

## 《香港特别行政区维护国家安全法》 的法理逻辑及其展开\*

刘志刚

(复旦大学法学院,上海 200433)

**摘要:**《香港特别行政区基本法》第23条具有授权规范和义务规范的双重性质,不能从自治条款视角作过当的解读。对《香港特别行政区基本法》第23条性质的科学定位是理解和诠释全国人大“5.28”决定之正当性的前提基础,二者之间的内在逻辑及制度性展开是《香港特别行政区维护国家安全法》据以生成的法理基础。全国性法律在香港特别行政区的实施是《香港特别行政区维护国家安全法》在香港特别行政区实施的逻辑前提,由全国人大“5.28”决定、全国人大常委会“6.30”决定完成的确定其在香港特别行政区公布实施的方式和程序具有正当性。《香港特别行政区维护国家安全法》的制定和实施较为妥当地处理和解决了与《香港特别行政区基本法》及香港地区其他相关法律之间的关系,具有法理逻辑上的正当性。未列于《香港特别行政区基本法》附件三的中国《刑事诉讼法》在香港特别行政区的实施具有正当性,我国《国家安全法》不适用于香港特别行政区。

**关键词:**香港维护国家安全法;香港基本法;全国人大决定;基本法附件三

**中图分类号:**DF2      **文献标识码:**A      **文章编号:**1005-9512(2021)06-0066-13

2020年6月30日,全国人大常委会审议通过《中华人民共和国香港特别行政区维护国家安全法》(以下简称:《香港维护国家安全法》),该法明确了中央对有关国家安全事务的根本责任和香港特区维护国家安全的宪制责任。该法标志着全国人大及其常委会依据宪法权力在国家层面采用“决定+立法”的方式完善了香港特别行政区的国家安全制度,它的颁布实施对于有效维护香港特别行政区的国家安全、修补香港特别行政区在维护国家安全方面的制度漏洞,坚持和完善“一国两制”制度体系具有重大意义。2021年3月,全国人大及其常委会继续采取“决定+修法”的方式完善了香港特别行政区的选举制度。前述做法是全国人大及其常委会贯彻落实中共十九届四中全会“坚持和完善‘一国两制’制度体系”的重大举措,具有十分重要、十分深远的政治意义、宪制意义和法律意义。笔者拟对《香港维护国家安全法》及其关联问题的法理逻辑展开学理分析,以彰显其制定和实施的正当性,并为进一步分析2021年全国人大及其常委会完善香港特别行政区选举制度的举措提供前期思路。

**作者简介:**刘志刚,复旦大学法学院教授、博士研究生导师。

\* 本文系2018年国家社科基金重大项目“宪法与社会主义核心价值观的融合发展及实现机制研究”(项目编号:18VHJ005)阶段性研究成果。

## 一、《香港基本法》第 23 条的历史回溯和性质定位

### (一)《香港基本法》第 23 条的历史回溯

1984 年 12 月 19 日,中英两国政府在北京签署了《中英联合声明》。根据《中英联合声明》第三段第十二项的规定,全国人大将通过制定《香港基本法》来践行中国对香港的基本方针政策以及联合声明附件一对其所作的具体说明。1985 年 7 月 1 日,《香港基本法》起草委员会正式成立。起草初期,该法的制度设计主要着眼于将《中英联合声明》中载明的对港方针政策转化为基本法的具体条款规定。<sup>①</sup>受《中英联合声明》内容的影响,早期设计中并未包含香港维护国家安全立法方面的内容。<sup>②</sup>此后,随着《香港基本法》起草工作的逐步深入,基本法起草委员会的委员们认识到,英国殖民统治时期制定的《刑事罪条例》等法律中禁止危害英国皇室和背叛英国的规定在 1997 年回归之后将无法继续在香港地区沿用,由此将形成香港地区维护国家安全规范体系的漏洞,回归后的香港地区应当有相应的法律来替代,《香港基本法》有必要对此作出原则性规定。基于此,基本法起草委员会开始考虑规划设计未来香港地区的国家安全法律制度。在 1987 年 4 月召开的基本法起草委员会第四次全体会议上,《中央与特别行政区的关系专题小组工作报告》中草拟的条文初稿第二章第 12 条规定:“香港特别行政区应以法律禁止任何导致国家分裂和颠覆中央人民政府的活动。”当时,有些基本法起草委员会委员认为应该将“国家分裂”改为“国家领土分裂”。<sup>③</sup>1987 年 8 月,在基本法起草委员会第五次全体会议中,原初稿条文被修改为:“香港特别行政区应以法律禁止任何破坏国家统一和颠覆中央人民政府的行为。”当时,有学者建议在“破坏国家统一”前加上“导致”二字,<sup>④</sup>但未被采纳。此次修改后的规定在基本法起草委员会第六次全体会议中得以延续,构成了《香港特别行政区起草委员会各专题小组拟定的各章条文草案汇编》(以下简称:《汇编》)中的第 22 条。对于此次修改,有学者提出异议,认为“破坏国家统一”和“颠覆”在香港地区法律文化中的涵义不甚清晰。然而,在基本法起草委员会第六次和第七次全体会议中,相关草案并未对该条作出进一步的修改。在随后的讨论中,有基本法起草委员会委员提出,《汇编》第 22 条中的用语过于笼统和模糊,可能会导致对一些“合法的政治异见人士”的过当压制。<sup>⑤</sup>他们建议,对《汇编》第 22 条中所列危害国家安全行为的适用条件进行适当限制,以避免造成对民众言论自由的过当压制。1988 年 4 月 28 日,基本法起草委员会公布了《香港基本法(草案)征求意见稿》,向社会各界的征求意见。公众提出的反对意见主要包括:(1)《中英联合声明》中并没有与第 22 条有关的内容;(2)香港地区已有类似法例,制定第 22 条没有必要;(3)“颠覆”政府这一罪名在民主国家中并不存在;(4)“破坏国家统一”的内涵具有不确定性。在充分考虑公众的意见之后,1989 年 1 月召开的基本法起草委员会第八次全体会议表决通过了《香港基本法(草案)》(以下简称:《草案》)。《草案》第 23 条规定:“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱

① 参见《姬鹏飞主任在中华人民共和国香港特别行政区起草委员会第二次全体会议上的讲话》,载中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会秘书处编:《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第二次全体会议文件汇编》,第 5-6 页。

② 例如,在中华人民共和国香港基本法起草委员会第二次全体会议中初步确定的《中华人民共和国香港特别行政区基本法结构(草案)》以及向第三次全体会议提交的《中央与特别行政区的关系专题小组工作报告》中并无直接涉及有关香港地区维护国家安全立法条款的规定。

③ 参见《中央与特别行政区的关系专题小组工作报告》,载中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会秘书处编:《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第四次全体会议文件汇编》,第 14 页。

④ 参见《中央与特别行政区的关系专题小组工作报告》,载中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会秘书处编:《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第五次全体会议文件汇编》,第 18 页。

⑤ H.L.Fu and Richard Cullen, National Security Law in Hong Kong: Quo Vadis A Study of Article 23 of the Basic Law of Hong Kong. Pacific Basin Law Journal, Vol.19, 2002, p194.

及窃取国家机密的行为。”<sup>⑥</sup>与《汇编》第 22 条相比,《草案》用叛国、分裂国家、煽动叛乱以及窃取国家机密等四类行为取代了前者规定的破坏国家统一和颠覆中央人民政府这两类行为。这一修改一方面回应了社会公众对立法明晰化的诉求,另一方面也符合香港特别行政区维护国家安全的制度建设需要,兼顾了中央政府和香港地区民众的关切。<sup>⑦</sup>除此之外,《草案》第 23 条和此前《汇编》第 22 条的语言表述也不甚相同。《汇编》第 22 条中的语言表述是“应以法律禁止”,而《草案》第 23 条中的语言表述却是“应自行立法”。尽管二者都包含着授权性和义务性的色彩,但是,采取“应自行立法”的表述显然更能够体现中央对于香港特别行政区高度自治和港人治港的信任。

按照预定计划,《草案》的征询期间拟于 1989 年 10 月结束。而后,《草案》将交由全国人大审议通过。然而,1989 年的政治风波对《香港基本法》的立法进程产生了一定的影响,中央政府和香港地区有关方面充分磋商之后,决定对《草案》进行再次修改。修改之后的《草案》增加了三种危害国家安全的行为,即颠覆中央人民政府、外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动、香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系等。<sup>⑧</sup>1990 年 4 月 4 日,七届全国人大三次会议审议通过《香港基本法》。该法第 23 条规定:“香港特别行政区应当自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为,禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动,禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。”

## (二)《香港基本法》第 23 条的性质定位

针对《香港基本法》第 23 条的性质,学界的理解不甚一致,主要有两种观点。其一,“授权论”。该观点往往是和“义务论”关联在一起的,其认为,香港地区维护国家安全的立法权是全国人大通过《香港基本法》第 23 条授予它的。依据该条,香港特别行政区享有一定的国家安全立法自主权,但是,该条同时具有义务性规范特征,香港特别行政区负有尽早完成维护国家安全立法的宪制义务,应当注重国家安全法益保护的周延性。<sup>⑨</sup>该观点的主要理由和论证角度包括以下几个方面。(1)《香港基本法》第 23 条授予香港特别行政区的不是普通意义上的立法权,而是国家安全立法权,该立法权一般是由中央行使的。《香港基本法》第 23 条没有单纯采用“自行”的授权表达方式,而是规定“应”立法禁止第 23 条项下罗列的七种危害国家安全行为,这是对香港特别行政区所获授权的一种限制。因此,《香港基本法》第 23 条属于特殊授权立法条款,具有明显的义务性规范色彩。<sup>⑩</sup>(2)在我国单一制国家结构形式下,香港特别行政区国家安全立法权本质上属于中央管理事务的治权,它来源于中央的授权,体现了中央对香港特别行政区的高度信任。香港特别行政区高度自治权是有限度的,中央对于香港特别行政区高度自治权的行使有监督权,其重要表现就在于中央有权对原属于中央管理事务的治权进行监督。<sup>⑪</sup>(3)《香港基本法》第 23 条所列事项属于平时时期防务权,属于中央相对保留事项,该条规定了香港特别行政区的立法义务,中央有权力监督香港特别行政区进行相关立法,使其立法内容符

<sup>⑥</sup> 参见《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)》(1989 年 1 月 14 日通过),载中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会秘书处编:《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第八次全体会议文件汇编》,第 56 页。

<sup>⑦</sup> See H.L. Fu and Richard Cullen, National Security Law in Hong Kong: Quo Vadis A Study of Article 23 of the Basic Law of Hong Kong. *Pacific Basin Law Journal*, Vol.19, 2002, p195-196.

<sup>⑧</sup> 参见《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)》(1990 年 2 月 16 日通过),载中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会秘书处编:《中华人民共和国香港特别行政区基本法起草委员会第九次全体会议文件汇编》,第 59 页。

<sup>⑨</sup> 参见董立坤:《中央管治权与香港特区高度自治权的关系》,法律出版社 2014 年版,第 57-58 页;叶海波:《香港特区基本法第 23 条的法理分析》,载《时代法学》2012 年第 4 期;周叶中、张小帅:《再论全国人大对香港特别行政区的国家安全立法权》,载《江汉大学学报(社会科学版)》2016 年第 4 期。

<sup>⑩</sup> 参见上注,叶海波文。

<sup>⑪</sup> 参见前注<sup>⑨</sup>,董立坤书,第 57-58 页、第 60-61 页。

合维护国家安全的授权目的。<sup>④</sup> (4)香港特别行政区维护国家安全立法权是一种中央和香港特别行政区共享的权力,《香港基本法》第23条的规定不只是赋予特区制定有关法例的权力,也同时要求特区承担维护国家安全的宪制责任。<sup>⑤</sup> 其二,自治论。该观点强调《香港基本法》第23条项下立法权限属于香港特别行政区高度自治的范畴,其着眼于该条中蕴含的自治属性,香港特别行政区一些学者秉持该种立场。根据具体内容不同,该观点可以进一步分为“温和的自治论”和“极端的自治论”。“温和的自治论”在肯定香港特别行政区具有维护国家安全宪制义务的基础上,强调香港国家安全立法应由香港特别行政区依据一系列人权保障标准加以推进,在立法内容上强调最小立法原则。<sup>⑥</sup> 其主要理由包括:(1)《香港基本法》第23条所列行为应当由香港特别行政区自行立法予以规制,香港特别行政区维护国家安全立法属于香港特别行政区自治范围内的事项。<sup>⑦</sup> (2)根据《香港基本法》第23条和第39条的规定,香港特别行政区在推进该法第23条的立法过程中,负有保护香港特别行政区居民享有的基本权利的宪制义务,《香港基本法》对于香港居民基本权利的保障并不充分,第23条立法需要谨慎。(3)香港特别行政区并不存在危害国家安全的紧迫性,因而并无即时立法的必要。<sup>⑧</sup> “极端自治论”片面强调该条款属于香港特别行政区自治范围内的事项,忽视甚至否认香港特别行政区具有维护国家安全的宪制义务,否定中央参与《香港基本法》第23条立法的正当性。<sup>⑨</sup> 其主要错误在于:(1)片面解释《香港基本法》第23条中“自行立法”的“自行”内涵,坚持是否立法、何时立法应由香港特别行政区自行决定;(2)认为香港现行法已经足以规制《香港基本法》第23条所列行为,《香港基本法》第23条立法缺乏必要性和正当性;(3)强调中央参加《香港基本法》第23条立法损害香港特别行政区高度自治,可能侵害香港特别行政区居民基本权利,且不具有合法性基础。

笔者认为,前述“授权论”和“自治论”两种立场的本质区别不在于是否承认香港特别行政区国家安全立法的授权性质,而在于是否承认和接受中央对香港特别行政区国家安全立法的监督权。“自治论”者有意或者无意地淡化乃至漠视香港特别行政区国家安全立法的授权性质,过分强调甚至过当地宣扬香港特别行政区国家安全立法的自治性,排斥甚至从根本上否认中央对香港特别行政区国家安全立法的监督。由此衍生的后果必然是,在维护香港特别行政区“自治”的旗帜下,屏蔽乃至否认香港特别行政区国家安全立法权的来源,错误地将其视为香港特别行政区的固有立法权,曲解香港特别行政区和中央之间在国家安全立法方面的权力配置格局,进而从根本上背离“一国两制”原则。香港特别行政区固然实行高度的自治,拥有独立的立法权,但是,其立法权本身是中央通过《香港基本法》授予它的,而不是它本身固有的。并且,就香港特别行政区国家安全事项而言,它究竟是否属于香港特别行政区的自治范畴,有待进一步商榷。笔者认为,该类事项属于中央的相对保留事项,基于对香港特别行政区特殊情况的考虑,中央通过《香港基本法》第23条,将该类事项的立法权授权香港特别行政区自行立法,但这并不意味着该类事项属于香港特别行政区的自治范畴。基于此,中央授权香港特

<sup>④</sup> 参见刘诚、许书咏:《中央保留原则下的〈香港基本法〉第23条立法》,载《当代港澳研究》2013年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见陈弘毅:《国安法争议:以香港为家的我们的心声》,载《香港01》周报第215期(2020年5月25日)。

<sup>⑥</sup> See Benny Y. T. Tai, *The Principle of Minimum Legislation for Implementing Article 23 of the Basic Law*, Hong Kong L.J. Vol.32,2002,p579; Carole J. Petersen, *National Security Offences and Civil Liberties in Hong Kong: A Critique of the Government's Consultation on Article 23 of the Basic Law*, Hong Kong L.J. Vol.32,2002,p 457; H. L. Fu & Richard Cullen, *National Security Law in Hong Kong: Quo Vadis-A Study of Article 23 of the Basic Law of Hong Kong*, UCLA Pac. Basin L.J., Vol.19,2002,p185 .

<sup>⑦</sup> See Petersen, C. J. (2002), *National security offences and civil liberties in hong kong: critique of the government's consultation on article 23 of the basic law.* Hong Kong Law Journal, Vol.32(3),p 458.

<sup>⑧</sup> See Tai, B. Y. (2002), *The principle of minimum legislation for implementing article 23 of the basic law.* Hong Kong Law Journal, Vol.32(3), p580-581,p584-585.

<sup>⑨</sup> See Hong Kong Bar Association, *Statement of Hong Kong Bar Association on proposal of National People's Congress to enact National Security Law in Hong Kong*, website: <https://www.hkba.org/events-publication/press-releases-coverage>.

别行政区之后,当然有权对其运行情况进行动态的监督,香港特别行政区自然也就肩负着尽早制定国家安全立法的宪制责任。片面强调香港特别行政区所拥有之国家安全立法权的自治性,淡化乃至否认其尽早立法的宪制责任,甚至排斥和否认该种权力的来源、拒绝中央对其立法运行状况的必要的监督是非常错误的,不符合《香港基本法》第23条的性质定位和立法原意。

## 二、《香港基本法》第23条、全国人大“5.28”决定以及《香港维护国家安全法》之间的逻辑关系

### (一)《香港基本法》第23条与全国人大“5.28”决定之间的逻辑关系

2020年5月28日,全国人大审议通过《全国人民代表大会关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定》(以下简称:全国人大“5.28”决定)。该决定的作出,在逻辑上是和《香港基本法》第23条关联在一起的。(1)《香港基本法》第23条具有授权性和义务性之双重属性。从权力来源来说,该条所列国家安全事项的立法权是中央授予香港特别行政区行使的,不是香港特别行政区本身的固有权。从规范性质来说,该条属于义务性规范,香港特别行政区负有维护国家安全的宪制责任和履行《香港基本法》第23条所列事项的立法义务,全国人大“5.28”决定明确“香港特别行政区应当尽早完成香港特别行政区基本法规定的维护国家安全立法”。香港特别行政区固然拥有自治权,但是《香港基本法》第23条所列国家安全事项并不属于香港特别行政区自治的范围,它属于中央相对保留的事项范围。中央授予香港特别行政区行使之后,有权对其具体实施情况进行动态的审查监督。(2)《香港基本法》第23条所列国家安全事项在香港特别行政区的立法实施状况不尽如人意,第23条立法有被长期搁置的风险。“香港回归20多年来,由于反中乱港势力和外部敌对势力的极力阻挠、干扰,第23条立法一直没有完成。而且,自2003年立法进程受挫以来,这一立法在香港已被一些别有用心的人严重污名化、妖魔化,香港特别行政区完成23条立法实际上已经很困难。”<sup>⑩</sup>(3)全国人大“5.28”决定是贯彻实施宪法、确立香港特别行政区制度的重要形式。我国《宪法》第31条规定,“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”;我国《宪法》第62条第13项规定,全国人大有权“决定特别行政区的设立及其制度”。依据前述规定,全国人大既可以通过制定《香港基本法》的形式规定香港特别行政区的制度,也可以通过作出“决定”的方式规定香港特别行政区的制度。综上,笔者认为,全国人大“5.28”决定是基于《香港基本法》第23条的复合性质(授权性+义务性),并结合《香港基本法》第23条立法的实际情况作出的。它既是我国宪法在香港特别行政区实施的一种具体形式,也是对香港特别行政区践行《香港基本法》第23条所列国家安全事项立法责任的监督和提醒,客观上构成了对《香港基本法》第23条规范效力的补强,具有法理上的正当性。该决定有可能引发的质疑是,它对《香港基本法》第23条进行了实质上的修改,却没有遵循《香港基本法》第159条所规定的基本法修改程序。从直观感觉来看,该种质疑似乎是成立的。其原因在于,依据《香港基本法》第23条,该条所列国家安全事项由香港特别行政区“自行立法”。然而,全国人大“5.28”决定却将该类事项的立法权交由全国人大常委会行使。笔者认为,该种质疑是不成立的,理由如下。第一,全国人大“5.28”决定第6条与《香港基本法》第23条所列国家安全事项并未完全重合。<sup>⑪</sup>全国人大“5.28”决定第6条授权全国人大常委会立法防范的危害国家安全行为包括分裂国家、颠覆国家政权、组织实施恐怖活动、外国和境外势力干预

<sup>⑩</sup>参见王震:《关于〈全国人民代表大会关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定(草案)〉的说明——在2020年5月22日十三届全国人大三次会议上》。

<sup>⑪</sup>《香港基本法》第23条所列七种类型的国家安全事项包括叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密、外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治活动、香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。

香港特区事务。二者所指向的危害国家安全行为中只有两种是重合的,即分裂国家、颠覆中央人民政府(“5.28”决定中的表述是“颠覆国家政权”)。全国人大“5.28”决定第6条所列“组织实施恐怖活动”和“外国和境外势力干预香港特区事务”在《香港基本法》第23条中并没有完全对应的行为类型。第二,全国人大“5.28”决定并未结构性地收回《香港基本法》第23条所列国家安全事项的立法权,不属于对该条内容的实质性修改。有观点认为,中央政府可以监督香港特别行政区政府对第23条的立法过程,审查香港特别行政区践行第23条所列国家安全事项之立法的内容,甚至在必要的情况下可以“收回授权、径行立法”。<sup>④</sup>对此,笔者秉持不同立场。《香港基本法》第23条所列国家安全事项的立法权固然是全国人大授予香港特别行政区的,但不能由此认为全国人大可以“收回授权、径行立法”。其原因在于,《香港基本法》第159条对基本法的修改程序作了严格的规定,“收回授权、径行立法”将引发全国人大所作“决定”与《香港基本法》第159条之间关系的模糊不清,进而错觉产生《香港基本法》第159条刚性不足、《香港基本法》权威不够的错觉。笔者认为,《香港基本法》第23条所列国家安全事项的立法权是中央和香港特别行政区的共享权力,该类事项属于中央政府相对保留的事项范围。中央政府经由《香港基本法》第23条授权之后,应当尽可能尊重香港特别行政区自行立法。然而,如果香港特别行政区怠于行使该项权力,中央也可以径行行使该类事项的立法权,这是中央原本就拥有的权力,并非对《香港基本法》第23条的修改,谈不上违反《香港基本法》第159条的问题。

## (二)全国人大“5.28”决定与《香港维护国家安全法》之间的逻辑关系

《香港基本法》第23条、全国人大“5.28”决定以及《香港维护国家安全法》等在法理逻辑上是关联在一起的。对《香港基本法》第23条性质的科学定位是理解和诠释全国人大“5.28”决定之正当性的前提基础,前述二者之间的内在逻辑及制度性展开是《香港维护国家安全法》得以生成的法理基础。对全国人大“5.28”决定与《香港维护国家安全法》之间的关系,可以从如下三个方面加以理解。其一,全国人大“5.28”决定是根据我国《宪法》和《香港基本法》作出的。全国人大“5.28”决定明确指出,该决定是根据我国《宪法》第31条和第62条第2项、第14项、第16项的规定,<sup>⑤</sup>以及《香港基本法》的有关规定作出的。其二,全国人大有权在香港特别行政区不“自行立法”的时候制定《香港维护国家安全法》。《香港基本法》中包含许多授权条款,这些条款有的直接以“授权”来表示,有的采用“可”“自行”等语词来表述。<sup>⑥</sup>例如,《香港基本法》第2条直接以“授权”表示香港特别行政区自治权的被授权性,第94条直接以“可”字表示全国人大常委会对香港特别行政区政府的授权,第108条第2款以“自行立法”来表示全国人大对香港特区的立法授权。与前述方式相比,《香港基本法》第23条采用的是第三种方式,即以“应当自行立法”来表示全国人大对香港特区的立法授权。从法理上来说,该授权是由我国单一制的国家结构形式和人民代表大会制度决定的,我国《宪法》第31条是该种授权的规范基础,这种授权是建立在对香港特别行政区的信任基础上的。<sup>⑦</sup>香港特别行政区应该采取切实有效措施,积极立法,以维护该种授权的信任基础。从《香港基本法》第23条的文本规定来看,“自行立法”既是香港特别行政区践行该法第23条的宪制责任,也是其维护自身信誉的道德基础。既然如此,如果香港特别行政区由于种种原因拖延立法或者无法立法,为了维护国家安全,全国人大就有权直接为香港特别行政区制定相关法律,这是符合《香港基本法》第23条的立法本意的。其三,全国人大常委会有权根据全国人大的授权制定《香港维护国家安全法》。依据我国《宪法》第31条和第67条的规定,

<sup>④</sup>同前注<sup>③</sup>,叶海波文。

<sup>⑤</sup>我国《宪法》第31条规定,国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人大以法律规定。我国《宪法》第62条第2项规定,全国人大有权监督宪法的实施。我国《宪法》第62条第14项规定,全国人大有权决定特别行政区的设立及其制度。我国《宪法》第62条第16项规定,全国人大有权行使应当由最高国家权力机关行使的其他职权。

<sup>⑥</sup>邱平学:《香港基本法实践问题研究》,社会科学文献出版社2014年版,第133页。

<sup>⑦</sup>骆伟建:《澳门特别行政区基本法新论》,社会科学文献出版社2012年版,第136页。

在特别行政区内实行的制度应当由全国人大以法律的形式加以规定,全国人大常委会并未被赋予规定特别行政区制度的权力。然而,我国《宪法》第67条第22项规定,全国人大常委会有权行使全国人大授予的前述21项职权之外的其他职权。也就是说,如果全国人大将其拥有的制定香港特别行政区维护国家安全法的权力授予全国人大常委会行使,全国人大常委会就因之获得了制定香港特区维护国家安全法的权力。王晨副委员长在其所作的《关于〈全国人民代表大会关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定(草案)〉的说明》中明确指出,根据我国《宪法》和《香港基本法》,结合多年来国家在特别行政区制度构建和发展方面的实践,从国家层面建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度,有多种可用方式。中央和国家有关部门在综合研判的基础上,最终决定采取“决定+立法”的方式,分两步加以推进,即先由全国人大根据宪法和《香港基本法》中的有关规定作出“5.28”决定,再由全国人大常委会根据“5.28”决定的授权,结合香港特别行政区的具体情况制定《香港维护国家安全法》。统合前述,笔者意图申明的立场是,全国人大“5.28”决定以及与其存在逻辑关联的《香港基本法》第23条是制定《香港维护国家安全法》的法理基础。

### 三、《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施及其与关联性问题的法理逻辑

#### (一)《香港维护国家安全法》在香港特别行政区实施的逻辑前提

《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施在法理逻辑上是和全国性法律在香港特别行政区的实施关联在一起的,后者是理解前者的逻辑前提。围绕全国性法律应在香港特别行政区的实施问题,《香港基本法》在起草过程中曾经有过争论。反对意见认为:其一,全国性法律不应在香港特别行政区适用,否则将违反《中英联合声明》;其二,全国性法律在特区适用会影响香港特别行政区的高度自治权。<sup>④</sup>对此,笔者认为,全国性法律有必要在香港特别行政区有限制地实施,具体理由如下。(1)应当全面准确地理解《中英联合声明》,不能孤立地理解《中英联合声明》附件一第2条的规定,应当将其与《中英联合声明》第3条、《中英联合声明》附件一第1条第2款作联结分析。<sup>⑤</sup>依据前述条文的规定,香港特别行政区没有外交、国防事务的管理权,外交、国防属于中央人民政府的管理范围。中央管理该类事务的法定依据是有关全国性法律,如果全面禁止该类法律在香港特别行政区实施,中央国家机关将无法在法制框架下实施有效的管理。(2)《中英联合声明》附件一即《中华人民共和国政府对香港的基本方针政策的具体说明》第2条中所罗列的在香港特别行政区适用的法律,尽管不包括全国人大及其常委会制定的全国性法律,但包括《香港基本法》,后者明确规定了可以在香港特别行政区适用的全国性法律的范围,将前述《中英联合声明》第3条及其附件一第1条第2款中的方针政策作了具体的贯彻落实。

在香港特别行政区实施的全国性法律总体上可以分为两大类:一是《香港基本法》明文规定的可以在香港特别行政区实施的全国性法律;二是《香港基本法》没有明文规定,但实际上在香港实施的全国性法律。其中,第一类全国性法律包括两种,即常规状态下在香港特别行政区实施的全国性法律和非常规状态下在香港特别行政区实施的全国性法律。所谓常规状态下在香港特别行政区实施的全国性法律,是指《香港基本法》附件三所列的全国性法律。根据《香港基本法》第18条第2款和第3款的

<sup>④</sup>香港特别行政区基本法咨询委员会:《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿:咨询报告》(1988年)。

<sup>⑤</sup>《中英联合声明》第3条第2项为:“香港特别行政区直属于中华人民共和国中央人民政府。除外交和国防事务属中央人民政府管理外,香港特别行政区享有高度的自治权。”《中英联合声明》附件一《中华人民共和国政府对香港的基本方针政策的具体说明》第1条第2款规定:“香港特别行政区直属于中华人民共和国中央人民政府,并享有高度的自治权。除外交和国防事务属中央人民政府管理外,香港特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。中央人民政府授权香港特别行政区自行处理本附件第十一节所规定的各项涉外事务。”

规定,该类全国性法律在香港特别行政区实施必须符合三个条件:(1)必须列于附件三,且其内容仅限于有关国防、外交和其他按《香港基本法》规定不属于特别行政区自治范围的事务;(2)必须由香港特别行政区在当地公布或者立法之后才能在香港特区实施;(3)可以根据情况增减,但应当由全国人大常委会征询其所属的《香港基本法》委员会和香港特别行政区政府的意见后决定。所谓非常规状态下在香港特别行政区实施的全国性法律,是指在《香港基本法》中有明文规定,但常规状态下不在香港特别行政区实施的全国性法律。《香港基本法》中对该类法律并未作列举性的规定,只是限定了一个框架性的范围。依据《香港基本法》第18条第4款的规定,该类法律在香港特别行政区的实施也必须符合三个条件:(1)必须发生特定情况,即全国人大常委会决定宣布战争状态或因香港特别行政区发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态;(2)中央人民政府发布命令,将有关全国性法律在香港特别行政区实施;(3)该类法律与战争或紧急状态有关,如有关戒严、动员、宵禁等方面的法律。

围绕哪些法律可以在香港特别行政区实施,《香港基本法》起草过程中人们的理解不甚一致,主要有两种立场,即概括式和列举式。《香港基本法(草案)征求意见稿》对拟适用于香港的全国性法律曾经采取概括式的表述方式,<sup>⑥</sup>该种表述方式的优点是涵盖范围非常宽泛。对此,香港特别行政区的一些人士表示了担忧,认为该条中相关表述即“体现国家统一和领土完整”和“不属于香港特别行政区自治范围”的内涵、外延不甚清晰,容易导致全国性法律在香港特别行政区的过当实施,进而削弱香港特别行政区的自治权。为了避免该种表述方式所存在的诸种缺陷,《香港基本法》最终采取了将在香港特别行政区实施的全国性法律列入附件三的方式。与概括性规定方式相比,列举性方式所框定的“全国性法律”的范围更为清楚。并且,由于它是由附件规定的,因此,相对于由《香港基本法》直接规定而言,修改程序更为简便一些。如此一来,全国人大常委会就可以对附件三所列全国性法律进行动态的增减。1990年4月4日,七届全国人大审议通过《香港基本法》。当时的《香港基本法》附件三列举的在香港特别行政区实施的全国性法律只有六部,分别是《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》《关于中华人民共和国国庆日的决议》《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》《中华人民共和国政府关于领海的声明》《中华人民共和国国籍法》《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。之后,全国人大常委会于1997年、1998年、2005年、2017年四次增减《香港基本法》附件三中的全国性法律,直至2020年增入《香港维护国家安全法》,在香港特别行政区实施的全国性法律共14部。

## (二)《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施方式和程序

全国人大“5.28”决定和全国人大常委会关于增加《香港基本法》附件三所列全国性法律的决定(以下简称:全国人大常委会“6.30”决定)明确了《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施方式和程序,也就是将该法律列入《香港基本法》附件三,由香港特别行政区在当地公布实施。对此可以从以下两个方面进行分析。

其一,关于《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施方式的问题。全国性法律在香港特别行政区可以分为“常规状态下”和“非常规状态下”两种实施方式,前者表现为列于《香港基本法》附件三后的在港实施,后者表现为《香港基本法》第18条第4款所述情形下的在港实施。两者相比,前者属于间接实施,后者属于直接实施。对此,有三个问题需要辨明。(1)全国人大常委会制定的《香港维护国家安全法》是否属于全国性法律?《香港维护国家安全法》在香港特别行政区实施的路径就是将其列入《香港基本法》附件三,但是采用该种方式的前提是全国人大常委会为香港特别行政区制定

<sup>⑥</sup>《香港特别行政区基本法(草案)征求意见稿》第17条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定的有关国防、外交的法律以及其他有关体现国家统一和领土完整并且按本法规定不属于香港特别行政区自治范围的法律,凡需在香港特别行政区实施的,由国务院指令香港特别行政区政府在当地公布或立法实施。”



的国家安全立法在性质上属于全国性法律,否则不能采用该种方式。有观点认为,该法是全国人大常委会专门为香港特别行政区制定的,性质上不属于全国性立法。对此,笔者秉持相反立场。笔者认为,“确定法律、法规是全国性的或者是地方性的,并不取决于它规定的内容,而是取决于它制定的机关,取决于它是中央国家机关制定的,还是地方国家机关制定的”。<sup>①</sup>既然《香港维护国家安全法》是全国人大常委会制定的,其性质就应当是全国性法律。(2)全国人大常委会制定的《香港维护国家安全法》能否直接在香港实施?对此,笔者秉持否定立场。其原因在于,全国人大常委会依据《香港基本法》第23条为香港特别行政区制定的《香港维护国家安全法》不同于《香港基本法》第18条第4款所规定的场景。后者指向的是战争状态或者紧急状态下全国性法律在香港特别行政区的适用,这种适用是临时性的,实施相关全国性法律的主体并不必然是香港特别行政区公权机关。然而,全国人大常委会根据授权为香港特别行政区制定的《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的适用却不是临时性的,而是长期性的。实施该法的主体机关不仅包括中央人民政府在香港特别行政区设立的维护国家安全公署以及内地有关国家机关,<sup>②</sup>而且包括香港特别行政区有关公权机关。<sup>③</sup>当前,香港特别行政区针对《香港基本法》第23条所列七种危害国家安全的行为“自行立法”存在诸多困难,根本无法“自行立法”。在这种背景下,将《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施完全寄希望于中央国家机关不太现实。(3)全国人大常委会制定的《香港维护国家安全法》是否需要列入《香港基本法》附件三?笔者认为,将其列入是一种较为妥当的方式。在具体操作层面,全国人大应当首先依据《香港基本法》第23条并结合香港特别行政区的国家安全法治实践,对香港特别行政区的国家安全法制问题作出框架性规定,并授权全国人大常委会制定《香港维护国家安全法》。然后,全国人大常委会根据授权制定《香港维护国家安全法》并进而依据《香港基本法》第18条所规定的程序,将该法增加进《香港基本法》附件三。最后,由香港特别行政区根据《香港基本法》第18条第2款及附件三的要求,在当地公布或者立法实施。前述全国人大“5.28”决定、全国人大常委会“6.30”决定在《香港维护国家安全法》于香港特别行政区的实施方式上所遵循的就是这种思维逻辑。

其二,关于《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施程序问题。列于《香港基本法》附件三的全全国性法律在香港特别行政区的实施,需要经由香港特别行政区的公布或者立法方可。两者相比,前者是“直接”实施,后者是“间接”实施。公布程序相对比较简单,由香港特别行政区政府在其政府宪报上刊登即可;与之相比,立法程序则较为复杂,要由香港特别行政区政府向特别行政区立法会提出议案,然后由立法会对该法律进行具体化。2020年6月30日,全国人大常委会决定将《香港维护国家安全法》基本法附件三,由香港特别行政区在当地公布实施。对此,可以从以下三个方面加以理解。(1)由谁决定《香港基本法》附件三所列全国性法律在香港特别行政区实施的具体方式。对此,《香港基本法》第18条第2款和附件三均没有做出明确规定。有学者认为:“在行政主导政治体制下,不论是公布程序还是立法程序,列于《香港基本法》附件三的全全国性法律在香港特区的实施首先必须经过香港特区政府这一主体,因此一项全国性法律究竟采取何种程序实施,应当由香港特区政府视具体情况而定。”<sup>④</sup>对此,笔者秉持相同立场,主要理由有两点:第一,从《香港基本法》第18条第2款和附件三所作规定的字面含义来看,全国人大已经授权香港特别行政区作出决定;第二,香港特别行政区实行的是行政主导型的政治体制。(2)列入《香港基本法》附件三的全全国性法律中,究竟哪些应当采

①王叔文:《香港特别行政区基本法导论》,中共中央党校出版社1990年版,第72页。

②如最高人民法院指定行使检察权的有关检察机关,最高人民法院指定行使审判权的有关法院。

③如香港特别行政区维护国家安全委员会、香港特别行政区警务处设立的维护国家安全的部门、香港特别行政区律政司设立的国家安全犯罪案件检控部门。

④张小帅:《论全国性法律在香港特区的实施——基于对〈香港基本法〉第十八条的分析》,载《港澳研究》2015年第3期。

取公布的方式在香港特别行政区实施,哪些应当采取立法的方式在当地实施?对此,《香港基本法》第18条第2款和附件三也没有做出明确规定,实践中要由香港特别行政区政府根据具体情况加以决定。就一般情形而言,那些规定比较具体,不需要制定实施细则,且适应香港特别行政区具体情况的全国性法律,可以采取公布实施的方式;<sup>④</sup>反之,那些规定比较原则、适应性不强的全国性法律,可以采取立法实施的方式。<sup>⑤</sup>(3)《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施程序问题。《香港基本法》第18条第2款和附件三对于全国性法律在香港特别行政区的实施程序问题均未明确规定,但全国人大“5.28”决定和全国人大常委会“6.30”决定均明确规定,《香港维护国家安全法》由香港特别行政区在当地公布实施,明确排除了立法实施的可能性。采用该做法的法理逻辑很简单,一则,该法本身就是为了应对《香港基本法》第23条立法被长期搁置的风险而制定的;二则,全国人大有权在《香港基本法》规定不明确的情况下结合香港特别行政区国家安全的立法实践就该法在香港特别行政区的实施程序问题作出规定。相应地,全国人大常委会根据全国人大的授权有权就该问题作出规定。

#### 四、《香港维护国家安全法》与《香港基本法》及其他相关法律之间的逻辑关系

##### (一)《香港维护国家安全法》与《香港基本法》及香港特别行政区其他有关法律之间的逻辑关系

《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施,不仅要注意厘清它与《香港基本法》之间的逻辑关系,而且要注意厘清它与香港特别行政区其它有关法律之间的逻辑关系。就该法与《香港基本法》之间的逻辑关系而言,不仅表现在它与《香港基本法》第18条、第23条以及附件三之间的逻辑关系,而且也表现在它与《香港基本法》第11条之间的逻辑关系。前者笔者在本文其它部分已经做过阐释,本部分着重分析后者。之所以专门分析该法与《香港基本法》第11条之间的逻辑关系,主要是基于对实践中有可能出现的对二者之间存在冲突的质疑的回应。有学者认为,《香港基本法》第11条第1款是基本法中的“自足性条款”,设置该款的目的是为了防止绕开《香港基本法》第159条规定的严格修改程序将《香港基本法》之外的其他法律中的相关条款嵌入其中,变相修改《香港基本法》。<sup>⑥</sup>依据该规定,凡是涉及该款所列举的事项,必须以《香港基本法》的规定为据。如此一来,《香港基本法》第23条所列七种类型的危害国家安全的行为似乎就只能依据该条规定由香港特别行政区自行立法了。相应地,《香港维护国家安全法》就违反了《香港基本法》第11条的“自足性条款”。不过,这种理解是错误的。一方面,《香港基本法》第11条1款所列事项仅限于“社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策”,并不包括关涉国家安全的事项,《香港基本法》第23条所列七种类型的危害国家安全的行为不属于其限定的范围。另一方面,香港特别行政区居民基本权利和自由的行使也不是绝对的,不得危害国家主权统一和国防安全是其底线,否则就不能行使。并且,诚如笔者在本文中进行分析时所谈到的,由全国人大常委会制定《香港维护国家安全法》并不违反《香港基本法》第23条和香港特别行政区的立法制度。对二者之间的逻辑关系持有异议的人必须牢记《香港维护国家安全法》第3条第1款、第2款中的如下表述:“中央人民政府对香港特别行政区有关的国家安全事务负有根本责任。香港特别行政区负有维护国家安全的宪制责任,应当履行维护国家安全的职责。”《香港维护国家安全法》与香港特别行政区相关

<sup>④</sup>如《关于中华人民共和国国歌、纪年、国歌、国旗的决议》《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》《中华人民共和国外交特权与豁免条例》等都可以采取该种方式。

<sup>⑤</sup>例如,为实施我国《国旗法》和我国《国徽法》,香港特别行政区立法会制定了《国旗及国徽条例》;为实施《关于中华人民共和国国庆日的决议》,香港特别行政区立法会制定了《特区假日条例》等。

<sup>⑥</sup>黄明涛:《论〈香港特别行政区基本法〉的自足性——对基本法第11条第1款的一种解读》,载《学习与探索》2015年第1期。

法律之间的逻辑关系主要表现为该法第62条的规定,即“香港特别行政区本地法律规定与本法不一致的,适用本法规定”。笔者认为,该规定所涉及的实际上是《香港基本法》附件三所列全国性法律与香港特别行政区本地法律之间的位阶关系问题。对此,《香港基本法》中并未明确规定,香港特别行政区本地一些法律中有规定,主要包括两种情况。其一,在香港特别行政区直接实施的全国性法律与香港特别行政区既有法律之间的位阶关系。列于《香港基本法》附件三的全国性法律中,有些法律由香港特别行政区政府在当地公布即可实施,无须香港特别行政区立法会制定适应性立法。由于没有本地配套实施性立法,与其产生效力位阶关系的主要是香港特别行政区既有的法律。针对该种情形,实践中香港特别行政区既有法律往往规定附件三所列相关全国性法律具有上位法的地位。<sup>④</sup>其二,在香港特别行政区间接实施的全国性法律与香港特别行政区本地实施性法律之间的效力位阶关系。例如,列于《香港基本法》附件三的中国《国旗法》、我国《国徽法》在香港特别行政区的实施采用的是立法实施的方式,香港特别行政区《国旗与国徽条例》是前述两部全国性法律在香港特别行政区的实施性立法。依据《国旗与国徽条例》第9条的规定,该条例如果与我国《国旗法》、我国《国徽法》之间存在冲突,应当以前者为准。对此,有学者提出质疑,认为作为下位法的《国旗及国徽条例》无权确定其相对于上位法《国旗法》《国徽法》的优先适用效力。<sup>⑤</sup>对此,笔者秉持不同立场。笔者认为,将《国旗及国徽条例》视为《国旗法》《国徽法》的下位法并没有基本法层面的依据,并且,该条例是我国《国旗法》、我国《国徽法》在香港特别行政区的实施性立法,即便它们之间是上位法与下位法的关系,也并不意味着它们发生冲突时必须优先适用我国《国旗法》、我国《国徽法》,而应当秉持“效力优先、适用优先”的准则加以处理。也就是说,在承认我国《国旗法》、我国《国徽法》居于上位法地位的前提下,优先适用作为下位法的《国旗及国徽条例》。这种情况与前述第一种情况具有本质的不同。综上,笔者认为,用公布实施方式在香港特别行政区实施的全国性法律,其效力位阶应当是高于香港特别行政区本地相关法律的。基于此,《香港维护国家安全法》第62条所作的前述规定并不违反《香港基本法》的规定,与香港特别行政区法治实践中的通行做法和人们的价值判断是吻合的,具有法理上的正当性。

## (二)《香港维护国家安全法》与其他相关全国性法律之间的逻辑关系

与《香港维护国家安全法》存在逻辑关联性的法律除《香港基本法》和香港特别行政区本地一些法律之外,还包括中央国家机关制定的一些全国性法律。对此,笔者拟从以下两个方面进行分析。

其一,我国《国家安全法》是否可以在香港特别行政区实施?有观点认为:“根据香港特别行政区的性质和现状,《国家安全法》作为一部旨在维护国家安全、统一的法律,应该在香港特别行政区适用,具有必要性与合法性,符合《中华人民共和国宪法》和《基本法》的精神。全国人大可以按照《基本法》所规定的程序,将《国家安全法》(部分)列于附件三,由香港特别行政区自行立法实施。”<sup>⑥</sup>笔者对此秉持否定立场,理由如下。(1)《香港基本法》是全国人大制定的基本法律,香港特别行政区针对该法第23条所列七种类型的危害国家安全行为的“自行立法权”理论上是全国人大授予它行使的,而全国人大和全国人大常委会在人员构成、职权范围、工作程序等方面均不相同,是不同的国家机关,因此,如果香港特别行政区作为被授权主体不“自行立法”,原则上应当由作为授权主体的全国人大来行使该类事项的立法权。根据我国《宪法》第67条第22项的规定,全国人大常委会根据全国人大的授权也可以行使该项权力。然而,我国《国家安全法》是2015年由全国人大常委会制定的,并未获得全国人

<sup>④</sup>例如,列入《香港基本法》附件三的《外交特权与豁免条例》《领事特权与豁免条例》等两部全国性法律,和香港特别行政区既有的《领事关系条例》均涉及处理外交人员特权等事务。后者在其第8条“全国性法律的实施”中规定,如果该条例和《香港基本法》附件三中的前述两部全国性法律有相互冲突或者抵触之处,均以全国性法律为准。

<sup>⑤</sup>参见马正楠:《论全国性法律在香港适用的权力冲突——以香港“侮辱国旗案”为例》,载《法律适用》2012年第11期。

<sup>⑥</sup>王剑:《〈国家安全法〉在香港特别行政区适用的必要性及机制研究》,载《上海社会主义学院学报》2016年第5期。

大的专门授权。因此,该法不属于作为授权主体的全国人大直接为香港特别行政区制定的国家安全立法。(2)按照《香港基本法》的规定,在香港特别行政区实施的全国性法律必须列入《香港基本法》附件三,但《国家安全法》显然没有被增加进附件三。并且,将一部全国性法律中的部分条款增加进《香港基本法》附件三将造成对该部法律完整性的破坏。(3)我国《国家安全法》所规定的内容与《香港基本法》第23条及其他条款不甚一致。与《香港基本法》第23条存在逻辑关联性的我国《国家安全法》条文主要是该法第15条第2款。与《香港基本法》第23条所规定的七种类型的危害国家安全的行为相比,二者在具体范围及相关表述上不甚相同。除此之外,由于“一国两制”的原因,我国《国家安全法》中的一些条款,如第15条第1款等,不适合在香港特别行政区实施。

其二,我国《刑事诉讼法》是否可以在香港特别行政区实施?《香港基本法》附件三所列全国性法律的实施主体一般不是内地国家公权机关,而是香港特别行政区立法、行政、司法机关。<sup>①</sup>对此,《香港基本法》第18条第2款及附件三中均有规定,<sup>②</sup>该规定的主要目的是为了维护香港特别行政区的宪制性权力。依据《香港基本法》第18条第3款的规定,列入附件三的全国性法律的内容有严格的限制。香港特别行政区政府对关涉该款所列事项的任何全国性法律都有实施权,但是,香港特别行政区法院实施关涉该类事项全国性法律的权力却受到限制。<sup>③</sup>与《香港基本法》附件三所列其他全国性法律相比,《香港维护国家安全法》的实施主体既包括香港特别行政区的行政机关、立法机关和司法机关,也包括中央人民政府在香港特别行政区设立的维护国家安全公署及内地有关国家机关,如最高人民法院指定的有关检察机关、最高人民法院指定的有关法院。依据该法第55条、第56条、第57条的规定,驻香港特别行政区维护国家安全公署经香港特别行政区政府或者它自己提出,并报中央人民政府批准,对某些特定范围的危害国家安全犯罪案件行使管辖权。对该类案件行使管辖权时,内地三机关分工负责,驻香港特别行政区维护国家安全公署负责立案侦查,最高人民法院指定有关检察机关行使检察权,最高人民法院指定有关法院行使审判权,依法独立行使权力。对该类案件的诉讼程序事宜,适用我国《刑事诉讼法》等相关法律的规定。对于涉港刑事案件的管辖权的问题,我国学界已经作了较为广泛的探讨,提出了一系列相关建议,<sup>④</sup>但是学界探讨的涉港刑事案件的管辖权问题与《香港维护国家安全法》规定的管辖权划分不同。《香港维护国家安全法》所规定的管辖权划分不是建立在区际法律管辖权冲突的基础上,而是建立在该法效力范围内管辖权内部分配的基础上。依据《香港维护国家安全法》第57条的规定,我国《刑事诉讼法》在香港特别行政区是(有条件)适用的。然而,问题的症结在于,我国《刑事诉讼法》并没有被列入《香港基本法》附件三。如此一来,我国《刑事诉讼法》在香港特别行政区的实施似乎就和《香港基本法》第18条第2款产生了冲突。有学者认为,尽管我国《香港基本法》对适用于香港特别行政区的全国性法律作了限制性规定,即必须列入《香港基本法》附件三,且内容上有严格的要求,但是,如果涉及中央有关国家机关依据《香港基本法》行使职权,例如全国人大常委会依据《香港基本法》第158条的规定解释《香港基本法》等,则与其职权行使有关的全国

<sup>①</sup>然而,在香港特别行政区实施的全国性法律中,《香港特别行政区驻军法》对一些事务的管辖权问题作了比较详细的规定,相关问题或者纠纷的管辖权要根据该法的具体规定加以确定,不能一概认为该法在香港特别行政区的实施主体完全是香港特别行政区公权机关。对此可参见该法第20条、第23条的规定。

<sup>②</sup>该规定的内容是,凡列入《香港基本法》附件三的全国性法律,由香港特别行政区在当地公布或立法实施。

<sup>③</sup>《香港基本法》第19条第3款规定:“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书。”依据该规定,香港特别行政区实施的全国性法律如关涉国防、外交等国家行为,香港特别行政区没有司法管辖的宪制性权力。

<sup>④</sup>参见张强、陈卫东:《论涉港刑事案件的管辖权》,载《法学研究》1992年第3期;赵秉志、孙力:《香港特别行政区与内地间互涉刑事法律问题研究》,载《中国法学》1993年第2期;赵秉志:《中国内地与港澳特别行政区刑事管辖权合理划分论纲》,载《法学家》2002年第4期;王新清:《论港澳特别行政区与内地刑事管辖权的冲突与协调》,载《法学家》2000年第6期。

性法律即便没有列于《香港基本法》附件三,也可以适用于香港特别行政区。<sup>④</sup>对此,笔者秉持相同立场。尽管我国《刑事诉讼法》没有被列于《香港基本法》附件三,但是,它是前述中央国家机关和中央驻港维护国家安全公署行使职权时的程序依据,如果否认我国《刑事诉讼法》在香港特别行政区的适用,《香港维护国家安全法》在香港特别行政区的实施将受到结构性的影响,实际上等同于否认《香港维护国家安全法》之法理依据及其在香港特别行政区实施的正当性。因此,我国《刑事诉讼法》在香港特别行政区的实施是符合法理逻辑的,具有正当性。

(责任编辑:姚 魏)

### The Juridical Logic of the "Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region" and Its Development

Liu Zhigang

**Abstract:** Article 23 of Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region enjoys dual nature as a norm on authorization and a norm on obligation, and thus cannot be interpreted excessively from the perspective of a clause on autonomy. The scientific determination of the nature of Article 23 of Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region is the prerequisite basis for understanding and interpreting the legitimacy of the Decision made by the National People's Congress on May 28 (hereinafter referred to "5.28" Decision). The internal logic and institutional development between the aforementioned two serve as the juridical basis for generating the Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region. The implementation of a national law in the Hong Kong Special Administrative Region is the logical prerequisite for the implementation of Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region, thus the methods and procedures for its announcement and implementation in the Hong Kong Special Administrative Region determined by the "5.28" Decision of National People's Congress and the "6.20" Decision of the Standing Committee of National People's Congress are justified. The enactment and implementation of Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region properly deal with and resolve its relationship with Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region and other relevant laws, enjoying justification in juridical logic. The implementation of Criminal Procedure Law, which is not listed in Annex III of the Basic Law, is justified in the Hong Kong Special Administrative Region, but the National Security Law is not applicable in Hong Kong.

**Keywords:** Law on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region; Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region; Decision of National People's Congress; The Third Attachment of Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region

<sup>④</sup>参见王禹:《“一国两制”宪法精神研究》,广东省出版集团、广东人民出版社 2008 年版,第 79-81 页。