

## 香港大律師公會的回應簡要

### 一般性的提議

1. 公會維持其在 2002 年 7 月所發表的立場，認為在絕大部份的範疇上，香港特別行政區的現行法律足以禁止《基本法》第二十三條表列的行為和活動。
2. 公會不接受諮詢文件提出的立法建議。公會特別要指出那些建議未達到亦不符合以下三項基本原則的要求：
  - (1) 只在為符合第二十三條的要求而絕對必需的情況下進行立法，採取一個「做得越少越好」的方針；
  - (2) 確保為實施第二十三條而制訂的法律符合《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會、文化權利國際公約》所載的最低標準，《基本法》第三章對基本權利的保證，及《約翰內斯堡原則》；
  - (3) 法例的用字必不能含糊；亦必須以狹義及嚴謹的方式草擬。
3. 公會對香港特別行政區政府否決向公眾提供法例草擬本讓其就立法建議進行有意義的討論表示痛心。公會要求政府盡速，但無論如何在向立法會提交條例草案進行一讀前的合理時候向公眾公佈法例草擬本。

### 叛國

4. 諮詢文件就叛國的立法建議建基於封建時代有關叛國的概念，並都以古老和不清楚的語言表達。建議未有清晰和狹義的訂明以免發生歧義及抵觸憲法所保障的基本權利和自由。
5. 叛國罪行應狹窄的訂明，指當中華人民共和國宣戰後或給他國針對宣戰後，有協助敵人的意圖的特定協助敵人的行為。那些特定行為應只限於涉及在明知中華人民共和國是正和外國作戰的時候，有資敵意圖的使用暴力，如加入外國的武裝部隊；或給外國資助武器的行為。
6. 「戰爭」應只限於已公開宣戰的戰爭或武裝衝突。對敵國的國民給予協助不應構成罪行。
7. 不需加入其他的罪行以禁制叛國行為。
8. 隱匿叛國及有代價的不予檢控叛逆罪的普通法罪行都應予廢除。

## 分裂國家

9. 諮詢文件在提出禁制分裂國家的理據方面思維貧乏，它不會確認分裂國家的行為可能是人們行使《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會、文化權利國際公約》所保障的民族自決權而作出的正當政治訴求。
10. 諮詢文件建議的罪行的內容是過寬、模稜兩可，欠缺準繩及會使正當的反對聲音遭到窒礙。建議罪行的內容點出禁制的目標不是為推展某政治訴求而作的暴力行動而是那政治訴求本身。
11. 諮詢文件第 3.6 段提述有關「分裂國家罪行」的定義應在草擬時作如下更改:-
  - (a) 將「發動戰爭」的句語定義為只包括戰爭狀態。
  - (b) 將「威脅使用武力」的句語定義至符合《約翰內斯堡原則》第六原則，只適用於當宣稱使用的武力是威脅的直接及立即的後果及是會在緊接的期間或有可能在緊接的期間發生的情況而已。
  - (c) 將「嚴重非法手段」的提述刪除，或者將它定義至只適用於對國家穩定和安全構成明顯及即時危險但在現有刑事法律不構成罪行的暴力或武裝行為。
  - (d) 以適當的文字取代「主權」的句語。
  - (e) 將「抗拒中華人民共和國對中國一部份行使主權」的短句刪除。
  - (f) 對「中國」一詞應有定義。
12. 沒有將個別的初步及從犯行為編訂成為法定罪行的需要。
13. 任何「分裂國家罪行」應針對為達致分裂訴求而採取的暴力活動而非分裂訴求本身。
14. 特別行政區不應單憑某組織曾進行支持某些分裂訴求的活動而對它施行禁制手段。

## 煽動叛亂

15. 將煽惑他人犯叛國、分裂國家或顛覆罪行訂立為特定法定罪行並稱之為煽動叛亂罪行是沒有什麼用處的做法。有關的問題已由普通法及《刑事訴訟程序條例》第 89 條充份處理。即使有好的理由去製造一個特定的法定罪行，這一罪行應符合《約翰內斯堡原則》第六原則。
16. 根本沒有良好理由支持訂立一項特定法定罪行禁止製造嚴重危害國家或香港特別行政區穩定的暴力事件或公眾騷亂。「嚴重危害國家或香港特別行政

區穩定」這句語因過於模稜兩可和不嚴謹，致使它不應成為任何實施第二十三條法例的一部份。

17. 特別行政區政府應從成文法中移走所有有關煽動刊物的罪行並不應訂立類似的新罪行。
18. 特別行政區政府應自關於煽動刊物的罪行中移走所有對「合理懷疑」的提述。煽動意圖必要提述某人。將它降低至合理懷疑是偏離現有法律的要求。

## 顛覆

19. 當局應摒棄「脅迫中華人民共和國政府」此一概念。「廢除」「國家根本制度」的行為應限指具推翻中央人民政府的意圖而作出並會對中央人民政府的穩定和安全構成明顯而即時危險的行為。
20. 「其他嚴重非法手段」這概念過於含糊。當局應把它刪除或者將它定義至只適用於對國家的穩定和安全構成明顯及即時危險，但在現有刑事法律不構成罪行的暴力或武裝行為。
21. 對於後者，當局應清楚表明會採取甚麼「足夠及有效的保障」及怎樣保障《基本法》所保證的權利。
22. 「發動戰爭」這一概念應限指戰爭狀態。
23. 條文應清楚列明「威脅使用武力」必須是真實和即時的威脅，才可構成顛覆罪行。
24. 受禁制的犯罪行為及其後果應有明確的因果關係。除非該人士的行為會對中央人民政府的穩定和安全構成明顯和即時危險，否則不應因觸犯顛覆罪行而被入罪。控方於作出檢控時必須證實有關行為存在著明顯而即時危險。
25. 任何不涉上述使用或威脅使用武力的方式倡議改變中國政府或香港特別行政區政府的行動均不應被視作顛覆。
26. 任何人士不應只因與被中央人民政府以國家安全為由而禁制的內地組織有聯繫，而根據顛覆罪或其相關的初步或從犯罪行被定罪。

## 竊取國家機密

27. 除非特別行政區政府能證明諮詢文件中的建議是爲了依《基本法》第二十三條保障國家機密所必需的，它只需就《官方機密條例》作一次詳細的檢討，使條文符合《約翰內斯堡原則》的第 2、6、12、15、16 及 17 原則便可滿足在此方面有關立法的要求。
28. 公會不支持特別行政區政府在諮詢文件建議對《官方機密條例》的改動。
29. 特別行政區政府應放棄要保護關乎中華人民共和國中央和香港特別行政區關係的資料的建議或是應清晰的訂明那些受保護的資料只包含那些其披露會引致對國家安全具即時威脅的資料。
30. 任何「受保護資料」的定義應豁除那些公眾已可自由取得的資料。
31. 特別行政區政府應放棄將以未獲授權而取得的受保護資料作未經授權及具損害性披露的行爲入罪的建議。
32. 特別行政區政府應放棄那目標爲前公務人員及政府承辦商的所謂技術性修訂及重新考慮要那些不收酬勞的特工和線人遵守保密責任的建議的法律理據。
33. 特別行政區政府應制訂保護報刊報導的保障措施，及應表明它認爲公眾利益抗辯理由是否必須和可取。

#### 外國政治性組織

34. 《社團條例》的監管制度是足以符合《基本法》第二十三條要求香港特別行政區立法禁止外國政治性團體或組織在香港特別行政區從事政治性活動的部份。特別行政區政府應全數放棄諮詢文件中有關禁制組織的建議。它們全都是明顯的超越了《基本法》第二十三條的範圍。

#### 調查權力、程序及其他事項

35. 特別行政區政府應放棄所有增加執法機關現有已十分足夠的調查權的建議。
36. 所有爲實施《基本法》第二十三條而制訂的罪行應在 6 個月內提起檢控。
37. 公會要求給被控爲實施第二十三條而制訂的罪行的人士有由陪審團審訊其案件的權利。

38. 特別行政區政府應澄清諮詢文件第 9.8 至 9.9 段提述的罰則，在與附件二一併閱讀時，都是指最高刑罰而非強制性的判罰。

#### 地域及個人適用問題

39. 公會請政府解釋在建議實施《基本法》第二十三條時制訂具域外效力的法律的憲法理據。立法會能否制訂具有域外效力的法律的憲法權限，甚有商榷餘地。
40. 公會請政府研究中華人民共和國就《基本法》第二十三條的表列的行為制訂，現載於《中華人民共和國刑法》第 8 條的具有域外效力的法律的時候採用的國家常規，並就它在諮詢文件中所建議對非中華人民共和國公民施加比《中華人民共和國刑法》更嚴苛的刑責的憲法依據提出支持理據。
41. 諮詢文件試圖將建議的叛國、分裂國家、煽動叛亂及顛覆罪行適用於不論在何處的香港特別行政區永久性居民，沒有考慮香港的特殊情況，特別是很多香港特別行政區永久性居民均不是中華人民共和國公民或擁雙重國籍。特別行政區政府亦沒有考慮到只有國民才會觸犯某些建議罪行，如叛國罪行。特別行政區政府應提出理據支持為何它為實施《基本法》第二十三條而試圖制訂一些在對個人的應用上比《中華人民共和國刑法》的相關條文更加廣泛的法律。

#### 第二十三條與移交逃犯

42. 公會提醒特別行政區社會人士，若為實施《基本法》第二十三條而訂立的法律不是嚴謹、清晰和以確定的字眼草擬，使之和內地的國家安全法律有所區別，雙重罪責準則有可能不再保護那些正被指控或日後會被指控違反內地國家安全法律的在港人士。

香港大律師公會  
2002 年 12 月 9 日

# 香港大律師公會對實施《基本法》 第二十三條的建議諮詢文件的回應

## 甲. 引言

1. 香港大律師公會於 2002 年 7 月 22 日發表了就應採什麼原則立法實施《基本法》第二十三條的意見書。香港特別行政區政府於 2002 年 9 月公佈一份稱為《實施《基本法》第二十三條的建議》的諮詢文件(“諮詢文件”)。
2. 《基本法》第二十三條訂明：  
“香港特別行政區應自訂立法禁止任何叛國、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府活動，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或團體建立聯繫。”
3. 公會維持其原來立場，認為在絕大部份的範疇內，香港特別行政區的現行法律，如《公安條例》(第 245 章)，《社團條例》(第 151 章)，《緊急情況規例條例》(第 241 章)，《刑事罪行條例》(第 200 章)，《官方機密條例》(第 521 章)，及其他普通法罪行，已足夠禁止第二十三條表列的行為和活動。
4. 公會在 2002 年 7 月 22 日的意見書中提出，任何為實施《基本法》第二十三條的立法務必符合以下三項基本原則—
  - (1) 特別行政區政府應採取一個「做得越少越好」的方針，即只就為符合第二十三條的要求而絕對必須者進行立法。
  - (2) 特別行政區政府應把握這機會去檢討及修訂現有法律，使其與現代人權標準一致。特別行政區政府亦應同時確保其制訂的法律符合—
    - (a) 《公民權利和政治權利國際公約》所載的最低標準；
    - (b) 《經濟、社會、文化權利國際公約》所載的最低標準；
    - (c) 《基本法》第二十七至三十四條對香港特別行政區居民基本權利的保證；及
    - (d) 《有關國家安全、發表自由及獲取資料的約翰內斯堡原則》(“《約翰內斯堡原則》”)。
  - (3) 法例的用字必不能含糊；亦必須以狹義及嚴謹的方式草擬。

5. 雖然公會明白香港特別行政區有責任制訂本地立法，禁止第二十三條列舉的行為和活動，公會不接受諮詢文件提出的立法建議。公會特別要指出目前的建議未達到亦不符合上述第 4 段重申的三項基本原則的要求。
6. 特別行政區政府雖然聲稱已在撰寫諮詢文件的建議時，顧及了要所有為實施《基本法》第二十三條的本地立法涵蓋的罪行都是在適當的程度下清晰的和嚴謹的訂明以免生歧義或牴觸《基本法》保證的基本權利和自由，但特別行政區政府沒有依循此原則。由於建議未能清晰和嚴謹地訂明其中罪行，受眾不可能清楚自己何時會犯罪。特別行政區官員常要不斷發言指什麼行為不會被入罪的情況，也說明了建議的罪行是模糊及不肯定的。政府官員的言論是毫無價值可言。只有法例文本內容，才是最重要的，也是將來法院用作闡釋法律的依據。
7. 公會認為當立法建議仍是停留在諮詢文件所描述般粗枝大葉的情況，有意義的諮詢實屬困難<sup>1</sup>。公眾在沒有以法例草案形式闡述建議的文本出台前，是絕不可能詳細知悉政府要他們同意或支持怎樣的立法建議。公會對特別行政區政府否決在以藍紙草案向立法會提出法案首讀前，以白紙草案形式提供上述文本及否決在就這樣重要的法例擬定白紙草案進行第二輪公眾諮詢表示痛心。

## 乙. 混亂的句語：「中華人民共和國政府」及「國家」

8. 公會注意到諮詢文件重覆的引用「中華人民共和國政府」(或「我國政府」)及「國家」的字眼。
9. 特別行政區政府在諮詢文件第 8 頁第 18 注釋給「中華人民共和國政府」以下定義，指其「代表中央人民政府及在憲法下確立的國家機構這個整體概念」。
10. 《中華人民共和國憲法》第 85 條將中央人民政府定義為國務院。它沒有給「其他國家機構」一個定義。這種缺乏嚴謹的做法令公會感到困惑，因它使很多建議立法的罪行的一個組成元素留有不確定的部份。人們因而不清楚哪些行為和活動是違法而哪些不會。

---

<sup>1</sup> 公會曾審閱 1980 年至 2002 年間出版的政府憲報。香港政府及香港特別行政區政府曾在此期間出版了總共 24 份「白紙草案」或供公眾參考的法例草案擬本。它們包括(1)《淫褻及不雅物品管制條例草案》(1986 年)；(2) 兩部《電影檢查條例草案》(1987 年)；(3)《香港人權宣言條例草案》(1990 年)；及(4)《截取通訊條例草案》(1997 年)。香港特別行政區政府在 1997 年 7 月至 2002 年 11 月間出版了 3 份「白紙草案」。

11. 另一在諮詢文件中十分廣泛的使用的句語是「國家」。這句話曾在不同的情況下使用。例如，在諮詢文件的第 4.13 段中，它是與「香港特別行政區」分開使用，並因此可理解為在諮詢文件的這一部份不包含香港特別行政區。而在其他部份，它的意義可給說成包含香港特別行政區。
12. 公會注意到《釋義及通則條例》(第 1 章)將「國家」定義為包括香港特別行政區政府。公會曾於 1998 年特別行政區政府將此定義引入法例的時候反對此舉，理由是中華人民共和國是單一制的國家；它的一個組成部份不可能擁有一個整個地理和政治實體才可享有的法律地位。特別行政區政府故應詳加解釋在諮詢文件每一處引用「國家」這字眼時，它要賦予該字眼的含意。

### 丙. 叛國

13. 《基本法》第二十三條要求香港特別行政區自行立法禁止叛國行爲。
14. 香港現存有法例訂明叛國及一些叛國性質的罪行。這些法例是源於最初在十四世紀的英格蘭制訂的古老法律。現存法例的模本是《1795 年叛國法令》。它並沒有被修訂來反映現代社會的狀況，也在主權移交後變得不適合。

#### **特別行政區政府的建議**

15. 特別行政區政府看似圖以修訂《刑事罪行條例》製造新的罪行和撤銷某些條文來制訂有關叛國的實施《基本法》第二十三條立法，但這些意圖未有在諮詢文件中清楚說明。公會歡迎建議廢除某些刑事罪行。
16. 特別行政區政府的建議的要項是去製造以下可判終身監禁的罪行：
  - “(1) 與外國人聯手發動戰爭，旨在—
    - (a) 推翻中華人民共和國政府；或
    - (b) 以武力或強制手段強迫中華人民共和國政府改變其政策或措施；或
    - (c) 向中華人民共和國政府施加武力或強制力；或
    - (d) 向中華人民共和國政府作出恐嚇或威嚇。((第 2.8 段)(「主體罪行」)及附件二)<sup>2</sup>
  - (2) 鼓動外國人(定義為「受外國政府指揮和控制或非以中華人民共和國為基地的武裝部隊」)入侵國家的領土(第 2.9 段)

---

<sup>2</sup> 所有如此的提述都是對諮詢文件的段落和附件的提述。



(3) 協助與中華人民共和國交戰或進行武裝衝突的公敵(第 2.10 至 2.11 段)。”

17. 特別行政區政府亦建議制訂與普通法下的「隱匿叛國」罪行相同的成文法罪行，可處以七年監禁刑期及無上限的罰款。該罪行即是在一段合理的時間內沒有向當局報告有另一人已犯下叛國罪(第 2.14 段及附件二)。特別行政區政府但會廢除普通法下的有代價地對叛逆罪不予檢控的罪行(第 2.15 段)。
18. 再者，特別行政區政府建議，除了煽惑他人以外(因它會給變成煽動叛亂罪行)，所有初步或從犯行為即企圖犯罪、串謀、協助和教唆、慫使和促致他人犯下實質控罪皆應訂為法定罪行並可處以終身監禁(第 2.13 段及附件二)。
19. 特別行政區政府更建議廢除現有對檢控的時限，即要所有就這些罪行的檢控應在犯罪後三年以內提出的限制(第 9.5 段)。
20. 最後，罪行適用於所有自願在香港特別行政區的人士及對於其在香港以外的行動，所有在香港以外的香港特別行政區永久性居民(第 2.16 及 2.18 段)。

### **特別行政區政府建議的問題**

21. 建議根本的偏離《基本法》第二十三條的要求，沒有訂明被禁止的「行為」。特別行政區政府也沒有緊跟上述的指導原則。建議不會為免生歧義及避免抵觸基本權利和自由而清楚或嚴謹的訂明內容。
22. 特別行政區政府使用了「發動戰爭」這源自十四世紀的古老語句，避免了清楚的指出究竟什麼行為會被定為刑事罪行。諮詢文件第 2.12 段顯示，「發動戰爭」不是只限於中華人民共和國宣告的戰爭狀態或針對中華人民共和國而宣告的戰爭狀態而更不涉及軍事力量。這不清楚的情況因建議除了在意圖部份略提犯罪手段(即武力或強制力)外，再沒有指明犯罪手段的問題而變本加厲。例如，人們是不清楚某個與外國政府聯手要求對中華人民共和國實施貿易制裁或對中華人民共和國的產品施加配額或關稅的人士會否犯下實質控罪。
23. 上述意圖背後理念是「皇權至上」，不容庶民想去改變君主的「政策」或「措施」的世界觀。香港特別行政區的市民不再在那種時代生活。政府可給人民要求改變其政策或措施的想法不再具有叛國性質。反之，這是十分正常及符合民主原則的想法。因此，如此的意圖不應被視為刑事罪行的元素。應予刑事懲處的是使用暴力去達致合法目標的行為。

24. 從各個特定意圖可見，建議的背後理念也是建基於一個國與國間常因不同理由而廣泛的訴諸戰爭的世界觀。建議沒有清楚的說明究竟是只有那「外國人」需要懷有特定意圖，還是與該外國人聯手「發動戰爭」的人士亦須懷有該等特定意圖。該等特定意圖皆是十分寬廣的擬定，是會或有可能會包含要中華人民共和國政府遵守其在條約或公約下應要遵守的國際責任(包括那些適用於香港的，如《公民權利和政治權利國際公約》和《經濟、社會、文化權利國際公約》)。這些意圖亦與手段混淆，有時候更與設想的影響混淆。建議亦根本的混淆叛國行為的覆蓋面和顛覆行為的覆蓋面。人們不清楚究竟「外國人」的定義是否要它如適用於「鼓動外國人侵略國土」控罪般情況適用於實質罪行。
25. 鼓動外國人侵略國土的罪行只是為製造罪行的目的而製造出來的罪行。有關行為已給企圖、串謀、慫使或促致犯下實質罪行的罪行足夠的涵蓋，並當作叛國懲處，或是以煽惑叛國當作煽動叛亂懲處，或是以煽惑分裂作為另一罪行懲處。因此，該罪行實無存在需要。
26. 人們是完全不清楚什麼的協助行為會被當作協助交戰中公敵的罪行懲處。一個不知道「已有足夠報導的武裝衝突」的人士是有可能犯下上述罪行。什麼是足夠報導?對某一事項不知情絕不應成為刑事罪行的基點。控罪須以有關人士知悉戰爭狀態和有意圖協助敵人作為必要元素。再者，不應將責任推給個人由他去自行判斷究竟衝突是否已經足以制動叛國罪行。宣戰是最經典的國家行為。
27. 對隱匿叛國而言，有經驗顯示，旨在將沒有去報告自己知道、相信或懷疑他人犯下某罪行入罪的罪行的解釋和運作都帶有很大的困難。結果通常是將無知者、天真者及信任他人者，甚至是基於專業及倫理責任不得披露秘密的人士入罪。
28. 建議是變相的製造一個要普通人去報告叛國行為的責任。若叛國罪行的定義越複雜，普通人是越難決定究竟有否犯下叛國罪行。究竟任何人能否撫心自問在現有的定義下可確實的知道哪時和哪些事情是有需要作出報告?
29. 建議雖要求制訂包含(現已過時的)隱匿叛國罪行卻又不就有代價地對叛逆罪不予檢控罪行做同樣的事情。這做法既不合邏輯也不公平。這是否因為那些有責任檢控(和提出檢控)叛國罪行的人士應予特別優待?若叛國罪行的嚴重性是不至於要制訂有代價地對叛逆罪不予檢控的普通法罪行的成文法，那麼它亦不是嚴重至要對普羅大眾施加一項要去報告叛國行為的責任，並以刑

事法律懲罰那些不這樣做的人。

30. 建議是要適用於無論在那裏居住的香港特別行政區永久性居民。建議不曾考慮香港的獨有情況，包括有不少在外地居住的永久性居民擁有雙重國籍或有很多在港居住人士不是中華人民共和國公民。雖然叛國罪行主要是適用於那些效忠其國籍的國家的人士，建議仍沒有對那些有雙重效忠的人士有特別處理。
31. 廢除提起訴訟時限的建議是尤其不妥的建議。既然罪行是關乎那些與中華人民共和國作戰的人士，則應盡速處理，而不應在衝突結束多年後回來纏擾人們。

### **公會的提議**

32. 叛國罪行應狹窄的訂明，指當中華人民共和國宣戰後或給他國針對宣戰後，有協助敵人的意圖的特定協助敵人的行爲。那些特定行爲應只限於涉及在明知中華人民共和國是正和外國作戰的時候，有資敵意圖的使用暴力，如加入外國的武裝部隊；或給外國資助武器的行爲。
33. 「戰爭」應只限於已公開宣戰的戰爭或武裝衝突。對敵國的國民給予協助不應構成罪行。
34. 不需加入其他的罪行。
35. 隱匿叛國及有代價的不予檢控叛逆罪的普通法罪行都應予廢除。
36. 應保留檢控時限。刑罰應清楚註明是最高而非強制施加的刑罰。

## **丁. 分裂國家**

37. 諮詢文件沒有聽取公會在先前的文件中表示分裂國家活動已由現有法律足夠的禁止的意見，反而要就關於以發動戰爭、使用武力、威脅使用武力或其他嚴重非法手段進行分裂企圖製造特定罪行(第 3.6 段)。

### **特別行政區政府的建議**

38. 香港特別行政區現在沒有一項稱為分裂罪的刑事罪行。特別行政區政府建議

製造這種的罪行將下述行為入罪：

以發動戰爭、使用武力、威脅使用武力、或其他嚴重非法手段

(a) 把中華人民共和國一部份從其主權中分離出去；或

(b) 抗拒中華人民共和國對中國一部份行使主權(第 3.6 段)。

39. 「發動戰爭」給定義為包括涉一定多數目人士及有一點一般性的公眾目標的暴亂或叛亂。
40. 諮詢文件將「嚴重非法手段」定義為 —
- (1) 針對人的嚴重暴力；
  - (2) 對財產的嚴重損害；
  - (3) 危害作出該行動的人以外的人的生命；
  - (4) 對公眾人士或部份公眾人士的健康或安全造成嚴重危險；
  - (5) 嚴重干擾或嚴重擾亂電子系統；或
  - (6) 嚴重干擾或嚴重擾亂基要服務、設施或系統(不論是公共或私人的)的刑事行動(第 3.7 段)。
41. 諮詢文件亦認為應禁止香港特別行政區內的個人或群體組織和支援內地的分裂國家的活動(第 3.8 段)。
42. 諮議文件亦建議訂立特定的初步及從犯罪行，即將企圖、串謀、協助及教唆、慫使及促致他人犯下實質分裂國家罪行各罪行訂為法定罪行(第 3.9 段)。
43. 再者，諮詢文件建議將分裂國家罪行的管轄權不單伸展至「所有自願在香港特別行政區的人士」，亦至「所有香港特別行政區永久性居民在香港以外的行動」，以及「所有其他人在香港特別行政區以外的行動」，只要該等其他人的行動和香港特別行政區有一些聯繫(第 3.10 至 3.12 段)。

### **特別行政區政府建議的問題**

44. 公會維持它前述的觀點，認為實施《基本法》第二十三條不須制訂一個別的分裂國家罪行，因第二十三條只要求香港特別行政區自行立法禁止分裂國家行為。公會更重申現有法律，特別是《刑事罪行條例》第二條經適當的適應化後是足以禁止所有分裂國家行為。
45. 公會認為諮詢文件第 3.2 至 3.4 段的討論不足及有偏頗。雖然諮詢文件在參照 Bartkus 所著的 The Dynamic of Secession(Cambridge University Press，

1999)後對分裂國家提出一個可令人接受的定義，它隨即偏離該定義並聲稱分裂國家涉及某個國家中擁有共同特徵的社群，拒絕確認現行統治當局的主權，並另行成立一個擁有自己地域的獨立國家，令國際認可的疆界亦隨之須予改動(第 3.2 段)。這替代的定義看來缺乏參考文獻及任何支持理據，亦沒有提及民族自決權這和世界各地不同的要求自治、分離和分裂的呼聲有密切連繫的基本權利。

46. 公會提醒特別行政區政府，民族自決權是《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會、文化權利國際公約》中第一個確立保護的權利。人民透過行使此權利自由的決定他們的政治地位及自由的追求他們的經濟、社會及文化發展。
47. 《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會、文化權利國際公約》均繼續在香港特別行政區有效，而所有對香港居民的權利和自由的限制不得與兩條公約的條文牴觸(《基本法》第三十九條)。公會亦提醒特別行政區政府，中華人民共和國是《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會、文化權利國際公約》的簽署國，而中華人民共和國亦已確認《經濟、社會、文化權利國際公約》，故是有國際責任保證其境內的人民的民族自決權。
48. 因此，公會認為諮詢文件第 3.2 至 3.4 段的討論甚有缺失，因它沒有最低限度的確認一個推動分裂國家的運動有可能是一個民族正當的行使民族自決權，並因而構成一個正當的政治訴求。
49. 諮詢文件在引述加拿大最高法院的《魁北克分裂提案》案件的判詞的部份並未有全面的引用該判詞的相關內容。它沒有提述判詞中確認魁北克政府有權在知悉有大多數支持的情況下推動分裂運動的權利及在符合某些特定情況下可以行使對外自決權並有權單行面的實行分裂。前述的特定情況卻不適合魁北克省的現況(161DLR(4th)385, 447-448)。
50. 諮詢文件既不尊重在正常政治過程中推動分裂運動的正當性，也不確認只將和推動分裂運動有關係的暴力行為入罪而不將該運動入罪的必要性。公會對此表示遺憾。換言之，公會質疑任何企圖製造一個不是針對任何暴力行為而是針對政治運動的分裂罪行的做法。這種罪行是典型的政治罪行。它代表政府斷然拒絕考慮被統治階層中一個個別社群的正當政治要求，是民主社會所不容的做法。
51. 公會注意到諮詢文件的第 3.5 段列舉三個國家的法律，欲以支持其以為某些管轄區已明文禁絕分裂國家的聲稱。當公會審視上述三個管轄區的法例條文

後發覺這一個說法只是部份真確。

52. 法國刑法典在第 412-1 條訂立「攻擊」罪行，禁止有可能傷害國家領土完整的暴力行為但沒有提述攻擊的目的。雖然法典的第 410-1 條將國家的根本利益定義為包括它的領土完整，但該給予定義的句語是應用於叛國罪行(由法國國民及法國軍事人員觸犯)及諜報罪行(由其他人士觸犯)(第 411-1 條)。叛國罪行或諜報罪行(即第 411-2 至 411-12 條所訂立的罪行)絕大部份都是和為外國勢力、外國企業或組織，或受外國控制的企業或組織的利益服務的行為，而與將法團的一部組成部份從法蘭西共和國分離出去成立一個新的主權國家無關。
53. 德國刑法典第 81 條，相對而言，訂立了針對聯邦的叛國罪行，禁止以武力或武力威嚇去破壞德意志聯邦共和國的繼續存在。第 92(1)條將「德意志聯邦共和國的繼續存在」定義為指促使聯邦共和國被廢除、被外邦統治、破壞國家統一、或它的其中一組成領域從聯邦分離出去。這些條文亦沒有提及新主權國家的建立這一點。公會認為這一點是分裂國家的一個特定目標。
54. 巴基斯坦的刑法典在第 121A 條懲罰那些令巴基斯坦失去她的領土或部份領土的串謀;及在第 123A 條懲罰那些有意圖危害巴基斯坦對其所有或任何其疆域之內的主權而對巴基斯坦的成立作出的遣責或要巴基斯坦對所有或任何其疆域之內的主權受到削弱或廢除的主張。公會亦順帶指出直至 2002 年 8 月巴基斯坦仍不是《公民權利和政治權利國際公約》的簽署國。
55. 公會認為此等法律在香港特別行政區的現況及《基本法》對基本權利(特別是言論自由及政治參與自由)的保障的前提下既非必須也非可取。無論如何，它們意欲禁止的串謀並沒有提述建立一個新的主權國家這一點及很有可能涉及外國勢力的參與。
56. 公會認為諮詢文件第 3.5 段提述的據稱作為反對分裂國家活動的理據，即國家的保護，是過時的、專制的、和混亂的思維。這種觀點是一個民主、包容多元及越來越全球化的社會所不容的。
57. 公會現討論諮詢文件第 3.6 段對分裂國家罪行的建議。簡而言之，公會認為該段建議的罪行的內容是過寬、模稜兩可，欠缺準繩及會使正當的反對聲音遭受窒礙。建議罪行的內容點出禁制的目標不是為推展某政治訴求而作的暴力行動(而現有法律已足夠的處理的行動)而是那政治訴求本身。

58. 公會提出在勾劃分裂國家罪行時，應將勾劃出的罪行與叛國罪行和顛覆罪行有所分別。公會發覺諮詢文件未能對問題有這具規律性的取向，並對此感到遺憾。
59. 公會注意到在諮詢文件第 3.6 段有關分裂國家罪行的建議比《1996 年刑事罪行(修訂)(第 2 號)條例草案》提出的分裂國家罪行更為廣泛和不明確。見公會在 2002 年 7 月 22 日的意見書第 47 段。
60. 公會重申，「發動戰爭」這句語（依諮詢文件第 9 頁第 17 附註）是過寬的描劃，引致將一些好像和公共權威有關，涉及一定多數目人士的暴亂行為提升至叛國行為。該語句應在草擬時收窄至戰爭狀態。
61. 公會認為，「威脅使用武力」這句語是有足以壓抑一個分裂國家訴求的言論的情況，即使那些言論是令人厭惡或者屬一時衝動的失言。該句語應予收窄至符合《約翰內斯堡原則》第六原則，只適用於當那宣稱使用的武力是那威脅的直接及立即的後果及是在緊接的期間或有可能在緊接的期間發生。
62. 公會注意到諮詢文件試圖在分裂國家罪行引入「嚴重非法手段」的元素。公會亦注意到這元素源自在《聯合國（反恐怖主義措施）條例》（第 575 章）中的「恐怖主義行為」的定義。公會對諮詢文件未有在第 3.7 段描述「嚴重非法手段」的時候指明任何括免情況感到遺憾。單憑提議納入「足夠及有效的保障措施」是不足以讓公眾理解該控罪元素的正當涵蓋面和感到安心的。
63. 反對鐵路加費的和平示威是有可能符合「嚴重非法手段」的定義，只要有些示威者阻塞鐵路路軌（該行為本身構成違犯鐵路附例的非法行為），引致鐵路系統長達多個小時的癱瘓，造成大規模的經濟損失。
64. 特別行政區政府應正視在任何「嚴重非法手段」的定義建議中都有可能將一些應予正當的評價為滋擾或擾亂公安的行為，納為符合定義的行為。公會不覺得將這些本身已是觸犯刑事法律，更有些時候已經以嚴重處罰禁止的行為，變成另一嚴重的刑事及政治罪行的元素會對香港特別行政區或中央當局提供任何額外保護。公會認為，既然現有法律已足夠的懲處第 3.7 段形容的非法行為，特別行政區政府應考慮放棄加入「嚴重非法手段」為其建議的分裂國家罪行的元素，方為上策。
65. 諮詢文件第 3.6 段提出兩個和分裂國家有關的目標。公會發現兩者都有問題。第一個，即「把中華人民共和國一部份促其主權中分離出去」，欠缺嚴謹，因為它直接的運用「主權」這模稜兩可的概念，製造了不清的情況，

令人不知那一種的分離是會被禁。條文的不清不楚更因近日的學術討論將主權確認為一個可作分割和分享的概念的情況而放大。公會要求以更適當的用字來更清晰的解釋分離的最終目標。

66. 第二個建議的目標是「抗拒中華人民共和國對中國一部份行使主權」。公會認為應將這部份刪除。抗拒對中國一部份行使主權與上述第 45 段所提述的可接受的「分裂國家」定義毫無關係。將符合這句語內容的行為種類加以限制是一件困難甚至不可能的事。很多行為，包括一些無害及無可能和從中華人民共和國一個組成部份創建一個新國家扯上關係的行為，均可被當局視為抗拒主權行使。例如，對全國人民代表大會常務委員會準備在中央人民政府(即國務院)提案下解釋《基本法》條文的抗議行動可能會被指為抗拒中央人民政府在香港特別行政區行使主權而受壓制。抗議香港特別行政區政府在香港特別行政區收回土地亦可受此等法律管轄，因香港特別行政區內所有土地皆依《基本法》第七條屬國家財產，由香港特別行政區代表國家管理。
67. 公會認為建議的分裂國家罪行應有一個對「中國」或「中國一部份」有定義。這定義應留意某些在邊界劃界上仍和鄰邦未有共同理解的地方，包括領海及專屬經濟區。
68. 公會覺得諮詢文件第 3.8 段的思路越軌，以為當某組織的活動包括被禁止的分裂國家行為的時候，該組織應該被禁止活動。這種思維模式超越《基本法》第二十三條的要求及將活動(即被禁止的活動)和涉及不論主要還是附帶的舉行活動的組織混為一談。
69. 公會認為諮詢文件建議立法伸展域外效力至所有香港特別行政區的永久性居民在香港以外的行動以及非香港永久性居民在香港以外進行但和香港特別行政區有某些聯繫的行動是有值得商榷的地方。公會認為《基本法》未有明確的賦予香港特別行政區立法機關制定具有域外效力法律的權力，而香港特別行政區立法會在這方面的權力存在疑問。特別行政區政府須闡明其依賴立法伸展域外效力的憲法理據。另外，公會亦認為建議將非中華人民共和國國籍人士在香港特別行政區以外的行為也一併治罪，甚有可能與中華人民共和國在刑事法律的域外效力方面的國家常規有抵觸，因而導致異常甚或違憲的情況發生。

## **公會的建議**

70. 諮詢文件第 3.6 段提述有關「分裂國家罪行」的定義應在草擬時作如下更改



- (a) 將「發動戰爭」的句語定義為只包括戰爭狀態。
- (b) 將「威脅使用武力」的句語定義至符合《約翰內斯堡原則》第六原則，只適用於當宣稱使用的武力是威脅的直接及立即的後果及是會在緊接的期間或有可能在緊接的期間發生的情況而已。
- (c) 將「嚴重非法手段」的提述刪除，或者將它定義至只適用於對國家穩定和安全構成明顯及即時危險但在現有刑事法律不構成罪行的暴力或武裝行為。
- (d) 以適當的文字取代「主權」的句語。
- (e) 將「抗拒中華人民共和國對中國一部份行使主權」的短句刪除。
- (f) 對「中國」一詞應有定義。

- 71. 沒有將個別的初步及從犯行為制訂成法的需要。
- 72. 任何「分裂國家罪行」應針對為達致分裂訴求而採取的暴力活動而非分裂訴求本身。
- 73. 特別行政區不應單憑某組織曾進行支持某些分裂訴求的活動而對它施行禁制手段。
- 74. 特別行政區政府應說明其就「分裂國家罪行」立法伸展域外效力的憲法理據。

## 戊. 煽動叛亂

- 75. 煽動罪是一個不少國家皆已摒棄的罪行。即使在那些仍留有煽動罪的國家，它是不再被引用的罪行。英國的法律委員會及加拿大的法律改革委員會都建議廢除煽動罪。澳洲最近有一個研究發現「各普通法管轄區差不多全都同意應將煽動罪淘汰。」有關煽動罪的法律是過時及不合理的干預表達自由。該研究亦認為與其考慮更新該罪行，倒不如在澳洲聯邦和所有省級層次都廢除煽動罪<sup>3</sup>。

### 特別行政區政府的建議

- 76. 特別行政區政府接受有關煽動叛亂罪的焦點應是危害國家安全或穩定的嚴重個案而非現有香港法律已對之提供足夠的保護的有限度的暴力或擾亂公

---

<sup>3</sup> See Lamaher, “The Use and Abuse of Sedition” (1992) 14 Sydney LR 287 at 312.

共秩序的個別事件(第 4.12 條)。

77. 特別行政區政府建議 –

- (1) 在煽動叛亂的情況下將煽惑他人犯叛國、分裂國家或顛覆實質罪行成文立法 (第 4.13 段)。
- (2) 將煽動定義為「煽惑他人」去：
  - (a) 犯叛國、分裂國家或顛覆罪行；或
  - (b) 製造嚴重危害國家或香港特別行政區穩定的暴力事件或公眾騷亂 (第 4.13 段)
- (3) 訂立一項處理煽動刊物的特定罪行(第 4.17 段)。
- (4) 保留管有煽動刊物的罪行(第 4.18 段)。
- (5) 對煽動暴力和煽動刊物罪行而言，不論行為在港發生與否，將刑罰增加至 7 年監禁。煽惑他人犯叛國、分裂國家及顛覆罪行以終身監禁懲處。

**特別行政區政府建議的問題**

78. 既然特別行政區政府接受為實施《基本法》第二十三條而制訂有關煽動叛亂的罪行是集中處理「危害國家安全或穩定的嚴重個案」(諮詢文件第 4.12 段)，那便絕不需要在實施立法中將範圍擴展至香港特別行政區的穩定。香港特別行政區的公共秩序已由現有法律中的一些罪行充份處理。同樣道理，公會難以明白為何管有煽動刊物會「危害國家安全或穩定」。
79. 公會認為特別行政區政府建議將煽惑他人犯下叛國、分裂國家或顛覆實質罪行的罪行包含成爲一項煽動叛亂的罪行的做法本身沒有任何用處。
80. 公會不明白為何特別行政區政府在清楚企圖犯罪或串謀犯罪都已由《刑事罪行條例》(第 200 章)的第 VIIA 部處理和協助及教唆、慫使及促致他人犯罪都已由《刑事訴訟程序條例》(第 221 章)的第 89 條處理的時候，仍要將初步及從犯罪行為明文訂為法定罪行。
81. 一個唆使或煽惑他人犯罪或企圖犯罪的人已經在普通法下犯下一項可公訴罪行。見女皇訴 Gregory(1867)LR1 CCR77。一個人可利用威嚇或壓力，或者用說服的方式「煽惑」他人去做一件事情。見 Race Relations Board 訴 Applin [ 1973 ] 1QB 815 的第 825 頁 (Lord Denning)。
82. 慫使這詞的普通意思是「建議」或「唆使」。見 Archbold2002，第 18-21 段。

83. 在律政司的提案(1975 年第一號)案〔1975〕QB773 法庭在第 779 頁稱-  
“促致是嘗試令某事發生。你透過去令某事發生及作出適當步驟去使它發生而促致某事發生。我等認為縱使兩人間沒有串謀，縱使沒有人企圖就罪行以怎樣的形式進行達成協議或作出討論，世上有很多例子是某人可給說作促致另一人犯罪。”
84. 既然「煽惑」和「慫使及促致」間的實際差別十分微小，公會認為製造一項個別罪行不會有任何用處。
85. 即使有良好理由去將煽惑他人犯下叛國、分裂國家或顛覆的實質罪行訂立為法定罪行，公會認為該罪行應與《約翰內斯堡原則》第六原則相符，要煽惑行為和在緊接時間內發生的以暴力行為犯實質罪行的情況間有直接及立即的關係。
86. 公會亦指出「嚴重危害國家或香港特別行政區穩定」這句語是十分模稜兩可和不嚴謹的。除了對於國家穩定及香港特別行政區穩定可以有不同標準外，在不同的時間和環境也可有不同標準，因而令普通市民難以較清楚的估量究竟某種行為會否犯法。
87. 對於特別行政區政府建議將處理煽動刊物(第 4.17 段)及管有煽動刊物(第 4.18 段)入罪，公會理解到該等罪行是有限制思想自由的可能性。寫日記或將個人的想法記在紙張上及保存這些材料都會符合管有煽動刊物罪行的定義。如某人從台灣帶回一些鼓吹「台獨」有關的書籍，他可能會被控告入口煽動刊物。公會認為上述的罪行不應在此時此刻存在。
88. 再者，諮詢文件第 4.17 段建議的罪行的覆蓋面是明顯的模糊和過寬。就此而言，公會提出以下各點：
- (1) 控方看似是不用證明被告人有意圖去促使另一人犯叛國、分裂國家或顛覆的實質罪行這特定意圖。
  - (2) 罪行內的「合理懷疑」概念(也適用於第 4.18 段的管有煽動刊物罪行)是根本的有問題。將犯罪者的精神狀況的要求降低至「合理懷疑」是偏離現有法律要有關人士具有意圖的原則。這概念無可置疑的向人們施加一項責任，要人們看清楚將要刊印、登佈、出售、要約出售、分發、展示、複製、輸入或輸出的刊物的每一部份而如果不這樣做則要蒙受被控告的危險。
  - (3) 更而甚之，這種的審視涉及價值判斷而個人將會在如警方或控方客觀的

認為該判斷有錯的時候受到被控告的危險。他們或會爲了迴避上述風險而去估計警方或控方會怎樣判斷並因而成了審查者。這情況亦與現行法律有關「煽動意圖」的要求有根本性的偏離。

89. 公會亦注意到諮詢文件第 4.17 段指明的處理手段和現行的《刑事罪行條例》第 10(1)條有所分別，即諮詢文件附加了「出口」這手段。特別行政區政府應解釋爲何它要加上這手段。
90. 公會認爲諮詢文件建議立法伸展煽動叛亂罪行的域外效力至所有香港特別行政區的永久區性居民在香港以外的行動以及非香港永久性居民在香港以外進行但和香港特別行政區有某些聯繫的行動是有值得商榷的地方。公會認爲《基本法》未有明確的賦予香港特別行政區立法機關制定具有域外效力法律的權力，而香港特別行政區立法會在這方面的權力存在疑問。特別行政區政府須闡明其依賴立法伸展域外效力的憲法理據。另外，公會亦認爲建議將非中華人民共和國國籍人士在香港特別行政區以外的行爲也一併治罪，甚有可能與中華人民共和國在刑事法律的域外效力方面的國家常規有牴觸，因而導致異常甚或違憲的情況發生。

### **公會的建議**

91. 將煽惑他人犯叛國、分裂國家或顛覆罪行訂立爲特定法定罪行並稱之爲煽動叛亂罪行是沒有什麼用處的做法。有關的問題已由普通法及《刑事訴訟程序條例》充份處理。即使有好的理由去製造一個特定的法定罪行，這一罪行應符合《約翰內斯堡原則》第六原則。
92. 根本沒有良好理由支持訂立一項特定法定罪行禁止製造嚴重危害國家或香港特別行政區穩定的暴力事件或公眾騷亂。「嚴重危害國家或香港特別行政區穩定」這句語過於模稜兩可和不嚴謹，不應成爲任何實施法例的一部份。
93. 特別行政區政府應從成文法中移走所有有關煽動刊物的罪行並不應訂立類似的新罪行。
94. 特別行政區政府應自關於煽動刊物的罪行中移走所有對「合理懷疑」的提述。煽動意圖必要提述某人。將它降低至合理懷疑是偏離現有法律的要求。
95. 特別行政區政府亦應解釋爲何在建議處理煽動刊物的罪行的時候加入「出口」這處理手段。
96. 特別行政區政府應說明其立法伸展域外效力的憲法理據。

## 己. 顛覆罪

97. 諮詢文件第五章列出了香港特別行政區政府就訂立顛覆罪行的建議。此項罪行不是一項普通法下的罪行，而且公會認為叛國罪行及分裂國家罪行已涵蓋了建議罪行的大部份內容。公會亦關注建議罪行是否符合憲法及其含糊的定義。

### 特別行政區政府的建議

98. 特別行政區政府建議：
- (1) 訂立顛覆罪以確保香港特別行政區不會被利用作為支援在內地策動或針對內地的顛覆活動的基地；
  - (2) 以發動戰爭、使用武力、威脅使用武力、或其他嚴重非法手段脅迫中華人民共和國政府或推翻中華人民共和國政府或廢除憲法所確立的國家根本制度，即屬顛覆罪行。國家的根本制度包括全國人民代表大會、中央人民政府及其他國家機構；
  - (3) 把企圖犯罪、串謀、協助及教唆、慫恿及促使他人干犯顛覆罪行的作為，訂為法定罪行；
  - (4) 顛覆罪行適用於所有自願在香港特區的人，香港特別行區永久性居民的域外行為，以及按普通法原則或《刑事司法管轄權條例》規定，其行為與香港特別行政區有「關連」的所有其他人。

### 特別行政區政府的問題

#### *合憲性*

99. 中華人民共和國《憲法》第 85 條把「中央人民政府」定義為「中華人民共和國國務院」。因此，顯而易見《基本法》第二十三條要求香港特別行政區立法禁止顛覆中央人民政府(即國務院)的行為。
100. 「國家的政府」一詞有時會被廣泛定義至包括所有行政、立法及司法機構。有些國家則把「政府」一詞只狹義地定義為國家的行政機關。
101. 在 1954 年前，中華人民共和國採納「政府」一詞的廣泛定義，包括國家的所有機關。但在 1954 年所頒布的憲法下，「政府」一詞被重新定義而限指中華人民共和國的行政機關。中央人民政府亦得到定義，國務院是最高國家權

力機關的執行機關，是最高國家行政機關。

102. 諮詢文件中建議訂明：

- (1) 脅迫中華人民共和國政府；或
- (2) 推翻中華人民共和國政府或廢除憲法所確立的國家根本制度；屬顛覆罪行。

103. 政府的建議遠遠超越了《基本法》第二十三條的要求，顯然並無此必要。

#### *特別行政區政府建議的其他問題*

104. 政治罪行的界定必須狹窄和清晰，以免削弱或侵害由《基本法》所保障、作為香港成功支柱的基本權利和自由。

105. 顛覆罪的定義含糊。香港法律從來沒有「脅迫中華人民共和國政府」和「推翻國家根本制度」的概念。諮詢文件沒有對這些概念給予定義。在特別行政區政府建議下，用「威脅使用武力」的手段威脅（恐嚇）政府，即屬犯罪。

106. 顛覆的本質是用武力和或暴力推翻政府，顛覆罪理應按此理解界定和限定。

107. 公會接受隨著科技迅速發展，對國家安全和穩定的嚴重威脅可能來自採取非暴力手段，例如電子破壞等非法行為。如果政府認為有需要禁制對國家安全和穩定「引起明顯和即時危險」的電子破壞行為，有關的被禁制行為和適用範圍必須明確界定和限定。「廢除憲法所確立的國家根本制度」概念含糊、籠統，其範圍超出了正當關注的範疇。

108. 被禁止的行為包括「發動戰爭」、「威脅使用武力」及「其他嚴重非法手段」，這些同樣是廣泛、不明確的概念。

109. 建議中的「發動戰爭」並不局限於國際法所指的戰爭或國家內部武裝衝突，而是涵蓋「任何由相當數目的人，為某一般公共目的而發動的可預見暴亂或暴動。干犯者不一定要作出軍事部署或配備軍事武裝」（見第 8 頁注釋 17）。由此可見，暴亂或嚴重社會騷亂，均有可能被界定為「戰爭」。

110. 建議禁止威脅使用武力，但沒有同時要求「威脅必須真實和即時」。

111. 「非法手段」被定義為違反法例及現行刑事法例已禁止的手段，是指第 3.7 段表列的行為。現行的刑事法例已禁止了此等行為中的絕大部份行為，有些

還牽涉非常嚴重的刑罰。將這些刑事行為定為能構成另一嚴重刑事罪行，儘管構成政治性罪行，實很難理解還能為社會或國家提供什麼額外保障。最後三類行為的範圍亦不明確。

112. 另一方面，建議罪行明顯地可能危害發表意見、集會及遊行的自由。例如向某特別行政區政府網站發出大量電子郵件以示抗議(其或被視為嚴重擾亂電子系統)，或大量及重複地打出網絡電話干擾長途電話系統以反對國有電訊公司大幅加價，或郵務人員或醫療工作者發起工業行動(其或被視為嚴重擾亂基要服務)，這些行為均有可能被界定為「非法手段」，並在當手段構成「廢除國家根本制度」的時候觸犯顛覆罪行。
113. 雖然政府表明「示威、集會等自由」「應在條文中受到足夠及有效的保障」(見諮詢文件第 24 頁第 47 注釋迴指第 3.7 段)，但在諮詢文件中並無解釋此「保障」為何。
114. 建議並無要求犯罪行為(發動戰爭、使用武力等)和後果(推翻中國政府或廢除國家根本制度等)之間須有任何因果關係。如果有人在香港維多利亞公園公開聲言台灣應加強軍事力量解放大陸，即使其威脅顯然對政府穩定性和安全沒有影響，也可能會被定罪。這是原則上錯誤的。
115. 顛覆罪行是一項嚴重罪行，因此應限於那些對中央人民政府的穩定和安全構成明顯而即時危險的行為。
116. 特別行政區政府制訂顛覆罪行(及分裂國家罪行)，旨在確保香港特區不會被利用作為支援國內策動或針對內地的顛覆活動基地。這個立法理由令人感到驚怕。
117. 重要的是要確保那些在香港屬於合法但在國內未必合法或獲接受的活動不會因顛覆罪行而受不正當的禁止或壓制。試想像一個內地組織以在內地刑法下被視為非法的手段倡議中國政府的和平改變，而一位香港特別行政區永久性居民在香港向其提供道義上的支持及財政上的資助，後者會否因串謀香港以外地方的人士以「嚴重非法手段」「脅迫中華人民共和國政府」觸犯顛覆的罪行而被定罪?或此人會否因提供財政資助而被控以協助及教唆他人觸犯顛覆罪行?
118. 或許，若該內地組織因其活動於《中華人民共和國刑法》下被視為非法而被中國政府以國家安全為理由禁制，即使其活動於香港法律制度下被視為合法，此香港特別行政區永久性居民仍可能會因與該組織有聯繫而犯罪。此為

反對禁制組織建議的另一原因。

119. 當局不應以顛覆罪行或其相關的初步或從犯罪行為手段，壓制和平倡議改變中央政府的活動或使用內地憲法所容許的和平方式支援該等活動。即使某團體在內地被宣布為非法組織，或該團體的活動在內地刑法下被視為非法，該團體仍然有權從事上述活動。

### 公會的建議

120. 當局應摒棄「脅迫中華人民共和國政府」此一概念。「廢除」「國家根本制度」的行為應限指具推翻中央人民政府的意圖而作出並會對中央人民政府的穩定和安全構成明顯而即時危險的行為。
121. 「其他嚴重非法手段」一概念過於含糊。當局應把它刪除或者將它定義至只適用於對國家的穩定和安全構成明顯及即時危險，但在現有刑事法律不構成罪行的暴力或武裝行為。
122. 當局應清楚表明會採取甚麼「足夠及有效的保障」及怎樣保障《基本法》所保證的權利。
123. 「發動戰爭」一概念應限指戰爭狀態。
124. 條文應清楚列明「威脅使用武力」必須是真實和即時的威脅，才可構成顛覆罪行。
125. 受禁制的犯罪行為及其後果應有明確的因果關係。除非該人士的行為會對中央人民政府的穩定和安全構成明顯和即時危險，否則不應因觸犯顛覆罪行而被入罪。控方於作出檢控時必須證實有關行為存在著明顯而即時危險。
126. 任何不涉上述使用或威脅使用武力的方式倡議改變中國政府或香港特別行政區政府的行動均不應被視作顛覆。
127. 任何人士不應只因與被中央人民政府以國家安全為由而禁制的內地組織有聯繫，而根據顛覆罪或其相關的初步或從犯罪行被定罪。

### **庚. 竊取國家機密**

128. 就竊取國家機密立法的基本原則應符合《公民權利和政治權利國際公約》



及《約翰內斯堡原則》的所有原則。特別是：

- (1) 原則 1.1 尤其規定任何對尋求、獲取及引進資料自由的限制不能模稜兩可，必須清晰並狹義地制定，準確而能讓每個人可預見甚麼行為是非法的。
- (2) 原則 13 規定公眾知情權必須是獲取資料權的首要考慮因素。
- (3) 原則 15 規定如果任何人披露資料而
  - (a) 有關披露並不構成實在的損害，亦不構成損害一項合理的國家安全利益；或
  - (b) 公眾知情權凌駕因披露有關資料而招致的危害，則他不應因披露資料而以國家安全為理由受懲罰。

### **特別行政區政府的建議**

129. 諮詢文件承認目前國家機密受《官方機密條例》(第 521 章) 保護(第 6.1 段)，亦表明政府認為「現有《官方機密條例》(第 521 章)的條文，已經在建立開放政府和保護國家安全的需要之間，作出了恰當及精確的平衡」(第 6.14 段)。

130. 然而，諮詢文件繼續說明「第 23 條不應被理解為國家機密以外的資料不需要受保護」，因此建議「改善」現行條例(第 6.14 段)。政府尤其建議保留現行《官方機密條例》的指定條款，特別指明就竊取國家機密的保護對象：

- (1) 就諜報活動而言，包括那些可能會對敵人有用的資料，而有關資料是為損害中華人民共和國或香港特別行政區的安全或利益而取得或披露的；
- (2) 就非法披露而言，以下類別的資料：
  - (a) 保安及情報資料；
  - (b) 防務資料；
  - (c) 有關國際關係的資料；
  - (d) 有關中華人民共和國與香港特別行政區之間關係的資料；以及
  - (e) 有關犯罪及刑事調查的資料。

131. 這意味著要履行《基本法》第二十三條所規定保護國家機密的責任，諮詢文件中所列的建議並不一定需要。公會希望政府能確認公會以上對諮詢文件第 6.14 段的理解。如政府認為部份建議是履行第二十三條所必要的，應精確地指出有關建議。

### **特別行政區政府建議的問題**

### 香港特別行政區或香港特別行政區政府不可能是「國家」

132. 諮詢文件假設香港特別行政區政府是「國家」。《基本法》沒有一處作此憲法假設。公會再一次指出將香港特別行政區或香港特別行政區政府等同「國家」是憲法上的謬誤及將香港特別行政區和中華人民共和國其他地區有所區分的地方蒙蔽起來。香港可以中華人民共和國特別行政區的地位分享國家機密但它不能在豁除中華人民共和國其他部份以外擁有國家機密。
133. 現有《官方機密條例》(第 521 條)下「國家」的定義是一功能性定義，只限用於該條例，並且沒有將香港特別行政區政府等同於中央人民政府。在該條例下，「國家」被定義為包括「一個國家的政府及其政府的任何機構」。以中央人民政府的一個「機構」來描述香港特區政府似乎比將其形容為另一個中央政府更為恰當。

### 與內地的關係

134. 諮詢文件第 6.18 段說明香港特區政府及中央之間的關係需要受保護。其理論根據是 1997 年主權回歸前香港及中央當局之間的關係已經以「國際關係」的名義受保護，見《官方機密條例》第 12(1)條。
135. 在第 12(1)條下就「國際關係」的保障可分為兩個層面。第一，保障涵蓋了任何一個國家和聯合王國之間的關係。第二，其涵蓋了香港與聯合王國之間的關係及香港的對外關係。聯合王國對香港的對外關係有憲法上的責任。
136. 公會明白政府可辯解香港及中央之間的某類關係(如防務)，及《基本法》第七章所准許的香港及世界各國的對外關係確實需受保護，但公會無法理解政府就建議保障所提出的理據。
137. 在當局於 1997 年草擬《官方機密條例》時的憲法安排與現今的一套完全不同。香港那時是一個英皇殖民地，由代表英女皇的總督管治，其並不屬聯合王國的一部份，而是該國的屬土。聯合王國只負責其與世界各國的關係，當時包括中國內地。
138. 《基本法》第一條列明香港是中華人民共和國「不可分離的部份」。保障中國及香港關係的憲法必須基於《基本法》第二章。與聯合王國就管治屬土的憲法安排相比較是完全不恰當的。

139. 公會促請政府重新考慮就保障香港及中華人民共和國中央之間關係所提出的理據，並在如有原因時，提出其他解釋該保障的原因。

#### *未獲授權者披露資料*

140. 諮詢文件第 6.22 段建議將未經授權而直接或間接取得資料，作出具損害性的披露定罪。政府以「漏洞」、「應予堵塞」等詞描述該建議。
141. 建議的問題在於當管有受保護資料而負有保護機密責任的公務人員或人士違反責任披露該資料，而出版該資料的第三者不一定負有保密責任的時候，將傳播資料的行為入罪。
142. 《官方機密條例》第三部份之下的數項刑事條例建基於因過往或現在受僱身份所連帶的保密責任。如過往或現在沒有僱傭關係，保密責任亦不存在。
143. 公會認為在私法上的保密責任並不一定存在的情況下將刑事責任加諸於披露資料的行為上，原則上實為不妥。將問題視為技術上的問題亦是不對。
144. 民事法律已足以為政府提供防止第三者披露資料的保障。如第三者將一位公務員不合法地傳達的資料發佈，在普通法下，保密責任在於管有該資料而知道其是機密的一方身上。該保密責任並非絕對。法院拒絕維護假裝履行保密責任的人士。請見 A-G 訴 Guardian Newspapers (No.2) [1990] 1 A.C. 109 Lord Griffiths 268B-269D 的法律提要。
145. 《1989 年官方機密法令》的草擬人員定必非常熟悉第三者發佈國家機密一事，但當時未有採取措施將此舉入罪。公會亦可假設所有曾於立法會參與討論《官方機密條例草案》的人士定必知道 1989 法令的立法歷史。此後，當局再沒有意圖擴闊法例所涵蓋的範圍。
146. 鑑於現行的民事法例已能當補救措施，《官方機密條例》又具以上的立法背景，公會促請政府解釋現時有何必要採取建議措施。
147. 政府於諮詢文件中力爭改變於《官方機密條例》(第 521 章)第 18(2)條下「公務人員或政府承辦商」的定義(見第 6.24 段)。其主張將定義改為「現任和前任的公務人員或政府承辦商」。政府將之與該條例下涵蓋了前任公務人員或政府承辦商的第 14 至 17 條比較。此改變建議被描述為「技術修訂」及堵塞「漏洞」。諮詢文件還借一位蘇格蘭法官在 1989 年審訊一宗案件時所作的評論間接支持建議。

148. 建議一經實施，其效力是任何人士如披露有關保安及情報、防務及國際關係的資料，而該資料是從現任或前任的公務人員或政府承辦商所獲得的，即觸犯刑事罪行。現任或前任的公務人員或政府承辦商背負保護機密的法定終身責任。
149. 公會不能接受此改革為技術修訂。
150. 在普通法下，公務人員或政府承辦商依其受聘合約的年期負上保密責任。根據衡平法，在特殊情況下，如情報人員，該責任由平衡法變為終身責任。違者或需就損害負上民事責任。由於這制裁未必足以起阻嚇作用，第 13 至 17 條增添了刑事制裁。
151. 當公務人員辭去公職或當政府承辦商已完成其服務，其民事保密責任可能或未必可能與其於第 13 至 17 條所載的法律責任一同撤銷。現行的第 18(2) 條只有在現任的公務人員或政府承辦商披露資料時，才會使第三者負上刑事責任。
152. 在第 18(1)條下，只有披露是在第(2)款所述的情況下發生時，第三者才會被檢控。情況包括公務人員或政府承辦商按某些條款將資料託付第三者「而該等條款規定它須在機密情況下持有。」
153. 這強烈顯示條款只適用於現任公務人員或政府或政府承辦商。很難理解一位已辭退公務或已無需背負私人保密法律責任的人士如何能夠要求他人在機密情況下持有資料。同樣地，條款亦提及第三者沒有前任公務人員或政府承辦商所持的合法權限披露消息，一位前任公務人員或政府承辦商亦難以有權准許第三者披露政府服務託付給他的資料。
154. 公會認為條例是經審慎地訂定為只涵蓋現任公務人員及政府承辦商的，而完全不是「漏洞」。聯合王國政府在 1988 年發表了白皮書，內容詳細，是就 *Spycatcher*(間諜捕快)一案而寫的，此案關係到條例第 13 至 18 條所提及的。請見 律政司 訴 Guardian Newspapers No.2 [1990] 1 A.C. 109，其涵蓋了於 1987 年 12 月至 1988 年 10 月期間的訴訟；及 女皇 訴 Shayler [2002] 2 All ER 447，其對 1988 白皮書進行檢討。
155. 很難想像法律草擬人員於起草條例時預見不到前任公務人員或政府承辦商向第三者披露消息，而第三者再向他人披露該消息這潛在問題。此政策是將在這情況下的消息披露交由政府在民事法庭針對第三者尋求可得到的私人法律補救措施。

156. 當然，如真有漏洞，《1989年官方機密法令》當已遭修改而提供補救，但當局從未作出修訂。再者，當《官方機密條例草案》在草擬階段或當其於立法會發表時，政府應已發覺此漏洞。
157. 公會認為諮詢文件第6.24段提到的 Lord Advocate 訴 The Scotsman [1990] 1 A.C. 812 一案並不能支持條例第18(2)條草擬草率，因而造成「漏洞」這論點。該案件關乎一位前任英皇僱員所負的保密責任。由於當時法令仍未生效，Jauncey 勳爵就《1989年官方機密法令》第5條所作的評語只屬順帶一提。Jauncey 勳爵認為雖然「條文文字隱晦模糊」，並且儘管法令的條文模式看來是說明此人士披露任何資料將構成法定罪行，但若資料是由第三者披露，有關披露必須具損害性才足以構成法定罪行，仍作出了第5條適用於前任及現任保安部門成員的假設 [第830B頁]。
158. 公會促請政府複查《1989年官方機密法令》及《官方機密條例》的立法歷史，再評論第18(2)條下的限制是經審慎訂定並表達立法意圖，還是草擬過程中的無心之失。

#### *特工及線人*

159. 諮詢文件第6.25段建議修訂第12(2)條下承辦商的定義，把向警方提供資料的特工及線人包括在內。
160. 在條例這部份的法定保密責任建基於服務合約所附帶的保密責任。政府在諮詢文件中也承認很多線人是不收報酬而工作的。
161. 將沒有工作合約的特工及線人視為依服務合約工作看來很奇怪。以這構想作為刑事責任的基礎實無法接受。如沒收報酬的特工或線人取得了不應因公眾利益而披露的資料，政府應以其他原則而非以「視為」所構成的條文使他們負刑事責任。

#### *以公眾利益為由抗辯*

162. 諮詢文件建議對官方資訊的流通增加新的及進一步的限制。這些建議準備經修訂刑事法律而實施。這情況令人必會考慮一個被控一項關乎披露的控罪的人士會否有一個基於公眾利益的抗辯理由。
163. 成文法或普通法都沒有這樣的抗辯理由。發表自由的憲法權利也未必提供這樣的抗辯理由。本年三月份裁定的一件名叫 Shayler 的案件便確認了上述

論點。英國上議院在此案裁斷一名前情報人員享有，受歐洲人權公約保障的發表自由不能凌駕於《1989 年官方機密法令》中一條禁止未獲授權披露相關資料的條文之上。上議院反而注重將有關資料披露給合法機關（如律政司、刑事檢控專員、首相及其他閣員及警方）的重要性，以及就有權授權當局拒絕授權給第三者披露的決定的司法覆核的重要性。

164. 諮詢文件沒有就此話題加以討論令人有點可惜。Shayler 案關乎前情報人員的披露，不直接適用諮詢文件提議對官方資料流通的新加及進一步的限制。Shayler 案的基本前提為在民主政府制度下的公民可申請獲合法授權披露政府的不當行為，但這前題在一國兩制制度下的香港並不適用。是內地政府機構既沒有能授予合法披露權力的機關，本地法院亦無權要中央人民政府這樣做。再者，Shayler 案的裁決亦不適用於特別行政區政府自行立法的情況。特別行政區政府可自行加入為公眾利益而作披露的抗辯理由及有關披露是要去揭露非法或不符合憲法的不當做的抗辯理由。

### 公會的建議

165. 除非特別行政區政府能證明諮詢文件中的建議是為了依《基本法》第二十三條保障國家機密所必需的，它只需就《官方機密條例》作一次詳細的檢討，使條文符合《約翰內斯堡原則》的第 2、6、12、15、16 及 17 原則便可滿足在此方面有關立法的要求。
166. 公會不支持特別行政區政府在諮詢文件建議對《官方機密條例》的改動。
167. 特別行政區政府應放棄要保護關乎中華人民共和國中央和香港特別行政區關係的資料的建議或是應清晰的訂明那些受保護的資料只包含那些其披露會引致對國家安全具即時威脅的資料。
168. 任何「受保護資料」的定義應豁除那些公眾已可自由取得的資料。
169. 特別行政區政府應放棄將以未獲授權而取得的受保護資料作未經授權及具損害性披露的行為入罪的建議。
170. 特別行政區政府應放棄那目標為前公務人員及政府承辦商的所謂技術性修訂及重新考慮那些不收酬勞的特工和線人遵守保密責任的建議的法律理據。
171. 特別行政區政府應制訂保護報刊報導的保障設施，及應表明它認為公眾利

益抗辯理由是否必須和可取。

## 辛. 外國政治性組織

### 特別行政區政府的建議

172. 特別行政區政府建議將組織或支援被禁制組織的活動，或管理或身為該等組織的幹事，列為罪行。根據《公民權利和政治權利國際公約》，任何與被禁制組織有聯繫的組織，必要時亦可能被視為非法組織(第 7.14 段)。
173. 諮詢文件建議禁制危害國家安全的組織，但只限於根據《公民權利和政治權利國際公約》在維護國家安全、公共安全及公共秩序時所必需，及只在以下其中一種情況下行使：
- (1) 該組織的目的或其中一個目的，是從事任何干犯叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆或間諜的行為；或
  - (2) 該組織已作出，或正企圖作出任何干犯叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆或間諜的行為；或
  - (3) 該組織從屬於某個被中央機關根據國家法律，以危害國家安全為理由，取締的內地組織(第 7.15 段)。
174. 儘管特別行政區政府承認現行《社團條例》的條文，尤其是界定「外國政治性組織」及「聯繫」的條文，在禁止外國政治性組織參與香港特別行政區的政治事務方面已經足夠，諮詢文件仍繼續表示「為達到保護國家安全的目的」，有需要另立條文，以防止外國政治性組織在香港特別行政區從事政治活動，或與本地政治性組織建立有損「國家安全或統一」的聯繫。見第 7.11 及 7.12 段。

### 特別行政區政府建議的問題

#### 緒言

175. 公會認為，《社團條例》的現行機制已足以維護香港特別行政區防止在港的外國政治性組織從事可能有損國家安全的活動。特別行政區政府未有提出充份理據解釋新增法例的必要。
176. 《社團條例》第 5D(1)(a)及(b)條列明：

「社團事務主任在諮詢保安局局長後，可取消任何社團或分支機構的註冊或註冊豁免—

- (a) 如他合理地相信，取消該社團或該分支機構的註冊或註冊豁免，是維護國家安全或公共安全、公共秩序或保護他人的權利和自由所需要者；或
- (b) 如該社團或該分支機構是政治性團體，並與外國政治性組織或台灣政治性組織有聯繫。」

177. 《社團條例》第 8(1)(a)及(b)條亦列明：

「如：

- (a) 社團事務主任合理地相信禁止任何社團或分支機構的運作或繼續運作，是維護國家安全或公共安全、公共秩序或保護他人的權利和自由所需要者；或
- (b) 該社團或該分支機構是政治性團體，並與外國政治性組織或台灣政治性組織有聯繫

社團事務主任可建議保安局局長作出命令，禁止該社團或該分支機構運作或繼續運作。」

178. 《基本法》第二十三條要求香港特別行政區立法禁止其當中所禁制的行爲，並禁止外國政治性組織在港進行政治性活動，及禁止香港特別行政區的政治性組織或團體與外國政治性組織或團體建立聯繫。因此，第二十三條所針對的是行爲及活動，而非該等組織本身的存在。不過，諮詢文件並沒有就外國政治性組織的行爲及其存在作任何區別。公會認為政府應區別組織的「政治性活動」及其「非政治性活動」，而因應《基本法》第二十三條的要求，只有前者應該禁止。外國政治性組織的「非政治性活動」應不受法例監管。

179. 諮詢文件的另一問題是其未有對「國家安全」或「統一」的概念作充分界定，引致很多疑問。除非及直至公眾知悉何謂「國家安全」，否則可以預期大部份人（尤其因工作需要而有可能與外國政治性組織接觸的人士，如記者及新聞從業員）會試圖對他們擔心將來可能成為被禁制的外國政治性組織的團體顯得小心翼翼，並盡量減少與該等組織的接觸。這會對香港特區居民一直享有的自由，如言論自由、發表自由及資訊自由造成直接的反效果。

180. 公會覺得將「組織或支援被禁制組織的活動」列為罪行的建議過於廣泛。如「支援」的概念包括「身為被禁制組織的成員；向被禁制組織提供經濟援助、其他財產或協助；執行被禁制組織的政策和指示等」，則可能作為被



禁制組織的「無損害性」的普通會員，或對該組織提供一點損獻等瑣碎及不涉責任的行為，也被視為「支援」。

### 禁制機制

181. 一般而言，公會認為整個禁制機制過份將權力集中在政府行政分支的一個人身上，即保安局局長。對於組織（其定義不限於外國政治性組織，也不必需要有組織架構）被此單一個體禁制的情況，諮詢文件並無提供足夠的「牽制與平衡」制度。《社團條例》的條文已足以防止外國政治性組織參與香港特別行政區的政治事務。到底是否有必要再進一步給予並擴大政府行政機關官員禁制組織的權力呢？
182. 公會覺得禁止從屬於某個被中央機關以危害國家安全為由取締的內地組織的本港從屬組織的概念，完全超逾《基本法》第二十三條的範圍。《基本法》第二十三條明確要求特別行政區政府立法禁止其當中提及要禁制的行為，但沒有授權特別行政區政府禁制與內地組織有從屬關係的本地組織。內地組織並不同外國政治性組織。《基本法》第二十三條的條文亦沒有涵蓋從屬於內地組織的本地組織。
183. 公會又認為，要禁制從屬於某一被中央機關禁制的內地組織的本地組織，實與「一國兩制」的概念背道而馳。特別行政區政府應有權自行決定哪些組織可能對「國家安全」構成威脅，而非由中央人民政府代表特區決定。如特別行政區政府被認為有能力在其他範疇如叛國、顛覆及分裂國家等界定何謂對國家的威脅，為何特別行政區政府在此一特別範圍應「遵從」中央人民政府的決定？
184. 明顯地中央機關所理解及實行的「國家安全」概念，與特別行政區政府的認知及國際標準大相逕庭。最近一名研究愛滋病的積極分子遭中央人民政府監禁便是個好例子。再者，若將來內地機關以國家安全為由禁制如法輪功等組織，並且通知香港特別行政區，謂有一香港特別行政區的法輪功組織是這內地組織的分部和從屬組織，且已對國家安全造成威脅的時候，期望保安局局長會稱那香港特別行政區團體不應在港被禁制簡直是天方夜譚。
185. 因此，公會認為諮詢文件第 7.16 段所列的「雙層」測試只是一個象徵式的保障。實際上，保安局局長極不可能因拒絕禁制某一與已被內地當局禁制的內地組織有從屬關係的本地組織，而觸怒中央機關。
186. 當根據諮詢文件第 7.15 及 7.16 段的建議的法律把兩制下不同的「國家安全」

觀念不再分隔開的時候，第 7.18 段建議的上訴機制不會帶來補救，因為獨立審裁體或法庭一定要引用既有的法律而不能改正作為其權力來源的法律的弊端。

## 公會的建議

187. 《社團條例》的監管制度是足以符合《基本法》第二十三條要求香港特別行政區立法禁止外國政治性團體或組織在香港特別行政區從事政治性活動的部份。特別行政區政府應全數放棄諮詢文件中有關禁制組織的建議。它們全都是明顯的超越了《基本法》第二十三條的範圍。

## 壬. 調查權力、程序及其他事項

### 特別行政區政府的建議

#### *調查權力*

188. 諮詢文件第 8 章第 II 部份的建議，是保留《刑事罪行條例》（第 200 章）第 8 及 14 條（搜查及檢取與煽惑離叛有關的物品和煽動性刊物）及《官方機密條例》（第 521 章）第 11 條（搜查和檢取有關間諜罪行）的現有關於搜查和檢取權力。

189. 此等權力的行使權需經法官（《刑事罪行條例》第 8 條）、警務人員（《刑事罪行條例》第 14 條）及裁判官（《官方機密條例》第 11(1)條）授予。除在「非常緊急」的情況下，如關乎國家（中華人民共和國及／或香港）利益等必須立即採取行動的情形下，則可在一名警司級的警務人員授權下行使此等權利。

190. 第 8 章第 III 部份建議擴大此等權力。當中建議有需要就一些為實施《基本法》第二十三條而制訂的罪行授予警方緊急進入、搜查及檢取的權力，即警司在調查時，如有合理理由相信有人正進行或已觸犯有關罪行；必須立即採取行動防止證據流失；及有關罪行的調查會受到嚴重損害，便可行使該權力。

191. 附件一列出某些為實施《基本法》二十三條而制訂的罪行。譬如處理煽動性刊物和支援被禁制組織等，亦有可能啟動此等特別權力。納入前者的理由是該罪行可能導致更嚴重的叛國、分裂國家及顛覆罪行；納入後者則因為

該罪行會對國家安全及領土完整構成潛在威脅。

192. 諮詢文件建議，針對某些個別為實施第二十三條而制訂罪行，在「特別緊急」的情況下，制訂特別的財務調查權力（第 8.6 段）。
193. 諮詢文件第 8.7 段建議在《有組織及嚴重罪行條例》（第 455 章）的附表一中加入某些個別的為實施第二十三條而制訂的罪行，目的是使條例第 2 條對「有組織罪行」的定義適用有關罪行，以便警務人員及法庭行使條例所賦予的加強權力。

#### *提出檢控的時限*

194. 特別行政區政府建議廢除現有提起檢控叛國罪行或煽動罪行的時限規定（第 9.5 段）。

### **特別行政區政府建議的問題**

#### *調查權力*

195. 在沒有搜查令的情況下，進入及搜查私人處所的權力現只限於調查《官方機密條例》列明的最嚴重罪行的時候。此權力的模本是《1911 年官方機密法令》。
196. 諮詢文件指出，普通法賦予權力，令人有權為制止罪案發生，可在沒有搜查令的情況下進入私人處所等，但普通法並無在調查罪案方面賦予同等權力。這對「*調查第二十三條下較嚴重的罪行來說，很可能是一大弱點。*」（第 8.4 段）。
197. 公會相信任何關乎進入及搜查權力的討論應以《基本法》第二十九條為起點。第二十九條列明：*香港居民的住宅和其他房屋不受侵犯。禁止任意或非法搜查、侵入居民的住宅和其他房屋。*<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> 相關條款亦可見於《公民權利和政治權利國際公約》第 17 條，其也透過《基本法》第 39 條而適用於香港。普通法制度下的法學家在非憲法的層次上就搜查及檢取的意見，可見 Browne-Wilkinson 爵士(現為勳爵)對 *Marcel 訴 Commissioner of Police [1992] 1 All ER 72 at 86* 的評論：個人的基本財產和私隱人權應不受國家干擾，在法定權力下的搜查及檢取會對此種豁免權構成侵害。 (“*Search and seizure under statutory powers constitute fundamental infringements of the individual’s immunity from interference by the state with his property and privacy-fundamental human rights.*”)

198. 特別行政區政府應負上舉證責任，證明必須（而非因為有需要或方便）要有在沒有搜查令的情況下進入、搜查及檢取私人處所的權力。
199. 含糊不清的建議、附件一中某些貧乏牽強的理由，而建議權力又與源自特別英國法令<sup>5</sup>，關於特殊罪行（《官方機密條例》第 11(2)條）的特別權力有關連，加上諮詢文件缺乏對上述基本憲法原則的認知的種種情況，足以證明諮詢文件甚至未能列舉一個表面上有點說服力的理據以支持其建議要賦予的進入、搜查及檢取的特別權力。
200. 諮詢文件第 8.6 段建議的特別財務調查權力會引致在普通法下享有保密權的財務資料，將因一個行政決定而必須向警方披露。
201. 附件一包含一些「特選」罪行的資料。特別權力可適用於懷疑顛覆或懷疑分裂國家的案件。理由是顛覆罪行嚴重威脅國家安全及穩定；而分裂國家罪則對國家領土完整構成威脅。
202. 分裂國家或顛覆罪行實際上是否可能構成該等威脅取決於草擬實質罪行的鬆緊準繩。如以「其他嚴重非法手段」（第 3.6 段）可引致分裂國家的威脅，該威脅的規模則視乎所使用的手法或準備採取的計劃而定，並取決於何謂「其他嚴重非法手段」（見上文第 198 段和附件一所提出的「貧乏的」理由）。
203. 公會覺得諮詢文件並無對此項建議作充分的解釋。建議與另一條《基本法》權利有所衝突（第 30 條：通訊自由及通訊秘密）。因此，特別行政區政府必須對此項權力的應用詳加說明，並闡明當中有關防止權力被政府部門濫用的條文。<sup>6</sup>

### *提起檢控的時限*

204. 公會不能容忍政府根據一個人在 20 或 30 年前所說過的話或所做過的事，當其言行對國家已再沒威脅而控以叛國或煽動叛亂罪。此等檢控可被視為政治迫害。
205. 公會反對廢除檢控煽動叛亂及叛國罪的時限規定（第 9.5 段）。諮詢文件正

---

<sup>5</sup> 《官方機密法令 1911》由英國戰爭大臣以不真誠的方式引入國會，為一反間諜策略，而非針對影響官方資料在國內散佈的措施。如是後者，法令應由內政大臣負責。值得注意的是此議案從引入至通過，只花了短短一個下午的時間。

<sup>6</sup> 例如，其中一項防止濫用的條文，可以是要求所有「緊急」進入、搜查、檢取和財務調查需在 24 小時內由一名法官覆核及確認。

確地指出法例很少訂明檢控公訴罪行的法定時限。因此這些時限規定只為普通法的例外情況而設。此例外情況的確立必然有良好理由支持。

206. 公會認為時限規定確認了煽動叛亂和叛國歸根究底為政治罪行<sup>7</sup>的明顯事實，而只有能證明其對國家即時構成嚴重威脅時，才可例外的確立控罪。

## 公會的建議

### *調查權力*

207. 特別行政區政府應放棄所有增加執法機關現有已十分足夠的調查權的建議。

### *程序及其他事項*

208. 所有為實施《基本法》第二十三條而制訂的罪行應在 6 個月內提起檢控。《基本法》第二十三條不應是迫害的工具。公會就此問題依據最近的一件英國樞密院案例。這名叫 Dyer 訴 Watson 及另一人案[2002] 3 WLR 1488 的裁決肯定了被告人有權要針對他的檢控盡速進行。
209. 應保留先取得律政司司長同意才可提出檢控為實施《基本法》第二十三條的罪行（第 9.6 段），並不應將這權力轉授他人。
210. 基於界定實施第二十三條而制訂的罪行的首要目的，似是維護政府和國家利益，公會深信此為一個強而有力的理由，要求給被控此等罪行的人士有由陪審團審訊其案件的權利。
211. 特別行政區政府應澄清諮詢文件第 9.8 至 9.9 段提述的罰則，在與附件二一併閱讀時，都是指最高刑罰而非強制性的判罰。

## **癸· 實施第二十三條的立法的地域及個人適用問題**

### 立法權限

212. 條例是經由立法會依循《基本法》第 73(1)條制訂。這權力的行使是有限制

---

<sup>7</sup> 叛國罪行的政治性性質早於 17 世紀已被確認。見 John Harington; Epigrams (1618) 「叛國永不會成功，為甚麼？／因為如果成功，沒有人敢稱之為叛國。」（‘*Treason doth never prosper, what’s the reason? / For if it prosper, none dare call it treason.*’）

的。該條要法律「根據本法規定並依照法定程序」制定。《基本法》第二條亦授權香港特別行政區「依照本法的規定」享有立法權。第十一條也禁止立法會訂立同《基本法》相牴觸的法律。

213. 《基本法》沒有明文授予香港特別行政區制訂具域外效力的法律的權限。任何這種類的權力須自《基本法》中引申，並無論如何受行使該權力時的相關情況所限制。
214. 舉例說，《基本法》第二章關乎中央和特別行政區的關係。《基本法》第 18(2) 條限制和訂明全國性法律如何在港適用。除了在附件三中列出的全國性法律外，其他內地法律不在港適用。這條文或有一憲法後果，指香港特別行政區法律不得根據《基本法》在內地適用。
215. 特別行政區政府須指出它聲稱《基本法》哪一條條文授予香港特別行政區制訂具域外效力法律的權力及該權力有何限制。

### **域外適用**

216. 假設特別行政區立法機關有制訂具域外效力的法律的權力時，公會擔心特別行政區會以不符合《基本法》隱含的限制的方式行使該權力。
217. 其中一個《基本法》可能隱含的限制是制訂具域外效力法律的權力是不應以與中華人民共和國在制訂覆蓋的範疇與《基本法》第二十三條的範疇相類似及具域外效力的法律時採用的國家常規不符的方式運用的。
218. 若某一外國人可在香港被以一條為實施《基本法》第二十三條而訂立的刑事罪行而受香港刑事法律管制但就同樣行為不受中華人民共和國刑事法律管制，這將是一件異常甚至是違憲的事情。
219. 《基本法》第二十三條指明須禁止的行為在中華人民共和國是由《中華人民共和國刑法》處理。《刑法》第 8 條訂明外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國國家或者公民犯罪而最低刑為三年以上徒刑的，可以適用《刑法》，但是按照犯罪地法律不受處罰的除外。
220. 一個擁有外國國籍的香港特別行政區永久性居民或者會積極支持其國家對中華人民共和國發動戰爭。他的法律責任可能就是要他這樣做。他這種行徑不會構成違反中華人民共和國的法律因這行徑是合乎他的國家的法律。然而，若諮詢文件的建議得以實施，該人便觸犯香港特別行政區法律中的

叛國罪。

221. 特別行政區政府應澄清它建議為實施《基本法》第二十三條而制訂的法律的域外應用是否和相類似的中華人民共和國法律的域外效力相符。如有不相符的情況，特別行政區政府須點明不同之處及解釋它們的憲制依據。

### 對個人的適用

222. 《基本法》第二十三條提述的行為在中華人民共和國是由《中華人民共和國刑法》第 102 條至 113 條予以禁止。
223. 《中華人民共和國刑法》第 102 條覆蓋叛國行為(勾結外國危害主權)。中華人民共和國的學者認為只有中華人民共和國公民可以犯下此等罪行(高銘暄、趙秉志，中國刑法，北京大學出版社，1998 年，第 258-259 頁)。
224. 《中華人民共和國刑法》第 112 條是另一覆蓋類似叛國行為的控罪(戰時供給敵人武器，彈藥)。上述兩位學者均認為只有中華人民共和國公民可以以主犯身份犯下此罪行而非中華人民共和國公民只會以從犯身份負上責任。
225. 特別行政區政府應澄清它是否同意上述觀點。若它同意，便須指出它依據哪一憲法原則來制訂一些比類似內地法律適用於更多人的實施《基本法》第二十三條法律，及為何它要建議這樣做。

## 子. 第二十三條與移交逃犯

226. 在一般引渡逃犯的框架下，批准移交逃犯前要符合的其中一個條件是要滿足雙重罪責的準則，即是提出要求引渡國家指控的刑事行為，若在被要求引渡國家發生的時候，都會構成被要求引渡國家法律下的罪行。至於哪些種類的刑事行為符合雙重罪責準則的問題，則由有關國家不時以談判決定。
227. 特別行政區政府正與內地當局進行磋商，以冀達成移交協議，讓罪犯可從香港特別行政區給移交至內地受審。公會對此問題曾倡議的其中一個保障措施是要嚴格運用雙重罪責準則。當此準則納入移交協議後，香港特別行政區可以拒絕移交一些受內地通緝，被控以內地理解為分裂國家或顛覆等政治罪行的罪犯回內地受審。
228. 在典型國與國之間的引渡協議中會有條文訂明若移交要求牽涉的罪行屬政

治性質的時候不得移交。然而，當移交協議是一項同一個國家內管轄區間的協議的時候，情況未必是一樣的。

229. 公會提醒特別行政區社會人士，若為實施《基本法》第二十三條而訂立的法律不是嚴謹、清晰和以確正的字眼草擬，使之和內地的國家安全法律有所區別，雙重罪責準則有可能不再保護那些正被指控或日後會被指控違反內地國家安全法律的在港人士。

## 丑. 結語

230. 公會認為，諮詢文件未有說服公會改變它在 2002 年 7 月 22 日表達的意見，即在絕大部份的範疇內，香港特別行政區的現行法律已經足夠禁止《基本法》第二十三條表列的行為和活動。現在最需要的工作是把現有的條文適應化，使它們與現代人權標準相應，及反映中華人民共和國對香港恢復行使主權後香港特別行政區的新憲制秩序。
231. 公會發現諮詢文件在提出實施《基本法》第二十三條的建議時沒有根據「做得越少越好」的方針，並只做必須者。事實上，在有關煽動叛亂、顛覆、竊取國家機密及外國政治性組織的章節內的建議，都以令人吃驚的幅度超越了第二十三條的要求。特別行政區政府將這些提議掩飾為實施第二十三條的建議，實屬自欺欺人。
232. 公會對於諮詢文件中不少的建議未有符合《公民權利和政治權利國際公約》及《經濟、社會、文化權利國際公約》保證的最低標準、《基本法》第三章對基本權利的保證及《約翰內斯堡原則》，表示深切關注。一些明顯限制發表與結社自由的建議是在沒有說明保障措施和適當的豁免情況下提出，令人不能有意義的就建議是否合度進行探討。
233. 公會對於諮詢文件中不少建議是以鬆散的語言撰寫或引用模稜兩可的概念的情況，表示深切關注。公會重申於草擬《基本法》第二十三條法例必以不含糊、狹義和嚴謹的字句之重要性。限制權利和自由的法規，如欠缺準繩及可預測性，則會令受眾在行使這些權利和自由時自我約束，並且會因不符「由法律規定」的憲法要求而被頒令無效。這些鬆散的語言及模稜兩可的概念，皆應在草擬時以清晰、精確的定義和語言取代之。
234. 公會注意到諮詢文件對部份建議（尤其是有關改動《官方機密條例》、引用域外效力及賦權保安局局長禁制與一內地被禁制組織有從屬關係的本地組



織的建議)的分析，流於表面。公會要求特別行政區政府對這些建議提供詳細分析和論據。

235. 由於諮詢文件用語寬鬆和不清引致公眾在諮詢期期間表達不少的關注和憂慮，公會對此表示遺憾。既然最重要的是法律文本而非特別行政區官員的言論，公會要求特別行政區政府盡速向公眾公佈它準備提交給立法會的法例草擬本。此法例草擬本須在政府向立法會提交條例草案進行一讀前的合理時間公佈，以容許和確保公眾能討論內容、作出回應及政府能作出評估。
236. 倘若特別行政區是有真誠意圖在制訂實施《基本法》第二十三條法律前諮詢香港特別行政區市民，它應在將藍紙草案送上立法會首讀前就法例草擬文本進行第二輪公眾諮詢。只有這樣做才會有利香港特別行政區的福祉與「一國兩制」概念的成功貫徹。

香港大律師公會  
2002年12月9日