



香港居留权法律问题分歧及其解决路径探析

张霄龙

摘要: 香港居留权法律问题分歧源于《基本法》第24条规定的模糊性,“双非”孕妇赴港生子和外佣入籍等使此分歧持续扩大。各方对此问题有不同立场,存在分歧。分歧的解决路径主要有修改《基本法》、特区政府采取行政措施、法院自我纠正和全国人大常委会释法。全国人大常委会释法最具正当性与可行性,解决居留权分歧的最佳路径是由香港终审法院提请全国人大常委会释法,同时香港法院应重新定位解释思路。

关键词: 居留权;香港特别行政区;基本法;一国两制

一、香港居留权法律问题的由来

香港居留权是指居民享有的有权自由出入香港、不受任何入境条件限制而在香港居留以及免受递解出境或遣送离境的权利^①。香港居留权争议泛指基于《香港特别行政区基本法》第二十四条的实施,香港永久性居民在中国内地分娩的子女及没有香港居留权的中国公民在香港所生的子女,可于1997年7月1日后获得香港永久性居民身份,造成香港人身份危机及香港社会对居留权期望产生巨大落差而引发的法律与政治争议^②。如上所述,在居留权问题上产生的分歧源于《基本法》第二十四条规定的模糊性,以至于产生了多种主张和解释的可能。而随即产生的“双非”孕妇赴港生子和外佣入籍等社会现象使得此争议和分歧持续扩大。2001年7月20日,香港终审法院对“庄丰源案”做出终审判决,裁定不论其父母是否已经在香港定居,只要在香港出生的中国籍子女均享有香港居留权。2003年“港澳自由行”开通,孕妇持港澳通行证即可进入香港。这两个事件的叠加,造成了大量“双非”孕妇赴港生子。

2010年底,三个非佣家庭在申请香港永久居民身份被拒后,入禀香港高等法院申请司法复核,要求推翻香港《入境条例》对于在香港连续工作满七年的外籍家庭佣工不能因此成为香港永久性居民的限制,认为该条文违反《基本法》第二十四条。其中一宗司法复核于2011年8月22日开审,香港高等法院裁定《入境条例》限制外佣申请香港居留权的条款违反《基本法》,但并未判决此案胜诉。

二、中央政府和香港各方面在居留权法律问题上的分歧及其原因

居留权争议涉及的利益相关者甚多,归纳起来,可分为中央政府、香港特区政府、香港

^① Immigration Ordinance (Cap. 115) s. 2A(1).

^② 需要指出的是,吴嘉玲案中与居留权相关的争议已由1999年6月26日的全国人大常委会释法得以解决。因此,本文所析居留权法律问题仅限于庄丰源案中的争议点,即没有香港居留权的中国公民在香港出生的子女是否应享有香港居留权,同时附带涉及各方关于外佣入籍的态度。

各政党、香港法院(特别是终审法院)和香港普通居民^①五大主体,厘清这些具有代表性主体在居留权争议上的观点有利于统筹兼顾各方利益,综合平衡。

(一) 中央政府和香港各方面在居留权法律问题上的分歧

1. 中央政府的態度

中央政府一直认为,无论是主动解释还是提请解释,全国人大常委会对基本法的解释权是毋庸置疑的。在庄丰源案中,香港终审法院和香港特区政府都未提请全国人大常委会释法。虽然全国人大常委会会有主动释法的权力,但考虑到“一国两制”的精神,为了不冲击香港法治,依然保持了一定的谦抑性。但是,这并不表示中央政府对此毫无立场。事实上,中央政府并不认同香港终审法院的判决,认为香港终审法院并未按照全国人大常委会的释法审判,而是自行解释法律。

2. 香港特区政府的态度

香港特区政府的基本立场与中央政府是基本一致的。香港特区政府极力阻止任何无有效证件而进入香港以获取居留权者的立场是可以理解的^②,因为维持香港的繁荣稳定,保护本土居民的利益和福利是其职责所在。从香港特区政府向香港终审法院提出申请,要求其澄清吴嘉玲案判词中涉及人大及其常委会权力的部分,以及行政长官向国务院提交报告,请求其协助解决问题,建议国务院提请全国人大常委会释法等行为就可以看出香港特区政府在此争议上的鲜明态度。

3. 香港各政党的态度

2012年初,香港各大政党开始再一次关注庄丰源案引起的法律问题,其立场大致可分为三种:第一,支持寻求全国人大常委会解释《基本法》;第二,支持由香港特区政府启动修改《基本法》的程序;第三,反对从《基本法》入手解决此问题。如自由党支持寻求人大释法^③,民建联、工联会和新民主党亦表示赞同。民主党及新民主同盟则要求政府修改《基本法》,阻止日后在香港出生的“双非”婴儿享有香港居留权^④。公民党则认为循基本法方面入手去解决双非孕妇问题是“舍近求远”,行政措施已经是有效措施,无须以“人大释法”解决问题,以免冲击香港的法治制度^⑤。

4. 香港法院的态度

香港各级法院对于居留权法律问题的态度集中表现在其对于《基本法》第二十四条的解释和适用之中。庄丰源案经过香港高等法院原审法院、上诉法庭和终审法院三级审理。原审法院裁定《入境条例》第2(a)段有关规定与《基本法》第二十四条第二款第(一)项的规定抵触,于是判定庄丰源胜诉,其享有香港居留权。入境处处长提出上诉,上诉法庭驳回上诉,维持原审法院判决。入境处处长再向终审法院提出上诉。2001年7月20日,终审法院五位法官一致作出维持原判的司法判决,认为:不论其父母是否已经在香港定居,只要在香港出生的中国籍子女均享有香港居留权。

5. 香港普通居民的态度

随着“双非”孕妇争议在香港引起的后果逐渐恶化,香港普通居民反对“双非”婴儿享有香港居留权的立场逐渐鲜明。这些普通民众大多寄希望于香港特区政府,向政府递交请愿书。同时,他们呼吁香港终审法院对庄丰源案作出修订,不发给内地孕妇赴港生产的婴儿以本港出世纸(出生证明)^⑥。对于“菲佣入籍”,香港居民也有着明确的立场^⑦。

(二) 分歧产生的原因

中央政府在居留权问题上的关注点更多的在于其对香港的主权是否受到减损。终审法院在几次判

①本文中“香港普通居民”是指以居住为目的在香港定居,拥有载明居留权的永久性居民身份的香港公民,不包括外佣、非中国籍人、具有鲜明政治立场的党派人士和政府高级官员。

②Priscilla Leung Mei-fun, 2007. *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law*. Hong Kong: Lexis Nexis. p. 99.

③郑治祖:《自由党收集签名促释法阻“双非”涌港》,载香港《文汇报》2012-01-29, (A15)。

④《人大政协三月讨论双非问题》,载 <http://hk.apple.nextmedia.com/news/art/20120128/16021138>, 2012-01-28。

⑤《“双非”孕妇来港已超负荷公民党促请政府立即向内地部门交涉》,载 <http://www.civicparty.hk/?q=node/3560>, 2012-01-19。

⑥《千人游行促修订庄丰源案》,载 <http://news.sina.com.hk/news/20111024/-1-2471416/1.html>, 2011-10-24。

⑦参见《公民党祸港万人声讨》,载《文汇报》2011-10-10;《两千人游行声讨大桥外佣案》,载《星岛日报》2011-10-10。

决中公然挑战人大的立法和释法行为，中央政府自然要宣示主权，从而在香港特区政府的请求下进行了释法。中央政府一般不插手香港特区的具体事务，更不愿干预香港的司法独立和终审权。

香港政党在香港居留权上的分歧则更多的在于政治考量。香港大多数政党都以居民利益和福利为目标，故此反对外来人口以各种途径获得香港居留权。但是，某些政党则将“选票”置于香港人民之前，为了获得选票而将香港特区和香港人民的利益于不顾，专门以司法途径挑起事端，以达到政治目的。

在香港法院看来，香港行政长官还非普选，是通过协商产生并由中央政府任命，立法会也不是普选，功能团体选举的议员与分区直接选举的议员各占一半，那么行政和立法系统一定更注重“一国两制”中的“一国”。所以，香港司法系统必须保持足够的独立以维护“一国两制”中的“两制”，以达到某种平衡。因此，香港法院借居留权相关案件，扩大自己的一系列权力，包括行使违宪审查权^①，扩大其对《基本法》的解释权，任意选择《基本法》解释方法以及对全国人大及其常委会的立法行为的审查权等。

香港普通居民在居留权上的立场容易理解。更多人拥有香港居留权就意味着平均到每个居民身上的福利质量就会下降，这与其切身利益是休戚相关的。故香港居民寄希望于法院自己推翻以前的判决，这样既可解决自身利益，又不损害法院的权威。

三、居留权法律问题分歧的解决路径

（一）现存的几种解决路径

对于居留权问题，各方人士都认为应尽早解决，以消除分歧。但是，由于各自所站立场不同，以至提出的解决途径也不相同。总体来说，有以下几种途径：

1. 由全国人民代表大会修改《基本法》相关条款

以香港大律师公会为代表的律师团体多持此观点，且持此观点者一般反对全国人大常委会再次解释《基本法》。他们依然质疑全国人大常委会的释法权力，认为《基本法》第一百五十八条实际上划分了全国人大常委会和香港法院的解释范围，而居留权条款属于香港自治范畴，香港终审法院拥有终极解释权。他们认为只有经过严格的法律修改程序才最具正当性。

2. 香港政府采取行政措施

以公民党为代表的泛民主派人士多持此观点。上届和新一届特区政府也正是采用配额制来理顺内地孕妇闯关去香港急诊室产子的问题，通过预约和产前检查制度，避免失控和混乱。运用行政措施的优点是可以快速推行，同时不必承受提出修法或释法影响香港法治的政治代价。

3. 香港法院自我纠正

持此观点者多为香港普通居民。一方面，香港终审法院的判决在长远上损害了他们的利益，他们不认同终审法院的判决；另一方面，他们又尊重终审法院的判决，为香港的司法独立感到自豪。故他们寄希望于终审法院自身通过个案审判推翻以前在“庄丰源案”中的终审判决，在司法上解决居留权争议。

4. 全国人大常委会解释《基本法》

多数港人和大陆学者都持此观点。他们认为由全国人大常委会依据《宪法》和《基本法》的规定，对《基本法》相关条款进行解释，澄清大是大非的原则性问题确有必要。这种方式对于释除各界疑虑、平息政制纷争、形成社会共识具有重要意义。

（二）以上四种路径的可行性分析

笔者认为，前三种解决途径均不具有可行性或现实可能性，最妥当和正确的方式应是第四种。

第一，由全国人大修改《基本法》的途径不可行的原因在于：（1）《基本法》应具备一部宪制性文件的稳定性，不宜因一些法律争议就进行修改。（2）如果因为香港法院的不同解释而修改《基本法》，就默认了香港法院对立法原意的解释是正确的，而这不符合实际。（3）修改《基本法》毫无先例可循，修法的耗时会相当长，可能付出的政治代价无法精确估算。全国人大常委会副秘书长、香港基本法委员会主任乔

^① 湛中乐、陈 聪：《论香港的司法审查制度——香港“居留权”案件透析》，载《比较法研究》2001年第2期。

晓阳也于2012年“两会”期间表示“不宜以修改《基本法》的方式处理问题”^①。

第二,仅由香港政府采取行政措施在边境“堵截”的途径不可行的原因在于:(1)只要香港居留权的诱惑力一直存在,不排除有人会想出其他极端的方法赴港生子。(2)现任国务院港澳事务办公室主任王光亚在2012年两会期间亦曾就“双非”问题表态,当时并没有明确提出要以法律途径解决,只说行政措施效力有限,中央会提出治本的解决方案^②。

第三,寄希望于香港法院自我纠正的途径不可行的原因在于:(1)有关案件已经终审完结,香港司法制度中没有案件重审机制以改变或修改判决。(2)基于法制(判例法制度)的限制,终审法院完全推翻以前的判决重新建立一套体系的可能性微乎其微。(3)前任香港终审法院首席法官李国能在被媒体问及“翻案”的可能时,他回应说:“假如法官现在解释(法律条文)为A,但因有过多不便等问题而改为B,这并不是法治社会的精神。”^③由此可见,无论是从客观上还是主观上,香港法院都不可能也不愿自我纠正。

(三) 解决路径——应由香港终审法院提请全国人大常委会释法,同时香港法院应重新定位解释思路

全国人大常委会释法属于广义的“法律途径”,与行政途径和司法途径相对。法律途径虽有缺点,如一刀切将所有“双非”孕妇拒之门外,令一些只欲利用香港优质妇产科服务者失去正当来港分娩的途径。但其优点在于可以厘清香港居留权定义,从根源上解决争议。

1. 全国人大常委会释法的历史与程序

自《基本法》实施以来,全国人大常委会共进行了四次解释,还包括两次决定。如果按主动解释和被动解释进行分类,则第一次、第三次和第四次为被动解释,第二次是主动解释。有学者曾言:“无论是终审法院还是全国人大常委会,都在不断地通过‘个案’创造规则。终审法院通过个案宣告其违宪审查权与废止香港立法会立法的权力。在中央政府方面,则是通过三次释法,形成国务院提请全国人大常委会释法与人大常委会自行释法两种启动释法的程序。”^④但如今,在经过第四次释法后,形成了国务院提请全国人大常委会释法、人大常委会自行释法和香港终审法院提请全国人大常委会释法三种程序。

2. 全国人大常委会释法的正当性与可行性

根据我国《宪法》第五十七条和六十七条的规定,全国人民代表大会常务委员会是我国最高权力机关,有解释宪法、法律的权力,还有修改法律的权力。《基本法》第一百五十八条也规定:“本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。”《基本法》第一百五十八条第(二)款只不过授权香港法院在审理案件时解释《基本法》关于香港自治范围内的条文。全国人大常委会并没有因此条款放弃它解释宪法和法律的权力和职责,而只是授权香港法院为审理案件的目的而解释某些条款。

笔者认为《基本法》第二十四条兼具人权条款与移民管制条款。首先,从规范结构上而言,第二十四条与第二十二条第四款具有非常紧密的联系^⑤。其次,从立法原意上考量,第二十四条也不仅仅是人权条款,更是移民管制条款^⑥。第三,从香港特区政府的立法实践上观察,香港政府确一直以《基本法》第二十四条的规定进行行政立法,确保偷渡者、非法入境滞留者等无法获得香港居留权。最后,从目的和效果上看,将第二十四条解释为兼具人权保护与移民管制条款也有利于法律制度的对接,有利于实务工作的顺利开展,从而最终使香港居民获益。故此,《基本法》第二十四条并非单纯的香港自治范围内的条文,香港法院在审理相关案件时应按照第一百五十八条的规定提请释法。

3. 全国人大常委会释法需要注意的问题

对于现今“双非”孕妇问题,全国人大常委会释法无疑是最可靠的一种方式。但是,按照“一国两制”

① 明报专讯:《港澳办:双非应法律解决》,载《明报》2012-04-10。

② 明报专讯:《港澳办:双非应法律解决》,载《明报》2012-04-10。

③ 程洁:《论双轨政治下的香港司法权——宪政维度下的再思考》,载《中国法学》2006年第5期。

④ 文青:《香港律政司称不会轻易向全国人大寻求释法》,载 <http://www.chinanews.com/ga/zxgagc/news/2007/04-04/907911.shtml>, 2007-04-04。

⑤ 该条在内容上涉及中央政府权力的行使,所以毫无疑问属于中央和香港特区关系的范畴,这一点已被广泛接受。参见梁爱诗:《立法会:律政司司长就解释《基本法》动议辩论致辞全文》,载《香港特区政府新闻公报》1999-05-26。

⑥ 在最初立法时,考虑到内地和香港的经济差距可能会导致偷渡行为,破坏香港的社会经济秩序,才对《基本法》第二十四条作出便于中央政府与香港政府进行出入境管制的解释。

的精神和《基本法》的规定，香港法院独立进行审判，不受任何干涉。为了将释法对香港司法的冲击降到最低限度，我们认为在“双非”孕妇问题上，全国人大常委会应保持谦抑，不宜主动释法，而是等待香港终审法院提请解释为上策。原因在于：

第一，也是最关键的，如前所述，由香港终审法院或特别行政区行政长官提请解释可将释法对香港司法独立和法治的冲击降到最低，有利于保障香港的高度自治权，维护香港居民对于“一国两制”的信心。

第二，笔者认为，在2011年8月人大常委会第四次解释《基本法》以后，以行政长官提请解释的方式已不是首选；这是《基本法》第一百五十八条第三款明确规定的。虽然许多学者旁征博引了大量理论和实践证明由行政长官提请解释的必要性^①，但毕竟“无论是在第一百五十八条所设立的《基本法》解释权分布体系里，还是在《基本法》其他条文里，都找不到可以支持行政长官在这次事件的情况下请求全国人大常委会解释《基本法》的法理依据。”^②所以，最好的途径是严格按照《基本法》第一百五十八条第三款的规定，由香港终审法院提请全国人大常委会进行解释。

第三，还需明确解决居留权分歧的另一主要方面在于香港特区法院需重新定位解释思路。根据“一国两制”的精神，《基本法》赋予了香港法院解释《基本法》的权力，同时又对其解释权作出了一系列限制，香港各级各类法院必须遵循。首先，香港法院只有在审理具体案件时才能对《基本法》作出解释，这是境遇限定；其次，香港法院只能解释《基本法》关于香港特别行政区自治范围内的条款，这是对象限定；最后，如果香港特区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的判决，在对该案件作出不可上诉的终局判决前，应由香港终审法院提请全国人大常委会对有关条款作出解释。如果全国人大常委会作出解释，香港特区法院在引用该条款时，应以全国人大常委会的解释为准。这是程序限定。

由此可见，香港特区法院在解释《基本法》条款时，应严格依照基本法的文本规定和立法原意，而不能脱离《基本法》，简单地按照普通法解释其他本地立法的思路和方法解释《基本法》。在解释时，既要考虑到《基本法》在香港特区法律体系中的宪法性地位，也要认清《基本法》主要是用中国特色社会主义法律模式和法律思维表述的法律文本这一事实。如果不顾及两地法律体系、理念、思维方式、法律解释方法以至政治制度的现实区别，而单纯地用普通法习惯的理念和方法审视和解释《基本法》，只会带来更多的法律争议，而无法达到法律定纷止争的目的^③。

四、结 语

《基本法》是以香港居民为主体，按有无居留权标准，将香港居民划分为永久性居民和非永久居民。居留权法律问题涉及国家主权，中央与地方关系，宪法相关法的效力和解释等，反映出问题的特殊性和复杂性。但是，笔者认为此分歧能在“一国两制”精神的指导下得以解决。只有严格遵从本文所述途径，才能从根本上解决分歧，推动中央与香港特区关系按照《基本法》规定的道路健康发展。

■ 作者简介：张霄龙，武汉大学法学院博士生；湖北 武汉 430072。

■ 基金项目：基金项目：教育部哲学社会科学重大课题攻关项目（10JZD0034-1）

■ 责任编辑：车 英

① 参见陈田玉：《论基本法解释的程序》，载中国人民大学宪政与行政法治研究中心：《宪政与行政法治研究——许崇德教授执教五十年祝贺文集》，中国人民大学出版社2003年，第388-399页。上官不亮：《论全国人大常委会解释基本法的程序》，载《山东社会科学》2008年第10期。

② 徐亚文、张小罗：《论“一国两制”下两地法律解释体制的冲突与协调》，载《中南民族大学学报》2008年第6期，第412页。

③ 徐亚文、张小罗：《论“一国两制”下两地法律解释体制的冲突与协调》，载《中南民族大学学报》2008年第6期。