CACC 84/2018

[2020] HKCA 270

**香港特別行政區**

**高等法院上訴法庭**

刑事司法管轄權

不服定罪及刑罰上訴許可申請

刑事上訴案件2018年第84號

(原高等法院刑事案件2017年第205號)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

答辯人 香港特別行政區

對

申請人 L.Y.Y.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

主審法官： 高等法院上訴庭副庭長楊振權

高等法院上訴法庭法官彭偉昌

高等法院原訟法庭法官潘敏琦

聆訊日期： 2020年4月8日

判案日期： 2020年4月8日

判案理由書日期：2020年4月 29 日

**判 案 理 由 書**

上訴法庭法官彭偉昌頒發上訴法庭判案書：

1. 本案源於高等法院原訟法庭。申請人在審訊後被裁定一項‘猥褻侵犯’（控罪（3））和三項‘企圖強姦’（控罪（4）至（6））罪名成立。原審法官（黃崇厚法官）把他判囚共12年。申請人不服，就定罪和判刑提出上訴許可申請[[1]](#footnote-1)。本庭在聽畢相關的陳詞後批准申請人的申請，並作出了下文第26段的命令，現頒布書面理由如下。

*控罪與案情*

1. 本案女事主（X）是申請人的女兒，在內地出生和生活至小學三年級才因父母離異而來到香港。X來港後先在叔父家裡寄居，其後才跟申請人搬到粉嶺。這個位於粉嶺的居所只有一個房間，房間由申請人佔用，X則睡於廳中一張雙層床的上格。X睡覺時只會穿背心型運動內衣和三角內褲。
2. 以下是有關四項定罪的案發日期、案發地點和案情撮要：

*控罪（3）*

時間是2012年至2013年期間某日，地點是父女二人在粉領的居所。X當時大概十一歲，就讀小六。

X夜半醒來，發覺自己的內褲被褪至腳間，下體疼痛。由於害怕，X沒有張開眼睛，但感到申請人坐或跪於她的床上，另有東西插進她的下體，X估計是申請人的陰莖。申請人也捉著X的身體前後搖晃。事後，申請人走到廁所拿毛巾替X擦下體和穿內褲，然後再回到自己的房間睡覺。

*控罪（4）*

時間是2013年至2014年期間某日，地點同樣是上述的居所。X當時大概十二歲，就讀中一。

X深夜醒來，申請人已在X的床上，開始用陰莖插進X的下體並頗猛力地前後搖晃。插進X體內的東西體積大、有溫度，令X感覺疼痛。X把眼睛微微張開，看見申請人的頭髮而沒有見到他的身體。由於太過驚慌，X沒有反抗也沒有叫痛。申請人全程沒有戴上避孕套。完事後，申請人同樣到廁所拿毛巾替X擦下體和穿內褲。

*控罪（5）*

時間是2014年至2015年期間某日，地點仍然是粉領的住所。X當時大概十三歲，就讀中二。

X在半夜醒來，發覺申請人已爬到自己床上。申請人把X的雙腳分開，放在他腰間兩旁，之後再把陰莖插進X的下體，前後搖動，期間沒有採取避孕措施。X覺得痛，有把眼睛微微張開，又兩次試圖轉動身體，但申請人都沒有理會，X只好繼續裝睡和希望事情盡快過去。完事後，申請人也走到廁所拿毛巾替X清潔和穿內褲。

翌日，申請人指X肥胖、問她是否「有咗BB」，又問她「痛唔痛」。X感覺申請人已知道她裝睡。

*控罪（6）*

時間是2014年至2015年期間某日，地點是深圳一名舊鄰居的家，申請人和X去探訪時被安排同住一個房間，房間裡只有一張雙人床。X當時仍為十三歲和就讀中二。

當晚，X下體疼痛，發覺申請人捉住自己雙腳把陰莖插進她的下體，前後搖晃，沒有戴上避孕套。這次受侵犯的時間較短，X記不清申請人有沒有替她清潔，只記得申請人在完事替她穿回內褲，之後繼續睡覺。

1. 要即時補充的是：

原公訴書上的控罪（4）至（6）都是‘強姦’，‘企圖強姦’是陪審團裁定申請人有罪的交替控罪。

控罪（3）至（6）的案情相近，控罪（3）卻由始至終是‘猥褻侵犯’而不是‘強姦’，控方給原審法官和陪審團的解釋是不能排除有實非男性生殖器的東西插進X下體。

原公訴書上的控罪（1）和（2）是兩項‘猥褻侵犯’，據稱發生於X四至六歲並仍然住在深圳期間，申請人被指用手指騷擾X的下體，但都被陪審團裁定無罪。

*其他事件及報案原因*

1. 除了上述四次事件，申請人據稱會從網上找來女性的裸體照片問X是否漂亮及喜歡哪一位做母親，令X感到被侮辱和滋擾；相關時段是「呢一兩年」（當由X在2016年11月報警後的錄影證供倒數）。
2. X在控罪（6）發生後買了一把刀放在枕邊，作用是防身。這刀在幾星期後不翼而飛，但申請人亦停止了對X的侵犯。至於X為何會在2016年11月報警，主因據稱是X在廳中更衣時申請人拖延甚至拒絕返回自己的房間，損害了X作為女性的尊嚴。其次就是X需要一部較強力的電腦上設計課，但申請人卻遲遲不肯買給她，X覺得申請人是藉此威脅和會影響她的前途。在這兩個原因推動下，X向就讀學校的老師（黃老師）透露自己被性侵，之後再由後者轉介駐校社工（袁姑娘）處理及報警。

*定罪上訴*

*（關鍵投訴）*

1. 在原審時已代表辯方的馬大律師為申請人提出了七項具體上訴理由。 其中的理由（5）批評[[2]](#footnote-2)：本案既沒有‘新近投訴’的證據，但原審法官卻在《導詞》[[3]](#footnote-3)裡發出了類似而又錯誤的法律指引，令申請人在審訊中的利益受損。
2. 這項上訴理由是本庭唯一關注的一項，其餘的上訴理由則無甚說服力。
3. 和理由（5）有關的指引首先出現於引導陪審團的第一天。當時原審法官剛解釋完各項控罪的構成元素並開始發出一般性的法律指引[[4]](#footnote-4)：

「 各位聽過證供，X喺指稱嘅事件發生咗之後到隔咗相當嘅時間，曾經向幾個人談及事件。呢方面嘅證據並不是可以證明X同被告人之間的確發生咗咩嘢事，因為事發嘅時候呢啲證人並不在場，佢哋睇唔到發生咗咩嘢事情，不知實情嘅，但係你哋有權將呢方面嘅證據列入你哋嘅考慮。如果你哋認為X話畀其他人聽嘅講法，同X喺庭上面嘅證詞係一致嘅，你哋有權評估X嘅誠信嘅時候，因此判斷X嘅講法係咪可信。另一方面，如果你哋發現X喺庭上面同你哋講嘅，同佢同其他人講嘅版本係有出入，有分別嘅話，你哋必須要顧及呢啲分歧或者出入。辯方馬大律師喺陳詞嘅時候講，呢個可能會反映X同其他人講嘅時候仲未諗清楚佢虛構嘅故事應該係點樣樣，所以出現前後不一，露出破綻，係咪咁嘅情況由各位去定奪。

各位應該引用我較早之前畀大家嘅指引，作出你哋嘅判斷。X同其他人講嘅版本，同佢喺庭上面嘅證詞係咪一致，係咪有分歧，各位去判斷。呢方面嘅裁斷對你哋就X嘅誠信評估有幾大嘅幫助，亦都係各位嘅判斷。不過重要嘅就係你哋應當謹記，向人投訴並不證明X同被告人之間發生咗咩嘢事，並非係呢啲事情嘅獨立證據。因此呢啲所謂『投訴嘅證據』，本身不能夠證明X所描述嘅事情係的確有發生嘅。」

1. 有關指引的再次出現，是第二天，原審法官接近完成整個《導詞》的階段，而且原審法官是在沒有人提請下自行觸及這個題目。相比之下，第二次的指引更明確地指出了X的說法前後並不完全一致，但那亦是唯一的分別[[5]](#footnote-5)：

「 X係有同幾個人作出投訴嘅，或者向佢哋講佢曾經被侵犯，但係對所有人講嘅都係好簡略嘅，只係對老師所講嘅較為詳細。但係正如辯方大律師所講，X同老師講嘅，同埋同其他人講嘅，同X喺法庭上嘅證詞都係有不相符嘅地方。呢啲不相符嘅地方對你哋對X嘅證據嘅評估有幾大影響，咁我請大家顧及我琴日畀你哋嘅指引去作出考慮。」

*（事情的起因）*

1. 根據本庭理解，X第一次明確指稱自己被申請人強姦，是2015年12月，對方是校內團契女導師曾女士（控方第三證人）。X再作出有關的投訴，是2016年11月，接收者則為上文提到的黃老師（不在證人列表）和駐校社工袁姑娘（控方第四證人）。無論如何，從原審至上訴都未受爭議的是，在法律上，本案沒有可構成‘新近投訴’的證據。
2. 儘管如此，原審外聘主控官還是在開案時提到，除了2016年的投訴令事情得以揭發（這點沒有問題），X其實也早於2015年向曾女士透露了自己被性侵（上訴的焦點所在）[[6]](#footnote-6)。至於這樣做的理據何在，外聘主控官是這樣解釋的[[7]](#footnote-7)：

「 陳小姐： 咁至於另外嗰位嘅團契導師嗰度喇，其實我之前就係考慮希望辯方可以同意用65B嘅形式就係納入佢呢一位曾女士嘅供詞作為證供嘅，而佢其實主要係提及到喺15年嘅時候佢係聽到--對唔住，佢係睇到X有一啲嘅即係情緒衝動呀嗰啲嘢，咁係講到佢關於係即係有性侵犯之後嘅一啲表現。咁我哋控方唔係話倚賴作為呢個係一個嘅first complaint嗰個第一時間嘅投訴，而係只不過係想表達番係，其實佢係喺呢個15年嘅時候已經有一啲對佢父親嘅不滿。咁但係知道呢，就辯方係唔同意用呢個65B嘅方式處理嘅，但係就住呢一位嘅曾女士，咁辯方又係表示，佢就要呢一位證人，咁所以我就喺開案嘅時候提到過，咁而即係佢嘅證供所涉獵到嘅都主要唔係喺較後嘅階段，而係講番佢喺15年嘅時候即係有接觸過X嘅，即係據佢所知嘅一啲嘅性侵嘅指控咁，咁所以我就喺開案嘅階段係約略作咗一個咁樣樣嘅說法囉。本身如果就住以65B形式嚟講，辯方唔同意嘅話，我相信我唔會就住呢位嘅曾女士嘅主問有啲乜嘢好深入嘅嘢要去問囉，我只係希望就住佢係唔係喺15年嘅時候曾經都聽到過呢一位X係向佢作出過對爸爸有一啲嘅性侵指控，就係咁多，我唔會去到深入去問囉。

官： 提出呢項證據嘅目的係...

陳小姐： 有呢個作用就係X係並非去到16年11月嘅時候突然間因應某啲原因所以去對爸爸作出一啲可能係捏造出嚟嘅指控，而係早於喺15年嘅年初嘅時候，佢已經係有呢一個嘅對爸爸向佢作出性侵嘅一個嘅說法囉。」

1. 一如所料，這個解釋未能平息辯方的反對。辯方力稱，辯方雖然勢必會就2015年的投訴盤問曾女士，可是控方卻沒有主動引入這個純屬傳聞證據的理由。「盤問係我嘅事」就是馬大律師的原話[[8]](#footnote-8)。簡言之，辯方只期望可透過對曾女士的盤問而顯出X的投訴和庭審時的證供不符，他們不認為控方有權在主問中提到這方面的證據。
2. 結果，原審法官沒有就這個議題作出裁決[[9]](#footnote-9)：

「 官： ...... 控方點樣可以處理 *[曾女士]* 嘅證詞，我相信真係要留待盤問完X之後我嘅先知道有冇充分嘅基礎應該咁做。」

控辯雙方在X作供完畢後也沒有即時檢討跟進和要求法庭就有關問題作出澄清。

1. 更甚的是，控方在曾女士作供期間，不但主動帶出了2015年12月的指控，而且還毫不顧忌地引入了比那個指控更早的投訴。本庭所指的，是X在同年9月透露的、一些與申請人有關而「嚴重性」和令X「唔開心」的程度又足以令曾女士「絕對想搵人幫手介入」的事[[10]](#footnote-10)。
2. 本庭以‘毫不顧忌’來形容控方的做法，是因為，經過連串的主問（和辯方的反對）之後，陪審團所能得到的唯一印象，就是12月的指控，實為一系列屬同樣性質的投訴的終極。事實上，控方的開案陳詞就以2015年12月之前幾個月作為曾女士首次聽到X被父親性侵的時間[[11]](#footnote-11)；控方結案時也強調，X終於在2015年9月遇上了可信任的人曾女士[[12]](#footnote-12)。
3. 誠然，本庭沒有曾女士的筆錄、不知道2015年9月後出現的投訴的確實內容；控方為何隱晦地不把這些內容直接帶出（他們不是認為有關證據都可以呈證嗎？），本庭也不清楚。不過，觀乎一切有關的情況，陪審團相信X在9月開始投訴自己被父親性侵，是必然的。
4. 事情的最終發展，是辯方要求法庭發出一個姑且叫‘曾經投訴並說法一致不證明可信，整體說法前後不同則可能影響可信性’的指引。當時是證供快將完結、原審法官邀請控辯雙方就《導詞》作出建議的階段。以下是辯方最關鍵的一段陳詞，它清楚解釋了辯方的想法和立場[[13]](#footnote-13)：

「 我想睇睇陳大律師嗰個關於*[曾女士]*嗰位團契嘅導師，同埋袁海玲姑娘，個所--佢嘅證供關於收到X嘅投訴喇，我哋咁講，係呢一點啫，係呢一點，我就希望我--希望喺咁嘅情況，法官閣下就解釋畀佢哋聽，呢啲嘅所謂投訴就唔係話貼近時間咁去作出，不能夠係任何地方幫到嗰位X嘅可信性，不能夠，因為我希望法官閣下打一個--用一個例子畀佢就係，如果一個人，係喇，諗清諗楚之後同十個八個講，唔會話因此有十個八個證人上嚟去支持佢嘅可信性嘅，呢個，希望法官閣下去解釋，但係到另一方面，如果盤問出嚟嘅有唔同嘅地方，我諗就當然可以考慮係會影響佢個可信性喇，當然，會影響可信性，而家問題就係咁，我就關注呢一點啫，主要，就係主要係圍繞住*[曾女士]*同埋袁姑娘兩個，點樣處理啲所謂呢個X嘅向佢哋所作嘅投訴啫。」

1. 對於這個要求，原審法官的回應是正面的，最少他也應該是接納了辯方的關注[[14]](#footnote-14)：

「 官： ...咁就但係我畀陪審團嘅訊息，就喺證據上，我一定會中性地表達喇，...

馬先生： 冇錯。

官： ...咁重要嘅訊息就係，無論如何，就並唔會幫到佢哋去評估X嘅可信性，反為如果佢哋睇到X同佢哋講嘅嘢同佢嘅證詞係有不一致嘅地方，...

馬先生： 冇錯，係。

官： ...佢哋必須要去顧及。

馬先生： 冇錯，冇錯。

官： 大致上係咁樣樣。

馬先生： 大致上係咁，法官閣下，或者頭一段，我希望法官閣下清晰啲就係，『就算你覺得係好似吻合佢而家嘅說法都好，也不能協助控方去支持佢嘅可信性』，應該係咁講，我相信應該係咁樣樣。

官： 唔該。好，或者嗰個時--等等，妳預計你會有結案陳詞抑或如何？」

1. 最後，有關指引被兩度發出，辯方沒有要求法庭更正。他們沒有就《導詞》的任何可能錯誤向原審法官陳詞。就這個疏漏，馬大律師解釋是當時未能及時察覺出指引有任何不妥，並特此向本庭致歉。

*（討論與分析）*

1. 正如上文提到，2015和2016年兩組投訴，都不是法律認可的‘新近投訴’。它們只屬於‘話者自證’（self-serving）一類的傳聞證據，一般會因為沒有任何舉證價值而不能呈堂。例外的情況則包括控方用它來解釋案件如何被告發，又或當辯方質疑控方的指控是‘近期捏造’（recent fabrication）。
2. 基於以上的法律，外聘主控官希望藉開案和對曾女士的主問搶先引入2015年的投訴，是錯的，2016年的投訴則因為可解釋報案過程而可被接納。還有，根據外聘主控官的解釋（見上文第12段），她這種搶先的做法，無疑是以為可用‘話者自證’的方法來顯示X可信，亦即正好掉進了證據法要杜絕的誤區。倒過來，原審法官表示要先看看辯方對X的盤問（見上文第14段），則明顯和辯方會否指X‘近期捏造’的考慮有關。問題是，原審法官沒有及時就有關法律作出清晰的指示甚或裁決，讓外聘主控官在開案陳詞之後再錯下去（答辯人在本庭查詢下確認，辯方從未在X的盤問中質疑她的指控是‘近期捏造’）。
3. 最後，也是本上訴的最重要一點，就是本庭同意馬大律師的陳詞，認為有關指引的上半部用詞過於寬鬆：

「 如果你哋認為X話畀其他人聽嘅講法，同X 喺庭上嘅講法係一致嘅，你哋有權評估X 嘅誠信嘅時候，因此判斷X嘅講法係咪可信。」

這個開放而沒有定論的表述，不但沒有明令禁止陪審團完進入上文提到的誤區，而且完全足以讓陪審團誤以為若X的投訴和庭上證供（簡稱整體說法）前後一致便可評定她為可信。由於焦點不同，這個漏洞也不是指引的下半部、即有關X的說法不一時應如何處理的表述內容正確而能補救的（見上文第9段）。

1. 本庭認為，在本案，一個明確指出‘曾經投訴並說法一致不證明可信，整體說法前後不同則可能影響可信性’的指引，才是合適和正確的指引。答辯人力稱，原審法官在第二天指出X的整體說法「都係有不相符嘅地方」（見上文第10段），當可彌補第一天的漏洞，本庭不同意。始終，X的整體說法是否前後一致，只能由陪審團來決定，而根據裁決，他們明顯認為X的整體說法前後吻合。這樣，再加上陪審團在第二天還被指示要「顧及」法庭在「琴日」發出的指引，本庭實不能確定他們沒有誤用X在2015年甚至2016年的投訴。

*判刑上訴*

1. 鑑於本庭對定罪的看法，本案的判刑上訴已無需處理。

*判決*

1. 這是一宗俗稱‘一對一’的性侵案件。X的證供是否可信，陪審團在處理這個議題的進路是否正確，因此也至為重要。然而，由於控辯和法庭三方的問題，陪審團未能獲得相關的正確指引，以致各項定罪不穩，不能維持。本庭裁定：申請人准予上訴，兼且上訴得直，他的定罪和判刑一併撤銷。

*重審*

1. 在聽過本庭就其他上訴理由所持的粗略看法之後，馬大律師不反對重審。由於本上訴之所以得直，是基於法律技術問題，所以本庭下令：本案須發還原訟法庭，由另一位法官會同陪審團重審，期間申請人繼續還押，由懲教署看管。

(楊振權) (彭偉昌) (潘敏琦)

高等法院上訴法庭副庭長 高等法院上訴法庭法官　 高等法院原訟法庭法官

申請人： 由巴麗蒂律師行轉聘馬維騉大律師及劉漢泓大律師代表

答辯人： 由律政司高級助理刑事檢控專員萬德豪先生代表

1. 申請直接由上訴法庭處理。 [↑](#footnote-ref-1)
2. 見日期為2019年6月14日的《修訂完備上訴理由》。 [↑](#footnote-ref-2)
3. 即向陪審團發出的法律指引和案情撮要。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 上訴卷宗27頁B至J。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 上訴卷宗49頁E至G。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 上訴卷宗472頁N至P。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 上訴卷宗477頁A至J。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 上訴卷宗478頁R至T。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 上訴卷宗478頁U至V。 [↑](#footnote-ref-9)
10. 上訴卷宗442至444頁。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 上訴卷宗472頁P。 [↑](#footnote-ref-11)
12. 上訴卷宗501頁L至R。 [↑](#footnote-ref-12)
13. 上訴卷宗486Q至V。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 上訴卷宗488I至O。 [↑](#footnote-ref-14)