

律政司司長 訴 丘旭龍

終院刑事上訴2006年第12號(2007年7月)¹

終審法院的判決

兩名答辯人被控與對方非私下作出肛交，違反《刑事罪行條例》(第200章)第118F(1)條。上訴法庭維持裁判法院的判決，裁定該條文違憲，將有關上訴駁回。上訴人向終審法院提出上訴；終審法院證明以下兩個法律問題具有重大而廣泛的重要性：

- (1) 第118F(1)條是否因歧視而抵觸《基本法》及《人權法案》？
- (2) 當法院裁定針對被告人的控罪違憲時，該作出什麼適當的命令？

憲法條文

終審法院認為，法律面前一律平等是一項基本人權。平等與歧視互相對立。憲法賦予的平等權利本質上即是不受歧視的權利。這項權利受《基本法》第25條及《人權法案》第22條(與《公民權利和政治權利國際公約》第26條對應)所保障。

根據《基本法》第25條及《人權法案》第22條，性傾向屬“其他身分”一詞所涵蓋的範圍，基於性傾向的歧視明顯屬違憲。

原則—待遇差別及理據

終審法院裁定，一般而言，法律通常應就相若情況給予相同的待遇。不過，在法律面前平等的保證並非絕無例外地規定絕對平等。在有充分理據下可以有法律待遇的差別。要通過這個驗證(有理據支持的驗證)，必須證明以下情況：(a)該待遇差別的存在必須是為了貫徹一個正當的目標，即必須證明該差別有真正必要；(b)該待遇差別與該正當的目標必須有合理的關連；以及(c)該待遇差別必須不能超過為達致該正當的目標而需要的程度。

終審法院裁定，如果某人因種族、性別或性傾向等理由而遭到有差別的待遇，法院會仔細審查該待遇差別是否有理據支持。如果該待遇差別可以通過有理據支持的驗證，正確的做法是視該待遇差別為不構成

¹ 英文判決書收錄於 [2007] 3 HKLRD 903。

歧視，沒有抵觸憲法賦予的平等權利。與一些其他憲法權利(例如和平集會權利)不同，這並不關乎有合憲理據支持的抵觸權利的問題。

第118F(1)條是否構成歧視及是否違憲

終審法院裁定，第118F(1)條只把同性戀者非私下作出肛交刑事化，明顯基於性傾向而給予有差別的待遇，此待遇必須有理據支持。第一步的理據驗證，是要考慮上述待遇差別是否為了貫徹一個正當的目標。為此，必須證明該差別是其於真正必要，而單靠立法行為並不能證明有此必要。就本案而言，並無顯示上述有差別的待遇是有真正必要的，因此沒有證據證明該有差別的待遇是為了貫徹任何正當的目標，未能通過第一步的理據驗證。立法機關在制

定一套措施以改革規管同性戀者的行為時，有權決定是否需要制定一項具體的刑事罪行，保障公眾免受有違公德的在公眾地方作出的性行為所影響。然而，訂立該具體罪行，不能以構成歧視的方式進行。第118F(1)條是一條有歧視性的條文，只把同性戀者非私下作出肛交刑事化，卻沒有把異性戀者的相同或相若行為刑事化，而這種有差別的待遇又並非有真正必要。法院有責任執行法律面前平等這項憲法上的保證，並確保市民不會受到有歧視性的法律所影響。據此，第118F(1)條屬歧視性及抵觸平等的權利，因此屬違憲。

裁判官裁定控罪違憲的恰當做法

《裁判官條例》(第227章)第27條能為裁判法院提供處理違憲判決的框架。如裁判官裁定告發被告人的罪行違憲，這顯然涉及第27條所指的“告發……在內容……上有欠妥之處”。根據第27條，裁判官下一步必須視乎第(2)款訂明的情況，考慮修訂或撤銷告發。第(2)款訂明裁判官必須修訂告發的情況，其中包括作出不會造成不公正情況的修訂。依據第27(4)條，原則上裁判官可在不會造成不公正的情況下對告發作出修訂，以另一項不會引起憲制問題的適用罪行代替告發所指稱的罪行，但修訂後

須依循第27(3)條所訂程序處理。如這方法並不可行，則第27(1)條規定裁判官必須撤銷告發。

如控方擬質疑裁判官的違憲裁定，在一般情況下，裁判官應在考慮可否根據第27條作出修訂前，允許依據條例第105條就有關裁定申請案件呈述，並押後法律程序以等待上訴結果。這項程序可讓違憲問題得以由最高層的法院審議，同時亦能保留裁判法院的立場。由於裁判官的裁定並不純粹是非正審裁定，以案件呈述方式提出上訴並無違背禁止就裁判官的非正審裁定提出上訴的原則。

終審法院認為很難看到“無效”概念在第27條有什麼作用。該概念提出，在某些

案件中，告發的欠妥之處或會極其嚴重，致令告發無效，不能藉作出修訂而得以糾正。基於第27條的整體機制(規定須對告發有欠妥之處作出修訂或撤銷)以及其賦予的廣泛修訂權力，實在難以想像有告發的欠妥之處是原則上不能修訂的，特別是當控罪可以另一項罪行代替。因此，“無效”概念不應納入該機制。

就本案而言，無須考慮以另一項控罪代替告發的罪行來修訂告發，因為在取得上訴許可時，政府承諾不會尋求把案件發回原審法院重審，並且不會就涉及本案所指稱的行為提出檢控。



官永義 訴 內幕交易審裁處 終院民事上訴2007年第19號及20號(2008年3月)¹ 終審法院的判決

這項上訴是由財政司司長就上訴法庭的裁定而提出的。向上訴法庭提出的上訴，是基於內幕交易審裁處根據《證券(內幕交易)條例》(第395章)(現已廢除並由《證券及期貨條例》(第571章)取代)進行的研訊而提出的。案中主要的問題是：《人權法案》第10及11條是否適用於研訊程序；如果適用，則審裁處使用答辯人就使自己入罪的問題被迫作出的使自己入罪的答覆，以及審裁處所用的舉證準則，是否符合上述條文的規定。² 上訴法庭的結論是：答辯人在內幕交易審裁程序中，應受到《人權法案》第10及11條的保障；同時，根據《證券及期貨事務監察委員會條例》(第24章) (現已廢除)第33(4)條而向答辯人取得的證供，在有關研訊程序中不可接納；就此答辯人聲稱享有免使自己入罪的特權。上訴法庭的結論亦指出在內幕交易研訊中，不應根據《證券(內幕交易)條例》第17條強迫答辯人作供，而在研訊中所用的舉證準則必須能夠證明無合理疑點。

向終審法院提出的本上訴帶出了一些與憲制法律有關的重要問題，包括以下各點：

- (a) 內幕交易審裁處進行的內幕交易研訊程序，有否基於以下理由：即審裁處(a)判處罰款或(b)作出取消資格命令的權力，而涉及《人權法案》第10及11條所指刑事控告的判定？
- (b) 如有的話，則
 - (i) 這是否侵犯免使自己入罪的權利或緘默權？
 - (ii) 審裁處是否有責任應用無合理疑點的刑事舉證準則？
- (c) 上訴法庭沒有把補救局限於作出一項命令，即命令以法定權力判處罰款的做法違反《人權法案》，並因此而無效。上訴法庭有否犯錯？

是否由於審裁處判處罰款的權力而涉及刑事控告

參照歐洲人權法庭的裁決及英國就《歐洲

¹ 英文判決書收錄於 [2008] 3 HKLRD 372。

² 《人權法案》第10條訂明(此處只援引適用部分)：任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。《人權法案》第11條訂明(此處只援引適用部分)：(一)受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。(二)審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障……(庚)不得強迫被告自供或認罪。

保障人權與基本自由公約》第6條作出的裁決，終審法院裁定在確定案件是否涉及《人權法案》第10及11條所指的“刑事控告”時須考慮三項準則，包括：(a)本地法律如何將有關罪行分類；(b)罪行的性質；以及(c)可判處的懲罰的性質及嚴重程度。

有關研訊程序在本地法律下的分類只屬初步的考慮因素，(b)及(c)這兩項因素遠較(a)項重要。

終審法院裁定，由於審裁處根據《證券(內幕交易)條例》第23(1)(c)條處以罰款的權力，有關的研訊程序涉及須予判定的刑事控告。終審法院應用上述三個原則，裁定按本地法律的分類，內幕交易研訊程序屬民事性質。終審法院接著考慮研訊程序的對象，即不當行為的性質，以及懲罰的性質及嚴重程度。終審法院認為內幕交易相當於非常嚴重的不當行為，而該種行為可能很容易被視作刑事行為。審裁處根據《證券(內幕交易)條例》第23(1)(c)條施加的罰則與罰款相若，其目的是產生懲罰和阻嚇作用。有關不當行為非常嚴重，並且屬不誠實行為，加上罰則的嚴重程度，均是有力的考慮因素，支持把研訊程序和有關不當行為列為刑事類別。

另一方面，終審法院注意到研訊程序具有一些特點，被視作顯示其民事法律程序的特

質。這些特點包括沒有正式的控罪、沒有構成刑事紀錄的定罪，以及沒有一條監禁的條文。不過，這些特點須根據一項重要的原則來考慮，就是對人權和基本自由的保證須是實質上的而非形式上的。在該等情況下，如以沒有正式的控罪和沒有定罪紀錄的條文為理由，將研訊程序排除在《人權法案》第10及11條賦予的保障範圍以外，便會大大減低這些條文所賦予的保障程度，並助長形式比實質優勝的情況。再者，缺乏監禁的條文這一點須按以下事實來考慮：如不支付審裁處根據《證券(內幕交易)條例》第23(1)(c)條所命令並根據第29條註冊的罰款，有關人士可因藐視法庭而被懲罰，致令不繳付罰款可導致其自由被剝奪。此外，施加罰則的權力與判處罰款的權力相若，其目的是產生懲罰和阻嚇作用，在這情況下，沒有一條監禁條文的重要性亦會減低。

作出取消資格命令的權力是否令條文涉及刑事控告

終審法院認為，《證券(內幕交易)條例》所指的取消資格命令，應屬保護性質的命令。儘管發出這種命令能收阻嚇之效，但這只是附帶作用，有利於保障股東、投資者及公眾人士避免由不適合的公司人員擔任有關職位的目的。因此，《證券(內幕交易)條例》第23(1)(a)條賦予作出取消資格命令的權力，

並沒有使內幕交易條文涉及《人權法案》第10及11條所指須予判定的刑事控告。

是否侵犯免使自己入罪的權利或緘默權

這裡涉及的問題是，究竟根據《證券及期貨事務監察委員會條例》第33(4)條取得的證據，在審裁處的聆訊中是否可獲接納，而審裁處根據《證券(內幕交易)條例》第17條強迫答辯人作供的做法又是否正確。首先，審裁處憑藉《證券及期貨事務監察委員會條例》第33(6)條直接採用證供的做法，是否違反了《人權法案》第10條保證的公平審訊權。

終審法院根據李義法官就香港特別行政區訴李明治(2001) 4 HKCFAR 133一案作出的判決，裁定免使自己入罪的特權是公平審訊權的主要部分，與無罪推定緊密相連。鑑於第10條的保障建基於尊重被控人保持緘默的意願，這項特權伸延至刑事法律程序開始前取得的被迫就問題作出的答覆。因此，即使有關答覆在“A”類的函件(Type “A” Salmon letters)發出前取得，使用這些強行取得的問答違反了《人權法案》第10條。這些函件根據《證券(內幕交易)條例》第17條，要求答辯人出席審裁處聆訊並在其中作供，因此，這些函件可視作內幕交易法律程序的開始。

然而，《人權法案》第10條對免使自己入罪的特權所作的保障並非絕對。直接採用強行取得的使自己入罪的材料，在下述情況下可以是有理據支持：這個做法對嚴重社會問題而言並非不相稱的回應，及“被控人接受公平審訊的權利整體上未受削弱”。關於這方面，第33條授權可強行對涉及內幕交易案核心的問題取得答覆。正如上訴法庭所裁定，這構成“完全廢止緘默權”。就本案而言，禁止直接使用的規定，只限於刑事法律程序，但就《證券(內幕交易)條例》各方面而言，法例明確准許可直接使用這類問題和答覆(包括在審裁處的研訊程序中使用)。終審法院認為，沒有證據顯示，若禁止直接使用這類問題和答覆的規定在審裁處也適用，便不足以達至立法機關杜絕內幕交易這個合理而正當的目的。

因此，終審法院裁定，《證券及期貨事務監察委員會條例》第33(4)條及第33(6)條違反了《人權法案》第10條。由於《證券(內幕交易)條例》第17條在A類函件發出後引用，因此同時違反了《人權法案》第10條及第11條第(二)(庚)款。

審裁處是否須引用無合理疑點的刑案舉證準則

考慮到聯合國人權事務委員會公布的《一

般性意見》第13及32號，終審法院裁定，就《人權法案》第11條而言，適宜引用無合理疑點這項舉證準則。這個觀點在我們的刑事法理學範疇獲大力肯定，因為根據刑事法理學，當研訊程序界定為涉及某人受刑事控告而須予判定時，所引用的準則是要證明無合理疑點。

審裁處有否引用所需的舉證準則

審裁處就失當行為的嚴重性引用了民事準則。由於無從得知在審裁處成員的心目中，是否將“高度可能性”的準則等同於證明無合理疑點的準則，終審法院認為既然審裁處採用了不可接納的證據，而且沒有引用刑事舉證準則，審裁處的裁決的理據便遭削弱。

適當的補救

終審法院裁定，基於《證券(內幕交易)條例》第23(1)(c)條所賦予的判處罰則權力違反《人權法案》第10條和第11條，而把這項權力裁定為無效是公正及適當的。要求作出宣告的做法十分異常，因為此舉會推翻一條本身並無違反《人權法案》的法律條文。

《香港人權法案條例》第6(1)條訂明了《人權法案》遭違反時的補救。終審法院認為，應根據第6(1)條的廣闊含義，把該條詮釋為賦予法院或審裁處權力，在最能符合立法意圖的情況下，推翻非侵犯權利的條文。在第

6(1)條訂明的明示限制中，唯一與本案有關的是所作的補救、濟助或命令必須“就該項違反事件”而頒發。這些用詞意味著補救、濟助或命令與違反事件之間存在一種關係或聯繫。就此，情況較為特殊的案件而言，當中所存在的關係或聯繫為：第23(1)(c)條所賦予判處罰則的權力，就是被指為違反《人權法案》的理由和因由。

在接受法院或審裁處有權作出所要求的命令後，餘下的問題是這樣做是否適當及公正。就此而言，此事的發展過程顯示立法機關寧可為保留《證券(內幕交易)條例》的其他條文而犧牲判處罰則的權力，也不願失去導致違反《人權法案》的調查權力。作出補救後，情況完全符合在當前情況下的立法意圖。因此，除了根據《證券(內幕交易)條例》第23(1)(c)條判處罰則的部分外，終審法院回復審裁處所作的裁斷及命令。





一名律師(24/07) 訴 香港律師會 終院民事上訴2007年第24號(2008年3月)¹ 終審法院的判決

上訴人就八項專業失當行為的申訴到律師紀律審裁組(“審裁組”)席前聆訊。審裁組裁定八項申訴證明屬實。至於舉證的準則，審裁組指該組應用的準則是“民事標準，不過因應指控的嚴重性而採用了較高的相對可能性”。審裁組命令對上訴人施以譴責、罰款、暫時吊銷執業資格，並對他在恢復執業首兩年內從事業務的方式施加限制，同時判他支付訟費。上訴人向上訴法庭提出上訴，上訴法庭推翻兩項申訴的裁斷，並以大多數確認餘下申訴的裁斷。上訴法庭兩名成員認為紀律聆訊的舉證準則應為相對可能性的衡量準則，而另一位成員則認為可以偏離上訴法庭以往的判決，並指紀律聆訊的舉證準則是無合理疑點下證案。上訴人上訴至終審法院。

這宗上訴引起的問題是，上訴法庭可以偏離該庭以往所作的決定有多遠。偏離以往決定的自由度，對遵照先例原則 (*stare decisis*)² 的運作至為重要，而遵照先例原

則又涵蓋在另一項更大的原則——判例原則 (*doctrine of precedent*) 之內。³ 上訴法庭批予上訴許可時，提出了一個具體的問題：倘若上訴法庭以往作出的決定是受到樞密院的決定所影響或約束，而這些樞密院決定其後已被取代及/或有新發展、及/或已被偏離，那麼，上訴法庭是否仍受這些以往作出的決定所約束。終審法院認為，關於上訴法庭遵照先例的規則，必須從整個司法制度加以考慮。在未討論這項規則之前，應該先處理兩個關於司法制度的問題。首先是樞密院司法委員會的決定於1997年7月1日之前及之後在香港的約束力。其次是終審法院在偏離以往決定方面的地位，因為終審法院在1997年7月1日已經代替樞密院成為香港審理上訴的最終法院。

樞密院就香港提出的上訴所作的決定

終審法院裁定，樞密院在1997年7月1日之前受理香港提出的上訴，樞密院的職能純粹是作為香港司法制度的終審上訴法庭，並是

¹ 英文判決書收錄於 [2008] 2 HKLRD 576。

² 遵循以往的決定。

³ 判例原則指高級法院的決定對低級法院有約束力。遵照先例原則指高級法院受到該法院以往作出的決定所約束，這項原則包含在判例原則之內。

該制度的一部分。因此，樞密院就香港提出的上訴所作的決定在1997年7月1日之前對香港的上訴法庭和低級法院具有約束力。

《基本法》確立了香港的法律制度得以延續這個主旨。《基本法》第8條訂明，香港原有法律，除同《基本法》相抵觸或經立法機關作出修改者外，予以保留。《基本法》第18(1)條⁴重申這個主旨。憑藉該等條文，1997年7月1日《基本法》生效後，由樞密院就香港提出的上訴所作的決定構成的法理學體系，在香港繼續具有約束力。

樞密院及上議院就非由香港提出的上訴所作的決定

但是，樞密院就那些並非由香港提出的上訴所作的決定，地位卻截然不同。原則上，根據1997年7月1日之前的案例原則，樞密院就非由香港提出的上訴所作的決定對香港的法院不具約束力。1997年7月1日之前，上議院就非由香港提出的上訴所作的決定的地位，與樞密院的有關決定相若。該等上議院的決定雖然沒有絕對約束力，但卻極具說服力，除非在有關決定所涉及的範疇，本地的情況令香港適宜循另一些路線發展。

海外法理學在1997年7月1日後的情況

終審法院認為，在1997年7月1日後的新憲制架構下，香港法院應繼續從海外法理學得到協助，這點至為重要。這包括不同普通法司法管轄區的終審上訴法庭所作的決定，以及跨國法院(例如歐洲人權法庭)所作的決定。《基本法》本身亦強調這點：根據《基本法》第84條，香港法院可參考其他普通法適用地區的司法判例。雖然在歷史上香港的法律制度源於英國的法律制度而樞密院和上議院的決定應受到極大尊重，但這些決定的約束力會視乎所有的相關情況而定，特別是事情的性質及相關法定或憲制條文的相似程度。

終審法院

由1997年7月1日起，終審法院成為香港的終審上訴法庭，其決定對上訴法庭和低級法院具約束力。作為香港司法架構的最高級終審法庭，終審法院在審理案件時，可偏離樞密院之前就香港的上訴案件所作的決定以及終審法院本身之前作出的決定。然而，終審法院在考慮行使這些權力時會十分謹慎，並會極其約制地行使這方面的權力。

⁴ 《基本法》第18(1)條訂明：“在香港特別行政區實行的法律為[基本法]以及[基本法]第8條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法機關制定的法律。”

採納 *Young v Bristol* 一案的裁定

終審法院考慮 *Young v Bristol Aeroplane Co Ltd* ([1994] KB 718) 一案的裁定，該項裁定關乎上訴法庭可偏離其以往在民事案件中所作決定的情況，即除三個例外情況外，上訴法庭必須遵從其以往所作的決定。⁵ 本上訴案所涉及的問題是，這項裁定應否繼續應用於香港的民事案件。終審法院承認，法律需要維持確定性、可預測性及前後一致，這與判決須具適應性、靈活性及秉行公義之間互相爭持。法院必須在這些互相抵觸的要求之間求取適當的平衡。真正的問題是，考慮到案件或可上訴至終審法院的情況，上訴法庭作為香港的中級上訴法庭，擁有多大程度的靈活性才屬適宜。為了平衡上述互相爭持立及互相抵觸的要求，終審法院認為，*Young v Bristol Aeroplane Co Ltd* 一案的裁定由以下裁定取代，即上訴法庭必須受其以往的決定所約束，但如法庭信納以往的決定有明顯錯誤，便可偏離該決定。

終審法院又裁定，由兩名法官組成的上訴法庭所作的決定，其權力與由三名法官組成的上訴法庭的決定相同，而由五名法官

組成的上訴法庭，權力並不比由三名法官組成的法庭為大。上訴法庭在 *SJ v Wong Sau Fong* ([1998] 2 HKLRD 254) 一案的決定，指只有由五名法官組成的法庭才有權偏離由三名法官組成的法庭的決定，並不正確。

明顯錯誤

終審法院裁定，只有當上訴法庭確信對其先前的決定提出的質疑理據充分而且可證明是明顯錯誤時，才會信納已符合明顯錯誤的驗證。若先前的決定是在不知有互相抵觸的法例條文或具約束力的案例的情況下作出的，便符合明顯錯誤的驗證。此外，若決定是有明顯失誤或是以錯誤的標準來衡量(上訴法庭曾應用這兩項準則)，也符合明顯錯誤的驗證。作出決定的理據如有嚴重謬誤，也該視為明顯錯誤。

在研究先前的決定是否明顯錯誤時，上訴法庭考慮的並不局限於作出先前決定時的有關事宜，也可考慮到在作出決定後的有關發展，這包括其後法制方面的發展，例如是相關憲制或法例條文的制定，以及香港或其他地區的法理學發展。

⁵ 三個例外情況是(1)上訴法庭有權及必須決定，在其過往兩個互相抵觸的判決中，會遵從哪個判決；(2)雖然上訴法庭的決定沒有被明確推翻，但如果法庭認為該決定與其後樞密院就香港的上訴所作的決定或終審法院的決定不能並存，便必須拒絕遵從該項上訴法庭的決定；(3)如上訴法庭信納該項決定因疏漏所致(*per incuriam*)，便不必遵從該決定。

上訴法庭的結論指其先前作出的決定明顯錯誤，並沒有最終解決應否偏離該等決定的問題。上訴法庭在決定是否這樣做之前，應考慮到各方面的情況。這些情況包括：涉及事宜的性質、先前決定確立了的時間有多長、有關決定的適用範圍、有關事宜是否相當可能會由終審法院或立法機關處理、有關事宜交由終審法院或立法機關處理是否最恰當、不偏離先前決定是否會對爭議中的案件及同類案件造成不公平及不公平情況有多嚴重。上訴法庭考慮到遵照先例原則的重要性，必定會審慎地考慮有關事宜。終審法院強調，明顯錯誤驗證所訂的標準很高。按這項驗證的標準而作出偏離先前決定的做法，該屬極其例外的情況，並且應該很罕有。

終審法院在本案中採用明顯錯誤的驗證標準，裁定上訴法庭沒有充分理據偏離先前確立的律師紀律聆訊有關民事舉證準則的決定。除非上訴法庭研究了法律方面的發展，包括其後的比較法理學，並得出結論認為該法庭較早前的決定現時應視為明顯錯誤，否則，上訴法庭須受其先前的決定所約束。

紀律聆訊的舉證準則

終審法院裁定，香港的紀律聆訊舉證準則是根據有關H的事宜⁶一案的方法，採用可能性佔優勢 (preponderance of probability) 的民事標準。指稱的作為或不作為越嚴重，便更有必要視之為內在不可能；越視之為內在不可能，便更需要有力的證據按可能性佔優勢的標準證明該作為或不作為。

終審法院裁定就舉證準則而言，審裁組並沒有犯錯而導致針對上訴人的裁斷無效。

覆核紀律審裁小組的裁斷時上訴法庭所擔當的角色

以往所採用的是限制性方式，即除非專業紀律委員會的裁斷與證據十分不協調，以致可合理確切地顯示誤解了證據，否則，有關裁斷不應受干預。這個方式再不可視為決定性的方式。這並非表示不尊重專業審裁小組就技術事宜所作的意見，但會視乎情況適當地予以考慮。

⁶ 有關H及其他人(未成年人)(性虐待：舉證準則)的事宜 [1996] AC 563。