

香港特別行政區遊行集會自由的合理界限

陳錦淞 王千華

摘要：香港成文法例對遊行集會自由的事前限制和事後處罰均有相應規範。香港法院採用相對主義立場，遊行集會自由被納入表達自由的範疇內，其審判法理是：遊行集會自由作為基本權利並不是絕對的，仍需要同公共利益和他人的權利相均衡，對於基本權利應做盡可能擴大的解釋，而對於基本權利的限制則必須採取狹義解釋。由於事後處罰具體案件事實複雜，法院通過一系列案例，逐步確立了對遊行集會自由的限制的審查標準。《港區國安法》出台後，對原有的審查標準體系產生了一定衝擊，為遊行集會自由的行使提供了更加明確的界限。對遊行集會自由的事後處罰的審查標準框架，也同樣適用於事前限制。不同的是，由於事前限制相比事後處罰，對言論可能產生扼殺其於搖籃之中的效果，因此適用時更需要謹慎。

關鍵詞：香港特別行政區 表達自由 遊行集會自由 比例性檢驗

The Reasonable Restriction of the Freedom of Procession or Freedom of Assemble in Hong Kong

CHEN Jinsong¹, WANG Qianhua²

(1 Law School, Shenzhen University;

2 Center for Basic Laws of Hong Kong and Macao Special Administrative Regions, Shenzhen University)

Abstract: Acting as a fundamental right prescribed by the *Hong Kong Basic Law*, freedom of assembly or freedom of procession has great importance for who hold the minority view to express their ideas. During the trail, Hong Kong court usually regards it as a part of freedom of expression. The legal principle to freedom of assembly or freedom of procession held by Hong Kong court is that it is not absolutely without restriction; however, it should be balanced between it and public interest as well as others' right. The interpretation of fundamental rights should be as wide as possible, while the restriction of fundamental right should be interpreted in a narrow sense. After passing the *Hong Kong National Security Law*, the standard of judicial review determined by Hong Kong court has changed. Hong Kong statute law prescribed restriction not only after the assembly or the procession but also before it. Restriction after assembly or procession happened is more complicated, therefore the court gradually determined the standard of judicial review through a series of cases. The criteria also can be applied to the restriction before the assembly or procession, but its application should be more prudent.

Keywords: Hong Kong Special Administrative Region, freedom of expression, freedom of assembly or freedom of procession, reasonable test

收稿日期：2020年8月3日

作者簡介：陳錦淞，深圳大學法學院國際法方向研究生；王千華，法學博士，深圳大學港澳基本法研究中心教授、副主任

一、遊行集會自由的合理界限所涉理論問題

(一) 遊行集會自由與表達自由的關係

集會是指人群聚集於特定場所發表意見、表達意願的活動，遊行則被稱為“移動的集會”。遊行集會自由包括動態的遊行和靜態的集會。《公民權利與政治權利國際公約》（下稱“《公約》”）在第19條規定了表達自由權（freedom of expression），在第21條規定了遊行集會自由權（freedom of assembly），將二者分設規範。“但歐洲人權法院在Ezelin v. France一案中指出，集會自由與言論自由這兩大權利其實是一而二、二而一的，法庭並不需要將兩者分開得那麼清楚，兩者分別不大，對財力單薄者來說，街頭抗爭要比透過傳媒傳達訊息更為適合。”¹ 在“Cox訴路易斯安娜州”案中，美國聯邦最高法院也把遊行、集會正式歸為一類。《中華人民共和國香港特別行政區基本法》（下稱“《香港基本法》”）第27條規定：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。在“香港特別行政區訴楊美雲及其他人”案（下稱“楊美雲案”）中，終審法院同意加拿大聯邦最高法院的陳述，認為言論自由必然意味着利用物質空間來實現其目標，並引用曼弗雷德·諾瓦克教授的觀點：“集會自由的重點顯然是它在形成、表達和實施政治觀點過程中的民主功能”。² 香港法院將遊行集會自由納入表達自由的範疇，由此，研究香港特別行政區遊行集會自由的合理界限時，可以參照表達自由的合理界限的相關理論。

(二) 表達自由的合理界限

學術界對於表達自由的合理界限的態度，總體可以劃分為兩種立場。一是以亞歷山大·米克爾約翰（Alexander Meiklejohn）為代表的絕對主義立場。所謂絕對主義立場不是指所有表達享有不受約束的絕對自由，而是主張某些表達的絕對自由。³ 米克爾約翰對表達自由做出界限劃定：只有與政府有關的“公共事務”言論才應受到絕對保護，而對於“私人事務”的討論則不受絕對保護。米克爾約翰又通過表達自由有助於市民發展為“有才智及對價值敏感”的人，從而有利於其履行政治責任這一論證，將受絕對保護的範圍拓展至教育、哲學、科學等領域。⁴ 二是相對主義立場。相對主義立場認為，表達自由作為基本權利雖然重要，但並非絕對，需要在與其他利益相權衡之後確定其合理限度。1919年霍姆斯（Oliver W. Holmes）在“Schenck v. U.S.”案中提出的“明顯而即刻的危險”原則，就是相對主義立場的體現。《香港基本法》第39條第1款將《公約》轉化為本地法《香港人權法案條例》（下稱“《人權法案》”），引入香港人權保障體系，《公約》第21條對遊行集會自由權利的限制做出了規定。在涉及遊行集會自由權利的多個案件的判決書中，香港終審法院均提及“對基本權利應做盡可能擴大的解釋，對於基本權利的限制則需要採取狹義解釋”。⁵ 由此，香港法院在審理與遊行集會自由這一基本權利相關的案件時，採取了相對主義立場。

¹ 轉引自羅敏威：《香港人權法新論》，香港：香港城市大學出版社，2009年，第195頁。

² 參見“楊美雲案”，FACC19/2004，第142-143段。

³ 參見侯健：《言論自由及其限度》，《北大法律評論》2000年第2期，第62-127頁。

⁴ 轉引自Moon, R., “The Scope of Freedom of Expression,” *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 23, no. 2, 1985, pp. 331-358。

⁵ 例如見“梁國雄與其他人訴香港特別行政區”案（Leung Kwok Hung and others v. HKSAR，下稱“梁國雄案”），FACC1/2005，第16段。

以上針對遊行集會自由的合理界限的分析僅浮於理論層面，由於具體案件事實的複雜性，實務中難以為遊行集會自由劃分出一條明確的權利邊界。香港回歸以來，香港法院審理了一系列有關遊行集會自由的案件，本文將通過對涉及香港法院對遊行集會自由進行事後處罰的典型案件的判決書進行分析⁶，結合理論總結出香港法院對遊行/集會自由進行事後處罰的一般審查標準，並通過與事前限制作比較，最終得出香港法院對遊行/集會自由進行限制的審查標準。

二、判斷遊行集會是否超出合理界限

(一)是否基於表達內容進行限制

1. 雙軌理論

判斷遊行集會是否超出合理界限，是否需要對其進行限制，首先要明確對其限制是否基於表達內容。對表達自由進行的限制，可劃分為“基於表達內容進行的限制”和“與表達內容無關的限制”，這種劃分方式被稱為“雙軌理論”。“雙軌理論”是指：如果被訴限制表達自由的法律的立法目的直接限制某議題或者某觀點，該法律即構成“基於表達內容的限制”，必須對其採取最為嚴格的司法審查；如果被訴法律的立法目的是為了保障與表達內容無關的其他利益（如公共秩序），但在實施過程中不可避免對表達自由產生了一定限制，對其司法審查應採取中度審查標準。⁷ 遊行集會雖然是公民表達自己的觀點的重要方式之一，與言論息息相關，卻並非純言論，其具有聚集性，且多發生於公共場所，往往會與其他利益相衝突。由此，對遊行集會的限制要比對純言論的限制更為複雜，往往涉及“雙軌理論”。

“雙軌理論”主要源於美國聯邦最高法院對“Police Department of Chicago v. Mosley”案的判決。在該案中，聯邦最高法院認為芝加哥市“允許在學校建築周圍150英尺範圍內進行與勞資糾紛有關的和平集會活動，卻不允許進行其他勞動罷工集會活動”這一法令是“基於議題”對言論限制，是“基於表達內容進行的限制”，判決該法令因違憲而無效。該案所涉法律屬於“基於表達內容進行限制”的法律中“基於議題”限制表達自由。相比“基於議題”限制表達自由的法律，“基於觀點”限制表達自由的法律所受審查會更嚴格，原因在於“基於觀點”限制表達自由體現了立法機關在社會價值觀之間做出選擇。但是實際上，美國憲法史上並不缺乏“基於觀點”限制表達自由的法律，如20世紀初期的《反間諜法》、《反工團法》以及中期的《史密斯法》。這些法律的出現與歷史背景有關，20世紀早期的無政府主義和恐怖主義威脅使得美國對言論自由採取了更為嚴格的限制，“明顯而即刻危險”原則應運而生。在“Whitney v. California”案中，布蘭代斯大法官表示《加利福尼亞工團法》因立法通過了“明顯而即刻危險”原則檢驗而合憲。⁸ 受殖民時期言論受限的歷史的影響，對表達自由的高度保障成為美國最重要的價值觀。隨着國際格局的穩定以及國內民

⁶ 本文論證主要圍繞“楊美雲案”以及“律政司司長訴黃之鋒與其他人”案（Secretary for Justice v. Wong Chi Fung and others，下稱“黃之鋒案”），“香港特別行政區訴戴耀庭與其他人”案（HKSAR v. Tai Yiu Ting and others，下稱“戴耀庭案”），“香港特別行政區訴吳恭劭及利建潤”案（HKSAR v. Ng Kung Su and another，即著名的“國旗案”，下稱“國旗案”）以及“梁國雄案”等經典案例展開。

⁷ 參見秦前紅、黃明濤：《表達自由的理念與限度——香港特別行政區終審法院國旗案與美國最高法院焚燒國旗案比較研究》，《北方法學》2012年第5期，第35-45頁。

⁸ 參見程潔：《美國言論自由的限度》，《環球法律評論》2009年第1期，第20-28頁。

權運動的發展，美國對“基於內容限制表達自由”的法律的審查漸趨嚴格，“明顯而即刻危險”原則式微，在審查有關表達自由的案件與法律時，將“內容中立原則”（即前述“與表達內容無關的限制”）作為核心原則。

儘管美國將“內容中立原則”作為表達自由的核心原則，但並不是所有國家都將該原則視為核心。儘管表達自由作為基本權利的重要性為各國所承認，但各國因其國情、歷史與社會背景不同，對表達自由的限度有不同的理解。如德國因其納粹歷史，對種族歧視言論保持高度警惕，再加上其因為認為表達自由有被濫用以危害自由的可能，從而存在着政府監管言論的傳統，由此德國法律存在“禁止傳播納粹言論”等“基於內容限制表達自由”的法律。

2. 香港法院判決中體現“內容中立原則”

通過《香港基本法》第27條與第39條，以及通過《人權法案》將《公約》轉化為本地法律，香港保障遊行集會自由的基本框架基本形成。該基本保障框架與《公約》相銜接，吸收了其中高度重視表達自由（包括遊行集會自由，下同）的內涵，再加上前過渡時期香港市民因前景不明朗而導致的政府和公民間的衝突頻發，導致香港回歸後對表達自由持相對寬容的態度。儘管《香港基本法》、《人權法案》以及《公安條例》等成文法規定都明確規定了對表達自由的限制，但從總體上看，在香港關於表達自由的法律體系中，“內容中立原則”具有其重要性。如在“國旗案”中，香港終審法院認為《國旗條例》只是限制了一種表達方式，是對表達自由的“有限限制”，因此認定《國旗條例》不違反《香港基本法》。該案中，香港終審法院並未運用“內容中立原則”的表述方式而採用“有限限制”這一表述，但是不難看出二者認定標準相似，且都將導致避免嚴格審查的結果。⁹

“內容中立原則”不僅僅體現在審查相關法律是否違反《香港基本法》這一方面，香港法院還通過案例將其延伸至具體案件的審理之中，以判斷具體的遊行集會活動是否超出合理限制。在“楊美雲案”中，司徒敬法官認為判斷集會所造成的阻礙是否超過合理範圍的根據是由集會示威的具體情況所決定，而不因示威者的身份或表達內容而不同，明確了在決定是否對遊行集會自由作出限制的過程中對示威者想要通過遊行集會所宣傳的表達內容應該持中立態度。¹⁰ 面對具體個案，堅持“內容中立原則”是非常重要的。表達自由作為一項基本權利，對持少數意見者維護其合法利益尤為重要，對其應給予慷慨的解釋，政府不可以僅因其不同意某些觀點而限制其表達，否則政府就應對其限制的合理性提供更高的證明義務。以上觀點已經得到普遍認同，但在實踐過程中，仍會出現許多看似中立，實則根據表達的內容做出決定的情況。在“楊美雲案”中，做出逮捕決定的警察認為其決定是在實地考察發現“示威者的行為確對出入聯絡處的車輛造成阻礙”後作出，但實際上，警察忽略了一個問題，示威的法輪功團體成員所持的觀點令多數人感到不快，進出聯絡大樓的車輛和行人會否有可能因為這一心理原因而遠離示威者，從而繞開示威者，誇大了示威造成的阻礙。如果因上述原因造成交通不便超過合理限度，不應因此限制示威者的集會自由，否則就構成了對不受歡迎的觀點的壓制。¹¹ 本案示威者屬於和平示威，支持與不支持示威者所表達的觀點的雙方之間的矛盾並不

⁹ 參見秦前紅、黃明濤：《表達自由的理念與限度——香港特別行政區終審法院國旗案與美國最高法院焚燒國旗案比較研究》。

¹⁰ 參見HCMA949/2002，第68-73段。

¹¹ 參見HCMA949/2002，第74-75段

十分激烈，未產生暴力糾紛，車輛與行人仍可通過繞道進入聯絡處大樓，因而該案沒有着重分析這一點。香港是判例法地區，美國聯邦最高法院的判例亦可進一步加深相關論證。在1969年“Gregory訴芝加哥”案中，芝加哥的黑人以和平有序的方式從市區步行至市長家，要求其罷免該地區公立學校負責人，以廢除學校中的種族隔離制度。整個示威呈現和平有序，但仍有反對者向示威者投擲石塊和雞蛋，儘管示威者表現了極大的克制，警察仍以害怕因矛盾升級而導致社會秩序被擾亂為由要求示威者離開，在遭拒後逮捕示威者。聯邦最高法院多數意見指出，在遊行集會激怒了圍觀者而引起衝突時，警察當然應該維護公共秩序，但他們同時應該保護示威者的表達自由，甚至不惜逮捕威脅示威者的人士。¹² 表達自由對於持少數觀點、經濟實力與社會影響力較低的普通民眾來說至關重要，少數觀點不被大多數人所認可，如果因他人會被少數觀點激怒便限制持少數觀點者的遊行集會自由，就會使少數觀點的發聲空間被壓縮，不利於其傳播，侵犯表達自由這一基本權利。

“內容中立原則”在香港對遊行集會自由進行限制的法律體系中佔重要地位，但在《中華人民共和國香港特別行政區維護國家安全法》（下稱“《港區國安法》”）出台後，“內容中立原則”遭到了一定程度的衝擊。

3. “基於表達內容進行限制”——《港區國安法》出台後對香港的影響

國家主權、領土完整是國家存在的基礎，制定國家安全法，維護國家安全是各國的通行做法。Joan Fitzpatrick認為，國家安全和表達自由之間有天然的緊張關係，是一種實在的和多面體的競爭關係。¹³ 上文中提到，各國因其國情、歷史以及社會背景的不同，對表達自由限度的理解也不同，即便是同一國家，在不同的歷史時期，面對不同的社會現實，也有可能採取不同的態度，如美國在20世紀對表達自由短暫採取的嚴格態度。近代以來，中國飽受殖民侵略與戰爭之苦，戰火紛飛、百姓流離失所，半殖民地半封建社會給所有中國人民帶來了不可磨滅的傷害。由此，保護國家領土的完整性是所有中國人的共同願望，對於所有企圖分裂國家領土的行為都保有高度警惕性，因此在中國維護國家統一、領土完整與基本權利的保障一樣是極為重要的法益，在實踐中應該在國家安全與權利保障之間尋求平衡。香港曾被英國強佔統治，這一段歷史是每個中國人心中的痛，中國人對於一切企圖分裂香港與祖國的行為具有高度敏感性。香港回歸後，“一國兩制”是貫穿《香港基本法》的靈魂，“一國兩制”是為了實現國家和平統一而提出的基本國策，“一國兩制”以“一個中國”為前提。在特區基本法體系中，國家安全利益係首要利益，授予特區維護國家安全立法權的《香港基本法》第23條亦被置於特區居民的基本權利條款之前。

《香港基本法》第23條特別授權香港特別行政區維護國家安全立法權，對特別行政區實施《香港基本法》第23條立法的進程，作為授權機關的中央自然享有監督權，可要求特區盡快立法。若特區遲遲不能立法，中央亦可收回此項授權，徑行立法。¹⁴ 香港特區政府曾在2003年啟動《香港基本法》第23條立法，但最終以撤回草案結束。在2019年中美貿易戰階段，香港特別行政區因《逃犯條

¹² 轉引自邱小平：《表達自由——美國憲法第一修正案研究》，北京：北京大學出版社，2005年，第135-139頁。

¹³ 參見朱國斌：《論表達自由的界限（下）——從比較法、特別是普通法的視覺下切入》，《政法論叢》2011年第1期，第3-12頁。

¹⁴ 參見葉海波：《香港特區基本法第23條的法理分析》，《時代法學》2012年第4期，第104-109頁。

例》引發大規模遊行示威，香港反對派和一些激進勢力借和平集會之名，進行各種激烈抗爭活動，暴力行為不斷升級，甚至有“港獨”分子借機分裂香港與祖國，外國勢力也借機煽風點火。由於香港缺乏國家安全立法，無法有效對分裂行為進行懲罰。在這樣的背景下，全國人大授權全國人大常委會通過了《港區國安法》。

《港區國安法》第三章規定了三項罪名：分裂國家罪、顛覆國家政權罪以及恐怖活動罪。這三項罪名有三個共同特點：（1）主觀目的的目的性。只有當行為人行為時帶有“分裂國家、破壞國家統一”、“顛覆國家政權”、“為脅迫中央人民政府、香港特別行政區政府或者國際組織或者威嚇公眾以圖實現政治主張”的目的，才有可能被指控犯上述三項罪名。（2）首要分子或者罪行重大者、積極參加者以及其他參加者，分別對應不同的法定刑幅度。（3）共犯行為正犯化，煽動、協助、教唆以及其他幫助行為適用《港區國安法》規定的相應的法定性，而不適用關於幫助犯、教唆犯的量刑標準。《港區國安法》的出台，豐富了對遊行集會自由的限制標準，在一定程度上削弱了“內容中立原則”的影響力。《港區國安法》所規定的三項罪名，本質上是“基於觀點”對遊行集會進行的限制，屬於“基於內容限制”，限制了分裂國家、破壞國家統一、顛覆國家政權等為目的的遊行集會。這一限制是在國家安全利益係首要利益這一理念下產生的，符合中國的國情和香港的歷史，這一限制是依照《香港基本法》及相關法律依法制定，是理念和文本的統一。

在《港區國安法》出台以後，香港法院審理關於遊行集會自由的案件的具體審查標準將發生變化。在審理具體案件時，首先要明確該遊行集會是否以“分裂國家、破壞統一”“顛覆國家政權”“為脅迫中央人民政府、香港特別行政區政府或者國際組織或者威嚇公眾以圖實現政治主張”為目的。若答案為肯定，則需要繼續審查該案所涉遊行集會是否滿足《港區國安法》相關規定所規定的構成要件，以確定審理該案是否適用《港區國安法》。如果確定適用《港區國安法》審理案件，則要注意對首要分子或者罪行重大者、積極參加者以及其他參加者分別對應不同的法定刑幅度，以及對共犯行為按照相關規定法定刑進行審理；若答案為否定，則適用“內容中立原則”對案件繼續審理。

（二）合理性檢驗

1. 限制遊行集會自由的相關原則

如上所述，香港法院在審理與遊行集會自由這一基本權利相關的案件時採取了相對主義立場，對遊行集會自由進行的任何限制都必須置於法院的審查之下。通讀相關文獻與判決書，會發現法定原則、必要性原則及比例要求原則被普通法法院紛紛採用，以至於成為關於權利限制的審查的某種國際標準。香港亦是如此，如在“梁國雄案”中，終審法院根據《香港基本法》和《人權法案》，在判決書中點明對基本權利的限制必須符合以上三項原則。其中，法定原則指的是由法律規定，即限制必須由法律規定，它必須足夠精確，能夠為公民所充分理解，從而指導公民規範其行為。必要性原則指的是限制遊行集會自由的目的是為了保障在民主社會中的國家安全或公共安全、公共秩序（公共命令）或者他人的權利和自由等由法律明確規定的重要法益。比例原則是在關於遊行集會自由的案件中被適用最多的原則，它包括：（1）“適當性原則，是指行政主體採取的措施必須有助於達成目的。（2）最小侵害原則，是指在一切適當的手段中必須選擇對當事人侵害最小的那一個。

(3) 狹義比例原則，是指對公民個人利益的干預，不得超過實現行政目的所追求的公共利益。¹⁵

經過這麼多年的司法實踐，有關限制遊行集會自由的成文法大多經過司法審查的檢驗，得出符合基本法的結論，由此，在對具體遊行集會案件進行審查時，關於法定原則與必要性原則的爭論不再那麼頻繁。要對香港法院對遊行集會自由進行限制的審查標準做出一定總結，更多地要從比例原則入手。從上述對比例原則的定義中可以得知，比例原則不僅適用於判斷遊行集會是否超出合理界限，也是用於判斷對遊行集會自由的限制是否超出合理界限。接下來，本文嘗試通過具體案例，總結如何通過合理性檢驗判斷遊行集會是否超出合理界限。

2. 合理性檢驗

前述“楊美雲案”涉及“阻礙公共地方”這一罪行，針對合理性檢驗，法院的具體操作是：（1）確定是否存在或可能出現阻礙；（2）該阻礙是否存在合理理由；（3）該阻礙是否超出合理範圍。司徒敬法官認為，衡量阻礙是否超出合理範圍，視該阻礙的範圍、持續時間、發生的時間和地點、做出阻礙行為的目的等因素決定。¹⁶ 該合理性檢驗規則後來被運用於“戴耀庭案”。由於“楊美雲案”和適用該原則的“戴耀庭案”均涉及公共場所是否受到阻礙的問題，但遊行/集會還可因超出合理限度而侵犯其他合法權益，如暴力遊行/集會可能會侵擾亂公共秩序、造成他人傷害等。由此，將比例性檢驗原則轉化為適用所有與遊行/集會相關的罪名：（1）確定是否存在值得維護的利益；（2）是否存在侵犯該利益的合理理由；（3）該侵犯合法利益的行為是否超出合理限度。至於如何裁定是否超出合理限度，具體問題應具體分析。“黃之鋒案”認為只要涉及暴力，即使是相對程度較低的暴力，就會被視為超過合理限度。“戴耀庭案”中第二被告人認為，只要其行為是非暴力就沒有超過合理限度，這當然遭到了法院的反對。區域法院認為除了不採用暴力外，抗議者應採取克制的態度，不造成過度破壞，例如其所造成的妨礙不必嚴重到足以使一個地區或一個金融中心癱瘓。¹⁷ 如“楊美雲案”認為，只要仍留有較大空間，對公眾地方的阻礙不會嚴重到足以使該地區交通癱瘓，則沒有超過合理限度，這一合理性的標準要求比“戴耀庭案”要求更低。“戴耀庭案”中，區域法院認為沒有證據證明成千上萬的人佔領中環，會使得其決心更明顯，使其目標更易達到，相反，“佔領中環”運動已經使得中環附近的交通基本癱瘓，超出合理界限。¹⁸

由此，在測試該侵犯合法利益的行為是否超出合理限度時，應首先判斷涉案遊行集會是否涉及暴力；若答案肯定，則一定超出了合理限度。如果該遊行/集會是和平非暴力的，則應該綜合考慮所涉罪名以及所涉案件事實，認識到應給予基本權利遊行集會自由以慷慨解釋從而做出決定。

三、對遊行集會自由的限制應該合比例

如上所述，比例原則還包括對遊行集會自由的限制應該合比例，本文將通過具體案例，嘗試對法院如何合比例對遊行集會自由進行限制進行總結。

¹⁵ 參見吳昱江：《試論比例原則在國家安全與言論自由平衡下的使用——以美國司法判例為鑒》，《政法論叢》2016年第3期，第42-51頁。

¹⁶ 參見HCMA949/2002，第65-66段。

¹⁷ 參見DCCC 480/2017，第264、269段。

¹⁸ 參見DCCC 480/2017，第276-277段。

(一)對遊行集會施加條件

“楊美雲案”中，示威者離開了警方指定的示威場地，來到影響人數更多的160號門前，警察多次要求示威者回到指定示威場地162號門前，示威者不遵守指令成為警察做出逮捕決定的一個重要原因。終審法院認為，如果示威是合比例的，那麼示威也不會因為不服從警告而不合理。而該案中，根據照片和視頻，出入聯絡處大樓的車輛和人士仍留有很大的進出空間，示威並沒有超出合理限度。¹⁹ 因此，警方如果需要對遊行/集會施加條件，前提是遊行集會已經超出合理限度。儘管由於“楊美雲案”示威者的行為被判定未超過合理限度，該指令隨之違法，但是仍可以得出在對遊行/示威進行限制的時候，首先應該思考對遊行/集會施加條件是否可以解決問題。這一點美國也有相關判例可以用以加深論證，如1972年“Grayned訴伊利諾伊州Rockford”案中，最高法院認為示威者在學校上課時在學校附近遊行、示威會發出雜訊，擾亂教學，超出合理界限，示威者可以在學校上課前或放學後進行示威。²⁰ 而如果施加條件無法解決上述問題，示威者的行為已經超出合理界限並構成犯罪，就需要向法院提起控訴。

(二)法庭確定非法集結罪的有關判刑因素

“黃之鋒案”中，香港終審法院同意上訴法院所確立的原則，同意將其用於以後案件的指導，即“在對非法集結罪進行定罪量刑時，需要考慮‘阻嚇罪行’這一因素，以儆效尤，並對遊行集會中的暴力行為加重處罰”。²¹

罪犯的犯罪動機同樣是法院決定適當量刑的相關因素。在“黃之鋒案”中，上訴人的罪行被認定為公民抗命行為以及行使言論自由和集會自由權利的行為，因此有人認為上訴人將因此得到輕判。終審法院認為當涉事者在行使集會自由時犯罪，該行使基本權利的事實自然會與犯罪背景和環境有關，但一旦涉案行為被裁定為罪行，這必然代表涉事者已經逾越了合法行使基本權利的範圍。在這種情況下，以犯罪者是行使基本權利為基礎而請求輕判是毫無道理的，因為根據定義，他在犯罪時並不是在行使基本權利，特別是在其行為涉及暴力時，基本法不能成為暴力非法行為的理由。

上述論述同樣適用於上訴人在進行公民抗命時被裁定為犯罪的情況。終審法院在判決書中明確香港承認公民抗命的概念，並確認了公民抗命的定義：（1）罪犯認為某一法律規定不公正，因此違反該法律；（2）罪犯的違法行為是為了抗議不公正或者為了改變法律或社會。公民抗命當然屬於法庭可以考慮的犯罪動機，但法庭應根據實際情況以決定公民抗命的動機對量刑的作用。需要注意的是，不論行為如何，公民抗議都應該是公開的、非暴力的、自覺的。並且，對懲罰的期望也是公民抗議行為中固有的，因為正是通過接受懲罰，抗議者才試圖引起人們對他所抗議的所謂不公的注意。

相比較而言，如果罪犯的行為屬於公民抗命的第一種類型，法院在量刑時應該對公民抗議的動機多加考量，這是因為法院必須認真考量公民抗命的理由，如果該法律確實不公正，則不能依據不公正的法律做出判決。而若是公民抗命的第二種類型，則法院仍舊可以依相應法律量刑而不進行寬

¹⁹ 參見HCMA949/2002，第22段。

²⁰ 轉引自邱小平：《表達自由——美國憲法第一修正案研究》，第142-143頁。

²¹ 參見FACC8/2017，第64-74段。

大處理，因為法院的任務不是在政治問題上站隊，也不是在一套社會或其他價值觀與另一套價值觀之間做出選擇。²² 上述關於公民抗命的原則也被運用於“戴耀庭案”。

(三)不能以相關抽象罪名取代法定罪名作為控訴罪名及法不溯及既往原則

對於控訴的罪名，“戴耀庭案”被告辯護人認為不應隨意運用公眾妨擾罪名，而應選擇更合適的法定罪名，因為公眾妨擾罪名規定較抽象，容易被司法機關濫用：（1）公訴人不選擇刑罰力度較低的法定罪名而選擇公共妨擾罪名以施加更大或額外的處罰；（2）該示威行為沒有明顯違法，公訴人認為沒有合適的法定罪名。區域法院認為，儘管英國上訴法院在“R. v. Stockli”案中明確了“如果有刑罰力度較低的法定罪名，就不應以刑罰力度高的抽象罪名提起指控”，但是該案判決之前並沒有這一原則，根據法不溯及既往原則，該案並不適用該原則。區域法院也在後面論述公訴人指控的合理性，即雖然不能用“過大的或額外的棍子來毆打被告”，但是打到被告身上的棍子是法院所做出的判決，而不是公訴人的指控，只要最後判決合理即可。而在“黃之鋒案”中，終審法院對上訴法院確定的涉非法集結的一系列判刑因素雖然認可，但是認為根據法不溯及既往原則不應適用於該案，但是對之後的案件適用。²³ 這兩個案件都體現了“法不溯及既往”原則。

四、對遊行集會自由的限制的審查標準

(一)對遊行集會自由的進行事後處罰的審查標準

由上述原則總結可以看出，遊行集會發生後，若要對其進行限制，可以依照以下審判標準做出決定。

一是首先明確該遊行集會是否以“分裂國家、破壞統一”、“顛覆國家政權”、“為脅迫中央人民政府、香港特別行政區政府或者國際組織或者威嚇公眾以圖實現政治主張”為目的。若答案為肯定，則需要繼續審查該案所涉遊行集會是否滿足《港區國安法》相關規定所規定的構成要件，以確定審理該案是否適用《港區國安法》。如果確定適用《港區國安法》審理案件，則要注意對首要分子或者罪行重大者、積極參加者以及其他參加者分別對應不同的法定刑幅度，以及對共犯行為按照相關規定法定刑進行審理。若答案為否定，則適用“內容中立原則”對案件繼續審理，以中立態度對待示威者所表達的思想觀點，不能僅以示威者所表達的內容引起他人不快可能引發矛盾而限制示威者的遊行/集會自由。如果遊行集會激怒了圍觀者而引起衝突，警察在維護公共秩序的同時應該保護示威者的表達自由，必要時可以逮捕威脅示威者的人士，而不能以此判斷遊行集會超出合理限度。

二是根據比例原則進行合理性檢驗，測試該侵犯合法利益的行為是否超出合理限度時，若涉案遊行集會涉及暴力，則一定超出了合理限度。如果該遊行/集會是和平非暴力的，則應該綜合考慮所涉罪名以及所涉案件事實，認識到應給予基本權利遊行集會自由以慷慨解釋從而做出決定。

三是在確定遊行/集會超過合理限度之後，根據比例原則對遊行集會自由的限制同樣應該合比例。首先判斷能否通過施加條件解決問題，若是否定答案，在提起控訴時如果存在法定罪名應該

²² 參見FACC8/2017，第77-83段。

²³ 參見FACC8/2017，第77-83段。

以其為控訴罪名而不能適用相關抽象罪名；接下來在審判階段，要注意法不溯及既往原則，不能根據在案件發生後確立的原則做出判決；在量刑階段，公民抗議與行使憲法權利都不是必定的減刑因素，但是使用暴力是必定的加重刑罰因素。

（二）對遊行集會自由的事前限制的審查標準

在《港區國安法》通過前，對遊行集會自由的事後處罰的審查標準，其實與美國“Cox訴路易斯安娜州”案針對表達自由確立的“時間、地點和方式”原則有異曲同工之妙，該原則認為“只要政府的調整是為了協調使用公共場所的時間、地點和方式，並符合某些要求，政府就可以限制人們的表達自由，以維護整個社會的利益，儘管在這一過程中會造成對表達自由的附帶影響”。“時間、地點和方式”原則需要符合以下要求：（1）政府在處理過程中對表達自由的內容持中立態度；（2）這一調整必須合比例，以服務於政府的重大利益；（3）必須為資訊的傳播留有其他選擇途徑。“時間、地點和方式”原則不僅適用於事後處罰，也適用於事前限制。²⁴ 儘管《港區國安法》通過後，“內容中立原則”的重要性被削弱，但本文上述對遊行集會自由的事後處罰的審查標準框架也同樣適用於事前限制。

與此不同的是，由於事前限制相比事後處罰，對言論可能產生扼殺其於搖籃之中的效果，因此使用時更需要謹慎，很多可以通過事後處罰解決的問題，應該交由事後處罰處理，而不應直接遏止示威者進行遊行/集會。由此，雖然對遊行集會自由的事前限制的審查標準與對事後審查的具有可比性，但對其審查標準應該參照事後處罰的審查標準更嚴格。例如在“國旗案”中，終審法院採取廣義的“公共秩序”“public order (ordre public)”作為值得維護的意義，而在“梁國雄案”中則使用了採弱意義的“公共秩序”（public order），這體現了在進行比例性檢驗的時候，事前限制對於基本權利的限制所依據的重大利益的範圍窄於事後處罰。

五、結語

香港回歸二十三年來，港民不時就各種議題進行遊行、集會，以表達自己的觀點，推動社會議題的發展。但是，基本權利並不是不受限制的，二十年間香港法院審理了一系列有關遊行集會的案件，在審理的過程中，法官大多持司法衡平的價值觀，在權力相對主義傾向的基礎上，權衡天平兩端的權利。在這一過程中，最重要的是按照“比例原則”把握“限度問題”，即行使合理性檢驗，判斷行使遊行集會自由權是否超出合理界限以及對遊行集會自由的限制是否合理。香港法院通過一系列判決，為涉遊行集會案件的判決大致明確了遊行集會自由行使的界限，為執行者對遊行集會自由進行限制提供了治理經驗和教訓，對香港特區的基本人權和自由的法治發展起到了重要的推動作用。

參考文獻 References:

朱國斌：《論表達自由的界限（下）——從比較法、特別是普通法的視覺下切入》，《政法論

²⁴ 邱小平：《表達自由——美國憲法第一修正案研究》，第383-384頁。

叢》2011年第1期，第3-12頁。Zhu, G., “On the Limits of the Right of Freedom of Expression – From the Perspective of Comparative Law and Particularly Common Law,” *Journal of Political Science and Law*, no. 1, 2011, pp. 3-12.

吳昱江：《試論比例原則在國家安全與言論自由平衡下的使用——以美國司法判例為鑒》，《政法論叢》2016年第3期，第42-51頁。Wu, Y. “The Application of the Principle of Proportionality in the Balance Between National Security and Freedom of Speech – Exemplified by the United States Judicial Cases,” *Journal of Political Science and Law*, no. 3, 2016, pp. 42-51.

邱小平：《表達自由——美國憲法第一修正案研究》，北京：北京大學出版社，2005年。Qiu, X., *Freedom of Expression: the Study of the First Amendment to the United States Constitution*, Beijing: Peking University Press, 2005.

秦前紅、黃明濤：《表達自由的理念與限度——香港特別行政區終審法院國旗案與美國最高法院焚燒國旗案比較研究》，《北方法學》2012年第5期，第35-45頁。Qin, Q. & Huang, M., “The Concept of Freedom of Expression and Its Limit – A Comparative Study on the ‘Flag Desecration Case’ in the Court of Final Appeal of Hong Kong SAR and the ‘Flag Burning Case’ in the Supreme Court of U.S.,” *Northern Legal Science*, no. 5, 2012, pp. 35-45.

葉海波：《香港特區基本法第23條的法理分析》，《時代法學》2012年第4期，第104-109頁。Ye, H., “Jurisprudential Analysis on Article 23 of Basic Laws of Hong Kong Special Administrative Region,” *Presentday Law Science*, no. 4, 2012, pp. 104-109.

龔艷：《美國仇恨言論法律規制的司法理論》，《山東大學法律評論》2014年，第137-153頁。Gong, Y., “Juridical Theory of U.S. Approach to the Legal Regulation of Hate Speech,” *Shandong University Law Review*, 2014, pp. 137-153.