

# 《港版國安法》：香港法治的破洞、人權的缺口

陳玉潔<sup>1</sup>

中央研究院法律學研究所助研究員  
紐約大學亞美法研究所合作學者

## 摘要

《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（《港版國安法》）為香港法治人權帶來前所未有的衝擊和挑戰。本文透過《港版國安法》的四個主要面向——機制、程序、罪名和效力範圍——呈現這部法律的樣貌，聚焦在《國安法》如何侵蝕人身、言論、新聞、出版、集會、遊行、示威、結社自由等基本人權保障以及香港法治中的法律明確性、司法獨立、公共問責等原則。

展望未來，本文主張香港受到《國安法》影響的社群——包括民間團體、媒體、政界、學界、商界等——應主動進行「影響評估」，公開探討該法對民間倡議、新聞報導、政治運動、學術研究、金融經貿帶來的挑戰，由社群共同、自發地研議因應措施，而非先行自我審查，或被動地等待問題發生。除了運用香港本身豐富的人權法治資源外，香港和國際社會也應善用《國安法》本身對於人權保障的相關規定，持續深化香港人權法治文化底蘊，減少《國安法》的傷害。透過這種社群自發的取徑，可以精確地發現問題、針對該社群需要擬定對策，亦可使自由理念向下扎根，強化香港社會的韌性。

## 關鍵字

《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》、人權、法治、社群自發。

---

1 本文改寫自作者為中研院法律所網站（[www.ias.sinica.edu.tw](http://www.ias.sinica.edu.tw)）撰寫之一系列評論文章。

2020年6月30日，在香港特別行政區回歸中華人民共和國23周年的前夕，中國通過了《香港特別行政區維護國家安全法》（《港版國安法》），<sup>2</sup> 這部「法律」——有論者認為甚至不應稱之為「法律」，<sup>3</sup> 而應理解為統治者赤裸裸的權力工具——摧毀了許多人對香港未來的憧憬，為這個城市的法治人權帶來前所未有的衝擊，<sup>4</sup> 也違背了北京在1984年《中英聯合聲明》以及《中華人民共和國香港特別行政區基本法》中對香港「一國兩制」、「五十年不變」的承諾。

《港版國安法》以迅雷不及掩耳的速度通過，整個制定法律的程序也密不透風，從2020年5月28日中國全國人民大會通過制定《國安法》的決定，到6月30日全國人大常務委員會通過法律的這段期間，沒有公布法條草案、沒有公開徵求意見，更別說徵求香港人民的意見；即便在通過當天，也沒有立即公布法律內容，一直等到6月30日晚上11點，香港特區政府才將法律刊憲，宣布立即施行，此時香港人與全世界才看到國安法的內容。<sup>5</sup>

Why now? 中國共產黨對於香港造成的「國家安全」威脅向來不放心，香港大學法學院院長傅華伶教授便分析，北京的擔憂主要分兩方面，一是香港「分裂主義」對中國領土完整的威脅，二是香港對於中國大陸政權穩定的威脅（Fu, 2020）。一般認為北京在這個時間點強推《國安法》，主要考量到香

2 香港特別行政區政府。2020。《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》。<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20202444e/cs220202444136.pdf>。2020/10/19。

3 宋承恩。2020。《「港版國安，點解不安？」——台港局勢與人道援助的現況與展望》研討會。第一場次：「港版國安法」爭議與台港局勢分析 2020/07/09。台北：東吳大學。

4 誠然，每個國家都有維護國家安全的需要，但在維護國安的同時，國家也必須遵守基本人權規範，以免政府以國安之名行獨裁之實，藉此維持某一政黨或個人的統治，而非實現國家安全的正當利益。雖然國際人權公約允許國家在緊急狀態下，減免（克減）履行國家依公約所負之人權義務，但這些減免人權的措施必須是在危急情勢絕對必要之限度內，亦即必須符合比例原則，而不能恣意以緊急狀態為由侵害人民自由。此外，有些基本人權屬於絕對不能減免之權利，亦即不論是在緊急狀態或戰爭狀態下都不能減損該等人權，包括《公民與政治權利國際公約》中不受歧視權利、生命權、不受酷刑等非人道待遇或刑罰的權利、不為奴隸和不受奴役的權利、不因民事違約而受監禁的權利、不受刑法溯及既往追究的權利、法律人格權以及思想、信念和宗教信仰自由。因此，無論是制定、適用還是執行國安相關法律，一國立法、行政、司法機關不能違反上述原則侵害人民基本自由權利，相關法律也必須符合「明確性」要求，以減少公權力濫用的可能性，畢竟，以犧牲人權達成的「國家安全」無法為人民帶來真正的安全。

5 關於《國安法》迅速秘密的立法過程，參 Congressional Research Service (2020)。

港從去年 6 月反送中以來引發的抗議不斷，向來對所謂「顏色革命」極具不安全感的北京備感壓力，制定《國安法》是為了想辦法壓制如雨後春筍般的街頭抗爭。另一方面，自 2003 年港府推動《基本法》第 23 條國安立法失敗後，<sup>6</sup> 23 條立法遙遙無期；北京的算計或許是趁新冠肺炎疫情期間，通過《國安法》所可能引起的街頭抗爭相對較少。

雖然大家在《國安法》公布前就已經預期該法可能帶來的衝擊，但實際公布的法律內容仍然超乎想像。7 月 1 日，《國安法》實施的第一天，許多香港人關閉了推特等社交媒體帳號；「香港眾志」、「學生動源」等政治團體為保護成員宣布自行解散；當天警方在街頭逮捕超過 370 人，其中 10 人被指控涉嫌違反國安法，有人僅僅是因持有「香港獨立」的旗幟或展示「光復香港、時代革命」的口號而被捕；公共圖書館隨後下架民主人士著作；一些學者接到校方要求「政治中立」之指示；7 月 28 日香港大學校務委員會推翻教務委員會的建議，解聘了佔中發起人、港大法學院戴耀廷教授；7 月 29 日，過去主張香港獨立但已解散的「學生動源」之四名前成員遭到香港警務處國家安全處以涉嫌「分裂國家罪」拘捕，他們的年齡僅 16 到 21 歲；7 月 30 日，黃之鋒等 12 名民主派人士被取消香港立法會選舉的參選資格，理由包括這些參選人支持「港獨自決」、反對《港版國安法》、支持外國制裁香港與中國等，隨後港府以新冠肺炎疫情為由推遲立法會選舉一年；7 月 31 日，香港警方依《國安法》對 6 名海外人士發出通緝，當中不僅有香港人，還有已經成為美國公民超過 25 年、創辦 Hong Kong Democracy Council 的朱牧民，為首位因《國安法》被通緝的外國公民；8 月 10 日，港警展開執法大動作，逮捕壹傳媒創辦人黎智英、多名媒體人以及前「香港眾志」成員周庭等 10 人，指控他們涉嫌違反《國安法》「勾結外國或境外勢力危害國家安全」及其他「串謀欺詐」等罪名，超過 200 名員警搜查壹傳媒大樓，雖然黎智英等人陸續獲准保釋，但案件仍在

---

6 《基本法》第 23 條規定：「香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、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治活動，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絡。」關於《基本法》第 23 條規定遲未立法背後的相關爭議，參 Chan and de Londras (2020)。該書雖完成於《港版國安法》頒佈之前，其中許多關於如何增加香港法治韌性 (resilience) 的討論對於當今《國安法》仍具重要意涵。

進行中。截至 9 月 25 日，已知有 28 人被警方依《國安法》拘捕，其中一人已經遭到檢控，中國和香港特區政府試圖以這些先例殺雞儆猴，發揮《國安法》嚇阻之作用，打擊「反送中運動」以來常見的抗議行為和言論。

誠然，每個國家都有維護國家安全的需要，但在維護國安的同時，國家也必須遵守基本人權規範，以免政府以國安之名行獨裁之實，藉此維持某一政黨或個人的統治，而非實現國家安全的正當利益。雖然國際人權公約允許國家在緊急狀態下，減免（克減）履行國家依公約所負之人權義務，但這些減免人權的措施必須是在危急情勢絕對必要之限度內，亦即必須符合比例原則，而不能恣意以緊急狀態為由侵害人民自由。此外，有些基本人權屬於絕對不能減免之權利，亦即不論是在緊急狀態或戰爭狀態下都不能減損該等人權。<sup>7</sup> 因此，無論是制定、適用還是執行國安相關法律，一國立法、行政、司法機關不能違反上述原則侵害人民基本自由權利，相關法律也必須符合「明確性」要求，以減少公權力濫用的可能性，畢竟，以犧牲人權達成的「國家安全」無法為人民帶來真正的安全。

《港版國安法》施行這三個月以來，噤聲效應已經出現，政治審查也藉由《國安法》常態化。長期關注中港人權議題的香港大律師張耀良表示，《港版國安法》等於是給香港的法治衝破了一個大洞；<sup>8</sup> 學者 Carole Petersen 也形容，在《國安法》規定下，原本分隔北京制度和香港制度的「防火牆」也可能逐漸消失（Peterson, 2020）；Michael Davis 教授同樣也認為《國安法》規避了香港向來引以為傲的法治（Davis, 2020）。

作者同意這些觀點，認為《國安法》形成了香港法治的破洞、人權的缺口。本文以下將透過《港版國安法》的四個面向——機制、程序、罪名和效力範圍——呈現這部法律的樣貌，並聚焦在《國安法》如何侵蝕人身、言論、新聞、出版、集會、遊行、示威、結社自由等基本人權保障以及香港法治的司

7 包括《公民與政治權利國際公約》中不受歧視權利、生命權、不受酷刑等非人道待遇或刑罰的權利、不為奴隸和不受奴役的權利、不因民事違約而受監禁的權利、不受刑法溯及既往追究的權利、法律人格權以及思想、信念和宗教信仰自由。

8 張耀良發言，線上會議：「709 事件」五週年全球網絡紀念活動暨第四屆中國人權律師節，2020 年 7 月 9 日。

法獨立、公共問責等原則。<sup>9</sup> 即便如此，作者並非完全持悲觀態度，《國安法》檢控第一案關於人身保護令的司法決定，顯示香港法官（即便為香港特首所指定）仍有可能發揮一定作用。本文最後展望未來，提出一些關於民間各界如何因應《國安法》的初步建議，以減少《國安法》對香港人權法治的衝擊，延續香港社會的韌性。

## 壹、機制：層層把關，中央之手無所不在。

《港版國安法》對於香港的首要衝擊在於其所設置的國安機制，這些新機制的共同特點在於主要人事都必須經過中央政府的任命、指派或首肯，由北京安排放心的人選，而非由香港特區政府決定。另一個特點則是這些機構的「秘密性」，甚至是「不受問責」的規定。

### 一、國安委員會

首先，香港特區政府新設「維護國家安全委員會」（國安委員會），「負責香港特別行政區維護國家安全事務，承擔維護國家安全的主要責任，並接受中央人民政府的監督和問責」。<sup>10</sup> 國安委員會主席為香港行政長官（特首）林鄭月娥，成員包含相關香港特區政府部會局處官員，<sup>11</sup> 委員會的秘書長由特首提名，必須報中央人民政府任命。更重要的是，即便國安委員會名義上是港府機構，但中央政府可以為委員會指派一名「國家安全事務顧問」（國安事務顧問），任務是為委員會「提供意見」並列席會議，新任國安事務顧問為中央人民政府駐香港特別行政區聯絡辦公室（香港中聯辦）現任主任駱惠寧。一般認為，國安事務顧問在國安委員會中才是真正拍板定案的決策者，香港特首恐淪

9 本文聚焦在人權法治相關議題，至於《國安法》涉及的其他法律爭議，包括該法理依據、立法必要性以及其與《基本法》之關係，非本文討論範圍。《國安法》引發的相關法律爭議一覽，參見朱含（2020）。

10 《國安法》第12條。

11 國家安全委員會成員包括政務司司長、財政司司長、律政司司長、保安局局長、警務處處長、警務處副處長（國家安全）、入境事務處處長、海關關長和行政長官辦公室主任。參香港特區政府。2020。〈香港特別行政區維護國家安全委員會舉行首次會議〉。2020/07/06。https://www.info.gov.hk/gia/general/202007/06/P2020070600527.htm#:~:text=%E5%9C%8B%E5%AE%89%E5%A7%94%E7%94%B1%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%95%B7%E5%AE%98,%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%95%B7%E5%AE%98%E8%BE%A6%E5%85%AC%E5%AE%A4%E4%B8%BB%E4%BB%BB%E9%99%B3%E5%9C%8B%E5%9F%BA%E3%80%82。2020/10/19。

為北京傀儡。<sup>12</sup>

根據《國安法》規定，國安委員會工作「不受香港特別行政區任何其他機構、組織和個人的干涉，工作信息不予公開」，<sup>13</sup> 國安委員會所做的決定也「不受司法覆核」。<sup>14</sup> 這點極為重要，因為國安委員會除了負責香港國安政策方面事務外，其職責也包含制定《國安法》第 43 條關於警察權力的實施細則，其在 7 月 6 日所制定的第 43 條實施細則擴張了警察在國安案件中的各種調查權力，<sup>15</sup> 引起許多爭議，但在《國安法》「不公開」、「不受司法覆核」的規定下，香港司法或一般大眾難以監督、制衡國安委員會的決定。

### 1. 香港警務處維護國家安全部門、律政司國家安全犯罪案件檢控部門

國安案件在進入法院之前，首先會經過警方調查和檢方檢控程序。在這兩個階段中，《國安法》也確保相關主管均為中央首肯的人選。負責刑事案件偵查起訴的香港警務處、律政司分別設置了專門的「維護國家安全部門」和「國家安全犯罪案件檢控部門」，這兩個部門的負責人由香港特首任命，但特首任命前必須書面徵求中央政府駐港「國安公署」（見下述）的意見。此外，《國安法》還規定香港警務處國安部門可從香港以外聘請專門人員和技術人員，協助國安相關任務，<sup>16</sup> 顯然是為了向中央政府的國安人員敞開大門，使中央國安警察官員可以直接指導香港警務處對於國安案件的處理。

### 2. 中央政府駐港國安公署

除上述港府本身的國安機制之外，最受到各界矚目的是「中央人民政府駐香港特別行政區維護國家安全公署」（國安公署），<sup>17</sup> 國安公署是中央政府在香港的第四個派駐機構。<sup>18</sup> 國安公署署長由中央政府派出，新任署長為曾任廣東

---

12 參 Petersen (2020: 645)。

13 《國安法》第 14 條第 2 款。

14 同上。

15 見以下二、(一)之討論。

16 《國安法》第 16 條第 3 款。

17 《國安法》第 48 條。

18 其它派駐機構為「中央人民政府駐香港特別行政區聯絡辦公室」（中聯辦）、「中華人民共和國外交部駐香港特別行政區特派員公署」（外交部駐港特派員公署）、「中國人民解放軍駐香港部隊」（駐港解放軍）。

省委常委、秘書長的鄭雁雄。國安公署人員由中央政府國安有關機關聯合派出，直接進駐香港，據報導目前暫定編制超過 300 人。

國安公署的工作包括對戰略和政策提出意見和建議；監督、指導、協調、支持香港特區政府；收集分析國安情報信息；以及辦理危害國安犯罪案件。<sup>19</sup> 但國安公署要做的也不限於這些傳統意義下的國安工作，根據《國安法》規定，國安公署還負責與中國外交部駐港特派員公署、香港特區政府一同「採取必要措施，加強對外國和國際組織駐香港特別行政區機構、在香港特別行政區的外國和境外非政府組織和新聞機構的管理和服務」。<sup>20</sup> 外界解讀，這意味著在港的外國、國際組織、境外非政府組織與媒體的工作未來將可能受到國安公署的監督控制，言論活動空間將可能大幅緊縮。《國安法》此條規定其實有其脈絡可循，中國近年來對於自由主義思想高度警戒，擔憂中國社會受到民主思潮影響，引發「顏色革命」，因此，北京近幾年制定的一系列法律對於「境外勢力」——「境外」包括台灣——都有針對性，包括 2016 年通過的《國家安全法》、2016 年通過的《境外非政府組織境內活動管理法》、《網路安全法》等。

與香港國安委員會類似，中央駐港的國安公署同樣受到《國安法》的屏蔽，國安公署及人員依據《國安法》「執行職務」的行為，不受香港特別行政區管轄，而其人員和車輛在「執行職務時」也不受香港執法人員檢查、搜查和扣押。<sup>21</sup> 實務上，這意味著國安公署的警察無論是在跟蹤、調查甚至拘捕嫌疑犯時，不必擔心香港法律的管控或處罰，即便有人報警舉報國安公署違法拘捕搜查，香港警方也無法介入。中國法學者 Donald Clarke 對此指出，在《國安法》規定下國安公署人員完全處於「法外之地」：國安公署人員在香港「執行職務」不受香港特區管轄，而由於中國法律原則上不適用於香港，<sup>22</sup> 國安公署人員因此也不受到中國法管轄（Clark, 2020a）。

---

19 《國安法》第 49 條。

20 《國安法》第 54 條。

21 《國安法》第 60 條。

22 適用於香港特別行政區的中國法律必須是屬於《基本法》第 18 條第 3 款所規定，列於附件三之全國性法律。按照《基本法》規定，任何列入附件三的法律，限於有關國防、外交和其他按本法規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律。至於《國安法》是否屬於「國防、外交和其他按本法規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律」，學界有不同看法，引發極大爭議。

雖然在字義上，非依據《國安法》「執行職務」的行為，還是必須受到香港特區法律控制，但國安公署想必會擴大解釋「執行職務」的範圍，阻擋香港法律的管轄。如果對是否屬於「執行職務」發生爭議，香港司法能否有效審查，不得而知。香港最引以為傲的法治與大眾問責的精神，在面對國安公署時恐怕難以派上用場。

## 貳、程序：繞道而行，破壞香港司法獨立。

《港版國安法》對於涉嫌違反國家安全的案件一分為二，創設了兩種處理程序：香港管轄案件以及中央管轄案件。香港管轄案件指的是國安刑事案件的立案偵查、檢控、審判和刑罰執行等程序都在香港進行，適用《港版國安法》和香港特別行政區的法律。中央管轄案件則是由中央政府駐港國安公署負責立案偵查，檢察和審判工作分別由中國最高人民檢察院、最高人民法院指定有關檢察院和法院負責，案件必須適用中國《刑事訴訟法》等相關法律的規定。

### 一、香港管轄案件

在香港管轄案件中，案件立案偵查由香港警務處國家安全處負責，案件檢控則由香港律政司的國家安全檢控科負責。如前所述，警務處、律政司專職國安案件部門的負責人必須由香港特首書面徵求國安公署的意見後才能任命，該等人選相當於通過了中央政府忠誠度的測試。

《國安法》下香港警察權力的擴張特別受到外界矚目，香港警務處國家安全處辦理案件時，根據《國安法》第 43 條以及該條《實施細則》之規定，<sup>23</sup> 得採取許多高度侵入性的偵查措施，其中許多措施無需法院審查，警方可自行決定，亦即缺乏外部的監督控制。這些偵查手段包括：1. 搜查有關處所（在「緊急狀況」不經法院批准即可搜查）；2. 限制離港；3. 凍結財產並向法院申請限制令、押記令、沒收令以及充公財產；4. 移除網路信息並要求網路服務商協助；5. 向外國及台灣政治性組織及其代理人要求就涉港活動提供資料；6. 截取

23 《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法第四十三條實施細則》由國家安全委員會於 2020 年 7 月 6 日刊憲公布，7 月 7 日生效。參香港特別行政區政府。2020。《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法第四十三條實施細則》。<https://www.info.gov.hk/gia/general/202007/06/P2020070600748.htm>。2020/10/19。

通訊及秘密監察；7. 要求有關人士提供資料和提交物料。

第 43 條《實施細則》中對於不遵守以上偵查措施訂出了相應的罰則，例如信息發布人不遵從警方移除危害國家安全的信息要求，除非有合理辯解，否則一經定罪，可被判監禁一年、罰款 10 萬港幣；又例如，若外國及台灣政治性組織或外國及台灣代理人未按要求向港警提供資料，除非可證明已經盡力或有非可能控制的原因，可被判監禁六個月、罰款 10 萬港幣；而若涉及提供虛假、不正確或不完整的資料，則可被判監禁兩年、罰款 10 萬港幣。

有人可能會認為，香港向來以尊重法治、司法獨立著名，由香港法院審理的案件應可得到充分的人權保障，大眾應該至少對香港法官有信心。其實對香港司法最沒有信心的正是北京，所以《國安法》制定了許多「繞道」香港正常司法體制的程序。首先，《國安法》在某些情形下剝奪被告在重罪案件中受陪審團審判的權利，規定律政司長可基於「保護國家秘密」、「案件具有涉外因素」或者「保障陪審員及其家人的人身安全」等理由，決定在沒有陪審團的情況下進行審理，而改由三名職業法官組成審判庭審理國安案件。<sup>24</sup> 律政司長身兼案件檢控方，又可以在個案中決定不要陪審團，等於是球員兼裁判。國安案件被告是否可獲得陪審團審判將取決於政府的態度，而非公正客觀的第三方法官。

其次，《國安法》創造出「指定法官」的制度，規定國安案件只能由香港特首指定的法官審理，被指定的法官必須沒有「危害國家安全言行」，指定法官的任期一年，在此期間指定法官如有危害國家安全言行的，也會被終止其指定法官資格。<sup>25</sup> 香港特首林鄭月娥已經從現任法官中指定首批審理國安案件的法官。

香港律政司司長鄭若驊日前反駁外界質疑，表示「(指定)法官在處理相關案件時，仍然是獨立地履行司法職務，不受任何干預，因此這項安排絕無損害一直備受尊崇的司法獨立」(鄭若驊，2020)。此番言論顯然和一般認知到司法獨立有相當大的差距。「指定法官」使得行政部門得以選擇一些觀點與政

24 《國安法》第 46 條。

25 《國安法》第 44 條。

府接近的法官，藉此直接或間接地操縱司法運作，確保只有政府信任的法官可以審判國安案件，與司法獨立原則背道而馳。香港終審法院前首席法官李國能便指出，香港行政長官不具備法官經驗、專業能力，且行政長官身兼國安委員會主席，不宜選定國安案件審理法官（Cheung, 2020）。

《國安法》規定國安案件審判原則上公開進行，但如因涉及「國家秘密、公共秩序等情形不宜公開審理的」，將禁止新聞界和公眾旁聽全部或部分審理程序。<sup>26</sup> 從去年「反送中」抗議以來，許多香港人自發組成「旁聽師」群組，平日便到法庭旁聽、聲援被捕的抗爭人士。如果案件不公開審理，不但媒體無法直接報導庭審，這種大眾「旁聽」監督審判的作用也將無從發揮。

至於案件是否涉及「國家秘密」，並非由法官決定，而是必須取得香港特首的證明書認定，《國安法》規定特首關於「國家秘密」的認定對法院有拘束力。一旦案件認定涉及「國家秘密」後，不僅執法、司法人員必須保密，被告的辯護律師也應當保密。<sup>27</sup> 未來在被認定涉及「國家秘密」的案件中，辯護律師恐怕也得小心翼翼，難以用訴諸媒體曝光、輿論監督的方式來為其當事人爭取權利。

雖然《國安法》第4條規定港府應根據《基本法》、《公民與政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利國際公約》保障香港居民人權，第5條也規定必須堅持法治原則、罪刑法定原則以及無罪推定原則。但同一部法律前後矛盾，例如在第42條第2款中要求法官僅能在「有充足理由相信嫌疑犯不會繼續實施危害國家安全行為」的情況下才能准予保釋，<sup>28</sup> 如嚴格按照字面上解釋，將可能變成以「羈押為原則，保釋為例外」，違反《公民與政治權利國際公約》「無罪推定」、「以保釋為原則」以及「禁止恣意拘禁」之規定。所幸，在《國安法》第一案的人身保護令裁決中，<sup>29</sup> 香港法官並未如此解釋該條條文，仍然堅持必須按照「無罪推定原則」以及香港原本的刑事規定決定被告

26 《國安法》第41條第4款。

27 《國安法》第63條。

28 《國安法》第42條第2款。

29 Tong Ying Kit (唐英傑) v HKSAR. HCAL 1601/2020; [2020] HKCFI 2133. 21 August 2020. in [https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju\\_frame.jsp?DIS=130336&currpage=T](https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=130336&currpage=T). Latest update 2020/10/19。

是否可獲得保釋。

## 二、中央管轄案件

如果是中央直接管轄案件，案件就會從香港體制中抽離出來。在《國安法》規定的三種情況下，經香港特區政府或中央駐港國安公署提出，報中央政府批准，便可由中央駐港國安公署直接行使管轄權。法定三種情況包括：1. 案件涉及外國或者境外勢力介入的複雜情況，香港特別行政區管轄確有困難的；2. 出現香港特別行政區政府無法有效執行本法的嚴重情況的；3. 出現國家安全面臨重大現實威脅的情況。<sup>30</sup> 由於「複雜情況」、「嚴重情況」、「重大現實威脅的情況」等文字模糊籠統，實際上難以起到限制中央管轄的作用，而且定奪者為中央政府，也就是中央說了算。

一旦中央政府批准中央管轄後，如前所述，該案件將由國安公署立案偵查，檢察和審判工作分別由最高人民檢察院、最高人民法院指定有關檢察院和法院負責，案件必須適用中國《刑事訴訟法》相關規定。許多中國法律中違反人權的作法將可直接適用在中央管轄案件，包括中國刑訴法中惡名昭彰的「指定監視居住」——被拘禁人在長達六個月的「指定監視居住」期間，不准會見律師，家屬也無從得知其拘禁狀況，甚至不知道關押地點，由於與外界完全隔離，被拘禁人容易遭受酷刑或其他殘忍、不人道或有辱人格之待遇，等於是「被失蹤」的制度化作法。<sup>31</sup>

雖然目前還沒有出現中央直接管轄的案件，我們無從得知此類案件實際上會如何運作，但可以確定的是，雖然《港版國安法》整部法律刻意不提「移交」（引渡）程序，但第 55 條的中央管轄案件直指嫌犯被「送中」的風險。至於「送中」案件何時出現以及未來此類案件的多寡，國安公署和中國政府目前應該正在觀察評估香港和國際可能的反對聲浪。

去年六月因港府企圖修改《逃犯條例》引發「反送中」抗爭，引發百萬人遊行抗議，引發一年多來的街頭抗爭，也引發多國關注和譴責，沒想到中國政府最後還是透過《國安法》，轉個彎為「送中」開闢了一條捷徑。

30 《國安法》第 55 條。

31 參陳玉潔（2019：69）。

## 參、罪名：包山包海，違反國際基本人權

《港版國安法》訂出四類罪名——「分裂國家」、「顛覆國家政權」、「恐怖活動」和「勾結外國或者境外勢力危害國家安全」，按情節輕重程度可處有期徒刑、拘役或者管制，最重者可處到無期徒刑。這些法條中有模糊的不確定概念，也有「兜底」的概括式條款，再輔以相關「煽動」、「教唆」、「協助」、「資助」等罪名；如果按照中國政府向來對於罪名的氾濫解釋，範圍可說是包山包海，將會覆蓋許多反送中抗議中常見的和平行為和言論，以及一般民主國家中正常的倡議和批評政府行為。此種立法不符合法律明確性的要求，容易侵害人身、言論、新聞、出版、集會、遊行、示威、結社自由等基本人權保障。

《國安法》箝制自由的現象，在法律實施的第一天就表露無遺。7月1日，香港警方對於上街抗議民眾舉出《國安法》專用的紫色旗，警告抗議民眾「你們現在展示旗幟或橫額／叫喊口號／或其他行為，有分裂國家或顛覆政權等意圖，有可能構成《港區國安法》的罪行，你們可能會被拘捕及刑事檢控」。當天港警大規模拘捕了370人，當中10人被警方指控涉嫌觸犯《國安法》，其中摩托車騎士唐英傑因涉嫌騎車衝向警方，且車尾插有「光復香港時代革命」旗幟，被控「煽動分裂國家罪」和「恐怖活動罪」，成為香港首宗以《國安法》刑事檢控的案件，其他人則是因展示香港獨立的旗幟標語，或僅僅穿著印有「光復香港時代革命」的上衣而被以「煽動分裂國家罪」拘捕。

### 一、分裂國家罪

《國安法》的罪名範圍究竟有多廣？首先，第一類罪名「分裂國家罪」處罰「組織、策劃、實施或者參與實施」下列「旨在分裂國家、破壞國家統一」的行為：<sup>32</sup>「（一）將香港特別行政區或者中華人民共和國其他任何部分從中華人民共和國分離出去；（二）非法改變香港特別行政區或者中華人民共和國其他任何部分的法律地位；（三）將香港特別行政區或者中華人民共和國其他任何部分轉歸外國統治。」。法條中所謂「破壞國家統一」、「從中華人民共和國分離出去」、「非法改變…法律地位」和「轉歸外國統治」定義並不清晰，但可以確定的是，法條規定「不論是否使用武力或者以武力相威脅，即屬犯

<sup>32</sup> 《國安法》第20至21條。

罪」，換言之，和平表達的言論與行為，也可能被認定構成分裂國家罪。此外，法條也沒有要求該行為必須有分裂國家、破壞國家統一的可能性，或有可能造成任何危害。目前因《國安法》被捕的許多民眾便是因為展示香港獨立的標語而遭到拘捕，甚至連「光復香港時代革命」的口號也被香港政府解釋為有分裂國家或顛覆政權的意涵（中央通訊社，2020），顯然侵害言論自由。

雖然《港版國安法》主要針對香港，但分裂國家的法條特別點名「中華人民共和國其他任何部分」。從北京的角度而言，「中華人民共和國其他任何部分」無疑包括西藏、新疆，甚至包括中國對於台灣以及南中國海極具爭議性的領土主張。按照此種解釋，試問蔡英文總統主張中華民國（台灣）已經是一個主權獨立的國家，或者是國民黨主張中華民國為主權獨立國家，在北京眼中是否也會構成分裂國家罪？一般台灣民眾在10月10日國慶日揮舞青天白日滿地紅的國旗是否也犯分裂國家罪？學者討論台灣國際地位或者批評中國對於南海領土主張的文章，是否也分裂了中國？

## 二、顛覆國家政權罪

第二類罪名「顛覆國家政權罪」處罰的是以「武力、威脅使用武力或其他非法手段」「組織、策劃、實施或者參與實施」法條中規定的四種行為，<sup>33</sup>包括：「（一）推翻、破壞中華人民共和國憲法所確立的中華人民共和國根本制度；（二）推翻中華人民共和國中央政權機關或者香港特別行政區政權機關；（三）嚴重干擾、阻撓、破壞中華人民共和國中央政權機關或者香港特別行政區政權機關依法履行職能；（四）攻擊、破壞香港特別行政區政權機關履職場所及其設施，致使其無法正常履行職能」。

與第一類分裂國家罪相較，顛覆國家政權罪規定必須是「武力、威脅使用武力或其他非法手段」，但「非法手段」並不見得排除和平言論和行為。在對「顛覆國家政權」恣意的詮釋下，中國不乏因言獲罪的例子，例如服刑中逝世的諾貝爾和平獎得主劉曉波，在2009年因「煽動顛覆國家政權罪」被判刑11年。近年來，許多中國人權律師同樣因此類罪名失去自由，如目前正在服刑

<sup>33</sup> 《國安法》第22至23條。

的余文生律師，便是因為替法輪功辯護、為「709案」辯護、接受境外媒體採訪、提出修憲建議等，被以「煽動顛覆國家政權罪」判刑四年。

此外，過去反送中運動曾經出現示威者衝撞立法會大樓的事件，《國安法》顛覆國家政權罪第22條第1款第3、4項的規定涵蓋了破壞中國、香港政權機關的職能和香港政權機關履職場所、設施之行為，顯然就是要將此類抗爭失序行為納入「顛覆」範疇。然而，這類破壞財物與公共秩序的行為在現行香港法律下已經有處罰的依據，<sup>34</sup>《國安法》要用重達無期徒刑的顛覆罪加以處罰，不符比例原則，而且也容易將國安無限上綱。例如，未經警察許可的集會遊行如果阻擋政府機關進出辦公，是否會被認定為顛覆政權？一般民主國家議會中常見的阻礙議事或抵制行為，是否也屬於顛覆政權？事實上，港府對《國安法》的解釋非常浮濫，香港特首林鄭月娥便表示，香港民主派7月11、12日舉行的初選如果是為了要達到「35+」（過半議席）的選舉結果以對抗政府政策，便可能構成「顛覆國家政權罪」（香港電台網站，2020）。

### 三、恐怖活動罪

第三類「恐怖活動罪」<sup>35</sup>處罰「為脅迫中央人民政府、香港特別行政區政府或者國際組織或者威嚇公眾以圖實現政治主張」，「組織、策劃、實施、參與實施或者威脅實施以下造成或者意圖造成嚴重社會危害的恐怖活動之一」，包括：「（一）針對人的嚴重暴力；（二）爆炸、縱火或者投放毒害性、放射性、傳染病病原體等物質；（三）破壞交通工具、交通設施、電力設備、燃氣設備或者其他易燃易爆設備；（四）嚴重干擾、破壞水、電、燃氣、交通、通訊、網絡等公共服務和管理的電子控制系統；（五）以其他危險方法嚴重危害公眾健康或者安全」。

以上所列的「恐怖活動」已遠遠超出針對平民百姓的攻擊與傷害。事實上，香港在《國安法》通過之前已有《聯合國（反恐怖主義措施）條例》（《反恐條例》）可以處罰恐怖活動。今年4月聯合國人權特別報告員還曾針對

34 參 Petersen (2020: 644-645)。

35 《國安法》第24至27條。

香港《反恐條例》提出批評，<sup>36</sup> 認為該法定義過廣且不精確（*overly broad and imprecise*），不但處罰「對財產的嚴重損害」，也未把因為「呼籲、抗議、持不同意見或工業行動」對財產造成嚴重損害的行為排除在恐怖活動之外，不符合國際反恐規範，如此寬鬆的反恐罪名，容易淪為政府打壓示威遊行和社會運動的工具。然而，《港版國安法》的恐怖活動罪不但未改善原本《反恐條例》存在的問題，反而再加上一條「以其他危險方法嚴重危害公眾健康或者安全」的概括式條款，將「恐怖活動」的範圍繼續往外擴張。

#### 四、勾結外國或者境外勢力危害國家安全罪

最後，第四類「勾結外國或者境外勢力危害國家安全罪」最受到國際社會矚目。<sup>37</sup> 首先，該條處罰為外國或者境外（「境外」包含香港、澳門和台灣）機構、組織、人員「竊取、刺探、收買、非法提供涉及國家安全的國家秘密或者情報」。在中國法下，「國家秘密」的範圍相當廣泛，最新的例子是 2019 年入境中國被拘捕的台灣人李孟居。2020 年 10 月中國官方媒體播報李孟居「認罪」的視頻，中國官媒表示李孟居在深圳拍下武警集結照片，屬於「國家秘密」，涉犯「非法提供國家秘密罪」。

其次，以下行為也被認定屬於勾結外國或境外勢力：「請求外國或者境外機構、組織、人員實施，與外國或者境外機構、組織、人員串謀實施，或者直接或者間接接受外國或者境外機構、組織、人員的指使、控制、資助或者其他形式的支援實施以下行為之一的，均屬犯罪：（一）對中華人民共和國發動戰爭，或者以武力或者武力相威脅，對中華人民共和國主權、統一和領土完整造成嚴重危害；（二）對香港特別行政區政府或者中央人民政府制定和執行法律、政策進行嚴重阻撓並可能造成嚴重後果；（三）對香港特別行政區選舉進

---

36 Mandates of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism; the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions; the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; and the Special Rapporteur on minority issues. Reference: OL CHN 7/2020. 23 April 2020. in <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25196/>. Latest update 2020/10/19.

37 《國安法》第 29 至 30 條。

行操控、破壞並可能造成嚴重後果；(四)對香港特別行政區或者中華人民共和國進行制裁、封鎖或者採取其他敵對行動；(五)通過各種非法方式引發香港特別行政區居民對中央人民政府或者香港特別行政區政府的憎恨並可能造成嚴重後果」。

上述法條字眼有許多模糊空間，例如第 2 項嚴重阻撓制定執行法律政策行為，如前所述，香港特首林鄭月娥便曾引用此條規定表示香港民主派初選如果是為了要達到過半議席以對抗政府政策，便可能構成「顛覆國家政權罪」。又例如第 5 項「通過各種非法方式」引發「憎恨」的情況涵蓋的範圍可能很廣泛，中國國務院港澳辦副主任張曉明舉例，如果有人透過「造謠」的方式引發社會對政府的仇恨，類似去年反送中抗議中有人造謠香港太子站發生打死人的事件，便有可能構成此條犯罪（明報記者，2020）。

值得注意者，勾結外國或者境外勢力罪包含香港人或外國人請求國際社會對中國、香港實施制裁的行為，而香港警方也已經開始引用這個條文。7 月 31 日，香港警方以「煽動分裂國家罪」、「勾結外國或境外勢力危害國安罪」通緝 6 名位於海外人士，其中被通緝的朱牧民為美國非政府組織「香港民主委員會」總監，其歸化為美國公民已長達 25 年。在得知被通緝後，朱牧民表示：「我以美國公民身分，在美國土地上並代表美國機構遊說我自己政府，要說我的工作受到香港警方、政府管轄很荒謬」。

按照香港警方這種對「勾結外國境外勢力」寬泛的定義，不要說遊說制裁會被處罰，許多維權活動人士的倡議行為可能也無法倖免。例如，針對中國違反 1984 年《中英聯合聲明》之國際義務向外國政府遊說，或者針對港府違反國際人權法的問題向聯合國人權機構提出申訴，外國政府和國際人權專家因此對中國和香港提出批評，這些是否屬於「其他敵對行動」？是否也有可能構成勾結外國境外勢力？

《國安法》的罪名引發太多的問題，許多答案也充滿不確定性，之所以如此，正是因為法條刻意模糊造成的結果，以達到使人民自我審查與噤聲的效應，這些都違反國際條約《中英聯合聲明》、中國的《基本法》、《香港人權法案條例》以及國際人權法中保障的基本自由權利。就此，聯合國多位人權特別

報告員在 9 月 1 日共同致函中國政府表達關切，細數《國安法》在國際人權法下的嚴重問題。<sup>38</sup>

### 肆、效力：長臂管轄，域外效力遍及全球。

《國安法》不僅規範在香港特別行政區內實施之犯罪，<sup>39</sup> 也包含香港永久性居民以及在香港成立的公司、團體或非法人組織在香港以外實施的犯罪。<sup>40</sup> 最受到爭議者則是該法的「長臂管轄」，第 38 條規定：「不具有香港特別行政區永久性居民身份的人在香港特別行政區以外針對香港特別行政區實施本法規定的犯罪的，適用本法」。

第 38 條毫無限制的域外效力，相當罕見。一般而言，一國刑法處罰的是該國領域內發生的犯罪，此為所謂的「屬地管轄」原則。此外許多國家也處罰自己國國民在國外的某些犯罪行為，為「屬人管轄」原則。只有在例外的情況下，為了保護自己國家重要法益，可以將法律效力向域外延伸，針對外國人在外國的行為予以處罰，此為所謂的「保護管轄」原則。

雖然「保護管轄」原則有正當理由，但由於一國刑法的域外效力可能干涉到其他國家公民的行為和內政事務，因此各國在適用「保護管轄」時多有所限縮，不會毫無條件的延伸處罰。例如，中國《刑法》也有採「保護管轄」，該法第 8 條規定：「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，而按本法規定的最低刑為三年以上有期徒刑的，可以適用本法，但是按照犯罪地的法律不受處罰的除外。」換言之，中國《刑法》的「保護管轄」有兩個適用前提要件，一是在中國《刑法》下屬於最低刑為三年以上有期徒刑之犯罪，二是該行為按照犯罪地的法律也應受到處罰（此為「雙重犯罪原

38 Mandates of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism; the Working Group on Arbitrary Detention; the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions; the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders; and the Special Rapporteur on minority issues. Reference: OL CHN 17/2020. 1 September 2020. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25487>. Latest update 2020/10/19.

39 《國安法》第 36 條。

40 《國安法》第 37 條。

則」)。值得一提，在中國司法實踐上第 8 條的案例極為少見，可見「保護管轄」適用的節制。

相較之下，《國安法》第 38 條就「針對香港特別行政區」實施的犯罪並無任何限制要件，無論犯罪輕重，也不管行為地是否有處罰該行為的規定，《國安法》的觸角都要向外延伸。這種高度侵入性的域外效力，再結合該法許多定義模糊的罪名，引來許多國家批評。

過廣的「保護管轄」容易干涉到他國公民自由，違反國際人權法；此外，國際法專家凌兵教授也指出，浮濫的「保護管轄」也可能形成對他國內政事務的干涉，違反國際法的「不干預原則」。<sup>41</sup>前面提到的美國公民朱牧民遭到通緝便是典型案例。朱牧民擔任非營利團體總監，在美國進行的遊說顯然受到結社自由、言論自由的保障，在美國法下不屬於犯罪行為。中國政府與香港警方對他主張《國安法》的域外效力，企圖處罰在外國民主體制下正常的倡議行為，不僅違反香港在《公民與政治權利國際公約》下的國際義務，也可能形成對於美國民主體制運作的干涉，違反「不干預原則」。

許多人問道，中國無遠弗屆的「長臂管轄」是否有可能真正得到執行？例如，澳洲人 A 在澳洲和平主張香港獨立，香港警察無法在澳洲執法，A 是否還需要擔心可能受到《國安法》「分裂國家」罪的處罰？

答案是肯定的。如果 A 入境香港或在香港轉機，理論上便有可能遭到香港警方依《國安法》逮捕；此外，即便 A 完全不在香港入境或轉機，也要小心是否前往與香港簽訂引渡條的國家，因為理論上香港可能向這些國家請求引渡。進一步而言，假設 A 被引渡到香港，並且被認定其行為屬於《國安法》第 55 條的中央管轄時，A 也有可能從香港被送到中國起訴和審判，形成從外國「變相引渡到中國」的情況。

此外，A 在中國入境或轉機，或者前往與中國訂有引渡條約的國家時，也可能有一些風險（Clark, 2020b），必須小心。中國政府可能依據《國安法》第

---

41 Professor Bing Ling' s remarks. Zoom meeting: Hong Kong National Security Law and Extraterritoriality. July 18, 2020. [researchblog.law.hku.hk/2020/10/hku-laws-national-security-law-webinar.html](https://researchblog.law.hku.hk/2020/10/hku-laws-national-security-law-webinar.html). (last visited: 2020/10/19)

55 條主張某嫌疑犯應受到中央管轄，據此請求第三國引渡該名嫌犯到中國，即便該主張在引渡法律實務上相當牽強不合理。此外，中國政府如果不用《國安法》規定，也可能訴諸其他中國法律來拘捕通緝鎖定的對象。

不過，被請求引渡的國家可以根據引渡條約的規定，在個案中拒絕引渡請求。一般引渡條約要求引渡必須符合「雙重犯罪原則」，亦即請求引渡的犯罪必須在被請求國也被認定是犯罪，如果未滿足這個要件的話，被請求國可以拒絕引渡。此外，根據「政治犯罪不引渡」原則以及國際人權保障的規定，被請求國也可以在個案中拒絕引渡。

基於這些規定，學者多認為民主國家不太可能將嫌疑犯引渡到香港或中國。即便如此，引渡的可能性並無法完全被排除，尤其無法排除與中國關係友好的威權國家和發展中國家可能違反相關引渡原則強行引渡。

在《國安法》第 38 條的全球效力下，許多受到人權保障的行為可能被《國安法》處罰，且嫌疑犯被引渡到香港後，還有可能進一步被送到中國起訴審判。因此許多民主國家在《國安法》通過後對於是否繼續執行與香港的引渡條約表示疑慮，目前澳洲、加拿大、紐西蘭、德國、英國、愛爾蘭、法國、芬蘭和美國已經暫停或決定不批准與香港的引渡條約。

可以預見，中國和香港政府要執行《國安法》的全球域外效力會遇到許多困難，實際被引渡的案件應該會少之又少，但是第 38 條不必實際上被「執行」就可以在香港境外製造寒蟬效應。目前多所歐美大學已經開始討論要如何保護香港學生與外國學生在校園中的言論，例如牛津大學要求研究中國的學生以匿名的方式交作業，不對相關網路課程錄像。哈佛商學院則讓擔心有風險的學生可以獲准不參加政治「敏感」話題的討論。《國安法》第 38 條的「威力」不在於實際上的「執行」成效，而是在於其籠罩在香港以及香港境外的恐懼感。

《國安法》的全球效力是否能受到一定的控制？理論上，中國全國人大常委會可以針對第 38 條做出解釋，限縮該條域外效力（Cohen, 2020），但鑑於中國現今政治現實，這個可能性似乎微乎其微。

至於香港政府是否有可能在實踐中有節制地主張第 38 條，將是國際矚目

的焦點，也取決於外國政府的反對力道。香港如果任意地主張長臂管轄，不僅違反國際法相關規定，也可能引起外國政府、公民進一步反彈，影響外國人前往香港工作、投資、讀書、旅遊的意願，對香港政經產生衝擊，形成雙輪局面。

## 伍、結論與展望

本文透過四個面相檢視《國安法》給香港人權法治帶來的衝擊，而這些衝擊也可能跟隨第 38 條的長臂管轄外溢到其他地方。

首先在機制方面，《國安法》在香港設立層層機制，無論是國安委員會、警務處國家安全處、律政司國家安全犯罪案件檢控部門以及中央政府駐港的國安公署，其特點都為中央政府掌控，相關決策人員也都必須經過中央政府的任命、指派或首肯，此外，國安委員會和國家公署的秘密性和不受問責性，在香港社會的開放性和法治下顯得格格不入。

在程序方面，《國安法》將案件分為香港管轄與中央管轄，在香港管轄案件中擴張香港警察調查權力，缺乏外部監督控制，審理國安法的法官必須由香港特首指定，在特定情況下，被告受陪審團審判無法得到保障，庭審也可能不對外公開，此等程序均有損司法獨立、公平審判權與人身自由的保障。此外，《國安法》創設中央管轄案件，繞道而行地創造「送中」案件，使中國執法與司法機關得以長驅直入管轄香港國安案件。

在罪名方面，《國安法》「分裂國家」、「顛覆國家政權」、「恐怖活動」和「勾結外國或者境外勢力危害國家安全」罪之條文定義模糊，將可能涵蓋到許多反送中抗議中常見的和平方為和言論以及一般民主國家中正常倡議、監督批評政府的行為，目前香港警方實務操作也顯示《國安法》箝制自由的問題，達到使人民自我審查與噤聲的效應，有違國際條約《中英聯合聲明》、中國的《基本法》、《香港人權法案條例》以及國際人權法中保障的基本自由權利。

在效力方面，《國安法》的長臂管轄毫無適用限制，有別於一般「保護管轄」的原則，這種高度侵入性的域外效力，再結合該法許多定義模糊的罪名，容易干涉到他國公民自由與他國內政事務，違反國際人權法以及國際法的「不

干預原則」。因此，許多民主國家已經暫停或決定不批准與香港的引渡條約。雖然中國和香港要執行《國安法》的全球域外效力會遇到許多困難，然而長臂管轄不必出現成功引渡的案例便可能造成境外噤聲效應。

應該如何因應這些問題？學界和民間團體已經開始主張香港民間和司法應該善用《國安法》相關人權規定。<sup>42</sup> 該法第 4 條明定：「香港特別行政區維護國家安全應當尊重和保障人權，依法保護香港特別行政區居民根據香港特別行政區基本法和《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》適用於香港的有關規定享有的包括言論、新聞、出版的自由，結社、集會、遊行、示威的自由在內的權利和自由。」同法第 5 條規定，防範、制止和懲治危害國家安全犯罪，應當堅持法治原則，並應遵守罪刑法定原則、無罪推定原則、一事不再理原則等。此外，《國安法》不溯及既往，在《國安法》公布前的行為不應以《國安法》處罰。

這些重要條文不應僅被看作是裝飾性的法條，而可以成為香港人民主張人權保障的基礎，香港民間社會應認真對待（並要求政府認真對待）這些條文，在香港本身豐富的人權法治資源上持續深化人權底蘊，為未來的民間倡議、法庭攻防和司法決定提供厚實的基礎素材，減少《國安法》的傷害。

目前還不是悲觀的時候。國安法案件未來會陸續進到法院審理，香港司法向來對於人權法治原則和國際人權法相當熟稔，如何在《國安法》下運用香港和國際人權法落實權利保障將會是香港司法的重大挑戰。在國安法檢控第一案中，法官雖然以潛逃和重犯的風險拒絕被告唐英傑聲請保釋的請求，但在決定人身保護令的司法裁決中，<sup>43</sup> 法官引用《國安法》第 4、5 條的規定，強調無罪推定原則，認為《國安法》第 42 條第 2 款的規定並未改變香港相關刑事程序法律中關於保釋的認定標準，<sup>44</sup> 因此只要符合香港原本法律中的保釋要件，仍應給予保釋，換言之，香港法律中（包括被納入香港法律的國際人權公約）關於人權保障的規定仍應適用。此外，法官也強調香港法院必須對於憲法保障的

42 例如 Human Rights in China (2020)。

43 參註 29。

44 《國安法》第 42 條第 2 款規定：「對犯罪嫌疑人、被告人，除非法官有充足理由相信其不會繼續實施危害國家安全行為的，不得准予保釋」。

權利給予慷慨的解釋（a generous interpretation），對於限制自由權利的法條應給予限縮性的解釋（a narrow interpretation），此反映了香港固有的法治傳統。

這種盡量符合人權的合憲性解釋，<sup>45</sup> 雖是一種妥協，卻可避免在宣告某條文違憲後所可能引起的中央政府反彈，避免中央進一步壓制香港司法、以全國人大常委會的解釋推翻香港司法解釋，<sup>46</sup> 或許為《國安法》的未來指出了一條道路。即便審理國安案件的法官是由香港特首指定，未來香港法官能否繼續抱持保障人權的態度並真正落實到司法實踐中，香港民間和國際社會都拭目以待。此時學界可以做的是針對《國安法》種種法律爭議提出深入的研究，為民間倡議、法庭攻防和司法決定提供厚實的基礎素材。

然而，即便香港審理國安法案件的法官能夠秉持司法獨立與專業性，司法並不是萬靈丹。對於長久纏訟面臨極大壓力甚至是長期遭到審前羈押的被告，《國安法》仍然造成非常大的傷害。此外，香港司法也無法完全解決司法領域外更廣泛的挑戰，包括《國安法》對於言論結社、結社、集會、遊行、新聞、政治自由、學術自由等方面的侵蝕。

《國安法》所影響的社群以及造成的衝擊都需要一一獨立被檢視，例如在教育學術方面，《國安法》對於老師教學、學生學習以及校園自由的討論帶來哪些實際與潛在的影響？老師應採取什麼措施保護學生？學校又應採取什麼措施保護老師和學生以確保學術自由不被侵蝕？對此，Carole Petersen 教授所主張的「自下而上」（bottom-up）的方法極具啟發性，<sup>47</sup> 其認為大學校園應由師生社群主動探討《國安法》對他們可能帶來的影響，並共同研議解決方案或行為準則，並要求學校管理階層尊重學術自由，塑造安全的校園環境，而非等待管理階層或政府採取措施。

45 此司法裁決之評析，參 Kellogg (2020)。

46 《國安法》第 65 條規定：「本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。」一般認為，香港法官在個案中適用《國安法》時不可能不解釋《國安法》條文，因此香港法官仍可以在案件中解釋《國安法》，然而，如果中國全國人大常委會不同意香港司法的詮釋，可行使《國安法》第 65 條之解釋權，推翻香港司法解釋。

47 Professor Carole Petersen's remarks. Zoom meeting: Academic Freedom in Hong Kong: the Potential Impact of the New National Security Law. August 15, 2020. <http://researchblog.law.hku.hk/2020/10/hku-laws-national-security-law-webinar.html>. (last visited: 2020/10/19)

本文贊同這種「自下而上」的方法。香港民間社會向來活力充沛，民間組織具有高度的自發性和動員能力。在此地基上，本文主張香港受到《國安法》影響的社群——包括民間團體、媒體、政界、學界、商界等——可以主動地進行「影響評估」(impact assessment)，公開探討該法對民間倡議、新聞報導、政治運動、學術研究、金融經貿帶來的問題和挑戰。

每個社群面臨的挑戰可能有類似之處，但也有其不同之處，唯有該社群成員本身最知道《國安法》帶來的衝擊。藉由廣泛在社群中徵求意見與公開討論，可以較為精確地發現、記錄問題，提昇社群本身的問題意識，並且針對該社群的需要量身訂做相關對策。

各個社群都應在香港法治人權架構下，善用《國安法》第4條、第5條人權保障條文，而非先行自我審查(self-censor)，或被動地等待問題發生。透過公開、共同的討論，也可以在社會基礎上增進社群成員之間的團結意識(solidarity)，在面臨打壓時能齊心合作，為彼此發聲，增加呼籲的力道。此外，從人權保障(包括《國安法》相關條文)角度出發的討論，為討論提供了法律上的正當基礎，相對也可以降低風險。

社會中每個角色都可以做出不同的重要貢獻，包括民間團體的廣泛呼籲，提高民眾問題意識；新聞媒體獨立調查報導，翔實記錄人權違反的情況；學者深入研究，強化人權法治論述；以及政界的推動，在體制內抵抗威權力量。唯有透過這種社群自發、同心協力的方法，才能在香港民間社會持續豐富人權法治底蘊，使自由理念進一步向下扎根，延續香港社會的韌性。

## 參考文獻

- 朱含。2020。〈嵌入普通法的楔子：《港區國安法》法律爭議概述〉。SSRN 網站，[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3623741](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623741)。2020/10/19。
- 鄭若驊。2020。〈維護國家安全 日月經天 江河行地〉。《紫雜誌》2020/08/01。4g.zijing.org/?app=article&controller=article&action=show&contentid=827281。2020/10/19。
- 陳玉潔。2019。〈司法人權觀察〉。《2019 中國人權觀察報告》61-86：69。台北：民主基金會。
- 張謙。〈港府：光復香港時代革命 有顛覆國家政權含意〉。《中央通訊社》2020/07/03。<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202007020414.aspx>。2020/10/19。

- 香港電台網站。〈特首：若初選目的是達至對抗政府 或違港區國安法〉。《香港電台網站》2020/07/13。 <https://news.rthk.hk/rthk/ch/component/k2/1537538-20200713.htm>。2020/10/19。
- 明報記者。2020。〈港區國安法張曉明：造謠太子站警察打死人可構成犯罪〉。《明報》2020/07/01。 <https://news.mingpao.com/ins/%E5%85%A9%E5%B2%B8/article/20200701/s00004/1593583949754/%E6%B8%AF%E5%8D%80%E5%9C%8B%E5%AE%89%E6%B3%95-%E5%BC%B5%E6%9B%89%E6%98%8E-%E9%80%A0%E8%AC%A0%E5%A4%AA%E5%AD%90%E7%AB%99%E8%AD%A6%E5%AF%9F%E6%89%93%E6%AD%BB%E4%BA%BA%E5%8F%AF%E6%A7%8B%E6%88%90%E7%8A%AF%E7%BD%AA>。2020/10/19。
- Chan, Cora and Fiona de Londras. 2020. Eds. *China's National Security: Endangering Hong Kong's Rule of Law?*. USA: Hart Publishing.
- Cheung, Gary. 2020. "Hong Kong national security law: former chief justice expresses concern over provisions of legislation." *South China Morning Post*. 23 June 2020. in <https://www.scmp.com/news/hong-kong/politics/article/3090120/hong-kong-national-security-law-former-chief-justice>. Latest update 19 October 2020.
- Clarke, Donald. 2020b. "Hong Kong's National Security Law: how dangerous is Article 38?" *The China Collection*. 3 July 2020. <https://thechinacollection.org/hong-kongs-national-security-law-dangerous-article-38/>. Latest update 19 October 2020.
- Cohen, Jerome A.. 2020. "My quick reading of the troubling national security law for Hong Kong." Blog. 2 July 2020. in [www.jeromecohen.net/jerrys-blog/my-quick-reading-of-the-troubling-national-security-law-for-hong-kong](http://www.jeromecohen.net/jerrys-blog/my-quick-reading-of-the-troubling-national-security-law-for-hong-kong). Latest update 19 October 2020.
- Congressional Research Service. "China's National Security Law for Hong Kong: Issues for Congress." 3 August 2020. in <https://fas.org/sgp/crs/row/R46473.pdf>. Latest update 19 October 2020.
- Davis, Michael C.. 2020. *Making Hong Kong China: The Rollback of Human Rights and the Rule of Law*. New York: Columbia University Press.
- Donald Clarke. 2020a. "Hong Kong's National Security Law: An Assessment." *China Leadership Monitor*. 13 July 2020. <https://www.preleader.org/clarke>. Latest update 19 October 2020.
- Fu, Hualing. 2020. "China's Imperatives for National Security Legislation." in Cora Chan and Fiona de Londras. 2020. Eds. *China's National Security: Endangering Hong Kong's Rule of Law?*. USA: Hart Publishing.
- Human Rights in China. 2020. "Too Soon to Concede the Future: The Implementation of The National Security Law for Hong Kong—An HRIC White Paper." in <https://www.hrichina.org/en/press-work/press-release/too-soon-concede-future-implementation-national-security-law-hong-kong-hric>. Latest update 19 October 2020.
- Kellogg, Thomas. 2020. "The Tong Ying-kit bail decision: A hopeful signal for Hong Kong's

human rights and rule of law?.” *Hong Kong Free Press*. 19 September 2020. in <https://hongkongfp.com/2020/09/19/the-tong-ying-kit-bail-decision-a-hopeful-signal-for-human-rights-and-the-rule-of-law/>. Latest update 19 October 2020.

Petersen, Carole. 2020. “The Disappearing Firewall: International Consequences of Beijing’s Decision to Impose a National Security Law and Operate National Security Institutions in Hong Kong.” *Hong Kong Law Journal* 50, 2 (Summer): 633-656.

# The National Security Law for Hong Kong: Infringements of Hong Kong's Rule of Law and Human Rights

Yu-Jie Chen

Assistant Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica  
Affiliated Scholar, U.S.-Asia Law Institute, NYU School of Law

## Abstract:

The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region (National Security Law or NSL) has had an unprecedented impact and brought challenges to the rule of law and human rights in Hong Kong. This article discusses four major aspects of the National Security Law—its mechanisms, procedures, targeted offenses and reach—and focuses on how the NSL erodes fundamental freedoms including personal liberty and freedoms of speech, press, publication, assembly, procession, demonstration and association as well as the principles of legal certainty, judicial independence, and public accountability in Hong Kong's rule of law.

Looking to the future, this article suggests that the communities affected by the NSL, including civil society groups, the media, political circles, academia and businesses, should take the initiative to conduct impact assessments, openly discussing the Law's impact on civil society advocacy, news reporting, political movements, academic research and business operations. The impacted communities should come together to proactively formulate measures in response to the Law, rather than self-censor prematurely or wait passively for problems to occur. In addition to using Hong Kong's rich resources in human rights and rule of law, Hong Kong and international civil society should take advantage of the relevant provisions in the NSL on the protection of human rights, thereby continuing to deepen the cultural heritage of Hong Kong's human rights and rule of

law and minimizing the harm caused by the NSL. Through this proactive, community-driven approach, problems caused by the NSL in various communities can be identified accurately and responses can be tailored to solve them. In addition, the spirit of freedom can further take root to strengthen the resilience of Hong Kong society.

**Keywords**

National Security Law for Hong Kong, rule of law, human rights protection, proactive community-driven approach

---