CAAR 4/2020

[2020] HKCA 990

**香港特別行政區**

**高等法院上訴法庭**

刑事司法管轄權

覆核申請

覆核申請案件2020年第4號

(原東區裁判法院刑事案件2019年第2461號)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

申請人 律政司司長

訴

答辯人 CHUNG Ka ho (鍾嘉豪)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

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

高等法院原訟法庭法官潘敏琦

聆訊日期： 2020年11月19日

判案日期： 2020年11月19日

判案理由書日期：2020年12月3日

**判案理由書**

上訴法庭法官彭偉昌頒發上訴法庭判案理由書：

*A. 引言*

1. 2020年6月4日，答辯人在認罪後被裁定一項‘參與非法集結’罪成立[[1]](#footnote-1)，獲控方撤回控罪書中的另一控罪‘管有攻擊性武器’[[2]](#footnote-2)。同日，原審裁判官（何俊堯裁判官）在聽畢辯方的求情後下令索取答辯人的社會服務令報告。2020年6月18日，原審裁判官接納報告中的建議[[3]](#footnote-3)，判處答辯人社會服務120小時。
2. 申請人不滿有關的判刑，認為是原則有錯及明顯過輕，因此根據香港法例第221章《刑事訴訟程序條例》第81A條向上訴法庭申請許可，要求覆核。申請在2020年7月6日獲批。
3. 2020年11月19日，經過正式的聆訊之後，本庭裁定申請人的覆核理據成立，並即時改判答辯人入獄3個月。本庭現頒布書面理由如下。

*B. 控罪與案情*

1. 控罪指答辯人在香港中環擺花街9至13號外連同其他身分不詳的人參與非法集結，犯案日期是2019年10月31日（即去年的萬聖節當日）。
2. 以下是控辯雙方同意的案情。
3. 案發當天晚上約10時30分，大約四至五百名示威者在案發地點參與一個未經批准的集結，並堵塞該處的馬路，警方於是到場展開行動。
4. 警方在擺花街朝結志街方向設立防線，距離處於地勢較高位置的示威人群約30米。當時示威者大部分身穿深色衣服，用面具或圍巾等物遮蓋面部，和手舉預先印製的標語。他們不斷做手勢，叫口號，以粗言辱罵，和用鐳射光照射警方。部分示威者更以雜物堵塞馬路。
5. 同日晚上10時49分至10時54分，一名督察三度以揚聲器向示威者發出警告，指他們正在參與非法集結，和違反《禁止蒙面規例》[[4]](#footnote-4)。警方亦向示威者展示旗幟，警告他們要立即散去和脫下面部遮蓋物。
6. 在雙方對峙期間，答辯人被發現站在示威人群的最前排。他頭戴黑色鴨舌帽，以藍白色圍巾遮蓋口鼻，身穿深色長袖上衣及長褲，腳踏黑色球鞋，背黑色背囊。錄影的截圖還顯示（見下文第13段），申請人戴眼鏡，但額頭上也掛著一副蛙鏡。
7. 在對峙過程當中，答辯人曾一度離開示威人群，從路旁拾起兩個麻包袋，然後把麻包袋扔到示威人群前面幾米的馬路中心。答辯人接著退回到示威者的行列。
8. 由於示威者不理警告，拒絕散去，繼續佔據馬路和不停高叫口號，警方遂於同日晚上10時55分向結志街推進。示威者轉身逃跑，但答辯人卻被制伏和拘捕。
9. 警方從答辯人的背囊搜出一頂黑色鴨舌帽、一副蛙鏡、兩對手套、兩條圍巾，和一根長120厘米的可組合木棍。該木棍就是原管有攻擊性武器罪的標的。答辯人在警誡下保持緘默。

*C. 現場錄影和相關截圖*

1. 除了同意事實之外，控辯雙方還向法庭呈遞了案發時的錄影片段和相關截圖[[5]](#footnote-5)。部分錄影片段在庭上播放[[6]](#footnote-6)。
2. 原審裁判官在看過錄影後主動和控方確認：「極度暴力嘅情況喺呢個案件唔適用」、「啲集結者係相對克制」，和「被捕 [之後] 被告人冇任何掙扎 [和] 反抗」。控方外聘律師表示「同意」[[7]](#footnote-7)。
3. 原審裁判官在辯方求情時也提到，示威者手持的標語，內容「係包括呼籲啲人11月2號去遊行」，而辯方則指口號為「fight for freedom等等」[[8]](#footnote-8)。至於錄影顯示的其他情況，例如是示威者所戴的面具（很多是所謂的‘V煞面具’），原審裁判官和辯方都沒有觸及。

*D. 答辯人背景及求情*

1. 案發時答辯人24歲，未婚，在某酒店的餐飲部任職侍應。他在本案之前沒有前科。
2. 辯方在求情時力稱本案的非法集會「和平」，絕大部分示威者都只是在舉標語和做手勢，而且標語和口號都「唔係話好挑釁性 [和] 侮辱性」，整個過程沒有「好血腥嘅畫面」。辯方強調，示威者「基本上」都沒有武器，錄影沒有拍到有人衝擊警方而警方也確實沒有人受傷。辯方承認，案發時香港「有不同嘅社會事件」，但力指「每一日每一個鐘數每一個地點嘅集結都應該分開去睇」[[9]](#footnote-9)。
3. 辯方強調，答辯人大部分時間站在人群當中。儘管他扔過沙包，但一定是力度很輕而不是想扔到警察的防線，因為沙包最終也只是落在答辯人「幾個身位」以外的地方。辯方還說，答辯人在扔罷沙包之後即站回原處，「唔知做乜」，顯然是沒有打算要襲擊防線上的警察。辯方強調，答辯人在被捕後沒有掙扎而控方已就搜出的可組合木棍撤控[[10]](#footnote-10)。
4. 辯方援引上訴法庭在黃之鋒 案提出而其後又獲得終審法庭認可的一個觀察[[11]](#footnote-11)，即縱使是涉及暴力的非法集結，但如果案情相對輕微，則法庭在判刑時可按比例增加被告個人情況、犯案動機，以及更生等判刑元素的比重，同時又下調阻嚇這個判刑元素的比重[[12]](#footnote-12)。
5. 辯方指出，答辯人完全符合判處社會服務令的條件[[13]](#footnote-13)。
6. 辯方呈上答辯人本人以及他母親和兄長所寫的求情信。答辯人在信中多次提到自己有「助人為樂」及「熱愛香港」和「幫助這座城市」的心，但明言已學懂需要以「增值自己」為前提，所以報讀了一個樹木管理課程[[14]](#footnote-14)。

*E. 原審判刑*

1. 原審裁判官在首次聆訊當中已表明，他認為本案的非法集結「比較溫和」，甚至是「和平」，而且答辯人本身的行為也不是「非常暴力」或「意圖傷害他人」，所以認為可考慮判處答辯人社會服務令[[15]](#footnote-15)。
2. 在正式判刑當日，原審裁判官再次提到黃之鋒一案，重點和辯方在求情時強調的完全一樣（見上文第19段）[[16]](#footnote-16)。此外他亦重申了本案可被視作情節較輕的理由[[17]](#footnote-17)：

「 喺本案 … 雖然 … 牽涉咗約四百至五百人，規模唔算小，但係 … 呢啲集結者 … 都只係作出咗呼喊口號呀，手勢呀，將鐳射光指向警員等等呢啲相對溫和嘅行為。更加重要嘅就係，正如控方喺較早時 … 確認過，本案並唔涉及上訴庭所指及嘅一啲暴力嘅行為，而本席亦都睇唔到 … 有任何人因為今次嘅非法集結而係受傷，亦都冇任何財產係因此遭到破壞嘅。」

1. 他解釋他何以認為社會服務令是最適合本案的刑罰[[18]](#footnote-18)：

「 … 本案嘅案情 … 本席認為較為接近上訴庭所提到嘅相對輕微嘅嗰一端 …。因此 … 法庭能夠畀犯案者個人情況、犯案動機或原因，同埋更生呢啲判刑元素嘅比重 … 就可以相稱地加多。當然，上訴庭亦都強調，一般而言，就算 … 犯案情節唔係咁嚴重，但係法庭仍然要確保公共秩序要得到有效維護，所以判刑仍然需要具備相稱嘅阻嚇 …。由此考慮，若果案件存在*Brown*一案所有嘅六個條件，或者案情適合 … 社會服務令可以係一個恰當嘅判刑選項，因為社會服務令係包含咗懲罰嘅元素，可以視為具相稱嘅阻嚇力。佢嘅更生嘅元素呢，亦都可以幫助犯罪者，特別係年輕嘅犯罪者更生。上訴庭亦都重申，社會服務令係同時具懲罰同埋更生兩個判刑因素，咁本身唔係一項係輕嘅 … 刑罰嚟嘅。另外喇，社會服務令亦都有補救嘅成份，犯罪者係通過無薪嘅工作，對社會作出貢獻，從而令到佢造成嘅破壞影響嘅, 即係嗰啲社會大眾呢, 係受惠嘅。」

1. 原審裁判官強調，有關答辯人的報告，內容正面。他指答辯人背景良好，只是犯案時沒有想清楚後果，經過這次法律程序之後則上了寶貴的一課[[19]](#footnote-19)。

*F. 覆核理由*

1. 申請人由高級檢控官劉德偉大律師代表。以下是本庭根據申請人的書面申請，以及劉大律師的書面和口述陳詞所整合而成的覆核理由撮要。

*F.1 理據一：原審裁判官低估了本案的嚴重性, 未有就懲罰和阻嚇兩方面給予充分比重。*

1. 參與非法集結的控訴要旨（gravamen），是參與者人數眾多，和參與者恃著人多勢眾來達到他們的共同目的。對於這個情況所構成的公共秩序威脅，以及它的嚴重性和嚴重性的原因，英國和香港的案例已有各種分析和討論[[20]](#footnote-20)。
2. 作為控罪，參與非法集結是針對上述威脅的一項預防措施。訂立這項控罪，可以把社會安寧的破壞，制止於萌芽階段。這點香港的案例也有指出[[21]](#footnote-21)。
3. 在黃之鋒 案[[22]](#footnote-22)，上訴法庭扼要地回顧了上文提到的案例。此外上訴法庭也因應參與非法集結的控訴要旨，和訂立相應控罪的理由，鄭重地指出了懲罰和阻嚇兩項判刑元素的重要。上訴法庭指出，判罰參與非法集結，須以維護公共秩序為大前提。
4. 當然，上訴法庭也表示，個別的判刑元素應獲得多少比重，要視乎案件的實際情況。但若然情節嚴重，例如是涉及暴力和臚列於判詞中的一系列因素[[23]](#footnote-23)，則懲罰和阻嚇的元素還是應該最具份量。
5. 儘管原審裁判官聲稱自己謹記上訴法庭在黃之鋒 案的判決，但實際上卻沒有按照該案和該案所提到的案例，全面及妥善地衡量本案的嚴重性。被他忽略的情節包括：涉案非法集結的規模其實相當龐大，人數遠超在場警務人員的數目；示威者聚集在狹窄的街道，兩旁都是建築物，對在場人士的人身安全造成重大威脅；根據他們的衣著和裝備，示威者和答辯人都是有計劃和有預謀地參與其中；示威者和答辯人的行為極具挑釁性，令現場的情緒越發高漲；他們拒絕聽從警方要他們散去的命令，讓對峙持續二十五分鐘，令發生暴力衝突的風險升級。
6. 根據最近期的案例Leung Kwok Hung (No 2) （判案書日期：2020年4月9日）[[24]](#footnote-24)：參與非法集結者若蒙面，可隱藏身份，會令他們更大膽和得到更多的互相支持和鼓勵；參與非法集結者被警方警告後拒絕離開，會令原本已經受到威脅的社會安寧進一步惡化。此外，事發時《禁止蒙面規例》剛生效不久，雖然受到司法覆核的挑戰卻仍然是具約束力的法律，但示威者和答辯人卻公然漠視和違反。這都是令案情變得更加嚴重而又被原審裁判官忽略的因素。
7. 原審裁判官指答辯人本人的行為不是過於暴力，或意圖傷害他人，是忘記了參與非法集結的控訴要旨。如前述，參與非法集結對公共秩序構成威脅，是因為參與者的共同作為而非個人。
8. 總括而言，原審裁判官指自己謹記黃之鋒 案所釐清的原則，卻因為本案沒有發生肢體衝突和損毀財物而把本案界定為「相對輕微」，最終令懲罰和阻嚇兩個元素得不到應有的比重，以致答辯人判刑過輕，是對相關原則「口惠而實不致」（pay lip service）。

*F.2 理據二：原審裁判官未有正確評估答辯人的刑責*

1. 即使先放下參與非法集結的控訴要旨，只討論答辯人的個人行為，原審裁判官也嚴重地低估了答辯人的罪責。被原審裁判官忽略的情節包括：答辯人站在示威者的最前排，顯示出他的積極參與；答辯人戴帽、蒙面、穿深色衣服，可見他是有預謀犯案和一早計劃要隱藏身份；答辯人在雙方對峙期間投擲麻包袋，是極具挑釁性的行為。

*F.3 理據三：考慮到整體案情，社會服務令的判刑，實屬原則有錯和明顯不足*

1. 根據案例：除非案中有非常特殊和實為罕見的情況，否則判處明顯要以懲罰和阻嚇為主要目的的罪行，即時拘禁以外的刑罰都不是合適的刑罰[[25]](#footnote-25)；即使被告適合，但對於明顯要處以阻嚇性刑罰的罪行，法庭一般都不宜判處社會服務令[[26]](#footnote-26)；品格良好和有悔意，一般都不是不判處阻嚇性刑罰的理由[[27]](#footnote-27)；儘管社會服務令被形容為「不是輕的判罰」，但它的懲罰性和阻嚇力卻確實比即時監禁輕[[28]](#footnote-28)；就算沒有前科者不應被處以阻嚇性刑罰的原則確實存在，這原則也不適用於破壞公安秩序的罪行[[29]](#footnote-29)。
2. 處理本案，明顯需要以懲罰和阻嚇為主要目的。此外本案也沒有案例所指的特殊和罕有情況。在這個情形下判罰社會服務令，實屬原則有錯和明顯不足。

*G. 答辯人的回應*

1. 梁嘉善大律師是原審時的辯方大律師，她和陳偉彥大律師在是次覆核代表答辯人，但陳大律師未能出席聆訊。答辯人的回應可撮要如下。

*G1. 有關覆核理由一*

1. 原審裁判官已全面審視過本案的案情，他扼要地指出案中的關鍵情節，例如是人數和示威者的行為等等。基於這些情節，原審裁判官認定涉案的非法集結「溫和」和「不涉及暴力」，是他有權達致的結論，而且得到控方的確認。除非這個結論導致判刑明顯不足，否則上訴法庭無權把自己的結論換上並重新判刑[[30]](#footnote-30)。
2. 上訴法庭在黃之鋒 案定下的原則，只適用於涉及暴力的非法集結，終審法院在處理該案時也沒有超出這個範圍。由於暴力的一般解釋是使用武力襲擊他人或損毀財物，但襲擊他人和損毀財物的情況卻沒有在本案出現，所以黃之鋒 案的原則不適用。
3. 本案的非法集結，儘管規模較大、參與群眾的情緒高漲，和有人蒙面。但參與者人數眾多和恃著人多勢眾來達致共同目的，是所有非法集結的共通點，亦為公共秩序受威脅的主因，所以光是人多、蒙面和情緒越加高漲本身，不會令某個非法集結變得特別嚴重。令非法集結變得特別嚴重的是暴力。
4. 示威者和警方對峙二十五分鐘而沒有衝擊，或以任何方式使用武力，足見本案不但沒有暴力，而且出現暴力的風險不高，極其量也只能說是現場氣氛緊張。
5. 原審裁判官並非沒有因應本案的嚴重程度而對懲罰和阻嚇賦予比重。他清楚指出社會服務令對各項判刑元素的兼顧性，並因為本案不涉及暴力而認定它為最合適本案的刑罰，這完全是他權限之內的事，上訴法庭不能輕易干預[[31]](#footnote-31)。

*G2. 有關覆核理由二*

1. 答辯人的行為不足以大幅提升本案的嚴重性：沙包是他從路旁的建築物料堆隨手拾來的；他沒有瞄準警方防線把沙包扔過去；他沒有藉著投擲沙包暗示或鼓動其他示威者要向前衝，他自己在扔完沙包之後即返回原處；事實上他絕大部分時間都只是站在示威人群當中，在被捕之後也沒有反抗；他可能是有計劃而來，但沒有把任何裝備（尤其是可組合的木棍）用作攻擊警方的工具（管有攻擊性武器的控罪已撤控）。

*G3. 有關覆核理由三*

1. 案例顯示，就算涉及輕微暴力，例如是短暫擠壓警方防線和衝開閘門警衛等非法集結，都曾經以社會服務令作判刑[[32]](#footnote-32)。在情節輕微的案件，判罰社會服務令，無須有案例所指的特殊和罕有情況。本案就是一個例子。

*G4. 答辯人的近況*

1. 本庭從梁大律師得悉，受新冠病毒疫情影響，答辯人在之前的一段時間內未能獲派合適的工作，至覆核聆訊當天則完成社會服務8小時。

*H. 討論與分析*

*H1. 控訴要旨的重要性*

1. 申請人力陳，原審裁判官在判刑時應認真考慮有關罪行的控訴要旨，是正確的。
2. 上訴法庭法官潘兆初(當時官階)在黃之鋒 案的H部（「判刑原則」）第107段說過，「在決定某個判刑元素該有多大的比重時，法庭一般來說會考慮案中罪行本身的性質和嚴重性」，指的就是控訴要旨，而且還排在「干犯罪行情節的嚴重性、罪行所引起的後果、犯案者的動機、犯案者的個人情況等因素」的前面。
3. 法庭判罰參與非法集結，要充分及全面掌握有關的控訴要旨，原因不但是因為這樣會符合一般判刑原則，而且亦因為這項控罪所針對的公害，往往要比干犯這項控罪的表面行為深遠。
4. 潘上訴法庭法官在黃之鋒 案的H.2分部指出[[33]](#footnote-33)，市民行使「和平集會」的權利，必須與「干擾或威脅干擾公共秩序」及「使用或威脅使用暴力」的行為劃界，不能逾越，否則公共秩序將不能維持，社會將陷入無法無天的狀態，就是有關公害的核心。潘法官再用整個H.3分部討論參與非法集結的控訴要旨[[34]](#footnote-34)，就是要解釋這個罪行的特徵，及這個特徵會如何引致甚至加劇上述的公害。這不是光看犯罪行為的表面就可以掌握。
5. 為要提醒各有關人員，在同類案件必須認真考慮參與非法集結的控訴要旨，本庭再次把H.3的最相關部分節錄於下。這部分也是申請人就覆核理由一所援引和依賴的：

「 123. 在判刑時，法庭會考慮犯案者被控之罪行的控訴要旨(gravamen)。對於非法集結，罪行的控訴要旨是參與者行事時人數眾多，並利用人多勢眾來達到他們之共同目的：見*Caird*案，英國上訴法院Sachs法官的判詞第504-505頁。*Caird*案中的非法集結是普通法的罪行，但其控罪要旨和《公安條例》第18條之下法定的非法集結罪行是一樣的：參考*梁國華*案，上訴法庭法官林文瀚（當時官階）的判詞第18-22段。

124. 在較近期的*R v Gilmour* [2011] EWCA Crim 2458, 英國上訴法院Hughes法官說（意譯）：

『 集體擾亂秩序定必有一個特點，就是每個個人的行為，無論本身特性為何，都會感染及鼓勵其他人作出類似行為，正就是羣體行動造成的整體效果，令公眾受害。』

在*R v* *Blackshaw* [2011] EWCA Crim 2312，英國上訴法院首席法官Judge勳爵亦有類似的看法，他在判詞第9段形容參與暴力非法集會的犯案者的心態時說（意譯）：

『 現實是那些犯罪者從他們周圍的其他犯罪者得到支持、安慰及鼓勵。也許，牽涉的人數眾多也會令部分犯罪者相信他們是不受監管的，而其罪行亦不會被偵破的。』

125. 雖然*Gilmour*案 和*Blackshaw*案中的控罪不是非法集結，是其他破壞公共秩序的罪行，但犯案者利用人多勢眾來達到他們之共同目的，是所有集體破壞公共秩序罪行的共通點，所以Hughes法官和Judge勳爵上述評語，對第18條的非法集結同樣適用。

126. 再者，經驗告訴我們，當大批示威者聚集時，很大可能會出現情緒高漲甚至激動的情況，而這種情況本身有造成暴力事件的風險。有時，甚至會有以挑起暴力事端為目的之不法之徒在場趁機行事，這方面的風險不容忽視：見*女王 訴 陶君行* [1995] 1 HKCLR 251, 麥道高法官的判詞第257頁。因此，第18條的非法集結是必需的預防措施，對社會安寧可能被破壞和破壞社會安寧所引發的嚴重後果防微杜漸：*梁國華*案，上訴法庭法官林文瀚的判詞第40段。

127. 在維護公共秩序的大前題下，並且顧及到非法集結的控罪要旨，法庭在判刑時除了要對犯案者施予合適的懲罰，亦需要考慮阻嚇的判刑元素，即判刑不僅要防止犯案者重犯，亦需要以儆效尤，阻嚇其他人不要以身試法，有樣學樣來破壞或擾亂公共秩序。法庭應該給予阻嚇這判刑元素的比重，則視乎案件實際的情況而定。若案情嚴重，法庭需要判處具阻嚇性的刑罰。」

*H2. 確實使用暴力與否的問題*

1. 在黃之鋒 案，H.3的標題是「非法集結的控罪要旨」。它的內容並不只是適用於涉及暴力的非法集結。它也適用於不涉及實質暴力的非法集結。事實上，潘上訴法庭法官要到下一個分部H.4才在「使用暴力擾亂公共秩序」的標題下展開和暴力直接有關的討論。
2. 然而，值得留意的是H.3最後兩段[[35]](#footnote-35)。它們分別指出（見上文第51段的節錄）：一，有大量人群聚集，聚集的人情緒高漲，這本身就有造成暴力事件的風險，而且這風險會因為可能有人趁機挑起事端而增加；二，法庭須以維護公共秩序為大前提，對情節嚴重的非法集結處以具阻嚇性的刑罰。單從這兩段判詞可知，這裡所指，法庭必須從嚴處理的嚴重個案，是包括沒有實質暴力，但縱觀一切情況卻可能一觸即發的非法集結。始終，訂立參與非法集結罪的目的，是先發性（pre-emptive）的，要把社會安寧的破壞制止在萌芽階段。
3. 把非法集結分為暴力和非暴力，並在判刑時生硬地加以區別，不但和H.3的內容不符，而且也沒有道理和經不起思考。就如剛才提到，儘管沒有犯案者打人、擲物，和衝擊防線，但假若為數眾多的人，於特殊的日子，在擠迫狹窄或有其他環境風險的地方，就著具爭議性的議題，用激烈和富挑釁性的方式宣示立場，並在警方多次警告下仍然拒絕離去，難道就不算情節嚴重，一定無須處以較具懲罰和阻嚇性的刑罰？這不是，也不可能是黃之鋒案的原意。
4. 以上幾項前設，只是例子，而且不是所有例子都同時出現才會令某個非法集結變得嚴重，一切要視乎案中的實際情況。就此，本庭會順帶指出，潘上訴法庭法官在黃之鋒 案第135段所辨識，即有助法庭釐清某暴力非法集結的嚴重程度的因素[[36]](#footnote-36)，在稍加調整後會同樣適用於所謂非暴力的非法集結。例如計劃、人數、地點、影響範圍、時間長短、手段之激烈程度、犯罪行為所產生的後果，和被告的個人角色等等，其實都是一般的加重罪責因素，任何法庭都應該懂得靈活適用。至於清單上的第（7）點，即沒有實質人身傷害或財物損毀下，「暴力行為造成的威脅之嚴重性及逼近程度」，則可被調整為：在沒有實質暴力的出現下，犯罪行為對實質破壞社會安寧的威脅和逼近程度。
5. 總括而言，要把黃之鋒 案的判決，說成是只適用於涉及暴力的非法集結，是完全沒有根據的。黃之鋒 案從未裁定，沒有實質暴力行為，就不應處以較具懲罰和阻嚇性的刑罰。一切要視乎案件的實際情況。

*H3. 蒙面、潛在風險，和拒絕散去*

1. 上訴法庭在Leung Kwok Hung (No 2) [[37]](#footnote-37) 引述該案專家證人指出[[38]](#footnote-38)：面具有助隱藏身份。當隱藏身份和集體行動配合起來，參與者的責任就容易分散和與其他人共同承擔。個別參與者會覺得受到為數眾多的人支持，出現壯膽效應。如果群體的主體價值或當下目的是反社會，個別參與者就會跟著做出反社會的行為。（意譯）[[39]](#footnote-39)
2. 上述的專家證據，和人們的一般生活經驗相符。能隱藏身份確實會令人更易變得沒有顧忌。而這一點之所以重要，是因為無論根據學術研究或常識推斷，蒙面都會使參與非法集結者較易失控，令集結變為暴力事件的風險大增。
3. Leung Kwok Hung (No 2) 的第226段也提到：基於情況可能迅速惡化，及惡化對治安和在場人士人身安全的嚴重影響，一個拒絕警方命令，不肯從大型人群集結中散開和離去的人，無疑是在延續一個擾亂公共秩序的事態，對社會安寧的不被破壞構成嚴重威脅。即使這人只是留在集結當中，不進一步作出暴力或威脅使用暴力的行為，他也是在延續惡化中的情況，增加出現暴力衝突的可能。（意譯）[[40]](#footnote-40)
4. Leung Kwok Hung (No.2) 雖然和《禁止蒙面規例》是否違憲的問題有關，但以上一段判詞，卻對處理不涉及實質暴力的非法集結有相當幫助。它再次指出，法庭要切實關注的其中一點，是非法集結可迅速演變為暴力衝突的潛在風險。如果大部分的參與者蒙面，有關的風險就更大。至於文中提到，參與者拒絕散去的問題，法庭在判刑時務必小心，不輕易把它看成個別被告的加刑因素，否則會和集結的行為本身造成重疊。一切要視乎案中的實際情況。

*H4. 人數懸殊，和挑釁行為*

1. Tang Ho Yin是去年宣判的案件（判案書日期：2019年6月5日）[[41]](#footnote-41)。上訴法庭副庭長麥機智在該案判詞第27段指出：在任何情緒極度高漲的衝突當中，如果暴力不被有效圍堵或控制，則無可避免地會出現暴力升級的危險 – 尤其當執法人員的人數被遠遠超出。暴力在這個情況下升級，可能會導致大規模的破壞、縱火、搶掠、甚至人命傷亡。（意譯）[[42]](#footnote-42)
2. 當然，Tang Ho Yin案涉及的是‘暴動’罪，暴力行為經已發生。申請人援引該案，只是想引申，即使就非暴力的非法集結而言，警方的人數若遠低於聚集的人數，有實質暴力情況出現的風險便會增加。這個主張，本庭認為是正確的，不過也要如上述一段判詞所說，相關的對峙要先達到一個情緒極度高漲（highly charged）的地步，否則風險不一定會增加。此外，雙方人數懸殊，一般不會構成個別被告的加刑因素，只能幫助法庭判斷某個非法集結的整體嚴重性。
3. 申請人提出的另一點，是參與非法集結者的行為具挑釁性。申請人在本案辨識的例子包括：示威人群當中有人用強光和鐳射光照射警察防線；示威人群不但不斷高叫口號而且還夾雜著不少粗言穢語；答辯人本人把沙包扔到馬路中心。此外，示威者當中有很多人蒙面，公然違反《禁止蒙面規例》和抗拒警方要他們移除面部遮蓋物的命令，也可以被視為具挑釁性。
4. 具挑釁性，不應被單純理解為對執法人員和公權力的挑戰。決定一個行為是否具挑釁性，也要視乎該行為對示威者和在場而又持有不同意見的人所可能引起的反應。事實上，由於執法人員理應專業克制，所以後兩類人士是否會被挑動或進一步挑動，是一個遠較重要的考慮。如果一眾示威者會或可能會被挑動或進一步挑動，持不同意見的人又會或可能會被激起強烈反應，出現暴力衝突的風險便會增加，非法集結的整體嚴重性亦會隨之而增加。即使現場沒有出現反對人士或陣營，而只是示威人群本身被挑動或進一步挑動，則出現暴力行為的風險會仍然有所增加，只是增加的程度或有分別，但一切要視乎案中的實際情況。
5. 個別被告的挑釁行為，可能但未必一定構成個別被告的加刑因素。答辯人把沙包扔到馬路中心，明顯是要表達他將繼續堵路，不能輕看它對示威人群的挑動作用。

*H5. 特別日子，和高風險地點*

1. 本庭在聆訊中翻看過原審時播放的錄影片段，並獲得與訟雙方確認：示威者所做的手勢，有不文的，也有豎起五個指頭的；所叫的口號，有「時代革命」、「fight for freedom」和「stand for Hong Kong」；所舉的標語，內容包括「11.2 3 pm」、「點解要拎 不反對通知書」和「求援國際 堅守香港 維園見」。
2. 與訟雙方不爭議，事發當天是原訟法庭就《禁止蒙面規例》展開司法覆核聆訊的第一天[[43]](#footnote-43)，此聆訊因反對這《規例》的聲音不少而廣受關注。此外，案發當晚也是市民四出玩樂的萬聖節晚上。至於案發地點，擺花街及類近一帶多是狹窄的斜路，街道兩旁佈滿一棟棟的大廈，辯方在求情時更坦白承認案發地點是「一個窄嘅街口」[[44]](#footnote-44)。最後，距離不遠的蘭桂坊，在萬聖節晚上會人頭湧湧，是任何香港人都會知道的事實。
3. 基於以上事實，本庭會指出兩點。
4. 首先是涉案非法集結的性質。它明顯是和當時的《逃犯條例》修定草案有關。這個草案所引起的激烈辯論，和之後的公共秩序問題，是史無前例的，而且在案發時還處於高峰，再加上差不多同一時間出台並同樣受到很大爭議的《禁止蒙面規例》，有關集結會迅速演變成暴力事件的風險，是極高的，法庭在判刑時理應考慮。第二，由於案發一帶的市民會很多，但礙於環境不易疏散，如果真發生暴力衝突的話後果會相當嚴重，這點也是法庭應該注意到的。
5. 其實，上訴法庭早在侮辱國旗案羅敏聰（判案書日期：2020年4月24日）就對日期、時間、地點和場合等因素可如何影響案件的整體嚴重性，作過討論[[45]](#footnote-45)，在近期的‘大三罷’襲警案龔逸勤（判案理由書日期：2020年11月9日）又再重複[[46]](#footnote-46)，各級法庭當有據可依。要特別一提的是，上述因素和犯案者的政治立場完全無關。法庭的唯一關注，是在上述各因素的影響下，犯罪行為是否會令在場人士起哄，令發生暴力衝突的風險增加。這是判刑時必須考慮的。

*H.6 有關答辯人的陳詞*

1. 代表答辯人的梁大律師陳詞，指黃之鋒 案只適用於涉及暴力的非法集結。那是出於梁大律師對該案的誤解。見本判詞第52至56段。
2. 梁大律師力陳，原審裁判官了解本案案情，有權把有關的非法集結認定為「溫和」和「不涉及暴力」；她力陳，人多、情緒高漲，甚至蒙面令情況惡化，都是非法集結的常見現象，不會令沒有實質暴力的個案變得嚴重；她認為，對峙維持了二十五分鐘而沒有演變成暴力衝突，可見有關的風險不大。以上的陳詞皆無視了參與非法集結罪背後的公害、控訴要旨、控罪的先發性（pre-emptive nature），和出現暴力的風險何以會在本案大增。見本判詞的H1至H5分部，特別是第53、58、60、62、64和69段。
3. 梁大律師指答辯人的個人罪責輕微，是因為她一方面強調答辯人無意襲擊警方防線，另一方面又避開他扔沙包本身所顯示的挑釁性。同樣，她一方面強調答辯人多在站著、沒有特殊舉動，另一方面又避開答辯人選擇置身示威者最前排的積極參與。她強調答辯人沒有使用背囊中的木棍和被捕時沒有反抗，同時又對他帶著裝備而來的事實避重就輕。
4. 梁大律師力稱社會服務令是合適的刑罰，只是基於她對涉案非法集結和答辯人個人罪責的淡化。她援引的案例也不能和本案相比。

*H.7 有關原審裁判官的裁量*

1. 本庭認為，原審裁判官把涉案的非法集結評為「溫和」，甚至「和平」，實在過於表面，是出於他對黃之鋒 案的誤解，認為不涉及實質暴力或暴力程度輕微的非法集結就不嚴重（用鐳射光直接照射別人眼睛當可構成襲擊）。經過本庭在上述各標題下的分析（其實很大程度是重溫），那明顯是不對的。最簡單，本案示威者在警方推進時掉頭逃跑，實非必然。只要有一小撮激進份子作出抵抗，後續情況將如何發展，例如是挑動到其他人加入與否，是無法估計的。還有，當時正值社會衝突的高峰，在大型人群集結之中有激進份子混入，伺機行事，都是不能抹殺的可能。見上文第51段，黃之鋒 案第126段所引述的 陶君行案[[47]](#footnote-47)；及Leung Kwok Hung (No 2) [[48]](#footnote-48)判詞的第14(3)段。
2. 總括而言，原審裁判官對有關非法集結的公害、控訴要旨、控罪先發性，和本案會演變為暴力衝突的風險，皆缺乏全面掌握，以致他嚴重地低估了本案的嚴重性。原審裁判官只著眼於答辯人無意襲擊警方、在被捕時沒有反抗，結果也嚴重地低估了答辯人的個人罪責。
3. 原審裁判官對上述兩方面缺乏考慮，是原則性犯錯，以致他認為社會服務令是合適的刑罰，令判刑明顯過輕。基於本案的整體嚴重性，和答辯人的個人罪責，即時監禁才是唯一合適的刑罰，即使答辯人的背景良好也不能避免。這是本庭的判決。

*I. 改判*

1. 考慮到與案有關的所有情況，本庭會以六個月為本案的量刑基準。答辯人認罪，可得三分一的扣減，就下調至四個月。由於這是一宗刑期覆核，而答辯人又經已完成八小時的社會服務，本庭會酌情再給答辯人減免一個月至3個月。

*J. 命令*

1. 本庭批准申請人的刑期覆核申請，撤銷原有的社會服務

令，並命令答辯人須為本案入獄3個月，即時執行。

(潘兆初) (彭偉昌) (潘敏琦)

高等法院首席法官 高等法院上訴法庭法官　 高等法院原訟法庭法官

申請人： 由律政司高級檢控官劉德偉先生代表

答辯人： 由劉志華律師行轉聘陳偉彥大律師及梁嘉善大律師代表

1. 違反香港法例第245章《公安條例》 第18(3)條。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 違反香港法例第228章《簡易程序治罪條例》第17條。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 報告建議一個‘中度時段’即80至160小時的命令。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 此《規例》(香港法例第241章, 附屬法例K)剛在2019年10月5日生效。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 同意案情提到三段案發時的錄影，分別由傳媒和警方拍攝。除此之外，同意案情還有兩個附件。附件一是按照時間而對錄影內容所作出的描述，附件二是選取自錄影的截圖和相關的文字說明。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 控方在庭上播放第一段錄影的部分和第二段錄影的全部，第三段則因為內容大致重複而沒有播出。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 上訴卷宗40頁M至T。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 上訴卷宗41頁D至K。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 上訴卷宗41頁D至N。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 上訴卷宗41頁O至U。 [↑](#footnote-ref-10)
11. *律政司司長 訴 黃之鋒* (2018) 21 HKCFAR 35（判詞第123(4)段）。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 上訴卷宗42頁D至K。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 上訴卷宗43頁M至44頁B。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 上訴卷宗49頁。 [↑](#footnote-ref-14)
15. 上訴卷宗44頁O至45頁D。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 上訴卷宗46頁N至47頁A。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 上訴卷宗47頁B至D。 [↑](#footnote-ref-17)
18. 上訴卷宗47頁D至J。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 上訴卷宗47頁K至N。 [↑](#footnote-ref-19)
20. 見本判詞第51段。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 見本判詞第51段。 [↑](#footnote-ref-21)
22. *律政司司長 訴 黃之鋒* [2018] 2 HKLRD 657。 [↑](#footnote-ref-22)
23. 該案判詞第135段。 [↑](#footnote-ref-23)
24. *Leung Kwok Hung v SJ* *(No 2)* [2020] 2 HKLRD 771。 [↑](#footnote-ref-24)
25. *黃之鋒*（上訴法庭的判決）（判詞第153段）。 [↑](#footnote-ref-25)
26. *黃之鋒*（上訴法庭的判決）（判詞第142段）。 [↑](#footnote-ref-26)
27. *律政司司長 訴 伍洽勝又名吳洽勝* CAAR 1/2017（判詞第46段）。 [↑](#footnote-ref-27)
28. *HKSAR v Wan Ka Kit* [2006] 3 HKLRD 9（判詞第31段）。 [↑](#footnote-ref-28)
29. *R v Nguyen Quang Thong* [1992] 2 HKCLR 10（判詞第13頁5-10行）。 [↑](#footnote-ref-29)
30. *黃之鋒*（終審法院的判決）（判詞第62和100段）。 [↑](#footnote-ref-30)
31. *黃之鋒*（終審法院的判決）（判詞第99段）。 [↑](#footnote-ref-31)
32. *黃之鋒*（終審法院的判決）（判詞第95段）。 [↑](#footnote-ref-32)
33. 該案判詞第113至121段，標題「法律對集會權利的限制」。 [↑](#footnote-ref-33)
34. 該案判詞第122至127段，標題「非法集結的控罪要旨」。 [↑](#footnote-ref-34)
35. 該案判詞第126和127段。 [↑](#footnote-ref-35)
36. 在H.5分部（「涉及暴力之非法集結的相關情節」）之下。 [↑](#footnote-ref-36)
37. 見註釋24。 [↑](#footnote-ref-37)
38. 該案判詞第14(6)段。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 原文是：“[E]xpert evidence shows, mask functions as a facilitator of anonymity. When anonymity joins with group function, participants’ responsibilities become easily diffused or shared. Individuals tend to feel they are being supported by a lot of people. This is an emboldenment effect. If the dominant group value or purpose in the situation is anti-social, the individual will conform to that and more likely to act anti-socially.” [↑](#footnote-ref-39)
40. 原文是：“Given the potential for rapid deterioration of the situation and the serious ramifications for the maintenance of law and order and safety of those at the scene in gatherings involving large number of persons，a person who refuses to disperse and leave an assembly after the order is publicly announced perpetuates a state of affairs which disrupts public order and gives rise to a serious threat of breach of the peace. By remaining at the assembly, even without the commission of further act of violence or threat of violence, such person perpetuates the worsening situation which can potentially escalate to serious violent confrontations ..….” [↑](#footnote-ref-40)
41. *HKSAR v Tang Ho Yin* [2019] 3 HKLRD 502。 [↑](#footnote-ref-41)
42. 原文是：“[T]he inevitable danger of any highly charged confrontation is that violence that is not contained or controlled will escalate; particularly where law enforcement officers are heavily outnumbered. Such an escalation may result in widespread damage, arson, looting, injury and even death.” [↑](#footnote-ref-42)
43. 該聆訊進行了兩天，判決書則要待2019年11月18日才頒下，如何執行判決的命令則要再遲三天。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 上訴卷宗41頁D。 [↑](#footnote-ref-44)
45. *律政司司長 訴 羅敏聰* CAAR 4/2019（判詞第34(2) 和38段）。 [↑](#footnote-ref-45)
46. *律政司司長 訴 龔逸勤* CAAR 8/2020（判詞第40和41段）。 [↑](#footnote-ref-46)
47. *女皇 訴 陶君行* [1995] 1 HKCLR 251（判詞第257頁）。 [↑](#footnote-ref-47)
48. 見註釋24。 [↑](#footnote-ref-48)