



《基本法》第二十三條立法 香港律師會意見書



《基本法》第二十三條立法 香港律師會意見書

1. 香港律師會提交本意見書，以回應政府於 2024 年 1 月 30 日就《基本法》第二十三條立法展開的公眾諮詢¹。
2. 政府的是次諮詢是有關第二十三條的立法原則。我們在本意見書中就該些立法原則發表意見。待建議立法的《草案》刊登後，我們將作更深入的審視。
3. 我們亦會就一項近期受媒體關注的事宜，即在新的《維護國家安全條例》（建議《條例》）²中引入公眾利益辯護，發表意見。

對立法原則的意見

憲制責任

4. 維護國家安全是基本責任。我們認同就《基本法》第二十三條立法的必要性。
5. 第二十三條立法應予優先處理，並應儘快完成。在第二十三條立法上，香港特區政府應全面履行其憲制責任和義務，在香港建立全面而有效的法律制度以維護國家安全。

¹ 諮詢文件全文見：

https://www.sb.gov.hk/chi/bl23/doc/Consultation%20Paper_TC.pdf

² 政府建議訂立一條全新的《維護國家安全條例》（建議《條例》），以全面應對香港特區現在和未來可能出現的國家安全風險（見諮詢文件第 2.28 段）。

6. 我們認同公眾諮詢文件（《文件》）（第 2.19 及 2.20 段）所提出的立法原則和考慮因素。在第二十三條的立法過程中，香港居民和在香港的其他人士根據《基本法》、《公民權利和政治權利國際公約》和《經濟、社會與文化權利的國際公約》適用於香港的有關規定所享有的權利和義務，必須在建議《條例》下繼續受到保障（第 2.21 段）。

法律專業

7. 政府適切地認可法律專業保密權在制定第二十三條的立法中至關重要 - 《文件》指出，如果有關觸犯「隱匿叛國」罪行的事宜受法律專業保密權保障，有關律師不披露有關犯罪事宜，不構成罪行（第 3.7 段）。我們對此表示歡迎。
8. 我們亦支持保護法律專業人員在處理國家安全事務時免受個人資料遭到非法披露和騷擾的建議。我們完全認同以下觀點。

「使 [處理涉及國家安全的案件或其他維護國家安全的工作的大律師或律師] 及其家人的安全受到適當的保障，讓相關人員在無後顧之憂的情況下處理或參與涉及國家安全的案件或其他維護國家安全的工作，以鞏固和強化維護國家安全執法力量。」（第 9.26 段）

建議罪行－一般性意見

9. 《文件》提出訂立建議《條例》，以應對國家安全風險（第 2.28 段），《文件》亦建議訂立多項罪行。
10. 就建議罪行而言，我們預期這些罪行的定義、詞語的涵義及擬適用的範圍，會在建議《條例》內以詳細及清晰的擬定方式說明。

11. 我們認為，待我們能審視建議《條例》草案中建議罪行的元素後，屆時我們再對建議罪行的刑罰的量刑等級作出討論，將會更有意義。
12. 《文件》內不同章節都有提及「文件」(Document) 一詞³。如果政府可以在建議《條例》中清楚訂明「文件」包括有關文件的實體檔案（即紙張）及電子檔案，將更有幫助。
13. 有關《文件》建議的具體罪行，我們將在以下段落中發表意見。

《文件》第4章：叛亂、煽惑叛變及離叛，以及具煽動意圖的行為

14. 有關「煽惑離叛」罪，政府建議涵蓋的行為包括明知而煽惑公職人員放棄擁護《基本法》或放棄向香港特區效忠（第4.5段）。政府解釋稱，現行的《刑事罪行條例》（第200章）也訂明了這一罪行，但只涵蓋個別類別的人員的行為。政府建議將該罪行的適用範圍擴展至其他公職人員。
15. 然而，本章並沒有對「公職人員」作出定義。《文件》的另一章⁴對「公職人員」作出的定義是否適用於「煽惑離叛」罪，現時並不明確。對此作出的澄清將有所幫助。
16. 有關「煽動意圖」相關罪行，政府在《文件》（第4.8段）中指出

³ 例如

- 「某人有犯『煽惑叛變』罪或『煽惑離叛』罪的意圖，並管有以下性質的文件…」（第4.7段）
- 「…[政府]建議禁止任何人在非法的情況下取得屬於或載有國家秘密的資料、文件…」（第5.12(1)段）
- 「…[政府]建議禁止任何人在沒有合法權限的情況下披露屬於或載有國家秘密的資料、文件…」（第5.12(3)段）

⁴ 見《文件》第5章「竊取國家機密及間諜行為」（第5.10段）中對「公職人員」的定義。

「...任何作為、文字或刊物不會僅因具任何以下意圖而具煽動意圖—

(i) 意圖就以上所指的制度或憲制秩序提出意見，而目的是完善該制度或憲制秩序；

(ii) 意圖就以上所指的機構或機關的事宜指出問題，而目的是就該事宜提出改善意見；」

17. 政府補充，《刑事罪行條例》（第 200 章）現行第 9(2)條已列出不屬煽動意圖的情況。政府建議經適當修訂後，把這些條文保留在建議《條例》內。政府表示，現行及完善後的「煽動意圖」相關罪行不會影響正當的意見發表（例如基於客觀事實，就政府施政作出合理和正當批評，或指出問題、提出改善意見等）（第 4.12 段）。
18. 對於某項批評政府的作為或行為是否構成「煽動意圖」相關罪行，這將取決於具體個案的事實情況。建議《條例》不可能列出「煽動意圖」相關罪行的所有情況。儘管如此，如果建議《條例》可以具體地界定和描述這項罪行的元素，以免這項罪行被用作針對政治言論或其他形式的意見表達，將有所幫助。

第 5 章：竊取國家機密及間諜行為

19. 政府提出了「國家秘密」的以下定義，即（第 5.8 段）：

「若屬以下其中一項的秘密，在沒有合法權限下披露，便相當可能會危害國家安全，該秘密即屬國家秘密：

[(a)-(g) 小段列出了七類秘密]」

20. 根據上述「國家秘密」一詞的擬定方式，控方需要證明所有這些元素，才能確立有關秘密屬國家秘密：即 (i) 在沒有合法權限下披露該秘密；及(ii)該秘密的披露相當可能危害國家安全；及(iii)該

秘密屬《文件》中訂明的七類中的一類或多類秘密。我們預期建議《條例》草案會採用此擬定方式。

21. 《文件》訂立了非法獲取、管有和披露國家秘密等罪行（第 5.12 段）。這些罪行的擬定方式相若，如下：

「(a) 明知某資料、文件或其他物品屬或載有國家秘密；或
(b) 有合理理由相信某資料、文件或其他物品屬或載有國家秘密，並意圖危害國家安全，

而在沒有合法權限下，[獲取/管有/披露]該資料、文件或物品。」（後加底線以作強調）

22. 我們不清楚以上所指的「意圖危害國家安全」這一元素是否僅限於並僅適用於以上第 21 段中的(b)項，或應同時適用於(a)和(b)項。如屬於後者，則這一元素的位置應與「在沒有合法權限下」位於同一行上。這與罪行的構成相關，對於理解(i)上述罪行，尤其是「管有」罪行，以及(ii)控方需要證明的元素（如我們在上文第 20 段中提出），亦很重要。對此作出澄清將有所幫助。

23. 《文件》訂明了建議罪行下涵蓋的七類秘密，其中一類是

「(d) 關乎國家或香港特區經濟和社會發展的秘密；」（後加底線以作強調）

上述「社會發展」一詞並不明確。若政府能列出一些例子，將有助於公眾理解這部分的建議。

24. 政府訂明的另一類秘密涉及科學和技術發展，即

「(e) 關乎國家或香港特區科技發展或科學技術的秘密；」（後加底線以作強調）

上述秘密可能涉及商業機構採用和開創的技術和科學創新。這些技術創新在始創階段往往屬於商業機密，但隨著研究進展，該些創新技術可能以國家利益而被開發及獲得採用。此處舉出一個虛構的例子：一家私營公司對道路車輛助推燃料進行研究，其所收集的研究數據和信息都是保密的，屬於該私營公司的商業機密。當該公司繼續研究時，發現這種助推燃料可用於火箭和導彈。假設在這個例子中，這些助推燃料已變成關乎國家利益事宜，和對國家安全構成潛在憂慮，而私營公司也知道這一點。在這個情況下，該公司將面對以下問題：它應採取什麼行動？當它知道根據建議《條例》，非法管有國家機密是一項罪行，它是否應該繼續管有這些機密？如果它選擇繼續管有這些機密，並打算在不損害其知識產權（包括任何專利權）的情況下繼續進行研究，它應該向誰尋求必要的「合法權限」？這些問題都是合理的。

25. 爲了令公眾（尤其是商界）有更多確定性，在草擬建議《條例》時，確保企業的正當商業秘密（包括政府擁有或投資的企業的商業運作所產生的商業秘密）不會不慎落入相關罪行的涵蓋範圍，是至關重要的。商界要其經營的商業環境具有確定性。
26. 《官方機密條例》（第 521 章）已經過時，亦有需要被現代化以應對國家安全風險（第 5.3 段），我們對此不持異議。其中一方面，是該現行條例並未有禁止公務人員或政府承辦商發布或透露據稱憑藉其身分而獲得的機密資料，以危害國家安全（例如發布所謂「內部消息」誤導公眾，引發特區居民對特區政府的憎恨）（第 5.11(d) 段）⁵。
27. 以上提及的國家安全風險提及到政府承辦商。然而，《文件》並沒有詳細說明「政府承辦商」是否包括其僱員（如政府承辦商是公司或私人企業）。我們注意到《官方機密條例》已訂明政府承辦商在該條例下的定義⁶。在建議《條例》中對這一詞語

⁵ 與《官方機密條例》（第 521 章）第 14(1) 條相比較。

⁶ 見條例第 12(2) 條，同上。

作出定義（可更新《官方機密條例》中的定義），將有助公眾明白政府提出的建議罪行的涵蓋範圍。

28. 就「間諜活動」罪，政府要求完善「禁地」的定義（第 5.17 段），使之現代化，以涵蓋下列間諜活動：

「(a) 意圖危害國家安全，而作出以下的作為 -
(i) 接近、查察、從上方或下方越過、進入或接達禁地，或出現於毗鄰禁地之處(包括透過電子或遙距方式作出上述作為)；」（第 5.20 段）（後加底線以作強調）

29. 《官方機密條例》對「禁地」作出了廣泛的定義⁷。我們期待建議《條例》對這一詞語作出相似但更新的定義，並以不完全列表的方式列出較為理想。

第 6 章：危害國家安全的破壞等活動

30. 《文件》的這一章中，政府提出了幾項危害國家安全的破壞等活動的罪行。其中，政府建議將以下行為訂為刑事罪行，即

「在明知沒有合法權限並意圖危害國家安全的情況下，就某電腦或電子系統作出某作為，而該作為危害(或相當可能危害)國家安全。」（第 6.7 段）（後加底線以作強調）

31. 我們原則上認同上述建議，但上述建議的表述（「就某電腦或電子系統作出某作為」）過於籠統和簡單。我們認為，如果能避免使用這一類措辭（或其他類似的措辭），建議《條例》將會更加明確和清晰。

32. 我們建議可參考香港法律改革委員會（法改會）電腦網絡罪行小組委員會於 2022 年發表的《依賴電腦網絡的罪行及司法管轄

⁷ 見條例第 2 條，同上。

權事宜》諮詢文件⁸。法改會在文件中建議通過法律改革，以應對因資訊科技、電腦及互聯網的急速發展而對保障個人權利所帶來的挑戰，以及這些科技被利用於進行犯罪活動的可能性。政府在草擬上述罪行時，可參考該諮詢文件就與電腦相關的罪行所提出的各項建議。

第7章：境外干預及從事危害國家安全活動的組織

33. 政府指出，有本地組織，甘心充當境外政治性組織或情報組織的代理人，從事危害國家安全的行為和活動（第7.8段）。政府稱，目前有關規管機制普遍未有訂明基於維護國家安全所需而禁止該等組織運作的條文。因此，政府建議把所有基於維護國家安全而禁止組織運作、解散組織等事宜透過建議《條例》下的機制統一處理（第7.10段）。
34. 在闡述上述內容時，政府提及法團校董會、業主立案法團等組織。這些組織據稱能夠由境外勢力或危害國家安全的分子成立（第7.10段）。
35. 我們原則上認同上述觀點，但我們同時指出，我們並沒有察覺到任何「法團校董會、業主立案法團等組織」是以危害國家安全為目的而成立的。若當局可提供上述以外的例子，可能更有助公眾理解其立法的基本理據。
36. 從《文件》的內容來看，《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（《香港國安法》）與建議《條例》訂立的部分罪行可能在一定程度上重疊。舉例來說，《香港國安法》所訂立的「勾結」罪行，在概念上或其他方面，可能與建議《條例》所訂立的「國家機密」相關罪行及/或「境外干預」罪重疊。重疊與否視乎草擬方式及其他因素而定，如果在草擬建議《條例》時能考慮上述情況，將有極大益處。

⁸ 諮詢文件見：https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/cybercrime_e.pdf

37. 再者，如能在適當時候向公眾解釋和澄清建議《條例》所訂立的罪行與《香港國安法》罪行的重疊範圍（如有），以及如何處理這些重疊範圍，亦會有所幫助。

第 8 章：建議條例的域外適用性

38. 我們認同，在制定維護國家安全的本地法例時，應就危害國家安全的罪行訂明適當的域外效力（第 8.6 及 8.7 段），特別是應確保每項罪行的域外效力與有關罪行的性質配合及屬所需和相稱，以及根據不同的人士或機構可能在境外作出有關行為的情境，訂定相稱、合理的域外效力（第 8.6 段，另見第 8.7 段）。
39. 然而，對於如何使建議《條例》的域外效力生效，以及如何在香港提出起訴，還存在一些疑問。這些疑問都是相關的，亦應在草擬建議《條例》時仔細考慮。

第 9 章：與完善維護國家安全的法律制度和執行機制相關的其他事項

40. 政府要求在是次立法中完善一些訴訟程序，包括減省某些程序，令國安案件可以儘快排期審理（第 9.19 段）⁹。我們要求就擬被「減省」的程序提供更多資訊。
41. 英國《2020 年恐怖主義罪犯(限制提前釋放)法》收緊了恐怖主義案件被定罪被告人獲得假釋的門檻¹⁰，政府在提到該法律時

⁹ 「減省」的建議可能來自於終審法院在 香港特別行政區 訴 伍巧怡 (2021) 24 HKCFAR 417 一案的判詞的第 34 段中，就改善法庭管理案件的不同方法作出的附帶意見。法庭指出：「法庭應訂定和執行嚴格的時間表，並應審慎考慮任何訂明的程序步驟，經適當分析後，是否可以被減省、重新排序、修改、拆分或同時進行」。

¹⁰ 以上引用的英國法律訂明，有關當局必須信納，不再需要為了保護公眾而監禁某囚犯，方可提早釋放該囚犯。

暗示，建議《條例》可以考慮「類似」規定（第 9.22 段）。提供更多有關這些「類似」規定的細節，將有所幫助。

42. 政府在文件中指出，在大規模暴亂發生後，警方的搜證工作可能面對重大困難，需要較多時間才可以完成對所有被捕人的初步調查（第 9.10 段）。我們同意《文件》指出，對於涉及國家安全的罪行，執法機關應有足夠的時間對被捕人士及案件進行所有必要的初步調查，並防止任何可能損害調查工作的情形出現，以及防範被捕人進一步危害國家安全的風險（第 9.13 段）。儘管如此，建議《條例》應適當考慮被告人在調查期間的權利，包括保釋權，以及注意控方須積極主動地管理案件¹¹。兩者須取得平衡。

公眾利益辯護

43. 對於《文件》中規定的「竊取國家機密及間諜行為」，政府建議，若屬訂明的其中一項的秘密，則在符合包括「沒有合法權限下予以披露，便相當可能會危害國家安全」的條件，才屬於「國家秘密」（第 5.8 段）。
44. 在 2024 年 1 月 30 日的立法會會議上¹²，數名立法會議員建議，公眾（尤其是記者）如披露涉及重大公眾利益的機密資料，應用公眾利益作為辯護理由。有議員建議，如披露的資料涉及公眾利益，政府應給予豁免。當局亦應制訂詳細指引，訂明在何種情況下可給予豁免。
45. 然而，公眾中也有反對意見，即認為公眾利益不應成為泄露國家機密的有效豁免。有意見認為，國家安全和公眾利益並不會

¹¹ 在香港特別行政區訴伍巧怡一案（同上）中，終審法院指出：「在各方當事人的充分合作下，裁判官和法官應在符合司法公正的前提下，積極主動地尋求途徑，儘快審理國安相關案件。法庭應積極主動地管理案件並監督進展，而不是將所有主動權留給各方當事人，而被還押的人却仍處於長時間的審前羈押狀態」。上述附帶意見，在經適當修改後，應適用於第二十三條立法。

¹² <https://news.rthk.hk/rthk/ch/component/k2/1738451-20240130.htm>

重疊，否則就是自相矛盾。此外，任何危害國家安全的行爲都不能被視爲公眾利益問題，而信息只要不危害國家安全就可以自由流通。

46. 律政司司長在 2024 年 2 月 3 日的一個電台節目中表示，政府正研究可否在建議《條例》中加入公眾利益作為辯護理由，以保障國家機密。律政司司長表示，該辯護只適用於危急和具凌駕性的情況，例如當公眾安全受到威脅時。他認爲，「可能那個國家機密都沒有辦法，是很危急的，如果不告訴公眾，可能會引起大量人命傷亡，可能在極端情況下、可能有一個情況公眾知道，可能公眾利益會比維持國家機密的機密性來得更大，可能有凌駕性在此，是很危急，亦沒有其他方法令公眾意會到有這些危險，但回看，即使有這些例外情況，門檻一定是很高。」¹³
47. 我們認爲，在建議《條例》中引入公眾利益作為辯護理由的建議，需要充分的政策討論，以及深入的法律分析，包括被告人在提出辯護前所須承擔的法律責任及/或舉證責任。
48. 如政府認真考慮在建議法例中引入公眾利益作為辯護理由，我們提議政府可參閱加拿大的模式。
49. 在加拿大，《資訊安全法》引入了「公眾利益辯護」¹⁴，允許披露機密或受保護信息的被告人免於承擔刑事或民事責任。被告人以公眾利益作辯護理由前，需確立披露信息的公眾利益大於不披露信息的公眾利益，而且被告人披露信息的目的是爲了揭露他人在執行公務時所犯下的罪行。

¹³ <https://shorturl.at/zBPRZ>，亦見：
<https://gbcode.rthk.hk/TuniS/news.rthk.hk/rthk/en/component/k2/1739025-20240203.htm>

¹⁴ 見加拿大《資訊安全法》第 15 條。<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/o-5/section-15.html>

50. 然而，該辯護僅適用於以下情況，即被告人需確立，他/她在公開披露之前已根據法例要求，採取了一系列的步驟，即事先向必要的有關當局進行披露，其中包括：(i) 在披露信息之前，該人已向其副主管或加拿大副總檢察長（**Deputy Attorney General of Canada**）報告其關注的事宜和全部有關信息；(ii) 如果在合理時間內未收到答覆，該人已向加拿大國家安全與情報審查局（**National Security and Intelligence Review Agency of Canada**）報告其關注的事宜和全部有關信息。如果所關注的事宜涉及他人被指控在為加拿大政府履行職責時犯下罪行，且在合理時間內未收到當局的答覆，則適用此辯護。

總結

51. 我們就《文件》中提出的立法原則發表了意見。至於如何應用這些原則，以及如何在立法中體現文件中提出的各項立法建議，則取決於相關的法律草擬。我們期望在立法工作中與保安局及/或律政司作進一步磋商。

香港律師會
2024年2月26日