

論文題目：《特區終審法院與「一國兩制」下的「發表自由」》

作者：甄美玲（香港浸會大學新聞系助理教授）

日期：二零零一年三月

(I) 前言：

本文介紹和分析特區終審法院就兩宗案件作出的判決。這兩宗判決對香港人在「一國兩制」之下，究竟可享有多少「發表自由」¹影響至深。文章旨在探究終審法院判案的法理依據，以及終審法院能否捍衛和促進香港人的「發表自由」。

《基本法》第十九條列明，香港於一九九七年七月一日回歸中國後，享有獨立的司法權和終審權。香港於回歸當日根據《香港終審法院條例》成立終審法院，作為香港最高的上訴法院，取代殖民統治時期到英國樞密院終審的做法。特區終審法院於一九九八年一月中下達第一份判案書，到二零零一年二月底為止，總共就近八十宗案件作出終審判決。² 當中涉及大眾傳媒或「發表自由」的終審判決共有七宗（見附表一）。由於這批案件的性質不盡相同，牽涉多門法律，大部分並不涉及重大法律原則的變更，或無關「發表自由」的探討，筆者不打算在此逐一詳細分析。

本文只集中討論關乎「發表自由」最具爭議的兩宗判案——「鄭經翰、林旭華對謝偉俊」(Albert Cheng and Another v. Tse Wai Chun Paul)³（以下簡稱「鄭謝案」）和「特區政府訴吳恭劭、利建濶案」(HKSAR v. Ng Kung Siu and Another)⁴（以下簡稱「國旗區旗案」）。這兩宗判案達至完全相反效果：「鄭謝案」的判決擴闊了「發表自由」的空間，「國旗區旗案」的判決則收緊了「發表自由」。兩個判決在香港都引起廣泛關注和討論，對香港人在「一國兩制」下，究竟享有多少和怎樣的「發表自由」，有著深遠的影響，同時亦帶出了另一個重要議題——到底終審法院能否保障以至促進香港人的「發表自由」呢？

¹ 香港法例和香港法院都將“freedom of expression”譯為發表自由。

² 終審法院所有判案書，均刊於特區司法機構網頁：<http://www.info.hk/jud/>，判案書均以英文撰寫，只有極少數有官方中文譯本。

³ 終審法院判詞見[2000]4HKC1，上訴法庭判詞見[2000]1HKC712，原訟法庭就部分法律原則判決見[1999]4HKC272。另外，案例中文簡介，見《香港律師》二零零一年一月號。

⁴ 終審法院判詞見[2000]1HKC117，上訴法庭判詞見[1999]2HKC16，裁判法院判詞見[1999]2HKC10。另外，終審法院判詞中文譯本見<http://www.info.gov.hk/jud/guide2cs/html/cfa/judmt/cindex.htm>。

(II) 「鄭謝案」

(1) 案情

「鄭謝案」中的兩名主角謝偉俊和鄭經翰，是香港的知名人士。原告謝偉俊任職律師。一九九一年九月，香港導游區永祥帶團到菲律賓時被指運毒，與一名團員同被判罪名成立，判處終身監禁。當時，香港有不少人為兩人奔走，並專門成立關注團體，爭取菲律賓政府早日釋放他們。區永祥任職的旅行社參加了一個這類團體，而謝偉俊是該團體的義務法律顧問。另一方面，「鄭謝案」的其中一名被告鄭經翰，則屬另一個同類團體。

區永祥兩人於九六年七月獲得釋放，並由謝偉俊、鄭經翰和其他人陪同下返回香港。營救兩人的行動成功，不同的團體理所當然都邀功。另外，區永祥是帶團到菲律賓而陷獄，他返港後要考慮是否向旅行社追討賠償。鄭經翰催促區永祥追討，而謝偉俊則向區永祥提供相反意見。

鄭經翰在「商業電台」主持一個名為「風波裡的茶杯」時事論評節目。他於九六年八月一日在節目中，與另一位主持林旭華談及此事。謝偉俊不滿談話內容，並入稟法院，控告鄭林兩人和「商業電台」誹謗。謝偉俊認為，鄭林兩人在電台節目的對話，意指他向區提供法律意見時，做法既不道德，又有違律師操守，只顧旅行社行業的利益，向區施壓，企圖迫使他向旅行社追討賠償，不顧區的利益，有利益衝突；而區永祥後來決定不向旅行社追討賠償，亦是受到謝和其他人的威嚇。

(2) 答辯與審訊：爭論集中在「惡意」一詞

面對誹謗的指控，三個被告一致提出多項免責辯護，分別是電台節目未有提及原告、內容無誹謗含意和大致真確，而當中的評論部分，亦屬就關乎公眾利益的事宜發表「公允評論」。⁵

原告謝偉俊反駁，指被告不能用「公允評論」免責辯護，因為被告在節目的一番話，是出於「惡意」。⁶ 謝偉俊指被告帶有「惡意」，是他認為鄭自知評論不真確，而其他兩個被告則妄顧評論是否真確。另外，他又認為被告發表評

⁵ 有關誹謗的定義和免責辯護，見本文(III)(3)部分。

⁶ 英文原文是 “In reply, Mr. Tse pleaded that the defendants made the statements maliciously.” 見終審法院判詞。

論時，帶有多個動機，包括游說區繼續向旅行社追討賠償、迫使旅行社作出賠償、鄭藉此發洩對謝本人和旅行社的不滿、貶低謝在營救行動中作過的努力等，而三個被告亦希望這番評論會引起新的爭論，吸引公眾繼續收聽鄭林主持的電台節目。

這宗誹謗官司一審判決，陪審團裁定電台勝訴，不用為誹謗言論負責，但鄭林兩人則敗訴，需賠償謝偉俊八萬港元。陪審團按傳統不透露裁決理據，由於三個被告提出一致的免責抗辯，但陪審團對電台和鄭林兩人的裁決不同，高等法院上訴法庭和終審法院都在審理此案上訴時都表示，「惡意」應是陪審團裁決的關鍵。電台不存「惡意」，所以能夠用「公允評論」作免責辯護，開脫誹謗指控；而鄭林則被認為心存「惡意」，所以未能用「公允評論」作免責辯護，以致敗訴。

鄭林兩人不服一審判決，提出上訴，認為原審法官在指示陪審團時，錯誤詮釋「惡意」一詞的法律定義。兩人的代表律師在上訴法庭陳詞時強調，原審法官不應認為，如果被告發表評論時，主要目的不是就關乎公眾利益的事宜發表意見，而是另有個人動機，是濫用電台節目主持人身分，在法律上就被視為心存「惡意」，被告因此不可以「公允評論」抗辯誹謗指控。代表律師又認為，判斷有否「惡意」，唯一的準則應是：被告是否真誠相信自己的評論屬實。也就是說，如果被告真誠相信評論屬實，在法律上就算無「惡意」。

不過，上訴法庭裁定原審法官並無錯誤指示陪審團，駁回兩人的上訴。上訴法庭首席法官陳兆愷在判詞中，肯定原審法官對「惡意」一詞的詮釋。⁷ 陳兆愷指出，如果被告發表評論的主要目的，不在於就關乎公共利益的事宜發表意見，而是另有個人動機，那麼被告就會被認為帶有「不恰當動機」，濫用言論自由。在這種情況下，就算被告真誠相信自己的評論屬實，在法律上不足以令被告開脫「惡意」的指控，亦會因此失去「公允評論」免責辯護的保障。⁸

⁷陳兆愷已升任終審法院常任法官。不過，「鄭謝案」終審時，他未有參與審理。「鄭謝案」五名終審法官分別是：李國能、包致金、李義、李啓新勳爵、羅弼時爵士。另外，見註腳 38。

⁸ 英文原文為：“Whether it is qualified privilege or fair comment, the person relying on such defences must not abuse the protection which the law provides him for a good purpose. If he does, he is abusing his freedom of speech. In both cases, there is an abuse if the person relying on these defences exercises his freedom of speech for a purpose other than that for which the law offers him special protection. If he makes use of a privileged occasion or purports to exercise his freedom of speech in expressing an opinion for his own purpose or to further his own motive, this is an abuse and he will lose these defences. ...It is well established that proof of malice defeats both defences of qualified privilege and fair comment. In my view, this is because if a person acts with malice, he is regarded in law as abusing his freedom of speech.In some cases, the presence of honesty or honest belief is not sufficient to absolve the defendant from liability for some other motives and that such motive is the dominant motive behind what he says. The clearest evidence of abuse is the presence of an improper motive. It is open to the plaintiff to prove that although the defendant may honestly believe in the truth of what he says, his desire is to use his comment not for the purpose of expressing an opinion but to further his own purpose.”[2000]1HKC712, 719 至 720 頁。

(3) 終審判決：摒棄「惡意」一詞，只需證明真誠

鄭林兩人再上訴到終審法院。終審法院於二零零零年十一月中宣判，五名法官一致推翻陪審團裁決和上訴法庭的判決，並下令將案件發還高等法院原訟法庭重新審訊。終審法院的判案書，主要由非常任法官李啓新勳爵 (Lord Nicholls of Birkenhead) 撰寫。

李啓新首先指出，在誹謗官司中，使用「公允評論」作免責辯護，被告必須證明：（一）該評論是就關乎公眾利益的事宜作出；⁹（二）有關評論可識別為評論，而非意帶詆毀的事實陳述；¹⁰（三）該評論建基於真確事實或受特權保護的事實；¹¹（四）該評論可明確或隱喻地讓別人知道是建基於哪些事實；¹²（五）該評論可由一個真誠的人作出，無論他有多大的偏見和看法如何誇大或固執。¹³

被告就算可證明上述五點，他也未必可以成功用「公允評論」抗辯，因為一旦原告能夠證明被告發表評論時是出於「惡意」，他就可以阻止被告用「公允評論」作免責辯護。不過，李啓新指，在法律上，「惡意」一詞的含意並不明確。因此，在這宗上訴案件中，終審法院要就一個法律原則作出裁決：當涉及「公允評論」免責辯護時，「惡意」的定義是什麼？李啓新分析說，之前提到被告要證明的五點，都屬客觀方面的，但「惡意」則屬主觀方面，關乎被告當時的想法。在誹謗訴訟中，當被告提出「公允評論」作免責辯護，而被告確真誠相信自己評論，法律會否容許被告心存「惡意」？也就是說，被告發表實誠評論的背後目的或動機，會否令被告失去「公允評論」免責辯護的保障？舉例說，被告的背後目的是傷害對方，猶如一個政界人士企圖打擊政敵，又或者被告純屬懷恨在心。

李啓新又指出，英國法院過去一百五十年其實甚少討論：到底被告心存「惡意」，會否失去「公允評論」免責辯護的保障？更未對這個問題有定論。至於法

⁹ 英文原文為：“...the comment must be on a matter of public interest.”

¹⁰ 英文原文為：“...the comment must be recognisable as comment, as distinct from an imputation of fact.”

¹¹ 英文原文為：“...the comment must be based on facts which are true or protected by privilege.” 終審法院至今連「鄭謝案」在內，一共審理了三宗誹謗案，見附表一。另外兩宗分別是「東快訊對毛孟靜」(Eastern Express Publisher Ltd. v. Mo Man Ching and Another) [1999] 2 HKCFAR 264 及「壹周刊對東方日報集團」(Next Magazine Publishing Ltd. and Others v. Oriental Daily Publisher Ltd. [2000] 2HKC557。本文只集中探討最影響香港人「發表自由」的終審判決，所以不打算分析這兩宗判決。不過，值得一提的是「東快訊對毛孟靜」的終審，主要論述「公允評論」的客觀規範。當時終審法院裁定，誹謗法只要求評論有事實基礎，而非得到事實保證，而考慮案中被告人所講廣東話「口下口下」一詞時，可當作誇張式的評論，不應單憑字面含意，僵硬地解作「每次」。

¹² 英文原文為：“...the comment must explicitly or implicitly indicate, at least in general terms, what are the facts on which the comment is being made.”

¹³ 英文原文為：“...the comment must be one which could have been made by an honest person, however prejudiced he might be, and however exaggerated or obstinate his views..”

律教科書，則大多將「受約制特權」免責辯護涉及「惡意」的法律判決，套用於「公允評論」免責辯護涉及「惡意」的情況——認為被告的動機，可能令被告失去「公允評論」免責辯護的保障。¹⁴

在「鄭謝案」的終審判詞中，李啓新詳細論述「惡意」一詞，填補了英國法院一百五十年來在這方面的空白。不過，李啓新對「惡意」的論述，與特區下級法院在審理「鄭謝案」時的看法截然不同，更推翻了大多數法律教科書的一貫說法。儘管如此，他對「惡意」的法律詮釋，得到終審法院與案法官一致認同，為特區下級法院在審理「公允評論」免責辯護時應否探究被告背後動機，提供了嶄新的權威案例。

論述「惡意」時，李啓新開宗明義指出：「公允評論」可作為誹謗指控的免責辯護，目的是容許大眾就關乎公眾利益的事宜發表意見，從而促進「發表自由」，這跟憲法保障「發表自由」是一致的。在前述五個客觀規範下，每個人都可受到「公允評論」免責辯護的保護，自由地發表一己真誠相信屬實的評論，這符合公眾利益。

李啓新認為，將「公允評論」免責辯護的適用範圍收窄，規定只可用於為某些特定理由或目的而發表的言論，並將理由和目的分成恰當和不恰當，¹⁵這樣的做法，與「公允評論」免責辯護的原意和重要性不符。尤其在社會和政治圈子裡，發表公開評論的人，通常都有一己的目的。他們可能為了宣揚自己的看法，甚至旨在貶低其他人，都可因而稱為「別有用心」。¹⁶

李啓新的看法是，不應因為懷有這些動機，而不得到「公允評論」保護。相反，「公允評論」這個抗辯，保護和促進這些意見。形形色式的評論者，他們都可以有各自的目的。只要符合「公允評論」的客觀規範，每個人都可以在這個免責抗辯的蔭底下自由發表意見，作出各種社會和政治的訴求。李啓新更直截了當的指出，不應交由法院決定，揀選「公眾」目的，還是接納「私人」目的，亦不應由法院作出取捨，分辨什麼屬於道德、社會或政治上可以接受的目的，什麼不屬於。法院一旦這樣做，就非常危險，會導至「言論審查」。¹⁷

¹⁴ 見英國誹謗法權威論著 *Gatley on Libel and Slander* (9th Edition) 第十六章第二段：“It is submitted that the authorities on malice in the different contexts of fair comment and qualified privilege are essentially interchangeable, save for the necessary limitations imposed by the nature of each defence.” 上訴法庭首席法官陳兆愷在「鄭謝案」判詞中，引述了此書這段，見[2000]1HKC712第720頁。

¹⁵ 英文原文為：“The purpose and importance of the defence of fair comment are inconsistent with its scope being restricted to comments made for particular reasons or particular purposes, some being regarded as proper, others not.”

¹⁶ 英文原文為：“...as an ‘ulterior’ object.”

¹⁷ 英文原文為：“Nor is it for the courts to choose between ‘public’ and ‘private’ purposes, or between purposes they regard as morally or socially or politically desirable and those they regard as undesirable.”

在總結「公允評論」的法律規限時，李啓新明確指出，如果被指為誹謗的言詞，只要符合「公允評論」五個客觀規範，就可以「公允評論」成功抗辯，除非能證明被告不真誠相信自己的評論。這即是說，真誠相信才是最關鍵的。被告發表評論時，出於仇恨、不滿、立心打擊或引起爭議，就算這是主要或唯一的動機，也無損被告使用「公允評論」作抗辯理由。¹⁸不過，李啓新補充說，這些動機有時可以成為有力證據，引證被告並非真誠相信自己的評論。李啓新認為，為免混亂，應摒棄「惡意」一詞。主審法官在指示陪審團時只需指出，如果有證據證明被告並不是真誠相信自己發表的意見，被告不可用「公允評論」作為抗辯理由。¹⁹

李啓新又認為，由於英國法院一直以來未有這方面的例案，法律教科書於是將英國上議院關於「受約制特權」免責辯護涉及「惡意」的案例所定下的法律原則，²⁰套用於「公允評論」免責辯護涉及「惡意」的情況，這種推論是錯誤的。李啓新指出，法律容許「公允評論」免責辯護，背後的理念有別於「受約制特權」免責辯護。前者是建基於對保障和促進評論自由的重視，為了容許每個人在任何時候都可以自由評論關乎公眾利益的事情，不管他們有何動機。至於後者，則建基於法律認為在特定情況下，容許坦白和不受約束的言論，是合乎公共利益，目的是要保護某些利益或需要履行某些職責的人。因此，被告人一旦有其他動機時，他就不應得到「受約制特權」免責辯護的保障。同樣為免混亂，「受約制特權」免責辯護亦應摒棄「惡意」一詞。主審法官在指示陪審團時只需指出，如果有證據證明被告利用受到「受約制特權」免責辯護保障的特定情況去達到其他目的，被告就不可用「受約制特權」作抗辯。²¹

That would be a highly dangerous course. That way lies censorship.”

¹⁸ 英文原文為：“To summarise, in my view a comment which falls within the objective limits of the defence of fair comment can lose its immunity only by proof that the defendant did not genuinely hold the view he expressed. Honesty of belief is the touchstone. Actuation by spite, animosity, intent to injure, intent to arouse controversy or other motivation, whatever it may be, even if it is the dominant or sole motive, does not of itself defeat the defence. However, proof of such motivation may be evidence, sometimes compelling evidence, from which lack of genuine belief in the view expressed may be inferred.

¹⁹ 英文原文為：“I agree that if the term ‘malice’ were used, there might be a risk of confusion. The answer lies in shunning that word altogether. Juries can be instructed, regarding fair comment, that the defence is defeated by proof that the defendant did not genuinely believe the opinion he expressed.”

²⁰ 見英國上議院案例 *Horrocks v. Lowe* [1975]AC135。

²¹ 英文原文為：“Regarding qualified privilege, juries can be directed that the defence is defeated by proof that the defendant used the occasion for some purpose other than that for which the occasion is privileged.”

(III) 判決擴闊了「發表自由」空間

(1) 一個始料不及的判決？

特區終審法院就「鄭謝案」作出的判決，與下級法院截然不同，亦推翻了法律教科書的一貫說法。也可以說，英國法院一百五十年來未就「公允評論」免責辯護涉及「惡意」的情況定出法律原則，而終審法院在填補這方面空白，大刀闊斧的摒棄「惡意」一詞，為香港法律界提供了一個「始料不及」的權威案例。

不過，李啓新這個「始料不及」的論述，得到與案的終審法院法官一致支持。終審法院首席法官李國能不但完全同意李啓新的論述，還明確指出：「言論自由（或發表自由），是香港這個文明社會至為重要的自由。它受到《基本法》第二十七條的憲法保障。「公允評論」的權利則是言論自由的一個最重要元素。在一個高度重視言論自由並用憲法保障這自由的社會，法院在考慮和發展普通法時，正確的做法是不應狹隘地看待「公允評論」免責辯護。法院應採取寬鬆的做法，令公允評論關乎公眾利益事情的權利，得到充分保障。」²²

終審法院就「鄭謝案」的判決既是「始料不及」，又是有蹟可尋的。說是「始料不及」，除了上述提到的原因外，亦由於終審法院於九九年十一月就另一宗誹謗訴訟「東快訊對毛孟靜」（*Eastern Express Publisher Ltd. and Another v. Mo Man Ching and Another*）²³作出的終審判決。該案的判案書主要由常任法官烈顯倫（Justice Litton）²⁴撰寫。烈顯倫當時仍是採用法律教科書的一貫論述，指如果被告發表評論時是出於「惡意」，就會失去「公允評論」免責辯護的保障。其實，李啓新於九九年十月底在英國上議院就「雷諾茲對泰晤士報」（*Reynolds v. Times Newspapers Ltd. and Others*）²⁵一案下達判詞，提到「公允評論」時亦指出，如原告能證明被告是出於「惡意」，被告就無法用「公允評論」作抗辯，²⁶但由於該

²² 英文原文為：“The freedom of speech (or the freedom of expression) is a freedom that is essential to Hong Kong’s civil society. It is constitutionally guaranteed by the Basic law (Article 27). The right of fair comment is a most important element in the freedom of speech. In a society which greatly values the freedom of speech and safeguards it by a constitutional guarantee, it is right that the courts when considering and developing the common law should not adopt a narrow approach to the defence of fair comment. See *Eastern Express Publisher Ltd. v. Mo Man Ching* [1999] 2 HKCFAR 264 at 278. The courts should adopt a generous approach so that the right of fair comment on matters of public interest is maintained in its full vigour.”

²³ [1999] 2 HKCFAR 264.

²⁴ 烈顯倫已於較早時退休，轉為非常任法官。

²⁵ [1999]3WLR1010.

²⁶ 英文原文為：“The comment must represent the honest belief of its author. If the plaintiff proves he was actuated by malice, this ground of defence will fail.”

案的法律爭論並不在「公允評論」，李啓新未作進一步論述，更未提到要摒棄「惡意」一詞。當時來說，「雷諾茲對泰晤士報」和「東快訊對毛孟靜」分別是英國及香港最新、最觸目的誹謗訴訟終審判決，而李啓新和烈顯倫又各自參與其中，對謝偉俊和他的代表律師來說，李和烈兩人今次就「惡意」一詞的判決，可說是「始料不及」。

(2) 澄清固有誤解，採用寬鬆詮釋

另一方面，「鄭謝案」又是有蹟可尋的，因為在「東快訊對毛孟靜」一案的終審判決中，非常任法官梅師賢爵士 (Sir Anthony Mason) 曾提出，在一個「發表自由」得到憲法保障的社會，不應狹隘地看待「公允評論」免責辯護。梅師賢這一番話，被李國能在「鄭謝案」中引用。²⁷

李啓新對「公允評論」免責辯護應有規範的論述，是合邏輯和合理的。首先，李啓新區分「公允評論」免責辯護和「受約制特權」免責辯護，指出前者是要保障評論關乎公眾利益事宜的自由，而後者在於保障某些利益或需要履行某些職責的人，而容許坦白和不受約束的言論，這是出於公共利益的考慮。英國上議院已早有案例，明確規定如果被告懷有不受「受約制特權」免責辯護保障的動機，他就不可用「受約制特權」抗辯誹謗指控。李啓新將兩種免責辯護的目的區分，而且言之成理地指出探究動機只適用於「受約制特權」免責辯護。因此，英國上議院有關「受約制特權」免責辯護與動機的例案，就不應套於「公允評論」免責辯護與動機的案件，亦即是說李啓新推翻法律教科書在這方面的一貫論述，有著充分的理由。

其次，李啓新決定摒棄「惡意」一詞，認為被告人要用「公允評論」免責辯護，只需符合五個客觀規範。至於被告人的動機，不屬考慮之列，更無損被告人使用「公允評論」免責辯護的權利。李啓新這樣看待「公允評論」免責辯護的規範，與這個免責辯護保障評論自由的目的和原意是一致。如果將任何帶有主觀臆測的因素，例如要查明或推斷被告人評論的背後動機，列為採用「公允評論」免責辯護時要符合的規範，都會使情況變得非常複雜，令被告很難採用「公允評論」去抗辯誹謗指控。更嚴重的是，一旦這樣做，其實是對被告進行思想審想，界定什麼是可接受和正確的，這不但有違「公允評論」免責辯護的原意，更直接危害言論自由。

整體而言，李啓新的論述，澄清了法律界對誹謗法一些固有的誤解，從而減低了誹謗法對言論自由的限制，客觀上擴闊了言論自由的空間。因此，終審法

²⁷ 見註腳 22。

院就「鄭謝案」的判決，影響和意義都十分巨大。

(3) 減少誹謗法的負面影響

香港法院審理誹謗案²⁸，向來緊跟英國法院案例，而英國的誹謗法一直備受批評，被指嚴重箝制「發表自由」，新聞界尤其受害，英國首都倫敦更被喻為「誹謗訴訟之都」²⁹，不但英國人就誹謗興訴多，不少美國的公眾人物也跑到英國提出誹謗訴訟，原因是英國的誹謗法不但非常複雜，牽涉面廣，而且對原告十分有利，被告要反駁誹謗指控則困難重重。³⁰

根據普通法原則，如果有關言詞會貶低原告在正常思維的社會大眾心目中的觀感，就會構成誹謗。不過，在現實生活中，什麼言論是誹謗，很多時都說不清，要就每個個案作具體考慮，不但要看上文下理，亦可能要探究發表時的各種情況。因此，發表言論的人很難預測，有關言論會否被法院認定為誹謗。至於原告提出誹謗訴訟則相當容易，他既不用證明被告的言論是虛假的，亦不需證明言論導至實質損失。³¹

對被告更不利的是，原告只需說服法院被告的言論有誹謗效果，被告就要承擔舉證責任，進行抗辯。幾個主要的免責辯護分別是：（一）誹謗言論屬實 (justification)、（二）有關言論屬於「公允評論」 (defence of fair comment)、（三）有關評論得到特權保護，而特權保護又分「絕對特權」和「受約制特權」 (absolute and qualified privilege)。

被告要成功利用上述幾個免責護辯，並不容易。被告最難採用「誹謗言論屬實」作抗辯，原因是舉證責任在被告身上。被告未必找到合適的證人出庭作證，被告也可能曾承諾保密，不公開提供原告資料的人士身分。另外，被告要搜集原告的資料以證明誹謗言論屬實，通常會遇到很大困難，因為原告多不會合作，而被告又沒有執法人員的調查權力。

²⁸在香港，誹謗法主要依循普通法，即是法院過去訂定的法律原則，成文法的作用不大，《誹謗條例》只將少部分法律原則條文化。

²⁹ 見Hooper, D. (2000). *Reputations under Fire – Winners and Losers in the Libel Business*. Little, Brown and Company. 第二頁。此書詳細介紹和分析英國近年著名的誹謗官司，以及英國誹謗法存在的問題。

³⁰ 對英國誹謗法批評，不少書有詳細論述，如Barendt, E. (2000). *Media Law: Cases and Materials*. Longmans 第十章、Barendt, E. (1997). *Libel and the Media: The Chilling Effect*. Oxford University Press、Robertson, G. (1992). *Media Law*. Penguin. 第二章。

³¹ 部分非永久形式誹謗 (slander) 仍要證明有實質損失，才可興訴，但大多誹謗訴訟都是關於永久形式誹謗 (libel)。

如果誹謗的言詞並不真確，但屬於「絕對特權」和「受約制特權」的免責範圍，被告亦可成功抗辯，但這兩種特權的適用範圍狹窄。前者主要保障法庭和議會言論，而後者的適用範圍則較寬，但亦有多規限。至於報章報道哪些場合可享有「受約制特權」，主要由成文法規限，不能隨便拓闊；而法官會否根據普通法，容許報章報道享有「受約制特權」免責辯護，則由法官考慮多方面的因素，就每宗訴訟作出判決，彈性很大，難以預測。³²

由於用「誹謗言論屬實」作抗辯難度很高，而特權免責辯護的適用範圍又相當窄，「公允評論」便成為最常見的抗辯理由，但一如前述，要成功用「公允評論」抗辯亦不容易，一定要符合五個客觀規範才行。在未有終審法院「鄭謝案」判例之前，原告人如能證明被告心存「惡意」，被告就算符合五個客觀規範，亦不能用「公允評論」作抗辯。

誹謗訴訟牽連很廣，原告不單可以追究發表言論的人，如果有傳媒刊登有關言論，負責採訪有關言論的記者、處理文稿的編輯、報社的總編輯或社長、報章的印刷人和發行人都要負責，都可成為被告。誹謗訴訟經常一拖多年，牽涉的訴訟費用驚人。以「鄭謝案」為例，由發表言論、一審、上訴、再上訴，到終審法院判決將案件發還下級法院重審，差不多經歷了五年時間。如果原告決定繼續訴訟，進行重審，花的時間更長。

一旦惹上誹謗官司，隨之而來的困擾可想而知。不少傳媒機構寧願自我審查，不敢刊登揭露真相的報道和尖銳的評論，希望可減低誹謗的風險。另一方面，個人和機構亦可借助誹謗法去減少負面報道，即使勝訴機會不大或事件相當輕微，亦入稟法院控告傳媒誹謗。³³因此，誹謗法的種種問題，給言論自由，尤其是新聞自由，帶來巨大的威脅。

英國政府近年曾檢討誹謗法，並修訂法例，令誹謗法追上時代和縮窄受誹謗法牽連的範圍。³⁴不過，英國誹謗法的主要法則都來自普通法，法院的判決尤其重要。英國上議院近年的重要誹謗案例，都關乎誹謗法在保障名譽和維護報道及評論公眾事務的自由之間，應該如何作出平衡。這些判決減少了誹謗法對「發表自由」的限制，也稍為緩解了誹謗法對新聞界的箝制。在「德比郡議會對泰晤士報」(Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd.)³⁵一案中，上議院為了促進政治討論，解開限制言論自的不必要枷鎖，作出了歷史性的判決，裁定政府機構不能提出誹謗訴訟。「雷諾茲對泰晤士報」一案，亦被視另一宗歷史性的

³² 有關法院如何用普通法審理報章報道能否享有「受約制特權」，李啓新在「雷諾茲對泰晤士報」一案有詳細論述。

³³ 註腳 29 第二章，講述英國已故傳媒鉅子麥克斯衛爾 (Robert Maxwell) 動不動興訴的慣常做法。

³⁴ 見一九九六年修訂的誹謗法 (Defamation Act 1996)。

³⁵ [1993]A.C.534

誹謗判決。雖然上議院不贊成專門將報章報道政治言論列為可享有「受約制特權」，但李啓新判案時確認了報章報道政治言論的重要性，表示法官在報章被告誹謗涉及政治言論時，可在作出全盤考慮之後，包括報道要關乎重大公眾利益而採訪編輯過程嚴謹和負責，容許被告享有「受約制特權」。這個判例令報章報道縱使內容失實，亦可能以「受約制特權」辯護理由，開脫誹謗的指控，這亦即是說，政界人士和公眾人物要訴諸誹謗官司會比以前困難。

不過，英國的誹謗法相比美國仍是相當嚴苛。在美國，自「紐約時報對沙利文」(New York Times v. Sullivan)³⁶一案以來，政府官員被誹謗，儘管有關言論是虛假的，亦無法提出訴訟，除非能夠證明被告有「實際惡意」³⁷，即明知有關言論是虛假或罔顧其真偽。法院後來更將判決的法律原則推及公眾人物。因此，在美國，政府官員或公眾人物要告誹謗比英國困難，而誹謗法對新聞自由的箝制，亦比英國的要少。

(4) 外來法官的作用

如前述提及，香港誹謗法法則多年來主要追隨英國法院判例。今次終審法院就「鄭謝案」判案定出的法則，屬重大突破，不但英國法院未有作過的，其重要性亦不下於前述兩宗英國上議院近年就誹謗法的歷史判決。「鄭謝案」判例為評論公眾事務的人士減輕了想思包袱，尤其是慣常發表政見的政界人物，以及經常在大眾媒體評論時事的人士，令他們不再恐懼在遇上誹謗官非時，因被人追究評論的動機，而失去「公允評論」免責辯護。由於這些人士仍要合符前述的五個客觀規範，才可以用「公允評論」免責辯護，所以「鄭謝案」判決只是解除了限制「發表自由」的不合理枷鎖，相信不會導致大量不負責任的誹謗言論。終審法院這個判決，特區下級法院要跟從，並不直接適用於英國。不過，負責撰寫判詞的李啓新，本身是英國上議院資歷很深的法官，之前又在上議院就誹謗案作過歷史性判決，他於香港終審法院在「鄭謝案」中，就「受約制特權」中「惡意」一詞的判決，肯定對將來英國誹謗法發展有重大影響。

與此同時，「鄭謝案」的判決顯示了外來法官的重要性和引領作用。³⁸李啓新是根據《基本法》引入的「外援」。³⁹ 他不但資歷深、地位高、對誹謗法

³⁶ 376 U.S. 254 (1964).

³⁷ 「實際惡意」英文原文為“actual malice”。

³⁸ 全國人大香港區代表馬力，在他的專欄文章中，質疑「鄭謝案」的判決：「一是回歸以來，香港的言論自由並沒有受到損害，以「真誠相信」作誹謗指控的辯護理由，實際的效果不是進一步保護香港言論自由，而是助長「大聲政治」，使一些不負責任的評論員肆意批評和攻擊其他人；二是空降的海外法官對香港的情況不了解，判案時會忽略社會因素，做出不合社會現的判決。」見《明報》二零零零年十二月十三日E5版，該文提到其中一位常任法官在高院上訴庭已審過此案，是資料出錯。

³⁹ 《基本法》第八十二條容許終審法院根據需要邀請其他普通法適用地區的法官參加審判。

又非常熟悉。⁴⁰他的論述雖未至一錘定音，但權威並具說服力，也可以說只有這般分量的法官，才敢於推翻權威法律教科書的一貫說法，才有膽量填補英國法院百多年來的空白，減輕誹謗法對「發表自由」的限制，從而促進香港的「發表自由」。

這論述絕非貶低終審法院本地法官。在普通法法系地區，法院採用下級法院追隨上級法院判例的做法。香港在回歸前不設終審法院，所有終審上訴都要到英國樞密院。樞密院就是香港法院的上級法院。香港法官在回歸前慣常要做的，就是實實在在的跟隨英國判例。如果沒有判例，就如一般英國法官參考權威教科書，很難談得上任何權威和創意。另外，香港地方比英國細，案例亦相對少。就算是回歸後，終審法院判案時亦難免參考英國和其他普通法國家的判例。終審法院得到外來法官的協助，以及適當引入外地案例，有助香港司法制度繼續與其他法治國家的做法接軌。不過，終審法院和本地法官如何建立應有的權威，從而有效地捍衛和促進香港的人權和自由亦是非常重要。

(IV) 國旗區旗案

(1) 案情

一九九八年一月一日，香港市民吳恭劭和利建濶參加由「香港市民支援愛國民主運動聯合會」組織的示威遊行。期間，兩人高聲叫喊「建立民主中國」。有人見兩人沿途揮舞一面塗污了的國旗和一面塗污了的區旗，後來並將旗幟縛在中區政府合署的欄杆上。兩面旗幟都被嚴重塗污和損毀，並用黑色墨水寫上「恥」字。終審法院判案書引述傳媒報道，利建濶表示毀壞及塗污國旗、區旗，是要表達對非民選執政者不滿和抗爭。

吳利兩人後來被控違反香港法例《國旗條例》第七條及《區旗條例》第七條。《國旗條例》第七條規定：「任何人公開及故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱國旗．．，即屬違法，一經定罪，可處第五級罰款〔即五萬元〕及監禁三年」。《區旗條例》第七條規定：「任何人公開及故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱區旗．．，即屬違法，(a) 一經循公訴程序定罪，可處第五級罰款及監禁三年；及 (b) 一經循簡易程序定罪，可處第三級罰款〔即一萬元〕及監禁一年」。裁判官裁定兩人罪名成立，各就每項罪行自簽二千元，守行爲十二個月。兩人就判罪上訴，高等法院上訴法庭判上訴得直，並將兩人的定罪判決撤銷。控方上訴終審法院。終審法院五名法官一致裁定控方上訴得

⁴⁰ 李啓新在十多名上議院法官中，以資歷計排行第三。

直，並回復裁判官的定罪判決及簽保守行為令。

(2) 保護國旗區旗，屬合法權益

終審法院的判案書主要由首席法官李國能撰寫。李國能開宗明義的指出：「國旗是中華人民共和國的象徵，是國家和國家主權的象徵。它代表中華人民共和國，代表她的尊嚴、統一和領土完整」；而區旗則是香港作為「一國兩制」方針下中國不可分離部分的獨有象徵。他更以中華人民共和國恢復對香港行使主權的交接儀式上升國旗和區旗作序幕，及國家主席江澤民在儀式上以國旗和區旗已在香港莊嚴升起為講話開端，去論證兩面旗幟的固有重要性。李國能繼而認為中華人民共和國包括香港在內的整個國家「具有保護作為國家獨有象徵的國旗之合法利益」⁴¹，而香港這個社會亦具有保護區旗的合法利益，控辯雙方對此並無爭議。李國能指出，審裁法院要處理的是——究竟這些合法利益是否足以構成充分理由，將侮辱國旗和區旗的行為刑事化，去限制「發表自由」？如果有關立法缺乏充分理據支持，便是抵觸《基本法》。《基本法》第二十七條保障香港的言論、新聞、出版自由⁴²；第三十九條則列明《公民權利和政治權利國際公約》(以下簡稱《公約》)適用部分繼續有效；特區對權利和自由的限制，不得與《公約》抵觸。

在探究政府有否充分理據前，李國能詳細講到特區就保護國旗、區旗的立法。《中國國旗法》由全國人民代表大會常務委員會(以下簡稱「人大常委」)制定。李國能引述有關條文，指出目的是為了維護國旗的尊嚴，增強公民的國家觀念，發揚愛國主義精神，其中規定不得在公共場合故意以焚燒、毀損、塗劃、玷污、踐踏等方式侮辱國旗。《中國國旗法》屬全國性法律，並根據《基本法》第十八條第二款列於《基本法》附件三，適用於香港，特區政府必須通過公布或立法在本港實施。香港的臨時立法會因此制定了《國旗條例》。至於區旗，則源於《基本法》第十條，臨時立法會亦相應制定了《區旗條例》，目的在於維護區旗的尊嚴。

(3) 立法未廣泛限制「發表自由」

在探究政府有否充分理據前，李國能亦討論到立法禁止侮辱國旗、區旗，到底是廣泛限制了「發表自由」，還是有限度的限制而已。他指出，越廣泛的限

⁴¹「合法利益」英文原文為“legitimate interest”，整句是：“The society in the People’s Republic of China, the country as a whole, including the Hong Kong Special Administrative Region, has a legitimate interest in protecting their national flag, the unique symbol of the Nation.”

⁴²《基本法》第二十七條將「發表自由」逐一列出：「香港民居享有言論、新聞、出版的自由……。」

制就越難得到充分理據支持。不過，李國能並不認為立法禁止侮辱國旗、區旗，廣泛限制了「發表自由」。李國能指出，吳利兩人的玷污國旗、區旗行爲，是抗議內地的政府體制，這可以從兩面旗幟上均寫上「恥」字、遊行期間高叫「建立民主中國」，以及利本人對傳媒的談話看到。但是，李國能並不同意答辯人在庭上申辯，指有關立法不僅禁制表達方式，將一種政治抗議方式列爲非法，亦同時禁制了原本要表達內容，廣泛限制了「發表自由」。⁴³ 李國能認為，這是有限度的限制而已，法例只禁止一種發表方式，即侮辱國旗、區旗，這無關當事人想表達的信息，更未有干預當事人用其他方式去發表同樣信息的自由。再者，保護國旗、區旗兩條法例的第七條，禁止在旗幟上塗畫，這不限於抗議字句，亦可包括讚美字句。⁴⁴

(4) 立法是保障公共秩序所必要

特區政府代表律師向法院陳述，立法禁止侮辱國旗、區旗，限制了「發表自由」，這樣做是保障「公共秩序」(public order [ordre public]) 所必要的。《公約》第十九條容許管治當局，以保障「公共秩序」所必要爲理由，去限制「發表自由」。李國能表示，法院要裁定：第一，保護國旗、區旗的合法利益，是否包含在「公共秩序」這個概念之內？第二，如果答案是肯定的話，有關限制是否爲保障這些合法利益所必要的？

針對第一個問題，李國能指出，裁判法院和上訴法院在審理此案時，都將「公共秩序」的概念局限於治安方面，這並不正確。綜合多個分析，李國能歸納了幾點，指出「公共秩序」這個概念較普通法中的「治安」一詞廣泛，包含爲保障大眾福祉或爲符合集體利益所必須採取的措施。他認為，由於國旗是中華人民共和國獨有的象徵，而區旗是「一國兩制」方針下香港作爲中國不可分離部分的獨有象徵，保護國旗區旗這些合法利益，屬於大眾福祉和整體利益的一部分，是「公共秩序」所保障的範圍。

至於第二個問題，即有關限制是否爲保障這些合法利益所必要的？李國能指出，法院驗證「是否必要」時，必須考慮對「發表自由」的限制，與想達到的目的，是否成比例？李國能的答案是肯定的，並認為有關限制是必要的。他說：「中華人民共和國恢復對香港行使主權後，香港正處於一個新秩序的初期。貫徹

⁴³ 英文原文爲：”The respondent argues that the restriction is wide. The argument is that it prohibits not merely one mode of expression but by rendering unlawful one form of political protest also the substance of what may be expressed.”

⁴⁴ 英文原文爲：”It is a limited one. It bans one mode of expressing whatever the message the person concerned may wish to express, that is the mode of desecrating the flags. It does not interfere with the person’s freedom to express the same message by other modes.”

一國兩制的方針極之重要，正如維護國家統一及領土完整亦是極之重要一樣。既然國旗及區旗具獨有的象徵意義，保護這兩面旗幟免受侮辱對達致上述目標也就起重大作用。因此，有非常充足的理由斷定，將侮辱國旗及區旗的行為列為刑事罪行，對受保障之發表自由的權利施加限制，此舉是有充分理據支持的。」

(5) 要充分考慮立法機構的看法

李國能並指出，終審法院在處理「是否必要」這問題時，應該充分考慮特區立法機關對制定《國旗條例》的看法。由於「人大常委」將《中國國旗法》列入《基本法》附件三內，為履行香港實施這條全國性法律的責任，特區立法機關制定了《國旗條例》。同樣，法院亦應充分考慮立法機構認為制定區旗是恰當的看法。

註解 [Mr.Yan1]:

註解 [Mr.Yan2]:

註解 [Mr.Yan3]:

註解 [Mr.Yan4]:

註解 [Mr.Yan5]:

終審法院五位法官當中，只有李國能和包致金 (Justice Bokhary) 撰寫判詞，詳細論述案件。包致金亦談到法院處理本案時，應如何看待立法機關的決定。包致金認為，憲法上可以有兩種取向。一是不論侮辱國旗、區旗如何令人反感，都應當作一種發表方式，加以容忍。另一種取向是國旗、區旗具象徵意義，應該尊重；況且保護國旗、區旗，並不妨礙任何人透過各式各樣的方式發表意見。因此，國旗、區旗應受到保護，免被侮辱。包致金認為，雖然兩種取向達至反相結果，但兩者有共通之處。其一是兩者都對國旗、區旗尊重。其二是兩者都承認「發表自由」的範疇，不局限於內容，亦包括了發表的方式。不過，包致金認為，當法院處理這類事宜時，並不取決於法官屬意哪種取向，而是要審視立法機構所揀選的取向，是否合乎憲法。這並不是法院聽從立法機關，而是維持三權分立而已。

(6) 其他民主國家亦有類似法例

李國能和包致金兩人都分別提到其他國家亦有立法保護國旗。李國能表示，終審法院留意到一些確認了《公約》的民主國家，亦有製定法例保護國旗，將侮辱國旗等行為列為可判處監禁的刑事罪行。這些例子證明，在其他民主國家，將侮辱國旗的行為刑事化，可視為保障「公共秩序」所必要的。包致金則舉出具體例子。他指出，美國聯邦最高法院兩次都僅以五對四的多數，廢除侮辱國旗的法例，並引述一名贊同判決的大法官不快感受。包致金認為，從這名大法官的感受，以至美國聯邦最高法院反對判決的少數派大法官的意見都看到，這類案件正是行內所指的「棘手案件」。包致金還提到，意大利和德國的法院都曾裁定保護國旗法例符合憲法，與美國的裁決截然不同。至於《葡萄牙刑法典》對侮辱國旗行為的定義，則比香港的要闊得多。另外，日本和挪威雖然無製定法例保護本國國旗，但亦有法例懲罰公開侮辱其他國家的國旗或國徽的行為。

(V) 判決縮窄「發表自由」的空間

(1) 強調無礙「發表自由」，限制僅止於此

包致金與李國能同樣將「發表自由」區分為形式和實質內容。包致金認為，立法禁止侮辱國旗區旗，無礙「發表自由」的實質內容。他指出，一個社會應可保護代表它的旗幟和徽號，又同時維護「發表自由」，儘管這並非易事。他表示，這是可以做到的，假如保護旗幟和徽號的法例是具體和確切的，不影響言論的實質內容，而涉及發表形式時亦僅限於保護旗幟和徽號，不使其捲入政治和紛爭當中。包致金認為，特區兩條保護國旗國徽和區旗區徽免受公開和故意侮辱的法例符合上述準則。至於發表形式，唯一的限制，亦僅限於不准侮辱一些就算不立法、幾乎任何人做夢都未想過侮辱的物品。因此，有關限制未有壓制思想，亦未限制坦率表達任何政見或其他意見。

利的代表律師陳詞時曾質疑，如果容許這些限制，則止境何在？包致金在判詞回應說，就止於這些限制，因為它們已到了憲法所能容許的極限。包致金說：「在國旗國徽之下，所有在香港的人士根據本港法律都享有平等機會就任何事情暢所欲言，不論話題是否涉及政治：喜歡說甚麼便說甚麼，喜歡怎樣說便怎樣說。而且，他們亦可以有信心這種情況會持續下去。」⁴⁵

李國能在判詞中，亦絕不含糊地指出「發表自由」的重要性，以及香港法院應採取的態度：「發表自由是民主社會的基本自由，也是文明社會及香港的制度和生活方式的核心。法院對其憲法性的保障必須採納寬鬆的解釋。這種自由包括發表大多數人認為令人反感或討厭的思想，及批評政府機構和官員行為的自由。」⁴⁶

李國能對「發表自由」的重視和寬鬆態度，與歐美法院的主流觀點是一致的。不過，李國能所陳述的信念，有否貫徹在判決當中？還是循例說說而已？至於包致金提到國旗是幾乎任何人做夢也不會侮辱的物品，有關立法目的是維持國

⁴⁵ 此為官方譯本，英文原文為：“Beneath the national and regional flags and emblems, all persons in Hong Kong are - and can be confident that they will remain - equally free under our law to express their views on all matters whether political or non-political: saying what they like, how they like.”

⁴⁶ 此乃官方中文譯本，英文原文為：“Freedom of expression is a fundamental freedom in a democratic society. It lies at the heart of civil society and of Hong Kong’s system and way of life. The courts must give a generous interpretation to its constitutional guarantee. This freedom includes the freedom to express ideas which the majority may find disagreeable or offensive and the freedom to criticise governmental institutions and the conduct of public officials.”

旗、區旗的崇高地位，不使其捲入政治和紛爭，並未壓制思想和政見表述，這些說法有何堅實理據？包致金認為立法禁制侮辱國旗、區旗已是極限。除此之外，香港人絕對可以暢所欲言，這是否一種明確的保證？終審法院是否有能力和決心去履行這個承諾？筆者嘗試從兩方面探討這連串問題，先是羅列美國聯邦最高法院禁止立法侮辱國旗判案的正反意見，然後再分析特區終審法院的判案有沒有可非議的地方。

(2) 美國聯邦最高法院的判決

就國旗的爭論，美國最多，正反意見也討論得最透徹。美國聯邦最高法院曾就可否強制學生向國旗敬禮、可否將國旗縫在褲後幅上、可否立法禁止侮辱國旗等，作出裁決。探究美國的爭論，可以看到侮辱國旗如何牽動美國人的感受和信念。很多美國人非常執意要維護國旗的尊嚴。美國最高法院於一九八九和一九九零年，接連兩年就可否立法禁止侮辱國旗行為，作出裁決。當時，美國國會和四十八個州都已經分別立法禁止侮辱國旗。審理案件的九名法官，分歧很大，兩次都僅以五對四之微，裁定有關立法違反美國憲法「第一修正案」。

判決引來美國社會很大反響。⁴⁷當時的美國總統布什更帶頭倡議修改美國憲法，要求加入不准侮辱國旗的條文。⁴⁸過去十一年，美國國會更多番討論修訂議案，在憲法納入「國會將有權禁止對美國國旗作出侮辱」的條文。⁴⁹議案到很多議員支持，但最後都因為未達到修訂憲法所需票數而胎死腹中。雖然如此，爭取修憲的活動，則一直未有停止。另一方面，反對立法的一方對言論自由非常執著，有些人更繼續公開焚燒國旗，而五名聯邦最高法院法官則冒多數國人的不滿，兩番裁決政府不能懲罰侮辱國旗的人。

在「德克薩斯州訴約翰遜」(Texas v. Johnson)⁵⁰一案中，被告約翰遜一九八四年曾在德州示威，反對當時里根政府的施政，期間焚燒國旗，違反了德州不准侮辱國旗的法例，被判罪名成立。⁵¹聯邦最高法院於八九年審理這宗案件的上訴，第一次就政府可否立法懲罰侮辱國旗行為，以維護國旗的象徵意義，作出

⁴⁷ Harvin, M. (1991). The Conservative Era of the 1980's: Texas v. Johnson: The First and Final Answer to the Flag-Burning Issue. 34 Howard Law Journal 465 at 474.

⁴⁸ Henderson, M. (1996). Comment: Today's Symbolic Speech Dilemma: Flag Desecration and the Proposed Constitutional Amendment. 41 South Dakota Law Review 533 at 564.

⁴⁹ 爭取修憲活動，可參考有關團體 Citizens Flag Alliance 的網頁：<http://www.cfa-inc.org/>

⁵⁰ 491 U.S. 397.

⁵¹ 有關的德州法例的英文原文是：" [a] person commits an offence if he intentionally or knowingly desecrates... [a] national flag"，至於desecrate一字是指："deface, damage, or otherwise physically mistreat in a way that the actor knows will seriously offend one or more persons likely to observe or discover this action." 見United States v. Eichman 496 U.S. 310。

裁決。⁵²答案是否定的。

如前述提及，法官之間相當分歧，結果有五名法官認為有關立法違反憲法，成了多數派，其中布倫南大法官 (Justice Brennan) 負責撰寫法院判詞。首先，法院多數派裁定，被告燒國旗的行為含表達意念，而且分量足以令這種行為受到「第一修正案」的保護。布倫南明確指出，焚燒國旗是一種政治抗議手段，被告人這種行為的表達性質和明顯政治性質充分地顯現，並引述約翰遜本人的說話，指當時沒有比燒國旗更強的象徵言論。法院並且認為被告是因為做出這種表達意念的行為而被定罪。

其次，法院多數派不接納德州當局立法禁止侮辱國旗的兩個理由。當局提出的第一個理由是防止破壞公眾安寧。不過，法院認為約翰遜的行為，根本沒有破壞公眾安寧的威脅。至於當局認為，焚燒國旗會惹來在場人士反感，繼而可能破壞公眾安寧，所以要禁止這種表達方式，法院認為不能接受。相反，最高法院指出，引起爭論正是「言論自由」的一個主要功用；而最能發揮作用，就是觸發不滿，甚至挑起人們的憤怒。不過，法院並不認為約翰遜的行為屬於「會引起打架的言詞」一類，未至會鼓動人們報復和破壞公眾寧，因此無需禁止。⁵³ 法院補充說，「第一修正案」並非不准州政府阻止即將發生的破壞公眾安寧行為，但德州已有法例專門應付這種情況，因此無必要懲罰焚燒國旗的行為去維持公眾安寧。

德州政府提出的第二個理由，表示當局有權立法維護國旗作為國家尊嚴和國家統一的象徵。不過，最高法院認為，這並不能作為約翰遜發表政治意見被定罪的合理解釋。布倫南指出，約翰遜因為表達對國家政策不滿而被起訴，這類發表正正是美國憲法「第一修正案」的核心價值所在。有關立法亦非要保護國旗在任何情況下的物質完整性，而是要禁制會嚴重冒犯他人的毀壞國旗行為。因此，限制約翰遜焚燒國旗這種表達方式，實質針對其內容，最高法院要以最嚴厲的評核去審視這類限制是否符合「第一修正案」。

布倫南又指出，政府不能以社會不贊同某個意念或感到某個意念冒犯，而禁止發表這個意念，這是「第一修正案」的基石所在，就算涉及國旗亦不能例外。法院多數派並表示，過往判例亦不會容許州政府用立法禁止關乎國旗的表達行為，去推廣當局對國旗的看法。最高法院清楚指出，反對的不是州政府的目的，

⁵² 美國最高法院在此案之前，已曾處理焚燒國旗或被視為侮辱國旗行為的案件，但一直未就侮辱國旗的行為，是否受到第一修正案保護作出裁決，有關論述，可參考Pieper, T. (1996) *Playing with Fire: The Proposed Flag Burning Amendment and the Perennial Attack on Freedom of Speech*, 11 St. John's Journal of Legal Commentary 843。

⁵³ 根據最高法院判例 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568，「打架言詞」(fighting words) 一指當面對某人的挑釁言詞，極可能引至對方動手打架，並不受「第一修正案」的保護。

而是它的手段。國旗享有特別地位，政府有權盡力維護國旗的象徵意義，法院對此並未質疑。不過，這樣說並不代表政府可以用刑法去懲罰焚燒國旗作政治抗議的人。法院又表示，政府官員用說服和以身作則的方式去達至國家團結這目標，並無爭議。不過，憲法是否容許用強制手段去達到目的，才是問題所在。

布倫南表示，達至這樣的判決，是由於法院堅信，不容許刑事懲罰約翰遜這類行爲，並不會損害國旗的特有角色或它引發的感受。亦即是說，法院覺得無人會認爲，這個不知名男人的一個舉動，可改變全國對國旗的態度。法院甚至認爲，這個例案只會強化而非削弱國旗在社會上受尊重的地位。法院的判決再一次肯定這面旗幟最能反映的自由原則和包容態度。要維護國旗的特有角色，用的方法不是懲罰不同感受的人，而是勸服他們是錯的。法院最後重申：「我們不藉著懲罰侮辱國旗去尊崇國旗，因爲我們這樣做就會削弱國旗所代表的自由。」

肯尼迪大法官 (Justice Kennedy) 屬多數派法官陣營，他亦撰寫了一份簡短的判詞，講到自己的感受和判案理由。他表明他其實不高興這個判決；但作爲法官，他有責任作出正確的判決。肯尼肯認爲，美國國旗一貫以來表達美國人的同共信念，就是相信法律、和平和自由，而今次的判案正正迫使美國人承認，要爲這些信念付出代價。這雖苛刻，但屬基要，這面國旗會保護對它不敬的人。

主審「德克薩斯州訴約翰遜」一案的其他四名法官，並不同意上述論據。首席大法官倫奎斯特 (Chief Justice Rehnquist) 代表少數派，撰寫反對判決的意見。倫奎斯特的反對意見充滿感性。他先引用著名大法官霍姆斯 (Justice Holmes) 的名句「一頁歷史抵上一整冊邏輯」，並回顧了美國立國二百年來，美國國旗在內內外外的戰爭中發揮的作用，軍兵如何在國旗下奮勇抗敵，當中還大篇幅地穿插了讚美國旗的詩歌和美國國歌，用以顯示美國國旗作用國家象徵的獨特地位。倫奎斯特歸結，公開侮辱國旗的行爲會打擊美軍的士氣。另外，他還列舉了美國國旗在太平盛世時得到高度尊重和保護的事例，認爲這顯示國旗成了國家整體象徵，並不代表某個黨派或某種政治思維。數以百萬計的美國人，不論有何種社會、政治或哲理信念，都將國旗看成幾乎是神聖不可侵犯的。

倫奎斯特並不認爲國會和四十八個州就公開焚燒國旗制定的刑法，違反「第一修正案」。他指出，言論自由從來不是絕對的。政府可以阻止和懲罰淫褻、褻瀆、誹謗、「會引起打架的言詞」，這是公認的。原因是這些言詞根本不屬任何表達意念的關鍵部分，社會價值亦非常低。相比之下，維持社會安寧和道德，重要得多。倫奎斯特認爲，焚燒國旗亦不屬任何表達意念的關鍵部分，而且可能破壞公眾安寧，應如「會引起打架的言詞」一樣被禁止。再者，德州法例只不過禁止一種發表形式，被告被罰亦不是因爲他的意念，而是因爲這種發表形式而已，其實被告可選擇其他達至同樣效果的發表方式。倫奎斯特還認爲，焚燒國旗

只是一種含混不清的嗥叫，用意應不在於傳達具體意念，而是要觸怒他人，絕不能與「一幀照片抵得上千言萬語」相比。

「德克薩斯州訴約翰遜」終審裁決後，美國國會亦修訂了聯邦法律《保護國旗法》⁵⁴，刪去有禁制表達內容之嫌的字眼，希望可以保留這條法例，繼續禁止人們侮辱國旗。當局其後再拘控多名焚燒國旗的人士。不過，這些被告都申辯指新修訂的法例違反「第一修正案」，而下級法院亦根據「德克薩斯州訴約翰遜」的聯邦最高法院判例，撤銷這些人士的控罪。控方不服上訴。

美國聯邦最高法院於九零年審理「美國訴艾希曼」(United States v. Eichman)⁵⁵案時，再次就可否立法禁止侮辱國旗，下達終審判詞。大法官布倫南又一次代表多數派的五名法官撰寫法院判詞。這份判詞比前一年的簡短，主要套用「德克薩斯州訴約翰遜」案例，並無新的闡釋或突破。布倫南指出，今次唯一需要裁決的是：《保護國旗法》這條聯邦法例，是否與上次涉案的德州法律很不同，可用來懲罰被告燒國旗行爲，而不違反「第一修正案」？

政府申辯，這條法例是合乎憲法的。當局為維護國旗特性，有權保護國旗在所有情況下的物質完整，而且法例並不基於傳達訊息的內容，而針對含表達意念的行爲。法院承認，修訂後《保護國旗法》，刪去了蔑視國旗等字⁵⁶，再無明顯就內容去限制行爲。不過，法院認為，單單毀壞一個象徵的物質完整，不會有損象徵本身。其實，政府維護國旗地位的用意，是針對表達內容。這只會在一個人利用國旗，向其他人表達一些與全國理念不符的訊息時，才顯示出來。

再者，《保護國旗法》的用字亦顯示了美國國會關注毀壞國旗帶來的訊息。除了「焚燒」一詞外，被禁行爲如「撕毀」、「塗污」、「踐踏」，都是對國旗不敬的行爲。⁵⁷至於《保護國旗法》提到處理殘舊國旗的不違法行爲，是傳統上被認為尊重國旗的一些做法。因此，法院認為修訂後的《保護國旗法》，跟上次的德州法律一樣，犯了同一個根本毛病：有關當局要禁止一種發表手段，其實源於關注它可能傳達訊息的影響。最後，法院亦不同意，由於國會認為禁止燒國旗已被視為全國共識，而要再評估法院的判決。法院指出，就算存在這種共識，政府禁制言論的力度，可隨著更多公眾反對有關言論而加強，這種說法並不

⁵⁴ 「保護國旗法」涉案部分："(a)(1) whoever knowingly mutilates, defaces, physically defiles, burns, maintains on the floor or ground, or tramples upon any flag of the United States shall be fined under this title or imprisoned for not more than one year, or both. (2) This subsection does not prohibit any conduct consisting of the disposal of a flag when it has been worn or soiled. (b) As used in this section, the term "flag of the United States" means any flag of the United States, or any part thereof, made of any substance, of any size, in a form that is commonly displayed."

⁵⁵ 496 U.S. 310.

⁵⁶ 英文原文是："knowingly cast[ing] contempt upon any flag of the United States..."

⁵⁷ 指 "mutilates, defaces, physically defiles" 等字，原句見註腳 54。

符「第一修正案」的精神。

除了法院判詞，值得一提是多數派法官肯尼迪在審理此案時，向控方律師提過的其中兩個問題。⁵⁸肯尼迪問，如果東歐或其他國家的政府懲罰拿著損毀國旗遊行示威爭取自由的人士，他會否關注？接著又問，應否將侮辱國旗行為看成是國際公認的示威方式？

至於反對的四名大法官，則由史蒂文斯 (Stevens) 發表反對意見。他指出，他們四位其實都同意多數派大法官強調的觀點，就是政府不能由於社會不同意某個意念或感到冒犯，而禁止一個意念的發表。不過，他認為多數派的判詞不應就此終結，應繼續分析下去，原因是過往的案例早已認定某些發表方式應被禁止，假如：(一)立法禁止的措施有合法社會利益支持，而又無關壓制發表者想表達的意念；(二)立法禁止的措施並沒有干預發表者用其他方式表達意念的自由；(三)容許發表者絕對自由去選擇另類表達方式這個利益，比立法禁止的措施達至的社會利益為低。史蒂文斯逐點分析，認為立法禁止侮辱國旗是符合這三個準則的。

在陳述理據時，史蒂文斯強調國旗的重要象徵意義，並且認為法院上年的判決令到這個重要象徵受損，以往引人注意的焚燒國旗示威方式已變為很普遍，再加上這個問題衍生的黨派爭論，更令他覺得國旗的象徵價值不如一年前了。

(3) 特區終審法院的判決引出的問題

長篇引述美國聯邦最高法院的侮辱國旗案判詞，並不是指特區終審法院審理同類案件時，應跟美國的判例。英國與美國雖同屬普通法法系，但英國法院審案，一般都不參照美國法院的判例。香港跟隨英國的做法，回歸後亦未見有任何明顯改變。將美國的判案理據列出，是希望交叉比較，從而找出特區終審法院的判決問題所在。

可以見到特區終審法院的意見，與美國聯邦最高法院少數派大法官認為政府可立法禁止侮辱國旗的見解相近。首先是國旗意義重大，不容侮辱。二是「發表自由」不是絕對的，政府有權去保護國旗，這個利益遠比自由選擇另類表達方式的利益為大。三是焚燒國旗發表的訊息並不一定清晰，稱不上很有保護價值。四是禁止侮辱國旗，對「發表自由」的限制根本不大，這僅禁制了一種發表形式，並不是針對要傳遞的信息，而發表者亦可擇選用其他方式去發表他的意見。

⁵⁸ Baier, P. (1996). Over the Land of the Free: Flag Burning and the First Amendment 56 Louisiana Law Review 497, 503.

除了上述幾點以外，其他的差別就很大了。第一，多數派大法官將焚燒國旗當作一種政治意見的發表，在歐美國家尊崇言論自由的國家，政治意見受到的保護最大，遠比其他種類的言論如廣告宣傳大得多，政府尤其不能壓制反對政府或批評政府的聲音。⁵⁹肯尼迪更認為，焚燒國旗已成為一種國際公認的示威方式。另一方面，特區終審法院首席法官李國能亦認為，吳利兩人的玷污國旗行為，是抗議內地政府的體制。不過，另一名法官包致金卻說，國旗是幾乎任何人做夢也不會侮辱的物品。包致金卻未說明他這樣認為，是基於中國國情和美國國情不同，還是別的原因。正如史蒂文斯所說，焚燒國旗在美國已變成很普通，而根據美國爭取修憲保護國旗的團體指出，有記錄的侮辱國旗事件，自九四年到今共有八十多宗。⁶⁰其實，香港的電視觀眾亦不時從新聞片段中見到外國示威者焚燒旗幟。不過，包致金既未提到這些鏡頭，又未觸及肯尼迪大法官的看法。由於終審法院審理此案的另外三名法官未有撰寫判詞，只表示同意李國能的意見，故亦未能推斷包致金的看法純屬個人意見，抑或其他幾名法官亦有同感。包致金的看法或許可當作未來式解讀，預言今次終審法院的判決，令人們以後連做夢也不會想到侮辱國旗。

第二點最明顯的分別，在於對國旗尊崇的原因，以及對國旗的理解。美國的大法官，不論是否同意立法禁止侮辱國旗，在判詞中都表達了他們對國旗的熱愛。他們都認為美國國旗不單代表國家尊嚴和國家統一，更重要是它代表了美國人最珍重的自由和民主理念，這是美國國旗最具象徵意義的。⁶¹相比之下，特區終審法院的判詞，提到為何要維護國旗就平淡和官腔得多，主要圍繞主權象徵、國家尊嚴、增強國民的國家觀念、發揚愛國主義精神等。李國能認為國旗是中國的獨有象徵，因此保護它屬於大眾福祉和整體利益的一部分，是中國恢復對香港行使主權，香港正處於一個新秩序的初期所必需，這番話就更富濃厚的管治色彩。這跟美國大法官從一介國民身分去表達對國旗的愛戴，講述國旗如何代表美國人的理想，截然不同。

當然，美國國旗跟中國國旗確是截然不同的。美國國旗上的每一顆星，代表一個州，所以如大法官在判詞中所形容，代表國家統一。中國國旗是紅地五星旗，紅地代表革命，最大的一顆星代表共產黨，帶著四顆小星，則代表四個階級的中國革命人民在共產黨領導之下大團結。⁶²簡單來說，中國國旗是革命的旗幟，代表堅持中國共產黨的統治，是一面政治色彩非常鮮明的旗幟。因此，包致

⁵⁹ 見歐洲人權法院案例 *Barthold v. Germany* (1985) *European Human Rights Report* 383。

⁶⁰ 見 *Citizen Flag Alliance* 的網頁：<http://www.cfa-inc.org/>。

⁶¹ 不論美國國內抑或國際間，對美國出兵越南和其他國家，是否為自由而戰，有著不同的看法。

⁶² 見何理主編(1995)：《中華人民共和國史》。第八頁，註一：「五星紅旗的大五角星代表中國共產黨。四顆小五角星代表中華人民共和國成立時我國人民所包括的四個階級，即工人階級、農民階級、城市小資產階級和民族資產階級。五顆角星，象徵在中國共產黨領導下的革命人民大團結。」

金認為，保護國旗是爲了不使其捲入政治和紛爭之中，就顯得不具說服力；亦正因如此，吳利兩人玷污國旗，並表示藉此抗議國內的政治體制，很明顯屬於政治發表，亦可以說侮辱國旗是最直接表達對政權不滿的方式，在崇尚自由和法治的地方，應受「發表自由」最大的保護。

至於李國能認為國旗代表中國的尊嚴、統一和領土完整，其中「統一」這一項，未知源出何處？中國當局一九四九年決定採用這面國旗時，中國根本未統一，當時的決議文件亦無提到國旗代表統一。⁶³《中國國旗法》也沒有提到國旗代表統一。⁶⁴事實上，時至今日，中央政府的立場是中國尚未完成統一大業。美國國旗不代表某個黨派統治，並喻意國家統一，但中國國旗則不一樣，李國能和包致金似乎將美國國旗的理解，生硬地套用在中國國旗上。

兩個法院的判決，最大的分別在於終審法院五名法官意見一致，完全沒有反對的聲音。香港終審法院的論據偏近美國聯邦最高法院的少數派觀點，這些論據教人難以苟同。其一，禁止侮辱國旗的行爲，不單是形式上的限制，更明顯針對內容。其二，不能因爲示威者可選擇其他發表方式，所以就說有關限制並不影響「發表自由」。自由選擇和平的發表方式，亦應是「發表自由」的重要組成部分。再者，當局可以用這個論據，逐一剔除它認爲不當的選擇，甚至最後只剩下甲、乙兩個官方認可的選擇，當局仍可說人們是有選擇的。平情而論，國旗在很多國民心中享有很崇高的地位，感情來得很真摯和直接，因此大多數人可能不接受侮辱國旗的行爲。不過，美國多數派大法官對不同意見的包容，和以更高層次去看待國旗的作用和象徵，這種態度不但高瞻遠矚，並更能捍衛發表自由。

終審法院不一定要有反對聲音，奇怪是美國多數派大法官的意見爲何丁點也不影響審理「國旗區旗案」的五名法官，這是否反映了政治環境不同，國情不同呢？終審法院推翻了高等法院上訴法庭就這宗上訴的裁決。當時，上訴法庭三名法官都一致認爲《國旗條例》第七條及《區旗條例》第七條，違反了《基本法》第三十九條。翻看上訴法庭的判決，主要採用了美國聯邦法院多數派大法官的論據，並引述了布倫南判詞中對美國憲法基石的理解和政府不能透過禁制侮辱國旗去倡導當局的想法，但該等論據無緣被納入終審法院的判詞中。

換言之，美國聯邦法院多數派大法官的論據，在香港法院並非沒有市場，只是不影響終審法院的判決而已。綜觀上訴法庭和終審法院兩份判詞，除了以上提到的差別外，還有一個非常明顯的差別。上訴法庭的判詞完全沒有提及《國旗

⁶³ 見一九四九年九月二十七日中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過的《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議》，其中第四項：「全體一致通過：中華人民共和國的國旗爲紅地五星旗，象徵中國革命人民大團結。」

⁶⁴ 《中國國旗法》第三條：「中華人民共和國國旗是中華人民共和國的象徵和標誌。每個公民各組織，都應當尊重和愛護國旗。」

條例》及《區旗條例》的製訂，是為了符合《基本法》第十八條第二款的規定，特區政府要將列於附件三的全國性法律《中國國旗法》在香港實施。據傳媒報道，這是因為代表特區政府的律師並未有在上訴法庭上提到這個重要依據。⁶⁵不過，當案件終審時，代表特區政府的律師不但提到這個依據作為上訴理由，並且提出終審法院可能有需要在判決前，向「人大常委」提出請求，就這個依據作出法律解釋。⁶⁶當時亦有人大代表認為，終審法院應向「人大常委」尋求解釋。⁶⁷

終審法院當時處於一個異常困難的境況。九九年初，終審法院就備受關注的港人內地子女根據《基本法》可否享有香港居留權的訴訟第一次下達判決⁶⁸，判特區政府敗訴，引致特區政府和中央政府極度不滿，結果由特區行政長官提請「人大常委」解釋《基本法》有關條文。⁶⁹最終「人大常委」認為終審法院錯誤詮釋《基本法》。終審法院隨後審理另一宗居留權訴訟⁷⁰，根據「人大常委」對《基本法》條文的解釋，判特區政府勝訴。這次「人大釋法」事件，在香港引起很大爭論，更有不少輿論認為，嚴重損害終審法院的威信和香港的司法獨立。

(4) 終審法院有否能力和決心捍衛「發表自由」？

「國旗區旗案」在九九年十月終審，如果終審法院在判決前，就《中國國旗法》如何在香港實施，向「人大常委」提請解釋，並徵詢有否抵觸《基本法》第三十九條，必然在香港社會引起很大回響，認為終審法院這樣做，等於放棄司法獨立的傳統。但另一方面，如果終審法院不在判決前提請「人大常委」釋法，而又判政府敗訴，即《國旗條例》及《區旗條例》違反了《基本法》第三十九條，則可從「人大釋法」事件的經驗推斷，特區政府一定會要求「人大常委」釋法，到時香港又要面臨另一回憲政危機，而兩番釋法後，終審法院和司法獨立就會變得徒具虛名。

要減低判決對政治和司法帶來的衝擊，終審法院當時唯一的選擇，就是裁定《國旗條例》第七條及《區旗條例》第七條並不違反《基本法》，只有這樣，才能免去「人大釋法」的可能。當然，在實行普通法的地區，政治考慮不應是法

⁶⁵ 見Ching, F. *The Flag: Another Constitutional Crisis*. Hong Kong Perspectives April-May 1999.

⁶⁶ 見黃慶康：司法獨立，絲毫無損，《香港經濟日報》29/11/1999。根據基本法第一五八條，如特法院在審理案件時需要對基本法關於中央政府管理的事務或中央和特區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在終審判決前，應由終審法院請到人大常委對有關條款作出解釋，之後法院在引用該條款時，應以人大常委的解釋為準。

⁶⁷ 見註腳 64。

⁶⁸ Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 315.

⁶⁹ 詳情見Chan, J. and others (ed.) (2000). Hong Kong Constitutional Debate – Conflict over Interpretation. Hong Kong University Press.

⁷⁰ Lau Kong Yung and Others v. Director of Immigration [1999]4 HKC731.

院判決的唯一準則，否則法治就根本不存在。事實上，終審法院的判決，在法理上算是穩妥的。首先，聯合國就實施《公約》而成立的人權事務委員會，至今未曾下達任何判決，指立法禁止侮辱國旗是違反《公約》。亦即是說，目前沒有專門法則，指立法禁止侮辱國旗是違反國際法。既然如此，《公約》各成員的法院，就要按慣用的人權法則準去測試立法禁止侮辱國旗有沒有違反《公約》。在香港，這也就是測試有關立法有沒有違反《基本法》第三十九條。香港的裁判法院、高等法院上訴法庭、終審法院，以至美國的法院都基本上採取同樣的、國際司法界公認的測試。有關測試包括限制「發表自由」的措施，有否得到合法目的支持？是否必需的？以及措施與目的是否成比例？至於不同的法院用同樣的測試，達至不同的判決，這亦不難理解，因為這些測試的答案往往取決於法官的觀點、角度以至不同的考慮，歸根結底受到個人的理念和政治傾向影響，就算是民主國家，差異也可以很大。

事實上，終審法院的判決是很多人預料之內，並認為是一個顧及政治現實的無奈決定，因為如果判政府敗訴，就會引至另一次釋法，觸發新的一場憲政危機，香港未必有能力承受。不過，判決的代價就是香港人的「發表自由」空間縮窄了。令人更不安的，是終審法院五名法官中，只有包致金一人明確表明限制到此為止，「發表自由」不會繼續縮窄。首席法官李國能沒有作出同樣的承諾，其他三名法官亦沒有任何表示。單憑包致金一個人的說話，這個承諾會否兌現？如果「發表自由」再受到挑戰，終審法院的法官會採取什麼態度？這個擔心並非多餘，這次「國旗區旗案」的判詞，行文跟以往的有很明顯的分別。李國能多次使用一些中國官方慣用語句，甚至連國家主席的講話也納入判詞作依據。這不單令人感到十分兀突，還令人覺得終審法院明顯地引入了法律以外的政治元素，有點進退失據，失了分寸，甚至令人質疑法官到底對捍衛香港人的「發表自由」有多大的承擔，他們有多大的決心和能力？

香港法院在殖民地時代，沒有終審經驗，作為下級法院的法官，香港法官主要追隨英國判例，未有機會培植終審所需要的能力、勇氣和威信。審理的案件更絕少涉及憲政爭論，如中央政府與特區政府的關係。特區終審法院成立後，是需要時日累積這些經驗。不過，特區終審法院在成立不足兩年，就遇上居留權訴訟導至「人大釋法」，重創了法院還未完全建立的威信。至於「人大釋法」事件，對個別終審法院法官以後判案時的取向和做法，有什麼影響，外人根本無法知悉，這只能透過之後的判案結果和下達的判詞去推斷。除非經過長時間和多宗判案的驗證，否則很難評價這些推斷的可信性。單看「國旗區旗案」的終審判決，雖令人感到無奈和不安，但很難對終審法院的法官就捍衛香港人的「發表自由」的承擔和能力，下任何肯定的判斷。

(VI) 結論

「鄭謝案」和「國旗區旗案」是終審法院成立至今，就特區可以享有多少「發表自由」，作出的最重要判決。「鄭謝案」擴闊了「發表自由」的空間，「國旗區旗案」的判決則收緊了「發表自由」的空間。兩宗訴訟的判決，都關乎「發表自由」最重要的一環——政治言論的發表，而「鄭謝案」的判決在時序上，後於「國旗區旗案」的判決，所以不能說出現一個明顯收窄「發表自由」的趨勢。

終審法院的判決，直接影響香港人在「一國兩制」之下，可享有多少「發表自由」，至於終審法院的法官們對捍衛香港人的「發表自由」有多大的決心和能力，則很難憑這兩個判案下任何肯定的結論。不過，香港法官回歸前未有終審經驗、缺乏審理憲政糾紛經驗、終審法院的威信在「人大釋法」事件受到衝擊、「國旗區旗案」判詞的行文和立論據令人不安、「鄭謝案」的歷史性判決由外來的非常任法官作主導等，都在在反映了終審法院的不成熟和弱點，使人未敢對終審法院法官捍衛香港人的「發表自由」的決心和能力作任何樂觀的預測。

附表一：特區終審法院就傳媒機構或言論自由下達的終審裁決(九八年一月至二零零一年二月底)

案件名稱	內容
<p>Oriental Press Group Ltd. v. Apple Daily Ltd. Oriental Sunday Publisher Ltd. v. Apple Daily Ltd. [1997-98] 1 HKCFAR 208</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：東方報業集團和旗下《東方新地》控告《蘋果日報》刊登歌星王菲的懷孕照片，侵犯《東方新地》的版權，勝訴後不滿賠償金額。 - 法律爭論：應如何計算侵犯版權的賠償？
<p>Oriental Daily Publisher Ltd. v. Commissioner For Television and Entertainment Licensing Authority [1997-98] 1 HKCFAR 279</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：《東方日報》被淫褻物品審裁處裁定刊登不雅照片，《東方日報》不滿判決上訴，並質疑審裁處未有交代裁決的詳細理由。 - 法律爭論：淫褻物品審裁處在審定物品屬淫褻或不雅時，有否責任給予充分理由？
<p>Tin Tin Yat Pao (International) Ltd. v. Tin Tin Publication Development Ltd. [2000] 3 HKC 1</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：兩間公司就《天天日報》經營權產生的商業糾紛。 - 法律爭論：擁有報章的公司特許另一家公司經營報章，就絕對擁有權及經營權發生糾紛時，應如何處理，屬合同法還是知識產權法？
<p>Eastern Express Publisher Ltd. v. Mo Man Ching and Another [1999] 2 HKCFAR 264</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：東方報業集團和旗下《東快訊》就「香港電台」節目「傳媒春秋」內容，控告節目主持人毛孟靜及廣播處長誹謗。 - 法律爭論：當法院考慮「公允評論」抗辯理由是否成立時，應如何評定該評論的事實基礎？

<p>HKSAR v. Ng Kung Siu and Another [2000] 1 HKC 117</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：兩名市民示威時展示被塗污及損毀的國旗、區旗。 - 法律爭論：將侮辱國旗、區旗刑事化有否違反基本法對發表自由的保障？
<p>Next Magazine Publishing Ltd. and Others v. Oriental Daily Publisher Ltd. [2000] 2 HKC 557</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：東方日報督印有限公司控告《壹周刊》誹謗，有關《壹周刊》報導《東方日報》如何處理立法會議員鄭家富對政府不大力資助奧運選手的批評。 - 法律爭論：法官單獨審理誹謗訴訟時，應用什麼準則去裁定言詞是否誹謗？
<p>Tse Wai Chun, Paul v. Albert Cheng and Another [2000]4HKC1</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 案情：律師謝偉俊控告「商業電台」、節目主持人鄭經翰和林旭華誹謗。 - 法律爭論：當被告提出「公允評論」作抗辯理由，會否被追究誹謗時的動機？

註：

HKCFAR – Hong Kong Court of Final Appeal Report 《香港終審法院判例彙編》

HKC – Hong Kong Cases 《香港判例》

HKLRD – Hong Kong Law Reports and Digest 《香港案例彙編及撮要》

參考案例

Derbyshire County Council v. Times Newspaper Ltd. [1993]A.C.534.

Eastern Express Publisher Ltd. and Another v. Mo Man Ching and Another [1999] 2 HKCFAR 264. (Court of Final Appeal Decision)

Eastern Express Publisher Ltd. and Another v. Mo Man Ching and Another [1999] 2 HKLRD 340. (Court of Appeal Decision)

Hong Kong Special Administration Region v. Ng Kung Siu and Another [2000] 1 HKC 117. (Court of Final Appeal Decision)

HKSAR v. Ng Kung Siu and Another [1999] 2 HKC 10. (Decisions of the Magistrate Court and that of the Court of Appeal)

Horrocks v. Lowe [1975]AC135.

Lau Kong Yung and Others v. Director of Immigration [1999]4 HKC731.

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

Next Magazine Publishing Ltd. and Others v. Oriental Daily Publisher Ltd. [2000] 2 HKC 557.

Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration [1999] 1 HKLRD 315.

Reynolds v. Times Newspapers Ltd. and Others [1999] 3WLR1010.

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

Tse Wai Chun, Paul v. Albert Cheng [2000]4HKC1. (Court of Final Appeal Decision)

Tse Wai Chun, Paul v. Cheng Albert and Another [2000] 1 HKC 712. (Court of Appeal Decision)

Tse Wai Chun, Paul v. Cheng Albert and Others [1999] 4 HKC272. (Court of First Instance Ruling)

United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

參考書目

- Article 19. (2000). *Defining Defamation: Principles of Freedom of Expression and Protection of Reputation*.
- Article 19 and Commonwealth Press Union. (1999). *Background Paper, International Colloquium on Defamation law – Trends and Developments*.
- Baier, P. (1996). *Over the Land of the Free: Flag Burning and the First Amendment* 56 *Louisiana Law Review* 497.
- Barendt, E. (2000). *Media Law -Cases and Materials*. Longman. Chapter 10.
- Barendt, E. and others. (1997). *Libel and the Media: The Chilling Effect*. (Clarendon).
- Carey, P. (1999) *Media Law*. (2nd edition)(Sweet and Maxwell). Chapter 2.
- Chan, J. and K. Leung. (2000). *Silencing the Press: 1997 and After*. (A paper presented at the 35th Anniversary Conference of the School of Journalism and Communication of the Chinese University of Hong Kong.)
- Chan, J. and others (ed.) (2000). *Hong Kong Constitutional Debate – Conflict over Interpretation*. Hong Kong University Press.
- Cortrell, J. (1999). *Can a University Sue in Defamation?* *Asia Pacific Law Review*, Vol. 7, No.1, pp. 45-68.
- Cortrell, J. (1999). *Courts, Freedom of Speech and Defamation*. *Asia Pacific Law Review*, Vol. 7 No. 2, pp.205-227.
- Dyer, J. (1991). *Comment: Texas v. Johnson: Symbolic Speech and Flag Desecration Under the First Amendment*. 25 *New England Law Review* 895.
- Gatley on Libel and Slander*. (9th edition).(1998). (Sweets and Maxwell).
- Harvin, M. (1991). *The Conservative Era of the 1980's: Texas v. Johnson: The First and Final Answer to the Flag-Burning Issue*. 34 *Howard Law Journal* 465.
- Henderson, M. (1996). *Comment: Today's Symbolic Speech Dilemma: Flag Desecration and the Proposed Constitutional Amendment*. 41 *South Dakota Law Review* 533.
- Ho, P. (2000). *Defamation, Qualified Privilege and a New Generic Privilege of Political Speech*. *Hong Kong Lawyer*, July 2000, pp. 52-57.
- Hooper, D. (2000). *Reputations under Fire – Winners and Losers in the Libel Business*. Little, Brown and Company.
- Nahmod, S. (1991). *The Scared Flag and the First Amendment*. 66 *Indiana Law Journal* 511.
- Pieper, T. (1996). *Note: Playing with Fire: The Proposed Flag Burning Amendment and the Perennial Attack on Freedom of Speech*. 11 *St. John's Journal of Legal Commentary* 843.
- Pollitt, D. (1992). *Reflection on the Bicentennial of the Bill of Rights: The Flag*

Burning Controversy: A Chronology. 70 North Carolina Law Review 553.
Robertson, G. (1992). Media Law. Penguin.
Spilsbury, S. (2000). Media Law. Cavendish Publishing Ltd.
Taylor III, R. (1990). Casenote: The Protection of Flag Burning as Symbolic Speech and the Congressional Attempt to Overturn the Decision: Texas v. Johnson. 58 University of Cincinnati Law Review 1477.
Wacks, R. (2000). Comment: Our Flagging Rights. 30 Hong Kong Law Journal 1.
Werhan, K. (1994). The Liberalisation of Freedom of Speech on a Conservative Court. 80 Iowa Law Review 51.

參考刊於報章的評論：

《蘋果日報》論評：〈保護言論自由比保護國旗重要〉，16/12/1999 A8 版。
Ching, F. The Flag: Another Constitutional Crisis. Hong Kong Perspectives (April-May 1999).
何俊仁：〈限制自由，請到此為止〉，《明報》17/12/1999 A26 版。
《信報》社評：〈夢遊當中，自由漸失〉，16/12/1999 第一版。
林來梵：〈李國能難再當唐吉訶德〉，《明報》22/12/1999。
劉銳紹：〈愛國感情不能刻意教育〉，《明報》17/12/1999 A26 版。
梁家傑：《吳恭劭案》平衡自由與限制？〉大律師公會專欄，《香港經濟日報》21/12/1999。
梁美芬：〈判決確立自治空間〉，《明報》17/12/1999 A26 版。
利建潤：〈終審法院為法治送終〉，《明報》17/12/1999 A26 版。
馬力：〈老虎屁股摸不得〉，《明報》13/12/2000 E4 版。
莫家棟：〈詞窮理屈的終審法院〉，《信報》13/1/2000。
Ng, Margaret. Dangers of Saluting the Flag. The South China Morning Post. 24/12/1999, p.24.
《大公報》社評：〈終審法院加強特區法治〉，16/12/1999 A2 版。
South China Morning Post Editorial, Balancing Act, 16/12/99 p.24.
黃慶康（特區政府律政司首席勸理法律政策專員）：〈司法獨立，絲毫無損〉，《香港經濟日報》29/11/1999。
湯家驊：〈法官全是「人權積極份子」？〉，大律師公會專欄，《香港經濟日報》06/03/2001。

參考網頁：

Citizen Flag Alliance <http://www.cfa-inc.org/>