

关于香港国安法立法正当性的讨论

王硯冰¹

一、概说

学界关于港澳问题的研究尤其是针对香港问题的研究，具有高度的政治敏感性与政策性的特点。因此内地学者在对港澳问题进行研究时，在对其资讯和资料的找寻以及获得的方面存在着很大的障碍。因而对于内地学者关于港澳问题的研究成果中，笔者认为他们的研究中问题意识不够强烈，更是缺乏去接触甚至挑战敏感问题的胆识。大部分的研究都是在文本和制度的层面简单剖析中央对港澳的全面管治权和港澳特区的高度自治权的关系，而鲜有人去研究和解决制度中存在的深层次的问题。然而虽然香港及英美学者在港澳问题上的成果更为丰富，且问题意识较内地学者更强，但是大部分的论著中充满了政治偏见。海外学者的论著更多是从英美法系的绝对视角或是偏激的政治立场来分析中央与港澳法治的问题，例如在香港国安法的问题上，海外学者的研究成果多从香港社会的混乱现实来抨击中央对香港的管治权，而国安法的颁布则是他们认为是中央加强“一国”，而吞掉“两制”的意图。在港澳问题的研究上，还是需要宪法和基本法学科在学术和理论上对香港和澳门的法治发展问题进行分析和指导的。

本文讨论的核心问题是，全国人大常委会为香港制定和颁布《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》是否违反《香港基本法》？笔者认为，香港国安法的制定与颁布确实可能存在争议甚至是缺乏其立法的正当性。但是法治问题，我们应当从法律的层面予以剖析和解决，而非从政治层面进行刻意偏激的诋毁与煽动。因此本文将从法律制度的层面，分析笔者对《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》的立法正当性的几点疑问。

1 王硯冰，澳門科技大學法學院碩士研究生。

二、香港国安法的制定背景

根据一国两制的宪政模式，香港保留着其原有的法律、社会和经济体制。而随着社会的发展，两岸之间的人员、经济往来流动频繁，两岸在社会生活上正在趋同。目前最大的分歧应是意识形态的对立冲突，意识形态的冲突在法律制度上的体现就是香港的普通法之习惯以及对民主、权利和自由的渴望和追求。而香港和中央在意识形态对立层面的具体表现于，香港希望追求多元民主的社会，其个人权利和自由也是由独立的司法机构来保护而非受国家权力的强行控制；而中央却是反对分权制衡的，它需要将所有权力统一于国家权力，并且认为香港所存在的民主化运动会危害国家统一。

在香港 2014 年的“占中”运动和 2019 年试图颁布《引渡法案》后，香港的抗议运动逐渐转为暴力运动，直至 2019 年下半年闻名中外的“香港暴乱”。虽然在 2020 年初香港的社会秩序已经基本恢复稳定，但是中央对香港的安全控制明显收紧，其具体体现在全国人大在授权全国人大常委会为香港制定和颁布香港国安法。

三、对香港国安法立法正当性的一些疑问

（一）关于《香港基本法》第十八条之例外

林郑月娥在其在任时期公布了《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》，公开颁布的理由即是基于《香港基本法》第十八条。《香港基本法》第十八条第二款规定：“全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施。凡列于本法附件三之法律，由香港特别行政区在当地公布或立法实施”²《香港基本法》第三款规定：“全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会和香港特别行政区政府的意见后，可对列于本法附件三的法律作出增减，任何列入附件三的法律，限于有关国防、外交和其他按本法规定不属于香港特别行政区自治范围的法律。”³在《香港基本法》第十八条第二、三款中规定了可以通过附件三将有关全国性的法令延伸至香港特别行政区实施的情况，这似乎可以为香港国安法的制定和颁布寻找到合理的立法理由。但是这一规定可以将全国性的法律延伸至香港实施的法律条文存在一些限制：首先必须是全国性法律，其次限于国防、外交和其他不属于香港自治范围内的法律，并且是由全国人大常委会进行决定。其实限于国防、外交和其他不属于香港自治范围内的法律这一条，即排除了香港国安法的立法正当性。虽然这一法律规定赋予了中央以极大的管治权，然而正是因为这一规定具有极大的兜底性而更应当谨慎使用，尽量地排除中央过分行使对香港的管治权的嫌疑。再者，当我们将这

² 《香港基本法》第十八条第二款

³ 《香港基本法》第十八条第三款

些条件列出，就可以看到全国性的法律是人大常委所制定的，然而将何种全国性法律在何种情况下延伸至香港实施也是人大常委决定的。那么，当立法机构进行司法活动还解释立法时，亦或是说球场上比赛的球员既是选手亦是裁判时，就没有太多的道理与公正可言了。

（二）关于《香港基本法》第二十三条

根据《香港基本法》第二十三条：“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为，禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动，禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联络。”⁴ 其中“自行立法”，即赋予了香港立法独立。立法的独立，是基于香港的普通法传统和尊重其崇尚民主与自由的价值观而赋予的法律自主权。其立法目的是为了使得香港拥有独立的法治地位，使得“一国两制”的制度拥有保障，而不为政治性手段所控制。这是笔者对《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》第二十三条立法目的的理解。

一些学者在分析香港国安法的立法正当性时指出，《香港基本法》第二十三条的立法目的在于规定香港有责任制定保护国家安全的法律，但是香港诸多法律法规也都规定了对国家机密、国防、间谍等的保护职责和措施。⁵ 笔者认为，保护国家安全的法律不一定要称为“国家安全法”，香港也有诸多法律法规保护了上述之国家安全，履行了制定保护国家安全的法律的职责。因此从香港未履行制定保护国家安全的法律的宪制职责的角度，而由全国人大常委强行为其制定和颁布国家安全法，这一理由是说不通的。在并没有合理的依据说明香港未能履行保护国家安全的宪制责任的情况下，就直接指责其未能保护国家安全并强行为其制定和颁布相关法律，这不符合立法逻辑，实际上也是中央对《香港基本法》第二十三条的背驰。追求法治的要求是遵循法制，而如此强行破解“自行立法”之独立立法权之释义进行立法，实则有违法治精神。

4 《香港基本法》第二十三条

5 参见郝铁川：《论〈香港国安法〉的性质、成因、特点和意义》载《海峡法学》2020年第4期，第46页。

（三）香港国安法规定之中央派出机构

在香港国安法第五章中规定了中央人民政府驻香港特别行政区维护国家安全的机构，即维护国家安全公署。维护国家安全公署被赋予了相当大的权力，其对涉及外部因素的案件、复杂而香港特区没有能力应对的案件、香港特区无法有效执行香港国安法、国家受到重大威胁等情况的案件均具有管辖权。首先，关于这一部分的规定，可以说赋予了维护国家安全公署以无边的管辖权，甚至可以随意对香港的大小事务依其职权进行“合理”的干涉。其原因就在于这些规定的模糊边界，没有对维护国家安全公署的权力进行清晰界定，且不加以限制。香港国安法中对维护国家安全公署的权力的唯一限制，即是维护国家安全公署行使权力时需要报请中央批准才能行动。而此限制并未能为香港特别行政区争取到一丝一毫的主动权，且这一限制也几乎可以予以忽略不计，因为维护国家安全公署作为中央的派出机构，其行动不可能不得到中央的指示授权。再者，当维护国家安全公署获得案件的管辖权后，香港的法院即会丧失对该案的管辖权。这时会出现一种冲突的状况，即维护国家安全公署在香港获得某案件的管辖权后，该案件的审查适用香港法律制度还是中国大陆的法律制度，亦或是国际法？若是适用了其两种法律制度，似乎对香港的公民不太友好，而维护国家安全公署作为中央派出机构适用香港法律似乎其权威性大大弱于香港本土法院之判决。最后，这也间接破坏了香港司法系统的独立和完整，不利于一国两制的健康发展。

香港国安法对维护国家安全公署规定的另一职责，收集分析国家安全情报信息。关于这一点的规定，笔者认为这似乎是赤裸裸的挑衅。情报组织会分散各地，也会接触到在该地区生活的公民，这实则是对公民的自由和人权的侵犯。对于维护国家安全公署这一职责的规定分明是对特务情报组织的描述，而特务情报组织应当是我党我军在敌对势力安插的眼线，而非是在中华人民共和国香港特别行政区同胞中所设立。

（四）国家安全和公共秩序

香港国安法的立法理由是国家安全受到威胁，可是香港的现实问题应当是其公共秩序的混乱。香港国安法出现的原因，只能是战争状态或是危及国家统一和安全中的某一原因。而对意识形态的不满和冲突，并不代表会对国家安全造成威胁。战争状态是指国家安全受到威胁时采取的一系列措施的状态，而当国家统一和国家安全受到威胁时，国家会立即进入战争状态的。但是很明显，基于现实，香港仅仅是内部社会秩序的混乱，而并未达到可以激发战争状态的国家安全和国家统一受到威胁的层面，并且这些混乱也还未超出香港政府的控制范围。再者，社会秩序的混乱，也应当以当地的习惯为主进行控制。因为香港的普通法习惯和人民对多元民主的向往，香港政府不可能如中央人民政府对大陆地区的治理一般迅捷，它们需要以香港人民认为合理合法、民主自由的方式来进行治理。而在还未达到战争状态，就对公共秩序的混乱采取措施，代为制定国安法，这一做法是欠妥的。

四、结论

客观地分析，香港国安法的制定实际上并无立法的正当性，且可能会加剧香港特区和内地在意识形态上的冲突和对立。综上所述，无论是《中华人民共和国宪法》还是《香港基本法》均未给予人大常委为香港制定和颁布《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》合法的理由。香港和大陆本身具有深重的意识形态冲突，在法律制度上双方的冲突是基于法治理念。香港的法治理念是希望独立的司法系统和多元民主的社会，而中央的法治理念是希望国家权力涵盖司法权力。当如此深重的意识形态的冲突依然存在时，人大常委仍然坚持以中央的意识形态为主继而为香港制定和颁布香港国安法，无疑可能会将香港特区和大陆的意识形态的冲突和对立推向一个更加紧张的局面之中。香港的普通法习惯和人民对多元民主的向往，致使对香港的治理应当以香港人民认为合理的方式温和进行。尽可能保证一国两制的制度完整性，以及其被赋予的司法独立的权力。