

案例摘要 (中文翻译)

香港特别行政区 诉 谭得志

FACC 12/2024 ; [2025] HKCFA 4

(终审法院)

(判案书中译本全文载于

https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=166809)

主审法官：终审法院首席法官张举能、终审法院常任法官李义、
终审法院常任法官霍兆刚、终审法院常任法官林文瀚及
终审法院非常任法官陈兆恺

聆讯日期：2025 年 1 月 10 日

判案书日期：2025 年 3 月 6 日

**移交控罪至区域法院审讯 – 《刑事罪行条例》第 10 条下煽动罪可否移交 –
《裁判官条例》第 88 条及第 92 条 – 《香港国安法》第四十一条的诠释 – 保
留弹性容许在合适的轻微案件中移交可公诉罪行 – 过往移交限制已被《维护
国家安全条例》废除**

**《维护国家安全条例》前的煽动罪 – 是否需要具有煽惑他人使用暴力或扰乱
公共秩序的意图 – 不是普通法罪行 – 煽惑他人使用暴力只是其中一个可构成
《刑事罪行条例》第 10 条罪行的意图**

背景

1. 上诉人被控以 7 项违反《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的发

表煽动文字罪；他亦同时被控违反《公安条例》下的扰乱秩序行为罪、明知而参与未经批准集结罪，以及举行或召集一个未经批准集结罪。(第2段)

2. 因应律政司司长(「司长」)提出的申请，裁判官发出日期为2020年11月4日的命令，把上述控罪全数移交区域法院审讯。上诉人对裁判官是否获赋权进行该移交提出争议；亦质疑其后区域法院法官将其定罪，以及上诉法庭驳回其上诉的决定是否欠缺司法管辖权。(第5段)就上述7项违反《刑事罪行条例》第10(1)(b)条的罪行，上诉人于审讯后被判每项监禁18个月的刑罚，其中3个月分期执行，即煽动罪行的总刑期为监禁21个月；当中12个月被判跟违反《公安条例》罪行的共28个月刑期分期执行。因此，就上述两组罪行而言，上诉人一共被判监禁40个月。(第6段)

3. 上诉委员会就下述各项经上诉法庭证明的问题给予上诉许可:(第7段)

根据《裁判官条例》(第227章)附表2第III部第5段[现已废除]的规定，《刑事罪行条例》(第200章)第9及10条[现已废除]所订明的罪行(「该等罪行」)是否属于必须在高等法院原讼法庭，由法官会同陪审团审理的可公诉罪行？(「问题1」)

控方于证明该等罪行时是否必须证明被告人具有煽惑第三方实施暴力或扰乱公共秩序的意图？(「问题2」)

4. 问题1质疑上述将案件移交区域法院的做法是否有效。上诉人争辩指，根据《裁判官条例》某些条文的规定，《刑事罪行条

例》第 10(1)(b)条之下的罪行是属于必须在高等法院原讼法庭，由法官会同陪审团审理的可公诉罪行，并不能在任何其他法庭审理。(第 8 段)

5. 问题 2 提出的争议点是，就《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条所订明的罪行元素而言，控方是否须证明被告人具有煽惑暴力或扰乱公共秩序的意图？(第 9 段)

6. 本上诉须要处理的，主要关乎一些过渡性议题。尽管如此，上诉人仍获给予上诉许可，原因是上诉人提出了重要的议题，指区域法院在没有司法管辖权之下将其定罪，质疑有关定罪是否有效。此外，上诉人亦就当时仍然生效的煽动罪的主要罪行元素提出了一些争议。(第 1 段)

法庭主要考虑的条文及争议点

- 《香港国安法》第四十一条第三款
- 《刑事罪行条例》第 10 条
- 《裁判官条例》第 88 条及第 92 条

判决书摘要

A. 问题 1 – 案中根据《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条提诉的罪行可否移交区域法院审讯？

(i) 《国安法》公布前

7. 规管相关移交的条文载于《裁判官条例》第 IV 部第 88(1)条，现仍继续生效。该条规定，除非遇有例外情况，否则裁判官须

于司长提出申请后，下令将涉案的可公诉罪行移交区域法院进行审讯。在《裁判官条例》第 88(1)条适用的情况下，裁判官必须作出移交令而并无酌情权。该条亦赋权裁判官将简易程序罪行移交，使该简易程序罪行与已下令移交的可公诉罪行一并审理。(第 11 段)

《裁判官条例》第 88(1)(a)条处理的是可公诉罪行的移交。该条规定，除非相关罪行属《裁判官条例》附表 2 第 III 部所述的例外情况，否则，裁判官必须因应律政司司长提出的申请，下令进行移交。(第 12 段) 尽管简易程序罪行一般不可被移交，但根据《裁判官条例》第 88(1)(b)条，裁判官可在移交可公诉罪行时，下令将有关的简易程序罪行「顺带」行交。(第 13 段)

8. 根据《刑事诉讼程序条例》第 14A(1)条的条文，《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条下的罪行明显并非可公诉罪行，而只可循简易程序审讯。(第 16 段) 然而，正如《刑事诉讼程序条例》第 14A(1)(d)条订明，这不等于不能按《裁判官条例》第 88(1)(b)条，将有关连的，按《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条提诉的罪行「顺带」移交区域法院进行审讯。(第 18 段)

9. 按《裁判官条例》第 88(1)条的真确诠释，任何人如被控以既可依公诉程序，亦可循简易程序审讯的罪行，即符合「任何人.....在裁判官席前被控任何可公诉罪行」的定义。根据相关字词的通常涵义，如该罪行是可依公诉程序进行审讯的罪行，则该罪行便是「可公诉」罪行。这情况同样适用于上述《公安条例》之下的罪行。根据《公安条例》第 17A(3)(a)条和 17A(3)(b)(i)条提诉的两项罪行，皆为既可依公诉程序，亦可循简易程序审讯的罪行；每项均规定任何人「(i) 一经循公诉程序定罪，可处监禁 5 年；及(ii) 一经循简易程序定罪，可处第 2 级罚款及监禁 3 年。」(第 20-21 段)

10. 因此，当司长申请将《公安条例》之下的罪行移交区域法院

审讯时，裁判官是必须作出移交的。此外，裁判官亦有权根据《裁判官条例》第 88(1)(b)条，下令将根据《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条订出的罪行，跟上述《公安条例》下的罪行一并移交区域法院审讯。(第 22 段) 据称于《国安法》公布前犯下的各项违反《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行，皆可如同本案的情况一般，根据《裁判官条例》第 88(1)(b)条有效地移交至区域法院审讯。(第 23 段)

(ii) 《国安法》公布后

11. 就指称于《国安法》公布后干犯的罪行而言，《国安法》第四十一条第三款对上述分析的影响须予以审视。《国安法》第四十一条第三款订明：「[香港特区]管辖的危害国家安全犯罪案件的审判循公诉程序进行。」(第 24 段)

12. 正如本院在 *香港特别行政区诉黎智英案* (2021) 24 HKCFAR 33 中裁定，以及正如上诉委员会在 *香港特别行政区诉伍巧怡案* (2021) 24 HKCFAR 417 中阐明，《刑事罪行条例》第 I 部及第 II 部下的煽动罪行性质属于「危害国家安全罪行」。由此引伸，《国安法》第四十一条第三款规定危害国家安全犯罪案件的审判循公诉程序进行，这规定适用于该等罪行，包括《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行。因此，《国安法》第四十一条第三款将《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行由《国安法》公布前只可循简易程序审讯，改为《国安法》公布后「审判循公诉程序进行」。(第 26 段)

13. 假如按字面诠释相关条文，这改变或会被认为对《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行可否根据《裁判官条例》第 88(1)条移交区域法院审理，产生非常出人意料且不理想的后果。这足以构成

令人信服的理由拒绝接纳这样的诠释。(第 27 段)

14. 若说立法原意是要造成如此不理想的后果，是难以置信的。因此，有需要考虑按照文意及目的作出诠释。显而易见，《国安法》第四十一条第三款将《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行由只可循简易程序审讯改为可循公诉程序审讯的罪行，但这并不代表该项改变预期阻止裁判官根据《裁判官条例》第 88(1)条将该等罪行移交区域法院审理，或阻止裁判官在合适的案件中，根据《裁判官条例》第 92 条行使司法管辖权审理该等罪行。(第 30 段)

15. 法庭基于令人信服的理由裁定，《国安法》第四十一条第三款无意改变上述《国安法》公布前的情况，而《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行的立法原意并非要其受到移交限制的约束。(第 33 段)《国安法》第四十一条第三款须按照《国安法》新订立的 4 项罪行的文意来理解，该等罪行包括分裂国家罪、颠覆国家政权罪、恐怖活动罪及勾结外国或者境外势力危害国家安全罪。此外，《国安法》也订明与该等罪行相关的参与及未完成罪的形式。(第 34 段)值得注意的是，从可能判处的刑罚范围所反映，该 4 项新订立的罪行的每项均包含在严重程度差别很大的犯罪行为。(第 35 段)因此，《国安法》规定在适当级别的法院就有关罪行提出检控，以反映特定案件的严重程度。(第 36 段)

16. 由于《国安法》第四十一条第三款订明，香港特别行政区管辖的「危害国家安全犯罪案件」的审讯必须循公诉程序进行，这些罪行现牵涉《裁判官条例》第 88(1)条，但并没有被列入《裁判官条例》附表 2 第 III 部的例外情况当中。因此，任何人如被控以其中一项《国安法》罪行，而律政司司长申请将案件移交区域法院审理，则裁判官有责任予以移交，而司长毫无疑问是在适当考虑过该特定案件的严重程度的情况下才提出此申请。(第 38 段)

17. 在《国安法》罪行的提控方面具弹性的处理方法，不仅如此。(第 39 段)《裁判官条例》第 92 条提述的《裁判官条例》附表 2 第 I 部下的例外情况，与上文论及的《裁判官条例》附表 2 第 III 部第 5 段的例外情况，采用相同的条款制定。而新订立的《国安法》罪行则不包括在两组限制之中。根据《裁判官条例》第 88(1)(a)条的规定，裁判官必须因应司长申请，将一宗涉及新订立的《国安法》罪行的案件移交区域法院审理；同样地，根据《裁判官条例》第 92 条，如被告人被控以某一项《国安法》罪行，即使该罪行已被《国安法》第四十一条第三款宣告为可公诉罪行，裁判官亦可「循简易程序处理该案及将被告人定罪」。(第 40 段)由此可见，尽管《国安法》第四十一条第三款确实规定，《国安法》罪行必须循公诉程序审讯，但亦有程序性条文，确保在审理案件的法院级别方面具有充分弹性。(第 41 段)

18. 字面诠释带来完全不合适的后果。这诠释方法意味着，有关《国安法》的罪行虽可能远较《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行严重，却享有在合适的法院即包括裁判法院或区域法院审理的弹性，以恰当地反映有关控罪的相对严重程度，但是对于《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行可如何审理，却以全然出人意料的间接方式施加了束缚。因此，没有可看到的理由可支持此乃立法意向。(第 42 段)

19. 从文意及目的来看，《国安法》第四十一条第三款的原意显然是将《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行由简易程序罪行改为可公诉罪行，但就《裁判官条例》附表 2 第 III 部第 5 段和《裁判官条例》附表 2 第 I 部第 5 段的例外情况不适用于该罪行而言，却无意改变在《国安法》公布前的情况。此按照文意及目的作出诠释的做法，有利于处理其他危害国家安全罪行，两者做法亦兼容一致。因此，在《国安法》公布后，如任何人被控已成为可公诉罪行

的《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的罪行，裁判官仍可根据《裁判官条例》第 88(1)(a)条将案件移交区域法院；而在合适的轻微案件中，则可根据《裁判官条例》第 92 条循简易程序处理该案。这是一个明显可取的做法，某轻微罪行，尽管属「危害国家安全罪行」，亦不应在没有充分理据支持下，藉规定须在原讼法庭审理而将其提升至超出本位，当作比实际情况更严重的罪行处理。(第 43 段)

(iii) 《维护国家安全条例》制定后的情况

20. 《维护国家安全条例》废除有关法例的条文，反映了上述立法意图，令当前情况清晰无疑。(第 44 段)

21. 《刑事罪行条例》第 I 及 II 部（包括第 10(1)(b)条）由《维护国家安全条例》第 139 条废除，并由《维护国家安全条例》第 23 至 26 条取代，当中详细订明规管煽动罪行的机制。《维护国家安全条例》第 24 条指明新罪行为可公诉罪行，而《维护国家安全条例》第 150 条则废除了《裁判官条例》附表 2 第 III 部所载的例外情况，包括第 5 段，此段过往限制移交《刑事罪行条例》中现已废除的第 I 及 II 部的罪行。(第 45 段)

22. 因此，法例的新近变更反映了相关的立法意图，即《裁判官条例》第 88 条应适用于《维护国家安全条例》下的可公诉审讯的煽动罪行，而根据该条应可进行移交而不受限制。(第 46 段)

23. 值得注意的还有，《维护国家安全条例》第 150 条废除了《裁判官条例》第 92 条中对裁判官处理该条例附表 2 第 I 部罪行的限制，当中包括《刑事罪行条例》第 I 及 II 的罪行。(第 47 段)

24. 据此而产生的的是一个切合实际的程序机制，在此机制下，就审理煽动罪行选择法庭方面，可视乎案件的严重程度而容许充分的弹性，排除了就《国安法》第四十一条第三款的效力产生的任何疑问。(第 48 段)

25. 上诉人陈词指，尽管已制定《1938 年煽动条例》及其后的法例，但煽动罪仍属普通法罪行，控方必须证明被告人具有煽惑暴力或扰乱公共秩序的意图，才能进行检控。基于下部分详述的理由，法庭否定此论点。(第 49 段)

26. 法庭的结论是，本案中裁判官命令作出的移交为有效的移交，而问题 1 的答案为「否」。(第 50 段)

B. 问题 2

27. 上诉人回答问题 1 及问题 2 时皆有一共通点，就是提出普通法下的煽动罪尚未被废除。就问题 2 而言，他指普通法要求控方须证明被告人具有煽动第三方实施暴力或扰乱公共秩序的意图，而这要求一直是《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条项下的罪行的必要元素，任何与之相反的裁决均应予推翻。此论点面对无法逾越的障碍。(第 51 段)

(i) 立法历史

28. 观乎有关罪行的立法历史，上诉人的论点，即煽动罪仍继续以普通法罪行的形式，与后来的多项条例并行共存，实在站不住脚。就本司法管辖区而言，法例的意图明显是让相关法例取代原有的普通法罪行，尤其就普通法要求控方证明被告人具有煽惑暴力或扰乱公共秩序意图的规定，并没有被采纳为相关法定罪行的必要元

素。(第 52 段)

29. 在探讨了《1938 年煽动条例》后。(第 53 段) 法庭继而讨论了《1970 年煽动(修订)条例》。(第 54 段) 正如上诉法庭指出, 时任律政司就 1970 年的修订条例草案动议进行二读时, 解释「此草案修订主体法例第 3 条, 从而使煽惑他人实施暴力或怂使他人不守法或不服从合法命令的行为成为煽动。」他指出当时法例中煽动的形式一般会涉及煽惑暴力, 但「目前这样的煽惑行为本身并不构成煽动」, 所以需要「使之成为煽动」。因此, 律政司的举措明显是以 1938 年条例已有别于普通法为基础, 并认为有必要通过修订「致使」上述形式的意图归入煽动意图的类别。(第 55 段)

30. 上诉人争辩指, 制定(f)及(g)段仅扩阔了有关罪行的范围, 设定了两个独立的「煽动意图」类别, 而普通法要求控方须证明被告人具有煽惑暴力或扰乱公共秩序意图的规定, 则仍旧没有改变; 而这规定在《刑事罪行条例》第 9(1)(a)至(e)段的其他类别当中, 亦仍然继续保留。(第 56 段) 法庭不接受这一论点。倘若煽惑暴力或扰乱公共秩序的意图一直是法例要求证明的煽动意图的一部分, 则制定(f)及(g)段便会使所有其他类别沦为冗赘多余。若控方只需证明被告人具有煽惑暴力或扰乱公共秩序的意图, 便已足够确立「煽动意图」, 这会使进一步证明(a)至(e)段列述的不同煽动意图, 例如引起对某些人士的憎恨、藐视或激起对其离叛等等, 变得既不必要, 亦毫无意义。制定(f)及(g)段的意图明显不是要令(a)至(e)段变得多余冗赘, 而是要填补法定罪行中的一个漏洞, 这个做法必然地表明相关煽惑意图并非 1938 年条例订立的法定罪行的一部分, 正因此该法定罪行有别于普通法。(第 57 段)

31. 正如答辩人指出, 《1996 年刑事罪行(修订)(第 2 号)条例草案》标志着立法史新的一页, 并进一步削弱了上诉人指称普通法

下的煽动罪持续存在的论点。该条例草案在 1997 年香港特区快要成立之际，由港英政府推出。当中一项条文试图在《刑事罪行条例》第 10 条加入「意图导致暴力或造成扰乱公共秩序或公众骚乱」的字词。条例草案的摘要说明中注明，此举旨在「修改」有关罪行，以反映英国普通法的情况。该条例草案于 1997 年 6 月 24 日通过，而相关条例则于 1997 年 6 月 27 日刊宪，但这条例却从来没有实施。这次修订有关条例虽然并不成功，但却意义重大，因为这样一来确认了上述普通法规则并没有被纳入《刑事罪行条例》之中；二来亦显示特区立法机关选择不实施相关修订。(第 59 段)

(ii) 《刑事罪行条例》第 9 及 10 条的条文

32. 上诉人指普通法的规定持续存在，这论点亦与界定「煽动意图」定义的法律条文的表面文意，并不一致。上诉人就《刑事罪行条例》第 10(1)(b)条的发表煽动文字罪而被检控，这是《刑事罪行条例》第 9 及第 10 条一并解读所构成的罪行之一。《刑事罪行条例》第 10(5)条订明「煽动文字指具煽动意图的文字」，而第 9 条则界定这「煽动意图」的定义。(第 60 段)

33. 按字面解读，《刑事罪行条例》第 9(1)(f)条指明，煽惑他人使用暴力的意图只是多个煽动意图的其中一种形式，与第 9(1)条(a)至(e)段中不同形式的煽动意图以分隔词「或」分隔，对于上诉人指这样的意图是煽动罪行的必要元素这论点并无帮助。同样，第 9(1)(g)条的用字「怂使他人不守法或不服从合法命令」也适当地反映了普通法中对等的「煽惑扰乱公共秩序」的意思。在此重申，(g)段只构成多个煽动意图的不同形式之一，而任何一种形式的煽动意图均可构成罪行。如上所述，这两种「煽动意图」分开制定，以补充 1970 年前已存在的不同形式的煽动意图的事实进一步证实了以上说法。(第 63 段)

34. 上诉人就问题 2 所提出的论点，与适用的案例法有矛盾之处。(第 64 段) 上诉人呈述，下级上诉法庭错误地认同合议庭在 *Fei Yi Ming and Lee Tsung Ying v R* (1952) 36 HKLR 133 案中的结论，及就 *Wallace-Johnson v The King* 案 [1940] AC 231 的应用。他请求本院偏离 *Fei Yi Ming* 案的取向，所依赖的是枢密院近期在 *Attorney General of Trinidad and Tobago v Vijay Maharaj* [2023] UKPC 36 案中的判决。当中枢密院合议庭曾作出评论，认为由于 *Wallace-Johnson* 案的判决是在确认「合法性原则」的多个判决之前作出，因此，现在或有可能意味着煽惑暴力的意图是必需的。(第 67 段)

35. 枢密院合议庭在 *Vijay Maharaj* 案只是附带地提及条文诠释和「合法性原则」，指出 *Wallace-Johnson* 案的判决较其他认同「『合法性原则』的判决早数十年」已作出，包括 *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* 案 [2000] 2 AC 115。(第 71 段) 上述法庭的附带意见对本案上诉人的案情支持作用有限。枢密院合议庭不仅只是附带提出看法，其所评论的千里达《1920 年煽动法令》与《刑事罪行条例》相比亦有重大差异。值得注意的是，该《法令》并没有任何等同《刑事罪行条例》第 9(1)(f) 条的条文，正如之前提及，该条文经 1970 年修订引入，用以指明煽惑暴力祇是煽动意图的数个煽惑形式之一。(第 74 段)

36. 此外，对于「合法性原则」是否适用于《刑事罪行条例》第 9 条和第 10 条等条文，这一点是不明确的。因为该原则的作用，是在一个国会主权的宪制情况下，用以诠释笼统或模棱两可的成文法例。(第 75 段) 因此，「合法性原则」的作用是，「[在]没有明文规定或相反的必然含义之下」，保障基本人权不会在可能无意的情况下被笼统或模棱两可的字眼废止。毫无疑问，本案所涉各项罪

行，无疑是立法机关刻意地用作限制若干被视为属煽动性的言论或表达形式。法庭不会轻易裁定，《刑事罪行条例》第9条和第10条的详尽条文，是所谓的「笼统字眼」。值得注意的是，《刑事罪行条例》第9条不仅界定何谓「煽动意图」，《刑事罪行条例》第9(2)条更指明甚么情况并不构成该意图。(第76段)

37. 无论如何，法庭并不接纳，《刑事罪行条例》第10(1)(b)条制定的罪行侵犯了任何受保证的基本权利。(第77段)

38. 基于上述理由，本案所涉的法例文字和立法历史并不支持煽惑暴力或扰乱公众秩序的意图为有关罪行的必要元素这声称。同样地，即使考虑「合法性原则」，亦无充分理由支持该罪行的元素须包含如此意图。因此，法庭就问题2的答案为「否」。(第79段)

39. 附带一提，《维护国家安全条例》条文对问题2具启发意义，理由有二。其一，该等条文重申，意图煽惑暴力或煽惑他人作出违法行为只是其中两个可互替而又单独充分成立的基础，可藉以确立煽动意图。(第80段)《维护国家安全条例》第23(2)条列出的其中两项交替意图，是「意图煽惑他人在特区作出暴力行为」((e)段)，以及「意图煽惑他人作出不遵守特区法律或不服从根据特区法律发出的命令的行为」((f)段)。此两项意图与该款第(a)段至(d)段所指明的其他形式的意图一并列出，而正如《维护国家安全条例》第23(1)(a)条订定，当中任何一项均足以构成有关罪行。故此，自1938年条例制定起，有关「煽动意图」的立法取向一直延续，取代了普通法，令致必须有煽惑暴力或扰乱公众秩序的意图方能构成煽动意图的论点站不住脚。(第81段)

40. 其二，近期制定的《维护国家安全条例》已明显对须以煽动意图为元素的争议作出定论。因此，上诉人提出本院应按 *Vijay*

Maharaj 案中的附带意见行事，并应重新引入煽惑暴力或扰乱公众秩序作为必要元素，这论点是无法成立的。基于适用的法例，法庭认为 *Fei Yi Ming* 案认可 *Wallace-Johnson* 案而采纳的取向，正确地反映本司法管辖区自 1938 年起沿用至今的处理方式。法庭显然不能引入与此矛盾的规则，无视相关的法例条文的明显效力。
(第 82 段)

C. 结论

41. 法庭裁定，区域法院及上诉法庭均恰当地行使司法管辖权，而且控方无须确立上诉人使用的文字具煽惑暴力或扰乱公众秩序的意图。(第 83 段) 法庭一致驳回上诉。(第 84 段)

#997606v2