

两种居留权案件

——香港基本法第 24 条解释的第三条道路

田 雷*

目次

- 一、引语：关于基本法第 24 条的两种学说
- 二、认真对待文本、结构与意图：第 24 条的功能分区解释
 - (一) 第 24 条内部的结构分析
 - (二) 第 24 条的“文本间”解释
 - (三) 第 24 条的立法原意解释
- 三、两种居留权案件：为了居留权的案件，还是关于居留权的案件
 - (一) 一个案件、两种问题：吴嘉玲案的再解读
 - (二) “居留权案件”的类型学分析
 - (三) “居留权案件”评析
- 四、第 24 条解释的历史批判：基本法的“变”与“不变”
 - (一) 第 24 条的性质之辨
 - (二) 第 24 条的历史情境学
- 五、结语：以开放性的态度去面对“创造性的杰作”

摘要 香港基本法第 24 条旨在回答，谁、通过何种程序、符合何种条件才能取得香港永久性居民的身份，其主体部分可以分为作为操作性条款的第 2 款和作为授权性条款的第 3 款。在这一功能分区解释的基础上，所谓的居留权案件就可以区分为“为了居留权”的案件和“关于居留权”的案件，前者提出的是香港永久性居民的主体范围的问题，取决于对第 24 条操作性条款的解释，后者提出的才是居留权的保护程度和限制限度的问题，取决于对授权性条款的解释。而之所以第 24 条通常被定位为人权条款，在于解释者未能自觉把握在基本法所承诺的法制连续性背后所发生的宪制革命或“根本规范转移”。

关键词 居留权 永久性居民 基本法 一国两制 宪法解释

* 重庆大学人文社会科学高等研究院副教授、政治学博士。本文的写作得到国家社科基金项目“香港基本法中的相关重大问题研究”的资助，项目编号为 12CFX019。

一、引语：关于基本法第24条的两种学说

自香港基本法实施以来,基本法的第24条(以下简称“第24条”)成为香港法院解释次数最多,引发争议最大的条款。由于第24条授予香港永久性居民以在港的居留权,其所引发的诉讼因之得名“居留权案件”。在这些案件中,诉讼人主张自己是第24条所界定的香港永久性居民,但所授的居留权却为香港特区政府入境管制立法不适当地限制。自香港回归始,此类权利主张者就在香港法院挑战相关入境管制措施的“合宪性”,为居留权而斗争,而在基本法实施过程中,这些争取居留权的诉讼多次成为香港社会的焦点,其中1999年初的吴嘉玲诉入境事务处处长和陈锦雅诉入境事务处处长案,更是导致全国人大常委会在同年6月启动了基本法实施以来第一次、现在看来也是争议最大的释法。

香港回归15年后,虽然有关第24条诉讼的高峰已经过去,但第24条所提出的法律争议仍然困扰着法律界,几度成为撕裂香港社会的分裂性议题。在2001年的庄丰源案中,香港终审法院判定“双非子女”具有香港永久性居民的资格,由此导致的内地孕妇赴港生子潮在2012年发酵为香港社会的争议焦点。而自2011年起,香港外籍佣工根据第24条提出了主张居留权的诉讼,历时近三年,历经高等法院原讼庭、上诉庭以及终审法院判决,可以说是有关第24条最晚近的争议,由此可见第24条在基本法实施中所有的实践意义。

关于第24条的法律解释和学术注释,长期以来形成了两种主要学说。第一种学说主张第24条是人权条款;第24条授予香港永久性居民以在港的居留权,而居留权则是基本法之基本权利体系内的一种核心权利。这一学说可见于香港终审法院在居留权案件中的司法意见。例如,香港终审法院在吴嘉玲案的判决书中就写道:“居留权实为一核心权利。事实上,入境权是居留权之要素,如没有居留权和入境权,申请人便难以享有其他获宪法保障的权利和自由,特别是选举权和参选权。”^[1]正是因为第24条为人权条款,居留权为一核心权利,根据普通法世界内宪法解释的惯例,居留权应得到最大程度的保护,这就意味着第24条应当得到广义或者扩大解释,相应地,特区政府入境条例以及相关政策就应接受严格审查。^[2]在吴嘉玲案中,香港终审法院就特别指出:“在解释居留权条款时,定要采取一种宽松的取向。”^[3]

第二种学说并不否认居留权作为基本权利或核心权利的定位,但它没有因此认定第24条是一条应得到广义解释的人权条款。这种学说认为第24条的主旨是界定香港永久性居民的身份要件,因此是一种移民管制条款。这种学说可见于全国人大常委会在1999年6月针对吴嘉玲案和陈锦雅案的释法决定。在对第24条第2款第3项做出基于立法原意的解释后,解释的官方说明紧接着指出:“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。”而

[1] *Ng Ka Ling v. Director of Immigration*, 1999, 2 HKCFAR 4, FACV No. 14 of 1998.

[2] 在普通法国家的宪政理论中,核心权利的限制措施要接受严格审查,一种权威的学说梳理,可参见Richard Fallon, “Strict Judicial Scrutiny,” 54 *UCLA Law Review* 5 (June 2007), 1267-1338. 而由德国宪法法院开创并逐步“全球化”的比例性审查,实际上类似美国宪法学说中的“严格审查”,在美国严格审查和德国比例审查之间的比较,可参见Alec Stone Sweet and Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism,” 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (January 2008), 72-164;也可参见以色列前最高法院大法官巴拉克的新著。Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (New York: Cambridge University Press, 2012).

[3] *Ng Ka Ling v. Director of Immigration*, supra note [1].

关于与前款“密不可分”的第 22 条第 4 款的立法原意,解释说明也指出,“《基本法》第 22 条第 4 款的立法原意,正是肯定内地和香港之间长期以来实行的出入境管理制度”,“这一立法原意,完全是为了保证内地居民有序赴港,是符合香港的整体利益的”。〔4〕

以上两种学说在理论上看起来针锋相对,而且学理的差异在实践中确实导致了对第 24 条的不同解释,但正如本文标题内的“第三条道路”所示,这两种学说之间并不是没有调和的余地。当然,本文的调和并不是不讲原则、不分是非的“和稀泥”,而是在对第 24 条进行功能分区解释基础上的“具体问题具体分析”。第三条道路的命题认为,第 24 条所规定的居留权无可否认是一项基本权利,也许确如香港法院所示,可以构成一项核心权利,到此为止,香港终审法院的学说并无错误,但问题是不能就此认定第 24 条是应予宽松解释的人权条款。本文的第二部分将对第 24 条进行基于文本、结构和立法原意的学理解释,其核心是对第 24 条的功能分区解释,特别是区分作为操作性条款的第 24 条第 2 款和作为授权性条款的第 3 款。在此功能分区的视野内,香港终审法院与全国人大常委会的学说分歧一定程度上是“关公战秦琼”:香港终审法院咬定第 24 条为人权条款,所依据的是作为授权性条款的第 24 条第 3 款;而全国人大常委会的释法决定则主要围绕着作为操作性条款的第 24 条第 2 款,就此而论,和解的道路就在于回归法律人在面对宪制问题时的美德:“就事论事。”〔5〕

功能分区的解释并不意味着第 24 条诸款在基本法体系内是功能等价的。如果将基本法视为一个有机整体,第 2 款作为操作性条款构成了第 24 条、基本法第 3 章乃至全篇的一项“总则性条款”,因为它对六种香港永久性居民类型的“排他性列举”,在一国两制的宪制格局内解决的是一个“港人治港”的前提问题:谁、通过何种程度、符合何种条件才能取得香港永久性居民的身份。相比之下,作为授权性条款的第 3 款固然重要,但其所授予的居留权是由第 2 款的操作性条款所限定的,也就是说,居留权是依附于香港永久性居民身份的一项基本权利。

在功能分区解释的基础上,本文第三部分将重读基本法实施后有关第 24 条的主要案例。有关第 24 条的基本法诉讼,由于起因于诉讼人争取居留权的动机,长久以来被统称为居留权案件。但在提出第 24 条的功能分区解释后,有关第 24 条的基本法案件就可以分为两种类型的居留权案件,本文分别称之为“为了居留权”(for right of abode)的案件和“关于居留权”(about right of abode)的案件。为了居留权的案件,是指诉讼人的诉讼动机是为了取得在港的居留权,但其所提出的却是由第 24 条第 2 款即操作性条款所调控的永久性居民身份的法律议题;而在关于居留权的案件中,诉讼人的永久性居民身份以及此身份所连带的居留权资格并不存在争议,所争议的法律问题则围绕着其居留权是否受到不合理、不适当或不符合基本法的限制。就此而言,两种居留权案件的分类很大程度上是一种将错就错的建构,因为只有关于居留权的案件才提出居留权保护的法律问题。在自觉区分两种居留权案件后,重读有关第 24 条的法律诉讼即可看出,通常所谓的居留权案件,绝大多数都是第一种即为了居留权的案件,只有吴嘉玲案中以吴嘉玲为代表的类型才构成了关于居留权的案件,其所提出的是居留权能否以及基于何种理由可以加以何种程度的限制问题。本部分还将讨论为什么法律界会混淆——至少并未自觉区分——两种居留权案件,原因很大程度上要

〔4〕 乔晓阳:《对〈全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十二、二十四条第二、三款(三)项的解释(草案)〉的说明》,1999年6月22日,载中国人大网(http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5007129.htm),最后访问时间 2014-03-17。

〔5〕 See Cass Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999).

归结到永久性居民作为一种政治身份和居留权作为一种基本权利之间的连带性,但是,这种连带性及其在文本上的关联不应遮蔽在身份和权利之间的先后和主次关系,就此而言,两种居留权案件命题的提出有助于我们在一个新的逻辑上重新反思基本法实施以来有关第24条的重要诉讼。

在前两部分讨论的基础上,本文第四部分的分析更多是试验性的:居留权案件从一开始就是聚讼纷纭,学界也有连篇累牍的解读,但为什么现有的文献未能提出第24条的功能分区解释以及两种居留权案件的分类。本部分将以第24条解释为引导式的案例,回归有关基本法解释的一般性理论:作为一国两制之宪政实践的纲领性文件,基本法包含着“变”与“不变”的辩证关系。第24条的解读者陷入了“以现状为基线”的误区,未能自觉意识到香港回归以及基本法的实施这一史诗本身就是最大的宪制之变。只有在中国对香港恢复行使主权这一变的基础上,才可以去谈“五十年不变”。同样,也只有根本规范转移的宪制革命基础上,才可以去谈普通法制度的连续性。在此意义上,基本法内的“变”与“不变”对应着“一国”和“两制”之间的关系,偏废任何一方面都将造成基本法解释的偏差。也是到了这里,宪法学者才能理解基本法作为一部“创造性的杰作”,它的实施为中国宪法研究提供了作为学术富矿的本土资源,但前提是要带着理论的自觉,以开放性的心态去发现基本法与一国两制实践的“历史意义”与“国际意义”。〔6〕

二、认真对待文本、结构与意图:第24条的功能分区解释

为了讨论的方便,在进入本部分的具体内容前,有必要照录基本法第24条的全文。为了论证的方便,同时标注第24条四款在功能分区解释中所各自承担的角色定位:〔7〕

第二十四条 香港特别行政区居民,简称香港居民,包括永久性居民和非永久性居民。(第一款:序言性条款)

香港特别行政区永久性居民为:

(一) 在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民;

(二) 在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续七年以上的中国公民;

(三) 第(一)、(二)两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女;

(四) 在香港特别行政区成立以前或以后持有有效旅行证件进入香港、在香港通常居住连续七年以上并以香港为永久居住地的非中国籍的人;

(五) 在香港特别行政区成立以前或以后第(四)项所列居民在香港所生的未满二十一周岁的子女;

(六) 第(一)至(五)项所列居民以外在香港特别行政区成立以前只在香港有居留权的人。(第二款:操作性条款)

以上居民在香港特别行政区享有居留权和有资格依照香港特别行政区法律取得载明其居留权的永久性居民身份证。(第三款:授权性条款)

香港特别行政区非永久性居民为:有资格依照香港特别行政区法律取得香港居民身份证,但没有居留权的人。(第四款:附属性条款)

〔6〕 邓小平:《香港基本法具有历史意义和国际意义》,载《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第352页。

〔7〕 这种功能分区的解释受到美国最高法院在解释美国宪法第二修正案时的启发,在2008年的哥伦比亚特区诉赫勒案中,美国最高法院将第二修正案分为序言性条款(prefatory clause)和操作性条款(operative clause),本文在这里借鉴了这种解释技术,参见 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)。

(一) 第 24 条内部的结构分析

第 24 条共四款,为基本法第三章“居民的基本权利和义务”的开篇。在基本法共 160 条的条款中,其字数仅次于第 48 条。而在文本结构上看,第 24 条的四款内容分别承担着四种不同的功能(第 48 条虽然字数更多,但只有一款,仅是对香港特区行政长官 13 项职权的列举)。因此,本文首先将第 24 条视为自成体系的结构,讨论其四款在这一结构内所各自承担的功能以及相互间的作用关系。

本小节的讲法首先是要“掐头”和“去尾”,以此体现第 2 款和第 3 款在第 24 条整体结构内的主体地位。第 24 条的头是作为序言性条款的第 1 款。从结构上看,此款统领着第 24 条以下内容,其实体内容规定香港居民“包括永久性居民和非永久性居民”,〔8〕并没有提出可争议的法律问题,主要起着一种“引言”或“序言”的功能,正因此本文将之界定为序言性条款。第 24 条的尾是第 4 款,此款是对非永久性居民的一个定义。非永久性居民的概念本身已经表明其是永久性居民的剩余概念,而且在有关第 24 条的法律诉讼中,此款并未形成实质性的争议,本文在此意义上将本款定位为第 24 条的附属性条款。在掐头去尾之后,第 24 条留下的就是作为其主体的第 2 款和第 3 款,此两款占据第 24 条全篇的约四分之三,也是形成实质性争议的所在,以下对此两款进行概要剖析。

第 2 款的篇幅约占第 24 条的三分之二,由此可见其在该条总体结构中的核心地位。之所以称之为操作性条款,原因在于该款的主体是以完全列举的技术规定了香港永久性居民的六种类型:当且仅当一个人符合由此 6 项所定义的身份要件时,他(或她)才成为香港永久性居民。〔9〕在此意义上,本文将第 2 款定位为操作性条款,它所要回答的问题实际上就是:谁,通过何种程序,满足何种身份要件才可以被归入基本法所定义的香港永久性居民。第 24 条作为基本法第三章的统领条款,也就意味着其所定义的香港永久性居民以及香港居民是基本权利的享有主体和义务的承担主体。由此可见,定义永久性居民的范围,实际上就是在定义香港这个高度自治地方区域的“我们”,这个定义解决的是一国两制的主体性问题,即谁才是“港人治港”这一宪制结构中的主语。〔10〕而在下一小节的讨论中,在第 24 条与第 3 条结合后的结构解释视野内,我们更是可以看到本条操作性条款所具有的宪制意义。

本款作为操作性条款共计六项,其本身也形成了一个结构,值得做一简要分析。首先,正如前文表述,这六项对香港永久性居民的界定构成了一种完全列举,基本法起草者在这里运用明示其一,而排斥其他的规则。其次,在这六项所列举的六种类型中,基本的分类是以永久性居民是否具有中国国籍为标准,将前三项归类为中国籍的香港永久性居民,而将后三项归类为非中国籍的香港永久性居民。简单梳理主要的居留权案件即可发现,有关前三项的争议主要围绕着如何解释

〔8〕 基本法在起草初期用的是“临时性居民”的概念,直至 1987 年草委会第五次全体会议才确定为“非永久性居民”,这一变动让基本法文本表述更周延。

〔9〕 第 24 条第 2 款对六种类型的永久性居民的列举是“明示其一,而排斥其他”(Expressio Unius Est Exclusio Alterius),该款所列举的六种类型是完全列举。

〔10〕 “谁是我们”,即 Who Are We,是任何一种宪制性文件首先必须回答的问题,这在一般宪法内通常会落实到公民资格(citizenship)条款的规定。香港基本法的不同之处在于香港不是独立的主权国家,因此无法运用公民概念,而这也一定程度上导致了第 24 条实施的独特性以及对其理论化的困难。任何宪政体首先必须回答“谁是我们”,确定谁是我们的敌人,谁是朋友,是制宪的首要问题。这一问题在美国早期宪政史内就有体现,美国 1787 年宪法的开篇就是“我们人民”(We the People),但建国者的宪法却没有明确回答谁才是“我们”,特别是在奴隶制下,黑人是不是“公民”的问题一直困扰着美国宪政的运作。美国最高法院在斯科特诉桑福德案中尝试解决这一问题,但由此引发的政治反应将美国拖入了一场内战。经过一场残酷的内战,胜利的北方才根据“胜王败寇”的逻辑强制南方脱离各州通过第十四修正案,解决了“谁是我们”的问题。关于这一过程的一个宪政理论表述,可参见 Bruce Ackerman, *We the People: Transformations* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998)。

第1项的“出生的”和第3项的“所生的”，而有关后三项的争议则围绕着如何解释“通常居住”“连续七年”以及“以香港为永久居住地”。这种基于政治身份的归类也会影响到基本法文本的解释，例如，本款第2项和第4项都有“通常居住连续七年以上”的规定，但无论是全国人大香港特别行政区筹备委员会（以下简称“筹委会”）、香港立法会，还是香港终审法院，都承认基于国籍身份可对“连续七年”加以合理的差别解释。

第3款的文本非常简单，其逻辑结构就是授予由第2款所界定的香港永久性居民以在港的居留权，本文在此称为授权性条款。本款只是宣布授权，却没有对居留权给出具体的阐释。关于居留权是什么，必须参考香港《入境条例》第2A条，根据该条规定，居留权包括如下四种权利：（1）在香港入境；（2）不会被施加任何逗留在香港的条件，而任何向他施加的逗留条件，均属无效；（3）不得向他发出递解出境令；（4）不得向他发出遣送离境令。从文本结构看，本款与第26条“香港特别行政区永久性居民依法享有选举权和被选举权”有着一致的逻辑：主语都是“永久性居民”，都是在这一特定的主体范围内授予某种基于身份特征的专属权利。^[11]就此而论，第3款作为授权性条款，完全可以在操作性条款即第2款后另起单独一条加以规定，其体例如同第26条的结构，由此很有可能避免许多不必要的混淆和误会。

但一个人有资格获得某种权利，并不等于其就可以在现实中无条件地实现这种权利。第26条规定永久性居民有选举权，但未成年的永久性居民就不能行使这种权利。权利的实现一方面有其成本，另一方面也有其“外部性”。^[12]一个人作为永久性居民享有居留权，这未必就意味着其可以立刻无条件赴港定居。无论全国人大常委会的释法决定，还是香港立法会的入境管制立法，事实上都提出了如何在基本法允许的范围限制居留权的问题：为了防止内地人口涌入香港，为了香港的整体利益，最终也是为了一国两制宪政格局的成功实践，“中国其他地区的人”进入香港，其中包括港人内地子女赴港居留的权利，都要受到第22条第4款以及有关入境管制的立法条例的限制。即便一部分港人内地子女符合第24条第2款第3项规定的身份要件，在基本法实施后成为香港永久性居民而享有居留权，但这并不能否定特区政府有权依法管制他们入境香港并且定居的权利。另一方面亦要承认，基于公共利益而对基本权利的限制并不是没有边界的，基本权利的司法保护实际上构成了对基本权利的限制的限制，即审查立法机关对基本权利的限制是否“合宪”。^[13]因此，居留权案件所提出的问题是特区政府的入境条例对权利人的权利行使是否施加了不符基本法的限制，而不是权利主张者是否符合永久性居民的身份要件并因此享有居留权。至于居留权的限制是否“合宪”，准确地说是否符合基本法，司法审查的标准可以是“合理性审查”“比例审查”或者“严格审查”，具体标准的择定往往取决于多种因素。^[14]

[11] 自基本法第27条开始，权利主体就由永久性居民扩展至香港居民。因此，在基本权利的享有上，有些权利是专属“永久性居民”，主要是居留权以及选举权和被选举权；有一些权利则是属于“香港居民”的；还有一些权利则是“香港居民以外的其他人”也可依法享有的，由此可见随着主体范围的扩大，所享有的权利存在着一种范围的收缩。

[12] 权利有其成本，不仅要求国家作为的积极权利是如此，就是那些传统上认为只要国家不干预或袖手旁观的消极权利也是如此，参见 Cass Sunstein and Stephen Holmes, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (New York: W. W. Norton & Company, 1999)；关于权利的外部性，可以参见 Duncan Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law”, 41 *Maryland Law Review* 4 (1982), 563-658; Anthony Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, 92 *Yale Law Journal* 5 (April 1983), 763-798.

[13] 关于“限制的限制”命题，可参见赵宏：《限制的限制：德国基本权利限制模式的内在机理》，载《法学家》2011年第2期。

[14] 正文所说的只是理论上可供选择的菜单，在香港法院的司法学说中，终审法院认定居留权是一种“核心权利”，因此对限制居留权的措施应作“仔细研究”，这一表述接近于“严格审查”。

行文至此,我们可以讨论在操作性条款和授权性条款之间的基本关系。本文认为,香港法院在第 24 条诉讼中的误区之一就是未区分第 24 条的第 2 款和第 3 款,第 3 款授予永久性居民以居留权,就此而言确实构成一项人权条款,但问题是这种授权是建立在第 2 款身份确认基础上的授权。也就是说,第 2 款作为操作性条款,其功能是以可操作的法律标准确定永久性居民的范围。这些标准以及据此划定的范围可能存在着争议解释的空间,但在结果意义上,一个人要么是永久性居民,要么不是,并不会存在居留权行使所提出的程度问题。第 3 款的功能则是授予前定范围内的个人以居留权。居留权的享有乃是依附在永久性居民身份的认定上的,有此身份者始有此权利,无此身份者则无此权利。永久性居民作为一种政治身份与居留权作为一种权利,两者是连带在一起的。而这种连带关系并不是“鸡在先,还是蛋在先”的循环关系,而是身份决定权利,身份是第一性的,权利是派生性的:一个人必定是要取得永久性居民的身份,才享有在港居留的权利;而不是因为有了在港居留的权利,才因此获得了永久性居民的身份。^[15]当然,居留权相对于永久性居民身份的派生性并不意味着其不重要,或者否定其作为一种核心权利。

(二) 第 24 条的“文本间”解释

前文分析是将第 24 条作为一个自成体系的系统,分析它内部各款的功能及其相互间关系。第 24 条虽然有着复杂的功能分区,但在基本法的结构内还只是一个条款,所以以上对该条的解释还属于宪法理论所说的“以条款为界的解释主义”。^[16]在谈到基本法的解释方法时,乔晓阳曾有非常生动的比喻:全国人大常委会的基本法解释方法,不仅是一种基于立法原意的解释,更是一种体系性的解释,不是把基本法条文看作装在一个筐子内的许多苹果,而是串在一根藤上的许多葡萄粒,是将基本法看作有机的整体。^[17]著名宪法学家阿玛也曾发表过与此异曲同工的表述,他在一篇名为《文本间主义》的论文中指出,不能把一部统一的宪法文本分解为各不相连的条款单元,不能孤立割裂地理解宪法中的单个条款。文本间主义的基本方法就是要找到某条款内出现的关键概念,自觉地对比在宪法文本内其他处出现的相同或类似概念,这种文本间的解释方法就可理解为前述体系性解释在实践中的一种操作。^[18]

在此无需纸上谈兵地复述外国学者的论述,最好的阐释就是对第 24 条内的“永久性居民”进

[15] 第 24 条起草过程的一个片段也可确认这一点。草委会曾讨论过有关此条设置的两种方案:第一种是现行的先确定身份,再授权的方案,第二种则是先通过授权条款进行定义,然后再逐项列举。草委会负责本章的专题小组认为“两个方案,内容一致,只是在表述上有区别”。根据正文的论述,内容虽一致,但表述的顺序差别可以体现出所传达意义的区别。草委会最终的选择或许是不自觉的,但之所以择定第一种方案,显然是这种方案更加顺理成章。参见全国人大常委会香港基本法委员会办公室编:《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会文件汇编》,第 115~116 页。

[16] 即 clause-bound interpretivism, 出自美国宪法学经典《民主与不信任》,而作者用了一章的篇幅去讨论“以条款为界的解释主义是不可能的”,参见 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980), pp. 11-42.

[17] 参见乔晓阳:《“一国两制”与祖国和平统一》,载《“一国两制”理论与实践研讨会论文集》,澳门地区中国和平统一促进会 2012 年版,第 10~14 页。PDF 版见 <http://www.macaoppnr.com/new/page2/document/dissertation02.pdf>, 最后访问时间 2014-03-17。

[18] 关于这一解释方法的理论表述,可参见 Akhil Reed Amar, “Intratextualism”, 112 *Harvard Law Review* 4 (February 1999), 747-827。阿玛在论文中建构了文本间主义的三种类型,第一种是“将宪法作为一部字典来用:作为语文学的文本间主义”,第二种是“将宪法作为一种词语索引来用:作为模式识别的文本间主义”;第三种是“将宪法作为一种规则手册来用:作为原则插补的文本间主义”。也可参见,强世功:《文本、结构与立法原意:“人大释法”的法律技艺》,载《中国社会科学》2007 年第 5 期。

行基本的文本间分析。检索基本法全篇即可发现,永久性居民出现在13个条款内,分别是第3条、第24条、第26条、第44条、第55条、第61条、第67条、第71条、第79条、第90条、第99条、第101条、第154条。而这13次出现又可进一步分为三种类型:第一种是在总则章第3条的初次出现;第二种是在第三章基本权利和义务章内的第24条、第26条以及第七章对外事务章内的第154条;第三种是在自第44条至101条等9条内对特区政府高级官员任职条件的规定。

第一种类型见于第3条:“香港特别行政区的行政机关和立法机关由香港永久性居民依照本法有关规定组成。”这是永久性居民在基本法内的首次出现(虽然对它的界定要等到第24条)。这一条写下的是中央政府对“港人治港”的宪制承诺,^[19]是对中英《联合声明》的第3条第4款的立法表述:“香港特别行政区政府由当地人组成。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。”由此可见,基本法中的永久性居民也就是《联合声明》所说的“当地人”(local inhabitants)。^[20]基本法的研究者常常追问高度自治要多高才算高,但第3条表明,更重要的问题在于谁才是港人治港中的主语“港人”,而第24条正是用法律技术所建构出的“港人”,以此区隔出作为他者的中国其他地区的人和外国人。邓小平在1987年会见基本法草委会时也讲过,“将来香港当然是香港人来管理事务”,而“这些管理香港事务的人应该是爱祖国、爱香港的香港人”。^[21]

第3条内的永久性居民是一个文化政治的概念,是以集体性面目呈现出的永久性居民,而无法落实到具体个体身上。比如,香港立法机关由香港永久性居民组成,但不是说每一位永久性居民都有权成为立法会议员。相比之下,第24条后出现的永久性居民都是一种个体概念,无论授予某种权利抑或规定职位任职资格,最终都是要适用每一位永久性居民。

第二种类型是第24条、第26条以及第154条中的授权条款,其中第24条授予永久性居民以居留权,第26条授予选举权和被选举权,第154条规定香港永久性居民中的中国公民有权申领香港特区护照。在基本法的权利体系内,以上三种权利都是专属永久性居民的,是由永久性居民的身份所附带的权利。由此可以说,基本法内预设了永久性居民和非永久性居民两种政治身份和法律地位,身份区别又决定着合理的权利差异。例如只有永久性居民才有选举权和被选举权,才有权参与香港本地的政治过程,这种对永久性居民的专属授权并没有违反第25条“香港居民在法律面前一律平等”。

第三种类型包括从第44条到101条等9条,此9条都是规定香港特区高级官员任职的资格条件,无一例外地设定了永久性居民的身份要求。具体职位不同,任职资格要件也有差异,但核心的主干要求都规定有“在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民”。具体地看,特别行政区行政长官(第44条)、行政会议成员(第55条)、特区主要官员(第61条)^[22]、立法会议员

[19] 关于先定承诺的宪法学分析,可参见 Stephen Holmes, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, in Jon Elster and Rune Slagstad (Eds.), *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change* (New York: Cambridge University Press, 1988), pp. 194-240.

[20] 香港基本法起草委员会中央与香港特别行政区关系专题小组在1987年的工作报告中曾指出,“香港特别行政区的行政机关和立法机关由当地人即香港永久性居民按本法有关规定组成”。参见肖蔚云主编:《一国两制与香港特别行政区基本法》,香港文化教育出版社有限公司1990年版,第115页。

[21] 邓小平:《会见香港特别行政区基本法起草委员会委员时的讲话》,载《邓小平文选》(第三卷),人民出版社1993年版,第220页。

[22] 特区主要官员的具体所指可参考基本法第48条,包括各司司长、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、海关关长。

(第 67 条)、立法会主席(第 71 条)、终审法院和首席法院的首席法官(第 90 条)^[23],至少要符合如下三项身份要求:(1)香港永久性居民;(2)中国公民;(3)在外国无居留权。第 99 条也规定香港政府公务人员必须是香港永久性居民。因此,此 9 条也是港人治港这一普遍原则以及基本法第 3 条的具体表达。

总结以上三种类型,本文认为,基本法中的永久性居民是一种有边界的、排他性的、且在一定程度上可认定的范畴。有边界是指永久性居民本身是一种稀缺资源,第 24 条第 2 款实际上就是在分配这种稀缺资源。排他性是指一个人要么是永久性居民,要么不是,要么处在由第 24 条操作性条款所划定的边界内,要么处在边界外,两者必居其一。可认定是指我们可以根据第 24 条的操作性条款规定的标准去具体判断一个人是否为永久性居民,而这种可认定只能说是具有一定程度上的,因为第 24 条的操作性条款实际上容纳了不同解释的空间。比如,港人在内地的非婚生子女是否可以根据第 24 条第 2 款第 3 项成为永久性居民,单就基本法的文本来讲,这是一个开放性的问题。^[24]

(三) 第 24 条的立法原意解释

立法原意的探求是基本法解释的常用方法。而且,原旨主义目前正统治着美国最高法院的宪法解释学说,在 2008 年事关第二修正案的赫勒诉哥伦比亚特区案后,曾有评论者惊呼“我们现在都是原旨主义者了”。^[25] 全国人大常委会作为基本法的最高解释机关,在 1999 年第一次释法时也重点探讨了第 24 条第 2 款和第 22 条第 4 款的立法原意。本小节对第 24 条进行基于立法原意的分析,首先将回顾第 24 条的起草过程,其次研讨筹委会在 1996 年关于第 24 条的实施意见。

1. 基本法起草中的第 24 条

第 24 条在基本法起草过程中并没有形成实质性的争议,^[26]如果对比第 24 条与中英《联合声明》附件一的第 14 项,即可发现,第 24 条所列举的永久性居民的六种类型可追溯至《联合声明》附件,其内容是一一对应的,没有实质性的改动。^[27] 而且现有的材料也可表明,草委会以及专题小组在草拟第 24 条时,关键考虑之一就是基本法和《联合声明》在香港永久性居民定义上的对接,因此

[23] 根据第 90 条,香港终审法院和高等法院的首席法官必须由“在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民”担任,这也就意味着首席法官以外的法官可由外国公民担任,这是由制宪者原意所确定的对港人治港原则的一种“偏离”。这种偏离合理与否不能否定对文本的显白解释,但偏离是否合理,也即目前由普通法地区法官担任外援的惯例是否适当,确实构成了一个独立的问题。

[24] 宪制性文件由于文本的高度抽象,有可能容纳着多种合理的解释,但是因解释所产生的争议,最终还是要得到一个终局性的解决。美国最高法院的杰克逊大法官就曾说过:“我们不是因为我们永不犯错才成为终审审,而是因为我们是终局审,我们才不会犯错。”参见 *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443, 540 (1953)。

[25] 例如参见 Reva Siegel, “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in *Heller*”, 122 *Harvard Law Review* 1 (November 2008), 191-245. 关于原旨主义在美国宪法解释的兴起及其统治地位,一个比较宪政视野内的分析,可参见 Jamal Greene, “On the Origins of Originalism”, 88 *Texas Law Review* (November 2009), 1-90.

[26] 基本法的起草过程中的争议围绕着中央与特区关系,具体在于“剩余权力”问题,宪法与基本法的关系问题以及基本法的解释权问题,参见强世功:《中国香港:政治与文化的视野》,生活·读书·新知三联书店 2010 年版,第 249~251 页。

[27] 唯一一处具有法律效果的改动,就是六种类型中的第四种,增加了非中国籍人应当“持有效旅行证件进入香港”。这一改动是在基本法征求意见阶段加入的,这一新增要求是为了防止客居香港的越南难民根据第 24 条取得永久性居民的身份。对于外佣居港权的争议及其解决,这一“制宪史”及其所反映的意图,应当具有参考意义,参见 Priscilla Leung Mei-fun, *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law* (Hong Kong: LexisNexis, 2006), p. 101. 关于越南难民问题,参见 Albert H. Y. Chen, “The Development of Immigration Law and Policy: The Hong Kong Experience”, 33 *McGill Law Journal* 4 (September 1988), 631-675, 650.

我们可以将第24条第2款理解为《联合声明》方针政策的“宪法化”。^[28]

在第24条的起草过程中,有草委会成员提出香港永久性居民的中国籍配偶的居港权的问题,也就是永久性居民在内地的配偶在香港回归后能否成为永久性居民。根据草委会的记录,在“进一步研究”后,基本权利和义务专题小组认为“以不作规定为好”,给出的理由有二,首先是考虑香港对移民的承受能力,其次是《联合声明》对此也未作规定。^[29]这一起草过程的片段应当有助于我们去理解第24条的立法原意,至少可以表明家庭团聚并非第24条的立法目的,这样说并不是否认家庭团聚是一种应予追求的公共政策目标,本文以下将会说明,单程证的配额分配目前正是以家庭团聚为主导价值考量的,但是第24条并不是为了家庭团聚才写入基本法的,否则就无法去解释为什么只有港人在内地的子女,而不包括在内地的配偶、父母以及兄弟姐妹,才是永久性居民并因此享有在港的居留权。

2. 筹委会的实施意见

1996年8月10日,筹委会在其全体会议上通过了法律小组实施第24条第2款的意见,由此可见在香港回归过渡期的中后段,特别是回归前夕,第24条的实施问题就已进入了决策者的议程。关于筹委会意见是否具有法律约束力,是否构成在解释第24条第2款以及确定其立法原意时应予参考的资料,是一个有争议的问题。^[30]但筹委会意见有着毋庸置疑的影响力,1999年人大释法的官方说明中就特别指出,“香港回归后,香港特区临时立法会参照筹委会意见制定了有关法律。该项法律对有效地控制香港的人口增长起到积极作用”。这实际上也对应了筹委会对其实施意见的定位,其并未主张实施意见乃是对第24条第2款的法定解释,而只是“以备香港特别行政区制定实施细则时参照”。

筹委会实施意见凡七条,构成了对第24条第2款的一次体系解释。大多条目都是在以更具操作性的标准来进一步地界定永久性居民的身份要件,从而更清楚地划出永久性居民的范围。在此

[28] 根据基本权利和义务专题小组提交基本法草委会第三次全体会议的说明:“中英联合声明附件一第十四节规定香港永久性居民分为上述六种人。”参见《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会文件汇编》,第56~57页。

[29] 参见《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会文件汇编》,第87~88页。

[30] 香港终审法院在庄丰源案中并不承认筹委会意见的法律约束力,终审法院认为,有助于理解基本法条款之背景或目的,可用来协助解释的“外来资料”应当是制定前资料,“即制定基本法之前或同时期存在的材料”,诸如《联合声明》以及基本法通过前提提交全国人大审议的草案说明。根据这一标准,筹委会在1996年的实施意见属于制定后资料,法院并无责任视其为协助解释的外来资料。终审法院的立场得到部分学界人士的认同,香港大学法学院陈文敏也认为,筹委会并非法定的基本法解释主体,而且筹委会意见是在基本法通过六年后给出的,无法体现基本法的立法原意,参见 Johannes Chan, “Nationality and Permanent Residence”, in Johannes Chan & C. L. Lim (Eds.), *Law of the Hong Kong Constitution* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2011), p. 161. 庄丰源案以及外佣居港权案的代理人李志喜亦曾撰文指出,“无论筹委会意见的地位为何,实施意见并没有主张为基本法的解释;事实上,解释基本法并不是根据基本法明确授予筹委会的任务之一”。Gladys Li, SC, “Immigration and the Basic Law: Conjugating the Concept of the Hong Kong Permanent Resident”, in Johannes Chan and Bart Rwezaura (Eds.), *Immigration Law in Hong Kong* (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2004), p. 82.

而全国人大常委会在1999年的释法中特别指出,筹委会意见是对第24条立法原意的阐释,“本解释所阐明的立法原意以及《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第二十四条第二款其他各项的立法原意,已体现在1996年8月10日全国人民代表大会香港特别行政区筹备委员会第四次全体会议通过的《关于实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十四条第二款的意见》中”。由此可以认为,全国人大常委会在1999年6月的释法已经“吸收”了筹委会在1996年8月的实施意见,至少是事后追认了筹委会解释对立法原意的体现,这是从人大释法文本最自然和合理的解释。

基础上,实施意见普遍表现出了“从严”解释第 24 条第 2 款的倾向,比如关于第 1 项,筹委会意见要求,只有父母双方或一方合法定居于香港,在香港所生的中国公民才是香港永久性居民,由此排除了非法入境、逾期居留以及在港临时逗留的中国公民在港所生的子女(而香港终审法院在 2001 年的庄丰源案中并未采纳筹委会的意见)。

由此可见,本小节对第 24 条的原意分析,与前两小节基于文本和结构的分析形成了基本的相互印证,再次确认了本文对第 24 条的功能分区解释:第 24 条的主体是作为操作性条款的第 2 款,其主要功能是确定香港永久性居民的范围。在一国两制的宪制格局下,永久性居民都是一个有边界的集合,唯有如此才能做到“井水不犯河水”,而第 24 条第 2 款就是对这个集合本身范围和边界的定义。

三、两种居留权案件:为了居留权的案件, 还是关于居留权的案件

在第 24 条的功能分区解释得以确立后,两种居留权案件的区别就可以说是水到渠成的结论。主流学说之所以将有关第 24 条的基本法诉讼通称为“居留权案件”,原因就在于未能自觉区分规范永久性居民身份的第 2 款和授予居港权的第 3 款。但绝大多数居留权案件事实上只是“为了居留权”的案件,也就是说诉讼人是为了追求居留权而走进法庭,但案件所提出的法律议题则是永久性居民身份的确定,并未涉及或者仅在第二阶段涉及居留权的性质、保护以及限制限度的问题,因此并不构成“关于居留权”的案件。为了居留权的案件实际上并没有提出对居留权之限制措施的“合宪性”审查,其实体问题在于如何解释第 24 条第 2 款的相关项,确认权利主张者是否为操作性条款所定义的香港永久性居民,与其将之称为权利诉讼,不如称之为身份诉讼。只是因为永久性居民作为一种法定身份与居留权作为一种基本权利之间具有连带关系,这才造成了主流学说的混淆。

在此概述两种居留权的命题:第一种居留权案件是“为了居留权的案件”,此类案件所提出的法律问题是诉讼人是否具有香港永久性居民的身份,对这个问题的回答取决于对第 24 条第 2 款相应项的解释,也即功能分区内的操作性条款的解释。在法院对入境管制措施进行“合宪性”审查时,其所审查的并不是居留权是否受到不适当的限制,而是永久性居民的身份是否受到不适当的限定。如果借用美国宪法第一修正案的概念,此类案件解决的是居留权的“覆盖范围”(coverage),而不是居留权的“保护程序”(protection)。^[31] 第二种居留权案件是“关于居留权的案件”,在此类案件中,权利主张者的香港永久性居民身份并无争议,但基于“维护香港的长期繁荣稳定”此类公共利益,香港政府有权制定入境管制措施以“防止内地大量人口涌入香港”,因此诉讼人法律上享有的权利在现实中受到一定程度的法定限制,而法院所要做的就是去审查相关限制措施是否符合基本法,包括审查管制措施所要追求的目的是否正当,以及管制措施作为一种手段能否促进其所主张追求的目的。此类案件才是真正的居留权案件,它要求解释作为授权性条款的第 24 条第 3 款,借用前述的美国司法学说,关于居留权的案件才提出了居留权保护程度的问题。在对第 24 条做出功能分区解释后,我们有理由认真对待两种居留权案件的区分。

本部分的讨论首先将解剖吴嘉玲案这只“麻雀”,由此可以发现吴嘉玲一案包括了以上所说的

^[31] 关于这对概念在原初语境内的区分,可参见 Frederick Schauer, “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, 34 Vanderbilt Law Review 2 (March 1981), 265-308.

两种诉讼类型:张丽华作为第一种类型提出的是为了居留权的案件,而吴嘉玲姐妹作为第二种类型才提出了关于居留权的案件。在此基础上,本部分的讨论从“树木”过渡到“森林”,回顾自基本法实施以来最具影响力的“居留权案件”,一个初步的结论就是,绝大多数所谓的居留权案件都没有提出居留权保护程度的问题,而首先并且主要是关于永久性居民的身份界定问题,而假如这个命题得以确立的话,就可以修正香港终审法院对第24条不加区分的“宽松”解释路径。

(一) 一个案件、两种问题:吴嘉玲案的再解读

香港终审法院在1999年判决的吴嘉玲案,^[32]可以说是“最轰动的和影响深远”的居留权案件,^[33]对于本文的论证来说,此案提供了一个可供剖析的“麻雀”。香港法院在吴嘉玲案中合并审理了两种不同类型的法律诉求,也显示出法院对其区分缺乏最基本的自觉。

首先看吴嘉玲案所包括的第一种类型的法律诉讼,即男性港人在内地的非婚生子女可否根据第24条第2款第3项成为香港永久性居民。此类型的代表为张丽华:张丽华的父亲在1967年进入香港,在张丽华于1989年出生时已具有香港永久性居民的身份,但张丽华为非婚生子女,且张丽华的母亲在她出生第二日即去世,因此不可能因出生后父母结婚而取得婚生子女的地位。根据香港《入境条例》在回归当日的修订,“如子女属非婚生子女,只有当该子女后因其父母结婚而获确立婚生地位,该男子与该子女之间才存在有父亲与子女的关系”,这是对父亲与子女关系认定的规范,假如此规范是有效的,那么在认证香港永久性居民的身份时,香港法例并不承认父系的非婚生子女的法律地位,男性港人在内地的非婚生子女就被排除在第24条第2款第3项的永久性居民之外,因此也不享有赴港定居的权利。

张丽华在1994年持双程证赴港,逾期滞留在港,因此张丽华类型的诉讼所提出的法律问题在于,《入境条例》对非婚生子女的限定是不是符合基本法的规定:如果符合,则张丽华所代表的类型就不是永久性居民,反之则是。就此而言,张丽华诉讼是为了追求在港的居留权,但诉讼提出的问题是,如何根据第24条第2款来确定永久性居民的范围,因此张丽华的诉讼就是为了居留权的案件。就本文的目的而言,法院的实体判决并非最重要的,但还应指出,香港终审法院判定,因为第24条第2款第3项的主干为“……所生的……子女”,而父母没有结婚并不能否定子女为父母“所生”的事实,所以《入境条例》以父母婚姻状态来设定子女的法律地位是“违宪”的,附加了基本法内并无规定的资格要件的要求。而全国人大常委会的释法并没有涉及张丽华类型的非婚生子女问题,由此可以推定其对终审法院上述解释的认同。

其次是吴嘉玲姐妹所代表的第二种类型及其所提出的法律问题。吴嘉玲、吴丹丹姐妹分别于1987年和1989年在内地出生,其父在1976年进入香港,在她们出生时已有香港永久性居民的身份,但不同于张丽华,吴嘉玲姐妹均为婚生子女。就此而言,吴嘉玲姐妹符合《入境条例》对第3项永久性居民身份的规范,在香港回归后成为永久性居民,此前提并不存在争议。所争议的问题在于吴嘉玲姐妹对其居留权的行使方式。她们在香港回归当日并非通过入境管理站进入香港,根据在1997年7月10日通过、但将效力回溯至香港回归时的第3号《入境条例》,即便港人内地子女在回归后成为香港永久性居民,享有居港权,但其入境并且定居香港仍要遵守现有的内地与香港之间的出入境管理制度,需持有“发予他的有效旅行证件,和同样是发予他并且附贴于该旅行证件上

[32] *Ng Ka Ling v. Director of Immigration*, 1999, 2 HKCFAR 4, FACV No. 14 of 1998.

[33] 陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社2003年版,第362页。

的有效居留权证明书”。^[34] 假如上述规定有效,那么吴嘉玲所代表的类型虽然享有永久性居民身份所赋予的居留权,但其对居留权的行使却违反了入境法例。

至此可看出,如果说张丽华类型提出了居留权覆盖范围的问题,那么吴嘉玲类型提出的则是居留权保护程度的问题。前者诉诸法庭是为了争取在港的居留权,但所提出的问题却是,非婚生子女是否属于第 24 条第 2 款第 3 项规定的港人内地子女,而后的永久性居民身份根据基本法和《入境条例》并无疑问,所争议的问题围绕着《入境条例》规定的居留权行使方式(即对居留权证明书和单程证的要求),是否不适当地限制了作为基本权利的居留权,就此而言,吴嘉玲类型提出的是关于居留权的案件。

第 24 条第 3 款只是授予永久性居民以居留权,而居留权所具体包括的权能还要参考《入境条例》的第 2A 条,根据该条规定,居留权包含如下四种权利:(1)在香港入境;(2)不会被施加任何逗留在香港的条件,而任何向他施加的逗留条件,均属无效;(3)不得向他发出递解离境令;(4)不得向他发出遣送离境令。在吴嘉玲类型中,《入境条例》所要求的居港权证明书和单程证,显然构成了对“在香港入境”的一种实质性限制。但对宪法权利的限制并不一定是“违宪”的,关键在于这种限制作为一种手段是否为了并且事实上也能够推动一种公共目的。具体地说,居留权的限制,主要是单程证的配额分配,必须要平衡家庭团聚和社会秩序之间的价值。因此,香港政府以及中央政府有权为了香港的长期稳定繁荣,控制内地人口在短期内大量涌入香港,而采取合理手段去限制居留权的行使。在现代宪法理论中,这种为了某种公共利益而对基本权利所施加的限制,既非绝对违宪,也非必定合宪,而是要根据以下各项因素加以具体分析:(1)所要追求的公共利益的性质:是迫切的、重要的还是一般的;(2)所限制的基本权利的性质:是核心的、基本的还是普通的;(3)所采取的限制手段;(4)目的和手段之间的关系程度;(5)司法学说所规定的审查标准:严格的、中度的还是合理性的审查。^[35]

香港终审法院对吴嘉玲诉讼的判决基本遵循了上述路径,终审法院认为居留权是一项核心权利,因此主张对第 24 条进行“宽松”解释,同时对限制性立法措施进行“仔细”审查。在此基础上,

^[34] 也即中华人民共和国前往港澳通行证,即俗称的“单程证”。“单程”意味着只有去的一程,而没有回程,区别于内地居民以旅游、商务或其他签注为目的的因私往来香港地区的“双程证”,即中华人民共和国往来港澳通行证。单程证由公安部出入境管理局签发,香港政府承认持单程证赴港定居的内地人士为来自内地的合法移民。单程证最初的配额为每日 50 个,在 1980 年经中英双方协商确定为每日 150 个,1983 年又降至 75 个。香港回归前,为了缓解 1997 年后港人内地子女赴港定居的压力,单程证的配额分别在 1993 年、1995 年增至 105 个和 150 个,这一配额数量保持至今。

每日签发的 150 个单程证还有定额分配制度:(1)60 个分配给根据第 24 条第 2 款第 3 项有在港居留权的港人内地子女;(2)30 个分配给长期两地分居的港人配偶;(3)另外 60 个在以下五类人士中进行分配,分别为不论两地分居时间的配偶、内地无依靠的儿童来港投靠亲属、内地居民来港照顾无依靠的父母、内地无依靠老人来港投靠亲属、来港继承直系亲属产业的人士。

单程证的分配政策已经表明,家庭团聚已经构成了内地人士赴港定居的主要政策目标,但家庭团聚应当与香港接纳外来人口的承受力相平衡。即便以每日 150 个单程证计算,内地人士赴港定居的人数每年就有 54 750 位,这大体上相当于香港人口总数的 0.7%。自 1997 年 7 月至 2003 年 7 月,约有 334 000 位内地人士获得赴港定居的权利,其中包括 140 000 位持附贴居港权证明书的单程证赴港定居的港人内地子女,142 000 位分居配偶。See Timothy Tong, “Hong Kong’s Immigration Policy on Persons from the Mainland of China”, in Johannes Chan and Bart Rwezaura, *supra* note [30], p. 62.

^[35] 关于审查标准的确定以及相关因素,一个经典的论述,可参见 Gerald Gunther, “In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, 86 *Harvard Law Review* 1 (November 1972), 1-48; 一个近期的表述,可参见 Richard Fallon, *Implementing the Constitution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001).

终审法院判定“第3号条例规定居于内地的特区永久性居民,要先持有单程证才可享有宪法赋予的居留权,这点是违宪的”,同时区别对待了居留权证明书,“居权证计划的目的在于核实声称人身份,所以是符合宪法”。

值得特别指出的是,吴嘉玲类型不仅提出了上述的司法平衡问题,而且还涉及基本法内部的“文本间”关系,即第22条第4款与第24条第2款之间的关系。第22条第4款规定,“中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续”,如果吴嘉玲属于此处规定的“中国其他地区的人”,那么单程证的要求就可认定为第22条所规定的“批准手续”,在此意义上,我们可以说是第22条第4款限定了第24条第3款的居留权,此乃基本法内部条款间的限制,体系化的解释意味其必定是“合宪的”。关于此问题,终审法院以居留权为核心权利为前提,认定第22条内“中国其他地区的人”包括进入香港定居的人,^[36]但不应包括基本法已经赋予居港权的永久性居民,否则“拥有永久性居民身份却仍在内地居住的人士,其居留权利便毫无保障”,因此不存在第22条第4款限定第24条第3款的问题。众所周知,全国人大常委会在其释法决定中否定了终审法院的解释,认定第24条第2款第3项与第22条第4款是“密不可分”,“中国其他地区的人”包括第24条第2款第3项定义的港人内地子女。

(二)“居留权案件”的类型学分析

1. 陈锦雅案:并非“出生时”的港人内地子女

与吴嘉玲案同日判决的还有陈锦雅诉入境事务处处长案。^[37]此案共有81位上诉人,均为出生于内地的港人子女,其父母双方的香港永久性居民身份都是在其出生后取得的,换言之,在此类上诉人出生时其父母均没有永久性居民的身份。在香港回归前后,他们或者持双程证赴港逾期滞留,或者非法进入香港。根据回归当日制定的第2号《入境条例》附表一2(c)的规定,只有出生时父母任何一方具有香港永久性居民身份的港人内地子女,才可依据第24条主张其永久性居民的资格。就此而言,陈锦雅虽然是港人在内地的子女,但其父母在其“出生时”均非永久性居民,入境事务处因此依法否定了陈锦雅所代表的并非“出生时”港人内地子女的居留权申请。陈锦雅通过司法救济是为了争取居留权,但所提出的法律问题却是居留权的“覆盖范围”,即陈锦雅所代表的类型是否为第24条第2款第3项所覆盖,回答这一问题就要判定《入境条例》对“出生时”父母身份的要求是否加入了基本法未设定的条件,归根到底,上述的入境管制措施是否“合宪”。

香港终审法院要回答这一问题,关键是解释作为操作性条款的第24条第2款第3项。根据终审法院的意见,第24条第2款第3项的主干要求“……所生的……”,而本案上诉人无可否认都是香港永久性居民“所生的”,基本法文本并未规定父母永久性居民身份应在何时取得。而这种文本解释有助于实现作为第24条立法目标的家庭团聚,^[38]同时也符合《公民权利和政治权利国际公

[36] 进入香港定居的人,这里是指永久性居民以外的持单程证赴港定居的人,如港人在内地的配偶。

[37] *Chan Kam Nga v. Director of Immigration*, (1999), 2 HKCFAR 82, 87.

[38] 第24条的立法目的是否为“家庭团聚”,是一个值得讨论的问题。首先,在功能分区的解释中,是否存在一种一般性的、覆盖第24条各款的立法目的,本身就是一个问题。其次,根据第24条起草过程以及筹委会意见,在香港回归后取得永久性居民资格的只有港人在内地的子女,明确排除了港人在内地的配偶、父母以及其他直系亲属,就此我们很难说家庭团聚构成了第24条的立法目的,当然,考虑单程证的分配配额,我们可以说家庭团聚构成了一种应予追求的公共政策目标。再次,第24条第2款所定义的是一个有边界的共同体,与其说是吸纳性的,不如说是要在一国两制的格局内建立起港人治港的主体身份,本文下文将讨论,在香港和内地共同构成一国的宪政前提下,第24条的立法目的毋宁是要限制“中国其他地区的人”自由进出香港的权利。而且,在家庭团聚是否构成第24条的立法目的问题上,香港终审法院也是摇摆不定的,在2000年关于领养子女居港权的谈雅然案中,香港终审法院亦指出,“一如在吴嘉玲一案所指出,依照第二十四条第二款的永久性居民分类,并不能达致整个家庭的团聚,因为,举例来说,配偶是不在此列的”。*Tam Nga Yin v. Director of Immigration*, 2001, 4 HKCFAR 251, pp. 261-264.

约》中保护家庭的原则。终审法院据此判定,《入境条例》中的“出生时”不适当地附加了基本法内不存在的要求,根据第 24 条第 2 款第 3 项,只要是香港永久性居民在内地所生的子女,不论其永久性居民的身份是在何时取得的,子女都是永久性居民。而全国人大常委会在随后的释法回归第 24 条的立法原意以及筹委会的实施意见,确认了“出生时”父母身份的要求,否定了终审法院在陈锦雅案中对“所生的”的解释。

因此,陈锦雅案只能说是为了居留权的案件,其首要和主要的问题是基于对第 24 条第 2 款第 3 项的解释来确定上诉人的永久性居民身份,这仍是张丽华类型的问题。只有诉讼人的永久性居民身份得到确认,才可进入吴嘉玲类型的审议,即讨论第 22 条第 4 款是否包括对港人内地子女居留权的法定限定,以及入境管制条例的相关规定是否构成基于公共利益对居留权行使的合理限制。如果答案如全国人大常委会的释法决定那样为否的话,则陈锦雅类型由始至终都并没有提出居留权保护的问题,因为在永久性居民身份和居留权之间,其关系可以说是“皮之不存,毛将焉附”。

2. 庄丰源案:“双非子女”

2001 年的入境事务处处长诉庄丰源案是关于第 24 条第 2 款第 1 项的解释,即如何理解“在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民”。^[39] 庄丰源出生于 1997 年 9 月 29 日,其父母持双程证来港,探亲期间在香港生下庄丰源,因此庄丰源所代表的类型就是父母均非香港永久性居民的“双非子女”。根据《入境条例》附表 1 第 2(a),在香港出生的中国公民如要成为香港永久性居民,在其出生时或出生后,其父母至少有一方应当在香港定居或享有在香港的居留权,由于庄丰源是在父母探亲期间出生于香港,所以入境事务处未批准庄丰源的永久性居民身份申请。就此而言,庄丰源案所要审查的是《入境条例》的规定是否符合第 24 条第 2 款第 1 项,其对父母身份的要求是否构成了违宪附加的条件。因此,庄丰源案所要解释的同样是第 24 条的操作性条款,而非授权性条款。虽然庄丰源的诉讼是为了获得与身份连带在一起的居留权,但此案并不构成关于居留权的案件。

根据香港终审法院的意见,第 24 条第 2 款第 1 项在文字含义上“没有任何歧义”,“其意思是指在 1997 年 7 月 1 日之前或之后在香港出生的中国公民”。法院重点讨论了第 1 项与第 3 项、第 5 项之间的语言区别:第 1 项在此问题上要求“出生的”,而第 3 项和第 5 项因暗含父母身份的条件,所以使用了“所生的”,这是一种“实在重要”的差异,由此可知第 1 项并不含有父母身份的要求,仅规定了作为出生地点的香港。终审法院因此宣布《入境条例》对父母身份的要求违反了基本法,不论父母在香港的法律身份,无论是短期居住、逾期居留还是非法入境,他们在香港所生的中国籍子女均为香港永久性居民。由于全国人大常委会在 1999 年的释法已明确了第 24 条第 2 款的立法原意,“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”,香港终审法院在庄丰源案中并未认真对待这一解释,此判决造成了内地孕妇赴港生子潮,双非子女的身份问题因此成为香港社会的分裂议题。^[40]

本文无意去评断香港法院的居留权判决,而意在讨论居留权诉讼所提出的法律问题。就此而

[39] *Director of Immigration v. Chong Fung Yuen*, (2001), 4 HKCFAR 211.

[40] 香港终审法院在庄丰源案中不是没有考虑到判决对人口状况的影响,在判词内,法院引用了入境事务处给出的数据,表明在 1997 年 7 月 1 日至 2001 年 1 月 31 日,在 43 个月内仅有 1 991 名庄丰源类型的子女。而且入境事务处也承认,即便败诉也无迹象表明会导致内地孕妇涌入香港生子的浪潮。但这一预判忘记了合法化的判决所带来的激励效应。这也表明现代社会的法院不具有事实认定的专业知识,因此应就此保持节制,参见 Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago: University of Chicago Press, 2009).

言,在庄丰源案中,真正的问题是去解释作为操作性条款的第24条第2款,问题在于庄丰源作为双非子女是否符合第24条第2款第1项的规定,并且由此成为香港永久性居民,而无关居留权的保护程度的问题。

3. 谈雅然案:港人在内地的收养子女

庄丰源案判决的同日,香港终审法院还判决了谈雅然诉入境事务处处长案。^[41] 该案上诉人谈雅然等三人都是(1)在内地出生的中国公民;(2)根据内地法律被领养;(3)被领养甚至出生时,领养父母的双方或一方已经是香港永久性居民。因此,谈雅然案提出的是香港永久性居民在内地收养子女的身份问题,也就是港人在内地的收养子女能否根据第24条第2款第3项获得永久性居民的身份。作为一种居留权案,谈雅然案所讨论的是居留权的“覆盖范围”,而非“保护程度”,因此是为了居留权的案件,而不是关于居留权的案件。

港人在内地的领养子女是否为第24条第2款第3项所规定的港人“在香港以外所生的中国籍子女”,这是终审法院在谈雅然案中要回答的问题。根据终审法院的判决,1999年的人大释法已经将“所生的”具体化为“出生时”,关键是确认父母和子女之间法律关系的性质。虽然领养子女和亲生子女在法律地位上并无区分,都是家庭内的平等一员,但“所生的”在自然含义上只能是指亲生子女,而不可能扩大解释为包括领养子女。在谈雅然案的附论中,终审法院还讨论了继子女的法律地位,同样认为继子女不符合第3项“所生的”的文字含义。

4. 非中国籍的香港永久性居民

香港永久性居民身份的取得不以中国国籍为必要条件,第24条第2款后三项即为对非中国籍人取得香港永久性居民身份的规定。现在看来,前三项的争议主要围绕着第1项中的“出生的”和第3项的“所生的”,而适用于非中国籍人的后三项,其解释争议主要围绕着以下三种问题:(1)何为“通常居住”;(2)“连续七年”应如何计算;(3)如何确认“以香港为永久居住地”。本小节主要讨论两个有关外籍人主张香港永久性居民身份的判例,这两个判例与日前刚终结司法过程的外佣居港权诉讼一样,都是为了居留权的案件:诉讼人提起基本法诉讼是为了争取在港的居留权,但诉讼提出的基本法问题还是永久性居民的身份资格问题。

第一个案件是2001年的穆罕默德诉人事登记处处长案。^[42] 此案上诉人穆罕默德是来自巴基斯坦的移民,自1962年开始生活于香港,但在1994年至1997年因刑事罪被判入狱监禁,他在出狱后申请永久性居民的身份证,但未获入境事务处的批准。根据《入境条例》第2条的4(b):任何人如依法被监禁或羁留,则相应期间不得被视为通常居住于香港;同时根据《入境条例》附表一对“连续七年”的规定:如果非中国籍人申请永久性居民的身份证件,则“连续七年”应为“紧接该人向处长申请香港特别行政区永久性居民身份的日期之前的连续7年”,基于以上两项规定,入境事务处依法否决了穆罕默德的身份申请,因为虽然其自1962年起就生活在香港,但他提出身份申请前的连续7年中有4年是被监禁的,不能被视为通常居住于香港。问题就在于《入境条例》前述规定是否违反了基本法第24条,是否增加了基本法没有规定的资格要件。终审法院在本案中运用了普通法的文本、语境和目的解释方法,最终认定《入境条例》将监禁或拘留排除出通常居住的范围,并且要求非中国籍人的连续七年为紧接着申请前的连续七年,均是符合基本法的。

第二个案件是2003年的辛格诉入境事务处处长案。^[43] 香港终审法院在此案中再次解释了第

[41] *Tam Nga Yin v. Director of Immigration*, 2001, 4 HKCFAR 251, pp. 261-264.

[42] *Fateh Muhammad v. Commissioner of Registration*, 2001, 4 HKCFAR 285.

[43] *Prem Singh v. Director of Immigration* 2003, 6 HKCFAR, 26, pp. 51-55.

24 条第 2 款第 4 项,不仅解决了穆罕默德案的遗留问题,也进一步明确了该条款内“以香港为永久居住地”的要求。辛格案与穆罕默德案的主要区别在于上诉人的刑期有质的不同:穆罕默德被法院判处 6 年监禁,而辛格则只是两周监禁。辛格案提出的问题是,更短的刑期是否也会中断“通常居住”并且中止“连续七年”的计算。终审法院一方面承认最小免责原则,另一方面也判定辛格的两周监禁不应得到豁免。也就是说,两周监禁同样要中止“连续七年”的计算,辛格因此不符合第 24 条第 2 款第 4 项规定的身份要件,不是香港永久性居民,当然也就不享有由此赋予的居留权。

(三)“居留权案件”评析

总结以上的讨论:在所谓的居留权案件中,绝大多数的诉讼并没有提出关于居留权的法律问题,真实的法律斗争围绕的是香港永久性居民的身份问题,也就是对第 24 条第 2 款操作性条款的解释。居留权在大多数时候仅构成一个附属的、派生性的、第二阶段的问题。香港终审法院在这些案件中未能自觉区分上述两种诉讼,由此陷入了一种循环论证的误区:首先认定居留权乃一核心权利,然后推定要对第 24 条进行“宽松”解释,同时“仔细”审查香港政府的入境管制措施,最后判定相关措施因不适当限制居留权而违反基本法。问题在于,居留权本身是要通过永久性居民身份的确认才能得出的结论,但在香港法院的推理中却不自觉地成为事先预设的前提,控制着法院对第 24 条的解释过程。在此意义上,香港法院的推理从一开始就预设了问题的答案,混淆了前提和结论:在为了居留权的案件中,它要回答的是诉讼人是否因永久性居民的身份而有其居留权,但却从居留权出发去主张对第 24 条第 2 款的扩大解释。^[44] 比克尔教授在论述美国公民资格时曾指出“没有赋予的东西就不可能被夺走”,^[45]在此借用这一表述:在解释第 24 条第 2 款前,居留权还是“没有赋予的东西”,而香港法院却在推理中预设了这种“没有赋予的东西”已经“被夺走”,由此出发去解释第 24 条第 2 款。

居留权案在基本法研究中不是无人问津的领域,在此问题上已经积累了卷帙浩繁的文献,但为什么没有从宪法学理上提出两种居留权案件区分的命题,反思这一问题有助于深化前文的论述。本文在此主要讨论如下三种原因。

首先,学者未能自觉区分居留权案的诉讼目的和法律议题。居留权的标签来自于诉讼人的目的或动机,但却遮蔽了诉讼提出的法律议题。在前述的居留权案件中,无论是吴嘉玲、张丽华、陈锦雅,还是庄丰源、谈雅然,或者辛格、穆罕默德,他们之所以在基本法所设定的“宪法”舞台上挑战香港入境管制措施的“合宪性”,无可否认是要争取在香港的居留权,但诉讼的标的并不等于诉讼提出的法律议题。“庄丰源们”争取的是居留权,提出的问题却是香港永久性居民的身份要件,因为他们能否享有第 24 条第 3 款赋予的居留权,取决于他们是否为第 24 条第 2 款所定义的永久性居民。

其次,永久性居民作为一种政治身份和居留权作为一种核心权利之间有连带性,而第 24 条的

[44] 香港终审法院并未完全混淆第 24 条第 2 款和第 3 款的区别,例如终审法院在庄丰源案中曾表示:“法院在解释第三章内有关那些为两制中香港制度的重心所在,并受宪法保障的自由的条款时,应该采纳宽松的解释。然而,法院在解释有关界定永久性居民类别的条款时,则只应参照任何可确定的目的及背景来考虑这些条款的自居……第二十四条第二款界定谁是香港特区永久性居民,而第二十四条第三款则赋予他们居留权。因此,连同第二十四条第三款一并考虑后,可见第二十四条第二款的目的是赋予被界定为香港特区永久性居民的人士居留权。根据该定义,某些人士会包括在内,那些不包括在内的会被排除于外。在这种意义上,第二十四条第二款的目的可说是界定香港特区永久性居民的范围,从而限制特区的人口。”从上引意见可以看出,终审法院对第 24 条第 2 款和第 3 款的区分是暧昧不明的,只有对该条加以功能分区的解释,才能从根本上意识到这种区分。

[45] Alexander Bickel, “Citizen or Person? What Is Not Granted Cannot Be Taken Away”, in Alexander Bickel, *The Morality of Consent* (New Haven: Yale University Press, 1975), pp. 33-54.

整体结构又进一步强化了这种连带性。但正如前述,这种连带性并不是无法分清的“鸡在先,还是蛋在先”,身份和权利此处有着清楚的因果关系:一个人不是因为享有在香港的居留权而成为永久性居民,而是因为永久性居民才享有居留权。而在结果意义上,身份和权利的连带性就表现为主体范围的同一:“凡是香港永久性居民必然享有香港居留权,反之,享有香港居留权的人可以成为香港永久性居民。”^[46]正是因为这种主体范围的一致,很大程度上导致了基本法研究者未能自觉区分两种类型的居留权案件。

再次,居留权本身是一种特殊的基本权利,学者很难从现有的宪法学资源中去找到分析居留权案件的工具。以下三个方面可以说明居留权的特殊性。

(1) 香港终审法院认定居留权是一种“核心权利”,承认这一点,就意味着居留权在基本法的权利体系中是一种“优位”权利。“事实上,入境权是居留权之要素,如没有居留权和入境权,申请人便难以享有其他获宪法保障的权利和自由,特别是选举权和参选权”,终审法院对居留权的表述可以表明,居留权乃是一种“拥有权利的权利(the right to have rights)”。

(2) 由此可见居留权的第二种特殊性,“拥有权利的权利”出自美国最高法院首席大法官沃伦的表述,“公民资格是人的基本权利,因为它实际上就是拥有权利的权利”,^[47]因此,居留权事实上是香港永久性居民资格的一种权能。只是因为香港并非独立的主权国家,基本法只是宪制性文件而非真正的宪法,所以只能用永久性居民的概念,而不能去用主权国家和宪法内的公民概念,这也解释了为什么基本法会写入居留权这个常规宪法没有的概念。而且香港法律原本也没有永久性居民和居留权的概念,^[48]只是到了中英《联合声明》附件一发布后,香港政府才在1987年修订其《入境条例》,引入永久性居民和居留权的概念,居留权包括四项内容,分别为①在香港享有入境权;②在香港享有不受条件限制的居留权利;③免于被驱逐出境;④免于被遣送离境。正是因此,学者在现有的理论资源中难以找到有关居留权的论述,这也部分解释了现有研究为何未能把握第24条及其相关诉讼。

(3) 居留权是一种依附于永久性居民身份的权利,归根到底就是生活在一个共同体内的权利。我们可以借用罗尔斯在《政治自由主义》中所区分的政治社会(political society)和社团(association):任何政治社会都是“一种完备和封闭的社会系统”,而其“封闭性”(closed)就体现在“只能通过出生进入政治社会”,“只能通过死亡而退出政治社会”,“在存在于社会之前,我们并没有更前的身份”。相比之下,社团的加入和退出就具有“自愿性”。^[49]

在此意义上,居留权就是生活在某一政治社会内的权利:一方面,如同人的自然生命离不开空气,人的政治生活也不可能离开“居留权”;另一方面,如同人会忘记或简单假设空气的存在,居留权在宪法学研究中并未得到自觉关注,至少相对于“社团”的结社权是如此。也是因此,虽然宪法学者的日常问题就是讨论基本权利的保护程度和限制限度,但却很难想象为何以及如何限制一般意义上的“居留权”。而且,基本法在文本内也没有阐释居留权的内涵,其具体化要参见香港《入境条例》的第2A条:(1)在香港入境;(2)不会被施加任何逗留在香港的条件;(3)不得向他发出递解离境令;(4)不

[46] 正文所引是一种很有代表性的表述,其在实体意义上固然没错,但也表现出对身份和权利之间的相互关系缺乏自觉,引自肖永平:《评香港终审法院关于港人在内地所生子女居留权的判决》,载《法学杂志》1999年第3期。

[47] *Perez v. Brownell* 356 U. S. 44 (1958).

[48] 港英政府在1971年《入境条例》中将香港居民分为三类,其中第一类“香港本土人士”,享有在香港的入境权,并且免于被驱逐出境或遣送离境,可以说是永久性居民和居留权的一种初步形态。

[49] John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 2005), pp. 40-41.

得向他发出遣送离境令。因此,真正的居留权案件就是对以上任何一种权利的限制或剥夺。^[50]

由此可见,居留权的概念在宪法理论体系内原本有其一般性,但由于常规的宪制很少形成居留权的争议,所以此概念在宪法学理论讨论中是基本缺失的。居留权在香港回归、基本法实施后之所以成为最有争议的问题,原因在于一国两制的创造性宪政格局以及“五十年不变”背后隐藏的宪制革命。可以说,正是基本法的创造性实践为宪法学者提出了挑战性的课题,而学者也应抓住机遇迎接挑战,接下来的论述将从第 24 条的解释去观察基本法实践的一个基本面向,即“五十年不变”背后的宪制革命。

四、第 24 条解释的历史批判:基本法的“变”与“不变”

回到本文开篇提出的问题,如何理解第 24 条的法律性质,它是香港终审法院在居留权案件中经由普通法解释方法认定的人权条款,还是全国人大常委会在原旨主义导向的释法中所确定的移民管制条款。前文先后讨论了第 24 条的功能分区解释以及此视野内两种居留权案件的区分,就是希望探索第 24 条解释的第三条道路,既不同于人权条款说,也有别于移民管制说。在界定第 24 条的属性后,本部分将追问人权条款说所折射出的一种在基本法解释中具有普遍性的误区,主要体现在解释者未能自觉地把握在基本法所承诺的法制连续性背后隐藏的宪制革命,由此展开的讨论是非常初步的,只能说是一种“抛砖引玉”的工作。

(一) 第 24 条的性质之辨

第 24 条的功能分区解释可以表明,第 24 条的操作性条款即第 2 款规定了该条的主旨。操作性条款所要回答的是:谁,通过何种程序,在满足何种条件的情况下可以被归入由基本法定义的香港永久性居民,并且可以享有因此身份而连带的居留权。这种对永久性居民身份的界定,在一国两制的宪政格局内具有一般性的意义。一国两制要求“港人治港、高度自治”,而如果不能以具有操作性的法律标准去划定永久性居民的范围,无法在基本法框架内定义当地人、港人或永久性居民,内地的“河水”就不是没有可能去犯香港本地的“井水”。基本法学者喜欢讨论高度自治“多高才算高”,^[51]但经常忽视更为前提的问题,即由谁来进行高度自治,第 24 条连同永久性居民第一次出现的第 3 条,就是在立法层面上解决了这个问题。

永久性居民的身份以及居留权是一种“稀缺资源”,第 24 条的操作性条款也是对该资源的配置,这种立法层面的配置不妨认为是“初次分配”。就此而言,法院通过解释基本法去解决有关永久性居民以及居留权的争议,这种政治问题的司法解决,就构成了资源的“二次分配”。而司法过程的中立和技艺并不能否定其实体上的政治性与裁量空间。香港政府曾在吴嘉玲案后向国务院提交的报告中指出:香港终审法院在吴嘉玲案的判决“改变”了香港现行的出入境管理制度,“新增加”了至少 167 万具有香港居留权资格的内地人士。^[52]这里的“改变”和“新增加”即可表明司法判决的政治性,也就是说香港终审法院的居留权判决实际上决定了“谁得到什么?何时和如何得到”。^[53]

[50] 我们可以假设,香港政府修订了《入境条例》,规定可在一定条件下对永久性居民“遣送出境”,这就构成了对居留权的限制,法院可以通过对居留权的解释来审查这种修法是否合宪。

[51] 高度自治不等于“最大限度的自治”,英方曾在谈判过程中提出了“最大限度的自治”,但被否定,参见鲁平:《鲁平口述香港回归》,钱亦蕉整理,中国福利会出版社 2009 年版。

[52] 《关于提请中央人民政府协助解决实施〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉有关条款所遇问题的报告》,1999 年 5 月 20 日。

[53] 参见[美]哈罗德·拉斯韦尔:《政治学:谁得到什么?何时和如何得到?》,杨昌裕译,商务印书馆 1992 年版。

第24条以其操作性条款界定了港人、当地人或永久性居民的边界。政治哲学中有关共同体边界的讨论在此具有启发意义。沃尔泽教授曾描述过两种否定政治共同体边界的世界,第一种他称之为“地球放任自由主义”:“如果所有人类彼此互为陌生人,如果我们所有的相逢都像在海上、沙漠或公路旁的碰面,因此不存在要去分配的成员资格。成员准入政策不再成为问题。我们生活在哪里,如何生活,和谁生活在一起,都将取决于我们的个人意愿,并因此取决于我们的结伙和私情。”第二种他称之为“地球社会主义”:“所有人都是一个全球国家的成员,而成员资格将进行平等地分配,仅此而已。”根据沃尔泽的解读,两种世界虽然各持一端,但它们同样否定了政治共同体有其边界,实际上就是在否定政治共同体本身。^[54]但如果香港回归这一宪法事件可以告诉我们一件事,那就是我们并不是生活在一个“地球自由放任主义”或“地球社会主义”的世界内:世界既不是“平”的,也不是四海一家,政治共同体的成员资格是要被分配的,而这正是基本法第24条的主旨,是我们在解释第24条时必须时刻铭记的。

(二) 第24条的历史情境学

香港基本法在1990年4月4日通过,同日公布,但它的实施还要经过一个长达七年的“预备期”,要等到1997年7月1日,即中英《联合声明》确定的中国政府对香港恢复行使主权的时刻。因此,我们可以将香港回归、基本法实施称为一个“宪法时刻”。^[55]

如果以此时刻为分界点,对比在此“之前”和“之后”的香港永久性居民的范围,一个不难得出的结论就是,第24条扩展了永久性居民的范围:因为第24条的实施,有些回归前没有永久性居民身份的人,在回归后成为永久性居民。主要的扩容来自第24条第2款第3项,港人内地子女根据此项成为基本法实施后新增的永久性居民。例如,吴嘉玲姐妹此前并不是香港永久性居民,但在香港回归后就该项成为永久性居民。^[56]港人内地子女应如何界定,也即第24条第2款第3项在多大范围内扩展了永久性居民,这是香港法院在居留权诉讼中反复遇到的争议问题,但无可否认的是香港永久性居民在基本法实施后确实有了扩容。也是因此,基本法学者将第24条定位为授权性条款,因为该条确实授予以吴嘉玲为代表的港人内地子女以港英政府治下没有的永久性居民身份和居留权。

以上的推理看似顺理成章,但却犯有一个法律分析者的基本错误,本文在此称为“以现状为分析基线”。^[57]所谓以现状为分析基线,就是在分析第24条改变了什么的时候,只是简单比较第24条实施后的状况和实施前的状况。但是在讨论第24条以至一般意义上的基本法解释时,以现状为基线的分析显然忘记了一个根本的问题:基本法的实施基于中国政府恢复对香港行使主权,在这一宪法时刻,在中央政府承诺“原有的资本主义制度和生活方式,五十年不变”(基本法第5条)和原有法律大部分予以保留(第8条)的法制连续性的“之前”“之下”和“之间”,还存在着一场根本性的宪制革命。“五十年不变”的承诺所要保驾护航的正是这一最根本的“变”。

[54] Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (New York: Basic Books, 1983), p. 34.

[55] 宪法时刻概念的提出及其原初用意,可参见 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991).

[56] 也正因为此,在香港回归过渡期的中后段,为了避免回归后出现港人内地子女在短期内大量涌入香港,缓解香港人口压力,预委会以及筹委会都曾经专题研究过这一问题,并提出逐步增加单程证配额以及单程证专用定额审批等举措。也如前述,预委会的研究以及筹委会意见对香港立法会所制定的入境管制条例有很大影响。

[57] 这个概念的提出参考了桑斯坦教授的“现状中立性”的讨论,可参见 Cass Sunstein, *The Partial Constitution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993).

如果承认基本法的实施本身是一场宪制革命,那么以现状为基线的解释恰恰未能充分理解宪制革命,或者是陈弘毅教授所说的“根本规范的转移”。^[58]基本法的实施,其权威根基在于香港回归祖国,连带着中国对香港恢复行使主权。这就意味着在讨论第24条所带来的变化时,不应再以港英政府时期的移民管制法例为基线,^[59]因为第24条在其实实施的一刻就标志着对一种旧宪制秩序的告别,同时迎来一种新宪制的开端。如果要讨论第24条改变了什么,正确的提问方式应当是,设定其他条件保持不变,只是没有了第24条(以及与其“密不可分”的第22条第4款),情况在香港回归即基本法实施后会有何不同。

上述提问方式借用了社会科学分析中的“反事实推理”技术,^[60]但本文此处无需严格执行这一分析工具的技术要求,重要的是要展示这个分析问题的视角和思路。既然基本法实施的权威根据在于香港回归祖国大集体这一宪法史诗,第24条的解释就不可能脱离关于这一史诗的叙事:^[61]香港是中华人民共和国不可分离的部分,既然中国恢复对香港行使主权,那么根据1982年宪法和作为全国性法例的基本法,每一位中国公民就可以自由出入作为祖国一部分的香港,原本无需受控于第22条第4款规定的“中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续”。因此,如果没有第22条第4款和第24条第2款,中国其他地区与香港特区之间的边防管理在香港回归后就该取消:既然已经是“一国”,如若没有基本法作为宪制性文件设置的“例外”,以何理由要在一国边境以内设置又一重边境管理或“隔离之墙”。^[62]

香港回归前夕,内地妇孺皆知的一首歌唱出了相当一部分“中国其他地区的人”的共同心声、心态和心愿:“1997快点到吧,我就可以去香港。”因为在香港回归祖国母亲的怀抱后,去花花世界就不再需要“盖大红章”。^[63]歌手艾敬在这里质朴地表达出香港回归后本应出现的一个变化:既然香港与内地成为“一国”,而“我”作为中国公民就不应继续受制于港英政府的出入境管理制度,“就可以去香港”。行文至此,我们就可以理解全国人大常委会所确定的第24条以及第22条第4款的立法原意,根据1999年人大常委会的释法说明:第24条第2款第3项与第22条第4款是“密不可分的”,第22条第4款的立法原意是“肯定内地和香港之间长期以来实行的出入境管理制度”,“这一立法原意,完全是为了保证内地居民有序赴港,是符合香港的整体利益的”;而第24条第2款的立法原意“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”。

由此看来,中央政府作为基本法的制定者,也包括进行1999年释法的全国人大常委会,扮演的是“自由家长主义”的角色。^[64]为了香港的繁荣稳定、一国两制的基本国策乃至祖国和平统一的宪政大业,基本法第24条和第22条限制主要不是港人内地子女,而是每一位生活在中国其他地区

[58] 基本法取代了殖民地时代的《英皇制诰》和《皇室训令》,成为回归后香港的宪制性文件,参见陈弘毅:《法理学的世界》,中国政法大学出版社2003年版,第337页。

[59] 香港在回归后其原有法律是基本不变,而不是完全不变,何况在香港回归前,港英政府的《入境条例》中有关香港永久性居民的定义已经因其抵触基本法,而被宣布无效。参见《全国人民代表大会常务委员会关于根据〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定》之附件二。

[60] 关于反事实推理及其在社会科学中的运用,可参见 James Fearon, “Counterfactuals and Hypothesis Testing in Political Science”, 43 World Politics 2 (1991), 169-195.

[61] 关于规范与叙事的一个宪法理论阐释,可参见 Robert Cover, “Nomos and Narrative”, 97 Harvard Law Review 1 (November 1983), 4-68.

[62] 1950年,港英政府对内地与香港之间的人员流动启用配额制,就曾遭到中国外交部的抗议。

[63] 艾敬:《我的1997》。

[64] Cass Sunstein and Richard Thaler, “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, 70 University of Chicago Law Review 4 (Fall 2003), 1159-1202.

的中国人:为了“防止内地人口大量涌入香港”,这些人即便在回归后也不能“自由行”。因此,一旦第24条的解释考虑到香港回归祖国的宪政之变,那么第24条非但没有扩充有权居留香港的中国公民,反而是在限制内地中国公民自由进出香港。而这种限制的正当性,其形式上可以援引香港基本法生成的法治程序,例如七届全国人大三次会议在通过基本法的同时也通过了一个决定,明确宣布基本法是根据宪法按照香港具体情况制定的,因此“是符合宪法的”;^[65]其实质上则可以理解为每一位中国公民为了祖国和平统一大业所承担的权利限制和做出的必要牺牲。

关于第24条的解释,无论是香港法院在历次居留权诉讼中的学说,还是学界对居留权案和第24条的注释,大都未能系统表述基本法文本背后的“变”与“不变”的辩证关系。但是,基本法实施以来的许多重大争议,都需要回到一国两制的宪制格局以及变与不变的时间维度内,才能得到充分的学理讨论,并以此推动其在现实中的解决。而对这一题目的讨论来说,本文此处只能说是以第24条为例提出这一问题,此问题的回答尚需专文加以论述。

五、结语:以开放性的心态去面对“创造性的杰作”

1990年2月,邓小平在会见基本法草委会全体成员时曾指出:“你们经过将近五年的辛勤劳动,写出了一部具有历史意义和国际意义的法律。说它具有历史意义,不只对过去、现在,而且包括将来;说国际意义,不只对第三世界,而且对全人类都具有长远意义。这是一个具有创造性的杰作。”^[66]这是邓小平这位一国两制学说之父对香港基本法文件的高度评价。香港基本法既是香港特别行政区的宪制性文件,其本身又是对一国两制学说的一个落实,而基本法的实施就意味着这部“创造性的杰作”在塑造着全新的政治实践。^[67]

基本法学者只有站在邓小平所说的历史和国际意义的高度上,才能真正胸怀必要的理论自觉,真正理解基本法及其对人类政治文明和宪政文化的贡献。本文所选择的第24条,是基本法在1997年实施后的“重点”“热点”和“难点”,但它的问题却不是基本法理论建构过程中的一种例外。法学者在面对基本法实践应当意识到,基本法是“一部具有创造性的杰作”,相应的,其理论化的工作也需要有开放性的心态。基本法实施后,一国两制的学说开始转化为经由基本法语言所展开的政治斗争,其中蕴含着宪法学者可以发掘的理论富矿,没有理由对此视而不见,反而去盲目地追寻可以攻玉的“他山之石”。基本法学者不能躺在前辈学者尤其是基本法起草者的功劳簿上睡大觉,而要以“弟子不必不如师”的态度去重读基本法起草的政治过程,又不能在香港终审法院对基本法的解释面前妄自菲薄,一心一意做学生。更重要的是,在基本法的理论化过程中,学者不能只是按部就班地思考常规问题,而必须探索具有范式革命意义的新宪法学传统。

(责任编辑:林彦)

[65] 《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》,1990年4月4日。

[66] 邓小平:《香港基本法具有历史意义和国际意义》,载《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第352页。

[67] 例如,有香港学者将香港基本法称为普通法和中国法的混合,see Priscilla Leung Mei-fun, supra note [27].