

【解牛集】— 刊於〈信報〉，2018年9月3日

反思與修正「百搭控罪」紕漏

許佳龍

科大資訊、商業統計及營運管理學系講座教授

協和小學入學叩門試題目外洩案，高等法院駁回律政司不服原判無罪裁定所進行的上訴，令《刑事罪行條例》第 161 條《有犯罪或不誠實意圖而取用電腦》——這條被批評為「百搭控罪」的法例，再一次成為公眾討論的焦點。

面對電腦日趨普遍應用，以及網絡上的商業犯罪活動，港府於 1992 年向當時立法機關提交《1992 年電腦罪行條例草案》，加強對電腦罪行的懲治，保障市民利益，本無可厚非。

然而，其中包括修訂《刑事罪行條例》，增補第 161 條，這條《有犯罪或不誠實意圖而取用電腦》，條文頗為含糊不清，如「不誠實意圖」等字眼，因而令法例所針對的罪行，範圍寬濶而模糊。何謂不「誠實取用電腦」？確實「可圈可點」，並且為日後控方以此條例來控訴不同犯罪行為，留下爭辯空間。

161 條控罪有增無減

近幾年，被控刑事犯罪 161 條的個案有增無減。在印象中，最近一、兩年的檢控更為頻密。據立法會保安事務委員的討論文件資料（立法會 CB(2)1560/14-15(04) 號文件），涉及第 161 條的檢控個案，1997 年只有一宗，到 2011 年增至 34 宗、2012 年 39 宗、2013 年 55 宗，持續上升；在 2008 年至 2014 年的 293 宗涉及第 161 條的檢控個案中，有 252 宗案件的被告被定罪，定罪比率超過八成半，可見 161 條成功檢控的機會相當高。

該條例控罪個案增加，原因之一，相信與科技發展，手機的應用功能多元化有關，過去需要透過一些工具進行的犯罪行為，如今都可以用手機來實踐，如偷拍，過去需要用照相機來進行，現在用手機即可完成。

今次高院對協和小學入學叩門試題目外洩案的裁判，實在很有啟發性。案中小學四名教師，被發現涉嫌以手機洩露小一入學叩門試題目，被控「不誠實取用電腦罪」，原審裁定罪名不成立，但律政司不服上訴，卻遭高院法官於 8 月 6 日駁回。法官彭中屏的駁回裁決，清楚反映刑事條例 161 條有作出修改的必要。

原意針對非法入侵電腦行為

很明顯，在這個案中，手機只不過是拍攝及傳輸的工具，真正不當的行為，是牽涉發布了不該發布的資料本身。但控方卻以《有犯罪或不誠實意圖而取用電腦》作檢控，委實令人費解，也許，161 條控訴的控告和舉証控告都比較容易。

未進一步討論前，不妨看看《刑事罪行條例》新增 161 條的立法原意。據 1992 年 4 月 21 日立法局會議記錄，當時保安司解釋，增補第 161 條，立法原意旨在「對進入電腦以進行犯罪前準備工作，但又不足以構成詐騙罪的行為，予以懲處」，針對的，主要指未經許可進入他人電腦而攫取訊息的犯罪行為，並聲稱參考過英國的《電腦濫用法 1990》(Computer Misuse Act 1990)；而英國制訂該法案，是基於「R v Gold and R v Schifreen」一案。案中，被告運用電腦密碼，突破進入了一位公爵的電子郵件帳號，並冒用他的身份，向不喜歡的人發信件，宣佈授予他騎士身份。控方在當時的法律下，無法對被告入罪，於是訂立《電腦濫用法》，著眼點在於未經許可而故意進入計算機，針對「未獲授權」行為。

按照 161 條，「任何人有下述意圖或目的而取用電腦——「意圖犯罪」（不論是在取用電腦的同時或在日後任何時間）一項（a 款），基於犯罪意圖沒有清楚說明為何，過於空泛，令控方可以據此去起訴各式各款牽涉電腦在其中的犯罪行為。

「取用」與「使用」有別

彭中屏法官在判詞中指出，不誠實取用電腦（access to a computer），與「使用電腦」（use a computer）有所不同（判詞第 54 條）。控方須證明被告不法地取用電腦資料，才能將被告入罪。但本案的被告，只是用自己的智能電話拍照及傳放訊息，故認為控方的證據，不足以明證他們有罪，干犯了 161 條法例。

彭中屏法官闡述，指出律政司對「不誠實取用電腦罪」詮釋寬闊，會引起奇怪情況，例如，偷拍藝人在家中與異性親熱，若使用傳統菲林相機偷拍，是完全不干犯該罪，但用數碼相機便構成取用電腦罪行，明顯不合理。另一個例子是，兩人面對面，或用固網電話商討犯罪計劃，最後放棄行動，理論上不會被起訴。但若然二人使用智能電話，以電話會議方式去商討，就會觸犯「不誠實取用電腦罪」。

所以，彭中屏法官強調，不使用電腦而非犯罪的行為，「不能僅僅因為使用了電腦而變成犯罪」（判詞第 53 條）。

運用 161 條範圍廣泛

回頭看近年牽涉 161 條的一些案件——

2014 年 9 月 執業中醫未經病人同意，擅自兌換逾 3000 元醫療券。被控五項有犯罪或不誠實意圖而取用電腦。

2016 年 8 月 有人上載選舉主任何麗嫦照片，並貼文「入 deepweb 請槍送佢見閻王」，被控「有犯罪或不誠實意圖而取用電腦罪」。

2015 年 4 月，有青年聲稱不滿警方處理「佔領」行動手法，在高登討論區留言稱有黑社會人士願出價 60 萬元，「買起」一名在「佔領」區帶走示威者之警員女兒的「一手一腳」。被控「有犯罪意圖而取用電腦」罪。

2018 年 6 月，一名「補習天王」，與同任導師的妻子及兩名考評局前主考員，涉嫌以智能手機傳送及接收去年及前年文憑試(DSE)中文科試題及其他保密資料。四人被廉政公署控告共三項「有不誠實意圖而取用電腦罪」。

至於同年 6 月，的士司機涉在車上偷拍正在餵哺母乳的女乘客，並將相上載至 facebook 的的士司機專頁，事件引起公眾譁然。他被控不誠實地獲益而取用電腦罪。

可見運用 161 條所檢控的犯罪行為，可以十分廣濶，偏離了最初立法原意。今回法官的裁判，無疑是對當局動輒運用 161 條的當頭棒喝，政府是否需要認真檢討這條「百搭控罪」所引起法律不能體現公平公正原則的問題。

模糊性成濫用檢控溫床

161 條的含糊性，筆者估計，可能是政府擔心科技發展日新月異，法例或追不上科技的發展，於是，立法的條文便寫得含糊不清，極大化法例的涵蓋面，為未來的檢控工作增加彈性，但此舉卻變相壓縮了市民運用電腦的空間和彈性。舉例來說，如果你在街上拾到一隻「USB 手指」，你想把這 USB 物歸原主，於是插入電腦打開這 USB，原意是尋找物歸原主的線索，卻看到了內裡的一些資料，那算不算觸犯《有犯罪或不誠實意圖而取用電腦》？箇中的確有不少「灰色地帶」。

針對電腦犯罪，其實《電訊條例》、《盜竊條例》等亦有法例觸及，可加運用。很顯然，政府不能因為舉証較困難，而「捨難取易」地動輒運用刑事條例第 161 條進行檢控。當然，政府或有其「苦衷」，也許一些法例之前的定義不清楚，隨著時代變遷，法例已變得不完善，但一下子也無法悉數重新檢討和修訂，只好運

用一條涵蓋面甚廣的 161 條來應對。

事實上，161 條於 1993 年立法，當時互聯網仍未普及，也沒有網上社交平台，供人可輕易發表意見，其立法原意，是針對未經授權從電腦獲取資料所作的相關詐騙行為，並以商業犯罪為主要焦點。然而今天電腦和互聯網已成為大多數人生活一的部分，在社交平台發放訊息，已嵌入到言論自由和表達自由的生活理念，使利用 161 條提出檢控的問題愈趨突出。

檢討法例刻不容緩

無可否認，法律條文須具備「一般性」(Generality) 特質，人人適用，天子犯法與庶民同罪，但同時也須具備「明確性」。不過，論法律條文的明確性，並非著眼於「支離破碎」的條文和字眼。誠然，社會不斷發展，不斷變化，法律條文的約束力內涵愈深，涵蓋面夠廣，愈能適應外部環境的變遷，若要不停地改動同一條法律，就會破壞法制的穩定性，所以普通法之中的彈性原則，委實相當關鍵。不過，在法律條文之中，華而不實的「明確性」，有時比老老實實的含糊不清更為有害。關鍵是真誠地用老老實實的含糊，來實踐法律的公正性和公義性，而非利用條文的含糊性，用作為「百搭控罪」的工具。

協和小學入學叩門試題目外洩一案，檢控本身應著眼於「偷拍」了不該發放訊息的行為，而不該轉移到電腦身上，一旦如此轉移，便問題叢生，並且破壞了法律實踐公平公義的精神，因為無心犯罪的人有可能枉遭入罪；有犯罪之舉的人卻可能逃出法網。故此，高院駁回律政署的上訴，法官彭中屏的判詞，充份揭示了《有犯罪或不誠實意圖而取用電腦》條文的紕漏；也再次喚起社會對刑事條例 161 條作出檢討、反思和修訂的需求。

〔本文由科大商學院傳訊部筆錄，許佳龍教授口述及整理定稿〕