

論《維護國家安全法》煽動叛亂罪對言論自由的保護

郭 晶*

2009年3月3日，澳門《維護國家安全法》(以下簡稱國安法)正式生效。國安法是根據《中華人民共和國澳門特別行政區政府基本法》(以下簡稱基本法)第23條制定的，旨在禁止和懲治危害國家安全的犯罪。國安法主要規定了五種危害國家安全的行為，即叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府、煽動叛亂和竊取國家機密。其中有關煽動叛亂罪的規定一經諮詢就受到了廣泛關注，一時間贊成、反對的聲音紛至沓來，社會各界就如何確定煽動叛亂罪的界限，煽動叛亂罪的規定是否會導致“以言入罪”，“煽動叛亂”是否概念危險存在立法灰色地帶等問題展開了激烈的討論。針對這些問題，本文將圍繞煽動叛亂罪的構成要件，通過對煽動叛亂罪構成要件的分析，界定國安法第4條煽動叛亂罪的界限，嘗試回答國安法有關煽動叛亂罪的規定是否符合法律保留原則和比例原則，是否做到了對言論自由的限制之限制，是否能夠實現維護國家安全與保護言論自由的辯證統一等問題。

一、煽動叛亂罪是基本法權利刑法保護的必然要求

(一) 基本法權利的實現必須依靠刑法的支撐

基本法作為澳門特別行政區的憲制性法律，對澳門居民的基本權利做了詳細規定。然而由於基本法採取的是授權性規定的形式，所以對基本權利的規定僅僅只限於一種宣言式的宣告，缺乏強硬的制裁性的保護措施。¹ 如果這種對公民基本權利的授權僅僅止步於基本法的條文之中，那麼基本權利就會成爲一紙空談。因而，要實現基本法對澳門居民基本權利的保護必須依賴於其他部門法的支撐，刑法無疑首當其衝。刑法作為公民權利的大憲章，它的一個基本機能就是實現對憲法權利的保護。刑法通過使侵害公民基本權利的犯罪分子承擔刑事責任並受到刑罰制裁的方法來保護社會中的重要法益，對公民基本權利起到有效地間接保護作用。

(二) 言論自由是基本法規定的一項重要人權

言論自由，是指人們通過口頭或書面的方式交流思想、表達意見、傳播資訊、教授知識等不受非法干涉、約束或懲罰的自由。言論自由是現代法治社會所公認的一項重要人權，它對發現真理、啓迪智慧、推進民主都具有極其重要的價值，被譽爲公民的“第一權利”。基本法也明確規定了言論自由這項基本人權。根據基本法第27條的規定：“澳門居民享有言論、新聞、出版的自由。”然而，就像上文論述的，對言論自由的保護不能停留在基本法第27條之中，要實現基本法對公民言論自由權利的保護，刑法應當起到不可替代的作用。

(三) 煽動叛亂罪是刑法對言論自由間接保護的產物

刑法對憲法權利的保護有直接保護和間接保護兩種模式。其中，國安法對言論自由保護的模式即爲間接保護的模式，也就是以消極否定的方式，對濫用言論自由權利的行爲科處刑罰，從而間接實現對言論自由權利的保護。² 因爲，權利不能絕對化，一旦權利絕對化，勢必造成權利的濫用，而最終導致社會的混亂。言論自由也不例外，言論自由權利被濫用的必然結果只能是對國家安全、公共秩序、他人名譽權、隱私權的侵犯。煽動叛亂罪，正是禁止濫用言論自由對國家安全構成侵犯和威脅的行爲。煽動叛亂罪所保護的法益爲：國家安全，即國家的主權、領土完整和安全。國家主權是國家獨立的主要標誌，是指國家自主處理本國事務的權力。領土完整，是指屬於本國的領土不容分割或侵佔。安全，是指除國家主權、領土完整以外的關係到中華人民共和國的整體存在與穩定發展的因素。之所以要禁止危害國家安全的煽動叛亂行爲，原因是明顯的，因爲任何憲法權利的實現以國家的存在爲前提。世界上沒有一個政府，允許用言論煽動民眾用暴力或其他嚴重手段推翻現存的政治體制和法律體系。如果法律容許公民用言論去煽動叛國、分裂國家、或顛覆政府，必將導致國家陷入無休止的動亂。國將不國之時，又何來言論自由的保障呢？因此，

* 澳門大學法學院博士研究生

規定煽動叛亂罪，通過對侵犯國家安全的言論自由進行限制來實現對言論自由的間接保護，是不可避免的。

(四) 煽動叛亂罪對言論自由的限制必須符合法律保留原則與比例原則

雖然煽動叛亂罪對言論自由的限制是必要的，但是同時又是危險的。運用刑法來禁止煽動叛亂的言論是一把“雙刃劍”。處理得好，就能禁止言論自由的濫用，起到間接保護言論自由的目的；處理不好，超過了必要限度，就是國家公權力對公民言論自由權利的直接侵害，與刑法對言論自由間接保護的初衷相違背，也不符合民主和法治的要求。因此，刑法禁止煽動叛亂的言論必須被控制在必要的範圍之內，即做到言論自由的限制之限制。要做到對言論自由的限制之限制，筆者認為必須符合法律保留原則和比例原則。

1. 法律保留原則

法律保留原則，是指對人民基本權利的侵犯，必須依法方得為之。也就是，只有經過立法者同意並且行諸法律後，國家才可以限制人民之權利。³ 法律保留原則的具體化之一就是刑法領域的罪刑法定原則，即“無法律規定無罪，無法律規定不罰”。因此，國安法的立法正是罪刑法定原則的根本要求。澳門政府立國安法就是用法律公開、明確地禁止非法的危害國家安全的表達行為，讓公民有法可依，進而可以依法規範自己的言行。因此，立法本身就是對法律保留原則的遵循和反映。

2. 比例原則

比例原則，又稱均衡原則，是指一個措施雖然是實現目的必要的，但是不可以給予人民過度負擔。⁴ 即法律所追求的目的和所適用的方法、採用的手段之間必須成比例。在我們這個具體的情況之中，法律所追求的目的是禁止濫用言論自由危害國家安全的行為，從而間接地保護言論自由，實現維護國家安全與保護言論自由的辯證統一。法律所採用的手段是國安法第4條煽動叛亂罪。如何確定此手段與目的之間是否符合比例原則，則必須依賴於對煽動叛亂罪構成要件的詳細分析。下面筆者將圍繞國安法第4條煽動叛亂罪的主客觀構成要件展開詳細論述。

二、煽動叛亂罪的主觀構成要件

本罪的主體為一般主體，即年滿16歲的具有刑事責任能力的人。跟叛國罪不同，無論是中國公民或外國人(包括無國籍人)，無論是澳門居民或非澳門居民，均可成為煽動叛亂罪的主體。

本罪的主觀方面只能是故意，並且是直接故意，即行為人明知自己的行為會達到煽動他人實施叛國、分裂國家或顛覆中央政府等行為的後果，並且希望和追求這種結果的發生。行為人所進行的煽動行為必須以煽動不特定多數人實行叛國、分裂國家或顛覆中央

政府的行為為特定目的，是目的犯。目的犯中的“目的”表現為兩種情形：一是刑法分則明文規定的目的；二是刑法分則雖無明文規定，但根據條文對客觀構成要件的表述以及條文之間的關係，所確定的為成立犯罪所必須具備的目的。國安法第4條的煽動叛亂行為就屬於第二種情形，即條文本身雖未標明“以煽動他人實施叛國、分裂國家、顛覆中央政府行為為目的”，但是其目的已經隱含在構成要件所要求的“煽動”行為中。煽動這種行為本身就是以教唆、慫恿他人產生實施犯罪行為決意為明確目的的，不可能放任。因此煽動叛亂的行為只能是直接故意構成。

三、煽動叛亂罪的客觀構成要件

煽動叛亂罪的客觀方面表現為兩種形式，第一種為公然和直接煽動他人實施叛國、分裂國家、或顛覆中央人民政府的行為的。⁵ 其行為內容表現為：

(一) 行為人實施了煽動行為

“煽動”是指對不特定人或多數人實施的，使其產生叛國、分裂國家或顛覆中央人民政府的犯罪決意，或者刺激、助長其已產生的叛國、分裂國家或顛覆中央人民政府的犯罪決意的行為。煽動行為包括口頭、書面及其他方式。具體而言，煽動的表現形式有：當眾發表演說，書寫、張貼標語，製作、散發傳單及非法出版物，等等。利用網絡發佈煽動言論，教唆慫恿不特定人或多數人實施叛國、分裂國家、或顛覆中央人民政府的行為的，同樣可以構成煽動叛亂罪。⁶

“煽動”，《辭海》解釋曰：“慫恿，鼓動”；《現代漢語大辭典》解釋為：“鼓動(別人去做壞事或不應該做的事)”。如上文提到的，煽動的形式可以是語言的形式(如發表演講)，也可以是用文字的形式(如書寫、張貼、散發標語、傳單，印刷、散發書畫、非法刊物，投寄、擴散書信，等等)。⁷ 這種通過語言或文字形式進行的犯罪即為言論類犯罪。然而言論究竟能否構成犯罪呢？要回答這個問題即要解決言論是否行為的爭論。

1. 言論是否行為

“任何人不因思想受處罰”是古老的羅馬格言。作為現代所有法治國家的共識，只有行為才是法律規制的對象，才能在刑法中對之進行犯罪判斷。那麼言論究竟是單純的思想還是現實的行為，就成為了決定言論是否具有刑法上的意義，是否可以構成刑法上的犯罪的關鍵。對於言論是否行為這個問題，主要有以下三種不同觀點：①認為言論是行為，是主觀見諸於客觀的東西；②認為言論不是行為，言論原則上不可罰；③認為言論本身不是行為，發表演論的舉動才是行為。⁸

根據第一種觀點言論即是行為，該觀點認為言論是指發表談話、書寫文章等，廣義地說還包括圖畫。

因此它們都是主觀見諸於客觀的東西，具備行為的事實特徵。至於言論是否屬於危害行為要具體分析，關鍵是看其言論是否具有對客觀外界發生某種作用和影響的性質。如果某人發表言論或書寫文字，是作為實現自己犯罪的手段，具有廣泛傳播和影響他人的性質，則就具有社會危害性，構成危害行為，甚至犯罪。筆者同意該觀點，該觀點也是大陸法系刑法理論的正統觀點。行為，是指由人的意識所支配而實施的表現於外部的具有一定意義的身體動靜。言論雖然是一定思想、想法的語言或文字性質的表達，但是言論並不僅僅是行為人內心的精神活動，它已經通過發言、寫文章等身體動靜外部化了，它不僅是對行為人意識的反應，還能對外部發生影響，具有社會意義，因此言論具有行為的一切要素，言論就是行為。

第二種觀點為言論一行為二分法，即言論不是行為。認為言論只是一種思想，任何人不應因思想受罰。我們說，這種觀點是值得商榷的，兩點理由。首先，將言論等同於思想顯然是不合理的，兩者有着明顯的區別。思想是觀念的存在，而言論則是表達思想的行為。言論不同於思想，它不僅僅是行為人內心的精神活動，它已經通過發言、寫文章等身體動靜外部化了，不僅能被客觀世界所感知和理解，也能對客觀世界造成影響，因此言論應當是行為，而不是思想。其次，言論一行為二分法會陷入無法認定煽動、誹謗、侮辱、淫穢等言論的尷尬境地，造成“侮辱、誹謗言論不是言論”的悖論。如果言論不是行為，那麼如何解釋世界各國刑法均有禁止侮辱、誹謗他人言論的規定？一種解釋認為，同時也是美國的做法，煽動、誹謗、侮辱、淫穢等言論因為不具有社會價值甚至對社會有害，所以不被看作言論，是“非言論”。⁹我們說這種解釋顯然是不能成立的。侮辱、淫穢的言論，同樣是通過發表談話或書寫文字的方式表達自己，完全符合言論的定義，毫無疑問是言論。這種“侮辱、淫穢言論不是言論”的悖論就跟“白馬非馬”一樣無稽、可笑。這種把價值判斷放在概念確定之前的做法，不僅是為保護而保護，不符合認識事物的規律，也必將導致“白馬非馬”的可笑結果。

第三種觀點認為言論本身不是行為，發表言論的舉動才是行為。發表演論行為中的言論，實質上是行為的工具或手段，如同殺人行為使用的刀槍棍棒。持該種觀點的人，通常引用孟德斯鳩關於言語和行為關係的一段具有經典性意義的論述，即：“言語要和行為結合起來才能具有該行為的性質”。言語只有在準備犯罪行為、伴隨犯罪行為或追從犯罪行為時，才構成犯罪。依筆者所見，該觀點下的“言論”與前兩種觀點中的“言論”具有不同的內涵。雖然同是使用“言論”這一概念，但是含義不同。前兩種觀點把言論作為動詞來使用，即所謂言論就是將內心的思想、意見、情感等通過口頭或者書面等形式表現於外部的身體動靜。而第三種觀點則是取的言論作為名詞的意義，把言論視為靜態的通過口頭或書面的形式用以表

達思想、情感的媒介物，所以才會得出言論不是行為的論斷，有將“言論”與“言語”進行概念偷換之嫌。並且孟德斯鳩也闡明了“一個人到公眾場所鼓動人們造反”就是犯罪，是將言論與行為結合起來了。所以究其本質，這種觀點是跟第一種觀點並沒有區別，只是角度不同而已。在本文中，言論取動詞的含義，因為如果言論僅僅指靜態的語言或文字等媒介，不如直接使用“語言或文字”等表述更直接明確。

綜上所述，筆者認為言論是行為，且可以構成犯罪。煽動叛亂行為通過言論的方式，對不特定多數人產生影響，對國家安全構成威脅，應當受到刑法責難。

2. 言論是否可以具有危害性

言論是否能產生危害，這個問題的答案顯然是肯定的。言論由於是主觀見諸於客觀的行為，它對外化客觀世界完全能夠造成不良影響。例如，誹謗行為就是行為人通過言論侵害被誹謗人的名譽和人格尊嚴，對他人的人格和名譽權利造成侵害，引起不良的社會影響。

回歸到澳門法律，我們也不難發現其中不乏關於言論類犯罪的規定。例如《澳門刑法典》第174條規定了誹謗罪，第175條規定了侮辱罪，第286條規定了公然教唆犯罪。煽動犯罪更是為數不少，例如《澳門刑法典》第229條規定了煽動戰爭罪、第231條規定了煽動滅絕種族罪，第298條規定了煽動以暴力變更已確立之制度罪，《反恐法》第8條規定了煽動他人作出恐怖組織或團體的活動罪等，這些規定都是對言論可造成現實危害並應受到刑法責難的佐證。

以上兩點探討正好可以駁斥草案諮詢期間一些人士提出的國安法煽動叛亂罪是“以言入罪”，嚴重危害人權的論調。首先，言論是行為，是可以構成犯罪的，各國刑法均有以言論為處罰對象的規定，即“言可入罪”。其次，言論可以具有危害性，一些不符事實的危言聳聽是可以對他人或者社會的權益造成侵害的，應當受到限制，即“危言應入罪”。其實，“以言入罪”中的“言”與上文中關於言論行為關係討論的第三種觀點一樣，取的是“言”的名詞之意，也就是按照語言和文字來理解，並不是按照動詞來解，有偷換概念的嫌疑。其目的是為了混淆視聽，阻撓國安法的立法工作。

(二) 行為人必須是“公然和直接”地實施了煽動行為

根據國安法，煽動叛亂行為要求行為人不僅實施煽動行為，還必須是公然和直接地實施了煽動行為。有論者稱煽動叛亂一罪，條文的定義不清，含義模糊，甚麼叫“公然”，甚麼叫“直接”沒有確定的解釋，操作起來陷阱滿佈，機關重重，極易中招。¹⁰筆者認為該論斷實屬無稽之談，特區法改辦主任朱琳琳早在2008年11月6日出席諮詢會是就對“公然”和“直接”都做了解釋。根據朱琳琳主任的發言，所謂“公然”，是指該行為對不特定多數人作出，可以透過當

場、口頭或書面等不同的途徑作出這些訊息。¹¹“直接”是指行為人直言不諱地鼓動他人實施犯罪。

其實，“公然和直接”要素並不是煽動行為所固有的性質，而是法治發展的產物，是對言論自由保護的要求。回顧煽動型犯罪的發展歷史我們不難發現，歷史上煽動既可以採取公開的形式，也可以採取秘密的形式；既可以是當面直接進行煽動，也可以委託他人轉達進行間接煽動。如《禮記·王制》載：“行偽而堅，言偽而辯，學非而博，順非而澤，以疑眾，殺”。即凡是言行虛偽，煽動群眾，危害社會的，一律處以極刑。再如《唐律》對“造妖書妖言”及“傳用惑眾”等煽動型犯罪規定處以絞刑。

然而隨着法治的進步，言論自由作為一項基本人權越來越受到重視和保護，《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》、《歐洲人權公約》等國際公約均規定言論自由是一項基本人權，必須受到保護，對言論自由的限制必須由法律明確規定。除此之外，基本法第三章“居民的基本權利和自由”，也寫入了言論自由。

但是，正如澳門大學法學院駱偉建教授所說：“權利不是毫無邊際的”，言論自由也應當受到法律限制。¹²《公民權利和政治權利國際公約》第19條有關言論自由中第3款也列明瞭可以對言論自由進行限制的情形，即(甲)尊重他人的權利或名譽和(乙)保障國家安全或公共秩序，公共衛生或道德。前者即侮辱、誹謗他人的言論應當受到禁止；後者是煽動他人實施危害國家安全，破壞國家統一、領土完整，侵害國家主權的言論應當受到禁止。

由此可見，如何平衡禁止煽動叛亂與言論自由，如何劃分兩者的界限就變得至關重要。如何做到既保護澳門居民的言論自由，又禁止危害國家安全的煽動叛亂言論，就是我們要追求的目的。筆者認為，“公然和直接”這兩個要素能夠起到平衡禁止煽動叛亂與保護言論自由的作用，即做到言論自由的“限制之限制”。首先，“公然和直接”要素是比美國“明顯與當前的威脅原則”¹³更明確、更具操作性、更符合澳門屬於大陸法系的歷史現實。其次，“公然和直接”的規定參考了《約翰尼斯堡原則》第6條，且比第6條“即時的暴力”原則更為邏輯、更為嚴謹、可執行性更高。

1. “公然和直接”與美國“明顯與當前的威脅原則”

美國“明顯與當前的威脅原則”，是在1919年“申克訴合眾國案”中由著名的最高法院霍姆斯大法官提出的。當時正值第一次世界大戰期間，申克與其友人共同向應徵男子散發反對徵兵的傳單，抵制徵兵。這種言論被當局認為企圖在軍隊中引起反抗情緒，妨礙了國會募集軍隊的權力，並根據1917年的《反間諜法案》對其提出控訴。聯邦最高法院在審理此案時，全體一致認為申克有罪，並由首席大法官霍姆斯提出“明顯與當前的威脅原則”，在判決中他寫道：

“每一種行為的性質取決於行為作出時的情形。即使對言論自由最嚴格的保護，也不會保護一人在劇院裏謊報火災而造成一場恐慌。一切與言論自由有關的訴訟案件，其問題是言論是否被用在如此場合，以致將造成明顯與當前的威脅，並造成國會有權禁止的實質性危害。這是一個程度問題。”

該原則在1927年的“惠尼特訴加利福尼亞案”被另一位布蘭代斯大法官發揚光大，他提出一項對危險檢驗的說明。布蘭代斯說，政府要壓制言論，“就必須有合理的依據，認為所說的危險是緊迫的，必須有可能對國家造成嚴重危險。並且，言論不能被拒之於保護之外。”

將國安法第4條煽動叛亂中“公然和直接”兩要素與美國“明顯與當前的威脅原則”相比較，不難發現前者比後者更明確、更具操作性、更符合澳門屬於大陸法系的立法實際。主要表現在以下三方面：

(1) “明顯的”、“當前的”兩個檢驗標準很難界定

“明顯的”、“當前的”是對煽動言論危害國家安全程度的表述，而“公然”和“直接”則是對煽動行為的方式進行的描述。這類程度表述看似範圍窄，但是難於把握。我們不禁要問，甚麼情況下可以說對國家安全構成了“明顯的”威脅？甚麼條件又滿足“當前的”威脅？這些問題都很難判斷。相反，“公然”和“直接”就明確地多了。對不特定多數人，通過當場的發言的方式，或者通過書面成文的形式，公開發表煽動叛亂的言論，就構成“公然”；對他人直言不諱地鼓動其實施國安法第1、2、3條行為的，就構成“直接”。

(2) 標準過於原則化，不符合大陸法系成文立法明確、可操作的要求

霍姆斯大法官提出“明顯及當前的威脅原則”是立足於美國屬於普通法系的現實背景的。因為在普通法系的司法體系之下，法官根據遵循先例的原則對案件進行裁判，有較大的自由裁量權，當一個案件呈現在法官面前時，法官可以根據該案件的具體情況來判斷是否符合“明顯與當前的威脅原則”，是否構成犯罪。而這與大陸法系成文法國家的立法習慣不符，大陸法系國家法官的自由裁量權較小，主要依靠成文法判案。這就要求法律明確、具有可操作性。“公然和直接”這兩個要素就具有濃烈的大陸法系色彩，既明確又具操作性，有效地將煽動叛亂的言論限制在了一個很小的範圍，是立足於澳門屬於大陸法系的歷史現實，並廣泛參考和吸收了當代民主憲政國家對言論自由保護精神的一次自主創新的立法實踐。

(3) “申克案”的情節比國安法煽動叛亂罪規定的情節明顯輕微

“明顯與當前的威脅原則”是一個程度的判斷標準，要理解“度”的問題不可以脫離具體的環境和情形。讓我們來看看美國法官認為何種行為對國家安全構成了明顯與當前的威脅。在“申克訴合眾國案”

中，申克在戰時散發抵制徵兵的傳單，即被聯邦最高法院的法官一致認為對國家安全構成明顯與當前的威脅。如果說散發抵制徵兵的傳單即對國家安全構成了明顯與當前的威脅，那麼煽動受眾直接實施叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府的行為毫無疑問對國家安全更加構成了明顯與當前的威脅，更應當受到刑法禁止。

綜上所述，“公然和直接”要素是比美國的“明顯與當前的威脅原則”更為明確、更具可操作性，範圍窄，做到了對言論自由的限制之限制，是立足於澳門屬於大陸法系的歷史現實，並廣泛參考和吸收了當代民主憲政國家對言論自由保護精神的一次自主創新的立法實踐。

2. “公然和直接”與《約翰尼斯堡原則》之“即時暴力”

《約翰尼斯堡原則》，全稱“約翰尼斯堡關於國家安全、表達自由和獲取資訊自由原則”，是由一些在國際法、國家安全與人權保障等領域卓有成就的專家自發起草並通過的一份宣言。由於《約翰尼斯堡原則》僅僅是一些法律專家的意見，並沒有形成國際條約或國際慣例，因此對各國各地區無拘束力。儘管如此，國安法的立法還是較大程度上的採納了《約翰尼斯堡原則》的規定的，“公然和直接”要素的加入就是一個例子。正如理工學院研究員譚濤學者所說，國安法草案第5條禁止煽動叛亂行為中規定的“公然及直接”要件(後被修訂為“第4條煽動叛亂中的‘公然和直接’要件”)，事實上就是對《約翰尼斯堡原則》第6項原則規定的“直接且即時”中“直接原則”的肯定和確認。¹⁴

然而，立法議員吳國昌卻不同意該觀點，他認為煽動含義不明確，建議參照《約翰尼斯堡原則》第6項原則，必須能證明行為人意圖即時引發叛亂，且有具體實在的危險，才可入罪。¹⁵我們說這種觀點是值得商榷的，是對《約翰尼斯堡原則》的盲目推崇，而沒有認真分析《約翰尼斯堡原則》第6項原則是否具有可行性和必要性。

第6項原則規定，政府只可以在證明有下述情況存在，言論才可以被視為危及國家安全而予以懲罰。這些情況包括：(1)言論有意引發即時暴力；(2)言論有可能引發即時暴力；以及(3)有關言論與暴力事件或可能發生的暴力兩者之間有直接和即時的聯繫。

我們認為，上述第6項原則是不必要的狹窄。首先，煽動除暴力以外手段危害國家安全的也應當受到禁止。這是與國際人權準則相符的，也受到了其他國家司法實踐的證實。事實上，除暴力以外的其他手段也同樣會威脅到國家安全的合法利益，例如①破壞一國國防電腦系統；②使用生化武器；③戰爭期間為敵國做廣播宣傳等。第6項原則限制對這些暴力以外手段的禁止，是不合理的。其次，第6項原則訂明，除非煽動者的動機是煽動別人即時使用暴力，否則不應視為威脅國家安全而予以懲處。這樣規定至少有三

個不合理的理由：第一，故意煽動他人犯罪的，不應該因煽動行為會引起即時暴力還是過一段時間的暴力而有區分。一般性的煽動犯罪不作此區分，煽動叛亂行為同樣不應該做這種區分。第二，“即時”的概念模糊不清，很難有一個標準來判斷。第三，“引發即時暴力”的規定不合邏輯。如果一個國家發現有分裂組織在煽動民眾叛亂，難道國家不可以基於國家安全的合法利益立即禁止該煽動行為？難道只能給該組織時間來煽動、籌備叛亂，直到該組織煽動叛亂達到一觸即發也就是“即時”的狀態？綜合這三點理由，我們說《約翰尼斯堡原則》第6項不合理地限制了國家基於國家安全對表達自由進行限制的權力，不具有合理性和邏輯性，可以不予適用。既然第6項原則的合理性受到質疑，那麼國安法第4條違反了第6項原則的論斷也就不攻自破，失去了意義。

總而言之，《約翰尼斯堡原則》“即時的暴力”原則並不具有合理性和邏輯性，不如國安法規定的“公然和直接”要素嚴謹、準確、可執行。

綜上所述，筆者認為“公然和直接”這兩個要素能夠有效平衡維護國家安全與保障言論自由，是對言論自由的限制控制在相當小的範圍內，符合比例原則，是對言論自由的限制之限制。它既比美國“明顯與當前的威脅原則”明確、可操作，又參考了《約翰尼斯堡原則》第6條，且比第6條“即時的暴力”原則，更為邏輯，更為嚴謹，可執行性更高。

(三) 行為人公然和直接實施的煽動行為必須是以教唆懲惡實施“叛國”、“分裂國家”或“顛覆中央人民政府”等犯罪行為為內容的

這一點也可以表述為，煽動叛亂行為的關聯實行行為必須是叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府的一種或幾種。這一點相當重要，它是區分煽動叛亂與普通批評政府言論、區分煽動叛亂與其他煽動行為的根本標誌，也就是區分罪與非罪、此罪與他罪界限的關鍵。

首先，區分煽動叛亂與普通的批評言論，區分罪與非罪。煽動叛亂罪要求行為人鼓動懲惡不特定多數人起來實施叛國、分裂國家、或顛覆中央人民政府的犯罪行為，具體而言：第一，公然教唆或鼓動他人實施“叛國犯罪”，即鼓動他人加入外國武裝部隊械抗國家，或者引發針對國家戰爭或者武裝行動，或者在戰爭期間鼓吹他人作出資敵的行為；第二，公然和直接地鼓動他人實施“分裂國家”的犯罪，即鼓動他人使用暴力或者其他嚴重非法手段去分裂國家；第三，公然和直接地煽動他人實施“顛覆中央人民政府”的犯罪，即直接、毫無顧忌、鼓勵他人使用暴力或者其他嚴重非法手段，去推翻中央人民政府，或者強迫中央人民政府作出或不作出某一行為。¹⁶除此以外的其他批評政府的言論都不可能構成煽動叛亂。如果只是普通地在公共場合發言或者通過文字的方式批評政府某官員，或者批評政府某政策不合理，需要改革等言

論，即使是公然和直接地作出的，也不構成煽動叛亂，不可能入罪。

再者，區分煽動叛亂與其他煽動行為，區分此罪與他罪。行為人煽動的內容不同會構成不同的罪，如果行為人煽動的是上述叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府的行為則構成煽動叛亂。如果行為人煽動他人以暴力或以暴力相威脅，試圖破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度的，則根據《澳門刑法典》第 298 條定煽動以暴力變更已確立之制度罪。如果行為人煽動他人實施某一犯罪(非叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府)，如按其他法律之規定不科處更重刑罰，則根據《澳門刑法典》第 286 條處一般的“公然教唆犯罪”。

之所以煽動的內容如此重要，能夠起到區分罪與非罪，罪與他罪的作用，其根本原因是因為煽動的內容是對行為人主觀目的的反映，是行為人主觀態度的外化表現。根據大陸法系刑法理論主客觀相統一的刑事責任原則，犯罪必須具備主客觀兩方面的要素。它要求犯罪行為人客觀上實施了客觀危害行為，主觀上具有罪過。如何反映行為人主觀的罪過呢？就是憑藉行為人的客觀外化行為來體現。犯罪行為作為一種實踐活動，是在人的意識和支配下進行的，因此行為是能夠反映人的意識和心理狀態的。¹⁷ 在我們這個具體情況中，煽動行為的內容就是對行為人主觀目的的最好體現。如果行為人煽動的內容是叛國、分裂國家、或顛覆中央人民政府的行為，則其主觀目的就是為了叛國、分裂國家或顛覆中央人民政府，那麼根據主客觀相統一的刑事責任原則就應定煽動叛亂罪；如果行為人煽動的內容是以暴力或以暴力相威脅，試圖破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度，則其主觀目的就是破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度，根據主客觀相統一的刑事責任原則就應定煽動以暴力變更已確立之制度罪。

主客觀相統一的刑事責任原則在煽動叛亂罪的認定中起到至關重要的作用，必須一直貫徹。草案諮詢期間，很多論者提出的意見都是沒有貫徹主客觀相統一的刑事責任原則的，因此得出的結論也存在謬誤。例如有論者舉了這麼一個例子，“在大三巴風景區，假設有人從事一些與官方意見不同的宣傳活動，如果並沒有造成公共秩序的混亂，或者只是引起好奇的張望，與人群中可能的哄笑聲之外，並沒有引起其他明

顯的即刻傷害，那麼在這種情況之下似乎不宜以‘煽動叛亂’定罪，否則就違背基本法第 23 條的初衷。”¹⁸ 筆者認為該論斷就是不遵循大陸法系刑法主客觀相統一的刑事責任原則。“如果有人只是從事一些與官方意見不同的宣傳活動”，不是宣揚暴力叛亂，那麼該行為人的主觀目的就不是為了叛國、分裂國家或顛覆中央人民政府，而只是抒發自己與政府的不同意見，主觀上不具有煽動叛亂的故意，客觀上實施的也不是煽動叛亂的行為，而是和平的表達觀點，根據主客觀相統一原則，不構成煽動叛亂罪。而不是因為其行為沒有引起圍觀，沒有造成混亂不定煽動叛亂罪。

綜上所述，行為人的煽動言論必須以叛國、分裂國家、顛覆中央人民政府為內容，否則就不可能構成煽動叛亂，這是堅持主客觀相統一原則的必然要求。

煽動叛亂罪的客觀方面的第二種形式是公然和直接煽動中國人民解放軍駐澳門部隊的成員放棄職責或叛變的。這種形式由於爭議不多，在這裏不再贅述。

四、結語

基於上述分析，我們得出以下結論：①煽動叛亂罪是基本法權利刑法保護的必然要求，基本法對言論自由基本權利的授予，必須通過刑法加以保護。國安法煽動叛亂罪，就是通過對濫用言論自由危害國家安全的煽動叛亂言論的禁止實現對言論自由的間接保護，是憲法權利刑法保護的間接實現；②“公然與直接”兩要素是此次國安法立法工作的一個創舉，它比“明顯及當前的威脅原則”更明確、更具操作性；比《約翰尼斯堡原則》“即時暴力”更邏輯、更嚴謹，既立足於澳門屬於大陸法系的立法現實，又將煽動叛亂的言論限制在一個非常窄的範圍內，做到了言論自由的限制之限制，符合比例原則，極具科學性。③認定煽動叛亂罪一定要遵循主客觀相統一的原則，只要遵循了主客觀相統一原則，就不可能產生所謂“以言入罪”、“立法灰色地帶”的情形。總而言之，國安法煽動叛亂罪立法既符合法律保留原則，也符合比例原則，做到了對言論自由的限制之限制，最大限度地保護了言論自由。

註釋：

¹ 高銘暄、張傑：《憲法權利的刑法保護——以言論自由為例的解讀》，載於《湘潭大學學報》(哲學社會科學版)，第 30 卷，第 6 期，2006 年，第 22 頁。

² 鄭毅：《試論憲法權利的刑法保障——原理、功能和經驗》，載於《黑龍江省政法管理幹部學院學報》，第 1 期，2009 年，第 52 頁。

³ 王鐸：《表達自由及其界限》，北京：社會科學文獻出版社，2006 年，第 267 頁。

⁴ 同上註。

- 5 “公然和直接”這兩個要素的最終確定經歷了從“公然”到“公然及直接”再到“公然和直接”的演變過程。
- 6 《網上煽動叛亂屬違法》，載於《澳門日報》，2008年10月24日。
- 7 魏東、郭理蓉：《關於煽動型犯罪的幾個問題》，載於《雲南法學》，第1期，1999年，第7頁。
- 8 還有一種認為言論有時是行為有時不是行為的觀點。即認為言論並不完全都是行為，是否行為應視具體情況而定。該觀點跟第一種言論是行為的觀點只是形式上不同而不存在實質性的差別，故筆者沒有納入此觀點。
- 9 邵志擇：《表達自由：言論與行為的兩分法——從國旗案看美國最高法院的幾個原則》，載於《美國研究》，第1期，2002年，第93頁。
- 10 《煽動叛亂陷阱多易中招》，載於《新報》，2008年11月6日。
- 11 朱琳琳：《煽動叛亂條文加入[直接]要素》，載於《市民日報》，2008年11月6日。
- 12 駱偉建：《基本法與言論自由的界限》，載於《澳門日報》，2008年11月12日。
- 13 該表述還有其他說法，例如“清楚與現存的危險原則”、“明顯且即刻的危險原則”等。
- 14 譚濤：《〈約翰尼斯堡原則〉與澳門二十三條立法》，提交至澳門特區政府《維護國家安全法》(草案)介紹及諮詢網站：<http://www.safp.gov.mo/download/basiclaw23/20081114/PC0005.pdf>。
- 15 《吳國昌冀完善國安法條文》，載於《澳門日報》，2008年12月19日。
- 16 同註11。
- 17 正如恩格斯所說，“在社會歷史領域內進行活動的，全是有意識的、經過思慮或憑激情行動的、追求某種目的的人，任何事情的發生都不是沒有自覺地意圖，沒有預期的目的的。”犯罪行為當然也不例外。
- 18 李燕萍：《對〈澳門基本法〉二十三條立法的若干思考》，載於《澳門日報》，2008年11月5日。