

案例摘要

香港特別行政區 訴 馬俊文 (Ma Chun Man)

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

(高等法院上訴法庭)

(判案書中文本全文載於

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

主審法官：高等法院首席法官潘兆初、高等法院上訴法庭法官彭偉昌和彭寶琴

聆訊日期：2022 年 6 月 7 日

判案書日期：2022 年 8 月 3 日

判刑-《香港國安法》罪行-適用法律-《香港國安法》的立法原意-《香港國安法》與香港特區本地法律兼容互補-兩者不一致的以《香港國安法》優先-《香港國安法》處罰條文的用意-除《香港國安法》另有規定外，香港特區刑法法律適用

判刑-《香港國安法》第二十一條煽動他人分裂國家罪-控罪情節屬「情節較輕」還是「情節嚴重」-以罪行的控罪要旨為基本量刑考慮-煽動性質的罪行與普通法的煽惑罪類同-控罪要旨為阻止煽動他人犯分裂國家罪及讓法律在最早可能階段介入-界定案件情節輕重通常要考慮的因素-案件整體實際情況-犯案者的行為及所引起的實質後果、潛在風險和可能影響-本案屬「情節嚴重」-單是沒有使用武力或武力威脅不會令情節變輕-犯案者是否有悔意與案件是否屬「情節嚴重」無關-本案刑責在「情節嚴重」類別中相對較輕

背景

1. 申請人被控一項煽動他人分裂國家罪，違反《香港國安法》第二十條和第二十一條。區域法院裁定申請人罪名成立。原審法官認定本案屬情節嚴重的類別，以六年為量刑起點，但因申請人的抗辯手法節省不少審訊時間而酌情扣減三個月，最終判處監禁五年九個月。

2. 申請人不服判刑，向上訴法庭申請上訴許可，唯一的基礎是在考慮到本案控罪和案情的嚴重性，及申請人的整體刑責下，原審法官誤判本案屬「情節嚴重」，令判刑原則上有錯及/或明顯過重，因為原審法官：

- (a) 誤把申請人是否有悔意作為是否「情節嚴重」的考慮因素；
- (b) 過分強調申請人行為的煽動效果；
- (c) 沒有充分考慮申請人犯案時沒有使用武力、沒有任何違抗或衝擊執法人員；及
- (d) 沒有充分考慮申請人的行為不涉及分裂國家的詳細計劃，及其煽動效果有限。

法庭主要考慮的條文及爭議點

- 《基本法》序言第二段，第一條和第十二條
- 《香港國安法》第二條、第二十條、第二十一條和第三十三條

3. 法庭在本案討論：

- (a) 《香港國安法》罪行判刑的適用法律；
- (b) 如何界定《香港國安法》第二十一條所指的「情節嚴重」及「情節較輕」；

- (c) 申請人所犯的煽動他人分裂國家罪是「情節嚴重」還是「情節較輕」;
- (d) 若是「情節嚴重」，原審法官判處申請人五年九個月監禁是否明顯過重。

法庭的裁定摘要

(a) 《香港國安法》罪行判刑的適用法律

4. 香港法院對在其司法管轄權下的《香港國安法》犯罪案件判刑的大前提是適用法律，而這議題可從以下兩個層面探討。(第 57 段)

(i) 《香港國安法》的立法原意

5. 終審法院在 *香港特別行政區 訴 黎智英* [2021] HKCFA 3 對《香港國安法》立法原意的闡明，為某個涉及《香港國安法》的議題如何應用《香港國安法》和香港本地法律，提供了指導原則。這指導原則適用的事宜包括刑事訴訟程序和保釋，也適用於《香港國安法》罪行的判刑。(第 61 段)

(ii) 相關處罰條文的用意

6. 《香港國安法》關於處罰的條文體現上述適用法律的原則。

(a) 《香港國安法》第三章第一至第四節分別制定四類罪行，並訂定相應的處罰措施。這些條文根據具體的犯案行為、犯案者的角色、其罪行所起的實質後果、犯罪情節的輕重等量刑因素，規定了若干個由重到輕的量刑檔次。除了最低刑期的規定外，這些處罰措施與香港法院的一般判刑原則和考慮大致相符。

(b) 《香港國安法》第三章第五節訂明其他處罰規定，其中第三十三條列

出可以對犯案者從輕、減輕處罰，甚至免除處罰的各種情形。這些情形也是香港法院一般會考慮的量刑因素。

- (c) 《香港國安法》第六十四條訂明，香港特區適用該法時，該法規定的各種處罰，分別指本地法律相應的刑罰，或者參照本地法律規定相應的刑罰。這使《香港國安法》規定的各種處罰可以和本地法律規定相應的刑罰銜接。(第 61-64 段)

7. 香港法院對《香港國安法》犯罪案件判刑時必須按有關條文行事，並在這些條文制定的處罰規則框架下判刑；除《香港國安法》另有規定外，香港特區沿用的判刑法律主體適用。若出現不一致，當按第六十二條適用《香港國安法》相應的條文。(第 66 段)

(b) 如何界定第二十一條所指的「情節嚴重」及「情節較輕」

8. 《香港國安法》第二十一條在制定處罰時把案件分類為「情節嚴重」和「情節較輕」，但該法沒有任何條文界定何謂「情節嚴重」或「情節較輕」。既然《香港國安法》的立法原意是與本地法律兼容互補，而《香港國安法》也沒有另外的規定，所以當香港法院處理這議題時，適用本地判刑的法律原則。(第 67 段)

(i) 煽動分裂國家罪的控罪要旨

9. 既定的判刑原則是，法庭一般會以罪行的控罪要旨為最基本的量刑考慮。(第 68 段)

10. 維護國家統一和領土完整是中華人民共和國恢復對香港行使主權的重要主題思想：見《基本法》序言第二段。是故，《基本法》第一條指出，香港特區是中華人民共和國不可分離的部分。第十二條則說明，香港特區是中華人民共和國的一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府。這兩條條文奠定了香港特區在「一國兩制」方針下的憲制根基和法律地位，是《基本法》

的根本性條款：見《香港國安法》第二條。無論是分裂國家還是煽動分裂國家的罪行，兩者對維護國家統一和領土完整，以及香港特區在「一國兩制」方針下是中華人民共和國不可分離部分的憲制根基和法律地位，都是至為重要。(第 69-71 段)

11. 《香港國安法》第二十一條的煽動分裂國家罪是預防性罪行。「煽動」字面意思是鼓動、煽惑。在本地法律中，與「煽動」性質類同的罪行是普通法的「煽惑罪」。因為與(普通法的)「煽惑罪」性質類同，所以《香港國安法》第二十一條煽動分裂國家罪的控罪要旨可以表述為：

- (a) 阻止人煽動(包括以慫恿或鼓勵形式)別人犯分裂國家的罪行，即使沒有人因被煽動而犯罪；和
- (b) 讓法律在最早可能的階段介入，阻止被煽動的人犯分裂國家的罪行。

其目的是要充分保障國家安全和領土完整、香港特區的憲制根基，和其法律地位等重大公眾利益，確保能夠防微杜漸，及時並有效地制止和懲治分裂國家的罪行。(第 72-73 段)

(ii) 界定案件情節輕重通常要考慮的因素

12. 「煽動分裂國家」案件的情節是「嚴重」還是「較輕」，需以該案的整體實際情況而定。因為性質類同，所以法庭可以借鑑以(普通法的)「煽惑罪」的案例所確立的一般原則，來界定案件的情節是「嚴重」還是「較輕」。(第 74 段)

13. 考慮到「煽動分裂國家」的控罪要旨，並引用相關案例及原則，法庭在界定案件情節輕重時，重要的着眼點是犯案者的行為，及所引起的實質後果、潛在風險和可能影響。就此，法庭需要考慮的因素包括，但不限於：

- (a) 犯案的處境，包括日期、時間、地點、場合、和當時社會氣氛等；
- (b) 犯案的手法，包括所採用的方式、行為、措詞，和媒介或平台；
- (c) 煽動的次數、時間的長短和行為的持續性；
- (d) 煽動的規模；
- (e) 是否突發或有預謀；若是後者，預謀的規模和精密程度；
- (f) 有否涉及武力或以武力相脅；若有，相關武力或威脅的迫切和嚴重程度；
- (g) 是否與其他人夥同犯案；
- (h) 被煽動的對象、群體大小，和對他們的潛在影響；
- (i) 是否有人被成功煽動而犯分裂國家罪或其他罪行，或發生這種情況的風險和迫切度；
- (j) 犯案者在社會或某個界別或範圍內的實際或潛在影響力。(第 75 段)

14. 總之，法庭需要小心考慮案件的整體情況，辨識個別存在的因素，給予合適的比重和整體的衡量，以界定案件的情節是「嚴重」還是「較輕」，然後適用一般判刑原則釐定犯案者的具體刑責，以判處合適的刑罰。(第 76 段)

(c) 本案是「情節嚴重」還是「情節較輕」

15. 法庭認為本案屬《香港國安法》第二十一條所指「情節嚴重」的類別。(第 77 段)

16. 首先，《香港國安法》自 2020 年 6 月 30 日實施，案發期間香港整體社會氣氛漸趨緩和，但港、九仍分別發生涉及暴力的非法集結，社會仍然繼續受到暴力衝擊，這正正突顯香港當時面對危害國家安全和法治的風險仍高。在這情況下，申請人仍然執意犯案，無疑嚴重加劇損害國家安全和法治的風險。(第 78 段)

17. 第二，申請人多次公然貶損《香港國安法》是「假的」、「兒戲」和「裝飾」，甚至說根本「不值一提」；又多番向公眾強調，宣揚「港獨」並不違法，並以自己屢次獲得警方保釋為例子。申請人的行徑不僅嚴重挑戰《香港國安法》的權威和香港憲制及法治的根基，亦會混淆視聽，誘使他人誤信依他所言作出「港獨」的行為並不違法，增加引致他人分裂國家的風險。從其自行撰寫的求情信可見，申請人是執意犯案。其代表律師說他是因無知或誤以為是行使言論自由而犯案，根本是毫無理據，亦與事實不符。(第 79 及 82 段)

18. 第三，申請人的犯案手法，旨在加強其煽動他人分裂國家的效果，加劇了煽動別人犯分裂國家罪的風險：(第 83 段)

- (a) 他選擇特定的日子和地點犯案，目的明顯是吸引更多公眾參與或注意，並試圖利用他人的情緒，以加強煽動的效果。
- (b) 他選擇在港、九及新界各大型商場犯案，明顯是因為商場人流較多，更容易吸引人參與或圍觀，以增加煽動的效果。
- (c) 他多次在公開場合接受傳媒訪問，並發表煽動分裂國家的言論。他當然知道經傳媒報道後，而部分採訪片段甚至是放在互聯網上，其煽動言論自然會接觸更多人。
- (d) 他不僅利用互聯網發起活動，更用來宣揚其「港獨」信息。由於互聯網覆蓋廣泛，濫用社交媒體來煽惑別人犯罪，令犯案人刑責變得較嚴重。
- (e) 他持續多次在不同公開地點犯案，又在互聯網上宣揚「港獨」；煽動次數多，持續的時間長。

19. 申請人的代表律師指申請人的煽動行為客觀效果有限，但法庭不接納其觀點：(第 84-85 段)

(a) 申請人確有在風險較高的敏感日子和地點犯案。

(b) 申請人在公開場合發表煽動言論只是他犯案手法之一。法庭需要考慮的還有他別的煽動行為，和案件整體的情形，以衡量申請人犯案所產生的效果和風險。

(c) 相關案例有力反駁申請人使用互聯網犯案影響極其有限的觀點。

(d) 辯方指申請人欠缺個人知名度，犯案時獨自行事，其言行得不到主流傳媒的關注，亦沒有證據指他與任何組織有關連，也沒有人響應其呼籲參與有關活動。但這些觀點忽略了煽動罪的要旨是預防犯罪。參考外國案例，某被告人煽惑他人在某地暴動，即使暴動沒有擴散到該地，亦不論被告人用什麼措詞或公眾如何反應，他的罪責仍然相當嚴重。同一道理適用於本案。反過來說，若申請人知名度高，或其煽動分裂國家的言論得到很多人關注，或有很多人響應他的呼籲參加有關活動，其刑責便會變得更重。

20. 第四，案發時，香港仍然面對暴力衝擊的風險，申請人選擇在每月的特定而風險較高的日子，呼籲公眾參加由他發起在相關地點進行的悼念等活動，然後當場犯案，這明顯增加活動演變成暴力破壞公共秩序的風險。(第 86 段)

21. 第五，申請人是有預謀犯案。他多次事前在該面書帳戶和該 Telegram 頻道發起活動及呼籲公眾參加，然後在指定的時間和地點犯案；有幾次他更帶同預先製作的文宣材料到場展示。(第 87 段)

22. 第六，申請人煽動的對象包括社會大眾，亦特別針對那六十一萬曾在「民主派初選」投票的市民，更呼籲在小學、中學及大學針對學生宣揚「港獨」的理念。法庭認為以年輕學生為煽動對象是極不負責任，亦加重其罪責。事實上，申請人多次呼籲在校園「討論」港獨，目的是宣揚「獨立意志」，「使更多人相信香港獨立是唯一出路」，將「『獨立』、『革命』的種子傳播到校園」，以「醞釀下一場『時代革命』」。他的用意顯而易見是想以學生為對象，煽動他們分裂國家。(第 88-89 段)

23. 第七，申請人煽動他人以多種方式傳達分裂國家的訊息，例如他叫人在每月那些特定的日子以「遊行」等方式宣揚「港獨」，甚至要這類活動成為民間傳統；他又慫恿人從校園入手，從而滲透社會；又叫人罷工、罷課及罷市，以醞釀「時代革命」的來臨。申請人煽動的內容雖然不涉及周詳或精細的計劃，但並非毫無章法，有一定的步驟和層次，亦不能抹煞有人被煽動以他提及的方式犯案的潛在風險。(第 90-92 段)

24. 第八，申請人屢次因煽動被捕，但在保釋後立即接受記者訪問並重複煽動別人分裂國家，可謂視法紀如無物，亦加重他的刑責。(第 93 段)

25. 犯案人沒有使用武力或武力威脅是否令情節變輕，須按案件實際的情況而定。在本案中，雖然申請人沒有使用武力或武力威脅，但他的確有再三公開使用「建軍」、「武裝起義」的口號。考慮到整體的情況，單是沒有使用武力或武力威脅這一點不會令情節變輕。(第 95 段)

26. 申請人的代表律師指出，原審法官以「被告毫無悔意」為其中一個界定本案屬「情節嚴重」的理由是錯誤的，因為申請人對所犯罪行是否抱有悔意，只是法庭量刑時考慮的求情因素之一，和他所犯罪行的情節是否嚴重沒有關係。法庭同意這觀點，但根據上文列出的八個因素，本案確是《香港國安法》第二十一條所指的「情節嚴重」。即使原審法官犯了這錯誤，亦不會對本案屬「情節嚴重」的結論有任何實質影響。(第 96-97 段)

27. 基於上述原因，法庭維持原審法官界定本案為《香港國安法》第二十一條所指「情節嚴重」的裁決。(第 98 段)

(d) 原審法官判處的刑期是否明顯過重

28. 雖然本案屬《香港國安法》第二十一條所指的「情節嚴重」，但考慮到整體情況，申請人的刑責在「情節嚴重」的類別中是相對較輕，所以刑期應貼近相應量刑幅度的最低刑期，即五年。因此，原審法官以六年為量刑基準是明顯過重，適當的量刑基準是五年三個月。原審法官因抗辯手法節省法庭時間扣減三個月，純屬酌情而非法律要求，法庭不加干預，所以刑期是五年。(第 99 段)

29. 結果法庭批准申請人的刑期上訴許可申請，視之為正式上訴，裁定上訴得直，改判監禁五年。(第 100 段)

#581250v5