

香港特別行政區
高等法院原訟法庭
刑事上訴司法管轄權
定罪上訴

案件編號：裁判法院上訴案件 2015 年第 624 號
(原荃灣裁判法院傳票 2015 年第 6311 號)

答辯人

香港特別行政區

訴

上訴人

香港寬頻網絡有限公司

主審法官：高等法院原訟法庭法官黃崇厚

聆訊日期：2016 年 3 月 16 日和 12 月 16 日

判案日期：2017 年 1 月 26 日

判案書

1. 上訴人面對一傳票，傳票中的告發是：資料當事人要求資料使用者停止將其個人資料用於直接促銷，而資料使用者違反有關要求¹。

¹ 違反香港法例第 486 章《個人資料（私隱）條例》第 35G 條。

2. 上訴人於荃灣裁判法院應訊，不承認控罪。經審訊後，裁判官裁定上訴人罪名成立，判處罰款 30,000 元。上訴人不服定罪，提出上訴。

控方指稱

3. 根據承認事實，控方證人於 2011 年 12 月開始使用上訴人的服務，合約期為 24 個月。2013 年 4 月 8 日，控方證人以電郵向上訴人發出要求資料使用者停止在直接促銷中使用他作為資料當事人的個人資料的申請。上訴人向控方證人的個人電郵地址發出回覆，確認收到控方證人的退出申請。

4. 5 月 17 日，上訴人的一名電話推廣職員（“Bonnie”）致電控方證人的手提電話，控方證人未有接聽。Bonnie 留下留言訊息：

「Hello, 陳生你好，香港寬頻呢邊打嚟，我姓王架，咁陳生係有用緊我哋公司嘅上網服務，contract 期方面即將完結架啦，咁由於係收到公司通知，嚟緊 6 月份開始個續約價錢會調整架，到時會貴啲，咁我哋都唔希望貴咗之後比唔返平價陳生你啦，就通知返，咁所以呢就係想阿陳生你如果 1000M 服務用得滿意嘅話，今個月有番個內部優惠俾返陳生，確保唔會收到任何加價影響嘅。麻煩如果陳生你收到口訊，覆個電話比我丫，電話。。。²，我姓王架，唔該你，拜拜。」³

5. 控方指稱，Bonnie 的留言內容，構成直接促銷，因而違反了資料使用者的要求。

² 為私隱保障的緣故，申請號碼省略。

³ 謄本見控方證物 P5A。

辯方案情

6. 在原審時⁴，辯方沒有爭議控方的事實指稱⁵。
7. 辯方傳召了一名證人作證，他的證詞有以下要點⁶：
- (1) 上訴人公司（“公司”）的 Customer Relations 部門內有 5 組，即 CRA、CRB、CRE、CRK、及 CRM。每組各有工作分配。
 - (2) Bonnie 隸屬 CRK 組，該組負責售後服務及合約提示。
 - (3) 該組有電召中心，位於香港及廣州。
 - (4) Bonnie 在廣州工作，負責現有/舊客事宜。
 - (5) 《個人資料（私隱）條例》於 2013 年 4 月 1 日生效前，公司的法律部門和業界就新法例有分享及諮詢。公司內部也有分工。
 - (6) 新法例生效後，公司網上介面已經修改，客戶可以選擇接收或拒絕接收公司的推廣資訊，也可以利用網上平台、門市、熱線及電郵通知公司，拒收推廣資訊。
 - (7) 客戶個人資料記錄在公司資料庫，以電子形式儲存。以上 5 組員工都可以看到客戶名單。

⁴ 在原審時，上訴人由李頌然大律師代表。

⁵ 控方並沒有傳召證人，全部控方證據都藉承認事實和所附文件證物提出。

⁶ 見裁斷陳述書第 11-25 段。

- A
- B
- C
- D
- E
- F
- G
- H
- I
- J
- K
- L
- M
- N
- O
- P
- Q
- R
- S
- T
- U
- V
- (8) 當客戶要求刪除他的個人資料，或者拒絕接收直接促銷資訊，公司會從直接促銷客戶名單上刪除該客戶，及向客戶確認。
- (9) 雖然如此，CRB、CRK 及 CRA 三組的員工，仍可以在客戶資料庫看到客戶的個人資料。所以，隸屬 CRK 的 Bonnie 仍可以看到控方證人的資料。
- (10) CRK 組主要負責售後服務及合約提示，與「直接促銷」是沒有關係的。
- (11) 公司對「直接促銷」的理解如下：將客戶分為新客及舊客。對新客，員工就會介紹公司的服務。對舊客，員工會介紹升級服務、音樂軟件、電話服務、新服務，或者客戶尚未用過的公司現有服務。
- (12) 客戶合約通常為期兩年。合約內容訂明，約滿後，公司會繼續提供服務，但收取正價，合約價是\$230, 正價是\$490。
- (13) 新例通過後，公司曾收到客戶投訴，也有投訴至通訊事務局，指責公司沒有提示他們約滿，便收回正價。因此，公司認為，提醒客戶續約是重要服務(以免投訴)。
- (14) 由於 CRK 組做售後服務，負責提示客人續約，如果客戶會續約的話，個案便會由 CRK 組轉去 CRB 組跟進。
- A
- B
- C
- D
- E
- F
- G
- H
- I
- J
- K
- L
- M
- N
- O
- P
- Q
- R
- S
- T
- U
- V

- A
- B
- C
- D
- E
- F
- G
- H
- I
- J
- K
- L
- M
- N
- O
- P
- Q
- R
- S
- T
- U
- V
- (15) CRA 組是被動的，若收到查詢，才去覆電話。若有曾經拒絕接收資訊客戶致電公司查詢合約事宜，CRA 組也可以看到該客戶的個人資料。
- (16) 而 CRB 組及 CRK 組較主動。他們會就有關續約事宜主動致電客戶。
- (17) 公司有向 CRK 組員工提供訓練，也有“role play”，也有部門守則，要求員工向客戶提供準確資訊或信息，不讓客戶誤解或誤會。
- (18) 公司也向 CRK 組員工提供講稿，其中辯方證物 D3(1)和(2)是針對不同意使用其個人資料作直接促銷的客戶續約之用。證物 D3(1)是客戶接聽電話而也接納推廣員介紹續約計劃的講稿，D3(2)是客戶接聽電話但未接納推廣員即時介紹續約計劃的講稿。
- (19) 以上講稿經業界諮詢，和公司有關部門審閱。有關法例生效之前後，都是用這份講稿。倘若客戶不接聽電話，公司的職員會繼續致電話留言，發出電郵及短訊信息(SMS)，務求通知及確保客戶收到合約快滿及收費將會變化的信息。
- (20) 陳先生投訴後，公司查看 Bonnie 的留言，發覺內容偏離講稿，即(1)「嚟緊 6 月份開始個續約價錢會調整㗎」，(2)「今個月有番個內部優惠畀陳生」。公司未能查到或者找到有沒有 6 月份價錢調整這回事。Bonnie 沒有依公司講稿留
- A
- B
- C
- D
- E
- F
- G
- H
- I
- J
- K
- L
- M
- N
- O
- P
- Q
- R
- S
- T
- U
- V

言，她的留言也不是公司的要求。公司已經向 Bonnie 發出警告，及提醒員工要依講稿。

(21) 公司致電陳先生或有關客戶，旨在提供資訊，提醒合約快完，收費會有變。如果可以的話，會介紹優惠予客戶，讓他選擇。

(22) 公司不會寄信予各客戶提醒合約快滿，只會致電、發出短訊及電郵予客戶。公司要求員工一定要與客戶有對話，雙向溝通，以確保客戶收到信息，以免投訴。

(23) 公司是有監聽員工的，但他不太清楚次數。他也不清楚 Bonnie 的部門有多少員工，可能有幾十人，可能有 3 至 4 個部門主管。公司有一個 5 至 6 人的「品質確定」部門 (Quality Assurance)，該部門每星期抽查監聽 1 至 2 個電話，如果有 90 個電話通話，會抽查 1 至 2 個。

裁判官的裁斷

8. 裁判官指出，本案的關鍵議題如下：

(1) Bonnie 的電話內容及致電予陳先生的作為，是否純粹提醒現有客戶陳先生約滿事宜？

(2) 如果並非純粹提醒約滿事宜，而是為了續約事宜，續約是否並非「新目的」，所以不需要客戶的「指定同意」？

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V

- (3) 有關續約事宜是否構成「直接促銷」？
- (4) 有關續約事宜，是否屬於有關法例內的例外或豁免的情況？
- (5) Bonnie 的電話內容，若構成「直接促銷」，公司有沒有採取所有的合理預防措施及作出一切應有的努力，以避免犯法？如果有的話，是否足夠構成一個免責的辯護？

9. 裁判官指出，她席前的證據只關乎上述這一次留言，因此她會以上訴人只聯絡了客戶一次為考慮基礎。

10. 她也指出：

「64. 。。。被告要求員工，包括 Bonnie，在陳先生遠未到合約期滿，即 6 個多月前，已用不同方式，包括致電、發電郵及短訊予陳先生，美其名是提醒他合約快滿，實質是希望陳先生續約。無論 Bonnie 是否偏離講稿，電話留言的內容，及後被告呈上的講稿，其實，皆旨在客戶續約，即向陳先生，一位特定人士致電 / 指名特定人士留言傳訊，以送交資訊，為的是要續約，提供被告的服務，構成「直接促銷」。

65. 。。。本席接納雙方的證供。但是，本席不信納被告致電予陳先生，當時只是純粹提醒陳先生快約滿。本席也不認同，續約並非「新目的」。因為，陳先生已表明不同意他的個人資料用作直銷用途上，被告必須依從他的要求。

66. 本席認為，被告不單沒有採取合理預防措施，沒有作出一切應作出努力去避免罪行，反而從講稿 D3(1)(2) 反映，被告漠視已表明不同意個人資料用作直銷用途的客戶的意願，巧奪名目，以提醒約滿為名，向現有客戶，直接促銷被告的服務。」

11. 據此，她裁定上訴人罪名成立。

上訴理據

12. 在上訴時，上訴人由余承章資深大律師聯同李頌然大律師⁷代表，提出的上訴理據如下：

(一) 裁判官沒有正確擬定這罪行的罪行元素，尤其是所須犯意⁸，亦沒有就這議題上在證據上作出充份的討論，剖析和裁決。

(二) 裁判官於裁定上訴人向控方證人提供涉案的電話留言信息中，即關於續約的資料，是否構成“直接促銷”時，犯了以下錯誤：

(1) 於未有充分證據的基礎下作出推斷，而該推斷並非唯一合理的事實推斷，即上訴人的留言服務並非真正單為服務續約；

(2) 混淆了動機和犯罪意圖，更以錯誤的事實推斷作為罪行意圖和/或行為，即把留言服務的動機裁定為罪行意圖或行為；

⁷ 李頌然大律師是上訴人在原審時的代表律師。

⁸ 即 *mens rea*。余資深大律師的「造意」，本席一向採用「犯意」這譯詞，為求一致，所以沿用。

(3) 未有充份及正確地考慮涉案的電話留言信息是否構成“要約提供貨品、設施或服務、或為該等貨品、設施或服務可予提供而進行廣告宣傳”;

(4) 裁定上訴人致電控方證人是為“新目的”而使用資料當事人的個人資料;

(5) 裁定上訴人在原有合約期限內向控方證人提供有關續約的資料構成“直接促銷”。

(三) 裁判官於裁定上訴人罪名成立時考慮了與控罪無關的事宜和/或沒有考慮與控罪有關的事宜。

(四) 裁判官錯誤地，且於缺乏適當自我引導下，依賴辯方證人回應裁判官的提問時的證詞，包括針對沒有被檢控罪行的證詞，作出了對上訴人不利的推論和/或作為裁定上訴人有罪的理由。

(五) 綜合案中所有證據和情況，該定罪並不安全、亦不穩妥。

討論和考慮

上訴理由 (一)

13. 相關罪行由《個人資料(私隱)條例》(條例)第 35G 條訂立，條文如下：

[(1) 資料當事人可隨時要求資料使用者停止在直接促銷中使用該當事人的個人資料。

(2) 不論有關資料當事人—

(a) 是否已自有關資料使用者，收到第 35C(2) 條規定須就使用有關個人資料提供的資訊；或

(b) 有否在較早前，向該資料使用者或第三者給予對該項使用的同意，

第(1)款均適用。

(3) 資料使用者如收到資料當事人根據第(1)款作出的要求，須在不向該當事人收費的情況下，依從⁹該項要求。

(4) 資料使用者違反第(3)款，即屬犯罪，一經定罪，可處罰款\$500,000及監禁3年。

(5) 在為第(4)款所訂罪行而提起的法律程序中，被控告的資料使用者如證明自己已採取所有合理預防措施，並已作出一切應作出的努力，以避免犯該罪行，即可以此作為免責辯護。

(6) 本條不影響第 26 條的施行。」

14. 這上訴理由關乎罪行元素，余資深大律師的陳詞是，控方須證明被控人有犯意，而相關犯意是意圖直接促銷。

15. 代表答辯方的高級助理刑事檢控專員單偉琛（單專員）則陳詞說，這罪行是嚴格法律責任罪行¹⁰，控方不用證明犯意。

16. 這議題在原審時沒有被討論，雙方在本席提出後才作出補充陳詞。

⁹ 底線是本席加上的，以表重要。

¹⁰ 即‘strict liability offence’。

17. 余資深大律師援引 *Kulemesin v HKSAR*¹¹和 *HKSAR v Hin Lin Yee*¹²等案例，陳詞說控方必須證明被控人有犯意，例如知悉、意圖或罔顧，因為在普通法之下，有控方必須證明犯意這推定¹³，這是無罪推定這個受憲法保障的權利的體現，而以本案而言，這責任沒有被明確地或因必然含意而移除了。

18. 正如余資深大律師援引的案例所述，確有須證明犯意這推定，但這推定是可以被明確地或因必然含意而移除的。法例是否有這含意，結論應從考究條文用字、罪行性質，想透過條例防止的損害、和所有有助於決定制訂這罪行的立法意圖的整體有關情況來查察考慮。簡而言之，任何減損無罪推定之舉，必須得到極為有力的理由支持。

19. 終審法院於 *Kulemesin v HKSAR*¹⁴案在審視了一系列案例後指出關乎法定罪行的犯意的五種可能的情況¹⁵：

- (1) 第一，犯罪意圖推定持續存在，控方必須就罪行的每項元素證明被告人懷有知悉、意圖或罔顧（下稱「第一種可能情況」）；

¹¹ (2013) 16 HKCFAR 195。

¹² (2010) 13 HKCFAR 142。

¹³ 見案例如 *HKSAR v So Wai Lun* [2005] 1 HKLRD 443、at 447。 *Sweet v Parsley* [1970] AC 132、*Gammon v AG of HK* [1985] AC 1。

¹⁴ (2013) 16 HKCFAR 195。

¹⁵ 判詞以英文撰寫，現引用余資深大律師陳詞所述。

- A
- B
- C
- D
- E
- F
- G
- H
- I
- J
- K
- L
- M
- N
- O
- P
- Q
- R
- S
- T
- U
- V
- (2) 第二，控方毋須證明被告人懷有犯罪意圖，但假如有證據足以令人合理地懷疑被告人在作出或遺漏作出有關行為時可能誠實和合理地相信其行為的情況或可能後果若然屬實便會令其毋須承擔法律責任，則該人必須獲判無罪，除非控方能按「無合理疑點」標準證明被告人並不懷有該種開脫性的信念又或該種信念並無合理理由支持（下稱「第二種可能情況」）；
- (3) 第三，上述推定已被取代，以致控方毋須證明被告人懷有犯罪意圖，但被告人如能按「相對可能性衡量」標準證明其在作出或遺漏作出有關行為時誠實和合理地相信其行為的情況或可能後果若然屬實便會令其不被判有關罪名成立，便有良好的抗辯理由（下稱「第三種可能情況」）；
- (4) 第四，上述推定已被取代，被告人只能倚賴有關條文明文提供的法定抗辯理由，而該等抗辯理由的存在與上述第二及第三種可能情況並不一致（下稱「第四種可能情況」）；及
- (5) 第五，上述推定已被取代，有關罪行屬絕對法律責任罪行，以致控方如能證明被告人曾作出或遺漏作出有關行為，便會獲判勝訴，不
- A
- B
- C
- D
- E
- F
- G
- H
- I
- J
- K
- L
- M
- N
- O
- P
- Q
- R
- S
- T
- U
- V

論被告人就該罪行的相關元素處於何等思想
狀態(下種「第五種可能情況」)。

20. 余資深大律師的陳詞是：本案罪行屬上述第一種可能的情況，控方須證明被控人使用資料當事人的個人資料，而在使用時他是有意圖為直接促銷目的而使用那資料的。

21. 單專員的陳詞則是：這罪行屬第四種可能的情況，即控方毋須證明犯意，而被控人只可倚賴條文明文提供的免責辯護。

22. 余資深大律師力陳，本案所涉罪行的最高罰則是罰款 50 萬元和監禁 3 年，刑罰是嚴峻的，可判處的監禁刑期和襲擊致造成身體傷害罪這嚴重刑事罪行一樣。引用 *Hin Lin Yee*¹⁶一案所述的考慮原則，實不應詮釋立法意圖是訂立毋須證明犯意的罪行。

23. 此外，余資深大律師也指出，現時法例的前身所訂立的最高罰則只是第 3 級別的罰款¹⁷，相比之下，可見現時的立法意圖是訂立一項嚴重的罪行。

24. 余資深大律師指出，法庭在考慮時應在保障個人私隱的權利和商業有效運作之間作出平衡，陳詞說裁定相關罪行為嚴格法律責任罪行不利商業運作，影響服務質素，就如本案情況，聯絡

¹⁶ (2010) 13 HKCFAR 142, 見本文第 28 段。

¹⁷ 現時是 10,000 元。

客戶旨在提醒避免約滿後要付較高費用，是良好的客戶服務，不應有所掣肘。

25. 余資深大律師也援引了英國 *Communication Act 2003* 第 127(1)條，指出該條例的條文與本案罪行條文相似，也針對向他人傳訊的行為，英國的法庭¹⁸裁定了控方除了要證明被控人「寄出」或「致使寄出」涉案的訊息外，還要證明被控人當時有意圖致令該訊息帶有威脅或令人討厭的特質。

26. 上述英國法律針對的是以公眾電子傳播網絡傳送相關不當訊息，條文如下：

“A person is guilty of an offence if he sends the means of a public electronic communications network a message or other matter that is gashed offensive or of an indent character”

27. 單專員的陳詞是，這英國條例和本案相關條例不可相提並論，因為針對的事情不同，條文用字也不同。本席認同這論點。

28. 可恰當地移除須證明犯意這推論的條件，在終審法院一系列條例中¹⁹已述明，其中 *Hin Lin Yee* 一案確立了以下的法律原則：

「(1) 在決定關於犯罪意圖的推定已否明確地被移除或因必然含意而被移除時，第一項(也可能是具關鍵性的)

¹⁸ 見 *DPP v Collins* [2006] UKHL 40 和 *Chambers v DPP* [2013] 1 A11 ER 149。

¹⁹ 例如 *Hin Lin Yee v HKSAR* (2010) 13 HKCFAR 142, *HKSAR v Lam Kwong Wai* (2006) 9 HKCFAR 574, 和 *Lee To Nei v HKSAR* (2012) 15 HKCFAR 162 等。

考慮因素是相關法例的用語，包括任何帶有知悉或意圖的含意的字詞。第二，有關罪行的性質和標的物亦相當重要。罪行的懲罰和受社會非議的程度愈嚴重，法庭裁定上述推定被移除的可能性便愈低(雖然這不表示該推定無可能被移除)。另一方面，對於涉及如公眾健康、發牌和工業法例等可統稱為「監管性的罪行」來說，法庭一般毋須對移除上述推定過於顧忌。第三，立法目的以及堅持要求控方證明犯罪意圖將可能破壞該目的，顯然是重要的考慮因素。

(2) 由於所引致的嚴苛後果，因此法庭只能在具有有力理由支持下斷定某罪行產生絕對法律責任。有關罪行屬規管性質本身不足以支持施加絕對法律責任。相反，按照 *Lim Chin Aik* 一案所訂立的原則，如要施加絕對法律責任，便先要證明此舉有助體現某些有用的目的，意即此舉可影響大眾對法律的遵守。此外，*Lim Chin Aik* 一案所訂立的原則受到另一項考慮因素補充，即法庭必須信納，令有關罪行受制於普通法抗辯理由將不能充分體現立法目的。

(3) 原則上，可支持施加絕對法律責任的情況包括下列兩類情況。第一類情況是當法律認為相關行為從社會角度看並非重要甚或一定可獲接受之時，例子包括某些性罪行。第二類情況涉及法例向某人(這可包括法人團體)施加若干責任，而該責任所牽涉的行為或任務實際上相當可能由另一人(例如僱員或承判商)作出或執行。很多屬監管性質的罪行均可能受這一類情況涵。」²⁰

29. 余資深大律師看重的罰則只是考慮因素之一，最重要的還是確定立法意圖。

30. 以本案所涉條例而言，條文沒有明確述明有何犯意是罪行元素之一，也沒有指明這是嚴格法律責任罪行。本席的責任，是審視所有相關情況以確定不用證明犯意是否一定是條文的必然含意。什麼是相關情況，是如本文第 28 段所述的。

²⁰ 判詞以英文撰寫，現採用法律彙編中的裁決摘要的中文版本。

31. 本席認為，涉案罪行明顯不是本質上是犯罪行為那一種，而是規管性的，針對的是關乎使用個人私隱資料上的違規，不容許資料使用者無視資料當事人的要求而利用他的個人資料作直接促銷用途的行為。雖然，視乎情節，判罰可以不輕，但受社會非議的程度畢竟遠低於本質上是犯罪行為那類罪行。

32. 從條文的用字和提供了的免責辯護來看，都是不用證明犯意這立法意圖的另一項啓示。

33. 從現實角度，不少資料使用者都是機構、企業或商戶，而非個人，但直接做出違規的人，往往是這些機構、企業或商戶的僱員，而非僱主或負責人，如要證明如余資深大律師陳詞所述的那類犯意，便大大削弱條例的效用，反之，移除須證明犯意的要求，會有助體現立例的目的，和加強大眾對規例的遵守。

34. 因下屬的行為而被處罰，理據在 *Reynolds v Austin & Sons Ltd*²¹一案說得清楚。Devlin J 說：一個人為了他的僱員的行為，或業務的安排失誤而須負上刑責，是因為這樣做可促使各人將自己或機構的水平提升至大眾期望的要求。雖然，從一個角度來看，他是為了他人的罪行受罰，但是，從另一角度來看，如果他能夠對遵守法規有充份警覺的意識的話，這罪行便可能不會發生。²²

²¹ [1951] 2 KB 135, 149。

²² 這是一宗英國案例，上述是法官判詞的大意。

35. 終審法院常任法官李義²³在 *Hin Lin Yee* 說：即使並非僱主本人直接違規，可是，如果他知道，當他的僱員或承包商在處理和他相關的業務時，對遵守法規懈怠、敷衍、粗心大意、或不稱職時，他是會被視為應負責任的，他便會有意志和動力去確保工作是正確地執行、甚或更換未能這樣做的僱員或承包商。²⁴

36. 這是針對絕對法律責任罪行²⁵而說的，不過，理據於考慮是否應訂立嚴格法律責任時也應適用。

37. 可以接觸或得知個人私隱資料的人，身份和角色雖然會不同，但各人必須因應其身份及角色和相關實況，採取合宜措施以求違規事情不會發生。

38. 余資深大律師其中一項陳詞是，何謂直接促銷，牽涉審視作出行為者的意圖。本席認為，行為是否構成直接促銷，是涉案罪行元素中的犯罪行為²⁶而已，只須察看所言所行，毋須顧及背後目的。

39. 本席裁定，不用證明犯意，是明確的立法意圖。

²³ Ribeiro PJ。

²⁴ 判詞以英文撰寫，沒有官方中文譯版，這是判詞的大意，見判詞第 158 段。

²⁵ Absolute liability offence。

²⁶ Actus reus。

40. 條例並非定立了一項絕對法律責任罪行，而是定立了一項嚴格法律責任罪行。舉證責任有部份逆轉了，因而也減損了無罪推定，不過，這是為了一個合法社會目標²⁷，而且可通過合理性²⁸和相稱性兩項驗證²⁹標準。

41. 所謂合理性，是指做法是否合理地關乎達致合法目標，相關規定符合合理性這標準，是無可置疑的。

42. 至於相稱性，是指無罪推定這憲法權利之被削弱，是否超乎達致目標所須，這關乎兩事情：

(1) 罪行是絕對法律責任罪行抑或是嚴格法律責任罪行；和

(2) 如屬後者，則提出抗辯理由的那方，是負起說服責任³⁰抑或只是提證責任³¹。

43. 本案罪行明顯不是絕對法律責任罪行，要考慮的因此只會是上述第 2 事項。

44. 裁判官在判案時，以被控人只有提證責任來處理，這做法本席沒有異議。

²⁷ Legitimate social aim.

²⁸ Rationality.

²⁹ Proportionality.

³⁰ Persuasive burden.

³¹ Evidential burden.

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V

45. 因為本案之考慮以上訴人只負起提證責任為依歸，相稱性不成問題。

46. 余資深大律師也提出了，如果法庭裁定罪行是嚴格法律責任罪行的話，除了法定免責辯護之外，還應容許普通法下之辯解，而以這罪行而言，該辯解應為：被控人誠實和合理地相信其行為只是履行客戶售後服務的跟進。

47. 單專員的陳詞是不應容許普通法辯解，因為它和法定免責辯護不相一致，理由是法定辯解的要求比上訴方提出的普通法辯解所要求的高，根據 *Hin Lin Yee* 一案的裁定，後者應被移除，被控人只能倚賴法定免責辯護。

48. 何謂抗辯理由不相一致，雙方皆指出，除了 *Hin Lin Yee* 案之外，他們找不到其他案例就這點有詳細述明。

49. 涉案罪行的法定免責辯護要求被控人做了一些積極性的行為³²，明顯容不下單靠信念便可成立的抗辯理由。本席裁定，以本案罪行而言，被控人只有法定免責辯護可依。

³² Positive act.

50. 基於上述理由，本席裁定，涉案罪行是嚴格法律責任罪行，罪行元素如下：

- (1) 有資料當事人要求了資料使用者停止在直接促銷中使用該資料當事人的資料；
- (2) 資料使用者收到資料當事人這要求；
- (3) 資料使用者沒有依從這要求。

上述 3 項事情，都是控方要在毫無合理疑點的尺度下證明的。

51. 當上述 3 事項都被證實後，則除非被控人可依賴第 35G(5)條的免責辯護³³，否則便須定罪。

52. 在本案，控方須證明的罪行元素，毫無疑問都被證實了，控方並不須證明犯意，這上訴理由不成立。

上訴理由(二)

53. 這上訴理由的關鍵議題是裁判官之裁定涉案留言構成直接促銷是否錯誤。

54. 本席既裁定了罪行是嚴格法律責任罪行，關乎這上訴理由，便只需考慮 Bonnie 所做的，是否構成直接促銷，其他的理據已不用考慮。

³³ 見本文第 13 段。

55. 直接促銷在條例中的釋義為：

「透過直接促銷方法—

(a) 要約提供貨品、設施或服務、或為該等貨品、設施或服務可予提供而進行廣告宣傳；或

(b) 為慈善、文化、公益、康體、政治或其他目的索求捐贈或貢獻。」³⁴

56. 關乎本案的是 (a) 部份的釋義。

57. 雙方都指出，何謂條例中所謂的「要約」和「廣告宣傳」，之前並未有案例予以述明。

58. 余資深大律師在援引了一些立法會議事記錄和條例在 2011 年修訂時的草案後，陳詞說：條例的立法原意是從保障個人資料方面立法來保障各人私隱，當中針對的包括陌生推銷電話 (cold calls) 所造成的滋擾。可是，在規管如何使用個人資料的同時，立法者同樣關注如何確保有效的商業經營和運作。因此，他認為在詮釋第 35G 條的「直接促銷」這詞彙時，需要同時考慮平衡保障個人資料私隱和確保有效的商業營運的框架之內。

59. 余資深大律師認為：

- (1) 釋義條文中「要約」一詞的釋義，應採用合約法中對這概念的理解。他援引了辭海³⁵中對這詞語的詮釋：

³⁴ 條例第 35A 條。

³⁵ 見《辭海（下）》/ 1999 年版。

「要約」：當事人一方向他提出訂立合同的要求或建設。與承諾同為合同締結的必經程序。要約人除表示簽訂合同的願望外，還須明確提出足以決定合同內容的基本條款。分口頭與書面兩種。口頭要約在對方了解其內容時發生效力，書面要約一般在送達對方時發生效力。要約中通常規定承諾期限，要約人在此期限內受其要約的約束；對方在期限內作出承諾期限，要約人在此期限內受其要約的約束；對方在期限內作出承諾，合同即告成立。各國法律一般規定，要約得到承諾前可撤銷。」

(2) 「廣告」是指向普羅大眾或公眾人士資料的行為。他也援引了辭海³⁶中「廣告」和「宣傳」的詮釋：

「廣告」：通過媒體向公眾介紹商品，勞務和企業信息的一種宣傳方式。一般指商業廣告。從廣義來說，凡是向公眾傳播社會人事動態，文化娛樂，宣傳觀念的都屬於廣告範疇...

「宣傳」：個人或團體借助於各種媒介表達自己的觀念或主張，以影響受眾的態度和思想的社會活動。由宣傳者，宣傳內容，傳播媒介，宣傳對象諸因素構成，具有目的性，社會性，階級性，依附性等特點。按內容分有政治宣傳，科技宣傳，經濟宣傳，文化宣傳，宗教宣傳等；按形式分有口頭宣傳，文字宣傳，形象化宣傳等。」

60. 另一方面，單專員的陳詞有以下要點：

- (1) 「直接促銷」的法定釋義中的(a)項包括兩種行為：
 - (i) 要約提供貨品、設施或服務；
 - (ii) 為貨品、設施或服務可予提供而進行廣告宣傳。

³⁶ 見《辭海（中）》/1999年版。

因為條例中(i)和(ii)之間用上「或」字³⁷,所以只要證實上述兩行為的其中一項,便證明了相關行為構成「直接促銷」。

61. 單專員指出,在不少案例中,法庭都認為民事法律的概念不適用於刑事法,*HKSAR v Fung Hok Cheung*³⁸便是一例。他的陳詞是:

(1) 條例中「要約提供」一詞,意思是作出提供貨品或服務的建議,並非指合約法中具特定意義的要約,也不拘限於廣告宣傳。

(2) 廣告宣傳並不限於向普通大眾或合約以外的人服務。

62. 余資深大律師則力陳答辯方的立場不成立,尤其是因為條例用上「要約」這民事合約法這有特定意義的字眼,而非採用‘offer’一字的一般性含義的中文措詞,如「提供」,可見立法意圖是要有合約法概念中的要約行為或意圖、才會構成直接促銷。

³⁷ 見本文第 55 段。

³⁸ [2008] 5 HKLRD 846, and 853 頁。

63. 這議題涉及條例應如何詮釋。釋義及通則條例第 19 條
述明：

「條例必須當作有補缺去弊的作用，按其真正用意、涵
義及精神，並為了最能確保達致其目的而作出公正、廣
泛及靈活的釋疑及釋義。」

64. 終審法院在 *HKSAR v CHEUNG Kwun Yin*³⁹一案指
出，在香港，需要就法例釋義時，採用的是目的釋義⁴⁰：

「詮釋法定文字時，要顧慮它的上下文及目的。賦與文
字通常及自然的意思，除非上下文或目的指向另一不同
的意思。一開始便要考慮上下文，而不只是當認為有含
糊出現時。要以最廣義理解上下文並包括其他法律條文
和一般法理。法律條文的目的可能從條文本身，報告的
建議例如法律改革委員會的建議，有關法案的摘要說明
或負責有關法案的政府官員在立法會的言論，顯而易
見。」⁴¹

65. 「要約」和英文版本‘offer’一詞有不同之處，後者的意
義可以較廣，除了在合約法下的專有意義外，還有更闊的一般意
義。「要約」一詞則不同，看來是合約法下產生的專有詞，一般情
況很少使用。這點雙方都接受，也對余資深大律師的論點有支持
作用。

66. 不過，如何詮釋條文，還是要根據上述第 19 條⁴²。

³⁹ (2009) 12 HKCFAR 568。

⁴⁰ “Purposive interpretation”。

⁴¹ 採用法律匯報中的裁決提要的中文版本。

⁴² 見本文第 63 段。

67. 本席認同單專員的見解，如果要引用民事合約法中「要約」的概念於本案的刑事議題，過於狹窄，且易招不必要的技術性爭議，難以達致設立這罪行的目的。

68. 民事合約法訴訟中，什麼行為已構成要約，什麼行為未構成要約，例如只是邀請要約⁴³，時有爭議，本席認為，以涉案罪行而言，必定不會只針對在合約法下確實構成要約的行為，而不包括可能只構成邀請要約的行為。

69. 在合約法下，要成為有效的要約，內容要明確和確定，以讓受要約人⁴⁴接受要約，作出承諾。如果條例的規定，尤其是第 35G 條，針對的只涵括合約法下已確實成為要約的情況，那樣，即使一個糾纏不休、目的明顯是在推銷貨物或服務，但因推銷對象推辭或沒有正面回應而致未述及貨物的詳細出售條件或服務的詳細提供條件，在合約法下未成為要約的情況，便會因此而未構成直接促銷，不受此法規管，這明顯不是立法意圖。

70. 「要約提供」的英文版本是‘offering’，‘offering’一字意思很多，可包含提供和提出會提供這意思，中文版本採用了「要約提供」一詞的意思，是應該包括提出會提供這行為的。

⁴³ Invitation to treat.

⁴⁴ Offeree.

71. 《釋義及通則條例》⁴⁵第 10B 條有以下規定：

- (1) 條例的中文本和英文本同等真確，解釋條例須以此為依據。
- (2) 條例的兩種真確本所載條文，均推定為具有同等意義。
- (3) 凡條例的兩種真確本在比較之下，出現意義分歧，而引用通用的法例釋義規則亦不能解決，則須在考慮條例的目的和作用後，採用最能兼顧及協調兩文本的意義。

72. 本席認為，根據第 19 條的釋義規則，「要約提供」的意義不應局限於合約法下的「要約」一詞的意義，而應包括提出會提供一些事情這種行為，也即‘offer’一詞可包含的較廣闊的意義。即使要引用第 10B 條⁴⁶，在考慮了條例的目的和作用，要採用最能兼顧及協調兩文本的意義，結論也是一樣的。

73. 如果中英文本的意義其實存在分歧的話，根據《釋義及通則條例》第 10B(3)條，法庭應先引用通常適用的法例釋義規則來試行解決。應採用的釋義規則，是《釋義及通則條例》⁴⁷第 19 條的規定、和上述終審法庭在 *Cheung Kwun Yin* 一案中所述的⁴⁸。

⁴⁵ 香港法例第 1 章。

⁴⁶ 見本文第 71 段。

⁴⁷ 香港法例第 1 章。

⁴⁸ 見本文第 64 段。

74. 引用這些規則之下，本席認為，「要約提供」和‘offer’，都包含提出會提供貨品、設施或服務的意思。

75. 本席認為，要為這條例規定作詮釋，不應以民事法下的專用意思來考慮「要約」一詞。「要約」包括上一段所述的行為。

76. 至於「廣告宣傳」一詞，一般理解，或許確如余資深大律師所言，是指向大眾發放資料的行為。但單專員的陳詞是：這樣詮釋過為狹窄，並未反映立法意圖。

77. 本席認同單專員的陳詞，本條例旨在保障私隱，而條例第 35G 條針對的是向個別人士進行直接促銷，如果將打電話給個別人士的行為排除於監管範圍，達成定立這項規定的目的之效果便會大為削弱。況且，案中證據顯示，上訴公司的做法，即所謂提醒客戶的做法，並非只是針對本案的投訴人，而是會向所有這類客戶做的。本席認為，行為構成為服務可予提供而進行廣告宣傳。

78. 本案的另一議題，是條例所列的保障資料原則⁴⁹，尤其是關乎個人資料的使用的第 3 原則，和本案所涉罪行在考慮上有沒有關係。

⁴⁹ 列於條例附表。

79. 在原審時，辯方⁵⁰指出：事件關乎續約，是既有合約衍生的事宜，並非條例所述的新目的。

80. 根據條例第 4 條：

「資料使用者不得作出違反任何保障資料原則的作為或從事違反任何該等原則的行為，但如該作為或行為（視屬何情況而定）是根據本條例規定須作出或進行或准許作出或進行的，則屬例外。」

81. 各項原則中的第 3 原則是：

「如無有關的資料當事人的訂明同意，個人資料不得用於新目的。」⁵¹

82. 所謂新目的，就使用個人資料而言，是指下列目的以外的任何目的：

- 「(a) 在收集該資料時擬將該資料用於的目的；或
- (b) 直接與 (a) 段提述的目的有關的目的。」

83. 原審裁判官指出，她不認同續約並非新目的⁵²，但她在之前已表示，她認為是否新目的，並不適用於本案的考慮。⁵³

⁵⁰ 在原審時，上訴人由李頌然大律師代表。

⁵¹ 條例附表 1 第 3(1) 條。

⁵² 見裁斷陳述書第 65 段。

⁵³ 見裁斷陳述書第 44 段。

84. 余資深大律師的陳詞是：條例第 35G 條和第 3 原則背後的目的是一致的，而法例規定的設計也旨在確保有效的商業運作和個人私隱的保障間作出平衡。如果公司的行為不是為了新目的，便不應屬於第 35G 條的規範之內，條例針對的，是防止陌生推銷電話。

85. 單專員的陳詞則是，法例沒有區分資料使用者對現存客戶或陌生者進行的直接促銷活動。而條例中亦沒有條文明確或隱含地表示第 35G 條的目的和運作是受到第 3 原則所規範的。

86. 本席認同單專員的陳詞。第 35G 條針對的是直接促銷活動，只要資料當事者要求了資料使用者停止在直接促銷中使用他的個人資料，資料使用者在收到要求下便必須依從該項要求。

87. 因此，關鍵是資料使用者之使用資料當事人的個人資料，是否為了直接促銷。雖然，在起碼大部份可想像的直接促銷的情況，行為都應該是為了新目的的，不過，考慮行為是否為了新目的，並沒有對正目標。

88. 基於上述理由，本席認為，在本案，法庭的責任是裁斷控方是否可在毫無合理疑點下證明：

- (1) 有資料當事人要求了資料使用者停止在直接促銷中使用該資料當事人的資料；
- (2) 資料使用者收到資料當事人這要求；

(3) 資料使用者沒有依從這要求。

(4) 如果證明了的話，便要考慮辯方是否可以成功依
賴法定免責辯解。

89. 原審裁判官裁定：Bonnie 的電話留言內容，構成直接
促銷。余資深大律師就裁判官的分析考慮作出了多方面的批評。

90. 余資深大律師的其中一項批評，針對裁判官的裁斷陳
述書中以下段落，指裁判官混淆了動機和犯罪意圖，並作出錯誤
的事實推斷：

「從以上所見，就算 Bonnie 依從被告提供的講稿[無論
D3 (1) 或者 (2)]，或者 Bonnie 的留言，其實，也
是被告的員工，藉透過電話通話/電話留言的傳訊，向一
位指名特定人士陳先生，送交資訊，即續約計劃，要約
提供被告的服務。本席認為，足以構成直接促銷。」

91. 裁判官的裁斷陳述書的編排，看來是針對辯方在原審
時提出的要項逐點討論考慮，上述部份針對公司提供給員工的講
稿內容，裁判官也交待了自己的看法：即使員工依循講稿內容和
客戶聯絡，這也構成直接促銷。

92. 講稿的內容，並非控方指控所針對的，針對的是 Bonnie
的實際留言內容。不過，講稿內容和裁決並非無關，尤其是在考慮
法定辯解時，必須顧及。案件的重點是 Bonnie 的留言是否構成直
接促銷，裁判官的裁定是：是的。在裁斷陳述書第 57 段，裁判官說：

「。。。Bonnie 的留言。。。足以構成直接促
銷。」

在「總結」那部份，裁判官說：

「無論 Bonnie 是否偏離講稿，電話留言的內容。。。旨在客戶續約。。。為的是要約，。。。構成直接促銷。」⁵⁴

93. 本席完全同意裁判官的裁定。雖然，Bonnie 以提示合約將會期滿為開場白，可是，細察留言的整體，本席肯定，Bonnie 是在要約提供服務，即提供一個優惠價讓客戶繼續享用價錢原本會不同的同樣服務、或在為該等服務可予提供而進行廣告宣傳。至於是在原約完結時續約、抑或於在較早的日子已開始新約、抑或是其他情況，證據不足以令本席作出裁定，但無論如何，本案是一個提出會提供服務或為該等服務可予提供而進行廣告宣傳的情況。

94. 裁判官曾提及辯方證人承認公司的確希望客戶續約⁵⁵。本席同意余資深大律師的陳詞，這點和裁判官要裁定的事項沒有舉證作用。不過，察看了裁斷陳述書的整體，裁判官的裁決，是建基於她所述的其他情況的，而那些情況都是她有權顧及的。

95. 辯方證人指出，提醒客戶約滿是重要服務，尤其是根據原本合約條款，約滿後公司會繼續提供服務，但收費會由合約價的 230 元恢復為正價 490 元，曾經有現有客戶投訴未經提醒下被收取正價的費用。

⁵⁴ 見裁斷陳述書第 64 段。

⁵⁵ 見裁斷陳述書第 56 段。

96. 上訴公司提醒客戶，是好的服務，而即使客戶提出了條例第 35G(1)條的要求，上訴公司以恰當的方式和表達提醒客戶將快約滿，也不會違反第 35G 條的規定，因為那並非直接促銷。但 Bonnie 所做的和所用的表達，超越了提醒，進入了直接促銷的範圍。

97. 這上訴理由不成立。

上訴理由(三)

98. 余資深大律師批評，裁判官考慮了與控罪無關的事宜和/或沒有考慮與控罪有關的事宜，他針對的事項如下：

- (1) 在客戶約滿前 6 個月開始提醒客戶約滿；
- (2) 提醒客戶約滿所採用的媒體是否恰當；
- (3) 客戶約滿事宜只為用作開場白；
- (4) 辯方證物 D3(1)及 D3(2)的講稿內容。

99. 這些事項，裁判官在裁斷陳述書中有提及。本案原審並非以罪行是嚴格法律責任罪行這方向來進行的，裁判官沒有很明確地述明她顧及這些事項的原因，看來可能是在審視那次留言的真正目的、或意圖，以原審時的爭議方向而言，這是無可厚非的。

100. 現在，本席既裁定了罪行是嚴格法律責任罪行，控方其實毋須證明留言的目的或意圖，裁判官故此也不必顧及這些事項，

可是，顧及了也不等於定罪並不穩妥，尤其是裁判官作出了的事實裁斷涵蓋了控方須證明的事情和辯方是否可倚賴法定免責辯護。

101. 雖然，本席現時的裁定令原審的爭議方向變得不對焦，然而，余資深大律師明確表示，這對辯方的舉證沒有影響，即使辯方一早也是針對一項嚴格法律責任控罪，辯方要提出的證據，會是完全一樣的。

102. 在這情況下，鑑於裁判上訴以重審⁵⁶方式進行，本席以已在裁判官席前呈遞了而沒受爭議的證據為依歸，為相關議題作出裁定，並沒有不公。

103. 本席裁定和認同，Bonnie 所做的，構成直接促銷，這上訴理由不成立。

上訴理由(四)

104. 這上訴理由的重點是：裁判官在作出對上訴人不利的裁斷時，顧及了證據中含有沒有被檢控的罪行的證詞。

105. 余資深大律師的書面陳詞中，列出了辯方證人被覆問後裁判官向證人提出的以下發問：

- (1) 曾經打過多少次電話給這名客戶；

⁵⁶ Rehearing。

- A
- B (2) 如果未能聯絡上客戶, 公司有沒有指示要打多少次
- C 電話;
- D (3) 會否嘗試用其他方式聯絡客戶;
- E (4) 為何不發信給客戶;
- F (5) 為何公司要堅持以電話聯絡上客戶。
- G

辯方證人就這些範疇的回答, 是這上訴理由針對的事情。

H

I 106. 沒有被檢控的罪行的立論基礎, 源自終審法院案例

J *Chim Hon Man v HKSAR*⁵⁷之後的一系列裁決, 所謂沒有被檢控的

K 罪行, 有特定的意思, 本席不認為, 上述事情是這系列案例關注所

L 在, 不算是案例所述的沒有被檢控的罪行。

M

N 107. 再者, 以本案而言, 關乎控方須證明的事項, 有爭議的只

O 是留言內容是否構成直接促銷, 法庭單從內容便可作出判斷, 故此,

P 即使裁判官考慮了不適當的事情, 對本上訴案中這議題沒有影響,

Q 而本席就這議題也作出了裁定。

R

S 108. 本席既已裁定事情構成直接促銷, 餘下議題便是辯方是

T 否可成功倚賴法定免責辯護。

U

V 109. 就於上訴人是否可以成功依賴法定免責辯護這一點,

證據來自辯方證人, 上訴方已完成提證責任。

⁵⁷ (1999) 2 HKCFAR 145。

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V

110. 問題是上訴人是否：

- (1) 已採取所有合理措施，和
- (2) 已作出一切應作的努力以避免不依從資料當事人的相關要求。

111. 考慮了整體相關證據之後，本席認同裁判官的裁斷，答案是否定的。

112. 證據顯示，上訴人公司各部門包括 Customer Relations 中以下 5 組人員：CRA、CRB、CRE、CRK 和 CRM。

113. 當有客戶提出拒絕接受直接促銷資料時，上訴人公司會從直接促銷客戶名單刪除該客戶。不過，CRB、CRK、和 CRA 組別的人員，仍可在客戶資料庫見到相關客戶的資料。

114. Bonnie 是隸屬 CRK 組別的，所以看到資料。以工作分配而言，CRK 組，負責售後服務和合約提示，不會進行直接促銷。

115. 根據辯方證人何先生的證詞，被告公司對「直接促銷」的理解是如下：首先，將客戶分開為新客及舊客。對新客，員工就會介紹公司的服務。對舊客，員工會介紹升級服務、音樂

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V

軟件、電話服務、新服務，或者客戶尚未用過的公司現有服務。⁵⁸。

116. 辯方證人的其他部份證詞，可見於本文第 7 段。

117. 公司既已收到要求，便有責任採取所有合理措施和作出一切應作的努力以避免不依從相關要求，要求不是絕對的，所有措施只須是合理的措施，一切努力只須是應作的努力。

118. 公司做了的，包括訓練和提供守則，但具體細節不詳。

119. 即使根據上訴人公司的指引講稿⁵⁹的內容，也包括主動地提出可為續約計劃作出介紹，本席認同裁判官的看法，這是構成直接促銷的。

120. 相關講稿，沿用法例生效之前已用的。即使依講稿與客戶溝通，也涉及介紹續約計劃；而且，即使客戶沒有即時作出正面回應，員工也會嘗試徵詢客戶可否改天再聯絡他。這樣的安排，難以說盡了法定免責辯護的要求。

⁵⁸ 見裁斷陳述書第 17 段。

⁵⁹ 辯方證物 D3(1)和(2)。

121. 為了達到提醒客戶約滿後會被徵收原本較高的款項，以書面方式通知客戶，因為用字明確、又不會涉及人為過失，最能達到目的，又必能合乎法定免責辯護的要求，是其中一個理想做法。

122. 這當然不是唯一方法，但是，以公司在案發時採用的方法而言，一來已可能構成促銷，二來實難稱可以確保不會有越界的行為。

123. 此外，以公司當時的措施來看，雖然就員工向客戶的電話有錄音，但此舉未能確保員工的談話內容有沒有違規，所謂合理預防措施，和作出一切應作的努力，在考慮時應顧及本文第117段所述。若要提醒客戶，而避免進行了直接促銷，大可以藉適當措詞的文書聯絡客戶，從而避免本案出現的風險。

124. 本席認同裁判官的裁斷，辯方未能成功倚賴法定免責辯護。

上訴理由(五)

125. 這是一項涵蓋性的上訴理由，基於之前所述，這上訴理由也不成立。

A
B 結論

C 126. 基於上述理由，本席裁定，控方證明了他們須證明的
D 所有罪行元素，而上訴方未能成功依賴法定免責辯護，據此裁定
E 定罪是穩妥的，所以駁回上訴。
F
G
H

I (黃崇厚)
J 高等法院原訟法庭法官

K 答辯人：由律政司高級助理刑事檢控專員單偉琛代表香港特別行
L 政區。

M 上訴人：由胡關李羅律師行委派余承章資深大律師及李頌然大律
N 師代表。
O
P
Q
R
S
T
U
V