取国家投贷联动试点，支持符合条件的银行业金融机构与创业投资、股权投资机构开展投贷联动业务。

### (三) 打造面向全球的人才发展环境。

7. 实施更加开放的人才激励政策。借鉴《关于促进中国(广东)自由贸易试验区人才发展的意见》有关政策措施，探索由各地级以上市政府对引进的高层次境外创新人才给予财政补贴。鼓励自创区所在市、区财政出资设立高层次人才创业扶持专项资金和高层次人才创业发展基金，通过阶段性持有股权、风险补偿、创业融资扶持和中小企业融资担保等多种方式，引导各类资本投向高层次人才创办的科技型、创业型、成长型企业。支持自创区所在市、区对作出突出贡献的高层次人才按国家和省有关规定予以奖励。争取国家授权自贸区和自创区允许外商独资经营人才中介服务机构。加快粤港澳人才合作示范区建设，重点推进南沙粤港澳国际高端人才交流站、前海蛇口“国际人才自由港”、横琴海创大厦等高层次人才平台建设，大力引进港澳地区的国际高端创新创业人才和团队，为自创区建设提供人才和智力支持。

8. 探索境外高层次人才创新创业便利化措施。落实公安部《关于实施支持广东自贸区建设及创新驱动发展有关出入境政策措施的批复》(公境〔2016〕2310号)，放宽外籍高层次人才及其配偶、未成年子女等申请在华永久居留，外籍高

层次人才来粤创新创业、工作所需办理工作类居留许可和私人事务类居留许可的条件;支持外国留学生在我国高等院校(含港澳地区的高等院校)毕业后直接在广东省创新创业。简化境外高层次人才居留证件、人才签证和外国专家证办理程序。放宽科技人才往返港澳限制,允许其办理多次往返港澳签注。

(四)建立与国际接轨的知识产权运营保护机制。

9. 建立健全国际化的知识产权运营机制。充分利用自贸区知识产权运营平台,为自创区企业提供国际化、标准化、一站式的知识产权服务。加快建设南沙、前海蛇口片区知识产权运营中心、横琴国际知识产权交易中心,开展国家知识产权投融资服务试点,面向自创区企业开展知识产权金融创新、跨境交易等特色服务,提高知识产权运营效益。争取国家支持开展全国专利保险试点,探索专利侵权保险、专利代理人执业保险等专利保险新险种。推动开展知识产权质押和投融资服务试点,支持金融机构扩大质押物范围。争取开展全国知识产权证券化试点,支持设立知识产权证券化交易平台。

10. 建立健全知识产权纠纷多元解决机制。探索建立知识产权综合管理体制,完善知识产权纠纷多元化解决机制,推动知识产权快速维权援助与服务平台建设,加强知识产权行政执法。依托现有资源,加快知识产权快速维权平台建设,推动自创区司法机关加快复制推广自贸试验区法院知识产权“三审合一”审判经验,推动自贸区国际商事、知识产权仲裁中心、涉外知识产权律师事务所等拓展对自创区科技企业的服务范围和服务领域。探索建立新业态新模式创新成果保护机制,推进电子商务领域知识产权保护地方立法研究,研究制定商业模式等新业态创新成果的知识产权保护办法。

三、推动自创区溢出创新动能和创新红利,全面提升自贸区创新发展水平

(一)构建国际化高端科技服务体系。

11. 加快推进科技成果转化。依托自贸区开放创新优势,大力建设专业化、市场化的科技成果转移转化机构,建立和发布面向自贸区的科技成果目录,通过研发合作、技术转让、技术许可、技术入股等多种形式,加快科技成果转化。支持在自贸区内建设国家技术转移转化中心,培育国家技术转移示范机构。支持引导自创区内国家技术转移示范机构、示范性生产力促进中心、大型科技服务机构在自贸区内设立工作站,引导自创区内技术产权交易平台在自贸区内设立交易窗口或服务站点。

12. 大力拓展技术交易服务。依托广州技术产权交易中心、深圳联合产权交易所、广东金融高新区股权交易中心、广州现代技术市场等技术交易平台,建立健全面向自贸区技术供需方的技术产权交易体系。鼓励和引导民营资本建设新型技术交易服务平台,加快发展网上技术交易市场,拓宽自贸区技术交易渠道。推动粤港澳合作在自贸区内共建科技成果转化和国际技术转让平台。

13. 大力发展科技中介服务。鼓励外资和民资在自贸区内设立科技服务机构, 大力发展研发设计、技术咨询、科技推广、技术贸易、检验检测、科技金融等科技服务业。研究对境外科技创新类非政府组织在自贸区设立代表机构及境外组织或个人发起设立科技创新类民办非企业单位进行试点登记。推动技术进出口登记权限下放至自贸区。支持南沙片区建立国际云计算中心, 加快互联网、移动互联网、云计算、大数据等技术发展, 打造大数据枢纽中心。推动前海片区建立高端科技服务业基地。发挥横琴与澳门大学合作的优势, 借助建设横琴国际知识产权交易中心的契机, 大力发展研发服务、知识产权交易等科技服务业。

### (二) 推动创新资源集聚共享。

14. 加快建设重大科技创新平台。推动自贸区积极对接自创区创新资源, 有针对性地布局重大科技研发项目, 与自创区实现资源共享、优势互补。鼓励自贸区内机构和自创区内机构联合共建制造业创新中心、工程技术研究中心、重点实验室等公共研发平台, 共同开展产业链核心技术攻关。引进一批具有国际领先水平的研发机构, 支持跨国公司设立参与母公司核心技术研发的全球研发中心、大区域研发中心和开放式创新平台, 鼓励跨国公司开展“反向创新”。

15. 建设国际化的科技孵化育成体系。加大自贸区对国际资本、技术要素、人才要素的集聚力度, 与自创区合作建立国际创新网络链接, 重点吸引国际知名院校、科研机构、孵化器、创投机构、高端创新创业人才参与广东创新创业。鼓励自贸区与自创区合作在全球先进地区建立创新创业孵化联络站, 及时跟踪对接科技前沿动态, 加强与全球知名企业、研究机构、风投机构、高校的深度交流与合作, 探索通过并购、技术转移、合作参股等多种方式, 建立海外孵化基地。加强与港澳地区在创业孵化、科技金融、科技服务业的开放合作, 加快建设蛇口滨海深港创业创新产业带以及南沙粤港澳青年创新工场、前海深港青年梦工场、横琴澳门青年创业谷, 推动自贸区建设一批面向港澳的科技企业孵化器、青年创业基地。

### (三) 大力发展战略性新兴产业。

16. 加快突破关键核心技术。推动自贸区与自创区内产业形成良性互动, 共同瞄准国际产业变革方向和竞争制高点, 加速形成一批处于世界“并跑”或“领跑”水平的科技成果。鼓励自贸区对外整合全球创新资源, 对内利用好自创区内创新资源, 加快突破战略性新兴产业领域关键核心技术, 着力培育下一代互联网、物联网、云计算、智能机器人、增材制造(3D打印)、可穿戴设备、新能源、海洋工程装备等新兴产业, 努力在新兴产业的前沿领域掌握更多具有自主知识产权的核心技术。

17. 推动新兴产业集聚发展。重点推动高端新型电子信息、生物医药、半导体照明(LED)、新材料、新硬件等产业成为自贸区新的支柱产业, 扶植新能源、

节能环保、新能源汽车等产业成为优势产业。通过专业园、园中园等专业园区建设，支持战略性新兴产业、高技术服务业集群化发展。积极实施药物上市许可持有人制度试点，鼓励研发创新、资源整合，推行上市许可和生产许可分离的创新药物上市许可人制度，支持委托生产(CMO)等新的组织模式发展。

(四)加强粤港澳和国际科技合作。

18. 促进粤港澳创新要素深度融合。推动粤港澳三地科技创新资源共享、优势互补，实现技术、人才、产业深度融合。推动粤港科技创新走廊、深港创新圈、粤澳全面合作示范区建设，加快建设一批粤港澳科技创新合作项目，支持粤港澳企业、高校、科研院所联合组建人才创新创业基地、开展联合技术攻关、协同创新和科研成果转化，将粤港澳大湾区打造成重要的科技创新策源地。探索推动财政科研经费跨粤港澳三地使用，积极争取国家授权我省先行先试，统筹现有支持港澳联合创新存量资金，与港澳共同设立专项资金。

19. 提升全球创新资源配置能力。发挥自创区链接全球科技资源优势，推进自贸区对境外科技领域投资的开放力度。实施国际科技合作提升行动计划，加强与欧美发达国家和“一带一路”沿线国家的科技创新合作，建立国际产学研创新联盟。鼓励和引导外资研发机构参与承担国家和地方科技计划项目，组织实施和参与国际重大科学计划和科学工程。引进和建立一批国际科技合作平台，打造集技术合作、引进、转化和输出于一体的国际科技合作窗口。

#### 四、组织保障

(一)加强组织领导。建立“双自联动”工作协调推进机制，由省科技厅、省自贸办牵头，省直有关部门、中央驻粤有关单位、自创区和自贸区各片区所在市共同参与，具体负责“双自联动”工作的研究部署和具体推进。省科技厅、省自贸办要加强对“双自联动”工作的统筹协调，各有关单位要在职能范围内加大政策支持力度，自创区、自贸区各片区所在市充分发挥建设主体作用。

(二)加强督查指导。制定“双自联动”年度工作计划，明确目标任务、责任部门和时间节点，确保各项政策措施落到实处。省科技厅、省自贸办要加强对“双自联动”工作的督查指导，定期深入自创区和自贸区各片区督查重点任务落实情况。

(三)加强总结评估。对实施情况进行动态监测和第三方评估，及时总结经验成效。坚持问题导向，及时研究工作中出现的新情况、新问题，及时调整试点内容和工作举措，不断完善促进“双自联动”的体制机制。

附：“双自联动”创新试点任务分工表

附件二：

“双自联动”创新试点任务分工表

序号	试点任务	主要内容	牵头部门	责任部门
1	对企业自用研发设备和进口研发耗材实施进口税收优惠政策。	按照国家现行税收政策规定，探索运用电子围网、公共保税仓库等方式，对符合税收政策规定的企业自用研发设备和进口研发耗材实施进口税收优惠政策。支持企业开展国际服务外包业务，对经认定的技术先进型服务企业进口货物实施保税监管，国家不予减免税的商品除外。	海关广东分署	珠三角各 地级以上市政府，省财政厅、口岸办、国税局
2	探索实施特殊物品及生物耗材进口便利化措施。	争取设立广东特殊物品及生物耗材空服中心，探索将机场货站及监管仓库的相关功能延伸至自创区，对特殊物品及生物耗材，实施区域通关一体化、“互联网+易通关”、卫生检疫及动植物检验检疫改革等贸易监管模式，实现一站式办理通关手续。	海关广东分署	珠三角各 地级以上市政府，广东、深圳、珠海检验检疫局
3	开展投贷联动试点。	积极争取国家投贷联动试点，支持符合条件的银行业金融机构与创业投资、股权投资机构开展投贷联动，加大对科技型、创新型企业的金融支持。	广东银监局	珠三角各 地级以上市政府，省发展改革委、科技厅，人行广州分行，广东证监局
4	支持粤港澳合作设立人民币海外投资基金。	支持粤港澳三地机构合作设立人民币海外投资基金，募集内地、港澳地区及海外机构和个人的人民币资金，为企业“走出去”	珠三角各 地级以上市政府	省发展改革委、国资委、港澳办、金融办，人行广州分行，广东证

序号	试点任务	主要内容	牵头部门	责任部门
		开展投资和跨境并购境外技术成果、研发机构、企业股权提供投融资服务。		监局
5	实施境外风险投资基金直接投资境内创新型企业。	鼓励港澳地区机构投资者在自贸试验区内开展合格境外有限合伙人（QFLP）业务，参与境内私募股权投资基金和创业投资基金的投资。	省金融办	珠三角各地级以上市政府，省经济和信息化委、工商局、自贸办，广东证监局
6	积极争取高层次境外创新人才财政补贴政策。	借鉴《关于促进中国（广东）自由贸易试验区人才发展的意见》有关政策措施，探索由各地级以上政府对引进的高层次境外创新人才给予财政补贴。	省财政厅	珠三角各地级以上市政府
7	放宽外商投资人才中介服务机构的外资持股比例。	争取国家授权允许外商独资经营人才中介服务机构。	省人力资源社会保障厅	珠三角各地级以上市政府，省商务厅、工商局
8	允许科技人才办理多次往返港澳签注。	放宽科技人才往返港澳限制，允许其办理多次往返港澳签注。	省公安厅	珠三角各地级以上市政府，省委组织部、人力资源社会保障厅、科技厅，海关广东分署
9	推动实施技术移民制度试点。	放宽外籍高层次人才及其配偶、未成年子女等申请在华永久居留以及外籍高层次人才来粤创新创业、工作所需办理工作类居留许可、私人事务类居留许可的条件。	省公安厅	珠三角各地级以上市政府，省委组织部、人力资源社会保障厅

序号	试点任务	主要内容	牵头部门	责任部门
0	1 推动开展知识产权质押和投融资服务试点。	推动开展知识产权质押和投融资服务试点，支持金融机构扩大质押物范围。	省知识产权局	珠三角各地级以上市政府，省科技厅、金融办，人行广州分行，广东银监局、证监局
1	1 推动开展全国专利保险试点。	争取国家支持开展全国专利保险试点，探索专利侵权保险、专利代理人执业保险等专利保险新险种。	省知识产权局	珠三角各地级以上市政府，广东保监局
2	1 推进知识产权证券化。	争取开展全国知识产权证券化试点，支持设立知识产权证券化交易平台。	省知识产权局	珠三角各地级以上市政府，广东证监局，省金融办
3	1 实施创新药物上市许可持有人制度。	积极实施药物上市许可持有人制度试点，鼓励研发创新，资源整合，推行上市许可和生产许可分离的创新药物上市许可人制度，支持委托生产（CMO）等新的组织模式发展。	省食品药品监督管理局	珠三角各地级以上市政府，省科技厅
4	1 推动财政科研经费跨粤港澳三地使用。	积极争取国家授权我省先行先试，统筹现有支持港澳联合创新存量资金，与港澳共同设立专项资金，推动财政科研经费跨三地使用。	省财政厅	珠三角各地级以上市政府，省科技厅，人行广州分行

# 广东省高级人民法院印发《广东省高级人民法院关于充分发挥审判职能为中国（广东）自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》的通知

全省各中级人民法院、基层人民法院：

中国（广东）自由贸易试验区（下称广东自贸区）已于今年4月21日正式挂牌成立，标志着广东自贸区正式启动建设。法治是自贸区建设的重要保障，为积极回应广东自贸区建设对全省法院司法审判工作提出的新要求和新期待，省法院围绕广东自贸区的战略定位、发展目标和区位布局，结合当前全省法院司法体制改革推进和自贸区法院工作的实际情况，研究制定了《广东省高级人民法院关于充分发挥审判职能为中国（广东）自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》，经省法院院领导审核同意，现印发给你们，请遵照执行。执行中如遇到问题，请及时层报省法院民四庭。

特此通知。

广东省高级人民法院

2015年6月3日

## 广东省高级人民法院关于充分发挥审判职能为中国（广东）

### 自由贸易试验区建设提供司法保障的意见

为充分发挥人民法院的审判功能，积极服务中国（广东）自由贸易试验区（下称广东自贸区）的改革探索与创新发展，有效保障广东自贸区国际化、市场化、法治化营商环境的构建，根据国家法律法规的相关规定以及全国人民代表大会常务委员会《关于授权国务院在中国（广东）自由贸易试验区等暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》、国务院《关于印发中国（广东）自由贸易试验区总体方案的通知》、省政府《中国（广东）自由贸易试验区管理试行办法》，结合当前全省法院司法体制改革推进和自贸区法院工作的实际情况，制定本意见。

#### 一、认清形势，为自贸区建设提供优质高效司法保障

建立广东自贸区是党中央全面深化改革、扩大开放和促进内地与港澳深度合作的重大举措。自贸区建设不仅是对完善创新我国经济体制机制的有力推动，而且关系到先进的规则、理念在司法层面的落实，在法律实施方面将产生深远影响。全省法院应当充分认识广东自贸区设立后全省经济社会发展和法治建设的新形势，及时更新司法理念，树立大局意识，深入贯彻党的十八大及十八届三中、四中全会精神，从全面推进依法治国的高度，自觉增强为自贸区建设提供优质高效司法保障的使命感和责任感，积极配合各项改革措施的实施，为营造公平、公开、透明的法治环境作出积极贡献。

1. 紧紧围绕广东自贸区的战略目标和任务措施，密切关注和及时谋划全省法院审判执行工作转变，积极做好司法应对。既要根据《自由贸易试验区外商

投资准入特别管理措施(负面清单)》、《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》等新政策、新措施对司法工作提出的新要求，密切关注目前自贸区各片区所在地法院(南沙区人民法院、前海合作区人民法院、横琴新区人民法院、南山区人民法院蛇口人民法庭等，下简称自贸区法院)审判执行工作在任务目标上的转变，也要关注并谋划部署广州、深圳、珠海三市中级法院乃至全省法院审判执行工作的变化，做好司法应对。全省法院将在省委的统一正确领导下，积极发挥司法审判机关的职能作用，运用好现行法律制度和司法政策资源，在法治框架内化解自贸区相关先行先试政策与现行法律的潜在冲突，通过具体司法案件的妥善处理，确保自贸区政策与法律的和谐统一，让改革中的各种利益调整得到法律的有力保障。要在审判工作中充分体现公权力“法无授权不可为”、市场主体“法无禁止即可为”的法治思维，在准确适用法律的基础上，及时调整裁判尺度，支持政府职能转变，营造良好的法治环境，维护自贸区内市场主体的投资信心，促进产业发展。

2. 坚持制度创新，以司法改革实践丰富自贸试验区法治建设内涵。在自贸区推进政府职能转变、扩大投资领域开放、实施负面清单管理模式、创新投资管理体制等各项改革过程中，全省法院特别是自贸区法院要加快司法改革步伐，完善司法体制机制，创新探索司法工作方法，构建公正、透明、高效的司法服务保障体系，及时有效解决改革试点过程中的法治保障问题。对涉及自贸区投资贸易等领域的商事案件，要探索建立专业化审理机构，提高涉自贸区纠纷的解决质效。对涉及自贸区海关监管、离岸贸易、金融创新、“一带一路”战略等改革重点领域的法律问题，要积极进行前瞻性、预判性调研，统一裁判尺度，提高司法公信力。

## 二、完善机制，不断提升对自贸区建设的司法保障水平

3. 依法妥善审理涉自贸区建设的各类案件，优化自贸区法治环境。全省法院特别是自贸区法院要紧紧围绕司法办案第一要务，妥善处理好涉自贸区的刑事、商事交易、投资、金融、海事海商、知识产权、行政等各类纠纷案件，充分发挥司法裁判的规范导向作用。要准确适用在自贸区内调整实施的有关法律和行政法规内容，及时研究解决涉诉纠纷中的新情况、新问题，通过运用高水平的法律解释和司法政策，推动形成自贸区高标准投资贸易规则体系。严厉打击利用自贸区特殊市场监管条件进行的走私、洗钱、票据诈骗等各类违法犯罪行为，维护良好的社会秩序。最大限度地尊重合同当事人的意思自治，促进实现各类市场主体公平竞争，维护投资者和服务提供者的信心，营造公正高效、公开透明、可预期的法治环境。提升知识产权保护的司法力度，加大侵权违法成本，鼓励自主创新。

4. 加强自贸区法院与市场监管部门的依法互动机制。自贸区法院要依法开展与工商、税务、海关等政府职能部门和金融机构之间的协调配合，建立信息

交换和共享常态化机制，探索人民法院失信被执行人信息库与自贸区企业信用信息公示平台对接，及时掌握区内企业的经营和资信状况，开拓便捷、高效的司法文书送达途径，妥善解决对“区内注册、区外经营”企业当事人的送达难、保全难、执行难等问题。

5. 积极探索符合自贸区商事纠纷特点的多元化纠纷解决机制。依法办理各类商事仲裁司法审查案件，通过司法与仲裁的良性互动，支持自贸区仲裁事业健康有序发展和仲裁制度改革创新，促进自贸区仲裁专业化、国际化水平不断提升。积极引入商事调解组织、行业协会、商会等非诉调解机构，推动诉讼与非诉调解的对接，扩展多元化的商事纠纷解决机制。在充分尊重当事人调解意愿的基础上，力争使更多的商事纠纷以高效、便捷、经济的非诉方式得以妥善化解。

6. 深入落实司法公开举措，构建符合自贸区市场主体需求的诉讼便利化机制。适应自贸区商事主体工商登记制和外商投资制度实施负面清单管理模式改革带来的新变化，充分发挥司法能动性，支持自贸区深化改革试点。积极运用好诉讼服务中心和法院微博、微信等新媒体，为当事人提供形式多样、方便快捷的诉讼服务。探索开展巡回审判方式，实现涉自贸区案件诉讼高效、便利化。全面深入推进审判流程公开、裁判文书公开、执行信息公开，向国际社会充分展示中国司法的良好形象。

7. 积极为完善自贸区建设建言献策，探索司法保障延伸机制。探索符合自贸区法治建设需要的司法服务保障延伸机制，积极关注自贸区条例和各项改革方案的制订和实施过程，运用审判经验为自贸区立法完善和制度创新建言献策。及时向相关部门提出司法建议，反馈法院在审判过程中发现的制度漏洞、市场风险和监管问题，协同推进自贸区治理体系和治理能力现代化建设。

### 三、抢抓机遇，积极推动自贸区新型法院的改革和建设

8. 加强专业化审判机构建设，设立与自贸区司法需求相适应的审判机制。自贸区法院要不断加强自身建设，探索与行政区划适当分离的司法管辖制度，设立专门的审判组织和机构，集中审理与自贸区改革措施相关的各类商事案件。前海法院、横琴法院经授权分别集中管辖深圳、珠海全市第一审涉外、涉港澳台民商事案件，要不断提升涉外司法的专业化水平，进一步擦亮涉外商事审判的广东品牌。珠海中院设立横琴片区知识产权巡回法庭，要通过实施跨行政区域的知识产权案件管辖制度，提高自贸区知识产权案件的审判质效和司法水平，积极发挥知识产权司法保护的主导作用。广州南沙法院加紧筹建专门的自贸区法庭，集中优势审判资源确保办案质量，自贸区法庭在机构建设问题上，要积极谋划、审慎论证，大力争取当地党委、政府的支持，妥善解决好机构、人员、编制等问题。

9. 建立完善自贸区法院沟通合作机制。自贸区法院要结合自身实际，在突出优势、区分发展的基础上，加强协调联系，构建沟通合作的常态化机制，形成自贸区司法保障的整体合力。要进一步畅顺彼此之间以及上下级法院之间的审判动态信息交流渠道，针对重点领域案件做好定期分析、动态研判、及时通报。建立自贸区法院院(庭)长联席会议制度，为各片区法院搭建交流互动的平台，促进疑难问题的研究解决和裁判尺度的统一。及时总结和宣传、推广自贸区法院在案件审理、审判管理机制创新、延伸司法服务职能等方面的司法经验。

10. 充分利用毗邻港澳的地缘优势，推动粤港澳区际司法互助和法律制度的深度融合。通过探索港澳籍人民陪审员参审、邀请香港澳门专家担任咨询顾问等机制，拓展区际司法合作渠道和方式，积极学习借鉴港澳的先进司法经验。要围绕推动国际金融贸易航运功能集成、促进贸易发展方式转变的任务措施，加强对涉自贸区新政的投资、贸易、金融等相关法律问题的研究，开展有针对性的业务培训，逐步培养起一批法学功底深厚、精通外语外贸知识、具有国际视野的复合型优秀法官。要充分利用主审法官会议、审判长联席会议等工作机制，加强审判经验总结和裁判尺度统一，切实提升司法能力，增强司法公信力。

## 关于印发《广东省人民检察院关于服务保障中国（广东）自由贸易试验区建设的若干意见》的通知

各地级以上市人民检察院、广州铁路运输检察分院，广州南沙区、深圳南山区、珠海横琴区检察院：

《广东省人民检察院关于服务保障中国(广东)自由贸易试验区建设的若干意见》已于2015年9月28日经省院党组会议审议通过，现印发你们，请结合实际，认真贯彻执行。执行中遇到的问题，请及时报告省院。

广东省人民检察院

2015年9月30日

广东省人民检察院关于服务保障中国(广东)自由贸易试验区建设的若干意见

为贯彻落实中央关于加快中国(广东)自由贸易试验区(以下简称“自贸试验区”)建设的战略部署，进一步明确我省检察机关服务保障自贸试验区建设的方向和路径，提升服务保障自贸试验区建设的水平和实效，促进改革开放，根据相关法律法规和文件精神，结合广东自贸试验区建设需要和检察工作实际，制定本意见。

### 一、统一思想认识，增强服务保障自贸试验区建设的大局意识

1. 深刻认识服务保障自贸试验区建设的重大意义。广东自贸试验区既是我国对接国际投资贸易规则、营造国际化市场化法治化营商环境的重要试验田，

更是我省加快实现产业转型升级、增创经济社会发展新优势的重要发力点，全省检察机关必须积极适应自贸试验区建设新形势，把准自贸试验区的法治需求，立足检察职能，主动探索高度开放环境下服务经济社会发展大局的有效途径，切实为自贸试验区治理体系和治理能力的现代化提供可靠保障。

2. 牢牢把握服务保障自贸试验区建设的中心任务。自贸试验区对投资准入、自由贸易、金融监管、服务业开放、政府管理等多个领域作出新的制度安排，市场准入门槛降低，政府监管职能淡化、服务色彩凸显，市场主体自主经营、自由竞争，检察工作面临不同于区外的新情况、新问题，全省检察机关必须忠实履行职责，综合运用法律手段，积极维护区内自主、公平、自由、诚信的市场秩序，努力营造宽严有序、松紧有度、公开透明的法治环境。

3. 努力形成服务保障自贸试验区建设的广东模式。广东自贸试验区担负着投资服务贸易自由化的试点任务和推进粤港澳深度融合的特殊使命，对于促进广东经济转型升级和发扬广东敢为人先的优良传统具有重要意义，全省检察机关特别是自贸试验区所在地的检察机关必须紧密结合各个片区的地域特色、发展定位和具体举措，因地制宜创新履行检察职能方式，丰富服务保障措施，努力形成符合经济社会发展客观需要、具有广东特色的模式和经验。

## 二、更新司法理念，明确服务保障自贸试验区建设的根本目标

4. 强化服务保障理念。紧紧围绕自贸试验区建设的总体目标和要求，坚持以是否符合法律政策要求、是否符合自贸试验区建设发展需要、是否有利于促进粤港澳深度融合，作为衡量检察工作成效的根本标准，主动服务大局，全力营造和谐稳定的社会环境、竞争有序的市场环境、廉洁高效的政务环境和公平正义的司法环境，不断强化检察机关服务保障自贸试验区建设的地位职能作用。

5. 强化宽容谦抑理念。准确把握自贸试验区内市场主体自主经营、自由交易特征，按照“负面清单”的管理模式和要求，正确把握依法惩治犯罪与全力支持改革的辩证关系，查办犯罪案件坚持依法适用侦查手段和强制措施，慎重选择办案时机，慎重查封、扣押、冻结企业正常生产经营款物，充分体现刑法的谦抑性要求，积极营造自贸试验区鼓励创新、支持改革、宽容失误的司法氛围。

6. 强化平等保护理念。始终坚持“法律面前人人平等”的法治基本原则，对待自贸试验区内的国有企业与民营企业、内资企业与外资企业，无论是查办违法犯罪，履行法律监督职责，还是提供司法服务，都切实做到权利平等、规则相同、程序一致，确保不同市场主体受到法律的同等尊重和保护，切实为自贸试验区的健康有序发展打造公平竞争的市场秩序，不断激发和保持市场活力。

7. 强化法治示范理念。牢固立足建设中国特色社会主义法治示范区目标，积极借鉴港澳和国际司法经验，探索符合自贸试验区国际化发展需要、与国际惯例相适用的检察工作机制和方式，提高检察机关公正司法的能力，通过强化

法律监督，促进科学立法、严格执法、公正司法、自觉守法，依靠法治思维和法治方式解决涉法涉诉问题，积极营造公平公正安定有序的法治环境。

### 三、履行检察职能，提高服务保障自贸试验区建设的针对性和实效性

8. 严惩危害社会治安犯罪，促进社会和谐稳定。贯彻宽严相济方针，积极履行批捕、起诉职能，切实加大打击发生在自贸试验区内部和周边地区危害社会治安犯罪的力度，集中力量整治“两抢一盗”、诈骗、贩毒等常见性、多发性犯罪、尤其是有境外犯罪组织背景或者敌对势力支持的暴力犯罪和有组织犯罪，排查和消除各种不安全、不稳定因素，不断优化自贸试验区建设发展的社会环境。

9. 严惩破坏经济秩序犯罪，优化自由贸易环境。准确把握自贸试验区内市场主体对平等自主、公平竞争、规范有序的生产经营秩序的客观需求，加大查办生产、销售伪劣商品、妨害对公司、企业管理秩序、破坏金融监管秩序、金融诈骗等扰乱市场秩序犯罪的力度，突出整治损害他人商业信誉、虚假广告宣传、强迫交易等违法犯罪行为，不断优化区内市场经济秩序和市场主体自主发展环境。

10. 加大职务犯罪惩防力度，促进廉洁政务建设。始终把市场准入审批、投融资审批、外汇兑汇管理、海关监管、税费征缴、国有资产管理、重大基础设施建设等作为查办和预防职务犯罪的重点领域和关键环节，全面贯彻打击与预防并举、重点与全面兼顾方针，综合运用查办案件、检察建议、犯罪预警和专项整治等手段，杜绝权力寻租，坚持腐败零容忍，促进自贸试验区政务管理廉洁高效。

11. 严惩涉关涉税涉汇犯罪，完善贸易监管体系。积极适应自贸试验区内海关监管“一线放开，二线管住”、“先进区，后报关”、“批次进出，集中申报”的特点规律，监督海关、税务等部门加大对资金流和商品流的监管力度，严厉惩治走私、骗取出口退税、逃汇、骗汇等违法犯罪活动，共同构筑宽严有度、疏而不漏的区内自由贸易监管网络，努力实现保护自由贸易和打击犯罪的有机统一。

12. 参与社会信用体系建设，夯实诚信经营基础。严肃查处合同诈骗、票据诈骗、信用证诈骗以及商业贿赂等失信犯罪，充分发挥行贿犯罪档案查询对于失信犯罪的预防和过滤作用，积极参与对市场主体的信用调查、信用评级和信用约束，积极推动建立健全失信犯罪预警惩戒机制，切实把社会信用体系建设作为自贸试验区长远发展的基础工程摆在突出位置，切实为诚信经营筑好底、搭好架。

13. 强化知识产权司法保护，优化科技创新环境。依法打击假冒注册商标和专利、侵犯著作权、侵犯商业秘密犯罪，鼓励和保护对科技成果的合理利用和改进提升，正确处理平行进口、贴牌加工出口、临时过境等贸易过程的知识产权

权问题，积极维护区内科技产品和成果的自由交易秩序，强化司法保护的力度实效，优化科技开放创新环境，积极推进高端制造、高新技术、信息与科技服务基地建设。

14. 服务金融创新，优化金融创新环境。鼓励和保护区内金融企业创新发展，依法服务和保障灵活开展融资租赁、金融资产交易、保险与再保险、人民币跨境双向融资、自由贸易帐户管理等新业务，促进自由灵活、安全有序的金融对外开放示范窗口建设。严厉惩治利用新金融产品、融资工具、支付方式实施破坏金融秩序犯罪和金融诈骗犯罪，坚决打击地下钱庄、离岸公司的跨境有组织洗钱犯罪活。

15. 调整民事诉讼监督思路，对接国际贸易规则。牢固立足自贸试验区内的市场主体自主选择适用国际贸易规则的实际情况，切实将民事诉讼法律监督的重点置于生效裁判是否违背强行法的要求和当事人意思自治上，突出考量冲突法的确定是否合法有效，准据法的查明是否准确、理解与适用是否正确，努力实现对接国际贸易规则、维护国家法制权威尊严和尊重市场主体意志的有机统一。

16. 加强行政行为检察监督，促进法治政府建设。针对检察机关在执法办案中发现的行政机关及其工作人员的违法行为，加强和改进行政诉讼监督，建立督促起诉制度，完善检察建议工作机制，切实纠正行政不作为和行政乱作为等问题。对一些行政机关违法行使职权或者不作为造成国家和社会公共利益被侵害或者有被侵害危险的案件，探索由检察机关提起公益诉讼，切实维护公共利益。

17. 加强法制宣传教育工作，提升教育引导实效。深入开展检察官下基层、访企业、进社区活动，密切检察机关与企业 and 公众的联系，实现法制宣传教育的良性互动，引导并且督促企业和公众诚信守法经营，完善法律风险控制的制度措施，提高依靠法治思维和法律手段规范经营管理、防范和排除风险隐患、化解矛盾纠纷、维护合法权益的能力，不断增强法制宣传教育的针对性和有效性。

18. 加强法治需求调研论证，推动完善法律制度。紧密结合自贸试验区建设发展目标、特殊法律政策和建设管理实际，加强调研论证，把准自由贸易的特点规律、法治需求和法治对策，认真总结司法实践经验，积极提出加强自贸试验区建设的立法建议，推动建立健全与国际投资贸易规则相衔接、与社会主义市场经济秩序相适应、符合中国特色社会主义法律体系框架原则的自贸试验区法律体系。

#### 四、立足长远发展，健全服务保障自贸试验区建设的长效机制

19. 健全服务保障的组织机构。各自贸试验片区所在地的检察机关要紧紧密结合片区发展实际和司法体制改革，按照机构精简、资源整合、功能配套、运转

高效的要求，通过整合内设机构，设置金融、知识产权检察等专业机构、派驻检察室等方式，大力推进司法责任制改革，努力实现扁平化管理和专业化建设的目标，切实提升服务保障自贸试验区建设的专业水平和能力。

20. 促进服务保障的联动机制。坚持以服务保障自贸试验区为主题主线，按照信息共享、资源整合、标准一致、行动协同的基本要求，积极推动自贸试验区内政法机关建立联席会议制度，加快行政执法和刑事司法相衔接步伐，积极参与沪、粤、闽、津等自贸试验区检察工作对接合作机制建设，切实形成服务保障自贸试验区建设的整体合力和优势。

21. 建立服务保障的智慧模式。积极适应建设“智慧城市”发展形势、尤其是执法司法信息互联互通需要，提升互联网思维，积极探索“互联网+检察工作”模式，整合升级门户网络模块，加强官方微信、微博、网站、移动互联网客户端等“智慧检务”平台建设，开通案件进度查询、网上预约阅卷、生效法律文书公开、在线举报、法律咨询等功能，切实以信息化引领检察工作现代化。

22. 打造服务保障的专业队伍。瞄准自贸试验区建设的人才需求，培养和遴选法律基础扎实、商贸金融业务娴熟、了解国际惯例和通行规则、具备相当外语能力、符合社会主义法治新期待新要求的专业性、尤其是复合性人才，组建和充实专业检察队伍和专业检察智库，前瞻性地拓展和优化专业队伍的知识结构，充分发挥其参谋智囊作用，切实为服务保障自贸试验区建设奠定专业基础，强化智力支撑。

## 广东省人民政府关于支持前海加快开发开放的若干意见

各地级以上市人民政府，各县(市、区)人民政府，省政府各部门、各直属机构：

为深入贯彻落实党的十八大和习近平总书记视察广东重要讲话精神，进一步做好前海深港现代服务业合作区总体发展规划以及国家支持前海开发开放政策的实施工作，加快推进前海开发开放，着力打造粤港现代服务业创新合作示范区，促进粤港澳更紧密合作，现提出以下意见：

### 一、授予前海部分省级经济管理权限

(一)全面落实深圳市前海深港现代服务业合作区管理局(以下简称前海管理局)在非金融类产业项目审批管理上相当于计划单列市的经济管理权限。支持将国家已赋予我省的涉及服务业发展的部分省级管理权限，直接下放或委托前海管理局依法实施。具体由省编办会同省有关部门按规定程序办理。

(二)对法律、法规和规章规定不得委托或下放以及需省综合平衡的省级管理事项，前海管理局与省建立直接请批关系，与深圳市人民政府为报备关系。

### 二、支持前海集聚发展现代服务业

(三)支持前海创新发展金融业，深化与港澳金融合作，建设成为珠三角金融改革创新综合试验区的主要功能区。

(四)鼓励境内外金融机构将法人机构注册地或国际性、全国性管理总部、业务运营总部落户前海。支持在前海试点设立各类有利于增强市场功能的创新型金融机构和要素交易平台。

(五)支持前海在内地与港澳关于建立更紧密经贸关系的安排(CEPA)框架下积极争取降低港澳金融机构进驻前海的资产规模、持股比例、业务范围等条件。

(六)支持前海股权交易中心发展成为立足深圳、面向华南、辐射全国的区域性场外交易市场，鼓励在省内注册成立的非上市公司在前海股权交易中心开展股权登记、托管、挂牌转让等业务，支持注册在前海的股权投资企业在省内开展业务。

(七)支持前海湾保税港区探索向与国际惯例接轨的自由贸易园区转型升级，率先落实 CEPA 框架下运输、物流、货物检验等方面的政策措施，积极争取实行贸易便利化、航运服务、离岸贸易、离岸金融、启运港退税等先行先试政策，打造深港国际航运服务平台。鼓励境外船员服务公司入驻前海，建立船员外派公共服务平台。

(八)支持前海湾保税港区发展新型保税服务业务，建设国家进口贸易促进创新示范区。

(九)支持在前海湾保税港区建立保税研发中心、检测维修服务基地、离岸金融试验区、融资租赁产业集聚区等功能平台，鼓励探索开展产业(股权)投资基金试点。

(十)允许落户前海的港澳科研机构直接参与省重大科研计划，支持粤港澳在前海共建科研机构、联合开展重大科技攻关。支持前海企业开展科研创新，积极参与粤港关键领域重点突破项目、粤港澳科技合作、省重大专项以及科技创新平台建设等。

(十一)在前海设立的符合国家有关法律法规的香港质量认证、质量检测机构视同内地的质量认证、质量检测机构，其符合我国相关规程要求的认证和检测报告在全省范围内予以认可。具体措施由省质监局会有关部门及前海管理局研究制定。

(十二)支持前海建设国家级文化产业示范园区，积极鼓励港澳文化企业落户，符合条件的项目可按程序申报省文化产业发展专项资金。

(十三)支持前海发展邮轮、游艇等现代旅游服务业，积极鼓励在前海探索粤港澳地区游艇注册登记、牌照互认及出入境管理新模式，试点发展面向华南、辐射全国、着眼世界的游艇交易市场。

(十四)支持前海创新项目管理模式，在工程咨询、项目开发、工程建设、物业管理等方面探索建立与国际接轨的管理制度，进一步推动工程咨询、工程

设计、测量、测绘和建设等领域对港澳地区扩大开放。具体办法由省住房城乡建设厅会同有关部门及前海管理局研究制定。

(十五)省重点支持的服务业项目优先考虑落户前海，加快形成现代服务业集聚发展的效应。

### 三、支持前海打造社会主义法治建设示范区

(十六)支持深圳市借鉴香港商事法律制度，在前海开展探索性立法，构建与国际接轨、符合现代服务业发展需要的前海商事法规体系。

(十七)支持香港仲裁机构在前海设立分支机构。

(十八)积极推动粤港澳法律服务合作，探索粤港澳律师事务所在前海设立合伙型联营律师事务所。

(十九)经批准设立的境外律师事务所驻前海的代表机构及其代表，应邀可成为深圳市律师协会特邀会员。具体办法由省司法厅会同有关部门及前海管理局研究制定。

(二十)支持前海借鉴国内外社会管理经验，推进社会管理体制创新，探索建立与国际接轨的社会管理体制，鼓励各类社会组织落户前海，促进前海现代服务业发展。

### 四、支持前海建设深港人才特区

(二十一)支持前海作为全国人才管理改革试验区，加快建设“深港人才特区”，推动建立前海深港人才工作联盟，创新人才引进、培养、评价、使用、薪酬、激励和服务的体制机制。

(二十二)加强人才引进、就业等方面的服务，吸引包括香港、澳门在内的海外专业人才在前海集聚发展。

(二十三)支持前海管理局与香港、澳门特区政府部门及相关培训机构建立人才交流和培训机制，开展国家职业资格证书认证。

(二十四)支持前海开展经国家批准的粤港澳专业技术职业资格互认试点，授权深圳市行业主管部门对包括执业药师、社会工作者等在内的纳入试点范围的专业技术职业资格进行管理。鼓励港澳专业机构和专业人士直接在前海执业。具体办法由省人力资源社会保障厅会同有关部门及前海管理局研究制定。

### 五、支持前海开展土地管理制度改革试点

(二十五)鼓励前海开展土地租赁、作价入股等土地有偿使用试点，对产业用地的供地方式、供地年限和地价实行差别化管理。

(二十六)支持前海开展土地金融政策创新试点工作。

### 六、支持前海建设低碳生态城区

(二十七)支持前海创新管理模式，制定土地节约集约、节能减排、资源利用、绿色交通等低碳生态指标体系，推广低碳生态技术，建设成为规划一流、设施完善、生态和谐的现代化国际化城区。

## 七、支持前海改善周边交通运输条件

(二十八)支持前海加快与周边地区交通基础设施的对接,加快推进港深西部快速轨道和穗莞深城际轨道的规划建设,打造连通珠三角地区的综合运输枢纽。

(二十九)支持前海整治优化周边环境,深入研究平南铁路前海段和深圳西站改造或搬迁方案,确保满足前海开发建设要求。

(三十)支持前海湾区内清淤、岸线整治和生态恢复等工作,具体由前海管理局负责依法实施。

## 八、支持前海创造便利通关环境

(三十一)支持在前海湾保税港区探索实行“分线管理”;充分利用电子口岸平台探索“单一窗口”的管理模式,创造前海湾保税港区便利通关环境。建立企业诚信监管体系,探索深港两地申报单证统一,推进海关查验结果参考互认,以及资料格式和数据模型的统一。支持“关检合作”,实行“三个一”(一次性申报、一次性查验、一次性放行)的通关查验模式。简化省内不同关区与前海湾保税港区之间货物往来的手续,探索创新转关模式,增强前海湾保税港区货源聚集与物流辐射能力。

(三十二)积极为在前海工作的人员出入境提供更加便捷的通关服务。具体办法由省口岸办会有关口岸查验单位及前海管理局研究制定。

(三十三)支持前海在实施有效监管、严格出入境查验制度的前提下,进一步为在前海注册的港澳企业申领内地与港澳直通小汽车指标提供便利。具体办法由省公安厅会有关部门研究制定。

(三十四)支持在前海探索实施船舶进出口岸智能查验,创新船舶安全监管模式,探索实现深港两地船舶信息共享、进出港引航资源共享等机制,实现全程无缝船舶交通助航服务,提高通关效率。具体办法由省口岸办、深圳海事局会有关部门及前海管理局研究制定。

## 九、支持前海探索法定机构运行新模式

(三十五)支持前海管理局借鉴香港、新加坡法定机构运行经验,实行充分授权、封闭运作,履行政府授予的行政管理、公共服务职能,将市场化运作和企业化管理有机结合,探索法定机构精简高效、机制灵活运行的新模式。

## 十、加强组织领导

(三十六)深圳市要切实履行前海开发开放实施主体的责任,建立健全工作机制和考核评估机制,加快推进前海开发开放。省各有关部门要加强协作,强化与国家有关部门和香港、澳门特区政府的沟通联系,支持深圳市做好前海深港现代服务业合作区总体发展规划以及国家支持前海开发开放政策的实施工作。省发展改革委要加强跟踪督查,会省有关部门尽快制定完善相关配套政策措施,全力支持前海加快开发开放。

广东省人民政府

2013年8月7日

## 广东省司法厅、广东省自贸办关于印发《积极发展法律服务业推进中国（广东）自贸试验区建设的若干意见》的通知

广州、深圳、珠海市司法局，广东自贸试验区南沙、前海蛇口、横琴片区管委会：

为推进广东自贸试验区法律服务业发展，现将《积极发展法律服务业推进中国（广东）自贸试验区建设的若干意见》印发给你们，请认真贯彻落实。

广东省司法厅中国（广东）自由贸易试验区工作办公室

2016年1月27日

### 积极发展法律服务业推进中国（广东）自贸试验区建设的若干意见

为认真贯彻落实《中国（广东）自由贸易试验区总体方案》，大力发展中国（广东）自贸试验区（以下简称“广东自贸试验区”）法律服务业，积极服务广东自贸试验区各项建设，制定本意见。

#### 一、指导思想

1. 紧紧围绕广东自贸试验区建设粤港澳深度合作示范区、21世纪海上丝绸之路重要枢纽和新一轮改革开放先行地的战略定位，深化粤港澳法律服务业交流与合作，做优做强广东自贸试验区法律服务业，为广东自贸试验区各项建设提供优质高效的法律服务，努力推进广东自贸试验区国际化、市场化、法治化营商环境建设。

#### 二、总体任务

2. 做优做强律师、公证、仲裁等法律服务业，大胆探索，先行先试，为全省乃至全国法律服务业发展探索新的途径，形成可示范、可复制、可推广的经验模式。大力培养和引进境内外高端法律服务人才，造就一支具有国际视野、能够办理涉外法律业务的高端律师人才队伍。推进粤港澳律师事务所合作，着力发展和培育核心业务突出、服务定位清晰、接轨国际服务标准的法律服务机构。全面发挥律师、公证、仲裁的优势，积极服务广东自贸试验区各项建设和我省外向型经济发展。

#### 三、做优做强广东自贸试验区法律服务业

3. 培育和发展专业化、国际化、规模化律师事务所。根据南沙、前海蛇口、横琴三个片区的功能特点，鼓励专长于国际贸易、国际金融、贸易物流、海事海商、知识产权、电子商务等领域的律师和律师事务所到广东自贸试验区执业或设立律师事务所分支机构。引导律师事务所加大对广东自贸试验区发展投入，突出专业优势，加强品牌建设，提高市场竞争力。

4. 大力推进粤港澳合伙联营律师事务所发展。2016 年将合伙联营试点区域逐步扩大到珠三角地区和其它地市。

5. 扩大合伙联营律师事务所业务范围。允许合伙联营律师事务所内地方律师，除办理民商事领域的诉讼、非诉讼法律事务外，可代理涉及内地法律适用的刑事诉讼和行政诉讼案件。允许律师总数超过 20 人的合伙联营律师事务所在试点地区所在市主城区设立 1 个办公场所。

6. 允许合伙联营律师事务所使用其内地和港澳地区出资律师事务所的设立年限、工作业绩等资质对外开展业务。协调司法部和中国证监会，允许联营所在开展证券业务时，使用参与联营的各方律师事务所业绩、资质。

7. 支持合伙联营律师事务所人员规模发展。在保持联营各方派驻律师合计不少于 10 人，且 10 名派驻律师执业经历不少于 3 年的基础上，允许合伙联营律师事务所经参与联营的内地律师事务所或港澳律师事务所同意，聘用内地执业律师或港澳地区和其它地区执业律师。允许合伙联营律师事务所接受申请律师执业人员到本所实习。

8. 鼓励香港、澳门和外国律师事务所到广东自贸试验区发展。鼓励已在内地设立代表机构的香港、澳门律师事务所与内地律师事务所在广东自贸试验区内按照协议约定进行联合经营，在各自执业范围内以分工协作方式开展业务合作。鼓励香港、澳门和外国律师事务所到广东自贸试验区设立代表机构。

9. 深入推进内地律师事务所与港澳律师事务所驻粤代表机构互派律师担任法律顾问。

10. 加快推进广东自贸试验区设置公证机构。在已设立深圳市前海公证处的基础上，省、市司法行政机关积极协调政府相关部门，尽快在广州南沙、珠海横琴自贸片区设立公证处。积极推动自贸试验区公证机构改革，衔接事业单位分类改革，进一步优化公证机构布局和设置模式。创新公证处运行机制，探索建立和完善决策、执行、监督相协调、相分离的法人治理结构，落实法人自主权。

11. 建设高素质的公证队伍。根据三个自贸片区的不同定位，选聘一批综合素质较高，熟悉金融证券、航运物流、知识产权等专业知识，掌握至少一门外语的复合型法律人才，加强业务培训，打造一支具有国际视野、精通业务，能够满足广东自贸试验区高端法律服务需求的公证队伍。

12. 积极构建国际化的商事纠纷仲裁和调解机制。支持广州仲裁委员会、华南国际经济贸易仲裁委员会(深圳国际仲裁院)和珠海仲裁委员会分别在南沙、前海蛇口、横琴设立国际仲裁机构，增聘境外专业人士为仲裁员，引入国际商事仲裁的先进制度，保障仲裁机构运作和仲裁庭办案的独立性。探索允许当事人选择适用境外法律和仲裁规则，推进广东自贸试验区仲裁机构进一步国际化，

不断提高公信力。发挥在前海创设的中国自贸试验区仲裁合作联盟的作用，创新国际仲裁合作机制。

13. 加强对仲裁机构的依法监督。根据《中华人民共和国仲裁法》、《中华人民共和国行政许可法》和国务院《仲裁委员会登记管理办法》等法律法规，在我省设立的所有仲裁机构，包括国内仲裁机构和涉外仲裁机构，应当经省级司法行政部门登记。未经登记的，仲裁裁决不具有法律效力。

14. 鼓励有良好信誉的社会司法鉴定机构进入广东自贸试验区开展工作。争取在前海蛇口自贸试验区设立社会亟需的知识产权等类别司法鉴定机构，并将其良好实践做复制到南沙和横琴片区。

15. 支持成立全球华语律师联盟。促进各国华人、华侨律师的交流与合作，推动广东律师参与国际法律服务市场竞争，为境内外当事人提供更加完善的法律服务。

#### 四、为自贸试验区提供优质高效法律服务

16. 围绕自贸试验区功能特点提供优质法律服务。鼓励和引导律师、公证、仲裁、司法鉴定等机构分别针对南沙、前海蛇口、横琴各自的发展定位，积极拓展服务领域，提供优质高效的法律服务。争取相关部门支持，建立法律服务机构和广东自贸试验区企业信息对接服务平台。

17. 服务行政管理体制创新。搭建政府与律师交流平台，鼓励和支持律师通过担任广东自贸试验区管理机构法律顾问、举办高端法律论坛、审核各类规范性文件、参加专题调研和课题研究、接受专项工作委托等形式，为政府深化行政审批改革、探索“互联网+”行政服务模式、推行行政咨询服务、制定制度政策等提供专业化法律服务。

18. 积极服务内地企业走出去发展战略。鼓励、支持律师服务于国家“一带一路”战略法律领域，支持境外法律查明机构建设，为中国产业走出去提供法律服务；发挥粤港澳合伙联营律师事务所特有的境内外多种法律服务的专业优势，为广东自贸试验区政府和企业提供不同国家和地区、不同法域的法律服务。

19. 积极服务金融业发展。鼓励法律服务机构借鉴国内外先进经验，发挥法律服务的专业优势，为银行业金融机构和金融消费者提供政策咨询、法律风险评估、法律文件制作等专业服务，保护银行业金融机构和金融消费者合法权益。

20. 积极发展公职律师、公司律师。在广东自贸试验区内试点公职、公司律师制度；支持和鼓励律师担任广东自贸试验区内各机关、事业单位和平台公司的常年法律顾问，参与广东自贸试验区重大谈判、投资等项目。

21. 组建广东自贸试验区法律专家顾问团。省市两级律师协会根据广东自贸试验区的法律服务类型，组建广东自贸试验区法律专家顾问团，为广东自贸试验区重大政策和重大项目建设提供法律意见。

22. 优化公证服务方式。努力推进为广东自贸试验区企业和个人提供综合化公证服务,包括网络在线申办公证服务、不动产、股权类公证延伸服务、公证书邮寄服务、代办外事认证服务等,争取“一站式”解决当事人的公证需求。

23. 构建多元化国际化的纠纷仲裁和调解机制。引导三个片区仲裁机构研究制定既与国际接轨又符合广东自贸试验区实际的仲裁规则;设立开放性的仲裁员名册,积极吸收具有丰富国际经验的仲裁员;完善银行业、证券业等金融业多元化纠纷解决机制,推广专业调解、商事仲裁、行业自律、行政监管“四位一体”解决纠纷前海模式;在粤港澳商事调解联盟的平台上,进一步创新跨境商事争议解决机制;探索发展“互联网+仲裁服务”网络仲裁,实现在网上立案、交换证据、开庭等全部仲裁程序。

#### 五、积极协调,对法律服务业发展给予扶持

24. 积极支持法律服务业。省、市司法行政机关主动协调,争取将法律服务业纳入广东自贸试验区重点发展行业,予以资金等方面的支持。

25. 促进粤港澳法律服务人才交流与合作。允许在广东自贸试验区登记的内地律师事务所与港澳地区律师事务所开展申请律师执业人员到联营对方律师事务所实习,实习律师在港澳地区实习的经历予以承认。省市两级律师协会、公证协会设立跨境交流专项基金,每年支持一定数量符合条件的律师、公证员赴港澳学习或培训。

26. 对境外律师予以通关便利,给予合伙联营律师事务所财务、外汇便利。协调有关部门出台政策,方便合伙联营所律师出入港澳地区;争取为合伙联营律师事务所办理粤港(澳)两地牌照提供便利;争取参照适用外商投资企业的外汇管理规定,允许粤港澳合伙联营律师事务所开立外汇账户以及进行资本项目外汇进入和支出。

#### 六、加强组织领导,推进广东自贸试验区法律服务不断发展

27. 加快政府职能转变,在律师、公证、仲裁等法律服务业加大简政放权力度,促进公证、仲裁、司法鉴定等法律服务提供方式的多元化。

28. 省市两级司法行政机关加强调研,及时收集和总结各自贸试验区法律服务创新发展的经验和做法,统筹指导各地开展工作。落实相关业务审批职权下放或委托实施后的业务协调、人员培训等工作,推进三地业务承接部门顺利开展工作。

29. 做好宣传推介。充分利用各类宣传和推介平台,为广东自贸试验区法律服务业发展提供宣传支持,提升广东自贸试验区法律服务业知名度,营造社会各界关心,支持、参与广东自贸试验区建设的法治环境。

#### 七、附则

30. 本意见由广东省司法厅负责解释。

31. 本意见自2016年3月1日起实施。

32. 本意见有效期为5年，至2021年3月1日止。

## 广东省知识产权局广东省自贸办关于印发《加强中国（广东）自由贸易试验区知识产权工作的指导意见》的通知

广州、深圳、珠海市知识产权局，广东自贸试验区南沙、前海蛇口、横琴片区管委会：

为推进广东自贸试验区知识产权工作，现将《加强中国（广东）自由贸易试验区知识产权工作的指导意见》印发给你们，请认真贯彻落实。

广东省知识产权局广东省自贸办  
2015年8月18日

### 加强中国（广东）自由贸易试验区知识产权工作的指导意见

为推进中国（广东）自由贸易试验区（以下简称为广东自贸试验区）建设，加强广东自贸试验区知识产权工作，打造与国际接轨的高标准知识产权管理与保护体系，提出以下意见：

#### 一、指导思想

贯彻落实中央和省关于广东自贸试验区建设的战略部署，围绕创新驱动发展战略总体要求，深入实施知识产权战略，坚持规范、协同、主动、高效的原则，以支撑广东自贸试验区建设为主线，以加强知识产权管理和保护水平为重点，突出改革管理体系，健全保护体制，创新服务方式，全面推进广东自贸试验区知识产权工作，为实现“三个定位，两个率先”总目标和创新驱动发展提供有力支撑。

#### 二、工作目标

充分发挥广东自贸试验区各片区的区域布局特点，建设与国际接轨的高标准知识产权管理和保护体系。建立完善的知识产权政策法规体系；探索建立知识产权综合管理和执法机制；建设知识产权纠纷仲裁、调解等多元化争端解决机制和知识产权维权援助机制；构建服务于转型升级的知识产权公共服务体系；建立新型知识产权运营机制；打造国际化知识产权合作交流平台；显著提升广东自贸试验区知识产权创造、运用、保护、管理和服务能力。

#### 三、任务措施

根据《中国（广东）自由贸易试验区总体方案》及《2015年落实〈中国（广东）自由贸易试验区总体方案〉重点改革任务》，特制订以下任务措施：

##### （一）完善知识产权管理和执法体制。

1. 完善知识产权政策法规。研究制定广东自贸试验区知识产权管理及保护相关政策措施，完善知识产权政策法规体系。

2. 探索建立统一的知识产权行政管理和执法体系。在广东自贸试验区建立统一的知识产权行政管理机制，将知识产权综合执法纳入广东自贸试验区综合行政执法体系，打造与国际接轨的高标准知识产权管理和保护规则体系。

3. 强化知识产权保护协作机制。推进知识产权综合执法和联合执法，加强行政执法与刑事司法的有效衔接，建立跨部门、跨区域的知识产权案件移送、信息通报、配合调查等机制。

(二) 建立多元化知识产权纠纷调解和维权援助机制。

4. 完善知识产权纠纷调解和维权援助机制。建立知识产权纠纷仲裁、调解等多元化争端解决机制，引入国际仲裁机制，推进国内外知识产权仲裁机构开展合作。设立广东自贸试验区知识产权综合调解中心，引入第三方调解机制，鼓励行业协会、专业服务机构参与知识产权调解工作，进一步推动知识产权纠纷解决，构建包含行政调解、社会组织调解在内的多元化知识产权争端解决与维权援助机制。

5. 建立广东自贸试验区重点产业知识产权纠纷快速处理机制。根据广东自贸试验区重点产业发展需求，适时向国家知识产权局申请设立广东自贸试验区重点产业知识产权快速维权中心，针对广东自贸试验区内专利密集型产业，探索建立跨行业的知识产权(专利)快速授权、快速确权、快速维权通道。

(三) 构建新型知识产权运营机制。

6. 推动全国知识产权运营公共服务横琴特色试点平台建设。发挥横琴新区的特色优势，依托全国总平台的资源，提供知识产权运营公共服务，推进横琴国际知识产权交易中心运营，深入开展跨境交易特色服务运作模式探索实践，努力建设全国知识产权交易平台的核心节点，知识产权跨境交易的桥头堡和科技金融的试验田。

7. 探索在前海蛇口片区建立知识产权运营中心。利用前海深港现代服务业合作区的有利条件，充分发挥深圳市的产业集聚优势，整合知识产权资源，引导社会资本参与，探索在前海片区打造辐射华南乃至全国、有国际影响力的知识产权运营中心，创新知识产权运营模式，形成知识产权运营机构集聚，为“一带一路”

战略提供重要支撑。

(四) 创新知识产权金融服务。

8. 大力发展知识产权金融。鼓励银行、保险、投资基金等机

构联合采取投资企业股权、债权、资产等多种形式为广东自贸试验区内企业提供综合性金融服务;探索发行企业知识产权集合债券，探索知识产权信托模式，鼓励开展知识产权及知识产权许可费收益权证券化以及专利许可权质押融资，提升广东自贸试验区内企业的融资能力和融资规模;发挥各类知识产权交易

服务机构在质权处置方面的作用，通过协议折价、转让、许可等多元化方式实现质权，建立知识产权质押融资风险分担机制和质物处置机制。

(五)建立专利导航产业发展工作机制。

9.开展专利导航产业发展工作。以专利导航为基础，制订产业专利布局规划，明确技术突破方向和路径，提出促进产业转型升级、创新驱动发展的政策建议，构建支撑产业发展和提升企业竞争力的专利储备。

(六)以知识产权服务广东自由贸易试验区转型升级。

10.加强专利信息公共服务。充分依托国家知识产权局区域专利信息服务(广州)中心、国家知识产权局(广东)专利信息传播利用基地及广东省专利信息公共服务平台，在广东自由贸易试验区探索专利信息服务模式，开展行业专利分析、专利侵权风险分析、专利预警、专利趋势研究。完善优化知识产权信息的大数据平台，免费提供基础数据，优化基本检索工具，提高知识产权信息利用便利度。

11.推进广东自贸试验区知识产权服务业集聚。在广东自贸试验区开展知识产权服务业集聚发展试验区建设试点，研究制定集聚中心管理及运营机制，完善集聚中心建设内容，争取集聚中心配套支持措施，促进知识产权优势资源集聚。

12.提升广东自贸试验区专利申请服务。创新公共服务方式，为广东自贸试验区办理专利申请、缴费及专利合同备案与认定登记等业务开通“绿色通道”，提高专利申请效率和质量。

#### 四、组织保障

(一)加强组织领导。依托省市两级自贸试验区工作领导小组，谋划广东自贸试验区知识产权整体工作思路，开展相关研究，制订出台相关工作计划和方案。

(二)加强统筹协调。各有关地市和部门要加强协调配合，结合工作实际，研究制定加强知识产权管理工作的配套政策措施，确保政策措施落到实处。广东自贸试验区各片区管委会要把知识产权工作纳入重要工作议程，指定专门机构人员负责各项政策措施落实的推动。

(三)强化队伍建设。加强知识产权专业人才培养力度，培养和培训一批具有国际视野，熟悉政策法规、知识产权法律法规和管理的人才。制定出台专业人才落户优惠政策，优先引进一批具有国际视野的高端知识产权管理服务人才。

(四)保障资金投入。创新投入机制，发挥财政资金引导作用，大力吸引社会资金投入知识产权管理和运营平台建设，逐步建立多渠道资金保障机制。

## 二 领导讲话

### 习近平：建议粤港澳大湾区建设协调机构：抓住重大机遇，打造一流湾区

《南方日报》2018-03

“要抓住建设粤港澳大湾区重大机遇，携手港澳加快推进相关工作，打造国际一流湾区和世界级城市群。”3月7日，中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平参加十三届全国人大一次会议广东代表团审议时的重要讲话，为粤港澳大湾区建设提供了思路，指明了方向。

习近平总书记的讲话，让来自广东的全国人大代表、全国政协委员及广东的专家学者感到十分振奋。多名代表委员在受访时表示，粤港澳大湾区经济总量庞大、发展潜能巨大，其广阔前景为港澳提供了与广东携手创造世界级湾区的难得机遇，助推港澳搭上国家发展快车，加快融入国家发展大局。代表委员们建议，做好顶层设计和统筹规划，尽可能消除现存壁垒和障碍，创建大湾区高等教育合作平台等。

#### 粤港澳大湾区前景广阔

“粤港澳大湾区的人口规模大、经济总量大、发展速度快等经济和社会基础，都是比较有利的条件。”全国人大代表、深圳大学校长李清泉认为，粤港澳大湾区现在已上升为国家战略，确实具备打造国际一流湾区和世界级城市群的有利条件。

在全国政协委员、佳都集团董事长刘伟看来，对于打造国际一流湾区和世界级城市群目标，粤港澳大湾区有三大优势。其一是粤港澳大湾区经济总量大增速较高，是湾区发展的强大优势；其二是湾区产业基础雄厚，具有完善的产业体系；其三是湾区中广东有实业产业基础，港澳有国际金融优势，金融与实业紧密结合的优势也十分显著。

公开资料显示，粤港澳大湾区由珠三角9个城市、香港和澳门组成，人口超过6600万人，面积5.6万多平方公里，GDP约1.3万亿美元，媲美旧金山、纽约、东京等成熟的世界级湾区，并有望成为全球经济总量最大的湾区。

“粤港澳大湾区拥有区位、政策和‘一国两制’优势。”全国人大代表谭志源在接受新华社采访时说，粤港澳大湾区拥有世界上最大的海港群和空港群，经济活力强，开放程度高，若能统筹协调，实现区内城市分工明确、优势互补、协同发展，前景不可限量。

#### 建议设立大湾区建设协调机构

刘伟还指出，粤港澳大湾区建设中也存在高水平科技创新基础较为薄弱的问题，粤港澳三地的协调机制是否顺畅也是必须面对的挑战，亟待建立国家层面的粤港澳大湾区统筹协调机制。

李清泉也认为，目前三地在相互之间合作交流，包括人员、资金、信息交流等方面存在很多壁垒和障碍。“行政架构、管理模式不一样，这对三地协调提出了一个比较大的挑战。”李清泉认为，未来最大的挑战就是湾区的协调。因为不同城市在湾区建设中都有不同考虑和角度。

李清泉认为，未来要设立一个更高层次的协调机构，而不是简单的协调机制。“有了协调机构以后，才能够针对大湾区的规划逐一落实推动。”

就在习近平总书记参加广东团审议的第二天，3月8日，全国政协委员、广东省政协主席王荣在全国政协十三届一次会议第二次全体会议上发言时，为支持粤港澳联手打造世界级大湾区提出了六点建议。首先提到的就是建立国家层面的协调机制，设立粤港澳大湾区建设协调机构。

#### 建议创建湾区联合大学

对于粤港澳大湾区建设路径，除了做好顶层设计和统筹规划，尽可能消除现存壁垒和障碍，代表委员们还提出创建大湾区高等教育合作平台等建议。李清泉指出，与其他世界级湾区相比，粤港澳大湾区教育和科技领域合作明显滞后。地区高等教育发展不平衡，差距显著。

“没有形成完整的创新生态环境。”李清泉指出，粤港澳大湾区的高等教育发展整体滞后于经济社会发展和技术创新步伐，未能形成与世界级大湾区建设相匹配的高等教育协同创新体系，也未能支撑引领智能时代发展趋势的高科技研发体系建设。

对此，李清泉建议，在中央政府支持下，粤港澳三地政府和大学合作、社会参与创建一所新时代新型联合大学——“湾区联合大学”，作为区域高等教育合作平台与枢纽，以打破粤港澳高等教育交流合作的体制壁垒，增进港澳青年的国家意识和爱国精神，推动粤港澳大湾区高等教育协同发展，为粤港澳合作、泛珠三角区域合作和“一带一路”国家战略提供强力支撑。

就湾区联合大学定位及校区选址方面，李清泉建议，湾区联合大学由粤港澳三地政府和大学合作创办，以一定实体校园和运行机构为依托，建设跨区域、多校园、跨学科、综合性、国际化的联合大学，可在深港边界的河套地区、珠海横琴和广州南沙分别设立校区，一校三区，实行统一管理，特色发展。

除了教育的协同发展之外，李清泉认为交通的协调发展也是未来工作重点之一。“没有形成一个以湾区为核心的，有辐射作用的交通网络。”据李清泉分析，目前粤港澳大湾区的交通实际上并不完善，一方面是湾区内部交通不通畅，尤其是珠江两岸交通出行障碍较大，比如深圳到珠海、中山等。另外一方面是

湾区对外辐射交通不通畅。“有时城际出行比出省还难。”李清泉建议，要想打通湾区交通瓶颈，必须把湾区交通网络放在大湾区统一规划基础之上进行规划和建设，加快基础设施的建设。

### 三地协作仍存在创新空间

广东省城乡规划局副总规划师李建平认为，经过多年的探索实践，粤港、粤澳已构筑了“行政协议+联席会议+专责小组”的协作治理机制，在区域协作治理中发挥了重大作用，但受不同法律制度的影响，粤港澳三地协作仍存在创新空间。

李建平认为，虽然粤港澳合作层次已经延伸至珠三角地级市，深港、穗港、珠澳等城市层面都有所涉及，但仍以粤港、粤澳双方为主，在粤港澳三方合作、协调方面较薄弱，目前虽有粤港澳三方协作治理机制的探索，但暂未有持续深入的研究。

此外，法律磨合是粤港澳大湾区区域规划面临的重要问题，在三地三种不同法律制度下开展的区域合作和经贸合作，不免存在民商事、经济管理等方面的法律制度分歧。目前三地协作依然以行政推动的方式为主，未形成立法推动。

而在地市层面，目前粤港澳的协调大多需落实到各市尤其是深圳和珠海两市，但在目前联席会议框架下，各地级市与港澳的合作基本局限在日常性工作层面，遇到重大问题和决策性议题仍需经省甚至中央层面的讨论才能定夺，协调和决策周期较长，在跨界基础设施建设、跨界河流治理和跨境产业区建设等议题上表现得尤为明显。

李建平就此建议，在组织架构层面可由国家发改委、广东省政府和香港、澳门特区政府组成粤港澳大湾区发展合作委员会，在此框架下修订粤港、粤澳合作联席会议，每年定期召开全体委员会议，协调解决粤港澳大湾区发展中的重大问题和合作事项，明确粤港、粤澳合作联席会议的工作方向和重点。

同时，在执行层面可以更灵活，可视协调需要探索构建粤港澳三方协同合作的专责小组，如大湾区全域旅游专责小组、应对气候变化专责小组和推进珠江口水路交通运输专责小组等。在条件允许的情况下，建议中央和省政府可以通过行政协议或行政授权方式，将一些具体的日常事务协作下移至珠三角各地市层面，提高地方政府参与大湾区发展治理的能动性。

## 习近平在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告摘录

2017-10

香港、澳门发展同内地发展紧密相连。要支持香港、澳门融入国家发展大局，以粤港澳大湾区建设、粤港澳合作、泛珠三角区域合作等为重点，全面推进内地同香港、澳门互利合作，制定完善便利香港、澳门居民在内地发展的政策措施。

## 李克强：研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划

新华社 2017-08

十二届全国人大五次会议 5 日上午 9 时将在人民大会堂开幕，听取和审议国务院总理李克强关于政府工作的报告。

李克强：

各位代表！过去一年，国防和军队改革取得重大突破，军队革命化现代化正规化建设取得新进展新成就。新的一年，我们要继续坚持以党在新形势下的强军目标为引领，推进政治建军、改革强军、依法治军，强化练兵备战，坚决有效维护国家主权、安全、发展利益。坚持党对军队的绝对领导，维护和贯彻军委主席负责制。持续深化国防和军队改革。强化海空边防管控，周密组织反恐维稳、国际维和、远海护航等重要行动。提高国防科技自主创新能力，加快现代后勤建设和装备发展。加强国防动员和后备力量建设。促进经济建设和国防建设协调、平衡、兼容发展，深化国防科技工业体制改革，推动军民融合深度发展。各级政府要以更加扎实有力的举措，支持国防和军队改革建设，让军政军民团结之树根深、枝繁、叶茂！

各位代表！我们要继续全面准确贯彻“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方针，严格依照宪法和基本法办事，确保“一国两制”在香港、澳门实践不动摇、不走样、不变形。全力支持香港、澳门特别行政区行政长官和政府依法施政，发展经济、改善民生、推进民主、促进和谐。“港独”是没有出路的。要推动内地与港澳深化合作，研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划，发挥港澳独特优势，提升在国家经济发展和对外开放中的地位与功能。我们对香港、澳门保持长期繁荣稳定始终充满信心。

我们要深入贯彻对台工作大政方针，坚持一个中国原则，维护“九二共识”共同政治基础，维护国家主权和领土完整，维护两岸关系和平发展和台海和平稳定。坚决反对和遏制“台独”分裂活动，绝不允许任何人以任何形式、任何名义把台湾从祖国分裂出去。要持续推进两岸经济社会融合发展，为台湾同胞尤其是青年在大陆学习、就业、创业、生活提供更多便利。两岸同胞要共担民族大义，坚定不移推动祖国和平统一进程，共同创造所有中国人的幸福生活和美好明天。

## 李克强谈粤港澳大湾区：把它建成世界级大湾区

2018-03

中国青年网

3 月 20 日上午十三届全国人大一次会议闭幕后，国务院总理李克强在人民大会堂三楼金色大厅会见采访十三届全国人大一次会议的中外记者并回答记者

提出的问题。

香港凤凰卫视记者：总理您好，我们注意到在您今年所做的政府工作报告中提到建设粤港澳大湾区，支持香港和澳门融入国家发展大局，全面推进内地和港澳的互利合作。但是在香港也有担忧，担心这一做法是否会让香港失去自身的特色和定位，会不会影响到“一国两制”的落实，甚至模糊“两制”的界线。您怎样看？谢谢。

李克强：我们要建设粤港澳大湾区，把它建成世界级的大湾区，重要的原因就是三地有各自独特的优势，能够形成互补，否则就谈不上一个有世界竞争力的大湾区了。现在大湾区的规划纲要正在制定过程当中，很快会出台实施，港澳居民到内地来，特别是到广东来工作、生活，在住房、教育、交通等诸多方面将逐步享受同等的待遇。我们愿意和港澳同胞一起共享国家发展的机遇。

至于说香港、澳门融入国家发展大局，我们当然会坚持“一国两制”、“港人治港”、“澳人治澳”、高度自治的方针，我们和其他国家都可以共同发展、互利共赢，更何况内地和港澳同属一个国家，在“一国两制”下，会更好发挥各自的优势，形成互补，打造新的增长极。谢谢。

### **胡春华：大力推进大湾区建设提升粤港澳合作水平**

《南方日报》2017-08

7月7日下午，广东省委书记胡春华主持召开省委常委会议，传达学习习近平总书记在庆祝香港回归祖国20周年大会暨香港特别行政区第五届政府就职典礼上的重要讲话精神，强调要切实将思想和行动统一到习近平总书记重要讲话精神上来，大力推进粤港澳大湾区建设，不断提升粤港澳合作水平，为谱写“一国两制”实践新篇章作出新的更大贡献。会议还传达学习了全国人大常委会召开的推进县乡人大工作和建设经验交流会精神，听取了全省推动创新驱动发展补齐创新短板工作和中国（广东）知识产权保护中心建设进展情况的汇报。

会议指出，在庆祝香港回归祖国20周年的重要历史时刻，习近平总书记亲临香港视察，并发表重要讲话，全面回顾香港回归祖国20年走过的不平凡历程，深刻总结“一国两制”在香港实践的成功经验，为香港发展指路引航、加油鼓劲，增强了香港同胞与祖国同进步、共发展的坚定信心，对继续成功推进“一国两制”伟大事业具有重大而深远的意义。广东一定要深入贯彻落实好习近平总书记重要讲话精神，按照中央统一部署，不断提升粤港澳合作水平，支持港澳长期繁荣稳定发展。

会议强调，要携手港澳把推进大湾区建设框架协议合作内容做细做实，加快建设更具活力的世界级经济区、粤港澳深度合作示范区、“一带一路”建设重要支撑区、宜居宜业宜游优质生活圈，合力打造国际一流湾区和世界级城市群。要加强务实合作，认真组织与香港、澳门的工作对接会，充分沟通了解彼此发

展规划和合作需求，围绕经贸、科教、金融、旅游和区域重大基础设施建设等谋划推进更多合作项目，找准合作着力点和突破口，推动合作取得实实在在的成效。

会议强调，全省各级党委、人大要认真贯彻落实《全国人大常委会党组关于加强县乡人大工作和建设的若干意见》，按照中央决策部署，扎实做好我省县乡人大工作，巩固党的执政基础，加强基层国家政权建设。要高度重视补齐创新短板工作，集中力量实施好企业研发机构建设、高校科技研发能力提升、核心关键技术攻关、创新人才队伍建设等专项行动，强化责任狠抓落实，为我省建设国家科技产业创新中心提供有力支撑。要加快推进中国（广东）知识产权保护中心建设，提升知识产权创造、运用、保护和管理水平，营造鼓励和保护创新的营商环境，汇集更多创新成果到广东转化。

会议还研究了其他事项。

## 胡春华：粤港澳大湾区以打造世界级经济区为目标

中国新闻网 2017-08

由国家发展和改革委员会主办的“携手共建粤港澳大湾区合力打造世界级城市群”论坛 1 日在香港举行，中共广东省委书记胡春华表示，要努力把粤港澳大湾区建设成为更有活力经济区，并以打造世界级经济区为目标，充份发挥粤港澳综合优势。

胡春华在论坛上致辞时表示，国家主席习近平 1 日亲自见证了《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》签署，充份体现了中央对保持港澳长期繁荣稳定、深化粤港澳合作发展的高度重视，标志着粤港澳大湾区建设全面启动。

胡春华称，大湾区建设要以打造世界级经济区为目标，粤港澳三地的经济需要转型升级，进一步优化产能，要从前店后厂向协同发展转变，从单向的技术引进向协同创新转变，建设成具有科技产业的创新中心和国际开放合作的枢纽。

香港特区行政长官林郑月娥表示，粤港澳大湾区拥有世界最具规模的港口区、机场群，有潜力成为全球最大的航运和物流中心。香港在高增值专业海运服务发展蓬勃，熟悉国际贸易活动的营运和规则制定过程，并拥有大量这方面的人才和全球网络关系。在航空方面，香港国际机场是成熟的国际及区域航空枢纽，拥有完善的国际航线网络。凭藉香港作为国际航运中心的优势，将带动大湾区其他城市共建世界级港口群和空港群，以至成为亚太区的高端航运服务业群，并配合国家“一带一路”策略。

林郑月娥又指出，香港科技人才鼎盛，拥有 43 位中国科学院和中国工程院院士，而香港工程科学院和港科院亦分别拥有 69 位和 29 位杰出院士；香港近年也先后成立了香港国际航空学院和港铁学院培养航运人才。这个重要的人才

库将为粤港澳大湾区提供源源不绝的科研动力。

澳门特区行政长官崔世安表示，澳门特区将不断充实“世界旅游休闲中心”的功能，重点打造服务湾区、面向世界的“旅游教育培训基地”；继续发挥“中国与葡语国家商贸合作服务平台”的优势，着力在中葡金融合作领域，为粤港澳三地创造机会；探索构建“以中华文化为主流，多元文化共存”的交流合作基地，善用中西文化在澳门交汇 400 余年的历史积淀，助力建设文化大湾区。

崔世安表示，当前及今后一段时间，澳门特区要做好澳门自身建设，在澳门落实首份五年规划的过程中，统筹协调建设“一中心、一平台”、策划构建“一基地”、经济适度多元发展、参与“一带一路”等各项重大工作，与粤港澳大湾区建设形成发展合力。

### 三 专家观点

## 广东省人大常委会主任黄龙云：粤港澳三地立法学界交流与合作具有广阔前景

2017-01

《人民之声》

1月10日，由广东省立法研究所主办的粤港澳三地立法学专家立法交流研讨会在广州召开。会前，省人大常委会主任黄龙云会见粤港澳三地与会专家。

黄龙云指出，粤港澳三地在经贸人文等方面的交流与合作卓有成效。近年来，粤港澳正逐渐走向深度合作的层面。港澳地区的法学理论、法治实践、法律制度、法治文化与市场经济建设发展关系密切，积累了丰富的经验，值得学习和借鉴。加强粤港澳三地的立法学交流研讨，打造并利用好研讨会这一交流平台，深入研究三地经济社会发展过程中的立法理论和实务问题，对推进粤港澳合作，进一步完善相关法律政策和实践交流具有重要的意义，三地立法学界的交流与合作具有广阔前景。在粤港澳三地立法学专家立法交流研讨会上，省人大常委会副主任张广宁出席并讲话。张广宁指出，市场经济是法治经济，广东省要营造良好营商环境，如何发挥立法在全面深化改革中的引领和推动作用，打造符合良好营商环境要求的法治环境，提供制度化和规范化的法治机制保障，是摆在立法人面前的重大课题。港澳地区在法治方面积累了丰富经验，尤其是以法治保障市场经济发展的成功经验，值得借鉴学习。希望三地在交流研讨会的基础上通过广东省立法研究所这个平台加强联系、深化合作，学习新理念、新思维和新方法，取长补短，加强和改进地方立法工作。张广宁强调，加强和改进地方立法工作，增强立法的科学性和可操作性，需要总结、分析和运用好

这次交流研讨会的成果，借鉴港澳地区立法工作经验，进一步完善地方立法工作。交流研讨会将促进广东人大立法队伍专业化，并进一步推动扩大公众参与的广泛性。港澳地区在拥有一批熟悉法律精神和规定、法律起草专业技术的专业人士基础上，进行相对集中、专业化的立法工作的做法值得广东思考和借鉴；港澳地区的法律可操作性强的一个重要因素之一，就是采用多种渠道和途径，充分听取和反映社会各方面的意见，注重协调各方面意见。广东立法要做到“兼听则明”，健全立法机关和社会公众沟通机制，拓展社会公众有序参与立法途径；重视对各个利益群体意见的征集，尽量将征求意见的工作前移，设计便于公众参与的意见征集方式，降低公众参与立法成本。

广东经济学会常务副会长陈鸿宇：建设粤港澳大湾区要扬港澳所长，尽广东所能

《21世纪经济报道》2017-09

陈鸿宇认为，湾区经济的根本特征是产业集群和城市群的结合，而其背后是市场、交通信息三层网络的集成。当前，粤港澳地区的这三层网络均存在碎片化问题。粤港澳大湾区建设的关键就是要形成三层网络的密度和厚度，既需要推动三地交通基础设施等方面的“硬对接”，也需要推动文化、制度方面的“软对接”。

陈鸿宇强调，建设粤港澳大湾区是国家所需，要扬港澳所长，知广东所短，尽广东所能。

支撑湾区经济的三层网络

《21世纪》：如何理解湾区，湾区经济的特征是什么？

陈鸿宇：湾区经济有一定的衡量标准，一是要有产业的集群，就是人们常说的滨海产业带或者沿海产业带；二是要有大都市区，有城市群，而不是单一的单体城市。

这两个是看得见的，背后看不见的是网络。网络是大湾区形成的基本条件，将产业集群要素和城市群要素聚合起来，达成集聚效应和规模收益。这样的网络包括三个层次：

一是市场网络。供方跟求方相互的联系、相互呼应，这就包括金融网络、技术网络的集群，也包括供方和求方之间布局的紧密程度。

二是交通网络。沿海的运输成本肯定比内陆运输要便宜，因为它的交通网络是立体的，形成要素流动的枢纽。湾区的腹地是超出湾区本身行政区域以外的，旧金山湾区的辐射能力可以到达全球许多角落，比如深圳。比较湾区的大小是没有意义的，比的是质量、辐射能力。

三是信息网络。首先是市场信息、交通信息。例如哪里有供，哪里有求，选择哪种交通方式最省钱。其中最重要的是创新信息，包括创新的资源利用信

息网络扩散到周边地区去。如果创新的网络不行，创新的沟壑相当深，信息照样流不出去。

这三层网络就像一个三明治一样，三层叠加，缺一不可。

《21 世纪》：所以重点应该回到网络上，而不是讨论规模？

陈鸿宇：建设粤港澳大湾区，需要研究的基本问题，一是网络本身构建得怎么样，跟其它湾区相比缺少了哪一样？二是它结合的程度怎么样？

周其仁有一个演讲（北京大学经济学家周其仁 6 月 20 日在粤港澳大湾区论坛的发言，记者注），说的是创新的浓汤。而我说的一是密度，包括交通。例如各种交通方式在一定的地块里密度，每平方公里的地铁数、轨道交通数、高速公路数，也包括市场网络度、地均投资的钱度，GDP 的强度，还有大学生的数量、金融中心的各种指标。二是厚度，三层网络必须是一个整体，如果某一个地方某一环节是薄弱的，那么这三层网络会形成空洞，不能构成一个整体。

扬港澳所长，尽广东所能

《21 世纪》：用三个网络的视角看，粤港澳大湾区建设需要突破的关键点在什么地方？

陈鸿宇：包含三个层次的问题。

一是市场网络碎片化。原来粤港澳合作的模式是前店后厂，后来转向前店后网，主要的门店在香港，但转变尚未完成。

关键是香港的服务业本身要找到服务对象，香港在经济上怎么跟广东的产业结融为一体。广东搞自贸试验区，目的之一也是给香港服务业进入的平台。

二是交通网络碎片化。（粤港澳）港口、空港、轨道交通等基础设施还需要进一步完善，要突出交通枢纽的功能，要实现分布的均衡，尤其是珠江口东西岸的对接。

三是粤港澳间信息网络的碎片化。这包括信息、制度差异，而制度差异又造成信息壁垒。另一个就是缺乏可利用的大数据平台，信息网络不畅通造成营商环境、电子政务、电子商务也难以畅通。

《21 世纪》：《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》在合作目标中提出，要努力将粤港澳大湾区建设成为更具活力的经济区、宜居宜业宜游的优质生活圈和内地与港澳深度合作的示范区，携手打造国际一流湾区和世界级城市群。如何看待广东在粤港澳大湾区建设中的定位和策略？

陈鸿宇：粤港澳大湾区建设是国家所需。要解决新的发展引擎，拓展新的发展空间，寻找新动力。

“国家所需”要做的就是扩展空间，推动“一带一路”倡议。在《政府工作报告》中有两句话，就是“发挥港澳独特优势，提升在国家经济发展和对外开放中的地位和功能”。

国家所需与香港所长有交集。今年6月30日，国家主席习近平出席香港特别行政区政府欢迎晚宴并发表重要讲话，指出香港具有很多有利条件和独特优势。其中提及了四点：一是经济高度自由开放，人员、货物、资金等要素自由流动，这是吸引国际资本、留住本地资本的重要因素；二是香港法律、会计、监管等制度同国际接轨，服务业完备，政府廉洁高效、营商环境便利，深得外来投资者信任；三是香港是重要的国际金融、航运、贸易中心，是连接内地和国际市场的重要中介；四是香港享有“一国两制”的制度优势，不仅能够分享内地的广阔市场和发展机遇，而且经常作为国家对外开放“先行先试”的试验场，占得发展先机。

这四个“香港所长”，就是四个“广东所短”。广东要对照“国家所需、香港所长”，找一找“广东所短”，明确一下市场、交通、信息三层网络的短板。

广东要做的就是急国家所需，扬港澳所长，知广东所短，尽广东所能。通过这个就可以看见这三个网络的碎片区、空洞区，看见哪些问题在哪个层面上不符合国家所需的要求，不符合扬港澳所长的要求，不符合尽广东所能的要求。

谈到港澳所长，港澳本身要处理好，政策要相互包容，要素要流动。这就涉及到广东跟港澳之间的对接，包括“硬对接”和“软对接”。“硬对接”容易看到，如交通设施、人员往来，“软对接”是体制机制、文化方面。

#### 推动粤港澳“软对接”

《21世纪》：从可操作层面具体如何推动粤港澳之间的“软对接”？

陈鸿宇：从问题导向出发，要重点推进以下几个方面的对接：

第一，机制的对接，要提出具体策略。一是虽然原则定了，但要细化。二是大湾区有一个CEPA协议及其补充协议，已经签得不少，要逐条梳理整合，全面落实。三是简化管控程序，优化审批流程，包括（港澳人才）到内地的待遇问题、社会保障问题。四是调整广东省内往返港澳的相关规定，鼓励社会各界合作交流，共建智库。

第二，信息的对接。为解决粤港澳三地的信息壁垒问题，要设立专门的信息对接机构。建立三个平台，一是政府监管部门的政务平台，联通各个政府部门，包括海关、进出口检验检疫、税务、食品药品、环保等。二是科技平台，包括科技创新、科技成果的应用的信息，延伸穗深港科技创新走廊，鼓励香港、澳门的大学和研究机构联合海外研发团队在大湾区内成立产业研究院，加快成果转化。广东省政府要引导支持港澳资金进入珠三角，兴办各种创投风投机构。三是知识产权平台，三地要共建资质互认、电子商务这些企业共享的大数据平台。

郭万达：大湾区规划落实需要强有力的协调机制

在此之前，“9+2”组合、经济总量超世界三大湾区，加上来自国家层面的肯定，使得粤港澳大湾区已成为过去一年中最炙手可热的概念之一，同时对于其所面临的现实障碍的讨论，也从未停止。

跨越了行政区划的大湾区如何进行区域间协调？在“一国两制”框架下，将综合改革和粤港澳市场一体化共同推向深入的可行步骤是什么？而在其中，GDP达2.2万亿元的深圳定位又是什么？

1月19日，时代周报记者就以上问题专访了中国（深圳）综合开发研究院常务副院长郭万达。该研究院是首批25家国家高端智库建设试点单位之一。立足于国家宏观经济与产业政策、粤港澳区域一体化发展的长期研究，郭万达对以上问题发表了自己的看法。

**跨区域协调机制非常重要**

时代周报：和过去的特区、自贸区试验不同，粤港澳大湾区实际上跨越了行政区划，在这种情况下，如何推进区域协调？

郭万达：湾区具备地理上的某个特征，从而超越了行政区划的划分。不同于过去的特区、自贸区的经济试验，大湾区是综合的改革开放，已经超出经济领域，涉及大城市发展的各个方面，包括环保、交通、基础设施、城市功能，甚至包括协调机制。

跨越了行政区划，又是一个综合的大都市区，大湾区在某种程度上既要有中央政府的很多支持，又要有跨不同区域城市之间的协调和联动。在这个层面上，顶层设计加上地方的互动、湾区的协调机制和制度安排非常重要，所以旧金山有湾区委员会，纽约有跨州的港口管理局，来协调跨区域的法律和关系。

时代周报：粤港澳大湾区的提出对中国城市当下的发展有什么特殊含义？

郭万达：这表明中国的城市要打破行政区划，形成基于市场的大都市圈，使得城市之间更加有机地结合，让要素能够自由流动使得配置资源的效率更高。大都市的单词是“metropolitan”，metro本身就有大的含义，另一个含义是轨道，这意味着要联通。表示大都市群还有一个单词是commuting，就是通勤，意味着城市间上下班要方便。目前我们提出的“城市群”还没到这个阶段，但实质上大家的观念也在逐渐发生变化。前两天深圳《政府工作报告》中，也提出深圳要构建更加均衡更有辐射力的大都市圈。

时代周报：你认为未来大湾区应该是政策主导还是市场主导？两者应该扮演什么角色？

郭万达：政府和市场两只手都很重要，这点是毫无疑问的。首先，大湾区的规划应该由政府来主导，因为城市群规划本身就是一个公共产品，代表公共

利益。政府和市场的区别就是政府负责管公共产品，市场负责管私人产品，可以请企业来做，但一定是政府主导。第二，在规划的基础之上，发展什么样的产业应该由市场和企业作为主体。但在我们国家，往往政府很喜欢去做产业的事情，一定要规划你该干什么。

针对政府在产业发展中的作用，我不会去一棍子打死它，但一定要分清楚几个概念：产业规划、产业政策和产业竞争政策是有关联又有区别的。产业规划并非没有一点作用，但只在经济 and 产业发展相对落后的地区产生作用，在可以复制模仿的产业发展初期有作用。到了某个阶段后，产业规划应该让位于产业政策，更多是着眼于某一类型的政策，比如鼓励创新的政策。而产业竞争的政策则更多是针对中小企业。

以深圳为例，这几年深圳更加着重的是产业政策。尽管美国也有信息高速公路、癌症“登月”计划等科技政策，但这不同于产业规划。

建议在“一国两制”框架下作一些相应的法律安排

时代周报：大湾区最终目标应是市场在资源配置中发挥决定性作用，就目前现状来看，你觉得距离建立一个共同市场环境还缺少哪些要素？大湾区涉及港澳地区，在“一国两制”框架下应如何去完善？

郭万达：当我们说共同市场时，实质上是把欧盟作为一个参照体系，尽管也有人提，但我不太倾向于用“共同市场”来对应粤港澳大湾区。因为在我看来，它短时间达不到“共同市场”的程度。但有没有可能做一些其他有益的事情来接近市场一体化呢？我认为有的。

首先，粤港澳大湾区因为涉及港澳地区，而且是不同的关税区，不同的法律体系，所以是否可以法律先行，在“一国两制”的框架下做一些相应的法律安排。例如纽约与新泽西港口管理局，这个局是由纽约州和新泽西州协议成立的第三部门交通管理机构。不仅管理纽约的港口，还有机场和“9·11”事件被炸的世贸中心，现在管理得很好。但在20世纪20年代，两个州相互吵得很厉害，后来是美国国会批准成立了这个管理局，而且有专门的法律，这个法律两个州都要共同遵守，甚至互派警察。

再举一个迪拜的例子。迪拜只是阿拉伯联合酋长国下面的一个城市，当年它要建金融中心时，先是到新加坡、香港去考察，之后专门制定了一个迪拜的国际金融中心基本法。如果不是有了这个《基本法》，迪拜也发展不起来。所以暂且不说共同市场，而是先思考在“一国两制”框架下如何去丰富实践，我认为可以借鉴纽新航港局或者迪拜的案例。我的建议就是法律框架先行，因为这是一个前提，在这个框架下才可以去做各种各样的规定，才谈得上更具体的实施步骤。这一步如果做到了，就是很大很大的突破了。

时代周报：在建立共同法制框架的目标下，又该采取什么样的步骤？

郭万达：现在大湾区规划主要由国家发改委牵头制定，但规划制定后怎么去落实，这要靠各相关部门和粤港澳三地政府共同努力，要中央高层来牵头组织实施。大湾区的合作发展涉及“一国两制”下不同关税区和法律管辖区之间的人员、货物、资金、信息等跨境通(18.620, -0.13, -0.69%)关流动，这超出了发改委的职权范围。

虽然这条路很长，但当年欧盟一体化从提出到完善也花了接近 50 年时间，刚成立时叫煤钢联盟，再后来形成关税同盟、货币一体化，再到形成欧盟宪法。我们未必需要花那么长时间，但当你开始行动去做这件事情的时候，它就不一样了。

深圳的轨道要跨到珠西去

时代周报：和其他湾区不同的是，粤港澳大湾区可能不是一个中心而是多中心，深圳无疑会在其中扮演重要角色。具体来讲，深圳的定位是怎样的？

郭万达：在大湾区下，香港、深圳、广州、澳门是核心城市，尽管有人说澳门小，但它国际化程度很高，是自由贸易港，而且处在珠江西岸，所以澳门的地位也是很重要的。在这当中，深圳应该是一个很重要的角色，因为它在珠江东岸，和香港、东莞、惠州本身属于一个大都市区。如果粤港澳大湾区是一个大都市圈，那深港惠莞就是一个大都市区，特别是港深都市区将发挥很重要的作用。我的看法是，深圳的轨道一定要跨到珠江西岸去，应加快建设“湾区轨道环线”，这样使得深圳的辐射范围更大，并且对于优化珠三角区域空间结构、促进广东三大自贸片区融合共享发展、推动粤港澳大湾区世界级城市群建设有重要战略意义。另外，深圳一个毋庸置疑的角色是创新。深圳的 PCT 国际专利申请量已经连续十几年全国第一，总量占到全国的一半。

时代周报：就深圳的现实状况而言，它离这样一个定位和作用的发挥，目前还存在哪些现实障碍？

郭万达：首先是交通基础设施需要更多联通。就是要实现通勤，现在显然还不够，有时候从香港一些地方过关到深圳，全程还需要两三个小时。如果地铁多几条线，通关上能更加方便，离通勤的目标就会更近一些。其次在产业上，香港的优质高教资源可以和深圳结合起来。再次，香港和深圳之间现在有一平方公里的落马洲河套地区，将来可以和长 30 多公里的深圳河开放叠加，对深港合作来说是一次加深了解和凝聚共识的机会。

时代周报：在珠三角各市，发展程度不同是现实状况。在此基础上，行政区划是否会对市场一体化形成阻碍？

郭万达：这个协同某种程度上就是基础设施联通，因为之后的要素流通主要取决于市场。其次，在国外大都市圈对 GDP 考核是不太关注的，你去查纽约或者硅谷的 GDP 根本查不到，他们主要关注就业指标。从这个角度来看，我认

为将来要增加统计大湾区的人口和就业指标。不要去太过于计较 GDP，但税收一定是属地化原则。就业和税收才是最重要的两个指标。

新浪声明：此消息系转载自新浪合作媒体，新浪网登载此文出于传递更多信息之目的，并不意味着赞同其观点或证实其描述。文章内容仅供参考，不构成投资建议。投资者据此操作，风险自担。

## 构建粤港澳大湾区的法制合作体系

黄志勇教授

《新经济-专题报道》2017-01

我着重说两个方面，第一是粤港澳法制现状的突出问题。现在的法制现状是什么？是一国两制三个独立的法律体系，一国两制这个不用解释，大家都清楚，三个独特的法律体系就是香港、澳门和广东，这三个地方的法律体系是完全不同的。三套不同的法制体系相互之间是没有法律的管辖权的，相互之间法律是完全不同的，香港是英美普通法，澳门是葡萄牙的法制译成中文而已，广东是我们内地的法律制度。三个地方的法律体系不同，各自法院之间没有相互配合和管辖权，又还没有一个可以共同管辖这三个不同法律区域的更高上层的法制来管，就是说中国的最高人民法院是没办法管香港的终审法院和澳门的终审法院。这个现状就造成了如下几个突出的问题，第一个就是司法合作存在着巨大的障碍，香港的法院，广东的法院，澳门的法院，他们的判决书在各地是不被互相承认法律效力的。如果粤港澳企业之间进行贸易，如果哪一方发生违反合约发生法律纠纷，究竟选择香港起诉还是在澳门起诉还是在内地的法院起诉？不管在哪里起诉，你得到的判决书在其他两个法院是得不到法律效力的认可的，这是一个非常重大的问题，司法合作存在巨大障碍。第二个就是区际法律冲突一直没有得到解决，就是香港、澳门和广东是三个不同区域的法律冲突始终没有得到有效解决。第三个问题就是三地之间的法律传统和法制观念差异巨大，相对来说香港的法制比较健全，他的法律意识比我们内地甚至是澳门都要强一些。我们正在山人治走向法治的过程之中，尤其是内地存在这样一些情况。比如说你在任广州市市长的时候，你招商引资把我引进来了，我签订了很多以政府的名义合作的协议，但一旦你离任了，后面的市长就不一定认可。这是国外的投资者、包括我国香港特区的一些企业家们的很大担忧。我觉得这三个是比较重要的问题。

接下来我讲第二个方面，就是构建粤港澳大湾区法制体系的儿点对策。我认为第一就是要在立法上突破，由全国人大来牵头建立区际冲突法律，要立法。香港回归已近 20 年，澳门回归也已经 18 年了，这么长时间，我们一直没有解决这个法律冲突，就是因为没有区际法律冲突法。立法方面全国人大是有主动权的，可以制订一个区际冲突法来解这种法律冲突。第二，要加强三个地方的

司法机关解决纠纷的合作机制。现在三个地方的法院、检察院包括公安机关有时会对某一个案子临时进行一些合作，但并没有形成制度。比如出现了非常大的刑事案件，公安机关会协作抓这个逃犯，但真正的机制并不是靠每个个案来这样做的，是靠建立一套机制。另外法院和法院之间，作为一个国家，不能够不相互承认各自的判决书效力，比如香港人在内地涉嫌合同诈骗，跑回香港，广东判了他要赔，拿判决书跑到香港去，香港不给你执行也没有办法，像这些问题不解决不行。第三个建议就要冲破时空限制，建立比较完备的仲裁机制。这个问题现在有一定进展，广州仲裁委员会在南沙搞了一个国际仲裁平台，这个仲裁是全世界都可以承认的。法院的判决是一个司法判决的公权力，他跟国家的意识形态有比较密切的联系。所以，我觉得应该冲破时空的限制，建立一个比较完善的仲裁机构。将来粤港澳三地的企业合作可以在解决纠纷的条款中写上如果发生纠纷就到广州南沙等地的国际仲裁平台上进行仲裁，一旦仲裁，三地就要承认仲裁的法律效力。

全国人大代表陈曼琪陈曼琪：大湾区可先在法律和安老方面试行合作发展

2018-03

《紫荆网》

政府工作报告显示了国家全面依法治国，推进国家治理体系及能力现代化的成果，也是改善民生的实际成果。工作报告充分肯定香港工作新进展，是中央对香港重视，给香港更加大力支持，也给“一国两制”新政治定位，便是将香港融入国家大发展，以粤港澳大湾区发展，为香港提供最快的战略发展部署，将香港繁荣稳定成为中华民族伟大复兴中国梦的一部分。我完全支持工作报告。

工作报告有关扎实推进区域协调发展战略方面，我针对法律服务及安老产业提出建议。

法律服务方面，我建议：1、在“一国两制”框架下，在大湾区成立粤港澳大湾区法律服务专区，推广一站式三地法律服务产业；2、三地法律服务团体联合成立大湾区律师协会，三地法律团体会员自动成为大湾区律师协会会员，为他们提供有系统、有战略的培训，讯息互通，推动深入三地法律合作，以创新大湾区三地联合律所，设立大湾区律师发牌制度，容许通过考核的律师，有条件提供一站式三地法律意见服务为最终目标；3、推出租金优惠、起动基金，扶持香港中小型律所及年青大律师在大湾区开展事业，改善香港法律界在香港及内地发展不平衡的状况；4、成立大湾区中小型律所及个人执业大律师的国际人才库，为人才库法律专家提供参与“一带一路”及大湾区法律项目的机会，逐步缩小与国际、大型律所发展差距；5、为进一步服务大湾区协调发展战略，香港的中国委托公证人制度要写入国家公证法，让有关香港公证制度有上位法。

对于2018年政府工作的建议，提到积极应对人口老化，发展居家养老，提

高养老院服务质量，在粤港澳大湾区发展安老产业，是全面推进内地与香港互利合作，共同解决人口急速老化的挑战。

安老产业方面，我建议：1、考虑在距离香港一小时生活圈范围内，建立港式安老院群，舒缓香港长期不足的安老设施；2、鼓励金融机构提供港人长者，以内地自住房产申请的安老按揭，按揭期间每月向他们发放一笔生活费，为香港部分退休人士提供多一个往内地“居家安老”的选择，也可以为内地发展居家养老方向作试点；3、实行两地护老行业的“师友计划”，让香港的专业护理员、物理治疗师、护士等“以老带新”，到大湾区发展专业安老服务产业，提供内地养老服务专业水平。

最后，内地与香港政府应在大湾区法律及安老产业尽快加强领导层次交流、合作、协调，成立专责工作组，重视专业界意见，做好协调各市、各县政府工作，由两地政府牵头创新推动大湾区发展战略。

全国人大代表林笑云：推进粤港澳大湾区法治建设与融合

2018-03

《人民法院报》

2017年7月1日，内地与港澳三地签署了《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》，为港澳地区搭乘国家高速发展快车提供了前所未有的机遇。今年政府工作报告也指出，要“出台实施粤港澳大湾区发展规划，全面推进内地同香港、澳门互利合作”。

全国人大代表、全国人大常委会澳门基本法委员会委员林笑云表示，通过近一年来的实践发展可以看出，公平稳定的法治化营商环境是粤港澳大湾区实现融合发展的磐石，对于目前大湾区建设中面临的法律冲突问题，她建议从三个方面促进大湾区法治化生态环境的建立。

一是在解决区际法律冲突问题上，确立三地民商事法律适用的准据法；二是为高效解决三地经贸争议，创建三地乃至国际认可的民事调解或仲裁解决商事纠纷的机制，并建立完善配套制度；三是粤港澳三地政府应为各自法律工作者展开针对全国性法律和其他两个地方法律制度的培训工作，为三地法律人才奠定合作基础。

林笑云对近年来内地法院的工作成绩表示赞赏，她在审议法院工作报告时表示，近年司法改革成绩有目共睹，破解立案难、执行难问题进展很大，司法公开深入推进，重视律师对践行公正司法的作用，但案多人少问题尚未根本解决，建议加强对地方法院的指导和监督，开展法官专业知识、办案能力和职业道德培训。

林笑云表示，希望通过实现粤港澳大湾区法治建设与融合，推动区域协同发展，让港澳同胞与祖国人民共担民族复兴的历史责任、共享伟大祖国的繁荣

富强。

深圳大学法学副教授张淑钿：大湾区合作需跨越法律冲突

2017-11

《大公网》

粤港澳大湾区合作虽纳入中央的顶层设计，但如何跨越法律制度的冲突进行跨区域规划的协调，仍然需要探索。深圳大学法学副教授张淑钿九日在“纪念香港回归二十周年法律研讨会上”表示，对于大湾区建设中可能出现的商事纠纷，粤港澳三地有必要合作建设国际法律服务和商事争议解决中心。

“一个国家、两种制度是粤港澳大湾区显著的特点。”张淑钿认为，粤港澳大湾区合作应发挥“一国两制”下基本赋予港澳特区的制度和管治权力优势，发挥香港和澳门作为内地与世界“超级联系人”的作用，借助制度多样化，实现三地更有突破性的优势互补。

张淑钿表示，经济合作一直是粤港澳合作的重点，与经济合作大步向前不同，粤港澳法律合作仍然存在很多问题。她更直言，由于法律冲突引发的合作困难，近年来已在多个事件中凸显，法律冲突是粤港澳大湾区区域规划时面临的重要问题。

张淑钿表示，在长达 20 多年的合作中，粤港澳三地欠缺共同构建的纠纷解决机制，一直被认为是三地合作的制度缺陷而深受诟病。她认为，无论是未来粤港澳大湾区建设中可能出现的商事纠纷解决，还是服务于国家“一带一路”战略推进，粤港澳大湾区都有必要合作建设国际法律服务和商事争议解决中心，此举也有助于维护和提升香港作为亚太区国际法律和争议解决服务中心的地位。

省委常委、政法委书记何忠友：完善法治化营商环境推动粤港澳大湾区建设

2018-01

《南方日报》

26 日上午，省委常委、政法委书记何忠友参加省政协十二届一次会议第 22 组、23 组特邀人士的分组审议时表示，省政府工作报告很好地体现了习近平新时代中国特色社会主义思想，以及习近平总书记对广东工作的重要指示批示精神。报告牢牢抓住了高质量发展的根本要求，体现了以人民为中心的发展思想。

在上午的小组讨论中，各位委员围绕如何推动创新驱动发展、粤港澳大湾区建设、乡村振兴战略等工作积极建言。何忠友认真听取委员们的讨论，记录提案和建议，并与委员们作了深入交流。何忠友认为，广东过去五年取得了历史性的重大成就，报告充分体现了新发展理念，突出高质量发展，突出创新驱动，突出区域协调发展，突出民生，对今后五年工作的谋篇布局科学合理、求真务实，提出的目标催人奋进。

何忠友指出，创造更好的法治化营商环境，提升粤港澳大湾区的国际竞争力。首先要提高吸引力，在引进人才、吸引资金、吸引创新技术等方面制定更有针对性的措施，与此同时，大力推进珠三角东西岸交通基础设施建设，促进大湾区人流、物流、资金流、信息流的互联互通。何忠友还强调，在推进乡村振兴战略，建设社会主义新农村的过程中，要有序开展农村土地利用规划，充分发挥农民的主体作用，努力实现产业兴旺，促进农民增收。

### 余淼杰：发展粤港澳大湾区，重在顶层统筹设计

未来发展应突出地区差异性，强调培植九大城市之间的核心竞争力；重中之重在于有科学合理的顶层设计、统筹规划。未来的粤港澳大湾区，不应停留在过去常提的“前店后厂”模式；要想把粤港澳大湾区发展成有类似“自由贸易区”“关税同盟”等具有世界影响力的高端贸易体系安排，政策的另一关键是打通条块，允许各种要素区内自由流动。

粤港澳大湾区是指由广州、深圳、佛山、东莞、惠州（不含龙门）、中山、珠海、江门、肇庆9市和香港、澳门两个特别行政区形成的城市群，跟通常俗称的“大珠江三角洲”地区基本吻合。之所以起名“大湾区”，多少有点跟美国旧金山的湾区媲美的意思。发展粤港澳大湾区的想法不是近日才有，但于新年伊始再谈这个话题显得十分重要。

发展中国经济，自然离不开城镇化和工业化。而发展五大城市群，做好产业集群则是城镇化发展的核心所在。中国的五大城市群，虽说只占了全国面积的一成，但占了四成的人口、六成的GDP，而且还聚集了七成的高校。抓住了五大城市群的发展，就抓住了城镇化的牛鼻子。

五大城市群中，粤港澳大湾区应该说特色鲜明，区内的发展也是相对最充分最平衡的。仔细评点一下五大城市群，不难发现：京津冀城市群，目前实际上是被分成北京和天津两大超大城市，京津之间的北三县、廊坊发展还比较落后。雄安新区是千年大计，但目前还停留在规划论证阶段。长江中游城市群其实目前只有武汉、长沙、南昌3个孤立的大城市。而成渝城市群，客观上成都和重庆之间尚未连成一片。

真正可以跟粤港澳大湾区媲美的是长三角城市群，论经济发展、地区联动、发展潜力都跟粤港澳大湾区不分伯仲。但细看之下，粤港澳大湾区还是有长三角所没有的优势，那就是有港澳。香港成熟的市场经济和国际金融中心地位，不仅可以给大湾区9市带来大市场的规模效应，还可以利用其先进的市场经济运作与管理，给大湾区9市的进一步发展提供借鉴。从这个角度看，粤港澳大湾区的确在5大城市群中有独特的地位，其未来发展不可小觑。

不过，粤港澳大湾区要想在未来取得长足发展，关键得做好以下三件事：

一是允许地区差异，培植各城核心竞争力。

笔者个人认为，发展粤港澳大湾区，“存同”固然重要，但重在“求异”。未来发展应突出地区差异性，强调培植9大城市之间的核心竞争力。这种模式可能跟日本东京-横滨、大阪-神户-名古屋的发展不同，应避免横向、无差异性的“摊大饼”，而多考虑垂直、纵向

发展。在各地现有比较优势产业的基础上，因地制宜，培植发展各自的核心竞争产业，避免无序竞争和可能的重复建设。

具体而言，应继续发挥香港地区金融、物流、会计、离岸贸易的优势，让香港在制度设计、管理运作方面，成为9个内地城市的窗口。而对于东莞、惠州，则重在加工贸易的“腾笼换鸟”和转型升级。深圳应努力培植成全国乃至亚洲最先进的科技创新中心。正如今天的美国硅谷，之所以比原来的底特律汽车城有活力，不在于具体产业的异同，而在于硅谷是全球创新的中心，江湖地位无可取代。

值得一提的是，粤港澳大湾区的发展，应避免“亮了东岸，暗了西岸”的误区。位于珠江西岸的佛山、珠海、中山、江门4市宜抓住时机大力发展白色家电及其他高端制造业。而广州作为广东省会，则应在贸易和文化发展方面多下功夫。肇庆地处大湾区最内陆，旅游资源丰富，“绿水青山就是金山银山”，可以继续大力发展旅游业，并打造成先进的农业基地，成为大湾区的后花园。

二是城市群建设，顶层设计要先行。

粤港澳大湾区的建设，重中之重在于有科学合理的顶层设计、统筹规划。未来成功的粤港澳大湾区，不应停留在过去常提的“前店后厂”模式。因为如果这样，就可能形成城市之间城镇化和工业化彼此两张皮的情况，而无法做到两化之间相互融合、相辅相成。

要做到这一点，政策的顶层规划就显得非常重要。比如，香港作为目前全球最成功的自由贸易港和全球六大金融中心之一，其比较优势非常明显。政府自不必制定过多的政策，在那里，“看不见的手”调节市场已经做得很成功了。

目前，深圳前海自贸试验区下一步该怎么走？一种选择是萧规曹随，原来怎么样，现在还怎么样，另外一种思路是升格发展成开放度更大的自由贸易港。

此外，政策上值得继续思考的是，广州怎么办？一种可能的方案是把目前的广州港(5.860, 0.00, 0.00%)，比如说黄埔关，考虑升级为自由贸易港。毕竟，没有规定要求，要建自由贸易港，必先成为自由贸易试验区。这种设计的好处是穗、深、港三地的发展能互为犄角、互为依托。

至于东莞、惠州，目前国家已允许东莞探索开放经济新体制，而东莞、惠州两地产业结构比较接近，东莞这两年所积累的成功经验，很大程度可以在惠州推广、复制。

三是要素流动是关键。

要想把粤港澳大湾区发展成为类似“自由贸易区”、“关税同盟”等具有世界影响力的高端贸易体系，政策的另一关键是打通条块，允许各种要素区内自由流动。

目前，应该说，粤港澳大湾区已经基本实现了产品市场的自由流动。但接下来的改革攻坚之处应在于允许各种生产要素的自由流动。这至少包涵下面四个方面的要求。

第一，人才的自由流动。目前，港澳两地人才到内地工作，手续相对以前是便利不少，但生活方面，比如小孩上学等具体问题，还待进一步落实。反过来，大湾区内地居民到港澳旅游工作则仍很不方便。未来的发展应该考虑给大湾区内地居民到港澳发展开绿灯，比

如可以考虑实施类似“落地签”的制度。

第二，在资本流动方面，可以考虑给大湾区区内企业贸易和投资提供更大便利。在符合国家规定的前提下，可以给区内企业更多外汇留存，在具体制度安排上更加灵活方便。

第三，在贸易方面，应进一步提供贸易便利化，努力提供“一站式”“零跑腿”服务，边检、海关等各职能部门应该进一步做到数据共享，避免各自为政，重复建设。

第四，在引进外资方面，全面实施负面清单管理模式和准入前国民待遇。在制定“国民待遇”相关具体规定方面，如境内对不同企业类型，目前政策有所差异的，则门槛宜对低不对高。

总之，把粤港澳大湾区打造成高端自由贸易区域，是目前中国城镇化发展的一个重头戏。要演好这出戏，当务之急是做好统筹规划。

（作者为北京大学国家发展研究院副院长、教授）

### 中国民主同盟广东省委员会：关于促进粤港澳大湾区司法合作平台建设的建议

2018-01

中国民主同盟广东省委员会

案由：

推进粤港澳大湾区建设，是中共十九大确立的国家重大战略。随着国家“一带一路”、粤港澳大湾区建设、泛珠三角区域合作等一系列重大战略的实施和港珠澳大桥的建成通车，粤港澳三地的区域合作必将更为紧密。由于粤港澳大湾区具有的独一无二的“一国两制三法域”特点，随之而来的诸多制度性冲突与矛盾也不可避免，这在司法领域表现得尤为突出。因此，加快粤港澳大湾区司法合作平台建设，在广东与港澳三法域之间建立起有效沟通、顺畅合作的司法运行机制，就显得十分重要而迫切。近年来粤港澳司法合作虽取得一定成效，但同时也暴露出以下问题：

#### 1、“一国两制三法域”之间没有统一的司法合作协议

港澳回归以来，在内地与港澳三个不同的法域之间，尚未签署全面的司法合作协议。只是最高人民法院先后与澳门和香港特区政府签署了《就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》等几份有关民商事案件合作的安排，且都是原则性规定，有许多具体问题未作明确规定，导致广东与港澳之间大量的互涉案件，基本上处于无法可依的状态，只能通过个案协商的办法解决，在法律事务中造成大量的问题和矛盾，比如港澳居民和广东居民的离婚案件，案件的管辖权、适用法律、审判裁决效力、执行方式和执行效力都存在制度性冲突和争议，这是依靠现有制度性安排无法解决的。

#### 2、粤港澳之间的司法个案协商缺乏常规而系统的合作机制

改革开放以来，粤港澳之间的司法合作始终停留在个案协商的层面，一案

一商，各案不同，表现出临时性和应急性，缺乏常规而系统的合作机制，这无疑极大地增加了粤港澳司法机构处理司法事务的难度和负担。目前，粤港澳互涉案件量逐年增多，仅深圳中院 2014 年至 2017 年上半年受理的涉港商事案件即达 3297 件，2016 年至 2017 年 8 月，香港居民在广东被采取刑事强制措施多达 1320 人次。随着粤港澳大湾区建设的不断深入，必将产生更多需要粤港澳开展司法合作予以解决的法律事务，三地间的司法合作若仍靠个案协商解决，不仅远远不能满足社会日益增长的司法需求，也与法治公平正义理念的要求相背离。

### 3、粤港澳大湾区司法合作的主体不清，路径不畅

首先，广东与港澳间司法合作的主体不明晰。内地与港澳之间的司法合作有两种模式：第一种是法域合作模式，内地作为一个统一的法域与港澳法域之间形成平等的司法合作关系，该模式下内地司法合作的主体只能是中央。第二种是区域合作模式，港澳作为我国的特别行政区，与内地各省、市、自治区之间建立平等的司法合作关系，该模式下内地司法合作的主体是各省市区，而非中央，但中央可以作为组织者、协调者，代表内地各省市区作出司法合作上的安排。但目前中央未明确规定允许内地各省市区单独与港澳直接进行司法合作，造成粤港澳之间司法合作主体不清。

其次，粤港澳大湾区司法合作的现实路径不畅。中央在对待港澳司法事务上，权力高度集中，即使操作性事项也一直未能放权，导致粤港澳大湾区的司法合作面临诸多程序难题：（1）地方的司法事权与中央的司法合作审批权之间高度分离。同在大湾区的粤港澳，遇有需要审批的司法合作事项，必须逐级上报中央审批后逐级返回。（2）个案协商方式受到局限。粤港澳个案协商一般局限在会议、约访、信息通报、行动配合等方面，需要法律层面合作的如解决管辖权争议，案犯通缉、缉捕与移交，刑事跨区调查取证等领域和事项，则要么走繁琐的逐级上报途径，要么就走“旁门左道”灵活变通，不可能有深层次交流与合作共建。（3）在跨境交流方面，广东与港澳完全不对等。广东司法赴港澳公务，无论级别高低，均要报经中央审批，程序繁琐冗长，限制了一些紧急事务和正常的合作交流。

### 4、粤港澳警察及司法机关之间缺乏深层次的互信

（1）对犯罪嫌疑人的跨境追逃难以广泛展开。如内地一些重刑犯逃往港澳并且滞留，港澳有关部门往往囿于死刑犯不移交、政治犯不移交、财税犯不移交等国际法原则的限制，不予缉捕移交；（2）在香港特区发生的危害国家安全犯罪，香港没有相关的法律追究，也不移交内地有关机关处理；（3）粤与港澳法院之间缺乏有效沟通和司法互信，没有形成司法共识和较为一致的裁判标准，在生效民事裁判、仲裁裁决方面往往互不承认、执行，也未能建立刑事诉讼移

管、刑事裁判互认执行等刑事司法合作。

建议：

### 1、建立粤港澳大湾区司法合作平台

从必要性上来说，由于当前的制度安排已难以满足粤港澳大湾区建设发展的现实需要，因此，在内地与港澳之间尚未能统一签署全面司法合作协议的情况下，广东有必要向中央申请优先建立粤港澳省区级司法合作平台，通过该司法合作平台，推动粤港澳警察、司法、司法行政、海关边防等机构之间建立常态化的合作交流关系和沟通协商机制，增强彼此之间的司法互信，顺应大湾区融合发展对司法合作的迫切需求。

从可行性上来说，按照《香港基本法》第95条和《澳门基本法》第93条的规定，港澳地区与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互协助并无制度性障碍。广东与港澳水乳交融，文化相通，具有多年个案协商的经验，与港澳比较容易形成共识，实现合作。建立粤港澳司法合作平台，有助于进一步推动内地与港澳间逐渐走向法域司法合作的规范化、法治化，为“一国两制”和“一带一路”建设中更广泛的司法合作，提供法治实践样本。

### 2、明确粤港澳大湾区司法合作平台的定位与功能

粤港澳大湾区司法合作平台的建设由中央统一指导并作必要的授权，广东省与香港、澳门特区根据港澳基本法的规定，协商签署三方司法合作协议，根据协议设置司法合作联络机构，并赋予该机构一定的审批协调等权限，使其承担粤港澳之间涉及司法、警务、行政执法等事项的审查、审批、联络、指挥、化解冲突等综合功能，对于粤港澳之间的司法合作、警务协助、行政执法协作等事项，除少数确有必要报经中央审批的以外，均由该司法合作联络机构直接审查处理。

### 3、多方联动，合理规划，稳步推进粤港澳大湾区司法合作平台建设

(1) 积极争取中央的政策支持。建议中共广东省委向中共中央、国务院申请，就先行先试建设粤港澳大湾区司法合作平台事宜获得中央的准许和支持，并由广东省委政法委牵头组建专门工作小组与中央有关部门进行具体的沟通协商。建议积极提请中央赋予广东省更大的地方立法权限，先行先试，通过制订政策、地方性法规、规章等方式，在省级层面创新粤港澳司法合作的内容、途径和方法，广东省可为此拨付专项经费，组建工作团队，重点推进相关工作。

(2) 在既有的粤港、粤澳合作联席会议的基础上，谋求建立粤港澳大湾区司法合作联席会议。建议省委、省政府出面提请中央授权广东省政府与港澳特区政府沟通协商，建立粤港澳大湾区司法合作联席会议，作为粤港澳三地间的司法合作联络机构，设联席会议联络办公室作为常设机构。联席会议组成人员由粤港澳司法及政府有关部门高级官员组成，定期召开会议，研究、协商、解

决三地司法合作中的问题。已经确定的合作事项和办法，以书面文本方式留存，作为司法合作协议的一部分。

(3) 依托公检法司各机关建设专业司法合作平台。广东省公检法司各机关，在向公安部、最高检、最高法、司法部各自请批后，直接与港澳的对口业务机关签署专业合作协议，建立省级机关专业司法合作平台，属于专项业务事项的沟通合作，就在专业平台解决，专业平台解决不了的事项，就提交粤港澳大湾区司法合作联席会议解决。

#### 4、通过司法合作平台推进粤港澳大湾区司法合作向广泛深入发展

为促进粤港澳大湾区建立司法合作的长效机制，建议通过司法合作平台，推动粤港澳三地间以下事项的合作：

(1) 协商制定刑事、民商事司法管辖与法律适用协议；

(2) 通过平台审批，可以跨境直接进行文书送达、调查取证、护送证人出入境，以及更多便利的调查取证协助；

(3) 在更大范围内相互承认与执行生效民商事判决、裁定、仲裁裁决；

(4) 在刑事合作领域，建立大湾区犯罪信息协查通报、刑事逮捕令对接、案犯移交、刑事追赃、诉讼移转、执行移管等多种制度机制；

(5) 对相关的安排、协议、制度等执行过程中的问题及其他的合作事项进行沟通协商。

## 王振民：香港基本法的高级法背景——国家宪制的故事

紫荆网 2017-06-15

编者按：本文根据作者 2017 年 4 月 28 日在紫荆杂志社、香港基本法澳门基本法研究会、中山大学粤港澳发展研究院以及香港新活力青年智库联合主办的“一国两制”与香港基本法研讨会上的主旨演讲整理而成。

文 | 香港基本法澳门基本法研究会会长、中联办法律部部长王振民

读法律的人都知道，高级法背景 (higher law background)，这一概念源于美国学者爱德华 S. 考文教授探索美国宪法思想渊源的著作《美国宪法的“高级法”背景》一书，作者认为“自然法”观念包括私权神圣、“三权分立”等是孕育美国宪法思想的种子，构成了美国宪法的高级法 (higher law)。这一理论与著名法学家、纯粹法学创始人凯尔森 (Hans Kelsen) 的“基本规范 (basic norm)”理论有异曲同工之妙，讲的都是宪法或者宪制性法律背后更高级的规范和理论学说。今天我想探讨的是香港基本法的高级法背景是什么，这个高级法背景又怎样与基本法的实践互动，如何促使香港新宪制的形成？

中国宪法是基本法的高级法/基本规范

原香港大学法律学院教授韦利文 (Raymond Wacks) 先生最早关注并用基本规范的理论来分析香港回归的法理意义，认识到回归后香港的基本规范，或者

说基本法的高级法背景是社会主义中国的宪法，而且他相信这个新的基本规范（高级法背景）完全可以与资本主义的普通法兼容。1993年他发表了《一个国家，两套基本规范？基本法和基本规范》（“One Country Two Grundnormen?The Basic Law and the Basic Norm”）一文。在文中他写到：“显然，基本法要在改变香港法律制度的宪制基础的同时，尝试保持这些法律制度的连续性。基本规范应该具有“中立性”，因此没有什么逻辑上的理由会让人们说，为什么一个社会主义法制的的基本规范不能成为一个资本主义法制的的基本规范……凯尔森坚持认为他的基本规范与法律制度背后的意识形态无关。”韦利文教授在文中也探讨了有没有可能让香港不仅保留原有的法律和司法，而且也保持这些法律和司法背后的基本规范：“尽管凯尔森没有排除一个共同体拥有两套‘基本规范’的可能性，1997年后香港资本主义的普通法可以说来自另外一个‘独立的’基本规范，但这是一个误解。1997年后香港一切规则的有效性取决于一个基本规范，这个基本规范的有效性来自于中国宪法。”

从香港地方层面而言，基本法无疑在香港法律体系中处于最高法的位置，香港所有的法律和附属立法、特区政府的一切行为、法院的所有判决以及市民的所有行为都不得违反基本法。违反基本法的行为不仅是无效的，而且要承担相应的法律责任，产生相应的法律后果。这就是宪制性法律的含义。相对香港立法会通过的法律，由全国人大通过的香港基本法具有更高法律地位和宪制意义。然而，从国家层面上看，基本法是由国家最高立法机关制定的全国性法律的组成部分，它的法律地位和国家其它基本法律相同，在它之上还有更为高级的国家宪法，而国家宪法相对于基本法就是高级法（higher law），也是整个国家法律体系的最高法（highest law或supreme law）。

因此，在国家宪制层面，基本法不是规定全国性国家制度的宪制性法律，那是国家宪法的责任。基本法不代替、更不高于国家宪法。而且作为一个事实，在基本法产生之前，国家宪法就已经产生了，基本法是依据中国宪法产生的，就自然继承了中国宪法和中国法律的基因，宪法就成为基本法背后所依据的最高的“基本规范”。在学理上，基本法的理论建构来源于或建基于中国宪法的理论学说，是中国整个宪法理论体系的子体系和组成部分，而不可能产生一套完全独立于中国宪法理论体系的“基本法的理论学说”。

当然，由于实行“一国两制”，基本法既要体现香港自身固有的核心价值（法治、自由、人权、资本主义市场经济等），也要体现国家宪法所包含的国家的建国理念、核心价值和民族精神（主权、统一、安全、和谐、和平、民族团结、传统美德等）。其实，香港核心价值与国家的核心价值在很多方面是统一的，例如对法治的追求等，本质上，香港与中华民族的共同之处远远大于香港与西方的共同之处，尽管香港实行的制度与西方相同，而迥异于中华民族的主体。

## 基本法不改变其高级法所确立的国家制度

在 1985-1990 年基本法制定的时候，在 1997 年香港回归祖国的时候，当时的中国并不是一张白纸，不是没有宪法、没有制度的全新国家。因为，在香港离开祖国的 155 年时间里，祖国内地也发生了翻天覆地的变化，经历了两次大的政权轮替，1912 年清廷退位、民国建立和 1949 年共产党领导的新中国政权的成立，建立了全新的宪制，演绎了全新的国家宪制的故事。在英国统治下，香港偏安一隅，港人没有系统参与国家发生的这些大事，特别是宪法制度的确立。但是国家历史发展的步伐不会因为香港的缺席就停止不前，这 155 年时间里中国历史的巨轮依然滚滚向前。特别是 1949 年中国共产党领导的新民主主义革命的胜利，建立了全新的政权，确立了全新的宪制和法律体系，新宪制的故事由此发生。1949 年 9 月新政权制定了临时宪法——《共同纲领》，1954 年通过普选产生的全国人民代表大会成立，制定了国家的根本大法——宪法，确立了很多重要的国家制度，经过 1975 年和 1978 年两次修改，1982 年对宪法又进行了一次重大、全面的重新修改，进一步完善补充了 1954 年宪法确立的国家制度，包括中国共产党的领导制度、社会主义制度、人民代表大会制度、政治协商民主监督制度、单一制的国家结构形式以及相应的地方制度，包括基层群众自治、民族区域自治，1982 年修宪还确立了全新的特别行政区制度，从那时开始国家还建立了一套完整的法律制度和人权保障制度。具体来讲，新中国宪制故事包括如下主要内容和论述：

1、中国共产党的领导：中华人民共和国是中国共产党缔造的，中国共产党过去是、现在是、将来仍然是中国人民的领导者。

2、人民民主专政：中国国家性质是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政。工人阶级是国家的领导阶级，农民阶级是工人阶级的同盟军，知识分子是工人阶级的一部分。

3、社会主义制度：社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织和个人破坏社会主义制度。但我国长期处于社会主义初级阶段，实行社会主义市场经济，实行多种所有制并存的社会主义公有制和相应的分配制度。

4、人民代表大会制度：国家的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。全国人民代表大会及其常委会制定和修改法律，全国人大常委会有权解释宪法和法律。人民通过各种途径和形式，管理国家、经济、文化以及社会事务。

5、共产党领导的多党合作政治协商制度：统一战线由中国共产党领导，各民主党派和各人民团体、全体社会主义劳动者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者参加。中国人民政治协商会议是有广泛代表性的统一战线组织。各民主党派与共产党的关系是长期共存、互相监督、肝胆相照、荣辱与共。

6、国家的根本任务和目的：国家的根本任务是沿着中国特色社会主义道路，集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续在中国共产党领导下，在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想指引下，坚持人民民主专政，坚持社会主义道路，坚持改革开放，不断完善社会主义的各项制度，发展社会主义市场经济，发展社会主义民主，健全社会主义法制，自力更生，艰苦奋斗，逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化，推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展，把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。

7、民主集中制：国家机构的组织原则是民主集中制。各级人民代表大会由选举产生。各级人民代表大会决定大政方针，选举国家行政、审判和检察机关。

8、武装力量属于人民：中华人民共和国的武装力量属于人民。武装力量的任务是巩固国防，抵抗侵略，保卫祖国，保卫人民的和平劳动，参加国家建设事业，努力为人民服务。

9、依法治国：国家实行依法治国，建设社会主义法治国家。任何个人、政党和社会组织都必须以宪法为根本的活动准则，都不得有超越宪法和法律的特权。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。

10、公民在法律面前一律平等，国家尊重和保障人权，人格尊严不受侵犯，公民合法的私有财产不受侵犯。

11、民族区域自治和基层群众性自治：

国家在少数民族聚居的地区实行民族区域自治。各民族一律平等。禁止对任何民族的歧视和压迫，禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为。

国家在城市和农村基层实行群众性自治。

12、国家在必要时设立特别行政区，在特别行政区实行的制度由全国人民代表大会按照实际情况以法律规定，也就是“一国两制”。

以上这些重要国家制度大部分是在香港离开祖国的时候就已经产生的，体现了全国人民的意志和利益，经过全民讨论由全国人民代表大会制定宪法加以肯定，也是中华民族在经历了 100 多年无数灾难挫折之后坚定不移的选择，体现了中国历史发展的规律，也是香港回归时必须面对的客观政治现实。

就这样，20 年前香港这个离开祖国 155 年的游子回来了，发现家里一切都变了，房子变了，规矩变了，成员变了，什么都变了。请原谅，祖国母亲不可能等待 155 年、等香港回来之后再一起制定宪法，一起研究制定上述国家的重要制度和体制。你不在家，但是家里的日子还要过，一家老小还要生活，家里这么多人，还是要立规矩。

1997 年香港回来了，我们是不是把全国人民几十年前、甚至经过 100 多年艰难探索而建立的适合中国国情的这些制度体制全部推翻、让祖国适应香港再

建立一套全新的国家制度呢？这是不可能的。为了建立一个强大的国家，为了让全世界的中国人不再遭受外人欺负、为了让中国人民过上安居乐业的好日子，我们付出太多代价和成本，付出太多兄弟姐妹的生命，才建立了这套适合国情的制度体制，真的很不容易。而且实践充分证明，这套制度体制符合中国情况，解决中国问题，我们不准放弃这套来之不易的宪法制度。在这套制度体制之下，我们已经从 1949 年的最低谷成为世界第二大经济体，尽管还没有达到历史最高水平，但那是指日可待的。我们现在是世界上最大贸易国、最大外汇储备国，最强的工业制造国之一，高新科技企业遍地开花，不久前中国第二艘航母下水，等等。2012 年以来国家开展大规模反腐败，其规模力度远远超过香港当年的廉政风暴。中华民族从来没有这么接近全面复兴。实践证明，这套宪法制度体制是好的，我们不会放弃。作为 1997 年回家的游子，国家理解港人的心情，但是我们也要尝试理解国家的政治哲学和政治逻辑，对国家已经建立起来的这套宪法制度要有起码的尊重敬畏之心。即便美国、欧洲也没有对中国宪法制度这么敌视、轻视和谩骂，而是对我国人民建立的制度体制给与应有的尊重和理解。但在香港自己的土地上，国家却常常遭受自己人不留情面的谩骂和攻击，让国家情何以堪？！我们希望香港成为中华民族复兴伟大事业的一部分，而不要成为其中一个问题甚至障碍。

有人会说，香港当年没有参与国家宪法制度产生的过程，没理由遵守国家宪法。美国宪法 1787 年制定的时候只有 13 个州参与，这 13 个州是美国的创始会员州，参与了美国国家制度的构建。后来有 37 个州陆陆续续加入美国，这些州都没有参加美国宪法的制定。他们加入美国的时候，只能接受之前已经制定好的国家宪法，而不能说因为我没有参加宪法的制定，就要求废除宪法，专门为我制定一部新的国家宪法。一个公司也一样，后来加入的股东只能遵守公司章程，如果要对公司章程进行重大修改，那就是建立新的公司，完全是另外一回事。同样道理，1997 年香港回归，应该接受全国人民之前已经制定的国家宪法以及由此确立的国家制度，而不是抵触、抵制乃至要求废除。任何遵守香港基本法的原因理由，都适用于国家宪法，因为宪法是基本法的高级法背景，是基本法的源头和根本。

#### 基本法对国家宪制的补充与完善

尽管宪法确立的国家制度不因香港回归而更改，但为了香港顺利回归，充分考虑、照顾到香港的特殊情况，国家还是对一些重要的宪法制度进行了补充完善。这也是十分特殊的，体现了国家对香港的特殊关照和爱护。这主要包括：

1、宪法理论上的修正，即由“一国一制”改变为“一国两制”，国家在保持社会主义制度作为主体不变的同时，允许部分地区存在并发展资本主义。

2、原本作为单一制的国家，地方建制中只有省、自治区、直辖市，国家为

了适应香港回归，对地方制度做了修改，增加了特别行政区的建制。

3、涉及到基本法的解释和修改，对人大释法和修法体制作出具有独特性的调整。特别在解释基本法方面，在正常释法程序之外，增加了征询基本法委员会的程序设置。

4、根据马克思主义经典国家学说和宪政理论，无产阶级在推翻资产阶级统治并取得政权后，要打碎旧国家机器，建立全新的政权机构，更换所有公务人员、法官和检察官。这个理论在1949年中国政权更替中得到了全面贯彻实施。但是，根据“和平统一，一国两制”的新方针，中国通过和平谈判恢复对香港行使主权，重新取得香港的政权，但国家并没有打碎英国在香港建立的资本主义政权机器，而是允许其有条件和平过渡，成为中国社会主义宪制下的新型地方政权。香港原有法律基本不变，香港实行的司法体制除因设立终审法院而产生变化外，予以保留。公务员、检察官、法官和司法辅助人员全部留任，旧政权机器被基本保留。

当然这些只能是修正、补充国家的一些基本制度，国家不可能为了香港回归制定新宪法，废除原有的国家制度，建立一个让港人熟悉的全国性的普通法制度，更不可能实行多党制，不可能实行西式“三权分立”。必须明白，香港的回归和基本法的实施对于国家而言并不是重新制宪，制宪权已经在建国之时行使过了。不可能要求全中国来适应香港，香港只能慢慢熟悉、认识、适应国家和国家的制度体制。

后人为什么要遵守前人制定的宪法、确立的制度和逻辑，这其实是高深的政治法律哲学问题。简单地说，后人遵守前人制定的政治规矩规则，恰恰是人类文明进步的表现。当然，国家之前确立的制度不是不可以改革完善，当代人不是不可以参与国家制度的完善，但这要遵守基本的宪制共识、法律规范和政治伦理，尊重前人的生活经验和历史选择，不天马行空，随意更改设计自己希望的制度体制。法治的核心就是自我谦抑和自我约束，如同普通法“遵循先例”的智慧一样，渐进式的改革才是对社会损伤最小的理智选择。基本法本身也规定，香港的中国居民有权参与国家的治理，当然有权通过宪法规定的途径和方式参与国家制度的自我改革和完善。实际上改革开放以来，港人不仅参与了香港基本法的起草制定，而且参与并仍将会参与国家相关制度的改革完善，每年“两会”来自香港的全国人大代表和政协委员积极参政议政，为国家制度的改革进步作出了很大贡献。

#### 制度交汇与逻辑统一

在1949年建政立制基础之上，改革开放40年来，根据1982年宪法和四次宪法修改，国家已经逐步建立了一套完整的政治法律制度和政权体系。2012年以来，十八届三中、四中全会吹响了全面深化改革和全面依法治国的号角，向

来以法治为骄傲的香港难道不应该积极参与、热情投入国家治理现代化和法治建设的宏大事业吗？香港不应该努力把自己的政治法律逻辑与国家的这套政治法律逻辑相对接并使之和谐相处吗？历史地看，香港自身的政治法律逻辑从来不是独立的，必须与主权国家的政治法律逻辑交汇融合才能良性发展。在香港离开祖国的 155 年时间里，香港逐步接纳英国的政治法律逻辑和制度，回归后理应找回自身的文化血脉和身份认同，接纳中国的政治法律逻辑和制度。其实香港本地的政治法律逻辑与祖国的政治法律逻辑并没有本质矛盾，既然已经回归祖国，既然基本法的高级法背景是香港无法改变的，香港与国家应该通过充分、深度的交流，增加彼此认识了解，让制度理念交汇交融，建构建设性互动关系不是更加明智吗？制度的对接交融必然带来香港地方政治法律逻辑与国家大的政治法律逻辑的统一，在现有高级法背景下使基本法的实践焕发出无限活力，形成双赢的良性互动关系。

香港回归祖国是巨大的政治法律系统工程。总的来看，20 年来香港本地政治法治与新宪制的对接已经完成，实践证明一个社会主义的基本规范或者说高级法当然可以成为一个资本主义政治法治的基本规范，社会主义的宪政架构可以兼容资本主义的地方政府体制，基本规范与政治法律制度背后的意识形态可以无关。回归时很多人担心一个资本主义的制度和生活方式要靠一个社会主义的基本规范来保证，一个资本主义的普通法要靠一个社会主义宪制架构来维持到底能否成功。现在我们可以说，资本主义和社会主义可以和谐地生活在一个共同的宪制（基本规范、高级法）之下，并获得共同发展，共同繁荣。

总之，在国家宪制和“一国两制”框架之下，香港不仅实现了平稳回归，20 年来也取得了举世瞩目的成就，实践已经证明并将继续证明“一国两制”是一个成功的故事。尽管近年来基本法实践在香港遇到一些挑战，但放在国家统一、民族复兴这个宏大的历史背景下观察，没有过不了的桥，没有克服不了的困难。青山遮不住，毕竟东流去。中华民族不仅能够创造高度的物质文明，也一定能够创造高度的宪制文明，谱写出包括“一国两制”在内的中国宪制故事壮丽的新篇章。

基本法的理论建构来源于或建基于中国宪法的理论学说，是中国整个宪法理论体系的子体系和组成部分，不可能产生一套完全独立于中国宪法理论体系的“基本法的理论学说”。

这些重要的国家制度体现了全国人民的意志和利益，经过全民讨论由全国人民代表大会制定宪法加以肯定，也是中华民族在经历了 100 多年无数灾难挫折之后坚定不移的选择，体现了中国历史发展的规律，这是香港回归时必须面对的客观政治现实。

香港回归和基本法实施对于国家而言不是重新制宪，制宪权已经在建国之

时行使过了。不可能要求全中国来适应香港，香港只能慢慢熟悉、认识、适应国家和国家的制度体制。

实践证明一个社会主义的基本规范或者说高级法可以成为一个资本主义政治法治的基本规范，社会主义的宪政架构可以兼容资本主义的地方政府体制，基本规范与政治法律制度背后的意识形态可以无关。

## 樊纲：粤港澳大湾区可以称之为“中国大湾区”

2018-04

中国（深圳）综合开发研究

近日，著名经济学家、中国（深圳）综合开发研究院院长樊纲建议，在目前的正式文件中，“粤港澳大湾区”的英文翻译为“Guangdong-Hong Kong-Marco Greater Bay Area”。虽然这一翻译是准确的，但是比较拗口，不易记忆，他建议将其简化为“The China Great Bay Area”，也就是“中国大湾区”。

樊纲院长指出，这是一个准确的表达，在地理概念上，中国没有比这更大的湾区；在人口总量和经济总量上，这也是中国最大的湾区。可以说粤港澳大湾区就是“中国的大湾区”，不会有歧义，不会使人想到其他地区。

他认为这是世界上独一无二的湾区，且将来可能是世界上最大体量的湾区和大都市圈，2050年人口将达到1.2至1.4亿的庞大规模，名称甚至可以进一步简化为“The Great Bay Area”

他还呼吁大湾区内各区域不要再各自为政，要以开放的态度融合发展。针对如何更好地建设发展大湾区，樊纲院长提出发展大湾区要有“三个意识”：

首先，发展大湾区要有“大都市群”意识。各区域“不要再各自为政，不要再各自封锁，要融合发展，融入发展。”

其次，发展大湾区要有港澳意识。建立大湾区的目的之一就是希望更好地发挥港澳作用，促进港澳与内地融合发展。他指出，要关注如何便利香港在大湾区的发展，注重利用香港的各种有利条件，把握好香港国际金融中心的地位。

最后，发展大湾区要有改革与创新意识。要用改革的意识来发展大湾区，要建立自己的一些制度安排，比如通关、教育、医疗、社保等怎么能够实现互利互融。

针对制度创新，樊纲院长从三个方面做出了深入剖析和提议：

第一，要实现大湾区内部要素流动的便利化。这个便利化要包括到人员往来、货物通关、资金融通、信息流动等“方方面面”；

第二，要形成“2+3”自由贸易区联盟。“大湾区有五个自贸区，首先是香港和澳门，是自由贸易的关税区，同时又有南沙、横琴、前海三个自贸试验区，如果这些区域能够形成一个联盟，不仅能够促进自贸区的发展，而且还能促进整个地区的发展”。他指出，现在直接在粤港澳大湾区实现自贸区可能比较困难，

但是可以用自贸实验区和自贸区去对接，以此促进大湾区的发展。

第三，大湾区应该具备一个相对统一的法律制度框架。因为暂时还无法实现自由贸易，更需要有一个法律制度框架，能够便于大家在管理上、规章制度上有一个统一的机制，有章可循，自动解决经济交往过程中的诸多问题，才能使民众生活和经济发展的方方面面真正的融合起来，制度的融合最终决定着一个区域的各种经济行为的融合。

2017年6月，中国（深圳）综合开发研究院、香港一国两制研究中心、腾讯公司在香港共同举办首届“粤港澳大湾区论坛”，樊纲院长在主旨演讲中，还重点关注了大湾区城市的科技转型，尤其是作为核心城市的香港。他说，香港怎样向科技转型、与大湾区各城市之间实现更好的互联互通，是发展粤港澳大湾区的关键。

他认为，当下全球金融中心城市都在发生“双转型”趋势，即全球金融中心向“金融+科技”中心转型、单一大城市向大都市群转型。如伦敦、纽约、新加坡等传统金融中心都在积极发展创新科技，未来，中国单一城市也会陆续向都市群转型，中国将会有若干个1亿人口以上的城市群，城市群的功能亟待突破区划边界实现深度融合。

### 郭万达：大湾区规划落实需要强有力的协调机制

2018-01

《时代周报》

在此之前，“9+2”组合、经济总量超世界三大湾区，加上来自国家层面的肯定，使得粤港澳大湾区已成为过去一年中最炙手可热的概念之一，同时对于其所面临的现实障碍的讨论，也从未停止。

跨越了行政区划的大湾区如何进行区域间协调？在“一国两制”框架下，将综合改革和粤港澳市场一体化共同推向深入的可行步骤是什么？而在其中，GDP达2.2万亿元的深圳定位又是什么？

1月19日，时代周报记者就以上问题专访了中国（深圳）综合开发研究院常务副院长郭万达。该研究院是首批25家国家高端智库建设试点单位之一。立足于国家宏观经济与产业政策、粤港澳区域一体化发展的长期研究，郭万达对以上问题发表了自己的看法。

跨区域协调机制非常重要

时代周报：和过去的特区、自贸区试验不同，粤港澳大湾区实际上跨越了行政区划，在这种情况下，如何推进区域协调？

郭万达：湾区具备地理上的某个特征，从而超越了行政区划的划分。不同于过去的特区、自贸区的经济试验，大湾区是综合的改革开放，已经超出经济领域，涉及大城市发展的各个方面，包括环保、交通、基础设施、城市功能，甚至包

括协调机制。

跨越了行政区划，又是一个综合的大都市区，大湾区在某种程度上既要有中央政府的很多支持，又要有跨不同区域城市之间的协调和联动。在这个层面上，顶层设计加上地方的互动、湾区的协调机制和制度安排非常重要，所以旧金山有湾区委员会，纽约有跨州的港口管理局，来协调跨区域的法律和关系。

时代周报：粤港澳大湾区的提出对中国城市当下的发展有什么特殊含义？

郭万达：这表明中国的城市要打破行政区划，形成基于市场的大都市圈，使得城市之间更加有机地结合，让要素能够自由流动使得配置资源的效率更高。大都市的单词是“metropolitan”，metro本身就有大的含义，另一个含义是轨道，这意味着要联通。表示大都市群还有一个单词是commuting，就是通勤，意味着城市间上下班要方便。目前我们提出的“城市群”还没到这个阶段，但实质上大家的观念也在逐渐发生变化。前两天深圳《政府工作报告》中，也提出深圳要构建更加均衡更有辐射力的大都市圈。

时代周报：你认为未来大湾区应该是政策主导还是市场主导？两者应该扮演什么角色？

郭万达：政府和市场两只手都很重要，这点是毫无疑问的。首先，大湾区的规划应该由政府来主导，因为城市群规划本身就是一个公共产品，代表公共利益。政府和市场的区别就是政府负责管公共产品，市场负责管私人产品，可以请企业来做，但一定是政府主导。第二，在规划的基础之上，发展什么样的产业应该由市场和企业作为主体。但在我们国家，往往政府很喜欢去做产业的事情，一定要规划你该干什么。

针对政府在产业发展中的作用，我不会去一棍子打死它，但一定要分清楚几个概念：产业规划、产业政策和产业竞争政策是有关联又有区别的。产业规划并非没有一点作用，但只在经济和产业发展相对落后的地区产生作用，在可以复制模仿的产业发展初期有作用。到了某个阶段后，产业规划应该让位于产业政策，更多是着眼于某一类型的政策，比如鼓励创新的政策。而产业竞争的政策则更多是针对中小企业。

以深圳为例，这几年深圳更加着重的是产业政策。尽管美国也有信息高速公路、癌症“登月”计划等科技政策，但这不同于产业规划。

建议在“一国两制”框架下作一些相应的法律安排

时代周报：大湾区最终目标应是市场在资源配置中发挥决定性作用，就目前现状来看，你觉得距离建立一个共同市场环境还缺少哪些要素？大湾区涉及港澳地区，在“一国两制”框架下应如何去完善？

郭万达：当我们说共同市场时，实质上是把欧盟作为一个参照体系，尽管也有人提，但我不太倾向于用“共同市场”来对应粤港澳大湾区。因为在我看

来，它短时间达不到“共同市场”的程度。但有没有可能做一些其他有益的事情来接近市场一体化呢？我认为有的。

首先，粤港澳大湾区因为涉及港澳地区，而且是不同的关税区，不同的法律体系，所以是否可以法律先行，在“一国两制”的框架下做一些相应的法律安排。例如纽约与新泽西港口管理局，这个局是由纽约州和新泽西州协议成立的第三部门交通管理机构。不仅管理纽约的港口，还有机场和“9·11”事件被炸的世贸中心，现在管理得很好。但在20世纪20年代，两个州相互吵得很厉害，后来是美国国会批准成立了这个管理局，而且有专门的法律，这个法律两个州都要共同遵守，甚至互派警察。

再举一个迪拜的例子。迪拜只是阿拉伯联合酋长国下面的一个城市，当年它要建金融中心时，先是到新加坡、香港去考察，之后专门制定了一个迪拜的国际金融中心基本法。如果不是有了这个《基本法》，迪拜也发展不起来。所以暂且不说共同市场，而是先思考在“一国两制”框架下如何去丰富实践，我认为可以借鉴纽新航港局或者迪拜的案例。我的建议就是法律框架先行，因为这是一个前提，在这个框架下才可以去做各种各样的规定，才谈得上更具体的实施步骤。这一步如果做到了，就是很大很大的突破了。

时代周报：在建立共同法制框架的目标下，又该采取什么样的步骤？

郭万达：现在大湾区规划主要由国家发改委牵头制定，但规划制定后怎么去落实，这要靠各相关部门和粤港澳三地政府共同努力，要中央高层来牵头组织实施。大湾区的合作发展涉及“一国两制”下不同关税区和法律管辖区之间的人员、货物、资金、信息等跨境通(18.620, -0.13, -0.69%)关流动，这超出了发改委的职权范围。

虽然这条路很长，但当年欧盟一体化从提出到完善也花了接近50年时间，刚成立时叫煤钢联盟，再后来形成关税同盟、货币一体化，再到形成欧盟宪法。我们未必需要花那么长时间，但当你开始行动去做这件事情的时候，它就不一样了。

深圳的轨道要跨到珠西去

时代周报：和其他湾区不同的是，粤港澳大湾区可能不是一个中心而是多中心，深圳无疑会在其中扮演重要角色。具体来讲，深圳的定位是怎样的？

郭万达：在大湾区下，香港、深圳、广州、澳门是核心城市，尽管有人说澳门小，但它国际化程度很高，是自由贸易港，而且处在珠江西岸，所以澳门的地位也是很重要的。在这当中，深圳应该是一个很重要的角色，因为它在珠江东岸，和香港、东莞、惠州本身属于一个大都市区。如果粤港澳大湾区是一个大都市圈，那深港惠莞就是一个大都市区，特别是港深都市区将发挥很重要的作用。我的看法是，深圳的轨道一定要跨到珠江西岸去，应加快建设“湾区

轨道环线”，这样使得深圳的辐射范围更大，并且对于优化珠三角区域空间结构、促进广东三大自贸片区融合共享发展、推动粤港澳大湾区世界级城市群建设有重要战略意义。另外，深圳一个毋庸置疑的角色是创新。深圳的 PCT 国际专利申请量已经连续十几年全国第一，总量占到全国的一半。

时代周报：就深圳的现实状况而言，它离这样一个定位和作用的发挥，目前还存在哪些现实障碍？

郭万达：首先是交通基础设施需要更多联通。就是要实现通勤，现在显然还不够，有时候从香港一些地方过关到深圳，全程还需要两三个小时。如果地铁多几条线，通关上能更加方便，离通勤的目标就会更近一些。其次在产业上，香港的优质高教资源可以和深圳结合起来。再次，香港和深圳之间现在有一平方公里的落马洲河套地区，将来可以和长 30 多公里的深圳河开放叠加，对深港合作来说是一次加深了解和凝聚共识的机会。

时代周报：在珠三角各市，发展程度不同是现实状况。在此基础上，行政区划是否会对市场一体化形成阻碍？

郭万达：这个协同某种程度上就是基础设施联通，因为之后的要素流通主要取决于市场。其次，在国外大都市圈对 GDP 考核是不太关注的，你去查纽约或者硅谷的 GDP 根本查不到，他们主要关注就业指标。从这个角度来看，我认为将来要增加统计大湾区的人口和就业指标。不要去太过于计较 GDP，但税收一定是属地化原则。就业和税收才是最重要的两个指标。

新浪声明：此消息系转载自新浪合作媒体，新浪网登载此文出于传递更多信息之目的，并不意味着赞同其观点或证实其描述。文章内容仅供参考，不构成投资建议。投资者据此操作，风险自担。

## 黄志勇：构建粤港澳大湾区的法制合作体系

黄志勇

《新经济-专题报道》2017-01

我着重说两个方面，第一是粤港澳法制现状的突出问题。现在的法制现状是什么？是一国两制三个独立的法律体系，一国两制这个不用解释，大家都清楚，三个独特的法律体系就是香港、澳门和广东，这三个地方的法律体系是完全不同的。三套不同的法制体系相互之间是没有法律的管辖权的，相互之间法律是完全不同的，香港是英美普通法，澳门是葡萄牙的法制译成中文而已，广东是我们内地的法律制度。三个地方的法律体系不同，各自法院之间没有相互配合和管辖权，又还没有一个可以共同管辖这三个不同法律区域的更高上层的法制来管，就是说中国的最高人民法院是没办法管香港的终审法院和澳门的终审法院。这个现状就造成了如下几个突出的问题，第一个就是司法合作存在着巨大的障碍，香港的法院，广东的法院，澳门的法院，他们的判决书在各地是不被

互相承认法律效力的。如果粤港澳企业之间进行贸易，如果哪一方发生违反合约发生法律纠纷，究竟选择香港起诉还是在澳门起诉还是在内地的法院起诉？不管在哪里起诉，你得到的判决书在其他两个法院是得不到法律效力的认可的，这是一个非常重大的问题，司法合作存在巨大障碍。第二个就是区际法律冲突一直没有得到解决，就是香港、澳门和广东是三个不同区域的法律冲突始终没有得到有效解决。第三个问题就是三地之间的法律传统和法制观念差异巨大，相对来说香港的法制比较健全，他的法律意识比我们内地甚至是澳门都要强一些。我们正在从人治走向法治的过程之中，尤其是内地存在这样一些情况。比如说你在任广州市市长的时候，你招商引资把我引进来了，我签订了很多以政府的名义合作的协议，但一旦你离任了，后面的市长就不一定认可。这是国外的投资者、包括我国香港特区的一些企业家们的很大担忧。我觉得这三个是比较重要的问题。

接下来我讲第二个方面，就是构建粤港澳大湾区法制体系的几点对策。我认为第一就是要在立法上突破，由全国人大来牵头建立区际冲突法律，要立法。香港回归已近 20 年，澳门回归也已经 18 年了，这么长时间，我们一直没有解决这个法律冲突，就是因为没有区际法律冲突法。立法方面全国人大是有主动权的，可以制订一个区际冲突法来解决这种法律冲突。第二，要加强三个地方的司法机关解决纠纷的合作机制。现在三个地方的法院、检察院包括公安机关有时会对某一个案子临时进行一些合作，但并没有形成制度。比如出现了非常大的刑事案件，公安机关会协作抓这个逃犯，但真正的机制并不是靠每个个案来这样做的，是靠建立一套机制。另外法院和法院之间，作为一个国家，不能够不相互承认各自的判决书效力，比如香港人在内地涉嫌合同诈骗，跑回香港，广东判了他要赔，拿判决书跑到香港去，香港不给你执行也没有办法，像这些问题不解决不行。第三个建议就要冲破时空限制，建立比较完备的仲裁机制。这个问题现在有一定进展，广州仲裁委员会在南沙搞了一个国际仲裁平台，这个仲裁是全世界都可以承认的。法院的判决是一个司法判决的公权力，他跟国家的意识形态有比较密切的联系。所以，我觉得应该冲破时空的限制，建立一个比较完善的仲裁机构。将来粤港澳三地的企业合作可以在解决纠纷的条款中写上如果发生纠纷就到广州南沙等地的国际仲裁平台上进行仲裁，一旦仲裁，三地就要承认仲裁的法律效力。

## 全国人大代表陈曼琪：大湾区可先在法律和安老方面试行合作发展

2018-03

《紫荆网》

政府工作报告显示了国家全面依法治国，推进国家治理体系及能力现代化的成果，也是改善民生的实际成果。工作报告充分肯定香港工作新进展，是中

央对香港重视，给香港更加大力支持，也给“一国两制”新政治定位，便是将香港融入国家大发展，以粤港澳大湾区发展，为香港提供最快的战略发展部署，将香港繁荣稳定成为中华民族伟大复兴中国梦的一部分。我完全支持工作报告。

工作报告有关扎实推进区域协调发展战略方面，我针对法律服务及安老产业提出建议。

法律服务方面，我建议：1、在“一国两制”框架下，在大湾区成立粤港澳大湾区法律服务专区，推广一站式三地法律服务产业；2、三地法律服务团体联合成立大湾区律师协会，三地法律团体会员自动成为大湾区律师协会会员，为他们提供有系统、有战略的培训，讯息互通，推动深入三地法律合作，以创新大湾区三地联合律所，设立大湾区律师发牌制度，容许通过考核的律师，有条件提供一站式三地法律意见服务为最终目标；3、推出租金优惠、起动基金，扶持香港中小型律所及年青大律师在大湾区开展事业，改善香港法律界在香港及内地发展不平衡的状况；4、成立大湾区中小型律所及个人执业大律师的国际人才库，为人才库法律专家提供参与“一带一路”及大湾区法律项目的机会，逐步缩小与国际、大型律所发展差距；5、为进一步服务大湾区协调发展战略，香港的中国委托公证人制度要写入国家公证法，让有关香港公证制度有上位法。

对于2018年政府工作的建议，提到积极应对人口老化，发展居家养老，提高养老院服务质量，在粤港澳大湾区发展安老产业，是全面推进内地与香港互利合作，共同解决人口急速老化的挑战。

安老产业方面，我建议：1、考虑在距离香港一小时生活圈范围内，建立港式安老院群，舒缓香港长期不足的安老设施；2、鼓励金融机构提供港人长者，以内地自住房产申请的安老按揭，按揭期间每月向他们发放一笔生活费，为香港部分退休人士提供多一个往内地“居家安老”的选择，也可以为内地发展居家养老方向作试点；3、实行两地护老行业的“师友计划”，让香港的专业护理员、物理治疗师、护士等“以老带新”，到大湾区发展专业安老服务产业，提供内地养老服务专业水平。

最后，内地与香港政府应在大湾区法律及安老产业尽快加强领导层次交流、合作、协调，成立专责工作组，重视专业界意见，做好协调各市、各县政府工作，由两地政府牵头创新推动大湾区发展战略。

## 全国人大代表林笑云：推进粤港澳大湾区法治建设与融合

2018-03

《人民法院报》

2017年7月1日，内地与港澳三地签署了《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》，为港澳地区搭乘国家高速发展快车提供了前所未有的机遇。今年政府工作报告也指出，要“出台实施粤港澳大湾区发展规划，全面推进内地同

香港、澳门互利合作”。

全国人大代表、全国人大常委会澳门基本法委员会委员林笑云表示，通过近一年来的实践发展可以看出，公平稳定的法治化营商环境是粤港澳大湾区实现融合发展的磐石，对于目前大湾区建设中面临的法律冲突问题，她建议从三个方面促进大湾区法治化生态环境的建立。

一是在解决区际法律冲突问题上，确立三地民商事法律适用的准据法；二是为高效解决三地经贸争议，创建三地乃至国际认可的民事调解或仲裁解决商事纠纷的机制，并建立完善配套制度；三是粤港澳三地政府应为各自法律工作者展开针对全国性法律和其他两个地方法律制度的培训工作，为三地法律人才奠定合作基础。

林笑云对近年来内地法院的工作成绩表示赞赏，她在审议法院工作报告时表示，近年司法改革成绩有目共睹，破解立案难、执行难问题进展很大，司法公开深入推进，重视律师对践行公正司法的作用，但案多人少问题尚未根本解决，建议加强对地方法院的指导和监督，开展法官专业知识、办案能力和职业道德培训。

林笑云表示，希望通过实现粤港澳大湾区法治建设与融合，推动区域协同发展，让港澳同胞与祖国人民共担民族复兴的历史责任、共享伟大祖国的繁荣富强。

## 深圳大学法学副教授张淑钿：大湾区合作需跨越法律冲突

2017-11

《大公网》

粤港澳大湾区合作虽纳入中央的顶层设计，但如何跨越法律制度的冲突进行跨区域规划的协调，仍然需要探索。深圳大学法学副教授张淑钿九日在“纪念香港回归二十周年法律研讨会上”表示，对于大湾区建设中可能出现的商事纠纷，粤港澳三地有必要合作建设国际法律服务和商事争议解决中心。

“一个国家、两种制度是粤港澳大湾区显著的特点。”张淑钿认为，粤港澳大湾区合作应发挥“一国两制”下基本赋予港澳特区的制度和管治权力优势，发挥香港和澳门作为内地与世界“超级联系人”的作用，借助制度多样化，实现三地更有突破性的优势互补。

张淑钿表示，经济合作一直是粤港澳合作的重点，与经济合作大步向前不同，粤港澳法律合作仍然存在很多问题。她更直言，由于法律冲突引发的合作困难，近年来已在多个事件中凸显，法律冲突是粤港澳大湾区区域规划时面临的重要问题。

张淑钿表示，在长达 20 多年的合作中，粤港澳三地欠缺共同构建的纠纷解决机制，一直被认为是三地合作的制度缺陷而深受诟病。她认为，无论是未来

粤港澳大湾区建设中可能出现的商事纠纷解决，还是服务于国家“一带一路”战略推进，粤港澳大湾区都有必要合作建设国际法律服务和商事争议解决中心，此举也有助于维护和提升香港作为亚太区国际法律和争议解决服务中心的地位。

## 省委常委、政法委书记何忠友：完善法治化营商环境推动粤港澳大湾区建设

2018-01

《南方日报》

26日上午，省委常委、政法委书记何忠友参加省政协十二届一次会议第22组、23组特邀人士的分组审议时表示，省政府工作报告很好地体现了习近平新时代中国特色社会主义思想，以及习近平总书记对广东工作的重要指示批示精神。报告牢牢抓住了高质量发展的根本要求，体现了以人民为中心的发展思想。

在上午的小组讨论中，各位委员围绕如何推动创新驱动发展、粤港澳大湾区建设、乡村振兴战略等工作积极建言。何忠友认真听取委员们的讨论，记录提案和建议，并与委员们作了深入交流。何忠友认为，广东过去五年取得了历史性的重大成就，报告充分体现了新发展理念，突出高质量发展，突出创新驱动，突出区域协调发展，突出民生，对今后五年工作的谋篇布局科学合理、求真务实，提出的目标催人奋进。

何忠友指出，创造更好的法治化营商环境，提升粤港澳大湾区的国际竞争力。首先要提高吸引力，在引进人才、吸引资金、吸引创新技术等方面制定更有针对性的措施，与此同时，大力推进珠三角东西岸交通基础设施建设，促进大湾区人流、物流、资金流、信息流的互联互通。何忠友还强调，在推进乡村振兴战略，建设社会主义新农村的过程中，要有序开展农村土地利用规划，充分发挥农民的主体作用，努力实现产业兴旺，促进农民增收。

### 余淼杰：发展粤港澳大湾区，重在顶层统筹设计

未来发展应突出地区差异性，强调培植九大城市之间的核心竞争力；重中之重在于有科学合理的顶层设计、统筹规划。未来的粤港澳大湾区，不应停留在过去常提的“前店后厂”模式；要想把粤港澳大湾区发展成有类似“自由贸易区”“关税同盟”等具有世界影响力的高端贸易体系安排，政策的另一关键是打通条块，允许各种要素区内自由流动。

粤港澳大湾区是指由广州、深圳、佛山、东莞、惠州（不含龙门）、中山、珠海、江门、肇庆9市和香港、澳门两个特别行政区形成的城市群，跟通常俗称的“大珠江三角洲”地区基本吻合。之所以起名“大湾区”，多少有点跟美国旧金山的湾区媲美的意思。发展粤港澳大湾区的想法不是近日才有，但于新年伊始再谈这个话题显得十分重要。

发展中国经济，自然离不开城镇化和工业化。而发展五大城市群，做好产业集群则是城镇化发展的核心所在。中国的五大城市群，虽说只占了全国面积的一成，但占了四成的

人口、六成的 GDP，而且还聚集了七成的高校。抓住了五大城市群的发展，就抓住了城镇化的牛鼻子。

五大城市群中，粤港澳大湾区应该说特色鲜明，区内的发展也是相对最充分最平衡的。仔细评点一下五大城市群，不难发现：京津冀城市群，目前实际上是被分成北京和天津两大超大城市，京津之间的北三县、廊坊发展还比较落后。雄安新区是千年大计，但目前还停留在规划论证阶段。长江中游城市群其实目前只有武汉、长沙、南昌 3 个孤立的大城市。成渝城市群，客观上成都和重庆之间尚未连成一片。

真正可以跟粤港澳大湾区媲美的是长三角城市群，论经济发展、地区联动、发展潜力都跟粤港澳大湾区不分伯仲。但细看之下，粤港澳大湾区还是有长三角所没有的优势，那就是有港澳。香港成熟的市场经济和国际金融中心地位，不仅可以给大湾区 9 市带来大市场的规模效应，还可以利用其先进的市场经济运作与管理，给大湾区 9 市的进一步发展提供借鉴。从这个角度看，粤港澳大湾区的确在 5 大城市群中有独特的地位，其未来发展不可小觑。

不过，粤港澳大湾区要想在未来取得长足发展，关键得做好以下三件事：

一是允许地区差异，培植各城核心竞争力。

笔者个人认为，发展粤港澳大湾区，“存同”固然重要，但重在“求异”。未来发展应突出地区差异性，强调培植 9 大城市之间的核心竞争力。这种模式可能跟日本东京-横滨、大阪-神户-名古屋的发展不同，应避免横向、无差异性的“摊大饼”，而多考虑垂直、纵向发展。在各地现有比较优势产业的基础上，因地制宜，培植发展各自的核心竞争产业，避免无序竞争和可能的重复建设。

具体而言，应继续发挥香港地区金融、物流、会计、离岸贸易的优势，让香港在制度设计、管理运作方面，成为 9 个内地城市的窗口。而对于东莞、惠州，则重在加工贸易的“腾笼换鸟”和转型升级。深圳应努力培植成全国乃至亚洲最先进的科技创新中心。正如今天的美国硅谷，之所以比原来的底特律汽车城有活力，不在于具体产业的异同，而在于硅谷是全球创新的中心，江湖地位无可取代。

值得一提的是，粤港澳大湾区的发展，应避免“亮了东岸，暗了西岸”的误区。位于珠江西岸的佛山、珠海、中山、江门 4 市宜抓住时机大力发展白色家电及其他高端制造业。而广州作为广东省会，则应在贸易和文化发展方面多下功夫。肇庆地处大湾区最内陆，旅游资源丰富，“绿水青山就是金山银山”，可以继续大力发展旅游业，并打造成先进的农业基地，成为大湾区的后花园。

二是城市群建设，顶层设计要先行。

粤港澳大湾区的建设，重中之重在于有科学合理的顶层设计、统筹规划。未来成功的粤港澳大湾区，不应停留在过去常提的“前店后厂”模式。因为如果这样，就可能形成城市之间城镇化和工业化彼此两张皮的情况，而无法做到两化之间相互融合、相辅相成。

要做到这一点，政策的顶层规划就显得非常重要。比如，香港作为目前全球最成功的

自由贸易港和全球六大金融中心之一，其比较优势非常明显。政府自不必制定过多的政策，在那里，“看不见的手”调节市场已经做得很成功了。

目前，深圳前海自贸试验区下一步该怎么走？一种选择是萧规曹随，原来怎么样，现在还怎么样，另外一种思路是升格发展成开放度更大的自由贸易港。

此外，政策上值得继续思考的是，广州怎么办？一种可能的方案是把目前的广州港（5.860, 0.00, 0.00%），比如说黄埔关，考虑升级为自由贸易港。毕竟，没有规定要求，要建自由贸易港，必先成为自由贸易试验区。这种设计的好处是穗、深、港三地的发展能互为犄角、互为依托。

至于东莞、惠州，目前国家已允许东莞探索开放经济新体制，而东莞、惠州两地产业结构比较接近，东莞这两年所积累的成功经验，很大程度可以在惠州推广、复制。

三是要素流动是关键。

要想把粤港澳大湾区发展成为类似“自由贸易区”、“关税同盟”等具有世界影响力的高端贸易体系，政策的另一关键是打通条块，允许各种要素区内自由流动。

目前，应该说，粤港澳大湾区已经基本实现了产品市场的自由流动。但接下来的改革攻坚之处应在于允许各种生产要素的自由流动。这至少包涵下面四个方面的要求。

第一，人才的自由流动。目前，港澳两地人才到内地工作，手续相对以前是便利不少，但生活方面，比如小孩上学等具体问题，还待进一步落实。反过来，大湾区内地居民到港澳旅游工作则仍很不方便。未来的发展应该考虑给大湾区内地居民到港澳发展开绿灯，比如可以考虑实施类似“落地签”的制度。

第二，在资本流动方面，可以考虑给大湾区区内企业贸易和投资提供更大便利。在符合国家规定的前提下，可以给区内企业更多外汇留存，在具体制度安排上更加灵活方便。

第三，在贸易方面，应进一步提供贸易便利化，努力提供“一站式”“零跑腿”服务，边检、海关等各职能部门应该进一步做到数据共享，避免各自为政，重复建设。

第四，在引进外资方面，全面实施负面清单管理模式和准入前国民待遇。在制定“国民待遇”相关具体规定方面，如境内对不同企业类型，目前政策有所差异的，则门槛宜对低不对高。

总之，把粤港澳大湾区打造成高端自由贸易区域，是目前中国城镇化发展的一个重头戏。要演好这出戏，当务之急是做好统筹规划。

（作者为北京大学国家发展研究院副院长、教授）

## 文雅靖：推进大湾区法律合作，优化粤港澳律师事务协同

2018-03

文雅靖中国（深圳）综合开发研究院博士后工作站

作为首个国家层面确认的湾区，“粤港澳大湾区”发展规划的提出使粤港澳合作站在了新的历史起点上。李克强总理在《政府工作报告》中再次强调“支持香港、澳门融入国家发展大局，深化内地与港澳地区交流合作”。两会期间，

众多提案从不同角度提出了推动粤港澳大湾区全方位合作的建议。可以预料的是，更多的外商投资企业将进入粤港澳大湾区打拼。

近年来，粤港澳大湾区内地部分城市与港澳之间的经济合作已经取得良好的成绩，但法律合作效果却未如理想，法律冲突仍是粤港澳大湾区发展规划面临的重要问题。因此，如何跨越法律制度的冲突进行跨区域法律合作，是内地和港澳法学理论和实务界积极探索的最重要问题之一。

当前粤港澳大湾区法律合作体现了“政府牵头、律所嫁接、律师开拓”的特点。首先，政府牵头为粤港澳大湾区法律合作奠定制度基础。2003年CEPA及其补充协议（《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》与《内地与澳门关于建立更紧密经贸的安排》）落地实施，标志着两岸三地法律服务合作及国外法律服务合作的壁垒被打破。时至今日，内地与港澳的法律服务合作深度广度达至前所未有的水平。其次，联营律师事务所发挥了嫁接港澳与内地法律服务的重要作用。合作共建，是凝聚力量的最好方法。2011年《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》的施行使深圳前海成为法律服务开放市场的试点，引进香港律师事务所与内地律师事务所进行联营，发挥两地律师优势，提升前海法律服务质量。2016年，全国首家内地与港澳三地合伙的联营律师事务所落户珠海横琴，进一步打通内地与港澳间合作通道。同年，司法部同意联营律师事务所可采用特殊普通合伙形式设立，标志着内地与港澳律师事务所进入更深层次的融合。再次，粤港澳律师携手开拓粤港澳大湾区法律服务的版图，大大提升粤港澳大湾区法律服务水平。粤港澳大湾区战略部署后，三地律师（特别是港澳律师）充分感受到法律服务需求和市场将大大扩张，一些区际律师联盟、合作组织陆续涌现，以律师为生产力推动粤港澳大湾区法律合作格局慢慢形成。

“一国两制”、三个法域、9+2个城市，法律制度冲突不可避免，“统一法律规则”等措施短期内难以实现。广东政府先行先试，出台有利于提升粤港澳律师互联互通的政策，发挥律师力量逐步推动粤港澳大湾区法律合作，可能是当前最切实可行且最有效率的做法。具体可以从以下三方面入手：

第一，拓宽港澳律师和联营律所的执业范围，吸引港澳律师“走进来”。执业范围受限是制约港澳律师在粤港澳大湾区发展的最重要因素。当前港澳律师在内地执业范围受限，最频繁发生的合同纠纷需具备“涉港澳”要件。该规定一方面缩小了港澳律师在粤港澳大湾区的发展空间，另一方面使得涉港澳案件稀少的城市难以吸引港澳律师进驻。广东政府应考虑出台政策放宽香港律师在内地执业范围，令港澳律师执业范围扩大至“粤港澳大湾区所有合同纠纷”。消除制度掣肘，吸引港澳律师“走进来”，促使港澳律师先进的服务经验得以辐射大湾区其他城市。此外，港澳与内地律师事务所通过联合经营提供法律服务，在深圳前海与珠海横琴已取得一定经验。下一步，应逐步放开试点城市，从广

州、深圳、珠海三地扩大至粤港澳大湾区其他城市。简化派驻律师执业手续，拓宽联营事务所执业范围，使联营所优势在粤港澳大湾区内得以充分发挥。

法律服务合作范围不应局限在广深珠，吸引港澳律师到其他城市执业，吸引港澳律师事务所与其他城市律师事务所联营合作，有利于广深珠以外的城市都能收获法律合作带来的成果。

第二，共建粤港澳商事调解专业队伍，推动多元化争端解决。“调解为先”是当前世界潮流，对比诉讼与仲裁，调解具有省时、经济的优势，是和谐解决纠纷的有效方式。鼓励“调解为先”的纠纷解决方式，提供多元化争端解决方式。鼓励在湾区各城市内建立粤港澳商事调解专业队伍，律师协会对其进行合理监督，规范调解组织和调解员行为。吸引以律师为主，包括金融从业人员、工程师等各界英才加入粤港澳商事调解专业队伍，借鉴港澳先进调解经验，推动粤港澳大湾区调解员认证制度。

发挥商事调解组织的作用，能够有效缓解法院和仲裁机构的压力。一方面，以律师为核心的调解队伍保证了队伍的专业化；另一方面，调解“讲人情”的特质某种程度上淡化了法系冲突，有利于构建“和谐湾区”。

第三，建立“粤港澳大湾区法律交流访学基金”，拓宽法律从业人士交流渠道。内地律师不了解普通法，港澳律师不熟悉内地法，是法律合作难以达成共识的重要原因。促进交流是关键。广东政府可设立专门的访学基金，资助内地法律从业人士到港澳各大学法学院访学，发挥港澳律师培养的经验优势，提升粤港澳大湾区律师国际化水平。同时，鼓励粤港澳大湾区内高校法学院搭建交流平台，吸引港澳法律人士到粤港澳大湾区内大学法学院学习内地法，增强港澳律师的法律认同感。

通过设立访学基金鼓励三地律师访学交流，有利于三地律师深入了解粤港澳大湾区内区际法律制度，为粤港澳大湾区发展奠定人才储备基础。

## 2017 第六届中国南方智库论坛黄晓慧：推进粤港澳大湾区区域治理

### 与合作发展的法治路径和措施

2017-09

黄晓慧（广东省社会科学院法学研究所研究员）

《新经济》

“一国两制”下的粤港澳大湾区城市群发展建设是一项宏大的系统工程，必须充分发挥广东“先行先试”的优势，放大广东“改革实验田”效应，在合作中推进与港澳立法观念、立法技术、执法观念、执法程序等的衔接、协调，推进粤港澳三地的对话协商与纠纷解决机制平台建设，为打造引领区域经济发展的营商国际营商环境提供法治保障，构建开放型经济体制新格局。

（一）以广东“先行先试”承诺条款方式扩大 CEPA 的调整和适用范围，并梳理内化到地方法制中，在进一步开放合作中向规则制定的引领者转变、继续通过协调谈判签署新的 CEPA 补充协议和 CEPA 框架下的单项协议，开放拓展更多的合作范畴，扩大 CEPA 的调整范围。通过进一步完善 CEPA 等双边协议，重点探索构建更具引领性、前瞻性的国际投资贸易规则体系，为国家制定关税法、国际刑事司法协助法，以及修改中外合资经营企业法、中外合作经营企业法和外资企业法等提供区域“先行先试”经验，健全有利于合作共赢并同国际贸易投资规则相适应的涉外法律法规制度，从规则适应者向引领者转变，形成引领区域经济发展的法治化国际营商环境。

充分利用 CEPA 协议中在广东“先行先试”的承诺，通过梳理，将正面清单中有关市场准入、知识产权、人材交流、电子商务、环境保护、网络安全等方面的规定内化到广东省的地方法制中，形成可复制可推广的制度成果。

（二）以机制创新减少环评司法复审的法律风险，试点引进香港国际仲裁中心和战略环评，在进一步开放中妥善处理创新发展和网络安全的关系

在外国投资者非常敏感的贸易区司法体系建设方面，进一步推进国际化程度高，政治敏感度低，引进时涉及司法法域的障碍较小的商事仲裁准司法合作。鉴于香港国际仲裁中心依托其符合国际化的英美商法体系发展迅速，已成为亚太地区最具代表性的仲裁中心，香港法院亦承认其仲裁的法律效力，可以考虑在广东自由贸易区直接引入香港商事仲裁机制，并设立专门的环境纠纷解决仲裁中心，按商事仲裁规则就各种环境纠纷组成仲裁庭，避免区域重大项目行动计划因环评司法复审而搁浅。对涉及粤港澳的跨境工程实施战略环评条款，从而在根源上减小跨法域合作中的环评司法复审的法律风险。

妥善处理创新发展和网络安全的关系，审慎监管、保护创新。制定《广东省实施〈广东省的中华人民共和国网络安全法〉办法》，可以考虑在广东自由贸易实验区内允许更加灵活的跨境数据流动，提高跨境数据交流速度，试行对外籍人士和港澳同胞日常工作生活必备的互联网媒体开放英文版本，提高互联网时代的国际投资与具有思维创新能力的人才的吸引力，提高对国际仲裁服务市场巨大份额的占有率。

（三）以开放、包容的原则加强国际法学理论研究与交流，在坚持“一国两制”的基础上正视法域差异产生的矛盾，进一步推进区域间的司法合作

加强专项法学理论与法律合作研究，摒除机械套用法律条文的僵化方式，促进内地与港澳法律制度的衔接及协调。在法理层面，按照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 24 条[《中华人民共和国刑事诉讼法》第二十四条：刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。]、《中华人民共和国民事诉讼法第 205

条规定，[《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零五条规定：“当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出……”]以及《香港内地判决(交互强制执行)条例》第7条规定，[参阅《内地判决(交互强制执行)条例》第7条申请登记内地判决的期限(1)根据第5(1)条提出申请登记内地判决的期限为2年。]刑事管辖归属争议解决原则及民事司法判决的承认都有协商解决的法制基础。[目前，香港特别行政区高等法院（以下简称香港高等法院）原讼法庭于2016年2月16日作出HCMP2080/2015号判决（以下简称香港高等法院2080号判决），认可广东省深圳市中级人民法院（以下简称深圳中院）于2014年11月4日作出的（2014）深中法涉外初字第91号民事调解书（以下简称91号调解书）。根据普通法系遵循先例的原则，一旦新的裁判规则被确立，即可成为往后裁判的依据。该个案既为内地判决到香港法院申请认可和执行提供了参照，也为进一步研究和磋商两地司法合作提供了素材。]在实践层面，按照最高人民法院与香港特区签署《关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》（自2017年3月1日起生效），以自贸区内的法院司法改革为试点，加快建成粤港澳三地司法合作机制建立粤港澳三地诉前信息共享、诉中联动调解和诉后执行协调的制度，创新区际司法合作，搭建多元化解决涉港澳民商事纠纷的立体平台。待时机成熟时，由全国人大来牵头，在总结广东“先行先试”经验的基础上制订区际冲突法律，实现立法上的突破，从根本上解决区际法律冲突。

## 2017 第六届中国南方智库论坛马蓉蓉：建设粤港澳大湾区需要软法机制

2017-09

马蓉蓉（中共广州市委党校政治学与法学教研部教授、广州市人民政府重大行政决策论证专家）

《新经济》

法国学者弗朗西斯·施奈德 1994 年提出：“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”。软法与硬法是国家法律规范体系的两大组成部分，软法与硬法的共通之处在于：都必须遵循宪法的框架；都要遵循共同的法律价值与法治原则；都是为了实现共同的法治目标。软法与硬法不同之处在于：保障实施的力量不同，硬法主要依靠公权力保障实施，行为人违反了软法则通常不会受到直接的国家强制，往往受到的是舆论谴责或其他某种形式的外部社会压力；实施机制不同，硬法依靠自上而下的命令控制机制予以实施，软法则更多地依赖于自律和社会影响力的共同作用；位阶的体现不同，硬法的位阶性很明显，以宪法为基准形成一个效力递减的位阶体系，软法自身则不存在明显的

效力层级；公民参与的程度和性质不同，硬法主要基于等级制和单向传达之上，公民参与的程度有限，而在软法实施过程中，软法机制更有助于实现行政机关和公民之间的平等，真正体现公民参与治理和自我治理的精神。

#### 一是借鉴区域发展成功经验的客观需要

国际区域经济一体化的重要经验就是积极构建适应区域经济发展实际的软法机制。无论是国际区域经济一体化还是国内区域经济一体化，两者追求的目的就是：通过逐步取消阻隔各国或地区生产要素在区域内自由流动的障碍，建立一个包括商品、资本和劳动力在内的统一市场，充分发挥各国或地区生产要素的优势，实行区域内生产要素的优化配置，促进区域内专业分工，协作生产，发挥规模经济效益，从而促进区域的共同繁荣。就国际区域经济一体化而言，最大的三个组织是欧洲联盟、北美自由贸易区和亚太经合组织等等。其中，欧盟一体化是目前国际区域一体化中最成功的典范之一，其成功经验对世界其他国家和地区推进区域一体化有重要借鉴意义。雷内·西尔顿和弗里茨·斯特因克在其合编的《欧盟及其成员国和美国的行政法—比较分析》一书中将软法视为欧盟治理的一种手段或工具，认为：《欧盟条约》中规定的建议、意见、一般行动纲领、中长期框架计划以及大量的无《欧盟条约》法律基础的决议、指南、宣言、行为准则等均属于欧盟软法的范畴。这些形式的软法具有一个共同特征：不具有完全的法律上的约束力，但也并非完全没有法律效力。例如，欧盟成员国在给予国内企业补助、援助时，要受欧盟法一般原则的约束：遵守在补助、援助领域使用裁量权的有关“指南”；欧盟法院有时会以“建议”作为解释欧盟规章的工具；在这种情况下，成员国当局和成员国法院处理相应事项也必须考虑这些“建议”[See Rene Seerden, Frits Stroink (ed.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States - A Comparative Analysis*, Intersentia, 2007, p. 273.]。美国区域法制的协调已经形成了比较完善的制度体系。从美国的法律史来看，同时具有州法和合同性质的州际协定是最重要的区域法制的协调机制。近年来，州际协定这种区域法制的协调机制正越来越受到联邦政府和州政府的决策者的关注和青睐，主要表现在：联邦政府和地方政府的积极参与；州际协定涉及领域的不断扩张等等。因此，建设粤港澳大湾区必须借鉴国际区域一体化的经验，加快构建软法机制。

#### 二是构建区域治理模式的客观需要

中共十八届三中全会强调：要推进国家治理体系和治理能力现代化。现代治理模式是一种公共治理或合作治理模式，强调更多的协商与沟通，更少的命令与强制。在全球化、民主化、市场化和信息化的时代背景下，由开放的公共管理与广泛的公众参与整合而成的公共治理模式，正在取代传统的国家管理模式或者统治模式，日益发展成为公域之治的主导模式。与传统的国家管理模式

不同，公共治理不可能纯粹地建构在硬法之上，只能软硬兼施、刚柔相济。因此，公域之治的转型过程在很大程度上就表现为一种由单一僵化的硬法体系向软硬交错的混合法体系进化的过程，这就迫切需要软法的崛起以填充从国家管理向公共治理转型所形成的法律空白。软法的崛起与公共治理模式的兴起之间存在紧密的关系，伴随着公共治理模式的日渐兴起，软法规范的大量涌现，软法治理的作用日益凸显，成为“公共治理”的主要根据。公共治理主要是“软法”治理，是社会的自我治理及国家和社会的合作治理。自我治理与合作治理的基础主要是自主、自愿的行动。从规范依据看，政府管制时代主要是“硬法”的时代；公共治理时代主要是“软法”的时代。软法依靠其民主协商性来推动公共治理模式的确立，在治理的过程中，软法手段往往成为各方主体合意或者可取的选择，甚至出现了硬法的软化现象。这种温和的、人本化的治理方式，能够以较低的运行成本，理顺公共关系。软法关注与回应多元利益诉求，倚重协商民主，推崇认同、共识与合意，这与公共治理的价值取向和功能定位相契合，决定着软法的兴起将有利于促进国家管理向公共治理转型，推动“善治”目标的实现。在粤港澳合作的进程中，在尊重各地区利益的基础上达成共识，主要通过合作、协调、谈判、伙伴关系、确立集体行动的目标等方式实施对区域公共事务的共同治理。这是一种平等协商、互信互利的双向互动的治理模式，体现出治理模式上的转型，这种治理实质上就是一种软法治理。粤港澳大湾区同纽约湾区、旧金山湾区和东京湾区的最大不同在于是“一国两制”背景下进行的，粤港澳大湾区内城市间存在不同制度的差异，存在不同的经济和社会发展形态。在“一国两制”背景下，要构建一个既基于粤港澳大湾区地理空间、又高于粤港澳大湾区地理空间的命运共同体、利益共同体、社会共同体，更加离不开软法机制。因此，软法机制是建设粤港澳大湾区的一种新的治理模式。

### 三是克服区域合作司法障碍的客观需要

粤港澳三地分别是三个独立的法律体系，其中香港是英美普通法系，澳门是大陆法系，广东是属于中国内地的法律体系，三个独立的法律体系相互之间没有管辖权。各自法院之间没有相互配合和管辖权，没有一个可以共同管辖这三个不同法律区域的更高层级的法院，也就是说中国的最高人民法院是无法管辖香港的终审法院和澳门的终审法院。这是粤港澳三地司法合作存在的障碍。要解决这一问题，必须多管齐下，综合施策。一方面，建议由全国人大牵头建立区际冲突法律，从立法层面解决这一问题。另一方面，充分发挥中国南沙国际仲裁中心的重要作用。近年来，国际仲裁已成为加强国际及地区之间经济贸易往来的重要法律服务形式。与法院诉讼不同，仲裁具有专家断案、程序快捷、方式灵活、不受行政区域限制等特点，当前已成为国际上最受欢迎的商事纠纷解决机制，对加强国际间及地区之间的经济贸易有着举足轻重的作用。中国南

沙国际仲裁中心是粤港澳合作的创新举措，将以仲裁的方式公正、及时地解决平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的民商事合同纠纷及其他财产权益纠纷。与此同时，软法是克服粤港澳司法合作存在障碍的重要途径。一般来说，在区域合作的政策导向之下，区域内的政府对区域整体发展所达成的共识，必须以制度性的规则来保证，以强化地方政府调控政策的规范化。美国地方政府之间通过制定具体的府际服务契约、合力协议的方式来构建完善的跨区域合作政策，以实现合作制度的一体化。要规范粤港澳区域间的竞争行为，遏制地方保护主义，区域内的政府有必要基于共同的利益诉求，制定各地共同遵守的区域合作协议或章程，构建一套完善的跨区域合作机制，

实现对跨区域公共事务的有效治理。没有明确的协议或章程，就很难保证地方政府在追求地方利益的同时不会对共同利益产生影响。区域合作协议是一定区域内的各地方政府为协调相互间的行政合作事宜、实现区域的共同发展，经协商而形成的对各自行政管理活动进行规制的协议。它是地方政府间开展合作的行为依据。随着现代经济社会的发展，地区之间的合作越来越广泛，对此，

各地区之间签订了大量的行政协议，其法治基础在于不具有隶属关系的地方政府间平等、互信、互利的原则；缔结主体是地方政府或其职能部门；缔结方式往往是行政首长联席会议；表现形式多为“协议”、“协定”、“备忘录”、“倡议书”等等。粤港澳大湾区是我国综合实力最强、开放程度最高、经济最具活力的区域之一。随着《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》（CEPA）的深入实施，中央通过“十二五规划”和“十三五规划”对港澳发展进行精心布局，批准设立了广州南沙、深圳蛇口前海和珠海横琴自贸区。2010年粤港签署《粤港合作框架协议》。2017年7月国家发展和改革委员会、广东省人民政府、香港特别行政区政府、澳门特别行政区政府联合签署《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》。签订这些协议的目的在于通过政府之间的合作，消除经济发展的种种障碍，促进区域经济的健康有序发展。由于我国目前尚无法律对这种行政协议的效力问题作出明确规定，如何避免这些协议流于形式是我们面临的挑战。同时，各地行政权力互不隶属，运行机制各有不同，如果仅靠行政手段开展协调，可能影响协议的执行效果。因此，可以预期，软法机制将在粤港澳大湾区建设中发挥日益重要的作用。

## **第一届中国首席法务官与律所高伙对话论坛：共话粤港澳大湾区法律**

### **共同体的使命与愿景**

2017-12

《经济消息报》

日前，由司法部港澳台法律培训交流中心、中国国际经济贸易仲裁委员会

华南分会/中国海事仲裁委员会华南分会、中国首席法务官研究院共同举办，中国法律服务（香港）有限公司、中国法律服务（澳门）有限公司、深圳前海万商天勤管理顾问有限公司、北京威科亚太信息技术有限公司协办的第一届中国首席法务官与律所高伙对话论坛于深圳博林圣海伦酒店（司法部港澳台法律培训交流中心）成功举办。

现场围绕论坛主题“粤港澳大湾区法律共同体的使命与愿景”展开演讲及讨论，旨在通过法务界顶级人物与国内知名大所高级合伙人同台高层对话，产生智慧碰撞，深度解读社会律师与企业法务的真实需求，最终探讨“企业法务与外部律师如何加强合作”核心主题，为双方搭建沟通桥梁，互利共赢，携手共创企业法治建设。

在主题分享环节中，广东省法学会港澳台法学研究会副会长吕群蓉，中国国际海运集装箱（集团）股份有限公司总法律顾问王宇，前招商局总法律顾问王春阁，大成（北京）律师事务所管委会副主任、中国区副主席徐永前，华商林李黎（前海）联营律师事务所执行合伙人王寿群，方达（广州）律师事务所合伙人肖潇等业界精英就“粤港澳大湾区法律共同体的使命”进行了精彩分享。

对话沙龙环节分三个主题进行，并各自配有相应的点评环节。其中，主题一是“一带一路国家战略对法务与律师的挑战和机遇”，在前海金控风控合规部负责人曹圆媛的主持下，华大基因集团总法律顾问韦炜、山水环境集团有限公司法律部总经理胡挺、英国诺顿罗氏富布莱特律师事务所香港合伙人胡文俊等先后进行演讲，并由英国特许仲裁学会东亚分会副会长方兆文进行点评。主题二是“当500强首席法务官遇上一线大所合伙人”，由中国国际经济贸易仲裁委员会/中国海事仲裁委员会香港仲裁中心秘书长王文英主持，华夏银行深圳分行法律部总经理张加文、万商天勤律师事务所管委会主任张志、盈科（深圳）律师事务所首席合伙人梁建东等先后发言，并由前招商局总法律顾问王春阁进行点评。主题三是“从法治企业到法治中国，公司法务与律师群体的合作共赢”，由中国首席法务官研究院秘书长任才博主持，协鑫集团法律部部长康乃元、广东卓建律师事务所主任张斌等先后发言，并由青岛地铁集团法律部部长王松山进行点评。

此次活动特别支持单位包括深圳市众鼎商学院有限公司、广东省法学会港澳台法学研究会、深圳博林集团有限公司，承办单位为健君国际商学院。众多与会嘉宾踊跃发言，论坛现场精彩纷呈，气氛热烈，掀起了一轮又一轮小高潮，共筑业界的一次盛典。

## 法制日报：粤港澳大湾区建设需法治先行

2017-12

《法制日报》

今年7月1日,粤港澳三地正式签署了《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》(以下简称《框架协议》)。为粤港澳大湾区确定发展方向和目标。

粤港澳大湾区是由包括广州在内的9个城市和港澳两个特别行政区,共11个地区形成的城市群,是继美国纽约湾区、三藩市湾区以及日本东京湾区之后,世界第四大湾区。据统计,2016年粤港澳大湾区经济总量近1.4万亿美元。而2015和2016两年广东的经济总量在中国各省区市经济总量持续排名第一。显而易见,粤港澳大湾区的发展能力与潜力兼备。

根据《框架协议》,粤港澳三地将在中央的支持下,完善这一创新合作机制,促进互利共赢合作关系,将粤港澳大湾区建设成为更具活力的经济区和宜居、宜业、宜游的优质生活圈以及内地与港澳深度合作的示范区,打造国际一流湾区和世界级城市群。

谋求粤港澳大湾区长期发展必须法治先行。换言之,区域法治化是区域成功治理必然要求。所谓的区域法治化是在特定区域范围内制定规范性法律。一方面,法治可确保区域内各合作方公平竞争;另一方面,法治能完善产权制度,促进科技成果转化,从而最终促使区域规划得以有效实施,达成目标。

历史上,不少成功区域发展皆强调立法。例如,美国的地区开发,先后通过《区域复兴法案》和《区域开发法案》等,规定区域开发目的的同时鼓励跨区域规划;日本首都圈的建设,先制定《首都圈整備法》,从法律上界定首都圈的范围和发展方向,随后制定《首都圈建成区限制工业》和《首都圈近郊绿地保护法》等多部法律法规。一系列法律法规的完善与实施促进了首都圈城市内部和城市之间协调发展和生产力的合理布局,也使首都圈的规划有法可依,将首都圈的建设和管理纳入法治轨道。

在过去短短的六年间,已有22份有关粤港澳大湾区的报告陆续出台。在今年两会期间,来自广东省发改委的代表建议,未来从基础建设、产业创新、共用产业价值链、构建“一带一路”、共建金融核心圈以及优质生活圈等六个方面重点发展粤港澳大湾区。可见,粤港澳大湾区的建设已开始启动。

然而,粤港澳大湾区内11个城市的法治程度存在不少差异。首先是政治制度上的差异。9个内地城市实行的是社会主义制度,而香港和澳门特别行政区实行的是资本主义制度。其次是法律体系上的差异。不可否认,在实务运作过程中,立法权、司法权、执法权行使上的冲突是不可避免的。虽然如此,以“利国利民”为核心,任何问题皆有解决的方法。最后是法律制度上的冲突,包括民商事和经济管理等方面。

有学者建议粤港澳三地政府共同制定粤港澳大湾区经贸合作条例,包括完善优良的法规体系、廉洁透明的法治政府、公正的司法系统、有效的市场监管机制、自由公平的市场竞争环境、健全的商事纠纷解决管道等。笔者表示赞同,只有实现粤港澳大湾区法治融合才能推动区域协同发展。

但是,大湾区法治融合这一宏伟的目标又该如何具体实现呢?笔者认为,以正式方式落实大湾区区域法治目标的可行方案可一分为二。也就是说,在大湾区法律基础建设的最初阶段,中央政府可以采用以下两种方法推进。一是在中央政府的带领下,将区内11个城市既有的相关法规进行大融合,从中找出可行共融的方案。此乃“两制”互为融合的具体实践。二是由中央自上而下地为大湾区立法,而区内11个城市则依法办事。不难看出,由中央直接立法要比融合现有规矩来得快捷和有效。这可视为“一国”原则的具体表现。

在笔者看来,粤港澳大湾区是“法治中国”的一个实验地,更是香港再发展的崭新平台,循序渐进地打造这个世界第四大湾区也将成为大家共同的期盼。

(作者系香港执业大律师)

## 广州法治化营商环境论坛:粤港澳大湾区建设面临区际法律“大考验”

2017-11

《国际在线》

2017广州法治化营商环境论坛21日在广州举办,“粤港澳大湾区的法律服务与保障”成为其中一个热议话题。广州市律师协会副会长詹礼愿先生提出,粤港澳大湾区独特的法律环境使湾区的法律服务与保障面临绕不过的难题——“区际法律冲突问题”,有必要从现在开始考虑增进三地法律服务力量整合,为湾区打造可预见的法治化营商环境。

詹礼愿首先解释,粤港澳大湾区面临的法律大考验是国内京津冀、长三角地区,甚至海外的旧金山湾区、东京湾区都不会遇到的:“咱们香港属于英美法系,澳门属于大陆法系,内地是社会主义法系。可以说,无论是实体法还是程序法都有很大的不同。这个区域法冲突的概念在港澳回归的时候就提出过,但是回归以后没有放到一个经济体的概念去考量。因为发生概率很低。打比方,香港人到国内买房子,他就适用内地的法律,所以,很少跨区域的法律问题。但是,到今天要建立(粤港澳)大湾区的时候,那么这个问题又摆到桌面上来了,是我们法律服务业不可回避的问题。”

粤港澳大湾区建设需要稳定公平透明、可预期的法治化营商环境。詹礼愿大胆设想并提出了解决这个问题的三个阶段。初级阶段就是立足现行法律服务力量的深挖与整合,包括加强区际法律适用法律的学习,建立区际律师所平行合作机制,成立联营律师事务所。当务之急,还是人才的培训。詹礼愿说:“加强跨法域基本法律知识的学习与培训。比如说我们处理涉港的法律服务的时候,

不能光是指望冲突法，你得知道香港法律的基础知识，澳门的法律基础知识，都要有所掌握。这几十年来，粤港澳三地的法律交流都是客客气气，却没有解决一个问题，没有解决相互法律基础培训。（应该）让香港的律师学习内地的基础法律知识，内地的律师学习香港的基础法律知识。”

曾获全国优秀律师、广州市十佳律师荣誉称号的詹礼愿，从事专职律师 20 余年，先后参与广东省和广州市立法论证 100 多次、政府重大决策论证 20 多次，许多建议受到了立法与政府部门的重视与支持，是行业智库的领军人才。他说，粤港澳大湾区的建设对律师界而言，终极目标就是要促进大湾区法律价值观与是非观趋同，构建大湾区优选示范法律体系：“只有通过法律人之间不断地交流，进行认真地讨论，过程中促进价值取向的认识，才能在第二阶段实现价值观的趋同。第三个阶段，三地律师行业协会共同起草推广重要商业领域的法律文书示范文本，（共同）起草《区际法律适用法》示范草案，就重要领域立法起草示范法律文本。我们律师要捋顺大湾区的法律环境，为我们今后执业提供方便。”

## 华南理工大学法治评价与研究中心：粤港澳大湾区城市群首个法治指数发布

2017-04

《民主与法制网》

4 月 22 日，广东省法学会重点法治基地“华南理工大学法治评价与研究中心”在广州主办了“粤港澳大湾区城市群法治指数”发布会暨“全面依法治国与法治评价”研讨会。广东省法学会会长梁伟发、广东省政府法制办主任王学成及粤港澳 60 余位专家学者参加了会议。华南理工大学法治评价与研究中心执行副主任、课题组负责人滕宏庆教授发布了国内首个粤港澳大湾区城市群法治指标体系，共包含四个一级指标（立法质量、法治政府、司法公正和法治文化）、二十个二级指标和一百个三级指标。

2017 年 3 月 5 日，国务院总理李克强在《政府工作报告》中提出，研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划。在中共中央全面推进依法治国及正式启动粤港澳大湾区城市群规划编制的大背景下，华南理工大学法治评价与研究中心（广东省法学会法治研究基地）组建了由中心执行副主任滕宏庆教授负责，郑方辉、吴家清等 8 名教授或副教授、2 名博士生、12 名硕士生组成的“粤港澳大湾区城市群法治指数”课题组。

为测量粤港澳大湾区城市群法治现状，首先，本课题组采取专家评估模式，建立了粤港澳区域内法学学者、律师、公司法务、公务员、法治新闻媒体人等 150 人组成的“法治评估专家团”。其次，构建了一套包括立法质量、法治政府、司法公正、法治文化 4 个一级指标、20 个二级指标和 100 个三级指标组成的粤

粤港澳大湾区城市群法治评价指标体系（如表 1 所示）。再次，沿用一二级指标设计专家调查问卷，三级指标用于解释对应的二级指标，每位专家就 11 个城市的 20 个二级指标分别打分（问卷采取十分制，每个城市最高得分为 200 分）。

评价结果显示，粤港澳大湾区城市群法治指数平均为 72.38 分。从总分（百分制）排名来看，香港以 89.13 分占据榜首，第二名澳门 85.41 分，第三名深圳 76.75 分，第四名广州 75.95 分，第五名珠海 70.63 分，第六名佛山 70.29 分，第七名中山 67.34 分，第八名东莞 67.15 分，第九名惠州 65.07 分，第十名江门 64.98 分，第十一名肇庆 63.53 分。港澳为深度法治城市、深广为中度法治城市、七城为浅度法治城市。课题组建议制定、发布和实施《粤港澳大湾区城市群法治建设大纲》来推动中国首个湾区法治建设。这是我国目前第一次内地与港澳法治的比较评估，也是第一次粤港澳大湾区城市群法治评估，具有里程碑意义和领先示范价值。

会议还发布了 2016 年度粤港澳大湾区十一城法治焦点事件并由专家逐一点评：1. 广州设立跨区环保审判法庭；2. 佛山中院首试平权型合议制；3. 肇庆检察院首提环境民事公益诉讼；4. 深圳试水微信平台立法听证；5. 东莞立法征求公民意见建议；6. 惠州律师参与信访成效显著；7. 香港籍人民陪审员首次在珠海参加庭审；8. 中山环保行政执法风暴；9. 江门首部实体法获省人大立法质量肯定；10. 全国人大常委会对香港基本法第 104 条作出解释；11. 澳门《预防及打击家庭暴力法》生效。

王学成表示，粤港澳大湾区建设是国家级重大发展战略，是改革开放后三十年的粤港澳合作经验，并借鉴国际上湾区发展经验，在“一带一路”的背景下制定的新型战略。华南理工大学法治评价与研究中心抓住这一契机，就大湾区的法治问题，对城市群的法治指数予以发布具有深远意义。

梁伟发介绍，华南理工大学法治评价与研究中心开展评价研究发展已经有 10 年了，中心广泛吸收了众多省内外专家学者投入研究工作。此次课题组针对粤港澳 11 个城市进行调研并发布城市法治指数，成果还得到了中央政法委孟建柱同志的肯定。梁伟发会长希望，未来中心要进一步扩大协同范围，吸纳国内外此研究领域的权威专家共同建设，早日打造成中国法学会重点研究基地。

**新华社：粤港澳积极搭建“一带一路”法律服务平台助力中国企业“走出去”**

2016-09

《新华社》

广东省律师协会、香港大律师公会、澳门律师公会联合举办的粤港澳法律服务合作论坛 9 月 27 日在广州举行。广东省律师协会与香港大律师公会首次签

订合作框架协议，广东省6家律师事务所分别聘请香港1名大律师担任顾问，双方还建立了定期会晤机制、互派学习机制等。

广东省律师协会会长欧永良认为，协议的签订开创了广东律师行业与香港大律师合作的新局面，也是粤港澳法律服务业开放政策在广东先行先试的成果。

香港大律师公会主席谭允芝说：“这次的合作框架协议是一个重要的里程碑。标志着粤港两地的法律服务进一步融合。”

2014年，经司法部授权，开启了香港、澳门律师事务所与广东实行合伙联营的试点。广东省司法厅副厅长梁震介绍，近年来，广东省司法厅围绕“一带一路”、自贸区建设等积极探索，在粤港澳法律服务合作上取得一定阶段性成效。

据广东省司法厅统计，目前，广东已批准设立9家粤港（澳）合伙联营律师事务所，共有25名香港律师、8名澳门律师派驻到合伙联营所；2家粤港律师事务所开展协议联营；22家香港律师事务所在粤设立代表机构；96名香港居民、4名澳门居民经批准成为内地执业律师。

谭允芝说：“此次聘请香港大律师作顾问可以增强专业知识交流，发挥香港、广东两地律师在不同领域的专长。另外，派驻广东律师到香港律所短期实习，也可增加广东律师在国际舞台上互动发言的机会。”

论坛上，不少企业代表也表达了期盼法律服务“走出去”的热切愿望。广东省航运集团副总经理丁予君说：“我们是省属国有企业，以往在香港投资运作时，解决法律事务纠纷，主要是靠聘请当地律师。如今在海外的投资越来越多，迫切需要建立境外律师档案库，给我们提供必要的法律保护。”

对此，一些律师代表提出，要有律师先“走出去”，才能为企业提供更接地气的法律服务。“现在资本是分分钟往外走，我们再等机会就没了。”广东省律师协会港澳台和外事工作委员会主任贾红卫说，“建议粤港澳三地的律师协会派出专人，组成工作组。”

欧永良介绍，今后，粤港澳还将建立“一带一路”法律服务研究中心、全球华语律师联盟及争议解决中心等平台，共筑粤港澳法律服务新品牌，为企业“走出去”提供有力的法律支持。

中华全国律师协会副会长朱征夫透露，全国律师协会将联手“一带一路”沿线国家的优秀律师，制定一本境外投资法律服务指南，帮助中国企业了解“一带一路”沿线国家的法律政策环境。

澳门律师公会秘书长石立忻说：“澳门律师公会是葡语系律师联盟的成员。推动粤港澳法律服务合作是一个良好契机，让世界各地的法律服务从业人员能够联结起来，相互合作，共同推进发展。”

此外，粤港澳三地还积极开展仲裁合作。据梁震介绍，由广州仲裁委员会、香港国际仲裁中心和澳门世界贸易中心仲裁中心共同组建的南沙国际仲裁中心，

可为境内外商事主体提供粤港澳三地仲裁服务，成立至今已受理国际商事仲裁案件 30 多件，争议标的额达 5.4 亿元。

## 粤港澳大湾区建设发展与制度保障高层论坛：探索大湾区司法协作和法治体系建设新路径

2017-12

《珠江时报》

习近平总书记在党的十九大报告中指出，要支持香港、澳门融入国家发展大局，以粤港澳大湾区建设、粤港澳合作、泛珠三角区域合作等为重点，全面推进内地同香港、澳门互利合作。而三地不同法律体系之间的衔接，是全面推进内地与港澳互利合作的重点之一。如何解决粤港澳三地法律冲突，如何创新司法体制，构建粤港澳司法协作机制等，是粤港澳大湾区建设发展必须面对和解决的问题。

12月1日，在粤港澳大湾区建设发展与制度保障高层论坛上，来自广东省内外、港澳台三地的高校，以及审判部门、检察机关、公安机关、律师事务所、企业等单位的 200 余位专家学者就上述问题积极发言，各抒己见，碰撞思想，为粤港澳大湾区的司法体制创新和协作提供智慧。

事实上，在粤港澳大湾区的发展机遇下，作为佛山的中心城区，禅城正在全力建设佛山首善之区，加快对接广州的轨道交通、高速公路等立体交通网络，以及承接广深优质产业外溢资源，积极融入粤港澳大湾区建设。

专家建议，禅城要积极拥抱广佛同城，要大力发展生产性服务业，尤其是高端服务业，集聚教育、医疗、养老等服务要素，提升法治化国际化营商环境，全面融入粤港澳大湾区城市群。

### 粤港澳要通过体制创新解决法律衔接问题

党的十九大报告提出，要支持香港、澳门融入国家发展大局，以粤港澳大湾区建设、粤港澳合作、泛珠三角区域合作等为重点，全面推进内地同香港、澳门互利合作，制定完善便利香港、澳门居民在内地发展的政策措施。

省法学会会长梁伟发指出，随着粤港澳大湾区建设上升为国家战略，将为粤港澳地区的发展带来千载难逢的历史机遇。本次论坛聚焦“粤港澳大湾区建设发展与制度保障”，着力探索粤港澳大湾区建设推进过程中所面临重要问题的解决模式，主题研讨恰逢其时，具有重大而深远的意义。

目前，法治环境已逐渐成为地区的核心竞争力，而创建法治化营商环境是加快粤港澳大湾区建设的重要内容。梁伟发说，党的十九大报告提出将“坚持全面依法治国”作为新时代坚持和发展中国特色社会主义基本方略之一，在全

面依法治国深入推进的历史时刻，“粤港澳大湾区建设发展与制度保障”在国家法治建设、经济建设大局中必然扮演着不可或缺的角色。

梁伟发还表示，推动粤港澳大湾区建设需要直面的关键问题是，粤港澳三地实行不同的社会制度、采用不同的法律体系、分属不同的关税区，且城市间、地区间发展不平衡，诉求、利益也不尽相同。在这一现实情况面前，如何进一步推动粤港澳大湾区建设，关键在于体制创新和制度保障。这是制约粤港澳大湾区加快发展的关键问题，也是需要广大法学法律工作者深入调研、重点思考和必须下苦功夫研究的重中之重。

论坛上，参会的专家纷纷认为，“一国两制”是粤港澳大湾区最为重要的特征，也是最为重要的优势。但在“一湾区三法域”这一特殊现实情况面前，如何进一步推动粤港澳大湾区建设，为大湾区建设发展提供制度保障，专家学者们几乎都认为关键在于体制创新。

“加快发展湾区经济，对三地政府跨境治理带来很大挑战，需要不断进行新的突破，需要不断创新管理模式。”汕头大学法律系主任、副教授陈瑞林认为，三地要淡化行政区划概念，促进要素在区域内自由流动。

广东财经大学法学院教授朱孔武则认为，在港澳回归后，广东与港澳的合作与联系更加密切，但也存在一些制度上的障碍，因此推进粤港澳大湾区建设首要解决的是三地制度衔接的问题，在制度创新上要有所突破，真正发挥大湾区一体化的效应。

#### 探索“一湾区三法域” 司法协作与特色法律制度

在当日论坛上，有学者指出，由于当前三地的法律体系不一致，实体法和程序法完全不同，区域法冲突将会愈加明显，跨领域的法律服务和法律专业人才不充分不平衡之间的矛盾也将越来越凸现，对法治化营商环境质量要求也会越来越高。

广东省社会科学院法学研究所研究员黄晓慧指出，目前粤港澳的法制现状是“一国两制”下三个独立的法律体系，不同法域和政体的差异使得粤港澳大湾区的合作建设更显得关系复杂。

广东港澳台法学研究会会长、教授蔡镇顺也指出，粤港澳合作的法律基础，既不是完全国内法，也不完全是国际法或国际条约，而是综合性的法律基础，其中包括宪法及港澳基本法、WTO协议、CEPA协议、区域合作的各种安排及协定等。事实证明，这些地方政府间的合作协议对三地经济发展、协作、协调起到了非常重要的作用。

为此，蔡镇顺建议，必须在《宪法》和《地方组织法》中明确地方政府包括港澳特别行政区政府缔结地方政府合作协定的权力，在《立法法》中明确合

作协定的法律地位。同时，粤港粤澳政府之间、政府部门之间的协议形式多样，呈现出效力无序状态，这在很大程度上影响了合作的深化，制约了其他方面的合作发展，因此要在法律上明确粤港粤澳政府之间所缔结协议的效力级别。

中山大学法学院教授、省港澳台法学研究会副会长慕亚平则认为，粤港澳大湾区建设并不是简单的粤港澳合作，而是要建设有特色的大湾区，在“一湾区三法域”这一特定现实情况下，首先要明确法律地位和制度问题，在我国宪法、“一国两制”前提下，在大湾区这一特殊区域之中大胆创新，探索建立特色法律制度。

黄晓慧则建议，广东应充分利用毗邻港澳的地域优势，发挥省人大立法导向作用，“先行先试”，放大广东“改革实验田”效应，加快粤港澳三地的对话协商与纠纷解决机制平台建设，从而双向推进内地与港澳在立法观念、立法技术、执法观念、执法程序等的衔接与协调，为打造区域经济国际化的营商环境提供法治保障。

事实上，目前内地实行的是社会主义制度，而香港作为自由贸易港，实行的是资本主义制度，港澳与广东在具体政策、法规、标准上存在差异，实际操作中往往会遇到许多问题。如大量高端人才进入珠三角即面对一系列就业、就学、医疗、养老问题。

对此，澳门科技大学副教授、博士生导师沈云樵认为，伴随着港珠澳大桥、广深港高铁即将通车、“一地两检”方案的即将实施，粤港澳三地的交流合作将会深化。在法律制度突破前，三地可在“一国两制”框架下建立更多联席会议，分行业、专业建立联席机制，在医师资格互认、律师执业、医保制度等方面积极探索，促进三地合作平稳推进。

#### 禅城要全面融入核心城市半小时生活圈

随着粤港澳大湾区建设的推进，如何把握时代机遇，快速融入大湾区城市群，实现错位发展，成为各城市思考的重大课题。而在港珠澳大桥、广深港高铁通车之后，佛山大部分地区将与香港实现“1小时生活圈”。

论坛中，与会专家学者认为，佛山是粤港澳大湾区的重要城市，是大湾区制造产业带的龙头，随着粤港澳大湾区建设不断深入，粤港澳三地合作将是全方位、多层次、宽领域的合作。佛山今后在促进粤港澳大湾区建设发展，营造公平正义有序的社会环境方面应有更大的作为，为实现区域经济协调发展、共同打造粤港澳大湾区、建立世界级城市群作出新的更大贡献。

而作为本次论坛举办地的禅城，既是佛山的中心城区，且地处广佛都市圈及珠三角核心区，又将如何发挥自身的优势，积极融入粤港澳大湾区建设？当日的论坛中，就专门加入了“大湾区建设背景下禅城企业在经济、金融、法律方面的对接措施”这一论题，引发了专家学者思考。

事实上，近几年来，禅城以法治建设为依托，以问题和需求为导向开展社会综合治理改革，大力推进“一门式”行政服务改革，不断提升行政效能，探索建设大数据时代的服务型政府。同时，加快广佛同城化建设步伐，推动对接广州的轨道交通、高速公路等立体交通网络建设，拉近了与港澳各地的时空距离。此外，全面对接广深优质产业外溢资源，加大禅城与港澳台现代服务业合作力度，培育服务业新业态，积极融入粤港澳大湾区建设。

广东外语外贸大学一带一路研究院院长、教授申明浩表示，大湾区意味着进一步开发、更高端、更包容，推进粤港澳大湾区建设关键在于协同创新，应在资源要素空间重组、产业技术空间延伸、区域关系空间重构以及金融战略空间拓展四个方面推进，以增强自贸区的经济发展活力。而作为佛山中心城区的禅城，首先要积极拥抱广佛同城，加快交通基础设施互联互通，甚至是直联直通，依托交通网络的便利，全面融入粤港澳大湾区核心城市半小时生活圈，加速区域内城市间的要素整合，帮助禅城吸纳更多的创新资源。

申明浩说，香港的优势在现代服务业，而佛山有相当大比重的传统制造业，两者能形成互补的供求关系。就禅城而言，禅城的陶瓷、纺织等传统产业的生产已经向外迁移，留下产品的研发、设计等环节，而在这一方面，香港的研发、产品设计有优势，可以借助香港的优势，加快禅城的传统产业改造升级，“禅城要大力发展生产性服务业，尤其是高端服务业，要成为全国乃至全球的高端服务业集聚地，提升城市的核心竞争力。”

申明浩还强调，近几年，珠三角城市正从招商引资朝着招商引“智”转变，也就是着力在人才引进上。人才聚集意味着产业发展机遇，禅城要发展高端服务业，就要提供更高级产业形态和载体，吸引高端人才，因此配套的交通、医疗、教育等软环境要跟上，吸引广、深、甚至港澳的金融业高级人才聚集，助推产业升级。

广东金融学院副教授、法学博士朱玛则提出，由于粤港澳三地的法律体系不一致，三地许多问题需要行政协调。但实际上，跳开行政管理体制，三地可以借助新技术在司法、法律衔接上进行突破。

朱玛举例说，香港近期在厦门签订协议，建设“中国委托公证业务综合管理信息平台”项目，该项目一旦建成，将成为我国首个在不同法域通过互联网技术确认法律文书的合法性和真实性的信息化平台，为今后港澳等地法律文书交换提供借鉴。事实上，禅城目前正在推进区块链技术应用，这一技术具有加密及不可篡改性，禅城可借助区块链技术深入探索司法服务改革，打造可借鉴复制的特色的公共法律服务体系，进而提升禅城的法治化国际化营商环境。

专家学者观点

粤港澳大湾区建设发展与制度保障

加快发展湾区经济，对三地政府跨境治理带来很大挑战，需要不断进行新的突破，需要不断创新管理模式。三地要淡化行政区划概念，促进要素在区域内自由流动。

——汕头大学法律系主任、副教授陈瑞林

在港澳回归后，广东与港澳的合作与联系更加密切，但也存在一些制度上的障碍，因此推进粤港澳大湾区建设首要解决的是三地制度衔接的问题，在制度创新上要有所突破，真正发挥大湾区一体化的效应。

——广东财经大学法学院教授朱孔武

探索粤港澳司法协作与特色法律制度

粤港澳大湾区建设并不是简单的粤港澳合作，而是要建设有特色的大湾区，在“一湾区三法域”这一特定现实情况下，首先要明确法律地位和制度问题，在我国宪法、“一国两制”前提下，在大湾区这一特殊区域之中大胆创新，探索建立特色法律制度。

——中山大学法学院教授、省港澳台法学研究会副会长慕亚平

广东应充分利用毗邻港澳的地域优势，发挥省人大立法导向作用，“先行先试”，放大广东“改革实验田”效应，加快粤港澳三地的对话协商与纠纷解决机制平台建设，从而双向推进内地与港澳在立法观念、立法技术、执法观念、执法程序等的衔接与协调，为打造区域经济国际化的营商环境提供法治保障。

——广东省社会科学院法学研究所研究员黄晓慧

在法律制度突破前，三地可在“一国两制”框架下建立更多联席会议，分行业、专业建立联席机制，在医师资格互认、律师执业、医保制度等方面积极探索，促进三地合作平稳推进。

——澳门科技大学副教授、博士生导师沈云樵

禅城如何把握粤港澳大湾区机遇

作为佛山中心城区的禅城，首先要积极拥抱广佛同城，加快交通基础设施互联互通，甚至是直联直通，依托交通网络的便利，全面融入粤港澳大湾区核心城市半小时生活圈，加速区域内城市间的要素整合，帮助禅城吸纳更多的创新资源。

禅城要大力发展生产性服务业，尤其是高端服务业，要成为全国乃至全球的高端服务业集聚地，提升城市的核心竞争力。

——广东外语外贸大学一带一路研究院院长、教授申明浩

文/珠江时报记者杨汉坤通讯员阎维芳

## 粤港澳大湾区营商环境和法律合作深圳湾沙龙：粤港澳大湾区营商环境和法律合作

2017-08

《深圳新闻网》

8月18日，“粤港澳大湾区营商环境和法律合作深圳湾沙龙第二场”在深圳成功举行。本次活动围绕“粤港澳大湾区营商环境和法律合作”中的热点、难点问题进行研讨。其中学术研究机构、法律实务机构、企业代表、媒体代表等共120余人参加了会议。

据了解，此次研讨会由澳门法律论坛、司法部港澳台法律培训交流中心主办，中国法律服务（香港）有限公司、中国法律服务（澳门）公司、中国广州仲裁委员会、香港中国企业协会法律专业委员会，澳门青年企业家协会以及澳门法制研究会联合主办，第e律师法律服务平台承办。

论坛致辞时，深圳市司法局蒋溪林局长表示粤港澳三地同根同源，今天的粤港澳大湾区的建设，既是传承过往的合作，也是展望未来的发展。中国法律服务（香港）有限公司杜茂董事长表示通过举办此次论坛，集结粤港澳三地和内地的经济和法律精英能够更好的群策群力助力粤、港、澳三地经济发展。

在论坛第一单元，中山大学岭南学院前副院长、教授李胜兰，招商局集团原总法律顾问，高级经济师王春阁，中国工商银行（澳门）股份有限公司法律合规部高级经理何乐心分别就《粤港澳大湾区营商环境：金融和经济的发展与融合》进行了主题发言。

王春阁博士就粤港澳大湾区的“合作”展开了重要阐述。他指出，粤港澳大湾区的“合作”不仅是经济上的互联互通，更是法律、社会政策、金融、服务业的整合。同时，王春阁博士特别提出如何通过法律上的合作来保障湾区经济合作是粤港澳大湾区的发展面临的一大难题。由于法律体系和政治理念的差别，目前粤港澳三地尚未建立起全面的司法合作关系，因此通过仲裁、调解的方式是解决大湾区合作中遇到的法律纠纷较为可行、有效的途径。

李胜兰教授表示，依托于湾区的特殊经济特征，相较于纽约湾区，东京湾区以及旧金山湾区，粤港澳大湾区拥有作为世界级金融中心的经济优势。但同时粤港澳湾区还存在不同程度的同质化竞争和资源错配现象，如何实现资源优化配置行程有机整体仍是粤港澳大湾区发展面临的最大挑战。因此，李胜兰教授认为，粤港澳大湾区的发展需要构建粤港澳湾区配置资源的共同市场同时匹

配粤港澳大湾区互联互通的制度体系。

何乐心经理认为金融法对于粤港澳大湾区的融合发展有着重要的影响。粤港澳大湾区背靠国家发展与区域一体化政策形式，利用纵横行政合作的叠加优势推动金融创新，利用金融法凸显大湾区合作中促进资金融通的特有价值和属性。但欠缺区级准则协调利益关系以及评估机制停留于简单加总而不追求制度创新仍是粤港澳大湾区发展较为突出的问题。针对这些问题，推动金融市场双向开放，探索与澳门地区产品互认、资金互通、市场互联的机制显得尤为重要。

会上，由广州市政协社会法制民族宗教委员会主任陈忠谦主持圆桌论坛。中山大学法学院教授周林彬，北京市德恒（深圳）律师事务所高级合伙人苏启云，华夏幸福基业产业发展集团深圳区域总经理陈朝朝，香港中银集团保险有限公司董事长曾小平作为与谈嘉宾参与了此次圆桌研讨。

在论坛第二单元，中国广州仲裁委员会副主任李非澐，香港城市大学法学院教授顾康敏，澳门大学研究生院院长莫世健就《粤港澳大湾区法律合作：机遇与挑战》进行了主题发言。

李非澐副主任指出经济一体化是粤港澳大湾区未来深度合作发展的趋势，而法律是粤、港、澳三地的深度合作的保障。但由于粤港澳大湾区分属不同法系，法律原则、法律价值及传统存在巨大差异，缺乏行之有效的司法合作机制是目前大湾区法律合作的困境。针对如何走出困境，迎接挑战，李主任认为首先应当是经济、民商方面的法律合作，其次是充分发挥以仲裁为核心的民商事纠纷争端解决机制的突出作用。

顾康敏教授针对粤港澳大湾区仍将面临的法律挑战也提出了深刻的见解。他认为大湾区是一国下三个区域的紧密、有机合作。虽然粤港澳大湾区在一国两制下的融合过程可能比较复杂，但正是因为一国两制，不同法律制度之间也可以优势互补，使得有关的法律安排更加成熟、有效。在我们面临大湾区法律挑战之际，建立新的争端解决中心，力争将争端消弭在协商调解之中是非常必要的。

莫世健教授以题为《粤港澳大湾区法律合作——挑战与创新》对大湾区的法律服务合作，法学教育合作，仲裁和调解合作以及经济特区的判决和仲裁裁决的执行开展了阐述。同时教授认为大湾区的深度合作需要弱化各类地域和身份限制，增加人员流通，货物流通和资金流通自由度，在一个中国的大框架下，合理解读内地城市与特区的关系。

随后，澳门科技大学法学院副教授、澳门法律论坛发起人沈云樵主持了题为《粤港澳大湾区法律合作——机遇与挑战》的圆桌论坛。深圳国际仲裁院院长刘晓春，中国人民大学律师学院院长徐建，广东互联网金融协会常务副秘书长华德莉，澳门特别行政区法律改革咨询委员会委员陈华强参与了此次的讨论。

会议最后，国际商会中国国家委员会执行董事副主席兼仲裁专业委员会主席、华贸法律服务联盟主席沈四宝作闭幕致辞。同时，各参会代表纷纷表示此次研讨会内容充实、气氛热烈，为进一步促进粤港澳大湾区金融和经济的发展与融合搭建了有效的交流平台。（曹园芳）

## 中国民主同盟广东省委员会：关于促进粤港澳大湾区司法合作平台建设的建议

2018-01

中国民主同盟广东省委员会

案由：

推进粤港澳大湾区建设，是中共十九大确立的国家重大战略。随着国家“一带一路”、粤港澳大湾区建设、泛珠三角区域合作等一系列重大战略的实施和港珠澳大桥的建成通车，粤港澳三地的区域合作必将更为紧密。由于粤港澳大湾区具有的独一无二的“一国两制三法域”特点，随之而来的诸多制度性冲突与矛盾也不可避免，这在司法领域表现得尤为突出。因此，加快粤港澳大湾区司法合作平台建设，在广东与港澳三法域之间建立起有效沟通、顺畅合作的司法运行机制，就显得十分重要而迫切。近年来粤港澳司法合作虽取得一定成效，但同时也暴露出以下问题：

### 1、“一国两制三法域”之间没有统一的司法合作协议

港澳回归以来，在内地与港澳三个不同的法域之间，尚未签署全面的司法合作协议。只是最高人民法院先后与澳门和香港特区政府签署了《就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》等几份有关民商事案件合作的安排，且都是原则性规定，有许多具体问题未作明确规定，导致广东与港澳之间大量的互涉案件，基本上处于无法可依的状态，只能通过个案协商的办法解决，在法律事务中造成大量的问题和矛盾，比如港澳居民和广东居民的离婚案件，案件的管辖权、适用法律、审判裁决效力、执行方式和执行效力都存在制度性冲突和争议，这是依靠现有制度性安排无法解决的。

### 2、粤港澳之间的司法个案协商缺乏常规而系统的合作机制

改革开放以来，粤港澳之间的司法合作始终停留在个案协商的层面，一案一商，各案不同，表现出临时性和应急性，缺乏常规而系统的合作机制，这无疑极大地增加了粤港澳司法机构处理司法事务的难度和负担。目前，粤港澳互涉案件量逐年增多，仅深圳中院2014年至2017年上半年受理的涉港商事案件即达3297件，2016年至2017年8月，香港居民在广东被采取刑事强制措施多达1320人次。随着粤港澳大湾区建设的不断深入，必将产生更多需要粤港澳开展司法合作予以解决的法律事务，三地间的司法合作若仍靠个案协商解决，不

仅远远不能满足社会日益增长的司法需求，也与法治公平正义理念的要求相背离。

### 3、粤港澳大湾区司法合作的主体不清，路径不畅

首先，广东与港澳间司法合作的主体不明晰。内地与港澳之间的司法合作有两种模式：第一种是法域合作模式，内地作为一个统一的法域与港澳法域之间形成平等的司法合作关系，该模式下内地司法合作的主体只能是中央。第二种是区域合作模式，港澳作为我国的特别行政区，与内地各省、市、自治区之间建立平等的司法合作关系，该模式下内地司法合作的主体是各省市区，而非中央，但中央可以作为组织者、协调者，代表内地各省市区作出司法合作上的安排。但目前中央未明确规定允许内地各省市区单独与港澳直接进行司法合作，造成粤港澳之间司法合作主体不清。

其次，粤港澳大湾区司法合作的现实路径不畅。中央在对待港澳司法事务上，权力高度集中，即使操作性事项也一直未能放权，导致粤港澳大湾区的司法合作面临诸多程序难题：（1）地方的司法事权与中央的司法合作审批权之间高度分离。同在大湾区的粤港澳，遇有需要审批的司法合作事项，必须逐级上报中央审批后逐级返回。（2）个案协商方式受到局限。粤港澳个案协商一般局限在会议、约访、信息通报、行动配合等方面，需要法律层面合作的如解决管辖权争议，案犯通缉、缉捕与移交，刑事跨区调查取证等领域和事项，则要么走繁琐的逐级上报途径，要么就走“旁门左道”灵活变通，不可能有深层次交流与合作共建。（3）在跨境交流方面，广东与港澳完全不对等。广东司法赴港澳公务，无论级别高低，均要报经中央审批，程序繁琐冗长，限制了一些紧急事务和正常的合作交流。

### 4、粤港澳警察及司法机关之间缺乏深层次的互信

（1）对犯罪嫌疑人的跨境追逃难以广泛展开。如内地一些重刑犯逃往港澳并且滞留，港澳有关部门往往囿于死刑犯不移交、政治犯不移交、财税犯不移交等国际法原则的限制，不予缉捕移交；（2）在香港特区发生的危害国家安全犯罪，香港没有相关的法律追究，也不移交内地有关机关处理；（3）粤与港澳法院之间缺乏有效沟通和司法互信，没有形成司法共识和较为一致的裁判标准，在生效民事裁判、仲裁裁决方面往往互不承认、执行，也未能建立刑事诉讼移管、刑事裁判互认执行等刑事司法合作。

建议：

#### 1、建立粤港澳大湾区司法合作平台

从必要性上来说，由于当前的制度安排已难以满足粤港澳大湾区建设发展的现实需要，因此，在内地与港澳之间尚未能统一签署全面司法合作协议的情况下，广东有必要向中央申请优先建立粤港澳省区级司法合作平台，通过该司

法合作平台，推动粤港澳警察、司法、司法行政、海关边防等机构之间建立常态化的合作交流关系和沟通协商机制，增强彼此之间的司法互信，顺应大湾区融合发展对司法合作的迫切需求。

从可行性上来说，按照《香港基本法》第95条和《澳门基本法》第93条的规定，港澳地区与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互协助并无制度性障碍。广东与港澳水乳交融，文化相通，具有多年个案协商的经验，与港澳比较容易形成共识，实现合作。建立粤港澳司法合作平台，有助于进一步推动内地与港澳间逐渐走向法域司法合作的规范化、法治化，为“一国两制”和“一带一路”建设中更广泛的司法合作，提供法治实践样本。

## 2、明确粤港澳大湾区司法合作平台的定位与功能

粤港澳大湾区司法合作平台的建设由中央统一指导并作必要的授权，广东省与香港、澳门特区根据港澳基本法的规定，协商签署三方司法合作协议，根据协议设置司法合作联络机构，并赋予该机构一定的审批协调等权限，使其承担粤港澳之间涉及司法、警务、行政执法等事项的审查、审批、联络、指挥、化解冲突等综合功能，对于粤港澳之间的司法合作、警务协助、行政执法协作等事项，除少数确有必要报经中央审批的以外，均由该司法合作联络机构直接审查处理。

## 3、多方联动，合理规划，稳步推进粤港澳大湾区司法合作平台建设

(1) 积极争取中央的政策支持。建议中共广东省委向中共中央、国务院申请，就先行先试建设粤港澳大湾区司法合作平台事宜获得中央的准许和支持，并由广东省委政法委牵头组建专门工作小组与中央有关部门进行具体的沟通协商。建议积极提请中央赋予广东省更大的地方立法权限，先行先试，通过制订政策、地方性法规、规章等方式，在省级层面创新粤港澳司法合作的内容、途径和方法，广东省可为此拨付专项经费，组建工作团队，重点推进相关工作。

(2) 在既有的粤港、粤澳合作联席会议的基础上，谋求建立粤港澳大湾区司法合作联席会议。建议省委、省政府出面提请中央授权广东省政府与港澳特区政府沟通协商，建立粤港澳大湾区司法合作联席会议，作为粤港澳三地间的司法合作联络机构，设联席会议联络办公室作为常设机构。联席会议组成人员由粤港澳司法及政府有关部门高级官员组成，定期召开会议，研究、协商、解决三地司法合作中的问题。已经确定的合作事项和办法，以书面文本方式留存，作为司法合作协议的一部分。

(3) 依托公检法司各机关建设专业司法合作平台。广东省公检法司各机关，在向公安部、最高检、最高法、司法部各自请批后，直接与港澳的对口业务机关签署专业合作协议，建立省级机关专业司法合作平台，属于专项业务事项的沟通合作，就在专业平台解决，专业平台解决不了的事项，就提交粤港澳大湾

区司法合作联席会议解决。

#### 4、通过司法合作平台推进粤港澳大湾区司法合作向广泛深入发展

为促进粤港澳大湾区建立司法合作的长效机制，建议通过司法合作平台，推动粤港澳三地间以下事项的合作：

- (1) 协商制定刑事、民商事司法管辖与法律适用协议；
- (2) 通过平台审批，可以跨境直接进行文书送达、调查取证、护送证人出入境，以及更多便利的调查取证协助；
- (3) 在更大范围内相互承认与执行生效民商事判决、裁定、仲裁裁决；
- (4) 在刑事合作领域，建立大湾区犯罪信息协查通报、刑事逮捕令对接、案犯移交、刑事追赃、诉讼移转、执行移管等多种制度机制；
- (5) 对相关的安排、协议、制度等执行过程中的问题及其他的合作事项进行沟通协商。

### 中国社会科学报：以法治推进粤港澳大湾区发展

《中国社会科学报》

2017-08

2017年7月1日，国家发展和改革委员会与粤港澳三地政府签署了《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》。“粤港澳大湾区”的发展离不开法治国家法治政府和法治社会一体建设的保障。法治可以保障区域经济竞争公平性，使得区域规划在法制框架下得到有效实施；法治可以最大限度地保护各类要素在资源配置中的权益，突破区域社会经济的恶性竞争循环；法治能够完善激励创新的产权制度和促进科技成果转化机制，为大众创业万众创新提供内生动力源。为粤港澳大湾区营造法治化、国际化和市场化的营商环境，以法治推进粤港澳大湾区发展，是湾区城市群协同发展、创新发展的现实选择。

#### 缺失法律基础存在法律冲突

目前，粤港澳三地已取得不少法治成就，形成了较为成熟的法治实践做法，例如司法协助合作、边境检验检疫、跨境商事仲裁、律师多地执业、建立最高巡回法庭、设立粤港澳版权登记大厅、粤港澳法律人才交流、粤港澳警务跨法域合作，等等。但纵观粤港澳三地法治全貌，亦存在不少衔接困难。

第一，粤港澳大湾区形成了一种差序法治发展格局。横向维度上，大湾区11个城市法治水平高低不齐；纵向维度上，城市内部法治发展在立法、执法、司法以及法治文化等方面存在高低差异。这种“差序法治”在一定程度上阻碍了湾区城市群法治协同发展，应着力进行改善。

第二，粤港澳经贸合作缺失法律基础。粤港澳合作的法律根据，虽有“一国两制”作为宪法基础，还有港澳基本法、WTO协定、CEPA协定、区域合作等其他协议，但可以发现目前粤港澳深度合作的制度条件仍然停留在以政府协议

为主的政策导向型机制，缺乏立法先行的法治推进型合作方式。

第三，法律冲突是粤港澳大湾区区域规划面临的重要问题。三种不同法律制度下开展的区府合作和经贸合作，不仅仅是静态意义上的民商事、经济管理等方面的法律制度冲突，更是三地在立法权、司法权、执法权行使上的冲突。因此，构建粤港澳大湾区合作的法律框架和法制机制是当务之急。

第四，广东公众法治满意度较低。华南理工大学课题组针对 2011—2015 年广东省法治政府绩效公众满意度的调查结果显示，广东公众法治满意度五年来提升并不明显（2011 年 51.63 分，2012 年 53.18 分，2013 年 53.68 分，2014 年 54.45 分，2015 年 55.01 分），2015 年较之 2011 年均值仅提高 6.55%。这表明，广东整体法治满意度较低，法治公信力不高，公众法治认同感不强，法治进步速度缓慢。

#### 正视法治差距共享法治成果

粤港澳大湾区发展面临的最大挑战是整合优势资源促进深度融合。湾区内部各城市之间的文化差异、制度冲突、法治失衡、行政分割等痛点使得法治难以形成外溢效应。粤港澳深度融合，一方面，要考虑到三地的资源禀赋、历史文化、制度体系等条件，允许区域之间存在法治结构差异和发展水平差距。在正视粤港澳三地法治差异的基础上聚焦各自所长，构建良性竞争机制，以竞争促发展。另一方面，也要通过法治融合推动区域协同发展，探索运用法治手段将区域差距纳入可控范围，并将港澳广深等法治先导城市的法治成果普及共享。

第一，以法治为核心价值观寻求法治共识标准。我国法治实践进程中，区域间缺乏价值共识以致出现法治割据和区域法治价值冲突局面。但是，价值冲突论与价值多元论不能否认法治价值共识的存在。推进粤港澳大湾区协同发展，突破口在于凝聚法治共识，着力解决三个不同法系间的法治认同差异问题。稳步形成求同的法治文化，在最低限度的价值目标中实现法治观念的最大公约数。积极探索三地法治协同发展模式，打破差别衍生隔离和停止固化的现状，从制度层面确定湾区的地位、组织结构和权力配置，制定、发布和实施《粤港澳大湾区法治建设纲要》。

第二，探寻法治主导型区域经济发展合作模式。通常而言，区域发展规划的制定与实施惯常采取具有浓厚“人治特征”和“人身依附”色彩的行政主导模式。这一做法虽有利于高效、权威、动态地推动发展规划的执行，但却和法治建设的初衷相悖。推进区域经济发展应将“法律理念主义”内化为整体发展文化中的价值和观念，探寻法治主导型区域经济发展合作模式，突破传统的政府行政主导型区域发展合作模式。因此，建议三地政府共同制定《粤港澳大湾区经贸合作条例》，实现粤港澳大湾区城市群规划与实施的法治化。

第三，构建粤港澳大湾区营商法治指数评价体系。法治指数已成为世界各

国法治水平和营商环境的风向标和温度计。促进粤港澳紧密合作，离不开对法治化营商环境的考量。作为商业法治的核心内容，法治化营商环境建设是增强粤港澳大湾区营商竞争力的关键节点，也是推进粤港澳大湾区发展的创新途径。鉴此，应开发并定期发布粤港澳大湾区营商法治指数，为粤港澳大湾区经贸合作提供风向标。具体而言，考量营商法治指数应考虑以下维度：完善优良的法规体系、廉洁透明的法治政府、公正的司法系统、有效的市场监管机制、自由公平的市场竞争环境、健全的商事纠纷解决渠道等。

第四，构建粤港澳大湾区法治框架。城市空间是法治发展的重要影响因子，中国法治呈现出鲜明的区域性特征，粤港澳三个行政区域虽毗邻相依，然其社会治理、法治发展却各具特色。因而，法律合作治理可成为湾区发展的有益思路。构建粤港澳大湾区法治框架，一方面，应在城市内调动发挥社会、市场及个人等多元主体的力量，协调共治以促进法治发展。另一方面，应积极探索府际合作、公私合作及私人合作的法律治理模式，逐步将粤港澳大湾区建设成法治水平相当、法治能力一流、法治创新卓越的中国湾区法治代表。

郑方辉邱佛梅（作者单位：华南理工大学公共管理学院；华南理工大学法学院）

## 四 纪念香港特别行政区基本法实施 20 周年系列讲话

### 张德江在纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施 20 周年座谈会上的讲话：坚定“一国两制”伟大事业信心继续推进基本法全面贯彻落实

2017-05

《人民日报》

同志们，朋友们：

20 年前，我国对香港恢复行使主权，设立香港特别行政区，《中华人民共和国香港特别行政区基本法》正式实施。这是维护国家主权、实现祖国统一，从而彪炳中华民族史册的一件大事。从那时起，香港进入了历史发展的新纪元，香港同胞与全国各族人民一道共享做中国人的尊严和荣耀，共创香港的光明未来。今天，我们在这里隆重召开纪念香港特别行政区基本法实施 20 周年座谈会，回顾“一国两制”在香港的成功实践，总结香港特别行政区基本法实施的宝贵经验，进一步坚定推进“一国两制”伟大事业的信心，继续推进香港特别行政区基本法全面贯彻落实，更好地维护国家主权、安全、发展利益和香港的长期

繁荣稳定。刚才，梁爱诗女士、宋哲同志、梁振英先生、马兴瑞同志、谭耀宗先生、韩大元教授结合各自的工作与经历，从不同角度，作了很好的发言。下面，我谈几点认识和意见。

### 一、深刻铭记香港特别行政区基本法制定和实施的不凡历程

——香港特别行政区基本法的制定是伟大时代的非凡创造。上世纪七十年代末，以中国共产党十一届三中全会的召开为起始，我国开启了实行改革开放、建设中国特色社会主义的伟大征程。面对加快社会主义现代化建设、实现祖国统一、维护世界和平的三大任务，邓小平同志站在历史和全局的高度，以共产党人的宏伟气魄和非凡胆识，创造性地提出了“一国两制”的科学构想，并首先运用于解决香港问题，开辟了以和平方式实现祖国统一的崭新道路。1990年4月4日，第七届全国人民代表大会第三次会议根据宪法规定，审议通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》，实现了“一国两制”方针的具体化、法律化、制度化。这部宪制性法律把国家对香港的基本方针政策和特别行政区制度确定下来，明确了香港特别行政区在“一国”下的法律地位，明确了中央与特别行政区的权力关系，规定了香港居民享有的基本权利和义务，规定了特别行政区的政治体制以及经济、教育、科学、文化、体育、宗教、劳工和社会服务等方面的制度和政策等。当年，邓小平同志就指出，“这个基本法很重要。世界历史上还没有这样一个法，这是一个新事物”“我们的‘一国两制’能不能够真正成功，要体现在香港特别行政区基本法里面”。在没有先例可循的情况下，香港特别行政区基本法科学地解决了国家主体实行社会主义与个别地区实行资本主义、中央拥有全面管治权与特别行政区获得高度自治的授权等一系列复杂问题。邓小平同志高度评价它是一部具有历史意义和国际意义的创造性杰作。

——香港特别行政区基本法充分凝聚了包括广大香港同胞在内的全体中国人民的共同意志。起草香港特别行政区基本法是一项史无前例的工作。1985年4月，全国人民代表大会设立香港特别行政区基本法起草委员会，由来自内地和香港各方面的人士和专家组成，其中香港同胞占了很大的比例。为更广泛地征集民意，在香港还成立了包括社会各界代表及有关外籍人士在内的基本法咨询委员会，被誉为“香港有史以来最具规模和代表性的咨询组织”。同时，起草委员会和全国人大常委会先后全文公布基本法草案，面向香港和全国各地广泛征询意见，仅从香港方面就收到近八万份意见和建议。为切实凝聚共识，香港特别行政区基本法起草委员会对载入基本法草案的所有条文、附件和相关文件，都采取全体委员以无记名的方式逐条逐件进行表决，需三分之二多数赞成才能通过。香港特别行政区基本法条文中几乎每一处文字和标点符号都是经过反复讨论才最后敲定，以至整部法律起草时间长达四年零八个月。正是在这样全面、细致、深入的民主协商过程中，各方面的利益得以兼顾，各方面的共识得以凝

聚。形象地说，香港特别行政区基本法就是香港社会各阶层、各界别、各群体的最大公约数，也是内地与香港的最大公约数。这个最大公约数来之不易，值得我们倍加珍惜。

——香港特别行政区基本法经历了实践的充分检验，展现出强大生命力。从国家层面看，香港特别行政区基本法实施 20 年来，中央始终坚持“一国两制”、“港人治港”、高度自治方针，严格依照宪法和基本法办事，是“一国两制”和基本法的坚定守护者，是香港特别行政区各项事业全面进步的积极支持者，是香港同胞合法权益的忠实维护者。中央依照宪法和基本法有效行使对香港特别行政区的全面管治权，先后任命五任行政长官和历届特别行政区政府主要官员，接受特别行政区任免终审法院法官和高等法院首席法官的备案，负责管理与特别行政区有关的外交事务，行使外交权，组建驻港部队履行维护防务职责，并依法行使基本法解释权、重大事项决定权、特别行政区法律备案审查权、全国性法律在特别行政区实施的决定权等。特别是近些年，中央人民政府发表《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书，全面阐述了“一国两制”方针政策及其实践取得的巨大成功，起到了正本清源、激浊扬清的作用；根据香港的实际，严格依照基本法，作出香港特别行政区行政长官普选问题的决定，循序渐进地推进特别行政区的民主发展；支持香港特别行政区行政机关和司法机关依法处置非法“占中”活动，维护了香港社会的法律秩序和大局稳定；全国人大常委会对香港特别行政区基本法第 104 条作出解释，明确了参选和宣誓就任特别行政区法定职务的法定条件和要求，坚决遏制和打击“港独”势力，维护了香港特别行政区基本法的权威。

从香港层面看，在香港特别行政区基本法的保障下，香港保持原有资本主义社会、经济制度不变，生活方式不变，法律基本不变。香港特别行政区依照基本法实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，香港居民享有广泛的权利和自由，确保了经济稳定增长，教育、医疗卫生、文化、体育、社会保障等社会事业不断迈上新台阶。尤其需要指出的是，香港特别行政区基本法所确立的特别行政区政治体制运行顺利，特别行政区的管治始终维持良好水准。世界银行发布的数据显示，香港在政治稳定、政府效能、规管品质、社会法治、贪腐控制、公民表达及问责等方面的指标，都远远高于回归前。特别是大家最为关注的法治水平一项，香港在全球的排名从 1996 年的 60 多位大幅跃升至 2015 年的第 11 位，比不少西方大国排名都要靠前。

从国际层面看，香港特别行政区基本法维护了香港中外经济交融、中西文化交汇的特色，香港始终保持国际金融、贸易、航运中心地位，并连续多年被有关国际机构评为全球最自由经济体和最具竞争力地区。目前，香港不仅仍是内地最大的外商直接投资来源地和内地企业最大的境外融资中心，还日益成为

人民币国际化和推进“一带一路”建设的重要战略平台。到香港设立总部的外国公司持续增加，有更多的外籍人士和海外华人在港定居、工作。在中央政府的支持下，香港的对外交往进一步扩大，国际影响力不断提升。对于“一国两制”在香港取得的成功，国际社会给予了普遍认可和高度评价。

总而言之，香港回归以来所取得的巨大成功已经充分证明，香港特别行政区基本法是符合国家和香港实际情况的一部好法律，是能够为“一国两制”伟大事业提供根本保障的一部好法律，是经得起实践检验的一部好法律。

## 二、认真总结香港特别行政区基本法的实践经验

“一国两制”是一项前无古人的开创性事业，这就决定了香港特别行政区基本法的实践也必然是一个探索完善的过程。20年来，中央政府和香港特别行政区在不断应对和处理各种新情况和新问题的过程中，取得了对香港特别行政区基本法实践的许多规律性认识与有益经验，值得我们认真总结并继续坚持和发扬。在这里，我想重点强调四个方面：

第一，要牢牢把握“一国两制”的根本宗旨。习近平总书记指出，继续推进“一国两制”事业，必须牢牢把握“一国两制”的根本宗旨，共同维护国家主权、安全和发展利益，保持香港、澳门长期繁荣稳定。这其中包含着一个非常重要的提示，就是“一国两制”的根本宗旨是有机统一的两个方面，不仅要保持香港、澳门长期繁荣稳定，而且要维护国家主权、安全和发展利益。香港特别行政区基本法序言第一句即“香港自古以来就是中国的领土”，正文第一条就是“香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分”。全面准确贯彻实施基本法，必须以这一规定为出发点。可以说，牢固树立国家观念是香港特别行政区基本法实施的核心要求，离开了这个基本前提，一切都无从谈起。需要特别指出的是，我国对香港恢复行使主权，是恢复行使包括管治权在内的完整主权，中央对香港特别行政区拥有全面管治权。在此基础上，香港特别行政区基本法规定了中央对香港特别行政区行使管治权的方式，即规定了一部分权力由中央政权机构直接行使，一部分权力由全国人民代表大会授予香港特别行政区依照基本法的规定行使，这就是通常所说的高度自治权。维护中央的全面管治权，就是维护国家主权，维护香港特别行政区高度自治权的来源。还需要指出的是，在“一国两制”下，中央与香港特别行政区的权力关系是授权与被授权的关系，而不是分权关系，在任何情况下都不允许以“高度自治”为名对抗中央的权力。正确理解和把握这一点，是维护中央与香港特别行政区良好关系的关键。近年来，香港社会有些人鼓吹香港有所谓“固有权力”、“自主权力”，甚至宣扬什么“本土自决”、“香港独立”，其要害是不承认国家对香港恢复行使主权这一事实，否认中央对香港的管治权，其实质是企图把香港变成一个独立、半独立的政治实体，把香港从国家中分裂出去。对此，我们绝对不能视若无睹。

香港特别行政区应当切实履行基本法关于立法维护国家安全的宪制性责任，坚决遏制任何危害国家统一的行为和活动，真正担负起维护国家主权、安全和发展利益的责任，维护特别行政区的长治久安。

第二，要坚定维护以宪法和基本法为基础的特别行政区宪制秩序。习近平总书记指出，坚持依法治港是全面依法治国的应有之义，依法治港首先是依照宪法和基本法治港。我国对香港恢复行使主权，标志着香港的宪制基础和法律地位发生了根本性改变。作为国家根本大法的宪法和根据宪法制定的香港特别行政区基本法，共同构成了香港特别行政区政权架构、政治运作、社会治理体系的宪制基础。在中华人民共和国之内，宪法具有最高法律地位和法律效力，是我国各项事业的总章程。香港特别行政区基本法是落实“一国两制”方针的宪制性法律，在特别行政区法律体系中处于顶端位置，特别行政区任何法律，包括普通法在内的香港原有法律，在理解与适用上都必须以基本法为依据，均不得与基本法相抵触。在香港特别行政区基本法的实施过程中，全国人大常委会根据宪法和基本法赋予的职权，行使对基本法的解释权，所作出的解释具有最终性，与基本法具有同等法律效力，必须得到一体遵循。同时，全国人大常委会依据香港特别行政区基本法作出的有关决定，在特别行政区具有法律约束力。迄今为止，全国人大常委会依法对香港特别行政区基本法作出过五次解释，并对涉及香港长期繁荣稳定的重大问题作出过四次决定，有效发挥了定分止争、释疑解惑的作用，积极促进了香港特别行政区法治的完善。

第三，要始终坚持以行政长官为核心的行政主导体制。香港特别行政区基本法所规定的香港特别行政区的政治体制，不是“三权分立”，也不是“立法主导”或“司法主导”，而是以行政长官为核心的行政主导。这一特殊的设计，符合香港特别行政区作为中央人民政府直辖下享有高度自治权的一个地方行政区域的法律地位，适应香港作为国际性工商业大都会对于政府效能的实际需要，并保留了香港原有政制中行之有效的部分，是最有利于香港发展的制度安排。在此体制中，行政长官作为特别行政区和特别行政区政府的“双首长”，要对中央人民政府和特别行政区“双负责”，是连接中央与特别行政区、“一国”和“两制”的重要枢纽，必然要在特别行政区政权机构的运作中处于主导地位。与此同时，特别行政区的行政机关和立法机关既相互制衡又相互配合，司法机关独立行使审判权，各个政权机关依照基本法规定的权限共同维护行政主导体制的正常运作。将来特别行政区政治体制的发展和完善，也必须符合行政主导的基本原则。还需要特别强调的是，依照香港特别行政区基本法产生的特别行政区管治团队，必须由尊重中华民族、诚心诚意拥护祖国对香港恢复行使主权、不损害香港繁荣稳定的爱国者组成。尤其是处于政治体制核心位置的行政长官，要符合爱国爱港、中央信任、有管治能力、港人拥护的标准。中央对特别行政

区法定公职人员是否拥护香港特别行政区基本法、是否效忠国家和特别行政区，负有监督责任。

第四，要充分发挥香港特别行政区基本法赋予特别行政区的高度自治权的制度优势。“一国两制”是香港的最大优势所在，香港特别行政区基本法为香港的发展开辟了广阔空间。按照香港特别行政区基本法的规定，香港特别行政区保留原有的资本主义制度，并继续作为单独关税区，自行制定经济和社会政策，还获授权处理与其地位相适应的对外事务。在此框架下，香港既能借助“一国”的强大后盾，又拥有“两制”的特色差异，可以更好地与内地进行互补合作，更便利地参与国际竞争，从而推动各项事业的全面进步。从这个意义上来讲，香港特别行政区基本法是促进两地间的交流合作、实现两地共同发展的法律，是香港保持长期繁荣稳定、开创无限未来的法宝。我们在把握香港未来的发展方向时，要彰显“一国两制”巨大的包容性与创造力，充分利用香港特别行政区基本法提供的制度优势与便利条件，使香港更好地发挥自身所长，服务国家所需，在参与、融入国家进步和民族复兴的伟大进程中创造新的辉煌。那些片面理解“两制”差别，以及出于政治目的夸大和制造“两制”矛盾，妄图使香港与祖国内地、香港同胞与内地人民离心离德、渐行渐远的言行，都是违背香港特别行政区基本法精神的，我们要明加辨析，坚决反对。

### 三、深入推进香港特别行政区基本法的贯彻实施

“一国两制”事业是中国特色社会主义的重要组成部分，是国家治理体系和治理能力现代化的重要体现，是中华民族伟大复兴中国梦的重要内容。在“一国两制”和香港特别行政区基本法生动实践 20 年后的今天，我们要站在新的时代高度，以更深远的历史视野，坚定不移地推动“一国两制”伟大事业继续前进，努力争取更大的辉煌。在这里，我想提几点希望：

第一，面对风险和挑战，要继续坚定不移地贯彻落实香港特别行政区基本法。“一国两制”事业没有现成的经验可依循，在前进的道路上不可避免会遇到各种新情况和新问题。当前，香港正处在关键的经济转型期，一些长期积累的矛盾逐步显现。这些问题反映出香港经济社会发展的阶段性特点，有其复杂的历史和社会根源，也与经济全球化背景下资本主义制度固有矛盾紧密相关。这个阶段既有挑战和风险，又充满机遇和希望。面对遇到的各种困难和问题，社会上出现了一些对“一国两制”和香港特别行政区基本法的模糊认识，内外有些势力也借机加劲抹黑中央政府和特别行政区政府，抹黑“一国两制”和基本法。在这种关系香港前途的重大问题上，我们绝不能动摇对“一国两制”的信心，要用辩证的思维，以发展的眼光去看待香港现阶段出现的各种矛盾，坚定对“一国两制”的道路自信、理论自信、制度自信、文化自信，坚决按照习近平总书记所强调的，贯彻“一国两制”方针坚定不移，不会变，不动摇，确保

“一国两制”在香港的实践不走样，不变形，始终沿着正确方向前进。我们要以更加坚定的立场，以强大的法律武器和勇于开拓的创新精神去解决遇到的各种问题，攻坚克难，砥砺前行，继续保持香港的繁荣稳定和发展。

第二，加强香港特别行政区基本法宣传教育，维护基本法的权威。香港特别行政区基本法是依法治港的法律基石。我们要在香港社会普遍树立起国家意识和法治意识，使广大香港同胞自觉地尊重基本法、遵守基本法、捍卫基本法。我们要在全社会范围内开展对“一国两制”和基本法的教育，坚持正本清源、匡正祛邪，纠正对基本法的“另类”诠释，坚决地同歪曲、挑战甚至违反基本法的言行作斗争，树立基本法不可动摇的权威。中央政府各部门和各省、自治区、直辖市，香港特别行政区行政、立法和司法机关，都要带头认真学习基本法，严格遵守基本法，大力宣传基本法。要将学习掌握基本法的水平作为特别行政区任用和评价公职人员的重要标准，努力提升管治团队的国家观、大局观和法治观。要格外重视和切实加强对香港青少年的国情教育和法治教育，从小培养他们正确的国家观念、民族观念和法治观念，将他们塑造成为爱国爱港、遵纪守法、奋发有为的新时代人才。

第三，完善与香港特别行政区基本法实施相关的制度和机制，用实用好基本法。香港特别行政区基本法是宪制性法律，它规定了“一国两制”和特别行政区的基本制度和基本原则，对全面覆盖特别行政区的各种关系和事务作出宪制性安排。这部充满生命力的法律，要随实践的发展释放其定向把关的规范作用。从香港特别行政区基本法的实践情况看，今后要从维护中央全面管治权和中央授予特别行政区的高度自治权两个方面，继续夯实制度基础，完善制度建设，用实用好基本法的科学顶层设计，健全基本法实施的监督和保障机制。对于香港特别行政区依法享有的行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权等，要充分尊重并切实予以保障。对于属于中央的权力，在完善有关法律法规，保障直接行使外交、国防等权力的同时，围绕对特别行政区法律备案审查权、行政长官和主要官员任命权、基本法解释权和修改权、特别行政区政制发展问题决定权、中央政府向行政长官发出指令权以及听取行政长官述职和报告权等，要制定和细化有关规定，健全落实基本法的具有操作性的制度和机制，确保基本法得到全面准确贯彻执行。

第四，加强香港特别行政区基本法理论研究，健全基本法理论体系。理论实践的灯塔。习近平总书记指出，“没有正确的法治理论引领，就不可能有正确的法治实践”。“一国两制”越发展，基本法实践越深入，遇到的新情况新问题越多，对理论指导的需求越迫切。这就要求我们紧扣基本法实施中的重点难点，深入研究问题的本质与根源，不断提炼和深化规律性认识，努力探索破解之道，致力于建构一套适应“一国两制”要求、以宪法和基本法为核心、符合

香港特别行政区实际的理论体系，更好地指导我们的实践。尤其要加强基本法研究人才培养，加大对研究工作的投入和保障，调动社会各方面的力量，努力建设一支高素质的研究队伍，不断推出高质量的研究成果，为推进“一国两制”事业提供智力支持和理论支撑。

同志们，朋友们！

“长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。”国家统一、民族复兴，是海内外中华儿女的共同理想和历史使命，是中国共产党人的矢志追求。今日的中国充满生机与活力，国家面貌发生了翻天覆地的变化，经济实力和综合国力大幅提升，国际地位空前提高。当前，全国各族人民在以习近平总书记为核心的党中央坚强领导下，统筹推进“五位一体”总体布局，协调推进“四个全面”战略布局，昂首阔步迈进在全面建成小康社会，实现“两个一百年”奋斗目标的康庄大道上。我们的祖国比历史上任何时期都更接近中华民族伟大复兴的目标，比历史上任何时期都更有信心、更有能力实现中华民族的伟大复兴。让我们紧密地团结在以习近平总书记为核心的党中央周围，全面准确贯彻实施“一国两制”方针和香港特别行政区基本法，把“一国两制”伟大实践不断推向前进。我相信，有“一国两制”方针和香港特别行政区基本法的保障，香港各界人士在以行政长官为首的特别行政区政府领导下，一定会努力维护香港繁荣稳定的良好局面，紧紧抓住国家前所未有的发展机遇，精诚团结，奋发进取，与内地人民一道，共同谱写祖国内地与香港发展的新篇章！香港的明天一定更加美好，“一国两制”事业一定更加辉煌！

### **广东省省长马兴瑞：基本法为推动粤港合作注入强大动力**

广东省省长 马兴瑞

《中国人大》2017-06

尊敬的张德江委员长，各位领导，同志们：

在香港回归祖国 20 周年前夕，全国人大常委会办公厅举行纪念香港基本法实施 20 周年座谈会，十分及时、非常重要。香港基本法是全国人民代表大会以宪法为依据、以“一国两制”为指导制定的全国性法律，在香港特别行政区具有宪制性地位。香港回归祖国 20 年来，基本法为香港实践“一国两制”、“港人治港”、高度自治、保持长期繁荣稳定提供了法律保障，也为推动粤港合作、惠及两地民生福祉注入了强大动力。

深化粤港合作，是中央支持香港长期繁荣稳定的重要举措，也是中央交给广东的重要责任。香港回归祖国 20 年来，尤其是党的十八大以来，在以习近平总书记为核心的党中央坚强领导下，广东历届省委、省政府认真落实中央赋予粤港合作的定位要求和各项政策，全面落实 CEPA 和粤港合作框架协议，深入推进粤港服务贸易自由化，粤港合作在制度层面、基础设施建设、平台建设、科技

合作、经贸合作、民生领域等方面都取得了显著成效。

一是合作体制体系日益健全。在中央的大力支持下，粤港合作机制日益完善、创新政策不断推出。2008年，中央在CEPA框架下出台在广东先行先试政策；2010年，粤港双方签署《粤港合作框架协议》；2014年，粤港率先基本实现服务贸易自由化。两地在政府层面建立了高层会晤、联席会议、专责小组等合作机制，合作模式不断拓展。

二是合作平台建设取得重大进展。2010年在深圳前海建设深港现代服务业合作区；2015年，中国（广东）自由贸易试验区正式获批设立，成为粤港合作新的高水平平台；2016年，“深港通”正式开通；今年1月，与香港签署《关于港深推进落马洲河套地区共同发展的合作备忘录》，合作建设港深创新及科技园。

三是重大跨境基础设施建设全面铺开。港珠澳大桥主体桥梁工程顺利合龙，广深港客运专线内地段建成通车，深圳东部过境高速公路等加快推进。口岸建设和通关便利化取得重大突破，深圳湾口岸、福田地铁口岸等顺利建成投入使用，口岸自助查验模式全面推行，全面落实内地居民赴港“个人游”等便利政策。两地要素流动越来越便捷，2016年粤港两地人员往来超过2亿人次，日均往来人员超过60万人次。

四是经贸科教人才交流合作不断深化。依托粤港服务贸易自由化政策，两地服务贸易合作迅猛发展，一大批香港银行、会计师事务所等专业服务机构在粤设立分支机构。香港中文大学（深圳）建成开学，6所香港院校在我省设立8家研发中心。支持香港青年到内地创新创业，前海深港青年梦工场等平台加快发展，有力促进了粤港双创资源的融合、开放和共享。青少年交流合作广泛开展，打造了粤港暑期实习计划、香港青年服务团、粤港姊妹学校、香港青少年国防体验营等一批品牌项目。实施粤港创新领域联合资助计划，对粤港联合科技创新项目予以支持。

五是民生合作务实有效。围绕建设粤港澳优质生活圈，两地深入推进珠三角空气质量联防联控、东江水质保护等合作，区域环境质量稳步改善。医疗卫生合作成效明显，全省共有港资医疗机构30家，粤港共同有效应对H7N9、登革热等疫情。东深供水工程安全运行52年，广东供港食品农产品连续19年优质、安全、稳定供应。体育、养老、消防等社会民生领域全面拓展，合作成果更广泛惠及两地民众。

回顾香港回归20年的历程，粤港合作成效显著，为两地经济发展和民生改善注入强大动力，得到两地民众的高度认同和社会各界的积极参与。实践充分证明，中央香港工作的决策部署和“一国两制”、“港人治港”、高度自治方针是完全正确的，香港基本法的制定实施是卓有成效的。

站在新的历史起点，粤港合作正面临新的重要机遇。中央对粤港合作高度

重视，今年的国务院《政府工作报告》明确提出，要“研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划”。今年4月，习近平总书记专门对广东工作作出重要批示，明确要求广东坚持党的领导、坚持中国特色社会主义、坚持新发展理念、坚持改革开放，为全国推进供给侧结构性改革、实施创新驱动发展战略、构建开放型经济新体制提供支撑，努力在全面建成小康社会、加快建设社会主义现代化新征程上走在前列。广东将认真贯彻落实习近平总书记的批示精神和中央各项决策部署，坚持“一国两制”方针，严格依照香港基本法办事，与香港特别行政区政府和各界人士一道，全面深化粤港各领域更紧密合作。一是围绕建设粤港澳大湾区世界级城市群的目标，深入实施粤港合作框架协议，进一步完善合作机制，拓展合作领域，携手参与国家“一带一路”战略。二是加强两地基础设施互联互通，突出抓好港珠澳大桥、粤澳新通道等跨境基础设施项目建设，推动口岸通关创新，加快形成粤港澳1小时经济圈。三是以改善社会民生为重点，加强两地水、大气环境协同治理，建设国家级森林城市群，打造国际化教育高地，全面深化粤港两地科技创新、医疗卫生等领域合作，使粤港合作成果更多惠及两地民众，更好促进粤港共赢发展。

## 国务院港澳事务办公室副主任宋哲：基本法是“一国两制”事业的法律保障

2017-06

《中国人大》

尊敬的张德江委员长、各位领导、各位委员、先生们、女士们：1997年7月1日，中华人民共和国香港特别行政区成立，香港从此进入全面贯彻“一国两制”方针和基本法的历史新纪元。20年来，中央政府严格按照宪法和基本法办事，坚定支持香港特别行政区行政长官和政府依法施政，团结带领香港社会各界人士集中精力发展经济，切实有效改善民生，循序渐进推进民主，包容共济促进和谐。经过共同努力，宪法和基本法规定的特别行政区制度有效运作，特别行政区各项事业全面发展，“一国两制”由科学构想变为生动现实，并日益深入人心。“一国两制”在香港特别行政区的成功实践深刻揭示，基本法是“一国两制”事业的法律保障。保持香港长期繁荣稳定，确保“一国两制”实践行稳致远，必须准确理解基本法，严格执行基本法，充分用好基本法。

一、贯彻“一国两制”根本宗旨，必须准确理解基本法“一国两制”的根本宗旨是维护国家主权、安全和发展利益，保持香港、澳门长期繁荣稳定。基本法是“一国两制”方针政策的法律化、制度化。贯彻“一国两制”根本宗旨，确保“一国两制”在香港特别行政区的实践不走样、不变形，首先就要准确理解基本法。尤其要正确把握以下三点：一是“一国”与“两制”的关系。“一国

“两制”是一个完整的概念。“一国”是实行“两制”的前提和基础，“两制”从属、派生于“一国”，并统一于“一国”之内。体现在基本法中就是：香港特别行政区是中国不可分离的部分，是直辖于中央政府的一个享有高度自治权的地方行政区域。在此前提下，香港特别行政区不实行社会主义制度和政策，保留原有的资本主义制度和生活方式，五十年不变。二是中央与香港特别行政区的关系。我国是单一制国家，中央对香港特别行政区拥有全面管治权。基本法规定，中央直接行使的权力，除了国防和外交权之外，还包括对基本法的解释权、修改权，以及对行政长官和特区政府主要官员的实质任命权等。基本法还规定，全国人民代表大会授权香港特别行政区依据本法实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。这说明，香港特别行政区的高度自治权来源于中央的授予，并受中央监督。三是香港法律地位与基本制度的关系。基本法确立了香港的法律地位。根据基本法并从符合“一国两制”原则、香港的法律地位和实管治时期，市民对国家观念薄弱，回归后未充分接受国民身份的转变和对国家民族的认同。政党政治未成熟，对行政主导未能足够支撑；对基本法条文和意义认识未够深入，除熟识的原有的种种制度外，对宪制上的新规定，例如中央和特区的关系、中央对香港事务的权责、香港的法律地位、基本法的解释权等等的抗拒，每每由此引起争议，甚至以“占中”“占旺”等违法手段表达不满。这些问题，特区政府都一一沉着应付，以确保“一国两制”的实践，不动摇、不走样、不变形，不忘初衷。香港基本法委员会成立以来，按照香港基本法的规定，应全国人大常委会的要求，认真履行香港基本法第18条、第158条规定的香港基本法委员会的职责，3次就增加香港基本法附件三所列全国性法律、5次就解释香港基本法有关条款，共召开8次全体会议，依法向全国人大常委会提出有关报告。5次释法分别涉及居港权、政制发展、行政长官剩余任期、国家豁免原则适用、法定公职人员任职及宣誓等问题。此外，香港基本法委员会还召开36次内部会议，每次换任前都要对五年的工作进行全面的总结，向全国人大常委会作出书面报告，换任后要讨论和完善委员会的议事规则，就今后工作作出规划。在每届任期内，委员会都密切关注基本法在实施中遇到的新情况新问题，就落实基本法涉及的重大问题进行研究讨论，根据基本法的立法原意，深入分析其中的法律问题。内地委员和香港委员依据共同讨论形成的共识，以某些方式在有关方面讨论相关问题时发表法律意见和看法，起到了准确理解和正确宣传基本法有关规定的的作用。多年来，香港基本法委员会成员积极参加社会各方面举办的基本法论坛、研讨会和学术研究活动，积极宣传和普及基本法。二十年过去，希望不要以香港遇到多少挑战和困难来衡量特区的成败，而是看我们如何应付这些挑战，能否克服困难，吸取经验。大浪淘沙，始见真金。在新一届政府成立之际，让我们以最大的勇气、信心和决心，团结一致，把“一国两制”落实得更成功。际情况出发，香港特别行政区实行以行政

为主导的政治体制，不搞“三权分立”。在这一制度下，行政长官既是特区政府的首长、也是特别行政区的首长，既要特别行政区负责、也要对中央政府负责，具有“双首长、双负责”的法律地位。行政机关与立法机关之间既互相制衡又互相配合，司法机关依法独立行使审判权。这些都须正确理解、认真贯彻并切实维护。

## 二、维护香港长治久安，必须严格执行基本法

法治是香港的核心价值。依法办事是法治的必然要求，是实现香港特别行政区长治久安的必由之路。基本法体现了包括香港同胞在内的全体中国人民的共同意志，在香港特别行政区具有宪制性法律地位。香港特别行政区的制度和政策均以基本法的规定为依据；香港特别行政区立法机关制定的任何法律，均不得同基本法相抵触。香港特别行政区行政、立法、司法行为都必须符合基本法；在香港特别行政区的个人以及一切组织和团体都必须以基本法为活动准则。维护香港长治久安，首先要严格按照基本法办事。对于符合基本法规定，有利于保持香港长期繁荣稳定的事情，应积极予以支持。反之，则坚决依法处理。本着这一原则，中央政府坚决支持香港特别行政区政府依法处置违法“占中”活动，捍卫法治，维护稳定。本着这一原则，全国人大常委会对基本法第104条作出解释，明确了依法宣誓的有关含义和要求，立规明矩，打击“港独”势力，维护国家安全。这些都彰显了中央依法维护香港长治久安的决心，得到包括香港同胞在内的全国人民的拥护。

## 三、促进香港繁荣发展，必须善用基本法赋予的制度优势

在基本法的框架下，香港特别行政区在“一国”之内享有“两制”之利。一方面，国家强大的综合国力，为香港特别行政区应对各种困难与挑战，保持长期繁荣稳定，提供了坚强后盾。另一方面，香港特别行政区实行高度自治，原有的资本主义制度和生活方式继续保持不变，法律基本不变，这使其在国家改革开放和现代化建设中得以占有独特地位、发挥特殊作用。20年来，内地经济持续快速发展，香港与内地的交流合作日益紧密，并从中获得了巩固与提升自身竞争优势的强劲动力、广阔空间和宝贵机遇。目前，内地与香港基本实现贸易自由化，跨境基础设施互联互通，人员往来大幅增长。香港是内地最大的外资来源地、最大的融资平台、第四大贸易伙伴、第三大出口市场，是内地在境外最大的离岸人民币业务中心，是沪港通、深港通和债券通等国家金融开放的首发站。需要强调的是，中央政府一直把保持香港繁荣稳定作为国家整体发展战略的重要内容。“十二五”规划首次将涉港澳内容单独成章，进一步明确香港在国家发展中的战略地位。“十三五”规划强调支持香港巩固和提升国际金融、航运、贸易三个中心地位，强化全球离岸人民币业务枢纽和国际资产管理中心功能，支持香港参与“一带一路”建设。中央政府还出台了一系列“挺

港”“惠港”政策措施。得益于基本法提供的制度优势和得天独厚的地缘优势，香港特别行政区成立 20 年来，尽管接连遇到亚洲金融危机、非典疫情和国际金融危机等风浪的冲击，但经济社会大局保持稳定。从 1997 年到 2016 年，香港本地生产总值由 1.37 万亿港元增至 2.49 万亿港元，特区政府的财政储备由 4575 亿港元增至 9083 亿港元。香港已连续 23 年被评为全球最自由的经济体，营商环境和竞争力长期在世界上名列前茅。在历经风雨洗礼之后，今日香港依然生机勃勃。我们完全有理由相信，进一步用好香港基本法提供的独特制度优势，未来的香港将会更加美好！

各位领导、各位嘉宾，同志们、朋友们：

“一国两制”在香港特别行政区的成功实践来之不易。推动香港特别行政区按照“一国两制”方针在基本法轨道上继续前行，开创更加美好的明天，任重道远，需要我们戮力同心、团结奋进。作为港澳工作部门，我们将依法履责，全力以赴，继续为此作出应有贡献。

## 全国人大常委会香港基本法委员会副主任梁爱诗：大浪淘沙始见真金

2017-06

《中国人大》

尊敬的张德江委员长、各位领导、各位委员、先生们、女士们：

1997 年 7 月 1 日早晨，五星红旗在香港升起，向世界宣告香港回归祖国的程序完成，香港特别行政区正式成立，“一国两制”、“港人治港”、高度自治开始实施，香港特别行政区基本法（以下简称基本法）的实践，也正式开始。如今转眼 20 年，究竟这 20 年基本法的实施情况如何，值得我们总结。

评估这 20 年的成败，必定不忘初衷。特区成立的目的，载于基本法的序言里，即“为了维护国家的统一和领土完整，保持香港的繁荣和稳定，并考虑到香港的历史和现实情况，国家决定，在对香港恢复行使主权时，根据中华人民共和国宪法第三十一条的规定，设立香港特别行政区……”事实证明，这个目的，已完全落实。

(1) 无缝交接，平稳过渡。1996 年 12 月 11 日，首任行政长官顺利依法选出。虽然原来的直通车计划被最后一任港督彭定康的政制改革拆去路轨，临时立法会在 1996 年 12 月按筹委会的决定而产生，目的在通过必不可少的法律，作出必不可少的决定，直至第一届立法会选出，立法机关能正常运作为止。基本法第 93 条确保特区成立前的法官均可留任，而终审法院在 1997 年 7 月 1 日正式成立。因此，1997 年 7 月 1 日，政府架构的行政、立法和司法机关，都可以正式运作。筹备政府在短短的三个月里，审议了 13 件法例，包括经咨询公众后通过的《公安条例》和《社团条例》的修订，在 1997 年 7 月 1 日通过的《香港回归条例》确认。该条例并确认了终审法院法官等的任命、法律的延续和诠

释的原则、司法机构的设立、法律程序及司法体系, 公务人员体系的延续、若干财产及权利的转移及拥有权, 和法律责任的承担。1997年2月23日, 全国人大常委会通过议案, 除了香港法例中的24件, 因全部或部分抵触基本法不被采用外, 原有法律都被采用为特区的法律。全国性法律共11件被纳入附件三在港实施, 而在随后短短几年, 通过法律适应化, 特区删除法例中带有殖民地色彩的字眼, 使之符合特区的法律地位。多个殖民地终结都发生暴乱、革命、流血等, 香港的顺利过渡, 是因为有基本法作蓝图, 而它的内容, 为市民所接纳, 故此能达至无缝交接(seamless transition), 平稳过渡。

(2) 维持繁荣稳定, 资本主义制度不变。按照基本法第5, 6, 105, 106-119条规定, 特区实行资本主义制度, 保护私有财产, 中央政府不在香港征税; 特区政府提供适当的经济和法律环境, 以保持香港的国际金融中心和自由港的地位, 不实行外汇管制, 实行低税制, 促进制造业、商业、旅游业、房地产业、运输业、公用事业和服务性行业等的发展。香港自1995年起, 连续23年被传统基金会(Heritage Foundation)评为全球最自由经济体系; 从1997年至2016年, 本地生产总值年均增长为3.2%, 财政储备增长98.5%, 外汇储备增加3.16倍, 失业率在3.3%上下。回归后香港经历过两场金融风暴, 全球经济一体化的冲击, 泡沫经济爆破, 工业衰退, 周边竞争力强, 依然有这个成绩, 是得力于根基稳固, 法治健全, 政府廉洁, 投资环境好, 更重要的是, 香港为内地企业提供良好的融资市场, 也得到国家政策的支持, 例如CEPA, 自由行, 人民币离岸结算业务, 沪港通, 深港通, 等等, 让香港能得到国家经济强劲之利, 两制运作灵活之便。因此, 从保持资本主义经济和繁荣稳定而言, “一国两制”为香港带来实实在在的好处。

(3) 生活方式不变, 人权和自由受到基本法的保障。基本法第三章保障了居民的基本权利和自由。它规定法律面前人人平等, 言论、新闻、出版、结社、集会、游行、示威、组织和参加工会、罢工的权利和自由, 人身自由、通讯、迁徙、信仰、职业、学术、文化活动、婚姻和生育的自由, 法律咨询和代理、行政诉讼、社会福利和劳工的权利、及原居民的合法权益都受到保障。《种族歧视条例》《最低工资条例》, 免费教育从九年增加到十二年, 妇女事务委员会和扶贫委员会等都是回归以后改善民生、保障人权的措施。加拿大的菲沙研究所(Fraser Institute)发表的2016年人类自由指数香港排名榜首, 这也是自2008年起一连六年的排名。1997—2016年, 香港人口平均预期寿命在20年内增加3.8岁, 是全球最高寿的地方; 社会福利开支增长超过两倍。生活方式能够不变, 是由于基本法给予的保障, 以及法治显彰的成果。

(4) 法治健全, 司法独立。基本法提供了很好的司法制度, 包括法官任免机制, 让法官在审理案件时不受任何干预。任何人尝试影响法官的判决, 会受到妨碍司法公正及藐视法庭的刑事制裁, 而经过试用期后, 法官只可在无力履

行职责或行为不检的情况下，经不少于三名当地法官组成的审议庭调查属实，方可予以免职，因此法官可以履行就职时的宣誓：无惧、无偏、无私、无欺地行使职权。香港有独立和专业的检控和法律人才，熟识法治原则，不但向当事人问责，还以法庭从属员(Officer of the Court)的身份向法院负责。市民在符合相关条件下能获得法律援助、当值律师、免费法律咨询等服务，有助取得司法公正。特区立法机关通过的法律不得与基本法以及基本法保障人权的条文有所抵触，因而在法律上、制度上和措施上，都能保障法治和司法独立。回归后世界经济论坛的环球竞争力报告，一直对香港的法治和司法独立的评价，都是名列前茅的。基本法第 35 条给予香港居民秘密法律咨询、选择律师保护合法权益，向法庭寻求司法补救，并就行政行为向法院提起诉讼。20 年来，司法复核案件大幅增加，显示市民对司法机关的信任，以及有充分争取司法公义的机会。

(5) 民主发展，循序渐进。近四任行政长官(1997—2017 年)的选举，从一个经 400 人组成的选举委员会选出，改为由 800 人组成乃至 1200 人组成的选举委员会选出。六届立法会的直选议席，从 1/3 增加至 1/2。自 2012 年起，从有些选民只有投一票权而有些有投两票权，改为每名选民都有投两票权，在普选上达至平等。可见按照基本法第 45 条和第 68 条及循序渐进的原则，选举不断增加民主成分。很遗憾的是，受到反对派捆绑式的阻挠，2015 年的政改没有成功，否则特区已达到行政长官由普选产生的目的。这 20 年里，市民对民主制度有充分探索的机会，为日后政制发展累积了不少的经验。

(6) 对外事务，发展良好。回归以后，香港按照基本法第 150 条作为中国代表团成员身份参加以国家为单位的国际活动，和以“中国香港”名义参加以地区为单位的国际活动；大约 200 项公约及协议回归后继续在香港实施，并新增了 100 项左右。119 个国家和半官方机构在香港设有领馆或办事处。150 个国家给予香港护照持有人免签证或落地签证待遇；香港还承办了世界贸易组织第六次部长级会议和 2008 年奥运会马术比赛等国际活动。这些对外交往，让香港有更好的条件，参与国家“一带一路”和“粤港澳大湾区的发展计划”的发展。因此，20 年来，基本法在香港的实践，落实了“一国两制”的构想，打稳了中央和香港的关系，明确了特区的法律地位，符合保持香港繁荣稳定的目的。然而，和任何新事物一样，在实践的过程中，必然遇到各种的挑战，加以时势不断的变化，避免不了争议和矛盾。例如，全球都面对贫富悬殊、收入分配不均、住屋置业困难、全球经济一体化带来的竞争、本土主义的倡议等问题，造成社会分化，转而对政府不满。在殖民管治时期，市民对国家观念薄弱，回归后未充分接受国民身份的转变和对国家民族的认同。政党政治未成熟，对行政主导未能足够支撑；对基本法条文和意义认识未够深入，除熟识的原有的种种制度外，对宪制上的新规定，例如中央和特区的关系、中央对香港事务的权责、香港的法律地位、基本法的解释权等等的抗拒，每每由此引起争议，甚至以“占

中”“占旺”等违法手段表达不满。这些问题，特区政府都一一沉着应付，以确保“一国两制”的实践，不动摇、不走样、不变形，不忘初衷。

香港基本法委员会成立以来，按照香港基本法的规定，应全国人大常委会的要求，认真履行香港基本法第 18 条、第 158 条规定的香港基本法委员会的职责，3 次就增加香港基本法附件三所列全国性法律、5 次就解释香港基本法有关条款，共召开 8 次全体会议，依法向全国人大常委会提出有关报告。5 次释法分别涉及居港权、政制发展、行政长官剩余任期、国家豁免原则适用、法定公职人员任职及宣誓等问题。此外，香港基本法委员会还召开 36 次内部会议，每次换任前都要对五年的工作进行全面的总结，向全国人大常委会作出书面报告，换任后要讨论和完善委员会的议事规则，就今后工作作出规划。在每届任期内，委员会都密切关注基本法在实施中遇到的新情况新问题，就落实基本法涉及的重大问题进行研究讨论，根据基本法的立法原意，深入分析其中的法律问题。内地委员和香港委员依据共同讨论形成的共识，以某些方式在有关方面讨论相关问题时发表法律意见和看法，起到了准确理解和正确宣传基本法有关规定的的作用。多年来，香港基本法委员会成员积极参加社会各方面举办的基本法论坛、研讨会和学术研究活动，积极宣传和普及基本法。

二十年过去，希望不要以香港遇到多少挑战和困难来衡量特区的成败，而是看我们如何应付这些挑战，能否克服困难，吸取经验。大浪淘沙，始见真金。在新一届政府成立之际，让我们以最大的勇气、信心和决心，团结一致，把“一国两制”落实得更成功。纪念香港特别行政区基本法实施 20 周年

## **全国政协副主席、香港特别行政区行政长官梁振英：基本法保障的“一国两制”是对香港最好的宪制安排**

2017-06

《中国人大》

委员长、各位领导、各位嘉宾：今天，我们举行《香港特别行政区基本法》实施二十周年纪念座谈会，我代表香港特别行政区，对参与基本法起草和咨询工作的委员、中央官员、秘书处人员，和其他各界人士所作的贡献，表示敬意和衷心的感谢。经过二十年的实践，我想谈谈对基本法在四个方面的体会：权威性、全面性、务实性和生命力。

权威性方面：基本法是根据国家宪法订立的香港特别行政区宪制性法律，是全国性法律，也是香港法律。全国上下，包括香港，都有责任认真和全面地遵守和落实基本法。基本法的权威性，也体现在它严谨和细致的起草过程中：历时将近五年，在香港广泛地征求意见，吸纳了社会各界别和各阶层的意见，而且先后两次就征求意见稿和草案进行了全面和深入的咨询。

全面性方面：基本法不仅把“一国两制”、“港人治港”、高度自治的重要方针以法律形式订明，而且在中央与香港特别行政区的关系，以及香港的政治、经济、社会、民生、居民的权利和义务等各方面，都有具体的规定，因此基本法是一份完整和全面的宪制文件。

务实性方面：基本法的条文切合落实“一国两制”的实际情况，务实性强。其中一个例子，就是中央对香港特别行政区行政长官的实质性任命权。香港是一个特别行政区，并不是主权国家，因此香港的民主和民主选举，只可以和一般的地方政府比较，而不可以和主权国家比较。在民主国家地方选举产生的地方政府，没有类似香港的立法权、行政权和全面的财政支配权，自治权较香港低。香港的高度自治权，是由于中央的额外授权，所以中央保留了对行政长官当选人的任命权。这是在起草基本法的过程中，因应香港的实际情况而作出制度设计的例子之一。

生命力方面：基本法实施二十年来，验证了“一国两制”的可行性和强大生命力。例如基本法第 111 条规定的“一个国家”“两种货币”，当年就有不少人担心是否可行。事实证明，“一国两币”不但是可行的，更让香港成为了世界上最大的离岸人民币中心，为人民币的国际化、为国家的金融改革贡献力量。

“一国两制”的强大生命力，更体现在香港“一国”和“两制”的双重优势上。我国是全世界发展最快的主要经济体，国际地位也不断提升。在“一国”下，香港更得到中央和内地省市的支持，因此相比起外国城市，香港有明显的“一国”优势。我们能够乘搭国家发展的快车，也能够积极参与国家的重大发展战略，包括“十三五”规划、“一带一路”以及粤港澳大湾区建设。

相比内地城市，香港与国际接轨，有“两制”的优势。基本法规定香港使用中英文为正式语文。在中央政府的授权下，香港可以自行处理对外事务。我们可以用中华人民共和国代表团成员的身份，或以“中国香港”的名义参加国际组织和国际会议、签订贸易协定等等。这些都确定了香港作为国家最开放和最国际化城市的地位，可以成为连接国内外的“超级联系人”。

一个多星期前，国家举办了“一带一路”国际合作高峰论坛，盛况空前，世界各地的政府、地方、企业达成了二百七十多项具体成果，意义重大。今年 3 月，李克强总理在政府工作报告提出，要研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划。这些国家发展的大战略为全国、包括香港，带来新的和庞大的机遇，同时也带来了契机：就是在恪守基本法的前提下，作出制度创新、机制创新，充分发挥香港“一国两制”的双重优势，进一步推动香港和内地、包括香港和大湾区城市群的合作与共同发展。

在基本法下，香港实行不同于内地的制度，但我们完全可以在符合基本法、“一国两制”、“港人治港”、高度自治的原则下，通过制度和机制创新，让香港

和内地能够达成跨地区、跨制度的合作。香港和内地已经积累了这样的经验，例如《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》、“沪港通”、“深港通”和不久前宣布的“债券通”等等。未来，香港会与内地城市研究在制度和机制上创新，促进人流、物流、资金流和信息流等生产和生活要素的流通。

香港可以在“一带一路”和大湾区的建设中，发挥基本法赋予的“一国”之利，“两制”之便，把外地的资金、技术和人才“引进来”，也可以与内地企业一起“走出去”，携手参与国际合作。香港的联系功能，现在已不限于金融、贸易、物流，也在于科技、专业服务、文化、教育、青年交流等方面。举例来说，有二百年历史、每年选出诺贝尔奖的生理学及医学奖的瑞典卡罗琳医学院，就选择在香港成立第一个海外研究中心。又比如美国麻省理工学院，也是看准香港“一国”和“两制”的双重优势，落户香港，面向中国。香港作为能吸引国际人才和技术的创新中心，可以负责“从零到一”的工作；深圳作为产品原型的制造地，可以负责“从一到一百”的工作；珠江三角洲作为批量生产的基地，可以负责“从一百到一百万”的工作。

香港与内地的协调发展、共同发展，不但能提升两地的整体竞争力，更可向世界提供跨制度区域合作的新经验，为“一国两制”的实践赋予新的意义。

委员长、各位领导、各位嘉宾，基本法和“一国两制”是对香港和国家最好的宪制安排。香港会继续按照基本法的规定，以及“国家所需，香港所长”的方针，用好“一国两制”的双重优势，掌握国家的发展机遇，推动自身的发展，也为国家的建设贡献力量。

## 原香港基本法起草委员会委员谭耀宗：基本法的起草与实践

2017-06

《中国人大》

时间过得真快，中华人民共和国香港特别行政区已经成立 20 年了。回顾起来，我有幸参加了整个过渡期的工作，特别是基本法的起草，令我毕生难忘，历历在目。1985 年 4 月 10 日，第六届全国人大第三次会议批准中英联合声明及其附件，同时决定成立香港特别行政区基本法起草委员会，开展基本法的起草工作。

基本法起草委员会有 59 名委员，来自内地与香港。香港的 23 名委员来自社会各界，可谓香港社会的一个缩影。我当年 35 岁，是所有草委中最年轻的，也是唯一来自劳工基层的香港委员。内地委员中，有不少知名专家学者，如费孝通先生是我国社会学大师，钱伟长先生是著名科学家。至于许崇德、肖蔚云、吴建璠、邵天任则是内地著名法学专家，后来更被称为基本法“四大护法”，广为港人熟悉。值得一提的是，王汉斌、胡绳、张友渔、肖蔚云、许崇德与项淳一这些内地委员都曾经参与 1982 年中国宪法的大规模修改工作，是名符其实的

宪法专家。

### 起草过程

基本法起草委员会在工作过程中十分看重香港社会的意见。委员会在 1985 年 7 月的第一次全体会议上决定委托在香港的委员发起筹组基本法咨询委员会。咨委人数约 200 人，比草委人数多很多，社会代表性更广，可以让港人意见更有效地反映到基本法的起草工作中。另外，起草委员会也十分重视信息公开透明，每次会议之后都举行记者发布会，由内地与香港两地的小组召集人共同向传媒介绍会议情况、讨论的内容等，这在当时内地的立法工作中是罕见的。值得一提的是，因为基本法不仅是香港的基本大法，也是一部全国适用的法律，因此委员会选择在内地不同城市举行会议，如昆明、厦门、广州、珠海等，目的是向内地人民宣传基本法的重要性。

起草基本法前后用了近五年时间，三上三下，进行了三次大规模全国性咨询，一步一步开展。起草工作的第一步是在香港进行广泛的调研，通过座谈和访问，了解社会各界意见。然后由秘书处拟出基本法结构草案，列出各个章节的大致内容。经过认真讨论和反复修改，起草委员会在 1986 年 4 月第二次全体会议上通过了基本法结构草案。其后起草委员会成立五个专题小组，分别负责中央与特区关系、政治体制、居民基本权利和义务、经济以及教育科学文化五个部分条文的起草工作。

各专题小组先后共举行了 73 次小组会议，并广泛咨询香港社会各界意见，起草出基本法各部分的具体条文，然后再由总体工作小组进行修改调整，最后形成了基本法草案征求意见稿，并在 1988 年 4 月的起草委员会第七次全体会议上通过。

基本法草案征求意见稿发表后，起草委员会用了五个月的时间在全国范围征求意见，对条文修改超过 100 处，涉及实质内容修改有 80 多处，其中有 50 多项修改是来自基本法咨询委员会收集的意见。1989 年 1 月，基本法起草委员会第八次全体会议通过了基本法草案，当时条文是逐项以不记名投票方式表决的，除了第 19 条外，所有条文都是获全体委员三分之二多数支持通过。同年 2 月，全国人大常委会公布基本法草案，并继续在香港和内地广泛征求意见。起草委员会在 1990 年 2 月第九次全体会议以三分之二多数通过了对基本法草案的二十四个修改提案，包括对第 19 条的修正案，确定了草案的最后定稿。1990 年 4 月，全国人大审议通过基本法。当时的舆论显示，香港社会是普遍满意这部未来特区的宪制性文件的。

### 基本法的实践

基本法自 1997 年 7 月 1 日香港回归祖国起实施，至今已经 20 年。在这 20 年里，尽管遇到一些问题，但全面客观地评价，基本法的落实是成功的。香港

特别行政区按照基本法行使行政管理权、立法权，以及独立的司法权和终审权，特区居民的权利和自由得到保障，比回归前有过之而无不及。特区政府还可以在经贸文化等领域同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行协议。香港原有的资本主义制度和生活方式也得到保持。今天香港仍然是世界公认最自由的经济体，国际都会和金融中心的地位十分稳固。

总结基本法的起草和实施，我们可以说，“一国两制”的构想得到了实现，以和平方式解决国与国之间的分歧，让香港顺利回归，促进了国家统一。“一国两制”也妥善地解决了一个国家之内制度和经济差异的问题，让香港和内地能够共同发展。在“一国两制”的实践过程中，我们可以看到，香港在困难的时候，例如亚洲金融危机和沙士期间，得到国家的全力支持；香港在寻求发展机遇的时候，也有紧靠内地的先天优势，例如在推动金融市场互联互通，以及发展离岸人民币中心等方面。可以说，以基本法为基础的“一国两制”，是一项伟大的制度创新，它既维护了国家的统一和领土完整，也充分照顾香港的特殊情况和港人利益，并有力地促进了香港的繁荣稳定。基本法的实践证明，“一国两制”不但现实可行，而且是对香港最好的制度安排，无论过去、现在还是将来，都是如此。

任何制度创新在实践中都不会一帆风顺。“一国两制”亦然，而很多问题源自对基本法条文的不同理解，例如一些人质疑全国人大常委会对基本法作出解释。就这一点来说，我们必须理解，全国人大常委会对基本法的最终解释权是特区宪制的一个重要部分。我们也可以看到，全国人大常委会解释基本法十分慎重小心，总是在香港遇到难以解决的问题时才出手，而且严格依据基本法条文和立法原意，无论是关于居留权争议、政改程序、行政长官任期，以及公职人员宣誓规定等，都能有效地维护基本法的完整性，帮助香港社会解决争议，走出困局。

落实“一国两制”是一项长期的工作，过去我们遇到过问题，将来也难免会有新的问题，但我们可以在基本法的起草过程里找到克服困难分歧的经验。基本法起草工作面对不同方面的关注和诉求，涉及问题的争议程度绝不低于今天，但基本法的起草过程体现了包容和协商解决问题的精神。我想举三个例子来加以说明。

第一个例子是关于政制发展。在起草基本法的时候，政制发展一直是引起最多讨论、最多争议的章节。有意见认为要尽快进行双普选，即行政长官普选产生、立法机关普选产生，但也有意见认为要循序渐进，取得实践经验后逐步推进。这两种相差甚远的意见怎样解决呢？结果草委们通过集体智慧，用了一个时间表的方式，在基本法内规定特区成立后十年内政制发展的步伐，十年后即 2007 年进行检讨，决定日后的安排，同时写上最终目标是达至两个普选。用

这个方式来处理政制问题，得到当时香港社会的认同，解决了最有争议的章节。第二个例子是基本法第 23 条。它规定由特区自行立法保障国家安全，是一个减少港人疑虑的做法。另外，基本法第 158 条规定全国人大常委会对基本法有最终解释权，同时赋权特区法院在审理案件时可以解释基本法，也是一个例子。

在 1990 年基本法通过的时候，香港的 GDP 在全国的占比高达 20%，两地经济发展差异巨大，回归前不少港人对 97 后前途缺乏信心。在这样的情况下，

我们仍然可以依靠包容和协商，制定基本法，并实现了香港顺利回归。回归以来，内地经济和社会发展的水平大幅度提高，今天北京、上海、广州三大内地城市 GDP 已经超越香港，两地发展差异不断缩窄，可以说，未来“一国两制”实践的客观条件只会越来越好。对香港来说，“一国两制”是最好的制度安排，不但应该五十年不变，五十年后也应坚持下去，而回归前后的历史充分证明，中央对“一国两制”这项长期国策是坚定不移的。因此，我们应该坚定信心，坚持包容和协商的精神，全力确保“一国两制”的长期成功。

## 武汉大学法学院副教授黄明涛：不忘初心 方得始终——纪念香港基本法成功实施二十周年

2017-07

《中国人大》

香港特别行政区已经走过了不平凡的路程。今年 3 月，新一届特别行政区行政长官顺利当选并获中央政府任命，为特别行政区管治团队的顺利交接奠定了坚实基础。放眼未来五年，相信香港特别行政区一定能在繁荣稳定的基础上，获得新的发展。香港的成功，也是国家的成功，回归二十年以来，“一国两制”经历了考验、赢得了声誉，为国家统一与民族复兴的事业作出了不可替代的贡献，也为香港同胞的切坚实的保障。香港基本法是“一国两制”方针的法律实现，基本法的成功实施，是运用法治思维处理国家与民族重大问题的绝好范例，是值得所有人珍惜的宝贵经验。在这样一个有着特别意义的时刻，我们不妨以一种回溯的目光、以一种省思的态度，阶段性地总结一下香港基本法的成功秘诀究竟是什么，必定对未来有所启示。我认为，成功的经验可以总结为一句话，那就是“不忘初心”。

首先，我们不应忘记，“一国两制”方针的出台，有着特定的历史背景、政治背景、社会背景、乃至国际关系背景。时移世易，今人恐怕不容易体会到中央领导做决策时需要承受的压力，对港工作部门的同志需要面对的具体困难，以及香港同胞在前途未定时的情感与心态，因此，以今人之是、非故人之非，是不可取的，是缺少对历史的基本同情与尊重的。我认为，所谓“不忘初心”，就是指我们在评价“一国两制”以及基本法的经验与得失的时候，切不可无视

当年的具体局面与制约，切不可轻慢前人在力所能及的范围内所作的反复权衡与思考，更不可想当然地以为自己如穿越时光隧道，就能够达成一个更完美的方案。

香港与祖国内地的分离，是19世纪一个专制王朝国势衰颓所引发的不堪后果之一；由于内地经年累月的动荡局面，香港也就逐渐发展为有别于内地的、具有独特制度文化的地区。香港自古以来就是中国领土，即使被英国占领之后居住在港的大多数居民也是中国人，在一个合适的历史时机实现回归祖国，是历史的必然。但我们也要看到，1980年代初期，内地与香港在各方面都差异巨大，如何实现国家统一、同时又保持香港的繁荣稳定，是一个棘手问题。经过几十年关于发展道路的不断探索，处在改革开放初期的中国已经对自身有了更为准确的认识，对香港也有新的认识。香港作为一个资本主义地区，即便不符合一个内地人对于经济、社会及政治制度的经典想象，但从某种发展的、务实、非教条式的眼光来看，也会正视这个地方在实现民众安居乐业、经济繁荣健康、政府廉洁透明等方面所取得的不俗成就。这就在一定程度上为尊重和保持香港的原有制度与生活方式这一核心政策埋下了伏笔。

有一种流行观点是，国家在改革开放之初，亟需资金、人才、以及与世界经济体系的联系管道，而香港因其能够扮演这种投资者、中介者的角色，才能换取在国家主权统一之下维持本地制度基本不变的安排。我认为，这种说法当然有一些道理，但把“一国两制”方针的深层逻辑简化为一种“工具论”思维，是很片面、也很危险的。难道有朝一日香港的相对经济优势被弱化了，就必然导致其制度政策被全盘“社会主义化”吗？这肯定不是“一国两制”的初心。

如果不能体会到国家自身发展的历史逻辑，就不能理解在1980年代初期，党和国家领导人何以能够以一种“出乎意料”的方式处理香港问题。纠结于香港地区从“国家”这里获得多少优惠待遇，这根本就是错误的提问方式。实际情况是，当国家需要对自身的发展道路作重新调整时、当国家面临实现国家统一的历史任务时、当国家需要以符合时代潮流的方式赢得国际社会的尊重与接纳时，香港前途问题“不早不晚”地摆在了桌面上，因此，“一国两制”方针作为能够最大限度地符合各方利益——根本上也是国家的整体利益——的方案，被确定了下来。

其次，我们不应忘记，为落实“一国两制”方针而在宪法法律层面所作的安排，是郑重的法律承诺、更是重大的宪法事件。制定香港基本法是一次不同寻常的立法活动，有关起草工作的制度安排、组织安排与人员构成，起草过程所经历的充分的研究与咨询程序，以及在香港社会各界所产生的广泛影响，都令这部法律配得上“宪制性法律”的地位与称谓。这当然不是说香港基本法的每字每句都是完美的，而是说，从现存的文献记录可以看出，所有的“持份者”

在当年都以严肃、诚挚的心态来参与或面对这一事件，相关条文的表述、相关制度的设定，是几经斟酌、往返妥协之后的共识。以这样的人力物力投入到单一法律文件的制定，中华人民共和国历史上恐无出其右，这也可以解释，为什么从很多方面来评价，香港基本法都是一部质量上乘的作品，因为事实上她确实是在当年的条件禀赋之下所能塑造的接近完美的法律方案了。基本法当然留出了清晰的程序，以便在必要时对有关条文作出修改，这是法律上的通行做法。但是，如果对当年的制定过程缺少足够的了解，轻言修法也是不可取的——不管往哪个方向修改。

不仅如此，我们更不可忽视香港基本法在国家宪法层面的意义。宪法与香港基本法共同构成香港特别行政区的宪制基础，这个判断表明，是宪法为“一国两制”方针提供了必要的法律地位，也提供了足够的法律保障，之后才能在法律上推演出基本法的合法性。进入到宪法位阶的方针政策，不管是否称其为“基本国策”，都具有极高的刚性。因此，在我们理解宪法、理解特别行政区制度的时候，也必须将这一点考虑在内。从这个角度讲，“一国两制”方针入宪也意味着，1982年修宪是我国宪法体制发展历程中的一次飞跃。

过去几年来，大家逐渐关注一个问题，即：在香港社会，宪法是以怎样的面貌而存在。从严格的法律角度讲，这涉及到除基本法的全面准确实施之外，是否有宪法条文会在香港得到直接适用，这个问题已经有一些研究，还值得继续推进；从广义的政治角度讲，这就涉及港人的一般观念中，如何认识和理解国家宪法的地位、主旨与特点。这里尤其要注意两个问题：其一，不应混淆法律问题与政治问题；其二，不可想当然地以为，增进对于宪法的认识仅仅是对港人的要求。宪法是根本法，而“八二宪法”的历史正好是中国在各方面发生深刻变革的历史，这必然要求宪法具有相当程度的开放性，才能以必要的法律安定性去应对社会变迁的恒常性。“八二宪法”上的不同条文、不同语句，分别承载了不同的任务。如果考虑到1982年以来的四次宪法修改，更需要对宪法文本中隐含的历史线索保持敏感度，才能够理解某些表面上存在冲突的宪法条文在更为深层的逻辑上其实是一致的。即便在内地，对于宪法的认识也需要不断地巩固、整理和发展。那么，在面对具有制度独特性的特别行政区时，更应当抱持一种必要的同理心，即“八二宪法”各种规定之间的复杂关系给一般人带来了理解上的难度，这更需要以更大的耐心、更持久的沟通、更有沟通效率的话语，才能够不断地提升宪法在香港社会的一般性的认知度。

因此，从宪法层面看待“一国两制”，我们所说的“不忘初心”就意味着：第一点，香港基本法的特殊地位、香港宪制秩序的独特性，是早已被宪法确立了的，是具有高度刚性的，这是“八二宪法”加入第31条以及相关条文的“原初意图”，那种将基本法视为一般性的人大立法的看法是站不住脚的；第二点，

作为根本法的宪法，既规定了国家统一与发展的目标，也提供了创设特定制度的必要空间，使得宪法本身具有了一种动态性、前瞻性，这必然要求我们站在宪法理论的前沿来看待基本法实施过程中遇到的相关宪法问题。

其三，我们不应忘记，“一国两制”方针的实施，将内地人民与特别行政区同胞进一步地联结为命运共同体，这是中华民族在经历了近世百多年的磨难之后，重新赢得世界的尊重，并逐渐走向复兴的标志。早在孙中山先生领导革命运动的年代，香港就曾为爱国志士提供过庇护；在抗战年代，香港也曾利用其特殊的区位优势，在资金上、物资上给予内地人民宝贵支持；在回归之前，香港同胞在内地遭遇重大灾害的时候，也纷纷倾囊相助，令人感动。香港从来没有与内地完全隔绝过，“一国两制”更永久性地巩固了彼此的关联。所以，党和国家领导人不断强调：国家好，香港才好；香港好，国家也好。我的理解是，不能把香港与内地摆在彼此对立的位置上，而应当看到，香港的长期繁荣稳定与内地的持续发展进步，是同向而行的，是有利于国家在整体上的富强与复兴的。

在“一国两制”的语境下，怎么理解“国家”是很重要的问题，这决定了我们怎样理解“国家与特别行政区的关系”、“中央与特别行政区的关系”以及“内地与特别行政区的关系”，而这几组关系有时是容易混淆的。特别行政区是国家不可分割的一部分，这是不容怀疑的。中央是一个方便的泛称，其背后须还原为若干个具体的国家机关。一般而言，“国家机关”是指依法拥有公权力的机关，所以，既有中央层面的国家机关，也有地方层面的国家机关。也因此，带有“国家”这个前缀的词汇，并不一定涉及“国家与特别行政区”关系问题，很可能只是表明涉及公权力机关而已。在与特别行政区相呼应的前提下，

中央国家机关就是指由宪法、基本法以及其他法规范授权，与特别行政区的公权力机关一起参与建构“特别行政区制度”的“位于中央的”机关。同为中央国家机关，在与内地的地方国家机关相对照时，其角色设定是不同于处理与特别行政区政府机构的关系的，所以，我们可以看到基本法对有关中央国家机关的授权不同于那些全国性的“组织法”对于这些同样的中央国家机关的授权，这是完全可以理解的。法治的一般原理决定了，即便是建置上的同一个机关，也可以享有不同的职权，承担不同的职责，由此形成不同的“身份”或“能力”。有鉴于此，我们要区分处理“纯粹国家事务”的机关、处理“内地事务”的机关和处理“特别行政区相关事务”的机关，即便在机构上、人员上是“合一”的。“国家”概念如果被含混地、不严谨地使用，就会引发一些误解，也不利于内地、特别行政区在“一国两制”框架下摆正各自的位置，这恰恰是当下正在发生的。一言以蔽之，我国宪法和法律上从来没有将“某一制”摆在“另一制”之上的规定；与此同时，“国家”则一定是包含了内地与特别行政区在内

的更为上位的法律概念。始终把握住这一原则，就能够准确理解特别行政区的定位，也才能够处理好有关“国家与特别行政区关系”的问题。

上述几个方面，都是与香港基本法的成功实施有着重大关系的，然而，越是根本性的问题，越是需要人们时时温习，才能够在实际工作中做到“不走样、不变形”。我认为，在这个时候强调“不忘初心”，同样还因为“一国两制”事业面临一些新的挑战，并且是由一些当年不曾出现过的状况、形势所引发——这些新形势没有被当年参与中英谈判、过渡交接和特区筹建的人士所经历，这就要求我们对坚持“一国两制”这份初心，有着更为深刻的认识：

第一，“一国两制”方针立足于不同制度与生活方式的和谐共存，然而两制之间的差异在当年可能并没有展现全貌，当年也无从假设两种文化在具体场景中遭遇时会引发何种心理上、感情上的反应。这方面，我们尤其不能将眼光局限于内地与香港的官方互动，更要观察到两地民众之间在彼此观感上的落差。仅仅从此前有关地铁中行为举止的争议事件就可看出，包容两制、存异求同，仍然是任重而道远的。如果只是给出一个简单明快的评价，大概可以说，

既然两地差异如此之大，原本就不适合在一起。但这显然是意气用事、逞一时之快的冒失说法。真正可贵的取态是，

将“一国两制”视作一种有关尊重与包容的概括承诺，即便遭遇意想不到的尖锐的文化冲突，也仍然以最大的诚意、耐心与创造性，去挖掘两地之间的共享价值，而不是轻易地给对方贴标签或视作陌路人。我相信，“一国两制”方针的设计者也会赞成这样一种积极的、负责的取态。

第二，“一国两制”方针出台于内地在各方面仍比较落后的年代，保存香港原有制度的优势，确实也有助于内地发展的意图。时过境迁，如今内地的政经实力已不可同日而语，如果从纯粹功利计算的角度看，对香港的依赖与期待也相对弱化了，这是当年没有完全预计到的。对内地而言，实力的增长催生自信心的积累，这是自然而然的，如善加利用，一定能够发挥积极作用。真正的挑战在于，如何能够在自身实力增长的同时，仍然能够保持理性、负责与明智的态度，并将其具体展现在政策层面、展现在处理涉港事务的过程和手法中。即便放在今天，香港也有着内地不可替代的一些制度优势，比如法治、廉洁、高效与国际化，这是值得内地尊重、学习与利用的。“一国两制”不是一个你追我赶、你赢我输的游戏，而是期待彼此能够汲取对方的优点，或优势互补、形成合力。仅仅以政经实力消长为唯一尺度去评判“一国两制”的价值，是片面的、不明智的。

第三，“一国两制”方针与香港基本法对特别行政区的民主政制发展作出了严肃承诺，然而社会发展有其自身逻辑，三十多年的时间虽短，却足以塑造出很不同的政治氛围与思想氛围，因此，想要达成一个各方满意的政制发展路线

图，看起来难度越来越大。必须认识到，这是一个牵一发而动全身的问题，也是“一国两制”面临的巨大挑战。“一国两制”需要不断作理论充实，而践行这项伟大政策的各方人士也需要不断学习与自我调适。换句话说，香港基本法关于政制问题的妥协式的规定，将诸多难题留给了后人，这是不能不面对的客观现实。但换个角度看，排除万难、兑现承诺，也是“一国两制”生命力的最好证明。未来五年，相信所有人都对此有所期待。

## 《香港特别行政区基本法》司法实践 20 年

罗沛然香港执业大律师

《港澳研究》2017-07

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称为“《香港基本法》”）在 1997 年 7 月 1 日生效，在其后的 20 年中，在香港的司法方面，实践《香港基本法》的主体是行使香港特别行政区独立司法权和终审权的香港特别行政区法院，特别是拥有香港特别行政区终审权的香港终审法院。本文指出，香港特区法院根据《香港基本法》行使其司法权时，继受了回归前香港既有的法律系统和传统，并在审理案件时解释和构建了具体、自足和与香港以外的司法管辖区的法理相联系的《香港基本法》裁判体系。本文同时谈及香港终审法院与全国人大常委会之间就《香港基本法》解释的互动，以及自 2011 年“刚果（金）案”以来，中央以及内地的学者们对《香港基本法》司法实践的关注和议论。

虽然香港特区法院司法适用《香港基本法》的起点是 1997 年上诉法庭判决的“马维颯案”，

可是实在地说明香港特区法院如何实践《香港基本法》的则是 1999 年的“吴嘉玲案”。香港终审法院在其 1999 年 1 月 29 日的判词中确定了之前上诉法庭在“马维颯案”确立的香港特区法院对香港特别行政区的立法进行审查（审查其是否符合《香港基本法》）的权力，指出这是特区法院在行使《香港基本法》所赋予的司法权、执行及解释《香港基本法》时的责任。同时，香港终审法院也指出，特区法院有权审查全国人民代表大会或其常务委员会的立法行为是否符合《香港基本法》。其后，终审法院在 1999 年 2 月 26 日就此在当时实在不必谈论和确定的事项颁下一份判词作出“澄清”，声明它在 1999 年 1 月 29 日的判词并没有质疑全国人大常委会根据《香港基本法》第 158 条所具有的解释《基本法》的权力，如果全国人大常委会对《香港基本法》作出解释时，特区法院必须要以此为依归。这声明或许造成开端，1999 年末香港终审法院在“刘港榕案”一致认定 1999 年 6 月全国人大常委会就《香港基本法》第 22 条第 4 款和第 24 条第 2 款第 3 项的解释，尽管不是依循《香港基本法》第 158 条第 3 款的规定经香港终审法院提请后由全国人大常委会作出的解释，其对香港特区法院仍具有约束力，这可以说是香港终审法院循上述路径的必然决断，亦可理解为香港

终审法院因其在“吴嘉玲案”及“陈锦雅案”中对《香港基本法》有关条文的解释致使中央出手的局面，故要凭借承认和接受该全国人大常委会解释的效力，作出它认为可控的风险管理。

“吴嘉玲案”的奠基作用不单是在对违反《香港基本法》的法律的审查权，它也展开了香港特区法院解释《香港基本法》的原则的讨论。在2001年的“庄丰源案”中，香港终审法院引用《香港基本法》有关普通法可在香港特区延续的条文，指明香港特区法院在解释《香港基本法》时，必须引用在香港发展的普通法，只有在全国人大常委会在不同制度下依照《香港基本法》第158条对某条文作出解释时，则关乎该条文的解释对香港特区法院有约束力。除受上述事宜规限外，解释法律便属香港特区法院的事务。香港终审法院认为，此乃香港特区法院获授独立司法权以及香港特别行政区继受的普通法的权力分立原则的必然结果。在“庄丰源案”中，或许为了表明与内地释法制度提到的“立法原意”有所区别，香港终审法院特意指出，法院引用在香港发展的普通法解释法律时的任务是诠释法律文本所用的字句，以确定这些字句所表达的立法原意。法例的文本才是法律，法院不会只把有关条款的字句独立考虑，而会参照条款的背景及目的。法律释义这项工作需要法院找出有关条款所用字句的含义，在这个过程中需要考虑该条款的背景及目的。这是一种客观的探究过程。如通过这个探究过程断定文字的含义是清晰的，任何性质或属性的外来资料均不能对解释产生影响。香港终审法院就是这样“不亢不卑”地独自解释和审理“庄丰源案”所需要解释的《香港基本法》第24条第2款第1项的条文，并把1999年全国人大常委会的解释以及该全国人大常委会解释提述为体现《香港基本法》第24条第2款其他各项的原意的香港特别行政区筹委会《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉》第24条第2款的意见》放在一旁（因为它们并不构成一项对第24条第2款第1项具约束力的解释），从而作出了一个与上诉法庭和原讼法庭一致的判决。

“吴嘉玲案”的作用还在于建立了《香港基本法》的权利司法保护体系。在该案判词中，香港终审法院表示，《香港基本法》第3章列明受《香港基本法》保障的各项自由是“两制”中香港制度的重心所在。在其后的案件中，如关乎毁坏国旗的“吴恭劭案”、涉及公众游行权利的“梁国雄案”、刑事检控证明控罪的推定条款的“林光伟案”，香港终审法院表明在解释《香港基本法》第3章的条文和《香港人权法案条例》的条文时，宜参考国际人权法中已经确立的原则，以及按其理据的性质及其与香港的情况的相关程度而具说服力的香港以外司法管辖区的法院所作的判决。考虑到这些案例及历年的发展情况，香港终审法院指出，政府在作出任何对《基本法》保障的权利的限制时，有责任提出理由以作为支持，法院将严谨地审查任何可能对基本权利施加的限制。法院的审

查标准则由比较笼统的是否“必须”，阐述为属于适用比例原则的阶段验证标准。法院把比例原则扩展至验证香港特区立法或政府政策对香港终审法院的终审权的限制、对获得社会福利的资格的限制、对土地拥有者发展其土地施加的规划限制等，以确定有关限制是否违反相关的《香港基本法》的权利保障条文。法院亦以成熟的处理手法顾及到法院作为司法机构在其能力上的限制和权力分立原则，并重视立法或制定政策的机构的意见，从而调整司法审查的标准的严格性。为了让司法干预立法权行使的程度减低，以及在最能体现立法意图的情况下行使其管辖权，香港终审法院在“林光伟案”和“官永义案”分别认定其司法权力必然包括作出“补救性诠释”或在不可能作出“补救性诠释”时宣告一项并无违反《香港人权法案》的条文无效。香港终审法院更在2006年的“古思尧案”认定其司法权力容许法院在裁断某法律条文因违反《香港基本法》的权利保障条文而宣告失效时，可指明在其后的某段日子暂停执行这项宣告，用意既是使当局能够决定采取行动，特别是让立法会在此期间制订纠正性法例，也让在特殊情况下一些可能是为法制秩序和法治而必要的措施得以继续维持。

这套权利司法保护体系看起来是司法扩权，但其实质是将“吴嘉玲案”宣告的那种把违反《香港基本法》的法例宣告为无效的“宪制性管辖权”放进瓶子里。这是因为如果有违反《香港基本法》之虞的法律条文经“补救性诠释”或其他司法手段得以保存效力，或在有关宣告暂停执行期间经立法修订，则特区法院便不必对有关法例运用其看来最有力、但不甚灵巧、且可被视为“立法活动”的“违宪”宣告。

自2011年起，香港司法权的运作明显地在中央层面受到关注。在“刚果(金)案”中，香港终审法院终要面对“一国”，中央亦要面对香港法律、司法制度与内地的不同以及这种不同对国家主权利益的可能影响。虽然香港终审法院最后以3比2的多数判决表示，香港特区适用的外国国家豁免原则是中华人民共和国所采纳的外国国家豁免原则，并决定在终局判决前提请全国人大常委会解释《香港基本法》第13条和第19条，但是这份判决却来之不易，香港终审法院中4名本地法官以2对2的比数就香港特区适用的国家豁免原则的问题争持不下，而构成多数判决和决定提请全国人大常委会解释的“恪守一国”的关键一票，则来自终审法院的海外非常任法官梅师贤爵士，他是澳大利亚前首席法官，从1997年起担任香港终审法院非常任法官（各位非常任法官在各案件中轮流参与审判），2011年时已年届86岁。

2014年，《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书出台后几天，《人民日报》2014年6月19日的评论员文章就有针对性地评论了香港特区法院的法理学。该文认为香港特区法院解释《香港基本法》的方法，是“脱离我国宪法对基本法规定所作的演绎，不可避免地基本法的立法原意愈行愈远”。评论员

虽然知道按香港的普通法制度，其他普通法适用地区的判例可作参考，但他强调：“这是以宪法和基本法共同构成特定的宪制基础为前提的参考，没有这个前提，这种参考就变成了‘依照’，用外国的经来解中国的法律，没有这个前提，‘一国’就从宪制上悄然消失了，‘一国两制’必然发生质的改变。这是绝不容许的！因此，这种只讲基本法不讲宪法的倾向必须纠正。只有将基本法的各项规定放在宪法框架内来理解和执行，才能确保基本法的正确实施。”最后，评论员点出：“白皮书关于宪法和基本法关系的论述虽然只有短短的一段话，但每句话都是具有很强针对性的，可以说，从法律角度抓住了香港社会对‘一国两制’方针政策和基本法模糊认识的关键。香港特别行政区宪制基础是实现香港良好管治、保持长期繁荣稳定的根本，在这个问题上不能有任何含糊，更容不得各自表述。”

此后，内地对香港基本法司法实践的研究，多从这个基本观点出发。在《反思香港基本法的“普通法化”现象》一文中，作者认为，原本具有显著大陆法属性的香港基本法，“由于受到香港业已形成的普通法传统的影响……在香港的司法适用过程中出现了一种明显的、可称为‘普通法化’的发展倾向”。这种发展倾向令某些香港基本法的条文“在内涵上出现了种种反映普通法价值取向的扩充或转换，甚至在一定程度上背离了规范本身的立法原意”，“脱离了作为基本法效力依据的中国现行宪法的基本框架”。“吴嘉玲案”和“庄丰源案”均可视为其“典型例子”。这种“‘普通法化’是不寻常的。尤其是，明显可能取消基本法的原有属性、扭曲基本法的立法原意、置换基本法的规范内涵的那种‘片面的普通法化’现象，往往寄寓了一种暗昧的、偏狭的‘去中国化’的司法政治动机，更是不可取，应引起吾人戒备。”所以，他们提出，香港基本法应向“中国法化”回归。

对此，作为研究香港基本法的司法实践的香港法律工作者可以回应指出，香港终审法院在“吴嘉玲案”开启的香港基本法解释的讨论中，申明“《香港基本法》是为贯彻独一无二的‘一国两制’原则而制定的宪法性文件，具有不可轻易修改的地位。制定《香港基本法》的目的是按照《中英联合声明》所阐述及具体说明的中国对香港的基本方针政策，在‘一国两制’的原则下成立与中华人民共和国不可分离的香港特别行政区，并实行高度自治”。香港终审法院的多数法官在“刚果（金）案”的判词中也指出，香港之前的“原有”普通法规则因应香港成为中华人民共和国香港特别行政区而该有所适应。他们说：“维护国家的统一和领土完整的愿望是中国收回香港背后的重要主题思想。本院在一宗关于侮辱国旗的案件中亦承认这一点。根据香港特区的宪法性文件《基本法》的界定，香港特区是中国不可分离的部分，并具有地方行政区域的地位。外交部驻港公署的函件作出一项事实状况的声明，指出中国实施绝对豁免的外国国

家豁免规则。如果把根据《基本法》作出变更的普通法原则，结合上述事宜来考虑，所得出的决定性结论便会是与原告 FGH 公司的论点相反”，即是香港特区作为中华人民共和国的地方行政区域，本身没有法律依据去采用有别于中华人民共和国所遵从的国家豁免规则。

另外，香港特区法院虽然一直在参考其他司法管辖区的判例，但是并没有盲从地“依照”它们。其中一个令人瞩目的例子是 2016 年的“陈锦成案”。香港终审法院在此案中经考虑后，决定不跟随英国最高法院在 R v Jogee 及 R v Ruddock 两案关于“共同计划”犯罪的新的理解，原因是终审法院不同意 Jogee 案有关次位参与者的罪责的核心主张。

最后，应当留意：一、1990 年 4 月 4 日第七届全国人民代表大会第三次会议通过的《全国人民代表大会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》，申明“香港特别行政区基本法是根据《中华人民共和国宪法》按照香港的具体情况制定的，是符合宪法的。香港特别行政区设立后实行的制度、政策和法律，以香港特别行政区基本法为依据”。二、《香港基本法》第 11 条第 1 款：“根据中华人民共和国宪法第 31 条，香港特别行政区的制度和政策，包括社会、经济制度，有关保障居民的基本权利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有关政策，均以本法的规定为依据。”

总括来说，可以说，“一国”从没有从香港特区的司法实践中消失。中央固然关注香港特区法院在某些事宜上的判决，但正如武汉大学黄明涛副教授所言，单是亮出“普通法”这个“名片”是不够让中央放心香港法治的。因此，香港的法学界和法律专业界向内地人士说明香港特区司法实践的工作是重要、恒常和需要耐心、定力和换位思维的。

## 五 基本法的研究

**中国人民大学法学院教授韩大元：维护宪法和基本法权威, 大力增强**

### **国家认同**

2017-06

《中国人大》

今年是香港回归祖国 20 周年，也是香港基本法实施 20 周年。香港基本法实施 20 年来取得的成就令世界瞩目，不仅保障了香港社会的繁荣与稳定，同时也为世界法治的发展提供了新鲜的中国经验。其中，基于宪法的国家认同是基本法制定和成功实践的核心价值，也是凝聚社会共识，使香港社会引以为豪的法治持续发展的保障。在纪念香港基本法实施 20 周年时，我们要充分认识到国

家认同对基本法实施的重要意义，在认真总结经验的基础上，进一步思考如何在未来基本法实践中进一步增强国家认同。

《联合声明》的签订和基本法的起草体现了高度的国家认同。国家认同是现代主权国家的基本特征，也是每个公民最低限度的政治伦理，具体体现在作为国家根本法的宪法之中。在基本法的起草过程中，国家主权、国家意识以及国家观念是基本的共识与哲学。1982年9月22日英国首相撒切尔夫人访华，24日邓小平就指出，“关于主权问题，中国在这个问题上没有回旋余地，坦率地讲，主权问题不是一个可以讨论的问题。”1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过了现行的《中华人民共和国宪法》，其中第31条授权设立特别行政区，并确认在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人大以法律规定。1984年12月19日，中英政府正式签署《中英联合声明》，其中第3条明确规定：为了维护国家的统一与领土完整，并考虑到香港的历史和现实情况，中华人民共和国决定在对香港恢复行使主权时，根据中华人民共和国宪法第31条的规定，设立香港特别行政区。这样，在复杂的中英谈判中，宪法思维是贯穿始终的。通过宪法，将国家主权、国家意识融入即将创建的特区宪制秩序之中，维护了国家核心利益与民族尊严。

基本法的合宪性宣告进一步将国家认同法律化。在基本法起草过程中，由于不同体制、不同法律传统、不同生活经历等因素，部分港人对国家、对宪法是比较陌生的，对宪法和基本法的关系存在着一些模糊认识。基本法起草委员会本着实事求是、求同存异的原则，对有争议的一些意见，以国家元素加以整合与平衡，使维护国家主权成为最大公约数。针对宪法第31条的地位与含义、以及宪法与基本法关系上的不同认识，为了回应部分港人的顾虑，全国人大在通过基本法时，同时以一份专门决定，正式宣告“香港基本法是符合宪法的”，这就明确了香港基本法的合宪性，使基本法拥有了更强的宪法正当性，也巩固了香港特区在国家宪法体制中的地位。

基于宪法的国家认同，确保了“一个国家”与“两种制度”的宪法基础。我们应当承认，内地与香港在制度上、生活方式上有差异，要成功维护“一个国家”，并且在国家根本利益上保持一致，必须坚持共同的国家认同。宪法确认“一国两制”方针，以宪法形式包容不同制度之间的和平共存，使宪法成为国家认同的立足点。香港居民和内地居民都是中华人民共和国公民，基于公民在宪法上的忠诚义务，我们必须首先认同“一个国家”，树立国家意识。根据“一国两制”方针，国家认同有了新的拓展，内涵了一种具有包容性的国家概念。在今天，追求法治、人权与自由价值的国家宪法为两地之间的沟通与融合又创造了新的空间，国家的发展也为两地的发展带来新的机遇，国家认同已经变得越来越实在了。

对“一国两制”和基本法的准确把握，必须依托于正确的国家观念。在宪法上，国家是整体的，是统一的，香港是国家的一部分，要维护国家的整体性，必须维护国家的宪法体制。香港与内地之间确有差异，但不应刻意放大、操弄差异，两地在维护国家核心利益上是一致的。“一国两制”的前提是“一国”，即国家主权与国家认同，“一国”受损，“两制”自然失去前提。我们要认识国家，亲近国家，维护国家尊严。只要回到公民的基本伦理，回到国家宪法体制，回到基本法的规定，我们可以凝聚共识，通过法治的方式解决面临的问题。

20年来基本法实施的实践告诉我们，实施好基本法必须维护宪法权威。在基本法实践中，中央在必要的时候、在合适的时机，完全可以运用法治的方式，展现宪法的根本作用。全国人大常委会依据宪法、基本法行使解释权，弥合社会隔阂，使国家认同得到了维护。2016年11月7日，全国人大常委会通过对基本法104条的解释，明确了104条有关规定的含义，体现了国家主权的宪法意志，使“拥护中华人民共和国香港特别行政区基本法”，“效忠中华人民共和国香港特别行政区”成为公职人员必须履行的一种宪制义务，是对公然宣扬“港独”的言行的明确的、积极的，同时也是最有效的法律回应，捍卫了国家主权与核心利益。

总之，基于宪法的国家认同是基本法实践成功的基础，也是基本法实施20年来积累的宝贵经验。能否在国家认同上寻求高度共识，将直接影响未来基本法的实施效果。因此，我们必须从宪法高度认识基本法，深刻认识并坚持“宪法和基本法共同构成香港宪制基础”的原则，严格依照宪法和基本法办事，加强宪法教育，特别是在特区学校教育中引入宪法教育与公民教育，塑造国家意识，使宪法成为香港社会繁荣、稳定与可持续发展的有力保障。

## 香港城市大学法学院教授、副院长顾敏康：从五个方面理解和贯彻基本法

顾敏康

《中国人大》2017-07

前言：从“一国两制”初心谈起《基本法》在香港实施了20年，为了接下来的30年，有必要去深入探讨如何全面理解和贯彻《基本法》的问题。要全面理解和贯彻《基本法》，就要先弄清实行“一国两制”的初心是什么？这个问题至关重要，因为“一国两制”方针贯穿了整个《基本法》。“一国两制”是中国政府为实现国家和平统一而提出的基本国策，最先在香港实践。1984年12月19日，中英两国政府在北京签订了《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》（《中英联合声明》）。《中英联合声明》的主旨就是贯彻“一国两制”的方针，并通过《基本法》用法律的形式固定下

来，至少五十年不变。

当然，港人经常在问：五十年之后是否还是保留“一国两制”？这当然要看香港后续30年的具体发展情况。邓小平先生在1987年4月16日会见香港特别行政区基本法起草委员会委员时曾经说过：对香港政策五十年不变，五十年之后更没有变的必要。显然，笔者比较认同邓小平先生的良好希望，那就是说：如果“一国两制”在余下的时间内能够比较顺利执行，那么继续实行下去应该是一个顺其自然的事情。“一国两制”的想法早在中英谈判之前已经形成，是首先运用于解决历史遗留下来的香港问题并取得了成功。那么“，一国两制”的初心是什么呢？本文认为这里的初心应该分为两个层次：一是确保中国对香港的主权，香港回归祖国、成为中国不可分割的一部分，在这个问题上，中央一直有实质性的主导作用，并在实践中不断丰富内容；二是确保让港人放心、让投资者放心。在这个层面上实行“高度自治”和“港人治港”。也只有深刻领会这两个层次的主次关系“，维持香港长期繁荣稳定”的目标才可能实现。

毫无疑问“，一国两制”之下中央和特区之间如何互动是一门新学问，关键在于如何看待“高度自治”的高度。这个度在哪里？关键就是要对《基本法》有一个全面的理解和贯彻。

## 二、“一国两制”与香港发展

事实证明“，一国两制”在香港的实践是基本成功的，但需要与时俱进。

第一“，一国两制”成功令香港保持特色。

香港是一个多元化的社会，许多人对“一国两制”会有不同的看法。有极端言论甚至说“一国两制”已经在香港不复存在，这显然是不顾事实的言论。本文认为，看“一国两制”要有高度，要有长远的目光才行。20年来，当我们看到香港依然保持了自己的特色，并一直被国际权威机构评为世界上自由度最高、法治健全以及最适合投资的城市时，我们必须说，这一切要归功于“一国两制”方针的正确实施，这也是谁也否定不了的事实。刘兆佳教授也曾经撰文认为：无人会质疑香港的资本主义体制在回归后仍然继续存在与运作。

“虽然两制之间在社会、经济和文化各层面的互动日趋频繁，但彼此之间的界线却依然清晰”。进而言之“，一国两制”已经为香港发展带来了福利。在“一国”的范畴内，香港得到中央的大力支持，成功地抵御了金融危机。在“两制”的范畴内，香港保留了自身的经济制度、法律制度和自由贸易政策，成为国际贸易、金融和航运中心，为内地和外国投资者提供安全的投资环境。

第二“，一国两制”是香港保持现状的重要依据。

同时也必须看到“，一国两制”意味着香港的现状得以保持。进而言之“，两制”意味着香港的反对派将继续存在，这也说明香港依然是一个多元和民主社会。就此而言，本文认为立法会前主席曾钰成先生的观点可以继续往前走一

步。他说：“中央政府必须包容在港的不同价值观；同时，港人亦必须明白，中国将按自己的方式继续发展。”本文认为：反对派可以继续存在，这说明香港是多元和民主社会，但是，反对派必须在法律框架下行事。例如，他们不能一边宣扬“港独”，一边想成为立法会议员。

第三“，一国两制”需要开拓发展。香港回归祖国后“，一国两制”由构想变成现实。但是“，一国两制”作为一项新生事物，仍需要在实践中不断探索、开拓前进。按照《基本法》的规定，“一国两制”五十年不变，是指香港的资本主义制度和生活方式不变，而不是香港经济或社会管理一成不变。香港的经济要更多地融入内地经济，并充分利用 CEPA、粤港澳经济合作区、粤港澳大湾区，还有“一带一路”规划等为香港带来无限机遇。港人要把握机遇，错过了，就只能被抛离。香港的社会管理模式也应该与时俱进，不断改良与更新。香港行政主导下的三权制衡需要逐步完善，香港也必须接受全国人大常委会的决定和对基本法的解释属于香港宪制的不可分割的一部分。

### 三、从五个方面贯彻《基本法》

围绕“一国两制”的初心，谈下面五个问题。

#### 1. 《宪法》与《基本法》在香港的宪制地位

香港有些人往往会将《宪法》与《基本法》对立起来，忽略《宪法》的“母法”地位。有人甚至认为《，宪法》与《基本法》不存在上下位关系，可能的理由是两个：第一，认为《宪法》与《基本法》分别在两个不同法域内施行，也即《宪法》在以大陆法为传统的内地施行，而《基本法》在以普通法为传统的香港施行；第二《，宪法》没有列入《基本法》附件三，所以不能在香港实施。这些观点的杀伤力就在于试图否定《宪法》在香港的权威，用《基本法》取代《宪法》地位。现在有必要澄清这些观点的错误之处：第一，认为《宪法》只在内地施行者，其实质是未能认清《宪法》作为一国最高法律的特征，是片面强调“两制”和两个法律制度所造成的。第二，认为《宪法》必须先列入《基本法》附件三才能施行者，更是犯了“本末倒置”的法律逻辑错误。其实《，基本法》附件三非常清晰地规定了哪些“全国性法律”应该由香港在当地公布或立法实施，并没有说作为最高法的宪法不可以在香港适用（当然不是全部适用）。

香港回归祖国以来，不少人关注的焦点是《基本法》，视其为香港“小宪法”，片面强调“港人治港”和高度自治，却忽略了这些权力的本源是来自中央、来自《宪法》。为了让香港市民安心，香港政府在推广《基本法》时，侧重宣传如何保障港人的利益或香港的特殊利益，却很少提及香港市民对“一国”应有的责任。其实，早在 2005 年 4 月 27 日，吴邦国在十届全国人大常委会第十五次会议上就指出：香港《基本法》是全国人民代表大会制定的一部全国性法律。

香港《基本法》的解释权，是《宪法》和香港《基本法》赋予全国人大常委会的重要职权。吴邦国在2007年6月6日“纪念中华人民共和国香港特别行政区基本法实施十周年座谈会”上还指出：依法治港是依法治国的重要组成部分，这个“法”主要是指宪法和基本法。具体而言《：宪法》明确规定，国家在必要时得设立特别行政区，在特别行政区实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。香港《基本法》为我国设立的第一个特别行政区设计了一整套崭新的制度和体制。

既然《宪法》和《基本法》共同构成特区宪制基础，那么，作为《基本法》之母法的《宪法》，其有关条文必然也适用香港。例如，根据《宪法》的有关规定，在内地实行社会主义制度，在香港可以实行资本主义制度。《宪法》第三章第一节（全国人民代表大会）、第二节（中华人民共和国主席）、第三节（国务院），第四章（国旗、国歌、国徽、首都）都应该在香港普遍宣传，否则如何树立“一国”观念？由于对“一国”理解肤浅，港人眼里往往只有香港，动不动就说“高度自治”受到侵犯。这在高铁的“一地两检”问题上尤其明显。香港人对香港执法人员可以去位于内地的深圳湾执法得理所当然，但是对于内地执法人员到九龙站的有限范围内执法却觉得不可接受了。那就要请他们好好学习《基本法》本意了。《基本法》的原意就是贯彻“一国两制”的方针，就是在维护国家统一和领土完整的基础上，保障香

港的高度自治和保持香港的繁荣。高铁造福香港市民，受到广大民众的支持。而“一地两检”就是在尊重香港高度自治的情况下和在全封闭的特定空间执行内地法律。这种安排并不会增加香港市民进入内地的法律责任，不会出现内地执法人员在特定空间外执行内地法律。

接下来就是如何推广的问题。本文认为普及《宪法》和《基本法》应该成为国民教育的重要内容。下文会继续讨论。

#### 特首选举与中央的实质任命权

香港的特首选举至关重要，关系到选出的特首能否成为中央与香港的坚实桥梁。从“一国两制”的初心可以看出，中央对特首人选是具有话语权的。所以中央在特首候选人的三个条件（爱国爱港、港人拥护和有管治能力）之上又添加“中央信任”，那是具有特殊意义的。这是中央在总结过去特首选举的经验基础上提出来的。有了这个标准，人们就会心中有数：那些挑战国家主权、片面强调“两制”而不顾“一国”、对中央阳奉阴违的人，是难以得到中央信任的。香港的非建制派反对一开始就对特首进行筛选，认为如果港人选出中央不接受的人为特首，而中央拒绝任命时，可举行第二次选举；并认为这样不会产生宪制危机，反而中央政府必须承受因此产生的政治压力。

笔者认为此观点值得商榷。毫无疑问，这种说法简单地将“两制”与“一

国”对立，机械分割了选举和任命这两个程序，并将责任转嫁给中央。按照这种逻辑，如果先根据“中央信任”这个标准对特首候选人进行筛选，则既可以避免“二次选举和有关政治压力”，也可以避免人财物的浪费！筛选就是对特首是否符合有关条件进行审核的过程。这个过程应该放在哪个环节，应该如何进行才算合理，需要凝聚广泛的共识。笔者认为，根据《基本法》第48条第5款之规定，中央不仅在特首的任命上有关键的话语权，即使在各司司长、副司长，各局局长，廉政专员，审计署署长，警务处处长，入境事务处处长和海关关长的任命上，也应该把握好中央信任这一关。只有符合这一条件的高官，才能够协助特首认真贯彻“一国两制”的方针，辅助特首在任期内充分发挥好管治能力。

### 香港官员的实质性效忠

《基本法》第104条规定：香港特首、主要官员、行政会议成员、各级法院法官和其他司法人员在就职时必须依法宣誓拥护中华人民共和国香港特别行政区基本法，效忠中华人民共和国香港特别行政区。全国人大常委会也于2016年11月7日对《基本法》第104条作出具体解释，确定宣誓的法定内容、法定要求和条件；无效或拒绝宣誓的形式及后果；监誓人的职权；就职后违反誓言的后果。宣誓是一项庄严的仪式，也是检验有关人士是否真心效忠的重要环节。就誓词内容看比较简单，但要真正把握却不容易。宣誓人不能仅效忠《基本法》和香港特区，同时也要效忠《宪法》和中华人民共和国。应当客观地看到，除了故意违法宣誓的情况外，香港还有不少担任行政、立法和司法职务的人士处于“双重效忠”的情况。这种情况的出现是由“双重国籍”造成的。其后果就是有关人士不可能百分百地效忠，对“一国两制”的关系就会产生偏差，出现不关心“一国”，只注重香港的情况。

### 落实国民教育

要把我国历史文化和国情教育摆在香港青少年教育的突出位置，国民教育必须落实，教育局责无旁贷。国民教育的内容必须客观、平衡，教育局应该制定统编教材。2012年10月，国民教育被正式搁置。诚如有人指出：国民教育夭折是“本土主义”“去中国化”向“港独”演变的重要节点，正是那场“准颜色革命”，既促使香港相当一部分居民在心中与国家彻底分手，又为“拒中抗共”势力在关于普选行政长官的政制发展中竭力争取所谓“真普选”做了思想动员。因此，“解铃还须系铃人”，开始把“港独”这一政治毒瘤强加于香港特别行政区的，是那场扼杀国民教育的“准颜色革命”，而今，切除这一毒瘤必然需要重推国民教育。如何推行当然是关键。

### 5、反对“港独”

反“港独”是一项长期工作，而剥夺游、梁两人的议员资格仅仅是一个阶

段性的胜利。李克强在《政府工作报告》港澳部分继续提出要全面准确贯彻“一国两制”，并引用国家主席习近平的说法，要确保“一国两制”在香港实践不动摇、不走样、不变形。李克强更首次在报告中提到港独问题，称“港独是没有出路的”，说明反“港独”已经成为国家层面的行动。必须要看到的是，“港独”者依然在社会上存在，他们依然在行动，尤其在校园中行动。学校的管理层在这方面表现出的无动于衷、袖手旁观也间接助长了这种所谓的“言论自由”行为。“港独”的旗帜在公众地方飘扬，食物环境卫生署并没有闻风而动，执行法律。任这些“港独”言行自由发展的后果，就会荼毒一大批青少年。

## 论《宪法》在《香港特别行政区基本法》制定过程中的作用——纪念 《香港特别行政区基本法》实施 20 周年

韩大元

《现代法学》2017-09

### 一、问题的提出

《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称《基本法》）由第七届全国人民代表大会第三次会议于 1990 年 4 月 4 日通过，1997 年 7 月 1 日起实施。今年是香港《基本法》实施 20 周年，也是《基本法》成功实践的 20 周年。当我们总结《基本法》实施 20 年的成就与经验时，有一个基本问题是不能忽视的，即《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）是《基本法》起草与实施的基本背景、效力依据与正当性的基础。

可以说，20 年来香港社会的总体稳定与繁荣的根本保障是《宪法》和《基本法》，基于《宪法》作为根本法的功能，香港社会虽然面临不同的挑战，但通过法治提高社会共识，保持了法治的核心价值。针对《基本法》实践中出现的不同认识，为了维护《基本法》权威，保持《基本法》与香港社会的协调，中央采取各种稳健和富于法治精神的措施，既尊重司法的终审权和司法独立，又合理调和大陆法传统和普通法传统的差异，推进社会生活的法治化。香港实现了高度自治，落实了港人治港，政治体制运行总体平稳，居民的自由和权益得到了保障。实践说明，《基本法》体现了高超的立法技术和政治智慧，充分尊重和反映了香港居民的利益。这些经验对于未来香港社会的发展有着重要的意义。

当然，在充分肯定成就的同时，我们不能回避《基本法》实践中出现的问题，需要认真反思。只有反思，才能正视《基本法》实施中出现的新挑战、新问题，以更加开放和宽容的姿态迎接未来的挑战。其中，最核心的问题是正确认识《宪法》与《基本法》的关系，坚持“一国”的前提，使“一国两制”能够在中国宪法确定的体制下存在与发展。本文拟从宪法视角梳理香港基本法起草过程中出现的宪法问题，并对未来的《宪法》与《基本法》关系提出一些建议。

### 二、1982 年《宪法》第 31 条的形成过程

1982 年《宪法》修改时国家开始考虑台湾、香港和澳门的问题，决定以“一国两制”

方针解决国家统一的问题。最初“一国两制”的构想是针对台湾问题而提出的，邓小平指出：“‘一个国家，两种制度’的构想不是今天形成的，而是几年以前，主要是在我们党的十一届三中全会后以后形成的。这个构想是从中国解决台湾问题和香港问题出发的” 实现“一国两制”的基本法律途径是，通过《宪法》明确规定，由全国人民代表大会在必要时设立特别行政区，用法律规定特别行政区的具体制度。通过《宪法》将这一事项具体化是1982年宪法的重要使命，将为《基本法》的制定奠定基础。《宪法》第31条如何写入宪法文本，当时也有不同的主张，如有人建议将这一条写入“地方人民政府”这一节；也有人主张写入我国行政区划中的第二款，并移入总纲；主张将设立特别行政区的规 定移前，作为总纲中的第五条 出发点旨在通过宪法中的国家元素，使特别行政区具有行政体制的属性，为回归后可能出现的相关问题建立预防性的措施。

作为全新的宪法条文，《宪法》第31条的规范体系与结构对设立特别行政区起到了支撑性作用。可以说，《宪法》第31条构成特别行政区所有制度基础，具有授权规范的属性。在1982年《宪法》的修改中对这一条的争论并不大。因为《宪法》是主权的最高体现，也是主权的法律表达，用《宪法》明确“国家在必要时得设立特别行政区”当然由全国人民代表大会以法律规定特别行政区实行的制度。同时，这一条为后来的谈判与《基本法》的起草奠定了基础与框架，使《宪法》成为制定《基本法》的基础与依据。

《宪法》第31条在《基本法》中起到提供宪法基 础的重要作用。在《基本法》序言中，有两处直接依 据《宪法》做出判断：一是根据《宪法》31条的规定，设立香港特别行政区；二是根据《中华人民共和国 宪法》，特制定《香港特别行政区基本法》。这些表 述也回答了一个基本问题，整个《基本法》的制度是 根据《宪法》制定的，不仅仅是《宪法》第31条。同 时，《基本法》第11条重申了《宪法》第31条的法律 关保障居民的基本权利和自由的制度，行政管理、 立法司法方面的制度，以及有关政策，均以本法 的规定为准，特区制定的任何法律不得与基本法相 抵触。这种规范体系的确立，确定了《宪法》对《基 本法》规范体系的优先性，以这种优先性为基础建 立了《基本法》在特区法律体系中的核心地位。规 范体系内外的效力位阶有效地维护了《基本法》的地位与功能，集中概括了《宪法》第31条的基本 价值。

### 三、《基本法》的宪法依据

1981年9月30日，时任全国人大常委会委员长的叶剑英向新华社记者发表谈话，进一步阐明台 湾回归祖国实现和平统一的九条方针政策。其中 第三条提出“国家实现统一后，台湾可作为特别行政区，享有高度自治权”见美国华人协会主席李耀基时，第一次使用了“一 。1982年9月22日英国 个国家两种制度”的表述 。

首相撒切尔夫人访华。24日邓小平指出：“我们对香港问题的基本立场是明确的，这里有三个基本问 题。一个是主权问题；再一个问题，是一九九七年后中国采取什么方式来管理香港，继续保持香港繁 荣；第三个问题，是中国和英国两国政府要妥善商 谈 如何使香港从现在到一九九七年的十五年中不 出现大的波动。关于主权问题，中国在这个

问题上 没有回旋余地。坦率地讲，主权问题不是一个可以讨论的问题。后来英国政府虽然提出“三个条约有效论”、“主权换治权”等，还有人提出，“冻结”主权，交由英国或者联合国托管；也有人主张，主权与治权分开，但基于英国议会主权的传统，在主权问题上英方深知“讨价还价”的空间不大，不得不在中国政府制定的12条对香港基本方针政策的基础上进行谈判。1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过了现行的《中华人民共和国宪法》，《宪法》第31条授权设立特别行政区。《基本法》序言与第11条都明确援引《宪法》第31条作为法律依据。《宪法》第62条13款中明确规定，由全国人大“决定特别行政区的设立及其制度”。这一宪法规定为基本法制定提供了正当性与法律依据，也表明“中华人民共和国宪法是制定基本法的法理依据”，对此大家具有基本共识。1983年7月中英开始谈判，经过了22轮谈判。从1983年12月第七轮会谈开始，将谈判纳入到中国政府确定的关于解决香港问题的基本政策框架之内。由于《宪法》第31条已经明确规定设立特别行政区，所有香港问题的谈判以及恢复主权后的制度安排都与宪制有内在联系，英国政府对主权国家制定的宪法安排无法提出挑战。中英政府最终达成协议，于1984年12月19日正式签署《中英联合声明》。该文件第三条第一款明确：“为了维护国家的统一和领土完整，并考虑到香港的历史和现实情况，中华人民共和国决定在对香港恢复行使主权时，根据中华人民共和国宪法第31条的规定，设立香港特别行政区”。从长达两年的谈判中，可以看出，在《宪法》第31条明文规定前提下，《联合声明》尊重中国《宪法》确立的主权以及核心利益。

《联合声明》的核心内容之一是“根据中华人民共和国宪法第31条的规定，设立香港特别行政区”，“香港特别行政区直辖于中华人民共和国人民政府”，把宪法融入到主权的基本问题上，掌握了主导权，使主权问题通过宪法得到具体化。

当时，围绕《宪法》与《中英联合声明》的关系，也有不同的主张。经过讨论，起草委员会明确了宪法关系，即《中英联合声明》是在《宪法》下的一种声明，《基本法》依据只能来源于《宪法》，《宪法》是制定《基本法》的唯一的依据。因为《基本法》是中国的国内法，是“一国两制”的法律化，其立法依据只能是《宪法》，不能以国际法律文件为依据制定国内法律。

从1987年12月12日基本法起草委员会各专题小组拟定的各章条文草稿汇编开始，序言中采用了“根据中华人民共和国宪法第31条的规定，设立香港特别行政区”的表述之后的草案中这一表述没有发生变化，使《宪法》发挥了维护国家主权与国家根本法的作用。1985年4月10日六届全国人民代表大会第三次会议通过了中英两国政府关于香港问题的联合声明，包括三个附件。

#### 四、基本法起草机构的成立

从我国立法体制上看，制定和修改宪法时通常成立起草委员会或者修改委员会，普通法律的制定一般不成立专门的委员会。1985年4月10日，第六届全国人民代表大会第三次会议决定，成立基本法起草委员会。《决定》指出“中华人民共和国第六届全国人民代表大

会第三次会议决定成立中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会，负责香港特别行政区基本法的起草工作。香港特别行政区基本法起草委员会向全国人民代表大会负责，在全国人民代表大会闭会期间，向全国人民代表大会常务委员会负责。香港特别行政区基本法起草委员会由包括香港同胞在内的各方面的人士和专家组成。具体名单由全国人民代表大会常务委员会决定并公布”。从《决定》可以看出，这是特别的立法程序，其委员会的成员规格高，具有广泛的职权，直接向全国人大及其常委会负责，说明《基本法》的重要性以及对国家宪法体制所产生的重要意义。

基本法起草委员会的工作进行了五年，大体经历准备阶段(1985. 7—1986. 4)、征求意见阶段(1986. 5—1988. 4)、形成基本法草案阶段(1988. 5—1989. 1)、从基本法草案到通过阶段(1989. 2—1990. 4)。另外，从委员会的委员组成看，内地委员 36 名，香港委员 23 名，内地委员与香港委员共同起草 316 草法律，这在中华人民共和国历史上是第一次

。曾经参加过 1982 年《宪法》修改的王叔文教授、许崇德教授和肖蔚云教授等作为主要的起草者参与起草过程，有助于在《基本法》中体现 1982 年《宪法》的精神，在 1982 年《宪法》基础上确立《宪法》与《基本法》关系，使特别行政区成为中国宪法体制的一部分。在香港成立了基本法咨询委员会，180 名成员全部由香港居民组成，主要负责收集香港居民对草案的意见。同时，考虑到《中英联合声明》的内容，虽然《基本法》制定是主权范围内的事情，但起草委员会在起草过程中多次听取了英国政府的意见，使基本法具有开放性。可以说，基本法起草委员会的成立为合理地处理起草过程中的《宪法》与《基本法》问题提供了参考依据。

##### 五、“基本法”一词的由来

在世界范围内，德国最早使用“基本法”(Basic Law)一词。在德语中，“基本法”是一个表述宪法的特殊概念。在 1948/1949 年的初步商讨中，当时的汉堡市市长、社会民主党人马克斯·布劳尔提议用基本法命名宪法。其主要考虑是，基本法不是宪法，认为“真正的制宪只能发生在主权的自决中，而不能发生在同盟国的监管下”。一般认为，德国人用这一概念是因为宪法是德国统一之前临时适用的，不是正式的规则体系，起到权宜之计的功能。当然，由于语言的差异性，西方语言中“Basic Law”一词的含义并不能直接套用到中国立法语言中。

那么，起草基本法时为什么用“基本法”一词?与 1982 年《宪法》有哪些相关性?从目前查阅的资料看，邓小平同志在 1982 年 9 月 24 日会见英国首相撒切尔夫人的谈话《我们对香港问题的基本立场》中并没有提及“基本法”这一概念。在 1984 年 6 月 22 日和 23 日分别会见香港工商界访京团和钟士元时发表《一个国家，两种制度》的谈话，其中也没有提及“基本法”这一表述。1983 年 6 月，中央批准了关于收回香港问题的“十二条方针”，其中最后一条规定：“上述方针政策，由全国人民代表大会以香港特别行政区基本法规定之，50 年不变。”这 12 条与《中英联合声明》中的 12 条内容基本上是一致的。由此可以预测，后者的内容是以 1983 年文件内容为基础的，也许是“基本法”最初的出处。

可以说，“基本法”一词正式出现在官方文件是《中英联合声明》，基本法起草委员会直接使用了《联合声明》中的这一概念。

《中英联合声明》中涉及“基本法”概念的内容有：

(1)第三条：“中华人民共和国政府声明，中华人民共和国对香港的基本方针政策如下：”其中第十二款规定：“关于中华人民共和国对香港的上述基本方针政策和本联合声明附件一对上述基本方针政策的具体说明，中华人民共和国全国人民代表大会将以中华人民共和国香港特别行政区基本法规定之，并在五十年内不变。”

(2)附件一《中华人民共和国政府对香港的基本方针政策的具体说明》第一项指出：

“中华人民共和国宪法第三十一条规定：‘国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。’据此，中华人民共和国将在1997年7月1日对香港恢复行使主权时，设立中华人民共和国香港特别行政区。中华人民共和国全国人民代表大会将根据中华人民共和国宪法制定并颁布中华人民共和国香港特别行政区基本法(以下简称《基本法》)，规定香港特别行政区成立后不实行社会主义的制度和政策，保持香港原有的资本主义制度和生活方式，五十年不变。”

第二项指出：

“香港特别行政区成立后，香港原有法律(即普通法及衡平法、条例、附属立法、习惯法)除与《基本法》相抵触或香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留。香港特别行政区的立法权属于香港特别行政区立法机关。立法机关可根据《基本法》的规定并依照法定程序制定法律，报中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会备案。立法机关制定的法律凡符合《基本法》和法定程序者，均属有效。在香港特别行政区实行的法律为《基本法》，以及上述香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律。”

从《中英联合声明》中可看出，不仅明确提出“基本法”这一概念，而且明确将来由全国人大制定

的在香港落实“一国两制”的法律称“中华人民共和国香港特别行政区基本法”，并且也明确了其简称“《基本法》”。另外，采用“基本法”的可能原因是，从1982年《宪法》确立的法律体系看，宪法之下存在着基本法律、法律、行政法规等，但还没有出现全国人大制定的法律用“基本法”称谓。如果沿用内地的法律名称，将《基本法》称为“香港法”，有可能与香港原有法律范畴相混淆，从法律形式上无法突出主权回归之后的新法律秩序。如用“基本法”一词，既区别于内地的基本法律，也区别于香港的法律，实际上将《基本法》定位在低于《宪法》，高于法律的位阶，构建以《基本法》为核心的新的法律秩序。

## 六、《宪法》与《基本法》关系

《宪法》与《基本法》的关系是《基本法》起草过程中的最核心问题之一。在1986年4月22日通过的《基本法》结构中设了第九章“本法的法律地位和解释、修改”，分为三个部份：本法的法律地位与宪法的关系，本法的解释，对本法的修改。

对《宪法》与《基本法》第11条规定之间的关系问题，有过不同的主张。例如，曾有

建议将《基本法》表述为“如与中华人民共和国宪法的其他条文有抵触，将仍以本法的规定为最终的依据，”还有人曾建议将这一条从第二章“中央和香港特别行政区的关系”移到《基本法》的第一章“总则”当中。对《基本法》第11条“香港特别行政区的制度和政策……均以本法的规定为依据”的功能问题，也有不同的解读，在《基本法》实施中，能否以此作为判断宪法条款能否在香港适用问题的标准？

最终，多数委员的意见占了主导地位。多数委员普遍认为，宪法是国家的最高法律，具有主权范围内一体遵行的效力，特区虽然具有高度自治权，但不能脱离国家的宪法体制，宪法适用于一国领土所有范围，也直接适用于特别行政区。这些问题实际上涉及宪法在香港特区的效力问题。

宪法作为国家的根本法，其效力是毋庸置疑的。宪法中反映社会主义政策的一些条款不在特别行政区实施，即不会由此在特别行政区范围内在法律上创建具有社会主义性质的制度，但作为宪法不可分割的一部分，这些条款本身并不因为特区的存在而变成无效的条款，只是通过宪法的特别授权而不在特别行政区适用而已。因此，所谓宪法在特别行政区是否有效的问题，其实质是，宪法条款是否会由特别行政区的公权力机构在特别行政区范围内予以实施。也就是说，不在特别行政区实行的宪法条款仍不能被否认为其法律。

基于《宪法》与《基本法》的关系，香港特别行政区宪制由《宪法》与《基本法》构成。但长期以来，由于缺乏对《宪法》与《基本法》关系的体系化的框架，在“一国两制”的理解上，有时侧重于对“两制”的重申，以至于忽视了“一国”的前提要素。从宪制和法律的角度而言，“一国”的前提要素之所以被轻视和忽略，很大程度上是由于，没有充分认识《基本法》合宪性的意义以及忽略《基本法》实践中的宪法元素。

“《宪法》和《基本法》共同构成香港宪制基础”的命题有助于我们合理处理《基本法》的历史与现实，有助于面向《宪法》与《基本法》在特别行政区良好运行的未来，为《基本法》的实践奠定丰富的宪法基础。基于此，应当在特别行政区的法治运行和教育中更加强调《宪法》是香港的宪制基础，拥护和忠诚《宪法》是包括香港居民在内的中国公民的基本政治伦理，由此建立基于《宪法》的“一国”同。因为《宪法》是全国人民共同意志的体现，“依法治港”中的“法”当然包括宪法在内。国家对香港恢复行使主权之后，《宪法》作为中国法律体系中位阶最高的法律，对于香港而言同样是有效的法律。香港作为中国的一个地方区域，《宪法》在香港具有最高法律权威的地位。特别行政区宪制的建立与发展是以《基本法》为原则的，但是特别行政区的宪制并非仅仅以《基本法》为依据，特别行政区的宪制必须以《中华人民共和国宪法》为基础和基本背景。

根据《宪法》，只有最高权力机关即全国人大才有权制定规定香港特别行政区实行的制度的法律。《基本法》序言第三段的规定表明，全国人大行使制定香港基本法、规定香港特别行政区制度的权力，必须符合两个条件：一是要根据国家宪法，也就是说，香港特别行政区实行的制度设计，要符合宪法规定的国家体制；二是要能够很好地保障国家对香港的基本方针政策，即“一国两制”“港人治港”“高度自治”的方针政策。除此之外，全国人大在

制定《基本法》的过程中，还要充分听取包括香港居民在内的全国各族人民的意见和建议，在符合《宪法》规定的国家体制、“一国两制”方针政策的前提下，尽可能多地吸纳香港各界人士的意见和建议。

《宪法》在特别行政区的效力并不限于《宪法》第 31 条，甚至不限于“一国条款”，“社会主义条款”在香港同样有效。例如《宪法》第 1 条规定“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”。这一条文在香港的效力意味着，即使在香港，也不允许破坏中国其他地区实行的社会主义制度的行为的存在。《宪法》规定的许多其他制度尽管并不直接在香港实行，但香港的各种组织和公民必须尊重这些制度的存在，负有在行动上不危害社会主义制度的义务，这一点上所谓“港独”是公然的违反宪法行为，必须予以追责。总之，从建构香港宪制架构的逻辑来看，《宪法》与《基本法》是一以贯之、密不可分的。《基本法》的宪制性地位是由《宪法》第 31 条明确赋予的，也是由其提供宪法层面之保障的，所以构成香港特区宪制基础的法律就必然同时包括《宪法》与《基本法》，两者具有内在的不可分割性。

#### 六、《基本法》合宪性的宣告

1988 年《基本法(草案征求意见稿)》面向香港征求意见时，就有港人“建议人大公布基本法时，颁布法令，宣布基本法与全国宪法并无抵触”。同时，一些人对《宪法》第 1 条、第 5 条与第 31 条之间的关系存在着不同理解，对《宪法》与《基本法》关系存在着模糊的认识。同时，从内地主流的法律意见来看，《基本法》肯定是符合《宪法》的，有资料显示，1990 年 2 月的《基本法(草案)》提出之前整理的意见当中，有“国家有关部门、法律界人士”的意见认为，“宪法第三十一条与其他条款不存在冲突……基本法的合宪性是毫无疑问的。”

《基本法》是全国人民代表大会根据《宪法》制定的基本法律，它必须符合宪法规定才能有效，这是法律有效性的内在要求。我国《宪法》第 1 条第二段规定：“社会主义制度是我国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”第 5 条第三段规定：“一切法律……都不得同宪法相抵触。”因此，在《基本法》起草过程中，有一种观点认为，由于《宪法》第 31 条只规定在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定，没有讲可以继续保持香港原有的资本主义制度。这涉及对《宪法》第 31 条如何理解问题。1982 年 11 月 26 日，在第五届全国人大第五次会议上，彭真委员长代表宪法修改委员会作了《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，其中对《宪法》第 31 条作了详细说明。他指出：“在维护国家的主权、统一和领土完整的原则方面，我们是绝不含糊的”。同时又指出：特别行政区“……享有高度的自治权。这种自治权，包括台湾现行社会、经济制度不变，生活方式不变，同外国的经济、文化关系不变等等”。同时，“在具体政策、措施方面，我们又有很大的灵活性，充分照顾台湾地方的现实情况和台湾人民以及各方面人士的意愿。由于台湾现行的社理这类问题的基本立场，这种自主权，包括台湾现行社会、经济制度是资本主义制度，因此可以看出，《宪法》第 31 条的含义是允许在特别行政

区实行资本主义的。也就是说，尽管《宪法》第1条、第5条有上述的规定，但由于《宪法》第31条对特别行政区制度作出了特殊的规定，因此可以在特别行政区实行“一国两制”，保持原有的资本主义制度和生活方式长期不变。为了明确《基本法》的合宪性，消除港人的顾虑，1990年4月4日全国人大通过《基本法》的同时，还以大会的方式对其合宪性进行了特别的宣告，即作出了《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉的决定》，具体内容为：“第七届全国人民代表大会第三次会议通过《中华人民共和国香港特别行政区基本法》，包括附件一：《香港特别行政区行政长官的产生办法》，附件二：《香港特别行政区立法会的产生办法和表决程序》，附件三：《在香港特别行政区实施的全国性法律》，以及香港特别行政区区旗和区徽图案。《中华人民共和国宪法》第31条规定：‘国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。’香港特别行政区基本法是根据《中华人民共和国宪法》、按照香港的具体情况制定的，是符合宪法的。香港特别行政区设立后实行的制度、政策和法律，以香港特别行政区基本法为依据。《中华人民共和国香港特别行政区基本法》自1997年7月1日起实施。”

鉴于全国人大已经在正式决定中宣布“特别行政区基本法是根据《中华人民共和国宪法》按照香港的具体情况制定的，是符合宪法的”，并且香港的制度与政策均以《基本法》的规定为依据，所以，从法律上讲，不存在“基本法与宪法相冲突”的问题，可以解释为全国人大对《基本法》进行了违宪审查，即全国人大审查后认为《基本法》是合宪的，没有违反宪法，排除了对《基本法》提起诉讼的可能性。但是，这个结论还不能完全解决哪些宪法具体条文可以——不与《基本法》相冲突的方式——适用于香港的问题。

根据《宪法》第31条的规定结合起草过程看，《宪法》在特别行政区的效力可以做出如下判断：《宪法》第31条是制定《基本法》的依据，那么《宪法》的效力已经被承认了，无需再存疑。因此，在《基本法》实践中，对《宪法》条款和相关规范的适用可采取不同形式。

在既有的《基本法》条款作为直接审判依据的前提下，《宪法》条款完全可以对基本法发挥规范引领、价值填充等作用，即对《基本法》的解释可以利用宪法条款，从方法上讲，既可以是依宪解释，也可以是合宪性限定解释。

对于《基本法》没有具体规定，但《宪法》上却提供了规范供给，并且也不属于社会主义政策范围的法律问题，《宪法》条款是否能够直接适用，包括香港本地的执法机构能否直接据以执行和法院能否直接据以作出裁判，需要非常谨慎地处理，但可以探讨。例如，如有特区居民希望能够履行《宪法》所规定的公民服兵役的义务，如何处理？必须指出的是，我们已经在一般意义上解决了《宪法》效力的问题，而这类问题的处理方式不影响特区承认《宪法》的效力，因此原则上应该以维护《基本法》的宪制地位、维护特区法律体系的和谐统一为依归。我认为，当存在《基本法》上的法律空白时，不宜直接以宪法规范作填充，而是应当交由特别行政区本地立法作相应处理，这样实质上实现相关宪法规范的目标，也不与《基本法》本身相冲突。

结语:通过《宪法》寻求共识

20年来《基本法》实施的实践告诉我们,实施好《基本法》必须维护宪法和基本法的权威,不能因为特别行政区具有特殊性而脱离中国宪法体制,应把基本法实践纳入中国整体的宪法体制去思考。

作为《基本法》基本背景的中国宪法体制和宪法观念的内涵不断得到丰富,以人权的尊重和保障

为核心理念的宪法发展对《基本法》的实践产生了积极影响。经过四次宪法修改,中国宪法的规范性得到了进一步的加强,宪法在社会发展中扮演着越来越重要的角色。“依法治国首先要依宪治国,依法执政关键是依宪执政”,突出了宪法在国家治理中的特殊作用。特别是,2004年修宪将“人权条款”写入宪法,成为制约公共权力的基本原则和规范。以人的尊严、自由与权利保障为核心的国家价值观正在形成,这对于基本法的实施和保障具有重要意义,拓展了香港与内地价值共识的空间,为香港法治的发展提供了广阔的宪法背景。

## 20年,香港法治可以和经济成就相媲美

王振民

《公民与法》2017-06

在法治方面,香港做到了和经济繁荣一样的成就。在全面依法治国的今天,我们既可以继续维持香港的法治保持不变,也可以取得国家法治建设更大的成就。

香港回归祖国20周年,依旧保持了繁荣稳定,2016年经济总量在全球排第35位,人均GDP在全球排名第17,连续二十多年被评为全球最自由的经济体等等。除此之外,总结二十年成就,还有一个亮点就是香港继续维持了高度的法治、高度的司法独立,这个成绩足够可以和它的经济成就相媲美。回想20年前,美国《时代周刊》有一篇文章说香港回归到一个共产国家,受一个共产国家的管制,香港就要死了。然而实践证明,“一国两制”是成功的,在法治方面,香港做到了和经济繁荣一样的成绩。

回归20年,香港法治的基本评估

(一)香港法治的基本情况香港在法治方面,对于普通市民来讲,最直接的感受是社会安全不安全。前几天美国CNN发表了一篇文章讲香港十大全球优势,特别提到香港是全球最安全的地方。

香港在回归以前,媒体报道最多的就是打劫,有很多劫案。回归后,盗窃、打劫等财产类犯罪大幅度下降。说明什么?说明社会的法治意识普遍得到加强。在香港一个女孩子在深夜坐地铁,一个人在大街上走一点儿事都没有,但是在巴黎、在纽约你坐一下地铁试一试,一个男子汉都不一定一个人敢晚上去坐地铁。香港不仅是安全的,还有一个重大的优势是赚钱容易,背靠祖国有大量的

商业机会。

一些反对派最近讲了很多香港的法治怎么不好，但是跟普通市民的感受、跟香港首任首席大法官李国能和国际社会的评价完全不一样。李国能特别谈到人大释法，认为全国人大常委会对香港基本法的解释，已经成香港法治的重要组成部分，也就是说已经为香港的法律界、香港的执法司法所完全的接受，这是非常中肯的一个评价。

相信正是因为这么一个良好的法治环境，才使得香港经济繁荣，社会稳定，人民安居乐业。香港失业率很低，大概是 3%；人均寿命全世界第一；全民享受医保。男性人均寿命是 81.24 岁，女性达到 87 岁。香港是一个非常高寿的地方，为什么高寿？我觉得和有这么好的社会环境有关系。

回归后，香港的法治确实是得到了巩固，20 年前大家担心的在共产党的统治下，香港法治就会完蛋这种预言是破产的，我们对香港的法治是非常珍惜，而且没有因为人大释法就损害香港的法治。人大五次释法，每一次都会有一些法律界人士去游行抗议，每次都讲“法治已死”，人大释一次法就死一次，现在释了五次法，结果如何呢？用李国能的话来说：“香港法治今天依然非常稳固。”

## （二）香港法治面临的重大课题是它不变的法治

香港基本法第 8 条规定香港维持普通法不变。它的法治维持不变，但是要变化了的宪制进行有效的对接。也就是说法律不变，包括法官、检察官，还有律师的执业，跟回归以前是没有变化的。不像 1949 年新中国成立的时候，所有的法官、检察官全部下课，全部接受新的法学理论的再教育，然后才能继续上岗。1997 年没有这种事，法官、检察官、公务员全部是坐直通车过来的。但香港法治的最高层面变化了，由英国宪法变成了中国宪法，由回归前的宪制性文件变成了回归后的香港基本法。这对于香港的立法、对于香港执法、司法，包括法律服务都产生了重大的影响。

第一，立法方面。特别行政区尽管被授权拥有立法权，但是香港所有的立法都要报全国人大常委会备案审查，如果发现违反基本法的本地立法，人大常委会有权退回，被退回的法律在香港就自动失效。也就是说，全国人大常委会掌握了对香港立法的事后否决权。尽管过去 20 年没有行使这项权力，但这套制度是存在。另外，全国性法律在香港的实施，也就是说在香港实施的法律并非全部由香港立法会制定，全国人大、全国人大常委会可以为香港制定法律，列入香港基本法的附件三在特区实施。

第二，执法方面。香港的执法和内地的执法相互独立，但有很多密切合作。就像我们现在面临着大量的跨境犯罪，比如说内地的电话诈骗，电话诈骗是诈骗全世界的，当然香港也逃不过，打击这些犯罪需要两地执法机关合作。但是非常遗憾，香港基本法第 95 条规定了两地执法、司法的合作，到现在我们还没

有签协议。我们跟台湾签署了共同打击犯罪协议，但是香港和内地之间没有签。香港和很多国家和地区都有这方面的协议，惟独跟自己的祖国没有。

第三，从司法来说，司法机关面临最大的课题是要面对人大释法。全国人大常委会对基本法的解释，是回归前没有的。回归前，在香港打官司终审权在伦敦，回归后香港取得了司法终审权，建立了一个完整的司法体系，但这个司法体系要接受全国人大常委会对基本法的解释。这 20 年来，我们见证了香港的司法和全国人大常委会释法之间一个非常艰难的对接过程，但是最终完成了这个对接。2010 年，全国人大常委会第四次解释基本法，是应香港终审法院的要求释法，这是一个非常成功的制度建设和构建。

第四，对于无论是立法、行政或者是司法机关来讲，还有一个非常重大的变化，是要认识到香港既是地方自治的政权，同时也是中华人民共和国政权的一部分。基本法授予香港这么高度的自治权，但没有说香港是自外于中华人民共和国政府的政权，我们一定要有中华人民共和国的意识。这就要求我们要自觉地去捍卫国家安全、国家主权和发展利益。

第五，法律服务方面，跟内地市场的对接，内地市场要更多地对香港开放。

### （三）回归 20 年香港法治遇到的挑战

香港的法治，在回归 20 年来成绩确实很大，但是也遇到了很大的挑战。

第一个挑战，近年来香港法治越来越受到政治化的影响，依法办案变得非常困难。比方最近特区政府对参与占中的首要分子提起检控，被一些人士批判是“政治迫害”。为什么别人违法犯罪检控没问题，这些人违法犯罪就不能检控？依法检控就成了政治迫害，把执法、司法高度政治化了。这是一个很大的挑战，对司法人员、对法官、对检察官形成了很大的压力，严格执法、司法变得很困难。

第二个挑战，香港一直以法治健全而骄傲自豪，但是我们也要认识到香港的很多立法是不完备的。比方近年来立法会反复经常性地“拉布”，人为地拖延法律的通过，使得香港的法律很多方面落后于世界。去年立法会就“拉布”否决了版权条例的修订，香港的版权条例是非常落后的。今天香港用的很多法律有些是 100 多年前通过的，现在最早的法律是 1843 年通过的。这些法律都远远落后于时代，但是要修订，立法会反对派议员就“拉布”，不让通过，严重阻碍了香港法治的完善，阻碍了社会的进步。

第三个挑战，2014 年非法占中事件，公开、公然、故意的破坏法治。香港申请游行示威很容易，香港犯罪案数很低，但 2016 年集会游行示威高达上万起，警察天天在应付这些事情。申请正常游行示威非常容易，警察不会反对，但他们不申请，故意违法犯罪。警察能抓 100 人，能抓 1000 人吗？能抓 1 万人吗？能抓 10 万人吗？组织几十万人去占中，警察怎么抓？如果说这些人不能检控、

不能定罪，大家就会觉得法不责众，以后在香港违法犯罪没事了，这对香港法治的冲击非常大。所以最近特区政府坚决地对这些占中主要分子提起诉讼，这对捍卫香港法治是非常重要的。

第四个挑战，香港法治资源投入不够。尽管香港的法官、检察官待遇很好，警察的待遇也非常好，比普通公务员工资高。香港高等法院的所有法官，相当于河南省高级人民法院的法官，都享受正局级待遇。但是还不够，不足以吸引优秀的法律人才加入到法官、检察官队伍。所以现在法官、检察官短缺非常严重。法庭也不够用，香港回归 20 年，几乎所有的政府机关都有了新大楼，但是法院几乎没有，高等法院没有增加一点办公面积。

展望未来，需要进一步努力

第一点，适应回归后新的宪制。实践已经证明，社会主义国家是可以维护一套资本主义的法治。在我们的宪法体制下面，可以维护好香港的普通法。这一点需要港人更深地去认识国家的宪法，认识香港基本法。香港日常的那些法律都是不变的，大家非常熟悉的，不熟悉的是国家的宪法、香港基本法。这些是新东西需要进一步去了解，把自己作为中国整个政权架构、宪法体制的一部分，而不是独立于中国的宪法体制之外的一个部分。

第二点，要正面地、全面地认识国家法治建设取得的成就。我们在香港工作，经常讲“国家法治建设取得了怎样的成就”，但是我们内地如果一个地方发生一个案件，就几乎把我们多年的宣传成果一笔勾销了。内地发生一些不好的案件是很正常的，但是不能天天只盯着这些个案，要看到国家法治建设在过去 20 年跟香港法治是同步进展的，也取得了很大的成就。特别在司法改革方面，2014 年十八届四中全会这一方面的成就非常大。希望内地的知名专家学者多到香港去，多讲一讲国家法治的进步，不要还拿 20 年、30 年以前的眼光来看国家的法治。香港人不是对自己的法治没有信心，而是对国家的法治没有信心。事实上，香港的法治和国家的法治已经是密不可分的一个整体，怎么样让香港的法律界对国家的法律有信心呢？就是要加强交流沟通。

国家的法治正在取得长足进步，两地的法治建设应该是相互促进共同发展，共同为“一国两制”的事业和中华民族的复兴作出贡献。相信在全面依法治国的今天，我们既可以继续维持香港的法治保持不变，也可以取得国家法治建设更大的成就！

## 基本法下中央和香港特区的关系

王振民

《中国法律》2015-02

从基本法中不难看出，中央赋予香港的自治权是史无前例的高。基本法对特区自治权做了详细规定，比如行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权、

特区自行处理有关对外事务的权力、参与国家事务管理的权力等。從 1990 年香港基本法诞生开始，遇渡期 7 年加上香港回归 18 年来的实践证明，基本法是一部很好的宪制法律。

中央和香港特区的關係，對比中央與内地各省市、自治區和直轄市的關係，有其特殊性和共同性。過去我們一直強調特殊性，即「兩制」。但實際上，「一國」是「兩制」的基礎和前提，堅持「一國」才能堅持「兩制」。香港特區和内地其他地方一樣，都要維護國家主權安全和發展利益，使用相同的國旗、國徽，維護祖國統一，這是一條底線。

中國任何一個地方實行什麼制度，都是由中央決定的，比如上海實行社會主義制度，香港實行資本主義制度，儘管決定的內容不同，但決定權屬於中央。比如，香港特區的創始權在中央，如何建立，如何籌備，實行什麼制度，這都是中央決定的。

在立法管治權方面，作為中央行使特區創始權的一項內容，表現在制定基本法的權力在於全國人民代表大會，基本法最終解釋權則在全國人大常委會。基本法不是香港立法會通過的，而是全國人民代表大會通過的。基本法是香港的出生證，是中央如何管理香港的操作守則，也是特區政府正常運作的操作守則。

在研究基本法時間中，這部憲制性法律的每一句措辭，每一個條文都充滿了生命。自己的導師、朋友中不乏參與起草基本法的學者，大家對香港的深切感情，是一種命運共同體的感覺，祖國山河從地理上把内地和香港連接在一起，憲法和基本法則從法律上把兩地連接在一起，這種聯繫將會越來越緊密。

## 维护法治的关键是全面准确贯彻实施基本法

王振民

《港澳研究》2015-02

25 年前，香港基本法这部伟大的法典诞生了。18 年前香港回归祖国，香港特别行政区成立，基本法开始实施，过渡期的 7 年和回归近 18 年的实践证明，基本法是一部很好的宪制法律，的确是一部“具有历史意义和国际意义的法律，是一个具有创造性的杰作”（邓小平语）。我们从来没有像今天这样认识到法治特别是基本法对香港前途命运的极端重要性。习近平主席 2014 年 12 月 20 日在庆祝澳门回归祖国 15 周年大会的讲话中指出强调了法治对港澳的极端重要性，他说：人类社会发展的事实证明，依法治理是最可靠、最稳定的治理。

维护法治不仅是中央与香港各界的共识，也是香港各行各业、各党各派的共识，是全社会最大的公约数。所有人都认为，法治是香港最大、最宝贵的资产，应该倍加珍惜，细心呵护。在目前社会各界对许多重大问题有不同看法的

情况下，这是难得的共识。

任何一个国家的法治（包括立法、执法、司法、守法等）都必须以本国宪法为灵魂和核心，建立在本国宪法的基础之上，以本国宪法为中心展开，不能偏离宪法规定的路径、方向和价值追求。宪法就是国家法治和政治的“GPS”，为国家的法治和政治提供路径轨道、发展方向、价值导向和终极追求，因此任何一国的法治一刻也不能离开宪法，不能偏离本国宪法。例如英国法治的核心绝对是英国宪法，美国法治的核心绝对是美国宪法，在这些国家，任何立法、执法和司法，任何政治活动都不可能允许偏离自己宪法确立的路径选择、基本原则和价值导向，几百年来，他们一直在非常努力地捍卫本国的宪法。而我国法治的核心应该是我国宪法，否则就是迷失方向、没有灵魂的法治。十八届四中全会进一步明确了宪法在全面推进依法治国当中的核心和灵魂地位，要求每一件立法、每一个行政行为、每一个司法案件都必须符合宪法规定和宪法精神。

那么，作为一个地方，一个特别行政区，今日香港法治的核心是什么呢？尽管大家都同意维护香港法治，但是对这个问题也许就有不同的看法。我认为，对于今日香港而言，作为宪法之下、香港新的宪制性法律，基本法应该成为香港法治的灵魂和核心，成为香港法治和政治的“GPS”，香港的立法、行政、司法及政制发展都要紧密围绕基本法来展开，在基本法的轨道上运行，以基本法为基本价值导向和目标定位，确保本地每一件立法、每一个行政行为、每一个司法判决、政制发展的每一个环节和细节都符合基本法的规定和原则精神，每一位居民的行为也要以基本法为最高指引和基本遵循。一刻也不能离开基本法来谈法治，不能离开基本法来开展立法、执法和司法，必须把特区的立法、执法和司法，包括政制发展，全面及时准确纳入到基本法的轨道上。政府要严格依据基本法施政，丝毫不能偏离基本法的轨道，否则就是非法的；同样，反对者也要严格依据基本法、在基本法的轨道上去反对，表达不同的意见，否则也是非法的。这是维护香港法治的基本含义，也是确立以基本法为核心的香港新宪制的基本要求和应有之义。

因此，既然我们都同意捍卫香港法治，那就应该把基本法作为香港法治的核心，把基本法作为香港法治和政治的灵魂加以维护和捍卫，捍卫以基本法为核心的香港新的宪制架构、法治体系和法律秩序，像爱护自己眼睛一样爱护基本法，珍惜来之不易的基本法。维护基本法，就是维护了香港法治。破坏基本法，不按照基本法办事，就是破坏香港法治，就不是真心捍卫香港法治。这也应该成为香港社会的共识。基本法应该人手一册，随身携带，作为所有政府部门和全体居民的行动指南和方向定位。

基本法以“一国两制”为指导思想和根本原则，是“一国两制”的法律化和制度化。全面准确贯彻实施基本法，就是要全面准确贯彻实施“一国两制”，

既要实施基本法关于“两制”的那些制度、规定和条款，捍卫“两制”，也要坚决彻底准确贯彻实施基本法关于“一国”的制度、规定和条款，不管你喜欢不喜欢，“一国”是“两制”的前提和基础，“一国”是现实，是法律，是不能选择、必须实施的重要法律制度。捍卫基本法，就要捍卫“一国两制”，就要捍卫以前不太熟悉、不大愿意接受的“一国”，捍卫国家的主权、安全和发展利益，捍卫“一国两制”赖以生存发展的最高法律根基——中华人民共和国宪法。

在全面推进依法治国的今天，我们在这里纪念香港基本法颁布 25 周年，就是要认识到维护香港法治的关键是全面准确贯彻实施基本法，就是要进一步明确基本法在香港法治的核心和灵魂地位，明确宪法和基本法在香港的根本宪制地位和最高法律约束力，全面准确贯彻“一国两制”、“港人治港”、高度自治的方针，严格依照宪法和基本法办事，严格依据基本法和人大决定处理香港普选问题，完善与基本法实施相关的制度和机制，依法行使中央权力，依法保障高度自治，支持特区行政长官和政府依法施政。这应该是超越党派、阶级、种族、性别、职业的广泛的共识，是香港政治和法治的底线、红线。

法治是香港一张靓丽的名片，是全体港人特别是香港法律、司法界多年努力奋斗的重大成果，包括香港居民在内的全国人民曾经为之骄傲、为之自豪，也令世界很多国家和地方羡慕。环顾全球，今天多少国家和地方为法治不彰而苦恼，而苦苦挣扎，乃至流血牺牲。历史经验证明，即便没有民主，没有普选，只要还有法治，香港还可以过活，而且可能活得很好。但是一旦没有了法治，不管有无民主，有无普选，香港的繁荣稳定就将不复存在。香港的过去、现在、未来都维系于法治，一旦法治被破坏，一旦对破坏法治的行为麻木不仁、掉以轻心，都可能导致香港来之不易的繁荣稳定瞬间消失。

因此，我们一定要捍卫香港来之不易的法治，更加珍惜法治的价值，更加珍惜基本法，明确基本法在香港法治的核心和灵魂地位。我们不仅要为民主而努力奋斗，也要为法治而努力奋斗，为全面准确贯彻实施基本法而努力奋斗，为确立基本法在香港法治的核心和灵魂地位而努力奋斗。这同样光荣，同样伟大，甚至更光荣、更伟大。这件事来不得半点犹豫、半点妥协，必须旗帜鲜明，坚决果断。英国人、美国人讲同一部宪法已经讲了 300 多年、200 多年，今天还在讲，几百年坚持一部宪法不动摇，从来没有嫌弃，从来不曾偏离自己的宪法轨道。基本法我们才讲了 25 年，有些人已经没有耐心了、嫌弃了。基本法必须年年讲，月月讲，天天讲，世代代讲下去，坚持基本法不动摇，这样香港民众和投资者才能安心放心，香港才能世代代繁荣稳定，永远拥有健全的法治，真正实现长治久安。

## 香港《基本法》的基本问题

王振民

现在香港需要沉淀，需要转换话题，把政制和政治暂且放到一边，多讨论关注已经被忽视太久的经济民生，讨论香港在国家发展战略和整个亚太区域经济发展当中扮演什么角色。没有普选不代表香港没有出路，只要把经济和社会民生搞好，法治健全，维护好香港的市场经济，香港仍然是很有希望的，明天依然美好。

无论“法治”一词有多少种含义，有一个含义是最基本的，那就是，谈法治，首先要谈法律，如果有成文法，一定要先谈成文法是如何规定的。离开法律本身谈法治，拿个人的意愿和想象取代大众的共识，很容易走向人治。因为无论什么样的立法，都是经过民主讨论和法定程序、在全社会形成的共识。我们现在研究讨论《基本法》的问题，包括讨论香港的普选问题，很多时候脱离《基本法》的文本，脱离《基本法》的条款。口口声声讲《基本法》的人可能事先并没有真的看过《基本法》到底怎么规定，实际上是在谈自我想象的“基本法”，是自己臆想中《基本法》应该是什么样子，但实际情况又不是那样。如果这样谈法治，谈《基本法》，我们可能就会对《基本法》作出跟文本和原意完全不一样的解释，而且每个人都有自己臆想出来的不同的“基本法”，这个社会就会产生很多版本的“基本法”，大家都强迫政府去实施自己版本的“基本法”，社会就会陷入无法可依的混乱状态。所以我认为，讨论香港《基本法》的基本问题，我们需要回归《基本法》文本本身，看一看25年前已经形成的真实的《基本法》和里边的条款到底是什么。限于篇幅，我主要提五个基本问题。

第一个问题是谁制定了《基本法》，《基本法》是从哪里来的？这是《基本法》最基本的问题。香港《基本法》的制定和成立香港特别行政区的主体，毫无疑问是全国人民代表大会。全国人民代表大会决定成立香港特别行政区，全国人民代表大会制定了香港特别行政区《基本法》。《基本法》不是在香港制定的，也不是由香港立法会制定的，也不是由临时立法会制定的，更不是在香港一人一票投票制定的法律，而是由全国人民代表大会代表全国人民，也包括香港居民中的中国公民制定了《基本法》，在香港、在全国适用。

制定香港特别行政区的宪制性法律——《基本法》，这是国家恢复对香港行使主权的法律形式，是国家主权的表达和运用，制定《基本法》完全是国家的主权行为。在谈到国家主权的时候，有人会觉得主权是空的，主权是虚的，但实际上主权是非常实实在在的。《中英联合声明》里的中国“恢复行使主权”不仅仅是指1997年6月30日深夜的回归典礼，那是一个庄严的主权宣示和表达，更多、更实在、更具体的主权运用和行使则是通过制定《基本法》来展开的。香港《基本法》的制定权属于全国人大，这本身就说明了中央拥有对香港的立法管制权，即中央通过制定《基本法》恢复对香港行使主权；中央通过制定《基

本法》把“一国两制”的方针政策法律化、制度化；中央通过制定《基本法》规定在香港特别行政区实行的制度，当然包括政治制度，如香港实行什么样的政治体制和政治制度，要不要实行普选，如何实行普选，什么时候实行普选，从法理上、宪制上和根本上说这是中央事权。

今天我们谈香港政改、谈普选，首先必须明确香港目前的政治体制来自《基本法》，是《基本法》规定了香港的政治体制，《基本法》又是来自全国人大。因此，香港政治体制谁来规定呢？答案很明显：全国人民代表大会。香港实行的政治制度，包括普选制度，是应由全国人民代表大会决定权的。今天我们要发展、改革香港的政治体制，要实现普选，实际上也是在发展完善实施《基本法》，当然行使主权的主体，也是制定《基本法》主体——中央（这里是指全国人大）同样拥有决定权。

这是第一个问题：《基本法》是谁制定的？国家通过制定《基本法》恢复对香港行使主权并规定在香港特别行政区实行的制度，当然也要通过《基本法》规定的方式去改革完善香港的政治体制，最终实现普选。这是法治原则要求的。

第二个问题是，为什么要制定《基本法》，为什么要规定“一国两制”？这也要回归《基本法》文本，尤其是序言部分。《基本法》的序言第二段写道，“为了维护国家的统一和领土完整，保持香港的繁荣和稳定，并考虑到香港的历史和现实情况，国家决定，在对香港恢复行使主权时，根据中华人民共和国宪法第三十一条的规定，设立香港特别行政区”。《基本法》序言的第二段解释了为什么要制定《基本法》：制定《基本法》首先是维护国家统一和领土完整，要满足“一国”，恢复行使主权就是为了国家统一；其次是保持香港的繁荣稳定，保持“两制”。所以我们今天讨论“一国”和“两制”的关系，从《基本法》的序言来看是非常清楚的。这就是为什么不能离开《基本法》的文本来看这个问题。当然根据《基本法》，也根本不存在有些人担心的只要“一国”不要“两制”的问题，这点在《基本法》里规定得清清楚楚。

今天我们的国家统一跟过去追求统一最大的区别就在于，“一国两制”下的统一要求维系、维护香港的繁荣稳定。我们既要实现统一，又希望香港繁荣稳定，“一国”和“两制”不可偏废。国家从来没有想过要对香港进行社会主义改造，如果把香港改造得跟内地一模一样，香港就不是香港了。维护好“两制”也是国家的基本方针原则，香港将来不会变成“一国一制”。但是这个前提就是“一国”，在维系“一国”情况下维护香港的繁荣稳定。我们再看《基本法》的序言，非常清楚地写道“根据中华人民共和国宪法第三十一条的规定，设立香港特别行政区”，这句话的主语是国家，是国家决定设立香港特别行政区。也就是说，特别行政区不是自己成立自己，不是自己设立的、独立于中央的“城邦政府”。如果能够自己成立自己，它就是一个拥有主权的政府，然而实际情况是，

特别行政区是没有主权的地方政府。

序言第三段“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”，我们今天讨论宪法在特别行政区到底有没有用、有没有效力，《基本法》的序言是有非常清楚的答案的：一个国家，一部宪法，中国宪法当然也是香港特别行政区的宪法，《基本法》是香港的宪制性法律，但不是宪法，《基本法》是宪法的子法，不能取代国家的宪法。回到《基本法》的文本上，很多问题是一清二楚的。

第三个基本问题是《基本法》规定了什么？《基本法》首先规定了国家的主权以及由主权产生的中央的全面管制权。在这个问题上，一些人可能更多地关注《基本法》高度自治的那些条款，但是关于中央的职权当年也是写入《基本法》的白纸黑字，不能假装没有看见，不能假装没有这些权力，不能只看到高度自治权而没有看到《基本法》规定的中央职权。《基本法》的内容，如果就职权划分来讲，首先是规定了基于主权的中央职权，中央应该行使的如外交、国防、特别行政区的政治体制的最终决定权，以及其他不属于高度自治的事项，这些在《基本法》里都有非常详细的规定。

当然，《基本法》也规定了特别行政区享有的高度自治权。再看看《基本法》第2条：“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，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”特别行政区享有的这些高度自治权的性质是非常清楚的，《基本法》第2条规定这些高度自治权的性质是被授权的，也就是说，高度自治不是天上掉下来的，不是说随随便便来了一个高度自治——我自己要实行高度自治；不是香港自己要实行高度自治，而是中央授权的高度自治，这些本来是可以不授权的，但是国家决定授予香港高度自治权。第2条还有一个含义，即这种授权是有限授权，也就是说，《基本法》列举的行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权这类高度自治权是一种有限的高度自治，不是漫无边际的“绝对自治”，否则就是独立了。香港特别行政区享有的高度自治权是有史以来一个地方政府所能够享有的最高的自治权，尽管不是完全自治，但已经是最大限度的高度自治权。如行政管理权，本来一个国家，一种货币，这是各国常态，然而香港可以自己发行的货币，全世界没有第二个国家允许地方政府自己发行独立货币的；一个国家，一个出入境，这是常态，然而我们国家有三四个独立的出入境；再如司法权，一个国家，一个终审法院，这是常态，但我们允许香港设立自己的终审法院。对于宪法学研究来讲，香港《基本法》是一个非常特别的法律，它超出了过去全世界各国宪法所能涵盖的范围。

我们有充分的根据相信《基本法》是民主的制度化、法律化，因为它表达了非常清晰的信号，就是香港要走向民主，国家希望香港发展民主，而且这个

步子要走得稳一点、走得扎实一点，实实在在地发展民主，让港人能够管理香港的地方事务，这个信号非常明确。从香港立法会前前后后的演变，可以看到中央对于香港发展民主的诚心、诚意，这是毋庸置疑的。回归以后，在同一个国家的宪法框架之下，香港人也是中国人，让香港人治理香港也是让中国人治理香港。国家对于香港实行高度自治、发展民主、实现普选的诚意，25年前在《基本法》里就表达出来了。所以今天我们不管谁说要为香港争普选，为香港推动民主、发展民主，实际上香港的民主背后最大的推动者是中央，是国家决定要在《基本法》里规定普选。这是第三个问题。

第四个问题是怎么治理香港？从《基本法》制定的过程来看，除了民主之外，还有一个非常清晰的信号即法治，要用法律、用法治来治理香港。在我们这样一个拥有两千多年人治历史的国家，实行法治不是一件容易的事情。中央与内地地方政府的法律化程度是不高的，但是在处理香港问题上不同，当年中央对香港的十二条基本方针政策里的最后一条就是国家承诺将对香港的基本方针政策制定成一部法律——《基本法》，使得基本政策“一国两制”“不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变”。这表达了一种坚定的法治信念和信心。今天不仅特区政府要依据《基本法》施政，中央政府同样也得依据《基本法》处理香港事务。《基本法》就是中央和香港共同的治理香港的法律文件。今天我们在讨论民主的时候，要特别珍惜香港的法治传统。香港过去没有民主，在回归以前基本没有民选议员。没有民主，香港的日子还可以过，而且还过得不错。但是可以想象，如果香港没有法治，可能会得到民主，也可能得不到民主，可能会得到普选，也可能得不到普选；但有一点是确定无疑的：一旦法治被摧毁了，不管有没有民主，有没有普选，香港的前途都将非常令人担忧。所以我们千万不能在发展民主的过程中把法治破坏了，特别是把香港法治的核心和灵魂——《基本法》破坏了。怎么来治理香港？就是要紧紧地抓住《基本法》，抓住香港的法治。只要香港的法治还存在，只要《基本法》能得到全面的贯彻落实，我们对香港，无论是对普选还是对香港未来的发展，就会一直抱持希望。

最后就是《基本法》是在什么时间制定的？香港被英国统治了156年之后回归祖国，回归前七年1990年制定了《基本法》。香港回归已经18年，而英国统治了156年。如果我们把历史的视角再拉长一点，香港作为中国不可分割的组成部分超过了两千年，也就是说，中国管治香港超过了两千年。156年实在是一个很短的历史时间，相比香港的过去以及香港的未来，被英国人占领和管制的这156年仅仅是个历史的插曲。1997年回归，在香港这块土地生活的中国人和内地中国人重新生活在祖国这个大家庭，而且从此世代代永永远远都要在一起，我相信香港不可能重新被外国占领。香港和内地的联系有156年的中断，

现在重新连接起来了，而且是通过一部法律连接起来的，《基本法》实现了国家的统一，同时维系了、保护了香港的繁荣稳定。根据《基本法》，这种安排五十年不变，我相信五十年之后也会继续，这个时间跨度是很长的。今天内地和香港之间发生的任何问题，都是我们国家内部发生的问题，我们应该很好地处理内地和香港的关系。这个是客观现实，也是一个基本问题，是我们必须要面对的。我们应该庆幸香港的回归是在中华民族经历了一百多年的苦难之后，在全面改革开放、国家的综合实力不断提升、中华民族正在复兴的过程当中，香港回归了。如果说我们没有改革开放，没有中华民族的复兴，那么在 99 年租期到期了香港也得回归，难道国家富了就回归、不富就不回归吗？无论国家穷富都得回归，就像父母无论穷富，都是我们的父母。如果在国家最困难的时候，或者说是在改革开放之前，如果香港在那个时候回归的话，可能就没有“一国两制”了。所以我们要庆幸有今天的改革开放，庆幸中华民族的伟大复兴正在全面地拓展，在这个过程中，我特别希望香港特别行政区能善加利用“一国两制”带来的机会，和内地人民一起，为香港的繁荣稳定，为中华民族的全面复兴积极投身参与，不要做一个旁观者。因为不管香港参与或不参与，中华民族都要复兴，国家都要发展，这是挡不住的。但如果香港参与进去，充分利用“一国”带来的机会，那么香港的未来和祖国的未来将共同进步，共同繁荣。

后记：2017 年行政长官普选法案于 2015 年 6 月 18 日在立法会表决，未获通过。我认为，依据香港《基本法》规定，在 2047 年以前，即香港回归 50 年以内，实现普选都可以，因此没有必要在达不成一致意见的情况下，去推动普选。既然没有通过，只能说明香港实现普选的时机还不成熟，那就只能继续使用 2012 年的产生办法，因为 2012 年形成的共识看来今天仍然是共识，得到了最大多数人包括反对派的认同。不管反对者本意如何，反对 2017 年普选方案的客观后果反证了对 2012 年产生办法的继续认同和支持，我们只能这样解读反对行为的实际后果。中央当然要顺从这个最大数民意，继续实行 2012 年的两个产生办法。令人十分忧虑的是，过去这么多年，当香港陷在政治争拗中不能自拔的时候，其他地区都在快速发展。因此，现在香港需要沉淀，需要转换话题，把政制和政治暂且放到一边，多讨论关注已经被忽视太久的经济民生，讨论香港在国家发展战略和整个亚太区域经济发展当中扮演什么角色。没有普选不代表香港没有出路，只要把经济和社会民生搞好，法治健全，维护好香港的市场经济，香港仍然是很有希望的，明天依然美好。普选方案不过，香港民主发展遇到重大挫折，但这并非末日来临，香港各界需要沉淀下来，认真思考未来的路如何前行，在凝聚共识之后，在恰当的时机重新迈出这一步。无论将来何时再启动政改，还是要回归《基本法》，严格依据《基本法》和全国人大常委会的有关决定，在法治的轨道上实施民主，在法治的轨道上最终实现双普选。

# 香港法院适用中国宪法问题研究

王振民、孙成

《政治与法律》2014-04

## 一、问题的提出

中国宪法在香港特别行政区（以下简称“香港”）的适用问题，早在中英联合声明签署之前就在香港学界引起过争论。在《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称基本法）起草之时，就此问题起草委员会和咨询委员会内部也是争议纷纷，莫衷一是，至今没有在学理上提出一个令学界信服的观点。目前学界关于这一问题的讨论是与基本法的性质、宪法与基本法的关系以及基本法的合宪性等问题杂糅在一起予以呈现的。纵观学界的观点，大致可以归纳为以下三种。

其一，只适用宪法第 31 条说。这一理论为不少香港学者所支持，其核心的观点是：鉴于宪法的社会主义性质，除了宪法第 31 条为香港特别行政区的成立和基本法的制定提供依据外，宪法的其他条款不应该适用于香港。在香港实际上是基本法充当着“the Constitutional Law”的角色。这是“一国两制”政策的必然，并得到中英联合声明和基本法条文的肯定。

其二，宪法部分条款适用说。这一理论由祖国大陆的老一辈宪法学者提出，目前在祖国大陆仍处于通说的地位，其核心观点是：宪法作为一个整体在香港特别行政区适用，但是宪法中关于社会主义制度和政策的具体条文规定，不适用于香港特别行政区。这一充满辩证法色彩的论点在一定程度上减轻了港人对此问题的疑虑，后来的学者也以此为基础进行精细化研究，并重点对宪法部分适用的原因进行探讨，形成了不同的论证路径，如“宪法第 31 条依据说”、“‘一国两制’政策依据说”、“宪法特别法依据说”、“宪法适用的区际差异说”以及“基本法变通/补充/中介适用说”等。

其三，宪法完全适用说。基于上述两种观点或多或少存在论证缺陷，近期以殷啸虎教授和邹平学教授为代表的学者提出了完全适用说。该说巧妙地回避了上述观点的固有论证思路，通过采纳广义上的宪法适用概念来论证宪法可以也应该完全适用于香港特别行政区。其具体路径是：首先，将宪法适用区分为抽象适用与具体适用，宪法的抽象适用主要是通过立法完成的，所以基本法依据宪法制定本身就是对宪法的适用。其次，在宪法的具体适用方面，又再细分为两个层面，其一是积极地予以落实；其二是消极地不予反对。因此，宪法中涉及社会主义制度和政策的规定不在香港予以落实，并不意味着宪法不适用于香港，只是这种适用是以“认可、尊重和不得破坏”的形态予以体现的，即香港特别行政区可以通过立法不实行社会主义制度，但是不能通过立法来反对四项基本原则、颠覆社会主义制度。香港的各类组织和居民也必须尊重这些制度

和政策在祖国大陆的客观存在。而这本身也是宪法适用于香港特别行政区的表现。

通过以上初步的梳理，可以发现此问题研究的核心要点是：在宪法适用于香港问题上，如何处理基于主权回归而理应适用的诉求与不能完全适用的实践之间的矛盾。现有研究主要侧重于，通过概念的辨析和宏观理论的推导使此问题在应然层面得到一个逻辑自洽的结论，而缺乏对香港法院在实践中究竟是如何适用中国宪法的实证研究。值得注意的是，虽然广义上的宪法适用具有很多种表现形态，但是学理普遍承认宪法的司法性适用在其中处于核心的地位。作为具有司法审查制度（**Judicial Review**）并实行普通法的香港，如果在毫不提及司法判决的情况下，讨论宪法在香港的适用问题，其结论本身恐怕很难被香港学者所认同。有鉴于此，本文将主要基于香港回归后的司法实践，对香港法院适用中国宪法的问题展开研究。

## 二、香港法院引用宪法的类型化研究

通过初步的检索，回归后香港各级法院至少在 37 份判决书中引用了中国宪法。从其时间跨度和影响力看，几乎覆盖了香港回归以来所有引发学术争议的判决。但是严格地说，判决中引用了中国宪法，并不一定意味宪法在香港被司法机关所适用。本文所称的宪法司法性适用，是指当香港法院在处理一个真实的案件争议点，且该争议点的解决与案件的最终结果具有直接关系时，以宪法作为裁判争议点的依据而使宪法被适用，这其中包括但不限于在宪法审查意义上被适用。以此为标准，并考虑到论述的连贯性及案件之间的关联性，本文拟将相关判决大致分为四类进行分析。

### （一）在特定案件中作为裁判依据

长期以来在学界有一种观点，认为基于中国宪法的社会主义性质，香港法院不能够适用宪法。实际上，上述观点与香港本身的司法实践并不相符。香港法院至少在 5 份判决中将宪法作为特定案件争议点的裁判依据。在这其中，丁磊淼案和华天轮案具有重要的学术意义。

丁磊淼案起因于香港法院是否应该承认和执行我国台湾地区“法院”涉及破产的裁决。对此，在回归前，香港高等法院陈兆恺法官基于英国政府不认为我国台湾地区为一个独立主权国家的立场，拒绝承认和执行台北“法院”的裁定。而在回归后，鉴于祖国大陆和香港关系的巨大转变，上述判决被高等法院上诉庭以多数意见所推翻，此结果最终为终审法院所维持。

如果从案件的核心争议点出发，会发现该案之所以能够产生，与香港法院对中国宪法序言第九段的解释直接相关。宪法序言第九段规定：“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责。”正是基于这一规定，香港法院将我国台湾地区现“政府”

的性质描述为“叛逆政府”（rebel government）或“谋反政府的不法实际控制”（de fac-to albeit unlawful control of usurper government），而非外国政府。这一事实认定使得该案在法律适用上，与以往香港法院承认和执行外国民事判决的案件截然不同（也使得该案的二审与其回归前的一审有了明显区别）。此外，Wilberforce 原则的运用在承认我国台湾地区“法院”破产裁决上起了核心作用。为了论证运用 Wilberforce 原则的合理性，香港法院一方面在普通法资源中寻找依据，另一方面则直接诉诸了中国宪法序言第九段。高等法院上诉庭的 Godfrey 法官认为 Wilberforce 原则在本案中能够适用的基础在于：中华人民共和国作为主权者虽然不能直接对台湾地区行使主权，但其仍有义务尽一切可能保护台湾地区人民的福祉。这就使台湾地区的非法控制者得到了一种默示的授权去维护该地方的法制与秩序，而在有限的范围内，主权者应该承认这些行为的有效性。作为中国一部分的香港如果拒绝承认这一点，则将与宪法序言第九段所体现的精神相背离。值得注意的是，高等法院上诉庭的 Rogers 法官虽然持少数不同意见，但是他也明确承认宪法序言第九段在该案的适用性。上述逻辑被终审法院所确认，Lord Cooke 法官进一步指出，香港法院对台湾地区“民事破产裁定”的承认没有损害中国对台湾地区的主权或与公共政策相抵触，相反作为中国组成部分的香港承认涉及台湾地区居民的破产裁决，有助于强化“完成祖国统一大业”这一论点。该案适用宪法所得出的上述结论，在另外两份判决书中也为香港法院所遵循。

华天轮案主要涉及一家马来西亚公司与广东打捞局的民事纠纷，该案是香港回归后首个关于官方豁免权（crown immunity）（起源于英国，即“国王不能为非”以及“国王不能在自己的法庭被起诉”）的案例，其判决的内容与中国对香港恢复行使主权的事实具有密切关系。法院处理该案两个核心争议点时适用了宪法。

其一，回归后，中央政府是否可以依据官方豁免原则免受香港法院的管辖。对此，代表广东打捞局的大律师认为根据中国宪法第 31 条，香港是中国的一个地方行政区，其法院亦是中国的法院，所以根据官方豁免原则，香港法院无权审理以中央政府为被告的案件（除非经其同意）。对此论点香港法院予以接受。

其二，广东打捞局是否属于中央政府的隶属机构，从而也享有官方豁免权。法院首先采取“控制说”判断广东打捞局不是一个独立法律主体，而是中国交通部的隶属机构。之后根据中国宪法第 89 条的规定指出，交通部需要接受中央人民政府的领导，是其组成部门。由此最终得出广东打捞局作为中央政府的隶属机构享有官方豁免权的结论。

通过对上述两个典型案例的分析，可以发现香港法院虽然在涉及台湾地区问题、官方豁免等特定案件中会以宪法作为裁判案件争议点的依据，但是这一

司法性适用并不涉及对其他法律效力的评判问题，即没有在宪法审查意义上适用过宪法。

## （二）在特定问题上作为裁判依据

据统计，香港法院至少在 13 份判决中，适用中国宪法说明围绕全国人民代表大会（以下简称“全国人大”）和香港法院之间关系展开的特定问题。这其中包括在学界引发过热烈讨论的马维騮案、吴嘉玲案、刘港榕案、庄丰源案、刚果（金）案和外佣居留权案等。鉴于这些案件的案情学者已有专门介绍，所以这里跨过基本案情的分析，直接以中国宪法的适用为线索，对上述案件的脉络进行重新梳理。

先从马维騮案（以下简称：马案）说起，马案中一个核心争议就是临时立法会的合法性。这实际上涉及两个问题：第一，全国人大是否有权成立筹委会，并授权筹委会对包括成立临时立法会在内的诸多事宜作出决定。对此，陈兆愷法官适用了宪法第 62 条第 13 项，并据此认为全国人大当然有权作出上述决定。而在处理第二个问题即香港法院是否可以审查全国人大的上述行为时，陈法官论证的重心主要是放在基本法第 19 条之上，即通过类比回归前的情况，认为香港法院在回归后仍应无权审查主权机关的行为，其虽然也笼统提及了中国宪法，但只是为了加强上述推论，并没有适用宪法。这里法院实际上忽视了之所以回归前香港法院对此类问题没有管辖权，其根本原因在于英国的宪制结构。所以从学理上说，真正限制香港法院对全国人大管辖权的并不是回归前的情况，而是中国宪法规定的宪制体制。正是在这一点上立论薄弱，使得终审法院在吴嘉玲案中以一句“把旧制度与此相提并论是对问题有所误解”而将上述判决推翻。如果陈兆愷法官能通过适用宪法从中国的宪制结构出发进行论述，结果或许会有所变化。

当然，历史不能假设，历史发展的轨迹，随即进入聚讼纷纭的吴嘉玲案（以下简称：吴案）。吴案中有两部分集中提到了宪法。第一，在宪制结构部分，香港法院适用了中国宪法第 31 条、第 57 条和第 58 条，用以说明基本法为香港的宪法，为之后论证两个层面的“违反基本法审查权”埋下伏笔（It became the Constitution of the Hong Kong Special Administrative Region，注意定冠词 the 的使用）。第二，在法院的司法管辖权部分，香港终审法院又适用宪法，并据此指出它有权审查全国人大及其常委会的行为是否符合基本法。结合上下文，法院的逻辑是：全国人大既然根据宪法制定了基本法，其本身也要受基本法的约束。而基本法明确授权香港法院享有独立的司法权、终审权和解释基本法的权力，所以香港法院有权审查全国人大及其常委会的行为是否符合基本法。基本法第 159 条关于修改权的限制规定，也加强了上述论点的合理性。这一论断所内含的普通法理念与内地学界对中国宪法体制的通说大相径庭。这显然是终审法院的

一次“豪赌”，无怪乎这一判决立即引起了中央政府和内地学界的严重关切。客观地说，吴案中香港终审法院是否以宪法条文作为裁判依据很模糊，如果考虑到引用的目的是为了论证该案的重要争议点，即香港法院有权在两个层面特别是在全国立法层面行使是否违反基本法审查权，那么可勉强归类为适用，当然这是一次错误适用的典型案例。

对这一错误，终审法院在随后的刘港榕案（以下简称刘案）中做了部分修正，至少通过对“人大释法”效力的承认，在全国人大及其常委会的定位上，又回到了中国宪法规定的轨道上来。刘案在基本法判例中处于特殊地位，它是1999年“人大释法”后，终审法院处理的第一起涉及该释法效力的案件，在处理“人大释法”的权力来源、释法方式和释法范围问题上均适用了中国宪法。李国能法官指出全国人民代表大会常务委员会（以下简称“全国人大常委会”）对基本法的解释权源自中国宪法第67条第4项的授权，基本法第158条第1款也确认了这一点。此外根据上述规定，全国人大常委会对基本法任何条款都可以解释，这项权力是普遍且不受限制的。梅师贤法官（Sir Anthony Mason NPJ）补充道，中国宪法规定的权力分配体制与普通法地区通常理解的分权概念有所不同，作为最高权力机构常设机关的全国人大常委会可以在任何时候，主动就基本法的所有条款进行解释，这与香港法院对基本法的限制性解释权形成了鲜明的对比。这一点普通法地区的律师也许会感到奇怪，但却是在中国宪法秩序下理解基本法的必然结果。

在刘案之后，香港法院在庄丰源案、吴小彤案、刚果（金）案以及外佣居留权案等案件中又多次涉及“人大释法”的问题，学界虽然对这些案件的结果有的质疑，有的欢迎，但在“人大释法”的权力来源、释法方式和释法范围问题上，香港法院没有再作出新的论断，而是无疑都援用了刘案的结论。通过上述梳理可以发现，香港法院在全国人大及其常委会的性质、香港法院是否有权审查全国人大及其常委会的行为以及“人大释法”等特定问题上适用了宪法，其适用范围虽然有限，但所涉及的都是中央与香港之间的核心问题，从实际影响看也在“一国两制”法治实践中处于关键地位。

（三）说明事实或作为解释法律条文的辅助资料在有些判决书（14份）中，香港法院引用宪法仅用以说明某种事实或作为解释法律的辅助资料，

这种意义上的引用很难被归类为司法适用。例如在国旗、区旗案中，香港法院为说明中国国旗为五星红旗的事实，引用中国宪法第136条。此外，香港法院在一些判决中笼统地引用中国宪法或中国宪法第31条，说明香港基本法的来源，法院如此引用宪法的目的无非是为了加强基本法的权威，加之这样的使用往往伴随着对基本法序言和基本法第1条、第2条、第11条和第12条的援引，因此，这种引用应归于对纯粹事实的说明。

而在有些案件中，香港法院还会引用中国宪法作为解释基本法（第 31 条、第 37 条和第 105 条）或其他法律的参考资料。例如在 *Gurung Deu Kumari and Another v. Director of Immigration* 案中，一名来自尼泊尔的 58 岁妇女于 2008 年以访问者（visitor）的身份来看望她在香港定居的儿子，由于身体和家庭原因，她希望香港入境处处长行使裁量权，改变她的访问者身份，以她儿子受养人（dependency）的身份留在香港，对此请求，香港入境处处长基于现有政策没有批准。就此，该名妇女和其儿子提出司法审查之诉，他们的其中一项理由是入境处处长的上述决定违反了基本法第 37 条所保护的“赡养或由成人子女照顾父母”（right to raise a family freely）的权利。在如何解释基本法第 37 条这个问题上，香港法院引用了中国宪法第 49 条，法院认为，基本法第 37 条的中文本将“right to raise a family freely”表述为“自愿生育的权利”，这一表述是相对于中国宪法第 49 条第 2 款所规定“计划生育义务”而言的，基本法如此规定的目的只是为了说明香港居民不受计划生育政策的约束。此外，中国宪法第 49 条第 3 款又另外规定了“赡养义务”。由此可见，基本法第 37 条并不包括“由成年子女照顾、赡养父母或维持家庭团聚”的含义。上述立场在后续的两个相关判决中又得到了确认。

在涉及基本法第 105 条中“deprivation”的解释上，香港法院也援引了中国宪法。如在 *HongKong Kam Lan Koon Ltd v. Realray Investment Ltd* 案中，一方主张《时效条例》第 7 条关于收回土地的诉讼时效的规定和第 17 条关于所有权于期限届满后终绝的规定违反基本法第 105 条。这里主要涉及如何理解“deprivation”的问题，对此，香港法院参考了 1954 年宪法第 13 条、1975 年宪法第 6 条和 1982 年宪法第 10 条的规定，认为基本法第 105 条所言的“deprivation”应该被理解为一个更为狭义的概念，相当于“expropriation”。这里的“征用”只涉及私主体财产被政府剥夺的概念，并不调整个人的财产被其他私主体剥夺的情况。此外，在 *Gurung Kesh Bahadur v. Director of Immigration* 案中，香港法院为了说明基本法第 31 条规定的旅行和出入境自由较之于中国宪法的规定要更宽，也笼统地引用了中国宪法。

#### （四）当事人或证人提出适用宪法，但法院没有回应

在有的判决书（5 份）中，虽然也提出了适用宪法的诉求，但这仅仅是复述当事人的请求或专家证人的证词，法院本身并没有依据宪法做出裁决。

比如在 *Xin Jiang Xingmei Oil-Pipeline Co. Ltd v. China Petroleum & Chemical Corporation* 案中，国有企业中石化集团为该案的被告，原告律师提出祖国大陆法院在处理涉及国有资产（如中石化集团）的案件中存在司法偏向，祖国大陆法院会由于行政压力而做出不公判决。对此，被告的专家证人（一名前最高人民法院的法官）指出上述指责是站不脚的，为此，他引用了中国宪法第 11 条、第 13

条和第 126 条说明私有财产是受宪法保护的權利，并且中国法院依法独立行使审判权亦为一項宪法性义务。对于上述专家证人引用宪法的说明，香港高等法院没有评论，只是指出从现有证据看，原告的证据不足以支撑其提出的司法不公论断。

再比如在马沛东系列案中，当事人为了充分利用司法程序维护自己的权益，在基本事实没有太大变化的情况，相继在多处案件中提出律师惩戒委员会的惩戒程序违反中国宪法、司法审查需要前置申请的程序违反中国宪法、香港政府没有设立宪法和人权法院的行为违反中国宪法以及香港居民应享有中国宪法规定的權利和义务等诸多诉求。对此，香港法院大多不予认可或以当事人的主张属于“假设的学术问题”为由不予回应。

### （五）小结

为了对香港法院适用中国宪法的情况做一个全景式描述，以上对搜集到的所有判决进行了类型化分析。从分析结果看，虽然香港法院引用中国宪法的情形不能都被认定为是在适用宪法，但是断然否认宪法在香港司法适用性的观点与香港的司法实践并不相符。在承认这一前提的基础上，也要看到，香港法院对宪法的司法性适用主要集中于某种特定案件或特定问题之上，并未在宪法审查这一典型形态上适用过宪法。相较而言，香港法院以基本法为依据进行司法审查的案件则十分常见，从这个意义上看，香港法律界、法学界人士称基本法为“小宪法”甚至“香港的宪法”虽然在应然意义上不一定能站得住脚，但在实然意义上确实反映了香港司法实践的基本情况。对此，可以进行评判甚至批判，但是提出任何对策方案之前，必须首先对香港法院适用宪法所存在的内在困境及其外在背景作出客观的分析。

## 三、宪法在香港司法性适用的困境和可能出路

### （一）宪法在香港司法性适用的双重困境

#### 1. 香港法院适用宪法的规范困境

环视学界，目前不论是主张部分适用的观点，还是全部适用的观点，都至少同意宪法中部分条款可以在香港适用。对于实行普通法的香港来说，上述观点如果成立，就首先意味着宪法要被香港司法机关所适用，但香港法院真的有权适用中国宪法吗？根据中国宪法第 67 条的规定，只有全国人大常委会拥有宪法解释权，如果说根据中国的宪法体制，宪法解释和宪法适用这两个概念还存在区分空间的话，这一空间在香港并不存在，在法院没有法律解释权的情况下又要求法院适用法律，这不仅很难为香港法院所理解，而且在司法技术上也很难实现。由是观之，宪法在香港司法性适用首先就存在宪法解释权这个技术难题。退一步说，就算根据“一国两制”原则，可以通过宪法惯例的方式默认香港法院具有宪法解释权，也还涉及祖国大陆学界和中央政府是否真能接受香港

法院据此做出宪法审查判决的疑问。从目前规范体系看，这点恐怕也与人民代表大会制度的设计理念存在抵触。根据中国宪法的规定，全国人大及其常委会享有宪法审查权，但司法机构（哪怕是最高法院）都没有这一权力。所以，香港法院对宪法的司法性存在规范难题。

实际上这一难题凸显了目前学界观点内部存在的语境错位，一方面主张宪法应该部分甚至全部在香港适用，另一方面却不愿接受香港法院在裁判依据意义上适用宪法。深层次看，祖国大陆学界主张宪法应该适用于香港的真实动因在于纠正香港存在的将基本法视为“宪法”，将“高度自治”曲解为“完全自治”的错误观点；这里的“适用”是根据祖国大陆语境提出的宽泛概念，其原意并非要求香港法院适用宪法。但是在香港语境下，基于普通法思维模式，上述观点就有可能蜕变为祖国大陆学界也不愿完全接受的司法适用观点。

## 2. 维持现有适用模式的困境

既然完全形态的司法适用受限于宪法的规定不能实现，那么为何不干脆维持目前的有限适用模式呢？这样做似乎既符合宪法的规定和祖国大陆司法机关对此问题的常规，又可以避免触动香港法律界人士那根“敏感的神经”，甚至可说是两全其美了，但这种共识是危险的，危险之处就在于没有认识到宪法在香港适用的特殊意义——补足香港在制宪过程中的缺位。从制宪权的角度看，1954年宪法的制定是新中国成立至今唯一一次行使制宪权，这既是制宪也是法律意义上的建国。而在宪法建国的过程中，特别是在制宪机关的组成中（第一届全国人大第一次会议）香港是缺位的（准确的说法应该是香港的公民代表是缺位的），这种缺位使港人内心深处天然地就与宪法产生了隔阂，这种隔阂在港英统治的环境下又被深化，后来，虽然通过基本法的制定，这种隔阂得到了部分缓解，但远未消失，甚至在“一国两制”政策下还被进一步固化。如果再把该问题放在香港司法审查制度运行的语境下，其紧张感表现得更为明显，众所周知，司法审查制度的价值目标一方面在于保障人权，另一方面在于维持法制统合，但香港的司法现实是，基本法不仅在日常案件中充当着港人权利的保护者，而且是评判香港法律规范体系的标尺。这一无奈的现实，使得宪法在基本法光芒的遮蔽下，其缺位很难得以补足，甚至可以说基本法被司法审查实践“宪法化”了。如果此时中国宪法仍满足于在特殊案件中临时出场，或者仅为基本法在制定依据上充当一下母法，之后便“退居二线”。那么，我们如何要求港人建立起“运用、落实、认可、尊重”宪法的理念，就算真的建立起来了，港人尊重的到底是“内地的宪法”还是中国（包括香港）的宪法？

综上，在香港法院适用宪法的问题上，一方面在宪法解释权和监督宪法实施权上面临规范的限制；另一方面维持现有的适用方式，从长期看不利于宪法认同的培养与深化，最终将与宪法适用于香港所期冀实现的目的背道而驰。

## （二）宪法在香港司法适用的可能出路

上述进退维谷困境的产生，源于“一国两制”政策与宪法理论之间的巨大张力。消解这一张力，主要应运用法律解释方法在现有宪法秩序内为其寻找解决之道。毕竟实定法秩序是宪法学思考问题的藩篱。就此，较之于争论宪法到底在香港适用与否，以及讨论宪法由谁、在什么意义上、以什么方式适用恐怕对实践的意义更大。

### 1.全国人大常委会可以成为香港法院适用宪法的桥梁

香港终审法院的梅师贤法官在刘港榕案中曾作出过如下论断：“本案涉及宪法性分权的问题，这就要求在特区法院与中国有关机构之间存在一个链接点，在实行普通法的国家，这一链接点通常是由全国宪法法院或最高法院担任的，但是在‘一国两制’之下，基本法第 158 条提供了一个非常不同的链接点（这也与宪法第 67 条相符合），那就是由全国人大常委会行使基本法的解释权。”笔者认为这一论断也可类比适用于中国宪法在香港的司法性适用问题。

根据中国宪法第 67 条、基本法第 17 条和第 158 条的规定，全国人大常委会不仅拥有对基本法的解释权和香港立法的备案审查权，而且是解释宪法和监督宪法实施的主体。基于此，全国人大常委会完全可以在行使基本法解释权和备案审查权时，将对宪法的适用内嵌其中，香港法院再据此适用宪法。这种方式可有效化解由于香港法院的地位和宪法解释权的限制所带来的规范困境。事实上，这种方式在刘港榕案中已经为终审法院采用。在论证“人大释法”效力问题上，香港法院适用了宪法第 67 条第 4 项的规定，而这一适用又与 1999 年“人大释法”中对这一问题的态度密不可分（见释法正文第一段、释法草案说明第四段）。

当然，目前这一方式所涉及的条款还有限，未来全国人大常委会在行使基本法所规定的权力时，还可以根据条款的内容，运用解释和吸收技术，对宪法条款进行选择适用。举例而言，如果未来全国人大常委会在行使基本法解释权时涉及基本权利保护的问题，则完全可以将宪法第 33 条“国家尊重和保障人权”条款吸收进去加以适用，在宪法解释技术的视域中，这样的宪法条款还有很多。而且这样的适用并不违反基本法第 11 条的规定，因为第 11 条所谓的“均以本法的规定为依据”，其目的是依靠宪法第 31 条阻却宪法中那些无法与基本法规定相协调的条款的适用，而宪法中保障人权的規定与基本法并不存在抵触之处，加之配合吸收技术，这种做法与现有规范体系并不冲突。如果上述解释为香港法院在判决中所引用，还可以在不引发政治争议的情况下，有效消除目前部分港人存在的一个误区，即香港的人权保护是英国留下的、是香港法律界人士挣出来的，中央政府则往往作为损害人权的对立面出现。实际上，香港的人权保护固然有历史的因素，但这些因素之所以能继续有效并得到加强，则有赖于基

本法的规定，基本法与联邦制下的州宪法不同，不是港人自己制定的，而是全国人大依据宪法制定的，其有效性（包括人权保障条款的有效性）来自于宪法，只是在“一国两制”政策下，基于宪法第 31 条的规定，允许基本法提供更加完善的权利类型和保护方式而已。

## 2. 全国人大常委会可以成为香港法院适用宪法的监督者

除了上述适用方式外，香港法院是否就一定不能自行对宪法进行适用了吗？考虑到“一国两制”的特殊性及普通法的内在逻辑，对此也不必一味否认，只是这种适用必须接受全国人大常委会的监督，根据现有的情况，监督的标准可被暂定为“结果取向性有限监督”。所谓结果取向性，是指相对于过程问题，监督启动的决定性因素是结果能否为全国人大常委会所接受。所谓有限监督，是指结果的重要程度与能否启动监督具有直接关联。关于这点，其实可以从 1999 年“人大释法”的启动背景中看出端倪。在 1999 年“人大释法”的正文和之前全国人大常委会法工委副主任乔晓阳对释法（草案）的说明中，可以看到全国人大常委会介入的原因在于“终审法院没有依据‘基本法’第一百五十八条第三款提请释法，而终审法院的解释又不符合立法原意”。设想一下，如果终审法院虽未提请释法，

但其结果体现了立法原意，全国人大常委会还会介入吗？这就是“结果取向性”。此外，在释法（草案）说明中还指出“这将严重影响香港的繁荣和稳定。香港社会对该项判决是否符合《基本法》，提出了质疑和争论。香港社会的广泛民意均要求尽快解决这一问题”。这就是“有限监督”。基于问题的可类比性，全国人大常委会对香港法院适用宪法也可暂时援用这一标准。实际上全国人大常委会就是这么做的，设想如果在丁磊案中，香港法院在适用中国宪法的情况下，直接认定我国台湾地区当局为外国政府，结果又会如何？当然，上述问题的治本之策将有赖于未来中国宪法审查制度的不断完善，届时，香港法院对宪法的适用必然会被纳入其中，至于纳入的程度和方式，则要根据中国宪法审查制度的运行机制具体判断。

对于上述建议，有人可能会疑虑其虽然从法律上看问题不大，但是其实际运行会影响香港司法终审权的行使，甚至会引发中央违背诺言干预香港的政治争议。然而，上述建议方案都是以法治为价值目标的，相信随着祖国大陆法治水平的不断提升，引发上述争议的思想基础将慢慢消解。

## 四、结语

根据宪法的空间效力理论，中国宪法当然在香港具有效力，也应该在香港适用。但在实然层面，这种效力却由于规范体系的限制无法转化为宪法适用的完全形态，只能以有限的方式在特定的问题上出场。这使得宪法的最高效力及其规范性价值无法在适用中得以彰显。而与此同时，基本法却被香港司法审查

制度予以活化，在日常案件中事实上充任着“the Constitutional Law”的角色。让人忧虑的是，长此以往，宪法的国家统合功能将无法在香港发挥作用，而由此衍生的主体认同、国家认同更无从谈起，现在香港社会出现的一些乱象在某种程度上已经反映了这一问题的危害性。而上述问题的解决，取决于宪法学理论是否能为“一国两制”内在张力的纾解提供一个更加融通的体系性思路，这值得人们深思。

## 《宪法》与《基本法》共同构成香港特别行政区的宪制基础

顾敏康

《港澳研究》2018-01

《宪法》<sup>①</sup>与《基本法》的关系不是一个新的问题，早在20世纪80年代末90年代初，就有不少文章探讨两者的关系，并得出了比较令人信服的结论。<sup>②</sup>毫无疑问，《宪法》与《基本法》共同构成香港特别行政区宪制基础的问题，的确是一个至今仍然在热烈讨论的重要问题。王振民教授在2014年撰文指出：《宪法》在香港的适用问题，早在中英联合声明签署之前就在香港学界引起过争论。<sup>③</sup>在《基本法》起草之时，起草委员会和咨询委员会内部也对这个问题有过争论。<sup>④</sup>在《基本法》起草过程中，曾有人提出，香港最顶层的宪制性法律，只限于《基本法》文本。虽然这遭到内地法学家的批驳，这种观念和想法却深深扎根于一些香港法律界人士脑中，20年挥之不去。这种情况在“一地两检”的问题上走到了极端。2017年12月27日，全国人民代表大会常务委员会作出关于批准《内地与香港特别行政区关于在广深港高铁西九龙站设立口岸实施“一地两检”的合作安排》的决定。该决定明确了有关合作安排符合“一国两制”，符合《宪法》和《基本法》。正如本次会议所指出的那样，根据宪法，香港特别行政区基本法授权香港特别行政区实行高度自治，包括实行单独的出入境管理制度等。香港特别行政区政府与内地有关方面就在西九龙站设立口岸并实施“一地两检”的相关问题协商作出适当安排，是香港特别行政区依法行使高度自治权的具体体现……符合“一国两制”方针和香港特别行政区基本法的根本宗旨。香港大律师公会于2017年12月28日发表了“香港大律师公会就全国人大常委会于2017年12月27日批准‘一地两检’合作安排的决定之声明”。声明中对有关“一地两检”安排的法理基础提出六大质疑。笔者认为，这些质疑既显示出公会对具成文法特征的国家宪政体制缺乏足够的理解，也反映出公会对国家最高权力机关的不尊重。

应该说，再次出现对《宪法》与《基本法》关系论述的高潮是在近期。比较有代表性的就是2014年全国人大法律委员会主任委员乔晓阳在澳门的讲话，指出在《基本法》实施过程中，“理论和实践中存在两种倾向：一种是把基本法视为‘宪法’，脱离国家宪法来讲基本法；另一种是把基本法视为一般的全国法

律，忽略其特殊地位。这两种倾向虽然事出有因，但都是不正确的，其结果都会导致片面理解基本法规定。要克服这两种倾向，需要正确认识宪法与基本法的关系……一是明确宪法是基本法的立法依据，二是明确基本法的特殊法律地位，三是明确基本法是符合宪法的……总之，基本法任何条文的规定，都是有宪法依据的。如果基本法脱离了宪法，就失去法律效力，宪法与基本法的关系是‘母法’与‘子法’的关系……但两者不是一般的‘母法’与‘子法’的关系，因为基本法第十一条第一款规定……指明有关制度和政策，不适用宪法的有关规定，而适用基本法的规定，意思是超出一般的‘母法’和‘子法’的关系，具有特殊性。宪法和基本法这种关系，决定了宪法和澳门基本法一起构成了澳门特别行政区的宪制法律基础。讲特别行政区的宪制法律，必须同时讲宪法和基本法”。<sup>⑤</sup>同年，《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书明确指出，《宪法》与《基本法》共同构成香港特别行政区的宪制基础。宪法作为国家的根本法，在包括香港特别行政区在内的中华人民共和国领土范围内具有最高法律地位和最高法律效力。香港基本法是根据宪法制定的、规定香港特别行政区制度的基本法律，在香港特别行政区具有宪制性法律地位。

过去对主流观点缺乏充分的宣传推广的直接后果，就是在香港仍然有不少人至今只强调《基本法》，或者将《基本法》直接视为香港的“宪法”。20年过去了，现在要强调《宪法》与《基本法》共同构成香港特区的宪制基础，而且也要强调《宪法》是《基本法》的渊源，的确也不是一件容易的事情。全国人大常委会香港特别行政区基本法委员会副主任梁爱诗曾经指出：“问题在于法律上没有清晰的条文说明宪法和基本法的关系……尤其是在基本法第18条说明，在香港特别行政区实行的法律为本法以及本法第8条规定的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律。全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施。这给予有些人一个借口，认为宪法不适用于香港，宪法在香港适用的问题，希望有更权威的理解，解决关于这个问题的争议。”<sup>⑥</sup>

本文的目的就是试图回答这些问题，并提供相应的理论依据。为此，本文将分成三个部分：第一部分描述《宪法》为什么会被忽略？研究发现，《宪法》被忽略的原因是多方面的，与回归初期人们的心态有关，也与法律条文的不清  
晰有关，更与对相关法律缺乏足够理解有关。第二部分讨论《宪法》与《基本法》共同构成香港特区宪制基础的理论依据。主要是讨论《宪法》第31条和第62条第13款，以及《基本法》第11条，揭示《宪法》是香港可以实行资本主义制度和生活方式的本源，其对香港的有效性和适用性体现在两个方面：一方面，港人负有不损害社会主义制度和国家主权的义务；另一方面，《宪法》为解释《基本法》中涉及“一国”的条文提供了依据。在此基础上，第三部分阐述了港人遵守《宪法》的有关问题，尤其是在《基本法》教育中应该加入《宪法》

内容，从而强化国家观念。在结论部分，本文据此认为，《宪法》与《基本法》共同构成香港宪制基础这个命题是成立的，也是有法律和理论依据的。

### 一、《宪法》为什么被忽略

在香港讲宪制基础时，人们往往只提《基本法》而不提《宪法》，可能是因为以下一些原因。第一，回归伊始，内地学界比较成熟的宪法论述没有在香港广为宣传，反而在香港将《基本法》视为“小宪法”的说法十分普及。在香港回归初期，中央可能对“一国两制”下的“两制”比较关注，国家领导人在过去谈香港政策时经常强调“严格按照基本法”，并未明确提及《宪法》。也许，在当时的背景下这种表述是可以理解的：香港必须有一个平稳的过渡期。大家也明白，香港实行不同的制度，才会与“一国”之下的其他地方有所区别。但是，重视“两制”也需要对“两制”的关系有个明确的界定：“两制”到底是一种纯粹的“井水不犯河水，河水不犯井水”呢？还是一种中央行使全面管治权下的“两制”呢？在回归初期，“井水与河水”论是占上风的，而且被误读了。显然，“井水与河水”论的实质是指两种社会制度的距离；就是在“一国”之下，保持国家主体实行的社会主义制度与香港特区实行的资本主义制度，但不少人将其简单理解为对香港事务的放任和不干预。

当管治的天平过度倾向于“两制”或香港高度自治时，“一国”就可能被忽略了。在香港人的眼中，《基本法》就是香港的“宪法”，至少是“小宪法”。《人民日报》评论员有一篇文章指出：“香港回归后，有人干脆把基本法称为‘宪法’，并逐渐地在法庭上、在基本法书籍中，大量地把基本法称为‘宪法’。然而，中国是一个单一制国家，只有一部宪法，地方行政区域是不能有自己的宪法的；香港基本法是根据宪法制定的，不存在根据宪法制定‘宪法’的法律逻辑。把基本法称为‘宪法’的背后，不可能只是为了表述方便，而是反映了对我国宪法效力的排斥，这当中，多少看出了把香港视为一个独立或半独立的政治实体的心态。”<sup>⑦</sup>虽然本文不一定认同其有关“心态”的结论，但非常认同其对事实的描述。本文认为，《基本法》既是依照《宪法》制定的一部中国法律，也是香港实行“高度自治、港人治港”的宪制性文件。但简单地将称呼《基本法》为“宪法”者归结为具有某种心态似乎有些绝对，至少不是全部港人都有这种心态。

#### （一）《宪法》不是《基本法》的上位法？

香港有些人不认《宪法》，甚至认为《宪法》与《基本法》不存在上下位关系，可能基于这样的考虑：即认为在“两制”之下，《宪法》与《基本法》分别在两个不同法域内施行，也即《宪法》在以大陆法为传统的内地施行，而《基本法》在以普通法为传统的香港施行。内地也有个别学者曾经支持过这种立场。贺卫方教授论述《宪法》与《基本法》关系的一段文字，值得商榷。他说：“上

位法与下位法二者是指在同一法律区域（jurisdiction）内的法律而言。香港基本法虽依国家宪法而制定，但附件三明确规定宪法在港不适用，那就意味着对于香港而言，基本法就是宪法。把两者视为上下位关系仿佛关公战秦琼，搭不到一起去。”<sup>⑧</sup>其问题有两个：第一，他简单地将“一国两制”演绎为“两个法域”之间的关系，而不是“一国”之下的允许不同的法域存在（也即两个不同的法律制度）。如果可以这样演绎，则香港的回归又有什么意义呢？第二，附件三从来没有明确规定《宪法》在香港不能适用，因为宪法不属于一般的“全国性法律”（关于其定义，下文会有论述）。还有一种观点认为，“基本法也是一部宪制法律，和宪法一样都由全国人民代表大会制定……因此，基本法和宪法的地位是平等的。”<sup>⑨</sup>这种观点显然暴露出作者对有关法律制度缺乏理解，只是机械推断而已。关于这几个问题，下面会详细论述。

### （二）《宪法》与《基本法》的连接点只有《宪法》第31条？

还有一个观点认为《宪法》不适用于香港，其认为《宪法》与《基本法》的联系点仅仅是《宪法》第31条，即“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”，而第31条仅仅表明《基本法》的来源。香港有位资深媒体人丁望先生撰文指出：“1990年4月4日，七届人大三次会议通过基本法的‘决定’，称基本法是根据宪法、按香港具体情况制定，‘是符合宪法的’。这是八二宪法不在香港实施的主因”。<sup>⑩</sup>言下之意，既然《基本法》已经符合《宪法》，且又是香港的最高法律，故《宪法》不应该再适用于香港了。这应该属于比较严肃的讨论，可惜丁望先生应该不是法律人，尤其对内地的法律理解不够，其结论难免出现局限性。从法律逻辑上讲，《基本法》符合《宪法》且专门在香港实施的事实，并不当然就排除《宪法》在香港的适用。在一般情况下，《基本法》作为特定的全国性法律，在涉及香港的制度和政策，包括社会、经济制度，有关保障居民的基本权利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有关政策时，优先适用。但是，《宪法》作为适用于全国（包括香港）的根本大法，其在一国之内的普遍适用性依然存在。对此，著名宪法学家韩大元教授曾经指出：“宪法中反映社会主义政策的一些条款不在特区实施，即不会由此在特区范围内在法律上创建具有社会主义性质的制度，但作为宪法不可分割的一部分，这些条款本身并不会因为特区的存在而变成无效的法”。关于这个问题，下一节还会继续讨论。

### （三）《宪法》等同于“全国性法律”？

香港还有一些人认为《宪法》不能在香港实施，因为《宪法》没有被列入《基本法》附件三。丁望先生在其文章中表示：“基本法的法律地位，还在于《基本法》第11条、第18条的规定。前者确定香港的制度和政策，均以基本法的规定为依据；后者确定：‘香港实行的法律为本法以及本法第8条规定的香港原

有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律’，‘全国性法律除列于本法附件三外，不在香港特别行政区实施’。附件3列出的是国籍法等六个法律，并没有“八二宪法”。这个观点与前面贺卫方教授的观点十分相似，不熟悉内地法律制度的港人非常容易被误导。本文认为，这个观点的致命错误就是没有真正理解宪法在中国法律体系中的地位。

认为《宪法》必须先列入《基本法》附件三才能施行的人士，其实是犯了“本末倒置”的法律逻辑错误，将一般全国性法律与特殊的全国性法律（《宪法》）等同起来。在回答这个问题前，先看看《基本法》第18条第2款的这句话：“全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施。”也许，“全国性法律”是香港和澳门《基本法》特有的法律概念。关于什么是“全国性法律”？学者有不同的解读，这里不一一列举。本文比较赞同用两个标准去界定全国性法律：“第一，制定机关标准。从形式法律意义上，全国性法律由国家立法机关，即全国人大及其常委会来制定；从实质法律意义上，还包括国务院（中央人民政府）。由于我国的制宪机关与国家最高权力机关为同一机关，所以，在广义上，全国性法律包括宪法、法律、行政法规，

但根据下文的立场，又可以将宪法列为特殊的全国性法律，与一般全国性法律有区别。第二，规范效力范围标准。适用于全国范围的当然为全国性法律，适用于地方的、由地方政权机关制定的规范则不属全国性法律”。《基本法》是由全国人民代表大会制定的，从理论上讲也属于全国性法律的范畴。只不过其主要适用于特别行政区，故其是具有宪制性的法律。

完成这一步基础工作后，才可以进一步界定一般全国性法律是否包括了《宪法》。如果包括了，则《宪法》必须列于附件三才能实施。研究中国法律体系者，不难发现宪法与法律之不同称呼。例如，《宪法》第5条规定：“国家维护社会主义法制的统一和尊严……一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这种将宪法与法律专门分列不是失误，而是有特定意思的。在法律体系中，宪法是法律体系的基础和核心，是国家根本大法，为国家立法提供了基础，是各个部门法的立法基础。以《立法法》为例，《立法法》既规范全国性法律，也规范地方性立法。其第3条明确规定：“立法应当遵循宪法的基本原则”。可见，作为特别全国性法律的《宪法》是凌驾于一般全国性法律的，因为《宪法》作为根本法，是其他一切法律形式赖以产生和存在的法律依据。同样的，《基本法》序言第三段清楚表明：“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，以保障国家对香港基本方针政策的实施。”据

此,《宪法》是位于一般性全国性法律之上的。而且,早在2005年,吴邦国在十届全国人大常委会第十五次会议上就指出:香港基本法是全国人民代表大会制定的一部全国性法律。由于《基本法》属于一般性的全国性法律,是下位法,是不能排除作为上位法的《宪法》的,故此,《基本法》附件三中的“全国性法律”是不包括《宪法》在内的。

值得一提的是,提出《宪法》必须列入附件三才能在香港实施的人士,不仅可能是对内地法律制度的不甚了解,也可能是受到了英国普通法的影响。在英国,由于奉行议会至上主义原则,“因此,在宪法与议会制定的其他法律之间从形式上来看,并没有什么实质性的不同,而在内容上,被称为宪法的法律与一般法律之间的界限也不是非常清晰,带有很大的理论上的随意性”。问题是,英国普通法与内地法律制度是不同的,不能将两者随心所欲地相提并论。

#### (四)《宪法》通过《基本法》实施?

在研究中还看到一种观点:一方面承认《宪法》的崇高地位、最高效力及其在香港的适用性,另一方面却主张在“一国两制”下宪法不能直接在香港适用,而必须通过《宪法》第31条这个“中介”条款制定《基本法》适用于香港。其核心理由就是:既然香港回归后不实行社会主义制度,则也不应该在香港直接实施社会主义宪法。该作者还认为:“保证基本法在香港特别行政区的正确实施,也就是维护和保障了宪法在香港特别行政区的最高法律效力”。

这种观点存在的问题就是可能忽略了《宪法》对香港的整体有效性,也忽略了港人对社会主义制度尊重和不破坏的义务。换句话说,如果“一国两制”允许香港成为颠覆国家的社会主义制度的地方,则“两制”对国家还有什么价值?作为根本大法的《宪法》,是主权的体现,其最高效力是绝对的,不会出现在一个地区有效、在另外一个地区无效的情况,否则就会与主权和“一国”概念发生冲突。即使《宪法》有关社会主义制度的条文不适用于香港,也不能排除这些条文的有效性,因为港人还负有尊重的义务,也即通俗意义上的“井水不能犯河水”。

#### (五)《基本法》在《宪法》之上?

有人写文章说,《宪法》之上还有《基本法》,因为《基本法》是特别法。理由是中央的权力在特别行政区的适用性由《基本法》具体规定,以不抵触特区实行的制度及其享有的自治权为适用原则。全国人大常委会的修法权和解释权都受《基本法》限制,中央依法治港,宪法之上还有《基本法》是中国宪法第31条的规定。只要有一点法律常识的人都能看出这些表述的错误地方,那就是将一般法与特别法之间的关系颠倒了。也许,持以上观点者是将“特别法优于一般法”与“上位法优于下位法”混淆了,将特别法理解成了上位法。我国《立法法》第78条规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、

地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”说明了宪法是最高的上位法。如同“上位法优于下位法”原则，“特别法优于一般法”也是一项司法适用的基本原则。但是，就算《基本法》是特别法，也不能将其理解为处于《宪法》之上，只能说可在宪法允许的范围内优先实施。相反，如果《基本法》没有具体规定的，还得要回到《宪法》本身去寻找依据。

## 二、《宪法》与《基本法》共同构成香港宪制基础的理论依据

香港回归祖国以来，不少人关注的焦点是《基本法》，视其为香港“小宪法”，片面强调“港人治港”和高度自治，却忽略了这些权力的本源是来自中央、来自《宪法》，忘记了无论香港如何高度自治，其必然处于“一国”的屋檐之下。回归初期，为了让香港市民安心，香港特区政府在推广《基本法》时，往往侧重宣传如何保障港人的利益或香港的特殊利益，却很少提及香港市民对“一国”应有的责任，更遑论《宪法》在香港的实施。香港回归已经20年了，再不努力宣传《宪法》和强调“一国”，恐怕香港人离祖国更远了。

一国宪法是一国主权的体现，故具有最高法律效力和地位。这在具成文法传统的国家与地区尤其如此，宪法被视为“法律的法律”。如果一国宪法不能在全国实施，则也必然影响到国家主权的行使。就“一国”情况而言，这里的“一国”理应包括已经回归了的香港特别行政区和澳门特别行政区。当然，由于国家对香港和澳门实行两制，所以，《宪法》在香港和澳门的具体实施就具有特殊性。

《宪法》与《基本法》共同构成香港特区的宪制基础，是由《宪法》与《基本法》两者特殊的关系所决定的。诚如乔晓阳先生所说：“需要正确认识宪法与基本法的关系，主要有三：一是明确宪法是基本法的立法依据，二是明确基本法的特殊法律地位，三是明确基本法是符合宪法的。”

这种特殊的关系还表现在两个层面：第一个层面是在一般情况下，中央对香港的具体管治依据《基本法》；第二个层面是在“一国”的范围内，《宪法》作为整体在香港的实施。为此，本文会进一步讨论以下两个问题：第一是关于《宪法》在香港的效力；第二是关于《宪法》在香港实施的两种形式，即宪法尊重和宪法适用。

### （一）《宪法》在香港的整体效力

首先当然要讨论《宪法》对香港的整体效力问题，在回答这个问题之后，讨论《宪法》的遵守与适用的问题才具有意义。

#### （1）从有关条文的内在关系看《宪法》在香港的整体效力

从表面上看，《宪法》与《基本法》的连接点就是《宪法》第31条和第62条第13款，以及《基本法》第11条。《宪法》第31条规定：“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大

会以法律规定。”《宪法》第 62 条第 13 款规定由全国人大“决定特别行政区的设立及其制度”。相应的，《基本法》第 11 条规定：“根据中华人民共和国宪法第 31 条，香港特别行政区的制度和政策，包括社会、经济制度，有关保障居民的基本权利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有关政策，均以本法的规定为依据。”

其实，仅仅从这三个条文就可以看出《宪法》与《基本法》的内在联系：香港特别行政区的建立和有关制度的设置，取决于《宪法》的特别规定和全国人大的具体立法（如《基本法》等）。前面已经说过，在单一制的中国，《宪法》作为国家根本大法必然要在全中国范围（包括香港、澳门）内实施。只不过在“一国两制”的方针下，《宪法》又特别允许有关社会主义制度的规定（包括政治、经济、文化制度等）不在香港施行，这就是《宪法》第 31 条的精髓所在。换句话说，“两制”（主要指香港实行资本主义制度）是由《宪法》所赋予的，是社会主义中国可以包容资本主义的香港地区。因此，“一国两制中资本主义这一制不是在社会主义国家之外，而是中国特色社会主义制度的有机组成部分”。如果《宪法》不适用于香港，那“两制”就失去了宪制基础。进而言之，“香港基本法的宪制性地位是由宪法第 31 条明确赋予的，也是由其提供宪法层面之保障的，所以构成香港特区宪制基础的法律就必然是同时包括宪法和基本法，两者在这一意义上具有不可分割性”。

再者，如果就此认为当《基本法》生效后《宪法》已经完成任务而不会在香港适用，那就大错特错了。如前所述，如果《宪法》不适用于香港，就意味着《宪法》整体在香港是无效的，那是十分荒唐的事情。《宪法》作为一个国家的根本法，其效力是全国性的（包括香港在内），对香港而言，其效力并不局限于第 31 条。诚如韩大元教授指出：“宪法中反映社会主义政策的一些条款不在特区实施，即不会由此在特区范围内在法律上创建具有社会主义性质的制度，但作为宪法不可分割的一部分，这些条款本身并不因为特区的存在而变成无效的法。”例如，《宪法》第 1 条第 2 款明确规定：“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”这个条文对香港的效力就是：香港不可以允许破坏中国其他地区实行的社会主义制度的行为存在。从这个角度看，香港特区政府没有为《基本法》第 23 条立法是没有履行《宪法》和《基本法》的宪制义务。关于这个问题，后面还会继续讨论。

那么，接下来的问题是：港人遵守《基本法》之外的《宪法》规定是否会构成义务的增加？答案还是在于对“一国两制”的理解。在“两制”之下，港人的权利与义务是由《基本法》加以专门规定的，其第 42 条规定：“香港居民和在香港的其他人有遵守香港特别行政区实行的法律的义务。”由于《宪法》可以在香港整体有效，并且是在香港实行的最高法律，因此，港人不违反《宪法》

的义务是隐含的，并不构成义务增加。

## (2) 《宪法》是实施《基本法》根本依据

事实上，在理解和把握《基本法》的一些条文时，也必须遵从《宪法》的一些规定。例如，

当《基本法》提及“中央人民政府”或者“全国人大常委会”时，有关解释必须从《宪法》中寻找依据。也就是说，香港法院在解释这些法律术语时，完全可以引用《宪法》条文作为论证依据，从而使其对《基本法》有关条文的解释更加符合《宪法》规定。事实上，香港法院已经在不少判决书中引用了《宪法》。例如，在丁磊淼案件中，香港法院引用《宪法》序言第9段（即“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责”）将台湾地区“政府”的性质描述为“叛逆政府”（rebel government）或“谋反政府的不法实际控制”（de facto albeit unlawful control of usurper government），而非外国政府。这已经证明韩大元教授的共识论是可以成立的，即“宪法条款、宪法规范完全可以在具体案件或争议中被提及、被援引为论证理据，这并不破坏特区法律体系之目的，也不应被禁止”。即使在既有的《基本法》条款可以直接作为审判依据的情况下，《宪法》条款也完全可以对《基本法》的适用发挥引领、价值填充等作用。

## (二) 《宪法》在香港实施的具体情况

内地宪法学者对什么是宪法实施持有不同的观点，但大多数学者倾向于将宪法实施分为宪法遵守和宪法适用。本文赞同这样的区分，并且认为这样的区分可以拿来解释《宪法》在香港的实施情况：一方面，《宪法》中有关确认和体现国家主权、统一和领土完整的规定，即体现“一国”的规定，适用于香港。中国是单一制国家，只有一个最高国家权力机关（全国人大），只有一个最高国家行政机关（国务院），只有一个最高军事机关（中央军委），宪法关于全国人大及其常委会、国家主席、国务院和中央军委的规定，关于国防、外交的规定，关于国家标志（国旗、国徽、国歌等）的规定，关于国籍的规定等，均直接适用于香港。另一方面，根据《基本法》，有关涉及社会主义制度的条文不直接在香港适用，但是，香港不能通过立法来反对四项基本原则、颠覆社会主义制度。香港的各类组织和居民也必须尊重这些制度和政策在内的客观存在。

## 三、香港实施《宪法》的具体问题

根据前面的讨论，已经可以证明《宪法》和《基本法》共同构成特区的宪制基础。进而言之，作为《基本法》之上位法的《宪法》，其对香港具有整体有效性也是成立的。下面就来谈谈在香港实施《宪法》需要解决的一些问题。

第一，要解决《宪法》和《基本法》下“公民”和“居民”的区别问题。这里需要讲几层意思：一是《宪法》第33条的规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”虽然中国公民一旦成为香港永久性居民就

被赋予其他名称，如“香港市民”或“香港同胞”，但这只是称呼上的不同，在法律上他们依然是中国公民，其实质并没有发生变化。全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国国籍法》在香港特别行政区实施的几个问题的解释，对《中华人民共和国国籍法》在香港的实施作了如下解释：（1）凡具有中国血统的香港居民，本人出生在中国领土（含香港）者，以及其他符合《中华人民共和国国籍法》规定的具有中国国籍的条件者，都是中国公民。（2）所有香港中国同胞，不论其是否持有“英国属土公民护照”或者“英国国民（海外）护照”，都是中国公民。自1997年7月1日起，上述中国公民可继续使用英国政府签发的有效旅行证件去其他国家或地区旅行，但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得因持有上述英国旅行证件而享有英国的领事保护的权力。（3）任何在香港的中国公民，因英国政府的“居英权计划”而获得的英国公民身份，根据《中华人民共和国国籍法》不予承认。这类人仍为中国公民，在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得享有英国的领事保护的权力。（4）在外国有居留权的香港特别行政区的中国公民，可使用外国政府签发的有关证件去其他国家或地区旅行，但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得因持有上述证件而享有外国领事保护的权力。

解决了中国籍香港居民的问题后，适用《宪法》的有关条文就容易理解了。例如，《宪法》第54条要求公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。由于中国籍的“香港市民”或“香港同胞”均在“公民”的范畴内，故他们也有遵守这一条的义务。

第二，香港居民又可分为中国籍和非中国籍居民。当年前特首董建华先生提出每个人都有责任维护国家安全时，有非中国籍的香港居民撰文反驳，指他们没有这个责任，因为他们不是中国人。这是否说明这些非中国籍的香港居民既没有遵守宪法的义务，也无责任维护祖国在香港的利益，但是却有权选举特区行政长官？如果是这样，岂非出现只享受权利而不尽义务之情况？答案当然是否定的。一国的法律必须得到尊重和不违反，这是基本常识。对于这些非中国籍的香港居民而言，既然他们选择在香港生活，就应该尊重和不违反《宪法》。因此，根据前面所提及的“隐含义务”，即不违反义务，虽然他们没有义务去积极履行《宪法》规定的义务，但他们不应该故意去实施违反《宪法》的行为。

第三，要解决《宪法》和《基本法》入中学和小学课本的问题。过去《基本法》入中、小学课本可能是一件难事，今后《宪法》与《基本法》都要入课本，以加强对青少年的宪法和基本法教育。只有这样做，才能让学生了解“一国两制”这个宪制安排究竟是怎么一回事。毫无疑问，要真正做好这方面的工作不是一件容易的事情。据报道，特区政府于2017年11月16日在会展中心举办《基本法》研讨会，当时全国人大常委会副秘书长、基本法委员会主任李飞出席并演讲，多所官立中学反映热烈，打算当日于课堂直播有关演讲。此消息

立即引起反对派的不满，教育界议员叶建源急忙召开记者会，认为在学校原有课堂收看研讨会直播，恐怕会影响原有学习。即便《宪法》《基本法》已入课本，反对派也会有反对意见的。香港教育当局必须迎难而上，积极推动有关教育。尤其要对课本内容规定具体的考核指标，不能任由老师选择性地教育。在树立“一国”观念上，尤其要重点宣传《宪法》第一节（全国人民代表大会）、第二节（中华人民共和国主席）、第三节（国务院）、第四章（国旗、国歌、国徽、首都）。这里具体讲国歌法的本地立法问题。2017年9月1日，全国人大常委会表决通过了《中华人民共和国国歌法》。在内地，《国歌法》的制定是为了维护国歌的尊严，规范国歌的奏唱、播放和使用，增强公民的国家观念，弘扬爱国主义精神，培育和践行社会主义核心价值观。全国人大常委会于2017年11月4日通过决定将《国歌法》纳入香港《基本法》附件三，特区政府即将展开本地立法程序。

香港虽然不实行社会主义制度，但香港是中华人民共和国的一部分，香港特区政府必须推动《国歌法》的本地立法，以维护国歌的尊严，增强香港市民的国家观念和弘扬爱国主义精神。那些将《国歌法》说成是政治打压工具的言论是错误和不负责任的。《国歌法》将故意篡改国歌歌词、曲谱，或以其他方式侮辱国歌之行为规定为犯罪和追究刑事责任，反对者如果从法律角度探讨有关概念（如对“故意篡改……歪曲、贬损方式奏唱国歌”“其他方式侮辱国歌”应该有更加具体明确的界定），则是可以接受的。但如果一味认为《国歌法》会成为政治打压的工具，那就有故意挑刺和反对“一国两制”之嫌疑了。香港本地立法通过后，如果有人要故意去篡改国歌歌词、曲谱，或以其他方式侮辱国歌，那么，追究刑事责任就不应该被视为政治打压。道理十分简单，尊重国歌乃是各国普遍的要求，刻意、故意违反就应该负有刑事责任。

### 结论

本文的目的是检讨“《宪法》与《基本法》共同构成香港特区的宪制基础”的命题。本文得出的结论是支持这个命题的，也就是说，《宪法》作为国家主权的象征在整体上对香港是有效的，这种有效性具体体现在两个方面：第一，《宪法》的部分条文可以在香港继续实施。这方面的条文可以分为以下几类：（1）《宪法》对有关行使主权的国家机关的法律地位的规定。如《宪法》关于国家权力机关、国家主席、中央人民政府、中央军委的规定。（2）《宪法》关于为行使国家主权而赋予国家机关相应职权的规定。如国家主席根据全国人大常委会决定，宣布战争状态，发布动员令、戒严令。（3）《宪法》规定国家主权象征的法律，如国旗、国歌、国徽、首都的规定。第二，《宪法》中关于不适用于香港的关于社会主义制度的规定在香港继续有效，香港居民不能利用香港这个地方破坏在内地实行的社会主义制度，或实施危害国家安全的行为。

## 六 粤港澳大湾区法律研究

### 《粤港合作框架协议》法律问题三议

李伯侨，涂琳芳

《现代财经》2010-11

从最初 CEPA 协议的达成到粤港澳紧密合作区的建立再到 2010 年 4 月 7 日《粤港合作框架协议》(以下称《框架协议》)的签订,见证了在“一国两制”的制度框架下,在遵循 WTO 规则基础之上,在内外法治动因交织过程中,我国寻求区域化经济建设道路上的法治成长历程。《框架协议》是为落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008~2020 年)》(以下称《纲要》)、《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》及其补充协议(以下统称 CEPA),促进粤港更紧密合作,而由广东省人民政府和香港特别行政区政府经协商一致制定的,它就跨界基础设施、现代服务业、制造业及科技创新、营商环境、优质生活圈、教育与人才、重点合作区、区域合作规划、机制安排等九大领域的合作内容作出了具体的规定。但是,《框架协议》在法理及法律上是否符合规范?会不会因此而产生其他可能会引起外界的不良反响?这些,都是我们应当认真审视的。有鉴于此,本文拟从以下三个法律问题提出思考,既引起学界的讨论,又对今后区域性经济一体化的法律制度的完善提供借鉴。

#### 一、《粤港合作框架协议》合法性探析

1. 《框架协议》的法律性质从法律性质来说,《框架协议》是广东省政府和香港特别行政区政府在 CEPA 协议框架下对区域内的经济社会发展做出的具体安排的协议,亦即在 CEPA 的前提下所订立的政府间的契约。因此,其在本质上应当属于 CEPA 框架内的一个具体性协议,属于区域性协议的范畴。同时,《框架协议》也是在《纲要》这一政策性文件指导下形成协议的结果,因而,在这个层面上,《框架协议》又是一个政协议。基于此,笔者认为《框架协议》是区域性协议,并且是政府间契约行为的结果。

《框架协议》是一个区域性协议。首先,就《框架协议》的形成过程而言,《框架协议》是由两个政府的代表在人民大会堂签署,这种待遇只有在签订重要的国际协议时才可能拥有。其次,《框架协议》是在 CEPA 框架下所达成的具体性协议。CEPA 在其文本中明确指出了自己所遵守的法律原则,即遵守宪法中的“一国两制”方针及世界贸易组织规则的原则。虽然 CEPA 在学术上对其法律性质上仍微有争议,但在实践中已基本达成共识,认为 CEPA 是符合世界贸易组织规则的区域性协议。据此,作为 CEPA 具体化的《框架协议》也应具有相同的法律效力,在法律上应认定为具有长期稳定性的区域性法律协议。最后,在确立其法律地位之后,《框架协议》在法律位阶方面,应按照我国宪法的规定,区域性协议的地位

优先于国内法适用。因而，在法理上，《框架协议》的推行实践的过程中，若与国内法相冲突应优先适用。

然而，《框架协议》又是一个政府间的短期契约。《框架协议》不完全仅仅是依照 CEPA 所制定的，它还按照政策性文件《纲要》的要求所订立。首先，《纲要》是一个短期的政策性文件，到 2020 年废止，它的法律效力也随之消失。因此，《框架协议》受到《纲要》期限的限制，到了 2020 年也同时废止，在这里具有明显的契约性。其次，《框架协议》是建立在两地政府平等协商的基础上的。但是，《框架协议》既为契约协议，则就应有相应权利义务责任的具体规定。《框架协议》中虽明确了社会经济行为的具体安排与分工，却未明确规定两地政府的责任。《框架协议》是以政府的权威作为保障而施行，很多项目也是靠政府直接推动的。因此，基于《框架协议》的契约性的特点，它应像民间的合同一样，在不与 CEPA 冲突的情况下，也应受到国内法律的规制。

综上，《框架协议》在订立过程中虽离法治的轨道越来越近，但仍然充斥着政府立法目的的政治性和政策性。这种以政治力量为主导经贸发展的力量可能在短期内即两地还处在经贸整合的起步阶段，两地政府可以本着谦让的精神，比较好地解决较少的矛盾和冲突，促进经济社会发展。但是，从长远来看，随着贸易的不断扩大，矛盾的范围可能随之扩大，经济社会矛盾愈加复杂。可以预见的状况是，政府将会难以顾及首尾，无法妥善处理日益复杂的各类社会经济法律纠纷。因此，作为一个民主法治的国家，应将这一合作成果及经验尽快通过法定程序用法律形式固定下来，而不是像现在这样的一种政府间的半契约化。

## 2. 广东省政府是否获得正当授权

从签订过程来说，《框架协议》是在人民大会堂，并在国家副主席的见证下，由两地政府代表所签订。但是我们也不禁要问：广东省人民政府是否真的有权力签订此项协议，是否依据了正当程序获得了授权？对于广东省而言，其缔约权力并不是因为《框架协议》签订的地点和在场人员就意味着广东省政府获得了相应的缔约权限，而是需要宪法上白纸黑字的权力授予以及正当的程序才能拥有相应的缔约权限。而对于香港方面而言，香港政府在《香港基本法》里，已获得了相应政府的经济管理事务的权限，包括香港政府与广东省政府签订《框架协议》的权力。因此，广东省政府在《框架协议》的签订权上，就存在严重越权行使经济管理事务职权的问题。

我国宪法明确规定，省一级的人民政府仅仅只能就省内的经济管理事务进行管理决策，对于同属于省级行政区域之间的协作没有在宪法中明确规定。然而，在实践过程中，为了保障一些基本的关乎国计民生方面的省际协议也是存在的，如《鲁闽粮食购销省际协议》、《省际农民工维权合作协议》等。但是这些协议都是各省针对公民的基本权利和关乎国计民生的事项而就经济生活某个方面签订的。而广东省和香港的合作是关于经济社会的全面合作，在新中国的历史上没有先例。在这种状况下，广东省政府在没有得到宪法明确赋权之前以政府名义与香港订约显然是有些不合时宜的。更重要的是我国宪法中也未规定相应的授权程序，即使人大或中央政府想要将相应的缔约权授予广东省政府，也没有正当的法

律程序，这是宪法的一重大缺失。众所周知，法律未规定皆是权利，但这是对公民而言的。对于政府，宪法是一部规定政府职责并防止其权力滥用的最后武器，只要宪法没有规定政府相关的权力，就不得行使之。因此，笔者建议，即使宪法不能下放相关管理权力给地方政府，也至少规定相关的授权程序，使人大或中央政府能够授予地方政府相应的缔约权，使得地方政府在行使该权力时有合法依据。

## 二、《框架协议》涉嫌违反《反垄断法》分析

在《框架协议》中，规定了有关广东省与香港就具体落实《纲要》和 CEPA 而采取的一系列具体措施。其中，有很多措施是关于两地在具体制度中经济事务的分配协作问题，而这些经济事务的安排可能与《反垄断法》的相关规定相冲突。

《框架协议》指出，“完善广州、深圳、珠海、香港和澳门等五大机场联席会议机制，积极争取国家支持扩大珠江三角洲空域使用空间，支持香港机场巩固国际航空中心地位，广州白云国际机场建成我国门户复合型航空枢纽，深圳机场成为大型骨干机场，珠海机场发展航空产业，构建珠江三角洲地区的直升机短途运输网络，促进航空企业在投资、销售网络、扩展业务等方面的商业合作。”据此可以推出：其一，在五大机场的相互之间的主次层级关系上，为了支持香港机场巩固国际航空中心的地位，广东省的航空业务在与香港发生冲突时，应当让位于香港的航空业务，广东省各机场的自主经营权被政府的契约行为所掌控，而不是顺应市场供求规则进行自由竞争；其二，在航空业务上，各机场应建立联席会议机制，明确分工，即各机场应在协商的基础上，根据各自的发展方向，明确各自在航空业务上的分工，这里也不免有分割相关市场地理范围之嫌；其三，共建直升机短途运输网络，促进航空企业的商业合作，也有几大机场共同垄断相关市场的行为意向。由以上可以看出，两地政府利用《框架协议》作出关于机场业务合作的规定，用合法的手段垄断相关市场，瓜分市场利益。

我国《反垄断法》第三十七条明确规定：“行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除限制竞争内容的规定。”因此，以上规定不符合我国《反垄断法》关于行政垄断的规定。但是，《框架协议》的法律性质尚未确定前，还是不能断然得出其与《反垄断法》相冲突，应当接受全国人大审查的结论。因为，根据我国宪法中有关于优先适用国际条约的原则，若《框架协议》像前文所认证的那样，最终经合法程序定性为区域性协议的话，它就可以不必接受审查而直接优先适用，这样也自然解决了当前的立法冲突。

## 三、完善《粤港合作框架协议》之方案设想

诚然，即使承认《框架协议》是事实上的区域性协议，但也可以看出很大的不妥之处。既然是一个区域性协议，其在行政司法上也应设立相应的法律机制加以保障。广东省并未有相关的法律制度，国家也未明确地下放相应的行政管理权及授权其制定相应争端解决机制，该协议目前还停留在政治层面的互相信赖基础之上。作为一个区域经济一体化的示范区，仅有这样的政治协商和民间的合作机制是远远不够的。

《框架协议》在第十章的机制安排中，共约定了以下五种解决争端冲突的机制安排：一，

高层会晤；二，联席会议；三，工作机构；四，咨询渠道；五，民间合作。但是，该章规定过于简单、笼统，缺乏可操作性。与 CEPA 中的法律协调机制一样没有规定具体的争端程序规则，没有确定的法律力量作为保障，更没有明确地设立可行的争端解决机制。

粤港两地贸易争端解决的唯一方式是政府协商一致，可诉诸的解决机构是由双方尚层代表或指定的官员组成的联合指导委员会。在真正发生法律问题或冲突时，只能依靠政府间的互相礼让精神来予以解决或化解，这种机制对争端的解决易产生不稳定因素、政治色彩浓厚，不利于两地争端的根本解决、长治久安。但是，在实践中又很难找到合适的争端解决机制。所以，一方面，两地所采用这种政治协商的体制，削弱了两地司法的功能，不利于共同的法治进步，有建立统一的争端解决机制的必要。另一方面，我国内地是带有大陆法系色彩的社会主义法律体系，而香港则是典型的普通法系。不同法域的传统，无论在程序上还是在实体上，都会在实践中难以达成统一的争端解决机制。

有鉴于此，笔者认为，广东省和香港属同一主权国家，可以在一国的前提下协商出自己满意的争端解决机制，直接应用或借鉴 WTO 或其他区域性组织的争端解决机制；也可以充分发挥一国两制的优势，双方协商出统一的司法模式解决《框架协议》在实践中的冲突，走在世界的前列。而不应像如今这样为了暂时的稳定，用行政手段解决法律问题，从而削弱法律的权威。建议采用前一种办法来完善《框架协议》，具体方案如下。

其一，建立以磋商为必经程序并以仲裁程序为主要解决方式的争端解决机制。在构建《框架协议》争端解决机制时应充分注重磋商阶段的重要性，允许争端双方能就争端解决方法、适用法律解释以及其他事项尽可能达成一致。同时，为了显现争端解决机制的时效性，还必须对磋商阶段给予时间限制，如三个月（或 90 日）的时限较为合理。

其二，确定管辖权的条款。进入仲裁程序前，还必须确定争端的管辖权。《框架协议》主体广东省虽不为 WTO 成员之一，但仍可在协议中约定援用

WTO 争端解决机制的相关规定或将 WTO 争端解决机制的相关规定直接放入协议中。但必须扩大其适用范围，因为《框架协议》所包含的经济社会范围比 WTO 大的多。

其三，建立仲裁程序。以仲裁程序为核心的争端解决机制是目前世界多数区域贸易协定所采用的选择。目前，《框架协议》并未就仲裁程序做出任何规定，针对《框架协议》适用的经济贸易自由化、便利化的争端应就其仲裁程序启动条件，包括启动主体、启动的依据、可采用的仲裁程序等，以及在程序过程中需要决定的关于仲裁庭组成、法律适用、裁决效力和执行等问题给予规定。

《框架协议》虽然是一件于广东和香港都有利的好事，似乎我国走入了法治的初轨阶段，但是深层次的法治理念问题仍未得到开化。对于香港政府而言，为了自身地区的更好发展，香港政府以《香港基本法》为依据，得到了法律上关于对外事务管理权的授权，最终依法定程序与广东省政府订立了《框架协议》。而我国广东省政府仍停留在民主法治理念尚未完全展开的环境之中，在签订合作框架协议时，依然以政府为主导，未得到宪法或人大的相关授权，这有违法治理念。基于此，我国内地在进行一项重大事务安排时不能再依

照过去固有的行政权力思维和做法，应当转换思维方式，强化法治政府理念，通过合法程序处理日常事务，用法律对国家所做出的决策进行衡量，以发挥制度降低成本的效应，实现公平正义的目标。

## CEPA 条件下“大湾区”经济合作的法律框架建构

索光举

嘉应学院学报(哲学社会科学)2017-04

### 一、“大湾区”经济合作的发展进程

中国内地与港澳之间的经济合作进程与中国改革开放政策的实施是同步进行的，合作的层次是逐年递升的。1997年7月1日，香港回归之前，粤港两地之间的合作是低层次的“分工性合作”；1999年12月20日，澳门回归之前，粤澳两地之间的合作因对口少、规模小，几乎被忽视。港澳相继回归之后至2003年，粤港澳三地之间进行了“竞争性合作”，2004年CEPA生效以后至2014年，三地之间由于CEPA的催化，形成“融合性合作”。经过广东省政府的申请，国务院2015年最终同意在广东建立自贸区，使得粤港澳之间的经济合作关系得到了新的突破，我们把他视之为“紧密型合作”。2004年，CEPA协议的生效和实施是内地与港澳由“融合性合作”上升到“紧密型合作”进程中的关键一步。

“大湾区”经济合作是粤港澳经济合作的深化和扩展，是粤港澳经济合作的必然结果。早在1998年3月，为了加强粤港两地政府间的经济合作、提高办事效率，国务院批准设立了粤港合作联席会议机制，之后又设立了粤澳联席会议机制。为了赋予港澳更多的经贸红利，规避WTO的限制，将粤港澳之间的经济合作纳入法制轨道，2003年6月29日，中国内地与香港地区签订了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》；同年10月17日，又与澳门地区签订了《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(这两个协议简称为CEPA)。2008年，广东省对粤港澳深化合作进行了周密的调研，在正式形成的调研报告中使用了“粤港澳紧密合作区”概念。同年12月，国家发展改革委员会公布了《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008-2020)》(下称《规划纲要》)，对粤港澳的合作进行了国家政策层面的规划并建议“推进珠江三角洲区域经济一体化、推进粤港澳更紧密合作、深化泛珠江三角洲区域合作”。为达成《规划纲要》和CEPA确定的目标，粤港地方政府于2010年签订了《粤港合作框架协议》，之后广东省政府在2011年又与澳门特区政府签订了《粤澳合作框架协议》。为了打造世界先进制造业、建设现代服务业基地，国务院在2012年先后批复了前海、横琴、南沙规划，构筑香港和珠江三角洲之间的金融合作区域，这为加速粤港澳之间的融合及建立“大湾区”经济合作区创造了有利的条件。但是，当下粤港澳在各自的发展过程中都遇到了各种各样的问题：广东经济在经历了连续多年的高速增长后，受到资源和环境等因素的制约，后劲不足；香港地区因为产业

外移、政策红利利用尽等多种原因，经济发展停滞不前；澳门地区主要靠博彩业主导，经济模式单一，再加之地小物少，经济发展面临转型。以上海为代表的自贸区的设立，直接冲击了港澳在自由贸易方面的优势，给粤港澳经济合作提出了严峻的挑战。客观层面要求粤港澳之间的合作必须层次更高、开放度更高、自由度更大，需要打造一个不同于以前的“紧密合作区”平台，才能促进相互之间人流、物流、资金流以及信息流的流通，尽可能地消除制度上与行政区域上权力的掣肘，为促进区域间的经济发展提供更加紧密的合作空间。

2016年9月中旬，国家发展与改革委员会召集珠三角九市及港澳特区政府代表，在广东省发展与改革委员会举行了工作会议，正式启动了“粤港澳大湾区发展计划”的编制工作。其目的是扩大双向开放程度，深化内地与港澳合作，构建以“大湾区”为龙头，以“珠江—西江”为腹地，连接中南、西南地区，辐射东南亚及至南亚的重要经济带。2017年3月17日，国家发展与改革委员会在《关于开展编制〈粤港澳大湾区城市群发展规划〉建言献策活动的公告》中确定：“支持港澳在泛珠三角区域合作中发挥重要作用，推动粤港澳大湾区和跨省区重大合作平台建设。

## 二、“大湾区”经济合作的法律基础

“大湾区”经济合作需要法律保障，这种保障是有法律基础的。“大湾区”经济合作的核心是粤港澳经贸合作，但这种合作又不同于一般意义上的自贸区(FTA)，它是在主权国家之内实行不同政治制度和社会制度的地方政府所进行的区域间的经贸合作。港澳只是中国的一个特别行政区，它们所拥有的自治权都是由全国人大制定的特别行政区基本法所赋予的，其自治权来源于中央政府的认同和授权。因此，粤港澳之间的经贸合作在实质上是国内行政区域之间的合作，不受国际条约的掣肘。

“大湾区”经济合作的特殊性在于：它虽有自贸区的性质，但又不同于主权国家之间签订的自贸区，它是以“一国两制”为基础而设计成型的。尽管港澳特别行政区实行了与广东不同的政治和法律制度，但它不具有国际法上主权国家的地位；港澳是国内法主体，却又与普通意义上的国内法主体不同，它们在参与国际经贸活动时，都是国际条约中的主体，具有国际性质上的相对独立性，而且它们还分别是两个独立的关税区。广东省虽然也是中国的行政区，但它只是中国的一个省，不具备独立关税区的地位。因此，“大湾区”经济合作是相对独立的合作，不是纯粹的国内行政区域之间的合作。

由此可见，“大湾区”经济合作的法律基础，既有国内法，但又不完全是国内法；既有国际法或国际条约，但也不完全是国际法或国际条约，而是两者兼有的、综合性的法律体系，这当中包括宪法以及具有宪法性质的港澳基本法、还有国际法性质的WTO, CEPA协议等，地方政府间的区域合作协议及各种安排同样

是法律基础的重要组成部分。这些经济合作的法律基础，有的与国内其他行政区域是相同的，与粤港澳合作所适用的法律重合；“除此以外还有一部分法律依据不同于国内其他区域，如珠江三角洲改革发展规划纲要、广东省与港澳政府的府际协议等。

“大湾区”经济合作区的建立，不管是在国际法角度，还是在国内法角度，都不存在法律上的障碍。从国际法意义上讲，可以说“大湾区”经济合作区是CEPA衍生进化而来的。CEPA是“符合WTO规则的一国国内的区域经济一体化安排”。WTO主要适用于贸易领域，而非经济生活的全部，对于投资、金融、科教等领域，这些超出WTO管辖范围的事项，粤港澳完全可以根据“大湾区”经济合作需要自行决定。从国内法意义上讲，广东作为普通行政区，港澳作为特别行政区，都是中国的地方行政区，在各自的权限内都可以平等主体的身份签订与投资贸易等经济合作有关的协议。况且，粤港澳三地政府间分别签订的《粤港合作框架协议》和《粤澳合作框架协议》即是证明，这两个框架协议都可以定性为行政协议。它们的签约权或者来自于中央的授权、或者来自于国务院的批准，由此，我们可以推定粤港澳在“大湾区”形成的经济合作不是偶然形成的，而是中央作为经济战略规划进行的布局。所以，粤港澳在当地政府的主导下通过缔结行政协议的方式建立的“大湾区”经济合作区，是不存在国内法上的障碍。

### 三、“大湾区”经济合作的法律框架建构

“大湾区”经济合作法律框架应包括建构原则、建构主体、建构内容和法律冲突的解决方式四个方面。

#### （一）“大湾区”经济合作法律框架建构原则：“一国两制”

坚持“一国两制”原则是“大湾区”经济合作法律框架建构的前提条件，是必须遵守的基本原则。其中，“一国”是“一国两制”原则的核心，统一的国家主权是“大湾区”经济合作法律框架建构的逻辑起点，维护国家统一和领土完整是“大湾区”经济合作法律框架建构的最终目标。虽然“大湾区”经济合作区拥有着不相同的法律制度和社会结构，但在其政治制度构建、经济活动运行、社会事业发展的过程中都必须始终如一贯彻这一原则。我们在完善“大湾区”经济合作法制建设的进程中和解决区域内区际法律冲突时，也应当将“一国”的理念贯彻始终，不能偏离这一轨道而制定出违反“一国两制”基本原则的规范性文件。同时，在建构“大湾区”经济合作法律框架的过程中，也应尊重香港和澳门的社会制度和法律制度，让其与在大陆实行的社会主义制度并行运作，这也“一国两制”原则的要求，其效果已在实践中得到了证明。

因此，在建构“大湾区”经济合作法律框架的过程中，应当以“一国两制”原则为指导，重视经济合作区内的法制协调和分工合作，在“一国”的前提下，

解决好“大湾区”经济合作中所存在的法律冲突问题，建立以维护国家统一、尊重两种制度为理念的“大湾区”经济合作法律框架体系。

## （二）“大湾区”经济合作法律框架建构主体：地方行政区域政府

粤港澳地区开展经贸合作有着历史的传统，“大湾区”经济合作是在此基础上提出来的，从近年来的实践来看，由于经济层面的法律制度未能统一，“大湾区”经济合作只能在摸索中前行，其主要方式是地方政府通过签订区域行政协议来实施的，已签订的协议覆盖了贸易、投资、金融、医疗、科技创新、环保等方方面面。然而，从粤港澳已经签订的已生效使用的合作框架协议、基础设施合作专项规划协议书等区域间合作的行政协议内容来看，“大湾区”经济合作的区域行政协议条款太过于原则和抽象，主要是表达各方的合作意愿，可操作性比较差。同时，在我国现行的法律体制下，“大湾区”经济合作区中的港澳与广东签订的各种行政协议由于缺乏统一的司法作保障，没有办法强制执行，其效力也大打折扣。除此以外，还可能由于地方保护主义，主观上故意不履行，意外事件造成的无法履行等原因，使得已签订的行政协议不能得到有效履行。其结果不但使区域行政协议成了一纸空文，区域一体化的理想也无法实现，给国家和社会造成了极大的浪费，给我国区域经济一体化进程造成了重大伤害。

“因此，推进粤港澳区域行政协议完善的重点在于促进行政协议的落实和加[4]强行政协议的拘束力。”为了保证“大湾区”经济合作的顺利运行，在签订区域行政协议时，主要条款应明确化、具体化和具有可操作性，同时还要充分考虑到履行协议所需要的条件。从本质上讲，我国地方行政区域内所签的各种合作协议都是行政契约，所以，作为契约主体的成员方如果拒不履行合作协议或者部分履行，就应承担相应的违约责任，但是这种违约责任不是一般法律意义上的法律责任，“这种违约责任的具体形式不应当是一种严格意义上的制裁，而应当是某种[5]合作的停止、某种优惠的取消。”只有当“大湾区”经济合作的区域行政协议得到真正的贯彻落实、具有法律效力保障和相应的救济措施时，我国区域经济合作法制化才能真正成型、才能建构一个完善的“大湾区”经济合作法律框架。这些经济合作区域内的法制建设在目前的情况下，需要由合作区域内的地方政府主导，通过地方政府间的合作，以签订行政协议的方式实施。“大湾区”地方行政区域之间的合作方法，

可以北美自由贸易区实行的“自由贸易委员会”为蓝本，以粤港、粤港澳联席会议制度为基础，设立“‘大湾区’经济贸易合作委员会”作为“大湾区”经济合作的常设机构。把粤港澳合作联络办公室改名为“‘大湾区’经济贸易合作委员会秘书处”，负责日常管理工作，落实委员会制定的动的行动计划和方案，为区域合作提供组织和管理服务。根据北美自由贸易区的运作模式，在“大湾区”经济贸易合作委员会下设立数个专门委员会，分别负责某一领域的专业事

项。吸纳内地与港澳具有相应专长的代表和专家，发挥粤港澳发展战略研究小组的专业咨询优势，“研究探讨各领域合作发展策略、方式及问题，举办合作[6]发展论坛，向粤港澳高层提供政策建议”。

（三）“大湾区”经济合作法律框架建构的主要内容：制定有约束力的经济合作行为规范

“大湾区”经济合作是在 CEPA 的基础上进化而来的，是 CEPA 的升级版，是国家地方行政区域与港澳特别行政区之间开展自由贸易的需要而建立的。它为“大湾区”经济合作积累了重要的实践经验，也为区域经济一体化提供了强有力的政策经验支持。所以在构建“大湾区”经济合作法律框架的内容时，应以 CEPA 为核心，考虑两个层面内容：一是经济合作行为规范的渊源；二是经济合作行为规范的内容体系。

经济合作行为规范的渊源

第一部分：宪法、香港特别行政区基本法、澳门特别行政区基本法、WTO 相关规则等。这部分渊源是 CEPA 签署的法律依据，它有效地解决了一个国家范围内在实施不同制度的三个“单独关税”区之间依据 WTO 相关规则建立的类似于自贸区的经济合作难题。

第二部分：《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》以及到目前为止的十个补充协议。这部分渊源为广东自贸区的形成提供了“预实验”，为“大湾区”经济合作区建立积累了经验，是核心部分。

第三部分：粤港澳合作框架协议、基础设施合作专项规划协议等区域行政协议。这部分渊源是前面两部分渊源的具体化和实施保证，其内容包括了区域合作规划、科技创新、环境保护和服务业合作等多个领域，是构建“大湾区”经济合作法律框架的关键部分。

第四部分：其他法律渊源。

经济合作行为规范的内容体系

“大湾区”经济合作法律框架是以 CEPA 为核心构建而成的，所以其行为规范的内容体系也应以 CEPA 的内容为骨架来搭建。

第一部分：货物贸易规范，主要规范三地之间货物贸易问题。

第二部分：服务贸易规范，主要规范三地之间的服务贸易市场准入问题。

第三部分：贸易投资规范，主要规范三地之间的贸易投资便利化问题。

第四部分：其他规范。

“大湾区”经济贸易合作委员会秘书处可以上述四个部分的规范体系为主线，将“大湾区”经济合作中所涉及到的宪法、港澳特别行政区基本法、CEPA、WTO、区域政府间的行政合作协议等相关法律规范和行为规范进行梳理，然后汇

集成册，以备查询使用。

贸易自由化和投资自由化方面的规范在粤港澳深化经贸合作、加快广东自贸区建设中起到了关键作用。自贸区是在原有 CEPA 政策基础上进行了提升，将广东与港澳的经贸合作划分成了三大片区，实行错位发展。中央政府对广东自贸区高度重视，自 2016 年 5 月挂牌以来，相继出台了一系列扶持政策。利用毗邻港澳的地理优势，粤港澳经济合作层次得到了提升，奠定了“大湾区”经济合作的基石，有力地推动了广东省开放型经济新体制的建立。这些自由度更高的催化自贸区升级的政策之所以能够在广东自贸区实施，有赖于 CEPA 实施后所积累的贸易和投资自由化方面的实践经验，使其成为广东自贸区的“预实验”，实验成果可以作为广东自贸区设立的重要借鉴，也为“大湾区”经济合作区的形成起到了重要作用。

（四）“大湾区”经济合作争议解决方式：建议尽快制定《统一区际冲突法》

“大湾区”经济合作区的建立涉及到粤港澳三地政府，而三地之间的法律制度和社会制度有着很大的不同，形成“一国两制三法域”的局面，因此不能直接由全国人大制定统一的实体法来解决法律冲突问题。面对复杂的法制背景，只能通过制定区际冲突法的方式来解决三地之间的法律冲突。首先，由粤港澳三地经过充分协商，

在“大湾区”经济贸易合作委员会的主持下，通过签订区际协议的方式，各自草拟出区际冲突规范的主要条款，然后再由粤港澳三地的地方立法机关审议、讨论、通过后制定为冲突法规范。随着粤港澳的深度合作和政治社会环境的变化，在条件成熟的时候，可以考虑由全国人民代表大会制定《中华人民共和国统一区际冲突法》，并以此作为解决中国区际冲突的基本法律，全面解决“大湾区”经济合作区乃至中国区际法律冲突问题。

总之，“大湾区”经济合作区涉及到“一国两制”在港澳特别行政区的贯彻落实，在“一国”的前提下也必须要顾及到“两制”，所以“大湾区”经济合作活动必须要在法律的框架下进行，这个框架建构得好就能极大的加速“大湾区”经济的融合，密切我国内地与港澳地区的经贸往来，促进我国经济的快速发展。反之，将不利于“大湾区”经济合作区的构建，迟滞我国经济融合的进程。

### 试论粤港澳大湾区府际合作的法律基础

刘云甫，陈丹雪

《政法学刊》2017-10

伴随着“粤港澳大湾区”，即由广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市和香港、澳门两个特别行政区形成的城市群概念的提出，粤港澳大湾区城市群政府之间相互借力、协商合作将日益紧密。粤港澳大湾区府际合作涉及法律的理解与运用。然而，在实践中，对粤港澳大湾区府际合作

法律基础存有认识上的模糊和分歧，在许多方面甚至影响到粤港澳大湾区府际合作的实施与发展。厘清粤港澳大湾区府际合作的法律基础，不仅有助于消除对粤港澳大湾区府际合作认识上的模糊和分歧，而且将为完善粤港澳大湾区府际合作“法治及其背后的制度”提供依据和前提。

### 一、《宪法》：粤港澳大湾区府际合作的根本法

依照宪法学原理，政府权力来自人民，人民以宪法的形式向政府整体性地或概括性地授予权力，从而使得宪法具有授权总章程的特点，成为国家根本大法，其他法律的授权只能是根据宪法所进行，并不得违反宪法的规定和精神。地方政府是一国政府体系中的重要组成部分，在宪法中具有重要地位。正如斯蒂芬·L·埃尔金所言：“关于立宪政府政治结构理论的重要组成部分必须是关于地方政府的设计。”《宪法》在第一章“总纲”中强调“中华人民共和国的一切权力属于人民”，“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”。《宪法》第三条第四款明确规定：中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。不仅如此《宪法》在第三十、三十一条以及“国家机构”一章分别对一般地方政府制度、民族自治地方政府制度和特别行政区制度等做出了规定《宪法》的这些制度设计构成了粤港澳大湾区府际合作的根本法基础：1)《宪法》关于平等的规定。《宪法》第三、四条确认了公民在法律面前人人平等，维护和保障民族平等，实行民族区域自治。区域平等，与人的平等密切相关，而且是建立在宪法所确定的人的平等之上的。《宪法》第三、四条有关人的平等的规定蕴含着区域平等。而区域平等权是实现粤港澳大湾区府际合作、对话和协商的坚实法治基础。2)《宪法》关于地方政府职权的规定。根据《宪法》第九十五条规定，省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民政府。根据第一百零七条规定，“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。”“乡、民族乡、镇的人民政府执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令，管理本行政区域内的行政工作。”3)《宪法》关于港澳特区行政区制度的规定。“宪法在香港特别行政区的效力和适用，是关系宪法在特区的法律地位的重大原则问题，是正确处理‘一国两制’下中央与特区关系的根本性宪制问题。”为了维护国家的统一和领土完整，保持港澳的繁荣和稳定，并考虑到港澳的历史和现实情况，国家决定，在对港澳恢复行使主权时，根据《宪法》第三十一条“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”的规定，设立港澳特别行政区，并

按照“一个国家，两种制度”的方针，不在港澳实行社会主义的制度和政策。“一国两制”，指“一个国家，两种制度”，其基本内容是：在一个中国的前提下，国家的主体坚持社会主义制度；香港、澳门、台湾是中华人民共和国不可分离的部分，它们作为特别行政区保持原有的资本主义制度五十年不变。“一国两制”从系统化的构想的方针走向实践的政策标志是香港问题的解决与《中华人民共和国香港基本法》的实施。其在《宪法》中的依据为第三十一条，与第三十条并列，由此反映出特别行政区的特殊地位，其自治性高于民族自治区、自治州、自治县的自治性，但是二者均统一在全国人民代表大会的最高统治之下，因此，特别行政区并非“国中国”，而是一个中国同一政权下的不同的治权分配方式的制度化产物。2016年11月7日《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港基本法〉第一百零四条的解释》就是“一个中国”的具体实现。

综上可知，自中国对港澳恢复行使主权以来，港澳特别行政区与广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门9市均属于中国行政区的组成部分，都是基于《宪法》而设立的行政区划。因此，粤港澳大湾区府际合作，无论下位法规定的制度设置、安排的分化程度如何，其唯一的根本法依据是《宪法》。然而，《宪法》不仅没有对一国之内地方政府合作问题做出任何规定，而且也没有明确规定区域平等，所谓区域平等是在法理上从人的平等中推导而出的，也没有对港澳特区政府的职权职责做出任何规定，只是非常抽象地规定“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”。因此，粤港澳大湾区府际合作的根本法依据是非常薄弱的。

## 二、宪法性法律：粤港澳大湾区府际合作的法律依据

宪法是国家的根本大法，是治国安邦的总章程，但这并不意味着宪法是法律汇编。宪法规范仅规定国家政治、经济、文化中根本性的问题，具体细则往往是通过宪法性法律来规定的。在内地，《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》等宪法性法律进一步明确了广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门9市地方人民政府的职权职责。在港澳，《香港基本法》《澳门基本法》“按照具体情况”明确规定了港澳特别行政区实行的制度，明确了港澳特区政府的职责职权。《香港基本法》《澳门基本法》是全国人民代表大会制定的基本法律，而非地方法律，但它的效力是及于全国的，“全国各省份、各级政府以至全国人民都要遵守”。在“一国两制”之下的港澳特别行政区，享有比中国内地一般行政区更高度的自治权，其回归前的法律制度和法律规范以及司法机制在进行基于《宪法》和《香港基本法》《澳门基本法》进行筛选、废除和修正后得以大量保留，而非完全的推到重建，故与中国内地施行的法律制度存在相通之处，也不可避免的与中国内地施行的法律制度存在相当一部分的

法律冲突。港澳法律制度与广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市施行的法律制度存在相通之处，为粤港澳大湾区府际合作提供了制度空间和法律依据。然而，由于这些宪法性法律更多的是对广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市地方人民政府和港澳特区政府各自职权职责的单独规定，因此其提供的粤港澳大湾区府际合作制度空间和法律依据并不直接，更多的是一种学理推导，难以在实践中发挥法律效力。另外，粤港澳大湾区府际合作实践中，人们常常担心粤港澳大湾区府际合作是否会违反《香港基本法》第二十二条第一款规定，即“中央人民政府所属各部门、各省、自治区、直辖市均不得干预香港特别行政区根据本法自行管理的事务。”《澳门基本法》第二十二条第一款规定，即“中央人民政府所属各部门、各省、自治区、直辖市均不得干预澳门特别行政区根据本法自行管理的事务。”实际上，港澳特区政府与广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市地方人民政府通过对话、协商解决双方关心的事项，并不违反这一规定。相反，粤港澳大湾区府际合作是对这一规定的忠实的遵从。就像我国《婚姻法》(2001)规定禁止干涉婚姻自由。未婚男女之间的自由恋爱，不仅不违反禁止干涉婚姻自由的规定，相反是禁止干涉婚姻自由规定的具体体现。当然，这些法律依据并不是《香港基本法》与《澳门基本法》明确列举的，而是从法理上推导而来的。其对粤港澳大湾区府际合作的权威性、可行性、约束力还有待进一步证明。

### 三、WTO 规则:粤港澳大湾区府际合作的国际法基础

中国是世界贸易组织(WTO)的成员国，而中国香港也作为“单独关税区”加入其中。依据 WTO 相关规定，“单独关税区”指的是“在处理其对外贸易关系和本协定规定的其他事务方面享有完全自主权”的某国部分领土。一方面，“单独关税区”既是归属于某一主权国家并受其政治管辖的部分领土，却又在处理本地区的外贸关系等方面享有自主权；另一方面，该地区虽在处理本地外贸关系等方面享有自主权，却又在国际法公认的“身份”和地位上，仍然只是归属于该主权国家并受其政治管辖的部分领土。因此，粤港澳大湾区府际合作也必须在不违反 WTO 规则的前提下进行。在一定意义上说，WTO 规则是粤港澳大湾区府际合作的国际法基础。其中，最直接的法律依据有以下几方面：第一，适用 GATT 第二十四条及其谅解的规定。根据 GATT 第二十四条及其谅解的规定，任何缔约方都可以和其他国家或者地区成立自由贸易区或者关税同盟，这一条款明确了建立一定形式的区域经济一体化的合法性。第二，依据授权条款和 GATT 第四部分“贸易和发展”规定。授权条款是在“贸易和发展”的基础上发展起来的，1966 年 GATT 新增加了第四部分，规定了发达国家可以对发展中国家消除或者撤销关税和非关税措施，而不期望发展中国家的互惠。1979 年授权条款在第四部

分的基础上进一步规定，成员方可以不受 GATT 第一条最惠国条款的约束，给予发展中国家差别待遇和优惠，而不将这种优惠给予其他的成员方。第三，依据 GATS 第五条关于“经济一体化”的规定。该条规定事实上和适用第二十四条的规定是类似的，同时 GATS 中关于“发展中国家区域经济一体化”的特殊规定就类似于授权条款的规定，不过 GATS 适用的范围是服务贸易，而第二十四条适用的范围是货物贸易。但是，我们必须注意的是，WTO 规则针对的是贸易及其相关领域。而粤港澳大湾区府际合作涉及经济、社会、文化、科技、投资、环保等诸多领域。也就是说，粤港澳大湾区府际合作中只有部分经济关系才需要接受 WTO 规则的约束。

#### 四、《联合声明》：对粤港澳大湾区府际合作没有法律效力

1984 年，中英两国政府签署了《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》（以下简称《中英联合声明》），对中国收回香港的相关事务做出安排。1987 年，中葡两国政府签署了《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》（以下简称《中葡联合声明》），对中国收回澳门的相关事务做出安排。香港回归后，有学者认为，“目前香港特别行政区宪法的三种表现形式是：中国 1982 年宪法、1984 年中英联合声明和 1990 年香港基本法”。按照这种观点，《中英联合声明》《中葡联合声明》分别是港澳的宪法性法律，对港澳的政务活动以及粤港澳大湾区府际合作具有约束力。这种观点是值得商榷的。《中英联合声明》所表达的并不是中英双方一项无拘束力的意思表示。相反，签约双方作为具有缔约能力的国际法律主体，在声明第八条中赋予了声明以法律拘束效力，双方因此享有一定的权利并承担一定的义务，所有这些使《中英联合声明》的国际条约法律性质确定无疑。《中葡联合声明》也是如此。因此，从广义上讲，联合声明也是国际条约的一种，同样具有国际法效力和法律约束力。《中英联合声明》由主文、附件和备忘录组成。其基本内容包括两大方面：一是确认中国政府在 1997 年 7 月 1 日对香港恢复行使主权，以及中英两国合作保证 1997 年香港政权顺利交接的有关原则和规定。二是中国政府收回香港后对香港的基本方针政策。《中葡联合声明》也是由主文、附件和备忘录组成。其内容也主要包括两大方面：一是确认中国政府在 1999 年 12 月 20 日对澳门恢复行使主权，以及中葡两国合作保证 1999 年澳门政权顺利交接的有关原则和规定。二是中国政府收回澳门后对澳门的基本方针政策。《中英联合声明》《中葡联合声明》第一方面的内容，因为港澳的顺利回归，其历史任务业已完成而自然失效。第二方面的内容，根据《中英联合声明》“关于中华人民共和国对香港的上述基本方针政策和本联合声明附件一对上述基本方针政策的具体说明，中华人民共和国全国人民代表大会将以中华人民共和国香港基本法规定之，并在五十年内不变”的规定，《中葡联合声明》“上

述基本政策和本联合声明附件一所作的具体说明，将由中华人民共和国全国人民代表大会以中华人民共和国澳门特别行政区基本法规定之，并在五十年内不变”的规定，伴随着《香港基本法》《澳门基本法》的制定和实施，已为《香港基本法》《澳门基本法》吸纳转化而完成了其特定的历史任务。因此，《中英联合声明》《中葡联合声明》“是历史文件已不具现实意义”，对粤港澳大湾区府际合作没有法律约束力。

#### 五、CEPA 及其补充协议：粤港澳大湾区府际合作的软法基础

2003 年中央政府先后分别与香港特区政府、澳门特区政府签署了《内地与香港关于建立更紧密经贸关系安排》《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系安排》（以下合并简称 CEPA）。随着根据两地经贸发展的需要，又先后共同签署了若干 CEPA 补充协议。CEPA 及其补充协议达成、实施以及修正应遵照“遵循‘一国两制’的方针”“符合世界贸易组织的规则”“顺应双方产业结构调整 and 升级的需要，促进稳定和可持续发展”“实现互惠互利、优势互补、共同繁荣”“先易后难，逐步推进”等原则。这说明，《宪法》《香港基本法》《澳门基本法》及 WTO 规则是 CEPA 及其补充协议产生的法律基础。CEPA 及其补充协议是一个主权国家内两个独立的经济体缔结的协议，是特殊的国内区域贸易安排协议，不是国际性区域贸易安排。CEPA 及其补充协议属于一种特殊的国内法，而不是国际法。因为无论港澳在国际交往活动中具有何种特殊地位，但改变不了其属于中华人民共和国主权下的行政区域的根本性质。CEPA 及其补充协议签署没有完全走宪法规定的立法程序，并不是法律，而是“类似于美国的州际协定和《西班牙公共行政机关及共同的行政程序法》所规定的行政协议，是政府间实现平等合作的一项法律机制。”CEPA 及其补充协议作为行政协议对缔约双方具有约束力在法理上是不言而喻的。而对于广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市政府而言，与中央政府存在政治上的依赖关系，即上下级政府之间的领导与被领导关系。正是这种政治上依赖关系的存在，上级政府在缔结行政协议时可能为下级政府设定权利或义务。CEPA 及其补充协议对广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市政府具有约束力。不仅如此，CEPA 及其补充协议会影响两地公司、企业和居民的民事和商事等行为，其运行也会产生实际的法律后果。因此，CEPA 及其补充协议构成了粤港澳大湾区府际合作的软法基础。然而，由于 CEPA 及其补充协议没有建立有效的实施保障机制以及纠纷解决机制，实践中粤港澳大湾区城市政府将不可避免地各取所需，从而影响 CEPA 及其补充协议的实效。

### 营建粤港澳大湾区良好法治营商环境——以对接国际高标准投资贸易

#### 易规则为视角

## 一、引言

2017年粤港澳大湾区正式成为国家级经济湾区，从区域经济合作上升到全方位对外开放的国家战略，未来粤港澳大湾区有望成为亚太最具活力的经济区，与此对应，迫切需要良好的法治营商环境为其建设运营提供相应支持和保障，以使得粤港澳大湾区可在法治框架下实现有序发展。通过建设粤港澳大湾区法治营商环境，一是可在本区内率先形成较为统一的高标准区域性经贸规则，化解经贸合作中的制度壁垒，加快各市场要素在此区域的自由流通，提升粤港澳大湾区的投资自由化与贸易便利化水平；二是通过良好的法治营商环境将粤港澳更加紧密的联成一体，推进粤港澳大湾区成为“一带一路”中的国际金融中心、航运中心、产权交易中心和技术转移平台，以便广东、香港、澳门能够更好地融入和服务于“一带一路”倡议；三是作为我国改革开放的前沿阵地，通过对接国际通行的高标准投资贸易规则，将粤港澳大湾区塑造成为我国经济改革和管理创新的“先行者”，在我国构建开放型经济新体制的进程中充分发挥引领示范作用；四是在粤港澳大湾区内成功实践的各项制度创新可复制推广于“一带一路”，为“一带一路”法治建设贡献力量，并以此为契机推动我国成为国际高标准投资贸易规则的主要参与者、推动者和引领者。

## 二、建设粤港澳大湾区良好法治营商环境的现实战略意义

### （一）适应粤港澳大湾区上升为国家战略的新形势

2008年广东省政府发布《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008年—2020年)》，将珠三角战略定位为“探索科学发展模式试验区、深化改革先行区和扩大开放的重要国际门户”。然而依据该规划纲要珠三角将改革重心主要集中于本省内部，其毗邻港澳的地缘优势并未得到充分发挥。因此，在2014年深圳市政府年度报告中首次提出了环珠江口“湾区经济”的战略构想，并在2015年将“粤港澳大湾区”一词明文写入国家出台的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》文件之中，2017年3月国务院政府工作报告中提出要研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划，借助港澳优势进一步提升该区域在国家经济发展以及对外开放中的功能作用和战略地位，这意味着粤港澳大湾区由此上升为国家战略，成为将来泛珠三角地区城市群规划发展的顶层设计。通过粤港澳大湾区战略将推动粤港澳之间更加深入的交流与合作，将过往的广东省内经济一体化战略转变升级为国家统筹规划下的粤港澳间跨区域性制度合作，这为新时期中国改革开放战略发展注入了新动力。

2017年7月1日，在国家主席习近平的见证下《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》在香港签署。提出“打造国际一流湾区和世界级城市群”的

宏大目标,以及包括“积极构建开放型经济新体制,打造高水平开放平台,对接高标准贸易投资规则”在内的5项基本合作原则,为粤港澳大湾区建设确立了行动纲领、明确了重点任务、描绘了美好蓝图。与“框架协议”相呼应,建设粤港澳大湾区良好法治营商环境是将该协议内容更加系统化、具体化和规范化,是对“框架协议”内的各项任务进行逐一落实,推进粤港澳大湾区战略实施不断迈向更高水平,可以说建设粤港澳大湾区良好法治营商环境正是“框架协议”战略目标能否得以真正实现的关键所在。

## (二) 加强粤港澳优势互补,为战略建设提供制度保障

粤港澳大湾区主要致力于构建区域经济协调合作新机制,以制度创新和规则融通激发本地区市场活力,借助优势互补、区域联动和资源共享实现粤港澳地区社会经济的可持续性发展。香港是亚太地区的国际金融、贸易和航运中心,可向粤港澳大湾区提供配套的金融、贸易和运输服务,并凭借其较为完善的法律制度及商贸准则可协助粤港澳大湾区良好法治营商环境的形成和发展;澳门是闻名全球的休闲旅游城市、中-葡国家间重要的国际商贸合作平台,借助粤港澳大湾区战略澳门可在更为广阔的平台开展国际旅游、国际会展、中医国际医疗服务等产业合作,在助力提升粤港澳大湾区国际市场竞争力的同时,也可为本地区经济的适度多元化带来更多新机遇;珠三角自2015年分别在广州南沙、深圳前海、珠海横琴设立自由贸易试验区至今,在投资贸易、金融监管、政府机构职能转变等领域“先行先试”了一系列富有成效的管理制度创新,例如“证照分离、一口受理、单一窗口、检验检疫电子申报”等等,利用广东自由贸易试验区能够放宽市场准入限制、精简审批事项、简化审批流程,实行投资备案管理制,广东自由贸易试验区现已成为吸引港澳乃至海外企业赶赴内地进行投资贸易的重要开放窗口。通过优势互补与共赢合作,未来在粤港澳大湾区有望真正实现各市场要素的自由流动和优化配置,这无疑也需要更加高标准、国际化、市场化的法治营商环境提供与其战略定位和功能属性相适应的制度保障。

## (三) 粤港澳大湾区具有服务“一带一路”的内在功能属性

### 1. 粤港澳大湾区是服务“一带一路”建设的重要战略支点

“一带一路”是要加强中国企业与沿线各国各地区间的经贸交流与合作,以“走出去”开拓新市场的方式平衡国内经济供给,转变经济发展方式与调整现有经济结构,同时通过共商、共建、共享,和构筑四通发达的交通运输网络推动亚太经济一体化,结成互利互惠的利益共同体与命运共同体。而粤港澳大湾区作为我国改革开放的前沿阵地和重要对外开放窗口,其使命是通过高标准、国际化的投资贸易制度将粤港澳之间更加紧密的联成一体,在本区域内真正实现投资自由化、贸易便利化及金融国际化,这正与“一带一路”在更高水平、更大范围、更深层次展开经济合作,共同打造包容开放、均衡普惠的新型合作

发展模式的战略目标相一致，基于两者所共有的发展理念，未来应将“一带一路”与粤港澳大湾区进行有效对接。粤港澳是中国经济最为发达的地区之一，有条件在投资、贸易、金融、航运等领域为“一带一路”发展提供最为优质的服务，作为重要的战略枢纽全面支持“一带一路”建设。以粤港澳大湾区为支点积极对接“一带一路”倡议，将会有效提升“一带一路”的经济规模聚集、市场要素流通和区域经济带动作用，进而有利于加快“一带一路”自由贸易区网络的形成和发展，可以说粤港澳大湾区本是具有服务支撑“一带一路”的内在功能属性。

## 2. 为“一带一路”法治建设创设条件和积聚经验

目前，我国正在积极筹备建立一些新的自由贸易区（FTA），布局亚太关键位置形成“一带一路”中的国际战略支点，例如正在进行谈判的中日韩、中新、中澳等双边或多边自由贸易区、经济合作区等，然而，受困于国际政治、军事安全、经济利益等因素的影响，多数谈判进程仍较为缓慢。在此情形下，作为粤港澳大湾区良好法治营商环境关键组成部分的高标准投资贸易规则依靠其法治化、国际化和市场化的现代治理模式和理念，以及在大湾区内“先行先试”的策略，无疑会对“一带一路”沿线中诸多经贸合作谈判以及相关自由贸易区的制度完善起到一定示范作用，通过复制推广在粤港澳大湾区战略中成功实践的高标准投资贸易规则带动“一带一路”整体法治建设。

## 三、对接国际高标准投资贸易规则的必要性

### （一）突破现有体制束缚积极参与经济全球化

经济全球化构成了中国借鉴、扬弃国际高标准投资贸易规则的经济基础，以交通技术和网络通讯技术为支撑的经济全球化不仅是一个不可逆转的趋势，而且也是研讨国际经济法制度变迁的一个基本背景。经济全球化在国际经贸领域的集中体现就是货物与服务产品贸易发展为任务贸易，全球产业链、价值链向纵深发展，国际投资贸易活动比人类历史上任何一个时期都更为紧密的连为一体，这就使得全球经济具有越来越明显的“非在地化”趋势。但是，国际经济领域一个基本矛盾便是国际主义的经贸往来与国家主义的单边管辖秩序之间的紧张关系，所以多年以来，经济全球化的重大进展往往是通过逐步消减阻碍跨国经贸制度壁垒取得的，从多边主义的布雷顿森林体系到 GATT、WTO、FTA，再到单边主义的对外自由贸易区都是试图缓解上述紧张关系，这就表现为国际投资贸易规则的不断趋同化进程，然而由于各国国情不同以及投资自由化、贸易便利化所带来的收益在全球范围内分配不均衡，在上述趋同化过程中各国对其自身投资贸易规则的调整节奏一般不能够超出本国基本政治法律框架所能承受的范围和程度。因此，东道国需要在其领土范围内建构一个离岸的、区域性的“制度特区”，例如当前我国的自由贸易试验区、粤港澳大湾区和未来规划的

环杭州湾大湾区等，力求在特定区域内实现与国际高标准投资贸易规则的相互融通，柔化国内投资贸易规则原本固有的“本土性”，率先建立起开放型经济新体制，通过“先行先试”的引领示范作用带动本国经济融入国际市场，提升本国的国际市场竞争力。

另外，国际投资贸易规则向来很难实现完全的中立，美国等市场经济发达国家利用其强大的政治、经济和军事优势，通过国际投资贸易规则的制定权为自身谋取了巨大利益。这种力量的不对称已经渗透至国际投资贸易规则的核心内容，并且经过国际组织成员国的国内立法调整延伸至各国的立法体系之中，所以有人理解全球化就是“欧美化”或者“美国化”，这是中国产品、服务和投资活动需要客观面对的现实制度环境。基于粤港澳大湾区初始设立其法律制度与管理模式均较为滞后的现实状况，可以借鉴以 TPP 为代表的新一代投资贸易协议中的核心内容，通过试行对接协议文本中的高标准投资贸易规则，充分了解其运行规律，然后根据本国国情进行调整适用，以此推进粤港澳大湾区法治营商环境的建设发展。又因为粤港澳大湾区是一国范围内不同独立关税区之间进行投资贸易的平台和窗口，粤港澳大湾区法治营商环境的制度建设便具有了一定的“涉外”效力，从而可为将来中国与“一带一路”沿线各国间的双边或多边投资贸易谈判、深度参与亚太地区乃至全球国际投资贸易规则的重构、以及更好地融入世界经济格局积累相关理论和实践经验。

## （二）推动国家战略建设与本国经济体制改革

跨区域性自贸区（FTA）法律制度的建立本具有有限缩成员国主权的意味，例如北美自由贸易区在内的诸多国际标志性 FTA 建立之时，大多具有纾解国内经济问题的现实考虑和期待，而不得不通过谈判在自有规制上进行部分妥协和退让，以最终在经济合作利益最大化方面协商一致。但随着国内外政治、经济环境的变化，借助基于高标准投资贸易规则所建立的 FTA，各成员国利用其自由、便利和国际化的制度创新对各自国内的相关投资贸易制度均又有一个不断调整和完善的过程，例如美国即利用北美自由贸易协定的实践经验确立并改进了国内负面清单的外资管理模式，实现了本国对外投资贸易的长期繁荣发展，历史经验总结，高标准的国际投资贸易规则有着促进区域经贸自由和推进成员国经济体制改革的多重功能。正所谓“见出知入，观往知来”，与过往跨域自贸区的发展历程相似，随着中国和平崛起，其经济体量快速增加，国内与国际面临着深刻的变革压力，粤港澳大湾区的建立不仅是一国范围内特殊区域自由投资贸易的问题，更有着对接国际高标准投资贸易规则为“一带一路”背景下我国与他国间的经贸合作谈判积累经验的时代使命。并且，作为“先行先试”的制度特区，粤港澳大湾区基于其战略定位需要通过借鉴和对接国际高标准投资贸易规则进行各项管理制度创新，以在我国构建开放型经济新体制，深化供给侧结

构改革，减缓经济发展中的人口、资源、环境等现实压力中发挥更大作用。

### （三）帮助补充完善 CEPA 协议

作为粤港澳经贸合作的基础性法律文件，内地与香港、澳门签署 CEPA 协议已 10 年有余，近年来虽然配套补充协议相继出台，持续扩大和新增 CEPA 协议的开放领域，放宽服务业市场准入条件和地域限制，但是在执法理念、基本原则、结构框架、核心内容等方面 CEPA 协议已不完全符合当前世界经济发展以及新时期国家改革开放战略的新要求，例如在反倾销与反补贴措施、保障措施、投资争端解决机制、执行机制以及司法审查等关键性问题上 CEPA 协议至今未有得到有效解决，尤其 CEPA 协议不具有相对独立的外商投资争端解决机制，不存在具有司法或非司法属性的常设或临时性争端解决机构，也缺少相应的投资争端解决程序，这显然是与国际高标准投资贸易协定的发展趋势和推进粤港澳大湾区经贸自由的预期战略目标不相适应的，时代的变化发展和国家战略的推陈出新使得当前 CEPA 协议的部分内容呈现出一定的滞后性，影响了其在粤港澳大湾区战略中的功效发挥。所以，为了更好地服务国家战略，推进实现粤港澳彼此间的自由经贸合作，有必要通过对接国际高标准投资贸易规则补充和完善 CEPA 协议内容，在协议中融入当前国际投资贸易规则的最新发展理念，提升 CEPA 协议的法治化、国际化和市场化水平，从而更好地为粤港澳大湾区建设保驾护航。

## 四、建设粤港澳大湾区良好法治营商环境的主要问题及对策建议

未来可通过补充完善 CEPA 协议、签署新的双边或多边投资贸易合作协议、制定或完善相关法律法规、颁布实施与大湾区战略发展相适应的国家政策、签订会谈纪要等多种方式融入和对接国际高标准投资贸易规则，而对于具有一定市场风险的制度创新则可充分发挥广东自由贸易试验区“一线放开、二线管住”的政策优势，在自贸区内先行对接，试验可行后再在粤港澳大湾区内推广适用，推进实现更加开放、便利、规范、透明的粤港澳大湾区法治营商环境。

### （一）明确粤港澳大湾区的法律性质与合作模式

作为粤港澳大湾区战略实施的基础性法律文件，CEPA 协议实施之初，对其法律性质的讨论可谓聚讼盈庭，学者各持己见，长期未能达成一致观点，而在 CEPA 协议文本中也未对其法律性质以条文形式作出规定，CEPA 协议法律性质的诸多争议对于其他条款的制定，以及协议在现实中的实施适用均带来了一定阻碍。所以，应当以此为鉴，首先明确粤港澳大湾区战略其多边性经济合作的法律性质，为相关法律法规的修订以及新合作协议的签订提供相应法律基础和法理依据。传统意义上的区域性投资贸易安排都是在主权国家之间达成的，而粤港澳大湾区自由投资贸易安排却是在一个 WTO 的主权国家成员方与隶属于该国的多个单独关税区之间实施的，因此，宜将粤港澳大湾区归入自成一类的以区

域经济一体化为目标的特殊性自由贸易区，并将其“一国主权范围内的区域性自由投资贸易制度安排”的基本法律性质在相关法律法规或合作协议中予以规定。

基于粤港澳三地社会、政治、经济体制的差异，与双边合作相比较，实行多边合作可能更具复杂性，将涉及更多的政治及制度协调问题，投资贸易争端一旦发生解决起来也会更加困难。粤港澳之间虽然在社会制度、政治经济体制上有所不同，但是，彼此间人文历史文化却是一脉相承，有着源远流长的地缘、史缘和亲缘关系，加之近些年来粤港澳地区经济以前所未有的速度融合发展，三地在投资、贸易、金融、交通、工业、旅游等领域越加紧密的相互协作，并且CEPA作为改革开放和“一国两制”方针的成功实践，业已取得突出成效，为今后粤港澳之间趋于统一化的投资贸易制度安排奠定了一定的理论经验与制度基础。所以，建议未来本着“先易后难、共同协商、逐步推进”的原则和策略，勇于更多地采取多边合作形式，通过多边合作将粤港澳大湾区内部经济有机联系起来，践行开放式、联动式、互补式的协调发展模式，在湾区内率先形成高度自由开放的经济体制和高效的市场资源配置能力。

## （二）致力于建设“可持续发展友好型”的法治营商环境

近年来联合国贸发会议（UNCTAD）所提出的“协定要素”虽不作为各国投资贸易谈判的基础和具有普遍性指导意义的BIT范本，但却是集各国BIT谈判实践经验之大成，最为重要的是“协定要素”倡导各国签订“以可持续发展为导向”的BIT协定，这在一定程度上反映出将来BIT合作的现代理念和发展趋势。其主要表现在：①投资者义务与责任条款，要求投资者在投资过程中遵守东道国法律，要求投资者担负起与之相应的企业社会责任；②“母国措施”条款，要求投资者母国制定“负责任投资”的措施；③“特殊与差别待遇”条款，这是对缔约方为不发达国家的选项，要求不发达国家或地区所应负有的条约责任要与其自身社会经济发展水平相适应。此类创新性条款意在从基础结构的层面修正传统BIT协定中外国投资者与东道国，资本输入国与输出国之间的利益不平衡，在“保护和增进投资”的同时，强调外来投资对东道国社会经济可持续性发展的作用，避免以牺牲东道国资源环境为代价的“过度开发”，并要求投资者承担起应有的企业社会责任，最终实现东道国与投资者双方共赢的良好局面。不同于传统意义上简单强调和推进“投资自由化”的观念，“以可持续发展为导向”的经济合作模式有利于东道国创设绿色健康的投资环境，也符合外来投资者的切身利益，是和谐发展状态下利益均衡的新合作模式。在建设粤港澳大湾区法治营商环境过程中应当积极融入和对接当前国际最新的、最先进的、最高标准的自由投资贸易理念、原则和规则，尝试采取利益均衡、友好协作的投资贸易合作新模式，为实现粤港澳大湾区长期可持续性发展奠定相关制度理论基

础。

### （三）采用负面清单+准入前国民待遇的外资管理模式

中国自由贸易试验区战略中最大亮点在于负面清单+准入前国民待遇的外资管理模式，该制度创新一方面能够推进国内市场的对外开放，提升我国市场在国际中的竞争力和吸引力；另一方面为我国当前行政管理体制的“放管服”改革“先行先试”，积累实践经验和奠定理论基础。负面清单管理制度是我国市场对接国际高标准投资贸易规则、塑造法治化营商环境的集中体现，也代表了未来一段时期内我国市场经济对外开放的主要改革方向。在粤港澳大湾区建设中要敢于对中国自由贸易试验区现行负面清单进行更多创新和发展，拟定更加高标准、国际化、法治化的负面清单，加快推进粤港澳大湾区外资管理模式的规范化、标准化和统一化进程。为此具体建议如下：

#### 1. 遵循国际惯例拟定负面清单

在我国负面清单仍属探索试验阶段，缺少充分的理论与实践经验，而在国际社会中负面清单经过长期实践现已形成了一系列国际惯例，这些理论与实践经验能够帮助我国负面清单管理模式得到进一步完善和发展。另外，通过接轨国际惯例提升本国负面清单的国际化水平，可让更多国家和外商认可和接受我国的负面清单，也是我国负面清单未来改革创新的主要方向。例如，当前国际通行的负面清单分类标准是按照联合国产品总分类——CPC产业分类标准，WTO承诺减让表就是依照联合国产品总分类进行的设定，而中国自由贸易试验区负面清单则是采用的国民经济行业分类标准，该做法虽然与国内备案管理制度相适应，但却违背了国际惯例，鉴于国际BIT负面清单谈判仍主要是以联合国产品总分类为标准（例如目前的中美BIT谈判），所以应尝试变更我国负面清单的分类标准，可在粤港澳大湾区中“先行先试”联合国CPC产业分类标准，从而在接轨国际的同时推进我国与他国家间的BIT投资谈判。

#### 2. 增强负面清单透明度

当前，中国自由贸易试验区负面清单中仍有诸多特别管理措施尚未明确具体的限制性条件，例如“负面清单限制外商投资大米、面粉加工到底应怎样限制？是限制股比、产量还是经营者资质？对于需要前置审批、递交书面申请的投资方案，中央各部委还未对开放准入资质和经营者资格做出明文规定，类似限制性条款均需作出明确说明”。另外，许多限制性措施仅仅是注明“限制”字样，而对于“限制”一词却无进行更加详细的阐明，这无疑给予了限制性条件以无限可能，过度宽松、泛泛、不严谨的兜底性表述只会降低法规的可行性、有效性与可预见性，并增加条款实施适用过程中的不确定性。所以，我国负面清单透明度问题至今依然存在，对此需要引以为戒，在建设粤港澳大湾区法治营商环境中予以改进，对于先前中国自由贸易试验区负面清单中所缺失的限制

性措施说明条款要在粤港澳大湾区负面清单中给予补充和完善，明确相关内容并提供相应的法律依据，提高负面清单的透明度。

### 3. 尽快修订国内相关法律，为粤港澳大湾区负面清单的实施提供顶层法治保障

要在粤港澳大湾区中完善我国现行负面清单则必须要加快对本国外商投资法的修改进程，尽快修订现行《外国投资法》并出台新版《外商投资产业指导目录》，减少和避免不同法规对同一投资领域规定相互冲突的情形，化解粤港澳大湾区负面清单实施过程中来自国家层面的法律制度障碍，理清负面清单与同位法和上位法之间的法律适用关系。

#### （四）探索高水平跨域知识产权保护

TPP 第 18 章在 TRIPS 协议基础之上对知识产权进行了更严格、更全面、更高标准的规定，例如在商标权方面，增加了企业和个人在市场为区别与其他产品所使用标志的保护，并将地理标志作为商标给予保护；在制药方面，规定“以保护公共健康为本意的措施不应受到阻挠”，比如对于艾滋病专利药品的合理使用，这使得对知识产权保护不仅停留于法律层面，更具有了人文关怀；在著作权方面，对作品保护期不再按照自然人寿命计算，由之前的不得短于发表之年年底起的 50 年改为 95 年，延长了知识产权保护期间，同时对信息技术保护与虚拟权利管理进行了合理的制度安排，计划在互联网服务中建立起规范化的网络知识产权交易机制。对接高标准的知识产权保护规则，建议通过补充完善 CEPA 协议或专门签订双边或多边形式的粤港澳大湾区知识产权保护协议，加强粤港澳大湾区知识产权保护，营造更加良好的法治营商环境。在具体条款内容上不但要详细规定关于粤港澳知识产权保护的基本原则和市场主体行为规范，还应阐明粤港澳政府应当承担和履行的知识产权保护义务以及其所采用的保护标准，在文本理念上更要具有一定的超前性，融入人性化设计，体现公众对知识产权的深刻需求，有志于作为范例为“一带一路”中的跨域知识产权保护合作以参考借鉴。

#### （五）试行高标准和宽范围的劳工保护规则

TPP 第 19 章劳工章节不仅限于 ILO《基本原则和权利宣言》已确立的国际劳工标准，更包含了最低工资、工时和职业健康与安全标准、对于移民劳工给予与本国国民相同的法律保护等内容，例如在《加秘劳工合作协议》中不仅声明对 ILO《基本原则和权利宣言》所确立的基本原则和权利仍负有承诺，更将为本国及外来移民劳工提供“最为基本的劳工权利保护”，另外，TPP 以“不减损”或“渐进的不减损”作为实施劳工保护的基本原则，适当降低部分发展中国家短时期内无法全面满足高标准劳工保护要求的难度，通过因地制宜调整适用使得 TPP 高标准劳工保护措施能够被更多国家和地区所接受。对于粤港澳大湾区

劳工保护制度的建立，建议参考《国际劳工组织关于工作中的基本原则和权利宣言》的核心文本内容补充完善相关法律法规，在粤港澳大湾区劳工保护制度的具体规范内容上应当包含国际社会公认的基本劳动权利和劳动义务，例如最低工资待遇、工作时间安排、职业安全指引等规定，既要坚持当前国际社会所普遍推崇的对劳工权益保护的高标准和宽范围，又要同时体现一定的包容性和渐进性，保证对劳工权益的保护符合粤港澳地区悠久的历史文化遗产以及目前社会经济发展的实际状况。

#### （六）重视投资环境保护，践行绿色发展理念

TPP 第 20 章对投资中的环境问题进行了阐述，虽篇幅有限，但见微知著，我们仍可从其中窥探出整个 TPP 协议的基本思路。首先，TPP 将环境作为“贸易品”进行规定，其中一类是直接性规定，例如将其重点放置于对野生动植物的保护上，目的是针对全球生态系统的保护；另一类是对于各类贸易品中“排放”要素的规定，TPP 要求生产及供应链采取全程监控，出于环境保护的严格要求，各成员国所生产的商品应当符合“全生命周期”的绿色化。其次，是将环境作为“贸易规则”进行规定，对此也分为两大类，一类是投资贸易规则中所包含的环境保护性条款，另一类是直接针对自然环境本身进行的规定。前者当前主要是确立了相关基本原则，其中最为重要的是 TPP 成员国“鼓励和发展投资贸易不以削减本国环境保护法律力度为代价”原则，该原则所隐含的意思是所有成员国在发展经济过程中应按照其所能执行的最高标准来保护环境，否则将面临违约的风险和结果；后者则主要是要求投资者在生产过程中对自然生态环境的尊敬和保护，具体包括对森林、海洋、河流、大气等主要生态系统的保护，这直接关乎人类命运共同体的构建和发展。除了上述特点外，TPP 环境保护“公众参与”条款也显得尤为突出，通过强调“公众参与”TPP 将成员国在对外投资贸易中的环境保护方式进行了列明并要求融入到本国的环境保护制度之中，通过“公众参与”条款 TPP 不仅是要推动各国环境保护程序、规则、结果和标准上的统一，更是要实现保护方式方法上的一致性，广义上由单纯的环境问题演变成了一种社会制度问题，但就鼓励公众参与环境保护而言其努力方向无疑是正确的，有利于一国环境保护政策的推广实施受到普遍的社会关注和民众支持，通过民主自治性的广泛参与及协作管理还会有效提升一国环境保护的质量水平。

对接高标准国际投资贸易环境保护制度，未来对于粤港澳大湾区的自然环境保护要重点体现“大环境”的概念，在相关法律法规中应当涵盖农林牧渔、陆地海洋环境、臭氧层保护、能源及生物多样性、环境产品与服务等内容，并要明确政府和市场主体在投资贸易过程中对环境保护所需承担的责任义务，既要包含政府层面的行政工作，也要体现企业的社会责任，而对于一些重大环境

保护问题需要加强政府间的沟通协作，依靠政府协商妥善解决粤港澳大湾区跨境投资贸易中的主要环境保护分歧。另外，要努力确保对粤港澳大湾区投资环境保护的公众参与和信息公开，建立和完善公众参与程序、参与机制、意见递交制度，保障公众可以对粤港澳投资贸易中的环境问题进行广泛社会监督。在责任承担部分，可以考虑引入贸易争端解决机制，增强环境保护条款对缔约各方及私人投资者的法律强制约束力。通过制定规则、民众参与、社会监督等举措将粤港澳大湾区建设成为具有国际示范意义的绿色型经济湾区。

#### （七）设立粤港澳大湾区投资争端解决机制

对于外来投资者与当地政府间的投资争端，由于粤港澳大湾区是一国主权范围内多个单独关税区之间的经济合作，在此框架下发生的投资争端尚不属于他国国民与一国政府间的投资争端，基于政治因素和缺乏足够的理论支撑而无法直接援引适用国际通行的 ICSID 仲裁制度。截止目前，政府之间以及外来投资者与东道国政府之间的投资争端，CEPA 协议依旧采用在联合指导委员会框架内的协商调解模式，单一且非专业化的处置方式已然无法满足伴随粤港澳经济快速发展而日益增多的跨境投资争端需求，况且调解作为一种“软性”争端解决办法对投资者的保护力度远不及于仲裁，并不像仲裁裁决具有一定的强制执行力，CEPA 协议实施至今仍未能建立起一套与粤港澳间合作发展相适应的、独立的投资争端解决机制，无疑成为其制度设计上的一大缺憾。与之比较，NAFTA 设立了包括自由贸易委员会、秘书处、专门委员会、工作组、专家组等专业性机构在内的较为完整的组织体系，在 NAFTA 的投资争端解决机制中，采取了外交谈判与法律方式并用，程序与实体规则相结合的方法，为北美自由贸易区的建立及发展提供了有效的法治保障，NAFTA 与 CEPA 协议同属于区域经济一体化的自由经贸安排，它的专家小组组成及裁决执行程序无疑对粤港澳大湾区投资争端解决机制的建立与完善具有较强的现实借鉴意义。今后应当在 CEPA 协议基础之上，考虑借鉴已成功实践的国际经验，探索与粤港澳大湾区战略自身属性相适应的，且更加高效便捷、公平公正的投资争端解决方式，以便平衡好本地政府与外来投资者之间的各方利益，为在粤港澳大湾区发生的境外投资者与本地政府间的投资争端提供更为有效的事后救济。

对于在粤港澳大湾区发生的私人投资者间的民商事法律争议，则可遵循“当事人意思自治”原则由当事人自由协商选择准据法，这与国际商事合同争议的法律选择国际惯例相一致。同时，可积极引入临时仲裁制度以供粤港澳投资者自主选择适用，通过临时仲裁为私人投资者之间的商事争议提供更加经济、高效、便捷的法律服务。

#### （八）完善国有企业竞争中立制度

在 2012 年美国 BIT 文本中，认为中国国有企业涉及非战略性行业领域，利

用国家资源和不透明的政策优势获取了大量市场资源，这在很大程度上削弱了外资企业在华竞争力，在此文本中从“下放政府权力”“国内技术要求”“行业标准制定”等3个方面对国有企业参与市场竞争进行了规定，尤其是对“被授权政府职能的国有企业”的基本概念作出定义。虽然美国BIT范本中的国有企业条款带有明显的对华色彩，但也不可否认竞争中立已然成为国际高标准投资贸易规则的重要组成部分，例如TPP协议中第16章《竞争政策》第16.1、16.4、16.7条与第17章《国有企业与指定垄断》17.3、17.4、17.6、17.7、17.8、17.13等条款对国有企业中立竞争均进行了规定。同样，欧盟的国有企业透明度审查机制也日益完善，依靠《欧盟运作条约》第101条：禁止卡特尔条款，规定市场竞争者之间任何形式的合作，无论是正式还是非正式，只要有限制竞争的目的或将产生限制竞争的结果都将被予以禁止。况且，竞争中立原则对于防止国有企业市场垄断、塑造公平公正的市场竞争环境、增强东道国对外商投资的吸引力都有一定的积极作用，所以我们应当对近年来在国际市场中新兴的竞争中立制度保持客观理性的态度，并采取积极主动的方式予以应对，切不可一味地排斥和回避。

将来可通过协议形式或完善相关法律法规在粤港澳大湾区“先行先试”与本国国情相适应的，并有利于粤港澳大湾区经济发展的竞争中立制度，例如“明确政府对国有企业的行政管理权限，不对国有企业日常经营进行过度行政干预；规定国有企业对其内部员工和社会发展负有相应的责任；对于任何针对国有企业的优惠政策都需要按照一定程序和标准进行审查，合理判断国有企业政策实施的必要性；要求在国有企业治理体系结构中，清晰界定政府管理者、公司所有者和市场竞争参与者的各自角色和职能；将为应对全国或全球经济中的突发性状况，而采取临时性措施的国有企业竞争中立例外情形进行列明等等”。作为对接国际高标准投资贸易规则的重要内容，国有企业竞争中立制度的建立与完善直接关系粤港澳大湾区能否顺利融入世界经济格局，有力提升自身国际市场竞争力，以及建设良好法治营商环境的重要议题，粤港澳大湾区作为新时期我国改革开放的前沿阵地应当勇于尝试和开拓创新。

#### （九）尝试引入TISA金融服务贸易规则

一方面，TISA协定致力于推动缔约方金融服务贸易市场的对外开放，例如在核心文本中引入禁止逆转机制，其中棘轮条款要求“对于任何缔约方以单边自主方式做出的贸易投资自由化措施，下一回合谈判将会自动纳入协议之中并永久受其约束”；而冻结条款则规定“缔约方应当承诺从本协议生效实施起，不得制定实施比以往更为严格的新投资贸易限制措施”。冻结条款与棘轮条款通过限制缔约方制定新的特别监管措施，以及将有利于投资贸易自由化的措施予以“固化”，缔约方投资贸易自由化承诺一旦做出，将永久受其约束且不得退回，

从而推动全球服务贸易自由化不断迈向更高水平。另一方面，TISA 协定遵循采取审慎的金融监管模式，在倡导缔约方金融市场对外开放的同时，还注重对其本国经济安全和国家利益的维护，意在实现金融市场对外开放与国内经济秩序稳定状态下利益均衡的发展模式。例如附件第 9 条规定“缔约方应允许外国公司引入新的金融产品或服务，除非会引起缔约方为此制定新的法律或修改原有法律，同时，若缔约方政府能够事先证明该金融产品或服务的引入会对本国金融安全带来威胁，本条款将出于审慎监管原因允许缔约方拒绝引入该项金融产品或服务”，通过该条款可看出，TISA 协定在鼓励新金融产品或服务引入缔约方，丰富缔约方金融服务贸易产品种类、扩大缔约方金融市场对外开放的同时也表现出对其国内金融市场安全的关注。

2015 年内地分别与香港、澳门政府签署《内地与香港 CEPA 服务贸易协议》《内地与澳门 CEPA 服务贸易协议》，这是内地与香港、澳门之间以负面清单+准入前国民待遇方式全面开放服务贸易领域的自由经贸协议，然而该《协议》对于金融服务贸易市场的开放程度与 TISA 协定的高标准、高要求依旧存在一定距离，例如对跨境金融机构的设立变更存在保留性限制措施等，而且《协议》仅有第 6 条有关金融审慎监管的原则性条款，而缺少包括例外情形规定在内的更加明确具体的审慎监管规则性条款，对标 TISA 协定粤港澳金融服务贸易市场在开放力度、审慎监管措施等方面仍有进步提升的空间。将来在 CEPA 协议中可适当融入 TISA 协定中关于推进金融服务贸易自由化的理念、原则和规定，在宏观审慎监管制度框架下“先行先试”各项金融制度创新，使金融服务贸易自由化与金融市场有效监管在对立统一的基础之上实现动态平衡，在粤港澳大湾区率先形成高度发达、协调发展、运作规范的金融服务贸易市场体系，使其能够作为重要的金融服务贸易平台为“一带一路”建设提供投融资服务和资金支持，以金融服务贸易为“桥梁”促进两大战略间的有效对接。

#### （十）构建粤港澳大湾区事中事后监管体制

2016 年上海市政府印发了《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区和浦东新区事中事后监管体系建设总体方案》，依据该方案未来一段时期内上海自由贸易试验区将在引导行业自律、探索业界自治、推动社会监督、加强政府监管、强化专业监管、创新监管体制机制、创新监管方式方法、加强监管基础平台建设等 8 个方面完善行政管理事中事后监管体系。与之相同，对于粤港澳大湾区而言，构建开放型经济新体制同样需要完备的事中事后监管制度作保障，在市场开放、投资自由、贸易便利的同时切实维护好粤港澳地区的社会经济秩序，实现粤港澳大湾区战略规范、有序、常态化的可持续性发展。对此可参考借鉴我国自由贸易试验区的实践经验，通过协商事先拟定《粤港澳大湾区事中事后监管总体方案》，并据此方案逐步制定出台相应的实施细则，在总体目标、基本

原则、主要任务、保障措施、例外规定等方面逐步建立和完善粤港澳大湾区事中事后监管体制。

## 五、结语

湾区经济是当今全球最顶尖的经济形态，代表着一个地区在全球化时代的国际经济地位，旧金山湾区、纽约湾区、东京湾区正是这类湾区经济的代表。但粤港澳大湾区又不同于传统意义上的经济湾区，它是一国主权范围内多个独立关税区之间具有明显自由贸易区特征的自由经贸安排，自身有着政治和经济上的特殊性。因而需要根据粤港澳大湾区的法律性质和地域特点，通过多种方式、各方共同努力建设与之相应良好法治营商环境，贯彻落实“依法治区”“法治先行”的理念和原则，实现粤港澳大湾区建设运营的法治化、市场化和国际化，可以说良好的法治营商环境是粤港澳大湾区战略建设常态化的基本保障。通过对接国际高标准投资贸易规则率先构建开放型经济新体制，各项制度创新可本着“先易后难、逐步推进”的原则在本区内“先行先试”，对于成功实践的制度安排则可在更广范围内复制推广，从而形成趋于统一的规则 and 标准，进一步消融内地与港澳之间的经贸制度壁垒，真正实现跨境投资贸易的自由化。另外，粤港澳大湾区法治营商环境的建设历程和制度创新经验还可作为范例推广和服务于“一带一路”沿线的自由贸易区建设，推动“一带一路”法治保障体系的构建。未来一段时期，应以建设粤港澳大湾区良好法治营商环境为契机将“一带一路”、粤港澳大湾区、中国自由贸易试验区等多个国家战略进行深度融合与对接，形成统筹协调的有机整体，协力推动新时期中国改革开放战略向前发展。

## 粤港澳大湾区城市群建设中的法律冲突与法律合作

张淑钊

《港澳研究》2017-03

在2017年3月5日举行的第十二届全国人大第五次会议上，李克强总理在《政府工作报告》中首次提出“粤港澳大湾区城市群发展规划”，指出“要推动内地与港澳深化合作，研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划，发挥港澳独特优势，提升在国家经济发展和对外开放中的地位与功能”。这是“粤港澳大湾区城市群”在《政府工作报告》中被首次正式提出，并被细化到“研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划”的层面，意味着粤港澳大湾区城市群建设被纳入国家顶层设计，是从国家发展战略层面作出的重要部署。在《政府工作报告》对粤港澳大湾区城市群建设提出框架性设计和要求的条件下，如何实现粤港澳大湾区城市群的发展，需要粤港澳三地在全面准确贯彻“一国两制”的基础上，正确认识粤港澳大湾区城市群的法律特点和法律冲突，并行推进三地经济合作与法律合作，以构建和完善有利于粤港澳三地人员、资本、货物、信息自由流

通的制度环境。

#### 一、粤港澳大湾区城市群的法律特点

“一个国家、两种制度”是粤港澳大湾区城市群最显著的特点。

“一个国家”指中华人民共和国。粤港澳大湾区是在一个主权国家之下三个地方行政区域之间建立的湾区城市圈。根据香港基本法第1条和澳门基本法第1条规定，香港特区和澳门特区是中华人民共和国不可分离的部分；根据香港基本法第12条和澳门基本法第12条规定，香港特区和澳门特区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域，直辖于中央人民政府。根据宪法第30条规定，“中华人民共和国的行政区域划分如下：（一）全国分为省、自治区、直辖市……”，广东省属于中央政府之下的一级地方行政区域。因此，粤港澳大湾区建设是在一个国家之下三个一级地方行政区域之间开展的区域合作。基于“一个国家”原则，粤港澳三地具有共同的国家利益，相互之间不存在根本性利益冲突，三地可尽最大可能与最大努力推进深度合作。这一点，已为迄今为止粤港澳三地合作取得的丰硕成果所印证。从《粤港合作框架协议》《粤澳合作框架协议》到内地与港澳《关于建立更紧密经贸关系的安排》（以下简称“CEPA”）及其多项补充协议的签订和实施，均是在“一个国家”框架下推进粤港澳三地合作发展的有力措施。2016年6月1日正式实施的内地与香港《CEPA服务贸易协议》成为首个内地全境以准入前国民待遇加负面清单方式向香港全面开放服务贸易领域的自由贸易协议，标志着内地全境与香港基本实现服务贸易自由化。2017年6月28日签署生效并将于2018年1月1日正式实施的内地与香港《CEPA投资协议》更是内地首次以“负面清单”方式签署的投资协定，据此，内地在市场准入方面再次单独对香港采用“负面清单”开放方式，使得香港继续保持内地对外开放的最高水平。这些都是三地在“一国”之下基于相互信任与全面深入合作发展所取得的可喜成果，也进一步夯实了粤港澳大湾区城市群建设的基础。可见，坚持“一国”原则，维护共同的国家利益，是推进粤港澳大湾区城市群建设的重要前提。

“两种制度”指香港和澳门实行资本主义制度，广东省实行社会主义制度。粤港澳大湾区城市群是实行两种不同制度的地方行政区域之间的合作。粤港澳大湾区城市群建设中，三地有着不同的制度优势。一方面，根据香港基本法和澳门基本法的规定，香港特区和澳门特区保持原有的资本主义制度和生活方式，保留原有的不与基本法相抵触的法律制度，享有比内地省市更大的高度自治权。同时，港澳基本法授予香港特区和澳门特区一定的参与国际组织、缔结国际条约的权力，充分保障了港澳特区在一个国家之下享有的两制优势。以香港为例，为保障香港的国际金融中心地位，香港基本法从多个方面给予了香港特区在国际金融方面的制度便利与制度优势。香港基本法第109条规定，“香港特别行政

区政府提供适当的经济和法律环境，以保持香港的国际金融中心地位”；第 110 条规定，“香港特别行政区的货币金融制度由法律规定。香港特别行政区政府自行制定货币金融政策，保障金融企业和金融市场的经营自由，并依法进行管理和监督”；第 111 条规定，“港元作为香港特别行政区法定货币，继续流通”；第 112 条规定，“香港特别行政区不实行外汇管制政策。港币自由兑换。继续开放外汇、黄金、证券、期货等市场。香港特别行政区政府保障资金的流动和进出自由”；第 113 条规定，“香港特别行政区的外汇基金，由香港特别行政区政府管理和支配，主要用于调节港元汇价”。据此，回归后的香港得以继续保持其国际金融中心的地位。在司法互助方面，香港特区充分运用中央授予的部分对外事务权，积极参与国际司法互助事项。截止到 2016 年 2 月 19 日，香港特区共与澳大利亚等 29 个国家签订了《刑事事宜相互法律协议》；截止到 2016 年 5 月 24 日，香港特区共与加拿大等 19 个国家达成《移交逃犯协定》；截止到 2016 年 8 月 19 日，香港特区共与比利时等 15 个国家达成《移交被判刑人协定》，有力巩固了香港良好的法治环境。就澳门而言，澳门基本法第 118 条规定，“澳门特别行政区根据本地整体利益自行制定旅游娱乐业的政策”，为澳门打造世界旅游休闲中心提供了制度保障。另一方面，广东作为内地改革开放的试验田，是内地很多政策和措施先行先试的地点。以 CEPA 为例，在 2004 年到 2013 年十项 CEPA 补充协议中，广东省先行先试了非常多的特殊政策。例如，2009 年 CEPA 补充协议六中实行的有关服务贸易的 29 项具体措施中，约三分之一在广东先行先试。2003 年 CEPA 允许深圳和广州对香港律师所在深、广设立代表处探索实行代表无最少居留时间的要求，这一做法在 2006 年 CEPA 补充协议三签订时得以推广适用到内地其他城市。2009 年 CEPA 补充协议六允许广东率先开展与香港律师所的联营合作，这一做法在 2012 年 CEPA 补充协议九中推广到内地其他城市。2017 年 1 月 9 日最高人民法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》第 10 条明确采纳了广东省先行先试的港籍陪审员制度，允许所有自贸区法院“在审理涉自贸试验区案件时，当事人一方或双方为港澳台民事主体的，可以探索选任港澳台居民作为人民陪审员参加合议庭”。据此，广东先行先试优惠政策的优势，将为粤港澳大湾区城市群建设提供极其有利的制度空间。

回顾历史可以看出，粤港澳的成功合作一直建立在充分利用三地不同制度优势的基础上。20 世纪 70 年代，粤港两地在资本、土地、劳动力等要素价格上存在巨大落差，广东引入香港的“三来一补”以及三资制造企业，开启了两地资本、人员和信息等生产要素的流动，使得香港的资金、技术、管理与珠三角的劳动力和土地等资源结合，形成“前店后厂”的模式。20 世纪 90 年代，两地合作从制造业走向服务业，从“前店后厂”走入“店厂合一”，粤港合作进入新的阶段。可见，粤港澳大湾区不是一般的地方行政区域合作，而是在实施两种

不同制度、具有不同制度优势的地方行政区域之间开展的合作，应充分发挥“一国两制”下港澳基本法赋予港澳特区的制度和管治优势，发挥香港和澳门作为内地与世界“超级联系人”的作用，借助广东省在内地多项政策措施先行先试的试验田优势，实现三地更有突破性的制度优势互补，共同推进粤港澳大湾区城市群的建设。

## 二、粤港澳大湾区的法律冲突

粤港澳大湾区城市群建设是在不同法系、不同法律制度下开展的区域合作，法律冲突是粤港澳大湾区城市群区域规划时面临的重要问题。众所周知，粤港澳三地虽同为一个主权国家下的地方行政区域，但却属于不同的法系，实行不同的法律制度。广东省是内地法域的组成部分，实行类似大陆法系的法律制度；香港为英美法系，具有普通法传统；澳门秉承葡萄牙法律传统，属于大陆法系。港澳回归后，根据港澳基本法的规定，除列于基本法附件三的全局性法律外，其他全局性法律不在港澳特区实施，香港和澳门继续保留原有的不与基本法相冲突的法律制度，实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。据此，港澳特区在民商事、行政管理和刑事法律方面自成独特的法律制度，与内地法律存在全方位的法律冲突。

粤港澳大湾区城市群建设是在《粤港框架协议》和《粤澳框架协议》已经实施了多年，粤港澳已经在经济领域实现了一定协同和合作发展的背景下提出的，就此而言，粤港澳大湾区建设中面临的法律冲突问题，已经不仅仅限于区际私法意义上的民商事法律冲突问题，更进一步体现为三地在立法、司法、行政与经济管理法律制度的深层冲突问题。以粤港澳金融业合作为例，香港金融业实行混业经营，银行资金进出证券市场不受限制，但内地金融业实行分业经营，银行、证券、保险分开，银行资金不允许进行证券交易，也不能涉及保险；香港对外汇管制几乎没有任何限制，内地却实行结售回执；香港实行联系汇率制，内地实行有管理的浮动汇率制，两地金融管理法律制度存在全面冲突。又如金融业监管中，两地证券部门对金融监管的合作仅仅只能解决公司上市行为、融资活动等程序问题，但拥有法定执行权的香港证券及期货事务监察委员会如果要调查内地企业，必须得到内地证监会配合，这就涉及两地管辖冲突及合作问题。

由于法律冲突而可能引发的合作困难问题，目前已经在多个事件中凸显。例如内地与香港高铁“一地两检”问题，引发香港部分人士对两地执法权行使及其冲突的高度关注和讨论，使得一项有利于香港发展的基础设施建设问题演化成为政治问题。港珠澳大桥环境影响评估报告引发香港特区法院司法复核案，特区政府虽最终获得胜诉，但诉讼仍然导致大桥香港段工程进度暂停，造价增加。最新的内地与香港《CEPA 投资协议》采用负面清单模式，涉及到内地有关

外商投资以及监管的法律法规协调问题。但面对粤港澳法律冲突，三地目前仍缺乏解决法律冲突的更高层的协调机构与路径。在行政管理层面，三地虽同属中央人民政府，但根据港澳基本法的规定，全国人民代表大会授权特区依照基本法的规定实行高度自治，依照有关规定自行处理特区的行政事务；在立法层面，特区享有立法权，特区立法机关制定的法律须报全国人大常委会备案，备案不影响该法律的生效。全国人大常委会可将不符合基本法关于中央管理的事务以及中央与特区关系条款的法律发回；在司法层面，特区享有独立的司法权和终审权，全国人大常委会享有对基本法的解释权，但有关特区自治范围内条款的解释权也授予了特区法院；在法律实施的层面，除了列入基本法附件三的全局性法律外，其他全局性法律不在特区实施。这意味着，粤港澳大湾区城市群建设虽纳入到了中央的顶层设计，但如何跨越法律制度的冲突进行跨区域规划的协调，仍然需要探索。

### 三、粤港澳大湾区城市群的法律合作

经济合作一直是粤港澳合作的重点。从最早的 CEPA、《粤港合作框架协议》和《粤澳合作框架协议》到最新的内地与香港《CEPA 投资协议》，经济合作一直是粤港澳合作的重点。但在伴随着经济合作深入发展的同时，粤港澳三地的法律合作也逐步推进，并取得了丰硕的成果。

一方面，粤港澳法律合作层面多样化。迄今，粤港澳在三个不同的层面开展法律合作。一是作为内地与港澳法律合作政策的试验田，在内地与港澳法律合作框架下试点粤港澳法律合作特殊政策。前已述及，在 CEPA 框架下，广东先行先试了部分内地与港澳律师业合作的特殊政策。在这一层面的粤港澳法律合作中，粤港澳法律合作服从于整个内地与港澳法律合作的步骤和需求，内容上侧重于整个内地与港澳的司法协助和律师业合作。二是广东省作为单独一方与港澳开展粤港或粤澳法律合作。以粤港法律合作为例，2009 年 8 月粤港签署了包括《关于推进前海深港现代服务业合作的意向书》在内的 8 项合作意向书，开启了由广东省作为单独一方与香港开展法律合作的新局面。标志性的成果是 2010 年 4 月 7 日签署的《粤港合作框架协议》，该《协议》第三章“现代服务业”第 7 条专门规定了粤港法律事务的合作，内容包括建立沟通机制，就涉及双方合作项目的立法建议相互通报和咨询，建立法律事务协调机制，支持两地法律专业服务机构开展业务往来，等等。最新的发展是 2015 年，粤港签署了《在广东省对港澳基本实现服务贸易自由化协议》，其附件 1 对两地服务业合作采用了负面清单方式，对法律服务业仅保留有限的限制性措施。三是在广东自贸区内进行的粤港或粤澳法律合作。广东自贸区成立后，以深圳前海、珠海横琴和广州南沙为基点，在仲裁业、调解业和审判事务等内地与香港或澳门以往未有涉及的法律领域探索拓展新的合作空间的可能性。以深圳为例，2015 年 7 月的深

圳《中国（广东）自由贸易试验区深圳前海蛇口片区建设实施方案》，提出包括推动前海粤港澳律师事务所联营、支持前海法律服务业集聚发展的专项政策等内容。

另一方面，粤港澳法律合作内容多样化。首先，在区际司法协助方面，迄今为止，内地与香港签署了送达、取证、仲裁裁决执行、协议管辖民商事判决的承认与执行、婚姻家庭判决的承认与执行五项区际司法协助安排。根据 2016 年 3 月最高人民法院与香港特区律政司签署的《会谈纪要》，两地还将在 2017 年底前签署相互认可和执行非协议管辖民商事判决的安排。内地与澳门签署了送达与取证、仲裁裁决承认与执行、民商事判决承认与执行三项区际司法协助安排。香港与澳门签订了移交被判刑人、仲裁裁决认可与执行两项安排。广东省是开展内地与港澳区际司法协助的重镇。数据显示，2012 年，广东受理的涉港澳民商事案件数量占全国的 4/5，与港澳开展区际司法协助的数量占全国的“半壁江山”。2015 年广东省审结涉外、涉港澳台民商事一审案件 9040 件。2016 年广东省办理涉港司法文书送达案件 835 件，占全国涉港澳司法文书送达案件的 42%。其次，在其他法律业合作领域，粤港澳三地逐步将法律合作扩大到律师业、审判事务、调解、仲裁等其他法律事务领域。在律师业方面，允许港澳律师所在广东设立代表处；允许取得内地律师资格的港澳居民在内地从事法律职业；允许港澳律师所与内地律师所联营；允许港澳律师所与内地律师所合伙联营以及其他形式合作。在审判实务方面，聘请港澳籍陪审员和调解员。2014 年 11 月，广东南沙法院选任了 3 名港籍人士担任港籍陪审员，参与涉港案件的审理。此后珠海横琴法院以及深圳前海法院也分别于 2015 年 10 月与 2016 年 7 月选任了首批港澳籍陪审员。仲裁业方面，允许港澳人士多角色参与仲裁业的发展。以深圳国际仲裁院为例，深圳国际仲裁院允许香港人士担任仲裁院理事会理事、仲裁庭的仲裁员、代理人以及仲裁中的调解员等。在调解业方面，2013 年 12 月，深圳国际仲裁院调解中心联合深圳和粤港澳地区 12 家主要商事调解机构共同创立了粤港澳商事调解联盟。2015 年 4 月，珠港澳三地调解仲裁机构共同发起成立了“珠港澳商事争议联合调解中心”。这些合作措施极大地推进了粤港澳三地法律合作的深度与广度。再次，在立法以及制度构建方面，三地互相借鉴彼此以及国际社会立法的先进经验，促进三地立法与制度的逐步趋同化。以广东深圳为例，《深圳经济特区欠薪保障条例》借鉴香港欠薪保障立法的规定，在内地率先建立“欠薪保障金制度”；《深圳经济特区住宅物业管理条例》是内地首部物业管理法规，无论是物业的概念还是条例中的许多具体内容，都源自香港，并成为后来国家物业管理条例的立法蓝本。2011 年深圳《前海条例》第 5 条更是明确规定，“前海合作区应当借鉴香港等地区和国际上在市场运行规则等方面的理念和经验以及国际通行规则和国际惯例开放、建设和管理”，随后，

深圳借鉴香港法定机构制度，成立了内地首个法定机构——深圳前海深港现代服务业合作区管理局，对推进前海合作区的统筹发展发挥了重要作用。

但是，与经济合作的大步向前不同，粤港澳法律合作仍然存在很多问题。首先，粤港澳区际司法协助的层面仍然需要扩展与完善。《内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》仅仅规定了委托送达司法协助的途径，无法完全解决区际文书送达难问题。《内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》对于能够在香港得到承认的内地仲裁裁决要求同时符合仲裁机构、仲裁地和仲裁法三方面的要求，导致落户内地的香港仲裁机构在内地作出的裁决将无法根据安排在香港得到认可。《内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》仅限于当事人协议管辖案件判决的认可，影响了内地与香港民商事判决的流通，也制约了香港国际商事争议解决中心的发展。在刑事司法协助方面，内地与香港、澳门至今在刑事司法协助领域未能达成任何区际协助安排，影响了三地跨境打击犯罪活动的合作。其次，粤港澳行政监管协作制度尚未有效构建。迄今为止，粤港澳行政监管协作制度进展较慢。有些领域尚未建立起三地行政监管协作制度，例如，粤港澳律师业联营合作，现有的监管都是由内地的主管部门对参与合作的香港律师所或律师进行的单边监管，目前对于香港律师或香港律师事务所在内地从事的与内地律师事务所的合作行为，并没有建立起内地与香港的合作监管制度。有些领域虽已经签订了监管协作，但内容仍以程序性的信息沟通与通报合作为主，缺乏实质性的监管合作内容。例如旅游业监管合作，以深圳为例，目前深港两地监管协作主要体现在加强建立内地黄金周期间的游客信息通报和疏导协调，建立深港旅行团疏导联动应对机制等方面，由于缺乏对打击非法旅行社和侵害旅客正当权益的实质性监管协助内容，至今仍然无法遏制旅游违法违规现象。又如食品安全监管，以深圳为例，2011年深圳出入境检验检疫局和香港特区政府食物环境卫生署签订了《关于加强建立出口食品安全的合作协议》，建立了两地食品安全监管合作制度，但监管合作的主要形式仍限于“建立食品安全信息交流和通报平台”，对于如何共同进一步防范食品安全事故的发生以及如何相互协助处理食品安全案件缺乏相应规定。再次，其他法律事务和法律服务业合作可以进一步深化。例如，进一步开放并统一粤港澳律师联营条件，探索粤港澳律师业的多元化合作；建立粤港澳法律和监管信息查询与互享机制；等等。

粤港澳大湾区建设中，经济合作和法律合作应该是相伴相随同时推进的。良好顺畅的法律合作，有助于化解潜在的法律冲突，为经济合作的推进扫清制度保障。反之，法律合作的止步不前甚至冲突隔阂，都将最终阻碍经济合作的深化，提高经济合作的成本，尤其是在存在天然法律冲突的粤港澳三地之间，更应努力推进经济合作和法律合作的齐头并进和良性互动。

#### 四、粤港澳大湾区城市群的法律纠纷解决

在长达二十多年的合作中，粤港澳三地欠缺共同构建的纠纷解决机制，一直被认为是粤港澳合作的制度缺陷。最新达成的内地与香港《CEPA 投资协议》虽然首次共同设计了一套符合“一国两制”原则、切合两地需要的争端解决机制，包括友好协商、投诉协调、通报及协调处理、调解、司法途径等，在两地合作上取得了非常重要的进展。但究其规定，仍然属于依据双方各自的纠纷解决机制解决纠纷，并非真正意义上的双边纠纷解决机制。未来粤港澳大湾区城市群建设中，三地人员和经济往来将进一步深入扩大，商事争议和投资争议发生几率可能上升，更需要构建一套三地共同认可的纠纷解决机制。

在现代国际社会，具有竞争力的争议解决制度，尤其是司法制度，是维护经济发展、彰显本国综合国力的一个重要因素。大国的司法制度已经超出传统上化解争议的范畴，上升到服务于经济、提升本国或本地区综合竞争力的高度。尤其在具备专业化的司法机构和一定优势的制度后，不少国家着力于对本国司法制度的宣传，打造国际争议解决中心。在英国，英国伦敦国际仲裁院（ICIA）是全球著名的仲裁机构，其成立于 1892 年，发展和得益于英国对外扩张殖民地、移植普通法制度的时代，良好的法律服务和成熟的争议解决机制被认为有助于伦敦维护其全球商业中心的地位。瑞典斯德哥尔摩商事仲裁院（SCC）成立于 1917 年，受益于瑞典在两次世界大战中的永久中立国地位，其在国际商事仲裁业中发展壮大。放眼亚洲，有多个国家着力打造国际商事纠纷解决中心。2008 年迪拜成立国际金融中心法院，2009 年卡塔尔成立国际法庭与争议解决中心，2014 年印度设立商事法院。新加坡于 1990 年成立新加坡国际仲裁中心，1997 年成立新加坡调解中心，2015 年成立新加坡国际商事法庭，目标在于将新加坡打造成为亚洲及太平洋地区的国际商事争议解决中心。韩国 2013 年成立首尔国际仲裁中心，意图将首尔打造成东亚重要的国际性商事仲裁中心。近年来，我国也开始探索打造商事争议解决中心。2015 年 4 月 9 日，最高人民法院院长周强在全国法院多元化纠纷解决机制改革工作推进会议上指出，中国内地的一些城市，包括北京、上海、福建厦门等具备“区域性国际商事纠纷解决中心”的条件。最高人民法院有关负责人表示，最高人民法院将研究建立“一带一路”争端解决机制和机构。作为经济大国和法治大国，随着我国“一带一路”倡议的实施，更为开放经济环境的形成，我国也需要有一个与之匹配的为国际认可的国际法律服务和商事纠纷解决中心，以展现良好的国家司法形象。

因此，无论是面对未来粤港澳大湾区建设中可能出现的商事纠纷，还是服务于国家“一带一路”倡议的推进，粤港澳大湾区都有必要合作建设国际法律服务和商事争议解决中心。就此而言，粤港澳大湾区有着国内其他城市无法比拟的优势。首先，粤港澳合作建立国际法律服务和商事争议解决中心具有良好

的经济基础。从经济发展水平看，香港和澳门均为国际知名的大都市，广东是我国经济发达地区，改革开放 30 多年来，粤港澳经济合作取得了举世瞩目的辉煌成就。2017 年 3 月，国家提出“研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划”时，粤港澳大湾区经济总量超过 1.4 万亿美元，对外贸易总额超过 1.8 万亿美元，并且拥有世界上最大的海港群和空港群，标志着粤港澳合作跨入一个新的历史时期。从过往经济的协同发展走向城市群的共同发展，需要有一个与经济发展相匹配的国际法律服务和纠纷解决中心。为此，粤港澳大湾区建设中，粤港澳三地联手打造“一带一路”国际纠纷解决中心，既增加粤港澳大湾区在国家“一带一路”倡议实施中的软实力，又能为粤港澳大湾区发展注入法律合作的内容，形成叠加优势。可以说，粤港澳大湾区具备打造国际商事争议解决中心的前提与基础。其次，从香港的地位和发展看，早在 2002 年，香港特区政府就提出打造香港法律服务中心，经过十几年的发展，目前香港已经成为亚太区国际法律及纠纷解决中心，但是面临着来自新加坡的激烈竞争。近年来新加坡大力发展国际仲裁中心、国际调解中心，并建立国际商事法院，以打造新加坡国际商事争议解决中心的铁三角，意图将新加坡建设成亚太地区的国际商事争议解决中心。为此，粤港澳大湾区建设中，三地共同打造国际法律服务和商事争议解决中心，也有助于维护和提升香港作为亚太区国际法律和争议解决服务中心的地位。再次，粤港澳法律合作的成果为三地共建国际商事争议解决中心积累了基础。粤港澳法律合作历史悠久，近年来更是在仲裁业、调解业和审判工作等领域中开拓和探索了不少新的合作空间，这些发展优势均为粤港澳法律合作提供了良好的条件与空间，也为构建粤港澳国际法律服务和纠纷解决中心提供了有利的平台。因此，粤港澳大湾区建设中，三地合作建设国际法律服务和商事争议解决中心，无论对于大湾区城市群建设中三地法律合作的推进，还是对于国家“一带一路”倡议的呼应，都有其重要的意义与价值。

## 粤港澳大湾区法治文化的发展困境与优化路径

刘云甫

《广东行政学院学报》2018-02

### 一、粤港澳大湾区法治文化源流

伴随着“粤港澳大湾区”，即由广州、佛山、肇庆、深圳、东莞、惠州、珠海、中山、江门 9 市(以下简称珠三角 9 市)和香港、澳门两个特别行政区形成的城市群概念之提出，粤港澳大湾区协调发展将日益紧密。“美国成功的秘密不在于华尔街和硅谷，不在于空军和海军，不在于言论自由，也不在于自由市场——真正的秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。”同样，粤港澳大湾区协调发展能否成功关键也在于“法治及其背后的制度”。粤港澳大湾区区域法治是大湾区协调发展的根本保障。同时，“中国社会各地区发展的不平衡性使转型中

国的法治建设不可能整齐划一，法治的进程也不可能呈现出齐头并进的状态，而是必然在具有统一性与协调性的同时，关注区域特性和地方特色或者说‘地情’。”粤港澳大湾区，是继美国纽约湾区、美国旧金山湾区、日本东京湾区之后，世界第四大湾区；是国家建设世界级城市群和参与全球竞争的重要空间载体。粤港澳大湾区，不仅是一个地域性概念，而且也具有难以忽略的共通文化，其依托“一国两制”下粤港澳文化的区域法治发展实践对建设中国特色社会主义法治具有先行先试的引领和示范意义。

“在社会转型与变革的当下，区域法治能否以及怎样成为我国法治发展的重要内在驱动力量，文化是一个必须加以考量的重要因素。”而“法治文化作为嵌入在社会结构和制度之中的一种功能化的社会机制，其产生与发展依赖于社会地域文化所构建的特定场域之中。”粤港澳大湾区这个特定的经济、社会空间，是大湾区法治文化发展的基本场域。从地缘、经济与文化层面来说，粤港澳法治文化是该区域人们在法律治理实践中逐步累积的规范、制度、模式、习惯、理念与信仰。众所周知，血缘宗法家族意识是中国传统法律文化的基本内核。粤港澳承继着中华传统法律文化，显然也具有这些特质。“随着历史的流淌地缘关系意义上的社会风貌和文化传统逐步在区域内同构。一种具有相似性的社会关系形成了特定的场域文化成为一定范围社会空间的情境，地域文化应运而生。”粤港澳大湾区是广府文化发展和传承的中心。广府文化以农业文化和海洋文化为源头，在其发展过程中不断吸收和融合中原文化和海外文化，逐渐形成自身独有的务实、开放、兼容、理性、创新的特点。基于历史原因，香港、澳门在原先广府文化基础上，接受英国和葡萄牙等西方法治文化洗礼，经过长期冲撞、融合，产生了港澳法治文化。珠三角9市则在广府文化基础上接受西方和港澳法治文化的影响，并通过全面依法治市的不断推进，产生具有自我特色的法治文化，同样的过程和后果也回馈于港澳法治文化。伴随着港澳回归，珠三角9市经济的迅速崛起，珠三角9市与港澳之间法治文化日渐圆融互动、共生共荣，形成了一个区域法治文化的综合体。因此，立足于文化分析粤港澳大湾区的法治发展、考察法治文化的基本特质与发展机理，不仅有助于消除对区域协调发展认识上的模糊和分歧，而且可以为完善区域协调发展“法治及其背后的制度”提供文化基础。

## 二、粤港澳大湾区法治文化特质

粤港澳大湾区法治文化是粤港澳历史与现实交互的产物，是粤港澳文化场域中生成的法治发展之内在文化。粤港澳大湾区法治文化既具有法治文化的一般特质，又具有粤港澳大湾区法治文化独有的特质。

### （一）法治文化的异质性与同质性并存。

由于近代中国历史演变，中国内地实行社会主义制度，逐渐形成了具有中

国特色的社会主义法治文化，珠三角9市是内地社会主义法治文化的重要代表。从1842年至1997年，香港地区作为英属殖民地被英国管治，其法律制度基本上是英国法律制度的移植，属于普通法系。1887年葡萄牙正式占领澳门，直至1999年澳门回归，澳门经过欧洲法律的洗礼，已经形成了大陆法系特色的法治文化。以社会主义法治文化为特征的珠三角9市与英美法系特色的香港、大陆法系特色的澳门相比，法治文化具有本质上的区别。由这三者构成的粤港澳大湾区法治文化无疑是一种异质性法治文化。

粤港澳大湾区法治文化虽然从根本属性上看，是一种异质性法治文化，但并不排斥其内含的同质性。粤港澳法治文化同质性主要体现在以下几方面：(1)港澳与珠三角9市的法律制度具有相通之处。港澳回归后，港澳特别行政区与珠三角9市均属于中国行政区的组成部分，都是基于宪法而设立的行政区划。宪法成为了珠三角9市与港澳相关制度设置、安排唯一的根本法依据。同时，在“一国两制”之下的港澳特别行政区，享有比中国内地一般行政区更高度的自治权，其回归前的法律制度和法律规范以及司法机制在基于宪法和《香港基本法》或《澳门基本法》筛选、废除和修正后得以大量保留，而非完全推倒重构。因此，港澳法律虽然与内地法律之间不可避免会存在冲突，但两者存在相通之处。(2)港澳与珠三角9市的文化传统(包括语言在内)并没有被割断。(3)港澳与珠三角9市的法治文化均继承了中国传统。珠三角9市毋庸多言。澳门文化总体上是中国文化传统，葡萄牙人的管治及其文化的渗透只不过是中西文化融合，而澳门绝大多数居民的价值观念和生活习惯显然在许多方面与葡萄牙人的价值观念和生活习惯格格不入。华人很少寻求通过司法途径来解决争端，绝大多数的民事纠纷均依风俗习惯由某些社团或知名人士来调解，连由律师楼起草的许多商业契约也加上“遗漏之处依现行法例或风俗习惯办理”之类的字句。由此可见，澳门大多数居民仍生活在葡萄牙法律之外，传统中国法律文化的影响仍随处可见。而香港尊崇祖先、珍视家庭、重土安居、崇尚礼仪、重视道德教化、主张“和为贵”、注重人际关系的和谐以及推崇公正廉明、刚正不阿、不畏权势的清官等中国传统法律文化随处可见。(4)港澳与珠三角9市互动交流，法治文化得到了融合。改革开放以来，港澳与珠三角9市经济、文化交流不断拓展，人员交往日益密切。特别是2009年国务院发布《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》以来，港澳与珠三角9市经济与文化交流得到了进一步推进，如港珠澳大桥项目、澳门大学珠海横琴校区、港澳法律人士内地执业等。

综上，粤港澳大湾区法治文化的异质性，增加了法治文化发展的难度，但也形成了大湾区法治文化的独特特色，而同质性，则增强了大湾区法治发展实践对建设中国特色社会主义法治的引领和示范作用。

(二)法治文化的私法性与公法性同在。

根据公法与私法的性质、内容及运行机制的不同，法治文化可以分为公法文化和私法文化。公法文化，是以刑法等公法为主要内容、占主导地位的法律文化体系，是主要体现和维护国家利益的刑法化法律文化，具有鲜明的国家化色彩。私法文化则是指以民法等私法为主要内容、占主导地位的法律文化体系，是重点突出个人利益的民法化法律文化，呈现出浓郁的个人化特质。西方是一种以发达而独立的民法为主体的，强调权利本位，崇尚自由、平等、正义的私法文化，那么，中国传统法律文化则是一种以源远流长、系统完整的刑法和官制法而著称，强调权力本位，崇尚和谐、秩序的典型的公法文化。正如日本著名法学家滋贺秀三先生所言：“纵观世界历史，可以说欧洲的法文化本身是极具独特性的。而与此相对，持有完全不同且最有对极性的法文化的历史社会似乎就是中国了。这一点大概已为大多数人所肯定。在欧洲，主要是以私法作为法的基底和根干；在中国，虽然拥有从古代就相当发达的文明的漫长历史，却始终没有从自己的传统中生长出私法的体系来。中国所谓的法，一方面就是刑法，另一方面则是官僚制统治机构的组织法，由行政的执行规则以及针对违反规则行为的罚则所构成的。”

珠三角9市法治文化生长于中国传统法律文化之中，不可避免具有公法文化的精、气、神，而根植于商业文明中的港澳法治文化有西方私法文化的精、气、神。然而，港澳法治文化中，中国传统法律文化的影响力仍占有一席之地，而且随着港澳与内地交流合作不断发展，内地公法文化正不断地影响着港澳。保障政府权力的正常行使以促进公民权利实现，以及秩序、和谐的公法文化理念正成为港澳法治文化的重要组成部分。香港监护的公法化与社会化以及1998年香港金融保卫战就是例证。同时，珠三角9市在改革开放中，尤其是在与港澳的交流合作中，也深受港澳私法文化影响。正是由于三地公法文化和私法文化的相互影响、相互交融，促使了私法性与公法性同在的粤港澳大湾区法治文化的产生。

### （三）法治文化的建构性与进化性共生。

自哈耶克提出建构理性和进化理性两种人类行为模式以来，人们在考察社会治理模式和行动方式时，均以此作为分类标准。建构理性主义法治文化，与政府推进型法治相一致，是建立在假定人类具有足够的智识去认识过去、现在和未来的法治路向，并且在本源意义上确认设计者的人性至善、道德品质优良因而人类能够有足够的理性能力去规划和设计法治模式与具体路径。在粤港澳大湾区，港澳法治是在英国、葡萄牙管治下强行推行的，与此对应的法治文化是建构性的。珠三角9市的法治进程与模式在宏观上与国家法治进程与模式是一致的。

在法治西学东渐的过程中，理性主导的政府推进型法治是中国法治建设的

主要路径。而与此对应的珠三角9市的法治文化也是建构的。自然演进型的法治文化与渐进理性主义的法治模式相一致，强调“道德、语言、法律等并不是人类智慧预先设计的产物，而是以一种累积的方式进化而来的”。粤港澳大湾区由于经济活动交往频繁、文化相似、社会治理模式相似，其在自身整合的基础上自然会内生出区域独特的法治文化：一是开放的经济关系，促使区域内由经济交往产生共通的习惯，以自治的规则经由制度确认而在区域立法的层面产生法律制度文化。这是一种内生的法治文化，具有坚实的社会基础。二是社会治理受物质经济关系的影响更加开放和民主。三是在多元化与综合的时代精神下，开放包容了西方法治精神使得区域内人们重视沟通与交往的理性，法治的价值也更加多元化。尤其是珠三角一体化、广东自贸区、粤港澳大湾区城市群三个国家战略叠加的机遇期本土生成的法治文化，对于大湾区法治文化具有特殊的先行先试的创新意义。大湾区特有的多法域、公法文化与私法文化交互的作用使得其具备了别具一格的渐进式法治文化生长土壤，展现出了作为创新区、先导区的法治在试错基础上完善并为国家法治及其文化发展提供一般性经验。

### 三、粤港澳大湾区法治文化的发展困境

对于全面深化改革，习近平总书记讲了一个很重要的观点，问题导向，就是把问题作为研究的切入点。不要认为我们所做的事情都是那么正确，我们有许多问题存在。只有把问题研究透了，我们才能有正确的解决办法，才能够向前发展。同样，要促进粤港澳大湾区法治文化的发展，只有把发展的困境、问题研究透了，我们才能有正确的解决办法，才能推进大湾区法治文化的可持续发展。

#### （一）区域法治文化发展受到三地差异的影响。

“一国两制”是粤港澳大湾区法治发展的基本前提和最大特色。“一国两制”可以作为区域法治合作的平台，让不同的法律制度在竞争中寻找合作空间，以制度合作改变观念障碍，从而推动国家法治事业的进程，促进大湾区法治文化发展。然而，在“一国两制”背景下，珠三角9市属于社会主义法治文化，不同于港澳。由于受意识形态的影响，加上珠三角9市属于中华法系，香港属于英美法系，澳门属于大陆法系，这样一来法律理念价值、法律性质体系、法的渊源与解释以及立法和司法等诸多领域呈现出一系列巨大制度差异，这些差异会影响到大湾区法治文化的发展。

#### （二）香港法治文化中的理性开始流失。

理性一直是香港法治文化中的重要元素。然而，近年来由于境内外各种因素的影响，香港法治文化中的理性因素开始流失，如2016年2月旺角警民冲突事件。2016年大年初一晚间，环境执法人员取缔旺角一带的无牌摊贩，导致警民冲突。示威者用杂物攻击警员，并放火焚烧警车，警察施放胡椒喷雾和挥动

警棍驱赶群众，一度鸣枪示警，至年初二清晨才恢复秩序。众所周知，尊重法律，是香港价值的核心元素。旺角警民冲突从法律上看并无多少灰色地带，然而却有人模糊是非黑白，明白表示“今日旺角之役与雨伞革命一脉相承”，漠视事件应有的法治意义。这表明香港法治文化中的理性已开始被少数人抛弃。

### （三）“良性违法”观念在珠三角9市仍有市场。

珠三角9市是全国法治示范区，也是改革开放的前沿阵地。从某种意义上讲，改革就是破除现行生产力的束缚。我国原有法制建立在计划经济基础之上的，而改革是一项没有先例可循的事业，因而突破法律的限制，即“良性违法”，就成为珠三角改革开发初期的常态，如深圳市土地使用权有偿出让制度改革就与当时的宪法、法律相冲突。如果说在中国法制极不完善和立法体制尚不健全的特殊历史阶段和特定历史条件下，“良性违宪”“良性违法”尚具有一定合理性的话。那么，在今天中国社会主义法律体系已经建立，宪法和法律的规定均可以正常立、改、废的常态法治的条件下，如果再允许以“改革”“发展”或其他美好名目任意违宪、违法，就没有任何合理性和正当性了。然而，长期以来形成的思维定势，以及政府绩效考核制度相关内容没有完全及时跟上时代变革等因素的影响，“良性违法”在珠三角9市仍有市场，如《粤港区际合作框架协议》中有关金融合作的问题，就属于《立法法》规定的相对保留事项，似有侵蚀中央政府职权、“良性违法”之嫌。“良性违法”的存在在一定程度上影响了粤港澳大湾区法治文化的发展。

## 四、粤港澳大湾区法治文化发展的优化路径

粤港澳法治文化的异质性与同质性并存、私法性与公法性同在、建构性与进化性共生，促进了法治文化发展。然而，大湾区法治文化也面临着制度差异的影响、理性流失、“良性违法”等诸多发展困境。为此，大湾区需要通过明确珠三角9市区域合作权限、加强软法治理、推动社会组织合作等路径消解困境，形成协同合力，促进法治文化发展。

### （一）明确珠三角9市区域合作权限。

目前，我国不仅没有任何法律法规对中央与地方的权限做出明确划分，而且宪法和《地方组织法(2015)》在规定各级政府职权时都有“在本行政区域内”的限定性规定。同时，我国现行法律体系中尚缺乏明确的区域府际合作的条款，即现行行政法律规范并未规定行政机关跨区域合作的权限。这对大湾区发展产生了两方面的影响。“积极意义在于，没有法律的约束，为地方政府合作创新预留了较大的空间，有利于各地方政府在合作实践中探索出各种形式的适合当地情况的合作形式和合作机制。”“消极方面的影响在于，相关法律法规的缺失使得既有的地方政府合作协议缺乏权威性和执行力，影响合作的实际效果”，也使得粤港澳政府合作具有越权违法之嫌，造成了珠三角9市政府合作的合法性难

题，从而影响法治权威。大湾区要获得持续健康发展，必须解决珠三角9市的区域合作合法性难题，克服“良性违法”，增强区域法治观念。为此，在国家统一、中央权威的基础上，授予珠三角9市政府区域合作权，以推动大湾区区域合作，从而消除民众对大湾区政府合作的合法性质疑，增强民众的法治信仰。

## （二）加强软法治理。

根据宪法规定，香港特别行政区内实行的制度由全国人大以法律规定。根据《香港基本法》，国家制定的法律只有在《香港基本法》附件三中的才能适用于香港。而列入附件三中的法律主要是《国籍法》等涉及国家主权事务的法律，不涉及内地与香港合作问题。因此，通过中央制定硬法来推动粤港澳大湾区法治发展不符合《香港基本法》规定。也有学者提出，通过区域立法来消弭省际间的立法冲突，弥补国家相应法制供给不足。区域立法是地方立法权的让渡和共享基础上的地方立法权的横向合作。然而，香港属于普通法系，澳门属于大陆法系，珠三角9市属于社会主义的中华法系，通过区域立法制定硬法推动大湾区法治合作发展不仅存在诸多制度性障碍，难以实现，而且严重缺乏民意基础。而软法强调对社会多元主体的充分尊重，强调多元主体自我决策，强调平等协商、自律互律，推动社会自我治理、自我规制，通过平等、自愿和协商形成软法进行公共治理，因此，加强软法治理就成为消解两制阻碍，推动大湾区法治发展的一种不得已的必然现实选择。而要加强软法治理，核心是建立健全多元沟通机制。为此，必须建立大湾区法治合作信息公开制度，必须在完善粤港澳政府间双向度沟通机制的基础上引导、推动大湾区构建普通民众、非政府组织间的双向度沟通机制，以及粤港澳政府与各自的普通民众、非政府组织间的双向度沟通机制，并实现三个沟通机制的有效衔接，使大湾区的制度安排真正契合现实需要，得到广大民众的理解与支持，从而形成软法实施的压力机制，促进软法有效实施，促进大湾区法治文化的内生性成长。

## （三）推动社会组织合作。

为了消除粤港澳大湾区各个行政区域之间利益上的对立与冲突，促进协调发展，必须建立跨域公共事务治理机制对区域公共事务进行协调与管理。通过行政机制、市场机制、志愿机制、协调机制等制度形式参与社会治理，提供公共服务，已成为大湾区各种社会力量成长的必然结果。在“看不见的手”和“看得见的手”之外，确立“握手”机制，即在市场治理机制、政府治理机制之外，确立社会组织合作治理机制，是大湾区合作治理的一种确定无疑的历史趋势，“既避免了完全市场化的不稳定和高额的交易费用，又因为没有组成纵向一体化的科层制组织而节省了组织成本。”而且社会组织主要是按各自的章程规定进行合作，只要不违反法律的禁止性规定，其合作都是合法的。因此，在大湾区协调发展中，社会组织合作可以突破法律对政府合作的限制，克服三地间的法

律障碍，进行多方面、深层次的交流。大湾区社会组织相互交流、分享最佳实践经验，有利于多方在无可避免的竞争关系前提下，创造利益共赢的局面，也有利于在大湾区社会组织内部形成良性互动循环，从而推动从经济整合走向社会整合，促进理性文化发展，从而拓展粤港澳大湾区法治文化发展的社会基础。

## 粤港澳大湾区内地城市群营商法治指数建构：动因、价值及路径

易海辉

《法治社会》2018-02

### 一、问题的提出

“湾区经济”概念起源于上世纪末，是区域经济一体化的体现。目前，世界三大知名湾区纽约湾区、旧金山湾区、东京湾区已成为全球技术创新、经济发展的重要增长极。2017年李克强总理在《政府工作报告》中提出“研究制定粤港澳大湾区城市群发展规划”，标志着粤港澳大湾区正式从区域概念上升为国家战略。为落实党的十九大报告提出的区域协调发展战略，2017年12月18日召开的中央经济工作会议进一步提出，要科学规划粤港澳大湾区建设。在地理范围上，粤港澳大湾区包括广州、深圳、佛山等9个珠三角城市以及香港和澳门。以上9个珠三角城市可以概称为内地城市群。目前，粤港澳三地已签署相关框架协议等，大湾区建设进入了实践阶段。

粤港澳大湾区建设追求的是三地融合协调发展，但这种融合协调发展的内核是竞争。区域经济竞争从传统的土地、税收、交通等要素，日益发展到注重包括法治环境在内的各种软环境竞争。优良的营商法治环境日益成为提升地区核心竞争力和潜在发展能力的重要因素。因此，提升法治化营商环境，是促进大湾区经济进一步融合发展的关键性举措之一。内地城市群在经济总量以及发展速度上已经超越港澳，但市场法治环境软实力与港澳存在不小差距。如何客观评价内地城市群营商法治环境，找准与港澳差距，实现内地城市群与港澳营商法治环境的比翼齐飞，使粤港澳大湾区成为世界第四大湾区，是当前需要深入思考的问题。

近年来，法治指数悄然兴起，成为评价一国或地区法治环境的重要工具。“通过法治评估推进地方法治建设，正成为推进法治中国建设的有效模式。”对营商法治环境好坏进行评价亦可以探索采取指数化的方式。然而，“法治指数”“法治评估”都属于舶来品，国内尚未形成深厚的理论和实践根基。目前，国内理论界主要是对综合法治指数或政府法治、司法法治、社会法治等指数进行研究。对营商法治指数的研究几乎处于空白，仅有个别学者提出粤港澳大湾区建设要建立营商法治指数。实践中，亦未有政府或非政府组织发布专门的营商法治指数。

强调建设法治化营商环境已渐成社会共识，然而科学建构与规范运用营商

法治指数，推动营商法治环境建设却非易事。域外的营商指数或法治指数能否直接用来评价我们的营商法治环境，内地城市群营商法治评估指标体系应彰显何种价值、如何科学构建等都是有待研究的问题。因此，本文拟针对上述基础性、关键性问题，探讨如何构建大湾区内地城市群营商法治指数，以期对进一步推动大湾区营商法治环境建设有所裨益。

## 二、内地城市群营商法治指数的概念及时代背景解读

营商法治指数在理论和实践中都属于新问题。要构建科学的营商法治指数，就需要对其基本概念及提出背景进行解读。

### （一）营商法治指数的概念

“营商法治指数”属于合成词，由“营商、法治、指数”三个名词构成。所谓营商是指经营商业或商业活动，属于经济学范畴，与法治有着密切的关系。对于法治概念，古今中外均有丰富的探索，但至今没有形成统一的定论。一般认为“法治是现代国家治理的基本方式，实行法治是国家治理现代化的内在要求。”随着时代的发展，法治的内涵与外延也将越来越丰富。“指数是一种数字化的量化工具和手段，通过多种数据取样进行综合、叠加、统计运算而获得相应数值，以衡量和评估复杂事物和现象的总体状况。”简言之，指数就是通过数值的形式描述、测评复杂现实的工具。指数应用广泛，诸多领域都存在，如幸福指数、平安指数、消费指数、贫富指数等，法治指数属于其中一种。所谓法治指数，是指“用一套由诸多指标所构成的评估体系，以量化的形式判断和衡量一个国家或地区法治状况的技术手段。”简言之，法治指数是关于法治状况的客观量化标准。法治具有适用范围的广泛性和多样性，因而法治指数评估的对象也就具有多样性，如政府、司法机关、营商活动、群众守法等。对一个国家或地区整体法治状况的评估指数可称为综合法治指数，对某一特定领域法治情况的评估指数则可称为专项法治指数，比如对营商活动领域的法治评估指数。

综上，“营商法治指数”又可称为“营商法治评估指标体系”，是指通过数值形式表现的，用以描述、测评与营商活动相关的法治建设情况的一套指标体系。营商法治指数进一步明确的是与营商有关的法治指数，而非所有法治状况的指数。从本质上讲，营商法治指数是法治指数的一种，是一种专门化的法治指数。一定意义上说，营商法治指数的建构是一种间接的法律发展途径，依靠其影响力来督促被测地区改善营商法治状况，从而努力达至指标体系所确立的理想营商法治标准。营商法治指数并非简单的数据组合，其本身内在蕴含了经济需求、政治考量和人类文明三个方面的价值期许，表征的是一国或地区经济发展的法治理念。

### （二）营商法治指数提出的时代背景

营商法治指数的目的在于推动改善营商环境。所谓营商环境，是指市场主

体从事商事行为所面对或需要的各种政治、经济、法治、文化等条件和境况的总称，其表征的是国家或地区的经济软实力。过去我们讲“投资环境”，加入世贸组织后开始引入域外普遍使用的“营商环境”概念，后者比前者内涵更丰富，更容易与国际接轨。内地最早使用“营商环境”的省份应属广东。营商环境好坏是投资的重要参考因素。市场经济本质上就是法治经济，法治对于营商活动具有至关重要的作用。营商环境包括政务、人文、社会、法治、市场等等各方面的内容，法治环境仅是其有机组成的一部分。法治化营商环境，是指“有关营商的法律法规健全完备，并得到有效实施的一整套制度性安排。”“营商环境法治化并非营商环境和法治化的简单叠加，其具有丰富的内涵。”可以说，建设法治化营商环境是提升内地城市群竞争能力，推动粤港澳大湾区跨越式发展的题中应有之义。

国外对法治环境用量化的指数进行评估已有数十年的理论和实践经验，兴起于20世纪60年代美国的社会指标运动。“国际上通过一定的指标设置和指数推算对一国法治发展水平进行评估，已经成为分析、评价该国投资水平和制度状况的重要做法。”1968年，美国学者伊万最早开始研究建立涵盖70项具体指标的法律指标体系。世界银行从1996年开始每年连续推出《全球治理指数报告》，对不同国家法治状况进行评估并计算法治指数，为跨国公司等商业组织投资以及世界银行贷款提供参考。美国非营利组织“世界正义工程”于2008年研究发布一套独立的法治指数，将其作为评价一国或地区法治状况的客观量化标准。它是当前唯一一个专门评估法治水平的国际指数。根据该指数结果，近年中国内地排名远落后于香港地区。香港是我国最早开展法治指数评估的地区，2005年由非政府组织香港社会服务联合会组织发起并实施。内地最早开展的地区是浙江余杭，其在借鉴香港的经验基础上，于2006年开始连续每年发布余杭法治指数。在余杭法治指数的影响下，广东、湖北、吉林等省以及深圳、温州、苏州等市相继开展了以法治政府为名目的法治指数评估。我国引进法治指数的历史虽然较短，但却在短时间内被多地广泛应用，成为推动法治建设的重要抓手。

2013年党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，明确提出“建设法治化营商环境，建立公平开放透明的市场规则”以及“建立科学的法治建设指标体系和标准”。这实际上是党中央为推动法治建设，正式提出对法治建设进行量化的要求。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步对推动法治建设，提升法治水平进行了重要部署。十八届五中全会通过《中共中央关于制定国民经济和社会发展的第十三个五年规划的建议》，提出“加快建设法治经济和法治社会，把经济社会发展纳入法治轨道”。而广东省早在2012年就已制定《建设法治化国际化营商环境五年行动计划》，提出通过五年时间基本建立法治化国际化营商环

境制度框架，编制营商环境评价指标体系，定期发布全省营商环境评价报告。可见，中央和地方均对建设法治化营商环境以及对建设情况进行量化测评提出了明确要求。

简言之，在全面推进依法治国以及加强粤港澳大湾区建设的时代需求下，在法治指数的理论与实践成果不断丰富的时代条件下，积极顺应时代趋势，借鉴理论和实践经验，建构内地城市群营商法治指数便成为现实必然之举。

### 三、内地城市群营商法治指数的功能思辨与价值理念趋向

当前对营商法治指数的理论研究和实践探索几乎还是空白，但对法治指数的研究和实践则成果较丰富。但理论界对法治指数的功能、价值取向、意义等基础理论问题并没有形成共识，实践中各种法治指数方案也是差异明显。科学构建营商法治指数，需要正确审视其功能，准确把握其价值理念。在此基于营商法治指数与法治指数之间特殊性与普遍性的辩证关系，对内地城市群营商法治指数的功能思辨与价值理念趋向进行探讨。

#### （一）营商法治指数功能的理性审视

“法治评估机制的建设在某种程度上决定着地方法治建设乃至法治中国建设的未来走向。”笔者认为，营商法治指数作为一种法治评估机制，客观上具有以下几项功能：

1. 描述营商法治建设。评价对象好坏的前提是需要全面客观认识对象，即知道其“是什么”。营商法治指数对营商法治环境进行评估，无疑首先也需要有上述基础，即要对营商法治建设实际样态有客观的描述，这是营商法治指数的基础功能。这一功能的实现，依托于营商法治指数的一系列具体指标映射现实营商法治情况。简言之，营商法治指数以数据的形式表明营商法治环境建设的成效和问题，可以较为客观地反映地区营商法治状况。

2. 评价营商法治建设。“法治指数最关键的贡献是为法治建设与相关的理论研究，提供相对客观、可供比较的评测标准，进而摆脱人为、主观的概念分歧与理论纷争。”营商法治指数作为一种测量营商法治环境的标尺，通过量化分析营商法治状况，可以对被评价地区营商法治状况作出科学的判断和评价，有利于促进区域营商法治以及整体法治建设的沟通和对话，以便取长补短，提高大湾区营商法治建设的水平。

3. 监测营商法治建设。通过营商法治评估指标体系得出的一系列数据，监测被测地区营商法治建设整体情况的功能，可供职能部门针对存在的问题及时校正既有建设方针，制定新的对策，以便逐步解决现实问题。“建构型法治的推进需要一个客观和量化的分析评价标准来衡量法治发展水平，校准法治建设的局部目标定位。”一方面，对营商法治建设过程进行监测时，可以判断法治建设与营商发展两者的运行情况，及时掌握两者之间是否协调。另一方面，通过

对营商法治建设成效进行监测，把既定目标与现状进行比较，就容易得出目标与结果是否匹配，是进步还是倒退的结论，体现出指数评估在营商法治阶段性建设进程中的作用。此外，通过营商法治指数这一“晴雨表”，还可以及时倾听、接收营商主体对营商法治环境的呼唤，让社会公众积极参与，实现政府和公众的良性互动。

4. 预测营商法治建设。对营商法治状况进行评估，通过收集各方面数据并进行分析，可以提炼出营商法治建设发展规律，对下一步营商法治建设作出科学的预测。具体而言，可以根据已有经验和经济社会发展大趋势，预测营商法治建设将来一段时期内可能出现的问题以及未来发展态势。这是地区制定中长期营商法治建设工作计划或规划的重要理论依据。

5. 指引营商法治建设。营商法治指数是一套复杂的多层级指标系统，各个指标表征的是可量化的具体营商法治建设任务，也即把抽象目标项目化、具体化，使营商法治建设具备可操作、可测量的特点，从而便于指引职能部门有针对性、有根据、有计划地推动落实营商法治建设目标，是营商法治建设纲领操作指南。通过具体数值的比较，指明哪些项目法治化水平高以及有待进一步加强的薄弱之处，使营商法治建设少走弯路。“法治指数因其直观、全面、科学的优势成为地方法治发展和地方发展有效手段。”因此，有学者指出，“法治指数彰显法治建设的科学发展导向，法治指数一小步，法治建设一大步。”

然而，法治指数对我国而言属于舶来品，是西方发达国家输出法治理念的一种途径，因而也就不可否认带有输出者自身所特有的理念、标准甚至偏见以及其自身所存在的缺陷。营商法治指数作为法治指数的一种，尽管具有以上诸多功能，但亦无法避免法治指数本身所存在的缺陷因子，需要我们正视并避免这种缺陷的产生。

浙江余杭是国内第一个发布法治指数的城市。从2008年开始连续每年发布且综合得分均在70分以上，呈逐年递增态势，与香港法治指数的最高分75分相差无几。余杭区自从发布法治指数以来接待全国众多考察学习人员，上级也给予其高度认可并授予其诸多荣誉。从指数结果上看，似乎余杭法治建设成效良好已经可以比肩香港。然而，2014年5月10日余杭发生了震惊中外的“5.10”群体性事件。虽然该事件起因很多，但其发生与不断增长的法治指数形成了明显反差，使得公众对余杭法治指数的价值有效性和公信力产生怀疑。与此相似，其他通过推行法治指数评估倒逼法治建设的地方，亦时有发生与法治理想相悖的反法治事件，如湖南衡阳贿选事件。除了实践中发生不少类似背离事件外，理论界亦有不少学者对法治指数的应用及其功能持有异议。如“法治指数的评估实在是一项不可能的任务，其间的作业就好比拿着一把金钥匙在宣纸上画神女图，不过是一种数学修辞手段。”“法治指数评估是一把双刃剑，把握得当可

以推进公平正义，把握不当则可能助推‘法治竞赛’。”还有学者认为内地法治比较落后的地区无法应用，因为“法治指数作为一种精准的实证调研数据，应该是一个法治基本比较完善而且法治正常运转的语境下，对于法治可能存在的具体问题和偏差进行数据纠偏。”

诚然，任何技术手段可能都是天使与魔鬼的集合体，发挥何种功效很大程度上还取决于使用者的态度。“法治指数并不代表与实际法治发展水平存在事实上的‘因果关系’，其只是在法治建设中发挥着工具理性作用。”不能因为法治指数测评可能存在一些不尽人意的地方，就对其持以排斥的态度，我们需要的是提前防范可能存在的问题，充分利用其有利的一面。“法治指数可能并不能完全衡量出法治的所有现状，但却不失为一个很好的切入口，成为推动法治进一步发展的契机。”在社会科学领域，我们永远无法苛求完美并以之为标尺去衡量研究结果。

由此及彼，构建与应用营商法治指数的过程中，应充分注意指数评估结果与实际营商法治状况之间的可能撕裂现象，对营商法治指数的评估效度保持清醒的认识。具体而言，一方面要清醒认识营商法治指数测评结果与测评对象的吻合程度，即指数是否客观、全面反映实情，以判断其是否具有科学性和公信力；另一方面要清醒认识营商法治指数测评在推进大湾区营商法治环境建设中的作用，要真正把指数测评作为推进营商法治建设的重要抓手，而不是沦为“政绩工程”。简言之，要正视营商法治指数的正面导向作用，也要注意其功能的限度，防止理论和实践出现“两张皮”的现象。

## （二）营商法治指数的应然价值理念趋向

营商法治指数形式上是一系列数据的集合，但其指标体系实质上倡导或表征了诸多价值理念。基于营商法治与法治的关系，营商法治指数所倡导的价值理念与法治指数倡导的价值理念，在范围上是包容与被包容的关系，后者包容前者。当然，并不是所有法治价值理念都属于营商法治指数倡导的对象，营商法治指数所标榜的应是有利于营商活动的法治理念。具体而言，笔者认为应有以下几个方面：

1. 彰显市场自由价值理念。市场经济强调市场在资源配置中的基础性作用，尽量减少政府权力对市场的干预，追求的是自由的市场秩序。因此，营商法治评估指标体系需要突出市场自由价值理念，重点测评与该理念密切相关的政府简政放权、适当减少监管、企业和个人市场自主度等方面的内容。

2. 彰显商事效率价值理念。商业机会稍纵即逝，市场信息瞬息万变，时间效率对于商事主体而言有着非同寻常的意义。商事活动相对于一般民事活动，更注重效率性，效率优先兼顾公平是商事活动的基本准则之一。因此，营商法治评估指标体系需要体现追求商事效率价值内容，重点测评如政府行政效率、

商事纠纷解决效率、政府信息透明度等内容。

3. 彰显交易公平价值理念。交易公平有形式公平和实质公平之分。形式公平强调商事交易过程中主体法律地位平等、机会均等，不能因所有制性质不同、规模大小不同等而予以区别对待或歧视待遇。实践中，内外资区别对待、待遇不一、条件不等的问题仍然常见，这需要进一步破除粤港澳三地融合发展的法治壁垒。实质公平强调商事结果的公平，如交易结果的公平、纠纷解决的公平等，这对于任何商事主体具有不言而喻的重要意义。因此，营商法治指标体系需要彰显内地城市群法治建设过程中对营商公平价值理念的追求，重点测评如法律制度、政策的公平性、司法救济的公正性等内容。

4. 彰显市场诚信价值理念。信用是市场的基石，市场经济本质上既是法治经济又是信用经济。诚信有助于降低市场交易成本，规范市场交易秩序，增强市场可预期性和效率。市场信用需要靠法治来保障，良好的营商法治环境必定具备信用的标签。因此，营商法治评估指标体系要突出追求诚信价值理念，重点测评社会信用立法情况、政务诚信、商务诚信、社会诚信情况等内容。

5. 彰显市场包容价值理念。在经济竞争全球化时代，人才、科技、资金等市场要素已呈现全球流动配置的特点。一国或地区能够吸引更多更好市场资源的先决条件之一就是具有开放包容的市场法治环境。所谓市场包容价值理念，一方面需要体现于对区域外来市场要素准入的包容，从政策、法律上为其营造开放的营商环境，为外部要素进入本地市场提供平等、便利、宽松的法治环境，这主要体现在法律及其他规范性文件应当破除各种不利、不必、不公的对外限制。另一方面，市场只有不断创新才能取得更大的发展空间。因此，包容价值理念更应重视对营商主体有关营商理念、方法、模式、技术等方面创新的鼓励和包容，设置适当的容错空间。营商法治评估指标体系应当追求市场包容价值理念，测评地区立法、执法、司法等方面对于包容价值的践行程度。

6. 彰显营商安全价值理念。“安全价值体现一国或地区对营商主体合法权益保护的程度。”市场营商安全感越强，对于市场要素的吸引力就越强。具体而言，与营商主体密切相关的权益保障内容有：一是投资财产权益。通过投资获得更多财富是任何商事主体的天然目的。财产权益是商事主体立足市场的根本保障，包括物权、债权、知识产权等财产性权益。只有财产权得到法律有效保障，商事活动才有进一步发展的空间。二是人身权益。营商主体进行合法营商活动时人身安全、自由应得到法律保障，避免随意被侵害或限制其人身权益。实践中，仍然不时发生公权力不当限制营商主体人身自由、损害企业自主财产权的现象。因此，营商法治评估指标体系应追求安全价值理念，重点测评物权、知识产权、人身权益的立法、执法、司法保护情况。

#### 四、内地城市群营商法治指数设计的基本路径

内地城市群营商法治指数构建是一项系统工程，涉及指标体系设置依据、目标定位、指标构成、权重设计、测评主体等诸多内容，下文将就其中部分主要问题进行探讨。

### （一）明确营商法治指数构建的规范依据和目标定位

营商法治指数的构建必须要有相应的规范依据，这是确保其科学性、正当性的逻辑前提。近年来，中央和地方都出台了一系列加强法治建设的规范性文件，有的将营商法治环境建设内容作为其中一部分加以部署，有的则予以专门规定。如党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出：“建设法治化营商环境，建立公平开放透明的市场规则”以及“建立科学的法治建设指标体系和标准”。十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，在综合国外和我国法治建设经验以及我国现阶段法治状况的基础上，确立了当前和今后一个时期我国法治建设的新十六字方针，即“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”。因此，有学者提出应以其作为中国特色“法治指数”设计的最权威依据。十八届五中全会继续对如何加快建设法治经济和法治社会进行了部署。党的十九大报告以及2017年中央经济工作会议对加强区域经济协调发展进行了部署，粤港澳大湾区建设被列为2018年国家经济建设重点工作之一。广东省早在2012年制定的《建设法治化国际化营商环境五年行动计划》，对营商法治环境建设提出了具体举措。笔者认为，这些关于营商法治建设的规定，厘定了营商法治建设的基本内容。基于中央和地方上述有关规范性文件的权威性和重要性，应当成为构建营商法治指数的主要规范依据。实践中，在构建法治指数时也主要是依据各级党委政府出台的法治建设意见，如浙江余杭区推出的余杭法治指数，便是依据2006年余杭区委出台的《关于建设“法治余杭”的意见》，将该意见设定的法治建设的9大目标作为余杭法治指数指标体系的一级指标。当然，除了上述列举的有关规范性文件外，其他与内地城市群营商法治建设相关的各层级的规范性文件都可以作为营商法治指数设置的依据，但不同层级的规范性文件应有依据效力的层次区分。

建设粤港澳大湾区属于国家战略，加强营商法治建设是其题中应有之义。在纵向上，大湾区内地城市群营商法治建设要处理好国家营商法治建设与地方营商法治建设的关系，形成地方与国家的良性互动，确保在国家法治建设的框架内不断提升区域营商法治环境水平。在横向上，要处理好粤港澳三地之间的营商法治发展关系，注意吸收港澳营商法治建设的优良经验，积极与港澳营商法治对接，提升大湾区整体营商法治环境。因此，不管是纵向还是横向关系，建构内地城市群营商法治指数必须以于引导、推动区域营商法治环境提升为目标。

## （二）准确把握营商法治指数建构的共识性与地域性

法治作为当今最时髦的概念，至今没有统一定论，也不易作出界定。“法治是人类文明的构成元素之一，其所表征的乃是人类共同的生活经验与生活理想，因此也就具有人类主体、世界空间与古今延续的普适性。”这表明了法治的共识性特点，但法治又同时具有鲜明的地域性特点，不同地区经济社会文化背景决定了该地人民对法治又有其独特的理解。法治不仅是一种思想、理念，更是一种社会实践，是与一国或地区经济社会相互作用的产物。因此，至今世界并不存在法治模式完全相同的两个国家。正如有学者指出，“法治本质上是一种地方性知识，具有深厚的社会文化传统和社会基础。”因此，我们在构建营商法治指数时必须准确把握法治本身的这种共识性与地域性特点。

大湾区内部内地城市群与港、澳分属三大不同的法系，各自具有不同的法治传统和法律制度，总体上港澳营商法治水平高于内地。同时内地城市群各自法治建设、发展也存在差异和不平衡。粤港澳大湾区的核心是融合协同发展。营商法治评估指标体系设计时，应充分考量内地城市群与港澳在营商法治建设的普遍性与特殊性问题，合理融入本土元素，同时还需充分考量内地城市群各自在营商法治建设所具有的地方特点和特色，以形成符合内地实际又能与港澳对接的营商法治指数。正如有学者强调，“在法治指标的选择上，既要关注法治的共同性，也应当考虑法治的差异性。”

作为法治后发国家，我们在建构营商法治指数时，对待发端于西方的法治概念以及法治指数时，应当摒弃全盘照搬的思想。内地和域外法治指数的指标设计思想、依据和数据来源等方面存在短时间内难以弥合的差异，内地不能简单照搬域外法治指数。要寻求与内地营商法治环境发展阶段相适应的法治标准，而不是简单套用域外过高或与内地营商法治理念差异明显的理想标准来衡量内地营商法治指数。对营商法治理想图景的认知体现的是一种可欲性。然而，这种理想水平如果定位过高，则容易使其指标体系与营商法治环境现实距离太远，导致评估结果过低无法发挥有效的促进作用。如果理想定位过低，指标体系仅是对现存营商法治环境的简单描述和量化，那么，借法治之名的“高指数”将无多大实际指导意义。域外营商法治指数理念可能代表未来行动方向，但当前我们需要的是合理借鉴与内地营商法治发展相适应的内容，对于尚不具备实现条件或不适合内地实践的指标内容要进行有选择的暂不借鉴或予以修正。需要指出的是，在对域外经验的本土化和修正过程中，需要经过深入的论证，不能想当然将本土实践以“特色”之名认为是法治的唯一正解，否则可能导致构建的营商法治指数无法评价客观的营商法治环境，掩盖营商法治环境建设的真实问题。

## （三）强化营商法治指数组织实施者的中立性

营商法治指数的公信力与组织实施者的中立性有很大关系，中立性是保障评估结果客观公正的基本前提之一。“一个地区的法治指数公信力，不仅取决于指数是如何评估出来的，更取决于是由谁来主持评估的。”组织实施者对营商法治指数的构建具有实质影响力，不同的组织实施者具有各自的利益倾向和价值偏好，因此，适当的主体对于保证营商法治指数的客观、准确、科学至关重要。

比较中西方法治指数可以发现，西方法治指数实践多由非官方主体自下而上式的主导推动，而我国内地以余杭法治指数为代表的法治指数实践，则基本都以政府为主导的自上而下方式加以推动。显然，这与我国法治建设由上而下由政府全面推动的特点密切相关。我国的法治建设模式是由政府设定法治建设的目标、路径和举措，然后再自上而下的推动落实的渐进式过程。因此，目前国内大部分法治指数的测评都是由政府自建自评，包括指标体系的确定、测评方法、对象等，有的虽然委托第三方评估机构，但仍然受政府导向影响。一些地方政府为了追求“指数政绩”，必然对指标体系的设定、数据收集、分析以及结果计算实施相关偏好性干预，影响指数的客观性。在此情形下得出的法治指数，一方面无法反应真实的法治建设情况，另一方面也无法为投资者等社会公众提供有效的判断和预测价值。少数由第三方推动的法治指数评估，在推进过程中也明显受地方政府影响，中立性、客观性和专业性不够。在构建内地城市群营商法治指数时应当避免出现上述情况。基于内地城市群营商法治建设的现实特点，从保证营商法治指数的公信力角度看，在初期可以由广东省政府组织相关研究机构开展评估，将来有必要由国家层面委托相关部门或第三方组织进行评估。根据域外法治指数建构经验，长远来看独立的第三方组织实施评估是保障营商法治指数公信力的重要保障，政府只需为组织实施评估提供相应的服务保障。

#### （四）合理设置营商法治指数指标框架

指标框架需要解决的问题是明确哪些可以被量化的内容应纳入营商法治测评对象。一定意义上，具体指标是评估对象的替代物或现实映射。指标选取不当则有可能偏离对象的本源，夸大或缩小对象的映射范围。营商法治指数指标的确定，需要严格的论证和验证，要把营商法治的价值和精神外化为具体的指标要素，确保被评价的对象与营商法治密切相关。“指标并非越多越好，体系的复杂程度与科学性也并非成正比。”测评难度与指标多寡、体系繁简成正比。有观点进一步指出，评价法治环境，不可能对所有指标进行分析和评价，而是应密切围绕评价目的、标准和内容合理设置具有可操作性的评价指标体系。笔者认为，在当前起步阶段，基于研究水平和可资借鉴经验的有限性，不易设置过高的难度，否则难以实际操作。基于法治包含立法、执法、司法、守法四个方面内容，那么，营商法治指数指标框架也包含以上四个方面：

1. 有关营商活动的立法情况。“完善的营商法律体系是促进市场主体守法经营、依靠规则和法律健康运行的前提和保障。”建立良好的法律体系是构建法治化营商环境的首要任务。随着经济社会发展的日新月异，对立法的数量和质量需求也是不断增长。立法数量多表明规范的范围广，质量高表明符合实践需求，相应的整个法治环境也就越高。因此，应当把所有有效的营商相关的法律性、规范性文件纳入评估范围，以确保评估指标与评估对象的映射真实性。具体包括：地区营商立法纲要、规划、文本以及其他规范性文件是否体现法治化，即测度其合法性、可操作性、稳定性、效益性等；是否在产权保护、市场准入、交易秩序建设、社会诚信体系建设等方面提供公平、高效、稳定的法律制度，减少不必要的营商法律障碍，消除法律冲突和矛盾。基于实践中政策常常取代甚至超越法律角色的特点，有必要把党政机关制定的营商决策性文件也纳入法治化评估范畴。为进一步确保制定的营商法律及其他规范性文件符合法治化要求，有必要对制定过程也进行合法性评估。简言之，要实现法律及其他规范性文件制定过程和内容结果的双重评估。

2. 有关营商活动的执法情况。“法治秩序最重要的表征体现在法律行动之中，法律行动是否合乎法治是测量法治的最基本标准。”行政执法是落实法治的关键环节。因此，营商法治指标体系要重点评估党委政府在执政、执法方面是否严格落实营商法律及其他规范性文件。行政执法必须严格依法进行，遵循公权力设定和运行规则，防止行政执法权力的滥用，以保护私权利不受行政权力的不当侵犯。因此，域外法治指数通常都将政府执法用权的合法性作为重要的测评项目。具体可以从行政执法规范、公正、公开、效率等方面设置测评指标。如政府是否在法定的市场准入领域和产业清单外加以另外限制；是否严格依法制裁各类不正当、不诚信竞争行为；是否为企业提供公开、公正、高效、便捷的公共服务，为企业做出准确的市场判断提供保障；政府行政审批和监管是否规范、高效、透明等。

3. 有关营商活动的司法情况。市场主体在以营利为目的的商业活动中难免发生纠纷。尤其是商业活动更加注重商业效率，在发生纠纷后，如何高效、公正的解决纠纷便成为市场主体密切关注的事情。司法是社会正义的最后一道防线，关系到市场主体合法权益最终能否得到维护。优良的司法环境，无疑有助于营商法治环境的提升，吸引优良的市场要素。具体可以从司法的公正、公开、效率、队伍素质等方面设置营商法治情况测评指标。另外，由于商事纠纷的多发以及司法解决纠纷的局限性，需要加快建立健全多元化纠纷解决机制，拓宽民商事纠纷解决渠道。具体而言，就是要大力发展民商事纠纷的司法替代解决措施，如商事仲裁、调解等。目前，粤港澳三地成立了商事调解联盟，一定程度上实现了商事调解和仲裁的结合。仲裁、调解在商事纠纷解决中的地位越来越

越突出，相比司法裁判更灵活、高效。因此，在考察司法活动服务营商法治环境建设方面之外，还应重点将相关商事纠纷的非诉讼纠纷解决情况纳入测评指标范畴。

4. 有关营商活动的守法情况。要营造良好的营商法治环境，最终还需要广大市场交易主体对法律的普遍信仰和严格遵守。市场主体在商事交易过程中严格遵守法律规定，关系到市场信用的建立。一个不遵守法定交易规则，坑蒙拐骗现象充斥的市场，必定是一个毫无信用的市场，同时也是一个营商环境法治化极差的市场。在此情形下，市场交易的安全性受到严重挑战，交易成本显著增加。因此，营商法治指数要将交易主体守法情况纳入测评指标。具体测评如法治意识强弱程度、学法知法情况、依法营商情况、依法维权情况等。

#### （五）科学设置指标权重和收集指标数据

营商法治指数由一系列指标构成，每类指标在反映营商法治的状况上作用不等，需要合理设定各类指标的权重。这关系到营商法治指数结论的科学性、公信力。各类法治指数均是由一套指标体系构成，大多数的具体指标又分为一级、二级、三级指标，少数法治指数只有两个指标层级。对于营商法治指数而言，其指标体系也可设置成三级指标。那么，在不同级别、同一级别不同组指标之间的权重如何合理设置便至关重要。实践中，确定指标权重的方法有多种，分为主观法和客观法两类，前者如德尔菲法、循环评分法等，后者如因子分析、聚类分析等。其中德尔菲法运用较多，余杭法治指数、香港法治指数都是运用该方法确定指标权重，营商法治指数亦可以借鉴采用该方法。需要强调的是，之所以并存多种方法，是因为各种方法都不尽完美，各有其优缺点。在条件许可的情况下，有必要综合运用多种方法进行比对，最终形成更加科学合理的指标体系。随着时代发展，还需要对一些指标构成及其权重进行动态调整，及时清理过时甚至不符合营商法治环境实际的内容。世界上一些著名的营商指数、法治指数的指标体系就处于不断发展变化之中。

与指标权重相关的另一个问题是协调营商法治指数主观指标与客观指标的比重。主客观指标如何协调是法治指数设计不可回避的问题。主观指标设计、编制和数据收集成本相对较低，测评效度高，对官方数据具有验证作用，但容易受被测评者个体感受影响而具有非理性和波动性特征。客观指标能够较客观反映实况，验证主观指标的合理程度，但单项测评效度较低，数据设计、收集成本较高，而且数据容易造假。笔者认为，基于内地城市群营商法治发展还不成熟，还处于一种法治建构阶段，当前宜采取客观指标为主、主观指标为辅的模式，重点对营商法治环境的文本、行为等客观内容加以测评。随着将来营商法治的成熟，可以动态调整到社会对营商法治环境的主观感受方面的测评为主。对于这种主客观指标的比重分配，还可以在两者之间进行相互验证，看彼此结

果契合度的高低，以判断是否科学设置。

数据的收集和来源的可靠性问题是各类指数评估的共同难题，营商法治指数也不例外。通常公认的数据收集来源有政府统计数据、法律文本与文献分析、专家投票、公众调查等。然而，每一种数据来源都有其局限性，需要综合运用确保指标数据来源多元化，尽可能全面反映营商法治实际情况。如香港法治指数评估采取专家打分为主、民众调查为辅的方法进行，前者代表的是法律精英阶层对法治现状的感知，后者反映了普通民众的感受，两者结合能够较好地反映法治的实况。另外，还需要充分利用大数据方法。大数据时代，人类活动越来越容易通过各种数据予以综合评价、预测，营商法治建设活动亦不例外。大数据已经渗透到社会生活各个方面，人们越来越容易直观、精准感知更深刻、全面的客观世界。

## 五、结语

在全面推动依法治国，加快粤港澳大湾区建设的时代背景下，提出建构大湾区内地城市群营商法治指数具有重要的意义。营商法治指数本身具有描述、评价、监测、预测、指引等功能，是推动营商法治环境建设的重要抓手。客观而言，大湾区内地城市群在营商法治环境与港澳地区仍有较大差距，需要通过营商法治指数这一量化工具来推动内地城市群营商法治环境的发展，实现与港澳地区营商法治进一步协调，提升大湾区整体营商法治化水平。法治指数对于我国而言属于舶来品，在理论和实践上尽管有诸多成果但并未形成共识。营商法治指数作为专项法治指数，更是在理论和实践上处于基本空白状态。因此，从理论上探讨内地城市群营商法治指数建构应具有重要的理论和现实意义。诚然，营商法治指数的建构可以借鉴当前域内外法治指数实践的诸多经验，但两者仍然有不少差异。我们在建构营商法治指数时，需要通过该指数倡导交易自由、效率、安全等与营商活动密切相关的价值理念，在指标体系上需要合理设置其框架，科学设置指标权重等。当然，基于人的有限理性，建构的营商法治指数也仅是设计者有限理性的反映，指标体系设计、数据收集以及分析都不可能达至完美境界。因此，我们需要客观理性看待和利用营商法治指数，避免“指数政绩”现象。需要指出的是，营商法治指数的建构是一项复杂的过程，需要不断追求完整性和系统性，内容涉及静态指标设置以及动态考核、评估、运用、转化等整体过程，本文仅是对相关内容进行了粗浅探讨，以期起到抛砖引玉的作用。另外，在当前建构大湾区内地城市群营商法治指数的基础上，将来可以探索粤港澳联合建构大湾区整体营商法治指数，促使大湾区成为全球营商法治环境优越的新经济增长极。

## 粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制研究

黄文婷冯泽华

党的十九大报告指出：“要支持香港、澳门融入国家发展大局，以粤港澳大湾区建设、粤港澳合作、泛珠三角区域合作等为重点，全面推进内地同香港、澳门互利合作……”。可见，中央已将粤港澳大湾区建设作为内地与港澳合作的重点，而粤港澳大湾区（下文简称大湾区）的建设与发展，离不开法律为之提供保障服务。法律服务囊括法律咨询、出庭、调解、仲裁、公证等方方面面的服务，其中由调解、仲裁、公证等可构成与诉讼纠纷解决机制相对应的替代性纠纷解决机制。替代性纠纷解决机制（下文简称ADR）是指世界各国普遍存在着的、民事诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或机制的总称。它既涵盖调解、仲裁、公证等主要形式，亦包括和解、专家裁定等其他方式，占据法律服务种类之半壁江山。因此，构建大湾区ADR不仅有助于解决纠纷，更有助于进一步完善大湾区法律服务，从而保障大湾区的经济社会健康、稳定的发展。

### 一、粤港澳大湾区替代性纠纷解决存在的瓶颈与挑战

#### （一）三地法律制度各异

三地法律制度的差异造成三地ADR亦有所差别。广东与澳门都是大陆法系，制度差异较小，但香港由于是英美法系，与广东、澳门在法律制度上相去甚远。总体而言，实体规则方面，香港本地法律、英国法律和中国传统习惯法共存，成文法与判例法并用，尤其是判例法居于主导地位，与广东和澳门进行合作难度大。具体至仲裁、调解、公证等方面而言，三地所构建的制度亦不尽相同，存在诸多差别。譬如，香港的仲裁制度明确仲裁庭和法院下令采取临时措施之规定，澳门亦有临时措施之规则，但内地却没有相关制度；香港的仲裁允许第三方就仲裁提供仲裁资助，而内地则无此规定。再如，内地的调解分为主动申请和被动介入，但香港调解的启动只能基于当事人申请；内地的调解大多具有行政、公益色彩，而港澳的调解服务市场化水平高。再者，澳门设立不同类别之仲裁中心，但同时开展调解服务。虽然香港与内地的仲裁机构可在仲裁前开展调解，但调解并非仲裁中心之单独服务业务。一言以蔽之，法律制度的差异性造就ADR的差异化，增加相互开展机制合作之难度，三地开展优质化法律服务亦难以为继。

#### （二）三地经济、政治、文化发展水平差异大

一国两制，是大湾区不同于世界其他湾区的独特之处。在宪法和基本法的规制下，港澳实行资本主义制度。香港以金融业、服务业为主，澳门的博彩业是经济发展的拉动点，而广东九市经济发展水平亦有所区别，使得相应的纠纷解决机制亦呈现出不同的特点。譬如香港在国际经济贸易、金融方面的仲裁制度非常成熟，香港国际仲裁中心更被视为解决争议的全球最重要仲裁机构之一。同时，港澳的政治环境亦迥异于内地，一国两制下港澳拥有高度的自治权，具

体内容为港澳享有更高层次的立法权、行政权以及独立的司法权和终审权。香港的自治体现为两个方面：一是香港特区政府相对于中央实行高度自治，二是香港社会相对于特区政府实行自治，澳门亦是如此。港澳高度自治的政治体制有别于内地，在制度的构建上更为灵活和自由。再者，诚然广东与港澳由于地缘靠近之缘故，形成以广府文化、客家文化为主的南粤文化，在文化上可谓是同根同源，但经济、政治制度上的差异，亦不可避免地造成三地意识形态、社会观念、法律思维以及法律文化有所区别。港澳法制健全，讲究法治，推崇在法律的框架下解决纠纷，而广东传统的以和为贵思维仍根深蒂固，和解、交涉亦不在少数，由此可知三地居民采取纠纷解决方式各不相同。粤港澳三地在一国两制下，自然存在着不同的经济、政治与文化的碰撞与矛盾，而这些本身又深刻影响着 ADR 的不同走向，不同的 ADR 亦不免发生各式各样之矛盾与冲突，以至于合作难以进行平衡，合作难度增大。

### （三）港澳进入广东法律服务业门槛高

随着改革开放，大量港澳的投资进入广东，由此带动不少港澳法律工作者走进广东，开拓广东的法律服务业务。固然，港澳法律人员的加入给广东法律服务业注入新鲜的力量，但三地制度性差异的障碍仍是阻止港澳法律机构和工作人员在广东进一步发展之重要原因。2015 年内地与港澳签署的《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》

（以下简称 CEPA）提及港澳的法律服务业，在放宽港澳与内地以合作形式提供法律服务范围的同时却又限定范围，因而可知港澳提供法律服务仍受诸多限制。通观 CEPA 的发展历程，港澳进入广东法律服务业门槛非常高。其一，港澳居民应取得内地法律职业资格并获得内地律师职业资格证书方能开始从事法律服务。其二，符合前者条件的律师在内地也只能从事涉及香港居民、法人的民事诉讼代理业务范围。其三，开展法律服务的机构，若是独资设立的代表机构不得办理涉及内地法律适用的法律事务，或聘用内地执业律师；若是采用联营的形式，开放的地点限于广州市、深圳市、珠海市。法律服务范围限定窄、律师执业资格难、律所联营条件严，过高的门槛只会使港澳方知难而退，进而挫伤粤港澳法律服务合作的积极性。

### （四）三地法律服务成本不一

法律服务收费问题是个实际且实在的问题，关系着法律工作人员的生存、生活质量以及法律服务机构的发展空间，更是成为吸引港澳法律工作人员来广东开拓市场之关键因素。不同地区的经济社会水平不同，法律服务收费亦有所区别。广东经济发展水平较高，个别城市甚至与港澳经济相差无几，但法律服务收费与港澳相比总体仍有较大差距。譬如律师，2015 年广州律师行业人均年收入水平不到 30 万元，按计时收费方式收费的收费标准广东省为 200—3000 元

/小时，而香港事务律师每小时收费因代价不同收费不同，最低为 1800 港元/小时，收费差距极大降低香港律师进入广东市场的可能性。再者，在 CEPA 的制度框架下，诉讼业务是法律服务之重心，对于仲裁、调解、公证以及公司上市等非诉讼业务却规定较少，法律资源的不平均亦影响法律服务收费，法律服务的市场同样受到冲击。

#### （五）三地法律服务业管理体制不同

三地法律服务业管理体制迥异是大湾区构建 ADR 又一难题。以律师管理体制为例，香港政府通过立法的方式，而非采取行政直接干预的做法实现对执业律师的宏观管理和规范，具体的管理职能主要由香港律师会以及香港大律师公会在各自的职能范围内分别实施；澳门亦是如此，设立专门的澳门律师公会来进行管理以及成立澳门律师业高等委员会监管律师的职业活动。由此观之，港澳在管理体制上具有高度的行业自律性和自治性；迥异于港澳，内地实施的是司法行政机关行政管理和律师协会行业自律管理相结合的律师工作管理体制，最明显的特点即是行政主导，司法行政机关不仅制定规范还参与到直接管理监督当中。再如公证，内地的公证具有强烈的大陆法系特点，公证机构属于事业单位，由国家进行管理；香港则继承英美法系，其公证人的执业机构为律师事务所或律师行，由行业组织来进行管理；而澳门的公证管理则形成独特的混合类型，澳门设有专门的公共公证署，另外又设立私人公证员，实行政府机构公证和以律师为主的私证并行的体制，至此形成三地不同的公证管理体制。

#### （六）内地法律人员执业环境的不足

执业环境关乎法律服务行业的健康、可持续发展。内地的法律服务行业起步较港澳晚，发展较为缓慢，执业环境相对较差。尽管近年来情况有所改善，但囿于无法突破长期以来形成的执业环境，内地在行业管理、法律人员地位、职业保障、权利行使等方面仍不尽如人意，要营造如港澳般良好的执业生态以及培养优良的法律职业传统仍需一定的时间。特别地，律师作为重要的法律资源，其执业环境的不足十分不利于港澳律师来广东执业。内地律师行业发展自 1980 年恢复律师制度之后不过三十多年，尽管 2017 年新修改的《中华人民共和国律师法》对律师行业进行不少的规范，使内地的律师执业权利得到不少保障，但实际中诸如会见权、豁免权等重要权利无法有效行使亦是不争之事实。是以，港澳律师由于权利的缺失放弃来广东发展的情况未免不会发生。构建大湾区 ADR 亟需解决的现实问题就是改善大湾区法律人员执业环境，使二者相得益彰、相互促进。

### 二、构建粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制的机遇与优势

#### （一）构建粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制的必要性

##### 1. 增强粤港澳国际竞争力

大湾区是基于打造世界第四大湾区之目标而制定的国家战略，提出伊始，大湾区的定位就是发展湾区经济。大湾区具有经济实力雄厚、交通体系便捷高效、基础设施完善、人才储备丰富、文化包容开放等媲美世界三大湾区之开放优势，但迥异于三大湾区，大湾区存在着“一国两制三法域”的制度性差异，并且这种差异会成为推进大湾区建设中合作的症结所在，削弱国际竞争力。当然，差异并不必然代表劣势，一国两制亦是保持和巩固港澳稳定和繁荣之有力武器，关键在于如何将差异化为成功之机遇，有效突破取决于中央与粤港澳建立协调合作机制，统筹大湾区方方面面建设。ADR 便是协调合作机制的重要组成部分，构建顺畅的 ADR 能够顺利解决贸易、金融等经济上的摩擦与纠纷，使合作不会受到制度差异之影响，更保障当事人的合法权益。ADR 为大湾区发展保驾护航，消除投资者顾虑，从而成为大湾区合作症结的破解之策，增强大湾区国际竞争力。

## 2. 推动广东全面依法治省进程

十九大报告指出：人民在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。为满足人民日益增长的美好生活需要，法治建设必不可少，由此，十九大报告再次强调坚持全面依法治国是坚持和发展中国特色社会主义的基本方略。中央的政策具体落实到地方是广东必须坚持全面依法治省，而构建大湾区 ADR 对广东全面依法治省具有强大助推功能。首先，有法可依是构建全面依法治省之前提，而构建大湾区 ADR 即是在完善相关立法，建立健全仲裁、调解等一系列法律制度。其次，依法行政是构建全面依法治省之关键。ADR 的构建将会促使广东的各级机关解决纠纷时在法律的约束下进行，避免侵害当事人之合法权益。最后，法律权威是构建全面依法治省应有之义。在经济发展过程中大湾区居民产生纠纷与矛盾是可预料的，通过机制的构建预防纠纷的产生和推动纠纷在法律的轨道上解决，不仅有助于大湾区经济社会的和谐发展，更有助于树立法律的权威、培养大湾区居民之法治思维。

## 3. 协调粤港澳跨境法律纠纷解决

大湾区的合作实质是跨境合作。跨境合作，囿于三地制度、法域、关税之互异，加上信息的不对称，贸易摩擦、纠纷在所难免，与此同时解决纠纷亦更为困难和艰辛。故此，通过三地协商合作构筑共同的纠纷解决机制不失为走出困境之一剂良方。进言之，囿于大湾区的制度差异，构建统一的司法制度或许遥不可及，但构建共同的 ADR 却是极为可能的，因为仲裁、调解等制度一则不会涉及三地特别是港澳司法等核心制度的太大变动，二则积极适应符合国际 ADR 制度之发展潮流，与国际实践相接轨。换言之，大湾区发展犹如缩小版的全球，世界各国之间在不同制度之下解决纠纷所积累的经验亦可为大湾区借鉴，借此融合世界发展，最终解决自身发展过程中跨境法律纠纷。

#### 4. 促进内地法律体系的完善

法律体系是由内部各个部门法、各个功能所构成的，由此各部法律、各个部门相互之间的关系以及协调亦不可忽视。现今，中国特色社会主义法律体系业已形成，各项活动均有法可依，但法律体系下内部法律的衔接、协调却有所断层。以现行内地的ADR为例，虽然解决纠纷的方式各式各样，但纠纷解决的社会资源却未能合理配置，和解、调解、仲裁、公证等一系列ADR既不能相互之间连接，亦无法与诉讼做到有机衔接、相互协调，至此尚未构筑合理有序的纠纷解决机制。而大湾区ADR则是在现有制度，加之吸收港澳先进经验的基础上内化而形成的，固然内地有些制度有所保留，但更多的是改进现有制度，并且探索与港澳间的合作机制，形成完备的行之有效的机制。ADR的构建是一项复杂且艰巨的基础性、长期性工程，在此过程中势必涉及内地的实体法、程序法以及司法资源之变动，使之趋向良性发展，ADR的构建随之成为完善内地法律体系的绝佳契机。

#### 5. 深化一国两制发展模式

一国两制的实践自港澳回归以来一直显现出强大的生命力，给港澳带来的是稳定、活力以及繁荣，一国两制对于港澳之重要性不言而喻。在国家的全面管治下实行资本主义制度，享有高度的自治权是港澳在一国两制方针之下的发展模式。这种发展模式本身无可厚非，却被别有用心之人故意利用歪解为“两制核心论”。当然，面对谬论，大可不必在意，但谬论之产生却与一直以来过于注重“两制”而忽视“一国”的倾向不无关系。综观以往的发展模式，无论是中央抑或是港澳均在强调“高度自治”“港人治港”“澳人治澳”，以至于港澳更在意自身的发展而忽略与内地的交流与合作。“两制”的前提是“一国”，长期以来港澳“独善其身”之情形亟待改变，这亦是十九大报告继《“一国两制”在香港特别行政区的实践》白皮书后再次强调全面管治权之重要原因。新时代下，港澳不仅要在“两制”下发展自身，亦要积极加强与内地在各方面的合作，增强“一国”之认同感，大湾区建设的功能即是如此。进言之，大湾区的ADR最为直接的效果即是在解决粤港澳居民纠纷的过程中，促使双方加强了解、深入交流，不断让港澳居民感知内地、共谋发展，与内地同呼吸共命运，推动港澳与内地的进一步合作，最终深化一国两制发展模式。

#### 6. 节约粤港澳大湾区司法资源

大湾区囊括广东九市、香港与澳门，地域宽广，加之大湾区的纠纷往往呈现跨境之特点，在大湾区内如果没有相应的机制和机构来解决，争议双方或许要往返广东与港澳三地司法机构或者非司法机构，在广东或港澳拿到的判决书、仲裁书或者是调解书仍要拿到另一地法院申请执行，过程不仅耗时耗力，更为重要的是白白浪费三地的司法资源，造成不必要的人力、物力、财力损失，进

而损害大湾区的可持续发展。另一方面，司法资源是有限的，社会上所有纠纷都不可能全部由司法来调整，时下纠纷解决方式趋向多元化亦清晰表明这一点。构建多元纠纷解决机制，方能最大程度节约司法资源、降低司法成本。况且，司法程序花费时间长、消耗精力大，发挥ADR的作用已是国际的通行做法。基于此，构建大湾区ADR不仅是可能的，而且是必要的。

## （二）构建粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制的优势

### 1. “协议”与国家政策支持

自2017年3月，李克强总理在《政府工作报告》中首次提出“粤港澳大湾区城市群发展规划”后，中央以及粤港澳三地均在不断研究推进大湾区的发展规划。同年7月，《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》（下文简称《协议》）正式签署，从而为大湾区建设提供指引方向。《协议》中合作目标系将香港定位为亚太区国际法律及解决争议服务中心，将大湾区打造为内地与港澳深度合作的示范区，这对构建大湾区ADR之意义不言自明。大湾区的ADR正是将《协议》的框架转变为具体项目之重要步骤。来日，不妨学习港澳发展之经验，加强与港澳在仲裁、调解等方面的交流，构建完善的ADR。此外，十九大报告再次提及粤港澳大湾区，亦明显表明粤港澳大湾区作为国家战略的重要地位。时下，大湾区规划正加紧进行，国家层面给予大湾区大量的政策支持，《协议》亦释放国家支持广东全面深化改革，探索粤港澳合作新模式，推动主要合作区域和重点领域的体制机制创新，以点带面深化合作之信号，对于构建ADR可谓正当其时。大湾区ADR之构建必然涉及与港澳的法律合作机制的改革和创新，若非国家支持先行先试，大湾区是无法突破现有机制，构筑符合大湾区发展的ADR。

### 2. 文化与地缘优势

广东毗邻港澳的地缘优势，在以往粤港澳合作发展中发挥着重要作用，并且在当下湾区经济发展的战略性地位又一次充分地显现出来。“湾区”一词多用于描述围绕沿海口岸分布的众多海港和城镇所构成的港口群和城镇群，而衍生的经济效应则称之为“湾区经济”。大湾区经济正是依托地缘而形成的，而地缘亦会反作用于大湾区建设，其反作用尤为体现在文化方面。大湾区各市由于地理位置相近，气候相差不大，语言、生活习俗、传统节日、思想观念亦大体相近，从而形成以广府文化、客家文化、潮汕文化为主的岭南文化。如妈祖文化是港澳地区与广东沿海地区共同的情感纽带。粤港澳联合申报的粤剧已入选人类非物质文化遗产代表作名录。广东九市与港澳在文化上一脉相承，而文化正是连接广东与港澳之情感纽带。再者，港澳作为典型的移民社会，历史上不同时期亦有不少广东居民迁移到港澳，更加加深港澳与广东的联系。由地缘相近而产生共通的文化，有助于减少矛盾与冲突，加深港澳与广东之交流与合作，

亦有助于大湾区开展构建ADR之工作。当然，由于港澳在发展的过程中受到西方的影响较深，其文化构成除了岭南文化，尚有西方文化，因而总体而言港澳与广东的文化是相通的，但涉及法律文化、政治文化方面有所差别亦在所难免，有鉴于此，大湾区在建设过程中不应忽视细微的文化差异，在求同之际解决差异方是可持续之道。

### 3. 经济交流密切

上世纪70年代末，港澳由于土地成本提高以及劳动人员工资的上涨，经济面临着巨大压力之际，恰逢内地改革开放，为港澳发展提供新的空间和资源，港澳抓住机会将制造业转移到毗邻的珠三角地区，将其作为新的生产基地。同时港澳利用自身对外贸易成熟的优势，大量承接来自世界各地的订单，而广东由于经济发展之需，凭借劳动力廉价以及土地成本低之优势，不断为港澳订单的产品进行加工制造，从而形成港澳销售、广东生产之“前店后厂”之发展模式，共同促进港澳与广东的经济发展，这也为日后粤港澳经济合作奠定坚实基础。进入21世纪，随着CEPA的签署，广东与港澳的经济往来愈加紧密，并且随着时间的推移，广东与港澳都能够不断认识和调整双方的经济合作关系，紧跟时代相互弥补，寻求互利共赢之合作局面，由最初之“前店后厂”，到大珠三角、泛珠三角，再到一带一路、粤港澳大湾区的变迁便是最好的佐证。一方面，经济交流密切为大湾区ADR合作筑牢基础自不必说，另一方面，大湾区经济往来频繁亦难免带来矛盾与纠纷，经济发展之需求亦会促使大湾区不断构建和完善ADR。

## 三、粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制的具体构建

### （一）大湾区替代性纠纷解决机制立法的可能路径

ADR的范围清晰明确，具有针对不同的领域灵活采用不同规则的优越性，并具有多样性与极强的可操作性，但不足之处在于方式众多，容易产生实体以及程序上的冲突与矛盾。因此，制定大湾区ADR的法律规范既要避免相互机制之冲突，又要发扬ADR之优势，采用“两步走”路径可谓是上策。一是通过立法制定统一的大湾区替代性纠纷解决法律。制定统一的法律具有以下必要性：其一，重大改革依法有据。尽管大湾区被赋予先行先试之权力，但在制度构建过程中不可避免地产生与现行法律相冲突现象。先行先试意味着改革和创新，而改革和创新在法律上蕴含着没有上位法依据甚至是突破上位法之可能，然而这种改革和创新却是符合经济发展需要以及社会需求的。但从根本而言，这终究是无源之水、无本之木，为避免冲突，全国人大应及时立法，正如党的十八届四中全会所指出：“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。实践证明行之有效的，要及时上升为法律。”其二，全面依法治国之需要。在全面依法治国的国家战略下，大湾区构建ADR

亦应走向法治化，而要实现法治化，法律理应走向系统化、体系化，建立健全内容协调、结构完整、体系衔接的法律制度。由是，全面依法治国要求大湾区首先要对ADR进行统一立法，使其法典化。其三，各项纠纷解决机制构建需法律保障。具体的诸如公证、仲裁、调解等合作机制构建之际，离不开原则性的法律的指导，加之ADR不可避免地产生程序以及实体的冲突，更需要法律的统筹，统一的ADR立法就具备指导协调统筹各种机制的功能。基于此，统一立法之规定无须过于详细，只需从指导统筹协调各种纠纷解决合作机制的高度上作出制度性安排即可，允许以协议的形式分门别类构建各种纠纷解决机制，必要时可规定设置统一、专门、常态的协调小组对日常工作进行指导。二是基于统一立法的原则，大湾区以协议、安排的方式分别构建大湾区公证、仲裁、调解等合作机制，譬如仲裁方面的合作，可定名为粤港澳大湾区仲裁合作机制的安排。以协议的方式制定合作机制的安排，立法步骤可由国家发改委牵头起草，征求广东和港澳后，报全国人大常委会审议通过，港澳则需进一步报本地立法会通过即可生效。协议的内容应精细化，从纠纷解决方式适应范围、程序、机构到大湾区具体合作机制的构建都应详细载明，制定切实可行的制度，为纠纷的当事人提供具体的、可操作的指引。通过“两步走”路径，在先行先试下将统一立法与分散的协议安排相结合，有助于提高大湾区ADR的合理性、灵活性与可操作性，使之既在统一稳定的法律制度下平稳处理各种纠纷解决活动、不断减少各种纠纷解决方式的冲突与矛盾，又能构建机动灵活、高效运行、各有所长的制度，使之适应大湾区社会发展趋势。

## （二）大湾区替代性纠纷解决相关机制的构建进路

囿于替代性纠纷解决机制涵盖的种类众多，本文无法一一列举跨境状态下所有种类的具体构建进路，主要从公证、仲裁、调解等三个方面描绘大湾区替代性纠纷解决相关机制的构建进路：

### 1. 粤港澳大湾区公证合作机制的构建

首先，广东九市应积极借鉴港澳先进公证经验。一是广东正确理解公证的效力与功能有助于明确公证合作机制之方向。2016年6月，最高人民法院发布《最高人民法院关于进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》（下文简称《意见》）指出，加强与公证机构的对接。公证之所以能够发挥如此重要的作用，就在于法律赋予公证应有的效力：证明效力、执行效力和要件效力。其中最主要的无疑是公证的证明效力。公证具有证明效力毋庸置疑，相较于一直以来法律工作人员持有根深蒂固的“公证证明论”，《意见》以较为开放的视野从崭新的侧面看待公证，不再局限于“公证证明论”，并首次提及“公证法律服务”。事实上，公证证明的特权是由法律所赋予的，而法律服务正是法律赋予公证特权的基础以及来源所在。公证的本质是具有证明效力的法律服务，实际上近年

来国家曾在多个政策中明确公证之法律服务性。另一方面，预防纠纷是公证的传统功能，这亦是法律职业共同体的相同认知。但实践中公证介入纠纷并引导、解决纠纷之事亦时有发生，这是源于社会的快速发展，公证的功能亦有所改变，公证不仅预防纠纷，更是逐渐解决纠纷，《意见》支持公证积极参与调解，正是承认公证具有止息纷争之权限。港澳对于公证之效力与功能似乎早有定论，将公证视为解决纠纷的法律服务，因此要构建大湾区公证合作机制，广东亟需转变思维，正确看待公证。只有明确公证的效力与功能，方能在制度上与港澳接轨。二是创新公证模式。既已明确公证之法律服务性质，同时为满足迅速发展的公证业务之需求，大湾区的广东九市不妨借鉴港澳，试点引入私人公证制度，当然现时全面放开私人公证仍未具备成熟条件，广东九市可在部分区域允许私人公证或者设定私人公证的从业人员、范围之限制等。其次，构建一系列合作机制，为大湾区提供便捷完善的公证服务。一是建立公证文书核查机制，完善文书的送达、核查、取证的程序并逐步探索建立大湾区公证文书使用、查证等电子化平台。二是建立业务委托协助机制，完善现有委托公证人制度。内地与香港业已建立委托公证人制度，未来大湾区可开拓广东与澳门的委托公证人制度、同时进一步拓宽广东与香港的委托公证范围。三是探索建立大湾区公证服务网络体系，网络体系应覆盖利用大数据提供公证信息以及资源等服务，以及网上咨询、查询以及办理平台服务。最后，充分发挥公证在大湾区纠纷解决之作用。一是可建立公证机构调解制度。因公证事项而发生争议的，无论办证前、办证中，抑或是办证后，公证机构可依当事人申请进行调解。二是建立诉讼与公证对接机制。公证机构可就判决书的送达和裁判书的执行办理提存、保全、债券文书强制执行等公证服务，或设立与法院对接的诉前公证调解室，发挥公证在各类纠纷分流化解司法中的职能作用。

## 2. 粤港澳大湾区仲裁合作机制的构建

相较于公证、调解机制的构建，大湾区仲裁合作机制的构建是较为容易着手的。仲裁是国际广泛认同的纠纷解决方式之一，仲裁规则亦具有国际性，许多制度已然达成国际共识。也因此仲裁被喻为商界的共同语言、万民法。虽然粤港澳三地分属于三个不同的法域，但综观三地仲裁制度与规则，基本制度相差无几，原则性区别寥寥可数，大大降低大湾区构建仲裁合作机制的难度。鉴于粤港澳三地的仲裁规则相似，加之港澳的仲裁制度趋向成熟，大湾区经过借鉴吸收并进行内化后，可制定制度并直接适用于大湾区的纠纷解决当中。今后大湾区仲裁合作的重点方向应放在仲裁裁决以及仲裁机构上，其主要路径有三：其一，完善相互认可和执行仲裁裁决。迄今为止，内地与港澳就仲裁裁决分别签订《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》。大湾

区在内地与港澳的制度安排下，可在广东九市与香港相互认可裁决、逐步扩大裁决书相互认可和执行的适用范围、限制使用公共秩序保留等方面完善。其二，推动港澳仲裁机构在广东九市设立机构。港澳经过多年的仲裁发展，早已形成较为完备的仲裁机制，尤其是香港仲裁凭借丰富的仲裁经验以及全球性视野闻名于世界，积极引进港澳仲裁机构进入广东九市并受理仲裁，在吸引国际投资的同时，有助于营造广东法治化和国际化建设环境。深圳于2012年颁布《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》，鼓励香港仲裁机构为前海合作区的企业提供商事仲裁服务。深圳一直争取引进香港仲裁机构，遗憾的是未能如愿。上海在深圳基础上有所突破，2015年香港国际仲裁中心正式入驻上海自贸区，成为香港国际仲裁中心在内地设立的第一个仲裁机构，但美中不足的是尽管上海设立代表处，香港国际仲裁中心仍然不能在内地提供案件仲裁服务。大湾区既被赋予先行先试的权力，在仲裁上理应发挥优势、有所作为，那么设立港澳仲裁机构在大湾区广东九市的分机构，并在案件受理和仲裁方面有所突破便值得期待。港澳仲裁机构的地点基于发展需求和地理位置可优先考虑广州、深圳，特别是先行先试的突破口南沙自贸区或者前海自贸区，在制度安排上授予分机构受理案件接受仲裁的权限，并构建相应制度保障其实施。其三，加大培养大湾区高素质仲裁人员。仲裁的实施在于仲裁员，大湾区不妨在积极引进港澳优秀仲裁员的同时，加强广东与港澳仲裁员的交流和合作，并且政府应支持粤港澳高校的法学院系以联合培养或交换生的方式，共同培养既懂内地法又掌握港澳法的高素质法律人才。为盘活法律人才资源，在通过粤港澳共同举办的法律资格考试后这些联合培养的学生可获得执业资格，从而能在大湾区提供仲裁法律服务。

### 3. 粤港澳大湾区调解合作机制的构建

调解作为我国传统的纠纷解决方式之一，被誉为“东方经验”。近年来，由于发现中国的调解传统与西方一些国家提倡的“ADR运动”和“恢复性司法”有着显著的吻合之处，中国的调解制度不断地受到社会的高度关注。以“和”为核心的传统调解不断延续，并在进入现代社会后与ADR完美结合，固定为一种在法治的规制下发挥重要功能的机制。香港的调解机制肇始于上世纪七八十年代，最初用于处理家事以及建筑工程纠纷，后在司法机关和香港政府的共同推动下，调解迅速成为以解决民事为主的纠纷解决机制之一。澳门的调解制度分为司法调解和非司法调解，非司法调解与仲裁密不可分，仲裁机构同时是进行调解之平台。

申言之，调解制度早已存在于大湾区内，接下来的工作则是整合三地调解资源与制度。第一，启动大湾区内法院调解分流机制。港澳的调解机制旨在要求诉讼当事人在诉讼前先行调解，以减缓法院压力。同时，尽管香港的法院鼓

励当事人调解，但并不直接参与调解，而是将案件委托到专业调解机构来进行，而澳门则是由仲裁中心来调解。实践证明，委托调解有助于专业解决纠纷与法官保持公平公正之审判。广东九市可在先行先试下，在民商事诉讼中更加积极促进当事人先调解后诉讼，并将调解委托给法院以外的专业调解机构或仲裁中心。在这过程中，大湾区可吸收港澳律师参与调解之有益经验，建立律师参与调解机制，吸纳符合资格的律师成为调解员，建立名册，并依照案情委派或委托律师调解员来进行调解。通过将调解从法院分流出来，实现分离调解与审判，并且发挥律师在调解中的作用，不仅对接港澳机制、促进大湾区法律人才的合作，更能充分发挥调解之功效。第二，打通大湾区调解地域限制。2015年，内地-香港联合调解中心在香港成立，这是内地与香港特区在法律服务领域的新合作，旨在为内地和香港提供解决跨境商业争议和贸易纠纷的平台。粤港澳商事调解联盟的成立亦在跨境调解中迈出实质性一步。将来，大湾区应鼓励更多跨境调解机构之成立，无论是在广东九市，抑或是在港澳成立。与此同时，网络的出现亦打破大湾区调解的地域限制。信息时代下电子商务、网络新媒体的快速涌现，为在线调解提供了新的发展模式。大湾区可以研究开发网上调解服务平台、诉调对接中心等，在网络申请调解、提交材料甚至是选择调解机构，实现不同法域、不同区域以及不同法系的调解合作。第三，构建大湾区跨境调解的执行机制。调解成果需执行来固化，现阶段大湾区亟需解决的问题是调解带来的执行力问题。粤港澳商事调解联盟采用“调解+仲裁”对接模式，仲裁庭根据和解协议内容制作裁决书，使得协议在境内外均具有强制执行的法律效力，有效解决调解的执行问题。大湾区可将“调解+仲裁”形成长效机制，发扬光大。

### （三）粤港澳大湾区法律服务机构的设立

纵观粤港澳多年来的法律服务合作，机构设立一直是合作的重点。早前在《香港、澳门特别行政区律师事务所驻内地代表机构管理办法》下设立代表机构，随着CEPA的签订，2014年内地与港澳律师事务所可在广州市、深圳市、珠海市实行合伙联营。2016年，全国首家内地与港澳合伙联营律师事务所在横琴正式挂牌。另一方面，南沙国际仲裁中心、粤港澳商事调解联盟、珠海国际仲裁院亦相继成立并聘请港澳法律工作人员，提供仲裁和调解等服务，如深圳国际仲裁院聘任146名香港仲裁员。法律服务合作机构的产生在促进粤港澳法律服务合作、解决纠纷中起着至关重要的作用，并且未来随着经济社会发展势必有更多的合作机构的出现。粤港澳多年来在法律机构的合作已取得长足的进步，但大湾区应更进一步打破现有机制束缚。首先，对ADR的统一立法和构建大湾区公证、仲裁以及调解合作机制将促进现有机构的深化发展、不断扩大影响力，并为将来成立的机构提供制度保障。其次，机构是法律服务的载体和平台，法律服务机构是否充足是衡量法律服务行业是否成熟的指标之一。固然近年来大

湾区的合作机构不断设立，但仍然跟不上法律服务发展步伐，症结在于机构设置条件过于严格。未来，大湾区应进一步放宽代表机构、合伙联营等的限制条件和范围、降低机构设置门槛，促使更多形式多样的法律服务机构的成立，如广东设立的专门服务于跨境纠纷的机构、在广东设立港澳的替代性纠纷解决分支机构或代表处、广东与港澳联合成立的机构、广东在港澳成立的法律服务机构等。最后，机构的质量是法律服务的生命。大湾区若想解决纠纷、提供优质的法律服务，理应朝着建立具有权威性的仲裁、调解、公证机构的方向前进，给予机构政策支持，不断培养高素质法律人才，并致力于构建机制使大湾区内的服务机构所作出的法律文书可得到三地司法机关和机构的相互认可与执行。

#### 四、结语

粤港澳大湾区替代性纠纷解决机制，关乎粤港澳大湾区法律服务之质量。合理而有序的ADR，有助于激发粤港澳法律工作者从事法律服务之积极性，助推大湾区的法治建设进度。诚然，构建大湾区ADR的工作并非总是一帆风顺，但大湾区内天然的优势以及国家的支持，必然能够成为大湾区整合替代性纠纷解决资源的重要力量。构建大湾区ADR，一切要在法治的前提下进行并以一体化为依托，通过统一立法、分散协议、设立机构来开展大湾区纠纷解决的优质化法律服务。

## 七 粤港澳法律冲突研究

### 泛珠三角合作背景下的区际法律冲突及解决

邓路遥王威

《特区经济》2010-04

泛珠三角合作体现了我国顺应区域经济一体化趋势，共享区域资源的发展思维。泛珠三角合作框架首先是经济意义上的，在经济全球化和区域经济合作迅猛发展的大背景下，加强泛珠三角区域合作，是我们抓住新世纪经济发展战略机遇的现实选择。其次是法律意义的，泛珠三角合作框架里必须思考与解决区域经济合作所产生的相应法律问题特别是区际法律冲突问题，否则其所产生的经济效益难以显现。当然泛珠三角区域合作不会导致我国区际法律冲突的性质、特征、范围等发生变化。但泛珠三角区域合作所带来的制度优势，导致各方的经济合作愈加繁荣，而越是繁荣，就越是增加法律冲突从潜在的制度差异转变为现实矛盾的可能性必须探求新的区际法律冲突的解决路径。

#### 一、我国区际法律冲突问题的现状与困窘

##### 1. 我国区际法律冲突的特点

区际法律冲突是指在一个法制不统一的国家内部不同法域之间的法律冲突，多见于联邦制国家或存在复合法域的单一制国家。世界上法制不统一的国家很多，但我国的区际法律冲突与其它一些国家相比具有鲜明的特点：①我国的区际法律冲突是一种特殊的单一制国家内的区际法律冲突。其特殊体现在香港和澳门特别行政区享有高度的自治权，包括享有独立的立法权、司法权和终审权，而与我国大陆的法律差异极大，这表明我国国内的区际法律冲突的范围与国际法律冲突的范围差不。②我国的区际法律冲突既有属同一社会制度的法域之间的法律冲突，又有社会制度根本不同的法域之间的法律冲突。同一社会制度下的香港和澳门地区分别承袭了英国和葡萄牙的法律制度，前者属英美法系，后者属大陆法系，二地之间自然存在法律冲突，而它们与社会制度根本不同的我国大陆之间的法律冲突则更加不可避免。③我国的区际法律冲突既有同属一个法系的法域之间的法律冲突（内陆与澳门），又有不属同一法系的法域之间的法律冲突（内陆与香港）。④我国的区际法律冲突还表现为各法域的本地法和其它法域适用的国际条约之间以及各法域适用的国际条约之间的冲突。⑤各法域都有自己的终审法院，而在各法域之上无统一的终审法院，因此，在解决区际法律冲突方面，无统一的终审法院加以协调。⑥在民商法或私法领域，我国大陆与港澳地区之间的区际法律冲突是特定时期（50年）内处于平等地位的中央法律和特别行政区的地方法律之间的冲突。⑦中国区际法律冲突的范围极其广泛，按照两个基本法的规定，中央仅负责管理特别行政区的外交事务、防务以及按基本法不属于其自治范围的事项，其它事项由特别行政区管理，故特别行政区有广泛的立法权，导致各地区法律差异极大，在广泛的领域会产生区际法律冲突。⑧根据两个基本法的规定，香港和澳门特别行政区实施的中央法律仅限于基本法以及有关国防、外交和其它按基本法不属于其自治范围的法律，故直接通过中央立法来解决中国区际法律冲突的可能性是不存在的。

## 2. 解决区际法律冲突的理论途径

20世纪以来，区际冲突法的发展在单一制或联邦制多法域国家里，表现出集中统一的趋势，即各法域自己的区际冲突法部分地或全部地向全国统一的区际冲突法发展。世界上解决区际法律冲突的途径不外乎有两种：一是统一实体法途径；二是区际冲突法途径。就统一实体法途径而言，有学者认为：“鉴于我国区际法律冲突是中国当今特殊的历史条件下的产物，过早地采用统一实体法来解决我国的区际法律冲突，显然有违‘一国两制’的原则，至少在相当长的一段时期不宜采用”。就区际冲突法途径来说，主要有以下几种具体作法：①各法域类推适用国际私法来解决区际法律冲突；②各法域分别制定自己的区际冲突法，用来解决本法域与其它法域之间的法律冲突；③制定全国统一适用的区际冲突法来解决区际法律冲突（比如，波兰于1926年颁布的区际私法典）；④

对区际法律冲突和国际法律冲突不加区分，实际上适用与解决国际法律冲突基本相同的规则来解决区际法律冲突（英国、美国、加拿大和澳大利亚等国的做法如此）。学界有人提出了我国区际法律冲突的解决路径：首先，中国内地、香港、澳门、台湾分别制定自己的区际冲突法或类推适用各自的国际私法来解决区际法律冲突。然后，在各地区充分协商和协调的基础上，制定全国统一的区际冲突法，用以解决区际法律冲突。再后，仍在充分协商和协同的基础上，通过在某些问题上制定全国统一的实体法或者各地区分别采用相同或类似的实体法，以便在所涉问题上避免和消除区际法律冲突。最后，全国实体法最终实现统一，但这在目前只能是一种理想，一种遥远的理想。

### 3. 我国解决区际法律冲突的现实困难

根据我国现行做法，中国内地、香港、澳门、台湾分别类推适用各自的国际私法来解决区际法律冲突，但这在实践中难度较大。如我国《民法通则》第145条规定：涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。如果当事人在合同中约定适用香港法律，因此香港法应作为处理本案的准据法。但适用香港法解决实体问题，对法院来说是一个难以逾越的障碍，因为：①中国香港的法律制度属英美法系，其法律渊源包括成文法、判例法、衡平法、习惯法等，对我们了解香港法律制度造成一定困难。而两地语言文字的差异则给互相了解造成巨大的障碍。②最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第193条规定：“对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供；②由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；③由我国驻该国的使领馆提供；④由该国驻我国使领馆提供；⑤由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律”。在审判实践中，如果适用的外国法律属成文法，上述途径应能够起到一定的作用，但对于主要使用判例法的国家或地区，就存在相当的困难。

### 二、泛珠三角区域合作的契机：《泛珠三角区域统一商事法》的制定

尽管有学者认为在中国用统一实体法途径解决区际法律冲突问题带有理想主义色彩，但“这并不否认各法域在充分尊重各自法律制度独立的前提下，在互相协商和协调的基础上，总结实践经验，分别就某些具体问题制定适用于全国统一的实体规则的可能性。”从实际来看，制定全国统一的实体法规则并不现实，但是在经济交往频繁，经济依赖关系紧密，经济一体化程度较高的区域，先制定局部的区域统一实体法来解决法律冲突问题，确具有可行性和必要性。

从地域角度看，制定局部统一实体法，而不是全国统一实体法，其影响范围限制在一定地域。一方面，可避免全国大范围的法律动荡；另一方面，通过友好协商而达成的局部范围内的统一，不会破坏或动摇一国两制的政治体制。从政治角度看，局部范围的统一，不是行政指令，而是平等基础上的协商，以共

荣为宗旨，以解决实际存在的法律冲突问题为目的，在特定领域而不是全部领域统一规则，不仅不违背一国两制的原则，反而充分体现了特区的自治权利，是对一国两制的遵循。从统一对象看，不是在全领域求得统一，而仅仅是在自主程度较高，规则较为一致，政治制度色彩较淡的商事领域实现统一，而且是在经济联系较为紧密的地区（泛珠三角区域），长期的经济交往已使得各种利益群体的制度安排、交易的游戏规则，文化习惯等逐渐融合、认同和了解，故法律的统一难度不大。因此，从总体上，区域统一实体法的制定具有可行性。

本文将统一实体法的地域锁定在泛珠三角区域，建议制定《泛珠三角区域统一商事法》，乃基于以下经济和法律两个因素的考虑并提出其结构：

### 1. 经济：泛珠三角区域的因素

泛珠三角区域是以粤港澳经济区域为核心的一个包括九省二特别行政区的区域性地带。广东作为对外开放度较高的区域，与港澳地区已经形成唇齿相依、休戚与共，趋向经济融洽的密切经济关系。粤港澳已经形成贸易、投资、服务与生产要素流动的网络，以及逐步融为一体的区域关系，整个泛珠三角区域也正在形成区域经济一体化。但市场自身的缺陷导致“市场失灵”问题必然会限制着区域经济的深入纵横有序发展；港澳地区和内地的关税壁垒和实质性的非关税壁垒，以及内地的系列法律制度经济政策，也会在相当程度上构成贸易投资自由化和便利化的障碍。泛珠三角区域合作既然是在市场经济游戏规则下运作，其市场行为就必须在法治的规范和调控下。因此，泛珠三角区域合作需要一个尽可能统一的规则来予以规制。可历史给我们留下的是“一国两制三法域”的法治伤痛。要医治这一伤痛，最彻底的办法就是制定一个统一的实体法，使得不同社会制度、不同法律体系，不同法律制度的矛盾和争议化解于统一的实体规则中。

在泛珠三角区域制定统一实体法以解决法律冲突，其理论意义和实践意义主要表现在：①泛珠三角是我国发生区际法律冲突最多的地区，用《泛珠三角区域统一商事法》解决区域法律冲突，对完善我国区际法律冲突法理论和实践会产生直接的社会效果。②泛珠三角的区域法律冲突因受到不同社会制度、不同法律体系的影响，具有与目前国际社会其它国家所存在的区际法律冲突都明显不同的社会特征和法律特征，对这一地区法律冲突的解决，对国际社会区际法律冲突法理论和实践的发展将是一个非常重要的贡献。③泛珠三角区域的社会、政治、经济、文化等各方面的交往都需要由法律来调整，而由于“一国两制”的实施，使得目前这一地区存在3个完全不同的法律体系，这种不同法律体系之间的法律冲突已经严重阻碍着区域内部的社会、政治、经济、文化等关系的进一步健康发展；用《泛珠三角区域统一商事法》消除这些区际法律冲突所带来的法律障碍，对泛珠三角区域全方位的协调与发展具有极为重要也极为紧

迫的现实意义。

## 2. 法律:商事法的因素

泛珠三角区域合作协议的出台,提供了制定《泛珠三角区域统一商事法》的契机,且在一个特定区域(泛珠三角区域)对特定的领域(商事领域),通过各方协商的方式,制定统一的实体法规则,是对“一国两制”原则的遵循而不是悖逆。故在经济、政治因素方面都不存在制定统一商事法的障碍,需要关注的只有法律因素和现实因素。所谓现实因素是指,《泛珠三角区域统一商事法》制定的前提是9加2方友好协商,可喜的是现实中不仅已有协商的意向,而且已有此立法动向。因此在这里讨论商事法的因素,主旨在于:从法律角度论证在泛珠三角区域统一适用同一商事规则的可行性。

①商事法的产生和社会背景考察:商事法从诞生之始就带有对经济的无法抑制的热情和对政治色彩的淡化或排斥。经济力量是商事法生存和发展的内在动力,适应市场交易需求是商事法的使命,而经济的一体化趋势和发展水平客观上要求市场主体有一个规范统一的游戏规则。而商事法的诞生和统一又必然对社会经济发展起着推动作用。

②商事法的性质和精神理念考察:商事法作为一种商事领域的交易规制,是市场经济客观规律的要求和反映,私法性是其显著特征。意味着,“商法是平等主体之间的行为规则,它强调当事人的意思自治,源于当事人之间的交易习惯,较少地体现政治因素。”这就为商事法在不同社会政治经济制度的条件下得以统一排除了政治因素的阻力。从商法精神理念看,商法的基本精神体现在确保交易顺利、可靠、安全。商法中的契约定型化、短期时效、权利证券化、程序简易化等制度保证了商事交易的简捷性;商法中的公示主义、外观主义、严格责任主义等一系列制度确保了交易安全。商法中的情势变更、危险分担、和解救济、公平竞争等具体制度,能够最大限度防止和消除不公平、不正当、不诚实行为给交易各方带来的不合理损害。可见,商事法的基本价值精神是其内在的品质,是根源于深层次的经济要求,在任何国家任何制度下这些内在优秀品质都是相同的,不同的仅仅是体现这些品质的具体制度设计。而具体制度的设计在商事交往和运作中可以融合、吸纳和借鉴,也就是说,内地和香港、澳门的商事制度没有本质的冲突这是商事法得以统一的内在动力。

③商事法的发展趋势考察:现代商事法有两大发展趋势:一是大陆法系和英美法系的相互渗透。尽管大陆法系商事法和英美法系商事法历来有着不同的传统,但是随着国际贸易和国际投资的发展,市场和人们的商事活动不再存在英美和欧洲大陆的界限,因而两大法系商事法律制度的相互借鉴和吸收则成为必然。例如1937年的德国股份法,率先突破大陆法系公司法法定资本制,而吸收了英美法系公司法的授权资本制。英美法系国家如英国、美国、澳大利亚、加

拿大等纷纷仿效德法，废除了公司法上的越权无效原则。二是国际化和统一化。现代市场经济不可能局限于一国范围内，而必须冲破国家和地区的界限。随着世界市场的形成与发展，国际、区际经济一体化征象日趋明显。这种一体化，不仅表现为国家间商品的自由流通，也表现为国家间人员、资本、劳务的自由流动，于是，人们在缔结商事关系中对法律规则有了统一的要求，迫切需要商事法的国际化和统一。早在1889年就制定了《关于国际商事法公约》，上世纪以来，一系列关于地区性的商事公约先后问世。商事法的国际化和统一化的趋势表明：“人类的进步不仅仅局限于科学领域，人类行为领域中的进展同样引人注目”这就从另一个侧面表明了一国之内不同制度下的个别区域的商事法统一有其必然性和可行性。

### 3. 《泛珠三角区域统一商事法》的基本结构

《泛珠三角区域统一商事法》可由七大部分构成：

①总则。规定泛珠三角区域统一商事法的立法依据、基本概念、基本原则、适用范围等。

②商事主体法。规定泛珠三角区域商事主体的成立、权限、机构的组成等等制度。尤其要尽可能地缩小三个法域之间的商事主体的成立条件、法定权限、机构组成等等方面的差异。

③商事行为法。具体规定泛珠三角区域商事主体的各种商事行为及其权利义务，规定各项商事行为制度。尤其要尽可能地统一三个法域的《合同法》。

④证券法。具体规定泛珠三角区域有关证券方面的法律制度，因为香港是证券发达的地区，所以，在这方面可以大量借鉴香港的证券立法取得区域性统一。

⑤海商法。具体规定泛珠三角区域的海事立法，目前，泛珠三角区域有着漫长的海域，而且，有着我国优良的港口，因此，海事行为从多，在海事立法方面，可以借鉴香港的海事法律，形成区域性统一海事法律制度。

⑥票据法。具体规定泛珠三角区域的票据规则等等，香港是个发达的地区，票据立法比较完善，在这方面可以统一三个法域的票据制度可以更加有利于泛珠三角区域的商事行为的发展。

⑦附则。规定《泛珠三角区域统一商事法》的生效、解释、对相关法律法规的适用等。

## 港、澳、珠三角地区的区际法律冲突及其协调

谢石松

《西南政法大学学报》2005-10

一般意义上的区际法律冲突，是指一个主权国家内部不同地区之间，因为其法律规定的不同，而给有关社会、政治、经济活动的实施所带来的法律适用

上的冲突。本文所指的区际法律冲突，是指港、澳、珠江三角洲地区之间的区际法律冲突，是在我国这样一个主权国家内部，香港的法律、澳门的法律和珠江三角洲地区所适用的法律相互之间，因为各自法律规定的不同，而在这三地的当事人相互之间进行相关的社会、政治、经济活动，确定所应遵循的法律制度，或者在发生有关的问题和纠纷确定所应依据的法律规范时，所发生的法律适用上的冲突。这种区际法律冲突的发生和存在严重影响和阻碍着三地之间正常的社会、政治、经济交往。对这种区际法律冲突进行研究，探讨协调解决这种区际法律冲突的原则、方式和方法，对理顺三地之间的社会政治经济交往关系，促进该地区的社会政治经济的进一步健康发展具有非常重要的理论意义和现实意义。

### 一、港、澳、珠三角地区区际法律冲突产生的时间

关于港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突，同时也是香港和澳门与整个内地之间的区际法律冲突，产生的时间，在我国法学界有一个比较一致的认识，就是20世纪90年代末，即1997年7月1日和1999年12月20日我国香港特别行政区和澳门特别行政区建立的时间；虽然有学者在其论著中提到了在此时间之前，香港和澳门与内地之间的法律冲突问题，但并没有将其归入区际法律冲突的范畴，而是将其视为国际冲突。

在此，笔者认为，三地之间的区际法律冲突的产生时间应该是1840年鸦片战争以后，清朝政府于1842年（清道光22年）被迫与英国政府签署不平等的《南京条约》，将香港割让给英国管治；和1887年（清光绪13年）被迫与葡萄牙政府签署《中葡会议早约》和《中葡和好通商条约》，规定“葡国永驻管理澳门以及属澳之地与葡区治理它处无异”之时。

在1842年《南京条约》和1887年《中葡会议早约》和《中葡和好通商条约》签订之前，我国政府一直对香港和澳门行使着有效的主权权力和完全的、统一的管治权力，三地之间实施着同样的法律制度，不存在三地之间的法律冲突。

而在1842年《南京条约》和1887年《中葡会议早约》和《中葡和好通商条约》签订之后，这三地之间发生了法律冲突。但是由于我国人民和我国政府从来就不承认上述不平等条约，我国政府虽然暂时丧失了对香港和澳门的现实的管治权力，但并没有丧失对这两个地方的主权权力，该两地与内地之间，当然包括与珠江三角洲地区之间的所有事务，都属于一个主权国家内部的事务，三地之间的法律冲突，当然也还是属于一个主权国家内部所发生的法律冲突。如我国常驻联合国代表在其于1972年3月8日给联合国非殖民地化特别委员会主席的信中明确指出的：“香港和澳门是被英国和葡萄牙当局占领的中国领土，解决香港、澳门问题完全是属于中国主权范围内的问题，根本不属于通常的所

谓‘殖民地’范畴，不应列入反殖宣言中适用的殖民地区的名单之内。中国将在条件成熟时用适当方式和平解决香港和澳门问题，在未解决之前维持现状。”而且，我国政府对香港和澳门的这一主权权力也得到了整个国际社会的认可。1972年6月15日，联合国非殖民地化特别委员会通过决议，向联合国大会建议从上述殖民地名单中删去香港和澳门。第27届联合国大会于1972年11月8日通过了这一决议。

当然，自1842年和1887年至1997年和1999年的这一段时期内，由于历史的原因，由于香港和澳门的实际管治权被英国政府和葡萄牙政府所掌握，由于香港和澳门在这一段时期所实施的法律制度是英国和葡萄牙的法律制度；所以，这一时期的区际法律冲突又具有他的特殊性，确实不同于1997年和1999年以后的区际法律冲突。

也正是因为这一点，我国政府在1997年和1999年之前所制定的相关法律制度，在涉及到香港和澳门的事务，包括法律事务时，都是在强调该两地都属于我国的领土，属于我国的主权权力所管辖的范围、都严格区分了外国和香港与澳门地区的同时，又都是在立法和司法实践中参照“涉外关系”的相关规定来处理。如1990年实施的《中华人民共和国外资企业法实施细则》第85条规定：“香港、澳门、台湾地区的公司、企业和其他经济组织或者个人以及在国外居住的中国公民在大陆设立全部资本为其所有的企业，参照本实施细则办理”。1995年实施的《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》第57条也规定：“香港、澳门、台湾地区的公司、企业和其他经济组织或者个人以及在国外居住的中国公民举办合作企业，参照本实施细则办理”。

由此可见，我国以往的立法和司法实践也都非常明确地表明：外国人、外国企业、外国资本，与港澳居民、港澳企业、港澳资本是完全不同的概念，港澳居民、港澳企业、港澳资本完全不属于国家有关法律制度所规定的外国人、外国企业、外国资本的范畴。在立法和司法实践中，对于涉及港澳地区的民商事关系，都只是作为权宜之计，“参照”“涉外关系”的相关规定来处理。

## 二、港、澳、珠三角地区区际法律冲突的特点

关于港、澳、珠三角地区之间区际法律冲突的特点，理论界也都有各不相同的归纳和表述。笔者在此将这种区际法律冲突的特点主要归纳为如下四个方面。

1. 虽然存在中央机关，但中央机关所制定的法律却只能够适用于其中一个法域的主权国家内各法域法律的冲突。我国港、澳、珠三角地区之间区际法律冲突，乃至港澳地区与整个内地之间的区际法律冲突，都存在一个在目前国际社会所有国家中都没有的特点，就是从我国目前的区际法律冲突来看，就是虽然存在一个中央机关，但中央机关所制定的绝大部分法律都只能够适用于内地

这个与香港和澳门平行的法域的情况下所发生的区际法律冲突。

在区际法律冲突方面，一方面，在我国存在一个中央机关；另一方面，又不存在一个可以在各个方面都可以完全统辖各个地方的中央机关。按照《中华人民共和国宪法》与《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》（以下简称《中英联合声明》）和《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》（以下简称《中葡联合声明》），以及《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》）和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》（以下简称《澳门基本法》）的规定，一方面，香港特别行政区和澳门特别行政区都是我国中央人民政府管制下的一个特别行政区域，特别是在外交和国防事务等方面，必须由中央人民政府直接管理，中央人民政府是管制包括香港特别行政区和澳门特别行政区在内的整个中华人民共和国境内各个地方的中央人民政府；另一方面，在外交和国防事务以外的其他领域，香港特别行政区和澳门特别行政区又享有高度的自治权，具有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，这时的中央人民政府又是不能管制香港特别行政区和澳门特别行政区，而只能管制中华人民共和国境内除香港特别行政区和澳门特别行政区以外的其他各地方的中央人民政府，也就是说，除有关外交和国防事务方面的法律以外，珠江三角洲地区或者整个内地、香港、澳门这三地之间的法律制度彼此完全独立。而且，没有一个可以凌驾于三个法域之上的中央机关，没有一个可以凌驾于三个法域之上的法律体系来管制和协调三个法域之间的法律冲突。

在区际法律冲突方面，就有关外交和国防事务以外的法律制度而言，我国目前所谓的“中央机关”或者“中央政府”特别是所谓的“最高立法机关”和“最高司法机关”从某种意义上说，实质上只是一个与香港特别行政区和澳门特别行政区政府及其立法和司法机关平行的一个机关。

在有关外交和国防事务以外的法律制度领域，我国包括珠江三角洲地区在内的整个内地，与香港特别行政区和澳门特别行政区这种平行关系，使得我国目前的中央机关无法制定统一适用于三地的法律制度。从而，在区际法律冲突的协调方面，无法像在国际社会同样存在多法域的其他主权国家那样，发挥一个中央机关所可能发挥的作用。一方面，有一个中央政府和中央机关；另一方面，这个中央政府和中央机关又不能够完全行使中央政府和中央机关职能的状况的存在，更增加了协调和解决各法域之间区际法律冲突的困难。

2 范围最为广泛的区际法律冲突。如前所述，根据《中华人民共和国宪法》与《中英联合声明》和《中葡联合声明》，以及《香港基本法》和《澳门基本法》的规定，在除外交和国防事务以外的其他所有领域，香港特别行政区和澳门特别行政区都享有高度的自治权，具有行政管理权、立法权、独立的司法权和终

审权。也就是说，除了外交和国防事务以外，香港特别行政区和澳门特别行政区的其他方面的法律制度，都有可能与内地，当然包括珠江三角洲地区的法律制度不同，从而，在进行跨境交往时，就有可能发生除外交和国防事务法律制度以外的其他法制领域全方位的区际法律冲突。

这种广范围的区际法律冲突，在目前国际社会的其他主权国家境内，也是很难见到的。而且，从这种区际法律冲突的范围来看，与国际社会不同主权国家之间的国际法律冲突相比较，没有太大的差异。这就使得认识、分析、协调和解决我国这种广范围的区际法律冲突时，会涉及到比国际社会其他主权国家的区际法律冲突更加广泛的领域和更加复杂的内容，甚至与国际社会不同主权国家之间的国际法律冲突的认识、分析、协调和解决无异。韩德培教授早在 1988 年就曾经指出：我国的区际法律冲突，除了不存在主权国家间的法律冲突这一因素外，几乎与国际法律冲突没有多大的差别。

3. 内容最为复杂的区际法律冲突。关于港澳珠江三角洲地区之间区际法律冲突的复杂内容，可以从三个方面来考察。

其一，该三地之间的区际法律冲突，既包括统一适用于包括珠江三角洲地区在内的整个内地的“全国性”法律与港澳地区的法律相互之间的区际法律冲突；也包括珠江三角洲地区自己制定和认可、同时也只适用于珠江三角洲地区，而不能适用于内地其他地方的“地方性”法律与港澳地区的法律相互之间的区际法律冲突。当然，其中最为主要的还是适用于珠江三角洲地区的“全国性”法律与港澳地区的法律相互之间的区际法律冲突。

其二，该三地之间的区际法律冲突，既涉及不同社会制度下的法律之间的区际法律冲突；也包括不同法系中的法律之间的区际法律冲突。在珠江三角洲地区所适用的是社会主义制度下的法律规范，而在港澳地区所适用的是资本主义制度下的法律规范。同时，在珠江三角洲地区所适用的是中华法系中的法律规范，而在香港地区所适用的是英美法系中的法律规范，在澳门地区所适用的是大陆法系中的法律规范。受不同社会制度和不同法系的影响，使得该三地之间的区际法律冲突的内容比目前国际社会任何主权国家内的区际法律冲突的内容都要复杂。

其三，该三地之间的区际法律冲突，虽然主要涉及的是民商事法律制度方面的冲突，但同时也包括经济法律制度方面的冲突、刑事法律制度方面的冲突和民事诉讼和商事仲裁法律制度方面的冲突。

不过，在此需要特别提到的是，内地不少学者都谈到三地之间的区际法律冲突还包括三地所适用的国际条约之间的冲突和三地的本地法与他地方所适用的国际条约之间的冲突。如沈涓博士在《中国区际冲突法研究》一书中指出：“中国将来的区际冲突，不仅各法域域内法之间的冲突，也有一法域域内法与他法

域所适用的国际条约之间的冲突、以及各法域所适用的国际条约之间的冲突”。黄进教授也在《中国的区际法律问题研究》中认为：“中国的区际法律冲突不仅表现为各法域本地法之间的冲突，而且有时表现为各法域的本地法和其他法域适用的国际条约之间以及各法域适用的国际条约相互之间的冲突”。于志宏教授在《我国的区际法律冲突问题——内地（粤）、港、澳三地法制的协调》一书中也强调：“我国的区际法律冲突，不仅表现为各地区本地法之间的冲突，而且还表现为各地区的本地法和在其他地区适用的国际条约之间以及在各地区适用的国际条约相互间的冲突”。

笔者认为，内地学者们对这一问题的认识存在问题。根据《中华人民共和国宪法》与《中英联合声明》和《中葡联合声明》，以及《香港基本法》和《澳门基本法》的规定，香港特别行政区和澳门特别行政区都可以分别以“中国香港”和“中国澳门”的名义，在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域，单独与世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关国际协议；中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据香港特别行政区和澳门特别行政区的需要，在征询香港特别行政区政府和澳门特别行政区政府的意见后，决定是否适用于香港特别行政区和澳门特别行政区；中华人民共和国尚未参加但已经适用于香港特别行政区和澳门特别行政区的国际协议仍然可以继续适用。也就是说，在港、澳、珠三角地区或者包括整个内地，在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域，可能出现一个国际条约只适用于其中某一个地区或某两个地区，而不适用于另外一个或两个地区的情况；或者出现珠三角地区或者整个内地与香港特别行政区和澳门特别行政区所适用的有关国际条约各不相同这样的情况。但是，由于国际条约法本身的性质，使得三地之间不可能发生内地学者们所谈到的三地所适用的国际条约之间的冲突和三地的本地法与他地方所适用的国际条约之间的冲突。

在国际社会的实践中，一个国家或有缔约权的地区，与其他国家或地区缔结国际条约的目的，是为了调整该有关国家或地区相互之间的关系，而不是为了调整其国内或本地区内部，或者与其他第三方之间的关系。事实上，国际社会没有哪一个国家或地区、也不可能有一个国家或地区会把它与某一个国家或地区所签订的国际条约适用于该相关缔约方以外的国家或者地区，其他非缔约方也不可能承认和适用这样一个它没有参加的国际条约。而且，根据1969年《维也纳条约法公约》的规定，条约只对当事国有效，条约非经第三国同意，不得为其创设义务或权利。不管是珠三角地区（或整个内地），还是香港特别行政区和澳门特别行政区，都只会在其相对的缔约方之间适用它们所缔结的有关国际条约，而不可能在它们彼此之间适用不存在于它们彼此之间、而是存在于它们各自与其他国家或地区之间所缔结的国际条约。同时，他们也都不会把某

一个国际条约当作“国际条约”适用于它们内部的相关社会关系。所以，虽然根据《中华人民共和国宪法》与《中英联合声明》和《中葡联合声明》，以及《香港基本法》和《澳门基本法》的规定，香港特别行政区和澳门特别行政区与珠三角地区（或整个内地）三地之间，在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域，可能出现适用各自不同的国际条约的情况，但是彼此之间绝对不会发生适用国际条约方面的区际法律冲突。

4. 带有非法律因素内容的区际法律冲突。港、澳、珠三角地区、乃至港澳与整个内地之间的区际法律冲突，由于历史的原因，存在很多非法律因素的内容，受到很多非法律因素的影响。其中最为主要的是受到国际政治和区内政治的影响。

首先是受到国际政治的影响。虽然香港和澳门问题是我们国家的内政问题，但由于历史的原因，香港和澳门问题的解决是以《中英联合声明》和《中葡联合声明》作为基础，香港特别行政区和澳门特别行政区“除外交和国防事务属中央人民政府管理外，享有高度的自治权”，香港特别行政区和澳门特别行政区都“享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权”，香港和澳门“现行的社会、经济制度不变；生活方式不变；法律基本不变”。与目前国际社会其他主权国家内的区际法律冲突的解决不同，我国的区际法律冲突，当然包括港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突的解决，相关协调机制的建立都不可避免地、或多或少地要受到这些国际政治因素的影响。

其次是受到区内政治的影响。特别是在香港特别行政区，区内各党派林立，特别是其中众多的党派团体，利用香港地区高度自由化的环境，一直与内地中央政府进行对抗，煽动香港市民排斥内地政治，煽动香港市民对中央政府的不满，政治上的对立势必影响到两地之间的法律制度的协调与统一，使得原本简单的法律问题，在参合进非法律因素、特别是参合进政治对立的因素后，就人为地变得复杂起来了。如在区际民商事法律冲突方面，一般都不会涉及各地区内部及其相互之间的公共利益，如果没有政治上的对立，能够通过充分协商、甚至直接授权中央政府，制定统一的区际冲突法规范，就可以很好地解决三地之间所发生的相关法律冲突问题，从而促进彼此之间的民商事交往和各自社会经济的健康、快速发展。

### 三、港、澳、珠三角地区区际法律冲突的协调原则和方式

#### （一）港、澳、珠三角地区区际法律冲突的协调原则

对于港、澳、珠三角地区区际法律冲突的协调原则的具体内容，在法学理论界和法律实务部门都有很多论述和探讨。笔者认为，在协调港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突时，必须遵循的基本原则包括“一国两制”原则和有利于社会政治经济发展原则。

## 1. “一国两制”原则

“一国两制”原则是《中英联合声明》和《中葡联合声明》，以及《中华人民共和国宪法》和《香港基本法》和《澳门基本法》等国际协议和国家宪法性文件所明确规定的，解决香港澳门问题、确立对香港澳门的基本方针政策，确立香港澳门的基本社会政治经济及法律制度的基本原则，当然也是协调内地包括珠三角地区与香港澳门之间区际法律冲突时所必须遵循的基本原则。

我国政府基于“一国两制”的构想，在《中英联合声明》第3条中明确声明了对香港的基本方针政策。而在《中葡联合声明》第2条中更是明确声明：“中华人民共和国根据‘一个国家、两种制度’的方针，对澳门执行如下的基本政策”，并在此基础上规定了与香港特别行政区基本相同的基本政策。

从《中英联合声明》和《中葡联合声明》中的上述规定可以看出，香港特别行政区和澳门特别行政区的基本社会、政治、经济、法律制度都是我国政府基于“一国两制”的原则确立下来的。这种“一国两制”原则和基于这种“一国两制”原则所确立的基本社会、政治、经济、法律制度，首先由1982年通过的《中华人民共和国宪法》作了原则性的规定，再由中华人民共和国政府和爱尔兰及北爱尔兰联合王国政府与葡萄牙共和国政府分别于1984年和1987年共同签订的《中英联合声明》和《中葡联合声明》这两个国际文件作了明确的规定，并由分别于1990年和1993年通过的《香港基本法》与《澳门基本法》作了更加具体的设计和规定。也就是说，目前我国内地、当然包括珠江三角洲地区与港澳地区之间的区际法律冲突，是基于“一国两制”原则的实施而产生的，所以，这种区际法律冲突的协调，当然也就不可能离开“一国两制”原则的指导。坚持“一国两制”原则，既是遵循《中华人民共和国宪法》和《香港基本法》与《澳门基本法》的要求，也是遵循《中英联合声明》和《中葡联合声明》这两个国际文件的需要。

所以，不管是我国内地或者珠江三角洲地区，还是香港特别行政区和澳门特别行政区，在制定和实施协调三地之间区际法律冲突的政策和法律制度时，都不能违反“一国两制”原则，都必须在严格遵守“一国两制”原则的前提下进行。

“一国两制”原则包含“一国”和“两制”这两个方面，而且，二者相互相成、缺一不可、同等重要，并具体体现为“促进和维护国家统一原则”和“各法域彼此独立和平等原则”这两个原则。

## 2. 有利于社会政治经济发展原则

从一般意义上讲，因为法律制度作为一种上层建筑，是由经济基础决定的，同时，又应该以促进经济基础的发展作为其存在和发展的依据。所以，在制定和实施协调港、澳、珠三角地区之间区际法律冲突的法律制度时，就必须以能

够促进该地区之间社会政治经济的健康发展作为基本原则。

不管是《中英联合声明》和《中葡联合声明》的签订，还是《香港基本法》和《澳门基本法》的制定，都是为了“有利于”香港和澳门的“社会稳定和经济发展”，所以，这些国际文件和国内宪法性文件所设计的制度、包括法律制度、特别是区际法律制度的具体制定和实施，当然应该以能够最大限度地促进和维护香港和澳门的社会稳定和经济发展为目标。

## （二）港、澳、珠三角地区区际法律冲突的协调方式

关于港、澳、珠三角地区之间区际法律冲突的协调方式，自20世纪80年代开始，在我国法学界和法律实务界，就有着较为广泛的探讨，提出了各种各样的协调方式。基于港、澳、珠三角地区之间区际法律冲突的上述特点，笔者在此提出如下协调方式。

### 1. 参照各法域现有的国际冲突法规定来进行协调

参照各法域现有的国际冲突法规定来进行协调，是指由港、澳、珠三角地区各有关的机构和部门，在进行跨境之间的社会政治经济交往，从而遇到区际法律冲突时，参照其协调解决国际法律冲突的有关国际冲突法律规范，来确定应该适用的法律，以协调解决这种区际法律冲突。

参照各法域现有的国际冲突法规定来进行协调这种方式是目前情况下最为现实的一种协调方式。因为在目前情况下，基于“一国两制”的原则，基于各法域法律制度的彼此独立和平等，通过中央政府制定统一的冲突规范或者直接规范，或者通过彼此之间的合作制定统一的冲突规范或直接规范来协调港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突，都具有很大的困难。即使是能够通过彼此之间的合作制定统一的冲突规范或直接规范来协调港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突，这种统一冲突规范或直接规范的制定还需要有一定的时间。所以，在目前情况下，只能通过各法域自己的努力来协调解决彼此之间所发生的区际法律冲突。

在目前的港、澳、珠三角地区，虽然各法域并没有规定协调解决区际法律冲突的法律制度。即没有规定明确具体的区际法律制度，但是，各个法域都有自己现存的解决国际法律冲突的国际冲突法规范。在发生区际法律冲突时，在没有区际冲突法规定的情况下，各法域完全可以参照其各自有关的国际冲突法规范，来协调解决这种区际法律冲突。

在将国际冲突法规范参照适用于协调解决区际法律冲突时，还应该根据区际法律冲突的性质和特点，作些必要的调整和修改。如涉及有关当事人国籍和以国籍为依据来确定有关管辖权或者法律适用。因为区际法律冲突是一个主权国家内部所发生的法律冲突，有关当事人具有相同的国籍，从而无法以当事人的国籍作为标准，而应该将当事人“国籍”这样一个连接因素修改为当事人的

“住所”、“居所”或“惯常居所”等地域性的连接因素。

不过，虽然参照各法域现有的国际冲突法规定来进行协调这种方式是在找到其他方式之前，采用的一种切实可行的方式。但这种方式并不能完全彻底地解决我国现存的区际法律冲突。因为各法域的国际冲突规范彼此之间还存在冲突，所以，在实际生活中，还会发生各法域之间冲突规范的冲突问题。这种协调方式只能是权宜之计，甚至是无奈之举。

## 2. 由各法域协商制定统一的区际冲突法典来进行协调

由各法域协商制定统一的区际冲突法典来进行协调，是指由港、澳、与珠三角地区或者整个内地，在平等协商的基础上制定统一适用于三地的区际冲突法典，通过这样一个统一的区际冲突法典来协调解决彼此之间的区际法律冲突。

基于“一国两制”原则的规定，香港特别行政区和澳门特别行政区实施特殊的社会、政治、经济、法律制度，50年不变。香港特别行政区和澳门特别行政区所享有的行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，也会50年不变。所以，在2047年和2049年之前，不仅港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突不会消失，而且更为重要的是，中央政府不可能在这个期间单方面制定统一适用于港、澳、珠三角地区之间的统一的冲突规范和直接规范。

根据“一国两制”原则所体现的“各法域彼此独立和平等原则”，香港特别行政区和澳门特别行政区的法律制度与珠三角地区所适用的法律制度，彼此之间互不隶属、各自独立，并处于平等的法律地位。只有在充分尊重各法域的独立与平等地位的基础上，在各法域的积极参与下，通过彼此之间的充分协商，才能制定出大家都能够接受的、可以统一适用于三地之间的社会政治经济关系的区际冲突法典。

由各法域协商制定统一的区际冲突法典来进行协调，应该是目前我国协调解决区际法律冲突的较切实可行、同时也是行之有效的途径。这是因为基于“一国两制”原则，基于各法域彼此间的独立与平等原则，不可能由中央机关单方面制定统一适用于港、澳、珠三角地区之间的统一的冲突规范和直接规范；基于港、澳、珠三角地区之间社会政治经济交往内容的广泛和复杂，也不可能通过各法域的充分协商而共同制定出可以统一适用于港、澳、珠三角地区之间的统一的直接规范；而通过各法域之间的充分协商，制定出协调解决港、澳、珠三角地区之间区际法律冲突的、包含一些基本的区际冲突法原则和规则的区际冲突法典，就可以避开上述两个方面的局限。

所以，三地之间，特别是港澳地区，也都应该有积极参与协商，以尽快制定出统一适用于三地之间的区际冲突法典的必要和热情。而只要三地之间能够认识到制定这种统一的区际冲突法典的必要性，由各法域协商制定统一的区际冲突法典的技术上的困难也是最少的。

各法域协商制定统一的区际冲突法典来进行协调,是目前我国协调解决区际法律冲突的行之有效的途径。是因为在通过制定统一的直接规范,从而从根本上消除港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突成为不可能的情况下,也就只有通过间接调整的方法,即通过冲突法调整方法来协调解决港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突;而在采用间接调整方法来协调解决港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突时,就只有或者由各法域单独制定冲突法典、或者由各法域通过充分协商共同制定冲突法典来进行调整这样两种选择。而如前所述,由各法域单独制定冲突法典来协调解决港、澳、珠三角地区之间的区际法律冲突,不仅不能从根本上解决问题,甚至还会带来各法域冲突规范之间的冲突问题,从而使得本来已经非常复杂的区际法律冲突变得更加复杂;所以,最为有效的方法,就是通过港、澳、珠三角地区之间或者港澳与整个内地之间的充分协商,制定出统一的区际冲突法典,统一援引这个冲突法典所规定的冲突规范,来确定有关问题的管辖权和规范有关行为,解决有关纠纷所应该适用的法律,从而统一解决彼此之间所发生的区际法律冲突问题。

这一统一的区际冲突法典的制定,最好是由内地的最高人民法院代表内地法域,由香港特别行政区政府和澳门特别行政区政府的相关机构,如香港特别行政区政府的律政司和澳门特别行政区政府的行政法务司,代表香港和澳门这两个法域,牵头组织专家学者来协商起草,再通过一定的立法或者司法程序予以批准或者确认。所涉及的范围应该包括民商事、经济、刑事、和民商事诉讼与仲裁程序等方面,应该包括协调解决这些方面的区际法律冲突的区际冲突法原则和具体的区际冲突规范。根据分歧的程度和急需的程度来决定分别进行专门领域的协商,先制定一些专门领域的区际冲突规范,如在民商事司法协助方面,就完全可以在现有协议的基础上制定出统一适用于三个法域的统一区际司法协助协议。最终由各法域协商制定统一的区际冲突法典进行协调。

### 跨越法系的鸿沟:内地与香港法律冲突解决之出路

詹朋朋

《九江学院学报》2008-01

摘要:内地与香港法律冲突的解决已经通过一系列双边安排取得了一定进展,但是范围仍然十分有限。两大法系的差别是两地法律冲突解决的最大障碍,因而可以从其他多法域国家或超国家组织(欧盟)协调分属不同法系的法域之间的法律冲突的实践中借鉴经验。在总体思路应着重以编写《香港冲突法重述》和《大陆地区冲突法重述》来推进示范法的制定;在具体规则的协调方面,以“黑色清单”、不方便法院原则和“先受理法院管辖原则”解决管辖权冲突问题,以双边安排确立共通的法律适用规则并保留一定的例外,并继续通过双边安排完善司法协助。

## 一、内地与香港法律冲突解决的进展与障碍

到目前为止,经过双方共同努力,内地与香港法律冲突解决已经取得了不少重要进展。主要体现为以最高人民法院代表内地法域与香港特别行政区司法机关签订双边文件,就某些具体领域的问题达成一致安排。这已证明是一种有效的解决模式。

这些进展包括:1998年12月30日通过的最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互送达民商事司法文书的安排;1999年6月18日通过的最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排;2006年7月16日最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互执行当事人协议管辖判决的安排。因此,从现实的角度看,内地与香港法律冲突已经在逐步取得进展,目前也已经初见成效,在解决模式上也已经探索出了一条很重要的模式。

不过,必须看到,目前解决的问题还非常有限,仅仅限于送达、仲裁裁决执行、判决执行(且仅限于协议管辖判决)等司法程序的协助问题,而对于管辖权的冲突、准据法的选择等冲突法的重要问题尚未涉及。笔者认为,与司法程序的协助问题相比,内地与香港在管辖权、准据法的选择等冲突法的核心问题达成一致则要难得多,因为管辖权和准据法选择涉及两法域各自法律文化的根本性差异。

法系的差异对于两地法律冲突解决占有关键性地位。在两大法系的巨大差异背景下,内地与香港各自形成不同的法律体系,不但实体法存在较大差异,在冲突法方面也存在许多不同。社会制度差别已不构成较大障碍,CEPA等也为解决法律冲突创造良好环境。剩下的最大障碍将是法系的差异和法律理念不同,并导致解决法律冲突方式的不同。

## 二、跨越法系的鸿沟:内地与香港法律冲突解决的总体思路

### (一)有关国际经验述评

在历史上存在和依然存在的分属不同法系的法域之间的法律冲突主要有美国路易斯安那州和加拿大魁北克省有关的法律冲突。加拿大的魁北克省的私法起源于法国的民法,属大陆法系范畴。另一方面,加拿大其他九省的法律制度则深受普通法的影响,属普通法系。同样,美国的路易斯安那州的法律也起源于法国的民法,属大陆法系,它与美国其他属普通法系的州的法律之间的冲突显然为不同法系的法域之间的区际法律冲突。

另外,作为特殊的超国家体的欧盟内部涵纳了大陆法系和普通法系国家,并且在协调两大法系国家的法律冲突方面取得可观的成就。对这些国际经验的分析,也许有助于香港内地法律冲突的协调。

1、看统一实体法的采用情况。加拿大魁北克省与其它省的法律冲突,在部分领域通过统一实体法实现了统一。如在上世纪60年代颁布了《离婚法》,统一了加拿大各省的离婚制度[1]。美国路易斯安那州虽然属大陆法系,但对于美

国联邦立法制定的许多法律也同样服从。例如,1977年的《州际商法》、1890年的《谢尔曼法》都是联邦制定的在全美施行的法律。近年来,欧盟国际私法立法呈现出了另一个重要的发展趋势,即其立法的形式逐渐由原来的《公约》向共同体立法转变。2000年12月22日欧盟理事会正式通过的《民商事管辖权及判决承认与执行条例》是这一发展趋势的重要标志。可见,分属两大法系的法域也有可能部分领域采用统一实体法。今后内地与香港的法律冲突,也可在某些双方可适用的领域采用统一实体法。不过,与上述两国解决途径不同的是,内地与香港采用统一实体法,一定是建立在内地与香港充分协商的基础上自愿达成双边协议而实现的。

2、统一冲突法的采用。魁北克与加拿大其他各省在冲突法规则的统一方面目前并无完整的统一冲突法典,主要依靠最高法院的判例作为主要方式,因为最高法院的判决对于包括魁北克省在内的各省都具有约束力,实际上起到了统一冲突法的作用。路易斯安那与美国其他州也未形成完整的统一冲突法典,也主要依靠联邦最高法院的判例作为统一冲突法的形式,另外联邦宪法也在一定程度上起到统一冲突法的作用。欧盟在1980年6月19日签订于罗马的《合同义务法律适用公约》也是关于冲突规则的统一法。

3、看统一示范法的采用。路易斯安那州在采纳统一示范法上,表现出完全不同的态度。《统一商法典》在各州、哥伦比亚特区和维尔京群岛都已采用,唯独路易斯安那州只是部分采用。统一示范法实际上也是通过各法域采用相同的实体法而求得统一,从而解决区际法律冲突。由于两大法系之间的巨大差异,路易斯安那州未能在实体法上与其它各州一样实现实体法的统一。于1918年建立的“加拿大统一法律委员会”(现称为“加拿大统一法律会议”)已在民法及商法等领域内卓有成效地就许多统一的或典型的法律条文达成了协议,这些协议成为一种“示范法”,对法院使用法律起到一种参考作用,在客观上起到一种协调和统一全国法律的作用。

这给香港内地法律冲突的解决提供了借鉴。这充分告诉我们,两大法系的差异是如此巨大,实体法的统一除了个别领域外,在多数领域都是无法实现的。只要两大法系的对峙存在一天,分属不同法系的法域之间就只能通过实体法统一的途径解决极少部分的法律冲突,而不是大部分领域的法律冲突。即使采用统一实体法示范法的方法也是收效甚微,因为示范法的途径仍然是通过实体法的统一来解决法律冲突。需要强调的是,上述的示范法是统一实体法示范法。这些实体法示范法虽然对香港内地法律冲突解决的意义不大,但笔者认为,统一冲突法示范法则大有可为,因为统一冲突法比统一实体法容易得多,更符合现实条件和客观需要。

4、看对两大法系的兼容并蓄。路易斯安娜州1991年颁布了第923号法案,

即冲突法法案,该法已被纳入路易斯安那州《民法典》第 3515-3549 条。新立法既接受了美国冲突法革命中所提出的灵活、开放的法律选择方法,又没有放弃传统的大陆法系的冲突规则,而是将两者有机结合在一起。路易斯安那国际私法的这种“混合”性质充分体现了现代国际私法的发展趋势,值得我们认真研究[2]。与路易斯安那国际私法相类似,魁北克国际私法立法既保留了大陆法的精华,又从魁北克省的经济利益和社会利益出发,注重本省多元文化的特色,吸收和借鉴某些普通法的原则和精神,兼采大陆法与普通法之长,使新民法典能够真正满足魁北克现实社会的需要。

5、冲突规则的运用。从一国内部分属不同法系的法域之间的法律冲突解决方式来看,美国路易斯安那州与其它州之间各自有自己的冲突法规则,相互视同外国,并适用各自的冲突规则解决法律冲突;同样,加拿大魁北克省与其它省(区)之间的法律冲突也由各自的冲突法规则来解决,把省际法律冲突等同于国际法律冲突,在方法上与解决国际法律冲突并无本质不同。历史和现实都证明,美国路易斯安那州与其它州之间和加拿大魁北克省与其它省(区)之间的区际法律冲突都得到了有效地解决,并没有因为法系的差异而使得区际法律冲突的解决陷入困境。因此,内地与香港之间的区际法律冲突完全可以参照适用内地与香港各自的国际私法冲突规则加以解决,而不必苛求在短时间内实现法制统一。应该把这种方法作为长期的解决办法来看待,并加以完善研究,而不是仅仅作为过渡性的措施,急于求得统一冲突法或统一实体法。

6、国际私法统一化运动。魁北克立法者非常关注国际私法统一化运动,尤其是加拿大于 1968 年相继加入海牙国际私法会议和罗马统一私法协会议后,联邦政府所加入的国际私法公约都得到了魁北克立法者的响应,他们在后来制定国际私法法规时都特别参照了这些国际私法公约[3]。随着大陆法系与普通法系的靠近,国际私法的趋同化也更加明显。在各法系差异逐渐缩小的情况下,内地与香港的区际法律冲突才有望逐步通过统一冲突法或统一实体法解决。

随着各法系之间差异的缩小,国际条约涵盖的范围会越来越广,内地与香港的区际法律冲突可以通过共同参加同一国际条约而得到解决。但这需要相当长的时间,需要足够的耐心。

## (二)内地香港法律冲突解决的总体思路

我国学者应更多地关注不同法系的发展趋势,促成全球不同法系的靠近。对于短期内急于实现统一冲突法或统一实体法的想法,应认真分析,谨防冒进。

综合上述评析,在当前应重点研究如何更好地参照适用国际私法规则。根据英国普通法的传统,香港在法律适用方面实质上对内地法适用与国际法律冲突相同的冲突规则。而内地对香港法实质上也是参照适用与国际法律冲突相同的冲突规则。

笔者认为,比较现实的途径应该分两步走:首先,内地类推适用国际私法,香港按英国法传统把区际法律冲突视同国际法律冲突。这一点在许多学者的著述中都有分析,而且也是目前内地和香港实际上在实施的办法。其次,逐步实现统一冲突法,个别领域实现统一实体法。由于直接由内地与香港协议实现冲突法的统一目前尚不具备条件,目前应主要通过示范法作为实现统一冲突法的方式。

因此,在目前内地和香港已经把区际法律冲突视同国际法律冲突对待的阶段,需要积极推进的应该是下一步,即通过示范法促进统一冲突法。作为制定统一冲突法的前期准备,可以借鉴美国的经验,由香港编写《香港冲突法重述》(中英对照),内地也编写《大陆地区冲突法重述》(中英对照),在各自《重述》中作出必要的注释。编写出来后,两地交换文本,供两地各有关机构和专家研习,以求对对方的冲突法规则有深入的了解和理解。每年可以通过对两地《冲突法重述》的比较召开研讨会,内地可以由中国国际私法学会牵头,香港可以由有关专业协会牵头,会上邀请有关政府机关和专家学者参与。为了未来的四法域的完全统一冲突法,也要邀请台湾和澳门的有关专家参加。在充分讨论两地的《冲突法重述》的基础上,可以根据两地的冲突法规则的异同,分别处理:

(1)对于相同和几乎相同的规则,直接明确列入《内地香港统一冲突法的安排》(草案);

(2)对于相通但是存在差别的规则,通过两地协商,制订两地都能接受的统一规则,列入《安排》(草案);

(3)对于几乎没有相通之处的规则,首先通过两地协商,对于能制订两地都能接受的统一规则的,谈妥后列入《安排》(草案);

(4)而经协商无法实现统一规则的,则在《安排》(草案)作出例外规定,同时对于无法统一规则的,确定一定的协调规则,如管辖权的“一事不再理”原则和“不方便法院”原则。

在制订出《安排》(草案)后,广泛征求国内外专家意见,然后确定最终文本。签订《安排》的双方,内地可以由最高人民法院或司法部代表,香港可以由香港终审法院或律政司代表。

### 三、内地香港法律冲突解决具体规则的协调

#### (一)关于内地香港管辖权的协调

2006年7月16日最高人民法院已经与香港达成了《关于内地与香港特别行政区法院相互执行当事人协议管辖判决的安排》,对协议管辖的效力予以共同确认。两地还可以进一步借鉴有关国家的经验,达成更多的管辖权双边安排。

欧盟成员国既有普通法系国家,又有大陆法系国家,而且在管辖权的协调方面有不少成功的经验,对内地与香港两地管辖权协调具有借鉴意义。因此,这里重点分析欧盟是如何协调普通法系的英国与大陆法系的其他国家之间的管辖权。

欧盟曾通过《布鲁塞尔公约》的“白色清单”和“黑色清单”的形式,明确指出允许与禁止缔约国法院行使直接管辖权的法律依据。该公约曾适用于欧盟的包括英国在内的15个成员国。但是自2002年3月1日以后,在欧盟成员国之间(除丹麦外),欧盟理事会2001年44号规则(即《关于民商事案件管辖权及判决承认与执行的规则》)已替代《布鲁塞尔公约》。联合王国在加入《布鲁塞尔公约》后,为了实施该公约,制订了《1982年民事管辖和判决法》;为了实施加入的《洛迦诺公约》,制订《1991年民事管辖和判决法》;为了实施第44号规则,又制订了《2001年民事管辖和判决令》,它对《1982年民事管辖和判决法》进行了修改[4]。

上述欧洲文件在英格兰的实施,极大地改变了英格兰法院对民事案件的管辖权。只有在上述欧洲文件完全不适用或者它们本身直接求助于普通法管辖权规则时,普通法管辖权规则才能适用[5]。通过这些欧洲文件,欧盟使得分属于不同法系的国家的管辖权规则在一定范围实现统一,如专属管辖权、应诉管辖权、特殊合同(保险、消费者、雇佣)管辖权、协议管辖权等。并且,44号规则对管辖权的协调和管辖权冲突的解决作出了努力,主要是针对管辖权的积极冲突。例如,在法院行使管辖权之前,44号规则规定了某些进一步的限制。在所有案件中,法院必须考虑有关未决诉讼的规则的应用。

为解决未决诉讼与关联诉讼,欧盟理事会2001年第44号规则确立了“先受理法院管辖原则”,即相同争议或者相似争议同时在不同国家起诉时,原则上由最先受理案件的国家法院行使管辖权。而对于专属管辖权的冲突,也适用“先受理法院管辖原则”,最先受理案件法院以外的法院应放弃管辖权,让最先受理法院审理。

关于“受理”的含义,普通法系国家以传票已经送达给被告作为法院受理案件的开始,而大陆法系国家以诉讼文书提交到法院作为受理案件的开始。为了协调两大法系的差异,欧盟44号规则创立了一个规则,即对于以传票送达被告为标准的国家,以送达作为受理案件的开始,只要随后有关诉讼文书提交到法院;对于以诉讼文书提交到法院为标准的国家,以诉讼文书提交法院作为受理案件的开始,只要随后传票被送达给被告。

受英国法影响,香港关于解决区际和国际民事所能够管辖权冲突的唯一做法是更合理诉讼地原则,也即不方便法院原则。根据香港判例,合理诉讼地原则是建立在法官自由裁量权基础上,法官必须权衡原告和被告的利益、诉讼优势以及继续诉讼和更换诉讼地对双方当事人利益的影响,同时也要兼顾司法制度的正义性、连贯性和合理性的需要。该原则由被告主张,同时承担举证责任,一方面要证明香港法院不方便审理案件,而且要证明尚存在一个更合理或更合适的诉讼地法院,另一方面,被告还须证明如果香港法院继续审理案件,其正当诉讼权利和诉讼利益将受到严重影响甚至被剥夺。

因此,内地也可以解决涉港案件中明确采用不方便法院原则,并就不方便法院原则在两地管辖权冲突的案件中的审查标准作出安排,统一标准。对于未决诉讼与关联诉讼,两地也可以达成双边安排,借鉴欧盟理事会确立的“先受理法院管辖原则”。由于两地都经贸往来频繁,又是一国之下的两法域。出于互利的考虑,完全可以确立原则上由最先受理案件的法院行使管辖权。即使两地各自的专属管辖权发生冲突,也可以适用“先受理法院管辖原则”,最先受理案件法院以外的法院应放弃管辖权,让最先受诉法院审理。通过双边安排的方式,也不损害主权,完全符合“一国两制”的精神。

另外,也可以借鉴《布鲁塞尔公约》的做法,由两地共同协商,列出允许行使管辖权的“白色清单”和禁止行使管辖权的“黑色清单”,尤其是“黑色清单”,将可以在两地间大大减少管辖权冲突。《布鲁塞尔公约》列入“黑色清单”的管辖依据来源于各成员国国内法的有关规定,在该国国内长期被采用。但是,由于这些依据存在着严重的不合理之处或与公约所希望建立的统一管辖权制度的目标不吻合,故被公约明令禁止在成员国之间使用。基于这些依据而行使的管辖权一般被称为“过分的管辖权”,包括被告的国籍、被告的暂时出现、原告的国籍、原告的住所或居所以及与其无关的财产出现或扣押。其中第2项(被告的暂时出现)主要是针对普通法系国家的国内法,其他四项主要是针对大陆法系国家的国内法。公约通过对两大法系差异明显的管辖权予以排除,实现了对管辖权的协调。因此,内地香港也可以通过列出“黑色清单”,禁止各法域行使清单列出的管辖权,两法域的法院在受理案件之初就应审查,不得行使列入清单内的管辖权。例如,香港因袭了英国的管辖依据,而内地也在涉外案件中规定了原告的住所或居所以及与其无关的财产出现或扣押等“过分的管辖权”,造成了两地的管辖权的剧烈冲突,导致了许多“平行诉讼”案件无法解决。如果两地通过协议达成双边安排,把香港法中的“被告的暂时出现”和内地法中的原告的住所或居所以及与其无关的财产出现或扣押等“过分的管辖权”列入“黑色清单”,在两地法院出现管辖权冲突时,凡是其中一个法院行使管辖权的依据如果属于列入“黑色清单”的,则该法院必须放弃管辖权。

笔者认为,通过“黑色清单”、不方便法院原则和“先受理法院管辖原则”,基本上就可以解决两地的管辖冲突问题,从而对于两地互相承认与执行法院判决也铺平道路,因为许多案件就是因为管辖权的冲突导致在另一个法域得不到承认与执行。

## (二)关于内地香港法律适用规则的协调

目前,内地香港双边安排中还没有涉及法律适用规则的协调问题。但是,作为冲突法的主要问题的法律适用问题对于两地法律冲突的解决具有关键性作用。由于两地在实体法方面相差很大,在各个民商事领域的法律适用规则也颇不相

同。需要借鉴其他国家或超国家组织的有关经验。

加拿大的魁北克与其他省之间的协调值得借鉴。魁北克民法典国际私法规则采用了最密切联系原则,另通过一系列比较精确解释的连接点使最密切联系原则具体化,在涉及魁北克重大经济、社会利益的事项上采用单边冲突规范。而欧盟也通过一些多边公约统一了某些领域的法律适用规则。如1980年《罗马公约》。该公约的全称是《合同义务的法律适用公约》,由欧共体8个成员国(法、意、比、荷、卢、英、爱、丹)于1980年6月19日在罗马签订。其主要内容有:第一,明确以当事人意思自治原则作为合同法律适用的首要原则,但不排除强制性规则的适用;第二,在当事人未对合同准据法作出选择时,以最密切联系原则作为补充,并明确了最密切联系的认定标准(特征性履行方法);第三,对某些特殊类型的合同(如消费者合同与劳动合同),强调各成员国国内法中强制性规则的适用。

笔者认为,内地香港可以借鉴上述经验,在各个领域寻找共通的法律适用规则。例如,两地都采纳了最密切联系原则,但内地主要根据大陆法系的特征性履行方法确定最密切联系原则。笔者建议,可以通过双边安排,确立一些比较精确解释的联结点,使得两法域法院和当事人都能较明确地预见案件审判适用的法律,从而避免“挑选法院”现象。作为一种例外,在涉及各自法域重大经济、社会利益的事项上两地可以达成一致,确定统一的法律适用规则(包括单边冲突规范),或者留给公共秩序保留来解决。

### (三)关于内地香港的司法协助

内地香港已经在司法协助方面取得了可喜的成果,今后要继续扩大战果,把双边安排涵盖更多的范围。由于两大法系在司法程序方面的差异并不如在管辖权和法律适用规则的差异那么大,可以主要由目前的最高人民法院与香港司法机关签订双边安排的方式继续补充和完善有关安排。同时也可以借鉴国外的有关经验。

如欧盟关于司法协助方面就取得了一些重要成果。如1997年5月26日,欧盟15国代表在布鲁塞尔签订了《欧盟成员国间送达民商事司法文书及司法外文书的公约》。另外,2001年策1206号关于民商事案件域外取证协助规则。该规则由欧盟理事会于2001年5月28日通过,基本内容有:第一,建立请求国法院与被请求国法院间直接协助进行域外取证的制度;第二,不排除在特殊情况下,由请求国法院在被请求国境内直接取证。

内地香港往来便利,完全可能实现所有司法协助领域的双边安排。如,可以借鉴上述欧盟2001年取证协助规则,包括可以允许内地与香港法院互相入境直接取证。由于内地与香港同属一个主权国家内部,也不存在侵害主权的问题。直接取证是完全可能的。

## 论公共秩序保留在解决我国区际民商事法律冲突中的定位

叶丹

《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2008-11

本文研究的“区际”限于内地与香港、澳门三地。在香港和澳门特别行政区回归之前,我国内地法院处理与港澳地区之间的民商事法律冲突所依据的法律规则与处理涉外民商事纠纷所依据的法律规则是完全一致的,而公共秩序保留作为国际私法中的一项基本原则,其适用也是不加区分的。然而,港澳地区相继回归之后,在“一国两制”的框架下,内地与港澳地区之间的法律冲突在性质上发生了根本性的变化,不能再简单地将这种区际民商事法律冲突比照国际民商事法律冲突来解决。而公共秩序保留作为一项带有浓重主权意识和政治色彩的法律原则,是否应继续在区际民商事法律冲突的解决中发挥其作用,确实是一个值得我们深入探讨的问题。

一、公共秩序保留以国家主权原则为理论基础公共秩序保留,从通用教材的定义来看,是指一国法院依其冲突规范本应适用外国法时,因该适用将与法院地国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而排除其适用。当然,这应是公共秩序保留最狭义的内涵,其内涵应还包括以下两方面的内容:一是可据而要求直接适用法院地国法律中那些体现了国家重大的政治、经济利益、法律与道德的基本原则的规定;二是可据而拒绝承认与执行那些与自己的公共秩序相抵触的外国判决和仲裁裁决。

公共秩序保留产生的理论基础是国家主权原则。国家主权原则最初是作为国际公法的基本原则提出的,而今已经成为处理国际关系的最基本准则。主权,是国家独立自主处理自己的内外事务,管理自己国家的权利。这种权利是不可分割、不可转让的,它不从属于外来的意志,故主权在国内是最高的,在国际上是平等独立的。立法权和司法权是国家主权的重要内容,如果国家的立法权和司法权不能独立或没有得到应有的尊重,就没有国际私法存在和发展的前提条件。国际私法作为调整涉外民商事关系的法律规则,将牵涉到国家与国家之间、国家与地区之间以及地区与地区之间的方方面面的利益。然而,国际私法作为一国的部门法,其本身势必还是统治阶级意志的体现,其制定和适用也是国家主权和利益的体现,即使是承认外国法在内国的效力,也是出于希望在国际民商事交往中内国法得到其他国家尊重的考虑,而非放弃国家利益。国际私法中的各种学说与理论,探其根源,无不以国家利益为出发点,都是国家当时所处的政治、经济、文化及社会条件的直接或间接的反映。公共秩序保留就是国际私法中一项重要的维护国家主权和国家利益的原则。公共秩序保留萌芽于13、14世纪的意大利法则区别说时期。该时期是以意大利的罗马法后期注释学派学者巴托鲁斯为学说代表人的。巴托鲁斯针对当时意大利各城邦之间的法则存在冲突的情况,提出了国际

私法得以生存和发展的两个重要前提：一是一个城邦的法则对于不属于该城邦的居民的可适用性问题；二是一个城邦的法则的域外效力问题。然而，巴托鲁斯对上述研究从一开始就感觉到有缺陷，于是又提出了“令人厌恶的法则”（*statuta odiosa*）没有域外效力之说，在此原则的制约下，对一般冲突原则的运用不能是盲目的，而必须符合公正目的。到了荷兰的法则区别说时期，“礼让说”的创始人胡伯发展了公共秩序保留，他认为一国出于礼让承认外国法在内国也具有效力，但有一前提，就是不得有损于内国主权者和公民的权益。也就是说，有损于内国主权及公民权益的外国法足以“令人厌恶”至不被内国法院适用。从这一点可以看出，公共秩序保留是一主权国家解决涉外民商事法律冲突时尊重外国法的最后“底线”。与其他基本原则相比，公共秩序保留在维护国家主权和国家利益方面更为直接，或者说，当法院地国试图通过某个原则的适用来达到维护国家利益时，公共秩序保留是最为名正言顺的理由。

从公共秩序保留的发展历程来看，适用公共秩序保留的过程实际上是在对各种利益进行权衡和取舍，“对一般冲突原则的运用就不能是盲目的，而必须符合公正目的”，而且，公共秩序保留还是各法域之间法律冲突不可调和时的最后的防卫手段，保证最终维护法院地的利益。

## 二、内地、香港、澳门国际私法中的公共秩序保留

由于目前解决区际民商事法律冲突的状况是，主要类推适用各法域国际私法的规定来处理区际民商事法律冲突事宜，所以，了解内地、香港、澳门国际私法中有关公共秩序保留的规定是很必要的。

我国内地的公共秩序保留可见之于实体法和程序法中的多处规定，如《民法通则》第150条、《民事诉讼法》第260条、第262条第2款以及第268条，此外，我国《技术进出口管理条例》第29条规定技术引进合同中不得含有限制性商业条款。该条属禁止性规定，所以技术引进合同中的这类限制性条款应当归于无效，因为这类条款与国家基本经济政策相抵触。而前文提及的最高人民法院《关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》明确规定：“审理涉港澳经济纠纷案件，按照民法通则第八章涉外民事关系的法律适用和涉外经济合同法第五条的规定，应适用香港、澳门地区的法律或者外国法律的，可予以适用，以不违反我国的社会公共利益为限。”

香港适用英国的普通法制度，采用的是“公共政策”的概念。对于哪些事项属于公共政策问题，均由法院来决定，所涉内容是法官认为应当能够反映社会公众利益、基本道德和自然公正信念的事项。除了普通法外，公共政策在香港的成文法中亦有规定。根据香港《外地判决（相互执行）条例》的规定，法院可以基于以下任何一个理由，拒绝执行外地判决：（1）该判决是在违反自然公正原则下取得的；（2）该判决是以欺诈手段取得的；以及（3）强制执行该判决违背香港的公共

政策。

澳门《民法典》第 22 条对公共秩序保留进行了专门的规定：(1) 如果适用冲突规范所指定的外国法之规定，导致违背澳门国际公共秩序之基本原则，则不适用此等规定。(2) 在此情况下，须适用该外国法规中较合适的规定，或者补充适用澳门本地法之规定。

公共秩序保留是大陆法系国家的法律用语，在英美法系国家则通称为公共政策，而在我国立法中则称之为社会公共利益。实际上，该三种称法只是法律用语的表述不同，基本内涵是一致的，即一定要与法院地的公共利益有关，至少我国内部各法域是这样理解的，此例证是 1999 年 6 月内地与香港签署的《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》中规定：“如内地法院认定在内地执行该仲裁裁决违反内地社会公共利益，或者香港法院认定在香港执行该仲裁裁决违反香港的公共政策，则不予执行该裁决。”从该条文的表述来看，我们理解的社会公共利益与公共政策的涵义是一致的。

### 三、解决区际民商事法律冲突能否适用公共秩序保留

众所周知，公共秩序保留是国际私法上的一项基本原则，前文也已经对公共秩序保留产生的理论基础是国家主权原则进行了阐述。既然公共秩序保留在国际私法上的功能体现在维护国家利益，防止外国法的适用对内国的重大利益产生损害，那么，在一国主权之内所发生的各法域之间的法律冲突的解决，由于不涉及主权利益之间冲突的问题，似乎不再需要公共秩序保留了。

笔者考察了其他多法域国家的情况。对于如何解决区际民商事法律冲突，有明确宪法条文依据的国家是美国。美国宪法第 4 条第 1 款明确规定：各州必须对他州法律及司法裁判给予充分信任和尊重。从该条文的文义来看，各州承认他州法律及司法裁判应是无条件的。但是，美国宪法还规定了正当程序条款来保障基本的公平与实质的正义，即赋予了法官权衡法律选择的结果是否公平的裁量权。因此，即使“充分信任与尊重”是各州处理区际民商事法律冲突的基础，但是最低限度的公平原则仍然制约着充分信任与尊重条款。此外，利益平衡的因素也在影响着充分信任和尊重条款的实施，该条款并不能强制法院地的法官在每一个案件中采纳和适用其他州的法律，只要法院地与当事人或者交易之间存在着一些合理的联系，使得法院地的法院在适用自己的法律方面具有合法的利益，法院地法官便可以适用法院地法。在 *Marchlik v. Coronet Insurance Co.* 一案中，伊州法院对伊州的保险法和习惯法加以考察后发现，贯穿于该州法律中的政策是，反对在审判结束之前直接对保险人起诉，该州在对这类法律关系适用方面拥有重大利益，这就决定了适用威斯康星州的法律与伊州的公共政策相抵触，从而排除其适用。除美国外，其他国家处理区际法律冲突时仍然会适用公共秩序保留，只是适用条件较为严格。比如加拿大，其法院认为，如果以公共政策为据而拒绝

承认外国法的任何效力的,该外国法所违背的必须是法院地的一些基本的公正准则、普遍性的道德观念或一些根深蒂固的传统。尤其是在以公共政策为由拒绝承认加拿大姊妹省的法律和判决时,或以公共政策为由驳回根据外国法所提出的请求或抗辩时,更应考虑到这一点。

从法律本身体现统治阶级意志的本质来看,即使是处于同一主权国家之内的各法域,如果各法域被赋予了独立的立法权,就意味着国家将原本完整的立法权分到各法域分别实施,各法域势必会在立法中体现其区域性的利益,特别是其所制定的强行性的法律规定。再进一步来看,如果各法域还被赋予了独立的司法权,则法院地必然有其自身利益的考虑,因为司法管辖权是法院地公共利益在司法领域的必然延伸和表现,而且还会关乎到保护法院地公民、法人的民事权益的问题[6](第347页)。这就是其他国家在处理区际民商事法律冲突中仍然保留了公共秩序保留的一席之地的重要原因所在。反观我国的实际情况,从前文对我国区际民商事法律冲突的复杂性分析可以看到,香港、澳门在回归后不仅保持了其原有的与内地完全不同的社会制度不变之外,而且还被宪法赋予了独立的立法权、司法权,甚至还有终审权,这些权力之广,是其他复合法域国家各法域所不能比及的。而且,从回归逾十年的情况来看,由于各法域的法律制度存在很大的差异,现阶段主要只能类推适用各法域的国际私法规定,冲突的协调进程相当缓慢。因此,在现阶段,维持公共秩序保留原则的一席之地是很有必要的。比如说,内地长期实行严格的外汇管制制度,而香港、澳门实行的是货币自由流通制度,其流通货币长期与美元挂钩,因此,违反内地的外汇管制制度的涉港澳商事合同行为,势必会对内地的公共利益造成强烈冲击,这将涉及到公共秩序保留的问题;又比如说,澳门是赌债合法化的地区,但内地和香港均严禁赌博,澳门债权人到内地或香港就赌债的问题起诉法院地的债务人请求支付赌债,也涉及到公共秩序保留的问题;再比如说,香港的诉讼制度与内地的诉讼制度很不相同,而诉讼制度本是属于公法性质的法律制度,若香港法院仅仅依据某项内地完全没有的诉讼制度作出一项谕令要求内地当事人支付香港当事人某种诉讼费用,而后香港当事人以该谕令为依据到内地起诉内地当事人要求其依据香港谕令的内容支付相应费用,则将涉及到公法性质的域外法冲击内地诉讼制度的问题,这可能也涉及到公共秩序保留的问题。

公共秩序保留可以是一种实体公正的理念,是法官对保护法院地利益的在内心之中的考量,并不必要要在说理中明确指出,如果公共秩序保留的说理可能会对区际民商事正常交往造成不必要的影响甚至冲击“一国”的原则,我们可以用其他理由代替,比如说借鉴前述美国司法实践所确立的最低限度公平原则,关键是在最终结果上域外法不能得到适用了。

#### 四、公共秩序保留在我国区际民商事法律冲突解决中的前景展望

公共秩序保留在我国区际民商事法律冲突解决的前景应是：公共秩序保留的条款，仅仅是出于应对将来可能发生的不可预知的情形的考虑而被保留下来，但除非是有特殊的例外情形，否则在实践中将不被适用。这是因为：其一，我国区际民商事法律冲突始终是单一制主权国家内部的法律冲突，不同于联邦制或松散的邦联制国家的区际法律冲突，只要内部的相应机制完善了，我国的区际法律冲突解决起来比联邦制或邦联制国家要容易、顺畅；其二，公共秩序保留的适用与否，与我国区际民商事法律冲突的解决程度高低密切相关；其三，区际各法域对其他法域的法律的容忍度越高，公共秩序保留的适用可能性越低。

关于如何解决我国区际民商事法律冲突的问题，内地司法实践已经形成了以下认识：(1) 树立促进和维护国家整体利益观念，即以“一国”为先。国家整体利益的维护是我国解决香港、澳门的根本出发点，维护国家整体利益也是中华人民共和国宪法的根本精神。作为一个单一主权国家，国家整体利益应是各法域的共同利益，各地区均有义务加以促进和维护。(2) 确立三地平等互利的原则，即维护“两制”。在平等互利的前提下，相互尊重，共同获利，实现“双赢”。三地应该放下成见与私心，认识到眼前利益应让位于长远利益的重要战略意义，为实现长久的双赢而共同努力。对于内地这种认识，香港、澳门地区正在逐步接受和予以认同。

在上述理念的影响下，尽管当前内地与香港、澳门之间的法律制度冲突、司法管辖权冲突以及相互提供司法协助等问题还解决得不好，甚至有的领域法律依据迄今还是空白，但是，三地已经在不断努力去进行协调。从目前的状况来看，先在一些民间学术团体之间建立协调机构，再引入司法部门与行政部门的引导，通过沟通与协调，增进了解，统一认识，是可行的途径。我们对这种协调的效果始终抱有积极的态度，对于区际民商事法律冲突的解决的前景也表示乐观。从远期发展来看，要从根本上有效解决区际民商事法律冲突的问题，首先应在《中华人民共和国宪法》中确立充分尊重和信任原则，在《基本法》中明确特别行政区在解决区际民商事法律冲突中的宪法性合作义务，其次需要通过各地区的充分协商，制订出大家能够接受的、可以统一施行于三地的区际冲突法典，对管辖权、法律适用以及司法协助等问题进行详细规定，甚至可以在某些领域制定统一实体法规则。当然，这个过程一定是漫长而艰辛的，也只有在前述沟通与协调机制建立并完善以及现阶段所达成的诸《安排》运作成熟之后，才能有进行下去的基础。

随着内地与香港、澳门之间的区际民商事法律冲突得到妥善解决，三地的法律势必会出现趋同化的状况，三地的法律概念和对法律条文的理解势必会相互融合，对法律制度存在的差异性的容忍度会越来越高，三地的利益一致于主权国家的共同利益，此时，这种和谐的趋同化对公共秩序保留的适用将产生深远的影响。

响:公共秩序保留之所以适用是因为各法域的法律中存在相互不能容忍的内容,随着趋同化在各法域民商事法律中的渗透和作用甚至各法域的强行性法律得到相互效仿,则公共秩序保留作为一项出于保护法院地利益的目的而对实体结果进行利益权衡的原则,已经失去其加以适用的社会土壤,而到那时,各法域对于其他法域依据本法域的法律创设出来的法律结果充分信任其实体公正,区际法律事务的处理仅仅需要进行程序性的审查,公共秩序保留就可以不再适用了。回应前文所举的例子,比如说,内地对香港、澳门地区不再实行严格的外汇管制制度,甚至实现流通货币的统一,则公共秩序保留也就不存在适用的前提了;又比如说,内地和香港基于一国之下存在不同法律制度的考虑,容忍澳门的赌债合法化的制度安排,则也不存在公共秩序保留的适用可能了;再比如说,香港地区基于对等原则,不再将内地当事人视同外国当事人而要求内地当事人遵循严格的涉外民事诉讼制度,而是将内地当事人视同香港当事人对待,则内地法院也就不存在考虑适用公共秩序保留的必要了。

## 论陆港两地基本法解释方法的冲突与调适

姚国建、王勇

《法学评论》2013-0 5

### 引言

香港基本法第 158 条确立了基本法的解释制度,即全国人大常委会与特区法院都对基本法享有解释权,从而形成了独具特色的基本法解释制度。基本法实施 15 年来,因全国人大常委会与特区法院对基本法解释的差异引发了诸多争议。学者们认为,双轨制释法模式是引发基本法解释争议的制度根源。为什么针对相同的基本法规范陆港两地会形成不同的解释结果?既有研究表明陆港两地选择不同的基本法解释方法是重要原因。为因应解释方法的差异性所引发的争议,有学者主张无论是全国人常委会还是特区法院都应采用原意解释方法。这种主张直接而简单,但既无可能性,也无合理性。那么,舍此一法,是否尚有其他路径?本文从过往的释法实践出发,探讨两地解释方法的运用方式及其引发的冲突,分析各方采纳既有方法的原因,反思各自方法与其解释体制间的关联性,指出两地在运用方法上的相通之处,从而为化解两地释法方法论上的冲突探寻理论及实践上的可能性。

### 一、陆港两地基本法解释方法的运用及其争议

#### (一)特区对基本法的解释方法

香港法律属于普通法系,普通法传统受到了基本法的保障。基本法在特区的实施必然受到普通法的巨大影响,其中一个重要方面就是基本法解释方法将受到普通法的影响。根据传统的普通法理论,法律解释应遵循三大基本规则,即文义解释、黄金规则及除弊规则。在 1997 年第一个基本法案件即马维昆案中,

高等法院没有专门阐述基本法的解释方法，只是认为应根据基本法的性质与地位来解释基本法。首席法官陈兆恺指出：“在我看来，基本法的目的十分明确，即保持我们的法律及其制度不变(与基本法相抵触的除外)。”但他并未将目的解释方法与普通法联系起来。另一位法官黎守律(Nazareth)更是明确指出，基本法是大陆法，不能运用普通法传统和先例约束原则等对基本法进行解释。可以看出，此时法院并未在普通法传统与基本法的解释方法之间建立起关联性。

吴嘉玲案是有关基本法解释方法的一个重要案件。终审法院指出，决定基本法解释方法有两个基础，即基本法的性质与特区的普通法体制，而这这就要求特区法院要运用普通法方法解释基本法。终审法院还认为：“《基本法》是为贯彻独一无二的‘一国两制’原则而制定的宪法性文件……解释《基本法》这样的宪法时，法院均会采用考虑立法目的这种取向。”原因在于：“宪法只陈述一般原则及表明目的，而不会流于讲究细节和界定词义，故必然有不详尽及含糊不清之处。在解决这些疑难时，法院必须根据宪法本身及宪法以外的其他有关资料确定宪法所宣示的原则及目的，并把这些原则和目的加以贯彻落实。”在后续的张丽华案和黎施雅中，终审法院继续采用目的解释方法。

但特区法院并未一直坚守目的解释方法，在庄丰源案一案中实现了从目的解释到文义解释的转变。终审法院虽也强调应以普通法的方法来解释基本法，但在具体方法的采用上，法院舍弃了以前的目的解释，转而采用最为经典的文义解释：“法院根据普通法解释基本法时的任务是诠释法律文本所用的字句，以确定这些字句所表达的立法原意……法例的文本才是法律。”根据这一方法，终审法院拒绝采用能够清晰说明立法原意的相关文件。由于先例约束原则，庄丰源案所确立的基本法解释规则成为特区法院的首要解释规则。除本案外，特区法院在其他案件中广泛运用文义解释方法。需要注意的是，基于法院在普通法体制中的重要地位，特区法院对基本法解释方法的立场不仅限于司法系统内，还会影响到社会民众对基本法的理解。如在补选行政长官任期的理解上，特区社会就以文义解释为据，认为基本法“行政长官的任期5年”的规定中并未区分新任行政长官和补选行政长官，应按字面含义理解同样是5年。

虽然在庄丰源案后，特区法院还经常性的提及基本法的“立法目的”，但法院在确定立法目的的方法上仍然采用的是文义解释。正如终审法院在庄丰源案中所指出的，法院追求的不是“立法者立法时的原意”，而是“文本表现的立法原意”，因为它推定基本法条文已能够表明立法者的意图，只须对条款表面含义作出准确界定就足以阐明立法目的，强调“立法原意”通过条文得以落实，“法院无权赋予其不能包含的意思”，“法院的职责是要确定所用字句的含义，并使这些字句所表达的立法原意得以落实。”在某种意义上，追求“立法原意”成为法院尊崇文本的一个正当性依据，而不是法院的终极目标，文本才是法院的终

极目标。

## (二)全国人大常委会的解释方法

在解释基本法之前，全国人大常委会鲜有释法实践，所以，全国人大常委会释法方法论并不明确，从全国人大常委会几次释法实践看，探求基本法的立法原意是其解释的基本宗旨。

在四次释法中，全国人大常委会都以不同的方式表示其原意解释的释法取向。如在第一次释法中，全国人大常委会明确指出：其释法的背景是在吴嘉玲案中“终审法院在判决前没有按照《基本法》第一百五十八条第三款的规定提请全国人大常委会进行解释，而终审法院的解释又不符合立法原意。”所以，释法目的就是寻求立法原意，以纠正特区法院的错误。

那么，如何寻找立法原意呢？全国人大常委会主要运用了两种具体方法：

第一种方法是借助于法律文本之外的辅助资料确立立法原意。如在1999年第一次释法中，为确定基本法第22条第4款和第24条第2款第3项的立法原意，全国人大常委会释法报告指出：第22条第4款所确立的制度是基于内地与香港长期以来实行的出入境管理制度，基本法的立法原意正是肯定这一制度。报告进而指出，基本法第24条第2款第3项所称的“第(一)、(二)两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女”是指在其出生时，其父母双方或一方须是香港永久性居民。这一立法原意体现了防止内地大量人口涌入香港，以利于维护香港的长期繁荣稳定的目的，体现在1996年全国人大香港特区筹委会通过了《关于实施〈香港特别行政区基本法〉第二十四条第二款的意见》中，这一《意见》于1997年3月获得了全国人大的批准。而这一资料就成为确定基本法相关条款原意的依据。另外，2011年的第四次释法也体现了这一方法。本次解释的核心问题是国家豁免政策是否属于基本法第13条所称的对外事务和第19条所称的“外交事务”。全国人大常委会在解释中援引了宪法有关国务院权力的规定，认定国家豁免政策属于宪法所指的国务院管理的“对外事务”的一部分；同时引用原基本法起草委员会主任委员姬鹏飞的相关论述，以表明国家豁免政策属于基本法第19条所指特区法院无权管辖的“外交”事项，从而证明特区法院对国务院决定国家豁免政策的行为无管辖权。

第二种方法是结构主义方法，即不根据单一的法律规范确定其含义，而是根据规范的上下条文及整个文本的篇章结构来理解规范的含义，典型代表是第三次有关补选行政长官任期的释法。基本法第45条规定：“香港特别行政区行政长官任期五年，可连任一次。”按文义解释，这一条款含义清晰，即立法并未区分补选行政长官还是初选行政长官，任期都是五年。这也是为什么香港部分人士反对全国人大常委会释法的原因。但是，全国人大常委会于2005年作出解释，确定补选行政长官的任期是前任剩余的任期。这一结论如何得出？从基本法

委员会负责人向全国人大常委会所作的释法说明中可以看出，它主要采用结构主义的方式，结合考虑基本法的第 45 条、第 46 条、第 53 条、附件一等多项条款之间的逻辑关系。

### （三）解释方法差异性对基本法实施的不利影响

特区法院选择文义解释的直接后果是它促使人们将更多的注意力集中于文本之中，这对于基本法的适用无疑是具有积极意义的。但是，如果以此为基点来评价与对待全国人大常委会的解释将会危及全国人大常委会解释的权威性，对基本法的正确实施也是不利的。

#### 1. 特区法院的“再解释”影响全国人大常委会解释的约束力和权威性

按基本法，全国人大常委会的解释高于特区法院的解释，对特区法院有约束力。特区终审法院亦在庄丰源案等相关案件中对此表示认同。但是，全国人大常委会的多数解释只有通过特区法院的司法适用方能发挥作用，而在这一过程中，特区法院会可能以自己的方法来解读全国人大常委会的解释，以决定其在个案中的适用，这使得全国人大常委会的解释遭到特区法院的“再解释”。这种“再解释”在一定程度上决定了全国人大常委会解释在个案中是否适合以及如何适用。

因特区法院的“再解释”影响全国人大常委会释法效力的典型例证莫过于特区法院按普通法思维对全国人大常委会释法所作的“判决意见”和“附随意见”界分。同样是在庄丰源案中，香港终审法院将根据普通法中的释法规则，将全国人大常委会在吴嘉玲案后所作的解释区分为“判决意见”和“附随意见”两个部分，认为只有“判决意见”对法院具有约束力，而“附随意见”不能构成对法院的约束。这样，这一按普通法思维对全国人大常委会解释进行区分的作法消解了全国人大常委会解释的约束力，也使其权威性受损。庄丰源案后，全国人大常委会发言人明确表示：“终审法院 7 月 20 日对庄丰源案的判决，与全国人大常委会的有关解释不尽一致，我们对此表示关注。”但全国人大常委会并未作出新的解释对此予以修正，终审法院的判决事实上形成了一个普通法意义上的判例。2011 年高等法院原诉庭在“菲佣案”中遵循和发展了这一原则。法官认为 1999 年解释中有关“《香港基本法》第 24 条第 2 款其他各项的立法原意反映在《筹委会实施意见》中”的论述只是该解释中的“附随意见”，对该案不构成约束力，从而否定了“筹委会意见”中有关对基本法第 24 条第 3 项中“通常居住”含义的理解对本案的效力，使全国人大常委会解释相关内容的约束力遭到消解。

另一方面，特区法院基于对文本的重视，因而在诸多个案中都表示应谨慎对待用以阐明立法原意或目的外来资料，在诸多案件中对特区筹委会意见、中英联合联络小组的协议以及内地基本法专家的意见书都表示了不认同，这实际

上是在动摇全国人大常委会解释权威性的基础，对解释的约束力也造成了不利影响。如在丰源案中，特区政府提交了筹委会的有关意见，但被法院否定；在陈锦雅一案中，特区政府提交了中英联合小组的有关协议作为证明基本法第 24 条第 3 款的立法原意，高等法院虽承认这一证据的真实性，但拒绝采信。另外，特区政府经常向法院提交内地基本法专家撰写的法律意见书以论证立法原意。但在 Cheng Lai Wah 一案中，法官对此类证据也拒绝采信。提供意见书的专家多直接全程参与基本法的制定，有的是基本法起草委员会委员，其证言对掌握立法原意无疑具有极重要的参考价值，全国人大常委会正是藉此发现立法原意的。但同样的证据在特区法院却难以采用，这是在动摇全国人大常委会解释权威性的基础。

## 2. 使基本法规范的内涵充满不确定性

基本法的解释与其他任何法律都不同，其复杂性就在于其是全国性法律而又主要在普通法环境实施，而这一样态又是基本法所保障的。两地解释方法的差异性使得同一基本法规范在两地受到不同理解，从而导致规范内涵的不确定性。正如特区法院的非常任法官梅森(Mason)爵士所指出的，不同的解释方法会产生完全不同的两种结果，所以，确定基本法内涵的最终因素将可能是法律解释方法的选择，而这将使得基本法变得充满了不确定性和不可预知性。这对于基本法的实施无疑是不利的。

## 3. 造成特区对全国人大常委会解释的认受性低下

第一次释法中，无论是全国人大常委会的解释结果，还是原意解释方法，香港都有人士表示不认同；甚至有少数人认为中央政府在仗势压人，干涉特区的高度自治和司法独立。璩璩在第二次释法中，特区社会指责中央在是“以释法为名行修法之实”，将有关行政长官及立法会选举制度的改革由“过三关”修正为“过五关”。而在关于补选行政长官的第三次释法中，虽然特区法院没有介入，但香港社会同样表示出了不认同，甚至有立法会议员向法院提起司法审查的请求。第四次释法虽然反对的声音较小，但亦有人认为，全国人大常委会的释法会“损害我们的司法独立与自治。”对全国人大常委会解释的低认受性直接影响解释在特区实施的社会基础，也损害到全国人大常委会释法的权威性。

## 二、体制决定方法?——陆港两地基本法解释方法确立的原因分析

在释法中，全国人大常委会只是强调其解释是对立法原意的还原，但除第一次曾在解释中强调终审法院解释对立法原意的背离外，并没有说明为什么采用原意解释而不是其他方法。而特区法院对此并不讳言，一直强调普通法传统与文义解释之间的关联性。在学理上，内地有学者认为全国人大常委会采用原意解释与我国的立法解释体制关系密切。如有学者指出只有以立法原意解释法律才能保证人民意志的实现。还有学者断言立法解释体制决定着全国人大常委

会只能采用原意解释方法。这都强调了原意解释与我国立法解释体制之间的关联性。那么，解释方法真的是由解释体制决定的吗？除体制因素外，陆港两地对既有解释方法的确立是否还有其他原因？

### （一）全国人大常委会采用原意解释的原因

#### 1. 立法解释体制的影响

在内地，法律解释既非附属于司法裁判权的一种活动，也非附属于立法权一种活动；它在法律上被单列为一种权力，一种通过解释形成具有普遍法律效力的一般解释性规定的权力。所以，法律解释权是与立法权、司法权相并列的国家权力；宪法规定这种权力属于立法机关，实行立法解释体制。根据这一原则，基本法解释权理应属于全国人大常委会，是立法者的“自我解释”。作为立法者的释法者，希望法律能够按照自己的原意执行自在情理之中。当全国人大常委会认为特区社会包括法院未能正确理解立法原意时，自己在解释时就会自然地以揭示立法原意为目标。所以，采用原意解释是作为身兼立法者的释法者所能采取的最合理立场。进而言之，既然是原意解释，就不能够单纯地依靠文本，而需要借助于一切可能说明立法原意的资料。而立法机关对这些外部资料的获取和解读相较于其他机关或当事人而言都具有天然的优势。所以，原意解释成为立法机关解释方法亦具便利性。

#### 2. 维护自身解释高于特区解释正当性的需要

按照基本法，一旦全国人大常委会对基本法作出解释，特区法院应以其为准。而且，基本法并未为全国人大常委会及特区法院严格界分各自解释范围，二者都有对基本法全部条款的解释权。这样，两者的解释必然会产生交集。一旦全国人大常委会认为特区法院的解释有误，而需要自己解释予以调整的时候，必须面临的追问是：全国人大常委会何以知晓特区法院的解释有误，何以证明自己的解释就是正确的？从全国人大常委会的角度而言，它以“特区法院解释未能反映立法原意”为由，而由自己通过解释还原立法原意（立法者最知晓立法原意）将使自己的解释获得足够的正当性，因为原意解释最具权威性，而最了解立法原意的莫过于立法者。尊重立法原意的立场显然是特区法院所不能质疑的，自然也就必须接受其解释结果。

#### 3. 强调自己是释法而非修法的需要

在全国人大几次释法后，特区社会都有声音指全国人大常委会以释法为名行修法之实。如在2004年第二次释法后，特区社会就有人认为，释法修改了基本法附件一和附件二所规定的行政长官及立法会产生办法，将以前的“过三关”变成“过五关”，所以不是释法，而是修法、变法。其言外之意在于中央以释法为名削弱其高度自治权。面对这些不合理的责难，全国人大常委会一直在强调自己是在通过释法还原基本法相关条款的立法原意，而不是修改基本法，从而

打消特区社会对中央以释法损害其高度自治权的担忧。这一点香港的学者和法官也注意到了。终审法院非常任法官梅森(Mason)曾指出,全国人大常委会对立法原意的宣示意在强调自己是在释法,而不是在修改法律,从而强调自己是在严格按基本法第158条行使权力。

#### 4. 化解社会特区内部对基本法理解分歧的需要

由于社会结构的多元化,特区内不同组织或群体不可避免地对基本法的理解产生分歧,某些分歧并不会进入司法程序化解,此时全国人大常委会将起到一个“仲裁者”的角色,其解释将承担“定分止争”的功能。为使其解释在特区获得更大的认受性,确实起到“一锤定音”的效果,原意解释将是全国人大常委会释法最合理的方法。如在2004年第二次释法后,全国人大常委会基本法委员会负责人就指出,自2003年开始,香港社会对基本法中有关行政长官及立法会选举的规定产生了较大的不同理解和认识;这一问题关系重大,对此争论不休已经影响到经济发展及基本法的实施,为此全国人大常委会才决定通过释法明确特区政治体制发展的路径,平息特区社会的争论;而基本法的规定确有不明确之处,必须依照立法原意作出解释。这种方法从化解社会特区纷争的角度来看是最自然合理、最有可能为争议各方所共同接受的。

#### (二) 特区法院为什么采用文义解释

从特区法院法官在裁判中的论述及学者分析来看,特区法院选取文义解释的原因有以下几点:

##### 1. 普通法传统的影响

文义解释是普通法中司法中心主义在法律解释方法论上的直接要求。相对于大陆法中的立法中心主义,普通法体系中法官地位崇高,奉行司法中心主义,遵循“立法者是最糟糕的释法者”的信念,以司法为唯一的释法主体。在司法中心主义理念下,文义解释成为法官首选的解释方法,它可以在尊重文本(也就是尊重立法者)的旗号下发挥自己解释的能动性。虽然这一解释方法有时被认为是保守的,但正是这一方法确保法官按照自己对法律的理解去解释法律,从而创设出法律文本上所没有的权力,保证法官不受立法者意志的左右。

在具体操作上,文义解释要求法官专注于文本。正如美国最高法院法官斯卡利亚指出的,法官应尽可能“抵制立法目的和立法历史的诱惑”,集中于文本文字来解释法律。如果法官不按文义去解释法律,他就不是在适用法律,而是在制定和改变法律,是“赤裸裸地篡夺立法职责”。有香港学者进一步指出:“在解释法律时,受普通法训练的学者和法律工作者们对法律条文的字面含义的重视程度要远远超过对上下文的重视程度。”香港终审法院在裁决中也一再提及“法例的文本才是法律”,这道出了文义解释的精义。

##### 2. 基本法立法目的不确定性使法官舍弃了原意解释

有香港学者分析，特区法院弃用目的解释的原因是运用目的解释的一个困难是基本法有太多的“父母”，因为除联合声明这一复杂背景外，它是由起草委员会起草并由全国人大通过的；在其通过以后生效之前，筹委会还通过了若干个与之有关的决定。所以，基本法的立法目的具有很强的不确定性，寻找基本法确切目的并不是一件容易的事；而且，以目的解释作为基本法的解法方法将使法院获得相当大的灵活性，法官有相当的自由裁量权，从而导致裁判的不可预知性，这也是为什么那么多居留权案件会有不同结果。有学者指出，即使双方都认为基本法的立法原意是清楚的，但实际上双方所认为的“清晰的原意”并不相同：内地更强调基本法对主权的维护者，香港更强调对自治权的保障；内地更强调基本法对特区繁荣稳定的维护，香港更强调对人权的保障。

基于对基本法目的不确定性的考量，终审法院在庄丰源案中放弃了以前的目的解释，转而采用文义解释。相对于吴嘉玲案，法院在本案中将文本置于头等重要的地位，它认为从文本就能推导出立法意图，法院的任务不在于确认立法者立法时的意图，而在于强调通过文本来寻找立法原意。根据这一方法，法院对于文本之外的辅助性资料采取极为审慎的态度。文本以外的诸如立法背景文件等辅助资料在解释中并不必然具有指导性意义，因为立法者已经通过条文清晰地将立法意图表示出来了，而立法资料并不一定能够说明立法者的意图。终审法院指出：外来资料对基本法的解释有一定的帮助作用，但法院必须谨慎运用，特别是法律颁布后的说明性资料。因而，在实践中，特区法院对筹委会和中英联合联络小组以及基本法专家的意见都采取了极为审慎的立场。

### 3. 对所谓的“全国人大常委会以释法为名行修法之实”的担忧

在“庄丰源”一案中，终审法院援引内地学者廉希圣教授于1999年8月10日就立法解释性质所作出的阐述。 璩琦针对这一观点，终审法院认为，内地立法解释中针对新情况所提出的解决方案实际上是在重新立法或对既有法律的修正。从特区的角度而言，他们担心中央政府利用这一释法方式实质性的修改基本法，从而损害特区的高度自治权。为抵制这一所谓的“危害”，特区社会及法院更愿意谨守基本法文本所呈现的基本意涵，而反对赋予基本法文本所没有明确涵盖的内容。

### 4. 政治性因素的考量

特区社会不停地将基本法解释方法与特区的普通法传统相勾连，除普通法的思维定式外，政治性的考量也是某些人士(包括部分法官)坚持文义解释的原因。如有香港学者就认为，普通法具有成熟的法律解释理论，只有将普通法解释方法运用于基本法的解释才能确保香港的普通法传统与制度。而为了维护普通法制的尊严和普通法解释理论的纯洁性，就必须通过限制全国人大常委会解释的适用范围以及排除筹备委员会的意见等外来资料对释法的参考作用，甚至

有学者认为这是对抗来自中央不当干涉的必要途径。

### (三) 简短结论

陆港两地对自己解释方法的固守确实与双方的解释体制有关。但除此之外，双方都各有其他方面的考量，包括试图以方法强解释结果正当性，甚至有政治性的因素。但是，体制外的因素双方在有意或无意地以体制内的因素予以覆盖。由此带来的后果是：由于双方对自己解释方法的正当性都抱有绝对信心，从而固守自己的解释方法，并且以释法体制为由强化自己的立场，并怀疑对方解释方法的正当性，进而不接受对方的解释结果。如果这种局面不作调整，将有可能使双方的对立长期化，并逐渐放大彼此间的差异，这对于双方互信的建立和基本法的实施都殊为不利。

### 三、鸿沟不可逾越?——陆港两地既有方法的局限性及其突破

最为直接有效的化解陆港两地解释方法论争议的方法实现方法上的统一。但是，无论是试图要求全国人大常委会完全采纳文义解释或由特区采用原意解释几乎都是不可能的。因此，有必要重新考量解释方法与体制之间的关联性，以及双方在方法的运用上真实的差异性何在，重新评估双方的差异性是否真的不可消弥。

#### (一) 原意解释不应是全国人大常委会释法的惟一方法

##### 1. 原意解释并非全国人大常委会释法的法定方法

宪法规定全国人大常委会解释法律，全国人大常委会在1981年的《关于加强法律解释工作的决议》对法律解释权进行了分解。除保留全国人大常委会的部分解释权外，授权最高人民法院、最高人民检察院和国务院行使一部分解释权，并规定全国人大常委会在下列两种情况下解释法律：一是为了明确具体含义；二是当出现新情况时需要明确适用法律依据。2000年的《立法法》延续了《决议》精神。但宪法、《立法法》和《决议》都没有规定全国人大常委会的解释方法。

从全国人大常委会释法情形来看，第一种情形显然必须采用立法原意的方法进行解释，而第二种情形恰恰无法采用立法原意方法进行解释。原意解释的一个基本前提是：立法者已经预料到现在的问题并且在法律制定时已经给出了规制方案，只是由于立法技术的原因，这种方案未能在条款中清晰地表达出来，因而需要释法者还原立法者的意图。所以，在原意解释下，是没有所谓“新情况”的。《立法法》所称的“出现新情况”，就表明这种情况是立法者当时没有预料到的，因而不存在立法原意，自然无法进行原意解释。此所谓“没有问题，何来对策？”

全国人大常委会对《国籍法》的解释能够清楚地说明这一点。1996年全国人大常委会通过《关于〈国籍法〉在香港特区实施的几个问题的解释》，其中第3条规定：“任何在香港的中国公民，因英国政府的‘居英权计划’而获得的英

国公民身份，根据《中华人民共和国国籍法》不予承认。这类人仍为中国公民，在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得享有英国的领事保护的权利。”这一解释显然是针对英国政府的“居英权计划”而提出的，在1998年通过的《关于〈国籍法〉在澳门特区实施的几个问题的解释》中并没有类似的规定。英国政府的“居英权”计划是在1990年时提出来的，而《国籍法》是1982年制定的，当时的立法者不可能预见到英国政府会在1990年提出所谓的“居英权计划”，因而也就不会在《国籍法》中隐含1996年解释中所揭示的对应方案，全国人大常委会的解释也就自然不能称为“原意解释”。

实际上，全国人大常委会在这种情形下的解释更似立法行为，而非释法。释法立法化是立法解释体制无法避免的现象，这也得到了学者们的认同。如内地基本法专家廉希圣教授认为，

“就立法解释的性质而言，

全国人大常委会一方面可以对法律文字、法律用语作出阐释；另一方面可以通过‘进一步明确界限’和‘补充规定’，使法律的界限更清楚，内容更具体，更便于操作。”这正是立法解释体制区别于司法解释体制的特点所在。特区社会将这种解释情形归结为“以释法为名行修法之实”实际上是以普通法的理念解读这一制度。这当然是一种误解，但亦从另一角度表明原意解释并非全国人大常委会唯一释法方法。

## 2. 从释法实践看，原意解释并非适用于全国人大常委会的所有解释

到目前为止，全国人大常委会明确给予解释的法律有《国籍法》、《基本法》和《刑法》。在基本法解释中，全国人大常委会一直在强调解释是在还原立法原意，而在国籍法和刑法进行解释时并没有明确地阐明解释方法。前文已指出，全国人大常委会有关《国籍法》解释中的部分内容并非反映立法原意。另外，全国人大常委会关于刑法的解释同样如此。

自1997年刑法实施以来，全国人大常委会共对刑法进行过九次解释，涉及刑法条文17条。有学者对所有解释进行了分类：第一类是对刑法规范的明确化和具体化，第二类在本质上超越了刑法立法规范，具有了补充立法的意味。第一类可以认为是原意解释；而第二类属于《立法法》第42条指称第二种情形，不能认定其采用了原意解释。刑法学者所称的第二类解释有三项，分别是：(1)将村民委员会等基层组织人员在特定情况下纳入贪污、挪用公款及受贿罪惩治范围的解释；(2)扩大渎职罪主体范围的解释；(3)将借记卡纳入“信用卡”范围的解释。学者们认为，这些解释扩张了刑法中相关概念的内涵，超出了立法原意，是遇到问题后的补充性规定。可以看出，从刑法学者的分析来看，全国人大常委会在这些刑法解释中，也没有采用原意解释。这也说明原意解释并非全国人大常委会的惟一释法方法。另外，在刑法理论上，也不有刑法学者明确指

出，在立法原意的基础上进行扩大解释是刑事司法不可避免的现象，我国亦是如此。所以，全国人大常委会解释体制与原意解释方法之间并非直接对应的关系。

### 3. 原意解释的局限性决定了全国人大常委会不能固守这一方法

全国人大常委会固然可以利用自己充分掌握立法资料以及对基本法整体结构的理解优势，通过结构主义或寻求立法资料等辅助性手段揭示立法原意。但原意解释一般是在法律实施初期应予特别重视的解释方法。随着时间推移，社会环境发生重大变化时，固守原意将可能导致法律与社会现实的不协调，这也有损于法律的权威。香港基本法实施迄今已有 15 年，特区社会和祖国内地都发生了巨大变化，基本法实施中的新情况要求全国人大常委会在必要时能够超越立法原意，以新的思维思考和解释基本法，以求基本法与社会的协调。

### 4. 基本法实施中的所有问题并非都能找到立法原意应对

基本法制定的一个重要指导思想是宜粗不宜细。全国人大常委会基本法委员会负责人亦曾表示：基本法是在香港尚未回归、毫无前人实践经验的基础上制定的，不可能也不应当对所有问题都作出十分详尽的规定，因此，“要历史地看待基本法，不能对基本法过于苛求。”此言甚当。它表明立法者总的“原意”是意识到无法预计将来基本法实施过程中出现的所有问题而提前设计好对策，所以基本法在一个粗略的框架下为将来具体问题的解决预留空间。对释法者而言，一遇到问题就试图在立法原意中追寻答案，是否也是对立法者的苛求？笔者认为，预留法外空间这一总的“立法原意”就表明在一些具体问题上是没有“立法原意”的。原意并非时刻存在，释法自然就无法一直以原意解释方法为圭臬。立法原意缺失的原因可能有三种情况：一是立法时没有出现类似的问题，立法者也无法预计到；二是立法时已预计到会出现某种问题，但在多种解决方案的争议中，立法者未能达到有效共识而故意模糊处理留待以后解决；三是当时已出现相关情况或立法者应预计到某种情况但由于其疏漏未能形成立法原意。无论是哪种情况都需要释法者在原意之外寻求解决方案。

## (二) 文义解释不应是特区(法院)的惟一解释方法

前文已经指出，在庄丰源案之前，特区法院并未明确普通法与基本法解释方法之间的关联性。在庄案中，终审法院开始强调基本法应以普通法的方法来解释，并且直接以文义解释的方式解释。问题是：普通法法系下的特区法院必须以普通法方法解释基本法吗？普通法法律解释方法中，唯有文义解释可用吗？特区法院对文义解释方法具有持续性和一致性吗？

### 1. 普通法解释方法理论的包容性

普通法方法除文义解释外，还有黄金规则等其他方法，并且随着时代的发展内容不断得以充实，现在已有十来条通识规则。所以，普通法解释方法理论

本身就有很强的包容性。在普通法解释理论中，当文义解释可能会导致荒谬结果时，亦可采用目的解释或其他方法。基本法实施后，特区普通法在一个新的宪政架构下生存与发展，法官们亦应主动因应这一变化及时调整自己的法律意识和法律思维，其中包括法律解释方法的选择。正如特区终审法官前首席法官李国能所指出的：“普通法在全球各个普通法适用地区有不同的方向发展，正是其长处而非其弱点。普通法的特异之处，是法庭应用有关法律时，有空间凭籍经验因时制宜和因地制宜。”这也是普通具有长久生命力的一个重要因素。特区法官没有理由将普通法解释与文义解释相等同，文义解释也不是普通法所能容纳的惟一解释方法。

## 2. 文义解释不排斥对立法目的的重视及外来资料的运用

在普通法解释理论中，文义解释并非要排除立法目的，甚至以立法目的作为佐证文义解释正当性，即以实现立法目的来证明解释的合理性。在解释理由中，英国法官在强调文义解释有很强的优先性时，往往引用制定法的“显而易见的或者被标明的意图”一语。这意味着，在文义解释之中，法官也会诉诸于立法目的以求得字面含义的正当性。它与大陆法中原意解释的区别在于普通法更强调要尊重文本所表现出来的立法目的，法官将之视为对立法机关的尊重；而大陆法有时强调在文本之外确立立法原意，然后再以确定的立法原意解释文本。而为了确立文本的含义，普通法如同大陆法一样，也可以借助于其他资料，包括内部的，如其他条文的意思、文本的篇章条款的逻辑结构等；也包括外部的，如立法背景资料、立法过程纪录等，甚至可以诉诸于权威的辞书、教科书或惯例、历史著作或文学作品中以求帮助。

立法目的与文义解释方法之间的关系在庄丰源案中得到鲜明的体现。终审法院一方面明确要以普通法中的文义方法来解释基本法，另一方面也强调立法目的以及外来资料对于确定条款文义的重要作用。特区法院表示：“法院根据普通法解释《基本法》时的任务是诠释法律文本所用的字句，以确定这些字句所表达的立法原意。法院的工作并非仅是确定立法者的愿意。法院的职责是要确定所用字句的含义，并使这些字句所表达的立法原意得以落实。”（斜体字为香港终审法院所为——笔者注）。而在确定文本含义时，法院“不会把有关条款的字句独立考虑，而会参照条款的背景及目的。”“法院必须避免只从字面上的意义，或从技术层面，或狭义的角度，或以生搬硬套的处理方诠释文字的含义，也不能赋予其所不能包含的意思。”为了确定条款的含义，法院主张可以借助于相关资料，包括内部资料及部资料。内部资料方面，法院指的是“《基本法》的内容，包括《基本法》内除有关条款外的其他条款及其序言。”同时法院指出：“有助于了解《基本法》或《基本法》某些条款的背景或目的的外来资料，一般均可用来协助解释基本法。”“这些可供考虑的外来资料包括《联合声明》，以

及于1990年4月4日通过《基本法》之前不久，即于1990年3月28日提交全国人大审议的《关于基本法(草稿)的解释》。审议上述解释时以及签署《联合声明》时，本地法例的状况很多时也会用作解释《基本法》的辅助资料。”

所以，文义解释并未直接排除目的解释，只是要求更为审慎。尤其是，当社会现实发生重大变化后，法官即不应僵化地固守法律条文，而应通过探求文本背后的立法意图来解释文本。当然，普通法法律解释理论成熟的一个标志是规则的精细化。在外来资料的运用上有成熟而详细的规则。如终审法院就强调，虽然《基本法》于1997年7月1日才实施，但由于《基本法》的背景及目的是在1990年制定《基本法》时就确立的，故一般来说，与解释《基本法》相关的外来资料应是制定前资料，即制定《基本法》之前或同时期存在的资料，而不应是之后的材料。在资料的择取和运用上特区法院的做法无疑值得全国人大常委会借鉴。

### (三) 简单结论

可以看出，无论是全国人大常委会还是特区(法院)，其基本法解释方法都是多样性的。双方现在使用的方法与各自体制之间并非单一对应关系，各自的法律解释理论均包括多种方法；而某些方法的具体运用上两地更有众多相通之处，比如都强调立法目的在解释中的重要性，重视基本法的立法背景以及基本法的特殊性质在解释中的参考价值等；而在确定立法原意或条款的字面意义时，陆港两地都主张在某些情况下是可以借助于相关资料的，包括基本法内部与外部资料。

### 四、寻找相通性，管控差异性，跨越两地解释方法差异性的鸿沟

正如前文所分析的，两地解释方法的差异性并非如表面所显现的如此严重。因此，只要双方善意理解对方的法律解释制度及方法论，管控而不是刻意放大彼此的差异性，并且因应基本法的实施发展及时调整自己的法律解释理论，就能够找到双方的最大共通点，减少对对方法律解释方法的误判，从而化解因法律解释方法差异性所引发的争议。

#### (一) 强化对对方解释方法的理解和认同

香港学者将基本法视为中国法与普通法的结晶，是两地法律体系冲突与妥协的产物。基本法解释制度亦是内地和香港两地法律解释制度的融合。基本法解释争议的一个重要原因是双方从各自的视角理解对方的法律解释。所以，要化解两者间的冲突首先需要以包容的精神对待对方的法律解释方法。双方都要认识到，在两种不同制度并存的情况下，无论哪一方试图以己方的方法取代对方都是不现实的。要做到彼此包容，就有必要加强对对方法律解释方法，并在了解的基础上尊重彼此的差异性，不以自己的方法解读对方的解释，更不能以非政治化的思维模式思考对方。有香港学者注意到，受普通法教育的人士对大

陆法律传统和制度的不了解是其对全国人大常委会释法不理解的重要原因。所以，对特区而言，加强对国家宪法及法律解释制度的认识非常必要，要认识到全国人大常委会的释法依据在于我国宪法，其释法行为并非针对个案作出的裁决，因而不是司法行为，不能依普通法解释理论将全国人大常委会的释法区分为“判决意见”和“附随意见”并从而否定“附随意见”的约束力；中央政府亦需意识到普通法具有成熟的法律解释方法理论以及文义解释在普通法解释理论中的重要地位，既然基本法保障普通法在香港的延续，指望特区法院忽视、放弃这些方法似乎亦是不切实际。

## （二）因应基本法的实施完善、调整各自的法律解释方法

全国人大常委会的解释未能充分被特区理解和接受固然有特区社会对内地法律传统的了解甚至误解，但全国人大常委会解决方法的单一化和运用上的僵化也是重要原因。“工欲善其事，必先利其器”，法律解释方法就是法律解释制度中的“器”。

原意解释受到特区社会质疑的一个重要原因是全国人大常委会运用这方法还原立法原意过程的质疑。如有香港学者针对 1999 年全国人大常委会第一次释法时指出：“鉴于缺乏历史文献档案的支持，我们无从考证或证明解释的结果就是‘立法原意’。”针对全国人大常委会运用 1996 年筹委会的意见以作为解释的论据，“人大常委会为什么不用基本法制定时的资料来证明 1999 年的解释就是基本法通过的当时（1990 年）的‘原意’呢”？可以看出，特区社会并非一概反对原意解释，而是对这一方法的具体运用产生怀疑。所以，全国人大常委会有必要确立一套完整的寻找和确认基本法立法原意的规则。这些规则要能够公开。按照这些规则，全国人大常委会要论证而首先要做的是要完善原意解释的论证过程，对原意的还原要经得起逻辑的推敲。其次对资料的选择要形成一套规则在这方面，特区法院的普通法中解释方法对全国人大常委会亦有借鉴之处，而通过基本法委员会的平台以及两地的学术交流，全国人大常委会亦有机会了解普通法的解释方法，并在释法实践中参考运用。

当然，完善原意解释方法并不表明原意解释就应成为全国人大常委会的唯一选择。前文已指出，全国人大常委会采用原意解释还有一些非法律性的因素，比如避免“以释法为名行修法之实”的指责。但这种考量是不必要的。无论是在何种体制下，法律解释都有一个重要的使命就是使法律适应新的变化了的形势。普通法体制下基于司法解释的传统是由法官来承担这一使命的，而在立法体制下是立法者以释法的形式完成的。没有一成不变的法律。香港基本法实施已有 15 年时间。相较于当时，如今香港和内地都发生了重大变化。无法想像在任何时候都拘泥于 20 年多前的立法原意处理内地与特区的关系以及治理香港。因而，当出现了《立法法》所规定的“新情况”时，全国人大常委会完全有权

也应当对基本法作出补充性解释，而不必拘泥于立法原意。所以，不是所有时候都需要以原意解释，也不是所有时候都能够找到原意，过分强调原意是不必要的自我设缚。当然，在解释时，全国人大常委会有必要详细论证“新情况”的具体内容，在多个可能的方案中为什么采用这一方案而不是其它。只要解释内容是有利于香港的繁荣稳定，即使不是立法原意也是能够得到特区社会理解和认同的。

另外，文义解释亦是全国人大常委会的选择之一。文义解释的核心是尊重文本，从文本的字面含义出发解释法律。这是因为一方面文本是立法原意的最好表达；另一方面是法律的安定性所要求的，而安定性“本身就是正义的一部分。”基本法由国家最高权力机关通过，体现了中央对香港的各项方针政策，文本就代表了中央的权威；它由汇聚各方面的专业人士组成的起草委员会起草，时间长达五年，数易其稿，并经过国家最高立法机关充分讨论通过，有理由相信中央对香港的各项方针政策已经通过条文本充分地表述出来。在多数情况下，基本法条文的含义是清晰的，在个案中当法律规范含义明确无误时，全国人大常委会亦应重视文义解释方法，而没有必要舍近求远。

相对而言，特区法院由于长期浸染于普通法传统，在方法的选择及运用上有一套成熟的理论，是一种精细化的法律解释方法论。但特区社会需要认识到基本法解释的特殊性，不应僵化地固守普通法中的文义解释。伊恩·麦克里奥曾言，普通法的法官从历史上从不拒绝采用目的解释，只不过在19世纪某段特殊的年代因为议会至上的普遍信念，使得法官在面对代表新兴民主的制定法时，更明智地选择了遵从明白表述出来的法律规则。尤其是对于基本法这样一个特殊的法律文件，由于条款的概括性，很多具体规范的含义并非仅从文义的角度就能作出正确的判断，此时目的解释是非常有必要的，这也是普通法理论中宪法性文件解释的重要方法。

特区法院在采取目的解释时，至关重要的一点是对基本法的目的作出全面和正确的理解。基本法既保障国家的主权，也保障特区的高度自治权；既保障特区的繁荣稳定，也保障特区的人权。特区法院不能将其简单化地理解为保障特区的自治，这样容易有意或无意地忽视中央的权力，亦不应过分强调人权价值而忽视特区的整体利益。而在确立基本法规范的立法目的或原意时，合理的外来资料无疑是有价值的。如对于那些曾亲身参与基本法起草和制定过程的学者所提供的法律意见，简单化地拒绝是不合适的。

### (三) 以有利于基本法实施并根据个案的具体情况决定具体方法的采用

全国人大常委会在1999年释法中采用的原意解释是针对终审法院在吴嘉玲案中的错误判决而采取的纠偏行动，2004年及2005年释法都是为了化解特区社会对基本法相关条款的不同认识的争论，因此选用原意解释是适当的方法。但

亦应注意到, 这些解释具有很强的针对性, 具有个案性特征。未来基本法实施过程中会出现诸多需要全国人大常委会释法的情形, 而每个个案都有差异。全国人大常委会会有必要根据个案的具体情况选择有利于基本法实施的方法解释基本法。对特区法院而言亦是如此。正如有学者所指出的, “法律解释理论中经常提到的文义解释、目的解释、历史解释、系统解释和逻辑解释, 首要目的就是要消除法律体系中存在的事实上的冲突……法律条文不过是一堆存在着的法律原料, 是法律解释才赋予了这些原料以鲜活的意义和灵魂。法律解释既具有人工的意义, 也具有审美的趋向, 因而其有资格被称为真正的‘艺术’。”所以, 法律解释本质上是为了解决争议或冲突, 因其需有特殊技艺且彰显主体的审美取向而被称为“艺术”, 解释主体是艺术的创造者, 没有任何一个艺术家会采固守一种呆板的艺术形式, 也没有哪个普通法地区的法院会固守单一的法律解释方法。普通法完善的释法理论为特区法院提供了丰富的智力资源, 从最有利于化解冲突、维护基本法权威的角度针对个案的差异性选取适当解释方法是特区法院的恰当选择。

## 论中国内地与香港区际法律冲突解决的理念重构

李健男

《太平洋学报》2010-07

关于中国的区际法律冲突始于何时, 不同的学者有着不同的观点。不过, 一个不争的事实是, 目前的中国确实形成了“一国两制四法域”的局面, 四个法域也正在致力于解决相互之间的区际法律冲突问题, 并取得了一定的积极的成果。尽管四个法域在区际法律冲突问题的解决上取得了一定成果, 但是, 相对于四个法域之间民商事流转的规模及其不断增长的趋势对区际法律冲突解决机制的迫切需求来说, 不论是现有的“几个安排”, 还是单边的有关条例和规定, 抑或是四个法域类推适用各自的国际私法来解决的现行模式, 都不足以满足这种迫切的客观需求。比如, 在对于区际法律冲突解决具有至关重要意义的区际民商事管辖权协调方面, 四个法域之间尚未建立任何协调机制, 由此导致了大量区际平行诉讼的出现, 不仅为区际民商事判决的相互承认和执行带来很大的障碍, 在一定程度上也鼓励当事人挑选法院。又比如, 在区际民商事判决相互承认和执行这一区际司法协助的核心问题上, 内地与香港只达成了协议管辖判决承认与执行的安排, 而大陆与台湾地区则没有任何的协商机制。这些不仅会影响个案的公正解决, 而且必将进一步影响 CEPA 的顺利实施以及大陆与台湾地区经贸关系的深入发展。

可见, 摆在我们面前的现实是: 一方面, 四法域经济日益一体化, 区际民商事流转速度加快, 区际民商事争议越来越多; 而另一方面, 区际法律冲突解决机制严重缺失和滞后。这是一对必须加以解决的矛盾, 矛盾的主要方面当然是区际法律冲突的解决机制, 而要解决这一矛盾, 首先应该找出区际法律冲突解决机制缺

失和滞后的症结所在。从最具代表性的内地与香港区际法律冲突解决来看,建立协商和解决机制的最大障碍绝对不是技术或者操作层面上的,而是观念和认识层面上的。具体来说,无论是内地还是香港,对于区际法律冲突的定位和解决法律冲突的逻辑起点的认识,都存在一定的误区。揭示这种观念上的误区,并在此基础上探究区际法律冲突解决观念的重构,正是本文所要讨论的核心。

那么,本文的讨论又该从何入手呢?我们认为,不管是观念误区的揭示,还是应然观念的阐释,首先必须准确理解“一国两制”与我国区际法律冲突的关系,并在此基础上解析我国区际法律冲突较之于其他国家区际法律冲突的特质。唯如此,我们的结论才有坚实的基础。进而准确理解相关的法律文本。

### 1.1 “一国两制”的内核及其法律化

众所周知,“一国两制”的伟大构想是邓小平先生针对台湾问题提出来的,不过首先在解决香港、澳门问题当中得到了成功的实践。关于“一国两制”的基本含义,肖蔚云教授有一段较为精确的论述:“一国两制”首先是“一个国家”,即统一的中华人民共和国,在对内对外方面,只有一个由中华人民共和国代表的国家主权,香港地区、澳门地区和台湾地区是国家不可分割的神圣领土。在解决香港地区、澳门地区和台湾地区问题时,国家主权、统一和完整是前提,是不容置疑、不容谈判的。其次是“两种制度”问题,即在一个国家的前提下,香港地区、澳门地区和台湾地区可以实行与内地社会主义制度不同的资本主义制度,两种制度长期共存,和平共处,共同发展。“一国两制”构想之伟大,就在于它既尊重了历史,又考虑了现实;既能实现国家的统一,又能保障香港、澳门和台湾地区的繁荣和稳定,从而实现中华民族整体和长远利益的最大化。

为了使“一国两制”的伟大构想付诸实践,中国通过国内立法和国际条约两种方式实现了“一国两制”的法律化,为“一国两制”的成功实施奠定了坚实的国内法和国际法的基石:1982年《中华人民共和国宪法》第31条规定,“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”,这就为“一国两制”及其具体化提供了宪法基础。1984年12月,中国政府和英国政府签订《中英关于香港问题的联合声明》(以下简称《联合声明》),中国政府在声明中承诺了一系列体现“一国两制”精神下对香港的基本方针政策,并承诺这些基本方针政策都将在《香港基本法》中列明。该联合声明于1985年5月27日中英双方互换约文之时生效,并向联合国秘书长登记,从而成为“一国两制”的国际法基础。1990年,全国人大根据宪法第31条的授权和《联合声明》中中国承担的条约义务,颁布了《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》)。该法不仅以全国人大制定的中华人民共和国基本法律的方式实现了中国政府根据《联合声明》承担的条约义务的国内法化,又一次体现了中国政府对“条约必须信守”原则的一贯坚持;同时

也为“一国两制”的实践提供了具体的法律依据。而一旦“一国两制”这一政策性的构想经由《香港基本法》确认下来,香港回归后继续实行原来的资本主义制度就有了法律的保障,内地与香港之间的区际法律冲突也就成为现实。因此,不管我们在宏观上讨论“一国两制”与中国区际法律冲突的关系,还是在微观上探寻中国区际法律冲突的特质,或者找寻中国区际法律冲突的解决之道,都是须臾不能离开《香港基本法》这一最基本的法律依据的。

## 1.2 中国区际法律冲突的特质

为了准确把握中国区际法律冲突的特质,有必要考察《香港基本法》中与区际法律冲突相关的以下条文:

首先,序言开宗明义:“为了维护国家的统一和领土完整,保持香港的繁荣和稳定,并考虑到香港的历史和现实情况,国家决定,在对香港恢复行使主权时,根据中华人民共和国宪法第三十一条的规定,设立香港特别行政区,并按照‘一个国家,两种制度’的方针,不在香港实行社会主义的制度和政策。”

其次,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,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”

再次,第8条明确:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”

复再次,第18条规定:“在香港特别行政区实行的法律为本法以及本法第八条规定的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律。全国性法律除列于本法附件三者外,不在香港特别行政区实施。凡列于本法附件三之法律,由香港特别行政区在当地公布或立法实施。全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会和香港特别行政区政府的意见后,可对列于本法附件三的法律作出增减,任何列入附件三的法律,限于有关国防、外交和其他按本法规定不属于香港特别行政区自治范围的法律。”

最后,第95条进而规定:“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。”

根据上述法条以及《澳门基本法》的类似规定、《关于香港问题的联合声明》附件一第十一节以及《关于澳门问题的联合声明》的类似规定、以及中国内地、香港、澳门、台湾的社会制度和法律制度的实际情况,我们可以将中国的区际法律冲突的属性描述为:第一,中国的区际法律冲突是单一制国家内的区际法律冲突;第二,中国的区际法律冲突既有属于同一社会制度的法域之间的法律冲突,也有属于不同社会制度的法域之间的冲突;第三,中国的区际法律冲突既有属于同一法系的法域之间的法律冲突,也有属于不同法系的法域之间的法律冲突;第四,中国的区际法律冲突既有各法域本地法之间的法律冲突,也有各法域参加的

国际条约之间的法律冲突;第五,中国的区际法律冲突缺乏各法域之上的最高立法机构和司法机构加以协调,这主要是基于各法域在民商事立法方面享有完全的立法权,同时各法域具有独立的司法权和终审权,因而各法域之间是平等的。对于上述中国区际法律冲突的属性,我国著名国际私法学者黄进教授在其主编的《中国的区际法律问题研究》中,将其概括为中国区际法律冲突的六大特点,可以说,这是我国学者对中国区际法律冲突属性最全面、最恰当的一种认识,在我国国际私法学界具有权威的学术影响,对于中国区际法律冲突问题的解决具有重要的指导意义。但是,如果从中国区际法律冲突的特质来看,我们认为,上述中国区际法律冲突属性的第一至第四项,均不是中国区际法律冲突所特有,似不宜作为中国区际法律冲突的特质。而同时具有上述第一至第四项属性的区际法律冲突只有中国的区际法律冲突,从而使中国的区际法律冲突较之于其他国家的区际法律冲突具有明显的复杂性。综上所述,我们认为,较之于其他国家的区际法律冲突,中国区际法律冲突的特质有如下两个:

第一,中国的区际法律冲突缺乏各法域之上的最高立法机构和司法机构加以协调;

第二,中国的区际法律冲突具有明显的复杂性。

我们认为,准确把握中国区际法律冲突的特质,并在此基础上准确定位,对于树立中国区际法律冲突解决中的应然观念具有重要的现实意义。这是因为,我国目前在区际法律冲突解决过程中遇到的阻碍和瓶颈,很大程度上是内地和香港在如何正确对待区际法律冲突的问题上,均存在观念上的误区,而这些误区的存在又在很大程度上源于对中国区际法律冲突特质认识上的模糊。

## 二、中国内地与香港区际法律冲突解决观念误区

如前所述,尽管四个法域在区际法律冲突问题的解决上取得了一定成果,但是在中国内地与香港区际法律冲突解决的核心领域(即区际民商事管辖权的协调、判决的承认与执行),并未取得实质性的突破。对于中国区际法律冲突解决的艰难,从事涉港澳民商事审判工作的法官们有着切身的感受。“虽然回归后内地与港澳签署了三个《安排》,改变了港澳回归之初区际司法合作出现法律空白的尴尬局面,但与回归前相比,内地与香港的民商事合作无论在法律安排上还是具体实施中,都无实质突破,在合作内容上,有些方面甚至还没有恢复到回归前的状态。”应该说,这是一种很不正常的局面。究其原因,主要在于两个方面:其一,中国区际法律冲突的两大特质使中国区际法律冲突的解决具有了客观上的高难度;其二,各法域不仅没有能够在准确把握中国区际法律冲突特质的基础上有的放矢地采取对策,反而由于对中国区际法律冲突特质认识上的偏差陷入了观念上的误区。这些观念上的误区,不仅中国内地存在,其他法域亦有。以下是基于中国内地与香港的典型分析。

## 2.1 中国内地观念上的误区

在中国内地法学界,有的学者在讨论中国区际法律冲突的特点时,认为中国区际法律冲突是“中央法律与地方法律的冲突”。如果这一观点成立,那么中国区际法律冲突的定位就不是平等法域之间的横向冲突,而是中央与地方之间的垂直(纵向)冲突,那么,解决这种法律冲突的方式自然就是地方服从中央。如此,正如余先予教授所说:“这样一来区际法律冲突的影子都没有了,性质完全变了,不是一国两制而是一国一制了。”在笔者看来,这些学者之所以将中国区际法律冲突定位为“中央法律与地方法律的冲突”,主要原因恐怕在于他们没有站在区际法律冲突以及区际法律冲突解决这一角度来解读“一国两制”和《香港基本法》。也许,在他们看来,既然中国是一个单一制的主权国家,只有一个最高的中央政府,香港只是直辖于中央政府的地方行政单位,而中央政府在内地,中国内地施行的是全国人民代表大会通过的法律和中央政府颁布的行政法规,所以中国内地与香港之间的区际法律冲突自然是“中央法律与地方法律的冲突”。还有一些学者持比较温和的观点,认为中国区际法律冲突不完全是纵向冲突,只有中国宪法的部分条款及香港地区、澳门地区基本法及其附件三中的中央立法(附件三中的全国性法律都是涉及国防、外交等事务的)才会与特别行政区法律之间产生法律冲突。上述两种观点都是站不住脚的。需要时刻铭记的是,我们讨论的是中国区际法律冲突,即中国国内不同法域之间的民商事法律冲突,而根据《香港基本法》,香港具有完全的民商事法律(包括区际冲突法)方面的立法管辖权,以及独立的司法权和终审权,所以在民商事法律立法和司法方面,香港与中国内地属于平行的两个法域,相互之间没有管辖和被管辖的关系,也没有主次之分,它们之间的民商事法律冲突当然是一种横向的冲突,即区际法律冲突。对于同时适用于内地与特别行政区的有关国防、外交的全国性法律来说,由于这部分法律在全国是统一的,也就不存在区际冲突的问题,就算存在冲突,也不是民商事法律之间的冲突,故也不属于我们所要讨论的区际法律冲突的范畴。

“垂直冲突论”这一学术观点的背后,其实反映出中国内地一些学者在法域之间关系定位上的“内地中心主义”。对于我们这些成长生活在内地的学者来说,潜意识当中恐怕多少都存在“内地中心主义”的倾向,这其实也很自然:首先,中国内地有31个省、自治区和直辖市,确实是中国主体;其次,中国的中央政府地处内地,内政外交的政策都出自首都北京;最后,中国宪法、两个特别行政区的基本法都是全国人大制定颁布,而全国人大常委会在北京,全国人大代表绝大部分来自内地。但是,“内地中心主义”的倾向在中国区际法律冲突解决的实践中,却容易导致这么一种观念:中国内地代表了中国最高利益,中国内地的有关机构就是中央机构,中国内地有关机构提出的解决区际法律冲突的途径、方案,其他法域就应该积极配合和响应。在这样一种观念的支配下,我们总希望尽快地一揽

子解决甚至消除中国区际法律冲突,实现全国性法律的大一统。有学者就认为,“香港与内地的融合、整合现状,必须要求法制领域的交流、合作、协调,甚至趋同及一体化”。并且认为,“在香港和内地之间搞一个‘大安排’、‘大协议’更能反映目前两地经贸发展现状,更能切实、全面地解决内地与香港相互承认与执行民商事判决问题”。尽管上述观点的出发点是好的,但是如果我们不能从根本上破除“内地中心主义”的观念,有意无意地以“中央法域”的姿态推进区际法律冲突的解决,很容易引起其他法域的逆反心理,进而强化相互之间原本就有的不信任感,反而会给区际法律冲突的解决带来新的阻碍。

## 2.2 香港观念上的误区

从中国内地与香港有关相互认可和执行民商事判决的磋商过程中,我们可以清楚地看到,香港有关人士在内地与香港法律冲突解决观念上的误区。早在2002年,香港大律师公会在其就政府咨询提交的第一份立场文件中,根据内地法制发展现状,认为除非修改现行的《民事诉讼法》,否则香港政府不应急于与内地订立实施相互认可和执行的安排。在2006年2月,香港大律师公会向政府提交的另一份文件中,尽管香港大律师公会承认两地认可和执行司法判决的紧迫性和重要性,但仍然对一些内地司法判决的质量表示关注,并建议由内地有关法院对需在香港申请认可和执行的内地判决发出终局判决的证书。更值得关注的是,早在2007年3月,香港政府律政司即向香港立法会提交了《内地判决(交互强制执行)条例草案》,但直到2008年7月,立法会才最终通过了该条例,这就意味着内地与香港历经4年,经过七轮磋商于2006年7月达成的《关于内地与香港特别行政区法院相互承认执行协议管辖判决的安排》又闲置了两年!由此可见,香港法律界对该《安排》是何等的顾虑。不过,值得欣慰的是,随着《内地判决(交互强制执行)条例》的通过,最高人民法院也通过司法解释的方式于2008年7月公布了《关于内地与香港特别行政区法院相互承认执行协议管辖判决的安排》,并于2008年8月1日在两地正式生效。

不过,香港方面对相互承认和执行区际民商事判决仍怀有顾虑:第一,内地的审判监督制度导致判决的终局性难以确定,不符合普通法的基本精神,相互承认与执行判决缺乏基本条件;第二,内地法官素质不高,缺乏司法独立,裁判水平及公正性可质疑程度较高,香港法院承认与执行内地判决会影响香港的法制环境和国际形象,损害香港的核心竞争力;第三,普通法与大陆法的技术性差异也加大了相互承认与执行的困难。

上述顾虑的背后,隐藏着香港方面对待内地法域的一种心态和观念,我们姑且将这种心态和观念表述为“香港优越主义”,即认为香港的法制比内地更优越。在某种意义上,这一命题是可以成立的。但是,即便如此,就区际法律冲突的解决来说,这种“香港优越主义”的观念也是不恰当的。道理其实很简单,我们知道,

区际法律冲突存在的一个前提就是法域之间民商事法律制度的差异;同时,解决区际法律冲突的前提是必须承认对方法域民商事法律制度和民事诉讼制度的法律效力。这就意味着,对于内地与香港区际法律冲突的解决来说,不管是内地还是香港,都应该面对和接受两个法域法律制度存在差异这一客观现实,着眼于如何协调因涉外民事诉讼法律制度的差异导致的管辖权冲突,如何确立区际民商事关系的准据法,如何使区际民商事案件的判决在两地获得执行,而不是对对方法域的法律制度进行价值评判。否则,不管在理论上,还是在实践中,都失去了区际法律冲突解决的前提。因为按照“香港优越主义”的逻辑,在区际法律冲突解决问题上,很容易形成如下的思维:既然香港的民商事法律优于内地,对于区际民商事案件,香港法院就应该尽量管辖,并尽量适用法院地法,实在没有办法行使管辖权,也不能直接承认和执行内地判决。如此,区际法律冲突又如何能够得到有效的解决呢?不过,我们也看到,在对待内地法域方面,香港司法界出现了新的积极的变化。比如,在 *New Link Consults Ltd. v. Air China and Others* 一案中,香港高等法院潘兆初法官认为,不应该接受原告方的意见,作出香港法制比内地更好更优越的结论,“而这恰恰是法院不应该做的事情”。

### 三、结论:我们所需要的应然观念

我们认为,实现我国区际法律冲突解决观念的重构,就必须同时破除“中心主义”和“优越主义”。而要破除“中心主义”和“优越主义”,则还得回到我们在前文中所强调的对“一国两制”的正确理解上。在我们看来,对于“一国两制”中的“一国”和“两制”,在不同的语境下,针对不同的问题,侧重点应该有所区别。在国防、外交领域,我们当然要强调“一国”,也就是说,在国际公法层面上,只有一个中国,内地、香港地区、澳门地区和台湾地区都是中国不可分割的神圣领土。但在中国区际法律冲突解决问题上,如果过多强调“一国”,作为包括31个省、自治区和直辖市以及中央政府所在地的内地,则很容易形成“内地中心主义”的观念;而香港,基于对普通法系的认同以及对“内地中心主义”的回应,则很容易滋生“香港优越主义”的心态。如前所述,这两种“主义”都不利于我国区际法律冲突的协调和解决,从而也不利于区际民商事交往以及CEPA的实施,当然也就不利于作为整体的中国的繁荣和发展,结果反而违背了我们强调“一国”的初衷。相反,在区际法律冲突解决问题上,如果我们适当地强调“两制”,尊重不同法域独立并行的现状,尊重不同法域的差异性,则“中心主义”和“优越主义”自然得以破除。在此基础之上,结合前文对中国区际法律冲突特质的论述,我们认为:包括中国内地与香港之间在内的中国区际法律冲突的有效解决,有赖于以下两个观念的真正确立。

#### 3.1 法域平等观念

作为一国之内不同法域之间民商事法律的横向冲突,区际法律冲突本身就

意味着法域之间的平等;换言之,在区际法律冲突问题的解决上树立法域平等观念,乃区际法律冲突性质的客观要求。对于中国的区际法律冲突来说,尤为如此。我们知道,缺乏各法域之上的最高立法机构和司法机构协调是中国区际法律冲突的一大特质,正因如此,韩德培教授早在1988年就精辟地指出:我国的区际法律冲突,除了不存在主权国家间的法律冲突这一因素外,几乎与国际法律冲突没有多大的差别。也就是说,在中国,各法域在区际法律冲突解决的立法和司法方面,拥有完全独立的并行的立法管辖权和司法管辖权,且各法域之上在区际法律冲突解决方面没有权威立法机构和司法机构。对于这样一个近乎国际法律冲突的中国区际法律冲突来说,自然就更应该树立法域平等观念。这就要求:第一,在处理区际法律冲突各种关系时,各法域必须遵循相互性原则,相互承认对方法域的民事主体在本法域的民事法律地位,相互承认对方法域的民商事法律在本法域的效力,相互承认和执行对方法域的司法判决等等;第二,在区际司法协助方面,各法域应该采取平等协商的方式,不管是内容还是形式都要体现各法域之间的意志协调。

### 3.2 循序渐进观念

如前所述,较之于其他国家,中国的区际法律冲突具有明显的复杂性。这就要求我们在中国区际法律冲突的解决问题上,要充分估计这种复杂性所带来的挑战,克服毕其功于一役的主观冲动,树立循序渐进的观念。具体来说,我们认为要注意以下几个方面:第一,由于中国四个法域相互之间的区际法律冲突具有很大的差异性,在现阶段,不宜采取制定统一的中国区际私法的模式,而应该采取法域之间双边协议的方式;第二,由于中国区际法律冲突的范围十分广泛,同国际法律冲突的范围相差无几,所以,在解决方法上,应该遵循先易后难、稳步推进的原则,使中国区际法律冲突的各种问题逐步加以解决;第三,较之于中国内地其他省市,广东省与香港、澳门的经贸等关系最为密切,中国内地涉港澳民商事案件的80%发生在广东,广东省各级法院在审理大量的涉港澳民商事案件过程中,积累了丰富的审判经验,这些经验得到了最高人民法院的肯定,有些还被最高人民法院的相关司法解释予以确认。所以,在中国区际法律冲突解决方面,广东省完全有条件先行先试,为推进各法域之间的司法合作提供可供借鉴的经验和模式。

我们深信,只要各法域真正树立“法域平等”和“循序渐进”观念,通过四个法域之间不断地沟通和协调,各法域的法律制度都将从其他法域中吸取合理的养分,从而促使中国法治在整体上的不断进步,为实现中华民族的伟大复兴奠定坚实的法治基础。

## 中国继承制度区际法律冲突及协调

寇丽

由于各国有关继承的法律规定差异较大,且迄今为止国际上还没有专门调整涉外继承关系的统一实体法,因而涉外继承关系只能采用冲突规范调整。中国的继承区际法律冲突问题是按照“一国两制”的构想,在实现香港、澳门回归和大陆与台湾走向统一从而成为复合法域国家后产生的。特定的历史条件,使这种继承区际法律冲突发生在一个国家内、两种社会制度下、三大法系间和四个法律差异很大的独立法域之中,加上各地区所享有的高度自治权,使得中国的继承区际法律冲突变得异常复杂和独特。

### 一、问题的提出:中国区际继承法律冲突的成因及特点

继承一词的含义,有广义与狭义之分。广义的继承,是指生者对于死者生前享有的权利和承担的义务的承受。其内容不仅有财产继承,还有身份继承。身份继承是指生者承袭死者的身份,如继承王位、爵位、或家长身份等。中国古代的继承就是以身份继承为主。狭义的继承,即财产继承,是指生者对死者财产权利和义务的承受。现代社会绝大多数国家只有财产继承,这其中也包括中国。因此,本文仅在财产继承的语境下,探讨继承制度区际法律冲突及协调问题。

所谓继承制度,是指将死者生前遗留的财产权利和义务,依法或依死者的指定转移给他人承受的有关法律制度。继承制度的内容主要包括,有关遗产的转移方式(法定继承、遗嘱继承、遗赠等)、法定继承人的范围和顺序、遗产范围、遗产的处理原则和分割方法,以及被继承人债务的清偿等法律制度。

#### (一)中国区际继承法律冲突及成因

中国区际继承法律冲突是指在中国主权领土范围内,大陆、香港、澳门、台湾地区的继承法律制度的冲突。一个主权国家内部形成多个法律区域的原因有很多,如国家的合并、国家的殖民、国家的联合等。中国成为多法域国家并因此而产生区际法律冲突的原因,是由于香港、澳门的回归和未来大陆与台湾的统一。

为了解决香港和澳门的问题,邓小平提出了“一国两制”的构想,《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》用法律的形式将“一国两制”的构想确定下来。于是,香港和澳门作为两个独立的法域存在。

由于半个世纪以来历史发展的特点,台湾地区早已形成一个独立的法域,不但将来回到祖国怀抱后,就是现在,它与大陆及港澳地区也存在区际法律冲突。台湾地区的政府已经发布了《台湾地区与大陆地区人民关系条例》及其实施细则和《香港澳门关系条例》及其实施细则,从而完成了解决区际法律冲突的立法。

因此，中国将出现一国两制四法域局面，即在统一的中华人民共和国领域内，在同一中央政府之下，在中国内地实行社会主义制度，在香港、澳门和台湾实行资本主义制度，而中国内地、香港、澳门和台湾分别施行各自的法律制度，并成为四个法律制度互不相同的独立法域。而这四个法域由于在历史、社会、政治、经济、文化、风俗等各方面的背景不同，使得中国这四个地区的继承法律制度存在着许多差异。

不同地区实施的继承法，其适用范围只限于当地居民对该地区内居民遗产的继承关系，在处理当地居民的遗产继承关系时，完全可以适用当地的继承法，而不必考虑其他法律区域的继承立法是如何规定的。但是一旦某一继承关系中出现了涉外因素，无论是被继承人、继承人方面，或者是遗产方面，都可能导致适用一国内不同区域的法律。由于继承制度直接关系到有关区域及该区域内居民的切身经济利益，各区域从维护其自身利益出发，在这一问题上各抒己见，以期取得对本地区利益最为有利的结果。相应地，各地区在继承法方面也较难达成协议，形成一致性协议，这就是现今中国大陆、香港、澳门以及台湾地区继承关系法律冲突发生的主要原因所在。

## (二) 中国继承制度区际法律冲突的特点

继承关系是一种财产关系，但是与人身关系紧密相连，其本质是通过继承实现财产转移，但这种转移一般是以继承人与被继承人之间存在血缘或婚姻关系为前提的。此外，继承关系不仅受到社会制度、经济制度的影响，而且受到历史传统、宗教信仰和民族习惯的影响。正是由于继承这一特性，导致中国四个地区的继承立法差异较大，法律冲突随之产生。与世界其他多法域国家相比，我国的继承制度法律冲突也有着自己独特的特点：

首先，世界上其他多法域国家的区际法律冲突，一般都是社会制度相同的法域之间的法律冲突。而在“一国两制”的模式下，中国区际继承法律冲突既有属于同一社会制度法域之间的法律冲突，即同属资本主义制度的法域之间的法律冲突，如香港、澳门和台湾地区相互之间的法律冲突；也有社会制度根本不同的法域之间的法律冲突，如大陆与香港、澳门、台湾地区之间的法律冲突。

其次，世界上其他多法域国家的区际法律冲突多为同一法系的法域之间的法律冲突，而中国的区际继承法律冲突，既有属于同一法系的法域之间的法律冲突，也有属于不同法系的法域之间的冲突。如台湾和澳门地区的继承法律制度深受大陆法系的影响，这两个地区之间的区际法律冲突属于同一法系的法域之间的法律冲突；而属于英美普通法系的香港地区与属于大陆法系的台湾和澳门地区之间的继承法律冲突，则属于不同法系的法域之间的法律冲突。

再次，中国区际继承法律冲突是特殊的单一制国家内的区际冲突，四个区域各自享有终审权。根据《中华人民共和国宪法》和两个《联合声明》，以及《中

华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》，我国的特别行政区享有高度自治权，这种自治权大大超过联邦制国家内成员享有的权利。因此，中国的区际继承法律冲突，除了不存在主权国家的主权冲突这个因素外，基本上与国际继承法律冲突是一致的。

最后，中国区际继承法律冲突不仅表现为各地区本地法之间的冲突，而且还表现为各地区本地法和其他地区适用的国际条约之间的冲突，以及各地区适用的国际条约相互之间的冲突。世界上其他多法域国家，其中央政府缔结的国际条约，通常对当事国的拘束力及于其全部领土。而在中国的区域继承法律冲突，一些国际条约适用于某地区而不适用于其他地区，从而导致各地区的本地法同其他地区适用的国际条约之间以及各地区适用的不同国际条约之间的冲突。

在民事法律关系中，继承是最为复杂的一种，它既涉及所有权关系、债权债务关系，又涉及人身关系，这使得继承关系的法律适用有更多可依据的标准。本文主要从法定继承和遗嘱继承两个方面入手，来探讨中国区际继承制度的法律冲突。

## 二、中国区际法定继承的法律冲突

法定继承是继承人的范围、继承顺序和遗产的分配由法律予以规定的继承方式。由于法定继承是在被继承人未留下遗嘱或遗嘱无效或遗嘱继承人拒绝继承财产时按法律的规定进行继承的制度，所以，法定继承也称为无遗嘱继承。在中国四个地区中，法定继承问题上的立法与实践是不尽相同的。在继承人的范围、继承人的顺序、代位继承、应继承份额、继承权的丧失和继承权的放弃等方面，存在着很大的差异。在法定继承的法律适用中冲突规则主要包括被继承人的本国法、被继承人的住所地法和遗产所在地法这三个冲突规则。最大的差异即是否将遗产中的动产和不动产区别开来分别确定涉外继承的法律适用，在实践中有“同一制”(unitary system)和“区别制”(scission system)之分。

同一制，也称为单一制，是指不管遗产是动产还是不动产，继承关系作为整体适用同一冲突规范所指向的实体法，即被继承人的属人法(本国法或住所地法)。区别制，也称为分割制，是指在涉外继承中，将遗产区分为动产和不动产，对动产和不动产分别适用不同的冲突规范所指向的实体法，即动产适用被继承人的属人法，不动产适用物之所在地法。

### (一) 中国大陆有关涉外法定继承法律适用的规定

2010年10月28日颁布并于2011年4月1日起施行的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第31条规定：“法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。”该法是中国大陆关于涉外法定继承的最新规定，一改之前调整涉外法定继承关系法律适用的《中华人民共和国继承法》第36条、《中华人民共和国民

法通则》第 149 条的规定，以“被继承人死亡时的经常居所地”作为涉外法定继承关系法律适用的基本连结点，以“不动产所在地”作为特殊连结点优先适用。

由此可见，中国大陆地区在法定继承的法律适用方面采用的是区别制，是将遗产区分为动产和不动产，分别确定继承的准据法，即动产适用被继承人死亡时经常居所地法，不动产适用不动产所在地法。

#### (二) 香港地区有关涉外法定继承法律适用的规定

对于法定继承的法律适用问题，香港地区是通过英国普通法和制定法中的冲突规范来解决法律冲突的。香港法和英国法一样，采用区别制，将遗产分为动产和不动产两大类。对于动产的继承适用被继承人住所地法，对于不动产的继承适用不动产所在地法。

#### (三) 澳门地区有关涉外法定继承法律适用的规定

澳门地区没有单独的冲突法，有关涉及外国或其他法域的继承的冲突规范以及对相应的准据法的指定，主要是规定在《澳门民法典》第 59 条中。《澳门民法典》第 59 条规定了有关继承的冲突规范：法定继承适用被继承人死亡时的属人法，即本国法。由此可见，澳门采用的是同一制，即不管遗产是动产还是不动产，继承关系作为一个整体适用同一冲突规范所指定的准据法。

#### (四) 台湾地区有关涉外法定继承法律适用的规定

台湾地区继承法规本身对涉外继承的法律适用没有作出规定，而是在其《涉外民事法律适用法》中加以规定。该法规定，法定继承依被继承人死亡时的本国法；外国人死亡时如在台湾地区境内遗有财产，但依照该死亡的外国人的本国法该项财产为无人继承的财产时，则依照台湾地区法律处理。由此可见，台湾地区采用的是同一制，继承关系作为一个整体，不管遗产是动产还是不动产，都同样适用被继承人死亡时的本国法。

台湾地区还专门针对大陆地区制定了《台湾地区与大陆地区人民关系条例》，该条例规定：被继承人为大陆地区人民者，关于继承，依该地区之规定。但在台湾地区之遗产，适用台湾地区之法律。由此条可以看出，台湾地区对于涉及大陆的继承的冲突规范和它在《涉外民事法律适用法》中的规定不同，采用了遗产所在地法这一冲突规则。这种特殊规定使得解决两岸继承法律问题更加复杂。

台湾地区针对香港、澳门地区也制定了《香港澳门关系条例》，在其第 38 条规定：“民事事件，涉及香港或澳门者，类推适用涉外民事法律适用法。涉外民事法律适用法未规定者，适用与民事法律关系最重要牵连关系地法律。”这是台湾处理与港澳法律冲突的唯一一条冲突规范，这说明台湾地区对解决与港澳法律冲突问题，不像对大陆地区那样分门别类来设立法律规范，而是原则上类推适用涉外民事法律适用法的相关规定，并辅之以最密切联系原则。

### 三、中国区际遗嘱继承的法律冲突

遗嘱是立遗嘱人在生前对其财产进行处分并于死后发生法律效力的单方法律行为。遗嘱人通过遗嘱处分其财产，有两种基本情况：一种情况是通过遗嘱规定在其死亡后遗产由哪些法定继承人继承，或规定各法定继承人的继承份额。在这种情况下，法定继承人依照遗嘱的规定继承遗产，称为遗嘱继承。另一种情况是通过遗嘱规定在其死亡后将其财产的全部或一部分赠给国家或者法定继承人以外的个人或组织，即遗赠。无论是遗嘱继承还是遗赠，都是通过遗嘱人订立遗嘱来实现的。中国四个地区对于遗嘱继承立法的规定存在差异，对遗嘱能力、遗嘱方式、遗嘱的内容、遗嘱的变更和撤销等问题都可能发生法律冲突。

“同一制”和“区别制”是普遍存在于继承关系法律适用中的两种制度，无论是法定继承还是遗嘱继承的法律选择和法律适用，都以这两种制度为基础。由于遗嘱继承的发生根据不仅是被继承人死亡的事实，还有被继承人立有合法遗嘱的事实。因此，与法定继承不同，遗嘱继承与立遗嘱地也有密切联系，除了被继承人国籍、住所及遗产所在地外，遗嘱继承法律选择的标准还包括行为地。而且，在发生法律冲突方面，除了继承关系当事人的权利、义务的确定以外，遗嘱继承还涉及立遗嘱能力、遗嘱形式等方面的法律冲突。因此，遗嘱继承有着比法定继承更广的法律选择的范围。

#### （一）中国大陆有关涉外遗嘱继承法律适用的规定

中国大陆有关涉外遗嘱继承法律适用的规定在《法律适用法》颁布之前一直处于空白，在实践中一般是参照法定继承的冲突原则处理。直到该法颁布，中国大陆终于有了两条关于涉外遗嘱继承的冲突规范。该法第 32 条对遗嘱方式的法律适用作了规定：遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。该法第 33 条则对遗嘱效力的法律适用予以规定：遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。

可见，中国大陆对于遗嘱继承的法律适用采用的是“同一制”，即不区分动产和不动产，都适用遗嘱人立遗嘱时或死亡时的经常居所地法或国籍国法，遗嘱方式还可适用遗嘱行为地法。

#### （二）香港地区有关涉外遗嘱继承法律适用的规定

在香港地区，对于遗嘱继承的冲突规则和准据法，也遵循国际上的一般趋势，即采用多重准据法原则，以尽量使遗嘱得以有效执行。香港 1970 年的《遗嘱条例》第 24 条规定：遗嘱的签立如符合该遗嘱签立之地的领域所施行的本土法律，或符合在该遗嘱签立时或立遗嘱人去世时该立遗嘱人以其为居籍或惯常居住的领域的本土法律，或符合在上述签立时或立遗嘱人去世时立遗嘱人是其国民的国家所施行的本土法律，即视为正式签立。

香港的具体法律规定来自于英国，法律形式也受英国的影响，判例与法律相互引证。英国是采用“区别制”的冲突规范，即不动产的遗嘱方式依不动产所在地法，动产遗嘱依遗嘱人死亡时住所地法。所以，对于遗嘱继承香港是采用“区别制”的冲突规范。

### (三) 澳门地区有关涉外遗嘱继承法律适用的规定

《澳门民法典》第 60 条规定：当事人立遗嘱的处分能力适用当事人立遗嘱时的属人法，即常居地法。在作出处分后取得新属人法之人，保留按前属人法规定废止有关处分之必要能力。第 61 条规定：当事人遗嘱有关条款及处分的解释亦适用当事人立遗嘱时的属人法。第 62 条规定：遗嘱的方式，可适用立遗嘱时的行为地法，或当事人立遗嘱时的属人法，或当事人死亡之时的属人法，或者采用转致制度，适用立遗嘱时行为地法的冲突规范所援引的法律。

从上述规定可以看出，澳门地区关于遗嘱继承的冲突规则采用的是“同一制”，不管是动产还是不动产都同一适用属人法。

### (四) 台湾地区有关涉外遗嘱继承法律适用的规定

台湾地区的《涉外民事法律适用法》在其第 60 条、第 61 条中规定了关于涉外遗嘱继承的法律适用问题。该法第 60 条规定：遗嘱之成立及效力，依成立时遗嘱人之本国法。遗嘱之撤回，依撤回时遗嘱人之本国法。该法第 61 条规定：遗嘱及其撤回之方式，依前条所定应适用之法律外，亦得依下列任一法律为之：一、遗嘱之订立地法。二、遗嘱人死亡时之住所地法。三、遗嘱有关不动产者，依不动产所在地法。

台湾地区的《台湾地区与大陆地区人民关系条例》第 61 条又规定：大陆人民之遗嘱，其成立或撤回之要件及效力，依该地区之规定。但以遗嘱就其在台湾地区之财产为赠与者，适用台湾地区之法律。

台湾地区对港澳地区没有专门设立冲突规范，而是类推适用涉外民事法律适用法的相关规定。

从上述规定，可以看出，台湾地区关于遗嘱继承的冲突规则由原采用的“同一制”修改为部分接受“区别制”，即在遗嘱及其撤回方式上区分动产和不动产的法律适用，这是 2010 年台湾地区对于《涉外民事法律适用法》修订后的一大变化。但是，对于大陆地区则是区别对待，只要有财产在台湾，就适用遗产所在地法，即台湾地区的法律。

## 四、中国区际继承法律冲突之协调

国家统一的最理想境界是实现政治、经济、文化、法律等方面的全面统一。在同一主权国家内存在多种法律制度这一情形导致了法律适用上错综复杂的局面。这种状况的存在一般表明国家对地方区域主义的尊重，在政治上是非常审慎的，但时势的变迁使得国家必须尊重并且面对这种不同法域存在的现状。中

国继承的区际法律冲突，是中国特定历史条件下的产物，在四地政治、经济、文化、道德各方面相互交流、影响、渗透、融合的过程中，这种冲突将会逐渐减少，直至完全消失。但是，这是一个十分漫长的过程。目前的当务之急，应该着手如何协调这种法律冲突。对于协调的模式，某些学者提出了制定统一的民商事实体法律规则，从根源上消除法律冲突。但是这与香港、澳门基本法律制度五十年不变的原则相冲突，而且台湾地区还没有回到祖国的怀抱，明显是不现实的。还有学者提出制定全国统一的区际冲突法，这种提议是很好的解决区际冲突的方法。但是不仅四地的冲突规范差异很大，很难协调，而且在立法上困难也很大，短期内很难实现。另外，还有学者提出制定“示范法”，统一四地的冲突规则，如韩德培教授与黄进教授曾在1991年5月拟定过一个《大陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》。但是这种示范法没有法律效力，它是带有学术研究性质的，只能作为参考。

笔者认为，解决区际法律冲突目前比较可行的方法是中国四个地区签订协议，以协调法律冲突。而在协调继承制度的冲突方面，应当明确以下方面：

#### （一）法定继承的法律适用

法定继承的法律适用应当持“同一制”，即不管遗产是动产还是不动产，继承关系作为一个整体适用被继承人死亡时的经常居所地法。

澳门地区和台湾地区都是持“同一制”，大陆地区则是持“区别制”，香港地区秉承了英国法，也是持“区别制”。但是明确主张“区别制”的英国也承认按不动产所在地法处理时，也不时地遇到困难，感到应该制定新的办法来解决这个问题。因此，若香港和大陆地区适用了“同一制”后，四个地区的冲突规范就基本一致了。

采用“同一制”而放弃“区别制”的理由主要有：

第一，继承关系虽然涉及财产所有权的转移、取得、丧失等问题，但这并不是继承关系的实质问题。继承中的财产权和一般的财产所有权是不一样的。所有权和继承也是两种完全不同的法律关系，确定所有权关系的准据法时，继承中的财产所有权从来都是被作为例外对待的。这种例外就是对继承中的财产所有权承认被继承人属人法的适用效力。

第二，继承是存在于近亲属之间的法律关系，以被继承人与继承人之间的亲属关系为前提。对自然人而言，他们之间是否具有亲属关系、亲属关系状况如何等，只有自然人的属人法才最有资格判定和规范。因此，对被继承人而言，他的哪些亲属应继承他的遗产，各亲属应按怎样的顺序继承，各亲属应继承多少等，也只有被继承人的属人法来规定才最为合适。

第三，“同一制”使继承关系作为一个整体，受一个法律调整，使法律对法律关系的协调一致，避免了适用多个法律的繁琐以及多个法律内容不一致给当

事人利益造成的损害。

第四，采用“同一制”更符合国际趋势。1988年10月第十六届海牙国际私法会议上通过了《死者继承法律适用公约》，这是海牙国际私法会议近20年努力的结果，也是整个国际私法统一化运动成果的又一重要表现。这个公约里面，即采用“同一制”，若我国采用“同一制”就可以和国际接轨。

## (二) 遗嘱继承的法律适用

中国大陆地区对遗嘱方式和遗嘱效力的法律适用分别作出了规定，而且采纳了公约“同一制”，澳门地区采用“同一制”，即无论是动产还是不动产都适用属人法，台湾地区在遗嘱及其撤回方式上采用“区别制”，而香港地区则是采用“区别制”和多重准据法原则，尽量使遗嘱有效。在遗嘱的法律适用问题上，由于遗嘱能力、遗嘱方式、遗嘱的内容和效力等各自具有不同的性质，所以应对不同方面的问题分别规定不同的法律适用规则。

### 1. 遗嘱能力的法律适用

根据冲突法的一般理论，人的能力依其属人法。具体应用到遗嘱能力上，立遗嘱人的立遗嘱能力应以其惯常居所地法为准。但仅有此项规定尚不完善，因为人的惯常居所是很容易变更的，有时还会出现惯常居所冲突的现象，并且经常遇到根据其惯常居所地法无遗嘱能力，而根据立遗嘱地法有遗嘱能力的情形。现在国际的趋势是尽量使遗嘱有效，笔者认为可以采取以下方式：第一，如立遗嘱地法认为有立遗嘱能力，则认为其有遗嘱能力；第二，如立遗嘱时的惯常居所地法认为有立遗嘱能力，而后来的惯常居所地法认为无遗嘱能力，则适用立遗嘱时的惯常居所地法；第三，如立遗嘱时惯常居所地法认为无遗嘱能力，而最后惯常居所地法认为有遗嘱能力，则适用最后惯常居所地法；第四，如根据原惯常居所地法他本有能力但未立遗嘱，后来的惯常居所地法认为他尚无立遗嘱能力，则他在先取得的此种立遗嘱能力不能保留。

### 2. 遗嘱方式的法律适用

对遗嘱方式的法律适用，四个地区既有采用“同一制”，即动产和不动产都适用属人法，也有采用“区别制”，即动产继承适用被继承人住所地法，不动产继承适用不动产所在地法。当今国际私法发展的趋势对遗嘱方式准据法的规定是越来越灵活。因此，对于中国区际继承中遗嘱方式准据法的选择，不应该拘泥于一种或者两种方式，不能因遗嘱的形式要件而影响遗嘱的成立。因此我国大陆地区的《法律适用法》对于遗嘱方式的法律适用采用了选择性的冲突规范予以规定，即遗嘱方式只要符合遗嘱人立遗嘱时经常居所地法律、遗嘱人死亡时经常居住地法律、遗嘱人国籍国法律、遗嘱行为地法律，均为有效。

### 3. 遗嘱内容和效力的法律适用

对于遗嘱的内容和效力所应适用的法律，目前国际社会的立法趋势是允许

遗嘱人在一定条件下自己直接指定遗嘱所适用的法律，即实行有限制的遗嘱人意思自治。我国大陆地区的《法律适用法》对于遗嘱效力的法律适用亦采用了选择性的冲突规范予以规定，使得依照遗嘱人立遗嘱时经常居所地法律，或者遗嘱人死亡时经常居所地法律，或者遗嘱人国籍国法律所立的遗嘱均为有效。

因此，我们可以进行这样的立法设计：遗嘱的内容和效力依遗嘱人死亡时的经常居所地法；也可以适用立遗嘱人明示选择的法律，但其所选择的法律限于其立遗嘱时或死亡时的经常居所地法或者国籍国法。

#### 4. 遗嘱解释的法律适用

由于中国四个地区的法律语言系统不同，关于遗嘱解释有时也会产生法律冲突。对于一般人来说，立遗嘱时的惯常居所地法是其立遗嘱时最熟悉的法律。因此，我们可以进行这样的立法设计：遗嘱的解释应适用遗嘱人立遗嘱时的惯常居所地法。

#### 5. 遗嘱变更和撤销的法律适用

遗嘱的变更和撤销，主要涉及变更和撤销遗嘱的能力及变更和撤销遗嘱的方式两方面的问题。对于遗嘱变更和撤销的法律适用，我们可以进行这样的立法设计：遗嘱的变更和撤销，依变更或撤销时遗嘱人住所地法。

#### (三) 无人继承财产的处理

中国大陆关于无人继承财产的处理，我国《法律适用法》第35条规定：“无人继承遗产的归属，适用被继承人死亡时遗产所在地法律。”香港、澳门与台湾地区在这个问题上，应采取与大陆相同的处理方式。

### 五、结论

通过以上的介绍和分析，我们可以清楚地意识到，由于中国大陆、香港、澳门、台湾四个地区实施的法律不同，必然会产生一种“一国两制三法系四法域”的局面，四个法域的法律会产生冲突。这种区际法律冲突，除了不存在主权国家间的法律冲突这一因素外，几乎与国家间法律冲突没有太大的差别。解决这些冲突，应该以“一国两制”为指导，以维护和促进国家统一、坚持法域平等和有利于各地区经济发展为原则。目前，制订全国统一的实体法以避免和消除各地区在财产继承关系方面的法律冲突尚不具有可操作性，而由各法域分别制定各自的区际冲突法也存在不少弊端的情况下，虽然以制定全国统一的区际冲突法作为努力目标是可取的，但在台湾地区回到祖国怀抱之前，这种方法仍具相当难度。因此，四个地区签订协议规范继承制度的冲突规范是一种可取的方法。它作为一种过渡办法，在没有制订出统一的区际冲突法之前是比较现实的。这将有利于促进中国大陆、香港、澳门、台湾四地人民继承关系的发展，有效地保护四地人民的继承权益，更好地为社会的稳定、民族的昌盛、国家的繁荣富强服务。

## 中国区际法律冲突解决路径探析

郭玉军, 徐锦堂

《时代法学》2008-02

20世纪80年代初我国内地正式提出了“一国两制”的构想,希望以和平方式统一中国。这一政策方针先后为英国和葡萄牙政府所接受。1984年中英两国政府正式签署了《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》,1987年中葡两国也正式签署了《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》,这两份声明都是在联合国登记了的国际条约。依照这两个联合声明,1990年第七届全国人民代表大会第三次会议通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》,1993年第八届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》。按照“和平统一、一国两制、高度自治”的原则以及根据上述联合声明和基本法的规定,中国政府分别于1997年和1999年恢复对香港和澳门行使主权。香港和澳门回归祖国后成为中华人民共和国的特别行政区,直辖于中央政府。全国人民代表大会授权特别行政区依法实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。

至于台湾地区,在1949年国民党退据台湾后,中国的内战状态并未完全结束,1958年开始的“炮击金门”战役双方打打停停一直持续到1984年。尽管后来两岸未再起干戈,但从法律上讲,两岸政治分离、军事对峙、外交对抗的敌对状态并未正式结束。从内地《中华人民共和国宪法》、台湾“中华民国宪法”和两岸相关法律及“九二共识”来看,海峡两岸在法律上都承认世界上只有一个中国,这也是世界上绝大多数国家和国际组织所公认的。因此,台湾作为一个政治实体,不仅在道义上,而且在法律上都是中国的一部分。

### 一、“一国两制”的政治意蕴和法律效果

(一)“一国两制”的提出及其内涵“一国两制”的构想原本是为解决台湾问题而提出来的。1978年11月,中共十一届三中全会前夕,邓小平同志提出:“和平统一实现以后,台湾可以保持非社会主义的经济和社会制度”;1979年1月,邓小平又明确指出:“台湾的社会制度可以根据台湾的意志来决定。要改变可能要花一百年或一千年,我这样说的意思是指需要很长的时间”,“只要台湾回归祖国,我们将尊重那里的现实和现行制度”;1979年3月,邓小平又说:“我们始终考虑到台湾的特殊地位,不改变那里的社会制度,不影响那里人民的生活水平”。这些重要谈话是邓小平“一国两制”构想的最早萌芽。1981年9月,全国人大常委会委员长叶剑英同志发表了《关于台湾回归祖国实现和平统一的方针政策》的谈话,进一步阐明了实现和平统一的九条方针政策,丰富了“一国两制”构想的内容。1982年1月,邓小平第一次正式明确地提出了“一个国家、两种制

度”的概念。1983年6月,邓小平同志又进一步阐述了实现台湾和祖国大陆和平统一的六条具体构想。1984年10月,《了望》周刊发表《一个意义重大的构想——邓小平同志谈“一个国家,两种制度”》,对“一国两制”构想首次作了系统报道和全面阐述。1985年3月第六届全国人大三次会议正式把“一国两制”确定为中国的一项基本国策,至此,中国共产党和中国内地用“一国两制”解决台、港、澳问题,实现国家统一的基本方针正式确立。“一国两制”有利于祖国内地和香港、澳门、台湾地区的和平稳定和共同发展,共同促进中华民族的伟大复兴,也有利于维护地区和世界的和平与发展事业。同时,它将处理国与国之间关系的和平共处原则创造性地用于解决国内问题,创造出了两种不同的社会制度在一个国家内长期共处的政治形式。另外,它还突破了一定的国家只为一定的经济基础服务的传统认识,也突破了在一个国家只能存在一种政治制度以及与之相适应的政权组织形式的认识,它所表达的实际上是一种新的国家观念和理论,是对马克思主义国家学说的新贡献。

经过20世纪90年代和21世纪初期的发展,“一国两制”的内涵得到了进一步的完善、充实和修正。根据1995年江泽民同志《为促进祖国统一大业的完成而继续奋斗》提出了现阶段推进祖国和平统一进程的八项主张,2005年胡锦涛同志就新形势下发展两岸关系提出的四点意见,以及2005年全国人大制定的《反分裂国家法》,还有2007年中国共产党十七大报告,到目前为止,我们可以把“一国两制”的内涵概括为如下五大要点。

1. 关于“和平谈判”:为实现祖国统一,中国政府与英国和葡萄牙政府分别进行了和平谈判,实现了香港和澳门的回归。海峡两岸政府之间也应尽早恢复平等的协商和谈判,为了避免名份之争和法律障碍,两岸也可以采取政党平等会谈的形式。在一个中国的前提下,两岸什么问题都可以谈,包括政治谈判的名义、地点、方式和人员,台湾人民的权利保障、台湾当局的政治地位和台湾地区的国际活动空间等,在实现和平统一过程中台湾人民关心的其他任何问题也都可以谈。海峡两岸通过平等协商正式结束敌对状态,达成和平协议,构建两岸和平发展的框架。

2. 关于“一个中国”:世界上只有一个中国,大陆和台湾同属一个中国,中国的主权和领土完整不容分割。台湾的前途地位问题涉及中国主权和领土完整,必须由包括台湾同胞在内的全中国人民共同决定。大陆坚决反对“台湾独立”、“一中一台”和“两个中国”等分裂活动,分裂势力以任何名义、任何方式造成台湾从中国分裂出去的事实,或者发生将会导致台湾从中国分裂出去的重大事变,或者和平统一的可能性完全丧失,国家得采取非和平方式及其他必要措施,捍卫国家主权和领土完整。

3. 关于“两种制度”:实现特殊形式的国家统一后,内地实行社会主义制度,

台湾、香港、澳门仍然实行资本主义制度,现行社会经济制度不变,生活方式不变,同外国的经济文化关系不变。两制长期共存,两岸和平共处,四地共同发展。但“一个中国”的主体是大陆,在国际上能够代表中国的,也是中国大陆。

4. 关于“高度自治”:根据基本法的规定,特别行政区高度自治,拥有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,实行独立的财政税收和货币金融制度,不向中央纳税也不上缴财政收入,并享有相当广泛的对外交往权力,以及社会治安权力,台湾还可以继续保留军队和政府架构。内地不干预特别行政区的具体事务,特别行政区的中国公民可以参与国家管理,在全国性政治机构中任职。

5. 关于“五十年不变”:“一国两制”方针是实现国家统一的战略抉择和基本国策,其实施由宪法和法律保障,五十年不变,五十年以后也不变。

## (二)全面、深刻、正确地理解“一国两制”

我们要正确理解和全面把握“一国两制”的深刻内涵,首先就必须明确“一国两制”所实现的国家统一是一种特殊形式的国家统一。作为一种特殊形式的国家统一,在“一国两制”中“一国”表现为政治蕴涵大于法律意义;而“两制”是法律意义大于政治蕴涵。总体上讲,这种特殊形式的国家统一是我国的政治现实状况,也是“和平统一、一国两制、高度自治”的自然结果,我们一定要清晰地认识、准确地把握到这一基本判断。

我们要正确理解和全面把握“一国两制”的深刻内涵,就必须把“一国”与“两制”统一起来。在内地和香港都有一些学者各取所需,把“一国”和“两制”分割开来,不恰当地强调其中一个方面而忽略另外一个方面。我们认为,要把两者统一起来,首先就不能简单地从“一个国家”推出“一个主权”,更不能从一个抽象的、一般的主权观念出发来认识两岸四地之间的复杂关系和特殊国情,不能囿于“国家”“主权”的传统概念,从旧的“国家观”出发,形而上学地理解“国家主权不可分割”,这表面上是维护“一国两制”,却误解和违背了“一国两制”的真正内涵。我们必须深刻地理解到“一国两制”具有历史开创性,它实际上是一种“新的国家观念和国家理论”,我们需要与时俱进,牢固树立新的国家观。如果不能做到这一点,就不能正确全面地理解“一国两制”,就不能理解特别行政区为什么可以实行不同的社会制度并拥有一些主权者才能享有的权力。同时,我们也不能一味地强调“两制”,以“两制”为名排斥中央政府在特别行政区在非常有限的非自治领域的权力,我们必须坚持国家的统一,坚决维护“世界上只有一个中国”的原则。“一国两制”能否被普遍接受,并得到有效地执行,坚持“一个中国”是前提,落实“两种制度”是关键。

我们认为要正确理解和全面把握“一国两制”的深刻内涵,就必须看到“一国”“两制”在国内事务和国际事务中的侧重点并不相同。也就是说,在中国各法域与外国和国际组织之间的关系上,或者说在国际事务中要更强调“一国”;

在中国内部各法域之间的关系上,或者说在内部事务中则要更突出“两制”。基本法的规定明显地表现出了这一点。例如,立法权、司法权、财政税收制度、货币制度毫无疑问都是一个国家主权最基本的要素,但是一个国家同时拥有几套接近完整的立法权和完全独立的司法权、财政权、税收制度以及货币制度,且全国性法律只有被列入基本法附件并经特别行政区在当地公布或立法才能在特区实施。这是人类社会历史上从来没有过的,也是传统的国家主权理论所无法想象的。但是两部基本法赋予和确认了特别行政区的这些历史上只有主权国家才能拥有的权力。之所以会如此,就是因为这些权力所涉及的更多的是中国主权利力内部划分的问题,为了更好地落实“和平统一、一国两制”的国家政策和法律原则,促进国家统一,在中央与特别行政区的权限划分上有必要强调“两制”,强调特别行政区的“高度自治”。但在国际事务中,中央与特别行政区的关系在处理上就更强调“一国”色彩,中央负责管理与香港有关的外交事务;香港特别行政区的代表只能作为中国政府代表团的成员,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;外国在香港设立领事机构或其他官方、半官方机构,须经中央批准;香港须以“中国香港”名义,在经济、文化、体育等领域同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系;以“中国香港”的名义参加不以国家为单位参加的国际组织和国际会议,对以国家为单位参加的、同香港特别行政区有关的、适当领域的国际组织和国际会议,香港特别行政区可派遣代表作为中国代表团的成员或以中央政府和上述有关国际组织或国际会议允许的身份参加,并以“中国香港”的名义发表意见。在今后与台湾的统一谈判和“一国两制”的历史实践中,我们都需要按照这一精神处理特别行政区与中央的关系问题及特别行政区的对外交往事务。基于“一国”“两制”在国内事务和国际事务各有侧重这一理解,我们认为,在处理内地与香港、澳门平行诉讼问题上可以不受“一事不再理”原则的约束。

我们要正确理解和全面把握“一国两制”的深刻内涵,还必须认识到“两种制度”在国家政治生活中的地位也不一样。虽然在一个中国里面,内地的社会主义制度与港澳台地区资本主义制度并存共处,但是两者之间并非“平分秋色”,不能等量齐观,而是有主次之分,其地位是不同的。内地是国家的本体和主体部分,其实行的社会主义制度是国家的主要社会制度,港澳台地区是非主体部分,在小地区小范围内实行的资本主义制度不能体现我国的国家性质。

客观地说,“一国两制”并非史无前例,但是中国现阶段的“一国两制”具有不同于古今中外所有“一国两制”情况的特征,这就是中国现在的“两制”是以公有制为主体的社会主义制度与以私有制为主体的资本主义制度,而其他中外历史上的“两制”都是私有制,所不同的只是私有制的类型而已;另一个就是中国特别行政区的独立性之强,自治范围之广泛、程度之强烈确实也是前无古人。

### (三) “一国两制”的实践结晶:特殊形式的国家统一和多法域国家的形成

“和平统一、一国两制、高度自治”政策的提出,以及两部基本法的制定与落实,其直接目的和主要结果都是实现国家的统一,其他方面的考虑都是服从国家统一这个政治需要的。“一国两制”确实促进了特殊形式的国家统一,不过因为不同的社会制度及其生活方式自然需要与之相适应的不同的法律制度,所以“一国两制”在实现其主要政治功能时就在法律上产生了一个副产品,这就是使中华人民共和国从一个单法域国家演变为一个多法域国家,从而为中国区际法律冲突的产生奠定了坚实的政治和宪法基础。

中英、中葡政府在关于香港、澳门问题的联合声明中指出:香港、澳门特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权,现行法律基本不变。

《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》也规定:在港、澳特别行政区施行的法律为基本法以及基本法规定的香港、澳门原有法律和特别行政区立法机关制定的法律。由此可以看出,在香港和澳门回归之后,在特别行政区施行的法律有三种:(1)基本法和极少数适用于特别行政区的不属于特别行政区自治范围的全国性法律。(2)基本法规定的香港、澳门原有法律。(3)香港、澳门特别行政区立法机关制定的法律。因此,继承旧制的香港、澳门特区法律与在内地施行的法律依然在法的体系、结构、渊源、内容和价值理念上都存在着根本的不同和深刻的分歧,并且相互之间基本独立。

就法系而言,香港受英国的长期影响,属于英美法系地区;澳门长期受葡萄牙法律支配,形成了欧陆法系传统;台湾地区则是旧中国的法制延续和发展,也属于欧陆法系;内地则属于社会主义法系。根据联合声明和基本法的规定,香港法律的英美法系特征和澳门法律的欧陆法系特征都不会改变。可以说,“和平统一、一国两制、高度自治”的战略决策使各个特别行政区拥有相当完整的行政管理权、立法权和完全独立的司法权,内地、香港、澳门与台湾之间的法律互不相同又彼此基本独立,形成了自己的法律制度。这样,我国就存在内地、香港、澳门和台湾四个法律制度彼此独立的法域。香港、澳门、内地和台湾先后加入WTO进一步证明了我国是真正的多法域国家,而且这一现实得到了国际社会的普遍认同。由此,中国就形成了“一国、两制、三法系、四法域”的局面。

不同法域的存在是法律冲突产生的前提,而大量跨法域民商事法律关系的出现,以及在一定程度和范围内对外法域公民民商事法律地位和外法域法律域外效力的承认,共同成为我国区际法律冲突产生的前提条件。由此,在一个中国内部,对同一跨区域的民商事法律关系,四个法域的法律都有可能进行调整,这样它们在适用上就难免会产生抵触或冲突,这种冲突就是中国的区际法律冲突。我国的区际法律冲突具有其特殊性和复杂性。

## 二、中国区际法律冲突的特色

邓小平同志说“一国两制”是个新事物,这个新事物不是美国提出来的,不是日本提出来的,不是欧洲提出来的,也不是苏联提出来的,而是中国提出来的,这就叫做中国特色〔24〕。中国特色的“一国两制”必然产生中国特色的区际法律冲突。要科学合理的解决中国特色的区际法律冲突问题就必须要对中国区际法律冲突的特征有全面的了解、深刻的洞察和现实的眼光。

国际私法学界一般认为,我国的区际法律冲突具有以下特点:1. 它是一种特殊的单一制国家内的区际法律冲突;2. 既有属于同一社会制度的法域之间的法律冲突,也有社会制度根本不同的法域之间的法律冲突;3. 既有属于同一法系的法域之间的法律冲突,又有分属于不同法系的法域之间的法律冲突;4. 它既表现为各法域本地法之间的冲突,而且有时表现为各法域本地法与其他法域适用的国际条约之间以及各法域适用的国际条约之间的冲突;5. 在各法域之上没有一个能够有效地协调不同法域间法律冲突的机关。

可以说,上述是中国区际法律冲突的基本特点。然而,经过全面深入地认真考察,我们对我国区际法律冲突的特点又有了新的认识。概括地说,中国区际法律冲突的总体特征就在于它不是一般意义上区际法律冲突,实际上它是国际政治经济法律冲突的集中体现,其冲突的广泛性、深刻性、复杂性与敏感性甚至超过一般的国际法律冲突。这并非夸大其辞,这完全是由“和平统一、一国两制、高度自治”的国家政策与法律原则所决定的,按照基本法的规定,特别行政区拥有相当完整的行政管理权和立法权以及完全独立的司法权,实行不同于内地的财税制度与货币制度,并有相当大的对外交往权。因此,我国区际法律冲突的范围与程度是一般的区际法律冲突所不及的。另外,我国区际法律冲突除了立法与司法上的独立等因素影响外,还涉及到国家统一、两制并存、社会意识形态和经济发展水平等非法律因素的影响与制约。法律因素与非法律因素结合在一起决定我国区际法律冲突比一般的国际法律冲突还要复杂,也更敏感,同时也决定了在研究和处理我国区际法律冲突的过程中如果不注重法律之外的因素,那么其结论往往会失之于片面。

具体而言,作为当今中国特殊社会历史条件产物的中国区际法律关系和区际法律冲突具有明显的中国特色,根据我们的概括和总结,其不同于一般区际法律冲突的特殊性、复杂性与敏感性主要体现为如下几点。

#### (一) 国家的统一还没有完成

近代以来中国长期处于国土分离的状态,1997年和1999年香港澳门相继回归祖国,直属于中央政府,国家的统一迈出了重要一步。但是目前海峡两岸仍然处于政治分离、军事对峙和外交对抗之中,如何实现大陆与台湾之间的和解,最终完成祖国统一大业仍是21世纪中国人民的三大任务之一。

首先就内地、香港与澳门之间来说,虽然已经实现了统一,但是这种统一是

一种特殊形式的统一,香港澳门都拥有非常广泛和相当完整、独立的立法、行政和司法权力,及以自己名义单独处理对外非政治性事务的权力。尽管特区的权力独立性相当强,法律冲突性相当大,但毕竟有基本法和中央政府的联结,尤其是已经非常紧密的社会经济文化交流与合作,可以基本上保障各地法律之间的平等与尊重,公民的民事法律地位和正当权益不会受到歧视。

但是台湾至今不接受“一国两制”方针,与内地、香港、澳门在形式上也是不统一的,尤其是内地与台湾的敌对状态并未彻底结束,双方之间的政治隔阂、偏见与限制仍然存在。这种状况导致两岸民事法律问题不仅较之于一国国内民事法律问题来说不正常,而且较之于跨国民事法律问题来说也不正常。

## (二)法域之间的政治法律关系纵横交错

“一国两制”不等于联邦制,内地兼有作为一个法域和作为中央行政区域的地位。在对香港、澳门恢复行使主权之前,中华人民共和国实际治理的地区就是内地,香港澳门回归后直属于中央政府,在政治地位上实际就是附属于内地。这样,在内地与香港澳门之间首先是一种中央与地方的纵向关系。内地制定的法律是全国性法律,香港澳门制定的法律是地方性法律。内地与香港、澳门之间的法律冲突,就表现为全国性法律与地方性法律之间的冲突或者说是中央立法和地方立法的冲突。然而这种冲突又不能按照上位法优于下位法的原则处理,这是其他法制国家所不具有的。

有学者否认内地立法与特区立法这一层面的关系,认为如果把内地立法与特区立法理解成中央立法与地方立法就不利于正确解决区际民商事案件的法律适用问题。我们认为内地法律与香港、澳门法律是全国性法律与地方性法律的关系,这是一个事实问题,不能否认,而且为了正确处理区际法律冲突也没有必要否认这一事实,因为我国的区际法律冲突本来就非同一般,具有极端的特殊性。在内地,当全国性法律与地方性法律发生冲突时,按照上位法优于下位法适用的原则,全国性法律的效力要高于地方性法律。但因为“一国两制、高度自治”,根据基本法的规定,全国性法律,除了列入基本法附件的极少数外,无论公法还是私法都不能直接在特别行政区实施,这样尽管内地与特别行政区在政治上是中央与地方的上下级关系,但是在法律适用上,内地与特别行政区基本上是分别适用各自的法律。既然属于全国性立法的内地法律绝大多数都不能在特别行政区直接适用,当然就更谈不上优先适用了。从这个角度来看,内地与香港、澳门之间的法律在适用上基本是平等的,他们之间的冲突基本上是横向的平面冲突。这样内地立法与特区立法政治上是全国性法律与地方性法律的关系,但从法律适用的角度上看则基本上是平行的关系。当然特别行政区之间的法律冲突则完全是平行的法律体系之间的冲突。另外,由于内地实行的是多层次的立法权,所以也存在着内地行政法规、地方性法规和规章等与港澳台法律之间的冲突。这

也决定了我国区际法律冲突的特殊性和复杂性。

### (三) 法域之间的政治力量和法治水平差距较大

一般的区际法律冲突,无论是美国、德国、俄罗斯或者印度、日本、巴西,其国内各个法域之间的社会经济发展水平差距不大,但是中国环境下区际法律冲突是力量与发展水平相差很大的几个法域之间的法律冲突。

首先,中国内地是国家的主体和代表,无论是人口总数、版图大小、经济总量,还是国际影响力,都是香港、澳门和台湾所无法比拟的。可以说,内地在综合实力上占有压倒性优势。正因为“两制”之间大小轻重非常不相称、不均衡,所以在特别行政区才有人担心一种制度随时会压倒或吃掉另一方,才会认为“一国两制”具有过渡性,50年之后两种制度要变成一种制度。

当然,这种综合实力上的差距只是区际不均衡的一个表现,另一个表现则是尽管中国内地近些年来经济发展迅速,但是人民群众的物质生活水平和自由民主的现实状况,特别是整个社会的法治水平与特别行政区仍然存在一定差距。这一层次的不均衡容易导致特别行政区对内地法制环境和司法水平相互间的信任和尊重问题。例如,就有香港法律人士认为内地法律保护主义严重,缺乏司法独立,裁判水平及公正性可质疑程度较高等。2004年11月22日香港立法会司法及法律事务委员会向立法会提交了《香港特别行政区与内地相互执行商事判决》的安排,这个“安排”设置的条件比较苛刻、严格,与香港现行的有关执行外地(外国)判决规定以及国际上有关判决承认与执行做法有很大的不同。香港为什么在内地判决的执行问题上设置这么多障碍,这让内地法律学者百思不得其解。

不均衡还有第三个体现,那就是由于各种原因,内地受理的涉港澳台案件数量与港澳台受理的涉内地案件数量不对称,需要另一方提供的司法协助也不均衡。以香港为例,据不完全统计,内地法院委托香港法院送达的司法文书5400多件,香港法院委托内地法院送达的司法文书390多件;在执行仲裁裁决方面,香港特区法院目前已批准执行内地仲裁裁决60余件,内地法院执行香港特区的仲裁裁决10余件。从这几年的情况看,内地法院委托香港高等法院送达民商事司法文书的数量有逐年显著上升的趋势,而香港高等法院委托内地法院送达民商事司法文书的数量大体持平。其中的一个原因,就是由于两地关于送达和调取证据的法律制度存在较大的差异,香港的民商事送达和调取证据主要采取当事人主义,法院一般不会介入,也就不会委托内地的法院给予协助。内地需要香港提供司法协助的工作量要远远大于香港需要内地提供司法协助的工作量,香港法院会觉得不堪重负。而从提供司法协助所获得的利益上讲,则恰恰相反:如果两地间相互提供判决的承认与执行的司法协助且对判决的范围不加限制,其结果必然是内地因判决在香港承认与执行而从香港获得的利益要远远多于香港从内地获得的利益。而这一种失衡也为我国区际法律关系的协调和区际法律冲突的解

决带来了一定的障碍。

#### (四) 法域之间的社会制度不尽相同

无论是单一制复合法域国家还是联邦制复合法域国家,无论是资本主义国家还是社会主义国家,其区际法律冲突通常都是“一国一制”条件下的不同法域之间发生的,比如说现在的英国、美国、瑞士和前苏联的区际法律冲突,其内部各法域的法律基本上具有同样的社会本质、法律原则和历史传统,其共同点是主要的,不同点是次要的、浅层次的。而我国区际法律冲突显著的一个特点就是,既有社会性质相同的法律之间的冲突,也有社会性质根本不同的法律之间的冲突。香港、澳门与台湾之间的法律冲突就是社会性质相同的法律之间的冲突,而内地与香港、澳门、台湾之间的法律冲突则是社会主义法律制度与资本主义法律制度之间的冲突,在性质上存在重大的差异。这是实行“一国两制”方针的必然结果。所以,我国区际法律之间的冲突既有量的差别,又有质的不同,是一种广泛存在的深层次的法律冲突。

以内地法律规定的对生效判决确有错误的案件进行重新审理的再审制度为例,这一制度原本是社会主义国家“司法为民”和“有错必纠”原则的体现,在司法实践中也发挥了相当积极和进步的作用。但是香港法院却长期以内地存在再审制度为由,认为内地生效判决并非“最终及不可推翻”的判决,从而成为不予执行内地法院生效判决的严重障碍〔32〕。显而易见,内地和香港之间在法律制度和法律文化层面还没有建立起与“一国两制”相适应的相互理解和信任的关系。

#### (五) 法域之间的法系归属基本不同

一般认为,当代世界主要法系有欧陆法系、英美法系和社会主义法系。欧陆法系是以罗马法为基础发展起来的法律总称,它以法国、德国的法律制度为代表;英美法系是以英国自中世纪以来的法律,特别是它的普通法为基础而发展起来的法律总称,它以英国法和美国法为代表;社会主义法系是以前苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义国家的法律总称。三大法系在法律的历史传统和渊源、法律的形式和结构特征、法律实践和法律意识,以及法律概念和术语等方面均存在明显的差异。按照法系的这种划分方法,内地法属于社会主义法系,香港法属于英美法系,澳门法和台湾法属于欧陆法系。

现在世界上其他多法域国家的区际法律冲突,多数都是同一法系法律之间的冲突〔33〕。在一个国家内部同时存在社会主义法系、欧陆法系和英美法系法律冲突的古今中外只有我国一个实例。内地与香港地区之间的法律冲突是社会主义法系与英美法系之间的冲突;与澳门、台湾地区之间的法律冲突则是社会主义法系与欧陆法系之间的冲突;香港与澳门、台湾地区之间的法律冲突则是英美法系与欧陆法系之间的冲突。如果再细分,澳门地区与台湾地区之间的还属于欧

陆法系中的法国法系与德国法系之间的冲突。一个国家内部存在如此错综复杂的多种法系之间的区际民事法律冲突的情况确实罕见。

#### (六) 涉及与国际条约的冲突问题

一般无论单一制国家还是联邦制国家,地方一级政府无权与外国缔结条约,中央政府缔结、参加和批准的国际条约一旦生效,其效力就及于该国全部领土。以美国为例,缔约权就完全属于联邦政府,其宪法第一条第十款规定“任何一州都不得缔结任何条约,参加任何同盟或邦联”,而且联邦政府签订的一切条约与宪法一样都是美国的最高法律。如此一来,美国的区际法律冲突实质上就仅仅表现为各州法律之间的冲突,而绝对不会出现一州的本地法与另一州缔结的条约之间的冲突,更不会出现不同的州签订不同的条约从而产生条约与条约之间的冲突问题。然而,根据香港基本法第7章和澳门基本法第8节章的有关规定,香港、澳门两个特别行政区可分别以“中国香港”和“中国澳门”的名义,在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等非政治领域,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议;中华人民共和国缔结的国际协议,中央政府可根据香港、澳门特别行政区的需要,在征询港、澳特别行政区政府的意见后,决定是否适用于该两个特别行政区;中华人民共和国尚未参加但已适用于港、澳的国际协议仍可继续适用。目前,香港政府通过英国参加和对香港适用的国际条约有400多项,还有几百个双边协定,其中大部分国际条约我国都未参加。

因为各法域都有权在一定范围内单独地缔结国际条约、参加国际组织,从而承担了不同的国际义务,以致我国区际法律冲突的范围更加广泛、内容更加复杂。这样就不可避免地导致中央政府签订的国际条约可能不适用特别行政区,在特别行政区适用的国际条约也不一定适用于内地,适用于此特别行政区的国际条约也不一定适用于彼特别行政区。由此,一些国际条约适用于某一法域而不适用于其他法域,并因此导致一定数量的各法域的本地法与在其他法域适用的国际条约之间在内容上的冲突问题,以及分别在不同法域适用的国际条约与国际条约之间在内容上的冲突。这也是中国区际法律冲突的特色之一。

不过也有学者持不同意见,认为由于国际条约本身的性质,使得各法域之间不可能发生各自所适用的国际条约之间的冲突,也不会出现某法域本地法与他法域缔结的条约之间的法律适用冲突。我们认为,某法域本地法与他法域适用的国际条约之间,以及分别在不同法域适用的国际条约与国际条约之间在内容上的冲突是存在的,但是任何以国家与国家之间关系为调整对象的国际条约都不能直接调整区际法律关系、解决区际法律冲突。1997年香港回归以后《承认和执行外国仲裁裁决公约》(纽约公约)即不能适用于内地与香港之间仲裁裁决的承认与执行就是明显的例证。

### (七) 缺乏最高机关的有效协调

在其他多法域国家,无论是单一制还是联邦制,都有适用于全国范围的宪法和其他大量的全国性法律,联邦制国家的成员虽享有立法权,但其所制定的法律必须符合中央宪法和法律的要求,不得与全国性法律相冲突,联邦法律的效力高于各成员的法律。一般情况下的区际法律冲突是中央规定和制约下的法律冲突,法域内的独特法律制度的范围和程度受到中央立法的限定,各法域间法律冲突的解决在一定程度上也受制于中央立法。如《美国宪法》第6条第2款规定:“本宪法和依本宪法所制定的合众国法律,以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约,均为全国的最高法律。即使与任何州的宪法或法律有抵触,各州法官仍应遵守。”如此一来,法律冲突的范围和程度就受到中央立法和国际条约的极大限定。

在其他多法域国家,无论是单一制还是联邦制,中央还设有最高司法机构,它可以在司法审判中发挥协调作用,促进区际法律冲突的解决,推动实体法的实质统一。这种情况在普通法系国家表现得尤为明显,因为这些国家存在“遵循先例”的原则。在有些国家的中央最高审判机关享有对各法域的终审权,并可以通过审理上诉案件,直接调整区际法律冲突;有些国家的中央最高审判机关即便不享有或不完全享有对某些类案件的终审权,不能通过上诉程序来调整区际法律冲突,仍可通过司法监督和发表司法意见的途径来协调和缓解区际法律冲突。因此中央在相当大的程度上仍可控制和协调各州的司法权。

但是在我国,根据基本法的规定,特别行政区都高度自治,且自治权之大,超过联邦制国家内的各成员国、州或省。我国特别行政区的设立虽然有宪法上的依据,但是宪法本身并没有被列入两部《基本法》附件,不能在特别行政区直接实施。根据基本法的规定,能够在特别行政区适用的法律仅限于国家标识和纪念日、领土范围、国防和外交等少数法律,且这些法律需要特别行政区在当地公布或立法后才能实施,而其他绝大多数领域的法律都由特别行政区制定并施行。除了相当完整的立法权之外,特别行政区还享有完全独立的司法权和终审权,作为一个地方行政区域的各特别行政区享有完全独立的终审权。一个国家四套法院,分域司法,特别行政区之间不能进行有效地协调,中央政府与特别行政区之间也无法进行有效的协调。只有根据基本法的规定,由特别行政区与全国其他地区的司法机关通过协商,依法进行司法方面的联系和相互提供协助。因此,我国区际法律冲突的解决上立法上和司法上都存在现实的困难。

从以上的分析我们可以看出,中国区际法律冲突是世界上最独特的区际法律冲突,其冲突的广泛性、深刻性和复杂性是其他国家无法比拟的。正如有学者提出,“我国的区际法律冲突,除了不存在主权国家间的法律冲突这一因素外,几乎与国际法律冲突没有多大的差别。”这就使得认识、分析和解决我国这种区际

法律冲突时会涉及到比其他国家的区际法律冲突,甚至是其他国家之间的国际法律冲突更加广泛的领域和更加复杂的内容。概括中国区际法律冲突的特征,那就是“中国的区际法律冲突不是一般的区际法律冲突,实际上它是国际政治经济法律冲突的集中体现”。在处理我国区际法律冲突问题时,必须始终从我国区际法律冲突的这些现实特点出发,才能寻求恰当的路径予以解决。鉴于我国区际法律冲突的解决不仅是一个法律问题,同时也是一个政治问题。所以在解决区际法律冲突时既要考虑法制统一的法律需要,也要考虑祖国统一的政治需要,要考虑特别行政区,尤其是台湾地区人民的感受。因此,我们有必要借鉴其他国家处理区际法律冲突的有益经验,集思广益,共同努力,尽快提出各方都能接受的、务实可行的区际法律冲突解决方案,为早日实现国家统一做出贡献。

### 三、区际法律冲突解决的不同模式

国际上解决区际法律冲突基本上有两种路径,一种是冲突法路径,一种是实体法路径。就其他多法域国家的实践来看,冲突法路径主要有三种基本的类型,即:各法域不区分国际、区际法律冲突;各法域参照适用国际私法;最高立法机关制定单独的全国统一适用的区际冲突法。实体法路径主要也有三种基本的类型,即:最高司法机关在审判中发挥作用以推动区际法律内容一致;最高立法机关在部分法律关系上制定法律或制定仅在部分法域适用的法律以部分地消灭区际法律冲突;最高立法机关制定全国统一适用的法律以彻底消灭区际法律冲突。

尽管我国区际法律冲突具有独一无二的特殊性和复杂性,其他国家的做法不能完全套用,但是从不同国家解决区际法律冲突的不同方法和模式中我们也可以得到有益的启发。在这里,我们先对国际上解决区际法律冲突的几种主要典型做法进行实证考察,然后对我国各法域解决区际法律冲突的实践予以实证分析,并对有关观点进行评论,力求提出解决中国特色区际法律冲突的可行路径。

#### (一)国际上解决区际法律冲突的几种主要模式

1. 区际法律冲突原则上等同于国际法律冲突的模式。英美国家基本上采取这种做法。这一模式有两个特征,一是把具有独特法律制度的地区单位视为冲突法意义上的“国家”,因而对区际冲突法和国际私法不加区分,统统叫做冲突法,它既用于解决一国之内各个法域之间的区际法律冲突,同时也用于解决主权国家之间的国际法律冲突(1)。比如美国《冲突法第二次重述》第10条对州际和国际私法就没有明确的区分,该条规定:“本冲突法重述中的规则适用于涉及美国一州或多州因素的案件,并基本上适用于涉及一个或多个外国因素的案件。”当然,需要注意的是,即使是在这些国家,国际法律冲突与区际法律冲突仍有所区别,因为该条只是说“基本上”适用相同的规则,美国《冲突法第二次重述》随后也强调“在特定的国际案件中,可能有些因素要求其结果区别于在州际案件中会得出的结果”。英美模式的第二个特征是各个法域都有自己的冲突法。英格

兰和苏格兰的冲突法不同,美国也没有所谓的“美国冲突法”,只有各州的冲突法,而各州的冲突法是不尽相同的。

对于英美模式,国内学者多持反对意见,认为直接把解决国际民商事法律冲突的国际私法适用于一国内部的区际法律冲突问题,或者直接把解决一国内部区际法律冲突的区际私法适用于国际法律冲突问题,是把两个不同性质的问题按同一规则处理,并不恰当。同时各个法域分别创制自己的冲突法会导致冲突法的冲突,也无法便捷地处理区际法律冲突问题。不过据有关学者的考证,世界上大部分多法域国家,调整不同国家之间民事关系的规范也用来调整本国内部的不同法域之间的法律冲突。我们认为,英国和美国把区际法律冲突与国际法律冲突的解决不做原则上的区别,统一适用冲突法并无不妥之处,这是英美国家的历史传统与现实选择。在美国,各州有自己的冲突法,确实缺乏统一性,但在州权与法制统一之间如何衡量取舍,这个问题确实也值得我们中国学者深思。在我国区际法律冲突的解决上,香港和澳门其实就是按照这种模式来处理的。

2. 区际法律冲突的解决原则上类推适用国际私法的模式。西班牙是施行这一制度的典型国家。由于历史原因和民族、宗教等各种因素,西班牙一直存在着多个法域,其1974年民法典第16条规定,适用解决国际法律冲突的法律规则解决区际法律冲突。当然,对区际冲突中的个别特殊问题需要做出另外规定。

西班牙模式为国内不少学者所赞同,认为内地与香港、澳门和台湾的法律冲突在一定程度上也是基于类似的历史原因,我国的区际法律冲突与国际法律冲突没有多大的差别,因而没有必要另起炉灶去寻求异于国际私法规范的区际冲突法规范,西班牙模式对我们有指导意义。我们赞同不必另行制定区际冲突法的思路,但需要注意的是,西班牙这种类推适用的作法是由中央法律规定的,而不是由各个法域自行决定的。我们认为,区际法律冲突与国际法律冲突本身联系密切,它们任务相同,本质相通,规则相近,区际冲突法也被恰当地称为“准国际私法”,两者可以类推适用,或者相互参照。所以我们国家在承认区际法律冲突与国际法律冲突不同的基础上类推适用国际私法解决区际法律冲突问题是合理的。内地在立法和司法实践中也基本上是采用这种类推适用的方式来解决内地和特别行政区之间的法律冲突,并且效果良好。

另外,别具一格的所谓“德际私法”模式其实也是采取类推适用的方法。德国统一前民主德国和联邦德国之间的法律冲突的性质,两个德国采取了不同的态度。在民主德国看来,联邦德国是外国,两个德国之间的法律冲突与一般的国际法律冲突无异,应适用国际私法加以解决。而在联邦德国看来,民主德国是德国的一部分而不是外国,两个德国之间的法律冲突属于一国内部实行独特法律制度的不同法域之间的法律冲突即区际法律冲突,不宜直接适用调整国际法律冲突的民法施行法,但这种法律冲突又不同于联邦德国境内各州之间的法律冲

突,因而德国学者就使用“德际私法”这一名词表示两德之间的法律冲突法,显得更适应德国当时的情况。于是联邦德国的法院在实践中通过类推适用国际私法规则来处理涉及两德之间法律冲突的案件,并逐渐形成了解决两德之间的法律冲突和管辖权冲突的判例法规则,其主要特点就是以惯常居所取代国籍作为连结因素。德际私法与我国区际法律冲突具有实质性的差别,其中最主要的就是东西两德都是联合国会员国,都是国际社会普遍承认的独立国家,而台湾则不是联合国会员国;台湾法律也认为台湾是中国的一个地区,国际社会也普遍承认其是中国的一部分。但是德国政府讲求实效,努力探索适合德国国情的解决区际法律冲突的模式,这种态度和精神是最值得我们学习和借鉴的。

3. 在国际私法典之外另行制定全国统一区际冲突法的模式。也有少数复合法域国家强调区际法律冲突与国际法律冲突的差别,在国际私法典之外另行颁布全国统一适用的区际私法典。这一做法以波兰为代表。第一次世界大战结束后,波兰国内有五个法域,是典型的复合法域国家。1926年波兰同时颁布国际私法典和区际私法典,分别处理国际和区际法律冲突问题。不过后来波兰又相继颁布全国统一适用的私法,从而消除了国内的区际法律冲突。采取分别立法模式的还有前南斯拉夫和前苏联。这些国家认为社会主义国家内部各法域之间的法律冲突跟社会主义国家与资本主义国家之间的国际法律冲突在性质上完全不同,所以很有必要在国际私法典之外另行制定全国统一适用的区际冲突法。

国内学者较为青睐这种在国际私法典之外另行制定全国统一区际冲突法的模式,认为区际法律关系是一国之内不同法域之间的法律关系,不同于一国与外国国家之间的关系,从法律上应该将国际法律冲突与区际法律冲突区别开来,分别制定相应的法律加以解决,而且认为单独制定区际冲突法符合“一国两制”原则。我们现在还无法理解制定全国统一的区际冲突法是如何符合“一国两制”原则的,但可以肯定目前中央政府并没有推行这种模式的法律依据和途径,因为根据现行基本法,除了国防和外交等事务外,中央并没有权力制定施行于特别行政区的全国性法律,这其中就包括无权制定全国统一适用的区际冲突法。而且,我国区际法律冲突是极为独特、复杂和敏感的,具有苏东国家完全不具备的特征,两者具有根本性的不同。因此,我们认为从中国特色的区际法律冲突的现实出发,目前我国既不需要,也不可能制定全国各法域统一适用的区际冲突法。关于这一点,我们在后面还会有专门的论述。

4. 制定统一实体法消除区际法律冲突的模式。瑞士是采取这种做法的典型国家。瑞士原为邦联,各州都是拥有主权的独立实体,后演变为联邦制国家,而各州原有法律制度得以保留,于是也产生了区际法律冲突问题。瑞士用联邦统一立法的形式逐步解决区际法律冲突,并用区际冲突法解决国际法律冲突问题。后来,瑞士民法统一,其区际法律冲突问题基本消除,1989年起适用的瑞士联邦国际私

法主要用来解决国际法律冲突问题。

国内有学者认为制定统一实体法避免区际法律冲突的瑞士模式是解决区际法律冲突的最佳选择,但同时也承认这在我国是“理想但不可行”,是“纸上谈兵”,而且急于统一实体法也与“一国两制”的精神实质相违背。我们认为,从中国特色区际法律冲突的现实出发,制定全国统一适用的实体法不仅是“不可行”的,甚至不能说是一种“理想”,因为法律是上层建筑,在经济社会基础存在过大差距的情况下是不宜制定统一适用的法律的。

5. 示范法模式。在上述几种典型的做法之外,“示范法模式”也可以在协调法律冲突方面发挥其建设性的作用。法学会、律师协会等半官方、民间组织及学术团体提供一些不具法律效力的示范法,然后由各法域依据自己的情况加以采纳,并通过立法程序将这些内容转化为法律,这样也可以逐步走向法律的实质统一。我们认为,这种做法在美国的效果比较突出,对我国区际法律冲突的解决也有一定的借鉴意义。

## (二) 中国各法域解决区际法律冲突的实际做法

在对国际上解决区际法律冲突的几种主要典型做法考察之后,下面我们对我国四法域调整区际法律关系、解决区际法律冲突的实践进行实证分析,并且着重于考证各法域在实践中是如何对待区际法律关系与国际法律关系、区际法律冲突与国际法律冲突的。

### 1. 香港: 遵从旧制, 不作区分

在1997年回归祖国之前,香港曾长期作为英国的海外属地,其法制明显呈现出英美法系的特征,在冲突法领域也承继英国法律传统不对区际法律冲突与国际法律冲突做出区分,基本上适用同一套冲突规则予以解决。根据中英联合声明和香港基本法的规定,香港原有法律基本保持不变。所以说,香港回归以后仍从旧制,并不把区际冲突与国际冲突区分开来,仍然适用基本相同的冲突规则来解决其与内地的法律冲突问题。

### 2. 澳门: 制定新法, 同样处理

在1999年回归祖国之前,由于葡萄牙的长期占领和统治,澳门法制的基础和主体就是葡萄牙法制在澳门的延伸。为了迎接回归祖国的需要,澳门法律实现了本土化。回归后澳门特别行政区法律仍然与葡萄牙法律一脉相承,内容基本相同,体系几乎一致,冲突法也是如此。1999年颁布施行的《澳门民法典》第一卷第一编第三章就是关于法律冲突法的规定,其标题为“非本地居民之权利及法律冲突”,其中“非本地居民”是与“澳门居民”相对的概念,这一术语的采用表明澳门冲突法不仅可以解决不同国家间的法律冲突,而且可以同时用来解决国内不同法域之间的法律冲突。这说明在区际法律冲突与国际法律冲突的解决上,澳门民法典并没有做出区分,完全按照同一套规则进行处理。对区际法律冲突与国

际法律冲突不作区分、同样处理的方式成为澳门与香港的共同做法。

区际法律冲突与国际法律冲突规则上最大的区别就是区际冲突不宜以国籍作为冲突规则的连结点,因为如果以国籍为连结点的话,由于这个国家拥有数个独立的法域,就不能确定到底适用该国哪个法域的法律。为了适应回归祖国、解决区际法律冲突的需要,在属人法上,澳门完全放弃了原来以国籍国法为属人法且同时兼采住所地法的做法,改采住所地法为当事人的属人法。1999年《澳门民法典》第30条第1款规定:“属人法即个人常居地法”,第83条第1款还规定:“人以常居所所在地为其住所”。这一新的规定既适应回归祖国后解决与内地、香港和台湾之间法律冲突的需要,同时又符合当今国际社会属人法立法的发展趋势,因而是合理可取的。

### 3. 台湾:双重区分,差别待遇

倒是台湾为了调整与大陆间的民商事法律关系于1992年专门制定了《两岸人民关系条例》,该条例是在台湾“中华民国”宪法增修条文和“国家统一纲领”确定的“一个国家、两个地区、台湾优先”的原则指导下制定的。该法经过多次修改,最近的一次修改是在2006年7月。条例涉及的范围比较广泛,包括行政、民事和刑事方面的法律问题,是一部涉及两岸之间人民权利和义务及规范相互之间往来关系的基本法律,它集中地反映了台湾当局对两岸关系发展的总体态度和具体做法。当然,我们关注的焦点只是其中民事方面的问题。

台湾《两岸人民关系条例》的制定突出地表明台湾是把区际民商事关系与国际民商事关系分开处理的。条例在调整两岸区际民商事关系、解决区际民商事法律冲突方面采取冲突规则和实体规则双管齐下的办法。该条例第三章“民事”部分共有34条,其中涉及两岸民商事法律适用方面的规定有22条,实体方面的规定有11条,另外一条是关于裁判认可和执行问题的。在区际法律冲突规则的22条中有10条与台湾调整国际民商事法律冲突的1953年《涉外民事法律适用法》基本相同,在总共34个条文中,有12条体现了对内地的特殊待遇,当然这种特殊待遇不是国民待遇,不是优惠待遇,而是限制性的待遇(10)。《两岸人民关系条例》还专门规定特别实体规则直接运用于某些法律关系,这些实体性的规定基本上都是对大陆人民的限制。

另外,台湾当局还于1997年制定了《港澳关系条例》作为1997、1999年之后处理和规范台港澳关系及人民往来事务的主要依据。按照该条例第38条的规定,涉及港、澳地区的民事案件,类推适用台湾《涉外民事法律适用法》,在该法未规定的情况下,适用与民事法律关系有最重要牵连地法律,即最密切联系地原则。另外,根据《港澳关系条例》,港澳居民、法人、团体或其他机构在台投资、营业,输入或输出物品,也都准用关于外国人或外国公司的规定。这表明台湾在处理与港澳交往关系、解决与港澳法律冲突是比照国际冲突对待的。可见,对于

与港澳之间的关系,台湾原则上是参照涉外关系处理,这样实际上是一种务实的作法,因为港澳与内地是不一样的,它是“大陆地区之特殊部分”,台湾与港澳关系是两岸关系的特殊部分,不能把对待内地的那套做法全部用来对待港澳。

从整体上看,台湾把区际关系与国际关系区别开来,进而把对港澳关系与对内地关系区别开来,分别制定《两岸人民关系条例》和《港澳关系条例》,用冲突法和实体法两种手段共同予以调整,在策略上是值得称道的。但是,台湾《两岸人民关系条例》违背世界上多法域国家的一般做法,违背一国之内各法域当事人的民事法律地位平等,对当事人合法权益都应予以同等法律保护的原则,对内地,某种程度上也包括港澳公民、法人的民事主体资格实行差别待遇,予以一定的限制性规定。

#### 4. 内地:参照适用,优惠待遇

对于区际法律冲突的解决,内地的做法长期以来都非常明确和稳定,那就是把涉港澳台关系视为涉外关系处理,区际法律冲突参照适用解决国际法律冲突的原则和规则。根据国务院1988年《关于鼓励台湾同胞投资的规定》第5条、1995年《中外合作经营企业法实施细则》第57条、1999年《台湾同胞投资保护法实施细则》第5条、2001年修订的《外资企业法实施细则》第82条和2002年《指导外商投资方向规定》的规定,香港、澳门和台湾地区经济组织或个人在内地投资办厂参照或比照外资办理,享受外资待遇。2000年对外经济贸易部《对台湾地区贸易管理办法》第4条规定对外贸易经济合作部是对台贸易的主管机关,第14条也规定要参照国际贸易处理对台贸易事务。

不仅在公民事律地位方面,而且在管辖权、法律适用和司法协助方面,内地对于港澳台地区也是参照外国处理的。如1987年最高人民法院《关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》、1989年《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作会议纪要》,以及2002年最高人民法院《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》都明确肯定涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件参照涉外案件处理。不仅如此,内地与港澳台之间在某些方面还赋予了特殊的互惠措施。重要的有如下几项:第一,内地与港澳台之间的司法协助请求无须通过外交途径或有关公约规定的中央机构途径,而可以由相关法院直接进行;第二,内地与港澳之间一方有权机构作成的文书正本或经公证的文书副本及译本,不必使领馆或其他机构的认证,可以免除认证手续;第三,内地与香港澳门之间有及时送达和取证的义务,送达最迟不超过两个月,取证最迟不超过三个月;第四,证人和鉴定人跨区出庭作证时享有司法豁免权,这也是非常特殊的互惠措施;第五,法院之间可以直接相互请求代为查询并提供本辖区有关法律。第六,对台湾判决裁决认可和执行问题上的预期承认规则,内地法院作出民事判决前,一方当事人申请认可台湾地区就同一案件事实作出的判决裁决的,

中止诉讼后经审查符合认可条件的,予以认可并终结诉讼,对不符合认可条件的则恢复诉讼。这些规定不仅没有对香港、澳门特别行政区和台湾地区人民给予格外的差别待遇,而且给予外国人一样甚至更多的优惠,其目的是为了促进两岸人民自由,增加两岸人民福祉,推动国家统一。

### (三)解决我国区际法律冲突的“中国模式”

前面我们已经提到,解决区际法律冲突有冲突法和实体法两条路径,统一实体法的路径固然是消除区际法律冲突的根本方法。但是一般认为鉴于我国四大法域的法律目前在形式内容、体系结构、法律传统以及法律性质等广泛领域都有深刻的差异和根本的不同,在目前以至今后相当长的一段时间里,采用中央立法的方式统一实体法,不仅于法无据,有损各法域高度自治的立法权,而且也不利于保持特别行政区的繁荣和稳定。那么我们主要就如何通过冲突法路径来科学地处理我国的区际法律冲突问题。

为了解决中国的区际法律冲突,学者们提出了许多设想和方案,其中居于主流地位的是“三步论”:首先由内地、香港、澳门和台湾分别制定各自的区际冲突法或类推适用各自的国际私法来解决区际法律冲突,在区际冲突法制定之前,类推适用是一个过渡性的、短暂的阶段。然后,制定全国统一的区际冲突法来解决区际法律冲突,这是一个相对长期稳定的阶段。再后通过在某些问题上制定全国统一的实体法,进而至少在特别行政区成立五十年后最终实现全国法律的统一。“三步论”的核心是建议尽快制定全国统一的区际冲突法,不过由于这项建议与内地、香港和澳门目前的实际做法正好相反,所以也有学者对其可行性抱有疑问,我们对这一主张也持保留态度。

我们的疑问是,在我国区际法律冲突解决的路径上到底有没有制定一部全国统一区际冲突法的必要?各法域到底有没有在各自现有的国际私法之外另行制定区际冲突法的必要?是不是存在区际法律冲突就一定需要单独的区际冲突法来解决呢?根据我们的考察和研究,无论是从政治角度、经济角度,或理论合理性、实践可行性,还是从国际上的普遍经验来看,答案都是否定的。那么,我们国家为什么就一定需要一个单独的区际冲突法呢?赞成的学者们并没有提出有说服力的论述。我们始终认为“一国两制”所实现的国家统一是一种特殊形式的国家统一,由此形成的中国区际法律冲突的特征就是“中国的区际法律冲突不是一般的区际法律冲突,实际上它是国际政治经济法律冲突的集中体现”。所以我们主张维持目前各法域初步形成的分别把区际民商事事务视同涉外事务,根据本地的专门法规、区际协议,适用或参照适用涉外法规解决区际法律冲突的“中国模式”。

对于内地,我们仍然主张坚持和进一步完善“把涉港澳台民商事事务视为涉外事务,按照专门法规和区际协议予以处理,如无专门法规和区际协议则参照适用

涉外法规”的区际法律冲突解决路径。这里的专门法规是指内地专门针对港澳台地区制定的法规,主要为实体法,如1994年全国人大制定的《台湾同胞投资保护法》,也有涉及程序问题的,如1998年最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。区际协议则是内地与特别行政区相关代表机关在基本法的基础上平等协商达成的协议,如2003年内地分别与香港和澳门协商签署的《关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)。当然更具法律意义的还是最高人民法院与特别行政区政府代表共同协商签署的一系列《安排》,这些《安排》在内地由最高人民法院以发布司法解释,在特别行政区则以修改制定法律法规的形式予以落实。到目前为止,区际协议全部都是——对——协商后达成的,并且全部都是关于司法协助问题的,如1998年《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》,1999年《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,2001年《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》,2006年《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》,2007年《关于内地与香港特别行政区法院相互承认和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》和《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》。可以说,在文书送达、调查取证、仲裁裁决的认可和执行、法院判决的认可和执行上等区际司法协助方面,已经建立起了较为全面系统的措施和制度。不过,专门法规和区际协议只是涉及到一部分区际法律关系和区际法律冲突问题。在专门法规和双边协议没有涉及到的其他法律问题上,内地是参照适用涉外法规来予以调整的。涉外法规既包括实体法和程序法的内容,也包括涉外民商事关系法律适用法即冲突法。制定专门法规也好,达成区际协议也罢,或者参照适用涉外法规,其要点和核心在于以调整国际法律关系、解决国际法律冲突的标准和规则来调整区际法律关系、解决区际法律冲突,而不是以调整国内法律关系的标准和规则来调整区际法律关系、解决区际法律冲突。尽管我们不敢确定这种做法是否只是过渡性措施,但可以肯定这一模式在短期内绝不会改变,因为解决区际法律冲突的这一模式符合我国区际关系的特殊情势,具有极大的历史创造性,是科学的、可行的,也是我国各法域不约而同的选择。

第一,从政治上看,“涉港澳台民商事事务视为涉外事务,按照专门法规和区际协议予以处理,如无专门法规和区际协议则参照适用涉外法规”的做法完全符合“一国两制”原则。有的学者从“国家主权是统一的,不可分割的”、“特别行政区是统一的中华人民共和国不可分割的组成部分”出发,认为“如果说香港、澳门主权回归前,我们在处理涉港案件适用有关涉外案件法律规定还有一定的合理性和积极意义,那么,现在香港、澳门主权已回归,再继续沿用老办法就无任何依据了。”也就是说,港澳回归以后,我国内地的涉港、涉澳问题,完全属于国内

问题,就不能视为涉外问题,不能按照处理涉外问题的法规来处理,应当用单独法律解决。我们不苟同这种主张,可以反问一下,既然国家主权统一了,涉港澳问题完全是一国之内问题,那么港澳地区为什么不适用中华人民共和国全国性法律?我们再次强调,(1)“一国两制”所实现的是一种特殊形式的国家统一,港澳回归后国家在形式上是统一了,但是特别行政区的政治、经济和社会文化制度与内地都是完全不同的,特别行政区有相当完整独立的立法权和行政管理权,以及完全独立的司法权,也有独立的货币和财税制度,不向中央纳税,这些通常情况下都是主权者才能享有的权力,所以我们国家目前的状态不是完全的实质意义上的统一。否定国家统一的特殊性就必然会直接或间接地否定“一国两制”。(2)并没有哪部法律法规或司法解释规定涉港澳台事务要“按照”涉外法规处理,一般都是规定“参照”“比照”或“类推适用”涉外法规办理。“参照”、“比照”和“类推适用”与“按照”、“遵照”是有区别的,采取“参照”、“比照”和“类推适用”这样的术语就已经表明涉港澳台事务与涉外事务不是一回事,只是由于特定历史条件下形成的特殊现实状况,使得区际关系与跨国关系事实上确有颇多类似之处,所以才有必要把涉港澳台事务参照涉外事务办理。(3)处理国家与国家之间关系的原则、规则和制度是不是不能适用于区际关系呢?国际问题与区际问题是两条平行线、不会有交集吗?我们认为,“理一分殊”,解决国际问题与区际问题的道理都是一样的,只是不同情况下有不同的表现罢了。邓小平同志就将处理国与国之间关系的和平共处原则创造性地用于解决国内问题,创造出了两种不同的社会制度在一个国家内长期共处的政治形式。“一国两制”的构想明显受到和平共处原则的启发,甚至可以说是和平共处原则在国内统一问题上的运用和具体化。另外和平发展既是我国处理国际关系的战略之一,同时也是处理与台湾关系的重大方针。既然,处理国际关系的原则、方针和政策可以用于区际关系的处理,那么主张解决国际法律冲突的规则在区际法律冲突的解决中发挥作用就不会存在“政治”上的问题。

我们一定要与时俱进,突破一个国家只能存在一种制度以及与之相适应的政权组织形式的传统认识,从国内的区际问题与国家之间的国际问题之间不能相互借鉴的僵化思维和教条式理解中解放出来,真正树立一种新的国家观念和宪政思想。“涉港澳台民商事事务视为涉外事务,按照专门法规和区际协议予以处理,如无专门法规和区际协议则参照适用涉外法规”是完全符合“一国两制”原则的。

第二,从实证的角度上看,我国四个法域中有三个半要么是对区际冲突与国际冲突不作区分,适用同一套冲突法规,要么就是把区际冲突视为国际冲突处理,参照适用涉外法规。这种做法在香港和内地已经实行多年,至今没有改变,澳门也是新近才做出的选择,把区际问题与国际问题一体对待,相信今后也不会改

弦更张。此外,台湾在处理港澳关系时也是“类推适用”涉外规定,只是在处理与内地关系时才真正规定了一些单独的区际冲突法,而它之所以单独规定主要是为了达到限制和歧视内地法律和人民的目的,如果不是为了限制和歧视的话,它也是不会制定《两岸人民关系条例》的。现在的情况就是三个法域全部选择不单独制定专门的区际冲突法的模式,这就已经充分说明了这种模式的价值和生命力。有学者认为“一国两制”要求单独立法处理区际问题,但现在实证考察的结果非常清楚,那个单独制定专门区际法律的法域正是反对“一国两制”原则的,那些不单独制定区际法律的法域又是主张和接受“一国两制”原则的。事实证明,认为区际冲突如果参照适用涉外法规,或者区际冲突与国际冲突不作区分适用同一套规则就违反“一国两制”的观点没有根据。因此,是否单独制定区际冲突法在任何意义上都不能成为判断一个法域是否坚持“一国两制”原则的标准,否则,会得出与事实完全相反的结论。

第三,从法律上看,最高权力机关尚无制定全国统一的区际冲突法的合法权限。根据基本法的规定,中央政府只负责管理特别行政区的防务和与特别行政区有关的外交事务,特别行政区不实行社会主义制度,原有法律基本不变,除基本法附件所列外,其他绝大部分全国性法律没有在特别行政区实施的可能。所以根据“一国两制”方针和基本法的规定,中央制定的社会主义法律不能在特别行政区适用,也就是说,从宪政的角度来讲中央原则上没有权力为特别行政区立法。那么试图由中央制定全国普遍适用的法律来解决我国的区际法律冲突就没有任何法律依据,而且在50年内也不可能有这样的依据。由中央制定统一适用的实体法违反基本法,违背“一国两制”原则,制定统一适用的冲突法同样违反基本法,同样违背“一国两制”原则。如果一个法学理论超越法制实践50年,那么它便不是一个好理论。主张由中央制定统一适用于全国的法律,无论是冲突法,还是程序法或实体法,都脱离了我国目前的立法实际。

第四,从经济角度上看,不制定单独区际冲突法可以节约立法资源。区际冲突法的目的是为了调整法域之间法律关系、解决法域之间法律冲突,在性质上属于法律适用法,也是一种间接调整的方式,这些与国际私法均没有实质性的区别。而且追根溯源的话,区际冲突法是国际私法之母,国际私法是在区际冲突法的基础上发展起来的,两者的原则和规则经常也相同,所以不少国家对区际冲突和国际冲突不作区分。只是因为近代国家的形成,区际法律冲突的现象大大减少,区际冲突法反而成了冲突法的特殊存在形式。正是由于区际冲突法与国际私法目的相同、性质相通,源流相接,规则相近,所以区际冲突法也被称为“准国际私法”。可见区际法律冲突与国际法律冲突类推适用或直接适用同一套规则是可行的。其实,从立法学的角度来看,立法者在制定冲突规则时本身就是从量和质两个方面对与争议事项相关的主客观因素进行综合判断,然后才选择适当的连结点制

定出冲突规则,跨区与跨国的形式区别在冲突规则制定过程的份量较小,这也决定了两者不会有太大的差别。因此,仅仅因为微小部分的区别就把两种冲突规范彻底分离开来,在立法和司法上都是不经济的,所以说跨区与跨国事项参照适用或一体适用涉外法规可以节约立法资源。而且目前我国各法域都有自己的国际私法,这为各地区的适用或参照适用提供了基础。有学者提出:“我国的区际法律冲突,除了不存在主权国家的法律冲突这一因素,几乎与国际法律冲突没有多大区别”,认为,“一部冲突法如果既能调整国际之间的法律冲突,又能调整一国之内不同法域之间的法律冲突,那当然是最好不过了”。这样可以节约有限的立法资源,有助于我国的法制建设事业。

第五,从世界历史的角度上看,我们可以从古今中外多法域国家解决区际法律冲突的实践中看出,世界上制定单独的区际冲突法的多法域国家是少数,而且这种区分立法的实践在当今国际社会几乎没有。前苏联本来是分别立法的,它明确地区分苏联法律与外国法律的冲突及加盟共和国间法律的冲突,作为当时最大的社会主义国家,其采纳这一制度具有强烈的意识形态上的原因。正如隆茨所写的:我们不能把资产阶级与苏联法律间的冲突看作和各盟员国间的冲突。在各盟员国的立法关系中,虽可能有细节上的差异,但是存在着为斯大林宪法所巩固的一切基本原则上的完全统一性,而在考虑具有涉外因素的民法关系时,相冲突的法律内容是存在有原则性的不同,且以相互对立的原则为基础的社会主义法律与资本主义法律。这种在法律适用上“政治挂帅”,严格划分姓“资”姓“社”的做法在目前中国并无理论和实践支持,也不符合改革开放的政策与和谐世界的理念。其余国家如波兰等短暂地实行过“区分制”,然而不久的统一实体法取代了各法域的法律割据。那些曾经制定单独区际冲突法的国家要么早就放弃了那种做法,要么就已经分崩离析、从世界地图上再也找不到它们的名字了。这是不是能够说明区际法律冲突与国际法律冲突区分立法的做法并不值得借鉴呢?而那些区际法律冲突与国际法律冲突不作区分或者类推适用的英美模式国家或西班牙模式国家却依然稳步发展,这是否也说明英美模式或者西班牙模式更能适应于国家和民族利益的发展呢?

第六,从区际法律发展的趋势上看,在统一的中国之下,随着各法域之间融合程度的加强,50年后,或者更长的一段历史时期后,我国各法域之间的法律会完全一致吗?或者我们学者在研究中应当把法律的完全统一当作一个追求的理想目标吗?我们觉得,各法域之间的法律完全统一是不可能的,完全消灭区际法律冲突同样不可能。美国已经立国200年了,区际法律冲突依然存在,英国区际冲突的历史则更为久远,英格兰与苏格兰的法律至今也没有完全一致,法律冲突更广泛、更深层次、更复杂的中国区际法律冲突的存在有无可能也会成为一个长期的历史现象?甚至在我国内地,部门规章与部门规章之间、地方性法规与地

方性法规之间,以及部门规章与地方性法规之间都还存在不协调之处。尽管在总体趋势上我国各法域法律间的冲突越来越缓和,内容越来越协调,但是只要各法域的政治、经济和社会文化制度和运行机制不同,各法域的法律就不会统一。而且法律是动态发展的,新制定的法规中协调统一的部分会增多,但相互抵触和冲突的部分也会相应地滋生。国人都有“大同”的理想,但“大同”也有“小异”,“大同”的实质是“和而不同”而非“完全相同”,“和而不同”是中华文化中最具价值的人生社会哲学。如果认为“最终统一全国法律,全面消除区际冲突,是我们的终极目标”的话,我们是不敢苟同的。我们需要尊重历史尊重现实,同时也要尊重未来,不要预设法律完全统一的目标。惟一可以预期的是,在未来的中国,法域并存的局面将会长期存在下去。

简言之,区际法律冲突是一国之内的冲突,国际法律冲突是国家之间的冲突,两者在冲突的空间范围上确实是不同的,但是这并不意味着必须要制定两套完全不同的规则来解决。因此,关于我国区际法律冲突解决的路径,不是去制定全国统一的区际冲突法,而是继续保持“涉港澳台民商事事务视为涉外事务,按照专门法规和区际协议予以处理,如无专门法规和区际协议则参照适用涉外法规”的成功模式,然后把在参照适用的过程中遇到的区际法律冲突中的特殊问题或特殊情形,在处理时做特殊规定。

#### 四、解决中国区际法律冲突的原则与策略

探讨中国区际法律冲突解决的路径,除了要保持和完善解决区际法律冲突的“中国模式”之外,还要研究中国区际法律冲突解决所应当树立的原则与策略。只有在正确的原则和策略的指导下,我国的区际法律合作与协调才能顺利地进行。

##### (一)解决我国区际法律冲突的几项原则

“一国两制”基本方针的实施是我国区际法律冲突产生的前提和基础,同时也是解决我国区际法律冲突的根本指导思想。但是指导思想本身并不能解决太多的具体问题,要科学合理地解决我国的区际法律冲突,确立区际冲突法的原则和策略就具有更为具体的指导意义。关于区际冲突法的原则,学者们非常重视,不过认知各有不同。按照“一国两制”大政方针,根据我国内地的有关立法和司法实践,以及法域之间法治互动的事实,特别是结合调整区际法律关系、解决区际法律冲突的“中国模式”,我国内地已初步确立了如下几项区际冲突法原则:即平等互利原则,准用涉外法规原则,最密切联系原则和公共秩序保留原则。

##### 1. 平等互利原则

平等互利原则既是国际法上的原则,也是解决我国区际法律冲突的基本原则之一。根据“一国两制、高度自治”的大政方针,在解决法律冲突问题时必须相互尊重对方的社会政治制度、经济制度和法律制度,相互承认各法域法律处于

平等的地位。同时,“一国两制”也内在地要求赋予外法域居民在本法域平等的民商事法律地位,对其正当权益给予平等的保护;“高度自治”也要求各法域在立法和司法领域处于平等地位,对相关法律事务必须平等协商。相应地,在解决中国区际法律冲突中,平等互利原则就主要表现为如下三个方面。

第一,对当事人来讲,平等互利首先意味着明确赋予和承认各法域居民在本法域平等的民事法律地位,平等地保护各法域居民的一切正当权益。在改革开放初期的一段时间里台湾居民在内地的民商事法律地位没有明确的政策和法律依据,各地法院的做法也不一致,而台湾法律至今仍不能保障海峡两岸人民平等的民事地位。各法域人民参与一定的民商事活动,结成一定的权利义务关系,都是为了追求一定的利益,所以解决各法域民事法律冲突的规则或制度,都应该保护各法域人民的一切正当权益。如果在解决区际法律冲突时不是以合理保护各法域人民的一切正当权益为原则,而是把不同的社会政治经济制度、社会经济发展水平、意识形态和生活方式作为制定解决区际法律冲突规则和制度的标准,那么,各法域人民的正当权益不仅得不到应有的保护,而且区际法律冲突也无法解决,从而阻碍了区际之间的经济文化交流和合作以及人员往来,也不利于促进国家的融合与民族的复兴。

第二,平等互利原则要求内地、香港、澳门和台湾四法域的民商事法律处于相对平等的地位,在一定程度和范围内承认其他地区法律在本法域内的域外效力,并予以平等的适用。在处理涉及其他地区的法律争议时,各法域既要承认其他地区法律的应有地位,同时也要避免法院地法优先的本位主义,不能对其他地区的法律采取排斥的态度。这一点内地需要检讨的地方当然也有很多,而台湾《两岸人民关系条例》虽然是以区际法律冲突理论为基础,但实际上也没有完全体现法域间法律的平等性。一是《两岸人民关系条例》在提及台湾地区法律时使用“法律”一词,而在提及内地法律时则使用“大陆地区规定”,措施显有不同,在言语上未把祖国大陆法律与台湾地区法律放在平等的位置上,即使是台湾学者也不以为然。二是《两岸人民关系条例》明确规定“台湾地区人民与大陆地区人民间之民事事件,除本条例另有规定外,适用台湾地区之法律”,以适用台湾法律为原则,以适用内地法律为例外,而且其冲突规范不少都为指向台湾法律的单边规范,排斥内地法律的适用,这是不符合现代冲突法立法的潮流和趋势的,同时也违背了法域之间平等互利的应有原则。

第三,区际冲突法上的平等互利原则要求各法域相应国家机关在民商事法律协调和互动的进程中处于平等地位,这也是由我国特殊形式的国家统一所决定的。根据特别行政区基本法,特别行政区享有相当完整的立法权以及独立的司法权和终审权,内地与特别行政区在法律适用和司法上没有隶属关系,所以在法律适用和司法上各地之间应坚持区域平等的原则。具体地说,首先在区际管辖权

冲突、区际法律适用冲突和区际司法协助方面,各法域都是平等的立法者和司法者,任何一方不能将己方的法律强加于对方,也不能擅自到对方管辖区内从事对方法律所不允许的司法活动,对于法域之间存在的任何法律问题都必须通过自觉协调和平等协商加以解决。自觉协调就是各法域秉持平等互利的原则,在本法域法律的立补改废过程中有意识的借鉴其他法域或国际条约中行之有效且在本地可行的规则制度,在力所能及的范围内尽量减小不同法域之间民商事差异的范围和程度,促进各法域法律的协调。比如在大陆地区起草制订民法典时,就可尽量借鉴港澳台地区行之有效且在本法域可行的民商事法律规定。法律上的回应与互动也是自觉协调的表现,如台湾1992年《两岸人民关系条例》第74条规定大陆地区的法院民事判决和仲裁裁决可以到台湾申请认可和执行,原本并无互惠之要求,不过后来考虑到大陆方面对台湾地区作出的民事法院判决或仲裁裁决之执行均未见有善意的回应,故于1997年修订该条,增加规定大陆地区的法院民事判决和仲裁裁决可以到台湾申请认可和执行,以台湾地区的法院民事判决和仲裁裁决可以在大陆地区法院申请认可和执行为前提条件,但当时大陆并无认可和执行台湾相关裁判的规范性文件,为使两岸之间的裁判认可和执行步入正轨,于是大陆最高法院在1998年发布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》,对台湾《两岸人民关系条例》进行了回应。法域之间平等协商的例子就比较多了,根据《香港特别行政区基本法》第95条的规定,最高人民法院,而不是各省高级法院,与香港特别行政区的代表协商,相继达成关于相互委托送达民商事司法文书、相互认可和执行仲裁裁决和某些法院判决的安排。根据《澳门特别行政区基本法》第93条的规定,最高人民法院和澳门特别行政区的代表协商,也相继达成就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据,以及相互认可和执行民商事判决和仲裁裁决的安排。相信经过各法域之间持续的自觉协调和平等协商,法域之间的法律冲突问题会逐步得到有效的解决。

## 2. 准用涉外法规原则

前面我们已经详细地谈到了,准用涉外法规来调整区际法律关系、解决区际法律冲突是“中国模式”的重点与核心,内地在立法上把涉港澳台关系视同涉外关系处理,区际法律冲突参照国际法律冲突来加以解决,这是由我国区际法律冲突的特点决定的,也是一种务实的做法。司法实践中虽不统一,但是大多数涉港澳台案件或者是直接适用专门针对涉外关系或涉港澳台关系的实体法律,如《中外合资企业经营法》和《台湾同胞投资保护法》等;或者是径直适用《民法通则》或其他法律中关于涉外民事关系法律适用的冲突规范;或者是作一区际关系参照国际关系处理的说明,然后适用《民法通则》或其他法律中的冲突规范据以确定准据法。当然需要说明的是在“中国模式”中,准用涉外法规作为一项原则并不排斥适用内地专门针对港澳台人民制定的一些专门法规或者法域之间的协议,

当然这更多的是一种经贸方面的实体法规定,在这里不作过多的分析。

不仅内地,台湾 2006 年修订的《港澳关系条例》第 38 条仍然坚持其“民事事件,涉及香港或澳门者,类推适用涉外民事法律适用法”的规定,同时其第 41 条也仍然强调“香港或澳门之公司,在台湾地区营业,准用公司法有关外国公司之规定”。香港澳门是将区际法律冲突等同国际法律冲突的,用的是同一套规则,也可以认为是准用涉外法规。

### 3. 最密切联系原则

最密切联系理论在冲突法的国家和国际的立法和司法上得到了普遍的采用,具有广泛的影响力,代表了冲突法立法和司法的潮流和趋势。它既可以作为冲突规范的连结点来适用,也可以作为冲突法的基本原则运用。可以认为内地国际私法是以最密切联系为其原则之一的,因为区际关系参照国际关系处理,所以也可以认为最密切联系也构成了内地解决区际法律冲突的原则之一。在解决我国区际民事法律冲突时遵循这一原则有利于法院和仲裁机构正确适用法律,有利于促进海峡两岸民事交往更好地发展,从而有利于祖国大陆与台湾的和平统一。

台湾 2006 年修订的《港澳关系条例》第 38 条规定:“民事事件,涉及香港或澳门者,类推适用涉外民事法律适用法。涉外民事法律适用法未规定者,适用与民事法律关系最重大牵连关系地法律。”台湾《两岸人民关系条例》中的一些具体的冲突规则也可以认为是按照最密切联系的标准制定的,如其第 51 条规定:“物权依物之所在地之规定。”第 52 条规定:“结婚或两愿离婚之方式及其它要件,依行为地之规定”等等。

可以看出,实际上最密切联系原则与准用法规原则两者之间是一种互为表里和互相补充的关系。

### 4. 公共秩序保留原则

公共秩序保留制度是维护本地法律基本原则和社会公共利益而设置的安全阀,它本身是一个国内法上的概念,后来成为国际私法的一项原则,在广泛的领域都有适用的机会。鉴于我国各法域之间法律冲突的广泛性、深刻性、敏感性和复杂性,以及区际法律融合的长期性,公共秩序保留也就成为了我国解决区际法律冲突的原则之一。

一般来说,在国际私法领域公共秩序保留制度在两个层面予以适用,一是在法律适用阶段依照本法域冲突规范需要适用其他国家或地区法律的,如果适用该法律违背本法域的社会公共秩序的,则不予适用;另一个就是在司法协助阶段根据相关协议或各自规定需要承认或执行外法域的民事法院判决和仲裁裁决的,如果承认或执行该项判决或裁决违背本法域社会公共秩序的,也不予承认或执行。

对我国区际情形而言,公共秩序保留制度的存在也可以屏蔽各法域之间某

些长期无法协调的法律基本原则和社会公共利益的冲突,维护各法域法律制度和社会规范的独立性,保护各法域的社会根本利益不受侵害,对各个法域都是有益的,各个法域也都有相关的规定。我国各法域在区际法律适用和区际司法协助方面对公共秩序保留制度一直持肯定态度,内地曾数次以社会公共利益(常常结合法律规避禁止制度同时使用)为由拒绝适用特别行政区法律,另外在内地与香港相互执行仲裁裁决的安排、内地与澳门相互送达司法文书和调取证据的安排,以及内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排也都有关于公共秩序的规定,只不过是违反内地的叫“社会公共利益”,违反香港的叫“公共政策”,违反澳门的叫“公共秩序”。

根据我国各法域的相关专门法规、区际协议和司法实践关于公共秩序保留的规定和做法来看,我国区际法律适用过程中公共秩序保留制度的运用主要有如下几个特点。

(1)我国区际公共秩序保留制度运用的领域比国际公共秩序保留还要宽泛,而不是相反。具体地说,就是除了法律适用和司法协助这两个层面外,在我国区际法律冲突中公共秩序还用于既得权利的认可。台湾《两岸人民关系条例》第63条就规定:本条例施行前,台湾地区人民与大陆地区人民间、大陆地区人民相互间及其与外国人间,在大陆地区成立之民事法律关系及因此取得之权利、负担之义务,以不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者为限,承认其效力。而内地最高人民法院在其工作报告中也曾经指出:“台湾居民在台湾地区的民事行为及台湾地区法规所取得的权利,如果不违反中华人民共和国法律的基本原则,不损害社会公共利益,可以承认其效力。”

(2)我国区际公共秩序保留的范围比国际公共秩序保留的范围还要广。具体地说,一方面国际公共秩序能够适用的保留理由也可以构成区际法律冲突的保留理由,近年甚至还出现了因为适用香港法与部门规章相违背,进而构成了对我国经济秩序的违反,因此排除了对香港法的适用,也就是说以公共秩序保留为理由排除了香港法的适用。另一方面还多了“一个中国”原则的保留理由,内地对其他法域现行法律中违反国家统一原则的部分是坚决不予承认的,对于有违“一个中国”原则的判决、裁决也不予认可,而在国际法律适用中就不存在违背“一个中国”原则的问题。

(3)仅仅从文本来看,内地和台湾在区际公共秩序保留制度中采用的是“内容违背标准”或主观说,而不是“结果违背标准”或客观说,而“内容违背标准”比“结果违背标准”更严格。当然,内地和台湾区际公共秩序保留制度采用“内容违背标准”只是从相关文本中推导出来的,在不同法院的司法实践中应该会有不同的理解和做法。因此台湾国际私法学者也主张:区际冲突法中公序良俗条款“乃一项应谨慎认定的例外规定,故除该法律之规定适用之结果,确实与公序良

俗抵触外,不宜动辄认定与台湾地区之法律规定不同者,为违反公序良俗。

总的来说,这三个特点与许多学者所设想的我国区际法律冲突中的公共秩序保留制度在适用领域、范围和标准上应该较国际法律冲突为窄的“限制适用论”有相当差距。对此,我们认为,这是由于我国的区际法律冲突本身就是国际政治经济法律制度冲突的集中体现,其广泛性、深刻性、敏感性和复杂性丝毫不逊于国际法律冲突。这种状况需要在各法域加强协商和互动的过程中逐步得到消解。当然我们觉得没有必要也不可能为“公共秩序”的具体范围做出明确的划定,宜由法院在具体的适用过程中加以把握。

## (二)解决我国区际法律冲突的几点策略

### 1. 稳定“中央”、着重“两厢”

在解放战争时期,中共中央曾经提出“让开大路、占领两厢”的策略方针,意思是暂时不与对方争夺城市地区,而是把重点放在农村地区和中小城市。把这一策略用到区际法律冲突的解决中来,就是在管辖权、法律适用和司法协助这三个部分中,尊重各个法域在法律适用这一冲突法的核心问题上的做法,把法域之间协调和协商合作的重心放在管辖权和司法协助这两个部分,待条件成熟时再考虑法律适用规则的协调。从解决各法域之间的管辖权以及包括判决承认和执行在内的司法协助问题入手,推动区际法律冲突的解决。首先是因为“法律适用”问题与管辖权和司法协助问题比较起来,处于冲突法的中间环节和核心位置,各法域都很重视和敏感,很难在短期内改变传统的做法,不如索性完全尊重。其次,对每个法域来说,法律适用问题是可以完全由自己决定的,而裁决的承认执行等则相互有求于对方,因此,在司法协助方面达成一致意见即要迫切些,同时也要相对容易一些。再次,各法域在法律适用这一块已经有相当多的共性,不少冲突规则其实都是一致或相似的,而管辖权和司法协助则分歧很大,需要更多的协商才能互信互重。最后,管辖权和司法协助的实际意义其实更为重大,因为裁决只有得到认可和执行才具有真正的价值,而管辖权问题也会影响到裁决的承认和执行。这两个问题处理好了,区际法律冲突问题就解决了一大部分。当然,这一策略的问题在于放任法律适用而强化司法协助会对那些本地法优先的法域更有利,而且也制约着管辖权和司法协助方面的深度合作。

近几年来,内地与香港特区、澳门特区就“两厢”问题,尤其是司法协助问题积极努力,在平等协商的基础上采用区际协议的方式在某些领域达成一致。按照这一成功做法,对有关司法协助事项,由双方共同协商就有关“安排”达成一致意见,签署备忘录,然后各自按照本地的法律程序分头颁布执行。这个模式既有利于双方在平等协商的基础上建立科学、有效的司法协助机制,也有利于双方依法行使各自独立的司法权和终审权,充分体现尊重基本法以及港澳法律的精神。区际法律冲突协调的实践已经初步证明我们“稳定中央、着重两厢”的思

路是务实可行的。鉴于内地与香港澳门之间在文书送达、调查取证、仲裁裁决的认可和执行、法院判决的认可和执行等区际司法协助方面,已经建立起了较为全面系统的措施和制度,今后,各法域宜将协调与协商合作的重点放在管辖权方面,力争在三至五年内达成关于管辖权方面的安排或自觉协调单方立法,使区际之间的法律协调更为深入。

## 2. 借助国际推动区际

在当今世界,经济全球化、区域集团化和法律趋同化不只是一种趋势,而已经是人类的现实生存状况。在这种国际大背景下,东方与西方的鸿沟明显变窄,英美法系与欧陆法系的区别日益缩小,国内法与国际法渗透加剧。由于我国各法域都有一定的对外交往权力,特别行政区可以在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等非政治领域单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议,并且可以参加不以国家为单位的国际组织和国际会议。这样,当通过区际协商的方式来协调各法域法律冲突、推动各法域法律合作存在非理性的顾虑和障碍时,各法域可以先后或一起共同加入某些国际条约,通过借助国际条约的形式来推动各法域法律在某些领域,尤其是经济贸易方面法律方面的实质趋同,间接地为解决这一领域内的法律冲突铺平道路。当然,这些国际条约可以是统一冲突法条约,也可以是统一程序法条约和统一实体法条约。

我们主张借助国际推动区际法律冲突的解决,并不是说直接适用相关国际条约来处理相关区际法律冲突,而是强调通过参加国际条约,一方面各法域承担了将国际条约转化为本地法的义务,从而促进各法域本地法实质内容的趋同,减少各法域法律之间的实质冲突,另一方面,由于这些国际条约是在多国协商的基础上制订的,这种背景有利于促进各法域之间平等协商,降低谈判成本,达成区际协议。比如说前面我们提到的内地与香港、澳门分别达成的几个安排,均有相关国际公约为背景,在内容上均借鉴了海牙送达公约、海牙取证公约、纽约公约和协议选择法院公约等国际公约的规定。所以说通过共同加入某些国际条约或国际组织确实有助于减少中国区际法律之间的冲突,促进区际协议的达成。

## 3. 注重实质融合

鉴于基本法的规定,中央目前没有制定全国统一适用的法律的立法权限,所以不能指望在一定的时间内,能够制定出全国统一适用的法律,这不是一蹴而就的事情。即使中央有此权限,由于法律属于上层建筑,在经济基础还存在相当大的差距的时候,就强行统一上层建筑,结果必定是不牢固的,后患无穷,不仅不能促进国家的统一,反而严重违背“一国两制”原则,不利于各法域的稳定、和谐与繁荣。所以不能过高估计全国统一适用一套法律的法制形式统一的价值,而要努力在不违反基本法的基础上推动各法域法律内容的实质融合,尽管从形

式上看,这些法律是各法域分别制定的。无论是自觉协调单独立法,还是平等协商制定区际协议,或者借助国际条约推动区际法律冲突的缓和,都要注重法律内容的实质融合,尽量避免中央统一立法。

可以预期,随着回归日久,各地区交往的频繁和中国社会的整体进步,各法域间政治经济文化融合加深,共识日益增多,通过多年的自觉调整、互相协商和借助国际条约的推动,各法域法律之间的差异总的来看会越来越小,一致或趋同的成份则越来越大;各法域法律,包括冲突法、实体法、程序法在内容上都会渐趋一致,直至达到一个冲突与融合的动态平衡的状态。

#### 4. 循序渐进、求同存异

由于各法域经济、政治和社会文化的整合是一个长期渐进的过程,由于“一国两制”至少要管50年,所以对于调整区际法律关系、解决区际法律冲突不能操之过急,不能为了解决冲突而解决冲突,一定要从各法域的经济政治和社会文化的实际情况出发,尤其是要考虑到内地仍然面临着完善市场经济、发展民主政治、创生现代文化、建设和谐社会的重大责任和紧迫任务,内地许多更为重大紧迫的事情还没有解决好,就试图一下子把区际冲突全部解决掉恐怕存在难度。所以,我们一定要循序渐进,先易后难,逐步协调,不强求一下解决所有的法律冲突问题。又因为内地会越来越富强和进步,其他地区对内地的了解也会越来越全面和深刻,所以内地并没有解决区际法律冲突的迫切需要,法律的实质统一,越往后时机对内地越有利,压力越小;越早内地反而越被动,压力越大,事实上内地也并没有做好法律实质统一的准备。我们必须坚持“一国两制”方针,结合我国区际法律冲突的特点,通过各法域间的充分协商和协调来推动法律的实质融合,追求有所同有所不同的理想目标,而不能在条件还不成熟的时候就贸然立法,勉强实现法制的统一。

#### 五、小结

“一国两制”促进了国家的统一、稳定和繁荣,它在实现国家统一的政治需要和政治功能的同时使中国从一个单法域国家演变为一个多法域国家,从而为中国区际法律冲突的产生奠定了宪法基础。中国区际法律冲突不是一般意义上的区际法律冲突,实际上它是国际政治经济法律冲突的集中体现,其特殊性表现为:第一,我国的国家统一是一种特殊形式的国家统一,各法域拥有非常广泛和相当独立的立法、行政和司法权力,及以自己名义单独处理对外非政治性事务的权力。不过由于台湾不接受“一国两制”,两岸敌对状态并未彻底消除,双方之间的政治隔阂、偏见与限制仍然存在;第二,从政治上讲,内地与香港澳门之间是一种中央与地方的纵向关系,但是内地制定的全国性法律与香港澳门制定的地方性法律并不能按照上位法优于下位法的原则来解决法律冲突问题;第三,中国区际法律冲突是综合力量与发展水平极不均衡的几个法域之间的法律冲突,内

地在综合力量上占有优势,然而港澳台人民群众的物质生活水平,特别是整个社会的法治水平又要高于内地,而且各法域对解决法律冲突、提供司法协助的需求也不均衡。第四,内地坚持社会主义的旗帜,港澳台则是资本主义社会,既有社会性质相同的法律之间的冲突,也有社会性质根本不同的法律之间的冲突。第五,内地法属于社会主义法系,香港法属于普通法系,澳门法和台湾法分别属于欧陆法系中的法国法系和德国法系,我国区际法律冲突涉及到多个法系的法律之间的冲突;第六,由于特别行政区都有以自己名义单独处理对外事务非政治事务的权力,会导致一定数量的各法域的本地法与在其他法域适用的国际条约之间在内容上的冲突问题,以及分别在不同法域适用的国际条约与国际条约内容之间的冲突;第七,我国缺乏真正意义上的最高立法机关和最高司法机关,导致广泛、深刻、敏感和复杂的我国区际法律冲突更加难以协调。

区际法律冲突在不少国家都存在,其历史也非常悠久,不同国家在长期的法律实践中逐渐形成了各具特色的解决区际法律冲突的模式。至于我国内部各法域的做法,香港回归后仍遵从旧制,对区际法律冲突和国际法律冲突不作区分,澳门则在回归前制定新法,也不再把区际法律冲突与国际法律冲突分开处理,至于台湾则是把区际关系与国际关系区别开来,进而把与港澳之间的关系跟与内地之间的关系区别开来,分别制定《两岸人民关系条例》和《港澳关系条例》,用冲突法和实体法两种手段共同予以调整,是值得称道的,但是其对内地和港澳地区公民、法人实行差别待遇和限制性规定。内地向来把涉港澳台关系视为涉外关系处理,区际法律冲突的解决参照适用国际私法。

根据我们的考察和研究,无论是从政治、经济和法律等角度,还是从国际上的普遍经验以及我国区际法律冲突发展的趋势来看,我国没有制定一部全国统一适用的区际冲突法的必要,各法域也没有在各自现有的涉外法律适用法之外单独制定区际冲突法的必要,存在区际法律冲突不一定需要单独的区际冲突法这一种路径才能解决,也不是制定单独的区际冲突法解决区际法律冲突效果就会更好。我们认为我国已经形成了调整区际法律关系、解决区际法律冲突的“中国模式”,对于内地而言,“涉港澳台民商事事务视为涉外事务,按照专门法规和区际协议予以处理,如无专门法规和区际协议则参照适用涉外法规”。制定专门法规也好,达成区际协议也罢,或者参照适用涉外法规,其要点和核心就在于以调整国际法律关系、解决国际法律冲突的标准和规则来调整区际关系、解决区际冲突,而不是以调整国内法律关系的标准和规则来调整区际关系。

总而言之,我们需要全面深刻地理解“一国两制”原则,清醒地认识到我们的国家统一是一种特殊形式的国家统一,各法域之间的政治、经济和社会文化制度和运行机制存在广泛、深刻和复杂的差异,这种差别 50 年内不会消失,50 年后还会继续存在。我们并不赞同“最终统一全国法律,全面消除区际冲突,是我们

的终极目标”的主张,我们应该尊重未来,不宜预设法律完全统一的目标。同时,我们认为调整区际法律关系、解决区际法律冲突的“中国模式”会进一步制度化、长期化,这也就意味着平等互利,准用涉外法规,最密切联系和公共秩序保留作为区际冲突法的原则将会长期存在下去,稳定“中央”、着重“两厢”,借助国际推动区际,注重法律内容的实质融合,循序渐进、求同存异等也会作为解决我国区际法律冲突的长期策略而存在下去。

## 中国区际法律冲突探究

陈剑武

《经济研究导刊》2014-27

### 一、中国区际法律冲突的现状特点

1. 中国区际法律冲突的现状。根据历史依据来看台湾、香港、澳门都是中国领土的组成部分。历史上香港和澳门分别被英国和葡萄牙侵略并且被占领台湾因为历史遗留问题被国民党政府所管辖。因此中国大陆、中国香港、中国澳门和中国台湾在不同的政治制度背景下形成了不同的政治、经济、法律制度。

为解决这一历史遗留问题,中国老一辈领导人叶剑英、邓小平等在20世纪70年代末80年代初创造性地提出了“一国两制”的设想,即一个国家两种制度大陆坚持社会主义制度台湾、香港、澳门三地可以保持原有资本主义制度五十年不动摇。根据这一制度设想崖国统一后大陆、台湾、香港、澳门四区域各自拥有独立的立法权、行政管理权、司法权以及终审权这就形成了四个独立的法域。

在某个国家内部区际法律冲突产生的条件一般有(1)在某个国家内部同时并存着很多拥有不同法律制度的法域。(2)各法域人们之间的交往导致产生众多的区域或跨地区民商事关系。各法域互相承认外法域人的民商事法律地位。

经过中国政府的谈判,中英、中葡分别正式签署相关文件确立了香港和澳门回归中国的期限,中国政府按“一国两制”的政策设立了香港特别行政区和澳门特别行政区。中英和中葡之间的联合生声明的签署是中国实现统一的第一步,两个联合声明也得到了大陆和港澳人民的普遍拥赞。全国人大分别表决通过《香港基本法》和《澳门基本法》香港特别行政区和澳门特别行政区是与中国大陆的社会主义制度完全不同的两个特别行政区。两个《基本法》都规定特别行政区直辖于中华人民共和国中央人民政府除外交和国防事务属中央人民政府管辖外享有高度的自治权包括享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权在特别行政区内规行的社会、经济制度不变,生活方式不变法律基本不变特别行政区成立后原有的法律、禁令、行政法规和其他规范性文件除与《基本法》相抵触或特别行政区立法机关作出修改者外予以保留。

当今社会两岸商贸交往日益频繁不同法域成员之间的利益冲突会日益加剧

因此产生的不同法域成员之间的司法诉讼也日渐成为区际法律之间的主要冲突。

2. 中国区际法律冲突的特点。(1) 单一制国家内的区际法律冲突。中国实行一国两制, 中央授予各特别行政区高度的自治权四个法域在立法、司法、终审等方面的权力远远高于联邦国家中成员联邦的权力。(2) 冲突的复杂性。主要体现在第一由于不同社会制度有其复杂的关系。再加上一国两制制度的在两岸的实施香港与澳门继续保持其原本的资本主义制度在台湾地区也是如此。港、澳、台地区与大陆地区是不同社会制度下的区际法律冲突而港、澳、台三个地区之间的法律冲突是其资本主义制度内部的区际法律冲突。因此这么多地区的不同制度之间的矛盾显得更加复杂化。第二, 不同法系之间的复杂性。四个法域之间既有同一法系下的法律冲突又有不同法系下的法律冲突。由于香港的法律体系与英国一脉相承属典型的普通法系法域而澳门则承接原葡萄牙的民法法系的传统属民法法系法域, 台湾也属于民法法系而大陆则是属于社会主义法系。因此大陆与港、澳、台之间的法律冲突涉及三个法系之间的冲突。(3) 它不仅表现为各法域本地法之间的冲突池表现为各法域本地法与其他法域适用的国际条约或不同法院间适用国际条约的冲突。因为依据香港与澳门的《基本法》规定, 以及台湾地区在国际上的传统户国四个法域都有独立地参加非主权性质的国际条约的权力这就可能造成一个国际条约在一个法域适用而在另一法域不适用的冲突。(4) 没有解决区际法律冲突的宪法性文件或统一的区际冲突法。中国四法域各自享有独立、平等的立法权无论哪一法域的立法机构都不可将其所立之法强加于其他法域因而在中国现阶段制定统一的冲突法尚有困难。

## 二、区际法律冲突的横向比较

1. 美国的区际冲突解决模式。美国有 50 个州, 各个州是联邦制且拥有自己的立法行政权以及司法权。因此, 美国的区际法律冲突的解决对中国有很大的借鉴意义。

美国区际法律冲突的立法模式具有以下特点: 第一, 将州际冲突法与国际冲突法基本等同起来。美国认为州际冲突法类似于国际冲突法, 它们之间应适用相同的冲突规则。值得注意的是这种等同并不是完全的等同。第二, 美国各州除路易斯安娜州外的冲突法多为判例法, 其本国内部很少出现制定法。第三, 美国宪法在调整各州之间的民商事法律冲突时有其决定性作用, 美国利用其宪法中的限制性条款使各个州之间的民事判决更加简易并且收效明显。

2. 英国的区际冲突解决模式英国主要由英格兰、苏格兰、威尔士和北爱尔兰等几个部分组成英格兰和威尔士适用英格兰法律, 苏格兰适用苏格兰法律, 形成了英国的两大主要法域。英国区际法律冲突立法模式具有以下特点: 第一, 将区际冲突法与国际冲突法等同起来。在面临区际法律冲突的情况下, 英国各个法律区域会把其他方看成是独立的国家, 试图借用国际法律冲突的模式来应

对本国内部的冲突。第二，英国在一定程度上很重视制定成文法，并试图通过这种方式来协调区际法律冲突，英国的成文法在解决民商事法律冲突时具有明显作用。第三，海牙国际私法会议上通过的国际条约对英国区际法律冲突的解决具有深刻影响并且由于欧盟法律的统一化，英国的各个法域的区别逐渐缩减。

### 三、中国区际法律冲突的解决途径

国际上解决区际法律冲突的途径主要有两种分为实体法途径和冲突法途径。两种途径的区别在于：在实体法途径中最高司法机关在审判中发挥绝对作用使得区际法律内容趋向一致；最高立法机关在部分领域制定法律或制定只适合部分法域的法律以先解决部分法域法律冲突；最高立法机关逐渐制定全国统一适用的法律以此来消除各个相区别的法域之间的法律冲突。在冲突法途径有三种不同类型：各法域间没有国际和区际法律冲突的区分，参考适用国际私法，最高立法机关试图制定全国统一适用的法律来缩小区际冲突法。

在扬弃地借鉴英美等国的区际法律冲突的解决方法后，结合中国四法域实际的特点，本文认为中国应遵循社会发展得规律循序渐进地解决区际法律冲突。究其原因，中国区际法律冲突的特殊性和复杂性以及中国的具体国情决定了渐进式是最佳冲突解决模式。由于文化上合流与认同是一个长期的过程。港澳台地区维持资本主义制度对其造成的影响深刻，一时间难以形成统一的法律冲突规范。这种差异恐怕在五十年之内不会消失。

参考适用国际私法冲突解决方式。适用或准适用各法域的国际私法规范或有关的判案规则。如中国大陆的《民法通则》第八章关于“涉及民事关系的法律适用”的规定以及一些草行法规(如《合同法》、《票据法》和《海商法》等对有关问题的法律适用的规定)，各法域制定各自专属解决四法域的冲突法(香港可以以判例形式存在)。由于《基本法》规定香港、澳门拥有自己的立法权，全国人大除了涉及外交、国防的立法对港、澳有效例外，其他的法律并不适用港、澳、台地区(此处暂且将港、澳地区的法域地位同等适用于台湾地区)。这就导致了现阶段中国不可能制定统一的冲突法去解决四个法域间的区际冲突，而只能退而求其次地在四个法域内各自制定区际冲突法(香港为普通法系，因此可以以判例形似确立冲突解决的方法)。当然，四个法域指定的冲突法应是在基于以下原则：促进和维护国家统一原则；“一国两制”原则；平等互利原则；促进和保障正常的区际民商事交往原则。并且在冲突的解决上应在协商的基础上，制定不同于解决其他地区的冲突法，即只用于解决中国四个法域内的区际冲突法。

除此之外，这一做法需要四个法域的司法协助的配合协作：区际司法协助指一个国家的不同地区之间因采用不同的法系而导致的司法协助。当某个法域的法院受理一个依域内法是有管辖权的案件，但是依本法域的冲突规范时，应适用其他法域的实体法作为准据法并且这个法域有其可替代的法院时，受理法

院此时需要放弃管辖权，并且将管辖权让与可替代法院。借鉴此类协调模式将内地、香港、澳门三地做出统一的安排。这样一来，既可在一定程度上解决区际法律冲突，又可为下一步进一步更好地解决区际法律冲突做好准备。在此基础上的四法域的冲突法会更好地发挥其解决区际冲突的作用。

#### 四、结语

从区际法律发展的趋势上来看，在统一的中国之下，各法域之间的交融程度的加强，我们是否追求各法域之间的法律完全相同呢？本文觉得，想实现各个法域的法律完全一致，是不可能实现的，也是没有必要的。纵观国外，比如美国建国已经二百多年了，区际法律冲突依然存在而英国的区际法律冲突时间更为悠久。区际法律冲突更广泛、更复杂的中国，区际法律冲突现象的存在必然是长期现象，因此，我们没有必要去费尽心机地追求各个法域法律的统一。因为，就算是现在中国大陆地区，部门规章之间、地方性法规之间也都存在着不同程度上的冲突。虽然从整体上来看中国的法律冲突越来越缓和，但是各法域间的制度不同，并且在不同的制度背景下政治、经济、文化也有很大差异，各法域间的法律并不会完全趋同。并且，法律是动态发展的，新制定的法规中协调一致的会增加，但相互抵触的部分也会滋生。我们传统文化讲求“和而不同”，这是此道理，如果全面消除区际冲突，这与我们中华文化最具价值的人生哲理是背道而驰的。我们要尊重历史与现实，更要尊重未来，不去期望各法域法律的完全统一，应该期望当法域间出现法律冲突时，我们有很好的途径去解决冲突，而并非企图一劳永逸地解决所有问题。

## 八 粤港澳合作研究

### 两岸四地经济合作规则的法律实证分析

谷川

《国际商务——对外经济贸易大学学报》2015年第1期

#### 一、引言

随着经济全球化以及区域经济一体化活动的不断深入，法律全球化以及区域一体化法律现象逐步突破了传统法律秩序“各自为政”的局面，开创了一种崭新的、符合时代要求的规则体系。将目光投放至中国，两岸四地的经济发展，早已将其融入在一个更为紧密的、事实上的经济合作框架下（鲍禄，2013）。所谓合作规则，是指以CEPA、ECFA为代表的框架性规则，并与框架性规则所派生出的各种落实性规则相结合的两岸四地经济合作的规则体系。本文是以当下两岸四地经济合作程度的现状为基础，以规则实证作为主要研究方法，分析合作

规则具有的法律特质、其与作为国内法的内地既有法律制度、作为国际法的 WTO 规则的关系。故本文不能过多地去涉及一体化的理想模式和其“高级法”的建构设计。当然，两岸三地经济合作规则的运行和实践与之相处的社会环境，特别是与经济发展的程度密不可分，故对规则的实证分析也涉及到了其在社会经济中的功能表现。

## 二、两岸三地经济合作规则的法律特质

《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA 港)、《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA 澳)以及《海峡两岸经济合作框架协议》(ECFA)，形成了两岸三地间区域性经济合作的基本规则。合作规则经过多年来的运行和完善，已经呈现出体系化的态势，其不仅体现了在框架性规则与落实性规则方面的结合，更表现为合作规则自身所具有的、不同于两岸三地法律制度与 WTO 规则的规则创制、执行以及适用(争端解决)机制。

### (一) 探求合作规则法律特质的方法论基础

以现代社会的国家为视角，法律在社会中的地位和功能与日俱增。在与道德、宗教、习惯等其他社会规则加以显著区分的同时，法律逐步形成了自身的特点及体系，其可通过识别法律、变动法律以及适用等方面予以体现。这使我们了解到现代社会法律的一些基本特质，这些特质正与哈特(H. L. A. Hart)在《法律的概念》(The Concept of Law)中所描述的“次级规则”(Secondary Rules)相对应。(H. L. A. Hart, 2012)。然而，诸如这些识别规则、变动规则以及裁判规则等表现出的法律，还仅仅是在为法律提供一种外在的表象，是法律的“形式”，还缺乏其所服务的对象，即它的内容。法律的内容，便是它所规范的权利和义务。其与哈特所描述的“初级规则”(Primary Rules)，亦有一定的联系。就“初级规则”与“次级规则”的关系来看，哈特通过拟制一个无立法机构、法院以及无官职的简单形式之社会(H. L. A. Hart, 2012)，来说明“初级规则”的生存状态；接着，又通过社会的演进，促使法律不得不通过承认规则、改变规则以及裁判规则，来进一步弥补法律在社会发展中的缺陷及不足。总体来看，“初级规则”与“次级规则”的关系，反映的是法律在社会演进过程中呈现出的发展状态，即由低形态到高形态的演进。

为此，尝试着将权利与义务的规定看做是法律的内容，即内容规则，其所要体现的，在一般情况下，就是规则自身的内容。因此，与“初级规则”的概念相比，内容规则摒弃了初级规则存在的拟制环境，无论在初民社会，还是现代社会，法律的内容规则始终具有其唯一性：权利与义务的规定性。而与法律的内容规则相对应的，则是形式规则，即通过各种外在表现所显示出法律自身特性的规则。当然，法律的形式规则不仅仅限于上述方面。这样一来，法律便体现出内容规则与形式规则的结合。

## (二)对合作规则法律特质的识别与分析

利用“内容规则—形式规则”的方法,尝试着对两岸四地经济合作规则的法律特质进行一番分析:从内容规则的视角看,合作规则所涵括的调整各方经济交往关系,诸如在这些规则中,明确了合作目标、合作措施、具体的货物贸易、服务贸易以及投资便利化等合作事项,均是在秉承国内法与WTO规则基础上的具体表现,而在两岸四地间的经济合作领域,国内法与WTO规则对于四地各方合作的基础进行了权利与义务性的规定,即通过各方减少或消除贸易、投资障碍得以实现自由的经贸环境。

从形式规则的视角看,仅就内容规则的描述,还不能完整地阐明合作规则法律特质的内涵,它还可能引发下列问题:(1)合作规则如何能够产生具有权威性的效力,从而使其作为各方公权力机构执行的依据,并成为各经济体从事贸易、投资活动的行为指南?(2)合作规则的变动权限由谁执掌?哪些机构被授权从事制定、变更以及废止合作规则?(3)当一方缔结主体违反基本义务时,另一方的救济途径是什么?由谁来断定基于合作规则所发生的争端问题,解决的程序(途径)又是什么?

第一个问题反映的是合作规则能否体现出法的效力之事宜。一般而言,法律能够产生社会成员(参与者)对其的可识别性标准,一旦发现这样的标准,便被认为是法律。从国内法来看,以CEPA(港、澳)和ECFA为参照样本,合作规则的缔结主体都在各自现行法律制度下具有一致性的特质——立法的权限。基于合作规则自身来看,其分别由内地、港、澳特别行政区以及台湾等特定区域以书面形式制定出来,并由各方加以遵守。这里的“特定区域”、“书面性”以及“对协定内容的遵守”便是合作规则可识别性标准的存在形式。因此,基于这些主体所做出的协议(合作规则),也产生了协议的“权威性”(约瑟夫·拉兹,2011),使这些协议所覆盖区域内的社会成员认为,在协议调整的事项内所形成的规则,具有一般性的行为指引功能,按照这些规则去行动,能够预测到行动的后果。例如,在合作规则的运行过程中,实际发生的关税减让、对贸易与投资障碍的逐步消除以及各方企业或公民基于合作规则产生的经济效益等,足以说明合作规则在缔结主体间所起到的可识别性、权威性的功能。

第二个问题涉及授权哪个机构进行合作规则制定、变更或废止的权限以及相应的变动程序问题。从规则文本上看,合作规则已经明确其缔结者为内地、港、澳特区以及台湾等特定区域。同时,合作规则确定了缔结主体在贸易以及投资等事项的基本义务后,一方面,留出了诸多依据协议待协商的事项,另一方面,合作规则规定了修改协议的条款。一般情况下,“待协商事项”授予了缔结主体根据新的情况(例如,尚未达成一致性的事项在具备一致性条件后达成等),制定新协议或新规则的权能。“修改协议”的事项,则是赋予了缔结主体

对于合作规则内容的变动权限，体现了合作规则适应各方的经贸关系发展所作出的“同步化”特性，即引入新规则，完善、修改或废除过时的规则。值得注意的是，合作规则在体现缔结主体义务的同时，还基于规则本身派生出了相关的特定机构，并对这些机构加以授权，负责处理运行合作规则过程中的诸多事务。也就是说，我们在合作规则中发现了变动规则，并据此确定了合作规则的制定者、合作规则变动、授予相关主体或是派生机构的权能，确保协议与两岸四地经贸关系的不断发展相匹配、适应。

针对第三个问题，CEPA(港、澳)以及 ECFA 分别就协议履行中出现的争端问题进行了规范，授权依据协议产生相应的派生机构，并以此机构作为解决争端事项的部门，负责解决各方在运行合作规则中产生的纠纷事宜。这样一来，合作规则在适用过程中，初步规定了专门负责解决争端纠纷的特定机构，使得在发生争议时无处寻求救济，或者与由各方采取无序的自力救济相比，适用合作规则的效率可能性大为增加。尽管目前两岸四地各方尚未就合作规则争端解决机制的具体规则加以明确，但可以说，合作规则初步形成了专门化的裁判机构。

通过对两岸四地间合作规则的考察和分析，不难发现，这些规则已经具备了现代社会法律的要素和相应的功能，同时与现行的国内法相比，其并非处于矛盾、冲突的状态，相反，其与现行国内法呈现出了相协调的态势：(1)既出自具备立法权的区域，又形成了自己特有的可识别特征，并由此产生了相应的法律效力；(2)形成了与现行法律相同功能的规则授权、变动机制；(3)具备了特定机构对规则争端能够通过司法程序作出权威性裁决或履行相应功能的可能。因此，我们认为，在国内法视域下，两岸四地经济合作规则已经属于法的范畴，是一种既与现行国内法相联系，又不同于既有国内法的新型法律制度。

### 三、两岸四地经济合作规则与国内法的关系

尽管我们从规则实证的观察视角，分析了合作规则属于法的范畴的原因，但这种法与传统的国内法相比，有着很大的差异性——立法主体的多元性、争端解决机制的独立性(排除了现行国内法的司法救济渠道)、规则变动的契约化运作模式等，足以说明了合作规则对既有国内法律制度的突破，并由此产生了一种相对独立于原有国内法的新型法律制度。合作规则既然是在现代社会进一步深入的全球化时代影响下产生的，其必然会与传统意义上的国内法有所区别。当然，合作规则并非是凭空而生，其生成、运行及发展亦以国内法为凭借、基石。故由此形成了以既有国内法为基础规则的、以合作规则为派生规则的两岸四地经济合作的法律秩序。

#### (一)合作规则对现行国内法律制度的影响

应当说，以合作规则为代表的超关税区国家法是以国内法形式表现的，它的法律架构及相应的体系发展，与目前国与国之间的区域经济一体化法律规则

有着很大的共性。合作规则所表现出的法律性质则体现了一种既属于国内法领域，又不同于国内法的新型法律制度。合作规则在全球化语境下对于现行国内法的重要影响，也促使我们不断地对国内法的认识进行着反思。

对于合作规则来说，其生成虽是出自于政府之权限，难免带有一定的政治性，但是仅凭既有的政治性是无法搭建两岸四地经济一体化合作平台的。恰恰是暂时避开了各方的政治态势，回到了社会的层面，即以各方的经济发展需求作为突破口，在世界最大的经济组织之一——WTO的影响下，结合各方的现实需要，实现了在全球经济一体化框架下的区域经济合作机制，并通过法律的形式加以确定。因此，在合作规则的法律属性上，我们既看到了其属于既有国内法的一面，也看到了其不同于国内法的立法模式、结构以及运行方式。在此意义上，可以说合作规则是建立在既有国内法上的派生性法律制度。

合作规则呈现出的派生规则属性，一方面，现有国内法对于涉及两岸四地经济贸易的调整，仍处于初级或低级的状态；另一方面，仅仅架构一个超越国内法的“一体化法”，却又要为其重新建构一系列的配套制度和措施，不仅会造成诸多社会成本的付出，而且未必能够起到预设的效果或目标。特别是在合作规则初步形成的过程中，倘若提出了错综复杂的方案，也难免出现各方异议，从而搁置谈判的进程。由此可见，为了寻找出规避上述两方面不足、实现两岸四地贸易自由化的共同目标，唯有选择在各方既有法律制度基础上，形成一种新的贸易政策调整的法律机制，并由各方现行法律体系保障其运行。

国内已有学者提出了诸如两岸四地经济一体化法律模式选择等的观点(鲍禄, 2013)，但就总的发展现状来看，似乎欧盟经济一体化程度与中国两岸四地经济合作程度不在同一“版本”上，盲目地将欧盟较为成熟的制度照搬过来，未必能够与四地间经济合作发展的现实相匹配。但从比较法的视角，将不同环境下制度所具有的共同功能进行借鉴和学习，还是有助于四地间经济合作规则发展的。

## (二) 合作规则与国内法的协调

理论上讲，合作规则的适用方式，是指各方对于合作规则确定的义务加以履行的手段。一般来说，可以分为直接适用和转化适用两种。前者系将已经生效确定的内容直接作为各方活动的依据加以实施和运行；后者则是将合作规则确定的规则内容转化为各方法律后，再加以实施和运行。

基于对合作规则运行的考察，就目前来看，其适用的方式并非是直接的，而是通过各方制定出相应的变更规则或措施，在规定的期限内加以适用，同时不排除包括一系列临时措施的适用。这在一定程度上反映出合作规则在跨越不同区域进行调整的过程中还处于初步、不成熟阶段，尚未形成一个较为成熟的法律制度。从另一个视角来看，由于合作规则有很大一部分条款所确定的项目

还处于磋商状态，而已经确定的项目通过双方履行后，还有待于进一步观察其效果，例如，合作规则在履行过程中，给缔结各方带来的一些经济上、政策实践上的“反馈”信息，从而对如何改进或完善合作规则提供了“第一手”材料。这样做，虽然在效率上可能较直接适用方式有些不足，但对于协调各方关于合作规则的履行还是有一定积极意义的。

结合上述分析，国内法与合作规则相互影响，一方面，基于对全球化时代的回应，合作规则在国内法中孕育而生，其运行、秩序之巩固均有赖于四地法律制度的保障和支持，进一步表明了四地法律制度作为基础规则对于合作规则自身存在及发展的重要作用；另一方面，从四地法律制度与合作规则的协调关系来看，合作规则对于两岸四地间经贸合作的发展起到了重要的指引性作用，并在一定程度上优越于四地法律制度。也就是说，尽管合作规则对于国内法来说处于派生规则的地位，但就四地间经贸发展现状对既有四地法律制度的需求来说，合作规则恰好发挥了补充、完善的功能，同时，亦是在四地法律制度环境下的创新和发展。

#### 四、两岸四地经济合作规则对 WTO 规则的影响

WTO 规则在两岸四地间的实践，为四地间经济合作的进一步发展提供了契机。事实上，无论是磋商、缔结还是文本选择，WTO 规则始终作为合作规则的参考标准，并以 WTO 规则的基本原则作为其自身文本的重要内容。这种现象，一方面体现了作为法律全球化代表之一的 WTO 规则对于两岸四地经济合作及其规则体系的重要影响，另一方面，两岸四地间建立更为紧密的经济合作关系，也是对 WTO 规则在当下难以及时适应社会发展变化、协调地区间经济需求不平衡等现象所进行的补充。

##### （一）作为客观连结纽带的 WTO 规则

从合作规则的文本视角加以考察，我们发现，作为框架性规则的 CEPA（港、澳）、ECFA 均规定了各方进行的经贸合作须符合 WTO 规则的规定。这意味着，WTO 规则作为合作规则的前提，同时，WTO 规则亦允许合作规则的存在。两岸四地均为 WTO 成员，形成“一国四席”的局面，这就使原本在四地间尚未形成制度化的经济贸易秩序，通过 WTO 规则加以整合，并以 WTO 规则作为四地间贸易活动的基本规则。应当说，这种现象，在世界上还是第一次。本应当由国内法加以调整的事项，基于历史和经济发展的原因，归结于世界多边贸易体制下进行运作，也可以看出在中国实现两岸四地经济合作的特殊性表现。

在合作规则的内容上，尽管其与 WTO 规则以及调整对象具有一致性，即在贸易政策上，要求各方实行关税减让以及消除非关税壁垒，实现自由、公平的贸易活动，但在合作规则中，为了适应两岸四地经济交往的进一步发展，在符合 WTO 规则的前提下，有选择地变动与 WTO 规则相关的事项或增加不属于 WTO

规则的事项，从而满足各方的贸易需求。尽管合作规则与 WTO 规则有着紧密联系，但它们仍属于不同的贸易自由化规则体系，在中国两岸四地的贸易政策调整上，各自发挥着重要作用。可以说，WTO 规则基本上为两岸四地的经济贸易合作提供了初步框架。在涉及调整事项上，WTO 规则仍作为合作规则的主要内容。例如，在 CEPA(港)第二条关于遵守世界贸易组织规则、第六条关税配额以及非关税措施、第八条关于补贴以及反补贴措施以及第十八条关于例外等规定，均反映了与 WTO 规则一致性的表现。另外，在争端解决程序上，尽管合作规则尚未建立起与 WTO 规则相当的争端解决规则和具体的程序，但其已经着眼于争端解决机制的构建，ECFA 中关于建立争端解决机制问题的考虑便是一例。

## (二) 合作规则在 WTO 规则体制下的突破和创新

本文看到，WTO 规则并非是为两岸四地各成员间的经济合作提供了完美的格式化范本，其亦有一定的不足，这主要表现在目前所处的停滞状态(静态性)。WTO 自成立以来，仍然是在成立之初的基础上形成的多边贸易规则，在所涉及的对象、贸易领域方面尚未出现新的突破。我们看到，尽管 WTO 规则在 20 世纪末以及 21 世纪初期起到了从全球视角协调贸易活动的作用，为实现贸易自由化作出了杰出的贡献，但随着全球经济的发展，由于区域间经济的不平衡性，WTO 很难在短时间内就所及领域的范围予以扩大，以至于在一些与贸易相关的领域，不能形成一致性的贸易规则，至少是在集体行动问题上，产生了与先前 GATT 一样的困惑，从而影响了 WTO 进一步的发展(杰克·戈德史密斯、埃里克·波斯纳，2010)。这就给 WTO 实现全球范围内贸易自由化带来了一定的负面效果，对于一些新的贸易领域，诸如金融、投资等，不少成员成立了区域性经济组织来弥补 WTO 贸易体制的不足，进而达到缓解因世界性贸易体制带来的停滞性所引发的新问题。

为此，合作规则恰好系 WTO 规则在中国两岸四地间经济合作过程中进行的有益探索和创新，是在遵循既有的基础规则——WTO 规则的前提下所形成的区域性派生规则，并对 WTO 规则在两岸四地间呈现出的不足进行了尝试性的弥补：针对 WTO 规则调整范围的相对静态性的不足，合作规则在遵循 WTO 规则传统的调整事项范围以外，还将与两岸四地间贸易紧密结合的经济事务——金融、海关、电子商务、产业项目以及中小企业等合作事项纳入区域一体化的建设中，同时突出了四地间投资便利化的调整和保护。在运行的方式上，亦将各方充分协商并达成一致性的内容付诸实施，尚未达成的事项待各方形成一致性意见后再加以实施，即采取所谓先易后难、循序渐进的运行模式。另外，合作规则基于各方经济贸易合作的需要，对 WTO 规则的适用进行了调整，例如，CEPA(港)第 4 条关于《中国加入世界贸易组织议定书》第 15 条、第 16 条以及《中国加入世界贸易组织工作报告书》第 242 段的内容，不再适用于内地与香港之间。上述

举措,表现出合作规则与现阶段中国社会经济发展的情况紧密结合,克服了 WTO 规则对于目前新的经贸事项不能达成一致意见所处于停滞性状态的问题,为两岸四地间更为紧密的区域经济合作提供了有效的协调机制。

## 五、结论

随着现代社会的进一步发展,全球化及区域化现象已经成为这一时代的主旋律。以法律规则作为主要研究对象的法学理论,也就应当顺理成章地沿着规则新的内涵而作出与之相匹配的回应,这其中就包括了对传统的以国家法为中心的法学理论的反思,甚至是根本性的挑战(威廉·退宁,2009)。两岸四地间的经济合作规则就是在全球化以及区域化的背景下生成并发展的,而对于这种现象的出现,国内学界似乎主要关注了合作规则作为部门法视角的具体制度,并就其在两岸四地间经济合作现实中出现的问题进行分析、建构以及完善(曾华群,2011;张亮,2012;王春婕,2006;索光举,2011)。这一研究进路,尽管与社会现实紧密相关,在一定程度上能够通过所建构、设计的新规则来解决四地间经济合作的具体问题,但其不足之处也是明显的,其没有对合作规则的法律特质加以分析论证,亦没有从整体上来把握合作规则与现行法律制度(作为国内法的两岸四地法律制度、作为国际法的 WTO 规则等)的关系。

两岸四地间的经济合作规则,实际上已经是处于全球化、区域化的发展环节中。也就是说,只有在全球化、区域化的视野中,才能发现与这一时代相符合的理论来解释这种现象。结合两岸四地经济合作规则的现象,我们从“法律是内容规则与形式规则的结合”中提取了其关于法律分析的方法——“内容规则”与“形式规则”的关系,进而阐述了合作规则在现代化语境下不同法律制度的结合:一般意义上,其表现了以两岸四地经济合作为内容规则与落实该合作的有序性机制为形式规则的结合。具体层面上,在全球化语境下,两岸四地间的经济合作,对传统国家法产生了一定程度上的突破,即形成了以国内法为基础规则、合作规则为派生规则的现象;在区域化语境下, WTO 规则在两岸四地间的实践与四地间经济发展需求的互补,形成了以前者为基础规则、合作规则为派生规则的现象。

既如此,在法学理论上,承认并分析基于两岸四地经济合作规则所产生的规则体系,反思以往集中于民族国家模式的法律概念及其形成的系统,将有助于更好地使法律接近于社会生活,更好地得到来自不同参与者的肯定,从而使法律作为国家不同区域、不同参与者之间的沟通桥梁,并为其所处经济社会的健康发展保驾护航。

## 论粤港澳区域合作中的法律问题及其反思

赵伟

《江汉大学学报(社会科学版)》2017年6月

自 2003 年我国商务部同香港、澳门特区政府财政司签署《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(简称 CEPA) 以来, 为加深粤港澳区域合作, 国务院、广东省政府同香港、澳门特区政府签订并颁行了一系列的行政协议、法规。

随着广东自贸区的启动建设和国家“一带一路”战略的实施, 粤港澳合作迎来了新机遇。从国际来看, 世界经济仍处于国际金融危机后的深度调整期, 发达经济体经济运行分化加剧, 发展中经济体增长放缓, 世界经济复苏依旧艰难曲折。从国内来看, 新一届党和国家领导集体履新以来, 锐意改革, 加大对内对外的开放力度, 扩大内陆沿海开放。在这种机遇与挑战并存的环境下, 如何完善粤港澳区域合作中的法律机制, 为粤港澳区域合作构建良好的法治平台就显得尤为迫切和重要。

### 一、粤港澳区域合作行政协议法律地位不明确

目前, 广东省政府及下辖市制定、颁行的有关粤港澳区域合作的法规的立法依据主要是国务院、广东省政府及下辖市政府同港澳特区政府签订的行政协议或是国务院、广东省政府及下辖市政府颁行的行政指导性文件。但是, 这些行政协议和行政指导性文件在我国现行宪制框架内存在法律地位不明确的问题。

#### (一) 行政协议缺乏国内法意义上的法律效力

自 2003 年内地与港澳签署 CEPA 协议以来, 迄今为止, 已经签署了 11 个补充协议, 这些协议对促进粤港澳三地深度合作具有重要的现实意义。从国际法角度来看, CEPA 协议是中国内地与香港或澳门两个单独关税区之间签订的类似自由贸易协定的协议, 当属于建立在 WTO 基础上的一项区际协议, 应适用 WTO 原则。但从国内法的角度来看, 作为粤港澳深度合作基础性文件的 CEPA 协议, 其在国内法上的效力却不明确。CEPA 协议是内地政府与香港或澳门特别行政区政府签订的经贸合作协定, 其缔约主体分别是内地和香港、澳门特区政府, 因而属于同一国家之内的不同行政区域的政府之间缔结的合作协定, 并且是一国之内不同法律制度区域之间的合作协议。然而, 我国现行《宪法》、《地方组织法》《立法法》和《基本法》等相关法律规范中并没有关于内地政府与港澳特区政府之间缔结协议方面的相关规定。我国现行立法体系中也没有对这类合作协议的法律性质和地位予以规定。故而, CEPA 协议在国内法上的性质、地位和效力在法律上尚处于不确定状态。

#### (二) 行政指导性文件不属于《立法法》规定的法律渊源

行政指导是指行政主体基于国家的法律、政策的规定而作出的, 旨在引导行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为, 以实现行政管理目的的一种非职权行为, 对行政相对人没有强制力。行政相对人可以是公民、法人或其他组织, 也可以是包括国家行政机关在内的国家机关。《珠江三角洲地区改革发展规划纲

要(2008-2020年)》是国家发改委对珠江三角洲地区的改革发展实施行政指导所制定的规范性文件,旨在基于国家战略全局和长远发展的目标,引导珠江三角洲地区政府采取积极有效的改革措施,努力将珠江三角洲地区发展成为粤港澳三地分工合作、优势互补的大都市圈。该文件规划了珠江三角洲地区在2008至2020年期间的具体发展方向,但没有规定各地政府机关的具体权利义务,也没有规定不服从其行政指导时的行政处罚措施,是典型的行政指导性文件。由于该行政指导性文件并非由具有立法权的机关按照法定程序制定颁布,因此不属于《立法法》确定的法律渊源。

### (三) 行政协议的签署缺乏法律明确授权

《泛珠三角区域合作框架协议》是粤、闽、赣、湘、桂、琼、川、贵、云9省区和香港、澳门为落实CEPA协议、《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008-2020年)》,促进泛珠三角更紧密合作而制定的综合性合作协议。由于我国《宪法》和《地方组织法》只授权各级政府管理其辖区范围内的事务,没有明确规定地方政府可以自主缔结跨行政区划的合作协定,更没有关于缔结协定的权限、程序及法律效力等问题的规定。《基本法》也没有对港澳特区政府与内地各级政府之间缔结区际合作协定的权限作出规定。因此,港澳特区政府和粤、闽、赣、湘、桂、琼、川、贵、云9省区订立《泛珠三角区域合作框架协议》缺乏法律的授权,致其法律效力不确定。

## 二、粤港澳区域合作行政协议僭越宪法、法律的规定

关涉粤港澳区域合作的行政协议在内容上涵盖了粤港澳乃至泛珠三角区域的经贸、财税、法律制度、人才引进等多个方面。然而,其中大部分内容都是突破现行宪法、法律规定的。此外,粤港澳区域合作中的行政协议也陷入缔结主体未经授权或越权的窘境,以及缔结程序与法律规定有相悖的情况。

### (一) 粤港澳区域合作行政协议的内容突破宪法、法律的规定

目前,规范粤港澳区域合作的法规、政策不仅包括国务院及其相关部门出台的行政法规和部门规章,广东省政府颁行的地方性法规,广州、深圳、珠海等市实施的地方政府规章,还包括大量的行政指导、行政协议等不属于法律渊源的政策性规范。这些法规、规范中的内容大部分欠缺宪法、法律依据,更有甚者直接突破现行宪法、法律规定,进行“开创性的立法”。

《立法法》第8条规定:“下列事项只能制定法律:1)国家主权的事项;2)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;3)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;4)犯罪和刑罚;5)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;6)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度;7)对非国有财产的征收、征用;8)民事基本制度;9)基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;10)诉讼和仲裁

制度;11)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”第9条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”可见,根据《立法法》的上述规定,有关税收征收管理的税收基本制度、财政、海关、金融和外贸的基本制度只能由法律予以规定;在未制定相关法律时,也应经全国人民代表大会及其常务委员会授权国务院根据实际需要,制定行政法规。

然而,在粤港澳区域合作法规、行政协议和行政指导性文件中违反上述规定的内容较多。例如,国家发展和改革委员会颁发的《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008-2020年)》中有关金融合作相关规定,应属于《立法法》规定的相对保留事项。此外,在《国务院关于印发中国(广东)自由贸易试验区总体方案的通知》中规定:“允许港澳服务提供者在自贸试验区设立独资国际船舶运输企业,经营国际海上船舶运输服务;允许自贸试验区金融机构和企业从港澳及国外借用人民币资金。支持自贸试验区内港澳资企业的境外母公司按规定在境内资本市场发行人民币债券。”这些规定都对我国《宪法》、《立法法》的相关规定造成了严重冲击。

尤其是在《中国(广东)自由贸易试验区条例》第4条中规定:“鼓励自贸试验区先行先试,探索制度创新。对法律、法规和国家政策未明确禁止或者限制的事项,鼓励公民、法人和其他组织在自贸试验区开展创新活动。……在自贸试验区进行的创新未能实现预期目标,但是符合国家确定的改革方向,决策程序符合法律、法规规定,未牟取私利或者未恶意串通损害公共利益的,对有关单位和个人不作负面评价,免于追究相关责任。”该条被称为“容错条款”。这也是其同上海、福建等其他自由贸易试验区条例相比的突破之处。这相当于在现有体制下为自贸试验区的先行先试开设了极大的权力空间。自贸试验区的先行先试本身就是一项全新的探索,无先例可循,这就更需要审慎地依照现行法律法规逐步开展。按照我国《宪法》《立法法》的规定,为维护国家法制统一原则,在没有获得国家立法机关立法授权的情况下,地方不具有创制性立法的空间。因此,这样以“先行先试”为由免除法律责任的规定本身就是对《宪法》和《立法法》的侵蚀与僭越。

## (二)粤港澳区域合作行政协议缔结主体未经宪法、法律授权

行政合法性原则是行政法的基本原则,是行政机关实施行政行为应当遵循的基本准则。关于行政合法性原则的具体内容,行政法学理论上存在诸多的表达。一般认为,它至少包括以下三个方面:法律的规范创造力原则、法律优位原则和法律保留原则。“其中,根据传统理论,在法律保留原则下,行政权必须依

附于法律之下，行政只有获得法律的授权，方能干涉人民的自由与财产。换言之，行政机关只有在取得法律授权的情况下才能实施相应的行为，如果法律未作、不作规定，意味着法律未赋予行政权力，因而就必须排除任何行政行为的存在，即无法律即无行政。行政法意义上的法律保留，意味着行政行为必须有法律的授权基础，行政行为若无法律依据，不得为之。其本质旨在维持法律规范的效力，避免行政权侵犯立法权，同时也在于限制行政权对公民基本权利的侵犯。

我国《宪法》和《地方组织法》仅授权各级政府管理其辖区范围内的事务，并未授权内地地方政府与香港、澳门特区政府之间建立跨行政区划的合作机制。

《基本法》也没有授权特区政府与内地各地方政府之间建立合作机制。根据我国《宪法》第 89 条规定：“中央政府(国务院)统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”；第 107 条规定：“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作，发布决定和命令，任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。乡、民族乡、镇的人民政府执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令，管理本行政区域内的行政工作。省、直辖市的人民政府决定乡、民族乡、镇的建置和区域划分。”第 108 条规定：“县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作，有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”可见，地方各级政府的工作和职权是由国务院统一领导和划分的；县级以上地方政府的权限也限于在本行政区域内实施。

此外，《地方组织法》第 59 条规定：“县级以上的地方各级人民政府行使下列职权：1) 执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议，以及上级国家行政机关的决定和命令，规定行政措施，发布决定和命令；2) 领导所属各工作部门和下级人民政府的工作；3) 改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令；4) 依照法律的规定任免、培训、考核和奖惩国家行政机关工作人员；5) 执行国民经济和社会发展规划、预算，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作；6) 保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，维护社会秩序，保障公民的人身权利、民主权利和其他权利；7) 保护各种经济组织的合法权益；8) 保障少数民族的权利和尊重少数民族的风俗习惯，帮助本行政区域内各少数民族聚居的地方依照宪法和法律实行区域自治，帮助各少数民族发展政治、经济和文化的建设事业；9) 保障宪法和法律赋

予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利;10)办理上级国家行政机关交办的其他事项。”第60条规定:“省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章,报国务院和本级人民代表大会常务委员会备案。设区的市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规,制定规章,报国务院和省、自治区的人民代表大会常务委员会、人民政府以及本级人民代表大会常务委员会备案。”所以,县级以上地方政府权限限于:管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生等事务;领导所属各工作部门和下级人民政府的工作;改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。由此可见,粤港澳合作联席会议制度虽然经过国务院批准,但在宪法、法律上并没有明确的依据。

粤港澳合作的系列文件与相应机构也不是严格按照宪法、法律制定或建立的,而是粤港澳三地政府在中央政府许可下,为减少两地合作过程中的体制障碍而制定的工作细则或建立的联络机制,就性质来讲仅仅是一种政策行为,是号召性的措施。粤港澳合作能否顺利进行,完全取决于三方是否能够自觉遵守合作协议。

因此,粤港澳区域合作中起到决定性作用的大部分是由未经宪法、法律授权的地方政府与特区政府签订的行政协议。尽管目前学界对区域合作中的主体签订行政协议的效力、属性等问题莫衷一是,但是,毫无疑问,无论是地方性法规抑或是行政协议都是在我国现行宪法、法律中没有明确授权的情况下颁发和签订的,这就直接导致了粤港澳区域合作立法的“先天不足”。

### (三) 粤港澳区域合作行政协议缔结程序与宪法、法律规定相悖

制定地方立法和签订行政协议作为一种社会制定规则的活动,作为制定规则的行为,在其过程中应该给予公众参与的机会。现行《宪法》第2条第3款有关“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务”以及第27条有关“一切国家机关和国家机关工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督”的规定在根本法上确立了我国的参与性民主制度。《立法法》《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》等则确立了公众参与国家立法和行政立法的制度。此外,《行政许可法》确立了公众参与行政许可设定的制度;《价格法》《环境影响评价法》和《城乡规划法》等则确立了社会公众参与价格制定、环境及城乡规划等行政决策的制度。

行政协议作为地方政府开展合作的一种制度安排,在内容和效力上往往呈现出多样性。少部分行政协议可能直接涉及特定公民的权利义务,大部分则间接地涉及特定公民的权利义务,而相当一部分协议并不具有通常意义上的利益相关人。公众参与则给予了上述不同类型行政协议的正当化路径,即对在权利

义务上受到行政协议直接影响的特定公民提供基于防御权意义上的参与权。

地方政府通过行政协议推进区域经济一体化的过程中往往涉及区域公众的利益。因此，需要设置必要的公众参与程序。同时，在民主宪政体制下，人民参与政府治理已然具有正当性。从这个意义上说，政府的治理过程，即使不直接影响到特定公民的权利义务，也应当考虑赋予公民的参与权。因为公民直接参与政府的治理，不仅有助于对政府权力进行监督，还具有现代社会所特有的利益诉求与智慧支撑功能。

粤港澳政府缔结的行政协议主要是涉及政府间合作的事务安排文件，而非非法的渊源。然而，相当一部分行政协议涉及了公民权利义务的增加或减损，具有了社会规范体系中法律规则的部分功能，因而也应当遵循与立法相类似的程序，在缔结的过程中给予公民参与的机会，包括召开座谈会、论证会、听证会，以及公开征求公众意见的其他形式等。在行政协议机制中引入公民的提议权和参与权，不仅使政府跨区域合作的决策更为科学化和民主化，而且凸显了行政协议机制在宪政民主意义上的正当性。

### 三、地方权力机关在粤港澳区域合作行政协议缔结中丧失了主导地位

行政协议的缔结主体是地方行政机关，包括地方各级政府和政府职能部门。地方各级政府和政府职能部门是两种不同的行政机关，各职能部门在本级政府与外地政府缔结协议前，原则上不宜与辖区外行政机关缔结合作协议；如缔结协议的，应经本级政府批准。各职能部门在本级政府与外地政府缔结协议的基础上，则可以与外地行政机关缔结协议。除此之外，地方各级政府在对外地政府缔结行政协议时，还应当检视在此过程中其与本级人大及其常委会之间在协议合作事务上的权力界限。

根据《立法法》第4条的规定，立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。因粤港澳区域合作签署的行政协议中的大部分内容属于地方重大事务范畴，依据我国《地方组织法》规定，应经过同级人大及其常委会讨论决定。但粤港澳三地签署的所有行政协议都未经过同级人大及其常委会讨论决定。

根据《宪法》《地方组织法》的规定，地方各级人大及其常委会拥有以下职权：保障宪法、法律和行政法规以及上级人大及其常委会的决议的遵守和执行；审查和决定地方事务的计划；决定地方重大事项；地方立法；审查和批准地方国民经济和社会发展计划、预算及执行情况报告等。区域经济一体化过程中，保障市场统一同样是地方各级人大的职权。除了保障宪法、法律和行政法规，以及上级人大及其常委会的决议得到遵守和执行外，省、自治区、直辖市，以及省、自治区政府所在地的市和较大的市的人大及其常委会还享有地方立法权，可以制定执行性的和地方事务性的地方性法规。因而，也享有通过地方立法处

理本区域事务的职权。

当地方各级人大具有消除妨碍区域市场一体化、促进区域产业合理布局的权力时，地方政府显然有必要清晰地厘定其与地方人大在上述事务上的权限关系。毕竟在民主宪政框架下，地方人大是地方国家权力机关，而地方政府则是地方国家权力机关的执行机关；更何况，在部分地方事务上，只能通过地方性立法才能处理。倘若地方政府直接通过缔结行政协议来处理，则有超越权限的可能。

#### 四、结语

习近平总书记在 2014 年 2 月 28 日主持召开全面深化改革领导小组第二次会议上强调指出：“凡属重大改革都要于法有据。在整个改革过程中，都要高度重视运用法治思维和法治方式，发挥法治的引领和推动作用，加强对相关立法工作的协调，确保在法治轨道上推进改革。”据此，习近平总书记提出用法治思维和法治方式化解社会矛盾，要用法治方式凝聚改革共识，任何改革都要于法有据，意味着法治改革观初步形成。行政协议作为粤港澳区域合作的重要法律机制，理应受到我国宪法与法律的规制。但是，在目前，行政协议不仅性质、法律地位、效力等不明确，更因其内容规定过于宽泛难以被实施。这不仅导致粤港澳区域合作陷于不明朗化，也致使以其为依据制定的立法文件陷入“先天不足”的窘境。因此，规范粤港澳区域合作行政协议创制，是完善粤港澳区域合作法律机制的重要环节。

### 区域一体化下粤港澳政府合作的法律基础思考

朱最新

《广东外语外贸大学学报》2013 年 5 月

伴随着 CEPA 以及粤港、粤澳合作框架协议的实施，粤港澳合作正经历从以民间自发、企业主导、市场运作为主阶段，向三地政府联手推进粤港澳更紧密合作阶段迈进。正如“美国成功的秘密不在于华尔街和硅谷，不在于空军和海军，不在于言论自由，也不在于自由市场——真正的秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度”一样（Priedman, 2000），区域一体化下粤港澳政府合作成功的关键也在于“法治及其背后的制度”。基于此，本文拟从法律视角对区域一体化下粤港澳政府合作进行探讨，提出自己肤浅看法，以求教于理论界，求证于实务界。

#### 一、粤港澳政府合作的法律前提

在法治社会，任何政府合作都必须建立在一定法律基础之上。离开了法律前提，小仅会造成理论上的混乱，而且可能带来政府的违法行政。区域一体化下粤港澳政府合作问题的探讨必须正确把握粤港澳政府合作的法律前提。

##### （一）“一国两制”下的地方政府合作

根据《宪法》第 31 条规定，全国人大分别制定了港澳基本法，在港澳地区确立了特别行政区制度。特别行政区是中华人民共和国内享有高度自治权的一个地方行政区域，直辖于中央政府。因此，粤港澳合作是一国之下的地方合作。然而，粤港澳政府权限却存在巨大差别。在港澳，中央与港澳政府的权限划分遵循着中央列举，地方授予原则，即基本法明确规定的国防、外交、主要官员任命、应急管理管理权和基本法的修改、解释权属于中央，其他权力则由中央政府授予特别行政区政府独立行使，中央政府及其各部门均无权干预特别行政区根据基本法自行管理的事务，中央与特别行政区政府权限划分明晰。在广东，除了《立法法》第 9 条规定的绝对保留事项外，中央与广东政府的权力划分并不明确，即使是法律规定属于中央相对保留事项，地方政府在中央默许下也可能以先行先试的方式予以行使，而一些本应属于地方管理事务，中央及其各部门也可能在公共利益需要的旗帜下直接行使。可见，粤港澳政府合作是一国两制下权限不平衡的地方政府合作。

### (二) WTO 单独关税区下的地方政府合作

依据 WTO 相关规定，“单独关税区”指的是“在处理其对外贸易关系和本协定规定的其他事务方面享有完全自主权”的某国部分领土。一方面，“单独关税区”既是归属于某一主权国家并受其政治管辖的部分领土，却又在处理本地区的外贸关系等方面享有自主权；另一方面，该地区虽在处理本地外贸关系等方面享有自主权，却又在国际法公认的“身份”和地位上，仍然只是归属于该主权国家并受其政治管辖的部分领土(陈安，2002)。由于《WTO 协定》有关成员资格的规定、中国独特的历史发展进程和“一国两制”的政策取向，在 WTO 的框架下，中国形成了前所未有的“一国四席”的崭新模式(曾华群，2003)。粤港澳政府合作是 WTO 单独关税区下特殊的地方政府合作。其中，港澳是单独关税区，而广东只是地方行政区，不是单独关税区。作为 WTO 成员，港澳和内地在享有相应权利的同时，也要承担相应义务；在享受相关贸易待遇所带来的便利、利益和优惠的同时，也要为其他国家或成员提供法定和约定的待遇。然而，内地是以“发展中”国家身份加入 WTO 的，其权利义务与港澳有所不同，广东属于内地的一部分，其权利义务与港澳也有所不同。

### (三) 不同法域下的地方政府合作

由于近代中国历史演变，中国内地实行社会主义制度，广东作为内地的一个省份，其法律体系属于社会主义的中华法系；从 1842 年至 1997 年，香港地区作为英属殖民地受英国管治，其法律制度基本上是英国法律制度的移植，属于普通法系；自 1553 年至 1999 年，澳门地区一直受葡萄牙管治，葡萄牙管治期间延伸适用葡萄牙法律来调整其社会关系，没有自己独立完整的法律体系，现有澳门法律体系基本上属于大陆法系。这样，在一国之内就出现了不同法系，呈

现出多法域现象。法系不同，其法律理念、法律价值、法律性质、法律体系、法律解释、法的渊源以及立法和司法等诸多领域呈现出一系列巨大差异。这种差异在某种意义上使我国法律生活更加丰富多彩，但也使粤港澳合作中法律矛盾和冲突更加复杂多样，增加了粤港澳地方政府合作的难度。

## 二、粤港澳政府合作的现状与问题

港澳回归后，面对新形势，粤港澳加强合作，实现经济一体化，是粤港澳三地发展的客观需要，也是三地政府与人民的共同选择。从实践看，粤港澳政府合作主要通过行政协议和个案合作两种方式进行。其中，行政协议可以划分为中央与港澳特别行政区政府签订的行政协议以及粤港澳三地政府直接签订的行政协议。

### (一) 中央与港澳签订的行政协议

中央与港澳特别行政区政府签订的行政协议以 2003 年以来签署的 CEPA 及其补充协议影响最大，受到人们普遍赞誉，对推动粤港澳一体化发挥了极其重要作用。然而，从合作方式及其具体内容来看，这种合作方式存在诸多问题：(1) 与港澳特别行政区政府谈判的是中央政府。中央政府在谈判时更多的是从全局出发，在综合考量内地与港澳地区政治、经济、社会各方面的基础上来确定协议内容。这可能会带来两个问题：一是在谈判过程中，广东政府难以参与其中，粤港澳一体化中广东的合理需求得不到表达与实现，而广东不需要的则可能纳入协议之中。对此，作为普通地方政府，广东只能全面承受。这在某些程度上影响了广东民众对粤港澳区域一体化的期望。二是这种行政协议很难实现对等。因为一旦对等，双方都应该做出让步和妥协。这就可能给香港社会一个中央干预香港内部事务的观感。因此，这种协议基本上是内地对港澳的单方面让利。以一方的单纯让步、优惠来达成协议，终究不是长久之策。随着内地法治进步，这种合作方式的生存空间正日益缩小(朱最新，2011)。(2) 行政协议内容难以满足粤港澳政府合作的客观需要。以 CEPA 关于法律服务为例，CEPA 具体内容与粤港澳一体化的客观需要存在诸多冲突与不足(慕亚平，2012)：一是香港律师事务行在内地设立代表机构问题。根据 CEPA 规定，只有在内地设立代表机构的香港律师事务行才能够与内地律师事务所进行联营，但并没有涉及关于所设立代表机构的具体条件。目前只能参照与 CEPA 精神背道而驰的《港、澳律师事务所驻内地代表机构管理办法》。按照该办法，代表机构只能处理很小规模的业务，且不得聘用内地执业律师，聘用的辅助人员不得为当事人提供法律服务。二是香港法律执业者在内地执业问题。根据香港法律，法律职业者分为大律师和律师两类，大律师只能从事诉讼业务。根据 CEPA 规定，被内地律师事务所聘香港法律执业者不得办理内地法律事务。同时，CEPA 允许香港永久性居民中的中国公民按照《国家司法考试实施办法》参加内地统一司法考试，取得内地法律职

业资格后按照《律师法》在内地律师事务所从事非诉讼法律事务。这就产生了大律师在内地如何执业问题，因为大律师只能从事诉讼业务。补充协议三规定“允许香港大律师以公民身份担任内地民事诉讼的代理人”试图解决这一问题，但实际上并未从根本上解决。三是香港与内地律师事务所联营的问题。根据 CEPA 的规定，律师事务所之间进行联营，香港律师事务所必须在内地设立代表机构，但现实中只有大型律师事务所为了方便业务开展在内地设立代表机构，而中小型香港律师事务所为节省营运成本和开支，一般没有在内地设立代表机构。四是资格相互承认的问题。香港律师若想进驻内地法律服务市场，必须参加内地统一司法考试，取得内地法律职业资格后才能从事内地法律事务，这表明内地并没有对香港法律职业者的资格进行认可。此外，获得内地法律执业资格香港律师在进行代理活动时的身份还必须是内地律师身份，而不能以香港律师身份，也体现了双方资格认可上的不接轨。可见，CEPA 存在的一系列制度性缺陷使其难以满足粤港澳一体化下政府合作的需要。

## （二）粤港澳政府签订的行政协议

粤港澳政府签订的行政协议比较多，涉及到社会、经济的各个方面，其中以 2010 年签署的《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》（以下简称《框架协议》）影响最大。这些协议是在粤港澳过去多年紧密合作所产生的默契和共识基础上，由粤港澳政府通过友好协商达成的，较充分体现了粤港澳三地区域一体化的客观需求，为粤港澳政府合作搭建了重要平台，极大地推动了粤港澳三地一体化进程。然而必须看到，粤港澳政府签订的行政协议也存在一些问题：（1）行政协议合法性问题。在三地政府中，港澳两地政府的权限在法律上是比较明晰的。而广东政府的权限则是模糊的。从已签订的协议看，有些协议内容明显涉及宪法与法律规定属于中央权限范畴的事项。如《框架协议》中有关金融合作相关规定，似乎应该属于《立法法》规定的相对保留事项。从签订过程来说，《框架协议》都是在人民大会堂，

并在国家副主席见证下由粤港、粤澳两地政府代表签订的，是得到中央默许的，但从形式上看并没有得到中央批准或授权。同时，即使行政协议内容属于广东地方事务范围，这类协议的许多内容也属于地方重大事务，依据《地方组织法》规定，应经同级人大或其常委会讨论、决定。但所有行政协议基本上都没有经过同级人大或其常委会讨论、决定。（2）行政协议缔结的公众参与问题。俗话说：“鞋子合不合脚，只有穿的人知道，别人说什么都是瞎掰。”美国学者彼得斯也曾指出：“管理体制内的专家无法获得制定政策所需要的全部信息，设置得不到正确的信息，因此，如果排除公众对重大决策的参与，将会造成政策上的失误。不论是公共部门还是私人部门，没有一个个体行动者能够拥有解决综合、动态、多样化问题所需要的全部知识和信息；也没有一个个体行动者有足

够的知识和能力去运用所有有效的工具”。(彼得斯, 2001) 行政协议签订过程中, 公众参与不仅有助于协议的科学性, 而且给予了协议正当化、合法化的路径。同时, 行政协议不只是契约, 它还是一种为社会制定行为规则的活动。作为制定规则的行为, 在其过程中应该给予公众参与的机会(朱最新, 2012)。公众参与无疑有助于公众对行政协议遵守, 增强行政协议的实效。然而, 从已签订的行政协议来看, 相关协议并未听取公众意见, 公众只能对已生效的行政协议发表意见。(3) 行政协议的内容问题。行政协议一般应当包括以下条款: 标题性条款、介绍性条款、合作安排条款、履行方式条款、成本与收益条款、违约责任条款和纠纷解决机制条款、生效时间条款、签署和日期条款, 以及其他条款(叶必丰, 2010)。从粤港澳政府已签订的行政协议来看, 虽然有少数协议内容比较具体, 如 2010 年 03 月粤港澳三地政府签署的《港珠澳大桥建设营运协议》就对大桥的建设、营运、维护及管理三地之间的合作关系和权责做出了具体规定, 并就大桥的建设、营运、维护及管理的其它方面制订了相关的准则, 为该项目建设和营运提供了基本的法律基础(龙土有, 2010), 大多行政协议内容过于原则, 只是一种框架性协议, 协议履行的程序、违约责任等行政协议应有的内容都经常性缺乏, 影响了协议的可操作性, 从而使行政协议更多的成为一种政治宣言。

### (三) 粤港澳政府间的个案合作

粤港澳政府间的个案合作, 是指粤港澳三地政府在没有法律或相关协议明确约束和规范下, 直接通过友好协商解决涉及双方权益的具体问题的一种合作方式。随着区域一体化不断加深, 粤港澳三地交流与合作日益密切。然而, 法律是一个渗入了人的理性、意志的逻辑系统, 行政协议也是人类理性的产物。而人的理性是一种“有限理性”, 因而法律、行政协议不可能囊括所有的凌乱而庞杂的社会问题, 不可能涉及到人类活动的方方面面。日益密切的粤港澳三地合作必然带来许多法律和行政协议所规范不到的“飞地”。而对着这些“飞地”政府间个案合作便不可避免。从粤港澳三地政府个案合作现状来看, 主要存在以下问题: (1) 个案合作具体机关没有明确、统一。由于三地行政体制不同, 行政机关的具体设置也有较大差异, 三地行政机关难以一一对应。况且广东下辖 21 个地级市, 若广东所有行政机关都直接与香港行政机关进行合作, 香港行政机关必将不堪其累, 从而影响其合作积极性和效率。(2) 个案合作缺乏必要程序规范。粤港澳政府间个案合作是针对特殊情况下的一种灵活措施, 不可能通过事先的友好协商达成一系列实体性规范来进行规制。人们处理社会事务的目标“并不是不惜任何代价以获得最好的结果, 而是在符合有效管理的基础上取得最好的结果。”(韦德, 1997) 个案合作在程序上还是存在众多相通的地方, 为了节省协商成本、提高协商效率, 从而使问题得到迅速和经济的处理, 完全有必

要构建粤港澳政府间个案合作的程序机制。然而，现实中粤港澳政府间的个案合作基本上没有任何程序规范。

### 三、完善粤港澳政府合作的法律构想

粤港澳区域一体化需要粤港澳政府合作的制度化，粤港澳政府合作的现实却难以满足粤港澳政府合作制度化的客观要求。为此，必须遵循原则、明确权责、健全机制，实现合作治理，从而为粤港澳政府合作提供有效制度保障。

#### (一) 遵循原则

粤港澳政府合作原则，是指贯彻于粤港澳政府合作全过程的基本准则，反映着粤港澳政府合作的价值目标。根据“一国两制”的政治现实和粤港澳区域一体化的客观要求，粤港澳政府合作应该遵循以下原则：(1) 平等—非主权原则。粤港澳政府都是中央政府统一领导下的地方政府，不享有国家主权，国家主权事务由中央政府统一行使，这是粤港澳政府合作的基础和前提。同时，粤港澳三地虽然在文化背景、经济实力、法律制度上都存在巨大差异，但三地政府法律地位是平等的，任何一方都不应该将本区域政府处理问题的原则或观点，强加于另一区域政府，都应该尊重对方在法治框架下做出的决策，即使涉及到自己利益也只能通过友好协商来解决。(2) 互利合作原则。“天下熙熙皆为利来，天下攘攘皆为利往”。粤港澳三地合作也是利益使然。中央与港澳合作是一种政治性合作，中央基于全局利益在某个阶段、某个方面单方向做出让步，给港澳“送大礼”是可以理解的(辛又新，2004)。但粤港澳三地政府合作主要是基于地方利益需要而进行的非政治性合作。要保持这种合作的长久有效，任何单方向让利都是不现实的。为此，粤港澳政府合作必须照顾各方利益，以互利双赢为前提，严禁以损害对方利益来实现自己目的。(3) 协商参与原则。粤港澳合作不仅仅是三地政府的事情，更是三地人民的事情。“大家的事情就大家说了算”。因此，在粤港澳合作过程中，应该将其涉及公民权益的核心关节点向公众公开，从而让公众有序参与政府合作。俗话说“兼听则明，偏信则暗”。让公众有序参与政府合作过程，不仅可以防范政府在粤港澳合作过程中滥用权力，增强合作决策过程的科学性、合理性和政治合法性，而且能够使相关协议、政策得到公众的自觉贯彻，从而增强合作实效。

#### (二) 明确权责

粤港澳政府权责明确是粤港澳政府采取积极措施和行动依法履行其职责的前提条件，也是法治条件下粤港澳政府合作的前提条件。在现行法律框架下，港澳政府的权责是非常明晰的，而广东省政府的权责则是抽象而模糊的。粤港澳政府权责的这种状况使得粤港澳政府合作要么得到中央明确许可或默许，要么只能就一些日常事务展开合作。粤港澳政府合作的关键问题——制度创新问题就可能成为一个敏感话题。这无疑阻碍了粤港澳三地政府合作的积极性和创

造性。中央与地方权力分工问题是一个极其重要的宪政和法治问题。在当今中国，要想一下解决中央与地方关系问题是不太切合实际的。而通过特别法方式授权广东省行使《立法法》规定的法律保留事项以外的所有权力，涉及现行法律规定属于中央权限的事项应进行事前备案，不属于法律明确规定的中央权限事项实行事后备案。中央保留对相关事项的最终裁量权。这样小仅可促进粤港澳政府合作的制度创新，推进粤港澳经济一体化的历史进程，且可以充分发挥广东先行先试作用，为今后中央与地方关系法治化提供实践经验。

### (三) 健全机制

制度是最可靠、最持久的保障。粤港澳政府的有效合作也需要一系列制度机制来保障。在现有制度保障基础上，至少还应该建立健全个案合作的程序规制机制、合作信息公开机制、公众参与合作机制、合作的组织保障机制、跨域影响决策的备案机制和合作纠纷的解决机制。信息公开机制、公众参与合作机制、合作纠纷解决机制学界已有相关论述，基于篇幅所限，在此只对合作的组织保障机制、跨域影响决策的备案机制展开论述：(1) 合作的组织保障机制。组织保障是区域政府合作的第一保障。粤港澳应该在《框架协议》设立的粤港(粤澳)合作联络办公室的基础上按照“三三制”原则(即粤港澳合作委员会成员粤港澳各占三分之一)设立相对独立的粤港澳合作委员会，并由三方政府协商制定粤港澳合作委员职权、职责及权力行使程序等规范，并各自通过法定途径完成粤港澳合作委员会的法定授权。然后由经过各自授权的粤港澳合作委员会来保障相关协议的实施和协调。(2) 跨域影响决策的备案机制。跨域影响决策，是指一个区域政府作出的对其他区域也产生实质影响的决策。随着经济一体化的加深，粤港澳政府各自的决策有时不仅会对本区域相对人权利义务产生影响，还可能对其他区域相对人权利义务产生影响。对这种跨域影响决策应该建立备案机制来确保跨域影响决策不是促退，而是促进三地有效合作：跨域影响决策方应该在决策公布实施之前向粤港澳合作委员会备案。粤港澳合作委员会应该及时征询其他方意见，并将备案决策的相关材料向社会公布(涉及国家秘密或其他法定不宜公布的除外)。其他方对决策有不同意见时，粤港澳合作委员会应该及时组织相关专家进行论证，并将论证结果向社会公开，同时送达三地政府。通过这种备案方式，不仅有助于政府决策的民主化、科学化和合法化，而且有助于粤港澳三地政府的长效合作。

### (四) 合作治理

在单一制中央集权体制下，作为内地的一个省级行政单位，广东省政府掌握着大量的经济、行政等方面的资源，行使权力中裁量权比较大，是典型的“强政府”。(官华，2012)港澳政府虽然不是典型的“强政府”，但在各自社会中也起着主导作用。粤港澳政府合作是粤港澳合作的核心。但必须看到，多中心

合作治理是社会治理的一大趋势。粤港澳政府合作之外，推动社会公共组织、私人部门的共同参与，确立共同参与的合作治理机制无疑是提高粤港澳政府合作实效最有效途径。因为合作治理有着无以比拟的优势：(1)政府、社会公共组织、私人部门共同参与的合作治理机制，“既避免了完全市场化的不稳定和高额的交易费用，又因为没有组成纵向一体化的科层制组织而节省了组织成本。”(张紧跟，2006)(2)WTO 规则主要是规范政府行为的，通过社会公共组织、私人部门的合作，可以有效规避 WTO 规则某些对粤港澳一体化不利规定，从而在 WTO 框架下争取大中华的最大利益。(3)社会公共组织、私人部门能够明白各自合作中的利益需求和法律制度需求，也没有更多的政治干扰，其合作协议无疑更符合区域一体化的客观需要，而且这些协议是社会公共组织、私人部门通过协商自我确立的，在实践中必然能够得到最好的遵守，从而取得最佳实效。(4)粤港澳政府权限不一，如在广东政府直接参与经济活动似乎没有法律障碍，而在港澳两地“政府不能成为市场主体、政府不能直接参与经济活动”已成为法律共识(李义平，2004)。三地社会公共组织、私人部门合作无疑有助于解脱粤港澳政府权限不一带来的某些无奈，有效推进区域一体化进程。

## 深化粤港澳法律合作问题研究

解可

《学理论》2010年12期

粤港澳经济互补性强，合作范围广阔，交通便利发达。港澳回归祖国后，三地依托地缘、人缘优势，加强互利互补合作，实现了从“前店后厂”到“统一市场”，从“制造业”到“服务业”，从“自发合作”到“自觉合作”。在新的形势下，进一步推进粤港澳紧密合作，客观上需要在经济、贸易一体化的基础上，逐步消除三地间深层次的体制、机制差异，注重发挥法律对经济的服务功能，努力缔造一个公平、自由、诚信的法治环境，以提供强有力的法律保障。

### 一、粤港澳法律合作的现状

粤港澳法律合作主要集中在区域司法协助层面。区域司法协助是指一国内部不同法域的主管机关之间，根据该法域的法律或彼此间所订立的协议，互相委托，代为履行或实施某些司法行为或与司法密切相关的行为。目前，三地法律合作已取得一定进展，如最高人民法院已分别与香港特别行政区律政司、澳门特别行政区行政法务司签订了《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决安排》和《关于内地与澳门特别行政区法院对民商事案件相互委托送达司法文书及调取证据的安排》等互助协议。但也存在着一些问题：一是区际司法协助协议存在局限性。目前的协议更多体现了小协议、小安排的特点，是基于解决具体问题的紧迫需要而签署的过渡性文件，无论是覆盖面还是制度化方面都具有明显的局限性。二是协调机制欠缺。目前的协商多是临时性和应急性，缺乏

有效的沟通和评估，也没有建立实施情况的通报制度、解决问题的协调机制和实施结果的评估制度，从而导致合作得不到制度化保障，很难对具体数据、效果等有系统而全面的掌握。三是协助的领域和范围不宽。如在粤港澳相互执行仲裁裁决问题上，可予执行的仲裁裁决的裁决事项还要受到执行地法律的限制，在实际操作中限制了许多在诉讼地被认定为有效裁决的执行。四是刑事司法协助难题多。主要有属地管辖的冲突；属地管辖与属人、保护、登记地管辖之间的冲突；共同犯罪与派驻人员犯罪引起的冲突等。

## 二、粤港澳法律合作中存在的差异及其实质

由于粤港澳“一国两制三法域三法系”的现状和政治制度、经济条件、社会环境的迥异，使得三地在法律理念、法律体系、法律解释、法律渊源以及立法和司法等方面存在着较大差异。一是法律体系上存在差异。目前，粤港澳并存着大陆以宪法为龙头的统一的社会主义法系；以普通法系为基础，依据英国的海外属地法律制度的模式建构起来的香港特别行政区法律体系和以大陆法系为基础，依据葡萄牙的海外属地法律制度的模式建构起来的澳门特别行政区法律体系等三种法律体系。二是具体法律内容上存在差异。既有规制侧重点的不同，又有一般法律适用上的不同，还有国际条约适用上的差异。如香港一直十分强调通过经济立法来规范市场经济，仅经济类法规就达 200 多项，几乎占现行 500 多项成文法例的一半。三是权限不一。在行政管理权限方面，港澳特别行政区政府依据基本法的规定，享有自行处理行政事务的权力，而广东不具备这方面权力。在立法权限方面，港澳特别行政区享有高度立法权，全国性法律基本都不在特别行政区实行，而广东无权进行创制性立法。在司法权限方面，港澳享有独立司法权和终审权，除对国防、外交等国家行为无管辖权外，对特别行政区所有案件均有审判权，而在广东则情况不同。

粤港澳之间法律差异的实质是基于不同立法权来源导致的差异，是单一制的主权国家内部的区域法律差异，是特定时期内中央法律与享有高度自治权的特别行政区内地法律之间的差异，是能够在差异中寻求合作，通过协调解决的。可以按照既维护国家主权尊严，又维持港澳“一国两制”下法律独立性的原则，通过平等协商签订区域法律协议等方式来加以解决。

## 三、深化粤港澳法律合作的基础

虽然“两种制度”的现状决定了港澳目前具有相对独立的法律地位和地方利益，但粤港澳比邻而居、血脉相连、文化相承、法缘相循，有着共同的法律文化传承，都延续了中华民族的人文传统与伦理道德，存在着相互借鉴、相互融合、共同发展的坚实基础。一是法律文化的相通性。法律文化主要包括人们对法律的了解、信任和信仰以及对法律价值观念的认同。法律传统是法律文化的精髓，法律制度会随着国家制度和政权结构的变化而变化，而人们的法律传

统却相对稳定，具有延续性。港澳自古就是中国领土的一部分，传承着共同的传统法律文化，尽管其政体、司法和行政管理体制西化，但同样深受岭南文化的影响，市民心理和行为方式依然有着浓厚的东方色彩，对法律有着相同的价值观念、态度和信仰。随着三地之间的交流更加密切，呈现出法律文化一体化的新格局。二是现有法律体系的可行性。深化粤港澳合作必须在现有的法律框架内进行，以宪法、港澳基本法为基础，符合 WTO 协议及 CEPA 确定的规则。以特别行政区基本法为核心的宪法性法律文件奠定了进一步深化合作的法律基础。港澳相继统一到中华人民共和国的主权之下后，三地间演变为一国内部地方政府之间的关系，其合作属于国内法调整的对象。同时，进一步推进粤港澳紧密合作也符合 WTO 协议规则，是 CEPA 协议的延伸和落实，有着广阔的法律发展空间。WTO 框架为进一步推进粤港澳紧密合作提供了一个“体制接近，规则统一”的制度性基础。而 CEPA 及其补充协议的关键之处是从法律上保障了港澳和内地可以有更顺畅的经济联系，从合作模式、合作机制、合作内容等方面入手，提高了法律法规透明度领域的合作。三是司法合作互动积极。如内地与香港在民商事领域在司法文书送达、相互认可和执行仲裁裁决、当事人协议管辖案件的生效判决上达成了一致；内地和澳门在民商事司法文书送达和委托调取证据，相互认可和执行生效判决、仲裁裁决上达成了一致。

#### 四、深化粤港澳法律合作的相关建议

粤港澳法律合作的障碍主要在于缺乏统一的上位法进行调整，也没有上位权力加以规范。因此，应以立法和司法协助为重点，不断强化法律合作，提供优质高效的法律服务。

##### （一）探索构建区域统一立法模式

粤港澳可以尝试建立全方位、多层次的立法合作体系。一是尝试建立科学稳定、高效公正的法律合作协调机制。可以考虑建立一个由法律人士组成的，常设性、权威性并专门负责协调的法制协调委员会，统一协调三地相关部门制定的能普遍实施的并具有法律约束力的规范性文件，为合作提供区域司法协助。二是考虑制定《粤港澳区域发展协调法》（以下简称《协调法》）。《协调法》应该确立公平、公正原则，市场主导原则和鼓励多方参与区域合作原则。主要内容可以包括：粤港澳深化合作的内容、形式、程序；界定三方政府之间的权限、义务、职能和职责、争端解决机制等。三是尝试适度扩大广东立法权限。中央通过法定途径适度扩大广东的立法权限是粤港澳区域统一立法的关键要素，但也必须考虑到法制统一问题和地方保护主义的可能性。因此，广东立法权限的扩大应局限于根据法律的目的、精神和原则对具体法律规范进行适度改变的范畴，而且这种改变是否符合法律的目的、精神和原则要依法由备案机关进行审查。同时，加大信息公开的范围和公众参与的程度，通过听证会等形式广泛听

取意见。

## (二) 进一步强化司法机关的合作

进一步深化粤港澳合作，需要建立广泛而稳定的司法合作，以提供一种实用性、可操作性兼具的司法保障机制。可以着眼于以下几点：一是在民商事案件管辖权方面，进一步签订协议，详细列明三地法院的管辖权限，通过减少平行诉讼进而减少管辖权冲突，消除民商事判决认可与执行的主要障碍。二是在民商事案件判决和裁定执行方面，制定全面的相互承认法院判决和裁定的协议，适当降低承认与执行区际判决的审查要件，简化执行程序，建立相关情况的报告机制以防止重复执行或超额执行。三是在刑事案件管辖权方面，坚持属地原则为主，以限定的属人原则和便利主义为补充。当犯罪行为和犯罪结果均发生在同一法域时采取严格的属地原则；当犯罪行为或共同犯罪的主体跨法域时，要针对具体情况作出分析，可考虑按“实际控制”或“先理为优”原则解决。四是在刑事司法协助方面，不断加强犯罪情况交流和相互承认、执行刑事判决；进一步积极协助调查取证、送达司法文书、追捕逃犯及犯罪嫌疑人、移交赃款赃物；妥善协调安排证人出庭作证。

## (三) 进一步落实 CEPA，提供优质法律服务

具体落实《CEPA 附件三》的有关规定，准许香港大律师以公民身份担任内地民事诉讼代理人。香港大律师在内地律师的陪同下，可以为被拘留或羁押的港人处理在港业务提供必要的协助。准许符合资格的香港律师根据《律师法》第 8 条的规定以平等条件获得内地律师资格。给予通过全国统一司法考试且在内地执业的香港律师与内地律师同等的国民待遇。

# “特区租管地”：一种区域合作法律制度创新模式

董皞

《中国法学》2015 年第 1 期

## 一、澳门政府横琴用地的法律性质解析：“特区租管地”

2009 年 6 月 27 日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第九次会议审议并通过了国务院关于提请审议授权澳门特别行政区对横琴岛澳门大学新校区实施管辖的议案。在全国人大常委会的该项决定(以下简称为《横琴决定》)中明确规定了，澳门特别行政区政府是以租赁方式取得横琴岛澳门大学新校区的土地使用权，并且在规定的期限内享有对该校区依照澳门特别行政区法律实施管辖的权利。由此可知，澳门政府的横琴用地集“租赁”与“管辖”双重法律属性于一身，具有独特的法律地位和特殊的实践运作模式，因此，我们将其冠以“特区租管地”的称谓，以区别于一般的国有土地租赁用地。

### (一) 租赁属性

“特区租管地”在土地使用上是国有土地租赁的方式，因双方签订租赁合

同约定权利义务而结成特殊的民事法律关系。实际上，在全国人大常委会对澳门大学横琴校区用地事宜作出正式决定之前，澳门政府对于横琴土地开发曾提出四种方案，除租赁之外还有直接将土地划给澳门、划地由澳门托管、在横琴岛给澳门一个地盘但不划给澳门。最终，澳门大学横琴校区作为中央政府支持澳门特区发展教育的重大项目，以 12 亿澳元在横琴“租赁”土地“使用权”，属于国有土地有偿使用。但“特区租管地”因所涉主体为地方政府，故而是一种特殊的土地租赁行为。

一方面，在租赁法律关系中，主体双方分别为作为土地所有者的珠海市人民政府和作为土地使用者的澳门特别行政区政府，属于政府间的土地租赁行为。双方权利义务关系由 2012 年 5 月 16 日签署的《澳门大学横琴新校区国有建设用地使用权租赁合同书》具体约定，但该租赁合同除要符合我国《土地管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《规范国有土地租赁若干意见》、《广东省城镇国有土地使用权出让和转让实施办法》等法律法规的条文外，还必须依据《横琴决定》中对土地使用期限及管理方式等内容的规定。

另一方面，作为特殊租赁行为，承租方权利受到种种限制。(1) 国务院有权对租赁区域的隔开管理事项作特别规定。根据《宪法》第 89 条第 4 款对国务院职权的规定，国务院统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分，因而澳门政府对租赁土地的使用需要遵从中央政府的统一领导与安排。(2) 租赁不得改变校区的土地用途。由于横琴校区不属于《澳门特别行政区基本法》第 7 条所规定“澳门特别行政区内的土地和自然资源”，因此不能由澳门特别行政区再度出租或批给个人、法人使用或者开发。并且《横琴决定》第 2 条规定在租赁期限内澳大横琴校区仅限于教育用地，不能改变为工业用地或商业用地，因而也不存在出租或开发的可能。(3) 租赁具有期限，但是可以续租。对国有土地租赁可以根据实际情况实行长期租赁，具体租赁期限由租赁合同约定，但最长租赁期限不得超过法律规定的同类用途土地出让最高年期。澳门大学横琴校区属于教育用地，根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 12 条对土地使用出让最高年期的规定，教育科技、文化、卫生、体育用地为 50 年。澳大横琴校区土地使用权的租赁期限至 2049 年 12 月 19 日，自新校区启用之日起未超过 50 年，符合现有法律的规定。

## (二) 管辖属性

澳门特区依据全国人大常委会的授权对所租地享有管辖权，体现为一国两制下法律管辖权的让渡。从澳门大学横琴用地观察，“管辖权”授予澳门政府的主要原因是为了保持澳门大学原有办学传统、管理模式和安定秩序以秉承大学自治的理念，从而使澳门大学横琴校区可以更好地吸纳珠海因素，谋求澳门高

等教育水平的提升和粤澳合作下横琴发展的新契机。而且,在这种管辖权上以附加不超过“一国两制”宪法原则所规定的50年的时间条件作为缓冲,亦是对两种不同政治制度相融合后寻求最优治理模式的一种尝试,是为“一国两制”下未来中国发展出路的一次试水探索。

首先,对澳大横琴校区的管辖是以全国人大常委会的授权为前提。在单一制的国家体制内地方一切权力都来源于中央的授权,未经中央的授予特别行政区并不能自主地享有中央没有明确“拿走”的“剩余权力”;这也意味着中央对授出的权力有权监督并决定撤销或继续授予。因此在租赁期届满之时,须由全国人大常委会决定是否续期。

其次,管辖的范围由国务院决定《宪法》第89条第15款明确了国务院有批准省、自治区、直辖市区域划分以及批准市的建制和区域划分的权力,澳大横琴校区的地籍图区域关涉到珠海市政府对珠海横琴经济开发区以及澳门政府对澳大新校区的管辖,实际上涉及到对珠海市与澳门山仔岛的区域划分,应由作为最高国家行政机关的国务院予以明确。而据《国务院关于行政区划管理的规定》第3条第4款规定,凡涉及海岸线、海岛、边疆要地、重要资源地区及特殊情况地区的隶属关系或行政区域界线的变更,由国务院审批。所以,国务院对于“特区租管地”暂时性的隶属关系享有一定的决定权。在《国务院关于横琴岛澳门大学新校区界址范围的批复》中确定其界址包括校区和连接校区与澳门的海底专用隧道,共设有19个坐标,澳门行政长官批示公布的地籍图即是按照该批复所确定的界址制定的。

最后,管辖区域内适用特别行政区法律,管辖内容主要指行政管理权和司法权。2012年11月20日,《订定横琴岛澳门大学新校区适用澳门特别行政区法律的基本规范》法案草案在澳门立法会上获得通过,预示澳门特区将通过立法的形式承接全国人大常委会的授权决定,实现澳门特区对校区的管辖。该法案建议,澳门大学横琴校区视同位于澳门特别行政区以内的地域,全面实施澳门法律。这也意味着在除《澳门特别行政区基本法》确认的法律之外,内地法律将被排除适用于澳大横琴校区的管辖。《横琴决定》并未明示“管辖”的内容,参引《国务院办公厅关于澳门租用珠海土地与兴建新边检楼有关问题的复函》(国办函巨[2002]28号)中对“管辖”作了阐释,“‘交由澳门特别行政区管辖’是指澳门特别行政区在租用该地段期间对该地段具有行政管理权和司法权”,可以视为特区自治权的延伸。

## 二、“特区租管地”问题研究

澳门大学横琴校区所租用土地由澳门政府依澳门法律实施管辖,意味着广东珠海横琴岛澳大校区之内,成了实施“一国两制”的新区域。也许有人会产生质疑,“特区租管地”是否相当于实际扩大了特别行政区的行政区划,是否与

“一国两制”的基本原则相冲突?更有甚者,有些人一提到“租管”和“资本主义”立即就会同“租界”联系起来。其实,对于“特区租管地”的“威胁论”更多地是对其“管辖权”表面化解读的一种误解,也是对租管地性质的认识错误。“特区租管地”并非扩大特别行政区的行政区划,更不是殖民主义的租界,它不但没有与“一国两制”相冲突反而是对“一国两制”的一种模式创新,机制体制创新。

### (一)“租管地”与租界本质迥异

近现代以来帝国主义对中国的殖民统治给中国人民带来的伤害我们永远不能忘记,作为殖民统治的重要方式之一的租界,也使“租界”一词给中国人民蒙上了长期的心理阴影。上世纪90年代海南洋浦开发区的建设就因被误解为是割让租界遭到普遍指责而名噪一时。

租界是国际关系中的一种国家关系的体现,由于多数租界都是殖民地的产物,是殖民国家与被殖民国家的一种不平等条约的结果,因此,租界总是被打上或带有殖民地的烙印。历史上19世纪中叶以前的日本、印度、伊朗等国家都有租界存在。1845年11月15日,英国在中国上海设立了近代史上的第一块租界,至1902年奥匈帝国设立天津租界,前后共有27块租界,其中有25块租借国单一的专管租界,2块公共租界。从国际法上来讲,租界是指两个国家议订租地或租界章程后,在其中一国的领土上为拥有行政自治权的另一国设立的合法的外国人居住地。“租界”这一名词在中文中出现的时间为1860年代。一般认为,租界要具备出租国和租赁国两国语言文件或条约作为依据,有明确的地域四至,区域内的外国居民行使独立完善的行政、司法体系。中国的租界制度以最早建立的上海租界为蓝本,并影响到其他租界。租界最主要的特点是内部自治管理,并不由租借国派遣总督,而是成立市政管理机构——工部局,担任市政、税务、警务、工务、交通、卫生、公用事业、教育、宣传等职能,兼有西方城市议会和市政厅的双重职能。与被割让的领土不同,租界在名义上其领土仍属出租国,并且自身不具备治外法权的属性。但历史上租界使用国均是借由本国通过不平等条约取得公民领事裁判权。租界的行政自治权限制了租让国在其区域内行使行政权,部分租界甚至还有立法权限。所有国将租界视为外国领土,不敢轻易干涉租界内部事务,更别提军队、警察开驻,因此难以对租界内的行为进行司法活动,要从租界引渡犯罪的非租界使用国公民一般就会很困难。租界一般分布在沿海、沿河等通商口岸或便于贸易活动的城市中,换言之就是外国资本主义能够进行经济活动的地点。由于租界的特点,外国人多愿意在租界投资办厂或从事贸易活动,此外,也建立教堂进行传教、开办具有本国特点的学校、医院、坟地等附属设施。因而租界的经济文化繁荣程度往往远高于其周围的地区,依照城市发展的方式,自然而然地成为该城市的商业中心,并以

租界为中心向外慢慢扩张，为城市留下了有别于中国传统文化的浓厚外国特色、也造就了拉动城市部分相关行业发展的契机。对于相当多曾经是通商口岸的城市而言，其城市的几何中心一般都有租界的影子，可见租界对部分城市区位因素的影响。

“特区租管地”在本质上是完全不同于租界的概念。“特区租管地”是在同一个国家内不同社会制度的特别行政区租赁其他行政区的土地并依照国家宪法和基本法统辖下的特别行政区的法律行使管辖权的区域“特区租管地”与租界的根本区别在于：

第一，同一主体国是实施“特区租管地”的前提。出借土地的地方政府和租借土地的特别行政区同是一个主权国家之下的地方政府。虽然社会制度不同，但特别行政区是中华人民共和国的一个组成部分，而不是一个国家。这是“特区租管地”得以设立的前提。《澳门特别行政区基本法》第1条明确规定，“澳门特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。”在一个主权国家之下，作为两个都与中华人民共和国不可分离部分的地方政府之间的土地租赁关系，绝不可以和主权国家之间的租借地关系类比。在“特区租管地”上，最高国家权力机关、最高行政机关都是共同的，是全国人民代表大会和中央人民政府，它与内地的法律制度虽然不同，但澳门特别行政区的任何法律、法令、行政法规和其他规范性文件均不得同全国人民代表大会制定的基本法相抵触《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》是澳门特别行政区的宪法性文件，并且是由全国人民代表大会根据《中华人民共和国宪法》制定通过的。租界的租借国则是一个独立的主权国家，不可能受出租国的辖制，更不会对出租国负责。这是“特区租管地”与租界根本区别的前提，也是设立特区租管地的基础。

第二“特区租管地”的租借方与租界的租借国具有本质区别。“特区租管地”的租借方是中华人民共和国特别行政区政府，出租方也同是中华人民共和国的地方人民政府，二者是同一个国家内，两个同样隶属于中央人民政府，一个享有高度自治权的地方政府与另一个地方政府之间平等互利的租借关系。租界的租借国则往往是出租国的宗主国或者是武力和经济强国，在各方面占有绝对优势的主导地位，出租国则处在被动甚至被欺辱的地位。作为特别行政区宪法性文件的特别行政区基本法关于特别行政区和中华人民共和国的关系具有明确的规定。从行政区的性质、自治权的权力来源、自治区的象征符号、行政权的隶属关系、特别行政区行政首长产生、任命及责任、乃至特别行政区的立法与法律及其解释来看，充分证明在“特区租管地”上行使管辖权的特别行政区与历史上享有租界权的外国国家具有本质的区别，因此“特区租管地”与租界同样有着本质的区别。

第三“租管地”与租界形成的背景、原因及方式不同。“特区租管地”是在

当今社会，是在信息化、现代化、多元化、全球化的时代背景下，一个国家内部因地区发展的需要而产生的。租界则是在 18 世纪末 19 世纪初期资本主义快速发展，而大多数国家发展停滞甚至内外交困的时代背景下，适应资本主义侵略和扩张的需要而出现的。“特区租管地”是基于特别行政区土地资源不足、经济发展受限、产业多元化需要等我国特别行政区发展的实际需求而提出来的，租界则是基于早期发展的资本主义为了资本扩张或保护殖民地利益需要而强行租借的。“特区租管地”是特别行政区和地方人民政府双方协商报国务院审核后由全国人大常委会决定的，租界则是帝国主义通过与殖民国的不平等条约取得的。

第四，“特区租管地”与租界的租借双方在权利内容上不同。以《香港特别行政区基本法》为例，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，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”第 10 条“香港特别行政区除悬挂中华人民共和国国旗和国徽外，还可使用香港特别行政区区旗和区徽。”第 12 条“香港特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域，直辖于中央人民政府。”第 20 条“香港特别行政区可享有全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会及中央人民政府授予的其他权力。”第 23 条“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为，禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动，禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。”第 43 条“香港特别行政区行政长官是香港特别行政区的首长，代表香港特别行政区。香港特别行政区行政长官依照本法的规定对中央人民政府和香港特别行政区负责。”第 45 条“香港特别行政区行政长官在当地通过选举或协商产生，由中央人民政府任命。”第 158 条“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。”第 159 条“本法的修改权属于全国人民代表大会。”第 160 条“香港特别行政区成立时，香港原有法律除由全国人民代表大会常务委员会宣布为同本法抵触者外，采用为香港特别行政区法律，如以后发现有的法律与本法抵触，可依照本法规定的程序修改或停止生效。在香港原有法律下有效的文件、证件、契约和权利义务，在不抵触本法的前提下继续有效，受香港特别行政区的承认和保护。”以上这些规定完全无需解释和论证，特别行政区的地位和与中华人民共和国的关系已是十分清晰。

## （二）“租管地”理论与观念

横琴在历史上是名不见经传的弹丸之地，应着粤澳合作开发特别是澳门大学整体搬迁横琴的号角响起，就像当年建立经济特区一样，一夜之间走红全国。原因就在于横琴澳门大学是第一块社会主义土地上的资本主义管辖区。特别行

政区虽然也是中华人民共和国的领土，但由于历史的原因，百年来原本实行的就是资本主义制度，是在资本主义的管辖之下，收回之后仍然没有改变它的制度性质。但是横琴澳门大学不同，它是在原本社会主义的土地上构建一个资本主义的管辖区，实行资本主义制度。这就引出了许多问题，在同一个社会主义国家的土地上不同的地域能否包容资本主义的存在？资本主义与社会主义能否共生？过去是否有历史先例可循？以什么理论去支撑这一现象？

人类社会是整个地球生物形态的一个组成部分。自然界是多样态的，有动物植物也有山川河流，人类社会是多元化的，有社会主义也有资本主义，他们统统共生于一个地球。包容性就是多元社会的共生基础。社会的多元化造就了公众价值理念的多样性，促进了整个社会多样性、包容性、共生性发展进步。在各类共生关系的链接中，相关各方之间必定存在相似的可以相互容忍、相互包容的毗邻线或临界点，构成共生性底线。但是，多元化的价值观却不应也不能涵盖与人类本性相背离的样式，否则，其与社会发展的正能量观念将会抵触甚至冲突，对社会发展进步形成致命打击。当然，多元化也带来了问题，比如一种形态对另一种形态的蚕食或侵蚀，或者一种观念对另一种观念的排斥或否定，从而形成误解和偏见。在社会形态和社会制度问题上也是如此。2013年4月7日习近平主席在博鳌亚洲论坛发表题为《共同创造亚洲和世界的美好未来》的主旨演讲中提到，尊重各国自主选择社会制度和发展道路的权利，消除疑虑和隔阂，把世界多样性和各国差异性转化为发展活力和动力”。2014年在巴黎联合国教科文组织总部发表的演讲中，习近平进一步阐述了我国政府对于文明交流互鉴所秉持的正确态度和原则：第一，文明是多彩的。人类文明因多样才有交流互鉴的价值。第二，文明是平等的，人类文明因平等才有交流互鉴的前提。第三，文明是包容的，人类文明因包容才有交流互鉴的动力。一切文明成果都值得尊重，一切文明成果都值得珍惜。只有交流互鉴，一种文明才能充满生命力。只要秉持包容精神，就不存在什么“文明冲突”，就可以实现文明和谐。

其实，哪怕在同一个国家社会主义和资本主义也不是不共戴天的，是完全可以共生的，社会主义国家可以容忍资本主义的存在，资本主义国家也应该可以容忍社会主义的存在。在中国一个国家之内社会主义制度与资本主义制度共生共存，我们的香港、澳门特区已经有了一个良好的开头。在中国社会主义制度的土地上允许资本主义制度的存在也是我们理论自信、制度自信、道路自信的具体体现。“一国两制”也并非事先确立了什么理论体系经过论证探讨之后才逐步确立的，而是邓小平同志站在国际政治的高度，国家战略的高度率先提出来的。实践证明这个制度是符合中国国情的，是解决了中国实际问题的，是取得了成功经验的。

### （三）“租管地”构建前提

横琴岛不仅在地理位置上处于一国两制的交汇点，所谓交汇点涵括了双重意思，即在国家独立、主权统一、领土完整之基础之下实现多元政治、经济、文化制度的交融汇合，并以多边共赢之理念充实一国两制内涵。

一方面，一国两制理念的提出立足于对国家统一观念的维护，主权不容分割乃任何制度创新不可撼动的根本前提。根据《宪法》与港澳《基本法》的规定，内地与港澳地区在主权上的统一主要通过三个方面体现出来：(1)宪法是国家唯一且至高的根本大法，基本法的制定依据即是《宪法》第31条之规定，国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。国家主权最基本的表现形式就是宪法，尽管港澳有立法权，但作为制宪、修宪以及释宪的权力有且只有作为最高国家权力机关的全国人大及其常委会保有；换言之，中华人民共和国的宪法在一国境内对任何地方都具有最高的法律效力，这从法律意义上宣示了国家主权的统一。(2)港澳地区没有国防与外交方面的权力，由中央统一派遣军队实施防卫并统一处理外交事务。(3)在对外身份上，港澳政府名称之前需冠以“中华人民共和国”，政府大楼要悬挂国旗；港澳地区中国居民的政治法律身份一律为“中国公民”，尽管可持有不同护照但不能拥有独立的国籍。相较而言，租界属于两国政府作为主体在签订租地或租界章程后，在一国领土之上它国设立合法的外国人居住地。正由于双方主体地位的不同，决定了港澳自治与租界的相异性质——在租界中行政自治权与治外法权的享有者为另一国政府，名义上所租之地仍然是中国领土，然而实质上是在半殖民地国家因不平等协议被强迫划出的“国中之国”，租界内“实行了完全独立于中国的行政系统和法律制度以外的另外一套统治制度，即帝国主义的殖民地制度”——一则不接受属地政府的行政管辖，二来不接受其法律的约束。例如，葡萄牙于1887年与清政府签订的《中葡和好通商条例》以合法化形式“管理澳门”，尽管这绝非割让领土，不等同于葡萄牙对澳门拥有主权，但实则是以“永驻澳门”之特权对中国政府向澳门行使主权的破坏，不利于对国家统一理念的维护。

另一方面，一国两制的特点就在于允许各地保持制度上的发展特色与优势，体现了对各方利益最大化的追求。香港、澳门的顺利回归，既实现了国家在政治架构上的和平一统，也让中央与地方可以从中获益。原因之一即在于一国两制并非如秦始皇“六王毕、四海一”那般形式上的大一统，依据中央高度集权的政治体制来实现全国各地政治、经济、军事上制度上的整齐划一，甚至于全民意识形态都要求与中央尊崇的儒家思想保持高度一致，相当于间接盘剥了地方寻求自治发展的可能性空间。一国两制意味着一国之内存在两种制度乃至多制，其核心在于因地制宜、达到利益的最大化。根据我国《宪法》与港澳地区《基本法》的规定，其特色具体表现在如下方面：(1)港澳地区保持原有的

资本主义制度和生活方式，五十年不变；在此年限之内不实行社会主义的制度和政策。(2)享有独立的法律体系和司法制度；除非与《基本法》相抵触或特别行政区的立法机关作出修改的。(3)特别行政区政府享有独立制定并且管理、执行各项行政事务的权力；包括教育、科学、文化、体育、宗教、劳工、社会服务以及出入境管制等。(4)在经济制度方面，港澳的货币金融制度予以保留，实行原有资本主义经济制度和贸易制度。(5)在人权保障方面，保持港澳居民原有的权利和自由，包括人身、言论、出版、集会、结社、组织和参加工会、通信、旅行、迁徙、罢工、游行、选择职业、学术研究和信仰自由、住宅不受侵犯、婚姻自由以及自愿生育的权利。(6)适用不同于内地政府关于国家安全的立法和标准，可就任何叛国、分裂国家、颠覆中央人民政府及窃取国家机密等行为自行立法。(7)文化思想与教育制度与大陆各持特点，也即意识形态上不必实现形式的统一。(8)港澳地区在国际上具有相对独立的地位，可以以“中国香港”或“中国澳门”的名义参加有关国际组织、国际贸易的协议或优惠贸易安排。(9)区旗与区徽为港澳特别行政区的象征与标志，在依法自主处理某些对外事宜时，可作为统一规范的标志。在国家独立与主权统一的前提之下，经济、政治、文化制度上的异同可以以谋求国家与社会的发展为共识推动建立一个具有广泛包容性的“统而不同”的政治大框架、大格局。用邓小平的话来表述，这“是新语言，是前人未曾说过的”，体现了对国家统一观念的新的突破。

#### (四)“租管地”理论创新

澳大新校区租管地模式在我国土地地域划分上突破了制度边界，最大限度地实现了“一国两制”下澳门依法施政的多元化发展。换言之，澳大新校区需要在突破国家现有行政体制架构与意识形态差异的基础上实现国家两种不同政治、经济体制的平稳对接。

第一，在理念衔接上，“一岛两制”为“一国两制”的下位概念，“特区租管地”为横琴岛内社会主义和资本主义两套制度的适用提供了试验平台，是在一岛之内对“一国两制”理念内涵与外延的扩大与创新。“一国两制”的内核不在于“分”，而在于“合”。它体现为对多元体制的尊重、包容与和谐共生的精神，目的是在不同的制度之间实现优势互补。其内涵社会主义与资本主义两套制度体例，两者统一于一国领域之内。社会主义制度中有资本主义制度，资本主义中有社会主义制度。这其中的制度问题不是分江而治的地域问题，不应和地域划等号；换言之，一国两制中各制度的适用地区不局限于原来既定的地域范围，可以在一定条件下通过法定的方式和程序扩展。外延则是可以在于特区接壤、相邻、相关的其他地方设立租管地，对国有土地的租让适用国务院及出租方政府的土地法规，在租管地内实行承租方政府制度。

第二，在管理方式上，“特区租管地”并不代表行政区划上的割裂治理，而

是以双边互惠为基础实现治理效益的最优化，这也推动一国两制下地区管理体制和发展模式的理论创新。“特区租管地”是中央以授权的方式赋予澳门特区政府在横琴地区租赁土地并以澳门地区法律加以管理，如此在口岸管理、人员进出管理、法律适用等方面都将有待于对原有制度的改良突破或实行特殊政策。如果说香港与澳门的回归助推了“一国两制”制度的确立，那么“特区租管地”理论的形成即是对“一国两制”制度之发展提出了后续的解决之道——“特区租管地”不仅对内地跨区域合作具有借鉴意义，对于发挥特区优势、解决一国内特区政府和地方政府的经济发展关系、一国内特区法律与内地法律的适用关系、一国内特区行政管理与地域行政管理关系等特区发展的瓶颈问题，提供了发展策略与导向，对于解决一国两制的后发展与后合作问题，包括特区和内地的发展与合作问题、制度与管理的借鉴问题，解决特区发展同样大有裨益。

第三，在制度规约上，“特区租管地”也是对横琴区域发展以及内地与港澳地区合作的“刚性约束”。对“特区租管地”的尝试有助于促成相关法律规范的出台，进一步推动立法、行政、司法层面的制度创新。《横琴总体发展规划》中提出要把横琴建设成为“‘一国两制’下探索粤港澳合作新模式的示范区”，此即国务院批准内地开设经济特区以来首次扩大特区范围，将赋予横琴特殊的优惠政策。然而，作为一项重要的国家授权行为，横琴岛开发所适用之配套法律制度仍然尚属一块未开垦的“新地”。“授权”的另一重涵义即是对所授权力的依法限制，而“限权”需要在法律的范围内结合两地社会经济之发展与区域合作状况展开，最终有效解决合作开发中的相关法律问题。

#### （五）“租管地”法律课题

依前所述“特区租管地”的第一层关系是一种“租赁”关系，它是“管辖权”之所以发生的基础，其行使“管辖权”之前提。据《土地管理法实施条例》、《规范国有土地租赁若干意见》等相关法律法规的规定，国有土地租赁，是指国家将国有土地出租给使用者使用，由土地使用者与县级以上人民政府土地行政主管部门签订一定年期的土地租赁合同，并支付租金的行为。国有土地租赁是国有土地有偿使用的一种形式，是出让方式的补充。因而，当租赁关系终止，土地使用权即被国家收回，那么由此产生的管辖权亦将不复存在。这是其不同于行政区划变动的关键之所在。由此观察，在土地“租赁”层面，在法律上不存在多大障碍。

因此，更多的将考察“租管地”的第二个层次即“管辖权”，抛开“租赁”土地的范围，一般的国有土地租赁亦涉及“管理”问题，然而，这种“管理”是延续大陆相关法律制度、社会制度、文化制度以及风俗习惯的管理，而“特区租管地”中的“管理”抑或“管辖”是采取特区政府法律制度、经济运行模式、社会管理体制等，因此我们称之为“管辖权”。根据“法无授权即不能”

的公法原则，管辖权应由宪法、法律予以授权才可施行；目前“特区租管地”管辖权力的来源可从我国宪法、法律及地方相关法规中予以解读。

第一，《宪法》。全国人大常委会授权特别行政区对租赁内地土地实施管辖的行为应当契合宪法的条文规定与法治精神。我国宪法并未明示全国人大及其常委会有权对“特区租管地”的管辖发布决定，然而《宪法》第62条第13款规定全国人大有权决定特别行政区的设立及其制度，根据《香港特别行政区基本法》第11条和《澳门特别行政区基本法》第11条对特区制度和政策的说明，其内涵有社会、经济制度，有关保障居民的基本权利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度等。澳大横琴校区在地域上与珠海市所辖区划实行隔离式管理，直接适用特区行政管理与司法制度，毋庸置疑一方面是由于保证特区政治、经济制度稳定的考量，同时也是尽可能对校区教员与学生基本权利和自由予以保障。因而澳门政府对澳大横琴校区的管理制度是否与特区制度保持一致，换言之也可推衍为是全国人大对两部基本法第11条的补充，即将“特区租管地”纳入到特区基本法的框架内予以治理。而另据《宪法》第67条第3款之规定，在全国人大闭会期间，全国人大常委会对全国人大制定的法律进行部分补充，但是不得同该法律的基本原则相抵触；全国人大常委会对横琴租赁土地作出的管理决定可视同为是对澳门基本法适用区域的部分补充，为澳大新校区依照基本法实施法律管理提供了合宪依据。

第二，《澳门特别行政区基本法》及澳门相关法例《澳门特别行政区基本法》第20条规定，澳门特别行政区可享有全国人民代表大会、全国人民代表大会常务委员会或中央人民政府授予的其他权力。此处的“其他权力”是指《澳门特别行政区基本法》已经授予澳门特别行政区的各项权力以外的权力，内涵三层意思：(1)依权力属性来看，指除行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权之外的权力；(2)依行政区管辖范围来看，指除澳门政府在澳门特别行政区内所享有的权力；(3)同时也可指在澳门行政区域外不属于行政管理、立法、独立司法和终审的权力。澳门政府在澳门行政区域之外是否享有其他权力，应以全国人大及其常委会的正式授权为准。澳门对横琴岛澳大新校区实施管辖，其管辖领域已超出澳门特别行政区的范围，根据全国人大常委会的决定，授权澳门行使管辖权符合澳门特区基本法的规定。此外，《澳门特别行政区基本法》第120条规定，澳门特别行政区成立后新批或续批土地，按照澳门特别行政区有关的土地法律及政策处理。该处的所批土地应当不仅指涉由澳门政府负责管理、使用、开发、出租或批给个人、法人使用或开发的土地，也包括作为承租人由国务院批复使用的土地。按此规定，亦依据澳门特区法律予以管理。

为进一步贯彻实施全国人大常委会《横琴决定》中对澳大横琴校区适用法律的规定，澳门特区政府于2012年11月草拟了《订定横琴岛澳门大学新校区

适用澳门特别行政区法律的基本规范》法案，建议将新校区视同位于澳门特别行政区以内的地域，如澳门特别行政区针对不同区域而订立不同规定，则新校区具体视同位于凼仔岛以内的区域；一律适用澳门特别行政区的法律体系，还包括现行的《澳门大学法律制度》、《澳门大学章程》、《澳门大学人员通则》以及澳门大学各类内部规章等，以保持澳门大学的地方自治和独立治校。而与之相似，香港特别行政区为规范深圳湾口岸港方口岸区的法律适用问题，早于2007年发布《深圳湾口岸港方口岸区条例》使香港法律适用于深圳湾口岸港方口岸区。

第三，中央和广东省及珠海市有关横琴管理的相关政策和地方性法规。如果说《横琴总体发展规划》、《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008—2020年)》、《粤澳合作框架协议》与《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(Closer Economic Partnership Arrangement, 以下简称CEPA)及其补充协议为以澳大横琴校区为范例的“特区租管地”提供了可行的制度模板与设想，那么2012年1月起施行的《珠海经济特区横琴新区条例》则为将横琴建设为“一国两制”下探索粤港澳合作新模式的示范区提供了法律依据与法制保障。

#### (六) “租管地” 实践先例

“澳门大学横琴用地”并非孤立的个案，在我国《宪法》基本精神与原则的基础上，在“一国两制”基本国策的指导下，“特区租管地”已经历多次实践检验，因此，总结现有经验，对于促进相关立法与政策决策具有重要价值。

1. 澳门特别行政区新边检大楼及配套设施地段管辖权。2001年11月26日，国务院发出《关于广东省珠海市和澳门特别行政区交界有关地段管辖问题的批复》(国函[2001]152号)，应澳门特别行政区政府要求，同意将珠海行政区划内的“澳门特别行政区关闸拱门以北至珠海边防检查站原旗楼之间用于兴建澳门特别行政区新边检大楼及配套设施的地段，交由澳门特别行政区管辖”。2002年3月21日，经国务院领导同意，国务院办公厅复函广东省人民政府(国办函[2002]28号)，原则同意《珠海市国有土地租赁合同书》的内容，授权珠海市政府据此与澳门特别行政区政府商谈并签署土地租赁合同，明确(国函[[2001]152号)中“交由澳门特别行政区管辖”，“是指澳门特别行政区在租用该地段期间对该地段具有行政管理权和司法权”。根据国务院的批复，2002年7月24日，珠海澳两地政府签署《珠海市国有土地租赁合同书》，该合同约定，珠海市政府把位于拱北联检大楼与澳门关闸之间、面积为28042.6平方米的国有土地使用权出租给澳门特区，租金为每年每平方米人民币10元，租赁期限为50年。若澳方在租赁期满后仍需继续使用该土地，且不改变土地用途，可重新签订土地租赁合同。合同由双方签字盖章，经国务院批准后生效。有关地段的司法管辖权和行政管理权，2003年6月1日起，移交澳门特别行政区政府。

2. 深圳湾口岸港方口岸区管辖权。2006年10月31日，第十届全国人大常委会第二十四次会议根据国务院的提请，通过了《关于授权香港特别行政区对深圳湾口岸港方口岸区实施管辖的决定》，同意在深圳湾口岸内设立港方口岸区，“授权香港特别行政区自深圳湾口岸启用之日起，对该口岸所设港方口岸区依照香港特别行政区法律实施管辖”和禁区式管理；深圳湾口岸港方口岸区的范围和土地使用期限，由国务院确定。2006年12月30日，国务院发出《关于授权香港特别行政区实施管辖的深圳湾口岸港方口岸区范围和土地使用期限的批复》（国函[2006]132号），授权香港特别行政区和深圳市政府签订国有土地租赁合同，租赁期至2047年6月30日。起始5年租金为每年620多万人民币，5年后作调整。深圳湾口岸位于深圳南山区东角头，整个口岸处在深圳市行政区划内，填海形成，占地117.9公顷，口岸区与香港鳌勘石之间建造了一座长5545米的公路大桥，同样由香港特别行政区管辖。

从以上两个案例并结合澳门政府横琴用地可看到，“特区租管地”最终决定机关已由国务院提升到了全国人大常委会，而且租金已由象征性的给付逐渐向市场价转向。此外，三者主要有如下共性：其一，提出租赁土地并请求授予管辖权的主体一方均为特别行政区政府；其二，租管对象均具有“特区租管地”性质，即在租赁土地的同时一并享有该区域的管辖权，且申请地段均为与特别行政区或接壤或邻近；其三，申请租管的理由均为特别行政区土地资源的缺乏，不利于边检、教育等公共事业的发展；其四，适用特区法律，实行封闭式管理；其五，租赁期限均在“一国两制”方针下的50年内。

与之相较，澳门大学横琴用地具有如下几个明显特征：(1) 澳门大学横琴校区采取“全封闭”、“隔开式”管理，进出横琴澳门大学新校区的人员只能从澳门特别行政区方向专用通道进出，不能从该校区直接进入横琴岛的其它区域；(2) 澳门大学横琴校区结构简单，封闭区内只有一个没有常住居民只有在校学生的学校，可以比较方便的适用澳门特区法律予以管理，无复杂的居民和历史；(3) 功能比较单一，澳门在横琴的用地就一个学校，仅涉及科学教育，因此，比较容易管理。然而，香港特别行政区、澳门特别行政区如果要租管面积更大的区域，尤其是与特区不相邻的区域，则将面临诸多与横琴用地不同的问题，例如，此区域会有自己独特的历史文化遗产，有更多的居民、建筑，有更复杂的社会结构与功能，有更加牢固的法律制度与法律文化，等等。因此，将特区的社会制度、法律制度、文化制度等运用于此，行使管辖权，我们必须以更开放的思维、更大胆的想象、更严谨的态度，开创“一国两制”的新模式。笔者认为，“管辖权”的行使可由特区政府与租赁地所辖地方政府联合向国务院提出，由国务院审查，再经全国人大或全国人大常委会批准。在必要时，制定相关法律、法规予以更加具体的规定。

### 三、“特区租管地”模式创新的反思与改进

“特区租管地”的设立并无西方制度体例可供参考借鉴，因此创新与反思和改进二者之间应当是并行推进的过程。就目前而言，主要存在宪法依据与法定程序两方面的法律问题亟待应对。

#### (一)人大常委会的授权没有宪法明示

大陆地区与澳门特别行政区之间的土地租赁，依据的是全国人大常委会的决定；但在国家根本法的层面上，宪法对于全国人大常委会关于在内陆地区设立特区管辖地域的权限并无明文规定。严格说来，也即《宪法》第67条并没有处理行政区域划分方面的职权；除非依据《宪法》第67条第21款规定全国人大常委会享有人大授予的其他职权，其前提应当是先有全国人大对常委会的授权，而后人大常委会才能据此授权给国务院对澳大横琴校区与珠海政府间土地租赁事宜作具体管理。

从另一角度言之，此问题关涉的是《横琴决定》的法律效力问题。作为中央政府对“一国两制”原则的实行，倘若可将《横琴决定》视为宪法性法律，以“上位法优于下位法”的规则来推知《横琴决定》之于《基本法》的效力，那么人大常委会对国务院以及澳门特区政府的授权也是有宪法性效力的。否则，难以从宪法依据的层面解释《基本法》在澳大横琴校区适用之权力来源的问题。

#### (二)“特区租管地”的设立暂无法定程序

在《横琴决定》中，授权横琴岛澳门大学新校区与横琴岛的其他区域隔开管理，具体方式由国务院规定；实际管理中，参照的也是《国家十二五规划》、《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》、《粤澳合作框架协议》等政府政策文件。珠海市人大常委会正式对外发布的《珠海经济特区横琴新区条例》（简称《新区条例》）对横琴新区的管理体制、区域合作、产业促进、法制保障等以立法形式作出规定，提出将横琴新区建设成为公平正义、诚实信用、廉洁高效的法治之区。然而，“特区租管地”内适用澳门地区法律管辖，《新区条例》的所辖范围仅限于澳大新校区之外的横琴岛区域，在立法上“特区租管地”的法律地位、性质与设立程序等事宜仍处于立法空白。

必要时可由国务院新设对“特区租管地”进行规划管理的专门机构，并制定颁布《特区租管地规划管理条例》，对立法、行政、司法等事项确立适用规则及程序。使得该地区规划管理的法律、法规和规章日趋完备，增加行政程序的透明度和可操作性，为引导特区租管地合理有序的发展奠定基础。

### 四、“特区租管地”创立与治理构思

全国人民代表大会常委会作为国家最高权力机关的常设机关为面积仅为1.0926平方公里的土地作出决议，这在我国立法史上尚属罕见。横琴岛“一岛两制”新局面是我国“一国两制”的理论发展与制度创新，没有西方模式可以

借鉴，这在全球范围内有一定的示范价值和借鉴意义。然而，从法律权力的来源与授予上看，这与一国宪政体制相关，需要从法律上厘定“特区租管地”的设立与治理问题，赋予其合宪性。

### （一）完善立法

全国人大常委会应从澳门发展的实际情况出发，适时对《基本法》中涉及到“一国两制”内容的部分依法定修改程序作出解释，为“特区租管地”的设立与管理提供稳固的法律基础与制度保障。或在时机成熟之时由国务院制定《特区租管地管理条例》或是《租管地管理条例》，以便于这一管理模式创新得以法定的形式推广到内陆地区政府间的区域合作，例如台湾地区可否在福建省采取相似方式管理租赁土地，沿海城市可否在西部地区租赁土地并适用其管理体制，以及两种体制间应有之区别应当以法定的形式明示并确定。

### （二）创立程序

“特区租管地”涉及“一国两制”模式之创新，涉及特区政府在租赁地的“管辖权”问题，因此，在全国人大及其常委会尚未制定相关专门法律之前，“特区租管地”的设立应遵循比较严格的程序，包括议案的“提出”、“审查”、“批准”等。

#### 1. “特区租管地”议案的提出

在提出环节中，应注意提出申请的主体资格、对象及其范围、充足适当的理由、议案的制定等的要求。如，“特区租管地”申请的主体应为特别行政区政府；对于现阶段来说，申请租管的土地以接壤或邻近特别行政区区域内的大陆土地为宜；申请议案须经由租管地市级以上政府与特别行政区政府共同协商制定，并按程序报国务院审查。

#### 2. “特区租管地”议案的审查

国务院按照《宪法》、《香港特别行政区基本法》或《澳门特别行政区基本法》、《土地管理法》及其实施条例等法律法规进行审查，主要审查提案主体是否合法、提案所达成的租管地的范围、时间等是否合法、“租管地”的“管辖权”范围、内容等是否具有可行性、适当性与合法性。经过审查，国务院决定是否将该议案提交全国人大常委会审议。

#### 3. “特区租管地”议案的批准

全国人大常委会经审议决定是否批准申请“特区租管地”的议案、取得方式、范围大小、使用期限及可否续期、特别行政区的管辖权的取得等事项。根据《全国人大组织法》第31条之规定，全国人大常委会审议的议案，由常务委员会以全体组成人员的过半数通过。而对于批准后的“特区租管地”与其它行政区划用地的隔开管理方式、具体界址等，则由国务院规定。

待上述事项均确定之后，由市级政府按照批准的要求和特别行政区政府签

订一定年限的国有土地租赁合同，该合同经双方签字盖章后交由国务院审批。审批通过“特区租管地”方可依法设立。

### (三) 治理模式

“特区租管地”与香港特别行政区、澳门特别行政区注册的企业在内地租赁土地“投资办厂”不同，“特区租管地”的“租管”是特区政府与大陆地方政府之间的政府行为，是兼具使用权与治理权的双重性质。核心内容即特别行政区在“租管地”的综合管辖与治理问题，亦即特区政府采取何种方式，以何种法律制度为基础进行管辖与治理。如何协调已有法律制度、文化制度、社会制度等与特区政府采用的相关制度的冲突问题，如何将两种制度巧妙合理地对接，以消减由此产生的负面影响等是“特区租管地”治理的主要难题。

#### 1. 治理的依据

承上述，经过国务院的审查、全国人大常委会的批准，特区政府在“租管地”实行特别行政区的法律制度、社会制度等，对社会进行治理。其基本依据主要是《宪法》、特别行政区《基本法》等相关的法律。具体治理依据：(1)以全国人大常委会的授权管辖为前提。全国人大常委会授权特区政府对“特区租管地”实施管辖须以宪法的规定为基准，并且授权主体只能为全国人大常委会。具体表现为特区政府就租管地事宜向国务院提出请求，国务院负责对土地规划与管理以及各行政区划间职权作统一安排，报由全国人大常委会批准，将内陆土地以租赁的方式授权给特区政府管辖。(2)适用特别行政区法律为原则。依据特别行政区法律管理社会经济等各种事务，特区租管地的物与人及行为原则上适用特别行政区的法律，但在租管之前的物之所有权、人之身份权、行为之性质适用租管之前的法律；租管之后适用特区法律。特别行政区法律指在特区施行并具有法律效力，并且实施范围扩及特区的或适用于特区的法律，包括《基本法》中指明的所有特区法律来源。(3)租赁合同约定为依据。关于具体的治理模式，可以通过“租管地”所辖市、省政府与特别行政区政府对“租管地”与其它区域的关联、进出“租管地”需履行手续、程序、“租管地”的制度设计、机构设置、社会管理、经济贸易等方面平等协商，以“租赁合同”的方式具体明确地界定。当作为承租人一方的特区政府为按合同约定开发建设、擅自转让、转租或不按合同约定按时交纳土地租金时，土地行政主管部门可以解除合同，依法收回承租土地使用权。

#### 2. 治理路径体现为行政主导下管理体制的有效运作

对澳门大学横琴校区租管地的创设与开发是基于最高国家行政机关的一手推动，之后由立法部门经立法程序予以授权。(1)在权力的配置上，根据《横琴决定》的内容，国务院享有对澳大横琴校区如何实行隔开管理之行使方式的权力；(2)对于治理的依据，以国务院编制和执行的国民经济和社会发展规划为指

导纲目，辅之以《土地管理法》等法律规定；(3)在合同属性上，因珠海市政府与澳门特区政府双方主体的特殊性，其所订立的合同也带有一定的行政合同色彩，而民事合同的性质较弱，合同内容的可协商性较为有限。

### 3. “租管地”管理的法律问题及其处理机制

两种不同治理模式、社会制度磨合的初期，除了涉及政治制度、区际关系、经济利益、历史特殊感情以外，还难以避免会出现许多的法律适用问题，如“租管地”上主管之前及之后居民的身份与待遇、建筑物的权益、居民行为等问题的法律适用与冲突。面对这些法律问题，初步设想采取如下解决机制：(1)法律纠纷与冲突的解决。第一，以制定相关冲突规范的路径来确定解决法律冲突的基本原则；第二，在对具体“特区租管地”的管理过程中通过租管合同约定法律适用和纠纷解决的依据及程序和方法。(2)法律事务与服务的互动。第一，设立法律事务协调与沟通机制，成立法律问题协商与合作专家小组，处理涉及双方合作的法律事务；第二，加强法律服务业沟通合作，探索建立“租管地”所在政府与特别行政区律师、公证等领域的合作机制。(3)内地与特别行政区间的跨区域合作。第一，在内地公安机关与特区政府警方交流合作机制框架下，完善打击跨境犯罪的直接联络、会晤和案件协查管道，提高打击跨境犯罪的效率和能力；第二，推进区域突发事件应急管理合作，完善通报及信息共享机制，实现应急平台互联互通，提升联合处置能力；第三，构建应特区政府或“租管地”最高管理机关邀请大陆有关执法部门参与或协助“租管地”执法活动的机制。

### 结语

全国人大常委会之所以认同澳门政府对横琴用地的管辖，一方面从现实出发是出于澳门大学本身发展的考虑：澳大横琴新校区拥有宽阔及优美的校园空间，为澳门大学带来新的课程、设施、校园文化和管理模式，这些将有助大学进一步实践精品本科教育、优秀师资团队、卓越科研和高效环保的办学理念，从而推进澳门高等教育事业的发展。

而另一方面，具有更为重要并将产生深远影响的是，澳门大学横琴校区是在“一国两制”框架下和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)基础上的粤港澳合作新平台，是探索粤港澳合作新模式的示范区和深化改革开放与科技创新的先行区。横琴岛独特的空间地理位置和现实条件，是实行国家两种不同体制对接、融合的首选试验区域。因此，对于澳门大学横琴校区的开发应成为国家战略的一步棋，要通过大胆的制度创新，使其成为“一国两制”背景下区域合作制度创新的试验场，以突破目前的行政体制架构和两种不同意识形态造成的制度鸿沟的限制。

从这个意义上看，澳门政府横琴用地模式具有重要的延伸价值。澳门政府“租管”的横琴部分地方用于澳门大学新校区的建立，是否具有推广意义？亦即，

可否探索在一定的合作区域空间内将两种体制相互融合的制度创新上升为国家战略在国内更大范围予以逐步推广。比如，可以首先由香港特别行政区、澳门特别行政区依法租赁某个与特别行政区邻近的县、市，实行澳门、香港相关的法律制度、社会制度等，先行试点示范，如果确实有效果可逐步总结经验，作进一步推广。最为现实和紧迫的是香港特别行政区、澳门特别行政区可以采用“特区租管地”模式参与国家“西部大开发战略”，不仅在技术、人才、资金等方面予以支持，还可以直接在西部租赁一块地，建立“特区租管地”，将特区的先进管理理念、管理经验、管理方式引入西部，使西部得以更好更快地发展，同时释放特别行政区的资金人才聚焦能量。双赢、互惠、多元参与的开发模式有利于更好地集中各种优势资源和先进理念，从而进一步加深内陆与港澳地区间的区域合作，为促进经济、文化和社会的发展适度多元化，进而为加快整个两岸四地深度交流合作做出贡献。

## 以自贸区法治创新推进深港深度合作

吴燕妮

《开放导报》2017年8月

### 一、深港合作的历史基础与成就

#### (一) 深港合作的历史基础

从时间历程上看，深港合作可以分为早期的“承接产业转移”、中期的“产业内深港合作”到近期的“深港合作”三个阶段。

早期的深港交流始于贸易领域的合作，以深圳作为我国改革开放的试验区为标志，香港开始将制造业大量转移至人力资源丰富、函需发展的深圳，深圳成为承接香港产业转型升级的主要地域，逐渐形成“前店后厂”的合作模式，通过要素动态投资，使投资地区和被投资地区突破某种要素的瓶颈，从而实现了各自潜在的比较优势，为获取更大的国际贸易创造了条件，形成了以开拓国际市场为目的，以区域为一体的国际竞争力。随着香港特别行政区的成立，以2003年CEPA的签署为标志，深港合作进入了快速发展的新阶段。随后，《深圳市综合配套改革总体方案》在2005年正式获得国务院批复，提出应充分发挥深圳毗邻香港的优势。

2011年，深圳市“十二五”规划纲要将深港合作与发展关系推上了新的阶段，并在前海正式设立合作区，切实发展深港合作，开始从产业、金融到法治政府、司法改革、制度建设等领域的全面合作。2012年6月29日，香港回归祖国15周年之际，国务院发布《关于支持深圳前海深港现代服务业合作区开发开放有关政策的批复》，提出“支持深圳前海深港现代服务业合作区实行比经济特区更加特殊的先行先试政策，打造现代服务业体制机制创新区、现代服务业发展集聚区、香港与内地紧密合作的先导区、珠三角地区产业升级的引领区”。2015

年，前海蛇口片区纳入广东自贸区之后，政策叠加的优势逐渐显现，前海在促进深港合作方面一直积极探索，力争以政策的叠加优势和法治创新本身最大程度释放改革红利。

## （二）深港合作的法治成就

经过数年的快速发展，深港合作不仅从框架协议进入到实质性的金融、科技、服务等领域的深度合作，而且资本、人力资源、技术等要素方面的合作也开始不断深入。

在政府职能转变方面，深圳积极向香港特区先进的治理经验学习，不断加大引进香港特区先进制度的力度。前海管理局是我国首次在法定机构管理模式上进行的探索，借鉴香港特区英美法系中法定机构的特色和经验，吸纳了蛇口企业和咨询委员会等社会机构作为社会化管理的尝试，在“小政府、大社会”方面做出了有价值的尝试。

在深港两地司法合作方面，深圳前海法院开始尝试对接香港专业调解机构，已经成功通过港籍陪审员和纠纷调节机制审理了多项涉港案件，还成功通过调解、仲裁等多种纠纷解决手段，实现了商事领域法律规则的国际化对接。

在深港合作的机制建设方面，通过“联席会议+咨询委员会+联合工作组”常态化机制加强深港合作。以部际联席会议、粤港合作联席会议等协调机制、金融、法律等专业咨询委员会机制以及前海深港联合工作组的协作机制，加强前海管理局与香港政制及内地事务局在前海开发建设中的沟通和协作，共同解决前海开发开放中需要双方合作协调的问题。

深港合作既是市场经济发展的必然结果，也是两地政府合作深化、共同推动的过程，深港两地的利益诉求得到了较为充分的尊重，两地的经济发展需要实现了互补。

深港合作是典型的“自下而上”的发展过程，是市场自发的合作逐步向政府和公共层面不断提升的过程，这一过程实现了市场和政府的良性互动，有利于在宏观层面更有效地推动深港两地经济社会资源的全面整合，以弥补市场机制可能出现的不足。

深港合作是从市场机制到法治建设全面拓展和深化的过程，由具体的工厂合作到产业实现互补，由产业协调到框架协议指引，由框架协议再到国家政策，这一系列的合作过程，实质上也是深港两地由单一合作走向全面合作的过程。

## 二、深港合作中的法治难题

### （一）深港合作的主要困难

尽管法治改革和多重政策影响下的前海已经在深港合作领域取得了令人瞩目的成就，但从总体效果上看，深港合作在诸多方面还面临着一些困难，主要表现在以下几个方面：

## 1. 前海产业结构与香港合作力度不明显

截至 2016 年底，在前海注册的企业累计达 124560 家，但其中港资背景企业 4223 家，占比仅为 3.39%，相对于飞速增长的企业注册量而言仍然占比较少；港资背景企业实现企业增加值占前海注册企业增加值的比例尚不足 30%。

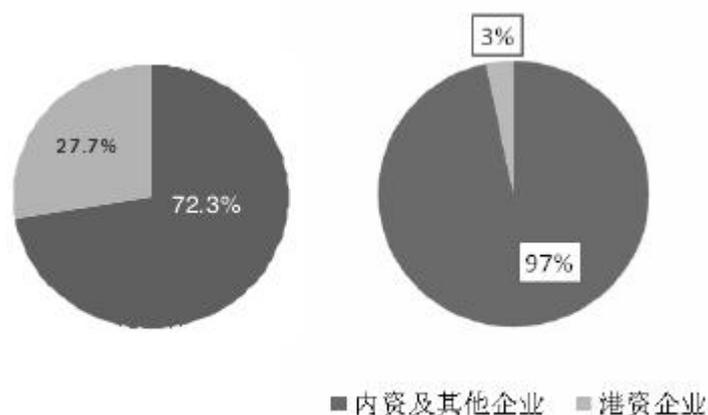


图1 港资企业增加值占比

图2 港资背景企业数量

从数据上看，香港背景企业在前海占比仍然较低，这一方面固然是由于内地企业在前海的注册登记迅速增加，但另一方面也反映出香港企业对于在前海的发展仍存在疑虑，与深圳合作的需求仍然不高。

与内资企业的增长速度相比，港资企业的增长相对缓慢，可见，构建多层次、全方位的深港合作并不是一个简单轻松的过程。尽管深港两地在资金、人员、货物、信息流动等方面正进一步合作，两地消费、置业、就业、教育、医疗、通讯、交通等的往来和资源共享日益频繁和紧密。但目前深港在深层次合作方面仍然存在一定的问题，特别是涉及到法治层面的协调与合作、资本、劳动力等要素流动、产业竞争与合作等方面，仍然存在法律、政策、文化等诸多领域的障碍。

## 2. 深港两地要素流动受到限制

在人员流动方面，尽管目前深港两地在交通合作方面已经有了显著进步，包括完善深港跨境交通系统的完善，推动口岸通关及查验方式的革新，推广新通行证和自助查验系统，建设监管结果互认机制等。但在人员流动方面仍然存在着严重的不对称，表现为 2015 年“一周一行”等跨境流动限制政策出台，深港两地人员流动受到较大程度限制，出现了自 2004 年来的首次大幅下降。此外，深港间的高端商务活动未得到充分重视，这对深港经济进一步合作形成了一定的障碍，并影响到其他要素的流动。

在专业服务领域，前海依然受到法律法规的限制，在专业服务资格确认、牌照及经营上存在诸多门槛，令香港专业服务在深圳无法开展。如律师事务所联营制度，尽管目前已经有 6 家联营律师事务所落地前海，但实质上由于缺乏

资格互认或转化机制，香港律师难以独立在前海开展工作。

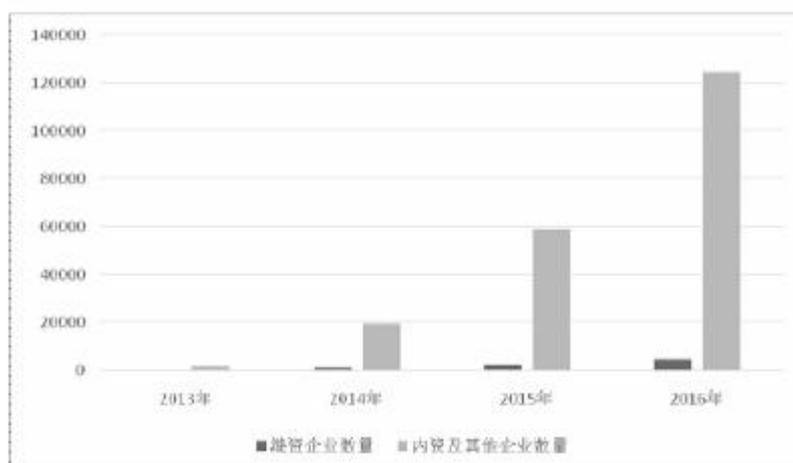


图3 2013~2016年前海片区港资企业增加值与内资及其他企业对比

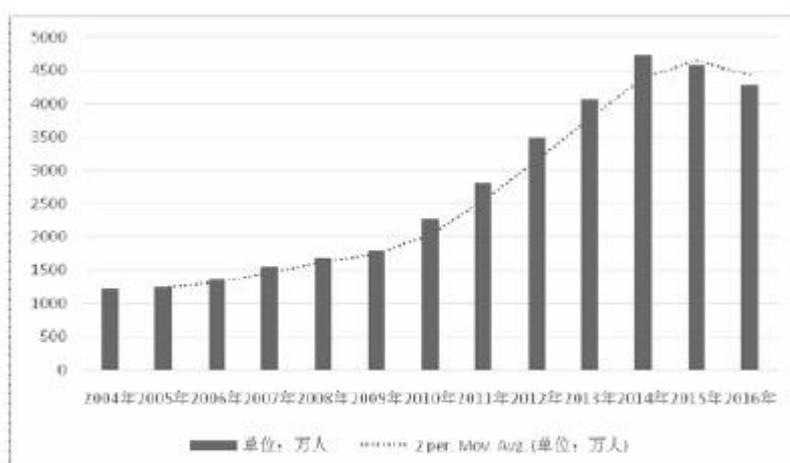


图4 2004~2016年深圳通关内地访港旅客数量变化

在资金流动方面，尽管深港两地均认识到其重要性，但目前仍然停留在制度合作探索阶段，香港金融自由港的体制和内地金融管制体制形成了较大的制度差异，同时，出于外汇管制的需要，近两年内地与香港地区的资金流动不仅未能达到理想效果，反而更趋严格。在合法渠道不畅通的情况下，地下钱庄便应运而生，成为洗钱犯罪的重灾区。

### 3. 深港两地金融市场环境差异的制约

一方面，支持深港合作的金融政策不断推出，但针对外资金金融机构的持股比例限制仍然存在，同时受内地分业监管、机构监管的制度限制，香港金融机构仍然无法独立获得证券、基金、保险等业务牌照，前海金融机构受内地监管制度限制，香港金融的优势经验无法在前海获得认可，两地在金融法律法规方面存在较大差异。如香港法律允许银行开展证券业务，在获得香港证监会牌照

的情况下，可以自由销售证券类产品，但根据内地《商业银行法》、《证券法》的规定，内地商业银行不得开展任何证券业务，也不可能获得证券业务牌照。因此，香港金融机构实质上无法在内地开展有关业务。

另一方面，香港金融市场制度健全、管制宽松，资金流动较为自由，监管机构高效透明，监管规则国际化程度较高。作为成熟的发达金融市场，香港地区已经形成了较为完善的银行、证券、保险体系，以及全面有效的货币、外汇和债券市场，共同构成完整高效的金融运作体系。受英国市场监管理念的影响，香港特区政府长期以来奉行较为宽松和减少干预的原则，金融市场环境和法治环境较为规范。但内地金融监管仍然秉承分业监管、机构监管的理念，市场往往受到行政监管的影响而出现不稳定的情形，使得香港金融机构缺乏在内地运作的稳定预期和合规标准。

## （二）深港合作障碍的法治原因分析

深港合作在前海的发展瓶颈有着多重因素的影响。经济发展的差异和不平衡是深港进一步深化合作的内在隐忧，但两地制度的差距和法治建设的不一致，则是阻碍深港合作向前发展的直接根源。

从表象来看，深港两地经济发展差异，导致利益冲突不断涌现。随着香港区位优势减弱，特区经济发展呈现出下降趋势，在经济低迷的情况下存在回归保守主义和本地保护倾向，在深港合作方面出现矛盾。深层分析不难发现，法治化程度的差异是问题的根本。

1. 法治理念的差异。一方面，历经百年的发展，采纳英美法系的香港特区法治已经较为成熟，重视权利保护、重视法律程序的理念深入人心；另一方面，前海法治发展更多地依赖于中央及地方两级政策，在前海的支持层面更多来自行政部门的规范性文件，具有稳定法律效力的规则仍不够完备。尽管宏观政策屡屡出台，但是可资援引的实际法律制度则较为欠缺，政策的配套规则也较为滞后，不利于建立深港合作的稳定预期，影响香港与前海合作的积极性。

2. 法律制度的差异。前海的深港合作仍然受制于法律制度，内地的法治理念以及立法、执法、司法实践，与成熟的香港普通法仍有差异。尽管前海已经开始在完善法制方面做出尝试，但在短时间内香港特区法律制度仍然更受信任。调查显示，75.29%的企业表示在投资前海时最看重公平公正的法治环境；而接近80%的企业表示，与港资企业合作或签订合同时，更愿意选择适用香港法律；同时有超过七成的企业认为，与内地法律规则相比，香港法律更符合实际运作规律。

3. 体制机制的差异。本质上，前海的深港合作是“一国两制”创新探索实践不断深化的成果，但前海行政体制改革尚在进一步深化，简政放权、法治建设尚未完善，在现行自贸区发展政策下，广东自贸区部际联席会议并未吸纳香

港特区政府部门参与，而粤港合作会议更集中在广东省级层面，导致缺乏有效的高层协调机制。此外，借鉴香港先进经验而设立的全国第一家法定机构——前海管理局，在深港合作的制度对接中仍然处在磨合阶段，行政体制和机制的差异造成了前海法定机构顺畅行使职能中的困难。法定机构在香港是一个独立的体系，与有关政府部门保持“虚线”联系，属于“半官方”机构。尽管《深圳经济特区前海深港现代服务业合作区条例》也对前海管理局的独立性作了规定，提出前海管理局仅对深圳市政府负责，其他部门不得在前海片区行使职权，但前海片区在行政区划上仍然属于深圳市行政辖区的范围，在传统行政条块管理的模式下必然要与深圳市政府部门、或者更高层政府部门产生联系，产生摩擦或衔接机制不够有效的情况必然会出现。

### 三、促进深港深度合作的法治化举措

破解前海深港合作僵局的根本路径在于前海法治的发展和进步，唯其如此，深港深度合作才能实现。诸多挑战和机遇，对深港合作能力和自贸区法治建设提出了新的要求。从深化前海的深港合作、促进自贸区前海蛇口片区创新实践的角度出发，我们建议如下：

#### （一）积极发挥前海法治改革的主动性

深港共赢才是前海发展的基础。因此，深港合作要有利于香港的稳定和繁荣，有利于解决香港经济社会发展中遇到的问题和困难，从而使深港合作有利于深圳的长远发展，有利于城市功能和经济结构的调整，有利于经济增长方式的转变。

因此，要积极发挥前海法治改革的主动性，主动发现和整理现有的法律障碍，从观念的转变入手，改变现有追求数量的“引进”模式，根据前海的实际情况进行法律论证，切实解决现在政策密集出台，却很难落地的问题。一方面，应加快建设完善前海在自贸区框架下的法制建设；另一方面，应积极学习借鉴香港特区法律制度，通过允许商事合同中当事人选择适用的方式，推动前海法治环境建设完善，在深层次上解决前海深港合作的法律制度困境。可进一步推动相关司法解释出台，对港资或港商实际控制、涉港因素担保等界定为涉港法律关系，允许合同当事人选择适用香港特区法律作为准据法。

#### （二）明确法定机构职能，充分发挥法定机构在衔接深港制度中的重要作用

从定义上看，法定机构是以立法授权而获得一定行政管理权的特殊组织，其依法取得社会公共职能，并独立承担法律后果。与政府部门相比，法定机构具有一定的市场化、企业化特性，具有较高的灵活性，通常在英美法系国家或地区用于新区管理、金融管理等需要高效工作的领域，通过市场化实现透明度和节约成本的需求。因此，法定机构作为前海法治的创新探索，在深港合作中必然会出现磨合问题，也存在与现行内地体制相衔接的问题。从发挥法定机构

灵活、高效的优点，促进深港合作连接纽带的建设出发，应当进一步明确法定机构的定位和职能，完善配套制度建设。

一方面，应进一步加强法定机构立法配套，实现科学立法、有效确权。对前海管理局来说，目前依据的法已经包括“一规划、一条例和两办法”，在今后的管理运作中相关规范出台应当科学审慎。从相关法规的内容来看，规定过于原则会造成实践性差、执行难，而过多、过细又有对实际开发、经营设置障碍的隐患。鉴于法规无法穷尽实际可能发生的情况，建议设置权威的法规解释部门，同时科学立法，在原则性和可操作性中间找到结合点。

另一方面，进一步论证解决前海管理局在与内地政府部门衔接中的问题，推动前海管理局顺畅行使职能。经由明确的立法授权，前海管理局应在保持一定独立、自主属性的同时，建立行之有效的部门间衔接协调机制，前海管理局与上级部门的沟通和衔接可通过专门的机构进行，如深圳市政府或深圳市政府授权的机构，以减少其他政府部门对前海片区的干预，缓解沟通环节的摩擦和分歧，保证前海片区深港合作、建设粤港澳大湾区工作的正常开展。

### (三) 建立深港合作的高层协调机制

一方面，改变现有自贸区部际联席会议与粤港联席会议互相独立、信息封闭的局面，推动内地部际联席会议与香港特区的直接互动，充分发挥高层协调的作用，形成国务院各部门、各相关地区合力推进前海开发开放的工作机制，减少深港合作进一步发展的限制。以金融服务为例，通过高层协调机制，推动允许港资金融机构以“零门槛”进驻，并给予区内的金融机构在利率市场化基础上开展跨境双向人民币存贷业务的资格，按照“定机构、定额度、定监管”的原则，率先试行人民币自由兑换，推进深港金融产业的深度合作。另一方面，强化前海深港联合工作小组的职能，推动加强小组与高层协调机制的联系，促进小组常态化工作机制的建立，并及时研究解决深港合作和粤港澳大湾区建设中的重大问题，努力打造高层协调、高度授权、高效灵活的现代服务业体制机制创新区。

## 粤港澳合作机制中突破知识产权地域性的探讨

易在成

《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第1期

### 一、问题的提出

随着CEPA协议的实施，内地与香港、澳门之间的经济交流进入一个高速发展的时期，而内地与港澳之间的知识产权纠纷及法律冲突也凸现出来。如澳门某企业与内地某知名烟草企业之间的商标纠纷案：澳门某卷烟厂有限公司于2005年5月6日，向澳门特别行政区政府之经济局提出“某烟”商标注册之申请，并于2005年11月9日获准注册，有效期至2012年11月9日。且其注册

的“某烟”商标与江苏某卷烟厂的“某烟”商标文字图形组合几乎完全相同。澳门某卷烟厂有限公司已生产并销售“某烟”牌卷烟，于香港、澳门市场销售。江苏某卷烟厂的“某烟”商标为中国大陆注册商标，在澳门未注册。江苏某卷烟厂发现该情况后立即委托律师在澳门提起撤销澳门某卷烟厂有限公司在澳门的注册商标之诉。在受委托的律师进行调查取证的阶段，律师发现了一个惊人的事实，该澳门卷烟厂有限公司除了在澳门注册了涉案商标之外，还在澳门注册了“红某山”、“某某猫”等内地香烟品牌。而澳门的一些注册商标也在内地有被抢注的情况，如到澳门的游客，特别是女性游客，一般都会到澳门的“莎莎”买化妆品，该商标的品牌价值不菲，随着 CEPA 协议的实施，澳门“莎莎”曾计划到上海开店，但经过前期调查，马上打消了这个念头，因为“莎莎”已经在上海被注册了。这种情况，在澳门与内地之间存在，在内地与香港之间也同样存在，如联想公司进军香港时，才发现“Legend”已在香港被抢注了，其则选择由原商标“Legend”变成“Lenovo”在香港注册。类似情况，在商标领域大量存在，在版权及专利领域同样会存在。

依据目前的事实，从法律上来看，澳门某卷烟厂有限公司系根据澳门有关法律的规定申请并成功注册了“某烟”商标。而根据澳门《工业产权法律制度》第四十七条、第一百九十九、第二百二十九条关于商标注册之无效的规定，并无充足的法律依据针对澳门某卷烟厂有限公司之“某烟”商标无效之诉。这种对于原告的法律困境，在专利与著作权跨境纠纷中，也或多或少地存在，而这种普遍存在的问题，肯定会在三地的经济交往中构成自由贸易与投资贸易便利化的绊脚石，与 CEPA 协议实施的目标不相和谐。

## 二、问题的实质

上述这些问题，其实质在于知识产权的地域性，而解决这些问题，也应该从知识产权的基本理论入手。知识产权的地域性(Territoriality of Intellectual Property)是在知识产权基本理论方面的一个基本问题。地域性和域外效力是一个比较抽象的概念，如何准确理解其含义对于知识产权国际保护制度的确立和完善至关重要。知识产权地域性不等同于严格属地主义，为了避免混淆，应该将其准确界定为一国授予的知识产权原则上仅在本国地域内有效，知识产权的效力只限于本国境内，这是知识产权的法律特征之一。对有形财产权的保护，原则上没有地域性的限制。除签有国际公约或双边互惠协定或实践中实行对等保护原则的以外，知识产权没有域外效力，其他国家对此种权利没有保护的义务，任何人都可在自己的国家内自由使用该知识产权，无须取得权利人的同意，也不必向权利人支付报酬。

在当今，随着知识产权的跨域流动的加速，知识产权在国际贸易中的重要性日益加强，知识产权的严格地域性开始有所突破，这种突破主要表现在如下

一些方面:一是通过加入国际性的知识产权公约,主要是世界知识产权组织与世界贸易组织的一些公约,如《保护工业产权巴黎公约》及《与贸易有关的知识产权协议》中关于驰名商标的保护,就一定程度上在成员国内突破了商标保护的地域性。二是通过地区性的多边公约在某些特定地区开始突破,如1968年比荷卢经济联盟制定的《比荷卢统一商标法》,1973年西欧国家缔结的《欧洲专利条约》,1977年非洲知识产权组织通过的《班吉协定》。根据上述条约,申请人在一个缔约国内申请专利或商标注册,就可以同时在所有缔约国内享有专有权,这就使得知识产权的效力跨出了一国地域,产生了在两个以上国家同时有效的知识产权。由于某区域内国家在经济上、政治上以及法律传统上的统一和接近,使得知识产权制度(主要是工业产权方面)统一化、国际化的趋向日益明显,从一定程度上动摇了知识产权的地域限制原则。但到今日,这种情况仅存在于欧盟及法语非洲国家等有限地区。三是从知识产权的主要形态来看,不同的知识产权的地域性有着不同程度的突破,版权的地域性在所有的知识产权形态方面突破是最明显的,原因是版权的取得在大多数国家并不以版权登记为条件;商标权在地域性突破方面次之,商标权在地域性突破方面的主要表现是在国际条约下驰名商标的保护;而专利的地域性还很难突破。

CEPA是《内地与香港关于建立更紧密经贸关系安排》与《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系安排》(Closer Economic Partnership Arrangement)的英文简称(下文中简称澳门CEPA与香港CEPA)。CEPA的主体具有双重身份,即在国内体制中,分别是内地关税区与香港单独关税区;而在WTO体制中,则分别是WTO正式成员。CEPA的调整对象也具有双重性,即调整一国国内不同关税区之间的经济关系和WTO不同成员之间的贸易关系。CEPA的法律基础主要涉及国内法、国际法有关香港澳门高度自治权的规定与WTO区域经济一体化例外规则。作为一主权国家的两个关税区和WTO的不同成员,内地与香港、澳门签订的CEPA既是符合GATT第24条的WTO成员之间的协定,但实质上又不是国际条约,而是部分内容受WTO规则规范和调整的一国国内的区域经济一体化安排。CEPA协议力图在区域内实施自由贸易是一个不争的事实,但从CEPA实施的实践来看,知识产权问题是一个非常值得注意的问题,但在CEPA协议体系中却没有对区域内的知识产权法律保护问题做出专门规定。而笔者认为,对于实践中内地与港澳之间越来越多的知识产权争议,通过在CEPA协议中构建知识产权协调制度,对区域内的知识产权的地域性进行一定程度的突破,具有可能性。

### 三、突破地域性的可能性

CEPA香港的目标定位为:“通过采取以下措施,加强内地与香港特别行政区(以下简称香港)之间的贸易和投资合作,促进双方的共同发展:一、逐步减少或取消双方之间实质上所有货物贸易的关税和非关税壁垒;二、逐步实现服务贸易

自由化,减少或取消双方之间实质上所有歧视性措施;三、促进贸易投资便利化。”CEPA 澳门的目标同 CEPA 香港基本一致,“通过采取以下措施,加强内地与澳门特别行政区(以下简称澳门)之间的贸易和投资合作,促进双方的共同发展:一、逐步减少或取消双方之间实质上所有货物贸易的关税和非关税壁垒;二、逐步实现服务贸易自由化,减少或取消双方之间实质上所有歧视性措施;三、促进贸易投资便利化。”自 2003 年 CEPA 协议的签署到现在,CEPA 已经走过了 12 个年头,随着 CEPA 协议分阶段协议的不断实施,在 CEPA 协议签署之日没有引起重视的一些问题开始随着三地之间贸易自由化的提升开始显现出来,知识产权方面的问题就是这些问题中突出的一个问题。

CEPA 协议及其补充协议中没有专门规定知识产权跨区保护的问题,而内地与港澳之间知识产权保护制度本身有差异性,这种差异性将成为 CEPA 协议进一步发展的障碍。三地由于历史的原因,在知识产权保护对象、保护期限以及权利的取得方式等问题上都有很大的差别。特别是由于知识产权地域性,在三地的知识产权保护方面的实践中已经出现一些棘手的问题,如商标保护方面,由于 CEPA 的实施,三地的商品流通中在一地取得注册商标的某一商品由于其质量优会在三地都得到大量的消费者青睐,另两地的不良商家可能就会合法地利用知识产权的地域性大做文章,如前述的商标抢注的问题。

所以随着 CEPA 协议的进一步实施,解决三地知识产权地域性与知识产权跨区保护之间的矛盾,解决知识产权地域性与 CEPA 贸易自由化目标之间的矛盾就是必须正视的问题,我们必须找到缓和或者解决这些矛盾的方法,从知识产权的基本性质来观察,最根本的方法就是在 CEPA 的内地港澳三地这一区域内对知识产权的地域性进行突破。在 CEPA 协议中,通过构建知识产权协调制度来突破知识产权的地域性存在极大的可能性。

首先,从知识产权基本理论上,地域性不过是外部环境施加于知识产权及其立法的,而不是它们本身所固有的,也就是说,地域性不是知识产权的最根本的属性。因此,只要各个法域愿意和需要,就可以抛弃对知识产权的地域性的固执,在一定程度上突破知识产权的地域性。某些方面,适时地突破地域性给予在外法域获得的知识产权以保护,是当今世界国际协作的必然要求。

是否承认外法域知识产权的域外效力,是一个法域自主决定的事情,取决于该法域的政治经济文化和价值取向。知识产权法律制度要在传统的以地域和人的身份为效力所及范围的法律所作用的物质世界中发生作用,就必须对其客体的存在加以确定化,获得时间和空间上的存在。前者即所谓的知识产权时间性,后者即所谓的知识产权地域性,这给无形的知识产权一个具有相对确定性的地理空间上的存在。一个法域的知识产权保护程度与其经济发展水平和知识产权发展状况是成正比的,知识产权的地域性使得各法域知识产权法律制度的

差异性得以保持，从而在客观上起到了较为合理地在私人 and 政府之间进行利益分配的作用。

从长远角度看，知识产权发展不平衡的问题在一定程度得到解决后，在一定区域内突破知识产权的地域性，以适应区域内知识产权统一市场的需求，促进区域内投资和贸易的便利化是可能的。所以，知识产权发展相对较均衡的区域，不管是发达国家之间，比如欧洲，还是发展中国家之间，比如非洲法语地区，均可以在缔约国之间在一定程度上突破知识产权的地域性。所以，不管国内法还是国际公约，适时地突破地域性均不存在制度上的障碍《巴黎公约》、《马德里公约》及《TRIPS 协议》等国际公约都直接或间接将独立保护作为基本原则加以确立，意味着各国在符合公约基本要求的前提下，有权自主决定知识产权的立法保护问题。

另外，从目前的国际背景及实践来看，经济全球化背景下的世界贸易组织的多边贸易体系的建立宣告了共同利益体的形成，而符合世界贸易组织基本原则的区域经济合作也如火如荼。“具体表现形式是每个国家都推崇多边制度的优越性，但同时努力和其他国家建立区域性经贸安排，目的就是利用多边贸易制度的例外规定，在小部分国家间实现更自由、更开放的贸易制度。”在这些区域性的经济组织中，无论是关税同盟，还是共同市场，都对知识产权区域保护的问题进行了规定，如欧洲联盟先后颁布了一系列有关知识产权的指令和条例，北美自由贸易区在《北美自由贸易协定》第 17 章专章规定了对知识产权的协调保护，东南亚联盟签订了知识产权合作框架协议等。这些规定都在一定程度上突破了传统的知识产权的地域性，在区域内不同程度上对知识产权进行跨域保护。后 TRIPS 时期，知识产权最积极的谈判是在大量双边自由贸易协定 (FTAS) 中制订详细而具体的知识产权章节，以推行超 TRIPS 知识产权保护和执法标准。在这种国际背景下，在 CEPA 协议中构建有关知识产权区域保护的规则也具有可能性，并有国际法的基础：内地与香港、澳门是三个独立的法域，所以在知识产权方面的制度设计是一个法域理性选择的结果，也是各法域行使立法权的表现；与此同时，任何一个法域的制度安排在符合本法域自身利益的情况下，还必须兼顾其他法域的利益。在一个相互交往日益加深的大中华区，法域合作和互动又成为每一个法域生存和发展的必要条件。内地、香港、澳门都受《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》及《TRIPS 协议》等重要知识产权国际保护公约的约束，同时三地在多边贸易体制中又都是具有平等主体地位的成员方，这些都为在 CEPA 协议中构建知识产权协调制度打下了坚实的制度基础，再加上三地之间经济融通与合作随着 CEPA 协议的构建与完善的不断深入，在 CEPA 协议中构建知识产权协调制度已经成为三地之间的一种急迫的现实需要。

#### 四、构建 CEPA 中知识产权协调制度的具体建议

CEPA 协议自 2003 年签署至今已经走过 12 个年头了，正如前文所述，CEPA 协议中没有明确规定区域内知识产权保护制度的不足已经在实践中显现出许多问题，在 CEPA 协议的框架下适时适当突破知识产权的地域性具有必要性和可行性。其实在 CEPA 协议的框架下，内地与港澳之间已经开始了一些区域内知识产权保护的工作。粤港两地于 2003 年 8 月第六次粤港合作联席会后成立“粤港保护知识产权合作专责小组”，旨在加强粤港两地在知识产权不同范畴的交流和合作，包括推广和教育、培训、执法以及资讯发布等方面。粤方成员包括广东省知识产权局、广东省公安厅、广东省对外贸易经济合作厅、广东省工商行政管理局、广东省版权局，以及海关总署广东分署的官员，广东省知识产权局局长为小组的粤方组长；港方成员包括香港特区知识产权署、商务及经济发展局，以及香港海关的官员，香港特区知识产权署署长为小组的港方组长。粤港保护知识产权合作自 2003 年开展后，多项合作项目已顺利完成或持续发展，并成功使粤港两地相关的知识产权部门建立更紧密的伙伴关系，以及加深企业、公众人士、知识产权拥有者在粤港两地知识产权领域的认识。在珠三角地区投资的企业亦日渐意识到知识产权管理及保护，对这个地区发展成一个国际性经济体系的重要性。为协助这些企业掌握区内知识产权保护制度的基本情况，广东省、香港特区及澳门特区多个政府部门，包括广东省知识产权局、广东省工商行政管理局、广东省版权局、香港知识产权署及澳门经济局知识产权厅特别制作了“粤港澳知识产权资料库”，以便正在区内营商或有意前来开拓业务的投资者，可以透过这个一站式的网站，检索粤港澳三地的知识产权制度资料。“粤港澳知识产权资料库”涵盖了粤港澳三地知识产权制度的网上信息。使用者可以因应不同的知识产权范畴，包括版权、商标、专利和外观设计，检索三地的相关法例、注册制度和政府机构等资料。

其实这些区域内知识产权保护方面的合作看起来比较热闹，但实际上不能从根本上起到保护知识产权权利人的合法权益和促进区域内更紧密经济关系的作用，只是隔靴搔痒。笔者认为，在内地与港澳都是 WTO 成员方的有利背景下，以上述的一些初步的合作为基础，在符合“一国两制”前提，从初级形式到高级形式，适时适当地突破三地各自知识产权的地域性，循序渐进地在区域内建立知识产权协调制度。

首先，是模式选择问题。纵观各自由贸易区的知识产权制度的协调模式，主要分为以下几种：国际条约最低标准协调模式；法语非洲国家组织知识产权统一注册协调模式；欧盟模式；英联邦部分成员国知识产权延伸注册协调模式；北美自由贸易区模式等。在 CEPA 自由贸易区协议中，笔者认为，该知识产权协调制度的理想模式应该是以 TRIPS 协议为基础的自己的模式，也就是说 CEPA 的知识产权协调制度的知识产权保护的标准不应该低于 TRIPS 协议，所以以 TRIPS

协议为 CEPA 知识产权协调制度的模式,就可以避免该协调制度违背 WTO 协议之嫌。这个结论基于三点:一是 CEPA 中所要解决的根本问题与 TRIPS 协议所要解决的问题是一样的,也就是在自由贸易中如何充分有效地保护权利人的权利而同时又不给自由贸易造成扭曲和阻碍;二是 CEPA 协议是在 WTO 多边贸易体系下的自由贸易区协议,自由贸易区的一系列协议必须以不违背多边贸易体系下的一揽子协议为基本点;三是 CEPA 中内地、香港与澳门知识产权发展水平参差不齐,知识产权保护的水平也是各不相同。

其次,应注意构建 CEPA 知识产权协调制度中利益平衡问题。笔者认为在 CEPA 各区域知识产权发展水平与保护水平参差不齐情况下,构建 CEPA 知识产权协调制度的挑战很大,但同时也有很大的制度创新的空间。在上文中笔者谈到,在知识产权协调制度的模式是 TRIPS 模式,但并不是说在 CEPA 就完全照搬 TRIPS 模式,而是在不低于 TRIPS 协议的基础上,考虑到 CEPA 知识产权发展与保护水平的不同步,构建与本自由贸易区相适应的知识产权保护制度。在构建 CEPA 知识产权协调制度的时候,应该将保护知识产权权利人权利、推动整个自由贸易区发展与政府利益三个目的有机结合。

最后,应在不同的时期随着 CEPA 协议的不断完善,循序渐进地构建知识产权协调制度:第一个时期,在三到五年之内在区域内可采用签署 CEPA 补充协议的方式对知识产权协调和合作做出明确规定,这些规定是在现有的资料共享的基础上进一步进行一些程序上的合作,这种合作是有国际条约的支撑的,内地与香港、澳门共同参加了世界知识产权组织辖下的一些知识产权国际公约,在 CEPA 补充协议中只需要对这些协议进行重述和强调。这样区域内的知识产权保护就会上一个台阶,与现有的资料共享的合作模式有一个质的不同,如在前面所谈的澳门某卷烟厂有限公司抢注江苏某烟厂的同一商标的问题就可能找到一个公正的结果,江苏某烟厂就可依据内地与澳门共同加入的《伯尔尼公约》中的著作权保护,以澳门某卷烟厂有限公司侵犯其商标上的著作权为由,要求撤销澳门某卷烟厂有限公司所享有的与原告在内地注册一模一样的商标;第二时期,大约在五到三十五年之内,在符合香港与澳门基本法的前提下,颁布一些知识产权实体内容示范法,这些示范法与第一种模式有所不同,这种示范法没有要求三地的各自的知识产权法必须与其一致,只是一种类似于美国的示范法的东西,只是起到一种指导的作用;到了第三个时期,也就是约三十五年之后,在前面两个阶段的基础上,在制度背景成熟的基础上,借鉴欧盟在统一知识产权法律制度的经验,制定统一的知识产权法律制度,在更大程度上或从根本上突破区域内知识产权的地域性。

## 粤港澳合作框架协议审议机制论析

赵虹

为了落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008—2020年)》(以下称《纲要》)、《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》及其补充协议(以下统称CEPA),促进粤港澳更紧密合作,广东省人民政府与香港特别行政区政府、澳门特别行政区政府分别于2010年4月7日和2011年3月6日签署了《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》(以下统称《框架协议》)。《框架协议》的签订,见证了在全球经济一体化进程中我国在遵守WTO法律规则的基础上,在“一国两制”的框架下,在寻求区域经济合作模式上的重大突破,翻开了粤港澳紧密合作的新篇章。

《框架协议》重点亮点突出、合作领域广泛。就粤港合作而言,协议主要包括跨界基础设施、现代服务业、制造业及科技创新、营商环境、优质生活圈、教育与人才、重点合作区、区域专项合作规划、机制安排等领域的合作内容。就粤澳合作而言,协议主要包括合作开发横琴、产业协同发展、基础设施与便利通关、社会公共服务、区域合作规划、机制安排等内容,其中横琴合作开发、旅游深度合作、中医药产业合作是最具亮点的合作领域。

粤港澳紧密合作关系是一个巨大的系统工程,但是《框架协议》在强调合作的同时,

似乎对协议的审议问题没有做出明确规定。或许正如《粤港合作框架协议》第三条所说,

合作将坚持“平等协商、相互开放”和“先行先试、重点突破”的原则,探索推动主要合作区域和领域,并实现以点带面的深化合作。但从国际区域合作的经验看,合理有效的审议机制是监督和协调合作的必要途径,与合作的成败密切相关。同理,对于国内区际之间的粤港澳合作,也要接受监督和管理,以便实现合作的宏伟蓝图。有鉴于此,本文拟将就《框架协议》的审议机制进行探讨。

### 一、《框架协议》审议机制释解

审议机制是指审议机构对《框架协议》的解释与适用,以及对合作各方所实施的行为是否与相关法律或政策相符合进行检查并提出建议的制度安排。审议机制应该包括两部分:第一部分是审议机构的设置,即设置什么样的组织架构及其内部的工作组织;第二部分是审议机构的职能范围、工作机制、审议的效力等。从国际区域贸易组织的审议机制来看,成功的区域合作组织建立的审议机制往往是司法因素超过政治因素,或者尽力在审查的政治性和司法性之间进行平衡,从而做到在谈判协商的审议方式不能解决现实问题时可以寻求具有法律强制性的司法审议机制,例如欧盟(EU)和北美自由贸易区(NAFTA)就是种模式。

作为一个区域合作的协议,《框架协议》强调的是在平等协商基础上的先行

先试、统筹规划和协同发展。对于合作过程中有关协议的审议和争端的解决，目前《框架协议》仅作了原则性的规定，而且明显地还停留在双边互信的政治层面上，甚至于民间合作的基础上。客观地说，仅有政治协商和民间合作的机制对于紧密经贸合作的纵深发展还远远不够。

综观《粤港合作框架协议》和《粤澳合作框架协议》，两者对机制的安排做了相同的规定。前者在第十章、后者在第七章中明确了机制安排，规定粤港澳合作要遵循“一国两制”方针，顺应区域合作基本规律，不断完善和创新合作机制，并总共约定了以下五种机制安排：第一，高层会晤；第二，联席会议；第三，工作机构；第四，咨询渠道；第五，民间合作。协议该章共五条过于简单、原则的规定，不但缺乏可操作性，而且其中的规定主要是通过高层会晤、联席会议、专责小组来就重大事项达成共识，强化工作机制的协调与执行职能，以及加大统筹协调力度，实现协同发展的联系。如果《框架协议》的双方，或双方的各工作机构在执行协议的过程中其行为与本协议的规定构成冲突，抑或《框架协议》的内容涉及与上位法不一致的规定，该有谁来对这些行为进行审议，以及审议后形成的报告或裁决如何执行，《框架协议》没有做出规定。如果说对于争端的解决进行了规定的话，也只是规定了三地之间各自建立的联络办公室要“负责跟进落实本协议有关事项，协调解决合作争端，建立公共信息平台，定期发表本协议落实情况报告”，或“督促和协调落实本协议及有关合作事项。”因此可以认为，《框架协议》对审议机制几乎就没有做出规定。

缺乏审议机制的区域合作组织，其对协议的实施推进和可持续发展很难从制度上提供保障，非洲和拉丁美洲的一体化组织就是例证，虽有很好的设计，但最终流于形式。甚至于WTO体制下的区域贸易组织，因为审查机制的软弱效力，导致区域贸易协定过多过滥。就粤港澳合作而言，过于依赖政府立法目的的政治性和政策性来主导区域之间的经贸合作，在短期内矛盾和冲突较少的情况下，合作愿景尚能有力推进。但长远来看，随着经贸关系的深入，矛盾的范围和复杂程度可能扩大，那时政府要顾及首尾就不是件容易的事情。因此，通过法律的程序建立一个公正、有效的审议机制有现实的必要。其实，在《框架协议》构建伊始，就有学者对其与国内其他法律的冲突提出过质疑。例如，粤港合作协议中关于机场业务合作的规定，用合法的手段垄断相关市场，瓜分市场利益的规定就有不符合我国《反垄断法》第三十七条规定之嫌疑。此外，合作的纲领性文件中是否还存在类似的问题？今后的合作过程中，如果遇到合作方政策措施与相关法律、政策不一致时该如何处理？就此除了要立足“一国两制”、“先行先试”的合作纲领之外，还可以从国际上成功的区域合作模式中寻求可借鉴的经验。

二、区域合作审议制度的模式参照就《框架协议》的法律性质而言，

一般都认为它是一个区域性协议，只不过与其他的区域贸易协定不同的是，粤港澳协议绕开了 WTO 设置的法律障碍，也避开了别国的质疑、纠缠和国际社会的审查与限制。仅就区域性而言，粤港澳协议与其他区域合作协议具有共同的属性，这为其从其他合作模式之中寻求可借鉴的经验提供了依据。

(一) 欧盟的司法审查体系就全球范围内的区域合作的审议机制而言，欧盟的法律程度当属最高，有人称其为超国家的司法审查体系。在欧盟的跨国区域共同治理体系中，建立了高度一体化的组织机构模式，包括欧洲理事会、部长理事会、欧盟委员会、欧洲议会和欧洲法院等。其中，欧洲法院是欧盟的司法机构，对欧盟机构的次级立法和成员国国内法是否与欧盟条约相一致具有司法审查权。欧洲法院的司法审查范围包括对欧盟机构法令的审查、对欧盟机构不作为的审查、对成员国行为的审查以及预先裁决制度。关于欧洲法院对欧盟机构法令的审查，《欧共同体条约》第 230 条规定：“(欧洲)法院将对欧洲议会和理事会共同制定的，以及对理事会、委员会和欧洲中央银行各自制定的除建议和意见之外的法令，以及欧洲议会制定的旨在对第三者产生法律效力的法令的合法性进行审查。”欧洲法院对成员国违法行为的审查既包括积极违法行为的审查也包括消极违法行为的审查，其目的不但在于确保每个成员国积极善意地履行条约义务，更在于保障欧盟目标的实现。预先裁决程序则进一步规定个人可以通过成员国的法院或法庭对共同体法律提出审查的申请来间接维护自身的合法权益。欧盟庞大的司法审查体系不单单是一种简单的纠错机制，也能有效地防止机构和成员国对基本条约的违背。

(二) NAFTA 分散型的审查制度北美自由贸易区协定(简称 NAFTA)是发达国家与发展中国家区域合作的成功范例，其成功同样依赖协定自身的制度保障，其中 NAFTA 内部的审查制度就是其制度体系的一部分。NAFTA 对协定的审查主要是通过争端解决机制得以体现。NAFTA 框架下共有以下多套针对不同领域的争端解决制度。这就是所谓的分散型争端解决机制。分散型的争端解决机制根据不同的争端解决事项设置不同的争端解决机构和争端解决程序。

概括而言，NAFTA 的审查制度集政治性的审查和司法审查于一体。政治性的审查是基于外交的考虑，通过磋商、协商、调解和调停的方式进行。协商一致的审查主要体现在 NAFTA 的一般审查方面，由自由贸易委员会及其下属工作组或专家组执行。司法审查是在自由贸易委员会的调解失败后启动的。此外，司法审查还见于对成员国反倾销和反补贴措施的审查。根据 NAFTA 第 19 章之规定，如果某一成员国对其他成员国的反倾销或反补贴调查提出质疑，则其可以申请组成两国间专家组，由专家组对反倾销或反补贴行为进行审查。两国间的专家组将取代国内司法部门，对反倾销和反补贴的法律修改、反倾销和反补贴的最后决定等相关问题进行审查。两国间专家组的审查结果对于实施反倾销或反补

贴的成员国具有法律约束力。

### (三) 南南合作模式中的软法审查机制

南南合作模式指的是非洲、拉丁美洲、东南亚地区的区域合作。在这些地区区域合作的数量和历史都具相当规模，但过于强调协商一致的软法方式进行决策、解决争端的“拉美方式”，以及一旦成员国之间无法就争端达成一致意见，便要求搁置争端，并按照自己的方式做出调整的“东盟方式”，反映出了南南合作中对于协定薄弱的审查效力。包括审查制度在内的诸多因素最终导致这些地区的经济一体化合作徒有形式，内容却不多。因此出现了条约里的经济一体化设想很好，但实行的效果要么缓慢，要么就中止，严重的就几乎名存实亡了。

(四) 区域合作模式的参照价值从欧盟超国家的司法审查体系，到 NAFTA 外交性审查与司法性审查相结合的审查机制，再到南南合作的薄弱审议机制，可以看出，合作程度越高，一体化组织的审议制度越加采用法律方式，反之则更多地求助于协商一致的外交方式解决审议问题。

欧盟超国家的司法审查体系足以成为区域合作有效治理的一种借鉴模式，但这样一种高度法律化的审查制度在多大程度上可以“为我借鉴”，每一个国家和地区，尤其是新型工业化国家要视其内外环境而定。

对于经济较发达、法制较完善的国家(或地区)与相对落后的国家(或地区)之间的合作而言，NAFTA 的治理模式尚具有更多的借鉴意义。从争端解决模式看，NAFTA 融合了外交方式和司法方式。在处理争端或审查协议有关措施时，都强调协商和谈判的程序，只有在协商不成时，才将矛盾提交自由贸易委员会调解，如果调解不成才进入司法程序。从这一意义上看，外交和法律两种方法的并用凸现了其灵活、非强制性的特征。当然，在强调协商谈判的灵活方式的同时，NAFTA 在处理反倾销和反补贴措施方面更多地适用了司法方式。但即便是在两国间专家组对成员国的反倾销和反补贴措施进行审查时，也是根据该成员国国内的法律进行，因此虽然审查结果具有强制执行效力，但对于成员国的司法主权丝毫不构成干涉。因此，我国在建立区域经济组织的法律框架时，应当主要借鉴 NAFTA 较为简洁、松散的组织机构和温和的法律制度。

从南南合作的区域组织来看，尤其值得思考的是制度设计过于简单、原则，不具操作性，同时在对合作共同治理时过分强调国家主权的独立和完整。

### 三、《框架协议》审议机制的建构

(一) 构建审议机制的制度困境通常情况下，国际区域合作的审议机制都在外交性的审查和司法性的审查之间进行选择。然而，国际上的区域贸易合作的审查模式如果要照搬到《框架协议》之中，则存在法律上的障碍。

一国之内的区际合作，往往由该国的宪法进行规定，美国、加拿大、澳大利亚都是这样。我国宪法第 31 条规定了设立特别行政区，第 62 条第 9 款规定

了全国人民代表大会审查和批准国民经济和社会发展规划和计划执行情况的报告，但没有规定对区际之间的合作进行审查。对于粤港澳的合作没有法律规定，因此我国区际之间的合作因为上位规范和权力调控机制的缺失而变得更加复杂，《框架协议》的审议机制也就无法通过共同的上位权力进行调整。

## （二）“一国两制”的指导方针

“一国两制”是《框架协议》总的指导方针。框架下的审议制度的设计必须正确理解和处理好“一国两制”的辩证统一关系，用开放包容的态度尊重各方的既有政治、法律制度，在平等互信的层面上协商处理设计协议的审议事项，推进合作的顺利进行。基于粤港澳之间特殊的地缘、人缘、文化和社会联系，构建《框架协议》的审议机制时，也必须用好政策、法律、乡情等一切可用于沟通和交流的手段，来积极调整相互间表现为投资、贸易、服务、技术转让等形式的积极关系。[6]在“一国两制”的方针下，通过磋商、协商、谈判的审议方式是审议机制的核心，但在行政方式不足以解决问题时，法律方式是完善合作协议的保障。

## （三）构建审议机构的设想

要在无先例的情况下构建《框架协议》的审议机制，实属一项重大的制度挑战。但从国际合作经验看，执行审议的机构及对其职能的界定和审议程序的规定是不可或缺的。

首先需要执行审查的机构，例如 NAFTA 的自由贸易委员会、两国间的专家组，美韩自由贸易协定的联合委员会都属于此类机构。就《框架协议》的机制安排来看，目前还没有对审议机构的设置做出规定，仅有的职能部门也就是三方在各自范围内设立的行政办公室，负责高层会晤及合作联席会议有关工作。因此，建立由各方代表参加的常设机构十分必要。常设机构通过协商一致的方式处理审议事项。如果磋商机制失效，还应考虑设立专家组，通过仲裁程序解决审议事项。其次对审议机构的职能做出规定也是保持协议完善和发展的必要条件。例如在 WTO 的审议机制内，对于区域贸易协定委员会就规定了基本的职能，例如保障区域贸易协定的透明度、对区域贸易协定是否与 WTO 相符进行评估、向理事会做出报告、酌情提出建议等。WTO 的审查经验值得《框架协议》参照。再次，审议机制要实体与程序兼顾。审议的内容应该包括协议是否与 WTO 法律相冲突、是否与上位法不一致的问题，还应包括合作方的措施、政策、行为是否与协议不相符的问题等。除此之外，还要制定严格的程序规定，包括审议的受理、审议期限、报告的形成、审议的执行等。这样才能对协议进行监督和协调。判是协议审议机制的期待方式。但应理性地认识到，即便协商一致的合作有兄弟般的关系为基础，就像和谐社会“和而不同”一样，也是一个存有矛盾和争端的社会，为了化解矛盾、解决争端，建立有效的对协议审议的机制

是合作顺利、持续发展的基本制度保障。考虑到粤港澳在政治、法律上的差异,以及区域合作的特殊性质,建立以平等协商为主、以法律手段为辅的制度构架是审议机制的基本设想。

## 粤港澳紧密合作的法律依据及相关法律问题思考

慕亚平

《当代港澳研究》2010-02

### 一、 推进粤港澳紧密合作呈现出空前的有利形势

国务院于年月批准《珠江三角洲地区改革发展规划纲要一年》以下简称《规划纲要》广东省委、省政府于年月作出贯彻实施《规划纲要》的决定在汪洋书记的亲自主持下,年广东省通过《深化粤港澳合作的调研报告》,提出建立“粤港澳紧密合作区”,引发了对深化粤港澳合作方面的热切关注和激烈争论年月广东省委、省政府决定出台《关于推进与港澳更紧密合作的决定》,更强化了研讨这个问题的意义和价值。对推进粤港澳合作及建立“粤港澳紧密合作区”法律理论的探讨,不仅可以解决合作的模式选择、名称、法律依据与定位等亟待解决的问题,也可以丰富国内法、国际法乃至国际关系的理论。如同“一国两制”开创了国家制度的先河一样,为深化实施而创设的“粤港澳紧密合作区”模式,也将开创国际组织内协调国内关系及通过国内法调整对外关系的先河,同时也会创造区域贸易合作的新的范例和新模式。

从内地与港澳合作实践来看,以自年月日起进入第七阶段。在香港方面补充协议六于年月在香港签订。内地对香港进一步扩大服务贸易开放和经贸合作领域,同意推出项市场开放措施,涉及个服务领域,涵盖了香港多个具发展优势的重要行业,新增“研究和开发”、“铁路运输”两个领域,使 CEPA 涵盖的服务领域总数增至个。原有服务贸易领域开放的内容进一步深化。特别是 2008 年为深化粤港合作而采取的在广东省先行先试的措施,年进一步扩展,在服务贸易领域采取项具体措施中有项措施在广东先行先试,这对广东省相关法律研究提出了新的任务。①在澳门方面补充协议六于年月日签订。内地将在服务贸易领域中的个领域对澳门进一步深化开放,包括扩大开放服务贸易领域、促进贸易投资便利化以及推动专业人员资格互认等三方面,共项具体措施,新增“研究和开发”领域,使服务贸易对澳门开放领域达个,其中比较突出的有会展、旅游和医疗三方面。此外,双方还将增加贸易投资便利化方面的知识产权保护领域的合作内容,并在专业人员资格互认方面开展会计、印刷领域的研究与交流工作。

粤港合作联席会议第十三次工作会议于年月日在香港举行。会议提议并成立了“粤港推进实施《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》联络协调小组”,并提出近期重点抓好三方面的合作一是加快推进制定粤港合作框架协议,二是抓紧编制基础设施、共建优质生活圈等领域专项规划,三是加大力度推进金融、产业、基础设施及城市规划、环保、教育培训等重点领域的合作。据悉,粤港合作框架协议已经在制定之中。

2009 年 8 月 19 日粤港合作联席会议第十二次会议在香港举行。会议确定了下一阶段推

进粤港更紧密合作的思路和重点一是加大力度共同推进实施《规划纲要》。要加决制定好粤港合作框架协议,共同编制好“共建优质生活圈”和“基础设施建设”专项规划。二是加大力度深化金融合作。推进粤港货物贸易人民币结算试点,推进港资银行在广东省内设立异地支行。三是加大力度推进服务业合作。加快制定及服务业开放在广东先行先试政策措施的配套实施细则,等等。会后,双方签订了《粤港共同落实及在广东先行先试政策措施备忘录》等八个合作协议。

2009年粤澳合作联席会议于7月9日在澳门隆重举行。会议认为,澳门回归祖国年来,粤澳双方积极务实推进各项合作,在大型基建和口岸通关、教育、社会民生和经贸、服务业等各个领域的合作取得丰硕成果,为两地的繁荣发展注入了强大动力。

会议重点研究并确定了下一阶段的合作重点①共同推进实施《规划纲要》。完善联络协调机制,联合组织编制区域合作专项规划,全面推进基础设施、金融、产业、教育培训和环保等领域合作。②贯彻落实全国人大常委会的决定,携手推进横琴岛开发和澳门大学迁址。按照国家的部署精神,采取更加积极有效的措施,把横琴岛开发建设作为粤澳紧密合作的载体积极推进,力争早日动工、早日建成、早日发挥效应。深化经贸合作,推进先行先试。联合到海外推介大珠江三角洲,共同开拓国际市场。深入落实CEPA和服务业先行先试有关政策措施,全面推进物流、会展、信息、交通运输、旅游等现代服务业合作,大力发展服务贸易,提升粤澳服务业合作水平。加强大型基建和口岸合作。加快推进港珠澳跨海大桥前期工作,力争年底前动工。继续推进与澳门衔接的广珠东线、广珠西线高速公路和广珠城际轨道交通项目建设。加快拱北口岸改扩建和横琴口岸客货车通道重建。深化教育、中医药产业合作。扩大两地姐妹学校范围,鼓励两地教育行政管理人员和师生开展相互交流。加强医疗、产业、科研、人才培养等方面的项目合作与对接,为两地民众提供优质的中医医疗、康复、预防和保健服务。确保对澳供水供电和食品安全。推进珠海竹银水源工程建设,确保年底竣工。开展对澳供电中长期规划研究,加快电路建设和供电调度保障。加强食品安全质量管理和运输过程监控,确保供澳食品安全。

会议期间,双方签订了《关于贯彻落实全国人大常委会决定、推进横琴岛澳门大学新校区项目的合作协议》。双方将加强沟通协调机制,全力推进澳门大学横琴新校区建设。

在粤港合作联席会议第十二次会议上,广东省向港方通报了广东省委、省政府决定出台的《关于推进与港澳更紧密合作的决定》,从八个方面提出了深化合作的具体举措①推进与港澳服务业的紧密合作②推进在粤的港澳资企业转型升级③加强与港澳自主创新合作④推动与港澳重大基础设施对接⑤建设大珠江三角洲优质生活圈⑥加强与港澳社会管理合作⑦建设亚太地区最具活力和国际竞争力的城市群⑧推进与港澳更紧密合作的保障措施。推动粤港澳合作及建立粤港澳紧密合作区带给我们空前的历史机遇,也使我们面临前所未有的挑战,我们不得不研究前人没有遇到的问题,讨论他人没有涉及的领域。

## 二、 粤港澳紧密合作的法律依据及其评价

关于粤港澳建立合作区的名称,经历了一个研讨、调研和变化的过程,并经历了激烈的

理论和制度可行性探讨与争论,现已经确定为“粤港澳紧密合作区”。那么采用“紧密合作区”合不合乎国际经济法原理,合不合乎的规则,合不合乎“一国两制”广东省是中国的行政区划单位,在国际经贸交往中并没有独立的身份和权利,所以,以广东省的名义与港澳建立“自由贸易区”存在法律障碍。那么推进粤港澳合作,以及采用“粤港澳紧密合作区”的提法,会不会就不存在法律上的障碍呢本人的看法是:

#### (一) 建立粤港澳紧密合作区并不违背 WTO 的规则

由于建立粤港澳紧密合作区涉及香港、澳门在国际法和国内法上的地位问题,所以受到各方面的关注和重视。从法律地位上来看,这两个特别行政区既是中国国内的行政区划,同时也是中的“单独关税区”。

香港、澳门作为特别行政区具有不同于其他省、市、自治区的特殊地位,因为在 WTO 体制下,香港、澳门是国际经贸关系中的“单独关税区”。我们知道,在 WTO 确的体制下确立了“一国四席”的地位:在 WTO 体制内一个主权国家概念下的中国及中国台湾、中国香港、中国澳门分别以“单独关税区”名义加入而出现四个席位并存的局面。于是,在国际经贸的交往方面各单独关税区具有一定的独立地位,经贸交往受到 WTO 协议规则的制约和影响。<sup>①</sup>按照 WTO 协议规则,自由贸易区的建立应当是在国家或者单独关税区之间进行的,CEPA 协议就是分别建立在中国内地、香港、澳门三个单独关税区之间的协议,所以协议的签订和实施会受到的关注和审查。

香港、澳门作为单独关税区所享有的与中国内地的平等权利也只限于 WTO 管辖的范围内。WTO 毕竟只是一个国际经济组织,其管辖的范围就是贸易即使贸易的范围在不断地扩张,这只是经济生活的一部分。而对于各国来讲,要合作的经济生活内容要更加广泛,远远超越了 WTO 的范围。例如,大量的投资活动、金融、技术和环保等都没有纳入框架之下。对内地与港澳来讲,合作的范围涉及经济、社会和法律等,其中只有部分的经济生活属于 WTO 的管辖范围。对于 WTO 管辖范围的事项,我们有义务遵循确叮协议的规定,我们也有权利选择对我们最有利的方式;对于那些超出 WTO 管辖范围的经济生活的合作,内地与港澳完全可以根据我们的实际情况和发展需要来实现自由的安排。

#### (二) 采用“粤港澳紧密合作区”解决了法律上的障碍

香港和澳门又是中国的行政区划单位,属于中国的一部分,应当受到《宪法》与《基本法》的约束。作为一个主权下的行政区划之间当然可以进行经贸往来,这是属于国内法方面的问题。不管香港、澳门作为地方政府拥有多大的自治权,其自治权来源于中央政府的认同和授权。也就是说,只要不违法国际法和 WTO 规则,一国完全可以对国内事项作出安排,这也是国家主权所确定的。在建立粤港澳紧密合作区的法律关系中,港澳主体身份是中国国内的行政区划,并没有触及场的规则,应当说在国际层面上没有法律问题。

尽管广东省也是中国的行政区划单位,但在国际经贸交往中并没有相对独立的权利,也没有相对独立的国际交往身份。所以,以广东省的名义与港澳建立“自由贸易区”具有法律障碍。于是,采用“粤港澳紧密合作区”的提法,回避了“自由贸易区”,就绕开了WTO设置的法律障碍,也避开了别国的质疑、纠缠和国际社会的审查与限制。从法律上看合作主体已经变化,已经由单独关税区变化为国内行政区划单位,使得跨境合作转化为国内法问题,避免了WTO的审查,以及其他国家的“审视”,就如同早期建立经济特区一样,克服了法律上的障碍。

### (三) 粤港澳建立紧密合作区完全符合“一国两制”的精神

拟建立的紧密合作区,强调的是合作,是经贸方面的密切合作,功能将与自由贸易区相似,足见已经充分考虑了各方的独立性和自主性,合作之中并不会改变合作对方的政治制度,不影响对方的意识形态,也不改变对方的法律制度。在紧密合作区中仍然保留港澳相当独立的地位,维系港澳政治体制、政策不变,坚持50年不变,保持港澳高度自治不变。紧密合作区的建立只是想通过合作,建立新的融合,内地从港澳吸取先进的管理经验,而内地为港澳提供更大的市场和发展空间合作领域主要在经济贸易方面,不会引起政治方面的影响和干预。

在紧密合作区设想中提到希望中央政府下放部分经济管理许可权、社会管理许可权以及金融创新试验权。有人担心会不会导致分权和影响国内的政治体制和行政权力。实际上,下放权力并非放弃权力,仅仅是将部分权力的行使下放授权给紧密合作区,由紧密合作区自行行使,当然这种权力的行使不能超出授权范围。何况,合理引进先进治理方式和管理经验,主要是管理技能和水平的提高,并不会淡化主权和影响行政权力。实际上,管理技能属于服务贸易的范畴,WTO有相关规则可供参考。

由于紧密合作区的建立是我国区域合作战略的一部分,直接由中央政府自主掌握和全面指导,既不会影响我国提出的“一国两制”的“一国”模式,也不会改变,确立的“一个主权国家概念”。

### (四) 建立粤港澳紧密合作区是对CEPA的落实和提升

应当看到,建立粤港澳紧密合作区是深入实施CEPA的一个环节和推进措施,同时弥补了CEPA实施中的不足与疏漏。CEPA实施已经进入第五个年头,应当说已经取得不小的成绩,但从我国区域合作战略和签订CEPA的预期目标看还远远不尽人意。其中原因诸多,重要原因在于首先,中国是一个变革中的大国,内地与港澳的合作会遇到许多法律和政策的影响,不可能一下子改变全国的法律与政策其次,全国幅员辽阔,各个地区差异巨大,在和港澳进行密切合作方面存在许多不方便,加之密切合作经验不足,真正建立密切合作关系相当困难,合作成效自然不甚突出最后,基于全盘考虑,我国诸多事项均需严格审批审查,程序繁多,从某种程度上制约了密切合作的开展。

倘若建立粤港澳紧密合作区,将广东省放在密切合作最前沿,并给予一定的“特区”政策,建立合作的“试点区”、“示范区”,利用得天独厚的便利条件,为密切合作积累经验,势必推动 CEPA 的深入实施,进一步提升合作层次和水平,并积累经验推向全国。粤港澳紧密合作区的建立是对先前的泛珠江三角洲合作战略的深化和提升,是为泛珠江三角洲合作战略进一步明确主攻方向和领头羊。应当看到泛珠江三角洲合作已经取得令人瞩目的成效,粤港澳紧密合作区的建立可以推动内地与港澳的合作更加深入、更加具体、更加密切,并且突出在合作前沿的广东省的先导作用。这样更有利于深化内地与港澳的一体化进程。

(五)建立粤港澳紧密合作区符合改革开放精神,有利于港澳繁荣稳定,也合乎我国区域合作战略

紧密合作区是我国深入改革开放的必然结果,是我国年改革开放经验的积累和总结,是改革开放的扩展和新阶段,是将我国改革开放中的特区经验与中的自由贸易区经验的融合,同时也符合我国进一步推动的区域合作战略。

在国家“十一五规划纲要”中明确将区域经贸合作作为我国新的对外经贸战略。我国已签订多项自由贸易协定,如中国—东盟自由贸易协定、两个 CEPA、中国—巴基斯坦自由贸易协定、中国—智利自由贸易协定、中国—新西兰自由贸易协定、中国—新加坡自由贸易协定、中国—秘鲁自由贸易协定正在同澳大利亚、瑞士、冰岛、海合会六国等进行自由贸易协定谈判并开始了与印度、韩国等国的自由贸易协定研究。在这种情形下强调加深粤港澳合作,特别是建立粤港澳紧密合作区,实际上是认同并顺应了 CEPA 为我国区域合作战略的重要内容。由于具有特殊的地缘关系,利用粤港澳得天独厚的地缘优势和语言、文化、风俗习惯相近性,在紧密合作区的框架下,粤港澳三地将在“一国两制”的前提下,最大限度消除制度上及行政区划上的制约,加速三地人流、物流、资金流的自由往来,使繁荣的港澳具有广阔的腹地和后盾,同时也为内地提供更多帮助和支持,共谋发展。这样实际上是为 CEPA 的深入实施注入了新的活力,使其更具深入实施的可行性,有助于以后我国提升内地与港澳合作的规格—建立自由贸易区,甚至达到粤港澳的融合,建立共同市场,真正实现粤港澳经济一体化。

### 三、 推进粤港澳紧密合作还应关注的法律问题

在阐述了粤港澳紧密合作的法律依据及意义之后,我们应当对落实与深化粤港澳紧密合作给予支持和推动,同时也应当认识到推进粤港澳紧密合作中仍然存在种种的障碍和问题。我们呼吁应当对这些障碍和问题给予关注和研究,尤其是对相关的法律问题进行认真研究。推进粤港澳紧密合作中应关注的法律问题有:

(1) 探讨深化粤港澳合作与、及我国区域合作战略的关系,注重探讨其在以实施中的作用与影响研讨其与协议及与我国签订的的关系与协调问题研讨其与泛珠江三角洲经济合作的关系与协调问题。确定建立粤港澳紧密合作区的先行先试的先导地位将广东省放

在密切合作最前沿,并给予一定的“特区”政策,建立“先行区”、“试点区”、“示范区”,为密切合作积累经验,进而推向全国。

(2) 研究粤港澳紧密合作区的具体构建与设立极为重要,尤其是与其相关的许多法律与政策问题,包括国家整体改革战略调整与平衡问题、经济战略格局问题,以及中央对紧密合作区在经济、社会管理方面放权程度等重大问题。同时,也应当关注紧密合作区自身制度方案设计的问题,负责实施的机构设立及其规格,合作中冲突与协调、争端解决机制,以及紧密合作区所必须具备的最低管理权限标准问题等。

(3) 总结并分析以各个不同阶段的不同规定和实施情况,结合粤港澳合作的实践,探讨相关制度和规则的完善,尤其针对补充协议六进一步开放的领域和项目,实施粤港合作联席会议第十二次会议签署的八个合作协议及广东将相应采取的措施,结合广东省省情调查研究中心的调查报告《粤港经济合作面临的问题与对策》提出问题和建议,尤其是针对其法律问题深入研究。

(4) 结合国际上典型并具有影响的区域经济合作的成例的研究,如、等,探讨将粤港澳合作中的相关机构,如“粤港高层联席会议”变为常设机制,以加强粤港政府间的沟通与协调。在协调与争端解决方面,可以考虑仿效我国订立司法协助协定、互相承认和执行法院的民商事判决的做法,寻求司法上的协调合作。

(5) 针对粤港澳合作中出现的具体法律问题寻求对策和方法。诸如①内地在服务业、贸易投资便利化、专业资格互认三个领域进一步开放的规则对合作区的指导和影响②合作区内原产地认定标准的确定与实施中的调整③合作区内贸易救济机构及程序的制定④合作区内建立海关协调机制,包括货物原产地证书、进口义务、出口义务、例外、管理和实施、原产地证明、处罚、先行裁决等问题⑤完善合作区内反倾销、反补贴协调机制⑥合作区内服务贸易安排中的法律问题,包括服务提供者的定义与标准、许可证和证明的颁发等⑦合作区内诸如法律服务、医疗卫生、金融银行、旅游、环境保护、资源开发和利用等各领域合作方面存在的法律问题与对策等。

(6) 针对补充协议六新规定的开放措施,尤其是多项与广东直接相关的开放措施进行深入细致的研讨。着力对中央赋予广东省先行先试政策的重要意义和特殊作用进行阐述与论证,并对先行先试的内容、范围、形式、性质及条件进行研讨。

## 粤港澳经贸合作的法律基础

蔡镇顺

《广东外语外贸大学学报》2013-03

粤港澳经贸合作的性质是具有一定特殊性的国内行政区域之间的合作,是在一个主权国家之内不同的行政区域间的合作。香港和澳门是中国的特别行政区,是中国的组成部分。不论香港、澳门拥有多大的自治权,其自治权始终来源于中央政府的认同和授权,从这个角度说,粤港澳经贸合作是国内行政区域之间的合作。

粤港澳经贸合作也是具有一定特殊性的国内合作。根据中央“一国两制”的基本设计，港澳是特别行政区，实行资本主义制度，因此，港澳不是一般意义上的国内法主体。港澳虽然是中国的行政区，是国内法主体，但由于历史的原因，它们都是国际条约中的主体，在国际法意义上具有相对的独立性，分别是两个独立的关税区。而广东虽然也是中国的行政区，但不具备独立关税区的地位，只是中国的一个省。因此，粤港澳经贸合作是相对独立的合作，不是国内意义上行政区域之间的合作。

粤港澳经贸合作的法律基础，既不完全国内法，也不完全是国际法或国际条约，而是综合性的法律基础，其中包括宪法及港澳基本法、WTO 协议、CEPA 协议、区域合作的各种安排及协议等。这些合作的法律依据有一部分与国内其它行政区域与港澳合作是相同的；除此以外还有一部分法律依据不同于国内其它区域，如珠江三角洲改革发展规划纲要、广东省与港澳政府的府际协议等。

## 一、 粤港澳经贸合作法律基础的范围

### （一） 宪法性文件

宪法、港澳基本法等宪法性文件是粤港澳经贸合作最基本的法律基础。中华人民共和国宪法是我国的根本大法，香港、澳门基本法是港澳地区的基本法。这些宪法性文件不但是调整粤港澳经贸合作的基本法律框架，也是粤港澳经贸合作基本的法律基础和制度。

我国宪法规定了国家最根本的问题，在法律上具有最高效力，是制定其他法律的依据，任何其他法律、法规都不得与宪法相违背。一切国家机关、社会团体和全体公民的最高行为准则就是宪法，港澳地区作为中国的一部分也不能例外。

粤港澳经贸合作是在“一国两制”的政治构想下，对香港和澳门的政治、经济和社会制度，以及中央和地方关系进行规定的基本法律规范，其效力分别及于港澳地区，是我国宪法的有机组成部分，内地和港澳地区也应像遵守宪法一样遵守港澳基本法。

### （二） WTO 系列协议

WTO 系列协议是粤港澳经贸合作的重要法律基础，因此，粤港澳三地都必须遵循 WTO 系列协议。香港、澳门的国内法地位是中华人民共和国的两个特别行政区，国际法上的地位是在世界贸易组织体制内的“单独关税区”。作为中华人民共和国的两个特别行政区，香港、澳门与大陆地区的广东省之间经贸往来的调整属于中国国内法调整的范围。然而，在世界贸易组织体制内，中国内地、台湾、香港、澳门是在一个主权国家概念下分别以“单独关税区”名义加入的，即出现了“一国四席”的现状。在国际经贸的交往方面各单独关税区具有一定独立的地位，单独关税区之间的经济贸易方面的交往应受到 WTO 系列协议规则的

制约。

粤港澳经贸合作，从国际法角度来看，是三个 WTO 成员之间的合作，内地与港澳之间的合作从长远目标来看，将是在经济、政治、文化等方面的全面合作，但是就阶段性目标来看，内地与港澳之间的合作的范围首先必须是在经贸范围内展开。经贸合作属于 WTO 的管辖范围，根据“条约必须遵守”这个国际法的古老原则，中国有遵守 WTO 系列协议规定的义务。同时，根据国际法的习惯规则，国际条约的效力显然要高于各成员方的国内法。这就意味着无论通行于粤港澳的全国性法律，还是在内地与港澳各自适用的法律都必须遵守 WTO 的多边规则。因此，在 WTO 框架下，三关税区之间进行的粤港澳经贸合作，除了以国内法为基础之外，还要以 WTO 系列协议为法律基础。

WTO 系列协议对于区域贸易一体化提出了种种要求，中国在其逐步推进区域经济一体化的过程中，要以积极融入全球经济的姿态，使自己满足世界贸易组织的相关要求，同时使中国国内的区域经济一体化在长远的发展中能在 WTO 中寻找到的充足的法律基础作为支撑。WTO 是一个国际经济组织，其管辖的范围主要是经济与贸易，随着经济贸易的范围在不断的扩张，其适用的范围也相应扩张。对于粤港澳经贸合作来讲，需要合作的内容更加广泛，涉及经济、社会和法律等等范围，远远超越 WTO 的范围，例如，大量的投资活动、金融、技术和环保等等都没有纳入 WTO 的框架之下。因此，对于 WTO 管辖范围的事项我们有义务遵循 WTO 协议的规定，对于没有纳入其管辖范围内的事项，在不与其规则冲突条件下我们有权利选择对我们最有利的方式开展区域内的合作。

### （三） CEPA 协议

CEPA (Closer Economic Partnership Arrangement)，是中国内地与香港、中国内地与澳门之间签订的“更紧密经贸关系安排”的英文缩略语，它是在坚持“一国两制”前提下，充分发挥中国在 WTO 中“一国四席”的有利条件，利用 WTO 关于区域贸易自由化的例外规定缔结的一个涉及货物贸易、服务贸易和贸易投资便利化的国内区际法律安排。它是中国内地入世后签订的第一个具有自由贸易协议性质的法律文件。

CEPA 主要内容包括三方面：(1) 三地实现货物贸易零关税；(2) 扩大服务贸易市场准入；(3) 实现贸易投资便利化即：从 2004 年 1 月 1 日起，273 个内地税目涵盖的产品(涉及食品、药品、纺织品、电子产品等)，合原产地规则进入内地时，可享受零关税优惠；对港澳扩大服务贸易市场准入，涉及的行业包括诸如管理咨询服务、会展服务、广告服务、会计服务、建筑及房地产、医疗及牙医、分销服务、物流等七个部门；关于投资便利，规定大陆将在通关及电子商务等七个领域简化手续以便港澳资金更加自由地进入内地。

随后，内地与港澳签订了一系列的补充协议，具体落实中国内地与香港、

中国内地与澳门之间签订的“更紧密经贸关系安排”。如其中 CEPA《补充协议五》于 2008 年 7 月在香港签署，34 项涉及服务业、贸易投资便利化及专业资格互认三个领域对香港进一步开放的措施，其中有 10 多项与广东直接相关。34 项政策措施有一半条款被允许在广东先行先试，加上中央批准的另外 8 项，国家允许在广东试点项目达到 25 个。为配合 CEPA 的深入实施与推动粤港澳合作，根据粤港合作联席第 11 次会议达成的共识，粤港双方有关专责小组就推进 CEPA 实施和加工贸易企业转型升级，以及加强粤港在教育、医疗、旅游、建筑、社会服务、科技创新、人才中介、应急管理等领域合作签署了 11 个合作协议。广东将采取四方面的措施来加快实施中央给予的粤港合作的 25 项在广东“先行先试”政策。其后签订的 CEPA《补充协议六》、《补充协议七》、《补充协议八》，包括了多项以广东省为试点的开放措施，涵盖法律、会展、公用事业、电信、银行、证券、海运及铁路运输等领域。实施这些措施，从宏观层面上看，为粤港澳紧密合作提供了更广阔的空间，从微观层面上看，为粤港澳紧密合作提供了更具体的环境。

#### （四）民商事司法合作方面的协议

民商事司法合作是解决三地经贸争议的重要途径，也是落实 CEPA 的重要内容之一。粤港澳司法合作，实质上是区际司法协助。区际司法协助是指一国内部不同法域的主管机关之间，根据该法域的法律或彼此间所订立的协议，互相委托，代为履行或实施某些司法行为或与司法密切相关的行为（韩德培，2000）。区际司法协助的性质介于国际司法协助和域内司法协助之间。它不具有域内司法协助的强制性，但由于各法域处于同一主权国家内，拥有共同的中央政府，因而不同于国际司法协助。除非明显有悖于本法域的公共秩序，被请求法院一般会依法提供司法协助。这里作为进行司法协助依据的“法”，一般是国内法，但也有可能是国际条约，这事实上同各复合法域国家对区际法律冲突的不同认识以及具体国情密切联系的。

粤港澳司法合作，就是指在中华人民共和国主权下，处在不同法域的粤港澳三地依据相关法律和协议展开的司法协助行为。粤港澳区际司法合作从性质上来说是一个主权国家内部三个平等法域之间的区际司法协助，是一国两制之下实现的在法律领域内的合作。其中广东属于内地社会主义法系的代表，在法律层面上它与港澳之间的关系不是简单的中央与地方法域的关系，而应该是平等的法域关系，各自构成独立的法律制度，它们之间不存在任何依附。粤港澳三地在司法领域内的合作不存在一个上位调整机构，因此三地的司法协助主要是依照相关法律和协议来开展。

随着港澳回归，广东地区与港澳无论是在政治、经济、文化等方面的交往都得到很大程度的促进与提高，这对深化粤港澳三地全方位合作有着重要的意

义。在这一区域经济一体化的发展进程中，三地的经济生活联系日益紧密，因而不可避免地产生了多种形式的法律纠纷。然而由于粤港澳三地的法律制度存在着很大的差异，使得不少内地涉港澳地区的法律纠纷不能得到及时有效的解决，这对进一步深化粤港澳合作是十分不利的。三地为这些法律纠纷的解决设计了很多方法和机制，这些机制具体表现为相关的安排以及协议等。这些协议安排都是各方经过商讨而制定出来的，都是三地在进行政治、经济和文化交往时应当遵循的依据。因此，这些粤港澳司法合作所依据的安排协议成为了粤港澳三地现阶段进行合作的重要的法律基础。

内地与香港、澳门签订的一系列关于司法协助的协议安排，使我国内地与香港、澳门之间开展了广泛而卓有成效的区际司法协助，为维护我国整体及各法域的法律秩序，保障适用法律的一方有效地实现法律的权威，起到了积极的作用。尤其在粤港澳地区，逐步完善的司法合作体系保障了珠三角与港澳地区各种形式的民间往来，符合三地人民的共同需要，一定程度上促进了三地的区域经济一体化进程。

自香港和澳门回归以来，内地与港澳达成的此类协议主要有以下几个：1999年《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》、1999年《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》、2001年《内地与澳门特别行政区就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》、2006年《内地与澳门特别行政区法院关于相互认可和执行民商事判决的安排》、2006年《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》、2007年《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》。这些区际司法协助协议更多体现了内地、香港和澳门之间在特定领域所达成的合意，因此这种文件在实践中具有广泛的适用性，成为了三地司法合作法律基础的核心内容。

这些年，粤港澳三地在这方面的合作取得了一些成功的经验，如《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（简称《与香港的送达安排》）和《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》（简称《与澳门的送达和取证安排》）这两个文件的签订，确定了港澳与内地之间，当然包括广东与港澳之间的司法文书送达的基本模式。三地之间的经济交往越来越频繁，不可避免地导致了商事纠纷的增多。公正、高效地解决纠纷客观上要求粤港澳地区之间在相互送达司法文书方面的合作。因此，这两文件的出台，在一定程度上解决了送达上的问题。

调查取证领域。调查取证是进行民商事诉讼的一个十分重要的环节。在粤港澳三地民商事司法合作里，调查取证直接关系到其他诉讼环节的顺利进行。

由于三地分别处于不同的法域，因此调查取证应遵循域外取证的相关要求。域外证据，是指在中国一个法域中进行的区际民商事诉讼中使用的、产生于另一法域的证据。域外民商事调查取证包括了当事人及其代理人主动配合法院提供域外证据以及法院依职权搜集查明各种域外证据的活动，这是涉外（包括涉港澳台）民事诉讼中极为重要的一个环节。

但是目前内地与香港在调查取证方面仍缺乏相关的协助协议。实践中，广东法院受理相关案件需要赴香港取证时，有当事人自行举证、诉讼代理人取证、由当事人委托司法部委托的香港律师办理等几种方式。此外广东法院理论上可依据香港方面《证据条例》和《高等法院规则》的规定请求调查取证司法协助，但在实践中没有这方面的记录（李继，2006）；香港在民商事取证问题上采取的是“完全当事人主义”，即法院对民事诉讼证据的收集处于消极被动的地位，取证主要由当事人及其律师完成。香港《证据条例》对民事诉讼向域外取证的情形未作规定，故目前香港没有官方途径可向内地调查取证。可见，由于内地与香港在证据界定、证据种类、法官在调查取证中的作用、证据收集等制度上存在较大差异，而且在相互调查取证问题上缺乏法律协调，两地间的调查取证实践弊端甚多，已远远不能满足实际取证的需要。由于我国内地（包括广东地区）、香港、澳门均适用1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（海牙取证公约），这公约为构建粤港澳紧密合作区的取证制度起到了借鉴作用。

相互承认与执行仲裁裁决领域。香港回归后，粤港两地的互相执行仲裁裁决司法协助主要依照1999年内地与香港签订实施的《仲裁裁决安排》来进行（朴银实，2006）。在具体安排内容上，《仲裁裁决安排》对两地间互相执行仲裁裁决的管辖、实质性条件、形式性要件等许多重要问题作了明确的规定，这对维护两地当事人的合法权益，促进两地经济发展有着重要的意义。

在此以前，由于缺乏相关法律与协议，粤澳两地的互相执行仲裁裁决司法协助长期处于法律真空状态。直到2007年内地与澳门签订了《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》，广东与澳门在这一方面的司法协助才有了制度上的保障。结束了内地与澳门之间民商事仲裁裁决无法执行的“真空状态”（谢石松，2007），为解决粤澳之间的民商事仲裁裁决的承认和执行问题提供了法律保障，在一定程度上刺激了两地的合作与交流。

相互承认与执行民商事判决领域。香港回归后，由于实行“一国两制”，香港现行的法律制度仍然是英国普通法制度。在司法实践中，广东与香港基本上是互不承认对方民商事判决，当事人若想保障自身权利，必须采用“一事两诉”方式，或根据一方法院所做判决而产生的债权而向另一方法院重新提起诉讼，才能得到实现，严重影响判决执行效率（朱湘黔，2007）。随着CEPA的签订实施，两地经贸合作比以往更为紧密，而民商事纠纷也随之增多。若两地民商事

判决不能得到互相承认和执行，这样就缺少一个稳定统一的法律制度解决大量的民商事纠纷，这对于深化粤港全方位合作造成很大的障碍。在此环境下，经过多轮磋商内地与香港终于在 2006 年签订了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》。由于两地法律制度的差异，导致互相承认和执行判决的合作不能短期内实现完全融合，该安排的性质更多是一个过渡性的小安排。从内容上看，该安排关于相互认可和执行判决的限制还比较多，适用范围还比较狭窄，如适用范围只限于源自商业合同纠纷作出的金钱上的判决、对作出判决法院级别及判决金额限制等。尽管如此，该安排的通过是粤港在这一方面合作的重大突破，相信这一合作必将在贯彻落实“一国两制”方针，促进广东、香港经济发展和香港长期稳定方面产生积极的影响。

而粤澳方面，2006 年通过实施的《内地与澳门特别行政区法院关于相互认可和执行民商事判决的安排》是粤澳两地互相承认与执行民商事判决的主要依据。从该安排的内容看，安排适用较广，对两地间相互认可和执行对方民商事判决的程序作了较为详尽的规定，反映了两地承认与执行区际判决的基本立场，也反映了内地和澳门在承认与执行外地判决制度上的趋同性。在司法实践中，与香港的性质一样，即由于诸多制度文化的差异，该安排的实际操作仍不能达到全方位地展开，至于如何全面完善粤港澳互相承认与执行民商事判决的司法协助，则是我们今后研究工作的重点。

#### （五） 国务院以及广东省的规范性文件

2008 年 12 月，国务院发改委公布了《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008—2020 年）》，随后，2009 年 8 月，中共广东省委、广东省人民政府根据《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》的精神颁布了《关于推进与港澳更紧密合作的决定》，这两个规范性文件为粤港澳经贸合作提供了重要的制度保障。

##### 1. 《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008—2020 年）》

《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008—2020 年）》属于国务院的重要规范性文件，从法律效力层面来说，珠江三角洲地区必须遵循。因此，它首先对珠江三角洲地区的改革与发展具有统筹效力。《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》将粤港澳紧密合作的相关内容纳入规划，为进一步深化粤港澳的经贸合作建立了全新的行动纲领和指南。所以，它对于粤港澳经贸合作的开展也是具有统筹效力的。该纲要理所当然地成为推进粤港澳经贸合作共同的法律基础。

##### 2. 《关于推进与港澳更紧密合作的决定》

根据《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》的精神，2009 年 8 月，中共广东省委、广东省人民政府出台《关于推进与港澳更紧密合作的决定》，这是认真贯彻落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》的重要举措，更是《珠江三角

洲地区改革发展规划纲要》中关于推进粤港澳紧密合作部署的细化与对接。国务院的《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》从国家战略的高度提出从基础设施、产业结构、共同生活圈以及合作方式四大方面推进粤港澳的紧密合作。而广东省《关于推进与港澳更紧密合作的决定》是立足于广东省当前实际、着眼于与港澳长远合作与发展的需要，提出的落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》的具体措施。

这些措施包括八方面的内容：第一，要推进与港澳服务业的紧密合作；第二，要推进在粤的港澳资企业转型升级；第三，要加强与港澳自主创新合作；第四，要推动与港澳重大基础设施对接；第五，要建设大珠三角优质生活圈；第六，要加强与港澳社会管理合作；第七，要建设亚太地区最具活力和国际竞争力的城市群；第八，要推进与港澳更紧密合作的保障措施。

《关于推进与港澳更紧密合作的决定》作为对《珠江三角洲地区改革发展规划纲要》具体细化的政府文件，表明这一政府规范性文件也是粤港澳经贸合作的法律文件。

#### （六） 粤港澳府际协议

粤港澳府际协议，是指在粤港澳区域合作中，由粤港澳地区的行政机关，即香港特别行政区政府、澳门特别行政区政府和广东省、市人民政府或其职能部门就各合作事项签署的协议。粤港澳府际协议是以尊重各方意愿为前提而达成的共识，体现了经济一体化中双方求同存异、互信互让的精神，在粤港澳经济一体化的过程中发挥了重要的作用。

#### 1. 《粤港共同落实 CEPA 及在广东先行先试政策措施的合作协议》等系列协议

粤港合作联席会议。1998年3月，中央批准广东与香港建立粤港合作联席会议制度，这是第一个内地省份与香港特别行政区之间的合作机制。该机制使粤港合作上升至政府层面，使粤港合作由香港回归前民间的有限合作，向由政府推动的全方位合作转变；由自发分散、完全由市场决定的合作，向市场主导和政府协调相结合的合作转变。粤港合作联席会议前五次会议由广东省常务副省长与香港政务司司长联合主持，而到了2003年，粤港合作联席会议升格为由双方行政首长共同主持。粤港两地政府在联席会议上签署的各种合作协议加强了两地的合作关系，使得两地的合作领域不断扩大、合作内容更加务实。

2009年8月19日，粤港合作联席会议第十二次会议在香港举行，会议确定了下一阶段推进粤港更紧密合作的思路和重点，并签署了《关于推进前海深港现代服务业合作的意向书》、《粤港教育合作协议》、《粤港共同落实 CEPA 及在广东先行先试政策措施的合作协议》、《粤港研发生产药物（疫苗）合作安排》、《粤港环保合作协议》、《关于推进深港西部快速轨道合作安排》、《粤港金融合作专

责小组合作协议》、《2009年至2010年粤港知识产权合作协议》等八项合作协议，进一步推进和深化了服务业合作、金融合作、基础设施和环保合作，推动了在粤的港资企业转型升级，把《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008—2020年）》落到实处。

粤澳合作联席会议。2003年12月，广东省政府与澳门特区政府双方就建立粤澳合作新机制达成一致，在原来的“粤澳高层会晤制度”基础上，建立“粤澳合作联席会议制度”，定期就粤澳合作的方向、重点及重大经济社会问题进行磋商和决策。粤澳合作联席会议机制的启动，进一步深化了粤澳两地的合作。粤澳合作联席会议上签署的各项协议更是为两地的合作提供了强有力的保障。

2008年，双方签署了《粤澳旅游合作协议》、《粤澳双方共同推进中医药产业合作项目协议》、《粤澳文化合作项目协议》、《粤澳教育交流与合作协议》、《粤澳体育交流与合作协议》、《粤澳城市规划合作框架协议》、《关于成立珠澳合作专责小组的备忘录》及《粤澳应急管理合作协议》等八项合作协议。2009年粤澳双方在《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008-2020年）》和《横琴总体发展规划》的框架下加大粤澳合作的力度，签署了《关于贯彻落实全国人大常委会决定、推进横琴岛澳门大学新校区项目的合作协议》，粤澳合作取得了突破性进展。

2. 《泛珠三角区域合作框架协议》2004年，在中央政府的支持下，由广东省提出的泛珠三角区域合作构想成为了现实。粤、闽、赣、湘、桂、琼、川、贵、云9个省区的政府领导和香港、澳门的行政首长共同签署了《泛珠三角区域合作框架协议》，广东与香港、澳门的合作已发展成为泛珠三角区域合作。泛珠三角的区域合作使粤港澳三地的经贸更加紧密。

## 二、粤港澳经贸合作法律基础之缺陷

### （一）粤港澳合作所依据的文件法律地位不明确

1. CEPA协议缺乏国内法意义上的法律依据自2003年内地与香港签署CEPA协议以来，至今为止，已经签署了八个补充协议，这些协议对促进粤港两地深度合作具有重要的现实意义。从国际法角度看，CEPA协议是中国内地与香港两个单独关税区之间签订的类似自由贸易协定的协议，当属于建立在WTO基础上的一项区际协议，应适用WTO规则。但从国内法的角度看，作为粤港深度合作基础性文件的CEPA协议，其在国内法上的效力却不明确（朱颖俐、慕子怡，2011）。CEPA协议是内地与香港特别行政区签订的经贸合作协定，其缔约主体分别是内地和香港特别行政区，因而属于同一国家之内的不同行政区域之间缔结的合作协定，并且是一国之内不同法律制度区域之间的合作协议。然而，由于我国中央层面的法律没有关于内地与特别行政区缔结协议方面的相关规定，因此，内地的立法中没有对这类合作协定的法律性质和地位的规定，因此，CEPA协议在国内法上的性质、地位、和效力在法律上处于不确定状态。

2. 《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008—2020年)》是行政指导性文件,不属于《立法法》规定的法律渊源。

行政指导是指行政主体基于国家的法律、政策的规定而作出的,旨在引导行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为,以实现行政管理目的的一种非职权行为,对行政相对人没有强制力。行政相对人可以是公民、法人或其他组织,也可以是包括国家行政机关在内的国家机关。《规划纲要》是国家发改委对珠江三角洲地区的改革发展实施行政指导所制订的规范性文件,旨在基于国家战略全局和长远发展的目标,引导珠江三角洲地区政府采取积极有效的改革措施,努力将珠江三角洲地区发展成为粤港澳三地分工合作、优势互补的全的大都市圈。该文件规划了珠江三角洲地区在2008—2020年期间的具体发展方向,但没有规定各地政府机关的具体权利义务,也没有规定不服从其行政指导时的行政处罚措施,是典型的行政指导性文件。但由于该行政指导性文件并非由具有立法权的机关按照法定程序制订颁布,因此不属于《立法法》确定的法律渊源(朱颖俐、慕子怡,2011)。

#### (二)《泛珠三角区域合作框架协议》缺乏法律明确授权

《泛珠三角区域合作框架协议》是粤、闽、赣、湘、桂、琼、川、贵、云9省区和香港、澳门为落实CEPA协议、《规划纲要》,促进泛珠三角更紧密合作而制定的综合性合作协议。由于我国《宪法》和《地方组织法》只授权各级政府管理其辖区范围内的事务,没有明确规定地方政府可以自主缔结跨行政区划的合作协定,更没有关于缔结协定的权限、程序及法律效力等问题的规定。《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》也没有对香港特别行政区政府、澳门特别行政区政府与内地各省区之间缔结区际合作协定的权限作出规定,因此,港澳两地政府和粤、闽、赣、湘、桂、琼、川、贵、云9省区订立《泛珠三角区域合作框架协议》缺乏法律的授权,致其法律效力不确定。

(三)粤港粤澳合作联席会议缺乏宪法依据我国宪法和地方组织法只有授权各级政府管理其辖区范围内的事务,并没有授权地方政府之间、内地地方政府与香港、澳门等特别行政区之间建立跨行政区划的合作机制。《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》也没有授权两特别行政区政府与内地各地方政府之间建立合作机制。对比我国《宪法》第89条规定:“中央政府(国务院)统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”,根据我国《宪法》和《地方组织法》的规定,县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生等事务;县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。由此可见,粤港粤澳合作联席会议制度虽然经过国

务院批准，但在《宪法》、《立法法》上并没有明确的依据（朱颖俐、慕子怡，2011）。

推而广之，粤港粤澳合作的系列文件与相应机构也不是严格按照《宪法》、《立法法》制定或建立的，而是粤港粤澳三地政府在中央政府许可下，为减少两地合作过程中的体制障碍而制订的工作细则或建立的联络机制，就性质来讲仅仅是一种政策行为，是号召性的措施。粤港粤澳合作能否顺利进行，完全取决于三方是否能够自觉遵守合作协议。说直接一点就是如果任何一方不遵守协议也不用承担法律责任。

综上，港澳回归祖国以来，粤港澳经贸合作获得迅猛的发展，取得举世瞩目的成绩，但是，粤港澳经贸合作在法律上缺乏明确的依据已经成为粤港澳深度合作面临的最重要的问题。如果这一问题不能妥善解决，粤港澳未来长期的全方位的经贸合作的法律基础就不会稳固。

### 三、对策建议

1. 随着我国改革开放的迅速发展，各地政府为打破地区行政壁垒，促进商品和各种要素的自由流通，增强本行政区域的经济实力，已经签订了各种形式的地方政府间合作协定。事实证明，这些地方政府间的合作协议对经济发展、协作、协调起到了非常重要的作用。从世界范围来看，加强政府合作已是全世界公共行政改革的趋势。从这个角度上说，我国《宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方组织法》）关于地方政府的职能和权限方面的规定已经滞后，需要完善。必须尽快在《宪法》和《地方组织法》中明确地方政府包括港澳特别行政区政府缔结地方政府间合作协定的权力。

2. 在《立法法》中明确合作协定的法律地位根据我国《立法法》的规定，地方政府间缔结的合作协定不是《立法法》中规定的法律渊源，因此，即使《宪法》和《地方组织法》赋予了地方政府享有政府间合作协定的缔约权，其缔结的合作协定在法律上的地位依然不明确。理论上讲，地方政府将缔结的协议具有权利义务的内容，应该属于立法活动。我国是单一制国家，传统上强调国家立法权力的集中行使。事实上，随着市场经济的发展，集中立法权的思维模式已经不能适应需要。我国此前也已经出现立法权适度下放的情况，如特区立法权、较大城市立法权等等。笔者认为，法律上可以认为我国一定级别地方政府间缔结协定的行为是地方政府确定彼此间权利义务的行为，属于立法活动。如果不将一定级别地方政府间的合作协定纳入国内法的渊源，则协定能否得到履行将只能由协议主体的自律程度决定，显然很难成为国内法的渊源。因此，在《立法法》中明确规定一定级别以上地方政府间合作协定是我国国内法的渊源，可以为这些合作协议的履行奠定法律基础。

3. 应明确粤港粤澳政府之间所缔结协议的效力级别。地方政府彼此间有了缔结协议的权力，其缔结的协议也具有法律渊源的地位，至此还不能完全解决问题。从粤港澳合作的具体进程来看，粤港粤澳地政府之间、政府部门之间的协议形式多样，包括安排、框架、宣言、会议纪要、合作备忘录、协议、倡议书、意向书、等名称都有。实际上就是三地往往是需要就某个领域的协助问题进行协商，就专门派出人员进行协商，在法律效力上缺乏统一而系统的考虑，也缺乏有效的沟通、协调。目前三地间制定的安排、框架、宣言、会议纪要、合作备忘录、协议、倡议书、意向书、框架、宣言等形式的文件，有部分只是这些部门的内部行为，有的甚至是相对完整的工作记录，其内容不具有普遍约束力。总之，呈现出效力无序状态。这在很大程度上影响了合作的深化，制约了其它方面的合作的发展。

结束语应该看到，香港澳门回归祖国以来，粤港澳经贸合作取得巨大的成绩，得益于此，粤港澳三地经济贸易获得蓬勃发展。但应该承认，粤港粤澳经贸合作的法律基础长期处于不明确不稳定状态，这必将对粤港粤澳现行的合作和未来的发展带来某些障碍。因此，为了保证粤港粤澳经贸合作的长期发展，有必要继续深入扎实的开展研究，在法律上解决这一重大问题。

## 粤港澳文化创意产业合作的知识产权保护对策

丘志乔

《广东技术师范学院学报》2011-06

### 一、 粤港澳文化创意产业合作及其知识产权保护问题

粤港澳文化创意产业的合作，肇始于经济全球化和区域化加速发展的时代背景，合作规模逐渐扩大、合作层次日渐提高。合作初期是以民间合作为主体，少有政府的参与，合作层次较低，主要是单个要素的合作，如人才、技术、资金等，并没有上升到整个产业合作的高度；当文化创意产业的区域合作进一步发展达到一定水平以后，文化创意产业具有一定的规模，政府便开始有意识地进行扶持及引导，使粤港澳合作上升到“政府引导，企业主体”的现状。

#### （一）由政府直接推动的粤港澳文化创意产业合作的主要内容

合作与交流的领域主要有：文化创意产业主管机构和领导互访，

每年定期召开“粤港澳文化合作会议”；共同参加“亚洲文化论坛”；建设粤港澳三地图书馆数字化联网项目（广东省中山图书馆、深圳图书馆、澳门中央图书馆及香港公共图书馆联手）；打造粤港澳演艺圈、展览圈（广东省文化厅、香港康乐及文化事务署、澳门文化局联手）；建立粤港澳三地的演艺场地、展览场地、艺术表演团体负责人的定期会面制度；每年举行粤港澳优秀文艺节目交流演出、举办粤剧艺术活动，合作举办艺术节庆，合作举办视觉艺术巡展等；建立粤港澳文化信息网；制定交流展演计划，组织演艺管理人员参加艺术管理

培训；建设以文博会、高交会为主的粤港澳文化创意产业合作平台等等。

## （二）粤港澳文化创意产业合作的主要特点

1. 粤港澳文化创意产业具有坚实的文化合作基础。粤港澳同属统一的岭南经济文化单元，历史上很早就自然形成的一个经济区。改革开放以来，粤港澳三地文化交流进一步拓展。据统计，香港回归以来的十年里，仅粤港两地双向文化交流共计 3455 批，36064 人次。粤港澳文化创意产业具有稳固的文化合作基础。

2. 粤港澳文化创意产业合作是产业综合性合作。粤港澳文化创意产业区域合作是综合性合作。合作主体多元化，有政府、企业、行业协会等；合作对象多样化，可以是某个具体项目的合作，也可以是行业的整体合作，产业链的某个环节的合作，或是中介服务机构的合作等。合作方式目前是以政府为主导、企业为主体、市场交易为手段的产业合作方式，即产业综合性合作。这种合作方式涉及到文化创意产业的各个领域，以动漫合作为例，包括动漫的设计、生产制作、宣传营销以及衍生产品的开发等，是整个产业链的合作。

3. 粤港澳文化创意产业合作呈现实体性合作的趋势。例如，香港、广州、澳门政府联合推出整合三地文化表演信息、提供免费网上订票服务等，旨在打造三地文化自由行的“粤港澳文化信息网”。又如，为促进创意贸易合作，粤港澳联手建设以广州国际漫画节、艺博会；深圳文博会、高交会、东莞动漫博览会等为主的粤港澳文化创意产业合作平台。再如，按照《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》，粤港澳将分别在珠海横琴、广州南沙设立粤港澳文化创意产业园区。港澳在影视、动漫设计、音乐制作等方面优势明显，与国际市场联系广泛，而广东省尤其是珠三角城市在市场承接、人力资源和物理空间等方面具有较大优势，粤港澳文化创意产业合作优势互补，呈现出实体性合作的趋势。

## （二）粤港澳文化创意产业合作面临知识产权保护问题

对文化创意产业来说，知识产权是其生存和发展的关键。原因在于：一方面，文化创意产业自身突出的知识密集型、高附加值、高整合性的特点，决定其发展离不开产业主体的创意活动。另一方面，对文化创意产品的原创性承认和保护，其实就是尊重和承认个人创造力的价值。只有把保护知识产权上升到战略高度，在社会中形成保护和尊重个人作品和个人创造力的氛围，充分保障创意主体的合法权益，激励创造，才能保障文化创意产业的行业收益，促进文化创意产业的发展。然而，在现实中，粤港澳文化创意产业合作面临知识产权保护的难题。

其一，严重的盗版侵权行为。文化创意产业是聚集脑力劳动者智慧的活动，其产品内涵是一种设计、一种思维、一种观念，具体的载体则是数字信息

产品。相对于传统产业的产品，数字信息产品开发难，复制容易，且复制成本低廉，盗版侵权行为猖獗。如广东澄海的奥飞动漫公司的“战龙四驱车”产品，仅此1项，其被盗版侵权损失高达600多万元<sup>①</sup>；又如软件盗版，每张光盘的成本大致是1元钱，而最终销售单价至少是5元至6元，利润率惊人。<sup>②</sup>另外，许多文化创意产业的产品消费具有一次性的特点，如影视录像、表演艺术等，人们消费的目的是欣赏，消费一次之后一般不再重复，因而，盗版侵权对文化创意产业的发展打击是致命的。与此同时，文化创意企业自身保护意识的不强，知识产权管理与保护策略的缺失也是很大的隐忧。

其二，法律体系不健全，未能形成有效的知识产权保护。由于对知识产权的经济、社会价值认识不足，人们知识产权法律意识仍旧淡薄，侵害他人版权和忽视自我保护的现象同时存在，且十分普遍。知识产权保护法律体系不完善，知识产权中介代理体系尚未形成，交易平台尚未建立，加之知识产权政出多门，涉及专利局、版权局、工商局、商标局等各个部门，难以有效协调、统一步调。如文化创意产业重点涉及的版权保护隶属于版权局，而广东省版权登记又必须由省统一办理，时效长，收费高，对文化创意产业的版权价值形成造成制约。地方保护主义严重，在版权侵权查处执法中，管理部门对假冒产品打击乏力，文化创意产品被盗用或模仿的现象日益泛滥，严重挫伤创意企业进行技术创新和文化创意的积极性。知识产权保护不力是创意企业面临的最大风险，也是粤港澳文化创意产业合作面临的最头疼的法律问题之一。

## 二、 粤港澳文化创意产业合作的知识产权保护对策

### （一）激励型知识产权保护对策粤港澳文化创意产业合作的主体，

即文化创意企业，大多是中小型企业。由于它们自有积累资金不足，因此，融资需求强烈，最期待的是资本。然而，文化创意企业的突出特点是：知识产权无形资产居多，实物资产较少，很难通过抵押等方式获得银行贷款，正面临融资难的现实困境。如何帮助文化创意企业走出困境，解决资金瓶颈，具有现实紧迫性，也是粤港澳文化创意产业合作上水平必须回答和研究的一大课题。因现行的是“政府引导，企业主体”的合作现状，首先政府要担任好自己的角色，表现为：引导、服务、协调与管理。其次，顺应粤港澳文化创意产业合作必定市场化的趋势，应当加上“市场化运作”这一必要要素。所谓“市场化运作”，即为文化创意产业合作提供相应的知识产权中介服务，包括知识产权价值评估、信息咨询、交易平台、担保服务等。具体对策如：

1、加大财政对文化创意企业发展的政策扶持落实国家对文化创意产业发展的现行税收优惠等政策，研究制订支持粤港澳三地文化创意产业发展的配套经济政策。包括：（1）设立文化创意产业发展专项基金。基金来源于政府财政投入、基金收益、社会捐赠等。政府每年安排相应的资金用于贷款贴息、项目补

贴、支持信用体系建设、创意奖励等，以鼓励文化创意企业技术创新，研究开发新产品。（2）出台财税扶持政策。税收优惠政策涵盖文化创意企业、对文化创意企业贷款的商业银行、小额贷款试点公司等。（3）加大对中小型文化创意企业贷款的政策性支持。如，在商业银行成立面向中小型文化创意企业的贷款部门，试点对中小型文化创意企业贷款；引导商业银行以外的其他金融机构开展金融创新，探索试点对中小型文化创意企业贷款等；在国家允许的贷款利率浮动幅度范围内给予一定利率优惠。

## 2、开创贷款融资新产品

文化创意企业具有小型化、扁平化、个体化的特点。企业要做大做强，资金是命脉。广东珠海某企业的“悟空”和“巴布熊猫”等动漫形象已闻名国内，经国家权威机构评估认定，其市场价值为17亿元，但是，该企业向商业银行提出30万元的贷款申请却被拒绝，导致该企业的发展遭遇资金瓶颈。“巧妇难为无米之炊”，融资难是制约三地文化创意企业发展的最大障碍。因此，政府应鼓励银行机构大力开拓针对文化创意企业的金融产品。包括：（1）鼓励商业银行探索知识产权质押贷款业务。可借鉴北京经验，构建一个有序运转的知识产权融资链条。①首先，由粤港澳三地的知识产权管理部门负责知识产权质押贷款、申报文化创意企业及项目筛选和推荐。其次，在对申报企业的信用、信誉、企业运行情况进行初步把握的基础上，将合格的文化创意企业推荐到知识产权价值评估和法律风险评估机构，由专业人员对企业的知识产权的价值和法律风险进行综合评估。最后，由银行审批放贷。（2）开展小额贷款公司的试点，支持在粤设立的粤港澳文化创意合作企业或项目。可借鉴杭州经验，规定小额贷款公司在规定的区域范围内从事小额贷款业务和小企业发展、管理、财务等咨询业务。（3）设立企业集合信托债权基金。如杭州西湖区政府由区科技局、财政局牵头，联合相关金融服务机构及银行，启动“西湖区企业成长引导基金”。②广东可以在拟建设粤港澳文化创意产业园区的珠海横琴、广州南沙，设立相应的“横琴（南沙）文化创意产业园区企业成长引导基金”，拓宽企业资金融通的渠道。（4）简化文化创意企业贷款审批方式。针对粤港澳文化创意产业合作企业跨越粤、港、澳三地的实际，由融资银行开通审查审批“绿色通道”；开通24小时网上申请服务等。还可以效仿北京银行的做法，推行“股权出质登记”新政策，允许文化创意企业如无抵押物，可以自有或第三人持有的非上市股份有限公司的股权，办理出质登记，向银行申请获得贷款。

## 3、建立文化创意产业贷款担保机制

文化创意产业具有较高的市场风险性，是银行机构之所以谨慎向其发放贷款的主要原因。为有效化解风险，构建由银行、担保公司、资产评估公司、保险公司等多方参与的贷款担保机制是必要的。该机制应当包括：（1）明确担保

机构在知识产权质押融资中的职能和作用。规定：在完成质押，取得质押权后，为借款人或担保人等当事人提供借款的连带责任保证担保；向借款人进行逾期贷款催收；配合对质物进行处置，包括拍卖、变卖以及法律诉讼等。（2）多渠道筹集信用担保资金。除了政府外，向社会各界、企事业单位、个人筹集资金。

（3）加强对企业信用的监督，在此基础上建立中小文化创意企业的信用评级和信用记录制度。（4）建立再担保机制来分散和规避文化创意企业风险。大力发展第三方担保，探讨和引入保险机构开发相应的保险产品。

此外，三地应联手建立第三方知识产权评价中心及文化创意产业的知识产权评价制度、完善以文博会、高交会为主的粤港澳文化创意产业合作公共服务平台。推进广东南方文化产权交易所、深圳文化产权交易所等文化创意产业投融资平台和其他文化知识产权交易市场的建设，有助于三地合作的顺利实施。

## （二）防范型知识产权保护对策

### 1、建立健全知识产权保护体系，遏制严重的盗版侵权行为

盗版侵权是文化创意产业发展的致命问题。加强文化创意产业发展中的知识产权保护，

务必严厉打击盗版侵权行为。国内应当完善知识产权保护制度，尤其是重点完善知识产权行政与司法并行的知识产权保护体系。香港是全球盗版率最低的地区，而在内地包括广东，盗版侵权行为十分严重。因此，在粤港澳文化创意产业合作中，粤澳应当学习和借鉴香港行之有效的打击盗版侵权行为的经验，共同制定知识产权保护的措施，加强知识产权保护，维护创意主体的合法权益，激励其创造，保障行业收益，促进行业发展。

### 2、加强重点行业的知识产权保护

文化创意产业主要包括电影与影像、互动休闲、软件游戏、出版、软件与计算机服务、电视广播等行业。根据 2009 年国务院通过的《文化产业振兴规划》，影视制作、出版发行、印刷复制、广告、演艺娱乐、文化会展、数字内容和动漫等是重点加快发展的文化创意产业。根据《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》，粤港澳文化创意产业园（南沙、横琴），也主要是在上述产业中进行合作。广东省人民政府办公厅粤府办〔2011〕42 号文件指出，动漫产业优先发展。广东是全国最早发展影视动画业的地区之一，也是国内影视动画业实力和基础最为雄厚的地区之一。限于篇幅，下文以动漫产业为例，探讨在中国内地现行法律制度下运用版权、专利、商标等保护策略。

“动漫”是漫画和动画片的合称，也包括电子游戏等。动漫产业链大体上有四个环节：漫画（图书、报刊）；动画（电影、电视、音像制品）；舞台剧（角色扮演）和网络动漫；游戏、玩具等周边产品开发。这些都涉及版权、商标、专利等知识产权。中国内地现行的知识产权法律体系由《著作权法》、《专利法》、

《商标法》、《商业秘密法》、《反不正当竞争法》、《计算机软件保护条例》、《信息网络传播权条例》等构成。从动漫制作过程来看，动漫创作者、动漫企业可以根据现有法律法规对制作过程中形成的不同作品形式或权利进行保护。①（见表 1）

动漫制作过程	作品形式或权利	法律适用
脚本编写	文字作品	著作权法等
素材收集	文字、图片、音乐等素材由作品原作者人行使	著作权法等
画面制作	美术作品、图形作品、摄影作品等	著作权法等
音乐或插曲创作	音乐作品	著作权法等
数字化	作品的数字化过程,尤其是以数字形式使用作品的情况	反不正当竞争法等
合成剪接	编辑作品	著作权法等
修饰后形成成品	文字作品、影视作品、外观设计、商标等	著作权法、专利法、商标法等
加密	软件(电脑程序及文档等)	著作权法、计算机软件保护条例等
网络传播	信息网络传播权	著作权法、信息网络传播权条例等
衍生产品	商品(模型、玩具、文具、服装等)	专利法、商标法、商业秘密法等
衍生产品	广告	著作权法等
衍生产品	商标	商标法等
衍生产品	角色扮演(COSPLAY)	著作权法、专利法、商标法等

据表 1，可以清楚地看出：其一，动漫形象、情节、插曲、软件程序及其文档等，可以是著作权法依法保护的剧本、美术、音乐、图形、摄影、录像、模型、计算机软件、影视作品等多种作品形式。其二，适用商标法进行保护。可根据发展需要或将要开拓的经营范围，将动漫形象注册为商标。广东爱威公司先于动画片《神探威威猫》投播，申请注册了“威威猫”、“爱爱兔”、“顽逗”等卡通形象商标。作家郑渊洁成立公司，将作品中创作的皮皮鲁、鲁西西等角色注册为商标并用于蕴涵角色商业价值的衍生产品。其三，申请外观设计专利保护。②动漫衍生品价值高，成本低，对其盗版最猖獗，须重点加强保护。对动漫作品申请外观设计专利，可有效制止不良商家对动漫衍生品的侵权。动漫产业发达的国家如美国、日本，十分重视衍生品的外观设计专利保护，其相关的游戏软件、影碟、图书、动画主角模型、装饰品、海报、拼图、服装等，甚至如迪斯尼乐园这样的主题游乐场，成为动漫产业巨大的盈利空间。日本动画

片《变形金刚》衍生产品收益高达 50 亿美元。重庆市科委为科技环保知识漫画宣传卡片的卡通姐姐“艾柯”形象申请外观设计专利进行保护<sup>③</sup>。其四，综合保护。一些动漫作品，可适用著作权、商标权、外观设计权进行综合保护。动漫实现数字化后在网上传播，可依网络传播权条例加以保护。对于动漫衍生产品中的方法和专有技术等，不打算申请专利或者在申请专利之前，可采取商业秘密的形式来保护。

3、优化粤港澳文化创意产业发展的法制环境首先，粤港澳文化创意产业的合作与发展，对知识产权保护的国际化、规范化、法制化提出了更为紧迫的要求。文化创意产业要依托商标权、著作权、专利权等知识产权要素，信息技术日新月异今天，知识产权保护面临更多新问题。在中国内地、港澳共同参加的国际公约如《与贸易有关的知识产权协议》（简称 TRIPS 协议）、《保护文学艺术伯尔尼公约》、《世界知识产权组织版权条约》、《专利合作条约》等法律框架范围下，三地应当制定知识产权法律保护与协调的措施和政策，建立健全文化创意产业发展的制度环境。

其次，要严格执法，加大执法监督力度。要严厉打击假冒伪劣产品等侵犯知识产权的违法犯罪活动，对侵权者尤其是故意侵权者除加重民事赔偿责任外，还要追究其刑事责任；要加强粤港澳三地在打击盗版侵权行为方面的合作，加强信息交流与沟通，互相协作，切实保护知识产权所有者的利益。同时，要加强粤港澳三地执法人员的培训，提高其综合素质，以确保执法的合法有效；要建立健全并完善粤港澳三地联合执法机制，规范执法行为，提高办案效率；对典型案例进行曝光，充分发挥舆论监督作用，要增加对侵犯知识产权活动查处的频率。

再次，应效仿香港知识产权教育的成功经验<sup>④</sup>，加强知识产权的教育培训和宣传，引导文化创意企业建立健全知识产权管理体系。要增强粤港澳三地人们的知识产权保护意识。通过组织开展相关法规的宣传普及、培训等多种形式加强宣传和教育，逐步改变粤港澳三地中广东存在的知识产权保护意识普遍薄弱的现状。

### 粤港澳刑事警务执法合作的内容与机制构建

李松梅

《广东警官学院》2010-10

近年来，随着我国“一国两制”制度的深入实践与发展，内地与港澳之间的交往日益密切，之间的跨境犯罪也大量涌现，三地警方的刑事司法合作越来越频繁。由于广东的地理位置和犯罪形势的特殊性，内地与港澳地区的刑事执法合作主要是以广东省为依托。经过二十多年的实践和磨合，广东与港澳之间的警务执法合作，在法律允许范围内，开创和发展了一系列刑事警务合作的渠

道与机制。目前，

跨境犯罪有由过去的广东省居多逐步向内地其他省市转移的趋势，为了更好地促进全国各地开展区际执法合作，有效打击跨境犯罪，笔者对粤港澳刑事警务执法合作的内容和机制进行了系统的构建，以供借鉴与完善。

#### 一、 粤港澳刑事警务执法合作的内容

港澳特区基本法中对内地与香港、澳门两个特别行政区的刑事司法协助的内容并没有作特别的限制，只是规定双方可通过协商依法进行司法联系和相互提供协助。结合广东与港澳警方多年刑事警务合作的实践，目前，三地执法合作的内容不仅涉及到刑事调查方面的合作，

还涉及刑事调查外的合作，并取得了显著成效。其具体内容主要包括：

##### (一) 代为调查取证

代为调查取证主要是指协助方的执法机关采用法定的调查行为为对方获取相应的证据材料的行为。主要的调查行为如询问、讯问、搜查、鉴定、勘验、检查以及其他与刑事调查取证有关的诉讼行为。按照我国法律规定，内地与港澳三地分别属于不同的三个法域，任何一方的警务执法人员都无法随时、自由地前往对方境内进行调查取证活动。在粤港澳三方正式建立了刑事警务合作渠道后，经过多年的合作实践，目前已经开展的代为调查取证的内容主要有：1) 涉案人员的基本情况，如身份资料、家庭成员信息资料、电话资料、房产资料、银行账户资料(包括银行卡和信用卡的消费记录等)、出入境资料、犯罪背景资料等；2) 涉案人员涉及案件的有关情况；3) 涉案公司背景情况；4) 涉案文书真伪情况等。

二) 送达法律文书在公安部分别与香港和澳门签署的《内地公安机关与香港警方相互通报机制的安排》和《内地公安机关与澳门特区政府保安司关于建立相互通报机制的安排》两份协议中对送达文书的相关问题进行了详细的规定。送达法律文书主要是指送达刑事诉讼文书，通报刑事诉讼结果。文书包括司法文书和非司法文书。司法文书是指在刑事诉讼过程中，由司法机关制作或签发的各种法律文书或文书，如刑事起诉书副本、法院传票、判决书、裁定书、各种笔录以及采取强制措施家属通知书等。非司法文书是指上述司法文书以外的且与特定的刑事诉讼活动有关的各种书面材料，如身份证明、公证文书、信函等。上述两份协议还特别附有《采取刑事强制措施情况通报表》和《非正常死亡情况通报表》的格式。其中非正常死亡情况通报是指因意外事故和突发事件死亡者的情况通报。

##### (三) 情报交流

情报信息是现代警务工作的重要元素，其收集、交流与使用是开展侦查区际犯罪案件的必要因素，也是促进警队管理和建设的有效因素，更是推动警务

基础设施建设不可或缺的动力之一。情报信息交流是粤港澳刑事警务执法合作的重要内容之一，也是日常化的合作内容，在打击跨区域性犯罪方面，往往起到关键性作用。粤港澳刑事警务执法合作的情报交流具体形式主要包括：个案线索通报、经常性情报交流、定期情报交流和专门性情报交流等多层次、多角度的交流。

#### 四) 缉捕遣送通缉犯

缉捕遣送通缉犯具体涉及到对潜逃至对方的案犯的协助缉捕、遣返与移交，是粤港澳刑事警务执法合作的一项重要内容，是运用比较频繁的一种协助形式。目前，粤港澳警方之间缉捕遣送通缉犯协议仍然缺位，该项合作基本上沿用习惯进行，以广东协助港澳地区合作为主，处于一种不对等的合作状态。对此现状，三地警方也都正在努力拓展协助合作途径，为各方直接移交案犯提供条件。2004年底，广东省公安厅颁发《关于对在我省查获的吸食注射毒品的港澳居民处理意见》，在打击跨区域吸毒方面建立起相关机制，标志着粤港澳三地跨区域吸毒人员移交出境经常性工作机制的正式启动。[1] 29 这为粤港澳警方探索缉捕移交通缉犯方面提供借鉴范例。

五) 追缴和移交赃款赃物 赃款赃物是刑事犯罪的重要证据。赃款赃物一方面可以作为证据使用便于诉讼，另一方面其追缴也是为了弥补由犯罪造成的损失。一般来说，赃款赃物的移交，不得妨碍被请求方正在进行的刑事诉讼，也不得妨碍被请求方区域之内有关人员或单位对该种赃款赃物的合法请求权。追缴和移交赃款赃物，是粤港澳刑事警务执法合作最具有实质性意义的重要内容。虽然目前尚无明确的法律指引，但三地警方每年都在这方面做了大量工作，并取得了显著的效果。

#### 六) 刑事案件管辖移交

由于粤港澳处于不同的法域，其间法律制度存在差异和冲突，跨三地之间的刑事案件必然就涉及到管辖权的问题，有时难免会出现管辖权的冲突。所以，刑事案件管辖移交是粤港澳刑事警务合作内容中比较复杂、特殊的一项。这里粤港澳刑事管辖权的冲突，是指三地司法机关对在三地互涉案件行使刑事案件管辖权时发生的管辖权竞合或空隙。目前，案件管辖存在争议的情况也越来越多。

#### (七) 学术交流

粤港澳三地警方经过多年的沟通合作，除了通过一些定期和不定期的会晤渠道解决涉及刑事调查方面的合作问题之外，还深入地进行了交流与合作。主要包括警用装备及技术的交流与合作，侦查技术专家系统的相互支援，业务工作经验的交流，警队文化、教育培训的交流等刑事调查外的合作。

## 二、 粤港澳刑事警务执法合作机制的构建

机制是指促进和推动一项工作有效运行的办法及动作过程，其构建有赖于一定的内容为基础，不断地从开始试探性接触、到深入发展、再到纵深拓展的过程进行。粤港澳刑事警务执法合作机制则是指构建粤港澳三地警方刑事警务执法合作的有效可行的制度。机制的构建是一项复杂的系统工程，其合理性可以为合作提供坚实的运行条件保障。在公安部专门下发的文件《公安部关于加强公安机关涉香港工作集中统一领导的通知》中明确指出广东省公安机关与香港澳门警方纪律部队的一般性业务交流和联谊活动，由广东省人民政府审批，并报公安部和国务院港澳办备案。在此合作管理规定基础上，粤港澳警方经过多年的探索与实践，创造性地开展了一系列卓有成效的刑事警务合作，已经逐步构建了系统，形成了不同层次的刑事警务合作机制。

(一)定期与不定期工作会晤机制定期与不定期的工作会晤是粤港澳三地警方开始合作时首选的形式。该工作机制为粤港澳三地警方提供了一个便捷的协商平台、快速的情况交流网络。由于会晤是面对面的，有利于会晤方沟通、理解和增强信任感。

#### 1. 定期工作会晤制度，

是指会议召开日期、参加人员级别、会议规模和议题都相对固定的一种协议会晤制度。目前，定期会晤制度主要有以下几种形式：1)粤港澳三地警方刑侦工作会晤。原来是每年4月和9月轮流在三地举行，从2007年起改为每年举行一次，一般会议时间定在每年4月。其首次工作会晤是2000年8月22日在广州市举行。该定期会晤机制现已成为三地警方定期进行刑事警务交流、部署三地打击跨区际犯罪联合行动的重要平台。2)粤澳警务工作会晤。澳门回归后，为体现“一国两制”的时代特征，经粤澳双方同意，原“粤澳治安会晤”的名称改为“粤澳警务工作会晤”。第一届粤澳警务工作会晤于2000年6月在广州市举行。从2003年开始，该会晤每年举行一次，一般在每年的第一季度举行。双方的刑侦、治安管理、出入境管理、消防、边防等部门的主管领导参加会晤。3)粤港澳三地警方联络官会议。是三地警方联络部门的定期会晤，每年举行一次。目的是增加一线工作人员的沟通机会和解决具体工作问题。4)粤澳警务联络工作会议制度。粤澳警务工作会晤每年举行一次。目的是商议下一届粤澳警方高层会晤的议题。首次会议于2002年12月12日至13日在江门恩平市举行。5)深港陆路口岸警务协作机制工作例会。于2003年1月19日启动。每季度轮流举行。目的是加强深港的警务联络和治安管理，有效打击跨区际犯罪，更好地为内地与香港居民提供有关警务方面的服务。6)珠澳口岸警务协作机制工作例会。于2006年4月1日启动。每年轮流在珠澳两地举行一次。目的是加强珠澳口岸地区的警务联络和治安管理，有效打击跨区际犯罪，更好地为内地与澳门居民提供有关警务方面的服务。7)粤港澳三地警方刑侦技术会议。每年举行

两次，上下半年各一次。值得一提的是公安部组织的双边会，是公安部每年与香港澳门警方轮流举行一次定期会晤。国内可以列席参加这个会晤的省市主要有广东和上海警方。

## 2. 不定期会晤工作制度，

则是根据实际工作需要依三地警方约定的时间举行，参加人员级别、人数规模、会议议题等都可以灵活机动的一种会晤制度。目前，不定期会晤制度是指粤港澳警方侦查对口部门工作例会，其目的是商定共同打击某类跨区域犯罪的工作方案。

### (二) 归口联络机制

归口联络机制是指粤港澳三地警方分别自行设立独立的一个部门，专门负责管理有关刑事警务合作的日常工作机制。归口联络有利于集中掌握情况、协调指挥和规范管理。目前，公安部国际合作局和港澳台事务办公室是统管除上海和广东省外的全国公安机关与香港警方刑事警务合作事宜的归口联络单位。在广东警方与香港警方刑事警务合作中，广东省公安厅和香港警务处也分别设立了归口联络单位，分别是广东省公安厅港澳警务联络科、厅办公室外事办和香港警务处联络事务科。考虑到深圳和珠海邻近香港和澳门的特殊性，广东省公安厅港澳警务联络科授权深圳、珠海市公安局港澳警务联络科，分别管理涉及深圳、珠海两地的情报交流、线索协查以及互派人员到对方调查取证等工作。

### (三) 对口协作机制

对口协作机制是指粤港澳三地警方各归口联络部门自行授权各方的相关业务部门，在所提出的协作请求事项没有涉及可能产生法律责任后果或较大社会影响的情况下，可不经双方的归口联络单位，而直接与对方对口业务单位联系和执行的机制。对口协作机制为情报交流提供了直达快速通道，有利于减少中转环节和提高工作效率。目前，广东警方与港澳警务处共有八个部门建立了对口直接联络渠道。其中包括广东省公安厅刑侦局大要案件侦查处、反黑处、反恐处、刑事技术中心、厅治安局、禁毒局、经济犯罪侦查处以及网监处等部门。

### (四) 个案协作机制

个案协作机制是指粤港澳三地警方在侦查办理涉及两地或三地跨区域刑事犯罪个案时，合作一方在另一方的配合下共同完成案件侦查工作的工作机制。个案协作有利于情报的实时共享和反馈，有利于集中警力快速完成侦查工作。近年来广东警方与香港、澳门警方携手侦破的大案要案均是遵循个案协作机制进行的。对于突发性严重跨区域罪案，个案协作机制采用双方成立联合指挥部，指定临时专责联络员的形式，集合精兵强将，重拳出击，务求快速破案，优化打击跨区域刑事犯罪的新模式。

### (五) 联合行动机制

联合行动机制是指粤港澳三地警方针对一定时期内共同关注的某类突出的社会治安问题，经各方共同协商和研究，互派联络员进驻对方指挥部的形式，确定在约定的时间内同时采取行动、同时发布新闻的合作行动机制。联合行动机制不仅可以扩大粤港澳警方刑事司法协助的影响力，而且还可以震慑企图跨区域犯罪的违法人员，有效遏制某类刑事犯罪发案上升的势头。如1989年3月的“3.21”贩运海洛因案件开创了粤港警方联剑破案的实质性合作先河，成为两地警方合作打击跨区域犯罪的转折点。

六) 定期通报机制定期通报机制，

是指粤港澳警方对于日常需要掌握和控制的情报信息，三地警方采取定期通报的形式来保障合作事项的一种机制。定期通报机制的运作具有日常化、规范化和可操作性等特点。2000年，公安部港澳台事务办公室与香港特别行政区保安局签署的《内地公安机关与香港警方相互通报机制的安排》是通报机制的最初探索。随后，2001年，公安部港澳台事务办公室与澳门特区政府保安司签署了《内地公安机关与澳门特区政府保安司关于建立相互通报机制的安排》，是通报机制的深入发展。

二十年来，粤港澳三地警方从个案协作到全方位的警务合作，不断拓展合作新渠道，建立多层次的合作机制，为三地的社会稳定提供了切实的保障，逐步完善了警务合作框架。但也应看到由于有一些历史、法域、机构及认识等方面的不同原因，三地警方的合作过程也遇到许多问题与障碍。然而笔者相信，随着我国法律制度的不断完善与发展，粤港澳三地警方的联合打击犯罪行动的越来越频繁，合作问题会不断地出现新情况并予以解决，合作内容会不断地更新和增设，机制的构建也会越来越完善，合作平台也会越来越规范化、科学化、合理化和示范化。

## 粤港澳知识产权执法合作研究

盛清才

《法治与社会》2011-06

近年来，随着粤港澳合作步伐的加快，知识产权保护问题日益凸显，特别是许多高新技术项目合作中，大量的知识产权问题亟待沟通、协调，从而对粤港澳知识产权的保护提出了新的要求。因此，在深化粤港澳合作中，加强知识产权保护法律服务尤为重要。尽管我国大陆已形成了行政保护、司法保护和权利人自我保护这一较为完善的保护体系，但该领域中的粤港澳合作则是个新生事物。篇幅所限，且“行政保护主要通过行政执法的方式进行”。[1]本文仅从行政执法的角度就粤港澳知识产权的保护问题略作探讨。

一、 设立统一的行政协调机构，奠定粤港澳知识产权执法合作与交流的组织基础  
我国大陆现行知识产权行政保护机构设置的特点，就是针对不同的知识产

权客体设置不同的行政管理部门（如专利授权、商标注册和版权登记分属国家知识产权局、国家工商总局和版权局，行政执法则由相应的省市机构分头负责），进而形成了条块分割、多头管理的保护模式。然而，随着市场经济体制的建立和知识经济时代的到来，为适应 WTO 规则的要求和方便知识产权行政执法领域的合作与交流，有必要成立一个由粤港澳政府相关部门共同组成的统一的知识产权保护协调机构。在此，笔者建议，作为常设机构，三地协商成立“粤港澳知识产权保护工作委员会”。该机构除负责研究和制定粤港澳知识产权保护的总体规划与政策外，还包括三地知识产权执法合作、信息沟通、关系协调、人员培训、检查监督、冲突解决等方面的宏观指导，从而为三方知识产权领域的执法合作与交流奠定坚实的组织基础。

## 二、完善地区立法，努力实现粤港澳知识产权保护的一体化

首先，加强法制建设领域合作，完善知识产权保护的地区立法。为维护知识、信息和技术市场的正常秩序，三地有必要协商制定统一的《粤港澳知识产权保护条例》，对知识产权保护及其执法合作的范围、权限、方式、程序等作出明确规定，条件成熟时，再制定诸如专有技术、商业秘密、录音录像制品等领域的地区性保护规定。可喜的是，2010年4月7日，《粤港合作框架协议》在京正式签署，这就标志着在共同推进知识产权保护的道路，双方迈出了实质性的一步。

其次，加强三地知识产权保护领域的制度建设。目前，主要是建立健全粤港澳知识产权行政执法信息互通制度和重大事项通报制度、定期沟通和大案要案会商制度以及执法监管制度等，使三地知识产权保护领域的联系与合作经常化、制度化、规范化，以确保三地合作措施的顺利实施。

再次，完善合作协议，健全协作机制。应把知识产权执法合作放到三地经济发展的战略高度去统筹谋划，求同存异、大胆创新，在互利互惠和《泛珠三角区域知识产权合作协议》

## 三、健全机制，完善全方位的知识产权执法交流与合作

首先，加强人员往来，扩大学术交流。三地政府相关部门应与粤港澳高校和科研机构建立良好的合作关系，相互选派相关行政管理人員和执法人员到对方学习、交流，不断提升其自身素质；相互邀请专家开展学术讲座，准确把握世界知识产权发展的动态与趋势；定期联合举办知识产权执法培训班、知识产权保护研讨会、知识产权行政执法论坛、企业知识产权研讨等，就知识产权执法实践、执法技术、执法经验、执法数据以及企业知识产权保护等进行学习和交流。尤其要加大保护知识产权理论研究领域的合作。因为粤港澳之间的法律差异使得案件跨境查处成为困扰三地知识产权执法的一大难题，所以，三地有必要开展知识产权执法领域的项目合作，有针对性地解决知识产权执法领域的

热点、难点问题，不断提升粤港澳知识产权执法保护的能力。

其次，构筑信息共享平台，建立粤港澳知识产权保护预警机制。为实现粤港澳知识产权资源共享与信息交流，要在“粤港澳知识产权资料库”的基础上，利用现代化手段，共建知识产权执法信息网络，建立起较为完善的预警机制和信息沟通与共享机制。具体设想，一是丰富和完善粤港澳知识产权网上资料库内容。该资料库要有大陆和港、澳知识产权保护的法律、法规、注册程序等资料，还要有世界各国特别是发达国家知识产权法律法规、政策变化及其动态资料。二是监测并及时发布粤港澳重点区域、行业、企业和重点技术领域的知识产权状况、发展趋势及竞争态势等相关信息。三是利用上述信息网络优势，在法律许可的范围内，通过迅速传递专利权人信息、商标注册登记资料、行政案件处罚及违法人员资料记载等信息情报资源，顺利实现三地信息沟通，增强三地知识产权执法合作的时效性和有效性。

再次，加强执法联系与协助，建立区域执法协作机制。一是建立粤港澳知识产权执法区域协调机制。如前述，“行政执法是知识产权保护不可或缺的手段”，“是我国知识产权保护行之有效的模式”。[3]而要充分发挥知识产权执法主动介入、快捷高效和成本低廉的优势，三地除坚持打防结合、标本兼治和日常执法与专项整治相结合外，实践中还要建立起科学的区域协调机制，通过高层次、权威性的三方联席会议形式，及时协调解决三地知识产权执法合作中的重大事项及具体问题。二是完善粤港澳知识产权执法区域协助机制。“知识产权执法协作机制建立和运行情况直接影响知识产权执法的成效”。[4]近年来，正是该协作机制的缺失或不够完善，才导致一些地方执法效果不够理想，致使侵权案件居高不下，且呈现出组织化、智能化、隐蔽性、复杂性和跨区域性的特点。所以，三地只有建立起完善的协作机制，才能大大提升执法效果，也才有望最终走出当前这知识产权行政保护的困境。为此，

有必要在《泛珠三角区域知识产权合作协议》和上述各协议的基础上，本着“前瞻、全局、务实、互利”的原则，再协商签订《粤港澳知识产权执法合作协议》、《粤港澳知识产权执法协助协议》等文件，并通过相互间的调查协助、文书送达和协助执行等形式的执法协作，不断加强三地知识产权执法合作。三是加强会展等场所知识产权保护的协作。为防止境内外不法分子利用展会等场所加工和销售侵权知识产品，粤港澳应携起手来，强化对知识产权市场的合力监管，加强会展、技术交流会、产品交易会等场合的知识产权执法协作，积极探索新形势下会展知识产权保护的有效途径和形式。2007年广交会专门设立了知识产权和贸易纠纷“投诉站”，受到了各方的好评，值得在粤港澳区域内进一步推广和完善。

又次，加强三地知识产权执法队伍建设领域的合作。“知识产权是一个高科

技产业”，

[5]对执法人员有较高的专业素质要求。因此，为培养一支既懂专业知识、又通晓相关法律法规和熟悉办案程序的高素质执法队伍，三地有必要进一步加强知识产权执法队伍建设方面的合作。具体设想就是委托三地高校和相关教育、科研机构，通过进修、学历教育、研讨班等形式，合作培养一批精英人才，在其带领下，最终打造出一支思想好、业务精、忠于职守、能打硬仗的知识产权执法队伍。

此外，强化宣传教育合作，创造良好的知识产权文化环境。钱穆先生说过，“一切问题，

由文化问题产生；一切问题，由文化问题解决。”知识侵权之所以屡禁不止，原因是多方面的，但就其深层次原因看，归根到底还在于知识产权文化环境的缺失，“根本的还是一个保护意识问题”。所以，唯有加强三地合作，强化知识产权保护的宣传教育，营造良好的知识产权文化环境，才是治本之策。三地除在“4·26”世界知识产权日大张旗鼓地进行知识产权宣传活动和积极推广“正版正货”承诺活动外，更要从粤港澳地区实际出发，坚持日常宣传与专项宣传相结合，普及宣传与重点宣传相结合，广泛开展知识产权的宣传普及活动。

同时，强化知识产权法治教育。青少年是国家的未来。所以知识产权教育要从娃娃抓起。建议三地因地制宜，增开大中小学知识产权教育课程，努力提高青少年的知识产权意识；通过合作培训或专题讲座，加强对粤港澳公务员知识产权法治教育，不断增强其知识产权保护和依法行政的意识；强化对企业、高校和科研机构员工的知识产权教育，提高其尊重和保护知识产权的自觉性，从而“在全社会形成‘崇尚劳动创造，保护知识产权’的理念。

#### 四、 强化联合执法，携手严惩知识侵权行为

为确保知识产权市场的健康发展，粤港澳密切配合、协同作战，联手打击各种违法侵权活动已是大势所趋。为此，三方应在前述案件通报和执法协作的基础上，建立高效的联动机制，积极开展跨地区联合执法，始终保持对各种知识侵权行为的高压态势。三地可定期、不定期地采取联合行动，组织突击检查，依法严厉打击各种形式的盗版行为、专利侵权和侵犯注册商标专用权的违法犯罪行为。要强化对重点行业、重点领域知识产权的保护，针对三地某一时期某一行业知识侵权高发的态势，除积极组织“4·26”联合执法外，还要联合开展专项行动，有针对性地进行集中整治，并依三方协议，裁定侵权行为，依法处罚和集中销毁侵权产品，尤其要对侵权者本人予以严惩。需要强调的是，为彻底扭转一个时期以来知识侵权防不胜防的被动局面，笔者建议修改知识侵权行政处罚的相关规定，对那些知法犯法、恶意侵权、屡教不改和重复侵权者，加大处罚力度，目标就是要使之倾家荡产，无力东山再起！

## 五、 加强海关合作，筑牢知识产权保护的海上长城

广东毗邻港澳，跨境侵权便利，曾几何时，海上光盘走私空前猖獗。为筑牢海上长城，粤港海关曾先后建立了口岸热线联系制度、专职联络员制度、例会制度、业务通报和情报共享制度以及案件协查制度等，共同打击跨境知识侵权行为。自粤港澳海关知识产权保护合作机制建立以来，三地海关在人员往来、经验交流、执法培训、情报交换、知识产权鉴定等方面已建立良好的合作关系，查获了一大批侵犯 COACH、SONY、LV 等知名商标专用权的货物。新形势下，三地海关要认真总结经验，加强对进出口环节知识产权的保护，“既查处冒牌和盗版产品，又查处专利侵权产品，既查进口，也查出口，使侵权产品无路可走，无处藏身”，彻底堵死三地间知识产权走私的海上通道。

需要说明的是，行政保护“是我国大陆地区知识产权保护的一大特色”，而香港、澳门“只有司法处理途径”。[10]即便是知识产权行政执法，由于“三地分属不同法域，各自相对独立。三地确认的知识产权并不当然获得对方法律的保护。”[11]加之缺乏共同的上位法调整，造成粤港澳知识产权执法依据不同，这一切自然成为三地知识产权执法合作上的障碍性因素，陡增了粤港澳知识产权保护领域执法合作的难度。不过，粤港澳联系密切，文化习俗相同，经济一体化格局凸显，特别是大陆和港澳都加入了知识产权协定（TRIPS）、《巴黎公约》、《伯尔尼公约》等重要的国际知识产权公约，这一切就使得三地在知识产权的保护上具备了良好的合作基础与合作前景。所以，当务之急就是要在“一国两制”的基本框一致，并对其有创造性的工作方法给予激励。

注重民族干部的动态培养，坚持“学习型人才”标准。组织要提供持续的学习深造机会，结合多元化学习方式，培养知识结构全面，知识储备丰富，实事求是，视野开阔，与时俱进的少数民族干部。对于民族干部的培养选用给予一定特殊政策同时，要坚持思想政治素质、道德操守和行政能力三方面的严格标准，将民族干部的监督切实纳入党纪管理体系。对“问题干部”分步骤、分情况，妥当处理，说服教育与严惩不怠相结合，社会舆论与专门机构深入调查相结合。专门机构应隶属司法系统，保证机构调查的公正性、避免行政干预，坚持司法独立。

## 《粤港合作框架协议》的性质、效力分析及立法建议

朱颖俐，慕子怡，慕亚平  
《学术研究》2011年第6期

《粤港合作框架协议》（以下简称《框架协议》）是我国内地省份与香港特别行政区之间签署的首份综合性合作协议，在《框架协议》的序言中，明确表明此协议是“为落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008-2020年）》（以下简称《规划纲要》）和《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》及其补

充协议(以下简称 CEPA 协议), 促进粤港更紧密合作”, 由广东省人民政府和香港特别行政区政府协商一致制定的。可见,《框架协议》是以《规划纲要》和 CEPA 协议为订立基础的。然而, 根据我国《宪法》和《立法法》的相关规定来分析,《规划纲要》难以成为《立法法》所确定的法律渊源, CEPA 协议在国内法上的效力也不甚明确, 从而使得明确确定《框架协议》的法律性质、定位及其效力受到影响。为促进《框架协议》目标的顺利实现, 有必要从法理上重新评价《规划纲要》和 CEPA 协议的性质, 进而明确《框架协议》的性质与效力, 并针对在这一问题上现行法的缺失提出相应的立法建议。

### 一、《规划纲要》性质与效力的法理分析

首先,《规划纲要》不属于行政法规和部门规章等法律文件。《规划纲要》是国家发展和改革委员会(以下简称国家发改委)针对当前国内外经济形势发生深刻变化, 珠江三角洲地区正处在经济结构转型和发展方式转变关键时期的特定历史条件下, 从国家战略全局和长远发展出发, 为促进珠江三角洲地区增创新优势, 进一步发挥对全国的辐射带动作用 and 先行示范作用, 特别为该地区制定的改革发展规划纲要。《规划纲要》前言明确指出:“该规划纲要的规划范围是, 以广东省的广州、深圳、珠海、佛山、江门、东莞、中山、惠州和肇庆市为主体, 辐射泛珠江三角洲区域, 并将与港澳紧密合作的相关内容纳入规划。本规划纲要是指导珠江三角洲地区当前和今后一个时期改革发展的行动纲领和编制相关专项规划的依据。”显然, 国家发改委是将《规划纲要》作为国家指导珠江三角洲地区在 2008-2020 年这一特定时期的改革发展工作的重要文件。然而, 依据我国《立法法》第 2 条的规定, 我国目前的法律形式主要包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例以及国务院部门规章和地方政府规章。依据该法第 56 条、第 71 条和第 73 条的规定, 我国的行政法律规范是指国务院根据宪法和法律制定的行政法规; 国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构, 根据法律和国务院的行政法规、决定、命令, 在本部门的权限范围内制定的规章; 以及省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府, 根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定的规章。此外, 根据《立法法》第 71 条的规定, 除法律和国务院的行政法规外, 国务院各部、委及直属机构制定行政规章的依据还包括国务院的决定和命令, 则国务院的决定和命令这两种不属于《立法法》第 2 条规定的法律形式的规范性文件, 由此也成为具有法律效力的行政规范性文件。显然, 我国有权制订和发布行政法规、规章的国家行政机关并不多。此外, 由于《立法法》对行政法规和规章的内容和制订、发布程序有着严格的规定, 在不符法律规定的前提下, 即使是有立法权的行政机关发布的文件也不属于行政法规或规章,《规划纲要》就是其中较为典型的范例之一。

按照《立法法》的规定，行政法规只能由国务院制订发布，《规划纲要》的制订机关是国家发改委，该文件显然不可能是行政法规。尽管依据《立法法》国家发改委有权制订部门规章，但国家发改委制订发布的文件并不都是部门规章，要成为部门规章这一行政法律规范，该文件在内容和制订、发布程序上必须符合《立法法》的相关规定。《立法法》第6条规定了立法文件应具备的基本内容：“立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任”，但《规划纲要》既没有为公民、法人或其他组织设定权利与义务，也没有为国家机关设定权力与责任，完全不具备法律规范应有的基本内容。从发布程序上看，《立法法》第76条规定：“部门规章由部门首长签署命令予以公布”，而《规划纲要》是以国家发改委的名义直接发布的。可见，根据我国现行法律规定，《规划纲要》无论在内容方面还是在发布程序方面，都不符合部门规章的立法要求，该文件不属于部门规章，不应具有法律效力。

其次，《规划纲要》属于行政指导性文件，不应具有法律强制力。尽管《立法法》对行政立法作出了严格的限制，但为了确保法律、行政法规和规章的实施，包括国务院在内的具有行政立法权的各级人民政府及其职能部门和不具备行政立法权的各级人民政府及其职能部门都制订了大量的行政措施等行政管理文件，这些文件虽不属于行政法律文件，但在制订机关的管辖范围内被普遍适用，是我国各级行政机关依据《宪法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方组织法》）进行行政管理的重要工具。由于《宪法》和《立法法》对此类行政管理文件没有作出相应规定，我国行政法学界通常将之称为其他规范性文件，包括除行政法规、规章以外的，由行政机关在法定权限范围内制作的所有具有普遍约束力的书面文件。所谓其他规范性文件，是指此类文件相对于规范性法律文件而言，不具有法律上的约束力，其典型特征在于制订该文件的机关不具有立法权或有立法权的机关没有按照法定程序制订该文件。实践中往往将此类行政管理文件简称为行政规范性文件或规范性文件。行政规范性文件按不同标准可划分为不同类型。以行政规范性文件的法律效果为标准可分为四种类型：行政创制性文件、行政解释性文件、行政指导性文件和行政告知性文件。其中，行政指导性文件是指行政主体对不特定的多数相对人实施行政指导时所形成的书面文件，也是一种规范性文件。在我国，行政指导是指行政主体基于国家的法律、政策的规定而作出的，旨在引导行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为，以实现行政管理目的的一种非职权行为，对行政相对人没有强制力。行政相对人可以是公民、法人或其他组织，也可以是包括国家行政机关在内的国家机关。在日本，著名行政法学家盐野宏把这种行政指导性文件称为“指导纲要”。“指导纲要可以在地方公共团体层次看

到实例，从概念上说，国家行政机关制定的指导纲要，也是能够成立的”；“现实中的行政指导实际上是按照纲要实施的。

总之，《规划纲要》是国家发改委基于国家战略全局和长远发展的目标，对珠江三角洲地区的改革发展实施行政指导所制订的规范性文件，其详细规划了珠江三角洲地区在 2008-2020 年期间的具体发展方向，但没有规定各地政府机关不服从其行政指导时的行政处罚措施，是典型的行政指导性文件，不应产生法律强制力。

## 二、CEPA 协议性质与效力的法理分析

首先，在国际法上，CEPA 协议是我国一国主权下的不同单独关税区之间订立的经贸合作协定，具有国际法上的约束力，但不属于国际条约。内地与香港缔结 CEPA 协议是两地政府在“一国两制”方针下，在世界贸易组织(简称 WTO)框架内为建立更紧密经贸关系作出的特殊安排，无论在 WTO 中还是在中国国内，这一合作形式都是一种创新。由于 WTO 的成员资格实质上是以关税区而不是以主权国家为适格条件，香港和澳门早在 1995 年就以单独关税区的身份成为 WTO 的创始国。在 CEPA 中，“内地系指中华人民共和国的全部关税领土”。所谓“中华人民共和国的全部关税领土”是指除香港特别行政区关税领土、澳门特别行政区关税领土及台湾、澎湖、金门、马祖单独关税区以外的中国大陆地区全部关税领土。由此，CEPA 实际上是 WTO 的两个正式成员之间的经贸合作，CEPA 关于贸易自由化方面的规定必须符合 WTO 法的相关规定，WTO 的其他成员方也负有基于世贸组织规则尊重 CEPA 之义务，因此 CEPA 也就具有了国际法上的拘束力。但因国际条约必须是由不同主权国家之间、隶属于不同主权国家的非主权实体之间或一主权国家与另一主权国家的非主权实体之间缔结的协定，香港作为中国的非主权实体，它与外国之间或与外国非主权实体之间缔结的协定属于国际条约，而它与中国国家主体之间或中国其他非主权实体之间缔结的协定则不属于国际条约，而是一国国内的区际协定。需要强调的是，CEPA 的性质不同于香港与内地签订的一般的区际协议，其并不类似于国际私法中的国内“区际”，这里是在 WTO 框架内的“单独关税区”的区际，其更多是适用 WTO 的协议规则，因此，不能简单用国内法的思维来定位和解释 CEPA 的性质。换言之，CEPA 是我国不同关税区之间订立的经贸合作协定，其中与贸易相关的约定需遵守 WTO 规则，具有国际法上的约束力，但它不属于国际条约，也有别于传统意义上仅仅基于不同法域所形成的国内区际协议。

其次，从现行国内法来看，商务部代表内地与香港特别行政区缔结 CEPA 协议的行为面临良性违宪的尴尬，致使 CEPA 协议的效力被质疑。CEPA 协议是商务部代表内地与香港特别行政区有关经贸主管机构签订的经贸合作协定，从形式上看，其缔约主体分别是内地和香港特别行政区的经贸事务行政主管机构，因

此，CEPA 协议是内地政府与香港政府之间缔结的经贸合作协定。由于目前我国国内法上没有关于内地与特别行政区缔结政府间合作协定的相关规定，使得 CEPA 协议在现阶段难以成为内地法的法律渊源。

商务部代表内地签约的依据是国务院办公厅下发的《商务部主要职责内设机构和人员编制规定》第 2 条第 12 项的规定。根据该规定，商务部负责拟订并执行对香港、澳门特别行政区和台湾地区的经贸政策、贸易中长期规划；与香港、澳门特别行政区有关经贸主管机构和台湾授权的民间组织进行经贸谈判并签署有关文件；负责内地与香港、澳门特别行政区商贸联络机制工作；组织实施对台直接通商工作，处理多边、双边经贸领域的涉台问题。然而，依据《宪法》第 89 条第 3 项的规定，各部和各委员会的任务和职责应由国务院规定。从性质上说，国务院办公厅只是协助国务院领导处理国务院日常工作的机构，其作用主要是充当国务院领导的参谋助手和国务院的运转枢纽。而国务院各部委是国务院的组成部门，其任务和职责依宪法规定应由国务院作出规定，国务院办公厅作为协助国务院领导同志处理国务院日常工作的机构，不能以自己的名义代替国务院行使相关职权，这一做法显然违反了宪法的相关规定。此外，由于国务院办公厅规定各部委职责的行为缺乏法律依据，即使其发布的文件已经国务院批准，但因其不具备发布此类文件的主体资格，该行为自始至终就不具备法律效力，则从法理上分析，国务院各部委目前并没有法律规定的职责，各部委依照国务院办公厅规定的职责范围从事的履职行为在客观上都会因缺乏法律依据而面临良性违宪的尴尬。显然，商务部副部长依国务院办公厅规定的商务部职责代表内地与香港特别行政区有关经贸主管机构（即香港特别行政区财政司）负责人签署经贸合作文件—CEPA 协议的行为已经面临良性违宪的尴尬，致使 CEPA 协议在国内法上的效力也因此存在质疑。

### 三、《框架协议》性质与效力的法理分析

首先，《框架协议》是政府间合作协定，既不同于内地各省之间缔结的政府间合作协定，也不同于 CEPA 建立的一国之国内不同单独关税区之间的政府合作协定。改革开放以来，中央政府向地方政府进行放权让利的“行政性分权”改革，逐渐使地方政府成为地方利益的主体，该变革不仅使中央与地方这一纵向的政府间关系发生了变化，而且也使在传统体制下被阻隔的政府间横向联系变得日益密切。政府间合作协定正是在地方政府间的横向合作过程中产生的。1992 年建立的长江三角洲 15 个城市的协作部门主任联席会议是我国第一个区域合作协调机构，为推动和加强长江三角洲地区经济联合与协作，1997 年经 15 个城市协商一致，将该组织升格为长江三角洲城市经济协调会，通过了《长江三角洲城市经济协调会章程》，在我国开创了以政府间合作协定加强地方政府间合作的先例。此后，我国内地各地方政府之间开始采用各种形式进行区域合作，出现了

多种形式的政府间合作，如高层领导联席会议、城市政府联合体、区域内经济贸易协调会、跨经济区的地方政府联合等，这其中既有同级地方政府之间的省际或市际合作，也有不同级别地方政府之间的合作，最为典型的是长江三角洲城市经济协调会，其成员既有省级直辖市如上海，也有省会城市如南京、杭州等，还有地级市如苏州、宁波等；既有双边合作，也有多边合作。广东省人民政府与香港特别行政区政府建立的粤港合作联席会议制度是一种双边不同级别地方政府间的合作形式。该合作机制建立于 1990 年，是内地省级政府与香港特别行政区政府之间建立的第一个高层次、经常性的协调组织机构。此次粤港两地政府缔结的《框架协议》是两地政府为落实 CEPA 协议，在粤港合作联席会议制度基础上进一步加强粤港深度合作所缔结的协议，其法律性质与此前内地各省之间缔结的政府间合作协议有所不同。由于香港是单独关税区，也是一国两制下的特别行政区，粤港之间的合作协议是不同级别不同法域地方政府之间缔结的合作协定，既不同于内地各省之间缔结的同一法域内省级地方政府之间的合作协议，也不同于美国等联邦制国家内同一级别不同法域地方政府之间缔结的区际政府间合作协定，是一国之内不同级别不同法域的地方政府之间缔结的区际政府间合作协定。在适用法律方面，广东省作为内地的一个省份，其与香港特别行政区缔结的《框架协议》既不能违反内地的相关法律，也不能违反香港的相关规定，其中与贸易相关的内容还不能违反 WTO 的相关规则，而内地各省之间缔结的省际合作协议只要不违反内地的相关法律就可以了。

需要特别说明的是，《框架协议》与 CEPA 协议在性质上虽然都是国内不同法域不同级别政府之间缔结的区际政府间合作协定，协议中与贸易相关的内容都受 WTO 相关规则的约束，但二者有着根本的区别。如前文所述，CEPA 协议在性质上属于区际政府间合作协定的主要原因是香港与内地属于同一个主权国家之内的不同法域，但由于香港与内地都是 WTO 的成员，在 WTO 中具有完全平等的地位，该协议中与贸易相关的内容必须遵守 WTO 的相关规定，因此，CEPA 协议是在 WTO 框架内的不同关税区之间形成的区际政府间合作协定，在法律适用方面也更多地考虑 WTO 的相关规则，从而令这一合作形式与传统上的仅仅基于不同法域所形成的区际政府间合作协定有着很大的不同。《框架协议》是广东省与香港特别行政区签订的经济合作协议，由于内地与香港同是 WTO 成员，而广东是内地的组成部分，WTO 规则由此具有了对《框架协议》中与贸易相关的内容的法律约束力，但广东省作为《框架协议》的缔约主体，其本身并不具有 WTO 的成员资格，这是《框架协议》与 CEPA 协议在缔约主体身份方面存在的根本区别。此外，由于《框架协议》是粤港两地为落实 CEPA 协议、促进两地更紧密合作而签订的经济合作协议，因此，CEPA 协议是《框架协议》订立的前提和基础，二者地位不可混同。

其次,《框架协议》因法律依据上的欠缺,妨碍了其法律效力的产生。如前所述,《规划纲要》和CEPA协议是《框架协议》订立的基础,而根据现行内地法律这两份文件都不具有法律效力,因而不能成为《框架协议》订立的法律依据。加之,粤港两地政府订立《框架协议》的行为本身并没有法律明确授权,从而使该文件很难成为国内法渊源。我国《宪法》第89条第4项规定:“中央政府(国务院)统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分。”《宪法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(简称《地方组织法》)规定,县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生等事务;(《宪法》第107条、《地方组织法》第59条第5项)县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。(《宪法》第108条,《地方组织法》第59条第2、3项)可见,我国宪法和地方组织法只授权各级政府管理其辖区范围内的事务,对于地方政府能否自主缔结跨行政区划的合作协定,以及缔结协定的权限、程序及法律效力等问题,都没有任何规定。此外,《香港特别行政区基本法》也没有对香港特别行政区政府与内地各省之间缔结区际合作协定的权限作出规定。这一立法上的缺失导致内地已经大量存在的政府间合作协定因缺乏法律依据而难以成为法律渊源,无法产生法律效力,《框架协议》也不例外。

#### 四、明确CEPA及《框架协议》的性质与效力的立法建议

作为依法行政原则组成部分的法律保留原则认为,行政机关实施任何行政行为都必须有法律授权,否则,其合法性将受到质疑。这正是致使CEPA协议及《框架协议》在内地法律效力受到质疑的原因所在。我国《宪法》和《地方组织法》都没有赋予县级以上人民政府缔结政府间合作协定的权力,《立法法》上也没有对政府间合作协定的法律地位作出规定,地方政府间的缔约行为缺乏法律授权,其行为的法律效力自然受到影响。从我国实践来看,地方政府缔约权的适宪性及适法性的缺失问题,已经成为阻碍区域合作和区域一体化的瓶颈。要改变政府间合作协定在我国所面临的法律困境,首要的是解决政府间合作协定的法律依据问题。

美国宪法中的“协定条款”及联邦最高法院对该条款的最终解释权制度可为我国解决政府间合作协定的法律依据问题提供有益的借鉴。美国州际协定的法律基础是《联邦宪法》第1条第10款第3项的“协定条款”(Compact Clause):“任何一州,未经国会同意,不得与他州或外国缔结协定或盟约”,这一条款表明,美国宪法允许各州在国会同意的前提下缔结协定,赋予各州间缔结州际协定的权力。州际协定对成员州的所有公民都具有约束力。经国会批准的州际协

定既是成员州的法律，也是它们之间的契约，其效力如同主权国家之间的条约，相关的州和公民都要严格遵守。美国联邦最高法院具有州际协定的终极解释权。1938年“欣得里德诉拉普拉塔&切利河灌溉公司”案中州际协定被定位为州法，但1981年的“凯勒诉亚当斯”案的判例中，联邦认定了“国会的批准将州际协定转变为合众国的法律”，从而确立了经国会批准的州际协定属于联邦法律的观点。“州际协定既然是联邦法律，自然要服从联邦的解释”，联邦最高法院确立了其终极裁判者的地位，剥夺了各州法院在这个领域中解释本州宪法的绝对权力，州际协定是否违反成员州的宪法、是否与成员州的相关法律冲突，要由联邦最高法院做最终的裁决。联邦最高法院这种权威阻止了不少成员州单方面放弃协定或拒不履行相关义务的行为，有效确保了州际协定的顺利实施。

我国虽是单一制国家，但因中央政府允许香港、澳门回归后保留其原有的法律制度，在客观上已经形成了内地、香港、澳门三大法域，从而令政府之间的合作也存在两种性质，一种是同一法域内地方政府之间的区域合作，另一种是不同法域政府之间的区际合作。其中，区际合作又表现为以法域为单位的整个中国内地与香港或澳门特别行政区之间的双边合作，如CEPA协议建立的合作关系；中国内地法域中的多个地区与香港和澳门两个不同法域建立的多边合作，如《泛珠三角区域合作框架协议》建立的“9+2”合作关系；以及中国内地法域中的单个地区与香港或澳门之间的双边合作，如《粤港合作框架协议》建立的广东省与香港之间的深度合作关系。随着2010年6月29日中国大陆与台湾签署《两岸经济合作框架协议》（以下简称ECFA），我国主权范围内的区际政府间合作呈现更加多样化的合作形式。此外，由于香港、澳门和台湾都是WTO的成员，内地（中国大陆地区）与上述地区缔结的与贸易相关的协议同时还要受WTO规则的约束，具有国际法上的约束力。需要强调的是，即使在国内法上，内地（中国大陆地区）与香港、澳门甚至台湾地区缔结的政府间合作协议也因这些地区的高度自治性而与传统的区际合作协议有所不同，且台湾地区目前的法律地位与香港、澳门还不完全相同，其与中国大陆地区缔结的ECFA协议在性质上与CEPA协议也有所不同。我国目前已经形成的形式多样、性质各异的政府间合作协定在世界各国中难得一见，这主要是由我国的特殊国情造成的，但中国政府在解决历史遗留问题中所进行的制度创新更是造成这一现象非常重要的原因。由于我国主权范围内各法域地位的特殊性，我国已经形成的区际政府间合作协议在其他国家目前还无法找到相同的先例，但在不同法域的地方政府之间建立的区际政府间合作关系方面，美国的州际合作与我国的区际合作仍有一定的相似之处，美国关于州际协定的立法和司法模式对我国解决区际政府间合作协定的法律效力问题仍有相当重要的借鉴意义。此外，由于发生在同一法域之内的地方政府之间的区域合作关系较区际合作关系更为简单，美国关于州际协定的做法

同样可为我国解决地方政府间区域合作协定的法律依据问题提供重要参考。

具体而言,我国可以借鉴美国关于州际协定的相关规定,在《宪法》中对地方政府间缔结合作协定的权力作出一些原则性规定,授予地方政府在其行政管理职能范围内开展对外合作的缔约权(包括区域合作和区际合作的缔约权),对于可能影响其他地方政府利益的政府间合作协定应报上一级行政机关批准,涉及中央政府权威的地方政府间合作协定必须报国务院审批。为规范地方政府的横向合作关系,可以由《地方组织法》对地方政府间关系作出专门规定,明确各级政府缔结合作协定的权限。在《宪法》授予地方政府缔约权后,地方政府缔结合作协定的行为就是法律行为,政府间合作协定由此具有了法律效力,为保证法的衔接性,还必需由《立法法》对政府间合作协定的法律地位及生效程序作出规定。此外,由于政府间合作协定是地方政府间基于行政管理的需要所缔结的合作合同,缔约双方都负有履行约定的义务,在出现合同一方不完全履行合同或拒绝履行合同义务时,另一方需要相应的救济措施,因此,《宪法》在授予地方政府缔约权时,还有必要规定处理政府间合作协定争议的权威机构,并由《地方组织法》规定该机构处理争议的权限。在条件成熟时,可以考虑由国务院制订《政府间合作协定条例》,对政府间合作协定的生效条件、生效程序、争议处理、违约救济等一系列具体问题系统加以规范。区际政府间合作协定往往涉及香港或澳门甚至台湾地区等不同法域,基于缔结协定主体所属地区法律制度的差异及WTO规则的限制,《宪法》、《地方组织法》、《立法法》和《政府间合作协定条例》只能在不违背WTO规则的前提下,对地方政府与港澳台地区缔结区际政府间合作协定的权限及协定的生效条件、生效程序及争议处理原则等基本问题单独作出原则性规定,对于区际政府间合作协定的争议处理应区分内地与特别行政区发生的争议(如CEPA协议),与内地各省与特别行政区发生的争议(如《框架协议》)的不同,分别作出原则性规定。当务之急,应尽快撤销由国务院办公厅下发的各部委职责方面的文件,统一以国务院的名义下发各部委的任务和职责方面的法律文件,恢复CEPA协议在国内法上应有的法律地位,改变目前面临的良性违宪的尴尬境地,避免其他类似情况的出现。通过上述立法行为,赋予CEPA协议和《框架协议》在国内法上应有的法律地位,确保CEPA协议和《框架协议》目标的最终实现。

### 粤港深度合作的法律依据问题及对策探析

朱颖俐、慕子怡

《暨南学报》2011-02

《粤港合作框架协议》(以下简称《框架协议》)是为落实《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008—2020年)》(以下简称《规划纲要》)、《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》及其补充协议(以下简称CEPA),促进粤港更

紧密合作，由我国内地省份与香港特别行政区之间签署的首份综合性合作协议。该协议明确将“在国家‘十二五’规划期内，粤港深度合作机制基本建立”作为双方此次合作的主要目标。这是官方文件中首次出现“粤港深度合作”的提法，此前对粤港合作的提法通常都是“粤港紧密合作”，即使是《框架协议》的前言中依然使用“推进粤港更紧密合作”来说明此次粤港双方订立合作协议的动因。从《辞海》的解释来看，“深度”共有3种含义：①深浅的程度向下或向里的距离；②事物向更高阶段发展的程度；③促及事物本质的程度。《框架协议》显然采用了第二种含义，即在国家“十二五”规划期内建立更高阶段的粤港合作机制。《辞海》对于“紧密”和“更”的解释分别是：“紧密”包括①密切，不可分割；②数量多而连续不断两种含义，“更”包括：①比原来程度更深些；②再，又两种含义，则“粤港更紧密合作”显然是指粤港比原来更深程度地密切合作。由此看来，“粤港深度合作”与“粤港更紧密合作”无本质差别。笔者认为之所以采用“粤港深度合作”的提法，一是在范围上有别于CEPA协议的紧密合作，突出广东与香港之间的合作，凸显出区位优势；二是在程度上加深合作的程度，即在CEPA基础上将合作进一步深化、细化，凸显出“先行先试”。这一提法是对粤港两地合作目标的更精确的概括，突出了合作将要进入新的阶段。可见采用“粤港深度合作”有其深刻用意。应当说《框架协议》是以《规划纲要》、CEPA协议为订立基础，但《规划纲要》和CEPA并没有为粤港深度合作提供明确的法律依据，这已成为粤港深度合作面临的重大法律问题。分析这一问题的成因，并寻求解决问题的对策，对于确保《框架协议》目标的顺利实现无疑具有非常重要的现实意义。

#### 一、缺乏明确的法律依据是粤港深度合作不容回避的法律问题

粤港之间一直有着良好的自发的民间合作传统。1998年3月，经国务院批准，粤港两地建立了粤港合作联席会议机制，这是内地省级政府与香港特别行政区政府之间建立的第一个高层次、经常性的协调组织机构，它标志着两地合作模式由香港回归前民间的有限合作，向“一国两制”前提下政府推动的全方位合作转变；由自发分散、完全市场决定的合作，向市场主导和政府协调相结合的合作转变。2003年6月，CEPA协议正式签署，把内地与香港的经贸合作纳入世界贸易组织框架下，为分属不同关税区的粤港合作构筑了走向自由贸易的平台。为适应粤港合作发展的需要，自2003年8月起粤港合作联席会议升格为两地行政首长共同主持。2009年1月，国务院批准发布的《规划纲要》，明确“将与港澳紧密合作的相关内容纳入规划”，并将“坚持‘一国两制’方针，推进与港澳紧密合作、融合发展，共同打造亚太地区最具活力和国际竞争力的城市群”作为珠江三角洲地区改革发展的战略定位，标志着珠三角与港澳合作进入又一新阶段。2010年4月，经国务院批准粤港两地政府签署《框架协议》，该协议既

形成了各领域合作的宏观策略，又提出了具体政策、措施和项目，是一份操作性比较强的粤港合作的指导性、纲领性文件，是粤港合作重要的里程碑。上述粤港合作的历程充分说明了中央政府在推进粤港紧密合作中发挥的重要作用，但与此同时也暴露了粤港合作在法律制度和法律依据上存在着缺失，以至于至今粤港合作都没有明确的法律依据，从而形成了粤港深度合作所面临的最值得关注的法律问题。

现行粤港合作存在的法律依据问题主要表现在：

(一) 粤港合作据以确立的文件的法律地位与法律依据不明

首先，CEPA 协议缺乏国内法上的地位与法律依据，法律效力不甚明确。

自 2003 年内地与香港签署 CEPA 协议以来，每年都要根据经贸发展的实际需要签署补充协议，至今为止，已经签署了七个补充协议，这些协议中允许由广东“先行先试”的政策措施多达 33 项，对促进粤港两地深度合作具有非常重要的现实意义。尽管，从国际法角度看，CEPA 协议是中国内地与香港两个单独关税区之间签订的类似自由贸易协定的协议，在国际法上具有一定地位，属于主要是建立在 WTO 基础上的一项区际协议，其更多的是适用 WTO 的协议规则。然而从国内法的角度分析，CEPA 协议作为粤港深度合作的基础性文件，其在国内法上的效力却不太明确。CEPA 协议是商务部代表内地与香港特别行政区签订的经贸合作协定，其缔约主体分别是内地和香港特别行政区，因而属于同一国家之内的不同行政区域之间缔结的合作协定；此外，基于一国两制的原因，两地实行的是不同的法律制度，分属不同法域，因此，CEPA 协议不是一般的区域协定，而是区际合作协定。然而，由于我国内地的立法中没有对合作协定的法律性质和地位作出规定，也没有关于内地与特别行政区缔结协议方面的相关规定，因此，CEPA 协议在国内法上的性质和地位并不明确，其在国内法上的法律效力也不明确。

其次，《规划纲要》是行政指导性文件，不属于《立法法》确定的法律渊源。

在我国，行政指导是指行政主体基于国家的法律、政策的规定而作出的，旨在引导行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为，以实现行政管理目的的一种非职权行为，对行政相对人没有强制力。行政相对人可以是公民、法人或其他组织，也可以是包括国家行政机关在内的国家机关。在日本，著名行政法学家盐野宏把这种行政指导性文件称为“指导纲要”。《规划纲要》是国家发改委基于国家战略全局和长远发展的目标，对珠江三角洲地区的改革发展实行政治指导所制订的规范性文件，旨在引导纳入规划范围的珠江三角洲地区各市政府自愿采取积极有效的改革措施，努力将珠江三角洲地区发展成为粤港澳三地分工合作、优势互补的全球最具核心竞争力的大都市圈之一。该文件详细规划了珠江三角洲地区在 2008—2020 年期间的具体发展方向，但没有规定各地政府

机关的具体权利义务，也没有规定不服从其行政指导时的行政处罚措施，是典型的行政指导性文件。由于行政指导性文件并非由具有立法权的机关按照法定程序制订颁布，因此不属于《立法法》确定的法律渊源。所以，《规划纲要》是否应当属于《框架协议》所以依据的法律文件受到质疑。

(二)《框架协议》因签约缺乏法律明确授权，而致使其法律效力并不明确。

《框架协议》是广东省人民政府和香港特别行政区政府为落实《规划纲要》、CEPA 协议，促进粤港更紧密合作而制定的综合性合作协议。由于我国《宪法》和《地方组织法》只授权各级政府管理其辖区范围内的事务，对于地方政府能否自主缔结跨行政区划的合作协定，以及缔结协定的权限、程序及法律效力等问题都没有明确规定；《香港特别行政区基本法》也没有对香港特别行政区政府与内地各省之间缔结区际合作协定的权限作出规定，从而导致粤港两地政府订立《框架协议》的行为本身缺乏法律的明确授权，致使该文件很难成为国内法渊源，其法律效力也不明确。

(三)粤港合作联席会议制度虽经国务院批准建立，但却缺乏相应的宪法依据。

我国《宪法》第 89 条第(4)项规定：“中央政府(国务院)统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”，《宪法》和《地方组织法》规定，县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生等事务；县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作，有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。可见，我国宪法和地方组织法只授权各级政府管理其辖区范围内的事务，对于地方政府之间、内地地方政府与香港、澳门等特别行政区之间，是否可以建立跨行政区划的合作机制，并没有具体规定。此外，《香港特别行政区基本法》也没有对香港特别行政区政府与内地各地方政府之间建立合作机制的相关问题作出规定。因此，粤港合作联席会议制度作为粤港两地政府建立的合作机制，虽经国务院批准，但在《宪法》、《立法法》上并没有明确的依据，其在法律上的地位并不明确。

可见，迄今为止，与粤港合作相关的文件与机构都不是严格按照《宪法》、《立法法》制定或建立的，而是粤港两地政府在获得中央政府许可的前提下，为减少两地合作过程中的体制障碍而推行的地方经济发展政策，粤港合作本身只是一种政策行为。粤港深度合作是否能够顺利进行完全取决于双方是否能够自觉按合作协议履行合作义务，取决于双方的自律状况。毫无疑问，缺乏明确的法律依据已经成为粤港深度合作面临的最重要的法律问题。

二、创新性政策与实践不应成为粤港深度合作法律依据的替代与阻碍

如前所述，粤港两地政府间的合作始于1998年3月建立的粤港合作联席会议机制，该机构以“为两地的全面合作发展提供政策支持、信息服务和前瞻性研究”为主要职能，2003年8月，粤港合作联席会议升格为两地行政首长共同主持，目的在于及时解决两地合作过程中遇到的具体问题，“只要涉及到粤港双方的合作及其他事宜，在新的架构下，无论什么领域、哪个行业的问题，只要两位联席会议主席拍板就可定案。”2010年4月签订的《框架协议》标志着粤港合作进入了一个新阶段。2010年5月CEPA补充协议七使广东获得的“先行先试”政策措施已多达41项。这些都充分表明，由于粤港相互毗邻的特殊地理位置，广东省在与香港特别行政区合作的领域具有其他内地省份所无法比拟的优越条件。正因为如此，中央才在内地与香港建立更紧密合作关系中赋予广东省一系列特殊政策，合作日益深入，合作模式也屡屡创新。从立法的一般规律来看，体制的创新往往会伴随法律的缺失，此时，发挥作用的往往是国家政策，粤港深度合作也不例外。

法理学研究者认为，政策是指一定的社会集团为了实现某种利益，达到某种政治、经济或社会的目的，根据社会发展情况而制定的行动方案。根据其制定和实施的主体的不同，政策有国家的政策与政党的政策之分。其中，国家的政策是由各种国家机关制定并组织实施的，内容涉及立法、行政和司法等各个领域。第二次世界大战以来，由于经济政策的转轨，西方国家的经济职能大大加强，经常运用政策手段对经济活动进行干预，法律不得不适应政策的需要而不断调整，政策对法律的影响日益明显。在此社会背景下，美国法学家拉斯韦尔和麦克杜格尔提出了系统的法律政策学思想，他们认为，“当今人类的紧迫需要是把法律作为一种政策工具予以有意识的、从容的、谨慎的运用。”这一观点在社会政策学领域得到了充分的体现，社会政策学研究者一般将法律、法令、规划、计划、条例、规章、规定、指示等都当作政策的表现形式。但法学界对法与国家政策仍然作了严格区分。就我国而言，从形式上看，法就是“制定法”，它表现为法律、法规、规章和《立法法》所明确认可的法定解释；国家政策则是无立法权的各级行政机关为实现某种利益，达到某种政治、经济或社会的目的，根据社会发展情况而制定和发布的各种行动方案，或有立法权的行政机关非依法定程序制订和发布的上述方案，具体表现为各种纲领、决议、决定、命令、通知、规划、计划、条例、规定、指示等行政法律规范以外的其他行政规范性文件。我国《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”，我国的国家政策在特定条件下也可以成为法律渊源。可见，“政策既是立法指导方针，又是解释、运用法律的指南，而且还具有在没有法律的情况下(包括现行法被判断为不符合现实的情况下)填补其空白的功能。”值得注意的是，政策对法律产生上述影响是以社会发展和体制创新导致既

有的法律无法解决各种新问题为前提的，在此前提下，政策的灵活性能够及时弥补法律滞后的缺陷，有针对性地解决各种新问题，发挥其在社会管理中的特有优势。现阶段，粤港合作领域主要以政策为指导的现象正是上述规律在现实生活中的充分体现。

博登海默从法律发展和制度创新的角度强调了政策的重要性：法律的“时滞”将使法律可能成为进步和改革的羁绊。法律控制如果过分严厉，将扼杀一些颇有助益的拓展和尝试。法律决不能回避和拒绝那些塑造并改变社会生活结构的力量影响。这种塑造并改变社会生活结构的“颇有助益的拓展和尝试”，通常主要表现为各级政府根据社会发展的需要制订和实施新政策，法律应该容许各级政府适度进行制度创新，并根据改革成果及时修正法律或制订新法，以适应社会发展对法律的要求，也正是在这一过程中，法律得以不断发展。法的这一发展过程也正体现了立法的一般规律。法作为意识形态的表现，始终是对客观存在的社会关系的反映，是对实践经验的总结，由于粤港合作是建立在“一国两制”的基础上，这种合作模式既是一国之内政府间合作模式的创新，也是区际合作模式的一种创新，这种创新性必然导致现阶段调整粤港合作关系的法律滞后甚至缺失。加之，粤港合作是新形势下的新情况，我国现行法尚没有对内地地方政府与香港特别行政区签订合作协议的权限作出规定，因而致使签订《框架协议》的行为本身缺乏法律依据。从这个意义上说，粤港深度合作的创新性成为造成其法律依据缺失的主要原因。

需要强调，尽管法的稳定性和连续性要求立法必须以相应的社会实践经验为基础，而且国家政策在社会改革和创新中成为首要的主导力量，但这并不意味着各级政府机构可以随意制订政策或从事所谓创新行为，因为“法治意味着政府的全部行为必须有规则依据，必须有法律授权”，在法治社会中，各级政府机构的任何行为都必须有法律依据，受法律约束。于是，目前粤港深度合作面临的突出的法律问题不仅仅是缺乏明确的法律依据的问题；而且还有可能因为法律没有明确规定内地地方政府具有与香港特别行政区缔结协议的签约权，而使得广东省政府与香港特别行政区政府的签订《框架协议》的行为面临着良性违宪的法律问题；此外，由于商务部代表内地与香港特别行政区签订 CEPA 协议的依据只是国务院办公厅发布的《商务部主要职责内设机构和人员编制规定》，而依据《宪法》第 89 条第(3)项的规定，各部和各委员会的任务和职责应由国务院规定，则国务院办公厅以自己的名义下发的关于各部委职责的文件显然不具有法律效力，商务部代表内地与香港特别行政区政府签订 CEPA 及其补充协议的行为也由此存在欠缺法律依据的问题，面临良性违宪的尴尬。

综上所述，粤港深度合作面临的法律问题主要包括：粤港合作的重要基础性文件 CEPA 协议和《规划纲要》在国内法上的地位有待明确，签订《框架协议》

的行为缺乏明确的法律依据，有可能导致良性违宪，粤港合作机制缺乏法律保障等。这些法律问题将严重制约粤港深度合作的顺利进行，影响《规划纲要》目标的顺利实现。

### 三、建议尽快立法明确确定粤港深度合作的国内法依据

为促进粤港深度合作目标的顺利实现，笔者谨就上述法律依据问题提出一些应对策略的意见和建议：

(一)贯彻以国务院的名义规定与港澳合作相关各部委的任务和职责，改变目前由国务院办公厅下发的相关文件的做法。

根据《宪法》第89条第(3)项，国务院各部和各委员会的任务和职责应由国务院规定，但目前各部委的职责都是由国务院办公厅规定。从性质上说，国务院办公厅只是协助国务院领导同志处理国务院日常工作的机构，其作用主要是充当国务院领导的参谋助手和国务院的运转枢纽。而国务院各部委是国务院的组成部门，其任务和职责依宪法规定应由国务院作出规定，国务院办公厅作为协助国务院领导同志处理国务院日常工作的机构，不能以自己的名义代替国务院行使国务院的相关职权，这一做法显然违反了宪法的相关规定。此外，由于国务院办公厅规定各部委职责的行为缺乏法律依据，该行为自始至终就不具备法律效力。再从法理上分析，国务院各部委目前并没有法律规定的职责，各部委依照国务院办公厅确定的职责范围从事的履职行为在客观上都会因缺乏法律依据而面临良性违宪的尴尬。

同时，鉴于CEPA及其补充协议的法律性质及法律地位，有关与港澳合作事宜应当由国务院及相关部委负责。而目前的现实情况是：由商务部依国务院办公厅发布的《商务部主要职责内设机构和人员编制规定》第2条第12项的规定代表内地与香港特别行政区签署的经贸合作协议。由于国务院办公厅无权发布该文件，致使商务部的签署协议的行为实际上缺乏了有效的法律依据，从而实际上影响了CEPA协议在国内法上的法律效力。为恢复CEPA及其补充协议应有的法律地位，避免其他类似情况所致的尴尬，建议尽快以国务院的名义规定与港澳合作有关各部委的任务和职责，改变由国务院办公厅下发的相关文件的做法。

(二)立法明确地方政府享有缔结地方政府间合作协定的权力，尤其是与港澳特别行政区的签约权，改变《框架协议》良性违宪的尴尬境地。

依据法律保留原则，行政机关实施任何行政行为都必须有法律授权，否则，其合法性将受到质疑。于是，我国地方政府间缔结合作协议的行为正因为缔约主体缺乏法律的明确授权面临良性违宪的尴尬。尽管我国现行法律没有明确赋予地方政府缔结合作协定的权力，但自1992年长江三角洲15个城市建立我国第一个区域合作协调机构以来，各地政府为打破地区行政壁垒，促进商品和各种要素的自由流通，增强本行政区域的经济实力，已经签订了各种形式的地方

政府间合作协定，建立区域合作已成为我国各地发展经济的总体趋势。从世界范围来看，加强政府合作已是全球公共行政改革的趋势。从这个角度上说，我国《宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方组织法》）关于地方政府的职能和权限方面的规定已经严重滞后，亟需完善。为改变地方政府之间在合作过程中面临的法律困境，必须尽快在《宪法》和《地方组织法》中确认地方政府在相互合作过程中缔结合作协定的权力，改变合作协定良性违宪的尴尬境地。《框架协议》是广东省政府与香港特别行政区政府之间缔结的合作协议，由于香港特别行政区与内地属于不同法域，粤港两地政府之间缔结的合作协议属于区际合作协议，有别于内地各地方政府之间缔结的合作协定，广东省以及内地其他省市是否有权缔结此类协议更需法律明确授权。从这个意义上说，《宪法》和《地方组织法》在确认地方政府享有地方政府间合作协定的缔约权时，有必要单独规定内地地方政府享有与香港、澳门等特别行政区政府缔结行政协定的权力，改变《框架协议》良性违宪的尴尬境地。粤港合作联席会议制度作为粤港两地政府建立的合作机制，其法律上的地位也能够由此确认。

（三）在《立法法》中明确合作协定的法律地位，适时由国务院制订《政府间合作协定条例》，为粤港深度合作提供法律依据。

依据我国《立法法》第二条的规定，我国目前的法律形式主要包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，以及国务院部门规章和地方政府规章。显然，地方政府间缔结的合作协定并不是《立法法》中规定的法律渊源，则即使《宪法》和《地方组织法》赋予了地方政府享有政府间合作协定的缔约权，其缔结的合作协定在法律上的地位依然不明确。需要说明的是，虽然《立法法》也没有将国际条约作为我国国内法的渊源加以规定，但依《民法通则》第142条的规定，我国加入的国际条约在民事领域与国内法发生冲突时，具有优于国内法的效力，我国声明保留的条款除外，则国际条约在特定情况下也是我国的国内法渊源。这主要是因为国际条约是两国或多国之间缔结的，不可能由我国单方制订生效，《立法法》无法对其立法问题作出有效规定，则即使《立法法》没有将其作为法律渊源，只要有其他法律依据，它同样可以成为我国国内法的法律渊源。而我国地方政府间缔结协定的行为是地方政府确定彼此间权利义务的行为，若属于立法活动，就应该由《立法法》加以规定，否则很难成为国内法的渊源。若不将地方政府间的合作协定纳入国内法的渊源，则协定能否得到履行将只能由协议主体的自律程度决定。在美国，1938年“欣得里德诉拉普拉塔&切利河灌溉公司”案中州际协定被定位为州法。但1981年的“凯勒诉亚当斯”案的判例中，联邦认定了“国会的批准将州际协定转变为合众国的法律”。为确保合作协定的顺利履行，我国可以借鉴美国的做法，在《立法法》

中明确规定省级以上地方政府间合作协定是我国国内法的渊源，为此类合作协定的履行提供法律依据和保障。

(四)在《立法法》中明确确定政府间不同协定效力等级的原则。

由于不同政府间合作协定的制定主体不同，有必要通过法律明确不同协定效力等级的原则：一般情况下，若是同级政府之间缔结的合作协定，则协定的效力等级等同于制订机构所制订的法律文件的效力等级，且一旦二者发生冲突，合作协定优先。如《框架协议》的效力等同于广东省政府制订的地方政府规章，但若其与地方政府规章发生冲突时，则《框架协议》效力优先。若是不同层级政府之间缔结的合作协定，则以级别较高的政府机构制订的法律文件的效力等级确定行政协定的效力等级，且一旦二者发生冲突，合作协定优先。如CEPA的效力等同于商务部制定的部门规章，但若CEPA与部门规章发生冲突，CEPA的效力优先。此外，由于合作协定是政府之间缔结的合作协议，它必然涉及协议的生效条件、生效程序，争议处理、违约救济等一系列具体问题，需要通过法律进行规范。但合作协定的主体是政府，通过协定进行的合作是跨行政区划的合作，这些都令上述问题较为复杂。如上文所述，对于社会发展过程中出现的新问题，一般不宜直接立法，可以先由相应政府机构制订有关政策，在政策实施过程中不断总结经验，及时调整，到条件成熟时，制定相关法律，这是立法的一般规律。因此，对合作协定进行调整时，除在《宪法》、《地方组织法》和《立法法》中做一些原则性规定外。对于一些具体问题可先由政策调整，并在这一过程中总结经验，探索跨行政区划的合作的规制方法，在条件成熟时，可以考虑由国务院制订《合作协定条例》，系统加以规范。对于内地与港澳特别行政区之间的合作协议，可以根据其特殊性，在条件成熟时单独加以规定。通过上述方式，为合作协定目标的顺利实现提供法律保障。

《框架协议》是我国内地省份与香港特别行政区缔结的第一份区际政府合作协定，由于缺乏明确的法律依据，目前主要是在中央和两地政府的政策指导下开展合作，若能通过完善《宪法》、《地方组织法》和《立法法》的相关规定，获得相应的法律地位，必然能够促进粤港深度合作的顺利进行，同时，这一合作实践也能为我国今后进行相关立法积累经验。

## 九 CEPA 法律研究

### CEPA 框架下内地与港澳医疗卫生合作的法律思考

慕亚平等

《暨南学报》2008-01

医疗卫生关系到社会利益而不可能完全进行市场化操作,完善医疗卫生体制需要政府下大气力,还需要动用包括商业、市场在内的一切可能手段,同时需要学习和借鉴成功的、先进的医疗卫生制度的经验。随着更紧密经贸关系的发展,内地与港澳人流物流往来增加,同时突发公共卫生事件频发,特别是 CEPA 协议的深入实施,使得内地与港澳之间进一步推进医疗卫生合作成为必然。本文从分析 CEPA 框架下医疗卫生合作的法律规定及意义入手,探讨 CEPA 框架下的医疗卫生合作所涉及的法律问题,旨在为推动我国医疗体制改革和进一步完善内地与港澳 CEPA 框架下医疗卫生合作的法律制度提供参考意见。

#### 一、内地与港澳加强医疗卫生合作的现实意义

探讨 CEPA 与医疗卫生合作的关系实际上是以区域的眼光研究贸易与健康的关系。贸易与健康的关系最初囊括在贸易与可持续发展的讨论中,公共健康与环境保护是该问题下的两大支柱,随着全球化时代公共卫生事件频发以及一系列涉及公共健康的案件的处理,公共健康的讨论越来越受到关注,人类健康保护和环境生态保护之间也逐渐出现分野,直接关系到人类生命、健康、安全的问题被突出出来。不管是全球贸易组织还是成熟的区域贸易组织都越来越重视自由贸易与公共健康的研究和立法。在 WTO 体系中,《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》中将利用资源、保护环境、实现可持续发展作为指导原则;GATT1994 第 20 条 bg 两款, GATS 第 14 条, GAIPS 办定第 8 条、第 27 条第 2 款都明确规定了为了人类和动植物的健康与安全以及为了保护自然资源可以采取限制自由贸易的措施。此外,还有 TBT 协议和 SPS 协议都有相关的条款关注与健康。2002 年 8 月 22 日,WHO 和 WTO 秘书处发表了关于贸易规则和公共健康之间关系的联合研究成果,报告涉及了与国际贸易有关的传染病控制、烟草贸易控制、食品安全、粮食安全、药品专利、传统医药知识保护等问题,该研究将国际贸易与公共健康的关注推向高潮。

区域贸易体越来越关注可持续发展主题下的人类公共健康问题已经成为一种趋势,CEPA 被寄希望于成为实现中国自由贸易区战略的第一步,在这种背景下,笔者认为在内地与港澳存在着医疗卫生合作的现实前提下,关注 CEPA 与医疗卫生合作的问题特别是其存在的法律问题是十分必要的,这样做有利于 CEPA 往更健康和完善的方向发展,也为日后更广泛的贸易合作提供前瞻性的制度框

架。

## 二、CEPA 协议中有关医疗卫生合作的规定

广义的医疗卫生包含卫生服务体系和医疗保障体系，涉及到医疗服务、药品管理、医疗保险、公共卫生、食品安全等领域。医疗卫生合作是一个系统性工程，其至少涉及到医疗卫生服务（明良务贸易）、卫生机构投资（贸易投资便利化）、药品贸易（货物贸易）三个方面。对此，CEPA 协议进行了系统并逐渐深入的规定。

此外，由于医疗卫生体制包括了医疗保险在内的保障体系，因而，未来的合作可能涉及金融保险领域，金融服务由 CEPA 附件 4 规定，在第二、三阶段的补充协议中有进一步的开放细则。

## 三、CEPA 中涉及三地医疗卫生领域合作的注律问题

### （一）关于自然人作为医疗服务提供者

根据 CEPA 附件 5 第二条规定，“服务提供者”指提供服务的任何人，包括自然人和法人。

由于医疗服务是有关医疗方面的专家服务，它通过医务人员而提供服务，因此，医疗服务提供者必须具有合法行医权。具体而言，在中国内地，具备提供医疗服务资格的自然人必须是根据《中华人民共和国执业医师法》有关规定通过医师资格考试取得执业医师或助理执业医师资格的中华人民共和国公民，在香港特区，具备提供医疗服务资格的自然人必须是根据香港法例第 156 章《牙医注册条例》、第 161 章《医生注册条例》及第 162 章《产士注册条例》取得相关资格的医务人员。

CEPA 作为 WTO 框架内“单独关税区”间的区际协议更多地适用 WTO 协议规则，因此要进入彼此的区域进行服务贸易必须满足有关的市场准入规则。附件 4 规定了香港永久性居民在内地拥有合法行医权的途径，包括短期执业和长期执业两种，第二阶段 CEPA 补充协议进一步明确“具有香港特别行政区合法行医权的香港永久性居民在内地短期执业前不需参加国家医师资格考试”，最长期限为 3 年，允许延期，但是协议没有关于延期的具体安排和次数限制，这就可能导致意图长期执业的人员在不通过国家医师资格考试的情况下通过不断申请短期执业及执业延期来达到目的。在长期执业的规定中也存在问题，根据《执业医师法》的规定，取得《医师执业证书》（CEPA 中表述为《医师资格证书》），二者含义相同）必须经过考试和注册两个程序，目前 CEPA 仅就参加考试的资格作出特别规定，但未就注册资格进行界定，这将导致适用上的困难，根据《执业医师法》第 15 条规定：“有下列情形之一的，不予注册：（一）不具有完全民事行为能力的；（二）因受刑事处罚，自刑罚执行完毕之日起至申请注册之日起不满二年的……”但是香港法并没有“完全民事行为能力”的概念，只有对“无行为

能力的人” person under disability 作出界定，具有“完全民事行为能力”的人是否等同于非“无行为能力的人”，这是值得商榷的。另外，“受刑事处罚”是指受内地刑事处罚还是受香港刑事处罚抑或二者兼有，这个问题也需要法律予以厘清。

CEPA中直接涉及医疗卫生领域的有关规定

	货物贸易	服务贸易	贸易投资便利化
《安排》 <sup>①</sup>	1.附件 1、附件 2 及附件 3 分别就货物贸易零关税、原产地规则及原产地证书的签发和核查程序作出安排； 2.附件 1 表一列明了包括氨基青霉素制剂等在内的药品及医疗卫生用品的零关税产品清单。	1. CEPA 第 11 条、第 12 条及第 15 条，分别就市场准入、服务提供者及专业人员资格的相互承认作出规定，这些规定适用于附件 4 所列明的医疗及牙医服务（1-A-h）； 2.附件 4 规定了有关医疗及牙医服务的具体准入承诺。	1. CEPA 第 17 条第一款规定，双方将在包括商品检验检疫、食品安全、质量标准、中医药产业合作等七个领域加强合作； 2.附件 6 明确列出了合作细节。
《安排》第二阶段 <sup>②</sup>	1.协议附件 1 增加包括药品及医疗卫生用品等实施零关税的现有生产产品及拟生产产品； 2.协议附件 2 在《安排》附件 2 表 1《享受货物贸易优惠措施的香港货物原产地标准表》中增加包括人血、治病、防病或诊断用动物血制品等药品及医疗卫生用品。	1.协议附件 3 在 1-A-h 项下进一步放宽医疗及牙医服务的市场准入； 2.协议附件 3 在 4-A/B/C 项下的佣金代理服务、批发服务及零售服务中开放药品、农药经营权； 3.协议对香港服务及服务提供者开放专业资格考试领域，其中包括执业药师、假肢与矫形器制作师等卫生专业技术资格认证。	仍然实施在包括中医药产业合作在内的七个领域的加强合作。
《安排》第三阶段 <sup>③</sup>		内地同意向包括医疗及牙医在内的 27 个服务领域的“香港服务提供者”提供优惠待遇。	继续实施在包括中医药产业合作在内的七个领域的加强合作。
《安排》第四阶段 <sup>④</sup>		1.继续实施向包括医疗及牙医在内的 27 个服务领域的“香港服务提供者”提供优惠待遇。 2.在附件中承诺在药品分销服务方面允许香港服务提供者控股。	在将加强合作的领域增加到八个的同时，明确规定了中医药产业合作的合作目标；加强双方在中医药法规建设、发展战略和行业发展导向等方面的信息共享，发挥各自优势共同推进中医药产业化和走向国际市场。

具有医师资格的人员只有在作为个体医师时才是独立的民事主体，独立地享有权利，承担义务，被医疗机构聘用的医务人员不是医疗服务关系的民事主体，发生医疗事故由该医疗机构承担责任。取得内地医师资格的香港永久性居民在内地提供医疗服务是以个体医师还是由医疗机构聘用的形式进行，CEPA 未作明确规定，而 GATS 中也只是承诺了对取得中国医师资格的外国医生在内地提供短期医疗服务的开放，未开放长期医疗服务，这样一来，取得内地医师资格的香港永久性居民在内地提供长期医疗服务无法得到制度上的保障。

## （二）关于法人作为医疗服务提供者

关于 CEPA 服务贸易中“法人”的讨论学界观点颇多，它涉及到 CEPA 国内法及香港法的规定异同，这里重点探讨医疗机构如何成为 CEPA 项下的“法人”。

根据国务院 1994 年颁布的《医疗机构管理条例》规定，医疗机构主要是指

从事疾病诊断、治疗活动的医院、卫生院、疗养院、门诊部、诊所、卫生所（室）以及急救站等，根据我国的医疗卫生体制，医疗机构可以由政府、单位、企业或个人设置，但必须经有关卫生行政部门审查批准并注册登记，同时随着改革的深入，出现了医疗机构资产结构多元化的趋势，在客观上造成医疗机构产权不明晰的事实，为寻找其法律上的定位制造了障碍。在香港，医院也分为公立（营）医院和私立（营）医院，根据香港特别行政区《医院管理局条例》第5条规定，医管局可与政府或其他人订立及执行协议，以便由医管局管理及掌管，此类订明医院为公营医院(Public hospital 公营医院内提供的或与公营医院有关而提供的服务。属于医院服务(hospital services)。

由于中国内地与香港都是世界贸易组织的成员方，因此附件4规定：“对于本附件未涉及的服务贸易部门、分部门或有关措施，内地按《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》附件9《服务贸易具体承诺减让表第2条最惠国待遇豁免清单润丸行。”这意味着在CEPA未作出明确规定的部份内地与香港依然按照WTO协议规则的定义和执行。GATS第3条规定，“服务”包括任何部门的任何服务，但在行使政府职权时提供的服务除外。那么公营医院提供的医疗服务是否应该被排除，这是需要讨论的。另外，根据附件4及第二阶段补充安排，目前向法人开放的领域只包括内地与香港的合资合作医院或诊所，还未涉及内地医疗机构向香港提供服务或香港医疗机构在内地开展医疗服务，那么在一个双向的医疗合作中内地医疗机构应以何身份出现，适用怎样的法律也是需要解决的。

### （三）任经贸合作与合作建立突发公共卫生应急机制的协调

突发公共卫生应急机制与更紧密经贸协议如何协调也是个必须处理的问题。过去三十年的时间里，超过三十种新的突发传染病被证实，包括艾滋病(AIDS)、埃博拉病毒(Ebola)、非典型肺炎(SARS)等，这些疾病造成了疫症甚至流行病，对当前资源有限的各国医疗系统产生了极大的挑战。导致这一现象的原因在于当代世界政治经济全球化的发展，大量的物流、人流及跨国服务催生了这一问题。从历史上看，国际法在传染疾病防控中起到非常重要的作用(Played an important role)体现在世界卫生组织(WHO)的《国际卫生条例》(IHR)、世界贸易组织的《与贸易有关的投资措施协议》及《实施卫生与植物卫生措施协议》(SPS), FAO/WHO 食品法典委员会CAC 关于食品安全的标准等制度上,但时至今日,国际法的这种作用还需要区域或准区域合作的补充。目前建立公共卫生合作机制包括国家间(inter country)环口地区间(inter regional)的合作,成功模式首推东南亚及西太平洋地区的国家合作,该合作是在WH()成员国的框架内进行的,并利用区域经济一体化组织如东盟(ASEAN)吸南亚国家联盟(SAARC)现存的网络,进行经验(experiences、培训课程(lessons)交换、科技及财政支持,当

前对禽流感的防控中特别注重培训、劳工支持及信息的交换。

内地与港澳签订的《关于突发公共卫生事件应急机制的合作协议》下称《公卫协议》与 CEPA 协议在性质上是完全不同的。首先,《公卫协议》不是 WHO 下的国家或地区间合作协议,WHO 是联合国的专业机构,其成员只能是联合国的会员国,香港和澳门不具有国家主权不能成为其成员;其次,CEPA 是在 WTO 框架下建立的,中国内地与香港、澳门是以单独关税区的身份订立协议的,但是《公卫协议》并未列入 CEPA 框架内,其规定的是政府行为,包括重大突发公共卫生事件和传染病疫情的信息通过,应急处置的协调联动,突发公共卫生事件应急的技术、培训及科研等方面的合作和交流,并未涉及民事主体行为。因此,《公卫协议》应视为一国国内不同地区之间的政府安排。尽管两个协议性质不同,但是二者却需要协调运作,《公卫协议》中涉及的政府行为如果又同时包含在 CEPA 之下的,应以何规则执行,特别是第 17 条第一款所规定的“通关便利化;商品检验检疫、食品安全、质量标准’在应急器材、药物的进口、人员出入境等上的实施。

#### (四) 从事医疗科研技术合作存在法律障碍

医疗科研技术是医疗卫生合作的重要环节,以欧盟为例,2000 年至 2002 年的医疗科研计划包括 307 个科研项目,由欧盟 15 个成员国医学研究机构共同负责,研究费用高达 4.94 亿欧元。但是 CEPA 并未就科研技术合作作出明确的规定,更未涉及知识产权问题,根据 WTO 框架下区域经济一体化合作的规则,若未有特殊规定则适用 WTO 规则,因此涉及知识产权问题在内地与港澳间依然适用 WTO 的 TRIPS 协议。

TRIPS 协议包括了药品专利(Patents of Pharmaceuticals)的保护规则,但完全适用 TRIPS 协议规定违反了内地与港澳的利益考量。从公共卫生的角度出发,药品必须是向所有需要药品的人开放并且价格适宜的,而从知识产权保护的角度出发,药品专利所有人的权利必须得到保障,这就需要平衡知识产权及药品准入这对复杂的关系。TRIPS 是在乌拉圭回合谈判南北势力的较量中产生的,但它最终受到工业国家的影响。TRIPS 难以协调药品专利所有权人和传染疾病易感人群之间的关系,1998 年发生的 39 个受影响跨国制药公司诉南非政府案就是一个例证。2001 年 11 月, WTO 部长级会议通过了多哈宣言,宣言申明“TRIPS 协议不妨碍也不应该妨碍成员国采取措施保护公共安全……协议可以并且应该被解释和实施于支持 WTO 成员国保护公共安全的行动,特别是促进面向所有国家的药品准入”。尽管如此,多哈宣言是否能在发展中国家发挥实质作用还是有争议的,它依赖于相关主体(global Players(WTO WHO Pharmaceutical manufacturers civil society and nation states)在各自边境内的全球卫生监管中将宣言转化为具体行动。那么内地及港澳应如何在 CEPA 框架内作出具体

的行动以趋利避害，值得进一步探讨。

#### 四、健全 CEPA 框架下三地医疗卫生合作规范的建议

尽管内地与港澳的医疗卫生合作历史悠久，但是在 CEPA 协力、议规范下的合作方兴未艾。笔者认为应该从以下几个方面推进相关领域的合作。

##### (一) 完善 CEPA 关于“医疗服务提供者”的规定

关于安排可能导致意图长期执业的人员在不通过国家医师资格考试的情况下通过不断申请短期执业及执业延期来达到目的，笔者认为，安排应就短期医师的执业设置申请次数和延期限制。另外，应就注册程序进行规定，实际上就是对《执业医师法》第 15 条的适用，笔者认为，作为一种行政许可，香港居民通过内地医师资格考试注册医师资格，应严格依照内地法律的规定，其中，“不具有完全民事行为能力”应包括无民事行为能力和限制民事行为能力，从立法的本意出发，只有具备完全民事行为能力的自然人才有可能独立承担由于其所实施的医疗行为而带来的责任，同时，“受刑事处罚”应包括内地与香港的刑事处罚，也即申请人必须无犯罪记录，按照目的解释的方法理解，立法作出此规定旨在限制具有犯罪倾向的人士加入医师队伍，这是保证医师队伍素质的重要阀门，同时也是对犯罪分子的一种惩罚，不管受过内地或香港刑法处罚的犯罪分子均曾不同程度地具有社会危害性，因此此处的“受刑事处罚”应包括内地与香港的刑事处罚。

前文所提及的法人作为医疗服务提供者的法律问题通过对两地规则的解释可以得到解决，笔者认为，首先，公营医院以商业为基础提供服务，尽管当前医学界认为医疗体制改革不应该完全以商业化、市场化为导向，但是在办医体制上，主流还是主张鼓励多元投资，注重公营医院所有权和经营权分离，关注出资人权益，在市场经济的环境下，公营医院也融入了商业运作和管理，因此不能将公营医院从商业中完全分离开来；其次，公营医院也参与与私营医院的竞争，我国法律并未限制私人资本进入综合型大医院，这意味着公营医院和私营医院存在着竞争，之所以出现公私医院无法相比的观念主要源于长期以来我国医院由政府一统天下的历史传统，随着这种局面的打破，越来越多有实力的私营医院将进入到与公营医院有序的竞争中去；再次，根据《民法通则》第 50 条规定，公营医院属于具有法人资格的事业单位，CEPA 中所指的法人无论是否以盈利为目的，无论其性质属政府所有还是私有，因此，公营医院与私营医院一样也属于 CEPA 下的法人。

##### (二) 在区域合作中规范自由贸易与公共健康的关系

作为发展中国家，中国内地的医疗状况是十分令人担忧的，经济的快速发展与社会问题的日益严重成为制约中国全面健康发展的关键问题，而医疗健康作为与人类生存最为直接的领域更是呈现出了与经济发展严重不匹配的局面，

医疗服务水平普遍不高，医疗服务设施不够先进，那么，如果通过医疗服务领域的产品贸易自由化、服务贸易自由化和直接投资自由化，就有可能引进优质高效的医药产品和医疗设施，引进先进的医药医疗技术和管理经验，从而在国内形成良性竞争机制，使民众可以得到更有效的药品和更优质的服务，国民健康状况得到改善从根本上也有利于经济的发展，诺贝尔经济学奖得主阿马蒂亚·森指出，“教育和医疗保健的发展也能够促进经济增长的提高这一事实，也增强了贫穷经济中应该大力发展这些社会安排，而不必等到先‘富裕起来’的观点的说服力”。医疗卫生领域之所以对自由化采取拒绝的态度主要是由于它涉及到国家的生态安全和民众的生命安全，另外也夹杂着复杂的政治和经济保护的考量，但是内地与香港作为同一国家内的两个不同关税区，这些考量的出发点是相同的，而且利益上的冲突也不如内地与外国那么巨大，因而放宽市场准入，加速医疗卫生合作并未受到太大的客观障碍，决策者应该明确这种态度以使两地的医疗卫生资源得到更充分的利用。

### （三）用灵活的产权结构发展医疗服务

据不完全统计，入世以来，经卫生部批准设置的中外合资合作综合医院和专科医院超过 39 所，中外合资合作门诊部等 139 所；2002 年 1 月至 9 月，与医疗相关的服务和社会服务行业新批外资企业 24 家，比上年同期增长 26%；合同外资金额 1.58 亿美元，同比增长 42%；实际使用外资金额 7030 万美元，同比增长 197%。入世后，外资进入医疗卫生服务市场的门槛降低，有利于医疗服务的快速发展，这为 CEPA 下的医疗卫生合作提供示范。

在灵活的市场准入下，通过建立合资合作甚至是独资医院作为服务贸易提供平台，聘请医疗专家到内地工作，借鉴香港先进的医院管理体系，致力于发展一批能够提供优质服务的大型综合合作医院。目前深圳与香港进行的医疗合作可以作为法人形式提供医疗服务的有益参考，港深政府拟在深圳确认一家或两家大型医院，作为接受香港居民就医的定点医院，也即由一方成员的医疗机构为另一方成员的国民据民提供医院服务，或由香港医管局通过政府方式在深圳投资一所功能齐备的大型合资医院，为在内地的香港居民提供相同地香港水平的医疗服务，同时部份向深圳市场开放。

### （四）构建注重医疗专业特色的合作机制

医疗卫生是一个专业性极强的领域，合作决策的做出有赖于科学数据的及时支持，WHO 致力于支持建立区域突发事件预警响应网络 (Regional Outbreak Alert and Response work)，这一网络主要包括培训、实验室研究、全球防控数据库等内容，前期 CEPA 的实施已为内地和港澳专业人员交流提供了良好的基础，这一基础使得医疗卫生合作建立专家咨询组和突发事件响应实验室成为可能。

内地完善医疗卫生体制最直接的途径可以从参考香港先进的医疗卫生制度

入手, 借鉴良好的医疗卫生理念, 推动两地相关人员培训, 特别是注重在医疗科研方面的合作, 使医疗卫生合作在纵深上取得成效。这要求在法律构建中更加关注知识产权及有关技术投资的设计。内地与港澳在处理二者关系时所涉及的政治因素较少, 面临的利益冲突也能较好地协调, 因此需要建立有别于 TRIPS 协议的知识产权保护措施来推动两地在医疗科研技术上的合作。

## CEPA 框架下内地与港澳地区知识产权法律冲突及解决

周军

《电子知识产权》2009-09

随着 CEPA 协议的实施, 内地和港澳的经济合作不断深化, 民商事交往更加频繁, 不可避免地引起一系列法律冲突, 其中知识产权法律冲突也日益凸显。为此, 探索新的有效解决三地知识产权法律冲突的方法和途径, 对推动三地的经贸交往和知识产权的合作发展具有重要意义。

### 一、内地与港澳地区知识产权法律冲突的表现与成因

#### (一) 内地与港澳地区知识产权法律冲突的表现

##### 1. 是一种特殊的单一制国家内的法律冲突

世界各国采用的国家结构形式主要有三种, 即邦联制、联邦制和单一制。我国是单一制国家, 但在恢复对港澳行使主权后, 设立了两个特别行政区, 并制定了港澳基本法。根据《香港特别行政区基本法》的规定以及《澳门特别行政区基本法》的规定, 从立法权看, 对港澳立法权的制约性法规是港澳的基本法。各特别行政区制定的法律与中央立法机关制定的法律处于平等的地位; 从司法方而看, 各特别行政区的最高法院都享有终审权, 其司法权不受中央最高人民法院的限制。也就是说, 在各法域之上无共同的立法机关和司法机关。据此, 三地法律的冲突不仅表现在低层次的规范上, 也表现在一些重要制度上。在知识产权法律制度方面, 中国恢复对港澳行使主权后, 港澳仍然实行与内地不同的知识产权法律制度, 都享有高度的自治权。

2. 既有同一社会制度的法域之间的法律冲突, 也有不同社会制度法域之间的法律冲突。实行“一国两制”, 三地知识产权法律冲突便出现既有同一社会制度之间的法律冲突, 即港澳同是资本主义法律制度之间的冲突, 又有实行社会主义法律制度的内地分别与实行资本主义法律制度的港澳地区之间的法律冲突。由于三地实行不同的社会制度, 致使三地不仅在知识产权法律的理念、价值取向上存在歧异, 而且在实体法和程序法的具体规则上也都有所不同。因此, 内地与港澳地区的知识产权法律冲突表现复杂。

3. 是不同法系之间的冲突。澳门的法律制度深受大陆法系的影响, 香港法律属于普通法系, 而内地实行社会主义法制, 三大法系的基本原则和精神在内地及港澳的法律中都得到了充分的体现和反映。因此, 三地知识产权法律冲突

会具有不同法系之间的冲突所表现出来的一切特征，这必然将大大增加我国国际法律冲突的范围和复杂性。

4. 表现为条约适用的冲突。根据《关于香港问题的联合声明》附件 1 第 11 节和《关于澳门问题的联合声明》附件 1 第 8 节的规定，港澳可以在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等领域单独同世界各国、各地区及有关组织保持和发展关系，并签订和履行有关条约；中华人民共和国尚未参加，但已适用于港澳的国际条约仍可继续适用。这意味着一些国际条约适用于我国的某地区而不适用于其他地区。这样，可能导致各地区的本地法同其他地区适用的国际条约之间以及各地区适用的不同国际条约之间的冲突。

## (二) 内地与港澳地区知识产权法律冲突的成因

1. 三地的知识产权法律制度不同。在我国，内地和港澳均实行不同的知识产权法律制度。目前内地已经建立了包括著作权法、商标法、专利法以及其他知识产权保护的相关法规，此外，还加入了《世界知识产权组织公约》等公约，已形成较为成熟和完善的知识产权法律体系。香港法律制度受英国影响，在回归前，除有独立的商标法及商标注册制度外，其他知识产权法律都源于英国法，香港本地只有一些具体适用英国法的程序性条例；香港现行的知识产权法律制度是在其回归前原有知识产权制度的基础上实现本地化后建立起来的，主要包括《专利注册条例》、《商标条例》、《版权条例》、《注册外观设计条例》以及相关的附属法例组成。澳门延伸适用葡萄牙的知识产权法来调整其知识产权关系，没有自己独立完整的知识产权法体系。在澳门回归前，对于仅因葡萄牙法例之延伸而受保护之权利，为了使其相关法律规范得以本地化，澳门颁布了《工业产权法律制度》和《著作权及其有关权利之制度》。澳门现行的知识产权法律制度主要由这两部法律及其他相关法令组成。由于三地具有各自独立的知识产权法律制度，并且存在差异，因此三地知识产权法律冲突不可避免。

2. 三地承认其他法域自然人和法人的民事法律地位。从 1883 年《保护工业产权巴黎公约》和 1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》以及拥有 140 多个成员的 TRIPS 协议来看，这些公约规定的国民待遇原则，使得在知识产权领域，外国人在内国也享有不低于内国国民的待遇。三地均为《巴黎公约》和《伯尔尼公约》的缔约方，同时，三地都是 WTO 的成员，自然都应遵守 TRIPS 协议的“国民待遇原则”，相互承认外法域自然人和法人的民事法律地位。而实际上，即使在加入世贸组织之前的各法域相关立法中，均以对等原则、同等原则、互惠原则等相互承认了对方法域的民事主体在知识产权领域的民事法律地位。目前各法域间均已互相承认往来居民的民事权利地位（包括知识产权），并已通过建立各种区际司法协助来保障往来居民民事权利的实现。

3. CEPA 加快了三地货物、服务和投资的交易，引起知识产权法律冲突。上

世纪 80 年代前,我国未实行开放政策,三地之间的经济交往受到种种限制,尽管各法域间具体法律规定不同,但知识产权的法律冲突也无从产生。自 20 世纪 80 年代始,我国实行改革开放的政策,三地间民商事交往日益频繁,尤其是 CEPA 的实施后,三地间在知识产权领域的经贸往来日益紧密。随着当前国际金融危机的加深,扩大内需、调整经济结构政策的实施以及 CEPA 补充协议 6 的签署,彼此之间的民商事交往更加频繁,正是这种日益频繁的经贸关系,为三地知识产权法律冲突提供了客观基础。

4. 各法域之间在条约的基础上,相互承认知识产权法的“间接”域外效力,并且存在直接承认其他法域知识产权法域外效力的可能。

## 二、内地与港澳地区调整知识产权法律冲突的立法与实践

### (一)内地调整知识产权法律冲突的立法与实践

目前,内地还没有专门解决法律冲突的立法,只有一些散见于实体法和程序法中的法律冲突规范,一直以来对港澳地区的法律冲突参照适用《民法通则》第 8 章“涉外民事关系的法律适用”的规则来解决。对于知识产权法律冲突,1992 年 9 月国务院发布《实施国际著作权条约的规定》及 1993 年 12 月最高人民法院发布的《关于深入贯彻执行〈中华人民共和国著作权法〉几个问题的通知》(以下简称《通知》)是目前我国处理涉外著作权法律冲突问题的主要法律依据。

《通知》第 2 条就涉外著作权案件的司法管辖和法律适用作了规定。从上述《通知》和我国《著作权法》的规定可以看出,内地在审理涉外著作权适用的法律依次是:国际条约、国内法以及国际惯例。此外,在涉及港澳知识产权领域的问题时,国家相关部门先后颁布了一些专门性的规定,如 1980 年《关于书籍稿酬的暂行规定》,1984 年《书籍稿酬试行规定》,1986 年《关于内地出版港澳同胞作品版权问题的暂行规定》,1990 年《关于认真执行对台、港、澳版权贸易的有关规定》、1995 年《关于港澳地区专利申请若干问题的规定》,1997 年《关于香港回归后中国内地和香港专利申请若干问题的说明》等等,但这些规定仅限于版权问题、版权贸易及专利申请等方面,不能囊括知识产权制度的所有内容。当前,内地调整涉及港澳地区知识产权法律冲突的规定比较散乱,效力层级较低,且多数是倾向于属地主义,从长远看,不利于内地和港澳知识产权法律冲突的规范解决。

### (二)香港调整知识产权法律冲突的立法与实践

香港的冲突法承继英国法律传统,不对区际法律冲突与国际法律冲突做出区分,基本上适用一套冲突规则。香港的冲突法规则散见于各种法律中,具体调整知识产权法律冲突的规定为:一是对于知识产权(包括专利权、商标权、版权)与股票、股份、流通票据、商誉等同属于无形物权,即可依法主张但未实际占有的物之权利,对它们均适用权利产生地(即授予地)的法律。二是对于知识

产权合同的法律适用,允许缔约双方协议选择适用合同的准据法,但选择必须是善意和合法的;如果缔约双方没有明示选择,法院则考虑合同所使用的法律术语、语言、用于交易的货币及选择的仲裁地等因素,考察是否有默示的选择;如果连默示的选择也无法考查或不存在,则适用与合同有最密切联系的法律作为合同的准据法。对于知识产权的其他法律冲突,未见明确规定。

### (三) 澳门调整知识产权法律冲突的立法与实践

澳门特别行政区的冲突法规定于其《民法典》的第一编的第三章,关于知识产权法律适用问题,澳门冲突法仅在第47条(知识产权)规定,“著作权、相关权利及工业产权,均受提出保护要求地法规范,但不影响特别法例之规定之适用”。这一条体现的是“保护地主义”原则,但规定仍显笼统、简单,不利于解决不同类型的知识产权或一项知识产权的不同方面的纠纷,应予细化,对不同类型的知识产权以及知识产权的不同性质的纠纷分别作出不同的规定。

## 三、内地与港澳地区知识产权法律冲突的解决原则与途径

### (一) 内地与港澳地区知识产权法律冲突的解决原则

1. 平等互利原则。我国在解决内地和港澳地区的民事法律纠纷时,是比照或参照涉外民事法律关系处理。从国际私法层而看,平等互利是指民事主体在法律地位上平等,经济上互利,它要求在处理涉外民事关系时,应从有利于发展国家间平等互利的经济交往关系出发。在维护国家统一和一国两制政策下,内地与港澳地区是独立的法域,法域平等是一国两制的具体要求。而在WTO框架下,内地与港澳地区同是WTO成员,处于平等地位,享有同等权利,承担同等义务。因此,解决三地间知识产权法律冲突,需在平等互利原则的基础上,彼此协调,建立起一种共赢的知识产权保护机制。

2. 遵守国际公约原则。三地都是《巴黎公约》、《伯尔尼公约》和WTO等的成员。根据港澳的基本法,对于原适用于港澳的国际公约,中央将根据情况和需要,授权或协助特区政府作出适当安排,使之继续适用于特别行政区。根据该规定,原分别通过英国和葡萄牙延伸适用于香港和澳门的国际公约现仍然适用。故立足本国国情,遵守国际义务,不仅是我国建立和完善知识产权制度的基本原则,也是我国解决内地和港澳地区知识产权法律冲突应遵循的基本原则。

3. 促进三地经济繁荣发展原则。CEPA的实施为推动三地的经济发展发挥了重要作用,可以说是三地从经济合作走向经济一体化的里程碑。CEPA的实施,其目的就是要逐渐消除区际之间的贸易壁垒和障碍,使货物、服务、人员和资本能在区域之间自由地流动,并通过CEPA的示范效应,最终实现建立包括台湾在内的两岸四地自由贸易区。因此,三地的知识产权制度协调必须要有利于区域经济发展目标的实现,为三地经济的又好又快发展扫除制度上的障碍。

### (二) 内地与港澳地区知识产权法律冲突的解决途径

目前, 解决区域知识产权法律冲突的模式主要有: 1. 是制定统一的知识产权法。统一实体法是理想的解决模式, 如波兰、美国、加拿大等国模式。波兰是典型例子, 它在第一次世界大战后国内共有五个法域, 但采用统一实体法途径解决了国内区际法律冲突。2. 是制定区域知识产权标准法。制定区域标准法是知识产权国际化、区域化协调中普遍采用的一种模式。该模式由各成员国通过谈判协商, 为区域知识产权保护范围、保护期限等制定标准, 其标准具有示范法的作用, 各成员国的相关法律不得与之抵触。如 TRIPS 协议在保护对象、权利取得方式、权利内容及限制等确立了最低保护标准, 并以此作为各缔约方国内立法的原则和依据, 从而实现了各缔约方在保护标准上趋于一致。3. 是签订区域知识产权制度合作协议。把解决区域内知识产权法律冲突的程序方面的内容予以统一, 如对审批标准、审批条件和审批程序等进行统一。从以上模式看出, 第 1, 2 种模式虽然涉及的内容、条件、范围及强制力等不完全相同, 但形式上都是采取统一实体法的途径来解决, 第 3 种模式则是采取统一冲突法的形式来解决。这几种模式为解决三地知识产权法律冲突提供了鲜活的经验。鉴于在 CEPA 框架下, 知识产权法律冲突所具有的复杂性、特殊性和阶段性等特征, 笔者认为, 三地可以

利用 CEPA 平台, 在 CEPA 框架内, 以解决知识产权法律冲突的基本原则为指导, 坚持协议的内容以程序性内容为主、实体性内容为辅, 循序渐进地来解决, 理由如下:

首先, 在 CEPA 协议框架内, 订立三地区域知识产权合作协议, 符合一国两制和平等互利的精神。虽然港澳是中央政府领导下的行政区域, 但在维护国家统一的基础上, 一国两制是解决港澳问题的基本方针, 平等互利是一国两制的具体体现。从法域上看, 三地也各自独立、互不隶属, 各法域的立法机关都无权独自制定适用于他法域的法律。因此, 利用 CEPA 的平台, 通过区域合作协议的形式, 来解决三地的知识产权法律冲突, 既与一国两制和平等互利的精神相符, 又是一个有效且确实可行的解决方式。

其次, 在 CEPA 协议框架内, 订立三地知识产权合作协议, 符合 CEPA 的精神。CEPA 是一种新型的区域贸易安排, 与 WTO 框架下的其他经济一体化形式不同, 它是一个主权国家下的两个 WTO 成员之间的贸易。因此, 三地协商订立知识产权合作协议, 有效解决知识产权法律冲突, 符合 CEPA 促进内地和港澳地区经济共同繁荣与发展的精字申。

第三, 从三地司法体制来看, 目前统一知识产权实体法或冲突法时机不成熟。虽然统一实体法或冲突法是理想的模式, 但在我国, 存在以下现实问题: 1. 区际法律冲突是建立在“一国两制四法域”基础之上的, 各法域的法律相互差异很大; 2. 各法域都有自己的终审法院, 在各法域之上无最高司法机关, 故要实

现实体法的统一，并非轻而易举。3. 我国实行“一国两制”，就意味着要在一定时期内肯定各地区法律制度的差异，急于统一实体法也是与“一国两制”的精神实质相违背的。因此，通过统一实体法或冲突法的途径来解决三地的知识产权法律冲突，纵然是比较理想的方法，但是在目前我国这种特殊、复杂的环境下，时机尚不成熟。但我们也要看到，三地都是《巴黎公约》、《伯尔尼公约》和 WTO 等的成员，这些公约的内容，体现了内地和港澳地区在知识产权法律制度方面规定的相同或类似，这为三地协商解决知识产权法律冲突的程序性和实体性内容奠定了一定的基础。

第四，从解决区域知识产权法律冲突的实践看，我国已经探索建立了解决区域知识产权法律冲突的有关制度。2005 年 7 月 26 日，内地泛珠三角区域 9 省（区）与港澳签署的《泛珠三角区域知识产权合作协议》以及 CEPA 对三地建立知识产权合作机制问题作出了一些规定。这些协议的出台和实施，为解决三地知识产权法律冲突进行了有益的尝试。因此，内地和港澳地区完全可以在借鉴这些协议内容和实践经验的基础上，在 CEPA 协议框架内，积极协商，逐渐增加、补充、修改和完善知识产权合作的范围、内容、机制和制度等等，以最终实现三地知识产权法律冲突的有效解决。

### CEPA 框架下内地与港澳知识产权法律冲突与解决

冯心明

《暨南学报》2008-01

#### 引言

由于知识产权保护的对象是专利技术、商标、著作和商誉等智力成果，其无形性及不易控制性使知识产权与有形财产权的保护具有不同的独特特征，即知识产权作为一种专有权在空间上的效力并不是无限的，一国授予和保护的知识产权，只在本国领土范围内有效，在其它国家或地区则没有域外效力，正因为如此，有人认为知识产权不可能产生法律冲突。

然而，从 19 世纪末期开始，随着科学技术的发展以及国际贸易的扩大，通过商品贸易涉及的知识产品交易也开始形成和逐渐发展起来，从而产生知识产品的国际性需求与知识产权的地域性限制之间矛盾。为了解决两者之间的矛盾，促进国际贸易的发展，各国先后签订了一些保护知识产权的多边公约或双边条约，如《保护工业产权巴黎公约》（下称巴黎公约）、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（下称伯尔尼公约）等。国际公约确立的国民待遇原则使得在知识产权领域，外国人在内国法上可以取得与本国同等的法律地位，即是一国承认或授予的知识产权可以在成员国发生域外效力，用以弥补知识产权地域性限制的不足。

由于国际公约所允诺的保护还必须依靠成员国的国内法作用实现，并且这些公约在统一规定国际上若干保护标准的同时，允许各国在独立保护原则基础

上，自行根据其科学技术发展水平规定知识产权保护的标准，因此，知识产权国际保护体系的确立，并没有完全消除由知识产权地域性所产生的法律冲突。

在香港、澳门回归祖国后，为推动内地与港澳地区经贸关系的进一步发展，中央政府在 2003 年 6 月 29 日和 2003 年 10 月 17 日与香港特别行政区政府、澳门特别行政区政府分别签署的自由贸易协议性质的文件，全称是《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》；CEPA 是文件全称的英文 Closer Economics partnership Arrangement 的缩写。在此之后，在 2004, 2005, 2006, 2007 年又分别签署了四个补充协议，所有的这些协议即是 CEPS 协议的签订表明了中国顺应国际区域一体化的发展趋势，开始从制度层面上摆脱历史造成的国内经济分割局面，走向经济整合，标志着内地与港澳地区之间的合作正式进入经济一体化的新阶段。随着 CEPA 协议的进一步实施，三地的经济合作不断深化，民商事交往更加频繁，不可避免会引起一系列法律冲突，这种冲突即是“两个或两个以上的不同法律同时调整一个相同的法律关系，而在这些法律之间产生矛盾的社会现象。知识产权冲突是其中一种法律冲突。

#### 一、内地与港澳地区知识产权法律冲突的表现形式

在 CEPA 协议的框架下，内地与港澳地区知识产权法律冲突具有以下表现形式：

##### 1. 是属于同一主权国家之下的不同法域的知识产权法律之间的冲突

众所周知，香港、澳门已分别在 1997 年 7 月 1 日及 1999 年 12 月 20 日回归祖国，成为中华人民共和国的两个特别行政区。根据《香港特别行政区基本法》的规定，“香港特别行政区不实行社会主义制度和政策，保持原有的资本主义制度和生活方式，五十年不变；“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留”；“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，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”《澳门特别行政区基本法》也规定，“澳门特别行政区不实行社会主义制度和政策，保持原有的资本主义制度和生活方式，五十年不变”；“澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件，除同本法相抵触或经澳门特别行政区的立法机关或其他有关机关依照法定程序作出修改者外，予以保留”；“中华人民共和国全国人民代表大会授权澳门特别行政区依照本法的规定实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。根据这两个法律文件规定，香港、澳门回归祖国后在一段时间内，仍然保持原有的社会制度和原有法律，成为我国的特别法域，因此，内地、香港、澳门同是中华人民共和国这个主权国家内相互独立、互不隶属的法域。作为法域组成部分中的知识产权法律制度，必然反映

了产生该法域的历史、文化、传统、民族等社会客观情况。

## 2. 既有同属一个法系，又有属于不同法系的知识产权法律的冲突

由前面的内容可知，香港、澳门回归祖国后，仍然保持原有社会制度和法律。追溯及法律渊源，香港法律属于英美法系，澳门法律属于大陆法系，内地法律属于社会主义法系，广义上属于大陆法系，因此，三地法律之间既有同属一个法系，又有属于不同法系，同一法系不同性质法律及两大法系的差别都增加了相互间对知识产权制度的了解和适用的难度。3. 表现为适用国际条约上的冲突

在构成知识产权制度的法律渊源中，除了各地的国内立法外，国际条约、协定也是其重要部分。由于香港、澳门属于独立的法域，根据《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》的规定，两地可以分别用“中国香港”或者“中国澳门”名义对外缔结经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等方面的国际条约，并可单独同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议；中华人民共和国缔结的国际条约并不当然的适用于香港、澳门，反之，香港、澳门原有的条约在不违背中华人民共和国宪法的基础上予以保留，也并不当然的适用于内地。当三地参加知识产权国际公约的范围不尽相同，而且各公约之间的规定也存在一定的差异时，就会“有时表现为各法域的本地法和其他法域适用的国际条约之间以及各法域适用的国际条约相互之间的冲突。因此，三地适用国际条约不同，也加大了相互间知识产权法律的冲突。

可见，内地与港澳地区知识产权法律冲突具有独特的表现形式，“除了不存在主权国家间的法律冲突这一因素外，几乎与国际法律冲突没有多大的差别。”这对于我们结合具体情形解决三地知识产权制度冲突具有重要的指导作用。

## 二、内地与港澳地区知识产权法律冲突的产生原因

在 CEPA 框架下，内地与港澳地区知识产权法律之所以产生冲突，有其独特的具体原因：

### 1. 内地与港澳地区知识产权法律制度属于不同法域

法域是指具有或适用独特法律制度的范围。按照国际私法理论，存在两个或两个以上的法域是法律冲突产生的前提，内地和港澳地区虽然同属于中华人民共和国的组成部分，但由于历史的原因，三地的知识产权法律属于三种不同的法域，各自反映了该社会的“政治、思想、道德、文化、历史传统、民族、宗教、习惯等，并与其经济、科技和文化发展水平相适应。

内地的知识产权法律制度建设是在改革开放以后才起步的。从 20 世纪 80 年代初期起，全国人大常委会先后制定了《专利法》《商标法》《著作权法》等知识产权法律制度中的主要法律，以及相应的含有知识产权保护规定的一批行

政法规和地方性法规。此外，中国还陆续加入了《世界知识产权组织公约》（1980年）、《巴黎公约》（1985年）、《商标国际注册马德里协定》（1989年）、《伯尔尼公约》（1992年）、《伯比界版权公约》（1992年）等重要国际公约，成为成员国，履行遵守国际公约的义务。内地在较短时间内建立起比较完整的知识产权法律制度，构建了司法和行政执法相结合的知识产权保护体系，形成了具有中国特色的社会主义知识产权法律制度。

由于历史的缘故，香港、澳门知识产权法律制度渊源与内地不同。香港现行知识产权制度是在回归前原有制度基础上并进行本地化后建立起来的。香港知识产权法律主要源于英国知识产权法，在成文法中，除商标法为本地单独立法外，其余的主要法律，包括专利法、外观设计法和版权法等均是有关条例或法令使英国的法律延伸适用于香港。在成文法外，英国知识产权普通法和衡平法形成的一些判例原则等也成为香港知识产权法的重要组成部分。而澳门现行知识产权制度主要由葡萄牙知识产权法和澳门回归后制定的相关条例、法规而构成。在回归之前，澳门基本上没有自己独立完整的知识产权法律体系，主要依靠适用于澳门的葡萄牙知识产权法来规范本地的知识产权关系，在法律本地化进程中，澳门立法局颁布了《工业产权法律制度》和《著作权及其有关权利之制度》等有关的知识产权条例，尽管如此，从其法律渊源关系，决定了澳门知识产权制度颇受葡萄牙知识产权法律的影响。

## 2 内地与港澳地区知识产权法律制度各有差异

由上可见，内地和港澳地区属于不同的法域，三地在不同的历史条件下形成的知识产权制度秉承了各自的法律传统，导致三个法域的知识产权法律规定存在许多差异，如在专利保护对象方面，内地专利的保护范围为发明、实用新型和外观设计；香港新的《专利条例》规定获得保护的专利为标准专利和短期专利，对外观设计保护则遵循英国知识产权保护的傳統，不属专利保护范围，在《注册外观设计条例》中独立进行保护；澳门专利的保护范围虽与内地一样，但在专利的授予条件和专利权人享有的权利义务方面与内地有不同。在版权的保护范围方面，香港版权法规定的保护范围就比内地和澳门的保护范围大。而在商标的申请条件、注册期限及期满的续展期等方面，三地的规定也是不同的。在知识产权法律规定方面存在的差异使三地知识产权法律存在冲突的可能性。

## 3. 内地与港澳地区之间相互承认他法域自然人、法人的民事法律地位

《巴黎公约》和《伯尔尼公约》及 TRIPS 协议中规定的国民待遇原则，明确了在知识产权领域，成员国的国民在其他成员国内享有与其国民相同的权利，取得相应的法律地位。内地与港澳地区均为这两个国际公约的缔约方和世界贸易组织的成员，自然遵守国际公约和 TRIPS 协议规定的国民待遇原则，相互承认外法域的自然人和法人在知识产权领域的民事法律地位，即是承认他法域赋

予的知识产权的域外效力。

4. CEPA 协议的实施,加快了港澳与内地产品、服务的交流,引起三地知识产权的冲突 CEPA 协议的总体目标,是逐步减少或取消双方之间实质上所有货物贸易与服务贸易的关税和非关税壁垒,逐步减少或取消双方之间实质上所有歧视性措施,促进贸易投资便利化。随着 CEP 效力、议的进步实施,越来越多的来自于香港、澳门产地的产品逐步实行“零关税”进入内地市场,同时,内地在服务业方面又对香港、澳门进一步开放,并在规定的领域促进贸易投资便利化。三地之间在民商事方面交往更加频繁、深化和复杂。

虽然内地和港澳知识产权制度属于不同法域,但三地承认对方民事主体的法律地位,在权利自主的基础上相互承认和保护对方知识产权的域外效力。因此,在 CEPA 协议框架下进入内地的港澳产品和服务业中,就有可能在同一知识产品上存在有多个知识产权,由于三地法律在知识产权人获得权利的标准和条件、享有权利内容及侵权行为方式、种类等方面的规定存在差异,不同的产权人依据本国(地)法律行使对同一知识产品的占有、利用和处分时不可避免会产生纠纷,从而引起知识产权冲突,然而,目前 CEPA 框架协议并没有将知识产权保护制度纳入其中,这是值得重视和要解决的问题。

### 三、内地与港澳地区知识产权法律冲突的解决

#### (一) 内地与港澳地区知识产权法律冲突解决的立法现状

为了正确解决三地知识产权法律冲突,进一步促进 CEPA 协议的实施,有必要了解三地解决区域知识产权冲突的立法现状。

目前,内地处理涉外法律关系的冲突规范没有一个专门单行法,而是散见于实体法和程序法中,而对于有别于涉外法律关系的港澳地区纠纷,长期以来一直依据《民法通则》第 8 章“涉外民事关系的法律适用”的规则来处理。至于内地和港澳地区的区域知识产权问题,国家知识产权局、国家版权局曾颁布了一些专门的规定,如《关于内地出版港澳同胞作品版权问题的暂行规定》(1986 年 5 月 24 日);《关于认真执行对台、港、澳版权贸易有关规定》(1990 年 2 月);《关于港澳地区专利申请若干问题的规定》(1995 年 8 月);《关于香港回归后中国内地和香港专利申请若干问题的说明》(1997 年 12 月)等,但这些规定仅限于版权保护、版权贸易及专利申请等方面,不能囊括知识产权制度的所有内容。

香港的冲突法规则散见于各种法律中,既可用于调整香港和其他国家之间的国际冲突关系,也可以用于调整香港与内地、澳门之间的区际冲突关系。对于知识产权冲突,分别两种情形来适用选择,一是知识产权中的专利权、商标权、版权产生纠纷,则适用权利产生地哪授予地法律。而对知识产权合同纠纷,允许缔约双方以善意和合法方式协议选择适用的准据法,如果缔约时没有明示选择,则适用与合同有最密切联系的法律作为准据法。

澳门冲突法规范采用专篇专章的立法模式，体现在《澳门民法典》第一编第三章中，从有关规定看，也是既适用国际民事法律关系，也可以对区域民事关系适用。对于知识产权法律适用问题，《澳门民法典》第47条规定，“著作权、相关权利及工业产权，均受提出保护要求地法规范，但不影响特别法例之规定之适用。”

由此可见，内地和港澳的法律体系中虽然存在冲突规范，但三地对知识产权冲突规范的规定均是原则的、笼统和指导性的，缺乏具体操作性。由于区域经济融合中须解决知识产权法律冲突问题，在2005年7月成都举行的泛珠三角区域知识产权合作论坛暨第二届泛珠三角区域知识产权合作联席会议上，港澳与泛珠三角区域签署了知识产权合作协议，标志着为增强区域的整体实力和竞争力，港澳和泛珠三角区域在知识产权范畴的合作与发展进入新阶段。但该协议仅适用于中国内地的个别区域，而且对内地和港澳在实施CEPA协议中出现的知识产权法律冲突也未作出规定。

## （二）内地与港澳地区知识产权法律冲突解决的原则和途径

由于是在同一主权国家内互不隶属、平等法域的主体之间产生的知识产权冲突，没有一个可以凌驾于三个法域之上的中央机关，也没有一个可以凌驾于三个法域之上的法律体系来协调三地之间的冲突，这种复杂性决定了我们应根据其独特特点，遵循一定的原则解决冲突，并思考适宜的解决途径。

### 1. 坚持“一国两制”原则

一国两制是中央政府解决香港澳门问题，确立对香港澳门的基本方针政策的原则，也是今后处理内地与港澳问题时必须遵循的基本原则，因此，在实施协调三地之间知识产权冲突的政策以及制定冲突规范时，不能违反“一国两制”原则，在坚持国家主权的基础上，尊重香港、澳门与内地是互不隶属的独立法域事实，承认一定时期内各地区法律制度肯定存在差异，解决三地之间的知识产权制度冲突要循序渐进，不能操之过急。

### 2. 有利于内地与港澳地区经济整合和发展原则

CEPA作为一种新型的区域贸易安排，对促进内地与港澳经济发展有相当积极的作用，可以说是三地从经济合作走向经济一体化的转折点和里程碑。然而，经济的整合需要法律制度的协调、整合，国际社会区域知识产权保护制度的发展无疑也说明该原理。为促进区域经济和贸易一体化发展，近20多年来，国际社会相继出现了一些区域性的多边知识产权保护制度和协调机制，如北美自由贸易协定中的知识产权保护规定，欧洲联盟的知识产权保护和协调规定，以《渥太华协定》为法律基础的非洲知识产权组织，以及东南亚联盟知识产权合作框架协议等，这些区域性的知识产权保护制度和协调机制也是知识产权国际条约在某一特定区域内的具体化。当然这些区域经济主体有别于内地和港澳地区同

属于一主权国家主体性质，但他们在促进区域经济一体化发展同时，也注重区域知识产权制度整合的经验值得我们借鉴。我们在确定区域知识产权冲突解决方法和进行有关立法时，应从有利于三地经济整合和发展出发，为三地建立更紧密经贸关系扫除制度上的障碍。

### 3. 优先适用内地与港澳地区共同参加的知识产权国际条约原则

在解决知识产权法律冲突中，条约作为国际私法重要的法律渊源发挥着不可忽视的作用。以国际条约为核心的知识产权国际保护发展已有一百多年，迄今为止，国际社会已形成了以众多知识产权国际条约为基础，以世界知识产权组织为协调机构的知识产权国际保护体制。在由世界知识产权组织管理的国际条约中，有《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《商标法条约》，世界知识产权组织版权条约》、《商标国际注册马德里协定》、《专利合作条约》、《保护原产地名称及其国际注册协定》等众多的知识产权条约。随着国际贸易发展，世界知识产权组织与世界贸易组织合作，在乌拉圭回合谈判后，《与贸易有关的知识产权协议》纳入了建立世界贸易组织协议当中。内地与港澳地区都是WTO成员，并且也是一些知识产权国际条约的成员国。根据国际法的规定，作为国际条约的成员国都有遵守国际条约的义务，因此，可借助于内地与港澳地区共同参加的知识产权国际条约解决三地之间的知识产权冲突。

在思考解决内地与港澳地区知识产权法律冲突的途径时，我们即要考虑在CEPA协议框架下，三地知识产权法律冲突的独特性，也要借鉴国际社会的经验。目前，国际社会上对区域知识产权法律冲突解决的协调模式主要有：一是制定区域知识产权标准法。由区域内各成员国通过谈判协商，为区域知识产权保护规定一个标准，该标准在区域内各国仅起示范作用。二是在区域内制定统一的知识产权法，建立统一的知识产权保护制度。三是订立区域知识产权制度合作协议，在程序方面统一区域内知识产权的审批标准和审批程序。这几种协调解决区域知识产权法律冲突的模式经过国际社会几十年的实践和不断完善，取得一定的效果，也为内地与香港、澳门解决知识产权法律冲突提供了可以借鉴的立法经验。在这几种协调解决冲突的模式中，虽然第一、二种的模式涉及的内容、范围及效果不完全相同，但形式上都是采取制订统一实体法来规范区域内的知识产权法律冲突。通过统一实体法途径避免和消除中国区域内的知识产权法律冲突，纵然是最理想的方法，但是以目前中国这种特殊、复杂的区域环境下，制定统一的区域知识产权标准法或者统一的知识产权法的时机还不成熟。鉴于在CEPA协议框架下，内地与港澳地区区域知识产权制度冲突有其特殊性和复杂性，笔者认为，在遵循上述原则的基础下，解决三地知识产权法律冲突的最佳方式是由内地与港澳地区在平等基础上，协商制定一个在程序上统一适用于三地的区域知识产权合作协议，其理由如下：

首先，订立三地程序上的区域知识产权合作协议，符合三地在法域方面体现的平等地位。香港、澳门虽然是中央政府领导下的行政区域，但正如前面分析的内容所指出的，三地属于各自独立、互不隶属的法域，各法域的立法机关都无权独自制定适用于他法域的法律，只能通过区域合作协议的形式解决相关的知识产权法律冲突。

其次，三地订立程序上的区域知识产权合作协议，符合 CEPA 协议精神。CEPA 作为一种新型的区域贸易安排，不同于 WTO 框架下的其他经济一体化形式，它表现为一个主权国家下的两个 WTO 平等成员之间的贸易安排形式，因此遵循平等原则，协商订立区域内的知识产权合作协议，符合 CEPA 协议体现的促进贸易投资便利化，推动三地经济发展的精神。

目前，三地在区域民事诉讼和商事仲裁领域已逐步签订相关的合作协议，为区域法律冲突的解决提供了可以借鉴的经验。这种立法和司法实践中的经验，为我们提示了三地在 WTO 框架下解决知识产权冲突同样也可以采用适用于三地的区域知识产权合作协议形式进行。通过该合作协议来确定纠纷的管辖法院、适用的法律，协调解决彼此之间的知识产权冲突，这也应该是目前协调解决三地在 CEPA 框架下知识产权法律冲突的较切实可行，同时也是行之有效的途径。

## CEPA 框架下粤港环保合作的趋势与障碍的法律分析

黄晓慧

《广东社会科学》2016-06

《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》（以下简称“十三五规划纲要”）提出“加大内地对港澳开放力度，推动内地与港澳关于建立更紧密经贸关系安排升级”。这一政策精神的落实，无疑有助于推动 CEPA 协议的进一步完善与深入实施。尤其是广东自由贸易试验区成立后，政策叠加优势为粤港经贸合作开拓了更大的发展空间。但是，值得关注的是，环境问题日益成为粤港两地经济深度合作发展的制约因素。粤港澳三地首次合作建设的世界最长跨海大桥工程的一波三折，说明三地环保法律制度的差异对合作项目的顺利实施必然产生重大影响。本文就 CEPA 框架下的粤港环保合作“先行先试”安排进行梳理分析，从比较法律制度的角度剖析揭示粤港进一步深化合作的难点和突破口，以期促进经贸合作与环境保护的协调发展，营造真正法治化的国际营商环境。

### 一、CEPA 中涉环保合作的规定及广东“先行先试”承诺

CEPA 一开始签署的是主体文件及六份附件。此后，以《〈安排〉补充协议》的方式渐近地推进合作并补充完善法律文本。CEPA 框架下的环境保护合作主要涉及环保产品贸易、环保项目

投资、环保服务等三个方面。从时间顺序上看，准入门槛逐步降低，开放承诺逐步增加。

2003年9月29日签署的《安排》，在环保合作方面没有具体安排，仅针对产品贸易，以附件中的正面清单的方式列明273项产品的进口零关税优惠。其中包括一些对环境问题可能造成影响的产品：序号2的润滑油，序号12至19的工业染料、漆、油墨、香料，序号25至57的各类化学粘合胶剂、乙烯类聚合物、塑料制品盒、牛马皮革、纸类半成品及成品，序号181至184的大卡制冷量空调零件、印刷机、洗涤、漂白或染色机器，序号204至209的电池类产品。上述明列产品适用《〈安排〉附件2〈关于货物贸易的原产地规则〉之表1〈享受货物贸易优惠措施的香港货物原产地标准表〉》，在一定程度上为香港原产地涉环境影响产品开放市场。

2004年10月27日签署的《〈安排〉补充协议》，仍以附件中的正面清单的方式明列529项产品的进口零关税优惠，其中包括的对环境问题可能造成影响的产品项目、较2003年也相应增加。同时，具体承诺，自2015年1月1日起，允许符合相关规定的香港居民参加内地38项专业技术人员资格考试，其中包括环境影响评价工程师。我国的《环境影响评价法》自2003年9月1日起施行，该项资格许可有助引进香港环境影响评价专业人才。

2007年6月29日签署的《〈安排〉补充协议四》，明确了环境保护服务市场准入的门槛，以附件《内地向香港开放服务贸易的具体承诺的补充和修正四》开放了7个部门或分部门的环境服务（不包括环境监测和污染源检查）：A. 排污服务（CPC 9401）、B. 固体废物处理服务（CPC 9402）、C. 废气清理服务（CPC 9404）、D. 降低噪音服务（CPC 9405）、E. 自然和风景保护服务（CPC 9406）、F. 其他环境保护服务（CPC 9409）、G. 卫生服务（CPC 9403），同时，具体承诺：允许香港服务提供者在内地设立独资企业，提供环保服务。

2008年7月29日签署的《〈安排〉补充协议五》，自2009年1月1日起，对环境领域进一步放宽市场准入的条件。虽然，其附件《内地向香港开放服务贸易的具体承诺的补充和修正五》中开放与不开放的环境服务部门或分部门与《〈安排〉补充协议四》一样，但在具体承诺方面首次仅对广东：同意广东省审批香港服务提供者在广东开办环境污染治理设施运营企业资质。该承诺将审批权下放广东省政府，开启了CEPA框架下粤港环保合作的“先行先试”。

2010年5月27日签署的《〈安排〉补充协议七》，明确提出“环保产业合作对于推动两地经济发展和促进两地经贸交流具有重要意义”，进而在合作机制、合作内容和其他实体的参与等三方面做出原则方向性规定，以增强贸易投资便利化。首先，在合作机制方面规定：在联合指导委员会的指导和协调下，建立有关工作组，加强双方在环保产业领域的合作。其次，在合作内容方面规定：（1）加强两地在环保产业合作领域的交流与沟通。（2）在环保产业的法律法规制定和执行方面交换信息。（3）加强在培训、考察等方面的合作。（4）通过展会推介、举办研讨会等多种方式加强两地环保产业领域的合作。（5）探讨进一步促进营商便利化的合作建议，以支持两地

环保产业发展。第三，在其他实体的参与方面规定：双方同意支持和协助半官方机构、非官方机构和业界在促进两地环保产业合作中发挥作用。为粤港环保合作中管理机构的设置预留了创新空间。

2012年6月29日签署的《〈安排〉补充协议九》，其附件《内地向香港开放服务贸易的具体承诺的补充和修正九》中明列的环境服务部门或分部门与《〈安排〉补充协议五》一样，仍然不包括环境质量监测和污染源检查。但具体承诺：同意广东省审批香港服务提供者在广东承担委托环境监测活动。该项在监测方面同意广东“先行先试”的承诺非常关键，有助于粤港合作解决珠江三角洲空气污染和水污染对香港的影响。

2013年8月29日签署的《〈安排〉补充协议十》<sup>7</sup>，其附件中开放的环境服务（不包括环境质量监测和污染源检查）与《安排》补充协议九相同，但具体承诺：（1）香港服务提供者在香港和内地从事环境污染治理设施运营的实质性商业经营，可共同作为评定其在内地申请企业环境污染治理设施运营资质的依据。（2）允许香港服务提供者雇用的合同服务提供者以自然人流动的方式在内地提供本部门或分部门分类项下的服务。此外，为推进上述承诺条款的落实，中国国家认证认可监督管理委员会出台《关于〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排补充协议十〉中认证认可领域自然人流动条款的实施指南》（2015年第17号公告），促进了粤港环保人才的交流。

2014年12月18日，签署《〈安排〉关于内地在广东与香港基本实现服务贸易自由化的协议》（以下简称《广东协议》），自2015年3月1日起实施。旨在“推动内地与香港特别行政区（以下简称“双方”）基本实现服务贸易自由化，进一步提高双方经贸交流与合作的水平”。<sup>8</sup>该协议在《内地在广东省向香港开放服务贸易的具体承诺》中对环境服务部门项下的A. 排污服务（CPC9401）、B. 固体废物处理服务（CPC9402）、C. 公共卫生及类似服务（CPC9403）、D. 废气清理服务（CPC9404）、E. 降低噪音服务（CPC9405）、F. 自然和风景保护服务（CPC9406）、G. 其他环境保护服务（CPC9409）等七个分部门实施国民待遇。在广东“先行先试”的基础上，2015年11月27日，签署《〈安排〉服务贸易协议》，自2016年6月1日起实施。与《广东协议》一样，七个环境服务分部门获得国民待遇（不包括环境质量监测和污染源检查）。<sup>9</sup>此外，还对“服务提供者”进行详细定义，并详述“以法人形式提供服务的香港服务提供者”的具体标准。<sup>10</sup>

综上所述，CEPA框架下的环保合作，尤其是有关广东“先行先试”的具体承诺、及《广东协议》，为粤港环保合作的“先行先试”提供了法制保障。在发展模式方面，对广东“先行先试”的承诺促进了环保企业从设备提供商向监测服务商模式转变。尤其是《〈安排〉补充协议九》及《〈安排〉补充协议十》中的承诺，旨在提高珠江三角洲空气污染、及珠江口、大亚湾、深圳湾水质污染对香港区域（重点包括大

气、海豚洄游、西贡自然保护区、米埔联合国自然保护区)等的环境影响的监测数据的公信度,并为数据可信度的提高提供监测技术、人才方面的支持。

## 二、粤港两地进一步深化环保合作的趋势与法律障碍

目前,CEPA 框架下的内地与香港的环保合作主要局限于贸易投资便利化方面,对于一些涉及环保问题的大型合作项目而言,CEPA 的调整范围显然不足以涵盖。由于两地在法律体系和行政管理体制方面存在较大差别,内地与香港环保合作的格局是机遇与挑战并存,困难与希望同在。总体而言,粤港两地环保合作的进一步深化面临更多的是法律制度方面的问题。

### (一)内地环保法制日趋完善为粤港环保合作提供更多机会

环保法制的力量与市场经济的机制有效结合,为粤港的环保合作开拓了更广阔的发展前景。目前,内地环境保护法律已成体系,且实施趋严。《清洁生产促进法》(2002年)、《可再生能源法》(2005年)、《循环经济促进法》(2008年)、《环境保护法》(2014年修订,2015年1月1日实施)、《中华人民共和国大气污染防治法》(2015年8月修订)、《环境影响评价法》(2016年7月修订,9月1日实施)等法律及其相关配套法规,对各类能源和建设工程、设备、产品的生产工序及产品成品各方面均有较高的环保要求。尤其是2010年后,环保部出台了一系列具体的环境监测试点及标准。例如《全国环境监测工作要点》(2010年1月10日),提出探索环境监测新领域,开展温室气体、重金属(以汞等为重点)、土壤、灰霾、农业面源以及其他与人体健康密切相关、社会关注度高的环境因子等的试点监测。《火电厂大气污染物排放标准》(2011年7月29日),规定了火力发电锅炉及燃气轮机组大气污染物排放浓度限值、大气污染物特别排放限值、及污染物采样与监测要求。《关于实施〈环境空气质量标准〉(GB3095-2012)的通知》(2012年2月12日),增加了PM<sub>2.5</sub>、CO和臭氧3个监测指标,并调整了部分监测指标的浓度限制。《关于执行〈环境空气质量标准〉(GB3095-2012)有关问题的复函》规定“凡建设、运营周期将延伸到2016年之后的项目,无论位置是否在“十二五”大气污染防治重点区域内,均应依据GB3095-2012开展环评工作”。《关于加强环境空气质量监测能力建设的意见》提出“加快建设先进的环境空气质量监测预警体系。按照新颁布的《环境空气质量标准》,对细颗粒物(PM<sub>2.5</sub>)、臭氧(O<sub>3</sub>)、一氧化碳(CO)等监测指标,2012年在京津冀、长三角、珠三角等重点区域以及直辖市、省会城市和计划单列市开展监测(所有国控点位,下同),2013年在113个环境保护重点城市和环保模范城市开展监测,2015年在所有地级以上城市开展监测。自2016年1月1日起,以上各地均按照新标准监测和评价环境空气质量状况,并向社会逐点实时发布监测结果”。《国家环境监测“十二五”规划》(2012年4月12日)提出“十二五”全社会环保投资需求约3.4万亿元;提出十二五减排目标:COD排放总量下降8%,氨氮下降10%,二氧化硫下降8%,氮氧化物降低10%。《关于加强污染源环境监管信息公开工作

的通知》(2013年7月13日),从2013年9月开始主动公开污染源环境监管信息。2015年4月2日,国务院发布《水污染防治行动计划》(国发〔2015〕17号),对包括珠江在内的全国七大重点流域水质优良率、及地级及以上城市建成区黑臭水体的控制率提出具体指标。环环保部的《国家环境保护“十三五”规划基本思路》提出对全国实施重点行业工业烟粉尘总量控制,对总氮、总磷和挥发性有机物实施重点区域与重点行业相结合的总量控制。如要求沿海城市污水处理厂实施脱氮除磷等。国务院印发的《生态环境监测网络建设方案》明确提出到2020年,在全国范围内初步建成陆海统筹、天地一体、上下协同、信息共享的生态环境监测网络。《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》提出要“‘扩大污染物总量控制范围,将细颗粒物等环境质量指标列入约束性指标’,“改革环境治理基础制度,建立覆盖所有固定污染源的企业排放许可制,实行省以下环保机构监测监察执法垂直管理制度。建立全国统一的实时在线环境监控系统。”所有这些法律、法规、行政规范和政策,直接刺激了国内市场对环保生产设备、环保产品、以及环保监测、污染治理等服务的需求,巨大的环保产品、工程及服务市场已经形成。通过CEPA的货物贸易措施补充协议,在一定程度上促进了香港向内地输入、推广、普及环保产品,并带动了内地环保产业的发展。尤其是补充协议中有关广东“‘先行先试”的承诺,进一步密切了粤港两地在环保监测服务方面的合作,为两地深化合作提供了更大的空间。

## (二) 法域差异的刚性约束使粤港各种行政性协议难以落地

以法律的角度观之,内地与香港的经贸合作是“一国两制”下的国内不同行政区域间的合作。其特殊性就在于“两制”,即内地实施的是社会主义制度,香港特别行政区实行的是资本主义制度。但香港既然是特别行政区,即不是一般意义上的国内法主体。香港在作为英属殖民地期间,已经成为多项国际条约中的主体,具有国际法意义上的相对独立性“一国两制”的设置既是基于对这种历史特殊性的正视,也是基于对香港社会经济文化发展稳定延续发展的考虑。故此,香港回归后具有高度的“自治权”且与内地分属两个独立的关税区。鉴于CEPA在部门分类方面使用的是世界贸易组织《服务贸易总协定》服务部门分类(GNS/W/120)标准,且规定“本协议及其附件所载规定并不妨碍\_方维持或采取与世界贸易组织《服务贸易总协定》第14条及14条之二相一致的例外措施”,因此,其本质上属于WTO区际协议。而CEPA协议作为一项促进内地与港澳经贸关系更紧密发展的区际双边协议,其主旨在于促进贸易投资便利化,这也就决定了仅凭CEPA协议,无法保证具有法域冲突特殊性的粤港间包括环境保护合作在内的各项经贸合作的落实。尤其是对于那些涉及环境重大影响改变的大型合作工程项目,CEPA协议难以适用。

广东比邻港澳,具有紧密合作的区位优势。为落实CEPA协议和《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008-2020年)》广东与香港特别行政区签署《粤港合作框架

协议》(2010年4月7日)。但是,该协议的效力值得商榷。按照CEPA协议“内地系指中华人民共和国的全部关税领土”而广东作为内地的一个省级行政区,不具备独立关税区的地位,其香港特别行政区的经贸合作也不是国内法意义上的行政区域之间的合作。所以,粤港经贸合作中的法律关系较为复杂。对于国内省级地方政府能否自主缔结跨行政区划的合作协定、以及缔结协定的许可权、程序、法律效力等问题,目前国内法尚无任何规定。而《香港特别行政区基本法》也没有关于特别行政区与内地各省之间缔结区际合作协定的许可规定。这一立法上的缺失导致《粤港合作框架协议》因缺乏法律依据而难以成为法律渊源,无法产生法律效力。虽然,2014年12月中央政府同时与香港澳门签署了《广东协议》,在一定程度上弥补了《粤港合作框架协议》法律地位不明确的漏洞。但是《广东协议》着重的仅是环境服务贸易的便利化。就整体而言,在CEPA框架下,试图充分利用粤港经贸合作的深化,突破单纯行政管理领域的协调合作障碍,进而促进内地与香港地区的环境保护合作的落实和深化的实际效果并不明显。由于法域不同,内地与香港地区各自具有自己的环境保护行政管理体制和司法监督体系,两地的环境法律制度在深化环境保护合作的背景下还存在着立法观念、立法技术、执法观念、执法程序等的衔接、协调问题,解决这些问题显然需要时间。目前,粤港环保项目的合作主要是通过政府间的政策性行政协议来实现。例如《粤港澳区域大气污染联防联控协议书》、《粤港清洁生产合作协议》等。

随着粤港更深、更广的合作发展,开放的领域增多,不同层面的环境纠纷不可避免。较之于内地行政权强于司法权的体制,香港的司法权则更为独立于行政权。香港政府保境署所做的各种行政决定都有被司法复审的可能,这就使得CEPA框架下的环境保护合作实践效应大打折扣。例如,在香港引起法律界和环保界较大争议的《环珠江口宜居湾区建设重点行动计划》(以下简称《湾区计划》),即凸显了内地和香港在法治理念上的差异,也是行政决策与香港环境影响评价制度存在冲突的代表性案例。在程序上《湾区计划》引发公众咨询是否满足香港公众参与制度的要求的法律问题。在内容上,该计划引发涉及环境的规划是否要通过环评的法律问题。这些都不是仅凭粤港两地的行政协调就能解决的。为配合《珠江三角洲地区改革发展规划纲要(2008-2020年)》的实施,联合三地共同治理环珠江口水域,广东与香港、澳门三地政府共同编制了《湾区计划》,也是《粤港合作框架协议》中的一项区域合作规划项目。2011年1月14日,粤港澳三地政府同时正式宣布《湾区计划》。由于《湾区计划》的实施影响香港的整体面貌、产业、环境,对香港的未来发展和社会有着极深远的影响,香港特区政府按照其相关法律规定设立了公众咨询期。但是,与传统公众咨询有所不同,此次咨询期只有1个月,由此引发是否违反香港法律有关公众参与程序的相关规定的争议。《湾区计划》提出共建粤港澳大气环境监测预警系统,加强水环境保护,改善滨水地区生态环境。但《湾区计划》同时纳

入诸多具体的香港本地工程，如北环线、新界东北、屯门至深圳铁路等大型基建。从香港环境影响评估法律制度中有关公众参与的规定（含判例）看，香港本地工程的开工建设当然对本地环境造成重大影响，由此引发的法律争议是《湾区计划》纳入了与香港法域不同的内地区域规划、且公开咨询不足，这是否会导致香港人丧失应有的法定公众参与权利。随后，香港普通市民朱绮华女士在香港高等法院提起诉讼，以港珠澳大桥香港段环评报告不适格为由申请司法复核。香港高等法院于2011年4月18日裁定香港环保署批准的2009年大桥环评报告无效。2011年5月，败诉的香港政府环保署认为裁决将对目前进行及未来的一系列环评工作、以及香港《环评条例》执行原则有重大影响，决定就裁决提出上诉。经香港特区高等法院审理，于9月27日裁定香港环保署上诉胜诉，港珠澳大桥环评报告有效。该案提示内地的环境影响评价制度从适用范围到评价程序以及保障措施和法律责任的实际执行效果上，都还存在一些在深入合作中需要进一步完善的问题。同时也预示，涉及众多香港本地重大建设项目的《湾区计划》要真正落地，必须要面临多么严格的行政审核与司法复核程序。而且，即使开工，并不代表后续工程就不受环保监控了。受上述司法复核案件影响，港珠澳大桥香港段动工的时间表较原定动工日期相差约一年，费用增加约65亿港元。2015年底香港特区政府路政署宣称，因物料供应不稳定、劳工短缺、环保限制等困难，港珠澳大桥香港段工程预计将延期一年至2017年年底完工。事实上，香港大型公共基建项目因环境影响评估报告的司法复审而延后的案例逐年增多。

### 三、CEPA 框架下深化粤港环保合作的法治路径

2016年两会召开期间，习近平总书记重申：法治是一种基本思维方式和工作方式，法治化环境最能聚人聚财、最有利于发展。粤港澳经贸合作的深度推进，必须依靠稳定的法律制度。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）明确指出“依法保障高度自治，支持特别行政区行政长官和政府依法施政，保障内地与香港、澳门经贸关系发展和各领域交流合作”。CEPA的增补完善正是对这一指示精神的落地实施。同是，广东应充分利用“先行先试”的优势，在开放合作中借鉴吸收对方成功法治经验，形成真正法治化的国际营商环境。

（一）以具体制度将法治的思维根植于政府行政决策者的头脑中，增进法治理念的协同

CEPA框架下粤港环境保护合作进展是否顺利，关键在与两地法治理念的协调与趋同。区域重大项目行动计划之所以会一再因环评司法复审而搁浅，主因在于两地法律文化与法域法系的差异，说明两地立法观与法律制度的协调是困难的、渐近的。在此，重申更新观念并非老生常谈。目前，有两种倾向值得警惕，一是自持拥有内地庞大市场，忽视或无视国际商业规则；二是依行政权大于司法权的思维惯性，以为缔结政府间的行政性行动计划（或宏大建设项目规划）就是法治，实则是一种误

解。“十三五规划纲要”提出“支持共建大珠三角优质生活圈，加快前海、南沙、横琴等粤港澳合作平台建设。支持港澳在泛珠三角区域合作中发挥重要作用，推动粤港澳大湾区和跨省区重大合作平台建设。”这预示着“十三五规划纲要”实施期间，会有更多的跨区际合作项目上马。从法理的角度看，双边协定与省港政府间的合作规范是有很大区别的。要避免两地政府间协定的纸上谈兵，就必须在强化粤港澳三地经贸合作过程中，通过具体制度的“先行先试”来借鉴吸纳成功法治经验，使法治的思维根植于政府行政决策者的头脑中，从而在具体的行政决策制定中逐步缩小体制间差异，加快建设法治化国际营商环境的进程。此外，鉴于 CEPA 不能完全涵盖双边跨境合作中所涉及的所有环境问题，以可持续发展的理念观之，应当修订《中华人民共和国环境影响评价法》，增加战略环评条款，从而在根源上减小跨区域合作中的环评司法复审的法律风险。

创新驱动的结构升级需要更加开放的环境和法治保障“十三五规划纲要”重申：“支持港澳参与国家双向开放”，“加大内地对港澳开放力度，推动内地与港澳关于建立更紧密经贸关系安排升级”。“加深内地同港澳在社会、民生、文化、教育、环保等领域交流合作”。这预示着十三五规划刚要实施期间，将会签署新的《安排》补充协议或《安排》框架下的单项协议。《决定》明确强调，要“加强涉外法律工作。适应对外开放不断深化，完善涉外法律法规体系，促进构建开放型经济新体制”，要“积极参与国际规则制定” 而 CEPA 的协商谈判签订过程就是一个很好的学习过程。虽然内地与香港签署的《安排》及其补充协议只是集中于服务、投资、货物三方面的贸易协定，但香港是以成熟的市场经济地位参与谈判的，这有助内地积累参与国际规则制定的经验，并在双边协议的制定中吸收成功法治经验。

（二）在粤港深度合作中借鉴吸收完善环境法规体系，发挥“先行先试”的优势

充分发挥广东“先行先试”的优势，在通过中央政府增补完善 CEPA 的同时，以地方人大制定法律实施细则及地方法规条例的方式建立健全环境经济法规制度。一是建立粤港跨区域环境合作管理协调机构。《〈安排〉补充协议七》在“环保产业合作”项下就合作机制、合作内容、及其他方参与三方面做了详细规定，为建立粤港间区域环境管理合作提供了一定的政策和制度框架思路。二是建立完善区域生态补偿机制。CEPA 的进一步落实必然引起粤港在环境资源上的更多流动，在粤港进一步合作交流过程中，广东做为资源（例如水资源）提供方主体，更有义务保证其环境资源被合理利用、良性循环发展。2012 年 5 月，广东省政府出台《广东省生态保护补偿办法》，走出了区域生态文明建设的实质性和关键性步骤。下一步应考虑通过签订新的 CE-PA 补充协议，建立珠江口水质跨区域生态补偿机制。三是建立完善的排污许可证交易制度。借鉴香港经验，引入市场机制，在企业排污成本和许可证交易价格上确定合理的差距，使环境成本内部化。广东的《广东省排放污染物许可证

管理办法》于 2014 年 4 月 1 日起实施，考虑到 2015 年 1 月 1 日起实施的环境保护法提出了更严格的环保要求，对该办法的修订完善应纳入省人大的议事日程。四是引入香港商业仲裁服务。商事仲裁作为一种准司法制度，其国际化程度高，政治敏感度低，引进时涉及司法法域的障碍较小。而且，随着我国市场经济改革的纵深发展，商事仲裁服务市场已经形成，国际上已有多家仲裁机构正试图以跨境服务和商业存在等方式进入内地商事仲裁市场。目前，按照《中国（广东）自由贸易试验区建设实施方案》，广东深圳与珠海已经分别试点，成立了中国自贸试验区仲裁合作联盟，并正在着手制定珠海国际仲裁院国际化仲裁规则。在深圳前海投资的企业也可以选择香港法律作为适用法律以及选用香港作为仲裁地。在此试点基础上，可以考虑通过签订新的 CEPA 补充协议，增加开放仲裁服务部门。鉴于环境问题的专业性较强，且内地与香港的法域不同，环保法制差异较大，为更公正地解决粤港间的环境纠纷，规避两地环保法律冲突，可考虑在南沙试点引进香港商事仲裁机构，并设立专门的环境纠纷解决仲裁中心，按商事仲裁规则就各种环境纠纷组成仲裁庭。仲裁裁决按当事人申请执行地的司法程序和法律执行。



## CEPA 模式对于中国区际法律冲突解决途径的借鉴

曹和平等

《法学研究》2006-11

### 一、CEPA 其法律性质

CEPA 是 closer Economic partnership Arrangement 的缩写, 意为建立更紧密经贸安排。目前, 内地分别与香港、澳门订立了 CEPA 为方便研究, 本文中 CEPA 仅指《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》。2003 年 6 月 29 日, 内地与香港正式签订了 CEPA 随后还签署了 6 个附件、补充协议及其 3 个附件。为了进一步提高合作水平, 扩大内地在服务贸易领域对香港开放程度及方便双方在贸易投资领域的合作, 双方又分别在 2005 年 10 月 18 日和 2006 年 6 月 27 日签订了二份 CEPA 补充协议。CEPA 法律依据是 1994 年《关贸总协定》第 24 条、《服务贸易总协定》第 5 条、第 7 条以及东京回合通过的《发展中成员的差别与更优惠待遇、互惠及更充分参与的决定》第 2 条(C) 款规定的授权条款。相关条款都规定 WTO 成员在一定的条件下可以成立关税同盟或自由贸易区。因此, CEPA 被认为是 CEPA 非歧视原则的一项合法的例外。

不过, 由于香港的特殊地位, 学者们对于 CEPA 法律性质存在不同的看法。其实, 相关名称从最初设想的“自由贸易区”到“类似自由贸易区”直至最终的“建立更紧密经贸关系安排”这一演变过程也昭示了 CEPA 的特殊性和复杂性。对 CEPA 法律性质的讨论大体可以分为两个部分: 一是从其主要内容上看, 是一个什么性质的协定, 二是这一协定究竟是具有国内性还是国际性。首先, 从内容上看, CEPA 质是一个自由贸易协定, 对于这一点学者们并无争议。CEPA 规定, 在货物贸易方面, 两地之间的货物在 3 年之内实行零关税, 并对从对方进口的产品不再采取除保障措施之外的其他非关税措施; 在服务贸易方面, 扩大了市场准入的范围, 减少、消除有关限制措施; 在投资方面, 采取贸易投资便利化措施, 鼓励相互间的贸易投资。因此, 从其内容和本质上看, CEPA 是一项自由贸易协定, 旨在建立内地与香港之间的自由贸易区, 促进相互间贸易、投资的增长。其次, 这一自由贸易协定具有国内性还是国际性, 在这一点上学者们存有不同的观点。持国际性观点的学者认为, 从 CEPA 的主体、内容合法性的判别标准和签订的法律依据来看, 其具有国际性。而持反对观点的学者认为, 在 WTO 框架下发生的关系并不必然是国际关系, CEPA 的构建是以国内经贸关系为法律基础的。另还有学者提出 CEPA 受国际条约规范和调整的一国国内的法律安排。

其实, 如果换一个角度, 从国际私法的角度来认识, CEPA 的法律性质则昭然若揭。国际私法中解决的不仅指发生在主权国家之间的法律冲突, 还包括发生在一国主权国家内部不同法域之间的法律冲突, 因此国际私法中的国际不仅指主权国家, 还指一个主权国家内部的不同法域。不同法域间可以订立有关的

区际协议，这种协议完全是一国内部不同法域间的安排。内地和香港就是同处一个主权国家内部的不同的法域。虽然 CEPA 受制于 WTO 规则，但并不能因为其受制于 WTO 规则就认为一定具有国际性。在当今国际社会，国际法发展的一个重要迹象，就是其客体的迅速扩大与国家“保留范围”的相对缩小。国际法的触角逐渐伸入国家主权的保留范围，使关税及贸易政策等都在不同程度上受到了各种条约及国际实践的制约。虽然存在着国际条约的制约，但并非受到制约的都一定具有国际性。主权在当今社会受到了越来越多的限制，但这并非意味着主权的国际化，包括国家责任制度在内的国际法的发展使不受制于任何国际规则的纯粹的一国内部的行为几乎销声匿迹。因此，CEPA 内主体、安排内容合法性的判别标准的国际性和安排签订的法律依据并不足以成为使其具有国际性的充分条件。其实，在 CEPA 之前两地之间已有名为“安排”的类似协议，如《内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（以下简称《相互委托送达司法文书的安排》）、《关于内地和香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《相互执行仲裁裁决的安排》）。如相互执行仲裁裁决的安排是 1999 年 6 月 21 日中国最高人民法院与香港特别行政区的代表达成协议签署的，其规定了两地仲裁裁决相互执行的条件、程序以及适用的时间范围，标志着内地和香港之间在仲裁裁决执行的相互配合上迈出了重要的一步。

因此，CEPA 是一个国内的法律安排。虽然 CEPA 受制于 WTO 的有关规则，但从国际私法的角度，CEPA 内地与香港两地在贸易自由化方面的区际协议。尽管 CEPA 非直接针对区际法律冲突的解决而制订，但其客观上给中国区际法律冲突产生重要影响，这一成功的区际协议的模式为中国区际法律冲突的解决途径提供了借鉴。

## 二、中国区际法律冲突的现状和解决途径

在中国，目前存在着大陆、香港、澳门和台湾四个不同的法域。这一现状的出现有着深刻的历史原因：台湾、香港和澳门虽一直被国际社会公认为中国领土的组成部分，但在国共内战之后，国民党战败退居台湾，事实上统辖台湾，与大陆相对立隔绝，实行了不同于大陆的政治、经济、文化、法律制度；而香港和澳门则通过不平等条约分别被英国和葡萄牙所强占，并实行了各自的政治、经济、文化、法律制度，虽然中国多次声明对香港和澳门的领土主权，但事实上在两地回归前，大陆与两地的关系实以中国与英国、中国与葡萄牙的关系的形式建立的，实为不同国家间的关系。在两地回归之后，中国则真正形成了四法域的局面。

由于那段特殊的历史，中国的区际法律冲突显得异常复杂，其表现出的特点是其他多法域国家所不具有的。在中国境内，既存在着同一社会制度的法域之间的冲突，又存在着不同社会制度的法域之间的冲突，如除大陆地区外，其

他三法域的法律制度均属资本主义法律制度;既存在着同一法系的法域之间的冲突,又存在着不同法系的法域之间的冲突,如台湾和澳门同属大陆法系、香港为英美法系,而大陆地区又独成一个法系。与美国等联邦制国家相比,中国是一个单一制的国家,但根据《关于香港问题的联合声明》和《关于澳门问题的联合声明》及两个基本法,两地享有高度的自治权。特别行政区具有独立的立法权、司法权和终审权,特别行政区还可以分别以“中国香港”和“中国澳门”的名义,在经济、贸易、金融、航运、旅游、文化、科技、体育等领域单独同世界各国、各地区及有关组织保持和发展关系,并签订和履行有关协定。而台湾地区与大陆地区隔绝对立,事实上也享有独立的立法权、司法权和终审权。由此,三法域所享有的权力甚至为联邦制国家的联邦所不及。这些特点同时也更加加剧了冲突的复杂性,使得中国的区际法律冲突不仅表现为各地区本地法之间的冲突,而且也表现为各地区的本地法与其他地区适用的国际条约之间以及各地区适用的国际条约相互之间的冲突。

总的来说,区际法律冲突的解决包括区际冲突法和区际统一实体法两种解决途径。在区际冲突法的解决途径下,又包括制定全国统一的区际冲突法、各法域分别制定各自的区际冲突法、类推适用国际私法、对区际法律冲突和国际法律冲突不加区分适用基本相同的规则等几种不同的方法。在统一实体法的解决途径下,又包括制定全国统一的实体法、制定仅适用于部分法域的统一实体法、各法域采用相同或类似的实体法求得统一、多法域国家的最高法院在审判实践中推动实体法的统一、将在一个法域适用的实体法扩大适用于另一个法域等几种不同的方法。但这毕竟是理论上的解决途径,具体到中国特殊的区际法律冲突的状况,却未必完全适用。

目前各法域具有包括独立的立法权和司法权在内的自治权。虽然中国是单一制国家,但这些高度的自治权在某些方面甚至连联邦制美国中的各州都难以与之相比。在这一状况下,就区际冲突法的解决途径来说,制定全国统一的冲突法是不切实际的。类推和不加区分适用国际私法这一方法也并不可行,因为大陆、香港和澳门各自分属不同的法系,其国际私法规则存在较大差异,或者本身尚不完善,这一方法只会产生更大的冲突,促进挑选法院现象的产生。此外,虽然台湾对于和香港、澳门之间的民商事法律冲突的解决主要就采取这种方法,但这却反映了其别有用心政治企图。因此,只剩下各法域分别制定自己的区际冲突法这一方法了。同样,就区际统一实体法的解决途径来说,制定全国统一的实体法也不可行,具有终审权的最高法院的缺乏也使得在审判实践中推动实体法的统一成为泡影,而将一个法域适用的实体法扩大适用于另一个法域也是缺乏一个有权的机关,缺乏可操作性。因此就只剩下制定仅适用于部分法域的统一实体法和各法域采用相同或类似的实体法求得统一这两种方法。

在实践中，各法域已经运用了制定各自的区际冲突法、采用相同或类似的实体法求得统一这两种方法。首先，在制定自己的区际冲突法方面，各法域均有所行动或构想，但成效并不显著。就大陆方面而言，目前并无专门的区际冲突法。实践中一般将涉及香港、澳门、台湾的法律关系解释为涉外关系，适用《中华人民共和国民事诉讼法通则》等立法的相关规定。但与立法的捉襟见肘相比，学者们的学术研究取得了较大的成绩，这一方面的主要研究成果包括：1991年韩德培与黄进拟作了《友陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》、中国管理科学院台湾研究所于1989年草拟的《大陆地区与台湾地区人民关系法建议草案》和大连海运学院司玉琢和李兆良所拟的《统一区际海事冲突法草案》。就台湾地区而言，其有着自己的区际冲突法。但台湾地区区分了其大陆地区、香港澳门地区的不同的法律冲突，针对前者于1992年9月公布了“台湾地区与大陆人民关系条例”及系列施行细则，针对后者于1997年公布了“香港澳门关系条例”。虽然台湾地区是区际冲突法立法最丰富的地区，但两条例的背后体现了其鲜明的政治倾向和对立意识，这一思想反映在“台湾地区与大陆人民关系条例”中就是不能对等地看待两地法律，单边冲突规范的过多运用以及对大陆人民权利不对等的限制。在“香港澳门关系条例”中，由于台湾对自己与港澳间关系的定位仍处于矛盾和观望之中，既不甘心安于情势的发展，又不得不顺应之，仍将三者间的冲突作为国际冲突对待。而香港地区则因循英美法系的传统，对国际冲突与区际冲突不加区分。同时，又由于其判例法的传统，其区际法律冲突由调整国际法律冲突的相关判例和散见的各种成文规则去调整。就澳门地区而言，其虽因循大陆法系的传统，主张区别对待国际冲突和区际冲突，但其目前并无专门调整区际冲突的法律。因此，除台湾地区外，其他各法域并未制定自己的区际冲突法，而台湾地区的区际冲突法由于包含了过多的政治因素并不能公正合理的解决区际法律冲突。因此，各法域制定自己的区际冲突法这一解决方法的真正实现还需要较长一段时间。其次，对于各法域采用相同或类似的实体法求得统一这一方面，在实践中也出现了这样的情况。如在国际商事仲裁方面，四法域都以《联合国国际商事仲裁示范法》为蓝本颁布或修改了自己的仲裁法律制度，使得四个法域之间的仲裁制度差距并不太大，呈现出巨大的相似性。

但这一方法的缺陷在于只能达到各法域相关法律制度的相似，但并不能完全的消除冲突，法律冲突仍然大量存在，并且在各法域冲突规则相异的情况下，仍存在挑选法院的现象。因此，相比较而言，制定仅适用于部分法域的统一实体法或冲突法则在现阶段是最为可行和最为理想的方法。因为由于台湾的特殊地位和情况，短期内是不可能制定全国统一的实体法或冲突法，只能推而求其次制定适用于部分法域的统一实体法或冲突法。

### 三、区际协议—CEPA 对中国区际法律冲突解决途径的借鉴

大陆地区与其他三法域之间的关系具有双重性。一方面，从行政上来看，香港、澳门和台湾同属中华人民共和国领土的组成部分，在国际上代表中华人民共和国的是中央人民政府，三地仍是中央政府领导下的地方行政区域，与中央政府的关系仍是中央同地方的关系。在这一角度上讲，二者有着不平等性。另一方面，从法域的角度来看，其他三法域制定的法律与全国人大及常委会制定的法律（《基本法》除外在客观上处平等地位，司法机关的判决具有同等的法律效力，在这一角度上讲，大陆地区与其他三方域又具有着平等性。

由于大陆、香港和澳门三地从法域的角度来说是平等的，各法域的立法机关都无权独自制定适用于他法域的法律，因此只能通过区际协议的形式调整相关法律冲突。各法域之间的法律地位为区际协议的订立提供了可能的法律依据。而 CEPA 则是区际协议的最好例证。虽然从国际经济法的角度来说，其是不同单独关税区间订立的协议，但从国际私法的角度，主体双方又是不同的法域。CEPA 内成功制订和实施为中国区际法律冲突的解决提供了一个切实可行的借鉴模式—区际协议。

根据一些学者的观点，所谓区际协议是指内地和香港在一些实体法领域签订一些协议以实现两地实体法的统一。虽然其专指内地与香港之间，但可以将这区际协议扩大到解决四法域法律冲突方面，并且在订立区际协议时须注意以下几个问题：

首先，区际协议并不一定要局限于实体法的领域，还应包括冲突法的领域和区际民事诉讼和商事仲裁领域。当然实体法领域达成协议是最为理想的，但是在冲突法领域也应尽可能的利用这一途径，毕竟冲突法领域较实体法领域来说敏感性更小，更少关涉政治经济基本制度的冲突。此外，区际民事诉讼和商事仲裁领域也应采取此种形式，因为相关的程序是保障区际民商事法律关系主体权利义务实现的切实的手段。事实上，在司法协助领域已经出现了相关的实践，如前文所提到的《相互委托送达司法文书的安排》、《相互执行仲裁裁决的安排》），这些安排发挥了重要作用，相当程度上解决了实践中的困难和法律上的困境，如《相互执行仲裁裁决的安排》解决了香港回归后，大陆地区和香港地区同为《纽约公约》的成员，但却不能在相互间直接适用的困境。

其次，区际协议是不同法域间的区际协议，应是能够代表不同法域的机关制定，而不应只在一法域的某一部分与另一法域间求得实体法或冲突法的统一。在实践中曾有学者提出，应由香港与内地每一个省、自治区签订相关协议，或由于地理位置的关系优先在香港与大珠江三角洲间签订相关协议或实现实体法的统一等观点。这些考虑出于各种原因，有的是因为对于地位对等问题的顾虑，有的则是从狭隘的地方利益出发。由于 CEPA 及相关安排的出台，第一种顾虑被

证明是多余的，因为两地虽然从中央和地方的关系上来看是不平等的，但是从法域的角度来看具有平等性，因此完全可以由相应的机关代表两法域之间达成相关的协排》)。

因此，在解决区际法律冲突方面，在目前看来，可以在实体法领域、冲突法领域和区际民事诉讼和商事仲裁领域均可考虑签订相关区际协议。具体而言，在区际民事诉讼和商事仲裁领域，应继续进行实践，将协议推进到其他司法协助领域。在实体法领域，可以订立协议，加强经贸交流，进一步扩大准入范围，为区际冲突的解决打下良好的经济基础。在冲突法领域，可以在住所、主体资格、物权、合同、知识产权等有可能先达成一致的领域订立协议进行尝试。此外，就区际协议达成的路径来说，目前仍可采取大陆与香港先行一步，继而与澳门间再订立相关协议，等条件成熟时再与台湾订立协议。不过，这里仍需提及的一个问题是，就实践来看，大陆与香港、大陆与澳门都在类似的领域达成了相关的安排，但这些领域并非完全相同。如与香港订立的是关于执行仲裁裁决的安排，而与澳门订立的是认可和执行民商事判决的安排；与香港订立的是关于送达司法文书的安排，而与澳门的协议中则除了送达司法文书的内容外还有调查取证的安排。这表明了随着交往和联系的加深，各法域在越来越多的领域可以进行协调，但这又会出现大陆香港两法域与大陆澳门两法域之间的冲突。因此，在相关区际协议订立并执行一段时间后可以考虑将区际协议的内容和适用范围扩大，如由三法域间制订新的委托送达司法文书和调查取证的协议及相互认可和执行民商事判决的安排，条件允许时再纳入台湾地区。逐步地在更大的范围内解决区际冲突，这样就朝着最终解决区际法律冲突的目标又进了一步。

区际法律冲突的背后是利益的冲突，而区际法律冲突的存在又影响着当事人的利益。解决区际法律冲突、最大限度的实现当事人的利益是国际私法的目标之一。但实现这一目标是一个漫长的过程，尤其当我们所面对的是一个具有几千年悠久历史的中国。正如上文所述，CEPA 为中国区际法律冲突的解决提供了一个现阶段可行的模式，但这只是现阶段解决中国区际法律冲突的起点，而远非终点，在到达终点之前，需要进行更多的探索和总结。

## CEPA 条件下服务贸易的法律适用问题

索光举

《河南师范大学学报》2009-07

CEPA，即 2003 年 6 月 29 日商务部与香港特区政府共同签署的《内地与香港关于建立更紧密经贸关系安排》的英文简称。CEPA 的诞生是我国实现区域经济一体化的第一步，也是我国与世界经济全球化接触的重要平台。CEPA 协定涉及货物贸易、服务贸易以及贸易投资便利化三个方面，而有关服务贸易方面的安排则是 CEPA 核心中的核心。服务贸易方面的安排包括内地对香港服务贸易的提前开放和对香港服务行业进入内地较大幅度的准入优惠。

CEPA 的实施, 尤其是关于服务贸易的安排, 首先是以毗邻香港、具有先天优势的广东省为试点。2009 年 1 月 8 日中国国家发展和改革委员会公布的珠江三角洲改革发展规划纲要(2008-2020 年)明确提出, 到 2012 年, 粤港澳经济进一步融合发展, 人均地区生产总值达到 80,000 元人民币, 服务业比重达到 53%;到 2020 年, 人均 GDP 达到 135,000 元, 服务业比重达到 60%。

香港服务业是香港的优势产业, 是世界最大的服务贸易输出地之一。香港服务业的优势主要集中于生产性服务部门, 其进出口服务、金融保险、运输仓储业的增加值就占全港 GDP 增加值的 40%。香港作为一个自由港, 其制造业并不发达, 在经济中仅占 5%, 而 86% 的比重是服务业。CEPA 特别是服务贸易自由化的实施, 为两地制造业和服务业的融合、互补关系的建立提供了制度安排, 广东制造业将能够通过优质服务的获得来提升整体竞争优势。服务贸易方面的安排在实施的过程中必然会遇到许多法律方面的问题, 这就是本文要探讨的重点。

### 一、CEPA 中服务贸易的主要内容

CEPA 在服务贸易方面的目标是逐步实现服务贸易自由化, 减少或取消双方之间实质上所有歧视性措施。2004 年 1 月 1 日起, 内地对香港提前实施对 WTO 成员所作的部分开放承诺。

服务贸易不同于货物贸易, 其无形性特征和商业存在的提供方式, 使在货物贸易领域广为使用的边界措施如关税等无法适用于服务贸易领域, 各成员方只能依靠域内规制的办法对外方服务或服务提供者实行限制。《服务贸易总协定》GATS 根据服务贸易的特点, 首先要求服务贸易领域的区域一体化需要涵盖众多的服务部门, 且不应规定预先排除任何服务提供方式。其次, 在服务贸易区域一体化协定生效或一段合理的时间框架内, 在该协定所涵盖的部门, 在协定的成员之间通过取消与国民待遇不一致的现有歧视性措施和/或禁止新的或更多的与国民待遇不一致的歧视性措施, 达到取消或不实行对国民待遇的实质上的所有歧视。覆盖的广泛性主要是为了防止 WTO 的有关成员方在其相互具有优势的少数产品和部门相互给予利益, 而拒绝将该利益给予其他成员方, 从而利用区域一体化这一例外性规定将多边贸易体制变相地分割为双边或区域性的贸易结构和格局。对照 WTO 的上述规则, CEPA 是符合覆盖广泛性要求的。

按照 CEPA 规定, 第一阶段全面实施 10 个月后, 内地与香港应对 CEPA 的实施进行逐步完善, 于是随后又签署了一系列的补充协议和附件。2004 年 10 月 27 日签订了 CEPA 第二阶段的补充协议(CEPA3), 2006 年 6 月 27 日签订了 CEPA 第三阶段的补充协议(CEPA4), 2007 年 6 月 29 日签订了第四个补充协议(CEPA5), 这些协议先后对服务贸易的范围和种类都有增加, 直到 CEPA 新增了 11 个服务范畴, 使得 CEPA 对港开放服务范畴增至 38 个。进一步开放的领域涉及银行、证券、建筑、商业、运输、电信、旅游、医疗等服务行业。以上逐步开放的许多具体措施, 重在取消实质上所有限制, 如降低注册资本与资质条件门槛, 取消股权比例限制等。而此前, 在服务贸易领域, 内地对香港在金融、法律、会计、建筑、

旅游、医疗、物流等领域已经实施了开放措施，涉及内地 33 个政府部门。2008 年 7 月 29 日，中央人民政府与香港政府又签订了补充协议五(CEPA6)，服务领域对港在 CEPAS 的基础上进一步开放。

## 二、内地与香港服务贸易立法有比较大的差异

内地的服务贸易市场开放相对于香港起步较晚，其市场准入法律规定分散于所签订的国际条约或国内立法中，而香港的服务贸易市场准入就进出口贸易基本没有管制。

### (一) 内地与香港在服务贸易市场准入方面的立法差异

进入 20 世纪 90 年代以来，我国已加快了服务贸易立法的步伐，成为 WTO 成员后，为了迎接挑战和抓住机遇，根据《服务贸易总协定》的原则、规则及《中华人民共和国服务贸易具体承诺减让表》中具体承诺的水平、范围和进度，我国开始制定或修改服务贸易法律、法规。中国的服务贸易立法同时又是 CEPA 建立的国内法基础和依据。它们既有市场准入等方面的规定，又有特定服务部门的具体规定。

1. 内地服务贸易的市场准入规定。一国服务贸易市场的开放，必然允许外国服务提供者在其境内通过商业存在提供服务。我国《对外贸易法》第 10 条已有明确规定：“从事国际服务贸易，应当遵守本法和其他有关法律、行政法规的规定。”这一规定一方面肯定了以商业存在提供服务是我国服务市场开放的一种主要形式，另一方面指出了从事国际服务贸易应遵守外贸法、外商投资企业法、公司法等的有关规定。只要是《承诺表》列明开放的服务部门或分部门，外方服务提供者均可按其中承诺的水平和范围，并按我国外资法和公司法的要求和条件申请设立。

2. 香港服务贸易的市场准入规定。香港是自由贸易港，对进出口贸易基本上没有管制。港府坚持“积极不干预主义”的经济政策，立法干预只限于保障市场“无形之手”不受破坏。香港没有统一的对外贸易法律，《香港基本法》第一百一十四条规定：“香港特别行政区保持自由港地位，除法律另有规定外，不征收关税。”而且，货物贸易广为使用的措施如关税等无法适用于服务贸易领域，成员方只能制定对外国服务准入的规定。同时，香港特别行政区为单独的关税地区。香港特别行政区可以“中国香港”的名义参加《关税和贸易总协定》等有关国际组织和国际贸易协定，包括优惠贸易安排，对其他成员方以国际标准给予市场准入。

由此可看，香港对服务贸易的市场准入度比内地宽，限制条件比较少。

### (一) 内地与香港对“服务贸易提供者”的法律定义差异

我国内地与香港同是 WTO 的成员，对“服务贸易提供者”，的定义基本相同。然而，在 CEPA 中，以“香港公司”法人身份出现的“服务提供者”界定标准不明确。这些不确定性的存在，形成了一些法律漏洞，给一些外国资本借道香港进入内地提供了可乘之机，从而可能降低 CEPA 在促进内地与香港之间经济发展方面的实效。

### (二) 内地与香港有关特定服务部门的立法差异

鉴于服务贸易门类繁多、关系复杂等特点，不同部门的关系需要由专项立法加以调整，

各部门的专项立法也就因此而产生。

1. 在金融服务方面，根据《中华人民共和国商业银行法》第十六条规定，商业银行领取营业执照应由中国人民银行颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。第十三条规定：“设立商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币……注册资本应当是实缴资本。中国人民银行根据经济发展可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。”《香港银行条例》第十五条银行牌照的申请第一款规定：“公司打算经营银行业务，应通过专员向总督会同行政局申请牌照；一些人准备设立一个公司而后经营银行牌照的业务，则申请准许在公司成立后给银行牌照的通知。”第十八条持牌银行的最低实收股本第一款规定：“任何在香港注册的公司，获准发给银行牌照，其发行和实收股本不得少于 1.5 亿美元，或等值的经认可的其他货币。”

由此可看，内地与香港批准设立银行的机构不同，银行设立的注册资本也不同。

2. 在法律服务方面，基于《中华人民共和国律师法》规定，我国内地数量最多的律师事务所就是合伙律师事务所。而香港的律师执业机构主要是律师行（亦称律师楼、大律师事务所、外国律师行和联营组织等），根据现时《香港公司法》的规定，律师行不能采用有限公司的组织形式注册登记，而只能独营或者以合伙的组织形式执业。按规定，大律师不允许合伙经营，也不允许雇用或受雇于其他大律师。大律师主要业务是代表当事人出庭代理或辩护。律师主要负责非讼事务。

由此可见，内地的律师身份没有大律师与律师之分，当然没有职务之别，内地的律师执业机构也不存在像香港律师所那样的独营形式。

3. 在物流服务方面，内地的法律属于大陆法系，香港的法律属于英美法系，两法系之间在代理制度上存在异同。这样一来，连通内地与香港的国际代理问题会给 CEPA 的实施带来压力。

从以上几项两地立法情况比较来看，香港服务贸易法律规定相对于内地的来说比较宽，作为自由港和国际金融中心，香港不分内外贸易，实行统一的政策和立法，保障货物、无形资产和资本的流动自由，不实行外汇管制，另外，香港不实行反倾销、反补贴等贸易保障限制措施。这些也是 CEPA 在实行过程中需要在内地和香港两地协调的地方。

### 三、CEPA 条件下的服务贸易存在的法律问题

通过上文对内地和香港两地的服务贸易立法状况的比较分析可知，CEPA 的实行必然会涉及香港与内地法律规定不一致的方面，出现有关服务贸易法律问题，因此，必须针对这些问题作出法律调整。

1. 服务贸易开放政策的实施细则及相关配套措施缺乏，导致难以操作，部分行业仍存在准入高门槛。如，部分行业特别是银行、保险、证券及一些专业服务等行业仍然存在偏高的准入门槛，有的条款的开放反而不如此后公布的新政策，使之公布不久即失效。

2. CEPA 客观上给内地服务业带来的冲击。作为世界闻名的自由港，香港对其他国家和地区的商品和服务既没有关税和非关税的限制，也没有反补贴、反倾销、保障措施等应对

不公正贸易的法律保障。自 CEPA 签订以来,一些企图“搭便车”进入内地的外资就开始蠢蠢欲动了。外资港资甚至台资在香港这个国际金融中心完成了复杂的“混血工程”,这些钻法律漏洞的“混血资本”进入内地后,必将对还不发达的内地服务业造成极大冲击。

3. 在具体的服务行业中产生的法律问题。内地与香港在金融、法律、物流服务这几方面的法律也存在着许多问题。(1) 在金融服务方面产生的法律问题。内地实施与香港不同的货币金融制度,金融组织架构设立和服务水平与香港的同行有一定的差距;内地对外资的市场准入的门槛也很高;内地人力资源的开发、培养和管理水平还处在初级阶段,尚未形成一套吸引人才、合理使用人才的有效机制。C2 在法律服务方面产生的法律问题。香港的法律专业资格分为大律师(Barrister)和律师(Solicitor)两类,执业范围有明确的划分。依据香港法例规定,大律师不能办理非诉讼法律事务,而且不能直接接受当事人的委托和直接接待当事人。而 CEPA 文本中却明确规定香港法律服务者指的是香港律师和香港大律师,且它们在内地只能从事非诉讼法律事务。司法部颁布的《香港律师执业者和澳门执业律师受聘于内地律师事务所担任法律顾问管理办法》中也明确规定香港的大律师可受聘于内地律师事务所担任法律顾问。这样 CEPA 的规定就与香港的有关法律规定产生冲突,使得香港大律师对进入内地法律服务市场产生困惑。另外,既然 CEPA 允许香港居民经过司法考试取得中国内地的法律职业资格,香港居民就应当享有与内地取得法律职业资格的公民相同的待遇,被允许从事诉讼法律事务。但 CEPA 只允许香港律师从事非诉讼事务,而且,相关文本对非诉讼法律事务的范围也没有明确的界定。

(3) 在物流服务方面产生的法律问题。由于内地与香港的代理制度不同,这会给 CEPA 的实施带来不便,也缩小了代理范围,而目前我国尚无适用于物流行业标准的法律,也无国家级别的行政管理。国际物流业务的复杂性要求我们尽快明确物流从业者的法律地位、责任范围和责任限制等。

#### 四、完善 CEPA 服务贸易法律问题的对策和建议

要解决 CEPA 条件下的服务贸易法律问题,就必须在内地与香港之间谋求相互承诺放宽的市场准入条件,清晰“服务提供者”定义、对接的具体行业规则。

针对 CEPA 条件下的服务贸易法律问题,应采取如下调整对策。

首先,要进一步放宽市场准入的条件,对香港居民降低开放代理、文化娱乐、信息技术、人才中介、专业资格考试的限制,让香港永久居民可在内地经营生意,不再受到地域限制。

其次,内地要有适度的产业保护。鉴于上述放宽条件可能对内地服务业存在冲击,内地对受冲击的产业给予适度保护,尤其是对于幼稚产业、品牌产业和未成熟产业。

再次,对“服务贸易提供者”中的“法人”要有明确的界定。CEPA 是以注册地为标准界定“香港公司”的身份的,为防止其他 WTO 的成员通过“香港制造”、“香港公司”直达内地,在“香港公司”的身份认定标准上,可参考香港总商会、NAFTA 等机构或组织的相关规定和意见,定义 CEPA 中的“香港公司”,除了原有标准外,增加股东的国籍标准和控

制标准，即将股东拥有香港永久居民身份视为“香港公司”的判断标准之一，同时要求这些股东具有对该“香港公司”的控制权。

最后，在具体服务行业中要调整对策。在金融服务方面，内地与香港金融机构当局要加强合作，就机构审批和监管方面达成共识，让香港在内地享受等同外资的待遇。在专业服务方面，以法律为例，要尽快落实两地专业资格互认制度和执业考试制度，增加国内法律、行政法规、规章的透明度，深化律师制度改革，优化香港律师到内地执业的法律环境。在物流服务方面，内地要尽快制定并出台与香港相统一的指导性物流政策法规，打破地区封锁和行业垄断经营行为，对不正当的行政干预和不规范经营行为进行制约，并制定物流企业管理办法和认定标准，使各类物流企业公平地进入市场，在竞争中优胜劣汰。

总之，CEPA是在“一国两制”的法律制度下，根据WTO的基本原则制定的中国内地和香港的区际贸易协议。CEPA的实施不但扩大了香港服务业在中国内地的服务贸易市场，而且提升了中国的服务贸易水平，为今后两岸的经济一体化提供了范例，也为中国与东南亚国家联盟于2010年实施自由贸易区协议提供了新型模式。

### 从晚近自由贸易协定看 CEPA 框架下的贸易救济法律制度的完善

刘璜

《国际贸易》2015-12

2003年6月9日和10月17日，中国政府分别与香港和澳门特别行政区政府正式签署了CEPA协议。中国内地、香港和澳门都是WTO成员，WTO的贸易自“由化规则和有关减让、承诺本已适用于两地，而CEPA则在前述WTO纪律基础上为中国内地与香港、澳门的贸易往来提供了更便捷、更高效的条件。本文主要结合内地与香港间贸易阐释CEPA的相关制度与安排，且下文所言CEPA均指内地与香港CEPA。

自2004年1月1日中国内地与香港CEPA实施起，内地对273个税目的原产香港进口货物实行零关税，并在2006年1月1日实现了协定附件一中表1以外的原产香港的进口货物实行零关税的协定承诺，从而极大地刺激了两地经济增长。截至2015年6月，内地累计进口香港CEPA项下货物89.5亿美元，关税优惠49.2亿元人民币。应该说，作为中国内地加入WTO以来与其他WTO成员签署的第一个区域贸易协定，CEPA的有序发展对于研究WTO区域贸易理论、促进贸易自由化和便利化、发展服务贸易，减少区域内贸易壁垒都发挥了极为重要的作用。但由于某CEPA规则的不尽完善，十余年的贸易实践也反映出一些问题。2015年4月21日，中国(广东)自由贸易试验区(以下简称广东自贸区)正式挂牌成立。广东自贸区将“依托港澳”作为自身的最大特色。虽然在功能上，广东自贸区更加注重发展新兴服务业，但从《中国(广东)自由贸易试验区总体方案》中可以看出，广州南沙保税港区和珠海横琴新区片区都将货物贸易便利化作为首要制度创新，提出大力发展高端制造业和高新技术产业。因此，加深

对 CEPA 贸易救济法律制度的研究，与广东自贸区的发展相得益彰，共同促进粤港地区货物贸易的发展，就显得尤为重要。一个合理设计的贸易救济制度是任何贸易优惠安排不可或缺的，本文拟结合《中国—韩国自由贸易协定》（以下简称《中韩自贸协定》）、《中国—澳大利亚自由贸易协定》（以下简称《中澳自贸协定》）和《跨太平洋伙伴关系协定》（Transpacific Partnership Agreement, TPP）等晚近自贸协定的最新发展，针对 CEPA 的贸易救济规则提出完善建议。

### 一、CEPA 贸易救济法律制度概况

CEPA 中并未设立专门章节对货物贸易中的贸易救济问题加以规制。一方面，香港作为世界上开放的自由贸易港，以服务业作为经济的支撑产业，相比之下，香港本地制造业竞争力较弱，难以对内地同类产品造成严重损害。另一方面，实践中某些发达国家在进行倾销认定时，利用 WTO 规则本身存在的缺陷和中国的入世特别承诺，滥用反倾销措施，借反倾销之名行贸易保护之实，阻碍贸易自由化的发展，所以 CEPA 在制定时将反倾销措施排除于外，以促进内地与香港贸易自由化的实现。此外，由于内地与香港具有极强的产业互补性，通常情况下，即使内地对某些产业或企业给予专向性补贴，该产业或企业生产的产品也很难对香港的同类产品造成严重损害或严重损害威胁。正是基于这些原因考量，CEPA 并未设置反倾销和反补贴措施，即双方承诺一方不对原产于另一方的进口货物采取反倾销措施和反补贴措施。

虽然没有反倾销和反补贴机制，CEPA 第二章第九条却对保障措施作了规定：如因 CEPA 的实施造成一方对原产于另一方的某项产品的进口激增，并对该方生产同类或直接竞争产品的产业造成严重损害或严重损害威胁，该方可在以书面形式通知对方后临时性地中止该项产品的进口优惠，并应尽快应对方的要求，根据 CEPA 第十九条的规定开始磋商，以达成协议。

### 二、CEPA 现行贸易救济制度下存在的问题

诚如前文所言，CEPA 贸易救济规则是基于两地实际情况的特殊安排，而这套规则在实践中也暴露出一些问题。

#### （一）反规避措施缺失被利用

规避是反倾销中的一个重要概念。反倾销中的规避是指在一国商品被另一国征收反倾销税的情况下，出口商为减少或避免被征收反倾销税而采取和实施的各种方法。反规避则指反倾销国按照该国法律规定的程序，采取新的反倾销措施，制止任何企图绕开现行反倾销制裁的行为。一般而言，有反倾销即有反规避，而 CEPA 由于不设反倾销措施，也就没有相应的反规避规则。但这一点在贸易实践中却容易被利用，外国倾销产品可以通过运用规避措施转口销往内地。

实践中常见的反倾销规避措施主要有四种：第一种是进口国境内组装，即进口商将产品的零部件大量出口到进口国，再到进口国组装后进行销售。第二种

是第三国组装，即为了逃避进口国针对特定出口国的产品征收的反倾销税，将产品的最后制成阶段转至第三国完成，后从第三国出口到进口国。第三种是产品的轻度改变，即针对进口国当局反倾销税令确定的征税对象，在不影响产品最终效用和消费者偏好的情况下，对征税产品进行非实质性的改造，以达到规避征税的目的。第四种是产品的后期开发，即出口商利用原产品反倾销调查的时间，对征税产品进行性能上的再创造，生产出不同的新产品。

当然，根据不同国家的征税标准和国情，反倾销规避的方法也在不断变换，不拘泥于上述四种方法。而无论采用哪种规避方法，出口商都是为了有效地绕开进口国对其征收的反倾销税，使得进口国难以全面实现打击不公平贸易行为、保护本国受损产业的目的。

为此，世界上主要国家和地区相继开始运用反规避措施来限制反倾销规避行为，遏制大行其道的反倾销规避行为，强化反倾销立法和措施的效力，快速高效地保护受损的国内产业。早在 20 世纪 80 年代，欧共体就制定了《1761/87 号规则》，以应对日本企业改用直接投资的方式在欧共体境内建立工厂，并在欧共体工厂将零部件组装后投入市场以绕开欧共体反倾销措施的规避措施，而该规则也成为世界上第一个规制反倾销规避行为的法律文件。而随后一系列自贸协定也有了针对规避行为的制度设计，主要表现为原产地规则。

CEPA 的高度贸易自由化和香港的自由港身份给倾销规避行为提供了大好机会。实践中，香港的自由港身份吸引了大量出口商以零关税将商品销至香港，而 CEPA 项下内地对香港的零关税制度更激发了出口商将商品转口贸易到内地的欲望。出口商运用规避措施，采取诸如“贴牌”“再加工”“产品改装”等方法将异地产品香港本地化，使香港成为产品原产地，再以低于正常价值的价格、享受零关税销往内地，以达到倾销的目的，而 CEPA 对这种行为并无相应的制度设计来应对。

## （二）保障措施设置不合理

CEPA 中的保障措施规则也存在一定的缺陷。一方面，CEPA 第九条缺乏对相关实质要件的界定，其中“进口激增”是否包括数量上的“绝对增加”和“相对增加”，“进口激增”应达到何种程度才能造成“严重损害或严重损害威胁”、“严重损害或严重损害威胁”的影响因素有哪些等问题都是不明确的。另一方面，CEPA 并未就认定损害的调查程序做细化规定，“临时性”的时间限度也规定不明确，同时又没有设定具体的磋商安排，令磋商可能具有较大的随意性，不利于高效达成合意，而如果双方磋商久拖不决难以达成合意，应如何走出僵局、消除贸易障碍的后续安排也缺失。进而，如果双方达成合意后执行不到位，应采取何种措施增强协议的执行力和约束力的规则也付之阙如，而执行的效率低下会严重影响协议的实施力度，不利于贸易自由化目标的实现。

根据 CEPA 第二条，中国内地与香港可援引 WTO 的保障多规则来预防或救济严重损害或严重损害威胁。尽管如此，笔者认为，虽然 WTO 的保障多规则制度较 CEPA 协议更为完善，但 WTO 规则更多用于解决多边框架下正常贸易过程中出现的进口激增所导致的严重损害或严重损害威胁，其在适用条件、程序要求等方面都是普遍性规则，并不一定符合内地和香港的贸易和保障实际需要。而如果直接运用 WTO 保障措施，可能会增加不必要的成本，增添问题的复杂，不利于纠纷解决。

### 三、CEPA 贸易救济的规则完善

基于前文论及的问题，本文拟结合《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement NAFTA)、TPP 协定、《中韩自贸协定》、《中澳自贸协定》的相关规则提出完善建议。

#### (一) 完善 CEPA 的原产地规则

诚如前文所述，反倾销的反规避最初体现在国内法中，随着问题的日益突出，越来越多的贸易协定也通过原产地规则来防止规避行为，同时将贸易协定的优惠锁定在协定成员之间。

笔者认为，可以完善 CEPA 原产地规则来对商品的原产地进行甄别，打击进口商采用规避手段将商品通过香港转口到内地进行倾销的行为，同时确保两地贸易利益的精准适用范围。CEPA 的原产地规则主要体现在协议的附件二、三两部分。规则中确定的原产于本地的产品主要包括，完全在一方获得的货物，及在一方进行了实质性加工但非完全在该方获得的货物。按照 CEPA 规则，对“实质性加工”采用制造或加工工序、税号改变、从价百分比等认定标准，并将产品 30% 的附加值增值用来作为“香港制造”产品的衡量标准。但在实践中，这样的原产地规则安排仍然过于含糊，可操作性较差，暴露出较多问题，需要进一步完善。

#### 1. 建议尽可能多地适用税号改变标准来确定原产地

香港受本地自然资源匮乏的限制，原材料多依赖国际市场进口，出口产品以机电产品、贵金属及首饰等制成品、纺织品及成衣为主，2015 年 1 月到 6 月此三类产品对内地出口额分别为 91.96 亿美元、18.44 亿美元和 3.18 亿美元，占香港对内地出口总额的 68.2%、13.7% 和 2.4%。由于香港在制造上述产品时更强调加工工序的重要性，因此，目前 CEPA 原产地规则的确定方法是以制造或加工工序为主要标准，而以税号改变标准为辅。在 CEPA 协议附件二的表 1 规定的 273 类产品中，有 187 类产品采用了制造或加工工序标准，另外辅以税号改变标准和本区增值标准。但在实践中，由于 CEPA 附件二表 1 所限定的“取得货物基本特征的阶段”过于复杂，操作起来难以准确区分各道工序之间的界限。另外，从价百分比虽然规定了具体的计算公式，但是如何根据权重来确定变量的参数

却不得而知。

与此不同，世界上主要的区域贸易协定更倾向于运用税号改变标准来确定进口商品的原产地。例如，NAFTA 第 401 条 (b) 项规定，为将某一货物确定为区内原产货物，则用于生产货物的每一种非原产原料都要因生产过程而经过适当的关税分类变化，适当的关税分类变化则在协定第 401 条附录中明确列举，同时要求这些生产过程完全在一个或多个成员国境内完成。可见，NAFTA 的税号改变标准十分严格，它细化了货物每一种非原产原材料的变化程度，提高了规则的透明性、可操作性和确定性。正是这样严格的标准，使得成员国为了符合原产地标准以享受关税优惠，更愿意在区域内采购原材料，从而促进了区域内原材料和中间产品的流通，增强了区内成员间的经贸联系。又如，泛欧体系则注重综合运用税号改变标准，辅之以制造或加工工序标准及从价百分比标准，且允许部分生产商自行选择原产地标准。综合来看，税号改变标准较为突出的优点在于其具有确定性，制造商可根据税目归类表上明确的规定，自行确定产品是否符合实质性加工的认定标准，并参照相应的关税优惠政策调整自身的出口产品生产。笔者建议，CEPA 逐渐转向以运用税号改变标准为主的进口产品原产地确定规则，同时在确定香港主要出口产品的原产地时，也兼采用制造或加工工序的方法，以达到最佳效果。

## 2. 建议适当增加对累积规则的适用

泛欧体系和 NAFTA 均广泛运用累积规则以进行原产地划分，新近达成的 TPP 协定同样采用了累积规则。累积规则可以分为双边累积、对角累积和完全累积三类，其最为突出的特点是能够鼓励区域内的制造商尽可能地利用本区域内的原材料和中间产品，来加强成员间的贸易往来。通常情况下，泛欧体系更多地运用双边累积，适用双边累积规则能够刺激各成员充分发挥资源互补性，在区域内寻求原材料，进行共同加工或生产。同时，泛欧体系也注重对对角累积规则的运用。对角累积的优势在于，生产商在关税优惠的刺激下，会更倾向于在区域内进行高附加值加工，以致达到原产地标准。而被 NAFTA 广泛运用的完全累积方法则更强调对非原产材料的加工与制造。

目前 CEPA 协议中并未规定累积规则，现实中内地与香港在资源上具有得天独厚的互补性，累积规则的运用具有广泛空间。笔者建议，可以针对不同类型产品适用不同的累积规则。针对资本密集型的产品，CEPA 可以允许运用对角累积和双边累积规则，这样一来，香港企业从内地进口原材料和中间投入品来增加其最终产品的附加值增值部分，就能满足原产地规则中对于附加值百分含量的要求，从而可以充分利用 CEPA 的零关税优惠待遇。对于劳动密集型产品，则可适当运用完全累积规则，这样既可分散成员间的加工活动，增强区内不同地区之间的贸易联系，也能带动整个区域内的经贸发展。

### 3. 建议根据产品特征细化原产地规则

2015年10月5日,历时5年谈判的TPP协定终于在各方的努力下达成大体一致。作为一个“全覆盖、高标准”的区域贸易协定,TPP协定对于CEPA规则的完善有一定的借鉴作用,包括其中的贸易救济规则和原产地规则。

目前,虽然协议的全部文本并未最终公布,但根据美国贸易代表办公室公布的官方概要,TPP协定的原产地规则更为严密,更具针对性,大致分为适用于一般商品和特殊商品的两类原产地规则。对于一般商品来说,TPP协定采取累积规则,在某一TPP缔约方生产产品时,任一TPP缔约方提供的原材料将与来自其他TPP缔约方的原材料同等看待。对于特殊商品,以纺织品与服装为例,各成员国同意立即免除多数产品的关税,只允许在成员国同意的情况下,对一些敏感产品给予过渡期,允许征收关税,但也应当在一段时期后免除。为确保前述利益限于区内成员,TPP协定要求成员国必须使用区内成员生产的纱和纤维,以促进区域内整个行业的供应链和投资发展,仅对成员国列入“短缺清单”中产品,允许使用非缔约方供应的特定纱线和纤维织物作为原材料。此外,对纺织品和服装,TPP协定还规定了打击偷逃关税和走私行为的海关合作和执行安排,以及应对进口激增可能对国内产业造成严重损害或严重损害威胁、的纺织品特殊保障措施。

目前,CEPA中并未涉及基于产品来区分的原产地规则。实践中,香港对内地出口的商品多集中于机电产品、金属(贵、贱)制品、塑料及橡胶、光学及医疗设备和纺织品及服装。对于这些产品,也可借鉴TPP协定的规定,划分为适用于一般商品和特殊商品的原产地规则。对于占据大多数出口份额的一般制成品,如机电产品、塑料橡胶制品、金属产品等,可以适用对角累积和双边累积规则,即一方出口的制成品中来自另一方的原材料和中间投入品,等同于生产或原产于本方。而对于双方都比较重视的纺织品与服装产品,可以规定香港应尽可能采用来自内地的原材料,只有在内地供应短缺或缺乏的情况下,才可采用区域外的原材料,以促进区域内的要素流动和经济共赢。

### 4. 建议完善原产地规则认证和统一规则

从美国公布的TPP官方摘要来看,TPP缔约方还制定了一套通行的原产地确认体系,以便利TPP区域内的商业运营,也规定了相关主管部门对原产地声明的认证程序。进口商只需提供相关证明文件,经符合条件的当局依程序进行验证,即可识别并显示产品是否合规,从而决定是否享有相应的关税优惠待遇。

CEPA关于原产地的认证和统一的规则主要体现在协议附件三中,规定双方采取联网核查的方式对实行零关税的香港货物的原产地申报进行管理。出口商或生产企业在向内地出口货物前,应向香港发证机构申领原产地证书,香港发证机构在对符合条件的出口商发放证书之余,会将发放原产地证书的相关材料

通过专线以电子数据方式传送到内地海关总署。在进口报关时，进口商主动向申报地海关申明有关货物享受零关税，并提交有效原产地证书，申报地海关经联网核对无误后，准予进口货物享受零关税待遇。但此规则在运行过程中暴露出一些问题。由于进口商在申请享受零关税待遇时需提交原产地纸质证书原件，而该证书文件需在出口地申领，并在规定时限内向进口地海关提交，在这一过程中，经常出现证书延误到达、内容格式不符、邮递出现差错等诸多问题，加上文件本身的运输成本，都增加了企业的时间成本和费用，降低了通关效率。

笔者建议，CEPA 应尽快简化货物的通关程序，充分利用网上平台，同步出口地海关与进口地海关的网上信息系统，对于申报的信息进行实时审查，及时传输，快速备案，提高通关效率，并可试行一定条件下的免纸质原产地证书提交或允许一定期限内的纸质原产地证书通关后提交。同时，建立强大的后台维护系统和应急机制，保障网上平台的平稳运用，防止由于平台瘫痪而阻碍企业通关的顺利进行。

## （二）明晰 CEPA 保障措施的相关规定

2015 年 6 月 1 日签订的《中韩自贸协定》和 2015 年 6 月 17 日签订的《中澳自贸协定》中都有专门的保障措施规定，对于 CEPA 的完善也具有一定的借鉴意义。

相比之下，《中澳自贸协定》中的保障措施定义更为严密，主要在其第七章第二条中。该条规定，如在过渡期内，由于降低或取消关税，导致原产于一方的产品进口至另一方领土内的数量绝对增加或与国内产量相比相对增加，且对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成严重损害或严重损害威胁，则进口方可实施双边保障措施。这里的双边保障措施则指在条件满足的情况下，一方可在防止或补救严重损害和便利调整所必要的限度内，中止按照协定规定进一步削减或提高该产品的关税税率，但不得超过采取措施时或协定正式生效之日前一日的该产品的最惠国关税实施税率中相对较低的水平。

在实施方面，《中韩自贸协定》和《中澳自贸协定》都有具体规定。首先，较之 CEPA 中相对含糊的规定，两协定均设置了总体的实施期限，即不得超过防止或补救严重损害和便利调整所必要的限度和时间，或保障措施可维持适用 2 年，且在实施方认定继续实施对于防止或补救严重损害和便利调整仍有必要，并有证据证明产业正在进行调整的情况下，允许一定时期的延长期，对延长期，《中澳自贸协定》允许不超过一年《中韩自贸协定》则规定不超过两年。其次，两协定都限制了实施期限的截止时间。《中澳自贸协定》明确规定保障措施的适用必须在过渡期结束时终上《中韩自贸协定》则更具灵活性，允许双方在协商一致的情况下，实施方可使用超过过渡期的保障措施。同时，两协定为了防止保障措施被滥用，尽快恢复正常贸易环境，要求在预计实施期限超过 1 年的情

况下，实施方应逐渐放宽措施。最后，为了确保保障措施得以恰当运用，两协定均做出了限制性规定，对于已经实施过保障措施的产品，在与先前实施保障措施期限相等的期限内，不得再次实施，间隔期至少为2年《中澳自贸协定》则进一步规定对同一产品实施保障措施不得超过两次。

在 TPP 协定官方概要中，也可见到相关的保障措施规定。TPP 协定允许缔约方在特定时段内，针对因 TPP 协定实施关税削减引发进口激增导致对国内产业的严重损害实施过渡性保障措施，实施期至多可达两年，并可延长一年，但若超过一年则必须逐步实现自由化，且不可在同一时间就同一产品实施超过一项 TPP 协定规定的保障措施。保障措施的实施方必须遵守通知和磋商要求，并提供各方均同意的补偿。值得注意的是，由于 TPP 协定所涉及的缔约成员数量众多，涵盖发达国家及发展中国家成员，对于涉及重要利益如纺织品和服装等特殊产品时，TPP 协定专门设置了特别保障措施，以确保特殊产业的公平贸易环境。这点对于 CEPA 完善纺织品与服装等特殊产业的保障措施规则，更具有参考价值。

CEPA 可以借鉴《中韩自贸协定》、《中澳自贸协定》及 TPP 协定来完善自身的保障措施规则。首先，细化保障措施的实施条件。不能笼统地概括为“进口产品激增”，应制定具体的评判标准，对绝对和相对条件下产品进口增长的比例和数量、增长的进口产品在国内所占市场份额、销售水平的变化、总产量、生产率、能耗、损益及就业等因素进行综合考量。此外，可以参考 TPP 协定的规定，针对占据双方重要贸易利益的特殊产业，如纺织品与服装产业，根据产业特性，对特殊产品制定不同的保障措施，做到有的放矢。其次，明确保障措施的适用期限，确定具体的实施时期，可规定不超过两年的实施期。而且，根据内地与香港间特殊的政治关系，双方可以采取磋商的方式，共同商议决定延长期的时间。再次，完善调查程序、磋商程序和补偿规则。在采取保障措施前，启动磋商程序，最大程度地降低损害，对调查制定具体的时间表，可规定不超过一年的调查期限。关于补偿，则可以由实施方依据双方同意的方式提供补偿，补偿应与采取保障措施预期导致的贸易影响实质相等或与额外关税价值相等。最后，建议成立专门的贸易救济委员会，承担起条文解释和保障措施争端解决的职能，充分运用外交方法解决内地与香港间的贸易纠纷，同时制定后续的司法救济，使受损害方的权利能够得到全面保障，维持贸易救济功能的有序实现。

## 论 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的法律基础

洪亦卿

《流通经济》2012-12

粤港澳由于地理区位相连、语言传统相通、亲缘关系紧密等原因，其相互间服务业开放的步伐已走在全国的前列。对比我国人世议定书中的服务贸易具体承诺和港澳服务提供者进入珠三角地区的具体状况，该承诺已经落后于大珠

三角地区服务贸易发展的现实。为此，内地与香港、澳门《关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)进一步明确了中央关于扩大对港澳开放在广东先行先试的政策，使得这一政策法律化和具体化。医疗服务贸易作为 CEPA 涵盖的服务贸易领域之一，是新时期推进广东与港澳更紧密经贸合作的一个必要环节，也是新一轮医改中促进公平竞争、提高医疗服务质量的一个关键环节。

### 1 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的措施与实践

依据 CEPA 补充协议，在医疗服务领域，港澳服务提供者在广东省境内有权享受更多“超 GATS”待遇，这些待遇不仅是对 W TO《服务贸易总协定》(GATS)具体承诺的超越和扩展(GATS Plus)，而且是对内地其他行政区域开放政策的超越和扩展，故谓之“先行先试”。自 2008 年 CEPA 第五阶段补充协议始至 2012 年 6 月第九阶段补充协议签署，广东向港澳开放医疗服务先行先试的措施如下表所示，其中部分措施在上海市、重庆市、福建省和海南省一并先行先试。

CEPA 下广东向港澳开放医疗服务先行先试的措施

部门 或分 部门	1. 商业服务
	A. 专业服务
	h. 医疗及牙医服务 (CPC9312)
	j. 分娩及其有关服务、护理服务、理疗及辅助候疗服务 (CPC93191)、药剂服务
	2. 与健康相关的服务和社会服务
部门 或分 部门	A. 医院服务
	B. 其他人类卫生服务
部门 或分 部门	医院服务 (CPC9311) 疗养院服务
具体 承诺	1. 对香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立的合资、合作门诊部的内地与香港 (澳门) 双方投资比例不作限制 2. 对香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立的独资、合资或合作门诊部的投资总额不作要求 3. 对香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立合资、合作医院的投资总额不作要求 4. 对香港 (澳门) 服务提供者在上海市、重庆市、广东省、福建省、海南省设立的合资、合作医院的内地与香港双方的投资比例不作限制 5. 香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立独资医院的立项审批工作交由广东省省级卫生行政部门负责

截至 2012 年 9 月，已领取《设置医疗机构批准书》的在粤香港独资诊所、门诊部共 19 家，1 家香港独资医院正报卫生部审批，有望成为我国首家由境外资本设立的独资医院，但澳资医疗机构进展较慢，1 家澳门独资门诊部已获准在粤开诊。这些医疗机构主要开设在广州、深圳、中山、顺德等珠三角地区。

### 2 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的国际法基础

CEPA 第五、第七和第九阶段补充协议相继推出的先行先试措施为促进广东与港澳的交流与合作发挥着积极作用。在医疗服务方面，如上表所列，港澳服务提供者在广东比在内地其他行政区域能够享受到更多的优惠待遇。可以预见，随着粤港澳经济的加快融合，更多的先行先试优惠措施还会出台。CEPA 的上述规定正是粤港澳医疗服务贸易先行先试的重要法律基础。与 CEPA 下内地不分地域的具体承诺一样，CEPA 下广东先行先试措施实质上也是一种“超 GATS”承诺，必须符合 GATS 第 5 条的规定。

换言之，GATS 第 5 条所设定的条件是 CEPA 下医疗服务贸易“超 GATS”待遇(包括广东“先行先试措施”)在国际层面的合法性边界。不同的是，上表所列措施只适用于广东省(作为内地这一单独关税区中的特定区域)与港澳单独关税区之间的关系。

从条文看，GATS 第 5 条共 8 款；另加一条单独的“第 5 条之二”，即“劳动力市场一体化协定”。第 5 条第 1 款是核心条款。该款规定：本协定不得阻止任何成员参加或达成在参加方之间实现服务贸易自由化的协定，只要此类协定：(a) 涵盖众多服务部门(substantial sectoral coverage)，并且(b)规定在该协定生效时或在一合理时限的基础上，对于(a)项所涵盖的部门，在参加方之间通过以下方式不实行或取消第 17 条意义上的实质上所有歧视：(i)取消现有歧视性措施，和/或(ii)禁止新的或更多的歧视性措施，但第 11 条、第 12 条、第 14 条以及第 14 条之二下允许的措施除外。据此，要判断上述“超 GATS”待遇的合法性边界，应当综合考察全部服务贸易部门的开放情形，不能单单考虑医疗服务贸易领域的开放程度。所谓涵盖众多服务部门，应根据 CEPA 所涵盖服务部门数量、受影响的服务贸易量和提供方式进行理解。为满足此条件，CEPA 不应规定预先排除任何服务提供方式。

在 WTO 区域贸易协定委员会(CRTA)对 CEPA 的审议过程中，针对欧共体代表团关于“他的代表团不认为它包括‘实质上所有贸易’(substantially all trade)”的提问，我国香港代表团曾作如下答复：CEPA 下的承诺是一个开放进程的一部分(part of an open process)，不包括任何先验的排除(any a priori exclusion)。2006 年 4 月 CRTA 已经完成事实调查(factual inquiry)；并建议秘书处起草审查报告。截至 2012 年 11 月初，审查报告的事实摘要部分(Factual Abstract)已经向 WTO 各成员散发。鉴于 CRTA 的审议和决定过程旷日持久，从 2003 年 CEPA 的最初签署到未来审查报告的最终出台，内地对港澳服务贸易的开放水平一定会达到相当高的程度，能够满足“涵盖众多服务部门”的条件。就此意义上讲，CEPA 下医疗服务的开放(包括粤港澳地区的先行先试)符合 GATS 对“经济一体化”的要求。综观区域贸易协定委员会的审议历史，实际上其历次审议结果对各区域贸易协定的效力和实施没有产生实质性影响。

### 3 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的国内法基础

与 CEPA 下内地不分地域的具体承诺一样, CEPA 下广东先行先试措施也有其国内法基础。从实践(经验材料)来看,在内地,这种国内法基础主要是由单一行政机关颁布或者由两个或两个以上行政机关联合发布的关于医疗服务贸易的新行政规章,或者经其修改后的行政规章。广东与港澳医疗服务先行先试承诺都是通过上述方式得到具体实施的,其中涉及的部门规章主要是 2009 年卫生部、商务部令第 61 号发布的《〈中外合资、合作医疗机构管理暂行办法〉的补充规定二》。该文件专门针对上表所列广东向港澳开放医疗服务先行先试的承诺。

此外,广东省卫生厅已出台一些规范性文件以便具体实施相关规定,如:①粤卫(2008)号发布的《关于落实内地与香港、澳门〈关于建立更紧密经贸关系的安排〉补充协议五)中有关医疗服务事项的通知》;②粤卫办(2009)31号·发布的《关于印发〈港澳服务提供者设置门诊部实施细则(试行)〉的通知》及《港澳服务提供者设置门诊部实施细则(试行)》;③粤卫办(2009)36号发布的《关于落实内地与香港、澳门〈〈关于建立更紧密经贸关系的安排〉补充协议五〉中有关医疗服务事项的补充通知》。

总之,广东先行先试措施的国内法基础包括:国务院的批准和公布 CEPA 的行为、国务院部委的相关部门规章等法律文件,以及广东省人大和政府所发布的相关规范性法律文件。这是广东推进医疗服务先行先试所必须遵循的国内法规则和所凭借的法律支撑。

4 结论作为贸易与投资开放的前沿,作为中医药强省,广东省医疗服务面临前所未有的发展机遇。本文简要分析了 CEPA 下粤港澳医疗服务开放的措施和实践,探讨了其国际法和国内法基础,为广东省下一步深入开放医疗服务提供了法律路径和法律支撑。笔者认为,CEPA 下广东省医疗服务开放必须立足于现有的国际法和国内法基础,不宜也不能突破相关法律边界。正如 GATS 所设想的那样,我国对外医疗服务贸易必须立足我国国情,循序渐进,逐步自由化,而 CEPA 下内地与港澳之间的医疗服务贸易就享受一定的“超 GATS 待遇”,特别是广东与港澳间的先行先试措施,更是我国医疗服务进一步自由化的有益尝试。

### 论 CEPA 下中国内地与香港之间的反倾销法律问题

. 王超

湖北经济学院学报(人文社会科学版) 2005-04

2003 年 6 月 29 日,中央政府和香港特区政府签署了《内地与香港关于建立更紧密贸易关系的安排》,即 CEPA(Closer Economic Partnership Agreement),它为中国内地与香港相互提供了比 WTO 其他成员方更优惠的贸易条件,是我国推动区域经济一体化的重要步骤。按照 CEPA 的安排,在货物贸易方面,内地于 2004 年 1 月 1 日起,对 273 个税目原产于香港的产品实行零关税,同时取消对

香港产品的非关税措施(进口配额、许可证)和关税配额。这将对两地的贸易发展产生深远的影响。根据香港政府的统计,仅按照 2001 年的香港出口内地额度计算,2004 年香港制造商将因 CEPA 下的零关税节约 7.5 亿港币。近日,香港政府官员透露,CEPA 第一阶段成效显著,目前就已经有总值 8 亿港币的货物在运往内地时享受了零关税。

区域经济一体化对于减少区域内贸易壁垒、扩大内部贸易自由化无疑具有积极作用,但 CEPA 的特殊性在于香港是一个自由港,它对于来自其他国家和地区绝大多数产品既没有关税和非关税的限制,也没有反补贴反倾销、贸易保障措施等法律障碍,而这些是其他 WTO 成员方都必备的限制进口的防御性武器。在这种情况下,中国内地与香港同时作为 WTO 成员方,在 CEPA 框架下必然产生一些特殊的问题,反倾销就是其中之一。

### 一、CEPA 零关税下的倾销风险

国际贸易中的倾销,是指一国的出口商将某种产品以低于出口国国内市场的价格销入另一国市场的销售行为。由于出口国产品的低价倾销常常会对进口国国内相关产业造成损害,所以目前世界各国大都制定有反倾销立法,采取反倾销措施也是 WTO 所允许的为数不多的贸易保护手段之一。CEPA 中关于反倾销的规定值得关注,因为其第 7 条规定:双方承诺一方将不对原产于另一方的进口货物采取反倾销措施。也就是说,CEPA 排除了中国内地与香港之间的反倾销措施的运用。这在目前世界各国都高举反倾销之大旗、而行贸易保护之实的情况下,显得颇为特别。

为什么 CEPA 会做出这样的规定呢?有学者认为歧视性反倾销措施的取消,可以为中国内地的强项产品通过香港进入世界市场清除他国贸易保护主义的障碍,《中国加入 WTO 议定书》第 15 条不再适用内地与香港之间的贸易。《中国加入 WTO 议定书》第 15 条规定,WTO 成员承诺在中国加入之后 15 年内完全取消对中国非市场经济的待遇和做法,即完全取消适用第三国替代价格计算倾销幅度和根据中国以外的情况和条件确定和衡量补贴金额。这一条规定是外国对我国强项产品进行歧视性“反倾销”的重要手段。现在,CEPA 要求香港对内地的产品不适用这一条款,将有助于我国的强项产品通过香港部分加工,以“香港制造”的名义出口,从而得以排除外国可能对我国采取的歧视性反倾销措施。此外,笔者从商务部获悉负责 CEPA 谈判的官员对此的解释是:香港本地制造业萎缩,不足以对内地构成倾销,也就是香港产品不存在对内地产业造成倾销损害的风险。香港经济是典型的服务型经济体,制造业在香港 GDP 中仅占 5%。香港产品出口内地的规模甚小,CEPA 下 273 个税目的商品已经覆盖了香港 90%的制造业产品,这部分产品 2002 年对内地的出口额仅为 44.5 亿美元,占有出口内地香港产品的 41.4%;在内地总进口中的比重更是不到 3%。基于这样的背景资

料，似乎可以对 CEPA 排除反倾销措施的实施以合理的解释。

但是，实际上在 CEPA 下有可能以零关税由香港进入到内地的产品存在两类：一类是香港本地直接出口到内地的产品；另外一类是外国出口商通过在香港“贴牌”或者“简单加工”之后进入内地市场的产品。对于前一种情况，由于香港本地规模不大的制造业不足以对内地相关产业造成威胁，CEPA 排除反倾销措施无可非议；而对于后一种情况，笔者认为有构成倾销的可能，潜在一定的贸易风险。

香港作为一个著名的自由港，几乎没有什么贸易壁垒存在，很多国际贸易的货物流转地设定在香港，其中不乏出口到中国内地的大量货物。对于外国出口商来说，如果能够借助 CEPA 零关税这一跳板间接完成对中国内地的出口，就意味着能够节省大笔的出口关税，这必然极大地诱惑着外国出口商进行各种异地产品产地本地化的“变身”活动，如进行“简单加工”，或者“贴牌”。在 CEPA 排除反倾销措施的情况下，自于其他国家或地区的货物通过“香港制造”或者“香港公司”，实质上能够以低于其正常价值的价格直达中国内地。因此，CEPA 下存在“迂回倾销”的风险。从国际货物贸易的实践看，一些国家就是利用像香港这样的自由港以及第三国的转口贸易进行本国产品的倾销的。

WTO《反倾销协议》第 2 条第 5 款规定：如果产品不是通过直接从原产地国出口，而是从一个中间国向进口成员方出口，则该产品从出口国向进口成员方销售的价格通常应与出口国的可比价格进行比较；但是在某些情况下，例如如果产品只是经出口转运，或者出口国不生产同类产品或在出口国不存在与其进行价格比较的可比价格，也可以与原产国的可比价格进行比较。这表明，WTO《反倾销协议》也将这种通过第三方的转口贸易认定为倾销。

## 二、CEPA 及现行反倾销法律制度的解决途径

在 CEPA 框架下，如果内地与香港之间出现了倾销问题，可运用的解决手段只有两个：审定该产品的原产地；或者启动 CEPA 第 9 条规定的保障措施。

界定香港“原产地”的标准是实施 CEPA 零关税的前提，也是避免来自外国转口产品倾销危害的关键措施。两地政府、商界亦高度关注 CEPA 及其附件中关于原产地的规定，希望 CEPA 的原产地规则既能保证香港制造业受益，又能避免内地遭受倾销之害。目前，我国海关总署已于 2003 年 12 月 31 日颁布了海关关于执行 CEPA 项下《关于货物贸易的原产地规则》的规定，香港工业贸易署也根据 CEPA 原产地规则的内容修改了有关法律。

WTO《原产地规则协议》第 3 条 B 项规定：根据各成员方的原产地规则将完整生产某一特定产品的原产国确定为该产品的原产国；或当该产品的生产过程涉及一个以上国家时，则确定产品最后实现实质性改变的国家为该产品的原产国。在对“实质性改变”的标准协调上，该协议要求以税目编号改变标准加

上某种补充标准（包括从价百分比要求和制作或加工工序的要求）。CEPA 按照符合 WTO 规则的方式，在其附件二确立了对不同产品适用不同的原产地认定标准：完全在一方获得的货物，如开采和提取的矿产品、收获或采售的植物或植物产品等；非完全在一方获得的货物，只有在该方进行了实质性的加工，其原产地方可认定为该方，其中，实质性加工的认定标准采用制造或加工工序、税号改变、从价百分比不低于 30% 等。也就是说，两地目前已经基本确定了以在香港完成 30% 的附加值作为“香港产品”的标准，这明确了界定香港原产地这一关键性问题的尺度。

除了原产地规则，CEPA 还提供了一种磋商解决机制，其第 9 条的规定：如因 CEPA 的实施造成一方对列入附件 1 中的原产于另一方的某项产品的进口激增，并对该方生产同类或直接竞争产品的产业造成严重损害或严重损害威胁，该方可在以书面形式通知对方后临时性地中止该项产品的进口优惠，并应尽快应对对方的要求，根据 CEPA 第 19 条的规定开始磋商，以达成协议。据此，如果发生严重后果的倾销，可以运用这种解决机制。但是，要启动这项保障措施要具备严格的前提条件，它需要内地政府各主管部门充分有效地履行好管理监督职能，全面、准确、及时地汇集相关信息，包括认真听取行业协会等民间机构的意见与建议，建立健全与内地相关企业沟通机制，在必要时才依 CEPA 的这条规定启动保障措施，并将问题提交联合指导委员会，由后者决定应采取的措施。

因此，在我国现行的反倾销法律制度下，当内地与香港之间出现倾销问题时，笔者认为可以采取的法律救济措施应该根据不同情况区别对待：

(1) 对于香港本地产品出口内地造成倾销后果的情况：根据宪法和香港基本法，我国《反倾销条例》所规定的“中华人民共和国市场”不包括“香港市场”，即该法不适应于香港；而根据 CEPA 第 7 条，两地又互不适用反倾销措施。因此，如果出现这种情况的倾销，由于香港的特殊地位，应该由香港政府与中央政府协调处理，或者启动 CEPA 第 9 条的特别磋商程序，由联合指导委员会决定。

(2) 对于外国产品由香港直接转口到内地造成倾销后果的情况：根据 WTO《反倾销协议》的规定，应该认定为是该外国直接对中国内地的倾销行为，因此，可以直接适用我国的《反倾销条例》，由商务部负责调查确定，并采取反倾销措施。

(3) 对于外国产品先在香港进行了某些非实质性的加工后再销往内地造成倾销后果的情况：应该严格原产地规则，根据 WTO《原产地规则协议》和 CEPA 相关附件关于原产地标准的有关规定，确定其正常价值及是否为“香港产品”；如果最终认定为非“香港产品”并且对内地构成倾销损害后果的，也应该依据我国的《反倾销条例》进行处理。

### 三、CEPA 下我国反倾销法律制度中的问题与完善

CEPA 是我国加入 WTO 之后进行区域经济一体化的首次尝试, 零关税给我们的反倾销法律制度带来了诸多挑战, 暴露了細行反倾销规则的许多不足之处。同时, 这也是反思、完善我国反倾销法律制度的一个契机。

CEPA 零关税挑战我国现行反倾销法律制度的一个主要方面就是原产地规则。实际上, CEPA 下内地与香港之间倾销问题的关键也就是对“原产地”的认定, 并且随着国际分工的细化以及产品制作的日益复杂化, 界定产品的原产地将越来越困难。CEPA 规定: 香港货物进口内地的前提是“事先由特区政府核定产品确实在香港生产, 并 A 双方核定产品清单和确定原产地标准”。但是, 现有 CEPA 的规定以及我国的反倾销法律制度显然都不能很好地遏制规避香港货物原产地规则之行为的发生。

在我国现行的反倾销法律制度中, 原产地规则存在着一些漏洞, 可能导致 CEPA 下巨大的贸易风险。具体说来, 在争议解决程序方面, 我国的原产地规则没有按照 WTO《原产地规则协议》的要求做出关于“确定原产地的行政行为立即接受独立于做出原产地评定意见的当局的司法、仲裁已及行政听证或程序的审查”的类似规定; 此外, 缺乏原产地预先评定机制, 难以便利进出口贸易的发展, 不能为进出口商提供有关进出口货物原产地预先性的意见等, 这些都是急需界定的而目前又是立法空白。在原产地规则的适用方面, 依据 WTO《原产地规则协议》和其他国家的立法实践, 原产地规则的适用范围相当广泛, 不但包括了最惠国待遇的实施、反倾销反补贴及保障措施的实施、原产地标志的监管, 还包括了任何差别性数量限制或关税配额的适用等, 相比之下, 我国的原产地规则适用范围过窄。这些在适用范围上的极大差异, 使得内地的原产地规则很难适应 CEPA 零关税的要求。

对此, 笔者建议两地应该尽快建立起一套结构完整的(包括原则、标准和程序)、定义清晰、商品分类系统、具体的货物原产地规则。针对外国出口商制造“香港原产地”的规避性做法, 有必要先在对香港的货物进口环节设置严格的货物原产地检验通关制度; 相应的, 内地应该对那些申报香港原产地的特殊入关货物建立有效的监控和审核机制。另外, 在立法层面上, 扩张内地原产地规则适用的范围, 其当然应该包括反倾销的措施, 以直接呼应 CEPA 的相关规定, 避免在区域经济法层面与国内立法的冲突隐患。

CEPA 签署之前曾有学者提出, 中央政府可以建议香港特区政府制定自己的反倾销法。笔者对此种观点持保留意见, 这是因为: 一方面, 中央政府可能会因此被指侵犯香港政府的自治权, 而香港政府制定反倾销法规也很可能被 WTO 其他成员方指为违反承诺, 实行贸易保护措施; 另一方面, 还必须考虑到香港现在的自由港的身份是长期形成的, 如果进行严格的反倾销立法, 必然在一定程度上影响其自由港的世界地位, 这可能会对香港经济产生不良的连锁反应,

波及诸多行业。因此，香港是否应该制定反倾销法，应该充分估量其对香港经济整体可能产生的影响，而绝不应贸然行事。

最后，笔者也建议应该对 CEPA 本身进一步完善，充分注意到 CEPA 现文本中存在的问题。当务之急是制定、完善一系列详细明确的附则，尽快将争端解决机制规则化，引入司法审查，变现在的“政策导向”为“规则导向”，以建立长期稳定的经济一体化关系。

## 内地与香港在 CEPA 框架下的知识产权法律问题初析

王畅邓媛

《现代服务》2006-08

香港回归祖国之后，与内地在政治、经济、文化各方面交流日益频繁，尤其是在经济往来方面，香港与毗邻的泛珠三角地区更是越来越趋于一体化。随着《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(Closer Economic Partnership Arrangement, 简称 CEPA) 的签订，香港与中国内地经济交流合作已由松散状态进入紧密状态，由自然融合转向制度化组织化融合。CEPA 实施后，香港对内地的本地产品出口，有九成可享有零关税；同时，内地还向香港开放 17 种服务行业。而且，香港居民可在内地开设业务和工作，拥有长期发展的机会。然而，在大量的经济活动中必然会产生大量的知识产权纠纷，如何快速有效地解决这些具有特殊性的知识产权纠纷是香港和内地司法界急需研究和探讨的问题。

### 一、内地与香港在 CEPA 框架下知识产权法律制度的区际冲突表现

内地和香港分属于不同法域，各自拥有不同的知识产权法律体系。尽管两者都是在国际条约和准则的指导下建立、修订或“本地化”的，在整体上越来越趋于一致，但因为各自所秉承的法律传统和所处的社会制度不同，两者之间的差异明显存在，因此内地与香港知识产权的区际冲突无法避免。例如：1、一家在香港做料理很有名的酒家，发现在一河之隔的深圳也有与它店名相同、装饰风格相仿的料理店，这家仿冒的料理店专门开在香港人活动相对集中的地区，吸引了大批到深圳消费的香港人，生意兴隆。不明底细的人还以为是香港的酒家在深圳开的分店。2、深圳某公共交通运营公司的标志与在香港家喻户晓的某公共交通运营公司的标志极为相似，图案中仅相差一竖。3、一批玩具从深圳运往香港，该款时钟的外观设计在香港被人注册专利，而在内地没有人申请专利权。因此，在内地生产和销售玩具不会违反内地法律。但是，如果这些玩具经非香港专利权人输入香港，就面临被权利人控诉侵权的问题。4、在内地放宽市场准入的情况下，香港凭借自身重视知识产权保护的优势，向内地市场提供大量的“知识产权含量高的”产品和服务，273 个行业上千种的香港产品将能够以零关税进入内地。但是，这些产品当中很多都是有香港专利而没有内地专利，

重新申请内地专利又耗费大量人力和物力，如何有效保护这些产品的技术不被大规模地仿冒？类似的情况在知识产权的其他领域内也不在少数。

## 二、内地与香港在 CEPA 框架下知识产权法律制度的区际冲突的原因分析

传统的知识产权法律具有严格的地域性特点。这是因为其客体具有无形性，在某些大陆法系国家，在担保法、财产法等法中称知识产权为“以权利为标的”的物权；在某些英美法系国家，则称之为“诉讼中的准物权”或“无形准动产”。这种无形性使得同一知识产权可以由不同的主体创造或占有，所以法律必须在同一知识财产上拟制一个唯一的权利主体。就同一个知识财产来说，一国法律拟制的知识产权有可能与另一国法律拟制的知识产权产生冲突，这正是知识产权地域性的根源所在。这一特点决定了依一国法律产生的知识产权只在该国有效，原则上不具有域外效力，强调本国法仅保护依其法律产生的知识产权；一国一般也不会承认依另一国法律产生的知识产权在本国的效力。这种法律制度是各主权国家为了保护本国的政治经济利益而设定。

内地和香港之间的法律制度冲突是历史造成的，香港回归前是英国的殖民地，其法律有浓厚的殖民地主义色彩，大部分依附于英国的法律体系。加之，回归后香港继续保持原有的资本主义制度，整体上延续原有的法律制度。虽然进行了法律“本土化”，但与内地法律制度在很多方面仍存在差异。

知识产权的地域性和香港的历史原因造成了内地与香港的知识产权法律制度的区际冲突。这种法律制度的冲突，在同一经济区域内使相同的法律行为产生不同法律后果。这些因法律制度不同造成的“空白地带”使“侵权人”可以从容地选择“侵权行为地”，以便躲避制裁。另一方面，则使得权利人为了维护自身权益而要付出更高昂的代价。如果这种局面长期存在，势必严重阻碍内地与香港之间的经济发展。因此，扫除这种法律制度的障碍已是迫不及待的问题。

三、内地与香港在 CEPA 框架下的知识产权保护合作途径的选择度的区际冲突的途径需要从协调机构的设置、适用法律的协调方面来着手：

### （一）协调机构的设置

在欧盟，有一套成熟的立法机制，先由欧共体委员会提出立法建议，欧洲议会讨论和“经社委员会”提出意见，再由欧共体委员会根据审议中的意见进行修改，最后由欧洲部长理事会通过、颁布并形成跨国法。可见协调机构的设置是十分必要的，需要有专门的机构去推动内地与香港之间的知识产权保护合作。这机构的主要职责是：草拟内地与香港知识产权的法律冲突的解决方案和立法建议，以供全国人民代表大会和香港立法会修改法律时参考。以下是机构设置的具体方案：

机构设置方案一是：由内地、香港的代表共同组成“内地与香港区际知识产权保护协助委员会”，由该委员会制定适用于两地间开展区际知识产权保护协

助的规范性文件，并统一办理两地间的知识产权保护协助事务。参加区际知识产权保护协助委员会的代表包括：最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家知识产权局、国家工商局、海关总署的代表，香港终审法院、知识产权署、海关。

机构设置方案二是：由内地与香港各自组成一个综合性的机构，再由该两个综合性的机构分别代表两地协商签订两地知识产权保护合作的协议，统一协调办理两地的知识产权区际冲突事务。内地的综合性机构可命名为“中国内地知识产权保护协助委员会”，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家知识产权局、国家工商局、海关总署的代表组成。香港的综合性机构可命名为“香港知识产权保护协助委员会”，由香港终审法院、知识产权署、海关的代表组成。

## （二）适用法律的协调

在整个协调法律冲突的过程中需要先易后难，从易解决之处入手，循序渐进逐步完善，最终从根本上解决问题。

### 1、单方面制订冲突规范的途径

实施 CEPA 协议初期，内地与香港知识产权法律制度协调，可以选择对特定领域的冲突问题单方面作出调整规范的做法。这是一种较为快速简便方法，如内地在 1999 年 11 月发布了《关于在香港特别行政区知识产权署提出的首次申请的优先权的规定》就是采用了对特定问题单方面及时作出规范调整的方法。这种方法快速有效，针对性强，且可为内地与香港建立更完善的知识产权法律制度协调机制打下基础。

### 2、协调内地与香港知识产权实体法的途径

先缩小两地知识产权实体法具体规定的差别，为以后建立完全统一的知识产权法律制度打下基础。有两种途径：一是由内地和香港共同制定类似欧共体《商标指令》的立法标准，或制定一部示范法，由两地立法机关采纳，将其转为域内法进行实施；二是由于内地和香港都已经加入世界贸易组织，按该组织的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)的规定，各成员的知识产权法应达到该协议规定的最低标准。

### 3、建立复式的知识产权法律体系

也即制定一部统一的知识产权法，建立一个统一的知识产权注册机构，产生跨区域知识产权。同时，两地的知识产权法律制度予以保留，由其产生区域知识产权。为使两种不同的知识产权法律制度协调运行，必须建立适当的协调机制，参照欧盟有关商标法律体系，在不同的法域间可建立以下三种协调机制：一是优先注册权制度，对于在诸法域内有效的注册商标或得到诸法域共同承认的商标，权利人可以享有优先注册跨区域商标的权利，跨区域商标权人则享有

将其商标优先注册为区域商标的权利；二是转换申请制度，当申请跨区域商标失败时，不影响其再申请区域商标；三是诉讼管辖和法律适用制度，在跨区域商标权和区域商标权同时存在的情况下，可以象欧共体一样，选择适用权利产生所依据的法律。其管辖，则以被告所在地为主，再辅之以最密切联系地。对于跨区域商标权，可成立专门的管辖法院，或指定有关法院专门管辖有关案件。

4、建立统一的知识产权法律制度，即在全国仅有一部知识产权法，一套注册制度。各地区不再保留各自的知识产权法律。这样，中国在“一国两制”下存在的知识产权区际法律冲突的问题，将获得根本的解决。

## 推进 CEPA 框架下我国内地与港澳旅游业合作的法律思考

慕亚平卜凌嘉

《学术研究》2008-04

### 一、CEPA 协议的实施推动了三地旅游业蓬勃发展

(一) 香港旅游业出现了前所未有的繁荣局面 CEPA 的实施有力地帮助了香港旅游业从 SARS 的严重打击中恢复过来，并且刺激了酒店、零售、景点等旅游相关行业的快速增长。据香港旅游局统计，到 2004 年 7 月底港澳个人游”开放一周年之际，个人游赴港的内地居民累计达 260 万人次，约占同期大陆出境旅游人次数的 1/4。2005 年，旅游业的表现理想，访港旅客超过 2300 万人次，再创新高，旅游收益逾 1,000 亿元，内地旅客亦创新高，超过 1250 万人次，比上年增长 2.4%。根据国家旅游局统计数据，自从 2003 年 7 月 1 日开放内地居民港澳个人游”以来，到 2006 年五月底，内地到香港“个人游”达 1300 多万人次，到澳门个人游”突破 1000 万人次。个人游”的实施带动了其他相关行业的兴旺，直接促进了香港经济的复苏。2004 年，个人游”旅客的额外消费为香港本地生产总值增加 45.4 亿港元，对酒店及住宿业的增值额为 2.25 亿港元，对零售业的增值额为 7.02 亿港元，对饮食业的增值额为 3.35 亿港元，对其他个人服务增值额为 2.65 亿港元，对跨境运输服务增值额为 1 亿港元，为旅游相关行业直接创造 16558 个就业机会。

(二) 澳门旅游业直接带动了澳门经济的发展 CEPA 对澳门旅游业发展的促进更为明显。以博彩业为中心的旅游业是澳门经济的支柱产业，直接受到旅游业影响的就业人口占澳门本地生产总值的 32.8%。根据澳门旅游业界统计资料，自从开放以个人身份赴澳门旅游之后，内地赴澳门游客迅速增长，仅 2004 年内居民赴澳门游客达 925 万人次，比 2003 年增加 65.96%。2005 年，内地居民赴澳门游客达 1046 万人次，比 2004 年增加 9.79%。2006 年，内地居民赴澳门游客达 1198 万人次，比 2004 年增加 14.55%。庞大的内地游客直接带动了澳门经济的发展，并增加了澳门政府的财政收入。2004 年，澳门旅游业总收入达 587 亿澳门元，比 2003 年增加 43.7%，澳门政府从旅游业中获得的财政收入为 238

亿澳门元。2005年，澳门旅游业总收入达620亿澳门元，比2004年增加5.63%，澳门政府从旅游业中获得的财政收入为282亿澳门元。

### （三）内地旅游业也在CEPA合作中得到发展

2004年，香港同胞入境达到6653.89万人次，比2003年增加13.2%。全年香港同胞在内地花费69.14亿美元，比2003年增加28.32%。2005年，香港同胞入境达到7019.38万人次，比2004年增加5.49%；澳门同胞入境达到2573.41万人次，比2004年增加19.61%。自CEPA实施以来，港澳同胞入境旅游人次和花费逐年增加，并有明显的增长趋势。

### 二、CEPA关于旅游业合作的规定合乎并优于我国入世承诺

CEPA中服务贸易开放承诺是在我国加入WTO的《服务贸易具体承诺减让表》基础上，经双方磋商确认的，使用了《服务贸易具体承诺减让表》中的服务贸易部门分类标准。这一部门分类标准来自《服务贸易总协定》（GATS）。GATS中服务贸易分为四种：即跨境交付、过境消费、商业存在和自然人流动。这四种方式中与旅游业联系密切的主要是跨境消费和商业存在。跨境消费是指在一成员境内向另一成员的消费者提供服务，即消费者来到服务提供者所在地进行消费活动。在旅游业中，即一成员方游客来到另一成员方境内的旅游目的地，由旅游目的地的旅行社向其提供交通、导游、餐饮和住宿等服务。商业存在是指一成员方的服务提供者在另一成员境内以通过设立任何形式的商业机构或专业机构提供服务，服务提供者来到消费者所在地设立法人、分支机构或代表处向消费者提供服务。在CEPA协议中，有两项规定是允许港澳服务提供者以商业存在的方式进入内地市场。相比跨境消费这种单纯的接待服务，商业存在能够让旅游服务提供者真正进入内地客源市场，实际接触内地消费者，迅速而全面地了解内地市场，从而更好地开拓内地广阔的市场。商业存在作为一种投资形式，必将更加紧密地连接起港澳和内地三个市场，促进三地市场的一体化，是三地旅游业深层次经济交流与合作的重要形式。

CEPA的开放措施使港澳服务提供者以先于内地向世贸组织承诺的开放时间进入内地市场，而在某些领域港澳服务提供者甚至享受超出内地入世承诺开放的水平。

1. 在住宿餐饮服务方面。我国加入WTO时承诺，外国服务提供者可以合资企业形式在中国建设、改造和经营饭店和餐馆设施，允许拥有多数股权，加入后4年（即2005年）内，允许设立外资独资子公司。CEPA允许香港、澳门服务提供者自2003年起，可以独资形式在内地建设、改造和经营饭店、公寓楼和餐馆设施，且无最低注册资本要求。港澳服务提供者不仅可以较世贸组织其他成员投资者提前两年进入酒店餐饮业，而且取消对注册资本要求和资本构成比例要求。这一领域的实际开放水平已经超过了我国在加入WTO时的承诺。

2. 旅行社注册资本要求和地域限制方面。我国在加入 WTO 时承诺满足下列条件的外国服务提供者可以自加入时起以合资旅行社和旅游经营者的形式在中国政府指定的旅游度假区和北京、上海、广州和西安提供服务：(1) 合资旅行社或旅游经营者的注册资本不得少于 400 万元人民币；(2) 中国加入后 3 年(即 2004 年)内，注册资本不得少于 250 万元人民币；(3) 加入后 3 年(即 2004 年)内，将允许外资拥有多数股权；(4) 中国加入后 6 年(即 2007 年)内，将允许设立外资独资子公司，将取消地域限制；(5) 中国加入后 6 年(即 2007 年)内，将取消对合资旅行社或旅游经营者设立分支机构的限制，且对于外资旅行社或旅游经营者的注册资本要求将与国内旅行社或旅游经营者的要求相同。CEPA 规定自 2003 年起，对港澳与内地合资设立的由内地拥有多数股权(中方出资占注册资本比例不低于 51%)的合资旅行社取消了仅限于北京、上海和广州、深圳、西安 5 个城市的地域限制。

3. 旅行社的港澳服务提供者资格审查方面。2003 年根据入世承诺修改的《设立外商控股、外商独资旅行社暂行规定》，设立外商独资旅行社境外投资方的年旅游经营总额应在 5 亿美元以上；在内地设立外商控股旅行社境外投资方的年旅游经营总额 40(8)万美元以上。2005 年，为配合 CEPA 补充协议二》，根据国家旅游局和商务部第 25 号令，降低香港服务提供者和澳门服务提供者进入内地的准入条件，即：在内地设立独资旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者的年旅游经营总额不低于 2500 万美元；在内地设立合资旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者的年旅游经营总额不低于 1200 万美元。

4. 旅行社许可经营的业务方面的限制。根据 WTO 承诺，中外合资旅行社，外资独资旅行社或旅游经营者的业务范围为：(1) 向外国旅游者提供可由在中国的交通和饭店经营者直接完成的旅行和饭店住宿服务；(2) 向国内旅游者提供可由在中国的交通和饭店经营者直接完成的旅行和饭店住宿服务；(3) 在中国境内为中外旅游者提供导游；(4) 在中国境内的旅行支票兑现业务。中外合资或独资旅行社和旅游经营者不允许从事中国公民出境及赴中国香港、中国澳门和中国台北的旅游业务。2006 年，在 CEPA 补充协议三》中，对原来 CEPA 中不允许合资旅行社经营出境游服务的规定进行了修改，允许合资旅行社试点经营广东省居民(具有广东省正式户籍的居民)前往香港、澳门的团队旅游业务。在内地对 WTO 的旅游市场开放的承诺中，出于对旅行社行业的保护，内地并未对外国投资者经营出国旅游、赴港澳台旅游市场作出任何承诺。但 CEPA 首次有条件地突破了这一市场壁垒，允许港澳合资旅行社经营广东省居民赴组团港澳业务。

以上 CEPA 承诺都属于对商业存在的开放。另外，CEPA 逐步允许广东省全省、北京、上海、天津、重庆等内地 43 个城市约 2 亿居民以个人身份赴港澳旅游。此项承诺属于跨境消费的开放。

从以上法规和文件可以看出，CEPA 及其补充协议使得港澳服务提供者享受了比入世承诺中给予外国投资者以商业存在方式进入内地市场更为优惠的准入条件。

但是，CEPA 并没有违反 WTO 的规则，WTO 倡导全球自由贸易，但并不反对成员之间缔结双边或区域性的自由贸易协定。内地和香港、澳门均为 WTO 的成员，同时又是不同的关税区，CEPA 作为国家主体与其单独关税区之间的自由贸易协议，是致力于在小范围内实现货物及服务贸易的进一步自由化，并不违反 WTO 协议规则。CEPA 的内容并未涉及对非成员方新增或提高货物贸易及服务贸易的壁垒，完全符合 WTO 的要求。CEPA 现已接受 WTO 区域性贸易协定委员会三轮审议，并于 2006 年 3 月获得正式通过。[4]

### 三、CEPA 框架下内地与港澳旅游业合作中存在的法律问题

统计数据显示，自 CEPA 实施以来，三地的旅游合作与交流主要是通过跨境消费方式完成的，港澳服务提供者利用商业存在方式取得的成果并不明显。这表明在 CEPA 的旅游业规定中，关于商业存在进入内地市场方面仍然存在一定服务贸易壁垒和限制以及其他妨碍港澳旅游提供进入内地的因素。

#### （一）市场壁垒降低了港澳服务提供者进入内地市场的积极性

我国旅游市场一般按游客前往的目的地分为三大块。1、内地居民在大陆地区旅游的国内旅游市场。2、外国人和港澳台居民赴内地旅游的入境旅游市场。3、内地居民赴外国和港澳台地区旅游的出境旅游市场。

一般认为，国内旅游市场发展最为成熟，市场开放程度也较高，所有中外合资旅行社和外商独资旅行社均可以经营国内旅游市场业务。但由于国内交通逐渐发达，旅游信息丰富，自助游和自驾游等新兴旅游方式迅速发展，越来越多旅游者选择以不参加旅游团的方式出游，而自行购买旅游要素服务（如交通服务）。传统旅游模式的改变使得传统的国内包价旅游（即包括交通、住宿、导游接待等各个旅游要素的旅游服务）市场日渐萎缩和老化（成团率已不足 5%），导致国内旅游包价市场竞争日趋激烈，利润率明显下降。

与此相反，出境旅游市场充满活力和需求。随着内地居民收入水平的增加，对我国开放的旅游目的地的国家和地区不断增加，以及外国政府对我国居民旅游签证政策的放松，内地居民赴境外国家和地区旅游市场将会得到快速发展。相比国内旅游市场经过较为充分的竞争而进入了稳定期，出境旅游市场还正处于迅速成长阶段。而境外国家和地区由于和内地距离遥远，境外国家和地区与内地无论在语言还是社会制度方面均存在较大差别，人员进出须办理相应的签证和出入境手续，赴外国和港澳台地区的包价旅游业务具有相当的复杂性和稳定性，不容易像国内旅游市场那样转化为旅游要素的零售业务。同时，由于赴外国和港澳台地区的旅游业务本身的复杂性也导致出境旅

游经营者数量较少，使得赴外国和港澳台地区的旅游市场利润在三大旅游市场是最高的。外国与港澳旅游经营者的优势也正是在出境旅游市场业务方面。境外旅行社资本雄厚，管理科学，从业人员业务素质高，并且比国内旅行社更为熟悉境外旅游市场的商业运行规则和惯例，在经营出国旅游业务上具有得天独厚的优势。

然而，目前内地经济结构仍然是以制造业为主，服务业整体发展水平不高。为保护多数实力不强的小型内地旅游企业免受境外大型旅游企业的强烈冲击，我国在入世承诺时采用了有限度地开放旅游市场的做法，对开放出境旅游市场作出保留，禁止外商控股或独资旅行社经营或变相经营中国公民出国旅游业务以及中国内地人赴香港、澳门特别行政区和台湾地区旅游的业务，而出国旅游和赴港澳台地区旅游的业务恰恰是外国投资者最感兴趣的业务。

CEPA 补充协议三》虽然允许港澳服务提供者经营具有广东省正式户籍的居民前往香港、澳门的团队旅游业务，但由于赴港澳签证政策的改变和粤港澳交通便利，广东与港澳语言相同，大部分广东省居民往往以个人游”身份赴港澳旅游，导致港澳游的组团业务也出现散客化”，成团率不断降低，港澳组团旅游市场发展空间有限。根据现行的法规，港澳投资者禁止经营内地居民出国旅游业务，这无疑会大大降低港澳服务提供者通过正式渠道进入内地市场的积极性。由于高端优质的旅游市场不对境外投资者开放，导致境外投资者（包括港澳投资者）进入内地市场时非常谨慎，从而影响了港澳投资者对内地旅游业的服务提供。

## （二）旅游服务定义不明、分工不清影响了旅游管理部门对旅游业的监管

旅游服务具有无形性、不可储藏性、购买与消费非即时性等特点，远比货物贸易复杂，涉及对交通、住宿、餐饮和导游等旅游要素多种服务的购买、组合及再次销售等诸多问题。据国际旅游组织统计与旅游有关的服务部门达 12 类之多，包括商业服务（购买、出售、出租）、通讯服务、建筑及其他工程服务（如旅游、娱乐设施的建筑）、分销服务（如旅游产品的零售）、教育服务、环境服务、金融服务、与健康有关的服务和社会服务、旅游服务和与运输有关的服务、娱乐文化和体育服务、运输服务和其他服务。

旅游服务的复杂性和关联性对政府部门的管理和监督能力提出了更高的要求。然而，我国现行旅游法规没有对包价旅游服务与旅游要素产品零售服务作出清晰定义和分类，也没有对单纯提供旅游要素零售服务的经营者进行管理的规定，从而使得旅游管理部门将难以监督和管理合资或港澳独资旅行社的经营行为。譬如，我国法规明确禁止外商合资或独资旅行社经营出境旅游服务，但没有禁止外商合资或独资旅行社销售与出境旅游有关旅游要素零售服务。在实践中，往往存在外商合资或独资旅行社以代订国际机票、代订境外酒店客房、

旅游咨询等名义，以化整为零的方式从事内地居民出境包价旅游服务。旅游行政管理部门即使发现这类行为，也会因缺乏客观的认定标准和依据而难以处罚。倘若大量外资旅游业经营者以化整为零的方式经营出境旅游服务会导致我国对市场准入的保留失去作用。CEPA 许可港澳服务提供者经营广东省居民前往香港、澳门的团队旅游业务。这很可能将导致港澳合资或独资旅行社利用港澳作为中转地，进一步变相经营内地居民赴其他国家旅游业务。特别是随着旅游市场准入的放宽，旅游服务的定义和分类不清晰所引发的监督和管理问题将越来越突出。

### （三）设立合资或独资旅行社的门槛过高降低了投资旅游业的热情

尽管 CEPA 协议对港澳服务提供者设立合资或独资旅行社的准入门槛比我国入世承诺标准降低了许多，在内地设立独资旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者的年旅游经营总额由原来的不低于 5 亿美元降至不低于 25(8)万美元，内地设立旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者在内地设立旅行社的年旅游经营总额由原来的不低于 4000 万美元降至不低于 1200 万美元，但对在内地设立旅行社的港澳服务提供者不低于 250 万元人民币的注册资本要求并没有降低，而国内投资者只需 60 万元人民币即可注册相同类型的旅行社。除了注册资本过高以外，对港澳服务提供者在内地设立旅行社还有数量上的控制，每个境外投资方申请设立外商控股或外商独资旅行社，一般只批准一家。旅行社属于典型的连锁经营企业，需要广布网点才能形成品牌效应和规模经营的经济效益，限制旅行社分支机构数量也是造成港澳投资者不愿进入内地市场的原因。

### （四）内地旅游法规缺乏透明度，旅游管理过多行政主导

内地旅游业没有一部真正的法律，而习惯于行政手段管理。从 1982 年开始起草《旅游法》，至今也未出台，现行的旅游单项法规基本上是行政法规和文件，且大部分是各行政职能部门颁布的。国务院颁布的行政法规仅有《旅行社管理条例》、《中国公民出国旅游管理办法》和《导游人员管理条例》，其余为国家旅游局或其他行政职能部门如文物部门、交通部门等颁布的实施细则或暂行规定等。据不完全统计，“八五”期间出台的旅游规章、规范性文件多达 45 个，其中相当数量是以“通知”、“会议纪要”甚至“口头通知”和“领导讲话”的形式下发。以行政文件作为旅游管理依据，造成政出多门，互相冲突，缺乏透明度和稳定性，令旅游经营者无所适从。港澳服务提供者反映，大多数内地服务行业法规复杂，不方便营商，透明度不足。甚至同一行业法规在不同省份有不同的规定。(P21) 内地旅游业政策缺乏透明度和稳定性影响了港澳服务提供者在内地设立旅行社的热情。

以上的种种原因都导致港澳服务提供者对于利用商业方式进入内地市场反映并不热烈，较少以正式渠道利用商业存在的方式进入内地市场。根据香港工

业贸易署统计，截至 2006 年 9 月 30 日，获得批准的香港服务提供者申请书为 995 份，其中，旅游和与旅游相关服务的服务提供者获批准的数目仅为 5 项。

#### 四、解决 CEPA 框架下内地与港澳旅游业合作问题的建议

##### (一) 对港澳合资或独资旅行社开放出境旅游市场

旅游业属于技术含量低和劳动密集型服务业，我国发展旅游业具有独特的优势，相比其他服务业我国旅游业具有较强的竞争力。而且相对于电信、银行、证券、保险等与国民经济安全密切相关的服务业，无论是在发达国家还是在发展中国家旅游业都属于开放程度较高的产业。因此，我国在入世谈判时，将旅游业市场开放列为开放度较高和完成谈判较早的行业。虽然从保护我国旅游企业利益的角度出发，我国入世承诺对出境旅游市场设置贸易壁垒具有一定合理性，但多年实践经验表明，产业保护政策可能会对产业发展产生负面影响，行业垄断导致企业缺乏竞争意识，产品单一、服务质量低下、收费居高不下，受到严格保护的产业依赖政策生存，缺乏提高竞争力的动力。而按照 GATS 关于逐步自由化的原则，中国旅游业的对外开放不可能止于现已做出的承诺，而是要坚定不移地继续拆除壁垒，实现更全面更大程度的开放。从长远看，对外资旅游企业在内地的业务范围限制势必逐步取消。因此，在以后阶段的 CEPA 协议中对港澳服务提供者在内地设立合资和独资旅行社进一步开放市场是顺应我国服务业发展趋势的。

对港澳服务提供者在内地设立合资和独资旅行社逐步开放出境旅游市场不仅可以为内地旅游者提供更多的消费选择，而且也有利于促进内地旅行社学习和引进港澳旅游经营者先进的经营理念和管理模式，提高内地旅行社的服务水平。

## CEPA 模式对于中国区际法律冲突解决途径的借鉴

曹和平等

《法学研究》2006-11

### 二、CEPA 其法律性质

CEPA 是 closer Economic partnership Arrangement 的缩写，意为建立更紧密经贸安排。目前，内地分别与香港、澳门订立了 CEPA 为方便研究，本文中 CEPA 仅指《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》。2003 年 6 月 29 日，内地与香港正式签订了 CEPA 随后还签署了 6 个附件、补充协议及其 3 个附件。为了进一步提高合作水平，扩大内地在服务贸易领域对香港开放程度及方便双方在贸易投资领域的合作，双方又分别在 2005 年 10 月 18 日和 2006 年 6 月 27 日签订了二份 CEPA 补充协议。CEPA 法律依据是 1994 年《关贸总协定》第 24 条、《服务贸易总协定》第 5 条、第 7 条以及东京回合通过的《发展中成员的差别与更优惠待遇、互惠及更充分参与的决定》第 2 条(C) 款规定的授权条款。相

关条款都规定 WTO 成员在一定的条件下可以成立关税同盟或自由贸易区。因此，CEPA 被认为是 CEPA 非歧视原则的一项合法的例外。

不过，由于香港的特殊地位，学者们对于 CEPA 法律性质存在不同的看法。其实，相关名称从最初设想的“自由贸易区”到“类似自由贸易区”直至最终的“建立更紧密经贸关系安排”这一演变过程也昭示了 CEPA 的特殊性和复杂性。对 CEPA 法律性质的讨论大体可以分为两个部分：一是从其主要内容上看，是一个什么性质的协定，二是这一协定究竟是具有国内性还是国际性。首先，从内容上看，CEPA 质是一个自由贸易协定，对于这一点学者们并无争议。CEPA 规定，在货物贸易方面，两地之间的货物在 3 年之内实行零关税，并对从对方进口的产品不再采取除保障措施之外的其他非关税措施；在服务贸易方面，扩大了市场准入的范围，减少、消除有关限制措施；在投资方面，采取贸易投资便利化措施，鼓励相互间的贸易投资。因此，从其内容和本质上看，CEPA 是一项自由贸易协定，旨在建立内地与香港之间的自由贸易区，促进相互间贸易、投资的增长。其次，这一自由贸易协定具有国内性还是国际性，在这一点上学者们存有不同的观点。持国际性观点的学者认为，从 CEPA 的主体、内容合法性的判别标准和签订的法律依据来看，其具有国际性。而持反对观点的学者认为，在 WTO 框架下发生的关系并不必然是国际关系，CEPA 的构建是以国内经贸关系为法律基础的。另还有学者提出 CEPA 受国际条约规范和调整的一国国内的法律安排。

其实，如果换一个角度，从国际私法的角度来认识，CEPA 的法律性质则昭然若揭。国际私法中解决的不仅指发生在主权国家之间的法律冲突，还包括发生在一国主权国家内部不同法域之间的法律冲突，因此国际私法中的国际不仅指主权国家，还指一个主权国家内部的不同法域。不同法域间可以订立有关的区际协议，这种协议完全是一国内部不同法域间的安排。内地和香港就是同处一个主权国家内部的不同法域。虽然 CEPA 受制于 WTO 规则，但不能因为其受制于 WTO 规则就认为一定具有国际性。在当今国际社会，国际法发展的一个重要迹象，就是其客体的迅速扩大与国家“保留范围”的相对缩小。国际法的触角逐渐伸入国家主权的保留范围，使关税及贸易政策等都在不同程度上受到了各种条约及国际实践的制约。虽然存在着国际条约的制约，但并非受到制约的都一定具有国际性。主权在当今社会受到了越来越多的限制，但这并非意味着主权的国际化，包括国家责任制度在内的国际法的发展使不受制于任何国际规则的纯粹的一国内部的行为几乎销声匿迹。因此，CEPA 内主体、安排内容合法性的判别标准的国际性和安排签订的法律依据并不足以成为使其具有国际性的充分条件。其实，在 CEPA 之前两地之间已有名为“安排”的类似协议，如《内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（以下简称《相互委托送达司法文书的安排》）、《关于内地和香港特别行政区相互执行仲

裁裁决的安排》(以下简称《相互执行仲裁裁决的安排》)。如相互执行仲裁裁决的安排是1999年6月21日中国最高人民法院与香港特别行政区的代表达成协议签署的,其规定了两地仲裁裁决相互执行的条件、程序以及适用的时间范围,标志着内地和香港之间在仲裁裁决执行的相互配合上迈出了重要的一步。

因此,CEPA是一个国内的法律安排。虽然CEPA受制于WTO的有关规则,但从国际私法的角度,CEPA内地与香港两地在贸易自由化方面的区际协议。尽管CEPA非直接针对区际法律冲突的解决而制订,但其客观上给中国区际法律冲突产生重要影响,这一成功的区际协议的模式为中国区际法律冲突的解决途径提供了借鉴。

### 三、中国区际法律冲突的现状和解决途径

在中国,目前存在着大陆、香港、澳门和台湾四个不同的法域。这一现状的出现有着深刻的历史原因:台湾、香港和澳门虽一直被国际社会公认为中国领土的组成部分,但在国共内战之后,国民党战败退居台湾,事实上统辖台湾,与大陆相对立隔绝,实行了不同于大陆的政治、经济、文化、法律制度;而香港和澳门则通过不平等条约分别被英国和葡萄牙所强占,并实行了各自的政治、经济、文化、法律制度,虽然中国多次声明对香港和澳门的领土主权,但事实上在两地回归前,大陆与两地的关系实以中国与英国、中国与葡萄牙的关系的形式建立的,实为不同国家间的关系。在两地回归之后,中国则真正形成了四法域的局面。

由于那段特殊的历史,中国的区际法律冲突显得异常复杂,其表现出的特点是其他多法域国家所不具有的。在中国境内,既存在着同一社会制度的法域之间的冲突,又存在着不同社会制度的法域之间的冲突,如除大陆地区外,其他三法域的法律制度均属资本主义法律制度;既存在着同一法系的法域之间的冲突,又存在着不同法系的法域之间的冲突,如台湾和澳门同属大陆法系、香港为英美法系,而大陆地区又独成一个法系。与美国等联邦制国家相比,中国是一个单一制的国家,但根据《关于香港问题的联合声明》和《关于澳门问题的联合声明》及两个基本法,两地享有高度的自治权。特别行政区具有独立的立法权、司法权和终审权,特别行政区还可以分别以“中国香港”和“中国澳门”的名义,在经济、贸易、金融、航运、旅游、文化、科技、体育等领域单独同世界各国、各地区及有关组织保持和发展关系,并签订和履行有关协定。而台湾地区与大陆地区隔绝对立,事实上也享有独立的立法权、司法权和终审权。由此,三法域所享有的权力甚至为联邦制国家的联邦所不及。这些特点同时也更加加剧了冲突的复杂性,使得中国的区际法律冲突不仅表现为各地区本地法之间的冲突,而且也表现为各地区的本地法与其他地区适用的国际条约之间以及各地区适用的国际条约相互之间的冲突。

总的来说，区际法律冲突的解决包括区际冲突法和区际统一实体法两种解决途径。在区际冲突法的解决途径下，又包括制定全国统一的区际冲突法、各法域分别制定各自的区际冲突法、类推适用国际私法、对区际法律冲突和国际法律冲突不加区分适用基本相同的规则等几种不同的方法。在统一实体法的解决途径下，又包括制定全国统一的实体法、制定仅适用于部分法域的统一实体法、各法域采用相同或类似的实体法求得统一、多法域国家的最高法院在审判实践中推动实体法的统一、将在一个法域适用的实体法扩大适用于另一个法域等几种不同的方法。但这毕竟是理论上的解决途径，具体到中国特殊的区际法律冲突的状况，却未必完全适用。

目前各法域具有包括独立的立法权和司法权在内的自治权。虽然中国是单一制国家，但这些高度的自治权在某些方面甚至连联邦制美国中的各州都难以与之相比。在这一状况下，就区际冲突法的解决途径来说，制定全国统一的冲突法是不切实际的。类推和不加区分适用国际私法这一方法也并不可行，因为大陆、香港和澳门各自分属不同的法系，其国际私法规则存在较大差异，或者本身尚不完善，这一方法只会产生更大的冲突，促进挑选法院现象的产生。此外，虽然台湾对于和香港、澳门之间的民商事法律冲突的解决主要就采取这种方法，但这却反映了其别有用心政治企图。因此，只剩下各法域分别制定自己的区际冲突法这一方法了。同样，就区际统一实体法的解决途径来说，制定全国统一的实体法也不可行，具有终审权的最高法院的缺乏也使得在审判实践中推动实体法的统一成为泡影，而将一个法域适用的实体法扩大适用于另一个法域也是缺乏一个有权的机关，缺乏可操作性。因此就只剩下制定仅适用于部分法域的统一实体法和各法域采用相同或类似的实体法求得统一这两种方法。

在实践中，各法域已经运用了制定各自的区际冲突法、采用相同或类似的实体法求得统一这两种方法。首先，在制定自己的区际冲突法方面，各法域均有所行动或构想，但成效并不显著。就大陆方面而言，目前并无专门的区际冲突法。实践中一般将涉及香港、澳门、台湾的法律关系解释为涉外关系，适用《中华人民共和国民法通则》等立法的相关规定。但与立法的捉襟见肘相比，学者们的学术研究取得了较大的成绩，这一方面的主要研究成果包括：1991年韩德培与黄进拟作了《友陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》、中国管理科学院台湾研究所于1989年草拟的《大陆地区与台湾地区人民关系法建议草案》和大连海运学院司玉琢和李兆良所拟的《统一区际海事冲突法草案》。就台湾地区而言，其有着自己的区际冲突法。但台湾地区区分了其大陆地区、香港澳门地区的不同的法律冲突，针对前者于1992年9月公布了“台湾地区与大陆人民关系条例”及系列施行细则，针对后者于1997年公布了“香港澳门关系条例”。虽然台湾地区是区际冲突法立法最丰富的地区，但两条例的背后体现

了其鲜明的政治倾向和对立意识，这一思想反映在“台湾地区与大陆人民关系条例”中就是不能对等地看待两地法律，单边冲突规范的过多运用以及对大陆人民权利不对等的限制。在“香港澳门关系条例”中，由于台湾对自己与港澳间关系的定位仍处于矛盾和观望之中，既不甘心安于情势的发展，又不得不顺应之，仍将三者间的冲突作为国际冲突对待。而香港地区则因循英美法系的传统，对国际冲突与区际冲突不加区分。同时，又由于其判例法的传统，其区际法律冲突由调整国际法律冲突的相关判例和散见的各种成文规则去调整。就澳门地区而言，其虽因循大陆法系的传统，主张区别对待国际冲突和区际冲突，但其目前并无专门调整区际冲突的法律。因此，除台湾地区外，其他各法域并未制定自己的区际冲突法，而台湾地区的区际冲突法由于包含了过多的政治因素并不能公正合理的解决区际法律冲突。因此，各法域制定自己的区际冲突法这一解决方法的真正实现还需要较长一段时间。其次，对于各法域采用相同或类似的实体法求得统一这一方面，在实践中也出现了这样的情况。如在国际商事仲裁方面，四法域都以《联合国国际商事仲裁示范法》为蓝本颁布或修改了自己的仲裁法律制度，使得四个法域之间的仲裁制度差距并不太大，呈现出巨大的相似性。

但这一方法的缺陷在于只能达到各法域相关法律制度的相似，但并不能完全的消除冲突，法律冲突仍然大量存在，并且在各法域冲突规则相异的情况下，仍存在挑选法院的现象。因此，相比较而言，制定仅适用于部分法域的统一实体法或冲突法则在现阶段是最为可行和最为理想的方法。因为由于台湾的特殊地位和情况，短期内是不可能制定全国统一的实体法或冲突法，只能推而求其次制定适用于部分法域的统一实体法或冲突法。

#### 四、区际协议—CEPA 对中国区际法律冲突解决途径的借鉴

大陆地区与其他三法域之间的关系具有双重性。一方面，从行政上来看，香港、澳门和台湾同属中华人民共和国领土的组成部分，在国际上代表中华人民共和国的是中央人民政府，三地仍是中央政府领导下的地方行政区域，与中央政府的关系仍是中央同地方的关系。在这一角度上讲，二者有着不平等性。另一方面，从法域的角度来看，其他三法域制定的法律与全国人大及常委会制定的法律（《基本法》除外在客观上处平等地位，司法机关的判决具有同等的法律效力，在这一角度上讲，大陆地区与其他三方域又具有着平等性。

由于大陆、香港和澳门三地从法域的角度来说是平等的，各法域的立法机关都无权独自制定适用于他法域的法律，因此只能通过区际协议的形式调整相关法律冲突。各法域之间的法律地位为区际协议的订立提供了可能的法律依据。而 CEPA 则是区际协议的最好例证。虽然从国际经济法的角度来说，其是不同单独关税区间订立的协议，但从国际私法的角度，主体双方又是不同的法域。CEPA

内成功制订和实施为中国区际法律冲突的解决提供了一个切实可行的借鉴模式——区际协议。

根据一些学者的观点，所谓区际协议是指内地和香港在一些实体法领域签订一些协议以实现两地实体法的统一。虽然其专指内地与香港之间，但可以将这区际协议扩大到解决四法域法律冲突方面，并且在订立区际协议时须注意以下几个问题：

首先，区际协议并不一定要局限于实体法的领域，还应包括冲突法的领域和区际民事诉讼和商事仲裁领域。当然实体法领域达成协议是最为理想的，但是在冲突法领域也应尽可能的利用这一途径，毕竟冲突法领域较实体法领域来说敏感性更小，更少关涉政治经济基本制度的冲突。此外，区际民事诉讼和商事仲裁领域也应采取此种形式，因为相关的程序是保障区际民商事法律关系主体权利义务实现的切实的手段。事实上，在司法协助领域已经出现了相关的实践，如前文所提到的《相互委托送达司法文书的安排》、《相互执行仲裁裁决的安排》），这些安排发挥了重要作用，相当程度上解决了实践中的困难和法律上的困境，如《相互执行仲裁裁决的安排》。香港回归后，大陆地区和香港地区同为《纽约公约》的成员，但却不能在相互间直接适用的困境。

其次，区际协议是不同法域间的区际协议，应是能够代表不同法域的机关制定，而不应只在一法域的某一部分与另一法域间求得实体法或冲突法的统一。在实践中曾有学者提出，应由香港与内地每一个省、自治区签订相关协议，或由于地理位置的关系优先在香港与大珠江三角洲间签订相关协议或实现实体法的统一等观点。这些考虑出于各种原因，有的是因为对于地位对等问题的顾虑，有的则是从狭隘的地方利益出发。由于 CEPA 及相关安排的出台，第一种顾虑被证明是多余的，因为两地虽然从中央和地方的关系上来看是不平等的，但是从法域的角度来看具有平等性，因此完全可以由相应的机关代表两法域之间达成相关的协排》）。

因此，在解决区际法律冲突方面，在目前看来，可以在实体法领域、冲突法领域和区际民事诉讼和商事仲裁领域均可考虑签订相关区际协议。具体而言，在区际民事诉讼和商事仲裁领域，应继续进行实践，将协议推进到其他司法协助领域。在实体法领域，可以订立协议，加强经贸交流，进一步扩大准入范围，为区际冲突的解决打下良好的经济基础。在冲突法领域，可以在住所、主体资格、物权、合同、知识产权等有可能先达成一致的领域订立协议进行尝试。此外，就区际协议达成的路径来说，目前仍可采取大陆与香港先行一步，继而与澳门间再订立相关协议，等条件成熟时再与台湾订立协议。不过，这里仍需提及的一个问题是，就实践来看，大陆与香港、大陆与澳门都在类似的领域达成了相关的安排，但这些领域并非完全相同。如与香港订立的是关于执行仲裁裁

决的安排,而与澳门订立的是认可和执行民商事判决的安排;与香港订立的是关于送达司法文书的安排,而与澳门的协议中则除了送达司法文书的内容外还有调查取证的安排。这表明了随着交往和联系的加深,各法域在越来越多的领域可以进行协调,但这又会出现大陆香港两法域与大陆澳门两法域之间的冲突。因此,在相关区际协议订立并执行一段时间后可以考虑将区际协议的内容和适用范围扩大,如由三法域间制订新的委托送达司法文书和调查取证的协议及相互认可和执行民商事判决的安排,条件允许时再纳入台湾地区。逐步地在更大的范围内解决区际冲突,这样就朝着最终解决区际法律冲突的目标又进了一步。

区际法律冲突的背后是利益的冲突,而区际法律冲突的存在又影响着当事人的利益。解决区际法律冲突、最大限度的实现当事人的利益是国际私法的目标之一。但实现这一目标是一个漫长的过程,尤其当我们所面对的是一个具有几千年悠久历史的中国。正如上文所述,CEPA为中国区际法律冲突的解决提供了一个现阶段可行的模式,但这只是现阶段解决中国区际法律冲突的起点,而远非终点,在到达终点之前,需要进行更多的探索和总结。

## CEPA 条件下服务贸易的法律适用问题

索光举

《河南师范大学学报》2009-07

CEPA,即2003年6月29日商务部与香港特区政府共同签署的《内地与香港关于建立更紧密经贸关系安排》的英文简称。CEPA的诞生是我国实现区域经济一体化的第一步,也是我国与世界经济全球化接触的重要平台。CEPA协定涉及货物贸易、服务贸易以及贸易投资便利化三个方面,而有关服务贸易方面的安排则是CEPA核心中的核心。服务贸易方面的安排包括内地对香港服务贸易的提前开放和对香港服务行业进入内地较大幅度的准入优惠。CEPA的实施,尤其是关于服务贸易的安排,首先是以毗邻香港、具有先天优势的广东省为试点。2009年1月8日中国国家发展和改革委员会公布的珠江三角洲改革发展规划纲要(2008-2020年)明确提出,到2012年,粤港澳经济进一步融合发展,人均地区生产总值达到80,000元人民币,服务业比重达到53%;到2020年,人均GDP达到135,000元,服务业比重达到60%。

香港服务业是香港的优势产业,是世界最大的服务贸易输出地之一。香港服务业的优势主要集中于生产性服务部门,其进出口服务、金融保险、运输仓储业的增加值就占全港GDP增加值的40%。香港作为一个自由港,其制造业并不发达,在经济中仅占5%,而86%的比重是服务业。CEPA特别是服务贸易自由化的实施,为两地制造业和服务业的融合、互补关系的建立提供了制度安排,广东制造业将能够通过优质服务的获得来提升整体竞争优势。服务贸易方面的安排在实施的过程中必然会遇到许多法律方面的问题,这就是本文要探讨的重点。

### 二、CEPA 中服务贸易的主要内容

CEPA 在服务贸易方面的目标是逐步实现服务贸易自由化，减少或取消双方之间实质上所有歧视性措施。2004 年 1 月 1 日起，内地对香港提前实施对 WTO 成员所作的部分开放承诺。

服务贸易不同于货物贸易，其无形性特征和商业存在的提供方式，使在货物贸易领域广为使用的边界措施如关税等无法适用于服务贸易领域，各成员方只能依靠域内规制的办法对外方服务或服务提供者实行限制。《服务贸易总协定》GATS 根据服务贸易的特点，首先要求服务贸易领域的区域一体化需要涵盖众多的服务部门，且不应规定预先排除任何服务提供方式。其次，在服务贸易区域一体化协定生效或一段合理的时间框架内，在该协定所涵盖的部门，在协定的成员之间通过取消与国民待遇不一致的现有歧视性措施和/或禁止新的或更多的与国民待遇不一致的歧视性措施，达到取消或不实行对国民待遇的实质上的所有歧视。覆盖的广泛性主要是为了防止 WTO 的有关成员方在其相互具有优势的少数产品和部门相互给予利益，而拒绝将该利益给予其他成员方，从而利用区域一体化这一例外性规定将多边贸易体制变相地分割为双边或区域性的贸易结构和格局。对照 WTO 的上述规则，CEPA 是符合覆盖广泛性要求的。

按照 CEPA 规定，第一阶段全面实施 10 个月后，内地与香港应对 CEPAR 的实施进行逐步完善，于是随后又签署了一系列的补充协议和附件。2004 年 10 月 27 日签订了 CEPA 第二阶段的补充协议 (CEPA3)，2006 年 6 月 27 日签订了 CEPA 第三阶段的补充协议 (CEPA4)，2007 年 6 月 29 日签订了第四个补充协议 (CEPA5)，这些协议先后对服务贸易的范围和种类都有增加，直到 CEPAS 新增了 11 个服务范畴，使得 CEPA 对港开放服务范畴增至 38 个。进一步开放的领域涉及银行、证券、建筑、商业、运输、电信、旅游、医疗等服务行业。以上逐步开放的许多具体措施，重在取消实质上所有限制，如降低注册资本与资质条件门槛，取消股权比例限制等。而此前，在服务贸易领域，内地对香港在金融、法律、会计、建筑、旅游、医疗、物流等领域已经实施了开放措施，涉及内地 33 个政府部门。2008 年 7 月 29 日，中央人民政府与香港政府又签订了补充协议五 (CEPA6)，服务领域对港在 CEPAS 的基础上进一步开放。

### 三、内地与香港服务贸易立法有比较大的差异

内地的服务贸易市场开放相对于香港起步较晚，其市场准入法律规定分散于所签订的国际条约或国内立法中，而香港的服务贸易市场准入就进出口贸易基本没有管制。

#### (一) 内地与香港在服务贸易市场准入方面的立法差异

进入 20 世纪 90 年代以来，我国已加快了服务贸易立法的步伐，成为 WTO 成员后，为了迎接挑战和抓住机遇，根据《服务贸易总协定》的原则、规则及《中华人民共和国服务贸易具体承诺减让表》中具体承诺的水平、范围和进度，我国开始制定或修改服务贸易法律、法规。中国的服务贸易立法同时又是 CEPA 建立的国内法基础和依据。它们既有市场准入等方面的规定，又有特定服务部门的具体规定。

#### 1. 内地服务贸易的市场准入规定。一国服务贸易市场的开放，必然允许外国服务提供

者在其境内通过商业存在提供服务。我国《对外贸易法》第10条已有明确规定：“从事国际服务贸易，应当遵守本法和其他有关法律、行政法规的规定。”这一规定一方面肯定了以商业存在提供服务是我国服务市场开放的一种主要形式，另一方面指出了从事国际服务贸易应遵守外贸法、外商投资企业法、公司法等的有关规定。只要是《承诺表》列明开放的服务部门或分部门，外方服务提供者均可按其中承诺的水平和范围，并按我国外资法和公司法的要求和条件申请设立。

2. 香港服务贸易的市场准入规定。香港是自由贸易港，对进出口贸易基本上没有管制。港府坚持“积极不干预主义”的经济政策，立法干预只限于保障市场“无形之手”不受破坏。香港没有统一的对外贸易法律，《香港基本法》第一百一十四条规定：“香港特别行政区保持自由港地位，除法律另有规定外，不征收关税。”而且，货物贸易广为使用的措施如关税等无法适用于服务贸易领域，成员方只能制定对外国服务准入的规定。同时，香港特别行政区为单独的关税地区。香港特别行政区可以“中国香港”的名义参加《关税和贸易总协定》等有关国际组织和国际贸易协定，包括优惠贸易安排，对其他成员方以国际标准给予市场准入。

由此可看，香港对服务贸易的市场准入度比内地宽，限制条件比较少。

#### （一）内地与香港对“服务贸易提供者”的法律定义差异

我国内地与香港同是WTO的成员，对“服务贸易提供者”，的定义基本相同。然而，在CEPA中，以“香港公司”法人身份出现的“服务提供者”界定标准不明确。这些不确定性的存在，形成了一些法律漏洞，给一些外国资本借道香港进入内地提供了可乘之机，从而可能降低CEPA在促进内地与香港之间经济发展方面的实效。

#### （二）内地与香港有关特定服务部门的立法差异

鉴于服务贸易门类繁多、关系复杂等特点，不同部门的关系需要由专项立法加以调整，各部门的专项立法也就因此而产生。

1. 在金融服务方面，根据《中华人民共和国商业银行法》第十六条规定，商业银行领取营业执照应由中国人民银行颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。第十三条规定：“设立商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币……注册资本应当是实缴资本。中国人民银行根据经济发展可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。”《香港银行条例》第十五条银行牌照的申请第一款规定：“公司打算经营银行业务，应通过专员向总督会同行政局申请牌照；一些人准备设立一个公司而后经营银行牌照的业务，则申请准许在公司成立后给银行牌照的通知。”第十八条持牌银行的最低实收股本第一款规定：“任何在香港注册的公司，获准发给银行牌照，其发行和实收股本不得少于1.5亿美元，或等值的经认可的其他货币。”

由此可看，内地与香港批准设立银行的机构不同，银行设立的注册资本也不同。

2. 在法律服务方面，基于《中华人民共和国律师法》规定，我国内地数量最多的律师事务所就是合伙律师事务所。而香港的律师执业机构主要是律师行（亦称律师楼、大律师事

务所、外国律师行和联营组织等), 根据现时《香港公司法》的规定, 律师行不能采用有限公司的组织形式注册登记, 而只能独营或者以合伙的组织形式执业。按规定, 大律师不允许合伙经营, 也不允许雇用或受雇于其他大律师。大律师主要业务是代表当事人出庭代理或辩护。律师主要负责非讼事务。

由此可见, 内地的律师身份没有大律师与律师之分, 当然没有职务之别, 内地的律师执业机构也不存在像香港律师所那样的独营形式。

3. 在物流服务方面, 内地的法律属于大陆法系, 香港的法律属于英美法系, 两法系之间在代理制度上存在异同。这样一来, 连通内地与香港的国际代理问题会给 CEPA 的实施带来压力。

从以上几项两地立法情况比较来看, 香港服务贸易法律规定相对于内地的来说比较宽, 作为自由港和国际金融中心, 香港不分内外贸易, 实行统一的政策和立法, 保障货物、无形资产和资本的流动自由, 不实行外汇管制, 另外, 香港不实行反倾销、反补贴等贸易保障限制措施。这些也是 CEPA 在实行过程中需要在内地和香港两地协调的地方。

### 三、CEPA 条件下的服务贸易存在的法律问题

通过上文对内地和香港两地的服务贸易立法状况的比较分析可知, CEPA 的实行必然会涉及香港与内地法律规定不一致的方面, 出现有关服务贸易法律问题, 因此, 必须针对这些问题作出法律调整。

1. 服务贸易开放政策的实施细则及相关配套措施缺乏, 导致难以操作, 部分行业仍存在准入高门槛。如, 部分行业特别是银行、保险、证券及一些专业服务等行业仍然存在偏高的准入门槛, 有的条款的开放反而不如此后公布的新政策, 使之公布不久即失效。

2. CEPA 客观上给内地服务业带来的冲击。作为世界闻名的自由港, 香港对其他国家和地区的商品和服务既没有关税和非关税的限制, 也没有反补贴、反倾销、保障措施等应对不公正贸易的法律保障。自 CEPA 签订以来, 一些企图“搭便车”进入内地的外资就开始蠢蠢欲动了。外资港资甚至台资在香港这个国际金融中心完成了复杂的“混血工程”, 这些钻法律漏洞的“混血资本”进入内地后, 必将对还不发达的内地服务业造成极大冲击。

3. 在具体的服务行业中产生的法律问题。内地与香港在金融、法律、物流服务这几方面的法律也存在着许多问题。(1) 在金融服务方面产生的法律问题。内地实施与香港不同的货币金融制度, 金融组织架构设立和服务水平与香港的同行有一定的差距; 内地对外资的市场准入的门槛也很高; 内地人力资源的开发、培养和管理水平还处在初级阶段, 尚未形成一套吸引人才、合理使用人才的有效机制。(2) 在法律服务方面产生的法律问题。香港的法律专业资格分为大律师(Barrister)和律师(Solicitor)两类, 执业范围有明确的划分。依据香港法例规定, 大律师不能办理非诉讼法律事务, 而且不能直接接受当事人的委托和直接接待当事人。而 CEPA 文本中却明确规定香港法律服务者指的是香港律师和香港大律师, 且它们在内地只能从事非诉讼法律事务。司法部颁布的《香港律师执业者和澳门执业律师受聘于内地律师事务所担任法律顾问管理办法》中也明确规定香港的大律师可受聘于内地律

师事务所担任法律顾问。这样 CEPA 的规定就与香港的有关法律规定产生冲突，使得香港大律师对进入内地法律服务市场产生困惑。另外，既然 CEPA 允许香港居民经过司法考试取得中国内地的法律职业资格，香港居民就应当享有与内地取得法律职业资格的公民相同的待遇，被允许从事诉讼法律事务。但 CEPA 只允许香港律师从事非诉讼事务，而且，相关文本对非诉讼法律事务的范围也没有明确的界定。

(3) 在物流服务方面产生的法律问题。由于内地与香港的代理制度不同，这会给 CEPA 的实施带来不便，也缩小了代理范围，而目前我国尚无适用于物流行业标准的法律，也无国家级别的行政管理。国际物流业务的复杂性要求我们尽快明确物流从业者的法律地位、责任范围和责任限制等。

#### 四、完善 CEPA 服务贸易法律问题的对策和建议

要解决 CEPA 条件下的服务贸易法律问题，就必须在内地与香港之间谋求相互承诺放宽的市场准入条件，清晰“服务提供者”定义、对接的具体行业规则。

针对 CEPA 条件下的服务贸易法律问题，应采取如下调整对策。

首先，要进一步放宽市场准入的条件，对香港居民降低开放代理、文化娱乐、信息技术、人才中介、专业资格考试的限制，让香港永久居民可在内地经营生意，不再受到地域限制。

其次，内地要有适度的产业保护。鉴于上述放宽条件可能对内地服务业存在冲击，内地对受冲击的产业给予适度保护，尤其是对于幼稚产业、品牌产业和未成熟产业。

再次，对“服务贸易提供者”中的“法人”要有明确的界定。CEPA 是以注册地为标准界定“香港公司”的身份的，为防止其他 WTO 的成员通过“香港制造”、“香港公司”直达内地，在“香港公司”的身份认定标准上，可参考香港总商会、NAFTA 等机构或组织的相关规定和意见，定义 CEPA 中的“香港公司”，除了原有标准外，增加股东的国籍标准和控制标准，即将股东拥有香港永久居民身份视为“香港公司”的判断标准之一，同时要求这些股东具有对该“香港公司”的控制权。

最后，在具体服务行业中要调整对策。在金融服务方面，内地与香港金融机构当局要加强合作，就机构审批和监管方面达成共识，让香港在内地享受等同外资的待遇。在专业服务方面，以法律为例，要尽快落实两地专业资格互认制度和执业考试制度，增加国内法律、行政法规、规章的透明度，深化律师制度改革，优化香港律师到内地执业的法律环境。在物流服务方面，内地要尽快制定并出台与香港相统一的指导性物流政策法规，打破地区封锁和行业垄断经营行为，对不正当的行政干预和不规范经营行为进行制约，并制定物流企业管理办法和认定标准，使各类物流企业公平地进入市场，在竞争中优胜劣汰。

总之，CEPA 是在“一国两制”的法律制度下，根据 WTO 的基本原则制定的中国内地和香港的区际贸易协议。CEPA 的实施不但扩大了香港服务业在中国内地的服务贸易市场，而且提升了中国的服务贸易水平，为今后两岸的经济一体化提供了范例，也为中国与东南亚国家联盟于 2010 年实施自由贸易区协议提供了新型模式。

## 从晚近自由贸易协定看 CEPA 框架下的贸易救济法律制度的完善

刘瑛

《国际贸易》2015-12

2003年6月9日和10月17日,中国政府分别与香港和澳门特别行政区政府正式签署了CEPA协议。中国内地、香港和澳门都是WTO成员,WTO的贸易自“由化规则和有关减让、承诺本已适用于两地,而CEPA则在前述WTO纪律基础上为中国内地与香港、澳门的贸易往来提供了更便捷、更高效的条件。本文主要结合内地与香港间贸易阐释CEPA的相关制度与安排,且下文所言CEPA均指内地与香港CEPA。

自2004年1月1日中国内地与香港CEPA实施起,内地对273个税目的原产香港进口货物实行零关税,并在2006年1月1日实现了协定附件一中表1以外的原产香港的进口货物实行零关税的协定承诺,从而极大地刺激了两地经济增长。截至2015年6月,内地累计进口香港CEPA项下货物89.5亿美元,关税优惠49.2亿元人民币。应该说,作为中国内地加入WTO以来与其他WTO成员签署的第一个区域贸易协定,CEPA的有序发展对于研究WTO区域贸易理论、促进贸易自由化和便利化、发展服务贸易,减少区域内贸易壁垒都发挥了极为重要的作用。但由于某CEPA规则的不尽完善,十余年的贸易实践也反映出一些问题。2015年4月21日,中国(广东)自由贸易试验区(以下简称广东自贸区)正式挂牌成立。广东自贸区将“依托港澳”作为自身的最大特色。虽然在功能上,广东自贸区更加注重发展新兴服务业,但从《中国(广东)自由贸易试验区总体方案》中可以看出,广州南沙保税港区和珠海横琴新区片区都将货物贸易便利化作为首要制度创新,提出大力发展高端制造业和高新技术产业。因此,加深对CEPA贸易救济法律制度的研究,与广东自贸区的发展相得益彰,共同促进粤港地区货物贸易的发展,就显得尤为重要。一个合理设计的贸易救济制度是任何贸易优惠安排不可或缺的,本文拟结合《中国—韩国自由贸易协定》(以下简称《中韩自贸协定》)、《中国—澳大利亚自由贸易协定》(以下简称《中澳自贸协定》)和《跨太平洋伙伴关系协定》(Transpacific Partnership Agreement, TPP)等晚近自贸协定的最新发展,针对CEPA的贸易救济规则提出完善建议。

### 二、CEPA 贸易救济法律制度概况

CEPA中并未设立专门章节对货物贸易中的贸易救济问题加以规制。一方面,香港作为世界上开放的自由贸易港,以服务业作为经济的支撑产业,相比之下,香港本地制造业竞争力较弱,难以对内地同类产品造成严重损害。另一方面,实践中某些发达国家在进行倾销认定时,利用WTO规则本身存在的缺陷和中国的入世特别承诺,滥用反倾销措施,借反倾销之名行贸易保护之实,阻碍贸易自由化的发展,所以CEPA在制定时将反倾销措施排除于外,以促进内地与香港

贸易自由化的实现。此外，由于内地与香港具有极强的产业互补性，通常情况下，即使内地对某些产业或企业给予专向性补贴，该产业或企业生产的产品也很难对香港的同类产品造成严重损害或严重损害威胁。正是基于这些原因考量，CEPA 并未设置反倾销和反补贴措施，即双方承诺一方不对原产于另一方的进口货物采取反倾销措施和反补贴措施。

虽然没有反倾销和反补贴机制，CEPA 第二章第九条却对保障措施作了规定：如因 CEPA 的实施造成一方对原产于另一方的某项产品的进口激增，并对该方生产同类或直接竞争产品的产业造成严重损害或严重损害威胁，该方可在以书面形式通知对方后临时性地中止该项产品的进口优惠，并应尽快应对方的要求，根据 CEPA 第十九条的规定开始磋商，以达成协议。

#### 四、CEPA 现行贸易救济制度下存在的问题

诚如前文所言，CEPA 贸易救济规则是基于两地实际情况的特殊安排，而这套规则在实践中也暴露出一些问题。

##### （一）反规避措施缺失被利用

规避是反倾销中的一个重要概念。反倾销中的规避是指在一国商品被另一国征收反倾销税的情况下，出口商为减少或避免被征收反倾销税而采取和实施的各种方法。反规避则指反倾销国按照该国法律规定的程序，采取新的反倾销措施，制止任何企图绕开现行反倾销制裁的行为。一般而言，有反倾销即有反规避，而 CEPA 由于不设反倾销措施，也就没有相应的反规避规则。但这一点在贸易实践中却容易被利用，外国倾销产品可以通过运用规避措施转口销往内地。

实践中常见的反倾销规避措施主要有四种：第一种是进口国境内组装，即进口商将产品的零部件大量出口到进口国，再到进口国组装后进行销售。第二种是第三国组装，即为了逃避进口国针对特定出口国的产品征收的反倾销税，将产品的最后制成阶段转至第三国完成，后从第三国出口到进口国。第三种是产品的轻度改变，即针对进口国当局反倾销税令确定的征税对象，在不影响产品最终效用和消费者偏好的情况下，对征税产品进行非实质性的改造，以达到规避征税的目的。第四种是产品的后期开发，即出口商利用原产品反倾销调查的时间，对征税产品进行性能上的再创造，生产出不同的新产品。

当然，根据不同国家的征税标准和国情，反倾销规避的方法也在不断变换，不拘泥于上述四种方法。而无论采用哪种规避方法，出口商都是为了有效地绕开进口国对其征收的反倾销税，使得进口国难以全面实现打击不公平贸易行为、保护本国受损产业的目的。

为此，世界上主要国家和地区相继开始运用反规避措施来限制反倾销规避行为，遏制大行其道的反倾销规避行为，强化反倾销立法和措施的效力，快速高效地保护受损的国内产业。早在 20 世纪 80 年代，欧共体就制定了《1761/87

号规则》，以应对日本企业改用直接投资的方式在欧共同体境内建立工厂，并在欧共同体工厂将零部件组装后投入市场以绕开欧共同体反倾销措施的规避措施，而该规则也成为世界上第一个规制反倾销规避行为的法律文件。而随后一系列自贸协定也有了针对规避行为的制度设计，主要表现为原产地规则。

CEPA 的高度贸易自由化和香港的自由港身份给倾销规避行为提供了大好机会。实践中，香港的自由港身份吸引了大量出口商以零关税将商品销至香港，而 CEPA 项下内地对香港的零关税制度更激发了出口商将商品转口贸易到内地的欲望。出口商运用规避措施，采取诸如“贴牌，“再加工”“产品改装”等方法将异地产品香港本地化，使香港成为产品原产地，再以低于正常价值的价格、享受零关税销往内地，以达到倾销的目的，而 CEPA 对这种行为并无相应的制度设计来应对。

## （二）保障措施设置不合理

CEPA 中的保障措施规则也存在一定的缺陷。一方面，CEPA 第九条缺乏对相关实质要件的界定，其中“进口激增”是否包括数量上的“绝对增加”和“相对增加”，“进口激增”应达到何种程度才能造成“严重损害或严重损害威胁”、“严重损害或严重损害威胁”的影响因素有哪些等问题都是不明确的。另一方面，CEPA 并未就认定损害的调查程序做细化规定，“临时性”的时间限度也规定不明确，同时又没有设定具体的磋商安排，令磋商可能具有较大的随意性，不利于高效达成合意，而如果双方磋商久拖不决难以达成合意，应如何走出僵局、消除贸易障碍的后续安排也缺失。进而，如果双方达成合意后执行不到位，应采取何种措施增强协议的执行力和约束力的规则也付之阙如，而执行的效率低下会严重影响协议的实施力度，不利于贸易自由化目标的实现。

根据 CEPA 第二条，中国内地与香港可援引 WTO 的保障措施多边规则来预防或救济严重损害或严重损害威胁。尽管如此，笔者认为，虽然 WTO 的保障措施制度较 CEPA 协议更为完善，但 WTO 规则更多用于解决多边框架下正常贸易过程中出现的进口激增所导致的严重损害或严重损害威胁，其在适用条件、程序要求等方面都是普遍性规则，并不一定符合内地和香港的贸易和保障实际需要。而如果直接运用 WTO 保障措施，可能会增加不必要的成本，增添问题的复杂，不利于纠纷解决。

## 五、CEPA 贸易救济的规则完善

基于前文论及的问题，本文拟结合《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement NAFTA)、TPP 协定、《中韩自贸协定》、《中澳自贸协定》的相关规则提出完善建议。

### （一）完善 CEPA 的原产地规则

诚如前文所述，反倾销的反规避最初体现在国内法中，随着问题的日益突

出，越来越多的贸易协定也通过原产地规则来防止规避行为，同时将贸易协定的优惠锁定在协定成员之间。

笔者认为，可以完善 CEPA 原产地规则来对商品的原产地进行甄别，打击进口商采用规避手段将商品通过香港转口到内地进行倾销的行为，同时确保两地贸易利益的精准适用范围。CEPA 的原产地规则主要体现在协议的附件二、三两部分。规则中确定的原产于本地的产品主要包括，完全在一方获得的货物，及在一方进行了实质性加工但非完全在该方获得的货物。按照 CEPA 规则，对“实质性加工”采用制造或加工工序、税号改变、从价百分比等认定标准，并将产品 30% 的附加值增值用来作为“香港制造”产品的衡量标准。但在实践中，这样的原产地规则安排仍然过于含糊，可操作性较差，暴露出较多问题，需要进一步完善。

#### 1. 建议尽可能多地适用税号改变标准来确定原产地

香港受本地自然资源匮乏的限制，原材料多依赖国际市场进口，出口产品以机电产品、贵金属及首饰等制成品、纺织品及成衣为主，2015 年 1 月到 6 月此三类产品对内地出口额分别为 91.96 亿美元、18.44 亿美元和 3.18 亿美元，占香港对内地出口总额的 68.2%、13.7% 和 2.4%。由于香港在制造上述产品时更强调加工工序的重要性，因此，目前 CEPA 原产地规则的确定方法是以制造或加工工序为主要标准，而以税号改变标准为辅。在 CEPA 协议附件二的表 1 规定的 273 类产品中，有 187 类产品采用了制造或加工工序标准，另外辅以税号改变标准和本区增值标准。但在实践中，由于 CEPA 附件二表 1 所限定的“取得货物基本特征的阶段”过于复杂，操作起来难以准确区分各道工序之间的界限。另外，从价百分比虽然规定了具体的计算公式，但是如何根据权重来确定变量的参数却不得而知。

与此不同，世界上主要的区域贸易协定更倾向于运用税号改变标准来确定进口商品的原产地。例如，NAFTA 第 401 条 (b) 项规定，为将某一货物确定为区内原产货物，则用于生产货物的每一种非原产原料都要因生产过程而经过适当的关税分类变化，适当的关税分类变化则在协定第 401 条附录中明确列举，同时要求这些生产过程完全在一个或多个成员国境内完成。可见，NAFTA 的税号改变标准十分严格，它细化了货物每一种非原产原材料的变化程度，提高了规则的透明性、可操作性和确定性。正是这样严格的标准，使得成员国为了符合原产地标准以享受关税优惠，更愿意在区域内采购原材料，从而促进了区域内原材料和中间产品的流通，增强了区内成员间的经贸联系。又如，泛欧体系则注重综合运用税号改变标准，辅之以制造或加工工序标准及从价百分比标准，且允许部分生产商自行选择原产地标准。综合来看，税号改变标准较为突出的优点在于其具有确定性，制造商可根据税目归类表上明确的规定，自行确定产品

是否符合实质性加工的认定标准，并参照相应的关税优惠政策调整自身的出口产品生产。笔者建议，CEPA 逐渐转向以运用税号改变标准为主的进口产品原产地确定规则，同时在确定香港主要出口产品的原产地时，也兼采用制造或加工工序的方法，以达到最佳效果。

## 2. 建议适当增加对累积规则的适用

泛欧体系和 NAFTA 均广泛运用累积规则以进行原产地划分，新近达成的 TPP 协定同样采用了累积规则。累积规则可以分为双边累积、对角累积和完全累积三类，其最为突出的特点是能够鼓励区域内的制造商尽可能地利用本区域内的原材料和中间产品，来加强成员间的贸易往来。通常情况下，泛欧体系更多地运用双边累积，适用双边累积规则能够刺激各成员充分发挥资源互补性，在区域内寻求原材料，进行共同加工或生产。同时，泛欧体系也注重对对角累积规则的运用。对角累积的优势在于，生产商在关税优惠的刺激下，会更倾向于在区域内进行高附加值加工，以致达到原产地标准。而被 NAFTA 广泛运用的完全累积方法则更强调对非原产材料的加工与制造。

目前 CEPA 协议中并未规定累积规则，现实中内地与香港在资源上具有得天独厚的互补性，累积规则的运用具有广泛空间。笔者建议，可以针对不同类型产品适用不同的累积规则。针对资本密集型的产品，CEPA 可以允许运用对角累积和双边累积规则，这样一来，香港企业从内地进口原材料和中间投入品来增加其最终产品的附加值增值部分，就能满足原产地规则中对于附加值百分含量的要求，从而可以充分利用 CEPA 的零关税优惠待遇。对于劳动密集型产品，则可适当运用完全累积规则，这样既可分散成员间的加工活动，增强区内不同地区之间的贸易联系，也能带动整个区域内的经贸发展。

## 3. 建议根据产品特征细化原产地规则

2015 年 10 月 5 日，历时 5 年谈判的 TPP 协定终于在各方的努力下达成大体一致。作为一个“全覆盖、高标准”的区域贸易协定，TPP 协定对于 CEPA 规则的完善有一定的借鉴作用，包括其中的贸易救济规则和原产地规则。

目前，虽然协议的全部文本并未最终公布，但根据美国贸易代表办公室公布的官方概要，TPP 协定的原产地规则更为严密，更具针对性，大致分为适用于一般商品和特殊商品的两类原产地规则。对于一般商品来说，TPP 协定采取累积规则，在某一 TPP 缔约方生产产品时，任一 TPP 缔约方提供的原材料将与来自其他 TPP 缔约方的原材料同等看待。对于特殊商品，以纺织品与服装为例，各成员国同意立即免除多数产品的关税，只允许在成员国同意的情况下，对一些敏感产品给予过渡期，允许征收关税，但也应当在一段时期后免除。为确保前述利益限于区内成员，TPP 协定要求成员国必须使用区内成员生产的纱和纤维，以促进区域内整个行业的供应链和投资发展，仅对成员国列入“短缺清单”中

产品，允许使用非缔约方供应的特定纱线和纤维织物作为原材料。此外，对纺织品和服装，TPP 协定还规定了打击偷逃关税和走私行为的海关合作和执行安排，以及应对进口激增可能对国内产业造成严重损害或严重损害威胁、的纺织品特殊保障措施。

目前，CEPA 中并未涉及基于产品来区分的原产地规则。实践中，香港对内地出口的商品多集中于机电产品、金属(贵、贱)制品、塑料及橡胶、光学及医疗设备和纺织品及服装。对于这些产品，也可借鉴 TPP 协定的规定，划分为适用于一般商品和特殊商品的原产地规则。对于占据大多数出口份额的一般制成品，如机电产品、塑料橡胶制品、金属产品等，可以适用对角累积和双边累积规则，即一方出口的制成品中来自另一方的原材料和中间投入品，等同于生产或原产于本方。而对于双方都比较重视的纺织品与服装产品，可以规定香港应尽可能采用来自内地的原材料，只有在内地供应短缺或缺乏的情况下，才可采用区域外的原材料，以促进区域内的要素流动和经济共赢。

#### 4. 建议完善原产地规则认证和统一规则

从美国公布的 TPP 官方摘要来看，TPP 缔约方还制定了一套通行的原产地确认体系，以便利 TPP 区域内的商业运营，也规定了相关主管部门对原产地声明的认证程序。进口商只需提供相关证明文件，经符合条件的当局依程序进行验证，即可识别并显示产品是否合规，从而决定是否享有相应的关税优惠待遇。

CEPA 关于原产地的认证和统一的规则主要体现在协议附件三中，规定双方采取联网核查的方式对实行零关税的香港货物的原产地申报进行管理。出口商或生产企业在向内地出口货物前，应向香港发证机构申领原产地证书，香港发证机构在对符合条件的出口商发放证书之余，会将发放原产地证书的相关材料通过专线以电子数据方式传送到内地海关总署。在进口报关时，进口商主动向申报地海关申明有关货物享受零关税，并提交有效原产地证书，申报地海关经联网核对无误后，准予进口货物享受零关税待遇。但此规则在运行过程中暴露出一些问题。由于进口商在申请享受零关税待遇时需提交原产地纸质证书原件，而该证书文件需在出口地申领，并在规定时限内向进口地海关提交，在这一过程中，经常出现证书延误到达、内容格式不符、邮递出现差错等诸多问题，加上文件本身的运输成本，都增加了企业的时间成本和费用，降低了通关效率。

笔者建议，CEPA 应尽快简化货物的通关程序，充分利用网上平台，同步出口地海关与进口地海关的网上信息系统，对于申报的信息进行实时审查，及时传输，快速备案，提高通关效率，并可试行一定条件下的免纸质原产地证书提交或允许一定期限内的纸质原产地证书通关后提交。同时，建立强大的后台维护系统和应急机制，保障网上平台的平稳运用，防止由于平台瘫痪而阻碍企业通关的顺利进行。

## （二）明晰 CEPA 保障措施的相关规定

2015年6月1日签订的《中韩自贸协定》和2015年6月17日签订的《中澳自贸协定》中都有专门的保障措施规定，对于CEPA的完善也具有一定的借鉴意义。

相比之下，《中澳自贸协定》中的保障措施定义更为严密，主要在其第七章第二条中。该条规定，如在过渡期内，由于降低或取消关税，导致原产于一方的产品进口至另一方领土内的数量绝对增加或与国内产量相比相对增加，且对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成严重损害或严重损害威胁，则进口方可实施双边保障措施。这里的双边保障措施则指在条件满足的情况下，一方可在防止或补救严重损害和便利调整所必要的限度内，中止按照协定规定进一步削减或提高该产品的关税税率，但不得超过采取措施时或协定正式生效之日前一日的该产品的最惠国关税实施税率中相对较低的水平。

在实施方面，《中韩自贸协定》和《中澳自贸协定》都有具体规定。首先，较之CEPA中相对含糊的规定，两协定均设置了总体的实施期限，即不得超过防止或补救严重损害和便利调整所必要的限度和时间，或保障措施可维持适用2年，且在实施方认定继续实施对于防止或补救严重损害和便利调整仍有必要，并有证据证明产业正在进行调整的情况下，允许一定时期的延长期，对延长期，《中澳自贸协定》允许不超过一年《中韩自贸协定》则规定不超过两年。其次，两协定都限制了实施期限的截止时间。《中澳自贸协定》明确规定保障措施的适用必须在过渡期结束时终止，《中韩自贸协定》则更具灵活性，允许双方在协商一致的情况下，实施方可使用超过过渡期的保障措施。同时，两协定为了防止保障措施被滥用，尽快恢复正常贸易环境，要求在预计实施期限超过1年的情况下，实施方应逐渐放宽措施。最后，为了确保保障措施得以恰当运用，两协定均做出了限制性规定，对于已经实施过保障措施的产品，在与先前实施保障措施期限相等的期限内，不得再次实施，间隔期至少为2年《中澳自贸协定》则进一步规定对同一产品实施保障措施不得超过两次。

在TPP协定官方概要中，也可见到相关的保障措施规定。TPP协定允许缔约方在特定时段内，针对因TPP协定实施关税削减引发进口激增导致对国内产业的严重损害实施过渡性保障措施，实施期至多可达两年，并可延长一年，但若超过一年则必须逐步实现自由化，且不可在同一时间就同一产品实施超过一项TPP协定规定的保障措施。保障措施的实施方必须遵守通知和磋商要求，并提供各方均同意的补偿。值得注意的是，由于TPP协定所涉及的缔约成员数量众多，涵盖发达国家及发展中国家成员，对于涉及重要利益如纺织品和服装等特殊产品时，TPP协定专门设置了特别保障措施，以确保特殊产业的公平贸易环境。这点对于CEPA完善纺织品与服装等特殊产业的保障措施规则，更具有参考价值。

CEPA 可以借鉴《中韩自贸协定》、《中澳自贸协定》及 TPP 协定来完善自身的保障措施规则。首先，细化保障措施的实施条件。不能笼统地概括为“进口产品激增”，应制定具体的评判标准，对绝对和相对条件下产品进口增长的比例和数量、增长的进口产品在国内所占市场份额、销售水平的变化、总产量、生产率、能耗、损益及就业等因素进行综合考量。此外，可以参考 TPP 协定的规定，针对占据双方重要贸易利益的特殊产业，如纺织品与服装产业，根据产业特性，对特殊产品制定不同的保障措施，做到有的放矢。其次，明确保障措施的适用期限，确定具体的实施时期，可规定不超过两年的实施期。而且，根据内地与香港间特殊的政治关系，双方可以采取磋商的方式，共同商议决定延长期的时间。再次，完善调查程序、磋商程序和补偿规则。在采取保障措施前，启动磋商程序，最大程度地降低损害，对调查制定具体的时间表，可规定不超过一年的调查期限。关于补偿，则可以由实施方依据双方同意的方式提供补偿，补偿应与采取保障措施预期导致的贸易影响实质相等或与额外关税价值相等。最后，建议成立专门的贸易救济委员会，承担起条文解释和保障措施争端解决的职能，充分运用外交方法解决内地与香港间的贸易纠纷，同时制定后续的司法救济，使受损害方的权利能够得到全面保障，维持贸易救济功能的有序实现。

## 论 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的法律基础

洪亦卿

《流通经济》2012-12

粤港澳由于地理区位相连、语言传统相通、亲缘关系紧密等原因，其相互间服务业开放的步伐已走在全国的前列。对比我国人世议定书中的服务贸易具体承诺和港澳服务提供者进入珠三角地区的具体状况，该承诺已经落后于珠三角地区服务贸易发展的现实。为此，内地与香港、澳门《关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)进一步明确了中央关于扩大对港澳开放在广东先行先试的政策，使得这一政策法律化和具体化。医疗服务贸易作为 CEPA 涵盖的服务贸易领域之一，是新时期推进广东与港澳更紧密经贸合作的一个必要环节，也是新一轮医改中促进公平竞争、提高医疗服务质量的一个关键环节。

### 1 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的措施与实践

依据 CEPA 补充协议，在医疗服务领域，港澳服务提供者在广东省境内有权享受更多“超 GATS”待遇，这些待遇不仅是对 WTO《服务贸易总协定》(GATS)具体承诺的超越和扩展(GATS Plus)，而且是对内地其他行政区域开放政策的超越和扩展，故谓之“先行先试”。自 2008 年 CEPA 第五阶段补充协议始至 2012 年 6 月第九阶段补充协议签署，广东向港澳开放医疗服务先行先试的措施如下表所示，其中部分措施在上海市、重庆市、福建省和海南省一并先行先试。

CEPA 下广东向港澳开放医疗服务先行先试的措施

部门 或分 部门	1. 商业服务
	A. 专业服务
	h. 医疗及牙医服务 (CPC9312)
	j. 分娩及其有关服务、护理服务、理疗及辅助候疗服 务 (CPC93191)、药剂服务
	2. 与健康相关的服务和社会服务
	A. 医院服务
	B. 其他人类卫生服务

部门 或分 部门	医院服务 (CPC9311) 疗养院服务
具体 承诺	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 对香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立的合资、合作门诊部的内地与香港 (澳门) 双方投资比例不作限制</li> <li>2. 对香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立的独资、合资或合作门诊部的投资总额不作要求</li> <li>3. 对香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立合资、合作医院的投资总额不作要求</li> <li>4. 对香港 (澳门) 服务提供者在上海市、重庆市、广东省、福建省、海南省设立的合资、合作医院的内地与香港双方的投资比例不作限制</li> <li>5. 香港 (澳门) 服务提供者在广东省设立独资医院的立项审批工作交由广东省省级卫生行政部门负责</li> </ol>

截至 2012 年 9 月, 已领取《设置医疗机构批准书》的在粤香港独资诊所、门诊部共 19 家, 1 家香港独资医院正报卫生部审批, 有望成为我国首家由境外资本设立的独资医院, 但澳资医疗机构进展较慢, 1 家澳门独资门诊部已获准在粤开诊。这些医疗机构主要开设在广州、深圳、中山、顺德等珠三角地区。

## 2 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的国际法基础

CEPA 第五、第七和第九阶段补充协议相继推出的先行先试措施为促进广东与港澳的交流与合作发挥着积极作用。在医疗服务方面, 如上表所列, 港澳服务提供者在广东比在内地其他行政区域能够享受到更多的优惠待遇。可以预见, 随着粤港澳经济的加快融合, 更多的先行先试优惠措施还会出台。CEPA 的上述规定正是粤港澳医疗服务贸易先行先试的重要法律基础。与 CEPA 下内地不分地域的具体承诺一样, CEPA 下广东先行先试措施实质上也是一种“超 GATS”承诺, 必须符合 GATS 第 5 条的规定。

换言之, GATS 第 5 条所设定的条件是 CEPA 下医疗服务贸易“超 GATS”待遇(包括广东“先行先试措施”)在国际层面的合法性边界。不同的是, 上表所列措施只适用于广东省(作为内地这一单独关税区中的特定区域)与港澳单独关税区之间的关系。

从条文看, GATS 第 5 条共 8 款;另加一条单独的“第 5 条之二”, 即“劳动

力市场一体化协定”。第 5 条第 1 款是核心条款。该款规定:本协定不得阻止任何成员参加或达成在参加方之间实现服务贸易自由化的协定,只要此类协定:(a) 涵盖众多服务部门(substantial sectoral coverage), 并且(b)规定在该协定生效时或在一合理时限的基础上,对于(a)项所涵盖的部门,在参加方之间通过以下方式不实行或取消第 17 条意义上的实质上所有歧视:(i)取消现有歧视性措施,和/或(ii)禁止新的或更多的歧视性措施,但第 11 条、第 12 条、第 14 条以及第 14 条之二下允许的措施除外。据此,要判断上述“超 GATS”待遇的合法性边界,应当综合考察全部服务贸易部门的开放情形,不能单单考虑医疗服务贸易领域的开放程度。所谓涵盖众多服务部门,应根据 CEPA 所涵盖服务部门数量、受影响的服务贸易量和提供方式进行理解。为满足此条件,CEPA 不应规定预先排除任何服务提供方式。

在 WTO 区域贸易协定委员会(CRTA)对 CEPA 的审议过程中,针对欧共体代表团关于“他的代表团不认为它包括‘实质上所有贸易’(substantially all trade)”的提问,我国香港代表团曾作如下答复:CEPA 下的承诺是一个开放进程的一部分(part of an open process),不包括任何先验的排除(any a priori exclusion)。2006 年 4 月 CRTA 已经完成事实调查(factual inquiry);并建议秘书处起草审查报告。截至 2012 年 11 月初,审查报告的事实摘要部分(Factual Abstract)已经向 WTO 各成员散发。鉴于 CRTA 的审议和决定过程旷日持久,从 2003 年 CEPA 的最初签署到未来审查报告的最终出台,内地对港澳服务贸易的开放水平一定会达到相当高的程度,能够满足“涵盖众多服务部门”的条件。就此意义上讲,CEPA 下医疗服务的开放(包括粤港澳地区的先行先试)符合 GATS 对“经济一体化”的要求。综观区域贸易协定委员会的审议历史,实际上其历次审议结果对各区域贸易协定的效力和实施没有产生实质性影响。

### 3 CEPA 下广东与港澳医疗服务贸易先行先试的国内法基础

与 CEPA 下内地不分地域的具体承诺一样,CEPA 下广东先行先试措施也有其国内法基础。从实践(经验材料)来看,在内地,这种国内法基础主要是由单一行政机关颁布或者由两个或两个以上行政机关联合发布的关于医疗服务贸易的新行政规章,或者经其修改后的行政规章。广东与港澳医疗服务先行先试承诺都是通过上述方式得到具体实施的,其中涉及的部门规章主要是 2009 年卫生部、商务部令第 61 号发布的《〈中外合资、合作医疗机构管理暂行办法〉的补充规定二》。该文件专门针对上表所列广东向港澳开放医疗服务先行先试的承诺。

此外,广东省卫生厅已出台一些规范性文件以便具体实施相关规定,如:①粤卫(2008)号发布的《关于落实内地与香港、澳门〈关于建立更紧密经贸关系的安排〉补充协议五)中有关医疗服务事项的通知》;②粤卫办(2009)31 号·发布的《关于印发〈港澳服务提供者设置门诊部实施细则(试行)〉的通知》及《港

澳服务提供者设置门诊部实施细则(试行)》;③粤卫办(2009)36号发布的《关于落实内地与香港、澳门《〈关于建立更紧密经贸关系的安排〉补充协议五》中有关医疗服务事项的补充通知》。

总之,广东先行先试措施的国内法基础包括:国务院的批准和公布 CEPA 的行为、国务院部委的相关部门规章等法律文件,以及广东省人大和政府所发布的相关规范性法律文件。这是广东推进医疗服务先行先试所必须遵循的国内法规则和所凭借的法律支撑。

4 结论作为贸易与投资开放的前沿,作为中医药强省,广东省医疗服务面临前所未有的发展机遇。本文简要分析了 CEPA 下粤港澳医疗服务开放的措施和实践,探讨了其国际法和国内法基础,为广东省下一步深入开放医疗服务提供了法律路径和法律支撑。笔者认为,CEPA 下广东省医疗服务开放必须立足于现有的国际法和国内法基础,不宜也不能突破相关法律边界。正如 GATS 所设想的那样,我国对外医疗服务贸易必须立足我国国情,循序渐进,逐步自由化,而 CEPA 下内地与港澳之间的医疗服务贸易就享受一定的“超 GATS 待遇”,特别是广东与港澳间的先行先试措施,更是我国医疗服务进一步自由化的有益尝试。

## 论 CEPA 下中国内地与香港之间的反倾销法律问题

. 王超

湖北经济学院学报(人文社会科学版) 2005-04

2003年6月29日,中央政府和香港特区政府签署了《内地与香港关于建立更紧密贸易关系的安排》,即 CEPA(Closer Economic Partnership Agreement),它为中国内地与香港相互提供了比 WTO 其他成员方更优惠的贸易条件,是我国推动区域经济一体化的重要步骤。按照 CEPA 的安排,在货物贸易方面,内地于 2004年1月1日起,对 273 个税目原产于香港的产品实行零关税,同时取消对香港产品的非关税措施(进口配额、许可证)和关税配额。这将对两地的贸易发展产生深远的影响。根据香港政府的统计,仅按照 2001 年的香港出口内地额度计算,2004 年香港制造商将因 CEPA 下的零关税节约 7.5 亿港币。近日,香港政府官员透露,CEPA 第一阶段成效显著,目前就已经有总值 8 亿港币的货物在运往内地时享受了零关税。

区域经济一体化对于减少区域内贸易壁垒、扩大内部贸易自由化无疑具有积极作用,但 CEPA 的特殊性在于香港是一个自由港,它对于来自其他国家和地区的绝大多数产品既没有关税和非关税的限制,也没有反补贴反倾销、贸易保障措施等法律障碍,而这些是其他 WTO 成员方都必备的限制进口的防御性武器。在这种情况下,中国内地与香港同时作为 WTO 成员方,在 CEPA 框架下必然产生一些特殊的问题,反倾销就是其中之一。

### 一、CEPA 零关税下的倾销风险

国际贸易中的倾销，是指一国的出口商将某种产品以低于出口国国内市场的价格销入另一国市场的销售行为。由于出口国产品的低价倾销常常会对进口国国内相关产业造成损害，所以目前世界各国大都制定有反倾销立法，采取反倾销措施也是 WTO 所允许的为数不多的贸易保护手段之一。CEPA 中关于反倾销的规定值得关注，因为其第 7 条规定：双方承诺一方将不对原产于另一方的进口货物采取反倾销措施。也就是说，CEPA 排除了中国内地与香港之间的反倾销措施的运用。这在目前世界各国都高举反倾销之大旗、而行贸易保护之实的情况下，显得颇为特别。

为什么 CEPA 会做出这样的规定呢？有学者认为歧视性反倾销措施的取消，可以为中国内地的强项产品通过香港进入世界市场清除他国贸易保护主义的障碍，《中国加入 WTO 议定书》第 15 条不再适用内地与香港之间的贸易。《中国加入 WTO 议定书》第 15 条规定，WTO 成员承诺在中国加入之后 15 年内完全取消对中国非市场经济的待遇和做法，即完全取消适用第三国替代价格计算倾销幅度和根据中国以外的情况和条件确定和衡量补贴金额。这一条规定是外国对我国强项产品进行歧视性“反倾销”的重要手段。现在，CEPA 要求香港对内地的产品不适用这一条款，将有助于我国的强项产品通过香港部分加工，以“香港制造”的名义出口，从而得以排除外国可能对我国采取的歧视性反倾销措施。此外，笔者从商务部获悉负责 CEPA 谈判的官员对此的解释是：香港本地制造业萎缩，不足以对内地构成倾销，也就是香港产品不存在对内地产业造成倾销损害的风险。香港经济是典型的服务型经济体，制造业在香港 GDP 中仅占 5%。香港产品出口内地的规模很小，CEPA 下 273 个税目的商品已经覆盖了香港 90% 的制造业产品，这部分产品 2002 年对内地的出口额仅为 44.5 亿美元，占有出口内地香港产品的 41.4%；在内地总进口中的比重更是不到 3%。基于这样的背景资料，似乎可以对 CEPA 排除反倾销措施的实施以合理的解释。

但是，实际上在 CEPA 下有可能以零关税由香港进入到内地的产品存在两类：一类是香港本地直接出口到内地的产品；另外一类是外国出口商通过在香港“贴牌”或者“简单加工”之后进入内地市场的产品。对于前一种情况，由于香港本地规模不大的制造业不足以对内地相关产业造成威胁，CEPA 排除反倾销措施无可非议；而对于后一种情况，笔者认为有构成倾销的可能，潜在一定的贸易风险。

香港作为一个著名的自由港，几乎没有什么贸易壁垒存在，很多国际贸易的货物流转地设定在香港，其中不乏出口到中国内地的大量货物。对于外国出口商来说，如果能够借助 CEPA 零关税这一跳板间接完成对中国内地的出口，就意味着能够节省大笔的出口关税，这必然极大地诱惑着外国出口商进行各种异地产品产地本地化的“变身”活动，如进行“简单加工”，或者“贴牌”。在 CEPA

排除反倾销措施的情况下，自于其他国家或地区的货物通过“香港制造”或者“香港公司”，实质上能够以低于其正常价值的价格直达中国内地。因此，CEPA下存在“迂回倾销”的风险。从国际货物贸易的实践看，一些国家就是利用像香港这样的自由港以及第三国的转口贸易进行本国产品的倾销的。

WTO《反倾销协议》第2条第5款规定：如果产品不是通过直接从原产地国出口，而是从一个中间国向进口成员方出口，则该产品从出口国向进口成员方销售的价格通常应与出口国的可比价格进行比较；但是在某些情况下，例如如果产品只是经出口转运，或者出口国不生产同类产品或在出口国不存在与其进行价格比较的可比价格，也可以与原产国的可比价格进行比较。这表明，WTO《反倾销协议》也将这种通过第三方的转口贸易认定为倾销。

## 二、CEPA及现行反倾销法律制度的解决途径

在CEPA框架下，如果内地与香港之间出现了倾销问题，可运用的解决手段只有两个：审定该产品的原产地；或者启动CEPA第9条规定的保障措施。

界定香港“原产地”的标准是实施CEPA零关税的前提，也是避免来自外国转口产品倾销危害的关键措施。两地政府、商界亦高度关注CEPA及其附件中关于原产地的规定，希望CEPA的原产地规则既能保证香港制造业受益，又能避免内地遭受倾销之害。目前，我国海关总署已于2003年12月31日颁布了海关关于执行CEPA项下《关于货物贸易的原产地规则》的规定，香港工业贸易署也根据CEPA原产地规则的内容修改了有关法律。

WTO《原产地规则协议》第3条B项规定：根据各成员方的原产地规则将完整生产某一特定产品的原产国确定为该产品的原产国；或当该产品的生产过程涉及一个以上国家时，则确定产品最后实现实质性改变的国家为该产品的原产国。在对“实质性改变”的标准协调上，该协议要求以税目编号改变标准加上某种补充标准（包括从价百分比要求和制作或加工工序的要求）。CEPA按照符合WTO规则的方式，在其附件二确立了对不同产品适用不同的原产地认定标准：完全在一方获得的货物，如开采和提取的矿产品、收获或采售的植物或植物产品等；非完全在一方获得的货物，只有在该方进行了实质性的加工，其原产地方可认定为该方，其中，实质性加工的认定标准采用制造或加工工序、税号改变、从价百分比不低于30%等。也就是说，两地目前已经基本确定了以在香港完成30%的附加值作为“香港产品”的标准，这明确了界定香港原产地这一关键性问题的尺度。

除了原产地规则，CEPA还提供了一种磋商解决机制，其第9条的规定：如因CEPA的实施造成一方对列入附件1中的原产于另一方的某项产品的进口激增，并对该方生产同类或直接竞争产品的产业造成严重损害或严重损害威胁，该方可在以书面形式通知对方后临时性地中止该项产品的进口优惠，并应尽快应对

方的要求,根据 CEPA 第 19 条的规定开始磋商,以达成协议。据此,如果发生严重后果的倾销,可以运用这种解决机制。但是,要启动这项保障措施要具备严格的前提条件,它需要内地政府各主管部门充分有效地履行好管理监督职能,全面、准确、及时地汇集相关信息,包括认真听取行业协会等民间机构的意见与建议,建立健全与内地相关企业沟通机制,在必要时才依 CEPA 的这条规定启动保障措施,并将问题提交联合指导委员会,由后者决定应采取的措施。

因此,在我国现行的反倾销法律制度下,当内地与香港之间出现倾销问题时,笔者认为可以采取的法律救济措施应该根据不同情况区别对待:

(1) 对于香港本地产品出口内地造成倾销后果的情况:根据宪法和香港基本法,我国《反倾销条例》所规定的“中华人民共和国市场”不包括“香港市场”,即该法不适应于香港;而根据 CEPA 第 7 条,两地又互不适用反倾销措施。因此,如果出现这种情况的倾销,由于香港的特殊地位,应该由香港政府与中央政府协调处理,或者启动 CEPA 第 9 条的特别磋商程序,由联合指导委员会决定。

(2) 对于外国产品由香港直接转口到内地造成倾销后果的情况:根据 WTO《反倾销协议》的规定,应该认定为是该外国直接对中国内地的倾销行为,因此,可以直接适用我国的《反倾销条例》,由商务部负责调查确定,并采取反倾销措施。

(3) 对于外国产品先在香港进行了某些非实质性的加工后再销往内地造成倾销后果的情况:应该严格原产地规则,根据 WTO《原产地规则协议》和 CEPA 相关附件关于原产地标准的有关规定,确定其正常价值及是否为“香港产品”;如果最终认定为非“香港产品”并且对内地构成倾销损害后果的,也应该依据我国的《反倾销条例》进行处理。

### 三、CEPA 下我国反倾销法律制度中的问题与完善

CEPA 是我国加入 WTO 之后进行区域经济一体化的首次尝试,零关税给我们的反倾销法律制度带来了诸多挑战,暴露了现行反倾销规则的许多不足之处。同时,这也是反思、完善我国反倾销法律制度的一个契机。

CEPA 零关税挑战我国现行反倾销法律制度的一个主要方面就是原产地规则。实际上,CEPA 下内地与香港之间倾销问题的关键也就是对“原产地”的认定,并且随着国际分工的细化以及产品制作的日益复杂化,界定产品的原产地将越来越困难。CEPA 规定:香港货物进口内地的前提是“事先由特区政府核定产品确实在香港生产,并由双方核定产品清单和确定原产地标准”。但是,现有 CEPA 的规定以及我国的反倾销法律制度显然都不能很好地遏制规避香港货物原产地规则之行为的发生。

在我国现行的反倾销法律制度中,原产地规则存在着一些漏洞,可能导致 CEPA 下巨大的贸易风险。具体说来,在争议解决程序方面,我国的原产地规则

没有按照 WTO《原产地规则协议》的要求做出关于“确定原产地的行政行为立即接受独立于做出原产地评定意见的当局的司法、仲裁及行政听证或程序的审查”的类似规定；此外，缺乏原产地预先评定机制，难以便利进出口贸易的发展，不能为进出口商提供有关进出口货物原产地预先性的意见等，这些都是急需界定的而目前又是立法空白。在原产地规则的适用方面，依据 WTO《原产地规则协议》和其他国家的立法实践，原产地规则的适用范围相当广泛，不但包括了最惠国待遇的实施、反倾销反补贴及保障措施的实施、原产地标志的监管，还包括了任何差别性数量限制或关税配额的适用等，相比之下，我国的原产地规则适用范围过窄。这些在适用范围上的极大差异，使得内地的原产地规则很难适应 CEPA 零关税的要求。

对此，笔者建议两地应该尽快建立起一套结构完整的(包括原则、标准和程序)、定义清晰、商品分类系统、具体的货物原产地规则。针对外国出口商制造“香港原产地”的规避性做法，有必要先在对香港的货物进口环节设置严格的货物原产地检验通关制度；相应的，内地应该对那些申报香港原产地的特殊入关货物建立有效的监控和审核机制。另外，在立法层面上，扩张内地原产地规则适用的范围，其当然应该包括反倾销的措施，以直接呼应 CEPA 的相关规定，避免在区域经济法层面与国内立法的冲突隐患。

CEPA 签署之前曾有学者提出，中央政府可以建议香港特区政府制定自己的反倾销法。笔者对此种观点持保留意见，这是因为：一方面，中央政府可能会因此被指侵犯香港政府的自治权，而香港政府制定反倾销法规也很可能被 WTO 其他成员方指为违反承诺，实行贸易保护措施；另一方面，还必须考虑到香港现在的自由港的身份是长期形成的，如果进行严格的反倾销立法，必然在一定程度上影响其自由港的世界地位，这可能会对香港经济产生不良的连锁反应，波及诸多行业。因此，香港是否应该制定反倾销法，应该充分估量其对香港经济整体可能产生的影响，而绝不应贸然行事。

最后，笔者也建议应该对 CEPA 本身进一步完善，充分注意到 CEPA 现文本中存在的问题。当务之急是制定、完善一系列详细明确的附则，尽快将争端解决机制规则化，引入司法审查，变现在的“政策导向”为“规则导向”，以建立长期稳定的经济一体化关系。

## 内地与香港在 CEPA 框架下的知识产权法律问题初析

王畅邓媛

《现代服务》2006-08

香港回归祖国之后，与内地在政治、经济、文化各方面交流日益频繁，尤其是在经济往来方面，香港与毗邻的泛珠三角地区更是越来越趋于一体化。随着《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(Closer Economic

Partnership Arrangement, 简称 CEPA) 的签订, 香港与中国内地经济交流合作已由松散状态进入紧密状态, 由自然融合转向制度化组织化融合。CEPA 实施后, 香港对内地的本地产品出口, 有九成可享有零关税; 同时, 内地还向香港开放 17 种服务行业。而且, 香港居民可在内地开设业务和工作, 拥有长期发展的机会。然而, 在大量的经济活动中必然会产生大量的知识产权纠纷, 如何快速有效地解决这些具有特殊性的知识产权纠纷是香港和内地司法界急需研究和探讨的问题。

### 一、内地与香港在 CEPA 框架下知识产权法律制度的区际冲突表现

内地和香港分属于不同法域, 各自拥有不同的知识产权法律体系。尽管两者都是在国际条约和准则的指导下建立、修订或“本地化”的, 在整体上越来越趋于一致, 但因为各自所秉承的法律传统和所处的社会制度不同, 两者之间的差异明显存在, 因此内地与香港知识产权的区际冲突无法避免。例如: 1、一家在香港做料理很有名的酒家, 发现在一河之隔的深圳也有与它店名相同、装饰风格相仿的料理店, 这家仿冒的料理店专门开在香港人活动相对集中的地区, 吸引了大批到深圳消费的香港人, 生意兴隆。不明底细的人还以为是香港的酒家在深圳开的分店。2、深圳某公共交通运营公司的标志与在香港家喻户晓的某公共交通运营公司的标志极为相似, 图案中仅相差一竖。3、一批玩具从深圳运往香港, 该款时钟的外观设计在香港被人注册专利, 而在内地没有人申请专利权。因此, 在内地生产和销售玩具不会违反内地法律。但是, 如果这些玩具经非香港专利权人输入香港, 就面临被权利人控诉侵权的问题。4、在内地放宽市场准入的情况下, 香港凭借自身重视知识产权保护的优势, 向内地市场提供大量的“知识产权含量高的”产品和服务, 273 个行业上千种的香港产品将能够以零关税进入内地。但是, 这些产品当中很多都是有香港专利而没有内地专利, 重新申请内地专利又耗费大量人力和物力, 如何有效保护这些产品的技术不被大规模地仿冒? 类似的情况在知识产权的其他领域内也不在少数。

### 二、内地与香港在 CEPA 框架下知识产权法律制度的区际冲突的原因分析

传统的知识产权法律具有严格的地域性特点。这是因为其客体具有无形性, 在某些大陆法系国家, 在担保法、财产法等法中称知识产权为“以权利为标的”的物权; 在某些英美法系国家, 则称之为“诉讼中的准物权”或“无形准动产”。这种无形性使得同一知识产权可以由不同的主体创造或占有, 所以法律必须在同一知识财产上拟制一个唯一的权利主体。就同一个知识财产来说, 一国法律拟制的知识产权有可能与另一国法律拟制的知识产权产生冲突, 这正是知识产权地域性的根源所在。这一特点决定了依一国法律产生的知识产权只在该国有效, 原则上不具有域外效力, 强调本国法仅保护依其法律产生的知识产权; 一国一般也不会承认依另一国法律产生的知识产权在本国的效力。这种法律制度是各

主权国家为了保护本国的政治经济利益而设定。

内地和香港之间的法律制度冲突是历史造成的，香港回归前是英国的殖民地，其法律有浓厚的殖民地主义色彩，大部分依附于英国的法律体系。加之，回归后香港继续保持原有的资本主义制度，整体上延续原有的法律制度。虽然进行了法律“本土化”，但与内地法律制度在很多方面仍存在差异。

知识产权的地域性和香港的历史原因造成了内地与香港的知识产权法律制度的区际冲突。这种法律制度的冲突，在同一经济区域内使相同的法律行为产生不同法律后果。这些因法律制度不同造成的“空白地带”使“侵权人”可以从容地选择“侵权行为地”，以便躲避制裁。另一方面，则使得权利人为了维护自身权益而要付出更高昂的代价。如果这种局面长期存在，势必严重阻碍内地与香港之间的经济发展。因此，扫除这种法律制度的障碍已是迫不及待的问题。

三、内地与香港在 CEPA 框架下的知识产权保护合作途径的选择度的区际冲突的途径需要从协调机构的设置、适用法律的协调方面来着手：

#### （一）协调机构的设置

在欧盟，有一套成熟的立法机制，先由欧共同体委员会提出立法建议，欧洲议会讨论和“经社委员会”提出意见，再由欧共同体委员会根据审议中的意见进行修改，最后由欧洲部长理事会通过、颁布并形成跨国法。可见协调机构的设置是十分必要的，需要有专门的机构去推动内地与香港之间的知识产权保护合作。这机构的主要职责是：草拟内地与香港知识产权的法律冲突的解决方案和立法建议，以供全国人民代表大会和香港立法会修改法律时参考。以下是机构设置的具体方案：

机构设置方案一是：由内地、香港的代表共同组成“内地与香港区际知识产权保护协助委员会”，由该委员会制定适用于两地间开展区际知识产权保护协助的规范性文件，并统一办理两地间的知识产权保护协助事务。参加区际知识产权保护协助委员会的代表包括：最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家知识产权局、国家工商局、海关总署的代表，香港终审法院、知识产权署、海关。

机构设置方案二是：由内地与香港各自组成一个综合性的机构，再由该两个综合性的机构分别代表两地协商签订两地知识产权保护合作的协议，统一协调办理两地的知识产权区际冲突事务。内地的综合性机构可命名为“中国内地知识产权保护协助委员会”，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家知识产权局、国家工商局、海关总署的代表组成。香港的综合性机构可命名为“香港知识产权保护协助委员会”，由香港终审法院、知识产权署、海关的代表组成。

#### （二）适用法律的协调

在整个协调法律冲突的过程中需要先易后难，从易解决之处入手，循序渐进逐步完善，最终从根本上解决问题。

#### 1、单方面制订冲突规范的途径

实施 CEPA 协议初期，内地与香港知识产权法律制度协调，可以选择对特定领域的冲突问题单方面作出调整规范的做法。这是一种较为快速简便方法，如内地在 1999 年 11 月发布了《关于在香港特别行政区知识产权署提出的首次申请的优先权的规定》就是采用了对特定问题单方面及时作出规范调整的方法。这种方法快速有效，针对性强，且可为内地与香港建立更完善的知识产权法律制度协调机制打下基础。

#### 2、协调内地与香港知识产权实体法的途径

先缩小两地知识产权实体法具体规定的差别，为以后建立完全统一的知识产权律制度打下基础。有两种途径：一是由内地和香港共同制定类似欧共体《商标指令》的立法标准，或制定一部示范法，由两地立法机关采纳，将其转为域内法进行实施；二是由于内地和香港都已经加入世界贸易组织，按该组织的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)的规定，各成员的知识产权法应达到该协议规定的最低标准。

#### 3、建立复式的知识产权法律体系

也即制定一部统一的知识产权法，建立一个统一的知识产权注册机构，产生跨区域知识产权。同时，两地的知识产权法律制度予以保留，由其产生区域知识产权。为使两种不同的知识产权法律制度协调运行，必须建立适当的协调机制，参照欧盟有关商标法律体系，在不同的法域间可建立以下三种协调机制：一是优先注册权制度，对于在诸法域内有效的注册商标或得到诸法域共同承认的商标，权利人可以享有优先注册跨区域商标的权利，跨区域商标权人则享有将其商标优先注册为区域商标的权利；二是转换申请制度，当申请跨区域商标失败时，不影响其再申请区域商标；三是诉讼管辖和法律适用制度，在跨区域商标权和区域商标权同时存在的情况下，可以象欧共体一样，选择适用权利产生所依据的法律。其管辖，则以被告所在地为主，再辅之以最密切联系地。对于跨区域商标权，可成立专门的管辖法院，或指定有关法院专门管辖有关案件。

4、建立统一的知识产权法律制度，即在全国仅有一部知识产权法，一套注册制度。各地区不再保留各自的知识产权法律。这样，中国在“一国两制”下存在的知识产权区际法律冲突的问题，将获得根本的解决。

### 推进 CEPA 框架下我国内地与港澳旅游业合作的法律思考

慕亚平卜凌嘉

《学术研究》2008-04

#### 一、CEPA 协议的实施推动了三地旅游业蓬勃发展

(一) 香港旅游业出现了前所未有的繁荣局面 CEPA 的实施有力地帮助了香港旅游业从 SARS 的严重打击中恢复过来, 并且刺激了酒店、零售、景点等旅游相关行业的快速增长。据香港旅游局统计, 到 2004 年 7 月底港澳个人游” 开放一周年之际, 个人游赴港的内地居民累计达 260 万人次, 约占同期大陆出境旅游人次数的 1/4。2005 年, 旅游业的表现理想, 访港旅客超过 2300 万人次, 再创新高, 旅游收益逾 1, 000 亿元, 内地旅客亦创新高, 超过 1250 万人次, 比上年增加 2. 4%。根据国家旅游局统计数据, 自从 2003 年 7 月 1 日开放内地居民港澳个人游” 以来, 到 2006 年五月底, 内地到香港“个人游” 达 1300 多万人次, 到澳门个人游” 突破 1000 万人次。个人游” 的实施带动了其他相关行业的兴旺, 直接促进了香港经济的复苏。2004 年, 个人游” 旅客的额外消费为香港本地生产总值增加 45. 4 亿港元, 对酒店及住宿业的增值额为 2. 25 亿港元, 对零售业的增值额为 7. 02 亿港元, 对饮食业的增值额为 3. 35 亿港元, 对其他个人服务增值额为 2. 65 亿港元, 对跨境运输服务增值额为 1 亿港元, 为旅游相关行业直接创造 16558 个就业机会。

(二) 澳门旅游业直接带动了澳门经济的发展 CEPA 对澳门旅游业发展的促进更为明显。以博彩业为中心的旅游业是澳门经济的支柱产业, 直接受到旅游业影响的就业人口占澳门本地生产总值的 32. 8%。根据澳门旅游业界统计资料, 自从开放以个人身份赴澳门旅游之后, 内地赴澳门游客迅速增长, 仅 2004 年内 地居民赴澳门游客达 925 万人次, 比 2003 年增加 65. 96%。2005 年, 内地居民赴澳门游客达 1046 万人次, 比 2004 年增加 9. 79%。2006 年, 内地居民赴澳门游客达 1198 万人次, 比 2004 年增加 14. 55%。庞大的内地游客直接带动了澳门经济的发展, 并增加了澳门政府的财政收入。2004 年, 澳门旅游业总收入达 587 亿澳门元, 比 2003 年增加 43. 7%, 澳门政府从旅游业中获得的财政收入为 238 亿澳门元。2005 年, 澳门旅游业总收入达 620 亿澳门元, 比 2004 年增加 5. 63%, 澳门政府从旅游业中获得的财政收入为 282 亿澳门元。

### (三) 内地旅游业也在 CEPA 合作中得到发展

2004 年, 香港同胞入境达到 6653. 89 万人次, 比 2003 年增加 13. 2%。全年香港同胞在内地花费 69. 14 亿美元, 比 2003 年增加 28. 32%。2005 年, 香港同胞入境达到 7019. 38 万人次, 比 2004 年增加 5. 49%; 澳门同胞入境达到 2573. 41 万人次, 比 2004 年增加 19. 61%。自 CEPA 实施以来, 港澳同胞入境旅游人次和花费逐年增加, 并有明显的增长趋势。

## 二、CEPA 关于旅游业合作的规定合乎并优于我国入世承诺

CEPA 中服务贸易开放承诺是在我国加入 WTO 的《服务贸易具体承诺减让表》基础上, 经双方磋商确认的, 使用了《服务贸易具体承诺减让表》中的服务贸易部门分类标准。这一部门分类标准来自《服务贸易总协定》(GATS)。GATS 中服务

贸易分为四种：即跨境交付、过境消费、商业存在和自然人流动。这四种方式中与旅游业联系密切的主要是跨境消费和商业存在。跨境消费是指在一成员境内向另一成员的消费者提供服务，即消费者来到服务提供者所在地进行消费活动。在旅游业中，即一成员方游客来到另一成员方境内的旅游目的地，由旅游目的地的旅行社向其提供交通、导游、餐饮和住宿等服务。商业存在是指一成员方的服务提供者在另一成员境内以通过设立任何形式的商业机构或专业机构提供服务，服务提供者来到消费者所在地设立法人、分支机构或代表处向消费者提供服务。在 CEPA 协议中，有两项规定是允许港澳服务提供者以商业存在的方式进入内地市场。相比跨境消费这种单纯的接待服务，商业存在能够让旅游服务提供者真正进入内地客源市场，实际接触内地消费者，迅速而全面地了解内地市场，从而更好地开拓内地广阔的市场。商业存在作为一种投资形式，必将更加紧密地连接起港澳和内地三个市场，促进三地市场的一体化，是三地旅游业深层次经济交流与合作的重要形式。

CEPA 的开放措施使港澳服务提供者以先于内地向世贸组织承诺的开放时间进入内地市场，而在某些领域港澳服务提供者甚至享受超出内地入世承诺开放的水平。

1. 在住宿餐饮服务方面。我国加入 WTO 时承诺，外国服务提供者可以合资企业形式在中国建设、改造和经营饭店和餐馆设施，允许拥有多数股权，加入后 4 年（即 2005 年）内，允许设立外资独资子公司。CEPA 允许香港、澳门服务提供者自 2003 年起，可以独资形式在内地建设、改造和经营饭店、公寓楼和餐馆设施，且无最低注册资本要求。港澳服务提供者不仅可以较世贸组织其他成员投资者提前两年进入酒店餐饮业，而且取消对注册资本要求和资本构成比例要求。这一领域的实际开放水平已经超过了我国在加入 WTO 时的承诺。

2. 旅行社注册资本要求和地域限制方面。我国在加入 WTO 时承诺满足下列条件的外国服务提供者可以自加入时起以合资旅行社和旅游经营者的形式在中国政府指定的旅游度假区和北京、上海、广州和西安提供服务：（1）合资旅行社或旅游经营者的注册资本不得少于 400 万元人民币；（2）中国加入后 3 年（即 2004 年）内，注册资本不得少于 250 万元人民币；（3）加入后 3 年（即 2004 年）内，将允许外资拥有多数股权；（4）中国加入后 6 年（即 2007 年）内，将允许设立外资独资子公司，将取消地域限制；（5）中国加入后 6 年（即 2007 年）内，将取消对合资旅行社或旅游经营者设立分支机构的限制，且对于外资旅行社或旅游经营者的注册资本要求将与国内旅行社或旅游经营者的要求相同。CEPA 规定自 2003 年起，对港澳与内地合资设立的由内地拥有多数股权（中方出资占注册资本比例不低于 51%）的合资旅行社取消了仅限于北京、上海和广州、深圳、西安 5 个城市的地域限制。

3. 旅行社的港澳服务提供者资格审查方面。2003 年根据入世承诺修改的《设立外商控股、外商独资旅行社暂行规定》，设立外商独资旅行社境外投资方的年旅游经营总额应在 5 亿美元以上；在内地设立外商控股旅行社境外投资方的年旅游经营总额 40(8) 万美元以上。2005 年，为配合 CEPA 补充协议二》，根据国家旅游局和商务部第 25 号令，降低香港服务提供者和澳门服务提供者进入内地的准入条件，即：在内地设立独资旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者的年旅游经营总额不低于 2500 万美元；在内地设立合资旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者的年旅游经营总额不低于 1200 万美元。

4. 旅行社许可经营的业务方面的限制。根据 WTO 承诺，中外合资旅行社，外资独资旅行社或旅游经营者的业务范围为：(1) 向外国旅游者提供可由在中国的 交通和饭店经营者直接完成的旅行和饭店住宿服务；(2) 向国内旅游者提供可由在中国的 交通和饭店经营者直接完成的旅行和饭店住宿服务；(3) 在中国境内为中外旅游者提供导游；(4) 在中国境内的旅行支票兑现业务。中外合资或独资旅行社和旅游经营者不允许从事中国公民出境及赴中国香港、中国澳门和中国台北的旅游业务。2006 年，在 CEPA 补充协议三》中，对原来 CEPA 中不允许合资旅行社经营出境游服务的规定进行了修改，允许合资旅行社试点经营广东省居民（具有广东省正式户籍的居民）前往香港、澳门的团队旅游业务。在内地对 WTO 的旅游市场开放的承诺中，出于对旅行社行业的保护，内地并未对外国投资者经营出国旅游、赴港澳台旅游市场作出任何承诺。但 CEPA 首次有条件地突破了这一市场壁垒，允许港澳合资旅行社经营广东省居民赴组团港澳业务。

以上 CEPA 承诺都属于对商业存在的开放。另外，CEPA 逐步允许广东省全省、北京、上海、天津、重庆等内地 43 个城市约 2 亿居民以个人身份赴港澳旅游。此项承诺属于跨境消费的开放。

从以上法规和文件可以看出，CEPA 及其补充协议使得港澳服务提供者享受了比入世承诺中给予外国投资者以商业存在方式进入内地市场更为优惠的准入条件。

但是，CEPA 并没有违反 WTO 的规则，WTO 倡导全球自由贸易，但并不反对成员之间缔结双边或区域性的自由贸易协定。内地和香港、澳门均为 WTO 的成员，同时又是不同的关税区，CEPA 作为国家主体与其单独关税区之间的自由贸易协议，是致力于在小范围内实现货物及服务贸易的进一步自由化，并不违反 WTO 协议规则。CEPA 的内容并未涉及对非成员方新增或提高货物贸易及服务贸易的壁垒，完全符合 WTO 的要求。CEPA 现已接受 WTO 区域性贸易协定委员会三轮审议，并于 2006 年 3 月获得正式通过。[4]

### 三、CEPA 框架下内地与港澳旅游业合作中存在的法律问题

统计数据显示，自 CEPA 实施以来，三地的旅游合作与交流主要是通过跨境

消费方式完成的，港澳服务提供者利用商业存在方式取得的成果并不明显。这表明在 CEPA 的旅游业规定中，关于商业存在进入内地市场方面仍然存在一定服务贸易壁垒和限制以及其他妨碍港澳旅游提供进入内地的因素。

#### （一）市场壁垒降低了港澳服务提供者进入内地市场的积极性

我国旅游市场一般按游客前往的目的地分为三大块。1、内地居民在大陆地区旅游的国内旅游市场。2、外国人和港澳台居民赴内地旅游的入境旅游市场。3、内地居民赴外国和港澳台地区旅游的出境旅游市场。

一般认为，国内旅游市场发展最为成熟，市场开放程度也较高，所有中外合资旅行社和外商独资旅行社均可以经营国内旅游市场业务。但由于国内交通逐渐发达，旅游信息丰富，自助游和自驾游等新兴旅游方式迅速发展，越来越多旅游者选择以不参加旅游团的方式出游，而自行购买旅游要素服务（如交通服务）。传统旅游模式的改变使得传统的国内包价旅游（即包括交通、住宿、导游接待等各个旅游要素的旅游服务）市场日渐萎缩和老化（成团率已不足 5%），导致国内旅游包价市场竞争日趋激烈，利润率明显下降。

与此相反，出境旅游市场充满活力和需求。随着内地居民收入水平的提高，对我国开放的旅游目的地的国家和地区不断增加，以及外国政府对我国居民旅游签证政策的放松，内地居民赴境外国家和港澳台地区旅游市场将会得到快速发展。相比国内旅游市场经过较为充分的竞争而进入了稳定期，出境旅游市场还处于迅速成长阶段。而境外国家和港澳台地区由于和内地距离遥远，境外国家和港澳台地区和内地无论在语言还是社会制度方面均存在较大差别，人员进出须办理相应的签证和出入境手续，赴外国和港澳台地区的包价旅游业务具有相当的复杂性和稳定性，不容易像国内旅游市场那样转化为旅游要素的零售业务。同时，由于赴外国和港澳台地区的旅游业务本身的复杂性也导致出境旅游经营者数量较少，使得赴外国和港澳台地区的旅游市场利润在三大旅游市场是最高的。外国与港澳旅游经营者的优势也正是在出境旅游市场业务方面。境外旅行社资本雄厚，管理科学，从业人员业务素质高，并且比国内旅行社更为熟悉境外旅游市场的商业运行规则和惯例，在经营出国旅游业务上具有得天独厚的优势。

然而，目前内地经济结构仍然是以制造业为主，服务业整体发展水平不高。为保护多数实力不强的小型内地旅游企业免受境外大型旅游企业的强烈冲击，我国在入世承诺时采用了有限度地开放旅游市场的做法，对开放出境旅游市场作出保留，禁止外商控股或独资旅行社经营或变相经营中国公民出国旅游业务以及中国内地人赴香港、澳门特别行政区和台湾地区旅游的业务，而出国旅游和赴港澳台地区旅游的业务恰恰是外国投资者最感兴趣的业务。

CEPA 补充协议三》虽然允许港澳服务提供者经营具有广东省正式户籍的居

民前往香港、澳门的团队旅游业务，但由于赴港澳签证政策的改变和粤港澳交通便利，广东与港澳语言相同，大部分广东省居民往往以“个人游”身份赴港澳旅游，导致港澳游的组团业务也出现散客化”，成团率不断降低，港澳组团旅游市场发展空间有限。根据现行的法规，港澳投资者禁止经营内地居民出国旅游业务，这无疑会大大降低港澳服务提供者通过正式渠道进入内地市场的积极性。由于高端优质的旅游市场不对境外投资者开放，导致境外投资者（包括港澳投资者）进入内地市场时非常谨慎，从而影响了港澳投资者对内地旅游业的服务提供。

## （二）旅游服务定义不明、分工不清影响了旅游管理部门对旅游业的监管

旅游服务具有无形性、不可储藏性、购买与消费非即时性等特点，远比货物贸易复杂，涉及对交通、住宿、餐饮和导游等旅游要素多种服务的购买、组合及再次销售等诸多问题。据国际旅游组织统计与旅游有关的服务部门达 12 类之多，包括商业服务（购买、出售、出租）、通讯服务、建筑及其他工程服务（如旅游、娱乐设施的建筑）、分销服务（如旅游产品的零售）、教育服务、环境服务、金融服务、与健康有关的服务和社会服务、旅游服务和与运输有关的服务、娱乐文化和体育服务、运输服务和其他服务。

旅游服务的复杂性和关联性对政府部门的管理和监督能力提出了更高的要求。然而，我国现行旅游法规没有对包价旅游服务与旅游要素产品零售服务作出清晰定义和分类，也没有对单纯提供旅游要素零售服务的经营者进行管理的规定，从而使得旅游管理部门将难以监督和管理合资或港澳独资旅行社的经营行为。譬如，我国法规明确禁止外商合资或独资旅行社经营出境旅游服务，但没有禁止外商合资或独资旅行社销售与出境旅游有关旅游要素零售服务。在实践中，往往存在外商合资或独资旅行社以代订国际机票、代订境外酒店客房、旅游咨询等名义，以化整为零的方式从事内地居民出境包价旅游服务。旅游行政管理部门即使发现这类行为，也会因缺乏客观的认定标准和依据而难以处罚。倘若大量外资旅游业经营者以化整为零的方式经营出境旅游服务会导致我国对市场准入的保留失去作用。CEPA 许可港澳服务提供者经营广东省居民前往香港、澳门的团队旅游业务。这很可能将导致港澳合资或独资旅行社利用港澳作为中转地，进一步变相经营内地居民赴其他国家旅游业务。特别是随着旅游市场准入的放宽，旅游服务的定义和分类不清晰所引发的监督和管理问题将越来越突出。

## （三）设立合资或独资旅行社的门槛过高降低了投资旅游业的热情

尽管 CEPA 协议对港澳服务提供者设立合资或独资旅行社的准入门槛比我国入世承诺标准降低了许多，在内地设立独资旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者的年旅游经营总额由原来的不低于 5 亿美元降至不低于 25(8)万美元，

内地设立旅行社的香港服务提供者和澳门服务提供者在内地设立旅行社的年旅游经营总额由原来的不低于 4000 万美元降至不低于 1200 万美元，但对在内地设立旅行社的港澳服务提供者不低于 250 万元人民币的注册资本要求并没有降低，而国内投资者只需 60 万元人民币即可注册相同类型的旅行社。除了注册资本过高以外，对港澳服务提供者在内地设立旅行社还有数量上的控制，每个境外投资方申请设立外商控股或外商独资旅行社，一般只批准一家。旅行社属于典型的连锁经营企业，需要广布网点才能形成品牌效应和规模经营的经济效益，限制旅行社分支机构的数量也是造成港澳投资者不愿进入内地市场的原因。

#### （四）内地旅游法规缺乏透明度，旅游管理过多行政主导

内地旅游业没有一部真正的法律，而习惯于行政手段管理。从 1982 年开始起草《旅游法》，至今也未出台，现行的旅游单项法规基本上是行政法规和文件，且大部分是各行政职能部门颁布的。国务院颁布的行政法规仅有《旅行社管理条例》、《中国公民出国旅游管理办法》和《导游人员管理条例》，其余为国家旅游局或其他行政职能部门如文物部门、交通部门等颁布的实施细则或暂行规定等。据不完全统计，“八五”期间出台的旅游规章、规范性文件多达 45 个，其中相当数量是以“通知”、“会议纪要”甚至“口头通知”和“领导讲话”的形式下发。以行政文件作为旅游管理依据，造成政出多门，互相冲突，缺乏透明度和稳定性，令旅游经营者无所适从。港澳服务提供者反映，大多数内地服务行业法规复杂，不方便营商，透明度不足。甚至同一行业法规在不同省份有不同的规定。（P21）内地旅游业政策缺乏透明度和稳定性影响了港澳服务提供者在内地设立旅行社的热情。

以上的种种原因都导致港澳服务提供者对于利用商业方式进入内地市场反映并不热烈，较少以正式渠道利用商业存在的方式进入内地市场。根据香港工业贸易署统计，截至 2006 年 9 月 30 日，获得批准的香港服务提供者申请书为 995 份，其中，旅游和与旅游相关服务的服务提供者获批准的数目仅为 5 项。

#### 四、解决 CEPA 框架下内地与港澳旅游业合作问题的建议

##### （一）对港澳合资或独资旅行社开放出境旅游市场

旅游业属于技术含量低和劳动密集型服务业，我国发展旅游业具有独特的优势，相比其他服务业我国旅游业具有较强的竞争力。而且相对于电信、银行、证券、保险等与国民经济安全密切相关的服务业，无论是在发达国家还是在发展中国家旅游业都属于开放程度较高的产业。因此，我国在入世谈判时，将旅游业市场开放列为开放度较高和完成谈判较早的行业。虽然从保护我国旅游企业利益的角度出发，我国入世承诺对出境旅游市场设置贸易壁垒具有一定合理性，但多年实践经验表明，产业保护政策可能会对产业发展产生负面影响，行业垄断导致企业缺乏竞争意识，产品单一、服务质量低下、收费居高不下，受

到严格保护的产业依赖政策生存，缺乏提高竞争力的动力。而按照 GATS 关于逐步自由化的原则，中国旅游业的对外开放不可能止于现已做出的承诺，而是要坚定不移地继续拆除壁垒，实现更全面更大程度的开放。从长远看，对外资旅游企业在内地的业务范围限制势必逐步取消。因此，在以后阶段的 CEPA 协议中对港澳服务提供者在内地设立合资和独资旅行社进一步开放市场是顺应我国服务业发展趋势的。

对港澳服务提供者在内地设立合资和独资旅行社逐步开放出境旅游市场不仅可以为内地旅游者提供更多的消费选择，而且也有利于促进内地旅行社学习和引进港澳旅游经营者先进的经营理念和管理模式，提高内地旅行社的服务水平。