CACC 108/2020

[2021] HKCA 309

香港特別行政區

高等法院上訴法庭

刑事司法管轄權

判刑上訴許可申請

刑事上訴案件2020年第108號

（原區域法院刑事案件2019年第480號）

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | | |  |  | |
| 答辯人 | 香港特別行政區 | | |  | |
|  | 對 | | |  | |
| 申請人 | 廖子鳳（liu chi fung） | | |  | |
|  | | |  |  | |

主審法官： 高等法院上訴法庭副庭長楊振權

高等法院上訴法庭法官朱芬齡

高等法院上訴法庭法官彭偉昌

聆訊日期： 2021年3月5日

判案日期： 2021年3月5日

頒發判案理由書日期： 2021年3月17日

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **判案理由書** |  |

高等法院上訴法庭副庭長楊振權頒發上訴法庭判案理由書：

引言

1. 本案由一宗警方卧底行動引發。化名“華仔”的警員在2016年11月16日至2018年3月3日期間在不同餐廳任職侍應及短暫任職金融經紀，目的是掩飾身分以調查三合會組織及收集證據。
2. 上述行動最終導致三名被告人被拘捕及被檢控。申請人（廖子鳳，外號“子馮”）被控一項以三合會社團成員身分行事罪（第五項控罪）。林永森，外號“大眼哥”被控三項以三合會社團成員身分行事罪（第一項、第六項及第八項控罪）。另一名被告人（伍偉浩）則被控三項以三合會社團成員身分行事罪（第二項、第四項及第七項控罪）及一項聲稱是三合會社團的成員罪（第三項控罪）。
3. 三名被告人都否認全部控罪，並在區域法院法官李慶年（原審法官）席前受審。
4. 2020年7月9日，原審法官裁定申請人第五項控罪罪名成立；林永森第一項和第六項控罪罪名成立，但第八項控罪罪名不成立。原審法官亦裁定伍偉浩全部控罪都罪名成立。申請人被判處入獄15個月，林永森被判處入獄共18個月。而伍偉浩則被判處入獄24個月。申請人、林永森和伍偉浩不服定罪及判刑，並提出上訴許可申請，要求獲准就定罪及/或判刑上訴。
5. 申請人於2021年1月11日存檔通知書，表示會放棄就定罪的申請，該申請亦被撤銷。2021年2月11日，林永森亦存檔通知書，表示放棄就定罪及判刑的申請，該申請亦被撤銷。而伍偉浩於2020年11月11日存檔放棄通知書表示放棄就定罪及判刑的申請，其申請亦被撤銷。因此，本庭只需處理申請人就判刑的上訴許可申請。經聆訊後，本庭亦駁回他的申請。以下是本庭的判案理由。

背景事實和針對申請人的證據

1. 2018年1月18日晚上，“華仔”和另一名男子在旺角玩遊戲機時，該名男子接到電話後說佐敦有事，要“吹雞”。兩人隨即登上由“阿俊”駕駛的車，先接載其他人後，便一起前往西貢街和吳松街交界。
2. “華仔”指根據“阿俊”的說法，“大眼哥”和前坐館“子馮”談判失敗要打架，而對方更召集了30多人來掃場。
3. 他們在同日晚上約11時在上海街一間日本餐廳附近和林永森會合，並跟隨他步行前往西貢街與吳松街交界。當時，已有兩幫共約50名男子在十字路口兩邊對峙。
4. 當“華仔”和林永森在現場和伍偉浩會合後，林永森和伍偉浩握手，並拍其膊頭說：“兄弟，唔該晒。”。伍偉浩則回應並說：“小事嚟啫，大家合作開，你有事我哋老新撐硬你架喎。”。
5. 林永森隨後打電話，並高聲說：“我同你啲人喺下面，落嚟啦！”，“唔嚟正契弟。”。
6. 約2至3分鐘後申請人到場，並和林永森一起走到馬路中央。申請人對林永森說：“你叫咁多水房人嚟做乜撚嘢呀！想自己人打自己人呀？我話晒都係水房前坐館，夠薑就喺度隻揪啦大眼仔！”。其後，有另一男子加入以平息雙方的糾紛。他搭著申請人和林永森的膊頭說大家是自己人，好好傾談，並一起走上一餐廳，而其他人則在外等候。
7. 稍後，有警笛聲傳至，各人離開。“阿俊”駕車送“華仔”返旺角，並向他說有事便會打電話“吹雞”再出來。
8. 除了“華仔”的證供外，有三合會專家證人就黑社會的術語，包括香港三合會的名稱、“吹雞”、“坐館”、“晒馬”等用詞的意思向法庭供述。

申請人的背景及求情理由

1. 申請人在1959年7月在香港出生。案發時，約60歲。申請人已婚，並育有一名9歲兒子。申請人是一名麻雀館股東，月入約2萬港元。1996年至2016年期間，申請人共有6項刑事定罪紀錄，包括在2010年11月因自稱三合會會員罪，被判監2個月。
2. 辯方指出申請人在犯案時沒有使用武器或暴力，事件不涉及尋仇，而發生的時間亦只有數分鐘。辯方的立場是申請人罪行的嚴重性是介乎在社交場合中自稱為三合會社團成員和在公眾地方“吹雞/應雞”、“晒馬”展示實力之間。前者判刑應約為3個月監禁，後者判刑則應約為15個月監禁。

原審法官的判刑理由

1. 原審法官指出涉及黑社會的不同案件的案情都會不盡相同，故上訴法庭並沒有定下量刑指引，但援引*香港特別行政區訴蔡家輝及另四人*[2011] 2 HKLRD 137案，作為判刑的基礎。
2. 在*蔡家輝*案，上訴法庭列出三類以三合會成員身分行事的罪行，並就該三類非法行為定出量刑基準。第一類是單單是黑社會“吹雞”，即號召同黨到場，但沒有實質行動的事件。上訴法庭認為參與該類“吹雞”的黑社會高層和一般成員的量刑基準應分別是15個月和9個月監禁。
3. 第二類是自稱為三合會成員，而該類罪行的嚴重性視乎被告人是在甚麼情況下自稱為三合會成員及其目的。上訴法庭指出一名三合會成員向普通巿民自稱是三合會成員以達到恐嚇目的，令巿民受驚，其嚴重性會高很多。上訴法庭同時指出*Attorney General v Lee Chi Man* [1980] HKLR 483案的被告人向卧底警員表示他是一名黑社會成員，有數名男女童跟隨他，而他快會晉升，並會以自己的名字招收會員。上訴法庭認為恰當的判刑是一年監禁。
4. 第三類以三合會成員身分行事涉及被告人在光天化日下及在多人，包括婦孺聚集的地方，自稱為三合會成員。上訴法庭認為該類行為較在晚上於娛樂場所“吹雞”更嚴重，而適當的量刑基準是兩年監禁。
5. 原審法官認為本案不涉及打鬥，亦非純在社交閒談中作出的聲稱或言行，而只屬*蔡家輝*案所指的黑社會“晒馬”展示實力。原審法官認為基本的量刑基準是12個月監禁，但原審法官同時指出最終判刑要根據個別控罪的不同細節，特別是要考慮“晒馬”的地點、聚集的人數，對巿民造成恐嚇的程度而作出調整。
6. 就申請人被定有罪的第五項控罪，原審法官指出案發地點是油麻地，雖然案發時間是午夜時分，但街上仍然繁忙，而案發時更有50多人聚集。原審法官指出申請人是在上述情況下，向林永森說“你叫咁多水房人嚟做乜撚嘢呀！想自己人打自己人呀？我話晒都係水房前坐館，夠薑就喺度隻揪啦大眼仔！”。原審法官認為申請人的角色有領導成分，但言語間似乎也不想事情演變成集體打鬥，所以提出單打獨鬥。
7. 原審法官同時指出申請人是第二次被裁定自稱三合會會員罪，而根據香港法例第151章《社團條例》，申請人的罪行可導致最高的7年監禁刑期，顯示其罪行的嚴重性。
8. 原審法官考慮到申請人有相同罪行的前科，故認為應將12個月的量刑基準提升3個月至15個月，並最終判處申請人入獄15個月。

上訴理由

1. 代表申請人的大律師李冠雄指出原審法官沒有指申請人是“吹雞”或參與任何黑幫打鬥，而只是基於申請人向林永森的挑釁說話作為判刑的基礎。李大律師強調申請人在事發時明顯不想事件發展成集體打鬥，而他只是單獨行事，亦不涉及使用武器或暴力。
2. 李大律師援引多宗案件，並同意在黑社會“吹雞”案件，涉及人數多以顯示實力時，高層指揮及一般隨從的15個月和9個月量刑基準是恰當的。
3. 但李大律師認為原審法官錯誤認為申請人在案中有領導成分，並忽略了申請人在事發時只是極其短暫參與事件及只說了一句說話。李大律師認為申請人的罪責比一般“應雞”集結以展示實力的情況更為輕微。
4. 李大律師亦認為原審法官因申請人有一次同類案底而加刑3個月是錯誤的，原因是申請人的有關案底已是10年前的事。李大律師認為原審法官不應因申請人有同類案底而加刑及即使要加刑，幅度亦不應大至3個月。
5. 李大律師強調案發時，申請人是單人匹馬到場，並即場表示對林永森集結多人的做法表示不滿。李大律師認為申請人在事件的角色輕微，亦沒有參與“晒馬”。因此，申請人的判刑應比一般“吹雞”及“應雞”罪行的判刑為低。
6. 最後，李大律師認為其他被告人，包括林永森和伍偉浩在事件中扮演的角色及罪責都較申請人為重，但他們因以三合會社團成員身分行事這罪名被判處的刑期較申請人被判處的15個月刑期為低，對申請人不公。李大律師力稱申請人應判處的刑期是低過12個月。

討論

1. 以三合會社團成員身分行事這罪行干犯的情況可以千變萬化。要就不同情況干犯該罪行而定出明確的判刑指引極為困難，甚至是不可能做到。一名黑社會頭目，帶同大批手下，仗勢以黑社會口吻，及霸道行為和手段恐嚇及威逼善良巿民令他們就範，並屈服一些無理要求，當然遠較一名青少年在和朋友閒談間單單以身為黑社會成員身分自吹自擂為嚴重。前者和後者應被判處的刑期可以有天淵之別。
2. 但以三合會社團成員身分行事本身是嚴重罪行。在香港涉及黑社會的罪行歷史久遠，對社會造成極大困擾，而大眾對該等罪行亦有切膚之痛。
3. 立法機構對該等罪行重視，故將罪行的最高判刑定為10萬元罰款及3年監禁。如被告人是第二次及其後被定罪，最高判刑更可達25萬元罰款及7年監禁。
4. 李大律師認為原審法官不應因為申請人有干犯相同罪行的前科而加刑是錯誤的做法，本庭不同意。
5. 不論申請人上次干犯相同罪行和本案相距多久，他繼續干犯相同罪行，顯示他在長時間亦沒有脫離黑社會，更突顯事件的嚴重性。申請人在10年後再次干犯相同罪行必然是加重罪責的因素之一。如法庭判刑時不考慮該因素，不但於理不合，更有違立法者的明確意圖。就該因素加刑是原審法官的酌情權裁決，除非原審法官的裁決沒有基礎或極不合理，本庭不會改判。
6. 申請人是否單人匹馬在現場出現值得商榷。背景資料顯示，申請人和林永森談判失敗要打架，更召集30多人到場，而案發時已有兩幫共50多人在十字路口兩邊對峙。申請人必然知道現場有人聲援他。申請人對林永森的表述顯示他不打算令事件惡化，而事件最終亦和氣收場可能是巧合。事件的發展可以是更惡劣的。
7. 某程度上，本案亦是兩幫黑社會分子在街頭對峙。雖然案發在晚上11時，但街上仍有途人，兩批黑社會分子在繁忙的街頭對峙對其他途人造成的恐慌是顯而易見的。本庭不能忽視事件可能會導致兩批人在公眾地方大規模的群毆。
8. 申請人在事件中明顯是扮演領導者角色，他自稱是“水房”的前“坐館”，更突顯了他的地位。
9. 本庭已考慮過整件事件的背景及申請人在事件中扮演的角色。原審法官採納的12個月量刑基準是恰當的，並非明顯過重。原審法官行使酌情權因申請人有相同罪行的犯案前科，而將刑期提升3個月至15個月亦是有基礎及恰當的。
10. 本庭不同意申請人的判刑和其他被告人的判刑相比有差異是對申請人不公。
11. 誠如代表答辯人的高級檢控官吳卓樺在其書面陳述正確指出，原審法官是因為申請人有相同罪行的前科，而將其刑期由12個月提升3個月至15個月。事實上，林永森和伍偉浩被判處的總刑期分別是18個月和24個月，較申請人的判刑更重。

結論

1. 本庭認為申請人被判處的15個月刑期恰當，而非明顯過重。因此，本庭駁回申請人就判刑提出的上訴許可申請，維持原判。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （楊振權）  高等法院上訴法庭副庭長 | （朱芬齡）  高等法院上訴法庭法官 | （彭偉昌）  高等法院上訴法庭法官 |

答辯人： 由律政司高級檢控官吳卓樺代表。

申請人： 由柯廣耀、劉慧兒律師事務所轉聘大律師李冠雄代表。