

中文社会科学引文索引(CSSCI)收录集刊

當代港澳研究

STUDIES ON
HONG KONG AND MACAO

陈广汉 黎熙元 / 主编

主办

中山大学港澳珠江三角洲研究中心

中山大学粤港澳发展研究院

资助

教育部人文社会科学重点研究基地

广东省『理论粤军』项目

2018 年第 2 辑

(总第 59 辑)



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

當代港澳研究

STUDIES ON
HONG KONG AND MACAO

陈广汉 黎熙元 / 主编

2018年第2辑
(总第59辑)



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

当代港澳研究. 2018 年. 第 2 辑 / 陈广汉, 黎熙元主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2018. 12
ISBN 978 - 7 - 5201 - 3313 - 5

I. ①当… II. ①陈… ②黎… III. ①香港 - 研究②
澳门 - 研究 IV. ①D676. 58②D676. 59

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 301220 号

当代港澳研究 (2018 年第 2 辑)

主 编 / 陈广汉 黎熙元

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 任文武 张丽丽

责任编辑 / 张丽丽

出 版 / 社会科学文献出版社·城市和绿色发展分社 (010) 59367143

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: [www. ssap. com. cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 9 字 数: 105 千字

版 次 / 2018 年 12 月第 1 版 2018 年 12 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 3313 - 5

定 价 / 58.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

主 办 / 中山大学港澳珠江三角洲研究中心
中山大学粤港澳发展研究院
资 助 / 教育部人文社会科学重点研究基地
广东省“理论粤军”项目

《当代港澳研究》编辑委员会

主 编 陈广汉 黎熙元

编 委 (按姓氏笔画排序)

王于渐 王五一 王振民 叶嘉安
吕大乐 刘兆佳 齐鹏飞 吴志良
吴晓刚 邹平学 陈弘毅 饶戈平
郭万达 唐晓晴 黄 平 魏向东

编 辑 (按姓氏笔画排序)

关红玲 李小瑛 张光南 林 滨
夏 瑛 郭天武 黄晓星 曹旭东

目 录

CONTENTS

专题组稿

专题导言	郭天武 / 3
香港国家安全立法中的煽动叛乱罪探究	郭天武 汤 澈 / 6
对香港《基本法》第二十三条的重新审视	叶一舟 / 29
香港地区“非法披露受保护资料罪”的立法分析	陈雪珍 李梦骐 / 57

经济专题

香港世界旅游休闲中心竞争力综合评价与 提升路径	陈章喜 毛 玥 / 79
游离之外还是融入其中? ——“一带一路”背景下香港的 FTA 路径 选择研究	李董林 张应武 / 99
粤港产学合作效率评价 ——基于 DEA - TOBIT 方法的实证研究	邴綦纶 毛艳华 / 119

专题组稿

专题导言

郭天武*

实现国家和平统一，维护国家安全是包括香港同胞在内的所有中国人的义务，香港《基本法》第二十三条承担着履行国家安全义务、惩罚危害国家安全行为的制度规范这一重要使命。在现阶段，香港《基本法》第二十三条的立法工作尚未启动，围绕着该条款及具体罪名的争议颇多。需要明确的是，立法原则及立法理念先行是成功立法的首要保障。因此，在准备推行立法的同时，不应忽视香港国家安全立法在国家安全中的特殊地位，更应当从“一国两制”及国家安全层面出发，明确香港《基本法》第二十三条立法的制度定位及功能预设。本期所选几篇文章主要围绕香港特区维护国家安全立法这一主题，分别从实体及程序等角度对这一问题进行较为深入的研究。

国家安全的立法规制不仅需要宏观设计和立法的指导原则，更应当在具体条文的设计上追究法理正当及逻辑严密。各罪在订立时面临着诸多质疑，其中最明显的就是对具体罪名的犯罪构成要素及外延存在不同见解及人权保障标准下各罪行所面临的质疑。《香港国家安全立法中的煽动叛乱罪探究》一文中，作者将研究对象聚

* 郭天武，中山大学法学院、粤港澳发展研究院教授，博士生导师。

焦在作为具体罪名之一的煽动叛乱罪上。文章纲举目张，一一解答了围绕此主题的三个核心问题：煽动叛乱罪的设立、构成及《约翰内斯堡原则》的适用问题，并得出结论认为，煽动叛乱罪已经涵盖了处理煽动性刊物的罪行且《约翰内斯堡原则》在该罪中并不适用。

《对香港〈基本法〉第二十三条的重新审视》一文从总体国家安全观的视角出发，重点论述了政府管治有效性和全面性的问题。作者主张运用分析、调整和控制的手段来配置国家安全要素。在此基础上，作者从传统与现代模式的对照出发提出了国家安全机制的现代模式并将这些问题上升至国家治理的层面，国家安全观念的发展脉络也支持了传统安全与非传统安全都是现代国家安全机制所应当辐射的领域这一观点。在文章的最后，作者主张应当采取统一立法与分散立法相结合的方式落实国家安全立法的任务。

《香港“非法披露受保护资料罪”的立法分析》一文中，作者从完善国家机密保护相关法律这一问题出发，将研究触角延伸至国家安全保护对象的扩展趋势上。其中一个核心的议题就是如何在维护国家安全与保障公众知情权之间获得微妙的平衡。作者在这里提出了一套行之有效的机制，从“一国两制”的高度肯定了国家利益在有关保护国家机密的法律规范目的上的优位性，并从这一原则出发来评价现有的关于扩展禁止行为、增加保护对象及扩张犯罪主体等核心争议问题。值得一提的是，作者不仅论述了刑事罪行的实体性问题，也同样关注法律的认可及推行，主张从履行宪制责任的高度，立足差异及香港法律传统保证犯罪构成自身的合理性。可以说，随着社会和科技的发展，危害国家安全的活动也必然会出现新的演化形式，对既有的规范进行重新审视与完善是十分必要的。

本期推出的这几篇文章分别从不同维度对香港国家安全问题在《基本法》中的落实给予了回应。应当说，在总体安全观下，我国国家安全的内涵和外延都需要进一步更新和凸显。其中，在“一国两制”这一极具中国特色的政治制度设计中，香港在国家安全问题的应对及发展上承担维护国家安全的义务自不待言，但更重要的是，如何在准确把握国家安全新形势的前提下，将制度设计与未来趋势相统一，将国家义务与地区发展相融合，这是《基本法》第二十三条立法的重要命题。

香港国家安全立法中的煽动叛乱罪探究^{*}

郭天武 汤 澈^{**}

摘 要：依据香港《基本法》第二十三条立法的规定，香港特区政府具有自行立法禁止煽动叛乱等危害国家安全行为的责任。对于煽动叛乱罪的修订，立法机关应在2003年《国家安全（立法条文）条例草案》的基础上，收窄现有法例的适用范围。修订的重点应聚焦在煽动叛乱罪的设立问题，处理煽动性刊物罪的设立问题以及《约翰内斯堡原则》的适用问题上。在明确设立煽动叛乱罪具有必要性，只需单设煽动叛乱罪名，不需要再设处理煽动性刊物罪名，以及煽动叛乱罪的犯罪要素不需要引入《约翰内斯堡原则》的前提下，确定煽动叛乱罪的犯罪要素及刑罚适用。

关键词：香港基本法 国家安全 煽动叛乱罪 犯罪要素

^{*} 本文是国家社科基金重大招标项目“‘占中’后香港特区国家安全立法问题研究”（项目编号：15ZD036）的阶段性研究成果。

^{**} 郭天武，中山大学法学院、粤港澳发展研究院教授，博士生导师；汤澈，中山大学法学院硕士研究生。

根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称《基本法》）第二十三条的规定，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、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与外国的政治性组织或团体建立联系。但是，香港特区政府却迟迟未就《基本法》第二十三条对危害国家安全的行为进行立法，由于《中华人民共和国刑法》未列于《基本法》附件三中而不在香港特别行政区实施，因此，香港地区在维护国家安全方面出现法律适用的真空。结合近来香港发生的“占领中环”事件以及“旺角暴乱”，第二十三条立法存在着现实的必要性。

对于煽动叛乱行为，香港特区政府应自行立法，在参考《国家安全（立法条文）条例草案》（以下简称《草案》）的基础上对现有法例进行收窄，重新订立煽动叛乱罪，订立过程中需探讨三个焦点问题：①煽动叛乱罪是否可由煽惑罪代替？若可以的话则无必要设立煽动叛乱罪，也即究竟煽动叛乱罪有无存在的必要。②煽动叛乱罪之外是否仍需要设立处理煽动性刊物罪？也即如果有设立煽动叛乱罪的必要，那么在罪名的设置上，是要以一个罪名规范煽动叛乱行为还是要设立两个罪名？③煽动叛乱罪是否适用《约翰内斯堡原则》？即在确定煽动叛乱罪设立的必要性以及罪名设置的前提下，再具体到煽动叛乱罪本身的构成要件上是否需要引入《约翰内斯堡原则》中的规定。三个问题逐层递进，本文拟以此为主线，对上述问题进行梳理之后再具体明确煽动叛乱罪的犯罪要素及刑罚适用。

一 煽动叛乱罪的立法路径

（一）立法主体：香港特区自行立法

《基本法》第二十三条授权香港特区就国家安全事项自行立法，该规定把在特别行政区内维护国家的统一与主权的责任赋予特别行政区，香港特区自行立法禁止煽动叛乱等七种行为，这是特别行政区对“一国”应该做出的保证，也是对中央人民政府、全国人民、特别行政区政府自身的社会稳定、特别行政区广大居民负责。^①自行立法应是香港特别行政区的责任，香港特别行政区根据“一国两制”原则实行高度自治，保护国家根本利益和国家安全的全国性法律不在香港特别行政区实施，所以香港特别行政区应填补该部分的立法空白。但是作为立法的责任主体的同时，香港特别行政区也有权力依照香港法治传统立法，可基于香港的实际情况、现有法律体系以及立法程序等，而不是引用内地法律中的国家安全概念和条文禁止煽动叛乱等七种行为。

（二）立法方式：收窄现有法例

现行《刑事罪行条例》第9条规定了煽动意图，第10（1）条规定了四种煽动叛乱行为，包括（a）做出、企图做出、准备做出或与任何人串谋做出具煽动意图的行为；（b）发表煽动文字；（c）刊

^① 参见王振民《中央与特别行政区关系：一种法治结构的解析》，清华大学出版社，2002，第205～207页。

印、发布、出售、要约出售、分发、展示或复制煽动刊物；(d) 输入煽动刊物。并在第 10 (2) 条另行规定与煽动叛乱相关的管有煽动刊物罪行，任何人无合法辩解而管有煽动刊物即属犯罪。这些规定源自 1938 年的《煽动条例》，是港英政府时期所订下的条文，该规定于今日而言残留着殖民主义色彩，十分严苛，容易以言入罪，且可能违反 1991 年颁布实施的《香港人权法案条例》对言论自由的保护。^①

对此，特区政府曾在 2003 年拟定《草案》对现有法例进行收窄。首先，对第 10 (1) 条的煽动叛乱行为予以限制，将第 10 (1) (a) 条与第 10 (1) (b) 条修订为第 9A 条煽动叛乱罪，只有煽惑他人犯叛国、颠覆或分裂国家罪，或者煽惑他人在香港或其他地方进行会严重危害中华人民共和国稳定的公众暴乱这两种行为才具有可罚性。其次，将原来第 10 (1) (c) 条与第 10 (1) (d) 条规定的煽动叛乱行为予以独列，新订第 9C 条处理煽动性刊物罪。另外，虽然实施的第二十三条立法咨询文件建议将管有煽动刊物的罪行继续分开处理，但是《草案》将管有煽动刊物罪予以删除。最后，新订第 9B 条规定煽惑他人犯煽动叛乱罪并非罪行。总体上《草案》对于原有煽动叛乱罪的多项修订是有利于香港的言论自由与新闻自由的，虽然最后《草案》因为诸多争议而在二读前撤回，但是可随着《草案》中对相应条款的改善收窄现行法例，既保持立法的连贯性，也减少立法成本。

(三) 立法焦点

1. 煽动叛乱罪是否可由煽惑罪代替

《草案》指出不是所有具备煽动意图的行为都有可罚性，而

^① 参见陈泽铭《香港的叛逆罪及煽动罪（下）》。

是将煽动叛乱的行为收窄为只有在煽惑他人犯叛国、颠覆或分裂国家的罪行，或煽惑他人在香港或其他地方进行会严重危害中国稳定的公众暴乱。但是反对声音指出根据普通法，煽惑他人干犯任何罪行即属犯罪，故第一种煽动叛乱的情形可以由有关叛国、分裂及颠覆国家的条文所涵盖^①，直接以煽惑罪进行处罚。另外《公安条例》已禁止煽惑他人使用暴力或公众骚乱，所以并无必要再订立煽动叛乱罪。^② 政府也承认煽惑他人犯相关罪行的规定只是纯粹反映普通法的情况，但是将普通法原则编纂为成文法则，能够使人更容易取览有关法律。更重要的是，《基本法》第二十三条规定应自行立法，因此订立明确的条文禁止这种情形的煽动叛乱是恰当的。另外政府强调，根据香港法例，进行公众暴乱本身不一定是一项罪名，因此，煽惑该等行为不等于煽惑他人犯罪，亦不是普通法的罪行，故煽惑他人进行公众暴乱不能以煽惑罪代替。^③

2. 煽动叛乱罪之外是否仍需设处理煽动性刊物罪

虽然政府采纳图书馆管理员、新闻从业员提出的意见，废除现行的纯粹管有煽动性刊物的罪行使得言论与学术自由能得以保障，但是处理煽动性刊物罪名却在《草案》中得到保留。有反对声音指称，处理煽动性刊物涵盖非常广泛的活动，会使得印刷商、发行商以及零售商对合法的商业及贸易活动存有疑虑。在某种程度上，这会压抑自由讨论及辩论等活动，甚至会导致大部分报章、杂志以

① Submission on Behalf of the Bar of England & Wales, Amendments to the Hong Kong Crimes Ordinance: Treason, Secession, Subversion and Sedition.

② 《民主党反对基本法第二十三条立法意见书》。

③ 参见香港立法会《国家安全（立法条文）条例草案》委员会62号文件《国家安全（立法条文）条例草案》：煽惑作为煽动叛乱的一个元素。

及出版商进行自我审查。^① 并且根据《草案》的规定，由于将处理煽动性刊物罪的范围收窄，故该罪的构成要素是：处理煽动性刊物；意图煽惑他人犯叛国罪、颠覆罪或分裂国家罪。但是煽动叛乱罪的第一种情形即是故意煽惑他人犯叛国罪、颠覆罪或分裂国家罪，故有声音质疑《草案》新订的处理煽动性刊物罪与煽动叛乱罪近乎重叠，没有必要保留。^② 处理煽动性刊物罪本质看来是以印刷品进行的煽动叛乱，新订的煽动叛乱罪中将这一罪行切割出来并建议使其成为独立罪行。^③ 但是政府则认为一些怀有犯罪意图的行为，不会被煽动叛乱罪所涵盖，例如印刷了煽动性刊物，但没有分发，便不会干犯煽动叛乱罪。因此，仍有必要保留处理煽动性刊物的罪行。^④

3. 煽动叛乱罪是否需适用《约翰内斯堡原则》

《约翰内斯堡关于国家安全、言论自由和获取信息自由原则》（简称《约翰内斯堡原则》）主要针对在涉及国家安全之情形下，政府对言论自由、资讯流通、新闻自由及法治的限制与保障。问题主要集中在第6项原则上，第6项原则要求政府在订定涉及国家安全的意见表达的指控时，必须符合三项准则，包括该言论旨在引发即时的暴力行为；该言论有可能会引发这样的即时暴力行为；该言论与暴力行为或可能发生的暴力行为两者之间有直接和即时的联系。反对声音称政府建议的煽动叛乱罪行未列明煽惑必须造成即时

① 香港立法会《国家安全（立法条文）条例草案》委员会144号意见书，亚洲出版业协会就《国家安全（立法条文）条例草案》提交的意见书。

② 香港立法会《国家安全（立法条文）条例草案》委员会181号意见书，香港新闻工作者对政府提出国家安全条例草案的意见调查报告。

③ 香港大律师公会就《国家安全（立法条文）条例草案》的意见书。

④ 香港立法会《国家安全（立法条文）条例草案》委员会93号文件，特区政府就香港行政人员协会所提交意见书做出回应的文件。

的严重暴力后果，因而会损害言论自由^①，而且虽然《草案》有关煽动叛乱的建议定义非常倚重为人所熟悉的普通法下煽惑的概念，但是普通法对煽惑的理解与《约翰内斯堡原则》对煽惑的理解有很大的差距，因为前者没有考虑到被煽惑的行为实际发生的可能性。恰当的做法是在《草案》中加入可能性这样的概念。^②对此，政府认为《约翰内斯堡原则》第6项原则是不必要的，在许多情况下，禁止煽惑他人进行非暴力行为是符合国际人权标准的，如可禁止使国防电脑系统瘫痪这样非暴力的行为，故煽惑这些行为的人也应承担责任。并且对于可能性，政府称如某人意图煽惑引发暴力行为，对象不论是个人还是国家，他已做出不可接受的行为。普通法行之已久的原则是法律可合法地惩处这类行为，而不论有关行为是否有成功机会。^③

二 煽动叛乱罪与煽惑罪的联系与区别

《草案》新订的煽动叛乱罪采用现行普通法的煽惑概念，包括第9A（1）条订明的煽惑他人犯相关罪行与煽惑他人进行公众暴乱，以及第9B条订明的煽惑煽动叛乱并非罪行。而根据普通法，煽惑他人干犯任何罪行都属犯法，也即煽惑罪。因此需探讨煽动叛乱罪与煽惑罪两者的关系，由此也可确定在煽惑罪存在的基础上是

① 参见香港人权联委会就《实施基本法第二十三条咨询文件》的立场书。

② Fu Hualing, Carole J. Petersen, Simon N. M. Young, *National Security and Fundamental Freedoms: Hong Kong's Article 23 Under Scrutiny*, Hong Kong University Press, 2005, pp. 104 - 105.

③ 香港立法会CB（2）1577/02-03（02）号文件，实施《基本法》第二十三条的建议大致与《约翰内斯堡原则》相符。