

香港法律改革委员会

咨询文件

《刑事诉讼程序条例》 (第221章) 附表3 所列的例外罪行

本咨询文件已上载互联网，网址为：<http://www.hkreform.gov.hk>。

2013 年 6 月

本咨询文件是由香港法律改革委员会（“法改会”）拟备，以咨询各界人士的意见。本咨询文件的内容并不代表法改会的最终意见。

法改会欢迎各界人士就本咨询文件发表意见，并请于 2013 年 9 月 23 日或之前将有关的书面意见送达下列地址：

香港湾仔
告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼
香港法律改革委员会

电话：(852) 2528 0472

传真：(852) 2865 2902

电邮：hklrc@hkreform.gov.hk

法改会日后与其他人士讨论或发表报告书时，可能会提述和引用各界人士就本咨询文件所提交的意见。任何人士如要求将他提出的所有或部分意见保密，法改会当乐于接纳，惟请清楚表明，否则法改会将假设有关意见无须保密。

法改会在日后发表的报告书中，通常会载录就本咨询文件提交意见的人士的姓名。任何人士如不愿意接纳这项安排，请于书面意见中表明。

香港法律改革委员会

咨询文件

《刑事诉讼程序条例》 (第 221 章) 附表 3 所列的例外罪行

目录

	页
导言	1
研究范围	1
咨询文件	1
第 1 章 要求改革例外罪行法律的背景	2
引言	2
律师会的意见	3
大律师公会的意见	4
第 2 章 关于例外罪行的现行法律	5
关于例外罪行的现有条文	5
第 221 章附表 3 所列的“例外罪行”	5
现行法律的背景	6
现行法律所引起的问题	7
第 3 章 其他司法管辖区的法律	9
英国	9
澳大利亚（维多利亚州除外）	10

	页
澳大利亚维多利亚州	11
加拿大	12
新西兰	14
新加坡	15
海外情况的总结	15
第 4 章 司法机构的判刑酌情决定权与 立法机关制约该项权力之间的相互关系	17
司法机构与立法机关之间的分工	17
强制性的最低刑罚在加拿大所受到的挑战	20
更广阔的公众利益及政策角度	23
社会对法治的看法	24
第 5 章 改革的正反论据以及建议	26
赞成保留例外罪行列表的论据	26
赞成进行改革的论据	26
香港法官及司法人员的意见	28
结论和建议	29

导言

研究范围

1. 2013年1月，律政司司长及终审法院首席法官委托香港法律改革委员会：

“检讨香港法例第221章《刑事诉讼程序条例》附表3所列非适用于缓刑范围内的例外罪行的有关法律，并适当地提出改革建议。”

咨询文件

2. 本咨询文件的第1章述明要求改革例外罪行的有关法律的背景。第2章讨论现行关于例外罪行的法律，而第3章则检视其他司法管辖区的法律。第4章讨论司法机构的判刑酌情决定权与立法机关制约该项权力之间的相互关系。第5章列出改革的正反论据以及我们的建议。

3. 我们强调本文件是一份咨询文件，当中提出的建议旨在推动大家对有关问题的讨论。我们欢迎各界对本咨询文件所讨论的任何问题，提出各自的看法、意见及建议。我们在适当时候拟定最后建议时，定会仔细考虑所有回应。

第 1 章 要求改革例外罪行法律的背景

引言

1.1 关于这个课题的研究，是由香港律师会（下称“律师会”）于 2010 年 3 月 22 日写给律政司司长的一封信所引起的。信中建议政府应检讨和考虑废取香港法例第 221 章《刑事诉讼程序条例》（下称“第 221 章”）附表 3 所列的“例外罪行”。律师会认为“把某些罪行不包括在缓刑的适用范围内，限制了法庭就这些罪行而可选择的判刑”，此外又认为“有需要把法律更新，而法官应获赋予全面的酌情决定权，让他们可以根据所审理案件的事实判处任何适当的刑罚，包括缓刑，而不是在‘例外罪行’案件中受到任意的限制。”

1.2 律师会在其信中引述了上诉法庭在 *AG v Ng Chak Hung* 一案的判决。¹ 在该案中，被告人被裁定犯了违反《侵害人身罪条例》（第 212 章）第 17 条的意图伤人罪。考虑到被告人在案发时是受到挑衅，以及被告人不被视为对社会构成危险，原审法官认为适宜判处被告人监禁六个月，缓刑两年。时任律政司申请复核该项刑罚，所据理由是第 17 条罪行是一项例外罪行，故此原审法官并无判处缓刑的司法管辖权。上诉法庭批准律政司的申请，并以感化令代替缓刑。

1.3 上诉法庭表示，第 17 条罪行本身的严重程度可以有很大的差异，不幸地立法机关却认为适宜把第 17 条罪行列为例外罪行，以致不可就此罪行判处缓刑。时任署理首席大法官邵祺在判词中说：

“律政司得到许可，并且根据《刑事诉讼程序条例》第 81A 条的规定，基于该刑罚并非法律认可的而请求本法庭复核。有关刑罚是原审法官没有司法管辖权判处的，就这点而言没有争辩，而事实上也是无可争辩的。第 17 条罪行是一项例外罪行。……”

我们一开始便认为，第 17 条罪行本身的严重程度可以有很大的差异，不幸地立法机关却认为适宜把第 17 条罪行列为例外罪行，以致法官不可就此罪行判处缓

¹ *AG v Ng Chak Hung* [1995] 1 HKCLR 112.

刑。无疑原审法官的做法是出于最良好的动机，但正如我们所指出，她的做法不是在她的权限之内。……

正如我们在较早前所指出，原审法官明显地是想给答辩人一次改过自新的机会。我们认为应该尊重这个想法。我们同意就《侵害人身罪条例》第 17 条的控罪判处感化令是不多见的，但看过这宗案件的所有情况，特别是犯罪者本身的品性，我们认为如果就此案判处感化令，应是符合司法公义以及犯罪者和社会整体的利益的。

据此，我们批准律政司的复核申请，将原审法官所判的刑罚作废，理由是她并无此司法管辖权。我们以附有条件的感化令代替原有刑罚，有关条件是答辩人须遵照感化主任的指示工作和住宿、按规定前往油麻地精神科诊所、并且在该诊所的专业人员指导下接受治疗。该令的内容和违反该令的后果经向答辩人解释，而答辩人表示愿意接受该令及其条件。我们因此按照上述条款作出该令。”²

律师会的意见

1.4 在其上述的信中，律师会认为把某些罪行不包括在缓刑的适用范围内，会限制法庭就这些罪行而可选择的判刑，并且指出：

“‘猥亵侵犯’的控罪可就不同严重程度情节而提出，由不严重至非常严重不等。其实很多罪行都是反社会且普遍的，却不是‘例外’罪行。当下的议题是，我们是否有理据要从判刑法庭可选用的判刑选择中移除其中的一项判刑。……

……法官应获赋予全面的酌情决定权，让他们可以根据所审理案件的事实判处任何适当的刑罚，包括缓刑，而不是在‘例外罪行’案件中受到任意的限制。”

1.5 其后，律师会委托香港大学比较法及公法研究中心，就应否改革香港法庭根据第 221 章判处缓刑权受到例外规定限制一事，撰写研究报告书。比较法及公法研究中心的报告书（下称“研究中

² *AG v Ng Chak Hung* [1995] 1 HKCLR 112 at 113 – 115.

心报告书”) 得出结论，认为“有实质理由支持把例外罪行列表整个废除，或至少删除那些不一定会对他人造成严重暴力伤害的罪行”。³ 研究中心报告书分别列出赞成保留例外罪行列表以及赞成改革的论据。这些论据载于本咨询文件第 5 章。

1.6 研究中心报告书也促请注意第 221 章第 109A 条，该条文规定在一般情况下，除非没有其他适当的处置方法，否则不得判处 16 至 21 岁的青少年罪犯监禁。然而，这项一般规定不适用于例外罪行。⁴

1.7 经考虑研究中心报告书后，律师会的刑法及诉讼程序委员会总结说，“例外罪行”的概念已经过时，因此应该把第 221 章附表 3 整个废除。鉴于研究中心报告书特别着重法庭在选择判刑时的酌情决定权，律师会强调该会并非主张例外罪行的废除，是与法庭可继续判处缓刑的酌情决定权有任何关连。

大律师公会的意见

1.8 大律师公会同意律师会的看法，认为例外罪行的概念“已经过时”，应该完全废除。⁵ 大律师公会在其信中进一步指出：

“判处缓刑是司法机构获提供及可使用的判刑选择之一：虽然既定的原则是法庭只可在‘例外情况’下判处缓刑，但每宗案件应根据其个别案情予以考虑，而这无疑与大律师公会乐于见到法庭行使其酌情决定权的方式一致。如果行政机关对司法机构的独立性施加这样的显著限制，则未免有点‘背道而驰’。”

1.9 大律师公会亦支持我们的建议，就有关事宜进行公众咨询。

³ 香港大学比较法及公法研究中心，《香港缓刑改革报告书》（*Report on Reforming Suspended Sentences in Hong Kong*），（2012 年 9 月），第 2 及 21 页。

⁴ 研究中心报告书并没有研究废除附表 3 对第 109A 条的影响，而此问题有需要在全盘检讨香港青少年司法审判制度的范围内作进一步的研究。然而，研究中心报告书注意到在 1971 年，由于社会普遍关注青少年暴力罪案上升，以致当年订立附表 3，就是同时为了针对判处缓刑以及不得判处青少年人监禁的一般规定。

⁵ 见于大律师公会 2013 年 3 月 1 日致香港法律改革委员会的信。

第 2 章 关于例外罪行的现行法律

关于例外罪行的现有条文

2.1 在《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）中，有两项条文是与“例外罪行”有关的。第 221 章第 109B(1)条规定：

“ (1) 如法庭就并非例外罪行的罪行，判处刑期不超逾 2 年的监禁刑罚，法庭可作出命令，规定除非在命令所指定的期间(自命令之日起不少于 1 年及不超逾 3 年)内，有关的罪犯在香港犯另一可惩处监禁的罪行，而随后有权根据第 109C 条命令原来刑罚须予执行的法庭如此作出命令，否则该刑罚不得予以执行。”

2.2 第 221 章第 109A(1)及(1A)条规定：

“ (1) 对任何年届 16 岁或超过 16 岁而未届 21 岁的人，法庭除非认为没有其他适当的方法可处置该人，否则不得判处监禁；就决定任何其他处置该人的方法是否适当而言，法庭须取得和考虑有关情况的资料，并须顾及在法庭席前的任何关于该人的品格与其健康及精神状况的资料。

(1A) 本条不适用于就附表 3 宣布为例外罪行的罪行而被定罪的人。”

第 221 章附表 3 所列的“例外罪行”

2.3 第 221 章附表 3 所列的例外罪行如下：

- “ 1. 误杀。
2. 强奸或企图强奸。
3. 殴斗。
4. 违反《危险药物条例》(第 134 章)第 4、5 或 6 条的任何罪行。

5. 违反《侵害人身罪条例》(第 212 章)第 10、11、12、13、14、17、19、20、21、22、23、28、29、30、36 或 42 条的任何罪行。
6. 违反《刑事罪行条例》(第 200 章)第 122 条的任何罪行或任何企图罪行。
7. 《火器及弹药条例》(第 238 章)第 III 部任何一条所订的罪行。
8. 违反《盗窃罪条例》(第 210 章)第 10 或 12 条的任何罪行。
9. 违反《公安条例》(第 245 章)第 33 条的任何罪行。
10. 《武器条例》(第 217 章)第 4 或 10 条所订的任何罪行。”

现行法律的背景

2.4 《1971 年刑事诉讼程序(修订)条例草案》把缓刑的概念引入香港。该条例草案大致上参照英格兰《1967 年刑事司法法令》(Criminal Justice Act 1967)的条文。然而，不论是政府所提出的条例草案，或是该英格兰法令，都没有加入任何对“例外罪行”的提述。例外罪行的订立，是当年立法局非官守议员强烈反对的结果，他们对于“*罪案(尤其是暴力罪案)自 1960 年以来的急剧增加*”，表达了关注。¹

2.5 时任律政司罗弼时在回应时强调，缓刑“*并非旨在提供一个处置罪犯的温和手段*”。² 他继续说：

“然而，政府明白到要就此事说服公众并非容易，而本局议员和市民都普遍认为，由于暴力罪案的增加，在这个时刻通过一些看来是主张对暴力罪犯轻判的法例，实属不智……。

虽然本人相信如何对待罪犯这个问题，一般而言理应由政府主导民情，但本人也知道如果政府试图这样做

¹ 香港立法局会议过程正式纪录，1971 年 1 月 20 日，第 350 页，张奥伟议员的发言。

² 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 355 页。

会是危险之举，因为在某个程度上这显示政府与现实脱节，又或与大部分市民所坚持（而且并非不合理的意见相左。”³

2.6 时任律政司补充说，政府决定对非官守议员的要求作出让步，但表示政府希望在日后能够把例外罪行删除：

“经考虑本人所提及的因素，并有鉴于本港现时的情况后，政府作出让步，承认适宜把某几类引起关注的罪行列为例外，不包括在授权法庭可判处缓刑的条文的施行范围内。

本人同意王（泽森）议员所说，为了完成此事，最好能够在主体条例中加入一个附表，列出例外罪行清单。本人认为，日后附表的修订，适宜以总督会同行政局的命令或以本局的决议方式作出，如此一来便可在有需要时迅速对该列表作出修订。事实上，本人希望没过多久便能够把这个列表删除。”⁴

2.7 此外，政府当时认为如果缓刑不适用于某些罪行，则这些罪行亦不应包括在第 221 章第 109A 条的施行范围内。第 109A 条订有以下原则：除非法庭确信没有其他适当的方法可用以处置青少年罪犯，否则不应判处青少年罪犯监禁。时任律政司说，把例外罪行不包括在第 109A 条的施行范围内，“会明确显示政府和本局已达成结论（纵使这个结论令人十分遗憾），即就目前而言，年龄在 16 至 21 岁之间的人倘若犯了涉及暴力的罪行，应当被处以阻吓性的惩罚而非感化措施。”⁵

现行法律所引起的问题

2.8 在现行法律下，法庭就例外罪行而可选择的判刑受到限制。如果一名罪犯被裁定犯了例外罪行，则即使法庭认为鉴于案件的所有情况以及为了罪犯的更生利益而适宜判处缓刑，法庭也不可判处缓刑。

2.9 有一点应予注意，就是社会服务令并没有受到类似的限制。《社会服务令条例》（第 378 章）第 4(1)条赋权法庭，“凡 14

³ 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 355 页。

⁴ 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 356 页。

⁵ 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 356 页。

岁或以上的人被裁定犯了可判罚监禁的罪行”，法庭可作出社会服务令。这项条文并没有把例外罪行排除在外。

第 3 章 其他司法管辖区的法律

英国

3.1 《2003 年刑事司法法令》（Crimes Justice Act 2003）（第 189 至 194 条）实施新的缓刑，规定罪犯必须完成法庭所施加的一系列规定。英国的缓刑不受到任何“例外罪行”限制。¹

3.2 《2003 年刑事司法法令》第 189(1)条规定：

“ (1) 如法庭根据第 181 条判处刑期不少于 28 个星期但不超逾 51 个星期的监禁刑罚，法庭可——

(a) 命令有关罪犯在有关命令就本段而指明的期间内（在本章称为“监管期间”），遵从该命令所指明的属第 190(1)条范围内的一项或多项规定；及

(b) 命令该监禁刑罚不得予以执行，除非——

(i) 在监管期间内，该罪犯没有遵从根据 (a) 段所施加的任何规定；或

(ii) 在有关命令就本分段而指明的期间内（在本章称为“实施期间”），该罪犯在英国犯另一罪行（不论是否可惩处监禁者），

而（在上述任何一种情况下）有权根据附表 12 第 8 段命令执行原来刑罚的法庭随后如此作出命令。”

¹ 《1967 年刑事司法法令》（Crimes Justice Act 1967）是香港缓刑制度的基础，法令内并没有任何对“例外罪行”的提述。

3.3 法庭可根据第 190(1)条所施加的规定包括：无薪工作规定、² 活动规定、³ 计划规定、⁴ 禁止某些活动规定、⁵ 宵禁规定、⁶ 禁止进入规定、⁷ 居所规定、⁸ 精神治疗规定、⁹ 戒毒康复规定、¹⁰ 酗酒治疗规定、¹¹ 监管规定，¹² 以及（如有关的罪犯未满 25 岁）教导所规定。¹³

澳大利亚（维多利亚州除外）

3.4 除了维多利亚外，澳大利亚各司法管辖区都就所有罪行订立了不同形式的缓刑。换言之，除了在维多利亚州外，澳大利亚的缓刑制度不受到任何“例外罪行”限制。

3.5 举例来说，南澳大利亚《1988 年刑事法律（判刑）法令》（Criminal Law (Sentencing) Act 1988）第 38(1)条规定：

“凡法庭已对某被告人判处监禁刑罚，法庭如认为有充分理由将该刑罚暂缓执行，可将该刑罚暂缓执行，条件是被告人作出担保，保证——

(a) 行为良好；并

(b) 遵从该担保的其他条件（如有的话）。”

3.6 该南澳大利亚法令所规定的担保可包括法庭认为适当的条件。这些条件可包括规定被告人在指明期间内接受社区惩教人员监管；必须与或不得与指明的人同住，或必须在或不得在指明的地方或地区居住；从事指明时数的社会服务；参加介入计划；接受医学或精神治疗；不得服用指明类别的药物或喝酒；归还挪用的财产；或向任何人就伤害支付指明金额的赔偿等等。¹⁴

² 第 199 条所界定。

³ 第 201 条所界定。

⁴ 第 202 条所界定。

⁵ 第 203 条所界定。

⁶ 第 204 条所界定。

⁷ 第 205 条所界定。

⁸ 第 206 条所界定。

⁹ 第 207 条所界定。

¹⁰ 第 209 条所界定。

¹¹ 第 212 条所界定。

¹² 第 213 条所界定。

¹³ 第 214 条所界定。

¹⁴ 第 42(1)条。

3.7 在新南威尔斯，《刑事（判刑程序）法令》（Criminal (Sentencing Procedure) Act）第 12(1)条规定：

“如法庭对某罪犯判处刑期不超逾 2 年的监禁刑罚，法庭可作出命令：

- (a) 在法庭在该命令所指明的期间内（不超过该刑罚的刑期），将该刑罚全部暂缓执行；及
- (b) 指示将该罪犯释放，条件是该罪犯签立担保，保证行为良好，为期不超过该刑罚的刑期。”

澳大利亚维多利亚州

3.8 凭借《2010 年判刑修订法令》（Sentencing Amendment Act 2010），¹⁵ 澳大利亚的维多利亚州废除了“严重罪行”（“serious offences”）的缓刑。“严重罪行”被广泛定义为包括谋杀、误杀、杀害儿童、强奸和多项其他暴力罪行和性罪行。

3.9 后来，维多利亚又制定了《2011 年判刑进一步修订法令》（Sentencing Further Amendment Act 2011）¹⁶，废除“重大罪行”（“significant offences”）的缓刑。

3.10 “重大罪行”是指：¹⁷

- (a) 罔顾后果而导致严重损伤（即违反《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第 17 条的罪行）；¹⁸
- (b) 严重入屋犯法罪（即违反《1958 年刑事罪行法令》第 77 条的罪行）；¹⁹
- (c) 用火摧毁或损坏财产（纵火）（即违反《1958 年刑事罪行法令》第 197(6)及(7)条的罪行）；²⁰

¹⁵ 《2010 年判刑修订法令》，2010 年第 77 号，第 12 条。

¹⁶ 《2011 年判刑进一步修订法令》（维多利亚），2011 年第 9 号，第 4 条。

¹⁷ 《2011 年判刑进一步修订法令》（维多利亚），第 3 条。

¹⁸ 最高可处监禁 15 年。

¹⁹ 最高可处监禁 25 年。

²⁰ 最高可处监禁 15 年。

- (d) 纵火导致死亡（即违反《1958 年刑事罪行法令》第 197A 条的罪行）；²¹
- (e) 贩运大商业用量的使人上瘾药物（即违反《1981 年药物、毒药和受管制物质法令》（*Drugs, poisons and Controlled Substances Act 1981*）第 71 条的罪行）；²²
- (f) 贩运商业用量的使人上瘾药物（即违反《1981 年药物、毒药和受管制物质法令》第 71AA 条的罪行）；²³

3.11 由于“严重罪行”和“重大罪行”不包括在缓刑的适用范围内，因此维多利亚实际上正朝向订立例外罪行制度的方向发展。

加拿大

3.12 加拿大在 1996 年实施“有条件监禁刑罚”（“conditional sentence of imprisonment”），这种刑罚结合了缓刑、密切监管和感化令。但是，加拿大在 2007 年 5 月通过法例，将某些严重罪行不包括在这种刑罚的适用范围内。²⁴

3.13 将某些严重罪行不包括在有条件监禁刑罚的适用范围内，是因为虽然人们普遍相信让一些不对社会构成危险的人在社区内服刑是有好处的，但亦认为法庭有时候需要因为罪行的性质而判处即时执行的监禁刑罚。对于将某些严重罪行不包括在有条件监禁刑罚的适用范围内的做法，国会的法律和政府事务部（*Parliamentary Law and Government Division*）解释有关背景如下：

“有条件监禁刑罚在 1996 年 9 月实施，容许罪犯在社区内而不在惩教设施中服刑。这种刑罚是监禁和感化或罚款等惩罚的中间点。有条件监禁刑罚并非单独引入加拿大，而是《刑事法典》（*Criminal Code*）判刑条文修订工作的一部分。这些条文包含了判刑的基本目的和原则。判刑的基本原则是刑罚必须与罪行的严重程度和罪犯的刑责相称。修订后的判刑条文列出更多判

²¹ 最高可处监禁 25 年。

²² 终身监禁。

²³ 最高可处监禁 25 年。

²⁴ 法令草案 C-9 号：修订《刑事法典》的法令（有条件监禁刑罚）。这项法令草案在 2007 年 5 月 31 日获得御准。

刑的原则，包括一系列指导判刑的可加重和减轻处罚的情况。

有条件监禁刑罚的主要目的，是为法庭提供另类的判刑机制，以减少对监禁的依赖。有条件监禁刑罚也鼓励对他人造成伤害的人承认这一事实并作出补偿，藉此在判刑程序中更进一步纳入复和司法的概念（restorative justice concepts）。

在引入之初，大多数人都视有条件监禁刑罚为合适的机制，可把轻微的罪行和犯这些罪行的罪犯从监狱制度中分流出去。很多人认为滥用监禁刑罚会使问题丛生，而复和司法的概念却会带来裨益。然而，在实际情况下，如有条件监禁刑罚被用于一些涉及非常严重罪行的案件，人们有时会对这种刑罚抱有负面的看法。

对于有些罪犯就严重的暴力罪行、性侵犯及相关罪行、涉及死亡或严重身体伤害的驾驶罪行、违反信托的盗窃等罪行而获判有条件监禁刑罚的情况，有论者曾表示关注。虽然人们普遍相信，如一些不对社会构成危险的人本来会被监禁，而他们没有犯严重罪行或暴力罪行，让他们在社区内服刑是有好处的，但亦曾有论点指出，法庭有时候需要因为罪行的性质和罪犯的品性而判处监禁。人们担心，如拒把罪犯监禁，会使整个有条件监禁刑罚制度以至刑事司法制度蒙污。换句话说，问题不在于有条件监禁刑罚本身，而在于这种刑罚被用于一些看来理应处以监禁的案件。”²⁵

3.14 因此，根据加拿大《刑事法典》（Canadian Criminal Code）第742.1条，“有条件监禁刑罚”不适用于以下罪行：

(i) 第752条所界定的严重人身伤害罪，即是指：

²⁵ 法令草案 C-9 号：修订《刑事法典》的法令（有条件监禁刑罚）：LS-526E。

- (a) 叛逆、一级谋杀或二级谋杀以外的可公诉罪行，²⁶ 该等罪行涉及(i)对另一人施用或企图施用暴力；或(ii)危害或相当可能危害另一人生命或安全的行为，或造成或相当可能造成另一人受到严重心理伤害的行为，而有关的罪犯可就该等罪行而被处监禁最少10年；
 - (b) 性侵犯；
 - (c) 藉使用武器或威胁第三者而进行性侵犯，或进行性侵犯而导致身体伤害；及
 - (d) 严重的性侵犯；
- (ii) 涉及恐怖主义的罪行；及
 - (iii) 涉及犯罪组织的罪行。²⁷

3.15 这些近期的发展显示，加拿大实际上也就某几类严重的刑事罪行采纳了例外罪行制度。有条件监禁刑罚现已不适用于这几类严重的刑事罪行。

新西兰

3.16 在新西兰，《2002年判刑法令》（Sentencing Act 2002）废除了缓刑。在此之前，法庭判处缓刑的权力与英格兰《1967年刑事司法法令》（Crimes Justice Act 1967）和香港现时的情况相类似，但并无订有例外罪行。该《2002年法令》实施判刑和命令的法定等级制度，规定了由禁制程度最小（释放或在被传召时出庭听候判刑的命令）至禁制程度最大（监禁）的判刑和命令。《2007年判刑修订法令》（Sentencing Amendment Act 2007）在2007年修订了该《2002年法令》，增加法庭在判刑时可判处的以社区为本的刑罚，并引进社区羁留和密切监管这两项禁制程度较大的新刑罚。罪犯现可于指明地址和在电子监察下接受宵禁。任何违反规定的情况都可被迅速发

²⁶ 如谋杀是有计划和蓄意的，即属一级谋杀（第231(2)条）。不属于一级谋杀的谋杀均属于二级谋杀（第231(7)条）。任何人被裁定犯叛逆或一级谋杀，可处终身监禁。该人没有资格获得假释，直至该人服刑25年为止（第745(a)条）。另一方面，任何人被裁定犯二级谋杀，可处终身监禁。该人没有资格获得假释，直至该人服刑最少10年为止（第745(c)条）。

²⁷ “涉及犯罪组织的罪行”一词包括为犯罪组织的利益，或应犯罪组织的指示，或联同犯罪组织而犯的任何严重罪行（加拿大《刑事法典》第2条）。

现。法庭如本应是会判处罪犯短期监禁的，亦可即时判处他们家居羁留。²⁸

新加坡

3.17 新加坡的法庭并无判处缓刑的权力。然而，如某罪犯被裁定犯了某罪行，而有关刑罚已获暂缓执行，该罪犯可寻求有条件释放。根据《罪犯感化法令》（*Probation of Offenders Act*）（第 252 章）第 8 条，法庭在考虑有关情况，包括罪行的性质及罪犯的品性后，如认为既不宜处以惩罚也不适合作出感化令，则法庭可作出有条件释放令。根据有条件释放令，罪犯只要在命令之日起不超过 12 个月的期间内没有犯罪，便可获解除服刑的规定。罪犯被定罪的罪行必须属于“非由法律订下刑罚的罪行”，才可受惠于有条件释放的条文。

3.18 如某人被裁定犯了某罪行，而该罪行指明的最低刑罚（强制性的最低监禁刑罚、罚款或笞刑）已由法律订明，法庭可在以下情况下作出无条件释放该人的命令或有条件释放令：

- (1) 该人在被定罪时年满 16 岁但未满 21 岁；及
- (2) 该人不曾被裁定犯了该罪行。²⁹

如在所犯案件中被判令有条件释放的人，在有条件释放期内被裁定犯罪并因此而被处置，法庭可就导致作出该有条件释放令的罪行，以任何方式处置该人，犹如该人刚因该罪行而被定罪一样。³⁰

海外情况的总结

3.19 在本章所检视的大部分有缓刑这个判刑选择的海外司法管辖区中，缓刑这个判刑选择均适用于所有罪行。换句话说，这些海外司法管辖区并没有例外罪行。

3.20 然而，澳大利亚的维多利亚州和加拿大最近已就严重的刑事罪行朝向订有例外罪行制度的方向发展。

²⁸ 在有关法令修订前，是否适宜以家居羁留代替监禁由假释委员会（*Parole Boards*）决定。

²⁹ 《罪犯感化法令》（第 252 章）第 8 条的但书。

³⁰ 《罪犯感化法令》（第 252 章）第 9(5)条。

3.21 维多利亚制定了《2010年判刑修订法令》和《2011年判刑进一步修订法令》，废除了“严重罪行”和“重大罪行”的缓刑。因此，对于谋杀、误杀、杀害儿童、强奸、暴力罪行和性罪行、罔顾后果而导致严重损伤、严重入屋犯法罪、纵火、贩运大商业用量的使人上瘾药物等多项罪行，法庭都不能判处缓刑。

3.22 在加拿大，根据修订《刑事法典》（有条件监禁刑罚）的法令草案 C-9 号，“有条件监禁刑罚”已就某些严重罪行而被废除，例如各项严重人身伤害罪（包括性侵犯）、涉及恐怖主义的罪行或涉及犯罪组织的罪行。

第 4 章 司法机构的判刑酌情决定权与立法机关制约该项权力之间的相互关系

4.1 例外罪行机制可视为法例订立的指引，规定就某些类别的严重罪行而言，法官对罪犯只能处以扣押刑罚。因此，涉及例外罪行的争议，点出了司法机构的判刑酌情决定权与立法机关制约该项权力之间的微妙相互关系。争议的核心所在，是以公共政策来说，立法机关指明某些类别的罪行，应以判处扣押刑罚而非缓刑的方式惩处，这种做法是否适当。

4.2 首先，法例订立的判刑指引（例如强制性的最低刑罚）是否合宪，在加拿大的法庭上已受到越来越多的挑战。

司法机构与立法机关之间的分工

4.3 南澳大利亚最高法院法官兼澳大利亚司法会议主席布鲁斯·德贝尔（Bruce DeBelle）法官，在 2008 年 2 月所举行的判刑问题会议上指出，在罪犯的判刑方面，司法机构与立法机关之间传统上是有分工的。国会负责订定罪行的最高刑罚，而法庭则负责裁量罪行的适当刑罚：

“国会在传统上所发挥的作用，是订定一项罪行的最高刑罚。国会是以此方式来表达它如何评估社会对该项罪行的严重程度的看法。在表明最高刑罚是甚么后，国会便把裁量适当刑罚的工作交给法庭。在量刑一事上，法官和裁判官具有很大的酌情决定权。对于某些类别的犯罪行为，特别是因不当使用汽车而造成的犯罪行为，国会在刑罚的类别和严厉程度方面，已订得更为具体，就酒后驾驶而订定的刑罚便是一个例子。不过，一般来说，法官和裁判官在决定甚么刑罚才是适当时具有很大的酌情决定权。”¹

4.4 司法机构与立法机关之间在判刑方面的这项传统分工，理据在于立法机关是由人民选出，故此必须以订定最高刑罚的方式，

¹ 布鲁斯·德贝尔法官，“判刑：立法抑或司法酌情决定权？”（“*Sentencing: Legislation or Judicial Discretion?*”），该篇文章发表于澳大利亚国立司法学院／澳大利亚国立大学法学院所举办的判刑问题会议（2008 年 2 月）席上，第 2 段。

来满足社会对惩罚犯罪的期望。影子律政部长比尔·史提分力克（Bill Stefaniak）在同一个判刑问题会议上表示：

“那么，谁负责确保我们的司法制度作出切合罪行并能满足社会期望的惩罚？……”

简单的答案是应由立法机关负责。立法机关是通过选举产生，代表人民，这亦暗示立法机关代表着社会期望。须对人民负责的是立法机关……。

因此，立法机关必须负起可令判刑准则一致之责——确保社会期望（虽然可能经常改变）尽可能得到满足——确保惩罚切合罪行。”²

4.5 不过，虽然最高刑罚是以此方式而由立法机关指明，但司法机构却获赋酌情决定权，可就所审理的个别案件裁量适当的刑罚，因为立法机关无法估计到每一宗案件的事实和情况会如何：

“……执行司法工作的一项重要元素，是确保在就刑事事宜作出判决以及随后的量刑时，所有相关事实均会得到公正和充分的考虑。须予考虑的问题很多，例如法证证据、法证心理评估，受害人本身须负的责任，以及各式各样的其他因素。

立法机关实在无法估计到环绕每一宗案件的各种事实和情况。司法机构必须获准按每一宗案件的特有情况和特有事实来作出判决。”³

4.6 国会与法庭之间这项传统分工，对权力分立有重要影响。国会一向承认法官和裁判官在判刑方面所独立发挥的作用，并且承认法官和裁判官有酌情决定权，可特别就某种罪行订定适当的刑罚。不过，国会也逐渐制定了法例，以限制法官和裁判官的酌情决定权：

“然而，在过去 20 年间，全国各地的议会均已制定法例，对法官和裁判官可行使的酌情决定权范围加以限制。这情况并非澳大利亚独有。早于 1990 年，宾厄姆

² 影子律政部长比尔·史提分力克，“判刑：立法抑或司法酌情决定权？”“*Sentencing: Legislation or Judicial Discretion?*”，该篇文章发表于澳大利亚国立司法学院／澳大利亚国立大学法学院所举办的判刑问题会议（2008 年 2 月）席上，第 3 页。

³ 比尔·史提分力克，同上，第 3 页。

勳爵（Lord Bingham）在考虑英格兰法官所行使的酌情决定权时便曾指出，法官的酌情决定权遭收窄，并有‘加快的趋势’，而这趋势‘最明显莫见于判刑方面’。体现此类立法的例子之一是以法例订明强制性的刑罚，而另一方式则是订明强制性的最低刑罚。南澳大利亚议会所制定的《2007年刑事法（判刑）（危险罪犯）修订法令》（Criminal Law (Sentencing) (Dangerous Offenders) Amendment Act 2007）便是一个例子。该项法令就谋杀以及其他可导致受害人死亡或在身体或精神上永远无行为能力的暴力罪行，订明不得假释的最短期限……。”⁴

4.7 问题是立法机关透过法定的强制性最低刑罚（而非最高刑罚），对法官的判刑酌情决定权所施加的制约，是否具有效力。这个议题可参考判刑原则而作出考虑。按照布鲁斯·德贝尔法官的说法，判刑的首要原则是相称：

“量刑的首要原则是相称。判刑必须对罪行的情况（包括对受害人所造成的影响）以及罪犯的情况来说属于相称。惩罚必须尽可能切合罪行以及罪犯的情况。该项原则在普通法中根深蒂固。上议院和枢密院均曾提及该项原则并对之表示认同。正如枢密院在 *Bowe* 案中指出，判刑必须相称的规定可追溯至《大宪章》（Magna Carta）。《美国宪法》第八条修正案，已被裁定是禁止作出基于刑期过长或刑罚过重而与罪行不相称的惩罚。”⁵

4.8 判刑还有多项其他经典原则，也必须予以考虑。按照江乐士资深大律师和张维新的说法，判刑有四大经典原则，而惩罚是其中的第一项。⁶ 惩罚就好比刑事罪行判刑中的“以眼还眼，以牙还牙”概念，所要求的只是公正、适当且与罪犯所犯之罪相称的惩罚。⁷

4.9 阻吓是判刑经典原则中的第二项，而且是防止犯罪的重要方法。因此，就某些罪行而言，或许法庭有充分理由视阻吓为判刑

⁴ 布鲁斯·德贝尔法官，同上，第4段。

⁵ 布鲁斯·德贝尔法官，同上，第7段。

⁶ 江乐士与张维新，*Sentencing in Hong Kong*，（第6版，2011年），第83页。

⁷ *Sentencing in Hong Kong*，同上，第83-84页。

的最重要一环。这些罪行，可能包括（举例来说）持枪行劫，以及绑架富人希望向其亲人勒索赎金。⁸

4.10 预防是判刑经典原则中的第三项。如果罪犯因被移离社会而无法作奸犯科，则公众在罪犯被拘禁期间可以得到保障。⁹

4.11 更生是判刑经典原则中的第四项，在现代也是一项较受重视的原则。¹⁰ 如果更生被认为重要，那么监禁（短期者除外）便再无关重要。应予考虑的是一些更生服务，例如由教导所、更生中心及感化服务所提供者。社会服务旨在透过规定罪犯服务公众而令罪犯改过自新，也是一个可供选择的方案。不过，若然罪犯仍继续犯罪，则重新做人的机会便会降低。¹¹

4.12 因此，因应案件的特有情况而对某一名罪犯判刑时所需考虑的因素很多。正如布鲁斯·德贝尔法官所指出，“即使是能干而又富经验的法官，他们在同一宗案件中所可能下令作出的实在判刑，也可能会有不同，这就是行使酌情决定权的必然后果。量刑不是数学习作，而是作出判断。在作出判断时，讲道理而又富经验的法官，对于因应某一项罪行或某一名罪犯的情况而下令作出的刑罚或判刑，也可能会有不同的看法，但这是合理的。”¹² 因此，如果立法机关根本无法预知每一宗案件的事实和情况，立法机关能否为司法机构订立有意义的判刑指引是有疑问的。

强制性的最低刑罚在加拿大所受到的挑战

4.13 对于由立法机关制约司法机构的判刑酌情决定权（例如以订立例外罪行的方式），反对者可能会指出一项事实，那就是法例订立的判刑指引（例如法定的强制性最低刑罚）是否合宪，在法庭上已受到越来越多的挑战，虽然成功率并不高。

4.14 在加拿大，法定的强制性最低刑罚多年以来均受到挑战，原因是它违反《加拿大权利及自由宪章》（Canadian Charter of Rights and Freedoms）第 12 条。该条订明：

“人人均有权不受任何残酷和异常的对待或惩罚。”

⁸ *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 85 页。关于持枪行劫, 见 *R v Wong Siu-ming* Cr App 367/1992 案; 关于绑架富人, 见 *HKSAR v Pun Luen-pan and Another* Cr App 555/2003 案。

⁹ *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 87 页。

¹⁰ *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 88 页。

¹¹ *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 89 页。

¹² 布鲁斯·德贝尔法官, 同上, 第 10 段。

4.15 加拿大最高法院在著名的 *R v Smith*¹³ 案中剔除了就进口毒品而判处的强制性七年最低刑罚。拉马尔（Lamer）法官（时任最高法院法官）在代表多数法官宣布判决时，表示虽然法庭为示尊重国会而不应推翻每一项强制性的刑罚，但法庭可以推翻那些极度不相称的刑罚。《加拿大权利及自由宪章》第 12 条所订的复核刑罚准则，是刑罚是否极度不相称，因为该条所针对的刑罚，是那些并非只是过重而已的刑罚。¹⁴ 因此，如果刑罚只是不相称，第 12 条不会提供任何补救方法。

4.16 要决定受到挑战的刑罚是否极度不相称，法庭不但要审视罪行的严重程度，还要审视案件的所有相关情况以及刑罚对特定罪犯所造成的影响。拉马尔法官列明在评估一项法定的最低刑罚是否极度不相称时所须考虑的部分相关因素如下：

“在评估一项刑罚是否极度不相称时，法庭必须先考虑罪行的严重程度、罪犯的个人特点，以及案件的特定情况，以决定哪一系列的刑罚，对这名特定罪犯的惩罚、更生或阻吓而言，又或者为保护公众免遭这名特定罪犯伤害的目的而言，乃属适当者。”¹⁵

4.17 拉马尔法官继续说：

“这并非表示法官或立法者在量刑时，再也不能考虑在这名特定罪犯范围以外的一般阻吓或其他属惩罚性质的目的，而只是指出犯罪所带来的刑罚，必定不可以与罪犯所应得者极度不相称。”¹⁶

4.18 看来法定的最低刑罚如被视为对有关的特定罪犯来说并非极度不相称，则法庭必须查究这项刑罚对一名合理假设的罪犯来说是否极度不相称。法庭故此在 *Smith* 案中总结认为，七年最低刑罚属于严酷和异常，故此应予剔除。理由是这项刑罚可能施加于一名假设的并会得到法庭同情的罪犯身上，例如“一名寒假过后刚从美国驾车返回加拿大的年青人，只不过是（假设说）尝试人生中的‘第一口大麻’便给逮住了”。¹⁷

¹³ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045.

¹⁴ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045, 第 55 段（拉马尔法官的判词）。

¹⁵ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045, 第 56 段。

¹⁶ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045, 第 56 段。

¹⁷ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045, 第 2 及 75 段。

4.19 加拿大最高法院后来在 *R v Morrisey* 案¹⁸ 中，在审理一名合理假设的罪犯之时采取与 *Smith* 案不同的做法。法庭在 *Morrisey* 案中建议审裁官应“只考虑那些可合理地发生的假设情况”。¹⁹ *Smith* 案的案情如下：被告人 36 岁，来自新斯科舍，案发前曾与两名友人饮酒，期间大伙儿把一支来福枪的枪管切掉一截。被告人告诉其中一名友人（第二名友人）枪是计划用于行劫，但其实他是计划用枪自杀。被告人驾车送第三名友人回家，然后回到自己所居住的小屋中，当时第二名友人正睡在迭架式的床上。被告人手持该支已上膛的枪，一跃而跳到床上，但因醉酒之故从床上跌到地上，而枪则意外地发射，令第二名友人受到致命伤。被告人被控以《刑法典》（*Criminal Code*）第 220(a) 条所订的刑事疏忽导致他人死亡之罪。该项罪行可处强制性的四年刑期。

4.20 法庭在 *Morrisey* 案中认为可“合理地”发生的假设情况只有两种。第一种是某人持枪四周嬉戏，以为枪不会发射，但枪却走火并且杀了人。第二种是出门打猎但出了岔子。法庭认为在这两种可合理地发生的假设情况中，四年的监禁刑期对于该等罪行来说，不会是严酷和异常的惩罚。²⁰ 法庭故此确认触犯《刑法典》第 220(a) 条所订的刑事疏忽导致他人死亡之罪，强制性的最低刑罚是监禁四年。²¹

4.21 多伦多大学的法律及刑法学教授肯特·罗奇（*Kent Roach*），述明 *R v Smith* 案的关注点是，“考虑到为了阻吓特定罪犯或协助特定罪犯更生而须判处的刑罚”，法定的最低刑罚“是否属于极度不相称。”²² 不过，他继而指出，国会已决定强调判刑的目的是惩罚而非更生，由于法庭尊重这项决定，所以不再遵从“*Smith* 案所大胆述明的宪法原则”。透过确认刑事疏忽导致他人死亡之罪的强制性最低刑罚，法庭在 *Morrisey* 案中建议，“法庭可遵从[国会所订的]以立法形式遏止罪案的计划，而这个计划是通过强制性刑罚，对多种不同的罪行作出谴责并收阻吓之用……。”²³

¹⁸ *R v Morrisey* [2000] 2 SCR 90.

¹⁹ *R v Morrisey* [2000] 2 SCR 90, 第 33 段。

²⁰ *R v Morrisey* [2000] 2 SCR 90, 第 51-53 段。

²¹ *R v Morrisey* [2000] 2 SCR 90, 第 55 段。

²² 肯特·罗奇，“寻找史密夫：强制性刑罚是否合宪”（“*Searching for Smith: The Constitutionality of Mandatory Sentences*”），39 *Osgoode Hall LJ* (2001) 367, 第 412 页。

²³ 肯特·罗奇，同上，第 412 页。

更广阔的公众利益及政策角度

4.22 就第 1 章所见，律师会已促请政府对例外罪行机制进行改革，而上诉法庭也就这方面的问题提出了一些看法。关于例外罪行的争论，核心议题是作为一项涉及更广阔公众利益的事宜，立法机关制约法官的判刑权力是否适当。

4.23 例外罪行令法官判案时的灵活性受到限制，因为法官无法行使酌情决定权，考虑选择判处非扣押刑罚，纵使法官可能会认为考虑到有关案件的特定情节，作此判决是适当的。正如第 1 章所提到的 *AG v Ng Chak Hung* 案，虽然法官经考虑该宗案件的情节以及被告人的背景后认为应判被告人缓判，但法官无法作此判决，因为被告人是被裁定触犯一项例外罪行，那就是违反第 212 章《侵害人身罪条例》第 17 条的意图伤人罪。

4.24 再者，例外罪行有时会令法官难以对罪犯处以一项与其所犯罪行严重程度相称的刑罚。举例来说，猥亵侵犯（俗称“非礼”）属例外罪行，但这行径的严重程度在不同案件中会有所不同，可由较轻微的“毛手毛脚”至严重的以物件插入受害人性器官不等。由于其他判刑选择（例如罚款、感化令或社会服务令）或会被认为对猥亵侵犯来说过于宽大，故此裁判官在此类案件中可能别无选择，不论案中的猥亵侵犯行径严重与否，也须把被告人直送进牢狱。

4.25 在另一方面，例外罪行的支持者可能会提出争议，说例外罪行在原则上并无任何问题。他们或会认为例外罪行只不过是法例订立的指引，示明就某几类受社会关注的严重罪行而言，法庭只可对罪犯处以扣押刑罚。这些法例订立的指引，好处是可确保判刑有一致性。事实上，法例也曾就多项其他事宜订立指引，例如是最高刑罚，而有时则是最低或确定限期的刑罚。此外，司法机构本身也订有法庭所作出的判刑指引，例如就贩毒所作出的指引。

4.26 不过，罪犯的判刑涉及多项不同的原则，立法机关是难以预见因应案件的特殊情节而须对特定罪犯作出的适当惩罚。立法机关的传统角色是就罪行订立最高刑罚，从而反映社会认为对某些特定类别罪行，应判处的刑罚的适当范围。至于就特定的罪犯来说，考虑到案件的情节和罪犯的背景，甚么刑罚才是适当，则要由法官或裁判官来决定。

4.27 再者，法例订立的判刑指引（例如强制性的最低刑罚）是否合宪，在加拿大的法庭上已受到越来越多的挑战。提出挑战的理据是在一些案件之中，以法庭认为为了阻吓罪犯或协助罪犯更生而必须判处的刑罚来说，该等法例订立的判刑指引属于极度不相称，而因为这个缘故，它们在法庭上可能会经不起挑战。

社会对法治的看法

4.28 例外罪行机制的支持者可能会辩说，透过不让某些严重罪行有获判缓刑的选择，犯此等罪行的罪犯便无法藉缓刑而得以在实际上“逍遥法外”。这样做可向罪犯传达一个信息，那就是某些类别的严重罪行不会获得宽容，罪犯会被判即时入狱以示惩戒。维多利亚的律政部长罗拔·克拉克（Robert Clark），在《2011年判刑进一步修订法令》（Sentencing Further Amendment Act 2011）进行二读时指出：

“缓刑是虚拟的刑罚，假装罪犯正在狱中服刑，但罪犯其实是自由自在地在社区生活。在缓刑下，罪犯不会受到任何限制，罪犯也无须履行社会服务或报到。结果是有很多罪犯在实际上均无须为自己所犯的罪行而在任何方面受到真正的惩罚，亦无须向社会作出任何赔偿。前政府在2006年立法时声称废除严重罪行可处缓刑的规定，但容许法庭继续在未有界定的‘例外情况’中判处缓刑，于是留下了一个大漏洞。在上届国会的最后一个工作周中，前政府才姗姗来迟地动议采纳联合政党所提出的废除缓刑政策其中一小部分，从而以堵塞这个漏洞。”

4.29 问题却在于缓刑是否的确表示罪犯无须受到惩罚。江乐士与张维新指出，缓刑的作用是对罪犯造成强大的心理阻吓，防止他们再度犯罪：

“判处监禁但可以缓刑，有人曾将之比作一把悬在罪犯头上的利剑，足以令罪犯提心吊胆，惶恐不安。在 *HKSAR v Chan Hong Ma 1255/2001* 案中，缓刑被称为‘罪犯被判即时监禁之前所得的最后一次机会’。虽然被判处监禁，罪犯却无须入狱。他得到了一次机会，所面

对的只是入狱的威胁。监禁之刑可能会执行，也可能不会执行，就看他对这次所得机会的反应如何。”²⁴

4.30 在另一方面，例外罪行机制的反对者可能会提到例外罪行被纳入香港法典的历史。例外罪行被编入第 221 章附表 3 至今已 40 年，当时的律政司希望这只是一项暂时措施。正如上文所指出，《1971 年刑事诉讼程序（修订）条例草案》之所以作出修订，是考虑到当时的特定情况（暴力罪案急剧上升），以及一些相信是很多现届立法会议员不会赞同的看法。举例来说，张奥伟议员在条例草案进行辩论期间所表达的以下意见，今时今日多半不会得到支持：

“现时法庭已把体罚放回正确的位置之上，我之所以提到体罚只是基于一个原因：公众认为体罚应予保留，但曾有某个工作小组违反民意而建议废除体罚。公众的意见是对的。”²⁵

4.31 我们或者也应注意一点，那就是当《社会服务令条例》（第 378 章）于 1984 年制定之时，并无任何人要求把该条例也纳入例外罪行机制的适用范围之内。有人可能会说难以明白何以法庭不得就某项例外罪行判处可以缓刑的监禁，但法庭却可以就这项严重罪行判处可以说是一项较轻的刑罚 - 社会服务令。

²⁴ *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 587 页。

²⁵ 香港立法局会议过程正式纪录, 同上, 第 352 页。

第 5 章 改革的正反论据以及建议

5.1 本章会先列出赞成保留例外罪行列表的论据以及香港大学比较法及公法研究中心报告书（下称“研究中心报告书”）所提出的赞成改革论据，然后列出终审法院首席法官于 2012 年年中咨询法官及司法人员所得的意见。咨询的议题是：以他们的经验来说，第 221 章附表 3 所施加的法定限制（即：不得就例外罪行判处缓刑），有否令他们觉得不自在或不公平。我们会在本章的结尾部分，列出我们的结论和建议。

赞成保留例外罪行列表的论据¹

5.2 赞成保留例外罪行列表的论据，似乎是 1970 年代初香港暴力罪案猖獗，社会对此表示关注，当时香港的立法者认为法庭判刑过轻，有必要作出例外规定。

赞成进行改革的论据²

5.3 研究中心报告书认定六项理由，支持全面废除例外罪行列表，或从列表中删除那些不一定会对他人造成严重身体暴力的罪行。

- (1) 香港暴力罪案的猖獗程度，自 1970 年代以来已大幅减弱，在评估是否需要保留抑或改革例外罪行列表时，这是一项必须考虑的重要社会因素。³ 香港现在已较以前安全得多，而暴力罪行的猖獗程度，自 1970 年代以来已大幅减弱，故此订立例外规定的原有理据已不再适用。虽然时代已有颇大变迁，但例外罪行列表数十年来未有检讨或更新。
- (2) 如无判处缓刑的选择，那些原本值得判处缓刑的罪犯通常会被判入狱。部分例外罪行，例如试图进行猥亵侵犯（俗称“非礼”）以及涉及武器的罪行，可以在各种不同情况之下发生，包括特殊情况在内（例如犯案情节非

¹ 《香港缓刑改革报告书》，同上，第 15 页。

² 《香港缓刑改革报告书》，同上，第 15 至 21 页。

³ 举例来说，向警方举报的暴力罪案 1975 年有 20,912 宗，2005 年数目下降至 13,890 宗。此外，在这 30 年期间，香港人口已由 4,366,600 大幅增至 6,813,200，意味着按人口平均计算的暴力罪案举报率下降 43%。见《香港缓刑改革报告书》，同上，第 16 页。

属可加重罪行者；罪犯属初犯，并已感到后悔且重犯机会不大），而这些情况通常是可以判处缓刑的。由于没有更好的判刑选择而判此等罪犯入狱，对他们来说是不公平的。香港有四宗真实的猥亵侵犯案件可说明上述情况。在这些案件中，罪犯均属初犯，但由于法庭不能选择判处缓刑，他们被判监禁，刑期在两年以下。⁴ 有时情况则相反，虽然缓刑是较为适当的刑罚，但法庭可能会没有更好选择而必须下令罪犯接受感化（或履行社服务令）。不论判刑是过严（监禁）抑或过宽（感化），但法庭由于不能选择判处缓刑，难免会在一些涉及例外罪行的案件中被迫作此判刑。不论是过严抑或过宽，结果同样是不公平。

- (3) 另一项重要考虑因素，是有需要赋予法官及裁判官很大的酌情决定权，让他们可以作出公正和适当的判刑。例外罪行列表不但过时（是列表本身的历史缘由令到列表与时代脱节），而且不论情况如何，同样不相称地一律适用于被控某些罪行的罪犯。例外罪行令法庭的判刑酌情决定权受到限制，以致法庭在个别案件中不能行使公义。撤销这些施加于酌情决定权的限制，符合禁止任意判处不相称监禁的人权准则。
- (4) 我们并无理由相信废除例外罪行，会令更多人犯罪或令社会受害的风险增加。缓刑会继续只为特殊的情况而设。我们可以信赖香港法庭会继续判处对社会构成重大危险的罪犯入狱。法庭现时在判处缓刑时，有权对罪犯施加一些条件，如罪犯在判令有效期间违反这些条件，法庭便会下令获暂缓执行的刑罚全面生效。
- (5) 例外罪行列表的不合逻辑之处分属两类。第一类是列表并不全面，未有收纳其他暴力罪行及严重罪行。此外，有多项严重的性罪行也不在列表之上。⁵ 这意味着那些被裁定此等罪名成立的人，在理论上是有权获判监禁缓刑的。第二类则涉及一些现时见于列表的较轻微罪行。⁶

⁴ 《香港缓刑改革报告书》，同上，第17页（表1）。

⁵ 见《刑事罪行条例》（第200章），例如未经同意下作出的肛交、意图作出肛交而袭击、严重猥亵作为、兽交、与年龄在13或16岁以下的女童性交、与精神上无行为能力的人性交、拐带年龄在16岁以下的未婚女童、贩运他人进入或离开香港。

⁶ 这些罪行是循简易程序治罪的罪行，最高刑罚是监禁三年或以下。有多项此类罪行是在未有对另一人施以实质身体暴力的情况下触犯，例如涉及枪械和武器的罪行，以及企图进行猥亵侵犯但未遂的罪行。

这两类不合逻辑之处，会令人觉得整体上不公平并且是任意而行。

- (6) 在我们所研究过设有相类缓刑权力的司法管辖区（澳大利亚的维多利亚、加拿大、英国）中，没有任何一个的例外罪行范围是如香港般宽阔广泛。在这些司法管辖区中，一项罪行要成为例外罪行，通常必须涉及重大暴力或具有有组织罪行的元素。⁷ 新西兰曾试图进行崭新且具创意的判刑改革，赋予法庭范围更广阔的酌情决定权，可对罪犯处以非扣押刑罚，但同时又能提供足够保障以保护公众，而新加坡则未有赋予法庭判处缓刑的权力。

香港法官及司法人员的意见

5.4 司法机构曾于 2012 年年中咨询所有法官及司法人员，咨询的议题是：以他们的经验来说，第 221 章附表 3 所施加的法定限制（即：不得就例外罪行判处缓刑），有否令他们觉得不自在或不公平。主要或专门审理刑事案件的各级法官及司法人员的回应如下：

- (1) 回应的法官及司法人员，绝大部分（80%）是基于以下理由而赞成或支持全面撤销法定限制，或最低限度撤销就某些罪行（即猥亵侵犯罪及伤人罪）而订的法定限制：
- (a) 法庭的酌情决定权不应受到制肘；
 - (b) 对于严重的罪行，法定限制是多余的，因为适用的机会不大，而对于较轻微的罪行，法庭需要有权判处缓刑，法定限制却又令法庭遭绑手绑脚；及
 - (c) 法庭被迫作出不相称或未能反映罪行刑责的判刑。
- (2) 部分回应特别建议撤销就以下罪行而订的法定限制：
- (a) 猥亵侵犯罪及违反《侵害人身罪条例》（第 212 章）第 19 条的伤人罪 - 因为这两项罪行的犯罪情

⁷ 在加拿大，虽然性侵犯已被纳入例外罪行列表，但似乎只在该项罪行是循公诉程序检控时适用，在循简易程序检控时并不适用。

节可以十分悬殊（相反，法庭却可就相类似的袭击致造成身体伤害罪判处罪犯监禁缓刑）；

(b) 《公安条例》（第 245 章）第 33 条（在公众地方管有攻击性武器），此条规定必须判处罪犯监禁刑罚；及

(c) 刑期在两年或以下的罪行（但保留就刑期超逾两年的罪行而订的法定限制）。

(3) 有数名法官及司法人员未有因法定限制而遇到困难，故此认为并无需要撤销该项限制。

(4) 有少数意见认为法定限制应予保留，理由如下：

(a) 猥亵侵犯案件日益普遍；

(b) 第 245 章第 33 条所订的罪行是严重罪行；

(c) 撤销法定限制可能会向公众发放错误信息；及

(d) 撤销法定限制须先征询社会人士的意见。

结论和建议

5.5 例外罪行机制的运作现时存在问题，所以有人支持改变现状。律师会采纳了研究中心报告书所提出的意见和结论。正如之前段落所指出，在法官及司法人员所作出的回应中，赞成撤销法定限制的约占 80%。

5.6 学者也认为现有机制应予改革，而这正是研究中心报告书所提出的有力论点。特别要指出，40 多年前导致在《1971 年刑事诉讼程序（修订）条例草案》中订立例外罪行的公众情绪，早已不复存在。第 221 章附表 3 所列的部分或全部罪行，究竟是否仍有理由被归类为例外罪行，社会现时已有不同看法。

5.7 我们同意研究中心报告书的说法，法官及裁判官应获赋予很大的酌情决定权，让他们可基于案件的情节而作出公正和适当的判刑，并且可选择判处缓刑。若非如此，法庭便可能遭绑手绑脚，结果是判刑可能过严（监禁）或者过宽（感化），而不论是过严抑或过宽，对受害人或被告人来说均属不公平，这并非大家所乐见的结果。

5.8 我们留意到部分公众人士可能会认为例外罪行有理由存在，因为可确保触犯严重罪行的罪犯不会因获判缓刑而得以“逍遥法外”，并且可发出一项清楚的信息，表明法律不应对某些类别的严重罪行宽大处理。然而，我们同意研究中心报告书的说法，大家无须担心废除附表3会令社会受害的风险增加。我们有充分信心，香港的法官及裁判官会在不受任何束缚下行使其判刑酌情决定权。

5.9 因此，我们总结认为，有充分理由废除第221章《刑事诉讼程序条例》附表3所列的例外罪行。

建议

我们建议废除香港法例第 221 章《刑事诉讼程序条例》附表 3 所列的例外罪行。