

案例摘要

香港特别行政区 诉 马俊文 (Ma Chun Man)

CACC 272/2021 ; [2022] HKCA 1151 ; [2022] 5 HKLRD 221

(高等法院上诉法庭)

(判案书中文本全文载于

https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=146236&currpage=T)

主审法官 : 高等法院首席法官潘兆初、高等法院上诉法庭法官彭伟昌和彭宝琴

聆讯日期 : 2022 年 6 月 7 日

判案书日期 : 2022 年 8 月 3 日

判刑-《香港国安法》罪行-适用法律-《香港国安法》的立法原意-《香港国安法》与香港特区本地法律兼容互补-两者不一致的以《香港国安法》优先-《香港国安法》处罚条文的用意-除《香港国安法》另有规定外，香港特区刑法适用法律

判刑-《香港国安法》第二十一条煽动他人分裂国家罪-控罪情节属「情节较轻」还是「情节严重」-以罪行的控罪要旨为基本量刑考虑-煽动性质的罪行与普通法的煽惑罪类同-控罪要旨为阻止煽动他人犯分裂国家罪及让法律在最早可能阶段介入-界定案件情节轻重通常要考虑的因素-案件整体实际情况-犯案者的行为及所引起的实质后果、潜在风险和可能影响-本案属「情节严重」-单是没有使用武力或武力威胁不会令情节变轻-犯案者是否有悔意与案件是否属「情节严重」无关-本案刑责在「情节严重」类别中相对较轻

背景

1. 申请人被控一项煽动他人分裂国家罪，违反《香港国安法》第二十条和第二十一条。区域法院裁定申请人罪名成立。原审法官认定本案属情节严重的类别，以六年为量刑起点，但因申请人的抗辩手法节省不少审讯时间而酌情扣减三个月，最终判处监禁五年九个月。

2. 申请人不服判刑，向上诉法庭申请上诉许可，唯一的基础是在考虑到本案控罪和案情的严重性，及申请人的整体刑责下，原审法官误判本案属「情节严重」，令判刑原则上错及/或明显过重，因为原审法官：

- (a) 误把申请人是否有悔意作为是否「情节严重」的考虑因素；
- (b) 过分强调申请人行为的煽动效果；
- (c) 没有充分考虑申请人犯案时没有使用武力、没有任何违抗或冲击执法人员；及
- (d) 没有充分考虑申请人的行为不涉及分裂国家的详细计划，及其煽动效果有限。

法庭主要考虑的条文及争议点

- 《基本法》序言第二段，第一条和第十二条
- 《香港国安法》第二条、第二十条、第二十一条和第三十三条

3. 法庭在本案讨论：

- (a) 《香港国安法》罪行判刑的适用法律；
- (b) 如何界定《香港国安法》第二十一条所指的「情节严重」及「情节较轻」；

- (c) 申请人所犯的煽动他人分裂国家罪是「情节严重」还是「情节较轻」；
- (d) 若是「情节严重」，原审法官判处申请人五年九个月监禁是否明显过重。

法庭的裁定摘要

(a) 《香港国安法》罪行判刑的适用法律

4. 香港法院对在其司法管辖权下的《香港国安法》犯罪案件判刑的大前提是适用法律，而这议题可从以下两个层面探讨。(第 57 段)

(i) 《香港国安法》的立法原意

5. 终审法院在 *香港特别行政区诉黎智英* [2021] HKCFA 3 对《香港国安法》立法原意的阐明，为某个涉及《香港国安法》的议题如何应用《香港国安法》和香港本地法律，提供了指导原则。这指导原则适用的事宜包括刑事诉讼程序和保释，也适用于《香港国安法》罪行的判刑。(第 61 段)

(ii) 相关处罚条文的用意

6. 《香港国安法》关于处罚的条文体现上述适用法律的原则。

(a) 《香港国安法》第三章第一至第四节分别制定四类罪行，并订定相应的处罚措施。这些条文根据具体的犯案行为、犯案者的角色、其罪行所起的实质后果、犯罪情节的轻重等量刑因素，规定了若干个由重到轻的量刑档次。除了最低刑期的规定外，这些处罚措施与香港法院的一般判刑原则和考虑大致相符。

(b) 《香港国安法》第三章第五节订明其他处罚规定，其中第三十三条例

出可以对犯案者从轻、减轻处罚，甚至免除处罚的各种情形。这些情形也是香港法院一般会考虑的量刑因素。

- (c) 《香港国安法》第六十四条订明，香港特区适用该法时，该法规定的各种处罚，分别指本地法律相应的刑罚，或者参照本地法律规定相应的刑罚。这使《香港国安法》规定的各种处罚可以和本地法律规定相应的刑罚衔接。(第 61-64 段)

7. 香港法院对《香港国安法》犯罪案件判刑时必须按有关条文行事，并在这些条文制定的处罚规则框架下判刑；除《香港国安法》另有规定外，香港特区沿用的判刑法律主体适用。若出现不一致，当按第六十二条适用《香港国安法》相应的条文。(第 66 段)

(b) 如何界定第二十一条所指的「情节严重」及「情节较轻」

8. 《香港国安法》第二十一条在制定处罚时把案件分类为「情节严重」和「情节较轻」，但该法没有任何条文界定何谓「情节严重」或「情节较轻」。既然《香港国安法》的立法原意是与本地法律兼容互补，而《香港国安法》也没有另外的规定，所以当香港法院处理这议题时，适用本地判刑的法律原则。(第 67 段)

(i) 煽动分裂国家罪的控罪要旨

9. 既定的判刑原则是，法庭一般会以罪行的控罪要旨为最基本的量刑考虑。(第 68 段)

10. 维护国家统一和领土完整是中华人民共和国恢复对香港行使主权的重要主题思想：见《基本法》序言第二段。是故，《基本法》第一条指出，香港特区是中华人民共和国不可分离的部分。第十二条则说明，香港特区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域，直辖于中央人民政府。这两条条文奠定了香港特区在「一国两制」方针下的宪制根基和法律地位，是《基本法》

的根本性条款：见《香港国安法》第二条。无论是分裂国家还是煽动分裂国家的罪行，两者对维护国家统一和领土完整，以及香港特区在「一国两制」方针下是中华人民共和国不可分离部分的宪制根基和法律地位，都是至为重要（第 69-71 段）

11. 《香港国安法》第二十一条的煽动分裂国家罪是预防性罪行。「煽动」字面意思是鼓动、煽惑。在本地法律中，与「煽动」性质类同的罪行是普通法的「煽惑罪」。因为与（普通法的）「煽惑罪」性质类同，所以《香港国安法》第二十一条煽动分裂国家罪的控罪要旨可以表述为：

- (a) 阻止人煽动（包括以怂恿或鼓励形式）别人犯分裂国家的罪行，即使没有人因被煽动而犯罪；和
- (b) 让法律在最早可能的阶段介入，阻止被煽动的人犯分裂国家的罪行。

其目的是要充分保障国家安全和领土完整、香港特区的宪制根基，和其法律地位等重大公众利益，确保能够防微杜渐，及时并有效地制止和惩治分裂国家的罪行。（第 72-73 段）

(ii) 界定案件情节轻重通常要考虑的因素

12. 「煽动分裂国家」案件的情节是「严重」还是「较轻」，需以该案的整体实际情况而定。因为性质类同，所以法庭可以借鉴以（普通法的）「煽惑罪」的案例所确立的一般原则，来界定案件的情节是「严重」还是「较轻」。（第 74 段）

13. 考虑到「煽动分裂国家」的控罪要旨，并引用相关案例及原则，法庭在界定案件情节轻重时，重要的着眼点是犯案者的行为，及所引起的实质后果、潜在风险和可能影响。就此，法庭需要考虑的因素包括，但不限于：

- (a) 犯案的处境，包括日期、时间、地点、场合、和当时社会气氛等；
- (b) 犯案的手法，包括所采用的方式、行为、措词，和媒介或平台；
- (c) 煽动的次数、时间的长短和行为的持续性；
- (d) 煽动的规模；
- (e) 是否突发或有预谋；若是后者，预谋的规模和精密程度；
- (f) 有否涉及武力或以武力相胁；若有，相关武力或威胁的迫切和严重程度；
- (g) 是否与其他人伙同犯案；
- (h) 被煽动的对象、群体大小，和对他们的潜在影响；
- (i) 是否有人被成功煽动而犯分裂国家罪或其他罪行，或发生这种情况的风险和迫切度；
- (j) 犯案者在社会或某个界别或范围内的实际或潜在影响力。(第 75 段)

14. 总之，法庭需要小心考虑案件的整体情况，辨识个别存在的因素，给予合适的比重和整体的衡量，以界定案件的情节是「严重」还是「较轻」，然后适用一般判刑原则厘定犯案者的具体刑责，以判处合适的刑罚。(第 76 段)

(c) 本案是「情节严重」还是「情节较轻」

15. 法庭认为本案属《香港国安法》第二十一条所指「情节严重」的类别。(第 77 段)

16. 首先，《香港国安法》自 2020 年 6 月 30 日实施，案发期间香港整体社会气氛渐趋缓和，但港、九仍分别发生涉及暴力的非法集结，社会仍然继续受到暴力冲击，这正正突显香港当时面对危害国家安全和法治的风险仍高。在这种情况下，申请人仍然执意犯案，无疑严重加剧损害国家安全和法治的风险。(第 78 段)

17. 第二，申请人多次公然贬损《香港国安法》是「假的」、「儿戏」和「装饰」，甚至说根本「不值一提」；又多番向公众强调，宣扬「港独」并不违法，并以自己屡次获得警方保释为例子。申请人的行径不仅严重挑战《香港国安法》的权威和香港宪制及法治的根基，亦会混淆视听，诱使他人误信依他所言作出「港独」的行为并不违法，增加引致他人分裂国家的风险。从其自行撰写的求情信可见，申请人是执意犯案。其代表律师说他是因无知或误以为是行使言论自由而犯案，根本是毫无理据，亦与事实不符。(第 79 及 82 段)

18. 第三，申请人的犯案手法，旨在加强其煽动他人分裂国家的效果，加剧了煽动别人犯分裂国家罪的风险：(第 83 段)

- (a) 他选择特定的日子和地点犯案，目的明显是吸引更多公众参与或注意，并试图利用他人的情绪，以加强煽动的效果。
- (b) 他选择在港、九及新界各大型商场犯案，明显是因为商场人流较多，更容易吸引人参与或围观，以增加煽动的效果。
- (c) 他多次在公开场合接受传媒访问，并发表煽动分裂国家的言论。他当然知道经传媒报道后，而部分采访片段甚至是放在互联网上，其煽动言论自然会接触更多人。
- (d) 他不仅利用互联网发起活动，更用来宣扬其「港独」信息。由于互联网覆盖广泛，滥用社交媒体来煽惑别人犯罪，令犯案人刑责变得较严重。
- (e) 他持续多次在不同公开地点犯案，又在互联网上宣扬「港独」；煽动次数多，持续的时间长。

19. 申请人的代表律师指申请人的煽动行为客观效果有限，但法庭不接纳其观点：(第 84-85 段)

- (a) 申请人确有在风险较高的敏感日子和地点犯案。
- (b) 申请人在公开场合发表煽动言论只是他犯案手法之一。法庭需要考虑的还有他别的煽动行为，和案件整体的情形，以衡量申请人犯案所产生的效果和风险。
- (c) 相关案例有力反驳申请人使用互联网犯案影响极其有限的观点。
- (d) 辩方指申请人欠缺个人知名度，犯案时独自行事，其言行得不到主流传媒的关注，亦没有证据指他与任何组织有关连，也没有人响应其呼吁参与有关活动。但这些观点忽略了煽动罪的要旨是预防犯罪。参考外国案例，某被告人煽惑他人在某地暴动，即使暴动没有扩散到该地，亦不论被告人用什么措词或公众如何反应，他的罪责仍然相当严重。同一道理适用于本案。反过来说，若申请人知名度高，或其煽动分裂国家的言论得到很多人关注，或有很多人响应他的呼吁参加有关活动，其刑责便会变得更重。

20. 第四，案发时，香港仍然面对暴力冲击的风险，申请人选择在每月的特定而风险较高的日子，呼吁公众参加由他发起在相关地点进行的悼念等活动，然后当场犯案，这明显增加活动演变成暴力破坏公共秩序的风险。(第 86 段)

21. 第五，申请人是有预谋犯案。他多次事前在该面书帐户和该 Telegram 频道发起活动及呼吁公众参加，然后在指定的时间和地点犯案；有几次他更带同预先制作的文宣材料到场展示。(第 87 段)

22. 第六，申请人煽动的对象包括社会大众，亦特别针对那六十一万曾在「民主派初选」投票的市民，更呼吁在小学、中学及大学针对学生宣扬「港独」的理念。法庭认为以年轻学生为煽动对象是极不负责任，亦加重其罪责。事实上，申请人多次呼吁在校园「讨论」港独，目的是宣扬「独立意志」，「使更多人相信香港独立是唯一出路」，将「『独立』、『革命』的种子传播到校园」，以「酝酿下一场『时代革命』」。他的用意显而易见是想以学生为对象，煽动他们分裂国家。(第 88-89 段)

23. 第七，申请人煽动他人以多种方式传达分裂国家的讯息，例如他叫人在每月那些特定的日子以「游行」等方式宣扬「港独」，甚至要这类活动成为民间传统；他又怂恿人从校园入手，从而渗透社会；又叫人罢工、罢课及罢市，以酝酿「时代革命」的来临。申请人煽动的内容虽然不涉及周详或精细的计划，但并非毫无章法，有一定的步骤和层次，亦不能抹煞有人被煽动以他提及的方式犯案的潜在风险。(第 90-92 段)

24. 第八，申请人屡次因煽动被捕，但在保释后立即接受记者访问并重复煽动别人分裂国家，可谓视法纪如无物，亦加重他的刑责。(第 93 段)

25. 犯案人没有使用武力或武力威胁是否令情节变轻，须按案件实际的情况而定。在本案中，虽然申请人没有使用武力或武力威胁，但他的确有再三公开使用「建军」、「武装起义」的口号。考虑到整体的情况，单是没有使用武力或武力威胁这一点不会令情节变轻。(第 95 段)

26. 申请人的代表律师指出，原审法官以「被告毫无悔意」为其中一个界定本案属「情节严重」的理由是错误的，因为申请人对所犯罪行是否抱有悔意，只是法庭量刑时考虑的求情因素之一，和他所犯罪行的情节是否严重没有关系。法庭同意这观点，但根据上文列出的八个因素，本案确是《香港国安法》第二十一条所指的「情节严重」。即使原审法官犯了这错误，亦不会对本案属「情节严重」的结论有任何实质影响。(第 96-97 段)

27. 基于上述原因，法庭维持原审法官界定本案为《香港国安法》第二十一条所指「情节严重」的裁决。(第 98 段)

(d) 原审法官判处的刑期是否明显过重

28. 虽然本案属《香港国安法》第二十一条所指的「情节严重」，但考虑到整体情况，申请人的刑责在「情节严重」的类别中是相对较轻，所以刑期应贴近相应量刑幅度的最低刑期，即五年。因此，原审法官以六年为量刑基准是明显过重，适当的量刑基准是五年三个月。原审法官因抗辩手法节省法庭时间扣减三个月，纯属酌情而非法律要求，法庭不加干预，所以刑期是五年。(第 99 段)

29. 结果法庭批准申请人的刑期上诉许可申请，视之为正式上诉，裁定上诉得直，改判监禁五年。(第 100 段)

#581250v5