



擬議的香港國安法

問答篇

(2020年6月19日)

目錄

略語清單

- 一) 甚麼是國家安全法例？
- 二) 香港特別行政區並非一個國家，需要實行國家安全法例嗎？
為甚麼？
- 三) 現時擬議的法例是按《基本法》第23條實施的嗎？
- 四) 擬議法律是如何制定的？
- 五) 將被列入《基本法》附件三的法律，在制定後的法律地位為何？
- 六) 「公布」是甚麼意思？
- 七) 在全國性法律公布實施之前，公眾會被諮詢嗎？
- 八) 當局會就擬議的國家安全法諮詢公眾嗎？
- 九) 我聽說香港特別行政區居民通常享有的自由會因為國家安全受到限制。這是法律容許的嗎？
- 十) 刑事法中的不溯及既往原則是甚麼？
- 十一) 擬議的新法例會遵守《公約》嗎？
- 十二) 香港特別行政區的法院能確保擬制定的「港區國安法」符合《基本法》和《公約》嗎？
- 十三) 特別法庭：在擬議的《港區國安法》下可以設立特別法庭處理根據《港區國安法》檢控的案件嗎？設立特別法庭有甚麼利弊？

十四)「特設法官」- 外籍法官能否或應否被禁止或排除審理《港區國安法》案件？

十五) 中國內地國家安全機構 — 它會在香港做甚麼？它的人員是否受香港法律約束？

略語清單

《基本法》	《中華人民共和國香港特別行政區基本法》
中央人民政府	中華人民共和國中央人民政府
《決定》	《全國人民代表大會關於建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行機制的決定》
香港政府	香港特別行政區政府
《公約》	《公民權利和政治權利國際公約》
《約翰內斯堡原則》	《約翰內斯堡關於國家安全、言論自由和獲取信息自由原則》（“Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information”）
立法會	香港特別行政區政府立法會
中聯辦	中央人民政府駐香港特別行政區辦公室
「全國人大常委」	全國人民代表大會常務委員會
《錫拉庫扎原則》	《關於〈公民權利和政治權利國際公約〉的各項限制和可克減條款的錫拉庫扎原則》（“Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”）

一) 甚麼是國家安全法例？

- 在不同的司法管轄地區或國家，均設有國家安全法例，合法地保障國家安全，免受間諜活動、叛亂行為及恐怖主義等威脅。雖然在不同的司法管轄區，法例涵蓋的確切範圍會有所不同，這些法例一般用以將某些威脅國家安全的行為刑事化。

- 例如在英國，若果有人利用外部、內部力量或其他非法途徑，參與推翻政府的活動，或參與一些針對外國政府的活動從而威脅到前政府受到嚴重干預，或會觸犯侵犯國家安全的罪行¹。

- 縱觀全球的國家，如澳洲²、紐西蘭³、加拿大⁴及馬來西亞⁵，國家安全法例一般禁止間諜，叛亂及恐怖主義活動。

- 重要的是，國家安全法例所涵蓋的範圍以及其對人權保障的影響，均受國際原則約束。當中最著名的是《約翰內斯堡關於國家安全、言論自由和獲取信息自由原則》（“Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information”）（下稱《約翰內斯堡原則》）及《關於〈公民權利和政治權利國際公約〉的各項限制和可克減條款的錫拉庫扎原則》（“Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”）（下稱《錫拉庫扎原則》）（見問題九）。

- 簡單來說，在《約翰內斯堡原則》下，以保護國家安全為由而作出的限制，除非其真正目的及實際效果為保障國家存亡或領土主權免受武力攻擊或威脅，或其應對武力攻擊或威脅的能力（不論該武力攻擊或威脅是來自外部如軍事威脅或來自內部如煽動以暴力手段推翻政府的行為），否則該限制並不正當（第二項原則）。

- 《錫拉庫扎原則》下亦有類似的規定。只有為保護國家存亡、領土完整或政體獨立免受武力攻擊或威脅的情況下，政府才能正當地以國家安

¹ *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2003] 1 AC 153 at §16 per Lord Slynn.

² Section 90.4 of the Criminal Code Act 1995.

³ Section 2(1) of the New Zealand Security Intelligence Service Act 1969 (now repealed), as amended by the New Zealand Security Intelligence Service Amendment Act (No 2) 1999. See also section 58(2) of the Intelligence and Security Act 2017.

⁴ Section 2 of the Canadian Security Intelligence Service Act 1984. See also section 2(1) of the Security of Canada Information Disclosure Act 2015.

⁵ Section 4(a) of the National Security Council Act 2016.

全為由施加措施以限制某些權利（第二十九項原則）。國家安全不能被單用作防止對法律與秩序區域性或相對零星的威脅（第三十項原則），或被用作打壓針對政府制度性侵犯人權的反對力量或壓迫人民的手段（第三十二項原則）。

以加拿大為例，法律明確指出合法的倡議、示威或表達不同意見的活動不受禁止，除非這些活動是連同危害國家安全的活動而進行⁶。

⁶ Section 2(1) of the Security of Canada Information Disclosure Act 2015.

二) 香港特別行政區並非一個國家，需要實行國家安全法例嗎？為甚麼？

- 《基本法》第 23 條列明，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繫。

- 因此，香港特別行政區有憲制責任以本地立法方式禁止《基本法》第 23 條中所述的行為。

- 這些本地法例在實施時，需符合《公民權利和政治權利國際公約》(《公約》)對人權的保障。《公約》透過《基本法》第 39 條在香港實施，屬香港的憲制文件(見下述)。2003 年公眾對於實施《基本法》第 23 條的爭議，主要在於擔心草擬法例侵犯個人自由及基本權利。

- 值得一提的是，現時香港的刑事罪行已涵蓋大部份《基本法》第 23 條中列明須禁止的行為。例如《刑事罪行條例》(第 200 章)第 2 及 3 條禁止叛國及顛覆行為，第 9 及 10 條禁止煽動叛亂。

三) 現時擬議的法例是按《基本法》第23條實施的嗎?

- 不是。

- 根據《全國人民代表大會關於建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行機制的決定》(《決定》)，全國人民代表大會常務委員會(「全國人大常委」)須草擬全國性法律，並透過納入《基本法》附件三以公布方式在香港特別行政區實施。這表示法例並不會經香港特別行政立法會實施。

- 根據《基本法》第23條，香港特別行政區有責任透過實施本地法律禁止該條文下列明的罪行。

- 需要留意的是，與《基本法》第23條相比，擬議法例中列明須禁止的行為部分屬新增行為，部分行為則使用了不同字詞描述。例如《基本法》第23條規定以本地法律禁止任何「顛覆中央人民政府」的行為，《決定》則授權全國人大常委制定法律以禁止「顛覆國家政權」。另一個例子是《決定》列明須禁止的「組織實施恐怖活動等嚴重危害國家安全的行為」，並未在《基本法》第23條中明確提及。

- 另一項需留意的是擬議法例所涵蓋的範圍過分廣闊，可以包括金融、經濟及傳訊領域，甚至是宗教團體及非政府組織與外國宗教團體及非政府組織的聯繫和交流。擬議的法例甚至亦可涵蓋本地大學與外國組織的正常學術交流。

- 再者，根據《決定》，中央人民政府相關的國家安全部門如有需要，可在香港設立機構，以履行維護國家安全的職責，這亦並非在《基本法》第23條的範圍內。

- 視乎擬議的國家安全法的最終文本，其中一個關注是當香港特別行政區須制定本地法律以落實《基本法》第23條時，擬議的港區國安法會否與其有任何抵觸或不同。

四) 擬議法律是如何制定的?

根據《決定》第六條⁷，全國人大常委獲授權制定相關法律。該法律屬中華人民共和國的全國性法律。及後全國人大常委須決定將該全國性法律列入《基本法》附件三，並以本地公布方式在香港特別行政區實施。

⁷ 《全國人民代表大會關於建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行機制的決定》

五) 將被列入《基本法》附件三的法律，在制定後的法律地位為何?

- 根據《基本法》第 18 條，全國性法律除非被列入《基本法》附件三，否則不應在香港特別行政區實施。全國性法律一經列入《基本法》附件三，將會在香港特別行政區以公布或本地立法方式實施，之後便會成為香港法律的一部分。
- 全國人大常委可對列於《基本法》附件三的法律作出增減（問題七將會詳述）。
- 當《基本法》於 1990 年公佈時，附件三列有六項全國性法律。多年以來，全國人大常委共作出四次決定對列表的法律作出增減。現時附件三列有 13 項全國性法律⁸。
- 在件附三的全國性法律當中，以下的法例透過公布實施：
 1. 《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議》
 2. 《關於中華人民共和國國慶日的決議》
 3. 《中華人民共和國政府關於領海的聲明》
 4. 《中華人民共和國國籍法》
 5. 《中華人民共和國外交特權與豁免條例》
 6. 《中華人民共和國領海及毗連區法》
 7. 《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》

-
1. 《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議》
 2. 《關於中華人民共和國國慶日的決議》
 3. 《中華人民共和國政府關於領海的聲明》
 4. 《中華人民共和國國籍法》
 5. 《中華人民共和國外交特權與豁免條例》
 6. 《中華人民共和國國旗法》
 7. 《中華人民共和國領事特權與豁免條例》
 8. 《中華人民共和國國徽法》
 9. 《中華人民共和國領海及毗連區法》
 10. 《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》
 11. 《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》
 12. 《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》
 13. 《中華人民共和國國歌法》

8. 《中華人民共和國領事特權與豁免條例》
9. 《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》。

- 《中華人民共和國國旗法》 透過本地法例在香港實行，即《國旗及國徽條例》(文件 A401)。至於《中華人民共和國國歌法》，亦是以本地立法方式在香港實施，即《國歌條例》(文件 A405)。法例最近於立法會通過，並在 2020 年 6 月 12 日生效。
- 香港政府有意實行《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》，然而該全國性法律尚未以本地立法的方式實施。
- 列入《基本法》附件三的法律，限於有關國防、外交或按《基本法》規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律。
- 值得注意的是，前任律政司司長袁國強先生曾於 2015 年表示國家安全法例並不屬於這些類別⁹。

⁹ LC Paper No. CB(4)878/15-16, para. 14

六)「公布」是甚麼意思？

- 全國性法律「由香港特別行政區在當地公布或立法實施」，在香港特別行政區執行。
- 《基本法》並沒有對「公布」一詞作出釋義。可是，根據過往經驗，行政長官會直接於憲報刊登公告「公布」相關法律，而無需在立法會提交相關法案，經首讀、二讀及三讀的程序。在經公布的這一類別，全國性法律是以原文照錄的方式實施。
- 自 1997 年起，列於附件三的法律總共有三次是以經公布的形式制定。在 1997 年全國性法律公布（文件 402）中，有 5 條全國性法律經公布實施。在 1997 年全國性法律公布（第 2 號）（文件 403）中，有 3 條全國性法律經公布實施。在 1998 年全國性法律公布（文件 404）中，有 1 條全國性法律經公布實施。
- 關於全國性法律會透過在立法會進行本地立法的方式或是以公布的方式實施的問題，時任政制事務局局長孫明揚先生曾經在 1999 年解釋，如果某條全國性法律需要作本地化修改或適應才可在特區實施，該全國性法律便會透過在立法會立法的方式實施。否則，便會以公布的方式實施該全國性法律。如果情況合適的話，當局亦可能制定本地法例配合某條全國性法律在香港特別行政區實施。¹⁰

¹⁰ 立法會會議過程正式紀錄，1999 年 2 月 10 日

七) 在全國性法律公布實施之前，公眾會被諮詢嗎？

- 不會。公眾不會在全國性法律公布實施之前被諮詢。

- 《基本法》第 18 條第 3 款明確訂明：

「全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會和香港特別行政區政府的意見後，可對列於本法附件三的法律作出增減」

- 因此，在增減《基本法》附件三的全國性法律前，全國人大常委會只須要徵詢 (i) 基本法委員會及 (ii) 香港特別行政區政府的意見。

- 基本法委員會是「全國人大常委」下設的工作委員會，因此沒有關於兩者之間的諮詢機制及程序的資料。

- 1999 年 2 月 10 日舉行的立法會會議曾經討論過「全國人大常委」徵詢香港特別行政區政府的意見時，香港特別行政區政府應用的機制及程序。時任政制事務局局長表示：

(1) 視乎該條全國性法律的性質和內容而言，香港特別行政區政府各有關的政策局、部門和律政司會仔細研究該條全國性法律是否屬於有關國防、外交或其他按《基本法》規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律。他們亦會考慮該條全國性法律對香港特別行政區是否有實際或實質影響；以及

(2) 如有任何擬列入《基本法》附件三的全國性法律對香港特別行政區有實質影響，當局會把有關事宜提交立法會有關事務委員會討論，並會諮詢法律界或其他有關人士。

(3) 有關香港特別行政區政府是否有權反對擬實施的全國性法律的問題，答案不太明確。時任政制事務局局長只表示若經研究和討論後，認為某條全國性法律不應列入《基本法》附件三，當局會把有關意見交予「全國人大常委」。

- 現時並無任何規定要求當局必須在全國性法律公布實施之前諮詢公眾。

八) 當局會就擬議的國家安全法諮詢公眾嗎？

- 國家安全法預計會以公布的方式在香港實施。正如前一題的答案所述，《基本法》第 18 條第 3 款並不要求「全國人大常委」在增加附件三的全國性法律前諮詢公眾，公布實施的程序亦不涉及公眾諮詢，而香港政府過往的做法是諮詢相關政府部門、立法會有關事務委員會和法律界。

- 可是，我們必須留意的是過往全國性法律公布實施時，相關的全國性法律牽涉到個人的法律地位（例如《中華人民共和國國籍法》）或邊界（例如《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》）。《駐軍法》則牽涉到中國駐軍部隊在香港特別行政區的義務。這些法律並不影響香港特別行政區居民的個人權利與自由。

- 目前由香港政府官員提供的資訊顯示，當局不會就擬議的國家安全法在香港特別行政區展開正式的公眾諮詢。例如：

(1) 在 2020 年 5 月 30 日¹¹，當被問及會否就國家安全法諮詢公眾時，律政司司長鄭若驊女士回應指公眾諮詢不是《決定》或《基本法》第 18 條底下的要求。

(2) 在 2020 年 6 月 3 日¹²，行政長官林鄭月娥女士表示中央將透過座談會等形式的渠道聽取香港各界意見，例如會諮詢立法會主席梁君彥先生、法律專家、港區人大代表以及中國人民政治協商會議的意見。行政長官同時提及中央人民政府各部門會在深圳和北京舉辦座談會，聽取學者及其他人士的意見。

(3) 在 2020 年 6 月 6 日¹³，被問及當局會否就國家安全法展開公眾諮詢時，勞工及福利局局長羅致光先生回應指不應重視公眾諮詢的形式。他同時認為市民有途徑發聲，而政府一定會聽取相關意見。他又質疑在社會氣氛惡劣的情況下舉辦正式的公眾諮詢的作用。羅致光先生指出因為 23 條立法屬於本地立法程序，所以當年有進行公眾諮詢，與現時國家安全法的立法程序有別。

¹¹ <https://news.rthk.hk/rthk/ch/component/k2/1529274-20200530.htm>

¹² <https://news.rthk.hk/rthk/en/component/k2/1530001-20200603.htm>

¹³ <http://app3.rthk.hk/special/pau/article.php?aid=3996>

在現時的情況下，擬議的新法律會直接影響香港特別行政區居民的個人權利和自由，而當局沒有就此展開正式的公眾諮詢的做法乃前所未見，令人驚訝及憂慮。

九) 我聽說香港特別行政區居民通常享有的自由會因為國家安全受到限制。這是法律容許的嗎？

- 《公約》是最重要的國際人權條約之一。《公約》的締約國在國際法下有責任保障和尊重某些基本權利和自由。
- 根據《基本法》第 39 條，原本在香港特別行政區適用的《公約》規定繼續有效。《香港人權法案條例》(第 383 章)在香港特別行政區實施《公約》規定，因此根據《基本法》第 39 條享有憲法性地位。《香港人權法案條例》中的《香港人權法案》載有大部份《公約》條文。
- 加上《基本法》第三章所保障的基本權利，《公約》和《香港人權法案》成為香港法律制度中保障人權的基石。
- 《公約》保障所有人通常享有的基本權利和自由，包括生存的權利、免受酷刑，殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰的自由、意見和發表的自由、私生活等等。
- 值得一提的是，《公約》的第 14 條及第 15 條(載列於《香港人權法案》的第 10 至 12 條—)保障與刑事程序相關的基本權利，包括獲得公正審訊的權利、未經依法定罪前假定無罪的權利、免受一罪兩審的保障。它亦訂明刑事程序中被告享有的一系列「最低限度」的保障，例如獲告知被控罪名及案由的權利、親自答辯或由其選任的律師答辯的權利、以及不被強迫自供或認罪的權利。
- 而且，《公約》禁止有追溯力的刑事罪及刑罰(《公約》第 15 條第 1 款；《香港人權法案》第 12 條第 1 款)。基本上這是指任何人的行為或不行為，於發生當時均不成罪者，不為罪。這方面會在以下問題十中詳細闡述。
- 《公約》中的某些權利在本質上是絕對的，這是指它們在任何情況下均不受限制。其中一個例子就是享有免受酷刑，殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰的自由的權利。
- 然而，《公約》中的大部份其他權利本質上並非絕對的。它們可以受到限制，但限制必須符合某些條件。其中一個條件就是任何對這些權利的限制都必須要依法規定。普遍來說，這是指限制必須載於明確而易於取用的法例中。

- 另一個條件就是針對非絕對權利的限制必須符合「相稱性測試」(proportionality test)。這是指限制必須(1)是為了追求一個合法目的；(2)與該合法目的有合理的關連；(3)不得超出為達致該合法目的而必需的程度；以及(4)在社會利益和受侵犯的個人權利之間取得合理平衡。

- 香港特別行政區所有限制《公約》和《香港人權法案》中的(非絕對)權利的本地法例，必須符合上述條件。

- 正常來說，在情況合適的案件中，香港法院可以審查本地法例中的法定條文是否不合理地限制《香港人權法案條例》中的權利。而根據《基本法》第39條，《香港人權法案條例》有憲法性地位。如是，法院可以裁定這些條文屬違憲及無效。

例如，在 *林少寶訴警務處處長* (2009) 12 HKCFAR 237 一案中，終審法院裁定全盤限制在警察紀律處分程序中聘用專業法律代表與《香港人權法案》第10條保障的享有公正審訊的權利並不相容。法院於是宣布在《警察(紀律)規例》(第232A章)中施加此等限制的相關條文抵觸《香港人權法案》第10條以及《基本法》第39條，為違憲、無效和不具效力。

- 雖然國家安全可以是限制《公約》保障的權利(絕對權利除外)的合法目的，然而這些限制不能不相稱或無理可據。法院在衡量相關權利限制是否無理可據時，會考慮不同因素，包括限制所追求的目的的重要性、相關措施的合理性、受侵犯的權利的重要性和侵犯的程度。

例如，在 *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 一案中，英國上議院認為在沒有審訊的情況下，無限期扣留外籍恐怖分子嫌疑人與追求國家安全的目的並不相稱，因此宣告相關法定權力與《1998年人權法令》(Human Rights Act 1998)不相容。即使牽涉極端恐怖主義的情況下，法庭仍然強調人身自由作為基本權利至關重大的重要性。

- 關於這個議題的有用指引，可以參考¹⁴《錫拉庫扎原則》以及《約翰內斯堡原則》。這兩項原則均獲國際人權組織，包括聯合國轄下的人權組織廣泛承認為權威性原則。

¹⁴ Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights

例如，《錫拉庫扎原則》第 29 項原則訂明，只有在保護國家的存在或其領土完整或其政治獨立免受使用武力或威脅使用武力的危害時，政府才可基於國家安全限制某些基本權利。同樣地，《約翰內斯堡原則》第 2(a) 條亦訂下類似原則。

- 此外，根據《約翰內斯堡原則》第 6 項原則，若政府要懲罰威脅國家安全的言論，必須證明 (a) 言論有意煽動即時暴力、(b) 言論有可能煽動即時暴力及 (c) 言論與暴力事件或有可能發生的暴力事件有直接和即時連繫。

- 總結來說，根據《公約》和《香港人權法案條例》，某些權利，在符合特定條件的情況下，可以基於國家安全的理由而予以某種限制。現時正在草擬的國家安全法能否符合上述的條件，仍有待觀察。

十) 刑事法中的不溯及既往原則是甚麼？

- 具追溯力的法律是指將相關法律生效日期前作出的行為刑事化、施加刑罰或明確將法律應用在該行為上。
- 具追溯力的法律可能嚴重威脅法治。正如英國上議院兵咸勳爵 (Lord Bingham) 描述的法治「核心原則」所言：「所有人和所有機構，不論公私，均應接受法律約束，並享有法律賦予的權益，而法律應公開制定，在未來生效，且由法院公開司理」。
- 不過，具追溯力的法律亦有先例。一個具爭議性的例子牽涉到具有追溯效力的徵稅措施。例如，香港政府在 2012 年 10 月首次公布的買家印花稅。該項措施的實施教例《2014 年印花稅 (修訂) 條例》在 2014 年 2 月制定，但明確訂明條例回溯至 2012 年 10 月生效。法律並無禁止制定這類具追溯力的法例¹⁵。
- 然而，具追溯力的刑事法律的情況便大不相同。在香港特別行政區，《香港人權法案》及《公約》明文禁止制定具追溯力的刑事罪行，或是以追溯的方式提高刑罰。
- 這項限制由載錄《公約》第 15 條的《香港人權法案》第 12 條訂明。正如前述所言，《香港人權法案》及《公約》根據《基本法》第 39 條享有憲法性地位。
- 《香港人權法案》第 12 條第 1 款訂明「任何人之行為或不行為，於發生當時依香港法律及國際法均不成罪者，不為罪。」
- 《香港人權法案》第 12 條第 1 款的唯一明文例外情況涉及國際法下的刑事罪行，例如戰爭罪行。《香港人權法案》第 12 條第 2 款訂明這種例外情況。
- 禁止制定具追溯力的刑事罪行對保障人權至關重要。這是《香港人權法案條例》及《公約》（《公約》第 4(2) 條；《香港人權法案條例》第 5(2)(c) 條）底下不容減免 (non-derogable) 的權利。即使在危及國本的緊急狀態下，政府亦不能減免這項限制，從而制定具追溯力的刑事罪行。

¹⁵ *Wong Chak Sin v The Collector of Stamp Revenue* [2016] 1 HKLRD 981

任何抵觸《香港人權法案》第 12 條第 1 款及《公約》第 15 條第 1 款的本地法例條文均屬違憲及無效。例如，終審法院便曾在 1999 年將《1997 年入境（修訂）（第 3 號）條例》中的相關條文予以廢除¹⁶。

¹⁶ 吳嘉玲訴入境事務處處長 (1999) 2 HKCFAR 4

十一) 擬議的新法例會遵守《公約》嗎?

- 如上述問題九所答，《公約》是透過《基本法》第 39 條確立。
- 就擬議的國家安全法，其中一個主要問題在於到底該法例會否受制於《公約》下適用於香港特別行政區的人權保障或《基本法》中與人權有關的條文。
- 《基本法》和就擬議的國家安全法均全國性法律。於 2020 年 6 月 15 日，港澳辦副主任鄧中華先生表示《香港國安法》「具有不可挑戰的地位和權威，任何香港本地法律均不得與該法相牴觸」。
- 假若國家安全法是凌駕於《基本法》（因為據鄧副主任說它是「具有不可挑戰的地位」），那麼國家安全法會否受制於《公約》下適用於香港特別行政區的部份或其他基本法中與人權相關的條文，在擬議的新法律缺乏表明此意的條文下，實屬嚴重存疑。

十二) 香港特別行政區的法院能確保擬制定的「港區國安法」符合《基本法》和《公約》嗎?

- 這並沒有清晰的答案。
- 根據《基本法》第 18 條，任何列入附件三並在香港特別行政區實施的全國性法律僅限於有關國防、外交和其他按《基本法》規定不屬於香港特別行政區自治範圍的法律。
- 根據《基本法》第 19 條，香港特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。所以，假若「港區國安法」下的案件涉及國防、外交等國家行為，該案件或會超出了香港特別行政區法院的司法管轄權。
- 即使香港特別行政區法院對涉及「港區國安法」的案件享有司法管轄權，到底法院應如何詮釋由全國人大常委制定的法律？律政司司長於 2020 年 6 月 14 日在她的網誌中表示：「要求屬全國性法律的國安法的法律條文全部依照香港普通法的法律行文是不合理和不設實際的」。這說法更進一步提高了擬制定的「港區國安法」所帶來的不確定性。
- 內地詮釋法律的方法可以令詮釋有寬闊的空間。其中一個例子是《基本法》第 104 條下的宣誓要求被解釋為要求參選人效忠香港特別行政區以及中華人民共和國作為參與選舉的資格。最近，中聯辦指稱不屬《基本法》第 22 條所指的中央政府駐港機構，有權對香港特別行政區的內部事務以行駛監督權。
- 另一方面，一般來說，香港特別行政區法院採用普通法原則詮釋法例條文。《基本法》第 84 條亦規定「香港特別行政區法院依照本法第十八條所規定的適用於香港特別行政區的法律審判案件，其他普通法適用地區的司法判例可作參考」。
- 如香港特別行政區法院根據普通法原則詮釋「港區國安法」從而限定「港區國安法」下罪行的範圍，或宣布「港區國安法」中某條文因違反《基本法》、《香港人權法案》或《公約》中的人權保障而無效，問題便隨之而起。如全國人大常委不同意香港特別行政區法院的判決，它可根據《基本法》第 158 條重新詮釋《基本法》下的相關條文。更甚的是，根據《中華人民共和國立法法》第 45 條，法律解釋權屬於全國人大常委。「港區國安

法」作為全國性法律之一，全國人大常委有權對其作出解釋。而根據《中華人民共和國立法法》第 50 條，全國人大常委的法律解釋同全國性法律有同等效力，因此香港特別行政區法院似乎要根據全國人大常委對「港區國安法」作出的法律解釋而行事（若全國人大常委的法律解釋亦被列入《基本法》附件三則更是如此）。最終香港特別行政區法院可能在實際上並不享有任何自由去詮釋「港區國安法」，和決定罪行或條文是否與《基本法》、《香港人權法案》或《公約》下所保障的人權是否相符。

十三) 特別法庭：在擬議的《港區國安法》下可以設立特別法庭處理根據《港區國安法》檢控的案件嗎？設立特別法庭有甚麼利弊？

- 有建議認為當局應設立特別法庭或審裁處去處理涉及國家安全的案件。

- 這項建議可能未必符合《基本法》第 81 條。第 81 條訂明：

「香港特別行政區設立終審法院、高等法院、區域法院、裁判署法庭和其他專門法庭。高等法院設上訴法庭和原訟法庭。

原在香港實行的司法體制，除因設立香港特別行政區終審法院而產生變化外，予以保留。」

- 如果在擬議的的國家安全法底下，特別法庭或審裁處以不同的原則運作，譬如排除陪審制度，亦可能違反《基本法》第 87 條：

「香港特別行政區的刑事訴訟和民事訴訟中保留原在香港適用的原則和當事人享有的權利。

任何人在被合法拘捕後，享有盡早接受司法機關公正審判的權利，未經司法機關判罪之前均假定無罪。」

- 此外，《基本法》第 86 條訂明：

「原在香港實行的陪審制度的原則予以保留。」

- 在《基本法》生效前實行的陪審制度的原則，是指經律政司（現為律政司司長）酌情決定後，可公訴罪行可在高等法院由法官會同陪審團進行審訊，或是在區域法院由法官單獨進行審訊¹⁷。

- 然而，區域法院的判刑權力有一定限制，包括它不得判處超逾 7 年的監禁刑罰¹⁸。高等法院的判刑權力則沒有這樣的限制。換言之，除了在

¹⁷ 蔣麗莉訴律政司司長(HCAL 42/2008, 2009年2月9日), 第19段

¹⁸ 《區域法院條例》(第336章)第82(2)條

高等法院有陪審團進行的審訊之外，法庭不能對任何人就任何罪行施加超逾 7 年的監禁刑罰。這是香港特別行政區一直以來奉行的原則。

– 擬議的的國家安全法的最高刑罰仍有待觀察。然而，若果法律排除陪審團審訊，而又可以導致超逾 7 年的監禁刑罰，則與以往的刑事程序大相逕庭。

– 除了與陪審團審訊相關的原則外，被告享有的公正審訊的權利有其他基本保障，例如在《刑事訴訟程序條例》(第 221 章)和普通法之中的保障。舉例而言，這些保障包括建基於公正審訊的權利之上控方披露資料的責任，以及公開審訊的原則¹⁹。

– 最後，《香港人權法案》第 11 條列出一套公正審訊中最低限度的保障，例如親自或間接對頂證他的證人作出盤問的權利。如偏離這些最低限度的保障，將是對香港法律制度下刑事程序的人權保障的一大挑戰。

– 無論如何，當局沒有足夠理據設立特別法庭或審裁處。擬議的的國家安全法可能涵蓋構成一般罪行的行為，例如縱火或管有攻擊性武器。若果一名被告人被控以一般的罪行，他會在一般的法庭面臨審訊。若他因同樣的行為被控擬議的的國家安全法底下的罪行，在特別法庭面臨審訊，令人正當地質疑做法是否公平公正。

¹⁹ 香港特別行政區訴 李明治 (2003) 6 HKCFAR 336 §143

十四)「特設法官」- 外籍法官能否或應否被禁止或排除審理《港區國安法》案件？

- 與此同時，坊間亦有流傳建議認為涉及國家安全的案件只能由沒有外國國籍和沒有外國居留權的法官審理。
- 針對法官任命的國籍要求將會抵觸《基本法》第 92 條。第 92 條訂明香港特別行政區的法官及其他司法人員「應根據其本人的司法和專業才能選用，並可從其他普通法適用地區聘用」。根據《基本法》第 88 條，香港特別行政區法院的法官是根據當地法官和法律界及其他方面知名人士組成的獨立委員會（即司法人員推薦委員會）推薦，由行政長官任命。
- 此外，《基本法》第 82 條明確訂明終審法院可以根據需要邀請其他普通法適用地區的法官參加審判。
- 根據《宣誓及聲明條例》，法官作出司法誓言，「以無懼、無偏、無私、無欺之精神，維護法制，主持正義，為香港特別行政區服務」，根據普通法，法官職責與其國籍無關。現行制度已能處理有關法官涉嫌偏頗或存利益衝突的指控。正常來說，當案件涉及國家安全問題而法官的國籍成為案件爭議時，外籍法官會退庭避嫌。
- 若然針對審理《港區國安法》案件的法官就其國籍提出特定條件是旨在要求法官以愛國原則審理案件，這將會冒犯司法獨立的原則。

十五) 中國內地國家安全機構 — 它會在香港做甚麼？它的人員是否受香港法律約束？

- 《決定》²⁰計劃中國內地的國家安全機構可以根據需要在香港特別行政區設立機構，維護國家安全。
- 於 2020 年 6 月 15 日，港澳辦副主任鄧中華先生表示「在極其特殊情況下」，中央政府理應對該些案件保留管轄權。而且，在香港特別行政區設立新的國安機構是中央政府的「明確要求」，職能包括「監督」執法工作。
- 現時尚不清楚這個機構具體會是甚麼，亦未能肯定這個機構是否《基本法》第 22 條中「中央各部門..... 在香港特別行政區設立」的機構，或該機構的人員是否須遵守香港特別行政區的法律。
- 就中聯辦而言，香港特別行政區政府現時的說法是中聯辦是中央人民政府的代表機構，因此它並不是根據《基本法》第 22 條中央人民政府設立的機構。
- 在香港特別行政區的國家安全機構亦可能被冠以同樣的標籤。目前尚不肯定此一機構是否須要遵守香港特別行政區的法律，或其工作人員是否獲豁免不受香港法庭訴訟影響，或是否會受到立法會行使《基本法》第 73(5) 及 (6) 條的權力監察²¹。

²⁰ 《全國人民代表大會關於建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行機制的決定》

²¹ 《基本法》第 73 條訂明：

「香港特別行政區立法會行使下列職權：

...

(五) 對政府的工作提出質詢；

(六) 就任何有關公共利益問題進行辯論；

...」