

香港特別行政區 訴 方國珊

終院刑事上訴2017年第2號(2017年10月4日)¹

終審法院

背景

上訴人獲准進入立法會綜合大樓會議室上方的公眾席，旁聽立法會工務小組委員會為討論新界東南堆填區擴建計劃而舉行的兩次會議。第一次會議期間，上訴人脫去外套，展示印在T恤上的文字，以示抗議；又把紙製海報交給助手，由助手在分隔公眾席的玻璃幕牆後舉起展示。此舉造成擾攘，會議因而提早休會待續。第二次會議期間，上訴人和其他人在公眾席上叫喊口號，反對擴建堆填區。上訴人和其他示威者屢遭警告會被逐離場，但他們不但不予理會，反而互扣手臂抗拒驅逐。最後，會議須休會待續，並改在另一會議室重新召開，而公眾則不得旁聽。

上訴人因觸犯《規限獲准進入立法會大樓的人士及其行為的行政指令》(第382A章)(“《行政指令》”)第12(1)條²和《行政指令》第11條³而被定罪，所提出的上訴被原訟法庭駁回，但獲許可就下述具有重大而廣泛重要性的法律問題向終審法院提出上訴：

“(1) 依據《立法會(權力及特權)條例》(第382章)(“《權力及特權條例》”)第20(b)條制

定的《行政指令》第11條，是否與《基本法》第27條和《人權法案》第16條所保證的言論自由的原則相抵觸，因而令第11條違憲？

(2) 《行政指令》第12(1)條亦有同一問題。”

爭議點

終審法院認為，上述獲許可的問題帶出以下爭議點，須在本上訴案中作出裁決：

- (i) 本案是否涉及發表自由的權利(“有關權利不適用”的論點)；
- (ii) 法院應否避免干預立法會規限獲准進入大樓的人士及其行為的內部規則(“不干預”的論點)；



¹ 英文判決書收錄於(2017) 20 HKCFAR 425。

² 《行政指令》第12(1)條訂明，“在記者席或公眾席上，任何人不得展示任何標誌、標語或橫幅。”

³ 《行政指令》第11條訂明，“進入會議廳範圍或在內逗留的人均須遵守秩序，並須遵從立法會人員為維持秩序而發出的任何指示。”



(iii) 《行政指令》第11條會否基於在法律上不明確和不構成“依法規定”的限制而無效(“依法規定”的論點);以及

(iv) 《行政指令》第12(1)條禁止以各種形式展示標誌、標語或橫幅,而不論其目的、性質、方式及對立法會內公共秩序的影響,此涵蓋範圍是否過於廣泛,欠缺理據支持(“全盤禁止”的論點)。

憲法條文

《基本法》第27條訂明:

“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、罷工的權利和自由。”

《基本法》第39條相關地訂明:

“(1)《公民權利和政治權利國際公約》……適用於香港的有關規定繼續有效,通過香港特區的法律予以實施。

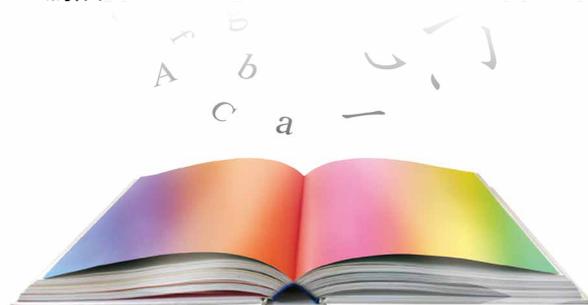
(2) 香港居民享有的權利和自由,除依法規定外不得限制,此種限制不得與本條第一款規定抵觸。”

《人權法案》第16條訂明:

“(一) 人人有保持意見不受干預之權利。

(二) 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。

(三) 本條第(二)項所載權利之行使,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。”

終審法院裁定，根據《基本法》第39條和《人權法案》第16條的合併效力，凡限制發表自由的權利，必須在法律上充分明確有關限制是“依法規定”，並且是為“尊重他人權利或名譽；或保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化所必要的”。

第一個爭論點：“有關權利不適用”的論點

答辯人的代表律師提出，包括上訴人在內的公眾人士“無權在(立法會)公眾席行使發表自由的權利”，因此“是否合憲的質疑在開始時已不能成立。”答辯人以有關尋求在私人物業內示威的裁決作類推，辯稱當中“沒有自由在任何地方發表演論”，若尋求行使發表自由權利的地點是公眾不得自由出入的政府處所，則該權利並不適用。在該類物業內根本沒有該項受保障的權利可言，因此無需探討有關限制的目的，以及該限制是否合理或相稱。

終審法院表示，駁回“有關權利不適用”的論點的主要理由有二。首先，不論是“強硬”的做法(即在所有政府擁有物業內都豁除行使發表自由的權利)，還是折中的做法(即僅在部分政府擁有物業內豁除行使該權利)，都是不能容許地尋求以業權凌駕於基本憲法權利，任由可批准公眾出入有關物業的政府機關不受約束地決定發表自

由的權利是否適用。其次，該論點完全忽略在建議的地點示威或以其他形式發表意見就是有關權利固有的一面，因此，在該地點豁除行使有關權利，可恰當地解釋為對有關權利的限制，而按照傳統的相稱原則，此限制須有理據支持。⁴

終審法院認為，考慮此問題的正確起點或傳統做法，是聚焦在該項受保障的權利，並假設該權利普遍適用，只受制於憲法上有效的限制。因此，當發表自由的權利被援引時，人們會問，事實上是否涉及該權利；若然，則需考慮以下問題：為達致某合法目的而施加的限制，是否屬於《人權法案》第16條列明的容許情況之一；若然，則該限制是否與達致該目的有合理關聯；該限制是否不超逾為達致該目的而合理所需者；以及從該項侵犯權利措施所得的社會利益與受保障的權利被侵蝕兩者之間，是否已取得合理平衡。⁵

終審法院認為，按常理很多地點都應豁除行使示威及以類似方式發表自由的權利，這些地點包括政府內部辦公室、航空交通管制塔、監獄囚室及法官內庭。⁶不過，在上述地點豁除行使有關權利的恰當基礎是，發表自由的權利可予有效限制，但法院不應接納有關權利從來不適用的推定規則。

終審法院又考慮了在私人物業內行使發表自由權利這一點。法院的初步意見是，凡涉及受保障的權利，用以確定有關進入物業行使權利的限制是否與權利相稱的傳統做法仍然適用，但須受約制，在進行相稱分析時須特別考慮關乎私人財產尤為重要的元素。該等因素須予考慮，原因是

⁴ 依循 *Tabernacle v The Secretary of State for Defence* [2009] EWCA Civ 23案和 *Mayor of London v Hall* [2010] All ER (D) 171 (Jul); [2011] 1 WLR 504案。不依循 *Committee for the Commonwealth of Canada v Canada* [1991] 1 SCR 139案。

⁵ 希慎興業有限公司 訴 城市規劃委員會 [2016] 6 HKC 58; (2016) 19 HKCFAR 372案的原則適用。

⁶ *Committee for the Commonwealth of Canada 訴 加拿大* [1991] 1 SCR 139。



《基本法》第105條和《人權法案》第14條分別對私人財產和私隱權提供憲法保護，以及《基本法》第29條對“香港居民的住宅和其他房屋”賦予保護。

終審法院考慮了原訟法庭在 *香港特別行政區 訴 區國權* [2010] 3 HKLRD 371案的裁決。時任高等法院原訟法庭法官張舉能注意到，《基本法》容許施加保障他人權利所必要的限制，在涉及私人住宅發展物業時，《基本法》保護住宅和私隱權。張舉能法官考慮其他可供進行有關示威活動的地點後，指出涉案人士有充分機會在公眾地方行使相關權利。他總結說：

“……在未獲准進入私人住宅物業的情況下，和平集會和言論自由的權利，若以實物或地理界限而論，止於該等屬他人擁有的物業的界線。”⁷

終審法院認為，上述判詞雖可演繹為支持基於私人物業權利而豁除行使發表自由權利的推定，但較佳的想法似乎是，該判決整體上建基於傳統採用的相稱原則，裁定拒絕涉案人士進入私人住宅物業的做法屬合理而有效。

終審法院認同，就公眾可自由進入的私人商用物業(例如商場之類的處所)而言，情況或會稍為不明顯。終審法院審視歐洲人權法院就 *Appleby v United Kingdom* (2003) 37 EHRR 38案的裁決後，認為把關於在公共物業和私人物業行使發表自由權利的處理方法作類比，並不完全恰當。法院會按照相稱原則，在每宗個案中評估為拒絕他人進入所涉地點而對有關權利施加的限制。然而，就私人物業而言，法院會衡量涉及保障私產和在住宅享有私隱權的特殊元素，因而會相當傾向於支持裁定對進入有關物業施加的限制有效。

⁷ 上述 *區國權*案判決書第53段。

第二個爭論點：“不干預”的論點

答辯人辯稱，法院不應干預立法會按《行政指令》第11及12條規限行為的決定，因為這屬於立法會事務的內部管理。終審法院認為，規限有意且已獲准進入立法會範圍的非立法會人員及其行為，不屬於管理立法會內部程序之列，因此不干預原則並不適用。⁸

即使有關規限確是屬於內部管理之列，但由於《行政指令》第11及12條對行使憲法權利施加限制，法院有責任審視有關條文是否有效，故不干預原則為次要考慮。

第三個爭論點：“依法規定”的論點

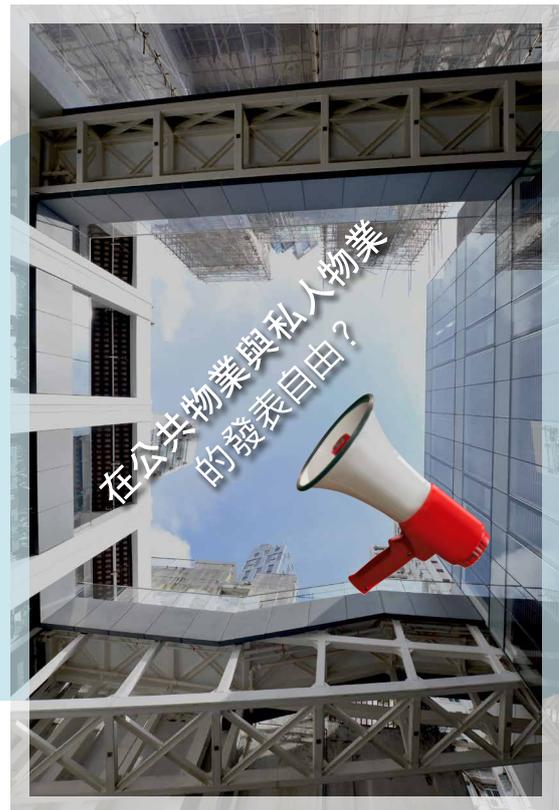
答辯人辯稱，《行政指令》第11條因不夠明確而不符合“依法規定”的規定。《基本法》第39條及《人權法案》第16條規定，任何看來是對發表自由權利施加的限制，必須在法律上充分明確，才能成為“依法規定”的有效限制。⁹

上訴人提出，某人會因沒有“遵守秩序”而受懲罰，但由於這語句的意思含糊，該人“不能清晰準確知道須避免作出何等行為”，故此對受保障權利所施加的限制屬於無效。終審法院不接納此論點。

終審法院認為，如按《行政指令》第11條本身背景和目的作正當詮釋，難以指該條文在法律上不明確。終審法院強調，第11條並非旨在懲罰僅

是沒有“遵守秩序”的人，而是針對懲罰那些進入立法會範圍或在內逗留卻沒有“遵守秩序”的人。該條文又規定，有關人士須遵從立法會人員“為維持秩序”而發出的任何指示。終審法院裁定，該條文顯然涉及在有關範圍內維持秩序。

此外，終審法院指出，《行政指令》第11條目的清晰，就是因應立法會在制度和社會上地位的重要性而制定訪客須遵守秩序的標準。第11條的背景¹⁰顯示，該條文屬於法例框架的一部分，旨在為立法會綜合大樓締造安全而莊嚴的環境，以便立法機關在履行憲法職能議事時不受干擾



⁸ 案例見梁國雄訴立法會主席(第1號)[2015] 1 HKC 195；(2014) 17 HKCFAR 689。

⁹ 在毛玉萍訴香港特別行政區(2007) 10 HKCFAR 386案判詞第61段中，法院引用岑國社訴香港特別行政區[2002] 3 HKC 117；(2002) 5 HKCFAR 381案的判詞，把該原則撮要如下：

“法例須清楚界定刑事罪行，令市民易於明白，而用詞也須精確，足以讓市民預知其行為是否合法(有需要時可輔以適當法律意見)。不過，法院承認法律無法達到絕對明確，即使達到也會過於僵化。法院因此認同，依法規定難免涉及有關規定在某程度上含糊，或需由法院釐清。”

¹⁰ 此條文的背景見於其主體法例，即《權力及特權條例》，以及《行政指令》其他條文。



或騷擾，但又同時准許公眾人士旁聽在會議廳進行屬於公開立法程序的會議程序。鑑於有關背景及《權力及特權條例》相關條文(包括詳題、第2、3、5(b)、6(1)、8(1)及(3)、17(c)和20(b)條)闡明的目的，終審法院認為，任何人只要閱讀《行政指令》第11條，並在需要時輔以適當的法律意見，都會知道在立法會小組委員會會議期間在公眾席上示威造成騷擾，即屬違法。¹¹

第四個爭議點：“全盤禁止”的論點

上訴人辯稱，《行政指令》第12條把以各種形式展示任何“標誌、標語或橫幅”的行為一律定為刑事罪行，而不論其目的、性質、方式及對立法會內公共秩序的影響(如有)，涵蓋範圍過於廣泛，欠缺理據支持。終審法院不贊同此論點，並裁定《行政指令》第12條只是把在記者席或公眾席上展示“標誌、標語或橫幅”的行為定為刑事罪行，而非把“以各種形式展示任何‘標誌、標語或橫幅’的行為一律定為刑事罪行”。該等禁止

所針對的是那些有機會導致公眾席秩序混亂，以及可能騷擾立法會會議和其他人旁聽會議的權利的展示行為。

終審法院也考慮到《行政指令》第12(3)條的規定。該條訂明：

“任何人展示標誌、標語或橫幅，或展示在任何衣物上的標誌或標語，或立法會人員認為該人會展示標誌、標語或橫幅，或會展示在衣物上的標誌或標語，又或會作出其他不檢的行為，立法會人員可拒絕讓他進入記者席或公眾席。”

終審法院裁定，上述以斜體標示的字句強烈表明，禁止在公眾席或記者席上展示標誌、標語或橫幅(包括在衣物上的標誌或標語)的規定所針對的是相當於行為不檢的行為，因此在文意上已限制第(1)及(2)款的適用範圍。如有人在公眾席上穿着T恤，印有與立法機關會議程序無關的無傷大雅訊息，而該人又不會揮舞T恤造成侵擾，

¹¹ 須區分 *Steel v United Kingdom* (1999) 28 EHRR 603案、*劉惠和訴香港特別行政區* (2003) 6 HKCFAR 624 ; [2004] 1 HKLRD 372 ; [2003] HKCU 1412案和 *Brooker v Police* [2007] 3 NZLR 91案。

該條文無意圍制該人。終審法院的結論是，按正當詮釋，《行政指令》第12條並沒有訂下指稱的“全盤禁止”，因此上訴人在此基礎上提出的論點並不成立。

《行政指令》第12條 — 對發表自由權利的限制是否有效？

終審法院認為，為保障立法機關妥善運作而限制發表自由的權利，符合保障公共秩序的表述，是《人權法案》第16條列明的目的之一。正如香港特別行政區 訴 吳恭劭 (1999) 2 HKCFAR 442案的判決書所解釋，以及梁國雄 訴 香港特別行政區 (2005) 8 HKCFAR 229案的判決書所重申，公共秩序是廣泛而靈活的概念，既不精確，也難以表述。這概念曾被描述為：“基於公共機構之妥善運作作為集體所必要者的理由……可理解為一可限制某些指明的權利和自由的基準……”¹²。

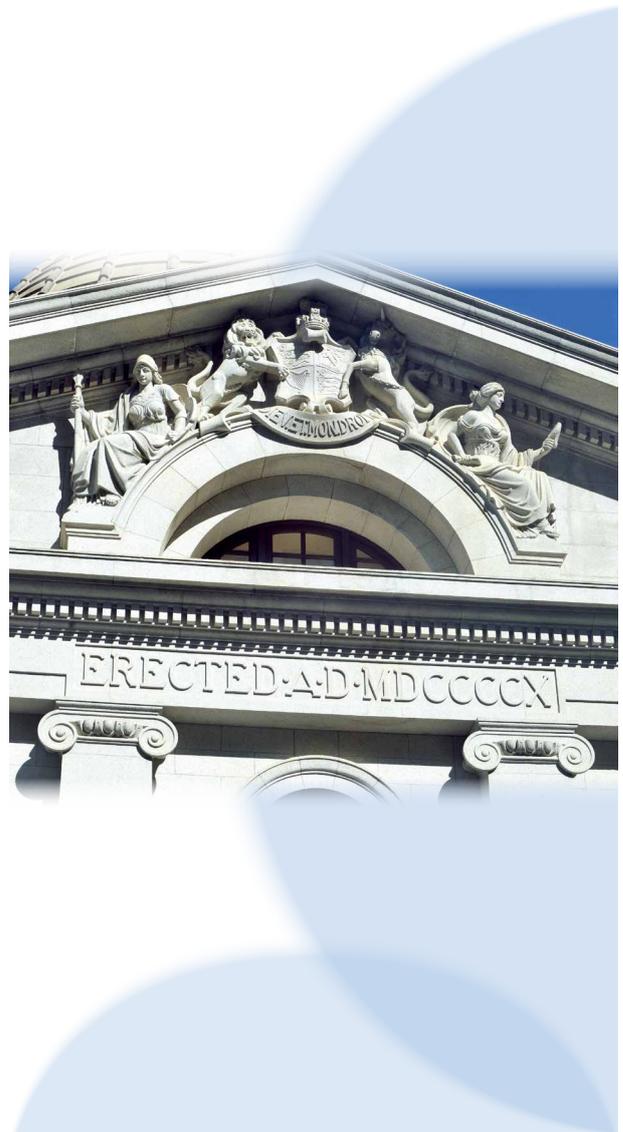
終審法院裁定，《行政指令》第12條的限制，與達致限制會議廳內的侵擾或干擾行為這個目的有合理關聯。有關限制並不超逾為達致這目的而合理所需者。終審法院認為《行政指令》第12條的涵蓋範圍有限，僅適用於在記者席或公眾席上的人士。這條文針對侵擾行為，以維持立法會會議期間的良好秩序。此外，上訴人並沒有被禁止在其他地方行使發表自由的權利。

最後，終審法院認為，有關限制一方面讓立法會妥善履行其憲制職能而使社會得益，另一方面對受保障的發表自由權利施加有限度的限制，兩者之間已取得合理平衡。終審法院的結論指，《行

政指令》第12條對發表自由的權利所施加的是相稱而有效的限制。

結論

終審法院不同意上訴在開始時已不能成立，但也不接納上訴人提出的質疑《行政指令》第11條在法律上是否明確和第12條是否符合相稱原則的論點，一致決定駁回上訴。



¹² 已考慮香港特別行政區 訴 吳恭劭 [2000] 1 HKC 117; (1999) 2 HKCFAR 442案和梁國雄 訴 香港特別行政區 (2005) 8 HKCFAR 229; [2005] 3 HKLRD 164; [2005] HKCU 887案。



香港特別行政區 訴 梁曉暘

終院刑事上訴2017年第5號(2018年2月1日)¹

終審法院

背景

2014年6月13日，立法會財務委員會開會審議新界東北新發展區前期工程的撥款申請，其間多名示威者衝向立法會大樓多處入口，意圖經上鎖的門進入大樓。正當示威者開始移走門前所設的屏障，時任立法會主席兼立法會行政管理委員會(“行管會”)主席曾鈺成(“曾先生”)認為，當時立法會大樓的保安與秩序問題已超出立法會保安人員的處理能力，故經行管會其他委員同意後，他決定要求警方協助。警方應要求進駐大堂候命。



其後，示威者企圖強行闖入立法會大樓。警方嘗試組成封鎖線驅散正門入口的示威者，上訴人猛烈推撞組成防線的警務人員。

上訴人被裁定多項罪名成立，包括妨礙正在執行職責的立法會人員，違反《立法會(權力及特權)條例》(第382章)(“《條例》”)第19(b)條²。案中相關人員是一名警務督察(“郭督察”)。

《條例》第2(1)條界定“立法會人員”的涵義為：

¹ 英文判決書收錄於(2018) 21 HKCFAR 20。

² 《條例》第19(b)條訂明“凡任何人……襲擊、干預、騷擾、抗拒或妨礙任何正在執行職責的立法會人員……即屬犯罪，可處罰款\$10,000及監禁12個月。”

“……秘書或根據主席的命令在會議廳範圍內行事的任何其他人員或人士，包括在會議廳範圍內當值的任何警務人員。”

上訴人就其被裁定犯了《條例》第19(b)條所指罪行，申請向終審法院提出上訴，並獲許可。獲許可的法律問題如下：

問題一：警務人員為處理源於《條例》第8(3)³條的事宜而進入《條例》第2條所界定的“會議廳範圍”，是否需要根據《條例》第8(2)⁴或(3)條獲得授權？

問題二：警務人員如沒有根據《條例》第8(2)或(3)條獲得授權而進入《條例》第2條所界定的會議廳範圍⁵，是否“在會議廳範圍內當值”，因而屬於《條例》第2條所指的“立法會人員”？

上訴人的論據

上訴人就不服定罪提出兩項主要理由：

- (i) 郭督察不是第19(b)條所指的“立法會人員”；以及
- (ii) 即使郭督察屬於該類人員，但他遭上訴人妨礙時並不是在執行職責。

理由一：不是立法會人員

上訴人辯稱，《基本法》第78條豁免立法會議員出席立法會會議時和赴會途中遭受逮捕，因此該條文必定包括賦權拒絕讓尋求進入立法會範圍逮捕議員的人(包括警務人員)入內，以及驅逐已入內的警務人員。上訴人宣稱，事先獲得邀請是警務人員可合法進入立法會範圍的必要條件，原因是不受限制進入立法會處所與權力分立的原則相抵觸。此外，上訴人辯稱，普通法及《警隊條例》(第232章)所授予警方的權力並無訂明依據，可讓警務人員在未得到事先邀請的情況下進入立法會範圍及其內執行警務工作。雖然曾先生確有向警方求助，但上訴人爭辯，指曾先生僅以立法會行管會主席而非立法會主席的身分提出要求，因此以他所提出的邀請作為警方進入的理據，實屬無效。

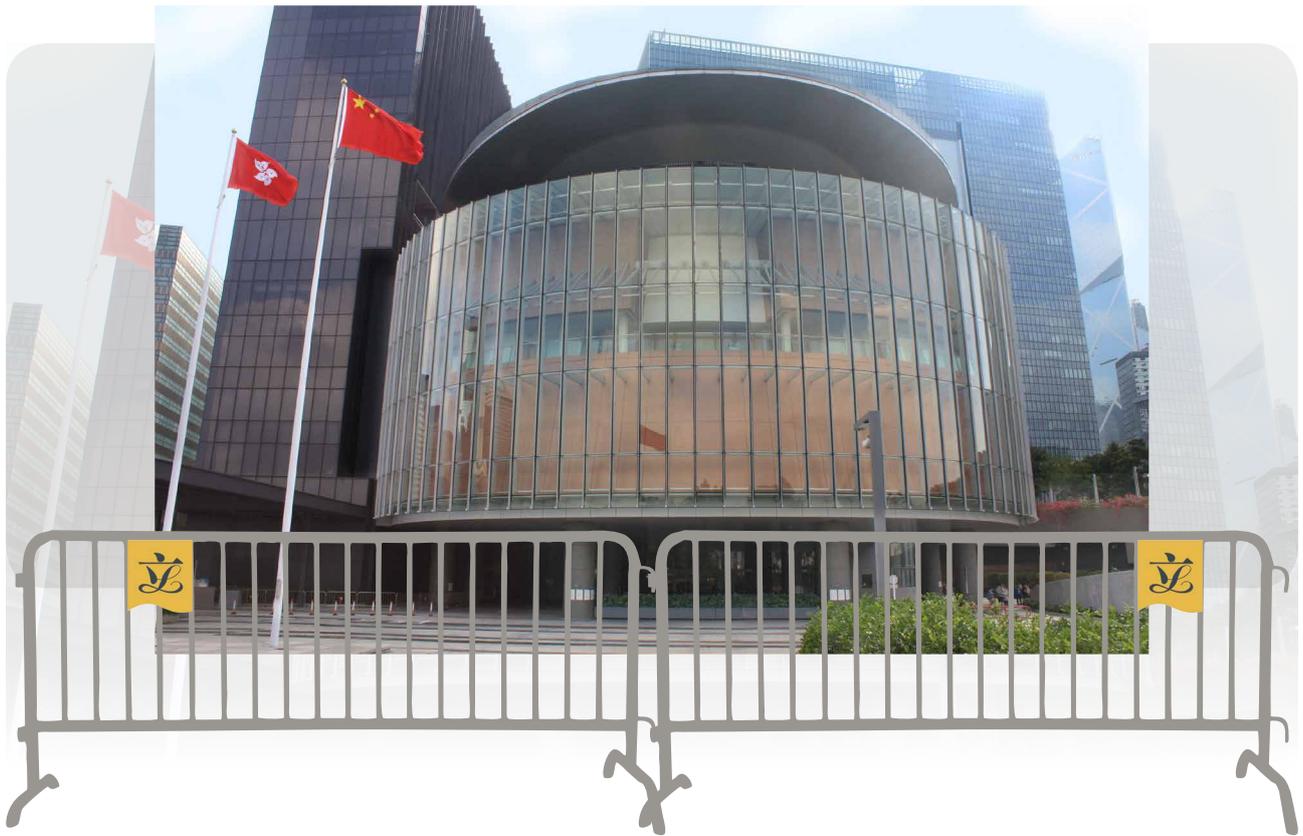
終審法院認為，上訴人不能引用《基本法》第78條去辯稱，警務人員在立法會範圍出現是抵觸該條文訂立的豁免逮捕憲法保障。《基本法》第78條訂明，“香港特別行政區立法會議員出席會議時和赴會途中不受逮捕”。終審法院認為，《條例》⁶載有的類似條文旨在確保言論及辯論自由，這兩者都對立法程序尤為重要。

³ 《條例》第8(3)條訂明：“為維持會議廳範圍的保安、確保在其內的人舉止行為恰當、以及為其他行政上的目的，主席可不時發出他認為必要或適宜的行政指令，以規限（非議員或非立法會人員）的人進入會議廳及會議廳範圍內，並規限上述的人在其內的行為。”（斜體為本文所加）

⁴ 《條例》第8(2)條訂明：“除議員或立法會人員外，任何人進入或逗留在會議廳範圍內的權利，須受議事規則或立法會所通過用以限制或禁止享有此項權利的決議所規限。”

⁵ “會議廳範圍”的定義包括“會議廳所座落的整座建築物，以及為立法會而使用或提供的任何與該建築物毗鄰或屬於它的前院、庭院、花園、圍場或空地”。

⁶ 保障立法會言論及辯論自由(第3條)；豁免立法會議員因在立法會內或致立法會的書面報告中所發表的言論而遭民事或刑事起訴(第4條)；議員出席立法會或任何委員會會議時，可免因刑事罪行而遭逮捕(第5條)等等。



一如普通法下⁷有關議會特權⁸的情況，在所需強制執法行動對立法會核心事務無負面影響的情況下，《基本法》第78條和《條例》相關條文所訂立的豁免，不會為普通刑事罪行的刑事法律責任設限，即使涉案者是立法機關議員亦然。此外，在立法會範圍內執行普通刑事法律也不會侵犯權力分立的原則。終審法院裁定，《基本法》第78條與並非議員而被控以與上訴人所定罪名同類罪行的人，毫無關係。

《條例》的條文

終審法院考慮了《條例》和《規限獲准進入立法會大樓的人士及其行為的行政指令》(第382A章)(“《行政指令》”),當中均訂下法定

機制，對立法會議員及人員以外的人士進入立法會範圍作出規限。《條例》和《行政指令》的相關條文確認立法會人員有權進入及逗留在立法會範圍內。

終審法院指出，《條例》豁免所有立法會人員不受進入立法會大樓的規則所規限，而無訂明對警務人員的約制。終審法院認為，假如《條例》的原意是警務人員須得到主席或其代表事先邀請才可進入立法會範圍，理應訂有對該豁免的適當約制。

同樣，終審法院裁定，根據《條例》第8(3)條，進入會議廳範圍的立法會人員不受行政指令所規限，當中沒有約制警務人員須得到事先

⁷ *R v Chaytor* [2011] 1 AC 684。

⁸ 源自《1689年人權法案》第9條和有關承認議會專有審理權範圍內各項事宜的慣常做法。

邀請方可進入。《條例》第20條⁹也清楚訂明，因違反第8(2)條下訂定的任何議事規則或第8(3)條下訂定的任何行政指令而干犯的罪行，一般不適用於立法會人員。

終審法院注意到，《條例》沒有顯示警務人員在該等範圍內當值需要立法會主席事先邀請。

《條例》第2(1)條界定“立法會人員”包括“在會議廳範圍內當值的任何警務人員”。《條例》並無訂明這類人員須事先獲得邀請方可進入處所，而規定只要該人員在有關範圍內“當值”，即符合作為“立法會人員”的資格。

再者，如須得到主席准許方可進入立法會大樓某些特定部分，有關規則會明文規定。舉例來說，《行政指令》第4(1)條訂明，“除議員或立法會人員外，任何人未經主席准許，不得進入在圖則上註明是前廳的地方或任何委員會會議室”。第4(2)、5、6及7條也有相若規定。

終審法院指出，當需要警方協助，有關要求很可能會由立法會一名負責人提出，而《條例》並無規定需由出任主席的議員以主席身分提出。無論如何，即使警務人員未獲主席邀請而在立法會有關範圍內當值並不違法，也不因而失去其作為第19(b)條所指的立法會人員身分。

最後，終審法院指出，即使警務人員(如郭督察)需有立法會主席發出的邀請才可進入立法會大樓，郭督察在案中確實接到曾先生的邀請。雖然曾先生認為自己在提出要求時是以行管會

主席的身分行事，但這無關宏旨，因為客觀上和法律上，¹⁰他在尋求警方介入時也是立法會主席。

理由二：郭督察並不是在執行職責

上訴人辯稱，公眾有權進出立法會，而有關權利只可藉書面授權¹¹中止或撤銷。舉例來說，主席在2014年6月13日晚上原本可根據《條例》第8(3)條發出了停止開放立法會的行政指令，但他並無作出如此的書面授權。鑑於並無藉書面授權限制公眾進出立法會，郭督察及其他人員遭上訴人妨礙時並不是在執行職責。

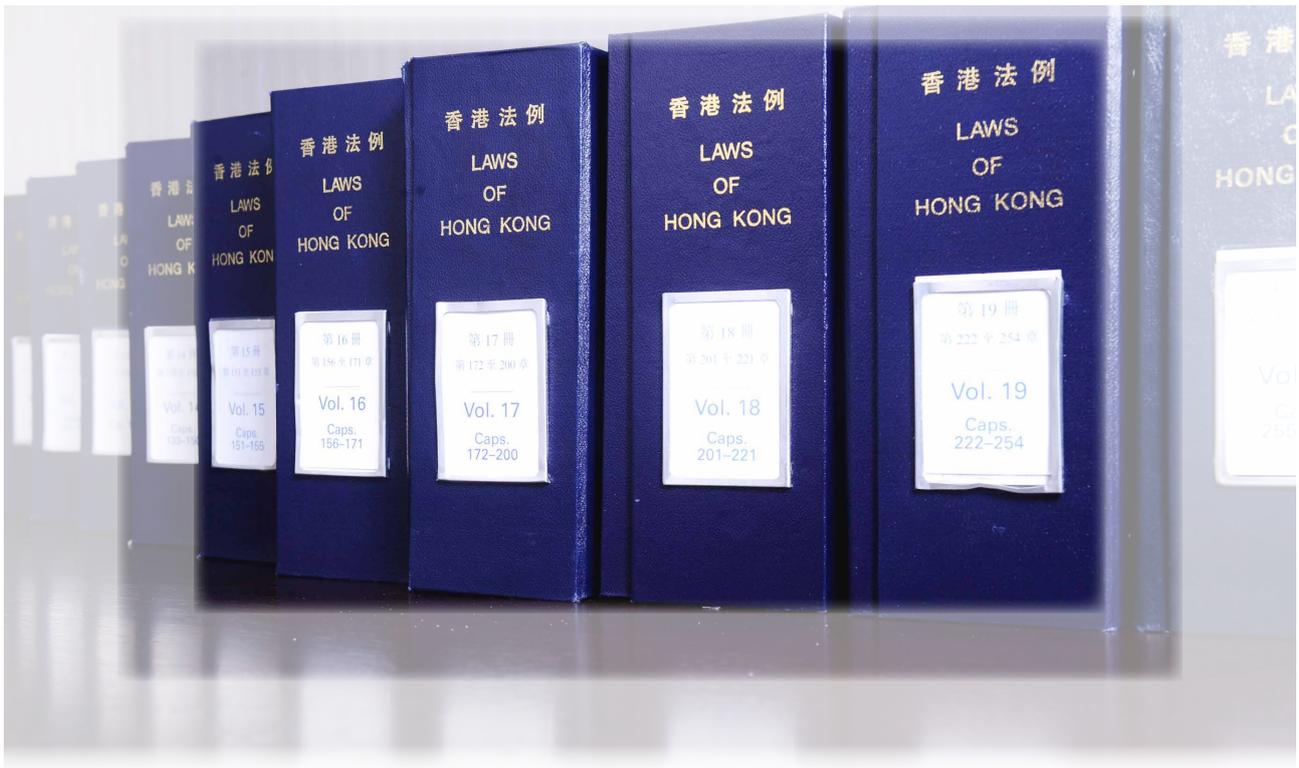
終審法院裁定，上訴人的論點缺乏理據支持，而立法會也設有合法的進出限制。終審法院又裁定，《條例》第8(3)條授權主席為維持會議廳範圍的保安，可不時發出他認為必要或適宜的行政指令，以規限非議員或非立法會人員的



⁹ 第20條規定，凡違反第8(2)條所指的規則或根據第8(3)條規限進入會議廳範圍的指令，而進入或企圖進入會議廳範圍，即屬犯罪。

¹⁰ 依據《立法會行政管理委員會條例》(第443章)第4(1)(a)條，曾先生時任立法會主席，因此是行管會當然主席。第4(1)(a)條訂明：“管理委員會由以下成員組成……立法會主席，他並擔任管理委員會主席”。

¹¹ 例如《立法會議事規則》、立法會決議或由主席發出的行政指令。



人進入有關範圍內。兩份由主席發出的行政指令在2014年6月13日當天仍然生效，並且與取得指令的當時情況相關。

終審法院強調，示威者顯然意圖進入立法會大樓干擾進行中的財務委員會會議。立法會的保安人員是依據《行政指令》第12(3)條¹²合法行事，拒絕讓示威者進入大樓，理由是他們正在作出並可能會作出破壞秩序的行為。郭督察及其他人員協助執行為維持秩序而依據《行政指令》第11條¹³發出的指示，當時他們是根據《警隊條例》和以《條例》第19(b)條所指的立法會人員身分，合法地執行職責。

總結

基於上述原因，終審法院一致裁定駁回上訴。

終審法院裁定，*問題1*的答案是“不”，並指出警務人員進入大樓可以是執行他們的一般職責，而不一定限於處理源於《條例》第8(3)條的事宜。至於*問題2*，假設該人員進入會議廳範圍是為了執行一般警務職責，則答案是“是”。



¹² 《行政指令》第12(3)條授權：“……立法會人員認為該人……會作出……不檢的行為，……可拒絕讓他進入記者席或公眾席。”

¹³ 《行政指令》第11條訂明：“進入會議廳範圍或在內逗留的人均須遵守秩序，並須遵從立法會人員為維持秩序而發出的任何指示。”

律政司司長 訴 黃之鋒、羅冠聰和周永康

終院刑事上訴2017年第8至10號(2018年2月6日)¹

終審法院

背景

本上訴案源於裁判法院對三名上訴人的定罪，即判處第一和第三上訴人參與非法集結及第二上訴人煽惑他人參與非法集結罪名成立。導致定罪的非法集結在2014年9月26日，即主要在金鐘政府總部(“政總”)一帶街道舉行的“佔領中環”大型示威行動開始前不久發生。

下級法庭的裁決

經裁判官審訊後，第一和第三上訴人被裁定參與非法集結罪名成立，違反《公安條例》(第245章)第18條；第二上訴人被裁定煽惑他人參與非法集

結罪名成立。2016年8月15日，第一和第二上訴人分別被判處80小時及120小時社會服務令；第三上訴人被判處監禁三星期，緩刑一年。

律政司司長依據《裁判官條例》(第227章)第104條向裁判官申請覆核有關刑罰，但遭裁判官在2016年9月21日拒絕。

律政司司長向上訴法庭申請覆核

2016年10月13日，律政司司長根據《刑事訴訟程序條例》(第221章)第81A條向上訴法庭申請覆核刑罰。上訴法庭批准有關申請，並裁定裁判官在判刑時犯下原則性錯誤，(概括而言)即：



¹ 英文判決書收錄於(2018) 21 HKCFAR 35。



- (i) 裁判官沒有考慮刑罰須具阻嚇力的因素，反而對上訴人的個人情況和犯案動機給予不相稱的比重。
- (ii) 裁判官認為案件不涉及嚴重暴力行為，忽略了這是大規模的非法集結，有相當的暴力衝突風險。
- (iii) 裁判官忽略了上訴人定必可合理地預期，參與行動的人與保安員及警方可能發生衝突，而無可避免會有保安員受傷。
- (iv) 在考慮上訴人意欲進入政總東翼前地（“政總前地”）這個他們視之為富有歷史意義的地方抗議時，裁判官忽略了事發當晚，兩個學生團體（即學民思潮和香港專上學生聯會）已在政總外的馬路舉行集會，而政總前地當時是關閉的，但他們卻堅持非法強行進入。
- (v) 裁判官對上訴人聲稱有悔意這一點給予過多比重。上訴人只是表面上有悔意，法庭不應給予過多比重。

上訴法庭撤銷裁判官的判刑，分別判處第一、第二和第三上訴人監禁六個月、八個月和七個月。上訴人以判決有實質及嚴重的不公平情況為理由，向終審法院申請上訴許可；第二和第三上訴人更向上訴法庭申請，要求就上訴法庭的判決涉及具有重大而廣泛重要性的法律觀點發出證明書，但被上訴法庭拒絕。

給予許可上訴至終審法院

上訴人其後申請許可上訴至終審法院，其新增的

理由是擬提出的上訴涉及具有重大而廣泛重要性的法律論點。終審法院批准上訴人的上訴許可申請，就四個獨立的爭議點提出上訴。

第一爭議點：上訴法庭覆核刑罰時重新審查案中事實的權力

第一爭議點是上訴法庭在審理根據《刑事訴訟程序條例》第81A條提出的覆核刑罰申請時，可在何種程度上可推翻、修改、取代或補充原判所依據的事實。

終審法院強調，原則上，在覆核刑罰的申請中，律政司司長並不享有和被定罪的人針對刑罰提出上訴時同樣的權利，²而覆核刑罰的程序也有別於被定罪的人針對定罪或刑罰提出上訴的程序。有關覆核只限於以下四項理由，即其針對的刑罰(i)法律並不認可；(ii) 原則上錯誤；(iii) 明顯過重，或(iv) 明顯不足。覆核刑罰的權力範圍受“免受一罪兩審”這憲法保障權利所規限。《人權法案》第11(6)條訂明：

“任何人依香港法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。”

在決定判刑法院有否犯下上述任何錯誤時，終審法院指上訴法庭審視下級判刑法院可得的任何相關證據，是適當之舉。假如下級判刑法院裁斷事實方面犯錯，並基於該些事實判刑，上訴法庭可在覆核時糾正有關錯誤。

終審法院查考了香港和英國有關案例，認為案中法官若沒有考慮相關的事項或其考慮的因素與

² 香港正按察司李比爵士在 *Re Applications for Review of Sentences* [1972] HKLR 370案的判決書第376頁裁定：

“就本席而言，足信納當中有實質區別，故堅持以下看法……在考慮律政司以明顯不足為理由申請許可覆核刑罰時，合議庭所採用的驗證準則，應較同一法院考慮被定罪的人針對刑罰提出上訴時所規定或施加的驗證準則嚴格得多。”



案無關，便屬於犯下原則性錯誤。然而，終審法院認為，上訴法庭除非斷定該刑罰明顯不足，否則無權對某項相關因素，給予多於或少於判刑法院所給予的比重。

第二爭議點：以公民抗命和行使憲法權利為動機

至於裁判官應在何種程度上考慮上訴人的犯案動機，上訴人指稱，干犯罪行是為進行公民抗命，並且是根據《基本法》第27條(該條訂明：“香港居民享有言論……集會、遊行、示威的自由……”)和《人權法案》第16及17條行使言論自由和集會自由的憲法權利。

終審法院認為，犯事者以行使憲法權利³為理由請求輕判，不甚可取，原因是犯事者既被定罪，

必然代表其已逾越合法行使憲法權利與進行非法活動之間的分界線。

終審法院指出，公民抗命的概念在香港可獲承認。廣義來說，公民抗命包括(i)犯事者因相信某一法律不公平而違反該法律，或(ii)犯事者為抗議其視為不公平情況，或為帶來法律上或社會上的改變而作出違法行為。犯事者因良心驅使的反對或基於真誠信念而作出任何上述行為，都是法庭可以考慮的犯罪動機。各種形式的公民抗命都有共同特點，就是採取的行動必須是和平非暴力。法庭給予此等動機的比重必然隨案件的實際情況而異，也不會衡量犯事者所主張的任何信念是否可取。此外，進行公民抗命也必然預期受罰，因為示威者是以接受懲罰來喚起人們關注所抗議和指稱的不公平情況。

³ 終審法院常任法官李義在香港特別行政區訴周諾恆(2013) 16 HKCFAR 837案的判決書第39段指出：“示威人士一旦牽涉暴力或威脅使用暴力(以稍為過時的字詞來形容是‘破壞安寧’)，便是逾越受憲法保障的和平示威的界線，進入非法活動的領域，可受法律制裁和限制。若示威人士逾越上述界線而非法干擾他人的權利和自由，後果也是一樣。”



終審法院解釋，在本上訴案中，上訴人並非針對《公安條例》第18條是不公平的法例才作出公民抗命行為，而是在抗議政府提出的政改方案期間作出有關行為。案中行為涉及暴力，從定義上來說不屬公民抗命，因此，在判刑階段以公民抗命為理由請求輕判，應得的比重甚少。

第三爭議點：上訴法庭對日後案件的指引

第三爭議點關乎上訴法庭對日後案件訂下的判刑指引，是否適用於上訴人的案件。

終審法院認同應遵守的原則是，按犯事者犯案當時的量刑指引或準則判刑。這體現《人權法案》第12(1)條所賦予刑事處罰沒有追溯力的保障，該條規定：

“……刑罰不得重於犯罪時法律所規定。犯罪後之法律規定減科刑罰者，從有利於行為人之法律。”

終審法院留意到，非法集結這項公安罪行並無既定量刑指引或準則。

上訴法庭沒有就非法集結罪訂下任何固定的量刑起點，而是強調必要具阻嚇力和懲罰作用。終

審法院認為，鑑於香港當前情況，包括社會動亂事件和大型抗議活動日增，上訴法庭為日後判刑事宜提供指引，並從嚴判處涉及暴力的大規模非法集結案件，實屬恰當，也是上訴法庭的職責所在。

終審法院認同上訴法庭訂立的判刑原則，以及其認為相關的各項判刑因素。對於上訴法庭指，即使本上訴案的暴力程度相對較低，法庭也不會姑息涉及暴力的非法集結，終審法院認為上訴法庭傳達這一信息，做法正確。

然而，終審法院認為不宜使用上訴法庭的指引於案中上訴人，以免因依照新的判刑指引，把明顯更重的刑罰以追溯方式加諸上訴人身上。這做法體現法律必須明確的原則，以及《人權法案》第12(1)條所賦予刑事處罰沒有追溯力的保障。

第四爭議點：《刑事訴訟程序條例》第109A條及年輕這因素與判刑的相關性

本上訴案的最後一個爭議點僅關乎第一上訴人，所涉問題是上訴法庭應給予《刑事訴訟程序條例》第109A條何種程度上的考量。

《刑事訴訟程序條例》第109A條⁴規定，判刑法院在考慮對16至21歲的犯事者判處何種適當刑罰時，須取得和考慮關乎該年輕犯事者的情況、所涉罪行、其品格、健康及精神狀況的資料，以評估是否適合向其判處某種刑罰。雖然取得上述資料的規定並非絕對，但法庭除非認為別無其他可選的適當刑罰，否則不得判處監禁刑罰。

終審法院裁定，上訴法庭誤解第一上訴人的大律師的陳詞，以為其意指上訴法庭可不作出《刑事訴訟程序條例》第109A條規定的評估。無論如何，上訴法庭若有權覆核裁判官的判刑，則作為《刑事訴訟程序條例》第109A條下的判刑法院，便有責任考慮一切可選的非監禁刑罰。因此，上訴法庭沒有遵循第109A條的規定，實屬犯錯。

在本案應用這些原則

裁判官是否犯下原則性錯誤或判刑明顯不足？

鑑於上文摘錄的各點，上訴法庭認為裁判官犯下原則性錯誤。終審法院不認同上訴法庭指裁判官沒有考慮相關事宜，因此犯下原則性錯誤。相反，終審法院認為，裁判官顯然知悉下述各點：刑罰須具阻嚇力這因素、案中的集結屬大規模性質、發生暴力衝突的風險、上訴人知道參與行動的人可能與保安員和警方衝突而無可避免至少會有部分保安員受傷、之前已舉行合法集會的事實，以及示威者沒有絕對權利進入政總前地。此外，終審法院認為，除非裁判官判處的刑罰明顯不足或與法庭一貫的刑罰範圍不符，否則對上訴人的個人情況、動機和表達悔意給予多少比重，全屬裁判官酌情權以內的事情。⁵



⁴ 《刑事訴訟程序條例》第109A(1)條訂明：

“對任何年屆16歲或超過16歲而未屆21歲的人，法庭除非認為沒有其他適當的方法可處置該人，否則不得判處監禁；就決定任何其他處置該人的方法是否適當而言，法庭須取得和考慮有關情況的資料，並須顧及在法庭席前的任何關於該人的品格與其健康及精神狀況的資料。”

⁵ 正如終審法院常任法官包致金在 *Ting Kwok Keung v Tam Dick Yuen & Others* (2002) 5 HKCFAR 336 案第41段中引用賀輔明勳爵於 *Biogen Inc v Medeva Plc* [1997] RPC 1 案的論述：

“上訴法官在推翻原審法官對事實的評估時必須謹慎行事，這是基於充分的理由，而非僅出於專業上的禮貌。因為即使是極其嚴謹的法官作出的具體事實裁斷，本質上也只是法官就其對基本證據的印象所作的不完整陳述，其裁斷的表述，在某些重點、相對比重、細微的修飾和差別方面，往往有着模糊不精確之處……這些都因時間和言語所限而未能確切表述，但卻可能大大影響法官的整體評估。”



終審法院認為，裁判官所判處的刑罰並非明顯不足。在裁判官判刑時，上訴法院並無指引規定同類案件須判處即時監禁，而非法集結罪可判處的刑罰包括判處社會服務令。終審法院的看法是，鑑於相關刑罰並非明顯不足，上訴法庭並沒有恰當理據對裁判官已考慮的相關因素給予不同比重。

上訴法庭的事實裁斷

至於上訴人辯稱上訴法庭曾考慮的數項因素構成新事實裁斷，終審法院認為，上訴法庭重點提述的各項因素中，除兩項外，其餘都是上訴法庭大可基於裁判官席前的證據而提出的。終審法院認為，在沒有證據驗證第二上訴人的陳述是否真實的情況下，上訴法庭不得斷定有關陳述“沒有

根據”。此外，上訴法庭斷定上訴人的態度“表明他們對所干犯的罪行沒有真誠悔意”⁶，看來與裁判官在判刑理由⁷及申請覆核刑罰的決定⁸中指其認為上訴人懷有悔意的清晰事實裁斷相抵觸。終審法院認為除非裁判官所作的事實裁斷，可輕易基於上訴法院可依據的常見理由推翻，否則，上訴法庭不應作出與裁判官相抵觸的裁斷。

結論

終審法院一致裁定三名上訴人上訴得直，撤銷上訴法庭判處的監禁刑罰，並恢復裁判官所判的刑罰。終審法院強調，日後參與涉及暴力的大規模非法集結的犯事者，會根據上訴法庭制定的新指引被判刑。

⁶ 上訴法庭的判決書第165段。

⁷ 第9至11段。

⁸ 第4(IV)段。

香港特別行政區 訴 蔡偉麟

終院刑事上訴2017年第11號(2018年5月9日)¹

終審法院

背景

一名13歲女童自稱17歲，在成人網站邀約提供性服務。上訴人與女童前往賓館，並一起淋浴。上訴人雙手撫摸女童身體，而女童為他口交。上訴人被控猥褻侵犯，違反《刑事罪行條例》(第200章)(“《條例》”)第122(1)及(2)條。他聲稱，女童外表、體型和說話語氣成熟，故毫不懷疑她的年齡。女童作供時也表示與客人見面時會打扮得比較成熟。女童同意進行上述所有作為，這點並無爭議。

《條例》第122(1)和(2)條訂明如下：

- (1) 除第(3)款另有規定外，任何人猥褻侵犯另一人，即屬犯罪，一經循公訴程序定罪，可處監禁10年。
- (2) 年齡在16歲以下的人，在法律上是不能給予同意，使某項作為不構成本條所指的侵犯的。

下級法庭的裁決

原審裁判官經審訊後裁定有關罪行不屬絕對法律責任罪行，判上訴人無罪。當上訴人真誠相信女

童年滿16歲或以上，並實際得到女童同意，便會獲判無罪。原審裁判官的裁定被原訟法庭推翻。原訟法庭引用終審法院在 *香港特別行政區 訴 蘇偉倫案*²(涉及與一名16歲以下女童非法性交)的裁決，裁定按照必然含意，猥褻侵犯年齡在16歲以下的人在立法原意上應屬絕對法律責任罪行。

上訴許可

上訴委員會給予向終審法院提出上訴的許可，證明下述法律問題具有重大而廣泛的重要性：

- (i) 如某罪行同時違反《刑事罪行條例》第122(1)和(2)條，而指稱受害人的年齡在16歲以下，該罪行是否屬絕對法律責任罪行。



¹ 英文判決書收錄於(2018) 21 HKCFAR 167。

² 英文判決書收錄於(2006) 9 HKCFAR 530。



- (ii) 如控方根據第122(1)條控告某被控人猥褻侵犯年齡在16歲以下的人，該被控人在法律上可否以該人實際給予同意而他真誠相信該人年滿16歲或以上，作為免責辯護理由。
- (iii) 控方如根據第122(1)條提出檢控，而指稱受害人的年齡在16歲以下，控方是否必須證明被控人並非真誠相信該人的年齡在16歲或以上。

斷定法定罪行的犯罪意圖

終審法院引述上訴法庭在香港特別行政區 *訴 蘇偉倫案* 的裁決。³ 在該案中，時任高等法院首席法官馬道立指出現代決定罪行的起點，就是在法例並無提及犯罪意圖元素時推定犯罪意圖為必要元素，除非該項推定因法律明示或其必然含意而被排除，則屬例外。如此裁定是要反映合法性原則。⁴

在英格蘭，法院如在案件中裁定犯罪意圖推定已被排除(過往為香港法院所依循)，則在詮釋法律時將面對嚴峻的抉擇，一是將之詮釋為須證明全部的犯罪意圖的罪行，一是將之詮釋為施加絕對法律責任的罪行。在香港，終審法院就 *幸凌宇訴 香港特別行政區案* 作出裁決後，⁵ 確認確立法律責任的五個可能基準，由須證明全部的犯罪意圖至施加絕對法律責任不等，中間還有三個可能性。

為了涵蓋較嚴重刑事罪行(例如 *Kulemesin 訴 香港特別行政區案*⁶ 所涉罪行)，以及就違禁行為所

致後果考慮相關犯罪意圖的問題，終審法院重新訂定在 *幸凌宇* 一案所訂的五項可能選擇：

- (i) 犯罪意圖的推定依然存在，控方必須就罪行各項元素證明被告人知情、懷有意圖或罔顧後果(“第一項選擇”);
- (ii) 控方無需證明犯罪意圖，但若然有可提出合理疑點的證據顯示，被告人的作為或不作為可能是出於他真誠並合理地相信，他的行為所涉情況或可能造成的後果如果屬實，不會涉及法律責任，則他必會獲判無罪釋放，除非控方能在無合理疑點下證明，被告人沒有此等可開脫罪責的信念或並無合理理由存此信念，則作別論(“第二項選擇”);
- (iii) 犯罪意圖的推定被排除，因此控方無需證明犯罪意圖，但被控人在下述情況下有充分的免責辯護理由：被控人能按相對可能性的衡量準則證明，他的作為或不作為乃是出於他真誠並合理地相信，他的行為所涉情況或可能造成的後果如果屬實，他不會觸犯有關罪行(“第三項選擇”);
- (iv) 犯罪意圖的推定被排除，而被控人只能依據法例明訂的免責辯護理由，而此等免責辯護理由的存在抵觸上文所述的第二及第三項選擇(“第四項選擇”); 以及
- (v) 犯罪意圖的推定被排除，而有關罪行屬絕對法律責任罪行，控方若證明被控人

³ 英文判決書收錄於[2005] 1 HKLRD 443。

⁴ *Steyn*勳爵在 *B(A minor) v DPP* [2000] 2 AC 428案的判決書第470頁，引用 *Hoffmann*勳爵在 *R v Secretary for the Home Department, Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115案第131頁的判詞。

⁵ 英文判決書收錄於(2010) 13 HKCFAR 142。

⁶ 英文判決書收錄於(2013) 16 HKCFAR 195。



的違禁行為或不作為成立，則會勝訴，不論被控人對罪行相關元素存何意圖亦然（“第五項選擇”）。

終審法院把這五個重新訂定的選擇稱為“*Kulemesin* 選擇”，並裁定在詮釋包括屬嚴重及規管性質的法定刑事罪行時，若法例並無提及與罪行相關的必要意圖或對之模稜兩可，則上述所有選擇均應視為有可能的結論。⁷

犯罪意圖的推定

終審法院認為，撇開涉及年齡在16歲以下人士的案件不談，在猥褻侵犯的案件中，控方必須證明存在兩項主要的犯罪行為元素。第一，控方必須證明被控人“在未經另一人同意並且無合法辯解之下故意觸摸該人”。因此，如得到真誠同意，則不算侵犯。第二，控方必須證明該侵犯行為“附帶有對被指稱受到侵犯的人作出的猥褻情況”。根據犯罪意圖的推定，控方必須就上述兩項犯罪

行為元素，證明被控人有相應的犯罪意圖。換言之，控方必須證明被控人在未經受害人同意下意圖用手觸摸她。若有證據顯示有合理疑點，不能確定被控人是否相信受害人給予同意，則控方必須證明被控人不曾存此信念。然而，《條例》第122(2)條視年齡在16歲以下的人無能力給予同意，因而即使這類受害人已實際給予同意的證據確鑿，但向其作出猥褻行為也屬侵犯。第122(2)條的效力是在構成猥褻侵犯的犯罪行為和犯罪意圖中剔除同意元素。因此，就涉及年齡在16歲以下人士的案件而言，犯罪意圖的推定不涉任何同意元素。

然而，被控人對受害人年齡的看法卻是完全另一回事。雖然在涉及16歲或以上人士的案件中，受害人的年齡無關宏旨，但本案受害人未滿16歲，正是第122(2)條所修訂罪行的重要元素。就後者而言，受害人未滿16歲，無論是否已予同意，被控人對其作出猥褻行為即屬觸犯猥褻侵犯罪。因

⁷ 同上，第90段。



此，終審法院裁定，受害人的年齡構成該“修訂罪行”的犯罪行為一部分，以及本案涉及犯罪意圖的推定。

排除推定

犯罪意圖的推定是否能排除，關乎法例詮釋問題，須審視法例用語、罪行性質及標的物、立法目的，以及任何其他顯示立法原意的事項。

終審法院考慮香港法院向來對於與年齡相關的性罪行的處理方法後，裁定在本港司法管轄區，就猥褻侵犯年齡在16歲以下的人士而言，犯罪意圖的推定已被排除。終審法院認為，第122(2)條的立法原意顯然是特別保護易受傷害類別人士，使他們免受性剝削。事實上，法院的處理方法是一向實施這種保護。如果不就女童的年齡排除犯罪意圖的推定，立法目的便會受損；而對於被告人聲稱自己真誠地相信受害人的年齡為16歲或以上這點，控方便須提出無合理疑點的反證。

排除推定的依據

(i) 絕對法律責任？

終審法院認為，施加絕對法律責任，主要針對基本上屬規管性質的罪行，而非嚴重的罪行，也只限於施加絕對法律責任能達致有用目的的時候。終審法院裁定，原訟法庭錯誤裁決當受害人實際年齡在16歲以下時，《條例》第122(2)條施加絕對法律責任。終審法院引幸凌宇案和 *Kulemesin* 案，確認在斷定某罪行是否絕對法律責任罪行前，必須考慮相關罪行能否被詮釋成只是定下較不嚴苛的居中基準法律責任，而充分達到有關立法目的。

終審法院否決在本案引用 *蘇偉倫案*，並以兩項理由區分之。首先，有別於《條例》第124條所訂的非法性交罪，⁸在猥褻侵犯罪的立法歷史中，並無明訂與“合理相信”對等的免責辯護理由，更不可能有後來廢除這免責辯護理由的事。其次，上訴法庭對 *蘇偉倫案* 作出判決，是在法律責任居中基準獲確認採納之前。因此，上訴法庭的裁決反映在要證明全部犯罪意圖與絕對法律責任之間所作的嚴峻抉擇。倘若法庭今天裁決該案，便須考慮能否詮釋第124條為只是定下居中基準的意圖而非全部犯罪意圖，而仍能充分達到有關罪行的立法目的。這可能會得出另一截然不同的結論，尤其是考慮到《條例》第123條所訂的罪行(與年齡在13歲以下的女童非法性交)屬可處終身監禁，因此亦應該被詮釋為屬絕對法律責任的罪行的時候。

此外，高等法院認為，立法機關在1991年把猥褻侵犯罪的最高刑期倍增，顯示其原意在於施加絕對法律責任。終審法院不同意此見解，並指出一般而言，罪行所受的懲罰和社會非議愈嚴重，愈可能確認存在犯罪意圖的推定。因此，最高刑期倍增不是詮釋為施加絕對法律責任的支持理據，反而是有所不利。

(ii) *Kulemesin* 的第四項選擇？

與原訟法庭的裁決相反，終審法院指出，《條例》第122(3)和(4)條定下以合理地相信為免責辯護理由，並不表示原意是要使這兩項條文所不適用於被告人不能有任何免責辯護理由。如要採納 *Kulemesin* 第四項選擇，唯有是當明訂免責辯護理由與 *Kulemesin* 第二和三項選擇的並存相抵觸

⁸ *蘇偉倫案* 涉及《條例》第124條。



的時候，但本案並無如此抵觸的情況。第122(3)和(4)條所定的免責辯護理由只涵蓋極少和罕見的情況，即被告人真誠並合理地相信自己與指稱受害人為已婚夫婦，以及沒有任何理由懷疑指稱受害人精神上無行為能力。因此，這類特殊免責辯護理由的存在，與以相信受害人年滿16歲或以上為據的免責辯護理由並無抵觸。同樣地，把第122(2)條詮釋為在該條第(3)和(4)款不適用時，也能一般性地涵蓋*Kulemesin*第二或三項選擇，這詮釋並無錯誤。

(iii) *Kulemesin* 第二或三項選擇？

終審法院認為第二及三項選擇均接納被控人以真誠並合理地相信為免責辯護理由，兩者分別在於被控人在第二項選擇下只須承擔援引證據的責任，而在第三項選擇下則須就其所信履行具說服力的舉證責任。終審法院裁定，*Kulemesin*第三項選擇對被控人施加具說服力的舉證責任，最能切實反映《條例》第122(2)條的立法目的，即保障易受傷害的未滿16歲男女童免受性剝削。

終審法院解釋指，第三項選擇較第二項選擇可取，原因是後者未能充分保障易受傷害的受害人。在第二項選擇下，儘管控方可藉證明被控人所指稱真誠相信受害人的年齡或指稱所信的合理性為不實，從而確立他有罪，但法院或陪審團如認為被控人很可能不是真誠並合理地相信受害人已達足夠年齡，惟對他是否如此相信仍有合理疑點，則仍會判他無罪。

反觀第三項選擇，則可以更準確地反映立法目的，因為被控人如指稱自己真誠並合理地相信受害人已達同意年齡，則應說服法院或陪審團相信他確信如此，而他是最能夠解釋此事的人。有關要求嚴苛程度適中，有助勸導男士切勿向可能屬於受保護類別的少女作出猥褻行為，否則要承受不能履行具說服力舉證責任的後果。

合理及相稱驗證準則

逆轉舉證責任削弱了憲法賦予的無罪推定權利；如此必須能通過合理及相稱驗證準則，才有理可



基本法 案例摘要

據：即逆轉舉證責任與達到合法目的之間有合理關聯，而且沒有超過達到該目的之所需。再者，採用逆轉舉證責任，必須在促進社會利益與受憲法保護的無罪推定被侵蝕之間，取得合理平衡，並且不會把過分嚴苛的舉證責任加諸個人身上。

終審法院裁定，詮釋《條例》第122(2)條為要求被控人負上具說服力的舉證責任，以證明他真誠並合理地相信涉案女童年滿16歲或以上，這詮釋能通過上述驗證準則。逆轉舉證責任與務求加強保護易受傷害的未成年男女童的合法目的，存在合理關聯，而且沒有超過達到提供如此保護之所需。當中對受憲法保護的無罪推定造成侵蝕，是促進對易受傷害類別人士提供必要保護的代價，在被控人得到公平審訊的情況下，屬合理平衡。

終審法院採用上述原則裁定，原訟法庭錯誤裁決當受害人實際年齡在16歲以下，第122(2)條是施加絕對法律責任。按該條文的恰當詮釋，有關犯罪意圖推定已被排除，因而控方無須針對女童的年齡證明犯罪意圖，但被控人如可按相對可能性的衡量標準證明，他真誠並合理地相信該女童年滿16歲或以上，便有充分的免責辯護理由。終審法院一致裁定上訴人上訴得直，恢復上訴人無罪的裁決。

