

## 「香港國安法研究系列」 出版說明



2020年6月30日，全國人大常委會通過《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱《香港國安法》），香港特區行政長官林鄭月娥隨即公佈，該法自同日晚上十一時起在香港特區實施。該法的通過與實施有著重大的理論和實踐意義。從政治上說，它似乎標誌著在經歷了「修例風波」後，在複雜國際局勢的催動下，中央的治港思路出現了從「有所作為」的統戰思路向更為堅決務實的全面管治思路的重大轉折，香港政局的基調也因之從政改爭拗以來的「街頭政治」模式轉向依法有序治港的撥亂反正模式。從法律上說，《香港國安法》有著前所未有的特殊性，它兼具組織法、實體法、程序法特徵，是第一部直接規定了罪與罰、對港人的基本權利有切身影響的全國性法律；它還規定，在極為特殊的情況下，駐港國安公署可以直接管轄案件並適用內地法律，這使《香港國安法》自誕生之初便備受爭議。一年多來，《香港國安法》作為香港特區法律的一部分，已經在學界廣受討論，亦在司法領域初顯身手，積累了一些理論成果及實踐經驗。這些成果與經驗，對於學術界及實務界理解和把握《香港國安法》的立法背景、精神內涵，及其在香港本地的實施運行，是一筆無比寶貴的財富。將其集結出版，必能滿足學術界和實務界的期待。

朱國斌教授長年教研香港基本法，關心香港局勢，關注學界動態。自《香港國安法》公佈後，他便積極牽頭策劃有關的線上及線下研討會，並主動聯繫出版者，希望將這些討論成果予以整理出版，以便惠及知識界。朱教授還希望在未來幾年，與其他專家和學者廣泛合作，從中國法、香港普通法和國際及比較法視角展開專門研究，並繼續發表成果。我們感佩朱教授這份作為學者的關懷心與使命感，亦對他的出版計劃表現出十足的興趣及誠意，因而共同推出這一「香港國安法研究系列」。作為香港出版者，我們有志將該系列出版好，也有義務做好這件深具意義的事情。

我們衷心期望，本系列的出版能促進學術界之爭鳴，助益實務界之進展，為《香港國安法》的有序實施貢獻微勞，為「一國兩制」的行穩致遠、香港的繼續繁榮穩定略盡綿力。

三聯書店（香港）有限公司編輯部

2021年11月



## 目錄

序言		ix
作者簡介		xii
<b>第一部分 香港特別行政區憲制下的《香港國安法》</b>		001
論《香港國安法》的立法依據	姚國建	002
論《香港國安法》第2條「根本性條款」的規範內涵	韓大元	013
《香港國安法》與香港法律制度：對比、分析與思考	朱國斌 楊雨晨	023
探討全國性法律在香港的實施：以《香港國安法》為例	林緻茵	048
《香港國安法》與香港的集體身份認同	程潔	065
<b>第二部分 《香港國安法》司法適用與人權保障</b>		083
中國刑法中危害國家安全罪的法理	黎宏	084
顛覆國家政權罪和煽動顛覆國家政權罪的司法適用考察	陳璿	103
跟著錢的氣味：實施《香港國安法》所需的介面	羅沛然	108
《香港國安法》司法適用的「一致性解釋原則」	葉海波	118
高等法院敲響《香港國安法》下的第一槌： 從法律執業者的角度探討高等法院首份判詞	黃宇逸	126
《香港國安法》與國際人權公約適用於香港特區的規定	楊曉楠 邊明燕	132
將人權「讀入」國安法	章小杉	142
<b>第三部分 國家安全機構、權力及制度借鏡</b>		167
香港特區國安委如何行使職權並向本地負責	黃明濤 楊雨晨	168
《香港國安法》之下行政長官的權力	盧兆興 洪松勛	184
論對駐港國安公署人員的監察監督	王建學	220
國際法視角下的香港國家安全法：以《中英聯合聲明》為例	王江雨	235

## 序言

關於澳門特別行政區維護國家安全法制的探討	朱世海 孫鵬飛	251
法國反國家分裂的舉措及其啟示	施鵬鵬 王晨辰	262
<b>附錄</b>		<b>275</b>
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		276
中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法		278



《香港國安法》的頒佈與實施是「一國兩制」之下特區管治發展過程中帶有標誌意義的轉折事件。相比於《香港基本法》前後歷時五年之久的制定過程，這部法律在短時間內成型、並由全國人大常委會通過，體現了國家最高權力機關對國家安全的嚴肅關切，折射出中央與特別行政區彼此關係的新變化。《香港國安法》確實可以從多種視角予以解讀，但對法律人而言，既然這部法律已經成為香港特別行政區本地法律的一部分，那麼，準確把握其立法背景、精神主旨與條文含義，並且合理地預見、化解其實施過程中與現有法律的可能衝突，就是職責所在。因此，本書的定位是很明確的，那就是為理性、嚴謹、客觀地理解《香港國安法》，為《香港國安法》的在地實施提供必要的學術上的助力。

本書最早緣起於2020年9月11日舉行的一次線上全國性研討會——「《香港國家安全法》理論與實踐學術研討會」。這次會議由中國人民大學「一國兩制」法律研究所、香港城市大學公法與人權論壇、香港城市大學中國法與比較法研究中心聯合主辦，來自中國內地、香港澳門地區、以及海外法律院校或研究機構近四十位學者應邀出席發表學術觀點。彼時距離《香港國安法》的正式頒佈與實施，剛過去兩個多月，雖然當時香港已經有了所謂「國安第一案」，但對於這部新生法律，社會公眾乃至專業人士，都有相當陌生之感。但是，憑著諸位與會專家的真誠、坦率、專業、敬業的努力，研討會取得了相當好的實際效果，獲得了一批學術價值高的會議論文。為了讓會議的討論研究成果進一步得到淬煉與傳播，我們決定選輯與會學者的部分文章，編排成一部主題鮮明、視角廣泛、論述深刻的專著，由香港三聯書店出版，以饗讀者。在編輯過程之中，為了著作結構、內容和體例的需要，我們還邀請若干作者專門撰文，並提交給本書主編，收入出版。

閱讀全部書稿，我們會看到本書有以下幾個特點：

第一，多元、平衡、高水準的作者結構。《香港國安法》由全國人大常委會通過，並納入《香港基本法》附件三，在香港公佈實施。作為一部「專

門為香港地區打造」的法律，其本身帶有不少「內地印記」，如大量內地法律術語的引入、原則性條文的運用、在第 55 條中明確規定的特殊情形下國安公署對本法規定的危害國家安全犯罪案件行使的管轄權。因此，若拋開中國內地法律制度的基本知識與學理，是不可能準確理解《香港國安法》的條文含義的。本書的作者群體包含來自內地、香港、澳門以及供職於海外的法律學者、執業大律師、政策研究專家等，結構上具備相當可觀的多元性。這其中，有些作者是長期從事「一國兩制」與香港問題研究的知名教授；有些作者雖不是專攻香港法律研究，但對內地刑法與刑事司法制度有精深學術造詣；還有一些作者擁有比較法或跨國法方面的專長；另需特別強調的是，其中有不少來自香港本地的學者、大律師或政策研究者，他們能夠帶入必要的本地視角。讀者通過本書將會獲取相當多元、平衡的論述。

第二，理論與實務兼收並蓄的內容安排。《香港國安法》以「填補國安法律制度漏洞」為出發點，但實際上在香港引入了相當新型的罪名、法律程序，既賦予了特區政府以廣泛的國安職權，更創設了全新的機構——如香港特區維護國家安全委員會、中央政府駐港國安公署。本法的實施，在法律層面以外，勢必深刻影響香港的政治生態、政治文化與市民的政治認同，也很可能引發國際社會對香港法治、司法獨立等問題的關切。因此，正如此前的研討會所實現的，我們從宏觀到微觀、從國際到本地、從理論到實務，將國安法所涉及各個層面、各個角落，均納入研究範圍。例如，清華大學黎宏教授所撰的文章《中國刑法中危害國家安全罪的法理》，就從中國內地刑法的角度，提供了理解《香港國安法》上相關罪名的一種重要的法理淵源；中國政法大學的施鵬鵬教授、王晨辰博士所撰的文章《法國反國家分裂的舉措及其啟示》，則以法國的類似制度來與《香港國安法》上特定罪名進行對比研究；加拿大英屬哥倫比亞大學程潔副教授跳出了法律論證的通常思路，以公共政策角度探討了《香港國安法》的立法目的，其文章探討香港的管治可能出現的變化；深圳大學葉海波教授則遵循典型的法教義學路徑，在《香港國安法》司法適用層面，集中闡述了他所主張的「一致性解釋原則」；天津大學王建學教授的文章關注了一個暫時「冷門」的問題，即內地的監察制度在何種程度上可以對駐港國安公署實施監督。《香港國安法》實施僅有一年多，現時便可以將如此豐富的學術成果集中呈現出來，實屬難得。

第三，專業深入的分析與嚴謹中立的學術立場。毋庸諱言，《香港國安法》身處香港特區的一段複雜、艱難的發展時期，也是對「一國兩制」政策

的真正檢驗。法治的核心在於實現秩序與自由之間的合理平衡，但像國家安全法這樣的法律，必然有巨大的社會效果與政治效果。然而，就法言法，法律學人或執業者仍應當持守嚴謹、中立的立場，倚靠專業知識與普遍原理來定義有關概念，釐清程序要點，以便最大可能提供一套清晰、不含混的、可操作的法理（jurisprudence）。換句話說，《香港國安法》既體現重要的政策目標，也可以設立嚴厲的行為罰則，但終歸要落實為明白無誤的法律規則或標準，在社會上以正視聽，並且為司法程序留出可以爭辯、可以發展的空間。因此，讀者會發現，本書所收納的論文，不是配合新法實施的案頭用書或指南（companion or guide），而是獨立的學術研討，其中包括一系列的追問、啟示與反思。寫作中，作者們能夠抱持必要的距離感，去冷靜觀察並試圖理解、理論化這部法律。隨著《香港國安法》的進一步實施，特別是進入司法程序，我們所提出的一些疑問可能會得到解答，或者我們所指出的缺漏可能會得到修補，而那正是本書的特別價值之所在。

在向各位讀者推薦本書之前，我們要對所有促成本著作最終順利出版的同道友人致以謝意。首先，要感謝所有作者不吝賜稿，他們或在一年前的研討會上貢獻了精彩的主旨發言或評議，爾後進一步將其增補為完整的學術文章，或應邀專門寫作，所以，這是作者和編者共同努力的成果；其次，要感謝支持上次會議召開的中國人民大學法學院和香港城市大學法律學院對是次學術活動的積極支持；第三，要感謝那位默默贊助會議召開、研究支援和後期編輯出版的熱心香港企業家。近幾年來，他一直在支持香港城市大學法律學院開展《香港基本法》及相關問題研究；第四，特別感謝香港城市大學法律學院研究助理、來自武漢大學法學院的楊雨晨先生，他的專業素養和認真態度令人印象深刻；最後，也是非常重要的，我們真誠感謝香港三聯書店出版人的熱情支持和編輯蘇健偉先生高質量的專業編輯工作。

願香港繼續保持繁榮穩定；願學術研究之樹長青。是為序。

朱國斌

韓大元

王江雨

黃明濤

二零二一年七月



## 作者簡介

(按文章先後排序)

### 姚國建

法學博士，中國政法大學法學院教授、博士生導師、憲法研究所所長，中國憲法學研究會理事，全國港澳基本法研究會理事，北京市委講師團成員。先後在美國加州大學戴維斯分校、英國諾丁漢大學訪學。在《法學研究》、《政法論壇》、《法學評論》、《法商研究》、《比較法研究》、《國家行政學院學報》等雜誌上發表論文三十多篇，出版專著六部，主持國家社科基金、教育部、司法部、全國人大常委會、北京市人大常委會課題二十餘項。

### 韓大元

法學博士，中國人民大學法學院教授、博士生導師，中國人民大學「一國兩制」法律研究所所長，國際憲法學協會執委會委員。主要研究領域為：中國憲法、比較憲法、港澳基本法、憲法學說史。主要著作包括：《亞洲立憲主義》、《中國憲法學說史研究》、《1954年憲法制定過程》、《憲法學基本原理》、《新中國憲法發展70年》、《中國憲法》、《外國憲法》、《基本權利與憲法判例》等。在《中國社會科學》、《法學研究》、《中國法學》等刊物發表學術論文一百餘篇。

### 朱國斌

法學博士，香港城市大學法律學院教授、博士生導師，香港城市大學法律學院公法與人權論壇主任，香港城市大學公共事務與法律研究中心聯席副主任。主要研究興趣與領域為：中國憲法、港澳基本法、比較憲法、中國人權法、中央與地方關係。近年主要著作包括：《中國憲法與政治制度》(第二版)、《香江法政縱橫：香港基本法學緒論》、《當代中國政治與政府》(合著，第三版)、《香港司法制度》(合著，第二版)、《香港特區政治體制研究》(主編)、《第五次人大釋法：憲法與學理論爭》(主編)、《中央與特別行政區關係專論》(主編)、《「一地兩檢」與全國人大常委會的權力》(主編)、《建構「一

國兩制」憲制：在動態中達至平衡》和 *Personal Data Privacy Law in Hong Kong* (主編，第二版)。近期論文發表於：*Stanford Journal of International Law*, *International Journal of Constitutional Law*, *Human Rights Quarterly*, *Columbia Journal of Asian Law*, *Suffolk University Law Review*, *International Review of Administrative Sciences*, *China: An International Journal*, and *Hong Kong Law Journal* 等。

### 楊雨晨

香港城市大學法律學院研究助理，武漢大學法學院憲法與行政法專業碩士生。近期有關香港基本法的論文有：《論香港特區法律體系中的規例》(第二作者)(《當代港澳研究》2020年第4期)。

### 林緻茵

香港大學哲學博士，現為香港政策研究所憲制及管治研究中心主管及高級研究員，曾任香港大學政治與公共行政學系榮譽助理教授。研究範圍包括：中央與特區憲制關係、政治制度、政治文化等。

### 程潔

加拿大英屬哥倫比亞大學法學院副教授(2019至今)。曾任清華大學法學院副教授(1999-2019)，並曾經作為訪問副教授訪問密歇根大學法學院、巴黎政治學院、哥倫比亞大學法學院等。2006-2007年借調至全國人民代表大會常務委員會香港澳門基本法委員會。主要研究領域包括：中國憲法、比較憲法、香港基本法、澳門基本法、徵地權、信息安全、司法政治等。主要代表作品包括：《治道與治權：中國憲法的制度分析》(法律出版社2015年版)、《憲政精義——法治下的開放政府》(中國政法大學出版社2002年版)等。曾經在《中國法學》、《法學研究》、《法學家》等專業期刊發表多篇學術文章。近期有關香港基本法的文章包括：《香港新憲制秩序的法理基礎：分權還是授權》(《中國法學》2017年第4期)、《不對稱治理格局下香港的憲制基礎與憲法適用》(《中國法律評論》2018年第5期)、「Paths of Justice」(Book Review) (*Asia Pacific Law Review*, November 2019, vol. 27, no. 2, pp. 306-309)。



**黎宏**

武漢大學法學學士、法學博士，日本同志社大學法學碩士、法學博士，現為清華大學法學院教授、博士生導師，清華大學法學院商業犯罪研究中心主任，兼任北京市法學會副會長、中國刑法學研究會常務理事。曾任職清華大學法學院黨委書記，掛職北京市西城區人民檢察院副檢察長、最高人民檢察院司改辦副主任等。榮獲「首屆首都十大傑出青年法學家」等榮譽，是內地有代表性的刑法學者。代表性著作有：《不作為犯研究》（武漢大學出版社 1997 年版）、《單位刑事責任論》（清華大學出版社 2001 年版）、《刑法總論問題思考》（中國人民大學 2012 年第二版）、《刑法學總論》（法律出版社 2016 年版）、《刑法學各論》（法律出版社 2016 年版）等。

**陳璿**

法學博士，德國馬克斯普朗克外國刑法與國際刑法研究所博士後。現為中國人民大學法學院教授、博士生導師，中國人民大學刑事法律科學研究中心研究員，國家「萬人計劃」青年拔尖人才，中國人民大學「傑出學者」青年學者（A 崗）。主要研究領域為刑法基礎理論。在《法學研究》、《中國法學》等刊物上發表學術論文三十餘篇，出版專著《刑法中社會相當性理論研究》、《刑法歸責原理的規範化展開》、《正當防衛：理念、學說與制度適用》，譯著《目的行為論導論》。

**羅沛然**

倫敦大學政治經濟學院法律學士，香港大學哲學博士，英格蘭及威爾斯和香港大律師。

**葉海波**

武漢大學憲法學與行政法學專業法學博士，現為深圳大學法學院教授、博士生導師，兼任深圳大學黨內法規研究中心副主任，深圳大學法學院監察法治研究中心主任，國務院發展研究中心港澳研究所高級研究員，廣東省法學會港澳基本法研究會秘書長，中國憲法學研究會和中國立法學研究會理事。主要研究為：監察法、憲法學與行政法學、港澳法制。

**黃宇逸**

香港大學工商管理學學士（法學），香港大學法律學士，香港大律師。

**楊曉楠**

大連海事大學法學院教授，香港大學公法學博士，曾任美國密歇根大學格勞修斯學者、香港城市大學兼職副研究員、香港大學中國法中心訪問學者。主要研究領域為：憲法學基礎理論、比較憲法、比較行政法、港澳基本法、中央與地方關係理論、地方立法。曾主持國家社科、教育部、省社科等各類項目二十餘項，發表中英文論文四十餘篇。新近作品有：《中央與地方關係視角下的香港基本法解釋》、《〈香港基本法〉第 39 條的教義學分析：權利體系與規範功能》等。

**邊明燕**

大連海事大學法學院法學碩士研究生（憲法行政法方向）。

**章小杉**

廣東外語外貿大學法學院講師，法學博士。畢業於武漢大學法學院憲法學與行政法學專業。曾為美國佩斯大學法學院訪問學者及香港城市大學法學院博士後研究員。主要研究領域為：中國憲法、香港基本法、比較憲法及憲法理論。

**黃明濤**

法學博士，武漢大學法學院教授、博士生導師，兼任中國法學會憲法學研究會秘書處副秘書長，《法學評論》編輯，曾為香港大學法律學院訪問學者。主要研究領域為：中國憲法、比較憲法、一國兩制與港澳基本法。已發表學術論文四十餘篇，出版專著三部，代表作有：《「最高國家權力機關」的權力邊界》（《中國法學》2019 年第 2 期）；《公民文化權研究》（中國政法大學出版社 2015 年版）。已在香港地區出版專著一部：《憲制的成長：香港基本法研究》〔三聯書店（香港）有限公司 2019 年版〕，發表其他學術論文、報章時評若干。



**盧兆興**

香港大學專業進修學院文理學院教授、副院長。曾於香港教育大學、滑鐵盧大學、香港大學和香港科技大學歷任要職。著作、論文研究方向涉及中國內地、台灣、香港和澳門，主要內容包括：民主政治與管治、有組織犯罪、危機管理等。

**洪松勳**

博士，香港教育大學社會學系助理教授。其香港研究專著被不同的學術期刊和書籍所引用。在香港歷史研究中探索學校公民教育政策，並將香港研究範圍拓展到不同的政治、社會文化和教育議題上。

**王建學**

法學博士（廈門大學—法國馬賽大學聯合培養），中國人民大學法學院博士後，天津大學法學院教授、博士生導師，天津大學北洋學者長聘教授，中國憲法學研究會理事，中國立法學研究會理事，天津市社科聯第七屆委員會委員。主要研究領域為：中國憲法和比較憲法，旁涉立法法、環境法和監察法等。在《中國法學》、《法學研究》等刊物發表論文多篇，並出版著作多部。

**王江雨**

法學博士，香港城市大學法律學院教授、博士生導師，香港城市大學中國法與比較法研究中心主任，牛津大學出版社《中國比較法雜誌》（*Chinese Journal of Comparative Law*）共同主編。曾長期任職於新加坡國立大學法學院，出任過亞洲法律學院（Asian Law Institute）主任以及劍橋大學出版社《亞洲比較法雜誌》（*Asian Journal of Comparative Law*）共同主編。1994年畢業於中國政法大學；1997年獲北京大學法學碩士學位；1999年赴英美留學，先後獲得美國賓夕法尼亞大學法學碩士（LLM），英國牛津大學法理學碩士（M. Juris）和美國賓夕法尼亞大學法律科學博士（SJD）學位。代表作有：*China, India and the International Economic Order* (Cambridge University Press, 2010); *Company Law in China: Regulation of Business Organizations in a Socialist Market Economy* (Edward Elgar, 2014).

**朱世海**

法學博士，澳門科技大學法學院副教授。研究領域為：憲法（港澳基本法）、政治學（政黨體制）。近十年來，主持並完成三項國家社科基金項目課題；出版專著《香港政黨研究》（時事出版社 2008 年版）、《香港行政主導體制研究》（法律出版社 2011 年版）、《分歧與共識——香港行政長官選舉制度研究》〔三聯書店（香港）有限公司 2018 年版〕；發表論文約三十篇，其中多篇被《新華文摘》、《新華月報》、《思想理論動態參閱》、《憲法學行政法學》（中國人民大學報刊複印資料）、《港澳台研究》（中國人民大學報刊複印資料）、《黨政幹部決策參考》、《國圖決策參考》、《民主法制週刊》、《民主法制時報》、《學習時報》、《中國機構改革與管理》、《中國政協》、《長江日報》、《人民之聲報》、《行政法制》、《人民政壇》、《法治與社會》等轉載（摘編）。

**孫鵬飛**

澳門科技大學法學院碩士研究生，研習中國憲法、港澳基本法。

**施鵬鵬**

中、法法學雙料博士，中國政法大學證據科學研究院教授、博士生導師，最高人民法院訪修學者（2017 年），《證據科學》雜誌編輯，可應用英、法、德、意、西、荷、葡、俄等多門外語從事學術研究，學術專長為司法制度、刑事訴訟法、證據法、監察法和比較法。出版專著、譯著八部，在《法學研究》、《中國法學》等期刊發表論文和譯文一百餘篇，主持及主研 21 個國家及省部級項目。主要代表作品包括：專著《陪審制研究》（中國人民大學出版社 2008 年版）；法文專著 *Le Jury Criminé: Étude Comparée en Angleterre, France et Chine* (Les Éditions Universitaires Européennes, 2010)；「歐陸代表性國家刑事訴訟與證據制度專論」系列叢書主編（意大利、西班牙、法國已出版第一卷，德國、荷蘭等卷冊待出版）；專業論文分別發表在《中國法學》、《法學研究》等期刊。



# 第一部分

## 香港特別行政區憲制下的《香港國安法》

### 王晨辰

中國政法大學證據科學研究院講師，法國波爾多大學私法與刑事科學博士，中國西南政法大學刑事訴訟法博士。學術專長為：證據法、刑事訴訟法、比較法和司法制度。主要代表作品包括：法文專著 *L'Encadrement de la Liberté de la Preuve dans la Procédure Pénale: Étude Comparée France-Chine*（可譯為《刑事訴訟中證據自由的限制：中法比較研究》）(Les Éditions Universitaires Européennes, 2020)；專業論文發表於《證據科學》、《中國刑事法雜誌》、《法制與社會發展》、《法律適用》等。



# 論《香港國安法》的立法依據

姚國建 中國政法大學教授

## 一、導言

2020年6月30日，全國人大常委會以全票贊成通過了《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱《香港國安法》）。《香港國安法》在第1條明確指出了該法律的立法依據，特殊之處在於其列明了三個方面的內容：即《憲法》、《香港特別行政區基本法》（以下簡稱《基本法》）以及全國人民代表大會於2020年5月28日通過的《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》（以下簡稱全國人大決定）。《憲法》是國家的根本法，《香港國安法》的核心內容是防範、制止和懲處在香港發生的危害國家安全的行為。國家安全是《憲法》的核心價值之一，這一核心價值為全國人大及其常委會制定相關立法提供了足夠的正當性。《基本法》是香港的憲制性法律，作為國安法的立法依據自無疑問。而人大的決定直接授權全國人大常委會進行這一立法。分開看，三個依據均有其正當性。但三個層次不一、性質不同的依據是如何圓融地整合在一起，共同為《香港國安法》提供依據，則需要進行精細化的學術分析。不僅如此，立法依據與法律位階有密切關係，準確界定三個立法依據對《香港國安法》的意義，對於準確界定其法律位階及效力至關重要，而《香港國安法》的法律位階又會影響到其實施效果。

## 二、什麼是立法依據？

### （一）立法依據的含義

立法依據是立法機關表明其立法權力及其內容正當性的依據。法治社會要求一切國家機關行使權力時均須有明確的法律依據，不同的立法主體在制定相關立法時也均需要尋求其他法律的相關規定作為依據，以示其立法的正當性和合法性。所以，立法依據不僅是一個事實性陳述，更是立法者的規範

判斷。<sup>1</sup>

立法依據可以分為程序性依據和實體性依據。程序性依據是指制定主體根據何種程序進行立法。一般而言，一個法律的程序性立法依據可能是多樣的。如全國人大及其常委會制定法律的程序依據包括《立法法》和全國人大或其常委會的《議事規則》。但法律一般不會在其條文中明示其程序性立法依據，因為只要是同一制定主體制定的法律雖然內容不同但其程序性依據一般並無大的差別，如全國人大在制定《民法典》和《刑法》時程序上基本相同。實體性立法依據是指某個法律在確定其具體內容時所依據的上位法或其他依據，如全國人大及其常委會的立法依據一般是《憲法》。實體性立法依據要解決的問題主要是兩個：第一是立法權限的問題，即上位法等立法依據授權相關主體能夠就某一領域的問題進行立法，如《憲法》規定全國人大及其常委會是行使國家立法權的機關，國務院有權制定行政法規，這些規定從總體上解決了全國人大及其常委會、國務院立法權的正當性問題。除《憲法》外，《立法法》也為相關主體的立法權限提供正當性。第二是立法的具體問題。如立法的指導思想、價值體系以及其具體內容的設定。《憲法》對不同國家機關的性質定位及職權設定是其他法律法規作出相關規定時不可逾越的界限，《憲法》中有關人權保障的理論及公民權利的條款是其他任何法律法規在對公民權利進行限制時不可逾越的界限。如《憲法》中「國家尊重和保障人權」的規定以及大量的基本權利條款顯然是《刑法》中「罪刑法定」、「罪刑相適應」以及「刑法謙抑性」等原則和理念的憲法根源。

### （二）立法依據的多樣性

全國人大及其常委會根據《憲法》進行立法自無疑問，不論其是否在文本中對此予以明示。一般而言，全國人大及其常委會制定的多數法律會在法律中列明其是「根據憲法」而制定的，但也有一些法律不在文本中明確作出這一規定。除《憲法》外，一個法律是否還會有其他的立法依據呢？從實踐中來看，一個法律具有多個立法依據的情況並不罕見。經過簡單梳理，可以發現，除僅列《憲法》作為依據的法律外，其他法律的立法依據可以分為幾個類型：

1 葉海波：《「根據憲法，制定本法」的規範內涵》，《法學家》2013年第5期。

## 1. 法律的立法依據

### (1) 列明《憲法》和其他法律作為其制定依據

除《憲法》外，一些法律還會列明本領域內的較為基礎性或相關性的法律作為依據，其目的在於：一是確保本領域的不同法律能夠協調一致，二是確保遵守基礎性法律確認的基本理念與制度。如在教育領域，《教育法》顯然是基礎性法律，《義務教育法》、《民辦教育促進法》、《高等教育法》都是對教育領域中的某一具體方面作出進一步規定，其原則、理念與基本制度框架顯然不能與《教育法》產生衝突，因而這三部法律都在第1條規定「根據憲法和教育法，制定本法。」另外，《預備役軍官法》第1條規定「根據憲法和兵役法，制定本法。」《駐外外交人員法》第1條規定「根據憲法和公務員法，制定本法。」《香港駐軍法》和《澳門駐軍法》也都規定其立法依據是《憲法》和港澳《基本法》。這些法律與教育領域的相關法律一樣，除《憲法》外，都強調以本領域中的基礎性法律為依據。

(2) 列明《憲法》和「有關法律」作為依據，但沒有明示是哪些其他法律

有些法律內容涉及的領域可能比較廣泛，相關法律較多，所以在確定其依據時，除《憲法》外還列明以「有關法律」為依據。如《科學技術普及法》即是如此。這是因為除《憲法》第12條明示的「國家發展自然科學和社會科學事業，普及科學和技術知識」作為其依據外，《科學技術進步法》、《教育法》等法律中的相關內容也是其制定的依據。

### (3) 列明《憲法》和實踐情況作為立法依據

這類法律列出《憲法》作為依據，並規定相關領域的實踐情況也是立法依據，具體表述在各個法律並不相同。如《婦女權益保障法》第1條規定：「為了……根據憲法和我國的實際情況，制定本法。」《民法通則》第1條規定：「為了……根據憲法和我國實際情況，總結民事活動的實踐經驗，制定本法。」《刑法》第1條規定：「為了……根據憲法，結合我國同犯罪作鬥爭的具體經驗及實際情況，制定本法。」法律是否需要明確社會實踐作為依據值得討論，因為任何法律在制定時都必須考慮本領域的社會實踐，立法者不可能閉門造車，所以這樣的表述似顯多餘。2020年新通過的《民法典》在其制定依據中就不再提及民事活動的實踐經驗了。

### (4) 列明《憲法》、其他上位法和社會實踐作為制定依據

這一模式是將前面兩種模式的特點結合起來，列出的依據既包括《憲

法》，又包括相關法律還有實踐經驗。《全國人大議事規則》和《全國人大常委會議事規則》兩部法律都規定，其制定依據是根據《憲法》、《全國人大組織法》和全國人大及其常委會工作的實踐經驗。

## 2. 行政法規的立法依據

行政法規是由國務院制定的，在效力和地位上僅次於《憲法》和法律。從實踐來看，行政法規的立法依據則比較複雜。《憲法》第89條規定，國務院根據「憲法和法律」制定行政法規。在理論上，國務院制定行政法規是否同時需要《憲法》和法律作為根據，還是只要其中一個作為根據就可以，是有爭議的問題，但在實踐中，有的行政法規列出的制定依據既有《憲法》，又有法律。如《重大行政決策程序暫行條例》標明的制定依據是《憲法》和《地方各級和地方政府各級人民政府組織法》，《行政法規制定程序條例》列明的制定依據是《憲法》、《立法法》和《國務院組織法》。也有的行政法規只列明《憲法》作為其制定依據。如《高等教育自學考試暫行條例》明確列出《憲法》第19條「鼓勵自學成才」的規定作為制定依據。還有一些行政法規除列明《憲法》外，還列明「有關法律」作為其制定依據，但沒有明確標明依據是哪個法律。如《宗教事務條例》第1條規定其制定依據是「憲法和有關法律」。

### (三) 《香港國安法》的多重立法依據並不特殊

從前文可以看出，法律法規制定依據的類型具有多樣性和複雜性。同時，一個法律多重性的制定依據的位階也並不一致。一般而言，《憲法》是國家最高法，是全國人大及其常委會制定法律的必然依據，其位階自然高於法律。但這並不意味著一個法律的制定依據的效力一定高於該法律。

與中國既有的一些法律相似，《香港國安法》列出了《憲法》、《基本法》以及全國人大決定等三重依據。從前文的分析可以看出，多重立法依據的立法實例在中國的立法實踐中並不罕見，關鍵在於準確理解不同的立法依據為《香港國安法》提供何種意義上的正當性，以及每種立法依據的哪些內容是《香港國安法》的立法依據；另外，不同位階、不同性質的立法依據並不是彼此孤立的，而是如何形成一個圓融整體，共同為《香港國安法》提供立法的正當性與合法性。



### 三、《香港國安法》各項立法依據的具體內容

#### (一)「依據憲法」的內容

如前文所述，《憲法》規定全國人大及其常委會行使國家立法權；同時《憲法》作為國家的最高法，是全國人大及其常委會的立法依據，不論相關立法是否明示這一點。雖然全國人大是最高權力機關，也需要根據《憲法》來制定法律。<sup>2</sup>所以，整體上《憲法》作為《香港國安法》的依據自無疑問。問題是，《憲法》的哪些條款是《香港國安法》的立法依據？《香港國安法》本身並無規定。但全國人大在通過決定時明確了其制定依據除《憲法》第 31 條外，還有《憲法》第 62 條第 2 項、第 14 項和第 16 項。那麼可以推論這些《憲法》條文也是《香港國安法》的制定依據。《憲法》第 31 條規定特別行政區的制度由全國人大以法律規定。特區如何維護國家安全是特區制度的一部分，這一部分本由《基本法》授權特區自行立法，但由於特區無法完成這一憲制義務，全國人大因而授權全國人大常委會進行立法，所以該條規定對《香港國安法》的依據意義自不待言。《憲法》第 62 條第 2 項規定全國人大有權監督《憲法》的實施，以此為依據意味著全國人大決定以及《香港國安法》都是在香港實施《憲法》的體現；第 14 項規定全國人大有權決定特別行政區制度，成為全國人大決定的依據並進而成為《香港國安法》的立法依據自能理解。但《憲法》第 62 條 16 項是對全國人大職權的兜底與概括性規定，即全國人大有權行使其他應由其行使的權力。這一規定根據解釋是強調其作為最高國家權力機關應享有的概括性權力。實踐中全國人大亦有根據這一規定行使權力的先例，如決定國務院機構改革方案、決定建立海南省經濟特區等。<sup>3</sup>1993 年全國人大決定成立香港特別行政區籌備委員會，一些學者亦認為其憲法根據是這一規定。<sup>4</sup>全國人大決定再次將這一規定列為其依據，其意圖應是在強調全國人大的全權性，有權對一些重大問題作出決定，不論其是否在法律上有明確規定，從而回應對全國人大決定的一些質疑。



與憲法依據有關的一個問題是，《憲法》第 31 條「在特別行政區實行的制度由全國人民代表大會以法律規定」中的「法律」一詞的具體含義是什麼？是否僅指《基本法》，還是指《基本法》、《香港國安法》以及未來全國人大或授權常委會可能制定的其他法律？一種理解是 1982 年現行《憲法》通過時，《憲法》第 31 條所指「法律」就是指《基本法》。如果這一理解能夠成立的話，《香港國安法》就是附屬於《基本法》的，也就是其地位類似於《香港駐軍法》，其效力應在《基本法》之下。另一種理解是《基本法》只是《憲法》第 31 條所指「法律」之一，這就意味著全國人大可以根據這一規定制定其他法律或授權全國人大常委會制定其他法律，《香港國安法》就是這樣的例證。除《香港國安法》外，將來全國人大還有可能制定其他法律。筆者的觀點是，《香港國安法》的地位特殊，它實際上是在彌補《基本法》在維護國家安全方面的不足，其內容與《基本法》的既有內容形成相互補充的關係，二者一起構成了《憲法》第 31 條中所指「法律」。而對於《基本法》中已有明確規定的內容，如駐軍，全國人大常委會制定《駐軍法》是在落實《基本法》中的相關規定，以使其具體化。

#### (二)「依據基本法」的內容

《香港國安法》指出，《基本法》第 1 條和第 12 條是其根本性條款。這兩條都是在強調香港特區的法律地位，即其是中國的一個特別行政區。《香港國安法》對特區地位的強調，當然意指既然其作為國家的一個特別行政區，自然不能破壞國家安全。那麼《基本法》作為《香港國安法》的立法依據是否僅指這兩條呢？筆者認為這一理解是偏頗的。

《基本法》是特區的憲制性法律，它界定中央與特區的關係，保障特區居民的基本權利，確立特區的政權架構。維護國家安全實質上是特區與中央關係的一部分，這體現了特區作為一個地方單位對國家和中央的憲制責任。《基本法》授權特區自行立法禁止危害國家安全的行為，這也是中央基於「一國兩制」原則而對特區高度自治地位的尊重。所以，無論是特區自行立法，還是中央政府親自立法，都不能脫離《基本法》所確立的中央與特區關係以及特區的憲制架構。所以，應該說整個《基本法》都是《香港國安法》的立法依據。具體而言，包括以下幾個大的方面：

##### (1) 特區地位以及中央與特區關係

特區地位的核心條款就是《基本法》第 1 條和第 12 條的規定，即特區是

2 在 2001 年，時任全國人大常委會委員長李鵬指出，「全國人大及其常委會是憲法規定的最高國家權力機關，其權力來源於憲法，也必須在憲法範圍內活動，必須在憲法規定的範圍內行使立法、監督等職權，不得超越憲法。」參見《李鵬在全國法制宣傳日座談會上的講話》，《人民日報》2001 年 12 月 4 日。

3 蔡定劍：《憲法精解》，法律出版社 2006 年版，第 320 頁。

4 許崇德：《學而言憲》，法律出版社 2000 年版，第 426 頁。

中央人民政府直轄的一個地方行政單位，這意味著特區對中央承擔著維護國家安全的義務。中央與特區關係的核心內容是中央遵循「一國兩制」原則，在保留必要的中央監管權力下，授權特區行使高度自治權。維護國家安全的權力本應屬中央保留的權力，但基於高度自治原則，授權特區自行立法，但並不意味著中央放棄這一權力。中央在特區長期不能完成立法的情況下完全可以自行立法。但即便如此，仍然遵循「一國兩制」原則，沒有直接把《國家安全法》延伸到香港，而是根據「一國兩制」為香港量身打造專門的國家安全立法，僅對嚴重危害國家安全的行為作出規定。

### （2）特區的法治原則與司法制度

香港特區是一個高水平的法治區域，這一點得到《基本法》的確認和保障。一些重要的法治原則如人權保障、司法獨立、無罪推定、沉默權等各項原則在《香港國安法》中繼續得到確認，同時司法制度中最為核心的原則——司法獨立也繼續得到維護。

### （3）特區的政權架構

《香港國安法》規定香港特區維護國家安全的機構是維護國家安全委員會，其職責是分析研判國家安全形勢、制定政策、推進制度建設以及協調重大問題。可以看出，特區維護國家安全委員會更多的職責是分析、決策、協調，具體實施仍有依賴於特區的各國家機關。根據《基本法》，香港特區實行行政主導體制，行政長官既是特區首長，又是特區的行政首長；政務司、律政司、財政司等是行政長官領導下的政府部門，這些部門自然是落實維護國家安全委員會的決策部署、承擔維護國家安全具體工作的重要力量。根據《香港國安法》，特區的維護國家安全委員會以行政長官為主席，主要官員為成員，這就很好地將維護國家安全工作嵌入到特區政府的日常活動中，強化了國家安全維護與特區政權日常運作的緊密聯繫。另外，絕大多數訴訟案件亦由特區法院管轄，特區法院在審理此類案件時亦遵循《基本法》既定的訴訟程序和訴訟原則。

### （4）居民權利保障

理論上，居民權利保障與國家安全維護存在一定的緊張關係。《基本法》的一個重要內容是保障特區居民的基本權利和自由，但《基本法》也為自由設定了一定的邊界，「23條立法」本身即意味著特區立法機關可以基於國家安全對居民權利設置一定的限制，但特區「23條立法」未能完成，經由「23條立法」施加於特區居民權利自由的合理限制並未落實，以致於少數人在沒

有任何約束的情況下實施了大量的危害國家安全的行為。《香港國安法》的制定意味著中央直接履行維護國家安全的根本責任。但在制定這一法律時，權利保障仍是應遵循的立法價值，即不能損害居民權利自由的正常行使。《香港國安法》遵循這一理念，第1條立法目的即明示保障居民的權利和自由，將法律懲處的行為限定為分裂國家顛覆國家政權等四種危害國家安全的行為；在執法和司法中遵循《基本法》既有的保障人權的法治原則，如沉默權，無罪推定、陪審團審判等。從大的方面來說，《香港國安法》的制定也是為了制止香港出現的暴亂，更好地保障特區居民的權利和利益，整體上與《基本法》的意旨也是一致的。

### （三）全國人大決定作為立法依據的含義

此次《香港國安法》按照「決定加立法」的模式制定。《憲法》第31條規定特區制度由全國人大以法律規定；第62條規定全國人大常委會有權決定特區的制度。《香港國安法》規定特區維護國家安全的法律制度，是特區制度的一部分，屬《憲法》第31條和第62條所規定的「特區制度」的一部分，其立法權應屬全國人民代表大會。但由於受人大會期制度的影響，無法直接制定法律，因而由全國人大作出授權決定，全國人大常委會進行具體立法。從中國的憲法體制而言，這樣的立法安排並無疑問。但全國人大的授權決定並不是簡單的「一授了之」，而是給全國人大常委會設置了立法原則及範圍，所以全國人大常委會所接受的全國人大的授權是「受限制的授權」。

### （四）三重依據的內在邏輯

可以看出，《憲法》、《基本法》和全國人大決定作為《香港國安法》的三重依據，其邏輯是從抽象到具體，從宏觀到微觀，漸進式地明確了《香港國安法》的立法正當性、立法原則、立法規制對象以及規制方式，從而為全國人大常委會的立法提供了充足的正當性以及具體內容的指引。從《憲法》角度來看，主要是為《香港國安法》提供宏觀的立法正當性，即為了落實《憲法》所保護的國家安全這一重要利益；《基本法》為《香港國安法》提供立法原則及理念，以確保這一法律仍然是在「一國兩制」的框架下解決香港的國家安全維護問題，並與《基本法》所確立的特區國家政權架構、法治原則、居民權利保障等重要內容相銜接；全國人大決定為《香港國安法》的具體內容設置了基本框架，包括中央與特區在維護國家安全方面各自的責任及其機



構設置、應受懲處的四類危害國家安全的行為、刑事追訴的程序及應堅持的原則等。可以看出，三重立法依據層層遞進，為全國人大常委會的立法解決了正當性問題，同時界定了其立法範圍及具體規範的設置，從而為《香港國安法》的制定提供了充足而圓融的立法依據。

#### 四、立法依據與《香港國安法》的法律位階

在《香港基本法》的三重立法依據中，《憲法》是國家的最高法，《香港國安法》的效力在其之下，這一點無需多言；全國人大決定不是法律，僅是一個授權決定，其本身不直接在特區實施，所以不會發生其與《香港國安法》適用的選擇問題。但《基本法》是特區的憲制性法律，其規定在香港特區實行的一切制度以《基本法》為準。香港回歸以來，經由香港的普通法實踐，特區法院形成了香港本地的司法審查制度，即法院有權審查立法會及行政機關制定的法律和發佈的行政決策或命令，如認為其與《基本法》相抵觸，法院可以宣佈其無效。《香港國安法》規定，香港其他法律如與本法相抵觸即屬無效。那麼，《香港國安法》和《基本法》二者之間的位階和效力如何呢？

一種觀點認為既然《香港國安法》是根據《基本法》制定的，那麼自然其法律位階是在基本法之下的。主張《香港國安法》的效力低於《基本法》的另一個理由是二者的制定主體地位有高低之分。《基本法》是全國人民代表大會制定的，是基本法律；《香港國安法》是全國人大常委會制定的，是一般法律。全國人民代表大會是最高國家權力機關，全國人大常委會是其常設機關，須對全國人大負責，接受全國人大監督，全國人大還有權撤銷全國人大常委會不適當的決定，所以全國人大的地位高於全國人大常委會，從而基本法律的效力高於一般法律。根據這一理論，《香港國安法》的效力在《基本法》之下。

由於《香港國安法》主要在香港特區實施，而香港特區的法院可以依據《基本法》審查在特區實施的其他法律是否符合《基本法》。所以如果《香港國安法》的效力在《基本法》之下，將有可能使其面臨司法審查的風險，即特區法院可能因當事人的提請而審查其是否符合基本法並進而被宣佈無效，這對於《香港國安法》在特區的實施是極其不利的。因而，準確認識《香港國安法》的位階是極其重要的一個問題。

#### (一)《香港國安法》以《基本法》為依據不等於其位階在《基本法》之下

##### 1. 法律的位階不一定在其制定依據之下

一般而言，下位法根據上位法制定，如《憲法》是所有法律的立法依據。所以法律的效力位階在《憲法》之下，《憲法》本身也明確規定其具有最高法律效力。但這並不意味著只能是高位階的法律作為低位階法律的立法依據。實際上，同一個位階的法律中，一個法律也可以成為另一個法律的立法依據。某一領域中可能會有多部法律，其中一部是基礎性的，而其他法律可能就該法律規制的某一領域進行具體化。這樣，其他法律必須在基本原則、主要制度方面必須遵循基礎性法律所確立的原則與制度，比較典型的是教育領域的立法。全國人大及其常委會制定的教育領域的立法有《教育法》、《義務教育法》、《高等教育法》和《民辦教育促進法》，其中《教育法》是國家教育制度以及公民受教育權保障領域中基礎性的法律，其他法律是就其中的義務教育、高等教育、民辦教育等領域的進一步細化，所以其主要原則及制度不能與《教育法》相衝突，除《憲法》外，《教育法》也是這些法律的立法依據。《義務教育法》、《高等教育法》、《民辦教育促進法》都明確規定「根據憲法和教育法，制定本法。」而這些法律中，《教育法》和《義務教育法》都是全國人大制定的，顯然不能認為《義務教育法》的效力低於《教育法》。

##### 2. 全國人大和全國人大常委會制定的法律沒有效力高低之分

主張《香港國安法》的效力低於《基本法》的一個重要論據是全國人大制定的法律效力高於全國人大常委會制定的法律。《基本法》是全國人大制定的基本法律，《香港國安法》是全國人大常委會制定的一般法律，所以《基本法》的效力高於《香港國安法》。實際上，關於全國人大和全國人大常委會制定的法律效力有無高低之分在此前的一些案例中就已經出現過，主要涉及到《刑事訴訟法》和《律師法》以及《行政處罰法》和《道路交通安全法》的位階及效力問題。<sup>5</sup>在這些爭議中，一些學者已經充分論證了全國人大和全國人大常委會制定的法律並無效力高低之分。實際上，現行《憲法》對全國人大和全國人大常委會的立法範圍是作了區分的，即全國人大制定基本法律，全國人大常委會制定一般法律，二者具有彼此獨立的立法權限，其立法權限均是由《憲法》來授予的，所以其位階和效力是沒有區分的。另外，《立法法》也



沒有對二者制定法律的位階與效力作出區分。所以，《香港國安法》和《基本法》的位階和效力並沒有高低之分。

## （二）《香港國安法》是對基本法的補充

實際上，《基本法》與《香港國安法》之間是平行和補充的關係，二者相輔相成。《香港國安法》的立法目的是為了制止、防範與懲處在香港發生的危害國家安全的犯罪。根據《基本法》，香港的國家安全立法本已由全國人大授權給香港特區，也就是《基本法》的「23條立法」，但由於香港受到反對派的阻撓和外部勢力的介入，「23條立法」遲遲未能出台，且在未來一段時間仍然難以出台。國家安全在香港面臨日益嚴峻的威脅，中央政府在沒有選擇的情況下被迫立法，並按《基本法》所規定的程序使其在香港生效，但這樣的立法沒有脫離《基本法》所確立的香港特區的治理框架，是對《基本法》中未能具體規定的維護國家安全方面的內容予以明確，與《基本法》的既有內容形成了相互補充的關係，從而構成了落實「一國兩制」的一個完整的法律制度框架，因而，其位階、效力與《基本法》並無差異。



# 論《香港國安法》第2條 「根本性條款」的規範內涵

韓大元 中國人民大學法學院教授

## 一、問題的提出

《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（以下簡稱《香港國安法》或《國安法》）第2條規定：「關於香港特別行政區法律地位的香港特別行政區基本法第一條和第十二條規定是香港特別行政區基本法的根本性條款。香港特別行政區任何機構、組織和個人行使權利和自由，不得違背香港特別行政區基本法第一條和第十二條的規定」。而《香港基本法》第1條規定：「香港特別行政區是中華人民共和國不可分割的組成部分」；第12條規定：「香港特別行政區是中華人民共和國的一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府。」通過《香港國安法》確立基本法的「根本性條款」是法學理論的新表述，也是對《基本法》規範的新發展。從文本結構上看，通過「根本性條款」的規範再造，建構了《基本法》與《香港國安法》之間的規範鏈條，凸顯了《香港國安法》的特殊性質與功能。《基本法》第1條和第12條是有關國家主權和特別行政區法律地位的核心規範，構成《基本法》規範體系的基礎。因此，分析《香港國安法》第2條「根本性條款」，對於全面理解《基本法》與《國安法》的關係、深入分析《基本法》第1條與第12條的規範內涵具有重要的意義。

## 二、「根本性條款」的語義

在憲法學領域，規範作為基礎性概念，構築公法制度的規範體系。在學術範疇中，存在著基本規範、根本規範、根本條文等不同的表述，但在中國的法律文本中，迄今還沒有出現「根本性條款」的表述。憲法作為國家根本法，具有根本規範屬性，在法規範體系中處於基礎性地位，統攝其他規範，其效力高於其他法律規範，被稱之為最高法。