

案例摘要

香港特别行政区 诉 徐凯骏 (Chui Hoi Chun)

WKCC 3506/2022 ; [2022] HKMagC 13

(西九龙裁判法院)

(判刑理由书中文本全文载于

https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=149551&currpage=T)

主审裁判官：总裁判官苏惠德

定罪日期：2022 年 11 月 23 日

判刑日期：2022 年 12 月 14 日

判刑 – 作出具煽动意图的作为这项罪行具备预防性的要旨 – 侮辱国旗罪旨在全面保护国旗免遭侮辱 – 须考虑阻吓性的刑罚 – 教导所命令是否合适判刑

检控时限及法例追溯力 – 作出具煽动意图的作为的控罪元素是「作出」而不是「发布」 – 不局限于某一种行为或某一次行为中的一个环节 – 被告人有关该煽动罪的整体犯罪行为明显具持续性 – 侮辱国歌罪和侮辱国旗罪的元素是「发布」 – 「发布」可以具有持续性的特质 – 被告人所有控罪的犯罪行为属持续性质 – 检控没有因时限而失效 – 不存在法例追溯力问题

涉及境外犯罪的司法管辖权 – 被告人的犯罪行为或「构成犯罪的相当活动」是否在香港境内发生 – 香港法院有司法管辖权审理本案

背景

1. 被告人承认四项控罪：

- (a) 修订控罪一：「作出一项或多项具煽动意图的作为」，违反《刑事罪行条例》(第200章)第10(1)(a)条；
- (b) 控罪二：「意图侮辱国歌而故意发布经篡改的国歌歌词」，违反《国歌条例》第7(3)(a)条；
- (c) 控罪三：「意图侮辱国歌而故意发布以任何方式侮辱国歌的情况」，违反《国歌条例》第7(4)条；及
- (d) 控罪四：「意图侮辱国旗而故意发布侮辱国旗的情况」，违反《国旗及国徽条例》第7(2)条。

法庭主要考虑的条文及争议点

- 《刑事罪行条例》(第200章)第10(1)(a)条及第11(1)条
- 《国歌条例》第7(3)(a)条、第7(4)条及第7(7)条
- 《国旗及国徽条例》第7(2)条及第7(5)条

2. 除判刑之外，法庭处理辩方提出的三项法律争议：

- (a) 检控时限：四项控罪的检控是否超过法定时限；
- (b) 法例的追溯力：控罪二和四是否在《国歌条例》和《国旗及国徽条例》生效前发生；
- (c) 涉及境外犯罪的司法管辖权：被告人上载内容时身处海外，香港法庭有没有司法管辖权审理本案。

判刑理由摘要

A. 案情

3. 被告人于 2020 年 5 月 28 日至 2022 年 9 月 27 日期间使用、管有及维持 LIHKG、Discord 和 YouTube 三个网上平台的帐户，并发布、提供及持续提供其 29 则帖文和内容。帖文和内容的详情见判刑理由书附件二。(第 2-3 段)

4. 就修订控罪一，具煽动意图的内容包括：

- (a) 使用反对及有敌意的文字或其他具煽动性的内容损害中央或香港特区政府，并呼吁其他人认同该看法；
- (b) 以口号形式去鼓吹香港独立；
- (c) 以咒骂方式引起对警队的憎恨、削弱警队执行维持治安职务的角色；
- (d) 煽动他人对中国内地的人抱有敌意；及
- (e) 声称即使被捕仍然实施其行为，并诅咒来自中国内地的人及警务人员人身遭受伤害或死亡。(第 4 段)

5. 就控罪二至四，被告人：

- (a) 篡改国歌歌词，配上粗言秽语和具侮辱性的内容；
- (b) 以具备影像和声音元素的影片，展示侮辱国旗的情况(即把国旗原有图像以中文脏话文字取代)；及
- (c) 以中文脏话取代原有歌词，并吟唱出来。(第 5 段)

B. 量刑考虑

6. 上级法院没有就本案的各项控罪定下判刑指引。(第 11 段)

(a) 控罪一：作出具煽动意图的作为

7. 初犯这项罪行的最高刑罚是监禁 2 年和罚款港币 5,000 元。法庭量刑时需按案件的情节作出考虑，包括犯案的处境、犯案的手法、次数、规模、被煽动的对象、风险、后果等去厘定犯案者的具体刑责。(第 12 段)

8. 法庭必须顾及这项罪行具备预防性的要旨，目的是防止犯案者透过煽动性的作为，引起、激起、煽惑或感染他人产生或认同犯案者的信念，从而以不合法的手段实现主张。因此，法庭必须以阻吓性的刑罚为量刑的首要考虑，及早制止煽动性的行为所宣扬的思想在社会蔓延及渗透，带来破坏社会安宁的风险和后果。(第 12 段)

(b) 控罪二至四：侮辱国歌或侮辱国旗

9. 侮辱国歌和侮辱国旗的最高刑罚是监禁 3 年和罚款港币 50,000 元。法庭援引上诉法庭案例，该案例指出就《国旗及国徽条例》第 7 条的罪行量刑时，法庭必须紧记该条文旨在全面保护国旗免遭侮辱，以维护象征国家尊严、统一及领土完整之国旗的合法利益。这利益至为重要，触及香港特区的宪制根基。法庭必须确保判刑充分反映法律维护这重大合法利益的用意，包括考虑判处具阻吓性的刑罚。(第 13 段)

(c) 判刑选择及其他考虑因素

10. 判刑时被告人 18 岁，犯案之初为 16 岁。辩方力陈，更生中心或劳教中心是较合适的判刑选择，教导所命令则过分严苛，认为教导所命令的关押期与案件的严重性不合乎比例。法庭援引案例，指除非案件性质轻微而不需要处以拘禁的刑罚，教导所命令将会是原则上犯错，而教导所条例只订下最长的羁押期，被羁押人的获释时间是按表现与行为来决定。(第 16-18 段)

11. 法庭考虑以下因素后，认为必须处以具惩罚和阻吓性的刑罚才与本案的严重性相称，亦可警惕其他人不要仿效，以达致预防之效，这才符合社会整体

利益：(第 23-25 段)

- (a) 被告人透过三个网上平台，以文字、声音、图片或影像等形式发布、提供和持续提供具煽动意图的内容，令他所宣扬的讯息可以迅速且广泛地于网络世界中散播及流行，具延续性和永久性，而一般网络使用者均可随意浏览和读取该些内容。
- (b) 被告人犯案历时约 28 个月，共涉 29 则内容。
- (c) 该等内容以反政权为主，并以粗言秽语辱骂及诅咒国家领导人、来自中国内地的人士及警务人员遭受人身伤害或死亡，宣扬香港独立。
- (d) 被告人又篡改国歌歌词和国旗图像，配上极具侮辱性的文字和内容。
- (e) 他所散播的内容，主要是挑拨市民对中央政府、香港特区政府、内地人士和警队的仇恨和藐视。这种思想如不及早遏止，会逐渐造成社会不稳和分裂。
- (f) 他侮辱具象征意义的国歌和国旗，不但践踏国家和民族的尊严，亦损害人民的情感。

12. 从判刑前为被告人索取的教导所合适性报告及临床心理专家报告可见，被告人因专注力失调及过度活跃症的缘故，以致学业成绩和操行欠佳。被告人表示至今仍不赞同暴力，但又认为如示威者的暴力行为奏效，他不会予以谴责。明显地，被告人仍然认同及接受以暴力手段去改变社会现状这个扭曲了的思维。法庭认为一段具相当时间的训练有助纠正被告人的价值观，令他改过自新。(第 26-27 段)

13. 在平衡社会利益和被告人的个人背景等因素后，法庭认为更生中心或劳教中心的刑罚不足以反映本案的严重性，但教导所这个着重就业培训和品格培育的处所则是合适的判刑。法庭判被告人就所承认的四项控罪进入教导所 (第 27-28 段)

C. 法律观点的争议

14. 辯方于答辯前提出三项法律观点的争议，即 (a) 检控时限；(b) 法例的追溯力；及 (c) 涉及境外犯罪的司法管辖权。裁断理由载于判刑理由书的附件一。

(a) 检控时限和法例追溯力问题

15. 辯方认为四项控罪的检控均超过了法定的时限。(附件一第4和7-9段)

(a) 《刑事罪行条例》第11(1)条订明，就第10条订立的煽动罪提出的检控，只可于犯罪后6个月内开始进行。

(b) 《国歌条例》第7(7)条和《国旗及国徽条例》第7(5)条订明，就侮辱国歌罪和侮辱国旗罪而展开的法律程序，只可于以下时限前(以较早者为准)展开：(i) 警方发现或知悉有关罪行的日期之后1年届满时；(ii) 犯该罪行的日期之后2年届满时。

16. 辯方指四项控罪均以「发布」为中心，相关条文没有「继续发布」或类似字眼。被告人以互联网犯案，他把相关内容上载那一刻已完成罪行。上载内容继续存在于互联网这个事实，只不过是犯罪的结果，不会把犯罪行为延续。(附件一第10段)

修订控罪一是否超过检控时限

17. 被告辩称修订控罪一的29则内容中，编号1-26的内容并非于6个月内提出检控，因此逾时失效。法庭裁定：

(a) 违反《刑事罪行条例》第10(1)(a)条的修订控罪一是被告人「作出」一项或多项具煽动意图的作为，控罪详情是「在LIHKG、Discord和YouTube发布，提供及/或持续提供陈述、相片、片段及图片」，因此控罪的元素是「作出」而不是「发布」。「发布」只是控方举

证上的详情的一部分。(附件一第 12 段)

(b) 辯方混淆「元素」和「详情」两个概念，导致其陈词主要针对「发布」这一项，明显是错误理解控方的检控基础。(附件一第 12 段)

(c) 就检控时效这个议题而言，修订控罪一的关键字眼是「作出」，并非只局限于「发布」。(附件一第 13 段)

(d) 《刑事罪行条例》第 10(1)(a)条订明任何人「作出具煽动意图的行为」即属犯罪。从字面上看，条文没有任何局限性的成分。案中的作为是短暂还是持续，视乎每宗案件的情节而定。(附件一第 15 段)

(e) 煽动罪是综合性字眼，包含所有不论文字、行为或写作以试图干扰国家的平静和导致无知的人试图颠覆政府和法律的行为。由于煽动罪的要旨包含广泛的情况，解释其条文时不应只局限于某一种行为或某一次行为中的一个环节，这样诠释有损该罪行的要旨。(附件一第 18-19 段)

18. 被告人身处海外前已开设、建立及管有涉案的网上平台、聊天室或频道，然后不断在这些平台制作、编写、整合涉案的内容，继而发布，并于该些平台上持续维持及提供予网民接触和浏览，直至他被拘捕前，该些内容仍继续存在。因此，被告人的整体犯罪行为在香港境内和境外一直进行，明显具持续性。(附件一第 17 段)

控罪二至四是否超过检控时限及法例追溯力问题

19. 违反《国歌条例》和《国旗及国徽条例》相关条文的控罪二至四的元素是「发布」。辯方认为被告人把内容上载及传送至服务器便已完成发布，亦即已

完成犯罪。其后公众可于网上查看的，并非被告人的持续发布。因此控罪二至四提出检控的时间已超出 2 年的法例规定，而控罪二和四更发生于《国歌条例》和《国旗及国徽条例》生效之前。除了修订控罪一当中编号 27-29 的内容合乎法例的规定外，其余则属无效。（附件一第 5 及 21-22 段）

20. 法庭认为辩方对「发布」的释义过分狭窄，不切实际：（附件一第 23-24 及 28-29 段）

- (a) 《国歌条例》和《国旗及国徽条例》均订明「发布」包括「向公众分发、传布或提供」。当中的「提供」包含持续性的意思。例如，发布者意图令发布的内容在一个平台存在及持续存在，没有采取任何行动撤回或试图撤回内容，他便是持续提供有关的内容。
- (b) 互联网的运作由不同和不可分割的行为和技术上的运作组成。任何网络使用者以装置发出指令，把内容上载至网上平台，意图显然是把内容于网上平台显示，让公众可以随意浏览。因此，把「发布」的定义狭窄地局限于按下键盘那一刻，是不具说服力的说法。
- (c) 从英国案例可见，发布的时间和行为不会局限于发布者按下键盘的一刻，而是包含发布之后一直至发布内容被撤回为止，亦涵盖整段提供予公众及让他们可以查看的整个行为和时段。
- (d) 终审法院已在一宗民事案件确认发布可以具有持续性的特质。辩方尝试将发布的整体行为细分并分拆出来去反驳，并没有说服力。

21. 法庭裁定四项控罪的犯罪行为属持续性质，检控的时间并没有因时限而失效。基于上述裁断，辩方针对控罪二和四关于法例生效前的追溯力的问题并不适用。（附件一第 30 段）

(b) 涉及境外犯罪的司法管辖权

22. 辯方指被告人上载修订控罪一编号 1-8 和控罪二至四的内容时身处海外，属境外行为，不受香港法院的司法权所管辖。法庭裁定被告人的犯罪行为或「构成犯罪的相当活动」是在香港境内发生：(附件一第 5、31 及 39 段)

(a) 每当网络使用者在电脑或装置的显示器上接收到影像、图片、声音等，必定已进行了电脑码上载、下载和转化等技术程序，而此程序往往是涉及多于一个地方。(附件一第 33 段)

(b) 英国案例指出，尽管内容并非在英国发布，只要有人在英国境内看见便已满足司法管辖权的要求，而司法管辖权的考量是基于发布的意图和关连在哪一个地方发生。(附件一第 34 段)

(c) 情况就如电话骗案。纵使骗徒的电话是从香港境外拨出给境内的受害人，只要受害人是香港境内接听电话，罪行可视作在香港发生。(附件一第 36 段)

(d) 只要案中「构成犯罪的相当活动」在香港境内发生，香港法院也有司法管辖权审理。(附件一第 37 段)

23. 被告人离开香港前已在境内开设、管有和维持帐户，用作发布及持续发布煽动性的内容。纵使部份内容在境外发布，他所发布的内容是以繁体中文字为主，其意图明显是针对中央和香港特区政府，于香港境内鼓吹、散播具煽动性的主张，目标对象亦是香港境内的网民，意图于香港境内煽动仇恨和叛离的情绪，达致香港独立的主张。(附件一第 38 段)

(c) 就法律争议作出的裁断

24. 基于以上理由，法庭裁定：（附件一第 2 及 40 段）

(a) 各控罪指称的犯罪行为属持续性质，控罪没有因时效问题而失效，亦没有衍生法例追溯力的问题。

(b) 被告人的犯罪行为或「构成犯罪的相当活动」在香港境内发生。香港法院有司法管辖权审理本案所有控罪。

#584378v4