

案例摘要

香港特別行政區 訴 徐凱駿 (Chui Hoi Chun)

WKCC 3506/2022 ; [2022] HKMagC 13

(西九龍裁判法院)

(判刑理由書中文本全文載於

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

主審裁判官：總裁判官蘇惠德

定罪日期：2022 年 11 月 23 日

判刑日期：2022 年 12 月 14 日

判刑 – 作出具煽動意圖的作為這項罪行具備預防性的要旨 – 侮辱國旗罪旨在全面保護國旗免遭侮辱 – 須考慮阻嚇性的刑罰 – 教導所命令是否合適判刑

檢控時限及法例追溯力 – 作出具煽動意圖的作為的控罪元素是「作出」而不是「發布」 – 不局限於某一種行為或某一次行為中的一個環節 – 被告人有關該煽動罪的整體犯罪行為明顯具持續性 – 侮辱國歌罪和侮辱國旗罪的元素是「發布」 – 「發布」可以具有持續性的特質 – 被告人所有控罪的犯罪行為屬持續性質 – 檢控沒有因時限而失效 – 不存在法例追溯力問題

涉及境外犯罪的司法管轄權 – 被告人的犯罪行為或「構成犯罪的相當活動」是否在香港境內發生 – 香港法院有司法管轄權審理本案

背景

1. 被告人承認四項控罪：

- (a) 修訂控罪一：「作出一項或多項具煽動意圖的作為」，違反《刑事罪行條例》(第200章)第10(1)(a)條；
- (b) 控罪二：「意圖侮辱國歌而故意發布經篡改的國歌歌詞」，違反《國歌條例》第7(3)(a)條；
- (c) 控罪三：「意圖侮辱國歌而故意發布以任何方式侮辱國歌的情況」，違反《國歌條例》第7(4)條；及
- (d) 控罪四：「意圖侮辱國旗而故意發布侮辱國旗的情況」，違反《國旗及國徽條例》第7(2)條。

法庭主要考慮的條文及爭議點

- 《刑事罪行條例》(第200章)第10(1)(a)條及第11(1)條
- 《國歌條例》第7(3)(a)條、第7(4)條及第7(7)條
- 《國旗及國徽條例》第7(2)條及第7(5)條

2. 除判刑之外，法庭處理辯方提出的三項法律爭議：

- (a) 檢控時限：四項控罪的檢控是否超過法定時限；
- (b) 法例的追溯力：控罪二和四是否在《國歌條例》和《國旗及國徽條例》生效前發生；
- (c) 涉及境外犯罪的司法管轄權：被告人上載內容時身處海外，香港法庭有沒有司法管轄權審理本案。

判刑理由摘要

A. 案情

3. 被告人於 2020 年 5 月 28 日至 2022 年 9 月 27 日期間使用、管有及維持 LIHKG、Discord 和 YouTube 三個網上平台的帳戶，並發布、提供及持續提供其 29 則帖文和內容。帖文和內容的詳情見判刑理由書附件二。(第 2-3 段)

4. 就修訂控罪一，具煽動意圖的內容包括：

- (a) 使用反對及有敵意的文字或其他具煽動性的內容損害中央或香港特區政府，並呼籲其他人認同該看法；
- (b) 以口號形式去鼓吹香港獨立；
- (c) 以咒罵方式引起對警隊的憎恨、削弱警隊執行維持治安職務的角色；
- (d) 煽動他人對中國內地的人抱有敵意；及
- (e) 聲稱即使被捕仍然實施其行為，並詛咒來自中國內地的人及警務人員人身遭受傷害或死亡。(第 4 段)

5. 就控罪二至四，被告人：

- (a) 篡改國歌歌詞，配上粗言穢語和具侮辱性的內容；
- (b) 以具備影像和聲音元素的影片，展示侮辱國旗的情況(即把國旗原有圖像以中文髒話文字取代)；及
- (c) 以中文髒話取代原有歌詞，並吟唱出來。(第 5 段)

B. 量刑考慮

6. 上級法院沒有就本案的各項控罪定下判刑指引。(第 11 段)

(a) 控罪一：作出具煽動意圖的作為

7. 初犯這項罪行的最高刑罰是監禁 2 年和罰款港幣 5,000 元。法庭量刑時需按案件的情節作出考慮，包括犯案的處境、犯案的手法、次數、規模、被煽動的對象、風險、後果等去釐定犯案者的具體刑責。(第 12 段)

8. 法庭必須顧及這項罪行具備預防性的要旨，目的是防止犯案者透過煽動性的作為，引起、激起、煽惑或感染他人產生或認同犯案者的信念，從而以不合法的手段實現主張。因此，法庭必須以阻嚇性的刑罰為量刑的首要考慮，及早制止煽動性的行為所宣揚的思想在社會蔓延及滲透，帶來破壞社會安寧的風險和後果。(第 12 段)

(b) 控罪二至四：侮辱國歌或侮辱國旗

9. 侮辱國歌和侮辱國旗的最高刑罰是監禁 3 年和罰款港幣 50,000 元。法庭援引上訴法庭案例，該案例指出就《國旗及國徽條例》第 7 條的罪行量刑時，法庭必須緊記該條文旨在全面保護國旗免遭侮辱，以維護象徵國家尊嚴、統一及領土完整之國旗的合法利益。這利益至為重要，觸及香港特區的憲制根基。法庭必須確保判刑充分反映法律維護這重大合法利益的用意，包括考慮判處具阻嚇性的刑罰。(第 13 段)

(c) 判刑選擇及其他考慮因素

10. 判刑時被告人 18 歲，犯案之初為 16 歲。辯方力陳，更生中心或勞教中心是較合適的判刑選擇，教導所命令則過分嚴苛，認為教導所命令的關押期與案件的嚴重性不合乎比例。法庭援引案例，指除非案件性質輕微而不需要處以拘禁的刑罰，教導所命令將會是原則上犯錯，而教導所條例只訂下最長的羈押期，被羈押人的獲釋時間是按表現與行為來決定。(第 16-18 段)

11. 法庭考慮以下因素後，認為必須處以具懲罰和阻嚇性的刑罰才與本案的嚴重性相稱，亦可警惕其他人不要仿效，以達致預防之效，這才符合社會整體

利益：(第 23-25 段)

- (a) 被告人透過三個網上平台，以文字、聲音、圖片或影像等形式發布、提供和持續提供具煽動意圖的內容，令他所宣揚的訊息可以迅速且廣泛地於網絡世界中散播及流行，具延續性和永久性，而一般網絡使用者均可隨意瀏覽和讀取該些內容。
- (b) 被告人犯案歷時約 28 個月，共涉 29 則內容。
- (c) 該等內容以反政權為主，並以粗言穢語辱罵及詛咒國家領導人、來自中國內地的人士及警務人員遭受人身傷害或死亡，宣揚香港獨立。
- (d) 被告人又篡改國歌歌詞和國旗圖像，配上極具侮辱性的文字和內容。
- (e) 他所散播的內容，主要是挑撥市民對中央政府、香港特區政府、內地人士和警隊的仇恨和藐視。這種思想如不及早遏止，會逐漸造成社會不穩和分裂。
- (f) 他侮辱具象徵意義的國歌和國旗，不但踐踏國家和民族的尊嚴，亦損害人民的情感。

12. 從判刑前為被告人索取的教導所合適性報告及臨床心理專家報告可見，被告人因專注力失調及過度活躍症的緣故，以致學業成績和操行欠佳。被告人表示至今仍不贊同暴力，但又認為如示威者的暴力行為奏效，他不會予以譴責。明顯地，被告人仍然認同及接受以暴力手段去改變社會現狀這個扭曲了的思維。法庭認為一段具相當時間的訓練有助糾正被告人的價值觀，令他改過自新。

(第 26-27 段)

13. 在平衡社會利益和被告人的個人背景等因素後，法庭認為更生中心或勞教中心的刑罰不足以反映本案的嚴重性，但教導所這個着重就業培訓和品格培育的處所則是合適的判刑。法庭判被告人就所承認的四項控罪進入教導所。(第 27-28 段)

C. 法律觀點的爭議

14. 辯方於答辯前提出三項法律觀點的爭議，即 (a) 檢控時限；(b) 法例的追溯力；及 (c) 涉及境外犯罪的司法管轄權。裁斷理由載於判刑理由書的附件一。

(a) 檢控時限和法例追溯力問題

15. 辯方認為四項控罪的檢控均超過了法定的時限。(附件一第 4 和 7-9 段)

(a) 《刑事罪行條例》第 11(1)條訂明，就第 10 條訂立的煽動罪提出的檢控，只可於犯罪後 6 個月內開始進行。

(b) 《國歌條例》第 7(7)條和《國旗及國徽條例》第 7(5)條訂明，就侮辱國歌罪和侮辱國旗罪而展開的法律程序，只可於以下時限前(以較早者為準)展開：(i) 警方發現或知悉有關罪行的日期之後 1 年屆滿時；(ii) 犯該罪行的日期之後 2 年屆滿時。

16. 辯方指四項控罪均以「發布」為中心，相關條文沒有「繼續發布」或類似字眼。被告人以互聯網犯案，他把相關內容上載那一刻已完成罪行。上載內容繼續存在於互聯網這個事實，只不過是犯罪的結果，不會把犯罪行為延續。(附件一第 10 段)

修訂控罪一是否超過檢控時限

17. 被告辯稱修訂控罪一的 29 則內容中，編號 1-26 的內容並非於 6 個月內提出檢控，因此逾時失效。法庭裁定：

(a) 違反《刑事罪行條例》第 10(1)(a)條的修訂控罪一是被告人「作出一項或多項具煽動意圖的作為」，控罪詳情是「在 LIHKG、Discord 和 YouTube 發布，提供及/或持續提供陳述、相片、片段及圖片」，因此控罪的元素是「作出」而不是「發布」。「發布」只是控方舉

證上的詳情的一部分。(附件一第 12 段)

- (b) 辯方混淆「元素」和「詳情」兩個概念，導致其陳詞主要針對「發布」這一項，明顯是錯誤理解控方的檢控基礎。(附件一第 12 段)
- (c) 就檢控時效這個議題而言，修訂控罪一的關鍵字眼是「作出」，並非只局限於「發布」。(附件一第 13 段)
- (d) 《刑事罪行條例》第 10(1)(a)條訂明任何人「作出具煽動意圖的行為」即屬犯罪。從字面上看，條文沒有任何局限性的成分。案中的作為是短暫還是持續，視乎每宗案件的情節而定。(附件一第 15 段)
- (e) 煽動罪是綜合性字眼，包含所有不論文字、行為或寫作以試圖干擾國家的平靜和導致無知的人試圖顛覆政府和法律的行為。由於煽動罪的要旨包含廣泛的情況，解釋其條文時不應只局限於某一種行為或某一次行為中的一個環節，這樣詮釋有損該罪行的要旨。(附件一第 18-19 段)

18. 被告人身處海外前已開設、建立及管有涉案的網上平台、聊天室或頻道，然後不斷在這些平台製作、編寫、整合涉案的內容，繼而發布，並於該些平台上持續維持及提供予網民接觸和瀏覽，直至他被拘捕前，該些內容仍繼續存在。因此，被告人的整體犯罪行為在香港境內和境外一直進行，明顯具持續性。(附件一第 17 段)

控罪二至四是否超過檢控時限及法例追溯力問題

19. 違反《國歌條例》和《國旗及國徽條例》相關條文的控罪二至四的元素是「發布」。辯方認為被告人把內容上載及傳送至伺服器便已完成發布，亦即已

完成犯罪。其後公眾可於網上查看的，並非被告人的持續發布。因此控罪二至四提出檢控的時間已超出 2 年的法例規定，而控罪二和四更發生於《國歌條例》和《國旗及國徽條例》生效之前。除了修訂控罪一當中編號 27-29 的內容合乎法例的規定外，其餘則屬無效。（附件一第 5 及 21-22 段）

20. 法庭認為辯方對「發布」的釋義過分狹窄，不切實際：（附件一第 23-24 及 28-29 段）

- (a) 《國歌條例》和《國旗及國徽條例》均訂明「發布」包括「向公眾分發、傳布或提供」。當中的「提供」包含持續性的意思。例如，發布者意圖令發布的內容在一個平台存在及持續存在，沒有採取任何行動撤回或試圖撤回內容，他便是持續提供有關的內容。
- (b) 互聯網的運作由不同和不可分割的行為和技術上的運作組成。任何網絡使用者以裝置發出指令，把內容上載至網上平台，意圖顯然是把內容於網上平台顯示，讓公眾可以隨意瀏覽。因此，把「發布」的定義狹窄地局限於按下鍵盤那一刻，是不具說服力的說法。
- (c) 從英國案例可見，發布的時間和行為不會局限於發布者按下鍵盤的一刻，而是包含發布之後一直至發布內容被撤回為止，亦涵蓋整段提供予公眾及讓他們可以查看的整個行為和時段。
- (d) 終審法院已在一宗民事案件確認發布可以具有持續性的特質。辯方嘗試將發布的整體行為細分並分拆出來去反駁，並沒有說服力。

21. 法庭裁定四項控罪的犯罪行為屬持續性質，檢控的時間並沒有因時限而失效。基於上述裁斷，辯方針對控罪二和四關於法例生效前的追溯力的問題並不適用。（附件一第 30 段）

(b) 涉及境外犯罪的司法管轄權

22. 辯方指被告人上載修訂控罪一編號 1-8 和控罪二至四的內容時身處海外，屬境外行為，不受香港法院的司法權所管轄。法庭裁定被告人的犯罪行為或「構成犯罪的相當活動」是在香港境內發生：(附件一第 5、31 及 39 段)

(a) 每當網絡使用者在電腦或裝置的顯示器上接收到影像、圖片、聲音等，必定已進行了電腦碼上載、下載和轉化等技術程序，而此程序往往是涉及多於一個地方。(附件一第 33 段)

(b) 英國案例指出，儘管內容並非在英國發布，只要有人在英國境內看見便已滿足司法管轄權的要求，而司法管轄權的考量是基於發布的意圖和關連在哪一個地方發生。(附件一第 34 段)

(c) 情況就如電話騙案。縱使騙徒的電話是從香港境外撥出給境內的受害人，只要受害人是在香港境內接聽電話，罪行可視作在香港發生。(附件一第 36 段)

(d) 只要案中「構成犯罪的相當活動」在香港境內發生，香港法院也有司法管轄權審理。(附件一第 37 段)

23. 被告人離開香港前已在境內開設、管有和維持帳戶，用作發布及持續發布煽動性的內容。縱使部份內容在境外發布，他所發布的內容是以繁體中文字為主，其意圖明顯是針對中央和香港特區政府，於香港境內鼓吹、散播具煽動性的主張，目標對象亦是香港境內的網民，意圖於香港境內煽動仇恨和叛離的情緒，達致香港獨立的主張。(附件一第 38 段)

(c) 就法律爭議作出的裁斷

24. 基於以上理由，法庭裁定：（附件一第 2 及 40 段）

(a) 各控罪指稱的犯罪行為屬持續性質，控罪沒有因時效問題而失效，亦沒有衍生法例追溯力的問題。

(b) 被告人的犯罪行為或「構成犯罪的相當活動」在香港境內發生。香港法院有司法管轄權審理本案所有控罪。

#584378v4