

评论 香港 深度

香港“活化”煽动罪：是否正当的本质，在于如何看待统治者与人民的关系

后运动时代，本港至少已有13人就煽动罪认罪或被定罪，另有至少43人以此罪被捕。



2022年6月15日，中环皇后像广场的英皇伊丽莎白二世铜像，背后则是香港终审法院。摄：林振东/端传媒

刘学贤 | 2022-09-21

除了《国安法》之外，香港政府近年“活化”荒废多年的“煽动罪”，不断以此殖民苛法打压异议声音。本月初被定罪的“羊村”绘本案更立下一个严厉先例——任何嘲讽、贬低政府的言论刊物都随时会违反煽动罪。

公众每天从新闻上看到这条“万能Key”的消息，可能都会感到不解：为何单纯在社交媒体骂几句政府就会被捕？言论自由不是包括批评政府的自由吗？香港法院有能力阻止此罪被滥用吗？其他文明社会又是如何处理此罪？

深入探讨这些问题前，首先要对香港现今的煽动罪（sedition）有一些基础认识。

所谓的“煽动罪”，即是香港 [《刑事罪行条例》](#) 第9及10条所订下的罪行。第9条首先定义了七个“煽动意图（seditious intention）”，包括大家常听到的意图引起憎恨或藐视政府、意图引起对香港司法的憎恨、意图加深香港不同阶层居民间的敌意等。第10条则列明，任何人作出具有煽动意图的行为、发表具有煽动意图的文字、发布有具煽动意图的刊物等即属犯法，最高可判囚2年及罚款5000元。

后运动时代，本港至少已有13人就煽动罪认罪或被定罪，另有至少43人以此罪被捕。

84年前的历史产物

虽然（修改）草案获得立法局通过，但港英政府来不及在七月一日前将其刊宪，因此草案在主权移交后从来没有生效，旧版煽动罪仍然存在。

煽动罪的诞生要由英国封建时期说起。普通法地区最初并无一条称为“煽动罪”的独立罪名，政府一般会以叛国罪或军事法律对付那些批评政府的言论。直至17世纪初，英国恶名昭著的星室法庭（Star Chamber）才首次独立地将煽动罪分拆出来，并以此罪大幅度箝制言论自由。

煽动罪的英文“sedition”本身源自拉丁文“seditio”，意指“a going aside”，即是偏离建制或常态的行为，是否牵涉暴力根本不是重点，所以罪行的范围自然可涵盖完全和平的言行。

1606年，著名的De Libellis Famosis案件就反映了此罪的严苛程度。在当时政教尚未分离的情况下，法院裁定被告诽谤一名离世总主教的言论是干犯了煽动罪。法官强调，由于罪行的目的是预防社会安宁被破坏，所以即使被告的言论内容是真确也不构成抗辩理由，意味即使人民根据事实作出评论，依然可招来牢狱之灾。不幸的是，虽然星室法庭于1641年被废除，但煽动罪并没有随之废止，反而融入英国普通法继续生效，并散布至其他英国殖民地。



1978年，中国银行大厦为庆祝中国国庆而设装饰，前景则是最高法院。摄：Sunny Lee/South China Morning Post via Getty Images

作为殖民地的香港当然也难逃煽动罪的束缚。但有趣的是，港英政府最初引入类似煽动罪的法例时，目的并非保护自己的管治威严，而是为了与大陆的国共内战保持距离。当时国民党与共产党两边阵营，都极力透过香港的中文报章作政治宣传及攻击对方。港英政府不欲香港成为文宣战场，因此于1907年制订了 Chinese Publications (Prevention) Ordinance 1907（非官方译名：《中文刊物（预防）条例》）。政府当时解释，有见于香港的一些刊物鼓吹人们在“邻近我们边界的、友好的王国（按：即中国大陆）造反叛乱”，因此政府须立法阻止香港成为煽动刊物的中心，违例的印刷者及分发者可被判囚2年及罚款500元。

虽然该条例没有使用“煽动（sedition）”字眼，但其条文内容及精神可被视为现代香港煽动罪的雏形。

及至1914年，港英政府终于制订一条专门处理煽动事宜的法例——Seditious Publications Ordinance 1914（非官方译名：《煽动刊物条例》）。政府在立法局解释，法例旨在规管香港一些令人强烈反感、具有煽动性、不忠诚、对香港社会与经济具有颠覆性以及可能会引致骚乱的刊物。该条例更首次为“煽动事宜（seditious matter）”订下法律定义，但该定义与现今煽动罪的分别颇大，在此不赘。

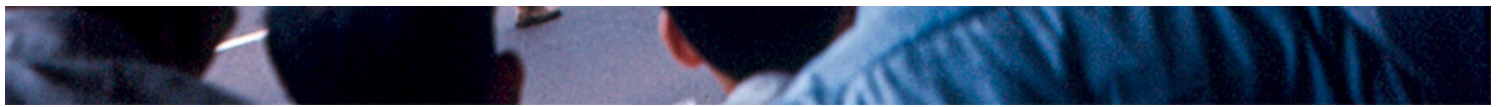
直到1938年政府修例后，法例才弃用“煽动事宜”字眼而改用“煽动意图”机制，与现行法例一样是禁止人民发表或印刷具有煽动意图的文字。至于煽动意图的定义，政府近乎一字不漏地复制了普通法的定义，在法例中胪列了五个煽动意图，字眼基本上与现今《刑事罪行条例》七个意图中的首五个是完全一样。至此，香港煽动罪大致成型。1970年代的修例只是加入了两个香港自创的煽动意图（即意图煽惑暴力及意图怂使不守法），并将法例合并至《刑事罪行条例》，但没有收窄罪行的基本元素。

换言之，今天的煽动罪其实是84年前的产物（而且是承袭自17世纪的英国恶法），可说是非常古老及过时的法律。84年前人权概念根本还未在国际社会流行，《世界人权宣言》、《联合国宪章》及《公民权利和政治权利国际公约》（下称《公约》）全部都尚未起草及生效，怎料21世纪的今天还有政府会以此罪名来起诉异见人士。

当然，亲中人士通常会反驳：“港英政府也有用煽动罪对付异己，为何你又不骂它？”的确，港英政府也曾滥用煽动罪，尤其在六七暴动期间就多次以此工具打压支持中共的传媒及示威者，民政事务局前局长曾德成就是其中一个受害者，仅仅因为在学校派传单就被定罪。不过，随着时代变迁，港英政府在1970年代后已没有再以煽动罪作出检控，而且在主权移交前的1997年更提出[放宽法例](#)，规定被告必须意图引起暴力或骚乱等才可被定罪，意味“放生”一切主张和平的批评声音。

虽然草案获得立法局通过，但港英政府来不及在七月一日前将其刊宪，因此草案在主权移交后从来没有生效，旧版煽动罪仍然存在。





1967年，六七暴动，香港警察与左派暴徒对峙街头。网上图片

全球范围内逐步被淘汰中的“煽动罪”

以今年被定罪的香港社运人士古思尧的案件为例，他因为企图抬棺材到中联办示威，而被法院裁定意图引起不满或憎恨，煽动罪罪名成立。但假如他是在加拿大作同样行为，他根本不会被定罪。

每个国家或地区都经历过封建保守的时期，每个政府也都试过以法律之名迫害异议人士，这些都不是稀奇事。但笔者认为，民主开放社会的好处是愿意聆听民意，在人民监察及舆论制衡下必须与时俱进，并会逐步淘汰过时的法律。

例如身为“始作俑者”的英国政府，就讽刺地比港英政府更早停用煽动罪，纪录上英国最后一次以此法提出起诉已是1947年的事。及至2009年，英国更正式废除煽动罪以示对言论自由的尊重。当时司法部官员 [Claire Ward](#) 表示，其他国家一直以“英国也有这条罪”来合理化自己保留煽动罪的决定，并借助此罪打压政治异议及限制新闻自由，因此英国可透过废除此罪带头挑战这些国家所保留的类似法律。

那么其他行使普通法的民主国家呢？纽西兰及爱尔兰已分别于2007年及2009年彻底废除煽动罪。澳大利亚国会则于2005年通过 [草案](#)，以新增的“主张暴力罪”全面取代传统的煽动罪，而新罪只会惩罚鼓吹以暴力手段反抗政府的言论，不牵涉暴力的言论则不会犯法（见 [Criminal Code Act 1995](#) 第80.2至80.2D条）。

至于加拿大虽然还未废除煽动罪（见 [Criminal Code](#) 第59至61条），但它自1951年起已没有再以此罪作出检控，其法律改革委员会亦于1989年建议政府废除该法，原因是该法可能违反《加拿大权利与自由宪章》。无论如何，加拿大最高法院早于1951年的R v Boucher一案中订下原则，表明单纯“意图引起不满”并不足以构成煽动意图，被告必须是意图煽惑暴力或制造公众骚乱，并以对抗政府为目的，才可被定罪。如此一来，加拿大煽动罪的杀伤力已大减。

以今年被定罪的香港社运人士古思尧的案件为例，他因为企图抬棺材到中联办示威，而被法院裁定意图引起不满或憎恨，煽动罪罪名成立。但假如他是在加拿大作同样行为，由于完全没有鼓吹暴力的意图，按照最高法院颁下的原则，他根本不会被定罪。

香港法院可以做什么？

大家有没有想过，《基本法》第27条及《香港人权法案》第16条明明保障了港人的言论自由，为什么批评政府的言论却可招来刑事责任？这不违宪吗？



2021年12月24日，古思尧与社民连等人在铜锣湾摆街站，要求释放政治犯。摄：林振东/端传媒

这个问题要从技术层面与法律层面分开解答。

技术上，政府草拟一条新法例（条例A）后，便会交给立法会审议，只要立法会以足够票数通过，条例A就会生效，警察就可抓人。即使全世界的律师及法律学者都认为条例A是明显违宪（即违反《基本法》及《香港人权法案》），政府都可以坚称“我觉得没有哦”，然后继续执法。此时市民唯一可以做的，就是透过法院挑战条例A的合宪性，要求法官宣布条例A违宪及无效，或者要求法官给予条例A一个较宽容的诠释（即“补救性诠释”（remedial interpretation）），从而减低其杀伤力以确保它合宪。

值得注意的是，与中央政府制订的《国安法》不同，《刑事罪行条例》只是一条普通的香港本地法例，香港法院在审理有关案件时，保障港人的言论自由，市民在公开场合下可作出各种合法表达，包括

港法院绝对有权力审查其合宪性，保障港人的言论自由。市民在两个情况下可作出这种合宪性挑战：（1）在符合特定条件下主动提出司法覆核；或（2）待自己成为被告后，在法庭受审时以“条例A违宪”为抗辩理由。2019年至今有七宗煽动案完成审讯，其中只有三宗案件的被告选择不认罪（谭得志、古思尧、羊村案5人），他们全部都有在审讯时挑战煽动罪的合宪性，但都被法院驳回。

至于法律上，怎样的法例才算违宪呢？诚如亲中人士所言，言论自由并非无边无界，法律从来都容许在某些情况下限制这种自由。例如一个古惑仔向借贷人说“你再也不还钱的话，我明天就用刀斩死你全家！”这句说话明显干犯了刑事恐吓罪，言论自由当然不会保护这个古惑仔。不过，这种限制也不是全由政府说了算，因为法律是有严格规定。

简言之，任何侵犯言论自由的法例，一般都必须符合两个条件才算合宪：（1）满足“依法规定”的原则（prescribed by law，见《基本法》第39条）及（2）通过“相称性测试”（proportionality test，见《香港人权法案》第16条）。因此，若法院认为《刑事罪行条例》的相关条文未能满足以上两个条件，法官可宣布其无效或赋予“补偿性诠释”。

那么，究竟煽动罪有否违宪？笔者认为绝对是违宪。首先，对于首个条件，根据终审法院2005年在《梁国雄案》的解释，“依法规定”的意思是相关法例“必须是市民所能够充分理解的”，其内容亦必须以充分明确的方式表述出来，使市民能够合理地预见某特定行动所可能导致的后果，从而约束自己的行为，以免堕入法网。笔者认为，煽动罪的“憎恨”、“藐视”、“离叛”等字眼明显地缺乏准确定义，不可能达到依法规定的要求。

即使有案例尝试收窄这些字眼的范围，例如澳大利亚高等法院曾经将“离叛”（disaffection）诠释为对政府的“敌意”（enmity）、“疏远的效忠”（estranged allegiance）、“不忠诚”（disloyalty）及“对抗”（hostility），但这些字眼仍然非常含糊，莫说是普通市民，连法律界人士都难以透过这些字眼约束自己的行为。纽西兰法律委员会当年建议废除此罪时，也曾批评煽动意图的定义缺乏准确性。





2021年如7月22日，国安处拘捕香港言语治疗师总工会5名干事，涉嫌串谋发布煽动刊物。警务处国家安全处高级警司李桂华于记者会上讲解案情。摄：林振东/端传媒

在最近的“羊村案”中，区域法院法官郭伟健却裁定煽动罪属于依法规定，原因是法官及陪审团有能力根据客观事实及日常经验去判断被告是否有煽动意图，而且被告本人亦肯定知道自己是否真有煽动意图。不过，郭官忽视了一个重要事实—当一个词语的定义模糊到某个地步，所谓的“客观事实”或“日常经验”根本无助法官或陪审员去弄清被告的真正意图，最终审讯只会沦为捕风捉影的诛心游戏。

当一个词语的定义模糊到某个地步，所谓的“客观事实”或“日常经验”根本无助法官或陪审员去弄清被告的真正意图，最终审讯只会沦为捕风捉影的诛心游戏。

例如某些国家至今仍有“对皇室不敬罪”，表面上法律容许人民作出批评，只是禁止不敬的言论。但问题是普通人根本无法厘清批评与不敬的界线，结果只好永远收声不再评论皇室。

同样地，对煽动罪而言，关键从来不在于被告内心是否有煽动意图，而是由于煽动意图的定义极为含糊，普通人即使真的无意引起憎恨，也难以预测自己的言论会否被法官或陪审员歪曲或误解为具有煽动意图，因此根本无法约束自己。结果，唯一保护自己不犯法的方式就是彻底闭嘴。

至于第二个条件“相称性测试”，根据终审法院2016年在《希慎案》[颁下的原则](#)，该测试合共有四部曲。首先，法院会审视煽动罪本身的存在，是否为了追求某一合法目的（legitimate aim）；若是，第二部就是看看当中是否有合理关连（rational connection），即是究竟煽动罪是否有助达成该个目的；若是，第三部则是评估煽动罪侵犯人权的程度，是否不多于为达到该目的所必需的（no more than necessary）；若是，法院在最后一部曲则会审视煽动罪有否在社会利益与个人权利中取得合理平衡。只有完全通过四部曲的法例才算是满足相称性，否则可被视为违宪。

笔者认为，煽动罪算是通过首两部曲，但肯定不能满足第三及第四部曲，原因有五个。第一，现行煽动罪

七言八句，煽动并非只是起哄闹事，而是足以能煽动他人从事不法行为，扰乱社会秩序。第二，现行煽动罪只针对发言者的意图，却不理会言论实际造成的后果。根据条文的字面解读，一个人只要发表煽动文字就已经犯法，即使根本没有其他市民听到这些文字，或者他们根本听不懂这些文字的含义，被告都仍然可被定罪。第二，香港煽动罪并非只针对煽动暴力的意图，而是连非暴力的意图也不放过。

第三，其他现行的香港法律包括《国安法》及《公安条例》等已足以预防骚乱或暴力示威等将仇恨实践出来并可危害国家安全的行为，煽动罪对保护国安的作用其实不大。第四，煽动罪对个人权利的侵害极为恶劣，市民为求自保根本不敢再表达对政府的意见和情绪，严重压抑每个人的感受。第五，由于严重妨碍市民表达真正感受，政府自然无法听到民意，也因此无法有效地改善施政，结果煽动罪实际上对公共利益也带来破坏。不过，郭官的判词却只侧重保护国安的重要性，没有深入探讨以上五点就裁定煽动罪合宪。

煽动罪的本质

著名法学家Sir James Fitzjames Stephen曾在其著作《A History of the Criminal Law of England》中精辟地解释了煽动罪的本质。他认为，煽动罪是否正当，关键在于你如何看待统治者与人民的关系。

如果统治者被视为高人一等，是智慧化身及人民明灯，那么人民当然无权公开地斥责他；即使他真的犯错了，人民也必须非常尊敬地提出，绝对不可削弱其权威。不过，若人民才是智慧的主体，而统治者只是一个获人民授权、为人民服务的公仆，那么社会就不该保留煽动罪，因为人民必须有权批评自己的仆人。

如此一来，香港整个煽动罪的争议，已间接说明了在政府及法官眼中，究竟谁才是社会的真正主体。