

# 論香港政府禁止“民族黨”運作行政決定的合法性

## ——兼議對“港獨”的規制

向 凡\*

### 一、問題的提出

2014 年“佔中”後香港本土主義力量乘勢興起，並由此引發了立法會選舉宣誓與人大釋法等一系列風波。<sup>1</sup> 在所有對“港獨”言行的規制與聲討中，“民族黨”無疑最受關注。近期特區政府援引《社團條例》第 8(1)(a)條規定，作出了禁止該組織運作的行政決定。<sup>2</sup> 由於港府是回歸 20 餘年後首次適用《社團條例》來禁止社團的運作，而且事後中央政府還首次向特區政府發佈了“公函”<sup>3</sup>，要求行政長官就此提交報告，因此對相關問題討論的意義重大。從法律角度來看，是次禁制決定牽涉到了對“港獨”的規制、表達自由的界限以及《香港基本法》第 23 條立法等重大憲法與基本法問題，有必要對該決定的合法性作出系統分析。

進一步來看，“民族黨”事件雖然只是一個個案，禁制“民族黨”的決定也只是一個具體行政行為，但其背後所指向的法律核心問題就是，“港獨”應不應該以及如何被規制的問題。縱觀已有的研究成果，可以看到不論是在內地還是香港，學界對於涉及暴力或暴力威脅的“港獨”表達應當絕對禁止並無異議。但由於研究角度的差異，內地學界還沒有對和平倡“獨”是否應當禁止引起足夠的重視，而香港學者普遍認為這類行為並沒有威脅到國家安全，屬表達自由的範疇。至此，對“港獨”表達是否應當禁止的問題，實際上就轉化成了以和平手段倡導“港獨”是否應當禁止？

本文首先分析“民族黨”的法律性質，指出其在被禁止運作前並非相對人所辯稱的公司，而是社團。對此作出確認具有重要意義，如果該組織是社團，那麼《社團條例》就可適用。反之，如果其為公司，則《社團條例》沒有適用的空間，政府所作的行政決定因法律適用錯誤而直接歸於無效。其次，本文對該行政決定的合法性進行探討，並從實體法與程序法兩個角度來具體分析。再次，本文對“民族黨”事件及“港獨”的法律規制作出反思。透過對域外經驗的考察，本文指出“港獨”與現行的“一國兩制”憲制秩序不相符合，不論手段是否牽涉到暴力因素都應當絕對禁止。在以後對“港獨”表達進行規制的過程中，可以考慮以是否涉及到公共元素為標準，來作出刑罰決定。最後為結語部分。

\* 香港大學法學院博士研究生

## 二、“民族黨”法律性質：公司還是社團

要以《社團條例》來對某一組織行為進行審查，其前提要素就是要確定該對象是否受該法的規制。《社團條例》訂明，任何會社、公司、一人以上的合夥或組織，不論性質或宗旨為何，均屬社團。根據警方披露的資料，“民族黨”成員人數為30至50人。<sup>4</sup>據此，該黨是“一人以上的合夥或組織”，屬社團。但《社團條例》在附表中也規定了該法不適用的範圍，其中包括“根據《公司條例》(第622章)註冊的公司”。也就是說，如果“民族黨”是完成了註冊程序的公司，那麼其不受《社團條例》的規制，更沒有第8條禁制條款適用的空間。實際上，“民族黨”並沒有按照《公司條例》的相關規定進行註冊。從這個意義上來說，該黨並不是公司法項下所規制的“公司”，因此仍要受《社團條例》的規制。但情況稍顯複雜的是，“民族黨”在成立前，其已經考慮到有可能不允許被註冊的後果，因而提前購入了一個名為“C&N Limited”的空殼公司，預備以更改名稱的方式讓“民族黨”以有限公司的名字存續。該黨在成立後，亦向香港公司註冊處提出更改名稱以及公司宗旨的請求，但是被註冊處拒絕。至此，核心問題就是：“民族黨”究竟是一個未成功更名的公司，還是一個普通的受《社團條例》規制的社團？<sup>5</sup>

實際上，儘管“民族黨”在成立前已經通過註冊空殼公司的方式進行了登記，但是從法律上來說，該項登記承認的只是“C&N Limited”公司的名稱，在法律上也只承認該公司項下所記載的特定宗旨。在“民族黨”申請更改名稱和宗旨失敗後，“C&N Limited”公司實際上沒有作出任何具有法律效力的變更，其仍應當按照原有的名稱以及章程運作。由於公司註冊處並沒有對以“民族黨”為名稱的公司予以註冊，所以“民族黨”並不是“公司”。如果“民族黨”對於不予以更名行政決定不服，可以就向法院予以起訴。但是在法院作出推翻判決之前，原有的行政決定應當保持其公定力。通過檢索，公司註冊處所作的不予以更改名稱和宗旨的行政決定並沒有被推翻，從性質上來說，“民族黨”是社團。所以，儘管“民族黨”存在着註冊程序上的瑕疵，仍然要受《社團條例》的規制。

## 三、禁止“民族黨”運作行政決定的合法性審查

《社團條例》第8(1)條訂明，主管部門可以基於“國家安全”“公共安全、公共秩序”或“保護他人的權利和自由所需要”禁止某一社團的運作。實際上，保安局正是以該條為法律依據作出禁制決定。而要判斷一個行政決定是否合法，主要是從程序和實體上兩個層面來進行審查。

從程序上來說，《社團條例》規定了禁制社團需要履行送達、告知以及刊憲等程序，這些從傳媒報道及政府公報來看都已悉數滿足。<sup>6</sup>其次，第8(3)條還確定了行政相對人陳述與申辯的權利。實際上，保安局曾應“民族黨”申請，三度延長其申述期，並將申述時長從最初的三星期調整到了八星期。正是考慮到相關文件繁多、與涉事項重大等各種因素，保安局才數度延長相對人的申訴期限。複次，在行政長官會同行政會議處理“民族黨”上訴期間<sup>7</sup>，還特別委任了三名行政會議成員組成委員會來具

體處理上訴事宜，並且在這過程雙方都還有律師代表，對聆訊過程也進行了錄影，符合《行政上訴規則》的規定。最後，儘管《行政上訴規則》沒有規定迴避的程序，但行政長官會同行政會議成員葉劉淑儀、湯家驊和李家超等仍以“曾評論過”或“講得太多”等原因主動申請了迴避<sup>8</sup>，以保障相對人受公平對待的權利。應當說，在處理“民族黨”問題上，特區政府繼承普通法傳統，尤加注意程序性事項，該行政決定的作出沒有侵犯當事人的程序性利益。因此，要判斷特區政府禁制決定的合法性，關鍵還要對其實體理由進行審查。

### (一) “民族黨”影響他人權利的行使

《香港基本法》規定公民享有言論和結社的自由(第 27 條)，但權利的行使並不是漫無邊界的，第 39(2)條亦規定權利得依法限制。《社團條例》第 8(1)(a)條規定為“保護他人的權利和自由所需要者”可以建議作出禁止社團運作的決定。影響他人權利的行使的方式有很多種，仇恨特定民族、種族或地區的人就是其中一種方式。歐洲人權法院的判決是香港法院最常引用的對象之一，在“Pavel Ivanov v. Russia 案”中<sup>9</sup>，上訴人呼籲要將猶太人排除在社會生活之外，稱俄羅斯的社會、經濟和政治上的不達與猶太人的活動之間存在因果關係，並描述出猶太人族群的惡性，最終法院認定上訴人 Pavel 存在煽動民族、地域仇恨的行為，因而判決認可了俄羅斯國內法院對 Pavel 所作的限制與懲罰。質言之，煽動民族、地區仇恨影響到了他人正當權利的行使，應當禁止，這也是一項國際共識。“民族黨”多次公開指稱中國內地人是香港的敵人，呼籲要中國人在香港絕跡。雖然香港和內地同屬一個中華民族，不會牽涉到所謂的種族或民族仇恨。<sup>10</sup> 但毫無疑問，這也涉嫌到地域仇恨，影響了他人權利的行使。保安局據此作出權利限制，具有合法性與合理性。

不過，亦有學者認為，雖然歐洲人權法院及其遵循的《公民和政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)禁止發表仇恨言論，但這並不意味着只要內容有涉仇恨就可禁止，當言論旨在引發社會討論而非真正煽動不同地區人民之間仇恨的時候，並不構成仇恨。<sup>11</sup> 比如在“Jersild v. Denmark 案”中<sup>12</sup>，儘管上訴人(記者)製作了直白表達仇恨內容的紀錄片，但歐洲人權法院認為該記者只是在引發社會對仇恨的探討而非真正地推行仇恨，因此認為丹麥當局對記者的檢控理由不成立。誠然，引發社會討論的言論即使不可避免地牽涉到仇恨的內容仍然受法律保護，可是“民族黨”的意旨遠不在此。實際上，如果該黨真切地想要引發社會關注，它應當做的是不加主觀色彩地擺事實、講道理，即使是負面的也未嘗不可。不過，從該黨“要讓中國人在香港絕迹”、“要令香港成為一個沒有中國人的香港”等言論來看，很難說其只是在引發討論，實際上更多的是在加深央港之間、內地與香港人民之間的矛盾與仇恨。因此，特區政府認定“民族黨”存在地域仇恨意旨和行為、影響到他人權利的行使，並無不妥。

### (二) “民族黨”危害公共安全與秩序

違反公共安全與秩序是保安局禁止“民族黨”運作的三大理由之一，但是公共秩序的內涵沒有統一的認定標準。在“Surek 訴土耳其案”中<sup>13</sup>，土耳其政府根據《防止恐怖主義法》認定某報章編輯發

表了煽動暴力、散播分離國家的言論，違反了良好公共秩序的要求。該編輯上訴至歐洲人權法院，最後法院判決稱，這些信件旨在給人們灌輸對土耳其政府根深蒂固的、非理性的仇恨，傳達給讀者訴諸暴力是面對侵略者的必要和正當的自衛措施，存在煽動暴力的情形，因此政府的處罰決定並無不成比例之處(第62段)。無獨有偶，歐洲人權法院在“Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France 案”中也再次確認了這個原則<sup>14</sup>，亦即承認言論自由的重要性，但認為煽動暴力的言論政府當局可以禁止，不構成對言論自由不必要的限制，亦不構成對公共安全理據的不合理利用。

從本地來看，有學者也注意到近些年來香港法院發展出一系列的規則，認定煽動暴力的言論危害了社會公共秩序，應當予以加重懲罰。<sup>15</sup> 在“黃之鋒案”中<sup>16</sup>，香港高等法院認為被告在非法集會中威脅並煽動使用暴力，嚴重破壞了良好的社會秩序。為了對將來各級法院在處理類似案件時作出指引，保障正常的社會秩序，認為這類涉及暴力的煽動性言論應當予以嚴懲，並由此推翻初審法院的量刑判決而給予更重的量刑。隨後案件上訴至終審法院，法院以法律不溯及過往的原則恢復了初審法院對三被告的量刑判決。但與此同時，終審法院認可了高等法院新的量刑指引。<sup>17</sup> 也就是說，終審法院不但認為應當禁止涉及暴力的煽動性言論，並且在將來，為以儆效尤，還將對此類行為進行加重懲罰。總而言之，香港司法機關也認為帶有暴力因素的煽動性言論違反了良好公共秩序的要求。

綜上，雖然公共安全是一個沒有定論的規範術語，但不論是在國際社會還是在香港，煽動暴力的言論都可被認作是違反了公共秩序、公共安全的保護要求，因而應當被嚴格禁止。根據保安局披露的資料，“民族黨”自2016年成立後，曾在多種場合多次表示“會以一切有效的辦法，包括使用武力以至武裝革命”等方式追求“港獨”，也呼籲其他人士使用武力。雖然該黨沒有實質的暴力行為，但根據上述分析，實際上這種煽動暴力、煽動武力的行為已然超出了良好公共秩序的維持範疇，也不可能等到實質性的暴力危害後果發生之時才予以懲罰。更甚，在“佔中”後香港社會撕裂程度逐步加深，央港間的不信任感日趨嚴重，在這樣的背景下，更不能將煽動暴力的言論僅僅當作口號。總而言之，“民族黨”涉嫌暴力，危害了公共安全與秩序。

### (三) “民族黨”危害國家安全

從規範意義上看，不論是《社團條例》還是對香港有拘束力的ICCPR(第19條)，都規定“國家安全”是一個用以限制公民權利的合理理據，但都沒有對國家安全的外延作出詳細規定。聯合國人權事務委員會是監督ICCPR落實情況的獨立專家機構，從其以往的判例來看，要以國家安全為由來限制公民或組織的表達自由，必須證明存在“真正的，而不僅僅是假設性的危險”。在“李鄭恩(Jeong-Eun Lee) v. 大韓民國案”中<sup>18</sup>，該委員會就曾裁決，由於韓國政府不能指出行政相對人對國家安全所構成的具體危害(precise nature of the threat allegedly)是甚麼；並且在韓國國內救濟中，其最高法院還用到了“可能”危害國家安全的表述，說明其並不能證明行政相對人對國家安全造成了實實在在的危險(a real threat)，因此對相對人基本權利進行限制不為保護國家安全所必需。除了受理ICCPR締約國(地區)公民的個人訴訟外，人權事務委員會的另一重要職能就是針對公約的具體內容發佈有關專題問題的一般性意見，以此來進一步闡釋ICCPR的涵義。在《第34號一般性意見：見解自由和言論自由》中<sup>19</sup>，該委員會指出，借用法律限制“具有合法公共利益且無損國家安全的公共信息”，是不被允許

的。換言之，當一個表達具有維護“合法公共利益”目的且對國家秩序構不成特別重大的影響時，不得對其限制。一言以蔽之，要以國家安全為由來限制公民的權利和自由，行政機關必須要證明相對人的言行存在實質性而非假設性的危險；相對人是否存在一個“合法公共利益”事由，也是判斷是否應當限制的重要參考因素。

具體到“民族黨”的情況，如前所述，其成立以來多次宣稱要“不惜一切代價”“不排除使用武力”來達到其目的，威脅使用武力的表達實際上已經對國家安全構成了實質性的危險，這也是一項國際慣例。值得注意的是，在政府所列理據當中，“民族黨”還存在召集人參選立法會、透過媒體宣傳其黨綱黨章、籌措資金、招募會員，並在海外聯繫外地組織尋求合作支援等各類行為。表面上看，這些行為都是合法行為，並不會對國家安全構成實質性的危險，由此而禁止該組織運作似有不妥。但“民族黨”的情況較為複雜，因而不能孤立看待其行為，應當結合其綱領來綜合分析。實際上，“民族黨”這一類表面合法的行為是在為實現其“港獨”的綱領作準備，已經將國家安全置於一個危險的境地。倘若對此類表面合法行為進行放任，比如任其參選立法會，當其掌握或者參與政權之後，毫無疑問會將其綱領推至全港，到那時再來對其危害因素進行審查或限制，已經不僅僅是所謂實質性危險，而是不可逆的危害結果。因此，綜合“民族黨”的預備行為與其行動綱領來看，其已經對國家安全構成了實質性的危險。此外，“民族黨”也不存在一個合法的公共利益事由，不能抗辯行政機關對其所作的限制。“民族黨”從本質上來說就是一個“港獨”社團，其行為的終極歸依就是推動“香港獨立”。但《香港基本法》第1條就訂明，香港特別行政區是中華人民共和國不可分離的一部分；第12條也進一步規定，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。“港獨”致力於將香港分離中國、讓香港脫離於中央政府，明顯違反了《香港基本法》的規定。質言之，“港獨”不是合法的公共利益事由，不存在適當抗辯理由。綜上所述，“民族黨”危害到了《社團條例》所規定的“國家安全”。

#### 四、基於“民族黨”和“港獨”問題的反思

通過上述分析可以看到，特區政府作出禁止“民族黨”運作的行政決定符合正當程序的要求，也有實體上的法律依據，具備合法性。“民族黨”事件雖然是一個個案，但其所透露出來的“港獨”思潮發展及危害不得不引起重視。如何透過完善相關法律來對“港獨”言行作出有效規制，將是未來特區管治的一大重要任務。

##### （一）暴力威脅與和平倡“獨”都應當禁止

“民族黨”被禁的一個核心要素就在於其涉及到了暴力威脅，這不論在國際上還是香港本土都不被接納為表達自由的範疇。正因為如此，禁制“民族黨”的決定實際上還是沒有過多地處理在不涉及暴力的情況下，和平地表達“港獨”訴求(peaceful advocacy for independence)是否非法？關於這個問

題，兩地學者存在分歧。<sup>20</sup> 在此膠着的情況下，不妨仍以比較法為視野，來進一步思考和平倡“獨”是否應當禁止。

德國是規制極端言行的先驅，為遏制新納粹主義的發展，在2005年其對《德國刑法典》第130條第4款作出了補充，規定“公開或者在集會中，支持、頌揚納粹暴政或者為納粹暴政進行辯護，並因此而以侵犯犧牲者的尊嚴的方式破壞公共和平的，處3年以下徒刑或者罰金”，政府據此作出了一系列處罰決定。在“紀念魯道夫·赫斯集會案”中<sup>21</sup>，相對人對該法律規定作出了違憲挑戰。憲法法院認為，第一，公民的表達自由受憲法保護，雖然納粹屠殺是被歷史證明的事實，但否認這段歷史的觀點也只是“事實論斷”，不能因此而剝奪公民就此談論的權利。第二，法律直接限制特定言論的表達，侵犯了公民的正當權利，是違憲的。第三，也是最為核心的部分，雖然從一般意義上來說法律不能對特定的表達進行專門的限制，否則就違反了普遍性的原則；但是考慮到《德國基本法》下的新憲制秩序是在對納粹憲法方案進行根本否定之上建立的，支持或頌揚納粹無異於在消解、破壞現時的憲法秩序，因此應當允許以特別法的形式來對舊憲制下特定言論進行限制，從而“體現在特殊歷史中形成的國家認同”。簡言之，新政權的法律可以對舊政權的宣傳作出特殊的限制。

對於香港而言，九七回歸就是一個阿克曼式的憲法時刻<sup>22</sup>，並由此帶來了憲法秩序的變遷。從變遷的內容來看，學界一般認為是對英國統治秩序的終結、也開啟了以憲法和基本法為基石的“一國兩制”憲制秩序。<sup>23</sup> 但仔細深究，這其中還暗含了對回歸後“港獨”選項的否定。對英國統治的否定是對過去方案的否定，對“一國兩制”的確立是對回歸後未來可能方案“港獨”的否定。基於德國的經驗，既然回歸後的憲制秩序建立在對英國殖民統治以及“港獨”選項的雙重否定基礎之上，那麼相應地，在實施“一國兩制”的香港，也應當允許對“恢復英國統治”或“港獨”的言行進行限制，以維護新的憲法秩序。因此，不論是以暴力還是以和平方式來表達“港獨”，都與現行憲制秩序背道而馳，應當予以禁止。

值得一提的是，現時已經有觀察者們注意到“港獨”與納粹言論在損害新的憲法秩序方面的相似性，但遺憾的是這類觀點多從納粹言論的社會危害性入手，然後通過類比，得出應當對同具社會危害性的“港獨”言論進行限制的結論。<sup>24</sup> 但這種論證方式也會導致香港社會在認知與認受上的偏差，認為僅僅把二者的危害性相提並論並不足以構成對“港獨”言論進行限制的理由，因為“港獨”相較於納粹並沒有給國際社會造成過巨大的損害，以言治罪最終導致寒蟬效應。<sup>25</sup> 實際上，在上述案例中，德國憲法法院不僅認識到了納粹言論的社會危害性；更為重要的是，其看到了新舊憲制秩序之間的相互否定關係，這才是新秩序下的法律可以對舊秩序的特定言論進行限制而不構成違憲的根本原因。

## (二) 規制“港獨”的可能進路：公共元素基準

儘管新憲制秩序下的法律可以對其憲法對立方案的言論進行必要的限制，但這種限制也絕對不是任意的。即使是在德國憲法法院看來，“(德國)基本法對於言論自由的保障原則上也及於自由的敵人”。<sup>26</sup> 只不過，納粹言論濫用公民基本權利、以侵略性的姿態侵犯到德國戰後建立的新的自由民主秩序，因而又是可以進行限制的，但也要接受比例原則的審查，以證明沒有因為該項限制而取消了言論自由的根本內容。反觀香港，其《香港基本法》第39條規定了對言論自由限制的內容，在判例中終

審法院也多次確定了不能濫用言論自由的原則，雖然從原則上來說“港獨”表達應當受到嚴格限制，但也要認識到，言論自由是如此重要——不僅因為它是憲治的基石，而且言論自由的環境可以進一步發現真理，促進思想市場的繁榮<sup>27</sup>——以至於幾乎每個國家或地區都十分謹慎地權衡言論自由的限制與國家安全的保護。對於慣以自由而著稱的香港而言，如何適當平衡這兩種利益值得深究。

本文認為一個可能的平衡方式就是審查“港獨”言行是否包含公共元素。第一，中央政府支持特區區分不同情況來規制“港獨”，為公共元素標準的踐行奠定了基礎。“港獨”歸根結底侵犯的是國家的統一與領土完整，其最大的法益受害者是中央政府，因此如何讓中央政府感受到其安全利益得到有效保障是形成“港獨”言行規制進路的應有之義。對於中央政府而言，其有相當的理論基石來絕對禁止“港獨”，以保障回歸後新的憲制秩序。但是一個不可忽略的事實就是，自20世紀80年代以來香港民主事業快速發展，90年代彭定康上台後更是對政制發展進行“不懷好意的加速供給”<sup>28</sup>，《香港基本法》的草擬又進一步促進了民主以及權利意識的極速覺醒，由此帶來的後果就是任何對權利的限制將面臨極為嚴格的法律論證以及諮詢程序，否則將遭致激烈反抗，從而有損現時的繁榮與穩定。在規制“港獨”問題上，亦不例外。對此頗具內部張力的特殊社會環境，中央政府亦有清晰的認識與策略安排：一方面堅持對“港獨”零容忍的基本原則，如內地各級港澳事務官員曾多次公開表示“港獨”的非法性；另一方面，考慮到實際情況，又允許有所變通。最明顯的例子就是國務院港澳辦負責人曾表示，“(將來)《基本法》23條立法時要對‘港獨’言行，分成不同情況加以規範”。<sup>29</sup>對此，一個可能的解讀就是中央政府期望特區在對“港獨”進行規制的時候，對於那些社會影響惡劣、危害性大的言行進行較重的刑法規範，而對於那些社會危害性微小的言行則不排除以行政手段來規範，以體現“罪罰相適應”的原則，亦可體現其對“港獨”零容忍的態度。在中央政府允許對相關言行進行適當區分的前提下，以公共元素基準來對“港獨”言行進行限制成為了可能。

第二，公眾元素還是香港普通法許多罪名成立的必要條件。一項對社會可能構成危害的行為，當其以公開的方式或於公共場所表現出來時，其危害性一般來說要遠遠大於那些以隱密的、非公開的形式表現的行為。這是由於：一方面，通過公共途徑表達可能會對他人的權益造成侵害，構成對他人的煩擾；另一方面，由於公共場所是信息可以輕易獲取的地方，當一項可能具有社會危害性的行為於此表現出來時通常還具有一定的煽動性。因此，在香港，“公共元素”是許多罪名成罪的必要條件或刑罰加重要素。比如，在“陳宥羲案”中<sup>30</sup>，香港終審法院就認為，一項行為要構成普通法下的“作出有違公德行為”罪行，不但要有“行為性質元素”(有違公眾道德的最低標準)，還必須要有“公眾元素”(作出行為的地方是公眾能到達的，或者能被兩名以上實際在場人士目睹有關行為)。應當說，“公眾元素”是一項並不陌生的普通法要素，以此為限來限制“港獨”表達較易為香港社會所接受。

第三，從判例法來看，香港終審法院亦表達了法律只可限制言論的表達方式而不能限制言論具體內容的看法，公共元素標準符合法院判例的基本原則與精神。在“吳恭劭案”中<sup>31</sup>，被告因在遊行中玷污國旗、區旗而被控罪，控辯雙方就處罰的依據《國旗及國徽條例》與《區旗及區徽條例》是否違反《香港基本法》產生爭議，最後上訴到終審法院，法院最終認定這兩個條例並沒有違反基本法。不容忽視的是，在判決贊同意見中，終審法院常任法官包致金還特別闡釋到，發表的自由包括發表的實質內容(即表達甚麼)及發表的形式(即如何表達)，法律只可限制言論的表達方式而不能對其內容施加任何限制，上述兩個條例只是在限制言論的表達方式，屬必要的範疇，因此該限制符合基本法。如上

所述，從法理上來說，回歸後新憲制下的法律可以對作為憲法對立方案的“港獨”言論進行限制，但是此項限制亦需考慮法院尚已立下的法律原則，從而不對現行法律規制內容造成過大的影響。以公共場所這種限制言論表達方式的途徑來規制“港獨”，不僅尊重了新的憲法秩序，還進一步顯示了對香港司法機關的尊重。

## 五、結語

在特區政府作出了禁止“民族黨”運作的決定後，中央政府還首次針對香港發佈了“公函”，要求行政長官就“民族黨”事件向國務院報告。<sup>32</sup> 儘管該公函的性質還尚存爭議，但不可否認的是禁制“民族黨”已經履行完了所有行政程序(社團事務主任建議、保安局決定和“行政長官會同行政會議”上訴確認)。另一方面，由於“民族黨”沒有在訴訟時效內向法院提起司法覆核，喪失了司法救濟的權利。總而言之，不論從行政還是司法程序來看，“民族黨”事件都已告一段落。

“民族黨”一味推行極端思想和言論，破壞了香港政治生態，即使在泛民陣營看來亦不得民心。不過，雖然“民族黨”得不到同情，但該事件所透露出來的如何更為有效地規制“港獨”，將是未來香港良好管治不得不面對的現實。針對違反基本法、侵蝕“一國”的“港獨”言行，在短期內可以通過現有法律工具與資源來進行限制，如前所述，香港法院在一系列的案例中就確立了禁止涉及暴力的煽動性言論。從中期來看，可以考慮修改現行成文法例，將“公共元素”要素加入其中，對不論是以暴力還是以和平的方式倡導“港獨”的言行都進行規制。從長期來看，特區政府要主動承擔起《香港基本法》第 23 條國家安全立法的憲制義務，對包括“港獨”言行在內的危害國家安全的行為進行規制。

[本文第四部分“憲法時刻”(Constitutional Moment)理論的論證，受到了導師陳弘毅教授在香港大學法學院輝煌 50 週年系列講座之“Five Decades of Constitutional Change in Hong Kong and East Asia: A Macro-historical Perspective”啟發，在此謹表謝意。]

### 註釋：

---

<sup>1</sup> 朱含、陳弘毅：《2016 年香港立法會選舉及宣誓風波法律評析——歷史和比較法的視角》，《法學評論》2017 年第 4 期。



- 2 《社團條例》第 8(1)(a)條規定：如社團事務主任合理地相信禁止任何社團或分支機構的運作或繼續運作，是維護國家安全或公共安全、公共秩序或保護他人的權利和自由所需要者，那麼社團事務主任可建議保安局局長作出命令，禁止該社團或該分支機構運作或繼續運作；參見香港保安局新聞公報，2018 年 9 月 24 日，[https://www.sb.gov.hk/sc/press/press\\_2018.htm](https://www.sb.gov.hk/sc/press/press_2018.htm)，2019 年 3 月 16 日。
- 3 參見國函[2019]19 號，2019 年 2 月 26 日，[http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-02/26/content\\_5368672.htm](http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-02/26/content_5368672.htm)，2019 年 4 月 2 日。
- 4 參見《警掌“民族黨”千頁“獨”證》，2018 年 7 月 19 日，<http://www.takungpao.com.hk/news/232109/2018/0719/190307.html>，2019 年 3 月 12 日。
- 5 參見文兆基：《“香港民族黨”被取締前是合法社團？》，2018 年 8 月 18 日，<http://www.takungpao.com.hk/opinion/233119/2018/0818/204367.html>，2019 年 3 月 13 日。
- 6 參見香港保安局新聞公報，2018 年 9 月 24 日，[https://www.sb.gov.hk/sc/press/press\\_2018.htm](https://www.sb.gov.hk/sc/press/press_2018.htm)，2019 年 3 月 16 日。
- 7 “行政長官會同行政會議”是香港特別行政區法律語境下的一個術語，在行政機關制定某些附屬立法或作出重大行政決定時，只有該法律主體才有相應的資格，這是行政吸納政治以及決策民主的體現。實際上，行政長官會同行政會議與港英時期的港督會同行政(Governor-in-Council)規定一脈相承，這也類似於英國本土傳統的“女王會同樞密院”(Queen-in-Council)。
- 8 參見《葉劉淑儀指曾發評論 無參與審議民族黨禁令上訴》，2018 年 12 月 12 日，<http://std.stheadline.com/instant/articles/detail/886405-香港-葉劉淑儀指曾發評論+無參與審議民族黨禁令上訴>，2019 年 3 月 17 日；參見《湯家驊已申請避席上訴 因就事件“講得太多”》，2018 年 9 月 27 日，<https://www.hk01.com/政情/240558/>，2019 年 3 月 17 日。
- 9 Pavel Ivanov v. Russia, ECHR(Application No 35222/04) (27 August 2004).
- 10 《夏引業：香港不可能是一個民族》，2018 年 9 月 15 日，<http://www.takungpao.com/opinion/233119/2018/0915/217399.html>，2019 年 4 月 2 日。
- 11 Carole J. Petersen, “Prohibiting the Hong Kong National Party: Has Hong Kong Violated the International Covenant on Civil and Political Rights?” *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, 2018, p. 789.
- 12 Jersild v. Denmark, ECHR (Application No 15890/89) (23 September 1994).
- 13 Surek v. Turkey (No.1), ECHR (Application No 26682/95) (8 July 1999).
- 14 Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, ECHR (Application Nos. 21279/02 and 36448/02) (22 October 2007).
- 15 吳昱江：《香港現行法律對煽動性言論的規制》，《法學論壇》2019 年第 1 期。
- 16 Secretary for justice v. Wong Chi-Fung, Law Kwun-Chung and Chow Yong-Kang Alex, CAAR 4/2016.
- 17 Secretary for justice v. Wong Chi-Fung, Law Kwun-Chung and Chow Yong-Kang Alex, [2018] HKCFA 4.
- 18 Jeong-Eun Lee v. Republic of Korea, CCPR/C/84/D/1119/2002.
- 19 聯合國人權事務委員會：《第 34 號一般性意見-第十九條：見解自由和言論自由》，第 30 段。
- 20 比如在“民族黨”問題上，有香港大學學者就認為，即使“民族黨”進入到司法覆核程序，法院最後認定該黨有暴力或煽動暴力的行為，在證據充足的情況下可以以國安理由取締該黨，但是法院絕不能說和平倡“獨”是違反國家安全的行為，“否則將會立下極為不妥的先例”，參見 Carole J. Petersen,

“Prohibiting the Hong Kong National Party: Has Hong Kong Violated the International Covenant on Civil and Political Rights?” *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, 2018, p. 789。此外，以“民族黨”案為契機，許多香港學者借此還引申到了國家安全議題並進而引發了將來《香港基本法》第23條國家安全立法的思考。比如，香港大學法學院教授陳文敏就認為，現時《香港基本法》第23條立法的具體問題是和平倡“獨”應不應該受刑法所規制？(The real issue was whether peaceful calls for independence should be criminalised in Hong Kong?)，參見 Jeffie Lam, “Peacefully Advocating Hong Kong Independence Does Not Pose Threat to National Security, Law Expert Says,” *South China Morning Post*, 4<sup>th</sup> December 2017, <https://www.scmp.com/news/hong-kong/politics/article/2122845/peacefully-advocating-hong-kong-independence-does-not-pose>, 18<sup>th</sup> March 2019.

- 21 “紀念魯道夫·赫斯集會案”(Rudolf Heß Gedenkfeier, BverfGE 124, 300, 2009年11月4日)，詳見張翔主編：《德國憲法案例選釋》(第2輯言論自由)，北京：法律出版社，2016年，第241-267頁。
- 22 Bruce Ackerman, *We the People, Foundations, Vol 1*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 266-295.
- 23 王振民：《論港澳回歸後新憲法秩序的確立》，《港澳研究》2013年第1期。
- 24 參見《俠客島：“港獨”入刑，這個規矩必須立起來》，2017年9月9日，<https://view.inews.qq.com/a/20170909A08AA200>，2019年4月2日。
- 25 Tony Cheung, “Ban Advocacy of Hong Kong Independence, Beijing Mouthpiece Says Amid Banner Row,” *South China Morning Post*, 11<sup>th</sup> September 2017, <https://www.scmp.com/news/hong-kong/politics/article/2110585/ban-advocacy-hong-kong-independence-beijing-mouthpiece-says>, 2<sup>nd</sup> April 2019.
- 26 “紀念魯道夫·赫斯集會案”(Rudolf Heß Gedenkfeier, BverfGE 124, 300, 2009年11月4日)，詳見張翔主編：《德國憲法案例選釋》(第2輯言論自由)，第241-267頁。
- 27 [英]約翰·密爾(John Stuart Mill)：《論自由》，許寶騏譯，北京：商務印書館，2007年，第18-65頁。
- 28 曹旭東：《香港政黨政治制度的空間》，《法學》2013年第1期。
- 29 參見《黃柳權：23條立法應分不同情況規範港獨》，2018年9月5日，<https://www2.hkej.com/instantnews/current/article/1936465/>，2019年3月31日。
- 30 HKSAR v. Chan Yau Hei [2014] HKCFA 18; (2014) 17 HKCFAR 110; [2014] 3 HKC 52; FACC 3/2013.
- 31 HKSAR v. Ng Kung Siu and Another [1999] HKCFA 10; Levy v. Victoria [1997] HCA 31.
- 32 參見國函[2019]19號，2019年2月26日，[http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-02/26/content\\_5368672.htm](http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-02/26/content_5368672.htm)，2019年4月2日。