



香港特別行政區 訴 馮家俊及另一人； 香港特別行政區 訴 陳豹智

刑事上訴2016年第368號；刑事上訴2019年第228號(2023年1月20日)¹
上訴法庭

背景

1. 這兩宗上訴均涉及對《刑事罪行條例》(第200章)第137(1)條²中“依靠另一人賣淫的收入為生”的涵義在成文法律上的詮釋，而刑事上訴2016年第368號中的上訴人更就第137(1)條的合憲性提出質疑。

2. 在刑事上訴2016年第368號中，上訴人經營一個網站(“網站A”)，當中設有成人討論區，並為男女性會員提供不同的會籍等級。女性會員可享免費會籍，但須提供身高、年齡、身體部位尺寸、相片和聯絡方法等個人資料；男性會員則視乎其支付的會籍費用及會籍等級，閱覽上述資料和提出見面要求。警方證據顯示，網站A被用作宣傳賣淫的平台。因此，該網站所衍生的收入被視為構成第200章第137(1)條所界定的“另一人賣淫的收入”。第一及第二上訴人分別被控(i)依靠另一人賣淫的收入為生；以及(ii)協助、教唆、慫恿和促使另一人干犯第137(1)條所訂的罪行。兩名上訴人經審訊後被裁定罪名成立。

3. 在刑事上訴2019年第228號中，上訴人是



某網站(“網站B”)的“總負責人”。控方指稱該網站提供付費平台供性工作者為自身服務賣廣告，藉此宣傳賣淫。上訴人被裁定多項罪名成立，其中包括串謀依靠另一人賣淫的收入為生，違反第200章第137(1)條。

4. 上述兩宗案件的上訴人被定罪後，向上訴法庭提出上訴。他們獲批予許可就何謂“另一人賣淫的收入”、依靠另一人賣淫的收入為生的罪行範圍，以及第200章第137(1)條是否合憲的問題提出上訴。

上訴理由

5. 刑事上訴2016年第368號的上訴人提出多

¹ 英文判決書收錄於[2023] 1 HKLRD 1265。

² 第200章第137(1)條訂明：

“任何人明知而完全或部分依靠另一人賣淫的收入為生，即屬犯罪，一經循公訴程序定罪，可處監禁10年。”

個上訴理由，其爭辯的重點是，第137(1)條應作狹義詮釋，既尊重對有關條文的詮釋，也尊重上訴人的憲法性權利，包括選擇職業的自由、對私生活的保護，以及娼妓享有個人安危及人身安全受保障的權利。他們辯稱，控方對法律作出過於廣義的詮釋，以致擴大了有關罪行的法律責任。他們堅稱應把重點置於利用個人作賣淫目的，又或控制、指示或影響娼妓行動的情況。採納較廣義的詮釋會導致有關罪行的適用範圍變得不明確。

6. 上訴人的爭辯理據包括有關收入來自男性會員而非女性會員，因此不能視為“賣淫的收入”。

7. 刑事上訴2019年第228號的上訴人辯稱，有關證據即使給予最充分考慮，也達不到干犯串謀依靠另一人賣淫的收入為生罪的法定要求。具體而言，上訴人辯稱 *Shaw v Director of Public Prosecutions* [1962] AC 220 (“*Shaw* 案”)誤判，質疑該案所訂立的判例是否適用。上訴人並提出替代的論點，指本案有別於 *Shaw* 案，因此他不應被定罪。

主要理由

(a) 刑事上訴2016年第368號

第137(1)條在成文法律上的詮釋

8. 上訴人質疑第137(1)條所訂罪行的適用範圍，並表示以狹義詮釋“賣淫的收入”一詞是正確的做法，即有關罪行僅局限於實質控制、影響或利用另一人作賣淫目的之人士。上訴人繼而辯稱，在把第137(1)條與第137(2)條³一併

理解時，把該詞引伸至指沒有實質控制任何娼妓活動但從中獲利或牽涉其中的人士，既不恰當又非其本意。上訴人又提出，採納廣義詮釋會把該罪行的法律責任延伸出去，導致該條的適用範圍和實施情況不明確。

9. 上訴法庭是參照條文本身的背景和目的，按立法目的詮釋第137(1)條，因而拒絕接納上訴人提出的狹義詮釋。上訴法庭承認，因應一名被告人可能以林林總總的方式依靠另一人賣淫的收入為生，第137(1)條實有必要以概括字眼擬定。上訴法庭又確認，有關罪行的重點在於犯罪者與娼妓之間的關係具有倚賴或利用性質。該條旨在解決的弊端正是任何利用性工作者的制度或工具，這些制度或工具是為了從他們的工作中獲利，並看準他們在弱勢環境下經營和從事有關行業而加以利用。經檢視案例後，上訴法庭認為，可為某人(不論該人是否娼妓)提供的服務與本質上純粹與賣淫有關的服務，兩者之間顯然有分別。

10. 法庭認為，上訴人提出的詮釋不切實際。要確立有關罪行，必須證明被告人明知而依靠另一人賣淫的收入為生。被告人與娼妓之間必須有利用的關係，而被告人的回報須直接與賣淫有關聯。上訴法庭特別指出，網站A的目的和架構在於利便女性會員向男性會員提供性服務，從該網站所得的收入因而可視為利用娼妓而得來，屬於“賣淫的收入”範圍內。法庭又強調，收取金錢與所涉交易之間必須具有密切關聯，收款人才算犯罪。法庭裁定，第137(1)條的罪行條文範圍並非不公平地寬廣，沒有利用娼妓的人士不會受到牽連。因此，法庭拒絕

³ 第200章第137(2)條訂明：

“就第(1)款而言，任何人與一名娼妓同居或慣常在一起，或控制、指示或影響另一人的行動而所採用方式顯示他或她正在協助、教唆或強迫該另一人向他人賣淫，則須被推定為明知而依靠賣淫的收入為生，除非他或她證明並非如此。”



接納上訴人的相關陳詞。

第137(1)條的合憲性

選擇職業的自由

11. 基於《基本法》第33條⁴訂明有選擇職業的自由，以及《基本法》第30條⁵和《人權法案》第14條⁶保障私隱及私生活權利，上訴人辯稱該等條文衍生工作的權利，因此提出是否合憲的質疑。上訴人指稱第200章第137(1)條侵犯該等權利，禁止他們從事所選擇的工作，即設立和營運網站A。

12. 法庭在處理憲法性論據時，首先審視由上訴人指出的權利是否以其定義的形式存在，繼而考慮該等權利是否被侵犯。如該等權利確實被侵犯，便會考慮有關侵犯的性質和程度（“侵犯權利爭議”）。法庭察悉對第137(1)條的“廣義詮釋”是侵犯權利爭議的核心議題。因此，一旦上訴人呈述的“狹義詮釋”遭駁回，他們就侵犯權利爭議所提出的論據在很大程度上便站不住腳。

13. 儘管上訴人認為對第137(1)條作“狹義詮釋”的立場正確，他們也質疑上訴法庭先前在梁思豪訴香港大律師公會執行委員會 [2016] 5 HKLRD 542（“梁思豪案”）的裁決的依據。

在該案中，上訴法庭遵循終審法院在GA訴入境事務處處長 (2014) 17 HKCFAR 60的裁決，裁定《基本法》第33條只保障人們免被強制徵召從事某一職業，並無賦予一般的工作權利。上訴人辯稱他們有自由選擇從事設立約會網站的職業，如因為同時進行的某些活動與性交易相關而不容許他們從事有關職業，限制實在過嚴。上訴人指稱梁思豪案明顯不正確。

14. 上訴法庭駁回這論點，並認為《基本法》第33條並無賦予一般的工作權利。法庭不接納上訴人的指稱，指《基本法》第33條所保障的權利要求政府不可作出任何干預、減少或阻止居民選擇何者為職業。現下的案情是只要有關職業不涉及任何刑事罪行，上訴人便不會被阻止從事所選擇的職業。沒任何事阻止上訴人設立不涉及刑事活動的約會網站。

私生活權利

15. 此外，上訴人援引《人權法案》第14條對“私生活”提供的保護，表示“私生活”的概念涵蓋個人的職業、業務工作或就業，包括選擇職業的自由，並引用《歐洲人權公約》第8條⁷支持其論據。

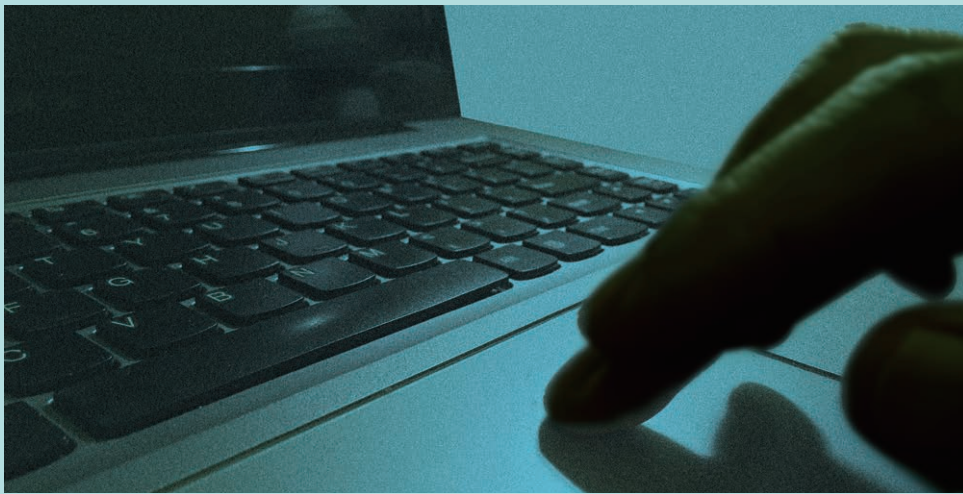
16. 然而，上訴法庭裁定本案並不涉及《人權法案》第14條。法庭裁定，由於《基本法》第33條

⁴ 《基本法》第33條訂明：
“香港居民有選擇職業的自由。”

⁵ 《基本法》第30條訂明：
“香港居民的通訊自由和通訊秘密受法律的保護。除因公共安全和追查刑事犯罪的需要，由有關機關依照法律程序對通訊進行檢查外，任何部門或個人不得以任何理由侵犯居民的通訊自由和通訊秘密。”

⁶ 《人權法案》第14條訂明：
“（一）任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。
（二）對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利。”

⁷ 《歐洲人權公約》第8條訂明：
“1. 人人有權享有使自己的私人和家庭生活、住所和通信得到尊重的權利。
2. 公共機構不得干預上述權利的行使，但是，依照法律規定的干預以及基於在民主社會中為了國家安全、公共安全或者國家的經濟福利的利益考慮，為了防止混亂或者犯罪，為了保護健康或者道德，為了保護他人的權利與自由而有必要進行干預的，不受此限。”



是處理工作權利的特別條文，而該條沒有給予積極的工作權利，故該權利不能藉《基本法》或《人權法案》中其他一般的非具體條文(例如《人權法案》第14條)取得。雖然上訴人主要援引《歐洲人權公約》第8條所述的“私生活”概念，但法庭澄清該概念不衍生選擇某一職業的權利。

個人安危和人身安全

17. 上訴人基於娼妓在《人權法案》第5(1)⁸及14條下享有個人安危及人身安全受保障的權利，提出另一項合憲性質疑。上訴人辯稱該兩項條文衍生人身安全或免受暴力對待的權利，指稱該兩項條文訂立與身體自由權利區分的獨立人身安全權利，而該權利保護個人的身體完整性。他們辯稱，根據第137(1)條的“廣義詮釋”，沒有利用娼妓的人士也受牽連，這令娼妓不得僱用司機、接待員和護衛等人士提供保護和保障，也不得在網站A所提供的安全環

境下經營。此論據被上訴法庭駁回。

18. 法庭裁定，《人權法案》第5條所述的身體自由及人身安全權利在香港是一項聯合權利。正如香港特別行政區 訴 *Coady* [2000] 2 HKLRD 195 和 *SW* 訴 律政司司長 [2019] 1 HKLRD 768 所確認，《人權法案》第5條不涵蓋與身體自由權利區分的獨立人身安全權利。法庭裁定沒有令人信服的理由推翻 *Coady* 案訂立的判例，也沒有證據顯示該項裁決明顯犯錯或上訴法庭曾誤用或誤解法例。

19. 再者，上訴人欠缺所需資格提出這方面的質疑，因為該項質疑尤其依賴屬於娼妓的權利，而上訴人在這方面沒有足夠的利害關係推進法律程序或作為代表。

相稱驗證準則

20. 一如前述，上訴法庭不認同本案涉及上訴人的憲法性權利；即使確曾涉及上訴人的

⁸ 《人權法案》第5(1)條訂明：

“人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。”



任何權利，法庭認為對該等權利施行的限制符合四個步驟的相稱驗證準則。法庭裁定，第137(1)條的罪行條文之目的合法，即保護娼妓免受依靠其收入為生的人虐待和利用，而不會不當地把娼妓的行為刑事化。法庭繼而裁定，保護賣淫行業的女性與第137(1)條有明確而合理的關聯，而第137(1)條與推進遏止賣淫罪行的目的也有合理關聯。第137(1)條已盡其所需責任，在侵犯相關權利所得的社會利益與侵犯相關個人權利之間取得合理平衡。法庭裁定第137(1)條顯然符合有四個步驟的相稱驗證準則。

(b) 刑事上訴2019年第228號

第137(1)條的法定詮釋和 *Shaw* 案

21. 上訴法庭同意答辯人所指，第137(1)條旨在處理利用賣淫獲得財務利益的普遍弊端，並裁定這從表達該罪行的措辭以及在第200章第XII部中題為“利用他人作性活動”的同一部分的其他相關罪行清晰可見。法庭裁定，*Shaw*案採取的做法適當平衡了上述關注，一方面落實處理以多種形式及各種手段利用他人賣淫這個問題的基本立法意圖，同時也為沒有直接和故意從他人參與賣淫而明確獲取報酬的人士(例如參與日常業務過程的一般商人)，提供公平和合理的依據。

22. 法庭澄清，顯示某人“控制、指示或影響”娼妓的行動的證據並非第137(1)條所述罪行的必要元素。法庭強調，第137(2)條有一項證據推定：如符合有關條件，即可推定有人明知而依靠賣淫的收入為生。這項證據推定獲得案例的有力支持。如果第137(2)條沒有“控制、指示或影響”的要求，控方便須負起證明第137(1)條所述罪行元素的舉證責任。

23. 法庭裁定*Shaw*案的案情與本案相似，唯一分別是前者的性工作者以印刷刊物而非本案中的社交網站作為宣傳性服務的媒介。

24. 法庭裁定，第137(1)條措辭淺白，明顯涵蓋從宣傳或利便他人賣淫的業務獲取財務利益的人士。法庭強調第137(1)條屬於規管和遏止賣淫及相關色情活動的罪行條文框架的一部分，認為沒有充分理由對有關法例字眼的自然含義和範圍施加限制，使其不包括宣傳賣淫網站而從中獲利的人士。

結論

25. 上訴法庭一致駁回兩宗案件的上訴。



香港特別行政區 訴 鄒幸彤

終院刑事上訴2023年第9號(2024年1月25日)¹

終審法院

背景

1. 本上訴關乎答辯人於一宗被控煽惑他人參與被禁止的集會，違反《公安條例》(第245章)第17A(3)(a)條²及普通法的案件中，可否提出附帶挑戰，質疑一項禁止舉行公眾集會決定的有效性。

2. 2021年4月27日，香港市民支援愛國民主運動聯合會(“支聯會”)按照第245章第7(1)(a)³及8⁴條的規定，通知警務處處長(“處長”)其有意在2021年6月4日於維多利亞公園舉行悼念“六四”32周年的集會。答辯人是支聯會

副主席，但並非該擬舉行集會的具名組織者。

3. 2021年5月27日，處長根據第245章第9條⁵向支聯會發出通知，禁止該擬舉行的集會(“該項禁止”)，原因是他考慮到當時的冠狀病毒病疫情，認為有需要禁止該集會以維護公共安全和公共秩序，以及保護他人的權利和自由。



¹ 英文判決書收錄於(2024) 27 HKCFAR 71。

² 第245章第17A(3)(a)條訂明：

“(3) 任何公眾集會……如憑藉第(2)款而屬未經批准集結，則——

(a) 任何人在無合法權限或無合理辯解的情況下，明知而參與或繼續參與此等未經批准集結，或明知而成為或繼續成為此等集結的成員；……

即屬犯罪——

……一經循簡易程序定罪，可處第2級罰款及監禁3年。”

³ 第245章第7(1)條訂明：

“(1) 在符合本條例的規定下，公眾集會可在符合下述條件下進行，並只有在符合下述條件下才可進行——

(a) 警務處處長已接獲根據第8條所作的舉行集會的意向通知；及

(b) 警務處處長並無根據第9條禁止該集會的舉行。”

⁴ 第245章第8條訂明：

“(1) 為施行第7條，舉行公眾集會的意向通知，須在以下時間以書面方式向警務處處長作出——

(a) 在不遲於擬舉行集會當日的上一個星期的同一天的上午11時；或

(b) 如根據(a)段作出通知的限期的最後一天為公眾假期，則在不遲於緊接該日前的第一個非公眾假期的日子的上午11時。……”

⁵ 第245章第9條訂明：

“(1) 在符合本條的規定下，警務處處長如合理地認為，為維護國家安全或公共安全、公共秩序或保護他人的權利和自由而有需要，可禁止舉行任何已根據第8條作出通知的公眾集會。

……

(4) 在任何情況下，如警務處處長合理地認為可藉施加第11(2)條所訂的條件，而達到維護國家安全或公共安全、公共秩序或保護他人的權利和自由的目的，則處長不得行使第(1)款所授予的權力，以禁止舉行公眾集會。”



4. 支聯會根據第245章第16條⁶就該項禁止向公眾集會及遊行上訴委員會(“上訴委員會”)提出上訴。上訴委員會於2021年5月29日駁回上訴。

5. 政府隨後發出新聞稿，通知公眾處長禁止該擬於2021年6月4日舉行的公眾集會。政府表示，如有人舉行該集會，該集會即屬未經批准集結。

6. 儘管如此，答辯人在2021年5月29日於社交媒體上發布帖文，又在2021年6月4日的報章撰文，批評該項禁止並鼓勵他人出席該被禁止的集會。她被控“煽惑他人明知而參與未經批准集結”罪，違反第245章第17A(3)(a)條及普通法。

裁判官及原訟法庭席前

7. 經審訊後，裁判官裁定答辯人罪名成立，答辯人不可在刑事檢控中以質疑該項禁止的有效性作為抗辯理由，該等質疑應循司法覆核提出。

8. 答辯人就定罪提出上訴，原訟法庭法官張慧玲裁定上訴得直，該項禁止無效。她裁定處長沒有履行其第245章第9(4)條下的積極責任，主動考慮或建議施加條件，使有關集會得以舉行。

爭議點

9. 就以下問題向終審法院提出上訴的許可獲批：

(1) 在就煽惑他人明知而參與未經批准集結罪(違反普通法及第245章第17A(3)(a)條，並可根據《刑事訴訟程序條例》(第221章)第101I條⁷予以懲處)提出的檢控中，被告人可否以質疑警方禁止涉案公眾集會(而這項禁止其後獲上訴委員會裁決肯定)的合法性作為抗辯理由？(“爭議點1”)

(2) 如爭議點1的答案為“可”，在考慮被告人就警方禁止該集會和其後上訴委員會所作決定的合法性提出的質疑時，法庭的正確處理方法為何？(“爭議點2”)

終審法院的裁決

10. 終審法院的裁決包含四份判辭，一致裁定控方上訴得直。常任法官李義頒下判決，而常任法官霍兆剛和非常任法官紀立信共同頒布判辭，贊同該判決。首席法官張舉能和常任法官林文瀚則各自作出判辭。

⁶ 第245章第16條訂明：

“(1) 任何下述人士、社團或組織——

(a) 在根據第8或13A條作出的通知內被指名的人士、社團或組織；

(b) 根據第9條獲發給禁止集會通知的人士、社團或組織；或

……，

如因警務處處長禁止公眾集會的決定……或就公眾集會……施加條件的決定而感到受屈，可向上訴委員會提出上訴。

……”

⁷ 第221章第101(2)條訂明：

“任何人被裁定……

(c) 煽惑他人犯某罪項，

而條例雖訂定該罪項的最高刑罰，但除此處外，並無任何條例訂定……煽惑他人犯該罪項的刑罰，則可判處該罪項的最高刑罰。”



常任法官李義、常任法官霍兆剛和非常任法官紀立信

(a) 答辯人可在刑事法律程序中以挑戰該項禁止的合法性作為抗辯理由

11. 常任法官李義區分附帶挑戰與合憲性挑戰。附帶挑戰是基於非憲法性法律理由(例如指某些法例規定未獲遵從)以質疑該項禁止的合法性，而合憲性挑戰則是基於憲法性法律理由提出。一項挑戰可同時建基於這兩類理由。

12. 因此，爭議點1和爭議點2的闡釋如下：答辯人可否在刑事法律程序中對該項禁止提出附帶挑戰及／或合憲性挑戰，作為其抗辯理由？如果可以，裁定是否允許此等挑戰和該挑戰是否成立的原則分別為何？

13. 李義法官強調，上述問題於兩個不同的階段中出現：一是作出決定的階段(其中涉及

處長根據第245章向組織人士發出通知以禁止其擬舉行的集會(“禁令”))，二是在下級法院席前對答辯人提起的刑事法律程序。這兩個階段完全獨立而且截然不同。由於不同的法律原則適用於這兩個階段，法庭不應混淆這兩個階段。

14. 常任法官李義裁定，在與本案同類的案件中(即答辯人非在處長決定發出禁令的階段中的其中一方)，以被告人理應在較早前的階段、以另一法庭程序挑戰受質疑的命令為由，而不容許被告人在刑事法律程序中透過挑戰該命令作為抗辯理由，做法並不恰當。

15. 然而，上述做法受“同一人”案件(即有意提出附帶挑戰的人正是行政命令指明針對的人)這種例外情況規限。鑑於該等人士必然知道其一旦違反該命令便會面臨檢控，法庭可合理地預期他們會藉現有上訴程序及／或司法覆



核質疑該命令。由於本案不屬於“同一人”類別，法庭不能依據此例外情況而拒絕答辯人在其後的檢控中以附帶挑戰作為抗辯理由。

附帶挑戰

16. 常任法官李義裁定，被告人可否在刑事檢控中以提出附帶挑戰作為刑事辯護，取決於對相關法例的詮釋，考慮立法原意是否不容許被告人提出附帶挑戰，並且只要被挑戰的命令合乎形式便足以構成刑事法律責任，抑還是立法原意是容許透過挑戰該命令的有效性作為抗辯理由。

17. 上述法例詮釋的起點是一個強的推定傾向容許被告人提出上述挑戰作辯護。挑戰一旦成立，被告人便會獲判無罪。因此，從詮釋訂立罪行條文的角度來看，附帶挑戰必須涉及涉案罪行的必要元素，被告人方可提出該挑戰。

合憲性挑戰

18. 如同附帶挑戰，合憲性挑戰必須涉及控罪的必要元素。一旦挑戰成立，合憲性挑戰便可構成抗辯理由。

19. 常任法官李義裁定，處長禁令的合法性顯然是第17A(3)(a)條所訂罪行及相關煽惑控罪的必要元素。

20. 雖然如此，李義法官強調，有別於附帶挑戰，法庭不能單憑詮釋訂立該罪行的條文，來斷定被告人可否在刑事檢控中對受質疑的命令提出合憲性挑戰作為抗辯理由，因為根據《基本法》第8、⁸11、⁹18¹⁰和39條，¹¹憲法性權利由《基本法》確立，而答辯人援引的和平集會權利受《基本法》第39條所確立的《人權法案》第17條¹²保障。除非對該等已確立權利的限制符合希慎興業有限公司 訴 城市規劃委員會案¹³所闡述的相稱驗證準則，否則任何抵觸該等權利的法例條文或據之作出的行政命令必然會被凌駕。這項相稱驗證準則也適用於在刑事法律程序中作為抗辯理由而提出的合憲性挑戰。

21. 常任法官李義裁定，答辯人可基於以下兩點在刑事法律程序中提出附帶挑戰作為抗辯理由：第一，訂立該罪行的條文按第245章第III部的文意作詮釋；以及第二，立法意圖清楚顯示第245章施行時應與和平集會的憲法性權利一致。第245章的立法原意並非該等禁令合乎形式便已足夠。

⁸ 《基本法》第8條訂明：

“香港原有法律，即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法，除同本法相抵觸或經香港特別行政區的立法機關作出修改者外，予以保留。”

⁹ 《基本法》第11條訂明：

“根據中華人民共和國憲法第三十一條，香港特別行政區的制度和政策，包括……有關保障居民的基本權利和自由的制度，……均以本法的規定為依據。

香港特別行政區立法機關制定的任何法律，均不得同本法相抵觸。”

¹⁰ 《基本法》第18條訂明：

“在香港特別行政區實行的法律為本法以及本法第八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。……”

¹¹ 《基本法》第39條訂明：

“《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，通過香港特別行政區的法律予以實施。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。”

¹² 《人權法案》第17條訂明：

“和平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共秩序、維持公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使。”（斜體為本文所加以作強調）

¹³ (2016) 19 HKCFAR 372，第131至141段。



22. 另外，如因禁令限制了和平集會權利而涉及憲法性權利，那麼原則上，答辯人可以基於該憲法性權利提出挑戰，因為這項挑戰涉及構成第17A(3)(a)條所訂罪行的必要元素，與案情相關，可以此作為抗辯理由。單靠法例詮釋指立法原意是命令合乎形式便已足夠，並不能排除合憲性挑戰。

23. 常任法官霍兆剛和非常任法官紀立信共同頒布判辭，認同常任法官李義的判決，即從法例詮釋角度來說，相關的公眾集會是被合法禁止的是構成第17A(3)(a)條所訂罪行的必要元素。

24. 鑑於《基本法》第27條¹⁴和《人權法案》第17條所載基本權利的性質和重要性，霍兆剛法官和紀立信法官裁定，除了“同一人”類型案件

外，無論是第16條所訂的上訴機制的存在，還是上訴委員會的組成，抑或上訴委員會所作裁定的終局性，都不能得出控方只需證明禁止集會通知合乎形式便可就第17A(3)(a)條提出檢控的結論。

25. 驗證何謂第9(1)和11(2)條¹⁵所指“有需要”的準則，該對應適用於《人權法案》第17條的相稱驗證準則。至於第44A(7)條，¹⁶上訴委員會所作裁定為“最終裁定”反映行政程序的結束，但第44A(7)條並不表示該項禁止如被上訴委員會裁決肯定，即被視為合法，因為該項禁止仍然可受到司法覆核。

26. 霍兆剛法官和紀立信法官裁定，答辯人有權在刑事檢控中就該項禁止是否合法提出附帶

¹⁴ 《基本法》第27條訂明：

“香港居民享有……集會、遊行、示威的自由……”

¹⁵ 第245章第11(2)條訂明：

“如警務處處長合理地認為，為維護國家安全或公共安全、公共秩序或保護他人的權利和自由而有需要，處長可就任何已根據第8條作出通知的公眾集會施加條件……”

¹⁶ 第245章第44A(7)條訂明：

“上訴委員會為對上訴作出的裁定為最終的裁定。”



挑戰(包括合憲性挑戰),以作為抗辯理由。

(b) 答辯人提出的附帶挑戰和合憲性挑戰並不成立

27. 常任法官李義裁定,答辯人提出的附帶挑戰不成立。首先,按照正確詮釋,第9(4)條只是規定處長須真誠合理地考慮任何相關條件,沒有對其施加積極責任。其次,答辯人在原訟法庭席前建議的條件並不能“明顯地”視為有可能解決與公共衛生相關的問題。再者,處長及上訴委員會確曾考慮可施加什麼條件。

28. 至於合憲性挑戰,李義法官裁定同樣不成立。鑑於禁令的目的(即維持公共衛生)屬於《人權法案》第17條臚列的其中一項合法目的,¹⁷而在2019冠狀病毒病疫情期間施加的該項禁止顯然與該目的有合理關聯,因此禁令屬於相稱措施,已在限制和平集會權利與該項禁止所帶來的社會利益之間取得合理平衡。

29. 常任法官霍兆剛和非常任法官紀立信贊同上述判決。

首席法官張舉能

30. 首席法官張舉能裁定,可否在刑事法庭提出附帶挑戰關乎對有關法例的詮釋。一個比較具體和準確的說法是,按照正確詮釋,有關行政行為(本案中的該項禁止)的有效性是否有關罪行或法定免責辯護的必要元素。如答案為“是”,刑事法庭審理該宗檢控時必然要處理此事。如基於憲法性法律理由提出的附帶挑戰不涉及有關罪行或辯護的任何元素,則刑事法庭顯然並

無需要也沒有司法管轄權處理。如答辯人指所構成的罪行不合憲,可隨時向審理該宗檢控的刑事法庭就訂立該罪行的條文提出直接挑戰。

31. 根據第245章的條文,在發出擬舉行集會通知、禁止集會通知,以及聆訊和處置上訴方面,都非常強調時間性,再加上明文規定上訴委員會的裁定為“最終裁定”,已高度顯示立法原意是確保每個人都清楚知道自己在擬舉行的集會上應該如何自處。由於上訴委員會已肯定該項禁止的有效性,如第17A(3)條所訂罪行容許被告人在刑事檢控中重新質疑該項禁止的有效性,將會削弱該項禁止的權威,並可能令公眾因不能確定可否參加擬舉行的集會,而感到困惑。

32. 從對上訴委員會主席的資格有嚴格要求;第44A(7)條訂明上訴委員會的裁定為“最終裁定”及第44A(6)條¹⁸規定上訴委員會須“盡快”就上訴作出裁定可見,立法原意是不能在涉及第17A(3)條的檢控中重新審理上訴委員會的決定。

33. 可以合理地假定,立法機關的原意是讓有意參加集會者依靠集會組織者對該項禁止提出挑戰。如集會組織者沒有就該項禁止提出上訴,而集會依然舉行,參加者如被逮捕或檢控,仍可透過司法覆核質疑該項禁止。

34. 故此,第245章在達致該條例的目的(即維護國家安全、公共安全、公共秩序或他人的權利和自由)與維護集會自由的權利之間,已取得適當平衡。第245章也在需要有效執行該項禁止與讓受影響的人有途徑質疑該項禁止以維護法治

¹⁷ 見上文註腳12的斜體部分。

¹⁸ 第245章第44A(6)條訂明:

“上訴委員會於接獲任何上訴通知後,須盡快就上訴作出考慮和裁定,以確保不會因上訴委員會的決定被延遲至擬舉行公眾集會……的日期後作出,而令上訴的目的不能達致。”



之間，取得適當平衡。

35. 因此，首席法官張舉能詮釋第17A(2)條時，把該條文所述的在“違反第7條的規定下”進行的公眾集會，理解為儘管處長已根據第9條發出正式有效的禁止，但仍有超過50人參加的公眾集會。根據第9條，如該項禁止表面看來符合該條的規定，並且在刑事法律程序結束前未被上訴委員會推翻或遭司法覆核撤銷，則該項禁止屬於正式有效。

36. 鑑於該項禁止的有效性與刑事法庭須處理的問題毫無關係，首席法官裁定，在根據第17A(3)(a)條提出的檢控中，答辯人不得以傳統公法理由或憲法性法律理由對該項禁止的有效性提出附帶挑戰。首席法官張舉能對爭議點1的答案為“否”。

37. 首席法官認為無需回答爭議點2。

常任法官林文瀚

38. 常任法官林文瀚認同首席法官張舉能對爭議點1的判決。雖然這樣便會解決爭議點2，但

常任法官林文瀚認同常任法官李義，即原訟法庭法官錯誤地裁定該項禁止不符合第245章第9(4)條。林文瀚法官亦同意，即使假設終審法院有進行希慎案相稱性評估的餘地，該項禁止也應維持不變。

39. 常任法官林文瀚認為，鑑於有關罪行的立法原意和目的，該項禁止的終局性在法定裁決程序和其後的刑事法律程序中皆屬有效。

40. 根據第245章的機制，第8條的通知及第9條的禁止僅對由具名組織者舉行的公眾集會有效，而只有在有組織者負責集會安全舉行的情況下，第7條才批准舉行涉及大量參加者的公眾集會。該組織者須按第8條就其舉行公眾集會的意向發出通知。

41. 因此，如組織者先前曾經發出通知，表示有意舉行公眾集會，但其後因禁止而放棄該意向，則該禁止與其後針對他人的任何刑事程序無關。由於沒有人擔任組織者的角色把其舉行公眾集會的意向通知處長，該集會屬於未經批准集結。故此，參加這類未經批准集會的人士並不會



被剝奪在刑事檢控中對該罪行的任何相關元素提出挑戰的機會。

42. 基於首席法官張舉能提出的理由及上述第245章機制的其他特點，常任法官林文瀚同意，對該禁止實質有效性的挑戰只應以司法覆核而非在刑事法律程序中提出。林文瀚法官贊同首席法官對第17A(2)及(3)(a)條的詮釋。

43. 關於合憲性挑戰，《人權法案》第17條和第

245章第9(1)及(4)條的字眼非常相似，意味《人權法案》第17條的相關概念已納入第245章，而第245章對集會自由的限制在本質上是相稱的。

結論

44. 終審法院一致裁定上訴得直，恢復答辯人的定罪，並發還刑期上訴予原訟法庭法官進行裁定。



MK 訴 法律援助署署長

終院民事上訴2023年第8號(2024年3月22日)¹

終審法院

背景

1. 本上訴關乎法律專業保密權在獲批法律援助的受助人、獲指派進行訴訟的律師和法律援助署署長(“署長”)之間的應用。
2. 上訴人及其同性伴侶於2018年6月出席一個有關司法覆核申請的會議(“該會議”),與潘熙資深大律師(“潘大律師”)及其他大律師(包括一名黃姓大律師)會面。上訴人在該會議內透露她的財務狀況,即上訴人與同性伴侶共同擁有並經營一家寵物店(“財務狀況”)。
3. 上訴人在2018年7月25日獲批法律援助。潘大律師(而非黃大律師)獲指派在該司法覆核申請中代表上訴人。2019年1月22日,署長收到揭露上訴人財務狀況的匿名電郵。黃大律師於2019年1月31日以電郵告知署長,法律團隊在該會議中得悉上訴人的財務狀況。因應署長提供資料的要求,潘大律師於同年5月3日致函署長確認上述事宜。
4. 2019年5月9日,署長以上訴人故意不披露其

財務資源為由,撤回她的法律援助證書。上訴人向高等法院聆案官提出法律援助上訴,指署長不應考慮她在申請法律援助前提供的財務資料,但聆案官以行政身分駁回上訴。

原訟法庭和上訴法庭的裁決

5. 上訴人提出司法覆核申請,質疑聆案官的決定。原訟法庭裁定該司法覆核得直,理由是《法律援助規例》(第91A章)第21(1)條²不適用於申請法律援助前受保密權涵蓋的通訊,因此不應考慮潘大律師和黃大律師提供的資料。上訴法庭裁定署長上訴得直,並裁定法律專業保密權已被第91A章第21(1)(b)條廢除,潘大律師向署長披露的資料(即上訴人的財務狀況)不受保密權保障。

終審法院席前的問題

6. 上訴人就以下法律問題向終審法院提出上訴:

按照《法律援助規例》(第91A章)第21(1)(b)條的正確詮釋,該條有否必然隱含廢除普通法

¹ 英文判決書收錄於(2024) 27 HKCFAR 204。

² 第91A章第21條訂明:

“(1) 凡受助人的律師或大律師有理由相信受助人—

(a) 曾要求以不合理的方式進行其案件,致使署長招致不具充分理由的開支,或曾不合理地要求繼續進行其案件;或
(b) 曾故意不遵守規定他提供資料的規例,或在提供該等資料時明知而作出虛假陳述或虛假申述,

該律師或大律師須隨即向署長報告有關事實。

(2) 凡律師或大律師不肯定繼續代受助人行事是否合理,須向署長報告有關情況。”



下法律專業保密權的效力?(根據《基本法》第35條,³該權利受憲法性法律保障。)如有,程度為何?具體而言,該必然隱含的廢除效力是否延伸至當事人在申請及/或獲給予法律援助前受法律專業保密權保障的通訊?

7. 終審法院也邀請與訟各方就以下問題陳詞:在考慮披露上訴人的財務狀況時,就法律專業保密權棄權一事是否相關。

法律援助計劃

8. 法律援助的法定計劃有兩個目的:第一,向經濟能力有限的訴訟人提供法律援助;第二,確保這項援助不會被沒有如實披露經濟能力的訴訟人濫用。《法律援助條例》(第91章)於1967年生效,處理申請和給予法律援助的事宜,使獲得法律援助的人(“受助人”)、指派給受助人的律師和署長形成三方關係,並處理從該三方關係中衍生的法律專業保密權及其他保密責任。

9. 同年生效的第91A章處理獲指派的律師代表受助人進行訴訟的慣常職責。該章亦對該等律師施加須向署長報告訴訟進度的責任,特別是協助署長監察受助人可能濫用法律援助的情況(“監察職責”)。

放棄保密權

10. 雖然根據《基本法》第35條法律專業保密權是基本權利,但終審法院裁定,法律專業保密權亦有例外,並且可以被當事人放棄,而是否已經被放棄須按客觀準則驗證。訴訟人甚或法律代表是否有意放棄保密權或明白其行為等同放棄保密權,則無關重要。終審法院裁定,如容許受助人

只援引已披露的部分而不考慮其他部分會造成不公,就會被視作已放棄該其他部分的保密權。

11. 在本案中,由於上訴人已通過另一名大律師(即莫大律師)告知署長她允許莫大律師敘述該會議的內容“以協助貴署”,而且上訴人從未否認曾給予同意,終審法院裁定,這顯然是放棄對該會議討論內容的保密權。此外,當上訴人選擇指派潘大律師根據她的法律援助證書代其行事時,她知道或必須視作知道潘大律師獲指派後須履行第91A章第21(1)條施加的舉報責任。因此,上訴人顯然已放棄有關在該會議上討論其財務狀況的法律專業保密權。基於上訴人已放棄保密權,其上訴被駁回。

三方關係

12. 終審法院裁定,在當事人獲批法律援助前,律師與當事人雙方在此關係內傳達的資料受法律專業保密權保障,不得向外界披露。在獲批法律援助和指派律師後,受助人、律師和署長之間便形成三方關係。律師的費用由署長支付,律師不但要對受助人負責,也要對署長負責。這個涉及署長的三方關係使法律專業保密權的運作發生變化。在此關係內披露的資料不受保密權保障,也不防止獲指派的律師把來自受助人的資料轉達署長,尤其是考慮到獲指派的律師根據第91A章負有監察職責,須向署長舉報濫用法律援助的情況。

監察職責

13. 終審法院裁定律師在法律援助計劃下負有監察職責。如正確理解這些監察職責,則法律專業保密權是否被第21(1)(b)條以必然隱含的方式廢

³ 《基本法》第35條訂明:

“香港居民有權得到秘密法律諮詢、向法院提起訴訟、選擇律師及時保護自己的合法權益或在法庭上為其代理和獲得司法補救。

香港居民有權對行政部門和行政人員的行為向法院提起訴訟。”



除的問題，便無可爭辯之處。該監察職責最初僅以第91A章第12(7)及(8)條⁴引入。該兩條條文賦權律師和大律師可基於出現受助人濫用法律援助的指明情況而放棄處理案件。獲指派的律師如行使該權利，“須就行使該權利所處的一切情況，向署長作出報告”。報告內必然會載列致使律師或大律師放棄處理案件的濫用情況。

14. 該監察職責已因第21條而強化，使律師和大

律師須更早向署長舉報第12(7)及(8)條提述的濫用情況。律師或大律師一旦“有理由相信”已經出現該等濫用情況，便須“隨即”舉報。

15. 然而，終審法院認為本案關鍵在於第12(10)條的效力，⁵因為第12(10)條是明確廢除法律專業保密權的條文。終審法院認為第12(10)條的措辭含義很廣泛，按其自然涵義，不僅涵蓋根據第12(9)條⁶向署長提供的資料，也涵蓋根據第12(8)

⁴ 第12條的標題是“由律師進行法律程序”。第12(7)及(8)條訂明：

“(7) 在不損害律師或大律師以良好理由放棄處理案件的權利的原則下，任何律師或大律師如認為受助人曾要求以不合理的方式進行有關法律程序，致使署長招致不具充分理由的開支，或曾不合理地要求繼續進行有關法律程序，可放棄處理該受助人的案件。

(8) 凡律師或大律師——

(a) 根據第(7)款的規定；或

(b) 因受助人故意不提供他須提供的資料，或在提供資料時明知而作出虛假申述，

而行使放棄處理受助人案件的權利時，須就行使該權利所處的一切情況，向署長作出報告。”

⁵ 第12(10)條訂明：

“律師不得因律師與當事人之間的關係所產生的任何特權，而被禁止向署長披露任何可能令署長能夠根據本條例執行其職能的資料，或提供任何可能令署長能夠根據本條例執行其職能的意見。”

⁶ 第91A章第12(9)條訂明：

“受助人的律師須按署長為根據本條例執行其職能而不時作出的要求，向署長提供他所要求的並與證書有關的法律程序的進展及解決辦法的資料；在不損害上文的概括性的原則下，曾經或正在代受助人行事的律師如信納受助人已去世或針對受助人的接管令已發出，須將事實向署長報告。”



條和第21條向署長提供的資料。終審法院裁定，律師根據第21條向署長作出的任何報告，即使其中包括本來受法律專業保密權保障的資料，但基於第12(10)條，均屬合法地向署長作出，前提是第12(10)條並非越權。

越權問題

16. 至於以第12(10)條廢除法律專業保密權是否因涉及廢除一項基本權利而越權，終審法院裁定第12(10)條是一項對法律專業保密權的獨特制約。訂立該條旨在解決獲指派的律師既有責任不披露與受助人的通訊，又有責任(包括監察責任)向署長舉報兩者之間的衝突。第12(10)條以廢除法律專業保密權解決此衝突。

17. 終審法院裁定法律專業保密權並非絕對權利，可以受例外情況規限。第12(10)條就是理由非常充分的例外情況：

- (1) 提供法律援助是一項重大的社會措施，涉及大量公帑支出，其中必然涉及制訂保護公帑的措施。該等措施根據第91章第28(1)條⁷的一般條文(即“為更有效施行本條例，作出一般規定”)以第91A章引入。該等措施的權限不曾受到質疑。
- (2) 向獲指派代受助人行事的律師施加舉報責任，顯然屬於為保障法律援助基金而採取的措施。這措施的權限同樣不曾受到質疑。
- (3) 舉報責任本身有機會引起衝突。訂立第12(10)條來應對這種可能發生的情

況有其必要。

- (4) 第12(10)條廢除法律專業保密權的效力非常有限，資料僅限向屬於受助人法律團隊的署長披露，別無其他。
- (5) 第12(10)條有限度廢除法律專業保密權，源於受助人自行決定申請法律援助，因而須接受第91章施加的嚴格披露責任。
- (6) 受助人選擇或接受指派律師的安排，即表示接受並默認該等律師負有舉報責任。

18. 第12(10)條屬於第91A章原本的一部分，已生效逾半世紀而未受質疑。第12(10)條就法律專業保密權所定的例外情況在《基本法》生效時已經確立。詮釋《基本法》第35條時必須考慮該例外情況。

19. 儘管第12(10)條只明示適用於“律師”，但終審法院在詮釋第12(10)條時，考慮到第12(8)條和第21(1)條施加的監察責任適用於律師及大律師，裁定第12(10)條按照必然隱含的方式亦適用於獲指派的律師和大律師。

待解決的爭議

20. 終審法院裁定本案的爭議為時間方面的爭議：

- (1) 第21(1)條有否就在指派律師或大律師前的事宜施加舉報責任？如“有”，則
- (2) 廢除法律專業保密權的效力是否延伸至該等事宜？

⁷ 第91章第28(1)條訂明：

“行政長官會同行政會議可訂立規例，訂明根據本條例必須或可以訂明的任何事宜，及為更有效施行本條例，作出一般規定。”



(3) 儘管潘大律師在把該資料(即上訴人的財務狀況)通知署長時已不再是獲指派的律師，第21(1)條施加的舉報責任是否仍然適用於潘大律師？

21. 終審法院裁定問題(1)的答案顯然是“有”。第21(1)條要求律師或大律師凡“有理由相信”已出現濫用法律援助的指明情況，須“隨即”舉報。“有理由相信”可以是基於指派律師或大律師之前和之後的事實。因此，向署長舉報的責任涵蓋指派之前和之後。

22. 至於上述問題(2)，終審法院裁定答案顯然為“是”。第12(10)條所明示的廢除效力適用於“可能令署長能夠根據本條例執行其職能”的資料。廢除法律專業保密權的效力沒有理由

不適用於源自獲指派前的資料，而且署長顯然適宜知悉該等資料。

23. 終審法院裁定，上述問題(3)的答案很清楚。第21(1)條對“受助人的律師或大律師”施加舉報責任。此條文的自然涵義是施加該責任於目前以該身分行事的律師或大律師，但並不包括已不再以該身分行事的律師或大律師。因此，潘大律師向署長報告上訴人的財務狀況時，並不受第21(1)條施加的法定廢除保密責任的效力所規限。

結論

24. 終審法院一致駁回上訴。