

第 23 條立法是香港的憲法性義務

城大法律學院顧敏康

2002 年 9 月 24 日，香港政府發表了《實施基本法第 23 條諮詢檔》，就政府的建議廣泛徵詢公眾的意見。三個月來公眾對第 23 條的爭論，充分體現了香港是一個民主和自由的社會。2003 年 1 月 28 日，政府公佈了《意見書匯編》，提出了 9 項修改內容。2003 年 2 月 12 日，政府在立法會上介紹了落實《基本法》第 23 條而擬定的《國家安全（立法條文）條例草案》（《草案》），標誌著對第 23 條的立法進入正式程式。目前，立法會已經通過二讀，並且將與 5 月 3 日聽取公眾意見。筆者想乘此機會發表自己的一些看法。

第 23 條立法有利於“一國兩制”的實踐

《基本法》第 23 條明確規定：“香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為，禁止外國的政治性組織或團體在香港特別行政區進行政治活動，禁止香港特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織和團體建立聯繫。”對這一條規定，筆者想闡述三個觀點：

第一，立法權乃一國之主權，關於一國之安危的立法本當由國家的立法機關行使。現在，本著“一國兩制”的原則，將如此重要的立法權授予香港立法機關根據香港本地的獨特情況進行立法。這充分體現了中央政府對香港人民的信任和維護“一國兩制”的決心。香港的立法機關應該把握好其手中的權力，為完善第 23 條的立法把好關。

第二，立法本身有兩重目的，既為針對現行的罪行，也為防範未來的罪行。立法而不用，不等於不用立法；不立法則不符合法治精神。法治社會講究政府和民眾的一切行為應該有法律的依據或授權。倘若無法可依，就會出現一個混亂的社會，就會出現任意侵權而無法律保障。香港貴為“法治”社會，但並非高度“法治”社會。香港絕對未到可以不需要立法、實現“無為而治”的地步。香港立法方面還存在不少空白和缺憾。比如，香港回歸後，後殖民時代的心態和行為依然可見；以華人為主的社會中居然存在不少華人被歧視的案例。但是，香港社會至今卻沒有一部種族歧視法，使得受歧視者難以伸長正義。綜觀世界上大多數法治國家，都有危害國家安全罪的規定；香港對第 23 條進行立法也充分體現香港特別行政區在“一國”層面上所盡的必要義務（港大法學院的陳弘毅教授稱之為憲法性義務。見《文

匯報》2003年4月21日《論壇版》)。

國家安全立法是必要的，只有這樣才能貫徹實現“法無明文規定則無罪”和“法律面前人人平等”等原則。香港作為中華人民共和國的一部分，履行保衛國家安全的義務，根據《基本法》第23條規定並參照國際人權法和先進國家的經驗進行立法，這既有“憲法”根據，又沒有簡單照搬內地刑法，是對“一國兩制”的理論和實踐的升華，應該被視為是中國法和普通法互動與磨合的一大範例。國家安全立法實現了“有法可依”，從法律上對危害國家安全的罪行作了明確的規定，這既可以對危害國家安全的犯罪行為依法懲處，又可以保障無辜的人不受任意處罰。

第三，香港對第23條進行立法對促進內地的進一步法治建設具有十分重要的意義。雖然香港的第23條中的罪名與內地刑法中的罪名基本相同，但在界定方面絕非是相同的。通過比較內地刑法的相關條文和《實施基本法第23條諮詢文件》、《意見書匯編》和所頒佈的《草案》，我們可以看到香港政府在界定這些罪名時已經有考慮到香港政治制度和普通法制度的特點，以及司法複核制度等特點，從而作出了不同的規定。應該肯定，香港的第23條的立法經驗，反過來可以推動內地在認定“危害國家安全罪”時更具合理性。看不到這一點是十分可惜的。

公眾仍應為完善第23條立法提供理性的建議

雖然非典型肺炎在香港肆虐，人們高度關注對疫情的預防和治理工作。但是，筆者仍然呼籲廣大民眾對第23條立法給予足夠的關注，並對第23條立法的技術問題獻計獻策。事實上，政府已經在《意見書匯編》和《草案》中澄清了不少公眾的疑慮，表明了政府是有誠意接受公眾建議的。比如，明確規定叛國罪中的“戰爭”為實際戰爭或武裝衝突，一般示威、衝突、暴亂等不列為戰爭；撤銷隱匿叛國罪；撤銷管有煽動刊物罪；“未經授權取得”受保護資料僅限制於通過黑客、盜竊、賄賂等指定犯罪手段取得的資料；明確訂明須在中央根據國家安全理由“明令取締”內地組織後，而某在港組織是從屬該內地組織，有關的禁止條件，才會適用。即便如此，所有禁止的決定，也必須符合國際人權公約標準等。儘管如此，筆者仍想對以下幾方面的問題提出看法。

第一，對《草案》有關條文的看法

雖然政府已經作出有關修改，但有些條文依然有改進之處。比如，如何進一步界定有關罪名和處罰幅度，如何處理國家機密與公眾知情權的關係（有的團體為此提出要加入“公眾利益”作為抗辯理由）等等，這都有待於立法機關根據法治發達國家的經驗進一步吸納完善，以體現香港政府完整地維護現代民主和法治社會的價值觀。

(1) 叛國罪

雖然《基本法》第 23 條對有關行為未通過明確的定義，使得特區立法機關可以根據香港普通法的特點作具體的規定，但是，香港的立法機關在作具體規定時必須要考慮到有關概念的相應性。

比如，內地刑法規定，叛國罪是指勾結外國或者境外機構、組織、個人，危害國家主權、領土完整和安全的行為。相比之下，內地的叛國罪是比較狹義的，因為其他相關的罪行是歸在其他罪名中的。比如，內地的刑法中有投敵罪、資敵罪、叛變罪、武裝暴亂罪等等。根據內地犯罪構成的原理，叛國罪所侵犯的客體是國家的主權和領土完整和安全。國家主權是指國家自主處理本國的事務、管理本國的權力，包括立法權、行政權、司法權、外交權等。而領土的完整和安全是國家主權的重要保障。在叛國罪的客觀方面，行為人要有實施勾結外國行為和危害國家主權、領土完整和安全的行為。如，勾結外國對中國發動戰爭，侵佔中國領土等。叛國罪的主體只能是中國人，而且，由於這種犯罪所涉及行為的特殊性（要有資本和能力去勾結），叛國罪的主體一般是有較高職位、掌握實權或在社會上有一定政治影響的人。叛國罪的主觀方面必須是故意的。過失不可能構成該罪。

香港在制定叛國罪時，考慮到原先刑法的普通法傳統，對叛國罪作出與美國憲法規定相似的寬泛界定（美國憲法第三條第三款規定了構成叛國罪的三個構成要件：（1）對美國發動戰爭；（2）投向美國的敵人；（3）向美國的敵人給予協助及方便。）。根據香港《草案》的規定，叛國罪是指任何中國公民懷有“推翻中央人民政府、恐嚇中央人民政府或脅逼中央人民政府改變其政策和措施”的意圖而加入與中華人民共和國交戰的外來武裝部隊，或鼓動外來武裝部隊以武力入侵中華人民共和國；或懷有損害中華人民共和國在戰爭中的形勢的意圖，協助在該場戰爭中與中華人民共和國交戰的公敵的行為。

相比之下，香港的叛國罪與內地的叛國罪存在明顯的不同。內地叛國罪的範疇較狹窄，而且行為者多為竊據黨政軍大權或者具有較高社會地位的人。雖然一般中國人也不排斥在外，但其畢竟能耐有限，構成這方面的犯罪機會不大。即使在實踐中，這方面的案例也很少見。香港的刑法不可能照搬內地的刑法，也不可能對《基本法》第23條中沒有規定的如投敵罪、資敵罪、叛變罪等進行立法。但是，為了能正確表述叛國罪，香港對叛國罪作了比較寬泛的界定。筆者以為，從“一國兩制”的角度看，香港的這種規定無可厚非，但概念的對應性似乎不夠。

（2）顛覆罪

根據《草案》，顛覆罪是指，任何人藉使用嚴重危害中華人民共和國的穩定的武力或嚴重犯罪手段，或藉進行戰爭，意圖廢止《中華人民共和國憲法》所確立的中華人民共和國根本制度、推翻中央人民政府、或恐嚇中央人民政府的行為。《草案》

還界定了什麼是嚴重犯罪手段，即危害任何人(作出該作為的人除外)的生命；導致任何人(作出該作為的人除外)受嚴重損傷；嚴重危害公眾人士或某部分公眾人士的健康或安全；導致對財產的嚴重破壞；或嚴重幹擾電子系統或基要服務、設施或系統(不論屬於公眾或私人)或中斷其運作。

有人認為，禁止“顛覆中央人民政府”，將“顛覆罪”指向政府是不合理的。並認為政府是可以更迭和改變的，即使政府垮臺了，並非國家的滅亡。為此，有人還舉例說，美國的共和黨政府上臺，也可以說是民主黨政府被“顛覆”了。這是在選舉中政黨競爭獲勝的結果，完全合憲合法。既然是人民授權產生了政府，人民也有權重新建立政府。因此，以“顛覆罪”維護現有政府的神聖不可侵犯，是扼殺人民的倒閣權。

筆者認為這種觀點似乎混淆了選舉行爲與顛覆行爲。因為選舉和顛覆完全是兩碼事。如果說選舉是在法定時間內按法定程式進行的，人民當然有權選擇自己信賴的人組成政府；而顛覆卻是運用選舉以外的其他非法手段推翻已經合法成立的政府，是嚴重的犯罪行爲。而且顛覆行爲一般都針對的是政權，而非抽象意義上的國家。所以《草案》中顛覆罪的規定並無不妥。

這裏的關鍵是如何劃定一條底線：即如何處理市民對政府的激烈批評和顛覆的問題。比如“恐嚇中央人民政府”，如何“恐嚇”才構成顛覆罪的客觀要件，卻需要作進一步的研究。筆者以為，恐嚇的概念應該是“將要進行時”，所以規定用武力或危害任何人(作出該作為的人除外)的生命；導致任何人(作出該作為的人除外)受嚴重損傷；嚴重危害公眾人士或某部分公眾人士的健康或安全；導致對財產的嚴重破壞；或嚴重幹擾電子系統或基要服務、設施或系統(不論屬於公眾或私人)或中斷其運作，需要作特別的界定，因為這些“恐嚇”行爲都可能已經構成其他犯罪，也似乎已經超出了“恐嚇”的範疇。希望立法會在討論時作進一步考慮。

第三，對缺席聆訊的看法

有人將“缺席聆訊”稱之為“秘密審訊”並反對之。其實，只要去好好讀一下《條例草案》，就會發現對“缺席聆訊”的指控有些誇大（關於這一點，法律專員區義國先生已經作了詳細的分析，見《文匯報》2003年2月25日《論壇版》）。“缺席聆訊”其實是香港政府在決定禁止本地某一組織而被上訴時所建議採用的一種特別程序；是試圖在平衡人權和保護機密資料來源方面尋求一個折中點。倘若討論的焦點僅在如何完善該特別程序，或建議其他可行程序，則無疑對促進草案的完善貢獻良多。特別程序並不適用第23條下的所有罪名，如果涉及刑事檢控，則該特別程序不能適用（或者在涉及國家機密只能是不公開審理）。尤其要說明的是，該特別

程序是在法官控制下進行的。我們應該對香港的法官有足夠的信心，相信他們能夠獨立和公正地履行他們的職責，維護香港的法治。將這種特別程序誇大並指責，可能也涉及對香港法官的不信任。

第四，開闊視野，廣收良計

筆者卻同意這樣一種觀點，即香港政府既已擺脫英國的殖民統治而成為中國的一分子，應該在“一國兩制”的原則下走獨立發展普通法之路。所以，在保護人權和自由方面不能“唯英國是從”，重英國的經驗，而輕其他發達國家的法治經驗。英國作為歐盟的成員國之一，其本身的法制也將進一步與大陸法國家的法制融合。如果學習一下澳大利亞法律改革的經驗，就應該看到香港未來普通法的發展方向並非以英國為首。所以，香港政府在對第 23 條的立法過程中應該多學習和研究其他國家的法制經驗，從而在維護國家安全和保護人權、言論自由之間找到最合理點。