

# 李浩然博士 榮譽勳章，太平紳士

**Dr. Hon. Simon Hoey Lee MH JP**

全國人大常委會香港基本法委員會 委員

Member of the Committee for the Basic Law  
of the Hong Kong SAR under the NPCSC

香港特別行政區立法會 議員

Member of the Legislative Council of Hong Kong SAR

基本法基金會 會長

Chairperson of the Basic Law Foundation

香港中區添美道1號中信大廈  
13樓12室

Room 1312, CITIC Tower, 1 Tim  
Mei Avenue, Central, Hong Kong

## 對第二十三條立法諮詢文件的意見

因應推展《基本法》第二十三條的立法程序(“第二十三條立法”),特區政府於一月二十九日公佈了「維護國家安全:《基本法》第二十三條立法」的公眾諮詢文件(“諮詢文件”)。全文共分9個章節另加3個附件,其中第一和二章對立法原則、法理基礎和立法方向與模式等概念問題作出詳細的探討,當中也包括考慮了一些內地法律和人大的《5.28 決定》。從第三章至第七章,諮詢文件實質地討論將如何根據《基本法》第二十三條的憲制要求,建議進行各項立法。而第八章則針對域外適用性以及第九章的其它需要注意事項,比如執法權限和訴訟程序所面對的種種問題與挑戰等。

除了以上提及的資料外,諮詢文件也援引了不同的普通法系國家的相關法律作為立法參考,也梳理了本地已經存在的現行關聯控罪。總體來說是一份相對全面、嚴謹和深入的立法建議。經過對該諮詢文件作出深入研究後,提出以下意見,僅供特區政府參考。

### 立法原則、方向與模式等

作為中華人民共和國的特別行政區,根據《中華人民共和國憲法》第五十四條,特區政府有維護國家安全與保障國家利益的責任。既然第二十三條立法是以維護國家安全為目的,保護的主體應是全國,所以除了聚焦在特區的內部事務,還應該從國家的視野對國家安全作出通盤的考量,包括對它的範疇和實質的影響也需要有全面的掌握。

香港過去未有這方面的立法,因此第二十三條立法的過程中,應該充分參考現行的《中華人民共和國國家安全法》(“《國家國安法》”)和《中華人民共和

國香港特別行政區維護國家安全法》（“《港區國安法》”）條文。這種參考並非只是文字上的相同，而是從比照《國家國安法》和《港區國安法》的內容，以及參考其它普通法系國家相關的立法經驗，無論是從罪行的構成元素，以至是量刑的幅度，最後結合特區的現有狀況，通盤考慮中央政府對國家安全的相關政策與考慮，準確地履行維護國家安全的憲制責任。

## 國安法律本土化

要正確理解在草擬相關法例時有哪些重點需要注意的地方，我們認為最佳的參考資料是全國人大常委會法制工作委員會主任沈春耀於2020年6月18日向十三屆全國人大常委會第十九次會議作出關於《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法（草案）》的說明，其中關於起草過程需要遵從的原則包括以下五個重點：-

1. 堅定制度自信  
健全完善新形勢下特區在《中國憲法》、《基本法》和《5.28 決定》實施相關的制度機制；
2. 堅持問題導向  
解決特區在維護國家安全方面存在的法律漏洞、制度缺失和工作“短板”問題；
3. 突出責任主體  
落實特區維護國家安全的憲制責任和主要責任；
4. 統籌制度安排  
法律制度和執行機制兩個方面作出系統全面的規定；
5. 兼顧兩地差異  
處理好本法與國家有關法律、特區本地法律的銜接、相容和互補關係。

綜合以上各點，要有效履行特區政府維護國家安全的責任，不應狹義地僅對《基本法》第二十三條所列舉的犯罪行為作出立法，而需要全方位掌握任何有可能出現的危害國家安全罪行的法律漏洞。而且，也必須充分考慮「兩地在不同層面的管治要求」，以及法律體系在制度和執行機制上存在的差異，處理好「銜接、相容和互補的關係」。

對於前者，在對《基本法》第 23 條中羅列的破壞國家安全和利益的犯罪行為進行立法的同時，特區政府也應該對其它可能會損害國家安全和利益的行為，進行全面的、前瞻性的梳理和認定，一併建議進行立法，堵塞任何有可能出現的“法律漏洞”。而且，進一步考慮在草案中增加一些適應機制，當社會普遍出現特殊情況時，為化解突發的管治危機，特區行政長官可以在執行機制上作出臨時的修訂。因此，我們認同在本次立法中建議增加控罪懲治危害國家安全的破壞活動，同時也提倡賦予行政長官臨時權力擴大條例的應用範圍和增加執程序上

的力度。

至於後者，我們建議也可考慮對“分裂國家”和“顛覆中央人民政府”兩種犯罪行為進行立法。雖然此兩種犯罪行為已經被《港區國安法》涵蓋，但從應用經驗上可知，《港區國安法》在實施過程中有機會出現法理與程序上的爭議（可參考唐英傑、黎智英和呂世瑜等案例），這是由於兩地法律體制差異所引發的問題。最有效的解決方法是將相關的法律本土化，從而達至「銜接、相容和互補」的境界。同時還可以在一些細微的地方作出優化，包括判罪的表述等，最終使該條例在應用層面更加順暢，也更有效地強化《港區國安法》在特區的實施。

### 參考內地相關的基本與部門法律

如上文所述，我們同意在第二十三條立法的過程中，參考《國家國安法》和履行《港區國安法》內的條文，而且也非常同意與其它普通法系國家的相關法律進行比較分析。然而，諮詢文件卻未明確指出內地的基本和部門法律會否被列為參考資料的一部分。我們認為要準確落實維護國家安全的責任，必須正確掌握並兼顧兩地法律體系的差異，因此立法過程有必要深入研究內地相關的法律。

我們經過初步的梳理，歸納了一些相關的內地法律法條，集結為本意見書的附件一，以供參考。

### 含最低刑期的判刑幅度

雖然諮詢文件並沒有提及判刑模式的立法取向，但根據媒體報道律政司司長接受採訪時曾透露，在建議的新增法律裡，關於刑罰這部分將不採用《港區國安法》部分條文設立最低刑期的模式。在不清楚背後的理據和原因下，我們暫時對這建議有保留。

對違法犯罪行為訂立最低和最高判刑幅度是內地刑法普遍的做法，而特區的法律條文一般只會規定最高罰則。可是，我們認為既然第二十三條立法進程中應該參考和落實《港區國安法》的立法精神，而且設定最低刑期亦沒有違背普通法的法理原則。事實上，在現行的特區法律中，也存在不少直接或間接規定最低刑罰的條文。況且，對於設定最低判刑的立法手段，社會上也沒有提出任何反對的理據。雖然，訂立最低刑期減低了法官的酌情裁量權，但另一方面卻可以更清晰地表達立法意圖，更加公開透明地向公眾展示相關控罪的嚴重性，不能因為偏離一般的做法而否定它的合理和合法性。

我們相信對最低量刑條文的質疑源於呂世瑜一案的認罪減刑爭議，但是終審法院在該案的上訴判決中卻沒有指出最低量刑條文違背任何普通法判刑原則或法理。認罪減刑在司法程序中只是作為減省公帑的誘因，並非法定的權利，所以我們認為在第二十三條立法參照《港區國安法》採納最低量刑標準是合適且應考慮的選擇。

## 公眾利益辯護理由

最後，對於納入公眾利益作為辯護理由，我們表示支持。從邏輯上分析，國家安全本質就是建基於公眾利益之上的保護措施，因此要以公眾利益作為辯護理由規避國家安全的管理本身就是一種矛盾的對立，一般情況下應該避免由法院處理這類源於公共管理而產生的爭議。

對此，我們建議特區政府可以考慮在草擬的法例中，引入對某些條款應用的例外情況或者場景，以此方法排除相對抽象的公眾利益辯護理由。當然，我們也可以訂定獨立的法定辯護理由，但前提是必須清楚釐清舉證責任，也需訂明清晰的、高門檻的舉證標準，讓公眾明白不能簡單片面地以個人的結社、言論和宗教自由等，包裝為公眾利益以作抗辯。

## 實體法律條文

### 煽動叛亂罪

首先，我們認為《基本法》第二十三條所羅列的煽動叛亂是獨立的犯罪行為，而非像叛國罪般可以煽動手段進行。然而，基於前文提出支持整體考慮國家安全的問題，而不籠統地被《基本法》第二十三條用字所規範，因此我們支持諮詢文件裡按實際情況建議新增叛亂罪。可是從罪名的表面理解和犯罪行為排列的次序看來，煽動叛亂罪的性質在嚴重程度上，應該處在分裂國家罪和顛覆中央人民政府罪之間。所以如果結合諮詢文件中所考慮的「煽惑叛變」、「煽動意圖」等現行罪行來構成「煽動叛亂」罪的話，從刑罰的程度來看似乎不太相稱，應該加重（我們建議可考慮以五年作為量刑標準）。

因應以上意見，我們認為《中華人民共和國刑法》（“《國家刑法》”）分則第一章危害國家安全罪第一百零二條至第一百零六條可能對相關立法在判刑幅度上有參考價值，為方便閱讀，附件一經重新梳理歸納後作為本意見書的附件二以供參考。

另外對於範圍，為進一步防範間接犯罪，建議把叛亂罪拓寬，包含至相關罪行的協助者。即凡協助相關政府、組織；該武裝力量所屬的政府、當局或組織；也應涵蓋協助向中國武裝力量發動武裝衝突的情況。

### 間諜行為罪

從諮詢文件知悉，「間諜」相關的罪行全部皆建立在行為上，所謂的「窩藏間諜」罪究其控罪元素是窩藏干犯了「諜報罪行」的人，似乎建議的立法並不能針對身為間諜的人士。因此，我們建議參考《國家刑法》第一百一十條，考慮新增參與間諜組織的罪行，情況類同於香港法律第 151 章《社團條例》裡關於身為三合會成員的罪行。

## 危害國家安全的破壞活動

雖然不是《基本法》第二十三條明確指定的立法範圍，但是基於維護國家安全的精神，符合特區應該履行的憲制責任，所以我們予以支持。

然而基於《國家國安法》第二十八條的考慮，恐怖主義和極端主義皆是兩股嚴重破壞國家安全的新興力量，雖然前者已經被《港區國安法》所涵蓋，我們仍建議特區政府積極考慮為此新增相關的本地法律條文。

## 域外適用性

對於《保護管轄》原則應用，我們認為是必要的，但須小心處理，避免過於廣泛，與國外的文化價值觀產生不必要的衝突。尤其是特區本質是外向型經濟模式，長臂管轄不利於國際招商和交流，為避免對外商產生不必要的憂慮和誤解，適宜不主張或者必須在清晰明確的場景下才進行追究。

我們同意在維護國家安全的大原則上，特區政府可說責無旁貸，但是在一國兩制的基礎下，特區作為國家對外交流的第一道橋頭堡，亦任重道遠，我們認為有需要在兩者間作出適當和合理的平衡。

## 總結

第二十三條立法既是香港特區的憲制責任，也因近年國際地緣政治之亂而十分迫切。我們支持特區政府儘快完成相關立法，以保障國家、香港社會和市民的安全和福祉。

李浩然博士 榮譽勳章 太平紳士  
全國人大常委會香港基本法委員會委員  
香港立法會議員

基本法基金會

## 對第二十三條立法諮詢文件的意見

### 附件一

<b>叛國</b>	
<b>《國家刑法》第一百零二條 背叛國家罪</b>	<p>勾結外國，危害中華人民共和國主權、領土完整和安全的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑。</p> <p>與境外機構、組織、個人相勾結，犯前款罪的，依照前款的規定處罰。</p>

<b>分裂國家</b>	
<b>《國家刑法》第一百零三條 分裂國家罪 煽動分裂國家罪</b>	<p>組織、策劃、實施分裂國家、破壞國家統一的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p> <p>煽動分裂國家、破壞國家統一的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；首要分子或者罪行重大的，處五年以上有期徒刑。</p>

<b>煽動叛亂</b>	
<b>《國家刑法》第一百零四條</b> <b>武裝叛亂罪</b>	<p>組織、策劃、實施武裝叛亂或者武裝暴亂的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p> <p>策動、脅迫、勾引、收買國家機關工作人員、武裝部隊人員、人民警察、民兵進行武裝叛亂或者武裝暴亂的，依照前款的規定從重處罰。</p>
<b>《國家刑法》第一百零八條</b> <b>投敵叛變罪</b>	<p>投敵叛變的，處三年以上十年以下有期徒刑；情節嚴重或者帶領武裝部隊人員、人民警察、民兵投敵叛變的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑。</p>

<b>顛覆中央人民政府</b>	
<b>《國家刑法》第一百零五條</b> <b>顛覆國家政權罪</b> <b>煽動顛覆國家政權罪</b>	<p>組織、策劃、實施顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p> <p>以造謠、誹謗或者其他方式煽動顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；首要分子或者罪行重大的，處五年以上有期徒刑。</p>

<b>竊取國家機密以及間諜</b>	
<p><b>《國家刑法》第一百一十一條</b></p> <p style="text-align: center;"><b>竊取國家秘密情報罪</b></p> <p>*可另參考《反間諜法實施細則》、《關於審理為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報案件具體應用法律若干問題的解釋》和《關於審理為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報案件具體應用法律若干問題的解釋》</p>	<p>為境外的機構、組織、人員竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密或者情報的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑；情節較輕的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p>
<p><b>《國家刑法》第二百八十二條</b></p> <p style="text-align: center;"><b>非法獲取國家秘密罪</b></p> <p><b>非法持有國家絕密、機密文件、資料、物品罪</b></p>	<p>以竊取、刺探、收買方法非法獲取國家秘密的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。</p> <p>非法持有屬於國家絕密、機密的文件、資料或者其他物品，拒不說明來源與意圖的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制。</p>
<p><b>《國家刑法》第四百三十一條</b></p> <p style="text-align: center;"><b>非法獲取軍事秘密罪</b> (本罪屬軍人違反職責罪)</p>	<p>以竊取、刺探、收買方法，非法獲取軍事秘密的，處五年以下有期徒刑；情節嚴重的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑。</p> <p>為境外的機構、組織、人員竊取、刺探、收買、非法提供軍事秘密的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節嚴重的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。</p>
<p><b>《國家刑法》第一百一十條</b></p> <p style="text-align: center;"><b>間諜罪</b></p>	<p>有下列間諜行為之一，危害國家安全的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑；情節較輕的，處三年以上十年以下有期徒刑：（一）參加間諜組織或者接受間諜組織及其代理人的任務的；（二）為敵人指示轟擊目標的。</p> <p style="text-align: center;">（註：間諜組織由國務院國家安全主管部門確認）</p>



<b>外國的政治性組織或團體在特區進行政治活動</b>	
<b>《中華人民共和國境外非政府組織境內活動管理法》 第五條</b>	<p>境外非政府組織在中國境內開展活動應當遵守中國法律，不得危害中國的國家統一、安全和民族團結，不得損害中國國家利益、社會公共利益和公民、法人以及其他組織的合法權益。</p> <p>境外非政府組織在中國境內不得從事或者資助營利性活動、政治活動，不得非法從事或者資助宗教活動。</p>
<b>《國家刑法》第一百零七條 資助危害國家安全 犯罪活動罪</b>	<p>境內外機構、組織或者個人資助實施本章第一百零二條（背叛國家）、第一百零三條（分裂國家）、第一百零四條（武裝暴亂）、第一百零五條（顛覆國家政權）規定之罪的，對直接責任人員，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；情節嚴重的，處五年以上有期徒刑。</p>

<b>特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</b>	
<b>《國家刑法》第一百零六條 與境外勾結的處罰規定</b>	<p>與境外機構、組織、個人相勾結，實施本章第一百零三條（分裂國家）、第一百零四條（武裝叛亂）、第一百零五條（顛覆國家政權）規定之罪的，依照各該條的規定從重處罰。</p>

## 對第二十三條立法諮詢文件的意見

### 附件二

《國家刑法》	
<p>[叛國] 第一百零二條</p> <p>背叛國家罪</p>	<p>勾結外國，危害中華人民共和國主權、領土完整和安全的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑。</p> <p>與境外機構、組織、個人相勾結，犯前款罪的，依照前款的規定處罰。</p>
<p>[分裂國家] 第一百零三條</p> <p>分裂國家罪 煽動分裂國家罪</p>	<p>組織、策劃、實施分裂國家、破壞國家統一的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p> <p>煽動分裂國家、破壞國家統一的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；首要分子或者罪行重大的，處五年以上有期徒刑。</p>
<p>[煽動叛亂] 第一百零四條</p> <p>武裝叛亂罪</p>	<p>組織、策劃、實施武裝叛亂或者武裝暴亂的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p> <p>策動、脅迫、勾引、收買國家機關工作人員、武裝部隊人員、人民警察、民兵進行武裝叛亂或者武裝暴亂的，依照前款的規定從重處罰。</p>

<p><b>[顛覆中央人民政府]</b> <b>第一百零五條</b></p> <p><b>顛覆國家政權罪</b> <b>煽動顛覆國家政權罪</b></p>	<p>組織、策劃、實施顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。</p> <p>以造謠、誹謗或者其他方式煽動顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；首要分子或者罪行重大的，處五年以上有期徒刑。</p>
<p><b>[聯繫境外政治組織]</b> <b>第一百零六條</b></p> <p><b>勾結境內外機構</b></p>	<p>與境外機構、組織、個人相勾結，實施本章第一百零三條（分裂國家）、第一百零四條（武裝叛亂）、第一百零五條（顛覆國家政權）規定之罪的，依照各該條的規定從重處罰。</p>