

**香港大律師公會就
《2003年國家安全(立法條文)條例草案》之意見書**

摘要

1. 香港大律師公會認為《2003年國家安全(立法條文)條例草案》(「條例草案」)包涵了多項具有巨大公眾及憲法重要性的事宜，而且當中亦有某些根本錯誤。兩者均值得在條例草案正式立法前仔細詳察。

條例草案超出《基本法》第二十三條要求

2. 大律師公會認為條例草案中某些條文，包括對《官方機密條例》及《社團條例》的建議修訂，都不是《基本法》第二十三條的要求。至於針對《刑事罪行條例》而提出的修訂，亦只有某些(而非全部)屬於第二十三條的要求。此外，有關叛國罪的法例應予以現代化，而對於煽動叛亂罪的法例亦應作出修改。不過，大律師公會認為，可在不制訂新增罪行的前提下，制止顛覆及煽動叛亂的行為。

叛國

3. 在建議的叛國罪方面，大律師公會提出以下數點：—
 - 建議的叛國罪需證明特定意圖。例如在建議的《刑事罪行條例》第 2(1)(c) 條中，有關罪行應只適用於當一個人有特定的行為和意圖去影響中華人民共和國在戰爭中的形勢。
 - 政府應闡明懷有進行那種行為的「意圖」才足以構成懷有「恐嚇」中央政府的意圖。
 - 建議的《刑事罪行條例》第 2(1)(a) 條中「加入與中華人民共和國交戰的外來武裝部隊」或「作為其中一份子」的元素，可能對那些在戰事爆發前已加入了外國武裝部隊(這做法在譬如法國是容許的)，但卻沒有參加任何與中華人民共和國敵對的活動的擁有中國籍的香港永久性居民構成問題。

- 因為叛國罪乃政治罪行，政府應為建議的叛國罪行設下檢控的時效期限。檢控時限不應依從政府的建議而遭廢除。

顛覆

4. 在建議的顛覆罪行方面，大律師公會提出以下數點：—

- 政府需清楚訂明其建議的顛覆罪是否需要證明意圖，故此控方不但必須證明發生了建議的《刑事罪行條例》第 2A(1)(a)-(c)條其中一項後果，還必須證明該後果是有意圖造成的。
- 在「使用武力...」中「武力」一詞，有不清之處，故應被界定或刪除。
- 政府應清楚解釋哪些行為會構成在「廢止在《中華人民共和國憲法》所確立的中華人民共和國的根本制度」及解釋當在顛覆罪行中沿用「廢止中華人民共和國的根本制度」這概念作為罪行其中一個元素的時候，怎樣與建議的第 9D(3)(b)條將「指出中華人民共和國...的憲制...中的錯誤或缺失」這訂明行為豁除，不視它為煽動叛亂的做法相容。
- 政府亦應闡明在何等情況下，中央人民政府會合理地感到受「恐嚇」。

煽動叛亂

5. 在建議的煽動叛亂罪行方面，大律師公會提出以下數點：—

- 建議的以煽惑他人的方式煽動叛亂的罪行，偏離了以普通法為依據的舊有罪行。舊有罪行是將某些帶有挑釁性的政治性言論刑事化。建議罪行在將一種意圖，亦僅僅是一種意圖入罪，而該種意圖不一定要曾向公眾宣示。
- 大律師公會不能理解擬訂《刑事罪行條例》第 9A(1)(b)條背後的法律政策。在該條文下，任何人（而他不一定是中國公民或香港永久性居民）煽惑他人進行會嚴重危害中華人民共和國的穩定的公眾暴亂，即屬犯罪。公會更發覺建議並不止於此。它對一些進行後未知在香港會否有迴響的煽動行為宣告擁有域外司法管轄權。該宣告似乎是針對該等煽動行為對中華人民共和國的潛在威脅。中國大陸未必會在類似的情況下宣告她擁有司法管轄權。既然建議罪行並不需在有嚴重危害中華人民共和國

的穩定的公眾暴亂發生後才可檢控，那麼法院怎去決定那些已作出的行為是否意欲用作煽惑而事實上是會嚴重危害中華人民共和國的穩定的公眾暴亂（不論在中華人民共和國境內或境外）呢？

- 建議將處理煽動性刊物列為罪行似乎是多餘的，因為這罪行本質上是以印刷品煽動他人叛亂。公會相信，如沿用現有草擬的字眼進行檢控，會有困難。法律並不普遍地承認物件會對人的行為有決定性的影響。如有人為了說服或鼓勵讀者去犯罪而寫了一份小冊子，則有關機關應檢控作者犯了煽惑他人去觸犯個別罪行。
- 大律師公會不明白為何要建議刪除檢控煽動叛亂罪行的時效期限。具煽動性的演詞、言論或類似的文章對公眾安寧或對中華人民共和國的穩定造成實質的危害與否，很大程度取決於當時的環境及情況。如該言論被認為具煽動性，便應積極地盡快向有關人士提出檢控，不應任由檢控停滯不前。

分裂國家

6. 在建議的分裂國家罪行方面，大律師公會提出以下數點：—

- 由於構成分裂國家罪行的元素，與構成顛覆及叛國罪行的意義相若，大律師公會重申其就上述兩項罪行所提出的意見。
- 公會認為判斷建議罪行是否合理，考慮的主要因素並不在於主體罪行的字眼，而是有什麼實際情況是可能成為控告企圖觸犯建議罪行或其他初步罪行的事實基礎。
- 政府並無回應大律師公會就政府建議給予所建議在《刑事罪行條例》下的罪行域外效力一事而作出的提問。

執行條款

不用手令的搜查

7. 《刑事罪行條例》第 18B 條建議在搜查有關叛國、顛覆、煽動叛亂、分裂國家及處理煽動性刊物罪行的證據時，賦予警方「不用手令搜查」的權力。

公會認為政府應為要取得此權力提供一個具說服力的理由。儘管大律師公會覺得或許有理由就叛國、顛覆、分裂國家等罪行的搜查賦予該權力，但卻不覺得就煽動叛亂及處理煽動性刊物立法賦權有理。政府應收緊第 18B 條，以確保有關機關只限在必要及非常特別的情況下，才運用「不用手令搜查」的權力。對此，大律師公會亦提出一些附加的保障措施。

同意檢控

8. 大律師公會認為在檢控《刑事罪行條例》第一及第二部分的罪行前，須得到律政司司長本人的同意，而此權力不可下放。

陪審團審訊

9. 大律師公會支持《刑事罪行條例》的新增罪行由陪審團審訊，及當被告人被控不以終身監禁為最高刑罰的相關罪行時，可選擇由陪審團審訊的建議。

《官方機密條例》的修訂

10. 政府建議對《官方機密條例》的修訂，並非《基本法》第二十三條要求做的事情，亦非法律政策下必須的修訂。在這方面，大律師公會提出以下數點：—
 - 政府未有提供關於中央管理的香港事務的資料應予保護的理據。1997 年前的情況是完全不同，且與現在的討論無關。
 - 政府必須在條例草案中精確地界定建議的新受保護資料類別所覆蓋的範疇，以免混淆。
 - 大律師公會注意到一些經濟及商業資料會被新受保護資料的類別覆蓋。它也包含具政治意義及具憲法重要性的資訊。
 - 大律師公會認為建議的使用以非法手段取得的受保護資料罪行絕無需要。公眾利益已可依據現有法律得以維持。非法取得有關資料的罪犯會遭到檢控。如有需要，政府可尋求禁制令收回資料及當資料已被公開時制止資料進一步散播。政府擁有的資料並非私有財產，故此第三者「處理」這些資料不應成為刑事罪行。政府建議的罪行會阻礙關於政府的資料的自由流通。事實上，這條文有可能被濫用，使之成為政府堵塞「洩

秘」或強制新聞記者披露資料來源的手段。

- 大律師公會質疑針對《官方機密條例》第 18(2)條的建議修訂，是否屬於「技術性」的修訂。政府建議擴闊披露非法資料罪行的範疇，使其覆蓋由前公務員及前政府承辦商所披露的資料。英國亦沒有就《1989 年官方機密法》的相應條文作出修訂。大律師公會認為政府要保護公眾利益，亦不一定要對從前公務員及前政府承辦商處獲得有關資料的出版商提出檢控。現行法例已給予政府充足的民事方式禁止該等資料的散播。

對《社團條例》的修訂 – 取締本地組織

11. 《基本法》第二十三條並沒要求條例草案建議對《社團條例》所作出的修改。公會並提出以下數點：

- 建議的《社團條例》第 8A(2)(c)條，把在中國內地作出的行動作為在港採取行動的先決條件將會削弱基本法中「一國兩制」的精神，亦有可能抵觸《基本法》第四條。該條文要求香港特別行政區依據《基本法》保障香港特別行政區居民的權利和自由。保安局局長應對有關國家安全的相關事實作出獨立判斷。將取締行動與發生在中國內地的事件聯繫一起是缺乏理據的。
- 大律師公會注意到條例草案中的《社團條例》第 8A(5)條的「本地組織」定義廣泛，包括在現行《社團條例》下不受監控的有限公司，非法團信託人及儲蓄互助社。
- 大律師公會認為條例草案的《社團條例》第 8A(3)條，以證書作為內地組織已遭禁止運作的確證的規定應只對行政決定適用。在上訴時保安局局長須就該事件以慣常的方式舉證，而不應只依據證書。
- 政府應明確肯定就某本地組織被取締而向原訟法庭作出的上訴屬《高等法院條例》第 13(1)(a)條所認定的民事訴訟或事宜，因此還可向上訴法庭及終審法院再提出上訴。
- 紿予上訴至原訟法庭的權利牽動《基本法》第三十五條，該條文保障在法庭提起訴訟的權利，包括選擇律師及時保障自己的合法權益或在法庭上為其代理的權利。如根據條例草案《社團條例》第 8E 條所訂立的規則規定容許將上訴人及其代表律師排除出上訴聆訊之外，而同時委任另

一法律代表替代他們去保障上訴人的權益，則大律師公會認為這種規則是違反《基本法》第三十五條及不符合憲法的。由於加拿大及聯合王國並沒有相等於香港《基本法》第三十五條的憲法保證，在該些司法管轄區的情況對香港的某條法律是否合憲沒有肯定的指導作用。香港特別行政區政府應設計法庭程序，使受影響人士及其律師能參閱所有支持取締組織的行政決定的資料。給予《基本法》第三十五條其應有效力將不會影響普通法中公眾利益豁免權及聆訊以閉門形式進行的規條。

- 限制在法庭提起訟訴權利的規則應在條例中明確列明。有關規則不應由終審法院首席法官制訂。該等規則差不多肯定日後會受憲法挑戰。

「Pannick」條款

12. 所謂的「Pannick」條款(其試圖訂立條文規定就以上三條條例的修訂受《基本法》第三十九條管制)是不必要的。《基本法》第二十三條清楚列明所需訂立的法例是香港特別行政區的法例，所以修訂需符合《基本法》所有條文，而不單是第三十九條。如政府認為此條文是好像是有必要的，則條文應以「免生疑問」條款形式構成。

二零零三年四月十一日

香港大律師公會

**香港大律師公會對
《國家安全(立法條文)條例草案》的意見書**

引言

- 1) 香港大律師公會對為了履行《基本法》第二十三條憲法責任的法例形式及內容表示關注。
- 2) 大律師公會首先在二零零二年七月發表了《香港大律師公會就對根據《基本法》第二十三條立法的意見書》，繼而在去年十二月發表《對實施《基本法》第二十三條建議諮詢文件的回應》（“回應”）。
- 3) 大律師公會在兩份文件的立場可以下列文句說明：政府為履行第二十三條憲法責任的立法建議超乎有關要求，某些建議更可說是不合憲法。
- 4) 大律師公會認為立法建議超乎有關要求，因為政府應採取最低限度立法的方針，以冀有關條文與人權約法及在二十一世紀草擬國家安全法律時應採用的普通原則，特別是《約翰內斯堡原則》。
- 5) 某些建議可以說是不合憲法，是因為建議似乎有違《基本法》內有關立法會可制定何種法例及其內容的其他條文。
- 6) 大律師公會在上述兩份文件的意見是初步及有若干局限的，因為兩份文件是針對政府的建議，而非立法文本，如白紙草案。大律師公會對政府不發表白紙草案表示遺憾。
- 7) 《國家安全(立法條文)條例草案》（“條例草案”）在二零零三年二月發表。這是政府對第二十三條立法的定稿，條例草案會提交立法會辯論，通過後便成為法律。
- 8) 對於諮詢文件中一些沒有充分理據而侵犯現有權利及自由的建議，大律師公會提出了很多批評。政府好像接納了大律師公會不少批評，放棄了部分建議，大律師公會對此表示欣慰。
- 9) 雖然如此，大律師公會認為條例草案仍有缺陷，應在制定成為法例前再作修改。

方法

- 10) 大律師公會的評論共分三個範疇：憲法、法律政策及法例草擬，內容載於下文。
- 11) 有關憲法的意見，是大律師公會認為條例草案有部分建議不屬第二十三條所要求或不符合《基本法》其他條文。
- 12) 法律政策的意見是關於條例草案內為推行政府政策所採取的方法。政府有多種立法選擇推行政策，而且只受《基本法》的限制。大律師公會建議政府根據第二十三條立法時，應採用一些減少對權利損害的做法。
- 13) 有關法例草擬的批評，是大律師公會認為條例草案內有些文句出現問題，會對詮釋法例構成困難。
- 14) 大律師公會的意見按條例草案分為五部分。除第一部及第五部外，不會列出個別條文。因為條例草案是修訂條例草案，即是對現有條例作出修訂或增補。有關意見會列出如條例草案獲通過而受影響法例的章節。意見書內的意見不應視作大律師公會對條例草案的所有意見或已包括所有可能發生的問題。

第一部：初步問題

- 15) 條例草案的第一條是：「本條例可引稱為《國家安全(立法條文)條例》。」
- 16) 條例草案的詳題是：
「依據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十三條所委予的責任，修訂《刑事罪行條例》、《官方機密條例》及《社團條例》，以及為相關、附帶及相應修訂定條文。」
- 17) 大律師公會認為條例的詳題有誤導成分，因為條例草案中只有部分條文是《基本法》第二十三條所要求訂立的。
- 18) 《官方機密條例》的修訂條文擴闊了現有對於刊行政府機密的限制。《基本法》第二十三條沒有要求擴大這些限制。政府已承認這一點（請參看《諮詢文件》第 6.14 段）。
- 19) 立法局在 1997 年中華人民共和國恢復對香港行使主權前不久確曾討論《官方機密條例》是否足以履行《基本法》第二十三條的憲法責任。當時的保安司在立法局指出，在與中英聯合聯絡小組中方詳細討論後，中方已接受當時仍是條例草案的《官方機密條例》。他提述第二十三條時說：

“這是非常重要的，因為其中包括了《基本法》第二十三條的部份，（“特區”）須制訂本身的法律，以禁止竊取國家機密。目前的條例草案只需極少的修訂即可由特區實行，所以可保持條例草案的延續性。”

(香港立法局議事錄，1997年6月4日，第86頁)

- 20) 關於「極少的修訂」的引述，清楚顯示保安司認為修訂是因中華人民共和國在1997年向香港恢復行使主權而有所需。該等修訂包括刪除「英皇」及「聯合王國」等字詞而以根據《基本法》設立的相關機構及中華人民共和國取代。「極少的修訂」並不指擴闊條例的範圍。
- 21) 《社團條例》的修訂條文提供新的機制取締對國家安全有威脅的本地組織，以及就有關罪行訂立條文。這些是新增的措施，因為現行的《社團條例》已有取締機制。不過，觸犯有關被取締組織的成員資格的罪行，其先決條件有所不同，乃是基於某項在中國內地進行取締的行為。新增的刑事罪行不是《基本法》第二十三條所要求訂立。第二十三條是針對外國政治性團體及與其建立聯繫的作為。
- 22) 大律師公會認為第二十三條只要求對《刑事罪行條例》的修訂。不過，有關叛國罪的條文因為訂立年份太久而確須廢除，而煽動叛亂罪亦須作出修改，但有關顛覆罪及分裂國家罪的條文是否有必要就具爭議性。大律師公會認為現時有關國家安全及公共秩序的刑事罪行已可涵蓋新增設的罪行覆蓋的行為，所以對現行法例稍作修改或已足夠。
- 23) 因此，大律師公會認為條例草案的詳題及簡稱均有誤導成分。條例草案的詳題及簡稱令人以為條例草案中的所有措施，除了執行條文、廢除及相應修改以外，都是為了履行第二十三條的憲法責任而訂立有關「國家安全」的新法例，但實際上第二十三條沒有這些字詞。顯而易見，大部分的修訂並不是第二十三條所要求的。
- 24) 大律師公會因此覺得可對條例草案的草擬作如下的批評。如果政府承認不是所有修訂都是為履行第二十三條的憲法責任而作出，就應該將“詳題”修改，指出哪些才是為履行該責任而須作出的修改。
- 25) 政府向外界傳遞的任何訊息，準確性是十分重要的，特別是立法文件，這並不是吹毛求疵，因為條例的詳題有時可用以協助詮釋該條條例。（請參閱 Bennion Statutory Interpretation (第四版)，第245節，第620-623頁）。

第二部：對《刑事罪行條例》的修訂

域外效力

- 26) 很多新增的罪行也有域外效力。《刑事罪行條例》第 2 條訂立了叛國罪行，但罪行只適用於中國公民，該條第(3)節清楚訂明任何香港永久性居民在香港境外觸犯有關罪行，即屬犯法。條文在香港觸犯的隱含意思是，無論是永久性居民與否，只要是中國公民，都可在香港觸犯有關罪行，而香港宣告對擁有香港永久居留權的中國公民在香港以外作出，足以構成罪行的行為有域外的司法管轄權。
- 27) 大律師公會在的前所提交的回應中，邀請政府找出《基本法》有哪些條文授予特區政府權力訂立有域外效力的法例。大律師公會指出，如果特區確實有權，有關權力也是有限。因香港只屬於主權國的一部分，所以並不能訂立與內地法律相矛盾而有域外效力的法例。
- 28) 政府不但沒有指出就域外效力立法的權力來源，也沒有說明建議法例就域外效力而言是否超越內地相關的法律。如果香港就維護整個中華人民共和國安全的立法範圍上，擁有較內地更大的司法管轄權，便顯得不合理。如果香港擁有關於國家安全的罪行的司法管轄權而國內沒有，那就是違憲。大律師公會在回應中已就這點提出意見。
- 29) 大律師公會覺得政府應清楚地訂明條例草案中有關域外效力的條文是否適用於國內，或因憲制關係只有內地相關法律才適用。例如：如有屬香港永久性居民的中國公民觸犯《刑事罪行條例》第 2 條的叛逆性質罪行時，是否須受內地及特區法例的懲處。
- 30) 以上所提出的是重要的憲法問題，可能會影響與內地簽訂的歸還逃犯協議。這些問題必須在法例通過前解決。

新訂的叛國罪行

- 31) 建議新訂的叛國罪行(《刑事罪行條例》第 2 條)只適用於在香港的中國公民，或在香港境外而屬香港永久性居民的中國公民。中國國籍根據《中國國籍法》確定。
- 32) 關於罪行的時限(罪行發生後三年內)的條文將會廢除(請參閱條例草案第 5 部—「其他修訂」)。
- 33) 根據第 2 (1)(a)條的規定，懷有下述意圖而加入與中華人民共和國交戰的外來武裝部隊或作為其中一分子，即屬叛國：(i) 推翻中央人民政府；(ii) 恐嚇中央人民政府；或 (iii)脅逼中央人民政府改變其政策或措施。

- 34) 大律師公會認為政府應多舉例子，說明某人懷有進行哪種行為意圖，才足以構成懷有「恐嚇」中央人民政府的意圖。
- 35) 大律師公會認為政府應清楚訂明叛國罪須證明特定意圖。這是為了澄清一點，就是如果有人在中華人民共和國與敵國交戰中，向敵軍施予人道援助以幫助敵軍，雖未必懷有損害中華人民共和國在戰爭中的形勢的意圖，但結果可能是這樣，那麼他是否已觸犯有關法例？(請參閱第 2 (1)(c) 條。)該條文應訂明，當有人作出特定的行為，懷有意圖協助敵軍及懷有損害中華人民共和國在戰爭中的形勢時，才算觸犯有關罪行。向敵軍施予人道援助不應構成罪行。
- 36) 在建議新訂的第 2(1)(a)條中，「加入」與中華人民共和國交戰的外來武裝部隊或「作為其中一分子」的規定似乎會有問題。一些如美國及法國的國家均接納非公民加入他們的軍隊。有人可能自願加入敵國軍隊與自己的國家交戰，目的是推翻自己國家的政府；也有人可能在自己國家與敵國交戰前，表明自己國籍後加入了敵國軍隊，但前者與後者的情況實不能混為一談。即使該人因為本身國籍所引致的安全理由而沒有真正武裝自己對抗自己的國家，但他仍會被視為外來武裝部隊的一分子，而該武裝部隊的集體意圖就是要履行對該國的責任直至解甲，其中包括作出那些指明行為。
- 37) 這問題更因為廢除時效限制而惡化。如有中國公民加入了他所移居的國家的軍隊，而該國其後與中華人民共和國交戰，則他便處於尷尬的境況，因為他是意外地捲入此戰事，而他是無意攻打自己國家的。如果戰事在 6 個月後結束，過了 10 至 20 年後，當這個國家和中華人民共和國的外交關係已經修好，而這位中國公民在這個時候返港，他便有可能遭受檢控。
- 38) 這個例子清楚說明有關這類嚴重罪行的起訴時限，與公共政策並非不能相容。叛國是一項政治罪行。如果叛國行動失敗，犯罪者會預計在犯案後很快受到懲處。如果「叛國者」沒有受到檢控，而過了相當時日後，當他返港時，對中華人民共和國已絕對沒有威脅，但他還有可能遭到檢控，這便引起非常尷尬的局面？大律師公會不排除政府日後利用這方法作為政治工具，對某些人提出檢控的可能性。
- 39) 大律師公會在回應中重申，要求政府要解釋何以取消沿於英國的《1695 年叛國法令》(第 5 條)的時效限制。這項時效限制在英國仍然有效。政府光說叛國是一項嚴重罪行是不足夠的。叛國一直以來都是嚴重罪行，刑罰是死刑和充公財產。根據條例草案，叛國仍是一項嚴重罪行。政府必須解釋是什麼情況有變及為何有變，以致沿用已久、有關時效限制的保護條文已不再適用。

- 40) 新的罪行只會在戰爭狀態存在時給觸犯，而當武裝部隊之間發生公開武裝衝突；或已作出公開宣戰，戰爭狀態即告存在。(請參閱建議新訂的第 2(4)(c)條。)大律師公會認為對這些新罪行的範圍作出限制是合理的。

新訂的顛覆罪行

- 41) 建議新訂的第 2A(1)條對新的顛覆罪行作出了界定。凡(i) 廢止《中華人民共和憲法》所確立的中華人民共和國根本制度；(ii) 推翻中央人民政府；或(iii) 恐嚇中央人民政府，即屬顛覆。
- 42) 大律師公會認為政府有需要清楚訂明這些罪行是否都需要證明意圖，因為若然如此，控方便不但須證明出現第 2A(1)(a)至(c)條其中一項所述的後果，而且還須證明該後果是被告人懷有意圖造成的。
- 43) 如果須要證明意圖，則有關意圖又必須藉使用嚴重危害中華人民共和國穩定武力或嚴重犯罪手段，或藉進行戰爭而貫徹。有關罪行的最高刑罰為終身監禁。
- 44) 「進行戰爭」和「嚴重犯罪手段」的定義載於建議新訂的第 2A(4)條。
「進行戰爭」一詞須參照建議新訂的第 2 條(叛國罪)中相關字詞的涵義而解釋。「嚴重犯罪手段」指符合以下說明的任何行為 — (i) 危害任何人的生命(作出該作為的人除外)；(ii) 導致任何人受嚴重損傷(作出該作為的人除外)；(iii) 嚴重危害公眾人士的健康或安全；(iv) 導致對財產的嚴重破壞；或(v) 嚴重中斷電子系統或基要服務、設施或系統的運作。
- 45) 這項新罪行可能在香港境外觸犯，只要有關於該地方的法律所訂罪行，以及根據香港法律屬於刑事罪行(並非單指在香港屬罪行)(請參閱建議新訂的第 2A(4)(b)(vii)條)。如果在香港觸犯有關罪行，「嚴重犯罪手段」必須屬於香港法律所訂立的罪行(請參閱建議新訂的第 2A(4)(b)(vi)條)。
- 46) 這項罪行只適用於香港境內的中國公民或永久性居民，但在香港境外只適用於永久性居民(請參閱建議新訂的《刑事罪行條例》第 2A(3)條)。
- 47) 建議新訂的罪行並沒有對「武力」作出界定。這是不理想的做法。該詞應作出清楚界定，否則不應使用該詞。這樣看來，「武力」似乎不是「進行戰爭」或「嚴重犯罪手段」的意思，而且亦不須屬於香港法律所訂的罪行。
- 48) 根據新的第 2A(1)(a)條，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屬刑事罪行。「廢止」一詞指剝奪或使降級，通常是形容一些正式程序，用以改變一些特權機構的地位。(最經典的例子就是十九世紀的英國法律改革運動。該運動旨在「廢止」英國教會在憲法中享有的特權地位。) 廢止「根本制度」在建議新訂的第 2A(1)(a)條的意

思，照推測就是指廢止《中華人民共和國憲法》第一條中提及的社會主義制度。

- 49) 大律師公會質疑「廢止」的概念如何能與煽動叛亂罪行所豁免不入罪的各項訂明作為協調。建議新訂的第 9D 條訂明，某些「訂明行為」並不能被視為懷有煽惑他人干犯第 2 條(叛國)、第 2A 條(顛覆)或第 2B 條(分裂國家)所訂罪行的意圖。其中一項「訂明行為」是「指出中華人民共和國…… 的憲制 …… 中的錯誤或缺失」(請參閱建議的第 9D(3)(b)條)。一句簡單的說話，提出應刪除《中華人民共和國憲法》第一條中的「社會主義制度」，本質上就是要「廢止」國家的「根本制度」，但卻不構成煽動叛亂罪，因為這是一項「訂明行為」。
- 50) 大律師公會認為應向政府施壓，要求政府解釋哪些行為會構成「廢止」。要知道「廢止」根本制度只是顛覆罪行的其中一項元素，而干犯顛覆罪行，亦必須作出一些敵對行為，例如使用武力或嚴重犯罪手段。為進行憲制改革而作出強烈而非暴力的要求，會否構成「廢止」？提出改革，但「以武力推翻」建制作為最後解決辦法的要求，又算得上「廢止」嗎？提出這些要求會否觸犯新的煽動叛亂罪？
- 51) 大律師公會認為在建議新訂的第 2A(1)(b)條中，有關「推翻」中央人民政府的條文易於理解。不過，大律師公會質疑個人何以能夠如第 2A(1)(c)條中所指「恐嚇」中央人民政府。許多刑事罪行的條例都有使用「恐嚇」一詞。在英國的《1875 年串謀及保護財物法令》中，「恐嚇」一詞是指「使人們陷入遭受暴力、武力的行為或威脅的恐慌之中」(請參閱 R v Jones (John)；R v Tomlinson；R v Warren 59 Cr. App. Reports 120)。不過，這涵義適用於為保障私有財產而立法的範疇。
- 52) 大律師公會認為公眾要向政府施壓，要求政府多舉例子，說明中華人民共和國在什麼情況下會合理地感到遭受「恐嚇」。
- 53) 相信將來只會有少數有關顛覆罪行的刑事起訴。由於顛覆罪行在本質上等同各地的政治罪行，所以待的而來將會是企圖顛覆或涉及顛覆的初步罪行檢控。大律師公會認為考慮哪些行為會否構成觸犯這項新罪行，是有指導意義的。對於根據新的法例，作出以下作為會否遭受檢控，政府必須一一解答。
- (a) 有人要求修改《中華人民共和國憲法》，把第一條中提及憲法的根本制度，即社會主義制度刪除，並把這要求以電子郵件運動的形式廣為發放，以致香港政府資訊網頁的正常運作受到中斷。
- (b) 有人要求推翻中央人民政府，並在政府財產鬆上標語傳達這個訊息，對政府財產造成刑事毀壞，高達港幣一百萬元。

- (c) 有人綁架了中華人民共和國一名人大常務委員會成員，並威脅要謀殺或殘害他，除非中央人民政府答應繳付一筆港幣一千萬元的贖金。
- 54) 其實現有的刑事法例已完全涵蓋以上例子。唯一不同之處，是首兩項罪行涉及政治因素；而在第三個例子，受害人則剛巧與中央人民政府有關。

新的煽動叛亂罪行

- 55) 煽動叛亂被界定為煽惑他人犯叛國、顛覆或分裂國家的新法定罪行，或煽惑他人在香港或其他地方進行會嚴重危害中華人民共和國的穩定的公眾暴亂(請參閱建議的《刑事罪行條例》第 9A(1)條)。觸犯以叛國、顛覆及分裂國家的罪行為依據的煽動叛亂罪（第 9A(1)(a)條），最高可判處終身監禁。其他形式的煽動叛亂罪（第 9A(1)(b)條），最高可判處監禁 7 年(請參閱新訂的第 9A(2)條)。
- 56) 新訂的第 9B 條列明，煽惑他人犯第 9A 條所訂罪行不屬犯罪。換言之，如果 A 慾懲 B 鼓動 C 作出叛國的行為並非犯罪。
- 57) 新訂的罪行偏離了以普通法為依據的舊有罪行。雖然舊有罪行把政治言論刑事化，但法院須考慮所講或所刊載的文字，事實上是否傾向於促進離叛和激使他人使用暴力（請參閱 *Boucher v. R* [1951] 2 D.L.R. 369）。
- 58) 新訂的罪行似乎把不一定曾在公眾範疇內顯示的意圖 — 亦僅僅是意圖 — 刑事化。
- 59) 大律師公會注意到，雖然「煽惑」一詞是借用普通法，但新訂罪行並不是普通法罪行。香港大律師公會認為政府應該解釋，新訂罪行有多少（如果有的話）是從普通法中搬過來或是依據普通法的，以及新訂罪行與有關初步罪行的法定條文之間的關係。
- 60) 舉例來說，當構成實質罪行的成分本身是初步罪行時，人們是否可能串謀觸犯煽動叛亂罪行而違反《刑事罪行條例》第 159A 條呢？同樣，人們又是否可能違反《刑事罪行條例》第 159G 條所訂的企圖犯罪罪行呢？
- 61) 大律師公會不能理解新訂的第 9A(1)(b)條背後的法律政策。在該條文下，任何人（不一定是中國公民或永久性居民）煽惑他人進行會危害中華人民共和國的穩定的公眾暴亂，即屬犯罪。
- 62) 除非外國人在他們自己國家內所作的行為，在某種程度上是針對香港及擬令香港受到該等行為的後果所影響，否則香港通常不會聲稱對該等行為擁有司法管轄權。香港在其領域管轄權受到侵犯時，才會聲稱擁有司

法管轄權。(請參閱 A-G v. Yeung Sun Shun [1987]2 HKC 92, Somchai Liangsiriprasert v. Government of the U.S.A [1991]1 A.C. 225 及 R v. Sansom [1991] 2 Q.B. 130)。

- 63) 新訂的罪行涉及的範圍並不單單如此。該條文明確宣示有域外司法管轄權(「或其他地方」)。而且不以行為作為依據 — (如作出了) 那行為，一定會對香港造成影響。看來，域外司法管轄權的宣示，是由於煽惑行為對中華人民共和國全國有潛在的威脅。
- 64) 大律師公會認為新訂罪行可能有憲法問題。內地未必會在類似的情況下聲稱有司法管轄權。如果內地認為沒有需要把該等行為刑事化，香港便不應試圖把該等行為刑事化，以免違反《基本法》中隱含的立法限制。(大律師公會已在回應中明確表示，認為在《基本法》中載有明示的立法權限，不是對香港特別行政區立法權的唯一限制。)
- 65) 最後，法院究竟怎樣處理新訂的罪行呢？在定義上，新訂的罪行並不需要有嚴重危害中華人民共和國的公眾暴亂發生。法院如何決定所講或所刊載的文字，是否擬用作煽惑事實上會嚴重危害中華人民共和國的穩定的公眾暴亂（不論發生在中華人民共和國境內或境外）？

新訂的處理煽動性刊物罪行

- 66) 大律師公會相信，建議的《刑事罪行條例》第 9C 條中有關「煽動性刊物」的定義在草擬上出現問題。「煽動性刊物」指「相當可能導致犯第 2 (叛國)、2A (顛覆) 或 2B (分裂國家) 條所訂罪行的刊物」。
- 67) 大律師公會並不明白，一件物件怎麼可以 相當可能 導致有自由意志的人犯罪。一本刊物可能有能力 影響一個人作出非法或不道德的行為，而出版人亦可能想取得這樣的結果。不過，因為對人類自主的尊重，所以法律一般不會承認物件會對行為有決定性的影響。(請參閱 A-G v. Able [1984] Q.B. 795) 英國律政司要求法院聲明，分發提供自殺方法的小冊子構成了協助及教唆他人自殺的罪行，但法院拒絕了英國律政司的要求。法院同意供應小冊子可能在某個案中會構成罪行，但在另一個個案中，卻未必會構成罪行。供應小冊子是否構成罪行，全取決於個案中小冊子供應者的意圖，而並非只取決於小冊子的內容。
- 68) 易受影響的讀者一定要看過《*Mein Kampf*》一書後，才可說被該書影響或引導作出反猶太人的行為，但卻決不可說該書 相當可能 令他作出反猶太人的行為。
- 69) 大律師公會相信，如根據這罪行的草擬字眼提出檢控，將會出現困難。我們看不到控方怎樣可以證明在個別情況下，所刊載文字 相當可能 導致他人犯罪（而非證明刊載文字的目的是要影響他人作出個別行為）。如

果有人擬說服或鼓勵讀者犯罪而寫了一本書或小冊子，看來最恰當的做法是，檢控作者觸犯煽惑他人犯罪(請參閱 R v. Marlow [1997] Crim LR 897)。

- 70) 建議的《刑事罪行條例》第 9C 條所訂的處理煽動性刊物罪，似乎是一項多餘的罪行。罪行的成分是：(i) 處理煽動性刊物；(ii)意圖煽惑他人；(iii) 犯(在第 9A(1)(a)條所界定的)叛國、顛覆或分裂國家罪。「主」罪行的成分是：(i) 煽惑他人犯叛國、顛覆或分裂國家罪(第 9A(1)(a) 條)，或(ii) 煽惑他人進行會危害中華人民共和國的穩定的公眾暴亂(第 9A(1)(b) 條)。
- 71) 看來，「處理煽動性刊物罪」的本質看來是，以印刷品進行的煽動叛亂。因此，真不明白為何要從新訂的第 9A(1)(a)條中將這一罪行切割出來，建議成為獨立罪行。又為何當內在行為構成可判處終身監禁的較嚴重罪行時，「處理煽動性刊物罪」的刑罰只是監禁 7 年。
- 72) 政府大概是受《刑事罪行條例》第 10(1)(c)條所影響，因為根據該條文，「處理」煽動性資料是一項獨立的罪行，但該罪行只是觸犯第 10(1) 條所訂煽動叛亂罪的其中的一種方式。第 9A(1)(a)條新訂的煽動叛亂罪行，是基於不同的法律根據草擬。該罪行不是基於實際用字，而是基於用此等字詞的最終意圖。
- 73) 大律師公會認為應向政府施壓，要求政府解釋為何須要訂定這項新的罪行。如果原因是為了作出預防，則大律師公會建議採用另一方法，就是按普通法的煽惑罪行提出檢控。
- 74) 大律師公會不明白為何要刪除《刑事罪行條例》第 11 條有關對犯煽動叛亂罪行的人提出檢控的 6 個月時效期限。
- 75) 煽動叛亂罪行的要素(無論是在現有的或建議的法例下)是煽動性的政治言論及刊物。該言論(無論是口講或刊載)是否對公眾安寧造成實在的危害，很大程度上是取決於當時的情況。如果言論造成實在的危害，便要積極盡快地向有關人士提出檢控，而不應任由檢控工作停滯不前。某聲明在某年可能是煽動性的，但在隨後的一年，在聲明中號召作出改變的部分，可能已成為政府的既定政策。
- 76) 舉例來說，煽惑他人作出顛覆的行為，使用武力廢止中華人民共和國的根本制度，便屬煽動叛亂。載於《中華人民共和國憲法》第一條內，奉行社會主義制度的政策是可藉修改憲法而改變。這做法實際上就是廢除建制，但這是符合憲法的作為。如果在修改憲法後，控方僅基於被控人曾經號召使用武力作出改變，而檢控他觸犯可判處終身監禁的煽動叛亂行，則未免太嚴厲了。
- 77) 大律師公會要求政府解釋為何要廢除這項罪行的法定檢控期限，而要回復採用普通法的做法。對於叛國及煽動叛亂兩項罪行，設立檢控期限明

顯是有充分的法律政策理由。大律師公會曾經提出，這兩項罪行的政治性質已是設立檢控期限的充分理由。政府應解釋為何現時不是設立檢控期限的充分理由。

新訂的分裂國家罪行

- 78) 建議新訂的分裂國家罪行(第 2B 條)訂明，任何人藉使用嚴重危害中華人民共和國領土完整的武力或嚴重犯罪手段或進行戰爭，將中華人民共和國的某部分自中華人民共和國的主權分離出去，即屬犯罪，可處終身監禁。
- 79) 「進行戰爭」及「嚴重犯罪手段」和建議的第 2 條(叛國)及第 2A 條(顛覆)內該兩詞的意思相同。我們對該條款的意見在此亦適用。
- 80) 我們認為建議新訂的罪行是否合理，並不在於具體罪行而在於某些事實情況，會否成為控以企圖罪行或其他初步罪行的依據。
- 81) 舉例來說，有人在政府產業上顯眼處塗鴉，要求恢復或建立西藏獨立，造成條例所述的「嚴重財產損害」。如要檢控某人觸犯該罪行，則要證明嚴重危害國家領土完整這項構成該罪行的元素。大律師公會的疑問是，須提出什麼證據證明「嚴重危害」以提出檢控呢？

“Pannick”條款

- 82) 條例草案的一個不尋常之處，是規定三條被修訂的主要條例從屬於《基本法》第三十九條。建議修訂的《刑事罪行條例》第 18A 條便是其中一個例子。
- 83) 這條款是根據政府去年從 David Pannick Q.C.提供的法律意見而制定，目的是確保新法例的詮釋須符合《基本法》第三十九條的效用，以及《基本法》的其他的條款不會減損第三十九條在詮釋法例上的重要角色。
- 84) 我們認為這條款是不必要的。《基本法》第二十三條清楚訂明所需訂立的是香港特別行政區法律，而不是其他法律。因此，修訂條文須符合《基本法》的所有條文，而不單是第三十九條(請參閱《基本法》第十一(2)條)。
- 85) 如果有人根據《基本法》提出法例是否符合憲法的質疑，法庭須要考慮《基本法》其他有關條文(請參閱 *Ng Ka Ling v. Director of Immigration [1999]1 HKC 291, 325F 至 326H 段*)。根據《社團條例》新訂的第 8E 條或其他的附屬法例，有關法庭可訂立規則，不許某方出席聆訊，如果對這條文提出質疑，法庭自然會考慮《基本法》第三十九條，因為該條文

涵蓋了《公民權利國際公約》第 14 條(公平審訊)的內容。另外，法庭也須考慮《基本法》第三十五條有關香港居民向法院提出起訴的權利。

- 86) 根據 “Pannick”條款，只有《基本法》第三十九條可用以詮釋條例草案的條文，但這是不符合憲法的。大律師公會認為，至少第三章內所載的權利及《基本法》第八十七條的無罪假定是可用以詮釋條例草案的條文。
- 87) 相信沒有一個充分了解有關情況的法庭會以我們的方式解釋 “Pannick”條款。這樣的解釋會被上訴法庭定為違憲。
- 88) 如果政府認為這條文是必要的，則應根據過往一貫的做法，例如採用《村代表選舉條例》(第 576 章第 64 條)的「為免疑問」條款。

執行條款

不用手令的搜查

- 89) 新訂的《刑事罪行條例》第 18B 條授權任何警務人員在高級警務人員的指示下，可進入及搜查任何處所，檢取有關叛國顛覆、分裂國家、煽動叛亂及處理煽動性刊物的證據。
- 90) 大律師公會認為不用手令的搜查及檢取權力本身並不違憲。在歐洲人權法系內亦有案例支持這些特別權力，因這些權力是《歐洲人權公約》第 8 條可預見的規定。問題是在這特定的情況下就這些罪行運用這些權力是否符合《基本法》第二十九及三十九條，因為這兩條條文似乎要求法例提供一些實質及程序上的保障。
- 91) 大律師公會認為，或許因為新訂的叛國及顛覆罪可能需要這些無需搜令的緊急搜查權力，因為這些罪行是依據一些實際上非常嚴重危害國家安全的行為而作檢控。不過，對於很多非常嚴重的罪行，警方也沒有進行搜查及檢取的權力。大律師公會希望政府在制定新法例時，能就這項新的權力提出具說服力的理由。
- 92) 大律師公會不信服為煽動叛亂及處理煽動性刊物立法的理據。這些罪行的要素是，視乎對象的易於接受信息與否，作出某些可能觸犯叛國或顛覆罪的行為。大律師公會很難想象實際會出現以下情況：如有人極可能被煽惑作出叛國或顛覆的行為，但事實上及在法律上，卻沒有理據檢控他犯了叛國或顛覆罪。
- 93) 大律師公會認為政府可收緊新訂的第 18B 條，使行政機關只可在必要及非常特別的情況下才可發出授權搜查的命令。
- 94) 大律師公會建議增加以下保障：

- (a) 明確規定須要「即時行動」(第 1(c)節)，因為在緊急的情況下，高級警務人員合理地認為申請手令是不可行的。
- (b) 命令須以書面形式發出，更可取的方法是使用法定格式。(請參閱裁判官在發出「相互法律協助」手令時須依據的格式：《刑事事宜相互法律協助條例》(第 525 章)，附表 1，表格 4)。
- (c) 規定向受影響人士出示及/或留下顯示由何人發出的命令副本。
- (d) 檢取的權力是在警員「有合理理由相信」而不是「覺得」是證據的情況下行使。
- (e) 發出命令的高級警務人員不應該在調查中有行動上的責任。

同意

- 95) 第 I 及第 II 部的罪行在檢控前須得到律政司司長的同意。
- 96) 大律師公會希望律政司司長保證不會根據《律政人員條例》(第 87 章)第 7 條把這權力下放。更理想的做法是修訂該條例，使條例不適用於這些罪行。

陪審團審訊

- 97) 大律師公會支持新訂罪行由陪審團審訊，以及若被控人的控罪不會處以終身監禁，可讓他選擇由陪審團審訊。

對《官方機密條例》的修訂

- 98) 《官方機密條例》的修訂不是由第二十三條規定的。政府已經承認這點(請參閱上文)。
- 99) 我們一直質疑這些修訂背後的政策。
- 100) 新訂的《官方機密條例》第 16A 條，是有關披露關於中央管理的香港事務資料，並為此設立一種嶄新的受保護資料類別。
- 101) 新訂罪行的理據似乎是，這些資料從前是受到「國際關係」的保護，而這種做法應予以繼續。
- 102) 大律師公會在回應中已指出，1997 年前和現今的情況完全不同及沒有關係。大律師公會不打算在這裡重複回應中的觀點，除了重申一點，就是當時的憲制無可避免令當時與中央人民政府的關係成為「國際關係」。

大律師公會已把這觀點提出，並請政府提出保護這些資料的另外理據。至今政府並未有這樣做。

- 103) 證明披露是「損害性披露」才提出檢控是一回事，與為什麼要保護這些資料的問題並沒有關係。
- 104) 政府已把受保護資料的範圍限制至由中央管理的香港事務。
- 105) 大律師公會注意到，根據《基本法》，以下事項可被視為由中央管理的「香港事務」：
 - (a) 外交事務：《基本法》第十三條
 - (b) 防務：《基本法》第十四條
 - (c) 行政長官及主要官員的任命：《基本法》第十五條
 - (d) 法律備案：《基本法》第十七條
 - (e) 把全國性法律列入附件三：《基本法》第十八條
 - (f) 取得有關國防及國家行為的證明書：《基本法》第十九條
 - (g) 授予香港特別行政區其他權力：《基本法》第二十條
 - (h) 參加全國人民代表大會選舉過程：《基本法》第二十一條
 - (i) 在香港特區成立內地的部門和機構及由內地進入香港的個別人：《基本法》第二十二條
 - (j) 行政長官執行有關的指令：《基本法》第四十八條第(八)項
 - (k) 處理中央授權的對外事務：《基本法》第四十八條第(九)項
 - (l) 辦理對外事務：《基本法》第六十二條第(三)項
 - (m) 與外國就司法互相關係作出安排：《基本法》第九十六條
 - (n) 進行船舶登記：《基本法》第一百二十五條
 - (o) 外國軍用船隻進入香港特別行政區：《基本法》第一百二十六條
 - (p) 外國國家航空器進入香港特別行政區：《基本法》第一百二十九條
 - (q) 談判民用航空運輸協定：《基本法》第一百三十一至一百三十四條
 - (r) 繼續參與國際協議及組織：《基本法》第一百五十二至一百五十三條
 - (s) 與各國締結互免簽證協議：《基本法》第一百五十五條
 - (t) 在香港設立領事機構：《基本法》第一百五十七條
 - (u) 向全國人民代表大會常務委員會呈請後解釋基本法的過程：《基本法》第一百五十八條
 - (v) 修改《基本法》：《基本法》第一百五十九條
- 106) 以上並沒有列出所有“香港事務”，而且不具任何權威性。政府應說明新條例所覆蓋的範圍。以上有些範疇無可置疑已涵蓋在現行《官方機密條例》有關禁止披露關乎防務(第 15 條)及國際關係的資料(第 16 條)的條文內。

- 107) 大律師公會認為要求政府在法例內明確界定這些範疇是有充分理據的做法。這些範疇載於《基本法》內，不可隨便改變。採取這辦法可避免居港權訴訟中有關《基本法》中何謂中央負責的事務所引起的混亂。
- 108) 政府已重申新的限制不會影響經濟及商業資訊的自由流通。
- 109) 大律師公會認為有些經濟及商業資訊會受新條文影響。例如談判民用航空運輸協定會涉及經濟及商業的資料。又例如，中國改變香港移居政策亦可視為對經濟有影響的資料。
- 110) 除上述資料外，大律師公會認為在政治上有重要性的資料亦會受新條文影響。行政長官及重要官員的任命便是明顯的例子。《基本法》修改的過程亦然。此外，根據有關由中央人民政府或中央管理的香港事務的規定，一些「具憲法重要性」的資料，例如基本法委員會成員對《基本法》條文的建議解釋，也可被列為國家機密。
- 111) 政府實有需要解釋在一個國家內為何要保護這些資料的原因。政府亦應舉例說明什麼是「損害性披露」，以支持這項新的限制。
- 112) 另一新訂的罪行是使用由非法手段得到的受保護資料。這是修改現行《官方機密條例》第 18 條的罪行。
- 113) 如受保護資料是以非法手段(新訂的第 18(5A)條界定為透過特定非法手段取覽)，則屬犯罪。這罪行不須要證明是由公務人員或政府承辦商披露。
- 114) 罪行被指堵塞了法律上一個明顯的漏洞。
- 115) 大律師公會在回應中已表明，懷疑這是否一個「漏洞」。同樣的「漏洞」一直存在於英國的《1989 年官方機密法令》，一直沒有被「堵塞」。
- 116) 大律師公會認為沒有需要設立這罪行。如果一些受保護的資料因刑事罪行而被公開，則如能尋獲罪犯，並將他檢控，便已符合公眾利益。又如有需要，政府可發出禁制令，把資料收回及禁止任何人進一步傳播資料。
- 117) 在民事訴訟中，政府須舉證證明資料對公眾利益有極大影響，以致須要保護資料免被公開。這點跟在刑事程序中須要證明披露具「損害性」的舉證差不多。(請參閱 A-G v. Guardian Newspapers (No.2) [1990] 1 A.C. 109, Lord Griffiths 的判案書，第 268 頁 B 段至 269 頁 D 段，內容是有關違反誠信案件的一般原則。另外請參閱 Lord Scott 在 *Confidentiality* 一文(載於《Freedom of Expression and Freedom of Information》(OUP) 2000)，內容是解釋法庭在處理政府機密文件時的各種考慮因素。)
- 118) 大律師公會認為建議的新訂罪行會抑制政府資訊的自由流動，因為記者時刻都要把由匿名者提供的資訊，視為由四種指定的非法手法之一取

得。記者會被檢控的機會不大，但一位謹慎的記者絕不會抹殺這個威脅，所以他會選擇不作報道，以免遭受刑事調查，被問怎樣得到資料。

- 119) 大律師公會認為把政府擁有的資料視為私有財產是錯誤的。因此，第三者如“處理”這些資料，便屬犯罪，除非該資料是有形的（如檔案或文件），則可根據普通的盜竊罪作出檢控。
- 120) 市民按憲法有權得到資料的權利受《基本法》第二十七、三十、三十四及三十九條保護，而任何對該權利的限制均須是必要及相稱的。一般來說，政府很難提出充分理據禁制已公開的資料。我們認為現行的《官方機密條例》，以及市民可循民事程序禁制違反誠信的行為的機制，已提供足夠途徑保護政府的資料。
- 121) 實際上，我們認為新的罪行有可能被政府濫用。如有一些令政府感到尷尬的資料被泄露或政府以為資料已經泄露，政府可宣布相信資料已因指定行為「丟失」，新聞編輯如公布資料，即使他不知道資料是如何泄露，也有可能遭受檢控。新聞記者即使遭受到懲罰，在操守上也不會公開資料的來源。政府如利用這條文「強迫」記者公開資料的來源，做法是否正確呢？
- 122) 政府的另一項新建議是擴大《官方機密條例》第 18 條的罪行範疇。第 18 禁止任何人士在沒有合法授權下披露他籍公務員或政府承辦商的沒有合法授權的披露而得到的受保護資料。建議的修訂進一步將有關條文的禁制擴展至適用於披露由前公務員及前政府承辦商沒有在授權下合法披露受保護的資料。
- 123) 政府指《官方機密條例》的修訂是“技術性”的修訂。
- 124) 大律師公會質疑此是否純屬“技術性”的修訂。現有條文乃倣效英國《1989 年官方機密法令》第 5 條而訂，而法令自實行後亦一直未被修改。
- 125) 大律師公會在沒有授權下明白不將披露從前公務員或前政府承辦商處獲得的資料的行為定罪的邏輯。前公務員或會向出版商提供資料出版自傳，並向出版商保證自傳內的資料，只要是受保護資料都已獲授權披露。在自傳出版後，出版商才發覺該等資料事實上在《官方機密條例》的條文下，是屬於被禁止披露的，且該等資料從未獲授權披露。
- 126) 在此情況下，政府應透過民事訴訟方式，禁止自傳出版，而非引用各種刑事法律去檢控該名被前公務員誤導的出版商。這樣，公眾利益才得到更大的保障。

取締危害國家安全的組織及有關刑事罪行

- 127) 條例草案對《社團條例》(第 151 章)作出修改，賦予保安局局長權力，如他合理地相信為國家安全利益的目的，取締任何本地組織是必要的，並合理地相信取締該本地組織與該目的是相稱的，則可取締該本地組織(請參閱條例草案第 8A(1)條。在建議的條例草案第 8D 條下，該組織的成員或幹事可針對該項取締向原訟法庭提出上訴)。
- 128) 大律師公會之前曾提出，《基本法》第二十三條沒有要求取締本地組織。《基本法》第二十三條只要求有法律取締外國政治性組織或與外國政治性組織有連繫的本地組織。
- 129) 現有的《社團條例》及《聯合國(反恐怖主義措施)條例》已載有基於國家安全理由而禁止某些社團的措施。大律師公會認為這些措施已遠遠超越《基本法》第二十三條的要求。
- 130) 大律師公會認為可以(而不是應該)修改現有的《社團條例》，令其包括不受現時條文監控的組織。大律師公會仍然反對擴大現有監管權力的建議，但修改現有法例至少不用大律師公會為一個全新的取締機制進行辯論。
- 131) 現時的措施沒有依賴內地曾經作出若干行動的規定。大律師公會認為無需要與發生在內地的事件作出任何聯繫。保安局局長應對有關國家安全的事實作出獨立判斷。既然如此，大律師公會認為在法律政策方面，沒有理由以內地已作出某行動作為採取適當行動的先決條件。
- 132) 大律師公會深信條例草案將削弱《基本法》中「一國兩制」的精神，而且有可能抵觸《基本法》第四條。該條規定，香港特別行政區須根據《基本法》保障居民的權利和自由。
- 133) 只有若干組織可能會被取締(根據條例草案第 8A(2)條，有以下三類組織)：
- (a) 組織的宗旨是進行叛國、顛覆、分裂國家或煽動叛亂或犯諜報活動。
 - (b) 已作出或正企圖作(a)項所載的事宜。
 - (c) 從屬於某內地組織，而該內地組織已基於保障中華人民共和國安全的理由，根據中華人民共和國法律被禁止運作的組織。
- 134) 條例草案第 8A(5)(f)條界定「本地組織」為根據《社團條例》解釋的社團或《社團條例》附表所列的任何團體。這定義包括有限公司、非公司信託人，儲蓄互助社等團體。這些團體一般不受《社團條例》監控。
- 135) 條例草案中第 8(3)條訂明，禁止內地組織可藉證明書證明，而該證明書

是該項禁止的確證。

- 136) 大律師公會認為無須把證明書視作確證。內地禁止某組織將會在內地有法律效應。因此，可按本港法院判斷外國法律行動的一般程序作出證明（內地須在有關程序下給視為一套「外地」的法律制度）。
- 137) 大律師公會理解到，根據條例草案第 8A 條，在實際運作時，一張由內地發出的證明書可能已足夠作出一項行政決定，但在上訴時保安局局長應須作出一般常用的舉證，證明該組織已被取締。
- 138) 根據建議的《社團條例》第 8A(5)(h)條，從屬於內地組織的定義是：本地組織在財政上依賴內地組織，或直接或間接受內地組織控制，或本地組織的政策是由內地組織所決定。大律師公會認為保安局局長可能要進行困難而複雜的調查。
- 139) 大律師公會認為新的取締機制涉及的問題將會在根據建議的《社團條例》第 8D 條提出的上訴中浮現。
- 140) 大律師公會察覺，上訴將會直至原訟法庭。即是說，除非在特別情況下，保安局局長的決定作出司法覆核（請參閱 *R. (on the application of Kurdistan Workers Party) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] EWHC 644）。該案的判決是，就有關取締的問題上訴至特別審裁處的權利排除了司法覆核。
- 141) 另外，對上訴進行司法覆核也不適用，因為原訟法庭不會對自己的判決作出司法覆核。
- 142) 大律師公會認為，應有法定權利上訴至原訟法庭。大律師公會認為，根據《高等法院條例》（第 4 章）第 13(1)(a) 條的規定，有關上訴屬於「任何民事訴訟或事宜」。因此，如有對上訴結果再上訴則會如一般做法在上訴法庭進行。本會希望政府能確定這理解是否正確。
- 143) 紿予上訴至原訟法庭的權利直接牽動《基本法》第三十五條。該條例保證訴訟者有向法院提起訴訟的權利，包括選擇律師及時保護自己的合法權益或在法庭上為其代理。這條例與建議的《社團條例》第 8E(3) 條有關制定規則的權力的條文有關連。有關權力包括可制定規則，排除上訴人及其代表律師出席聆訊之外。根據第 8E(4) 條，被排除的上訴人的利益可另一被委任的法律代表保障。
- 144) 大律師公會認為，根據這項權力拒絕上訴人及其代表律師出席上訴聆訊是不符合憲法及違反《基本法》第三十五條。
- 145) 大律師公會也知道，加拿大及英國的特別審裁處在處理有關移民及國家安全事宜上曾有進行這些程序的先例。政府也重申，如那些國家均認為程序符合憲法，則有關法例在本港也應獲得通過。

- 146) 大律師公會認為加拿大及英國的情況可能不同，如在香港訂立類似法例，不許上訴人及其律師代表出席聆訊，不能以這兩國的例子保證法例是符合憲法。
- 147) 在英國，法例是否符合憲法是根據《歐洲人權公約》的《1998 年人權法令》判斷。《歐洲人權公約》有關的條文是第 6 條。該條文訂明保證刑事及民事的案件均須公平進行審訊。根據第 6(3)(c)及(d)條，聘請律師及審問證人的權利只在刑事訴訟中方受保障。在其他訴訟中(第 6(1)條)，這不一定有這權利。據說在刑事訴訟中被控人的權利是「絕對」的，如果有人不獲有關權利，則屬違法(請參閱 Clayton & Tomlinson 所著的 *The Law of Human Rights* (OUP) at 11.183 and 11.206)。
- 148) 加拿大沒有訂立出席聆訊及獲得律師代表的憲法權利。這些權利只在涉及刑事的法例中獲得保障(請參閱 Canadian Charter of Rights and Freedoms 第 11 條)。
- 149) 本港情況並不相同。《基本法》第三十五條適用於刑事及民事訴訟。
- 150) 大律師公會相信，在很大程度上《基本法》第三十五條並不能如其他權利一樣被削減，包括根據《基本法》第三十九條引入的《公民權利和政治權利國際公約》下的權利。當然，這些權利在實際情況下受到很多限制(例如負擔選擇的律師的收費的能力及該律師的時間安排所左右)，而向法院提起訴訟的權利可能有程序上的規限，但規限本身並不剝奪該權利(須獲法院批准、法庭費用、起訴期限、擔保費用等)。很難想像有限制會剝奪有關權利而規限卻不屬違法的情況。
- 151) 終審法院已指出，《基本法》的某些權利可能會受某些程序規限，但權利不會因該限制而被剝奪。在 *Gurung Kesh Bahadur v. Director of Immigration* [2002] 2 HKLRD 775, CFA 一案中，判決指出《基本法》第三十一條賦予香港居民旅行的權利，所以不受返港時須作出申請的規限影響。該入境要求並不只是程序上的要求(例如出示有關證件證明旅客的身份)，而是拒絕該權利的要求。
- 152) 大律師公會認為 *Bahadur* 一案中的判決理據適用於這情況。如果某人享有出席聆訊及委託律師的權利，卻不能進入法庭出席聆訊，那又有什麼用呢？
- 153) 如果政府希望擁有多權力，可以基於國家安全理由而取締有關組織，則必須制訂一些法庭程序，讓受影響人士及其律師能參閱政府作出取締這項行政決定所依據的所有資料。
- 154) 據大律師公會理解，根據《基本法》第三十五條，該被取締的組織及其律師有權出席聆訊，而該權利並不會影響普通法中有關公眾利益而免責的規定，或在有需要時法庭可進行閉門聆訊的權力。支持取締決定的政府律師不須在上訴聆訊時披露敏感資料，但他們亦不可在不讓對方知悉

的情況下請法庭參閱這些資料並就此作出行動。

- 155) 大律師公會認為，如果政府希望訂立規則，對訴諸法庭的權利作出限制，則這些規則應在法例中明確訂明。大律師公會認為，由終審法院首席法官負責這任務是不公平的做法。如真的訂立這些規則，則差不多可以肯定將在上訴中受到質疑是否符合憲法。終審法院首席法官不應因為是訂立這些規則而不許在有關訴訟中作出裁決。
- 156) 大律師公會知道，英國的首席大法官已訂立規則，限制向擁有類似權力的審裁處提出訴訟的權利。不過，英國的首席大法官在當地是立法者及部長，更是一位法官。他的職權使他須向行政及立法機關負上政治責任。
- 157) 香港終審法院首席法官不是部長也不是立法者。在政治上他不須向任何人負責。《基本法》第四章是經仔細考慮而制定，確保不會有權力及職級的混合。終審法院首席法官應能自由地按自己的意思為建議的上訴機制訂立規則，或這些規則應由規則委員會(《高等法院條例》第 55 條)按一般方法訂定。又或者，政府應透過法例作出規管。這些做法均可任由市民對規則或根據規則而作的決定提出質疑，而有關決定亦不須涉及終審法院首席法官。

香港大律師公會
二零零三年四月十一日