

以下是法律政策專員區義國今日(十二月五日)出席「實施《基本法》第二十三條：《約翰內斯堡原則》」研討會致辭全文：

香港特別行政區政府在擬備《實施基本法第二十三條》的建議時，已採納了若干指導原則，而其中一項就是：有關建議必須符合《基本法》，尤其是第二十七條及第三十九條所訂明的人權保障。

#### 《公民權利和政治權利國際公約》

《基本法》第三十九條第一款訂明，《公民權利和政治權利國際公約》的規定繼續有效，通過香港特別行政區的法律予以實施。第三十九條第二款訂明，香港居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，而且該等限制不得與第一款規定抵觸。

對於諮詢文件載列的建議，律政司認為確實符合上述的人權規定。同時，我們的意見亦得到英國資深人權專家御用大律師彭力克先生(Mr. David Pannick)的認同。

#### 《約翰內斯堡原則》

有些評論者提出，建議只符合人權規定並不足夠，我們也必須遵從《約翰內斯堡原則》。

據悉，《約翰內斯堡原則》源於 1995 年 10 月，在由"第十九條"組織、國際反審查中心及南非大學召開的會議上，由一羣國際法、國家安全及人權專家所通過。這套原則備受推崇，是關於以國家安全為理由而限制言論自由和獲取資料的重要參考材料。

政府在草擬有關建議時，已參考過該等原則，但該等原則相對於《基本法》或《公民權利和政治權利國際公約》的規定，其限制性更大，對香港特區不具法律約束力。著名的人權評論家桑德拉·高利華女士(Ms Sandra Coliver)曾表示："《約翰內斯堡原則》對發表自由的保障高於在國際間廣被接納的標準。"高利華女士是"第十九條"組織的前法律程序總監。她也指出，《約翰內斯堡原則》反映草擬者對國際法朝着或應朝着發展的方向的意見。(見 1998 年《人權季刊》第 20 期 15 頁，桑德拉·高利華著：對《有關國家安全、發表自由及獲取資料的約翰內斯堡原則》的意見)

#### 符合《約翰內斯堡原則》

《約翰內斯堡原則》共有 25 項原則。我在這裏不擬細述各項原則的內容，但大致來說，實施基本法第二十三條的建議，與《約翰內斯堡原則》大部份相符。

例如第五項原則訂明，任何人不得因為其意見或信仰而受到任何形式的限制、損害和懲罰。建議完全依循這項原則。有關敏感問題的意見和信念，例如台灣獨立或中華人民共和國將來的管治問題，將完全不受建議新法例所影響。

第七項原則列出一些不應視為對國家安全構成威脅的受保護言論，包括主張以非暴力方法改變政府政策或改變政府的言論；對民族、國家或其標誌、對政府、其代理機構或公職人員、或對外國的批評或侮辱等言論。實施基本法第二十三條的建議，並不是要禁制這類形式的言論。

或許最好的方法便是讓我將每一項建議撮述，並對照那些有充分理由可予支持的相關《約翰內斯堡原則》。

## 叛國罪

建議的叛國罪由三個部分組成。首先，叛國罪涉及與外國人聯手發動戰爭，達到各種目的，包括推翻中華人民共和國政府。明顯地，發動戰爭涉及嚴重的行動，不僅是行使發表自由或資訊自由而已；因此，《約翰內斯堡原則》並不適用。

12. 建議的另外兩個部分，對發表自由及資訊自由會有影響。根據建議，下列作為會構成罪行 -

- (1) 鼓動外國人入侵中華人民共和國；或
- (2) 以任何方式協助與中華人民共和國交戰的公敵。

據我看來，上述罪行符合第一及第二項原則，即是限制由法律訂明，並且該限制是民主社會賴以保障國家安全的合法利益所必需的。所謂合法利益，是指有需要保障中華人民共和國的存在或領土完整，免受使用武力或威脅使用武力的危害，或保障其對付使用或威脅使用武力者的能力。

至於這些罪行是否符合第六項原則，容我稍後再談。

## 分裂國家罪和顛覆罪

分裂國家罪和顛覆罪的建議罪行所涉及的行為，同樣地牽涉發動戰爭、使用武力或威嚇使用武力，或作出屬於"嚴重非法手段"定義內的犯罪行為。純粹發表意見，不能構成上述罪行的元素。因此，《約翰內斯堡原則》在這裏似乎也不適用。

## 禁制機構

諮詢文件的另一項建議，是授權保安局局長，在合理地相信有需要維護國家安全、公眾安全或公眾秩序的利益下，禁制某些機構。《社團條例》已有相似的權力；根據該條例，"國家安全"是指保障中華人民共和國的領土完整和獨立。

《基本法》和《公民權利和政治權利國際公約》保障言論自由。建議的新權力，必須符合這些保證才能行使。此外，香港法例中"國家安全"一詞，須由香港的法院根據人權法學加以解釋。因此，一個組織如被合法禁制，其禁制極不可能會抵觸《約翰內斯堡原則》。

假如一個機構被禁制，第八項原則可能會有關。該項原則是："政府雖已宣布某機構威脅國家安全或有關利益，但純粹傳遞由該機構發出或關於該機構資訊的言論，不應被禁或予以懲罰。"但我們並無任何打算基於這些理由禁止或懲罰有關的言論。只有組織或支持一些在香港被禁制的機構的活動、管理被禁制機構或身為該等機構幹事，才會構成罪行。

有兩個範疇由於會直接影響發表自由和資訊自由，所以特別與《約翰內斯堡原則》有關，分別是煽動叛亂罪和竊取國家機密。讓我先談談煽動叛亂罪。

## 煽動叛亂

建議新訂的煽動叛亂罪，將較現有罪行的定義大幅收窄，而現有的罪行將予廢除。根據新訂的罪行，任何人只會因為作出下列行為而干犯罪行 -

- (1) 煽動他人干犯叛國、分裂國家或顛覆罪；或
- (2) 煽動他人製造嚴重危害國家或香港特區穩定的暴力事件或公眾騷亂。

有關煽動他人製造嚴重危害國家穩定的暴力事件或公眾騷亂的罪行，似乎得到第一項及第二項原則所支持。其真正目的和可顯示的效果，是要保障中華人民共和國的存在及其領土完整，免受使用或威脅使用武力的危害，或保障其對付使用武力或威脅使用武力者的能力。而且，基於公共秩序或尊重他人權利的理由，該罪行以及為保障香港特區穩定和免受暴力或公眾騷亂嚴重危害的建議罪行，均是限制言論自由的支持理據。《約翰內斯堡原則》的意思看來不是要處理基於這些理由而施加的限制，而只是處理基於國家安全理由而作出的限制。因此，我認為建議煽動叛亂罪的第二部分，與原則並無不符之處。

有關煽動他人干犯叛國、分裂國家或顛覆罪的第一部分又如何？該部分明顯與國家安全有關。有論者認為該建議罪行不符合第六項原則。叛國罪中涉及言論或資訊自由的範疇亦可引來相類似的評論。

## 第六項原則

第六項原則說，政府只可以在證明有下述情況存在，言論才可以被視為危及國家安全而予以懲罰。這些情況包括 -

- (1) 言論有意引發即時暴力；
- (2) 言論有可能引發即時暴力；以及
- (3) 有關言論與暴力事件或可能發生的暴力兩者之間有直接和即時的連繫。

我希望 D'Souza 博士和《約翰內斯堡原則》的其他支持者不會反對我對第六項原則進行更嚴格的分析。就該項原則的地位而言，高利華女士曾評論："第六項原則仍未獲接納為國際法的標準"。至於該項原則的內容，高利華女士曾評論如下 -

"事實可能是：第六項原則保障一小系列言論，而該種言論縱使根據國際言論自由法律進行最寬鬆的詮釋，也可予合法禁制。按理說該原則可給予言論自由足夠保障，而同時又可以禁制煽動他人進行如第二項原則所界定危害國家安全合法利益的非暴力行為。舉例說，這類行為可能涉及違反為保護合法利益所需而作出的合法軍令。"

換句話說，第六項原則看來是不必要的狹隘。

讓我進一步探討這些評論。首先，是否永遠不可以為了保護國家安全的合法利益而禁制煽動他人進行非暴力行為？我認為或許在許多情況下，禁制煽動他人進行非暴力行為是符合國際人權標準，且這樣做也是恰當的。舉例說，聯合國人權委員會、歐洲人權法庭和歐洲委員會都有對包括言論自由的基本權利給予認可的限制，以保護國家募集軍隊的權力。該等限制不涉及煽動暴力。

非暴力行為可能會威脅國家安全的合法利益，讓我在此再多舉一些其他例子。

- (1) 不遵守合法軍事命令，這些命令是保障國家安全所必需的。
- (2) 使國防電腦系統癱瘓。
- (3) 使用生化武器。
- (4) 戰事期間為敵國作廣播宣傳。

我認為不僅可以把這些或與這些相類的行為刑事化，煽動這些行為的人，也應負上刑事責任。但第六項原則似乎會讓煽動這些行為的人免受懲處。

其次，第六項原則訂明，除非煽動者的動機是煽動別人即時使用暴力，否則不應視為威脅國家安全而予以懲處。與第六項原則最接近的案例，是美國最高法院就 *Brandenburg v Ohio* (395 U.S. 444 (1969)) 一案的判決，其中延展了"明顯和即時危險的驗證"。

這兩項驗證，背後的理念是希望區別哪些陳述反映某人的信念，哪些陳述會促使他人於現在或未來採取行動。此項區分完全合理。有關《基本法》第二十三條的建議，絕對不會干預個人信念。

但若某人故意促使他人干犯暴力罪行，是否還有理由需要區別這些暴力行為是即時還是日後進行的呢？香港有關煽惑的一般法律，並無這方面的區分。我若煽惑他人謀殺別人，無論我促使他即時進行，或在數個星期後進行，都是犯了罪。

對於即時暴力驗證，我有以下三方面的關注事項 -

- (1) 此驗證有違香港刑事法律的一般原則；
- (2) 因為"即時"的概念模糊，此驗證會令嚴重罪行極不清晰；以及

(3) 最重要者，此驗證似乎不合邏輯。

某恐怖組織煽惑他人以導彈和其他武器武裝自己，以準備於未來進行一場分裂國家的戰事，該國難道不可合法地禁制這個組織嗎？

某些特工煽惑他人背叛國家，加入將在未來某時段攻擊該國的敵對軍隊，難道該國不可合法地禁制這些煽惑嗎？

"即時暴力行為"驗證看來會使國家無力對付這些威脅。

第三，第六項原則說，若煽動可能引發暴力，犯者才會被懲處。如某人意圖煽動引發暴力，對象不論是個人或國家，他已作出不可接受的行為。我認為法律可合法地懲處這類行為，而不論有關行為是否有成功機會，情況與懲處一些未遂罪行一樣，那些罪行也可能沒有成功的機會。

第四，第六項原則規定，發表的言論與可能引發的暴力行為之間，須有直接和即時的連繫。我認為，如果某人有意煽動引發暴力，他的刑責不應因其煽惑未必會引致直接或即時的暴力行為而減低。舉例來說，某人在互聯網發出恐怖活動訊息，煽動暴力行為，並指示他人如何製造或取得某些武器。這項訊息可能多次發出，而發放對象亦逐次遞增，最終引發恐怖暴亂事件。國家能否純粹因為發出訊息者與犯罪者並無直接和即時的連繫而不懲處煽動這些暴亂行為的人？

我非常尊重草擬第六項原則的人士，但我認為，這項原則用意雖好，即試圖減少對發表自由的限制，但這做法不是在所有情況下都會有恰當的結果。就這些情況而言，我認為法庭就《公民權利和政治權利國際公約》和《歐洲人權公約》所引用的不設定論驗證會更為適合。著名的美國大法官 Frankfurter 在 Dennis v US, 341 U.S. 494 (1951)一案中，就"明顯和即時危險驗證"發表意見。他指出，在維護國家安全的需要時，

"根據司法程序的規範，以公正開明的態度來評估互相競求的利益，比採取一些用來解決非歐幾里得幾何問題也嫌過於硬性的理論，"其成效會更佳。

讓我再談談建議的叛國罪及煽動叛亂罪，這兩者涉及國家安全與言論及資訊自由的對立權益。如果以公正開明的態度衡量這些對立權益，有關建議是否有根據？

我認為建議刑事化以下的行為，即 -

- (1) 鼓動外國人入侵中國；
- (2) 以任何方式協助與中國交戰的公敵；
- (3) 煽動他人干犯叛國、分裂國家或顛覆的罪行；以及
- (4) 煽動他人製造嚴重危害國家穩定的暴力事件或公眾騷亂，

是基於國家安全為理由的合理限制。即使建議未必在所有情況下都會符合第六項原則，但我認為這不會妨礙法院確認上述罪行與《基本法》或《公民權利和政治權利國際公約》相符。這亦不構成不就建議罪行立法的有效理由。

## 煽動刊物

在我離開煽動叛亂罪這話題前，容我概述有關煽動刊物的建議。現行法例已載有有關這類刊物的罪行，現建議這些現有罪行由範圍大為收窄的罪行取代。

根據建議，當某份刊物會煽動他人干犯叛國、分裂國家或顛覆的罪行時，該刊物才應視作煽動刊物。建議訂明，如果某人知道或有合理理由懷疑有關刊物屬煽動刊物而處理或管有該刊物，即屬犯罪。考慮到在例如學術研究或新聞報道等有合理理據的情況，建議容許該罪以"合理辯解"作抗辯。

這個建議旨在訂立範圍十分狹窄而且容許抗辯的罪行，雖然是出於好的原意，但有關方面提出若干關注事項，尤其是關於管有煽動刊物罪行的建議。圖書館管理員及其他人士詢問，如果沒有意圖煽動他人干犯有關罪行，則為何管有這類刊物即屬犯罪。政府注意到這些關注事項，並且已承諾檢討有關的建議罪行。

## 竊取國家機密

最後我要討論的罪行是竊取國家機密罪。

## 第十二項原則

《約翰內斯堡原則》第十二項原則說："國家不得絕對禁止所有與國家安全有關的資料的接觸，但必須透過法律訂明那些屬具體及涵蓋範圍狹窄的資料，即那些為保障國家安全的合法利益而必須加以保密的資料。"

我們認為有關非法披露國家機密的建議符合這項原則，具體訂明了受保護的資料類別，而且涵蓋範圍狹窄。

與國家安全有關的兩類資料為保安及防務資料。這類資料已受現行法律保護，以防止非法披露，因此，我們不建議將保護範圍擴大，例如涵蓋經濟資料。

## 第十五(一)項原則

第十五項原則第一部分說，如披露的資料對國家安全的合法利益並無造成實際損害，也不可能造成損害，任何人披露有關資料，都不得以國家安全理由受到懲處。

就非法披露受保護資料而言，我們的建議是，當有關披露根據現行法例所訂明的情況是具損害性時，或可能具損害性時，方屬違法。這建議完全符合第十五項原則第一部分。不過，有一點除外，我容後會作出解釋。

這個例外情況涉及保安和情報部門成員非法披露保安或情報資料。我們認為必須高度維護這些部門行事持正。因此，我們建議保留現行法例，不論有關披露具損害性與否，一律禁止。我承認這不符合第十五項原則第一部分，不過，英國上議院最近議決這類禁制符合英國的《人權法令》。

## 第十五(二)項及第十六項原則

第十五項原則第二部分說，任何人若披露資料，而讓公眾得悉該等資料的利益大於披露造成的損害，便不得以國家安全理由將其懲處。第十六項原則就公職人員披露資料，也作出了類似的界定。

我們的現行法例及諮詢文件的建議都沒有引入上述原則，我們究竟是否應該這樣做呢？

我們的法例是以《1989年英國官方保密法令》為藍本。英國政府擬備法令時，曾考慮應否加入公眾利益為抗辯理由，但最後基於兩個原因否決這做法。第一：改革法例的主要目的是務求法律條文及其應用盡量清晰。容許以公眾利益作為一般免責辯護，便無法達到此清晰的目標。第二：法令的原意是作出披露明顯違反公眾利益，才使用刑事懲處。我們認為，任何人均不得純粹以公眾目的作為一般理由而披露他所知道的可能導致人命傷亡的資料。

《1998年英國人權法令》制定後，英國的被告人(香港亦然)可質疑某些刑事罪行是否違反受保障的權利。有人提問，未經授權披露資料的罪行，是否符合發表自由的保障。該等關注尤其集中於對保安人員的限制，因為即使這些人員所作的披露不具損害性，他們仍可能因此而觸犯未經授權披露罪行。此外也有人關注到，有必要容許"熱心揭發劣行的人"以公眾利益理由，揭露公營機構的不當行為。

對於上述關注，英國上議院在近期的 Shayler 一案的裁決中作出了回應。上議院裁定有關罪行符合《人權法令》的規定，並在判決書內詳述了平衡發表自由與國家安全的需要。法院認為法例已為在恰當的情況下為揭露失當事宜的人士提供足夠的保障。

上述歷史背景有助解釋諮詢文件為何沒有建議遵從第十五及第十六項原則。然而，有若干評論者要求政府提供某些形式的公眾利益抗辯理由。對於這些意見，政府須慎重考慮。與此同時，我相信政府亦會充份考慮《約翰內斯堡原則》第十五及第十六項原則。

## 第十七項原則

第十七項原則訂明，當有關資料已被普遍流傳，則公眾知情權應凌駕任何試圖阻止再公布這些資料的理據。

現時有關未經授權披露資料罪行的法例，並沒有提供事先披露作為抗辯理由，《諮詢文件》亦沒有建議加入這方面的抗辯理由。我們的有關法例是根據英國的《官方保密法令》制訂，而英國政府亦拒絕引入這項抗辯理由。英國政府的理據是在某些情況下，第二次的披露可能會較首次披露更具損害性。舉例來說，對有關受保護資料所作出的初步報道可能影響不大，也沒有造成損害。然而，若有高層官員在未經授權的情況下證實該報道，則可能帶來嚴重損

害。雖然現行法例並沒有就事先披露提供抗辯理由，但若有關資料曾經被發布，則其後的披露可能並不具損害性，因而不會構成罪行。

若透過民事法律程序來限制披露一些已流入坊間的資料，則情況會有所不同。根據英國著名 Spycatcher 一書的訴訟，如有關資料已在別處刊登，則不可能以違反保密原則為理由來限制披露官方機密。由於英國及歐洲法庭的判例在香港起碼是具說服力的判例，所以民事案件很可能會按第十七項原則的要求而行。

## 結論

在作出總結時，我要強調以下數點 -

- (1) 政府在諮詢文件內提出的各項建議，旨在徵詢社會各界人士的意見。這是名副其實的諮詢工作，所有意見一律歡迎。
- (2) 任何以《約翰內斯堡原則》作根據的意見，政府都會審慎研究，即使香港特區沒有法律責任要遵從該等原則。
- (3) 今天我提出的意見，目的是闡釋現行建議符合或不符合《約翰內斯堡原則》的程度。不過，政府可能會根據所接獲有關各項建議的意見，進一步研究其中的一些建議。
- (4) 我認為現時的建議符合大部分的原則。
- (5) 有些關於叛國罪及煽動叛亂罪的建議未必符合第六項原則。然而，敢問是否只有意圖及相當可能引發即時暴力的言論才可以基於國家安全的理由而受到適當禁制？
- (6) 有關官方機密的建議，未必完全符合第十五及十六項原則的陳述，即在有關情況下，知情權的公眾利益凌駕披露所造成的損害；這些建議亦未必完全符合第十七項原則，關於資料已流入坊間的陳述。

《約翰內斯堡原則》清晰地定下一套可以衡量各項建議的有用基準。然而，我想指出這些原則並非政府應該採用的唯一準則。只要建議的新法例不抵觸《基本法》及《公民權利和政治權利國際公約》，如何在保護國家安全與言論及資訊自由之間求取平衡的問題，最終得由香港市民及其立法機構決定。

完

二 二年十二月五日(星期四)