

梁 訴 律政司司長

民事上訴2005年第317號¹(2006年9月)

上訴法庭的判決

申請人是一名同性戀者，申請司法覆核時年齡為20歲，他成功透過司法覆核程序質疑《刑事罪行條例》(第200章)第XII部若干條文的合憲性。律政司司長不服判決，就《刑事罪行條例》第118C條的合憲性提出上訴。該條把“由21歲以下男子作出或與21歲以下男子作出同性肛交”訂為罪行。本案的憲法爭論點在於第118C條是否違反《基本法》第25條和第39條，以及《香港人權法案》第1、14和22條所保障的私隱權和在法律面前一律平等的權利。

本案帶出一個重要的問題，就是《刑事罪行條例》(第200章)有關肛交的若干條文，是否對男同性戀者構成無理的歧視。這一點引起了有趣的爭論：若某條法例的有關條文表面看來同樣適用於所有人(就本案而言，即男與女、同性戀者與異性戀者)，該法例可否視為不平等或帶有歧視成分？

申請人提出質疑的理據如下：

- (1) 有關肛交的條文(第118C及118F(2)(a)條)帶有歧視成分，理由如下：(a)就經同意下進行性行為或相當於性交行為而言，進行肛交的

年齡下限定為21歲，但異性性交的年齡下限則為16歲(比較《刑事罪行條例》第118C條與第124條)；以及(b)若進行肛交時有超過二人在場，則即使肛交經雙方同意下進行，或雙方的年齡均為21歲或以上，仍屬犯罪，但異性在上述情況下性交則不屬犯罪(第118F(2)(a)條)。

- (2) 至於嚴重猥褻行為方面，若一名男子與另一男子作出嚴重猥褻行為，只要其中一人的年齡在21歲以下，即屬犯罪，但異性戀者或女同性戀者在這方面的年齡下限則為16歲(比較第118F條與有關猥褻侵犯罪的第122(2)條)。此外，只要有超過二人在場，則即使男子達到21歲的年齡下限，並經同意下作出嚴重猥褻行為，仍屬犯罪，但異性戀者或女同性戀者在上述情況下則不屬犯罪(第118J(2)(a)條)。

在司法覆核的正審階段，答辯人首先辯稱法院沒有司法管轄權就這宗司法覆核進行聆訊或作出所尋求的宣告。不過，答辯人

¹ 英文判決書收錄於[2006] 4 HKLRD 211。

表示，如法院的確有所需的司法管轄權，他會同意根據《基本法》和《人權法案》，第118F(2)(a)、118H和118J(2)(a)條是違憲的。這樣的話，第118H條便會作狹義解釋，把對21歲年齡下限的提述解釋為對16歲的提述。答辯人也同意第118F(2)(a)和118J(2)(a)條的內容不能整體地保留。答辯人儘管作出以上認可，但仍辯稱第118C條並不違反《基本法》或《人權法案》。原訟法庭裁定，法院有所需的司法管轄權審理這宗司法覆核，並且裁定第118C條的確違反《基本法》和《人權法案》。答辯人向上訴法庭提出上訴，尋求只把涉及第118C條的宣告作廢。

上訴法庭認為，就法律方法而言，正如大多數就某條法例是否違憲進行的探究一樣，應按以下兩個階段分析：

- (1) 首先，《基本法》或《人權法案》(《公民權利和政治權利國際公約》)所保障的權利是否被侵犯？
- (2) 其次，如確有權利被侵犯，這種侵犯是否合理？

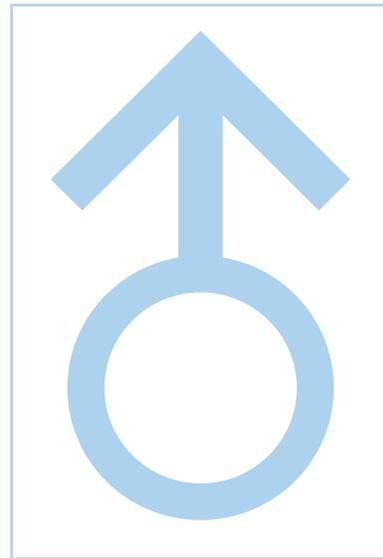
如侵犯屬無理，有關法例便會被裁定違憲及無效。

上訴法庭認為，就舉證責任而言，申請人須在第一階段探究證明有關法例違反《基

本法》或《人權法案》。若無法證明這點，事情便會告終。若能證明確有權利被侵犯，便會進入第二階段，到時答辯人(通常是政府或其中一個政府部門)須證明有關法例違反《基本法》或《人權法案》是合理的。到了第二階段，法院才會引用“相稱的驗證準則”，研究對憲法權利的侵犯在法律上是否合理。對憲法權利施加的限制須符合以下條件，才算合理：(a)與一個合法目的有合理關聯；及(b)限制有關權利的手法不得超過為達到該合法目的所需者。這些條件有時稱為“相稱的驗證準則”的元素。

基於以下理由，上訴法庭認為同性肛交與異性性交應視為相類的行為：

- (1) 異性性交並非純為生育。這種行為亦是一種愛與親密的表現，也可能是滿足性慾的主要方式。就男同性戀者而言，肛交符合這些定義。在某個時期，社會價值觀強行把肛交定性為某種違反自然的行為，認為這種行為在某程度上應予譴責，絕對不容寬恕。在香港，這些觀念已有所轉變，只要看看1991年的修



訂把肛交合法化便可見一斑。

- (2) 一直以來，法院都把肛交視作性交的一種方式，在研究關於肛交的法例是否合憲時，確實已把兩者視為相類的行為。

上訴法庭在參考歐洲人權法庭和其他司法管轄區的案例後，同意下級法庭的看法，即“對男同性戀者來說，肛交是唯一可採用的性交方式”。

對異性戀者來說，陰道性交是最常用的性交方式，但這在男性之間顯然並不可行。因此，《刑事罪行條例》第118C條顯然對男同性戀者做成重大的負面影響，而與異性戀者相比，男同性戀者所受的影響大得

多。上訴法庭同意以下一段判詞：

“如少數人只能採用唯一可行的性表達方式，但他們卻遭剝奪採用該種方式的權利，則即使所有其他人同樣被剝奪該權利，這個做法仍有歧視成分，因為多數人仍有權採用對他們來說是自然的性表達方式。在本案的陳詞中，這種情況被形容為‘隱藏歧視’。我認為這形容得十分恰當。這

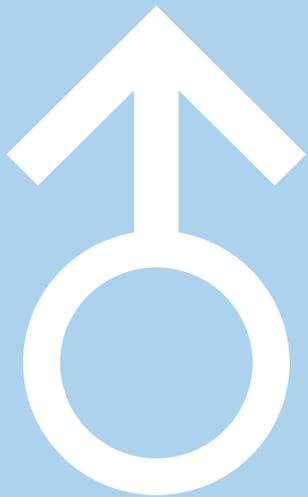
種隱藏歧視只基於一個因素：性傾向。”

基於上述理由，上訴法庭認為，第118C條的確侵犯了上述《基本法》和《人權法案》條文所保障的私隱權和法律面前一律平等的權利。

問題是侵犯這些權利的做法是否合理。上訴法庭認為，要運用相稱的驗證準則，首先須探究有關法例的目的。答辯人必須證明法例所尋求達到的目的是合法的，而且有關法例與該目的有合理關聯。如能證明這點，則最後的關卡是證明有關法例所採取的手法不超過為達到該合法目的所需者。

採用這個方法後，上訴法庭所得的結論是，答辯人沒有充分證明有任何理據支持侵犯申請人的權利：

- (1) 有關法例的目的，可以說是保護年紀尚小的人以避免進行只適宜較成熟的人(因並無較合適的詞故採用這詞)進行的性活動。立法機關明顯較能衡量民意和評估有關健康或其他考慮因素。
- (2) 因此，問題的焦點轉移至立法機關在法例中設定的21歲年齡下限。上訴法庭認為這個年齡下限毫無根



據。答辯人並無提出任何證據，向上訴法庭解釋為何把肛交的年齡下限定為21歲，但異性性交的最低同意年齡則僅定為16歲。

(3) 上訴法庭參閱過《立法局會議過程正式紀錄》的相關摘要，當中記錄了立法局就1991年的修訂進行的辯論。記錄顯示，有關法律條文緊緊跟從1983年法律改革委員會發出以“有關同性戀行為之法律”為題的報告書所載的建議。該報告書建議把肛交的年齡下限定為21歲，理由是這是香港的成年歲數，而且可以讓有關人士經過深思熟慮後才進行這種性活動和發展這種性傾向。

(4) 根據上訴法庭的判斷，這些理由（如果這些是關鍵理由的話）已不能成立。第一，《成年歲數(有關條文)條例》(第410章)第2條在1990年通過後，香港的成年歲數已降至18歲。年滿18歲的人也有投票權(《立法會條例》(第542章))。不過，在進行1991年的修訂時，成年歲數仍然是21歲。第二，難以理解為何同性戀者和異性戀者要受到不同對待。

(5) 在立法局的辯論和上述法律改革委員會報告書內，均有把須要遏止勒索罪行作為設定不同的年齡下限的某種原因。上訴法庭認為這個論點難以理解。有關方面並無提出數據或其他證據支持這個假設。無論如何，法院難以理解把肛交的最低同意年齡降至16歲，會怎樣使同性戀者較異性性交的男女有更高被人勒索的風險。

(6) 上訴法庭認為，答辯人並沒有履行舉證責任，證明侵犯申請人基本權利的做法是有理據支持的。

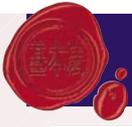
上訴法庭也討論了答辯人所提出的另一個論點：即每當有人質疑法例違憲時，法院應給予立法機關對情況作恰度評估的權力(margin of appreciation)。這個概念的涵義，是法院承認立法機關在通過法例時，處於較佳的位置去評估社會的需要。法院不能取代立法機關擔當這個角色；事實上，法院在有關政策的事宜上須尊重立法機關的見解。

不過，給予立法機關對情況作恰度評估的權力，也有限度。如果顯然有人基於種族、性別或性取向而侵犯某些權利，法院便會仔細審議“聲稱構成理據的理由”。法院如認為沒有任何理據支持對基本權利

作出指稱的侵犯，便有責任把違憲的法律推翻，因為儘管立法機關代表社會上多數人的意見，其見解須予尊重，但法院亦須緊記，本身的角色是要保護少數人免受大多數人的過份行為所影響。簡單地說，法院的責任是應用法律；在憲制事宜上，法院須應用《基本法》和《人權法案》的字面意義和背後的精神。上訴法庭也強調，法院必須獲得足夠材料，才能了解究竟可能有什麼理據，支持對基本權利作出侵犯。

上訴法庭裁定第118C條違憲，違反了《基本法》和《人權法案》。





有關C(破產人)的事宜

民事上訴2004年第405及406號、2005年第230號¹
(2006年9月)

上訴法庭的判決

破產管理署署長根據《破產條例》(第6章)(“該條例”)第138條，向原訟法庭提出兩項申請，頒令向違反該條例的某些罪行的破產人C及L提出檢控，原訟法庭駁回該兩項申請，破產管理署署長和律政司司長不服原訟法庭的裁決提出上訴。原訟法庭裁定，第138條賦予法院的權力，違反《基本法》第63條的規定，是憲法所不容許的。《基本法》第63條訂明：

“香港特別行政區律政司主管刑事檢察工作，不受任何干涉。”

該條例第138條訂明：

“凡破產管理署署長或破產案受託人向法院報告，表示他認為已被判定破產的破產人犯了本條例所訂的任何罪行，或在任何債權人或債權人委員會委員作出陳述後，法院信納有理由相信破產人犯了任何該等罪行，則法院若覺得破產人合理地頗有可能會被定罪，亦覺得在有關情況下適宜提出檢控，即須命令就該罪行對破產人提出檢控，但該等命令並非任何根據本條

例提出的檢控的先決條件。”

與第138條相關的罪行，是指破產人本身犯了該條例所訂的罪行。該等罪行載列於該條例第VIII部，並包括第129及131至136條。

上訴法庭認為，《基本法》第63條所指的保障獨立檢控的受託人，也就是律政司。但上訴法庭又認為，為方便起見，在判詞中以律政司司長為受託人是既方便又適當的，因為律政司司長掌管律政司，而有關保障所涵蓋的特權最終歸屬於律政司司長。

上訴法庭認為，律政司司長能作出獨立檢控，是法治的關鍵。他履行這項職責時，“不得受任何人所左右”(引述自Robert Finlay, 1903, *Parliamentary Debates* Vol 118, cols 349-390)，而“是否向任何市民提出檢控或中止檢控，該由檢控機關根據每宗案件的案情而決定，不受政治或任何壓力所影響……在法律專員就某宗案件作出決定時，倘若行政機關或國會作出任何含政治壓力的行動，便屬違反憲

法，無論如何必須避免。”(引自 Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), 第 224 頁)雖然這些基本原則的討論，是關於英國律政司的檢控角色，但也反映了香港司法管轄區所接受並引用的基本原則，而這原則得以延續，是受《基本法》的整個主旨(特別是第63條)所保障。《基本法》第63條對“主管”的提述及“不受任何干涉”的規定，旨在反映這些原則。多條法例條文(例如《刑事訴訟程序條例》(第221章)第14(1)、14B條、15(1)條)均鞏固了這些原則。

上訴法庭明白到，《基本法》第63條所指的是政治干涉。但為了確保律政司司長能獨立地行使檢控職能，有關規定須延展至免受司法方面的干涉，只有在出現濫用法庭程序或涉及針對判決而惡意提出司法覆核的情況下才屬例外。

上訴法庭關注的是在決策過程中的司法干涉。如該過程還沒有展開(而援引第138條時該過程還沒有展開)則很難看出干涉何時出現。除非說只有律政司司長才可提出檢控，又或律政司司長須受第138條所述的命令約束。除禁止對律政司作出政治干涉這個主要目的外，《基本法》第63條的另一個目的，是劃清界線，以保障律政司司長在決定是否提出檢控、以什麼罪名提出檢控、是否接管私人檢控，以及是否

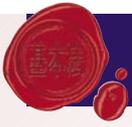
《基本法》第63條 香港特別行政區律政司 主管刑事檢察工作，不 受任何干涉。

中止法律程序方面的權力，免受司法干涉。

這樣並不是說法院無力防止司法程序受到濫用。不過，這種司法權力即使有可能會令有關法律程序中止，卻是在法律程序提起後才行使的。而正如“濫用程序”一詞所顯示，這種權力旨在維護司法程序的公正。這權力對行使司法權限是必須的，而且受到《基本法》保障。此外，另有典據認為，“不誠實、不真誠或一些其他例外情況”或可作為理據，在法院就某一案件所行使的檢控特權提出質疑²。

本案的問題是：“法院根據《破產條例》第138條作出命令時，是否因此而控制了律政司司長任何的一項檢控特權？”律政司司長的檢控特權包括以下酌情權：提出檢控或指示提出檢控；拒絕提出檢控；接管其他方面展開的法律程序；以及中止已展開的法律程序。

² *R v Director of Public Prosecutions, ex p Kebeline* [2000] 2 AC 326, 376.



上訴法庭認為，法院行使第138條賦予的權力，並沒有干涉律政司司長的任何檢控特權，因為不論上述哪種情況，司長均沒提出進行檢控或作出任何與正在進行中的檢控有關的決定，而該決定是受法院干涉的。也沒有法院藉着頒令意圖推翻任何不提起訴的決定。既然如此，很難看出法院在根據第138條作出命令時，是如何干涉或操縱司長行使他的任何檢控特權。

此外，上訴法庭裁定，法院根據第138條發出命令，並沒有干涉檢控獨立，理由是：第一，第138條所賦予的權力從屬於司法職能；第二，發出命令的權力可合理地解釋為(並因而須要解釋為)受到司長的權力所規限，因為司長如認為合適的話，可不簽署需其簽名的控罪書或公訴書以拒絕繼續訴訟，或以提出中止檢控的方式中止檢控。

上訴法庭認為，根據第138條命令提出檢控的權力，是該條例賦予法院的司法職能，以便法院行使其破產司法權。法院所做的，只是指令作出起訴，本身並無操縱檢控，也沒有就所呈堂的案件作出裁定。

原訟法庭法官關注到，律政司司長倘若作出干涉，便會抵觸法院頒令的原意。上訴法庭裁定，法律賦予司長權力，在有需要時可拒絕給予繼續檢控的授權，或作出干涉並中止有關檢控。假如把第138條的權力理解為沒有阻止司長行使有關權力的話，則原訟法庭所關注的情況便不會出現。換句話說，第138條應該視作須要受到該等權力所規限。

上訴法庭信納，法院根據第138條頒令作出檢控的權力，並不違反《基本法》第63條。

華善投資有限公司 訴 稅務局局長 民事上訴2005年第261號¹ (2007年1月) 上訴法庭的判決

原告人在新界購買土地，經重新發展後售出部分土地，並因此獲得豐厚利潤。原告人向稅務局遞交利得稅報稅表及經審計的財政報告。稅務局局長(“局長”)認為，賣地所得利潤屬應課稅利潤，並向原告人發出評稅及繳納稅款通知書。原告人的稅務顧問反對該評稅通知，並要求局長在等候反對結果的期間，命令緩繳該筆稅款。緩繳稅款的做法受《稅務條例》(第112章) (“該條例”)第71(2)條所規管。局長命令原告人在等候反對結果期間可緩繳該筆稅款，但條件是須購買款額相等於緩繳稅額的儲稅券。這項條件與該條例第71(7)條相符。

原告人沒有在限期之前購買儲稅券，亦沒有繳付稅款，並在其後一直拖欠稅款。由於原告人拖欠稅款，稅務局局長根據該條例第71(2)條就欠款增收5%的附加費。局長起訴原告人，以討回稅款和附加費合共8,001,704元。原告人沒有採取行動，一名區域法院司法常務官隨後因原告人欠缺行動而就該筆款項連同利息和訟費作出缺席裁判。其後，局長向原告人發出繳款最後通知書，表明如仍不繳付款項，將再行增收10%的附加費。翌日，局長行使該條例第76條賦予的權力，因該筆欠款，從原告人的銀行帳戶討回部分稅款。該筆稅款隨後以支票繳付，但原告人後來反對繳交該筆稅款。局長裁定原告人的反對無效。

後來該事件交由稅務上訴委員會(下稱“委員會”)處理。委員會認為，出售該幅土地的得益屬資本增益。上訴法庭發現委員會在作出這結論時並非完全沒有猶豫。不過，法院還是判上訴得直，並將局長發出的利得稅補加評稅廢除。稅務局其後發出經修訂的補加評稅並退還稅款。

原告人的即時回應是，鑑於在繳稅時發生



¹ 英文判決書收錄於[2007] 2 HKLRD 567。

所聲稱的事件，故應視原告人有就該筆稅款購買儲稅券。原告人以此為理據提出利息申索。局長回應的立場是，原告人並無購買儲稅券，因此不會發給利息。局長之後再把稅款附加費、已付的訟費和判決利息退還給原告人。然而，原告人對此仍未感到滿意。

原告人於是向原訟法庭提起訴訟，要求申索利息，理據是徵稅要求並不合法並超越局長權力，而在這情況下局長不合理地多獲得了由原告人繳付的稅款，因此原告人應獲發還稅款和利息。原告人依據的是《基本法》第6和105條。原訟法庭判原告人敗訴，原告人遂向上訴法庭提出上訴。

原告人的基本陳詞指，《基本法》第105條適用於其案件，原告人的資本被徵用以支付稅款，但沒有因失去使用該筆資金而獲得補償。上訴法庭羅傑志副庭長認為(上訴法庭郭美超法官亦同意)，《基本法》第105條不適用於合法徵稅。稅收事宜由《基本法》第108條規管，該條訂明：

“香港特別行政區實行獨立的稅收制度。

香港特別行政區參照原在香港實行的低稅政策，自行立法規定稅種、稅率、稅收寬免和其他稅務事項。”

這項條文與《基本法》第105條形成對比，第105條訂明：

《基本法》第105條

香港特別行政區依法保護私人 and 法人財產的取得、使用、處置和繼承的權利，以及依法徵用私人 and 法人財產時被徵用財產的所有人得到補償的權利。

徵用財產的補償應相當於該財產當時的實際價值，可自由兌換，不得無故遲延支付。

企業所有權和外來投資均受法律保護。

上訴法庭裁定，當政府向個別人士徵稅時，必然會徵用其財產，而被徵用財產者不享有得到補償的權利。這兩條條文是互相排除的。

上訴法庭認為，即使把《基本法》第108條賦予的徵稅權力解釋為須受制於另一項

凌駕性的要求，即源自《基本法》第105條的相稱原則的要求是正確的(但法庭認為這並不正確)，但相稱原則的要求也須就案情及該條例的條文內容而予以考慮。就本案而言，事實是原告人獲給予機會購買可獲利息的儲稅券。因此，原告人指局長有權就沒有繳交的稅款收取利息而個別人士則無權就之後獲退還的稅款收取利息的論據站不住腳。

上訴法庭副庭長鄧楨認為，《基本法》第105條並不適用於本案。《基本法》第105條中的“Deprivation”，是指“徵用”的意思，即中文原文所表達的意思。《基本法》第105條所涉及的，主要是政府徵用(eminent domain)中的徵用問題。副庭長鄧楨不相信就稅務事宜提起訴訟或例如藉訴訟討回罰款或罰金(即使之後證實屬錯誤判決)，會構成或屬於《基本法》第105條

所指的依法徵用。

上訴法庭副庭長鄧楨認為，該條例訂明可提出反對和上訴事宜，無疑是屬《基本法》第108條的範圍內。因此，一筆已繳款項因有人成功提出反對或上訴而變成不應繳付，仍屬《基本法》第108條所涵蓋的範圍。

原告人提出，在理解《基本法》第105條和108條時，法庭須取得公正的平衡，使所採取的手法和擬達到的目的兩者之間有合理的相稱關係。上訴法庭副庭長鄧楨相信，理解《基本法》第105條和108條時把香港特區政府的行使徵稅權視作須取得這樣的公正平衡，這個理解是不正確的。法官認為，除非稅務制度並不真實，而實際卻是偽裝的財產徵用，否則《基本法》第105條並不適用，而法庭亦無權干涉。

