

## 二十三條「白紙草案」所涉及的憲政問題

凌友詩

(香港大學政治哲學博士候選人)

《基本法》二十三條立法諮詢文件推出以來，能以法學和用法的專業角度對條文作嚴謹分析的文章，非常少見。傳媒報導得最多的，是公眾人物的直覺式發言，又或利益團體為本身爭取權益、政治團體陳述自己的政治觀點。而市民絕大部分不曾親自閱讀法案。他們對法案的瞭解，多是由傳媒和公眾人物那裡得來的「印象」。這樣的討論，自然有不少錯解。例如「白紙草案」的提議，實際上涉及兩個程序違憲。但是，一般人多談民主而少談憲政，根本不在意違憲。憲政，是遵循憲法的政治。民主和憲政是分不開的。沒有憲政的規範，民主將流於粗暴、獨斷。我們想要民主，得先學憲政、學依法而治。

### 【以白紙草案諮詢涉程序違憲】

許多人以為，藍紙草案所載只是粗略的大綱，白紙草案明列詳細條文。又或以為，藍紙草案是不能改動的，白紙草案則改動的空間較大。就市民而言，就算不懂法律，能看詳細條文、能刪改草案，自然更好，所以都要白紙草案。實則，兩種草案都可詳可略，體例一致；而且，兩者都是可以改動的。它們最大的分別是：

第一，藍紙草案是正式立法的程序之一，也就是立法會三讀的先前程序。白紙草案沒有強制提上立法會的約束力，它純然是一種諮詢，議會對白紙草案沒有處理的義務。

第二，藍紙草案設定了大前提，就是《基本法》二十三條所規定的那七個罪項。所謂「定稿」，所定的也不過是這七個大前提，其他細節由立法會參考民

眾的意見而改動。白紙草案不設定大前提，市民可以把七個罪項變成三個，甚至把整個提案推翻。

問題就在這裡。當前《基本法》（香港的憲法）已經規定了七個保護國家的範疇，按照憲政的原則，香港必然要就此立法，而且七個大前提不能否決。如果一份用以探詢民意的草案，它的內容不具備七個大前提，又或包括有「是否應該立法」、「是否是這七個罪項」的題目，則這個草案涉及「實質違憲」。如果，我們蒐集民意的程序，不能必然與立法會的程序扣接而使之立法，又或是可以容許我們經此程序作出和《基本法》不同的結論，則涉及「程序違憲」。用白紙草案蒐集民意，雖不必然涉及「實質違憲」，但一定犯了「程序違憲」。

過去政府用白紙草案的個例，比如是否把國際人權公約引入《香港人權法》，這是因為草案建議的事項，沒有一個母法規定它必然如此或不如此。憲法已經規範的事，若政府若用白紙草案，就是帶頭違憲，人民可以申請司法複核否決政府的做法。而假定政府推出白紙草案，其後又向立法會遞上截然不同的藍紙草案，則是對民眾不負責任。民眾發表東西，不必負憲政責任和政治責任。但是，政府不為二十三條立法則已，一旦進行，則每個程序都應該合憲、都應該向市民負責，因此必須以藍紙草案蒐集民意。

### 【創制權提議既違憲且冒進】

無論藍紙或白紙草案，按代議政治都只是以立法大綱向民間徵集意見，至於參考民眾意見、修改細節、編纂完整法案，乃是議會的義務與權利。這是代議政治的通則，人民表達意見，但不行使「直接立法權」。白紙草案因為不必然提上議會，其立法效力較藍紙草案更低。當前，以吳靄儀議員為首提出的新程序，已經與「白紙草案」無關，「白紙草案」的要求只是一個幌子，她其實在要求讓人民直接立法。

吳靄儀希望政府為人民擬一個詳細的條例稿，讓人民盡情改動，政府必須

依人民最後得出的結論提交立法會。立法會必須表決人民的提案，任何對提案的修正，需經立法會通過。這決不如她所說，擬個詳細條例讓人民看看那麼簡單。所有類似這樣人民直接提案而交議會表決的模式，乃是「公民創制」(popular initiative)，它和全民公投(plebiscite)，都是直接立法。然則，「創制」應用於《基本法》二十三條，有如下問題：

第一，《基本法》沒有賦予香港市民創制權。進行創制，將涉及程序違憲；讓人民盡情改動，也極可能造成實質違憲。

第二，在我們還沒有完善的《創制法》，且全體人民沒有最後複決的權利時，人民創制的權力，終將壟斷在少數提案起草人和少數利益團體的手裡，結果未必符合公意，甚至可能造成獨斷。

第三，西方國家對創制一向非常審慎。世界上只有意大利和瑞士准許公民從事全國性法例的創制。研究西方民主政治文化最著名的學者艾爾蒙德 (Almond Gabriel) 說，在成熟的政治文化裡，公民最突出的表現不是「參與」，而是「節制」。市民能節制自己，把立法和管理國家的權力交給議會和政府；直接民主只當作救治代議政治的最後手段。由是，即便香港公民有創制權、公投權，仍應該嚴守代議制度，絕不可輕易創制、公投。另外，國家安全是全國性事務，此議題可否由地方以創制或公投來立法，尚屬疑問。

### 【民眾想聽法學者的專業意見】

事實上，保護國家的法律，早有其他憲政國家的法規和判例可依，現在的藍紙草案，依循了他們的傳統。而從法學的觀點看，草案並沒有重大闕漏，也照顧了國家安全、法體制和各項人權之間的平衡。爭議之處，例如「煽動言論」是否必須引起即時的暴力才入罪，這涉及不同的法學見解，不能逕說草案違反人權。在這樣的基礎上，立法會的決議不可能太過失當，就算我們有創制權，也沒有創制的必要。

可惜，現在最聽不到的是法學者的專業辯論。在立法的過程中，人民所具有的是「公民權利」，它只是一種「政治資格」；有關學者專家具有知識，他們具有「專業資格」。「政治資格」無法取代「專業資格」，我們必須聽聽專家的見解。爲了讓民眾和議員深入瞭解本次立法，立法會可以舉行一次特別的公聽會，讓國際法、刑法、人權法、法哲學專家，就重大爭議之處提出嚴謹的學術見解，公聽會則向民眾全程轉播。當前，論題越來越政治化，民眾迷亂不安。唯獨讓知識的客觀性，釋除民眾對政府和立法會的疑慮，才能避免民粹的傾向，化解一場政治危機。