

A-384-77

A-384-77

**Government of Hong Kong (Appellant)**  
(Respondent)

v.

**Hon Kwing Shum (Respondent) (Applicant)**

Court of Appeal, Pratte and Urie JJ. and MacKay D.J.—Vancouver, January 20 and 24, 1978.

*Prerogative writs — Prohibition — Application for extradition pursuant to Fugitive Offenders Act — Respondent accused of offence in Hong Kong — Penalty not described as “hard labour” but Prison Rules requiring inmates to be engaged in useful work — Whether or not Trial Division’s decision that “work” under Prison Rules not constituting “hard labour” correct — Fugitive Offenders Act, R.S.C. 1970, c. F-32, ss. 3, 12 — Prevention of Bribery Ordinance (Hong Kong), s. 12 — Prison Rules (Hong Kong), s. 38.*

This is an appeal from a judgment of the Trial Division granting an application for a writ of prohibition directed against a magistrate sitting under section 12 of the *Fugitive Offenders Act*. According to the Trial Division, the magistrate was without jurisdiction to determine whether the respondent was to be committed to prison to await his return to Hong Kong because the offence committed by respondent in that country is not an offence to which the Act applies. The issue is the correctness of the Trial Division’s decision that, notwithstanding the requirement of Hong Kong’s Prison Rules that every prisoner engage in useful work, the offence with which respondent is charged in Hong Kong is not punishable by “imprisonment with hard labour” within the extended meaning given that expression by section 3 of the *Fugitive Offenders Act*.

*Held*, the appeal is allowed. The word “labour” is sufficiently broad to allow compulsory work prescribed by the Prison Rules. Section 3 of the Act deems imprisonment with hard labour to be “any confinement in a prison combined with labour, by whatever name it is called”. What matters is whether that punishment implies, in law, “confinement in a prison combined with labour”. If, in order to determine whether this condition exists, one is not to have regard to the name by which the punishment is designated in the enactment creating the offence, one must of necessity consider what are, under the law of the country in question, the legal effects of the imposition of the punishment prescribed. The Prison Rules are clearly part of the legislation defining the regime to which persons sentenced to imprisonment are subjected.

*Bailey v. Kelsey* (1959) 100 C.L.R. 352, agreed with.

APPEAL.

COUNSEL:

*M. M. de Weerdt, Q.C.*, for appellant.

**Gouvernement de Hong Kong (Appellant) (Intimé)**

a c.

**Hon Kwing Shum (Intimé) (Requérant)**

Cour d’appel, les juges Pratte et Urie et le juge suppléant MacKay—Vancouver, les 20 et 24 janvier 1978.

*Brefs de prérogative — Prohibition — Demande d’extradition conformément à la Loi sur les criminels fugitifs — Intimé accusé d’avoir commis une infraction à Hong Kong — Peine non assimilée à des «travaux forcés» mais les Prison Rules imposent aux détenus un travail utile — La décision de la Division de première instance selon laquelle le «travail» (work) exigé aux termes des Prison Rules ne peut être assimilé à des «travaux forcés» est-elle bien fondée? — Loi sur les criminels fugitifs, S.R.C. 1970, c. F-32, art. 3, 12 — Prevention of Bribery Ordinance (Hong Kong), art. 12 — Prison Rules (Hong Kong), art. 38.*

Appel est formé contre un jugement de la Division de première instance qui a accueilli une demande de bref de prohibition à l’encontre d’un magistrat siégeant aux termes de l’article 12 de la *Loi sur les criminels fugitifs*. De l’avis de la Division de première instance, le magistrat n’était pas compétent pour décider si l’intimé devait être envoyé en prison pour qu’il y attende son renvoi à Hong Kong parce que l’infraction commise par ce dernier dans ce pays n’est pas une infraction à laquelle s’applique la Loi. Le point en litige est la rectitude de la décision de la Division de première instance qui a jugé que, malgré la disposition des Prison Rules qui exige que chaque prisonnier fasse un travail utile, l’infraction dont est accusé l’intimé à Hong Kong n’est pas punissable de «l’emprisonnement avec travaux forcés» au sens élargi donné à cette expression à l’article 3 de la *Loi sur les criminels fugitifs*.

*Arrêt*: l’appel est accueilli. Le mot «travail» (au sens de l’anglais «*labour*») est suffisamment large pour s’appliquer au travail (au sens de l’anglais «*work*») obligatoire prévu aux Prison Rules. Aux termes de l’article 3 de la Loi, est réputé emprisonnement avec travaux forcés «toute détention en prison à laquelle est joint le travail, sous quelque nom que ce soit». Ce qui importe, c’est de savoir si la peine implique, en droit, la «détention en prison à laquelle est joint le travail». S’il ne faut pas, pour déterminer si c’est le cas, tenir compte du nom sous lequel la peine est désignée dans la loi qui crée l’infraction, il faut, par la force des choses, examiner quels sont, en vertu de la loi du pays en question, les effets légaux de l’imposition de la peine prévue. Les Prison Rules font clairement partie de la législation qui définit le régime auquel sont soumises les personnes qui ont été condamnées à l’emprisonnement.

Arrêt approuvé: *Bailey c. Kelsey* (1959) 100 C.L.R. 352.

APPEL.

j

AVOCATS:

*M. M. de Weerdt, c.r.*, pour l’appelant.

*H. A. D. Oliver* for respondent.

*H. A. D. Oliver* pour l'intimé.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Oliver, Waldock & Richardson*, Vancouver, for respondent.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Oliver, Waldock & Richardson*, Vancouver, pour l'intimé.

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par*

PRATTE J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [see page 785 *supra*] granting an application for a writ of prohibition directed against a magistrate sitting under section 12 of the *Fugitive Offenders Act*, R.S.C. 1970, c. F-32. According to the Trial Division, the magistrate was without jurisdiction to determine whether the respondent was to be committed to prison to await his return to Hong Kong because the offence allegedly committed by the respondent in that country is not an offence to which the *Fugitive Offenders Act* applies.

LE JUGE PRATTE: Le présent appel porte sur un jugement de la Division de première instance [voir à la page 785, précitée] qui a accueilli une demande de bref de prohibition à l'encontre d'un magistrat siégeant en vertu de l'article 12 de la *Loi sur les criminels fugitifs*, S.R.C. 1970, c. F-32. De l'avis de la Division de première instance, le magistrat n'était pas compétent pour décider si l'intimé devait être envoyé en prison pour qu'il y attende son renvoi à Hong Kong parce que l'infraction présumément commise par l'intimé dans ce pays n'est pas une infraction à laquelle s'applique la *Loi sur les criminels fugitifs*.

The *Fugitive Offenders Act* provides that a person who is accused of having committed an offence to which the Act applies "in any part of Her Majesty's Realms and Territories except Canada" may, "if found in Canada, . . . be apprehended and returned, in the manner provided by this Act, to the part of Her Majesty's Realms and Territories from which he is a fugitive." The Act applies to the offences described in section 3:

La *Loi sur les criminels fugitifs* prévoit qu'une personne qui est accusée d'avoir commis une infraction à laquelle s'applique la *Loi* «dans quelque partie des royaumes et territoires de Sa Majesté, autre que le Canada» peut, si elle est «trouvée au Canada, . . . être arrêtée et renvoyée, de la manière prescrite par la présente loi, dans la partie des royaumes et territoires de Sa Majesté dont il s'est enfui». La *Loi* s'applique aux infractions énumérées à l'article 3:

3. This Act applies to treason and to piracy, and to every offence, whether called felony, misdemeanour, crime or by any other name, that is, for the time being, punishable in the part of Her Majesty's Realms and Territories in which it was committed, either on indictment or information, by imprisonment with hard labour for a term of twelve months or more, or by any greater punishment; and, for the purposes of this section, rigorous imprisonment, and any confinement in a prison combined with labour, by whatever name it is called, shall be deemed to be imprisonment with hard labour.

3. La présente loi s'applique à la trahison et à la piraterie, et à toute infraction qualifiée félonie, délit, crime ou autrement, qui pour lors est punissable, dans la partie des royaumes et territoires de Sa Majesté où elle a été commise, soit par voie de mise en accusation, soit sur dénonciation, de l'emprisonnement, pendant douze mois ou plus avec travaux forcés, ou de toute peine plus forte; et pour les fins du présent article, l'emprisonnement rigoureux, et toute détention en prison à laquelle est joint le travail, sous quelque nom que ce soit, sont réputés emprisonnement avec travaux forcés.

The offence for which the appellant seeks to obtain that the respondent be returned to Hong Kong is the violation of section 10 of the Prevention of Bribery Ordinance of that Crown Colony. Under section 12 of the Ordinance, that offence is punishable by imprisonment for a period of more

L'infraction pour laquelle l'appellant cherche à obtenir que l'intimé soit renvoyé à Hong Kong est la violation de l'article 10 de la Prevention of Bribery Ordinance de cette colonie de la Couronne. En vertu de l'article 12 de cette ordonnance, cette infraction est punissable d'un emprisonne-

than twelve months. The Ordinance does not refer to hard labour. However, it is common ground

(a) that under section 25(1)(h) of the Prisons Ordinance of Hong Kong "The Governor in Council may make rules providing for . . . the classification, clothing, maintenance, employment, discipline, instruction and correction of the prisoners;" and

(b) that, under the authority of that provision, the Governor in Council adopted a rule, known as section 38 of the Prison Rules, which reads as follows:

38. Every prisoner shall be required to engage in useful work for not more than ten hours a day, of which so far as practicable at least eight hours shall be spent in associated or other work outside the cells:

The sole issue in this appeal is the correctness of the decision of the Trial Division that, notwithstanding the requirement of section 38 of the Prison Rules that every prisoner shall engage in useful work, the offence with which the respondent is charged in Hong Kong is not punishable by "imprisonment with hard labour" within the extended meaning given to that expression by section 3 of the *Fugitive Offenders Act*.

The appellant's counsel's main argument was founded on the authority of the unanimous judgment of the High Court of Australia in *Bailey v. Kelsey* (1959) 100 C.L.R. 352, a decision which, I must say, had not been brought to the attention of the learned judge below. In that case, the Court had to determine whether an offence committed in England was "punishable by hard labour" within the meaning of section 9 of the *Fugitive Offenders Act*, 1881, 44 & 45 Vict., c. 69 (Imp.), a provision in all respects identical with section 3 of our Act; it held that the offence there in question, which was punishable in England by mere imprisonment, was nevertheless an offence punishable by imprisonment with hard labour within the meaning of the *Fugitive Offenders Act* because there existed in England Prison Rules, similar to the Hong Kong Prison Rules, requiring prisoners to engage in useful work.

Counsel for the respondent took the position that the *Bailey* case had been wrongly decided.

ment d'une durée de plus de douze mois. L'ordonnance ne parle pas de travaux forcés. Cependant, il est reconnu

a) qu'en vertu de l'article 25(1)(h) de la Prisons Ordinance de Hong Kong [TRADUCTION] «Le gouverneur en conseil peut édicter des règles portant sur . . . la classification, l'habillement, l'entretien, l'emploi, la discipline, l'instruction et la punition des détenus;» et

b) qu'en vertu du pouvoir accordé par cette disposition, le gouverneur en conseil a adopté un règlement, connu comme l'article 38 des Prison Rules qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] 38. Tout prisonnier est tenu de faire un travail utile durant dix heures par jour au maximum dont, autant que possible, huit heures au moins sont consacrées à du travail en commun ou autre, hors cellule.

Le seul point en litige soulevé par cet appel est la rectitude de la décision de la Division de première instance qui a jugé que, malgré l'article 38 des Prison Rules qui exige que chaque prisonnier fasse un travail utile, l'infraction dont est accusé l'intimé à Hong Kong n'est pas punissable de «l'emprisonnement avec travaux forcés» au sens élargi donné à cette expression à l'article 3 de la *Loi sur les criminels fugitifs*.

Le principal argument de l'avocat de l'appelant était fondé sur le jugement unanime de la Haute Cour d'Australie rendu dans *Bailey c. Kelsey* (1959) 100 C.L.R. 352, une décision qui, je dois le dire, n'a pas été portée à l'attention du savant juge d'instance inférieure. Dans cet arrêt, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si une infraction commise en Angleterre était [TRADUCTION] «punissable de travaux forcés» au sens de l'article 9 du *Fugitive Offenders Act*, 1881, 44 & 45 Vict., c. 69 (Imp.), une disposition en tout point semblable à l'article 3 de notre loi; elle a jugé que l'infraction en cause, qui était punissable en Angleterre de l'emprisonnement, était quand même une infraction punissable de l'emprisonnement avec travaux forcés au sens du *Fugitive Offenders Act* parce que l'Angleterre comptait des Prison Rules, semblables à celles en vigueur à Hong Kong, qui prévoyaient que les prisonniers étaient tenus de faire un travail utile.

L'avocat de l'intimé était d'avis que l'arrêt *Bailey* était mal fondé.

First, he argued that the requirements of the Prison Rules cannot be taken into consideration in order to determine the nature of the punishment prescribed for the offence here in question. He said that those rules are purely administrative and that the Trial Division rightly held that their requirement that inmates engage in useful work "is not part and parcel of the punishment of imprisonment". According to counsel, in determining how an offence is punishable, regard should be had, not to the many administrative rules that may regulate the daily life of the inmates of penal institutions, but merely to the punishment prescribed by the enactment that creates the offence.

Counsel for the respondent also argued that, even if the Prison Rules were taken into consideration in the determination of the punishment of the offence, the appeal would still have to be dismissed because, in his view, the Prison Rules impose the obligation to do some "work", not to do any "labour". Therefore, according to counsel, it cannot be said that the offence here in question is punishable by "confinement in a prison combined with labour".

I may as well say immediately that this last argument appears to me to be devoid of merit. The meaning of the word "labour" is, in my view, sufficiently broad to apply to the compulsory work prescribed by the Prison Rules.

As to the respondent's first argument, it must, in my opinion, also be rejected. Section 3 of the Act deems to be imprisonment with hard labour "any confinement in a prison combined with labour, by whatever name it is called". The name by which a punishment is described in the enactment creating an offence is therefore not important. What matters is whether that punishment implies, in law, "confinement in a prison combined with labour". If, in order to determine whether this is so, one is not to have regard to the name by which the punishment is designated in the enactment creating the offence,—and that is clearly what section 3 says—one must of necessity consider, in order to make that determination, what are, under the law of the country in question, the legal effects of the imposition of the punishment prescribed. In the present case, in order to know what are the legal effects of a sentence of imprisonment in Hong Kong, one must have regard to the legislation of that Colony defining the regime to which are

En premier lieu, il a soutenu qu'on ne pouvait tenir compte des exigences des Prison Rules pour déterminer la nature de la peine prévue pour l'infraction en cause en l'espèce. Il a dit que ces règles étaient purement administratives et que la Division de première instance avait correctement jugé que la disposition prévoyant que les détenus doivent faire un travail utile «ne fait pas partie de la peine d'emprisonnement». Selon l'avocat, pour connaître la peine prévue pour une infraction, il faut tenir compte, non des nombreuses règles administratives qui peuvent régir la vie quotidienne des détenus des institutions pénales, mais simplement de la peine prévue par la loi qui crée l'infraction.

L'avocat de l'intimé soutient également que, même si on tenait compte des Prison Rules pour déterminer la peine prévue pour l'infraction, l'appel devrait quand même être rejeté parce que, à son avis, les Prison Rules imposent l'obligation de faire un «travail» (au sens de l'anglais «*work*»), non un «travail» (au sens de l'anglais «*labour*»). En conséquence, on ne peut dire, à son avis, que l'infraction en l'espèce est punissable de «détention en prison à laquelle est joint le travail».

Je peux dire immédiatement que ce dernier argument m'apparaît dénué de fondement. Le sens du mot «travail» (au sens de l'anglais «*labour*») est, à mon avis, suffisamment large pour s'appliquer au travail (au sens de l'anglais «*work*») obligatoire prévu aux Prison Rules.

Le premier argument de l'intimé doit également être rejeté. Aux termes de l'article 3, est réputé emprisonnement avec travaux forcés «toute détention en prison à laquelle est joint le travail, sous quelque nom que ce soit». Le nom sous lequel une peine est désignée dans la loi qui crée une infraction n'a donc pas d'importance. Ce qui importe, c'est de savoir si la peine implique, en droit, la «détention en prison à laquelle est joint le travail». S'il ne faut pas, pour déterminer si c'est le cas, tenir compte du nom sous lequel la peine est désignée dans la loi qui crée l'infraction—et cela, l'article 3 le dit clairement—il faut, par la force des choses, examiner quels sont, en vertu de la loi du pays en question, les effets légaux de l'imposition de la peine prévue. En l'espèce, pour savoir quels sont les effets légaux d'une sentence d'emprisonnement prononcée à Hong Kong, on doit examiner la législation de cette colonie qui définit le régime auquel sont soumises les personnes qui ont été condamnées à l'emprisonnement. Les Prison

subjected persons who have been sentenced to imprisonment. The Prison Rules are clearly part of that legislation, and I fail to see any reason why they should be ignored.

For those reasons, I would allow the appeal with costs; I would set aside the decision of the Trial Division and dismiss with costs the respondent's application for a writ of prohibition.

\* \* \*

MAC KAY D.J. concurred.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment delivered orally in English by*

URIE J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Pratte. In expressing my concurrence with his conclusion that the appeal must be allowed, I only wish to add a few words in explanation for my so doing.

I may first say that I have concluded that I must agree with him only after careful deliberation and considerable hesitancy. The submissions of counsel for the respondent are accurately and concisely summarized by Pratte J. Those, coupled with the careful reasoning of the Judge of first instance, I found to be very persuasive and in accord with my original view of the matter. However, the learned Judge in formulating his reasons did not have, as we did have, the assistance of the judgment of the High Court of Australia in *Bailey v. Kelsey* (1959) 100 C.L.R. 352 which had not been cited to him.

Any judgment of that distinguished Court is at all times one to which any other Court should accord great consideration. This is particularly true when the judgment deals with a statute and regulations which, as here, in all material respects are identical with those being considered by the other Court. Furthermore, when the statutes and regulations being considered by each Court were enacted to facilitate inter Commonwealth relations, it is my view that in the interests of uniformity of interpretation throughout the Commonwealth the earlier judgment of the Australian Court should be followed. It is for this reason then that I have concluded that the decision in *Bailey v. Kelsey* should apply and I would therefore allow the appeal and dispose of the judgment below in the manner contemplated by Pratte J.

Rules font clairement partie de cette législation et je ne vois aucune raison pour laquelle on ne devait pas en tenir compte.

<sup>a</sup> Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, d'annuler la décision de la Division de première instance et de rejeter avec dépens la demande de bref de prohibition de l'intimé.

<sup>b</sup> \* \* \*

LE JUGE SUPPLÉANT MAC KAY y a souscrit.

\* \* \*

<sup>c</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par*

<sup>d</sup> LE JUGE URIE: J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Pratte. J'estime, tout comme lui, que l'appel doit être accueilli et je désire seulement ajouter quelques mots pour expliquer ma décision.

<sup>e</sup> Je dois dire d'abord que je me suis rallié à son avis après mûre réflexion et beaucoup d'hésitation. Le juge Pratte a résumé avec justesse et précision les prétentions de l'avocat de l'intimé. Celles-ci, conjuguées au raisonnement soigné du juge de première instance, m'ont semblé très persuasives et conformes à l'opinion que je m'étais d'abord faite de la question. Cependant, avant de rédiger ses motifs, le savant juge n'a pas, comme nous, pris connaissance de l'arrêt *Bailey c. Kelsey* (1959) 100 C.L.R. 352 de la Haute Cour d'Australie qui ne lui avait pas été cité.

<sup>f</sup> Toute décision de ce distingué tribunal doit toujours faire partie de celles auxquelles toute autre cour doit accorder beaucoup d'importance. Ceci est particulièrement vrai lorsque le jugement porte sur une loi et des règlements qui, comme en l'espèce, sont en tout point identiques à ceux sur lesquels l'autre cour doit se pencher. En outre, lorsque les lois et les règlements étudiés par chaque cour ont été adoptés pour faciliter les relations entre membres du Commonwealth, il est à mon avis dans l'intérêt de l'uniformité de l'interprétation à travers le Commonwealth que le premier jugement de la cour australienne soit suivi. C'est pour cette raison que j'ai conclu que l'arrêt *Bailey c. Kelsey* devait s'appliquer et en conséquence je suis d'avis d'accueillir l'appel et de réserver au jugement d'instance inférieure le sort envisagé par le juge Pratte.