

香港法律改革委员会

煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行的编纂

研究报告书

(本摘要概述法律改革委员会发表上述报告书的内容。文内载有报告书提及的主要建议，读者如需知其他详情，请参阅报告书原文。摘要提及的段落为报告书所载的段落。)

背景

最初提交的建议

1. 法律改革委员会于 1989 年 8 月 21 日接获建议，要求考虑编纂刑法的总则。
2. 1991 年 12 月，委员会拟备一份文件发送法律界被谘询人士传阅，征询他们对一般性编纂问题的意见。该文件研究了题为英格兰和威尔士刑事法典的报告书（简称‘法典草案报告书’）。该报告书是英格兰法律委员会于 1989 年 4 月发表的，内载一刑事法典草案（简称‘法典草案’）。
3. 从被谘询者的意见显示，编纂这项目标深获支持。法典草案作者的专业知识获得认同，但有关回复显示须对法典草案作更详细的研究，而有关研究也许可在进一步谘询时一并进行。被谘询者又认为香港应密切注视英格兰及威尔士在编纂方向的进展。

否决编纂整体刑法的总则

4. 1991 年 3 月，经过一番讨论后，委员会否决编纂整体刑法总则之议。法律界人士显然会认为在现阶段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方面的进一步发展。由于与其他普通法司法区保持联系有其好

处，故本港实难单独推行一套整体法典。

经修订的建议 - 只编纂其中部分

5. 委员会决定改为考虑就煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行进行部分编纂。

有关各项初步罪行的报告初拟

6. 按照委员会有关部分编纂的决定，一份题为煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行的编纂（简称‘报告初拟’）经已拟就。该报告初拟先后于 1991 年 9 月及 10 月的委员会会议上进行讨论，随后再作传阅以进行广泛的谘询。

初步罪行最后报告书

7. 根据在谘询中对报告初拟所表达的意见以及委员会秘书处的进一步研究，最后报告书经已编成并提交委员会通过。该最后报告书就煽惑、串谋及未遂罪等初步行进行相当详尽的研究，并对该等罪行的部分编纂提出种种建议。

8. 委员会在该会 1992 年 9 月 22 日的会议上全盘通过最后报告书及其中各项建议。

最后报告书的内容

9. 最后报告书共分为 6 章：

第 1 章叙述提交建议的背景，并概论委员会已完成的工作及谘询的过程。

第 2 章研究煽惑罪。本章讨论英格兰的刑事法典草案第 47 条（该条文与煽惑有关），作为香港编纂小法典的一个可能模式。被谘询者的意见亦予评审，而委员会有关对煽惑罪进行部分编纂的建议，亦在本章载明。

第 3 章研究串谋罪。本章探讨英格兰《1977 年刑法法

令》，作为编纂小法典的可能模式。被咨询者的意见亦已讨论。此外，并提出部分编纂串谋罪的建议。

第 4 章 讨论未遂罪。本章研究英格兰《1981 年未遂罪法令》，作为编纂小法典的可能模式。咨询的结果亦予研究，并提出部分编纂未遂罪的建议。

第 5 章 载列 3 项改革方案。方案 1 对现行法例并无改动。方案 2 采纳的模式，是以 1977 年及 1981 年的法令为依据。而方案 3，除了采纳以 1977 年及 1981 年的法令为依据的模式外，更作出实质的修改，将法典草案第 47 条纳入其中。

第 6 章 是各项建议的摘要。

第 1 章 - 绪言及概论

采纳小法典

10. 刑事法典综合现有的成文法，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例，亦可以是局部的，仍然保留某些先前经已存在的规则（见 1.4 段）。

11. 本最后报告书刊载委员会对部分编纂煽惑，串谋及未遂罪等初步罪行的建议。我们建议采纳一套以英格兰《1977 年刑法法令》、《1981 年未遂罪法令》及英格兰法律委员会发表的法典草案第 47 条为依据的小法典。我们称之为小法典，是因为它并不是要编纂刑法总则的全部，而只是对关乎上述初步罪行的法律进行编纂。此项建议是根据报告书第 5 章所载方案 3 而作出。

英格兰的改革模式较为可取

12. 在探讨各项改革模式时，英格兰的模式较受欢迎，原因是香港的普通法与英格兰的普通法相类似，且在咨询期间表达的意见，亦明显地较为喜欢英格兰的模式。（见 1.18 段）

第 2 章 - 煽惑

煽惑罪（见 2.2 至 2.4 段）

13. 在普通法中，煽惑或唆使他人犯罪属犯罪行为。就这方面来说，香港的普通法基本上与英格兰及威尔士的相同。

14. 煽惑罪提供了一条途径，让社会人士可以在犯罪行为完成之前加以干预。煽惑实际上包括所有人类所用以图谋影响他人犯罪的途径。它包括鼓励或怂恿，同时亦包括威胁行为或其他型的压力。无论劝诱别人犯罪或企图犯罪成功与否，煽惑罪均已完成。煽惑可以针对个人，亦可以针对整个社会，比如说透过报章广告进行煽惑等。

法典草案第 47 条

15. 英格兰的法典草案第 47 条专论煽惑。该条草案提供编纂煽惑罪的一个模式。**我们建议，在建议的小法典中纳入该法典草案第 47 条全文。**（见 2.42 段）

有关“过错”的规定（见 2.27 段）

16. 法典草案第 47（1）（b）条规定，煽惑者须预期或相信被煽惑者会犯该罪，且须“犯有该罪行所需的过错”。虽然有些被谘询者支持这项有关过错的规定，但另一些则建议将草案第 47（1）（b）条内“过错”一词改为“意图”。

17. 我们反对此建议，因为我们相信这样做会大大缩窄“煽惑”的范围。例如，就煽惑强奸罪而言，若被煽惑者罔顾有关细节，即罔顾受害人同意与否，则根据此建议是不能判其有罪。**我们建议小法典采纳现时草案第 47（1）条的全部条文。**

R v Curr 案的判例

18. 法典草案并没有保留 R v Curr 案的判例。该判例规定倘因煽惑而致犯罪，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。被谘询者大体上赞成取消此判例。**我们建议小法典不应保留 R v Curr 案的判例。**（见 2.28 段）

煽惑串谋

19. 英格兰的成文法废除了煽惑串谋罪，但法典草案却予以恢复。对于本港应否保留此一罪行，被谘询者意见纷纭。

20. 我们建议，本港现有的普通法立场应予维持，并在建议中的小法典内保留煽惑串谋罪。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。（见 2.30 及 2.31 段）

煽惑案中不可能性的辩护理由

21. 法典草案第 50 条取消了煽惑案中不可能性的辩护理由。此项建议获被谘询者支持。在未遂罪及串谋罪中，不可能性的辩护理由已经取消，但在煽惑罪则仍保留。今次的建议可消除这不一致的地方。我们建议不可能性的辩护理由应予取消。（见 2.35 段）

第 3 章 - 串谋

串谋罪（见 3.2 至 3.5 段）

22. 在普通法中，串谋罪指两人或两人以上进行非法行为或以非法途径进行合法行为的协议。

23. 协议犯罪是串谋罪的一种。但除此以外，有关达到某“非法”目标的协议，亦足以构成串谋罪，尽管在个人独力进行的情况下，其本身并不构成犯罪。因此，若两人或两人以上协议犯某些侵权罪行，亦足以构成刑事串谋罪。

24. 从历史观点上说，恐怕多人合谋达致某一共同目标会较个人独力从事同样的活动来得危险，似乎是激发将串谋罪扩大至协议达致犯罪目标以外情况的因素。

英格兰《1977年刑法法令》

25. 英格兰《1977年刑法法令》（“1977年法令”）是刑事串谋法律的部分编纂。我们建议采纳1977年的法令，但须作若干修订。

非刑事目的的串谋

26. 普通法中有某些串谋罪，虽然其目标并不属刑事性质，但仍构成刑事罪。这些串谋罪包括：—

- (a) 串谋作侵权行为。此类串谋罪包括串谋诈骗及串谋侵犯（及强行进入及阻留等）；
- (b) 串谋伤害；及
- (c) 串谋败坏公共道德或败坏风俗。

27. 1977年的法令废除普通法中的串谋罪。但串谋诈骗及串谋败坏公共道德或败坏风俗等罪，则由1977年的法令第5条予以保留。

串谋侵犯及串谋伤害（见3.15 - 3.18段）

28. 关于应否废除普通法中的串谋侵犯及串谋伤害罪，被谘询者意见分歧。

29. 权衡之下，我们结论认为无需要保留这些罪行，而我们亦建议，在建议的小法典中，串谋作侵权行为，串谋侵犯（及强行进入及阻留等）及串谋伤害等普通法中的罪行，应予以取消。（见3.18段）

30. 赞成保留串谋侵犯及串谋伤害等罪者，认为这些罪项对打击有组织犯罪或威胁及恐吓可能有用。他们并以建筑业遭受干扰，以及三合会的初步敲诈行为为例。

31. 不过，据我们所知，串谋侵犯罪（及强行进入及阻留）从未被用以对付此类情况。再者，《公安条例》（第245章），特

别是第 23 及 24 条已为这些情况提供了所需的执法宝剑。

32. 同样地，串谋伤害罪对打击与三合会有关的罪案亦无直接作用。在串谋伤害中，“伤害”并不是指身体上的伤害或对财物的损害，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格兰劳资关系的遗物，早已不合时宜。

33. 串谋伤害罪于 1977 年废除，在此之前，英格兰与威尔士已多年未有引用。本港从未以串谋伤害作为一项罪行。至于有组织威胁及恐吓等，现时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。

串谋败坏公共道德或败坏风俗（见 3.30 – 3.33 段）

34. 被谘询者大多认为串谋败坏公共道德或败坏风俗罪应予废除。

35. 有小部分人对废除上述两罪有所保留。他们认为这些罪项对防止色情广告、色情影带及电话交谈等，是必需的。

36. 我们赞成废除这两项罪，原因是它们的范围极广，且难以确定。刑法制度着重清楚精确，保留上述两罪实与该制度的宗旨不符。它们过于主观，而且可以演变成压抑不受欢迎或宗教信仰的手段。

37. 再者，本港没有引用这两项罪行，最少在近年没有这样做。这点显示它们并非对付色情活动的重要武器。另一方面，现时已有法例处理公开表演或展出等事宜。《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) 条即属此类。

38. 为此，我们建议，败坏公共道德罪，无论是仅属串谋抑或涉及个人单独行动，均应予以废除。我但又建议取消败坏风俗罪。

串谋案中有关不可能性的辩护理由

39. 串谋案中有关不可能性的辩护理由，我们建议取消。我们的看法是尽管实际情况令串谋犯罪者无法完成有关罪行，但他们仍然会对社会构成危险，被谘询者大体上赞成取消上述辩护理由。（见 3.39 段）

配偶之间不构成串谋

40. 被谘询者认为，建议中的小法典应依循 1977 年的法令的做法，保留现有普通法中有关丈夫在法律上不能与妻子同谋的原则。此一原则的优点在于避免干扰夫妇之间的保密关系，从而维持婚姻稳定。我们建议，建议中的小法典应保留配偶之间不能串谋的原则。（见 3.52 段）

不可能与幼童或预期受害人串谋

41. 在现行普通法中，有关不可能与串谋行为的预期受害人，或未满刑事责任年龄的儿童串谋的原则，受到若干批评。1977 年的法令保留了这些免责条文。

42. 对于在该两种情况下免除法律责任的做法，我们认为合理的。既知串谋定必牵涉最少两方犯罪者，要是只有一方须负刑事责任，而另一方则由于年轻或身为预期受害人而无须负责，就似乎不合辑。因此，我们建议应仿效 1977 年的法令，在另一方为未满应负刑事责任年龄者，或为某罪案预期受害人的情况下，保留普通法中有关免责的原则。（见 3.53 段）

第 4 章 - 未遂行为

未遂罪（见 4.2 - 4.18 段）

43. 对于未遂行为，普通法中有种种定义，而这些定义未必完全一致。在有关的判例中，出现两项不同的判断准则。首项见于 R v Eagleton 一案(1855) 5 Dears CC 516，有时被称为“最后行为”判断准则。后来，在 Davey v Lee 一案(1967) 51 Cr App R 303 又出现一较为宽松的判断准则。

44. 根据 Eagleton（或“最后行为”）判断准则，间接导致犯罪的行为并非未遂行为，但与犯罪直接有关的各项行为则是。

45. 根据 Davey v Lee 案的判断准则，某项行为，如果是走向犯罪的一步而非间接与犯罪有关，且除犯该罪外，不能视为有其他任何目的，则属犯罪未遂行为。

46. 现代判例已清楚说明必须有某类接近的行为才可构成犯罪未遂罪，这样说已经足够。此外，毫无疑问，如被告人已尽其所能犯罪，他便是犯了未遂罪。

47. 在英格兰方面，英格兰《1981年未遂罪法令》所提供的法定定义，取代了普通法内的各个定义。该法令将未遂行为解释为意图犯罪而作出的行为，而“超乎仅是准备”犯罪的行为。

《1981年未遂罪法令》

48. 英格兰《1981年未遂罪法令》（“1981年法令”）是有关未遂罪法律的部分编纂。我们建议采纳 1981 年的法令，但须作若干修订。

未遂行为的定义（见 4.50 – 4.51 段）

49. 1981 年的法令将未遂行为界定为“超乎仅是准备”犯罪的行为（第 1(1)条）。部分被谘询者认为该 1981 年法令所载的定义流于空泛，希望有别的定义提出，以供考虑。

50. 虽则有关定义显然未够精确，但英格兰法律委员会却未有对定义提出任何重大的改动。未遂行为是个难以说明的概念，而我们亦找不到任何别的更好的定义。我们建议采纳 1981 年法令第 1(1)条所载的定义。也许经进一步的研究，以及当英格兰和其他司法地区的法例再有长足发展，稍后会产生更清晰的定义。然而，1981 年的法令无疑比现行法律更为完善。

罔顾与犯罪意图（见 4.52 – 4.56 段）

51. 一名被谘询者认为，如某罪行的构成要素包括特殊的细节，则罔顾这些特殊细节当足以构成未遂及串谋等罪的犯罪意图。

52. 英格兰法律委员会在法典草案中提出第 49(2)条，以示赞同此建议。我们认为此建议优点甚多，因为建议中的原则可保护可能受害的人士，使他们免遭醉酒及暴力犯罪者伤害。

53. 英格兰法律委员会认为，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。因此，他们建议，建议中的法典草案第 48(2)条应将此原则加入串谋罪内。

54. 我们建议，如某罪的构成要素包括特殊的细节，那么罔顾该等特殊细节，应足以构成串谋或未遂罪的犯罪意图。为此，我们建议，在建议中的小法典中纳入与法典草案第 48(2)条及 49(2)条相符的条文。

犯罪未遂案中有关不可能性的辩护理由

54. 被谘询者大体上同意废除有关不可能性的辩护理由。这个辩护理由使原本被视为对社会构成危险的罪犯得以开释。此外，更限制了警方在某些秘密行动中的作用。我们建议未遂案中有关不可能性的辩护理由应予废除。（见 4.57 段）

将未遂罪应用于可以简易程序审判的罪行（见 4.58 段）

56. 根据 1981 年的法令，企图犯公诉罪即属犯罪，但企图犯可以简易程序审判的罪行，则无须负刑事责任（第 1(4)条）。在本港，企图犯任何罪均属犯罪（《释义及通则条例》（第 1 章）第 81 条）。

57. 在这一点上，并无任何理由要使未遂罪不得用于可以简易程序审判的罪行不可。事实上，某罪属可以简易程序审判性质，并不一定表示该罪并不严重。因此，我们建议在采纳 1981 年的法令时，应修订该法令第 1(4)条，使未遂罪同时适用于可以简易程序审判的罪行。

保留串谋未遂，但取消协助及教唆未遂罪（见 4.59 – 4.61 段）

58. 1981 年的法令废除了串谋未遂及协助及教唆未遂等罪（第 1(4)(a)及(b)条）。虽然有些被谘询者赞成废除串谋未遂罪，但另一些则赞成予以保留。我们倾向于保留此罪。因为我们曾建议煽惑串谋罪应予保留，为免出现矛盾，实有必要作类似的建议，保留串谋未遂罪。另一方面，我们认为协助及教唆未遂罪过于模糊，没有理由予以保留。

59. 因此，我们建议不采纳 1981 年的法令第 1(4)(a)条，以保留串谋未遂罪。我们又建议协助及教唆未遂罪应予废除（正如 1981 年的法令第 1(4)(b)条所做的一样）。

第 5 章 – 各项改革方案

60. 本章论及三项初步罪行法律改革方案。方案 1 对现行法律不作任何改动。方案 2 采纳的各个模式，是以 1977 年及 1981 年的法令为依据。而方案 3，除采纳以 1977 年和 1981 年的法令为依据的各个模式外，更作出实质的修改，将法典草案第 47 条纳入其中。

61. 由于被谘询者清楚支持以编纂作为最终目标，并支持在适当的情况下引用英格兰方的立法先例，首项方案遂遭否决。（见 5.8 段）

62. 现时的选择是在第二项及第三项之间选取其一。第三项方案的好处在于同时编纂三项相关的初步罪行。如要一致，就须采用这个方法。被谘询者大多清楚支持第三项方案。（见 5.9 及 5.10 段）

63. 有小部分被谘询者赞成采纳仅以法典草案为依据的小法典。这个办法存在实际的困难。它不会恢复判例的来源，并可能需要经过一段时间及许许多多的上诉，法律界人士及司法机关才充分了解。我们并不赞成此方案（见 5.10 段）。

64. 为此，我们建议采纳第三项改革方案。（见 5.11 段）

第 6 章 - 各项建议摘要

65. 有关对煽惑、串谋及未遂罪等初步罪行进行部分编纂的各项建议，均摘录于本章内。

附录

66. 为方便参考，下列条文现转载于最后报告附录中：

- (i) 英格兰法律委员会法典草案第 47 条至 52 条；
- (ii) 英格兰《1977 年刑法法令》第 I 部（修订本）与串谋有关部分；及
- (iii) 英格兰《1981 年未遂罪法令》第 I 部（修订本）与未遂罪有关部分。

香港法律改革委员会
1994 年 3 月