

# 香港法律改革委员会

## 报告书

### 《刑事诉讼程序条例》 (第221章) 附表3 所列的例外罪行

本报告书已上载互联网，网址为：<http://www.hkreform.gov.hk>。

2014年2月

香港法律改革委员会（法改会）于 1980 年 1 月由当时的行政局任命成立，负责研究由律政司司长或终审法院首席法官转交该会的有关香港法律的课题，以进行改革。

法改会现时的成员如下：

**主席：袁国强先生**      **资深大律师，太平绅士，律政司司长**

**成员：马道立首席法官**   **GBM，终审法院首席法官**

**邓国桢法官**              **SBS，终审法院常任法官**

**尹效良先生**              **太平绅士，法律草拟专员**

**陈黄穗女士**              **BBS，太平绅士**  
**（任期至 2013 年 12 月 31 日止）**

**白仲安先生**              **SBS，太平绅士**

**罗德士先生**

**韦健生教授**

**林李静文女士**          **SBS，OBE，太平绅士**

**李慧贤女士**              **BBS，太平绅士**

**周家明先生**              **资深大律师**

**冯庭硕先生**              **资深大律师**

**林峰教授**

法改会的秘书长是首席政府律师**黄继儿先生**，办事处地址为：

**香港湾仔**

**告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼**

**电话：2528 0472**

**传真：2865 2902**

**电邮：[hklrc@hkreform.gov.hk](mailto:hklrc@hkreform.gov.hk)**

**网址：<http://www.hkreform.gov.hk>**

# 香港法律改革委员会

## 报告书

### 《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
公众咨询	1
报告书	
<b>第 1 章 要求改革例外罪行法律的背景</b>	<b>2</b>
引言	2
律师会的意见	3
大律师公会的意见	4
<b>第 2 章 关于例外罪行的现行法律</b>	<b>5</b>
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	8
现行法律所引起的问题	9
<b>第 3 章 其他司法管辖区的法律</b>	<b>10</b>
英国	10
澳大利亚（维多利亚州除外）	11

	页
澳大利亚维多利亚州	12
加拿大	14
新西兰	16
新加坡	16
海外情况的总结	17
<b>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</b>	18
司法机构与立法机关之间的分工	18
强制性的最低刑罚在加拿大所受到的挑战	21
更广阔的公众利益及政策角度	24
社会对法治的看法	25
<b>第 5 章    改革的正反论据、公众的回应以及我们的建议</b>	27
赞成保留例外罪行列表的论据	27
赞成进行改革的论据	27
香港法官及司法人员的意见	29
公众的回应	30
结论和建议	34
第 109B 条所订的缓刑	34
第 109A 条所订对监禁 16 至 21 岁之间的人的限制	37
<b>附件    例外罪行咨询文件的回应者</b>	41

# 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。”

## 公众咨询

2. 我们在2013年6月24日发表咨询文件，并邀请各界对咨询文件所讨论的任何问题，提出各自的意见、评论及建议。咨询期在2013年9月23日结束。在咨询期间，我们收到39名响应者的意见书（响应者的名单列于本报告书的附件）。在这些响应者中，28名支持咨询文件中的建议，五名反对，其余六名则保持中立或选择不表示意见。

## 报告书

3. 本报告书第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、我们所收到的公众回应，以及我们的建议。

# 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。<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> *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。”<sup>2</sup>

## 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，

---

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

撰写研究报告。比较法及公法研究中心的报告书（下称“研究中心报告书”）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”。<sup>3</sup> 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。这些论据载于本报告书第 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，否则不得判处年龄在 16 至 21 岁之间的青少年罪犯监禁。然而，这项一般规定不适用于例外罪行。<sup>4</sup>

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。<sup>5</sup> 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。

---

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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港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。

<sup>5</sup> 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。

- 第 4 条 危险药物的贩运
- 第 5 条 除向获授权或获发许可证管有危险药物的人供应外，不得供应危险药物
- 第 6 条 危险药物的制造
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。
- 第 10 条 意图谋杀而施用毒药或伤人
- 第 11 条 意图谋杀而摧毁或破坏建筑物
- 第 12 条 意图谋杀而放火烧船或破坏船舶
- 第 13 条 意图谋杀而企图施用毒药或射击或企图射击、淹溺等
- 第 14 条 以未有指明的方法企图谋杀
- 第 17 条 意图造成身体严重伤害而射击、企图射击、伤人或打人
- 第 19 条 伤人或对他人身体加以严重伤害
- 第 20 条 为了犯可公诉的罪行而企图使人窒息等
- 第 21 条 为了犯可公诉的罪行而使用哥罗仿等
- 第 22 条 为危害生命或使人身体受严重伤害而施用毒药等
- 第 23 条 意图损害等而施用毒药等
- 第 28 条 以火药等导致身体受损伤
- 第 29 条 意图造成身体严重伤害而导致火药爆炸等或淋泼腐蚀性液体
- 第 30 条 意图造成身体损伤而在建筑物等附近放置火药

第 36 条 意图犯罪而袭击或袭警等

第 42 条 意图贩卖而将人强行带走或禁锢

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。

第 122 条 猥亵侵犯

7. 《火器及弹药条例》（第 238 章）第 III 部任何一条所订的罪行。

第 13 条 无牌管有枪械或弹药

第 14 条 无牌经营枪械或弹药

第 15 条 将枪械或弹药交予无牌照的人管有及以虚假借口取得管有

第 16 条 意图危害生命而管有枪械或弹药

第 17 条 以枪械或弹药或仿制火器拒捕或犯罪时管有枪械或弹药或仿制火器

第 18 条 携带枪械或弹药或仿制火器意图犯刑事罪

第 19 条 携有枪械或弹药或仿制火器侵入

第 20 条 仿制火器的管有

第 21 条 将仿制火器改换为火器

第 22 条 危险使用或罔顾后果使用火器等

第 23 条 没有遵从牌照的条款及条件等

8. 违反《盗窃罪条例》（第 210 章）第 10 或 12 条的任何罪行。

第 10 条 抢劫罪

第 12 条 严重入屋犯法罪

9. 违反《公安条例》（第 245 章）第 33 条的任何罪行。

第 33 条 在公众地方管有攻击性武器

10. 《武器条例》（第 217 章）第 4 或 10 条所订的任何罪行。”

第 4 条 管有违禁武器

第 10 条 与武术兵器有关的罪行

## 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。<sup>1</sup>

2.5 时任律政司罗弼时在响应时强调，缓刑“并非旨在提供一个处置罪犯的温和手段”。<sup>2</sup> 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。”<sup>3</sup>

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沉后，政府作出让步，承认适宜把某几类引起关注的

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 355 页。

<sup>3</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 355 页。

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。”<sup>4</sup>

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致结论（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。”<sup>5</sup>

## 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 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。

---

<sup>4</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 356 页。

<sup>5</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，同上，第 356 页。

## 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。<sup>1</sup>

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。”

<sup>1</sup> 《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、<sup>2</sup> 活动规定、<sup>3</sup> 计划规定、<sup>4</sup> 禁止某些活动规定、<sup>5</sup> 宵禁规定、<sup>6</sup> 禁止进入规定、<sup>7</sup> 居所规定、<sup>8</sup> 精神治疗规定、<sup>9</sup> 戒毒康复规定、<sup>10</sup> 酗酒治疗规定、<sup>11</sup> 监管规定，<sup>12</sup> 以及（如有关的罪犯未满 25 岁）教导所规定。<sup>13</sup>

3.4 《2012 年法律援助、判刑和罪犯惩罚法令》（Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012）<sup>14</sup> 第 68 条修订第 189 条。修订项目包括：

- (a) 法庭现在可就刑期为 14 个星期至 2 年的罪行判处缓刑（之前为 28 个星期至 51 个星期）；
- (b) 法庭可命令判处缓刑，而不须施加任何“小区”规定（之前必须施加最少一项此类规定）；
- (c) 法庭可施加更多种类的“小区”规定，例如延长宵禁的时间。

## 澳大利亚（维多利亚州除外）

3.5 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。

3.6 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：

---

<sup>2</sup> 第 199 条所界定。

<sup>3</sup> 第 201 条所界定。

<sup>4</sup> 第 202 条所界定。

<sup>5</sup> 第 203 条所界定。

<sup>6</sup> 第 204 条所界定。

<sup>7</sup> 第 205 条所界定。

<sup>8</sup> 第 206 条所界定。

<sup>9</sup> 第 207 条所界定。

<sup>10</sup> 第 209 条所界定。

<sup>11</sup> 第 212 条所界定。

<sup>12</sup> 第 213 条所界定。

<sup>13</sup> 第 214 条所界定。

<sup>14</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/section/68>

“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）。”

3.7 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小区惩戒人员监管；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。<sup>15</sup>

3.8 在新南韦尔斯，《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

3.9 凭借《2010 年判刑修订法令》（Sentencing Amendment Act 2010），<sup>16</sup> 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。

3.10 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）<sup>17</sup>，废除“重大罪行”（“significant offences”）的缓刑。

---

<sup>15</sup> 第 42(1)条。

<sup>16</sup> 《2010 年判刑修订法令》，2010 年第 77 号，第 12 条。

<sup>17</sup> 《2011 年判刑进一步修订法令》（维多利亚），2011 年第 9 号，第 4 条。



3.11 “重大罪行”是指：<sup>18</sup>

- (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）；<sup>19</sup>
- (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）；<sup>20</sup>
- (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）；<sup>21</sup>
- (d) 纵火导致死亡（即违反《1958年刑事罪行法令》第197A条的罪行）；<sup>22</sup>
- (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）；<sup>23</sup>
- (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）；<sup>24</sup>

3.12 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。

3.13 《2013年判刑修订（废除缓刑及其他事项）法令》（Sentencing Amendment (Abolition of Suspended Sentences and Other Matters) Act 2013）为完全废除缓刑订定条文。这会分阶段完成。第一阶段在2013年6月5日展开，废除在该日之后移交裁判法院的“重大罪行”的缓刑。<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> 《2011年判刑进一步修订法令》（维多利亚），第3条。

<sup>19</sup> 最高可处监禁15年。

<sup>20</sup> 最高可处监禁25年。

<sup>21</sup> 最高可处监禁15年。

<sup>22</sup> 最高可处监禁25年。

<sup>23</sup> 终身监禁。

<sup>24</sup> 最高可处监禁25年。

<sup>25</sup> 维多利亚司法学院（Judicial College of Victoria），《维多利亚判刑指南》（Victorian Sentencing Manual）：“……最后，所有罪行的缓刑均会被废除，不论有关案件是由哪个法院进行聆讯。该项废除仍未生效，但预定生效日期为2014年9月1日。禁止判处缓刑的规定会适用于在该项废除生效当日之后发生的罪行。”

<http://www.judicialcollege.vic.edu.au/eManuals/VSM/index.htm#46660.htm>

## 加拿大

3.14 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。<sup>26</sup>

3.15 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小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实时执行的监禁刑罚。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，容许罪犯在小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。

---

<sup>26</sup> 法令草案 C-9 号：修订《刑法典》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。

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，让他们在小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。”<sup>27</sup>

3.16 因此，根据加拿大《刑法典》（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：
  - (a) 叛逆、一级谋杀或二级谋杀以外的可公诉罪行，<sup>28</sup> 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。<sup>29</sup>

<sup>27</sup> 法令草案 C-9 号：修订《刑法典》的法令（有条件监禁刑罚）：LS-526E。

<sup>28</sup> 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）。

<sup>29</sup> “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《刑法典》第 2 条）。

3.17 这些发展显示，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。

3.18 《街道和小区安全法令》（Safe Street and Communities Act）（法令草案 C-10 号）第 34 条进一步修订《刑法典》第 742.1 条。<sup>30</sup> 修订的效果是使到更多罪行被列入不能在小区服监禁刑罚的清单，例如 (i) 导致身体伤害的罪行、(ii) 涉及进口、出口、贩运或制造毒品的罪行，或 (iii) 涉及使用武器的罪行；以及逃狱、刑事骚扰、绑架、贩运他人、拐带未满 14 岁的人、盗窃汽车、盗窃超过 5,000 元、强行进入住宅以外的地方、在住宅非法逗留、为欺诈目的而纵火等罪行。修订的效果与扩大例外罪行清单相类似。

## 新西兰

3.19 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小区为本的刑罚，并引进小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现。法庭如本应是会判处罪犯短期监禁的，亦可实时判处他们家居羁留。<sup>31</sup>

## 新加坡

3.20 新加坡的法庭并无判处缓刑的权力。然而，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，则法庭可作出无条件或有条件的释放令。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

<sup>30</sup> 有关修订在 2012 年 11 月 20 日生效。

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-421.html>

<sup>31</sup> 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。

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。

3.21 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。<sup>32</sup>

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。<sup>33</sup>

## 海外情况的总结

3.22 在澳大利亚（维多利亚州除外）和英国，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。

3.23 在新西兰和新加坡，法庭没有判处缓刑的权力。

3.24 在维多利亚，有关的 2013 年法令就分阶段完全废除缓刑作出规定。在加拿大，根据修订《刑法典》（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。对《刑法典》进行的 2012 年修订，效果如同扩大例外罪行清单。

---

<sup>32</sup> 《罪犯感化法令》（第 252 章）第 8 条的但书。

<sup>33</sup> 《罪犯感化法令》（第 252 章）第 9(5)条。

## 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。”<sup>1</sup>

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，

<sup>1</sup> 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。”<sup>2</sup>

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。”<sup>3</sup>

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

---

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 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……。”<sup>4</sup>

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。”<sup>5</sup>

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。<sup>6</sup> 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。<sup>7</sup>

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

<sup>4</sup> 布鲁斯·德贝尔法官，同上，第4段。

<sup>5</sup> 布鲁斯·德贝尔法官，同上，第7段。

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

<sup>7</sup> *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。<sup>8</sup>

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。<sup>9</sup>

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。<sup>10</sup> 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。<sup>11</sup>

4.12 因此，因应案件的特有情况而对某一名罪犯判刑时所须考虑的因素很多。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。”<sup>12</sup> 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。”

<sup>8</sup> *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。

<sup>9</sup> *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 87 页。

<sup>10</sup> *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 88 页。

<sup>11</sup> *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 89 页。

<sup>12</sup> 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*<sup>13</sup> 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。<sup>14</sup> 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。”<sup>15</sup>

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。”<sup>16</sup>

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”。<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045.

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

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

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

<sup>17</sup> *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 Morrissey* 案<sup>18</sup> 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 *Morrissey* 案中建议审裁官应“只考虑那些可合理地发生的假设情况”。<sup>19</sup> *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复枪的枪管切掉一截。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 *Morrissey* 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。<sup>20</sup> 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。<sup>21</sup>

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。”<sup>22</sup> 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 *Morrissey* 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……。”<sup>23</sup>

<sup>18</sup> *R v Morrissey* [2000] 2 SCR 90.

<sup>19</sup> *R v Morrissey* [2000] 2 SCR 90, 第 33 段。

<sup>20</sup> *R v Morrissey* [2000] 2 SCR 90, 第 51-53 段。

<sup>21</sup> *R v Morrissey* [2000] 2 SCR 90, 第 55 段。

<sup>22</sup> 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。

<sup>23</sup> 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，罪犯会被判实时入狱以示惩戒。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小区生活。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。被判处缓刑而获释的罪犯，经常继续犯罪。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‘罪犯被判实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。”<sup>24</sup>

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。”<sup>25</sup>

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。

---

<sup>24</sup> *Sentencing in Hong Kong*, 同上, 第 587 页。

<sup>25</sup> 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、公众的回应以及我们的建议

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。此外，本章亦会列述我们所收到的公众回应以及对该等回应的考虑。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<sup>1</sup>

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<sup>2</sup>

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。<sup>3</sup> 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。

---

<sup>1</sup> 《香港缓刑改革报告书》，同上，第 15 页。

<sup>2</sup> 《香港缓刑改革报告书》，同上，第 15 至 21 页。

<sup>3</sup> 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。

- (2) 如无判处缓刑的选择，那些原本应当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，但由于法庭没有判处缓刑的权力，他们被判监禁，刑期在两年以下。<sup>4</sup> 有时情况则相反，虽然缓刑是较为适当的刑罚，但法庭可能会因为没有更好的选择而必须判处感化令（或社会服务令）。不论判刑是过严（监禁）抑或过宽（感化），但法庭由于没有判处缓刑的权力，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。<sup>5</sup> 这意味着那些

<sup>4</sup> 《香港缓刑改革报告书》，同上，第17页（表1）。

<sup>5</sup> 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。



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。<sup>6</sup> 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。<sup>7</sup> 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响应如下：

- (1) 响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掣肘；
  - (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受到掣肘；及
  - (c) 法庭被迫作出不相称或未能反映罪行刑责的判刑。
- (2) 部分响应特别建议撤销就以下罪行而订的法定限制：

<sup>6</sup> 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。

<sup>7</sup> 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。

- (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。

## 公众的回应

5.5 经审慎考虑改革的正反论据以及法律界两个专业界别、学者及司法机构的意见后，我们在咨询文件中总结并且建议，有充分理由废除第 221 章附表 3 所列的例外罪行。我们邀请各界人士就这项建议发表意见和评论。在咨询期内，我们一共收到 39 份回应书（响应者名单载于附件），当中有 28 名响应者支持这项建议，而反对的则有五名，其余六名保持中立或选择不表达意见。支持者普遍认同咨询文件所述废除整个附表 3 的理据。

5.6 在反对这项建议的响应者当中，关注妇女性暴力协会、警务处处长、范黄曹律师行及风雨兰都同样提出以下论据：<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> 这两个论据，已在咨询文件内“赞成进行改革的论据”的标题下讨论过，而在本报告书下文“结论和建议”的标题下会再次论及。

(1) **监禁的阻吓作用** 附表 3 的罪行是严重罪行。废除该附表会向社会发出错误的信息，令人以为这些罪行并不严重。<sup>9</sup> 扣押刑罚是有需要的，以确保可起阻吓作用。关注妇女性暴力协会和风雨兰均认为，强奸问题日趋严重，<sup>10</sup> 而这项建议会使公众误以为强奸虽然猖獗，但已不再是严重罪行。同样地，猥亵侵犯也是严重罪行，犯此罪者一旦循公诉程序被定罪，可被判处最高刑罚为十年监禁。此罪行的严重程度足以判处扣押刑罚，而缓刑不应在判刑选择之列。因此，从该附表中删除猥亵侵犯只会淡化此罪行的严重性，并削弱该附表的阻吓作用。

警务处处长认为，除非有十分强而有力的理据，否则不应把这项针对严重及暴力罪行的阻吓措施撤销，而现时看来并不存在这样的理据。删除该附表，即等于移除其阻吓作用，可导致严重及暴力罪案增加，社会治安变坏。特别一提，《侵害人身罪条例》（第 212 章）第 36 条所订的袭击警务人员罪是一项“例外”罪行。警务人员现正面对越来越激烈、不守秩序和暴力的示威场面，在这个时候把整个附表废除，或从该附表删除第 36 条的罪行，均可以被准罪犯解读为法庭对他们的判刑，将会比起在现行法律下所判者为轻。对于前线警务人员来说，这样的改变不会受他们欢迎，并会毫无理由地削弱例外罪行的阻吓作用给予他们的法律保障。

(2) **足够的判刑选择** 由于现行法例已给予法庭（除监禁外）足够的判刑选择，以处理不同严重程度的案件，因此没有需要废除附表 3。例如在审理“例外罪行”案件时，法庭经考虑所有情况后认为适宜判处非扣押刑罚，便可选择判社会服务令。与缓刑相比，社会服务令要求罪犯以更直接的方式，为自己的过错作出弥补和接受惩罚。反之，缓刑会间接向公众发出错误的信息，令人觉得罪犯无须为自己的罪行受罚并可得到宽免。同样地，对于 21 岁以下的罪犯，法庭可选择把他们

<sup>9</sup> 另一名响应者赵先生（Raymond Chiu）亦表达了同一看法。

<sup>10</sup> 在 2013 年的首六个月，风雨兰热线一共接获 118 个强奸案的求助电话，较 2012 年同期上升 8.3%。风雨兰表示，求助个案数目比警方所提供的统计数字多很多。除了陌生人外，犯罪者现时也包括与受害人认识的人（包括亲戚、朋友、上司及同事）。

判入教导所或劳教中心。废除该附表，只会让严重罪案的罪犯可透过缓刑而避开实时监禁的刑罚。

5.7 再者，范黄曹律师行强调一致性是判刑的重要准则。司法判决的信息有需要清晰地传递给社会，尤其是当涉及附表 3 的严重罪行时为然。我们应该使公众能从司法判决中明确地看见，法庭一旦裁定有人犯了这些例外罪行，便绝不会轻判。倘若废除该附表，则由于法庭量刑不同（例如在一些个案中判缓刑，在另一些个案中则处以其他刑罚），会有可能带来互相矛盾和不一致的信息。

5.8 警务处处长又认为，引入附表 3 是为了打击严重及暴力罪案。由于这些罪案今天仍在香港发生，保留附表 3 确属有理可依。在引入附表 3 之时的公众情绪，今天依然存在，因此如无公众强烈支持，便不应撤销附表 3。<sup>11</sup> 此外，有些罪行例如误杀和强奸，性质之严重以及对受害人所造成的负面影响之大，是几乎难以想象法庭在此类案件中，会有理据轻判缓刑而不会引起公众哗然和减低对法律的尊重。保留该附表，可防止这种令人遗憾的情况发生。

5.9 关注妇女性暴力协会、范黄曹律师行及风雨兰，均认为不应该废除附表 3，而是应该将之修订，加入其他严重罪行<sup>12</sup> 和删除一些较轻微的罪行。关注妇女性暴力协会及风雨兰认为应保留强奸及猥亵侵犯两罪，同时应增加例如未经同意下作出的肛交、严重猥亵作为、与 13 岁或 16 岁以下的女童性交、与精神上无行为能力的人性交等罪行。反之，范黄曹律师行有鉴于猥亵侵犯的性质而建议从附表 3 中删除这项罪行，但建议加入“骗取租金津贴”之类的罪行，因为根据传媒报道，这类积习贪腐行为在部分政府高官当中看来颇为普遍。律政司法律政策科原则上支持咨询文件中的建议，而律政司刑事检控科的大部分律师亦表示支持，但法律政策科本身以及刑事检控科个别有些律师赞同采取上述“选择性”的做法。法律政策科也提议考虑只删除在判刑上理应有更大弹性的罪行，因为这些罪行涉及不同刑责程度的行为。举例说，猥亵侵犯罪可能是由一名完全陌生的人所作出涉及性的非礼行为，也可以是一对未成年恋人之间的亲昵举止；伤人罪可以涉及集体打斗，也可以涉及家庭暴力。刑事检控科个别有些律师表示，有些例外罪行性质严重，可能

<sup>11</sup> 这个论据，已在咨询文件内“赞成进行改革的论据”的标题下讨论过，而在本报告书下文“结论和建议”的标题下会再次论及。警务处处长说：“当引入‘例外’罪行时，时任律政司曾指出，‘……通过一些看来是主张对暴力罪犯轻判的法例，实属不智’，而‘如果政府试图这样做会是危险之举，因为在某个程度上这显示政府……与大部分市民所坚持（而且并非不合理）的意见相左’。”

<sup>12</sup> 另一名响应者赵先生（Raymond Chiu）亦表达了同一看法。

有理由须予保留。他们所指的是严重的性罪行或涉及严重暴力的罪行。<sup>13</sup>

5.10 法律政策科向我们提供有关加拿大、英国及澳大利亚的维多利亚新近改变的有用数据。我们已把这些资料妥为收载于本报告书的第 3 章。法律政策科认为，这些改变显示对于缓刑及例外罪行方面正朝着更保守的方向发展。关于维多利亚完全废除缓刑之举，法律政策科有以下观察所得：

“在议会辩论期间，为支持全面废除缓刑而提出的主要理由是，缓刑只是‘假想的’刑罚，‘装作成罪犯正在监狱服刑，而事实上他们正在小区中自由地生活’，以致‘那些因罪成而被判入狱的人得以逍遥法外，不受监管’。<sup>14</sup> 这项法令是州政府‘严打罪案’政策的部分措施，强调‘判监就是要坐牢’。法令修改了小区惩教令，赋予法庭权力，可对那些受宵禁或活动范围限制令规管的罪犯实施电子监管。在该等情况下，法庭在决定是否适宜对有关罪犯实施电子监管之前，需要考虑判刑前的报告。”

5.11 法律政策科相信，这三个司法管辖区的新近改变，或可反映普通法司法管辖区在缓刑的概念和实施方面，正朝着不同的方向发展，而为了响应社会的需要，可以在有关方面作出调整或附加一些措施。

5.12 最后一提，江乐士（御用大律师、资深大律师）及张维新表示，咨询文件中的建议“肯定是朝正确方向的向前一步”，但提议“对缓刑机制的适用范围和作用作全面的检讨”。<sup>15</sup> 我们会在以

---

<sup>13</sup> 例如：

- (a) 未经同意下作出的肛交
- (b) 意图作出肛交而袭击
- (c) 严重猥亵作为
- (d) 兽交
- (e) 与年龄在 13 岁以下的女童性交
- (f) 抢劫
- (g) 严重入屋犯法

<sup>14</sup> 维多利亚议会的议事录

[http://tex.parliament.vic.gov.au/bin/texthtml?form=jVicHansard.dumpall&db=hansard91&dodraft=0&house=ASSEMBLY&speech=42492&activity=Second+Reading&title=SENTENCING+AMENDMENT+%28ABOLITION+OF+SUSPENDED+SENTENCES+AND+OTHER+MATTERS%29+BILL+2013&date1=8&date2=May&date3=2013&query=true%0a%09and+%28+data+contains+'sentencing'%0a%09and+data+contains+'amendment'+%29%0a%09and+%28+hdate.hdate\\_3+=+2013+%29](http://tex.parliament.vic.gov.au/bin/texthtml?form=jVicHansard.dumpall&db=hansard91&dodraft=0&house=ASSEMBLY&speech=42492&activity=Second+Reading&title=SENTENCING+AMENDMENT+%28ABOLITION+OF+SUSPENDED+SENTENCES+AND+OTHER+MATTERS%29+BILL+2013&date1=8&date2=May&date3=2013&query=true%0a%09and+%28+data+contains+'sentencing'%0a%09and+data+contains+'amendment'+%29%0a%09and+%28+hdate.hdate_3+=+2013+%29)

<sup>15</sup> 江乐士（Grenville Cross, QC, SC），*Room to Move*（南华早报，2013 年 8 月 1 日）。

下段落，就上述意见和提议，以及一些反对改革的论据，逐点加以响应，然后提出我们的建议。

## 结论和建议

### *第 109B 条所订的缓刑*

5.13 我们已审慎考虑响应者为支持或反对咨询文件中的建议而提出的意见和评论，以及他们的其他提议。例外罪行机制的运作现时存在问题，所以绝大部分人都支持改变现状。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具说服力的论点。我们在咨询文件中指出律师会采纳了研究中心报告书所提出的意见和结论，而大律师公会则同意律师会的看法，认为例外罪行的概念“已经过时”，应该完全废除。正如之前段落所指出，在法官及司法人员所作出的响应中，赞成撤销法定限制的约占80%。

5.14 警务处处长认为，在引入附表3之时的公众情绪，今天依然存在，因此如无公众强烈支持，便不应撤销附表3。然而，正如咨询文件所指出，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。暴力罪案无疑在1970年代十分猖獗，但香港现时已被称誉为世界上最安全的城市之一：

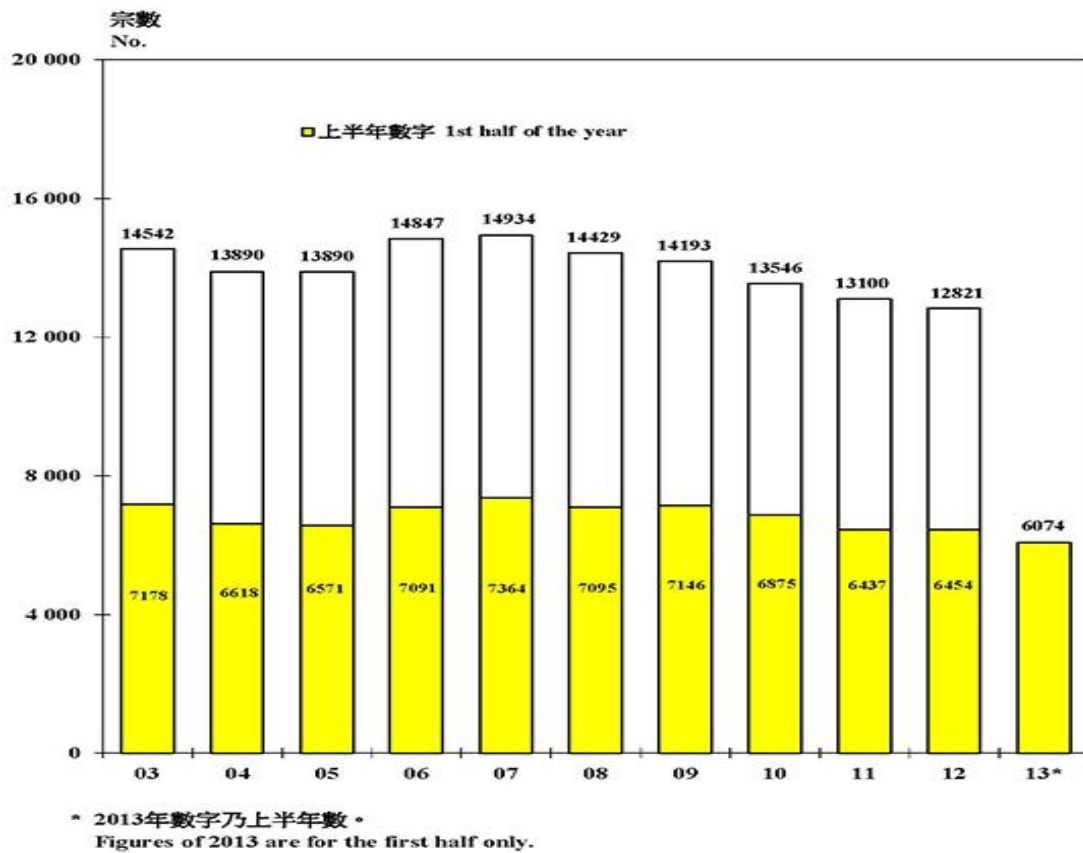
“《全球人类住区报告 2007》（Global Report for Human Settlements 2007）指出，这颗位于华南海岸的大都会明珠，繁盛而人口众多，在廿一世纪降临之初，享有可能是世界上最安全的城市之美誉。

与亚洲以至更远地方的城市比较，香港的罪案率非常低，这可从政府及联合国就罪案和有人受害的案件所进行的定期调查而显示。根据联合国关于犯罪趋势及刑事司法系统运作的第七次调查（Seventh United Nations Survey on Crime Trends and the Operations of Criminal Justice Systems），在 2000 年，以每十万人人口计的整体罪案率，香港录得的宗数是 1,185.7，低于新加坡（1,202.6）、日本（1,924.0）、南韩（3,262.6）、意大

利（3,822.8）、法国（6,403.8）、加拿大（8,040.6），以及英格兰与韦尔斯（9,766.7）。”<sup>16</sup>

之前的段落曾提到，在1975年至2005年间，有报案的暴力罪案的人均率下降了43%。<sup>17</sup> 对于第221章附表3所列的部分或全部罪行，是否仍有理由被归类为例外罪行，社会现时已有不同看法。我们在咨询中所得到的绝大多数支持，足以证明这点。下表显示在2003年至2013年期內，暴力罪案的统计数字一直维持平稳：<sup>18</sup>

**2003年至2013年的暴力罪案**  
**Violent Crime, 2003 - 2013**



5.15 在部分回应者看来，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”，并且可向社会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。他们担心监禁的阻吓作用会被削弱。然而，我们同意研究

<sup>16</sup> 联合国人类住区规划署，“全球人类住区报告 2007——犯罪和暴力——城市个案研究”（*Global Report for Human Settlements 2007 – Crime & Violence – City case studies*）（2007年）

[http://www.unhabitat.org/downloads/docs/5204\\_54067\\_Bk%209.pdf](http://www.unhabitat.org/downloads/docs/5204_54067_Bk%209.pdf)

<sup>17</sup> 《香港缓刑改革报告书》，同上，第16页。

<sup>18</sup> 香港警务处，*详细罪案统计——暴力罪案*

[http://www.police.gov.hk/ppp\\_tc/09\\_statistics/csd.html](http://www.police.gov.hk/ppp_tc/09_statistics/csd.html)

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经考虑案件的所有情况后，会审慎地在不受任何束缚下行使其判刑酌情决定权。毕竟咨询文件中的建议，作用只在于给予法庭全面的酌情决定权，以便根据案件的事实判处适当的刑罚，包括监禁、缓刑等。其中一名回应者梁谭黄律师事务所指出，在普通法制度之下，有足够的指引和案例可供法庭在判刑时依循。

5.16 有些回应者亦指出，法庭（除判处监禁外）已有足够的判刑选择，以处理不同严重程度的案件。在回应此点时，我们重申在本章开首部分所述，<sup>19</sup> 如无判处缓刑的选择，那些原本应当判处缓刑的罪犯通常会被判入狱。另一方面，当缓刑是较为适当的刑罚时，法庭可能会因为没有更好的选择而必须判处感化令（或社会服务令）。换言之，法庭由于没有判处缓刑的权力，结果是判刑可能过严（监禁）或过宽（感化）。无论属何情况，法庭都受到掣肘，以致可能对受害人或被告人造成不公。

5.17 我们注意到，有些响应者强调以下两点的重要性：其一是判刑必须一致，其二是必须发出一个清晰的信息，就是法庭一旦裁定有人犯了这些例外罪行，便绝不会轻判。我们同意这个观点，但也必须强调，给予法庭较大的酌情决定权，以便根据案件的情况判处公正及适当的刑罚（包括可选择判处缓刑），并不会向社会发出一个混淆的信息。法庭就相同情况的同一罪行必须量刑一致，但就不同事实情节的相同罪行则无须判刑相同。

5.18 法律政策科认为他们所指的三个司法管辖区，在对缓刑和例外罪行方面的新近改变，均朝着更保守的方向发展。我们认为这观点也许适用于加拿大和维多利亚。至于英国，正如法律政策科所指出，“有了这些改变后，……法庭便可在更多的个案中判处缓刑”。这情况应视为扩大了缓刑的适用范围。

5.19 有回应者提议，应修订附表3而非废除整个附表。我们相信这种“选择性”的做法可能会被人视为任意而行。正如之前的段落所载述，不同的响应者提出了不同的建议。此外，我们难以就某一项特定罪行列出所有该判和不应判缓刑的情况。因此，容许法庭有全面的酌情决定权，以处理附表3的所有罪行，是较为干净利落的做法。就江乐士（御用大律师、资深大律师）及张维新所提出的全面检讨缓刑机制的建议，我们认为这应另辟课题研究。最后，法律政

---

<sup>19</sup> 在“赞成进行改革的论据”标题下。



策科提议修订第221章，赋予法庭权力，可在判处缓刑时施加额外条件，类似英国所实施的监管期机制。我们相信根据第221章第109B(3)条，法庭在判处缓刑时已可施加其认为适合的条件。

5.20 因此，我们维持咨询文件中的建议，即废除第221章《刑事诉讼程序条例》附表3就第109B条所列的例外罪行。

**建议 1**

**我们建议废除香港法例第 221 章《刑事诉讼程序条例》附表 3 就第 109B 条所列的例外罪行。**

**第 109A 条所订对监禁 16 至 21 岁之间的人的限制**

5.21 研究中心报告书提及，有需要在全盘检讨青少年司法审判制度的范围内，进一步研究第 109A 条所订对年龄在 16 至 21 岁之间的人判处监禁的限制。<sup>20</sup> 关于废除附表 3 所列例外罪行的建议是否也适用于第 221 章第 109A(1)及(1A)条，法律政策科提议作出澄清。另有两名回应者，即吴建华律师行及陈浩诚，则提议把第 109A 条整条废除。

5.22 第 109A(1)条规定，对年龄在 16 至 21 岁之间的青少年罪犯，法庭除非认为没有其他适当的方法可处置他们，否则不得判处监禁。然而，根据第 109A(1A)条，该条文不适用于附表 3 所列的例外罪行。由此看来，可以有三项选择供采纳：

- (1) 废除整条第 109A 条；
- (2) 只废除第 109A(1A)条；
- (3) 只就第 109B 条而废除附表 3（换言之，附表 3 继续凭借第 109A(1A)条而适用）。

5.23 **选择 1**—— 这项选择会完全撤销现行条文的规定（根据这项规定，对年龄在 16 至 21 岁之间的人，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）。结果是这个年龄组别的罪犯将会与成年罪犯受到同等的对待，意味法庭会有全面的酌

<sup>20</sup> 《香港缓刑改革报告书》，同上，第 21 页。

情决定权，可判处任何刑罚，包括监禁和缓刑。我们也注意到当局在 1967 年引入第 109A(1)条的目的：<sup>21</sup>

“这项新条文……其简单的目的就是要确保只有在绝对有需要的情况下，才可以对青少年处以监禁刑罚，但同时不会不当地限制法庭的酌情决定权。……我们相信（而我们的信念是基于经验所得），即使是牵涉入严重罪行的青少年罪犯，假如能够避免因监禁而与积犯接触，又或者在须如此剥夺其自由的期内，若有一些具建设性的措施帮助他们适应社会的要求，则应该有更大的机会能够成功把他们从歧途中拯救出来，而不致令他们走上终生犯罪之路。青少年人不论是被判入教导所或感化院，或是须接受感化主任的监管，其自由都会或多或少受到剥夺，而更生计划中的建设性元素，就是在此纪律的基础上，通过培训、辅导和教育而引入。

……这项条例草案，并不限制法庭根据所得资料和有关情况，酌情决定如何处置罪犯。假使情况显示监禁是唯一适当的惩罚，法庭便会判处监禁；如果决定采用其他惩处方法，则原因当是这个惩处方法看来是最有成效的。”<sup>22</sup>

5.24 **选择 2**—— 这项选择的效果，会使第 109A(1)条的适用，不会受到例外罪行的规限，也就是回到 1971 年增订第 109A(1A)条之前的情况。当年增订第 109A(1A)条，是因为青少年暴力罪案率上升。当时的立法局议员王泽森说：

“……也有人指出，第 109A 条的增订，是导致青少年暴力罪案增加的其中一个原因——或至少是导致该项增幅不受遏止的因素之一……虽然这项条文实际上容许法庭把青少年人判处入狱，但人们通常理所当然地觉得，把青少年人判监是罕有和不寻常的做法，而只要他们未满 21 岁，则无论犯了甚么罪，通常也可以免受监禁。

……在引入这项条文时，青少年暴力罪案率不高，当时我们还可以保持乐观。到了今天，有鉴于罪案猖獗……

<sup>21</sup> 《1967 年青少年犯（杂项条文）条例》（1967 年第 66 号）附表。

<sup>22</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，67/68 年度会期，第 448 页（1967 年 11 月 1 日）。

我因此建议我们应该修订这项条文，使此条文的施行不适用于暴力罪行，而该等罪行应列入我刚才所提及的附表内，不得判处缓刑。”<sup>23</sup>

时任律政司赞同议员所建议，藉增订新的第 109A(1A)条，使第 109A 条不适用于附表 3 内的罪行：

“……我同意，该等〔例外〕罪行也不包括在第 109A 条的施行范围内是适当的做法……某些罪行不包括在该条的施行范围内，会恢复监禁作为刑罚，与其他处置罪犯的方式看齐。我希望这项修订会明确显示政府和本局已达致结论（纵使这个结论令人相当遗憾），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，处理方法必须更着眼于阻吓性的惩罚而非感化措施。”<sup>24</sup>

**5.25 选择 3——** 这项选择的效果，是使第 109A 条中关乎年龄在 16 至 21 岁之间的罪犯的规定维持不变：即“不得判处监禁”（除非没有其他适当的处置方法）的条文会继续受附表 3 的例外罪行所规限。

**5.26 结论——** 在 1967 年引入的第 109A(1)条，已是一项施行已久的规则，除非有十分充分的理由，否则不应随意改动。我们认为选择 1 并不适当，因为我们找不到理由来支持改变这项施行已久的通则。在 1967 年引入这项条文的理据是：即使是牵涉入严重罪行的青少年罪犯，假如能够避免因监禁而与积犯接触，则应该有更巨大的机会能够成功把他们从歧途中拯救出来，而不致令他们走上终生犯罪之路。除非在全面检讨青少年司法审判制度后另有决定，否则这项理据今天依然适用。

**5.27** 由于当时的青少年暴力罪案率上升，所以当局制定第 109A(1A)条。以下的统计数字可作为支持采纳选择 2 的理据：21 岁以下的在囚人士数目，由 1991 年的 1,420（占总在囚人数 11,147 的 12.74%），下降至 2012 年的 372（占总在囚人数 11,851 的 3.14%）。<sup>25</sup> 此外，正如之前的段落所提及，总的来说暴力罪行已不再如 1970 年代般，是一个令人确实担忧的问题。再者，并无理由相信，附表 3 不适用于第 109A(1)条，会导致更多青少年犯罪，或增加

<sup>23</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，70/71 年度会期，第 349 页（1971 年 1 月 20 日）。

<sup>24</sup> 香港立法局会议过程正式纪录，70/71 年度会期，第 356 页（1971 年 1 月 20 日）。

<sup>25</sup> 香港惩教署，2012 年年报，第 76 页，以及 2000 年年报，第 84 页。

危害社会的风险。我们应该信赖法庭，当会继续在没有其他适当方法处置青少年罪犯的情况下，判处青少年罪犯监禁。最后，在本章开首部分所讨论关于对例外罪行列表不合逻辑之处的批评，同样适用于青少年罪犯。然而，反对采纳选择 2 的其中一项论据，是这项选择容许法庭的酌情决定权在 109A(1)条之下受到掣肘，因此违反当前改革（即赋予法庭更多酌情决定权）的精神。

5.28 一如研究中心报告书所提及，赞成采纳选择 3 的理据之一，是在改变现状之前，有需要在全面检讨青少年司法审判制度的范围内进一步研究这个问题。然而，选择 3 会导致一个颇为奇怪的后果：例外罪行就成年罪犯而被废除，但凭借在 1970 年引入的第 109A(1A)条，却依然适用于年龄在 16 至 21 岁之间的罪犯。

5.29 现时由于有附表 3 例外罪行列表的存在，法庭在根据第 109B 条判处缓刑时以及凭借第 109A(1A)条就青少年罪犯判刑时，均受到限制。我们必须指出，当前的改革旨在撤销法庭在这方面所受到的限制。正如之前的段落所解释，我们所得结论为第 109A(1)条已是一项施行已久的规则，除非有十分充分的理由，否则不应随意改动。

5.30 我们因此采纳选择 2：只废除第 109A(1A)条。第 109A(1)条会继续适用，不受例外罪行所规限，也就是回到 1971 年增订第 109A(1A)条之前的状况。

#### **建议 2**

**我们建议废除香港法例第 221 章《刑事诉讼程序条例》第 109A(1A)条。**

## 例外罪行咨询文件的回应者

### 支持

1. 区锦源律师行
2. 陈浩诚（法学士一年级学生）
3. 钱纯武大律师
4. 江乐士御用大律师、资深大律师与张维新大律师
5. 香港海关
6. 郭兆铭御用大律师、资深大律师
7. 胡汉清御用大律师、资深大律师
8. 罗正威御用大律师、资深大律师
9. 黎德诚大律师
10. 黎锦文李孟华律师事务所
11. 香港律师会
12. 法律援助署
13. 律政司法律政策科
14. 梁谭黄律师事务所
15. 廖蔡陈律师行
16. 麦高义博士、御用大律师、资深大律师（和金叶大律师事务所大多数成员）
17. 莫玄炽律师行
18. 吴建华律师行
19. 律政司刑事检控科
20. 副刑事检控专员沈仲平博士
21. 香港小区组织协会
22. 史蒂文森黄律师事务所
23. 司徒维新律师行
24. 苏合成律师行
25. 邓黄张律师事务所
26. 韦智达律师行
27. 甄宛宁（星岛日报驻外记者）
28. 杨名远律师行

## 反对

1. 关注妇女性暴力协会
2. 香港警务处
3. 范黄曹律师行
4. 风雨兰
5. 赵先生 (Raymond Chiu)

## 中立或没有意见

1. 当值律师服务
2. 廉政公署
3. 入境事务处
4. 黎炎武大律师
5. 保安局
6. 高露云律师行