

序

自 2021 年 1 月始，我有幸成為香港中文大學香港亞太研究所中國法制研究計劃的名譽研究員，從事《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（簡稱香港基本法）的研究。對於香港基本法研究學者而言，一個必須要認真研究的主题就是《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（簡稱香港國安法）。事實上，自香港國安法於 2020 年公布以來，學者的研究與日俱增，社會的關注亦有增無減。對於香港國安法的研究，逐漸由關注於法律本身的規範與制度，轉向功能與實踐，繼而轉向更為寬泛的縱向歷史與橫向比較的視野。因此，對於不同國家國安法（簡稱國安法）的研究自然而然地就成為了學者關注的一個重心。

在香港，非常有趣的是，迄今沒有一本系統介紹美國國安法的書籍。香港各大學的圖書館甚至都沒有購入並保存一本美國法學院通用的國安法教材。這顯然與大家對國安法日益增長的關注與學術研究興趣不能匹配。對於學者而言，這至少意味着一個學術研究上的空際。

本書的寫作，就是基於放寬香港國安法研究視野的需求，研究與介紹美國國安法的總體觀念與基本知識框架，或多或少地去填補學術上的研究空際。自 2021 年初以來，我一邊閱讀，一邊寫作，秋冬之間有了一個十萬字左右的稿件。後來經過一

年多的修改補充，最終形成本書的書稿。通過本書的寫作，本人希望能夠拋磚引玉，期待未來有更多的研究與對話。

關於本書，我需要作出一些說明，以便讀者了解本書的結構和主旨，以及了解本書寫作所遇到的問題和本書內容所存在的問題。首先，香港學術界關於美國國安法的研究，總體上來說，是必要但匱乏的。因為這個原因，沒有先例可循，本書的結構與內容因而避免不了很多片面與不足之處。事實上，在寫作過程中，到底如何確立本書的篇章結構這一問題，始終是我需要解決的一個最大難題。

其次，目前美國國安法的通用教材中，大多是以反恐（anti-terrorism）為核心的體例安排。教材的內容，大致反映美國學術界對於國家安全與國安法反思和研究的重心。

顯然，如果只是翻譯介紹以 911 事件以來的反恐為核心的美國國家安全法律體系，對於認識與理解香港國安法在「一國兩制」體系中的角色與意義是不相適宜的。基於這樣的思考，也基於本人的學術基礎（比較憲法與歷史學），我最終決定從憲法與國家安全關係的角度來確立本書的基本結構，並確立本書所關注的三個基本主題：美國國家安全憲法（national security constitution）、美國國家安全國家（national security state）和美國緊急狀態國家（American emergency state）。

在我看來，美國學者所提出的這三個觀念，最能夠提綱挈領地解釋美國國安法的基本內容、精神和實際功能。第三，關於美國國安法研究的英文文獻，涉及到很多中文讀者和學者不太熟悉的術語或者詞彙，這同樣也給資料的翻譯和本書的寫作帶來了許多困難和麻煩。因此，為了有助於減少讀者閱讀上的困難，我會提供一個簡單的關鍵詞彙表。

在本書的寫作過程中，我受到了很多學者的支持和鼓勵，在此我謹致以衷心的感激。對於六位匿名的評審專家先後所提出的寶貴批評與修改意見，本人感激不盡；但由於本人能力所限，不能一一彌補書中的不足與缺陷，在此衷心致歉。所有本

書的文責僅僅屬於我個人。我非常期待未來有更多真誠的學術努力致力於放寬香港國安法研究的視野，作出更多更好的比較研究。

江照信

2023年2月14日

香港亞太研究所：具有版權的資料

1 導論

寫作宗旨

首先，本書之寫作建立在一個根本認識前提之下，即國安法是「一國兩制」與香港基本法發展進程不可分割的組成部分，國安法已經成為構成香港宏觀憲制秩序（wider constitutional order）的基本內容之一，未來將會演化成為一門完整而有系統的法律體系，因而從學術上進行解讀與研究是必要且不可或缺的。同時，本書所持的另一個觀點是，對於國安法進行比較的研究與介紹同樣是不可或缺的，也是可行的。因此，我們需要放寬國安法研究的憲法視野，注意國家安全法律在不同國家的規範、制度、實踐體系的建構整合與不同的功能及效果。

無論如何，對於國安法的狹義解讀，即如把國安法視同於一種刑事立法的一般觀念，可能是香港國安法造成目前制度上與學術上緊張的根本原因之一。本書之寫作，有志於矯正目前認識上的褊狹，鼓勵讀者放寬認識與理解國安法的憲法視野。

其次，在目前解讀香港國安法的書籍中，學者以李浩然、尹國華、王靜（2020）、陳弘毅等（2020）、王振民等（2021）、朱國斌等（2021）、陳弘毅、韓大元、楊曉楠（2022）為代表，研究機構以橙新聞評論部（2020）為代表，基於「一國兩制」體制下的中央與地方憲制關係原理，對香港國安法的立法理由、立法進程、基本原則、制度結構、實體法律、訴訟管轄及程序、

與憲制意義都有充分的論述。這無疑均非常有利於香港國安法未來在香港繼續有效地實施與產生符合立法預期的社會作用。本書之寫作得益於上述學者與機構既已作出的關於國安法全面而深刻的研究與解讀。惟需要注意者，所有學者都沒有例外地明確主張與強調比較各國國安法之必要性；然而，舉例來說，儘管學者們強調比較研究美國國安法的重要性，但很明顯均未提供全面與深度的比較分析和解讀。這種比較研究上的缺失使得香港學術界與一般民眾對於美國國安法的一般歷史發展進程及意義的認識是模糊的。有鑒於此，本書希望能夠有助於填補這一國家安全比較法上的知識空缺。

此外，國安法在美國大學法學院是一門系統的法學學科，有不同版本的完整教科書體系（例如 Corn et al., 2021; Dycus et al., 2020）。對於國安法的學術解讀，無論表現在期刊論文還是學者專著方面，內容亦極其豐富，觀點各異，可以比較研究的資料不是過少，而是有過多而難以取捨之繁。簡言之，作為一個學科體系，美國國家安全法學既已確立與明確，因而比較上的研究解讀不僅是必要的，也是可行的。

基於上述三種思考，本書之寫作將側重於美國國家安全法律體系的總體研究，介紹美國國安法在規範、制度與實踐上的整體發展進程，分析其核心原則、基本精神、總體發展趨勢，由此反觀與反思香港國安法目前及未來如何應對國家安全挑戰與以美國國安法為鏡鑒的可能性。

總之，本書之寫作，主要介紹美國國家安全法學中核心的理論觀念與重要語彙，目的在於為比較研究美國國安法提供一個總體的可比較的知識框架，為未來國安法比較研究的深化貢獻芻蕘之見，拋磚引玉，有待於大方之家的批評指正與啟發後續的研究。

研究基本思路

關於本書寫作的基本思路，簡言之，本書作者傾向於從歷史和比較的研究視野，從規範、制度與實踐三個層面研究美國國安法，由此反思如何借鑒其規範、制度與實踐中所產生的各種模式與經驗，促進香港國安法未來在此三個層面獲得最良善的發展。

規範層面 在規範層面去認識美國國安法，我們尤其需要注意如下三個不可或缺的組成部分：第一，關於國家安全的憲法構成，即美國學者已經廣泛接受的一個觀念：國家安全憲法（Corn et al., 2021; Griffin, 2013; Koh, 1990; Tushnet, 2020）。關於這一方面，以耶魯大學法學院前院長高洪株（Harold Hongju Koh）為代表，美國國安法研究學者們主張美國憲法在創制之初不僅包含了一部行政憲法（administrative constitution）或者財政憲法（fiscal constitution），而且還包含了一部國家安全憲法（Koh, 1990）。因而，我們首先需要注意美國憲法文本中的國家安全是如何構成的。

第二，關於國家安全憲法構成之外，我們需要注意由國會立法所產生的「法制」體系，即美國學者所稱的框架性法律（Koh, 1990）。關於國家安全的憲法構成層面，其內容主要表現在國會與總統權力的分工合作，而在國會立法的層面，其內容主要表現為基於國會立法所產生的「框架制定法」體系。

第三，基於國家安全的憲法構成與國會立法所形成的制定法體系，法院通過司法裁判與司法審查形成以司法謙抑為原則（abstention doctrines）的國家安全判例法或者框架性判例法（Corn et al., 2019）。

由這三個層面構成的整個規範體系才可以視為完整的美國國家安全法律體系。顯然，目前大多數研究香港國安法之學者對於美國國安法的引用與分析，僅僅止於第二個層面，即國會

立法的層面（如最近學者們經常提到的《1947年國家安全法》、2001年《愛國者法》等等）（王振民等, 2021:25-27）。

制度層面 在制度層面，我們需要注意美國國安法上的制度主義特徵，即國家安全的制度準備（institutional preparedness）。在這一層面，我們需要注意美國學者經常討論的美國國家安全國家與帝王式總統日漸擴張的權力兩個關鍵問題及其所帶來的憲制影響。¹ 從比較的視角來看，我們需要注意在美國國家安全法律體系中，美國雙面政府中的尊嚴制度體系與有效制度體系（dignified vs efficient institutions）兩者是如何確立及其影響又是如何的（Ackerman, 2010; Bagehot, [1867] 2001; Glennon, 2014）。

實踐層面 在實踐的層面去認知美國國安法，我們需要注意「針對中國」（targeting China）的美國緊急狀態國家，也即美國緊急狀態政府（American emergency government）的形成與問題。² 按照美國學者的最新研究，美國緊急狀態國家形成於二戰，經歷冷戰時期，而成為美國政府形態的新常規（new

1. 關於帝王式總統的論述，可以參見 Schlesinger (1973:vii-x, 377-419)。按 Schlesinger (1973:x) 的描述，「對於『國家安全』的援用無所不及、行政秘密之堅持、對於國會的信息保密、拒絕遵從國會撥款、對於新聞的蓄意打壓、利用白宮作為竊取政敵信息與破壞政治對抗的基地，所有這些事實表明帝王式總統已經由外交轉入內政。……簡言之，我們需要有一位強大的總統，但是一位遵守憲法的強大總統（a strong presidency — but a strong presidency within the constitution）。」有助於理解美國帝王式總統的一個相關概念是「憲法專制」（constitutional dictatorship），具體內容可以參見 Rossiter (2002)、Levinson 和 Balkin (2010)。

2. 「美國緊急狀態國家」一詞出自 Collier 和 Lakoff (2021)，具體論述可以參見該書第二章第 84 至 136 頁。

normalcy)。美國緊急狀態國家的關注重心在於維護美國政府的關鍵系統安全（vital systems security），與美國不斷演化的安全國家與福利國家觀念是相輔相成，密不可分的（Collier and Lakoff, 2021:136）。在這一層面，我們需要從實踐與功能的角度去思考，美國如何基於必要性原則（the principle of necessity）的論證逐漸推進與強化整個國家中的緊急憲政主義，以此來推進其國家安全國際戰略的實現。有關這一個方面的認識，我們可以依據美國國會研究服務處（Congressional Research Service）關於《國際緊急狀態經濟權力法》（簡稱IEEPA）、《國家緊急狀態法》（簡稱NEA）的最新研究，去解讀美國是如何通過強化美國緊急狀態國家的觀念，將香港國安法問題化，並就國家安全問題發起針對中國的法律戰的。

本書結構

基於本書作者閱讀範圍及理解所及，本書主文寫作選取三個與香港基本法和國安法產生關聯的重要時間點或者時間段，並以這三個時間上的點與段展開思考與評析：第一是 1987 至 1990 年，在香港基本法完成起草及公布之際，美國憲法二百周年，美國《1947 年國家安全法》四十周年。本部分寫作關注的重心在於，通過對於美國學術界在其《1947 年國家安全法》四十周年之際所形成的反思與重建運動，分析與解讀美國國家安全憲法（「大國安法」模式）的規範構成；第二是 1997 年，在香港回歸祖國之時，美國《1947 年國家安全法》五十周年。這一部分寫作關注的重點在於美國國家安全國家的歷史源起、制度構成與意義，在於解讀冷戰、帝王式總統權力與自由憲政主義衰落三者之間的聯繫；第三是 2020 年，香港國安法頒布生效與「針對中國」的美國緊急狀態國家的形成，關注的重點在於美國國安法當下的實踐與未來對香港國安法的影響。基於上述歷史分期，本書寫作共包括五章，具體結構如下文所示。

第一章：導論 本章介紹本書之寫作宗旨、研究基本思路與文章結構。簡言之，本書之寫作，有志於矯正目前關於國安法認識上的褊狹，填補國家安全比較法上的一些知識空缺，並促進放寬理解與認識香港國安法的憲法視野。有鑒於美國國家安全法學作為一個學科體系是既已確立與成熟的，因而比較上的研究解讀不僅是必要的，也是可行的。本書之寫作，主要介紹美國國家安全法學中核心的理論觀念與重要語彙，目的在於為比較研究美國國安法提供一個總體的可比較的知識框架，期待能夠些許有助於增進國安法的比較研究。

第二章：美國國家安全憲法：「大國家安全法」模式及其意義 本章希望就「國家安全憲法」這一概念作出進一步介紹，希望通過這一學術上的努力，能夠有助於民眾將對香港國安法的認識放在更寬闊的憲法視野中。按照美國學者的定義與解讀（例如 Koh, 1990:68）：美國憲法文本（Constitution）系統內明確存在着國家安全憲法，並為美國外交政策制定進程提供規範上的指引。我們可以視之為規制美國國家安全政策與實踐的一套公法規範體系。從理論上看，美國國家安全憲法由三個層面構成：第一個層面是憲法文本上的相關規定。第二個層面的主要內容是框架性法律，但總統行政命令（executive orders）及聯邦行政法規（federal regulations）日益佔據同樣重要的位置。第三個層面是以國家安全判例法和以非正式法律實踐為基礎形成的國家安全習慣法（customary national security law）。本章主要介紹與香港基本法和香港國安法有直接啟發意義的國家安全憲法觀念、國會框架性法律、國家安全判例法，以及國家安全憲法的效力等內容。

第二章共分五個部分。第一部分介紹美國國家安全憲法的基本構成與核心原則。對於香港的國家安全立法而言，我們自香港基本法公布之始就已經有一個比較成熟的美國國家安全法律範式可以進行研究與借鑒。因而，由於國安法的美國範式的

存在，我們自一開始就能夠確立香港基本法、香港國安法與美國國家安全法律的比較研究的基礎。第二、第三部分具體分析美國國家安全憲法構成中的兩個重要而且內容豐富的層面：國會框架性法律與最高法院框架性判例。在國會框架性法律方面，在第二部分，我會把這方面的討論首先奠基在關於美國國會國家安全立法的簡單統計分析上面。事實上，美國國會不僅就國家安全持續進行立法，而且是非常頻繁地進行立法。因為美國國會國家安全立法的頻繁與細密，因而產生出「大國安法」與「小國安法」的概念。前者代表着美國涉及國家安全立法的各個層面的總和，也即廣義上的國家安全憲法；後者即直接以「國家安全」為名的立法。不過，在美國，「小國安法」至少也包括了《1947年國家安全法》、1950年的《國內安全法》、2002年的《國土安全法》。僅僅從數量與分類上比較來看，香港國安法明顯是小於美國「小國安法」的國家安全立法。

在第二部分，通過具體「大國安法」的規範體系的分析，我們可以看到在內容上，香港國安法的相關罪名的規定均已包括在美國內容寬泛而技術細密的框架性法律之中。因此，在對美國國會框架性法律的內涵與構成稍有比較的了解之後，我們就會明白香港國安法只會是香港就國家安全立法的一個開始，未來一定會有後續立法的需要的。也就說，香港的國家安全立法未來遇到的問題，不僅是個數量問題，更會是品質問題。之所以有這一看法，根本的理由就是，國家安全憲法本身的構成不僅是寬泛的，而且是影響重大的。無論如何，凡是相關的立法，都會涉及到數量與品質上的均衡與妥當。反過來說，僅僅因為數量上的存在而批評國家安全立法，至少從比較憲法的觀點來看，是缺乏合理與合法的依據的。

第三部分介紹美國聯邦最高法院的框架性判例，即國家安全判例法。自911事件之後，美國國家安全發展的重心似乎有向反恐傾斜的趨勢，但從國家安全判例法的角度來看，代表這一

時期美國反恐運動所產生的人身保護令案件，卻並不能代表美國國家安全判例法的主要特徵。也就是說，美國進入二十一世紀頭十年看似激烈的人身保護訴訟案件只是美國國家安全判例法發展的例外。按照美國學者的觀點（如參見 Corn et al., 2021: 125–194），構成美國國家安全判例法的標誌性判例是 *Curtiss-Wright* (1936)、*Youngstown* (1952)、*Dames & Moore* (1981) 三個案件構成的判例法體系。它的核心內容是關於國會與總統權力的分工與配合，也即如何促進國家安全憲法核心準則的實現，達成在國家安全問題上的均衡制度參與。

第四部分以 2021 年美國國會彈劾特朗普一案解讀美國國家安全憲法的效力。總體上來看，美國國家安全憲法不僅在理論與規範上是寬泛而細密的，在實踐的層面，美國已經形成非常強大的國家安全法律傳統。也是在這一個意義上，我們看到經常以國家安全的名義推進其政策目標的美國前總統特朗普，最終卻以涉嫌危害國家安全而遭到彈劾。也就是說，美國國家安全法律的效力，不論對內還是對外，都是非常強大的。

第五部分為結論，重點在於提示，在未來關於香港國安法的研究方面，美國國家安全憲法與國家安全法學的確立與發展經驗可以作為我們進行比較研究的範式。不僅如此，這一範式自始就可以為香港就國家安全立法提供豐富的可以借鑒的理念與框架，但很可惜這一範式卻一開始被忽略了。無論如何，現在是時候應該認真對待國安法的比較研究了。

第三章：美國國家安全國家：帝王式總統與國家安全主義的興起 本章將分為五個部分進行論述。第一部分簡要介紹英美憲法理論中的「雙面政府」的觀念。這一觀念可以作為認識美國國家安全國家之必要而適當的理論依據。第二部分講述美國「國家安全國家」的語義及歷史起源。第三部分側重分析國家安全國家在美國的制度化與強化的基本理由，並講解美國《1947 年國家安全法》頒布生效所產生的重大而持續的制度

意義。第四與第五部分側重講述由於美國國家安全國家的發展與強化而對美國憲制結構所帶來的兩個重大憲法挑戰：失控的（runaway）帝王式總統與自由憲政主義的衰落。第六部分做一個簡單的結論。總體上來看，美國因為國家安全國家（去尊嚴化的雙面政府）和極端主義總統（帝王式總統）的強化，與自由憲政主義的衰落（國家安全主義的興起），現在已經開始弱化美國作為自由憲政主義領袖的堅持，並轉而強化國家安全作為替代自由憲政主義的新冷戰意識形態。美國似乎又回到了杜魯門時代的緊張時期。畢竟，國家安全國家之產生正是因為美國確立冷戰對手並形成冷戰戰略與制度的結果。美國現在似乎試圖為回到那個冷戰的時代尋找製造對手的途徑、策略與方法。

第四章：美國緊急狀態國家：「針對中國」與「永久的國家緊急狀態」問題 本章分為五個主要部分，第一部分介紹最近美國學術界與政界都十分熱衷討論的美國國家緊急狀態常態化的問題。本部分寫作所依靠的主要資料來自於美國國會研究服務處最新的調研報告。第二部分分析自 1970 年代以來，美國戰後國家安全國家的發展如何憑藉兩部涉及國家緊急狀態的立法及其實施逐步形成緊急狀態國家。第三部分分析紐約大學 Brennan Center for Justice 的研究報告，重點關注美國緊急狀態國家存在下的行政擴權與無關國家安全的國家安全國家的問題。第四部分介紹美國學術界對緊急狀態國家是如何提供正當性的論證。緊急憲政主義與必要性原則是值得我們注意的關於美國緊急狀態國家正當性論證的兩個基本內容。第五部分論述美國緊急狀態國家為何成為我們研究香港國安法的一個不可或缺的外部視角。這裏基本的理由就是 2020 版美國「針對中國」的緊急狀態國家的形成與持續發生影響。本章最後提供一個簡單的結論，並再次強調本章的基本論點，即我們需要放開研究香港國安法的視野，美國緊急狀態國家是其中一個不可迴避的比較研究視角。

第五章：放寬香港國安法的憲法視野：比較國家安全法的一個整體觀點 本章通過概括美國國安法上的一般特徵，為放寬香港國安法的憲法視野，提供一個可以比較借鑒的基本思路。從總體上來看，美國國安法在規範、制度與實踐（功能）三個層面的代表性特徵，可以概括為規範上的「大國安法」模式（國家安全憲法）、制度上的國家安全國家（雙面政府），以及實踐上的緊急狀態國家（國家安全主義）。關於美國國安法的比較研究，這三個方面可以提供一個宏觀的知識框架。關於香港國安法的研究，可以從這三個方面進行整體與具體的認知、評價與作出發展趨勢上的前瞻性判斷。

具體而言，美國國安法的一般特徵可以概括為：第一，「大國安法」模式，即追求以權力共享（而非權力分立）和均衡制度參與為國家安全憲法的核心原則，以國會框架性法律、總統行政命令，以及最高法院框架性判例為主體所形成的規範體系。美國「大國安法」的基本精神是憲法國家主義（constitutional nationalism，也有學者譯為憲法民族主義）。由此，美國學者所強調的以有效性為目標的國家安全習慣法會成為美國「大國安法」發生規範效力的重要的第四個構成部分。第二，從制度上來看，美國國家安全制度體系發展日漸完備的一個明確的結果，就是美國國家安全國家的產生與強化。在此進程中，冷戰立法（《1947年國家安全法》）、極端主義總統與國家安全主義的興起（自由憲政主義的衰落）都是二戰以來美國杜魯門國家安全體系確立後所產生的結果。第三，從實踐上來看，美國緊急狀態國家是美國極端主義總統為追求最有效的功能體系（緊急憲政主義）而產生的「永久的」在全國範圍內的緊急狀態，以及由此帶來的國家安全規範體系上的變化，即以 IEEPA 與 NEA 為核心的「大國安法」模式，取代以《1947年國家安全法》為核心的「小國安法」模式。作為結果，「針對中國」的美國緊急狀態國家的形成，香港國安法成為「針對中國」的

美國國家安全戰略中重要的一部分。因而，對於香港國安法的比較研究，若將關注中心仍然停留在美國《1947年國家安全法》的規範比較上面，會是令人誤解的。

放在比較國安法的視野中，對於香港國安法的研究而言，我們可能需要注意思考尊嚴與有效的規範與制度體系如何在香港建構，也即制度設計與準備的最優化，同時又要注意實踐上的功能與效果。總而言之，我們需要認真對待國安法在香港的比較研究，這會影響到中國「一國兩制」制度體系的近期與長遠的未來，持續影響到香港的穩定與繁榮。香港國安法不僅關係到我們如何思考香港「一國兩制」的未來（劉兆佳，2020），亦深刻影響到中國整個國家的未來，因而，我們需要認真對待國安法，同樣需要認真對待國家安全比較法。長遠看來，香港基本法與香港國安法（重建基本法附件）未來會在香港強化國家主義憲制結構，這符合比較法上的國家安全憲法理論，這也會是「一國兩制」的憲制體系長遠的發展趨勢。