

香港“五十年不變”的科學含義及其法律影響

陳雪玉、張健一*

一、準確把握“香港五十年不變”與“一國兩制”之間關係的關鍵

提及“一個國家，兩種制度”¹，許多人首先想到的往往是“香港保持原有的資本主義制度和生活方式五十年不變”，即香港“五十年不變”，甚至天然地認為“一國兩制”就是“五十年不變”。但是，對於這一直覺印象有何確切依據、其在何種前提下可以成立，對“五十年不變”與“一國兩制”的具體關係，實際上也即香港原有的資本主義制度(簡稱“香港原有制度”)與香港特別行政區(簡稱“特區”)制度之間存在何種關係，卻一直少有人深究²，對香港“五十年不變”的科學含義就更缺乏細細深究了。

現實中，有意無意地將香港“五十年不變”與“一國兩制”兩個範疇不加辨析、混為一談甚至進行人為裁剪、簡單對接，事實證明其結果是非常嚴重的，甚至是充滿巨大風險隱患的。稍遠一點的，諸如《香港基本法》第 23 條立法風波，與一些人將香港“五十年不變”和特區擁有高度自治權視為一幣兩面不無關係：既然五十年不變，為何又要重新立法？稍近一點的，諸如“佔中”風波和香港立法會候任議員宣誓風波之後，全國人大常委會對《香港基本法》相關條款出台解釋，又有一些人解讀為“破壞香港法治”、“香港司法已死”、“干涉香港自治”：既然回歸前不曾有英國議會行使對香港法律的解釋權，為何回歸後全國人大常委會卻要時不時解釋《香港基本法》，並且這些解釋還成為了特區法院進行司法審判的法律依據呢？可見，香港原有制度與特區制度的關係問題沒有得到妥善解決，諸如上述種種誤解和歪曲就會愈演愈烈，導致更多不必要的隔閡和對抗，對“一國兩制”的順利實施造成不可低估的負面影響。就目前來看，對這種關係存在兩種觀點。

一種觀點認為，香港原有制度與特區制度是種屬關係。理由是：既然《香港基本法》的序言指出，《香港基本法》規定了特區制度，在第 5 條明確規定“香港保持原有的資本主義制度和生活方式五十年不變”，並且《香港基本法》還對直接適用和轉化適用³於特區的全國性法律以及在各章中分別對特區各方面制度作出進一步規定，這就說明了特區制度已經遠遠超出香港原有制度的範疇，因此香港原有制度包含於特區制度。這種觀點以《香港基本法》的內容結構和制度規定為依據，將香港原有的資本主義制度全部納入特區制度的範疇。假設如此，那麼如何解釋《香港基本法》第 8 條所規定的“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留”呢？既然香港原有法律一旦同《香港基本法》相抵觸便歸於無效，或者可能被特區立法會修改，那麼如何能得出香港原有制度必定完全納入特區制度的範疇的結論呢？

* 前者為廣州工程技術職業學院講師，後者為廣州市政府公職人員

可見，這種觀點並不全面，也不準確。

另一種觀點則與上一觀點大相逕庭。這種觀點認為，香港原有制度基本等同於特區制度。2017年6月，陳方安生在接受媒體採訪時，就拋出所謂的“換旗說”，聲稱香港回歸甚麼都沒變，只是換個旗幟而已。陳方安生稱，“(回歸)應該一切都沒變，除了換個國旗，有個行政長官取替港督，其他樣樣都照常運作。”⁴ 其言下之意，就是中國恢復對香港行使主權及香港行政首長的變化只具有形式意義，因此特區制度就是香港原有制度。倘若如此，那麼如何解釋《香港基本法》不屬於香港原有制度，卻作為特區的“小憲法”發揮作用呢？又如何解釋一批全國性法律在香港直接適用，以及《香港基本法》要求特區立法會開展本地立法，以轉化適用國家法律有關要求呢？這些都與香港原有制度沒有派生關係，更談不上隸屬關係。可見，第二種觀點也站不住腳。

乍一看，香港原有制度既然“五十年不變”，那麼其與特區制度之間的關係，無非是大於、等於和小於三種情形。既然後兩種情形無法成立，那麼是否最終成立的就是第一種情形呢？是否特區制度由香港原有制度當中的一部分轉化而來，而後者的另一部分在香港回歸後歸於無效？顯然，基於對陳方安生觀點的反對意見，同理這種假設也是不可能成立的。那麼，問題就來了：香港“五十年不變”與“一國兩制”之間，實際上也就是香港原有的資本主義制度與特區制度之間究竟存在何種關係？

可能還有人對此不以為然甚至頗感不屑：《香港基本法》第18條早就規定“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第八條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律”，這就足以說明香港原有制度只是部分地進入特區制度體系，而特區制度也不限於沿用香港原有制度，因此顯然兩者之間既不存在種屬關係也不成立等同關係。特區制度與香港原有制度的關係如此顯而易見，還需要研究嗎？表面上看來，《香港基本法》第18條規定的確對特區制度的範圍予以明晰，但是上述這一回答無法回答隨之而來的一個難題：《香港基本法》第5條規定“香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變”。這一規定被放在《香港基本法》的第一章“總則”，而第18條規定則被安排在第二章“中央和香港特別行政區的關係”。鑒於這樣的內容安排，第18條是否與以及能否與第5條衝突？甚至，同處於《香港基本法》第一章“總則”的第8條、第11條規定與第18條規定類似，與第5條規定的表述似乎並不一致，那麼又如何理解和處理呢？可見，即使是上述所列兩種錯誤觀點，也並非空穴來風，而恰恰是這些條文規定之間的關係沒有得到全面澄清和梳理、實際上就是對如何理解“五十年不變”出現混亂所帶來的不良後果。而從這些簡要分析也可以看出，準確把握“五十年不變”的科學含義，不僅對正確領會“五十年不變”和“一國兩制”之間關係事關重大，而且對重新認識“一國兩制”制度安排、審慎制定特區制度具有重要的理論和實踐意義。

二、香港“五十年不變”的適用範圍和適用原則

準確把握香港“五十年不變”的科學含義，首要便是正確認識香港原有制度“五十年不變”的適用範圍及其適用原則。

(一) 香港原有制度“五十年不變”的適用範圍

關於這一問題的爭議點首先在於：僅限於經濟領域還是涵蓋所有領域？一種觀點認為，香港原有制度“五十年不變”僅限於經濟領域。⁵ 按照這種觀點，那麼香港回歸後，香港的政治、社會、文化、法律制度將不在“五十年不變”的範圍內，隨時可能被廢止或修訂。這一假設性結果，不僅與《中英聯合聲明》不符，也與《香港基本法》其他條文衝突，更與香港回歸後20年的實踐明顯格格不入。例如，香港的社會福利政策就保持了很好的延續性，普通法在香港回歸後也繼續在特區司法中大行其道。因此，這種觀點是站不住腳的。

另一種觀點則認為，應對此作廣義理解，香港原有制度“五十年不變”應涵蓋政治、經濟、社會、文化、法律領域各個層次。中央政府官員曾形容香港回歸後“舞照跳、馬照跑”，既形象地說明了香港原有生活方式可以保持不變，也生動地揭示了香港原有制度“五十年不變”的適用範圍至少不限於經濟領域。但是，僅此就走向另一個極端，斷定香港原有制度“五十年不變”無所不包、囊括方方面面，恐怕既不準確、也不嚴謹，因為實際上可以舉出很多反例。例如，在政治領域，香港的行政首長不再由英國政府指派，而是由中國中央政府予以任命；港督不需對香港立法局負責，行政長官則要接受特區立法會監督；回歸前香港人缺乏參與英國政治的途徑，回歸後特區人則可以參選全國人大代表。又如，在法律領域，回歸前香港立法院出台的地方法規必須與英國議會出台的法律保持一致，香港終審權則由英國的樞密院行使，香港法院的判決也不得違背英國議會立法的精神，回歸後特區在立法權、司法權和終審權上都實現了高度自治。再如，在對外交往領域(也可以看作是政治領域)，回歸前香港無法獨立加入國際組織，回歸後特區可單獨同各個國家和地區保持和發展經濟文化關係，等等。顯然，可以看到，對香港原有制度的清理和完善，非但沒有讓特區的權力和利益遭到削弱，反而使特區獲得了更多有助於自主發展的權力資源和戰略空間，改變是為了更好地促進特區發展。因此，如果把政治、經濟、社會、文化、法律領域所有制度都納入“五十年不變”的範圍，那麼明顯與事實相悖。

由此可見，香港原有制度“五十年不變”的適用範圍，當不限於經濟領域且應涉及政治、經濟、社會、文化、法律各領域，但是不可能也不應當囊括上述領域的所有制度。這必然進一步要求有一個界定原則，以便更準確地圈定香港原有制度“五十年不變”的適用範圍。

(二) 香港原有制度“五十年不變”的適用原則

關於香港原有制度“五十年不變”的適用原則，《香港基本法》並沒有作出明確規定。基於對特區行使高度自治權的一般理解，是否可以將是否屬於特區自治事務範圍作為判斷香港原有制度是否“五十年不變”的界限呢？這一設想，與《香港基本法》第158條對《香港基本法》解釋權相關授權範圍的規定頗為相似，即將香港原有的、回歸後可以繼續適用於特區自治事務的那些制度納入“五十年不變”的範圍，同時將直接涉及中央人民政府管理的事務以及中央和特區之間關係的那些制度排除在“五十年不變”的範圍之外。關於這一設想，可以找到大量證據予以支撐。回歸前後發生改變的香港制度，例如，上文所列舉的香港行政首長改由中國中央政府任命、從不需對香港立法局負責到接受特區立法會監督的例子，屬於特區政治體制有關制度安排，本質上是央地權力關係的反映。⁶ 又如，上文同樣列舉的法律領域，回歸後特區在立法權、司法權和終審權上都實現了高度自治，涉及國家對立法權和司法權——國家權力的重要組成部分——的重新配置。再如，在對外交往上，回歸後特區可單獨同各個國家和地區保持和發展經濟文化關係，也與國家外交權的行使方式息息相關。在這些方面，

香港原有制度在回歸後出現了變化，至少是因為它們事關中央權力的重新配置與妥善安排，所以香港基本法必須對這些制度的具體內容和適用方式進行修訂。

然而，這種觀點依然似是而非。如果通讀《香港基本法》全文，可以發現，《香港基本法》各章分別對中央和特區的關係、特區居民的基本權利和義務、特區政治體制、特區經濟制度、特區社會制度、特區對外事務、《香港基本法》的解釋和修改等作了全面規定。這些規定當然不止於適用於特區自治事務，但即便僅就其中有關特區自治事務的規定而言，仍然無疑有不少全新規定。況且，《香港基本法》第 8 條規定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。”其第 11 條也對這一點予以確認：“根據中華人民共和國憲法第三十一條，香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據。香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。”這意味着，不管所調整領域屬於特區自治事務還是與中央相關的事務，香港原有制度都可能出現與《香港基本法》相抵觸的情形，從而歸於無效或作出調整。因此，如果以所調整的社會關係是否屬於特區自治範圍來作為制度是否保持“五十年不變”的最終標準，是沒有法律依據的。

三、全面、準確地認識香港“五十年不變”的科學含義

無論是以適用領域還是以是否涉及特區自治事務作為切入點，都無法令人信服地對香港“五十年不變”的邊界予以明確界定。這無疑是對“五十年不變”在認識上產生混亂的一個重要因素。而單單立足於《香港基本法》第 8 條和第 11 條規定，將是否與《香港基本法》相抵觸作為判斷香港原有制度是否繼續適用的標準，又面臨如何合理解釋《香港基本法》第 5 條規定、系統完整地理解這三條規定的突出問題。因此，將是否與《香港基本法》相抵觸，作為判斷香港原有制度是否繼續適用的標準，還需要更堅實、更有說服力的論證。這就是回到“五十年不變”的科學含義上來，從根本上澄清關於“五十年不變”的誤解和曲解，為準確判斷香港原有制度如何繼續適用提供最終的法理依據。

先看看上述三條規定的關係問題。到底《香港基本法》第 8 條、第 11 條與《香港基本法》第 5 條的邏輯關係究竟是怎麼樣的？在效力排序或權力位階上哪一條規定具有優先性？甚至，更發散一點地考慮，《香港基本法》第 8 條、第 11 條與《中英聯合聲明》第 3 條第 3 項與第 5 項⁷的關係是甚麼？究竟是“五十年不變”在前、在先、具有更高法律效力，還是“與《香港基本法》保持一致”才是不可觸碰的法律底綫？《香港基本法》並未對此作出明確回答。本文認為，至少要從兩方面進行解釋。

第一，圓融自治地理解“五十年不變”的科學含義。從官方文件來看，這一說法最早來源於《中英聯合聲明》第 3 條第 3 項與第 5 項。但是，這一聲明沒有泛泛提出香港“五十年不變”的命題，而是一一指出了“法律基本不變”、“社會、經濟制度不變”、“生活方式不變”三點。在全國人大審議《香港基本法》(草案)時，起草委員會的說明裏也延續了這一說法：“在香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，原有的資本主義社會、經濟制度不變，生活方式不變，法律基本不變。”⁸ 可以看到，這些表述與《香港基本法》正式文本第 5 條規定有明顯差別。由於《中英聯合聲明》僅涉及中英主權交接和香港回歸過渡期的有關安排事項，不能對回歸後特區管治實踐發揮規範指引作用⁹，《香

港基本法》(草案)起草說明也只能作為輔理解之用，因此應以《香港基本法》為準。但是，恰恰是《中英聯合聲明》和《香港基本法》(草案)起草說明補強說明了香港“五十年不變”並非涵蓋一切、沒有例外；相反地，倒是不變之中亦有改變。加之，《香港基本法》第8條和第11條規定進一步呼應了《中英聯合聲明》和《香港基本法》(草案)起草說明的相關表述，使得香港“五十年不變”這一命題更加豐滿、完整，更加說明了《中英聯合聲明》和香港基本法(草案)起草說明的提法並沒有在《香港基本法》正式文本中被否定和改寫，而是分別體現在《香港基本法》第5條、第8條和第11條規定。這3條規定不應當各自孤立地去進行解讀，而是應當合成一個自治的整體予以理解。如此一來，《香港基本法》第5條、第8條和第11條規定之間並非相互矛盾、不可調和，而是相互說明、相互定義，“五十年不變”這一命題必須接受第5條、第8條和第11條規定的共同約束，從而成為一個嚴格的法律命題而非寬泛意義上的道德命題或政治訴求。

第二，實事求是地認識香港“五十年不變”的科學含義。不僅在《香港基本法》諸多條文規定中，可以看到對香港原有制度進行修訂的實例，而且在香港回歸20年來，中央和特區圍繞貫徹落實《香港基本法》所開展的一系列制度實踐，實際上更加具體、更加明確地界定了“五十年不變”這一法律命題的適用範圍和應用強度，對準確把握“五十年不變”起到了非常及時和有效的指引作用。全國人大常委會至今一共24次對《香港基本法》作出解釋或出台相關決定¹⁰，涉及領域包括行政長官產生辦法、立法會產生辦法和表決程序、適用於特區的全國性法律增減、國籍法在特區適用問題、處理香港原有法律、特區入境管理、特區居民的定義、特區公職人員愛國愛港、國家豁免規則或政策在特區適用等問題，而這些都是事關特區發展全域、社會各界密切關注、後續影響廣泛深遠的政治、法律重點、難點、熱點問題。在上述解釋或決定中，全國人大常委會直面一系列重大疑難問題所帶來的尖銳挑戰，嚴格遵循《香港基本法》所確認的法律體系和邏輯思路，在“一國兩制”框架內定分止爭，進一步明晰了《香港基本法》適用中的許多法律爭議。在解決法律爭議的同時，全國人大常委會實際上對香港原有制度當中哪些繼續適用、哪些不再繼續適用，予以了明確。這突出地體現在全國人大常委會關於根據《香港基本法》第160條處理香港原有法律的決定。¹¹ 在這項決定中，全國人大常委會直接宣佈《受託人(香港政府證券)條例》、《英國法律條例》、《英國以外婚姻條例》、《華人引渡條例》等14項條例及附屬立法因與《香港基本法》相抵觸而歸於無效，不再適用於特區；《人民入境條例》、《市政局條例》、《舞弊及非法行為條例》、《香港人權法案條例》、《個人資料(私隱)條例》、《公安條例》、《社團條例》等10項條例及附屬立法的部分條款與《香港基本法》相抵觸，也不再適用於特區。這些要求，構成了判斷香港原有制度如何繼續適用的重要標準，特別是對哪些制度不應當繼續成為特區制度的組成部分作了明確。這些豐富的法律實踐實際上佐證了一點，那就是“五十年不變”這一命題必須接受《香港基本法》第5條、第8條和第11條規定的共同約束。

綜上，判斷香港原有制度“五十年不變”的邊界標準，只能是與《香港基本法》是否相抵觸。那種本末倒置、因果對調的做法，即以香港原有制度“五十年不變”為無可辯駁的前提，然後質疑《香港基本法》甚至全國人大常委會作出的相應法律解釋和決議是否具備合法性，進而要求《香港基本法》甚至中央作出的任何決定必須服膺於香港“五十年不變”這一大前提，是沒有絲毫法律根據的。至於抽象地、機械地理解“五十年不變”這一命題，將之視為至高無上的判斷標準，用來衡量特區回歸後一切制度實踐的合法性和有效性，這種做法也同樣是不可取的。

簡言之，“五十年不變”不是說香港原有制度原封不動、照搬照抄地適用於回歸後的特區，也不

是說不得在香港原有制度之外另起爐灶、構建新的制度體系；而是說，在嚴格遵循《香港基本法》有關規定、不與其相抵觸的前提下，絕大多數政策制度和法律規定都可以繼續適用，同時根據《香港基本法》的要求，進一步制定完善特區各方面制度，與繼續適用的原有制度共同組成特區制度這一完整體系。這一含義與《香港基本法》第 19 條規定，即“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第 8 條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律”，是高度一致的。這也回答了本文前面的一個問題：《香港基本法》第 18 條規定與第 5、第 8、第 11 條規定之間不存在衝突，反而相互印證、相互解釋。

四、圍繞香港“五十年不變”需要澄清的五個問題

為更深刻地理解和運用香港“五十年不變”的科學含義，還需要深入分析這一含義所帶來的法律影響，繼續深究五個容易被忽略卻關係重大的問題。通過對這五個問題的進一步澄清，就會發現，這個法律命題的科學含義貌似平淡無奇，實則牽涉“一國兩制”實施中最深層次的本質問題；對其科學含義的探究和明確，必將有助於深化對“一國兩制”實施中許多長期懸而未決的重大爭議的討論，以及提供一些良好的解決方案。

(一) 香港原有制度和特區制度的關係是甚麼？

對香港原有制度和特區制度之間的關係，應當從兩個方面進行表述，才能算是完整。一是在外延上存在交叉關係，是否存在與《香港基本法》相抵觸的情形及其具體衝突情況，香港原有制度有全部不適用、部分不適用(部分適用)或全部適用於特區等三種情況；部分適用或全部適用於特區的，適用部分自動納入為特區制度的重要組成部分。二是在效力上呈現涵攝關係。不能機械地理解《香港基本法》第 18 條規定，從而簡單地認為香港原有制度與特區制度是平行存在而發生部分重合的兩個範疇；更不能從發生學的角度、在“先來後到”的意義上，甚至僅停留在特區居民“回歸前後生活沒受甚麼影響”的直覺印象的層面上，想當然地認為對香港原有制度的繼承和沿用為根本邏輯、《香港基本法》及回歸後特區立法是對香港原有制度的補充和完善。相反地，在整個特區制度體系中，恰恰以《香港基本法》為根本大法，其他制度均以《香港基本法》為效力依據進行制定(人大釋法及相關立法、特區開展本地立法)、予以沿用(如香港原有法律的絕大多數)、直接適用(特區在本地公佈實施全國性法律)或加以調整。¹² 可見，不能僅僅以時間序列上的先後關係來否定特區制度體系由於具有更強大的合法性基礎；正是因為以《香港基本法》為根本，對特區制度體系進行構建，才出現如何採納、沿用香港原有制度的問題，所以從效力邏輯上看，乃是以特區制度為框架對香港原有制度進行清理和完善，兩個範疇在效力位階上是高低有別的。

(二) “一國兩制”的科學含義是甚麼？

“一國兩制”指的是在一國之中，內地和香港分別實行社會主義制度和資本主義制度？還是在一國之中，內地和香港分別實行國家主體制度和特別行政區制度？假如是前者，那麼《香港基本法》，以及全國人大常委會以《香港基本法》為依據作出的解釋和出台的決定均屬於資本主義制度範疇嗎？納

入《香港基本法》附件三並適用於特區的《中華人民共和國國旗法》、《中華人民共和國國徽法》、《中華人民共和國國歌法》、《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》也屬於資本主義制度範疇嗎？對此，很難作出肯定回答，對“一國兩制”的第一種定義顯然無法自圓其說。假如後退一步，辯解說“香港實行資本主義制度”這種說法是一種概括性、擇要式的表達方式，因此當然在內容上無法也沒有必要囊括一切，那麼又為甚麼不改用“香港實行特別行政區制度”的說法呢？的確，在中英談判之初，為了簡明扼要地凸顯國家和平統一的新設想、新思路，並且當時也沒有已經完全成型的特別行政區制度體系（《香港基本法》尚未起草並且世界上也缺乏經驗借鑒），更不可能充分預計到香港回歸後的種種制度實踐，因此用“資本主義制度”和“社會主義制度”的二分法來詮釋“一國兩制”的核心要義，無疑是彼時最理想、最科學的選擇。但是，時至今日，“一國兩制”的發展已經出現了一系列新情況、新問題、新變化，是否可以考慮對其科學含義予以完善和補充呢？客觀上講，特區制度不完全是由資本主義制度組成，至少《香港基本法》、適用於特區的全國性法律、全國人大常委會作出的解釋和出台的決定都很難定性為資本主義制度，否則就會出現社會主義國家的立法機關制定和解釋資本主義法律的無比尷尬。在這種情況下，建議改用“國家主體制度”和“特別行政區制度”的兩分法，更實事求是地闡釋“一國兩制”的科學含義。

（三）香港“五十年不變”的合法性基礎是甚麼？

必須明確，“五十年不變”的內在邏輯不是“不變”，而是“根本改變”，即從香港原有制度到特區制度，其合法性基礎已經發生根本改變，絕不是在中央無權對特區行使全面管治權、中央權威從未投射在特區的前提下香港依然“我行我素”和“自成一統”。表面上看起來，回歸前後特區運行沒有受到絲毫牽絆和阻礙，市民群眾的生產生活方式沒有被中斷和破壞。但是，在“一切如故”的背後，即使是香港保持不變、回歸後繼續沿用的資本主義制度，其本質屬性也早已發生根本改變，即變為中華人民共和國的區域自治制度的有機組成部分，其合法性根據也早已變為全國人大所制定法律——《香港基本法》，特別是《香港基本法》在確保中央擁有全面管治權的前提下對特區行使高度自治權的明確授權。至於特區制度體系中以《香港基本法》為依據制定、直接適用或加以調整的那些政策制度和法律規定，更是全面體現了中央對特區的全面管治權和特區行使高度自治權這兩者的辨證統一關係，充分證明了中央在特區制度的形成、發展過程中所起到的決定性作用。基於此，“五十年不變”的合法性基礎是中央對特區的全面管治權，而不是香港自生的高度自治權。因此，理解和運用“五十年不變”，要服膺於中央擁有全面管治權這個大前提，任何人、任何組織都不能隨意超越中央對特區行使高度自治權的授權範圍，尋求不切實際的利益。¹³ 近年來，這方面的教訓可謂是比比皆是、眾所周知，此處不再贅言。

（四）對命題香港“五十年不變”的語義深度(semantic depth)如何把握？

如果說，上文詳細探討香港“五十年不變”的適用範圍和適用原則，目的是為了在橫向上明確該命題的應用領域，那麼，在縱向上對這一命題的應用強度更有必要予以明確。當說一項制度保持不變、繼續沿用的時候，指的是應然層面上的內在法理不變、法定層面上的制度規範不變還是實然層面上的實踐形態不變呢？這就關係到語義深度的問題了。

特區行使高度自治權的實踐當中，當以普通法最具有代表性。在此，不妨以普通法為例。《香港基

本法》第8條規定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。”此規定中的普通法指的是一種政治制度、規範體系還是推理方式？有學者研究發現，僅以特區終審法院審理的“吳嘉玲案”、“劉港榕案”和“莊豐源案”等居留權系列案件的判決書為檢索文本，“普通法”（“劉港榕案”英文判決書中為“common law”）就出現了44次。其中，特區終審法院分別在政治制度、規範體系和推理方式三種不同意義上使用“普通法”這一概念，次數分別是6次、16次和19次，還有3次不能確定惟一意義。“普通法”分別作“政治制度”、“規範體系”、“推理方式”解釋，恰好是其於應然層面上的內在法理、法定層面上的制度規範、實然層面上的實踐形態三種意義。如何理解“普通法”，實際上就是究竟要在哪一種意義上沿用香港原有制度。

要解決這一問題，歸根結底還是要回到“五十年不變”的科學含義和合法性基礎來尋找答案。回歸後予以沿用或加以調整後繼續適用的香港政策制度和法律規定，其適用的大前提是《香港基本法》，甚至還要追溯到中央全面管治權的層面。無論如何，制定《香港基本法》的權力在全國人大，解釋《香港基本法》的權力來自全國人大常委會，這就註定了不管是制定《香港基本法》還是解釋《香港基本法》，其立法思路和解釋模式必然是以大陸法系所長期遵循的“立法者原意”為基礎，而絕非以普通法系所奉為圭臬的“立法原意”為中心。那麼，在全國人大的立法哲學和全國人大常委會的法律解釋中，在“立法者原意”式法律邏輯的約束下，有沒有可能從應然層面上的內在法理、法定層面上的制度規範還是實然層面上的實踐形態三個角度綜合把握香港“五十年不變”這一命題呢？這要視情況而論。

首先，法定層面上的制度規範肯定是制度的應有之義，不管這項規範在實踐中是否走樣、變形，也不管這項規範是否不合時宜、甚至被束諸高閣。

其次，實然層面上的實踐形態不能納入對制度的規範性理解，除非獲得立法機關的認可並轉化為法定層面上的制度規範。

最後，應然層面上的內在法理可以有條件地納入對制度的規範性理解，但前提是不與《香港基本法》的規定相衝突。例如，特區法院對普通法精神的挖掘與運用，不能超越《香港基本法》對特區政治體制的制度安排。特區終審法院在“莊豐源案”的判決書中指出：“除受上述事宜規限外，解釋法律便屬法院的事務，此乃特區法院獲授予獨立司法權的必然結果。這項由三權分立論產生出來的原則乃普通法的基本原則，並藉《基本法》在香港繼續保存下來……這是因為如前所述，在包括三權分立的普通法制度下，法例一經制定，解釋法律便屬法院的事務。解釋《基本法》亦然。”¹⁴顯然，這是在政治制度的意義上理解和運用“普通法”概念，並且對“普通法”的使用已經與“三權分立”的政治安排相掛鉤，實際上是特區終審法院運用類比法律推理，突破了基本法對特區和央地權力關係的制度安排，特別是與中央以行政長官為中心而進行的特區政治體制一系列頂層設計相悖。又如，特區法院對普通法精神的理解與把握，同樣也不能有損於全國人大常委會對《香港基本法》的法律解釋權。特區終審法院在“莊豐源案”中還指出：“香港法院在行使其獲授予的解釋權時，必須引用普通法，這是符合《基本法》中有關普通法可在香港特區延續的規定。……法院根據普通法解釋《基本法》時的任務是詮釋法律文本所用的字句，以確定這些字句所表達的立法原意。法院的工作並非僅是確定立法者的原意。法院的職責是要確定所用字句的含義，並使這些字句所表達的立法原意得以落實。”¹⁵當然，特區法院以“立法原意”為中心，展開對《香港基本法》條文規定的含義的探究，這本身無可

厚非；但是，當全國人大常委會已經通過法律解釋，闡明《香港基本法》有關條文的真實含義，那麼根據《香港基本法》第158條規定，特區法院應當在今後案件審判中遵循全國人大常委會的釋義，而不應當以人大釋法建基於“立法者原意”為理由，選擇性地採用全國人大常委會的釋義。這種傾向，同樣在“莊豐源案”中早已可見端倪。¹⁶ 總之，對普通法所蘊含的類比推理思維、經驗主義特質、尊重歷史傳統等精神要義，只要不對《香港基本法》的規定構成衝擊，都應當得到尊重並在特區予以運用。特別地，對於嘗試通過運用普通法以超越《香港基本法》的規限，尋求不可欲也不可求的政治抱負的做法，應當秉持堅決反對和批判的態度，決不允許隨意發揮普通法的經驗主義特質，將普通法的裁判功能無限制地覆蓋到特區所有領域。

(五) 對香港“五十年不變”應用限度予以明晰的途徑包括甚麼？

上文已經就香港“五十年不變”這一命題的適用範圍、適用原則和應用強度——也就是應用限度——作了探討。從《香港基本法》的規定及香港回歸20年來的實踐來看，對這一界限予以明晰的途徑至少包括三類。

一是頂層設計。《香港基本法》第5條、第8條和第11條，共同定義了“五十年不變”這一命題，對這一命題的內涵與外延予以明確，從而也就在根本意義上對這一命題的應用限度作了規定。這種限定，是任何人、任何組織理解和運用“五十年不變”的根本出發點和最終落腳點。

二是集中清理。《香港基本法》第160條為此提供了法律依據，以否定、排除的方式，確定了香港哪些原有制度得以繼續適用。《全國人民代表大會常務委員會關於根據〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第160條處理香港原有法律的決定》，就是在香港回歸前，由全國人大常委會組織開展的一次法律清理的最終成果。這次清理，目的就是將《香港基本法》第5條、第8條和第11條的要求具體化，將香港原有制度不符合《香港基本法》的情形排除出去。當然，《香港基本法》第160條也明確了，這種由全國人大常委會出面集中清理的做法在香港回歸以後不可能再次出現，一是為了尊重和保障特區行使包括立法權在內的高度自治權，二是《香港基本法》設計了一系列制度機制，可以常態化、規範化地防止特區法律與《香港基本法》產生衝突。

三是制度機制。相關制度機制至少包括：

(1) 全國人大常委會行使憲法賦予的職權、履行憲法賦予的責任，就特區有關事務出台決定。例如，2014年8月31日，十二屆全國人大常委會第十次會議經過表決，通過《全國人大常委會關於香港特別行政區行政長官普選問題和2016年立法會產生辦法的決定》；

(2) 全國人大常委會行使《香港基本法》賦予的職權，將全國性法律列入《香港基本法》附件三，使其在特區適用。例如，2017年11月4日，十二屆全國人大常委會第三十次會議表決通過決定，在《香港基本法》附件三中增加全國性法律《中華人民共和國國歌法》；

(3) 全國人大常委會行使《香港基本法》賦予的職權，對特區法律進行備案甚至予以發回。回歸後，全國人大常委會尚未針對特區立法會提交備案的法律行使發回權力；

(4) 全國人大常委會根據《中華人民共和國憲法》和《香港基本法》的規定，對《香港基本法》進行解釋。至今，全國人大常委會先後五次行使憲定權力、履行憲制責任，對《香港基本法》有關條款進行解釋，及時釋清一系列事關特區穩定與發展的重大法律問題；

(5) 特區立法會根據《香港基本法》的規定，就納入《香港基本法》附件三的某部全國性法律或

《香港基本法》某個條文(如第 23 條)予以公佈實施或進行本地立法。例如,《中華人民共和國國歌法》納入《香港基本法》附件三之後,特區立法會將進行本地立法;

(6) 特區法院對《香港基本法》和特區其他法律進行解釋,並以此為根據進行案件裁判。

[本文系 2016 年度廣州市屬高校科研一般項目“香港特別行政區落實基本法問題研究——從合法律性範式邁向合法性範式”(編號:1201620352)研究成果]

註釋:

- ¹ 出於簡要表述的需要,本文的“一國兩制”和“一個國家,兩種制度”均僅指在香港地區實行的“一國兩制”,不包括在澳門地區實行的類似制度。
- ² 本文認為,生活方式取決於制度規範,因此全文將“香港五十年不變”與香港原有的資本主義制度“保持五十年不變”等同起來,不再單獨指出香港原有的生活方式“保持五十年不變”。
- ³ 《香港基本法》第 18 條規定:“全國性法律除列於本法附件三者外,不在香港特別行政區實施。凡列於本法附件三之法律,由香港特別行政區在當地公佈或立法實施。”本文所指的“直接適用”和“轉化適用”,即相當於此處的“在當地公佈”和“立法實施”。
- ⁴ 陳光南:《陳方安生“換旗說”的夢囈》,載於《大公報》,2017 年 6 月 14 日,第 A12 版。
- ⁵ 陳弘毅:《法治、啟蒙與現代法的精神》,北京:中國政法大學出版社,2013 年,第 319 頁。
- ⁶ 陳雪玉、張健一:《回歸中央與地方權力關係本位:關於香港政治體制本質屬性的討論》,載於《“一國兩制”研究》,2016 年第 4 期,第 90-96 頁。
- ⁷ 《中英聯合聲明》第 3 條規定:“中華人民共和國政府聲明,中華人民共和國對香港的基本方針政策如下:……(三)香港特別行政區享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。現行的法律基本不變。……(五)香港的現行社會、經濟制度不變;生活方式不變。香港特別行政區依法保障人身、言論、出版、集會、結社、旅行、遷徙、通信、罷工、選擇職業和學術研究以及宗教信仰等各項權利和自由。私人財產、企業所有權、合法繼承權以及外來投資均受法律保護。”
- ⁸ 姬鵬飛:《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法(草案)〉及其有關文件的說明》,1990 年 3 月 28 日在第七屆全國人民代表大會第三次會議。
- ⁹ 強世功指出:“香港社會普遍認為,基本法是香港的憲制性法律,是香港的最高法律,同時將基本法的依據訴諸中英聯合聲明,主張基本法是這個國際條約的法律化。”強世功:《中央治港思維的最新闡釋》,載於《人民日報》(海外版),2014 年 6 月 11 日。
- ¹⁰ 見香港特別行政區基本法推廣督導委員會網站:<http://www.basiclaw.gov.hk/gb/basiclawtext/>,2017 年 11 月 20 日訪問。
- ¹¹ 《全國人大常委會關於根據香港基本法第一百六十條處理香港原有法律的決定》,載於香港特別行政區基本法推廣督導委員會網站:http://www.basiclaw.gov.hk/gb/basiclawtext/images/basiclawtext_doc16.pdf,2017 年 11

月20日訪問。

- ¹² “加以調整”指的是採用為特區法律的香港原有法律中的名詞或詞句在解釋或適用時必須遵循一定的替換原則。《全國人大常委會關於根據香港基本法第160條處理香港原有法律的決定》，載於香港特別行政區基本法推廣督導委員會網站：http://www.basiclaw.gov.hk/gb/basiclawtext/images/basiclawtext_doc16.pdf，2017年11月20日訪問。
- ¹³ 饒戈平指出：“‘一國兩制’是由一國和兩制兩部分有機結合的整體。在這個整體中，始終居於主導和決定地位的是一國，‘一國兩制’本身就包含一國對兩制的統領關係以及兩制對一國的依存關係。”饒戈平：《全面準確地理解和實施“一國兩制”方針》，載於《求是》，第14期，2014年，第30-32頁。
- ¹⁴ 見 *The Director of Immigration v. Chong Fung Yuen* [2001] HKCFA 48；[2001] 2 HKLRD 533；(2001) 4 HKCFAR 211；FACV26/2000 (20 July 2001)，載於香港法律資訊中心網站：<http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/2001/48.html>，2017年11月20日訪問。
- ¹⁵ 同上註。
- ¹⁶ 張健一等：《全國人大常委會與特區法院之間的憲政衝突：法律解釋權問題而非司法管轄權問題》，載於中國法學會、澳門基本法推廣協會、香港基本法澳門基本法研究會：《2014年兩岸四地法治發展青年論壇論文集》，澳門，2014年，第13-15頁。