

香港法律改革委员会  
性罪行检讨小组委员会

咨询文件

强奸及其他未经同意下  
进行的性罪行

本咨询文件已上载互联网，网址为：<<http://www.hkreform.gov.hk>>。

2012年9月

本咨询文件是由法律改革委员会（法改会）属下的性罪行检讨小组委员会拟备，以供各界人士讨论及发表意见。本咨询文件的内容并不代表法改会或小组委员会的最终意见。

小组委员会欢迎各界人士就本咨询文件发表意见，并请于 2012 年 12 月 31 日或之前将有关的书面意见送达：

香港湾仔  
告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼  
法律改革委员会  
性罪行检讨小组委员会秘书

电话：(852) 2528 0472

传真：(852) 2865 2902

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

法改会和小组委员会日后与其他人士讨论或发表报告书时，可能会提述和引用各界人士就本咨询文件所提交的意见。任何人士如要求将他提出的所有或部分意见保密，法改会当乐于接纳，惟请清楚表明，否则法改会将假设有关意见无须保密。

法改会在日后发表的报告书中，通常会载录就本咨询文件提交意见的人士的姓名。任何人士如不愿意接纳这项安排，请于书面意见中表明。

香港法律改革委员会  
性罪行检讨小组委员会  
咨询文件

强奸及其他未经同意下进行的性罪行

目录

	页
导言	1
研究范围	1
小组委员会	1
至今的工作进展	3
性罪行及相关罪行的全面检讨	4
海外的重要发展	4
咨询文件	5
<b>第 1 章    何谓“性罪行”？</b>	<b>6</b>
引言	6
《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部	6
性罪行	6
与卖淫或色情物品有关的罪行	7
对《刑事罪行条例》涉及性罪行的现行条文的批评	8
性罪行的分类	9
第一类——以性自主权为依据的罪行	10
第二类——以保护原则为依据的罪行	10
第三类——以公众道德为依据的罪行	11
本研究项目所涵盖的性罪行种类	11
把研究项目分为不同部分	14

	页
<b>第 2 章 改革的指导原则</b>	<b>15</b>
制订一套指导原则的需要	15
苏格兰法律委员会的指导原则	16
(1) 法律必须清晰明确	16
(2) 尊重性自主权	17
(3) 保护原则	18
(4) 不应因性倾向或性别而作出区别	18
无分性别	19
避免基于性倾向而作出区别	19
人兽交并不是一种性倾向	21
同性恋	22
(5) 《欧洲人权公约》	22
《内政部文件》的基本假定 / 原则	23
(1) 刑事法的任何应用都必须是公平、有必要和适度的	23
(2) 刑事法不应对男性和女性或有不同性倾向的人作出不必要的区别对待	23
(3) 如无充分理由，法律不应干涉已届同意年龄的人所同意进行的涉及性的行为	23
(4) 胁迫、强迫或欺骗他人进行涉及性的行为的人须负刑责；胁迫、强迫或欺骗儿童或易受伤害的人的行为尤其严重	24
(5) 诱使或鼓励儿童或其他易受伤害的人参与或接触涉及性的行为的人须负刑责	24
(6) 同意年龄不得低于 16 岁	24
(7) 侵犯儿童的性罪行应有多项可加重刑罚的因素，例如儿童的年龄和儿童与犯罪者的关系	24
(8) 法律应确定在甚么情况下，当事人可具有精神上行为能力在知情下给予同意进行涉及性的行为	24
(9) 对于不具有精神上行为能力以致不能在知情下给予同意的人，法律必须确保他们受到保护	24
就改革的指导原则所作的建议	25
过渡安排	25

	页
<b>第 3 章 同意</b>	<b>27</b>
引言	27
关于同意的现行法律	27
应否订立同意一词的法定定义？	28
同意一词的建议定义	29
对涉及性的行为给予同意的行为能力	31
(i) 精神上无行为能力	32
《苏格兰法令》	33
《英格兰法令》	33
结论	34
(ii) 神智不清（不论是酒精还是药物引致）	34
(iii) 未成年人	34
裁定同意问题的法定条文	35
《英格兰法令》	35
区分证据推定和不可推翻的推定的依据	35
关于同意的证据推定	36
评价《英格兰法令》内的证据推定	37
《英格兰法令》中关于同意的不可推翻的推定	39
评价《英格兰法令》内不可推翻的推定	39
《苏格兰法令》	41
1899 年《昆士兰刑事法典法令》	43
就同意问题的裁定所提出的不同改革方案	43
合理地相信投诉人同意	45
同意的范围和撤回	45
《苏格兰法令》	45
《英格兰法令》	46
《苏格兰法令》就同意的范围和撤回订立特定条文的原因	46
 <b>第 4 章 强奸</b>	 <b>48</b>
现时的法律	48
强奸罪的范围	49
区分强奸与其他方式的性插入行为	50
应否区分强奸与其他插入行为？	51
应否继续使用强奸一词？	52

	页
对由手术建造的性器官的适用范围	53
《英格兰法令》	53
《苏格兰法令》	53
“插入”的涵义	54
《英格兰法令》	55
《苏格兰法令》	55
插入行为和其他相关的涉及性的行为的精神意念元素	56
强奸在同意方面的精神意念元素	58
摩根原则——以主观测试衡量关乎同意的信念	59
《刑事罪行条例》第 118(4)条的制定——澄清摩根原则	59
为处理真确（但错误）相信对方同意这个问题而提出的不同改革方案	61
方案 1——主观测试	61
方案 2——客观测试	62
方案 3——混合测试	62
《英格兰法令》	62
《苏格兰法令》	63
我们建议的方案	63
应否保留以虚假借口促使他人作非法的性行为这项罪行？	66
以不涉及使用武力的威胁或恐吓手段（如经济威胁）获得性交	69
<b>第 5 章    以插入的方式进行性侵犯</b>	<b>70</b>
引言	70
有必要订立新罪行以涵盖非以阳具作出的插入式侵犯	70
新罪行的构成元素	71
《英格兰法令》	71
《苏格兰法令》	71
新罪行的名称	72
“性”的定义	72
《英格兰法令》	72
《苏格兰法令》	73
经常被合理的人认为是涉及性的行为	74
可能涉及性亦可能不涉及性的行为	74

	页
英格兰模式(b)项的精细改进	75
以插入进行性侵犯的罪行应否涵盖对口腔的插入?	78
《苏格兰法令》第 2(4)条	78
肛交罪行须予检讨	80
关于以插入的方式进行性侵犯的建议	82
<b>第 6 章    性侵犯</b>	<b>83</b>
引言	83
现有法律所产生的问题	83
订立新的性侵犯罪的理由	84
性侵犯罪的构成元素	85
《英格兰法令》	85
《苏格兰法令》	85
应否为“触摸”订明通用定义?	86
《苏格兰法令》第 3(2)(d)及(e)条	88
性侵犯涵盖非接触式的侵犯?	90
扩大性侵犯的涵盖范围以涵盖“裙底”摄影及公众露体	91
“裙底”摄影	91
应如何扩大性侵犯的涵盖范围?	92
在公众地方露体	93
关于性侵犯的建议	93
<b>第 7 章    导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为</b>	<b>95</b>
引言	95
有必要订立强迫他人进行涉及性的行为的新罪行	95
新罪行的构成元素	97
英格兰罪行——导致他人在不同意的情况下进行	97
涉及性的行为	
苏格兰罪行——性胁迫	98
新罪行的名称	98
“进行”抑或“参与”	98
视乎强迫行为的情况而处以不同刑罚	99
以威胁促使他人作非法性行为的罪行	100
“在香港或外地”进行涉及性的行为	101

	页
关于导致他人进行涉及性的行为的建议	102
<b>第 8 章 建议摘要</b>	<b>103</b>
<b>附件 英格兰《2003 年性罪行法令》及 《2009 年性罪行（苏格兰）法令》的网址</b>	<b>110</b>



# 导言

## 研究范围

1. 2006年4月，律政司司长及终审法院首席法官向法律改革委员会提出一项研究课题，就是检讨香港关乎性罪行及相关罪行的法律，其研究范围如下：

“就《刑事罪行条例》（第200章）第XII部之下的性罪行及相关的罪行以及该条例第VI部之下的乱伦罪，检讨规管该等罪行的普通法及成文法，并对有关法律提出其认为适当的改革建议。”

2. 由于香港法庭在多项判决中提出意见，加上公众对是否适宜设立性罪犯名册一事发表意见，法律改革委员会遂于2006年10月扩大研究范围，加入以下划上底线的部分：

“就《刑事罪行条例》（第200章）第XII部之下的性罪行及相关的罪行以及该条例第VI部之下的乱伦罪，检讨规管该等罪行的普通法及成文法，包括适用于该等罪行的刑罚，同时考虑应否就被裁定犯该等罪行的罪犯设立登记制度，并对有关法律提出其认为适当的改革建议。”

## 小组委员会

3. 性罪行检讨小组委员会于2006年7月委出，负责就有关法律的现况进行研究和提出意见，并提出改革建议。小组委员会的成员如下：

**邓乐勤先生，SC**  
(主席)

资深大律师

**文志洪先生**  
(任期由2010年9月至2012年5月)

香港警务处高级警司(刑事支援)

王嘉颖女士 (任期由 2011 年 6 月至 2012 年 8 月)	社会福利署助理署长 (家庭及儿童福利)
伍江美妮女士 (任期由 2009 年 6 月起)	保安局首席助理秘书长
朱耀光博士 (任期至 2007 年 12 月止)	香港大学社会学系助理教授
吴维敏女士	大律师
李均兴先生 (任期由 2008 年 1 月至 2010 年 8 月)	香港警务处高级警司 (刑事支援)
沈仲平博士	律政司副刑事检控专员
夏博义先生, SC (任期至 2012 年 2 月止)	资深大律师
马兆业先生 (任期至 2008 年 1 月止)	香港警务处高级警司 (刑事支援)
张达明先生	香港大学法律专业学系助理教授
张慧玲法官	高等法院原讼法庭法官
麦周淑霞女士 (任期至 2011 年 5 月止)	社会福利署助理署长 (家庭及儿童福利)
冯民重先生 (任期由 2012 年 8 月起)	社会福利署助理署长 (家庭及儿童福利)
彭慕贤女士 (任期由 2012 年 5 月起)	香港警务处高级警司 (刑事支援)

廖李可期女士  
(任期至 2009 年 6 月止)

保安局首席助理秘书长

黎乐琪教授  
(任期由 2008 年 9 月起)

香港大学犯罪学中心总监兼社会学系教授

骆浩成先生  
(任期由 2012 年 2 月起)

大律师

鲍安迪先生

何敦、麦至理、鲍富律师行  
合伙人

梁满强先生  
(秘书)

法律改革委员会  
高级政府律师

## 至今的工作进展

4. 小组委员会自从组成后，一直定期举行会议，讨论有关研究范围内的各个课题。在 2007 年间，鉴于法庭在有关案件所表达的意见以及传媒反映市民大众因香港没有性罪犯名册而感到忧虑的报道，小组委员会决定暂时中断其预先计划好的商议次序，并先行考虑有关性罪犯名册的问题。

5. 2008 年 7 月，小组委员会发表《关于性罪犯名册的临时建议》咨询文件，就是否适宜在香港设立性罪犯名册一事，征询公众的看法和意见。小组委员会收到约 200 份回应书，其中很多份提出了实质性的意见。

6. 法律改革委员会在审议咨询过程中所收集的意见后，于 2010 年 2 月发表《与儿童有关工作的性罪行纪录查核：临时建议》报告书，提出多项建议，包括设立一个行政机制，令聘用他人从事与儿童有关工作及与精神上无行为能力人士有关工作的雇主，得以查核雇员在性罪行方面的刑事定罪纪录。香港特区政府保安局在 2011 年 11 月宣布，由 2011 年 12 月 1 日起设立一个行政机制，以实施法改会的建议。

7. 法律改革委员会在 2010 年 12 月发表《14 岁以下男童无性交能力的普通法推定》报告书，建议废除有关推定。该报告书是法改会根据项目的研究范围所发表的一系列报告书中的第二份。2012

年 7 月 17 日，《2012 年成文法（杂项规定）条例》（2012 年第 26 号）制定成为法例，以落实法改会的建议。

## 性罪行及相关罪行的全面检讨

8. 在完成关于性罪犯名册问题的报告书以及关于 14 岁以下男童无性交能力的普通法推定的报告书后，小组委员会继续对性罪行及相关罪行进行全面检讨。

9. 由于检讨的范围广泛，涉及多个需要小心考虑的敏感和可能有争议的议题，小组委员会察觉到完成整项检讨工作会耗时颇长，因此决定把这项全面检讨分为多个部分，并就有关课题的特定范畴发表独立的咨询文件和报告书。小组委员会认为采用这种“多报告书”的方式，发表多份篇幅和范围适中而较易为读者明白的文件，不但可提高小组委员会审议这个巨大而复杂的课题时的工作效率，亦可令利益相关者更容易理解文件的内容和发表意见。

## 海外的重要发展

10. 多个海外司法管辖区近年来已制定法例，改革规管性罪行的法律。我们曾考虑澳大利亚、加拿大、英格兰与威尔斯、新西兰和苏格兰等海外司法管辖区的相关法例，认为英格兰的《2003 年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 2003*）（“《英格兰法令》”）和《2009 年性罪行（苏格兰）法令》（*Sexual Offences (Scotland) Act 2009*）（“《苏格兰法令》”）对我们目前的研究尤其有用。《英格兰法令》对英格兰关乎性罪行的法律进行重大改革，为英格兰与威尔斯建立一个新和全面的性罪行法律框架。这项法令是根据内政部（*Home Office*）在一份名为《设定界限：改革性罪行法律》的文件（“《内政部文件》”）中的建议而制定的，有关建议是对性罪行法律进行检讨而得出的结果。<sup>1</sup> 我们在这项研究中广泛地参考了《内政部文件》，发觉其中许多建议对我们有很大帮助。再者，我们在本研究中大致上依循《英格兰法令》对性罪行的分类。

11. 《苏格兰法令》对苏格兰关乎性罪行的法律进行重大改革。这项法令是根据苏格兰法律委员会（*Scottish Law Commission*）对性罪行法律的检讨而制定的，该委员会的建议载于其《有关强奸及其他性

---

<sup>1</sup> 内政部，《设定界限：改革性罪行法律》（*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*）（2000 年 7 月）。

罪行的报告书》（“《苏格兰法律委员会报告书》”）。<sup>2</sup> 我们也广泛地参考了《苏格兰法律委员会报告书》，发觉该份报告书对我们的检讨工作大有帮助。

## 咨询文件

12. 本咨询文件是小组委员会在对性罪行及相关罪行进行全面检讨的过程中，所发表的一系列咨询文件中的第一份。本咨询文件建议涵盖未经同意下进行的性罪行，即强奸、以插入的方式进行性侵犯、性侵犯和导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为，这些性罪行都与促进或保障个人的性自主权（即选择是否进行涉及性的行为的权利）有关。<sup>3</sup>

13. 正如本咨询文件清楚显示，关乎性罪行的现有法例必须作全面改革。我们在进行检讨时，决定以《英格兰法令》为起点，并考虑《内政部文件》和《苏格兰法律委员会报告书》所确认的相关原则、其他司法管辖区的相关法例条文，以及香港的特殊情况。我们选择以《英格兰法令》为起点，是因为香港现有的性罪行很多原本是以英格兰法例的相类条文为依据。

14. 本咨询文件的建议代表了小组委员会的初步看法，现向社会大众提出以供考虑。我们欢迎各界就本咨询文件所讨论的议题提出任何意见、评论及建议，这对小组委员会在稍后适当时候达成最终结论会有帮助。

---

<sup>2</sup> 苏格兰法律委员会，《有关强奸及其他性罪行的报告书》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（2007年12月），苏格兰法律委员会第209号。

<sup>3</sup> 以插入的方式进行侵犯、性侵犯和导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为是《2003年性罪行法令》所新设的性罪行。（备注：我们建议把首项罪行称为“以插入的方式进行性侵犯”：见下文第5.7至5.8段。）

# 第 1 章 何谓“性罪行”？

## 引言

1.1 法律改革委员会的研究范围提及“《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部之下的性罪行及相关的罪行”，以及“该条例第 VI 部之下的乱伦罪”。为了界定本研究的范围，我们必须考虑何谓性罪行这个问题。

## 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部

### 性罪行

1.2 《刑事罪行条例》第 XII 部订有不同种类的性罪行，包括强奸、肛交、严重猥亵行为、兽交、猥亵侵犯（俗称“非礼”）、拐带、乱伦和其他非法的性行为。这些性罪行在《刑事罪行条例》第 118 至 128 条中列明。

1.3 这些性罪行很多是以 1956 年所订立的英格兰法例的相类条文为根据。<sup>1</sup> 那些以 1956 年法例为根据的罪行包括：强奸（《刑事罪行条例》第 118 条）、<sup>2</sup> 以威胁促致他人作非法的性行为（《刑事罪行条例》第 119 条）、<sup>3</sup> 以虚假借口促致他人作非法的性行为（《刑事罪行条例》第 120 条）、<sup>4</sup> 施用药物以获得或便利作非法的性行为（《刑事罪行条例》第 121 条）、<sup>5</sup> 猥亵侵犯（《刑事罪行条例》第 122 条）、<sup>6</sup> 与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条）、<sup>7</sup> 与年龄在 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 124 条）、<sup>8</sup> 与精神上无行为能力的人性交（《刑事罪行条例》第 125 条）、<sup>9</sup> 拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童（《刑事罪行条例》第 126 条）、<sup>10</sup> 拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她

---

<sup>1</sup> 《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956），第 69 章，英国。

<sup>2</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 1 条。

<sup>3</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 2 条。

<sup>4</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 3 条。

<sup>5</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 4 条。

<sup>6</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 14 条。

<sup>7</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 5 条。

<sup>8</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 6 条。

<sup>9</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 7 条。

<sup>10</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 20 条。

与人性交（《刑事罪行条例》第 127 条），<sup>11</sup> 以及拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为（《刑事罪行条例》第 128 条）。<sup>12</sup>

1.4 我们注意到，英格兰与威尔斯在 2003 年对与性罪行有关的法律进行重大改革后，1956 年法例的相关罪行已被《英格兰法令》所设立的新罪行取代。可是，原有的罪行仍保留在香港的法例上。

### **与卖淫或色情物品有关的罪行**

1.5 除了《刑事罪行条例》第 118 条至 128 条所列明的性罪行外，《刑事罪行条例》第 XII 部余下的条文（即第 129 条至 159 条）亦订有各种与卖淫或色情物品有关的罪行，例如控制他人而目的在于使他与人非法性交或卖淫、<sup>13</sup> 禁锢他人为使他与人性交或禁锢他人于卖淫场所、<sup>14</sup> 依靠他人卖淫的收入为生、<sup>15</sup> 利用、促致或提供未满 18 岁的人以制作色情物品或作真人色情表演，<sup>16</sup> 以及经营卖淫场所。<sup>17</sup>

1.6 我们决定不把这些与卖淫或色情物品有关的罪行纳入性罪行的检讨范围内。苏格兰法律委员会在全面检讨关于性罪行的法律时，也采取类似的方针。我们赞同该委员会不对与卖淫或色情物品相关的法律进行检讨的理由。

1.7 首先，与卖淫有关的罪行应否视为“性罪行”，仍不完全清楚。在大多数情况下，这些罪行并不是真正的性罪行。事实上，把这些罪行归类为扰乱公共秩序或涉及公众滋扰的罪行，可能更为恰当。<sup>18</sup> 举例来说，经营卖淫场所罪（《刑事罪行条例》第 139 条）并不涉及构成典型性罪行的任何要素的行为。相反，把经营卖淫场所视为妨害公共秩序的行为或对社会造成滋扰的来源，可能更为合适。

1.8 第二，互相交织研究刑事法律与色情物品的议题，所引起的各种问题将远超出性罪行研究预期的范围。这些问题包括：色情物品刑事化是否与言论自由相容；应否准许或特许某些类别的色情

---

<sup>11</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 19 条。

<sup>12</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 21 条。

<sup>13</sup> 《刑事罪行条例》第 130 条。

<sup>14</sup> 《刑事罪行条例》第 134 条。

<sup>15</sup> 《刑事罪行条例》第 137 条。

<sup>16</sup> 《刑事罪行条例》第 138A 条。

<sup>17</sup> 《刑事罪行条例》第 139 条。

<sup>18</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.13 段。

物品；以及应否因为某些色情物品典型地展示对女性形象作不当或有害的描画而将这些物品刑事化。<sup>19</sup>

1.9 因此，对香港关于卖淫或色情物品的法律进行改革，会牵涉重大的社会和政策问题。我们认为小组委员会不宜对这方面的法律作出检讨。

## 对《刑事罪行条例》涉及性罪行的现行条文的批评

1.10 《刑事罪行条例》一些涉及性罪行的现有条文被批评为带有歧视成分、互相矛盾和有不足之处。例如，可同意进行异性性行为 and 同性性行为的年龄并不相同：可同意进行异性性行为的年龄为 16 岁，<sup>20</sup> 但可同意进行同性性行为（或“肛交”）的年龄却为 21 岁。<sup>21</sup> 根据保护原则，法律须设定法定同意年龄，以保护未成年人免受性侵犯和剥削。然而，根据性自主权的原则，任何人如达到同意年龄，应能够自由选择是否进行涉及性的行为。为同性性行为设定较高的同意年龄，会限制男同性恋者的性自主权。此外，有些罪行因为是指明性别而备受批评，而另一些罪行则是以当事人的性倾向为依据。举例来说，在 Leung TC William Roy 诉律政司司长<sup>22</sup> 案中，上诉法庭维持夏正民法官在高等法院的判决（夏正民法官当时担任高等法院原讼法庭法官）。夏正民法官裁定一些只有男同性恋者才能触犯的法定性罪行（即第 118C、118F(2)(a)、118H 及 118J(2)(a) 条），因为带有性倾向的歧视成分而属于违宪。<sup>23</sup> 其次，终审法院其后在 律政司司长诉丘旭龙和其他人 一案的判决中宣布，<sup>24</sup> 第 118F(1) 条因为带有性倾向的歧视成分而属于违宪。上述判决凸显出一些涉及性罪行的现有条文，可能不符合稍后在第 2 章讨论的若干指导原则，例如无分性别，避免基于性倾向而作出区别，以及符合《人权法案》和《基本法》。

1.11 有些人亦关注到现有的性罪行，可能不足以涵盖未经同意下作出而应该受到刑事制裁的行为种类。根据性自主权的原则，所

---

<sup>19</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.14 段。

<sup>20</sup> 根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 124 条，任何男子与一名年龄在 16 岁以下的女童非法性交，可处监禁 5 年。

<sup>21</sup> 根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118C 条，任何男子与年龄在 21 岁以下的男子作出肛交，可处终身监禁。

<sup>22</sup> CACV 317/2005，在[2006] 4 HKLRD 211 中汇报（就 HCAL 160/2004 号案件提出上诉，该宗案件在[2005] 3 HKLRD 657 中汇报）。

<sup>23</sup> 由于政府只针对高等法院有关第 118C 条属于违宪的判决提出上诉，因此上诉法庭在 CACV 317/2005 号案件中只处理该项条文而没有处理其他条文（政府接受了关于其他条文的判决）。

<sup>24</sup> FACC 12/2006，在[2007] 3 HKLRD 903 中汇报。



有未经同意下作出的行为都应受惩罚，这点十分重要。而且，《刑事罪行条例》第 XII 部并无清晰指引，说明如何判定当事人是否同意进行涉及性的行为。

1.12 《刑事罪行条例》第 XII 部使用的某些字词已经不合时宜。例如，在已改革性罪行法律的海外司法管辖区，“肛交”（buggery）一词已不再使用。在法例中使用过时的字词，并不符合法律必须清晰明确的原则。如能以现代的术语取代过时的字词，人们便会对法律有更深入的了解，并能够使法例更为清晰明确。

1.13 对于《刑事罪行条例》第 XII 部之下的性罪行的量刑标准，各人可能抱持不同意见，而各项罪行所适用的最高刑罚亦可能需予检讨。例如，第 118E 条所订罪行（与精神上无行为能力的人作出肛交）的最高刑罚为监禁 10 年，但第 118A 条所订罪行（未经同意下作出的肛交）的最高刑罚却为终身监禁。

1.14 由于《刑事罪行条例》第 XII 部涉及性罪行的现行条文有上述种种问题，我们认为应当以新种类的性罪行取代第 XII 部现有的性罪行，或是重新界定某些现有罪行的要素。我们也认为应以相类方式处理男子乱伦罪（《刑事罪行条例》第 47 条）以及 16 岁或以上女子乱伦罪（《刑事罪行条例》第 48 条）。这些罪行源自英格兰《1908 年惩罚乱伦法令》（Punishment of Incest Act 1908）第 1 及 2 条的类似条文。在英格兰与威尔斯，该 1908 年法令的相关条文早已被《1956 年性罪行法令》关于乱伦罪的新条文取代。<sup>25</sup>

## 性罪行的分类

1.15 在决定甚么行为应纳入改革后的性罪行种类的范围时，我们发觉苏格兰法律委员会所采用的性罪行分类很有参考价值。

1.16 苏格兰法律委员会在讨论中把性罪行分为三大类如下：

- (1) 与促进或保障个人的性自主权有关的罪行；
- (2) 为保护以下人士而订的罪行：易受性剥削的人，或不确定是否有能力进行经同意的涉及性的行为的人；及

---

<sup>25</sup> 《1956 年性罪行法令》第 10(1) 条取代《1908 年惩罚乱伦法令》第 1(1) 条。《1956 年性罪行法令》第 11(1) 条取代《1908 年惩罚乱伦法令》第 2 条。及后，1956 年法令的第 10 及 11 条被《2003 年性罪行法令》废除。

(3) 为促进上述两类以外的社会目标或道德目标而订的罪行。<sup>26</sup>

### **第一类——以性自主权为依据的罪行**

1.17 这类性罪行禁止任何侵犯个人性自主权的行为。<sup>27</sup> 如某人参与非自由选择情况下进行的涉及性的行为，该人的性自主权便受到侵犯。<sup>28</sup>

1.18 苏格兰法律委员会表示，这类罪行一般可形容为性侵犯。<sup>29</sup> 根据香港的现行法律，这类罪行包括强奸、<sup>30</sup> 猥亵侵犯、<sup>31</sup> 未经同意下作出的肛交、<sup>32</sup> 意图作出肛交而袭击，<sup>33</sup> 以及以威胁促致他人作非法的性行为、以虚假借口促致他人作非法的性行为和施用药物以获得或便利作非法的性行为。<sup>34</sup>

### **第二类——以保护原则为依据的罪行**

1.19 这类罪行是为保护在性方面易受伤害的人而订的。两类最明显易受伤害的人是年轻人和患有某种形式的精神紊乱的人。<sup>35</sup> 根据香港的现行法律，这类罪行包括由 21 岁以下男子作出或与 21 岁以下男子作出同性肛交、<sup>36</sup> 与 21 岁以下女童作出肛交、<sup>37</sup> 与精神上无行为能力的人作出肛交、<sup>38</sup> 由 21 岁以下男子作出或与 21 岁以下男子作出严重猥亵行为、<sup>39</sup> 男子与男性精神上无行为能力的人作出严重猥亵行为、<sup>40</sup> 与年龄在 13 岁以下或 16 岁以下的女童性交，<sup>41</sup> 以及与精神上无行为能力的人性交。<sup>42</sup>

---

<sup>26</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.18 段。

<sup>27</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.18 段。

<sup>28</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.25 段。

<sup>29</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.19 段。

<sup>30</sup> 《刑事罪行条例》第 118 条。

<sup>31</sup> 《刑事罪行条例》第 122 条。

<sup>32</sup> 《刑事罪行条例》第 118A 条。

<sup>33</sup> 《刑事罪行条例》第 118B 条。

<sup>34</sup> 《刑事罪行条例》第 119 至 121 条。

<sup>35</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.20 段。

<sup>36</sup> 《刑事罪行条例》第 118C 条。

<sup>37</sup> 《刑事罪行条例》第 118D 条。

<sup>38</sup> 《刑事罪行条例》第 118E 条。

<sup>39</sup> 《刑事罪行条例》第 118H 条。

<sup>40</sup> 《刑事罪行条例》第 118I 条。

<sup>41</sup> 《刑事罪行条例》第 123 至 124 条。

<sup>42</sup> 《刑事罪行条例》第 125 条。

1.20 一些海外司法管辖区已根据保护原则扩大有关法律的范围，规管在一人得到另一人信任或一人服从另一人的权威的情况下两人之间的涉及性的行为。<sup>43</sup>

### **第三类——以公众道德为依据的罪行**

1.21 最后一类性罪行包括以社会或道德原则或目标为根本依据的性罪行，但不属于保障性自主权或保护易受伤害的人的情况。这类罪行一般称为违背公众道德罪。

1.22 根据香港的现行法律，这类罪行包括兽交、<sup>44</sup> 非私下作出的同性肛交、<sup>45</sup> 促致他人作出同性肛交、<sup>46</sup> 男子与男子非私下作出的严重猥亵行为，<sup>47</sup> 以及促致男子与男子作出严重猥亵行为。<sup>48</sup>

1.23 这类以公众道德为依据的罪行亦包括男子乱伦罪（《刑事罪行条例》第 47 条）以及 16 岁或以上女子乱伦罪（《刑事罪行条例》第 48 条）。正如上文解释，本研究项目不会审议属于这类违背公众道德罪的某些其他罪行，例如与卖淫有关的罪行和涉及色情物品的罪行。

1.24 我们在进行现有的检讨时，采用了上述的性罪行分类。

## **本研究项目所涵盖的性罪行种类**

1.25 《英格兰法令》订立了多种新的性罪行。由于香港很多现有的罪行都是以英格兰相类的条文为依据，而这些条文已被修订或取代，因此我们以《英格兰法令》所订的性罪行作为有用的参考起点，并在考虑香港的情况后再检讨有关罪行。

1.26 如把上述的性罪行分类套用在《英格兰法令》所订的性罪行上，该法令首先订有以性自主权为依据的罪行，包括强奸、<sup>49</sup> 以

---

<sup>43</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.20 段。

<sup>44</sup> 《刑事罪行条例》第 118L 条。

<sup>45</sup> 《刑事罪行条例》第 118F 条。

<sup>46</sup> 《刑事罪行条例》第 118G 条。

<sup>47</sup> 《刑事罪行条例》第 118J 条。

<sup>48</sup> 《刑事罪行条例》第 118K 条。

<sup>49</sup> 《2003 年性罪行法令》第 1 条。

插入的方式进行侵犯、<sup>50</sup> 性侵犯<sup>51</sup>，以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为。<sup>52</sup>

1.27 第二，《英格兰法令》订有以保护原则为依据的罪行。《英格兰法令》第 5 至 15 条订有各种涉及儿童的罪行，包括与儿童进行涉及性的行为、<sup>53</sup> 导致或煽惑儿童进行涉及性的行为、<sup>54</sup> 在儿童在场的情况下进行涉及性的行为、<sup>55</sup> 导致儿童观看涉及性的行为，<sup>56</sup> 以及由儿童或青少年所犯的儿童性罪行。<sup>57</sup>

1.28 《英格兰法令》第 30 至 37 条也订有以保护原则为依据并涉及精神紊乱的人的罪行。这些罪行包括与精神紊乱致选择受障碍的人进行涉及性的行为、<sup>58</sup> 导致或煽惑精神紊乱致选择受障碍的人进行涉及性的行为，<sup>59</sup> 以及在精神紊乱致选择受障碍的人在场的情况下进行涉及性的行为。<sup>60</sup>

1.29 其他以保护原则为依据的罪行见于《英格兰法令》第 16 至 24 条，这些罪行涉及犯罪者滥用受信任的地位。《英格兰法令》第 25 至 26 条包含与家庭有关的儿童性罪行，针对乱伦的情况。

1.30 第三，《英格兰法令》订有违背公众道德类别的罪行，包括暴露身体罪<sup>61</sup> 以及与动物性交罪。<sup>62</sup> 《英格兰法令》也订有偷窥罪，<sup>63</sup> 但香港并无同等的罪行。我们也注意到《苏格兰法令》第 7 条针对不受欢迎并涉及性的口述或文字通讯。由于香港并没有同等的条文，因此该项条文或可有助检控涉及为求得到性满足或为了使受害人感到受侮辱、困扰或惊恐而向受害人发出口述或文字通讯的案件。

1.31 我们亦会研究《英格兰法令》其他的杂项罪行，这些罪行大多是在犯上述各类性罪行的其中一项或多项罪行之前所进行的罪

---

<sup>50</sup> 《2003 年性罪行法令》第 2 条。

<sup>51</sup> 《2003 年性罪行法令》第 3 条。

<sup>52</sup> 《2003 年性罪行法令》第 4 条。

<sup>53</sup> 《2003 年性罪行法令》第 9 条。

<sup>54</sup> 《2003 年性罪行法令》第 10 条。

<sup>55</sup> 《2003 年性罪行法令》第 11 条。

<sup>56</sup> 《2003 年性罪行法令》第 12 条。

<sup>57</sup> 《2003 年性罪行法令》第 13 条。

<sup>58</sup> 《2003 年性罪行法令》第 30 条。

<sup>59</sup> 《2003 年性罪行法令》第 31 条。

<sup>60</sup> 《2003 年性罪行法令》第 32 条。

<sup>61</sup> 《2003 年性罪行法令》第 66 条。英格兰的暴露身体罪在本质上与《刑事罪行条例》第 148 条所订的在公众地方的猥亵行为罪相类。

<sup>62</sup> 《2003 年性罪行法令》第 69 条。

<sup>63</sup> 《2003 年性罪行法令》第 67 条。

行（“预备罪行”）。例如，《英格兰法令》第 57 至 60 条订有罪行，禁止贩运他人进入联合王国、至境内或境外以进行该法令第 1 部分所订的某项性罪行。这些条文与我们的《刑事罪行条例》第 129 条不同。《刑事罪行条例》第 129 条涉及以卖淫为目的而贩运他人进入或离开香港的罪行（由于上文所述的原因，我们不会考虑这个课题），《英格兰法令》第 57 至 60 条的贩运罪则涉及贩运人口以进行性罪行（可能与卖淫无关）的行为。

1.32 我们也会研究其他的预备罪行，包括故意施用物质、<sup>64</sup> 意图犯性罪行而犯某项罪行，<sup>65</sup> 以及意图犯性罪行而侵入。<sup>66</sup>

1.33 不过，《刑事罪行条例》的某些性罪行在《英格兰法令》中并无同等的罪行。这些罪行包括：拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童、<sup>67</sup> 拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人性交，<sup>68</sup> 以及拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为。<sup>69</sup> 我们会研究这些罪行，看看是否有充分理由在香港法例中继续予以保留；如不予保留的话，则研究应废除这些罪行还是以新罪行取代。

1.34 再者，香港保留了 14 岁以下男童无性交能力的普通法推定。在英格兰与威尔斯，这项推定已被《1993 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1993）第 1 条废除。我们先前曾研究这个课题，结论是香港应同样废除有关推定。因此，法律改革委员会在 2010 年 12 月发表《14 岁以下男童无性交能力的普通法推定》报告书，建议废除有关推定。2012 年 7 月 17 日，《2012 年成文法（杂项规定）条例》（2012 年第 26 号）制定成为法例，以落实法改会的建议。

1.35 最后，如要全面检讨关乎性罪行的法律，亦须考虑可以就有关罪行而判处的刑罚。所以，我们会研究性罪行的量刑问题。在进行有关研究时，我们不仅会考虑个别罪行的实际刑罚，更会考虑量刑的架构，包括各项罪行之间的相对严重程度，以及是否应授权法官颁布新种类的命令。

---

<sup>64</sup> 《2003 年性罪行法令》第 61 条。

<sup>65</sup> 《2003 年性罪行法令》第 62 条。

<sup>66</sup> 《2003 年性罪行法令》第 63 条。

<sup>67</sup> 《刑事罪行条例》第 126 条。

<sup>68</sup> 《刑事罪行条例》第 127 条。

<sup>69</sup> 《刑事罪行条例》第 128 条。

## 把研究项目分为不同部分

1.36 正如在导言中提及，我们打算把检讨工作分为不同的独立部分，分别探讨整个课题中的不同范畴。我们的初步计划是把研究项目分为四个部分，并就各部分发表独立的咨询文件和报告书。如有需要，我们会按进一步讨论的结果修订初步计划。这四个部分现分别为：(i)以性自主权为依据的罪行（即强奸及其他未经同意下进行的性罪行）；(ii)以保护原则为依据的罪行（即侵犯儿童和精神上无行为能力的人的罪行，以及涉及滥用受信任地位的罪行）；(iii)杂项性罪行；以及(iv)量刑。

1.37 本咨询文件会探讨上述四个部分的第一部分，研究以性自主权为依据的罪行，即强奸、以插入的方式进行侵犯、性侵犯，以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为。

## 第 2 章 改革的指导原则

### 制订一套指导原则的需要

2.1 对香港性罪行的实体内容进行全面检讨，牵涉多项复杂而敏感的问题，包括有关法律的根本道德原则问题。因此，我们认为宜在检讨开始时便制订一套指导原则，以确保我们为各种各样涉及不同犯罪行为形式和不同罪责程度的性罪行选择改革方案时，可以贯彻一致。

2.2 对性罪行的法律进行任何改革，都需要制定立法建议，以落实一些根本原则。因此，我们必须确定哪些根本原则会成为我们进行改革所依据的指导原则。在此点上，苏格兰法律委员会曾表达下述意见：

“我们并不认为讨论这方面的法律的改革原则，就等同探讨如何‘执行道德规范’。关于社会意见应在多大程度上影响法律发展的争论，经常在性罪行的范畴内出现。然而，从某种意义上来说，所有关乎改革性罪行法律的主要问题，都涉及对某些根本道德原则赋予法律效力。在我们看来，重要的问题是确定这些原则究竟是什么。”<sup>1</sup>

2.3 因此，我们一开始便必须强调，在确定根本原则时，我们不是试图探讨“执行道德规范”这个有争议的课题。确定根本原则，只是为了协助我们制订一套改革的指导原则，并评估不同的改革方案。我们亦不会探究何谓社会适当的道德标准这个有争议的课题。<sup>2</sup>

### 苏格兰法律委员会的指导原则

2.4 苏格兰法律委员会制定了多项原则，可为性罪行的法律改革提供适当指引。我们认为这些指导原则十分有用，并已在作出若

---

<sup>1</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.23 段。

<sup>2</sup> 苏格兰法律委员会表示：“不是所有对涉及性的行为的法律规管都必须由刑事法进行，其他种类的法律程序可能更适合于处理有问题的涉及性的行为。举例来说，在苏格兰大部分由儿童所犯的罪行都不会在刑事法庭受到检控，而是由以福利为本的儿童聆讯制度处理。刑事法更不应巨细无遗地涵盖各种在道德上属错误的涉及性的行为。通奸和不忠等问题不应由刑事法处理，甚或不应一般地由法律处理。”（《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.30 段）苏格兰法律委员会在讨论中谈及这个问题，但没有视之为指导原则。

干必要的修订后，在本研究中采纳类似的原则。下文会讨论苏格兰法律委员会所确定的指导原则。

### (1) 法律必须清晰明确

2.5 法律改革计划的一个重要目标，是务求使法律清晰明确。在刑事法方面，要求法律必须清晰明确尤其重要，因为触犯刑事法可能会导致严重后果，包括犯罪者被剥夺人身自由或财产，对于性罪行来说，这方面的要求可能更高。人们在考虑进行某种形式的涉及性的行为时，应该能够知道或能够毫无困难地确定他们有意做的事情是否合法。<sup>3</sup>

2.6 我们认为法律必须清晰明确应该是一项指导原则，但我们也知道要使法律达到绝对明确或精确是十分困难，更可能是无法做到。在终审法院对岑国社诉香港特别行政区一案的判决中，非常任法官梅师贤爵士说：

“……法律必须充分清晰明确，足以向任何人表明与其情况相关的法律，（如有需要可咨询法律意见）使他能够规限自己的行为。另一方面，法律所需的精确度也会按法律的内容而改变，此点已是定论……”<sup>4</sup>

“……以概括的词语草拟而成的法律，可能更适合用以实现有关法律的目标，因为在公共政策所管辖的范畴内，情况或会随着时间而有很大改变，而且每一个案的情况也可能非常不同。一项非常详尽的成文法则不但无法提供所需的灵活性，更可能……把该法则的目的掩盖在详细的条文中……我们在应用因含糊而无效的原则时必须小心谨慎，免得因为要求法律达到不适合于有关主题的精确度，以致阻碍或妨碍国家采取措施推动正当的社会目标。”<sup>5</sup>

2.7 苏格兰法律委员会指出，法律必须清晰明确的原则有两个重要方面。第一，每项性罪行必须有明确定义，直接说明该罪行所禁止的是甚么行为。第二，每项罪行的范围必须完备，只应禁止指

---

<sup>3</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.24 段。

<sup>4</sup> 岑国社诉香港特别行政区 [2002] 2 HKC 117, 第 89E 段。非常任法官梅思贤爵士引述在 *R v Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992) 74 CCC (3d) 289 一案中所阐述的法律原则。

<sup>5</sup> 出处同上，第 90D 段。非常任法官梅思贤爵士引述根提亚法官（Gonthier J）在 *R v Nova Scotia Pharmaceutical Society* 一案的判决（第 312h 至 313c 段）。



明形式的行为，但任何没有指明的则不应禁止。因此，不应存在没有限定范畴的性罪行。举例来说，苏格兰普通法的下流、猥亵和淫荡行为罪曾遭受批评（这些罪行涉及侵犯儿童行为，并且有关行为可能使受害人的纯真受到玷污），因为可能使儿童的纯真受到玷污的行为种类没有限制，而且这些罪行究竟涉及何种指明形式的犯罪行为也并不明确。<sup>6</sup>

## (2) 尊重性自主权

2.8 尊重性自主权的原则有两个层次。第一，若某人牵涉入不是其自由选择而参与的涉及性的行为当中，该人的性自主权便受到侵犯。侵犯他人性自主权的活动是不当行为，法律应视之为刑事罪行。第二，若某人自由选择进行一项涉及性的行为，原则上法律不应禁止该项行为。根据苏格兰法律委员会的说法，只有在情况特殊而且有充分理由下，才可否定某人选择进行涉及性的行为的自由：

“可能在某些特殊的情况下，个人进行涉及性的行为的自由选择权会受到否定，有关行为会被列为刑事罪行。但这些情况乃是真正特殊，并且必须是根据明确和令人信服的理由。”<sup>7</sup>

2.9 当事人的同意是尊重性自主权原则的重要元素。这项原则可按照当事人同意与否而重新述明：首先，未经同意的涉及性的行为应订为刑事罪行；其次，经同意的涉及性的行为不应订为刑事罪行，但如有充分理由须将这类行为订为刑事罪行，则作别论。<sup>8</sup>

2.10 虽然我们同意尊重性自主权应该是一项指导原则，但我们认为这项原则不适用于受保护原则保障的人，例如儿童、精神上无行为能力的人，以及因他人所处地位而对该人信任或服从该人的权威的人。幼童和大多数精神上无行为能力的人都没有行为能力同意进行涉及性的行为。<sup>9</sup> 由于他们没有选择进行涉及性的行为的行为能力，因此并不会出现他们的性自主权是否受到尊重这个问题。正如下文所述，即使当事人有行为能力给予同意（例如年龄较大的儿童，或因他人所处地位而对该人信任或服从该人的权威的人），也

---

<sup>6</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.24 段。

<sup>7</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.25 段。

<sup>8</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.27 段。

<sup>9</sup> 应注意的是，并不是所有精神上无行为能力的人都没有行为能力同意进行涉及性的行为。他们是否有行为能力给予同意，会取决于他们是否有能力明白有关行为的本质，或作出是否进行有关行为的决定。由于这个原因，《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 17 条订有具体条文，用以断定精神紊乱的人对某行为给予同意的行为能力。

可能有必要否定他们的性自主权，以保护他们并防止他们受到剥削。因此，我们认为除非与保护原则有所抵触，否则尊重性自主权的指导原则便应适用。

### **(3) 保护原则**

2.11 保护原则的基本理念是，对于在同意进行涉及性的行为方面有问题的某几类人，刑事法应给予保护。苏格兰法律委员会制定保护原则，以便保障“*儿童、精神紊乱的人，以及因他人所处地位而对其信任的人。*”<sup>10</sup>

2.12 在某些情况下（例如关乎幼童），由于当事人不能同意进行涉及性的行为，可以说保护原则只不过是补充须取得同意的规定而已。在其他情况下，如果当事人能够给予同意（例如是年龄较大的儿童，或因他人所处地位而对该人信任或服从该人的权威的人），保护原则的目的是保障当中易受伤害者并防止他们受到剥削；“*保护原则凌驾于另一项原则，那就是当事人同意进行的涉及性的行为不应订为刑事罪行。*”<sup>11</sup>

2.13 我们大体上赞同保护原则，但亦明白在犯罪人和受害人都是未成年人的情况下，实施这项原则可能会有困难。倘若未成年人犯的性罪行涉及其他未成年人，我们也许有理由豁免有关罪行或订立特别的量刑方案。在全面检讨性罪行的实体内容的较后阶段，我们会更详细地讨论这个问题。

### **(4) 不应因性倾向或性别而作出区别**

2.14 苏格兰法律委员会认为，“*关乎性罪行的法律不应基于性倾向或性行为的种类而作出区别*”，这是一项指导原则。<sup>12</sup> 一个相关的论点是，“*刑事法在性罪行方面尽可能不应基于性别而作出区别*”。<sup>13</sup> 因此，这项指导原则有两个方面：无分性别和性倾向。

#### **无分性别**

2.15 正如苏格兰法律委员会指出，如果当事人非属保护原则下的保护对象，他们之间在经同意下所进行的涉及性的行为，不应订

---

<sup>10</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.28 段。

<sup>11</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.28 段。

<sup>12</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.29 段。

<sup>13</sup> 同上。

为刑事罪行，除非有明确及令人信服的理由要这样做。<sup>14</sup> 因此，刑事法不应理会进行涉及性的行为的当事人的性别，而是应集中于防止未经同意的涉及性的行为，以及保护易受伤害的人免受性侵犯和剥削。根据无分性别原则，现时在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中的所有罪行都是无分性别的，即是说男性或女性都可以犯所有罪行。

### *避免基于性倾向而作出区别*

2.16 我们现在探讨这项指导原则的另一方面，即是法律应避免基于性倾向而作出区别。在决定应否采纳这项原则前，我们必须先确定“性倾向”一词的范围。苏格兰法律委员会并没有给“性倾向”这个词下定义，但下文所讨论的“性倾向”的若干定义，会对我们的研究有帮助。

2.17 《布莱克法律大词典》（*Black's Law Dictionary*）把“性倾向”定义为：

“个人对某种涉及性的活动或行为的取向或趋向；异性恋、同性恋或双性恋。

- 近年有一种趋势，把性倾向列为一个受保护的类别，特别是在关乎雇佣和仇恨犯罪的法规内。”<sup>15</sup>

2.18 英国《2010年平等法令》（*Equality Act 2010*）第12(1)条对“性倾向”所下的定义为：

“性倾向指某人——

- (a) 以同性为对象的性倾向；
- (b) 以异性为对象的性倾向；或
- (c) 以同性和异性为对象的性倾向。”

2.19 在西澳大利亚《1984年平等机会法令》（*Equal Opportunity Act 1984*）第4条，“性倾向”一词的定义为：“异性恋、男同性恋、女

---

<sup>14</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第1.29段。

<sup>15</sup> 第七版。

同性恋或双性恋，并包括该人被认定有异性恋、男同性恋、女同性恋或双性恋的情况。”

2.20 美国很多法规都对“性倾向”下了定义，<sup>16</sup> 但其中以新泽西的法规<sup>17</sup> 较能够代表一般的性倾向反歧视法。新泽西的法规把“情爱倾向或性倾向”定义为：

“男性或女性有异性恋、同性恋或双性恋的取向、行为、身分或表现；过去曾有异性恋、同性恋或双性恋的取向、行为、身分或表现；或被他人视作、推定或识别为具有如此倾向。”

2.21 新泽西的法规亦把“同性恋”定义为：

“主要以同性为对象在情爱、感情或肉体上被吸引，或有情爱、感情或肉体上的行为。”

2.22 在 W 诉婚姻登记官 这宗最近由香港高等法院原讼法庭审理的案件中，张举能法官（现担任高等法院首席法官）表示“性倾向”指“与男性或女性发生性关系的偏好”。<sup>18</sup> 张法官亦指“性倾向”可以是“同性恋、异性恋、无性恋或双性恋”。<sup>19</sup> 不过，该宗案件涉及的问题是一名在手术后由男性变为女性的变性人能否在香港与一名男性合法结婚。张法官清楚表明，该宗案件不是关于“性倾向”，而是关于人们对自己与生俱来的性别感到不满的问题。因此，他在案中对“性倾向”涵义的一切表述都只属无约束性的附带意见。

2.23 在香港特区政府的《消除性倾向歧视雇佣实务守则》（下称“《实务守则》”）内，“性倾向”的定义为：

“异性恋（性方面倾向于异性）、同性恋（性方面倾向于同性）和双性恋（性方面同时倾向于同性和异性）。”<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> 《宗教、性倾向和自我实现：第一修订案的原则和反歧视法律》（“Religion, Sexual Orientation, and Self-Realization: First Amendment Principles and Anti-Discrimination Laws”），Jack M Battaglia。底特律大学 Mercy Law Review 1999 (76 U. Det. Mercy L. Rev. 189)。

<sup>17</sup> N.J. Stat. Ann 10:5-5 (hh)(West Supp. 1995)。

<sup>18</sup> HCAL 120/2009，第 14 段。

<sup>19</sup> 出处同上，第 23 段。

<sup>20</sup> 香港特区政府政制及内地事务局：<http://www.cmab.gov.hk/tc/issues/sexual.htm>，于 2011 年 2 月 14 日检索。有关定义见于《实务守则》第 2.1 段。民政事务局文件《平等机会：关于性倾向歧视的研究——1996 年咨询文件》对“性倾向”也采用类似的定义。这份咨询文件包括一项由香港市场研究社在 1995 年 10 月所进行的调查。在问卷中，异性恋、同性恋或双性恋指不同形式的性倾向。就该项调查而言，异性恋的定义是在性方面被异性

2.24 上文所检视的“性倾向”定义可分为四类：(i)辞典定义；(ii)其他司法管辖区的法例定义；(iii)法庭判案定义；以及(iv)香港官方文件所采用的定义（即香港特区政府在《实务守则》内所采用的定义）。

2.25 在这些定义中，我们倾向采纳香港特区政府已经在《实务守则》内所采用的定义。政府采取任何相关的政策措施，都很可能以这个官方定义作为依据。更重要的是，虽然《实务守则》只涉及雇佣范畴的平等机会，但该守则亦清楚说明，当中所提倡的原则适用于生活的各个范畴。<sup>21</sup>

### 人兽交并不是一种性倾向

2.26 上文所引述的定义都有一个共通之处，就是“性倾向”一词一般指异性恋、同性恋或双性恋。根据《实务守则》的定义，异性恋、同性恋或双性恋分别指在性方面倾向于异性的人、倾向于同性的人，以及同时倾向于同性和异性的人。再者，在上文所引述的W诉婚姻登记官一案中，张举能法官表示“性倾向”指“与男性或女性发生性关系的偏好”。

2.27 因此，“性倾向”一词显然是指两个人进行涉及性的行为的倾向，而不是指人类与动物进行涉及性的行为的人兽交。人兽交并不是一种性倾向，而是如内政部检讨小组（Home Office Review Group）所表述的，一种侮辱动物和人类尊严的行为：

“这[人兽交]是一种侮辱动物和人类尊严的行为。即使我们所持的原则是当事人可自由同意进行涉及性的行为，这项原则根本也不可能适用于与动物进行涉及性的行为。尽管人兽交罪的目的会是为了保护动物，但我们认为该罪行主要是反映某种严重行为紊乱的性罪行……”<sup>22</sup>

---

吸引；同性戀的定义是在性方面被同性吸引；双性戀的定义是在性方面同时被异性和同性吸引。民政事务局于2006年进行了另一项关于市民对同性恋者看法的意见调查。在问卷中，“性倾向”指“一个人在感情、爱情、性欲或情爱方面持久地被另一个人吸引，这包括同性戀、異性戀或双性戀”。

<sup>21</sup> 《实务守则》，第1.2段。

<sup>22</sup> 《内政部文件》，第8.5.3段。

2.28 由于人兽交并不在“性倾向”的范围之内，因此并不能以法律不应基于性倾向而作出区别这项原则来作为支持人兽交的理由。

### 同性恋

2.29 正如上述的所有定义显示，同性恋明显符合“性倾向”的涵义。根据避免基于性倾向而作出区别这项指导原则，经同意而进行的同性恋行为不应列为刑事罪行，除非保护原则适用于牵涉入该行为中的任何一方（即是儿童、精神上无行为能力的人、或因他人所处地位而对该人信任或服从该人的权威的人），或该行为涉及公开进行的涉及性的行为。因此，法例上根本不应有任何关乎同性恋的罪行。倘若同性恋行为的任何一方未予同意，该方可由一项未经同意下进行的性罪行（即强奸、以插入的方式进行性侵犯、性侵犯或导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为）予以保护。如保护原则适用于同性恋行为的任何一方，该方可由一项保护原则之下的罪行（即侵犯儿童、精神上无行为能力的人、或因他人所处地位而对该人信任或服从该人的权威的人的罪行）予以保护。

2.30 内政部检讨小组和苏格兰法律委员会都采取了这个方针。内政部检讨小组建议废除肛交罪和严重猥亵行为罪，并为保护儿童和动物以及规管在公众地方的涉及性的行为制定独立的条文。<sup>23</sup> 苏格兰法律委员会认为，“罪行以性倾向而非以不当行为的形式作为依据，在原则上是错误的”，并因此建议“废除所有关乎同性恋行为的现有罪行”。<sup>24</sup> 《英格兰法令》和《苏格兰法令》都采纳了这个取向。根据避免基于性倾向而作出区别这项原则，英格兰或苏格兰的法例已再没有关乎同性恋的罪行（如肛交和严重猥亵行为）。

2.31 我们同意，关于性罪行的法律应避免基于性倾向而作出区别，而任何有关同性恋罪行的法律改革，都应按照这项原则进行。

### (5) 《欧洲人权公约》

2.32 苏格兰法律委员会认为《欧洲人权公约》（European Convention on Human Rights）十分重要，因为该公约“陈述了性罪行法律的基本价值”。<sup>25</sup> 苏格兰已修订关于性罪行的法律，以确保这些法

---

<sup>23</sup> 《内政部文件》，第 45 项建议，第 6.6.10 段。

<sup>24</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 5.9 段。

<sup>25</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 1.31 段。

律符合《欧洲人权公约》。<sup>26</sup> 这项指导原则的主旨是，关于性罪行的法律应符合若干公认的人权标准。

2.33 以香港来说，在考虑这项指导原则时得参照《香港人权法案条例》（第383章）、《基本法》及已载入《基本法》的《公民权利和政治权利国际公约》。我们接纳以下原则作为一项指导原则：关于性罪行的法律应符合《公民权利和政治权利国际公约》、《香港人权法案条例》和《基本法》，并应参照其他司法管辖区人权法律的发展。

## **《内政部文件》的基本假定 / 原则**

2.34 内政部检讨小组列出了多项基本假定 / 原则，作为“*进行检讨的概念框架*”。<sup>27</sup> 很多这些假定 / 原则都与上文所讨论的指导原则相类，或是阐述或说明该等指导原则。<sup>28</sup> 我们会在下文探讨这些假定 / 原则，并对这些假定 / 原则是否适宜作为本研究的指导原则，提出我们的意见。

### ***(1) 刑事法的任何应用都必须是公平、有必要和适度的***

2.35 我们赞同这项符合香港人权原则的基本原则 / 假定，并把它纳入人权的主题之下。

### ***(2) 刑事法不应对男性和女性或有不同性倾向的人作出不必要的区别对待***

2.36 这项基本原则 / 假定与我们已决定采纳的无分性别原则和避免基于性倾向而作出区别的原则相类。

### ***(3) 如无充分理由，法律不应干涉已届同意年龄的人所同意进行的涉及性的行为***

2.37 我们赞同这项原则 / 假定。它阐述了性自主权原则。

---

<sup>26</sup> 同上。

<sup>27</sup> 《内政部文件》，第 1.3.2 段。

<sup>28</sup> 这些假定 / 原则在《内政部文件》第 1.3.2 段逐点列出。

**(4) 胁迫、强迫或欺骗他人进行涉及性的行为的人须负刑责；  
胁迫、强迫或欺骗儿童或易受伤害的人的行为尤其严重**

2.38 我们赞同这项原则 / 假定。它阐述了性自主权原则和保护原则。

**(5) 诱使或鼓励儿童或其他易受伤害的人参与或接触涉及性的行为的人须负刑责**

2.39 我们赞同这项原则 / 假定。它详述了保护原则。

**(6) 同意年龄不得低于 16 岁**

2.40 由于在合适的同意年龄应是多少岁这个问题上意见分歧，我们认为不应把这项原则 / 假定列为指导原则。尽管如此，“同意年龄”是很重要的问题，我们会在适当阶段处理这个问题。

**(7) 侵犯儿童的性罪行应有多项可加重刑罚的因素，例如儿童的年龄和儿童与犯罪者的关系**

2.41 我们认为侵犯儿童的性罪行的加重刑罚因素只是与量刑有关，因此无须把这些因素列为改革性罪行实体法律的指导原则。

**(8) 法律应确定在甚么情况下，当事人可具有精神上行为能力在知情下给予同意进行涉及性的行为**

2.42 由于不是所有精神上无行为能力的人都没有行为能力以同意进行涉及性的行为，因此法律必须确定在甚么情况下，精神上无行为能力的人可在知情下给予同意。我们必须作出平衡，一方面承认精神上无行为能力的人享有性自主权，但另一方面保护他们免受性剥削。所以，我们赞同这项在性自主权原则和保护原则两方面作出平衡的原则 / 假定。

**(9) 对于不具有精神上行为能力以致不能在知情下给予同意的人，法律必须确保他们受到保护**

2.43 我们对此赞同。它阐述了保护原则和性自主权原则。



## 就改革的指导原则所作的建议

2.44 在检讨苏格兰法律委员会和内政部检讨小组所采纳的指导原则后，我们在建议 1 中说明我们的结论。

### 建议 1

我们建议，对性罪行的实体法律进行任何改革，都应该依据一套指导原则来进行；如要偏离这些指导原则，应有充分的理由支持。

我们建议这些指导原则应包括：

- (i) 法律必须清晰明确。
- (ii) 尊重性自主权。
- (iii) 保护原则。
- (iv) 无分性别。
- (v) 避免基于性倾向而作出区别。
- (vi) 应符合《公民权利和政治权利国际公约》、《香港人权法案条例》（第 383 章）和《基本法》的条文。

## 过渡安排

2.45 我们相信草拟有关法律的人员亦会留意到订立若干过渡安排的需要，以处理取代现有罪行的新罪行。

2.46 如果没有过渡安排，可在一些案件中引起问题，例如 *R v A* 一案（根据《2003 年刑事司法法令》（*Criminal Justice Act 2003*）第 58 条提出的上诉）。<sup>29</sup> 在该案中，被控人被控告多项猥亵侵犯罪，但控方无法证明侵犯发生的时间是在《英格兰法令》的生效日期（即 2004 年 5 月 1 日）以前或以后。《英格兰法令》废除了猥亵侵犯罪，并订立了新的性侵犯罪，但国务大臣没有就过渡安排订定条文。

---

<sup>29</sup> *R v A*（根据《2003 年刑事司法法令》第 58 条所提出的上诉）[2005] All ER (D) 242 (Dec)。

<sup>30</sup> 主审法官裁定案件不能交由陪审团进行聆讯。控方对主审法官的判决提出上诉，指法院应依据立法目的解释《英格兰法令》和其生效命令。<sup>31</sup> 英格兰上诉法院维持主审法官的判决，并拒绝接纳控方的论点，理由是国会的原意是过渡性条文应由国务大臣订定，因此法院不能借着对《英格兰法令》和其生效命令进行解释而订定这些过渡性条文。

---

<sup>30</sup> 国务大臣没有根据《2003年刑事司法法令》第141(2)(b)条行使其权力，订定过渡性条文，阐明像本案一样的案件应如何处理。

<sup>31</sup> 控方根据《2003年刑事司法法令》第58条提出上诉。

## 第 3 章 同意

### 引言

3.1 对于强奸罪及其他“未经同意下”进行的性罪行（例如以插入的方式进行性侵犯、性侵犯、导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为等三项可能订立的新罪行），一项重要的元素是投诉人不同意与被控人性交或参与牵涉被控人的涉及性的行为。

3.2 英国政府在内政部所发出的文件中，指出裁定投诉人是否同意的困难之处，并强调有需要澄清关于同意的法律：

“投诉人是否同意，是确定某项性罪行事实上有没有发生的关键因素。法律必须尽可能明确阐明同意是甚么意思，以防止出现司法不公，使无辜的人被判有罪，有罪的人却获无罪释放。陪审团必须裁定他们在无合理疑点下，确信投诉人是同意还是不同意。这项工作十分重要，很多时也十分困难。

人类想出了一套复杂的信息，以表达他们是同意还是不同意。同意或不同意不一定以口述表达，但双方都应该明白个中意思。每个人都必须尊重他人表示‘不’或说‘不’的权利……”<sup>1</sup>

### 关于同意的现行法律

3.3 《刑事罪行条例》（第 200 章）并无同意一词的定义，提供的指引也很少。《刑事罪行条例》第 118(4)条只是规定，陪审团在考虑被控人是否相信投诉人同意性交时，“除须顾及其他有关事项，亦须顾及该名男子是否有合理理由相信该名女子同意性交。”第 118(4)条的效力是，如被控人可能曾真确相信投诉人同意性交，陪审团就必须裁定被控人罪名不成立，尽管被控人这个信念是错误的。<sup>2</sup> 因此，虽然第 118(4)条提供了一些指引，但该条文并无订立明确的法定定义，指明甚么可构成“同意”。

---

<sup>1</sup> 内政部，《保护公众：加强对性罪犯的防备并改革性罪行的法律》（*Protecting the Public: Strengthening protection against sex offenders and reforming the law in sexual offences*）（敕令书第 5668 号，2002 年 11 月），第 28-30 段。

<sup>2</sup> *Archbold: Hong Kong 2012*，第 16-46 段。

3.4 复杂的案例也加深了“同意”欠缺法定定义的问题，从 *Archbold Hong Kong* 以下的摘要可见一斑：

“最低的要求是有证据显示投诉人事实上并无同意。这类证据可以有多种形式，最明显的形式是由投诉人作出随意的声称，不论是否牵涉武力或威胁手段的佐证。除此之外，这类证据也可以包括投诉人因为醉酒、服用药物、睡眠、年龄或智障而不知道发生了甚么事情及 / 或无行为能力给予同意的证据，或投诉人在与她性交的男子的身分问题上受骗的证据……”

……虽然法官应告诉陪审团‘同意’一词在强奸罪中必须按其普通的涵义理解，但法官有时也需要给予更多指示。举例来说，法官在必要时应指出同意和屈服两者有所不同。如性交是在投诉人受到不涉及暴力的威胁或害怕受到暴力对付之后而进行的，法官应指示陪审团集中考虑受害人紧接在性交行为之前的心态。法官亦应提醒陪审团同意可包括各种心态；若有需要区分真正的同意和只是屈服，他们应结合并运用自己的常识、经验和对人性和现代行为的了解，考虑案件的所有相关事实……”<sup>3</sup>

## 应否订立同意一词的法定定义？

3.5 有关的问题是，订立同意一词的法定定义，会否是使法律更为清晰的最有效途径。有些司法管辖区已采纳（或建议采纳）法定定义，但有些（如新西兰）却没有。

3.6 订立同意一词的法定定义可在一定程度上达到使法律明确和清晰的效果，这是一个明显的好处。可以预料法定定义会使法官向陪审团给予指示的工作变得更为容易，同时也可令陪审团更容易理解同意的涵义。况且，正如英国内政部检讨小组指出，立法机关在考虑同意一词的合适法定定义时，能够“考虑甚么应构成和甚么不应构成现代社会可接受的行为标准，并就此作出建议”：

“在法律上，同意一词应按其普通的涵义理解，这即是说陪审团必须就每一案件的个别情况，裁定他们在无合理疑点下确信投诉人是否同意。这项工作十分重要”

---

<sup>3</sup> *Archbold: Hong Kong 2012*, 第 21-19 段。

要，很多时也十分困难。用成文法澄清同意的涵义，不但使法官能够解释法律作出了甚么规定，更可以让陪审团理解同意究竟是甚么意思。此举也使国会（立法机构）能够考虑甚么应构成和甚么不应构成现代社会可接受的行为标准，并就此作出建议。我们在咨询时所收到的信息之一，是同意可被视为由较强势的一方要求而由较弱势的一方给予。在现今的世界，我们必须承认性伴侣应对各自的行为负责，双方也应处于平等的地位，这点十分重要。我们给同意一词下定义，并不是为了改变这个词的涵义，而是为了澄清有关法律，使人们能够对有关法律清楚理解。”<sup>4</sup>

3.7 反对订立同意一词的法定定义的主要论据，是法定定义会失却司法解释所容许的一定灵活性。由于可能会出现一些在订立法定定义时所没有预见的情况，因此僵硬的法例可能会造成意想不到的后果。况且，尽管香港至今为止都没有同意一词的定义，但这似乎并无引起重大问题。然而公平地说，近期考虑过这个问题的司法管辖区，大部分都订立了法定定义。这个定义可反映性自主权原则和保护原则，并具有教育作用。所以，总的来说，我们认为法定定义能够使法律更为明确和清晰，这个好处大于因灵活性降低而带来的少许弊端。

#### **建议 2**

**我们建议，应就性交或涉及性的行为订立“同意”的法定定义。**

### **同意一词的建议定义**

3.8 在决定应以法规订立同意一词的定义后，下一个问题是这个定义应有甚么内容。以下是海外司法管辖区所使用的同意一词的法定定义例子：

- (i) **加利福尼亚：**“‘同意’须定义为某人依据自己的自由意愿而在行为或态度上积极合作。该人必须自由地和自愿行事，并明白所涉及的行为或活动的本质。”（《刑事法典》（Penal Code）第 261.6 条）

<sup>4</sup> 《内政部文件》，第 2.10.3 段。

- (ii) **加拿大**：“‘同意’指……投诉人自愿同意进行有关的涉及性的行为。”（《刑事法典》（Criminal Code）第 273.1 条）
- (iii) **英格兰与威尔斯**：“……任何人如选择给予同意，并有自由和行为能力作此选择，即属同意。”（《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）第 74 条）
- (iv) **昆士兰**：“‘同意’指由任何有认知能力给予同意的人自由地和自愿给予的同意。”（《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 348(1)条）
- (v) **苏格兰**：“‘同意’指自由地同意（而相关的词句亦须据此解释）。”（《2009 年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）第 12 条）
- (vi) **南澳大利亚**：“任何人如自由地和自愿对涉及性的行为给予同意，即属对涉及性的行为给予同意。”（《2008 年刑事法律综合（强奸和性罪行）修订法令》（Criminal Law Consolidation）（Rape and Sexual Offences）Amendment Act 2008）第 5 条）<sup>5</sup>
- (vii) **维多利亚**：“‘同意’指自由地同意。”（《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第 36 条）

3.9 从上述例子看来，其中的共通之处是自由地和自愿对涉及性的行为给予同意的概念。我们认为有关定义应加入这个概念，以符合尊重个人的性自主权的原则。因此，我们建议有关定义明确提述“自由地和自愿”及“同意”的字眼，这些字眼不但较容易为大众所理解，而且能够体现性自主权的原则。根据这项原则，任何人都无权选择进行涉及性的行为，或拒绝参与自己不愿意进行的涉及性的行为。举例来说，如某人受到实际的暴力侵犯或受到暴力威胁或被非法禁锢，该人就不是“自由地和自愿”同意进行涉及性的行为。

3.10 此外，我们认为如像英格兰的定义那样加入“行为能力”的元素，会使有关定义更为完善。这是因为任何人可能因为精神状况、年龄或神智不清，以致没有行为能力自由地和自愿对涉及性的行为给予同意。

---

<sup>5</sup> 南澳大利亚《2008 年刑事法律综合（强奸和性罪行）修订法令》第 5 条修订《1935 年刑事法律综合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）（1935 年法令），删除 1935 年法令原有的第 48 条，并代之以新的第 46 条（对涉及性的行为给予同意）。

### 建议 3

我们建议所采用的同意一词的法定定义，应规定任何人如：

(a) 自由地和自愿对涉及性的行为给予同意；并且

(b) 有行为能力对涉及性的行为给予同意，

即属对涉及性的行为给予同意。

## 对涉及性的行为给予同意的行为能力

3.11 由于给予同意的行为能力是我们所建议的同意定义的重要元素，接着的问题是应否列明在甚么情况下某人具有或不具有给予同意的行为能力。

3.12 《英格兰法令》并无对“行为能力”这个词下定义。《英格兰法令》中欠缺给予同意的行为能力这个词的定义，已在英格兰引起问题。可是，自 2003 年以来，英国政府一直决定不订立“行为能力”的法定定义，并表示英格兰上诉法院在 *R v Bree*<sup>6</sup> 一案中已提供足够指引，说明这方面的法律应如何运作。<sup>7</sup> 在 *Bree* 一案中，英格兰上诉法院裁定，虽然投诉人可能在不省人事之前早已丧失给予同意的行为能力，但投诉人在醉酒下所作的同意仍属同意。<sup>8</sup>

3.13 英国的一些大律师曾发表意见，指法庭在 *Bree* 一案中并未能就“行为能力”这个词的涵义向陪审团提供指引，而这个因素在涉及自愿情况下引致神智不清的案件中是至为关键的。我们注意到审理 *Bree* 一案的英格兰法庭已作出若干说明，以帮助陪审团对关于“行为能力”的争论点作出裁定。但我们认为更合适的做法是在法

<sup>6</sup> [2007] 2 All ER 676, [2007] EWCA Crim 804, [2008] QB 131.

<sup>7</sup> 《与喝酒有关的强奸案件：大律师对《2003 年性罪行法令》的看法和该法令对实务的影响》("Alcohol-related Rapes Cases: Barristers' Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice"), JCL 74 (579) (2010 年 12 月 1 日)，第 3 页。

<sup>8</sup> 在 *R v Bree* 一案中，伊戈·贾治爵士 (Sir Igor Judge P) 说：

“在本院的判决中，恰当地诠释适用于目前所讨论的问题的 2003 年法令第 74 条，可得出明确的结论。若投诉人因喝酒（或其他原因）而暂时丧失行为能力，不能选择是否在有关场合性交，她并不属同意。除非关于被告人心态的问题有相反的答案，否则如性交发生，就会构成强奸。不过，若投诉人在自愿饮用大量的酒后仍能够择择是否性交，并且在醉酒下同意性交，这就不会构成强奸。我们必须强调，在现实当中，投诉人可能在不省人事之前早已丧失给予同意的行为能力，但情况是否如此，须视乎案情而定，或更准确地说，须取决于有关人士在该特定场合实际的精神意念。”：[2007] 2 All ER 676，第 684 页（第 34 段）。

例中列出更具体的指引，说明“行为能力”一词的涵义。香港高等法院上诉法庭曾因为主审法官没有根据 *Bree* 一案向陪审团提供所需的指引，因而撤销被控人强奸的判罪。<sup>9</sup> 我们相信法律因为欠缺行为能力的定义而存在若干缺陷。法官必须引导陪审团仅是同意是不够的，投诉人还必须具有给予同意的行为能力，但法例却没有对行为能力这个词下定义。因此，我们认为应订立行为能力一词的法定定义，就有关的争论点向陪审团提供所需的指引。

3.14 普通法的观点是，如投诉人因为年龄、喝酒、服用药物或精神上无行为能力，缺乏或丧失行为能力给予同意或对有关事项作出判断，则投诉人并没有同意。<sup>10</sup> 因此，我们认为应从三方面考虑给予同意的行为能力的法定定义，这三方面是指精神上无行为能力、神智不清（不论是酒精还是药物引致）和未成年人。

### (i) 精神上无行为能力

3.15 英国上议院（最高上诉法庭）最近在 *R v Cooper* 一案的判决中，强调当事人因精神紊乱而不具有行为能力。<sup>11</sup> 可是，精神紊乱的人并不一定没有行为能力同意进行涉及性的行为。精神紊乱的人是否有行为能力给予同意，取决于他或她是否能够明白有关行为的本质，并能作出是否进行有关行为的决定。不理睬精神紊乱的人的个人情况或能力，一概剥夺他们对涉及性的行为给予同意的行为能力，会对他们的性自主权造成侵犯。与此同时，我们必须根据保护原则保护精神紊乱的人免受性剥削。苏格兰法律委员会认为一方面要尊重精神紊乱的人的性自主权，另一方面又要保护他们免受性剥削，并在两者之间求取平衡：

“就精神紊乱的人涉及性的行为订定条文时所遇到的挑战，是既要承认他们享有进行涉及性的行为的权利，又要尽可能促进他们的性自主权。除了达成这个目标外，我们也必须保护易受伤害的人免受性剥削，并且承认在某些情况下，精神紊乱的人可能无法明白涉及性的行为的意义，因而无法对涉及性的行为给予有效的同意。上述平衡工作所牵涉的困难已是人所共知。”

<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> 见香港特别行政区诉邓兆峰及另一人（CACC 418/2008）。该判决的官方英文译本在 [2010] 2 HKLRD 1013 中汇报。

<sup>10</sup> *Archbold: Hong Kong 2012*, 第 21-19 段（第 1357 页）。

<sup>11</sup> [2009] 4 ER 1033, 第 32 段。

<sup>12</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 4.88 段。



## 《苏格兰法令》

3.16 《苏格兰法令》第 17 条涉及精神紊乱的人对涉及性的行为给予同意的行为能力。该条文适用于第 1 至 9 条内的罪行。<sup>13</sup> 第 17(2)条规定：

“如任何精神紊乱的人因精神紊乱而不能作出以下一项或多项事情，该人即属无行为能力对某行为给予同意——

- (a) 明白该行为是甚么；
- (b) 就自己是否进行该行为（或就该行为应否进行）而作出决定；
- (c) 传达任何上述决定。”

3.17 “精神紊乱”的涵义与《2003 年精神健康（照顾和治疗）（苏格兰）法令》（Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003）第 328 条中该词的涵义相同。该条文把精神紊乱定义为不论是如何导致或显现的精神病、人格障碍或学习障碍。

3.18 苏格兰的条文力求平衡，一方面尊重精神紊乱的人进行涉及性的行为的权利，另一方面保护他们免受性剥削。根据苏格兰的条文，精神紊乱的人的性自主权大致上仍受确认。不过，如精神紊乱的人在第 17(2)条所指明的三项事情中，不能作出其中一项或多项，法律便会剥夺该人给予同意的行为能力。精神紊乱的人如不能作出该三项事情中的任何一项，很容易会遭受性剥削，因此法律便根据保护原则否定该人的性自主权。

## 《英格兰法令》

3.19 与《苏格兰法令》不同，《英格兰法令》并无就精神紊乱的人同意进行涉及性的行为的行为能力订立特定的条文。<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> 这些罪行为：强奸（第 1 条）、以插入的方式进行性侵犯（第 2 条）、性侵犯（第 3 条）、性胁迫（第 4 条）、在进行涉及性的行为期间胁迫某人在场（第 5 条）、胁迫某人观看性图像（第 6 条）、以猥亵方式通讯（第 7 条）、性暴露（第 8 条），以及偷窥（第 9 条）。

<sup>14</sup> 相反，《英格兰法令》在侵害精神紊乱的人的罪行中订有“不能拒绝”的定义，以便处理有关问题。举例来说，《英格兰法令》第 30 至 33 条内的罪行是针对以下的情况：某人（甲）使另一人（乙）参与涉及性的行为，而乙患有精神紊乱，并且因为其精神紊乱或与其精神紊乱有关的原因，以致不能拒绝参与有关的涉及性的行为。在上述各条文的第(2)款，都有定义解释乙“不能拒绝”是甚么意思。如乙没有行为能力选择是否同意有

## 结论

3.20 我们认为有必要就精神紊乱的人给予同意的行为能力订立特定的条文，务求在尊重精神紊乱的人进行涉及性的行为的权利和保护他们免受性剥削这两者之间求取平衡。

### **(ii) 神智不清（不论是酒精还是药物引致）**

3.21 *Bree* 一案凸显出给予同意的行为能力可能因醉酒而受到影响。可是，该项判决也表明，尽管在现实当中“*投诉人可能在不省人事之前早已丧失*”给予同意的行为能力，但一个醉酒的人仍可能有行为能力给予同意。<sup>15</sup> 虽然 *Bree* 一案是与喝酒有关，但我们的看法是类似的原则亦应适用于因药物而引致的神智不清。我们认为有必要订立特定的条文，以便向陪审团提供指引，说明神智不清的人何时会失去给予同意的行为能力。就此而言，我们认为《2009年性罪行（苏格兰）法令》第17(2)条所列明的裁定精神上无行为能力的人是否有行为能力给予同意的准则，也应适用于涉及神智不清的案件。

### **(iii) 未成年人**

3.22 在大部分情况下，未成年人都无行为能力对涉及性的行为给予同意，但一些年龄较大的未成年人可能有给予同意的行为能力。我们既要尊重有行为能力给予同意、年龄较大的未成年人的性自主权，也要保护未成年人免受性剥削，在两者之间求取平衡。因此，有必要订立特定的条文，以便向陪审团提供指引，说明未成年人何时不具有给予同意的行为能力。我们认为《2009年性罪行（苏格兰）法令》第17条(2)条所列明的裁定是否有行为能力给予同意的准则，同样应适用于涉及未成年人的案件。

3.23 在检视了精神上无行为能力的人、神智不清的人和未成年人给予同意的行为能力的问题后，我们把有关建议阐述如下。<sup>16</sup>

---

关的涉及性的行为（无论是因为他不充分明白正在所做的事的本质或可合理预见的后果，或因为任何其他原因），或不能把上述选择向甲传达，乙即属不能拒绝。

<sup>15</sup> [2007] 2 All ER 676, 第684页。

<sup>16</sup> 在作出建议时，我们并无处理同意年龄的问题。我们会在性罪行全面检讨的较后阶段讨论以保护原则为依据的罪行，届时便会处理同意年龄的问题。

#### 建议 4

我们建议新法例应包括一项条文，规定任何人如因精神状况、神智不清或年龄（视属何情况而定）而不能作出以下一项或多项事情，即属无行为能力对涉及性的行为给予同意：

- (a) 明白该行为是甚么；
- (b) 就自己是否进行该行为（或就该行为应否进行）而作出决定；或
- (c) 传达任何上述决定。

## 裁定同意问题的法定条文

3.24 虽然订立同意的法定定义可有助理解这个词的涵义，但在个别的案件中，有关定义却未能在裁定同意是否存的问题上提供指引。若干司法管辖区的法例订有条文，用以裁定同意是否存在这个问题。在某些司法管辖区，这些条文以不完全列举的方式表列不存在同意的部分情况（《英格兰法令》把这些情况称为“不可推翻的”推定）。如证据证明在有关行为作出时，有一项或多项表列的情况（即“不可推翻的”推定）存在，法律会把投诉人视作不同意。因此，被控人不能辩称投诉人同意（亦不能推翻并无同意推定）。另一个做法是订立“证据”推定。根据这个做法，如证据证明在有关行为作出时有若干指明的情况存在，而除非被控人提出证据以带出关于投诉人是否同意的争论点，否则投诉人会被视作不同意。在这个做法之下，只要被控人提出一些证据，显示就投诉人是否同意的问题有实在的争论点，理应由陪审团加以考虑，那么被控人就能够推翻有关推定。我们会在下文探讨英格兰、苏格兰和昆士兰的法例所采取的不同做法。

### 《英格兰法令》

#### *区分证据推定和不可推翻的推定的依据*

3.25 《英格兰法令》将证据推定和不可推翻的推定加以区分。证据推定可被推翻，但不可推翻的推定却不能够被推翻，后者推定了同意并不存在的情况。

3.26 英国政府表示，设立证据推定的依据是“为了协助陪审团考虑受害人在有关场合是否能够同意以及事实上是否同意这个基本问题，以便在保障受害人和确保被告人在法律上受到公平对待这两者之间，取得适当的平衡。”<sup>17</sup> 因此，证据推定目的在平衡下述互相抵触的利益：让控方能够更易证明受害人并无同意，以便保障受害人，但又容许被控人举出证据推翻并无同意的推定，以确保被控人受到公平对待。

3.27 另一方面，如现行法律认为在某些情况下受害人给予同意是难以置信的，那么法律确切地表明或不可推翻地推定受害人在这些情况下并无同意，也不会对被控人造成不公。在这些情况下，由于被控人不能根据现行法律辩称受害人同意，因此并无必要给予被控人推翻有关推定的机会。所以，法例会在这些情况下设立不可推翻的推定。正如英国政府指出，“根据现行法律，如任何人在涉及性的行为的本质上受骗，或被控人冒充别人而诱使该人给予同意，则该人会被视为没有对该涉及性的行为给予同意（，而这项推定是不可推翻的）。”<sup>18</sup>

### 关于同意的证据推定

3.28 《英格兰法令》第 75 条订有关于同意的证据推定，这些推定适用于强奸（第 1 条）、以插入的方式进行侵犯（第 2 条）、性侵犯（第 3 条），以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为（第 4 条）这四项罪行。被控人可对无同意推定提出异议。第(2)款规定，无同意推定在以下情况下产生：

- “(a) 在有关行为作出时或紧接在有关行为开始之前，任何人正向投诉人施加暴力，或导致投诉人害怕会立即被施加暴力；
- (b) 在有关行为作出时或紧接在有关行为开始之前，任何人导致投诉人害怕另一人正被或会立即被施加暴力；
- (c) 在有关行为作出时，投诉人被非法禁锢，而被告人并无被非法禁锢；

---

<sup>17</sup> 《保护公众》，出处见注 1，第 32 段。

<sup>18</sup> 《保护公众》，第 30 段。

- (d) 在有关行为作出时，投诉人已入睡或因其他原因而不省人事；
- (e) 在有关行为作出时，投诉人因为其身体残疾而不能向被告人传达投诉人是否同意；
- (f) 任何人在未经投诉人同意的情况下，曾对投诉人施用或导致投诉人服用任何物质，而在顾及该物质当被施用或服用后，能够导致或使到投诉人在有关行为作出时神智不清或软弱无力。”

如属一连串持续的涉及性的行为，则在上文（a）和（b）段中提述“对紧接在有关行为开始之前”，即是指紧接在第一次涉及性的行为开始之前。<sup>19</sup>

3.29 如控方证明被控人曾作出第 77 条所界定的有关行为，<sup>20</sup>第 (2)款所指的情况存在，以及被控人知道上述的情况存在，则投诉人会被推定为不同意有关行为，而被控人亦会被推定为并非合理地相信投诉人同意。为了推翻这些推定，被控人必须举出证据，令法官信纳就投诉人是否同意的问题有实在的争论点，值得把该争论点交予陪审团考虑。法官如信纳有足够证据支持把关于投诉人是否同意的争论点交予陪审团考虑，便会引导陪审团就该争论点作出裁定；否则，法官会引导陪审团裁定被控人罪名成立。

### **评价《英格兰法令》内的证据推定**

3.30 为了推翻证据推定，被控人必须提出若干证据，显示就投诉人是否同意的问题有实在的争论点，值得把该争论点交予陪审团考虑。为了提出这些证据，被控人在大部分情况下都需要在宣誓下作证。被控人如选择在宣誓下作证，便可能会受到控方盘问。但如被控人不选择在宣誓下作证，被控人可能只有很少其他方法（甚或没有其他方法）履行举证责任。这与正常的情况截然不同。在正常

---

<sup>19</sup> 《英格兰法令》第 75(3)条。

<sup>20</sup> 根据《英格兰法令》第 77 条，“有关行为”指：  
强奸——“被告人故意以自己的阳具插入另一人（投诉人）的阴道、肛门或口腔”。  
以插入的方式进行侵犯——“被告人故意以自己身体的某部分或任何其他东西插入另一人（投诉人）的阴道或肛门，而插入是涉及性的”。  
性侵犯——“被告人故意触摸另一人（投诉人），而触摸是涉及性的”。  
导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为——“被告人故意导致另一人（投诉人）进行一项行为，而该项行为是涉及性的”。

的情况下，举证责任是由控方承担，被控人不会有任何作证的压力。

3.31 然而，内政部在 2006 年所发表的一份咨询文件中指出，实际上被控人要推翻有关推定并不特别困难，因此有关推定并未获广泛使用：

“……没有证据显示现有（《2003年性罪行法令》第75条下）的证据推定得到广泛使用。除非被告人提出‘足够证据’以带出关于受害人是否同意的争论点，否则有关推定便适用。如被告人提出了这样的证据，法官会引导陪审团有关推定并不适用，并引导陪审团应以正常方式考虑关于投诉人是否同意的争论点。实际上，被告人为推翻有关推定而作证并提出‘足够证据’，并不特别困难。”<sup>21</sup>

3.32 英国刑事检控处（Crown Prosecution Service）的一名高级检控官员向苏格兰法律委员会证实，《英格兰法令》中的证据推定未获充分使用。<sup>22</sup> 我们认为采纳与《英格兰法令》中相类似的证据推定，在实际上不大可能会带来甚么重要价值，上述的事实更加坚定了我们的看法。对于上文第3.28段所列举的(a)和(b)项的情况，我们预料在一般的情形下，对投诉人或另一人实际使用暴力或威胁使用暴力都可以使同意无效，并无须订立一项具如此效力的独立推定。同样地，如投诉人被非法禁锢（见所列举的(c)项），禁锢本身的胁迫元素相当可能会使投诉人所给予的同意受到质疑。至于(d)和(e)项（投诉人已入睡或不省人事或不能传达是否同意），如证明有上述的事实，预料在大多数情况下都可以使投诉人看来所给予的同意变成无效。最后，如任何人未经同意而对投诉人施用物质，而该物质能够导致投诉人在有关的涉及性的行为作出时神智不清或软弱无力，则可推定投诉人并不同意（见所列举的(f)项），而这项推定似乎不大可能会对现行法律作任何补充。我们认为，如控方提出证据证明《英格兰法令》第75(2)条所列举的任何情况，即可稳妥地交由陪审团裁定投诉人是否已同意有关的涉及性的行为，而不需要有法定推定。

---

<sup>21</sup> 刑事司法制度改革办事处（Office for Criminal Justice Reform），《把强奸犯定罪，给受害人保护——为强奸受害人讨回公道：咨询文件》（*Convicting Rapists and Protecting Victims – Justice for Victims of Rape: A Consultation Paper*）（2006年春季），第15页。

<sup>22</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第2章注释37。

## 《英格兰法令》中关于同意的不可推翻的推定

3.33 除了证据推定之外，《英格兰法令》第 76 条还有两项关于同意的不可推翻的推定，适用于强奸、以插入的方式进行侵犯、性侵犯，以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为这四项罪行。根据第 76(1)条，如控方证明被控人曾作出第 77 条所界定的有关行为，并证明第 76(2)条所指的情况存在，则不可推翻地推定投诉人不同意有关行为，以及被控人不相信投诉人同意。由于有关推定是不可推翻的，因此被控人可被裁定罪名成立。

3.34 第 76(2)条所指的情况是：

- “ (a) 被告人就有关行为的本质或目的故意欺骗投诉人；或
- (b) 被告人冒充投诉人所认识的人，故意诱使投诉人同意有关行为。”

## 评价《英格兰法令》内不可推翻的推定

3.35 《英格兰法令》内不可推翻的推定的效果是，被控人就 (i) 有关行为的“本质或目的”以及(ii)所涉及的人的身分故意作出欺骗，都导致同意无效。在《英格兰法令》制定前，普通法认为在强奸中唯一导致同意无效的欺诈种类，就是与行为“本质”或作出行为的人的身分有关的欺诈手段。<sup>23</sup> 因此，普通法的观点是，与行为“目的”有关的欺诈手段并不会导致同意无效。

3.36 在澳大利亚某些州，与行为的“本质或目的”有关的故意欺骗是导致同意无效的一种情况。<sup>24</sup>《英格兰法令》跟随澳大利亚这些州的做法，把会导致同意无效的欺诈种类扩大至包括与行为“目的”有关的欺诈手段。《苏格兰法令》也把与行为的“本质或目的”有关的欺骗手段，列为导致同意无效的一种情况。根据《苏格

---

<sup>23</sup> 见 *R v Linekar* [1995] 2 Cr App R 49, CA。但是，有其他典据案例质疑与当事人身分有关的欺诈手段是否可以致使同意无效。*Stephen's Digest of the Criminal Law* (1883 年)在第 185 页表示，“如藉欺诈手段而取得同意，有关行为并不构成强奸”。英格兰十九世纪的典据案例对于藉冒充女子的丈夫而获得性交是否属强奸的问题，采取模棱两可的态度。普通法上述不明确的情况须由《1885 年刑事法修订法令》(Criminal Law Amendment Act 1885)以立法手段解决。该法令规定在该等情况下所进行的性交会被当作强奸。出处：<http://law.anu.edu.au/criminet/trape.html#E11E3>第 5 页，在 2010 年 12 月 13 日检索。

<sup>24</sup> 例如，昆士兰《1899 年刑事法典法令》第 348(2)(f)条规定，如任何人的同意是“藉着就有关行为的本质或目的作出虚假和有欺诈成分的陈述”而取得的，则该人并非自由地和自愿给予同意。

兰法令》第 13(d)条，如“乙因为甲的欺骗手段而错误理解该行为的本质或目的，以致同意或接受该行为”，则乙并非自由地同意该行为（因此并无同意）。

3.37 香港的法院曾审理多宗案件，涉及与性行为的“目的”有关的欺骗手段。在 2010 年 1 月的一宗案件中，被控人欺骗一名少女模特儿，使她相信与被控人性交的目的是为了完成一项帮助她转运的仪式。<sup>25</sup> 在 2010 年 12 月的另一宗案件中，被控人欺骗一名少女与他性交，声称有鬼跟着该少女，他能帮她驱鬼。<sup>26</sup> 在这两宗案件中，受害人知道行为的“本质”（性交），但在性交的实际“目的”上受骗。性交的真正目的在这两宗案件中都是为了使被控人获得性满足，而非第一宗案件的转运和第二宗案件的驱鬼。这些案件证实有充分理由把与行为“目的”有关的欺骗，列为导致同意无效的一种情况。

3.38 另一个问题是与行为的本质或目的或与身分有关的欺骗的证据是否必须由被控人作出。根据《英格兰法令》中两项不可推翻的推定，欺骗必须由被控人故意作出。新南威尔斯的《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）则采取了稍为不同的做法，规定由第三者所作出的欺骗也会导致同意无效。《新南威尔斯法令》第 61HA(5)条规定：

“ (5) 任何人如因以下原因而同意与另一人性交：

- (a) **错误相信该另一人的身分；或**
- (b) 错误相信该另一人与其有婚姻关系；或
- (c) 错误相信性交是为了医疗或卫生目的（或**被欺诈手段诱使而在任何其他方面错误相信有关行为的本质**），

则该人并无同意性交……”（表示强调的黑体后加）

3.39 英格兰的条文提及被控人故意欺骗或诱使投诉人同意，但新南威尔斯《1900 年刑事罪行法令》第 61HA(5)条却有所不同，该条文提及投诉人“错误相信”另一人的身分或行为的本质。对后者而言（但并非前者），投诉人必须“被欺诈手段诱使”而错误相信，但并无规定欺诈手段是由被控人作出，或投诉人错误相信是被

---

<sup>25</sup> 《英文虎报》，2010 年 1 月 5 日。

<sup>26</sup> 《南华早报》，2010 年 12 月 1 日。案件编号：HCCC80/10。



控人所致。因此，由第三者作出的欺诈手段足以符合第 61HA(5)(c) 条的规定。

3.40 在权衡之下，我们赞成采用英格兰的做法。尽管与新南威尔斯法例的推定相比，英格兰法例的推定所涉及的范围较为有限，但在不可推翻的推定方面，我们认为英格兰法例更为可取。在误认身分的问题上，我们认为应采纳英格兰法例的规定，即被控人须故意诱使投诉人误认其身分，而不是新南威尔斯法例远为宽松的规定，即只要求投诉人错误相信被控人的身分，不论这个错误是怎样引起的。无论如何，我们很难想象出在甚么情况下，投诉人不是受被控人自己故意诱使而能够错误相信被控人的身分。但即使这样的情况真的出现，投诉人不是受被控人诱使而错误相信被控人的身分（而且被控人对此不知情），被控人也可能确实而合理地相信投诉人已经同意；在此情况下，如不可推翻地推定投诉人不同意，似乎是对被控人过于苛刻。

3.41 在涉及性的行为的本质或目的方面，我们亦认为较适宜把推定局限于被控人故意欺骗投诉人的情况（如《英格兰法令》那样）。同样地，我们很难想象出在甚么情况下，投诉人错误相信是因为第三者的欺骗手段，而非因为被控人的欺骗手段；又即使这样的情况存在，对于既不知悉有关的欺骗手段且相信投诉人同意的被控人，也应难以作出这个不可推翻的不利推定。

3.42 总括而言，我们认为《英格兰法令》中不可推翻的推定有三大优点。首先，在与行为“本质”或当事人身分有关的欺诈手段方面，这些推定反映了普通法现有的观点。第二，在不可推翻的推定中加入与行为“目的”有关的推定，可涵盖受害人知道涉及性的行为的本质但在该行为的真正目的方面受骗的情况（正如在多宗香港案件中所出现的情况）。第三，在不可推翻的推定中加入与行为“目的”有关的推定，符合香港现行的法例：《刑事罪行条例》（第 200 章）第 120 条规定，任何人“以虚假借口或虚假申述”，促致另一人作非法的性行为，即属犯罪。

## 《苏格兰法令》

3.43 《苏格兰法令》第 13(2)条（以第 12 条内同意的一般定义作为基础）列出第 13(1)条规定投诉人并不属自由地同意（因此并无同意）涉及性的行为的特定情况。该条规定，在以下情况下，任何人（“乙”）并不属自由地同意另一人（“甲”）的行为：

- “ (a) 在该行为发生时，乙因为受到酒精或其他任何物质影响而无行为能力同意该行为；
- (b) 乙因为自己或其他人被施加暴力，或因为自己或其他人受到暴力威胁，以致同意或接受该行为；
- (c) 乙因为被甲非法禁锢而同意或接受该行为；
- (d) 乙因为甲所作的欺骗手段而错误理解该行为的本质或目的，以致同意或接受该行为；
- (e) 乙因为甲冒充乙所认识的人而诱使乙同意或接受该行为，以致同意或接受该行为；或
- (f) 只有乙以外的人对该行为表达或显示同意。”

3.44 此外，第 14 条规定任何人在入睡或不省人事时并无行为能力对任何行为给予同意。这是独立的条文，并不属第 13(2)条所列举的情况的一部分。第 14 条的效果与《英格兰法令》第 75(2)条(d)项的证据推定相类似（“*在有有关行为作出时，投诉人已入睡或因其他原因而不省人事*”）。

3.45 在《苏格兰法令》第 13(2)条所列举的可否定同意的实际情况中，(a)、(b)及(c)项大致上与《英格兰法令》所列举的(a)、(b)、(c)及(f)项证据推定（列于上文第 3.28 段）相类似。《苏格兰法令》的(d)及(e)项亦与《英格兰法令》内两项不可推翻的推定（列于上文第 3.34 段）相类似。在《苏格兰法令》中，只有(f)项（“*只有乙以外的人对该行为表达或显示同意*”）在《英格兰法令》中没有同等的项目。由于乙以外的人不能代表乙同意乙参与涉及性的行为，因此加入这一项看来并无必要。

3.46 我们认为，与上文所讨论的《英格兰法令》的证据推定一样，如控方提出证据证明存在《苏格兰法令》第 13(2)条所列举的任何情况，即可稳妥地交由陪审团裁定投诉人是否已同意有关的涉及性的行为，而不需要有法定推定。一如我们认为《英格兰法令》两项不可推翻的推定有可取之处，我们也认为在《苏格兰法令》所列举的项目之中，两个类似的项目也有可取之处（即(d)项就该行为的“本质或目的”所作的欺骗手段，以及(e)项冒充别人）。

## 1899 年《昆士兰刑事法典法令》

3.47 昆士兰《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 348(2)条规定，如任何人的同意是藉以下方式而取得的，则该人并非自由地和自愿给予同意（因此该人根本并无同意）：

- “ (a) 藉着武力；或
- (b) 藉着威胁或恐吓；或
- (c) 藉着引起对身体受伤害的恐惧；或
- (d) 藉着行使权力；或
- (e) 藉着就有关行为的本质或目的作出虚假和有欺诈成分的陈述；或
- (f) 藉着被控人诱使该人错误相信被控人是其性伴侣。”

3.48 《昆士兰法令》第 348(2)条所列举的情况大体上与《苏格兰法令》第 13(2)条所列举的情况相同，但《昆士兰法令》在(d)项中加入了“藉着行使权力”一项。我们不赞同昆士兰的做法，把“行使权力”列为推定投诉人并不同意的触发因素，原因是这个用词有欠精确，其真正涵义有待讨论，而且并非自由地作出的同意无论如何都不能构成同意。正如第 348(2)条(a)至(c)项所列举的情况（以及《英格兰法令》和《苏格兰法令》的同等条文），我们认为陪审团能够在没有法例指引下，自行裁定某项“行使权力”的行为是否会否导致同意无效。

### 就同意问题的裁定所提出的不同改革方案

3.49 根据上文对英格兰、苏格兰和昆士兰的立法方式所作的讨论，我们可确认以下两类裁定投诉人是否同意的法例条文：

- (i) 如有证据证明在有关行为作出时存在法例所指明的某些情况，投诉人会被视为不同意，而被控人不能推翻该项关于投诉人不同意的推定（苏格兰和昆士兰的法例所采取的做法）。

- (ii) 如有证据证明在有关行为作出时存在法例所指明的某些情况，投诉人会被视为不同意，除非被控人所举出的证据已足以带出关于投诉人是否同意的争论点（《英格兰法令》所采纳的“证据推定”）。

3.50 由此可见，香港可采取的立法改革方案为：(a)只采纳不可推翻的推定（苏格兰和昆士兰的做法）；(b)只采纳证据推定；或(c)合并采纳不可推翻的推定和证据推定（英格兰的做法）。我们已在上文讨论《英格兰法令》的证据推定，并拒绝采纳这些推定，理由是这些推定似乎并不能对刑事司法程序带来多少实际帮助。由于这个原因，我们不支持方案(b)或(c)而选择方案(a)。不过，我们建议只采纳《英格兰法令》中两项不可推翻的推定（与行为的本质和目的有关的欺骗，以及误认身分），而不采纳在苏格兰和昆士兰的法例中较详尽列举的推定。按照这个方案，新法例会述明如有触发与行为的本质和目的有关的欺骗以及误认身分这两项不可推翻推定的情况，即会导致同意无效。这个方案的优点是会把任何新行为列为刑事罪行，因为根据普通法<sup>27</sup>及/或香港的现行法例<sup>28</sup>，在该等情况下进行的涉及性的行为现已属刑事罪行。

3.51 最后，我们留意到《英格兰法令》在所描述的情况中使用“推定”一词，这个用词可能会引起一些误解。将有关情况称为法律陈述，以表明因欺骗手段或冒充手段而进行的涉及性的行为是未经同意的，可能比称为推定更为合适。

#### **建议 5**

**我们建议，新法例应加入与英格兰《2003年性罪刑法令》第76(2)(a)及(b)条相类似的条文，规定如被控人作出以下事情，则投诉人不可能给予同意，而被控人也不可能相信投诉人同意：**

- (a) 就相关的涉及性的行为，在本质或目的方面故意欺骗投诉人；或**

<sup>27</sup> 与涉及性的行为的本质或作出该行为的人的身分有关的欺诈手段会导致同意无效：*R v Linekar* [1995] 2 Cr App R 49, CA。

<sup>28</sup> 例如，根据《刑事罪行条例》（第200章）第118(2)条，任何男子冒充一名已婚女子的丈夫，诱使该女子与他性交，即属强奸。根据《刑事罪行条例》第120条，任何人以虚假借口或虚假申述，促致另一人作非法的性行为，即属犯罪。

**(b) 冒充投诉人所认识的人，故意诱使投诉人对相关的涉及性的行为给予同意。**

## 合理地相信投诉人同意

3.52 人类可以通过多种不同方式传达他们是否同意进行涉及性的行为，并不一定要以口述传达。有些人甚至可能选择沉默，而不采取任何积极行动以传达他们是否同意。如投诉人不同意与被控人进行涉及性的行为，但被控人却断言他相信投诉人已经同意，问题就可能出现。法律必须提供若干指引，指示如何解决投诉人不同意但被控人却主观相信投诉人同意而引起的矛盾。在这方面，我们倾向于采纳《英格兰法令》第 1(1)(c)及 1(2)条要求被控人合理地相信的做法。<sup>29</sup> 根据这些条文的规定，控方除了须证明投诉人不同意外，还须证明被控人并非合理地相信投诉人同意，才能将被控人定罪。被控人相信投诉人同意这个信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤。

3.53 由于法律主要是在裁定强奸中投诉人是否同意的基础上，逐步发展出须合理地相信投诉人同意的要求，我们会在下一章论述强奸时更详细地讨论“合理地相信”的问题。

## 同意的范围和撤回

### 《苏格兰法令》

3.54 《苏格兰法令》第 15 条订立进一步条文，以处理关于同意的两个不同方面：同意的范围和撤回。这条条文适用于该法令第 1 至 9 条所订的罪行。<sup>30</sup> 第 15(2)条规定，对个别涉及性的行为给予同意，“本身并不暗示对任何其他行为给予同意”。举例来说，同意接吻不一定暗示同意性交。

<sup>29</sup> 《英格兰法令》第 1(1)(c)和 1(2)条关于“合理地相信”的条文适用于强奸罪。“合理地相信”的类似条文也适用于以下罪行：以插入的方式进行侵犯（第 2(1)(d)及 2(2)条）、性侵犯（第 3(1)(d)及 3(2)条），以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为（第 4(1)(d)及 4(2)条）。

<sup>30</sup> 这些罪行为强奸（第 1 条）、以插入的方式进行性侵犯（第 2 条）、性侵犯（第 3 条）、性胁迫（第 4 条）、在进行涉及性的行为期间胁迫某人在场（第 5 条）、胁迫某人观看性图像（第 6 条）、以猥亵方式通讯（第 7 条）、性暴露（第 8 条）和偷窥（第 9 条）。

3.55 第(3)款规定，对涉及性的行为所给予的同意，“可在该行为开始前的任何时间或（如属持续行为）在该行为进行期间的任何时间予以撤回”。因此，在涉及性的行为开始前或在涉及性的行为进行期间的任何时间，同意均可撤回。

3.56 第(4)款规定，“如某行为在同意被撤回后进行或继续进行，该行为即属在未经同意下进行或继续进行”。

### 《英格兰法令》

3.57 在同意的范围和同意的撤回上，《英格兰法令》并无相应的条文。

### 《苏格兰法令》就同意的范围和撤回订立特定条文的原因

3.58 尽管《英格兰法令》并无订立相类似的条文，但苏格兰法律委员会认为对涉及性的行为所给予的同意可以附有保留或限制，因此应就同意的范围订立特定的条文：

“同意可以在某些方面附有保留或限制。此类同意的一个例子，是女方只有在男方戴上避孕套时才同意与他性交。在这种情况下，并不能说女方已经同意进行无保护措施性行为。男方如不理会同意的这方面的要素，就会犯强奸罪或性侵犯罪。同样，女方同意某种性接触的事实，本身并不暗示她同意另一种不同的性接触，例如接吻并不表示同意性交。女方同意进行某一种涉及性的行为（如触摸、口交），也不暗示她已同意其他种类的涉及性的行为（如阴道交）……”<sup>31</sup>

3.59 由于性自主权的行使应包括有权在任何时间撤回先前所给予的同意，因此苏格兰法律委员会亦认为应就同意的撤回订立特定的条文。<sup>32</sup> 根据英联邦的典据案例，如被控人在得到投诉人同意后与投诉人性交，但投诉人在性交期间撤回同意，被控人如继续与投诉人性交，就会犯强奸罪。<sup>33</sup>

3.60 我们赞同苏格兰法律委员会的意见，认为对涉及性的行为所给予的同意可以附有保留或限制，也可以在任何时间撤回。就对

---

<sup>31</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 2.82 段。

<sup>32</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 2.85 段。

<sup>33</sup> *Kaitamaki v R* [1985] AC 147, PC（新西兰）。

涉及性的行为所给予的同意附加保留或限制或撤回有关同意的权利，体现出性自主权的原则。

#### **建议 6**

**我们建议，新法例应加入与《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 15(2)、(3)及(4)条相类似的条文，规定：**

- (a) 对个别涉及性的行为给予同意，本身并不暗示对任何其他涉及性的行为给予同意；**
- (b) 对涉及性的行为所给予的同意，可在该行为开始之前的任何时间或（如属持续行为）在该行为进行期间的任何时间予以撤回；以及**
- (c) 如某行为在同意被撤回后进行或继续进行，该行为即属在未经同意下进行或继续进行。**

## 第 4 章 强奸

### 现时的法律

4.1 根据香港现时的法律，任何男子未经女子同意而与她性交，即属强奸。《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(3)条规定，任何男子：

“ (a) 与一名女子非法性交，而性交时该女子对此并不同意；及

(b) 当时他知道该女子并不同意性交，或罔顾该女子是否对此同意，

即属强奸。”

4.2 第 118(3)条所用的字眼反映出，只有男性才可以主犯的身分被裁定犯强奸罪，亦只有女性才能成为强奸的受害人。性交的行为必须包括以男性的性器官（即阳具）插入女性的阴道。只要是阳具对阴道作最轻微程度的插入，就足以证明性交的发生。<sup>1</sup> 因此，如果以阳具插入受害人阴道以外的身体其他部分（例如口腔或肛门），或以阳具以外的物体或身体其他部分插入受害人的阴道，都不构成强奸。

4.3 控方有需要证明插入，但无需要证明“射出精子”。《刑事诉讼程序条例》（第 221 章）第 65E 条规定：

“凡在任何刑事法律程序中，有需要证明性交、肛交或兽交，无须以射出精子证明交合完成，而单凭证明插入，即当作完成交合。”

因此，最轻微程度的插入已经足够，但必须有某些证明插入的证据。

4.4 为免除对于男性可否被判犯强奸妻子罪的疑问，《刑事罪行条例》（第 200 章）在 2002 年作出修订，加入新的第 117(1B) 条，规定“任何男子与其妻子性交并非在‘非法性交’、‘非法的

---

<sup>1</sup> 在 *R v Lee Wing On* 一案中（[1994] 1 HKC 257 (CA)）第 262 页，王见秋法官说：“主审法官正确地告诉陪审团，强奸罪有三项要素，而性交是其中之一。他亦正确地告诉陪审团，控方无需证明完全的性交。只要是男性的性器官对女性的阴道作最轻微程度的插入，就足以证明性交的发生。”



性交’ (*unlawful sexual intercourse*) 的涵盖范围以外。”虽然“非法性交”这个词并无定义，但这项修订的用意是澄清男性可被判犯强奸妻子罪，因此很难看到在第 118(3)(a)条中保留“非法”一词，除了引起混淆外，可以起甚么作用：由于性交的行为是因未经同意而变成非法，所以并无必要加上“非法”一词。在 *R v R* 一案中，基辅勋爵 (Lord Keith) 形容在同等的英格兰法例中加上“非法”一词的做法“只属多余”，并表示：

“其实，未经女子同意而与她性交，明显就是非法，因此……在该款中使用[非法]这个词是多此一举”<sup>2</sup>

4.5 《刑事罪行条例》(第 200 章)第 118(2)条规定，任何男子冒充一名已婚女子的丈夫，诱使该女子与他性交，即属强奸。

4.6 14岁以下的男童无性交能力，是普通法一项不可推翻的推定。根据这项推定，14岁以下的男童不能以主犯的身分被裁定犯强奸罪，但在适用的情况下，他仍可被裁定犯协助及教唆他人强奸的罪行，或猥亵侵犯罪(俗称“非礼”)。正如本文件在导言指出，法改会在 2010 年 12 月建议废除这项推定，因为继续适用这项推定并无实际意义，又与现实脱节，更意味着控罪有时未能反映被控人行为的真正刑事罪责。但应注意的是，即使废除了这项推定，另一项“无犯罪能力”的可推翻推定也会继续适用于年龄介乎 10 至 14 岁之间的男童，规定控方须在无合理疑点下证明有关男童在犯罪时知道自己的行为是严重错误的，而非纯属顽皮或是恶作剧。

## 强奸罪的范围

4.7 在《刑事罪行条例》(第 200 章)第 118(3)条，强奸罪的范围只限于以阳具插入女性的阴道，<sup>3</sup> 并不包括以阳具插入投诉人的肛门或口腔。英格兰与威尔斯的法律在 1994 年扩大强奸的范围，把以阳具插入一名女子或另一名男子的肛门包括在内。<sup>4</sup> 2003 年的《英格兰法令》再扩大强奸的范围，把以阳具插入另一人的口腔也包括在内。<sup>5</sup> 这些修改的结果是，在英格兰与威尔斯强奸的范围包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。《苏格兰法令》亦在 2009

<sup>2</sup> [1991] 4 All ER 481, 第 489 页。

<sup>3</sup> *R v Lee Wing On*, 出处同上。

<sup>4</sup> 《1994 年刑事司法和公共秩序法令》(Criminal Justice and Public Order Act 1994) 第 142 条。根据《1956 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 1956) 第 1 条(按照《1994 年刑事司法和公共秩序法令》修订)，任何男子如在未经同意下与另一人性交(不论是阴道交或肛交)，而他知道该人并不同意，或罔顾该人是否同意，即属强奸。

<sup>5</sup> 《英格兰法令》第 1(1)条。

年扩大了苏格兰法律中强奸的范围，包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。<sup>6</sup> 由于相关的法例使用了“另一人”一词，因此在英格兰与威尔斯以及苏格兰，男性和女性都可以是强奸的受害人。

4.8 苏格兰法律委员会阐明扩大强奸范围的理据如下：

“根据现时的法律，强奸的定义是以阳具插入阴道，但不包括其他以阳具插入的方式。这样造成的效果是，按照普遍但不准确的说法，只有男性才可以犯强奸罪，亦只有女性才可以被强奸……以阳具侵犯一个人的肛门或口腔，与侵犯阴道一样，是对性自主权的严重侵犯。现有的定义也意味着，以阳具对男性作出插入尽管是刑事罪行……但却不被视为强奸。况且我们看不见有甚么理由，应对被他人以阳具作出侵犯的男性受害人和女性受害人给予不同对待……”<sup>7</sup>

4.9 我们赞同上述的见解，认为以阳具插入另一人的肛门或口腔，与侵犯阴道一样，是对性自主权的严重侵犯。我们也看不见有甚么充分理由，应对未经同意下被阳具插入的男性受害人和女性受害人给予不同对待。因此，我们认为强奸的范围应予扩大，包括未经同意下以阳具插入“另一人”的阴道、肛门或口腔。

#### **建议 7**

**我们建议，应在新法例中加入与英格兰《2003 年性罪行法令》第 1(1)(a)条相类似的条文，使强奸的范围包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。**

## **区分强奸与其他方式的性插入行为**

4.10 强奸一词已在《刑事罪行条例》（第 200 章）使用了一段很长时间，用以描述涉及以男性的性器官（即阳具）作出插入的性罪行。强奸只限于以阳具作出的插入行为，对于非以阳具作出的插入行为，则另外由猥亵侵犯罪对付。在《英格兰法令》和《苏格兰法令》，“强奸”一词也是用以指未经同意下以阳具对另一人作出

<sup>6</sup> 《苏格兰法令》第 1(1)条。

<sup>7</sup> 苏格兰法律委员会，《有关强奸和其他行性罪行的讨论文件》（*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*）（讨论文件第 131 号，2006 年 1 月），第 4.18 段。

插入的行为。<sup>8</sup> 至于非以阳具作出的插入行为，在《英格兰法令》则由“以插入的方式进行侵犯”罪对付，在《苏格兰法令》则由“以插入的方式进行性侵犯”罪对付。

4.11 某些司法管辖区并不区分强奸与其他非以阳具作出插入的罪行。这些司法管辖区的性罪刑法例没有使用强奸一词，所有方式的插入行为（不论是否以阳具插入）都划归为一类罪行。在澳大利亚，涉及插入的性罪行在新南威尔斯称为“性侵犯”；<sup>9</sup> 在澳洲首都地区和北领地称为“未经同意下作出的性交”；<sup>10</sup> 在西澳大利亚称为“未经同意下作出的性插入”。<sup>11</sup> 这些澳大利亚州份的法例完全没有使用强奸一词。另一方面，新西兰的《刑事罪行法令》（Crimes Act）把插入罪行称作“性侵犯”。<sup>12</sup> 新西兰的这项罪行包含所有方式的性插入行为。在新西兰的法例，强奸一词用作罪行描述的一部分，与澳大利亚的法例不同。任何人如“(a)强奸另一人；或(b)与另一人有非法的性接触”，即属犯性侵犯罪。<sup>13</sup>

4.12 我们须考虑两个问题。第一个问题是应否把性插入的罪行分为以阳具作出的插入行为和非以阳具作出的插入行为。如第一个问题的答案是肯定的话，第二个问题是应继续使用强奸一词还是使用其他词语来描述涉及以阳具插入的特定罪行。

### **应否区分强奸与其他插入行为？**

4.13 我们认为应继续区分强奸和其他非以阳具作出的插入行为。在我们看来，强奸应限于以阳具作出的插入，不宜过度扩大强奸的定义。我们留意到有些司法管辖区（如澳大利亚）已不再区分以阳具作出的插入罪行和其他的插入罪行。然而，强奸罪的构成元素（未经同意下以阳具作出插入）存在已久，我们认为香港的市民大众对这些元素已非常熟悉。强奸也从未被理解为包括非以阳具作出的插入。我们相信市民大众（和陪审团）对某些字词的涵义已有先入为主的想法，因此我们认为不宜在这方面扩大强奸的定义，超出这个词现时所指的以阳具作出插入的涵义。

---

<sup>8</sup> 香港的强奸罪只限于插入受害人的阴道，但《英格兰法令》和《苏格兰法令》把强奸罪扩大至插入受害人的阴道、肛门或口腔，跟香港的强奸罪不同。

<sup>9</sup> 《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）（新南威尔斯），第611条。

<sup>10</sup> 《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）（澳洲首都地区），第54条；《刑事法典法令》（Criminal Code Act）（北领地），第192条。

<sup>11</sup> 《刑事法典》（Criminal Code）（西澳大利亚），第325条。

<sup>12</sup> 《1961年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）（新西兰），第128B条。

<sup>13</sup> 《1961年刑事罪行法令》（新西兰），第128条。

## 应否继续使用强奸一词？

4.14 对于支持和反对使用强奸一词的论点，苏格兰法律委员会总结如下：

“……支持这个做法（即不使用强奸一词描述在未经同意下以阳具插入的罪行）的主要论据是，强奸一词对受害人来说被视为带有羞辱成分。另一个论点是强奸一词也令被控强奸的人蒙羞，因此如果案件不符合对强奸的固有概念，没有牵涉陌生人之间的暴力袭击，陪审团就可能不愿意把被控人标签为强奸犯。然而，现在已很少人支持弃用强奸一词。人们认为若不使用这个词，该罪行的严重性会被低估。况且，这个词的羞辱效果也起重要作用，可标签某种特定形式的非法行为。谭坚（Temkim）引述维多利亚法律改革委员会（Law Reform Commission of Victoria）的意见，该委员会写道：‘不论法律的形式和实质内容为何，支持保留“强奸”一词的主要理由是，这个词在我们的文化里已等同于一种特别令人发指的恶行’”<sup>14</sup>

4.15 我们认为应保留强奸一词，用以指未经同意下对投诉人以阳具作出插入的罪行。在我们的文化里，大家都清楚明白强奸一词是指一种特定形式的严重非法行为。如不使用强奸一词，该罪行的严重性或许得不到确切反映，并可能会被低估。虽然强奸一词可能有羞辱效果，但这个效果也起重要作用，可把这种特定形式的非法行为适当地标示为一种严重行为。更重要的是，由于香港的市民大众熟悉强奸一词的涵义，保留这个词可提高他们对法律的了解。

### 建议 8

我们建议，应继续使用强奸一词描述未经同意下以阳具作出插入的罪行。

我们又建议，应区分强奸与其他未经同意下所犯并且涉及非以阳具作出的性插入行为的性罪行。

<sup>14</sup> 苏格兰法律委员会，《有关强奸和其他行性罪行的讨论文件》（讨论文件第 131 号，2006 年 1 月），第 4.13 段。

## 对由手术建造的性器官的适用范围

4.16 由于我们已决定强奸应包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔，我们需要决定未经同意下作出的插入如涉及由手术建造的性器官，是否应等同强奸。

### 《英格兰法令》

4.17 第 79(3)条规定，“凡提述身体的任何部分，均包括提述由手术建造的任何部分（特别是通过变性手术建造）。”<sup>15</sup> 这项条文反映了英国内政部检讨小组认为法律应同样适用于由手术建造的器官的意见：

“……我们也明白到有变性人担心法律会把他们排除在外，使他们得不到刑事司法制度的保障。如现代的外科技术能提供性器官，法律就应清楚表明有关罪行的范围会包括对这些器官作出的插入或以这些器官作出的插入。法律必须保障任何人免受所有性暴力的侵犯。不管性器官是否由手术建造，法律也应一概适用。因此，为免产生疑问，我们认为法律应适用于由手术建造的器官，无论是阴道还是阳具……”<sup>16</sup>

### 《苏格兰法令》

4.18 《苏格兰法令》第 1(4)条的效力与《英格兰法令》的有关条文相类似。这条条文把“阳具”和“阴道”的涵义扩大，以包括由手术建造的性器官：

“在本法令中——

‘阳具’包括由手术建造的阳具，但它必须属于（某人（甲））的一部分，并且是在外科手术的过程中建造的；及

‘阴道’包括——

---

<sup>15</sup> 这条释义条文适用于该法令的第 1 部。

<sup>16</sup> 《内政部文件》，第 2.8.4 段。

- (a) 外阴；及
- (b) 由手术建造的阴道（连同任何由手术建造的外阴），但它必须属于（另一人（乙））的一部分，并且是在外科手术的过程中建造的。”

4.19 我们赞同这个观点，认为如果现代的外科技术能提供由手术建造的阳具，则强奸罪的范围应包括以这些人造器官所作出的插入。在未经同意下以由手术建造的阳具插入某人的阴道、肛门或口腔，与以天生的阳具作出插入一样，是对其性自主权的严重侵犯。因此，我们认为阳具的定义应包括由手术建造的阳具。这个定义不仅应适用于强奸，也应适用于所有性罪行。

4.20 我们认为变性人如果拥有由手术建造的阴道，应同样受到刑事司法制度的保护。虽然变性人的性器官是由手术建造的，但任何人如违反一个变性人的意愿而对其性器官作出插入，也是严重侵犯该变性人的性自主权。因此，阴道的定义应包括由手术建造的阴道。

4.21 《英格兰法令》第 79(9)条和《苏格兰法令》第 1(4)条都规定“阴道”包括外阴。外阴（或由手术建造的外阴）是女性生殖器官的一部分，因此就任何性罪行而言，也应被视为阴道的一部分。

#### **建议 9**

**我们建议新法例应规定，就任何性罪行而言，阳具应包括由手术建造的阳具，阴道应包括(a)外阴以及(b)由手术建造的阴道（连同由手术建造的外阴）。**

### **“插入”的涵义**

4.22 “插入”一词可能有含糊之处，因为这个词可以指：(i)仅是最初的插入行为；或(ii)正在被插入的状态，即从进入起至退出为止的持续行为。苏格兰法律委员会解释，如当事人在对方插入时最初表示同意，但后来却把同意撤回，这个含糊之处就可能会产生难题：

“……插入可以仅指最初的插入行为，也可以包括正在被插入的状态。如当事人最初同意让对方插入，但正在被

插入时却把同意撤回，难题就会出现。按照第一种对插入的狭义解释，可以辩称插入并非未经同意的……”<sup>17</sup>

4.23 《英格兰法令》和《苏格兰法令》都订有特定条文，采纳第二种较广义的解释，以处理这个可能出现的含糊之处。

### 《英格兰法令》

4.24 《英格兰法令》第 79(2)条规定，“插入是从进入起至退出为止的持续行为。”这个定义适用于《英格兰法令》第 1 部内所有的性罪行。

### 《苏格兰法令》

4.25 《苏格兰法令》第 1(2)及 1(3)条规定：

“ (2) 除第(3)款另有规定外，就本条而言，插入是从阳具进入起至阳具退出为止的持续行为。”

“ (3) 如插入最初获得同意，但在某个时候同意被撤回，则第(2)款须解释为：该款所提述从阳具进入起的持续行为，可指从同意被撤回之时起的持续行为。”

4.26 《苏格兰法令》这些条文的效果是，插入可以在同意下开始进行，但后来同意被撤回后，插入仍然可能在继续进行。在这种情况下，由同意被撤回之时起的插入，便构成犯强奸罪的插入。<sup>18</sup>

4.27 应注意的是，《苏格兰法令》第 1(2)及 1(3)条的定义只适用于第 1 条（即强奸罪）。不过，其他涉及插入的性罪行亦有类似的插入定义。<sup>19</sup>

4.28 我们认为应采纳苏格兰关于插入涵义的条文，因为该等条文反映了性自主权的原则，即当事人应有权撤回先前所给予的同意。在香港特别行政区诉 Chan Sau Man 一案中，<sup>20</sup> 受害人自愿与被控人前往酒店，并两次同意与被控人性交，被控人在性交时有使用避孕套。

---

<sup>17</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.32 段。

<sup>18</sup> 参阅苏格兰法律委员会《性罪行（苏格兰）法令草案》第 1 条的注释。该法令草案载于《苏格兰法律委员会报告书》附件 A。

<sup>19</sup> 例如，“以插入的方式进行性侵犯”罪（第 2(2)及 2(3)条）和“性侵犯”罪（第 3(2)及 3(3)条）都有类似的“插入”定义。

<sup>20</sup> [2001]3 HKLRD 593.

被控人经受害人同意而与她第二性性交后，在性交中的某个阶段脱去他使用的避孕套。尽管受害人自始至终都明确表示，她只有在被控人戴上避孕套的情况下才会跟他性交，但被控人强行对受害人作出插入，不理睬她的口头抗议和实际反抗。上诉法庭维持被控人强奸罪名成立的判决。举例来说，如果一名女子最初以为男子戴上了避孕套，因而没有表示不同意性交，后来发觉该男子其实没有戴上避孕套，于是表示不同意，可是该男子却拒绝把阳具退出来，在这种情况下，苏格兰的条文便可发挥作用。根据苏格兰的条文，虽然该男子可辩称在阳具进入时该女子对插入表示同意，但当该女子后来表示不同意时，已把同意撤回，因此该男子会犯了强奸罪。这看来也符合普通法的观点。例如在 *R v Anderson Greaves* [1999] 1 Cr. App. R (S) 319 和 *R v S (James) (A Juvenile)* [2001] EWCA Crim 2640 这两宗案件中，受害人在性交期间改变主意，要求被控人停止，但被控人拒绝退出，被控人都被裁定强奸罪名成立。

#### **建议 10**

**我们建议，就任何性罪行而言，插入的定义应指从进入起直至退出为止的持续行为。**

**我们又建议，如插入最初获得同意，但在某个时候同意被撤回，则从进入起的持续行为，应指从先前所给予的同意被撤回之时起的持续行为。**

## **插入行为和其他相关的涉及性的行为的精神意念元素**

4.29 《刑事罪行条例》（第200章）第118条有关强奸的定义并无提及犯罪人作出插入行为的意图。因此，香港法例的用词并无清楚表明是否需要明确故意的犯罪意图，还是仅仅罔顾后果便已足够。相反，《英格兰法令》特别指出强奸中插入行为以及其他未经同意下进行的性罪行中的相关的涉及性的行为所需的意图。<sup>21</sup> 《苏格兰法令》更进一步规定，强奸中的插入行为以及其他未经同意下进行的性罪行中的相关的涉及性的行为，既可以故意作出，也可以罔顾后果地作出。我们要考虑的问题是：我们应依循《英格兰法令》的做法，规定强奸中的插入行为，以及其他未经同意下进行的性罪行中的相关的涉及性的行为必须是故意作出，还是依循《苏格兰法

<sup>21</sup> 相关的涉及性的行为是：强奸中的“故意插入”（第1(1)(a)条）；以插入的方式进行侵犯中的“故意插入”（第2(1)(a)条）；性侵犯中的“故意触摸”（第3(1)(a)条）；以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为中的“故意导致”（第4(1)(a)条）。



令》的做法，接纳故意或罔顾后果都可构成犯有关罪行所必需的精神意念元素。

4.30 我们认为香港的法律应依循《英格兰法令》的做法，规定强奸中的插入行为，以及其他未经同意下进行的性罪行中的相关的涉及性的行为必须是故意作出，即是说罔顾后果并不足以构成犯罪意念。我们的看法有多个理由支持。

4.31 首先，*R v Heard* 一案<sup>22</sup> 显示在香港的普通法下，罔顾后果对于插入行为而言并不足够。根据*R v Heard* 的判决，在《英格兰法令》于2003年制定前，普通法的观点是只有通过故意触摸才能犯猥亵侵犯，而性交行为也只能是故意作出。况且，制定《英格兰法令》的目的，并不是为了改变普通法的观点。因此，香港普通法的观点一贯是性交行为和其他涉及性的行为只能是故意作出。我们看不到有任何充分理由改变现行的普通法。

4.32 更重要的是，罔顾后果的概念曾在刑事案件中引起若干问题。终审法院在冼锦华案中阐述罔顾后果的概念如下：

“……必须证明被告人的精神意念是应受谴责的，因为他知悉风险确实或将会存在，但仍罔顾这个情况而行事；或者他知道风险将会出现，但仍罔顾这个结果而行事，而在他所知的情况下，他冒这个风险是不合理的。相反，如果因为年龄或个人特质，被告人确实没有察觉或预见其行为所涉及的风险，他不能被视为应受谴责而被判有罪”。<sup>23</sup>

如就插入行为和其他涉及性的行为加入罔顾后果的概念，会不必要地使陪审团的工作和法官的引导变得更为复杂。

4.33 苏格兰条文的效果是，关于涉及性的行为的犯罪意念可以凭借罔顾后果而确定。在一个假设的例子中，如一名男子把阳具放在一名女子的阴道上只是意在周围拨弄，但却罔顾后果地插入她的阴道，根据苏格兰的条文，这已有足够的犯罪意念。虽然我们可以想象出此类假设的例子，但这种情况可能相当罕见，其他的性罪行（如性侵犯）也相当可能适用于这种行为。总的来说，我们并不认为苏格兰的条文是必要的。

---

<sup>22</sup> *R v Heard* [2007] 3 All ER 306.

<sup>23</sup> 冼锦华案 [2005] 2 HKLRD 375，第 391 D 段（非常任法官梅师贤爵士的判词）。

4.34 我们还要考虑的另一个问题是，关于性罪行的新法例是否不应提及插入行为和其他相关的涉及性的行为的精神意念元素，以便继续按现行的普通法决定有关情况。由于新法例会把普通法编纂为成文法则，而且在用词上会有若干转变（如现时使用的“性交”会改为“插入”），我们认为有必要在新法例中明文规定，插入行为和其他相关的涉及性的行为必须是故意作出的。

4.35 *R v Heard* 一案清楚说明，自愿神智不清在普通法下不能构成强奸和猥亵侵犯的免责辩护。我们认为在把有关法律编纂为新法例时，应加入一项条文，规定自我引发的神智不清，不能构成强奸及其他未经同意下进行的性罪行的免责辩护。

#### **建议 11**

**我们建议，新法例应明确规定强奸中的插入行为，以及其他未经同意下进行的性罪行（即三项可能订立的新罪行：以插入的方式进行性侵犯、性侵犯、导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为）中的相关行为，均必须是故意作出的。**

**我们又建议，新法例应规定自我引发的神智不清，不能构成强奸及其他未经同意下进行的性罪行的免责辩护。**

## **强奸在同意方面的精神意念元素**

4.36 根据《刑事罪行条例》第 118(3)(b)条，强奸在同意方面的犯罪意念是被告人“当时……知道该女子并不同意性交，或罔顾该女子是否对此同意”。因此，强奸现时在考虑是否同意方面的犯罪意念是事实上知道投诉人并不同意，或罔顾投诉人是否同意。就此而言，被告人如预见投诉人不同意的风险，但并不在乎投诉人是否同意，无论如何也继续与投诉人性交，即属罔顾后果。<sup>24</sup> 可是，倘若被告人真确相信投诉人同意，但被告人如此相信是错误和不合理的，那情况又是怎样？这是下文所讨论的问题。

<sup>24</sup> 例子可参阅 香港特别行政区诉萧达源 CACC 201/2005, 2007 年 6 月 8 日。

## 摩根原则——以主观测试衡量关乎同意的信念

4.37 在刑事检控专员诉摩根 (*DPP v Morgan*) 案中，<sup>25</sup> 英国上议院裁定被控人如错误相信投诉人同意，亦不能被裁定犯强奸罪，而且被控人也无须基于合理理由而持有这个信念，即使被控人是基于错误或不合理的理由而持有这个信念，也无关重要。因此，被控人如在性交时真确但错误相信投诉人同意，即使被控人并无合理理由持有这个信念，也没有犯强奸罪。所以，摩根案确立了强奸罪在同意方面的精神意念元素完全是主观的，即完全取决于被控人内心的信念。<sup>26</sup>

4.38 应注意的是，法院的判决和学者的评论曾把这个信念称为“诚实地相信”或“真确相信”，很多时这两个词可以交替使用。<sup>27</sup>但在香港特别行政区诉黄盛中一案中，<sup>28</sup> 香港高等法院上诉法庭强调有关的精神意念元素是被控人是否“真确相信”投诉人同意与被控人性交，而并非是否“诚实地相信”。我们也同意使用“真确相信”较“诚实地相信”更为合适，因为后者可能会被误解，以为重点是放在被控人的道德诚信上或被控人是否诚实的人这个问题上。因此，我们会在本咨询文件中采用“真确相信”一词。

4.39 虽然摩根案只涉及强奸，但该案的原则在普通法上可普遍适用于需要在同意的问题上证明犯罪意念的罪行。举例来说，法院在 *Kimber* 一案<sup>29</sup> 裁定，被控人纵使错误、甚至不合理地相信投诉人同意，也无须因猥亵侵犯而负上法律责任。

### 《刑事罪行条例》第 118(4)条的制定——澄清摩根原则

4.40 摩根原则受到严厉批评，因为这项原则从被控人的主观角度来考虑整个问题，不能对受害人提供充分保护。根据摩根原则，不管受害人说甚么或做甚么，也不管受害人受到多么严重的侵犯，被控人只要“真确”相信受害人同意，就不属强奸，尽管被控人这个信念是错误的。虽然摩根原则受到严厉批评，但英国海尔布隆法官 (Mrs Justice Heilbronn) 和强奸罪咨询委员会 (Advisory Committee on Rape) 仍认为这项原则是正确的，只是强奸的精神意念元素应予澄

<sup>25</sup> *DPP v Morgan* [1976] AC 182.

<sup>26</sup> 《内政部文件》，第 2.2.4 段。

<sup>27</sup> 例子可参阅刑事检控专员诉摩根 [1976] AC 182、香港特别行政区诉邓国华 [2001] 2 HKC 301 CA，以及 *Halsbury's Laws of Hong Kong* 刑事法部分第[130.369]段。

<sup>28</sup> 香港特别行政区诉黄盛中，CACC 66/1999。

<sup>29</sup> *Kimber* [1983] 1 WLR 1118.

清。<sup>30</sup> 因此，香港在 1978 年制定的《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条对此作出解释（或见英格兰《1976 年性罪行（修订）法令》（Sexual Offences (Amendment) Act 1976）第 1(2)条的类似条文）。<sup>31</sup>

4.41 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条规定：

“现予声明，在强奸罪行的审讯中，陪审团如须考虑一名男子是否相信一名女子同意性交，则在考虑此事时，除须顾及其他有关事项，亦须顾及该名男子是否有合理理由相信该名女子同意性交。”

4.42 在摩根案中，傅利沙勋爵（Lord Fraser）表示任何信念是否合理是陪审团须予考虑的事项，而《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条实际上是对傅利沙勋爵的说话赋予法例效力。<sup>32</sup> 傅利沙勋爵在摩根案中说道：

“如整体证据的效果是表明被告人相信或可能曾相信该女子同意，则控方未能履行举证责任，按照罪行的完整定义证明被告人犯罪，在本席看来，被告人的信念是否合理的问题并不存在。当然，被告人的信念是否合理会是重要证据，可显示被告人是否真的如此相信，但只是仅此而已。”<sup>33</sup>

4.43 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条所作的澄清并没有改变摩根案的主要观点，即关乎同意的问题应由被控人主观上是否相信投诉人同意的角度来考虑。正如上文所引述的傅利沙勋爵的附带意见显示，如整体的证据表明被控人真确但错误相信投诉人同意，则“如此相信是否合理的问题并不存在”，被控人必须获裁定无罪。被控人的信念是否合理只是一项证据，显示被控人事实上是否持有这个信念。换句话说，整个问题仍是从被控人主观信念的角度考虑。第 118(4)条的效果只是要求陪审团在裁定一名男子是否真确但错误相信一名女子同意性交时，除须顾及其他有关的证据外，亦须顾及“该名男子是否有合理理由相信该名女子同意性交”。

---

<sup>30</sup> 《内政部文件》，第 2.2.5 段。

<sup>31</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条是仿效英格兰《1976 年性罪行（修订）法令》第 1(2)条。

<sup>32</sup> 《内政部文件》，第 2.2.5 段。这是《内政部文件》对英格兰《1976 年性罪行（修订）法令》第 1(2)条所作的评论。

<sup>33</sup> *DPP v Morgan* [1976] AC 182, 第 237E 至 F 段（傅利沙勋爵的判词）。

4.44 因此，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条并不能全面回应对摩根原则的批评。我们认为香港法律在被控人是否相信投诉人同意的问题上必须进行改革。

4.45 《英格兰法令》和《苏格兰法令》现在都规定被控人必须合理地相信投诉人同意，以处理被控人误以为投诉人同意的问题。我们稍后会在本章讨论这个做法。

## 为处理正确（但错误）相信对方同意这个问题而提出的不同改革方案

4.46 我们可认定三个改革方案，以处理正确（但错误）相信对方同意这个问题。

### 方案 1——主观测试

4.47 这是摩根原则所采取的做法，也是香港现行的法律。在这个做法之下，被控人必须正确相信投诉人同意，但被控人的信念无须合理。换句话说，被控人如正确相信投诉人同意，就没有犯罪所必需的精神意念，尽管被控人并无合理理由持有这个信念。<sup>34</sup>

4.48 对于相信对方同意这个问题，支持采用上述主观测试的主要论据是，如当事人确实错误理解某罪行的重要特征，那就不能说他怀有犯该罪行所必需的犯罪意念。况且，按照某些外在准则评价一个人的行为，可能有欠公平。被控人可能因正当理由（例如文化背景或学习困难）而误解投诉人的行为。在涉及性方面的交往中，“解读信息”是很复杂的事。<sup>35</sup>

4.49 “正确但不合理地相信”的测试可备受批评，因为它不能对性罪行的受害人提供充分保障。这个测试所产生的后果是：被控人只要“正确”相信投诉人已经同意，就不能被裁定犯强奸罪，尽管被控人如此相信并不合理（例如投诉人已表示不同意）。从这方面来说，这个测试会削弱性自主权的原则。这个测试也会“巩固对女性和性选择权的谬误和成见”，<sup>36</sup> 并“鼓励人们继续相信关于涉及性的行为的谬误，尤其是所有女性都喜欢被强势的男性支配，以

---

<sup>34</sup> 但是，根据《刑事罪行条例》第 118(4)条，陪审团在考虑被控人是否真诚相信投诉人同意性交时，须顾及被控人是否有合理理由相信投诉人同意性交。

<sup>35</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.71 段。

<sup>36</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.72 段。

及女性说‘不’其实是表示‘同意’的谬误”。<sup>37</sup> 我们认为这个测试会削弱现代的性自主权概念，而有关概念正是我们建议修订法例的基础。<sup>38</sup>

## 方案 2——客观测试

4.50 客观测试只按照一个合理的人应该会相信甚么事实或是否有合理理由持有某信念这个标准，来衡量被控人的信念。被控人的个人特质不会列入考虑。如被控人相信受害人同意的理由是令人反感或异乎寻常的，例如“被控人认为自己性感具吸引力，因而没有女性可以抗拒他的魅力”，则关乎被控人抱有这个信念的主张相当可能不被接纳。<sup>39</sup>

4.51 采用纯客观测试的主要问题，是刑事法一般避免因纯粹的疏忽行为（即未能根据一个合理的人的标准行事）而把某人定罪。不清楚一个合理的人究竟有甚么特质，也是抽象地应用“合理的人”的标准的问题所在。<sup>40</sup>

## 方案 3——混合测试

4.52 第三种做法是采用结合了其他两个测试的混合测试。《英格兰法令》和《苏格兰法令》都采用了这种做法。

### 《英格兰法令》

4.53 就强奸而言，《英格兰法令》第 1(1)(c)条规定控方除了须证明投诉人不同意外，还须证明被控人并非“合理地相信”投诉人同意。其他未经同意下进行的性罪行也订有类似的规定。

4.54 根据第 1(2)条，某信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而曾经采取的步骤。相同的法律框架也适用于其他未经同意下进行的性罪行，以裁定被控人的信念是否合理。<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> 《内政部文件》，第 2.13.7 段。

<sup>38</sup> 我们认为政府应采取措施，配合本咨询文件所建议的法例修订，以推广现代的性自主权概念，消除对女性性形象方面的成见，例如女性如不说话或没有说“不”，其实是同意性交；或者女性穿着性感衣服，就是想引诱他人与她发生性行为或表示她对性关系开放。推广现代的性自主权概念应成为学校性教育和一般反罪案教育的主题。

<sup>39</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.73 段。

<sup>40</sup> 同上。

<sup>41</sup> 必须合理地相信的规定，以及裁定信念是否合理的法律框架，也适用于以插入的方式进行侵犯（第 2(1)(d)及 2(2)条）、性侵犯（第 3(1)(d)及 3(2)条），以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为（第 4(1)(d)及 4(2)条）。

## 《苏格兰法令》

4.55 就强奸而言，《苏格兰法令》第 1(1)(b)条规定控方除了须证明投诉人不同意外，还须证明被控人在“并非合理地相信”投诉人同意的情况下作出插入行为。“并非合理地相信”的相同规定适用于《苏格兰法令》第 1 部内所有未经同意下进行的性罪行。<sup>42</sup>

4.56 第 16 条规定，就第 1 部内的罪行而言，在裁定某人关乎同意的信念是否合理时，必须考虑该人有没有为确定另一人是否同意而采取任何步骤；若有，则必须考虑该等步骤是甚么。应注意的是，《苏格兰法令》中裁定某信念是否合理的法律框架并无提及“所有有关情况”，与《英格兰法令》不同。

### 我们建议的方案

4.57 我们认为只可在第一个方案（主观测试加上《刑事罪行条例》第 118(4)条所作的澄清）和第三个方案（混合测试）之间选择。我们不支持第二个方案（完全客观的测试）。

4.58 苏格兰法律委员会解释拒绝第二个方案的理由如下：

“倘若采用的测试（即客观测试）在衡量被控人的信念时，只按照一个合理的人应该会相信甚么或是否有合理理由持有某信念这个标准，则会使注意力大大偏离了该被控人。”<sup>43</sup>

4.59 完全客观的测试未能顾及个别被控人的某些个人特质，这些特质可解释他为何真确但错误相信受害人同意。被控人的这些特质可包括学习困难、精神紊乱或欠缺社交技巧。

4.60 第一个方案（主观测试）代表香港法律的现有情况。正如上文所述，摩根原则的主观成分备受批评，因为该原则会产生如下后果：尽管投诉人已表示不同意性交，但被控人只要“真确”相信投诉人同意，就不属强奸。由于这个方案削弱对性自主权的尊重，我们并不支持这个方案。

---

<sup>42</sup> 必须合理地相信的规定，适用于《苏格兰法令》第 1 部内所有未经同意下进行的性罪行：强奸（第 1 条）、以插入的方式进行性侵犯（第 2 条）、性侵犯（第 3 条）、性胁迫（第 4 条）、在进行涉及性的行为期间胁迫某人在场（第 5 条）、胁迫某人观看性图像（第 6 条）、以猥亵方式通讯（第 7 条）、性暴露（第 8 条）、偷窥（第 9 条），以及为性目的而施用物质（第 11 条）。

<sup>43</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.76 段。

4.61 关于第三个方案，苏格兰法律委员会对何谓混合测试解释如下：

“有关的测试并非主观测试（主观测试只聚焦于个别被控人的精神意念状态），也不是纯粹的客观测试（客观测试在乎一个合理的人会否相信受害人同意），而是混合测试。法庭或陪审团必须裁定被控人所持的信念是否合理（这方面涉及客观因素），但在作出此项裁定时，亦必须考虑个别被控人有没有采取步骤（若有，该等步骤是甚么）以确定另一方是否同意（这方面加入了主观成分）。”<sup>44</sup>

4.62 我们支持采纳属于混合测试的第三个方案。正如苏格兰法律委员会指出，该方案所采用的“*测试避免使用完全主观的方法，但又仍然把焦点集中于被控人。*”<sup>45</sup>混合测试的优点，是它规定被控人相信投诉人同意的信念必须合理，避免了摩根原则的主观成分，但又仍然把焦点集中于个别的被控人，在考虑被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤后，才裁定被控人的信念是否合理。

4.63 虽然《英格兰法令》和《苏格兰法令》都有类似的规定，要求控方必须证明被控人并非合理地相信投诉人同意，但英格兰和苏格兰的法例条文在裁定被控人的信念是否合理的法律框架上，有若干不同之处。有关的条文如下：

《英格兰法令》

“信念是否合理，必须在考虑**所有有关情况**后而予以裁定，有关情况包括（某人（甲））为确定（另一人（乙））是否同意而曾经采取的步骤。”（表示强调的黑体后加）<sup>46</sup>

《苏格兰法令》

“就第 1 部而言，在裁定某人关乎同意或知情的信念是否合理时，必须考虑该人有没有为确定另一人是否

---

<sup>44</sup> 参阅苏格兰法律委员会《性罪行（苏格兰）法令草案》第 12 条的注释。该法令草案载于《苏格兰法律委员会报告书》附件 A。

<sup>45</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.76 段。

<sup>46</sup> 《英格兰法令》第 1(2)条。



同意或知情（视乎情况而定）而采取任何步骤；若有，则必须考虑该等步骤是甚么。”<sup>47</sup>

4.64 苏格兰的条文没有包括“所有有关情况”这个用语，这是草拟时有意作出的决定。对于为何不包括这个用语，苏格兰法律委员会解释如下：

“……2003年[英格兰性罪行]法令使用‘所有有关情况’这个用语，可容许把被控人的所有特质都考虑在内，用以衡量被控人的信念是否合理。换句话说，有关测试变成：考虑到被控人包括其信念体系在内的特质，他关乎同意的信念是否合理？但这个做法与‘真诚’相信的主观测试并无多大分别。所以，我们不赞成在犯罪意图的建议定义内，加入‘所有有关情况’的提述……”<sup>48</sup>

4.65 上述的评论指出，“所有有关情况”这个用语在表示衡量被控人的信念是否合理时，可将被控人的个人特质都列为考虑因素，当中包括他的信念体系。我们对于这项评论并无异议，然而我们认为“所有有关情况”这个用语，不但包含被控人的信念体系，也包含不是完全从被控人角度考虑的因素或事项。这些因素或事项可包括当事人过往的性关系、他们惯常的沟通方式、他们相对的交涉地位、他们的年龄差距等。由于不是完全从被控人角度考虑的因素或事项都可以被考虑在内，因此“所有有关情况”这个用语不一定会把混合测试变成真诚相信的主观测试。

4.66 我们支持采纳加入“所有有关情况”这个用语的英格兰条文。加入这个用语的好处，是在衡量被控人相信投诉人的同意信念是否合理时，可以把被控人的个人特质和其他相关事项或因素都考虑在内。如果个别被控人因为学习困难、精神紊乱或欠缺社交技巧等个人原因，以致未能采取步骤确定投诉人是否同意，上述做法会避免对该被控人造成不公。虽然该被控人未能采取步骤确定投诉人是否同意，但陪审团在衡量该被控人的信念是否合理时，也应该考虑可能涉及的其他相关因素或事项（例如当事人过往的性关系、惯常的沟通方式、相对的交涉地位、年龄差距）。

---

<sup>47</sup> 《苏格兰法令》第16条。

<sup>48</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第3.77段。

4.67 如采纳《英格兰法令》的混合测试，《刑事罪行条例》（第200章）第118(4)条就没有存在必要（该条文只与第一个方案有关）。因此，我们建议新法例一经制定，第118(4)条便应予废除。

4.68 总结来说，我们认为就强奸罪和其他未经同意下进行的性罪行而言，控方必须证明投诉人不同意，以及被控人并非合理地相信投诉人同意。信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤。

### 建议 12

我们建议，就强奸罪及其他未经同意下进行的性罪行而言，新法例应加入与英格兰《2003年性罪行法令》第1(1)(b)、1(1)(c)、1(2)、2(1)(c)、2(1)(d)、2(2)、3(1)(c)、3(1)(d)、3(2)、4(1)(c)、4(1)(d)及4(2)条相类似的条文，规定：

- (a) 控方必须证明(i)投诉人不同意，以及(ii)被控人并非合理地相信投诉人同意；以及
- (b) 信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第200章）第118(4)条便应予废除。

## 应否保留以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行？

4.69 根据《刑事罪行条例》（第200章）第120条，任何人以*虚假借口或虚假申述*，促致另一人在香港或外地作非法的性行为，即属犯罪。有关问题是应否废除这项促致罪而把它纳入强奸之内。

4.70 在《英格兰法令》制定前，普通法认为就强奸而言，只有与行为本质或当事人身分有关的欺诈手段才会使同意成为无效：*R v Linekar*<sup>49</sup>。因此，根据香港的现行法律，与行为本质或作出行为的人的身分有关的欺骗手段，都会构成强奸。

<sup>49</sup> [1995] 2 Cr App R 49, CA.

4.71 就强奸而言，与行为目的有关的欺骗手段在普通法下会使同意成为无效，这个问题曾引起争论，但《英格兰法令》和《苏格兰法令》都规定这类欺骗手段会使同意成为无效。正如我们在第3章指出，由于香港曾经发生案件，案中的受害人明白行为的本质（性交），但在行为的实际目的上受骗，因此有充分理由把与行为目的有关的故意欺骗，列为可以使同意成为无效的一种情况。我们认为，与行为目的有关的欺骗手段应受的谴责，不应比与行为本质有关的欺骗手段为少，因此这一类行为亦应以强奸罪论处。

4.72 总的来说，就强奸而言，欺骗手段只有与行为的本质或目的或作出行为的人的身分有关，才应使同意成为无效。接下来的问题是，倘若欺骗手段是与行为的本质或目的或是与作出行为的人的身分无关，刑事法应怎样处理。

4.73 在澳大利亚高等法院所审理的 *Papadimitropoulos* 一案中，<sup>50</sup> 被控人向一名刚到澳大利亚的年轻希腊女子说谎，谎称他俩已完成结婚仪式。事实上，被控人只是向墨尔本登记局提交结婚意愿通知书。证据显示，该年轻女子只在结婚后才会同意与被控人性交。被控人只是谎称他俩已经结婚。澳大利亚高等法院裁定，该女子并没有错误理解性行为的本质或被控人的身分，因此被控人强奸罪名不成立。但是，澳大利亚高等法院承认可以用另一项较轻的刑事罪行，即以欺诈手段或虚假借口促致他人性交，来惩罚被控人的欺诈行为。<sup>51</sup>

4.74 *Papadimitropoulos* 一案的判决表明，以不涉及行为的本质或目的或当事人身分的欺骗手段获得性交，并不构成强奸，因此必须订有以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行，以针对这类行为。倘若废除以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行，法律就会出现漏洞。

4.75 保留以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行，可避免在类似于 *R v Linekar* 的案件中对被欺骗的受害人造成不公。在 *Linekar* 案<sup>52</sup> 中，被控人欺骗一名妓女，令她相信他会向她支付性交的费用，但他从没有打算这样做。上诉法院推翻他的强奸定罪，理由是他的欺骗手段与其行为本质无关，而只是涉及他付费的承诺。虽然在类

---

<sup>50</sup> (1957) 98 CLR 249, BFW 878.

<sup>51</sup> 以欺诈手段或虚假借口促致他人性交，是新南威尔斯《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）当时的第66条所订的罪行。以欺诈手段或虚假借口促致他人性交这项罪行此后已被废除：《2003年刑事罪行修订（性罪行）法令》（新南威尔斯）（Crimes Amendment (Sexual Offences) Act 2003 (NSW)）附录1。

<sup>52</sup> [1995] 2 Cr App R 49, CA.

似于 *Linekar* 案的情况中，被控人不会因强奸而负上法律责任，但他可被判犯了以虚假借口促使他人作非法的性行为一罪。同样地，香港在 2007 年的一宗案件也显示有必要保留促使罪。<sup>53</sup> 在该宗香港案件中，其中一名同案被控人向受害人作出承诺，如果受害人使他快乐，他就会把她在涉及性的行为中所发出的声音的录音交还给她。虽然被控人从无意把录音交还给受害人，但受害人因相信他的承诺而与他多次性交。受害人明白行为的本质（性交），而由于被控人向受害人清楚表明她必须使他快乐，受害人也知道行为的实际目的（被控人的性满足）。她亦清楚知道被控人的身分。被控人唯一所作的欺骗是假意承诺把录音交还给她。

4.76 下列的统计数字显示，虽然案件的数目不多，但近年来确实有人因犯以虚假借口促使他人作非法的性行为这项罪行而被检控和定罪。这为保留促使罪提供进一步依据。总的来说，我们认为应保留以虚假借口促使他人作非法的性行为这项罪行。

**根据《刑事罪行条例》第 120 条（以虚假借口促使他人作非法的性行为）提出检控和作出定罪的统计数字**

年份	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011 (1 月至 3 月)
罪名不成立	1	0	2	0	0	1	0	0	0	1	0
罪名成立	0	0	0	2	1	0	0	4	0	3	1
<b>检控个案总数</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>4</b>	<b>0</b>	<b>4</b>	<b>1</b>

（来源：保安局的治安统计资料综合系统）

**建议 13**

我们建议，在新法例制定后，应保留《刑事罪行条例》（第 200 章）第 120 条所订的以虚假借口促使他人作非法的性行为这项罪行。

<sup>53</sup> HCCA 246/07.

## 以不涉及使用武力的威胁或恐吓手段（如经济威胁） 获得性交

4.77 我们认为不需要另外订立一项罪行，以针对以经济威胁或经济压力获得性交的行为，因为有关问题可依据同意概念予以裁定。在大部分情况下，经济压力都不会使同意成为无效。可是，在极端的例子中，如证据显示投诉人因为被控人施加经济压力而在非自愿的情况下同意性交，法庭便可能裁定投诉人没有同意（如高利贷案件）。在法例上区分真正的性交易和以不当手段施加经济压力而获得性交，是十分困难。我们认为这类案件应按个别情况处理，依据同意概念裁定是否牵涉强奸。

### **建议 14**

**我们建议，以经济压力获得性交的案件应按个别情况处理，依据同意概念裁定是否牵涉强奸，但不需要为这类案件订立新罪行。**

## 第 5 章 以插入的方式进行性侵犯

### 引言

5.1 本章研究应否订立一项新罪行，而其构成元素是投诉人的阴道或肛门，遭物件（例如瓶子）或被控人阳具以外的身体某部分（例如手指）<sup>1</sup> 插入。上述行为并不属于强奸罪的涵义范围之内。在香港的现有法律之下，对于非以阳具作出的插入式侵犯，控方只可提出猥亵侵犯（俗称“非礼”）的控罪，但猥亵侵犯涵盖多种多样的刑事行为，严重程度各有不同，由只是触摸至非以阳具作出的性插入不等，而后者在某些情况下可能会被视为如同强奸般严重。

### 有必要订立新罪行以涵盖非以阳具作出的插入式侵犯

5.2 英国内政部检讨小组认为有必要订立一项新罪行，因为现有的猥亵侵犯罪行不足以反映非以阳具作出的插入式侵犯的严重性，而这种侵犯对受害人所造成的生理和心理影响可以如同强奸般严重。

5.3 在某些情况中，例如当儿童或精神不健全的成年人未能就自己到底是被甚么插入而提供详细资料时，插入的本质便会存疑，而新罪行也被认为有必要针对这些情况而订立：

“我们认同其他插入式的侵犯（那就是非以阳具作出的插入式侵犯），对于受害人所造成的影响，可以如同强奸般严重，故此不应视作等闲。我们认为涉及猥亵侵犯的现有法律，并不足以处理此等严重罪行。这项罪行所涵盖的行为范围广泛，由触摸至极度骇人的侵犯不等，而现时的 10 年监禁，对于最恶劣的案件来说，刑罚并不足够。因此，我们建议订立一项以插入的方式进行性侵犯的新罪行，刑罚与强奸的相同，适用于所有非以阳具作出插入的性罪行。这项罪行会包括以物件或阳具以外的身体部分，在未经对方同意下对其肛门、阴道及／或外生殖器官所作出的插入。这项罪行的界定方式，也应足以令它适用于插入的本质存疑的情况（例如当儿童或精神不健全的成年人未能

---

<sup>1</sup> 这些例子见于英格兰《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）说明第 11 段。

就自己到底是被甚么东西所插入而提供详细资料时)。这项罪行可以由一名男子或女子对另一名男子或女子而犯。”<sup>2</sup>

5.4 我们也认为猥亵侵犯的罪行，不足以反映非以阳具对投诉人的肛门或阴道作出的插入式侵犯的严重性，所以应订立一项新罪行以涵盖此类严重罪行。

## 新罪行的构成元素

### 《英格兰法令》

5.5 英格兰的“以插入的方式进行侵犯”罪行的构成元素如下：

- 某人（甲）以自己身体的某部分或任何其他东西插入另一人（乙）的阴道或肛门（但非口腔）；
- 插入是故意的；
- 插入是涉及性的；
- 乙并不同意；及
- 甲并非合理地相信乙同意。<sup>3</sup>

### 《苏格兰法令》

5.6 苏格兰的“以插入的方式进行性侵犯”罪行的构成元素，与英格兰罪行的构成元素大抵相同，唯一的分别是在英格兰罪行中，插入必须是故意作出，而在苏格兰罪行中，插入却可以是故意或罔顾后果地作出的。<sup>4</sup> 应予注意者是我们已在第4章（建议11）中建议插入行为必须是故意作出的。

---

<sup>2</sup> 《内政部文件》，第2.9.1段。

<sup>3</sup> 《英格兰法令》第2(1)条订明：

“如属以下情况，某人(甲)即属犯[以插入的方式进行侵犯的]罪行——

- (a) 他故意以自己身体的某部分或任何其他东西插入(乙)的阴道或肛门，
- (b) 插入是涉及性的，
- (c) 乙不同意被插入，及
- (d) 甲并非合理地相信乙同意。”

<sup>4</sup> 《苏格兰法令》第2(1)条订明：

- “(1) 如某人（‘甲’）——
  - (a) 未经另一人（‘乙’）同意，及
  - (b) 并非合理地相信乙同意，

## 新罪行的名称

5.7 新罪行的名称，在《英格兰法令》中是“以插入的方式进行侵犯”，在《苏格兰法令》中则是“以插入的方式进行性侵犯”，而问题在于我们应采用这项罪行的英格兰名称抑或苏格兰名称。

5.8 苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）认为，这项罪行的英格兰名称应加入“性”一字，理由是原有名称“未有强调这项罪行的性元素”。<sup>5</sup>我们也认为新罪行的名称应是“以插入的方式进行性侵犯”。我们觉得从公众认知的角度来看，一项罪行的主要元素应从其名称昭然可见，所以有必要在新罪行的名称中强调其性元素。再者，新罪行是一项非常严重的罪行，严重程度与强奸相同。为了教育公众，我们必须在新罪行的名称中反映它是一项涉及插入式性侵犯的严重罪行，有别于较为轻微的一般普通袭击罪。此外，有人或会担忧在新罪行之下，对病人的阴道或肛门作出的医学干预可能带来刑事法律责任，而强调新罪行的性元素，便可以消减这种担忧。只有在插入是涉及性时，亦即有关的医务人员是为了得到性满足而作出这项插入，医学干预才会带来刑事法律责任。<sup>6</sup>

## “性”的定义

5.9 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中，新罪行的构成元素均是只在插入涉及性时才会触犯这项罪行，于是问题在于“性”此字作何解释。在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中，“性”此字均有法定定义，这个定义一般适用于所有行为，包括插入及触摸在内，但英格兰与苏格兰对此字的定义各有不同，下文会有讨论。

### 《英格兰法令》

5.10 《英格兰法令》第 78 条订明：

---

以自己身体的任何部分或任何其他东西，在涉及性方面对乙的阴道或肛门作任何程度的插入，而他是故意这样做或罔顾是否会有插入，甲即属犯一项称为以插入的方式进行性侵犯的罪行。”

<sup>5</sup> 苏格兰法律委员会，《有关强奸及其他性罪行的讨论文件》（*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*）（讨论文件第 131 号，2006 年 1 月），第 4.24 段。

<sup>6</sup> 苏格兰法律委员会认为，为了正确医学理由而进行的医学干预不会带来刑事法律责任，因为一名合理的人不会视该行为为一项涉及性的行为，故此并无必要另订条文，为医学行为提供刑事法律责任豁免：《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.79 段。



“就本部而言（第 71 条除外），如一名合理的人会认为插入、触摸或任何其他行为属以下情况，插入、触摸或该项行为便涉及性——

- (a) 不论它本身的情况如何，亦不论某人对它怀有甚么目的，它是基于本质而涉及性，或
- (b) 它基于本质而可能会涉及性，并且基于本身的情况或某人对它所怀有的目的（或基于两者）而涉及性。”

### 《苏格兰法令》

5.11 《苏格兰法令》第 60(2)条订明：

“就本法令而言，如一名合理的人在案件的所有情节之下会认为——

- (a) 插入、触摸或任何其他行为，
- (b) 某次通讯，
- (c) 某种态度或暴露，或
- (d) 某关系，

涉及性，它便是涉及性。”

5.12 英格兰关于“性”的定义有两个要项，各自涵盖一种不同的行为。(a)项涵盖基于行为本质而往往会被一名合理的人认为是涉及性的行为（例如性交）。(b)项则涵盖基于行为本质而可能会涉及性亦可能不涉及性的行为。一项属于(b)项范围以内的行为，究竟是否被认为涉及性，会视乎相关情况或进行这项行为的人的意图而定，又或者视乎这两项因素而定。英格兰关于“性”的定义在《英格兰法令》的官方说明中有解释，其内容如下：

“在第 78 条中，‘性’此字的定义有两个要项，可二择其一。(a)段所涵盖的行为，会基于行为本质而往往被一名合理的人认为是涉及性，例如性交。(b)段所涵盖的行为，则会基于行为本质而被一名合理的人认为可能涉及性亦可能不涉及性，而它是否涉及性，是视乎相关情况或进行这项行为的人的意图而定，又或者

视乎这两项因素而定。举例来说，以手指插入阴道可能是涉及性，亦可能是为了医学理由而作出。又以口交行为为例，看来一名合理的人只须考虑这项行为的本质便大有可能断定它是涉及性的。不过，如果有关行为是以手指插入阴道，则一名合理的人便要考虑下述各项因素：该项行为的本质（它可能涉及性亦可能不涉及性），它是在甚么情况之下进行（例如是医生进行手术），以及其中任何一名参与者的目的（如果医生的目的是医疗，该项行为便不会是涉及性；如果医生的目的是性，则该项行为也相当可能会是涉及性的）。

从行为本质的角度来看，如果一名合理的人并不觉得这项行为可能会涉及性，则这项行为便不符合(a)段或(b)段所订的测试准则，即使某人可能会透过进行这项行为而得到性满足，情况也是一样。如此订明的作用是使隐匿的恋物癖不会归于‘涉及性的行为’定义的范围之内。”<sup>7</sup>

### **经常被合理的人认为是涉及性的行为**

5.13 大多数的案件都会归于英格兰“性”定义(a)项的范围之内，因为一项行为（例如性交或口交）是否涉及性，在大部分案件中都应是极之明显。英格兰的“性”定义，为大多数的案件提供简单的处理方法，法官往往可应用这定义的(a)项而发出指引。在另一方面，苏格兰关于“性”的定义虽然简单，但主要缺点是即使在大部分有关行为明显涉及性的案件中，陪审团仍须考虑案件的所有情节。如果有关行为的本质明显涉及性，还规定陪审团须考虑案件的所有情节（苏格兰模式正是如此规定），然后才可说这项行为是涉及性，这是没有道理的。

### **可能涉及性亦可能不涉及性的行为**

5.14 对于少数归于英格兰“性”定义(b)项范围之内的案件（例如触摸），由于有关行为的本质是否涉及性并不清晰，英格兰的“性”定义，与苏格兰模式的须考虑“案件的所有情节”做法相比，可提供一个较为有用的框架，因为苏格兰模式未能把陪审团的注意力集中于一些重要事项（例如行为参与者的动机）之上。英格兰关于“性”

---

<sup>7</sup> 《2003年性罪刑法令》说明第146及147段。

的定义，在涉及对阴道或肛门进行医学检查的案件中特别有用。这项行为，如果是基于正确医学理由而进行便不涉及性，但如果是为了让医生得到性满足而进行，便会被认为是涉及性。

5.15 采用英格兰模式的另一好处，是我们可以继续受惠于其他地方的司法判例。我们的结论是赞成采用英格兰模式。

### **英格兰模式(b)项的精细改进**

5.16 虽然我们认为应采用英格兰模式，但我们认为应对英格兰“性”定义的(b)项作出一些必要的精细改进。

5.17 英格兰“性”定义的(b)项内容如下：“它基于行为本质可能会涉及性，并且基于本身的情况或某人对它所怀有的目的（或基于两者）而涉及性。”<sup>8</sup> 英格兰“性”定义的(b)项（适用于基于行为本质而可能涉及性亦可能不涉及性的行为），规定须采用一种两段模式。按照英格兰上诉法院在 *R v H* 案中的做法，在这种两段模式之下，陪审团必须提出两条问题。<sup>9</sup> 首先，陪审团必须询问在有关案件中，有关的行为是否（基于本质而）可以是涉及性。在考虑第一条问题时，陪审团不会理会其他因素，例如该项行为发生之前或之后的情况，或某人对该项行为所怀有的目的的任何相关证据。如果第一条问题的答案是“是”，第二条问题便是以有关情况及／或某人对该项行为所怀有的目的来说，该项行为是否确实涉及性。

5.18 在 *R v H* 案中，主审法官在应用《英格兰法令》第 78(b)条时，未有采用两段模式而改为采用一种综合模式，整体审视有关事宜，以裁定在该案中触摸是否涉及性。在审理上诉时，英格兰上诉法院认为《英格兰法令》第 78(b)条规定必须采用两段式的测试（而不是原审法官所采用的综合测试）：

“……若然(b)款未有订下两项规定，该款开端所载的‘它基于行为本质可能会涉及性’等字便属多余。若然立法机构的意向不是给予上述的开端语效力，那么透过审视触摸此举并裁定它基于本身的情况是否涉及性来订立一项罪行便已足够。换言之，综合测试并不存在。第 78(b)条所订的两项规定均须予以遵从。”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> 《英格兰法令》第 78(b)条。

<sup>9</sup> *R v H* [2005] 2 All ER 859, 第 13-14 段。

<sup>10</sup> *R v H* [2005] 2 All ER 859, 第 9 段。

5.19 第 78(b)条的两段式测试，是建基于阿克纳勋爵（Lord Ackner）在 *R v Court* 案中的说法。<sup>11</sup> 不过，英格兰上诉法院在 *R v H* 案中却表示鉴于 *R v George* 案<sup>12</sup> 这宗早前的案例，应用阿克纳勋爵的做法有困难：

“毫无疑问，代表上诉人的 West 先生之所以会提到 *R v Court* [1988] 2 All ER 221, [1989] AC 28 一案，是因为第 78(b)条所订的两段式测试，以及一篇载于《刑事法评论》（*Criminal Law Review*）的文章。该案是关于一宗指称的猥亵侵犯，一名店务助理没有明显理由而隔着一名 12 岁女童的裤子拍打她的臀部 12 次。该名店务助理被法庭定罪，而上诉法院及上议院均驳回此人的上诉。阿克纳勋爵（[1988] 2 All ER 221, 第 229-230 页，[1989] AC 28, 第 42-43 页）曾列明他所采用的一般做法。只要阅读该段文字便可以理解何以该篇载于《刑事法评论》的文章会作出我们所提到的评论。法庭很清楚一点，那就是我们在《2003 年法令》第 78 条中所见到的分段式做法，在阿克纳勋爵的说法中得到反映。我们在应用阿克纳勋爵的做法时所遇到的唯一困难，是阿克纳勋爵提到了 *R v George* [1956] Crim LR 52 一案。在该案中，控方所倚据的事实是被告人曾多次脱去一名女童脚上的鞋。被告人承认自己曾这样做，因为他从中得到变态的性满足。斯特菲尔德法官（Streatfield J）裁定，侵犯只在附带有对被指称受到侵犯的人作出的猥亵情节时才会成为猥亵，但该案中所发生的侵犯（即脱去女童的鞋或试图脱去女童的鞋），全都不可能构成猥亵侵犯。<sup>13</sup>

究竟以此方式脱去女童的鞋，会否基于这项已发生的行为的本质而有可能涉及性，由于“性”现时在第 78 条中已有界定，我们会有保留。依我们之见，这很可能是一条须由陪审团裁断的问题。”<sup>14</sup>（表示强调的粗体后加）

---

<sup>11</sup> *R v Court* [1988] 2 All ER 221, 第 229-230 页，[1989] AC 28, 第 42-43 页。

<sup>12</sup> *R v George* [1956] Crim LR 52.

<sup>13</sup> *R v H* [2005] 2 All ER 859, 第 10 段。

<sup>14</sup> *R v H* [2005] 2 All ER 859, 第 11 段。

5.20 尽管英格兰上诉法院对原审法官所采用的综合模式作出批评，但英格兰上诉法院在 *R v H* 案中承认“第 78(b) 条中有两条不同的问题，这个事实令法官及陪审团的工作变得复杂。”<sup>15</sup>

5.21 正如上文所论及，大多数的案件都会归于英格兰“性”定义(a)项的范围之内，因为在大部分案件中，行为（例如性交或口交）的本质本来就是涉及性。不过，在英格兰“性”定义的(b)项中，有关行为的本质是否涉及性并不清晰，而在归于此项范围内的其他较为罕见的案件中，把有关行为的本质与它发生之前或之后的情况及／或任何人对它所怀有的动机分割开来是困难的。举例来说，在上文所提到的 *R v George* 案中，斯特菲尔德法官裁定，多次脱去女童的鞋以得到变态的性满足并非猥亵侵犯，因为该项行为没有附带猥亵的情节。*R v George* 案中的法官，没有理会被控人那得到变态性满足的动机。英格兰上诉法院在上文所提到的 *R v H* 案中，表示对 *R v George* 案中的裁定有疑问，并认为应由陪审团裁定究竟在该等情况之下脱去女童的鞋，可否视为属于猥亵／涉及性，我们认为，在裁定该项行为是否涉及性时，把脱去女童的鞋与被控人的动机（那就是得到变态的性满足）分割开来是困难的。

5.22 在上文所提到的 *R v H* 案中，被控人在寂静的公园中遇到一名女童。他向该名女童问时间，又问她是否想与他性交。女童不予理会，但被控人扯住女童运动服裤子右边口袋部位的布料，企图把她拉近自己，又试图以手掩住她的口部。女童退后，虽然被控人扯住她的衣服，但她成功挣脱并逃离现场。在裁定如此触摸女童是否涉及性时，把触摸此举与有关情节（例如讲出涉及性的言词和扯住女童的衣服）及／或被控人的意图（与女童性交）分割开来是困难的。

5.23 由于把有关行为的本质与它发生之前或之后的情况及／或任何人对它所怀有的动机分割开来是困难的，我们认为第 78(b) 条开端所载的“它基于行为本质可能会涉及性”等字应予删除，以免必须采用复杂的两段式测试而可改为采用综合测试。

#### **建议 15**

**我们建议，就任何性罪行而言，应采用英格兰《2003 年性罪行法令》第 78(a) 及 (b) 条所载关于“性”的定义，但删除第 78(b) 条中的“它基于行为**

<sup>15</sup> *R v H* [2005] 2 All ER 859, 第 12 段。

本质可能会涉及性以及”等字。“性”的定义故此会类似下文：如一名合理的人认为某项罪行符合以下情况，它便是涉及性——

- (a) 不论它本身的情况如何，亦不论某人对它怀有甚么目的，它是基于行为本质而涉及性，或
- (b) 它是基于本身的情况或某人对它所怀有的目的（或基于两者）而涉及性。

## 以插入进行性侵犯的罪行应否涵盖对口腔的插入？

5.24 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》之中，以插入的方式进行（性）侵犯的罪行，均只涵盖非以阳具插入另一人的阴道或肛门。换言之，这项罪行不涵盖对口腔的插入。支持订立新罪行的理据，是某些非以阳具作出的插入式侵犯，后果被认为如同强奸般严重。由于我们所建议订立的强奸新定义，涵盖以阳具插入另一人的口腔，所以问题便是以插入的方式进行性侵犯的罪行，应否同样涵盖对口腔的插入。

5.25 按苏格兰法律委员会的说法，扩大该项罪行的范围以涵盖对口腔的插入，困难在于该项罪行经如此界定后会涵盖例如“偷”吻之类的行为。<sup>16</sup> “偷”吻可涉及以舌头伸入另一人的口腔，没有人会认为它的后果如同强奸般严重。同样地，其他形式的插入，例如以瓶子或手指作出的插入，通常不会被认为如同强奸般严重。无论如何，我们不认为非以阳具对另一人的口腔（口腔并非外生殖器官的一部分），应被认为近似强奸。因此，我们赞同英格兰法例和苏格兰法例所采用的模式，那就是以插入的方式进行性侵犯的罪行，不应涵盖对口腔的插入。视乎有关案件的情节，非以阳具对口腔作出的性插入，可由建议订立的性侵犯以及导致某人在不同意的情况下进行涉及性的行为等罪行处理。

### 《苏格兰法令》第 2(4)条

5.26 《苏格兰法令》第 2(4)条订明，“（第 1 款）所提述的以甲身体的任何部分插入，须解释为包括以甲的阳具插入。”这项条文的作用是，以插入的方式进行性侵犯的罪行，会包括以阳具作出

<sup>16</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.36 段。

的插入。由于以阳具作出的插入式侵犯构成强奸罪，结果令到在《苏格兰法令》中，强奸罪与以插入的方式进行性侵犯的罪行之间有重迭之处。《英格兰法令》中并无相应的条文。

5.27 按照苏格兰政府的说法，《苏格兰法令》第 2(4)条中的条文所属意涵盖的情况，是受害人不清楚自己被甚么东西所插入，但证据显示受害人其实是被阳具所插入。有人认为，即使在案件审讯时所提出的证据显示受害人其实是被某件东西插入，但受害人不清楚这件东西究竟是阳具还是别的东西，这项条文仍会令控方能够证明以插入的方式进行性侵犯的罪行。苏格兰议会议员嘉菲·克雷吉（Cathie Craigie）在苏格兰议会的委员会会议上提问，何以在《苏格兰法令》第 1 条已颇为清楚地界定了强奸的情况下仍有必要订立第 2(4)条。苏格兰议会议员弗格斯·尤因（Fergus Ewing）就此作出回应，他在为苏格兰政府陈词时解释如下：

“……如某人在未经对方同意而且并非合理地相信对方同意的情况下，以自己身体的任何部分或任何其他东西，在涉及性方面插入另一人的阴道或肛门，即属犯（以插入的方式进行性侵犯的）新罪行。正如嘉菲·克雷吉正确地指出，这项新罪行与强奸罪有重迭之处，因为第四项修订所引入的新条文第(4)款，订明插入包括以被控人的阳具插入。

当局的意向不是根据第四项修订所引入的新条文检控强奸罪，而是希望在受害人不清楚自己被甚么东西所插入（例如因为受害人在遇袭期间是被蒙住眼睛）的情况下，控方能够根据新条文提出检控。新条文可确保在该种特定的实况中，如果受害人不清楚插入的物件是甚么，我们也不会由于草拟法例方面的失误而无法指证一项极之严重的罪行。在这种事关重要的实况中，新条文可派上用场，而若然只订有强奸罪，有人便可能逃过定罪。”<sup>17</sup>

5.28 我们赞成订立一项类似《苏格兰法令》第 2(4)条的条文。这项条文对处理下述情况有用：受害人不清楚自己是被阳具还是别的东西所插入，原因例如是受害人当时是被蒙住眼睛或是不省人事，又或者受害人本身是精神上无行为能力的人。在该等情况中，按照

---

<sup>17</sup> 《苏格兰议会司法委员会官方报告书》(Scottish Parliament Justice Committee Official Report), 2009年3月17日, 第1647-1648栏。

苏格兰模式，犯罪者可被控告以插入的方式进行性侵犯。虽然采用苏格兰模式，结果是强奸罪与以插入的方式进行性侵犯的罪行之间会有重迭之处，但我们相信有理由这样做，因为可以避免出现显然曾有犯罪行为但无法予以证明的情况。

5.29 随之而出现的议题包括如何处理下述情况：

- (i) 受害人以为自己是被阳具所插入，但审讯时的证据却显示这是别的东西；
- (ii) 受害人不能确定自己是被甚么东西所插入，但审讯时的证据却证实那是阳具。

5.30 关于议题(i)：我们相信处理方法是依据《刑事罪行》（第200章）第149条及附表1，把以插入的方式进行性侵犯列为强奸的法定交替控罪。

5.31 关于议题(ii)：我们相信没有必要另订条文：被控人会被控告建议订立的以插入的方式进行性侵犯之罪，并会被裁定罪名成立。这项罪行的最高刑罚应与强奸的最高刑罚相同。

5.32 我们又认为，订立交替控罪（如上文第5.30段所建议者），不会令控方无法在适用的案件中提出交替控罪。<sup>18</sup>

## 肛交罪行须予检讨

5.33 《刑事罪行条例》（第200章）订有以下多项肛交罪行：

第118A条——未经同意下作出的肛交

第118B条——意图作出肛交而袭击

第118C条——由21岁以下男子作出或与21岁以下男子作出同性肛交

---

<sup>18</sup> 事实上，苏格兰议会议员弗格斯·尤因在苏格兰议会席上为苏格兰政府陈词之时，曾提及同时提出交替控罪的可能性（虽然他当时是在支持第2(4)条的情况下发言）：“……我再一次向嘉菲·克雷吉保证，第四项修订所引入的新罪行是一项极之严重的罪行。每宗案件均视乎其个别情节和事实而定。官方有权决定如何进行检控，而在两者之一或两者皆是的情境中，官方确实有权决定是否两项控罪也提出，这会视乎每宗案件的事实而定。举例来说，如果受害人对自己是被甚么物体插入不大清楚，控方便可能值得提出强奸的控罪及以插入的方式进行性侵犯的控罪，看证据会支持哪一项控罪。在很多强奸的案件中，控方在证据上要面对严峻和困难的挑战，因为这些案件通常会在私下发生，例如在家中发生，又或者在其他欠缺第三者证据的地点发生……”（《苏格兰议会司法委员会官方报告书》，2009年3月17日，第1649栏。）



第118D条——与21岁以下女童作出肛交

第118E条——与精神上无行为能力的人作出肛交

第118F条——非私下作出的同性肛交

第118G条——促致他人作出同性肛交

5.34 肛交在《刑事罪行条例》（第200章）中未有界定，所以它在普通法中的肛门性交涵义得以保留。<sup>19</sup> 只要能证明插入，这项罪行便当作完成而无须以射出精子为证。<sup>20</sup> 我们已在第4章（建议8）中建议，应扩大强奸的范围来涵盖以阳具插入另一人的肛门。此外，我们又曾在本章中建议订立一项以插入的方式进行性侵犯的新罪行，而该项新罪行可涵盖非以阳具插入另一人的肛门。强奸罪（新界定者）及以插入的方式进行性侵犯的罪行，所涵盖的刑事行为会与肛交罪行所涵盖者相同，那就是插入肛门，然后要研究的议题便是新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第200章）中的各项肛交罪行应否予以废除。

5.35 未经同意下作出肛交的罪行（第118A条），是《刑事罪行条例》（第200章）中唯一一项未经同意下作出肛交的罪行。<sup>21</sup> 所有其他各项肛交罪行，都是经同意下进行的罪行。<sup>22</sup> 换言之，即使肛交是在参与者同意之下进行，仍会触犯《刑事罪行条例》（第200章）中的所有肛交罪行（未经同意下作出的肛交除外）。强奸及以插入的方式进行性侵犯则相反，是未经同意下进行的罪行，而作为此类罪行，它们只涵盖根据未经同意下作出肛交的罪行而可予惩罚的刑事行为，根据其他各项肛交罪行而可予惩罚者不在涵盖之列。我们故此建议现阶段只废除未经同意下作出肛交的罪行。我们会在整個研究计划的下一阶段检讨其他各项肛交罪行。

5.36 至于意图作出肛交而袭击的罪行（第118B条）及促致他人作出同性肛交的罪行（第118G条），我们会在处理预备罪行时检讨这两项罪行。《英格兰法令》第62条订有一项“犯某项罪行而意图是犯性罪行”的预备罪行。我们会探讨上述两项《刑事罪行条例》（第200章）中的肛交罪行，应否透过纳入与英格兰的预备罪行相类的法例而予以取代，又或者是否有更佳方案可供选择。

---

<sup>19</sup> 普通法中的肛交罪已被《刑事罪行条例》（第200章）第118M条废除。

<sup>20</sup> 《刑事诉讼程序条例》（第221章）第65E条。

<sup>21</sup> 根据《刑事罪行条例》（第200章）第118A条，任何人与另一人作出肛交，而在肛交时该另一人“对此并不同意”，此人即属犯未经同意下作出肛交的罪行。

<sup>22</sup> 《刑事罪行条例》（第200章）第118C条、第118D条、第118E条及第118F条所订的其他肛交罪行，并无提及“对此并不同意”等字或类似的字句。

## 关于以插入的方式进行性侵犯的建议

5.37 经讨论订立以插入的方式进行性侵犯这项新罪行的理据以及该项罪行的构成元素后，我们在建议16中列出所得的结论。

### 建议 16

我们建议新法例中应有一项以插入的方式进行性侵犯的罪行，而其构成元素为某人(甲)在未经另一人(乙)同意而且并非合理地相信乙同意的情况下，故意以自己身体的任何部分或任何其他东西插入乙的阴道或肛门。

我们建议采纳一项类似《2009年性罪行(苏格兰)法令》第2(4)条的条文。这项条文的作用是，就以插入的方式进行性侵犯的罪行而言，凡提述以某人的身体插入，须解释为包括以此人的阳具插入。

我们建议《刑事罪行条例》(第200章)的附表1应予修订，在被控人被控强奸的案件中，容许陪审团作出法定交替裁决，改判被控人以插入的方式进行性侵犯。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》(第200章)第118A条所订的未经同意下作出肛交的罪行便应予废除。

## 第 6 章 性侵犯

### 引言

6.1 根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 122(1)条，任何人猥亵侵犯另一人，即属犯罪。这项罪行的最高刑罚是监禁 10 年。（按：猥亵侵犯俗称“非礼”。）

6.2 如对方同意，则侵犯不成立，故此同意可以作为猥亵侵犯控罪的免责辩护。<sup>1</sup> 不过，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 122(2)条订明，年龄在 16 岁以下的人在法律上不能给予同意，从而令某项行为不能构成猥亵侵犯。因此，年龄在 16 岁以下的人对有关行为表示同意，不能作为猥亵侵犯控罪的免责辩护。<sup>2</sup> 不过，在这类情况之中，如被控人基于合理理由而相信自己与受害人为已婚夫妇，则不会犯猥亵侵犯受害人的罪行。<sup>3</sup> 第 122(4)条订明，“属精神上无行为能力的人的女子在法律上是不能给予同意，使某项作为不构成猥亵侵犯”，但在这类情况之中，任何人只会“在知道或有理由怀疑她是精神上无行为能力的人的情况下”才犯猥亵侵犯罪。<sup>4</sup>

### 现有法律所产生的问题

6.3 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 122 条未有述明猥亵侵犯罪的构成元素，所以必须求诸案例以找出甚么情况会构成猥亵侵犯。阿克纳勋爵（Lord Ackner）在 *R v Court* 案的上议院裁决中，列明猥亵侵犯的测试如下：

“在猥亵侵犯的控罪中，控方必须证明：(1)被控人故意侵犯受害人；(2)侵犯或侵犯连同其附带情况，可被

---

<sup>1</sup> *Archbold Hong Kong 2012*, 第 21-152 段。

<sup>2</sup> 归于保护原则之下的罪行，会在性罪行全面检讨的较后阶段进行讨论，涉及 16 岁以下儿童的情况会在该阶段才作处理。

<sup>3</sup> 见第 122(3)条。虽然第 122(2)条的条文另有规定，但如果某人对另一名 16 岁以下的人作出猥亵的行为，只要该项行为是在该另一人的同意之下作出、他俩是合法夫妇或有合理理由相信他俩是合法夫妇，则第 122(3)条可令该人免负猥亵侵犯的法律责任。因此，按照某个海外司法管辖区的法律与 16 岁以下的妻子合法结婚的丈夫，如果是在妻子同意之下对妻子作出猥亵行为（例如触摸其私处），则可根据第 122(3)条要求得到保障。应注意者是所有在未经同意下作出的猥亵行为，往往是在猥亵侵犯的涵盖之列，即使双方已婚，情况亦是如此。

<sup>4</sup> 归于保护原则之下的罪行，会在性罪行全面检讨的较后阶段进行讨论，涉及精神上无行为能力的人的情况也会在该阶段才作处理。

正直的人认为属于猥亵；(3)被控人是故意作出上述第(2)点所指的侵犯。”<sup>5</sup>

6.4 *R v Court* 案中的三段式猥亵侵犯测试，对控方来说应该不会造成实际困难，因为阿克纳勋爵继而指出：“这些规定，正如代表控方的律师所确认，应该不会造成困难，亦不会令问题变得复杂。”<sup>6</sup> 不过，小组委员会注意到现有罪行的焦点，是在于“猥亵”而非在于尊重性自主权。<sup>7</sup>

6.5 猥亵侵犯测试所包含的猥亵元素未有界定，故猥亵的涵义要视乎个别案件的事实而定。陪审团必须裁定正直的人会否认为有关行为属于猥亵。<sup>8</sup> 不过，正如《布莱斯通 2003 年性罪行法令指引》（*Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003*）的博学编撰者所指出，有关行为是否猥亵往往并不清晰：“触摸生殖器官毫无疑问属于猥亵，但涉及到触摸臀部（甚至可能是胸部）、亲吻，或故意摩擦他人（挨擦癖）时，是否属于猥亵却往往并非如此清晰。”<sup>9</sup>

## 订立新的性侵犯罪的理由

6.6 我们认为有理据支持订立一项新罪行，把焦点由“猥亵”转移至“性”方面，但同时仍能针对猥亵侵犯现时所涵盖的一类刑事行为而为受害人提供保障。<sup>10</sup> 这种形式的焦点转移，可符合保障性自主权的原则。

---

<sup>5</sup> *R v Court* [1989] AC 28, at 45H-46A.

<sup>6</sup> *R v Court* [1989] AC 28, at 46A.

<sup>7</sup> 举例来说，在 *R v Lam Chi Chee* 一案（高院裁判法院上诉1992年第783号，[1992] HKLD L21，赖恩法官审理）中，被控人握紧一名站在地铁站大堂的21岁女子的上臂并试图亲吻其脸部，该名女子试图推开被控人，两人因此而跌在地上。被控人在试图亲吻该名女子之时仍继续握住她的手臂，直至被一名途人拉开为止。被控人声称误认该名女子为自己的分手女友，当时是试图跟她开玩笑，及至跌在地上之时才知道对方并非自己女友。被控人的猥亵侵犯定罪，在上诉时被推翻并代之以普通袭击的定罪，理由是“如正直的人看到所发生的情况，他们不会认为曾有任何猥亵之事发生。”相反地，在 *HKSAR v Lau Kwai Chung* [2000] 3 HKC 658 一案中，法庭却裁定亲吻一名女童的嘴部属猥亵侵犯。在 *Lau Kwai Chung* 一案中，被控人是一名40岁男子，在香港艺术中心任职办公室助理。他嘱咐一名在该中心修读音乐的12岁女童在下课后与他会面。当女童下课之后，被控人把她带到一间细小的储物室，而他事先已把一袋糖果放在室中。被控人把糖果交给女童，与她交谈，然后亲吻其嘴唇。女童反抗，被控人便放手，女童之后离开。被控人被裁定犯猥亵侵犯，在上诉时法庭维持原判，理由是亲吻的附带情况（向女童送上糖果、把她带到独立的房间、被控人是有计划行事），会令到正直的人认为亲吻可构成猥亵。

<sup>8</sup> *Archbold Hong Kong 2012*，第 21-148 段。

<sup>9</sup> Kim Stevenson 等主编，《布莱斯通 2003 年性罪行法令指引》（牛津大学出版社，2004 年），第 43 页。

<sup>10</sup> 如果采取焦点在于尊重性自主权的新路向，在类似之前所述的 *Lam Chi Chee* 案的案件中，被控人便会被裁定犯性侵犯。

6.7 《英格兰法令》和《苏格兰法令》，均已订立这项新的性侵犯罪，以取代猥亵侵犯罪。新罪行把焦点由猥亵此概念，转移至合理的人会否认为有关行为“涉及性”方面。因此，新罪行的关注重点，在于保障个人的性自主权，令个人得免进行己所不欲的涉及性的行为，而非在于维护公众标准。此外，透过使用“性”此字（在法例中已有界定），可以减轻为证明猥亵而牵涉到的问题。无论如何，陪审团从一个合理的人的角度，裁定一项行为是否涉及性，较诸同意该项行为是否属于猥亵，前者来得更为容易。（至于“性”此字的涵义是甚么，读者或会记得我们已在第5章（建议15）中为“性”此字提出一个定义，而在构思中，这个定义会适用于所有性罪行。）我们总结认为，猥亵侵犯罪应由一项新的性侵犯罪所取代。

## 性侵犯罪的构成元素

### 《英格兰法令》

6.8 英格兰性侵犯罪的构成元素如下：

- 某人（甲）触摸另一人（乙）；
- 触摸是故意的；
- 触摸是涉及性的；
- 乙并不同意；及
- 甲并非合理地相信乙同意。<sup>11</sup>

### 《苏格兰法令》

6.9 苏格兰性侵犯罪的构成元素为：某人（甲）故意或罔顾后果地向另一人（乙）作出五项涉及性的行为的任何其中一项，而甲这样做是未经乙同意，亦非合理地相信乙同意。这五项涉及性的行为如下：

- (a) 以任何方法在涉及性方面插入乙的阴道、肛门或口腔；

---

<sup>11</sup> 《英格兰法令》第3(1)条订明：  
“如属以下情况，某人(A)即属犯[性侵犯]罪—  
(a) 他故意触摸另一人(B)，  
(b) 触摸是涉及性的，  
(c) 乙不同意被触摸，及  
(d) 甲并非合理地相信乙同意。”

- (b) 在涉及性方面触摸乙；
- (c) 与乙发生任何其他身体上的性接触（不论是身体接触、透过衣服接触抑或透过用具接触）；
- (d) 向乙射出精液；
- (e) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。<sup>12</sup>

## 应否为“触摸”订明通用定义？

6.10 《英格兰法令》第 79(8)条载有“触摸”的定义。此定义适用于《英格兰法令》第 1 部的所有性罪行，其内容如下：

“触摸包括——

- (a) 以身体的任何部分作出的触摸，
- (b) 以任何其他东西作出的触摸，
- (c) 透过其他东西作出的触摸，

尤其包括构成插入的触摸。”

6.11 《苏格兰法令》则相反，当中没有“触摸”的通用定义。苏格兰的做法反而是列明个别构成性侵犯元素的行为。正如从上文第 6.9 段所见，这些行为包括未经对方同意而作出的身体上的性接触（不论是身体接触、透过衣服接触抑或透过用具接触）<sup>13</sup>，以及以任何方法在涉及性方面插入乙的阴道、肛门或口腔。<sup>14</sup>这两种涉及性的行为，均会归入《英格兰法令》第 79(8)条中“触摸”的通用定

<sup>12</sup> 《苏格兰法令》第 3(1)及(2)条订明：

“(1) 如某人（‘甲’）——

- (a) 未经另一人（‘乙’）同意，而且
  - (b) 并非合理地相信乙同意，
- 作出任何一项第(2)款所述的事情，甲即属犯一项称为性侵犯的罪行。

(2) 该等事情为甲——

- (a) 以任何方法，在涉及性方面对乙的阴道、肛门或口腔作任何程度的插入，而他是故意这样做或罔顾是否有插入；
- (b) 故意或罔顾后果地在涉及性方面触摸乙；
- (c) 作出任何其他形式的涉及性的行为，而在该项行为中，甲故意或罔顾后果地与乙有身体上的接触（不论是身体接触抑或透过用具接触，亦不论是否透过衣服接触）；
- (d) 故意或罔顾后果地向乙射出精液；
- (e) 故意或罔顾后果地在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。”

<sup>13</sup> 《苏格兰法令》第 3(2)(c)条。

<sup>14</sup> 《苏格兰法令》第 3(2)(a)条。

义范围之内，但由于《苏格兰法令》未订有“触摸”的通用定义，这两种行为便重复见于苏格兰其他涉及性触摸的性罪行的构成元素之中，而该等罪行包括有性侵犯幼童，<sup>15</sup> 以及与年纪较大的儿童进行或对其作出涉及性的行为。<sup>16</sup>

6.12 总的来说，英格兰的做法是在释义条款中加入“触摸”的通用定义，而苏格兰的做法则是在每一项涉及性触摸的性罪行的构成元素中，列明各种不同类别的性触摸。苏格兰模式的好处，是法令中描绘每一项罪行的条文，均能为读者提供该项罪行的全面概要，令读者无须参考法令其他部分的个别释义条款。英格兰模式的好处，则是避免重复。经衡量后，我们认为英格兰为“触摸”订明通用定义的做法较为可取。有多项罪行均可能会涉及性触摸，包括下述各项英格兰罪行：性侵犯 13 岁以下的儿童<sup>17</sup>、处于受信地位者与儿童进行涉及性的行为<sup>18</sup>、家庭成员与儿童进行涉及性行为<sup>19</sup>、与精神紊乱致选择受障碍的人进行涉及性的行为<sup>20</sup>，以及护理人员与精神紊乱的人进行涉及性的行为。<sup>21</sup> 在各项不同罪行的条文中重复解释触摸的涵义会很累赘，在释义条款中订明“触摸”的通用定义，便可免有此问题。

6.13 在决定应为“触摸”订明通用定义后，接着要研究的议题是应否采用《英格兰法令》第 79(8)条所载的“触摸”通用定义。一般来说，我们赞成采用英格兰的定义，因为它能反映“触摸”涵义的各种主要诠释。既然如此，我们便要进一步研究可有必要在我们所建议的“触摸”定义中加入下述但书（即“订定例外或限制情况的条文”）：“尤其包括构成插入的触摸”。条文中的但书事实上意指插入是一种触摸的方式，所以插入式的侵犯也可被控以性侵犯，从而反映了性侵犯的现况。正如英国内政部检讨小组观察所得：“现有的猥亵侵犯罪，是一项适用于各种在未经对方同意下作出的行为，由不受欢迎的身体触摸至某种形式的插入不等。”<sup>22</sup> 最严重的插入式的侵犯，已由强奸罪及一项以插入的方式进行性侵犯的新罪行所涵盖。因此，虽然强奸罪及该项以插入的方式进行性侵犯的新罪行，已把一些最严重的插入式侵犯移离猥亵侵犯的范围，但其他各式较轻微的插入式侵犯，仍然不受任何新罪行所涵盖。举

---

<sup>15</sup> 《苏格兰法令》第 20(2)(a)及(c)条。

<sup>16</sup> 《苏格兰法令》第 30(2)(a)及(c)条。

<sup>17</sup> 《英格兰法令》第 7 条。

<sup>18</sup> 《英格兰法令》第 16 条。

<sup>19</sup> 《英格兰法令》第 25 条。

<sup>20</sup> 《英格兰法令》第 30 条。

<sup>21</sup> 《英格兰法令》第 38 条。

<sup>22</sup> 《内政部文件》，第 2.14.1 段。

例来说，非以阳具对乙的口腔作出的性插入，便不受以插入的方式进行性侵犯这项新罪行所网罗（这项新罪行只涵盖非以阳具对投诉人的阴道或肛门作出的性插入，而口腔并不在涵盖之列）。此种插入式的侵犯，亦不受强奸罪所网罗，因为强奸只适用于以阳具作出的插入。如果新的性侵犯罪并不涵盖各式较轻微的插入式侵犯（例如以物件对口腔作出的性插入），法律便会有漏洞，因为我们将会废除现有的猥亵侵犯罪，我们认为，非以阳具对投诉人的阴道或肛门以外的任何身体部分作出的性插入，均应构成性侵犯，因为它现时构成猥亵侵犯，而且不受强奸及以插入的方式进行性侵犯这两项罪行所涵盖。总的来说。我们认为“触摸”的定义，应包括“构成插入的触摸”。

6.14 不过，如“触摸”的定义包括插入，则在所有涉及插入式侵犯的案件中，均可提出性侵犯的控罪，但我们估计控方不会在下述的情况中提出性侵犯的控罪：有证据显示有人以阳具插入乙的阴道、肛门或口腔（在此情况中应当提出强奸的控罪），或有人非以阳具插入乙的阴道或肛门（在此情况中应当提出以插入的方式进行性侵犯的控罪）。

#### **建议 17**

**我们建议采用英格兰《2003年性罪行法令》第79(8)条所载的“触摸”定义，以便就任何性罪行而言，触摸包括：**

- (a) 以身体的任何部分作出的触摸，**
  - (b) 以任何其他东西作出的触摸，**
  - (c) 透过任何东西作出的触摸，**
- 尤其包括构成插入的触摸。**

### **《苏格兰法令》第3(2)(d)及(e)条**

6.15 《苏格兰法令》第3(2)(d)及(e)条特别订明，有两种在未经同意下作出的涉及性的行为是在构成性侵犯的行为之列：(i)向另一人射出精液<sup>23</sup> 以及(ii)在涉及性方面向另一人射出尿液和吐唾液。<sup>24</sup>

<sup>23</sup> 《苏格兰法令》第3(2)(d)条。



6.16 苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）认为向另一人射出精液应属性侵犯，因为它显然构成猥亵侵犯：

“……我们现建议，应该还有一种行为应可构成性侵犯，那就是甲在未经乙同意的情况下向乙射出精液。在普通法<sup>25</sup>中，这种行为显然构成猥亵侵犯……”<sup>26</sup>

6.17 苏格兰政府认为，在涉及性方面向另一人射出尿液和吐唾液也应属性侵犯，因为这种行为原本也会以猥亵侵犯罪论处。苏格兰议会议员弗格斯·尤因（Fergus Ewing），在为苏格兰政府陈词时解释如下：

“……与皇家检察院（Crown Office）所进行的讨论强调了一点，那就是射出尿液和吐唾液也可以是性侵犯的构成元素。如果该项行为不在条例草案的涵盖范围之内，则除了条例草案所订的性侵犯罪，可另外根据普通法，以严重性因猥亵程度而加重的侵犯之罪作出提控。政府认为这种行为应包含在性侵犯的定义之内。这样做可以令到控方在一宗发生这种行为并且包含其他性侵犯元素的单一事件中，控告被告人条例草案所订的罪行。这便可避免另外对他控以普通法中的侵犯之罪。”<sup>27</sup>

6.18 我们同意向另一人射出精液以及在涉及性方面向另一人射出尿液或吐唾液，两者均应属于建议的性侵犯罪的涵盖范围之内，因为在现有法律之下，这种行为构成猥亵侵犯。根据《布莱斯通刑事事实务》（*Blackstone's Criminal Practice*），“被控人在自己身体的任何部分不涉及接触的情况下向受害人射精，此举是否仍构成触摸有可争议之处”。<sup>28</sup> 虽然向另一人射出精液以及在涉及性方面向另一人射出尿液或吐唾液，可以争辩说是属于我们所建议的“触摸”定义的涵盖范围之内（此定义会包括“以任何其他东西”作出的触摸），但我们相信为免生疑问，较理想的做法是明确注明这些行为构成性

---

<sup>24</sup> 《苏格兰法令》第 3(2)(e)条。

<sup>25</sup> 应予注意的是以严格的苏格兰法律来说，根本并无一项称为猥亵侵犯的罪行。有关的罪行所包含者，反而是“因犯案方式的猥亵程度而加重了侵犯的严重性”，而这是一项苏格兰的普通法罪行（《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.19 段）。

<sup>26</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.39 段。

<sup>27</sup> 《苏格兰议会司法委员会官方报告书》（Scottish Parliament Justice Committee Official Report），2009 年 3 月 17 日，第 1650 栏。

<sup>28</sup> 《布莱斯通 2012 年刑事事实务》（*Blackstone's Criminal Practice 2012*），载于 B3.36。

侵犯，以免有可能产生法律上的争议。这些行为严重侵犯了个人的性自主权，我们应该确保它们会在性侵犯的涵盖之列。

## 性侵犯涵盖非接触式的侵犯？

6.19 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》之中，新的性侵犯罪并不涵盖不涉及触摸或双方之间有接触的侵犯。在这两项法令中，性侵犯罪的涵盖范围，要比现有的猥亵侵犯罪的涵盖范围狭窄，因为如果被控人令到投诉人意识到自己即将会被猥亵地触摸，则犯了猥亵侵犯罪。根据《布莱斯通刑事实务》，“在某一范畴中，性侵犯要比猥亵侵犯狭窄，因为如果被控人令到投诉人意识到自己即将会被猥亵地触摸，则被控人犯了猥亵侵犯罪(参考 *Rolfe (1952) 36 Cr App R4* 一案)。如果没有发生触摸，那么虽然有关情节可构成试图猥亵侵犯，但猥亵侵犯此罪行并未有完成。”<sup>29</sup> 亦即是说，猥亵侵犯不一定涉及触摸或双方之间的接触。在猥亵侵犯中的“侵犯”，意指侵犯或身体干预。关于侵犯的法律是采用袭击的概念，其所获赋予的涵义广宽，超越了触摸或接触之意，可涵盖任何可能令另一人意识到对方会使用即时及非法人身暴力的行为。关于此点，阿克纳勋爵在 *R v Court* 案中说：

“各位法官均会同意以下一点，而此点确实是不言而喻的，那就是在证明[猥亵侵犯]罪行的第一阶段中，控方必须确立侵犯一事。证明‘侵犯’所倚据者通常是身体干预，而首席法官莱恩勋爵（Lord Lane CJ）在 *Faulkner v Talbot [1981] 1 WLR 1528, 1534* 一案中，把这种侵犯简便地描述为‘在未经另一人同意并且无合法辩解之下故意触摸该人，而正如部分此等案件所显示，这触摸不一定是有意、不礼貌或具侵略性的。’不过，证明‘侵犯’所倚据者，不一定涉及身体接触，而可能只涉及会令受害人意识到对方会使用即时及非法人身暴力的行为。在关于猥亵侵犯的案例中，上述两类侵犯均有出现。”<sup>30</sup>

6.20 英国内政部检讨小组认为，相关的英格兰罪行应称为“性触摸”，但决定保留侵犯的概念，因为它不局限于在未经同意下作出的触摸：

---

<sup>29</sup> 《布莱斯通 2012 年刑事实务》，载于 B3.36。

<sup>30</sup> *R v Court* [1989] AC 28, at 41H-42A.

“有关检讨研究了应否如同世界其他地方一样，把相关罪行描述为性触摸，但结果决定较理想的做法是保留侵犯的概念……我们希望保留侵犯的概念，因为它不但包含触摸此元素，也包含可令受害人惧怕对方会使用某种武力的行为（即如果没有发生触摸的话）。重要的是切勿减损性侵犯罪的重要性。一项可能不涉及严重侵犯的罪行，也可以包含对受害人所施加的高度恐惧、胁迫、低贬及伤害。”<sup>31</sup>

6.21 我们认为，建议的性侵犯罪涵盖范围应超越触摸或身体接触，因为现有的猥亵侵犯罪并不局限于接触行为。改变有关法律的方式，不应令到性侵犯的涵盖范围较猥亵侵犯的涵盖范围狭窄，因为这会减少受害人所得到的保障。此外，非接触式的侵犯，可能会为受害人带来程度与性触摸相同的恐惧和伤害。如果我们把性侵犯局限于触摸或接触行为，我们会摒除一些现时受现有猥亵侵犯罪涵盖的非接触式猥亵行为。<sup>32</sup> *Rolfe*<sup>33</sup> 一案，便是不涉及与受害人有身体接触的猥亵侵犯实例。在该案中，被控人进入一名女子所独坐的火车车厢。在火车开动期间，他解开裤子露出阳具，步向该名女子并向她作出猥亵的提议。<sup>34</sup> 受害人与被控人之间并无身体接触。被控人被裁定犯猥亵侵犯，而上诉亦遭驳回。因此，若然非接触式的侵犯不受新的性侵犯罪所涵盖，则有关法律会有漏洞。总的来说，我们认为新的性侵犯罪，也应涵盖本质涉及性的非接触式侵犯，而此类侵犯会令投诉人意识到对方会使用或恐吓使用即时及非法的人身暴力。

## 扩大性侵犯的涵盖范围以涵盖“裙底”摄影及公众露体

### “裙底”摄影

6.22 控方往往难以找到正确的控罪，以检控在公众地方对女性的衣服或裙子底部进行录影或摄影的行径，这类刑事行为往往被统称为“裙底”摄影。就此类刑事行为所提出的控罪，通常是在公众

---

<sup>31</sup> 《内政部文件》，第 2.14.2 段。

<sup>32</sup> 虽然有部分非接触式的性侵犯，可能会被《英格兰法令》第 4 条所订的导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的罪行（“导致罪行”）所涵盖，但其余的并不在涵盖之列。“导致罪行”所涵盖的情况为：某人(甲)故意导致另一人(乙)进行未经同意的涉及性的行为，而甲并非合理地相信乙同意。因此，如果不是有人导致投诉人进行涉及性的行为，则“导致罪行”不会涵盖非接触式的侵犯。

<sup>33</sup> *R v Rolfe* (1952) 36 Cr App R4.

<sup>34</sup> *R v Rolfe* (1952) 36 Cr App R4.

地方行为不检<sup>35</sup>、游荡<sup>36</sup>，或有违公众道德这项普通法罪行。如果上述三项控罪均不适用，则在摄影涉及使用电脑时，控方可能会提出不诚实地使用电脑的控罪<sup>37</sup>，作为最后一着。

6.23 我们觉得以上各项控罪针对“裙底”摄影事件，皆非完全理想的做法。第一，这些控罪都是一般的罪行，涵盖在公众地方发生的各式各样不检行为，因此不是专门处理“裙底”摄影的罪行。更重要的是，这些控罪未能带出本质涉及性方面的犯罪行为，亦未能把焦点集中于尊重性自主权。

6.24 再者，如果“裙底”摄影是在私人地方发生，选择正确的控罪会有困难。由于该项行为并非在公众地方进行，控方不能检控此类案件中的罪犯行为不检、游荡或有违公众道德。<sup>38</sup>

6.25 由于“裙底”摄影（不论是在公众地方或抑或私人地方进行）是严重侵犯个人的性自主权，我们认为应订立一项法定罪行以处理此类犯罪行为。我们认为应扩大性侵犯的涵盖范围，以涵盖此类犯罪行为。这便可提供一项控罪，专门用于检控各式各样的“裙底”摄影。此外，把这类犯罪行为归入性侵犯的类别，便可强调其本质涉及性方面，以及有必要尊重性自主权。我们故此决定建议扩大性侵犯的涵盖范围。

### **应如何扩大性侵犯的涵盖范围？**

6.26 有关的议题是如何界定性侵犯的涵盖范围，以涵盖在公众地方或私人地方所进行的“裙底”摄影。套用上文第 6.20 段英国内政部检讨小组在引文中所用之言，我们认为，性侵犯的涵盖范围应予扩大，以涵盖任何一项本质涉及性方面的行为，而该项行为若然被另一人知道，则相当可能会为此人带来“*恐惧、低贬或伤害*”，但此人是否实际上知道该行为，却不会对罪行的构成有所影响。不论有关行为是在公众地方抑或私人地方发生，我们所提出的构思也会适用。

6.27 小组委员会注意到加拿大和新西兰的立法机构，均已采用其他方法处理透过摄影而对私隐所作出的侵犯。<sup>39</sup> 不过，我们注意

---

<sup>35</sup> 《公安条例》（第 245 章）第 17B(2)条。

<sup>36</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 160 条。

<sup>37</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 161 条。

<sup>38</sup> 在部分案件中，控方可根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 161 条，提出不诚实地使用电脑的控罪。不诚实地使用电脑的罪行，涵盖取用电脑意图犯罪或不诚实地意图欺骗。这是一项与电脑相关的罪行，并不是专门处理在私人地方进行“裙底”摄影的罪行。这项电脑罪行也无法带出本质涉及性方面的犯罪行为。

到这些立法机构主要是针对侵犯私隐，所引入的理念是对私隐的合理期望。“裙底”摄影以外的涉及侵犯私隐行为，应否受刑事法所涵盖，不在小组委员会的研究范围之内。

### **在公众地方露体**

6.28 小组委员会注意到，我们在上文所提出的扩大性侵犯涵盖范围的建议，可能不但会涵盖“裙底”摄影，同时也涵盖不受欢迎而本质是涉及性的露体行径。这种不受欢迎的行为，若然被他人得知，是相当可能会为他人带来恐惧、低贬或伤害的。我们相信有理由支持把这种不受欢迎的行为，列入经扩大的性侵犯涵盖范围，因为它也是侵犯他人的性自主权。

6.29 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条订明，某人如“无合法权益或辩解，在公众地方或公众可见的情况下，猥亵暴露其身体任何部分”，即犯猥亵露体罪。应强调的是，我们并非建议这项现有的猥亵露体罪，应由新的性侵犯罪所取代。我们注意到，这项现有罪行的设计主要旨在维护公众道德，故此可能会涵盖无受害人目标亦不构成侵犯他人性自主权的公众猥亵露体。

## **关于性侵犯的建议**

6.30 经讨论订立新的性侵犯罪的理据以及该项罪行的构成元素后，我们在建议 18、19 及 20 列出所得的结论。

### **建议 18**

**我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素应是：  
某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理**

<sup>39</sup> 加拿大的《刑事法典》（Criminal Code）第 162(1)条为偷窥罪行订定条文：“任何人如有下述行为即属犯罪：对基于所处情况而对自己的私隐有合理期望的人，进行秘密观察——包括透过机械或电子方式进行这项观察——或进行视像纪录，但先决条件是(a) 此人所身处的地方，可被人合理地期望他会是裸体、露出生殖器官、肛门部位或胸部，或进行明确的涉及性的行为；(b) 此人正在裸体、露出生殖器官、肛门部位或胸部，或进行明确的涉及性的行为；而进行该项观察或视像纪录，目的是在此人正处于该种状况或进行该种行为之时对他进行观察或视像纪录；或(c) 进行该项观察或视像纪录的目的是与性有关。”新西兰的《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）第 216G 条，为涉及在另一人不知情或未经其同意之下对他进行视像纪录（例如：照片、录影带或数码影像）的罪行订定条文，而此人所身处的地方，在当时的情况下，可被人合理地期望能提供私隐，而且此人当时是裸体或露出其生殖器官、私处、臀部，或露出其胸部（就女性而言），或只穿着内衣遮盖上述部位；或正在进行亲密的涉及性的行为；或正在淋浴、如厕梳洗或进行其他涉及穿衣或脱衣等等的身体方面的个人活动。

地相信乙同意，故意作出以下任何一项事情：

- (a) 触摸乙而触摸是涉及性的；
- (b) 向乙射出精液；
- (c) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液；

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 122 条中的猥亵侵犯罪便应予废除。

#### 建议 19

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素也应是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出一项本质涉及性的行为，而这项行为令乙意识到对方会使用或恐吓使用即时及非法的人身暴力。

#### 建议 20

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素应进一步是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出一项本质涉及性的行为，而该项行为若然被乙知道，则相当可能会为乙带来恐惧、低贬或伤害，但乙是否实际上知道该行为，却不会对该罪行的构成有所影响。

我们又建议，在新法例制定后，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条所订的猥亵露体罪应予以保留。

## 第 7 章 导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为

### 引言

7.1 本章研究应否订立一项新罪行以涵盖下述行为：某人（甲）在违反另一人（乙）意愿的情况下强迫乙进行涉及性的行为。强迫他人的行为，可以有多种不同形式。其一，甲可以是强迫乙与甲一起进行涉及性的行为（例如某人强迫另一人对其作出插入）。其二，甲可以是强迫乙自我进行涉及性的行为（例如某人强迫另一人自我手淫）。其三，甲可以是导致乙与第三者进行涉及性的行为（例如某人促使另一人替第三者手淫）。<sup>1</sup> 最后一类行为也涵盖甲强迫乙与动物进行涉及性的行为的情况。<sup>2</sup>

### 有必要订立强迫他人进行涉及性的行为的新罪行

7.2 英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）认为，如某人强迫另一人作出涉及性的行为而该项行为本身可能是刑事行为，则罪责应在于强迫他人作出这项行为的人而非在于被强迫者。检讨小组详细述明订立新罪行的理据如下：

“在违反他人意愿的情况下强迫他人进行涉及性的行为，可能是极度严重的行为并且显然牵涉刑事范畴。举例来说，某人可能会强迫另一人对他们双方、强迫者或第三者作出涉及性的行为。该项行为并非出于自愿，它的确可能会是一项刑事行为，例如是性侵犯，或甚至是强奸或以插入的方式进行性侵犯。强迫者可能欲使涉及性的行为对自己作出，又或者欲使对方在自己面前手淫或与另一人或对另一人作出涉及性的行为，或甚至对动物或与动物作出类似行为。法律应该能够极之清晰地述明，强迫他人在违反自己意愿的情况下作出该等行为是一项罪行，罪责在于强迫他人作出有关行为的人而非在其直接受害人。我们有证据证明曾有受害人在威胁下被迫手淫的事件发生。在这些事件中，受害人受到威胁，被指正在犯猥亵侵犯罪，

---

<sup>1</sup> 英格兰《2003年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)说明第13段。

<sup>2</sup> 《内政部文件》，第2.20.1段。

而强迫者表面上却没有作出任何错事。我们又留意到，有人对于女人强迫男人对她们作出插入之事表示关注。我们不会视之为强奸，但会视之为严重侵犯男人的性自主权。我们认为，被强迫作出的插入应受这项新罪行所网罗……”<sup>3</sup>

7.3 苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）也认为应订立一项新罪行，以涵盖强迫另一人进行涉及性的行为，因为这种行为是对另一人的性自主权的重大侵犯：

“在讨论文件中，我们所探讨的情况，虽然不一定涉及此类性侵犯，但当中所处理的行为大致上与此相同。在性侵犯的案件中，受害人与罪犯有某种形式的接触，而这接触是未经受害人同意的。另一种不同的情况，则是罪犯强迫受害人进行涉及性的行为，这行为可能会（但不一定会）涉及与罪犯接触。可以发生这种行为的途径多种多样，举例来说，罪犯可强迫受害人与第三者性交，又或者与动物或物件或自我进行涉及性的行为。我们认为在所有此等情况下，受害人均没有选择进行有关的涉及性的行为，故此受害人的性自主权受到重大的侵犯。”

4

7.4 苏格兰法律委员会建议订立新罪行，以处理在胁迫情况下进行涉及性的行为。这项建议在咨询期间受到压倒性的支持，但有一名受咨询者担忧新罪行可能会与其他罪行（例如性侵犯及强奸）重迭。苏格兰法律委员会同意新罪行会与其他罪行重迭，但指出被控人只会被检控对有关的强迫行为来说是适当的罪行：

“我们同意，无论新罪行如何界定，如果强迫行为是涉及罪犯与受害人之间的接触，新罪行便会与性侵犯重迭，但我们认为构成强奸及性侵犯的行为，是会以强奸及性侵犯的罪名而受到检控的。建议订立的胁迫罪，优点在于可以网罗多种其他类别的未得受害人同意的涉及性的行为。”<sup>5</sup>

7.5 另一个支持订立新罪行的主要原因，则是处理在胁迫情况下进行涉及性的行为的法律有漏洞。苏格兰法律委员会表示，所谓

---

<sup>3</sup> 《内政部文件》，第 2.20.1 段。

<sup>4</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.48 段。

<sup>5</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.49 段。



“女子强奸男子”（即女子强迫男子对她作出插入）便是一个例子。女子即使在男子不同意的情况下与他进行了性交，仍无须就强奸而负上法律责任：

“我们所建议订立的强奸定义，把罪行限于有阳具的人才可犯。如果女子强迫男子对她作出插入，虽然是在对方不同意的情况下得到了性交，但遭插入的并非受害人的身体。受害人的身体完整性和性自主权无疑遭受侵犯，但可否确当地将之描述为‘强奸’却有疑问。这类情况的蹊跷之处，是某人曾被强迫采取主动的步骤，在自己不同意的情况下进行涉及性的行为。这类侵犯，与受害人自己的身体遭插入有所不同，不应归类为强奸而应归类为在胁迫情况下进行涉及性的行为。”<sup>6</sup>

7.6 另一个例子则是甲强迫乙强奸第三者。甲只可因身为协助及教唆的从犯而被控。在此案中，罪责主要在于甲，但甲只是以从犯而非主犯的身分承担法律责任。乙是清白的一方，因为他是被胁迫强奸第三者。不过，如果因甲协助及教唆乙犯强奸而检控甲，则会意味乙也有罪（虽然乙不一定会被检控）。要处理类似此情况的案件，便有必要订立一项特定罪行，这就正如内政部检讨小组所指出：“法律应该能够十分清晰地述明，强迫他人在违反自己意愿的情况下作出该等行为是一项罪行，罪责在于强迫他人作出有关行为的人而非在于其直接受害人。”<sup>7</sup>

7.7 我们的结论是应订立一项新罪行，以涵盖强迫他人进行涉及性的行为。这种行为严重侵犯另一人的性自主权，所以应特别订立一项罪行来处理这种行为。再者，为堵塞处理在胁迫情况下进行涉及性的行为的法律中的漏洞，也有必要订立这项新罪行。

## 新罪行的构成元素

### 英格兰罪行——导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为

7.8 《英格兰法令》第 4(1)条订明：

---

<sup>6</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 3.50 段。

<sup>7</sup> 《内政部文件》，第 2.20.1 段。

“如属以下情况，某人（甲）即属犯导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的罪行——

- (a) 他故意导致另一人（乙）进行一项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙不同意进行该项行为，及
- (d) 甲并非合理地相信乙同意。”

### **苏格兰罪行——性胁迫**

7.9 根据《苏格兰法令》第 4 条，如某人（甲）故意导致另一人（乙）参与一项涉及性的行为而乙并不同意参与该项行为，而甲又并非合理地相信乙同意参与该项行为，甲即属犯“性胁迫”罪。

### **新罪行的名称**

7.10 英格兰罪行和苏格兰罪行建基于同一理据，旨在网罗同一犯罪行为，即强迫他人在违反自己意愿的情况下进行或参与涉及性的行为。问题在于我们究竟应沿用英格兰的用词称新罪行为“导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为”，还是沿用苏格兰的用词称新罪行为“性胁迫”。

7.11 我们认为英格兰的用词较清晰明确，故此建议采用。英格兰的用词可令大家更清楚明白这项罪行的主要构成元素，那就是导致另一人在不同意的情况下进行某种形式的涉及性的行为，以及未有得到此人同意。我们认为英格兰的用词要比苏格兰法例的用词可取。在苏格兰的法例中，这项罪行的名称只显示出罪行涉及某种胁迫，但未能显示出罪行的其他主要构成元素，那就是“导致”罪行发生的行为，以及未有得到另一人同意参与强迫的涉及性的行为。

### **“进行”抑或“参与”**

7.12 英格兰用词中所用的字眼是“进行”（engage in）涉及性的行为，而苏格兰的用词则不然，所用的字眼是“参与”（participate in）涉及性的行为。“进行”和“参与”这两个词的涵义相同，我们不会特别偏好其一，因为两者可以交换使用。不过，由于我们已建

议采用这项罪行的英格兰名称，为了统一起见，我们较倾向于采用“进行”一词。

## 视乎强迫行为的情况而处以不同刑罚

7.13 根据《英格兰法令》第 4(4)条，如遭被控人强迫作出的行为是以下四种行为其中之一，则判刑最高为终身监禁：

- (a) 插入乙的肛门或阴道，
- (b) 以某人的阳具插入乙的口腔，
- (c) 以乙身体的某部分或由乙以任何其他东西，插入某人的肛门或阴道，或
- (d) 以乙的阳具插入某人的口腔。

7.14 根据《英格兰法令》第 4(5)条，如强迫的涉及性的行为不涉及上述四类行为其中之一，则刑罚会较轻。被控人一经循简易程序定罪，可处监禁不超过 6 个月及／或不超逾法定最高款额的罚款，而一经循公诉程序定罪，则可处监禁不超过 10 年。

7.15 因此，就被控人所导致的涉及性的行为而言，英格兰罪行对于属插入性质者以及非属插入性质者，在刑罚方面是有区分的。施加于属插入性质的涉及性的行为的最高刑罚，要比施加于非属插入性质的涉及性的行为者为重。

7.16 插入式的涉及性的行为以及非插入式的涉及性的行为的处理方法各有不同，英国内政部检讨小组对此点解释如下：

“我们也认为有必要设定一项新罪行，以反映强迫行为的严重性。虽然强迫他人作出涉及性的行为在本质上属于严重，但严重的程度会视乎强迫行为属何性质而有不同。被强迫作出的触摸，相比之下可能属于轻微，而被强迫作出的性插入，则会极之严重。我们故此认为可以有两种刑罚不同的罪行：

- 强迫他人以其身体、物件或动物对人或动物作出性插入的较严重罪行；及

- 强迫他人作出其他涉及性的行为（包括性触摸在内）的罪行”<sup>8</sup>。

7.17 苏格兰的做法则有所不同，在刑罚方面未有区分被强迫进行的插入式涉及性的行为以及被强迫进行的非插入式涉及性的行为。就苏格兰罪行而言，施加不同级别刑罚的准则，是按定罪来自简易程序抑或公诉程序，而不是因被强迫进行的涉及性的行为是否为插入式。苏格兰罪行的刑罚，列明于《苏格兰法令》的附表 2。循简易程序定罪的最高刑罚是监禁 12 个月及／或不超逾法定最高款额的罚款，而循公诉程序定罪的则为终身监禁及／或罚款。

7.18 问题是我们应否追随英格兰的做法，在法例中订明如果强迫的涉及性的行为属插入性质，其刑罚会高于非属插入性质者。正如英国内政部检讨小组所指出，被强迫作出的插入式涉及性的行为是极之严重的。因此，《英格兰法令》与《苏格兰法令》所各自采取的做法，在实际影响方面可能分别不大，因为大家会假定被强迫作出的插入式行为，基于其所涉行为的严重性，必然会循公诉程序而受到检控。不过，我们认为较可取的做法，是在法例中清楚区分适用于涉及插入式行为以及非插入式行为这两种情况的刑罚。虽然我们只会在全面检讨的较后阶段才研究判刑的方法，但我们应在此阶段表明，我们相信对于导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的建议罪行，订立适用刑罚的方法，应为施加于强迫的涉及性的行为活动的刑罚，属插入性质者会较非属插入性质者为重。

## 以威胁促使他人作非法性行为的罪行

7.19 根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 119 条，如“任何人以威胁或恐吓手段，促使另一人在香港或外地作非法的性行为……”，即属犯以威胁或恐吓促使他人作非法性行为的罪行。这项罪行的最高刑罚是监禁 14 年。

7.20 以威胁或恐吓促使他人作非法性行为的罪行（“促使罪行”）与导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的建议罪行（“导致罪行”）所涵盖的刑事行为相同，都是强迫另一人在违反自己意愿的情况下进行涉及性的行为。问题是现有的促使罪行应否归于建议的导致罪行之下。

---

<sup>8</sup> 《内政部文件》，第 2.20.4 段。

7.21 我们认为，新的导致罪行一经订立，现有的促使罪行便应予废除。现有的促使罪行流于过份狭窄，因为它只涵盖以威胁或恐吓所促使的非法性行为。导致罪行则不然，只要某人“导致”另一人在本身不同意的情况下进行涉及性的行为，便会触犯这项罪行。根据《布莱斯通2012年刑事实务》（*Blackstone's Criminal Practice 2012*），任何可导致事情发生的行为即已足够，因为“导致”一词在英格兰法例中未有界定。导致可包括暴力威胁、诱使或甚至劝说。<sup>9</sup>因此，导致罪行所网罗的强迫的涉及性的行为，范围要比现有的促使罪行所网罗者更广阔。在此情况之下，导致罪行可针对强迫的涉及性的行为提供必要的保障，所以促使罪行再无需继续存在。

7.22 再者，正如上文所论及，特别订立一项罪行以处理强迫的涉及性的行为，理据在于这种行为严重侵犯另一人的性自主权。现有的促使罪行，却未能把焦点集中于性自主权。该项罪行的主要焦点，在于施加威胁或恐吓以促使非法的性行为。导致罪行则不同，是透过规定同意与否须为罪行的构成元素之一来强调性自主权，而得到同意是性自主权的核心所在。

7.23 值得注意的是，以威胁促使女子作非法性行为的英格兰罪行<sup>10</sup>（香港现有的促使罪行是以此为蓝本），在新的导致罪行订立后，已于2003年被《英格兰法令》废除。<sup>11</sup>

## “在香港或外地”进行涉及性的行为

7.24 现有的促使罪行可网罗以威胁或恐吓“在香港或外地”所促使的非法性行为。虽然有关的涉及性的行为可以是在香港境内或境外发生，但促使它发生的行为却必须是在香港境内发生。我们认为，应同样在这项新的导致罪行的构成元素中加入“在香港或外地”等字，否则新的导致罪行便会较现有的促使罪行狭窄。在促使罪行的构成元素中加入“在香港或外地”等字后，虽然涉及性的行为可以是在香港境内或境外发生，但促使它发生的行为却必须是在香港境内发生。这样会有助防止跨境的性罪行。

---

<sup>9</sup> 《布莱斯通2012年刑事实务》，B3.41段。

<sup>10</sup> 英格兰旧有的以威胁促使女子作非法性行为的罪行，载于英格兰《1956年性罪刑法令》（*Sexual Offences Act 1956*）第2条。

<sup>11</sup> 《英格兰法令》第140条及附表7。

## 关于导致他人进行涉及性的行为的建议

7.25 经讨论订立导致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為這項新罪行的理據和構成元素後，我們在建議21中列出所得的結論。

### 建議 21

我們建議新法例應加入一項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的罪行，這項罪行應類似英格蘭《2003年性罪行法令》第4條，但作出必要的變通。

我們又建議，應在這項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的建議罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字。在加入上述字眼後，雖然涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促使它發生的行為卻必須是在香港境內發生。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第200章）第119條中的以威脅或恐嚇促使他人作非法性行為的罪行便應予廢除。

## 第 8 章 建议摘要

### **建议 1：** 改革的指导原则（第 2.44 段）

我们建议，对性罪行的实体法律进行任何改革，都应该依据一套指导原则来进行；如要偏离这些指导原则，应有充分的理由支持。

我们建议这些指导原则应包括：

- (i) 法律必须清晰明确。
- (ii) 尊重性自主权。
- (iii) 保护原则。
- (iv) 无分性别。
- (v) 避免基于性倾向而作出区别。
- (vi) 应符合《公民权利和政治权利国际公约》、《香港人权法案条例》（第 383 章）和《基本法》的条文。

### **建议 2：** 应订立同意一词的法定定义（第 3.5 – 3.7 段）

我们建议，应就性交或涉及性的行为订立“同意”的法定定义。

### **建议 3：** 同意一词的建议定义（第 3.8 – 3.10 段）

我们建议所采用的同意一词的法定定义，应规定任何人如：

- (a) 自由地和自愿对涉及性的行为给予同意；并且
  - (b) 有行为能力对涉及性的行为给予同意，
- 即属对涉及性的行为给予同意。

**建议 4：** 对涉及性的行为给予同意的行为能力（第 3.11 - 3.23 段）

我们建议新法例应包括一项条文，规定任何人如因精神状况、神智不清或年龄（视属何情况而定）而不能作出以下一项或多项事情，即属无行为能力对涉及性的行为给予同意：

- (a) 明白该行为是甚么；
- (b) 就自己是否进行该行为（或就该行为应否进行）而作出决定；  
或
- (c) 传达任何上述决定。

**建议 5：** 如涉及性的行为在本质或目的方面存在欺骗又或者有冒充的情况，则无同意可言（第 3.40 - 3.51 段）

我们建议，新法例应加入与英格兰《2003 年性罪行法令》第 76(2)(a) 及 (b) 条相类似的条文，规定如被控人作出以下事情，则投诉人不可能给予同意，而被控人也不可能相信投诉人同意：

- (a) 就相关的涉及性的行为，在本质或目的方面故意欺骗投诉人；  
或
- (b) 冒充投诉人所认识的人，故意诱使投诉人对相关的涉及性的行为给予同意。

**建议 6：** 同意的范围和撤回（第 3.54 - 3.60 段）

我们建议，新法例应加入与《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 15(2)、(3) 及 (4) 条相类似的条文，规定：

- (a) 对个别涉及性的行为给予同意，本身并不暗示对任何其他涉及性的行为给予同意；
- (b) 对涉及性的行为所给予的同意，可在该行为开始之前的任何时间或（如属持续行为）在该行为进行期间的任何时间予以撤回；  
以及
- (c) 如某行为在同意被撤回后进行或继续进行，该行为即属在未经同意下进行或继续进行。



**建议 7： 强奸罪的范围（第 4.7 – 4.9 段）**

我们建议，应在新法例中加入与英格兰《2003 年性罪行法令》第 1(1)(a)条相类似的条文，使强奸的范围包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。

**建议 8： 区分强奸与非以阳具作出的其他方式的性插入行为（第 4.10 – 4.15 段）**

我们建议，应继续使用强奸一词描述未经同意下以阳具作出插入的罪行。

我们又建议，应区分强奸与其他未经同意下所犯并且涉及非以阳具作出的性插入行为的性罪行。

**建议 9： 阳具和阴道的定义（第 4.16 – 4.21 段）**

我们建议新法例应规定，就任何性罪行而言，阳具应包括由手术建造的阳具，阴道应包括(a)外阴以及(b)由手术建造的阴道（连同由手术建造的外阴）。

**建议 10： “插入”的涵义（第 4.22 – 4.28 段）**

我们建议，就任何性罪行而言，插入的定义应指从进入起直至退出为止的持续行为。

我们又建议，如插入最初获得同意，但在某个时候同意被撤回，则从进入起的持续行为，应指从先前所给予的同意被撤回之时起的持续行为。

**建议 11： 插入行为和其他有关涉及性的行为的精神意念元素（第 4.29 – 4.35 段）**

我们建议，新法例应明确规定强奸中的插入行为，以及其他未经同意下进行的性罪行（即三项可能订立的新罪行：以插入的方式进行性侵犯、性侵犯、导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为）中的相关行为，均必须是故意作出的。

我们又建议，新法例应规定自我引发的神智不清，不能构成强奸及其他未经同意下进行的性罪行的免责辩护。

**建议 12： 处理真确（但错误）相信对方同意这个问题的改革方案  
（第 4.46 – 4.68 段）**

我们建议，就强奸罪及其他未经同意下进行的性罪行而言，新法例应加入与英格兰《2003 年性罪行法令》第 1(1)(b)、1(1)(c)、1(2)、2(1)(c)、2(1)(d)、2(2)、3(1)(c)、3(1)(d)、3(2)、4(1)(c)、4(1)(d)及 4(2)条相类似的条文，规定：

- (a) 控方必须证明(i)投诉人不同意，以及(ii)被控人并非合理地相信投诉人同意；以及
- (b) 信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(4)条便应予废除。

**建议 13： 应保留以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行  
（第 4.69 – 4.76 段）**

我们建议，在新法例制定后，应保留《刑事罪行条例》（第 200 章）第 120 条所订的以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行。

**建议 14： 以不涉及使用武力的威胁或恐吓手段（如经济威胁）获得性交（第 4.77 段）**

我们建议，以经济压力获得性交的案件应按个别情况处理，依据同意概念裁定是否牵涉强奸，但不需要为这类案件订立新罪行。

**建议 15： “性”的定义（第 5.9 – 5.23 段）**

我们建议，就任何性罪行而言，应采用英格兰《2003 年性罪行法令》第 78(a)及(b)条所载关于“性”的定义，但删除第 78(b)条中的“它基于行为本质可能会涉及性以及”等字。“性”的定义故此会类似下文：如一名合理的人认为某项罪行符合以下情况，它便是涉及性——

- (a) 不论它本身的情况如何，亦不论某人对它怀有甚么目的，它是基于行为本质而涉及性，或
- (b) 它是基于本身的情况或某人对它所怀有的目的（或基于两者）而涉及性。

**建议 16： 以插入的方式进行性侵犯；废除未经同意下作出肛交的罪行（第 5.37 段）**

我们建议新法例中应有一项以插入的方式进行性侵犯的罪行，而其构成元素为某人（甲）在未经另一人（乙）同意而且并非合理地相信乙同意的情况下，故意以自己身体的任何部分或任何其他东西插入乙的阴道或肛门。

我们建议采纳一项类似《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 2(4)条的条文。这项条文的作用是，就以插入的方式进行性侵犯的罪行而言，凡提述以某人的身体插入，须解释为包括以此人的阳具插入。

我们建议《刑事罪行条例》（第 200 章）的附表 1 应予修订，在被告人被控强奸的案件中，容许陪审团作出法定交替裁决，改判被告人以插入的方式进行性侵犯。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118A 条所订的未经同意下作出肛交的罪行便应予废除。

**建议 17： 触摸的定义（第 6.10 – 6.14 段）**

我们建议采用英格兰《2003 年性罪行法令》第 79(8)条所载的“触摸”定义，以便就任何性罪行而言，触摸包括：

- (a) 以身体的任何部分作出的触摸，
- (b) 以任何其他东西作出的触摸，
- (c) 透过任何东西作出的触摸，

尤其包括构成插入的触摸。

**建议 18： 性侵犯（第一类）（第 6.30 段）**

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素应是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出以下任何一项事情：

- (a) 触摸乙而触摸是涉及性的；
- (b) 向乙射出精液；
- (c) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液；

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 122 条中的猥亵侵犯罪便应予废除。

**建议 19： 性侵犯（第二类）（第 6.30 段）**

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素也应是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出一项本质涉及性的行为，而这项行为令乙意识到对方会使用或恐吓使用即时及非法的人身暴力。

**建议 20： 性侵犯（第三类）；保留猥亵露体罪（第 6.30 段）**

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素应进一步是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出一项本质涉及性的行为，而该项行为若然被乙知道，则相当可能会为乙带来恐惧、低贬或伤害，但乙是否实际上知道该行为，却不会对该罪行的构成有所影响。

我们又建议，在新法例制定后，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条所订的猥亵露体罪应予以保留。

**建议 21： 导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为；及  
废除以威胁或恐吓促致他人作非法性行为的罪行  
（第 7.25 段）**

我们建议新法例应加入一项导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的罪行，这项罪行应类似英格兰《2003 年性罪行法令》第 4 条，但作出必要的变通。

我们又建议，应在这项导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的建议罪行的构成元素中加入“*在香港或外地*”等字。在加入上述字眼后，虽然涉及性的行为可以是在香港境内或境外发生，但促使它发生的行为却必须是在香港境内发生。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 119 条中的以威胁或恐吓促致他人作非法性行为的罪行便应予废除。

英格兰《2003年性罪行法令》及  
《2009年性罪行（苏格兰）法令》的网址

下述海外法例可于互联网上的下述网址下载——

英格兰《2003年性罪行法令》

（**The English Sexual Offences Act 2003**）：

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>

《2009年性罪行（苏格兰）法令》

（**The Sexual Offences (Scotland) Act 2009**）：

<http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9/contents>