

香港法律改革委员会
研究报告书

煽惑、串谋及未遂罪等
初步罪行的编纂
(论题二十六)

1994年3月

香港法律改革委员会
研究报告书

煽惑、串谋及未遂罪等
初步罪行的编纂

内容

	页
第 1 章 绪言及概论	1
第 2 章 煽惑	6
第 3 章 串谋	17
第 4 章 未遂罪	35
第 5 章 各项改革方案	51
第 6 章 建议摘要	55
附录	
附录 I 法律委员会法典草案第 47 条至 52 条	57
附录 II 《1977 年刑法法令》第 I 部（修订本）	61
附录 III 《1981 年未遂罪法令》第 I 部（修订本）	65

第 1 章 绪言及概论

研究范围

1.1 1989 年 8 月 21 日，法律改革委员会接获下列建议：

“研究有关刑法（包括煽惑、串谋及企图干犯其他罪行等初步罪行）总纲的现行法律及惯例，并在适当地方提出改革建议。

2. 考虑编纂刑法总纲，将任何建议的改革纳入其中，并待别考虑香港应否在经过修改或毋须修改的情况下，采纳英格兰法律委员会所拟，题为‘刑法——英格兰和威尔士刑事法典’报告书第 2 卷内载的《刑事法典草案》的全部或任何条文。”

1.2 本报告书是该项建议的最终成果。报告书的主题并无按原来的构想，包括刑法的全部总纲，而只是限于煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行，将研究范围这样规限的理由会在下文解释。报告书在结论部分建议对该等普通法罪行进行部分编纂。建议的法典实际上是现行法律的再述，但也包括多项重要的改革。

报告书概论

刑法总则

1.3 作为刑事司法制度基础的法律是可以不同方法分类的。通常的分类是将刑法总纲与处理具体罪行的法律加以区分。总纲，有时亦称为‘总则’，适用于刑事纪录内的所有罪行。例如，适用于任何罪行有关过错或辩护理由的原则。一向以来，煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行是根据刑法总则来处理的。这是因为有关煽惑、或串谋、或企图干犯某一特定罪行等的法律责任的原则，基本上与任何其他特定罪行的相同。在香港，有关煽惑、串谋及未遂罪的法律都可在普通法中找到。本报告书研究普通法，希望提出另一更易理解、更为一致、也方便应用的成文法来代替。以一套完备的成文法条文来替代普通法原则的过程，便是编纂。

编纂

1.4 刑事法典整理现行的成文法，又将司法裁决中所定下的普通法加入其中。它可以是一套完整的法律，可完全取代以前存在的法律，亦可以是局部的，仍然保留某些先前已经存在的规则。法庭在解释法典时，完全不会假定普通法原则仍然适用，这是已经确立的。祇有当法典含意不清或所用文字仍保留原先的专门意义时，才会运用以前存在的法律¹。

¹ *Bank of England v Vagliano Brothers* [1891] AC 107.

普通法的演变

1.5 普通法制度演变的最终结果，便是法典的编纂。处理具体罪行的刑法基本上是多多个小法典。例如，《盗窃罪条例》（第210章）处理有关欺诈财物罪；而《侵害人身罪条例》（第212章）则处理非致命伤害他人身体。相反，刑法总则仍是以判例法为主。

1.6 一套成功的法典：

- (a) 会较易掌握应用，毋须查阅大量判例法；
- (b) 内载的法律对于律师及非律师人士来说，同样更易理解；
- (c) 法典的编纂可以消除普通法内一些矛盾的地方；
- (d) 内载的法律在运作上会较为明确。

编纂一经进行便不能折回。因此，律师及立法者一向都非常谨慎，惟恐以一套不完善的法典取代了切实可行的普通法。同时，必须强调，在普通法司法区，法典的地位并不高于任何其他刑事成文法。法典亦是以完全相同的方式制定及废除的。事实上，编纂法典其中一个好处就是易于修订。法典更可作为参考的便利工具及发展新判例法的出发点。

法律委员会报告书：英格兰和威尔士刑事法典

1.7 若干与香港密切相关的司法区已将刑法编纂²。正如英格兰及威尔士一样，香港仍然依赖普通法作为刑法的总则。英格兰法律委员会于1989年4月发表了一份题为*英格兰和威尔士刑事法典*的报告书，（以下简称“法典草案报告书”）。内容包括一份有关总纲及具体罪行两者的法典草案（“法典草案”），以及关于该法典的详细评论。该报告书是18年研究及谘询的成果，其中包括发表多份工作文件及报告书。该报告书被公认为有重大学问的作品。联合王国政府现时仍在考虑该报告书。报告书未能落实施行的原因，在主题范围极广，以及国会通过该报告书亦需相当时间。

1.8 英格兰和威尔士的普通法与香港的基本上是相同的³。很自然，法律改革委员会秘书处已按照现时交付给我们的研究范围，开始进行研究，探讨法典草案及有关评论，作为现行法律的陈述；并且将所包含的改革，作为方案考虑。

我们关于编纂刑法总则的讨论

1.9 1989年12月，委员会拟备一份文件，发送法律界被谘询者传阅，征询他们对一般编纂问题的意见。该文件研究了英格兰法典草案报告书，并就如何经

² 印度刑法典已存在超过150年。加拿大自1893年开始便已有刑事法典。昆士兰、西澳大利亚及塔斯马尼亚等澳洲州郡的法典是以1899年在昆士兰制定的模式为基础的。该等法典定期作出修订。新西兰现正考虑编纂法典。

³ 这可由枢密院案件 *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank and others* 案件 [1987] HKLR 1041 中看到。

适当修订后，在香港采纳其总则的问题上，作出初步建议。在是次谘询工作中被谘询的人士为：

香港大律师公会主席；
香港律师会主席；
最高法院司法常务官，代表司法机构；
香港大学法律学院院长；
香港城市理工学院法律系系主任；
刑事检察处处长；
法律援助署署长。

1.10 被谘询者的回应显示，编纂这项目标深获支持。他们并认识到编纂能带来较易运用、较易理解、较为一致及较为明确等优点。法典草案作者的专业知识获得承认。有关法典内个别条文的意见大部分都获赞同。虽然如此，从他们的回复中，却可清楚看到两项他们认为须慎重考虑的事宜：

- (a) 应详细研究法典的语文，有需要时可作进一步的谘询，及
- (b) 虽然在香港编纂刑法的总则条文也许是理想的，但香港应密切注视英格兰及威尔士有关采用类似法典方面的发展。

1.11 我们认识到，虽然编纂这项目标普遍获得支持，但法律界人士认为在现阶段对刑法总则试图展开大规模的编纂工作，尚属言之过早。较可取的办法是静候英格兰及威尔士的进一步发展。虽然我们认识到法典所能带来的好处，尤其是较易运用这一点，但我们不能建议香港采纳一套以法律委员会报告书内载的模式为依据的法典。我们怀疑香港是否能单独推行一套法典，而该法典至少在初期对司法制度造成相当的压力。我们认识到与其他普通法司法区保持联系，以便继续援引该等地区的先例，有重大好处。如果香港采用自己的法典，便将失去这方面的益处。我们同意香港法典的问题应静候英格兰及威尔士的发展。

1.12 回到交付我们的研究范围的第一部分，我们同意应该研究有关未遂罪及串谋的法律。在这两方面，英格兰及威尔士的成文法发展已经超越香港的法律。我们亦同意，研究煽惑罪可以全面完成对初步罪行的检讨。是项检讨祇会“赶上”英格兰及威尔士的法律发展，而不会超越这个司法区。

有关各项初步罪行的报告初拟

1.13 鉴于我们有关编纂的决定，秘书处已拟备了一份报告初拟，题为**煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行的编纂**（“报告初拟”）。报告初拟先后于 1991 年 9 月 17 日及 10 月 15 日在委员会会议上讨论，并于 1991 年 10 月发送我们曾就一般性编纂问题谘询过的法律界人士审阅（见上文第 1.9 段）。此外，报告初拟亦已发送保安司、警务处处长及总督特派廉政专员公署（廉政公署）参阅。

1.14 下列机构及人士就有关问题给予切实回复：

- 香港律师会（刑法法律及程序委员会）；
- 香港大律师公会（刑法小组委员会）；
- 香港大学法律学院院长（Ms Janice Brabyn）；
- 香港城市理工学院法律系；
- 法律援助署署长；及，
- 刑事检察处处长。

报告初拟的谘询结果

1.15 总括而言，谘询结果明显支持为所有三项初步罪行制定小法典，并纳入以英格兰《1977年刑法法令》（“1977年法令”）（与串谋有关）、《1981年未遂罪法令》（“1981年法令”）、及英格兰法律委员会在法典草案报告书内建议制定的煽惑罪法律（草案第47条）为依据的条文。在这里，我们正好表明，我们的最后建议是完全符合这些意见的。我们将在第5章详细说明为甚么我们作出这个结论

煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行

1.16 刑法不但制裁某人达成违禁目标，而且也提供途径，让社会人士在该等目标还未达成前加以干预。因此，煽惑他人犯罪、或串谋、或企图犯罪的行为，全部都是可受惩处的。但当然，被告必须有所需的犯罪意图（犯意）。煽惑、串谋及未遂罪都被称作初步罪行或未完成的罪行。至于某项活动是否构成煽惑、串谋或未遂罪（即是否构成犯罪行为，或违禁行为），以及必须加以证明的伴随的犯罪意图程度，则是由普通法来决定的。

煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行的编纂

1.17 以下章节研究部分编纂串谋及未遂罪的刑法的问题。这些刑法已透过《1981年未遂罪法令》以及，在串谋罪方面，透过《1977年刑法法令》第I部，在英格兰及威尔士实施。此外，我们会研究法典草案中关于煽惑罪的模式，作为第三个元素，使有关初步罪行的小法典臻于完善。1977年法令的第I部，1981年法令的关键部分以及法典草案第47至52条，现转载于本报告书的附录内。

1.18 基于以下原因，我们选择研究英格兰的模式，而不选择其他英联邦国家的模式：

- (a) 香港的普通法与英格兰及威尔士的相同；
- (b) 英格兰法例替代了一整套英格兰判例法，该等判例是香港现时沿用的；
- (c) 在我们的谘询中，被谘询者明显选择英格兰的模式，作为香港法例的基础。

1.19 在多方面来说，英格兰的法例是现行普通法的汇编。1977 年法令及 1981 年法令所引进的一项重大改革，是废除不可能的辩护理由。这项辩护理由适用于所有三项初步罪行，并仍存于香港现行的法律内。不可能性将有关煽惑、串谋及未遂罪的各章中，再作详细讨论。

第 2 章 煽惑

绪言

2.1 法典草案报告书内有关串谋及未遂罪¹的条文是以 1977 年法令（串谋）第 I 部及 1981 年法令（未遂罪）为基础的。本章探讨法典草案如何处理煽惑、以作为香港改革的可能模式。法典草案所采取的处理方法，与依据英格兰现行法例而制定的条文是一致的，而且也可以同时采纳。

甚么是煽惑罪

2.2 在普通法中，煽惑或唆使他人犯罪属犯罪行为。煽惑的犯罪行为及犯罪意图的定义可在判例法中找到。香港的法律基本上与英格兰及威尔士的相同。

2.3 煽惑与串谋及未遂罪有相同的理论基础，就是要提供途径，让社会人士可以在犯罪行为完成之前加以干预。各种初步罪行之间有不少重复的地方，特别是当两人或更多人一同参与犯罪活动的时候。一项未发生的罪行可能祇是存于一人心中，直至该人煽惑他人干犯该罪行或他们同意一起干犯。当某人作为协助者、教唆者、怂使者或促致者间接参与一件由主犯干犯的罪行时，煽惑罪亦与间接参与有重复之处²。但祇有当罪行真的发生后，他才会被判间接参与罪，而煽惑罪是不一定要完成的。

2.4 煽惑实际上包括所有人类所用的途径，而透过这些途径，某人图谋影响他人犯罪。这不单包括鼓励或怂恿，同时也可包括威胁行为或其他压力³。无论劝诱别人犯罪或企图犯罪成功与否，煽惑罪均已完成⁴。煽惑可以针对个人，亦可以针对整个社会，例如报章广告声称某物的好处在于可用来犯罪⁵。煽惑需要煽惑者与被煽惑者之间有实际的通讯，即使煽惑失败，例如当传达煽惑讯息的信件被阻截，仍然构成企图煽惑⁶。

¹ 草案第 48 至 52 条。

² 《1861 年协助者及教唆者法令》第 8 条与《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）第 89 条内容相似。

³ 在 *Invicta Plastics Ltd. v Claire* [1976] RTR 251 一案中，英格兰上诉法院引用 Lord Denning MR 在 *Race Relations Board v Applin* [1973] QB 815 at 827 一案中所述说的一段话，并加赞同：“Vinelott 先生建议‘煽惑’意即以劝告、鼓励及怂恿等方式影响他人，而再没有其他方式。我认为这个词的意义不应如此狭窄，至少在这情况下不应如此。除了怂恿外，某人亦同样可以威胁或施加压力的方式‘煽惑’他人作出某一行为。”

⁴ *R v Higgins* (1801) 2 East 5.

⁵ *Invicta Plastics Ltd v Claire* [1976] RTR 251 一案随后在 *R v Jones and Ashford* (1985) 82 Cr APP R 226 一案中知名：单单制造或售卖一件除可用来犯罪外并无其他用途的物件，并不构成煽惑。

⁶ *R v Banks* (1873) 12 Cox CC 393.

2.5 所煽惑的行为在完成时，必须是被煽惑者干犯的一项罪行。因此，在 *R v Whitehouse*⁷ 一案中，煽惑一个15岁少女进行乱伦性行为被认为不是罪行，因为即使煽惑成功，而该少女亦依煽惑进行性行为，她也没有干犯罪行。如该少女与煽惑者发生性行为，她亦没有干犯罪行；但煽惑者却犯了与十六岁以下少女发生乱伦性行为的罪行。煽惑罪是受 *Tyrrell* 一案的判例约束的⁸：如受害人不能根据法律被判为教唆者，他亦不能煽惑一项针对他自己的罪行。

2.6 在 *R v Curr* 一案中⁹，某人被判煽惑妇女干犯《1945年家庭津贴法令》项下罪行，判罪被英格兰上诉法院推翻，因为未能证明该等妇女怀有构成该罪行的犯罪意识。如果被煽惑的罪行不是明显的刑事罪行，比如说违反某规章的条文，亦会遇到同样的困难。相反，正如辩方在 *R v Curr* 一案中认同，如某人怂恿不知情的人完成一项罪行，他便成为主犯，即使该人并无犯罪意识。

2.7 有关煽惑罪的犯罪意图，情形并不完全清楚。有权威的批评家认为，煽惑者必须蓄意达到计划中的犯罪行为的后果¹⁰。因此，如果 A 煽惑 B 严重伤害 C 的身体，A 并没有干犯煽惑谋杀罪；但如果 B 的行为导致 C 死亡，则他们却一同犯了谋杀罪，B 是主犯而 A 则是怂使人及促致者。认为煽惑需要对被煽惑者进行怂恿或施加压力这一元素，是有判例的¹¹。但当某人被指称怂使或促致一项已完成的罪行时，则大概不需要该项元素¹²。

2.8 煽惑者的犯罪意图的其中一方面，是他希望在何等程度上促进被煽惑者思想上所需的犯罪意图。正如前述，如果煽惑者煽动不知情的人协助犯罪，这样该名不知情者便可能成为主犯。如果煽惑者预期被煽惑者会在作出有关行为时具有所需的犯罪意图，这样他明显须要负法律责任。如果煽惑者相信其煽惑会使被煽惑者在作出有关行为时具有所需的犯罪意图，这样煽惑者亦被认为应负上法律责任¹³。

⁷ [1977] 65 Cr App R 33.

⁸ *R v Tyrrell* [1894] 1 QB 710. 如某法令通过的目的，是制定某一罪行，以避免某一类人士针对其本身干犯该罪，那么该等人士亦不能协助或教唆、或煽惑他人针对其本身干犯该罪。

⁹ [1968] 2 QB 944. 该判决可被视为案例，规定煽惑者必须知悉或相信被他煽惑的人具有所需的犯罪意图。见 Smith 及 Hogan 所著 *刑法* 第 7 版第 265 页。

¹⁰ Smith 及 Hogan, *ibid* 第 268 页建议，这个情形与未遂罪的相同。

¹¹ 见 *R v Hendrikson and Tichner* [1977] Cr LR 356，及 *R v James 及 Ashford* [1985] 82 Cr App R 226。

¹² 见 Smith 及 Hogan, *op cit* 第 268 页。

¹³ 见 Smith 及 Hogan, *op cit* 第 269 页。作者亦认为，如果煽惑者相信被煽惑者并不知情，这样便不会构成煽惑。他们以某人怂恿他人接受一条偷来的项链为例，说明情况。如该给予者并不相信接受者在作出行为时具有犯罪意图，那么他便没有煽惑该人处理赃物。

煽惑及不可能性的辩护理由

初步罪行及不可能性

2.9 如果某罪行是不可能被干犯的，这样很明显，没有人会被判干犯该罪。由此引申，普通法为煽惑、串谋及未遂等罪的初步罪行提供不可能性的辩护理由。这种辩护理由的性质及范围已成为不少学术辩论及司法争议的主题。

2.10 某人或会因误解法律而相信他所煽惑、串谋干犯、或企图干犯的活动是一项罪行。不可能性的辩护理由与这种情况无关。例如，如果某人相信通奸是一项罪行，他这种误解并不会导致他被判干犯任何罪行¹⁴。

2.11 当某人所使用的方法是不足以完成一项工作时，不可能性的辩护理由并不适用。例如，某人计划使用撬棍打开保险箱，而这种工具又是完全不足以达成这项工作的，这样，不可能性便不是煽惑、串谋及未遂罪等控罪的辩护理由。

2.12 在普通法中，不可能性的辩护理由祇限于当某人具有煽惑、串谋及未遂罪所需的犯罪意图，但因该人不知或误解某些事实，以致不能达成他预期的结果，或即使达成结果，也不会构成他相信自己会干犯的罪行。第一种情况是，例如当 A 与 B 串谋谋杀 C，但却不知 C 已经死亡¹⁵。而另一种情况是，例如当 A 与 B 企图处理一些他们相信是偷来的货物，但事实上他们计划处理的货物并不是赃物¹⁶。

2.13 认为不可能性的辩护理由不能维护司法利益这一说法，不是没有理由的。如某人煽惑他人干犯刑事罪，但却存有错误的想法，该人可能与那些不能得到这一辩护理由保护的人，同样对社会构成危险。虽然在简单的情况下不难应用该辩护理由，但正如从下一段中可见，当情况复杂时，要决定该辩护理由是否适用，是有困难的。

煽惑及不可能性

2.14 *R v Fitzmaurice*¹⁷ 一案确立了不可能性的辩护理由是适用于煽惑这一控罪的，但该项辩护理由的应用范围可能受到不少限制。该案涉及的情形是不寻常的。A 计划通知警方有关一宗串谋行劫解款车的罪案，以求取得保安公司的奖赏。为了使他的说话真实可信，他雇用了他人在伦敦市区一

¹⁴ 因此，如果某人以为偷运货币进香港是一项罪行，因而煽惑他人、或串谋、或企图进行该活动，这也不会构成罪行。看来 1977 年法令或 1981 年法令并没有改变这一原则。

¹⁵ *R v Sirat* [1986] 83 Cr App Rep 41 一案中的判决，考虑到将这一假设的情况应用于在第 43 页述及的煽惑。

¹⁶ 在 *Haughton v Smith* [1975] AC 476 一案中出现过这种情况。被告企图处理一些他们以为是偷来的货物，但事实上警方已在秘密行动中取回该等货物。

¹⁷ [1983] 1 QB 1083.

间工厂附近假意行劫一个妇女的工资，以造成看来是串谋行劫的情况。该案的上诉人是一中间人，他信以为是雇人行劫该女人的。该上诉人招募其他劫匪后，他们便获指出虚构目标，一个由A安排的女人。随后，当该等准备犯案的劫匪返回伦敦市区行劫时，便被警方拘捕。经上诉后，他们的判罪被推翻，因为他们串谋干犯的罪行，即在伦敦市区行劫该妇女的工资，是不可能实现的。相信该项计划是真实的上诉人也对他被控煽惑在伦敦市区行劫一女人的罪名提出上诉。上诉法院拒绝了他的上诉。要衡量不可能性的辩护理由是否适用的正确方法，是决定所煽惑、企图或串谋干犯的行为属于哪一类。有关证据可大体上证明某人干犯煽惑罪，但串谋者之间随后的协议关乎具体罪行。煽惑者被定罪而串谋者则无罪释放，是合乎逻辑的。正如在本案中，上诉人在大体上煽惑他人在伦敦市区行劫一个女人，而该案本身不是不可能发生的。

香港的法律及惯例

惯例及程序

2.15 根据普通法，煽惑任何罪行都是犯法行为，不论那是成文法罪行或是普通法罪行，也不论那是即决罪行或是可起诉的罪行。从程序上来说，煽惑很少造成问题。在任何条例中，凡有提及在定罪时可行使的权力或应执行的职责的，都已包含煽惑干犯该罪的情况¹⁸。煽惑某罪与干犯罪行本身的最高刑罚是相同的¹⁹。

煽惑、初步罪行和间接参与

2.16 香港设有煽惑串谋罪²⁰。煽惑他人犯未遂罪这一罪行可能并不适合，因为未遂罪与已完成的罪行极为相近²¹。普通法上显然是有煽惑他人犯煽惑罪的罪行²²。煽惑他人怂使或教唆犯罪，在普通法上大概不是罪行²³。

对现行法例的批评

2.17 煽惑是一“不平常的罪名”²⁴，很少被检控人员引用。如果罪行经已完成，控方引用《刑事诉讼程序条例》（第221章）第89条，控以串谋或怂使或促致罪，是较为方便的。关于间接参与者（从犯）的犯罪意图，并

¹⁸ 《释义及通则条例》（第1章）第82(1)(b)(IV)条。

¹⁹ 《释义及通则条例》（第1章）第90(2)(c)条。

²⁰ *MAK Sun Kwong and another v R* [1980] HKLR 466. 在英格兰，该罪行已由《1977年刑事法令》第5(7)条废除。

²¹ Smith 及 Hogan 作者，op cit 第267页认为，这也许在某些特殊情况下构成罪行。

²² *R v Sirat* [1985] 83 Cr App R 41.

²³ 见 Smith 及 Hogan, op cit 第268页。

²⁴ *R v Harris* [1991] 1 HKLR 389, at 393, per Silke VP.

无规定须有意图怂恿这一元素，也不须具有对主犯心态的认识。至于协助及教唆或怂使或促致犯罪的罪行，亦不须证明某人全部或详细预知他所协助的罪行的情节²⁵。

2.18 造成问题的是心态，而不是犯罪行为。如果煽惑者预期被煽惑者在作出有关行为时会做出所需的过错，这毫无疑问已经足够。如果他相信被煽惑者如真的作出有关行为时，便会具有所需的意图，这也许已足够。但致于煽惑者对被煽惑者的心态应有甚么认识，或控方是否须证明被煽惑者在作出有关行为时具有所需的犯罪意图²⁶，就不大清楚了。

2.19 正如 *R v Fitzmaurice* 一案显示，不可能性的辩护理由并不容易应用于煽惑罪上。例如，某人煽惑或企图煽惑一个秘密行事的警务人员干犯罪行，而因为该警务人员绝不会作出所煽惑的罪行，因此该罪行是不可能被干犯的。在这情况下，究竟这一辩护理由是否可适用，实可商榷²⁷。串谋罪的检控亦存有类似的问题（见下文 3.37(e)段）。

法律委员会法典草案：初步罪行，草案第 47 至 52 条

整体方法

2.20 法典草案报告书作者认识到，正如与煽惑密切相关的串谋及未遂罪等其他初步罪行一样，煽惑一向被视为刑法总则的一部分²⁸。他们相信，这些罪项之间应尽可能保持一致性，因该等罪项同是关乎防范实质性罪行的，有共同的理论基础²⁹。法典草案是依据先前的串谋³⁰及未遂罪³¹的法律汇编而撰写的。在法典草案中，处理煽惑的总的方法是部分编纂煽惑罪的现行法律，并且收纳于包括未遂罪及串谋的分项内³²。未完成的罪行则归入“初步罪行”分目之内，见草案第 47 至 52 条。

2.21 值得注意的是，有关煽惑的条文可以抽取出来，纳入另一法例内。该项法例是以先前的英格兰法例为本，而并不是按据法典草案报告书所载的修订建议。

2.22 法典草案第 47 条叙述如下：

²⁵ *Maxwell v DPP for Northern Ireland* [1978] 1WLR 1350.

²⁶ *R v Curr* [1968] 2 QB 944. 该案能否作出正确的判决标准，是值得商榷的。显然该案已受到题为 *英格兰和威尔士刑事法典* 的法律委员会报告书批评。见第 13.11 段。

²⁷ 这种情况与主要案例 *Haughton v Smith* [1975] AC 476 中企图干犯不可能性罪行的情况相类似。在该案中，警方监督处理一批“赃物”。该等“赃物”一直由警务人员合法拥有，因此不可能是赃物。

²⁸ 第 13.1 及 13.2 段。

²⁹ 法典草案报告书第 13.3 段。

³⁰ 《1977 年刑法法令》第 I 部。

³¹ 《1981 年未遂罪法令》。

³² 见法典草案报告书第 13.3 段。

- “(1) 某人属于犯了煽惑他人犯罪，如果——
- (a) 他煽惑他人作出或导致某些行为，而当该行为完成时，便会引致他人犯罪；及
 - (b) 他预期或相信他人如照所煽惑的行事，便会在行为中作出该项或该等罪行所需的过错。
- (2) 除第 52(1)条另有规定外，‘罪行’一词在本条是指可在英格兰及威尔士审讯的任何罪行。
- (3) 如果制定某罪行的法例是旨在保护某一类人士，则该类别内的人便是该罪行的预期受害人，因而是不能犯上煽惑他人干犯该罪的。
- (4) 即使煽惑者的身分不详，但煽惑罪名仍可成立。
- (5) 根据本条，或第 51 条内提及的成文法则，煽惑他人促致、协助或鼓励第三者作为从犯干犯罪行，都不是罪行；但——
- (a) 如某人作为从犯协助他人煽惑第三者犯罪，他便可能犯上从犯的罪名；及
 - (b) 本款并不排除煽惑他人犯煽惑罪（根据本条或任何其他成文法则），或煽惑他人犯串谋罪（根据第 48 条或任何其他成文法则），或煽惑他人犯未遂罪（根据第 49 条或任何其他成文法则）等控罪。”

法典草案作者摒除在方向上作出任何急剧改变，或采用“煽惑”以外其他字眼³³。“鼓励”一词被拒绝使用，因为该词意味着须要证明有实际的鼓励。作者指出并无需要证明被煽惑者实际上受到鼓励，作为提出煽惑控罪的依据。被煽惑者可能无意依从该项煽惑，或已决定干犯罪行，而毋须他人鼓励。选用煽惑这一“熟悉的用词”，是因为这一词或能保存大部分以往的判例法³⁴。

2.23 有关被煽惑而作出的行为的性质，草案第 47(1)(a)条亦有说明。某人可能被煽惑亲自或促致不知情的作出该等行为。(a)段的规定重申普通法

³³ 以“便利他人犯罪的行为”这一广阔概念为依据的方法已被否定，见法典草案报告书第 13.5 段。

³⁴ 法典草案报告书第 13.6 段。

的这项原则：煽惑一个在法律上不能干犯某罪行的人，是不须负法律责任的³⁵。煽惑亦可涉及干犯多于一项的罪行³⁶。

2.24 正如法典草案的作者所承认，有关过错的规定是一“颇为复杂的问题”³⁷。由于“煽惑”一词包涵意向的成份，鲁莽煽惑这个概念被视为古怪而遭反对。法典草案第 47(1)(b)条说明构成煽惑罪所需的精神元素。煽惑者必然预期他人会犯实质性罪行。这与处理串谋及未遂罪的方向是一致的³⁸。

2.25 联系煽惑者心态和被煽惑者心态之间的过错元素，是更大的困难所在。假如煽惑者预期被煽惑者作出实质性罪行时，会犯有该罪行所需的过错，这毫无疑问已足够构成罪行。但假如他祇是相信被煽惑者要是真的作出行为，在作出行为时将会做出所需的过错，便难以决定这是否足以构成罪行。法典草案的作者研究过煽惑他人强奸的例子：“假如 D 图谋怂恿 E 与 D 太太发生性行为，并相信 E 知道 D 太太是不会同意的，这似乎是煽惑他人强奸的一个明显例子，并应不须证明 D 预期 E 有该等认识³⁹”。基于上述一类例子，法典草案的作者认为，如果一项实质罪行的元素“包括认识或罔顾情况（例如未得同意），则就煽惑的目的而言，煽惑者相信有这种认识或罔顾情况存在，比之他预期有这些情况存在，会是更为适切的”⁴⁰。

2.26 草案第 47(1)(b)条因应法典草案的目的，解决了法律上一项长期的争辩：假如煽惑者没有预期被煽惑者作出的行为会犯有所需的过错，但预期该罪行的外在元素会发生时，煽惑罪是否处理这种情况的合适控罪⁴¹？认为煽惑他人干犯犯罪行为，应足以构成罪行的看法，是可争辩的。法典草案报告书将这一看法加以否定，并举出某人煽惑不足 10 岁的儿童（未能负刑事责任者）偷窃为例。报告书主张，在这种情况下，假定有意图的存在，可当犯未遂罪处理⁴²。

2.27 草案第 47(1)(b)条规定，煽惑者应相信被煽惑者会犯该罪，并且会做出构成该罪行所需的过错。关于这项规定，回应我们的谘询文件的人

³⁵ 例如，未满应负刑事责任年龄的人或某罪行的受害人，而该罪行是为保护受害人一类人士而制定的。法典草案的作者将煽惑儿童作为意图通过不知情的人干犯罪行处理。见法典草案报告书第 13.7 段。

³⁶ 这是重申普通法的原则。见法典草案报告书第 13.7 段，该段征引 *R v Most* (1881) 7 QB 244 一案。案中牵涉一报纸文章煽惑读者干犯谋杀罪。就这方面来说，煽惑与串谋相等。

³⁷ 见法典草案报告书第 13.9 段。

³⁸ 见法典草案报告书第 13.9 段、《1997 年刑法法令》（串谋）第 1(1)条及《1981 年未遂罪法令》（未遂罪）第 1(1)条。

³⁹ 法典草案报告书第 13.9 段。

⁴⁰ 法典草案报告书第 13.9 段。

⁴¹ 假如“不知情的人”被利用干犯整件罪行，那么“煽惑者”便犯了协助及教唆该罪的罪行，这是已确立的法律：见 *R v Bourne* (1952) 36 Cr App Rep 125 一案。必须证明煽惑者知道或相信被煽惑者在作出有关行为时具有所需的犯罪意图这一建议，似乎妨碍了将这种类似的情况应用于煽惑罪上。

⁴² 法典草案报告书第 13.10 段。这里假定鼓励并非祇是作为该罪行的准备，而亦可证明被告有所需的犯罪意图。

士意见分歧。有些赞同这个做法，亦有建议草案第 47(1)(b)条内“过错”一词应改为“意图”。我们认为，这项建议会大大缩窄“煽惑”的范围。例如，就煽惑强奸罪而言，若被煽惑者罔顾受害人同意与否，则根据此建议是不能判罪名成立的。该建议亦可理解为，煽惑者须预期或相信被煽惑者在作出行为时，具有对被煽惑的犯罪行为各方面的意图或认识。正如法典草案的作者指出，这一释义未免过于狭窄⁴³。现行普通法的释义较宽：Smith 及 Hogan 认为，煽惑者必须知道或相信被煽惑者会具有该罪所需的犯罪意图，而不是具有关该罪每一方面的意图⁴⁴。因此，我们并不赞成在这方面修订第 47(1)(b)条，而建议将草案第 47(1)条全部采纳。

2.28 草案第 47(1)(b)条的作用是清除 *R v Curr*⁴⁵ 一案遗留下来的问题。该案判定，倘有人在煽惑后犯罪，控方必须证明被煽惑者在作出有关行为时具有所需的心态。法典草案的作者强调这个判决不合逻辑，指出并无需要证明被煽惑者经已犯罪甚至只是意图犯罪⁴⁶。故此，提及被煽惑者的犯罪意图是不切题的。法典草案在这方面的处理方法获得就我们的谘询文件提出意见的人士赞同。我们再一次说明，我们认为草案第 47(1)条应予采纳，毋须修订。

2.29 根据普通法，可公诉罪行及即决罪项同样是可以被煽惑的。法典草案第 47(2)条保留了普通法这一立场。煽惑他人干犯纯粹为即决罪行这一控罪，被认为是有必要的阻吓，以阻吓有可能煽动或组织大规模轻罪的人⁴⁷。

2.30 法典草案的作者建议将煽惑串谋罪再次订为英格兰的一项控罪。他们指出，《1977 年刑法法令》第 5(7)条将该罪行废除，此举连同 *R v Sirat* 一案的判决，即煽惑他人煽惑是一项罪行一并来看⁴⁸，造成了荒谬的结果⁴⁹：例如，当 A 煽惑 B 同意与 C 谋杀 D 时，这不会构成煽惑串谋罪；但当 A 煽惑 B 去煽惑 C 谋杀 D，便会构成罪行。

2.31 虽然一些被谘询者支持恢复煽惑串谋罪，但亦有人建议依循英格兰的法例，废除煽惑串谋罪。我们的报告初拟述及在香港废除煽惑串谋罪所可能造成的坏影响。对于处理与三合会有关的罪行，例如涉及赌博、卖淫及毒品的长期串谋，这罪项至为重要。英格兰法律委员会建议在英格兰恢复此项罪行，主要是因为考虑到根据普通法，煽惑他人煽惑是一项罪行，因此

⁴³ 英格兰和威尔士刑事法典第 13.9 段。

⁴⁴ *op cit* 第 266 页。作者甚至认为在普通法下，煽惑祇须证明煽惑者意图导致被煽惑者作出犯罪行为，而毋须提及被煽惑者的意图。

⁴⁵ [1968] 2 QB 944. 见法典草案报告书第 13.11 段。

⁴⁶ 法典草案报告书第 13.11 段。

⁴⁷ 法典草案报告书第 13.12 段。

⁴⁸ (1986) 83 Cr App R 41.

⁴⁹ 见法典草案报告书第 13.13 段。

不恢复该项罪名被视为不合理⁵⁰。不建议废除“双重初步”罪行，可保留香港现行的普通法。正如一些被谘询者建议，废除该等罪行，将来可能须作出修改。这是一个难以取舍的选择：保留一致性及维持原则，或是采取步骤限定一些颇间接的行为的刑事责任。经适当考虑后，我们建议采纳前者，将煽惑串谋罪保留在法典内。

2.32 草案第 47(3)条保留 *R v Tyrrell* 一案⁵¹ 中的法则。如果某成文法则制定的目的，是用以保护某一类人士，而有关罪行的受害人亦是其中一员，则案中的法则豁免其煽惑罪的刑事责任⁵²。*Tyrrell* 一案判定，一名 16 岁以下少女是不能犯上协助或教唆他人与自己发生非法性行为罪的，也不可能煽惑他人犯有关罪行⁵³。

2.33 草案第 47(4)条包含一项已确立的原则：透过例如报章广告对整个社会进行煽惑，也须负上煽惑的刑事责任⁵⁴。

2.34 草案第 47(5)条规定，根据该法典，煽惑协助及教唆的罪项并不存在，但在他人的煽惑罪行中作为从犯，却可能是罪项⁵⁵。这两项罪行在普通法中的地位并不明确。实际上，将这两项罪行区分，实际上有甚么重要性，是成疑问的，因为根据法典草案，煽惑他人煽惑、串谋或犯未遂罪三项都被视为罪行。

2.35 草案第 50 条取消煽惑案中不可能性的辩护理由。所有三项初步罪行亦采取同样做法。在英格兰，这种做法可以消除现时的“荒谬”，即在未遂罪及串谋罪中，不可能性的辩护理由已经取消，但却仍保留在煽惑罪中。至于法定煽惑罪，这项辩护理由亦被废除⁵⁶。就我们的报告初拟作出回应的人士大体上支持废除这项辩护理由。我们同意应在煽惑案中废除不可能性辩护理由，并且建议制定类似法典草案第 50 条的条文。

2.36 另一方面，有意见认为，虽然不可能性的辩护理由应予以废除，但错误认识法律这一辩护理由（误认若干活动是罪行、但事实却不然）应加进草案第 50 条的条款内，予以保留。提出这个意见者并以某人因误信通奸是一项罪行而煽惑他人作出该行为为例，加以阐释。

⁵⁰ 见法典草案报告书第 13.13 及第 13.16 段。

⁵¹ [1894] 1 QB 710.

⁵² 根据法典草案，该判例亦适用于串谋。

⁵³ 与一 16 岁以下少女发生性行为是一项罪行，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 124 条。为该少女提供保护祇隐含在解释法例的原则上，而没有明写在有关条例的条款内。

⁵⁴ 见法典草案报告书第 13.18 段引述 *R v Most* (1881) 7 QBD 244 这一著名的案件。

⁵⁵ 法典草案报告书第 13.19 段研究了这一问题。这两项罪行的区分似乎在于，祇有当罪行完成时，才须负上促致该罪的刑事责任。直至该罪行已完成才会构成作为他人从犯的罪行。因此，有关最初的煽惑，仍是悬而未决及不明确的。

⁵⁶ 例如，煽惑他人谋杀，违反《1861 年侵害人身罪法令》第 4 条。该项法令与香港法例第 212 章，名称相同的条例第 5 条的内容相似。

2.37 我们认为毋须错误认识这一辩护理由加进草案第 50 条内。草案第 50 条是有关废除不可能性的辩护理由的，即是说，某人煽惑他人犯罪，并相信或希望被煽惑者可能做出构成该项既遂罪行所必需的行为，而实际上这是不可能的，但如果真的做出那些行为，便会构成罪行。煽惑他人作出一项不属实质性罪行的行为又是另一回事。通奸者即或相信其行为是一项罪行，也不会干犯罪行。同样，煽惑他人做出这种行为，也并非罪行。我们因此认为毋须确立错误认识法律这一辩护理由，亦不建议明文确立该项辩护理由。

2.38 法典草案第 51(2)条建议一项有趣的程序改变：在法典下的初步罪行与现行法定初步罪行之间，将不会存有排斥性的规定⁵⁷。法典下的煽惑罪将可与其他刑事成文法下特别制定的其他煽惑罪重迭。如不选择重迭，则另一方法是如果一项罪行已包括在另一项之内，便当作已予废除。这是难以界定，并会成为一些无意义的法律论据基础。

法典草案第 47 条：能否作为香港的模式？

2.39 依循法典草案，并将煽惑包括在任何未遂罪及串谋罪法律的部分编纂内，最主要的优点在于能与其他初步罪行一致。意图被强调作为所有三项罪行的主要过错元素，不可能性的辩护理由也被全面废除。这种转变亦能带来其他优点：

- (a) 澄清煽惑罪犯罪行为范围，并特别废除 *R v Curr*⁵⁸ 一案中的矛盾判决；
- (b) 澄清煽惑罪犯罪意图的范围，并特别说明当煽惑者知道或相信被煽惑者在行动时会作出所需的过错，该煽惑者所须负的法律的责任；
- (c) 新订的条文可以集中编订在一修订条例内（一条新的《初步罪行条例》），或编集在现行条例的一部之内，例如《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）新的部分内。

2.40 但改变亦有弊端：

- (a) 法典草案内载的条文是未受考验的⁵⁹；及

⁵⁷ 这将废除《1977 年刑法法令》第 5(6)条及《1991 年未遂罪法令》第 3 条所载的排斥性的规定。
⁵⁸ [1968] QB 944。该案在上面第 2.6 段亦有提述。

⁵⁹ 草案第 47(1)(b)条的初拟可能并未足够，因为该初拟并没有明确指出煽惑者预期被煽惑者干犯该罪。如果一群群众鼓励暴徒“杀死一头猪”（猪指警察）或烧毁一座大厦，又如该等群众相信没有暴徒会这样做的话，那么他们是否有预期该等行为发生？煽惑者或会承认，如果暴徒因受鼓励而作出行为，他们便会具有所需的犯意（犯罪意图）。这是鲁莽煽惑的一种形式。但与透过报章刊物煽惑整个社会谋杀某人，是没有多大区别的。这种透过报章进行煽惑违反普通法，并（可能）保留在草案第 47(4)条内。

- (b) 将煽惑罪编成新法典，将失去现行的判例法，并且，除非并直至英格兰亦制定同样法例，也将失去未来英格兰的先例。

2.41 我们刚注意到，英格兰法律委员会最近发出一份关于“协助及鼓励罪行”的谘询文件⁶⁰，建议设立新的鼓励罪，取代煽惑罪以及在协助教唆里的“怂使”成份。

“鼓励罪应涵盖以下两种情况：被告人的行为刻意煽动主犯犯罪；及被告人做出那些行为只为支持或加强主犯犯罪的决心”⁶¹。

英格兰法律委员会是项建议，无论多有价值，并非我们目前所研究的初步煽惑罪的范围之内。法律委员会建议的鼓励新罪名中的煽惑成份，基本上与法典草案中所述的相同。我们故此并不认为有需要改变我们的结论，就是法典草案所提方案是我们应当依循的模式。

2.42 正如第 1 章所述，被谘询者明显支持编纂小法典，并将法典草案第 47 条纳入其中。我们经已权衡过支持及反对该条草案条文的论据，并考虑到谘询的结果，因而建议将法典草案第 47 条全部采纳在建议中的小法典内。

⁶⁰ 谘询文件第 131 号（1993 年 9 月）。

⁶¹ Ibid, 概论, 第 14.1 段。

第 3 章 串谋

绪言

3.1 本章旨在描述现行法律，找出其不足之处，并研究英格兰的 1977 年法令，作为改革香港法例的一个可能模式。正如第 1 章所解释，1977 年法令第 I 部，将普通法上的刑事串谋作部分编纂，并纳入若干重要改革。

普通法上的刑事串谋的定义和论据

协议达致非法目的

3.2 在普通法中，串谋包含两人或更多人协议达致某些非法目的。在若干方面，这与其他初步罪行不同。最重要的分别在于目标的性质。在煽惑罪和未遂罪，目标本身必须是项罪行。串谋罪则更进一步。协议犯罪当然是串谋罪的一例，然而，除此之外，协议达致某些“非法”目标亦足以构成串谋罪，尽管在个人独自进行的情况下，其本身并非罪行。这是因为在这情况下，“非法”寓意甚广。这些非法目标（并非罪行）的实际范围也极不明确。

3.3 虽然协议的目标经已达成，有关人士仍有被检控之虞。“非法”字意引伸的结果是，祇要两个或更多人合谋，在某些情况下，就可能因为做了一些事情而受罚，而这些事如果是他们其中一人单独进行的就并非罪行。

莫明其妙的定义

3.4 普通法上串谋的古老定义由 Willes J 在 *Mulcehy v R* 一案中定下：“两人或两人以上协议进行非法行为，或以非法手段进行合法行为”¹，这个定义被认为累赘又莫名其妙²。但现行法律不明确之处并非因为这些不严谨的文字而产生。这项十九世纪的说法试图表达已经确定但拙劣地描述的案例法³。句中“非法”一词的意思包括若干民事侵权活动，超乎刑事行为，而何谓“非法手段”亦从未清楚解释⁴。

¹ (1868) LR 3 HL 300 第 317 页。

² 法律委员会的 *串谋及刑事法律改革报告书* 详细讨论该问题：请特别参看第 1.8 及 1.9 段。

³ 在 *R v Kamara* 案 [1974] AC 104，第 121 至 131 页，Lord Hailsham LC 在判决中提及串谋罪法律的发展历史以及十九世纪主要判例的解释。

⁴ 在 *R v Kamara* [1974] AC 104 案中，对于究竟 Willes J 定义中的‘不合法行为’是否纯指刑事，而不是亦包括侵权行为一事，Lord Hailsham LC 的意见似乎与 Lord Cross 不同：参看 122 至 125 页，以及载相反意见的第 132 页。

扩阔刑事串谋范围的论据

3.5 从历史上，将制裁扩展至协议达致刑事目标以外的行为，似乎是由于恐怕几个怀有共同目标的人合谋会比个人进行同样活动更为危险。故此，某些侵权行为如果是两个或更多人协议的目标，就会被视为刑事行为⁵。并且，司法机构以往也曾利用串谋罪来制定新罪项，以便普通法或成文法均付阙如的情况下，处理法官认为是危险的活动⁶。

普通法承认串谋罪

普通法上已知罪行和法定罪行

3.6 关于犯罪的协议，无论罪行是否普通法上已知罪行，例如串谋谋杀，或是由成文法设定的罪行，例如串谋作出刑事毁坏，违反香港法例第200章《刑事罪行条例》第60(1)条，串谋都是一项控罪。并且，协议违犯一项纯属即决性质的罪行，也是刑事串谋⁷，即使这属后果责任罪项，这是已经清楚确立的。

3.7 一位受咨询者提出，关于串谋的法律不应应用于纯属即决性质的事情。我们并不赞同这样的做法。这并非英格兰法律⁸，也非香港法律，这会是对香港的一项重要改革。在香港，有法律专业资格的裁判官比起英格兰没有专业资格的裁判官，有更大权力判处监禁。我们的法律是有考虑及这一点的，而香港的纯属即决罪项比起英格兰的纯属即决罪项，亦大有分别。在英格兰，纯粹即决罪项，一般而言，是可判监禁不超过六个月的罪行。我们因此建议串谋罪法律应继续适用于即决罪项。

串谋、初步罪行和间接参与

3.8 如果协议的目标是一项初步罪行或是间接参与的罪行，则在甚么程度上串谋行为可以被检控呢？这一点并不完全清楚。似乎，串谋煽惑是个罪行，虽然串谋未遂行为并不适当，因为未遂行为近乎已完成的罪行⁹。法律上曾否出现过串谋协助及教唆犯罪的控罪，是有疑问的¹⁰。关于串谋本身，煽惑串谋罪，就如意图串谋¹¹和协助教唆串谋¹²，大概曾见于普通法。

⁵ “无理合谋羞辱、烦扰、伤害他人或使他人穷困，是一种刑事串谋”：Russell 有关罪行一书（第12版）第2册第1490页。

⁶ 在 *Shaw v DPP* [1962] AC 220 讼案中，法官表示法庭仍有剩余权力，在没有成文法介入取代普通法的情况下，可自行处罚损害公众利益的罪行。是项判决成为订立串谋败坏公共道德罪的根据。

⁷ 参看 *R v Blamires Motor Transport Services Ltd* [1964] 1 QB 278 讼案。串谋触犯有后果责任的罪行必须有犯罪意图，并规定须对构成罪行的事实及情况完全知情。

⁸ 见1977年法令第4(1)条，其中容许对串谋犯即决罪提出诉讼，但须得刑事检察长同意。

⁹ 见法律委员会的 *串谋及刑事法律改革报告书* 第1.44段。

¹⁰ 见英格兰上诉法庭在 *R v Hollinshead* [1985] 1 All ER 850 讼案的判决，该案属反对该罪行存在的判例，而 *AG v Po Koon-tai* [1980] HKLR 492 讼案则是持相反主张的判例。

¹¹ 见 Smith 及 Hogan, *op cit*, 第267页。

原本不属刑事目的串谋

- 3.9 协议的目标原本不属刑事的串谋行为可分下列几类：
- (a) 串谋作侵权行为。此类串谋包括串谋诈骗和串谋侵犯；
 - (b) 串谋伤害；及
 - (c) 有关公共道德和风俗的串谋。

各类串谋行为会在下文各段逐一讨论。

串谋作出侵权行为

3.10 串谋作出侵权行为会产生民事责任，并且可以是民事补救办法例如损害赔偿或禁制令的因由。至少在理论上，任何故意的侵权行为都可以是刑事串谋控罪的对象，但实际上在近期的案例纪录上显示的，祇有两种侵权行为会如此，就是串谋诈骗和串谋侵犯。串谋诈骗通常用作检控商业欺诈的工具。这是范围可能很广泛的罪行。非法侵犯财物从未成为刑事罪项，但串谋侵犯就曾在英格兰用作控罪。

3.11 在 *R v Kamara* 一案，Hailsham L.C. 法官解释：

“侵权行为，或任何其他形式的侵权行为，如果是故意的，就构成串谋罪中必需的违法要素。但我认为，所需的还有更多。其(1)，合谋的进行必须扰及公众权益范围，例如，侵权行为涉及侵袭友好国家的使馆或一幢公共建筑物，或（自不待言）违犯刑法，包括违反强行进入及阻留的法律；违背《1971年刑事破坏法令》或有关暴力殴打他人的法律；或(2)，如果合谋的进行必须涉及、已知及刻意涉及对受害人造成不单是轻微的损害，则合谋侵犯便成可予公诉的罪行。这必须是蓄意霸占楼宇，剥夺业主权利，将他驱逐外出，……不然就是实际上阻止他使用自己的物业¹³”。

在这种情况下，这罪项就被用来对付侵袭使馆、又阻留使馆人员的人。在香港，近年似乎并无使用串谋侵犯的控罪。《公安条例》（第 245 章）之下已有罪项，可用以处理类似 *R v Kamara* 一案所述的情况¹⁴。

3.12 虽然在 *Kamara* 一案中，各位大法官已对串谋作出侵权行为的情况加以澄清和作出指示，但这仍是非常广泛的罪项。Hailsham 大法官所说第二点，从广义来说，仍然容许许多侵权行为受到检控，如果那是合力作出，并且是刻意造成“不单是轻微的损害”的话。

¹² 见法典草案报告书第 13.24 段，其中认为该罪存在。

¹³ [1974] AC 104 第 130 页。

¹⁴ 特别见第 23 条强行进入以及第 24 条强行占有楼宇。

串谋伤害

3.13 串谋伤害的刑事和民事法律责任被认为是同样广泛的¹⁵。有关的侵权行为和罪行在劳资纠纷中出现。法律试图在合法的合谋以助劝诱，以及不合法的合谋以助胁迫二者之间，定下界线。如果合谋造成损害，可提出民事权利要求。在 *Crofter Hand Woven Harris Tweed Co v Veitch* 案中，Viscount Simon LC 说过：

“除非真正和主要的目的是要促进被告人在某件事情上的合法利益，而被告人相信这些利益会直接受损如果针对原告人的行动没有进行，否则合谋故意损害他人业务便属违法”¹⁶。

3.14 相对的刑事控罪甚少应用。在 *R v Bunn* 案中，Brett J 研究过控罪后说：

“如果你认为被告人之间协议用不正当的滋扰，控制雇主的意愿……并且，……协议中的滋扰有可能在一般心智的人心目中是要妨碍他们依照自己的意愿继续做生意，那么我就认为这是非法串谋，而被告就得因此负法律责任”¹⁷。

他继续说，这就是不正当滋扰，如果：

“故意做出任何事，令人认为是对雇主业务的无理烦扰和干扰，而在任何业务，这些烦扰和干扰会对一般心智的雇主有妨碍作用”¹⁸。

3.15 关于普通法上串谋侵犯罪和串谋伤害罪应否废除的问题，就我们的报告初拟提出意见的人士意见分歧。赞成保留这些罪项的人认为，这些罪项可能在对付有组织罪案或是威胁和恐吓罪时有用。他们举出的例子包括私人物业建筑受干扰，以及三合会初步敲诈的行为。

3.16 然而，权衡之下，我们并不认为有必要保留这些在英格兰已由《1977年刑法法令》废除的普通法罪项。普通法上的串谋侵犯罪（以及强行进入和阻留）从未用来对付赞同者所想象的情况。并且，我们认为，《公安条例》（第245章）的条文，特别是第23和24条，已为这些情况提供所需的执法宝剑。

3.17 我们认为，串谋伤害罪对打击与三合会有关的罪行亦无直接作用。在串谋伤害中，“伤害”并不是指身体上的伤害或对财产的损害，而是关乎劳资纠纷中可能对雇主造成损害的活动。这罪项现时已被视为较早期英

¹⁵ 这是英格兰法律委员会在 *串谋及刑事法律改革报告书* 第 5.19 段提出的意见。

¹⁶ [1924] AC 435, 第 446 页。

¹⁷ (1872) 12 COX CC 316, 第 340 页。

¹⁸ (1872) 12 COX CC 316 第 348-9 页。

格兰劳资关系的遗物，早已不合时宜。串谋伤害罪于 1977 年废除，在此之前，英格兰和威尔士已多年未有采用。在香港，这罪项虽然存在，作为普通法罪行，但据研究所示，香港从未以串谋伤害作为一项罪行。兼且，我们认为，有组织威胁及恐吓已有其他控罪足以对付。串谋勒索或串谋刑事恐吓等罪，即属此类。

3.18 我们故此建议，串谋作出侵权行为、串谋侵犯（以及强行进入和阻留）、以及串谋伤害等普通法罪项应于建议中的小法典内废除。

串谋败坏公共道德和风俗

3.19 要简短描述与公共道德和风俗有关的串谋罪不是简单的事情。主要的现代判例部分是尝试在一大堆的旧判例中寻出理绪。这些判例亦显示出司法机构在立法方面的作用已经改变。要描述现行法律，有需要参考三项上议院判例：*Shaw v DPP*¹⁹、*Knulier v DPP*²⁰ 以及 *Withers v DPP*²¹。

3.20 在 *Shaw* 案中，被告人出版一份娼妓名册，载有娼妓姓名、电话号码、价钱、以及用缩写方式说明她们愿意提供的变态服务。他被检控并判罪名成立，其中一项判罪是串谋败坏公共道德²²。刑事上诉法院维持原判，论据是一项一般性普通法罪项其中包括“有计划地或故意败坏公共道德（有别于个人道德）的行为”²³。上议院亦以大多数确定他的判罪，论据是“串谋败坏公共道德就像串谋作出刻意伤害社会的不当行为一样，是可予公诉的”²⁴。

3.21 在 *Shaw* 一案中，议院显然认为，在没有成文法介入取代普通法的情况下，法院仍有剩余权力管限有害公众福利的罪行²⁵。陪审团是个保障，作为最后仲裁者，以裁定问题中的行为是否一项败坏公共道德的串谋²⁶。

3.22 在 *Knulier* 一案中，各被告人出版一本杂志，在学童之间销量相当大。杂志中一部分是以“男士”为标题的广告栏，旨在招引同性恋者²⁷。各被告人被控两项串谋罪：败坏公共道德和败坏风俗。

3.23 各被告人被判定罪名成立，他们向上诉法院（刑事部）上诉亦被驳回。他们再向上议院上诉。上议院大法官驳回关于串谋败坏公共道德的

¹⁹ [1962] AC 220.

²⁰ [1973] AC 435.

²¹ [1974] 3 WLR 751.

²² 他亦被控出版色情刊物的罪名，违反《1959 年色情刊物法令》第 2 条以及以娼妓为生，违反《1956 年性罪行法令》第 30 条。最后被判这些其他罪名成立，而上诉法庭维持原判。

²³ [1962] AC 220 第 233 页。

²⁴ [1962] AC 220 第 290 页（根据 Lord Tucker）。

²⁵ [1962] AC 220 第 268 页（根据 Viscount Simonds）。

²⁶ [1962] AC 220 见第 269 页（根据 Viscount Simonds）、289 页（根据 Lord Tucker）、292 页（根据 Lord Morris）及 294 页（根据 Lord Hodson）。

²⁷ 《1967 年性罪行法令》使成年男性在双方同意下私下进行同性恋行为合法化。Lord Tucker 在 *Shaw* 案中的说话（第 285 页）已预示这样的一项改变：“假定国会明天通过，成年男性双方同意下私下进行同性恋行为再也不属罪行，是否就是说，串谋推动及鼓励成年男性之间进行这种行为再也不是适宜交由陪审团裁决的刑事检控案件？”

上诉，但以原审引导错误，判另一串谋罪上诉得直。法官解释该两项控罪的要素，强调“败坏”是严词：

(a) “‘败坏公共道德’意指陪审团会认为会破坏社会根基的行为”²⁸。

(b) “‘败坏风俗’是令合理人士感到惊骇的行为”²⁹。

3.24 各位大法官的说话又表示，普通法上存有一项一般性的败坏风俗罪行，而这是可以毋须串谋而违犯的³⁰。Tucker 法官在 *Shaw* 案中表示，串谋败坏公共道德是一个更为一般性的串谋作出公众妨害类别之下的一个分类。这是大多数人都同意的³¹。关于这个问题，是否一如 Tucker 法官所说，上议院并无解答。

3.25 在 *Knulier* 案的判词中，各位大法官强调，他们较早时对 *Shaw* 一案的裁决不会用来肯定或支持以下主张，就是他们具有一般性或剩余权力设定新罪项，或扩展现有罪项，以便把某类迄今不受惩罚的行为定为须受惩罚的行为。

3.26 在 *DPP v Whithers*³² 一案，各上诉人被裁定串谋作出妨害公众罪名成立，因为他们藉着作为私家调查员的活动，冒认政府人员，而由银行、大厦社团和政府当局获得保密财务资料。他们的判罪被上议院推翻。各位大法官清楚说明，法律上并无明确界定刑事串谋作出公众妨害的类别³³。

3.27 究竟有没有一项一般性败坏公共道德的罪行存在，而该罪是毋须串谋的，这是仍然有待最高上诉法院裁定的问题。虽然司法机构强调他们并无剩余权力设定新罪项，但串谋败坏公共道德和串谋败坏风俗两罪的阔度，特别是串谋败坏公共道德罪，仍保留该项权力相当大的部分。在香港，陪审制度同时提供仲裁人和保障。但面对这些控罪的人并不一定获得陪审审判。关于这些控罪会在何处审判，由律政司一人决定³⁴。某些以前从未受检控的活动可由控方决定指控为‘败坏公共道德’。这样的控罪由地方法院审理，是

²⁸ [1973] AC 435 第 491 页（根据 Lord Simon）。

²⁹ [1973] AC 435 第 495 页（根据 Lord Simon）。

³⁰ 败坏风俗属普通法的罪行，这点现在亦相当清楚，见 *R v Gibson* [1991] 1 ALL ER 439。政府毋须在败坏风俗的控罪中证明行为是有意图或是在罔顾情况下做出的。要证明的是一项蓄意行为，而这是陪审团认为是败坏风俗的行为。

³¹ [1962] AC 220 第 285 页。刑事上诉庭断言败坏公共道德是串谋罪之外自成一类的罪行。Lord Tucker 对此并无异议。

³² [1974] 3 WLR 751.

³³ 根据 Viscount Dilhorne，第 759 页。各大法官曾经强调，各被告是可以被判串谋诈骗罪的，理由是他们企图在公职人员执行职务时加以诈骗。

³⁴ 由于串谋触犯民事罪或败坏公共道德或败坏风俗罪并无指定惩罚，该等罪行便须依循《释义与通则条例》（第 1 章）第 90(1)条有关最高刑罚的规定：即 7 年监禁及罚款。律政司亦可酌情决定将该等罪行交由地方法院处理。见《裁判官条例》（第 227 章）第 88 条，及该条例附表 2 第 III 部。

完全视乎法官的理解的，并未能全面顾及普遍的公众观点。一套法律体制是可以自行发展的，毋须经过立法机关或受公众舆论的考验。

保留普通法串谋罪的论据

3.28 赞成及反对保留普通法串谋罪的论据不相伯仲。保留串谋败坏风俗及串谋败坏公共道德罪行的主要论据如下：

- 刑法可能出现缺口。最近一个应用败坏风俗罪的例子，是涉及在英格兰检控展示用冻干人体胚胎制造的耳环的人³⁵。关于同性恋方面，成年人同意私下进行同性恋行为，不再成为罪行，但社会大概会需要一种方法，以防止积极鼓励这种行为，特别是在年青人间；
- “败坏风俗”及“败坏公共道德”行为均是暗示具严重损害性的行为。这些罪名不适用于轻微罪行，或甚至普通的刑事活动。这些严重罪行足可在高等法院检控。法院的陪审团会同时作为社会风俗及道德行为标准的仲裁人以及作为检控制度的捍衛者，以防滥加检控。
- 我们现时的研究主要关乎编纂刑法的好处。有关废除这些涉及性行为、道德标准及审查制度等罪行的问题并非在研究恰当范围之内。

3.29 反对保留两项普通法串谋罪的主要论点是：

- 串谋败坏风俗及败坏公共道德的串谋罪范围空泛不明确。将大众接受的风俗及道德标准分类，并不可能。此外，究竟政治及宗教活动是否属于行为或道德标准的考虑范畴，这点并不肯定；
- 审讯并非必然有陪审团陪审。陪审团是防止滥用该等控罪的机制；
- 香港近年来似乎根本没有引用过该等罪项。虽然并不确定，但这个事实明显显示这些罪项用途不大；
- 该等罪行给予司法机构过大的制定法律的空间；
- 如此严重的罪行，如确有需要，应以清楚的法定条文重新制定，而不应以难以应用、又有矛盾的先例的形式存在。

3.30 大部分就我们的报告初拟提出意见者认为串谋败坏公共道德或败坏风俗的罪行应予废除。小部分对废除这些罪行有所保留。他们表示有所

³⁵ *R v Gibson* [1991] 1 ALL ER 439.

保留是以一个事实为理由：现行法律对防止色情广告、色情影带及色情电话谈话等，是必要的。

3.31 支持保留这些罪项的理由，我们并不赞同。首先，香港似乎没有引用过这两项罪名，最少在近年没有引用。这点显示这些并非对付色情活动的重要武器。此外，现时本港法例内已有条文处理公开色情表演或展出的事宜，例如《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条及《简易程序治罪条例》（第 228 章）12A(1)条。如果检控没有引用串谋败坏公共道德或败坏风俗的罪项，令我们认为现行的法定罪行已足以应付色情活动。

3.32 我们建议，败坏公共道德罪，无论仅属串谋抑或由一人单独触犯，均应予以废除。我们认为两项罪名的范围极广，且难以确定。刑法制度的宗旨着重清楚精确，保留上述两罪实与该宗旨不符。该罪过去没有引用过，将来亦不见得有需要引用。该罪的释义极为主观，而且可以演变成压抑不受欢迎的意见或宗教信仰的手段。

3.33 我们亦建议废除败坏风俗罪。同样，该罪最大的缺点是性质不精确。风俗不可能有客观的定义。风俗的标准在香港社会并不一致，而市民的态度亦易于改变。我们认为在刑法之内保留这一罪项，既不理想，也无需要。

串谋与刑法总则

串谋的犯罪意图和犯罪行为

3.34 串谋的犯罪行为（违禁行为）是协议的本身，是毋须已经做出任何步骤以达到目标的，虽然实际上这些步骤通常会用作协议的证据。退出串谋并不能用作辩护理由。串谋是持续的罪行，由协议开始，持续至完成协议进行的事项、或协议的目标被放弃、或目标受挫为止³⁶。

3.35 对串谋罪而言，很明显，犯罪意图（犯意）和犯罪行为有密切关系。每一串谋者必须同意贯彻串谋的目标。须完全同意才能作实，单祇商议并不足够³⁷。然而，有条件的同意，例如两人协议行劫银行信差如果银行信差出现而当时又没有警察在场的话，已足以构成法律责任³⁸。各串谋者并无必要表明他们在某一时间的意图，也毋须知道大家的身分。最重要的是每一串

³⁶ 见 *Dpp v Doot* [1973] AC 807 讼案。若串谋经已存在，其他人参与，便成为共谋者。

³⁷ 见 *R v Walker* [1962] Crim LR 458。

³⁸ 有关问题几乎没有判例。见 *Smith and Hogan*, op cit, 第 281-282 页。

谋者都怀着一个有关某一或某些罪行的共同目的，也就是串谋的目标³⁹。无论是“车轮式”或是“连锁式”的串谋，情况都是一样⁴⁰。

3.36 有关必须证实的每一串谋者的确实犯意，须视罪行本身而定。罪行的构成要素各有不同，要概括说明须有甚么程度的知情或意图，法庭才会认为已证实为串谋，是不可能的。似乎，像其他初步未遂罪，要证明串谋，须有比起如果罪行得遂便足以证实罪责更高层次的知情和意图。例如，刑事毁坏可以是故意的，也可以是鲁莽造成的；要证明串谋作出刑事毁坏，须有故意这样做的证据，鲁莽是不足够的⁴¹。

3.37 串谋产生之前，必须至少要有两名串谋者，并须具有必需的犯罪意图。要参与已经存在的串谋，新加入者亦须有必需的犯意。普通法倒有为这原则提供若干例外情况：

- (a) 在达成协议的时候，没有人是可以和配偶串同的⁴²。这一原则背后的论据是：否则，夫妻间的通讯会受调查，而婚姻制度亦会因而受损。这一原则源起于关于夫妻结合的悠久观念：夫妻既然被视为一体，自然无协议可言。
- (b) 和一个在法律上没有能力犯罪的人例如 7 岁以下的儿童或是弱智人士串谋，以达到协议目标，似乎并不可能⁴³。
- (c) 一项罪行的预期受害人能否与另一人串谋作出该项罪行，是有疑问的⁴⁴。
- (d) 如果一个法人团体的控权人员都有必需的犯罪意图，则该法人团体是可以成为串谋的一方的。另一方面，如果祇有一名这样的人员，他是不可能和该法人团体串谋的⁴⁵。

串谋和不可能的辩护理由

3.38 在串谋控罪中可以引用不可能性为辩护理由，已有定论。在 *DPP v Knock and Alford* 案中⁴⁶，各被告人相信某一混合粉剂含有可卡因和利多卡因。他们协议将可卡因从其他物质中分离提取。事实上，粉剂祇含利多卡因，故此实无从提取可卡因。他们被控串谋提取受管制药物，违反《1971 年误用药

³⁹ *R v O'Brien* [1974] 59 Cr App R 222.

⁴⁰ “车轮式”串谋是由一名串谋者为中心，与其他人各别协议的串谋。“连锁式”串谋的形式，是相继与新加入的串谋者达成协议。

⁴¹ 这似乎是来自 *Churchill v Walton* [1967] 2 AC 224 讼案中上议院的裁决。案中大法官审理的是串谋触犯有后果责任的罪行。有关蔑视法庭的法律见 *R v Mohan* [1975] 2 WLR 859 讼案。

⁴² *R v Mawji* [1975] AC 126 讼案。如果罪行已完成的话，这不能防止其中任何一人被检控为同谋。

⁴³ 这是法律委员会 *串谋及刑事法律改革报告书* 作者的意见：见第 1.51 段。

⁴⁴ 似乎没有判例证明该等串谋罪的确存在。现代作者亦怀疑这些罪项是否存在。见 *Smith and Hogan*, *op cit*, 第 298 页。

⁴⁵ *R v McDonnell* [1966] 1 QB 233.

⁴⁶ [1978] AC 979.

物法令》第 4 条，被裁定罪名成立。英格兰上诉法院维持原判，但判罪却被上议院推翻。如果两三人协议进行某一行为，目标是违犯一项刑事罪行，但他们不知道他们的行为是无法达到目标的，在这情况下，他们是不可能违犯串谋罪的。Lord Scarman 说：

“本案的情况并非如政府所说，协议的罪行依协议的方法是能够达成的，但因节外生枝而无法完成。事实上，协议进行的行为，在任何情况下都无法达致所指控的法定罪行，即是提取受管制药物可卡因”⁴⁷。

应当注意，上议院的大法官在判词中强调各被告人协议进行的具体行为，即是从某一特别粉剂中提取可卡因。如果各被告又协议作出“一般性的串谋行为”，即是一般性协议提取可卡因，则似乎他们显然会被判罪名成立，即使他们今次提取可卡因的企图并未成功。Lord Scarman 这样解释：

“……如果两个或更多人协议从事生产可卡因生意，或用另一例子，协议作为职业杀手……，在履行协议期间，他们试图从一种不含可卡因成份的原料提取可卡因，或在第二个例子中，刺杀一个尸体，以为是活人，则单单这些事实，并不能作为辩护理由，因为一时的错误不会令致他们的一般性协议无法履行。但在本案中，履行有限度的协议，虽经证明，在任何情况下，亦无法干犯法例订定的罪行”⁴⁸。”

3.39 受咨询者大致上赞成废除在串谋罪中不可能性的辩护理由。我们也相信这是正确的做法。我们认为，虽然实际情况令到罪行无法完成，但串谋犯罪的人仍然对社会构成危险。并且，不可能性这个辩护理由会在公众需要保护的时候，破坏调查或检控，亦会阻挠警方在侦查和预防罪行方面的合法行动。我们故此建议，在建议中的小法典废除串谋罪中不可能性的辩护理由。

香港的法律和做法

程序上的考虑

两名或更多的串谋者中祇有一名被判罪

3.40 在普通法原则中，当两名被告因串谋行为同时受审讯，而案情指出他们一起串谋，此外并无其他人参与其中。这样，如其中一获释，则另外一人亦须释放⁴⁹。即使其中一名被告最初承认控罪，如果其余一名其后获无

⁴⁷ [1978] AC 979 第 998 页。

⁴⁸ [1978] AC 979 第 996 页。

⁴⁹ *R v Plummer* [1902] 2 KB 339.

罪释放，认罪的被告亦会被引导改为不认罪。这一原则根据的理论是：纪录显示互相矛盾的结论是悖理的。这项原则被认为不合逻辑，因为两人的判罪可能是依据完全不同的证据，例如，一人可能招供而另一人则没有。如果两人分别受审，则这项原则便不适用⁵⁰。

3.41 《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）第 66A 条将这一普通法原则修改。一名被告不会单单因为被指控和他串谋的其他人获释而有权获判串谋罪不成立。

串谋罪的惩罚

3.42 串谋干犯某一罪项的人如果罪名成立，而有关罪项的最高罚则已有条文规定，犯罪者可被判处该项最高刑罚⁵¹。串谋是可公诉罪行。如果一项可公诉罪行没有惩罚规定，则最高刑罚可达 7 年监禁以及罚款⁵²。这是串谋违犯民事罪项，或败坏风俗或公共道德的最高刑罚。

对目前法律的批评

3.43 串谋罪继续存在的理由，并未真正受到质疑。这一罪项和普通法同样悠久，并且似乎是来自古代英国传统和罗马法系统的一个特色。然而，有关法律的若干方面依然未够精确。如果易于运用、容易理解和明确一致是香港法律希望达致的质素，那么，关于串谋的普通法就有很多不足的地方了：

- (a) 祇能透过参考很多判例，才可明白有关法律。即使这样，由于对串谋罪的程度并没有作出清楚的司法描述，也减低了对法律的了解。判决中显然有不少自相矛盾的地方；
- (b) 在普通法中，串谋的定义是模糊的。刑罚可能很高的这样一种严重的罪行，应当明确界定；
- (c) 串谋罪中协议的事情由个人独力进行并不构成罪行，但如串谋进行则是。其中的理论基础并未充分说明；
- (d) 已经确立的普通法串谋罪由于范围极广，又不明确，可以用作“一网打尽”的控罪；
- (e) 不可能性的辩护理由可能是不公平的，及可能会在一些公众需要保护的情况，破坏研讯或检控。就像煽惑罪一样，这一辩护理由可能会破坏警方正当的策略。在 *R v O'Brien* 一案⁵³，加拿大最高

⁵⁰ *DPP v Shannon* [1975] AC 717.

⁵¹ 《释义与通则条例》（第 1 章）第 90(2)(b)条。

⁵² 《释义与通则条例》（第 1 章）第 90(1)条。

⁵³ [1954] 110 Can C.C. 1. 这是大多数人引用的加拿大较早期的一项判例：*R v Kotyszyn* (1949) 95 Can C.C. 261。加拿大上诉庭认为卧底警察没有串谋行事，因为他无意串谋。案中也不可能有企图

法院认为，无人可被判与另一人串谋如该另一人并无意图实行计划，因为二人之间并无共同计谋或协议；

- (f) 普通法上排除串谋控罪的现有例外情况，例如，夫妇之间的串谋，或许不能反映在严重罪行中现代夫妇的平等关系和参与。

1977 年刑法法令

英格兰及威尔士法律委员会第 76 号报告书

3.44 1976 年，英格兰及威尔士法律委员会发表 *串谋及刑法改革报告书*，全面检讨关于串谋的普通法。报告书取材自该委员会及刑法检讨委员会超过十年的研究，其中包括发表数份工作文件。报告书内最重要的建议，就是祇有协议目标本身是刑事罪行，串谋才应视为罪行⁵⁴。该项建议连同法律委员会所提议的若干其他改革，已纳入《1977 年刑法法令》第 I 部内。

3.45 1977 年法令第 I 部其后的修订本现转录于本报告书附录内。该等条文就是刑事串谋法律的部分编纂。该法令并没有采纳报告书所有建议。下文将见该法令特别保留串谋败坏公共道德及败坏风俗的罪行。报告书强烈批评该两项罪行⁵⁵。该等罪行并不明确，而且在制定新罪项方面，为司法人员保留极大的酌情权。报告书作者建议，该两项罪行，不论作为实体罪行还是串谋控罪，皆应予以废除⁵⁶。

1977 年法令项下的串谋罪

3.46 “如某人与他人协议进行一些行为，而如果该协议按照他们的意图完成……必然会构成或涉及协议的其中一方或多方犯罪……”那人便犯了串谋触犯一项或多项罪行（第 1(1)(a)条）。配合废除普通法串谋罪的第 5(1)条，除了以实体罪行为目标的串谋罪外，其他串谋罪均予废除⁵⁷。因此，串谋侵犯在英格兰已不再视为一种罪行⁵⁸。新形式的成文串谋罪承认普通法及成文法罪行两者均可作为串谋目标。

3.47 新订的法定串谋罪不再接受不可能性的辩护理由。凡有人与其他人协议进行某些行为，而如果协议按照他们的意图完成，……就会涉及干

串谋情况，因为并无共同计划，而该名警察也无意干犯实体罪行，即所指控的串谋目标。在 *R v Dowling* (1848) 3 COX C.C. 509 讼案中，Erle J 的评论显示英格兰的法律大致相同。该项评论载于第 516 页。

⁵⁴ 见报告书导言第 7 段。

⁵⁵ 见报告书第 3.16 段至 3.20 段。

⁵⁶ 见报告书第 3.143 段。报告书建议，败坏公共道德及败坏风俗这一类罪行应予以废除，公开展示淫褻行为及东西、经营非法架步、淫褻暴露及淫褻诽谤等特定普通法罪行亦应废除。

⁵⁷ 但第 5(2)及(3)条保留某些普通法罪行。

⁵⁸ 此外，强行进入及强行阻留罪已被废除（第 13(1)条）。法令第 II 部对若干有关进入及留在物业的罪行作出规定。

犯罪行……或如果不是当时实际情况令罪行不可能发生，便会干犯罪行，则那人便须负罪责（第1(1)(b)）⁵⁹。

3.48 第 1(2)条将上议院在 *Churchill v Walton* 案的裁决纳入成文法内⁶⁰。因此，即使在实体罪行方面毋须证实意图或证实知情亦可判定罪责，但在串谋控罪方面，仍须证实犯罪意图或是对作出构成罪行的行为时将会出现的细节是知情的。

3.49 《1875 年串谋及保护财产法令》的政策，是放宽串谋罪法律的规定，有利于参与劳资纠纷的人。为了劳资纠纷而串谋作出的行为如属祇可以即决判罪惩处的行为，该法令第 3 条更特别将惩罚限于该罪行订明的惩罚。1977 年法令第 1(3)条修改该政策，取代 1875 年法令第 3 条，但该项更改祇适用于不可判处入狱的即决罪行。

3.50 第 1(4)条依循上议院在 *Board of Trade v Owen* 案裁决内所定下的普通法⁶¹。因此，串谋行为不能被起诉，除非串谋目标本身在英格兰是可被起诉的罪行。条款内的例外情况是参考《1861 年侵害人身罪法令》第 4 条而制定的。该条文规定，串谋谋杀，不论在何处触犯，都是一项罪行，即使谋杀行为本身在英格兰并不会被提诉⁶²。

豁免负串谋罪责

3.51 第 2 条以成文法形式列出普通法中豁免罪责的例外情况：

- (a) 串谋案的预期受害人不会被判串谋罪（第 2(1)条）
- (b) 任何人不可能与配偶、未满应负刑事责任年龄的人及罪行的预期受害人串谋（第 2(2)条）。

预期受害人一词没有进一步加以界定。这是视乎各具体情况下的事实与法律而定，（大抵）与普通法下的情况很相似。

3.52 被谘询者认为，建议中的法典应保留现时的普通法原则，就是丈夫和妻子在法律上不能互相串谋。这原则的优点，是可避免干扰夫妇间的保密关系，从而维持婚姻的稳定。因此，我们建议，任何人不可能与配偶串谋的原则应该保留。

3.53 一名被谘询者认为，限制一般串谋罪的范围，当另一方为未满应负刑事责任的少年或罪行预期受害人，便豁免串谋罪责是不必要的。在该两种情况下豁免罪责，我们认为是合理的，虽然这做法会限制串谋罪的范围。既知串谋定必牵涉最少两方犯罪者，要是祇有成年一方须负罪责，而另一方

⁵⁹ 《1981 年未遂罪法令》第 5 条修订第 1(1)条，使串谋罪法律与未遂罪法律一致。

⁶⁰ [1967] 2 AC 224.

⁶¹ [1957] AC 602.

⁶² 这与《侵害人身罪条例》（第 212 章）第 5 条一致。

则由于年轻而毋须负责，就似乎不合逻辑。同样，由于一方是串谋的预期受害人，毋须负罪责，因而祇有一方须负责任，亦似乎不合逻辑。因此，我们建议应仿效 1977 年的法令，在建议的小法典中保留普通法的免责规定。遇上另一方为未满足刑事责任年龄者，或为某罪案预期受害人时，可免负罪责。

串谋罪的刑罚

3.54 第 3 条的效力，是使串谋罪可能判处的刑罚，和实体罪行可判的最高刑罚一致。如果法律已定下或指定该罪的刑罚，串谋罪可被判同等刑期⁶³。如果该罪行的刑罚没有订明，那么串谋可能被判的刑罚是终生监禁，例如在串谋绑架案的情况⁶⁴。如果没有指定监禁期，串谋罪名成立的人会被罚款，款额不受限制⁶⁵。

对串谋罪提出诉讼的限制

3.55 要检控串谋触犯即决罪行，须先得刑事检察长同意（第 4(1)条）。在对即决罪行提出诉讼须得检察总长同意的情况下，起诉串谋触犯该罪行，或串谋触犯两项或两项以上的罪行，而其中起码一项是受制于某项禁令的，则须获刑事检察长同意（第 4(2)）。如果起诉非即决罪行的实体罪行须先获刑事检察长或其他人同意，则起诉该种罪行的串谋罪，亦须先经上述人士同意（第 4(3)条）。第 4(4)条更改普通法中串谋控罪不受时间限制的规定⁶⁶。对实体罪行提出控罪的期限同样适用于串谋罪。

废除、保留罪行等

3.56 第 3(1)条废除普通法内的串谋罪，但第 5(2)条保留串谋诈骗的罪行。1977 年法令原来的拟稿规定第 1 条项下的罪行与串谋诈骗罪不能并存，但由于涉及诈骗罪的典型串谋罪，例如串谋偷窃罪在普通法内亦属串谋诈骗罪，因此上述做法并不可行。上议院在 *R v Ayres* 一案⁶⁷ 的裁决中将这点清楚反映出来后，法例修订便随之进行。串谋诈骗罪的范围全被保留，即使有关事实构成第 1 条项下串谋犯罪的罪项，亦可同时被控串谋诈骗罪⁶⁸。

3.57 第 5(3)条保留串谋败坏公共道德或败坏风俗的罪行。有关法律晦涩难明，似乎是基于一项假设，就是要肯定说究竟败坏公共道德或败坏风俗的实体罪行是否存在，并不可能。如果不存在，第 5(3)条便将罪行保留为普通法串谋；如果实体罪行存在，就必须根据第 1(1)条被控为串谋。可惜，

⁶³ 第 3(2)(a)及 3(3)条。

⁶⁴ 第 3(2)(c)条。

⁶⁵ 第 3(1)(b)条，但原则上，罚款应限于被告有能力缴付的范围内。

⁶⁶ 此规则祇对纯属规范性质的即决罪行具有重要性。该规则准许在起诉即决罪行六个月限期之后一段时间才提出串谋控罪。例子见 *R v Blamires Transport Services Ltd* [1964] 1 QB 278。

⁶⁷ [1984] AC 447.

⁶⁸ 修订条文根据《1987 年刑事审判法令》第 12(2)条实施。

这并非没有问题，例如，法定串谋的犯罪意图可能与普通法罪行的有很大分别。

3.58 煽惑他人犯串谋罪，不论该罪是以法令、普通法或其他成文法则为根据，都不再成为罪行（第 5(7)条）。（煽惑串谋罪已在第 2.30 段内讨论过）。

3.59 *R v Plummer*⁶⁹ 一案内的原则已被废除（第 5 条第(8)及(9)款）。因此，法官必须考虑案件的所有情况，以便决定究竟某项定罪与另一项无罪释放的裁决是否一致。事实上，这并不会使法官的工作简单多少⁷⁰。

1977 年刑法法令：作为香港的模式？

1977 年法令及法律的编纂

3.60 1977 年法令将串谋罪法律编纂。将串谋罪纳入成文法，要修订或更改法律就更容易。在英格兰，该法令第 I 部主要包括两项重大改变：撤销不可能性的辩护理由⁷¹ 及全面恢复串谋诈骗的范围⁷²。串谋罪法律纳入成文法，明显更明确一致，易于运用。

3.61 以 1977 年法令为模式，会使香港与英格兰及威尔士有同步的发展。好处是有更多可依循的判例，并可维持英文书籍在香港作为法律界人士工具的效用。但另一方面，1977 年法令并不能当为是完美的⁷³。

串谋的法定定义

3.62 1977 年法令订定法定定义，说明甚么会构成串谋罪，使有关法律更为清晰。更重要的是，废除普通法的串谋罪可以撤销若干普遍被废弃、不大为人了解及几乎没有使用、但刑罚很重的罪行。将串谋罪限于本身属刑事罪的目标，是难以质疑的。

3.63 如以 1977 年法令作为模式，就是采纳该法令的主要特点，但其中有些并未尽如理想。上议院在 *R v Anderson*⁷⁴ 一案的判决显示，法庭对第 1(1)条的理解可能有些问题。在该案中，被告被判与他人串谋，协助其中一人逃狱。他同意提供钻石丝锯弄断监狱的栏栅。他的辩护理由是他从未想过将计划付诸实行，并相信计划不会成功。但上议院维持原判。Lord Bridge 解释说，

⁶⁹ [1902] 2 KB 339. 一如上文所述，有关改变已根据《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）第 66A 条在香港实施。

⁷⁰ 见 *R v Longman and Cribben* [1981] 72 Cr App R 121 讼案。案中英格兰上诉庭指示法官处理涉及检控两名串谋者的审讯，该两名被指控在没有他人参与的情况下涉及串谋。

⁷¹ 第 1(1)条已根据《1981 年未遂罪法令》第 5 条修订。

⁷² 第 5(2)条已根据《1987 年刑事审判法令》第 12 条修订。

⁷³ *Smith and Hogan* 的作者形容它为“草拟得极差的法例，造成无数释义上的问题”（op cit 第 270 页）。

⁷⁴ [1986] AC 27.

第 1(1)条没有将普通法内有关串谋者之间必须有甚么协议的规定改变。其他四位法官亦同意 Lord Bridge 的意见。Lord Bridge 作出评论，似乎是建议根本毋须证明串谋者有意履行协议：

“……考虑到在刑事串谋中各参与者同意担当的角色各异，我不能同意将法例理解为控方必须证明每一串谋者的意图，即是如果议定的行动得以完成，必然会由一个或多个串谋者干犯的罪行，事实上当已得遂⁷⁵”。

此外，第 1(1)条项下罪行的犯罪意图被界定为：

“……非要证明被告参与协议时预期在议定的行动中担当某些角色以达致计划中的刑事目的不可，不多也不少⁷⁶。”

在很多评论者眼中，以上两点都是新奇的主张⁷⁷。

3.64 第 1 条第(1)及(2)款制定中心条文，界定犯罪行为（违禁行为）与犯罪意图（犯意）的定义。再看其余资料，可找到可以采纳、可予更改或删除的条款：

(a) 第 1(1)(a)及 1(3)条与《职工会条例》（第 332 章）第 48 条有相同的地方，虽然 1977 年法令第 1(3)条更进一步豁免处罚本来会视为罪行的行为。第 48 条赋予的串谋控罪免责权，可能受《社团条例》（第 151 章）影响而缩窄⁷⁸。第 1(3)条可予删除，或以明文保留《职工会条例》第 48 条的条文取代。这会使新法例符合现时的程序架构，亦避免了修订香港劳工法律的需要；

(b) 第 1(4)条纯是陈述现时香港的法律。该款条文依循 *Board of Trade v Owen* 案⁷⁹ 内所定的法律，提出不可在英格兰对串谋在海外犯罪的行为提出公诉，除非计划中的罪行可在英格兰提出公诉⁸⁰；

⁷⁵ [1986] AC 27 第 38 页。

⁷⁶ [1986] AC 27 第 39 页。

⁷⁷ 例子见法律委员会法典草案报告书作者在 13.24 及 13.25 段内的评论。

⁷⁸ 第 48 条规定：

“(1) 两名或以上人士协议或合谋进行或促成任何行为，意图造成或助长劳资纠纷时，他们不会被指串谋而受审，如果该行为由一人所做不会视为罪行而受罚的话。

(2) 由两名或以上人士根据协议或合谋进行意图造成或助长劳资纠纷的行为，不得被起诉，除非有关行为在没有协议或合谋情况下进行是可以起诉的。

(3) 串谋罪名成立而根据香港实施的任何法例被判罚的人，不会因本条而豁免受罚。

(4) 本条不会影响暴乱、非法集会、破坏公安、煽动、或反对国家或国家主权罪的法律。

(5) 任何人如果被判进行第(1)款内所指的协议或合谋进行或促成任何可以循简易程序定罪判罚的行为，并被判处监禁，则监禁期不会超过 3 个月，或法律规定惩罚个人触犯该罪的较长刑期。

(6) 本条内容不得解释为限制或影响《社团条例》（第 151 章）内任何规定。”

⁷⁹ [1957] AC 602.

⁸⁰ 在香港串谋在香港以外地方犯罪的行为，不能在香港提出起诉，除非计划中的罪行可在本港提起公诉。*Board of Trade v Owen* 讼案最近在 *Somchai Liangsiriprasert v Government of the United States*

- (c) 第 2 条将普通法的免责规定列入成文法内⁸¹：任可人不可能与罪行的预期受害人、配偶或未满应负刑事责任年龄的人串谋；
- (d) 第 3 条虽然撰写得古怪，但作用却相当清楚。串谋的最高刑罚与实体罪行相同，除非该罪纯属即决罪，则可能被判罚款，或当该罪的刑罚已由法律规定（例如死刑），则串谋罪的最高刑罚是终生监禁。至于没有法定最高刑罚的可公诉罪行，无论是实体罪行或是串谋罪的最高刑罚都是终生监禁。这大致上与《释义与通则条例》（第 1 章）第 90 条的作用一致；
- (e) 第 4 条反映出联合王国有关由刑事检察长及检察总长监管检控政策的法律及做法。香港的做法则不同：例如，串谋罪可以在裁判法院处理，而（通常）该罪无需取得指定的同意⁸²。不过，对于第(1)及(4)款内有关串谋触犯纯属即决罪行的不平常罪行的保障条文可以采纳；
- (f) 保留串谋诈骗罪的动机，是该项目已由法律委员会当个别题目考虑。香港现时情况有所相似。这个题目在 1988 年 3 月提交法律改革委员会考虑，相当多工作经已完成，首先由一个小组委员会进行，最近已交委员会负责。预期委员会的最后报告书会在 1994 年初公布；
- (g) 在普通法上，协议进行会败坏公共道德或败坏风俗的行为是一项串谋罪。保留这一罪项引起不少争论⁸³。法律委员会建议废除该两项罪行，但联合王国政府加以拒绝，认为这项建议所引起关于猥亵罪一般法律的基本问题⁸⁴，比之法律委员会在检讨串谋罪法律范围内所须研究的问题还要多。
- (h) 与《1977 年刑法法令》第 I 部的其他条文不同，第 5(7)条删除煽惑串谋罪并非基于 1976 年的法律委员会报告书内的建议，而是基于较早时一个工作小组的建议。该小组认为，保留此罪行，会使法律上应予惩罚的行为，在合理受罚之前受罚。法律委员会法

of America [1990] 2 HKLR 612 讼案中被用作引证，并获赞同。该案将司法权扩至包括在司法区外进行、企图在区内犯罪的串谋行为。

⁸¹ 英格兰法律委员会的法典草案报告书的作者建议撤除所有免责权，见第 13.30 至 13.32 段。
⁸² 条例内提述罪行之处被视为包括串谋触犯该罪行，《释义与通则条例》（第 1 章）第 82(1)条。因此，如果裁判官获准处理可起诉罪行，他亦可处理有关的串谋罪：见 *R v WONG Chun-kit*，裁判法院上诉案 1989 年第 157 宗。

⁸³ 见英国国会议事录：14.12.76，Col 804。政府宣布一委员会将负责对淫亵和色情行为及审查制度方面的法律进行基本检讨。其后法律委员会在 1989 年 4 月公布的法典草案报告书指出，当时并没有研究该两项串谋罪（见第 13.20 段）。

⁸⁴ 例如，Lord Gardiner 指串谋败坏公共道德为“本地法律制度的一大瑕疵”（见英国国会议事录：14.12.76，Col 833）。

典草案的作者经咨询后，建议恢复该罪行⁸⁵。虽然煽惑串谋罪被废除，英格兰仍然设有煽惑他人煽惑的罪行，请参看 *R v Sirat* 案⁸⁶。*Sirat* 案的情况亦显示有需要保留煽惑串谋罪。在香港，这项罪名可能是有用的工具，可以对付利用个别人士煽惑他人参与由三合会策划的现有串谋罪行⁸⁷。（我们已在第 2 章建议，煽惑串谋罪应予保留。）

撮要

3.65 1977 年法令最成功的地方是删除了很多含糊不清、会导致误解或可能被滥用的罪项。但国会并没有完全删除所有普通法串谋罪，这是须留意的。除了串谋诈骗的问题之外，必须假设，如果没有败坏风俗或败坏公共道德的罪项，恐怕会出现严重的缺口。这是大法官在 *Shaw v DPP* 案中推论的重心。*Viscount Simonds* 及 *Lord Tucker* 认为，应有串谋败坏公共道德的罪项，以阻吓那些可能会公开提倡或鼓励同性恋行为的人，即使同性恋行为可能不再属刑事罪⁸⁸。

3.66 1983 年法律改革委员会在有关同性恋行为的法律研究报告书建议不再将某些同性恋活动视为刑事罪，并建议订立一项猥亵行为罪⁸⁹。其中主要的建议最近已制定成法律，那就是《刑事罪行（修订）条例》（1991 年第 90 号），虽然该条例并未订定猥亵行为的新罪行。此罪项被认为是必需的，用以保障市民，免受公开进行有色情动机而社会认为令人厌恶的行为的人所扰。该报告书发表后，颇为明显，败坏风俗的罪名，的确存在于普通法内⁹⁰。这可能解决报告书作者所指出的需要，虽然败坏风俗意味比侵犯市民更为严重的行为。另外应要注意的是，较为轻微的不道德行为，可归入在公众地方进行不道德行为罪，违反《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条，刑罚可达 6 个月监禁。

3.67 对于 1977 年法令的批评，我们已经注意到。然而，我们认为，法令的条文在很多方面是对香港现行法律的一项改进。我们因而建议，在符合我们先前在本章所提建议下，在建议中的小法典采纳 1977 年法令内有关串谋的条文。

⁸⁵ 见法典草案报告书第 13.13 至 13.15 段。

⁸⁶ (1986) 83 Cr App R 42 讼案。指称 A 煽惑 B 与 C 协议伤害 D，这并不算煽惑伤害 D，但可算煽惑他人进行煽惑。

⁸⁷ 法律视三合会为刑事串谋的法定形式：见 *R v LIU Ping-tim* [1987] HKLR 38 讼案，及 *AG v CHIK Wai-lun* [1987] HKLR 41 讼案。鼓励他人参与近乎煽惑他人串谋。一脉相承，受邀参与现有串谋的人是被煽惑参与。正值有关活动引起关注的时候，废除这项控罪会对有组织罪行的调查及检控造成掣肘。

⁸⁸ [1962] AC 221 第 268 及 285 页。

⁸⁹ 第 11.23 段。

⁹⁰ 见 *R v Gibson* [1991] 1 ALL ER 439 讼案。在此案中，各被告因展示用冻干的人体胚胎所制造的耳环而被判败坏风俗罪。

第 4 章 未遂罪

绪言

4.1 本章旨在说明现行法律，指出其不足处，并研究联合王国《1981年未遂罪法令》，作为香港法例改革一个可能模式。1981年的法令是未遂罪法律的编纂。正如第1章所述，1981年的法令亦废除了未遂罪及串谋罪法律中不可能性的辩护理由¹。

普通法中未遂罪的定义及理论基础

4.2 在普通法中，单单犯罪意图，不管罪行如何严重，都不足以构成法律责任。祇有在某人将该意图体现为犯罪的积极步骤时，社会才会干预。这些步骤包括与他人串谋，煽惑他人犯该罪或该人不断作准备，达到一定程度，依法可视为犯了意图触犯那罪行。至于某行为是否足以构成未遂罪的犯罪行为（违禁行为）或这类活动必须附有的犯罪意图（犯意），目前是靠普通法判断的。

4.3 普通法的发展，证明了要简单界定构成未遂罪的行为是何等困难。判例法随着法官致力达到以下目标而演变：

- (a) 决定当局可于何时介入，保障公众利益；及
- (b) 为未遂罪提供一个可以应用而又普遍适用于一切公诉罪行的定义。

4.4 下文较为详尽说明判例法。由该等判决而产生的，是未遂罪的各种定义，而这些定义并非完全一致。法律将介入点定于超乎纯粹准备行为以外的行为。此外，若某人已尽其所能去完成他意图犯的罪，他显然便要未遂罪负责。由准备行为开始，以至最后行为之间的行为，而最后行为是被告完成实质罪行之前能力所及的，都可构成未遂罪罪责。

4.5 普通法在界定犯罪行为方面存在种种困难，但相对来说，有关心态的定义，却渐趋明确。普通法强调未遂行为是有目的的行为，并规定须“证明有特别意图，亦即被告人意图犯罪的决定，而这就是他被指控的未遂罪，也是他能力所及的罪行”²。已完成的罪行，一般是刻意作恶或罔顾情况而犯的。纯粹罔顾情况的行为，并不需负未遂罪责任。

¹ 普通法中的串谋罪及煽惑罪仍保留该辩护理由，这样的情况被著名评论者指为“荒谬”：见法典草案报告书第13.50及13.51段。

² *R v Mohan* [1976] QB 1, 第11页（据James LJ所说）。有关意图触犯有后果责任的罪行，请同时参看 *R v Lau Sai-wai* [1985] HKLR 423。

现行的法例

未遂罪的犯罪行为

4.6 本港方面，有关未遂罪犯罪行为构成要素的重要判例，见于上诉法院对 *R v Chan Kwong and another* 一案³ 的判决。上诉人是原来三名被告中的两人。他们说服了 Y 参与他们的计划向 L 行骗。主审法官发觉该计划实际是为骗 Y 而设的。计划的其中一部分是向 Y 传授骗术并要他下注。Y 起疑心，遂通知警方。警方随即监察事情的发展。当 Y 告知首被告他有足够的款项后，他们便一起前往他的工作地点，依计行事。警方于是插手干预。首被告在途中被捕，而次被告及第三被告则在 L 的工作地点被捕。警方并在该处搜获赌具。第二及第三被告对意图在赌博中作弊的判罪提出上诉。在有关上诉中出现两个问题：控告犯未遂罪的接近程度判断准则为何，及这些行为的接近程度是否足够？

4.7 上诉法院由副庭长杨铁梁法官宣判。他注意到普通法定下了两项看来并不相同的判断准则。首项见于 *R v Eagleton* 一案⁴，而较后出现的判断准则较为宽松，见于 *Davey v Lee* 一案⁵。

4.8 在 *Eagleton* 一案中，Parke 男爵所作判决有关部份，有时被称为“最后行为”判断准则：

“单单犯罪意图，并不构成罪行。某种行动是必需的，而我们并不认为所有以犯罪为目的的行为都是可予起诉的。间接导致犯罪的行为，不可被视作意图犯罪，但直接有关的则可。在此案中，被告人存心欺诈，滥开帐目。倘该笔帐目记入救济官的户口后，被告人须采取任何进一步行动支取款项，如开立另一户口或向委员会出示收据，我们当会认为从与救济官的帐目来往中取得信贷与取得款项的接近程度并不足够。但据该案的案情陈述，被告人根本无须再有其他行为。该行为全由被告本人作出，是以发给款项为目的的最后行为，因此应作未遂罪论”⁶。

此判决与 Parker C J 在 *Davey v Lee* 案中判决大不相同：

“关于怎样才构成未遂罪，权威言论有多种不同说法。我本人较喜欢采用 Stephen 编着的‘刑法文摘’（第 5 版）第 50 篇所载的定义：‘犯罪的未遂行为是刻意为了犯某罪行而做的行为，而如果罪行不受阻挠，这就成为实际构成该罪的一连串行为之

³ (1987) HKLR 756.

⁴ (1855) 5 Dears CC 516.

⁵ (1967) 51 Cr App R 303.

⁶ (1855) 5 Dears CC 516, 第 538 页。

一。’ 大体而言，这种说法似是正确的，但对界定该连串行动开始的时间并无帮助。正如 Stephen 所说，这要视乎每一案件的事实而定。Archbold 的‘刑事诉讼及其他’一书最近一版（第 36 版）第 4104 段，提出了一个有用的定义：‘要是该犯人作了某项行为，而该行为是犯某一罪行的一个步骤，且该步骤是与犯该罪有直接而非间接关系的，加上做出该行为除了为犯该罪行外就不可能有任何其他目的，那么构成未遂罪所需的犯罪行为便已完成。’”⁷。

4.9 在 *R v Chan Kwong and other* 一案中，上诉法院认为并没有“最后行为”判断准则这样的一个判断准则，而 Parke 男爵描述最后行为的重要性时所说的一番话应视为一项原则的说明，与 *Davey v Lee*⁸ 案所阐明者相似。上诉法院将此判断准则应用于有关证据上，裁定并无证据证明被告人的所作所为足以构成未遂罪。

4.10 *R v Chan Kwong and another* 一案的判决，使人对 *DPP v Stonehouse* 一案⁹ 所阐述的所谓“最后行为”判断准则及该判断准则是否适用于本港的情况，产生怀疑。在该案中，Lord Diplock 将 *Eagleton* 案中的判断准则理解为“罪犯必须采取了破釜沉舟的行动”¹⁰。

4.11 尽管上议院在 *DPP v Stonehouse* 一案中的裁决使人继续对 *Eagleton* 一案的判断准则的正确解释存疑，但对某些别的事情却能加以澄清。在该案中，被告人在英格兰购买了人寿保险，然后假装溺毙，以便妻子受益，而妻子对计划是不知情的。他在美国假装死亡，然后消失。若非保险公司付款给他妻子前他被人发现，整项罪行就会是他透过假装溺毙，以不诚实及欺骗的手段令妻子取得保险金¹¹。在维持对他的未遂罪判罪时，上议院清楚指出：

- (a) 未遂行为即使尚有一项行为要由一不知情的人去进行，仍可算是已经完成，在这案中，尚待完成的行为就是依据保单要求补偿；
- (b) 即使被告人是在司法区外图谋达成在司法区内犯罪，祇要他的行为会在司法区内造成效果，则虽然该等行为全都在国外进行，亦

⁷ (1967) 51 Cr App R 303, 第 305 及 306 页。

⁸ 上诉庭副庭长杨铁梁法官信赖 Lord Hailsham 在 *Haughton v Smith* [1973] All ER 1109 一案第 1114 页中对未遂罪犯罪行为分析：“可赖以构成未遂罪的行为，不得仅是触犯完成罪行的准备行为，而须与完成罪行有相当关系，该种关系在 *R v Eagleton* 一案中被指为‘接近’已完成的罪行，而在 *Davey v Lee* 一案中，则被指为‘直接而不是间接’与已完成的罪行有关”。

⁹ [1978] AC 55.

¹⁰ [1978] AC 55, 第 68 页。

¹¹ 违反《1968 年盗窃罪法令》第 15 条。《盗窃罪条例》（第 210 章）第 17 条载有相似的罪项。

足以构成未遂罪。在这案中，有关效果就是透过传播媒介将假装溺毙的消息传达给被告的妻子¹²；及

- (c) 究竟有没有证据证明可构成未遂罪，是由法官判定的，但是否接纳其为构成未遂罪，则往往由陪审团决定¹³。

4.12 近代的判例清楚表明，无论是被形容为“接近行为”（*Eagleton*）或是“直接而非间接与已完成的罪行有关的行为”（*Davey v Lee* 案），某种不仅是准备触犯那罪行的行为总是要有的。此外，如被告人已尽其所能，他就是意图犯罪，这点亦十分清楚¹⁴。剩下来的问题就是这是否构成未遂罪的必要或足够要素。要是 *Davey v Lee* 案是有效的法律，那么它就在接近程度方面加入一项要求，就是该行为必须是明确的。

4.13 犯罪行为的定义存有疑问，表示较早期的判例价值不大。以 *R v White* 一案¹⁵ 为例，虽然被告人可能打算再下毒，而且亦可能需要再下毒才足以致命，但在该案中，他祇下了一小剂毒药便被认为谋杀未遂。下该剂毒药绝非被告人能力范围内最后的行为。至于该行为是否明确，亦是可争议的。

4.14 在结束有关犯罪行为的讨论前必须指出，有些十九世纪的判例认为，预备行为亦有可能构成未遂罪又或是可公诉的预备行为¹⁶。这些判例现应视为不可靠，虽然在一近代判决中仍有采用这些判例¹⁷。

未遂罪的犯罪意图

4.15 根据普通法，未遂罪除了要有犯罪行为外，亦需同时有犯罪意图。犯罪意图是犯该罪的意图，即使该罪本身无须有意图这样严重的心态亦可作出。因此，虽然谋杀的犯罪意图是杀人或引致严重伤害身体，但要控以谋杀未遂，则非要有杀人的意图不可¹⁸。如果某项罪行可以是刻意干犯或罔顾情况而干犯的，要支持有关的未遂罪指控，就必须证明“有犯罪的决定，而

¹² Smith 及 Hogan (op cit, 第 316 页) 对“效果”是否相关提出疑问，并且不明白如果被告人在海中获救，并在英格兰有人报导其死讯之前自行招认，为何后果便会不同。他们引述 *Somchai Liangsirprasert v United States Government* ((1991) 92 Cr. App. Rep 77) 一案的附带评语，该段评语指出如果有人身在外国而意图在英格兰犯罪，虽然在该司法区内并无明显的行为作出，但亦可予公诉。

¹³ 见 *DPP v Stonehouse* [1978] AC 55, 第 94 页 Lord Keith 所说：“在陪审团有权定罪的每一讼案中，将法律应用于实际情况上是陪审团的责任，而不是法官的责任”。

¹⁴ 很难想象‘最后行为’理论如何能通用于某些罪项，作为必需的要素，例如作为强奸未遂罪的必需要素。为此，同时亦因为有太多本该受罚的人可能因此而得脱身，英格兰法律委员会的未遂行为及不可能性与未遂罪、串谋罪及煽惑罪的关系报告书（1980 年第 102 号报告书）的作者，拒绝以该理论作为未遂罪判断准则的依据（见 2.25 段）。

¹⁵ [1910] 2 KB 124.

¹⁶ 例如 *R v Fuller and Robinson* (1816) Russ 及 Ry 308, *Dugdale v R* (1852) 1 E 及 B 435.

¹⁷ 在 *R v Gurmit Singh* [1966] 2 QB 53 一案中，McNair 法官裁定，指称被告非法取得上有‘Magistrate First Class Jullundur’字样的胶印，蓄意用以伪造文件，意图诈骗的指控并非未遂行为，而是可公诉的准备行为。

¹⁸ *R v Whybrow* (1951) 35 Cr App Rep 141.

干犯这罪是被告人能力所及的，这也就是他被指控的未遂罪，不论他是否希望达到这样的结果”¹⁹。在普通法中，未遂罪大概是需要证明意图的，即使有关罪行本身是一项有后果责任的罪行²⁰。

4.16 与未遂罪的后果有关的意图，必须加以证明，这一点虽然已相当清楚，但关于可能构成某罪的细节，必须证明知情的程度仍未完全确定。在 *R v Pigg* 一案中²¹，英格兰上诉法院假定某人试图与妇女性交，而罔顾其同意与否，便是犯了强奸未遂罪。

4.17 在本港，有关未遂罪的犯罪意图并非完全受普通法的规限。《释义及通则条例》（第 1 章）第 81 条对有关情况作出了修订。第 81(1)条订明：

“任何条例的条文如订出罪行或达致订出罪行，须当作包括以下一项条文，此条文订定企图犯该罪亦构成罪行，并可用处理及惩罚犯该罪行的同样方式来处理及惩罚，一如已犯该罪。”

第 81(3)条又订定：

“本条并不影响普通法中有关犯罪企图的法律。”

4.18 上诉法院在 *R v LAU Sai-wai* 一案中²² 对上述两款条文的解释是：第 81(1)条的“处理”，不单是指程序上的推进，例如对审讯形式的处理。除已有明文规定的惩罚以外，它更包含对整件案件的处置的意思。此外，第 81(3)条又指出意图犯成文法罪行与意图犯普通法罪行两者之间的分别²³。根据这样的分析，法院认为，某成文法罪行如属有后果责任的罪行，便无须证明有犯罪意图也可确定意图犯该罪。这显示对意图犯普通法罪行的有关犯罪意图的规定，是依循普通法中有关须有特别意图的规定，而意图犯成文法罪行，则须证明有完成该罪的意图。

未遂罪、不可能性及有条件的意图

4.19 正如前面各章所阐释，未遂罪可用不可能性这点作辩护，这样的辩护理由涉及未遂行为时，特别是意图盗窃，就有不少问题。遇上涉及意图从空的口袋、车辆及房屋盗窃的指控，有关未遂罪的法律就显得问题重重。与不可能性的辩护理由有关的，是一项涉及有条件的意图的见解。根据该见解，当贼人察看车内货物或内载物品，或在屋内搜索，企图盗取他认为有价

¹⁹ *R v Mohan* [1976] QB 1, 第 11 页。

²⁰ 见 *Gardner v Ackroyd* [1952] 2 QB 743。

²¹ [1982] 74 Cr App R 354.

²² [1985] HKLR 423.

²³ 法院的推论似乎会有问题。凡意图犯罪，无论意图犯的罪是成文法或普通法罪行，均属普通法罪行（请参看 *Archbold*（第 40 版）（1979）第 4100 段）。这个观点与 1981 年法令第 6 条有关撤销普通法的条文相符。第 81(3)条的目的是保留普通法的概念，而不是要区分成文法与普通法上的罪行。

值的物品时，“有条件的意图”是不足够的。下列各段研究以不可能性作为辩护理由及有条件的意图这概念两者的演变，以及司法界为收窄该等范围而作的努力。

4.20 根据 *R v Ring, Atkins and Jackson*²⁴ 一案，意图从空的口袋中盗窃是可以入罪的。在该案中，起诉书指称被告等意图向身分不详的受害人盗窃。控方的证据纯粹以警方所见为依据，就是该三名被告人在身分不详的受害人的口袋中探索。控方并无直接证据证明受害人的口袋中有任何物品。此判例为关乎意图盗窃的指控提供指引，至今已逾八十载。

4.21 在 *R v Easom* 案中²⁵，被告人在剧院检起一女装手袋后，翻查内里的物品，然后把手袋放回原处，并无取去任何物件。由于他并无企图永久取去物主的物品，故而被撤销有关盗窃手袋及手袋内指定物品的判罪。并且，未遂罪（这或可作为变通裁决）这个概念亦隐含以下意思，就是该人行事时是刻意作其企图作的行为。因此，未遂罪的犯罪意图基本就是已完成的罪行的犯罪意图。在此情况下，由于被告人并无企图永久取去物主的物品，根据上述起诉书是不能正确判定盗窃未遂罪的²⁶。

4.22 在 *Haughton v Smith* 一案中²⁷，警务人员截停一辆货车，发现里面满载偷来的肉食。他们扣留了司机及有关货物，但该等货物其后转为合法管有，因此不再是赃物。在警方监视下，该货车获准继续前进，以便找出最终的接赃者。当货车在一服务处停下时，被告人即连同其他人协助分配该等肉食。上诉法院决定撤销被告人有关处理赃物的判罪，而上议院的法官亦赞同这项决定。任何事情祇要不是犯法行为，则即使最后成事，在进行该事过程中所采取的各个步骤，亦不能被视为图谋犯罪²⁸。*Haughton v Smith* 一案的判决，使人对 *Ring* 一案产生怀疑，因为为确立 *Ring* 一案的原则而被推翻的判例，在上议院法官的裁决中，又再获赞同²⁹。

4.23 在 *Partington v Williams* 案中³⁰，被告人从雇主的抽屉取走钱包，并察看里面的物品，企图盗取钱包内可能载有的金钱。虽然钱包内并没有钱，她仍然被判盗窃未遂。但英格兰分区法院引用 *Haughton v Smith* 一案中法官所阐明的广泛原则，撤销此判罪。

²⁴ [1892] 61 LJMC 116. 下称 *Ring*。

²⁵ [1971] 2 QB 315.

²⁶ [1971] 2 QB 315 第 320 页，据在上诉法院作出判决的 Edmund Davies LJ 所述。有关判决看来是建议若遇上 *Easom* 一案一类的情况，应仿效 *Ring* 一案的做法，提出有关一般盗窃意图的指控。

²⁷ [1975] AC 476.

²⁸ “……处理物品而非处理赃物的行为本身并非犯罪行为。我不认为利用简单的手段，以被告人在处理有关物品时误信该等物品仍属赃物为理由，指称已完成的处理物品行为是意图处理赃物，就可以把该行为变为犯罪行为。”（据 Lord Hailsham 所说，第 490 页）。

²⁹ 例如可参阅 Lord Hailsham 在第 495 页及 Viscount Dilhorne 在第 505 页所述。

³⁰ (1975) 62 Cr App R 220.

4.24 *R v Lee Shek* 一案³¹是本港涉及不可能性的辩护理由的重要判例。在该案中，上诉法院对一名扒手盗窃未遂的判罪维持原判。该扒手被警方看到伸手入三名男子的口袋中。在审讯中，并无证据证明受害人的口袋内是否载有任何可被盗窃的物品。上诉法院不得不根据 *Haughton v Smith* 及 *Partington v Williams* 两宗案件的判决，重新研究 *Ring* 一案的判决。无论是 Huggins J A 的判决抑或是 Pickering J A 的判决，均认为毋须判定 *Haughton v Smith* 一案是否推翻了 *Ring* 一案的决定。该等判决把指控意图盗取指定财物的未遂罪，跟指控有一般盗窃意图的未遂罪分别开来：

“在本案中，意图犯的罪是向某人盗窃，而且可以是从该人的任何口袋、包裹或公事包盗窃。试图从指明及限定的地点盗取指定的物品，有别于从某人身上盗窃某物品或其他物品，即任何可能找到的物品。前者最多祇能说是属于不可能犯的图谋。而后者，以本人之见，则应归入不成功的图谋一类”³²。

4.25 在 *R v Hussey* 一案中³³，被告人与另一人企图进入一车辆内。两人遇到障碍，即行逃去。车内有一个袋，载有潜水用具。Hussey 被控意图盗窃潜水用具。法官在审讯中指示，祇要被告意图探察袋内并取走他可能在袋内找到的任何有价值的物品，就足以被判盗窃未遂罪。但上诉法院依据 *Easom* 一案，裁定上述乃错误引导³⁴。

4.26 1979 年第 1 及 2 宗案件³⁵是英格兰上诉法院的一项尝试，目的是对“有条件意图”的辩护理由所产生的不良影响作出补救。有意见认为，按照《1968 年盗窃罪法令》第 9(1)(a)条的规定³⁶，要是某人以非法侵入者的身分进入楼宇，意图盗窃，就是犯了爆窃罪。此外，又认为即使证明他并无意图盗窃任何指定物件，亦不足以作为辩护理由。因此，虽则事实上有关意图是以在屋内找到金钱为附带条件，但仍不能使该人有权获得开释。同样的原则及逻辑亦适用于爆窃、盗窃或意图盗窃。上诉法院补充说，在很多情况下并不适宜提及盗窃或意图盗窃指定的物件，因而对起诉造成了限制。“如为案件的公平处理而须将诉状写得较为不明确……原则上并无理由反对这样做，例如意图盗窃车内部分或全部物品或手袋内部分或全部物品”³⁷。因此，

³¹ [1976] HKLR 636.

³² 按 Pickering J A 在 [1976] HKLR 636 第 651 页所述。Huggins J A 在 645 页亦得出同样的结论。

³³ (1978) 67 Cr App R 131.

³⁴ Lord Scarman 在 (1978) 67 Cr App R 131, 第 132 页以认许的态度引述 Edmond Davies J 对 *Easom* ([1971] 2 QB 315, 第 319 页) 一案的判决的其中一段如下：“在所有盗窃案中，窃取行为必须带有永久取去物主财物的意图。被随便指为‘有条件的’窃取的行为是不能接受的。假使窃取者预算在检视后若证实财物值得窃取便会取去，但其后却因发觉该等物品对他来说并无价值而任令其随时可被物主重新拥有，那么该窃取者就是没有盗窃。”

³⁵ [1979] 3 WLR 577.

³⁶ 在香港，近似的条文见于《盗窃罪条例》(第 210 章)第 11(1)(a)条。

³⁷ [1979] 3 WLR 577 第 590 页。

英格兰上诉法院达成的决定与香港上诉法院在 *Lee Shek* 一案中³⁸ 所达成的结论相同。英格兰方面的决定，对香港来说，是有说服力的。

香港的法律及处理方法

须予考虑的法律程序问题

4.27 有关诉讼程序体制，对处理未遂罪，十分适合。《释义及通则条例》（第 1 章）第 81 及 82 条是有关未遂罪诉讼程序的两条最重要的条文。第 81 条订明：

“(1) 任何条例的条文如订出罪行或达致订出罪行，须当作包括以下一项条文，此条文订定企图犯该罪行亦构成罪行，并可用处理及惩罚犯该罪行的同样方式来处理及惩罚，一如已犯该罪。

(2) 凡有人被控犯一项罪行，即使他并无被控企图犯该罪行，亦可被裁定企图犯该罪行。

(3) 本条并不影响普通法中有关犯罪企图的法律。”

第 82 条订明：

“(1) 凡条例

(a) 授予权力或委以职责，而该权力或职责须在罪行裁定成立后行使或执行，或须就因罪行而遭羁押的人行使执行；或

(b) 在其他情况下提述罪行，

该权力或职责须当作亦可在以下罪行裁定成立后行使或执行，所提述的罪行须当作包括提述以下罪行——

(i) 企图犯该罪行；

(ii) 协助、教唆、怂使或促致他人犯该罪行；

(iii) 串谋犯该罪行；及

(iv) 煽惑他人犯该罪行。

(2) 第(1)款适用于施加罚款以及作出没收、检取及搜查的权力，亦适用于取消、暂时吊销或拒发牌照、许可证或其他授权书的权力及酌情决定权，但本条不得当作为授权判处监禁，除非所判监禁是因欠缴凭借本条可施加的罚款所致。”

³⁸ [1976] HKLR 637.

4.28 《刑事诉讼程序条例》第 51(2)及(3)条订明，未遂罪可作为指控某一已遂罪的变通：

“(2) 在关乎叛逆罪以外的任何罪行的控告书、检控书或起诉书审讯中，即使被告人被证明没有犯该罪，若该控告书、检控书或起诉书指控足以构成另一罪行，或以明示或暗示的方式包括另一罪行，而该罪行又属主审法院的审理范围，则被告人可被裁定犯了该另一罪行或犯了特别指控该另一罪行的控告书、检控书或起诉书上的罪行。

(3) 为执行第(2)款的规定，任何有关某罪行的指控、应视为包括意图犯该罪的指控；而当某人被控意图犯罪、袭击他人或进行犯罪前的初步行为，而非被控以该已完成的罪行时，即使该人显然犯了该已完成的罪行，亦可被判犯了被指控的罪名。”

未遂罪、初步罪行和间接参与

4.29 普通法确认意图煽惑³⁹及意图串谋⁴⁰罪行。但煽惑他人犯未遂罪与串谋犯罪未遂的罪行，则并不适用，原因是它们与已完成的罪行十分接近。看来法例若对协助或教唆他人作某种行为加以惩处，则可提出有关意图协助及教唆的指控⁴¹。相对来说，普通法中是否有关乎意图协助及教唆的一段罪行，则成疑问：这样的指控似太模糊⁴²。另一方面，最近英格兰的一项判例显示，普通法中亦有协助及教唆他人犯未遂罪的罪项⁴³。

对现行法律的批评

4.30 一般来说，祇有在证据充分的情况下才会提出未遂罪的检控。*Davey v Lee* 一案的判断准则并不能提供明确的指引，而唯一较为肯定的规则就是有关“最后行为”的判断准则。如果指控的未遂罪是普通法罪行，就必须证明有特别的企图。至于成文法罪行⁴⁴是否亦须有同样程度的企图，则成疑问。

4.31 现行普通法中的未遂罪可予批评之处如下：

³⁹ 煽惑似须通讯。假如通讯失败，便成煽惑未遂。见 *R v Chelmsford Justices ex parte Amos* [1973] Crim LR 437。

⁴⁰ 在香港，普通法上显然有这样的罪行。见 *Mak Sun-kwong and another v The Queen* [1980] HKLR 466。

⁴¹ 见 *R v Mcshane* (1978) 66 Cr App R 97。在该案中，被告意图怂使或促致他人自杀的判罪获维持。意图怂使或促致他人自杀是间接参与的法定形式（《1961年自杀罪法令》第2(1)条）。

⁴² 见法律委员会报告书未遂行为及不可能性与未遂罪、串谋罪及煽惑罪的关系第2.123段。

⁴³ *R v Dunnington* [1984] QB 472。

⁴⁴ *R v Lau Sai Wai* [1985] HKLR 423 一案似乎会受驳斥。

- (a) 描述可构成犯罪的行为理论多达三、四种。尽管准备行为不足以构成未遂罪，但普通法中却有（可能有）关乎取得物料以遂犯罪意图的罪行。我们不清楚究竟 *Eagleton* 一案与 *Davey v Lee* 一案中描述接近程度的陈述是否有实质的分别。后者的判断准则亦规定有关行为必须明确。若单从表面看 Lord Diplock 在 *R v Stonehouse* 一案中⁴⁵ 的评论，“最后行为”判断准则可能祇属必要而非充分。
- (b) 无论如何，*Eagleton* 一案及 *Davey v Lee* 一案的判断准则，在实际应用上，作用不大。试考虑以下的情况：暗杀者企图射杀受害人。他取得步枪、弹药，跟踪受害人，留意他的习惯，并进行练习。当他对自己准备工作感到满意时便决定行事，并作埋伏。他一看到受害人，就举枪瞄准。他的指头扣动扳机，按压下去，开枪，但却未有击中。我们唯一可以肯定地说的，就是开枪这项最后行为足以构成未遂罪。
- (c) 由于有关判断准则难以应用，当局祇能在罪行实际上已达完成阶段时，才安全地介入。在某些情况下，市民可能认为被告罪责难逃，但结果却宣告无罪。市民对“未遂罪”的理解可能与法律有所出入。
- (d) 判断准则不一致，而应用上又不明确，可能会出现实际情况相似，但判决结果不一的情况。
- (e) 被控未遂罪的人可用不可能性作为辩护理由，或许会引起不公平的情况。某人若基于对事实的错误信念而行事，并采取实际行动进行他以为是犯罪的行为，他对社会构成的危险便与成功达成计划的罪犯无异。
- (f) 不可能性及有条件的意图的答辩理由，由于与舆情不符，可能有损法律的声望。目前的解决办法是将偷取任何有价值的东西的企图，均指明为盗窃房屋或汽车等里面全部或部份物品的意图。但此项办法祇能在程序上作出补救，而不能实际有效地解决问题⁴⁶。
- (g) 强调意图犯罪的目的，规定行为者必须有特别的企图，是普通法的宗旨，而上诉法院在 *R v Lau Sai Wai* 一案中⁴⁷ 的判决，与上述宗旨有所矛盾。

⁴⁵ 见 [1978] AC 55 第 68 页：“罪犯必须采取了破斧沉舟的行动”。

⁴⁶ Smith 及 Hogan (op cit, 第 290 页) 认为上诉法院对 1979 年第 1 及 2 宗案件 [1980] QB 180 的解决方法不合理。盗窃全部或任何物品的一般意图定必包括盗窃其中指定的物品的意图，但若指明该等物品，就会导致无罪释放！Smith 及 Hogan 认为这是“荒谬和无价值的区分”。

⁴⁷ [1985] HKLR 423.

《1981年未遂罪法令》

4.32 1980年6月，英格兰法律委员会发表未遂行为及不可能性与未遂罪、串谋罪及煽惑罪的关系（下称“未遂行为报告书”）。报告书总结由1968年展开的工作。工作的内容涉及广泛的谘询，并包括发表工作文件⁴⁸。未遂行为报告书提出多项建议，更拟备法例草案，将该等建议纳入其中。该草案成为《1981年未遂罪法令》的基础⁴⁹。

未遂罪的定义

4.33 1981年法令第I部转载于附录(xi)。普通法中的未遂罪现已废除⁵⁰。根据该法令，一项行为，如果“超乎仅是准备触犯那罪行的行为”，就可以构成未遂罪（第1(1)条）⁵¹。在有关犯罪行为的建议中⁵²，未遂行为报告书的作者表示，以他们所见，要拟备任何“神奇的公式”，足以准确界定未遂罪的构成要素，是不可能的事。某一程度的不明确性必然会存在。祇有以接近程度为依据的判断准则所得出的结果是可以接受的，原因是该项方法具灵活性。此外，遇有某些取决于程度上的细微分别的个案，则案中的行为是否足以构成未遂罪的问题，就适宜留待陪审团断定。

4.34 至于如何界定犯罪行为最为合适，未遂行为报告书的建议是“任何行为若是以犯意图犯的罪为目的，而且已超乎仅是准备行为。”⁵³。不足以构成未遂罪的准备行为包括藏有用以犯企图犯的罪的工具，或探察意图犯的罪的预期犯罪地点等⁵⁴。

4.35 建议的定义含意广泛，旨在涵盖下列两类情况⁵⁵：

- (a) 某人已采取了一切他认为是必须的步骤去犯罪，就如当某人向另一人开枪但未有击中的情况；及
- (b) 某人须采取若干进一步步骤去完成罪行，假定他具有所需的心态去犯罪，例如被告人已举枪瞄准，但还没有按动扳机。

⁴⁸ 1973年发表的工作文件第50号初步罪行：串谋、未遂行为及煽惑。

⁴⁹ 1981年的法令又废除了《1824年流浪罪法令》第4条的游荡罪，代之以干扰车辆罪（载于第9条）。香港本身的游荡罪法律随着一份法律改革委员会报告书的公布而已予修订，即在1992年制定了《刑事罪行（修订）（第2号）条例》。

⁵⁰ 1981年法令第6(1)条。该法令于1981年7月27日获得御准，1981年8月27日生效。该法令又取消了有关取得物料作犯罪用途这项普通法罪行（见 *R v Gurmit Singh* [1966] 2 QB 53）。

⁵¹ 在某些罕有的情况下，不作为可构成普通法上的未遂罪，见 *Darling J* 在 *R v Gibbons and Proctor* (1918) 13 Cr App Rep 134 一案中所述。究竟不作为可否构成第1(1)条内的行为，仍有待确定。在法律委员会的法典草案中，如意图犯的罪可以透过不作为来犯，则‘行为’亦包括不作为：第49(3)条。见法典草案报告书第13.46段。

⁵² 2.45至2.49段。

⁵³ 2.49段。

⁵⁴ 2.46段。

⁵⁵ 未遂行为报告书第2.47段。该报告书作者得出的结论是不宜作出任何较对普通法的合理解释更为复杂的建议。

4.36 最近英格兰上诉法院在 *R v Jones (Kenneth Henry)* 案⁵⁶ 的裁决，说明 1981 年的法令实际上如何发挥作用。被告人将上好子弹的猎枪指向另一人，一面说着“你不会喜欢这个”之类的话。但预期的受害人抓住枪嘴，经过一番搏斗后，终于将被告人的猎枪打落。猎枪被检回时仍然扣有安全扣，受害人也不知道 Jones 究竟有没有把指头放在扳机。结果 Jones 被控谋杀未遂。在检控结束时，被告人的代表律师代被告人提交辩护词，辩护被告人还须作三项行为，才算完成整项罪行，就是：除去安全扣，将手指放在扳机上，然后拉动扳机。然而，辩护未有成功，Jones 终于被判有罪。他的代表律师在上诉时重复辩护词的内容，实际上是用“最后行为”判断准则辩论。结果上诉被驳回。上诉法院认为 1981 年的法令是成文法典，而正确的做法是首先研究成文法上的用字的自然含义，而不是从较早的判例法中查索以往判断准则。某人作出了一项“超乎仅是准备”触犯整项罪行的行为，但这并不是他能力范围内的最后行为；主审法官在决定是否向陪审团撤销谋杀未遂的控罪时，须先决定是否有足够的证据让一个合理的陪审团在正确的引导下断定有关行为是否超乎仅是犯罪的准备行为。在此案中，法官将事情交由陪审团决定，是适当的做法。

未遂罪的犯罪意图

4.37 根据该项法令，未遂罪所须有的犯罪意图是犯该罪的意图⁵⁷。这是遵照法律委员会建议对 *R v Mohan* 一案⁵⁸ 的裁决赋予法定效力而订定的。

4.38 某些罪行规定在犯罪行为中须有某些细节，作为要素；第 1(1) 条可能会改变关于这些罪行的未遂罪法律。其中一个例子就是强奸。该罪规定受害人在进行性交时必须是不愿意的。*R v Pigg* 一案⁵⁹ 属普通法讼案。在该案中，虽然被告人纯粹是罔顾该妇人是否抗拒性交，但上诉法院仍认为应判定有罪。

4.39 在 *R v Khan and others* 一案中⁶⁰，英格兰上诉法院根据 1981 年的法令得出相同的结果，但却要将强奸罪当作特别案件处理：

“强奸罪与强奸未遂罪两者的唯一分别，就是在强奸罪中有性交发生，而在强奸未遂罪中却没有，不过却必须有超乎仅是性交准备行为的某些行为。这样看来，在强奸及强奸未遂案中，被告的企图是完全一样的，而犯罪意图亦相同，那就是企图性交，加以被告亦知道又或者罔顾该妇人是不同意性交的。企图达致罔顾的心态的问题并没有出现。有关企图所牵涉的是实际

⁵⁶ [1990] 1 WLR 1057.

⁵⁷ 1981 年法令第 1(1) 条。

⁵⁸ [1976] QB 1. 见未遂行为报告书第 2.14 段。

⁵⁹ [1982] 74 Cr App R 354.

⁶⁰ [1990] 1 WLR 813.

的活动；而被告人的心态则相同。一个人不会罔顾情况进行性交，更不会罔顾情况企图进行性交。强奸及强奸未遂案中出现的罔顾情况的问题，与被告的实际行为无关，而祇与他在进行性交或意图进行性交时的心态有关⁶¹。”

4.40 第 1(2)及(3)条取消了不可能性的辩护理由。第 1(3)条颇为含糊⁶²，致使上议院在 *Anderton v Ryan* 一案中⁶³ 犯错，部分恢复接纳不可能性作为辩护理由。但不久他们便在 *R v Shivpuri* 一案中⁶⁴ 自行矫正，推翻了 *Anderton v Ryan* 一案的裁决。

4.41 因此，若 *Haughton v Smith* 一案的事情重演，对于接赃的指控便无可抗辩。取消不可能性的辩护理由可能间接减低有条件的意图的重要性。即使口袋、汽车或建筑物内空空如也，小偷亦应以意图盗窃任何有价值的物件而被定罪。在 *R v Easom* 一案中⁶⁵，法庭亦提出了一个例子：不诚实的拣信员捡起一迭信件，意图偷窃当中的挂号信。他发觉其中并无挂号信，便将信件放回原处。据 Edmund Davies J 所说，他并没有偷去任何东西⁶⁶。但根据英格兰的法律，他现在就会是犯了盗窃挂号信件未遂罪⁶⁷。

可能图谋的罪项

4.42 第 1(4)条阐明，随着普通法中未遂罪的废除，将不可能再有意图串谋、意图协助及教唆他人犯罪⁶⁸，或意图犯刑法法令第 4(1)及第 5(1)条⁶⁹ 项下罪行的情况。遵照法律委员会在一份有关企图妨碍司法公正行为的报告书内提出的建议，意图协助犯罪者的罪名也告废除⁷⁰。

4.43 普通法显然并不认为意图触犯纯属即决罪行的未遂行为是犯罪行为。第 1(4)条清楚阐明未遂罪仍然祇适用于公诉罪。但这并不表示意图犯公诉罪的情况不可以循简易程序审判⁷¹。未遂行为报告书（第 2.105 段）曾建议把犯即决罪行未遂视为犯罪。某一罪行纯属即决性质并不表示该罪并不严重。并无理由非要使未遂罪不得用于一切可以简易程序审判的罪行不可。

⁶¹ [1990] 1 WLR 813, 第 819 页（据 Russell L.J. 所说）。

⁶² 据 Smith 及 Hogan 指出（op cit, 第 320 页），第(3)款是为防避下列争论而设的：

(i) D 相信有关物品为赃物而意图处理部分物品；

(ii) 该等物品并非赃物；

(iii) 因此，D 并非意图处理赃物。

⁶³ [1985] 1 AC 560.

⁶⁴ [1987] 1 AC 1.

⁶⁵ [1971] 2 QB 315.

⁶⁶ [1971] 2 QB 315, 见 319 页。

⁶⁷ 见 Smith 及 Hogan, op cit, 第 308 页。

⁶⁸ 协助及教唆他人犯罪未遂仍属犯罪。见 *R v Dunnington* [1984] 2 WLR 125.

⁶⁹ 这些罪项对协助犯罪者或隐瞒罪行加以惩处。《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）第 90(1)及 91(1)条载有相似的罪项。

⁷⁰ 见未遂行为报告书第 2.124 段。

⁷¹ 见第 4(1)(c)及 4(2)条。见未遂行为报告书第 2.102 至 2.105 段。

有关法律程序及其他条文的适用范围

4.44 第 2 条是关于法律程序的。该条严格依循未遂行为报告书的建议及报告书附录内法律委员会拟备的未遂罪条例草案第 2 条⁷²。未遂罪与既遂罪的处理并无两样。

其他法例内有关未遂罪的条文

4.45 第 3 条确保第 1(1)条所载未遂罪的定义，以及废除不可能性辩护理由的规定，同样适用于其他法例内各项法定未遂罪的条文⁷³。

审讯及罚则

4.46 第 4 条是关于未遂罪罚则的。一如预料，未遂罪的最高刑罚与既遂罪相同⁷⁴。

《1981 年未遂罪法令》可否作为香港的模式？

4.47 1981 年法令是迈向刑法编纂这个最终目标的其中一步，这是它的主要优点。法令使有关法律更易应用。

4.48 1981 年法令亦使有关法律在运作上更为一致。此后，再也不可能发生一个法庭依据 *Davey v Lee* 一案采用接近程度判断准则，而另一法庭则要求控方证明被告人已做了他能力范围内所能做的一切。

4.49 关于犯罪行为，第 1(1)条所载的定义不会对现行法律及其运用方法有何重大改动。究竟指称的行为是否足以构成未遂罪，始终都是事实问题，须由陪审团决定。在下述情况下，陪审团有作出相反裁定之虞或陪审团之间会出现不能接受的分歧：

- (a) 被告人显然已尽其所能犯罪⁷⁵；
- (b) 在法官必须就接近至那一程度才足以构成未遂罪这问题上向陪审团作出指示时，这个法令帮助不大。

4.50 部分被咨询者认为 1981 年法令内的定义流于空泛。一名被咨询者希望有别的定义提出以供考虑，而两名被咨询者更建议须进一步考虑此事。

4.51 根据 1981 年法令所下的定义，犯罪行为就是“超乎仅是准备”触犯那罪行的行为（第 1(1)条）。部分被咨询者认为此定义含糊不清，是可

⁷² 见第 2.101 至 2.119 段。

⁷³ 例如，根据《1981 年野生动物及郊野法令》第 18(1)条规定，任何人士企图犯该法令条文项下的罪行就是有罪，并可用惩罚犯该罪的同样方式来惩罚。

⁷⁴ 第 4(1)(b)及(c)条。第 4(1)(a)条的罪行属例外情况，该等罪项的罚则已由法例订明。

⁷⁵ 法律委员会已预期有此反对意见并反驳说，祇要找出争议问题所在，并就有关证据作出评论，必要时更可以强硬的语气评论，便能避免有关危险。见 2.51 段。

以理解的。尽管该定义明显未够精确，但英格兰法律委员会却没有对该定义提出任何重大的改动⁷⁶。未遂行为这个概念很难说明，而我们亦找不到任何别的更好的定义。我们认为 1981 年法令第 1(1)条的定义提供了一个可行的解决办法，因此我们建议采用。我们不会否认仍有改善的余地，鉴于日后仍有进一步的研究，而英格兰及其他司法区方面亦续有发展，可能在一定的时候就会定出一个更明确的定义。不过，1981 年法令的制定对现行法例来说是有明显的改善，这一点我们认为是毫无疑问的。

4.52 法令对犯罪意图的规定与普通法中的规定不尽相同。对于那些部分须由细节构成的既遂罪，若被告人罔顾这些细节，疑问就会继续存在。

4.53 就我们的报告初拟提供意见的其中一名人士建议，对于那些构成要素包括某些特殊细节的罪项，罔顾该等特殊细节当足以构成未遂及串谋罪的犯罪意图。我们认为此建议优点甚多。

4.54 在 *R v Pigg* 一案中⁷⁷，法庭在《1981 年未遂罪法令》实施后作出一项有关普通法的决定，基于被告罔顾受害人是否同意性交，法庭审理上诉时维持强奸未遂的原有判罪。此项决定其后在英格兰引发争论，而当中所涉及的原则获得支持，那就是：要是罔顾情况足以构成实质犯罪，那么亦当足以构成成文法上的未遂罪。英格兰法律委员会赞同此论点，在法典草案中提出第 49(2)条⁷⁸。英格兰法律委员会认为此原则将可保护可能受害人，免遭醉酒或暴力犯罪者伤害。

4.55 我们赞同英格兰法律委员会的意见，认为若罔顾情况足以构成实质犯罪，那么亦当足以构成未遂罪的犯罪意图。英格兰法律委员会又认为，若此原则对未遂罪来说是合理的，则应同样适用于串谋罪才算一致⁷⁹。该委员会因而建议法典草案第 48(2)条应将此原则加入串谋罪内。关于这点，我们亦同意英格兰法律委员会的看法。

4.56 我们建议，要是某罪的构成因素包括某些特殊细节，罔顾该等特殊细节就应足以构成串谋或未遂罪。为此，我们建议在拟编纂的小法典内纳入与法典草案第 48(2)及 49(2)条相符的条文。

4.57 对于废除不可能性的辩护理由，本港的执业律师不会有太多人感到惋惜。正如在前面数章所阐释，这个辩护理由使原本被视为对社会构成危险的人得以开释，因此在实际应用方面遭人反对。调查人员的意见认为它限制了警方在某些秘密行动中的作用，若与有条件的意图这个辩护理由配合

⁷⁶ 见法典草案报告书第 13.43 段。英格兰法律委员会提出的唯一实质改动，就是以“可公诉”一词直接指出那一类是 1981 年法令第 1(1)条所适用的罪项。

⁷⁷ [1982] 74 Cr App R 354.

⁷⁸ 见法典草案报告书第 13.44 及 13.45 段的讨论。

⁷⁹ 见法典草案报告书第 13.26 段。

运用，更可能使法律蒙羞。就我们的报告初拟提供意见的人士大多数都同意废除不可能性的辩护理由。我们因此建议未遂案中不可能性的辩护理由应予废除。

4.58 从法律程序的角度看，1981年法令并未对英格兰的法律作出重大的改动。香港法律与英格兰及威尔士法律的分别，主要在于以简易程序审讯的罪行方面。在香港，意图犯任何罪均属犯罪⁸⁰。我们认为并无任何理由非要使未遂罪不得用于即决罪行不可，事实上罪行属即决性质，亦不一定表示该罪并不严重。因此我们会建议，在1981年的法令编入建议中的小法典时，1981年法令第1(4)条应予修改，使未遂罪同时适用于以简易程序审判的罪行。

4.59 法律委员会在重新考虑意图串谋罪的废除后，在法典草案中再予引入⁸¹。意图协助及教唆罪则被认为过于模糊，没有理由予以保留⁸²。依循法律委员会在一份涉及妨碍司法公正行为的罪行的法典报告书中提出的建议，与协助犯罪者有关的各项罪行亦告废除⁸³。但香港方面并无相应的行动。

4.60 虽然有部分被谘询者赞成废除意图串谋罪，但其他被谘询者却赞成予以保留。我们颇赞成保留这罪项。由于我们建议保留煽惑串谋罪，为求一致起见，我们亦有必要作出同样的建议，保留意图串谋罪。对于这样的控罪，英格兰法律委员会引用了一个很好的例子。在该例子中，D与E同意犯某罪，而E因是警方线人，故设法避免该罪的触犯。由于E并没有所需的意图，故此并未组成串谋。不过，D已尽其所能去串谋，且确有所需的意图。在此情况下，D意图串谋，是没有理由不成立的。⁸⁴

4.61 因此我们建议小法典不应采纳1981年法令第1(4)(a)条，以便保留意图串谋罪。至于意图协助及教唆罪，我们同意英格兰法律委员会的看法，认为该罪项过于含糊，没有理由予以保留。我们建议意图协助及教唆罪应予废除（正如1981年法令第1(4)(b)条废除该罪项一样）。

⁸⁰ 《释义及通则条例》（第1章）第81条。

⁸¹ 见法典草案报告书第13.48段。这与恢复煽惑串谋罪一致。

⁸² 见未遂行为报告书第2.123段。

⁸³ 见未遂行为报告书第2.124段。

⁸⁴ 见法典草案报告书第13.48段。

第 5 章 各项改革方案

5.1 本章探讨以前文各章研究过的模式为准的各种改革方案。大致而言，方案有三种：

- (i) 不改动现行法律；
- (ii) 采用以 1977 年法令及 1981 年法令为依据的模式，祇作出为了配合现行程序架构而需要的改动；及
- (iii) 采用以 1977 年法令及 1981 年法令为依据的模式，但同时适当的在地方作出实质改动。这可能包括编纂煽惑罪的法律并以法律委员会的法典草案条文作为模式。

5.2 第一种方案是主张不作改动，但这不意味放弃发掘适合的法例，而祇是不采用英格兰模式。支持这种方案的最有力论据是：现行法律还算运作良好，所以并不急需改变。持有这种见解的人拒绝接纳英格兰模式，因为在考虑及目前草案所涉及的困难后，认为英格兰模式所能带来的实质好处不大。与这种意见相反，执业律师及司法机构清楚表达的倾向，是如果英格兰模式在改革方面可以带来整体改善，我们便应追随。1977 年法令及 1981 年法令证实可行，英格兰已作出一些立法修订，以改善这些法令的运作。采用英格兰模式并不会排除进一步的“细致调整”。将串谋罪及未遂罪的法律作部分编纂，亦象征本委员会重视法律编纂，并以此为最高理想。

5.3 第二种方案的优点是确定性。香港会采用一套已付诸实践的办法。为配合现行程序架构而作出的重大改动，祇是保留有关条文，准许循简易程序审判串谋罪，及保留意图触犯可循简易程序审判的罪行；该罪行亦可在裁判法院审理。这个方案可带来 1977 年法令第 I 部及 1981 年法令所作的部分编纂工作的主要好处，计有：

- (a) 串谋罪的定义强调有关协定须有犯罪目的；
- (b) 撤销不可能性作为两项常见初步罪行的辩护理由；
- (c) 未遂罪的定义，可达致连贯性及作为新的起点，以便合理的案例法发展；及
- (d) 英格兰案例法可再建立直接的相关性。

5.4 第二种方案可予批评之处如下：

- (a) 略去了煽惑罪这相关的初步罪行；
- (b) 这个方案产生“荒谬的情况”，举例来说，诸多麻烦的不可能性辩护理由在串谋及未遂罪方面已予撤销，但在煽惑罪方面则仍然保留；及

- (c) 虽然，1977 年法令已将串谋罪的潜在范围收窄，但仍存的普通法罪项极度空泛，串谋败坏公共道德便是一个例子。

5.5 第三种方案可容纳采用多种不同的方式。现将各种可能的修改由最重要的依次序述如下：

- (a) 根据法律委员会的法典草案第 47 条将煽惑罪法律作部分编纂。作为改革初步罪行的一套办法而言，这样可带来齐一性及连贯性。这虽是冒进的方法，但煽惑罪并不常见，一旦编纂成法典后，如发觉有不足之处，是可以迅速修改的；
- (b) 废除败坏公共道德及败坏风俗的罪行；
- (c) 修改 1977 年法令及 1981 年法令以清楚说明，虽然串谋罪及未遂罪两者均以意图作为主要的过错要素，但假如罪行的构成要素包括特别细节，则串谋犯该罪行或意图触犯该罪行两者的犯罪意图都是罔顾这些细节的根本存在。法典草案第 48(2)及 49(2)条载有作出这样修改的模式；
- (d) 在新的法例内保留现行的初步罪行组合，使煽惑串谋罪及意图串谋罪不会明文废除。1977 年法令第 5(7)条则已将这两罪项明文废除；
- (e) 对有关初步罪行及间接参予罪行组合的现行法律加以确认。因此，协助及教唆煽惑可以是罪行，但煽惑以协助及教唆则不是罪行（第 47(4)条）。第 48(7)及 49(6)条有同样情况，请参看；及
- (f) 毋需具排斥性的规定。这会容许现行的法定初步罪行与一般初步罪行重迭。法典草案第 51(2)条载有这样一项条文的模式。

5.6 一些被谘询者认为，在现行法定初步罪行及法典内任何新订的初步罪行之间，不应制定具排斥性的规定。我们同意，任何编纂初步罪行的建议内，不应包括具排斥性的规定。否则，正如英格兰法律委员会所指出：

“……这会让人有机会提出一些无价值的技术性争辩，说起诉书控罪或证供披露根据另一条成文法的初步罪行，因此被告人不能被裁定触犯法典内的有关罪行。具排斥性的规定，我们所能见到的唯一好处，就是该项规定确保国会就另一条成文法项下的罪行所订的刑罚，不会被法典内相同罪行的刑罚所超逾。”

1

¹ 见法典草案报告书第 13.54 段。

5.7 我们同意英格兰法律委员会的意见，并且建议在拟编纂的小法典内，不应载有具排斥性的规定，而应采纳一些与法典草案第 51(2)条相似的条文。

哪个是最佳方案？

5.8 我们并不认为让有关法律维持现状是实际可行的做法，因此我们否决第 5.2 段所述 3 种方案中的第一种，而应选择第二或第三种方案。以法律编纂为最终目标这种看法深受被谘询者支持，而我们相信这方面还有很多意见可谈。我们亦相信效法看来颇适合香港情况的英格兰立法先例，当会带来重大好处。这种看法似乎亦深受法律界的支持。我们认为参照现行英格兰模式制定法例，好处计有：

- 废除普通法内串谋进行侵权行为或伤害他人的罪行。这些罪行并不精确。过去香港看来不需要关于这些罪行的法律，预料日后亦毋须引用。有些协议的目标要是由一个人独自进行，并不算罪行。在这情况下，保留关于协议的罪名，是违反原则的；
- 取消以不可能性作辩护理由。过去，这个辩护理由做成不公平，特别是在未遂罪法律方面。此外如遇案情复杂，这个辩护理由便难以运用；
- 令法律更易于运用和理解，也更为明确。普通法有欠明确，而且甚多矛盾之处。串谋及未遂罪的法律编纂后，法律的运用可以更为一致和合理；及
- 采用英格兰模式可以恢复受欢迎的判例来源。1977年法令及1981年法令并非十全十美，但却是运作中的模式，已经实践和考验，亦已在必要之处作出修改。

5.9 在第二与第三种方案中作出选择，不是一件容易的事。第三种方案吸引我们的地方是我们对法律编纂其中一种好处抱有信心：就是易于修订。如果发觉法典在任何方面有不足之处，可以作出修订，将它改正过来。法律委员会法典草案的作者所提出的论点，令我们留下印象。我们不会将1977年法令及1981年法令最主要的特色修改，但我们会“加上”法典草案内有关煽惑罪的条文，即第47条。我们知道，这意味采用至今在英格兰及威尔士仍未实施的法律。不过，以我们所见，法典草案作者的做法基本上妥善。我们认为，为了连贯一致，应一起处理全部三项相关的初步罪行。祇编纂串谋罪及未遂罪的法律而不理会煽惑罪，一定会产生古怪的后果。

5.10 大部分的被谘询者都明确支持采用第三种方案来进行改革，小部分的被谘询者则支持采用一套以英格兰法律委员会法典草案为依据的小法典。他们认为那是一套统一的法规，可避免英格兰法令所遇到的问题²。我们并不否认该等英格兰法例亦有难题面对，但同时亦认为法典草案存在实际的困难。采用英格兰法例而非法典草案条文的主要优点，在于已有一套判例可供香港的执业律师及法院借镜。如采用法典条文，则不能恢复判例来源，而需要时间让判例法发展起来。因此，我们否决全盘采用法典草案中有关初步罪行的条文。

5.11 我们建议采用第三种改革方案：即采用《1977年刑法法令》及《1981年末遂罪法令》（经所需的修订）中与串谋及未遂罪有关的条文，以及关于煽惑罪的英格兰法律委员会法典草案第47条的条文。

² 特别参看上议院于 *R v Anderson* [1986] 1 AC 27 案中的裁决。上议院大法官根据 1977 年法令对串谋罪法律所作出的论据及阐释受到学者批评。

第 6 章 建议摘要

6.1 在这最后一章，我们会简述我们就煽惑、串谋和未遂罪这些初步罪行的法律编纂问题所作出的建议。

总论

6.2 我们建议为这三种初步罪行制定小法典，并以关于串谋罪的英格兰《1977 年刑法法令》、关于未遂罪的英格兰《1981 年未遂罪法令》及英格兰法律委员会在《英格兰和威尔士刑事法典报告书》内就煽惑罪而制备的法典草案第 47 条为依据（第 5.11 段）。

6.3 对于煽惑、串谋和未遂罪这些罪行，以不可能性作为辩护理由，应予取消（第 2.35、3.33 及 4.57 段）。

煽惑罪

6.4 若要构成煽惑罪，煽惑者必须相信受煽惑者会触犯那罪，并且做出该实质罪行所要具备的“过错”（第 2.27 段）。

6.5 *R v Curr* 一案的判例不应保留，而当煽惑行为导致有人触犯实质罪行时，控方毋须证明受煽惑者在行事时有所需的犯罪意图（第 2.28 段）。

6.6 煽惑串谋罪应予保留（第 2.31 段）。我们建议在拟编纂的小法典内采用法典草案第 47 条的全部条文（第 2.42 段）。

串谋罪

6.7 串谋罪法律应继续适用于循简易程序处理的事项（第 3.7 段）。

6.8 串谋触犯侵权行为、串谋侵犯（及强行进入及阻留）及串谋伤害这些普通法下的罪行应予废除（第 3.18 段）。

6.9 根据普通法的一项原则，与自己的配偶不构成串谋。此原则应予保留（第 3.46 段）。

6.10 在串谋罪方面，如串谋的另一方为未满须负刑事责任年龄的人士或就是罪行的预期受害者，普通法均予豁免。这项豁免应予保留（第 3.50 段）。

6.11 败坏公共道德的罪行，不论作为串谋控罪或是针对独自行事的个人，应予取消（第 3.31 段）。我们亦建议取消败坏风俗的罪行（第 3.32 段）。

6.12 我们因此建议在拟编纂的小法典内采用 1977 年法令中有关串谋罪的条文，但我们在第 3 章内另有建议的情况则除外（第 3.66 段）。

未遂罪

6.13 英格兰《1981 年未遂罪法令》关于未遂罪的定义，应暂予采纳，以待进一步探讨及这方面法律的进一步发展（第 4.51 段）。

6.14 如果有关罪行的要素包括特殊细节，则罔顾特殊细节即足以构成串谋罪或未遂罪。在这方面，建议中的小法典应制定一些参照英格兰法律委员会法典草案第 48(2)及 49(2)条的条文（第 4.56 段）。

6.15 在将英格兰《1981 年未遂罪法令》纳入建议中的小法典时，该法令第 1(4)条应予修改，从而规定，未遂罪也应适用于可以简易程序治罪的罪行（第 4.58 段）。

6.16 小法典不应采纳 1981 年法令第 1(4)(a)条，以便保留意图串谋罪（第 4.61 段）。

6.17 意图协助及教唆罪应予取消（一如 1981 年法令第 1(4)(b)条的做法）（第 4.61 段）。

6.18 在建议中的小法典内，不应制定具排斥性的规定，而应制定一条类似法典草案第 51(2)条的条文（第 5.7 段）。

英格兰法律委员会法典草案第 47 至 52 条

初步罪行

47. (1) 某人属于犯了煽惑他人犯罪，如果——
- (a) 他煽惑他人作出或导致某些行为，而当该行为完成时，便会引致他人犯罪；及
 - (b) 他预期或相信他人如照所煽惑的行事，便会在行为中作出该项或该等罪行所需的过错。
- (2) 除第 52(1)条另有规定外，“罪行”一词在本条是指可在英格兰及威尔士审讯的任何罪行。
- (3) 如果制定某罪行的法例是旨在保护某一类人士，则该类别内的人便是该罪行的预期受害人，因而是不可可能犯上煽惑他人干犯该罪的。
- (4) 即使被煽惑者的身分不详，但煽惑罪名仍可成立。
- (5) 根据本条，或第 51 条内提及的成文法则，煽惑他人促致、协助或鼓励第三者作为从犯干犯罪行，都不是罪行；但——
- (a) 如某人作为从犯协助他人煽惑第三者犯罪，他便可能犯上从犯的罪名；及
 - (b) 本款并不排除煽惑他人犯煽惑罪（根据本条或任何其他成文法则），或煽惑他人犯串谋罪（根据第 48 条或任何其他成文法则），或煽惑他人犯未遂罪（根据第 49 条或任何其他成文法则）等控罪。
48. (1) 某人属于犯了串谋犯罪，如果——
- (a) 他跟一个或多人协议作出一个或多个行为，而如果做出这些行为，便会牵涉由协议的一方或多方触犯一项或多项罪行；及
 - (b) 照他及协议最少另一方的意图，那一项或多项罪行应予触犯。
- (2) 在第(1)款范围内，要触犯一项罪行的意图，是有关该罪行所有要素的意图（除了过错要素），但如果罔顾一项细节本身已足以构成罪行，则罔顾该一项细节便已足够。
- (3) 除第 52 条另有规定外，在本条内“罪行”一词指可在英格兰和威尔士审讯的任何罪行；及
- (a) 包括不可这样审讯的谋杀罪行；但

(b) 不包括工业纠纷行为构成的不可判处监禁的简易程序治罪罪行。

(4) 如果制定某罪行的法例是旨在保护某一类人士，则该类别内的人就是该罪行的预期受害人，因而是不能犯上串谋触犯该罪行的。

(5) 一项串谋是会继续存在，直至做出协议的行为，或协议的各方或除了一方以外的各方已放弃做出该行为的意图。

(6) 一个人加入构成那罪行的协议便可能成为一项持续的串谋的一方。

(7) 协议作为从犯，促致、协助或鼓励一个不是那项协议的一方的人士犯罪，不算是本条项下或第 51 条所提述的任何法例项下的罪行，但——

(a) 某人可以作为他人串谋的从犯而有罪；及

(b) 本款并不排除串谋煽惑犯罪（依据第 47 条或任何其他法例）的罪名。

(8) 某人可被判定串谋犯罪，尽管——

(a) 并无其他人曾经或已被控以那项串谋；

(b) 该协议的任何其他一方的身分不详；

(c) 公诉书显示曾是那协议的任何其他一方的人曾经或已被判定无犯该项串谋，除非照一切情况而言，其定罪是跟他人被判无罪这一点不一致；或

(d) 协议的唯一另一方不能被判定犯了该项串谋（例如：因为他是在威吓下被逼作出那行为（第 42 条），或他是未足十岁的儿童（第 32(1)条），或他是豁免受检控的）。

49. (1) 如果某人意图犯一项公诉罪，而作出一个超乎仅是准备触犯那罪行的行为，他就犯了意图触犯那罪行。

(2) 在第(1)款范围内，要触犯一项罪行的意图是关于该罪行所有要素的意图，但过错要素除外。但如果罔顾一项细节本身已足以构成罪行，则罔顾该项细节便已足够。

(3) 祇有在如果预期的罪行是可用不作为来进行的情况下，本条内“行为”一词才包括不作为。

(4) 如果有证据支持判定某行为超乎仅是准备触犯预期的罪行，则该行为是否祇属准备这问题，是关乎事实的问题。

(5) 除第 52(1)条另有规定外，本条适用于若完成了便可在英格兰和威尔士以公诉罪审讯的任何罪行，但《1967 年刑法法令》第 4(1)条项下罪行

(协助犯罪者)或第 5(1)条项下罪行(接受或同意接受报酬以不透露关于一可逮捕罪行的资料)除外。

(6) 作为从犯,意图促致、协助或鼓励他人犯罪,不算是本条项下或第 51 条所提述任何法例项下的罪行,但——

- (a) 某人可以作为他人意图犯罪的从犯而犯罪;及
- (b) 意图煽惑他人犯罪(依据第 47 条或任何其他法例)或意图串谋犯罪(依据第 48 条或任何其他法例)的罪名,本款并不排除。

50. (1) 某人可视为犯了煽惑、串谋或意图触犯某罪行,尽管触犯那罪行是不可能的,只要一如他相信或希望,在有关时候倘有或将有某些情况之下,触犯那罪行是可能的。

(2) 第(1)款适用于——

- (a) 第 47, 48 及 49 条项下罪行;
- (b) 第 51(1)条所提述的罪行。

(3) 如果某人并未视为犯了煽惑串谋或意图触犯某罪因为根据第 45 条或本法令或任何其他法令的任何其他条文,在当时情况下,该人的行为可证明为合理或是可以解释的,则第(1)款不能用来判定该人犯了该项罪行。

51. (1) 对于裁定某人是否犯了一项由第 47 至 49 条以外法例设定的煽惑、串谋或意图触犯指定罪行的罪行,第 47 至 49 条得适用,但在未遂罪方面,应在第 49 条,用对指定罪行的提述,代替“公诉罪”等字。

(2) 倘罪名成立是根据——

- (a) 第 47, 48 至 49 条,或
- (b) 第(1)款所提述的其他法例

裁定,罪名是不会因有关行径根据第 47, 48 至 49 条,及其他法例均构成罪行这一点而被排除。

52. (1) 某人可视为犯了煽惑、串谋或意图触犯第(3)款所指定的罪行,尽管所煽惑、协议或意图作出的行为是预算在普通刑法权限外出的,要是那行为在那些权限内作出便会构成那样的罪行。

(2) 某人可视为犯了煽惑、串谋或意图触犯第(3)款所指定的罪行,尽管那项煽惑、串谋或未遂罪是在普通刑法权限外发生,要是所煽惑、串谋或意图的行为是预算在那些范围内作出的,而且如果作出了便会构成那样的罪行。

(3) 第(1)款及第(2)款所指罪行是谋杀（第 54 条），误杀（第 55 条），蓄意严重伤人（第 70 条），造成爆炸以致可能危害生命或财产（《1883 年爆炸物质法令》第 2 条）及绑票（第 81 条）。

(4) 在以下情形下，某人可视为犯了串谋触犯一罪行，尽管那协议是在普通刑法权限外达成的——

- (a) 那罪行将要在那些权限内触犯，及
- (b) 当那协议继续时，有一行为是为履行协议而在那些权限内作出；而且为了与那协议有关的任何理由进入那些权限，便是为了履行协议而做出的行为。

英格兰《1977年刑法法令》第I部（修订本）

第I部

串谋

1. 串谋罪

(1) 除本法令本部下述条文另有规定外，如果某人跟一个或多个人协议采取某些行径，而协议照他们的意图付诸实行，

- (a) 便必然等同或牵涉由协议的一方或多方触犯一项或多项罪行，或
- (b) 如果不是因为当时实际情况令致不可能触犯该一项或多项罪行中的任何罪行，罪行便会发生，

则那人便是犯了串谋触犯那一项或多项罪行。

(2) 触犯一罪行的人纵然本身不知道触犯该罪行所需要的任何特别事实或情况，也可能要承受该罪行的咎责，不过，尽管有上文第(1)款的规定，那人还是不算犯了串谋触犯该罪行，除非他及最少协议的其他任何一方计划或知道于构成该罪行的行径发生时，该事实或情况当会或将会存在。

(3) 若为了履行一项协议，某一罪行下的行为是在考虑到一行业纠纷或为了支持一行业纠纷（照《1974年工会及劳资关系法令》内的定义）而要作出的，则若果该罪行属不会被判处入狱的简易程序治罪罪行，则就上文第(1)款而言，该罪行应不予理会。

(4) 在本法令本部，“罪行”意指可在英格兰及威尔士审讯的罪行，但包括谋杀，虽然有关的谋杀若是照协议各方的意图触犯便不能这样审讯。

2. 豁免串谋的咎责

(1) 某人如是某罪行的预期受害人，他不会依据上文第1条视为犯了串谋触犯该罪行。

(2) 如果与某人达成协议的仅有其他一个人或多个人（在协议开始时及协议存在时的所有时间）是符合下述一项或多项说明的人，他不会依据上文第1条视为犯了串谋触犯某一项或多项罪行——

- (a) 其配偶；
- (b) 未满应负刑事责任年龄的人；及
- (c) 那一项罪行或所有那些罪行的预期受害人。

(3) 就上文第(2)(b)款而言，祇要依据《1933年儿童及青少年法令》第50条可最终推定某人不能视为犯了任何罪行，则该人就是未满应负刑事责任的年龄。

3. 串谋的刑罚

(1) 某人如依据上文第1条犯了串谋触犯某一项或多项罪行，一经公诉定罪，可照以下办法判处——

- (a) 对于入下文第(2)或第(3)款的案件，判处监禁，刑期依照该款所订，按该项罪行或多项罪行的严重性而定（在本条以下称之为该有关罪行）；及
- (b) 对于任何其他案件，判处罚款。

上文(b)段不得用以妨碍对入下文第(2)及第(3)款的案件运用《1973年刑事法庭权力法令》第30(1)条（法庭判处经公诉定罪的犯罪者罚款的一般权力）。

(2) 如果该有关罪行或有关罪行的任何一项是符合任何下述说明的罪行，即——

- (a) 谋杀或刑罚已由法律规定的任何其他罪行；
- (b) 可判处长达终生监禁的罪行；或
- (c) 可判处无规定最长监禁刑期的公诉罪。

一经定罪者，可判处终生监禁。

(3) 对于上文第(2)款不适用的案件，如果有关罪行或有关罪行的任何一项是可判处入狱的，则某人一经定罪可判处入狱，刑期不超过该一项罪行或多项罪行中任何一项所规定的最长刑期（为执行本条，如果规定的刑期不同，以较长或最长者为限）。

对于可以两种程序之一审讯的罪行而言，本款上文所述该罪行规定的最长刑期，就是公诉罪罪名成立所规定的最长刑期。

4. 对串谋提出起诉程序的限制

(1) 除下文第(2)款另有规定外，对于依据上文第1条就串谋触犯一项或多项罪行而提出的起诉程序而言，若果该罪行或（视乎情况而定）每项罪行乃简易程序治罪罪行，则必须由刑事检察长提出或经他同意，始可进行。

(2) 关于依据上文第1条提出指控串谋触犯下述罪行的程序，如果——

- (a) 那罪行的起诉程序是受任何法例禁止提出的，除非由检察总长提出，或代他提出或经他同意提出；或
- (b) 两项或以上罪行，而最少其中一项是受此项禁制的，

则上文第(1)款得起效力，但提述刑事检察长之处，代之以检察总长。

(3) 加诸任何不是简易程序治罪罪行起诉程序的任何法例禁制，(除非起诉是由刑事检察长或任何其他人士提出，或代他提出或经他同意提出的，)亦适用于根据上文第 1 条针对串谋触犯该罪行的起诉程序。

(4) 如果——

(a) 已照协议触犯某罪行；而

(b) 起诉程序不能提出，因为提出起诉程序的时限已过，

则不得基于该项协议而根据上文第 1 条向任何人士提出串谋触犯该罪行的起诉程序。

5. 取消，但书，过渡规定，因应修订和废除

(1) 除本条以下条文另有规定外，普通法的串谋罪现予取消。

(2) 对串谋诈骗……而言，上文第(1)款对普通法的串谋罪并无影响。

(3) 上文第(1)款对普通法的串谋罪并无影响，如果干犯该罪的协议行径——

(a) 会败坏公共道德或败坏风俗；但

(b) 要是由一个人付诸实行，且并非为了履行协议而做的，便不会等同或牵涉触犯一罪行。

(4) 上文第(1)款不影响——

(a) 本法令本部生效前已开始的任何起诉程序；

(b) 在该时间后指控某人串谋的任何起诉程序，如果该人在该时间前已开始的起诉程序中被控同样的串谋罪；或

(c) 于该时间后针对一项在该时间前触犯的侵犯行为的起诉程序；

但在依据上文(c)段提出的任何起诉程序中被判犯了串谋侵犯罪者，不会因该项定罪而被判处入狱逾六个月。

(5) 对于在本法令本部生效前或后做的事，上文第 1 及 2 条适用；至于上文第 3 条运用于涉及在该时间前达成协议的案件——

(a) 则第(2)款应作没有(a)段对谋杀的提述来解读；及

(b) 任何协议所计划的谋杀得作为规定最高可判入狱十年的罪行。

(6) 上文第 1 及第 2 条所定下的规则得用以裁定某人有无犯了上文第 1 条以外任何法例项下的串谋罪，但根据这些法例属罪行的行径，不是上文第 1 条项下的罪行。

(7) 煽惑……触犯串谋罪（不论煽惑的串谋……是普通法的罪行，或上文第 1 条或任何其他法例下的罪行）不再是罪行。

(8) 如果某人依据一项公诉书上的串谋协议被判罪，而参与协议的唯一另外一方则被判串谋罪不成立（不论是否和被判罪者一起或分别审讯），则被判罪者亦不能按据此项事实获推翻判罪，除非以案中一切情况而言，他的判罪和其他人被判无罪这一点并不一致。

(9) 法律上的任何规则或惯例，若与上文第(8)款的规定不符，现予取消。

(10), (11)……

英格兰《1981年未遂罪法令》第I部（修订本）

第I部

未遂罪等

未遂罪

1. 意图触犯一罪行

(1) 如果某人意图触犯一项本条适用的罪行，作出了超乎仅是准备触犯那罪行的行为，他即属犯了意图触犯那罪行。

(2) 某人可视为犯了意图触犯一项本条适用的罪行，即使照有关事实，触犯那罪行是不可能的。

(3) 在任何案件中——

(a) 如果除了本款项下外，某人的意图是不会被视作等同意图触犯一罪行，但

(b) 如果案中的事实跟他所相信的无异，则他的意图得被视为等同意图触犯那罪行，

那么，在上文第(1)款的范畴内，那人得被视为曾有意图触犯那罪行。

(4) 本条所适用的罪行是指一经进行，便可在英格兰及威尔士以公诉罪行审讯的罪行，但不包括——

(a) 串谋（根据普通法或根据《1977年刑法法令》第1条或任何其他法例）；

(b) 协助、教唆、怂使、促致或唆使他人触犯一罪行；

(c) 《1967年刑法法令》第4(1)条（协助犯罪者）或5(1)条（接受或同意接受报酬以不透露关于一可逮捕罪行的资料）项下的罪行。

2. 对第1条项下罪行运用程序及其他方面的规定

(1) 本条所适用的任何规定，对上文第1条项下罪行而言，在意图触犯一罪行及在犯该罪未遂这两方面，有同样效力。

(2) 本条适用于属下列所述任何一项依据法例制定的规定（不论何时通过的）——

- (a) 除非是由某人作出，或代某人作出或经某人同意而作出，否则不能提出或进行诉讼程序的规定（包括对这项禁制订下其他例外情况的任何规定）；
- (b) 授权提出诉讼程序的规定；
- (c) 关于进行诉讼程序地点的规定；
- (d) 订明期限过后便不能提出诉讼程序的规定；
- (e) 授予逮捕或搜查权力的规定；
- (f) 授予检取及扣押财物权力的规定；
- (g) 订明不能凭一名证人的未确证证供将某人定罪或交付审讯的规定（包括须有最少两名可靠证人作证的的规定）；
- (h) 授权进行没收的规定，这包括处理任何可予没收的东西的任何权力；
- (i) 订明如果一项由法团组织触犯的罪行，证明是在某人同意或默许下触犯的，则那人也属犯了该罪的规定。

特定未遂罪

3. 其他法例下的未遂罪

(1) 除下文第(6)款及任何其他法例的条文另有规定外，在决定某人依据特别法定条文有无犯未遂罪方面，下文第(2)至第(5)款是具有效力的。

(2) 在本法令范畴内，一项特别法定条文的未遂罪是指——

- (a) 由上文第 1 条以外的法例，包括在本法令后通过的法例制定的罪行；及
- (b) 示明是意图触犯另一罪行（在本条内称为“有关的整个罪行”）的罪行。

(3) 如果某人意图触犯有关的整个罪行，并作出了超乎仅是准备触犯那罪行的行为，则那人是犯了特别法定条文项下的一项未遂罪。

(4) 即使照当时事实，触犯有关的整个罪行是不可能的，某人仍可视为犯了特别法定条文项下的一项未遂罪。

(5) 在任何案件中——

- (a) 如果除了本款项下外，某人的意图是不会被视作等同有意图触犯一有关的整个罪行，但

- (b) 如果案中事实跟他所相信的无异，则他的意图得被视为等同意图触犯有关的整个罪行，

那么，在上文第(3)款的范畴内，那人得被视为曾有意图触犯那罪行。

- (6) 对于在本法令生效前作出的行为，上文第(2)至第(5)款不起效力。

未遂罪的审讯等

4. 审讯与刑罚

- (1) 某人若依据上文第 1 条是犯了意图触犯某罪行——
 - (a) 如果意图干犯的罪行是谋杀或刑罚已由法律规定的任何其他罪行，则一经公诉定罪，可判处终身监禁；及
 - (b) 如果意图干犯的罪行是可予公诉但不入上文(a)段范围，则一经公诉定罪，可判处刑罚，而该项刑罚是那人若经公诉被判定犯了那罪便可判处的；及
 - (c) 如果意图干犯的罪行是可以两种程序之一审讯的，则一经简易程序定罪，可判处刑罚，而该项刑罚是那人若经简易程序判定犯了那罪便可判处的。

(2) 在任何案件中，如果法庭是可就指控某人犯了某罪的起诉书，和就指控某人犯了上文第 1 条项下意图触犯该罪行的罪行或触犯了特别法定条文下的未遂罪的起诉书，进行简易程序审讯，则法庭可不经那人的同意，一起审理有关的起诉书。

(3) 如在指控某人犯了上文第 1 条项下的罪行的诉讼程序中，在法律上有足够证据支持判定那人所作出的行为是入该条第(1)款的范围，则他的行为是否入该款的范围这问题属一关乎事实的问题。

(4) 如在指控某人犯了特别法定条文项下的未遂罪的诉讼程序中，在法律上有足够证据支持判定那人所作出的行为是入上文第 3 条第(3)款的范围，则他的行为是否入该款的范围这问题属一关乎事实的问题。

- (5) 上文第(1)款得具效力——
 - (a) 但受《1956 年性罪行法令》附表 2 第 37 条（对意图触犯该法令项下某些罪行的审讯模式和刑罚）规范；而且
 - (b) 尽管下列条文有任何规定——
 - (i) 《1977 年刑法法令》第 32(1)条（一经公诉定罪罚款无限额）；或

- (ii) 《1980年裁判法院法令》第31(1)条及(2)条（一经简易程序定罪最高判刑六个月，除非另有不同的明文规定）。

串谋

5. 串谋罪定义的引伸

(1) ……

(2) 在本法令生效前订立的协议，本条并不适用，除非该项串谋在该日期后仍然存在。

补充

6. 第 I 部对普通法的影响

(1) 在不涉及本法令生效前作出的行为的事情上，现废除普通法的未遂罪及任何取得物料供犯罪用的普通法罪行。

(2) 除了关乎在本法令生效前犯的罪行外，在本法令生效前通过的法例内的任何提述，如可视为对普通法未遂罪的提述，则亦得视为对上文第 1 条项下罪行的提述。

7. 因为第 1 部的修订

(1) ……

(2) 《1968年军火法令》附表 6 第 II 部第 3(1)段，对《1980年裁判法院法令》附表 1 所刊载可用两种程序之一审讯的罪行的提述，得包括上文第 1 条项下上述刊载的罪行的未遂罪。

(3) 《1971年滥用药物法令》第 12(1)(a)条，对该法令项下一项罪行的提述，得包括上文第 1 条项下这种罪行的未遂罪。