

香港法律改革委员会  
性罪行检讨小组委员会  
咨询文件

涉及儿童及精神缺损  
人士的性罪行

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

2016年11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 2017 年 2 月 10 日或之前将有关的书面意见送达：

香港中环  
下亚厘毕道 18 号  
律政中心东座 4 楼  
法律改革委员会  
性罪行检讨小组委员会秘书

电话：(852) 3918 4097

传真：(852) 3918 4096

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

涉及儿童及精神缺损人士的性罪行

目录

	页
导言	1
研究范围	1
小组委员会	1
小组委员会先前的工作	3
小组委员会首份文件：与儿童有关工作的性罪行纪录查核	3
小组委员会第二份文件：14岁以下男童无性交能力的推定	4
小组委员会第三份文件：强奸及其他未经同意下进行的性罪行	4
本咨询文件	5
邀请公众发表意见	6
<b>第 1 章    现有涉及儿童及少年人的性罪行概览</b>	<b>7</b>
引言	7
与年龄在 13 或 16 岁以下的女童性交	7
与 21 岁以下女童作出肛交	8
由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交	8
由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为	9
裁定违宪和无效的其他条文	9

	页
“严重猥亵作为”一词	10
向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为	10
拐带年龄在 16 或 18 岁以下的未婚女童	11
对侵犯儿童及少年人的性罪行现有条文的批评	12
<b>第 2 章    同意年龄</b>	<b>14</b>
引言	14
“同意年龄”的涵义	14
香港现时的同意年龄	15
同性与异性涉及性的行为的同意年龄应否不同？	15
同意年龄方面的差别越来越受到法律上的质疑	15
Leung TC William Roy 诉律政司司长案的裁决	16
我们对同意年龄有差别的看法	17
同意年龄应划一为哪个岁数？	18
其他司法管辖区的同意年龄	19
应如何处理同性恋罪行？	22
<b>第 3 章    关于改革涉及儿童及少年人的性罪行的一般议题</b>	<b>24</b>
引言	24
新法例中涉及儿童及少年人的罪行应否无分性别？	24
《刑事罪行条例》中的现有罪行	24
海外司法管辖区的情况	24
罪行应否无分性别？	26
应以单一项罪行抑或一系列罪行来涵盖性侵犯儿童罪？	26
涉及儿童及少年人的罪行在新法例中的分类	28
现有法律	28
海外司法管辖区的情况	28
涉及儿童及少年人的罪行应如何分类？	31
应否删去“非法”一词？	33
“非法”一词涵义的司法发展	33
“非法”一词涵义的立法发展	33
海外法例	34
删去“非法”一词	34

	页
被控人的年龄应否在新法例中指明？	35
《刑事罪行条例》中的现有法律	35
海外司法管辖区的情况	35
应否为成年罪犯及儿童罪犯各订罪行？	36
<b>第 4 章 涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的性罪行的绝对法律责任</b>	<b>38</b>
引言	38
罪行是否属绝对法律责任罪行视乎法庭如何裁定立法原意	38
折衷解决方案：合理地相信有关儿童并非未足龄	40
澳大利亚	40
加拿大	41
英格兰及韦尔斯	42
爱尔兰	43
苏格兰	43
终审法院不排除立法机关改变对绝对法律责任的态度可能性	44
反对绝对法律责任的论点	44
被控人出于真意的犯错应获理解	44
多个海外司法管辖区均有免责辩护	45
较年长儿童可能会尝试性行为	45
赞成施加绝对法律责任的论点	45
鼓励人们避免对儿童作出可能是非法的行为	45
保护原则	46
与儿童进行涉及性的行为是错误的	46
发放鼓励未足龄性行为的错误信息	46
成功检控更加困难	46
在审讯中儿童所受保护减少	47
决定应否施加绝对法律责任时应否区分插入式和非插入式涉及性的行为？	48
我们在这个议题上的意见	49
若社会舆论不赞成施加绝对法律责任，应采取何种模式？	50

	页
<b>第 5 章 以婚姻关系作为涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的性罪行的免责辩护</b>	51
引言	51
在海外司法管辖区以婚姻关系作为免责辩护的不同情况	52
海外司法管辖区的情况：可以婚姻关系作为（涉及儿童的罪行的）免责辩护的司法管辖区	53
澳大利亚（澳大利亚联邦）	53
澳大利亚（南澳大利亚）	54
澳大利亚（西澳大利亚）	54
加拿大	54
海外司法管辖区的情况：不可以婚姻关系作为（涉及儿童的罪行的）免责辩护的司法管辖区	55
英格兰及韦尔斯	55
苏格兰	56
应否就涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行保留婚姻关系免责辩护：支持与反对的论点一览	57
支持保留婚姻关系免责辩护的论点	57
香港有义务承认有效的海外婚姻	57
香港居民有可能返回原属国按该国法律或习俗结婚	57
多个海外司法管辖区均保留婚姻关系免责辩护	58
香港从未因婚姻关系免责辩护的施行而出现问题	58
不得对未足龄配偶进行未经同意的涉及性的行为的法律保障不受婚姻关系免责辩护影响	59
反对保留婚姻关系免责辩护的论点	59
保护原则	59
稚龄儿童有可能在海外国家被迫结婚而香港很难核证婚姻是否有效	60
海外国家的婚姻法可能反映有别于香港的习俗	60
多个海外司法管辖区明文规定不得以婚姻关系作为免责辩护或已废除此项免责辩护	60
异性恋者和同性恋者的不同待遇	60
我们在这个议题上的意见	61

	页
<b>第 6 章 年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为</b>	62
引言	62
年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为应否订为刑事罪行：对此议题的三个主要处理模式	62
第一种模式：订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权，只对适当的案件提出检控	63
第一种模式的理据	63
法律应为年轻人订立行为规范	63
儿童之间经同意的性关系可能并非真正经同意，并且可能带有剥削成分	64
将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为合法化，或会鼓励更多儿童过早进行涉及性的行为	65
只对带有剥削成分的个案和在检控是合乎公众利益时才予以检控	65
香港的酌情处理方式	66
第二种模式：订为刑事罪行但“年龄相近”可作免责辩护	68
第二种模式的理据	68
少年人的确很年轻就进行涉及性的行为	68
避免不经意地把年轻人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行	69
第三种模式：不将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行	69
第三种模式的理据	70
如果在大部分情况下多数只是理论上才会检控，儿童之间经同意下进行的涉及性的行为就不应属于刑事罪行	70
年轻人可能因此不去寻求适当意见	70
对于可能将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行：我们的看法	71
罪行无分性别对我们现时的建议有何影响	71

	页
<b>第 7 章 新法例中涉及儿童的性罪行</b>	<b>73</b>
引言	73
现行法例的状况及不足之处	73
《英格兰法令》和《苏格兰法令》中涉及儿童的罪行	73
绝对法律责任罪行	74
涉及 13 岁以下儿童的罪行刑罚较重	74
《英格兰法令》和《苏格兰法令》中涉及 13 岁	74
以下儿童的罪行	
《英格兰法令》和《苏格兰法令》中涉及年满 13	75
岁但未满 16 岁儿童的罪行	
无分性别	76
以阳具对儿童作出插入行为	77
英格兰罪行 —— 强奸 13 岁以下儿童	77
苏格兰罪行 —— 强奸幼童	77
现有的与年龄在 13 岁以下的女童性交罪不足之处	77
对儿童作出插入行为	79
英格兰罪行 —— 以插入方式侵犯 13 岁以下儿童	79
苏格兰罪行 —— 以插入方式性侵犯幼童	79
现有的非以阳具插入儿童的阴道或肛门罪不足之	80
处	
《苏格兰法令》第 19(2)条	80
以插入方式侵犯 16 岁以下儿童	81
法定交替裁决	81
性侵犯 13 岁以下儿童	82
英格兰罪行 —— 性侵犯 13 岁以下儿童	82
苏格兰罪行 —— 性侵犯幼童	82
性侵犯的范围	83
导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为	84
英格兰罪行 —— 导致或煽惑 13 岁以下儿童进	84
行涉及性的行为	
苏格兰罪行 —— 导致幼童参与涉及性的行为	84
“导致”或“煽惑”两个部分	84

	页
并非与未经同意下进行的罪行相对应的其他罪行：	86
在儿童在场下进行涉及性的行为 / 导致幼童在涉及性的行为进行期间在场	86
英格兰罪行 —— 在儿童在场下进行涉及性的行为	86
苏格兰罪行 —— 导致幼童在涉及性的行为进行期间在场	87
被控人的年龄	88
行为目的超越性满足	89
犯罪者导致儿童在第三者进行涉及性的行为时在场 是否构成罪行？	90
导致儿童观看性行为 / 导致幼童观看性影像	91
英格兰罪行 —— 导致儿童观看性行为	91
有关行为的不道德目的可与其他正当目的并存	91
苏格兰罪行 —— 导致幼童观看性影像	91
影像的定义	92
附带事宜	93
安排或利便干犯儿童性罪行	93
有关罪行的范围较企图犯罪为广并自成完整罪行	95
就协助、教唆和怂使他人干犯儿童性罪行而言健康及 治疗事宜属例外情况	96
对一些涉及儿童的现有罪行的检视	98
与年龄在 13 / 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 及 124 条）	98
向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为（《刑事罪行条例》第 146 条）	99
男子与 21 岁以下女童作出肛交（《刑事罪行条例》第 118D 条）	100
涉及少年人的同性恋罪行	100
拐带罪行	102
 <b>第 8 章 为性目的诱识儿童</b>	 103
引言	103
英格兰及韦尔斯订立为性目的诱识儿童这项新罪行的 背景	103

	页
有需要立法针对为性目的诱识儿童的行为	104
儿童及少年人越来越多使用互联网	104
狎弄儿童及恋童癖罪行性质严重但常被严重低报	104
应在侵犯儿童的性罪行实际发生前采取预防措施	105
海外司法管辖区有关为性目的诱识儿童的法例	106
英格兰及韦尔斯	106
新西兰	109
新加坡	110
苏格兰	111
澳大利亚	112
新罪行应否要求先前的会面或通讯只为一次或至少两次？	113
新罪行的构成是否也应包括安排出行？	114
新西兰有关为性目的诱识儿童的法例中的假装少年人条文	114
对儿童年龄的合理相信问题，应属于罪行构成元素还是免责辩护？	115
<b>第 9 章    现有关乎精神上无行为能力的人的罪行概览及所出现的问题</b>	<b>117</b>
现有罪行	117
男子与精神上无行为能力的人作出肛交	117
男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为	117
男子与精神上无行为能力的女子性交	117
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	118
与病人性交	118
精神上无行为能力的人的定义	119
第一部分 — 精神紊乱的人或弱智人士	119
第二部分 — 没有能力独立生活或保护自己免受他人严重利用	120
现行法例或有不足之处	121

	页
<b>第 10 章 就改革与精神缺损人士有关的法例考虑可采纳的模式</b>	122
引言	122
第一类—— 反映与某些类别的精神缺损人士进行涉及性的行为是绝对被禁的罪行	122
第二类—— 反映精神缺损人士可能被剥削的罪行	123
(a) 犯罪者使用特定手段取得这些精神缺损人士的同意	123
(b) 涉及在以下地方照顾精神缺损人士而进行的剥削	123
(c) 就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系而引起的剥削	123
从合宪与否的角度考虑有关建议	123
考虑第一类罪行	124
考虑第二类罪行	126
针对犯罪者使用特定手段取得精神缺损人士的同意而剥削后者的罪行	126
(第二类(a)分类的罪行)	
应如何描述剥削手段?	126
英格兰罪行：犯罪者使用剥削手段	127
以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神紊乱的人进行涉及性的行为	127
以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人进行或同意进行涉及性的行为	128
进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神紊乱的人在场	128
以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人观看涉及性的行为	128
实际知悉或法律构定知悉精神紊乱一事	129
行为的目的是否只限于性满足?	129
针对精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾时被剥削的罪行	130
(第二类(b)分类的罪行)	
照顾关系存在的情况	130
(1) 英格兰及韦尔斯法例	130
(2) 维多利亚(澳大利亚)法例	132

照顾关系存在的情况的建议定义	132
在指明院所内照顾精神缺损人士	132
在指明院所之外照顾精神缺损人士	133
《英格兰法令》中的罪行	133
照顾人员与精神紊乱的人进行涉及性的行为	133
照顾人员导致或煽惑进行涉及性的行为	134
照顾人员在精神紊乱的人在场下进行涉及性的行为	134
照顾人员导致精神紊乱的人观看涉及性的行为	134
这类罪行应否只限于插入式涉及性的行为？	135
相当可能有定期面对面的接触	135
照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例外情况	135
知悉有精神病	137
关于知悉有精神病一事的规定	137
加拿大法例：就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系而可能引起的剥削	138
（第二类(c)分类的罪行）	
对残障人士性剥削	138
受信任或权威地位或受养关系的涵义	138
加拿大罪行只适用于犯罪者确有滥用其地位或关系的情况	139
应否采用加拿大模式？	139
关于第二类罪行的结论	140
<b>第 11 章 新法例中涉及精神缺损人士的性罪行</b>	<b>141</b>
引言	141
(A) 针对犯罪者使用特定手段取得精神缺损人士的同 意而剥削后者的罪行：	141
以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进 行涉及性的行为	141
以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行 或同意进行涉及性的行为	142
进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促 致精神缺损人士在场	143

以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看 性行为	144
(B) 针对精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾 时被剥削，以及有人就精神缺损人士滥用受信任 或权威地位或受养关系的罪行：	145
与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为	146
(i) 是由照顾他或她的人所作出，或 (ii) 牵涉 滥用受信任或权威地位或受养关系	
导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而	147
有关的导致或煽惑行为 (i) 是由照顾他或她的 人所作出，或 (ii) 牵涉滥用受信任或权威地位 或受养关系	
在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该	148
项行为 (i) 是由照顾他或她的人所作出，或 (ii) 牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系	
导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的	149
导致行为 (i) 是由照顾他或她的人所作出，或 (ii) 牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系	
关于照顾关系存在的情况的建议定义	150
照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例 外情况	151
关于知悉有精神病一事的規定	153
精神上无行为能力的人的定义	153
定义第一部分—精神紊乱的人或弱智人士	154
定义第二部分—没有能力独立生活或没有能力保 护自己免受他人严重利用	155
应否继续使用“精神上无行为能力的人”这个现有词 语来描述精神缺损人士？	156
检讨某些现行涉及精神缺损人士的罪行	158
男子与精神上无行为能力的人作出肛交（《刑事罪行 条例》第 118E 条）、男子与精神上无行为能力的男 子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118I 条）、男子与精神上无行为能力的女子性交（《刑事 罪行条例》第 125 条）	158
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	159

	页
与病人性交（《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2) 条）	160
<b>第 12 章 新法例中涉及精神缺损人士的性罪行</b>	<b>161</b>
引言	161
第一种模式：以详尽清单界定受信任地位	161
新南威尔士（澳大利亚）	161
英格兰及韦尔斯	162
苏格兰	163
第二种模式：不界定受信任地位	164
在改革方面的考虑	165
支持立法保护 16 及 17 岁的少年人的论点	166
保护原则	166
良好作业方式及专业守则不能提供足够的保护	166
少年人给予的同意不可被视为真确	167
海外司法管辖区已有法例	168
法例并非禁止所有涉及性的行为	168
反对立法保护 16 及 17 岁的少年人的论点	168
真实关系应获理解	168
16 及 17 岁少年人已有足够成熟程度作出选择	168
我们在这个议题上的意见	168
社会舆论赞成立法时的各项考虑	169
刑事化的范围应否扩至同时涵盖插入式及非插入式涉及性的行为？	169
应否只将处于受信任地位的人与有关少年人之间直接进行的涉及性的行为订为刑事罪行（而不将有关少年人没有直接参与的涉及性的行为订为刑事罪行）？	169
应否以详尽清单列明各种受信任地位？	170
对少年人年龄的合理相信问题，应属于罪行元素还是免责辩护？	170
少年人的年龄	172
涉及儿童及精神缺损人士的罪行的域外法律效力	172
<b>第 13 章 建议摘要</b>	<b>174</b>

	页
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	184

# 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要求法律改革委员会（“法改会”）检讨香港关乎性罪行及相关罪行的法律。鉴于香港法庭在多项判决中所提出的意见，加上公众对是否适宜设立性罪犯名册一事的评论，研究范围于2006年10月有所扩大，加入了对上述名册的研究，经扩大后的研究范围如下：

“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，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，并对有关法律提出适当的改革建议。”

## 小组委员会

2. 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，并且提出改革建议。小组委员会的成员如下：

邓乐勤先生，SC 资深大律师  
(主席)

文志洪先生 香港警务处高级警司（刑事支持）  
(任期由2010年9月至2012年5月)

王嘉颖女士 社会福利署助理署长（家庭及儿童福利）  
(任期由2011年6月至2012年8月)

伍江美妮女士 保安局首席助理秘书长  
(任期由2009年6月至2015年11月)

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
沈仲平博士 (任期至 2016 年 5 月止)	律政司副刑事检控专员
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 (刑事支持)
李伟文先生 (任期由 2014 年 7 月起)	香港警务处高级警司 (刑事支持)
何咏光先生 (任期由 2016 年 5 月起)	律政司助理刑事检控专员
吴维敏女士	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 (刑事支持)
夏博义先生, SC (任期至 2012 年 2 月止)	资深大律师
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)
张达明先生	香港大学法律学系首席讲师
张慧玲法官	高等法院原讼法庭法官
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)
曾裕彤先生 (任期由 2015 年 11 月起)	保安局首席助理秘书长

彭慕贤女士  
(任期由 2012 年 5 月至 2014 年 6 月)

香港警务处高级警司 (刑事支持)

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

鲍安迪先生

何敦、麦至理、鲍富律师行  
合伙人

骆浩成先生  
(任期由 2012 年 2 月起)

大律师

梁满强先生  
(秘书)

法律改革委员会  
高级政府律师

法改会秘书处高级政府律师吴芷轩女士亦有协助小组委员会的工作。

## 小组委员会先前的工作

3. 研究范围涵盖不同类别的性罪行，其中很多都涉及有争议性的议题，需要审慎而又明智地平衡各种相关利益。小组委员会一开始即察觉到需要较长时间才能完成整个研究项目，因此决定分阶段进行工作，并就研究项目的不同部分发表独立的文件。

### **小组委员会首份文件：与儿童有关工作的性罪行纪录查核**

4. 由于公众普遍表示关注，小组委员会首先研究的问题，是应否设立一个可以查核从事与儿童有关工作的人是否有性罪行定罪纪录的机制。2008 年 7 月，小组委员会发表了《关于性罪犯名册的临时建议》咨询文件。

5. 经考虑咨询所得的意见后，法改会于 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，包括建议设立一个行政机制，让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，可以查核雇员是否有

性罪行刑事定罪纪录。由 2011 年 12 月 1 日起，政府当局设立了有关的行政机制，令报告书中的建议得以落实。

### **小组委员会第二份文件：14 岁以下男童无性交能力的推定**

6. 小组委员会就 14 岁以下男童无性交能力的普通法推定进行了研究，向法改会提出废除这项推定的建议。

7. 法改会根据小组委员会的建议，于 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，建议废除这项过时的普通法推定。由于这个议题比较简单直接，预期不会引起太大争议，所以法改会直接发表最后报告书而不先行发表咨询文件。

8. 2012 年 7 月 17 日，《2012 年成文法（杂项规定）条例》（2012 年第 26 号）经制定，以落实法改会所提出的废除这项推定的建议。

### **小组委员会第三份文件：强奸及其他未经同意下进行的性罪行**

9. 小组委员会现正就实质的性罪行进行全面检讨。这是小组委员会在其研究范围内的主要研究部分，范围广泛，涉及多个需要审慎考虑的敏感和具争议性议题。这项检讨工作显然需要较长时间才能全部完成，小组委员会因此决定把工作分为多个不同的部分，并就有关课题的特定范畴发表独立的咨询文件。

10. 小组委员会的计划是把这项检讨工作分为四个部分，并就每一部分发表独立的咨询文件，以及一份整体性的最后报告书。如有需要，小组委员会会按进一步讨论的结果修订此计划。这四部分分别是：

- (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（即涉及儿童及精神缺损人士的性罪行，以及涉及滥用受信任地位的性罪行）；
- (iii) 杂项性罪行；及
- (iv) 判刑。

11. 小组委员会于 2012 年 9 月发表了《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（简称“《未经同意下进行的性罪行》咨询文件”）。《未经同意下进行的性罪行》咨询文件，是小组委员会就其所定的余下课题所发表或将会发表的四份咨询文件之中的第

一份，内容涵盖未经同意下进行的性罪行，即强奸、以插入方式性侵犯、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，这些性罪行的订立都是与促进或保障个人的性自主权有关的。

## 本咨询文件

12. 本咨询文件是小组委员会在其研究范围内所发表的第四份文件，代表了小组委员会在全面检讨实质的性罪行的过程中所发表或将会发表的四份咨询文件之中的第二份，内容涵盖涉及儿童及精神缺损人士的性罪行，以及涉及滥用受信任地位的性罪行。这些性罪行大多牵涉到保护原则，亦即是刑事法应保护某几类易受伤害的人，使其免遭性侵犯或剥削。这些易受伤害的人包括儿童、精神缺损人士，以及对处于受信任地位的人信任的少年人。

13. 《刑事罪行条例》（第 200 章）订有多项旨在保护易受伤害的人的法定性罪行。这些罪行很多都是以 1956 年所订立的英格兰法例中的相类条文为依据，<sup>1</sup> 包括：与年龄在 13 岁以下的女童性交（第 123 条）、<sup>2</sup> 与年龄在 16 岁以下的女童性交（第 124 条）、<sup>3</sup> 与精神上无行为能力的人性交（第 125 条）、<sup>4</sup> 拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童（第 126 条）、<sup>5</sup> 拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使其与人性交（第 127 条），<sup>6</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（第 128 条）。<sup>7</sup>

14. 应予以注意的是英格兰及韦尔斯在 2003 年对涉及性罪行的法律作出了重大的改革，1956 年法例中的相关罪行已因此而被英格兰的《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）（简称“《**英格兰法令**》”）所订立的新罪行取代。<sup>8</sup> 不过，原有的罪行仍保留在香港的法例之中。《英格兰法令》是根据英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）在其题为《设定界限：改革性罪行法律》（*Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*）的文件（简称“《**内政部文件**》”）中的建议而制定的。<sup>9</sup>

---

<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 5 条。

<sup>3</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 6 条。

<sup>4</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 7 条。

<sup>5</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 20 条。

<sup>6</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 19 条。

<sup>7</sup> 比照《1956 年性罪行法令》第 21 条。

<sup>8</sup> 《英格兰法令》于 2004 年 5 月 1 日生效（见《2004 年《2003 年性罪行法令》（生效）令》（Sexual Offences Act 2003 (Commencement) Order 2004）），SI 2004/874）。

<sup>9</sup> 英国内政部，《Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences》（2000 年 7 月）。

15. 在苏格兰，也曾进行类似的重大改革，令《2009年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）（简称“《**苏格兰法令**》”）得以制定，从而订立一套新的法定性罪行以配合现代社会的需要。<sup>10</sup> 《苏格兰法令》是根据苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）就性罪行法律所作出的检讨而制定的，该委员会曾发表《有关强奸及其他性罪行的讨论文件》（*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*）（简称“《**苏格兰法律委员会讨论文件**》”），<sup>11</sup> 就其初步建议征询公众的意见，而其最终建议则载于《有关强奸及其他性罪行的报告书》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（简称“《**苏格兰法律委员会报告书**》”）。<sup>12</sup>

16. 在进行这项检讨工作期间，我们曾经参考英格兰、苏格兰及其他司法管辖区的近期研究和法律改革经验。我们决定以《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，这是因为香港现有的性罪行，很多都原本是以英格兰法例的同类条文为依据。

## 邀请公众发表意见

17. 本咨询文件中的建议，是小组委员会经广泛讨论所得的结果，代表了我们的初步看法，谨向社会大众提出以供考虑。我们欢迎大家就本咨询文件所讨论的任何议题提出意见、评论及建议，这会有助小组委员会于适当时候达成最终结论。

---

<sup>10</sup> 《苏格兰法令》于2010年12月1日生效（见《2010年《2009年性罪行（苏格兰）法令》（生效第1号）令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009 (Commencement No 1) Order 2010），Scottish SI 2010/357）。

<sup>11</sup> 苏格兰法律委员会，《*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*》（2006年1月），讨论文件第131号。

<sup>12</sup> 苏格兰法律委员会，《*Report on Rape and Other Sexual Offences*》（2007年12月），Scot Law Com No 209。

# 第 1 章 现有涉及儿童及少年人的性罪行概览

## 引言

1.1 本章概括介绍《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部特别关乎儿童及少年人的主要性罪行。<sup>1</sup>

## 与年龄在 13 或 16 岁以下的女童性交

1.2 根据《刑事罪行条例》第 123 条，任何男子与一名年龄在 13 岁以下的女童非法性交，即属犯罪，最高刑罚是终身监禁。该名女童同意作出上述行为，不可以作为这项控罪的免责辩护。如果上述行为事实上是未经该名女童同意而作出，则被告人会被控以强奸的公诉罪行。<sup>2</sup> 如被告人错误认定该名女童的年龄，则即使是基于合理理由而有此错误，被告人仍不得以此作为免责辩护。<sup>3</sup>

1.3 根据《刑事罪行条例》第 124(1)条，任何男子与一名年龄在 16 岁以下的女童非法性交，也会犯类似的罪行，最高刑罚是监禁 5 年。即使该名女童同意，亦非属关键，不可以作为免责辩护。终审法院在苏伟伦诉香港特别行政区案，<sup>4</sup> 确认了上诉法庭裁定第 124 条所订罪行属绝对法律责任罪行的判决。<sup>5</sup> 因此，被告人不可以以错误相信该名女童为 16 岁或以上作为免责辩护，<sup>6</sup> 即使被告人是基于合理理由而如此相信亦然。

1.4 以存在婚姻关系作为免责辩护，即所谓婚姻关系免责辩护，可用于第 124 条所订的罪行（但不得用于第 123 条所订的罪行）。第 124(2)条订明可以婚姻关系作为免责辩护，其条文如下：

---

<sup>1</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 129 至 159 条亦订有各种与卖淫或色情物品有关的不同罪行。本章的概览没有涵盖这些罪行，这是因为与卖淫或色情物品有关的罪行，不在我们的性罪行全面检讨范围之内。

<sup>2</sup> *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-52 段。

<sup>3</sup> *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-53 段。

<sup>4</sup> 苏伟伦诉香港特别行政区案 FACC No 5 of 2005, [2006] 3 HKLRD 394（就香港特别行政区诉苏伟伦案 [2005] 1 HKLRD 443 所提出的上诉）。

<sup>5</sup> 对于施加绝对法律责任的罪行，不得以合理的错误相信或已尽应尽的努力这两项普通法的隐含免责辩护理由来抗辩。（见 *Archbold Hong Kong 2012*，第 18-14 段）。

<sup>6</sup> *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-66A 段。

“凡根据《婚姻条例》(第 181 章)第 27(2)条，因妻子年龄在 16 岁以下以致婚姻无效，如丈夫相信并有合理理由相信她是他的妻子，则该婚姻的无效不得令致丈夫因与她性交而犯本条所订罪行。”

1.5 如男子与一名 16 岁以下的女童性交，只要他能按照相对可能性的衡量标准，证明自己相信该名女童是他的妻子，并有合理理由如此相信，则以婚姻关系作为免责辩护，可使他无须承担第 124 条所订的刑事法律责任。因此，举例来说，男子如果按照海外司法管辖区的婚姻法与一名 16 岁以下的女子结为合法夫妇，便可以婚姻关系免责辩护而要求得到保障。然而，应注意所有在未经同意之下进行的性交，均会以强奸罪论处，即使在婚姻关系之内发生的亦然。因此，如果丈夫未经妻子即有关女童的同意而进行性交，会被控强奸罪，而根据第 124(2)条以婚姻关系作为免责辩护，并不适用于此类情况。

## 与 21 岁以下女童作出肛交

1.6 根据《刑事罪行条例》第 118D 条，任何男子与年龄在 21 岁以下的女童作出肛交，即属犯罪，最高刑罚是终身监禁。

## 由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交

1.7 《刑事罪行条例》第 118C 条订明，任何男子与另一名年龄在 16 岁以下的男子作出肛交，或任何年龄在 16 岁以下的男子与另一名男子作出肛交，即属犯罪，最高刑罚是终身监禁。

1.8 第 118C 条以往曾经订明，任何男子与另一名 21 岁以下男子作出肛交，或任何 21 岁以下男子与另一名男子作出肛交，即属犯罪。上诉法庭维持原讼法庭在 Leung TC William Roy 诉律政司司长案 中的裁决，<sup>7</sup> 亦即当时的第 118C 条属于违宪和无效，但以该条适用于 16 岁或以上但未满 21 岁的男子的范围为限。《2014 年成文法（杂项规定）条例》（2014 年第 18 号条例）后来于 2014 年 11 月 26 日制定，对当时的第 118C 条作出修订，以“16”取代该条中所有对“21”的提述。这项修订的结果是一对男同性恋者如进行肛交，只要双方均为 16 岁或以上，便不属非法，但如其中一方未满 16 岁，则仍属干犯第 118C 条所订的罪行。

<sup>7</sup> Leung TC William Roy 诉律政司司长案，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，高等法院原讼法庭。上诉法庭维持该项裁决（CACV 317/2005）。

## 由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为

1.9 《刑事罪行条例》第 118H 条订明，任何男子与另一名年龄在 16 岁以下的男子作出严重猥亵作为，或任何年龄在 16 岁以下的男子与另一名男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。亦即是说，如一对男同性恋者作出严重猥亵作为，而其中一方未满 16 岁，即属非法。这项罪行的最高刑罚是监禁两年。

1.10 第 118H 条以往曾经订明，任何男子与另一名 21 岁以下男子作出严重猥亵作为，或任何 21 岁以下男子与另一名男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。法庭在上述 Leung TC William Roy 诉律政司司长 案中，宣布当时的第 118H 条属于违宪和无效，但以该条适用于 16 岁或以上但未满 21 岁的男子的范围为限。《2014 年成文法（杂项规定）条例》亦对当时的第 118H 条作出修订，以“16”取代该条中所有对“21”的提述。这项修订的结果是一对男同性恋者如作出严重猥亵作为，只要双方均为 16 岁或以上，便不属非法，但如其中一方未满 16 岁，则仍属干犯第 118H 条所订的罪行。

### 裁定违宪和无效的其他条文

1.11 除上文所讨论的第 118C 及 118H 条外，法庭也在上述 Leung TC William Roy 诉律政司司长 案中裁定第 118F(2)(a)条<sup>8</sup> 及第 118J(2)(a)条<sup>9</sup> 违宪和无效。在另一方面，终审法院在律政司司长诉丘旭龙及另一人案<sup>10</sup> 中宣布第 118F(1)条属于违宪和无效。<sup>11</sup> 为了施行法庭的裁决，《2014 年成文法（杂项规定）条例》将第 118F 条整条及第 118J 条第(2)(a)款废除。（值得注意的是，《刑事罪行条例》第 118D 条中与 21 岁以下女童作出肛交的罪行（于上文第 1.6 段论及）并无修订，这是因为《2014 年成文法（杂项规定）条例》只处理在 Leung TC William Roy 诉律政司司长案 及 律政司司长诉丘旭龙及另一人案<sup>12</sup> 中被裁定违宪的《刑事罪行条例》条文，而第 118D 条在该等裁决中并没有受到质疑。）

<sup>8</sup> 当时的第 118F(2)(a)条禁止任何男子“在有超过 2 人参与或在场时”，与另一名男子作出肛交，即使该项行为是在私下作出亦然。

<sup>9</sup> 当时的第 118J(2)(a)条禁止任何男子“在有超过 2 人参与或在场时”，与另一名男子作出严重猥亵作为，即使该项行为是在私下作出亦然。

<sup>10</sup> FACC 12/2006，在[2007] 3 HKLRD 903 中汇报。

<sup>11</sup> 当时的第 118F(1)条禁止任何男子与另一名男子“非私下”作出肛交。

<sup>12</sup> 见立法会《2014 年成文法（杂项规定）条例草案》参考数据摘要，第 3 段。

## “严重猥亵作为”一词

1.12 “严重猥亵作为”一词在《刑事罪行条例》中没有界定。这是一个没有精确定义的词语，在权威案例中有多种解释。关于此点，时任署理最高法院首席大法官黎守律在 *R v Savage* 这宗上诉法庭案件中曾有以下的说法，但他并没有就此点作出裁定：

“……我们觉得此词可能是指那些须视为要比仅属猥亵的行为更加严重的猥亵行为（两者都可能是‘明显、昭然、显而易见’的）。这个解释会与江乐士先生向我们提出的一些权威案例吻合（例如，‘……严重猥亵作为可界定为明显偏离人们预期普通[人]所会作出的得宜行为’ *R v Quesnel* (1979) 51 CCC (2d) 270, 280；‘按照我们所处时代的习俗和道德标准，会被思想正常的公众人士视为属于严重猥亵……的行为’ *R v K and H* (1957) 118 CCC 317, 319）。然而，由于申请人没有律师代表，本案并没有提供适当时机让法庭就此类事宜作出宣示。我们只可以说，我们同意原审法官的裁定，即所发生之事属于‘严重猥亵’以及‘任何思想正常的人都不会有别的看法’……”<sup>13</sup>（粗体后加）

1.13 在另一方面，夏正民法官（时任高等法院原讼法庭法官）在高等法院原讼法庭审理上述 *Leung TC William Roy* 案时，对于“严重猥亵作为”有以下的说法：

“此词在这条例中没有界定，但依本席来看，它涵盖了与另一人或对另一人所作出的涉及性的行为，而这种行为是有伤风化的，但**每一宗案件，都要按其发生的时间、地点及情况来作出裁断**。就本判决来说，本席会把有关行为描述为‘涉及性的亲密行为’，而本席所指的是一种与另一人或对另一人所作出的亲密行为，但未及于性交，亦即是未至于有插入行为。”<sup>14</sup>（粗体后加）

## 向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为

1.14 根据《刑事罪行条例》第 146 条，“任何人与或向一名年龄在 16 岁以下的儿童作出严重猥亵作为，或煽惑一名年龄在 16 岁

<sup>13</sup> *R v Savage* [1997] HKLRD 428, 第 11 段。

<sup>14</sup> *Leung TC William Roy* 案，同前，第 16 段。

以下的儿童与他或她、向他或她、与另一人或向另一人作出此种作为”，即属犯罪。<sup>15</sup> 这项罪行的最高刑罚是监禁 10 年。第 146 条订立了一项涉及儿童的严重猥亵作为罪行，而“与或向儿童”须作为一个词组来理解。<sup>16</sup>

1.15 就第 146 条所订的罪行而言，案中儿童同意作出有关的严重猥亵作为，不得作为控罪的免责辩护。<sup>17</sup> 被告人如能按照相对可能性的衡量标准，证明他或她“与或基于合理理由而相信他或她与一名儿童为已婚夫妇”，便可提出所谓婚姻关系免责辩护。<sup>18</sup> 控方须证明被告人并非真意相信该名儿童为 16 岁或以上。被告人相信情况如此是否有合理理据支持，只是决定被告人是否真意相信该名儿童属此岁数的考虑因素之一。<sup>19</sup>

## 拐带年龄在 16 或 18 岁以下的未婚女童

1.16 根据《刑事罪行条例》第 126 条，任何人“无合法权限或辩解，将一名年龄在 16 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走”，即属犯罪。<sup>20</sup> 这项罪行的最高刑罚是监禁 10 年。

1.17 《刑事罪行条例》第 127 条亦订有一项类似的罪行：“任何人将一名年龄在 18 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，意图使她与多名或某一名男子非法性交，即属犯罪”。<sup>21</sup> 这项罪行的最高刑罚是监禁 7 年。

1.18 就以上两项拐带罪而言，“监护人”指“合法照顾或监管该女童的人”。<sup>22</sup> 该女童是否在其父母或监护人的管有之下，是一个须由陪审团裁断的事实问题。<sup>23</sup> 即使该女童并非身在家中，但如果她的意愿是要回家，她便仍是在其父母或监护人的管有之下。

---

<sup>15</sup> 《刑事罪行条例》第 146(1)条。

<sup>16</sup> *Archbold Hong Kong 2015*, 第 21-76 段。亦见 *DPP v Burgess* [1971] QB 432, DC; *R v Francis*, 88 Cr app R 127, CA。

<sup>17</sup> 《刑事罪行条例》第 146(2)条。

<sup>18</sup> 《刑事罪行条例》第 146(3)条。

<sup>19</sup> *Archbold Hong Kong 2015*, 第 21-76 段。亦见 *B (a Minor) v DPP* [2000] 2 AC 428。

<sup>20</sup> 《刑事罪行条例》第 126(1)条。

<sup>21</sup> 《刑事罪行条例》第 127(1)条。

<sup>22</sup> 《刑事罪行条例》第 126(2)及 127(2)条。

<sup>23</sup> *Archbold Hong Kong 2015*, 第 21-173 段。亦见 *R v Mace*, 50 JP 776。

假如该女童并非身在家中但却意欲回家，则被告人一旦诱使她与自己私奔便属犯罪。<sup>24</sup>

1.19 该女童同意与否非属关键，故此即使该女童主动鼓励被告人把她带走，被告人仍属有罪。<sup>25</sup>

## 对侵犯儿童及少年人的性罪行现有条文的批评

1.20 现有侵犯儿童及少年人的罪行，因多种原因而备受批评。首先，此等罪行中有部分是指明性别的。香港订有不同的独立罪行，分别处理侵犯男童和侵犯女童的性罪行。侵犯男童（或少男）的罪行，包括由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交，<sup>26</sup> 以及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为。<sup>27</sup> 至于侵犯女童（或少女）的罪行，则包括与 13 岁以下的女童性交、<sup>28</sup> 与 16 岁以下的女童性交、<sup>29</sup> 与 21 岁以下的女童作出肛交、<sup>30</sup> 拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童，<sup>31</sup> 以及拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人非法性交。<sup>32</sup> 在这些罪行当中，有部分并不符合《未经同意下进行的性罪行》咨询文件所论及的一项或多项指导原则（见该咨询文件第 2 章）。订立不同的独立罪行分别处理侵犯男童和侵犯女童的性罪行，并不符合无分性别这项指导原则。而拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人非法性交，则不符合性自主权的原则。根据性自主权的原则，任何人如已超过同意年龄，便应该可以自由选择是否有性行为。不过，任何人如将一名已超过同意年龄的未婚女童（例如 16 至 18 岁的女童）从其父母或监护人处带走，意图与她在同意的情况下进行性交，则可被控以拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人非法性交的罪行。

1.21 有一些侵犯儿童及少年人的罪行，由于只能由男同性恋者干犯，所以是以性倾向为依据。这些罪行包括由 16 岁以下男子作出

<sup>24</sup> *Archbold Hong Kong 2015*, 第 21-173 段。亦见 *R v Mycock* (1871) 12 Cox 28。

<sup>25</sup> *Archbold Hong Kong 2015*, 第 21-174 段。亦见 *R v Robins* (1844) 1 C & K 456。

<sup>26</sup> 《刑事罪行条例》第 118C 条。

<sup>27</sup> 《刑事罪行条例》第 118H 条。

<sup>28</sup> 《刑事罪行条例》第 123 条。

<sup>29</sup> 《刑事罪行条例》第 124 条。

<sup>30</sup> 《刑事罪行条例》第 118D 条。由于《2014 年成文法（杂项规定）条例》（2014 年第 18 号条例）只处理在上述 Leung TC William Roy 诉律政司司长案及律政司司长诉丘旭龙及另一人案中被宣布违宪和无效的条文，第 118D 条并没有作出修订。因此，第 118D 条继续适用于 21 岁以下的女童。

<sup>31</sup> 《刑事罪行条例》第 126 条。

<sup>32</sup> 《刑事罪行条例》第 127 条。

或与 16 岁以下男子作出同性肛交，<sup>33</sup> 以及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为。<sup>34</sup> 它们并不符合避免基于性倾向而作出区别这项指导原则。

1.22 可同意进行肛交的年龄，同性与异性各有不同。正如上文第 1.8 段论及，《2014 年成文法（杂项规定）条例》对《刑事罪行条例》第 118C 条作出的修订，已将同性肛交的同意年龄由 21 岁下调至 16 岁。因此，两名男子如进行肛交，只要双方均为 16 岁或以上，便不属非法。相对而言，异性肛交的同意年龄仍然是 21 岁。因此，根据第 118D 条，任何男子与年龄在 21 岁以下的女童作出肛交，即属犯罪。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，任何人只要达到同意年龄，便应该可以自由选择是否进行涉及性的行为。为异性肛交设定较高的同意年龄，会令年轻女子的性自主权受到限制。

1.23 部分该等罪行提到严重猥亵作为。正如上文所论及，“严重猥亵作为”的涵义有不同解释，所以这是一个语意有欠精确的用词。事实上，严重猥亵作为对不同的人来说可以指不同的东西。当下奉行的习俗和道德标准，可以随着时日而改变，影响到人们对甚么才构成可接受的合宜行为标准，会有不同的看法。在法例中使用不精确的词语，并不符合法律必须清晰明确的原则。在法例中移除不精确的用词，可加深大众对法律的了解，并使法律清晰明确。

---

<sup>33</sup> 《刑事罪行条例》第 118C 条。

<sup>34</sup> 《刑事罪行条例》第 118H 条。

## 第 2 章 同意年龄

### 引言

2.1 就牵涉儿童及少年人的涉及性的行为而言，同意年龄是一项断定刑责的重要因素。本章会探讨“同意年龄”一词的涵义，以及在香港同意年龄应划一为哪个岁数。

### “同意年龄”的涵义

2.2 “同意年龄”一词不见于法例。苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）在其所发表的《有关强奸及其他性罪行的报告书》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（简称“《苏格兰法律委员会报告书》”）<sup>1</sup>中，把该词界定为指“儿童的某个年龄，所有在这个年龄以下发生的涉及性的行为都是错误的，而在这个年龄或以上发生的涉及性的行为，在法律上则是准许的”。<sup>2</sup>

2.3 因此，同意年龄是一个分界年龄。涉及性的行为，若是在同意年龄以下发生的便属非法。任何人如与未达同意年龄的人发生涉及性的行为，又或者把未达同意年龄的人牵涉入涉及性的行为，刑事法便会对该人施加法律责任。这背后的理据是法律认同未达同意年龄的人，未必有能力就涉及性的行为给予知情而又有意义的同意，亦未必明白进行涉及性的行为的后果。由于年纪轻，他们确实会有受到剥削的危险。

2.4 不过，应注意如果有关的儿童或少年人事实上没有表示同意，被控人便可被控以一项或多项未经同意下进行的罪行，而在此情况下，同意年龄并不是争议所在。这是因为构成未经同意下进行的罪行的必要元素，是未经同意而不是儿童的年龄。

---

<sup>1</sup> 苏格兰法律委员会，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），Scot Law Com No 209。

<sup>2</sup> 苏格兰法律委员会，同上，第4.18段。

## 香港现时的同意年龄

2.5 一般来说，香港现时的同意年龄是 16 岁，<sup>3</sup> 亦即是说，任何人如与 16 岁以下的人发生涉及性的行为，一般均属违法。因此，《刑事罪行条例》订有一系列关于与 16 岁以下儿童发生涉及性的行为的罪行，分别有：向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为，<sup>4</sup> 与年龄在 13 岁以下的女童性交，<sup>5</sup> 以及与年龄在 16 岁以下的女童性交。<sup>6</sup> 此外，16 岁以下的人对于若非得其同意便属猥亵侵犯的罪行，在法律上是不能给予同意的。<sup>7</sup>

2.6 尽管如此，如第 1 章所述（第 1.11 及 1.23 段），根据《刑事罪行条例》第 118D 条，任何男子与年龄在 21 岁以下的女童作出肛交仍属犯罪，所以异性肛交的同意年龄仍然订于较高的 21 岁。《2014 年成文法（杂项规定）条例》已将同性肛交的同意年龄降低至 16 岁。因此，异性肛交与同性涉及性的行为在同意年龄方面的差别继续存在。

## 同性与异性涉及性的行为的同意年龄应否不同？

### *同意年龄方面的差别越来越受到法律上的质疑*

2.7 同意年龄的差别在法庭上越来越受到质疑并且已被宣布属于违宪。加拿大《刑事法典》（Criminal Code）第 159 条，把肛门性交的同意年龄订于较高的 18 岁（阴道性交的同意年龄则为 16 岁），<sup>8</sup> 但这规定已被法庭宣布属于违宪，理由是它在年龄和性倾向方面带有歧视成分而这是没有理据支持的。法庭裁定，没有任何科学证据证明肛门性交涉及更重大的风险，令第 159 条有理由对肛门性交作

<sup>3</sup> 肛交（即肛门性交）（即两名男同性恋者之间进行性交的唯一方式）的同意年龄过去曾订于较高的 21 岁。两名男同性恋者之间进行未及于性交的涉及性的行为，同意年龄也曾订于较高的 21 岁。异性与同性涉及性的行为的同意年龄差别，已在 Leung TC William Roy 案中被法庭宣布属于违宪和无效，见 Leung TC William Roy 诉律政司司长，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，原讼法庭，上诉法庭维持原讼法庭的裁决（CACV 317/2005）。《2014 年成文法（杂项规定）条例》（2014 年第 18 号条例）后来于 2014 年 11 月 26 日制定，对若干条文作出修订，包括以“16”取代在《刑事罪行条例》第 118C 及 118H 条中所有对“21”的提述。该等修订的结果是将异性与同性性交的同意年龄划一为 16 岁。

<sup>4</sup> 《刑事罪行条例》第 146 条。

<sup>5</sup> 《刑事罪行条例》第 123 条。

<sup>6</sup> 《刑事罪行条例》第 124 条。

<sup>7</sup> 《刑事罪行条例》第 122(2)条。

<sup>8</sup> 在加拿大，阴道交的同意年龄以前是 14 岁，但后来于 2008 年已由《处理暴力罪行法令》（Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c.6, 于 2008 年 2 月 28 日获得批准）提高至 16 岁。

特别对待（*R v Roy* (1998) 125 C.C.C. (3d) 442）。第 159 条已被法庭裁定违宪并且全面撤销。<sup>9</sup> 不过，据加拿大司法部所称，《刑事法典》第 159 条虽已被法庭以此方式撤销，但仍未透过立法修订而废除。<sup>10</sup>

2.8 在南非，过去同性恋者与异性恋者的同意年龄分别是 19 岁和 16 岁。南非的宪制法庭已裁定，同意年龄有差别是性倾向歧视，对同性恋者不公平，属于违宪而无效。<sup>11</sup> 同性恋者与异性恋者的同意年龄差别，已被 2007 年 12 月 16 日生效的《2007 年刑事法律（性罪行及相关事宜）修订法令》（*Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 2007*）撤销。<sup>12</sup> 此项法令把现有的性罪行全部改由无分性别的罪行代替。“儿童”（此词无分性别，没有区分同性恋者与异性恋者）的同意年龄，现时是 16 岁。<sup>13</sup>

### **Leung TC William Roy 诉律政司司长案的裁决**

2.9 夏正民法官（时任高等法院原讼法庭法官）在高等法院原讼法庭裁决 Leung TC William Roy 诉律政司司长案 时，宣布《刑事罪行条例》第 118C、<sup>14</sup> 118F(2)(a)、<sup>15</sup> 118H<sup>16</sup> 及 118J(2)(a) 条<sup>17</sup> 因为带有性倾向的歧视成分而属于违宪。<sup>18</sup>（应注意第 118D 条虽然不是有关法律程序的目标事项，但该条是否合宪也可受到质疑。）<sup>19</sup> 上诉

<sup>9</sup> 加拿大《刑事法典》第 159 条，在以下各省已被上诉法庭宣布属于违宪并予以撤销：安大略（*R v C.M.* (1995) 98 C.C.C. (3d) 629）、魁北克（*R v Roy* (1998) 125 C.C.C. (3d) 442）、不列颠哥伦比亚（*R v Blake* (2002) 187 B.C.A. 255）以及新斯科舍（*R v Farler* (2006) 212 C.C.C. (3d) 134）；在艾伯特塔是被审判法庭宣布属于违宪并予以撤销（*R v Roth* (2002) 306 A.R. 387），而在 *Halm v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No.303 案，则被联邦法庭宣布属于违宪并予以撤销。

<sup>10</sup> 加拿大司法部 Donald K Piragoff 先生 2010 年 8 月 23 日来函（回复香港法律改革委员会于 2010 年 7 月 13 日致函加拿大副司法部长所作出的相关查询）。

<sup>11</sup> 见 *Izak Andreas Geldenhuys v National Director of Public Prosecutions and others* [2008] ZACC 21。

<sup>12</sup> 2007 年第 32 号法令。

<sup>13</sup> 见南非《2007 年刑事法（性罪行及相关事宜）修订法令》，第 1 及 15 条。

<sup>14</sup> 当时的第 118C 条订明，如一对男同性恋者的其中一方是在 21 岁以下，两人进行肛交即属非法。

<sup>15</sup> 《刑事罪行条例》当时准许同性肛交，但两名男子均须年满 21 岁（当时的第 118C 条）。异性肛交也是准许的，但女方须年满 21 岁（第 118D 条）。不过，即使当时另有一人或多人参与或在场，一对异性恋者（须受该年龄限制所规限）仍可进行肛交，但根据当时的第 118F(2)(a) 条，男同性恋者（不论属何年龄）均被禁止作出这种行为。

<sup>16</sup> 《刑事罪行条例》准许异性恋者以及女同性恋者作出亲密的性行为，但作此行为的人须年满 16 岁。不过，当时的第 118H 条订明，如一对男同性恋者的其中一方年龄是在 21 岁以下，他们作出同一行为（即严重猥亵作为）则属非法。

<sup>17</sup> 即使当时另有一人或多人参与或在场，异性恋者以及女同性恋者（16 岁以上者）仍可作出亲密的性行为。但根据当时的第 118J(2)(a) 条，男同性恋者（不论属何年龄）均被禁止作出这种行为（即严重猥亵作为）。

<sup>18</sup> HCAL 160/2004，在 [2005] 3 HKLRD 657 中汇报，第 151 段。应注意政府当局在该案聆讯时同意第 118F(2)(a)、118H 及 118J(2)(a) 条属于违宪。政府当局作此让步的结果，是在解读第 118H 条所订的年龄限制时须将之下调，把‘年龄在 21 岁以下’解读为‘年龄在 16 岁以下’。

<sup>19</sup> CACV 317/2005，在 [2006] 4 HKLRD 211 中汇报，第 57 段。

法庭维持高等法院原讼法庭的这项裁决。<sup>20</sup> 终审法院后来在律政司司长诉丘旭龙及另一人案<sup>21</sup> 的裁决中，宣布第 118F(1)条带有歧视性和违宪。<sup>22</sup>

2.10 肛交（这是两名男同性恋者之间进行性交的唯一方式）<sup>23</sup> 与男女性交在同意年龄方面是有差别的。对于这一点，时任高等法院首席法官马道立（现为终审法院首席法官）在上诉法庭审理 Leung TC William Roy 诉律政司司长案 时有以下的批评：

“焦点故此已转移至立法机关在本地法律中所施加的 21 岁年龄限制。在本席来说，根本看不到有任何理据足以支持订立这个年龄限制。在本法庭之上也没有任何证据提出，解释何以肛交的年龄下限是 21 岁，而男女性交的同意年龄却只是 16 岁。并无理由例如是医学理由支持这点，而在争辩的过程中也没有人提出过这方面的理由。”<sup>24</sup>

### **我们对同意年龄有差别看法**

2.11 现时的争议在于异性肛交在香港的同意年龄，应否继续高于同性肛交。

2.12 我们认为，要是建议就异性肛交订立较高的同意年龄，便需要提出有力的理据来支持有此差别。我们的看法是同性与异性涉及性的行为的同意年龄应该相同。

2.13 此外，就异性肛交订立较高的同意年龄（例如现时的 21 岁），对于男子娶 16 岁或以上但未满 21 岁的少女为妻的情况来

<sup>20</sup> CACV 317/2005，在[2006] 4 HKLRD 211 中汇报。由于政府当局只质疑高等法院原讼法庭就第 118C 条是否合宪而作出的裁决，上诉法庭只处理该条而没有处理其他各条（政府当局已同意其他各条属于违宪）。

<sup>21</sup> FACC 12/2006，在 [2007] 3 HKLRD 903 中汇报。

<sup>22</sup> 第 118F(1)条带有歧视成分，因为它只把非私下的同性肛交列为刑事罪行，却没有把异性恋者同样或相若的行为列为刑事罪行（FACC 12/2006，第 28 段）。

<sup>23</sup> 时任高等法院首席法官马道立（现为终审法院首席法官），在上诉法庭认同夏正民法官（在高等法院原讼法庭）所作出的结论，那就是肛交及男女性交应视为相类似：Leung TC William Roy 诉律政司司长，CACV 317/2005，[2006] 4 HKLRD 211，第 47 段。时任高等法院首席法官马道立指出其中一点：

“有多宗案件均把肛交视为性交的方式之一，其中包括：本庭在 *R v Chan Chi Wa* [1997] 2 HKC 549 案中作出的裁决，第 551E 页（“肛门性交”）；英格兰上诉法院在 *R v Kumar* [2005] 1 Cr Ap R 34 566 案中作出的裁决，第 569 页（第 11 段）（“一名男子与另一名男子或女子（不论属何年龄）通过肛门进行性交”）；以及南非的宪制法庭在 *NCGLE v Minister of Justice* 案中作出的裁决（见之前第 29(3)段），第 141a 页（“通过肛门进行性交”）。”（见判决书第 47(5)段）。

<sup>24</sup> Leung TC William Roy 诉律政司司长，CACV 317/2005，[2006] 4 HKLRD 211，第 51(2)段。

说，可能会造成问题。加拿大法律处理这类问题的做法，是把夫妇之间在私下经同意而进行的肛门性交列为例外情况，<sup>25</sup> 但异性恋者会觉得这项例外规定是歧视他们。没有充分理据解释何以一名男子与一名 16 岁或以上的女童经同意下作出肛交属于违法，但两名 16 岁或以上的男同性恋者经同意下作出同样行为则属合法。

2.14 在另一方面，对于未及于性交的涉及性的行为（例如接吻、爱抚、触摸性器官）来说，就两名异性恋者、两名男同性恋者或甚至两名女同性恋者之间的这类行为订立不同的同意年龄，是难以找到理据支持的。这类涉及性的行为，在两名男同性恋者或女同性恋者之间作出的，健康风险不应该高于在一男一女之间所作出的。同样来说，在一男一女之间作出的涉及性的行为，健康风险也不应该高于在两名男同性恋者或女同性恋者之间所作出的。

2.15 有鉴于 Leung TC William Roy 案及其相关裁决，以及越来越多其他司法管辖区采用划一同意年龄，我们发觉难以找到任何理据，足以支持容许同性与异性涉及性的行为的同意年龄差别可继续存在于香港。我们这次改革的指导原则，是性罪行的法律不应带有性倾向或性行为习惯方面的区分。这项原则也支持在不同性倾向的人之间，进行涉及性的行为的同意年龄应该相同。

## 同意年龄应划一为哪个岁数？

2.16 既然我们认为同性恋者和异性恋者涉及性的行为的同意年龄应该划一，接着下来的议题便是这个共通的同意年龄应是哪个岁数。

2.17 联合国《儿童权利公约》（第 1 条）订明，儿童指 18 岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁。因此，保护原则适用于 18 岁以下的人。

2.18 不过，我们应在性自主权与保护原则之间取得平衡，而这就是何以某些司法管辖区会选择把同意年龄订在 18 岁以下。

---

<sup>25</sup> 根据加拿大《刑事法典》第 159(1)及(2)条，任何人作出肛门性交的行为均属犯罪，但夫妇之间或两名 18 岁或以上的人之间经同意下及私下进行的肛门性交，则属例外。

## 其他司法管辖区的同意年龄

2.19 下表所检视的是其他司法管辖区的同意年龄，这些数据都是关于一般的同意年龄，没有特别提到部分国家就阴道交与肛门交所存在的同意年龄差别。<sup>26</sup>

司法管辖区	同意年龄
澳大利亚以下各州： 南澳大利亚； <sup>27</sup> 塔斯曼尼亚。 <sup>28</sup>	17
澳大利亚以下各州： 澳洲首都地区； <sup>29</sup> 新南威尔士； <sup>30</sup> 北领地； <sup>31</sup> 昆士兰； <sup>32</sup> 维多利亚； <sup>33</sup> 西澳大利亚。 <sup>34</sup>	16
爱尔兰 <sup>35</sup>	17
加拿大； <sup>36</sup> 荷兰； <sup>37</sup> 新西兰； <sup>38</sup> 北爱尔兰； <sup>39</sup> 苏格兰；南非； <sup>40</sup> 新加坡； <sup>41</sup> 瑞士； <sup>42</sup> 英格兰及韦尔斯。	16

<sup>26</sup> 有某几个其他司法管辖区，例如澳大利亚的昆士兰以及加拿大，也就同性性行为设定了较高的同意年龄。在昆士兰，同意年龄一般是 16 岁，但肛门性交的同意年龄是 18 岁。根据昆士兰《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 208 条，任何人如（除了作出其他行为外）鸡奸另一名 18 岁以下的人（即与该人进行肛门性交），即属犯非法鸡奸罪。由于肛门性交是两名男同性恋者之间进行性交的唯一方式，这意味同性性交的同意年龄要比异性性交为高。在加拿大，阴道性交的同意年龄以前是 14 岁，但后来于 2008 年已由《处理暴力罪刑法令》（S.C. 2008, c.6, 于 2008 年 2 月 28 日获得批准）提高至 16 岁。不过，加拿大的法律把肛门性交的同意年龄订于较高的 18 岁。加拿大《刑事法典》第 159 条禁止进行经同意的肛门性交，但夫妇之间或两名 18 岁或以上的人之间私下进行的除外。

<sup>27</sup> 南澳大利亚《1935 年刑事法律综合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935），第 49 条。

<sup>28</sup> 塔斯曼尼亚《1924 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1924），第 124 条。

<sup>29</sup> 澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 55 条。

<sup>30</sup> 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 66C 条。

<sup>31</sup> 北领地《1983 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1983），第 127 条。

<sup>32</sup> 昆士兰《1899 年刑事法典法令》，第 215 条。

<sup>33</sup> 维多利亚《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958），第 45 条。

<sup>34</sup> 西澳大利亚《1913 年刑事法典法令汇编法令》（Criminal Code Act Compilation Act 1913），第 321 条。

<sup>35</sup> 《2006 年刑事法律（性罪行）法令》（Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006），第 3 条。

<sup>36</sup> 加拿大《1985 年刑事法典》（Criminal Code 1985），第 151 条。

<sup>37</sup> 荷兰《刑事法典》（Penal Code），第 245 及 247 条。

<sup>38</sup> 《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961），第 134 条。

<sup>39</sup> 《2008 年性罪行（北爱尔兰）令》（Sexual offences (North Ireland) Order 2008），第 16 条。

<sup>40</sup> 《2007 年刑事法律（性罪行及相关事宜）修订法令》（Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 2007），第 1、15 及 16 条。

<sup>41</sup> 新加坡《刑事法典》（Penal Code），第 376A 及 376E 条。

<sup>42</sup> 瑞士《刑事法典》（Criminal Code），第 187 条。

司法管辖区	同意年龄
丹麦； <sup>43</sup> 法国； <sup>44</sup> 瑞典。 <sup>45</sup>	15
德国； <sup>46</sup> 葡萄牙。 <sup>47</sup>	14
西班牙 <sup>48</sup>	13
美国以下各州： 亚利桑那； <sup>49</sup> 特拉华； <sup>50</sup> 佛罗里达； <sup>51</sup> 爱达荷； <sup>52</sup> 北达科他； <sup>53</sup> 俄勒冈； <sup>54</sup> 田纳西； <sup>55</sup> 犹他； <sup>56</sup> 弗吉尼亚； <sup>57</sup> 威斯康星。 <sup>58</sup>	18
美国以下各州： 科罗拉多； <sup>59</sup> 伊利诺伊； <sup>60</sup> 路易斯安那； <sup>61</sup> 密苏里； <sup>62</sup> 纽约； <sup>63</sup> 得克萨斯。 <sup>64</sup>	17
美国以下各州： 亚拉巴马； <sup>65</sup> 阿拉斯加； <sup>66</sup> 阿肯色； <sup>67</sup> 加利福尼亚； <sup>68</sup> 康涅狄格； <sup>69</sup> 哥伦比亚特区； <sup>70</sup>	16

<sup>43</sup> 丹麦《刑事法典》（Criminal Code），第 222 条

<sup>44</sup> 法国《刑事法典》（Penal Code），第 227-25 条。

<sup>45</sup> 瑞典《刑事法典》（Penal Code），第 6 章，第 4 条。

<sup>46</sup> 德国《刑事法典》（Criminal Code），第 176 条。

<sup>47</sup> 葡萄牙《刑事法典》（Penal Code），第 172 条。

<sup>48</sup> 西班牙《刑事法典》（Criminal Code），第 183 条。

<sup>49</sup> 《亚利桑那修订版法规》（Arizona Revised Statutes），第 13-1405 条。

<sup>50</sup> 《特拉华法典》（Delaware Code），标题卷 11，第 5-2 章，第 770 条。

<sup>51</sup> 《佛罗里达法规》（Florida Statutes），第 794.05 条。

<sup>52</sup> 《爱达荷法规》（Idaho Statutes），第 18-6101 条。

<sup>53</sup> 《北达科他世纪法典》（North Dakota Century Code），第 12-1-20-07 条。

<sup>54</sup> 《俄勒冈修订版法规》（Oregon Revised Statutes），第 163-415 条。

<sup>55</sup> 《田纳西法典》（Tennessee Code），第 39-13-506 条。

<sup>56</sup> 《犹他刑事法典》（Utah Criminal Code），第 76-5-401.2 条。

<sup>57</sup> 《弗吉尼亚法典》（Code of Virginia），第 18.2-371 条。

<sup>58</sup> 《威斯康星刑事法典》（Wisconsin Criminal Code），第 948.01, 948.02 及 948.09 条。

<sup>59</sup> 《科罗拉多修订版法规》（Colorado Revised Statutes），第 18-3-402 条。。

<sup>60</sup> 《1961 年刑事法典》（Criminal Code 1961），《伊利诺伊法规汇编》（Illinois Compiled Statutes），第 11-1.50 及 11-1.60 条。

<sup>61</sup> 《路易斯安那修订版法规》（Louisiana Revised Statutes），第 14:80 条。

<sup>62</sup> 《密苏里修订版法规》（Missouri Revised Statutes），第 566.034, 566.064 及 566.068 条。

<sup>63</sup> 《纽约刑事法典》（New York Penal Code），第 130.05 条。

<sup>64</sup> 《得克萨斯刑事法典》（Texas Penal Code），第 21.11 及 22.011 条。

<sup>65</sup> 《1975 年亚拉巴马法典》（Code of Alabama 1975），第 13A-6-70 条。

<sup>66</sup> 《2011 年阿拉斯加法规》（Alaska Statutes 2011），第 11.41.434 至 438 条。

<sup>67</sup> 《1987 年阿肯色法典》（Arkansas Code of 1987），第 5-14-127 条。

<sup>68</sup> 《加利福尼亚刑事法典》（California Penal Code），第 261.5 条。

<sup>69</sup> 《康涅狄格普通法规》（General Statutes of Connecticut），第 53a-70 条。

司法管辖区	同意年龄
乔治亚； <sup>71</sup> 夏威夷； <sup>72</sup> 印第安纳； <sup>73</sup> 艾奥瓦； <sup>74</sup> 堪萨斯； <sup>75</sup> 肯塔基； <sup>76</sup> 缅因； <sup>77</sup> 马里兰； <sup>78</sup> 马萨诸塞； <sup>79</sup> 密歇根； <sup>80</sup> 明尼苏达； <sup>81</sup> 密西西比； <sup>82</sup> 蒙大拿； <sup>83</sup> 内布拉斯加； <sup>84</sup> 内华达； <sup>85</sup> 新罕不什尔； <sup>86</sup> 新泽西； <sup>87</sup> 新墨西哥； <sup>88</sup> 北卡罗来纳； <sup>89</sup> 俄亥俄； <sup>90</sup> 俄克拉何马； <sup>91</sup> 宾夕法尼亚； <sup>92</sup> 罗得岛； <sup>93</sup> 南卡罗来纳； <sup>94</sup> 南达科他； <sup>95</sup> 佛蒙特； <sup>96</sup> 华盛顿； <sup>97</sup> 西弗吉尼亚； <sup>98</sup> 怀俄明。 <sup>99</sup>	

2.20 正如上表的数据所显示，每个国家的同意年龄都有所不同，由 13 岁至 18 岁不等。不过，在上文所检视的国家当中，大部分的同意年龄是 16 岁。

<sup>70</sup> 《哥伦比亚特区官方法典》（District of Columbia Official Code），第 22-3001 及 22-3008 条。

<sup>71</sup> 《乔治亚法典》（Georgia Code），第 16-6-3 条。

<sup>72</sup> 《夏威夷修订版法规》（Hawaii Revised Statutes），第 707-730 及 707-732 条。

<sup>73</sup> 《印第安纳法典》（Indiana Code），第 35-42-4-9 条。

<sup>74</sup> 《艾奥瓦法规》（Iowa Statutes），第 709.4 条。

<sup>75</sup> 《堪萨斯法规》（Kansas Statutes），第 21-5506 条。

<sup>76</sup> 《肯塔基修订版法规》（Kentucky Revised Statutes），第 510.020 条。

<sup>77</sup> 《缅因修订版法规》（Maine Revised Statutes），第 17A-254 条。

<sup>78</sup> 《马里兰法典》（Code of Maryland），第 3-307 及 3-308 条。

<sup>79</sup> 《马萨诸塞普通法律》（General Laws of Massachusetts），第 IV 部，标题卷 I，第 265 章，第 22A 条。

<sup>80</sup> 《密歇根刑事法典》（Michigan Penal Code），第 750.520b 至 750.520e 条。

<sup>81</sup> 《明尼苏达法规》（Minnesota Statutes），第 609.342 至 609.3451 条。

<sup>82</sup> 《1972 年密西西比法典》（Mississippi Code 1972），第 97-3-65 条。

<sup>83</sup> 《2011 年蒙大拿法典》（Montana Code 2011），第 54-5-502 及 54-5-503 条。

<sup>84</sup> 《内布拉斯加修订版法规》（Nebraska Revised Statutes），第 28-319 及 28-319.01 条。

<sup>85</sup> 《内华达修订版法规》（Nevada Revised Statutes），第 200.366 条。

<sup>86</sup> 《新罕不什尔法规》（New Hampshire Statutes），第 632-A:4 条。

<sup>87</sup> 《新泽西法规》（New Jersey Statutes），第 2C:14-2 条。

<sup>88</sup> 《新墨西哥法规》（New Mexico Statutes），第 30-9-11 条。

<sup>89</sup> 《北卡罗来纳普通法规》（North Carolina General Statutes），第 14-27.7A 条。

<sup>90</sup> 《俄亥俄修订版法典》（Ohio Revised Code），第 2907.04 条。

<sup>91</sup> 《俄克拉何马法规》（Oklahoma Statutes），第 21-1111 条。

<sup>92</sup> 《宾夕法尼亚法规》（Pennsylvania Statutes），第 3122.1, 3123 及 3125 条。

<sup>93</sup> 《罗得岛州普通法律》（State of Rhode Island General Laws），第 11-37-6 条。

<sup>94</sup> 《南卡罗来纳法典》（South Carolina Code of Laws），第 16-3-655 条。

<sup>95</sup> 《南达科他编纂法律》（South Dakota Codified Laws），第 22-22-1 及 22-22-7 条。

<sup>96</sup> 《佛蒙特法规》（Vermont Statutes），标题卷 13，第 72 章，第 3252 条。

<sup>97</sup> 《华盛顿刑事法典》（Washington Criminal Code），第 9A.44.093 条。

<sup>98</sup> 《西弗吉尼亚法典》（West Virginia Code），第 61-8B-2 条。

<sup>99</sup> 《怀俄明法规》（Wyoming Statutes），第 6-2-314 至 6-2-317 条。

2.21 香港现时的一般同意年龄是 16 岁。英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）当年认为在检讨进行期间的主流同意年龄（即 16 岁）应予保留，因为这个年龄沿用已久，深入人心，并且得到普遍支持。<sup>100</sup> 检讨小组没有采纳把同意年龄降低至 16 岁以下的建议，正如其文件所说：

“……儿童现时在生理方面的成熟年龄显然[比 16 岁]来得更早，他们在稚龄时已从媒体接触到各种涉及性的影像，并且受到媒体和同辈的压力而会作出涉及性的行为。然而，社会须保护儿童以免他们在年纪尚幼之时便过早进行不适当的涉及性的行为，因为这有可能会对他们造成生理、情绪及心理方面的伤害。过早怀孕所涉及的各种风险，已有文献详加记录，此外也有证据证明过早进行涉及性的行为，染上性病和子宫颈癌的风险会增高……。”<sup>101</sup>

2.22 我们的看法与英国内政部检讨小组一致，皆认为同意年龄应划一于现时的 16 岁水平。我们找不到任何有力的理据，足以支持把现时的 16 岁水平提高或降低，而这个年龄在社会上沿用已久并且深入人心。事实上，降低同意年龄可能会有不良后果，那就是鼓励儿童过早进行涉及性的行为。在另一方面，建议提高同意年龄也可能会受到批评，因为这个建议没有顾及到现时儿童在生理和心理方面的成熟年龄已比以前提早了很多。

## 应如何处理同性恋罪行？

2.23 《英格兰法令》及《苏格兰法令》已不再订有同性恋罪行，而其所有性罪行现时已无分性别。南非在上文所述的《2007 年刑事法律（性罪行及相关事宜）修订法令》也采用同一做法。在相关法规中，使用了无分性别的词，例如“人”、“儿童”等。相关法规所隐含的同意年龄，不会基于性倾向而有任何区别，故此 Leung TC William Roy 案的裁决所带来的任何相关问题也会得以解决。

2.24 苏格兰法律委员会对上述做法的解释如下：

“在讨论文件中，我们已表明看法，即现时**并无需要订立处理同性恋行为的罪行**。如同性恋行为的其中一

<sup>100</sup> 《内政部文件》，第 3.5.7 段。

<sup>101</sup> 《内政部文件》，第 3.5.5 段。

方并不同意，这类行为便会属于例如强奸、性侵犯及性胁迫之类罪行的范畴。那些属于保护原则范畴的罪行，例如与 13 岁以下的儿童进行涉及性的行为、与 16 岁以下的儿童进行涉及性的行为、在家庭单位内滥用信任、作出牵涉到受信任地位的涉及性的行为，均适用于同性恋行为。

我们又认为，**基于性倾向而非基于过错的形式来订立罪行，在原则上是错误的**。我们因此建议，**与同性恋行为有关的现有罪行应全部撤销**。为免生疑问，这会包括废除任何现有的普通法罪行……”<sup>102</sup>（粗体后加）

2.25 因此，要处理 Leung TC William Roy 案<sup>103</sup> 的裁决所带来的问题，最终方法应是废除《刑事罪行条例》及普通法中的同性恋罪行，代以一套新的无分性别的性罪行（可参照《英格兰法令》及《苏格兰法令》）。

2.26 我们将会采取的做法，是以一套新的无分性别的性罪行来取代现时的同性恋罪行，并会在全面检讨实质的性罪行过程中于适当时候提出相关的建议。

#### **建议 1**

**我们建议，在香港同意年龄应划一为 16 岁，并应不论性别和性倾向而适用。**

<sup>102</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第 5.8 至 5.9 段。

<sup>103</sup> Leung TC William Roy 诉律政司司长，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，原讼法庭，上诉法庭维持原讼法庭的裁决（CACV 317/2005）。

## 第 3 章 关于改革涉及儿童及少年人的性罪行的一般议题

### 引言

3.1 本章会研究一些关于涉及儿童及少年人的性罪行的一般议题，这些议题关系到我们如何定出改革建议。

### 新法例中涉及儿童及少年人的罪行应否无分性别？

#### 《刑事罪行条例》中的现有罪行

3.2 部分现有罪行属于无分性别，而有一些罪行则是特别为保护女童而非男童而设的。举例来说，法例中分别订有与年龄在 13 岁以下的女童非法性交<sup>1</sup> 以及与年龄在 16 岁以下的女童非法性交<sup>2</sup> 的罪行。虽然法例有特别订明保护女童的罪行，但却没有特别订明保护男童的罪行。

3.3 法例订有一项无分性别的罪行，那就是向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为。<sup>3</sup>

#### 海外司法管辖区的情况

##### 澳大利亚

3.4 在澳大利亚法例中，就免受性剥削的保护而言，男女童待遇平等。

3.5 在澳大利亚各个司法管辖区的法例中，当提述一项涉及儿童及少年人的罪行的受害人时，所用之词未有区分性别。举例来说，用词包括“另一人”、<sup>4</sup> “儿童”、<sup>5</sup> “非成年人”<sup>6</sup> 及“少年人”。<sup>7</sup>

<sup>1</sup> 《刑事罪行条例》第 123 条。

<sup>2</sup> 《刑事罪行条例》第 124 条。

<sup>3</sup> 《刑事罪行条例》第 122 条。

<sup>4</sup> 例如，任何人与另一名 10 或 16 岁以下的人性交，即干犯与少年人性交的罪行（澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 55 条）。

<sup>5</sup> 例如，任何人与一名 16 岁以下儿童性交或对 16 岁以下儿童作出严重猥亵作为，即干犯涉及 16 岁以下儿童的性交或严重猥亵作为罪行（北领地《刑事法典法令》（Criminal Code Act），第 127 条）。

<sup>6</sup> 例如，任何人促使一名非属成年人在昆士兰或其他地方进行性交，即干犯促使少年人等进行性交的罪行（昆士兰《刑事法典》（Criminal Code），第 217 条）。

这些无分性别的用词，意味着法例为男女童提供同等的免受性剥削的保护。

## 加拿大

3.6 在加拿大《刑事法典》（Criminal Code）中，男女童享有同等保护。

3.7 当提述一项涉及儿童及少年人的罪行的受害人时，法例所用例如“人”<sup>8</sup>及“少年人”<sup>9</sup>等词，都是无分性别。法例采用无分性别的词，显示就免受性剥削的保护而言，男女童的待遇没有差别。

## 英格兰及韦尔斯

3.8 在英格兰《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003，简称《英格兰法令》）中，当提述一项涉及儿童及少年人的罪行的受害人时，法例所用例如“其他人”<sup>10</sup>及“另一人”<sup>11</sup>等词，都是无分性别。法例采用无分性别的词，意味着就免受性剥削的保护而言，男女童待遇平等。

## 苏格兰

3.9 在《2009年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009，简称《苏格兰法令》）中，当提述一项涉及幼童<sup>12</sup>或较年长童<sup>13</sup>的罪行的受害人时，使用“儿童”一词。法例采用无分性别的词，显示就免受性剥削的保护而言，男女童待遇平等。

---

<sup>7</sup> 例如，任何人促致一名少年人在塔斯曼尼亚或其他地方与另一人非法性交，即干犯促致与一名17岁以下的人非法性交的罪行（塔斯曼尼亚《刑事法典》（Criminal Code），第125C条）。“少年人”在第125C(1)条中界定为17岁以下的人。

<sup>8</sup> 例如，任何人为性目的而直接或间接触摸一名16岁以下的人的身体，即干犯性骚扰罪（加拿大《刑事法典》，第151条）。

<sup>9</sup> 例如，对于一名少年人而言处于受信任或权威地位的人，为性目的而直接或间接触摸该名少年人的身体，即干犯性剥削罪（加拿大《刑事法典》，第153(1)条）。就这项罪行而言，“少年人”指16岁或以上但未满18岁的人（第153(2)条）。

<sup>10</sup> 例如，任何人故意以阳具插入另一名13岁以下的人的阴道、肛门或口腔，即干犯强奸13岁以下儿童的罪行（《2003年性罪行法令》，第5条）。

<sup>11</sup> 例如，一名18岁或以上的人（甲）故意触摸另一人（乙），而这触摸是涉及性的，假如乙未满16岁，而甲并非合理地相信乙为16岁或以上，又或者乙未满13岁，甲即干犯与儿童进行涉及性的行为的罪行（《2003年性罪行法令》，第9条）。

<sup>12</sup> 例如，任何人（甲）以其阳具故意或罔顾后果地插入一名未满13岁的儿童（乙）的阴道、肛门或口腔，即干犯强奸幼童的罪行（《2009年性罪行（苏格兰）法令》，第18条）。

<sup>13</sup> 例如，一名年满16岁的人（甲）以其阳具故意或罔顾后果地插入一名年满13岁但未满16岁的儿童（乙）的阴道、肛门或口腔，即干犯与较年长儿童性交的罪行（《2009年性罪行（苏格兰）法令》，第28条）。

## **罪行应否无分性别？**

3.10 《刑事罪行条例》订有一些特别为保护女童而设的罪行，男童并不在保护之列。有关的议题是新法例中涉及儿童及少年人的罪行应否无分性别，以便为男女童提供可免受性剥削的同等保护。

3.11 无分性别是我们进行改革的指导原则之一。我们看不到有任何充分理由，足以令法律只保护女童而不保护男童免受性剥削。两性之间应该平等，而保护原则应该同样适用于男女童。

3.12 再者，正如上文的海外法例一览所示，一般的趋势是男女童在免受性剥削的保护方面会得到平等待遇，而涉及儿童及少年人的罪行则无分性别。我们故此认为在新法例中，涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别。

### **建议 2**

**我们建议，在新法例中涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别。**

## **应以单一项罪行抑或一系列罪行来涵盖性侵犯儿童罪？**

3.13 在英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）所举行的咨询大会上，有建议认为应订立单一项成年人性侵犯儿童罪，用以代替现有的与儿童非法性交以及对儿童作出猥亵行为的罪行，从而加强保护，以防止成年人与儿童之间发生涉及性的行为：

“在我们的咨询大会中所出现的主要议题之一，是法律是否需要毫无疑问地确定成年人不应与儿童进行性行为，并且有理由为此而订立一项严重罪行以承认这类罪案的严重性。有建议认为应订立单一项成年人性侵犯儿童罪，用以代替现有的与儿童非法性交以及对儿童作出猥亵行为的罪行，并且加强保护，以防止成年人与儿童之间发生涉及性的行为。儿童工作者认为订立这项罪行可将焦点放在犯案者的行为，令法律更加清晰明确，并向公众发放强烈的信息，表明成年人与儿童发生涉及性的行为是不能接受的。有关检讨认同这项罪行背后的原则，并认为这项罪行可清楚界定一套不能接受的行为，

令法律可按适度的严重性来处理这套行为。订立这项罪行，对罪犯的风险评估应该也有帮助。”<sup>14</sup>

3.14 英国内政部检讨小组不同意按照上述建议订立单一项罪行是最理想的做法。检讨小组认为订立如此的单一项罪行，涵盖所有对儿童作出的涉及性的行为，由最轻微的至最严重的都包括在内，范围会过于广泛：

“要令到这项罪行既简单而又有效，便有需要涵盖一系列由男子或女子一方与儿童作出的行为。我们首先考虑，这项罪行应否涵盖成年人与儿童所作出的各种涉及性的行为。我们特别关注到，订立单一项罪行涵盖所有此等行为，由最轻微的至最严重的都包括在内，范围会过于广泛，以致削弱法律处理最恶劣的行为（即强奸罪）的能力……”<sup>15</sup>

3.15 检讨小组总结认为，更确当的做法是参照强奸、以插入方式性侵犯，以及性侵犯等未经同意下进行的罪行，订立一系列涉及儿童的性罪行，而不是以单一项罪行涵盖所有侵犯儿童的罪行。虽然涉及儿童的罪行是参照未经同意下进行的罪行，但对于这系列涉及儿童的罪行来说，同意与否并非相关因素，因为有关罪责是基于与儿童进行涉及性的行为，而不是因为未经同意：

“强奸是最严重的性罪行，如果强奸儿童而不会被控以强奸罪，经改革的法律便会存在基本的缺陷。检讨所得的结论是强奸、以插入方式性侵犯，以及性侵犯等罪行，都是处理未经同意下作出的行为，这些罪行应按情况所需而可供检控之用。此外也应另订一项罪行来处理以下一类行为：若发生于同意的成年人之间便不是罪行，若涉及到儿童却是属于错误和不当。因此，一般来说，同意与否并非相关因素——与儿童进行才是这类行为招致罪责的原因。”<sup>16</sup>

3.16 因此，有关的议题是应否订立单一项涉及儿童及少年人的罪行，抑或在新法例中订立一系列涉及儿童及少年人的罪行。

---

<sup>14</sup> 英国内政部，*Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*（2000年7月），第3.6.1段。

<sup>15</sup> 同上，第3.6.2段。

<sup>16</sup> 同上，第3.6.3段。

3.17 我们认为，订立一项新的涉及儿童及少年人的罪行是简便的做法，但有关范围会过于广泛，未必能涵盖所有侵犯儿童的性罪行，而这些罪行的严重程度可能各有不同。我们故此认为应在新法例中订立一系列涉及儿童及少年人的罪行。

## 涉及儿童及少年人的罪行在新法例中的分类

### *现有法律*

3.18 在《刑事罪行条例》中，涉及儿童及少年人的现有罪行是按有关儿童的年龄而分类的，并以特定类别儿童及少年人的同意年龄作为划分准则。《刑事罪行条例》共订有四类这方面的罪行，视乎特定类别儿童及少年人的同意年龄而定。

3.19 第一类是涉及 13 岁以下的儿童的罪行，即与年龄在 13 岁以下的女童非法性交（第 123 条）。

3.20 第二类是涉及 16 岁以下的儿童的罪行，即向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为（第 146 条）、与年龄在 16 岁以下的女童非法性交（第 124 条），以及拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童（第 126 条）。

3.21 第三类是涉及 18 岁以下的儿童的罪行，即拐带年龄在 18 岁以下的女童为使她与人非法性交（第 127 条）。

3.22 第四类是涉及 21 岁以下的少年人的罪行，即男子与年龄在 21 岁以下的女童作出肛交（第 118D 条）。

### *海外司法管辖区的情况*

3.23 涉及儿童及少年人的罪行的分类主要有三种模式。这三种模式见于英格兰及韦尔斯、苏格兰以及澳大利亚各州的相关法例。

#### *英格兰及韦尔斯*

3.24 在《英格兰法令》中，涉及儿童的罪行是按有关儿童的年龄而分类的。涉及儿童的罪行只有两类，即 (i) 涉及 13 岁以下儿童的罪行，以及 (ii) 涉及 16 岁以下儿童的罪行。

### 第一类：涉及 13 岁以下儿童的罪行

3.25 第一类罪行属绝对法律责任罪行，不可提出任何免责辩护。<sup>17</sup>

### 第二类：涉及 16 岁以下儿童的罪行

3.26 至于第二类罪行，如有关儿童年满 13 岁但未满 16 岁，被控人便可因合理地错误相信有关儿童的年龄而以此作为免责辩护。<sup>18</sup> 不过，如有关儿童为 13 岁以下，此类罪行仍属绝对法律责任罪行，不可提出任何免责辩护。

3.27 涉及 13 岁以下及 16 岁以下儿童的罪行，两者之间有重迭，因为这两类罪行都涵盖 13 岁以下的儿童。不过，正如上文所述，错误相信有关儿童的年龄，可以作为涉及 16 岁以下儿童的罪行的免责辩护。不过，这项免责辩护只适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁的儿童的案件，但不适用于涉及 13 岁以下儿童的罪行。

3.28 尽管这两类罪行之间有重迭，国会的意向是任何人如与 13 岁以下儿童进行涉及性的行为，便应被控以其中一项涉及 13 岁以下儿童的罪行，而此类罪行是特别用来保护 13 岁以下儿童，目的是要确保可就涉及 13 岁以下儿童的罪行判处较重的最高刑罚。<sup>19</sup>

## 苏格兰

3.29 在《苏格兰法令》中，有关的罪行分为两类，即 (i) 涉及“幼童”的罪行，以及 (ii) 涉及“较年长儿童”的罪行。《苏格兰法令》与《英格兰法令》不同之处，在于这两类涉及儿童的罪行之间并无重迭。

### 第一类：涉及 13 岁以下儿童的罪行

3.30 涉及“幼童”的罪行，是指那些涉及“未满 13 岁的儿童（乙）”的罪行。<sup>20</sup> 这些罪行属绝对法律责任罪行。

<sup>17</sup> 关于错误相信有关儿童的年龄，应否作为免责辩护，我们会在第 4 章中探讨这个议题。

<sup>18</sup> 构成有关的英格兰罪行元素之一是“(i) 乙为 16 岁以下而甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上，或 (ii) 乙为 13 岁以下”（例如见《英格兰法令》第 9(1)(c)、10(1)(c)、11(1)(c) 及 12(1)(c) 条）。

<sup>19</sup> Crown Prosecution Service Legal Guidance – Sexual Offence Legislation: Rape and Sexual Offences: 第 2 章。

<sup>20</sup> 例如见《苏格兰法令》第 18 条。

## 第二类：涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行

3.31 涉及“较年长儿童”的罪行，是指那些涉及“(a) 年满 13 岁但 (b) 未满 16 岁的儿童 (乙)”的罪行。<sup>21</sup>

3.32 合理地错误相信有关儿童已年满 16 岁，可以作为涉及较年长儿童的罪行的免责辩护。<sup>22</sup>

### 澳大利亚各州

3.33 在澳大利亚，涉及儿童的罪行通常是以有关儿童的年龄来表达。<sup>23</sup> 举例来说，法例订有涉及年龄在 10、12 或 13 岁以下幼童的罪行，视乎司法管辖区而定。<sup>24</sup> 此外，法例也订有涉及较年长儿童的罪行，一般是涉及 16 岁以下的，<sup>25</sup> 但在某些情况中也有涉及 17 岁以下<sup>26</sup> 或 18 岁以下的。<sup>27</sup> 这种分级方式，一般反映涉及稚龄儿童的罪行的严重性，所以该等罪行比起侵犯较年长儿童的罪行来说，刑罚更重。

3.34 在新南威尔士，法例订有两类涉及儿童的罪行，视乎有关儿童所属的年龄组别而定：(i) 年满 10 岁但未满 14 岁的儿童，<sup>28</sup> 以及 (ii) 年满 14 岁但未满 16 岁的儿童。<sup>29</sup>

3.35 在南澳大利亚，涉及儿童的性罪行分为侵犯 14 岁以下和 17 岁以下儿童两类。<sup>30</sup>

<sup>21</sup> 例如见《苏格兰法令》第 28 条。

<sup>22</sup> 《苏格兰法令》第 39(1)条。

<sup>23</sup> 澳大利亚法律改革委员会，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25.33 段。

<sup>24</sup> 涉及 10 岁以下的：新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》(Crimes Act 1900)，第 66B 条；维多利亚《1958 年刑事罪行法令》(Crimes Act 1958)，第 45(2)(a)条；澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》，第 55(1)条。涉及 12 岁以下的：见昆士兰《刑事法典》，第 215(3)条。涉及 13 岁以下的：西澳大利亚《刑事法典》(Criminal Code)，第 320 条（见澳大利亚法律改革委员会，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章注 60）。

<sup>25</sup> 维多利亚《1958 年刑事罪行法令》，第 45(2)(b)条；昆士兰《刑事法典》，第 215(1)条；澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》，第 55(2)条；北领地《刑事法典》(Criminal Code)，第 127 条。新南威尔士订有两个年龄组别：新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(1)条——受害人年满 10 岁但未满 14 岁；新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(3)条——受害人年满 14 岁但未满 16 岁。见澳大利亚法律改革委员会，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章注 61。

<sup>26</sup> 塔斯曼尼亚订有侵犯 17 岁以下儿童的性罪行：见塔斯曼尼亚《刑事法典》，第 124 条。（见澳大利亚法律改革委员会，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章注 62。）

<sup>27</sup> 在昆士兰，就鸡奸而言，见昆士兰《刑事法典》，第 208 条（见澳大利亚法律改革委员会，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章注 63）。

<sup>28</sup> 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(1)条。

<sup>29</sup> 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(3)条。

## 涉及儿童及少年人的罪行应如何分类？

3.36 我们不赞成保留《刑事罪行条例》的现有做法。现时的做法显示有不同的同意年龄（分别是 13、16、18 及 21 岁），而且指明性别和带有性倾向歧视成分。在建议 1 中，我们建议同意年龄应划一为 16 岁，并应不论性别和性倾向而适用。《刑事罪行条例》的现有做法与我们的建议不相符。

### 涉及 16 岁以下儿童的罪行

3.37 由于我们建议同意年龄应划一为 16 岁，所以我们认为新法例中涉及儿童的罪行，应特别为保护 16 岁以下的儿童而设。正如上文所论及，这正是英格兰及韦尔斯、苏格兰以及澳大利亚一些州份（包括澳洲首都地区、新南威尔士及北领地）所采取的做法。

### 涉及 13 岁以下儿童的罪行

3.38 就检视以上法例所见，在很多情况中，法例除了订有涉及较年长儿童的罪行外，也订有特别为保护幼童而设的罪行。这种做法可见于英格兰及韦尔斯、苏格兰以及澳大利亚各州的法例。涉及幼童的罪行的最高刑罚，要比侵犯较年长儿童的罪行为重，以反映与幼童进行涉及性的行为的严重性。

3.39 英国内政部检讨小组指出，人们大多认同，任何人把幼童牵涉入任何形式的涉及性的行为都是绝对错误的：

“人们也大多支持法律应区分两个年龄，一个是儿童不应作出性行为的年龄，而另一个则是如未足此岁数而作出性行为即属绝对错误的年龄。有人认为 13 岁以下的儿童，其生理或情绪的成熟程度均未足以应付涉及性的行为的后果，而法律应该承认此点。这项一般政策承认，虽然 16 岁以下的儿童很多都没有足够的成熟程度和能力给予知情的同意，但仍有一部分是有足够的成熟程度和能力这样做的。似乎大家都清楚了，一名 12 岁或以下的儿童（可能才刚上中学和刚开始踏入青春期），并没有足够的成熟程度或理解能力给予真正的同意。”<sup>31</sup>

<sup>30</sup> 南澳大利亚《1935 年刑事法律综合法令》（*Criminal Law Consolidation Act 1935*），第 49(1) 条及第 49(3) 条。

<sup>31</sup> 《内政部文件》，第 3.3.6 段。

3.40 我们也同意应另订一类涉及幼童的罪行，以清楚表明，任何人把幼童牵涉入任何形式的涉及性的行为都是绝对错误的。

3.41 下一个议题是幼童的年龄应是哪个岁数。《英格兰法令》及《苏格兰法令》均另外订有涉及 13 岁以下幼童的罪行，而现有的《刑事罪行条例》情况也是一样。<sup>32</sup> 部分司法管辖区订有涉及年纪更轻的幼童的罪行，例如新南威尔士、<sup>33</sup> 维多利亚<sup>34</sup> 及澳洲首都地区，<sup>35</sup> 订有涉及 10 岁以下幼童的罪行，而昆士兰则订有侵犯 12 岁以下儿童的罪行。<sup>36</sup>

3.42 我们认为幼童的年龄应以 13 岁为上限。把幼童的年龄上限订于 13 岁，法律所提供的保护便可维持于现有水平。如果我们跟随澳大利亚某些州份的做法，把幼童的年龄上限订于更低的 10 岁或 12 岁，幼童现时所获提供的保护便会被削减。

3.43 因此，我们的结论是除了涉及 16 岁以下较年长儿童的罪行外，法例也应另订一类涉及 13 岁以下幼童的罪行。

#### *不同罪行之间应否有重迭？*

3.44 另一项议题则是不同罪行之间应否有重迭。正如上文所论及，在《刑事罪行条例》中，与年龄在 13 岁以下女童性交的罪行以及与年龄在 16 岁以下女童性交的罪行，两者之间有重迭。在《英格兰法令》中，涉及 13 岁以下儿童的一系列罪行，与涉及 16 岁以下儿童的另一系列罪行，两者之间也有重迭。另一方面，在《苏格兰法令》中，涉及幼童（即未满 13 岁者）的一系列罪行，与涉及较年长儿童（即年满 13 岁但未满 16 岁者）的另一系列罪行，两者之间并无重迭。

3.45 我们赞同英格兰的做法，即不同罪行之间应有重迭。在不能肯定有关儿童在罪行发生时是否未满 13 岁的情况下，这做法可避免或会出现的漏洞。这种情况是可以发生的，例如罪行发生于很久之前，而有关儿童已无法清楚记得案发是否在他或她年满 13 岁之前。在此类个案中，被控人可被控以涉及 16 岁以下儿童的罪行。

---

<sup>32</sup> 例如与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条）。

<sup>33</sup> 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》，第 66B 条。

<sup>34</sup> 维多利亚《1958 年刑事罪行法令》，第 45(2)(a)条。

<sup>35</sup> 澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》，第 55(1)条。

<sup>36</sup> 昆士兰《刑事法典》，第 215(3)条。

### 建议 3

我们建议，法律应反映对两类少年人的保护，即 13 岁以下儿童和 16 岁以下儿童，就两者应分别订有不同系列的罪行，而不是只订立单一项侵犯儿童罪。

## 应否删去“非法”一词？

### “非法”一词涵义的司法发展

3.46 在《刑事罪行条例》中，有多项罪行是与“非法性交”或“非法的性行为”有关的。

3.47 上诉法庭在香港特别行政区诉欧阳国富（CACC 41/2010）案中，再次审视英格兰的权威案例如何诠释“非法性交”一词的涵义。根据英格兰的权威案例，“非法性交”一词原本在 *Regina v Chapman* [1959] 1 QB 100 案中是被理解为指婚外性行为（这项裁决后来在香港特别行政区诉陈永鸿（*HKSAR v Chan Wing Hung* [1997] 3 HKC 472）案中得到确认）。此词的这个原有普通法涵义，作用是令到夫妻之间的性行为，即使是以胁迫或欺骗的手段而取得，也不会落入“非法性交”一词的涵义范围之内。

3.48 英国上议院后来在 *Reg v R* [1991] 4 All ER 483 案中摒弃了“非法性交”一词的原有普通法涵义。英国上议院认为丈夫与妻子应享有平等权利，所以任何一方都应有权拒绝对方的性行为要求，而就是这个原因令到政府当局在 1976 年制定《性罪行（修订）法令》（Sexual Offences (Amendment) Act），把以胁迫或欺骗手段所取得的婚内性行为列为非法。因此，在相对应的英格兰法例中，“非法性交”中的“非法”一词只不过是“冗词”，没有任何意义。

### “非法”一词涵义的立法发展

3.49 英国上议院在 *Reg v R* 案中对“非法”一词采用了新的涵义，结果是妻子如不同意进行性交，丈夫有可能会被裁定干犯强奸妻子罪。这个新的普通法涵义在香港已获赋予法定效力。立法会于 2002 年制定了《成文法（杂项规定）条例》，为《刑事罪行条例》加入新的第 117(1B)条。该条订明，就第 118、119、120 及 121 条而言，“……任何男子与其妻子性交并非在‘非法性交、非法的性交（*unlawful sexual intercourse*）’的涵盖范围以外。”

3.50 上诉法庭在前面所提到的欧阳国富案中，认为在上述的立法程序中，比较清晰的做法应该是删去“非法”一词。上诉法庭指出，据立法会的纪录所示，在该次法例修订中，政府当局采取了“最少改动”的做法。<sup>37</sup> 在这种做法之下，厘清法律所涉及的范围，只局限于第 118 条（强奸）以及另外三项被控以强奸者可能会被裁定罪名成立的罪行（即第 119、120 及 121 条所订的三项罪行）。“最少改动”的做法，可解释为甚么在《刑事罪行条例》的所有相关条文中没有删除“非法”一词。

## 海外法例

3.51 在《英格兰法令》及《苏格兰法令》中，均没有就任何性交或性行为而使用“非法”一词。澳大利亚法例的情况也是如此。<sup>38</sup> 同一情况亦见于加拿大的《刑事法典》及新加坡的《刑事法典》（Penal Code）。<sup>39</sup>

3.52 在新西兰的法例中，就性侵犯罪行而使用的却是“非法的性接触”一词。<sup>40</sup> 在该类罪行中，“非法”一词与性行为是否在夫妻之间进行并不相干。就性侵犯罪行而言，如任何人（甲）的行为是在未经另一人（乙）同意并且不是合理地相信乙同意的情况下作出的，甲便是与乙有“非法的性接触”。<sup>41</sup> 因此，“非法”一词在这种情况下，所涉及的议题是同意与否而不是双方是否有婚姻关系。除性侵犯罪行外，“非法”一词并没有在新西兰法例的其他地方出现。

## 删去“非法”一词

3.53 鉴于上述的司法和立法发展，我们难以看到在任何有关条文中保留“非法”一词有何作用。我们故此认为应藉此机会，把“非法”这个已属过时但仍留存于《刑事罪行条例》内的用词删除。<sup>42</sup>

<sup>37</sup> 关于“最少改动”的做法，详情见政府当局于 2002 年 4 月 16 日就简化《2001 年成文法（杂项规定）条例草案》第 V 部的可行方法所作出的回应，立法会 CB(2)1619/01-02(01)号文件：<http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/bc/bc74/papers/bc74041&cb2-1619-1e.pdf>。

<sup>38</sup> 例如澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》、新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》，以及北领地《刑事法典》。

<sup>39</sup> 《新加坡法规》（Singapore Statute）第 224 章。

<sup>40</sup> 性侵犯是指下述行为：任何人“（a）强奸另一人；或（b）与另一人有非法的性接触”（新西兰《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961），第 128(1)条）。

<sup>41</sup> 新西兰《1961 年刑事罪行法令》，第 128(3)条。

<sup>42</sup> 小组委员会在上一次所发表的《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件中，并没有处理涉及非法性交或非法的性行为的罪行中关于“非法”一词的议题。在这份咨询文件中，小组委员会已达成结论，认为应删去“非法”一词。因此，读者在阅读小组委员会所发表的

#### 建议 4

我们建议，应从《刑事罪行条例》内所有涉及性交或性行为的罪行中删除“非法”一词。

## 被控人的年龄应否在新法例中指明？

### 《刑事罪行条例》中的现有法律

3.54 《刑事罪行条例》中涉及儿童及少年人的现有罪行，并没有指明被控人的年龄。换言之，涉及儿童及少年人的罪行可由任何年纪的被控人干犯，不一定由成年人干犯。

### 海外司法管辖区的情况

#### 澳大利亚

3.55 在澳大利亚，被控人的年龄通常没有在涉及儿童及少年人的罪行中列明，但诱识儿童罪行的被控人则属例外。由于诱识儿童的罪行性质特别，故指明被控人为成年人。<sup>43</sup> 不过，在部分司法管辖区中，诱识儿童的罪行可由任何年纪的被控人干犯，不一定由成年人干犯。<sup>44</sup>

#### 加拿大

3.56 在加拿大，涉及儿童及少年人的罪行可由任何人干犯，不一定由成年人干犯。即使是引诱儿童的罪行（即诱识儿童的罪行），被控人也可以是任何年纪的人。<sup>45</sup>

#### 英格兰及韦尔斯

3.57 《英格兰法令》订有一系列只能够由 18 岁或以上的被控人干犯并涉及 16 岁以下儿童的罪行，<sup>46</sup> 另外又订有一系列可由 18 岁

---

上一份咨询文件时，应假定在涉及非法性交或非法的性行为的罪行中，所有对“非法”一词的提述均已删除。

<sup>43</sup> 例如透过互联网之类的途径促使 16 岁以下儿童作非法性行为的罪行：昆士兰《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899），第 218A 条。

<sup>44</sup> 例如透过互联网之类的途径败坏少年人的罪行：澳洲首都地区《1900 年刑事罪行法令》，第 66 条。

<sup>45</sup> 加拿大《刑事法典》，第 172.1 条。

<sup>46</sup> 侵犯 13 岁以下幼童的罪行，可由任何已届须负刑事责任的最低年龄（亦即 10 岁）的人干犯。可推翻的“无犯罪能力”（*doli incapax*）推定，适用于 10 岁或以上但未满 14 岁的被控

以下的被控人干犯并涉及 16 岁以下儿童的罪行，<sup>47</sup> 而后者的刑罚要比前者为轻。

3.58 不过，涉及 13 岁以下幼童的罪行却可由任何人干犯，而被控人的年龄是无关重要的。

## 苏格兰

3.59 《苏格兰法令》订有一系列只能够由 16 岁或以上的人干犯并涉及较年长儿童的罪行，<sup>48</sup> 另外又订有一项可由年满 13 岁但未满 16 岁的儿童干犯并涉及较年长儿童的罪行。<sup>49</sup> 可由儿童干犯的罪行，刑罚要比只能够由成年罪犯干犯的罪行为轻。<sup>50</sup>

3.60 不过，《苏格兰法令》另外订有一系列涉及 13 岁以下幼童的罪行，而这些罪行是可由任何年纪的被控人干犯的。<sup>51</sup>

## 应否为成年罪犯及儿童罪犯各订罪行？

3.61 经检视不同司法管辖区所采取的立法模式后，我们可以识别出两种关于被控人年龄的主要做法：

- (i) 法例条文中没有指明被控人的年龄。有关的罪行可由成年罪犯或儿童罪犯干犯，而最高刑罚同样适用于成年罪犯和儿童罪犯。（这是《刑事罪行条例》、澳大利亚及加拿大所采取的做法。）
- (ii) 罪行分为两套。第一套罪行指明被控人为已届成年岁数的人，亦即是成年罪犯。第二套罪行指明被控人为未届成年岁数的人，亦即是儿童罪犯。第一套罪行的最高刑罚，要比第二套罪行为重。（这是英格兰及韦尔斯以及苏格兰所采取的做法。）

3.62 我们赞成订立单一套可由成年罪犯或儿童罪犯干犯的罪行。这做法胜在简单，又可避免在不确定被控人的年龄时提出错误的控罪。如果指明被控人的年龄，便会令检控程序不必要地复杂

---

人，控方须在无合理疑点下证明，被控人知道自己的行为属严重错误而非只是顽皮或恶作剧。

<sup>47</sup> 《英格兰法令》第 13 条。

<sup>48</sup> 《苏格兰法令》第 28 至 36 条。

<sup>49</sup> 《苏格兰法令》第 37(2) 条。

<sup>50</sup> 在苏格兰，成年岁数是 16 岁：《1991 年法律行为能力年龄（苏格兰）法令》（Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991）。

<sup>51</sup> 《苏格兰法令》第 18 至 26 条。

化，例如控方已就一项只能由成年罪犯干犯的罪行提出检控，但后来发现被控人并非成年人。

3.63 再者，法官可运用其判刑酌情权，对儿童罪犯判处较成年罪犯为轻的刑罚（假如根据案件情况而有理由这样做）。<sup>52</sup> 香港并无必要追随英格兰和苏格兰的做法，订立两套分别为成年罪犯及儿童罪犯而设的罪行，而英格兰和苏格兰这样做主要是为了确保儿童罪犯可获判处较轻的刑罚。

#### **建议 5**

**我们建议，建议订立的涉及儿童及少年人的罪行，可由成年罪犯或儿童罪犯干犯，故有关法例无须指明罪犯的年龄。**

---

<sup>52</sup> 在涉及儿童罪犯的案件中，控方可行使检控酌情权，以确保只有确当的案件才会提交法庭审理。

## 第 4 章 涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的性罪行的绝对法律责任

### 引言

4.1 目前，与 16 岁以下的人性交，在香港属绝对法律责任罪行。<sup>1</sup> 被控人不得以不知道并且没有理由怀疑有关儿童未满 16 岁作为免责辩护。

4.2 终审法院在苏伟伦诉香港特别行政区案中确定，这项罪行中的绝对法律责任是合宪的。<sup>2</sup> 终审法院裁定，鉴于保护年幼女童极为重要，在有关罪行中施加绝对法律责任是立法机关在宪制上可以作出的选择，因此《刑事罪行条例》第 124 条所订罪行是合宪的。<sup>3</sup>

4.3 涉及非插入式行为的罪行是否属绝对法律责任罪行，视乎法庭如何解释相关条文的立法原意。

### 罪行是否属绝对法律责任罪行视乎法庭如何裁定立法原意

4.4 绝对法律责任是否适用于某项罪行，视乎法庭如何裁定有关法例条文的立法原意。法例条文的拟定形式各异，反映是否施加绝对法律责任的立法原意亦有所不同。个别条文的立法原意须由法庭裁定。举例来说，终审法院已在上文提述的苏伟伦案中解释《刑事罪行条例》第 124 条，裁定与 16 岁以下女童性交属绝对法律责任罪行。

---

<sup>1</sup> 在严格法律责任罪行和绝对法律责任罪行中，控方无须就犯罪行为的每项元素证明犯罪意念： *Archbold Hong Kong 2013*，第 18-1 段。但是两类罪行有一项主要分别，就是在严格法律责任罪行中，控方无须证明犯罪意念，但不阻止辩方以真诚或合理相信作为免责辩护；而在绝对法律责任罪行中，法庭甚至不接受辩方证明没有干犯被控罪行的所需意图（见香港特别行政区诉苏伟伦，HCMA 39/2004，上诉法庭的判决书第 8 及 22 段）。

<sup>2</sup> 苏伟伦诉香港特别行政区（FACC 5/2005），在 [2006] 3 HKLRD 394; (2006) 9 HKCFAR 530 中汇报。

<sup>3</sup> 见判决书第 40 段。

## 向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为（《刑事罪行条例》第 146 条）

4.5 在 *B (a Minor) v DPP* 案中，<sup>4</sup> 英国的法庭把“与 14 岁以下儿童作出严重猥亵作为”罪（类似香港的“向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为”罪），解释为不属于绝对法律责任罪行。在该案中，一名 15 岁男童被控煽惑一名 14 岁以下儿童与他作出严重猥亵作为，违反《1960 年与儿童作出猥亵作为法令》（*Indecency with Children Act 1960*）第 1(1)条。上议院裁定控方需要证明该男童并非真意相信案中儿童为 14 岁或以上，因此判男童上诉得直，撤销定罪。尼科斯勋爵（Lord Nicholls）表示“考虑到罪行的宽度，以及定罪所带来的烙印和刑罚后果的严重性”，他看不出有“具说服力的清晰含意”显示国会会有意取代关于犯罪意图的推定。<sup>5</sup>

## 猥亵侵犯（《刑事罪行条例》第 122 条）

4.6 上议院已在 *R v K* 案<sup>6</sup> 中解释《1956 年性罪行法令》第 14 条（该英国条文相当于香港《刑事罪行条例》第 122 条），裁定猥亵侵犯不属绝对法律责任罪行。<sup>7</sup> *R v K* 案中的被控人被控干犯该法令第 14 条所订罪行，猥亵侵犯一名 14 岁女童。被控人指两人之间涉及性的行为是在女童同意下作出，并指女童曾对他说自己 16 岁而他亦相信此言。在初步聆讯中，法官裁定控方须证明罪行发生时被控人并非真意相信女童为 16 岁或以上。控方就此裁决向上诉法庭提出上诉。上诉法庭裁定控方无须提出上述证明，因此判控方上诉得直。被控人随后向上议院提出上诉。上议院裁定上述 1956 年法令第 14 条要求控方在毫无合理疑点下证明被控人并非真意相信女童为 16 岁或以上，因此判被控人上诉得直。上议院指出，法例释义的一项凌驾性推定是犯罪意念属法定罪行的重要元素，而这项推定只可由国会藉明确字句或必然含义排除。上议院对有关条文作出解释，裁定没有任何明确字句或必然含义可作为排除该项推定的理据。

<sup>4</sup> *B (a Minor) v DPP* [2000] 2 AC 428, 上议院。

<sup>5</sup> *B (a Minor) v DPP* [2000] 2 AC 428, 上议院, 第 465 页 C 行。

<sup>6</sup> *R v K* [2002] 1 A.C. 462.

<sup>7</sup> 高等法院原讼法庭在香港特别行政区诉陈恒立的裁判法院上诉案件 [2010] CHKEC 922 的中文判词中, 接纳 *R v K* 案适用于香港 (见判词第 60 段)。

## 折衷解决方案：合理地相信有关儿童并非未足龄

4.7 在某些海外司法管辖区，关乎儿童的性罪行并非绝对法律责任罪行，主要论据是为了公义和公平，基于合理理由出于真意而错误相信有关儿童并非未足龄的人不应受到惩处。

4.8 然而，对此等罪行不施加绝对法律责任，并非要采取另一极端立场，要求控方必须在毫无合理疑点下证明被控人不是真意相信有关儿童并非未足龄，而是可采用以下两种方式之一：一是规定控方须证明被控人并非合理地相信有关儿童已超过同意年龄；二是订立条文，容许被控人以合理地相信有关儿童已超过同意年龄作为免责辩护。

4.9 以下是一些海外司法管辖区的例子：

### 澳大利亚

4.10 澳大利亚一些州份的法例订明，若被控人有合理理由相信有关儿童为 16 岁（某些同意年龄较高的州份则为 17 岁）或以上，即可以此作为免责辩护。

### 澳洲首都地区

4.11 被控与少年人性交的人，如“有合理理由相信指称罪行的干犯对象为 16 岁或以上”，即可以此作为免责辩护（《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第 55 条）。

### 北领地

4.12 任何人被控进行涉及 16 岁以下儿童的性交或严重猥亵作为，若能证明“(a) 该名儿童为 14 岁或以上；及(b) 被控人有合理理由相信该名儿童为 16 岁或以上”，即可以此作为免责辩护（《1983 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1983）第 127(4)条）。

### 昆士兰

4.13 被控与 16 岁以下儿童性交的人，如“有合理理由相信该名儿童为 16 岁或以上”，即可以此作为免责辩护。但如有关罪行的干犯对象是 12 岁以下儿童，则被控人不得提出此项免责辩护（《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 215(5)条）。

## 南澳大利亚

4.14 被控与 17 岁以下的人非法性交的被告人，如“有合理理由相信被指与其性交的人为 17 岁或以上”，即可以此作为免责辩护（《1935 年刑事法律综合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第 49 条）。

4.15 （南澳大利亚的同意年龄是 17 岁。澳大利亚大多数州份的同意年龄则是 16 岁。）

## 塔斯曼尼亚

4.16 被控与 17 岁以下的人非法性交的被告人，如“有合理理由相信对方为 17 岁或以上”，即可以此作为免责辩护（《1924 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1924）第 124 条）。

4.17 （塔斯曼尼亚的同意年龄是 17 岁。）

## 维多利亚

4.18 被控对 16 岁以下儿童作出性插入行为的人，不得以经同意作为免责辩护，除非案发时该名儿童为 12 岁或以上，而且“被告人使法庭在相对可能性的衡量标准下信纳他或她有合理理由相信该名儿童为 16 岁或以上”（《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第 45 条）。

## 西澳大利亚

4.19 任何人对 13 岁或以上但未满 16 岁的儿童作出性插入行为，即属犯罪。被告人如“(a)有合理理由相信该名儿童为 16 岁或以上；及(b)比该名儿童年长不多于 3 岁”，即可以此作为免责辩护（《1913 年刑事法典法令汇编法令》（Criminal Code Act Compilation Act 1913）第 321(9)条）。

4.20 然而，若该名儿童是在被告人的照顾、监管或权威之下，则上述免责辩护便不适用（第 321(9a)条）。

## 加拿大

4.21 加拿大的情况与本部分检视的其他普通法司法管辖区略有不同。在加拿大，除非被告人已采取一切合理步骤以确定有关儿童的年龄，否则不得以错误认定该儿童的年龄作为免责辩护。

4.22 加拿大《刑事法典》（Criminal Code）第 150.1(4)条订明：

“被控干犯第 151 或 152 条、第 160(3)或 173(2)款，或第 271、272 或 273 条所订罪行的被控人，除非已采取一切合理步骤以确定投诉人的年龄，否则不得以相信在指称的控罪发生时投诉人为 16 岁或以上作为免责辩护。”

4.23 加拿大《刑事法典》第 150.1(5)条订明：

“被控干犯第 153、159、170、171 或 172 条或第 212(2)或(4)款所订罪行的被控人，除非已采取一切合理步骤以确定投诉人的年龄，否则不得以相信在指称的控罪发生时投诉人为 18 岁或以上作为免责辩护。”

## 英格兰及韦尔斯

### 涉及 16 岁以下儿童的罪行

4.24 《英格兰法令》第 9、10、11、12 及 15 条所订儿童性罪行（涉及 16 岁以下儿童的罪行）的元素之一，是被控人（甲）并非合理地相信有关儿童（乙）为 16 岁或以上，而事实上乙为 16 岁以下：

“……以下其中一种情况——

乙为 16 岁以下而甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上，或

乙为 13 岁以下。”<sup>8</sup>

4.25 由于“合理相信”的条文是罪行的元素，因此控方必须援引证据以证明被控人在事发时并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上。控方须在无合理疑点下确立被控人事实上知道，或应合理地知道有关儿童为 16 岁以下。

4.26 如乙是 13 岁以下儿童，则控方无须证明甲并非出于真意而错误相信乙的年龄。换言之，若儿童性罪行（第 9、10、11、12 或

<sup>8</sup> 《英格兰法令》，第 9(1)(c)(i)、10(1)(c)(i)、11(1)(d)(i)及 12(1)(c)(i)条。至于第 15 条所订罪行（即为性目的诱识儿童后与其会面）的相关犯罪元素仅是“乙为 16 岁以下而甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上”。

15 条) 的干犯对象是 13 岁以下儿童, 则该罪行仍属绝对法律责任罪行。

### 涉及 13 岁以下儿童的罪行

4.27 涉及 13 岁以下儿童的罪行 (第 5 至 8 条) 依然带有绝对法律责任。上议院在 *R v G* 案中裁定, 法例的政策是保护儿童, 因此在绝对法律责任罪行中, 错误相信有关儿童为 13 岁或以上的被控人不得以此作为免责辩护, 并非不公平或不合理。<sup>9</sup>

4.28 英格兰及韦尔斯的情况是, 如案件涉及年满 13 岁但未满 16 岁的儿童, 罪行的绝对法律责任已放宽; 如有关儿童为 13 岁以下, 则仍保留绝对法律责任, 理由是任何人与 13 岁以下儿童进行任何形式涉及性的行为都被视为绝对错误。

### 爱尔兰

4.29 爱尔兰制定《2006 年刑事法律 (性罪行) 法令》(Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006) 时, 在污辱儿童案件 (即与 15 或 17 岁以下儿童进行性行为) 中引入本着真诚而错误认定对方年龄的免责辩护。<sup>10</sup>

4.30 在污辱儿童案件中引入本着真诚而错误认定对方年龄的免责辩护后, 原有的绝对法律责任即告撤销。

4.31 被告人如能证明自己“真诚相信”在案发时有关儿童已年满 15 或 17 岁 (视乎情况而定), 即可以此作为免责辩护而获判无罪。然而, 法庭在裁定被告人是否真诚相信该名儿童的年龄时, 须“考虑被告人有没有合理的理由如此相信, 以及考虑所有相关情况。”<sup>11</sup>

### 苏格兰

4.32 《苏格兰法令》第 39(1)(a) 条订明, 被指触犯第 28 至 37(1) 条任何一条 (即涉及年满 13 岁但未满 16 岁的较年长儿童的罪行)

<sup>9</sup> *R v G* [2008] UKHL 37; [2009] 1 AC 92.

<sup>10</sup> 爱尔兰《2006 年刑事法律 (性罪行) 法令》(“《爱尔兰法令》”) 第 2 条订明, 任何人与 15 岁以下儿童进行性行为, 即犯“污辱 15 岁以下儿童”罪; 第 3 条则订明, 任何人与 17 岁以下儿童进行性行为, 即犯“污辱 17 岁以下儿童”罪。

<sup>11</sup> 爱尔兰《2006 年刑事法律 (性罪行) 法令》, 第 2(4) 及 3(6) 条。

的被告人（甲），如能证明“甲合理地相信乙[有关儿童]已年满16岁”，即可“在法律程序中作为控罪的免责辩护”。<sup>12</sup>

4.33 由于《苏格兰法令》中有关“合理相信”的条文是一项免责辩护，因此控方并不一定要援引证据以证明被告人并非合理地相信有关儿童为16岁或以上，反而是由被告人提出自己合理地相信该儿童已年满16岁作为免责辩护。

4.34 根据《苏格兰法令》，涉及13岁以下幼童的罪行依然是绝对法律责任罪行。

## 终审法院不排除立法机关改变对绝对法律责任的态度的可能性

4.35 正如上文指出，终审法院在苏伟伦诉香港特别行政区案中，维持与16岁以下儿童性交的罪行属绝对法律责任罪行的裁决。终审法院认为，考虑到保护年幼女童极为重要，这是立法机关在宪制上可以作出的选择。然而，常任法官包致金和常任法官陈兆恺的联合判决（获终审法院首席法官及所有其他法官同意）中提到“……立法机关日后或会修订第124条，以订定有关[合理地相信投诉人为16岁或以上]的免责辩护……”。<sup>13</sup> 由此看来，终审法院并没有排除立法机关因应情况变化以及社会舆论而改变对绝对法律责任的态度的可能性。

4.36 对于涉及年满13岁但未满16岁儿童的性罪行应否属绝对法律责任罪行的问题，下文会探讨支持和反对的论点。

## 反对绝对法律责任的论点

### **被告人出于真意的犯错应获理解**

4.37 英国内政部检讨小组支持不施加绝对法律责任，其理据是基于公义和公平，被告人若出于真意而错误认定有关儿童的年龄，则应获理解。检讨小组明白，某些个案的被告人原本无意与未足龄

<sup>12</sup> 《苏格兰法令》第39(2)条订明，被告人如之前曾被警方控以相关的性罪行（附表1所列者），或有针对被告人而生效的性伤害风险命令（Risk of Sexual Harm Order），则被告人不得使用这项免责辩护。

<sup>13</sup> 苏伟伦诉香港特别行政区 [2006] 3 HKLRD 394; (2006) 9 HKCFAR 530, 第37段。

儿童发生性行为，但由于有关儿童外表成熟或虚称较大岁数，被控人才会这样做：

“基于公义和公平，本着真诚而犯错者应获理解。成年人可能在某些场合（例如酒吧或俱乐部）遇上一名儿童，而预期在该等场合出现的儿童都已年满 16 岁。有关儿童可能看来较真实年龄成熟或虚称较大岁数，而假如两人遇上后发展性关系，则该名成年人便会在没有意图下与未足龄儿童发生性行为……”<sup>14</sup>

### **多个海外司法管辖区均有免责辩护**

4.38 多个普通法司法管辖区的法例均订有条文，规定如被控人合理地相信有关儿童已超过同意年龄，即可以此作为免责辩护。如上所述，这些司法管辖区包括澳大利亚（澳洲首都地区、北领地、昆士兰、南澳大利亚、塔斯曼尼亚、维多利亚及西澳大利亚）、加拿大、爱尔兰及苏格兰。在英格兰及韦尔斯，涉及儿童的罪行的元素之一是被控人并非合理地相信有关儿童已超过同意年龄。香港没有订定免责辩护的条文，也没有将被控人并非合理地相信有关儿童的年龄这因素订为有关罪行的元素，因此在各个主要的普通法司法管辖区当中，香港的情况显得有点独特。

### **较年长儿童可能会尝试性行为**

4.39 现今儿童在生理上较以往早熟，很多年满 13 岁但未满 16 岁的较年长儿童可能出于好奇而想尝试性行为。

4.40 这些儿童可能会引诱他人进行涉及性的行为，而由于有关儿童外表可能较 16 岁成熟或自称 16 岁以上，对方可能难以抗拒诱惑。

## **赞成施加绝对法律责任的论点**

### **鼓励人们避免对儿童作出可能是非法的行为**

4.41 绝对法律责任具有阻吓作用，可鼓励人们避免对儿童作出可能是非法的行为。正如终审法院（两位时任）常任法官包致金及常任法官陈兆恺在苏伟伦诉香港特别行政区案的联合判决中指出，

---

<sup>14</sup> 《内政部文件》（Home Office Paper），第 3.6.12 段。

人们小心避免做可能非法的事，以及远离合法与非法之间的界线，将会增加对儿童的保护：

“……刑法的阻吓作用并不限于令人们怯于做他们知道是非法的事。刑法亦鼓励人们小心避免做可能是非法的事。在噪音管制监督对 Step In Ltd (2005) 8 HKCFAR 113 案第 120 页 H 所用的语句：‘充分远离合法与非法之间的界线’，便清楚表达了这个概念。就第 124 条而言，小心避免作出可能是非法的行为，以及充分远离合法与非法之间的界线，将大大增加该条文旨在给予年幼女童的保护。”<sup>15</sup>

## **保护原则**

4.42 根据保护原则，法律应保护儿童免受性剥削。儿童是脆弱无助的，很容易遭受性剥削，尤其是现今青年人饮用含酒精饮品（甚至吸食软性毒品）并非罕见。有些犯罪者更会利用互联网寻觅性剥削的对象，而儿童更是特别容易受伤害的目标。

## **与儿童进行涉及性的行为是错误的**

4.43 据小组委员会所理解，香港社会普遍认为与 16 岁以下的人进行任何形式涉及性的行为都是错误的。因此，偏离现状会引起争议。

## **发放鼓励未足龄性行为的错误信息**

4.44 不施加绝对法律责任可能会发放鼓励未足龄性行为的错误信息。现今的父母给予青年人较大自由，然而年满 13 岁但未满 16 岁儿童的成熟程度，可能不足以应付过早性行为的后果，因此不应向他们发放鼓励过早性行为的错误信息。

## **成功检控更加困难**

4.45 爱尔兰刑事检控专员表示，绝对法律责任撤销后，成功检控污辱儿童的案件变得更加困难。他指出，由于可以提出本着真诚而错误认定对方年龄的免责辩护，在审讯中关于该名儿童的提问就变得有相关意义了：

---

<sup>15</sup> 苏伟伦诉香港特别行政区 (FACC 5/2005)，[2006] 3 HKLRD 394；(2006) 9 HKCFAR 530，第 39 段。

“绝对法律责任的撤销，意味着如争论点是涉及真诚相信对方年龄，则其他问题就变得有相关意义了，例如受伤害一方的性经验、他或她对被控人的行为等，这会令检控更加难以成功，特别是在涉及陌生人或新相识者的案件中，这项免责辩护获接纳的机会大大增加。举例而言，少年男女去酒吧或的士高时往往打扮得比真实年龄大，尤其是当他们想购买或饮用酒精类饮品或想进入有年龄限制的场所时。当然，有人认为有完全说得通的论据，支持在这类案件中应该容许以真诚相信之类的理由作为免责辩护。”<sup>16</sup>

4.46 虽然爱尔兰刑事检控专员没有提到这项免责辩护减低了法律对罪犯的阻吓作用，但可以合理地推论，若检控难度实质增加，潜在罪犯便更加可能会忍不住犯案了，因为他们知道可以采用这项免责辩护。

### **在审讯中儿童所受保护减少**

4.47 爱尔兰刑事检控专员又指出，在旧法例下案中儿童一般无须出庭作证，以免因作证而心灵受创；但绝对法律责任撤销后，案中儿童便须在庭上作证，意味着有关儿童所受的保护减少了：

“法例修改之前，在根据《1935年法令》提出的检控中，控方只要证明非法性交及年龄这两点，便履行了举证责任，案中儿童大多无须出庭作证。自从法例修改后，案中儿童若须出庭作证，则其行为、举止及外表都相当可能受到审视和评估。

在旧法例下，我们通常可以保护儿童免因出庭作证而心灵受创。可是，现时儿童一般都须作证，被控人是否本着真诚而错误认定该名儿童的年龄，便得交由陪审团决定。由于审讯必然在案发若干年后才进行，不论采取了甚么措施，陪审团见到的人都会比指称罪行发生时年长颇多，因此陪审团的取向可能会有偏差。”<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> 《2006年根据刑事法检控（性罪行）法令》（“*Prosecution Under the Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006*”），刑事检控专员向联合参众两院委员会（Joint Oireachtas Committee）所作的陈词（2009年2月），第6页。

<sup>17</sup> 刑事检控专员向联合参众两院委员会所作的陈词，出处同上，第8页。

## 决定应否施加绝对法律责任时应否区分插入式和非插入式涉及性的行为？

4.48 在决定应否施加绝对法律责任方面，一个相关的议题是应否区分插入式涉及性的行为（例如性交）与非插入式涉及性的行为（例如涉及性的触摸及接吻）。

4.49 关于与儿童进行插入式涉及性的行为应被施加绝对法律责任的论据，加拿大最高法院的麦克拉林法官（McLachlin J）曾在 *R v Nguyen* 案的判决中详加阐明。<sup>18</sup> 麦克拉林法官在该案中表示：“保护儿童免陷性交之恶是多方面的，其明显之处不须赘述。”<sup>19</sup> 英国上议院的霍普勋爵（Lord Hope of Craighead）在 *R v G* 案的判决中提述了以上评论。<sup>20</sup>

4.50 麦克拉林法官在 *R v Nguyen* 案中说，为了保护儿童免受过早性交和怀孕之害，也为了保障社会免受与儿童性交所引起的社会问题困扰，绝对法律责任是必要的：

“那么，第 146(1)条的目的是甚么呢？其目的有两方面。首先是保护女童免受过早性交和怀孕之害，其次是保障社会免受与儿童性交而产生的社会问题冲击。

本席维持在 *R v Ferguson* 案中所表达的意见，就是保护儿童免陷性交之恶是多方面的，其明显之处不须赘述。基于三大理由儿童应受保护。首先，从生理、情绪和经济各方面而言，儿童都难以应付怀孕的后果。其次，有必要保护儿童，使其不会因过早性交而受到严重的身心伤害。最后，有必要保护儿童免受人剥削而被利用从事卖淫及相关的邪恶勾当。

以上保护儿童免于过早性交的理由各自反映在一个对应的社会问题上。少年怀孕对家庭和社会都有不良影响。堕胎的代价是由社会承担的，照顾幼儿和母亲的费用很多时都是由社会支付的。过早性交对儿童造成的身心创伤会导致医疗和社会成本增加而生产力下

---

<sup>18</sup> *R v Nguyen* [1990] 2 SCR 906, 第 948 页；(1990) 59 CCC (3d) 161, 麦克拉林法官的判词第 193 页。

<sup>19</sup> *R v Nguyen* [1990] 2 SCR 906, 第 948 页；(1990) 59 CCC (3d) 161, 麦克拉林法官的判词第 193 页。

<sup>20</sup> *R v G* [2008] UKHL 37; [2009] 1 AC 92, 霍普勋爵的判词第 21 段。

降。最后，少年卖淫的问题在本国多个较大城市都是臭名昭著的，很多少女更因此而染上毒瘾，甚至遭受实质的奴役，这些都是不容漠视的现实……”<sup>21</sup>

4.51 性交的后果是多方面而且颇为明显的，但非插入式行为（例如涉及性的触摸及接吻）对儿童的影响则不甚明确。这或可作为理据，不对涉及非插入式行为的罪行施加绝对法律责任。

4.52 不对非插入式行为施加绝对法律责任，并不表示与年满 13 岁但未满 16 岁的儿童进行非插入式涉及性的行为不会受到惩罚。只有在该人有合理理由出于真意而错误认定有关儿童为 16 岁或以上的情况下，才会免除该人的刑事法律责任。<sup>22</sup>

## 我们在这个议题上的意见

4.53 对于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行应否施加绝对法律责任的问题，各有支持和反对的论点，亦必然有分歧的意见。此外，对于应否区分插入式和非插入式涉及性的行为，可能也有不同意见。事实上，小组委员会在审议这个议题的过程中意见分歧，因此认为应就此事咨询公众。

4.54 有一点应予注意，就是绝对法律责任这个议题应只限于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，至于涉及 13 岁以下儿童的罪行，小组委员会认为无论何时都应属绝对法律责任罪行。

### 建议 6

我们认为以下议题，即绝对法律责任应否适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，以及在此情况下应否区分插入式和非插入式涉及性的行为，应交由香港社会考虑。我们为此邀请公众就这个议题发表意见。

<sup>21</sup> *R v Nguyen* [1990] 2 SCR 906, 第 948 页；(1990) 59 CCC (3d) 161, 麦克拉林法官的判词第 193 页。

<sup>22</sup> 另见第 4.46 至 4.51 段。

## 若社会舆论不赞成施加绝对法律责任，应采取何种模式？

4.55 若社会舆论（有待咨询确定）不赞成施加绝对法律责任的话，从上文对海外法例的检视中可识别出三种改革模式：

- (a) 英格兰模式：“甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上”是罪行元素。
- (b) 苏格兰模式：“甲合理地相信乙已年满 16 岁”，可作为免责辩护。
- (c) 加拿大模式：“甲（主观地）相信乙已年满 [16] 岁而且甲已采取一切合理步骤以确定乙的年龄”，可作为免责辩护。

4.56 除此之外，还可以有第四种模式（上述苏格兰模式的经修改版本）：

- (d) “甲合理地相信乙已年满 16 岁”，可以此作为免责辩护（依照苏格兰模式），但裁定甲是否合理地相信时，须考虑的其中一个问题，是甲采取了甚么步骤以确定乙的年龄。

4.57 我们不赞成(a)项的英格兰模式，原因是会对控方施加相当大的举证责任。

4.58 我们也不赞成(c)项的加拿大模式，原因是免责辩护只从被控人的主观角度出发，忽略了被控人如此相信是否合理。

4.59 我们认为(b)项的苏格兰模式虽然可接受，但仍有改善余地，方法是加入以下条文：“裁定甲是否合理地相信时，须考虑的其中一个问题，是甲采取了甚么步骤以确定乙的年龄。”上述(d)项便是经修改的模式，一方面理解被控人出于真意而错误相信有关儿童的年龄，另一方面又保护儿童免受性剥削，我们认为这种模式正好在两者之间取得适当平衡。

4.60 因此，假如社会舆论不赞成施加绝对法律责任，我们赞成采纳(d)项模式。

## 第 5 章 以婚姻关系作为涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的性罪行的免责辩护

### 引言

#### 以婚姻关系作为与 16 岁以下女童性交的免责辩护

5.1 在现行法律下，被控《刑事罪行条例》第 124(1)条所订罪行的人可以提出婚姻关系免责辩护。<sup>1</sup> 现时这项免责辩护似乎只适用于经同意的涉及性的行为，不适用于未经同意的涉及性的行为。第 124(2)条规定：

“凡根据《婚姻条例》(第 181 章)第 27(2)条，因妻子年龄在 16 岁以下以致婚姻无效，如丈夫相信并有合理因由相信她是他的妻子，则该婚姻的无效不得令致丈夫因与她性交而犯本条所订罪行。”<sup>2</sup>

5.2 要确立上述的婚姻关系免责辩护，丈夫只需按相对可能性衡量标准证明，他相信并有合理因由相信该名 16 岁以下的女童是他的妻子。该项条文旨在为按照海外司法管辖区的婚姻法与 16 岁以下女童合法结婚的人提供免责辩护。有一点应予注意，就是婚姻关系免责辩护不适用于被控《刑事罪行条例》第 123 条所订罪行（一项涉及 13 岁以下女童的罪行）的人。因此，只有妻子年满 13 岁但未满 16 岁才适用婚姻关系免责辩护。

5.3 不过，还有一点应注意的，就是根据香港现行法律，如妻子不同意性交，则丈夫可被控强奸妻子。<sup>3</sup> 这项罪行的法定效力源自 2002 年在香港制定的《刑事罪行条例》第 117(1B)条。该条订明：“……就第

<sup>1</sup> 根据《刑事罪行条例》第 153P(3)条，某人若因在香港以外地方所作出的行为而被控以具域外法律效力的性罪行，亦可以婚姻关系作为免责辩护。

<sup>2</sup> 《刑事罪行条例》第 124(2)条是参照英格兰《1956 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 1956) 第 6 条而制定的。

<sup>3</sup> 在 *Regina v Chapman* [1959] 1 QB 100 案中，“非法性交”一词原指婚姻以外的涉及性的行为（该案的判决在香港的 *HKSAR v Chan Wing Hung* [1997] 3 HKC 472 案中获得确认）。该词原本在普通法的涵义是丈夫与妻子之间涉及性的行为即使藉胁迫或欺骗而获取，亦不在“非法性交”的涵义范围以内。上议院后来在 *Reg v R* [1991] 4 All ER 483 案中弃用该词原来的普通法涵义。上议院认为，丈夫与妻子应享同等权利，故此应有权拒绝另一方的性要求。在对等的英格兰法例中，“非法性交”中的“非法”只是无意义的冗词。上议院在 *Reg v R* 案中重新解释该词的后果是，丈夫如在未得妻子同意下与妻子性交，有可能被控强奸罪。因此在相关的条文中保留“非法”的字眼有何作用，实在难以理解。有见及此，我们在第 3 章建议，在《刑事罪行条例》内所有关于性交或性行为的罪行条文中，删除“非法”一词。

118、119、120 及 121 条而言……，任何男子与其妻子性交并非在‘非法性交、非法的性交’（*unlawful sexual intercourse*）的涵盖范围以外。”

### 以婚姻关系作为猥亵侵犯的免责辩护

5.4 根据《刑事罪行条例》第 122(1)条，任何人猥亵侵犯另一人，即属犯罪。但若有关侵犯行为是该另一人同意的，便不属猥亵侵犯，因此被控猥亵侵犯罪的人可以此作为免责辩护。然而，《刑事罪行条例》第 122(2)条规定，年龄在 16 岁以下的人，在法律上是不能给予同意，使某项行为不构成猥亵侵犯的。因此任何人如被控猥亵侵犯年龄在 16 岁以下的人，不可基于有关行为是经同意的而以此作为免责辩护。根据《刑事罪行条例》第 122(3)条，任何人如基于合理理由而相信他或她与另一人为已婚夫妇，则不会在上述情况下犯猥亵侵犯该另一人的罪行。第 122(3)条的条文如下：

“任何人如与或基于合理理由而相信他或她与另一人为已婚夫妇，则不会因第(2)款的规定而犯猥亵侵犯该另一人的罪行。”

5.5 任何人如向另一名 16 岁以下的人作出猥亵行为，只要经该另一人同意，而两人为合法夫妇或有合理理由相信两人为合法夫妇，则尽管有第 122(2)条的规定，他或她可因第 122(3)条的效力而免除猥亵侵犯的法律责任。举例而言，丈夫按照海外司法管辖区的婚姻法与 16 岁以下的妻子合法结婚后，如在妻子同意下向她作出猥亵行为（例如触摸私处），则可根据第 122(3)条免于被控。值得注意的是，所有未经同意的猥亵行为都属于猥亵侵犯，即使在夫妇之间发生亦然。

5.6 现时对于涉及 16 岁以下儿童的罪行，可以婚姻关系作为免责辩护。本章研究的议题是应保留现状，抑或应废除这项免责辩护。

## 在海外司法管辖区以婚姻关系作为免责辩护的不同情况

5.7 多个海外司法管辖区的法例都有条文规定或保留以婚姻关系作为涉及儿童的罪行的免责辩护，主要理由是两个人如已按照外国法律合法结婚，但在另一国家会因发生涉及性的行为而犯罪，实在不合情理。

5.8 另一方面，某些海外司法管辖区的法例中没有订立婚姻关系免责辩护，某些海外司法管辖区的法例则废除了原有的婚姻关系

免责辩护。没有订立或已经废除婚姻关系免责辩护的主要理由是儿童应受保护，不应过早发生涉及性的行为。

5.9 我们检视了多个海外司法管辖区，以了解当地以婚姻关系作为涉及儿童及少年人的罪行的免责辩护的情况，详见下文。

## 海外司法管辖区的情况：可以婚姻关系作为（涉及儿童的罪行的）免责辩护的司法管辖区

### 澳大利亚（澳大利亚联邦）

5.10 澳大利亚联邦《2010年刑事法例修订（侵犯儿童的性罪行）法令》（Crimes Legislation Amendment (Sexual Offences Against Children) Act 2010）对澳大利亚联邦《刑事法典》（Criminal Code）<sup>4</sup>作出若干修订，新增多项在澳大利亚境外发生的恋童癖罪行。<sup>5</sup>

5.11 根据修订条文，有效真实的婚姻可以作为在澳大利亚境外与儿童或少年人进行性交或其他涉及性的行为的控罪的免责辩护，该项免责辩护现时载于澳大利亚联邦《1995年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1995）第272.17条。

5.12 如被控人与16岁以下的儿童或少年人的婚姻按照举行婚礼的地方、干犯罪行的地方或被告人的居住地或居籍所在地的法律是有效或获承认的，而且在举行婚礼时该婚姻是有效的，便可提出以有效真实的婚姻作为免责辩护。<sup>6</sup>

<sup>4</sup> 经修订的澳大利亚联邦《1995年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1995）。

<sup>5</sup> 该等旨在打击儿童色情旅游业的新订罪行包括：在澳大利亚境外与儿童性交（第272.8条）；在澳大利亚境外与儿童进行（性交以外的）涉及性的行为（第272.9条）；在澳大利亚境外与少年人性交 — 被告人处于受信任或权威地位（第272.12条）；在澳大利亚境外与少年人进行（性交以外的）涉及性的行为 — 被告人处于受信任或权威地位（第272.13条）；在澳大利亚境外促致儿童作涉及性的行为（第272.14条）；在澳大利亚境外诱识儿童进行涉及性的行为（第272.15条）。

<sup>6</sup> 澳大利亚联邦《1995年刑事法典法令》第272.17条规定：

“272.17 基于有效真实的婚姻提出免责辩护

(1) 就违反第272.8(1)、272.9(1)、272.12(1)或272.13(1)条的控罪，如被告人证明以下情况，即为免责辩护：

(a) 在进行性交或涉及性的行为时，被告人与有关儿童或少年人之间存在根据以下法律属有效或获承认为有效的婚姻：

(i) 举行婚礼的地方的法律；或

(ii) 犯该罪行所在地方的法律；或

(iii) 被告人的居住地或居籍所在地的法律；及

(b) 在举行婚礼时，该婚姻是真实的。

注：被告人对本款所列的事负有法律责任，见第13.4条。”

## 澳大利亚（南澳大利亚）

5.13 《1935 年刑事法律综合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第 49 条订明：

**“第 49 条：非法性交**

任何人与 14 岁以下的人性交，即属犯罪，可处终身监禁……

(3) 任何人与 17 岁以下的人性交，即属犯罪……

(8) 如性交双方有婚姻关系，则本条不适用。”

## 澳大利亚（西澳大利亚）

5.14 西澳大利亚《刑事法典》（Criminal Code）（《1913 年刑事法典法令汇编法令》（Criminal Code Act Compilation Act 1913））第 321 条订明：

**“第 321 条：侵犯 13 岁或以上但未满 16 岁的儿童的性罪行**

(1) 在本条中，儿童指 13 岁或以上但未满 16 岁的儿童。

(2) 任何人对儿童作出**性插入行为**，即属犯罪，可处第(7)款所订的惩罚。

(3) 任何人促致、煽惑或鼓励儿童作出涉及性的行为，即属犯罪，可处第(7)款所订的惩罚。

交替罪行：第 321(4)或(5)条，或第 322(3)、(4)或(5)条。

(4) 任何人猥亵对待儿童，即属犯罪，可处第(8)款所订的惩罚……

(10) 被控犯第(2)、(3)或(4)款所订罪行的人，如证明已与有关儿童**合法结婚**，则可以此作为**免责辩护**。”

## 加拿大

5.15 加拿大《刑事法典》（Criminal Code）第 150.1 条订明：

**“第 150.1 条：例外情况—14 或 15 岁的投诉人**

(2.1) 被控对 14 岁或以上但未满 16 岁的投诉人犯第 151 条、第 152 条、第 173 条第(2)款或第 271 条

所订罪行的被控人，可以投诉人同意控罪所指的行为作为**免责辩护**，但须符合以下条件：

- (a) 被控人
  - (i) 比投诉人年长少于 5 岁；及
  - (ii) 相对于投诉人而言并非处于受信任或权威地位，与投诉人并无受养关系，亦无剥削者关系；或
- (b) 被控人与投诉人有**婚姻关系**。”

## 海外司法管辖区的情况：不可以婚姻关系作为（涉及儿童的罪行的）免责辩护的司法管辖区

### 英格兰及韦尔斯

5.16 英格兰及韦尔斯已废除以婚姻关系作为涉及 16 岁以下儿童及少年人的罪行的免责辩护，《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）已没有这项免责辩护的条文。

### 英国内政部检讨小组对于婚姻关系免责辩护的意见

5.17 英国内政部检讨小组不赞成保留婚姻关系免责辩护，原因是保留这项免责辩护即表示未足龄性行为在英国是可接受的：

“虽然这项免责辩护可能只适用于极少数个案，但这些个案可以是十分严重的。某些国家的合法结婚年龄订得很低，甚至低至青春期刚开始的 9 岁。与儿童缔结有效婚姻的人会相信，与妻子性交是恰当的行为，而当中并无犯罪意图。我们的用意是加强保护儿童免受性侵犯，但这项免责辩护实际上把我们认为属严重侵犯儿童的事情合法化，因此我们不赞成保留这项免责辩护。”<sup>7</sup>

5.18 某些海外司法管辖区的合法结婚年龄是 16 岁以下，例如：玻利维亚、<sup>8</sup> 哥斯达黎加、<sup>9</sup> 刚果民主共和国、<sup>10</sup> 赤道畿内亚、<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 《内政部文件》，第 3.6.18 段。

<sup>8</sup> 女性 14 岁，男性 16 岁。（《家庭法典》（Family Code）第 44 条；Fourth Periodic Report of Bolivia [CRC/C/BOL/4], The Convention on the Rights of the Child, 2009 年 3 月 25 日）

印度、<sup>12</sup> 伊朗伊斯兰共和国、<sup>13</sup> 科威特、<sup>14</sup> 马里、<sup>15</sup> 沙特阿拉伯、<sup>16</sup> 坦桑尼亚<sup>17</sup> 及也门。<sup>18</sup>

## 苏格兰

5.19 《2009 年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）并无条文订明婚姻关系可以作为涉及 16 岁以下儿童及少年的罪行的免责辩护。

5.20 在以婚姻关系作为免责辩护这个议题上，苏格兰法律委员会与苏格兰政府意见分歧。

## 苏格兰法律委员会

5.21 《苏格兰法律委员会报告书》建议，如控罪关乎较年长的儿童（13 岁或以上但未满 16 岁）而被控人与有关儿童已“根据苏格兰法律结婚或存在获承认为有效的同性伴侣关系”，则应可以此作为免责辩护。<sup>19</sup>

---

<sup>9</sup> 男女性均为 15 岁。（Combined Fifth and Sixth Periodic Report of Costa Rica [CEDAW/C/CRI/5-6], The Convention on the Elimination of Discrimination against Women (49<sup>th</sup> Session)）

<sup>10</sup> 女性 15 岁，男性 18 岁。（《家庭法典》（Family Code）第 III 卷第 352 条；Combined Fourth and Fifth Periodic Report of Democratic Republic of Congo [CEDAW/C/COD/4-5], The Convention on the Elimination of Discrimination against Women (36<sup>th</sup> Session)）

<sup>11</sup> 男女性均为 12 岁。（Combined Second and Third Periodic Report of Equatorial Guinea [CEDAW/C/GNQ/2-3], The Convention on the Elimination of Discrimination against Women (31<sup>st</sup> Session)）

<sup>12</sup> 女性 15 岁（穆斯林婚姻）。（Proposal to Amend the Prohibition of Child Marriage Act, 2006 and Other Allied Laws, Chapter VI – Conclusions and Recommendations, Report No. 205, 印度法律委员会（Law Commission of India），2008 年 2 月）。虽然印度的法定结婚年龄是男性 18 岁，女性 21 岁，但高等法院在 2012 年宣布穆斯林女性 15 岁便可结婚。

<sup>13</sup> 女性 13 岁，男性 15 岁。（Concluding Observations of Iran [CRC/C/15/Add.254], The Convention on the Rights of the Child, 2005 年 3 月 31 日）

<sup>14</sup> 女性 15 岁，男性 17 岁。（Article 26, Personal Status Act No. 51 of 1984; Initial Report of Kuwait, The Convention on the Rights of the Child [CRC/C/8/Add.35], 1996 年 12 月 9 日）

<sup>15</sup> 女性 15 岁，男性 18 岁。（Second Periodic Report [CRC/C/MLI/2], The Convention on the Rights of the Child, 2006 年 4 月 11 日）

<sup>16</sup> 并无法例订明男女的最低结婚年龄。联合国统计司：  
<http://data.un.org/DocumentData.aspx?id=286>

<sup>17</sup> 女性 15 岁，男性 18 岁。（Written Replies by the Government of the United Republic of Tanzania to the List of Issues [CRC/C/TZA/Q/2/Add.1], The Convention on the Rights of the Child, 2006 年 4 月 20 日）

<sup>18</sup> 男女性均为 15 岁。（Article 15, Law of Personal Status; Fifth Periodic Report of Yemen [CEDAW/C/YEM/5], The Convention on the Elimination of Discrimination against Women (Exceptional Session 2002)）

<sup>19</sup> 第 33 项建议。见《苏格兰法律委员会报告书》，第 4.70 段。

## 苏格兰政府

5.22 然而，苏格兰政府不接纳苏格兰法律委员会的建议，因此《2009年性罪行（苏格兰）法令》中没有婚姻关系免责辩护的条文。苏格兰政府不接纳以婚姻关系作为免责辩护，理由是16岁以下的儿童应受保护，不应过早发生涉及性的行为。

## 应否就涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行保留婚姻关系免责辩护：支持与反对的论点一览

5.23 就涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行而言，在决定婚姻关系免责辩护应予保留抑或废除之前，有需要先检视有关的正反理据。下文所概述的是支持与反对该项免责辩护的论点。

### 支持保留婚姻关系免责辩护的论点

#### *香港有义务承认有效的海外婚姻*

5.24 婚姻在国际法上有特殊地位。香港须尊重外国的主权，除了不得规管按照外国法律缔结的婚姻的合法性外，还有义务承认有效的海外婚姻。

5.25 澳大利亚联邦《2010年刑事法例修订（侵犯儿童的性罪行）法令草案》（Crimes Legislation Amendment (Sexual Offences Against Children) Bill 2010）的摘要说明反映了支持保留婚姻关系免责辩护的意见，认为基于有效真实的婚姻提出免责辩护是合理的，原因是外国主权须予尊重，而且澳大利亚政府不能规管按照外国法律缔结的婚姻的合法性：

“主权问题令联邦政府无法规管外国领域的婚姻（或更笼统而言其文化习俗）的合法性。如果没有订定免责辩护条文，按照某个国家的法律（其最低年龄规定可能有别于澳大利亚法律）结婚的夫妇在该国是依法行事，但在澳大利亚儿童性旅游罪行制度下则可被控刑事罪。”

#### *香港居民有可能返回原属国按该国法律或习俗结婚*

5.26 香港是多元文化社会，香港居民（特别是少数族裔）有可能返回原属国按照当地法律结婚。假如该国的法律容许 16 岁以下的

人结婚，两个按照外国法律合法结婚的人在香港法律下竟然不得有性行为，实在难以想象。这样以法律干预涉及性的行为等于侵犯他们的性自主权。

5.27 澳大利亚联邦在《2010年刑事法例修订（侵犯儿童的性罪行）法令草案》中也以类似的论点支持婚姻关系免责辩护。在2010年法令草案的二读发言中，时任国防部长的参议员雷尔（Ray）指出，来自外国的澳大利亚公民或居民有可能在回到原属国后，按照该国的习俗结婚。澳大利亚是多元文化国家，政府的政策原意并非要使这些人触犯刑事罪行：

“若婚礼在外国举行而其中一方为18岁以下，一般来说这个婚姻在澳大利亚不获承认。然而，本身或父母是来自外国的澳大利亚公民或居民有可能在回到原属国后，按照该国的习俗结婚。澳大利亚是多元文化国家，政府无意让这些人在返回澳大利亚时会因此触犯刑事罪行而被定罪……”<sup>20</sup>

### **多个海外司法管辖区均保留婚姻关系免责辩护**

5.28 多个主要普通法司法管辖区在涉及儿童及少年人的罪行的法例中仍保留婚姻关系免责辩护。这些司法管辖区包括澳大利亚（澳大利亚联邦、南澳大利亚及西澳大利亚）及加拿大。

### **香港从未因婚姻关系免责辩护的施行而出现问题**

5.29 在香港，《刑事罪行条例》第124(2)条所订的婚姻关系免责辩护在施行上从未造成过任何问题。<sup>21</sup>

5.30 苏格兰法律委员会亦以类似的论点支持婚姻关系免责辩护：

“我们在讨论文件中建议，就为了保护较年长儿童而订立的罪行而言，如双方已根据苏格兰法律结婚或存在获承认为有效的同性伴侣关系，则应可以此作为免责辩护……据我们所知，在现行法律下这项免责辩护在施行上从未出现过任何问题。我们认为，如两人有婚姻或同

<sup>20</sup> 澳大利亚律师协会（Law Council of Australia），*Submission on Crimes Legislation Amendment (Sexual Offences Against Children) Bill 2010* (Child Sex Tourism Bill 2010 Submission 020310)，第18页。

<sup>21</sup> 香港没有根据《刑事罪行条例》第142(2)条提出婚姻关系免责辩护的检控案例。

性伴侣关系，在苏格兰却因任何形式的性接触而犯法，实在不合情理。”<sup>22</sup>

## **不得对未足龄配偶进行未经同意的涉及性的行为的法律保障不受婚姻关系免责辩护影响**

5.31 婚姻关系免责辩护只适用于两个有婚姻关系的人进行经同意的涉及性的行为。如任何人强迫未足龄配偶在违反意愿下进行涉及性的行为，该人可被控以其中一项在未经同意下进行的性罪行，而在此情况下婚姻关系免责辩护便不适用。换言之，不得对未足龄配偶进行未经同意的涉及性的行为的法律保障，不受婚姻关系免责辩护影响。

## **反对保留婚姻关系免责辩护的论点**

### **保护原则**

5.32 根据保护原则，16岁以下儿童应受保护，不应过早发生涉及性的行为。若保留婚姻关系免责辩护，便有违这项原则。此外，保留婚姻关系免责辩护会发放错误信息，令人觉得未足龄性行为在香港是可接受的。

5.33 苏格兰政府（在拒绝接纳苏格兰法律委员会有关支持婚姻关系免责辩护的建议时）亦提出了类似的论点：

“苏格兰法律委员会建议，如控罪关乎与较年长儿童进行涉及性的行为，而被控人与受害人有婚姻或同性伴侣关系，则应可以此关系作为免责辩护。就婚姻而言，苏格兰的现行法律中有这项免责辩护，但英格兰及韦尔斯法律则没有这样的规定。

此项法令草案的基础原则是，16岁以下的儿童应受保护，不应过早发生涉及性的行为。苏格兰在婚姻及同性伴侣关系方面的法律亦有类似的原则，规定16岁以下的人不得在苏格兰结婚或与人结成同性伴侣。因此，政府认为如订明在关乎与较年长儿童进行涉及性的行为的

---

<sup>22</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，第4.67段。但苏格兰政府不接纳苏格兰法律委员会关于婚姻关系免责辩护的建议，因此婚姻关系免责辩护没有纳入《2009年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）之内。

罪行中可以婚姻或同性伴侣关系作为免责辩护，则属自相矛盾。”<sup>23</sup>

### **稚龄儿童有可能在海外国家被迫结婚而香港很难核证婚姻是否有效**

5.34 稚龄儿童有可能在一些海外国家被迫结婚，香港当局很难核证有关儿童是否真的在很年幼时被迫结婚，而在核证海外婚姻是否有效时亦可能遇上困难，例如很难核实海外国家签发的结婚证书的真伪。

### **海外国家的婚姻法可能反映有别于香港的习俗**

5.35 海外国家的习俗可能有别于香港，而且反映在婚姻法上。举例而言，某些海外国家的习俗可能接受与未足龄配偶发生涉及性的行为，但是香港普遍认为与未足龄的人发生涉及性的行为是不对的。既然这样的海外习俗在香港普遍不获接受，便没有理由在香港承认其效力。

### **多个海外司法管辖区明文规定不得以婚姻关系作为免责辩护或已废除此项免责辩护**

5.36 多个海外司法管辖区（即澳大利亚的澳洲首都地区及新南威尔士）均明文规定不得以婚姻关系作为免责辩护。此外，英格兰及韦尔斯和苏格兰一度容许在涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行中以婚姻关系作为免责辩护，但现已废除这项免责辩护。

### **异性恋者和同性恋者的不同待遇**

5.37 由于异性伴侣才可合法缔结婚姻，若属两名同性恋者结合的情况便不得以婚姻关系作为免责辩护，因此异性恋者和同性恋者的待遇有所不同。

5.38 根据香港现行法律，只有一男一女才可合法缔结婚姻。就此而言，男女的涵义已扩大至包括接受手术后的变性人。在 *W v*

---

<sup>23</sup> 《性罪行（苏格兰）法令草案》（Sexual Offences (Scotland) Bill）：Policy Memorandum，第 136 及 137 段。

*Registrar of Marriages* 案中，<sup>24</sup> 终审法院裁定，接受变性手术后从男性变成女性的上诉人有资格与一名男子结婚。然而，只有异性伴侣才可合法缔结婚姻的立场不变；若是同性伴侣，除非其中一方接受变性手术后成为另一性别的人，否则他们依然不可合法缔结婚姻。

## 我们在这个议题上的意见

5.39 上文胪列了支持和反对在涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行中保留婚姻关系免责辩护的论点，并且理解这项议题可引起很大争议。我们认为保护原则是最重要的因素，亦是改革涉及易受伤害的人（例如 16 岁以下儿童）的罪行时首要依循的。在此原则下，16 岁以下儿童应受保护而不应过早发生涉及性的行为。这是英国的立法者在英格兰及韦尔斯废除婚姻关系免责辩护时所发放的清楚信息。香港应该采取同一做法加强保护儿童。在香港，人们普遍认为与 16 岁以下儿童发生涉及性的行为是不对的。任何人来到香港都应遵守香港的法律。既然某些海外婚姻法及习俗违反保护原则且在香港普遍不获接受，便没有理由在香港承认其效力。因此，我们认为就涉及儿童的罪行而言，新法例不应订有婚姻关系免责辩护，而且现有的任何此类免责辩护亦应予废除。

### 建议 7

我们建议，就涉及儿童的罪行而言，新法例不应订有婚姻关系免责辩护，而现有的任何此类免责辩护亦应予废除。

<sup>24</sup> *W v Registrar of Marriages*（就 CACV No.266 of 2010 案提出上诉的 FACV No. 4 of 2012），[2013] 3 HKLRD 90。终审法院在该案中宣告如下：“为符合《基本法》第 37 条及《香港人权法案》第 19(2)条，《婚姻诉讼条例》第 20(1)(d)条及《婚姻条例》第 40 条中的‘女’及‘女方’等字词的涵义须作以下解释并获赋予法律效力：该等字词的涵义包括接受手术后由男身变成女身的变性人，而该人的性别经适当的医务当局证明在接受变性手术后已经改变。”

## 第 6 章 年满 13 岁但未满 16 岁的人之间 经同意下进行的涉及性的行为

### 引言

6.1 一般人普遍认同，成年人与儿童进行涉及性的行为是错误的，法律应将之订为刑事罪行以作干预。<sup>1</sup> 任何人与 13 岁以下的幼童进行涉及性的行为，更被认为是绝对错误。可是，对于年满 13 岁但未满 16 岁的少年人，他们之间经同意下进行涉及性的行为，例如少年爱侣偷尝禁果，是否应受到刑事法干预这个问题，大家的看法就未必相同。本章会探讨年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为应否订为刑事罪行。<sup>2</sup>

6.2 现时适用于与 16 岁以下的人性交的罪行是指明性别的。因此根据现行法律，一名男童和一名女童经同意下性交，而双方均在 16 岁以下，则只有男童会被控告。

6.3 我们已在第 3 章建议，新法例中涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别（建议 2）。

6.4 故此，新法例中涉及儿童及少年人的罪行，将可由男方或女方干犯，所以一名男童与一名女童经同意下进行涉及性的行为，而双方均年满 13 岁但未满 16 岁，则男女童两人都可被控犯罪。

### 年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为应否订为刑事罪行：对此议题的三个主要处理模式

6.5 对此议题可以有三种处理模式：

---

<sup>1</sup> 英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）在其报告书中指出：“在我们的咨询大会中所出现的主要议题之一，是法律是否需要毫无疑问地确定成年人不应与儿童进行涉及性的行为，并且有理由为此而订立一项严重罪行以承认这类罪案的严重性。”（英国内政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.6.1 段。）

<sup>2</sup> 应留意的是，儿童与少年人之间未经同意下进行的任何涉及性的行为，必定属于刑事罪行。儿童或少年人在未经另一名儿童或少年人同意下对后者作出涉及性的行为，可被控以其中一项未经同意下进行的性罪行。

- (i) 将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权以决定是否提出控告。
- (ii) 将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行，但订明如果所涉及的是年龄相近的青少年，则可豁免刑事法律责任。
- (iii) 不将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行。

## **第一种模式：订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权，只对适当的案件提出检控**

6.6 第一种模式是香港现时的做法，也是英格兰及韦尔斯所采用的模式。在此模式下，年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的所有涉及性的行为一律订为刑事罪行，但检控酌情权会确保只将适当的案件提交法庭。

## **第一种模式的理据**

### **法律应为年轻人订立行为规范**

6.7 英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）指出，法律有重大的社会责任，它除了订立行为规范外，也要阻止未成年人之间的未足龄性行为：

“我们一方面要确保法律必须适当及公平有效，使之能对付各种带有胁迫成分的行为，但另一方面却又不宜将年轻人互相同意进行的行为订作刑事罪行。要兼顾这两方面并非轻易，但我们必须力求在两者之间取得平衡。我们认同法律亦有订立行为规范的重大社会责任，也希望能够阻止未足龄性行为。”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> 英国内政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.9.5 段。

## **儿童之间经同意的性关系可能并非真正经同意，并且可能带有剥削成分**

6.8 国会就《性罪行法案》（Sexual Offences Bill）进行辩论（以致后来制定了英格兰《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）），当时有一项修订案在效力上会将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为合法化。代表英国政府发言的范克林勋爵（Lord Falconer of Thoroton）对该修订案提出反对。

6.9 范克林勋爵发言时提出理据，阐述为何不应将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为合法化。他指出，只因儿童年龄相若不一定就意味着他们之间的性关系是经完全同意的。儿童常会被其他儿童侵犯。很多儿童极易在同辈压力下被怂恿进行涉及性的行为，而事实上他们宁愿不这样做。在这种情况下进行的涉及性的行为，虽然并非未经同意，却带有剥削成分。我们应让执法机关有法可依，使他们能及早采取适当措施以作干预，尝试帮助作为侵犯者的儿童和保护可能被侵犯的儿童：

“……刑事法如何处理经同意下进行的未足龄涉及性的行为，是我们在委员会审议阶段花了相当多时间辩论的课题。我们曾就各方提出的所有关注事项，认真考虑了我们的立场，不过仍然坚决认为，不论一名儿童是与另一名儿童或是与成年人性交，所适用的同意年龄都应划一。

我明白人们广泛认为，性关系双方在年龄上若有重大差距，例如一名15岁的儿童与一名40岁的成年人有性关系，当中带有侵犯成分的可能性会相对大得多。但事实上侵犯儿童并非成年人的专利。我们不能只因少年人年龄相若便假定他们之间的性关系是经完全同意的。大家都知道儿童常会被其他儿童侵犯。我们固然衷心希望能及早并尽快采取干预措施以帮助作为侵犯者的儿童，但是法律也必须能够在适当个案中保护有关儿童……

我们认为，针对一些只是表面上经同意而实质上却有证据显示是带有剥削或胁迫成分的行为，法律必须订明儿童需面对控告，因为有时未必有充足证据支持控以未经同意下进行的罪行。正如我们在委员会审议阶段所说，很多儿童极易在同辈压力下被怂恿进行涉及

性的行为，而事实上他们宁愿不这样做。在这情况下进行的涉及性的行为，虽不能称作‘非经同意’，却可能带有剥削成分。对于这类个案，我们希望预留检控的空间，让刑事检控处（CPS）在检控是合乎公众利益时能以其中一项儿童性罪行提出控告。”<sup>4</sup>

### **将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为合法化，或会鼓励更多儿童过早进行涉及性的行为**

6.10 范克林勋爵继而指出，将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为合法化，可能会发放错误信息，令人觉得进行未足龄涉及性的行为是可以接受和正常的事。这样会鼓励更多儿童在身心状况尚未能承担有关后果之时进行涉及性的行为。范克林勋爵又指，其实很多儿童都欢迎法律禁止未足龄性行为，因为这有助他们抵抗迫使他们在尚未准备好之时进行这种行为的朋辈压力：

“……很多儿童都对同意年龄提供的保护表示欢迎，因为这有助他们抵抗迫使他们在尚未准备好之时进行涉及性的行为的朋辈压力。我不知道移除这种保护是否正确。我只是无法认同这项会令儿童没有法律基础去拒绝在胁迫下进行涉及性的行为的主张。将未成年人之间的涉及性的行为合法化，会发出信息令人觉得未达同意年龄而进行涉及性的行为是可以接受和正常的事。我认为这会鼓励更多儿童在身心状况还未准备好去面对后果之时进行涉及性的行为。

我们认为我们有责任保护儿童，以免他们太年轻便进行涉及性的行为。现时的法例订有非法性交罪及猥亵侵犯罪，已清楚表明与16岁以下的儿童进行任何涉及性的行为均属违法。我们赞成在新法例中明确陈述这情况依旧不变。”<sup>5</sup>

### **只对带有剥削成分的个案和在检控是合乎公众利益时才予以检控**

6.11 对作为侵犯者的儿童施加刑事法律责任，并不表示必定会检控。范克林勋爵强调，儿童之间经同意下进行涉及性的行为，除

<sup>4</sup> 英国上议院议事录（Lords Hansard, 2 June 2003: Column 1107）。

<sup>5</sup> 英国上议院议事录（Lords Hansard, 2 June 2003: Column 1107）。

非证据清楚显示当中带有剥削成分，而检控又符合公众利益，否则不会检控：

“……我已经清楚说明，现在再说一次，除非证据清楚显示当中带有剥削成分，而检控又符合公众利益，否则的话我们不希望也不预期就少年人之间的未足龄涉及性的行为提出检控。修订案的建议会把该等保护一概移除，这在我们看来似乎并不明智，而且属于矫枉过正。尽管法律的确如我所述，目前没有证据显示有这种情况发生。由于我们不会在这方面作出实质的改动，我们相信将来也不会发生这种情况……”<sup>6</sup>

### 香港的酌情处理方式

6.12 在香港，年满 13 岁但未满 16 岁的少年人之间在经同意下性交，犯案人如没有定罪纪录，警方现时通常会按照警司警诫计划以警司警诫方式处理。不过，曾被警诫者如果再犯，就有可能被控告。

6.13 香港警务处的警司警诫计划一般适用于少年犯。<sup>7</sup> 少年人因犯罪被捕，警司或以上职级的警务人员在考虑与该案有关的所有情况后，可行使酌情权对其施以警诫而不提出刑事检控。

6.14 警务处在警司警诫计划方面的政策重点如下：

“除非符合下列准则，否则不得以警司警诫方式释放少年犯：一

- (a) 在施行警司警诫时，该罪犯未满 18 岁；
- (b) 有足够的证据检控犯案人，而检控是唯一及不可避免的另一选择；
- (c) 少年犯自愿及明确地认罪；及
- (d) 少年犯及其父母或监护人同意接受警诫。”<sup>8</sup>

<sup>6</sup> 英国上议院议事录（Lords Hansard, 2 June 2003: Column 1107-1108）。

<sup>7</sup> 就此而言，少年犯是指在犯案时已年满 10 岁但未满 18 岁者。

<sup>8</sup> 引述自香港警务处有关警司警诫计划的文件，该文件由高级警司（刑事支持）在 2013 年 2 月 21 日向法律改革委员会性罪行检讨小组委员会提供。

6.15 酌情权的行使准则如下：

“警司或以上职级的警务人员在决定是否运用酌情处理权时，应考虑与该案有关的情况及每宗案件的实情。一般来说，有关人员应考虑下列各点：

- (a) 罪行的性质、严重性及猖獗性；
- (b) 犯案人的以往犯罪纪录；
- (c) 投诉人的态度；及
- (d) 犯案人的家长或监护人的态度。”<sup>9</sup>

6.16 我们留意到英国的做法，即是年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为，一般不以刑事罪行论处。在检控方面的酌情权会确保只将适当的案件提交法庭，例如有明显证据显示涉及性剥削或检控是合乎公众利益者。少年人之间的性爱体验，当中不涉性侵犯或剥削成分的，可用其他方式处理（例如类似警司警诫计划下的警司警诫）而不予检控。

6.17 英格兰《2003 年性罪行法令说明》（Explanatory Notes to the English Sexual Offences Act 2003）明确提到：

“实际上（虽然本法令并无关于这方面的条文），18 岁以下的人应否被控以儿童性罪行，将由刑事检控处的检控人员决定。如果证据充足，以致定罪乃在实际预期之内，检控人员在决定是否基于公众利益而检控这些罪行时，会顾及各种因素，例如当事人的年龄和心智成熟程度，性关系是否出于自愿，是否被人胁迫或利诱，当事人之间的关系，以及是否存在照顾责任或违反信任等。”<sup>10</sup>

6.18 我们认为，如在新法例中采用第一种模式，适宜就检控酌情权的行使订立指引。该等指引可根据英国在行使检控酌情权时会考虑的部分或全部因素而制订。

---

<sup>9</sup> 出处同上。

<sup>10</sup> 英格兰《2003 年性罪行法令说明》（Explanatory Notes to the English Sexual Offences Act 2003），第 22 段。

## 第二种模式：订为刑事罪行但“年龄相近”可作免责辩护

6.19 第二种模式是澳大利亚和加拿大等司法管辖区采用的模式。在此模式下只有一套罪行，不论犯案者是成年人或是儿童。不过，儿童之间经同意下进行涉及性的行为，可以“年龄相若”或“年龄相近”作为免责辩护。

6.20 在加拿大，如投诉人为12岁或以上但未满14岁，而被控人较投诉人年长不多于两年，被控人即可以此为免责辩护，对性骚扰、诱使进行涉及性的触摸、暴露身体、或使用武器进行性侵犯的控罪提出抗辩。<sup>11</sup> 要提出此免责辩护，被控人相对于受投诉人而言不得处于受信任或权威地位，不得剥削投诉人，也不得与与投诉人之间存在受养关系。

6.21 同样地，在澳大利亚的维多利亚，如投诉人为12岁或以上，而被控人较其年长不多于两年，则被控人可以经同意作为对儿童作出性插入行为的控罪的免责辩护。<sup>12</sup> 在塔斯曼尼亚，如投诉人为15岁或以上，而被控人较其年长不多于五年，又或投诉人为12岁或以上，而被控人较其年长不多于三年，则被控人可以经同意作为与少年人性交的控罪的免责辩护。<sup>13</sup> 不过，“年龄相若”免责辩护不可用于肛交。<sup>14</sup>

## 第二种模式的理据

### 少年人的确很年轻就进行涉及性的行为

6.22 支持订立“年龄相近”免责辩护的主要理由，是因为认同少年人的确很年轻就进行涉及性的行为这个事实。如果涉及性的行为是在少年人互相同意下进行并且没有剥削成分，有关少年人（尤其是年龄相近者）不应被控以刑事罪行。

---

<sup>11</sup> 加拿大《刑事法典》（Criminal Code），第150.1(2)条。

<sup>12</sup> 维多利亚《1958年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958），第45(4)(b)条。

<sup>13</sup> 塔斯曼尼亚《刑事法典》（Criminal Code），第124(3)条。

<sup>14</sup> 塔斯曼尼亚《刑事法典》，第124(5)条。

6.23 加拿大《刑事法典》（Criminal Code）于 2007 年修订时，原有的“年龄相近”例外情况予以保留。<sup>15</sup> 该修订法案的《评注》（Commentary）指出：

“除了与这个议题有关的法律外，一些对加拿大青少年的研究显示，少年人的确有进行涉及性的行为。加拿大教育部长议会（Council of Ministers of Education）于 2003 年发表的《加拿大青少年、性健康及 HIV / 艾滋病研究》报告书（Canadian Youth, Sexual Health and HIV/AIDS Study），显示抽样对象（第 7、9 和 11 班级的学生）首次性交的平均年龄分别为男生 14.1 岁和女生 14.5 岁。此外，青少年被问及为何没有性交时，通常的回答为“未准备好”或“未曾有机会”。家人和朋辈的反对意见，并不是他们决定不进行性交的主要影响因素。”<sup>16</sup>

### **避免不经意地把年轻人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行**

6.24 加拿大律师公会（Canadian Bar Association）指出，“年龄相近”免责辩护“有助避免不经意地把年轻人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行”。<sup>17</sup> 故此，儿童之间经同意下进行并且不带有剥削成分的涉及性的行为，便可因这项免责辩护而免被订为刑事罪行。这种行为的刑事责任何时可予豁免，可藉着“年龄相近”免责辩护清楚界定，而不用依靠并非绝对肯定的检控酌情权来决定。

### **第三种模式：不将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行**

6.25 第三种模式是宽松处理。此模式不将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行。

6.26 这是苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）赞成采用的模式。该委员会建议，较年长的儿童之间经同意下进行的涉及性的行为，不应构成刑事罪行，但应将有关儿童转介予苏格兰儿童福利

<sup>15</sup> 《C-22 法案》（Bill C-22）：修订《刑事法典》（保护年龄）及对《刑事记录法令》（Criminal Records Act）作出相应修订的一项法令。

<sup>16</sup> 《C-22 法案》，出处同上。

<sup>17</sup> 加拿大律师公会对《C2 法案 — 打击暴力罪行法令》（Bill C2 - Tackling Violent Crime Act）的意见书（2007 年 11 月），第 2 页。

报告员（Scottish Children's Reporter）<sup>18</sup> 处理，以决定是否作出某种社会干预。<sup>19</sup>

### 第三种模式的理据

#### **如果在大部分情况下多数只是理论上才会检控，儿童之间经同意下进行的涉及性的行为就不应属于刑事罪行**

6.27 苏格兰法律委员会指出，如果只是理论上才会检控，而且在大部分情况下会因为行使检控酌情权而不作出控告，有关行为根本就不应被订为刑事罪行。再者，即使没有被控告，有关儿童仍可能受到警方调查：

“……有论点认为这项刑事责任纯属理论性质，而且在绝大多数情况下都不会有刑事检控，我们对此不敢苟同。这论证方式没有考虑到较年长的儿童即使不大可能在刑事法庭被检控，但是仍有可能受到警方调查。从更根本的角度看，这议题涉及一个原则上的重点。如果年轻人之间经同意下进行涉及性的行为不会带来刑责，有关行为就不应属于刑事罪行。”<sup>20</sup>

#### **年轻人可能因此不去寻求适当意见**

6.28 经同意下进行涉及性的行为的年轻人，可能会因怕牵涉刑事法而却步，不去就关乎性健康的事宜寻求适当的意见和协助。这是支持苏格兰法律委员会建议者所持的意见，这些支持者包括大部分的儿童团体、苏格兰儿童福利报告员办事处（Scottish Children's Reporter Administration）、苏格兰儿童及青少年事务专员（Scottish Commissioner for Children and Young People），以及多个保护儿童委员会（Child Protection Committee）。<sup>21</sup>

<sup>18</sup> 苏格兰儿童福利报告员办事处（Scottish Children's Reporter Administration）（简称 SCRA），是根据《1994 年地方政府（苏格兰）法令》（Local Government (Scotland) Act 1994）成立的一个全国性机构，专门处理易受伤害的儿童，于 1996 年 4 月 1 日开始全面运作。该局会就每宗转介个案进行调查，然后决定是否执行强制性的监管措施，以保护儿童及/或处理他们的行为。如有必要执行这些措施，会将儿童提交儿童聆讯（Children's Hearing）处理。（儿童福利报告员办事处的网址为：[www.scra.gov.uk](http://www.scra.gov.uk)）。

<sup>19</sup> 苏格兰法律委员会，《Report on Rape and Other Sexual Offences》（2007 年 12 月），Scot Law Com No. 209，第 4.55 至 4.56 段。

<sup>20</sup> 《苏格兰法律委员会报告书》，出处同上，第 4.55 段。

<sup>21</sup> 《性罪行（苏格兰）法案》（Sexual Offences (Scotland) Bill）：《政策备忘录》（Policy Memorandum）（Session 3 (2008), SP Bill 11-PM），第 118 段。

## 对于可能将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行：我们的看法

6.29 在考虑保护原则后，我们认为应有法例针对年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为。

6.30 正如范克林勋爵确当地指出（见上文），我们不能只因儿童年龄相近便假定他们之间的性关系是经完全同意的。很多儿童会受朋辈压力影响而在并非情愿下被怂恿进行涉及性的行为。这种情况下的涉及性的行为，虽不能称作“非经同意”，却带有剥削成分。我们认为，即使这种涉及性的行为可以说是在“同意”下进行，刑事法还是应作出干预，以保护 16 岁以下的人。

6.31 保护原则也意味着不应鼓励儿童在身心状况还未能承担后果之前进行涉及性的行为。法例中没有条文针对儿童之间经同意下进行的涉及性的行为，这会发放错误信息，令人觉得未达同意年龄而进行涉及性的行为是可以接受和正常的事，也会鼓励更多儿童和少年人在身心状况还未能承担后果之前过早进行涉及性的行为。

6.32 年轻人确有进行涉及性的行为，但这不是将之合法化或以任何方式作出鼓励的适当理由。法律应为年轻人的行为订立规范。

6.33 对于那些对另一儿童或少年人性剥削的儿童或少年人施加刑事法律责任，并不一定表示他或她必定会被检控。检控酌情权可确保只将适当的案件提交法庭。不涉性剥削的个案，可按照警司警诫计划以警诫方式处理，而该计划在香港似乎也一直行之有效。

6.34 因此，我们大致上赞成采用第一种模式，亦即是将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的所有涉及性的行为一律订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权，只对适当的案件提出控告。此外，我们认为没有必要在新法例中以特别条文订明儿童罪犯的判刑会较成年罪犯为轻。我们认为将此事完全交由法官以量刑酌情权决定较为简单可行。此外，如上文第 6.18 段所述，也适宜就检控酌情权的行使订立指引。

### ***罪行无分性别对我们现时的建议有何影响***

6.35 检控酌情权的行使会受到所建议的罪行无分性别原则影响。目前，检控酌情权只限于决定有关男童应否被控告或以其他方式处理。如按照建议罪行应该无分性别，检控酌情权要决定的便将

会是：(i)只控告有关男童；或(ii)只控告有关女童；或(iii)控告两者。

**建议 8**

我们建议，将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的所有涉及性的行为一律订为刑事罪行，但认同控方可行使检控酌情权以决定是否适宜对个别案件提出控告。

## 第 7 章 新法例中涉及儿童的性罪行

### 引言

7.1 本章探讨的议题，是订立关于侵犯儿童的性罪行。

7.2 我们在第 3 章（建议 3）中建议，法律应反映对两个类别少年人（即 13 岁以下儿童及 16 岁以下儿童）的保护，因此应分别就每个类别订立一系列的罪行。

7.3 就此而言，我们将在下文建议订立一系列涉及该两类儿童的罪行。两个类别的罪行会有若干重叠之处，理由已在第 3 章（第 3.44 - 3.45 段）中说明。

### 现行法例的状况及不足之处

7.4 虽然现行法例已处理上述两个类别的罪行，但只涵盖了两种涉及性的行为，即性交及猥亵侵犯。我们认为对儿童的保护应扩及其他涉及性的行为。关于此点，小组委员会已在上一份咨询文件中，建议订立以下未经同意下进行的性罪行：强奸、以插入方式性侵犯、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。<sup>1</sup> 我们认为应该参照建议订立的未经同意下进行的性罪行，新增与其相对应的儿童罪行。此外，我们认为应针对特定的性剥削事件，订立其他保护儿童的条文。这种模式已在英格兰及韦尔斯以及苏格兰获得采纳。

### 《英格兰法令》和《苏格兰法令》中涉及儿童的罪行

7.5 《英格兰法令》和《苏格兰法令》均有一系列的罪行，处理关乎上述两个类别儿童的涉及性的行为。

7.6 这两个类别的主要分别在于是否施加绝对法律责任，以及最高刑罚的级别。

---

<sup>1</sup> 香港法律改革委员会，《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月），建议 7、16、18、19、20 及 21。

## **绝对法律责任罪行**

7.7 由于将 13 岁以下儿童牵涉入任何形式的涉及性的行为，均被视为绝对错误，因此涉及这些儿童的罪行属绝对法律责任罪行。我们在第 4 章中已表明立场，认为涉及 13 岁以下儿童的罪行必然属绝对法律责任罪行，因此会在这个基础上就这些罪行作出建议。这种模式不但可以保护幼童免受性剥削，亦符合《刑事罪行条例》的现有取向。<sup>2</sup>

7.8 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中，涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行不属绝对法律责任罪行。被控人可以合理但错误相信有关儿童为 16 岁或以上作为免责辩护。<sup>3</sup> 我们在第 4 章中已表明看法，认为应就以下两个议题咨询公众：绝对法律责任应否适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，以及在此情况下，应在绝对法律责任的问题上区分插入式和非插入式涉及性的行为。

## **涉及 13 岁以下儿童的罪行刑罚较重**

7.9 《英格兰法令》和《苏格兰法令》均规定，涉及 13 岁以下儿童的罪行，刑罚较涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行为重。现行的《刑事罪行条例》也有相同的情况。我们认为，在新法例中涉及 13 岁以下儿童的罪行，刑罚应继续较涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行为重。

## **《英格兰法令》和《苏格兰法令》中涉及 13 岁以下儿童的罪行**

### *(i) 与未经同意下进行的罪行相对应的罪行*

7.10 《英格兰法令》第 5 至 8 条订有涉及 13 岁以下儿童的四项不同罪行：强奸 13 岁以下儿童（第 5 条）、以插入方式侵犯 13 岁以下儿童（第 6 条）、性侵犯 13 岁以下儿童（第 7 条），以及导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为（第 8 条）。这些罪行正好对应四项未经同意下进行的英格兰罪行，即强奸、以插入方式侵犯、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。虽然这些涉及 13 岁以下儿童的罪行与未经同意下进行的罪行相对应，但由于涉及的是稚龄儿童，因此控方无需证明受害人未予同意这点。

<sup>2</sup> 举例而言，与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条）属绝对法律责任罪行。

<sup>3</sup> 若涉及 13 岁以下儿童，此项免责辩护并不适用。

7.11 《苏格兰法令》中也有涉及 13 岁以下儿童的对应罪行：强奸幼童（第 18 条）、以插入方式性侵犯幼童（第 19 条）、性侵犯幼童（第 20 条），以及导致幼童参与涉及性的行为（第 21 条）。

(ii) 并非与未经同意下进行的罪行相对应的其他罪行

7.12 《英格兰法令》中也有其他涉及儿童的罪行不是与未经同意下进行的罪行相对应的。这类罪行同时适用于 16 岁以下儿童及 13 岁以下儿童。如有关罪行涉及 13 岁以下儿童，则属绝对法律责任罪行；但如有关罪行涉及年满 13 岁但未满 16 岁的儿童，则被控人可以合理地相信有关儿童为 16 岁或以上作为免责辩护。

7.13 这类英格兰罪行是：在儿童在场下进行涉及性的行为（第 11 条）、导致儿童观看性行为（第 12 条）、安排或利便干犯儿童罪行（第 14 条），以及为性目的诱识儿童后与其会面（第 15 条）。

7.14 《苏格兰法令》中也有一些与上述英格兰罪行相对应的罪行：导致幼童在涉及性的行为进行期间在场（第 22 条）及导致幼童观看性影像（第 23 条）。

### **《英格兰法令》和《苏格兰法令》中涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行**

(i) 与未经同意下进行的罪行相对应的罪行：

#### **《英格兰法令》**

7.15 英格兰罪行中与未经同意下进行的罪行相对应的罪行为：与儿童进行涉及性的行为（第 9 条）<sup>4</sup> 及导致或煽惑儿童进行涉及性的行为（第 10 条）。

---

<sup>4</sup> 《英格兰法令》第 9 条中的罪行涵盖以阳具或非以阳具对儿童作出插入行为。以阳具或非以阳具作出插入行为的刑罚在第(2)款中列明（见以下引文）。

《英格兰法令》第 9 条订明：

“(1) 如有以下情况，一名 18 岁或以上的人（甲）即属犯罪——

(a) 他故意触摸另一人（乙），

(b) 触摸是涉及性的，及

(c) 以下其中一种情况——

(i) 乙为 16 岁以下而甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上，或

(ii) 乙为 13 岁以下。

(2) 如触摸涉及以下情况——

(a) 甲的身体某部分或任何其他东西插入乙的肛门或阴道，

(b) 甲的阳具插入乙的口腔，

(c) 乙的身体某部分插入甲的肛门或阴道，或

(d) 乙的阳具插入甲的口腔，

## 《苏格兰法令》

7.16 苏格兰罪行中与未经同意下进行的罪行相对应的罪行为：与较年长儿童性交（第 28 条）、与较年长儿童进行或对其进行插入式涉及性的行为（第 29 条）、与较年长儿童进行或对其进行涉及性的行为（第 30 条），以及导致较年长儿童参与涉及性的行为（第 31 条）。

(ii) 并非与未经同意下进行的罪行相对应的其他罪行

## 《英格兰法令》

7.17 该等罪行为：在儿童在场下进行涉及性的行为（第 11 条）、导致儿童观看性行为（第 12 条）、安排或利便干犯儿童罪行（第 14 条），以及为性目的诱识儿童后与其会面（第 15 条）。<sup>5</sup>

## 《苏格兰法令》

7.18 《苏格兰法令》中也有适用于年满 13 岁但未满 16 岁的较年长儿童的对应罪行：导致较年长儿童在涉及性的行为进行期间在场（第 32 条）及导致较年长儿童观看性影像（第 33 条）。

## 无分性别

7.19 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中，涉及儿童的罪行是无分性别的，即侵犯对象可以是男童或女童。我们在第 3 章中建议，涉及儿童的罪行应该无分性别（建议 2），因此我们会在无分性别的基础上作出建议。

7.20 下文会更详细地研究英格兰和苏格兰的涉及儿童的罪行，并据此提出建议。

---

犯本条所订罪行的人一经循公诉程序定罪，可处不超逾 14 年的监禁。

(3) 除非第(2)款适用，否则犯本条所订罪行的人——

(a) 一经循简易程序定罪，可处不超逾 6 个月的监禁或不超逾法定最高限额的罚款或兼处监禁及罚款；

(b) 一经循公诉程序定罪，可处不超逾 14 年的监禁。”

<sup>5</sup> 《英格兰法令》中这一系列罪行适用于 16 岁以下儿童。如有关儿童年满 13 岁但未满 16 岁，则被控人可以合理地相信该名儿童为 16 岁或以上作为免责辩护。如有关儿童为 13 岁以下，则此项免责辩护不适用。

## 以阳具对儿童作出插入行为

### **英格兰罪行——强奸 13 岁以下儿童**

7.21 在《英格兰法令》中，“强奸 13 岁以下儿童”罪涵盖以阳具插入 13 岁以下儿童的阴道、肛门或口腔。《英格兰法令》第 5(1)条订明：

“如有以下情况，任何人即属犯 [强奸 13 岁以下儿童] 罪——

- (a) 他故意以其阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔，及
- (b) 该另一人为 13 岁以下。”

### **苏格兰罪行——强奸幼童**

7.22 在《苏格兰法令》中，“强奸幼童”罪涵盖以阳具插入 13 岁以下儿童的阴道、肛门或口腔。《苏格兰法令》第 18 条订明：

“如任何人（‘甲’）以其阳具对一名 13 岁以下儿童（‘乙’）的阴道、肛门或口腔作任何程度的插入，而甲是故意这样做或罔顾是否会有插入，甲即属犯一项称为强奸幼童的罪行。”

### **现有的与年龄在 13 岁以下的女童性交罪不足之处**

7.23 现有的与年龄在 13 岁以下的女童性交罪（《刑事罪行条例》第 123 条）在两方面有所不足。首先，该罪行只涵盖以阳具插入受害儿童的阴道，被插入的部位并不包括肛门或口腔。其次，该罪行并不涵盖男童受害人。有一宗香港案件可以说明第二点。该案的被控人曾任唱片骑师和私人教师，于 2013 年 11 月被裁定犯了 13 项猥亵侵犯罪和向儿童作出猥亵行为罪。

7.24 在 2010 年 2 月至 2012 年 12 月期间，被控人在家中为两名分别是 8 岁和 11 岁的男童补习时对他们作出猥亵行为，包括要求两名男童为他口交和手淫。被控人以网络摄影机和流动电话拍下片段。后来，其中一名男童就读学校的活动助理无意中在互联网上发

现被控人的裸照，事件才曝光。据报章报道，主审法官清楚表示“长期监禁在所难免”。<sup>6</sup>

7.25 在上述案件中，被控人曾以阳具插入受害儿童的口腔（即口交），行为尤其卑劣而且持续了一段颇长期间，实在应予长期监禁；但他却只能被控以猥亵侵犯和向儿童作出猥亵行为等较轻微的罪行，两项罪行的最高刑罚均只是监禁 10 年。控方不能提出较严重的与年龄在 13 岁以下的女童性交罪（最高刑罚是终身监禁），原因是该罪行只适用于与女童性交，而以阳具插入的部位亦只限于阴道。

7.26 有鉴于此，我们认为应新增一项涉及 13 岁以下儿童的无分性别罪行，涵盖以阳具插入儿童的阴道、肛门或口腔。新订罪行比现有的与年龄在 13 岁以下的女童性交罪更能保护儿童免受性剥削。建议的新订罪行生效后，现有的罪行可予废除。

### 新订罪行的名称

7.27 这项英格兰罪行和苏格兰罪行均称为“强奸”儿童。

7.28 按照英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）的说法，罪行名称采用“强奸”字眼的理据是：“……强奸是最严重的性罪行，若强奸儿童不以此罪名检控，则经改革的法律会有根本缺陷。”<sup>7</sup>

7.29 我们倾向不跟随英格兰和苏格兰的做法，即不会在涉及以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为的建议新订罪行中采用“强奸”字眼。按一般理解，强奸指未经同意下进行的性交（见法律改革委员会先前发表的《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件第 4 章的讨论）。然而，就这项涉及 13 岁以下的人的罪行而言，根本不存在同意与否的问题。以阳具对 13 岁以下的人作出插入行为，本身就是非常严重的罪行，实在无需加上“强奸”的标签。再者，一些受害儿童可能希望避免留下遭受强奸所可能造成的烙印。如果建议新订罪行的名称采用“强奸”以外的字眼，则可避免这个问题。

7.30 我们认为应新订一项称为以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为的罪行。现有的与年龄在 16 岁以下的女童性交罪（《刑事罪行条例》第 124 条）是指明性别的，并不涵盖以插入方式性侵犯男童；再者，该罪行只涵盖阴道性交，并不涵盖以身体某部分对儿童

<sup>6</sup> 《英文虎报》（The Standard）及《明报》，2013 年 11 月 27 日（案件编号 HCCC286/13）。

<sup>7</sup> 英国内政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.6.3 段。

的肛门或口腔作出性插入。另一方面，现有的猥亵侵犯罪（《刑事罪行条例》第 122 条）及向儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）都不足以反映此类严重刑事行为的严重程度。

#### **建议 9**

我们建议，新法例中应包括一项“以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 5 条。

我们亦建议订立一项“以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为”的同类罪行。

## **对儿童作出插入行为**

### **英格兰罪行——以插入方式侵犯 13 岁以下儿童**

7.31 在《英格兰法令》中，“以插入方式侵犯 13 岁以下儿童”罪涵盖非以阳具插入 13 岁以下儿童的阴道或肛门。《英格兰法令》第 6(1)条订明：

“如有以下情况，任何人即属犯 [以插入方式侵犯 13 岁以下儿童] 罪——

- (a) 他故意以自己身体某部分或任何其他东西插入另一人的阴道或肛门，
- (b) 该插入是涉及性的，及
- (c) 该另一人为 13 岁以下。”

### **苏格兰罪行——以插入方式性侵犯幼童**

7.32 在《苏格兰法令》中，“以插入方式性侵犯幼童”罪涵盖非以阳具插入 13 岁以下儿童的阴道或肛门。《苏格兰法令》第 19 条订明：

“(1) 如任何人（‘甲’）以自己身体的任何部分或任何其他东西，对一名未满 13 岁的儿童（‘乙’）的阴道或肛门作任何程度的性插

入，而甲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方式性侵犯幼童的罪行。”

### **现有的非以阳具插入儿童的阴道或肛门罪不足之处**

7.33 现时，猥亵侵犯罪（《刑事罪行条例》第 122 条）及向儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）涵盖非以阳具插入儿童的阴道或肛门。<sup>8</sup> 两项罪行的最高刑罚均只是监禁 10 年。

7.34 我们认为现有的罪行不足以反映非以阳具插入儿童的阴道或肛门行为的严重程度，因此应该订立新的罪行以涵盖这类严重行为。建议新订的罪行将涵盖非以阳具插入 13 岁以下儿童的阴道或肛门的行爲。

### **《苏格兰法令》第 19(2)条**

7.35 《苏格兰法令》第 19(2)条订明：

“(2) 在不损害第(1)款的一般性的原则下，该款提述以甲的身体的任何部分插入，须解释为包括提述以甲的阳具插入。”

7.36 由于有第 19(2)条的规定，苏格兰罪行涵盖以阳具插入的行为。英格兰罪行则没有对应的条文。

7.37 我们认为，建议新订的罪行应采纳一项类似条文，其内容参照《苏格兰法令》第 19(2)条。<sup>9</sup> 这项条文会对处理下述情况有用：受害儿童不清楚自己是被阳具还是别的东西所插入，原因例如是该名儿童当时是被蒙住眼睛或是不省人事，又或者受害人是精神上无行为能力的人。在该等情况下，犯罪者可被控以该项新罪行。我们明白，采纳《苏格兰法令》第 19(2)条的条文后，新罪行与上文建议订立的以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为的罪行之间会有重叠之处，但我们认为这样做有理由，因为拟定法律的目的应是避免出现显然曾发生侵犯儿童的严重罪行但无法予以证明的情况。

<sup>8</sup> 《刑事罪行条例》第 146 条所订罪行适用于 16 岁以下的儿童。

<sup>9</sup> 关于建议新订的以插入方式性侵犯这项属未经同意下进行的罪行，小组委员会在上份咨询文件中曾建议订立类似的条文。见香港法律改革委员会《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月）（建议 16）。

## 以插入方式侵犯 16 岁以下儿童

7.38 我们认为应该订立一项涉及 16 岁以下儿童的类似罪行。现有罪行在处理非以阳具插入较年长儿童的阴道或肛门的案件方面存在不足之处。现有的与年龄在 16 岁以下的女童性交罪（《刑事罪行条例》第 124 条）是指明性别的，并不涵盖以插入方式性侵犯男童；再者，该罪行只涵盖阴道性交，并不涵盖以身体某部分对儿童的阴道或肛门作出性插入。另一方面，现有的猥亵侵犯罪（《刑事罪行条例》第 122 条）及向儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）都不足以反映此类严重刑事行为的严重程度。

### 法定交替裁决

7.39 以下情况是有可能发生的：儿童以为自己被阳具插入，但在审讯时证据显示插入的是其他东西。为了应对这种情况，我们认为《刑事罪行条例》附表 1 应予修订，在被控人被控建议新订的以阳具对 13 或 16 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁决，改判建议新订的对 13 或 16 岁以下儿童作出插入行为罪。<sup>10</sup>

#### 建议 10

我们建议，新法例中应包括一项“对 13 岁以下儿童作出插入行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 6 条。

我们亦建议订立一项“对 16 岁以下儿童作出插入行为”的同类罪行。

我们建议采纳一项内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 19(2)条的条文，订明就对 13 岁以下儿童作出插入行为及对 16 岁以下儿童作出插入行为的罪行而言，提述以某人身体的任何部分插入，须解释为包括提述以该人的阳具插入。

我们建议修订《刑事罪行条例》附表 1，在被控人被控以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁决，改判对 13 岁以下儿童作出插

<sup>10</sup> 关于建议新订的以插入方式性侵犯这项属未经同意下进行的罪行，小组委员会在上了一份咨询文件中曾提出类似的建议。见香港法律改革委员会《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月）（建议 16）。

入行为罪；同样地，在被控人被控以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁决，改判对 16 岁以下儿童作出插入行为罪。

## 性侵犯 13 岁以下儿童

### 英格兰罪行——性侵犯 13 岁以下儿童

7.40 《英格兰法令》第 7(1)条订明：

“如有以下情况，任何人即属犯 [性侵犯 13 岁以下儿童] 罪——

- (a) 他故意触摸另一人，
- (b) 触摸是涉及性的，及
- (c) 该另一人为 13 岁以下。”

### 苏格兰罪行——性侵犯幼童

7.41 《苏格兰法令》第 20(1)及(2)条订明：

“(1) 如任何人（‘甲’）作出第(2)款所述的任何一项事情（而‘乙’在每种情况下均指未满 13 岁的儿童），甲即属犯一项称为性侵犯幼童的罪行。

(2) 该等事情为甲——

- (a) 以任何方法对乙的阴道、肛门或口腔作任何程度的性插入，而他是故意这样做或罔顾是否会有插入，
- (b) 故意或罔顾后果地对乙作出涉及性的触摸，
- (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（不论是以身体接触抑或透过用具接触，亦不论是否隔着衣服接触），
- (d) 故意或罔顾后果地向乙射出精液，
- (e) 故意或罔顾后果地向乙作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。”

## 性侵犯的范围

7.42 上述英格兰罪行和苏格兰罪行，基本上是把性侵犯这项属未经同意下进行的罪行适用于 13 岁以下儿童，但删去同意的元素。《英格兰法令》和《苏格兰法令》中性侵犯的范围限于涉及性的触摸，以及特定涉及性的行为，例如向儿童射出精液，以及向儿童作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。

7.43 小组委员会在上一份咨询文件中建议（就成年人而言）性侵犯应分为三个类别。<sup>11</sup> 第一类别是涉及性的触摸、向他人射出精液，以及向他人作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。第二类别是作出涉及性的行为，而这项行为使另一人（乙）意识到对方会使用或恐吓使用实时及非法的人身暴力。第三类别是作出涉及性的行为，而该项行为若然被另一人（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。<sup>12</sup>

7.44 由于第二及第三类别关乎未经同意的情况，我们认为上述儿童罪行无需涵盖该两个类别。（不论受害人属何年龄，该等行为如在受害人不同意的情况下作出，则根据适用的一般条文已属罪行。）我们认为上述儿童罪行应参照英格兰罪行和苏格兰罪行，只涵盖涉及性的触摸、向儿童射出精液，以及向儿童作出涉及性的射尿液或吐唾液行为（即上文第一类别的涉及性的行为）。

7.45 此外，为了保护较年长儿童免因性侵犯行为而受害，我们认为应该订立涉及 16 岁以下儿童的同类罪行。

### 建议 11

我们建议，新法例中应包括一项“性侵犯 13 岁以下儿童”的罪行。该罪行的构成元素为任何人（甲）故意向另一人（乙）作出以下任何一项行为，而乙是 13 岁以下的儿童：

(a) 触摸乙而触摸是涉及性的；

<sup>11</sup> 小组委员会在上一份咨询文件中建议把性侵犯分为三个类别，使性侵犯的范围扩大至涵盖非接触式的行为，原因是拟以性侵犯罪取代现有的猥亵侵犯罪。以性侵犯罪取代猥亵侵犯罪是因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，但依旧提供相同程度的保障以符合维护性自主权的原则。然而，猥亵侵犯并不局限于接触行为。（见香港法律改革委员会《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月），第 6.6 及 6.21 段）。

<sup>12</sup> 《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件，出处同上，建议 18、19 和 20。

(b) 向乙射出精液；或

(c) 向乙作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。

我们亦建议订立一项“性侵犯 16 岁以下儿童”的同类罪行。

## 导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为

### 英格兰罪行——导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为

7.46 《英格兰法令》第 8(1)条订明：

“如有以下情况，任何人即属犯 [ 导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为 ] 罪——

(a) 他故意导致或煽惑另一人（乙）进行一项行为，

(b) 该项行为是涉及性的，及

(c) 乙为 13 岁以下。”

7.47 上述英格兰罪行，与导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为这项属未经同意下进行的罪行相对应，但没有同意的元素。

### 苏格兰罪行——导致幼童参与涉及性的行为

7.48 《苏格兰法令》第 21 条订明：

“如任何人（‘甲’）故意导致一名未满 13 岁的儿童（‘乙’）参与一项涉及性的行为，甲即属犯一项称为导致幼童参与涉及性的行为的罪行。”

7.49 上述苏格兰罪行，与性胁迫这项属未经同意下进行的罪行相对应，但没有同意的元素。

### “导致”或“煽惑”两个部分

7.50 虽然英格兰的“导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为”这项儿童罪行，与“导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为”这项属未经同意下进行的罪行相对应，但前者是在导致或煽

惑儿童进行涉及性的行为的情况下都会干犯的，而后者则只会导致的情况下才会干犯。

7.51 上述英格兰的儿童罪行除有导致的部分外，还有煽惑的部分。同样地，现有的《刑事罪行条例》第 146 条中的与或向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为罪亦有煽惑的部分。<sup>13</sup> 任何人煽惑儿童与他或她、向他或她、与另一人或向另一人作出严重猥亵作为，即属犯此罪行。

7.52 我们认为，在建议订立的儿童罪行中加入煽惑这第二部分，其优点是提供与现有的与或向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为罪相同程度的保护。在某些情况下，犯罪者煽惑儿童进行涉及性的行为，但最后该项行为不论因何理由告吹；如果建议订立的罪行有煽惑的部分，便能为儿童提供保护。我们认为在这种情况下，煽惑行为本身已构成罪行，应作刑事罪行处罚。

7.53 小组委员会在上一份咨询文件中建议订立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。<sup>14</sup> 我们认为应该订立一项儿童罪行，以对应该项未经同意下进行的罪行。我们觉得，任何人导致或煽惑儿童进行任何形式涉及性的行为，都是构成罪行的行为，因此应该订立一项新的罪行涵盖这种行为。

7.54 此外，为了保护较年长儿童，我们认为应该订立一项涉及 16 岁以下儿童的同类罪行。

### **建议 12**

**我们建议，新法例中应包括一项“导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 8 条。**

**我们亦建议订立一项“导致或煽惑 16 岁以下儿童进行涉及性的行为”的同类罪行。**

<sup>13</sup> 现有的与或向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）是以英格兰《1960 年与儿童作出猥亵行为法令》（Indecency with Children Act 1960）第 1 条中的与幼童作出猥亵行为罪为蓝本。该法令（包括第 1 条的罪行）已被《2003 年性罪行法令》整体废除。

<sup>14</sup> 香港法律改革委员会《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月），建议 21。

并非与未经同意下进行的罪行相对应的其他罪行：

**在儿童在场下进行涉及性的行为 / 导致幼童在涉及性的行为进行期间在场**

**英格兰罪行——在儿童在场下进行涉及性的行为**

7.55 《英格兰法令》第 11 条就“在儿童在场下进行涉及性的行为”的罪行订定条文：

“(1) 如有以下情况，一名 18 岁或以上的人  
(甲) 即属犯罪——

- (a) 他故意进行一项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 为了得到性满足，他在以下情况进行该项行为——
  - (i) 当时有另一人（乙）在场，或身处能看到甲的地方，及
  - (ii) 知道或相信乙察觉到，或有意令乙察觉到他正在进行该项行为，及
- (d) 以下其中一种情况——
  - (i) 乙为 16 岁以下而甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上，或
  - (ii) 乙为 13 岁以下。”

7.56 发生这种罪行的典型场景是一名恋童癖者明知有儿童在房间内观看他手淫或与另一人进行涉及性的行为，而藉此得到性快感。<sup>15</sup>

7.57 构成这项罪行的必要元素是犯罪者“知道或相信乙察觉到，或有意令乙察觉到他正在进行该项行为”。因此，犯罪者必须

<sup>15</sup> Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大学出版社, 2004 年), 第 66 页。

有意让该名儿童看见他或她正在做的事，或至少也要怀疑或相信该名儿童可能会从另一房间或地点看得到他或她。<sup>16</sup>

### 苏格兰罪行——导致幼童在涉及性的行为进行期间在场

7.58 《苏格兰法令》第 22 条订立了类似罪行，称为“导致幼童在涉及性的行为进行期间在场”。该罪行涵盖以下情况：某人（甲）故意在一名 13 岁以下儿童（乙）在场下进行涉及性的行为；或导致乙在第三者进行涉及性的行为期间在场。甲的行为必须是为了得到性满足或为了使乙感到受侮辱、困扰或惊恐，才会构成罪行。<sup>17</sup>

### 儿童可能亲身在场或通过网络摄影机观看

7.59 这项罪行旨在涵盖的情况，是有人在儿童在场下进行某种涉及性的行为。犯罪者进行涉及性的行为时，该名儿童可能是亲身在场，也可能是身在别处而影像是通过好像网络摄影机的途径看到的。下举两宗案件为例。

7.60 在 *R v Pedley Re Martin* 案中，<sup>18</sup> 被控人是一名 41 岁的男子。他对小女孩存有幻想，在日记内写下了对年幼女童的性幻想，用词令人厌恶。在一段大约三个月的期间，他习惯把车四处兜转，在学校或超级市场外面寻找年幼女童来窥看，然后在车上手淫。他会摄录自己所作行为，并拍下所窥看的其中一些女童。有若干次他故意向女童露体，一些女童清楚看到他在做甚么；其中一次他更走出车外继续手淫，但没有走近他正在窥看的女童。其后，他在两次行事后被捕。他承认两项在 13 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为罪，违反《性罪行法令》第 11 条。

<sup>16</sup> Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大学出版社, 2004 年), 第 66 页。

<sup>17</sup> 《苏格兰法令》第 22(1)及(2)条订明：

“(1) 如任何人（‘甲’）——

(a) 故意进行涉及性的行为并且为了第(2)款所述目的而在一名未满 13 岁的儿童（‘乙’）在场下进行，或

(b) 故意并且为了第(2)款所述目的而导致乙在第三者进行涉及性的行为期间在场，

甲即属犯一项称为导致幼童在涉及性的行为进行期间在场的罪行。

(2) 该等目的为——

(a) 得到性满足，

(b) 使乙感到受侮辱、困扰或惊恐。”

<sup>18</sup> *R v Pedley Re Martin* [2009] EWCA Crim 840; [2009] 1 WLR 2517 (CA).

7.61 在 *R v Abbondandolo* 案中，<sup>19</sup> 被控人在互联网聊天室自称是 14 岁男童，结识了一名 12 岁的女童和她的 13 岁表哥后，三人开始聊天。被控人邀请他们到一个私隐度较高的服务器上聊天，又要求女童开启网络摄影机，女童也向他作出同样要求。被控人照办，女童发现被控人并非声称的 14 岁。被控人对她说，自己其实 28 岁。他取得了女童的流动电话号码，给她打电话，又说稍后会再打。过了几天，他再联络女童，但不知女童的母亲当时在房间内。被控人以为对方是 12 岁女童，向她问了一些涉及性的问题，接着便在网络摄影机前露体，并开始手淫。女童的母亲用流动电话拍下被控人面貌和勃起阳具的照片，然后报警。警方很快到场。计算机上一些与被控人聊天的内容被打印出来。被控人被捕时，警方又从他的计算机找到 48 幅不雅影像，其中 44 幅属第一级别。他承认所有案情，被裁定在儿童在场下进行涉及性的行为罪名成立。

### 被控人的年龄

7.62 英格兰罪行只能够由成年人（即 18 岁或以上的人）对 13 岁以下儿童干犯。然而，如被控人为 18 岁以下，则可根据第 13 条被控以最高刑罚较低的另一项罪名。<sup>20</sup> 至于苏格兰罪行，则没有指明被控人的年龄。换言之，苏格兰罪行均可由成年人或儿童干犯。<sup>21</sup>

7.63 苏格兰模式让法官可以根据案情在合理情况下行使判刑酌情权，向儿童罪犯施加比成年人罪犯较轻的刑罚。<sup>22</sup> 我们赞成这种模式，认为不应指明被控人的年龄。

<sup>19</sup> *R v Abbondandolo* [2007] EWCA Crim 2924; [2008] 2 Cr.App.R. (S.) 21.

<sup>20</sup> 《英格兰法令》第 13 条订明：

- “(1) 一名 18 岁以下的人作出若满 18 岁则根据第 9 至 12 任何一条属犯罪的事情，即属犯 [儿童或少年人犯儿童性罪行] 罪。
- (2) 任何人犯本条所订罪行——
- (a) 一经循简易程序定罪，可处不超逾 6 个月的监禁或不超逾法定最高限额的罚款或兼处监禁及罚款；
- (b) 一经循公诉程序定罪，可处不超逾 5 年的监禁。”

<sup>21</sup> 《苏格兰法令》中另有一系列侵犯较年长儿童（即年满 13 岁但未满 16 岁者）的罪行，只可用以控告 16 岁或以上的人（见《苏格兰法令》第 28-36 条）。

<sup>22</sup> 在涉及儿童罪犯的案件中，控方亦可行使检控酌情权，以确保只会将合适的案件提交法庭。

## 行为目的超越性满足

### 英格兰罪行

7.64 如甲的行为旨在得到性满足，便构成英格兰罪行。被控人的目的可以涉及短期和长期的性满足两者，也可以涉及实时和延后的性满足两者。<sup>23</sup>

7.65 在 *Regina v Abdullahi* 案中，<sup>24</sup> 被告人被控导致儿童观看性行为罪（《2003 年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 2003*）第 12(1) 条）。根据第 12(1) 条，一名 18 岁或以上的人为了得到性满足而故意导致一名 16 岁以下的人观看任何人进行涉及性的行为的影像，即属犯罪。案中被告人是 30 岁出头的男子，对方是 13 岁男童。被告人向男童播放一出描划男女性行为的色情电影，以及一出描划同性间涉及性的行为的电影。

7.66 法官在审讯中引导陪审团，指在定罪前先要信纳被告人向男童播放该等电影是为了得到性满足，方式可以是享受看着男童观看有关影像而得到性满足，也可以是令男童萌生欲念而稍后给予他性满足。

7.67 被告人被裁定罪名成立。他提出上诉，理由是法官给予陪审团的指引超越被告人的实时性满足而包含延后满足的元素，而这并非《2003 年性罪行法令》第 12(1) 条的原意。

7.68 该项上诉被驳回。上诉法庭裁定，《2003 年性罪行法令》第 12 条的措词并没有令人理解为只有性满足和影像展示是同时、同期或同步发生才算犯罪。被告人的目的可以是得到任何形式的性满足，不论是短期或长期、实时或延后，或是实时加延后的性满足，均可构成罪行。

7.69 举例而言，如有人为了得到性满足而强迫儿童观看两个人性交或强迫儿童观看色情电影，即属犯此罪行。<sup>25</sup>

### 苏格兰罪行

7.70 甲的行为若是为了得到性满足或为了使乙感到受侮辱、困扰或惊恐，便会构成苏格兰罪行。<sup>26</sup>

<sup>23</sup> *Regina v Abdullahi*, 出处同上, 判决书第 17 段。

<sup>24</sup> *Regina v Abdullahi*, [2006] EWCA Crim 2060; [2007] 1 W.L.R. 225.

<sup>25</sup> 《2003 年性罪行法令》注释, 第 21 段。

7.71 我们赞成苏格兰的模式，即把行为目的扩大至使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐。我们认为，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐而进行涉及性的行为，对儿童的潜在伤害等同为了得到性满足而进行涉及性的行为。这样的行为是可构成罪责的，应按刑事法惩处。

7.72 我们因此建议，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。我们认为，这项罪行元素亦应适用于我们所讨论的与被控人行为的目的相关的其他罪行。

### **犯罪者导致儿童在第三者进行涉及性的行为时在场应否构成罪行？**

7.73 犯罪者“导致乙在第三者进行该行为期间在场”，亦构成苏格兰罪行。<sup>27</sup> 我们认为应采纳苏格兰罪行的这项犯罪元素。不论是犯罪者在儿童在场下进行涉及性的行为，或是犯罪者导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场，对儿童造成的伤害是一样的。

7.74 在保护原则下，儿童应受保护免因以下情况而受性剥削：犯罪者为了得到性满足，或为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐而在儿童在场下进行涉及性的行为。同样地，犯罪者导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场亦属性剥削，儿童亦应就此受到保护。我们因此建议订立一项涉及 13 岁以下幼童的新罪行，以涵盖该等犯罪行为。我们亦建议订立一项涉及 16 岁以下儿童的同类罪行，以保护较年长儿童。

#### **建议 13**

**我们建议，新法例中应包括一项“在 13 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 22 条。**

**我们亦建议订立一项“在 16 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为”的同类罪行。**

<sup>26</sup> 犯罪者令该名儿童在场，目的必须是为了使该名较年长儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。若有人在其他情况下令儿童在场便不算犯此罪行。举例而言，父母在与已入睡婴儿同处一室时进行涉及性的行为，便不算犯此罪行（见苏格兰法律委员会，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007 年 12 月），Scot Law Com No. 209，第 157 页。

<sup>27</sup> 《苏格兰法令》第 22(1)(b)条。

导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场，亦应构成上述两项罪行。此外，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

## 导致儿童观看性行为 / 导致幼童观看性影像

### 英格兰罪行 —— 导致儿童观看性行为

7.75 《英格兰法令》第 12 条规定，如一名 18 岁或以上的人（甲）为了得到性满足而故意导致一名 16 岁以下儿童（乙）观看第三者进行涉及性的行为，或观看任何人进行涉及性的行为的影像，即属犯“导致儿童观看性行为”罪。如乙为 13 岁或以上但未满 16 岁，则控方必须证明甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上。<sup>28</sup>

### 有关行为的不道德目的可与其他正当目的并存

7.76 被告人为了得到性满足的目的可能与另一正当目的并存。举例而言，有时为了教学或医学原因而向儿童展示性影像是恰当的，因此罪责只会落在为了得到性满足的不道德目的上。<sup>29</sup>

### 苏格兰罪行 —— 导致幼童观看性影像

7.77 《苏格兰法令》第 23 条订有“导致幼童观看性影像”的类似罪行。如任何人（甲）故意导致一名 13 岁以下儿童（乙）观看性影像，甲即属犯此罪行。甲的行为必须是为了得到性满足或为了使乙感到受侮辱、困扰或惊恐，才会构成这项罪行。<sup>30</sup>

<sup>28</sup> 《英格兰法令》第 12(1)条订明：

- “(1) 如有以下情况，一名 18 岁或以上的人（甲）即属犯 [导致儿童观看性行为] 罪 ——
- (a) 为了得到性满足，他故意导致另一人（乙）观看第三者进行某项行为，或观看任何人进行某项行为的影像，
  - (b) 该项行为是涉及性的，及
  - (c) 以下其中一种情况 ——
    - (i) 乙为 16 岁以下而甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上，或
    - (ii) 乙为 13 岁以下。”

<sup>29</sup> *Regina v Abdullahi* [2006] EWCA Crim 2060; [2007] 1 W.L.R. 225, 判决书第 16 段。

<sup>30</sup> 《苏格兰法令》第 23(1)及(2)条订明：

- “(1) 如任何人（‘甲’）故意并且为了第(2)款所述目的而导致一名未满 13 岁的儿童（‘乙’）观看性影像，甲即属犯一项称为导致幼童观看性影像的罪行。
- (2) 该等目的为 ——
- (a) 得到性满足，
  - (b) 使乙感到受侮辱、困扰或惊恐。”

7.78 苏格兰罪行涵盖单一种行为，即导致儿童观看性影像的行为。对比之下，英格兰罪行则涵盖两种行为，即(i)导致儿童观看第三者进行涉及性的行为；及(ii)导致儿童观看任何人进行涉及性的行为的影像。

7.79 我们认为只涵盖导致儿童观看性影像的行为的苏格兰模式较为可取，理由是我们在前文建议订立的在13岁以下儿童在场下进行涉及性的行为的罪行，应已涵盖犯罪者导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场的情况。

7.80 现时并无罪行涵盖导致幼童观看性影像的行为。按照保护原则，有需要订立新罪行，以保护幼童免受这种出于个人性动机的性剥削。因此，我们认为应该订立新罪行，以涵盖这种侵犯13岁以下幼童的行为。此外，现时亦无罪行涵盖导致较年长儿童观看性影像的行为，我们认为应该订立同类罪行，以涵盖有关行为。

### **影像的定义**

7.81 还有一个议题，是关于“性影像”一词的。《苏格兰法令》已就有关罪行界定该词。

7.82 《苏格兰法令》第23(3)条订明：

“就第(1)款而言，性影像指以下影像（不论以何种方式制作，亦不论是否活动影像）——

- (a) 甲在进行涉及性的行为或第三者或假想的人在进行涉及性的行为，
- (b) 甲的生殖器官或第三者或假想的人的生殖器官。”

7.83 我们认为应该采纳《苏格兰法令》中性影像的定义，理由是该定义对本质涉及性的影像的各种可能情况作出了全面界定，特别是顾及了“一个可能出现的问题，就是涉及性的行为的影像不一定描划真人，也可以是以计算机制作的人的影像”。<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> 苏格兰法律委员会，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），Scot Law Com No. 209，第3.60段。

#### 建议 14

我们建议，新法例中应包括一项“导致 13 岁以下儿童观看性影像”的罪行，其内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 23 条。

我们亦建议订立一项“导致 16 岁以下儿童观看性影像”的同类罪行。

被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 23(3) 条中性影像的定义应予采纳。

## 附带事宜

7.84 下文将讨论“安排或利便干犯儿童性罪行”罪，以及一些与涉及儿童的罪行有关的附带事宜。

7.85 应注意的是，在《英格兰法令》中，“安排或利便干犯儿童性罪行”罪适用于所有 16 岁以下儿童。换言之，该罪行同样适用于 13 岁以下儿童及年满 13 岁但未满 16 岁的儿童。

## 安排或利便干犯儿童性罪行

7.86 《英格兰法令》第 14(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人即属犯 [“安排或利便干犯儿童性罪行”] 罪——

- (a) 该人故意安排或利便在世界任何地方作出某事情，而该事情是该人拟作出、拟由另一人作出或相信另一人会作出的，及
- (b) 作出该事情涉及干犯第 9 至 13 条所指的任何罪行。”

7.87 因此，上述罪行涵盖的情况是任何人（甲）故意：

- (i) 安排或利便作出某项甲拟作出的行为；
- (ii) 安排或利便作出某项甲拟由另一人（乙）作出的行为；
- (iii) 安排或利便作出某项甲相信乙会作出的行为，

而该行为是在世界任何地方作出的，并且涉及干犯第 9 至 13 条所指的儿童罪行。<sup>32</sup>

### 干犯有关罪行的例子

7.88 以下是干犯有关罪行首两个部分的例子：某人（甲）接触代理人，要求代理人促使某儿童与甲本人或一个朋友进行涉及性的行为。在此情况下，不论上述涉及性的行为有否发生，亦已干犯有关罪行。<sup>33</sup>

7.89 以下是干犯有关罪行第三个部分的例子：甲故意开车接载另一人（X）与某儿童会面，而甲相信 X 会与该儿童进行涉及性的行为。<sup>34</sup>

### 有关罪行的例外情况

7.90 根据第 14(2)及(3)条，如某人的行为旨在保护有关儿童，则可获豁免承担有关罪行的法律责任。如某人为下述目的而行事，则他的行为即属为了保护有关儿童：保护儿童以免其怀孕或感染经由性接触传染的疾病，保护儿童的人身安全，或向儿童提供意见以促进其情绪健康。上述例外情况只在下述条件下适用：该人的行为不是为了得到性满足，亦不是为了导致或鼓励构成第 9 至 13 条所指儿童性罪行的行为或导致或鼓励儿童参与该行为。<sup>35</sup>

<sup>32</sup> 第 14 条中“安排或利便干犯儿童性罪行”罪所指的儿童罪行包括：与儿童进行涉及性的行为（第 9 条）、导致或煽惑儿童进行涉及性的行为（第 10 条）、在儿童在场下进行涉及性的行为（第 11 条）、导致儿童观看性行为（第 12 条），以及儿童或少年人所犯的儿童性罪行（第 13 条）。

<sup>33</sup> 《2003 年性罪行法令》注释，第 24 段。

<sup>34</sup> 《2003 年性罪行法令》注释，第 24 段。

<sup>35</sup> 《英格兰法令》第 14(2)及(3)条订明：

- “(2) 如有以下情况，任何人不属犯本条所订罪行——
  - (a) 他安排或利便作出他相信另一人会作出的事情，但他不拟作出该事情，亦不拟由另一人作出该事情，及
  - (b) 属第(1)(b)款范围内的罪行是侵犯某儿童的罪行，而他的行为是为了保护该儿童。
- (3) 就第(2)款而言，如任何人为下述目的而行事——
  - (a) 保护儿童以免其感染经由性接触传染的疾病，
  - (b) 保护儿童的人身安全，
  - (c) 预防儿童怀孕，或
  - (d) 向儿童提供意见以促进其情绪健康，

7.91 上述免责辩护适用的一个例子，就是医护人员为一名 14 岁女童提供避孕药物或避孕用品，以预防疾病或怀孕。然而，即使有这项免责辩护的规定，由于医护人员不应导致、安排、利便或鼓励任何人干犯儿童罪行，因此该人员理应警告该儿童，指出如果她和伴侣真的进行任何涉及性的行为，她和伴侣两人便会干犯罪行。<sup>36</sup>

### **有关罪行的范围较企图犯罪为广并自成完整罪行**

7.92 上诉法庭在 *Regina v Robson* 案中指出，<sup>37</sup> “安排或利便干犯儿童性罪行”罪（《英格兰法令》第 14 条）对预备步骤施加了刑事法律责任，以防止儿童遭受性侵犯。有关法例旨在涵盖的情况，是在儿童尚未实际受害前，令犯罪者因为采取了预备侵犯儿童的步骤而有罪。虽然有关行为属预备性质，但第 14 条所订立的是实质罪行。

7.93 *Regina v Robson* 的案情，说明了有关罪行可有效地在儿童尚未实际受害前，将采取预备侵犯儿童的步骤的恋童癖者绳之于法。案中被控人是一名妓女的顾客，而该妓女是控方主要证人。2007 年 3 月，被控人问该妓女是否认识任何年幼妓女，以及她是否愿意“与狗同行”（go with a dog）。妓女说不认识任何年幼女童，但被控人仍不肯罢休，向她传送文字短讯，问可否找到这样的年幼女童。妓女没有答应，也没有让被控人有理由相信她会这样做。妓女将此事向警方报告。后来被控人被拘捕，他正式承认自己传送了两则文字短讯。他被控干犯安排或利便干犯儿童性罪行的整项罪行。主审法官认为即使被控人一再提出有关要求，但该要求也只是企图犯罪的预备行为而已，因此判被控人罪名不成立。控方就此提出上诉。

7.94 在上诉聆讯中，上诉法庭认为被控人提出的要求是干犯整项罪行前需要作出的最后一步，所以控告被控人企图干犯有关的实质罪行并无不当。因此，控方上诉得直，案件发还重审。

7.95 重审时，被控人被裁定企图干犯“安排或利便干犯儿童性罪行”的整项罪行罪名成立。被控人其后就定罪提出上诉，这是有关该案的第二次上诉（第一次是上文所述由控方提出的上诉）。在第二次上诉中，上诉法庭批评重审时主审法官对陪审团作出的总结，认为有关总结在整体理解上似乎向陪审团发出了一个清楚的讯

---

而该人的行为不是为了得到性满足，亦不是为了导致或鼓励构成属第(1)(b)款范围内的罪行的行为或导致或鼓励儿童参与该行为，则他的行为即属为了保护有关儿童。”

<sup>36</sup> Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大学出版社, 2004 年), 第 70 页。

<sup>37</sup> *Regina v Robson* [2008] EWCA Crim 619; [2009] 1 W.L.R.713 (2008 年 1 月 16 日) 上诉法庭。

息，就是在该项企图犯罪的控罪上，被控人并无答辩理由可供陪审团考虑。在此情况下，有关答辩理由便没有公平和适当地交由陪审团考虑。上诉法庭因此判被控人上诉得直，撤销定罪。然而，上诉法庭认为，为了司法公正（由于被控人上诉得直纯因法官引导不当，而非案件具有理据），应以企图干犯“安排干犯儿童性罪行”的整项罪行对被控人再次重审。<sup>38</sup> 在第二次重审中，被控人再被定罪。<sup>39</sup>

7.96 我们认为，香港应订立同类罪行。建议订立的罪行可让有关当局及早行动，将采取预备步骤以安排或利便他人侵犯儿童的恋童癖者绳之于法。在加强保护儿童免受性剥削方面，这会是重要一步。应该注意，建议订立的罪行会涵盖安排或利便干犯涉及同意年龄以下儿童的罪行。换言之，该罪行会同样适用于 13 岁以下儿童及 16 岁以下儿童。

#### 建议 15

我们建议，新法例中应包括一项“安排或利便干犯儿童性罪行”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 14 条。

### 就协助、教唆和怂使他人干犯儿童性罪行而言健康及治疗事宜属例外情况

7.97 英国内政部检讨小组认为，就性健康事宜（如避孕等）向青少年人提供协助、意见、治疗及支持的人，在正常情况下不应被视为协助和教唆他人干犯儿童性罪行：

“刑事法不得阻碍向青少年人提供关乎健康及关系问题的意见、指引或治疗。我们将之视为对青少年人未来的健康和福祉至为重要的关键，而政府应付青少年怀孕问题的策略也是支持这个看法的。就性健康事宜（如避孕等）尝试向青少年人提供协助、意见、治疗及支持的人，在正常情况下不应被视为协助和教唆他人干犯

<sup>38</sup> *Regina v JR* [2008] EWCA Crim 2912; 2008 WL 5130228 (2008 年 11 月 7 日)。

<sup>39</sup> 在第二次重审中，法庭判被控人监禁 3 年，并对其施加无限期的性罪行预防令。被控人就定罪及性罪行预防令向上诉法庭提出上诉，这是上诉法庭第三次审理该案。上诉法庭维持定罪判决，但将性罪行预防令的限期减为 5 年。（见 *Regina v John Paul Robson* [2009] EWCA Crim 1472; 2009 WL 1949616 (2009 年 6 月 23 日)）。

刑事罪行。没有人希望作出阻吓，令少年人不敢寻求上述协助，或令专业人士不敢提供这种协助。”<sup>40</sup>

7.98 因此，检讨小组建议，“获认可为就性健康事宜向儿童及少年人提供协助、意见、治疗及支持的人，不应被视为协助和教唆他人干犯刑事罪行；就性健康事宜（包括避孕）寻求协助及意见的儿童及少年人，也不应被视为干犯有关罪行。”<sup>41</sup>

7.99 检讨小组的建议获纳入《英格兰法令》第 73 条，该条订明了协助、教唆和怂使<sup>42</sup>他人干犯第(2)款中涉及儿童的罪行的例外情况。<sup>43</sup> 在这些例外情况下，如某人的行事目的是保护儿童以免其感染经由性接触传染的疾病、保护儿童的人身安全、预防儿童怀孕或向儿童提供意见以促进其情绪健康，则可获豁免法律责任。但这些例外情况适用的条件，只限于该人的行为不是为了得到性满足，也不是为了导致或鼓励构成第(2)款所列儿童性罪行的行为或导致或鼓励儿童参与该行为。

7.100 我们赞同有关看法，认为就性健康事宜（如避孕）向少年人提供协助、意见、治疗及支持的人，在正常情况下不应被视为协助和教唆他人干犯刑事罪行。否则，医护人员便会有所顾忌，不敢就性事宜向少年人提供协助，而青少年也会怯于就性问题寻求适当

<sup>40</sup> 英国内政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.8.1 段。

<sup>41</sup> 英国内政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 26 项建议。

<sup>42</sup> 在香港，《刑事诉讼程序条例》（香港法例第 221 章）第 89 条就协助、教唆、怂使或促使他人犯罪作出规定，订明：

“任何人协助，教唆，怂使或促使另一人犯任何罪行，即属就同一罪行有罪。”

<sup>43</sup> 《英格兰法令》第 73 条订明：

**“73 协助、教唆和怂使的例外情况**

- (1) 如任何人为下述目的而行事——
  - (a) 保护儿童以免其感染经由性接触传染的疾病，
  - (b) 保护儿童的人身安全，
  - (c) 预防儿童怀孕，或
  - (d) 向儿童提供意见以促进其情绪健康，而该人的行为不是为了得到性满足，亦不是为了导致或鼓励构成有关罪行的行为或导致或鼓励儿童参与该行为，则不会因协助、教唆或怂使他人干犯本条适用的侵犯儿童罪行而有罪。
- (2) 本条适用于——
  - (a) 第 5 至 7 条任何一条所订的罪行（侵犯 13 岁以下儿童的罪行）；
  - (b) 第 9 条所订罪行（与儿童进行涉及性的行为）；
  - (c) 第 13 条所订罪行，而如果犯罪者年满 18 岁则为第 9 条所订罪行；
  - (d) 第 16、25、30、34 及 38 条任何一条所订的侵犯 16 岁以下儿童的罪行（涉及性的行为）。
- (3) 本条并不影响规限任何人因协助、教唆或怂使他人干犯本部所指罪行而属有罪的情况的其他成文法则或法律规则。

的专业协助及意见。我们认为新法例应订明类似第 73 条中的例外情况。

7.101 第 73 条所订明的是一般例外情况，适用于第(2)款中涉及儿童的罪行。如上所论，就安排或利便干犯儿童性罪行的罪行而言，《英格兰法令》第 14 条订有类似的例外情况，特定适用于安排或利便干犯儿童性罪行的罪行。鉴于第 73 条的一般例外情况与第 14 条的特定例外情况显然有重迭之处，我们认为第 14 条的特定例外情况应归入第 73 条的一般例外情况之内。

#### **建议 16**

**我们建议应就协助、教唆和怂使他人干犯涉及儿童的罪行订定例外情况，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 14 条，适用条件是有关的人旨在为下述目的行事：保护儿童以免其怀孕或感染经由性接触传染的疾病，保护儿童的人身安全，或向儿童提供意见以促进其情绪健康。**

### **对一些涉及儿童的现有罪行的检视**

7.102 我们已在上文建议新订多项涉及儿童的罪行，下文将检视一些现有罪行，以考虑是否需要继续保留。<sup>44</sup>

#### **与年龄在 13 / 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 及 124 条）**

7.103 这两项现有罪行均指明性别，保护的是未足龄女童而非未足龄男童，并且只涵盖阴道性交而并不涵盖对儿童的肛门或口腔作出的插入式性侵犯。

7.104 我们认为，在新法例制定后应废除上述两项现有罪行。有关罪行现时涵盖的犯罪行为，将由建议订立的以插入方式性侵犯 13 岁以下儿童及以插入方式性侵犯年满 13 岁但未满 16 岁儿童这两项

<sup>44</sup> 小组委员会在上一份咨询文件中，吁请草拟有关法律的人员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。见香港法律改革委员会《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月），第 2.45 段。

罪行涵盖。建议订立的罪行无分性别，涵盖对儿童作出的插入式性侵犯，范围不限于阴道性交。

### 建议 17

我们建议，在新法例制定后应废除与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条）及与年龄在 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 124 条）的罪行。

## 向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为（《刑事罪行条例》第 146 条）

7.105 这项罪行涵盖的情况是“任何人与或向一名年龄在 16 岁以下的儿童作出严重猥亵作为，或煽惑一名年龄在 16 岁以下的儿童与他或她、向他或她、与另一人或向另一人作出此种作为”。

7.106 性罪行改革的一个重要目标，是务求使法律清晰明确。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>45</sup> 这项罪行的一项元素是作出或煽惑他人作出严重猥亵作为。如第 1 章所论，“严重猥亵作为”一词缺乏准确定义，而案例中对这词作出了多个可能的解释。按照法律必须清晰明确的原则，我们认为在新法例制定后应废除这项罪行。

7.107 英格兰《1960 年与儿童作出猥亵行为法令》（Indecency with Children Act 1960）第 1 条中的相应罪行已被废除。

7.108 现时由《刑事罪行条例》中这项罪行涵盖的刑事行为，将由我们建议订立的数项新罪行涵盖，而新罪行会更加清晰明确。这些新罪行包括：性侵犯 13 / 16 岁以下儿童、导致或煽惑 13 / 16 岁以下儿童进行涉及性的行为、在 13 / 16 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为，以及导致 13 / 16 岁以下儿童观看性影像。

<sup>45</sup> 苏格兰法律委员会，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007 年 12 月），Scot Law Com No 209，第 2.5 段。

### 建议 18

我们建议，在新法例制定后应废除《刑事罪行条例》第 146 条中向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为的罪行。

## 男子与 21 岁以下女童作出肛交（《刑事罪行条例》第 118D 条）

7.109 我们认为，在新法例制定后应废除男子与 21 岁以下女童作出肛交的罪行。这项罪行可基于多个理由而受到批评。首先，这项罪行指明性别，只涵盖与女童作出的肛门性交。其次，这项罪行与 *Leung TC William Roy v SJ* 案中裁定可同意肛门性交的法定年龄（16 岁）并不相符。<sup>46</sup> 根据 *Leung TC William Roy* 案的判决，只要两名同性恋伴侣均为 16 岁或以上，则他们进行肛交并非不合法。因此，如果两名异性恋伴侣中女方为 16 岁或以上但未满 21 岁，而他们不能合法进行经同意下的肛门性交，则对他们并不公平。

7.110 这项罪行涵盖的行为，部分将由以阳具对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为，以及对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为这两项建议订立的罪行所涵盖，而这两项罪行均是无分性别的。

### 建议 19

我们建议，在新法例制定后应废除《刑事罪行条例》第 118D 条中男子与 21 岁以下女童作出肛交的罪行。

## 涉及少年人的同性恋罪行

7.111 现时有两项涉及少年人的同性恋罪行，即由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交（《刑事罪行条例》第 118C 条），以及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118H 条）。

<sup>46</sup> *Leung TC William Roy v SJ*, [2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004, 原讼法庭。上诉法庭维持了有关裁决(CACV 317/2005)。

7.112 第 118C 条规定，任何男子与年龄在 16 岁以下的男子作出肛交，或任何年龄在 16 岁以下的男子与另一名男子作出肛交，即属犯罪。第 118H 条规定，任何男子与年龄在 16 岁以下的男子作出严重猥亵作为，或任何年龄在 16 岁以下的男子与另一名男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。（第 118C 条以往规定，任何男子与年龄在 21 岁以下的男子作出肛交，或任何年龄在 21 岁以下的男子与另一名男子作出肛交，即属犯罪。第 118H 条以往规定，任何男子与年龄在 21 岁以下的男子作出严重猥亵作为，或任何年龄在 21 岁以下的男子与另一名男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。如第 2 章所论，上诉法庭维持原讼法庭在 *Leung TC William Roy v SJ* 案的裁决（即裁定当时的第 118C 及 118H 条违宪和无效，但以有关条文适用于 16 岁或以上但未满 21 岁的男子的范围为限）。<sup>47</sup> 《2014 年成文法（杂项规定）条例》（2014 年第 18 号条例）其后在 2014 年 11 月 26 日制定，以修订当时的第 118C 及 118H 条，将该等条文中所有提述“21”之处代以“16”。）

7.113 我们认为，香港法例不应继续保留该两项同性恋罪行。按照无分性别和避免基于性倾向而作出区别的原则，同性恋罪行应予废除。该两项罪行所涵盖的行为，部分会纳入以下建议订立的无分性别的罪行：以阳具对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为、对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为、性侵犯 13 / 16 岁以下儿童，以及导致或煽惑 13 / 16 岁以下儿童进行涉及性的行为。

7.114 英国在制定《2003 年性罪行法令》后，已废除肛交及男子间作出猥亵行为的罪行（《1956 年性罪行法令》第 12 及 13 条）。

#### **建议 20**

**我们建议，在新法例制定后应废除由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交（《刑事罪行条例》第 118C 条）及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118H 条）的罪行。**

<sup>47</sup> *Leung TC William Roy v SJ*, [2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004, 原讼法庭。上诉法庭维持了有关裁决(CACV 317/2005)。

## 拐带罪行

7.115 《刑事罪行条例》第 126 条规定，任何人将一名年龄在 16 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，即属犯罪。该条例第 127 条规定，任何人将一名年龄在 18 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，使她与多名或某一名男子非法性交，即属犯罪。

7.116 这两项拐带罪行可予批评之处，是两项罪行指明了性别，但欠缺合理理由解释为何只适用于女童而不适用于男童。

7.117 由于两项拐带罪行在关乎女童参与涉及性的行为方面区分未婚及已婚女童，因此已不合时宜。再者，两项罪行亦意味着如果未婚女童选择离家以进行性行为，必须取得监护人或父母的批准。

7.118 英格兰及韦尔斯已在 2003 年废除上述两项以英格兰《1956 年性罪行法令》的同类条文作为蓝本的拐带罪行。<sup>48</sup>

7.119 我们并未发现有任何法庭案件的控罪涉及第 126 及 127 条中的两项拐带罪行，至少过去十年间没有。有鉴于此，似乎没有实际理由保留该两项罪行。由于我们已建议新订整个系列的涉及儿童及少年人的无分性别罪行，因此废除成文法中的该两项罪行不会减损对年幼女童的保护。

### 建议 21

我们建议，在新法例制定后应废除拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童（《刑事罪行条例》第 126 条）及拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人性交（《刑事罪行条例》第 127 条）的罪行。

<sup>48</sup> 见《2003 年性罪行法令》附表 7。

## 第 8 章 为性目的诱识儿童

### 引言

8.1 为性目的诱识儿童，是指恋童癖者为了对儿童作出构成性罪行的行为而“诱识”儿童的现象。恋童癖者会藉多次与儿童沟通来进行诱识，以博取儿童的信任和信心。这通常会以电子方式进行，并且普遍采用流动电话或互联网。恋童癖者最终会安排与儿童会面，并意图在会面时对儿童作出性侵犯。

8.2 英格兰及韦尔斯在 2003 年率先订立专门针对为性目的诱识儿童的罪行。也有其他司法管辖区制定了法例订立类似罪行，包括在 2005 年立法的新西兰及苏格兰，以及在 2007 年立法的澳大利亚新南威尔士及新加坡。

### 英格兰及韦尔斯订立为性目的诱识儿童这项新罪行的背景

8.3 英国曾发生多宗轰动的为性目的诱识儿童案件，其中一宗是 2003 年 10 月的迈克尔·伟勒（Michael Wheeler）案。伟勒在案中承认干犯 11 项侵犯女童的性罪行。从他“诱识”其中一名女童的手法，可以看到一个有恋童癖的危险人物，如何一开始透过网上聊天接触易受伤害的女童，再博取其信任然后对她进行性侵犯。伟勒在该女童 11 岁时透过互联网与她接触，然后用两年的时间加以“诱识”，方式为买礼物给她和带她去看电影。他看准女童缺乏爱的性格，利用这点使女童在感情上依附他，把女童操纵至随时可对父母说谎。据引述女童母亲的话说，女儿被伟勒洗了脑。<sup>1</sup> 伟勒故意等到女童年满 13 岁才与她性交，以免因为与 13 岁以下的女童性交而可被判处较高的刑罚。<sup>2</sup>

8.4 由于社会大众对为性目的诱识儿童的问题日益普遍关注，英国内政部成立了互联网保护儿童专责小组（Task Force on Child Protection on the Internet）。英国政府在该专责小组的建议下提议订立一项新罪行，以打击网络内外为性目的诱识儿童的行为。这项新罪行

---

<sup>1</sup> "Chat room paedophile jailed", 英国广播公司新闻, 2003 年 6 月 7 日星期六  
<[http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/england/2969020.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/2969020.stm)> (于 2012 年 9 月 9 日下载)。

<sup>2</sup> Kim Stevenson, et al., *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大学出版社, 2004 年), 第 71 页。

最终在英格兰《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）第15条中制定。

## 有需要立法针对为性目的诱识儿童的行为

### 儿童及少年人越来越多使用互联网

8.5 有意见认为必须立法针对为性目的诱识儿童的行为，因为激增的互联网使用量促使我们更需要保护儿童及少年人，防止假借交友之名搜猎对象的恋童癖者对他们进行性剥削。就此方面，新加坡的高级政务部长（Senior Minister of State）曾表示：

“我们在现实世界中致力保护未成年人之余，仍关注到互联网使用量激增所带来的一个新现象——性捕猎者潜行于网络世界，假借交友之名搜猎对象。我曾在（2007年）7月17日告知本国会，与互联网有关的性罪行虽然没有显著增加，不过由于涉及年轻的受害人，这方面仍然令人关注。我亦曾告知本国会，内政部考虑了本国会内外各方的意见，并且认同此趋势只会加剧而不会减弱，已在考虑订立一项为性目的诱识儿童的新罪行。因此，我们决定引入第376E条这项有关为性目的诱识16岁以下未成年人的新条文。”<sup>3</sup>

### 狎弄儿童及恋童癖罪行性质严重但常被严重低报

8.6 在新西兰，有意见认为狎弄儿童及恋童癖罪行的比率被严重低报，而有关问题的严重性也没有充分反映出来。就此方面，新西兰联合未来党（United Future Party）的马克·阿历山大（Marc Alexander）曾说：

“本法案涉及很多性罪行、强奸等等，稍后我会谈到关于诱识的法例。它亦在多方面打击恋童癖罪行。有关罪行的比率显然被严重低报，在狎弄儿童及恋童癖罪行方面尤甚。我们常听到一些动听的成功更生事例，还听说这些人的再犯率低于其他罪行云云。但实际上并非如此。有研究显示性罪行——尤其是恋童癖罪行，其再犯率在22年间可升逾七成之多。这似乎显示

<sup>3</sup> 高级政务部长何炳基副教授（A/P Ho Peng Kee）2007年10月22日在《刑事法典（修订）法案》（Penal Code (Amendment) Bill）二读时之发言，第38段。

这些罪犯多为聪明之辈。他们会从错误中学习，才不致那么快便再次被捕。所以我认为，任何采取主动的做法，都是积极的一步，因为这种罪行不易察觉，并且会在受害人身上留下数十年也不能磨灭的烙印。”<sup>4</sup>

### **应在侵犯儿童的性罪行实际发生前采取预防措施**

8.7 订立关于为性目的诱识儿童的法例，好处在于让警方能及早采取行动，对有迹象显示有儿童及少年人受到侵犯或将会受到侵犯的个案作出调查。这可在侵犯儿童及少年人的性罪行实际干犯之前予以制止，又可阻吓意欲犯案的性捕猎者，并且更能保护儿童及少年人免受性剥削。

8.8 以一些个案为例，如果父母或较年长的朋友得悉某儿童正被诱识，他们可向警方报案。之后警方便可及早采取行动，在互联网上作出调查及防止有人对该儿童干犯任何性罪行。即使没有足够证据控告，警方对诱识儿童的案件作出调查的行动，对罪犯也会有阻吓之效。

8.9 新加坡高级政务部长指出，就为性目的诱识儿童立法，“可让执法机关介入，例如当儿童在互联网上收到带有性的意味的通讯，又或当儿童被看见在可疑的情况下与陌生人会面时，执法机关便可及早作出干预。这足以对意欲犯案的性捕猎者产生寒蝉效应，在阻吓之余也更容易捉拿些累犯不改的人。”<sup>5</sup>

8.10 新西兰联合未来党的马克·阿历山大曾说：

“……这项法例其实正开始纠正一些过去一直存在的失衡之处。我们素来要等到罪行最终干犯时才能采取行动。这项措施则采取主动，既捉拿犯罪者又将促成罪行的行为刑事化。这措施为可能受害的人迈出了一大步，也为我国奉公守法及期望在罪行还未发生时受到保护的儿童迈出了一大步。这项改变让警方在任何涉及性的行为尚未发生之前作出拘捕，适用于一名成年人例如透过会面、电话交谈、文字讯息及聊天室与

<sup>4</sup> 新西兰国会辩论（国会议事录）（Hansard），《刑事罪行修订法案（第2号）》（Crimes Amendment Bill (No. 2)）— 委员会审议阶段，第二读（2005年4月12日），马克·阿历山大（Marc Alexander）（联合未来党）（United Future Party）。

<sup>5</sup> 《刑事法典（修订）法案》二读时之发言，出处同上，第42段。

一名 16 岁以下的儿童建立联系，在博取信任后安排会面，并意图干犯性罪行的情况……”<sup>6</sup>

8.11 综上所述，我们认为有需要订立一项涵盖为性目的诱识儿童的新罪行，以加强对儿童的保护，防止恋童癖者藉建立联系（尤其是利用互联网及其他科技之便）诱惑儿童以进行性剥削。新罪行可在任何涉及性的行为尚未进行之前保护儿童免受性侵犯，也可对意图性剥削儿童的潜在犯罪者起阻吓作用。

## 海外司法管辖区有关为性目的诱识儿童的法例

8.12 现于下文探讨一些海外司法管辖区有关为性目的诱识儿童的法例。

### 英格兰及韦尔斯

8.13 《英格兰法令》第 15 条订明：

#### “15 为性目的诱识儿童后与其会面等

- (1) 如有以下情况，一名 18 岁或以上的人（甲）即属犯罪——
  - (a) 在先前曾与另一人（乙）会面或通讯至少两次后，他——
    - (i) 故意与乙会面，或
    - (ii) 意图在世界任何地方与乙会面而出行，
  - (b) 在有关时间，他意图在会面期间或之后及在世界任何地方对乙作出或作出关乎乙的任何事情，而该事情如已作出便涉及甲干犯一项有关罪行，
  - (c) 乙为 16 岁以下，及
  - (d) 甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上。

<sup>6</sup> 新西兰国会议辩论（国会议事录），《刑事罪行修订法案（第 2 号）》— 委员会审议阶段，第三读（2005 年 4 月 12 日），马克·阿历山大（联合未来党）。

(2) 在第(1)款中——

- (a) 凡提述甲曾经与乙会面或通讯，即为提述甲曾经在世界任何地方与乙会面，或甲曾经从世界任何地方、向世界任何地方或在世界任何地方以任何方式与乙通讯；
- (b) “有关罪行”指——
  - (i) 本部（即第1部）所订罪行，<sup>7</sup>
  - (ii) 附表3第61至92段中任何一段所述罪行，或
  - (iii) 如在英格兰及韦尔斯以及北爱尔兰境外作出便不属第(i)或(ii)节所述罪行，但如在英格兰及韦尔斯作出便属第(i)节所述罪行的任何事情。

(3) 在适用于北爱尔兰时，本条中——

- (a) 第(1)款在以“17”取代两处的“16”后具有效力；
- (b) 第(2)(b)(iii)款在以“如在北爱尔兰作出便属第(ii)节”取代“如在英格兰及韦尔斯作出便属第(i)节”后具有效力。

(4) 任何人干犯本条所订罪行——

- (a) 一经循简易程序定罪，可处不超逾6个月的监禁或不超逾法定最高限额的罚款，或兼处监禁及罚款；
- (b) 一经循公诉程序定罪，可处不超逾10年的监禁。”

---

<sup>7</sup> 《2003年性罪刑法令》分为三部。第一部涵盖所有法定的性罪行。第二部涵盖有关性罪犯的通告规定。第三部涵盖包括生效日期和当时的简称等杂项事宜。由于第15条载于该法令第一部，所以第15(2)(b)(i)条中的“本部所订罪行”是指在该法令中提及的任何一项性罪行。

## 英格兰罪行的元素

8.14 英格兰为性目的诱识儿童罪的基要元素如下：

- 一名 18 岁或以上的人（甲）故意与一名 16 岁以下的儿童（乙）会面或意图与乙会面而出行；
- 甲先前曾与乙会面或通讯至少两次；
- 甲意图在会面期间或为与乙会面而出行时对乙干犯性罪行；
- 甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上。

## 英格兰罪行涵盖的情况

8.15 英格兰罪行旨在涵盖以下情况：一名成年人与一名儿童建立联系以取得该儿童的信任和信心，从而安排会面以达到他或她对该儿童干犯性罪行的目的。先前的联系可透过例如会面、电话交谈或互联网通讯等方式进行。<sup>8</sup>

8.16 在导致触犯罪行的会面进行之前，犯罪者的行为可能明显带有性的含意，方式可能是该成年人与有关儿童谈到想在会面时与其进行的涉及性的行为，或向其发送成人色情影像。<sup>9</sup>

8.17 不过，要导致触犯罪行，先前的会面或通讯不一定要明显带有性的含意，例如可能只涉及该成年人给有关儿童上游泳课或透过朋友偶遇有关儿童。<sup>10</sup>

8.18 虽然先前的会面或通讯不一定要明显带有性的含意，但有一点必须确立：该成年人与有关儿童会面或为与有关儿童会面而出行，是带有对其干犯性罪行的意图。要证明该成年人的意图，可以援引其与有关儿童在会面前的通讯作为证据，也可以用例如该成年人带着涉及性的用品（如安全套或润滑剂）赴会等其他情况作为证据。<sup>11</sup>

8.19 这项罪行属于预防性质的罪行，意图干犯的性罪行不一定要发生才会导致触犯这项罪行。就上文提到的伟勒案为例，“诱识者”安排与两名女童会面，他或她在真正与有关儿童见面或在依时到

<sup>8</sup> 《2003 年性罪行法令说明》（Explanatory Notes to the Sexual Offences Act 2003），第 27 段。

<sup>9</sup> 《2003 年性罪行法令说明》，出处同上，第 27 段。

<sup>10</sup> 《2003 年性罪行法令说明》，出处同上，第 27 段。

<sup>11</sup> 《2003 年性罪行法令说明》，出处同上，第 28 至 29 段。。

约定地点赴约的途中被警方捉拿之时，已干犯了这项罪行。<sup>12</sup> 有关曾经通讯至少两次的要求，是为了显示有关行为的持续性和连贯性。<sup>13</sup>

## 新西兰

8.20 据新西兰联合未来党的马克·阿历山大所言，新西兰选择英格兰模式，是因为英国被认为是“（就为性目的诱识儿童）立法的先驱”。<sup>14</sup>

8.21 新西兰《1961年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）于2005年修订，制定新的第131B条以订立“为性目的诱识少年人后与其会面等”的新罪行。<sup>15</sup> 第131B条订明：

### “131B 为性目的诱识少年人后与其会面等

(1) 任何人如有以下情况，可处不超逾7年的监禁——

(a) 他或她在先前曾与一名16岁以下的人（该少年人）会面或通讯后，作出以下其中一项行动：

(i) 故意与该少年人会面；

(ii) 意图与该少年人会面而出行；

(iii) 意图使该少年人与他或她会面而安排或怂恿该少年人出行；及

(b) 他或她在作出有关行动时，意图——

(i) 对该少年人作出一项行动，而该项行动如在新西兰作出，便会干犯本部、或第98AA(1)条第(a)(i)、(d)(i)、(e)(i)、(f)(i)段中任何一段所订的罪行；或

(ii) 使少年人对他或她作出某项行为，而该项行为如果经他或她容许在新西兰作

<sup>12</sup> Kim Stevenson, 出处同上, 第72页。

<sup>13</sup> Kim Stevenson, 出处同上, 第72页。

<sup>14</sup> 新西兰国会议辩论（国会议事录），《刑事罪行修订法案（第2号）》—委员会审议阶段，第三读（2005年4月12日），马克·阿历山大（联合未来党）。

<sup>15</sup> 第131B条于2005年5月20日藉着《2005年刑事罪行修订法令》（Crimes Amendment Act 2005）（2005年第41号）（新西兰）第7条加入。

出，他或她本身即会因该行为的作出而干犯本部所订的罪行。

- (1A) 如犯罪者在作出第(1)款所述的任何行动时，相信一名假扮 16 岁以下少年人的警员（该假装少年人）为一名 16 岁以下的少年人，则本条凡提述一名 16 岁以下的少年人或该少年人，即包括提述该假装少年人。<sup>16</sup>
- (2) 被控干犯第(1)款所订罪行的人，如证明有以下情况，可以此作为免责辩护——
- (a) 在他或她作出有关行动之前，他或她已采取合理步骤以查明该少年人是否为 16 岁或以上；及
- (b) 在他或她作出有关行动时，他或她基于合理理由相信该少年人为 16 岁或以上。”

8.22 新西兰所订的为性目的诱识儿童罪行，大体上以英格兰相应的罪行为蓝本，但在四个重点上有别于英格兰罪行。第一，新西兰罪行只要求被控人先前曾与有关儿童会面或通讯一次，而英格兰罪行则要求至少两次。第二，新西兰罪行亦可由意图与有关儿童会面而安排出行此元素所构成。第三，新西兰法例包含了一项假装少年人条文，让警方可进行秘密乔装行动（有关此条文的讨论见下文）。第四，被控人对有关儿童年龄的合理相信问题，在英格兰罪行中是罪行构成元素，在新西兰罪行中则为免责辩护。

## **新加坡**

8.23 新加坡《刑事法典》（Penal Code）于 2007 年修订，在第 376E 条中，为订立“为性目的诱识 16 岁以下未成年人”的新罪行而订定条文。第 376E(1)条订明：

### **“为性目的诱识 16 岁以下未成年人**

- 376E. - (1)** 任何 21 岁或以上的人（甲）在先前曾与另一人（乙）会面或通讯两次或以上后，如有以下情况，即属犯罪——

<sup>16</sup> 2012 年 3 月 19 日在新西兰生效的《2011 年（第 3 号）刑事罪行修订法令》（Crimes Amendment Act (No 3) 2011）将第 131B(1A)条加入法例中。

- (a) 甲故意与乙会面或意图与乙会面而出行；及
- (b) 在作出(a)段提述的行动时——
  - (i) 甲意图在与乙会面期间或之后对乙作出或关乎乙而作出任何行动，而该行动如已作出便涉及甲干犯一项有关罪行；
  - (ii) 乙为 16 岁以下；及
  - (iii) 甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上。”

8.24 新加坡罪行以英格兰罪行为蓝本，两者的元素大致相同，特别是新加坡法例也要求被控人先前须曾与有关儿童会面或通讯至少两次。

## 苏格兰

8.25 《2005 年保护儿童及防止性罪行（苏格兰）法令》（Protection of Children and Prevention of Sexual Offences (Scotland) Act 2005）第 1(1)条就“经某些初步接触后与儿童会面”的罪行订定条文。<sup>17</sup> 第 1(1)条订明：

“ 1 经某些初步接触后与儿童会面

(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 在先前曾与另一人（乙）会面或通讯至少一次后，甲——
  - (i) 故意与乙会面；
  - (ii) 意图在世界任何地方与乙会面而在世界任何地方出行；或
  - (iii) 意图在世界任何地方与乙会面而在世界任何地方作出安排，使乙在世界任何地方出行；

<sup>17</sup> 苏格兰的诱识儿童罪行即使在《2009 年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）其后制定时仍被保留。

- (b) 在有关时间，甲意图——
  - (i) 在会面期间或之后；及
  - (ii) 在世界任何地方；在涉及乙或乙在场时进行非法的涉及性的行为；
- (c) 乙——
  - (i) 为 16 岁以下；或
  - (ii) 为一名警员；
- (d) 甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上；及
- (e) 属以下至少一种情况——
  - (i) (a)段提述的一次（或如多于一次则为其中一次）先前的会面或通讯，是与苏格兰有关连的；
  - (ii) 该段第(i)节提述的会面，或该段第(ii)节提述的出行，或该段第(iii)节提述的作出安排（视属何情况而定），是与苏格兰有关连的；
  - (iii) 甲是英国公民或是居于联合王国的居民……”

## 澳大利亚

8.26 澳大利亚大部分州份都有法例订明为性接触的目的诱识儿童属于刑事罪行，<sup>18</sup> 尤其是新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act

---

<sup>18</sup> 联邦（《1995 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1995）第 474.26、474.27 条），澳洲首都地区（《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第 66 条），昆士兰（《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 218A 条），北领地（《刑事法典法令》（Criminal Code Act）第 131 及 132 条），南澳大利亚（《1935 年刑事法综合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第 63B 条），塔斯曼尼亚（《1924 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1924）第 125D 条），以及西澳大利亚（《刑事法典》（Criminal Code）第 204B 条）。（数据源：澳洲政府：Australian Institute of Criminology, “Online child grooming laws”, High Tech Crime Brief（2008 年第 17 号）。

1900)，该法令在 2007 年加入“诱识儿童后与其会面”的新罪行。<sup>19</sup> 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》第 66EB(2A)条订明：

“(2A) 诱识儿童后与其会面

凡有成年人：

- (a) 故意与一名儿童会面，或意图与一名儿童会面而出行，而该儿童曾经被该成年人为性目的诱识，<sup>20</sup> 及
- (b) 在如此行事时，意图促使该儿童与该成年人或任何其他进行非法的涉及性的行为，

即属犯罪……”

## 新罪行应否要求先前的会面或通讯只为一次或至少两次？

8.27 要构成新西兰法例中的为性目的诱识儿童罪行，犯罪者与一名 16 岁以下的儿童会面或为与其会面而出行（并意图对其干犯性罪行）之前，须曾经与该儿童会面或通讯一次。同样地，苏格兰所订的经某些初步接触后与儿童会面的罪行，也要求犯罪者与受害人之间只需一次先前的会面或通讯。

8.28 新南威尔士法例采用的模式稍为不同。就新南威尔士罪行而言，一名成年人与一名儿童会面，或为与一名儿童会面而出行，而该儿童“曾经被该成年人为性目的诱识”，即导致触犯该罪。如该成年人先前曾作出一次或多次令有关儿童接触不雅物品的行为，则有关儿童已被人“为性目的诱识”。<sup>21</sup> 换言之，新南威尔士罪行要求的是先前曾令儿童接触不雅物品至少一次，而不是像本研究探讨的所有其他司法管辖区般，纯粹要求先前曾进行会面或通讯（一次或多次）。

8.29 相对而言，英格兰和新加坡的法例规定，犯罪者须先前曾与一名 16 岁以下的儿童会面或通讯至少两次。

<sup>19</sup> 藉《2007 年刑事罪行修订（促使儿童作出涉及性的行为或为性目的诱识儿童）法案》（Crimes Amendment (Sexual Procurement or Grooming of Children) Bill 2007）引入。该法案由 2007 年第 74 号法令（Act 2007 No.74）制定，并于 2007 年 12 月 7 日获得批准。

<sup>20</sup> 成年人如有以下情况，已属为性目的诱识儿童：“如该成年人之前曾一次或多于一次作出令该儿童接触不雅物品的行为。”（《1900 年刑事罪行法令》（新南威尔士，第 66EB(2B)条）。

<sup>21</sup> 第 66EB(2B)条，出处同上。

8.30 第一项争议是新罪行应否要求，先前曾令儿童接触不雅物品（一次或多次）（新南威尔士的模式），抑或先前曾进行会面或通讯（一次或多次）（英格兰及韦尔斯、新西兰、新加坡以及苏格兰的模式）。我们不赞成采用在新南威尔士法例中的模式。为进行涉及性的行为而诱识儿童的恋童癖者不一定会令儿童接触不雅物品。诱识儿童可以用很多不同的方式进行，例如买礼物给儿童或带儿童到他或她喜欢的玩乐场所。

8.31 接着的争议是新罪行应否要求犯罪者先前曾与受害儿童会面或通讯，只为一次（新西兰及苏格兰的模式）或至少两次（英格兰及新加坡的模式）。我们认为“诱识”是一个长期、有计划和持续的过程，如果只要求先前曾与有关少年人会面或通讯一次便可构成犯罪，未免过于苛刻。故此，我们不赞成采用新西兰及苏格兰的模式。

8.32 我们认为新罪行应如此构成：犯罪者在先前曾与某儿童会面或通讯至少两次后，进而与该儿童会面或为与该儿童会面而出行，并意图对该儿童干犯性罪行。

## **新罪行的构成是否也应包括安排出行？**

8.33 新西兰所订的为性目的诱识儿童罪，其构成也包括意图与儿童会面而安排出行。

8.34 我们认为新西兰模式有可取之处。将安排出行包括在内，便不需要就难以证明的企图犯罪行为作出证明。我们认为应采用新西兰模式，这样就不会牵涉到有关企图犯罪行为的法律方面的问题。

## **新西兰有关为性目的诱识儿童的法例中的假装少年人条文**

8.35 新西兰有关为性目的诱识儿童的法例于 2011 年进行改革，以便警方透过秘密乔装行动来捉拿犯罪者（尤其是网上诱识儿童者）。有关改革包含于《2011 年（第 3 号）刑事罪行修订法令》（Crimes Amendment Act (No 3) 2011）第 5 条，该法令于 2012 年 3 月 19 日在新西兰生效。

8.36 新的假装少年人条文，现时载于《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)条。该条文订明：

“(1A) 如犯罪者在作出第(1)款所述的任何行动时，相信一名假扮 16 岁以下少年人的警员（该假装少年人）为一名 16 岁以下的少年人，则本条凡提述一名 16 岁以下的少年人或该少年人，即包括提述该假装少年人。”

### *假装少年人条款的用意*

8.37 新的 *假装少年人* 条款，容许在以下情况作出检控：被控人相信自己正在与一名 16 岁以下的人通讯，但事实上他或她正在与一名以乔装身分行事的警员通讯。<sup>22</sup>

### *假装少年人条款可取之处*

8.38 我们认为新西兰的 *假装少年人* 条款有可取之处。就着为性目的诱识儿童的案件而言，被恋童癖者诱识的儿童或会在调查中拒绝与警方合作。为了有效地调查案件，警务人员可假扮儿童与诱识者通讯。警方可防患于未然，在儿童实际上被性侵犯前提拿诱识者。

8.39 因此，我们认为新西兰的 *假装少年人* 条款应予采用。

## **对儿童年龄的合理相信问题，应属于罪行构成元素还是免责辩护？**

8.40 根据英格兰的条文，被控人在有关罪行发生时并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上，是一项 罪行构成元素（罪行构成元素模式）。相对来说，根据新西兰的条文，被控人在该罪行发生时合理地相信有关儿童为 16 岁或以上，则是一项 免责辩护（免责辩护模式）。

8.41 在大部分为性目的诱识儿童的案件中，被控人和儿童之间都没有身体接触。故此，被控人可能难以采取合理步骤确定有关儿童是否为 16 岁或以下。此外，为性目的诱识儿童的案件对儿童的伤害较其他案件为少，因为该罪行属于预防性质的罪行，而且并非因受害人受到实际伤害而要惩处被控人。要求被控人证明他合理地相信儿童的年龄，未免太过苛刻。因此我们认为，为性目的诱识儿童的罪行应采用罪行构成元素模式，也就是说控方将有举证责任，须在无合理疑点下证明被控人并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上。

---

<sup>22</sup> 新西兰司法部报告书：《刑事罪行修订法案（第 2 号）》（2011 年 7 月），第 5 页。

## 建议 22

我们建议，新法例应包括一项“为性目的诱识儿童”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 15 条。<sup>23</sup>

我们亦建议，除了与儿童会面或意图与儿童会面而出行外，意图与儿童会面而安排出行也可构成为性目的诱识儿童。

我们亦建议，被控人在罪行发生时并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上，应属罪行构成元素。

我们亦建议，应采用新西兰《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)条中的“假装少年人”条文。

<sup>23</sup> 我们已（在第 3 章的建议 5）建议，“所建议订立的涉及儿童及少年人的罪行，可由成年罪犯或儿童罪犯干犯，故有关法例无须指明罪犯的年龄”。因此，在参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 15 条的内容而采用为性目的诱识儿童罪行时，我们不会跟随在该条中指明被控人须为 18 岁或以上的做法。换言之，我们建议为性目的诱识儿童的罪行可由任何年龄的人干犯。

## 第 9 章 现有关乎精神上无行为能力的人的罪行概览及所出现的问题

### 现有罪行

9.1 现时，《刑事罪行条例》第 118E、118I、125 及 128 条和《精神健康条例》65(2)条订有关于精神上无行为能力的人的特定罪行。

#### **男子与精神上无行为能力的人作出肛交**

9.2 根据《刑事罪行条例》第 118E 条，任何男子与一名精神上无行为能力的人作出肛交，即属犯罪。然而，该名男子如不知道亦无理由怀疑对方是精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。<sup>1</sup> 此外，该名男子如“与或基于合理理由而相信他与一名女子为已婚夫妇”，亦不会因与该名精神上无行为能力的女子作出肛交而犯此罪行。<sup>2</sup>

#### **男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为**

9.3 根据《刑事罪行条例》第 118I 条，任何男子与另一名属精神上无行为能力的人的男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。

9.4 然而，该名男子如不知道亦无理由怀疑对方属精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。<sup>3</sup>

#### **男子与精神上无行为能力的女子性交**

9.5 根据《刑事罪行条例》第 125 条，任何男子与一名精神上无行为能力的女子非法性交，即属犯罪。

9.6 然而，该名男子如不知道亦无理由怀疑该名女子是精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> 《刑事罪行条例》第 118E(2)条。

<sup>2</sup> 《刑事罪行条例》第 118E(3)条。

<sup>3</sup> 《刑事罪行条例》第 118I(2)条。

<sup>4</sup> 《刑事罪行条例》第 125(2)条。

## **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**

9.7 根据《刑事罪行条例》第 128 条，任何人将一名精神上无行为能力的人，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，意图使该精神上无行为能力的人作非法的性行为，即属犯罪。

9.8 然而，该人如不知道亦无理由怀疑对方是精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。<sup>5</sup>

## **与病人性交**

9.9 《精神健康条例》（香港法例第 136 章）第 65(2)条订有“与病人性交”的罪行，涵盖的情况是精神病院、惩教署精神病治疗中心或全科医院的男性人员或雇员与女病人非法性交。该罪行的干犯者限于男性，并只涵盖插入式涉及性的行为。

第 65(2)条订明：

“(2) 在不损害《刑事罪行条例》（第 200 章）第 125 条的原则下，任何人如——

- (a) 身为一间精神病院职员编制上的人员，或以其他方式受雇于该院，而与某名羁留在该院内的女子非法性交；
- (b) 身为惩教署精神病治疗中心职员编制上的人员，或以其他方式受雇于该中心，而与某名羁留在该中心内的女子非法性交；或
- (c) 身为一间精神病院或一间全科医院职员编制上的人员，或以其他方式受雇于该院，而与某名因精神紊乱而在该精神病院或在该全科医院的精神病科组接受治疗的女子非法性交，而性交的地点，是在该精神病院或该精神病科组的处所内，或是在该精神病院或该精神病科组所属一组成部分的处所内，

即属犯罪，一经循公诉程序定罪，可处监禁 5 年。”

---

<sup>5</sup> 《刑事罪行条例》第 128(2)条。

## 精神上无行为能力的人的定义

9.10 根据《刑事罪行条例》第 117(1)条，精神上无行为能力的人的定义为：

“《精神健康条例》（第 136 章）所指的精神紊乱的人或弱智人士，而其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事”。

9.11 上述精神上无行为能力的人的定义包含两个部分：

- (i) 一名属《精神健康条例》所界定的精神紊乱的人或弱智人士；及
- (ii) 该人没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。

### **第一部分 — 精神紊乱的人或弱智人士**

9.12 由于有关定义提述了“《精神健康条例》……所指的精神紊乱的人或弱智人士”，因此须参阅《精神健康条例》，以确定精神紊乱的人或弱智人士的涵义。

9.13 《精神健康条例》第 2(1)条（释义部分）对精神紊乱的人及弱智人士作出了以下界定：

#### **精神紊乱的人**

9.14 精神紊乱的人指“任何患有精神紊乱的人”。

9.15 由于有关定义提述了“精神紊乱”，因此须参阅释义部分中精神紊乱的定义。在第 2(1)条中，精神紊乱的定义为：

“‘精神紊乱’当用作名词时指——

- (a) 精神病；

(b) 属智力及社交能力的显著减损的心智发育停顿或不完全的状态，而该状态是与有关的人的异常侵略性或极不负责任的行为有关连的；

(c) 精神病理障碍；或

(d) 不属弱智的任何其他精神失常或精神上无能力，

而‘精神紊乱’当用作形容词时亦须据此解释”。

### 弱智人士

9.16 弱智人士指“弱智的人或看来属弱智的人”。

9.17 由于有关定义提述了“弱智”，因此须参阅释义部分中弱智的定义。在第 2(1)条中，弱智的定义为：

“‘弱智’当用作名词时指低于平均的一般智能<sup>6</sup>并带有适应行为上的缺陷，而‘弱智’当用作形容词时亦须据此解释”。

### 第二部分 — 没有能力独立生活或保护自己免受他人严重利用

9.18 《刑事罪行条例》第 117(1)条亦有以下提述：“其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事”。

9.19 因此，要符合第 117(1)条中精神上无行为能力的人的定义，某人不但须是（《精神健康条例》所指的）精神紊乱的人或弱智人士，也须是由于精神紊乱或弱智而没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用。<sup>7</sup>

<sup>6</sup> “低于平均的一般智能”指“按照魏克斯勒儿童智力测量表或按照任何标准化智力测验中的同等智力测量表是 70 或低于 70 的智商”。（《精神健康条例》，第 2(1)条）

<sup>7</sup> *HKSAR v Cheng Chi Ho*, CACC 57/2006（在[2008] 5 HKLRD 557 中汇报），第 61 及 66 段。

## 现行法例或有不足之处

9.20 现行法例有数方面应予考虑：

- (i) 一些现有罪行是指明性别的。
- (ii) 为免精神上无行为能力的人遭受涉及照顾和监管他们的人性剥削和侵犯而向他们提供的保护是否足够？
- (iii) 有关保护只提供予严重精神缺损人士，是否过于局限？
- (iv) 对于有能力同意进行涉及性的行为的精神上无行为能力的人来说，他们的性自主权是否受到过分限制？

9.21 有鉴于上述问题及海外司法管辖区的发展，精神上无行为能力的人的定义可能亦需重新考虑。

9.22 在以下数章，我们将检讨关乎香港及海外司法管辖区的精神缺损人士的主要罪行类别，并考虑有何改革模式可供采纳。<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> 在香港，现有罪行提述的是《刑事罪行条例》第 117(1)条所界定的精神上无行为能力的人。多个海外司法管辖区则按“精神缺损人士”的规定处理有关问题，但定义有别于香港的“精神上无行为能力的人”。有关这个问题，参阅第 10 至 12 章。

## 第 10 章 就改革与精神缺损人士有关的 的法例考虑可采纳的模式

### 引言

10.1 在本章中，我们就改革与精神缺损人士有关的法例而考虑可采纳哪些模式。<sup>1</sup>

10.2 香港和海外现行法例的检讨显示，与精神缺损人士进行涉及性的行为的罪行可分为两大类：

- (1) 反映与某些类别的精神缺损人士进行涉及性的行为是绝对被禁的罪行（有关的精神缺损人士是否有行为能力给予同意对后果并无影响：保护原则适用于这类绝对禁止的罪行）；及
- (2) 尊重某些精神缺损人士有行为能力给予同意（故尊重其性自主权）但针对因其情况而剥削他们的罪行；这类剥削可由以下情况引起：
  - (a) 犯罪者使用特定手段取得这些精神缺损人士的同意；
  - (b) 在指明院所之内或之外对精神缺损人士提供照顾；及
  - (c) 就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系。

### 第一类——反映与某些类别的精神缺损人士进行涉及性的行为是绝对被禁的罪行

10.3 在香港，这个分类见于下述情况：一名精神缺损人士如符合精神上无行为能力的人的定义，<sup>2</sup> 与这人进行某些界定类别的涉及性的行为即属违法。有关罪行的例子有：男子与精神上无行为能

<sup>1</sup> 在本咨询文件中，精神缺损人士是作为一般词语使用，相对于《刑事罪行条例》（第 200 章）第 117(1)条中所特别界定的精神上无行为能力的人。

<sup>2</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 117(1)条订明：  
“精神上无行为能力的人指《精神健康条例》（第 136 章）所指的精神紊乱的人或弱智人士，而其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。”

力的人作出肛交、<sup>3</sup> 男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为、<sup>4</sup> 男子与精神上无行为能力的女子性交，<sup>5</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>6</sup>

10.4 这个分类的更多例子可见于澳大利亚某些州份（南澳大利亚、西澳大利亚及昆士兰）的法例。

## **第二类——反映精神缺损人士可能被剥削的罪行**

### ***(a) 犯罪者使用特定手段取得这些精神缺损人士的同意***

10.5 有关例子可见于英格兰及韦尔斯的法例中针对剥削手段的条文，而剥削手段包含诱使、威胁或欺骗。

### ***(b) 涉及在以下地方照顾精神缺损人士而进行的剥削***

#### ***(i) 在指明院所之内***

#### ***(ii) 在指明院所之外***

10.6 同样地，(b)(i)及(b)(ii)两项的例子都可见于英格兰及韦尔斯的法例中。

### ***(c) 就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系而引起的剥削***

10.7 这个情况见于加拿大的法例。有关法例订有特定的罪行，规定如犯罪者就受影响的精神缺损人士滥用其受信任或权威地位或受养关系，即属犯罪。

## **从合宪与否的角度考虑有关建议**

10.8 在小组委员会的上一份咨询文件中，我们曾说过，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，这包括应符合《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。<sup>7</sup> 因此，我们在拟备改革

<sup>3</sup> 《刑事罪行条例》第 118E 条。

<sup>4</sup> 《刑事罪行条例》第 118I 条。

<sup>5</sup> 《刑事罪行条例》第 125 条。

<sup>6</sup> 《刑事罪行条例》第 128 条。

<sup>7</sup> 香港法律改革委员会，《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月），建议 1。

建议时，特别注意有需要从合宪与否的角度来评估有关建议的可接受程度。我们信纳有关的改革建议不会引起合宪与否的问题。

10.9 事实上，我们部分的改革建议在拟备时已避免引起任何潜在的合宪与否问题。例如，在建议 34（载于第 11 章）中，我们建议就被控人知悉受害人患有精神病一事对被控人施加*证据上的举证责任*，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)条。我们清楚说明，这只是一项被控人可以容易履行的证据上的举证责任，被控人只需提出他或她是否知道或是否可合理地预期他或她知道受害人是患有精神病。控方依然在法律上有责任提出证据，以证明构成罪行的每项必要元素，包括被控人实际知悉或法律构成被控人知悉受害人是患有精神病。由于法律上的举证责任依然在控方那边，《基本法》第 87 条和《香港人权法案条例》中香港人权法案第 11 条所特别保留的无罪推定法则并无遭到违反。

10.10 同样地，在建议 22（载于第 8 章）中，我们建议在建议新订的为性目的诱识儿童罪中采纳新西兰《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）第 131B(1A)条的*假装少年人*条文。该条文旨在容许在以下情况作出检控：被控人相信自己正与一名 16 岁以下的人通讯，但事实上正与一名以乔装身分行事的警员通讯。我们在建议 22 中清楚说明，被控人在罪行发生时并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上，应属罪行构成元素。因此，控方依然有法律上的举证责任，须在无合理疑点下证明被控人并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上。

## 考虑第一类罪行

10.11 正如上文（第 10.2 及 10.4 段）所述，在很多司法管辖区（包括香港），某些罪行纯粹是基于精神缺损此因素而订立。然而，这个模式会有一个问题，就是没有对精神缺损人士的性自主权给予适当的尊重。在香港，举例说精神上无行为的人的定义并非基于有关的人欠缺给予同意的行为能力或能力。

10.12 在另一方面，苏格兰的法例是基于有关的精神缺损人士是否有给予同意的行为能力，故而据此承认其性自主权。

10.13 在该地，与精神缺损人士进行涉及性的行为，为一般未经同意下进行（即必须证明并无同意）的罪行（例如强奸、以插入方式性侵犯、性侵犯）所涵盖。在决定一项未经同意下进行的罪行是

否适用于某一个案时，需要问的问题是该精神缺损人士是否有行为能力对有关行为给予同意。

10.14 《2009年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）第17(2)条列出方法，用以断定精神紊乱的人是否有给予同意的行为能力。第17(2)条规定：

“ (2) 如任何精神紊乱的人因精神紊乱而没有行为能力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。”

10.15 换言之，苏格兰并没有订立特定的罪行，而是藉订立一般未经同意下进行的罪行来保护精神缺损人士。如任何人与一名精神缺损人士进行涉及性的行为，而该名精神缺损人士没有行为能力对该项行为给予同意，该人即属干犯所被控的未经同意下进行的罪行。至于某名精神缺损人士是否有行为能力对有关的行为给予同意，则由上文所述第17(2)条所列的方法裁断。

10.16 我们过往曾就性罪行中的同意问题提出意见，并对苏格兰用以保护精神缺损人士的处理方法深感兴趣。本小组委员会在上一份咨询文件中曾写道：<sup>8</sup>

“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。”（底线后加）

---

<sup>8</sup> 香港法律改革委员会，《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012年9月），建议4。

10.17 我们认为第一类罪行可归入小组委员会过往所建议的一般“未经同意”的模式之下。选取了这个模式，便不需要纯粹基于精神缺损而订立特定的罪行。在提出检控时，大可采用我们在上一份咨询文件中所建议订立的一般未经同意下进行的性罪行。

## 考虑第二类罪行

### 针对犯罪者使用特定手段取得精神缺损人士的同意而剥削后者的罪行 (第二类(a)分类的罪行)

10.18 这些罪行适用于某些精神缺损人士，即其精神缺损程度未严重至对涉及性的行为不能给予同意者。虽然他们具有给予同意的行为能力，但他们的“同意”是由犯罪者使用剥削手段不恰当地取得的。

10.19 举例说，这类罪行会涵盖下述情况：犯罪者（甲）是一家快餐店的常客，而乙是受雇于该快餐店的精神缺损人士。甲从他经常与乙的交往中知道乙患有精神病。甲向乙作出馈赠，为诱使她同意进行涉及性的行为（例如让他对她作出涉及性的触摸，或同意与他进行涉及性的行为）。由于乙是精神缺损人士，她应获得保护，免受甲使用特定的剥削手段取得她的“同意”而对她作出性剥削。

#### *应如何描述剥削手段？*

10.20 这类罪行的主要关注点是使用剥削手段以取得精神缺损人士的同意。问题是应如何界定这些剥削手段。

10.21 在《英格兰法令》中，剥削手段被描述为由犯罪者“提供或给予诱因，作出威胁或欺骗”，<sup>9</sup> 目的是要取得易受伤害的人的“同意”以进行涉及性的行为。

10.22 在某些其他国家的法例中，使用不同的词语来描述剥削手段：新西兰（“利用该缺损情况”）、<sup>10</sup> 新加坡（“甲为达该目的而

<sup>9</sup> 见《英格兰法令》第 34(1)(c)、35(1)(a)、36(1)(d)及 37(1)(c)条。

<sup>10</sup> 新西兰《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961），第 138 条。

提供或给予诱因，作出威胁或欺骗”）、<sup>11</sup> 澳大利亚的新南威尔士（“利用该人的认知缺损”）。<sup>12</sup>

10.23 我们认为新西兰和新南威尔士法例的描述过于含糊，故而赞成使用英格兰和新加坡法例相类似的描述。后两者皆以明晰的字眼描述三种被视为属于剥削性的取得同意的手段，即(i)提供或给予诱因，(ii)作出威胁，或(iii)欺骗。

10.24 在决定应采用英格兰和新加坡法例中对剥削手段的描述后，下一个问题是我们的改革应否采纳相关的英格兰或新加坡罪行。

10.25 新加坡只有一项罪行关乎使用剥削手段以取得精神缺损人士的同意，即新加坡《刑事法典》（Penal Code）第 376F 条所订促致与精神残障的人进行涉及性的行为。

10.26 相比之下，英格兰订有一系列的罪行涵盖犯罪者用以取得精神缺损人士的同意的剥削手段。多项的英格兰罪行比单一项新加坡罪行有广阔得多的涵盖范围。这些英格兰罪行涵盖对精神缺损人士所作出的不同形式的性侵犯及剥削，包括：作出涉及性的触摸、导致另一人进行涉及性的行为、在另一人在场下进行涉及性的行为、导致另一人观看性行为。

10.27 英格兰罪行因有更广阔的涵盖范围而能给予精神缺损人士更大的保护，故此我们赞成采用这一系列的英格兰罪行。

### **英格兰罪行：犯罪者使用剥削手段**

10.28 经决定应采用这类英格兰罪行后，我们继在下文作详细考虑。这些罪行载于《英格兰法令》第 34 至 37 条：

#### **以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神紊乱的人进行涉及性的行为**

10.29 任何人（甲）故意触摸一名精神紊乱的人（乙），而触摸是涉及性的，并且藉着提供或给予诱因，作出威胁或欺骗而取得乙对触摸所作的同意，即属于犯《英格兰法令》第 34(1)条所订的罪

<sup>11</sup> 新加坡《刑事法典》（Penal Code），第 376F 条。

<sup>12</sup> 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 66F(3)条。

行。应注意：根据一般释义条文（第 79 条），“触摸”包括插入，故这项罪行同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。<sup>13</sup>

### **以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人进行或同意进行涉及性的行为**

10.30 任何人（甲）以诱使、威胁或欺骗手段故意导致一名精神紊乱的人（乙）进行或同意进行涉及性的行为，即属于犯《英格兰法令》第 35(1)条所订的罪行。<sup>14</sup>

### **进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神紊乱的人在场**

10.31 任何人（甲）为了得到性满足，故意在一名精神紊乱的人（乙）在场下进行涉及性的行为，而乙是因受诱使、威胁或欺骗而同意在场，甲即属于犯《英格兰法令》第 36(1)条所订的罪行。<sup>15</sup>

### **以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人观看涉及性的行为**

10.32 任何人（甲）为了得到性满足，故意导致一名精神紊乱的人（乙）观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为

---

<sup>13</sup> 第 34(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 他在取得到另一人（乙）的同意后故意触摸该人，
- (b) 触摸是涉及性的，
- (c) 甲为达目的藉着提供或给予诱因，作出威胁或欺骗而取得乙的同意，
- (d) 乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

<sup>14</sup> 第 35(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 甲为达目的藉着提供或给予诱因，作出威胁或欺骗而故意导致另一人（乙）进行或同意进行某项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊乱的，及
- (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

<sup>15</sup> 第 36(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 他故意进行某项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 为了得到性满足，他进行有关行为而——
  - (i) 当时有另一人（乙）在场或该另一人身处能看到甲的地方，及
  - (ii) 他知道或相信乙察觉到他正在进行有关行为或有意令乙察觉到他正在进行有关行为，
- (d) 乙同意在场或身处(c)(i)段所提述的地方，是由于甲为取得乙的同意而提供或给予诱因，作出威胁或欺骗所致，
- (e) 乙是有精神紊乱的，及
- (f) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

的影像，而乙是因受诱使、威胁或欺骗而同意观看，甲即属于犯《英格兰法令》第 37(1)条所订的罪行。<sup>16</sup>

### **实际知悉或法律构定知悉精神紊乱一事**

10.33 这类罪行的其中一个元素，是被控人必须实际知悉或法律构定被控人知悉受害人是精神紊乱的人：

“甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”<sup>17</sup>

10.34 问题是应否有这样的一项规定。有些精神缺损人士有行为能力对涉及性的行为给予同意，这类罪行正是要保护他们。由于这些人的精神缺损程度可能不算是十分严重，其他人未必能够从他们的行藏举止中得知他们患有精神病。假如被控人实际不知悉或法律构定被控人不知悉进行涉及性的行为的另一方患有精神病，则被控人不应为此承担法律责任会是对被控人公平的。因此，我们认为应有这样的一项规定。

### **行为的目的是否只限于性满足？**

10.35 在英格兰法例中，有两项罪行规定须有多一项元素，这就是被控人行为的目的是“为了得到性满足”。<sup>18</sup> 这两项罪行分别是：(i)进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促使精神紊乱的人在场（第 36 条），及(ii)以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人观看涉及性的行为（第 37 条）。

10.36 我们曾在第 7 章（建议 13 及 14）中建议，就行为目的乃属相关因素的建议新订的侵犯儿童罪行而言，被控人行为的目的应不只是为了性满足，而应包括性满足，使有关儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或上述任何组合的目的。以我们看来，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐而进行涉及性的行为，对儿童的潜在伤害等同为了得到性满足而进行涉及性的行为。

<sup>16</sup> 第 37(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 为了得到性满足，他故意导致另一人（乙）观看第三者进行某项行为或任何人进行某项行为的影像，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙同意观看，是由于甲为取得乙的同意而提供或给予诱因，作出威胁或欺骗所致，
- (d) 乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

<sup>17</sup> 《英格兰法令》，第 34(1)(d)、35(1)(d)、36(1)(f)及 37(1)(d)条。

<sup>18</sup> 《英格兰法令》，第 36(1)(c)及 37(1)(a)条。

10.37 我们因此认为就这些类别的罪行，应把行为目的扩大至包括性满足，使精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或上述任何组合的目的。并无充分理由说精神缺损人士所得的保护应比儿童少。

## **针对精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾时被剥削的罪行 (第二类(b)分类的罪行)**

10.38 这类罪行涵盖精神缺损人士的照顾者所涉及性的行为。任何精神缺损人士的照顾者与该精神缺损人士进行某种形式涉及性的行为，都关涉这些罪行。有关的精神缺损人士可以是在指明院所之内或之外接受照顾。

10.39 举例说，这类罪行会涵盖下述情况：任何人（甲）是在某一精神缺损人士中心照顾精神缺损人士的雇员或义工，一名精神缺损人士（乙）正在该中心接受照顾，而甲对乙作出涉及性的剥削。另一例子是任何人（丙）在家居处所内照顾一名精神缺损人士（丁），而丙性侵犯丁。在这些例子中，乙和丁由于是精神缺损人士，未必能够在性关系的事情上作出理性的选择，因此很有可能会因照顾他们的人（分别是例子中的甲和丙）所施压力而就范。

10.40 香港现行法例有一不足之处，就是未能为精神缺损人士提供足够的保护，使他们免受照顾者作出性剥削。这些罪行的订立正是要弥补此一不足之处。因此，我们赞成采用这类罪行。

## **照顾关系存在的情况**

10.41 这类罪行适用于照顾关系存在的情况，因此有需要界定在甚么情况下会有此种关系存在。照顾关系至少在两种情况下存在：

### **(1) 英格兰及韦尔斯法例**

10.42 照顾关系的存在于《英格兰法令》第 42 条中界定。根据该条，如有提供照顾者是某一指明院所的雇员并于该指明院所履行职责，而该指明院所内有精神缺损人士住宿（例如护理院舍、小区院舍、志愿服务院舍或儿童院舍），或正在透过国家保健服务辖下机构或独立的医疗机构或医院接受医疗照顾，则可产生照顾关系。如有人在指明院所之外向精神缺损人士提供志愿性质的照顾服务，亦可产生照顾关系。这意味着照顾关系可在非受薪的提供照顾者（例

如义工)当中产生。在所有情况下,照顾关系存在的先决条件是提供照顾者必须与或很有可能与精神缺损人士有定期面对面的接触。<sup>19</sup>

10.43 《英格兰法令》第 42 条订明:

**“ 42 照顾人员: 释义**

(1) 就第 38 至 41 条而言,如第(2)至(4)款任何一款适用,则任何人(甲)乃属以符合本条的方式照顾另一人(乙)。

(2) 如有以下情况,则本款适用——

(a) 乙是在护理院舍、小区院舍、志愿服务院舍或儿童院舍内住宿及接受照顾,及

(b) 甲受雇在该院舍内履行职责,并因此而导致他或相当可能导致他与乙有定期面对面的接触。

(3) 如乙是接受以下机构所提供服务的病人——

(a) 国家保健服务辖下机构或独立医疗机构;

(b) 独立医院;或

(b) 独立诊所(在韦尔斯),

而甲受雇为有关机构或在有关医院或诊所内履行职责,并因此而导致他或相当可能导致他与乙有面对面的接触,则本款适用。

(4) 如甲属以下情况,则本款适用——

(a) 不论是否受雇,就乙的精神紊乱而向乙提供照顾、协助或服务,及

(b) 基于此,与乙或相当可能与乙有定期面对面的接触……。”

---

<sup>19</sup> 关于这项规定,参看下文第 10.55 段。

## **(2) 维多利亚（澳大利亚）法例**

10.44 照顾关系的存在是藉参照向精神缺损人士所提供服务的性质（即医疗或治疗服务）而界定。根据维多利亚《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第 51 条，任何向认知缺损的人提供医疗或治疗服务的人，如对后者作出性插入或猥亵行为，除非该服务提供商是后者的配偶或同居伴侣，否则即属犯罪。

《1958 年刑事罪行法令》（维多利亚）第 51 条订明：

“ (1) 任何人向认知缺损的人提供医疗或治疗服务，而该认知缺损的人并非他或她的配偶或同居伴侣，则不得与该人进行性插入行为。

罚则：第 5 级监禁（最高 10 年）。

(2) 任何人向认知缺损的人提供医疗或治疗服务，而该认知缺损的人并非他或她的配偶或同居伴侣，则不得与该人进行猥亵行为或以任何方式参与与该人进行的猥亵行为。

罚则：第 6 级监禁（最高 5 年）。”

## **照顾关系存在的情况的建议定义**

10.45 我们认为采用英格兰法例来裁定照顾关系存在的情况，会有其好处。英格兰法例就精神缺损人士有可能受到照顾者性剥削的情况，涵盖广泛的类别。至于维多利亚州的法例，只牵涉向精神缺损人士所提供的医疗或治疗服务，范围太狭窄，未能为精神缺损人士提供足够保护，因此我们不赞成采用。

10.46 在我们看来，就精神缺损人士所获提供的照顾而言，照顾关系应存在于两种情况：

### **在指明院所内照顾精神缺损人士**

10.47 第一，这类罪行应涵盖在指明院所内接受照顾的精神缺损人士。这类人应受保护，使他们免受下述的人对他们作出任何形式涉及性的行为：“不论是否受雇于一所指明院所的人，而该人在该指明院所履行职责或提供志愿服务”（以《英格兰法令》第 42(2)(b) 及 42(4)(a) 条为蓝本并作变通修改）。属第一种情况的罪行所涵盖的

范围，会包括在指明院所履行职责的人，不论其是否有关院所的雇员，对精神缺损人士作出性剥削。这些罪行亦会涵盖在指明院所提供服务的义工所作出的性剥削。这样做可以防止犯罪者在提供志愿服务的幌子下试图性剥削精神缺损人士。然而，纯粹到访指明院所而并非在院所内履行职责的访客不会包括在内。

10.48 至于所涵盖的指明院所类别，我们认为应在订立新法例时由政府当局决定。此事适宜由政府当局与相关的持份者合作，以作决定。

### **在指明院所之外照顾精神缺损人士**

10.49 第二，这类罪行应涵盖下述情况：任何人（甲）“是就乙的精神紊乱或弱智而向乙提供照顾、协助或服务的人”（以《英格兰法令》第 42(4)(a)条为蓝本并作变通修改）。

10.50 第二种情况会涵盖在指明院所之外提供照顾的人。

## **《英格兰法令》中的罪行**

10.51 由于我们赞成在改革中采用英格兰法例，因此会在下文考虑这类别的英格兰罪行。这些罪行载于《英格兰法令》第 38 至 41 条：

### **照顾人员与精神紊乱的人进行涉及性的行为**

10.52 根据《英格兰法令》第 38(1)条，任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙）（其照顾形式符合第 42 条的规定），而甲故意触摸乙，加上触摸是涉及性的，即属犯罪。<sup>20</sup> 由于在一般释义条文（第 79 条）中，“触摸”包括插入，故这项罪行同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。

---

<sup>20</sup> 第 38(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 他故意触摸另一人（乙），
- (b) 触摸是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊乱的，
- (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

### **照顾人员导致或煽惑进行涉及性的行为**

10.53 根据《英格兰法令》第 39(1)条，任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙）（其照顾形式符合第 42 条的规定），而甲故意导致或煽惑乙进行涉及性的行为，即属犯罪。<sup>21</sup>

### **照顾人员在精神紊乱的人在场下进行涉及性的行为**

10.54 根据《英格兰法令》第 40(1)条，任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙）（其照顾形式符合第 42 条的规定），而甲为了得到性满足，故意在乙在场下进行涉及性的行为，即属犯罪。<sup>22</sup>

### **照顾人员导致精神紊乱的人观看涉及性的行为**

10.55 根据《英格兰法令》第 41(1)条，任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙）（其照顾形式符合第 42 条的规定），而甲为了得到性满足，故意导致乙观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像，即属犯罪。<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> 第 39(1)条订明：

- “ (1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——
- (a) 他故意导致或煽惑另一人（乙）进行某项行为，
  - (b) 该项行为是涉及性的，
  - (c) 乙是有精神紊乱的，
  - (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
  - (e) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

<sup>22</sup> 第 40(1)条订明：

- “ (1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——
- (a) 他故意进行某项行为，
  - (b) 该项行为是涉及性的，
  - (c) 为了得到性满足，他进行有关行为而——
    - (i) 当时有另一人（乙）在场或该另一人身处能看到甲的地方，及
    - (ii) 他知道或相信乙察觉到他正在进行有关行为或有意令乙察觉到他正在进行有关行为，
  - (d) 乙是有精神紊乱的，
  - (e) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
  - (f) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

<sup>23</sup> 第 41(1)条订明：

- “ (1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——
- (a) 为了得到性满足，他故意导致另一人（乙）观看第三者进行某项行为或任何人进行某项行为的影像，
  - (b) 该项行为是涉及性的，
  - (c) 乙是有精神紊乱的，
  - (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
  - (e) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

## 这类罪行应否只限于插入式涉及性的行为？

10.56 相关的现有罪行，即“与病人性交”（《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2)条），只涵盖插入式涉及性的行为。精神病院、惩教署精神病治疗中心或全科医院的任何男性人员或雇员如与女病人非法性交，即属犯此罪行。

10.57 问题是这类罪行应否只限于插入式行为。《英格兰法令》第 38 至 41 条同时涵盖插入式和非插入式行为。我们赞同英格兰模式，并认为这类罪行应同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。并无充分理由说精神缺损人士不应受到保护，免受非插入式涉及性的行为所侵犯。在很多个案中，非插入式涉及性的行为所带来的伤害无异于插入式涉及性的行为。

## 相当可能有定期面对面的接触

10.58 在《英格兰法令》中，照顾关系的存在，是基于提供照顾者必须与或相当可能与精神缺损人士有定期面对面的接触。<sup>24</sup> 我们认为这项规定是不必要的。倘若精神缺损人士获安置于指明院所内，他们应受到保护，免受任何形式的性剥削。在指明院所内履行职责或提供志愿服务的人应该知道在该等院所接受照顾的人是精神缺损人士，即使两者之间并无定期面对面的接触亦如是。在指明院所内提供照顾者不应与精神缺损人士进行任何形式的涉及性的行为，不论两者之间是否有定期面对面的接触。

10.59 另一方面，在绝大多数个案中，在指明院所之外向精神缺损人士提供照顾的人，会与这些精神缺损人士有定期面对面的接触。然而，也有可能并无定期面对面的接触（例如，一名精神缺损人士被安排往见医生或其他专业人士，作单一次的诊治或咨询）。即使在这些个案中，由于两者之间的关系并不平衡，我们认为法律应禁止两者之间发生涉及性的关系。

## 照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例外情况

10.60 如果提供照顾者与精神缺损人士已有婚姻关系，可以此作为法律责任的例外情况。根据《英格兰法令》第 43(1)条所订的例外

---

<sup>24</sup> 《英格兰法令》，第 42(2)(b)及 42(4)(b)条。

情况，任何人（甲）不会承担这类罪行下的法律责任，条件是该名精神缺损人士（乙）为 16 岁或以上；及甲与乙已有婚姻关系。

10.61 英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）指出这项例外情况的理据如下：

“其中一个有潜在难题的范畴，是有关照顾是由家庭中的丈夫或妻子或由长期关系中的伴侣所给予的情况。这些关系是涉及性的，并在疾病、意外或认知障碍症发生前早已存在。假如个别人士仍有一定程度的给予同意的行为能力，而我们却闯入这些人的二人私生活中，这样做会是错误和不合理的。因此，在照顾者与病人已有婚姻关系或既存的性关系的情况下，他们的行为不应构成罪行，这点至为重要。”<sup>25</sup>

10.62 我们赞同检讨小组的看法，并认为应该订有这项例外情况。

10.63 根据《英格兰法令》第 44(1)及(2)条所订的另一项例外情况，任何人（甲）不会承担这类罪行下的法律责任，条件是甲与该名精神缺损人士（乙）紧接在甲开始照顾乙之前已存在合法的性关系（其照顾形式符合第 42 条所界定的照顾关系）。

10.64 这项例外规定会涵盖下述情况：甲与乙是未婚伴侣（例如男女朋友），紧接在乙开始患有精神病之前或乙开始由甲照顾之前两人已有合法的性关系；而甲与乙继续有性关系。这项例外情况适用于合法的性关系，但只适用于甲与乙既存的双方同意的性关系。

10.65 我们认为，对于早于照顾关系存在的性关系，应订有例外情况。否则，先前与一名精神缺损人士已有性关系的人可能怕惹官非而不敢照顾该名精神缺损人士。这类罪行适用于有行为能力对涉及性的行为给予同意的精神缺损人士。这项例外情况容许双方同意的性关系在精神缺损人士开始患有精神病之后或开始由另一人照顾之后继续存在，藉此让这些精神缺损人士能够行使其性自主权。

10.66 我们认同有理据支持这项例外情况，但亦感“紧接在甲开始照顾乙之前”的规定订得太紧。我们认为这项例外情况应适用于甲与乙之间“在甲开始向乙提供照顾、协助或服务之前的一段合理时间之内”已存在的合法的性关系。如果男女朋友在其中一方开始患有精神

---

<sup>25</sup> 英国内政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 4.8.17 段。

病或由另一方照顾之前已有双方同意的性关系，则并无充分理由说不应容许他们继续有这种关系。

## 知悉有精神病

10.67 第 10.33 及 10.34 段所述的相同规定应于此适用。

## 关于知悉有精神病一事的规定

10.68 就这类英格兰罪行，订立了以下条文：

“在就本条所订的罪行而进行的法律程序中，如证明另一人是有精神紊乱，则视被告人知道或可合理地预期被告人知道该人是有精神紊乱，除非可提出足够证据以带出一项争论点，就是他是否知道或可否合理地预期他知道此事。”<sup>26</sup>

10.69 我们赞同有这样的一条条文。由于向精神缺损人士提供照顾的人与受其照顾者有着密切的关系，自然而然他们会知道或可合理地预期他们知道受其照顾者是有精神病。在绝大多数个案中，这个问题不应成为争议点，而法例就证据上的举证责任而订立条文，或许有助避免在这些个案中产生不必要的复杂情况。<sup>27</sup>

<sup>26</sup> 《英格兰法令》，第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)条。

<sup>27</sup> 为履行证据上的举证责任，被控人只须援引或显示足够的证据，以提出可由陪审团考虑的争论点。说服法庭的举证责任（即法律上的举证责任）始终在于控方。控方必须在无任何合理疑点下证明有关罪行的所有元素。在终审法院案件 *HKSAR v Ng Po On and Another*, [2008] 4 HKLRD 176; (2008) 11 HKCFAR 91，常任法官李义说（见判案书第 27 段）：

“[证据上的举证责任]不要求被控人证明任何属于证据方面的东西。由始至终控方依然须承担说服法庭的举证责任，但如果被告人意欲提出一些有可能助其脱罪的事项，这便引起了证据上的举证责任问题。在这类情况下，被告人必须有证据支持其脱罪事项，而有关证据必须相当充分，以致足以就其罪责引起合理疑点。控方除非能消除该项合理疑点，否则便无法证明其指控。在另一方面，假如被控人无法就相关争论点援引或显示任何证据，或所援引的证据不获接纳或因不够充分而未能引起合理疑点，则有可能助被控人脱罪的事项并不妨碍控方在无合理疑点下证明其指控……”

## 加拿大法例：就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系而可能引起的剥削 (第二类(c)分类的罪行)

10.70 在一些剥削个案中，可能不存在“照顾关系”，但犯罪者却就精神缺损人士滥用其受信任或权威地位或受养关系。加拿大法例订立了一项罪行以针对这些个案。

### 对残障人士性剥削

10.71 在加拿大，该国的《刑事法典》(Criminal Code)第153.1(1)条订立了以下一项罪行：任何人如对一名精神或身体残障人士而言处于受信任或权威地位，或有受养关系，并因此而对该人性剥削，即属犯罪。<sup>28</sup>

### 受信任或权威地位或受养关系的涵义

10.72 加拿大法例中并无条文为受信任或权威地位或受养关系下定义。加拿大最高法院在 *R v Audet* 案中解释了这些词语的涵义。<sup>29</sup> 在缺乏法定定义的情况下，最高法院裁定，这些词语应按照其一般涵义予以解释。最高法院认为，凡因犯罪者与受害人之间关系性质上的不平衡而导致受害人易受伤害，则受信任或权威地位即告存在。关键因素是两者关系的性质而非两者的相对地位。最高法院亦裁定，应由原审法官考虑与两方关系的裁断相关的所有事实情况，以裁断被控人对受害人而言是否处于受信任地位，或受害人与被控人是否有受养关系。

<sup>28</sup> 加拿大《刑事法典》第153.1(1)至(3)条订明：

“153.1 (1) 任何人相对于一名精神或身体残障人士而言处于受信任或权威地位，或一名精神或身体残障人士相对于该人而言有受养关系，而该人为了性目的，在未经该残障人士同意下，怂使或煽惑该残障人士以身体的某部分或以对象直接或间接触摸自己的身体，或作此怂使或煽惑的人的身体，或任何其他人的身体，即属犯——

(a) 可公诉罪行，可处监禁，为期不超过五年；或

(b) 可循简易程序治罪的罪行，可处监禁，为期不超过十八个月。”（底线后加）

(2) 除第(3)款另有规定外，就本条而言，“同意”指投诉人自愿同意进行有关涉及性的行为。

(3) 就本条而言，如有以下情况，当作并无取得同意——

(a) 该项同意是由投诉人以外的人以言词或举动表达的；

(b) 投诉人没有行为能力同意进行该行为；

(c) 被控人藉滥用受信任、权力或权威地位而怂使或煽惑投诉人进行该行为；

(d) 投诉人以言词或举动表达没有同意进行该行为；或

(e) 投诉人在同意进行涉及性的行为后，以言词或举动表达没有同意继续进行该行为。”

<sup>29</sup> 加拿大最高法院在 *R v Audet* [1996] 2 S.C.R.171 案中，就加拿大《刑事法典》第153.1条所订的性剥削少年人罪解释了这些词语的涵义。

## 加拿大罪行只适用于犯罪者确有滥用其地位或关系的情况

10.73 为构成这项加拿大罪行，犯罪者与精神残障人士之间必须存在指明的地位或关系，除此之外，犯罪者还必须确有滥用其地位或关系。

10.74 案中涉及性的行为必须是“未经该人同意”而进行的，才可使这项加拿大罪行适用（见第 153.1(1)条）。第 153.1(3)(c)条订明，就第 153.1(1)条而言，如果“被控人藉滥用受信任、权力或权威地位而怂使或煽惑投诉人进行该行为”，有关同意便不成立。换言之，在指明的地位或关系存在的情况下，即使发生涉及性的行为也不属于犯这项加拿大罪行。然而，如确有滥用该地位或关系的情况，则所发生涉及性的行为（依据第 153.1(3)(c)条）当作在未经同意下进行，并构成这项罪行。这就是说，这项加拿大罪行含有两个元素：(i)存在受信任或权威地位或受养关系；及(ii)确有滥用该地位或关系。

## 应否采用加拿大模式？

10.75 正如上文所述，我们认为应采用英格兰法例，以涵盖因在指明院所之内以及在指明院所之外照顾精神缺损人士而引发的剥削行为。还有一个问题，就是除了这些英格兰法例所订的罪行之外，应否另加采用加拿大模式。

10.76 这项加拿大罪行的涵盖面比英格兰法例所订罪行更为广阔。它扩及受信任或权威地位或受养关系，而英格兰法例只涵盖照顾关系。举例来说，加拿大模式涵盖监护人、教师或其他专业人士滥用其与精神缺损人士相关的地位或关系的行为。我们认为适宜以法例来处理这项滥用，因此建议应扩阔英格兰罪行以涵盖这些行为。

10.77 英格兰罪行经扩阔后，会涵盖由以下情况所引起的剥削行为：(i)在指明院所之内或之外照顾精神缺损人士；及(ii)就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系。第(ii)种情况包含以下元素：(a)犯罪者与精神缺损人士之间存在受信任或权威地位或受养关系；(b)犯罪者滥用这种地位或关系；及(c)犯罪者实际知悉或法律构成犯罪者知悉对方是精神缺损人士。

## 关于第二类罪行的结论

10.78 经考虑上述事宜后，我们赞同采用第二类罪行。订立这些罪行，可在下述两者之间取得适当的平衡：一方面要尊重精神缺损程度未严重至没有行为能力给予同意的人的性自主权，另一方面要保护他们免受犯罪者利用剥削手段或因有不平衡的关系而对他们性剥削。

10.79 有鉴于上述的考虑，我们会在下一章就新的性罪行列出我们的建议，另外会建议废除若干现有的罪行。我们亦会因应我们所提出的建议而考虑“精神上无行为能力的人”的现行定义应否保留或以某种形式修订。

# 第 11 章 新法例中涉及精神缺损人士的性罪行

## 引言

11.1 在第 10 章中，我们就改革与精神缺损人士有关的法例而考虑可采纳的模式。

11.2 我们在下文建议订立一系列涉及精神缺损人士的新罪行，而这些建议是与上述考虑结果一致的。我们亦会因应有关建议而考虑应否废除一些现有罪行，以及应否以某种形式保留或修订精神上无行为能力的人的现行定义。

### **(A) 针对犯罪者使用特定手段取得精神缺损人士的同意而剥削后者的罪行：**

11.3 我们建议订立一系列的新罪行，以针对犯罪者使用剥削手段取得那些具有某程度行为能力给予同意的精神缺损人士的同意而可能对后者进行剥削。

11.4 现时并无任何罪行针对这些剥削行为。在现有罪行中，也没有罪行顾及那些具有行为能力给予同意的精神缺损人士的性自主权。有些精神缺损人士的精神缺损程度，并未严重到令他们没有行为能力给予同意，因此一方面既要尊重这类精神缺损人士的性自主权，另一方面则要保护他们免受犯罪者使用剥削手段取得他们的“同意”，而建议新订的罪行力求在这两方面取得适当的平衡。

### **以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为**

11.5 这项建议新订的罪行是以英格兰《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003，简称《英格兰法令》）第 34(1)条中的罪行，即“以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神紊乱的人进行涉及性的行为”罪为蓝本。第 34(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

(a) 他在取得另一人（乙）的同意后故意触摸该人，

- (b) 触摸是涉及性的，
- (c) 甲为达目的藉着提供或给予诱因，作出威胁或欺骗而取得乙的同意，
- (d) 乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

11.6 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人对一名精神缺损人士作涉及性的触摸，而他以诱使、威胁或欺骗手段取得该名精神缺损人士的同意。

11.7 根据一般释义条文（第 79 条），“触摸”包括插入，故该项英格兰罪行同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。我们认为建议订立的罪行应同样地涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。这样做会给予精神缺损人士更大的保护。

### **建议 23**

**我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 34(1)条。**

**我们亦建议，这项建议订立的罪行应同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。**

## **以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为**

11.8 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第 35(1)条中的罪行，即“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人进行或同意进行涉及性的行为”罪为蓝本。第 35(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

- (a) 甲为达目的藉着提供或给予诱因，作出威胁或欺骗而故意导致另一人（乙）进行或同意

进行某项行为，

- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊乱的，及
- (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

11.9 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人以诱使、威胁或欺骗手段导致一名精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为。

#### **建议 24**

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003年性罪刑法令》第35(1)条。

### **进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促使精神缺损人士在场**

11.10 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第36(1)条中的罪行，即“进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促使精神紊乱的人在场”罪为蓝本。第36(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

- (a) 他故意进行某项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 为了得到性满足，他进行该项行为而—
  - (i) 当时有另一人（乙）在场或该另一人身处能看到甲的地方，及
  - (ii) 他知道或相信乙察觉到，或有意令乙察觉到他正在进行该项行为，
- (d) 乙同意在场或身处(c)(i)段所提述的地方，是

由于甲为取得乙的同意而提供或给予诱因，作出威胁或欺骗所致，

- (e) 乙是有精神紊乱的，及
- (f) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

11.11 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人在一名精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。为构成这项建议订立的罪行，该名精神缺损人士应是由于犯罪者以诱使、威胁或欺骗手段取得其“同意”而在场的。

11.12 这项英格兰罪行的其中一项要素，是被控人行为的目的应是为了得到性满足。我们曾在第 10 章（第 10.32-10.34 段）中表示，就行为的目的乃属相关因素的罪行而言，行为的目的应不只是为了性满足，而应包括性满足，使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或上述任何组合的目的。对于本章中所有建议新订的罪行，这项元素会适用于与被控人行为的目的的相关者。

#### **建议 25**

我们建议，新法例中应包括一项“进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神缺损人士在场”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 36(1)条。

为构成这项罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

### **以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看性行为**

11.13 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第 37(1)条中的罪行，即“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人观看性行为”罪为蓝本。第 37(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

- (a) 为了得到性满足，他故意导致另一人（乙）观看第三者进行某项行为或任何人进行某项行为的影像，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙同意观看，是由于甲为取得乙的同意而提供或给予诱因，作出威胁或欺骗所致，
- (d) 乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的。”

11.14 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人导致一名精神缺损人士观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。为构成这项建议订立的罪行，该名精神缺损人士应是由于犯罪者以诱使、威胁或欺骗手段取得其“同意”而观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像。

**建议 26**

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003年性罪行法令》第37(1)条。

为构成这项罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

**(B) 针对精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾时被剥削，以及有人就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系的罪行：**

11.15 香港的现行法例未能提供足够的保护，以防范精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾时可能被剥削，以及有人就精神缺

损人士滥用受信任或权威地位或受养关系。我们因此建议订立一系列的新罪行，以针对这类可能发生的剥削行为。建议新订的罪行会以英格兰罪行为蓝本。基于在第 10 章（第 10.72-10.74 段）所论及的理由，我们建议在采纳英格兰罪行时将其范围扩大，以涵盖有人就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系的行为。

### **与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系**

11.16 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第 38(1)条中的罪行，即“照顾人员与精神紊乱的人进行涉及性的行为”罪为蓝本。第 38(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

- (a) 他故意触摸另一人（乙），
- (b) 触摸是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊乱的，
- (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

11.17 根据《英格兰法令》第 79 条的规定，“触摸”包括插入，故该项英格兰罪行同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。我们建议这项新罪行应同样地涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。

11.18 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而对该名精神缺损人士作出涉及性的触摸或插入行为。

## 建议 27

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。<sup>1</sup>

这项建议订立的罪行应涵盖涉及性的触摸或插入行为。

## 导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系

11.19 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第 39(1)条中的罪行，即“照顾人员导致或煽惑进行涉及性的行为”罪为蓝本。第 39(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪——

- (a) 他故意导致或煽惑另一人（乙）进行某项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊乱的，
- (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

11.20 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而导致或煽惑该名精神缺损人士进行涉及性的行为。

<sup>1</sup> 这项建议旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

## 建议 28

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

2

## 在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系

11.21 这项建议订立的罪行是以《英格兰法令》第 40(1)条中的罪行，即“照顾人员在精神紊乱的人在场下进行涉及性的行为”罪为蓝本。第 40(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

- (a) 他故意进行某项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 为了得到性满足，他进行该项行为而—
  - (i) 当时有另一人（乙）在场或该另一人身处能看到甲的地方，及
  - (ii) 他知道或相信乙察觉到，或有意令乙察觉到他正在进行该项行为，
- (d) 乙是有精神紊乱的，
- (e) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
- (f) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

11.22 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养

<sup>2</sup> 这项建议旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

关系，而在该名精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

### **建议 29**

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。<sup>3</sup>

为构成这项建议订立的罪行，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

## **导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系**

11.23 这项建议订立的罪行是以《英格兰法令》第 41(1)条中的罪行，即“照顾人员导致精神紊乱的人观看涉及性的行为”罪为蓝本。第 41(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人（甲）即属犯罪—

- (a) 为了得到性满足，他故意导致另一人（乙）观看第三者进行某项行为或任何人进行某项行为的影像，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊乱的，
- (d) 甲知道或可合理地预期甲知道乙是有精神紊乱的，及
- (e) 甲照顾乙，而其形式符合第 42 条的规定。”

<sup>3</sup> 这项建议旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

11.24 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而导致该名精神缺损人士观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

### **建议 30**

**我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。<sup>4</sup>**

**为构成这项建议订立的罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。**

## **关于照顾关系存在的情况的建议定义**

11.25 我们在第 10 章（第 10.43-10.47 段）中论及照顾关系存在的情况。基于有关的讨论，我们建议照顾关系应存在于两种情况。

11.26 第一，这种关系会存在于任何人与精神缺损人士之间，条件是前者属下述的人：“不论是否受雇于一所指明院所的人，而该人在该指明院所履行职责或提供志愿服务”（以《英格兰法令》第 42(2)(b)及 42(4)(a)条为蓝本并作变通修改）。这会涵盖在指明院所履行职责的人，不论其是否受雇于有关院所；亦会涵盖在指明院所提供服务的义工。然而，纯粹到访指明院所的访客不会包括在内。

11.27 第二，我们建议这种关系存在于下述情况：任何人（甲）“是就乙的精神紊乱或弱智而向乙提供照顾、协助或服务的人”（以《英格兰法令》第 42(4)(a)条为蓝本并作变通修改）。这种关系亦涵盖在指明院所以外地方向精神缺损人士就其精神病而提供的照顾。

---

<sup>4</sup> 这项建议旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

### 建议 31

我们建议，如任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙），则照顾关系应存在于以下两种情况之一：

第一，甲是不论是否受雇于一所指明院所的人，而甲在该指明院所履行职责或提供志愿服务。

第二，甲是就乙的精神病而向乙提供照顾、协助或服务的人。

我们又建议，指明院所的涵义应在订立新法例时由政府当局决定。

## 照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例外情况

11.28 基于在第 10 章（第 10.57-10.63 段）中论及的理由，我们建议应为有关的法律责任订立两种例外情况。第一种适用的情况是精神缺损人士与照顾他或她的人已有婚姻关系。这项例外情况是以《英格兰法令》第 43 条为蓝本。第 43 条订明：

“ (1) 任何人（甲）的行为根据第 38 至 41 条任何一条原属对另一人（乙）干犯的罪行，但如在当时有以下情况则不属于犯有关条文下的罪行—

(a) 乙年满 16 岁或以上，及

(b) 甲与乙两人已有合法婚姻关系或是同性伴侣。

(2) 在就这类罪行而进行的法律程序中，如被告人证明甲与乙在当时已有合法婚姻关系或是同性伴侣，即可以此作为免责辩护。”

11.29 凭借以上建议的第一项例外情况，任何人如与一名精神缺损人士已有婚姻关系而该名精神缺损人士年满 16 岁或以上，则该人不会就建议新订的涵盖照顾关系存在的情况的罪行，负上法律责任。

11.30 第二种适用的例外情况是精神缺损人士与照顾他或她的人，在照顾关系开始之前已有合法的性关系。这项例外情况是以《英格兰法令》第 44 条为蓝本。该条订明：

- “ (1) 任何人（甲）的行为根据第 38 至 41 条任何一条原属对另一人（乙）干犯的罪行，但如甲是以符合第 42 条所订明的方式照顾乙，并在紧接甲开始照顾乙之前，甲与乙之间已存在性关系，则不属于干犯有关条文下的罪行。
- (2) 如在当时甲与乙之间所进行的性交原属非法，则第 (1) 款并不适用。
- (3) 在就第 38 至 41 条任何一条所订的罪行而进行的法律程序中，如被告人证明在当时已存在这种关系，即可以此作为免责辩护。”

11.31 基于在第 10 章（第 10.63 段）中所述的理由，我们建议这项例外适用于下述情况：“甲在开始为乙提供照顾、协助或服务之前的一段合理期间”，甲与乙之间已存在合法的性关系。

11.32 凭借以上建议的第二项例外情况，任何人（甲）如与另一人（乙）在乙患有精神病或在甲开始照顾乙之前的一段合理期间，甲与乙已有合法的性关系，则甲不会就建议新订的涵盖照顾关系存在的情况的罪行，负上法律责任。这项例外情况适用于未婚伴侣（例如男女朋友）。

### 建议 32

我们建议，就建议新订的涵盖照顾关系存在的情况的罪行，应为法律责任订立例外情况：（i）精神缺损人士与照顾他或她的人已有婚姻关系；或（ii）在照顾关系开始之前两人之间已有合法的性关系。

我们又建议，就既存的性关系所订的例外，应适用于下述情况：在某人开始为一名精神缺损人士提供照顾、协助或服务之前的一段合理期间，两人之间已存在合法的性关系。

## 关于知悉有精神病一事的规定

11.33 基于在第 10 章（第 10.30 至 10.31 段及第 10.64 段）中所论及的理由，我们建议为构成所有建议新订的罪行，应规定被控人实际知悉或法律构成被控人知悉受害人是精神缺损人士。

### 建议 33

我们建议，为构成所有建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应规定被控人实际知悉或法律构成被控人知悉受害人是精神缺损人士。

11.34 然而，基于在第 10 章（第 10.66 段）中所论及的理由，我们建议就建议新订的罪行，凡是涵盖照顾关系存在的情况，以及牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系的，应订有条文对被控人施加证据上的举证责任，其内容参照《英格兰法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)条如下：

“在就本条所订的罪行而进行的法律程序中，如证明另一人是有精神紊乱，则视被告人知道或可合理地预期被告人知道该人是有精神紊乱，除非可提出足够证据以带出一项争论点，就是他是否知道或可否合理地预期他知道此事。”

### 建议 34

我们建议，就建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，凡是涵盖照顾关系存在的情况，以及牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系的，应订有条文，就被控人知悉受害人有精神病一事对被控人施加证据上的举证责任，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)条。

## 精神上无行为能力的人的定义

11.35 《刑事罪行条例》第 117(1)条就该条例第 XII 部的性罪行而界定何谓精神上无行为能力的人。

11.36 《刑事罪行条例》第 117(1)条订明，精神上无行为能力的人指：

“《精神健康条例》（第 136 章）所指的精神紊乱的人或弱智人士，而其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。”

11.37 因此，精神上无行为能力的人的上述定义包含两个部分：

- (i) 《精神健康条例》（第 136 章）所界定的精神紊乱的人或弱智人士；及
- (ii) 没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。

### **定义第一部分—精神紊乱的人或弱智人士**

11.38 由于这项定义提述“《精神健康条例》所指的精神紊乱的人或弱智人士”，因此必须参看《精神健康条例》（第 136 章）以确定精神紊乱的人或弱智人士的定义。

11.39 《精神健康条例》第 2(1)条（释义条文）将精神紊乱的人及弱智人士界定如下：

#### **精神紊乱的人**

11.40 精神紊乱的人指“任何患有精神紊乱的人”。

11.41 由于这项定义提述“精神紊乱”，因此必须参看该释义条文中精神紊乱的定义。在第 2(1)条中，精神紊乱当用作名词时界定如下：

- “(a) 精神病；
- (b) 属智力及社交能力的显著减损的心智发育停顿或不完全的状态，而该状态是与有关的人的异常侵略性或极不负责任的行为有关连的；
- (c) 精神病理障碍；或

(d) 不属弱智的任何其他精神失常或精神上无能力，  
而‘精神紊乱’当用作形容词时亦须据此解释”。

### 弱智人士

11.42 弱智人士指“弱智的人或看来属弱智的人”。

11.43 由于这项定义提述“弱智”，因此必须参看该释义条文中弱智的定义。在第 2(1)条中，弱智当用作名词时界定如下：

“低于平均的一般智能<sup>5</sup>并带有适应行为上的缺陷，  
而‘弱智’当用作形容词时亦须据此解释”。

### **定义第二部分 — 没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用**

11.44 《刑事罪行条例》第 117(1)条亦提述“其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事”。

11.45 因此，为符合第 117(1)条中精神上无行为能力的人的定义，有关的人不但是《精神健康条例》所界定的精神紊乱的人或弱智人士，也必须因其精神紊乱或弱智，令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人在涉及性的方面所严重利用。<sup>6</sup>

### 只保护精神缺损程度较为显著者

11.46 由于精神上无行为能力的人的现行定义第二部分规定，精神紊乱的人或弱智人士必须是“没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事”，因此这个定义只适用于精神缺损程度较为显著的人。

11.47 精神上无行为能力的人的现行定义仍有未完善之处。假如受害人未能符合定义第二部分的高要求，他或她便不能归类为精神上无行为能力的人，以致未能获得充分保护免受他人利用。我们所建议新订的罪行一方面要尊重精神缺损程度未严重至没有行为能力

<sup>5</sup> “低于平均的一般智能”指“按照魏克斯勒儿童智力测量表或按照任何标准化智力测验中的同等智力测量表是 70 或低于 70 的智商。”（《精神健康条例》第 2(1)条）

<sup>6</sup> *HKSAR v Cheng Chi Ho*, CACC 57/2006 ([2008] 5 HKLRD 557 汇报)，第 61 及 66 段。

给予同意的人的性自主权，另一方面要保护他们免受性方面的利用，力求在两者之间取得适当的平衡。因此，我们建议应在新法例关于精神缺损人士的定义中移除有关定义的第二部分，使到建议新订的涉及精神缺损人士的罪行适用于任何精神紊乱的人或弱智人士。

### **建议 35**

**我们建议，建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应适用于精神紊乱的人或弱智人士（如《精神健康条例》所界定者）。**

## **应否继续使用“精神上无行为能力的人”这个现有词语来描述精神缺损人士？**

11.48 从上文可见，我们已建议新订一系列涉及精神缺损人士的罪行。这带出一个议题，即就性罪行而言应否继续使用“精神上无行为能力的人”这个现有词语来描述有精神病的人。

11.49 “精神上无行为能力的人”这个现有词语的主要缺点，是它提述一个人在精神上是“无行为能力”的。照字面意思来说，它即指一个人有严重的精神缺损以致在精神上完全没有行为能力。

“精神上无行为能力的人”和其英文对应词“mentally incapacitated person”同样地表达相同的涵义。然而，我们在本章中所建议新订的罪行，会适用于有某程度精神缺损但仍有行为能力对涉及性的行为给予同意的人。假如在新法例中继续使用这个现有词语但不提述“无行为能力”的定义部分，这会对公众造成混淆。再者，“精神上无行为能力的人”一词似乎已过时，在海外同类法例中不再使用。<sup>7</sup>

<sup>7</sup> 在海外国家的法例中，使用不同的词语来提述有精神病的人。

### **澳大利亚**

在澳大利亚的不同州份，使用多款词语来提述有精神病的人。

用词包括：认知缺损人士（a person with cognitive impairment）（新南威尔士《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第66F条，及维多利亚《1958年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第51-52条）；精神上有缺损的人（a person with an impairment of the mind）（昆士兰《刑事法典》（Criminal Code）第216条）；有精神病或弱智的人（a mentally ill or handicapped person）（北领地《刑事法典》（Criminal Code）第130条）；智力残障人士（a person with intellectual disability）（南澳大利亚《1935年刑事法律综合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第49(6)条）；无行为能力的人（an incapable person）（西澳大

---

利亚《刑事法典》(Criminal Code)第 330 条)。(在北领地的法例中,“有精神病或弱智的人”界定为“因精神上的异常而不能管理自己事务或进行负责任行为的人”(北领地《刑事法典》第 126 条)。在西澳大利亚的法例中,“无行为能力的人”界定为“精神缺损程度严重至没有下述行为能力的人—(a)明白被控人控罪所涉行为的性质;或(b)保护自己免受性剥削。”(西澳大利亚《刑事法典》第 330(1)条)。其他法例中的用词并没有界定。)

塔斯曼尼亚的法例采用精神缺损人士(a person with mental impairment)一词(塔斯曼尼亚《刑事法典》(Criminal Code)第 126 条)。“精神缺损”一词界定为“衰老、智力障碍、精神病或脑损伤”(塔斯曼尼亚《刑事法典》第 126(3)条)。

### **加拿大**

在加拿大《刑事法典》(Criminal Code)中,使用“精神残障人士”(a person with a mental disability)一词来描述有精神病的人(加拿大《刑事法典》第 153.1 条一对精神残障人士性剥削)。如任何人,对一名精神或身体残障人士而言处于受信任或权威地位,或该名残障人士与该人有受养关系,而该人在未经同意下为性目的触摸该名残障人士,即属犯罪。

“精神紊乱”一词界定为“精神上的疾病”(加拿大《刑事法典》第 2 条)。

### **英格兰及韦尔斯**

在英格兰《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)中,有一系列的罪行涉及精神紊乱的人(a person with a mental disorder)(英格兰《2003 年性罪行法令》第 30 至 44 条)。该英格兰法令简单地将“精神紊乱”界定为“任何精神上的紊乱或残障”。根据英格兰《2003 年性罪行法令》第 79(6)条,“精神紊乱”具有《1983 年精神健康法令》第 1 条所赋予的涵义。

### **新西兰**

在新西兰《1961 年刑事罪行法令》(Crimes Act 1961)第 138 条中,使用有显著缺损的人(a person with a significant impairment)一词来描述有精神病的人。“显著缺损”界定为“智力、精神或身体上的情况或缺损(或两项或以上组合的智力、精神或身体上的情况或缺损),以致对一个人造成影响,而其程度显著地减损该人的以下行为能力—

“(a) 明白涉及性的行为的性质;或  
(b) 明白就涉及性的行为所作决定的性质;或  
(c) 预见就涉及性的行为所作决定的后果;或  
(d) 传达就涉及性的行为所作决定。”(新西兰《刑事罪行法令》第 138(6)条)。

### **苏格兰**

在《2009 年性罪行(苏格兰)法令》(Sexual Offences (Scotland) Act 2009)中,当提述有精神病的人时使用精神紊乱的人(a mentally disordered person)一词(《2009 年性罪行(苏格兰)法令》第 17 条)。“精神紊乱”的涵义与《2003 年精神健康(照顾和治疗)(苏格兰)法令》第 328 条中的涵义相同(《2009 年性罪行(苏格兰)法令》第 17(3)条)。第 328 条将“精神紊乱”界定如下:

“(a) 精神病;  
(b) 性格紊乱;或  
(c) 学习障碍,  
不论其如何导致或表现出来;而同根词亦须据此解释。”

11.50 我们认为应使用一个新词代替；然而，在新法例中应使用哪个词语，或许应留待法律草拟人员决定。在选择适当用词的事上，法律草拟人员会比我们更加胜任。

**建议 36**

我们建议，关于在新法例中使用哪个词语来描述精神缺损人士的问题，应留待法律草拟人员决定。

## 检讨某些现行涉及精神缺损人士的罪行

11.51 我们已在上文建议新订多项涉及精神缺损人士的罪行。在下文，我们会检讨某些现行罪行，以考虑应否让这些罪行继续存在。

### 男子与精神上无行为能力的人作出肛交（《刑事罪行条例》第 118E 条）、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118I 条）、男子与精神上无行为能力的女子性交（《刑事罪行条例》第 125 条）

11.52 我们认为，在新法例制定后应废除这几项罪行：男子与精神上无行为能力的人作出肛交、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为，以及男子与精神上无行为能力的女子性交。

11.53 男子与精神上无行为能力的人作出肛交以及男子与精神上无行为能力的女子性交这两项罪行，皆指明性别。男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为，则属指明性别和基于性倾向而订立的罪行。这些罪行有违无分性别和避免基于性倾向而作出区别的原则，因此应予废除。至于这些罪行所涵盖的行为，会包括在上一份咨询文件所建议的一般未经同意下进行的性罪行，及 / 或在上文所建议涉及精神缺损人士的罪行之内。建议新订的罪行都是无分性别的。

---

#### 新加坡

在新加坡《刑事法典》（Penal Code）中，使用“精神残障人士”（a person with a mental disability）一词，并订有促致与精神残障人士进行涉及性的行为的罪行（新加坡《刑事法典》第 376F 条）。“精神残障”一词界定为“因任何精神或脑部的残障或紊乱而引起精神或脑部的功能缺损或失调，以致减损就涉及性的触摸给予同意一事作出适当判断的能力。”（新加坡《刑事法典》第 376F(5)条）

### 建议 37

我们建议，在新法例制定后应废除这几项罪行：男子与精神上无行为能力的人作出肛交（《刑事罪行条例》第 118E 条）、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118I 条），以及男子与精神上无行为能力的女子性交（《刑事罪行条例》第 125 条）。

## 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

11.54 根据《刑事罪行条例》第 128 条，任何人将一名精神上无行为能力的人，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，意图使该精神上无行为能力的人作非法的性行为，即属犯罪。

11.55 一项相类似的罪行（原载于《1956 年性罪行法令》第 21 条），于 2003 年在英格兰及韦尔斯被废除。<sup>8</sup>

11.56 我们并未发现有任何法庭案件的控罪涉及这项罪行，至少在过去数十年间没有。有鉴于此，似乎没有实际理由保留这项罪行。由于我们已建议新订整个系列的涉及精神缺损人士的罪行，因此废除成文法中的这项罪行不会减损对精神缺损人士的保护。

### 建议 38

我们建议，在新法例制定后应废除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的罪行（《刑事罪行条例》第 128 条）。

<sup>8</sup> 见《2003 年性罪行法令》附表 7。

## 与病人性交（《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2) 条）

11.57 这项罪行涵盖下述情况：精神病院、惩教署精神病治疗中心的任何男性人员或雇员，与羁留在该处的女子非法性交；或精神病院或全科医院的任何男性人员或雇员，与因精神紊乱而正在接受治疗的女子非法性交。这项罪行可被批评为指明性别和只涵盖插入式涉及性的行为。我们认为，在新法例制定后应废除这项罪行。至于这项罪行所涵盖的行为，会包括在为保护精神缺损人士而建议新订的罪行以及在上一份咨询文件所建议的一般未经同意下进行的性罪行之内。

### 建议 39

我们建议，在新法例制定后应废除《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2)条所订与病人性交的罪行。

## 第 12 章 就改革涉及滥用受信任地位的 性罪行考虑可采纳的模式

### 引言

12.1 小组委员会已在第 7 章建议订立一系列旨在保护 16 岁以下儿童的罪行。这些罪行可保护未达同意年龄的儿童。进一步要探讨的，是有关保护 16 岁或以上但未满 18 岁（即 16 及 17 岁）少年人的议题。这些少年人过了同意年龄但又还不是成年人。他们因为岁数超过同意年龄而不受保护。

12.2 海外有些国家已就受信任地位订立法例以保护 16 及 17 岁的少年人。这些国家采用了两种不同的模式：

- (1) 新南威尔士（澳大利亚）、英格兰及韦尔斯以及苏格兰——以详尽清单界定受信任地位
- (2) 加拿大——不界定受信任地位

### 第一种模式：以详尽清单界定受信任地位

12.3 这模式的典型例子为新南威尔士（澳大利亚）、英格兰及韦尔斯以及苏格兰的法例。在这模式下，各种产生受信任地位的关系均已在法例中以详尽清单列明。

#### **新南威尔士（澳大利亚）**

12.4 新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第 73 条订有一项与年满 16 岁但未满 18 岁并在特别照顾之下的儿童性交的罪行。该罪行涵盖以下情况：被指称的犯罪者与年满 16 岁但未满 18 岁、并且在该被指称的犯罪者的特别照顾之下的少年人性交。

12.5 第 73(3)条界定“特别照顾”的涵义如下：

“就本条而言，如有以下情况并仅在以下情况下，任何人（受害人）即在另一人（犯罪者）的特别照顾之下：

- (a) 犯罪者是受害人的继父母、监护人或寄养父母，又或是受害人的父母、监护人或寄养父母的事实伴侣，或
- (b) 犯罪者是学校教师，而受害人是犯罪者的学生，或
- (c) 犯罪者与受害人有既定的个人关系，而该关系是关乎在宗教、体育、音乐或其他方面向受害人提供教导的，或
- (d) 犯罪者是受害人在囚院所的羁押人员，或
- (e) 犯罪者是医护人员，而受害人是该医护人员的病人。”

## 英格兰及韦尔斯

12.6 在《英格兰法令》中，有一系列牵涉滥用受信任地位的罪行：

- 滥用受信任地位：与儿童作出涉及性的行为（第 16 条）
- 滥用受信任地位：导致或煽惑儿童进行涉及性的行为（第 17 条）
- 滥用受信任地位：在儿童在场下进行涉及性的行为（第 18 条）
- 滥用受信任地位：导致儿童观看性行为（第 19 条）

12.7 这一系列罪行涵盖的情况，均涉及 18 岁或以上的人（甲），相对于 18 岁以下的另一人（乙）而言处于受信任地位，把乙牵涉入各类指明的涉及性的行为。<sup>1</sup>

12.8 各种存在受信任地位的情况列明于《英格兰法令》第 21 条。该颇长的清单主要涵盖成年人相对于少年人而言处于权威地位的情况，例如甲照顾 18 岁以下的人，<sup>2</sup> 而这些 18 岁以下的人是凭借法庭命令或根据成文法则被扣押于院所、<sup>3</sup> 或在医院或独立诊所住宿及接受照顾、<sup>4</sup> 或在教育机构接受教育；<sup>5</sup> 而乙则在该处被扣

<sup>1</sup> 虽然法例述明乙为 18 岁以下的人，但这些罪行主要旨在保护 16 及 17 岁的少年人。对 16 岁以下儿童干犯的性罪行，可以用那些保护未达同意年龄的儿童的特定罪行作出检控。（英国内政部，*Working within the Sexual Offences Act 2003*，（英国内政部传播局（Home Office Communications Directorate），2004 年 5 月，SOA/4），第 3 页。）

<sup>2</sup> 如有以下情况，任何人即被视为照顾 18 岁以下的人：“如他经常参与照料、训练、监管该等人士或作为该等人士的唯一负责人。”（《英格兰法令》，第 22(2)条）

<sup>3</sup> 《英格兰法令》，第 21(2)条。

<sup>4</sup> 《英格兰法令》，第 21(4)条。

押、居住、被照顾或接受教育。其他例子有：甲个别地照顾乙，<sup>6</sup>而乙受照顾令、监管令或教育监管令规限；<sup>7</sup>或乙因刑事罪行被扣押而受有关释放条件规限。<sup>8</sup>

## 苏格兰

12.9 《苏格兰法令》第 42 条订有一项“涉及性的滥用信任”罪行。该罪行涵盖以下情况：一名 18 岁或以上的人（甲），

- “ (a) 故意与或向另一人（乙）进行涉及性的行为，而乙为 18 岁以下，及
- (b) 相对于乙而言处于受信任地位。”

12.10 第 43 条列出以下五种存在受信任地位的情况：

### “ 43 受信任地位

.....

- (2) 第一项条件是乙凭借法庭命令或根据成文法则被扣押于某院所，而甲在该院所照顾 18 岁以下的人。
- (3) 第二项条件是乙居住于地方当局根据《1995 年儿童（苏格兰）法令》（Children (Scotland) Act 1995）（c. 36）第 26(1)条提供住宿的院舍或其他地方，而甲在该处照顾 18 岁以下的人。
- (4) 第三项条件是乙在以下地方住宿及接受照顾——
  - (a) 医院，
  - (b) 由独立的医疗服务提供的住处，
  - (c) 由院舍照顾服务提供的住处，
  - (d) 住宿机构，或

---

<sup>5</sup> 《英格兰法令》，第 21(5)条。

<sup>6</sup> 如有以下情况，任何人（甲）即被视为个别地照顾另一人（乙）：“(a) 甲经常参与照料、训练或监管乙，及(b) 甲在如此参与时，经常在不受监管的情况下与乙接触（不论是面对面或是以其他方式）。”（《英格兰法令》，第 22(3)条）

<sup>7</sup> 《英格兰法令》，第 21(11)条。

<sup>8</sup> 《英格兰法令》，第 21(13)条。

(e) 由学校照顾住宿服务或安全住宿服务提供的住处，

而甲在该处照顾 18 岁以下的人。

(5) 第四项条件是乙在以下地方接受教育——

(a) 学校，而甲在该学校照顾 18 岁以下的人，或

(b) 深造或高等教育机构，而甲在该机构照顾乙。

(6) 第五项条件是甲——

(a) 就乙而言有任何父母责任或父母权利，

(b) 根据与有该等责任或权利的人所订立的安排而履行任何该等责任或行使任何该等权利，

(c) 曾有任何该等责任或权利，但已不再有该等责任或权利，或

(d) 将乙视为甲的家庭的子女，

而乙与甲是同一住户的成员。

(7) 如有以下情况，甲即就本条而言照顾某人：甲经常照料、教导、训练、监管该人或作为该人的唯一负责人。

(8) 苏格兰各部长可藉命令修改本条（本款除外）及第 44 条，以加入、删除或修订任何一项条件。”

12.11 如有以下情况，甲即属“照顾某人”：如甲“经常照料、教导、训练、监管该人或作为该人的唯一负责人”。（第 43(7)条）

## 第二种模式：不界定受信任地位

12.12 在加拿大，该国的《刑事法典》（Criminal Code）第 153(1)条订立了一项性剥削罪行。该罪行涵盖下列人士对少年人进行的性剥削：(i)相对于少年人而言处于受信任或权威地位的人、(ii)与少年人之间存在受养关系的人，或(iii)在关系上可剥削少年人的人。

12.13 第 153(1)条订明：

“153(1) 任何人如相对于一名少年人而言处于受信任或权威地位、与该少年人之间存在受养关系，或在关系上可剥削该少年人，并且

(a) 为了性的目的，直接或间接以身体某部分或任何对象触摸该少年人的身体任何部分；或

(b) 为了性的目的，招引、怂使或煽惑一名少年人直接或间接以身体某部分或任何对象触摸任何人的身体，包括该名作出如此招引、怂使或煽惑的人的身体及该少年人的身体。”

12.14 少年人是指 16 岁或以上但未满 18 岁的人。（第 153(2)条）

12.15 加拿大法例并没有界定何谓受信任或权威地位及何谓受养关系。加拿大最高法院在 *R v Audet* 案<sup>9</sup> 中裁定，在没有法定定义的情况下，这些词语应按其一般涵义来解释。

12.16 尽管这些词语欠缺法定定义，拉法列斯特法官（La Forest J.）在 *R v Audet* 案中指出，某些人基于其受社会托付的角色，事实上及大多数情况下都会纳入这些词语的涵义之内。这些都是某人可“支配及影响”少年人的关系。在这些情况下就性关系给予的“同意”，本质已属可疑。这些关系包括：学生与教师、父母与子女、心理治疗师与病人、医生与病人、神职人员与信众、教授与学生、代辩人与当事人以及雇主与雇员。<sup>10</sup>

## 在改革方面的考虑

12.17 就改革法例以保护 16 及 17 岁的少年人而言，小组委员会考虑了多项事宜。

12.18 首要的问题是：应否立法保护 16 及 17 岁的少年人？

<sup>9</sup> 加拿大最高法院在 *R v Audet* [1996] 2 S.C.R.171 案中，就加拿大《刑事法典》第 153.1 条所订的性剥削少年人罪解释了这些词语的涵义。

<sup>10</sup> 拉法睿士特法官在 *R v Audet* [1996] 2 S.C.R.171 案中（第 40 段）提述到他早前在 *Norberg v Wynrib* [1992] 2 SCR 226（第 255 页）案中的裁决，他在当中提述到 Professor Coleman 以“Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the ‘Fair’ Sex”为题的文章（1988 年），53 Alb L Rev 95。这些“权力依赖”关系（power dependency relationships）的例子，曾被 Professor Coleman 在该文章中引述。

12.19 如认为有必要立法，进一步的问题是：应保护至甚么程度？

12.20 我们先探讨支持和反对立法的论点。

## 支持立法保护 16 及 17 岁的少年人的论点

### **保护原则**

12.21 《联合国儿童权利公约》（第 1 条）订明，儿童是指 18 岁以下的人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁。因此，16 岁或以上但未满 18 岁的少年人按此定义是属于儿童。各国有关义务采取法律及其他措施，保护在此定义下的儿童免遭一切形式的性剥削及侵犯之害：

第 19 条（第 1 段）订明：

“缔约国应采取一切适当的立法、行政、社会和教育措施，保护儿童在受父母、法定监护人或其他任何负责照管儿童的人的照料时，不致受到任何形式的身心摧残、伤害或凌辱，忽视或照料不周，虐待或剥削，包括性侵犯。”

第 34 条订明：

“缔约国承担保护儿童免遭一切形式的色情剥削和性侵犯之害，为此目的，缔约国尤应采取一切适当的国家、双边和多边措施，以防止：(a) 引诱或强迫儿童从事任何非法的性生活；(b) 利用儿童卖淫或从事其他非法的性行为；(c) 利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材。”

### **良好作业方式及专业守则不能提供足够的保护**

12.22 正如英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）指出，良好作业方式及专业守则并不足以提供保护。不是所有专业都有特定的守则及纪律程序，用以防止易受伤害的少年人因受到不当影响而在权力及权威不平衡的情况下与人有性关系。

12.23 检讨小组亦指出，法例不会阻碍当事人发展真实关系。法律上的禁制可藉终止有关关系而解除。举例来说，医生与病人之间

若发展真实关系，病人可转换医生（这事实上是合乎道德的适当对策）：

“我们不认同现时的良好作业方式及专业守则制度足以提供保护。有些专业设有特定的守则及纪律程序而有些则没有。有些治疗专业则完全不受规管。其他国家已日渐致力在法律中界定某些关系，这些关系会因为涉及不平衡的权力及权威，以致在当中发生的性关系均属可构成刑事罪行的过错。实在有强烈理由透过法律来禁止易受伤害的人（可能是那些不能选择或会在不当影响下与人有性关系的人）与为他们提供医疗、治疗或贴身照顾服务的人有性关系，不论该等服务是在院所或是在小区提供。法律会反映有关关系中所隐含的信任关系已被严重滥用。它不会禁止真实关系，因为终止照顾关系即可解除法律的禁制。（正如刚才提到，如医生与病人相恋，合乎道德的适当对策是病人转换医生。）”<sup>11</sup>

### **少年人给予的同意不可被视为真确**

12.24 由于 16 及 17 岁的少年人不是成年人，他们很容易受到相对自己而言处于受信任地位的成年人性侵犯及性剥削。正如苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）指出，鉴于信任关系造成的不平衡地位，这些少年人即使有给予同意的行为能力，他们的“同意”也不可被视为真确。

12.25 苏格兰法律委员进一步指出，任何人相对于某少年人而言处于受信任地位，如与该少年人进行涉及性的行为，即属滥用其地位：

“… …某些性接触的情况，固然会因为有关人士的某些特征（例如年龄或精神状况）而属于不当，但在此以外同属不当的，还有犯罪者相对于受害人而言处于受信任地位的情况。信任关系的存在，令易受伤害的人就涉及性的行为给予的任何同意存在极大问题。但在同意的有效性以外，有一点更为重要：就另一人而言处于受信任地位的人，如与该另一人进行涉及性的行为，其行为已与有关地位施加的责任有所抵触… …”<sup>12</sup>

<sup>11</sup> 英国内政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000年7月），第4.8.12段。

<sup>12</sup> 苏格兰法律委员会，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），Scot Law com No 209，第4.107段。

## **海外司法管辖区已有法例**

12.26 多个普通法司法管辖区包括加拿大、英格兰及韦尔斯、新南威尔士（澳大利亚）以及苏格兰的法例，都已致力于保护 16 及 17 岁的青年人。尽管如上所概述，这些国家的法例采用了不同的模式，但均强调有必要立法保护青年人，使其不致被处于受信任地位的成年人性剥削。香港没有类似的法例，便会落后于这些主要的普通法司法管辖区。

## **法例并非禁止所有涉及性的行为**

12.27 这方面的法例只禁止在指明的情况下进行的涉及性的行为，在这些情况下青年人会因为当事人的不平衡关系而易受伤害，例如涉及特别照顾关系、受信任地位、或青年人可被剥削的关系的情况。有关法例并不干预涉及 16 或 17 岁的青年人及在该法例指明的关系以外进行的涉及性的行为。

## **反对立法保护 16 及 17 岁的少年人的论点**

### **真实关系应获理解**

12.28 有一点不能排除：少年人与相对于他或她而言处于受信任地位的成年人（例如教师、医生或羁押人员）之间，可能会发展真实关系。16 或 17 岁的人有别于未达同意年龄的儿童。他们应有性自主权选择与自己有真实关系的人进行经同意的涉及性的行为。

### **16 及 17 岁少年人已有足够成熟程度作出选择**

12.29 现今少年人在生理上较以往早熟，很多 16 及 17 岁的少年人已有足够的成熟程度选择是否参与经同意的涉及性的行为。

## **我们在这个议题上的意见**

12.30 对于应否制定法例以保护 16 岁或以上但未满 18 岁的少年人的问题，各有支持和反对的论点，亦必然有分歧的意见。事实上，小组委员会在审议这个议题的过程中意见分歧，因此认为应就这些议题咨询公众。

**建议 40**

我们认为，有关应否立法保护 16 岁或以上但未满 18 岁少年人的议题，应交由香港社会考虑。我们为此邀请公众就这个议题发表意见。

## 社会舆论赞成立法时的各项考虑

12.31 若社会舆论（有待咨询确定）赞成立法，之后要考虑的是保护程度。

12.32 现于下文探讨这方面须考虑的一些事宜。

### **刑事化的范围应否扩至同时涵盖插入式及非插入式涉及性的行为？**

12.33 有关争议是法例应否同时将插入式及非插入式涉及性的行为订为刑事罪行。正如上文所述，在一些海外司法管辖区如英格兰及韦尔斯以及苏格兰，法例将所有形式的涉及性的行为订为刑事罪行，但在另一些司法管辖区如新南威尔士，法例只将性交订为刑事罪行。

12.34 我们认为，所有形式的涉及性的行为，不论是插入式及非插入式的，都应订为刑事罪行，因为非插入式涉及性的行为造成的伤害，很多时都会与插入式涉及性的行为一样严重。

### **应否只将处于受信任地位的人与有关少年人之间直接进行的涉及性的行为订为刑事罪行（而不将有关少年人没有直接参与的涉及性的行为订为刑事罪行）？**

12.35 正如上文所述，英格兰法例不但将有关少年人与处于受信任地位的人之间直接进行的涉及性的行为订为刑事罪行，也将任何形式的涉及性的行为（例如处于受信任地位的人在有关少年人在场下与第三者进行涉及性的行为；或导致有关少年人观看涉及性的行为）订为刑事罪行。相对来说，新南威尔士法例则只将少年人与其特别照顾者之间直接进行的涉及性的行为订为刑事罪行。

12.36 我们认为，有关法例不应只限于涵盖有关少年人与处于受信任地位的人之间直接进行的涉及性的行为。我们已在第 7 章建议订立多项涉及儿童的性罪行。这些建议订立的罪行，不但将犯罪者

与有关儿童之间直接进行的涉及性的行为订为刑事罪行，也将间接形式的性剥削订为刑事罪行，包括在儿童在场下进行涉及性的行为（建议 13）及导致儿童观看性影像（建议 14）。我们认为在保护原则下，应保护儿童免受这些间接形式的性剥削。由于 16 及 17 岁的少年人也属于儿童（见上文第 12.22 段），他们也应受到相同保护。

### **应否以详尽清单列明各种受信任地位？**

12.37 我们认为，若采用设有法定定义的模式（相对于不设法定定义的模式），则在采用时应以详尽清单列明各种可导致受信任地位的关系。这模式为新南威尔士（澳大利亚）、英格兰及韦尔斯以及苏格兰所采用。<sup>13</sup>

12.38 我们认为，有关法定定义应包括一份详尽地列明各种导致受信任地位的清单，让人对有关法例涵盖的关系种类一目了然。

12.39 这种详尽清单的良好先例，见新南威尔士《1900 年刑事罪行法令》第 73(3)条（参上文第 12.5 段）。该清单涵盖五种在公众及家庭环境中存在的关系：(1)继父母 / 监护人 / 寄养父母与有关儿童（或父母 / 监护人 / 寄养父母的事实伴侣与有关儿童）；(2)学校教师与学生；(3)在宗教、体育、音乐或其他方面提供教导者与接受教导者；(4)羁押人员与在囚人；或(5)医护人员与病人。

### **对少年人年龄的合理相信问题，应属于罪行元素还是免责辩护？**

#### **英格兰模式**

12.40 英格兰涉及滥用受信任地位罪行的元素之一，是被控人（甲）并非合理地相信有关少年人（乙）为 18 岁或以上，而乙为 18 岁以下的人：

“……以下其中一种情况——

- (i) 乙为 18 岁以下而甲并非合理地相信乙为 18 岁或以上，或
- (ii) 乙为 13 岁以下。”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> 在加拿大的模式中，受信任地位、权威地位或受养关系没有法定定义。我们不赞成加拿大不设法定定义的模式。

<sup>14</sup> 《英格兰法令》，第 16(1)(e)、17(1)(e)、18(1)(f)及 19(1)(e)条。

12.41 由于“合理相信”的条文是罪行元素，因此控方必须援引证据以证明甲在事发时并非合理地相信乙为 18 岁或以上。控方须在不合理疑点下确立甲事实上知道，或应合理地知道乙为 18 岁以下。

12.42 如乙是 13 岁以下儿童，则控方无须证明甲并非出于真意而错误相信乙的年龄。换言之，该罪行属绝对法律责任罪行。

### 苏格兰模式

12.43 《苏格兰法令》第 45(1)(a)条订明，根据第 42 条被指干犯“涉及性的滥用信任”罪行的被控人（甲），如能证明“甲合理地相信乙 [有关少年人] 已年满 18 岁”，即可“在法律程序中作为控罪的免责辩护”。

12.44 由于《苏格兰法令》中有关“合理相信”的条文是一项免责辩护，因此控方并不一定要援引证据以证明被控人并非合理地相信有关少年人为 18 岁或以上，反而是由被控人提出自己合理地相信该少年人已年满 16 岁作为免责辩护。

12.45 我们不赞成英格兰的罪行元素模式，原因是会对控方施加相当大的举证责任。

12.46 我们赞成苏格兰的免责辩护模式。一名成年人如与一名少年人有法律指明的关系，他或她就必须谨慎确保有关少年人为 18 岁或以上。此外，各项指明关系的当事人并非互不认识，故少年的年龄应不难确定。要求被控人提出免责辩护，并不会过于苛刻。

12.47 就涉及儿童的性罪行而言，我们已建议采用免责辩护模式处理对有关年龄的合理相信问题（见第 4 章第 4.59 段）。在采用此模式时，我们认为它仍有改善余地，方法是加入以下条文：“裁定甲是否合理地相信时，须考虑的其中一个问题，是甲采取了甚么步骤以确定乙的年龄。”我们认为，经如此修改的免责辩护模式，一方面理解被控人出于真意而错误相信有关儿童的年龄，另一方面又保护儿童免受性剥削，正好在两者之间取得适当平衡。

12.48 就涉及滥用受信任地位的罪行而言，我们认为在采用免责辩护模式时也有改善余地，方法是加入以下条文：“裁定甲是否合理地相信时，须考虑的其中一个问题，是甲采取了甚么步骤以确定乙的年龄。”

## 少年人的年齡

12.49 新南威尔士及加拿大的法例指明各项有关罪行适用于年满 16 岁但未满 18 岁的少年人。我们认同这个模式，原因是可区分涉及滥用受信任地位的罪行和涉及儿童的罪行。

## 涉及儿童及精神缺损人士的罪行的域外法律效力

12.50 《英格兰法令》第 72 条就多项性罪行的域外法律效力订定条文，有关罪行列于《英格兰法令》附表 2。该条文旨在针对出行外地以对儿童干犯罪行的恋童癖者。第 72 条并没有对有关英国公民或居民在英国境外干犯性罪行的现行法律作出改变，它只不过是法律作出更新，使《英格兰法令》中的新罪行具有域外法律效力。<sup>15</sup>

12.51 在香港，《刑事罪行条例》第 153P 条就一些附表 2 指明的性罪行的域外法律效力订定条文。根据 153P 条，任何香港永久性居民或通常居于香港的人、在香港成立或注册的法人团体或在香港有业务地点团体，如在香港以外地方作出任何作为，而该作为是就 16 岁以下的儿童（或如属第 123 或 140 条所订罪行则为 13 岁以下的儿童）而作出的，<sup>16</sup> 并且假若是在香港作出即属附表 2 指明的性罪行，可在香港受到检控。

12.52 我们认为，为确保新法例可有效地涵盖出行外地以干犯涉及儿童的罪行的恋童癖者，我们应跟随英格兰模式，订明涉及儿童的新罪行，包括我们在本文件中建议订立的为性目的诱识儿童罪，均具有域外法律效力。

12.53 此外我们认为，建议新订的涉及精神缺损人士的罪行也应具有域外法律效力。精神缺损人士应和儿童一样受到保护，免使他们遭到那些出行外地以干犯性罪行的犯罪者所侵害。

---

<sup>15</sup> Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大学出版社, 2004 年), 第 73 页。

<sup>16</sup> 与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条），准许年龄在 13 岁以下的女童或男童经常前往或置身于处所或船只以与人性交（《刑事罪行条例》第 140 条）。

**建议 41**

我们建议，建议新订的涉及儿童的罪行，包括为性目的诱识儿童罪，以及建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应具有域外法律效力。

## 第 13 章 建议摘要

**建议 1:** 在香港同意年龄应划一为 16 岁（见第 2.26 段附近段落）

我们建议，在香港同意年龄应划一为 16 岁，并应不论性别和性倾向而适用。

**建议 2:** 涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别（见第 3.12 段附近段落）

我们建议，在新法例中涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别。

**建议 3:** 应订有不同系列的罪行，分别涉及 13 岁以下及 16 岁以下的儿童（见第 3.45 段附近段落）

我们建议，法律应反映对两类少年人的保护，即 13 岁以下儿童和 16 岁以下儿童，就两者应分别订有不同系列的罪行，而不是只订立单一项侵犯儿童罪。

**建议 4:** 从所有涉及性交或性行为的罪行中删除“非法”一词（见第 3.53 段附近段落）

我们建议，应从《刑事罪行条例》内所有涉及性交或性行为的罪行中删除“非法”一词。

**建议 5:** 涉及儿童及少年人的罪行，可由成年罪犯或儿童罪犯干犯（见第 3.63 段附近段落）

我们建议，建议订立的涉及儿童及少年人的罪行，可由成年罪犯或儿童罪犯干犯，故有关法例无须指明罪犯的年龄。

**建议 6:** 绝对法律责任应否适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，应交由香港社会考虑（见第 4.54 段附近段落）

我们认为以下议题，即绝对法律责任应否适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，以及在此情况下应否区分插入式和非插入式涉及性的行为，应交由香港社会考虑。我们为此邀请公众就这个议题发表意见。

**建议 7：** 就涉及儿童的罪行而言应废除婚姻关系免责辩护（见第 5.39 段附近段落）

我们建议，就涉及儿童的罪行而言，新法例不应订有婚姻关系免责辩护，而现有的任何此类免责辩护亦应予废除。

**建议 8：** 将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为一律订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权对适当的案件提出控告（见第 6.35 段附近段落）

我们建议，将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的所有涉及性的行为一律订为刑事罪行，但认同控方可行使检控酌情权以决定是否适宜对个别案件提出控告。

**建议 9：** 建议新订罪行：以阳具对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为（见第 7.30 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 5 条。

我们亦建议订立一项“以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为”的同类罪行。

**建议 10：** 建议新订罪行：对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为（见第 7.39 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“对 13 岁以下儿童作出插入行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 6 条。

我们亦建议订立一项“对 16 岁以下儿童作出插入行为”的同类罪行。

我们建议采纳一项内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 19(2)条的条文，订明就对 13 岁以下儿童作出插入行为及对 16 岁以下儿童作出插入行为的罪行而言，提述以某人身体的任何部分插入，须解释为包括提述以该人的阳具插入。

我们建议修订《刑事罪行条例》附表 1，在被控人被控以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁决，改判对 13 岁以下儿童作出插入行为罪；同样地，在被控人被控以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁决，改判对 16 岁以下儿童作出插入行为罪。

**建议 11： 建议新订罪行：性侵犯 13 / 16 岁以下儿童（见第 7.45 段附近段落）**

我们建议，新法例中应包括一项“性侵犯 13 岁以下儿童”的罪行。该罪行的构成元素为任何人（甲）故意向另一人（乙）作出以下任何一项行为，而乙是 13 岁以下的儿童：

- (a) 触摸乙而触摸是涉及性的；
- (b) 向乙射出精液；或
- (c) 向乙作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。

我们亦建议订立一项“性侵犯 16 岁以下儿童”的同类罪行。

**建议 12： 建议新订罪行：导致或煽惑 13 / 16 岁以下儿童进行涉及性的行为（见第 7.54 段附近段落）**

我们建议，新法例中应包括一项“导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 8 条。

我们亦建议订立一项“导致或煽惑 16 岁以下儿童进行涉及性的行为”的同类罪行。

**建议 13： 建议新订罪行：在 13 / 16 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为（见第 7.74 段附近段落）**

我们建议，新法例中应包括一项“在 13 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 22 条。

我们亦建议订立一项“在 16 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为”的同类罪行。

导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场，亦应构成上述两项罪行。此外，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

**建议 14：** 建议新订罪行：导致 13 / 16 岁以下儿童观看性影像（见第 7.83 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“导致 13 岁以下儿童观看性影像”的罪行，其内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 23 条。

我们亦建议订立一项“导致 16 岁以下儿童观看性影像”的同类罪行。

被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 23(3)条中性影像的定义应予采纳。

**建议 15：** 建议新订罪行：安排或利便干犯儿童性罪行（见第 7.96 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“安排或利便干犯儿童性罪行”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 14 条。

**建议 16：** 就协助、教唆和怂使他人干犯儿童性罪行而言健康及治疗事宜属例外情况（见第 7.101 段附近段落）

我们建议应就协助、教唆和怂使他人干犯涉及儿童的罪行订定例外情况，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 14 条，适用条件是有关的人旨在为下述目的行事：保护儿童以免其怀孕或感染经由性接触传染的疾病，保护儿童的人身安全，或向儿童提供意见以促进其情绪健康。

**建议 17：** 废除与年龄在 13 / 16 岁以下的女童性交的罪行（见第 7.104 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条）及与年龄在 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 124 条）的罪行。

**建议 18：** 废除向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为的罪行（见第 7.108 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除《刑事罪行条例》第 146 条中向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为的罪行。

**建议 19：** 废除男子与 21 岁以下女童作出肛交的罪行（见第 7.110 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除《刑事罪行条例》第 118D 条中男子与 21 岁以下女童作出肛交的罪行。

**建议 20：** 废除由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为的罪行（见第 7.114 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交（《刑事罪行条例》第 118C 条）及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118H 条）的罪行。

**建议 21：** 废除拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童及拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人性交的罪行（见第 7.119 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童（《刑事罪行条例》第 126 条）及拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人性交（《刑事罪行条例》第 127 条）的罪行。

**建议 22：** 建议新订罪行：为性目的诱识儿童（见第 8.41 段附近段落）

我们建议，新法例应包括一项“为性目的诱识儿童”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 15 条。

我们亦建议，除了与儿童会面或意图与儿童会面而出行外，意图与儿童会面而安排出行也可构成为性目的诱识儿童。

我们亦建议，被控人在罪行发生时并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上，应属罪行构成元素。

我们亦建议，应采用新西兰《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)条中的“假装少年人”条文。

**建议 23：** 建议新订罪行：以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为（见第 11.7 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 34(1)条。

我们亦建议，这项建议订立的罪行应同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。

**建议 24：** 建议新订罪行：以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为（见第 11.9 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 35(1)条。

**建议 25：** 建议新订罪行：进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神缺损人士在场（见第 11.12 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神缺损人士在场”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 36(1)条。

为构成这项罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

**建议 26：** 建议新订罪行：以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看涉及性的行为（见第 11.14 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 37(1)条。

为构成这项罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

**建议 27：** 建议新订罪行：与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系（见第 11.18 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

这项建议订立的罪行应涵盖涉及性的触摸或插入行为。

**建议 28：** 建议新订罪行：导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系（见第 11.20 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

**建议 29：** 建议新订罪行：在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系（见第 11.22 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

为构成这项建议订立的罪行，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

**建议 30：** 建议新订罪行：导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系（见第 11.24 段附近段落）

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

为构成这项建议订立的罪行，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

**建议 31： 关于照顾关系存在的情况的建议定义（见第 11.27 段附近段落）**

我们建议，如任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙），则照顾关系应存在于以下两种情况之一：

第一，甲是不论是否受雇于一所指明院所的人，而甲在该指明院所履行职责或提供志愿服务。

第二，甲是就乙的精神病而向乙提供照顾、协助或服务的人。

我们又建议，指明院所的涵义应在订立新法例时由政府当局决定。

**建议 32： 照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例外情况（见第 11.32 段附近段落）**

我们建议，就建议新订的涵盖照顾关系存在的情况的罪行，应为法律责任订立例外情况：（i）精神缺损人士与照顾他或她的人已有婚姻关系；或（ii）在照顾关系开始之前两人之间已有合法的性关系。

我们又建议，就既存的性关系所订的例外，应适用于下述情况：在某人开始为一名精神缺损人士提供照顾、协助或服务之前的一段合理期间，两人之间已存在合法的性关系。

**建议 33： 关于知悉有精神病一事的规定（见第 11.33 段附近段落）**

我们建议，为构成所有建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应规定被控人实际知悉或法律构成被控人知悉受害人是精神缺损人士。

**建议 34： 有关被控人知悉受害人有精神病一事的证据上的举证责任（见第 11.34 段附近段落）**

我们建议，就建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，凡是涵盖照顾关系存在的情况，以及牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系的，应订有条文，就被控人知悉受害人有精神病一事对被控人施加证据上的举证责任，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)条。

**建议 35：** 建议新订的涉及精神缺损人士的罪行应适用于精神紊乱的人或弱智人士（见第 11.47 段附近段落）

我们建议，建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应适用于精神紊乱的人或弱智人士（如《精神健康条例》所界定者）。

**建议 36：** 使用哪个词语来描述精神缺损人士应留待法律草拟人员决定（见第 11.50 段附近段落）

我们建议，关于在新法例中使用哪个词语来描述精神缺损人士的问题，应留待法律草拟人员决定。

**建议 37：** 应废除这几项罪行：男子与精神上无行为能力的人作出肛交、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为，以及男子与精神上无行为能力的女子性交（见第 11.53 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除这几项罪行：男子与精神上无行为能力的人作出肛交（《刑事罪行条例》第 118E 条）、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118I 条），以及男子与精神上无行为能力的女子性交（《刑事罪行条例》第 125 条）。

**建议 38：** 应废除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的罪行（见第 11.56 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除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的罪行（《刑事罪行条例》第 128 条）。

**建议 39：** 应废除与病人性交的罪行（见第 11.57 段附近段落）

我们建议，在新法例制定后应废除《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2)条所订与病人性交的罪行。

**建议 40：** 有关应否立法保护 16 岁或以上但未满 18 岁少年人的议题，应交由香港社会考虑（见第 12.30 段附近段落）

我们认为，有关应否立法保护 16 岁或以上但未满 18 岁少年人的议题，应交由香港社会考虑。我们为此邀请公众就这个议题发表意见。

**建议 41:** 建议新订的涉及儿童的罪行（包括为性目的诱识儿童罪）以及涉及精神缺损人士的罪行，应具有域外法律效力（见第 12.53 段附近段落）

我们建议，建议新订的涉及儿童的罪行，包括为性目的诱识儿童罪，以及建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应具有域外法律效力。

附件

**英格兰《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）及《2009年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）的网址**

下述海外法例可从互联网下载，有关网址如下所列——

英格兰《2003年性罪行法令》（英文文本）：

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

《2009年性罪行（苏格兰）法令》（英文文本）：

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