

香港法律改革委員會

諮詢文件

《刑事訴訟程序條例》 (第221章)附表3 所列的例外罪行

本諮詢文件已上載互聯網，網址為：<http://www.hkreform.gov.hk>。

2013 年 6 月

本諮詢文件是由香港法律改革委員會（“法改會”）擬備，以諮詢各界人士的意見。本諮詢文件的內容並不代表法改會的最終意見。

法改會歡迎各界人士就本諮詢文件發表意見，並請於2013年9月23日或之前將有關的書面意見送達下列地址：

香港灣仔
告士打道 39 號夏慤大廈 20 樓
香港法律改革委員會

電話：(852) 2528 0472

傳真：(852) 2865 2902

電郵：hklrc@hkreform.gov.hk

法改會日後與其他人士討論或發表報告書時，可能會提述和引用各界人士就本諮詢文件所提交的意見。任何人士如要求將他提出的所有或部分意見保密，法改會當樂於接納，惟請清楚表明，否則法改會將假設有關意見無須保密。

法改會在日後發表的報告書中，通常會載錄就本諮詢文件提交意見的人士的姓名。任何人士如不願意接納這項安排，請於書面意見中表明。

香港法律改革委員會

諮詢文件

《刑事訴訟程序條例》 (第 221 章) 附表 3 所列的例外罪行

目錄

	頁
導言	1
研究範圍	1
諮詢文件	1
第 1 章 要求改革例外罪行法律的背景	2
引言	2
律師會的意見	3
大律師公會的意見	4
第 2 章 關於例外罪行的現行法律	5
關於例外罪行的現有條文	5
第 221 章附表 3 所列的“例外罪行”	5
現行法律的背景	6
現行法律所引起的問題	7
第 3 章 其他司法管轄區的法律	9
英國	9
澳大利亞（維多利亞州除外）	10

	頁
澳大利亞維多利亞州	11
加拿大	12
新西蘭	14
新加坡	15
海外情況的總結	15
第 4 章 司法機構的判刑酌情決定權與 立法機關制約該項權力之間的相互關係	17
司法機構與立法機關之間的分工	17
強制性的最低刑罰在加拿大所受到的挑戰	20
更廣闊的公眾利益及政策角度	23
社會對法治的看法	24
第 5 章 改革的正反論據以及建議	26
贊成保留例外罪行列表的論據	26
贊成進行改革的論據	26
香港法官及司法人員的意見	28
結論和建議	29

導言

研究範圍

1. 2013 年 1 月，律政司司長及終審法院首席法官委託香港法律改革委員會：

“檢討香港法例第 221 章《刑事訴訟程序條例》附表 3 所列非適用於緩刑範圍內的例外罪行的有關法律，並適當地提出改革建議。”

諮詢文件

2. 本諮詢文件的第 1 章述明要求改革例外罪行的有關法律的背景。第 2 章討論現行關於例外罪行的法律，而第 3 章則檢視其他司法管轄區的法律。第 4 章討論司法機構的判刑酌情決定權與立法機關制約該項權力之間的相互關係。第 5 章列出改革的正反論據以及我們的建議。

3. 我們強調本文件是一份諮詢文件，當中提出的建議旨在推動大家對有關問題的討論。我們歡迎各界對本諮詢文件所討論的任何問題，提出各自的看法、意見及建議。我們在適當時候擬定最後建議時，定會仔細考慮所有回應。

第 1 章 要求改革例外罪行法律的背景

引言

1.1 關於這個課題的研究，是由香港律師會（下稱“律師會”）於 2010 年 3 月 22 日寫給律政司司長的一封信所引起的。信中建議政府應檢討和考慮廢取香港法例第 221 章《刑事訴訟程序條例》（下稱“第 221 章”）附表 3 所列的“例外罪行”。律師會認為“把某些罪行不包括在緩刑的適用範圍內，限制了法庭就這些罪行而可選擇的判刑”，此外又認為“有需要把法律更新，而法官應獲賦予全面的酌情決定權，讓他們可以根據所審理案件的事實判處任何適當的刑罰，包括緩刑，而不是在‘例外罪行’案件中受到任意的限制。”

1.2 律師會在其信中引述了上訴法庭在 *AG v Ng Chak Hung* 一案的判決。¹ 在該案中，被告人被裁定犯了違反《侵害人身罪條例》（第 212 章）第 17 條的意圖傷人罪。考慮到被告人在案發時是受到挑釁，以及被告人不被視為對社會構成危險，原審法官認為適宜判處被告人監禁六個月，緩刑兩年。時任律政司申請覆核該項刑罰，所據理由是第 17 條罪行是一項例外罪行，故此原審法官並無判處緩刑的司法管轄權。上訴法庭批准律政司的申請，並以感化令代替緩刑。

1.3 上訴法庭表示，第 17 條罪行本身的嚴重程度可以有很大的差異，不幸地立法機關卻認為適宜把第 17 條罪行列為例外罪行，以致不可就此罪行判處緩刑。時任署理首席大法官邵祺在判詞中說：

“律政司得到許可，並且根據《刑事訴訟程序條例》第 81A 條的規定，基於該刑罰並非法律認可的而請求本法庭覆核。有關刑罰是原審法官沒有司法管轄權判處的，就這點而言沒有爭辯，而事實上也是無可爭辯的。第 17 條罪行是一項例外罪行。……

我們一開始便認為，第 17 條罪行本身的嚴重程度可以有很大的差異，不幸地立法機關卻認為適宜把第 17 條罪行列為例外罪行，以致法官不可就此罪行判處緩

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

刑。無疑原審法官的做法是出於最良好的動機，但正如我們所指出，她的做法不是在她的權限之內。……

正如我們在較早前所指出，原審法官明顯地是想給答辯人一次改過自新的機會。我們認為應該尊重這個想法。我們同意就《侵害人身罪條例》第 17 條的控罪判處感化令是不多見的，但看過這宗案件的所有情況，特別是犯罪者本身的品性，我們認為如果就此案判處感化令，應是符合司法公義以及犯罪者和社會整體的利益。

據此，我們批准律政司的覆核申請，將原審法官所判的刑罰作廢，理由是她並無此司法管轄權。我們以附有條件的感化令代替原有刑罰，有關條件是答辯人須遵照感化主任的指示工作和住宿、按規定前往油麻地精神科診所、並且在該診所的專業人員指導下接受治療。該令的內容和違反該令的後果經向答辯人解釋，而答辯人表示願意接受該令及其條件。我們因此按照上述條款作出該令。”²

律師會的意見

1.4 在其上述的信中，律師會認為把某些罪行不包括在緩刑的適用範圍內，會限制法庭就這些罪行而可選擇的判刑，並且指出：

“‘猥褻侵犯’的控罪可就不同嚴重程度的情節而提出，由不嚴重至非常嚴重不等。其實很多罪行都是反社會且普遍的，卻不是‘例外’罪行。當下的議題是，我們是否有理據要從判刑法庭可選用的判刑選擇中移除其中的一項判刑。……

……法官應獲賦予全面的酌情決定權，讓他們可以根據所審理案件的事實判處任何適當的刑罰，包括緩刑，而不是在‘例外罪行’案件中受到任意的限制。”

1.5 其後，律師會委託香港大學比較法及公法研究中心，就應否改革香港法庭根據第 221 章判處緩刑權受到例外規定限制一事，撰寫研究報告書。比較法及公法研究中心的報告書（下稱“研究中

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

心報告書”) 得出結論，認為“有實質理由支持把例外罪行列表整個廢除，或至少刪除那些不一定會對他人造成嚴重暴力傷害的罪行”。³ 研究中心報告書分別列出贊成保留例外罪行列表以及贊成改革的論據。這些論據載於本諮詢文件第 5 章。

1.6 研究中心報告書也促請注意第 221 章第 109A 條，該條文規定在一般情況下，除非沒有其他適當的處置方法，否則不得判處 16 至 21 歲的青少年罪犯監禁。然而，這項一般規定不適用於例外罪行。⁴

1.7 經考慮研究中心報告書後，律師會的刑法及訴訟程序委員會總結說，“例外罪行”的概念已經過時，因此應該把第 221 章附表 3 整個廢除。鑑於研究中心報告書特別著重法庭在選擇判刑時的酌情決定權，律師會強調該會並非主張例外罪行的廢除，是與法庭可繼續判處緩刑的酌情決定權有任何關連。

大律師公會的意見

1.8 大律師公會同意律師會的看法，認為例外罪行的概念“已經過時”，應該完全廢除。⁵ 大律師公會在其信中進一步指出：

“判處緩刑是司法機構獲提供及可使用的判刑選擇之一：雖然既定的原則是法庭只可在‘例外情況’下判處緩刑，但每宗案件應根據其個別案情予以考慮，而這無疑與大律師公會樂於見到法庭行使其酌情決定權的方式一致。如果行政機關對司法機構的獨立性施加這樣的顯著限制，則未免有點‘背道而馳’。”

1.9 大律師公會亦支持我們的建議，就有關事宜進行公眾諮詢。

³ 香港大學比較法及公法研究中心，《香港緩刑改革報告書》（*Report on Reforming Suspended Sentences in Hong Kong*），（2012 年 9 月），第 2 及 21 頁。

⁴ 研究中心報告書並沒有研究廢除附表 3 對第 109A 條的影響，而此問題有需要在全面檢討香港青少年司法審判制度的範圍內作進一步的研究。然而，研究中心報告書注意到在 1971 年，由於社會普遍關注青少年暴力罪案上升，以致當年訂立附表 3，就是同時為了針對判處緩刑以及不得判處青少年人監禁的一般規定。

⁵ 見於大律師公會 2013 年 3 月 1 日致香港法律改革委員會的信。

第 2 章 關於例外罪行的現行法律

關於例外罪行的現有條文

2.1 在《刑事訴訟程序條例》（第 221 章）中，有兩項條文是與“例外罪行”有關的。第 221 章第 109B(1)條規定：

“(1) 如法庭就並非例外罪行的罪行，判處刑期不超逾 2 年的監禁刑罰，法庭可作出命令，規定除非在命令所指明的期間(自命令之日起不少於 1 年及不超逾 3 年)內，有關的罪犯在香港犯另一可懲處監禁的罪行，而隨後有權根據第 109C 條命令原來刑罰須予執行的法庭如此作出命令，否則該刑罰不得予以執行。”

2.2 第 221 章第 109A(1)及(1A)條規定：

“(1) 對任何年屆 16 歲或超過 16 歲而未屆 21 歲的人，法庭除非認為沒有其他適當的方法可處置該人，否則不得判處監禁；就決定任何其他處置該人的方法是否適當而言，法庭須取得和考慮有關情況的資料，並須顧及在法庭席前的任何關於該人的品格與其健康及精神狀況的資料。

(1A) 本條不適用於就附表 3 宣布為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. 誤殺。
2. 強姦或企圖強姦。
3. 毆鬥。
4. 違反《危險藥物條例》(第 134 章)第 4、5 或 6 條的任何罪行。

5. 違反《侵害人身罪條例》(第 212 章)第 10、11、12、13、14、17、19、20、21、22、23、28、29、30、36 或 42 條的任何罪行。
6. 違反《刑事罪行條例》(第 200 章)第 122 條的任何罪行或任何企圖罪行。
7. 《火器及彈藥條例》(第 238 章)第 III 部任何一條所訂的罪行。
8. 違反《盜竊罪條例》(第 210 章)第 10 或 12 條的任何罪行。
9. 違反《公安條例》(第 245 章)第 33 條的任何罪行。
10. 《武器條例》(第 217 章)第 4 或 10 條所訂的任何罪行。”

現行法律的背景

2.4 《1971 年刑事訴訟程序（修訂）條例草案》把緩刑的概念引入香港。該條例草案大致上參照英格蘭《1967 年刑事司法法令》（Criminal Justice Act 1967）的條文。然而，不論是政府所提出的條例草案，或是該英格蘭法令，都沒有加入任何對“例外罪行”的提述。例外罪行的訂立，是當年立法局非官守議員強烈反對的結果，他們對於“罪案（尤其是暴力罪案）自 1960 年以來的急劇增加”，表達了關注。¹

2.5 時任律政司羅弼時在回應時強調，緩刑“並非旨在提供一個處置罪犯的溫和手段”。² 他繼續說：

“然而，政府明白到要就此事說服公眾並非容易，而本局議員和市民都普遍認為，由於暴力罪案的增加，在這個時刻通過一些看來是主張對暴力罪犯輕判的法例，實屬不智……。

雖然本人相信如何對待罪犯這個問題，一般而言理應由政府主導民情，但本人也知道如果政府試圖這樣做

¹ 香港立法局會議過程正式紀錄，1971 年 1 月 20 日，第 350 頁，張奧偉議員的發言。

² 香港立法局會議過程正式紀錄，同上，第 355 頁。

會是危險之舉，因為在某個程度上這顯示政府與現實脫節，又或與大部分市民所堅持（而且並非不合理）的意見相左。”³

2.6 時任律政司補充說，政府決定對非官守議員的要求作出讓步，但表示政府希望在日後能夠把例外罪行刪除：

“經考慮本人所提及的因素，並有鑑於本港現時的情況後，政府作出讓步，承認適宜把某幾類引起關注的罪行列為例外，不包括在授權法庭可判處緩刑的條文的施行範圍內。

本人同意王〔澤森〕議員所說，為了完成此事，最好能夠在主體條例中加入一個附表，列出例外罪行清單。本人認為，日後附表的修訂，適宜以總督會同行政局的命令或以本局的決議方式作出，如此一來便可在有需要時迅速對該列表作出修訂。事實上，本人希望沒過多久便能夠把這個列表刪除。”⁴

2.7 此外，政府當時認為如果緩刑不適用於某些罪行，則這些罪行亦不應包括在第 221 章第 109A 條的施行範圍內。第 109A 條訂有以下原則：除非法庭確信沒有其他適當的方法可用以處置青少年罪犯，否則不應判處青少年罪犯監禁。時任律政司說，把例外罪行不包括在第 109A 條的施行範圍內，“會明確顯示政府和本局已達致結論（縱使這個結論令人十分遺憾），即就目前而言，年齡在 16 至 21 歲之間的人倘若犯了涉及暴力的罪行，應當被處以阻嚇性的懲罰而非感化措施。”⁵

現行法律所引起的問題

2.8 在現行法律下，法庭就例外罪行而可選擇的判刑受到限制。如果一名罪犯被裁定犯了例外罪行，則即使法庭認為鑑於案件的所有情況以及為了罪犯的更生利益而適宜判處緩刑，法庭也不可判處緩刑。

2.9 有一點應予注意，就是社會服務令並沒有受到類似的限制。《社會服務令條例》（第 378 章）第 4(1)條賦權法庭，“凡 14

³ 香港立法局會議過程正式紀錄，同上，第 355 頁。

⁴ 香港立法局會議過程正式紀錄，同上，第 356 頁。

⁵ 香港立法局會議過程正式紀錄，同上，第 356 頁。

歲或以上的人被裁定犯了可判罰監禁的罪行”，法庭可作出社會服務令。這項條文並沒有把例外罪行排除在外。

第 3 章 其他司法管轄區的法律

英國

3.1 《2003 年刑事司法法令》（Crimes Justice Act 2003）（第 189 至 194 條）實施新的緩刑，規定罪犯必須完成法庭所施加的一系列規定。英國的緩刑不受到任何“例外罪行”限制。¹

3.2 《2003 年刑事司法法令》第 189(1)條規定：

“(1) 如法庭根據第 181 條判處刑期不少於 28 個星期但不超逾 51 個星期的監禁刑罰，法庭可——

(a) 命令有關罪犯在有關命令就本段而指明的期間內（在本章稱為“監管期間”），遵從該命令所指明的屬第 190(1)條範圍內的一項或多項規定；及

(b) 命令該監禁刑罰不得予以執行，除非——

(i) 在監管期間內，該罪犯沒有遵從根據(a)段所施加的任何規定；或

(ii) 在有關命令就本分段而指明的期間內（在本章稱為“實施期間”），該罪犯在英國犯另一罪行（不論是否可懲處監禁者），

而（在上述任何一種情況下）有權根據附表 12 第 8 段命令執行原來刑罰的法庭隨後如此作出命令。”

¹ 《1967 年刑事司法法令》（Crimes Justice Act 1967）是香港緩刑制度的基礎，法令內並沒有任何對“例外罪行”的提述。

3.3 法庭可根據第 190(1)條所施加的規定包括：無薪工作規定、² 活動規定、³ 計劃規定、⁴ 禁止某些活動規定、⁵ 宵禁規定、⁶ 禁止進入規定、⁷ 居所規定、⁸ 精神治療規定、⁹ 戒毒康復規定、¹⁰ 酗酒治療規定、¹¹ 監管規定，¹² 以及（如有關的罪犯未滿 25 歲）教導所規定。¹³

澳大利亞（維多利亞州除外）

3.4 除了維多利亞外，澳大利亞各司法管轄區都就所有罪行訂立了不同形式的緩刑。換言之，除了在維多利亞州外，澳大利亞的緩刑制度不受到任何“例外罪行”限制。

3.5 舉例來說，南澳大利亞《1988 年刑事法律（判刑）法令》（Criminal Law (Sentencing) Act 1988）第 38(1)條規定：

“凡法庭已對某被告人判處監禁刑罰，法庭如認為有充分理由將該刑罰暫緩執行，可將該刑罰暫緩執行，條件是該被告人作出擔保，保證——

(a) 行為良好；並

(b) 遵從該擔保的其他條件（如有的話）。”

3.6 該南澳大利亞法令所規定的擔保可包括法庭認為適當的條件。這些條件可包括規定被告人在指明期間內接受社區懲教人員監管；必須與或不得與指明的人同住，或必須在或不得在指明的地方或地區居住；從事指明時數的社會服務；參加介入計劃；接受醫學或精神治療；不得服用指明類別的藥物或喝酒；歸還挪用的財產；或向任何人就傷害支付指明金額的賠償等等。¹⁴

² 第 199 條所界定。

³ 第 201 條所界定。

⁴ 第 202 條所界定。

⁵ 第 203 條所界定。

⁶ 第 204 條所界定。

⁷ 第 205 條所界定。

⁸ 第 206 條所界定。

⁹ 第 207 條所界定。

¹⁰ 第 209 條所界定。

¹¹ 第 212 條所界定。

¹² 第 213 條所界定。

¹³ 第 214 條所界定。

¹⁴ 第 42(1)條。

3.7 在新南威爾斯，《刑事（判刑程序）法令》（Criminal (Sentencing Procedure) Act）第 12(1)條規定：

“如法庭對某罪犯判處刑期不超過 2 年的監禁刑罰，法庭可作出命令：

- (a) 在法庭在該命令所指明的期間內（不超過該刑罰的刑期），將該刑罰全部暫緩執行；及
- (b) 指示將該罪犯釋放，條件是該罪犯簽立擔保，保證行為良好，為期不超過該刑罰的刑期。”

澳大利亞維多利亞州

3.8 憑藉《2010 年判刑修訂法令》（Sentencing Amendment Act 2010），¹⁵ 澳大利亞的維多利亞州廢除了“嚴重罪行”（“serious offences”）的緩刑。“嚴重罪行”被廣泛定義為包括謀殺、誤殺、殺害兒童、強姦和多項其他暴力罪行和性罪行。

3.9 後來，維多利亞又制定了《2011 年判刑進一步修訂法令》（Sentencing Further Amendment Act 2011）¹⁶，廢除“重大罪行”（“significant offences”）的緩刑。

3.10 “重大罪行”是指：¹⁷

- (a) 罔顧後果而導致嚴重損傷（即違反《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第 17 條的罪行）；¹⁸
- (b) 嚴重入屋犯法罪（即違反《1958 年刑事罪行法令》第 77 條的罪行）；¹⁹
- (c) 用火摧毀或損壞財產（縱火）（即違反《1958 年刑事罪行法令》第 197(6)及(7)條的罪行）；²⁰

¹⁵ 《2010 年判刑修訂法令》，2010 年第 77 號，第 12 條。

¹⁶ 《2011 年判刑進一步修訂法令》（維多利亞），2011 年第 9 號，第 4 條。

¹⁷ 《2011 年判刑進一步修訂法令》（維多利亞），第 3 條。

¹⁸ 最高可處監禁 15 年。

¹⁹ 最高可處監禁 25 年。

²⁰ 最高可處監禁 15 年。

(d) 縱火導致死亡（即違反《1958 年刑事罪行法令》第 197A 條的罪行）；²¹

(e) 販運大商業用量的使人上癮藥物（即違反《1981 年藥物、毒藥和受管制物質法令》（Drugs, poisons and Controlled Substances Act 1981）第 71 條的罪行）；²²

(f) 販運商業用量的使人上癮藥物（即違反《1981 年藥物、毒藥和受管制物質法令》第 71AA 條的罪行）；²³

3.11 由於“嚴重罪行”和“重大罪行”不包括在緩刑的適用範圍內，因此維多利亞實際上正朝向訂立例外罪行制度的方向發展。

加拿大

3.12 加拿大在 1996 年實施“有條件監禁刑罰”（“conditional sentence of imprisonment”），這種刑罰結合了緩刑、密切監管和感化令。但是，加拿大在 2007 年 5 月通過法例，將某些嚴重罪行不包括在這種刑罰的適用範圍內。²⁴

3.13 將某些嚴重罪行不包括在有條件監禁刑罰的適用範圍內，是因為雖然人們普遍相信讓一些不對社會構成危險的人在社區內服刑是有好處的，但亦認為法庭有時候需要因為罪行的性質而判處即時執行的監禁刑罰。對於將某些嚴重罪行不包括在有條件監禁刑罰的適用範圍內的做法，國會的法律和政府事務部（Parliamentary Law and Government Division）解釋有關背景如下：

“有條件監禁刑罰在 1996 年 9 月實施，容許罪犯在社區內而不在懲教設施中服刑。這種刑罰是監禁和感化或罰款等懲罰的中間點。有條件監禁刑罰並非單獨引入加拿大，而是《刑事法典》（Criminal Code）判刑條文修訂工作的一部分。這些條文包含了判刑的基本目的和原則。判刑的基本原則是刑罰必須與罪行的嚴重程度和罪犯的刑責相稱。修訂後的判刑條文列出更多判

²¹ 最高可處監禁 25 年。

²² 終身監禁。

²³ 最高可處監禁 25 年。

²⁴ 法令草案 C-9 號：修訂《刑事法典》的法令（有條件監禁刑罰）。這項法令草案在 2007 年 5 月 31 日獲得御准。

刑的原則，包括一系列指導判刑的可加重和減輕處罰的情況。

有條件監禁刑罰的主要目的，是為法庭提供另類的判刑機制，以減少對監禁的依賴。有條件監禁刑罰也鼓勵對他人造成傷害的人承認這一事實並作出補償，藉此在判刑程序中更進一步納入復和司法的概念（restorative justice concepts）。

在引入之初，大多數人都視有條件監禁刑罰為合適的機制，可把輕微的罪行和犯這些罪行的罪犯從監獄制度中分流出去。很多人認為濫用監禁刑罰會使問題叢生，而復和司法的概念卻會帶來裨益。然而，在實際情況下，如有條件監禁刑罰被用於一些涉及非常嚴重罪行的案件，人們有時會對這種刑罰抱有負面的看法。

對於有些罪犯就嚴重的暴力罪行、性侵犯及相關罪行、涉及死亡或嚴重身體傷害的駕駛罪行、違反信託的盜竊等罪行而獲判有條件監禁刑罰的情況，有論者曾表示關注。雖然人們普遍相信，如一些不對社會構成危險的人本來會被監禁，而他們沒有犯嚴重罪行或暴力罪行，讓他們在社區內服刑是有好處的，但亦曾有論點指出，法庭有時候需要因為罪行的性質和罪犯的品性而判處監禁。人們擔心，如拒把罪犯監禁，會使整個有條件監禁刑罰制度以至刑事司法制度蒙污。換句話說，問題不在於有條件監禁刑罰本身，而在於這種刑罰被用於一些看來理應處以監禁的案件。”²⁵

3.14 因此，根據加拿大《刑事法典》（Canadian Criminal Code）第742.1條，“有條件監禁刑罰”不適用於以下罪行：

(i) 第752條所界定的嚴重人身傷害罪，即是指：

²⁵ 法令草案 C-9 號：修訂《刑事法典》的法令（有條件監禁刑罰）：LS-526E。

- (a) 叛逆、一級謀殺或二級謀殺以外的可公訴罪行，²⁶該等罪行涉及(i)對另一人施用或企圖施用暴力；或(ii)危害或相當可能危害另一人生命或安全的行為，或造成或相當可能造成另一人受到嚴重心理傷害的行為，而有關的罪犯可就該等罪行而被處監禁最少10年；
 - (b) 性侵犯；
 - (c) 藉使用武器或威脅第三者而進行性侵犯，或進行性侵犯而導致身體傷害；及
 - (d) 嚴重的性侵犯；
- (ii) 涉及恐怖主義的罪行；及
 - (iii) 涉及犯罪組織的罪行。²⁷

3.15 這些近期的發展顯示，加拿大實際上也就某幾類嚴重的刑事罪行採納了例外罪行制度。有條件監禁刑罰現已不適用於這幾類嚴重的刑事罪行。

新西蘭

3.16 在新西蘭，《2002年判刑法令》（Sentencing Act 2002）廢除了緩刑。在此之前，法庭判處緩刑的權力與英格蘭《1967年刑事司法法令》（Crimes Justice Act 1967）和香港現時的情況相類似，但並無訂有例外罪行。該《2002年法令》實施判刑和命令的法定等級制度，規定了由禁制程度最小（釋放或在被傳召時出庭聽候判刑的命令）至禁制程度最大（監禁）的判刑和命令。《2007年判刑修訂法令》（Sentencing Amendment Act 2007）在2007年修訂了該《2002年法令》，增加法庭在判刑時可判處的以社區為本的刑罰，並引進社區羈留和密切監管這兩項禁制程度較大的新刑罰。罪犯現可於指明地址和在電子監察下接受宵禁。任何違反規定的情況都可被迅速發

²⁶ 如謀殺是有計劃和蓄意的，即屬一級謀殺（第231(2)條）。不屬於一級謀殺的謀殺均屬於二級謀殺（第231(7)條）。任何人被裁定犯叛逆或一級謀殺，可處終身監禁。該人沒有資格獲得假釋，直至該人服刑25年為止（第745(a)條）。另一方面，任何人被裁定犯二級謀殺，可處終身監禁。該人沒有資格獲得假釋，直至該人服刑最少10年為止（第745(c)條）。

²⁷ “涉及犯罪組織的罪行”一詞包括為犯罪組織的利益，或應犯罪組織的指示，或聯同犯罪組織而犯的任何嚴重罪行（加拿大《刑事法典》第2條）。

現。法庭如本應是會判處罪犯短期監禁的，亦可即時判處他們家居羈留。²⁸

新加坡

3.17 新加坡的法庭並無判處緩刑的權力。然而，如某罪犯被裁定犯了某罪行，而有關刑罰已獲暫緩執行，該罪犯可尋求有條件釋放。根據《罪犯感化法令》（*Probation of Offenders Act*）（第 252 章）第 8 條，法庭在考慮有關情況，包括罪行的性質及罪犯的品性後，如認為既不宜處以懲罰也不適合作出感化令，則法庭可作出有條件釋放令。根據有條件釋放令，罪犯只要在命令之日起不超過 12 個月的期間內沒有犯罪，便可獲解除服刑的規定。罪犯被定罪的罪行必須屬於“非由法律訂下刑罰的罪行”，才可受惠於有條件釋放的條文。

3.18 如某人被裁定犯了某罪行，而該罪行指明的最低刑罰（強制性的最低監禁刑罰、罰款或笞刑）已由法律訂明，法庭可在以下情況下作出無條件釋放該人的命令或有條件釋放令：

- (1) 該人在被定罪時年滿 16 歲但未滿 21 歲；及
- (2) 該人不曾被裁定犯了該罪行。²⁹

如在所犯案件中被判令有條件釋放的人，在有條件釋放期內被裁定犯罪並因此而被處置，法庭可就導致作出該有條件釋放令的罪行，以任何方式處置該人，猶如該人剛因該罪行而被定罪一樣。³⁰

海外情況的總結

3.19 在本章所檢視的大部分有緩刑這個判刑選擇的海外司法管轄區中，緩刑這個判刑選擇均適用於所有罪行。換句話說，這些海外司法管轄區並沒有例外罪行。

3.20 然而，澳大利亞的維多利亞州和加拿大最近已就嚴重的刑事罪行朝向訂有例外罪行制度的方向發展。

²⁸ 在有關法令修訂前，是否適宜以家居羈留代替監禁由假釋委員會（*Parole Boards*）決定。

²⁹ 《罪犯感化法令》（第 252 章）第 8 條的但書。

³⁰ 《罪犯感化法令》（第 252 章）第 9(5)條。

3.21 維多利亞制定了《2010年判刑修訂法令》和《2011年判刑進一步修訂法令》，廢除了“嚴重罪行”和“重大罪行”的緩刑。因此，對於謀殺、誤殺、殺害兒童、強姦、暴力罪行和性罪行、罔顧後果而導致嚴重損傷、嚴重入屋犯法罪、縱火、販運大商業用量的使人上癮藥物等多項罪行，法庭都不能判處緩刑。

3.22 在加拿大，根據修訂《刑事法典》（有條件監禁刑罰）的法令草案 C-9 號，“有條件監禁刑罰”已就某些嚴重罪行而被廢除，例如各項嚴重人身傷害罪（包括性侵犯）、涉及恐怖主義的罪行或涉及犯罪組織的罪行。

第 4 章 司法機構的判刑酌情決定權與立法機關制約該項權力之間的相互關係

4.1 例外罪行機制可視為法例訂立的指引，規定就某些類別的嚴重罪行而言，法官對罪犯只能處以扣押刑罰。因此，涉及例外罪行的爭議，點出了司法機構的判刑酌情決定權與立法機關制約該項權力之間的微妙相互關係。爭議的核心所在，是以公共政策來說，立法機關指明某些類別的罪行，應以判處扣押刑罰而非緩刑的方式懲處，這種做法是否適當。

4.2 首先，法例訂立的判刑指引（例如強制性的最低刑罰）是否合憲，在加拿大的法庭上已受到越來越多的挑戰。

司法機構與立法機關之間的分工

4.3 南澳大利亞最高法院法官兼澳大利亞司法會議主席布魯斯·德貝爾（Bruce DeBelle）法官，在 2008 年 2 月所舉行的判刑問題會議上指出，在罪行的判刑方面，司法機構與立法機關之間傳統上是有分工的。國會負責訂定罪行的最高刑罰，而法庭則負責裁量罪行的適當刑罰：

“國會在傳統上所發揮的作用，是訂定一項罪行的最高刑罰。國會是以此方式來表達它如何評估社會對該項罪行的嚴重程度的看法。在表明最高刑罰是甚麼後，國會便把裁量適當刑罰的工作交給法庭。在量刑一事上，法官和裁判官具有很大的酌情決定權。對於某些類別的犯罪行為，特別是因不當使用汽車而造成的犯罪行為，國會在刑罰的類別和嚴厲程度方面，已訂得更為具體，就酒後駕駛而訂定的刑罰便是一個例子。不過，一般來說，法官和裁判官在決定甚麼刑罰才是適當時具有很大的酌情決定權。”¹

4.4 司法機構與立法機關之間在判刑方面的這項傳統分工，理據在於立法機關是由人民選出，故此必須以訂定最高刑罰的方式，

¹ 布魯斯·德貝爾法官，“判刑：立法抑或司法酌情決定權？”（“*Sentencing: Legislation or Judicial Discretion?*”），該篇文章發表於澳大利亞國立司法學院／澳大利亞國立大學法學院所舉辦的判刑問題會議（2008 年 2 月）席上，第 2 段。

來滿足社會對懲罰犯罪的期望。影子律政部長比爾·史提分力克（Bill Stefaniak）在同一個判刑問題會議上表示：

“那麼，誰負責確保我們的司法制度作出切合罪行並能滿足社會期望的懲罰？……

簡單的答案是應由立法機關負責。立法機關是通過選舉產生，代表人民，這亦暗示立法機關代表著社會期望。須對人民負責的是立法機關……。

因此，立法機關必須負起可令判刑準則一致之責——確保社會期望（雖然可能經常改變）盡可能得到滿足——確保懲罰切合罪行。”²

4.5 不過，雖然最高刑罰是以此方式而由立法機關指明，但司法機構卻獲賦酌情決定權，可就所審理的個別案件裁量適當的刑罰，因為立法機關無法估計到每一宗案件的事實和情況會如何：

“……執行司法工作的一項重要元素，是確保在就刑事事宜作出判決以及隨後的量刑時，所有相關事實均會得到公正和充分的考慮。須予考慮的問題很多，例如法證證據、法證心理評估，受害人本身須負的責任，以及各式各樣的其他因素。

立法機關實在無法估計到環繞每一宗案件的各種事實和情況。司法機構必須獲准按每一宗案件的特有情況和特有事實來作出判決。”³

4.6 國會與法庭之間這項傳統分工，對權力分立有重要影響。國會一向承認法官和裁判官在判刑方面所獨立發揮的作用，並且承認法官和裁判官有酌情決定權，可特別就某種罪行訂定適當的刑罰。不過，國會也逐漸制定了法例，以限制法官和裁判官的酌情決定權：

“然而，在過去 20 年間，全國各地的議會均已制定法例，對法官和裁判官可行使的酌情決定權範圍加以限制。這情況並非澳大利亞獨有。早於 1990 年，賓厄姆

² 影子律政部長比爾·史提分力克，“判刑：立法抑或司法酌情決定權？”“*Sentencing: Legislation or Judicial Discretion?*”），該篇文章發表於澳大利亞國立司法學院／澳大利亞國立大學法學院所舉辦的判刑問題會議（2008 年 2 月）席上，第 3 頁。

³ 比爾·史提分力克，同上，第 3 頁。

勳爵（Lord Bingham）在考慮英格蘭法官所行使的酌情決定權時便曾指出，法官的酌情決定權遭收窄，並有‘加快的趨勢’，而這趨勢‘最明顯莫見於判刑方面’。體現此類立法的例子之一是以法例訂明強制性的刑罰，而另一方式則是訂明強制性的最低刑罰。南澳大利亞議會所制定的《2007年刑事法（判刑）（危險罪犯）修訂法令》（Criminal Law (Sentencing) (Dangerous Offenders) Amendment Act 2007）便是一個例子。該項法令就謀殺以及其他可導致受害人死亡或在身體或精神上永遠無行為能力的暴力罪行，訂明不得假釋的最短期限……。”⁴

4.7 問題是立法機關透過法定的強制性最低刑罰（而非最高刑罰），對法官的判刑酌情決定權所施加的制約，是否具有效力。這個議題可參考判刑原則而作出考慮。按照布魯斯·德貝爾法官的說法，判刑的首要原則是相稱：

“量刑的首要原則是相稱。判刑必須對罪行的情況（包括對受害人所造成的影響）以及罪犯的情況來說屬於相稱。懲罰必須盡可能切合罪行以及罪犯的情況。該項原則在普通法中根深蒂固。上議院和樞密院均曾提及該項原則並對之表示認同。正如樞密院在 *Bowe* 案中指出，判刑必須相稱的規定可追溯至《大憲章》（Magna Carta）。《美國憲法》第八條修正案，已被裁定是禁止作出基於刑期過長或刑罰過重而與罪行不相稱的懲罰。”⁵

4.8 判刑還有多項其他經典原則，也必須予以考慮。按照江樂士資深大律師和張維新的說法，判刑有四大經典原則，而懲罰是其中的第一項。⁶ 懲罰就好比刑事罪行判刑中的“以眼還眼，以牙還牙”概念，所要求的只是公正、適當且與罪犯所犯之罪相稱的懲罰。⁷

4.9 阻嚇是判刑經典原則中的第二項，而且是防止犯罪的重要方法。因此，就某些罪行而言，或許法庭有充分理由視阻嚇為判刑

⁴ 布魯斯·德貝爾法官，同上，第4段。

⁵ 布魯斯·德貝爾法官，同上，第7段。

⁶ 江樂士與張維新，*Sentencing in Hong Kong*，（第6版，2011年），第83頁。

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

的最重要一環。這些罪行，可能包括（舉例來說）持槍行劫，以及綁架富人希望向其親人勒索贖金。⁸

4.10 預防是判刑經典原則中的第三項。如果罪犯因被移離社會而無法作奸犯科，則公眾在罪犯被拘禁期間可以得到保障。⁹

4.11 更生是判刑經典原則中的第四項，在現代也是一項較受重視的原則。¹⁰ 如果更生被認為重要，那麼監禁（短期者除外）便再無關重要。應予考慮的是一些更生服務，例如由教導所、更生中心及感化服務所提供者。社會服務旨在透過規定罪犯服務公眾而令罪犯改過自新，也是一個可供選擇的方案。不過，若然罪犯仍繼續犯罪，則重新做人的機會便會降低。¹¹

4.12 因此，因應案件的特有情況而對某一名罪犯判刑時所須考慮的因素很多。正如布魯斯·德貝爾法官所指出，“即使是能幹而又富經驗的法官，他們在同一宗案件中所可能下令作出的實在判刑，也可能會有不同，這就是行使酌情決定權的必然後果。量刑不是數學習作，而是作出判斷。在作出判斷時，講道理而又富經驗的法官，對於因應某一項罪行或某一名罪犯的情況而下令作出的刑罰或判刑，也可能會有不同的看法，但這是合理的。”¹² 因此，如果立法機關根本無法預知每一宗案件的事實和情況，立法機關能否為司法機構訂立有意義的判刑指引是有疑問的。

強制性的最低刑罰在加拿大所受到的挑戰

4.13 對於由立法機關制約司法機構的判刑酌情決定權（例如以訂立例外罪行的方式），反對者可能會指出一項事實，那就是法例訂立的判刑指引（例如法定的強制性最低刑罰）是否合憲，在法庭上已受到越來越多的挑戰，雖然成功率並不高。

4.14 在加拿大，法定的強制性最低刑罰多年以來均受到挑戰，原因是它違反《加拿大權利及自由憲章》（Canadian Charter of Rights and Freedoms）第 12 條。該條訂明：

“人人均有權不受任何殘酷和異常的對待或懲罰。”

⁸ *Sentencing in Hong Kong*，同上，第 85 頁。關於持槍行劫，見 *R v Wong Siu-ming* Cr App 367/1992 案；關於綁架富人，見 *HKSAR v Pun Luen-pan and Another* Cr App 555/2003 案。

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

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

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

¹² 布魯斯·德貝爾法官，同上，第 10 段。

4.15 加拿大最高法院在著名的 *R v Smith*¹³ 案中剔除了就進口毒品而判處的強制性七年最低刑罰。拉馬爾（Lamer）法官（時任最高法院法官）在代表多數法官宣布判決時，表示雖然法庭為示尊重國會而不應推翻每一項強制性的刑罰，但法庭可以推翻那些極度不相稱的刑罰。《加拿大權利及自由憲章》第 12 條所訂的覆核刑罰準則，是刑罰是否極度不相稱，因為該條所針對的刑罰，是那些並非只是過重而已的刑罰。¹⁴ 因此，如果刑罰只是不相稱，第 12 條不會提供任何補救方法。

4.16 要決定受到挑戰的刑罰是否極度不相稱，法庭不但要審視罪行的嚴重程度，還要審視案件的所有相關情況以及刑罰對特定罪犯所會造成的影響。拉馬爾法官列明在評估一項法定的最低刑罰是否極度不相稱時所須考慮的部分相關因素如下：

“在評估一項刑罰是否極度不相稱時，法庭必須先考慮罪行的嚴重程度、罪犯的個人特點，以及案件的特有情況，以決定哪一系列的刑罰，對這名特定罪犯的懲罰、更生或阻嚇而言，又或者為保護公眾免遭這名特定罪犯傷害的目的而言，乃屬適當者。”¹⁵

4.17 拉馬爾法官繼續說：

“這並非表示法官或立法者在量刑時，再也不能考慮在這名特定罪犯範圍以外的一般阻嚇或其他屬懲罰性質的目的，而只是指出犯罪所帶來的刑罰，必定不可以與罪犯所應得者極度不相稱。”¹⁶

4.18 看來法定的最低刑罰如被視為對有關的特定罪犯來說並非極度不相稱，則法庭必須查究這項刑罰對一名合理假設的罪犯來說是否極度不相稱。法庭故此在 *Smith* 案中總結認為，七年最低刑罰屬於嚴酷和異常，故此應予剔除。理由是這項刑罰可能施加於一名假設的並會得到法庭同情的罪犯身上，例如“一名寒假過後剛從美國駕車返回加拿大的年青人，只不過是（假設說）嘗試人生中的‘第一口大麻’便給逮住了”。¹⁷

¹³ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045.

¹⁴ *R v Smith* [1987] 1 SCR 1045，第 55 段（拉馬爾法官的判詞）。

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

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

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

4.19 加拿大最高法院後來在 *R v Morrissey* 案¹⁸ 中，在審理一名合理假設的罪犯之時採取與 *Smith* 案不同的做法。法庭在 *Morrissey* 案中建議審裁官應“只考慮那些可合理地發生的假設情況”。¹⁹ *Smith* 案的案情如下：被告人 36 歲，來自新斯科舍，案發前曾與兩名友人飲酒，期間大夥兒把一支來福槍的槍管切掉一截。被告人告訴其中一名友人（第二名友人）槍是計劃用於行劫，但其實他是計劃用槍自殺。被告人駕車送第三名友人回家，然後回到自己所居住的小屋中，當時第二名友人正睡在疊架式的牀上。被告人手持該支已上膛的槍，一躍而跳到牀上，但因醉酒之故從牀上跌到地上，而槍則意外地發射，令第二名友人受到致命傷。被告人被控以《刑法典》（*Criminal Code*）第 220(a)條所訂的刑事疏忽導致他人死亡之罪。該項罪行可處強制性的四年刑期。

4.20 法庭在 *Morrissey* 案中認為可“合理地”發生的假設情況只有兩種。第一種是某人持槍四周嬉戲，以為槍不會發射，但槍卻走火並且殺了人。第二種是出門打獵但出了岔子。法庭認為在這兩種可合理地發生的假設情況中，四年的監禁刑期對於該等罪行來說，不會是嚴酷和異常的懲罰。²⁰ 法庭故此確認觸犯《刑法典》第 220(a)條所訂的刑事疏忽導致他人死亡之罪，強制性的最低刑罰是監禁四年。²¹

4.21 多倫多大學的法律及刑法學教授肯特·羅奇（*Kent Roach*），述明 *R v Smith* 案的關注點是，“考慮到為了阻嚇特定罪犯或協助特定罪犯更生而須判處的刑罰”，法定的最低刑罰“是否屬於極度不相稱。”²² 不過，他繼而指出，國會已決定強調判刑的目的是懲罰而非更生，由於法庭尊重這項決定，所以不再遵從“*Smith* 案所大膽述明的憲法原則”。透過確認刑事疏忽導致他人死亡之罪的強制性最低刑罰，法庭在 *Morrissey* 案中建議，“法庭可遵從[國會所訂的]以立法形式遏止罪案的計劃，而這個計劃是通過強制性刑罰，對多種不同的罪行作出譴責並收阻嚇之用……。”²³

¹⁸ *R v Morrissey* [2000] 2 SCR 90.

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

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

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

²² 肯特·羅奇，“尋找史密夫：強制性刑罰是否合憲”（“*Searching for Smith: The Constitutionality of Mandatory Sentences*”），39 *Osgoode Hall LJ* (2001) 367，第 412 頁。

²³ 肯特·羅奇，同上，第 412 頁。

更廣闊的公眾利益及政策角度

4.22 就第 1 章所見，律師會已促請政府對例外罪行機制進行改革，而上訴法庭也就這方面的問題提出了一些看法。關於例外罪行的爭論，核心議題是作為一項涉及更廣闊公眾利益的事宜，立法機關制約法官的判刑權力是否適當。

4.23 例外罪行令法官判案時的靈活性受到限制，因為法官無法行使酌情決定權，考慮選擇判處非扣押刑罰，縱使法官可能會認為考慮到有關案件的特定情節，作此判決是適當的。正如第 1 章所提到的 *AG v Ng Chak Hung* 案，雖然法官經考慮該宗案件的情節以及被告人的背景後認為應判被告人緩判，但法官無法作此判決，因為被告人是被裁定觸犯一項例外罪行，那就是違反第 212 章《侵害人身罪條例》第 17 條的意圖傷人罪。

4.24 再者，例外罪行有時會令法官難以對罪犯處以一項與其所犯罪行嚴重程度相稱的刑罰。舉例來說，猥褻侵犯（俗稱“非禮”）屬例外罪行，但這行徑的嚴重程度在不同案件中會有所不同，可由較輕微的“毛手毛腳”至嚴重的以物件插入受害人性器官不等。由於其他判刑選擇（例如罰款、感化令或社會服務令）或會被認為對猥褻侵犯來說過於寬大，故此裁判官在此類案件中可能別無選擇，不論案中的猥褻侵犯行徑嚴重與否，也須把被告人直送進牢獄。

4.25 在另一方面，例外罪行的支持者可能會提出爭議，說例外罪行在原則上並無任何問題。他們或會認為例外罪行只不過是法例訂立的指引，示明就某幾類受社會關注的嚴重罪行而言，法庭只可對罪犯處以扣押刑罰。這些法例訂立的指引，好處是可確保判刑有一致性。事實上，法例也曾就多項其他事宜訂立指引，例如是最高刑罰，而有時則是最低或確定限期的刑罰。此外，司法機構本身也訂有法庭所作出的判刑指引，例如就販毒所作出的指引。

4.26 不過，罪犯的判刑涉及多項不同的原則，立法機關是難以預見因應案件的特殊情節而須對特定罪犯作出的適當懲罰。立法機關的傳統角色是就罪行訂立最高刑罰，從而反映社會認為對某些特定類別罪行，應判處的刑罰的適當範圍。至於就特定的罪犯來說，考慮到案件的情節和罪犯的背景，甚麼刑罰才是適當，則要由法官或裁判官來決定。

4.27 再者，法例訂立的判刑指引（例如強制性的最低刑罰）是否合憲，在加拿大的法庭上已受到越來越多的挑戰。提出挑戰的理據是在一些案件之中，以法庭認為為了阻嚇罪犯或協助罪犯更生而必須判處的刑罰來說，該等法例訂立的判刑指引屬於極度不相稱，而因為這個緣故，它們在法庭上可能會經不起挑戰。

社會對法治的看法

4.28 例外罪行機制的支持者可能會辯說，透過不讓某些嚴重罪行有獲判緩刑的選擇，犯此等罪行的罪犯便無法藉緩刑而得以在實際上“逍遙法外”。這樣做可向罪犯傳達一個信息，那就是某些類別的嚴重罪行不會獲得寬容，罪犯會被判即時入獄以示懲戒。維多利亞的律政部長羅拔·克拉克（Robert Clark），在《2011年判刑進一步修訂法令》（Sentencing Further Amendment Act 2011）進行二讀時指出：

“緩刑是虛擬的刑罰，假裝罪犯正在獄中服刑，但罪犯其實是自由自在地在社區生活。在緩刑下，罪犯不會受到任何限制，罪犯也無須履行社會服務或報到。結果是有很多罪犯在實際上均無須為自己所犯的罪行而在任何方面受到真正的懲罰，亦無須向社會作出任何賠償。前政府在2006年立法時聲稱廢除嚴重罪行可處緩刑的規定，但容許法庭繼續在未有界定的‘例外情況’中判處緩刑，於是留下了一個大漏洞。在上屆國會的最後一個工作周中，前政府才蹣跚來遲地動議採納聯合政黨所提出的廢除緩刑政策其中一小部分，從而以堵塞這個漏洞。”

4.29 問題卻在於緩刑是否的確表示罪犯無須受到懲罰。江樂士與張維新指出，緩刑的作用是對罪犯造成強大的心理阻嚇，防止他們再度犯罪：

“判處監禁但可以緩刑，有人曾將之比作一把懸在罪犯頭上的利劍，足以令罪犯提心吊膽，惶恐不安。在 *HKSAR v Chan Hong Ma 1255/2001* 案中，緩刑被稱為‘罪犯被判即時監禁之前所得的最後一次機會’。雖然被判處監禁，罪犯卻無須入獄。他得到了一次機會，所面

對的只是入獄的威脅。監禁之刑可能會執行，也可能不會執行，就看他對這次所得機會的反應如何。”²⁴

4.30 在另一方面，例外罪行機制的反對者可能會提到例外罪行被納入香港法典的歷史。例外罪行被編入第 221 章附表 3 至今已 40 年，當時的律政司希望這只是一項暫時措施。正如上文所指出，《1971 年刑事訴訟程序（修訂）條例草案》之所以作出修訂，是考慮到當時的特定情況（暴力罪案急劇上升），以及一些相信是很多現屆立法會議員不會贊同的看法。舉例來說，張奧偉議員在條例草案進行辯論期間所表達的以下意見，今時今日多半不會得到支持：

“現時法庭已把體罰放回正確的位置之上，我之所以提到體罰只是基於一個原因：公眾認為體罰應予保留，但曾有某個工作小組違反民意而建議廢除體罰。公眾的意見是對的。”²⁵

4.31 我們或者也應注意一點，那就是當《社會服務令條例》（第 378 章）於 1984 年制定之時，並無任何人要求把該條例也納入例外罪行機制的適用範圍之內。有人可能會說難以明白何以法庭不得就某項例外罪行判處可以緩刑的監禁，但法庭卻可以就這項嚴重罪行判處可以說是一項較輕的刑罰 - 社會服務令。

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

²⁵ 香港立法局會議過程正式紀錄，同上，第 352 頁。

第 5 章 改革的正反論據以及建議

5.1 本章會先列出贊成保留例外罪行列表的論據以及香港大學比較法及公法研究中心報告書（下稱“研究中心報告書”）所提出的贊成改革論據，然後列出終審法院首席法官於 2012 年年中諮詢法官及司法人員所得的意見。諮詢的議題是：以他們的經驗來說，第 221 章附表 3 所施加的法定限制（即：不得就例外罪行判處緩刑），有否令他們覺得不自在或不公平。我們會在本章的結尾部分，列出我們的結論和建議。

贊成保留例外罪行列表的論據¹

5.2 贊成保留例外罪行列表的論據，似乎是 1970 年代初香港暴力罪案猖獗，社會對此表示關注，當時香港的立法者認為法庭判刑過輕，有必要作出例外規定。

贊成進行改革的論據²

5.3 研究中心報告書認定六項理由，支持全面廢除例外罪行列表，或從列表中刪除那些不一定會對他人造成嚴重身體暴力的罪行。

- (1) 香港暴力罪案的猖獗程度，自 1970 年代以來已大幅減弱，在評估是否需要保留抑或改革例外罪行列表時，這是一項必須考慮的重要社會因素。³ 香港現在已較以前安全得多，而暴力罪行的猖獗程度，自 1970 年代以來已大幅減弱，故此訂立例外規定的原有理據已不再適用。雖然時代已有頗大變遷，但例外罪行列表數十年來未有檢討或更新。
- (2) 如無判處緩刑的選擇，那些原本值得判處緩刑的罪犯通常會被判入獄。部分例外罪行，例如試圖進行猥褻侵犯（俗稱“非禮”）以及涉及武器的罪行，可以在各種不同情況之下發生，包括特殊情況在內（例如犯案情節非

¹ 《香港緩刑改革報告書》，同上，第 15 頁。

² 《香港緩刑改革報告書》，同上，第 15 至 21 頁。

³ 舉例來說，向警方舉報的暴力罪案 1975 年有 20,912 宗，2005 年數目下降至 13,890 宗。此外，在這 30 年期間，香港人口已由 4,366,600 大幅增至 6,813,200，意味着按人口平均計算的暴力罪案舉報率下降 43%。見《香港緩刑改革報告書》，同上，第 16 頁。

屬可加重罪行者；罪犯屬初犯，並已感到後悔且重犯機會不大），而這些情況通常是可以判處緩刑的。由於沒有更好的判刑選擇而判此等罪犯入獄，對他們來說是不公平的。香港有四宗真實的猥褻侵犯案件可說明上述情況。在這些案件中，罪犯均屬初犯，但由於法庭不能選擇判處緩刑，他們被判監禁，刑期在兩年以下。⁴ 有時情況則相反，雖然緩刑是較為適當的刑罰，但法庭可能會沒有更好選擇而必須下令罪犯接受感化（或履行社服務令）。不論判刑是過嚴（監禁）抑或過寬（感化），但法庭由於不能選擇判處緩刑，難免會在一些涉及例外罪行的案件中被迫作此判刑。不論是過嚴抑或過寬，結果同樣是不公平。

- (3) 另一項重要考慮因素，是有需要賦予法官及裁判官很大的酌情決定權，讓他們可以作出公正和適當的判刑。例外罪行列表不但過時（是列表本身的歷史緣由令到列表與時代脫節），而且不論情況如何，同樣不相稱地一律適用於被控某些罪行的罪犯。例外罪行令法庭的判刑酌情決定權受到限制，以致法庭在個別案件中不能行使公義。撤銷這些施加於酌情決定權的限制，符合禁止任意判處不相稱監禁的人權準則。
- (4) 我們並無理由相信廢除例外罪行，會令更多人犯罪或令社會受害的風險增加。緩刑會繼續只為特殊的情況而設。我們可以信賴香港法庭會繼續判處對社會構成重大危險的罪犯入獄。法庭現時在判處緩刑時，有權對罪犯施加一些條件，如罪犯在判令有效期間違反這些條件，法庭便會下令獲暫緩執行的刑罰全面生效。
- (5) 例外罪行列表的不合邏輯之處分屬兩類。第一類是列表並不全面，未有收納其他暴力罪行及嚴重罪行。此外，有多項嚴重的性罪行也不在列表之上。⁵ 這意味着那些被裁定此等罪名成立的人，在理論上是有權獲判監禁緩刑的。第二類則涉及一些現時見於列表的較輕微罪行。⁶

⁴ 《香港緩刑改革報告書》，同上，第 17 頁（表 1）。

⁵ 見《刑事罪行條例》（第 200 章），例如未經同意下作出的肛交、意圖作出肛交而襲擊、嚴重猥褻作為、獸交、與年齡在 13 或 16 歲以下的女童性交、與精神上無行為能力的人性交、拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童、販運他人進入或離開香港。

⁶ 這些罪行是循簡易程序治罪的罪行，最高刑罰是監禁三年或以下。有多項此類罪行是可以在未有對另一人施以實質身體暴力的情況下觸犯，例如涉及槍械和武器的罪行，以及企圖進行猥褻侵犯但未遂的罪行。

這兩類不合邏輯之處，會令人覺得整體上不公平並且是任意而行。

- (6) 在我們所研究過設有相類緩刑權力的司法管轄區（澳大利亞的維多利亞、加拿大、英國）中，沒有任何一個的例外罪行範圍是如香港般寬闊廣泛。在這些司法管轄區中，一項罪行要成為例外罪行，通常必須涉及重大暴力或具有有組織罪行的元素。⁷ 新西蘭曾試圖進行嶄新且具創意的判刑改革，賦予法庭範圍更廣闊的酌情決定權，可對罪犯處以非扣押刑罰，但同時又能提供足夠保障以保護公眾，而新加坡則未有賦予法庭判處緩刑的權力。

香港法官及司法人員的意見

5.4 司法機構曾於 2012 年年中諮詢所有法官及司法人員，諮詢的議題是：以他們的經驗來說，第 221 章附表 3 所施加的法定限制（即：不得就例外罪行判處緩刑），有否令他們覺得不自在或不公平。主要或專門審理刑事案件的各級法官及司法人員的回應如下：

- (1) 回應的法官及司法人員，絕大部分（80%）是基於以下理由而贊成或支持全面撤銷法定限制，或最低限度撤銷就某些罪行（即猥褻侵犯罪及傷人罪）而訂的法定限制：
- (a) 法庭的酌情決定權不應受到制肘；
 - (b) 對於嚴重的罪行，法定限制是多餘的，因為適用的機會不大，而對於較輕微的罪行，法庭需要有權判處緩刑，法定限制卻又令法庭遭綁手綁腳；及
 - (c) 法庭被迫作出不相稱或未能反映罪行刑責的判刑。
- (2) 部分回應特別建議撤銷就以下罪行而訂的法定限制：
- (a) 猥褻侵犯罪及違反《侵害人身罪條例》（第 212 章）第 19 條的傷人罪 - 因為這兩項罪行的犯罪情

⁷ 在加拿大，雖然性侵犯已被納入例外罪行列表，但似乎只在該項罪行是循公訴程序檢控時適用，在循簡易程序檢控時並不適用。

節可以十分懸殊（相反，法庭卻可就相類似的襲擊致造成身體傷害罪判處罪犯監禁緩刑）；

(b) 《公安條例》（第 245 章）第 33 條（在公眾地方管有攻擊性武器），此條規定必須判處罪犯監禁刑罰；及

(c) 刑期在兩年或以下的罪行（但保留就刑期超逾兩年的罪行而訂的法定限制）。

(3) 有數名法官及司法人員未有因法定限制而遇到困難，故此認為並無需要撤銷該項限制。

(4) 有少數意見認為法定限制應予保留，理由如下：

(a) 猥褻侵犯案件日益普遍；

(b) 第 245 章第 33 條所訂的罪行是嚴重罪行；

(c) 撤銷法定限制可能會向公眾發放錯誤信息；及

(d) 撤銷法定限制須先徵詢社會人士的意見。

結論和建議

5.5 例外罪行機制的運作現時存在問題，所以有人支持改變現狀。律師會採納了研究中心報告書所提出的意見和結論。正如之前段落所指出，在法官及司法人員所作出的回應中，贊成撤銷法定限制的約佔80%。

5.6 學者也認為現有機制應予改革，而這正是研究中心報告書所提出的有力論點。特別要指出，40多年前導致在《1971年刑事訴訟程序（修訂）條例草案》中訂立例外罪行的公眾情緒，早已不復存在。第221章附表3所列的部分或全部罪行，究竟是否仍有理由被歸類為例外罪行，社會現時已有不同看法。

5.7 我們同意研究中心報告書的說法，法官及裁判官應獲賦予很大的酌情決定權，讓他們可基於案件的情節而作出公正和適當的判刑，並且可選擇判處緩刑。若非如此，法庭便可能遭綁手綁腳，結果是判刑可能過嚴（監禁）或者過寬（感化），而不論是過嚴抑或過寬，對受害人或被告人來說均屬不公平，這並非大家所樂見的結果。

5.8 我們留意到部分公眾人士可能會認為例外罪行有理由存在，因為可確保觸犯嚴重罪行的罪犯不會因獲判緩刑而得以“逍遙法外”，並且可發出一項清楚的信息，表明法律不應對某些類別的嚴重罪行寬大處理。然而，我們同意研究中心報告書的說法，大家無須擔心廢除附表3會令社會受害的風險增加。我們有充分信心，香港的法官及裁判官會在不受任何束縛下行使其判刑酌情決定權。

5.9 因此，我們總結認為，有充分理由廢除第221章《刑事訴訟程序條例》附表3所列的例外罪行。

建議

我們建議廢除香港法例第 221 章《刑事訴訟程序條例》附表 3 所列的例外罪行。