

“港獨”言論的合比例性限制

陳 燕*

引 言

近年來，提倡“香港獨立”、“民族自決”等主張的“港獨”言論¹發展迅速，引起社會各界廣泛關注。“港獨”言論的出現與香港本土主義有關，但已經突破了單純強調香港傳統文化和價值觀的文化本土主義範疇，演變成一種極端形式的政治本土主義。無論具體表述和形式為何，各種“港獨”言論的實質，都是謀求將香港變為一個獨立或半獨立的政治實體。“各派別的‘港獨’主張五花八門，而且標新立異的主張層出不窮，難以細舉。但他們有一個共同特點，從目標上看，追求的是最終把香港從中國版圖上獨立出去，至於獨立之後怎麼辦，又有不同，大部分主張是獨立建國，也有極少數主張歸英的。至於像熱血公民部分成員，一面主張永續基本法，一面又認為香港最終要建國，自身就充滿了矛盾。”²

法治是現代社會普遍尊奉的一項重要價值，也是香港長期引以為傲的一項重要傳統。站在法治的立場，如何看待和處理各種“港獨”言論？對此，主流的觀點認為，“港獨”言論衝擊了憲法和基本法所確立的憲制秩序，也破壞了港人珍視的法治傳統，應當依法處理。但也有少數人、特別是“港獨”分子認為，“香港人有宣揚香港獨立的言論自由”³，“發表港獨言論，正是行使言論自由的基本權利”⁴，“提倡港獨，是一種政見的表達。在《基本法》和人權法的保障下，香港市民享有表達政治取向的自由”⁵，“提倡香港獨立是‘港人受基本法及人權公約保障之言論自由’”⁶，總之，“港獨”言論受言論自由的保護，不應以言入罪、因言獲刑。

那麼，“港獨”言論是否受言論自由的保護？可否受到法律限制？如何進行限制？本文嘗試對這些問題展開探討，首先指出“港獨”言論涉及言論自由，同時涉及國家安全，可以受到法律限制，但這種限制屬於對基本權利的限制，應當符合比例原則；隨後主要結合德國憲法學家阿列克西的論述，對比例原則進行了簡要介紹；在此基礎上，以吳恭劭案為例，分析了香港法院是如何間接適用比例原則的；最後以香港《刑事罪行條例》第9條和第10條為例，探討了如何對“港獨”言論進行合比例性限制。

一、“港獨”言論可受法律限制

言論自由在現代政治與法律中的重要地位不言而喻，現代立憲國家大多通過憲法對

*中國法學會法治研究所（一國兩制和基本法研究中心）副研究員，北京大學法學博士。

言論自由予以確認，使之成為一項受憲法保護的基本權利，我國也不例外。我國《憲法》第 35 條規定：“中華人民共和國公民有言論、出版、集會、結社、遊行、示威的自由。”作為香港特區的憲制性法律，《基本法》第 27 條規定：“香港居民享有言論、新聞、出版的自由，結社、集會、遊行、示威的自由，組織和參加工會、工的權利和自由。”此外，根據《基本法》第 39 條的規定，《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於香港的有關規定繼續有效，通過香港特別行政區的法律予以實施。其中，《公民權利和政治權利國際公約》通過香港《人權法案條例》予以實施，《條例》第 16 條完全照抄《公約》第 19 條，明確規定“人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由”。以上條款共同構成了香港居民享有言論自由的規範依據。

但另一方面，言論自由絕不是漫無邊際的，並非所有言論都會受到憲法的無條件保護。現代憲法不僅保護言論自由，還保護其他同等甚至更加重要的價值，並且二者往往相互衝突，不能同時獲得實現，任何一方的實現都是以對方不能獲得實現為代價的。這就需要對二者進行平衡，如有必要，完全可以基於其他價值對言論自由進行合理限制。我國《憲法》第 51 條規定：“中華人民共和國公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利。”香港《基本法》並未涉及言論自由的限制，但香港《人權法案條例》第 16 條規定，發表自由之行使，“附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限——（甲）尊重他人權利或名譽；或（乙）保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化”。香港回歸後仍然實行普通法，即便從普通法的觀點來看，特別是從美國表達自由判例法的實踐來看，言論自由也可以基於特定理由受到限制。⁷總之，無論從何種角度看，從一般法理到司法實踐，從成文法到普通法，從國家法律到國際公約，都允許基於國家安全、公共秩序、他人權利等理據，對表達自由施加合理限制。

毫無疑問，“港獨”言論也屬於言論的一種，因此必然涉及言論自由。但這是否意味著提倡“港獨”必然在言論自由的保護範圍內，而不受任何法律限制呢？答案自然是否定的。由於“港獨”言論的實質是謀求將香港從中國主權之下獨立出去，因而必然同時涉及國家安全。是否保護“港獨”言論，取決於言論自由與國家安全之間的平衡，如有必要，完全可以基於國家安全對言論自由進行合理限制。《基本法》同時從正反兩方面對國家安全進行了界定。一方面，《基本法》明確將香港納入中國的主權之下。《基本法》序言確認“香港自古以來就是中國的領土”和中國 1997 年“恢復對香港行使主權”這一

事實，並明確設立特區和制定《基本法》的首要目的是“維護國家的統一和領土完整”，其次才是“保持香港的繁榮和穩定”。同時，《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離的部分。”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。”另一方面，《基本法》授權特區自行立法禁止危害國家安全的行為，這同時構成特區的一項憲法義務。《基本法》第23條規定：“香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為，禁止外國的政治性組織或團體在香港特別行政區進行政治活動，禁止香港特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫。”就“港獨”言論而言，上述條款所致力於實現的國家安全，完全可能成為限制言論自由的正當理由。

當然，對“港獨”言論的限制屬於對基本權利的限制，應當符合比例原則。如前所述，是否保護“港獨”言論，取決於言論自由與國家安全之間的平衡。這就需要將二者置於相互關係之中加以考察，看實現國家安全的重要性是否足夠大，以致可以對原則上不受限制的言論自由進行限制。顯然，平衡所遵循的法則即比例原則。值得注意的是，學術研究中存在一種從言論自由的邊界角度切入的進路，比如有學者認為，“‘港獨’言論謀求分裂國家，衝撞了言論自由的邊界，抵觸了法律的限制”⁸。這一進路無疑是有效的，也符合一般常識，但也容易給人一種印象，仿佛言論自由的邊界是既定的，並且僅僅取決於言論自由本身。在此不妨進一步追問，言論自由的邊界究竟取決於什麼？難道僅僅取決於它本身嗎？難道不是同時取決於與之衝突的國家安全嗎？經此一問，言論自由的邊界問題，自然就被還原成為言論自由與國家安全之間的平衡問題。換言之，言論自由與國家安全在具體案件中相互規定著對方的邊界，言論自由的邊界本質上是平衡的結果⁹，由於這一結果因案而異，因此並不存在一個固定不變的言論自由邊界。由此可見，就“港獨”言論的限制而言，比例原則的適用有其內在的必然性。

二、比例原則作為“限制的制限”

從誕生算起到如今普遍適用於公法全域，比例原則在德國走過了兩百多年的歷程。¹⁰起初，比例原則只是一個員警法上的原則，只包含必要性這一層內涵。¹¹在後來的發展中，比例原則成為一個適用於行政法全域的基本原則，而內容上則擴展為如今包含三層內涵的完備形態。¹²在“二戰”之後的基本法時代，比例原則上升為憲法原則，從而適用於公法全域。正是在這一深厚的理論脈絡與法治傳統中，阿列克西得以將他的原則理論與比例原則結合起來加以考察，將比例原則的研究推向了一個新的高度。下面主要結合阿列

克西的有關論述¹³，對比例原則做一簡要介紹。

（一）原則理論

作為規範理論發展過程中的一個重要里程碑，原則理論的核心在於原則與規則的區分。美國法學家德沃金率先突破英國法學家哈特的單一規則模式，認識到了原則作為一種不同於規則的法律規範的性質，而阿列克西則在批判德沃金的基礎上將原則理論進一步精細化，更加清晰地闡明了原則規範的定義與邏輯結構。¹⁴在阿列克西看來，原則與規則的區分要點有二。一是規範內涵不同。規則是明確的命令，是一種明確要求某事物的規範。而原則則是最優化命令，它要求考慮到法律上和事實上的可能性，在最大可能的程度上實現某事物。二是適用形式不同。規則的適用形式是涵攝。如果一個規則是有效的，並且其適用條件也獲得了滿足，那麼切實按其所規定的去做就是明確被要求的。如果這樣做了，規則就得到了遵守；如果沒有做到，規則就沒有得到遵守。而原則的適用形式則是權衡。原則作為最優化命令部分基於法律上的可能性，而這種可能性本質上是由相互衝突的諸原則決定的。對一個原則相對於其他原則獲得滿足的適當程度加以確定，這只能通過權衡來完成。

（二）比例原則

在阿列克西看來，原則的性質蘊涵著比例原則，反之亦然。原則要求考慮到事實上和法律上的可能性，在最大可能的程度上實現某事物。而盡可能平衡和實現往往相互衝突的法律原則，正是比例原則的內在要求。對於事實上可能性的考慮，對應於適當性原則與必要性原則，而對於法律上可能性的考慮，則對應於狹義的比例原則。

1· 適當性原則

適當性原則要求所採取的手段可以實現所追求的目的，又稱合目的性原則。如果一個手段 M 為了促進原則 P 而被採用，但 M 不但不適於促進 P ，而且還阻礙了另一個原則 P 的實現，那麼，如果 M 被忽略，對於 P 或 P 均不會造成任何代價，而如果 M 被採用，則會對 P 造成代價。因此，如果 M 被放棄，那麼 P 和 P 相加之和就可以相對於事實上的可能性，在一個更高的程度上獲得實現。合併考慮，即將二者作為某個單一系統的兩個要素加以考慮時， P 和 P 排斥對 M 的採用。

2· 必要性原則

必要性原則要求除了所採取的手段之外，沒有其他造成更小損害的適當手段，又稱最小損害原則。如果兩個手段 M_1 和 M_2 大體說來都可以同等適當地促進原則 P ，而且都會對另一個原則 P 造成代價，但 M_2 造成的代價比 M_1 造成的要小，那麼必須選擇對於 P 造成代價更小的 M_2 。如果 M_3 造成的代價比 M_2 造成的還要小，那麼必須選擇 M_3 ，以此類推。

如果存在造成代價更小而適當程度相當的手段，則 P 能夠在不給 P 造成任何代價的條件下獲得改善。在這一條件下，合併考慮， P 和 P 要求採用造成代價更小的手段。

3· 狹義的比例原則

狹義的比例原則要求所採取的手段所追求的目的，要與它所造成的損害成比例，又稱相稱性原則。它對應于阿列克西原則理論中的權衡法則（the Law of Balancing）。該法則陳述為：¹⁵

若此一原則未獲滿足或者遭受損害的程度越大，則彼一原則獲得滿足的重要性必須越大。

阿列克西將權衡法則進一步闡述為如下衡量公式：¹⁶

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

這是衡量公式的最簡形式，其中 $W_{i,j}$ 表示原則 P 在一個具體案例中的份量，即 P 相對於衝突原則 P 的具體份量， I 表示手段 M 的採用使 P 未獲滿足或者遭受損害的程度，也就是 M 對 P 的干涉強度。 I 表示 M 的採用使 P 獲得滿足的重要性程度，從反面看，也就是忽略或者不採取 M 時 P 所可能遭受損害的程度。以上只考慮了 P 相對於 P 的具體份量，還有另外兩組變數也應當考慮進來。第一組變數是 P 、 P 的抽象份量 W_i 、 W_j ，比如生命權就比行動自由的抽象份量要大。¹⁷ 第二組變數是 R_i 、 R_j ，即 M 將使 P 未獲滿足或者遭受損害和將使 P 獲得滿足這一判斷所依賴的經驗性假設的可靠性程度。插入這兩組變數，衡量公式就被完整地闡述為：¹⁸

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

衡量公式在實踐中如何運用？當然是通過對公式變數進行數學賦值。以衡量公式的最簡形式為例，適用這一公式需要首先描述由於 M 的採用， P 未獲滿足或者遭受損害的程度和 P 獲得滿足的重要性程度，並據此對 I 、 I 進行賦值。阿列克西提出，可以用輕度（ l ）、中度（ m ）、重度（ s ）這一三刻尺度來描述上述程度，並分別賦值 2^0 、 2^1 、 2^2 ，進而將數值代入公式變數進行計算。若 P 的具體份量 $W_{i,j} > 1$ ，則 P 優先於 P ，應當忽略 M ；若 $W_{i,j} < 1$ ，則 P 優先於 P ，應當採取 M ；若 $W_{i,j} = 1$ ，則 P 、 P 優先程度相當，忽略或採取 M 均可。當然在具體案件中，程度的確定總是由特定法官來完成的，因而必然具有主觀性。但主觀性等於非理性嗎？事實上，這也是原則理論所遭致的最重要的反對意見。阿列克西將其提煉為如下命題：“權衡是否可被視為理性的論證，或者說，它是否絕不能被歸為不理性或非理性的方法。”¹⁹

他認為，權衡確實具有主觀性，但這絕不意味著它是非理性的，否則也可以說涵攝

是非理性的，因為涵攝也是一個具有主觀性的過程。他反駁道，規範適用的理性問題，也就是能否合乎理性地從規範前提推導出法律結論。這首先意味著存在一個理性的推理體系，它能夠保證在給定前提下，合乎邏輯地從前提推導出結論。如同涵攝公式之於規則一樣，衡量公式正是原則的推理體系。由於推導過程是在推理體系內部完成的，因此它被稱之為內部證立。然而內部證立是在給定前提下進行的，它本身並未回答前提的證立問題。具體到衡量公式，它可以通過賦值來描述、但本身卻並未確定 P 未獲滿足或者遭受損害的程度和 P 獲得滿足的重要性程度，後一任務只能通過法律論證加以完成。法律論證在衡量公式之外進行，被稱之為外部證立。比如在德國聯邦憲法法院的一個案例中，德國一份雜誌曾將一個截癱後備役軍官描述為“跛子”，法院訴諸下述事實，認定這一描述對軍官的人格權構成了“重度侵害”：在公共場所將一個嚴重喪失能力的人描繪為“跛子”，如今一般被認為是“貶低人格”，是“缺乏尊敬”的表現。²⁰

三、香港法院對比例原則的間接適用：以吳恭劭案為例

比例原則並不是通過成文法、而是通過判例法進入香港法律體系的。香港的成文法，無論是《基本法》和《人權法案條例》，還是被納入《基本法》的《公民權利和政治權利國際公約》，均未明文規定比例原則。以《公約》第 19 條及《條例》第 16 條為基礎，有香港學者總結出限制發表自由的三項合法性標準，即目的標準、“必要”標準、“法定”標準²¹，其中也未明確提及比例原則。但受外國判例法、特別是歐洲人權法院判例法的影響，香港法院從“必要”標準引入比例原則，要求對發表自由的限制必須與所追求的正當目的成比例。這方面最重要的判例即 1999 年香港特別行政區訴吳恭劭、利建濶案²²。下面結合該案，看香港法院是如何對比例原則進行適用的。

該案的基本案情如下：

1998 年 1 月 1 日，吳恭劭、利建濶參加了一次從維多利亞公園至香港政府中區政府合署的公開遊行。遊行期間，二人手持一面塗汙了的國旗及一面塗汙了的區旗，並沿途揮舞。遊行結束時，二人將兩面旗幟縛在中區政府合署的欄杆上。二人隨即被控兩項侮辱國旗及區旗罪，分別是違反《國旗及國徽條例》（香港法例 1997 年第 116 號）（下稱“《國旗條例》”）第 7 條及《區旗及區徽條例》（香港法例 1997 年第 117 號）（下稱“《區旗條例》”）第 7 條。²³1998 年 5 月 18 日，初審法院裁定該兩項罪行罪名成立。二人向高等法院提出上訴，後者於 1999 年 3 月 23 日判決上訴得直並將二人的定罪判決撤銷。1999 年 5 月 20 日，控方獲得終審法院的上訴許可，案件最終被提交終審法院。

本案的爭議點在於，《國旗條例》第 7 條及《區旗條例》第 7 條究竟有沒有違反《基

本法》？辯方在初審法院及高等法院的審理中均爭辯說，這兩條條文與《公民權利和政治權利國際公約》第 19 條相抵觸，因而違反了《基本法》第 39 條。終審法院審理認為，侮辱旗幟是一種非語言的言論或發表形式，把侮辱國旗和區旗的行為列為刑事罪行的法定條文限制了發表自由。但另一方面，國旗是中華人民共和國的象徵，區旗是香港特區作為“一國兩制”方針下中華人民共和國不可分離部分的獨有象徵，包括香港特區在內的整個國家具有保護國旗之合法利益，香港特區也具有保護區旗之合法利益。那麼，究竟這些合法利益是否足以構成充分理據把侮辱國旗及區旗的行為刑事化來限制發表自由？如果缺乏上述充分理據的支持，有關的法定條文便與《基本法》相抵觸，違反憲法；而且，法庭有權力及責任作如是宣告。

法院首先研究了限制的範圍。它認為，有關法例禁止侮辱國旗及區旗，這並不是一個對發表自由的廣泛限制，而是一個有限度的限制。法院分析道：

不論有關人士欲發表的是甚麼資訊，該法例都只是禁止一種發表形式，即侮辱國旗及區旗這一形式，並沒有干預該名人士以其他形式去發表同樣資訊的自由。況且，在國旗及區旗上塗劃讚美的字句（而不像通常的情況為了傳達抗議的資訊而寫的字句）也可能構成該兩條條例第 7 條所指的罪行，即以塗劃方式侮辱國旗及區旗的罪行。……有關條文不但禁止以這一形式發表抗議的資訊，而且也禁止以這種形式發表其他資訊，包括讚美的資訊。

法院接著考察了限制的理據。它認為，本案所涉及的兩條條文是依法制定的，保護國旗和區旗存在著國家及特區的合法利益，這些利益包含在公共秩序的概念範圍內，因此限制符合“法定”及目的標準。那麼，限制是否必要？答案是肯定的。法院認為，“必要”一詞應以一般的涵義去理解，不必借助諸如“迫切社會需要”等用語來代替。必要性首先意味著適當性，法院分析道：

香港特區立法機關認為，鑒於人大常委會已通過將國旗法列入《基本法》附件三內，特區制定包括第 7 條在內的國旗條例的有關條文，以履行在香港實施這條全國性法律的責任，此舉是恰當的。本院在處理“是否必要”這問題時，應對這個看法予以充分考慮。同樣，本院對香港特區立法機關認為制定區旗條例是恰當的這看法，也應予以充分考慮。

更重要的是，必要性還意味著合比例性或相稱性。法院指出：

本院在驗證“是否必要”時必須考慮，對受保障的發表自由的權利所施加的限制，與施加限制所要達致的目的是否相稱。……本案所涉及的法定條文將侮辱國旗及區旗列為刑事罪行是對發表自由的權利施加一種有限度的限制，所要達致的目的是保護作為國家獨有象徵的國旗，以及作為香港特別行政區獨有象徵的區旗，以符合保護這些旗幟為

社會及社區帶來無可置疑的合法利益。既然這些施加于發表自由的權利的限制只是有限度，這也就通過“是否必要”驗證。這些有限度的限制與施加這些限制所欲達致之目的相稱，並沒有超越彼此相稱的範圍。

中華人民共和國恢復對香港行使主權後，香港正處於一個新秩序的初期。貫徹“一國兩制”的方針極之重要，正如維護國家統一及領土完整亦是極之重要一樣。既然國旗及區旗具獨有的象徵意義，保護這兩面旗幟免受侮辱對達致上述目標也就起著重大作用。因此，有非常充足的理由斷定，將侮辱國旗及區旗的行為列為刑事罪行，對受保障之發表自由的權利施加限制，此舉是有充分理據支持的。

在本案中，法院並未明確提及比例原則，但卻通過解釋“必要”標準，對其進行了間接適用。首先，在研究限制的範圍時，法院清楚地意識到比例原則的適用性。法院指出，限制的範圍越廣，便越難提出充分理據支持。不難發現，這正是權衡法則的另一種表述，也是狹義比例原則的內在要求。其次，法院自覺對限制進行了合比例性分析。法院論證指出，有關法例的制定是“恰當的”，其禁止侮辱國旗及區旗也只是“一個有限度的限制”，這對保護公共秩序（保護兩面旗幟免受侮辱，進而貫徹“一國兩制”方針、維護國家統一及領土完整）“起著重大作用”，限制與所欲達致之目的“相稱”。換言之，由於有關法例 M 的採用，發表自由 P 未獲滿足或者遭受損害的程度為輕度 (l)，頂多只是中度 (m)，而公共秩序 P 獲得滿足的重要性程度則為重度 (s)。由此，表達自由 P 的具體份量 $W_{P, P} = 2^0/2^2$ 或 $2^1/2^2 = 1/4$ 或 $1/2 < 1$ ，公共秩序 P 優先于發表自由 P ，應當採取相關法例 M 。

法院通過解釋“必要”標準引入比例原則的做法值得肯定，但也有美中不足之處。首先，法院始終沒有正面提及比例原則，容易給人一種印象，仿佛法院的合比例性分析只是外在地符合、而不是內在地出自比例原則，儘管事實並非如此。其次，法院只是進行了適當性和相稱性分析，並未進行必要性分析，導致“必要”標準恰好缺乏本應包含的必要性原則，術語所指與能指出現錯位。事實上，必要性比較的是手段之間的關係，區別於比較目的手段之間關係的適當性，也區別於比較目的之間關係的相稱性，三者各有明確所指，在概念和術語使用上必須分清楚。最後，法院在確定言論自由的受限程度及公共秩序的重要程度的中間段落，去討論制定相關法例是否恰當，這無異於將適當性分析穿插在相稱性分析之中，在合比例性分析的順序上出現一定紊亂。為此，更好的做法是明確提及比例原則，並依次進行適當性、必要性及相稱性分析。

四、“港獨”言論的合比例性限制

近年來，“港獨”呈現愈演愈烈的發展態勢，社會各界圍繞“港獨”展開了持續討論，如何依法定性和處理“港獨”也逐漸被提上議事日程。在中央層面，多位中央領導先後在不同場合針對“港獨”作出明確表態，指出“中央政府堅定支持特別行政區政府依法遏制‘港獨’活動”²⁴，“‘港獨’是沒有出路的”²⁵，“‘港獨’的本質是分裂國家，嚴重違反‘一國兩制’方針，嚴重違反憲法和香港基本法”²⁶。在特區層面，特區政府及有關人士多次對“港獨”的違法性和危害性進行說明，指出“‘港獨’不是言論自由問題而是‘是非觀’問題”²⁷，“‘港獨’倡議違反法律，與言論自由無關”²⁸。與此同時，在《基本法》第 23 條立法尚未完成的情況下，特區政府已根據既有的法律體系，採取了多項法律措施來應對“港獨”。首先，根據《社團條例》和《公司條例》的規定，拒絕了一些“港獨”組織的註冊或登記。有學者建議，應進一步對有關組織接受捐款跟進調查，因為按照香港的法例，未經公司登記或社團註冊的組織接受捐款是違法的。²⁹其次，明確任何“港獨”主張或活動不應在校園出現，如教師在校內鼓吹“港獨”思想，須承擔相關責任和後果，同時根據《教育條例》的規定，要求校董會提醒教師不能以任何形式宣揚“港獨”主張或活動，如有個別教師鼓吹“港獨”，校董會可按事件的性質和嚴重程度，作出適當跟進。³⁰再次，在 2016 年立法會選舉中，根據《立法會條例》的規定，要求參選人提交一份表明會擁護《基本法》和保證效忠香港特別行政區的確證書，並裁決 6 名“港獨”參選人提名無效，同時根據《基本法》第 104 條及全國人大常委會關於該條的解釋，裁定多名“港獨”候任議員宣誓無效。最後，根據《公安條例》第 19 條的規定，對 2016 年旺角暴亂提出檢控並判處部分參與者暴動罪。

除此以外，目前各方面討論較多的是《刑事罪行條例》第 9 條和第 10 條。特區政府曾表示，正考慮如何援引《刑事罪行條例》處理“港獨”問題，不少法律界人士認為，“港獨”言論涉嫌觸犯上述法例規定的煽動罪或意圖煽動罪³¹，更有人指出，“律政司應儘快宣佈……分裂國家領土、推翻國家人民政府是刑事上的煽動行為，危害國家安全。律政司如不宣佈港獨犯刑事罪，則是不履行責任”³²。但在上述法例的解釋及適用上，也存在不同的觀點。有人認為，要達到條例中規定的“意圖”門檻相當高，至少要在社會上產生相當大的影響，而以目前推動“港獨”者的情況，仍未達到煽動行為的程度；³³有人認為，第 9 條已經是相當過時的條例，而且條例涵蓋的範圍也很有可能與《國際人權法》及《基本法》所保障的言論自由及結社自由等相抵觸；³⁴還有人認為，“煽動意圖”與“自決”或“港獨”最有關的意思，應是意圖“激起對中華人民共和國中央人民政府離叛”，若有人被起訴觸犯第 9 條及第 10 條，法院即使未必會把這兩條法例完全撤銷，但按著《人權法》保障言論自由的憲制要求，起碼會把“離叛”以最狹窄的方法來演繹，

並把普通法的有關要求讀進（read in）條文中來解讀“煽動意圖”，以減低它們對言論自由的限制來符合《人權法》的要求。³⁵

以上多數措施均涉及對“港獨”言論的限制，容易引起所謂侵犯言論自由的質疑，有的還被提起司法覆核。那麼，這些措施的合法性能否得到論證？以《刑事罪行條例》第9條和第10條為例，假如它們是否違反《基本法》成為了某個案件的爭議點³⁶，法院將作何處置？是否“會把這兩條法例完全撤銷”？顯然，這與吳恭劭案的情形基本相同。

“港獨”言論也屬於言論的一種，將其列為刑事罪行的前述法例限制了言論自由。但另一方面，香港已被《基本法》納入中國的主權之下，成為中國不可分離的部分，包括香港在內的整個國家具有“維護國家的統一和領土完整”的合法利益。那麼，這些合法利益是否足以構成充足理據把“港獨”言論刑事化來限制言論自由？這取決於相關法例能否通過合比例性驗證。為此，法院需要進行適當性、必要性和相稱性分析，以確定相關法例應否採取及是否違反《基本法》。相關法例只有同時符合三性，才能通過合比例性驗證。因此，上述步驟可依次進行，任何一步未獲通過，均可直接宣佈相關法例違反《基本法》，而無必要進入下一步。

上述分析並不是純形式的，法院在每一步分析中都必須進行實質性的法律與道德論證，正如我們在吳恭劭案中所看到的那樣。首先，相關法例是否有助於實現國家安全？一般說來，立法者採取的措施都會在一定程度上促進其目標，從而較易具備適當性，問題主要集中在必要性和相稱性上，《刑事罪行條例》第9條和第10條也不例外。其次，是否存在同樣適當、但卻對言論自由造成更小損害的手段？香港在回歸前就已有煽動罪，該罪行源於英國，已有400年的歷史。³⁷在英國2009年正式廢除煽動罪之前，英國法律委員會曾在1977年的一份報告中建議，現有的其他罪行已足以涵蓋各種煽動行為，最好主要依靠這些議會法令及普通法罪行，而不必訴諸具有政治犯罪意涵的煽動罪。³⁸言外之意，煽動罪並不具備必要性，因為同樣是適當的手段，其他罪名一般不會妨礙公眾討論政治事務，也就不會損害言論自由，或者造成的損害更小。那麼，如何看待英國法律委員會的建議及其理由？《刑事罪行條例》中的煽動罪來自英國，如何評估其必要性？香港立法中是否存在更小損害的措施？這些問題都有待於法院通過論證加以回答。

最後，相關法例所追求的目的與造成的損害是否相稱？為此，法院需要確定相關法例使言論自由遭受損害的程度和國家安全獲得保護的重要性程度，再賦值計算言論自由在本案中的具體份量。事實上，目前有關討論已經著手開展相應的法律和道德論證。比如，有人指出：“理論上講，國家統一和領土完整是……作為先決條件存在的。……對於中國人民來說，尤其珍視國家統一和領土完整，因為中國幾千年歷史上因外族入侵或

者分裂割據引發內戰給人民造成的痛苦過於慘痛了。在中國人民的普遍認知中，國家統一和領土完整本身具有獨立而重大的價值。”³⁹這就相當於同時從一般的主權理論和特殊的中國歷史兩個角度，論證了國家安全獲得保護的重要性程度為重度（*s*）。基於此，相關法例的相稱性必然獲得滿足，因為無論相關法例使言論自由遭受損害的程度為輕度（*l*）、中度（*m*）還是重度（*s*），言論自由的具體份量都將 ≤ 1 ，若 < 1 ，則國家安全優先，應當採用相關法例，若 $= 1$ ，則優先程度相當，採用與否均可，立法者具有裁量權。又如，有人認為，相關法例堪稱“嚴刑峻法”，它基本上抄襲自英國其他殖民地的有關法例，而非英國本土的普通法或成文法。在1952年港英政府時期的費彝民案中，法院也明確指出，雖然英國普通法規定除非煽動他人使用暴力，否則不構成煽動叛亂罪，但這個限制並不適用於香港。⁴⁰這等於論證了相關法例使言論自由遭受損害的程度為重度（*s*）。基於此，相關法例的相稱性將很成問題，因為無論國家安全獲得保護的重要性程度為輕度（*l*）、中度（*m*）還是重度（*s*），言論自由的具體份量都將 ≥ 1 ，若 > 1 ，則言論自由優先，不應採用相關法例，只有 $= 1$ 時，優先程度才相當，採用與否取決於立法裁量。再如，還有人認為，應按照普通法關於煽動他人使用暴力的要求去解釋相關法例中的“煽動意圖”，“以減低它們對言論自由的限制來符合《人權法》的要求”。⁴¹換言之，相關法例只有經過嚴格限縮解釋，它使言論自由遭受損害的程度才是輕度的（*l*），才能符合相稱性要求。總之，有關討論為法院最終的論證工作提供了有益參考，法院必須綜合考慮各方面意見，從而增強其論證的客觀正確性。

餘 論

在價值理念出現“諸神之爭”的場合，人類不得不進行權衡，做出如下兩難選擇：實現哪一方？犧牲哪一方？是允許甲損害乙，還是允許乙損害甲？為了進行科學理性的權衡或平衡，必須求諸一個客觀外在的規範平衡結構。阿列克西闡發的比例原則之所以能夠擔當理性平衡的重任，是因為在相互衝突的原則之間，它並不偏執一端，而是致力於在二者的相互關係中、將二者作為一個整體加以考察，以求得一個中道。它將兩個原則相加之和的最優化實現作為終極目的，手執這一試金石全面拷問目的手段理性，將手段之間、目的之間、手段目的之間的關係一覽無遺地呈現了出來。尤其是通過衡量公式，比例原則得以深入每一個技術細節，對具體案件進行精準綿密的考察，從而“將秩序引進了法律思維”。當然，對衡量公式中每個變數進行的賦值，代表的是諸如“對言論自由的干涉是重度的”之類的主張，而這些主張必須通過法律和道德論證加以證立。論證說理越充分，平衡的理性程度就越高，以及附帶地，作為理性平衡衍生出來的一種反射

性效果，對法官自由裁量權的規範也越大。

“港獨”言論同時涉及言論自由和國家安全，二者相互衝突。對“港獨”言論的定性和處理，本質上是在二者之間的權衡和取捨，必須符合比例原則的要求。本文無意代替法院審理“港獨”言論案件，毋寧說，本文試圖為法院審理此類案件提供一個理性框架，並指出在此框架下，法院應著力開展哪些論證工作。毫無疑問，最終的處理結果體現在法院的權威判決中。但在法院裁判之前和之後，有關政治和法律討論一直都在進行類似的法律和道德論證，這些論證構成法院論證“走不出的背景”。對此，法院必須認真對待，盡可能考慮和回應各方的論證觀點和理由，包括接受有關的評議和指責，使法律商討持續開展下去。

沿著這一思路，為了提高法律論證的理性水準，需要對影響法院論證的因素進行檢討。這裡只簡單提出三點。一是法院裁判和論證受社會主流價值觀影響，目前部分港人的國家認同狀況堪憂，可能會影響到法院的論證工作，比如影響到法院對國家安全獲得保護的重要性程度的確定。因此，要加快推進國民教育，提升港人的國家認同水準，同時適時啟動 23 條立法，依法遏制“港獨”。二是來自普通法的影響，《基本法》規定，包括普通法在內的香港原有法律除與《基本法》抵觸或香港立法機關修改，予以保留，終審法院可根據需要邀請其他普通法適用地區的法官參加審判，法院審理案件可以參考其他普通法適用地區的司法判例。法院要把握好“參考”的尺度，防止香港法律體系受到普通法過度衝擊。三是香港享有司法終審權，香港終審法院的裁判不受更高級司法機關的監督。如果香港終審法院的裁判與中央判斷不一致，除了人大釋法還有沒有別的救濟機制？這也是多次出現的一個老問題了，是否有更好的制度設計，需要探討。

註釋：

1 作為討論的前提，必須區分“港獨”言論與涉“港獨”言論。顧名思義，涉“港獨”言論即內容涉及“港獨”的言論，既包括提倡“港獨”的“港獨”言論，也包括提到但並不提倡“港獨”的非“港獨”言論，比如客觀分析“港獨”而不作主觀評價的言論，以及反對“港獨”的言論。這一區分表明，反對“港獨”並不會像少數人宣稱的那樣，侵犯校園內的學術及言論自由，反過來，學術及言論自由也絕不能成為“港獨”的擋箭牌。

2 王振民：《“港獨”是嚴重的違法犯罪行為》，載《中國法律》2016 年第 4 期。

3 李怡：《絲絲世語：同〈基本法〉對著幹》，載《蘋果日報》2012 年 10 月 30 日。

4 桑普：《從蘇獨公投到香港獨立》，載《開放雜誌》2014 年 10 月號。

5 楊嶽橋：《港獨主張：香港言論自由與一國兩制的試金石》，<http://www.civicparty.hk/?q=node/7138>，2017 年 3 月 16 日訪問。

6 《梁天琦：倡港獨屬言論自由 阻撓港人自主未來已不可能》，載《立場新聞》2016 年 7 月 20 日。

7 參見朱國斌：《論表達自由的界限（上）——從比較法、特別是普通法的視角切入》，載《政法論叢》2010

年第 6 期。

8 駱偉建：《“港獨”言行的違法性分析及其法律規制——澳門法院案例的啟示》，載《港澳研究》2016 年第 4 期。

9 實踐中有一種觀點認為，“港獨”言論因“違反法律”或“乃是非問題”而與言論自由無關。從本文的分析出發，這種觀點並不意味著“港獨”言論真的與言論自由無關，而是意味著持論者將國家安全看得比言論自由更加重要，從而認為在“港獨”言論上，正確的平衡結果應當是犧牲言論自由、保護國家安全。

10 對於比例原則在德國發展歷程的一個歷史考察，參見徐繼強：《憲法權利衡量研究》，蘇州大學博士學位論文，2009 年 4 月，第 26-46 頁。

11 比如普魯士一般邦法起草者薩瓦茨 1791 年在一次演講中宣稱：“公共國家法之第一基本原則，即國家僅在‘必要’情形下有權限制個人的自由，以擔保所有人自由之存在，這也是員警法的第一個基本原則。”同上文注，第 26 頁。

12 比如德國行政法學家毛雷爾就清晰地闡述了比例原則的三層內涵：“（1）妥當性，即所採取的措施可以實現所追求的目的；（2）必要性，即除採取的措施之外，沒有其他給關係人或公眾造成更小損害的適當措施；（3）相稱性，即採取的必要措施與其追求的結果之間並非不成比例（狹義的比例性）。”〔德〕毛雷爾：《行政法學總論》，高家偉譯，法律出版社 2000 年版，第 238-239 頁。

13 關於阿列克西對於原則理論與比例原則的一個系統闡述，參見 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 44-110.

14 關於德沃金對哈特的批評和阿列克西對德沃金的批評的一個梳理，參見顏厥安：《法與實踐理性》，中國政法大學出版社 2003 年版，第 57-60 頁；以及王濤：《基本權利與衡量》，中國政法大學碩士學位論文，2008 年 4 月，第 6-17 頁。

15 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trans.), Oxford: Oxford University Press, 2002, p.102.

16 Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, *Ratio Juris*, 16 (2003).

17 Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, *Ratio Juris*, 16 (2003).

18 Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, *Ratio Juris*, 16 (2003).

19 〔德〕羅伯特·阿列克西：“論憲法權利的構造”，張龔譯，載《法學家》2009 年第 5 期。

20 〔德〕羅伯特·阿列克西：“憲法權利與合比例性”，陳燕譯，張龔校，載許崇德、韓大元主編：《中國憲法年刊 2010》，法律出版社 2011 年版，第 209-220 頁。

21 從限制的合法性出發，佳日思（Yash Ghai）總結認為，任何限制必須滿足三項標準：（1）目的標準，即出於尊重他人的權利和聲譽，保障國家安全，維護公共秩序、公共衛生和道德的目的可以限制發表自由；（2）“必要”標準，即限制必須是為了達到上述目的所必要；（3）“法定”標準，即限制必須為法律所允許。Yash Ghai, “Freedom of Expression”, in Raymond Wacks (ed.), *Human Rights in Hong Kong*, Hong Kong: Oxford University Press, 1992, pp.386-387.轉引自朱國斌：《論表達自由的界限（下）——從比較法、特別是普通法的視角切入》，載《政法論叢》2011 年第 1 期。

22 HKSAR v. NG KUNG SIU AND ANOTHER [1999] HKCFA 10,

<http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfa/1999/10.html>. 香港特別行政區訴吳恭劭及另一人 [1999] HKCFA 10 (中譯本), <http://www.hklii.hk/chi/hk/cases/hkcfa/1999/10.html>. 2017 年 3 月 21 日訪問。

23 《國旗條例》第 7 條規定：“任何人公開及故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱國旗或國徽，即屬犯罪，一經定罪，可處第 5 級罰款及監禁 3 年。”

《區旗條例》第 7 條規定：“任何人公開及故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱區旗或區徽，即屬犯罪——（a）一經循公訴程式定罪，可處第 5 級罰款及監禁 3 年；及（b）一經循簡易程式定罪，可處第 3 級罰款及監禁 1 年。”

24 陳鍵興：《習近平會見來京述職的梁振英》，

http://news.xinhuanet.com/politics/2016-12/23/c_1120177947.htm，2017 年 3 月 23 日訪問。

25 李克強：《政府工作報告——2017 年 3 月 5 日在第十二屆全國人民代表大會第五次會議上》，

http://www.gov.cn/premier/2017-03/16/content_5177940.htm，2017 年 3 月 23 日訪問。

26 張德江：《全國人民代表大會常務委員會工作報告——2017 年 3 月 8 日在第十二屆全國人民代表大會第五次會議上》，<http://cpc.people.com.cn/n1/2017/0319/c64094-29153730-2.html>，2017 年 3 月 23 日訪問。

27 《梁振英：“港獨”非言論自由而是“是非”問題》，

http://www.bbc.com/zhongwen/trad/china/2016/08/160816_hong_kong_independence，2017 年 3 月 23 日訪問。

28 《梁愛詩：“港獨”倡議違反法律 與言論自由無關》，

<http://news.wenweipo.com/2016/08/26/IN1608260040.htm>，2017 年 3 月 23 日訪問。

29 參見顧敏康：《評港府應對港獨的法律措施》，載《明報》2016 年 9 月 8 日。

30 參見《教師校內鼓吹港獨要承擔後果 或遭取消註冊》，

<http://hk.apple.nextmedia.com/realtime/news/20160814/55502483>，2017 年 3 月 24 日訪問。

- 31 “根據香港法例第 200 章《刑事罪行條例》第 9 條及第 10 條，任何人作出、企圖作出、準備作出或與任何人串謀作出煽動意圖的作為；或發表煽動文字；或刊印、發佈、出售、要約出售、分發、展示或複製煽動刊物等，引起憎恨中央政府或香港特區政府，或激起對其離叛；或激起中國人民或香港居民企圖不循合法途徑改變在香港依法制定的事項；或煽惑他人使用暴力；或慫恿他人不守法或合法命令即屬犯罪，第一次定罪可處罰款港幣 5000 及監禁 2 年，其後定罪可處監禁 3 年。任何人無合法辯解而管有煽動刊物，即屬犯罪，第一次定罪可處罰款港幣 2000 及監禁 1 年，其後定罪可處監禁 2 年。根據上述煽動罪的定義，任何人作出煽動意圖的‘港獨’行為、言論、發佈，甚至慫恿別人宣傳、推行或參予‘港獨’即屬犯煽動罪。” 陳曼琪：《依港現行法例可治“港獨”叛逆罪》，載《紫荊》2016 年 6 月號。
- 32 《兩大狀指推港獨 或觸犯煽動罪》，載《星島日報》2016 年 8 月 19 日。
- 33 參見《兩大狀指推港獨 或觸犯煽動罪》，載《星島日報》2016 年 8 月 19 日。
- 34 參見《兩大狀指推港獨 或觸犯煽動罪》，載《星島日報》2016 年 8 月 19 日。
- 35 參見戴耀廷：《自決和港獨言論，必然違法？》，
<https://theinitium.com/article/20160418-opinion-bennytai-independence/>，2017 年 3 月 24 日訪問。
- 36 事實上，有關討論已經明確提出這一問題。參見羅敏威：《香港人權法新論》，香港城市大學出版社 2009 年版，第 125-131 頁。陳凱文：《現行“煽動意圖罪”有否違反<基本法>？》，載《香港投資日報》2015 年 11 月 17 日。
- 37 參見羅敏威：《香港人權法新論》，香港城市大學出版社 2009 年版，第 119 頁。
- 38 The Law Commission, *Treason, Sedition and Allied Offences* (Working Paper No. 72), London: H.M.S.O., 1977, para.78.
- 39 王振民：《“港獨”是嚴重的違法犯罪行為》，載《中國法律》2016 年第 4 期。
- 40 參見陳弘毅：《一國兩制下香港的法治探索》（增訂版），香港中華書局 2014 年版，第 215 頁。
- 41 參見戴耀廷：《自決和港獨言論，必然違法？》，
<https://theinitium.com/article/20160418-opinion-bennytai-independence/>，2017 年 3 月 24 日訪問。

