

香港特別行政區的國籍和居留權

Yash Ghai
香港大學教授

《香港特別行政區基本法》（以下簡稱《基本法》）使用了多種方法來保證香港特別行政區的自治權。這些方法包括把香港視為分開的司法轄區和海關區並擁有獨立的貨幣和稅收體制。其中特別重要的是有關作為準國籍性質的香港永久居民和擁有居留權的其他香港居民這個概念。許多權利（和一些義務）和這一概念相關。許多自治體制有著相類似的概念，如奧蘭群島的居所概念（有別於芬蘭國籍的普通類別）；又如波多黎各國籍（有別於美國公民的普通類別）。通過設立這樣特別類型國籍並限制擁有這種類型國籍的人的權利，這有可能增強有關地區的自主性（和差別性）。一種對自治體制進行比較的方法就是考察構成這些特別種類的規則和與其相關的權利和義務——這種安排使一個國家其他人口不能享有在這個地區的權利。

香港極其充分地運用了這種任何自治體制都使用的方法；這間接表明了其自治權的大小程度。這使對該國非香港永久居民的其他國民的權利賦予成為所有自主體制中最為困難的一種權利賦予。這種方法也以其其他地區根本不予考慮的方式（比如允許非國民成為某一社團的成員）加以運用；也許是由於香港的國際大都市的性質，這樣的運用是必須的。然而，從一開始，永久居民的概念可能在理論上和實踐中都難以堅持。實際上這一點已經得到了證明。這篇文章考察香港永久居民這個概念的現有用途，並表明了儘管這些目標均已達到，但其中重要概念的使用是缺乏一致性或原則性的。本文所討論的是政權交接前後該概念在協調一致地使用時所遇到的困難。

《基本法》處理國籍和居留問題的方式表明了過去的複雜性和“一國兩制”的原則。“一國”原則要求有關中國國籍法律應適用於香港

特區。與此同時，如果建立有關準國籍的不同體制，香港特區的差別性才會因以下兩個原因繼續保持。第一個原因和自治權（特別是香港特區“港人治港”的特點）相聯繫；這便有必要突出大陸的中國公民和與香港有固定聯繫的中國公民之間的差別（同樣需要對大陸湧入香港的人流實施某種控制）。第二個原因和香港的國際大都市性質相聯繫。擁有不同國籍的人在香港生活和工作，大體上來說，法律對他們並沒有作出區分（包括選舉權和擔任公職的權利）。這就使中國國籍不能成為權利和義務的基礎。這些觀點（以及使這些觀點成立時所遇到的困難）在下文中予以討論。

中國（特別是1949年以來）和世界上的大部分其他地區相隔絕，這強調了國籍的“民族主義”，甚至沙文主義的一面，也使中國公民和外國人之間的差別更為顯著。中國國籍法起源於對廣義的中國主權概念的堅持，這種堅持旨在防止有中國血統的人受外國人的統治——第一部國籍法於1909年頒佈，旨在抵制荷蘭人強迫居住在爪哇島上的中國人入荷蘭籍的企圖。這部國籍法允許國籍可以憑世系（血統主義）進行傳遞，但是它同時規定，非經中國政府允許，任何中國人都不得放棄他（她）的國籍。儘管在本世紀50年代，這種立場因賦予海外中國人選擇成為居住國公民的權利而有所改變，但正如Edward Esptein所指出的¹，在中國本身，國籍通過多種方式用來把外國人和中國公民區分開來。他認為，國籍是中國對待有別於中國公民的外國遊客和居民的重要的政治控制手段，特別是通過把外國人和當地居民隔離開來的方式。國籍亦用作推廣民族主義和愛國主義的基礎，尤其是在使用“愛國者”這種一般表達時²。對比之下，香港在很大程度上否認了國籍原則（特別是在一個人曾被允許進入香港的情況下），從而擁有了其國際大都市的性質。長期以

¹ 他說：“幾乎貿易和投資的整個體系都是建立在外國和本國利益差別基礎上的。一項法律適用於國內經濟合同；而對於外國的經濟合同，另有適用的法律。對於國內企業，存在著一種公司立法體系；對於外國合資企業或外商獨資企業，則有另外一種公司立法體系……在刑事案件中，在中國逮捕和拘留一個外國人必須首先取得最高人民檢察院的批准。初審必須在不低於中級人民法院級別的法院進行。涉及外國人的民事案件同樣服從於特別的規定……中國新的《版權法》也受“國籍原則”支配。該法只給予中國國民的著作以自動的版權保護（第44-45頁）。

² 正如Johannes Chan（1992年）和Martin Lee所指出的，這個專有名詞只是“同一國家的人”的意思，因此，在很多情況之下，該詞只是同義反覆。

來，在取得香港居住權的問題上，在香港出生比國籍更重要。在工商業界，基於國籍的歧視很少；在政界也不多。這並不否認在某些方面，優先權會給予英國人或英聯邦公民——並且在公眾事業單位和私人服務領域都有特別有利的條件——在移民方面，會給予長時間在港居住的大陸移民。在本世紀80年代和90年代，由於香港人紛紛尋求外國國籍，以及外國投資者紛湧而入，這些差別越來越多樣化，以致於相對於以前變得不是那麼重要了。例如，就社會福利和住房條件而言，居留比國籍更為重要。在這方面，香港向許多其他國家靠攏，特別是澳大利亞和歐洲的一些國家。在那裡，居留最短期限的差別優先於公民身分的差別；甚至在有些方面，公民身分的差別已不起作用（如在公民權方面）。

把這些相差懸殊的觀點結合起來的必要性由於英國和中國對在英國統治下的國籍地位問題的信條不一而複雜化了。這種信條不一產生於英國聲稱“對香港”擁有主權而中國則予以否認這個事實。因此，當英國賦予出生在英國統治下的香港或在香港入籍的人以英國國籍時³，中華人民共和國則把在香港的全部中國人視為受其《國籍法》約束的中國公民。這些差別排除了在《聯合聲明》中英雙方關於國籍問題達成一致的可能。但對將來的安排並非無關緊要，但也不是非常重要（特別是因為60年代以來，英國已經逐漸地把因和香港有聯繫而成為英國公民的人跟聯合王國公民的一般體制分離開來了）⁴。這樣，有關國籍問題，英中兩

³ 按照傳統的英國人的信條，對於香港和九龍這樣的割讓地上居民的英國國籍是很少有疑問的。租借地的情況不清楚，特別是保護國的居民（和其類比，更為接近）只是被稱作“英國受保護人”（British Protected Persons）。然而，就管轄權問題來說，新界和香港是被同等對待的。1981年《英國國籍法案》消除了這些疑問。參見White（1989年）。

⁴ 起初，因和香港有聯繫（即出生或入籍）而取得英國國籍的英國公民享有聯合王國公民的全部權利，包括進入和定居聯合王國（他們被稱作“聯合王國和殖民地公民”——CUKC）的權利。然而，從1962年開始，有關進入和定居聯合王國的權利的限制被施加於所有聯合王國公民身上，除了那些被稱為“Patrials”，即那些生在英國或其父母之一出生在英國的人（這排除了大多數和香港有聯繫的公民）。英國1983年1月生效的立法把1962年以來一系列法律帶來的變化系統化了，並且把英國附屬地的公民地位和英國本土公民地位分離開來。這樣，他們被歸為“英國屬地公民”（BDTC），但是他們只享有依據屬地的法律，進入和定居其相聯繫的屬地的權利。依照1981年的立法，有關取得英國屬地公民的規定也變得更加嚴厲，因為僅僅依據出生條件已經不夠；至少父母之一必須是英國屬地公民或定居在香港。這樣，從原來是英國公民寬廣的、帝國性地位的一部分（這意味著帝國的統一性），英國國民以不同的方式分裂了，狹隘地和一定的地理區域連在一起，並享有不同的權利。很明顯，英國屬地公民這一類別是為香港所創，預示著英國主權的結束。有很多關於國籍變化歷史的敘述——例如，參見White（1988年）Chan（1992年）。

國在分開的備忘錄（《聯合聲明》框架之外）裏分別予以處理——這標誌著兩國的正式分歧——的同時，有關不同國籍居民的權利和義務在《聯合聲明》中已經達成了協議（附件一，第14節）⁵。

一、居留權

依照《聯合聲明》，《基本法》的中心概念是居留權。這一權力把香港永久居民和其他居民區分開來，唯一相關的國籍是中國國籍；在《聯合聲明》中，中國國籍的重要性在於它是和為某些群體創立居留權相聯繫的。但是，由於中方不滿英國提出的英國國籍計劃（後來以1990年頒佈的《英國國籍（香港）法案》的形式付諸實施）⁶，中國國籍變得更為重要，

⁵ 備忘錄看起來沒有法律效力，因為它們只是單方面的意圖陳述。但是，它們並不是沒有法律意義，特別是在解釋《聯合聲明》的規定方面。《維也納條約法公約》（關於條約的解釋）第31條第2款規定，「解釋條約時」可以參照全體當事國間因締結條約所訂與條約有關之任何協定。英國的備忘錄（首先宣佈）表明了中止那些因和香港有聯繫而取得英國屬地公民身分的人的這種身分；並且，1997年6月30日後就不再賦予這種身分。然而，該備忘錄允許他們擁有“不被賦予聯合王國居留權的合適的身分”，這種身分賦予他們使用英國頒發的護照的權利。經要求，他們在第三國有權獲得英國領事服務和保護。這種在香港行政局的中國成員的壓力促使下出臺的非常措施，根本上是向香港人提供旅行證件的辦法，並使一種新形式的國籍——英國國民（海外）——成為必要（香港（英國國籍令），1986年，第4節）。這種規定不僅對英國來說是非同尋常的，而且也冒犯了中國。中國曾拒絕接受任何給予香港中國人的英國人身分，甚至在英國統治期間。最後，中國同意了這個建議，因為它意識到這將有助於保持對香港的信心（Roberti: 110-111）。但是，如果把這一點寫進《聯合聲明》，就會有點格格不入的意味。中國的備忘錄小心地保留這其原則性立場。該備忘錄說，依照《中國國籍法》，所有的香港愛國者，不論是否持有英國屬地公民的護照，都是中國公民。然而，“考慮到香港的歷史背景和現實”，中華人民共和國將允許這些國民為去其他國家和地區（但可推斷不是去中國）的目的，使用由英國政府頒發的旅行證件（避免使用護照字樣。中國把護照和國籍相聯繫）。進一步，這些中國國民在香港特區或中國不被賦予享有英國領事保護的權利（這樣就巧妙地避免了其他地方這種保護的問題）。

⁶ 隨著天安門事件後人們對香港未來信心的下降，該項法案獲得頒佈。按照總督制定的方案，法案賦予五萬人（他們定居香港並擁有某種形式的英國國籍）和他們的家庭以英國國籍。該法案聲明其目的在於通過賦予以後必要時可離開香港的身分，鼓勵那些對香港的成功至關重要的人物留在香港。然而，中國把這一方案解釋為一種使英國在香港的影響在政權交接後永久化的方法。Epstein認為，中方反對是因為中國害怕它不能實施其對香港特區官員的控制，如果他們擁有憑借英國公民身分逃脫的選擇（第53頁）。

一些職位只能由中國公民擔任。有關中國國籍的問題不是由《基本法》而是由1980年頒佈的《中國國籍法》所決定的。如筆者後面討論的那樣，《中國國籍法》在香港的運用比原來意識到的更成問題。居留權這一概念起源於英國，旨在把國籍跟以（因父母出生在英國而）有英國國籍的人的名義進入英國的權利區分開來（這些人有權居留英國）。居留權在香港最初等價於“香港屬民”（Hong Kong Belongers）這一概念，它幾乎與居留權概念同時出現（1971年頒佈的《人民入境條例》）⁷。“香港屬民”：

1. 有權進入香港；
2. 不受停留條件的限制；
3. 不能被轉移或驅逐出香港。

這樣，儘管《聯合聲明》沒有定義“居留權”這一概念（該概念在中國法律中也是沒有的），但是，可能這一概念包括上述三種權利（並且可以推定，該權利亦包括離開香港的權利，儘管在《聯合聲明》中，這一權利受到限制——“除非受到法律制止”，附件一，第14節）⁸。這一理解似乎已被1987年對《人民入境條例》的修訂所證實（這些修訂部分地旨在使《條例》與《聯合聲明》的規定相一致）。在這些修訂中，居留權定義為這樣一種權利：

1. 有權進入香港；
2. 不受在香港停留的任何條件的限制；
3. 不被驅逐；
4. 不被轉移。

⁷ 所有出生在香港的英國公民（即任何英聯邦公民）都是屬民(belongers)。適用於這一規定、曾在香港通常居住連續7年的中國人被賦予香港屬民(belongers)的大部分權利，除了在因犯罪而被判兩年或兩年以上的坐牢或總督會同行政局認為驅逐有利於公共利益的情況下，可能遭受驅逐的懲罰。第三類具有相當多權利的人是因和聯合王國有聯繫而擁有的“聯合王國和殖民地公民”的人，他們擁有香港居民(belongers)的全部權利，除非因涉及公共或安全利益的原因而可能遭受驅逐。對直至1987年的香港移民法的歷史性考察，可參見Albert Chen, 1988。

⁸ 起草者心裏可能知道像《地方法院條例》（第52節第5條第1款第1項）這樣的香港立法。該《條例》允許判定債權人取得阻止命令，以防止債務人離開香港。《權利法案條例》通過之後，（該《條例》把移動權定義為包括有權離開香港的權力），上訴法院認為這一部分並不侵犯權利，因為《權利法案》並不適用於私人行為（Tam Hing-yeek訴Wu Tai-wai, 1991年，HKPLR, 第1卷，第261頁）。

《基本法》把那些擁有居留權的人視為“香港特別行政區永久居民”（第24條）。永久居民的地位是權力的行使和享有權利與履行義務的基礎。在《基本法》規定的權利賦予全體居民（即那些被人民入境權力機構允許通常居留的人）的同時，和擔任公職一樣，選舉權和被選舉權只限於永久居民。一些職位（行政長官、首席大法官、首席法官、立法局主席、基本法委員會成員以及高級政府官員）只能夠由擁有中國國籍並在香港居住時期達到特定最低年限的人擔任；而立法局80%的成員和基本法委員會的全部香港成員都是由身為中國公民的香港永久居民擔任。在這兩種情況下，任何人選不可擁有外國居留權。通過這樣的方式，以下目標可以達到：通過把擁有權力和權威的職位限制給中國公民擔任維護主權；通過要求這些人和香港有相當的聯繫來體現“港人治港”；以及允許一定程度的國際都市化⁹。

總體來說，兩種人有資格擁有居留權（即永久居住權）：中國公民和其他人；取得居留權的條件對這兩種人是不同的。中國公民可以通過以下三種方式取得居留權：

1. 在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民（第24條第1款）；
2. 在香港特別行政區成立以前或以後在香港通常居住連續7年以上的中國公民（第24條第2款）；
3. 第1、2兩款所列居民在香港以外所生的中國籍子女（第24條第3款）。

很明顯，上述種類的人沒有一個是和香港沒有實際的或連續的聯繫的¹⁰。這樣，《基本法》賦予各種群體以居留權，這些人以前並沒有擁有過該權利，其中最突出的是1982年至1997年7月1日期間非法中國移民所生的子女。

適用於該條款目的之中國公民身分由《中國國籍法》決定。儘管《聯

⁹ 當把《基本法》草案提交人大時，姬鵬飛認為這種限制是有正當理由的，因為它“有助於定義國家主權並反映港人治港的原則。只有以這種方式，居於上述職位的人才能對國家、特區和香港居民負責”（1990年）。

¹⁰ 近年來，許多事例已經被報道。這些事例是有關一些大陸的孕婦為了保證其孩子享有居留權來香港（大多數是非法的）。類似地，可能已移居海外的香港中國人的子女也可獲得居留權（依照後面要討論的《中國國籍法》的規定）。

合聲明》的《中方備忘錄》認為全體在香港之中國人都是“愛國者”，這種情況看起來也並非很明了（即使是站在中方立場上，認為中國對香港的主權在英國人150年的統治期間並未受到削弱）。關於取得中國國籍，有兩個主要規定：

1. 本人出生在中國，父母雙方或一方為中國公民；
2. 本人出生在外國，父母雙方或一方為中國公民；條件是父母雙方任何一方不能定居在國外，本人出生時不具有外國國籍。

既然現在超過50%的香港中國人是在英國統治下在香港出生的（作為英國公民），他們的父母曾定居在香港，如果香港被視為海外地區的話，那麼一大部分的香港人都將不是中國人。同樣，他們的父母——既使出生在中國——曾經定居在香港並通過入籍取得了英國國籍（入籍是第9條下失去中國國籍的充分必要條件）。如果英國主權和英國有關國籍的立法後果能像站在中方立場上一樣忽視的話，那麼這些困難就能被克服¹¹。然而，還是有很多香港中國人在加拿大、澳大利亞、新西蘭、美國或其他國家定居過並取得了該國國籍，從而也就不再是中國公民。因此，《備忘錄》中的陳述必須受到《中國國籍法》限制。這些人是否有居留權從而取決於筆者現在要談到的有關非中國公民的規定。

三種“其他人”將擁有居留權：

1. 在香港特別行政區成立以前或以後持有效旅行證件進入香港、在

¹¹ 然而，其他一些有關《國籍法》並使許多香港中國人成為非中國公民的問題，不可能被輕易解決。第17條規定“本法公佈前，已經取得中國國籍的或已經喪失中國國籍的，繼續有效”。有必要考察1980年以前的立法，看誰在那時可能是或可能不是中國公民，看誰能通過血統主義把中國公民的身分加以傳遞。Johannes Chen 的見解概括如下：“如果一個人的父母之一依照《中國國籍法》頒佈以前的法律喪失了其中國國籍，那麼其在香港的後代（被認為有中國血統）將不再是中國公民。比如，依照1990年的法案，一位婦女通過婚姻取得了其丈夫的國籍，而同時也喪失了中國國籍。她在香港的後代未必是中國公民。依照1914年法案，未經中國政府允許，任何中國公民在外國政府任職或外國軍隊服役後，都將失去其中國國籍。依照1929年法案，一位子女的父親是外國人，該外國人亦承認子女，那麼該子女將失去其中國國籍。本世紀30年代早期，作為和英國達成一項協議的結果，非國籍化(de-nationalisation)證明得以頒發，特別明顯的是在上海和廣州。此外，有人認為，在帝國時代，如果一個中國人的祖先的名字從他所在地方的登記處消掉，他就能不效忠皇帝。1949年至1980年間沒有國籍法，這使情況進一步復雜化了。在這一時期，很難確定中國國籍是何時取得、何時喪失的”（1992年：第491頁）。

香港通常居住連續7年以上並以香港為永久居住地的中國籍人仕¹²（第24條第4款）；

2. 在香港特別行政區成立以前或以後第1項所列居民在香港所生的未滿21周歲的子女¹³（第24條第5款）；
3. 上述各項所列居民以外在香港特別行政區成立以前只在香港有居留權的人（第24條第6款）。

居留權可能在以前的法律中被定義過，但是，那些被賦予居留權的人不必要和以前法律規定下的人共同擴展。只有上述第三種類型才會被參照以前的法律（《人民入境條例》附表2第1條）。很多這種類型的人（實際上是大多數）將有在別的地方的居留權，因此，沒有資格取得在香港特區的居留權¹⁴。

¹² 《基本法》忠實地秉承了《聯合聲明》的宗旨（儘管《基本法》中的類別更加零散），除了要求持“有效旅行證件”進入香港。在過去的很多年裏，大量的大陸中國人沒有持有有效的旅行證件而進入香港，但條款的這一部分只適用於非中國人。可能這是為了把香港的越南難民排除在外，（這些難民從1975年開始進入香港），儘管問題的重要性在起草《聯合聲明》時可能並沒有被意識到。如果是這樣的話，這種規定是不必要的，因為越南人是當作重新定居而被接受的，因而他們不是“通常居民”（《人民入境條例》第三部分(A)）。對必須滿足7年定居年限條件的中國人沒有有效旅行證件這一要求（第24條第2款）。沒有持有效旅行證件進入香港的中國人被假定為非法移民——長期以來這些人都受到特赦，但從80年代起這種特赦就停止了（參見Chen1988a）。由於“通常居民意味著合法居民”（AG v Cheung Kam-ping, 1980年HKLR, 第602頁），這看起來即使中國公民也要出示合法入境證明。但如果中國準備出於國籍目的而無視英國統治的影響，為何這麼猶豫不決——一個未持有效旅行證件進入香港的中國公民違反了英國香港的法律很難被視作罪犯。這種扭曲存在於《中國公民往來香港地區和澳門地區的暫行管理辦法》中，該辦法使這些人的進入香港和在香港滯留成為非法。參見下文。

¹³ 如William Clark曾指出的，如果當他們達到一定年齡時，該權利就失效，那麼，把這些人視為擁有“居留權”是奇怪的。他們也不一定必然符合第24條第4款的規定，因為他們不被視為持有效旅行證件進入香港的人。

¹⁴ 參見William Clark關於依照《基本法》將失去他們以前擁有的香港居留權的群體的討論。這些人包括(a)少數人群體，儘管作為最大群體中的大部分，印度人可能保有他們的居留權（這與Clark和一般人的看法相反），因為他們的祖先在次大陸獨立國家的國籍建立以前就來到了香港；(b)1993年1月1日以前，出生在香港、但移居外國者的子女以及1993年1月1日以後出生的這些人的子女，但其父母一方必須曾被賦予無條件停留權；(c)有權進入香港的英國的移居外國者；(d)歸國移居者，主要是那些離開香港去外

二、24條第3款的範圍

看起來淺顯易懂的第24條第3款已經引起了很多的爭議和訴訟。第24條第3款賦予香港外出生的、是香港特區永久居民的中國公民的子女以居留權。在政權交接前的短時間內，英國和中國政府（以及一些所謂“親中”的政客們）急切地意識到，這一規定將允許成千上萬的、在大陸的、當時沒有權利定居香港的子女進入香港（儘管從1997年7月1日起的他們這種進入香港的權利早在幾年前《聯合聲明》就予以承認）。據稱，這些子女融入香港社會而帶來的社會、教育、住房和服務等負擔將是很沉重的。因此，英國和中國同意給第24條第3款加上限制。

正如我在下面說明的，臨時立法局批准的立法通過附加要求父母一方在其子女出生時就已經是香港永久居民的方法對這些人的權利進行了限制。1997年的《人民入境條例》（第三次修訂）對這種權利作出了進一步限制。該條例是1997年7月10日由臨時立法局通過的，並於1997年7月1日實施。該條例提供了一種程序，依據該程序，一個人可以根據其父母一方具有永久居民的身分要求居留權。從根本上說，一個人必須證明他（她）持有有效的旅行證件並持有頒發給他（她）的、附在旅行證件上的、有效的權利證明（第2AA節第1款）。該權利證明的運用必須依照人民入境事務處處長所指定的方式，並由該處處長實行。只有在證明已經簽發後，居留權才發生（第2AB節）。該處長規定，居住在中國大陸的中國人必須通過公安局（處理出、入境事宜）申請。然而，權利證明的簽發不能使這些人行使居留權。另外，按照大陸法律，他們還需要公安局簽發的出境許可證。

一些1997年7月1日以前就已經在香港的人，在不同的情形下，對該法律提出了質問，其依據是申請權利證明和出境許可證的要求侵犯了他們在第24條第3款下的居留權。初審法院（凱特法官）沒有理會這種質問，理由是有關權利證明的規則已經規定了申請者取得居留權的合理程序（Cheung Lai Wah訴Director of Immigration一案，1997年，HKC，第3卷，第64頁）。出境許可證的存在理由在第22條第4款給予了說明。該款

國並取得了外國國籍的中國人。

最後一個群體引起了該群體本身、其香港親屬以及中國政府的極大關注。下面所討論的解決辦法有利於這些人群。

規定，中國大陸人進入香港必須“申請批准”。條款並沒有規定應該獲得何人批准，但法院認為，按照1997年7月1日以前大陸實行的法律，應取得中華人民共和國權力機關的批准。凱特法官的這些結論得到了上訴法院的支持（該法院的決定以同樣的命名作出了匯報，1998年，HKC，第617頁）。

兩個法院都聲稱運用了目的方法(purposive approach)。在這方面，目的方法的運用是相當具有選擇性的。從表面上看，《基本法》第22條第4款和第24條第3款是相衝突的。當法院解釋第22條第4款時，該條款給予中央政府防止大陸人進入香港的權利。另一方面，第24條第3款給予符合條件的大陸人以居留權，包括進入和在香港在停留的權利。法院參照了以前的做法（任何不是香港居民的大陸人都要求出境許可證），採取“有利於”第22條第4款的方法解決了這種衝突。這種方法並沒有考慮到《基本法》本身，《基本法》賦予了某些以前沒有居留權的大陸人以居留權。這些人因此被第24條第3款視為等同於那些在大陸的“香港屬民”(Hong Kong belongs)。按照法院的解釋，第24條第3款規定的權利是被第22條第4款否決的（因為如果一項權利取決於大陸行政機構的任意的酌處，那麼該權利也就不成為權利）。另外一方面，即使這新一類型永久居民不適用於第22條第4款，該條款還是有意義的（看起來，這新一類型的永久居民只佔1984年以來獲得出境許可證的一小部分）。

這種方法比法院的方法更為自然地協調了兩個條款。由於它沒有限制個人的權利，因而這是更為公平的方法。可能香港法院在作有關憲法有目的的、慷慨的解釋時，引用的最多的權威性言論是威爾伯福斯(Wilberforce)法官在 Minister of Home Affairs 訴Fisher案（1980年，《上訴案件》，第319頁）中的陳述。他贊成對基本權利和自由“給予完全承認和效力”的慷慨方法（第328頁）。在Cheung Lai Wah一案中，法院適用了有目的的、慷慨的方法，拒絕把基本居留權賦予那些依據第24條第3款而被授予居留權的人。

運用目的方法是為了使立法意圖起作用（Carter訴Bradbeer一案，1975年，《每週判例匯報》，第1卷，第1204頁）。這裏沒有任何有關支持法院決定的立法意圖的介紹（如凱特法官在初審法院承認的，第24頁）。《聯合聲明》中的闡述（高等法院陳法官(Chan)所依據的）和《基本法》的闡述無任何不同。凱特法官在初審法院提出的測驗方法，不能提供任何指導（參見第5章有關在解釋《基本法》時怎樣使用《聯合

聲明》的討論)。有人也認為，如果立法者想使符合第24條第3款的人豁免第22條第4款的規定，那麼，就應該在兩條中予以說明。我們可以這樣認為（而且具有更大的可信性），如果這些人受制於第22條第4款，那麼這必須加以明確說明。就這些人以前的居住地（無論是大陸還是其他地方）來說，第24條第3款並沒有在其受益人之間作出區別。他們擁有同等的權利，而其中一些人的這些權利被《人民入境條例》的修訂以及現在被法院的裁決所剝奪。

就立法意圖而言，情況則相反。倉促實施《人民入境條例（第3次修訂）》就充分地暗示了第22條第4款不被認為支配第24條第3款，否則的話，這一條款就沒有必要了。就實施第22條第4款而言，儘管後來有了理由，當時是沒有理由的。相反，該條款存在理由是基於控制並使符合第24條第3款規定的人分階段地進入香港，這樣做是為了緩解這些人的流入給香港的教育和其他社會服務方面帶來的壓力¹⁵——一個完全不同的觀點，這種觀點沒有對憲法保證的權利的限制提供法律依據。

在對第24條第3款的立法性或行政性限制的進一步質問中，法院贊成兩種觀點而擯棄了另外兩種觀點。在 Cheung Lai Wah 案中的成功質問是有關7月10日修正案的追溯效力。在初審法院，凱特法官認為法律實際上是沒有追溯性的，因為按照第22條第4款，申請者喪失了被修正案剝奪的權利（他認為，ICCPR第12條也沒有禁止行為的可追溯的犯罪性，只是禁止了其懲罰）。上訴法院在這個問題上意見有分歧。高等法院陳法官不同意凱特法官的觀點。陳法官認為，第24條第3款規定的權利在舉出令人滿意的父母出身證據時生效，儘管這種權利的實施要推遲到獲得出境許可證。但是，如果這個人在7月10日修正案頒佈以前就已經在香港了，那麼他（她）就會被賦予第24條第3款規定的權利。修正案的目的是在於剝奪這個人《基本法》賦予的權利，因此是違憲的（第643-644頁）。Nazareth J 法官得出了相似的結論，但這個結論只涉及有關那些在1997年7月1日以前進入香港的人，因為第22條第4款只是在該日期才生效（第655-665頁）。Mortimer LJ法官認為在其追溯性的所有方面，修正案都是有效的。在ICCPR第12條的效力問題上，高等法院陳法官不同意凱特法

¹⁵ 高等法院陳法官說：“很明顯，這些子女不可能同時都來到香港。沒有人會對有序、漸進地安排這些孩子定居香港的必要性提出爭辯……就是在這種情況下政府建議、臨時立法局實施了第2號和第3號條例”，第631頁。

官的觀點，陳法官認為該條款防止了行為的可追溯犯罪性（Nazareth和Mortimer LLJ法官們更傾向於凱特法官的立場）。

法院在立法中發現的第二個缺點是有關父親和子女之間關係的定義。立法規定，居留權的產生是基於只有當子女是婚生的；或者，如果孩子不是婚生的，他（她）的合法性由其父母的婚姻狀況所決定（附表1，第1段第2款）。在初審法院，凱特法官認為，第24條第3款的措詞決沒有像立法所要求的，限制這種關係〔因此，沒有必要考慮其跟《中國國籍法》（在該法中，合法性不是基於婚姻）或跟適用於香港的國際慣例的相容性，第91-2頁〕。高等法院陳法官在同意凱特法官觀點的同時，認為修正案也跟ICCPR第1條第2款第2項保證的平等權（不論地位如何）相衝突（第648頁）。同時，他也認為，《中國國籍法》也不適用，“因為這裏的情況不是涉及中國居民的國籍地位問題”（高等法院陳法官，第650頁）。

如果一個人的父母沒有任何一方在其出生時是永久居民，法院支持限制第23條第4款賦予此人居留權。1997年2月23日人大常委會取消了有關香港永久居民的定義，臨時立法局代之以新的《人民入境條例》附表1的規定〔按照1997年的《人民入境條例》（第二次修訂）〕。除了第24條第1款改為：在香港特別行政區成立以前或以後在香港出生的中國公民，只有其父母在其出生以前或以後的任何時間擁有居留權，該中國公民才有居留權；2. 第24條第3款改為：在香港擁有居留權的人的子女，只有當其出生時父母就擁有居留權，該子女才擁有居留權，它符合《基本法》第24條的主旨。

《人民入境條例》的這種規定大大減少了這兩種類型的人的權利。至今還沒有對第24條第1款的改變提出任何質疑，但對第24條第3款的改動提出的質疑，在Chan Kam Nga(an infant)訴Director of Immigration案（凱特法官，1998年，HKC，第一卷，第16頁，初審法院）中被提出。法院認為第24條第3款並沒有規定要求居留權的子女的父母必須在子女出生以前就已經取得了他（她）自己的居留權。強調的重點主要是按血統主義，而不是按出生的時間（第23頁）。然而，上訴法院不同意凱特法官的觀點，認為一個人只有當他（她）的父母任何一方，在他（她）出生時就已是香港的永久居民，這個人才能和香港建立足夠的聯繫（Director of Immigration訴Chan Kam Nga一案，1998年，HKC，第2卷，第405頁）。

有關第24條第3款的狹義解釋的進一步的例子是：法院認為只有生身

（即與血統有關的）子女，而不是繼子女，才有資格獲得第24條第3款規定的居留權（Lui Sheung Kwan訴Director of Immigration，1998年，HKC，第717頁），這是高等法院陳法官1998年2月27日的判決。法院強調，第24條第3款的措詞是“所生的”（指永久居民），因此，權利只是賦予（有血統關係的）子女。

三、領事保護

《基本法》的這些規定引出了很多問題，這裡只考察其中的兩個問題。第一個問題是：擁有外國國籍的香港人享有領事或外交保護的可能性。英方的《備忘錄》中的陳述已經保證給予適當身分〔即英國國民（海外）〕的持有人在第三國（即在聯合王國、香港特區和中國大陸之外）以外交保護。中方的《備忘錄》宣佈這些人在香港特區或中國的其他地方不受英國保護，這可以解釋為這些人可以在其他地方取得英國保護。然而，這不像是中國的立場，因為這和中國不承認在香港的中國人的英國國籍不一致¹⁶。在國際法下，英國也不可能把外交保護給予這些人，因為這些人將和英國失去實質性的聯繫（這並不適用於那些被1990年《英國國籍（香港）法案》賦予英國國籍的人，因為他們擁有聯合王國的居留權）¹⁷。然而，在有關（因和聯合王國有聯繫而）取得英國國籍的香港中國人¹⁸或（在外國居住一定時期而）取得外國國籍的香港中國人問題上，中國沒有堅持這一立場。這個結論是從《中國國籍法》第9條得出的。該法規定，只有當在國外定居或加入外國國籍，中國公民才失去他（她）的國籍。

¹⁶ 魯平在1996年4月12日在香港的一次講演中確認了這一點（後來中國港澳辦主任亦確認了這一點）《南華早報》，1996年5月13日，第6版。

¹⁷ “Nottebohm”一案（“Liechtenstein訴Guatemala”一案，1955年，ICJ，第5頁）是要求有效聯繫的先例。在《有關國籍法爭端某些問題的海牙公約》（1930年）規定，面臨相互衝突的國籍要求的第三國應該運用“慣常性和主要居住地”或“最有效的聯繫”（第5條）的測驗方法。即使中國不干涉，第三國也可能基於“Nottebohm”一案而抵制英國的要求。

¹⁸ 如果不進一步調查，當然不可能把這些英國護照和依據1990年立法頒發的護照區分開，從而也不可能辨明那些中國想剝奪其英國領事保護權的人（在人民入境事務處沒有記錄——中國曾要求香港政府的全部記錄轉交給中國，但這遭到了英方的抵制）。

第二個問題是涉及在香港取得外國國籍或去國外並取得外國國籍（他們中的很多人都想回到香港）的香港中國人的地位問題。他們能夠獲得其公民身分所屬國家的外交保護嗎？其次，他們享有在香港的居留權嗎？這兩個問題都有賴於他們是否已經不再是中國公民，因為如果他們還是中國公民，至少外交保護不能針對中國實施¹⁹，而且他們完全有可能享有《基本法》第24條第1款或第2款規定的居留權。

中國法律不承認任何中國公民的雙重國籍（第3條）。擁有相似規則的大多數國家規定，他們的國籍在取得外國國籍時自動地失去。按照中國法律，失去中國國籍要先滿足兩個條件：定居國外以及通過加入外國國籍或一些其他自願的行為取得外國國籍（第9條）。因此儘管那些人在香港取得外國公民身分〔一般稱之為“便利護照”（Passports of convenience）〕，但仍是中國人並可推定享有居留權²⁰。其他人只要被看作已經定居國外而將失去他們的中國國籍。國籍法沒有規定“定居”的定義；通常意義上是說，外國已經選擇作為其習慣和相對永久的居住地，並且可以假設，正常地取得外國國籍的必要條件將是達到“定居”的標準。然而，這些人中絕大多數和香港保持著聯繫，他們的真實動機可能是把取得外國國籍當作一種保險的政策²¹。

很明顯，在此難以得出一個普遍適用的結論，而必須根據個案的事實，考慮到個人的情況和動機，得出不同的結果。一些人實際上曾經“定居”國外（在這種情況下，他們已經失去了中國國籍），但後來決定回到香港或者將來他們這樣決定，這一點是很少有疑問的。由於他們不再是中國公民，因此他們不適用於《基本法》有關中國公民居留權的規定。相反，他們將適用於第24條第4款，在有資格取得居留權以前，他們必須通

¹⁹ 上面提到的1930年的《海牙公約》規定擁有雙重國籍的公民不能代表他（她）的其中一個國家而反對另外一個國家（第4條）。

²⁰ 這個結論並沒有說明他們是否有效地取得了外國公民的身分，這個問題取決於外國的國籍法。國際法給各國制定其國籍法很大的靈活性，並且在上面提到的《海牙公約》中已經形成了處理雙重或多重國籍的一些基本原則。參見Chan, 1992年。

²¹ Martin Lee認為由於這些人移民是為了在國外居住達最短時限以取得外國國籍，而且他們取得外國國籍之後立即返回了香港，根據《中國國籍法》的立法願意，他們不能被視為“定居”國外，因此，他們在東道國存在著對他們的指責，認為他們定居的興趣是機會主義性質的。許多人的確回來了，但是作出這樣的決定是由於東道國的經濟衰退和有限的經濟機會。

常居住連續7年²²。同樣地，他們將受他們新的國籍國的領事保護。

四、“回流移民”(Returnees)

很清楚，前一個結論（即要求重新定居7年以取得居留權）對於被稱為“回流移民”的人來說是不便的；後一個結論（即取得他們新國籍國的領事保護）對於中華人民共和國來說是會引起麻煩的。更為迫切的想法是怎樣通過給予居留權來方便移居者歸來。臨時工作組建議，如果移居者在1997年7月1日以前歸來，他（她）將被賦予居留權（沒有說明這樣做的任何法律依據）；這種觀點好像已被港澳辦公室接受。然而，籌備委員會對該建議進行了擴展，取消了1997年7月1日這個最後期限（這看來是又一次沒有仔細分析法律規定）。該委員會向人大常委會建議，如果一位移居者或實際上一位擁有外國護照的香港中國居民沒有向香港人民入境事務處聲明他（她）的外國國籍（而且如果他們沒有在出入香港特區或中國的其他地區時使用外國護照），他們將被認為是中國公民而享有居留權²³。但是由此推論是，他們必須放棄其享有外國領事保護的權利——這是中國早已非常渴望去保證的。1996年5月15日，人大常委會採用了一項對《國籍法》的解釋去使該建議生效了²⁴。

該解釋重申，生在中國（包括香港）的中國血統的全體香港居民，只要“滿足《國籍法》規定的擁有中國國籍的要求”，就是中國公民（第1款）。它承認擁有英國海外國籍護照的中國公民為此旅行的權利（第2條），但是不承認那些通過“英國國籍方案”取得聯合王國公民身分的人的英國人地位（第3條）（儘管看起來為了選舉法的目的，這些人擁有定居聯合王國的權力，1997年《立法會條例》第37節第5條）。該解釋規定擁有“外國居留權”的香港中國公民有權使用外國頒發的“旅行

²² 依照殖民地法律，他們歸來後，居留權不受任何損害。

²³ 依照《中國國籍法》第9條的規定，那些定居國外並取得外國國籍的人仍被認為是中國公民這一觀點是不成立的。如果這種解釋是有效的，那麼他們放棄中國國籍的唯一途徑就是依照第10條申請放棄中國國籍〔這種放棄國籍申請基於以下原因“(a)他們是外國人的近親；(b)他們定居國外；或(c)他們有其他合法理由”〕。第10條並沒有規定自動放棄的權利，而且中國不可能接受像申請者想取得外國領事保護的“合法理由”。

²⁴ 《中國國籍法 在香港特別行政區實施的有關問題的解釋》（感謝Johannes Chan翻譯了該《解釋》）。

證件”進入“其他國家和地區”，但不賦予這些人在香港或中國的其他地區享有領事保護的權利（第4條）。在含有省略的解釋中最含省略的規定說，香港特區的中國公民“可以此有效證件向有關機構申報”（香港特區負責國籍事務的機構）“任何國籍地位的變動”（第5條），而且指出香港人民入境辦公室是這樣的機構（第6條）。如果解釋的目的在於澄清法律，該解釋不是完完全全成功的；實際上除了魯平有關中國試圖怎樣處理“回流移民”的問題的詳細解釋之外，很難理解該解釋是有關甚麼問題的解釋。該解釋的措辭並不支持建立其上的規則²⁵。即使該解釋可能為依據血統原則來確定的外國公民謀得居留權，但它不可能剝奪他們的領事保護權。因為按照國際法，領事保護是一個國家的權利，而不是該國家公民的權利，因此領事保護權不可以出賣²⁶。然而，這一點並沒有被廣泛地認識到。在那些為了可以離開香港以避免中國的粗暴對待而取得了外國國籍的人看來，中國的這種提議是一隻有毒的酒杯。被剝奪了領事保護權，他們對於在香港或中國其他地區侵犯其權利的行為，可能只會得到很少的保護。同樣，如果他們希望被認為是中國公民，看起來他們只能依賴香港特區或中華人民共和國的旅行證件離開香港。而且，儘管《基本法》承認離開香港特區的權利，但是該法似乎已作出這個人擁有有效的旅行證件或特別權力的假設。離開香港的權力也受制於法律（第30條）。《基本法》在何種程度上給予永久居民香港特區旅行證件的權利，從而在某種意義上離開香港特區的權力在第10章進行了討論。但是，表面上看相當模糊，這使人們在依照人大常委會的解釋選擇中國公民地位時產生某種猶豫。

總之，應該說明的是，《聯合聲明》有關香港國際大都市的性質以及港人治港的潛力的一些假設已經被削弱了。第一次是《基本法》對《聯

²⁵ 魯平1996年4月12日在香港的一次演講中對籌委會的建議進行了評細的介紹（該演講第二天在地方報紙上全文刊登，參見《南華早報》，1996年，4月13日）。他認為這樣做是對法律條文的“靈活解釋”。其實，不論是《基本法》，還是《中國國籍法》，都是難以合理地這樣解釋的。魯平並沒有涉及任何依照中國國內法或國際法或其他相關國家的國內法而產生的困難和麻煩，這些困難和麻煩在此已被指出。

²⁶ 當該建議一宣佈，外交官們公開警告本國公民放棄領事保護的危險——他們可能應服兵役，並且到海外旅行時可能需要取得出境許可證。他們也對該建議的可行性和可操作性提出疑問（《南華早報》，1996年3月23日第5版）。如果這些評論真正是出自外交官之口，那麼這些外交官是不太熟悉《基本法》的。

合聲明》的偏離；第二次是對《基本法》規定的解釋。至於第一次，保留特定的職位給中國公民將排除在城市生活中一貫起積極作用的外國居民。其中的一些職位又進一步限定給在外國沒有居留權的中國公民，這將排除跟香港保持長期聯繫的許多中國人。有關外國居留權的限制引入是為了回應英國通過1990年的立法賦予一定數量的香港人聯合王國公民的身分以及一些香港中國人取得其他國籍這兩個事實。不像英國，其他國家沒有居留權的概念。按照英國居留權的概念，《基本法》中的居留權必須是指使一個人能自由出入一個國家的權利。從而，它適用於擁有美國“綠卡”以及在加拿大、澳大利亞和新西蘭有永久居住權的人。因此，居留權比國籍意義更為寬廣而且可能適用於很大數目的香港人。人大常委會就有關外國國籍的規定在何種程度上在這方面影響“回流移民”，這一點還不清楚²⁷。

結果是，重要的決策者將是和外國沒有任何重要聯繫、是永久居民的中國公民。至少在中國人看來，他們不享有外國領事保護。一些香港人可能把這個視為提高他們對香港特區和中央政府的依賴程度的方法。這些發展和考慮可能影響香港特區的自治權。

五、中國移民

把香港特區與中國其他地區分隔開的第二個途徑是制定移民和兩者之間來往的規則。香港政府有權對進入香港、在香港逗留和離開香港實行出入境管制（第154條）。然而，這種管制適用於外國人；而且，在何種程度上這種類似的管制可能對中國公民實行並不清楚。《聯合聲明》曾規定對中國其他地區的人進入香港特區“將按現在實行的辦法管理”（附件1，第14部分）。在這種辦法下，在由中國和香港政府確定的每日配額用完之後，中國政府將發放必要的許可證（1996年每日配額是150）。然後，許可證的持有人將被香港人民入境辦公室接納。要求定居香港的大陸人非常多，因此有必要實行某種管制，如下面將討論的立法所說，這是“為了保障和維護香港的經濟繁榮和社會穩定”。我們已經看到，和原來的預期相反，那些按照第24

²⁷ 魯平在其香港的演講中說，那些依照1990年方案取得英國公民身分的人將被認為在英國有居留權，儘管中國不承認這種國籍（這是取得居留權的基礎）。他說如果他們放棄了居留權，他們對於某些職位的不合格條件就被取消。他們放棄在英國居留權的唯一方法就是放棄英國國籍（中國不承認）！很清楚，中國政府知道依照英國的法律，這些人有權進入英國，因此其效忠程度可能被削弱。

條第3款而被賦予香港特區居留權的大陸人也被實行了管制。

1986年國務院批准了用來管制香港和大陸間公民往來的措施²⁸。無論是訪問還是定居，中國公民必須向公安機關申請進入香港的許可證。定居只在以下五種情形下才被允許（第7條）：

1. 夫妻一方定居香港，分居“多年”的；
2. 定居香港的父母年老體弱，必須由內地子女前往照料的；
3. 內地無依無靠的老人和兒童須投靠香港的親屬的；
4. 定居香港的直系親屬的產業無人繼承，必須由申請者定居才能繼承的；
5. 在其他特殊情況下，申請者必須去香港定居的。

決定應當在60天內作出。許可證不准發給以下人員：

在中國進行訴訟的當事人；刑事案件的嫌疑人或被告；正在服刑的；正在被勞動教育的；或被政府認為“出境後將對國家安全造成危害或對國家利益造成重大損失的”（第13條，參見母法第8條）。

按照香港的移民法，希望進入香港的人必須向入境事務辦公室申請。實際上，獲得中國政府頒發的許可證的人將自動地被允許進入香港。因此，實際上香港在何人或何種人可以被允許進入香港的問題上沒有發言權（因此，不能把中國移民和香港的經濟與香港社會政策聯繫起來）。

然而，《基本法》實際上對這種體制的控制有多大，這一點並不清楚。第22條規定，中國其他地區進入香港定居的人數由中央人民政府“主管部門”“徵求香港特區政府的意見後”確定。和以前的體制相比較，這大大地削弱了香港在作出這種決策時的作用。《基本法》還規定，希望進入香港的人“必須申請批准”，但是並沒有說明該向甚麼機構申請。正如我們所見到的，在以往的體制下，這些申請必須向中國和香港政府兩方面作出，儘管實際上香港政府沒有多少酌處權。然而，如果第22條的目的在於維護香港的自治權，那麼，可以假設這樣的申請至少應向香港政府作出。根據如上所述的中國法規，離開大陸到香港的申請必須提交中國主管部門。可以假設，如果一項申請提交香港的人民入

²⁸ 《中國公民因私事往來香港地區或者澳門地區的暫行管理辦法》，該辦法基於1985年制定的《中華人民共和國公民出境入境管理法》。該管理法授權國務院有關部門制定管理大陸和香港、澳門之間往來的規定。

境辦公室，該機構就擁有否決該申請的酌處權。剩下來的問題是，這種解釋或“以前辦法”在多大程度上被實際運用。看起來在發給出境許可證以前，大陸政府已把有關申請提交給了香港人民入境事務機構。

六、香港的“愛國者”在中國

最後必須提一下有關香港中國人在大陸的許多方面的特別規定。在許多規定中，香港的愛國者被當作有別於本地中國公民和海外中國人的特殊類別加以對待。依照上面提到的國務院法規，他們在取得稱作“回鄉證”的特別護照後可以自由地進入中國大陸。然而，如果他們想在大陸定居，他們就必須向其擬定居地方的公安機關提出申請。更為重要的是，在給予外國投資者的特殊權利方面，他們被當作外國人對待。民事訴訟另有規則，而且在很多方面，中國法院把有關香港人的案件視作涉外案件處理。這些規則是基於以下現實情況：依照中國法律，香港中國人是中國公民，他們曾定居在由英國統治的香港。隨著政權的交接，這些特別的規定可能重新被審核，儘管中國政府已經表明香港投資者的特權地位不受影響（有關政權交接以前香港愛國者的差別待遇的詳細的考察在很多方面是技術性的，可參見Finder，1996年）。

參考書目：

- 1- Chan, Johannes, 1992年, “國籍”, Wacks編輯, 《基本法和香港的未來》, 香港, 牛津大學出版社。
- 2- Chen, Albert, 1988年, 《移民法律和政策的發展: 香港的經驗》, Mc Gill LJ, 第33卷, 第631頁。
- 3- Clarke, William, 《1997年後加拿大和其他外籍公民在香港的法律地位》, McInnis等編輯, 《國籍、護照和1997年法律論壇》, 香港, 香港大學法律系出版。
- 4- Edward Epstein, 《中國關於國籍的法律和政策: 對香港中國居民的意義》, McInnis等編輯, 《國籍、護照和1997年法律論壇》, 香港, 香港大學法律系出版。
- 5- Finder, Susan, 1996年, 《中國法律下香港愛國者的地位》, HKLJ, 第16卷, 第234頁。
- 6- Lee, Martin, 《有關中國國籍問題》, McInnis等編輯, 《國籍、護照和1997年法律論壇》, 香港, 香港大學法律系出版。
- 7- White, RM, 1988年, 《定居香港的有關國籍問題》, Case Western Reserve J of International L, 第20卷, 第225頁。

第四次會議 —— 第一部分
澳門特別行政區前景展望

主持

Francisco Gonçalves Pereira

回歸委員會律師

馬雅文

澳門大學法學院教師，澳門立法會顧問

