



人權法的相稱原則及酌情判斷餘地概念

簡單而言，Proportionality（相稱原則）可解作“You must not use a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do.”¹，也就是“殺雞焉用牛刀”。相稱原則其實是一個很古老的概念，早在大約公元前1722年編纂的巴比倫法律《漢模拉比法典》，已收納“以眼還眼，以牙還牙”的原則。英國的《大憲章》及《1689年人權法案》也載有“相稱懲罰”原則，訂明懲罰必須與罪行相稱。

起源

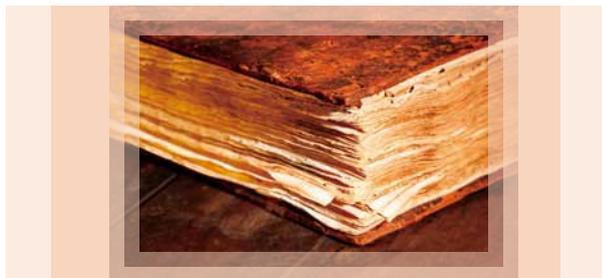
現代的相稱原則，源於十九世紀末的普魯士行政法，較第二次世界大戰後通過的《國際人權憲章》還要早許多。在1882年判決的 *Kreuzberg* 案，警方援引的條文賦予警方權力，採取“維持公共秩序所必要的”措施。普魯士

法院裁定，為符合必要原則，有關措施的力度不得超過達到目標所需的程度。該項必要原則後來發展為相稱原則，繼而成為一項對立法機關具約束力的憲法原則。德國聯邦憲法法院自此訂下具有三項要素的相稱原則：(i)適合性(有關措施應適合用以達致預期目標)；(ii)必要性(如限制較少的方法同等有效，便應採用該方法)；以及(iii)狹義的相稱性(有關措施不應與目標不相稱)。

相稱原則現已成為人權法的一部分。歐洲人權法院指出，“在社會一般利益的需求與維護個人基本權利的要求之間尋求公正平衡，是整條[《歐洲人權公約》]的固有概念。”² 要取得這樣的平衡，必須考慮相稱原則。

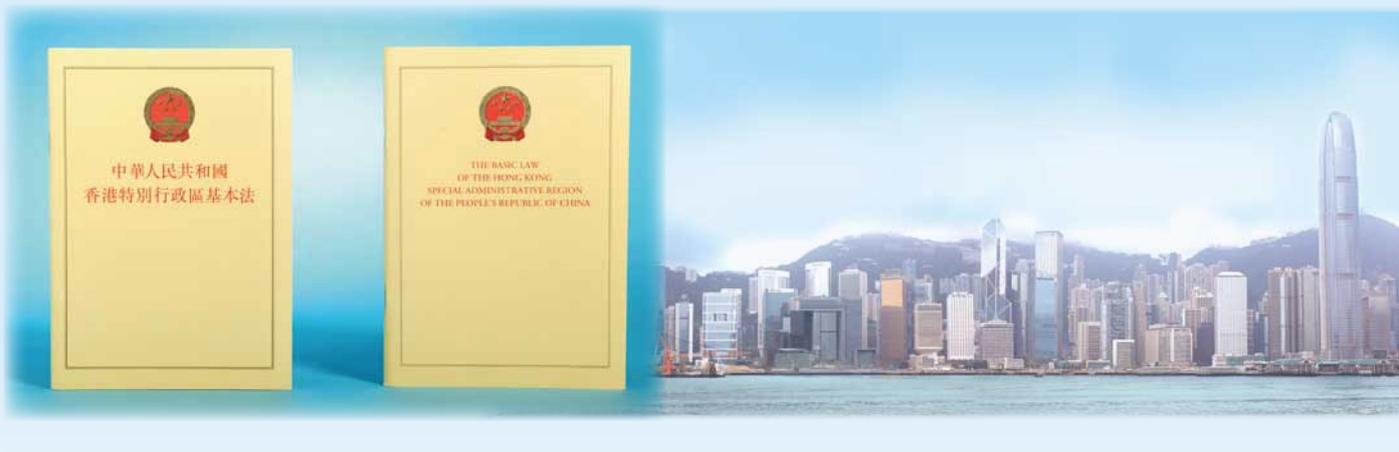
相稱原則與一貫的司法覆核理由

儘管一貫的司法覆核理由與相稱原則有重疊之處，但採用相稱原則進行覆核的尺度會更為嚴謹。按照相稱的驗證準則，覆核法院可能須評估決策者所取得的平衡，而非單單着眼於有關決定是否屬理性或合理範圍內所能作出的



¹ *R v Goldstein* [1983] 1 WLR 151, 155。

² *Soering v United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439。



決定。此外，覆核法院也可能須注意對立利益及因素所佔的比重。³ 案件如不涉及《人權法案》或《基本法》所賦予的任何基本權利，則採用一貫的“韋恩斯伯里”不合理性原則作為驗證準則。⁴

我們會首先論述國際人權條約中的相稱原則，然後從一些香港案例檢視人權法的相稱原則及相關的“酌情判斷餘地”概念。

《公民權利和政治權利國際公約》

《公民權利和政治權利國際公約》第2(1)條訂明，締約國有義務尊重《公約》所載的權利，並確保在其領土內的一切個人都享有這些權利。締約國對《公約》權利施加任何限制時，必須證明有此必要，而所採取的措施必須與所要達致的合理目的相稱，以確保有效保護《公約》權

利。在任何情況下都不得以可能損害《公約》權利實質的方式應用或援引限制。⁵

《經濟、社會與文化權利的國際公約》

根據《經濟、社會與文化權利的國際公約》第2(2)條，香港特區須保證，該公約所宣布的權利應予普遍行使，而不得有例如種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何區分。基於受禁止的理由而給予的差別待遇，如有合理及客觀的理據，則不會視為歧視。這包括衡量有關措施的目的及影響是否合理，以及是否與該公約的權利的性質不相違背，而且只是為了促進民主社會的總體福利的目的。另外，在要實現的目的與所採取措施及其效果之間，必須有清晰合理的相稱關係。⁶ 至於《公

³ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] 2 AC 532，第27段。

⁴ *R (British Civilian Internees — Far Eastern Region) v Secretary of State for Defence* [2003] EWCA Civ 473，第37段。

⁵ 聯合國人權事務委員會《第31號一般性意見》第6段。

⁶ 聯合國經濟、社會、文化權利委員會《第20號一般性意見》第13段。



約》第9條有關社會保障的權利，領取社會福利的資格條件必須是合理、相稱和透明的。同樣地，針對非國民參加無須供款計劃以獲得收入支援的權利而施加的任何限制(包括資格年限)，必須是相稱和合理的。⁷

《殘疾人權利公約》

《殘疾人權利公約》第5條訂明，為促進平等和消除歧視，締約國有義務採取一切適當步驟，確保向殘疾人提供合理便利。按照該公約所界定，“合理便利”指“根據具體需要，在不造成過度或不當負擔的情況下，進行必要和適當的修改和調整，以確保殘疾人在與其他人平等的基礎上享有或行使一切人權和基本自由”。

香港的案例

終審法院指出，採用相稱原則檢視對基本權利作出的限制是否民主社會所必要的，與其他司法管轄區進行憲制審查所採取的方法相符。儘管表述相稱驗證準則的字眼或會因有關憲制文件的文本、影響各個司法管轄區解釋憲法的法律歷史和傳統等因素而有所不同，但各個司法管轄區所採用的相稱原則實質上相同。⁸ 現在讓我們審視香港法院如何引用相稱原則，以裁定對權利和自由作出的限制是否《人權法案》及《基本法》所容許的。

自由發表意見的權利

在香港特別行政區 訴 吳恭劭及其他人⁹ 一案中，終審法院審理的爭議事項是，把侮辱國旗和區旗的行為列為刑事罪行的法定條文，是否

⁷ 聯合國經濟、社會、文化權利委員會《第19號一般性意見》第24及37段。

⁸ 梁國雄及其他人 訴 香港特別行政區 (2005) 8 HKCFAR 229案的判案書第34段。

⁹ (1999) 2 HKCFAR 442。



與《基本法》第27條所保障的言論自由及《人權法案》第16條所保障的發表自由相抵觸。後者規定，對自由發表意見的權利施加的任何限制，必須是為達致訂明目的所“必要”的限制。終審法院注意到，限制的範圍愈廣，便愈難提出充分理據支持，因此裁定法院在驗證“是否必要”時，必須考慮“對發表自由的權利所施加的限制，與施加限制所要達致的目的是否相稱”。這項“是否必要”的規定因而涉及引用相稱的驗證準則。終審法院的結論是，法定條文把侮辱國旗及區旗列為刑事罪行，是對發表自由的權利施加一種有限度的限制，與所要達致的合理目的(即保護作為國家獨有象徵的國

旗，以及作為香港特區獨有象徵的區旗)相稱。此外，法院在陳曦齡 訴 香港醫務委員會一案裁定，相稱的驗證準則並沒有規定要找出並採用可達致有關目標而侵擾程度又最低的可行方法，但條件是有關措施必須是“眾多在合理範圍內盡量減少[對有關權利]造成損害的可行方法”中的一種。¹⁰

和平集會的權利

在梁國雄及其他人 訴 香港特別行政區¹¹一案中，終審法院須考慮《公安條例》(第245章)對和平集會權利施加的限制是否符合《人權法

¹⁰ [2009] 4 HKLRD 174, 第52段；引述 *Attorney General of Hong Kong v Lee Kwong Kut* [1993] AC 951, 第972頁D。

¹¹ (2005) 8 HKCFAR 229。



案》第17條的規定，即施加的任何限制必須是“民主社會”為達致訂明目的“所必要者”。由於第17條已指明限制這項權利可依據的合理目的，法院裁定相稱驗證準則應如此表述：“(a)有關限制必須與一項或以上合理目的有着合理關連；以及(b)用以減損和平集會權利的方法，不得超越為達致有關合理目的而需要的方法。”法院的結論是，警務處處長為維護“公共秩序”而限制和平集會權利的法定酌情權，符合相稱驗證準則的要求，因而符合第17條有關“必要”的規定。

值得注意的是，終審法院指出，相稱驗證準則可加入一項額外規定，即“目標是否具有足夠的重要性，以致有理據對某項基本權利施加限制”。假如相關的憲制文件只就民主社會中什麼是合理地有理可據，訂明概括表述方式，而沒有指明施加限制的可容許目的，則訂定這項額外規定是適當的。假如有關基本權利的條款

已列明可施加限制的合理目的，則無必要考慮這項規定。

平等權利

在律政司司長 訴 丘旭龍¹² 一案中，終審法院引用在梁國雄案提出的相稱驗證準則，以判斷《刑事罪行條例》(第200章)所訂的某些罪行是否違反《基本法》第25條及《人權法案》第1和22條所保證的平等權利。法院裁定，一般來說，對於相若的情況，法律通常應給予相同的待遇。不過，在法律面前平等的保證，並非一成不變地規定完全相同的平等。在有充分理據支持下，可以在法律上給予不同的待遇。為使有差別的待遇有充分理據支持，便必須證明：(i)該待遇上的差別是為了追求一個合理目的；(ii)該待遇差別與該合理目的有合理的關連；以及(iii)該待遇上的差別不超出為達致該合

¹² (2007) 10 HKCFAR 335。

理目的而需要的程度。要被視為合理目的，必須確立該差別有真正必要。單憑立法行為不能證明其必要性。

法院裁定，立法機關有權決定是否有需要制定一項具體的刑事罪行，保障公眾免受到在公眾地方所作出的有違公德性行為所影響。然而，立法制訂這樣的具體罪行，不能以帶有歧視的方式行事。法院的結論是，《刑事罪行條例》第118F(1)條帶有歧視成分，因為該條文只把非私下作出的同性肛交定為刑事罪行，卻沒有把異性戀者的相同或相若行為定為刑事罪行，而這種待遇上的差別又並非有真正必要。

私隱權

在香港特別行政區 *訴 林康國*¹³ 一案中，上訴法庭曾研究，偷錄疑犯與臥底人員的談話，是否違反他根據《人權法案》第14條及《基本法》第30條享有的私隱權。上訴法庭法官張澤祐裁定，根據相稱原則，在考慮某些行為是否違法時，法庭還需要考慮其他相關的因素，例如偷錄的內容、這種侵犯私隱權行為的目的(例如政府機關是否需要調查案件而其他查案方法並不適用)及這種調查的手法是否依法進行等。

現時的《截取通訊及監察條例》(第589章)規定，在採取以下步驟之下，執法機構謀求進行

的任何截取或秘密監察，必須是對期望達到的目的是必要的，並且是與該目的相稱的：(i)在須予防止或偵測的有關嚴重罪行的逼切性及嚴重程度和可能取得的資料的價值，與該截取或秘密監察的侵擾程度之間，求取平衡；以及(ii)考慮期望達到的目的，是否能合理地藉侵擾程度較低的其他手段達到。



選舉和被選的權利

《人權法案》第21(b)條訂明，凡屬永久性居民，均有權不受無理限制而在定期的選舉中投票及被選。法院裁定，引用相稱的驗證準則來裁定對該項權利施加的限制是否合理，是恰當的做法。法院在 *劉山青 訴 廖李可期* 案所訂的驗證準則如下：(i)施加的限制是為了達到什麼目標；(ii)有關目標與使用的方法或施加的限制之間有沒有合理的關連；以及(iii)所施加的限制是否與所要達到的合理目標相稱。¹⁴ 法院引用上述驗證準則後裁定，在獲提名當日之前必須在香港通常居住十年的規定，對在區議會選舉中被選的權利構成無理限制。

¹³ 刑事上訴案件2004年第528號，2006年7月21日。

¹⁴ (1995) 5 HKPLR 23，第67段。



在陳健森訴律政司司長一案中，法院也有引用上述驗證準則，並裁定就《人權法案》第21(b)條而言，對在囚人士的投票權和登記成為選民的權利作出普遍、自動和劃一的限制，既無充分理據支持，也不合理。¹⁵ 法院指出，上述限制並沒有區分有關罪行的種類、性質或嚴重程度、監禁刑罰的刑期，以及已服監禁刑期的長短，也沒有理會刑責的程度，只要有關的罪行應判處監禁或緩刑便適用。

假定無罪的權利

任何人未經確定有罪以前應獲假定無罪的權利，受《基本法》第87(2)條和《人權法案》第11(1)條保障。如任何訂立罪行的條文舉證責任逆轉到被告人身上，因而減損無罪推定效力，法院會按照終審法院在香港特別行政區訴林光偉及另一人一案所訂的驗證準則，考慮該減損是否有理可據：(i)減損無罪推定效力的規定，是否與達到合理的社會目的有合理關連；以及(ii)採取的手法，即逆轉法律責任，是否沒有超過為達到該合理目的而所需者。¹⁶ 在林光偉案，答辯人辯稱《火器及彈藥條例》(第238章)第20(3)(c)條對被告人施加法律上的舉證責任，與無罪推定相抵觸。終審法院裁定，對被告人施加提證責任，便足以使控方證明被告人

為非法目的而管有仿製火器的罪行，而無須為難以證明的被告人的管有目的舉證。因此，即使逆轉舉證責任與尋求達到一項合理的社會目的有合理關連，仍與該目的不相稱。¹⁷



自願生育的權利

在Li Nim Han訴入境事務處處長¹⁸一案中，第一申請人辯稱，《基本法》第37條保障自願生育的權利，使她有權堅持要求入境事務處處長在顧及和尊重其家庭生活的情況下行使酌情權，以及不應把她遣離香港，除非有關遣離是相稱的，她就此引述在涉及《歐洲人權公約》第8條所賦予家庭生活須受到尊重的權利的入境案件中，英國法院所採納的相稱驗證準則。

法院裁定，考慮到《香港人權法案條例》(第383章)第11條就出入境法例作出的例外規定和

¹⁵ [2009] 2 HKLRD 166。

¹⁶ [2006] 3 HKLRD 808，第40段；引用上文梁國雄及其他人訴香港特別行政區一案的表述。

¹⁷ 提證責任只規定被告人必須援引足夠證據以提出一項爭議點，法院便要裁定該點是否為涉案事實的一部分。被告人只須就其罪責帶出合理疑點。

¹⁸ 高院憲法及行政訴訟2011年第36號，2011年11月14日。



對《公民權利和政治權利國際公約》訂下的出入境保留條文，香港不能全盤採納英國的相稱原則，而在維持嚴格的出入境管制方面，社會利益應佔更大比重。法院告誡，英國案例是以有關出入境事宜的歐洲法理學為依據，在考慮香港應否引用英國案例時，必須緊記香港的情況有別於英國。¹⁹

酌情判斷餘地概念

香港法院引用相稱原則時，也有採納歐洲法理學的 Margin of Appreciation (酌情判斷餘地) 概念，該概念確認國家級法院較國際法院更適合評估本地的需要、價值及傳統。該概念訂下詮釋義務，即在考慮人權的範圍及涵意時必須尊重當地文化傳統及價值；在執行保障人權方面，也是司法覆核標準。

該概念適用於本地情況，因為行政或立法機關可能要在個人權利和社會需要這兩者之間作出

艱難的取捨。有時候，特別是當憲制文件規定須取得平衡和有關事宜涉及社會經濟政策問題時，行政及立法機關較司法機關更適合評估社會的需要及就各項對立因素作出艱難的取捨。該概念的應用也可以立法至高無上的原則作為支持理據。根據這個原則，法院確認在某些屬判斷性質的範疇內，即使由選舉產生的組織或人士的作為或決定被指不符合人權，司法機關也會基於民主的理由，尊重這些組織或人士經考慮後所達致的意見。

在霍春華及另一人 訴 醫院管理局及另一人²⁰ 一案中，終審法院曾詳細論述酌情判斷餘地概念。終審法院指出，該概念反映司法機關與行政及立法機關兩者不同的憲制角色。司法機關負責應用法律，但關乎國家或社區政策(例如社會經濟政策)的事宜主要由行政或立法機關負責。

終審法院指出，如涉及有限公帑，法院確認須由行政機關或立法機關作出區分。總的來說，

¹⁹ 同上，第44至47段。

²⁰ [2012] 2 HKC 413。



除了所作的區分抵觸關乎個人特徵(例如種族、膚色或性別)的核心價值或明顯沒有合理基礎外，法院會交由當局自行作出區分。此外，如把有權和無權享有該等福利的人士區分，法院便會考慮界線是否清晰，以及實施該政策或計劃是否方便行政。

就社會經濟政策而言，假如有多個不同但合理的解決方法可供當局選擇，則法院不會代替行政或立法機關決定哪個是最佳方法。只有當所選取的方法明顯超過合理方法的範圍，法院才會干預；換言之，該方法明顯超過處理有關問題所需的程度。

有別於純粹關乎社會經濟政策的權利，如有關事宜關乎任何社會均奉為圭臬的基本概念(例如不受酷刑的權利、公正審判的權利及發表自由)，則法院在保障與這些概念相關的權利時會特別謹慎，而給予有關當局的空間或酌情判斷餘地也會小得多。畢竟法院肩負裁定某些行為是否合憲或合法的最終責任。如有漠視核心價值的情

況，即使屬社會經濟或其他政府政策的範疇，法院也會介入。

終審法院總結討論時指出，法院對立法及行政機關所作判斷的重視程度，因案件而異，取決於問題的性質，以及行政及立法機關是否較法院更了解問題所帶來的影響和處理問題的方法。

在考慮任何對基本權利和自由施加的限制是否相稱和有理可據時，我們要注意酌情判斷餘地是否相關，尤以純粹涉及社會經濟政策而非關乎個人特徵的核心價值的事宜為然。

