

香港法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會
諮詢文件

涉及兒童及精神缺損
人士的性罪行

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

2016年11月

本諮詢文件是由法律改革委員會（法改會）屬下的性罪行檢討小組委員會擬備，以供各界人士討論及發表意見。本諮詢文件的內容並不代表法改會或小組委員會的最終意見。

小組委員會歡迎各界人士就本諮詢文件發表意見，並請於 2017 年 2 月 10 日或之前將有關的書面意見送達：

香港中環
下亞厘畢道 18 號
律政中心東座 4 樓
法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會秘書

電話：(852) 3918 4097

傳真：(852) 3918 4096

電郵：hklrc@hkreform.gov.hk

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

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

香港法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會
諮詢文件

涉及兒童及精神缺損人士的性罪行

目錄

	頁
導言	1
研究範圍	1
小組委員會	1
小組委員會先前的工作	3
小組委員會首份文件：與兒童有關工作的性罪行紀錄查核	3
小組委員會第二份文件：14歲以下男童無性交能力的推定	4
小組委員會第三份文件：強姦及其他未經同意下進行的性罪行	4
本諮詢文件	5
邀請公眾發表意見	6
第 1 章 現有涉及兒童及少年人的性罪行概覽	7
引言	7
與年齡在 13 或 16 歲以下的女童性交	7
與 21 歲以下女童作出肛交	8
由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交	8
由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為	9
裁定違憲和無效的其他條文	9

	頁
“嚴重猥褻作為”一詞	10
向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為	10
拐帶年齡在 16 或 18 歲以下的未婚女童	11
對侵犯兒童及少年人的性罪行現有條文的批評	12
第 2 章 同意年齡	14
引言	14
“同意年齡”的涵義	14
香港現時同意年齡	15
同性與異性涉及性的行為的同意年齡應否不同？	15
同意年齡方面的差別越來越受到法律上的質疑	15
Leung TC William Roy 訴律政司司長案的裁決	16
我們對同意年齡有差別的看法	17
同意年齡應劃一為哪個歲數？	18
其他司法管轄區的同意年齡	19
應如何處理同性戀罪行？	22
第 3 章 關於改革涉及兒童及少年人的性罪行的一般議題	24
引言	24
新法例中涉及兒童及少年人的罪行應否無分性別？	24
《刑事罪行條例》中的現有罪行	24
海外司法管轄區的情況	24
罪行應否無分性別？	26
應以單一項罪行抑或一系列罪行來涵蓋性侵犯兒童罪？	26
涉及兒童及少年人的罪行在新法例中的分類	28
現有法律	28
海外司法管轄區的情況	28
涉及兒童及少年人的罪行應如何分類？	31
應否刪去“非法”一詞？	33
“非法”一詞涵義的司法發展	33
“非法”一詞涵義的立法發展	33
海外法例	34
刪去“非法”一詞	34

	頁
被控人的年齡應否在新法例中指明？	35
《刑事罪行條例》中的現有法律	35
海外司法管轄區的情況	35
應否為成年罪犯及兒童罪犯各訂罪行？	36
第 4 章 涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行的絕對法律責任	38
引言	38
罪行是否屬絕對法律責任罪行視乎法庭如何裁定立法原意	38
折衷解決方案：合理地相信有關兒童並非未足齡	40
澳大利亞	40
加拿大	41
英格蘭及威爾斯	42
愛爾蘭	43
蘇格蘭	43
終審法院不排除立法機關改變對絕對法律責任的態度 的可能性	44
反對絕對法律責任的論點	44
被控人出於真意的犯錯應獲理解	44
多個海外司法管轄區均有免責辯護	45
較年長兒童可能會嘗試性行為	45
贊成施加絕對法律責任的論點	45
鼓勵人們避免對兒童作出可能是非法的行為	45
保護原則	46
與兒童進行涉及性的行為是錯誤的	46
發放鼓勵未足齡性行為的錯誤信息	46
成功檢控更加困難	46
在審訊中兒童所受保護減少	47
決定應否施加絕對法律責任時應否區分插入式和非插入式涉及性的行為？	48
我們在這個議題上的意見	49
若社會輿論不贊成施加絕對法律責任，應採取何種模式？	50

	頁
第 5 章 以婚姻關係作為涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行的免責辯護	51
引言	51
在海外司法管轄區以婚姻關係作為免責辯護的不同情況	52
海外司法管轄區的情況：可以婚姻關係作為（涉及兒童的罪行的）免責辯護的司法管轄區	53
澳大利亞（澳大利亞聯邦）	53
澳大利亞（南澳大利亞）	54
澳大利亞（西澳大利亞）	54
加拿大	54
海外司法管轄區的情況：不可以婚姻關係作為（涉及兒童的罪行的）免責辯護的司法管轄區	55
英格蘭及威爾斯	55
蘇格蘭	56
應否就涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行保留婚姻關係免責辯護：支持與反對的論點一覽	57
支持保留婚姻關係免責辯護的論點	57
香港有義務承認有效的海外婚姻	57
香港居民有可能返回原屬國按該國法律或習俗結婚	57
多個海外司法管轄區均保留婚姻關係免責辯護	58
香港從未因婚姻關係免責辯護的施行而出現問題	58
不得對未足齡配偶進行未經同意的涉及性的行為的法律保障不受婚姻關係免責辯護影響	59
反對保留婚姻關係免責辯護的論點	59
保護原則	59
稚齡兒童有可能在海外國家被迫結婚而香港很難核證婚姻是否有效	60
海外國家的婚姻法可能反映有別於香港的習俗	60
多個海外司法管轄區明文規定不得以婚姻關係作為免責辯護或已廢除此項免責辯護	60
異性戀者和同性戀者的不同待遇	60
我們在這個議題上的意見	61

	頁
第 6 章 年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為	62
引言	62
年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為應否訂為刑事罪行：對此議題的三個主要處理模式	62
第一種模式：訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權，只對適當的案件提出檢控	63
第一種模式的理據	63
法律應為年輕人訂立行為規範	63
兒童之間經同意的性關係可能並非真正經同意，並且可能帶有剝削成分	64
將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為合法化，或會鼓勵更多兒童過早進行涉及性的行為	65
只對帶有剝削成分的個案和在檢控是合乎公眾利益時才予以檢控	65
香港的酌情處理方式	66
第二種模式：訂為刑事罪行但“年齡相近”可作免責辯護	68
第二種模式的理據	68
少年人的確很年輕就進行涉及性的行為	68
避免不經意地把年輕人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行	69
第三種模式：不將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行	69
第三種模式的理據	70
如果在大部分情況下多數只是理論上才會檢控，兒童之間經同意下進行的涉及性的行為就不應屬於刑事罪行	70
年輕人可能因此不去尋求適當意見	70
對於可能將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行：我們的看法	71
罪行無分性別對我們現時的建議有何影響	71

	頁
第 7 章 新法例中涉及兒童的性罪行	73
引言	73
現行法例的狀況及不足之處	73
《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中涉及兒童的罪行	73
絕對法律責任罪行	74
涉及 13 歲以下兒童的罪行刑罰較重	74
《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中涉及 13 歲以下兒童的罪行	74
《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行	75
無分性別	76
以陽具對兒童作出插入行為	77
英格蘭罪行 —— 強姦 13 歲以下兒童	77
蘇格蘭罪行 —— 強姦幼童	77
現有的與年齡在 13 歲以下的女童性交罪不足之處	77
對兒童作出插入行為	79
英格蘭罪行 —— 以插入方式侵犯 13 歲以下兒童	79
蘇格蘭罪行 —— 以插入方式性侵犯幼童	79
現有的非以陽具插入兒童的陰道或肛門罪不足之處	80
《蘇格蘭法令》第 19(2)條	80
以插入方式侵犯 16 歲以下兒童	81
法定交替裁決	81
性侵犯 13 歲以下兒童	82
英格蘭罪行 —— 性侵犯 13 歲以下兒童	82
蘇格蘭罪行 —— 性侵犯幼童	82
性侵犯的範圍	83
導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為	84
英格蘭罪行 —— 導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為	84
蘇格蘭罪行 —— 導致幼童參與涉及性的行為	84
“導致”或“煽惑”兩個部分	84

	頁
並非與未經同意下進行的罪行相對應的其他罪行：	86
在兒童在場下進行涉及性的行為／導致幼童在涉及性的行為進行期間在場	86
英格蘭罪行 —— 在兒童在場下進行涉及性的行為	86
蘇格蘭罪行 —— 導致幼童在涉及性的行為進行期間在場	87
被控人的年齡	88
行為目的超越性滿足	89
犯罪者導致兒童在第三者進行涉及性的行為時在場應否構成罪行？	90
導致兒童觀看性行為／導致幼童觀看性影像	91
英格蘭罪行 —— 導致兒童觀看性行為	91
有關行為的不道德目的可與其他正當目的並存	91
蘇格蘭罪行 —— 導致幼童觀看性影像	91
影像的定義	92
附帶事宜	93
安排或利便干犯兒童性罪行	93
有關罪行的範圍較企圖犯罪為廣並自成完整罪行	95
就協助、教唆和慫使他人干犯兒童性罪行而言健康及治療事宜屬例外情況	96
對一些涉及兒童的現有罪行的檢視	98
與年齡在 13／16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 及 124 條）	98
向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為（《刑事罪行條例》第 146 條）	99
男子與 21 歲以下女童作出肛交（《刑事罪行條例》第 118D 條）	100
涉及少年人的同性戀罪行	100
拐帶罪行	102
第 8 章 為性目的誘識兒童	103
引言	103
英格蘭及威爾斯訂立為性目的誘識兒童這項新罪行的背景	103

	頁
有需要立法針對為性目的誘識兒童的行為	104
兒童及少年人越來越多使用互聯網	104
狎弄兒童及戀童癖罪行性質嚴重但常被嚴重低報	104
應在侵犯兒童的性罪行實際發生前採取預防措施	105
海外司法管轄區有關為性目的誘識兒童的法例	106
英格蘭及威爾斯	106
新西蘭	109
新加坡	110
蘇格蘭	111
澳大利亞	112
新罪行應否要求先前的會面或通訊只為一次或至少兩次？	113
新罪行的構成是否也應包括安排出行？	114
新西蘭有關為性目的誘識兒童的法例中的假裝少年人條文	114
對兒童年齡的合理相信問題，應屬於罪行構成元素還是免責辯護？	115
第 9 章 現有關於精神上無行為能力的人的罪行概覽及所出現的問題	117
現有罪行	117
男子與精神上無行為能力的人作出肛交	117
男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為	117
男子與精神上無行為能力的女子性交	117
拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為	118
與病人性交	118
精神上無行為能力的人的定義	119
第一部分 — 精神紊亂的人或弱智人士	119
第二部分 — 沒有能力獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用	120
現行法例或有不足之處	121

	頁
第 10 章 就改革與精神缺損人士有關的法例考慮可採納的模式	122
引言	122
第一類—— 反映與某些類別的精神缺損人士進行涉及性的行為是絕對被禁的罪行	122
第二類—— 反映精神缺損人士可能被剝削的罪行	123
(a) 犯罪者使用特定手段取得這些精神缺損人士的同意	123
(b) 涉及在以下地方照顧精神缺損人士而進行的剝削	123
(c) 就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係而引起的剝削	123
從合憲與否的角度考慮有關建議	123
考慮第一類罪行	124
考慮第二類罪行	126
針對犯罪者使用特定手段取得精神缺損人士的同意而剝削後者的罪行	126
(第二類(a)分類的罪行)	
應如何描述剝削手段？	126
英格蘭罪行：犯罪者使用剝削手段	127
以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神紊亂的人進行涉及性的行為	127
以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人進行或同意進行涉及性的行為	128
進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神紊亂的人在場	128
以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為	128
實際知悉或法律構定知悉精神紊亂一事	129
行為的目的應否只限於性滿足？	129
針對精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧時被剝削的罪行	130
(第二類(b)分類的罪行)	
照顧關係存在的情況	130
(1) 英格蘭及威爾斯法例	130
(2) 維多利亞（澳大利亞）法例	132

	頁
照顧關係存在的情況的建議定義	132
在指明院所內照顧精神缺損人士	132
在指明院所之外照顧精神缺損人士	133
《英格蘭法令》中的罪行	133
照顧人員與精神紊亂的人進行涉及性的行為	133
照顧人員導致或煽惑進行涉及性的行為	134
照顧人員在精神紊亂的人在場下進行涉及性的行為	134
照顧人員導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為	134
這類罪行應否只限於插入式涉及性的行為？	135
相當可能有定期面對面的接觸	135
照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例外情況	135
知悉有精神病	137
關於知悉有精神病一事的規定	137
加拿大法例：就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係而可能引起的剝削	138
（第二類(c)分類的罪行）	
對殘障人士性剝削	138
受信任或權威地位或受養關係的涵義	138
加拿大罪行只適用於犯罪者確有濫用其地位或關係的情況	139
應否採用加拿大模式？	139
關於第二類罪行的結論	140
第 11 章 新法例中涉及精神缺損人士的性罪行	141
引言	141
(A) 針對犯罪者使用特定手段取得精神缺損人士的同 意而剝削後者的罪行：	141
以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進 行涉及性的行為	141
以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行 或同意進行涉及性的行為	142
進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促 致精神缺損人士在場	143

	頁
以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看 性行為	144
(B) 針對精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧 時被剝削，以及有人就精神缺損人士濫用受信任 或權威地位或受養關係的罪行：	145
與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為 （i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉 濫用受信任或權威地位或受養關係	146
導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而 有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的 人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位 或受養關係	147
在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該 項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或 （ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係	148
導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的 導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或 （ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係	149
關於照顧關係存在的情況的建議定義	150
照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例 外情況	151
關於知悉有精神病一事的規定	153
精神上無行為能力的人的定義	153
定義第一部分－精神紊亂的人或弱智人士	154
定義第二部分－沒有能力獨立生活或沒有能力保 護自己免受他人嚴重利用	155
應否繼續使用“精神上無行為能力的人”這個現有詞 語來描述精神缺損人士？	156
檢討某些現行涉及精神缺損人士的罪行	158
男子與精神上無行為能力的人作出肛交（《刑事罪行 條例》第 118E 條）、男子與精神上無行為能力的男 子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118I 條）、男子與精神上無行為能力的女子性交（《刑事 罪行條例》第 125 條）	158
拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其 作出性行為	159

	頁
與病人性交（《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2) 條）	160
第 12 章 新法例中涉及精神缺損人士的性罪行	161
引言	161
第一種模式：以詳盡清單界定受信任地位	161
新南威爾士（澳大利亞）	161
英格蘭及威爾斯	162
蘇格蘭	163
第二種模式：不界定受信任地位	164
在改革方面的考慮	165
支持立法保護 16 及 17 歲的少年人的論點	166
保護原則	166
良好作業方式及專業守則不能提供足夠的保護	166
少年人給予的同意不可被視為真確	167
海外司法管轄區已有法例	168
法例並非禁止所有涉及性的行為	168
反對立法保護 16 及 17 歲的少年人的論點	168
真實關係應獲理解	168
16 及 17 歲少年人已有足夠成熟程度作出選擇	168
我們在這個議題上的意見	168
社會輿論贊成立法時的各項考慮	169
刑事化的範圍應否擴至同時涵蓋插入式及非插入式涉及性的行為？	169
應否只將處於受信任地位的人與有關少年人之間直接進行的涉及性的行為訂為刑事罪行（而不將有關少年人沒有直接參與的涉及性的行為訂為刑事罪行）？	169
應否以詳盡清單列明各種受信任地位？	170
對少年人年齡的合理相信問題，應屬於罪行元素還是免責辯護？	170
少年人的年齡	172
涉及兒童及精神缺損人士的罪行的域外法律效力	172
第 13 章 建議摘要	174

	頁
附件	
英格蘭《2003年性罪行法令》及《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》的網址	184

導言

研究範圍

1. 2006年4月，律政司司長及終審法院首席法官要求法律改革委員會（“法改會”）檢討香港關乎性罪行及相關罪行的法律。鑑於香港法庭在多項判決中所提出的意見，加上公眾對是否適宜設立性罪犯名冊一事的評論，研究範圍於2006年10月有所擴大，加入了對上述名冊的研究，經擴大後的研究範圍如下：

“就《刑事罪行條例》（第200章）第XII部之下的性罪行及相關的罪行以及該條例第VI部之下的亂倫罪，檢討規管該等罪行的普通法及成文法，包括適用於該等罪行的刑罰，同時考慮應否就被裁定犯該等罪行的罪犯設立登記制度，並對有關法律提出適當的改革建議。”

小組委員會

2. 性罪行檢討小組委員會於2006年7月委出，負責就有關法律的現況進行研究和提出意見，並且提出改革建議。小組委員會的成員如下：

鄧樂勤先生，SC
(主席) 資深大律師

文志洪先生 香港警務處高級警司（刑事支援）
〔任期由2010年9月至2012年5月〕

王嘉穎女士 社會福利署助理署長（家庭及兒童福利）
〔任期由2011年6月至2012年8月〕

伍江美妮女士 保安局首席助理秘書長
〔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〕	香港大學社會學系助理教授
沈仲平博士 〔任期至 2016 年 5 月止〕	律政司副刑事檢控專員
李均興先生 〔任期由 2008 年 1 月至 2010 年 8 月〕	香港警務處高級警司（刑事支援）
李偉文先生 〔任期由 2014 年 7 月起〕	香港警務處高級警司（刑事支援）
何詠光先生 〔任期由 2016 年 5 月起〕	律政司助理刑事檢控專員
吳維敏女士	大律師
馬兆業先生 〔任期至 2008 年 1 月止〕	香港警務處高級警司（刑事支援）
夏博義先生，SC 〔任期至 2012 年 2 月止〕	資深大律師
麥周淑霞女士 〔任期至 2011 年 5 月止〕	社會福利署助理署長（家庭及兒童福利）
張達明先生	香港大學法律學系首席講師
張慧玲法官	高等法院原訟法庭法官
馮民重先生 〔任期由 2012 年 8 月起〕	社會福利署助理署長（家庭及兒童福利）
曾裕彤先生 〔任期由 2015 年 11 月起〕	保安局首席助理秘書長

彭慕賢女士
〔任期由 2012 年 5 月至 2014 年 6 月〕
香港警務處高級警司（刑事支援）

廖李可期女士
〔任期至 2009 年 6 月止〕
保安局首席助理秘書長

黎樂琪教授
〔任期由 2008 年 9 月起〕
香港大學犯罪學中心總監兼社會學系教授

鮑安迪先生
何敦、麥至理、鮑富律師行
合夥人

駱浩成先生
〔任期由 2012 年 2 月起〕
大律師

梁滿強先生
（秘書）
法律改革委員會
高級政府律師

法改會秘書處高級政府律師吳芷軒女士亦有協助小組委員會的工作。

小組委員會先前的工作

3. 研究範圍涵蓋不同類別的性罪行，其中很多都涉及有爭議性的議題，需要審慎而又明智地平衡各種相關利益。小組委員會一開始即察覺到需要較長時間才能完成整個研究項目，因此決定分階段進行工作，並就研究項目的不同部分發表獨立的文件。

小組委員會首份文件：與兒童有關工作的性罪行紀錄查核

4. 由於公眾普遍表示關注，小組委員會首先研究的問題，是應否設立一個可以查核從事與兒童有關工作的人是否有性罪行定罪紀錄的機制。2008 年 7 月，小組委員會發表了《關於性罪犯名冊的臨時建議》諮詢文件。

5. 經考慮諮詢所得的意見後，法改會於 2010 年 2 月發表《與兒童有關工作的性罪行紀錄查核：臨時建議》報告書，提出多項建議，包括建議設立一個行政機制，讓聘用他人從事與兒童有關工作及與精神上無行為能力人士有關工作的僱主，可以查核僱員是否有

性罪行刑事定罪紀錄。由 2011 年 12 月 1 日起，政府當局設立了有關的行政機制，令報告書中的建議得以落實。

小組委員會第二份文件：14 歲以下男童無性交能力的推定

6. 小組委員會就 14 歲以下男童無性交能力的普通法推定進行了研究，向法改會提出廢除這項推定的建議。

7. 法改會根據小組委員會的建議，於 2010 年 12 月發表《14 歲以下男童無性交能力的普通法推定》報告書，建議廢除這項過時的普通法推定。由於這個議題比較簡單直接，預期不會引起太大爭議，所以法改會直接發表最後報告書而不先行發表諮詢文件。

8. 2012 年 7 月 17 日，《2012 年成文法（雜項規定）條例》（2012 年第 26 號）經制定，以落實法改會所提出的廢除這項推定的建議。

小組委員會第三份文件：強姦及其他未經同意下進行的性罪行

9. 小組委員會現正就實質的性罪行進行全面檢討。這是小組委員會在其研究範圍內的主要研究部分，範圍廣泛，涉及多個需要審慎考慮的敏感和具爭議性議題。這項檢討工作顯然需要較長時間才能全部完成，小組委員會因此決定把工作分為多個不同的部分，並就有關課題的特定範疇發表獨立的諮詢文件。

10. 小組委員會的計劃是把這項檢討工作分為四個部分，並就每一部分發表獨立的諮詢文件，以及一份整體性的最後報告書。如有需要，小組委員會會按進一步討論的結果修訂此計劃。這四部分分別是：

- (i) 以性自主權為依據的罪行（即強姦及其他未經同意下進行的性罪行）；
- (ii) 以保護原則為依據的罪行（即涉及兒童及精神缺損人士的性罪行，以及涉及濫用受信任地位的性罪行）；
- (iii) 雜項性罪行；及
- (iv) 判刑。

11. 小組委員會於 2012 年 9 月發表了《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（簡稱“《未經同意下進行的性罪行》諮詢文件”）。《未經同意下進行的性罪行》諮詢文件，是小組委員會就其所定的餘下課題所發表或將會發表的四份諮詢文件之中的第

一份，內容涵蓋未經同意下進行的性罪行，即強姦、以插入方式性侵犯、性侵犯，以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為，這些性罪行的訂立都是與促進或保障個人的性自主權有關的。

本諮詢文件

12. 本諮詢文件是小組委員會在其研究範圍內所發表的第四份文件，代表了小組委員會在全面檢討實質的性罪行的過程中所發表或將會發表的四份諮詢文件之中的第二份，內容涵蓋涉及兒童及精神缺損人士的性罪行，以及涉及濫用受信任地位的性罪行。這些性罪行大多牽涉到保護原則，亦即是刑事法應保護某幾類易受傷害的人，使其免遭性侵犯或剝削。這些易受傷害的人包括兒童、精神缺損人士，以及對處於受信任地位的人信任的少年人。

13. 《刑事罪行條例》（第 200 章）訂有多項旨在保護易受傷害的人的法定性罪行。這些罪行很多都是以 1956 年所訂立的英格蘭法例中的相類條文為依據，¹ 包括：與年齡在 13 歲以下的女童性交（第 123 條）、² 與年齡在 16 歲以下的女童性交（第 124 條）、³ 與精神上無行為能力的人性交（第 125 條）、⁴ 拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（第 126 條）、⁵ 拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交（第 127 條），⁶ 以及拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為（第 128 條）。⁷

14. 應予注意的是英格蘭及威爾斯在 2003 年對涉及性罪行的法律作出了重大的改革，1956 年法例中的相關罪行已因此而被英格蘭的《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）（簡稱“《英格蘭法令》”）所訂立的新罪行取代。⁸ 不過，原有的罪行仍保留在香港的法例之中。《英格蘭法令》是根據英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）在其題為《設定界限：改革性罪行法律》（*Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*）的文件（簡稱“《內政部文件》”）中的建議而制定的。⁹

¹ 《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956），第 69 章，英國。

² 比照《1956 年性罪行法令》第 5 條。

³ 比照《1956 年性罪行法令》第 6 條。

⁴ 比照《1956 年性罪行法令》第 7 條。

⁵ 比照《1956 年性罪行法令》第 20 條。

⁶ 比照《1956 年性罪行法令》第 19 條。

⁷ 比照《1956 年性罪行法令》第 21 條。

⁸ 《英格蘭法令》於 2004 年 5 月 1 日生效（見《2004 年《2003 年性罪行法令》（生效）令》（Sexual Offences Act 2003 (Commencement) Order 2004）），SI 2004/874）。

⁹ 英國內政部，*Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*（2000 年 7 月）。

15. 在蘇格蘭，也曾進行類似的重大改革，令《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）（簡稱“《蘇格蘭法令》”）得以制定，從而訂立一套新的法定性罪行以配合現代社會的需要。¹⁰ 《蘇格蘭法令》是根據蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）就性罪行法律所作出的檢討而制定的，該委員會曾發表《有關強姦及其他性罪行的討論文件》（Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences）（簡稱“《蘇格蘭法律委員會討論文件》”），¹¹ 就其初步建議徵詢公眾的意見，而其最終建議則載於《有關強姦及其他性罪行的報告書》（Report on Rape and Other Sexual Offences）（簡稱“《蘇格蘭法律委員會報告書》”）。¹²

16. 在進行這項檢討工作期間，我們曾經參考英格蘭、蘇格蘭及其他司法管轄區的近期研究和法律改革經驗。我們決定以《英格蘭法令》為起點，並考慮《內政部文件》和《蘇格蘭法律委員會報告書》所確認的相關原則、其他司法管轄區的相關法例條文，以及香港的特殊情況。我們選擇以《英格蘭法令》為起點，這是因為香港現有的性罪行，很多都原本是以英格蘭法例的同類條文為依據。

邀請公眾發表意見

17. 本諮詢文件中的建議，是小組委員會經廣泛討論所得的結果，代表了我們的初步看法，謹向社會大眾提出以供考慮。我們歡迎大家就本諮詢文件所討論的任何議題提出意見、評論及建議，這會有助小組委員會於適當時候達成最終結論。

¹⁰ 《蘇格蘭法令》於2010年12月1日生效（見《2010年《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（生效第1號）令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009 (Commencement No 1) Order 2010），Scottish SI 2010/357）。

¹¹ 蘇格蘭法律委員會，*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*（2006年1月），討論文件第131號。

¹² 蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），Scot Law Com No 209。

第 1 章 現有涉及兒童及少年人的性罪行概覽

引言

1.1 本章概括介紹《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部特別關乎兒童及少年人的主要性罪行。¹

與年齡在 13 或 16 歲以下的女童性交

1.2 根據《刑事罪行條例》第 123 條，任何男子與一名年齡在 13 歲以下的女童非法性交，即屬犯罪，最高刑罰是終身監禁。該名女童同意作出上述行為，不可以作為這項控罪的免責辯護。如果上述行為事實上是未經該名女童同意而作出，則被告人會被控以強姦的公訴罪行。² 如被告人錯誤認定該名女童的年齡，則即使是基於合理理由而有此錯誤，被告人仍不得以此作為免責辯護。³

1.3 根據《刑事罪行條例》第 124(1)條，任何男子與一名年齡在 16 歲以下的女童非法性交，也會犯類似的罪行，最高刑罰是監禁 5 年。即使該名女童同意，亦非屬關鍵，不可以作為免責辯護。終審法院在蘇偉倫訴香港特別行政區案，⁴ 確認了上訴法庭裁定第 124 條所訂罪行屬絕對法律責任罪行的判決。⁵ 因此，被告人不可以以錯誤相信該名女童為 16 歲或以上作為免責辯護，⁶ 即使被告人是基於合理理由而如此相信亦然。

1.4 以存在婚姻關係作為免責辯護，即所謂婚姻關係免責辯護，可用於第 124 條所訂的罪行（但不得用於第 123 條所訂的罪行）。第 124(2)條訂明可以婚姻關係作為免責辯護，其條文如下：

¹ 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 129 至 159 條亦訂有各種與賣淫或色情物品有關的不同罪行。本章的概覽沒有涵蓋這些罪行，這是因為與賣淫或色情物品有關的罪行，不在我們的性罪行全面檢討範圍之內。

² *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-52 段。

³ *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-53 段。

⁴ 蘇偉倫訴香港特別行政區案 FACC No 5 of 2005, [2006] 3 HKLRD 394（就香港特別行政區訴蘇偉倫案 [2005] 1 HKLRD 443 所提出的上訴）。

⁵ 對於施加絕對法律責任的罪行，不得以合理的錯誤相信或已盡應盡的努力這兩項普通法的隱含免責辯護理由來抗辯。（見 *Archbold Hong Kong 2012*，第 18-14 段）。

⁶ *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-66A 段。

“凡根據《婚姻條例》(第 181 章)第 27(2)條，因妻子年齡在 16 歲以下以致婚姻無效，如丈夫相信並有合理理由相信她是他的妻子，則該婚姻的無效不得令致丈夫因與她性交而犯本條所訂罪行。”

1.5 如男子與一名 16 歲以下的女童性交，只要他能按照相對可能性的衡量標準，證明自己相信該名女童是他的妻子，並有合理理由如此相信，則以婚姻關係作為免責辯護，可使他無須承擔第 124 條所訂的刑事法律責任。因此，舉例來說，男子如果按照海外司法管轄區的婚姻法與一名 16 歲以下的女子結為合法夫婦，便可以婚姻關係免責辯護而要求得到保障。然而，應注意所有在未經同意之下進行的性交，均會以強姦罪論處，即使在婚姻關係之內發生的亦然。因此，如果丈夫未經妻子即有關女童的同意而進行性交，會被控強姦罪，而根據第 124(2)條以婚姻關係作為免責辯護，並不適用於此類情況。

與 21 歲以下女童作出肛交

1.6 根據《刑事罪行條例》第 118D 條，任何男子與年齡在 21 歲以下的女童作出肛交，即屬犯罪，最高刑罰是終身監禁。

由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交

1.7 《刑事罪行條例》第 118C 條訂明，任何男子與另一名年齡在 16 歲以下的男子作出肛交，或任何年齡在 16 歲以下的男子與另一名男子作出肛交，即屬犯罪，最高刑罰是終身監禁。

1.8 第 118C 條以往曾經訂明，任何男子與另一名 21 歲以下男子作出肛交，或任何 21 歲以下男子與另一名男子作出肛交，即屬犯罪。上訴法庭維持原訟法庭在 Leung TC William Roy 訴律政司司長案中的裁決，⁷ 亦即當時的第 118C 條屬於違憲和無效，但以該條適用於 16 歲或以上但未滿 21 歲的男子的範圍為限。《2014 年成文法（雜項規定）條例》（2014 年第 18 號條例）後來於 2014 年 11 月 26 日制定，對當時的第 118C 條作出修訂，以“16”取代該條中所有對“21”的提述。這項修訂的結果是一對男同性戀者如進行肛交，只要雙方均為 16 歲或以上，便不屬非法，但如其中一方未滿 16 歲，則仍屬干犯第 118C 條所訂的罪行。

⁷ Leung TC William Roy 訴律政司司長案，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，高等法院原訟法庭。上訴法庭維持該項裁決（CACV 317/2005）。

由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為

1.9 《刑事罪行條例》第 118H 條訂明，任何男子與另一名年齡在 16 歲以下的男子作出嚴重猥褻作為，或任何年齡在 16 歲以下的男子與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。亦即是說，如一對男同性戀者作出嚴重猥褻作為，而其中一方未滿 16 歲，即屬非法。這項罪行的最高刑罰是監禁兩年。

1.10 第 118H 條以往曾經訂明，任何男子與另一名 21 歲以下男子作出嚴重猥褻作為，或任何 21 歲以下男子與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。法庭在上述 Leung TC William Roy 訴律政司司長 案中，宣布當時的第 118H 條屬於違憲和無效，但以該條適用於 16 歲或以上但未滿 21 歲的男子的範圍為限。《2014 年成文法（雜項規定）條例》亦對當時的第 118H 條作出修訂，以“16”取代該條中所有對“21”的提述。這項修訂的結果是一對男同性戀者如作出嚴重猥褻作為，只要雙方均為 16 歲或以上，便不屬非法，但如其中一方未滿 16 歲，則仍屬干犯第 118H 條所訂的罪行。

裁定違憲和無效的其他條文

1.11 除上文所討論的第 118C 及 118H 條外，法庭也在上述 Leung TC William Roy 訴律政司司長 案中裁定第 118F(2)(a)條⁸ 及第 118J(2)(a)條⁹ 違憲和無效。在另一方面，終審法院在 律政司司長訴丘旭龍及另一人案¹⁰ 中宣布第 118F(1)條屬於違憲和無效。¹¹ 為了施行法庭的裁決，《2014 年成文法（雜項規定）條例》將第 118F 條整條及第 118J 條第(2)(a)款廢除。（值得注意的是，《刑事罪行條例》第 118D 條中與 21 歲以下女童作出肛交的罪行（於上文第 1.6 段論及）並無修訂，這是因為《2014 年成文法（雜項規定）條例》只處理在 Leung TC William Roy 訴律政司司長案及 律政司司長訴丘旭龍及另一人案¹² 中被裁定違憲的《刑事罪行條例》條文，而第 118D 條在該等裁決中並沒有受到質疑。）

⁸ 當時的第 118F(2)(a)條禁止任何男子“在有超過 2 人參與或在場時”，與另一名男子作出肛交，即使該項行為是在私下作出亦然。

⁹ 當時的第 118J(2)(a)條禁止任何男子“在有超過 2 人參與或在場時”，與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即使該項行為是在私下作出亦然。

¹⁰ FACC 12/2006，在[2007] 3 HKLRD 903 中彙報。

¹¹ 當時的第 118F(1)條禁止任何男子與另一名男子“非私下”作出肛交。

¹² 見立法會《2014 年成文法（雜項規定）條例草案》參考資料摘要，第 3 段。

“嚴重猥褻作為”一詞

1.12 “嚴重猥褻作為”一詞在《刑事罪行條例》中沒有界定。這是一個沒有精確定義的詞語，在權威案例中有多種解釋。關於此點，時任署理最高法院首席大法官黎守律在 *R v Savage* 這宗上訴法庭案件中曾有以下的說法，但他並沒有就此點作出裁定：

“……我們覺得此詞可能是指**那些須視為要比僅屬猥褻的行為更加嚴重的猥褻行為**（兩者都可能是‘明顯、昭然、顯而易見’的）。這個解釋會與江樂士先生向我們提出的一些權威案例脛合（例如，‘……**嚴重猥褻作為可界定為明顯偏離人們預期普通[人]所會作出的得宜行為**’ *R v Quesnel* (1979) 51 CCC (2d) 270, 280；‘**按照我們所處時代的習俗和道德標準，會被思想正常的公眾人士視為屬於嚴重猥褻……的行為**’ *R v K and H* (1957) 118 CCC 317, 319）。然而，由於申請人沒有律師代表，本案並沒有提供適當時機讓法庭就此類事宜作出宣示。我們只可以說，我們同意原審法官的裁定，即所發生之事屬於‘嚴重猥褻’以及‘任何思想正常的人都不會有別的看法’……”¹³（粗體後加）

1.13 在另一方面，夏正民法官（時任高等法院原訟法庭法官）在高等法院原訟法庭審理上述 *Leung TC William Roy* 案時，對於“嚴重猥褻作為”有以下的說法：

“此詞在這條例中沒有界定，但依本席來看，它涵蓋了與另一人或對另一人所作出的涉及性的行為，而這種行為是有傷風化的，但**每一宗案件，都要按其發生的時間、地點及情況來作出裁斷**。就本判決來說，本席會把有關行為描述為‘涉及性的親密行為’，而本席所指的是一種與另一人或對另一人所作出的親密行為，但未及於性交，亦即是未至於有插入行為。”¹⁴（粗體後加）

向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為

1.14 根據《刑事罪行條例》第 146 條，“**任何人與或向一名年齡在 16 歲以下的兒童作出嚴重猥褻作為，或煽惑一名年齡在 16 歲**

¹³ *R v Savage* [1997] HKLRD 428，第 11 段。

¹⁴ *Leung TC William Roy* 案，同前，第 16 段。

以下的兒童與他或她、向他或她、與另一人或向另一人作出此種作為”，即屬犯罪。¹⁵ 這項罪行的最高刑罰是監禁 10 年。第 146 條訂立了一項涉及兒童的嚴重猥褻作為罪行，而“與或向兒童”須作為一個詞組來理解。¹⁶

1.15 就第 146 條所訂的罪行而言，案中兒童同意作出有關的嚴重猥褻作為，不得作為控罪的免責辯護。¹⁷ 被告人如能按照相對可能性的衡量標準，證明他或她“與或基於合理理由而相信他或她與一名兒童為已婚夫婦”，便可提出所謂婚姻關係免責辯護。¹⁸ 控方須證明被告人並非真意相信該名兒童為 16 歲或以上。被告人相信情況如此是否有合理理據支持，只是決定被告人是否真意相信該名兒童屬此歲數的考慮因素之一。¹⁹

拐帶年齡在 16 或 18 歲以下的未婚女童

1.16 根據《刑事罪行條例》第 126 條，任何人“無合法權限或辯解，將一名年齡在 16 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走”，即屬犯罪。²⁰ 這項罪行的最高刑罰是監禁 10 年。

1.17 《刑事罪行條例》第 127 條亦訂有一項類似的罪行：“任何人將一名年齡在 18 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，意圖使她與多名或某一名男子非法性交，即屬犯罪”。²¹ 這項罪行的最高刑罰是監禁 7 年。

1.18 就以上兩項拐帶罪而言，“監護人”指“合法照顧或監管該女童的人”。²² 該女童是否在其父母或監護人的管有之下，是一個須由陪審團裁斷的事實問題。²³ 即使該女童並非身在家中，但如果她的意願是要回家，她便仍是在其父母或監護人的管有之下。

¹⁵ 《刑事罪行條例》第 146(1)條。

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

¹⁷ 《刑事罪行條例》第 146(2)條。

¹⁸ 《刑事罪行條例》第 146(3)條。

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

²⁰ 《刑事罪行條例》第 126(1)條。

²¹ 《刑事罪行條例》第 127(1)條。

²² 《刑事罪行條例》第 126(2)及 127(2)條。

²³ *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-173 段。亦見 *R v Mace*, 50 JP 776。

假如該女童並非身在家中但卻意欲回家，則被告人一旦誘使她與自己私奔便屬犯罪。²⁴

1.19 該女童同意與否非屬關鍵，故此即使該女童主動鼓勵被告人把她帶走，被告人仍屬有罪。²⁵

對侵犯兒童及少年人的性罪行現有條文的批評

1.20 現有侵犯兒童及少年人的罪行，因多種原因而備受批評。首先，此等罪行中有部分是指明性別的。香港訂有不同的獨立罪行，分別處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 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交，²⁶ 以及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為。²⁷ 至於侵犯女童（或少女）的罪行，則包括與 13 歲以下的女童性交、²⁸ 與 16 歲以下的女童性交、²⁹ 與 21 歲以下的女童作出肛交、³⁰ 拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童，³¹ 以及拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人非法性交。³² 在這些罪行當中，有部分並不符合《未經同意下進行的性罪行》諮詢文件所論及的一項或多項指導原則（見該諮詢文件第 2 章）。訂立不同的獨立罪行分別處理侵犯男童和侵犯女童的性罪行，並不符合無分性別這項指導原則。而拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人非法性交，則不符合性自主權的原則。根據性自主權的原則，任何人如已超過同意年齡，便應該可以自由選擇是否有性行為。不過，任何人如將一名已超過同意年齡的未婚女童（例如 16 至 18 歲的女童）從其父母或監護人處帶走，意圖與她在同意的情況下進行性交，則可被控以拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人非法性交的罪行。

1.21 有一些侵犯兒童及少年人的罪行，由於只能由男同性戀者干犯，所以是以性傾向為依據。這些罪行包括由 16 歲以下男子作出

²⁴ *Archbold Hong Kong 2015*，第 21-173 段。亦見 *R v Mycock* (1871) 12 Cox 28。

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

²⁶ 《刑事罪行條例》第 118C 條。

²⁷ 《刑事罪行條例》第 118H 條。

²⁸ 《刑事罪行條例》第 123 條。

²⁹ 《刑事罪行條例》第 124 條。

³⁰ 《刑事罪行條例》第 118D 條。由於《2014 年成文法（雜項規定）條例》（2014 年第 18 號條例）只處理在上述 Leung TC William Roy 訴律政司司長案及律政司司長訴丘旭龍及另一人案中被宣布違憲和無效的條文，第 118D 條並沒有作出修訂。因此，第 118D 條繼續適用於 21 歲以下的女童。

³¹ 《刑事罪行條例》第 126 條。

³² 《刑事罪行條例》第 127 條。

或與 16 歲以下男子作出同性肛交，³³ 以及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為。³⁴ 它們並不符合避免基於性傾向而作出區別這項指導原則。

1.22 可同意進行肛交的年齡，同性與異性各有不同。正如上文第 1.8 段論及，《2014 年成文法（雜項規定）條例》對《刑事罪行條例》第 118C 條作出的修訂，已將同性肛交的同意年齡由 21 歲下調至 16 歲。因此，兩名男子如進行肛交，只要雙方均為 16 歲或以上，便不屬非法。相對而言，異性肛交的同意年齡仍然是 21 歲。因此，根據第 118D 條，任何男子與年齡在 21 歲以下的女童作出肛交，即屬犯罪。根據保護原則，法律須設定法定同意年齡，以保護未成年人免受性侵犯和剝削。然而，根據性自主權的原則，任何人只要達到同意年齡，便應該可以自由選擇是否進行涉及性的行為。為異性肛交設定較高的同意年齡，會令年輕女子的性自主權受到限制。

1.23 部分該等罪行提到嚴重猥褻作為。正如上文所論及，“嚴重猥褻作為”的涵義有不同解釋，所以這是一個語意有欠精確的用詞。事實上，嚴重猥褻作為對不同的人來說可以指不同的東西。當下奉行的習俗和道德標準，可以隨着時日而改變，影響到人們對甚麼才構成可接受的合宜行為標準，會有不同的看法。在法例中使用不精確的詞語，並不符合法律必須清晰明確的原則。在法例中移除不精確的用詞，可加深大眾對法律的了解，並使法律清晰明確。

³³ 《刑事罪行條例》第 118C 條。

³⁴ 《刑事罪行條例》第 118H 條。

第 2 章 同意年齡

引言

2.1 就牽涉兒童及少年人的涉及性的行為而言，同意年齡是一項斷定刑責的重要因素。本章會探討“同意年齡”一詞的涵義，以及在香港同意年齡應劃一為哪個歲數。

“同意年齡”的涵義

2.2 “同意年齡”一詞不見於法例。蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）在其所發表的《有關強姦及其他性罪行的報告書》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（簡稱“《蘇格蘭法律委員會報告書》”）¹中，把該詞界定為指“兒童的某個年齡，所有在這個年齡以下發生的涉及性的行為都是錯誤的，而在這個年齡或以上發生的涉及性的行為，在法律上則是准許的”。²

2.3 因此，同意年齡是一個分界年齡。涉及性的行為，若是在同意年齡以下發生的便屬非法。任何人如與未達同意年齡的人發生涉及性的行為，又或者把未達同意年齡的人牽涉入涉及性的行為，刑事法便會對該人施加法律責任。這背後的理據是法律認同未達同意年齡的人，未必有能力就涉及性的行為給予知情而又有意義的同意，亦未必明白進行涉及性的行為的後果。由於年紀輕，他們確實會有受到剝削的危險。

2.4 不過，應注意如果有關的兒童或少年人事實上沒有表示同意，被控人便可被控以一項或多項未經同意下進行的罪行，而在此情況下，同意年齡並不是爭議所在。這是因為構成未經同意下進行的罪行的必要元素，是未經同意而不是兒童的年齡。

¹ 蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），Scot Law Com No 209。

² 蘇格蘭法律委員會，同上，第4.18段。

香港現時的同意年齡

2.5 一般來說，香港現時的同意年齡是 16 歲，³ 亦即是說，任何人如與 16 歲以下的人發生涉及性的行為，一般均屬違法。因此，《刑事罪行條例》訂有一系列關於與 16 歲以下兒童發生涉及性的行為的罪行，分別有：向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為，⁴ 與年齡在 13 歲以下的女童性交，⁵ 以及與年齡在 16 歲以下的女童性交。⁶ 此外，16 歲以下的人對於若非得其同意便屬猥褻侵犯的罪行，在法律上是不能給予同意的。⁷

2.6 儘管如此，如第 1 章所述（第 1.11 及 1.23 段），根據《刑事罪行條例》第 118D 條，任何男子與年齡在 21 歲以下的女童作出肛交仍屬犯罪，所以異性肛交的同意年齡仍然訂於較高的 21 歲。《2014 年成文法（雜項規定）條例》已將同性肛交的同意年齡降低至 16 歲。因此，異性肛交與同性涉及性的行為在同意年齡方面的差別繼續存在。

同性與異性涉及性的行為的同意年齡應否不同？

同意年齡方面的差別越來越受到法律上的質疑

2.7 同意年齡的差別在法庭上越來越受到質疑並且已被宣布屬於違憲。加拿大《刑事法典》（Criminal Code）第 159 條，把肛門性交的同意年齡訂於較高的 18 歲（陰道性交的同意年齡則為 16 歲），⁸ 但這規定已被法庭宣布屬於違憲，理由是它在年齡和性傾向方面帶有歧視成分而這是沒有理據支持的。法庭裁定，沒有任何科學證據證明肛門性交涉及更重大的風險，令第 159 條有理由對肛門性交作

³ 肛交（即肛門性交）（即兩名男同性戀者之間進行性交的唯一方式）的同意年齡過去曾訂於較高的 21 歲。兩名男同性戀者之間進行未及於性交的涉及性的行為，同意年齡也曾訂於較高的 21 歲。異性與同性涉及性的行為的同意年齡差別，已在 Leung TC William Roy 案中被法庭宣布屬於違憲和無效，見 Leung TC William Roy 訴律政司司長，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，原訟法庭，上訴法庭維持原訟法庭的裁決（CACV 317/2005）。《2014 年成文法（雜項規定）條例》（2014 年第 18 號條例）後來於 2014 年 11 月 26 日制定，對若干條文作出修訂，包括以“16”取代在《刑事罪行條例》第 118C 及 118H 條中所有對“21”的提述。該等修訂的結果是將異性與同性性交的同意年齡劃一為 16 歲。

⁴ 《刑事罪行條例》第 146 條。

⁵ 《刑事罪行條例》第 123 條。

⁶ 《刑事罪行條例》第 124 條。

⁷ 《刑事罪行條例》第 122(2)條。

⁸ 在加拿大，陰道交的同意年齡以前是 14 歲，但後來於 2008 年已由《處理暴力罪行法令》（Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c.6，於 2008 年 2 月 28 日獲得批准）提高至 16 歲。

特別對待（*R v Roy* (1998) 125 C.C.C. (3d) 442）。第 159 條已被法庭裁定違憲並且全面撤銷。⁹ 不過，據加拿大司法部所稱，《刑事法典》第 159 條雖已被法庭以此方式撤銷，但仍未透過立法修訂而廢除。¹⁰

2.8 在南非，過去同性戀者與異性戀者的同意年齡分別是 19 歲和 16 歲。南非的憲制法庭已裁定，同意年齡有差別是性傾向歧視，對同性戀者不公平，屬於違憲而無效。¹¹ 同性戀者與異性戀者的同意年齡差別，已被 2007 年 12 月 16 日生效的《2007 年刑事法律（性罪行及相關事宜）修訂法令》（*Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 2007*）撤銷。¹² 此項法令把現有的性罪行全部改由無分性別的罪行代替。“兒童”（此詞無分性別，沒有區分同性戀者與異性戀者）的同意年齡，現時是 16 歲。¹³

Leung TC William Roy 訴律政司司長案的裁決

2.9 夏正民法官（時任高等法院原訟法庭法官）在高等法院原訟法庭裁決 Leung TC William Roy 訴律政司司長案時，宣布《刑事罪行條例》第 118C、¹⁴ 118F(2)(a)、¹⁵ 118H¹⁶ 及 118J(2)(a)條¹⁷ 因為帶有性傾向的歧視成分而屬於違憲。¹⁸（應注意第 118D 條雖然不是有關法律程序的標的事項，但該條是否合憲也可受到質疑。）¹⁹ 上訴

⁹ 加拿大《刑事法典》第 159 條，在以下各省已被上訴法庭宣布屬於違憲並予以撤銷：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）、不列顛哥倫比亞（*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）；在艾伯塔是被審判法庭宣布屬於違憲並予以撤銷（*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，則被聯邦法庭宣布屬於違憲並予以撤銷。

¹⁰ 加拿大司法部 Donald K Piragoff 先生 2010 年 8 月 23 日來函（回覆香港法律改革委員會於 2010 年 7 月 13 日致函加拿大副司法部長所作出的相關查詢）。

¹¹ 見 *Izak Andreas Geldenhuys v National Director of Public Prosecutions and others* [2008] ZACC 21。

¹² 2007 年第 32 號法令。

¹³ 見南非《2007 年刑事法（性罪行及相關事宜）修訂法令》，第 1 及 15 條。

¹⁴ 當時的第 118C 條訂明，如一對男同性戀者的其中一方是在 21 歲以下，兩人進行肛交即屬非法。

¹⁵ 《刑事罪行條例》當時准許同性肛交，但兩名男子均須年滿 21 歲（當時的第 118C 條）。異性肛交也是准許的，但女方須年滿 21 歲（第 118D 條）。不過，即使當時另有一人或多人參與或在場，一對異性戀者（須受該年齡限制所規限）仍可進行肛交，但根據當時的第 118F(2)(a)條，男同性戀者（不論屬何年齡）均被禁止作出這種行為。

¹⁶ 《刑事罪行條例》准許異性戀者以及女同性戀者作出親密的性行為，但作此行為的人須年滿 16 歲。不過，當時的第 118H 條訂明，如一對男同性戀者的其中一方年齡是在 21 歲以下，他們作出同一行為（即嚴重猥褻作為）則屬非法。

¹⁷ 即使當時另有一人或多人參與或在場，異性戀者以及女同性戀者（16 歲以上者）仍可作出親密的性行為。但根據當時的第 118J(2)(a)條，男同性戀者（不論屬何年齡）均被禁止作出這種行為（即嚴重猥褻作為）。

¹⁸ HCAL 160/2004，在[2005] 3 HKLRD 657 中彙報，第 151 段。應注意政府當局在該案聆訊時同意第 118F(2)(a)、118H 及 118J(2)(a)條屬於違憲。政府當局作此讓步的結果，是在解讀第 118H 條所訂的年齡限制時須將之下調，把‘年齡在 21 歲以下’解讀為‘年齡在 16 歲以下’。

¹⁹ CACV 317/2005，在[2006] 4 HKLRD 211 中彙報，第 57 段。

法庭維持高等法院原訟法庭的這項裁決。²⁰ 終審法院後來在律政司司長訴丘旭龍及另一人案²¹ 的裁決中，宣布第 118F(1)條帶有歧視性和違憲。²²

2.10 肛交（這是兩名男同性戀者之間進行性交的唯一方式）²³ 與男女性交在同意年齡方面是有差別的。對於這一點，時任高等法院首席法官馬道立（現為終審法院首席法官）在上訴法庭審理 Leung TC William Roy 訴律政司司長案時有以下的批評：

“焦點故此已轉移至立法機關在本地法律中所施加的 21 歲年齡限制。在本席來說，根本看不到有任何理據足以支持訂立這個年齡限制。在本法庭之上也沒有任何證據提出，解釋何以肛交的年齡下限是 21 歲，而男女性交的同意年齡卻只是 16 歲。並無理由例如是醫學理由支持這點，而在爭辯的過程中也沒有人提出過這方面的理由。”²⁴

我們對同意年齡有差別的看法

2.11 現時的爭議在於異性肛交在香港的同意年齡，應否繼續高於同性肛交。

2.12 我們認為，要是建議就異性肛交訂立較高的同意年齡，便需要提出有力的理據來支持有此差別。我們的看法是同性與異性涉及性的行為的同意年齡應該相同。

2.13 此外，就異性肛交訂立較高的同意年齡（例如現時的 21 歲），對於男子娶 16 歲或以上但未滿 21 歲的少女為妻的情況來

²⁰ CACV 317/2005，在[2006] 4 HKLRD 211 中彙報。由於政府當局只質疑高等法院原訟法庭就第 118C 條是否合憲而作出的裁決，上訴法庭只處理該條而沒有處理其他各條（政府當局已同意其他各條屬於違憲）。

²¹ FACC 12/2006，在 [2007] 3 HKLRD 903 中彙報。

²² 第 118F(1)條帶有歧視成分，因為它只把非私下的同性肛交列為刑事罪行，卻沒有把異性戀者同樣或相若的行為列為刑事罪行（FACC 12/2006，第 28 段）。

²³ 時任高等法院首席法官馬道立（現為終審法院首席法官），在上訴法庭認同夏正民法官（在高等法院原訟法庭）所作出的結論，那就是肛交及男女性交應視為相類似：Leung TC William Roy 訴律政司司長，CACV 317/2005, [2006] 4 HKLRD 211，第 47 段。時任高等法院首席法官馬道立指出其中一點：

“有多宗案件均把肛交視為性交的方式之一，其中包括：本庭在 *R v Chan Chi Wa* [1997] 2 HKC 549 案中作出的裁決，第 551E 頁（“肛門性交”）；英格蘭上訴法院在 *R v Kumar* [2005] 1 Cr Ap R 34 566 案中作出的裁決，第 569 頁（第 11 段）（“一名男子與另一名男子或女子（不論屬何年齡）通過肛門進行性交”）；以及南非的憲制法庭在 *NCGLE v Minister of Justice* 案中作出的裁決（見之前第 29(3)段），第 141a 頁（“通過肛門進行性交”）。”（見判決書第 47(5)段）。

²⁴ Leung TC William Roy 訴律政司司長，CACV 317/2005, [2006] 4 HKLRD 211，第 51(2)段。

說，可能會造成問題。加拿大法律處理這類問題的做法，是把夫婦之間在私下經同意而進行的肛門性交列為例外情況，²⁵ 但異性戀者會覺得這項例外規定是歧視他們。沒有充分理據解釋何以一名男子與一名 16 歲或以上的女童經同意下作出肛交屬於違法，但兩名 16 歲或以上的男同性戀者經同意下作出同樣行為則屬合法。

2.14 在另一方面，對於未及於性交的涉及性的行為（例如接吻、愛撫、觸摸性器官）來說，就兩名異性戀者、兩名男同性戀者或甚至兩名女同性戀者之間的這類行為訂立不同的同意年齡，是難以找到理據支持的。這類涉及性的行為，在兩名男同性戀者或女同性戀者之間作出的，健康風險不應該高於在一男一女之間所作出的。同樣來說，在一男一女之間作出的涉及性的行為，健康風險也不應該高於在兩名男同性戀者或女同性戀者之間所作出的。

2.15 有鑑於 Leung TC William Roy 案及其相關裁決，以及越來越多其他司法管轄區採用劃一同意年齡，我們發覺難以找到任何理據，足以支持容許同性與異性涉及性的行為的同意年齡差別可繼續存在於香港。我們這次改革的指導原則，是性罪行的法律不應帶有性傾向或性行為習慣方面的區分。這項原則也支持在不同性傾向的人之間，進行涉及性的行為的同意年齡應該相同。

同意年齡應劃一為哪個歲數？

2.16 既然我們認為同性戀者和異性戀者涉及性的行為的同意年齡應該劃一，接着下來的議題便是這個共通的同意年齡應是哪個歲數。

2.17 聯合國《兒童權利公約》（第 1 條）訂明，兒童指 18 歲以下的任何人，除非對其適用之法律規定成年年齡低於 18 歲。因此，保護原則適用於 18 歲以下的人。

2.18 不過，我們應在性自主權與保護原則之間取得平衡，而這就是何以某些司法管轄區會選擇把同意年齡訂在 18 歲以下。

²⁵ 根據加拿大《刑事法典》第 159(1)及(2)條，任何人作出肛門性交的行為均屬犯罪，但夫婦之間或兩名 18 歲或以上的人之間經同意下及私下進行的肛門性交，則屬例外。

其他司法管轄區的同意年齡

2.19 下表所檢視的是其他司法管轄區的同意年齡，這些資料都是關於一般的同意年齡，沒有特別提到部分國家就陰道交與肛門交所存在的同意年齡差別。²⁶

司法管轄區	同意年齡
澳大利亞以下各州： 南澳大利亞； ²⁷ 塔斯曼尼亞。 ²⁸	17
澳大利亞以下各州： 澳洲首都地區； ²⁹ 新南威爾士； ³⁰ 北領地； ³¹ 昆士蘭； ³² 維多利亞； ³³ 西澳大利亞。 ³⁴	16
愛爾蘭 ³⁵	17
加拿大； ³⁶ 荷蘭； ³⁷ 新西蘭； ³⁸ 北愛爾蘭； ³⁹ 蘇格蘭；南非； ⁴⁰ 新加坡； ⁴¹ 瑞士； ⁴² 英格蘭及威爾斯。	16

²⁶ 有某幾個其他司法管轄區，例如澳大利亞的昆士蘭以及加拿大，也就同性性行為設定了較高的同意年齡。在昆士蘭，同意年齡一般是 16 歲，但肛門性交的同意年齡是 18 歲。根據昆士蘭《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 208 條，任何人如（除了作出其他行為外）雞姦另一名 18 歲以下的人（即與該人進行肛門性交），即屬犯非法雞姦罪。由於肛門性交是兩名男同性戀者之間進行性交的唯一方式，這意味同性性交的同意年齡要比異性性交為高。在加拿大，陰道性交的同意年齡以前是 14 歲，但後來於 2008 年已由《處理暴力罪刑法令》（S.C. 2008, c.6，於 2008 年 2 月 28 日獲得批准）提高至 16 歲。不過，加拿大的法律把肛門性交的同意年齡訂於較高的 18 歲。加拿大《刑事法典》第 159 條禁止進行經同意的肛門性交，但夫婦之間或兩名 18 歲或以上的人之間私下進行的除外。

²⁷ 南澳大利亞《1935 年刑事法律綜合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935），第 49 條。

²⁸ 塔斯曼尼亞《1924 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1924），第 124 條。

²⁹ 澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 55 條。

³⁰ 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 66C 條。

³¹ 北領地《1983 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1983），第 127 條。

³² 昆士蘭《1899 年刑事法典法令》，第 215 條。

³³ 維多利亞《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958），第 45 條。

³⁴ 西澳大利亞《1913 年刑事法典法令匯編法令》（Criminal Code Act Compilation Act 1913），第 321 條。

³⁵ 《2006 年刑事法律（性罪行）法令》（Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006），第 3 條。

³⁶ 加拿大《1985 年刑事法典》（Criminal Code 1985），第 151 條。

³⁷ 荷蘭《刑事法典》（Penal Code），第 245 及 247 條。

³⁸ 《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961），第 134 條。

³⁹ 《2008 年性罪行（北愛爾蘭）令》（Sexual offences (North Ireland) Order 2008），第 16 條。

⁴⁰ 《2007 年刑事法律（性罪行及相關事宜）修訂法令》（Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Act 2007），第 1、15 及 16 條。

⁴¹ 新加坡《刑事法典》（Penal Code），第 376A 及 376E 條。

⁴² 瑞士《刑事法典》（Criminal Code），第 187 條。

司法管轄區	同意年齡
丹麥； ⁴³ 法國； ⁴⁴ 瑞典。 ⁴⁵	15
德國； ⁴⁶ 葡萄牙。 ⁴⁷	14
西班牙 ⁴⁸	13
美國以下各州： 亞利桑那； ⁴⁹ 特拉華； ⁵⁰ 佛羅里達； ⁵¹ 愛達荷； ⁵² 北達科他； ⁵³ 俄勒岡； ⁵⁴ 田納西； ⁵⁵ 猶他； ⁵⁶ 弗吉尼亞； ⁵⁷ 威斯康星。 ⁵⁸	18
美國以下各州： 科羅拉多； ⁵⁹ 伊利諾伊； ⁶⁰ 路易斯安那； ⁶¹ 密蘇里； ⁶² 紐約； ⁶³ 得克薩斯。 ⁶⁴	17
美國以下各州： 亞拉巴馬； ⁶⁵ 阿拉斯加； ⁶⁶ 阿肯色； ⁶⁷ 加利福尼亞； ⁶⁸ 康涅狄格； ⁶⁹ 哥倫比亞特區； ⁷⁰	16

- ⁴³ 丹麥《刑事法典》（Criminal Code），第 222 條
- ⁴⁴ 法國《刑事法典》（Penal Code），第 227-25 條。
- ⁴⁵ 瑞典《刑事法典》（Penal Code），第 6 章，第 4 條。
- ⁴⁶ 德國《刑事法典》（Criminal Code），第 176 條。
- ⁴⁷ 葡萄牙《刑事法典》（Penal Code），第 172 條。
- ⁴⁸ 西班牙《刑事法典》（Criminal Code），第 183 條。
- ⁴⁹ 《亞利桑那修訂版法規》（Arizona Revised Statutes），第 13-1405 條。
- ⁵⁰ 《特拉華法典》（Delaware Code），標題卷 11，第 5-2 章，第 770 條。
- ⁵¹ 《佛羅里達法規》（Florida Statutes），第 794.05 條。
- ⁵² 《愛達荷法規》（Idaho Statutes），第 18-6101 條。
- ⁵³ 《北達科他世紀法典》（North Dakota Century Code），第 12-1-20-07 條。
- ⁵⁴ 《俄勒岡修訂版法規》（Oregon Revised Statutes），第 163-415 條。
- ⁵⁵ 《田納西法典》（Tennessee Code），第 39-13-506 條。
- ⁵⁶ 《猶他刑事法典》（Utah Criminal Code），第 76-5-401.2 條。
- ⁵⁷ 《弗吉尼亞法典》（Code of Virginia），第 18.2-371 條。
- ⁵⁸ 《威斯康星刑事法典》（Wisconsin Criminal Code），第 948.01, 948.02 及 948.09 條。
- ⁵⁹ 《科羅拉多修訂版法規》（Colorado Revised Statutes），第 18-3-402 條。。
- ⁶⁰ 《1961 年刑事法典》（Criminal Code 1961），《伊利諾伊法規匯編》（Illinois Compiled Statutes），第 11-1.50 及 11-1.60 條。
- ⁶¹ 《路易斯安那修訂版法規》（Louisiana Revised Statutes），第 14:80 條。
- ⁶² 《密蘇里修訂版法規》（Missouri Revised Statutes），第 566.034, 566.064 及 566.068 條。
- ⁶³ 《紐約刑事法典》（New York Penal Code），第 130.05 條。
- ⁶⁴ 《得克薩斯刑事法典》（Texas Penal Code），第 21.11 及 22.011 條。
- ⁶⁵ 《1975 年亞拉巴馬法典》（Code of Alabama 1975），第 13A-6-70 條。
- ⁶⁶ 《2011 年阿拉斯加法規》（Alaska Statutes 2011），第 11.41.434 至 438 條。
- ⁶⁷ 《1987 年阿肯色法典》（Arkansas Code of 1987），第 5-14-127 條。
- ⁶⁸ 《加利福尼亞刑事法典》（California Penal Code），第 261.5 條。
- ⁶⁹ 《康涅狄格普通法規》（General Statutes of Connecticut），第 53a-70 條。

司法管轄區	同意年齡
喬治亞； ⁷¹ 夏威夷； ⁷² 印第安納； ⁷³ 艾奧瓦； ⁷⁴ 堪薩斯； ⁷⁵ 肯塔基； ⁷⁶ 緬因； ⁷⁷ 馬里蘭； ⁷⁸ 馬薩諸塞； ⁷⁹ 密歇根； ⁸⁰ 明尼蘇達； ⁸¹ 密西西比； ⁸² 蒙大拿； ⁸³ 內布拉斯加； ⁸⁴ 內華達； ⁸⁵ 新罕布什爾； ⁸⁶ 新澤西； ⁸⁷ 新墨西哥； ⁸⁸ 北卡羅來納； ⁸⁹ 俄亥俄； ⁹⁰ 俄克拉何馬； ⁹¹ 賓夕法尼亞； ⁹² 羅得島； ⁹³ 南卡羅來納； ⁹⁴ 南達科他； ⁹⁵ 佛蒙特； ⁹⁶ 華盛頓； ⁹⁷ 西弗吉尼亞； ⁹⁸ 懷俄明。 ⁹⁹	

2.20 正如上表的資料所顯示，每個國家的同意年齡都有所不同，由 13 歲至 18 歲不等。不過，在上文所檢視的國家當中，大部分的同同意年齡是 16 歲。

- ⁷⁰ 《哥倫比亞特區官方法典》（District of Columbia Official Code），第 22-3001 及 22-3008 條。
- ⁷¹ 《喬治亞法典》（Georgia Code），第 16-6-3 條。
- ⁷² 《夏威夷修訂版法規》（Hawaii Revised Statutes），第 707-730 及 707-732 條。
- ⁷³ 《印第安納法典》（Indiana Code），第 35-42-4-9 條。
- ⁷⁴ 《艾奧瓦法規》（Iowa Statutes），第 709.4 條。
- ⁷⁵ 《堪薩斯法規》（Kansas Statutes），第 21-5506 條。
- ⁷⁶ 《肯塔基修訂版法規》（Kentucky Revised Statutes），第 510.020 條。
- ⁷⁷ 《緬因修訂版法規》（Maine Revised Statutes），第 17A-254 條。
- ⁷⁸ 《馬里蘭法典》（Code of Maryland），第 3-307 及 3-308 條。
- ⁷⁹ 《馬薩諸塞普通法律》（General Laws of Massachusetts），第 IV 部，標題卷 I，第 265 章，第 22A 條。
- ⁸⁰ 《密歇根刑事法典》（Michigan Penal Code），第 750.520b 至 750.520e 條。
- ⁸¹ 《明尼蘇達法規》（Minnesota Statutes），第 609.342 至 609.3451 條。
- ⁸² 《1972 年密西西比法典》（Mississippi Code 1972），第 97-3-65 條。
- ⁸³ 《2011 年蒙大拿法典》（Montana Code 2011），第 54-5-502 及 54-5-503 條。
- ⁸⁴ 《內布拉斯加修訂版法規》（Nebraska Revised Statutes），第 28-319 及 28-319.01 條。
- ⁸⁵ 《內華達修訂版法規》（Nevada Revised Statutes），第 200.366 條。
- ⁸⁶ 《新罕布什爾法規》（New Hampshire Statutes），第 632-A:4 條。
- ⁸⁷ 《新澤西法規》（New Jersey Statutes），第 2C:14-2 條。
- ⁸⁸ 《新墨西哥法規》（New Mexico Statutes），第 30-9-11 條。
- ⁸⁹ 《北卡羅來納普通法規》（North Carolina General Statutes），第 14-27.7A 條。
- ⁹⁰ 《俄亥俄修訂版法典》（Ohio Revised Code），第 2907.04 條。
- ⁹¹ 《俄克拉何馬法規》（Oklahoma Statutes），第 21-1111 條。
- ⁹² 《賓夕法尼亞法規》（Pennsylvania Statutes），第 3122.1, 3123 及 3125 條。
- ⁹³ 《羅得島州普通法律》（State of Rhode Island General Laws），第 11-37-6 條。
- ⁹⁴ 《南卡羅來納法典》（South Carolina Code of Laws），第 16-3-655 條。
- ⁹⁵ 《南達科他編纂法律》（South Dakota Codified Laws），第 22-22-1 及 22-22-7 條。
- ⁹⁶ 《佛蒙特法規》（Vermont Statutes），標題卷 13，第 72 章，第 3252 條。
- ⁹⁷ 《華盛頓刑事法典》（Washington Criminal Code），第 9A.44.093 條。
- ⁹⁸ 《西弗吉尼亞法典》（West Virginia Code），第 61-8B-2 條。
- ⁹⁹ 《懷俄明法規》（Wyoming Statutes），第 6-2-314 至 6-2-317 條。

2.21 香港現時的一般同意年齡是 16 歲。英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）當年認為在檢討進行期間的主流同意年齡（即 16 歲）應予保留，因為這個年齡沿用已久，深入人心，並且得到普遍支持。¹⁰⁰ 檢討小組沒有採納把同意年齡降低至 16 歲以下的建議，正如其文件所說：

“……兒童現時在生理方面的成熟年齡顯然[比 16 歲]來得更早，他們在稚齡時已從媒體接觸到各種涉及性的影像，並且受到媒體和同輩的壓力而會作出涉及性的行為。然而，社會須保護兒童以免他們在年紀尚幼之時便過早進行不適當的涉及性的行為，因為這有可能會對他們造成生理、情緒及心理方面的傷害。過早懷孕所涉及的各種風險，已有文獻詳加記錄，此外也有證據證明過早進行涉及性的行為，染上性病和子宮頸癌的風險會增高……。”¹⁰¹

2.22 我們的看法與英國內政部檢討小組一致，皆認為同意年齡應劃一於現時的 16 歲水平。我們找不到任何有力的理據，足以支持把現時的 16 歲水平提高或降低，而這個年齡在社會上沿用已久並且深入人心。事實上，降低同意年齡可能會有不良後果，那就是鼓勵兒童過早進行涉及性的行為。在另一方面，建議提高同意年齡也可能會受到批評，因為這個建議沒有顧及到現時兒童在生理和心理方面的成熟年齡已比以前提早了很多。

應如何處理同性戀罪行？

2.23 《英格蘭法令》及《蘇格蘭法令》已不再訂有同性戀罪行，而其所有性罪行現時已無分性別。南非在上文所述的《2007 年刑事法律（性罪行及相關事宜）修訂法令》也採用同一做法。在相關法規中，使用了無分性別的詞，例如“人”、“兒童”等。相關法規所隱含的同意年齡，不會基於性傾向而有任何區別，故此 Leung TC William Roy 案的裁決所帶來的任何相關問題也會得以解決。

2.24 蘇格蘭法律委員會對上述做法的解釋如下：

“在討論文件中，我們已表明看法，即現時**並無需要訂立處理同性戀行為的罪行**。如同性戀行為的其中一

¹⁰⁰ 《內政部文件》，第 3.5.7 段。

¹⁰¹ 《內政部文件》，第 3.5.5 段。

方並不同意，這類行為便會屬於例如強姦、性侵犯及性脅迫之類罪行的範疇。那些屬於保護原則範疇的罪行，例如與 13 歲以下的兒童進行涉及性的行為、與 16 歲以下的兒童進行涉及性的行為、在家庭單位內濫用信任、作出牽涉到受信任地位的涉及性的行為，均適用於同性戀行為。

我們又認為，**基於性傾向而非基於過錯的形式來訂立罪行，在原則上是錯誤的**。我們因此建議，**與同性戀行為有關的現有罪行應全部撤銷**。為免生疑問，這會包括廢除任何現有的普通法罪行……”¹⁰²（粗體後加）

2.25 因此，要處理 Leung TC William Roy 案¹⁰³ 的裁決所帶來的問題，最終方法應是廢除《刑事罪行條例》及普通法中的同性戀罪行，代以一套新的無分性別的性罪行（可參照《英格蘭法令》及《蘇格蘭法令》）。

2.26 我們將會採取的做法，是以一套新的無分性別的性罪行來取代現時同性戀罪行，並會在全面檢討實質的性罪行過程中於適當時候提出相關的建議。

建議 1

我們建議，在香港同意年齡應劃一為 16 歲，並應不論性別和性傾向而適用。

¹⁰² 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 5.8 至 5.9 段。

¹⁰³ Leung TC William Roy 訴律政司司長，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，原訟法庭，上訴法庭維持原訟法庭的裁決（CACV 317/2005）。

第 3 章 關於改革涉及兒童及少年人的性罪行的一般議題

引言

3.1 本章會研究一些關於涉及兒童及少年人的性罪行的一般議題，這些議題關係到我們如何定出改革建議。

新法例中涉及兒童及少年人的罪行應否無分性別？

《刑事罪行條例》中的現有罪行

3.2 部分現有罪行屬於無分性別，而有一些罪行則是特別為保護女童而非男童而設的。舉例來說，法例中分別訂有與年齡在 13 歲以下的女童非法性交¹ 以及與年齡在 16 歲以下的女童非法性交² 的罪行。雖然法例有特別訂明保護女童的罪行，但卻沒有特別訂明保護男童的罪行。

3.3 法例訂有一項無分性別的罪行，那就是向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為。³

海外司法管轄區的情況

澳大利亞

3.4 在澳大利亞法例中，就免受性剝削的保護而言，男女童待遇平等。

3.5 在澳大利亞各個司法管轄區的法例中，當提述一項涉及兒童及少年人的罪行的受害人時，所用之詞未有區分性別。舉例來說，用詞包括“另一人”、⁴ “兒童”、⁵ “非成年人”⁶ 及“少年人”。⁷

¹ 《刑事罪行條例》第 123 條。

² 《刑事罪行條例》第 124 條。

³ 《刑事罪行條例》第 122 條。

⁴ 例如，任何人與另一名 10 或 16 歲以下的人性交，即干犯與少年人性交的罪行（澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 55 條）。

⁵ 例如，任何人與一名 16 歲以下兒童性交或對 16 歲以下兒童作出嚴重猥褻作為，即干犯涉及 16 歲以下兒童的性交或嚴重猥褻作為罪行（北領地《刑事法典法令》（Criminal Code Act），第 127 條）。

⁶ 例如，任何人促使一名非屬成年人在昆士蘭或其他地方進行性交，即干犯促使少年人等進行性交的罪行（昆士蘭《刑事法典》（Criminal Code），第 217 條）。

這些無分性別的用詞，意味着法例為男女童提供同等的免受性剝削的保護。

加拿大

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

3.7 當提述一項涉及兒童及少年人的罪行的受害人時，法例所用例如“人”⁸及“少年人”⁹等詞，都是無分性別。法例採用無分性別的詞，顯示就免受性剝削的保護而言，男女童的待遇沒有差別。

英格蘭及威爾斯

3.8 在英格蘭《2003年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 2003*，簡稱《英格蘭法令》）中，當提述一項涉及兒童及少年人的罪行的受害人時，法例所用例如“其他人”¹⁰及“另一人”¹¹等詞，都是無分性別。法例採用無分性別的詞，意味着就免受性剝削的保護而言，男女童待遇平等。

蘇格蘭

3.9 在《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（*Sexual Offences (Scotland) Act 2009*，簡稱《蘇格蘭法令》）中，當提述一項涉及幼童¹²或較年長童¹³的罪行的受害人時，使用“兒童”一詞。法例採用無分性別的詞，顯示就免受性剝削的保護而言，男女童待遇平等。

⁷ 例如，任何人促致一名少年人在塔斯曼尼亞或其他地方與另一人非法性交，即干犯促致與一名17歲以下的人非法性交的罪行（塔斯曼尼亞《刑事法典》（*Criminal Code*），第125C條）。“少年人”在第125C(1)條中界定為17歲以下的人。

⁸ 例如，任何人為性目的而直接或間接觸摸一名16歲以下的人的身體，即干犯性騷擾罪（加拿大《刑事法典》，第151條）。

⁹ 例如，對於一名少年人而言處於受信任或權威地位的人，為性目的而直接或間接觸摸該名少年人的身體，即干犯性剝削罪（加拿大《刑事法典》，第153(1)條）。就這項罪行而言，“少年人”指16歲或以上但未滿18歲的人（第153(2)條）。

¹⁰ 例如，任何人故意以陽具插入另一名13歲以下的人的陰道、肛門或口腔，即干犯強姦13歲以下兒童的罪行（《2003年性罪行法令》，第5條）。

¹¹ 例如，一名18歲或以上的人（甲）故意觸摸另一人（乙），而這觸摸是涉及性的，假如乙未滿16歲，而甲並非合理地相信乙為16歲或以上，又或者乙未滿13歲，甲即干犯與兒童進行涉及性的行為的罪行（《2003年性罪行法令》，第9條）。

¹² 例如，任何人（甲）以其陽具故意或罔顧後果地插入一名未滿13歲的兒童（乙）的陰道、肛門或口腔，即干犯強姦幼童的罪行（《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》，第18條）。

¹³ 例如，一名年滿16歲的人（甲）以其陽具故意或罔顧後果地插入一名年滿13歲但未滿16歲的兒童（乙）的陰道、肛門或口腔，即干犯與較年長兒童性交的罪行（《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》，第28條）。

罪行應否無分性別？

3.10 《刑事罪行條例》訂有一些特別為保護女童而設的罪行，男童並不在保護之列。有關的議題是新法例中涉及兒童及少年人的罪行應否無分性別，以便為男女童提供可免受性剝削的同等保護。

3.11 無分性別是我們進行改革的指導原則之一。我們看不到有任何充分理由，足以令法律只保護女童而不保護男童免受性剝削。兩性之間應該平等，而保護原則應該同樣適用於男女童。

3.12 再者，正如上文的海外法例一覽所示，一般的趨勢是男女童在免受性剝削的保護方面會得到平等待遇，而涉及兒童及少年人的罪行則無分性別。我們故此認為在新法例中，涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別。

建議 2

我們建議，在新法例中涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別。

應以單一項罪行抑或一系列罪行來涵蓋性侵犯兒童罪？

3.13 在英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）所舉行的諮詢大會上，有建議認為應訂立單一項成年人性侵犯兒童罪，用以代替現有的與兒童非法性交以及對兒童作出猥褻行為的罪行，從而加強保護，以防止成年人與兒童之間發生涉及性的行為：

“在我們的諮詢大會中所出現的主要議題之一，是法律是否有需要毫無疑問地確定成年人不應與兒童進行性行為，並且有理由為此而訂立一項嚴重罪行以承認這類罪案的嚴重性。有建議認為應訂立單一項成年人性侵犯兒童罪，用以代替現有的與兒童非法性交以及對兒童作出猥褻行為的罪行，並且加強保護，以防止成年人與兒童之間發生涉及性的行為。兒童工作者認為訂立這項罪行可將焦點放在犯案者的行為，令法律更加清晰明確，並向公眾發放強烈的信息，表明成年人與兒童發生涉及性的行為是不能接受的。有關檢討認同這項罪行背後的原則，並認為這項罪行可清楚界定一套不能接受的行為，

令法律可按適度的嚴重性來處理這套行為。訂立這項罪行，對罪犯的風險評估應該也有幫助。”¹⁴

3.14 英國內政部檢討小組不同意按照上述建議訂立單一項罪行是最理想的做法。檢討小組認為訂立如此的單一項罪行，涵蓋所有對兒童作出的涉及性的行為，由最輕微的至最嚴重的都包括在內，範圍會過於廣泛：

“要令到這項罪行既簡單而又有效，便有需要涵蓋一系列由男子或女子一方與兒童作出的行為。我們首先考慮，這項罪行應否涵蓋成年人與兒童所作出的各種涉及性的行為。我們特別關注到，訂立單一項罪行涵蓋所有此等行為，由最輕微的至最嚴重的都包括在內，範圍會過於廣泛，以致削弱法律處理最惡劣的行為（即強姦罪）的能力……”¹⁵

3.15 檢討小組總結認為，更確當的做法是參照強姦、以插入方式性侵犯，以及性侵犯等未經同意下進行的罪行，訂立一系列涉及兒童的性罪行，而不是以單一項罪行涵蓋所有侵犯兒童的罪行。雖然涉及兒童的罪行是參照未經同意下進行的罪行，但對於這系列涉及兒童的罪行來說，同意與否並非相關因素，因為有關罪責是基於與兒童進行涉及性的行為，而不是因為未經同意：

“強姦是最嚴重的性罪行，如果強姦兒童而不會被控以強姦罪，經改革的法律便會存在基本的缺陷。檢討所得的結論是強姦、以插入方式性侵犯，以及性侵犯等罪行，都是處理未經同意下作出的行為，這些罪行應按情況所需而可供檢控之用。此外也應另訂一項罪行來處理以下一類行為：若發生於同意的成年人之間便不是罪行，若涉及到兒童卻是屬於錯誤和不當。因此，一般來說，同意與否並非相關因素——與兒童進行才是這類行為招致罪責的原因。”¹⁶

3.16 因此，有關的議題是應否訂立單一項涉及兒童及少年人的罪行，抑或在新法例中訂立一系列涉及兒童及少年人的罪行。

¹⁴ 英國內政部，*Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*（2000年7月），第3.6.1段。

¹⁵ 同上，第3.6.2段。

¹⁶ 同上，第3.6.3段。

3.17 我們認為，訂立一項新的涉及兒童及少年人的罪行是簡便的做法，但有關範圍會過於廣泛，未必能涵蓋所有侵犯兒童的性罪行，而這些罪行的嚴重程度可能各有不同。我們故此認為應在新法例中訂立一系列涉及兒童及少年人的罪行。

涉及兒童及少年人的罪行在新法例中的分類

現有法律

3.18 在《刑事罪行條例》中，涉及兒童及少年人的現有罪行是按有關兒童的年齡而分類的，並以特定類別兒童及少年人的同意年齡作為劃分準則。《刑事罪行條例》共訂有四類這方面的罪行，視乎特定類別兒童及少年人的同意年齡而定。

3.19 第一類是涉及 13 歲以下的兒童的罪行，即與年齡在 13 歲以下的女童非法性交（第 123 條）。

3.20 第二類是涉及 16 歲以下的兒童的罪行，即向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為（第 146 條）、與年齡在 16 歲以下的女童非法性交（第 124 條），以及拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（第 126 條）。

3.21 第三類是涉及 18 歲以下的兒童的罪行，即拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人非法性交（第 127 條）。

3.22 第四類是涉及 21 歲以下的少年人的罪行，即男子與年齡在 21 歲以下的女童作出肛交（第 118D 條）。

海外司法管轄區的情況

3.23 涉及兒童及少年人的罪行的分類主要有三種模式。這三種模式見於英格蘭及威爾斯、蘇格蘭以及澳大利亞各州的相關法例。

英格蘭及威爾斯

3.24 在《英格蘭法令》中，涉及兒童的罪行是按有關兒童的年齡而分類的。涉及兒童的罪行只有兩類，即 (i) 涉及 13 歲以下兒童的罪行，以及 (ii) 涉及 16 歲以下兒童的罪行。

第一類：涉及 13 歲以下兒童的罪行

3.25 第一類罪行屬絕對法律責任罪行，不可提出任何免責辯護。¹⁷

第二類：涉及 16 歲以下兒童的罪行

3.26 至於第二類罪行，如有關兒童年滿 13 歲但未滿 16 歲，被控人便可因合理地錯誤相信有關兒童的年齡而以此作為免責辯護。¹⁸ 不過，如有關兒童為 13 歲以下，此類罪行仍屬絕對法律責任罪行，不可提出任何免責辯護。

3.27 涉及 13 歲以下及 16 歲以下兒童的罪行，兩者之間有重疊，因為這兩類罪行都涵蓋 13 歲以下的兒童。不過，正如上文所述，錯誤相信有關兒童的年齡，可以作為涉及 16 歲以下兒童的罪行的免責辯護。不過，這項免責辯護只適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲的兒童的案件，但不適用於涉及 13 歲以下兒童的罪行。

3.28 儘管這兩類罪行之間有重疊，國會的意向是任何人如與 13 歲以下兒童進行涉及性的行為，便應被控以其中一項涉及 13 歲以下兒童的罪行，而此類罪行是特別用來保護 13 歲以下兒童，目的是要確保可就涉及 13 歲以下兒童的罪行判處較重的最高刑罰。¹⁹

蘇格蘭

3.29 在《蘇格蘭法令》中，有關的罪行分為兩類，即 (i) 涉及“幼童”的罪行，以及 (ii) 涉及“較年長兒童”的罪行。《蘇格蘭法令》與《英格蘭法令》不同之處，在於這兩類涉及兒童的罪行之間並無重疊。

第一類：涉及 13 歲以下兒童的罪行

3.30 涉及“幼童”的罪行，是指那些涉及“未滿 13 歲的兒童（乙）”的罪行。²⁰ 這些罪行屬絕對法律責任罪行。

¹⁷ 關於錯誤相信有關兒童的年齡，應否作為免責辯護，我們會在第 4 章中探討這個議題。

¹⁸ 構成有關的英格蘭罪行元素之一是“(i) 乙為 16 歲以下而甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上，或 (ii) 乙為 13 歲以下”（例如見《英格蘭法令》第 9(1)(c)、10(1)(c)、11(1)(c) 及 12(1)(c) 條）。

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

²⁰ 例如見《蘇格蘭法令》第 18 條。

第二類：涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行

3.31 涉及“較年長兒童”的罪行，是指那些涉及“(a) 年滿 13 歲但 (b) 未滿 16 歲的兒童 (乙)”的罪行。²¹

3.32 合理地錯誤相信有關兒童已年滿 16 歲，可以作為涉及較年長兒童的罪行的免責辯護。²²

澳大利亞各州

3.33 在澳大利亞，涉及兒童的罪行通常是以有關兒童的年齡來表達。²³ 舉例來說，法例訂有涉及年齡在 10、12 或 13 歲以下幼童的罪行，視乎司法管轄區而定。²⁴ 此外，法例也訂有涉及較年長兒童的罪行，一般是涉及 16 歲以下的，²⁵ 但在某些情況中也有涉及 17 歲以下²⁶ 或 18 歲以下的。²⁷ 這種分級方式，一般反映涉及稚齡兒童的罪行的嚴重性，所以該等罪行比起侵犯較年長兒童的罪行來說，刑罰更重。

3.34 在新南威爾士，法例訂有兩類涉及兒童的罪行，視乎有關兒童所屬的年齡組別而定：(i) 年滿 10 歲但未滿 14 歲的兒童，²⁸ 以及 (ii) 年滿 14 歲但未滿 16 歲的兒童。²⁹

3.35 在南澳大利亞，涉及兒童的性罪行分為侵犯 14 歲以下和 17 歲以下兒童兩類。³⁰

²¹ 例如見《蘇格蘭法令》第 28 條。

²² 《蘇格蘭法令》第 39(1)條。

²³ 澳大利亞法律改革委員會，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25.33 段。

²⁴ 涉及 10 歲以下的：新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》(Crimes Act 1900)，第 66B 條；維多利亞《1958 年刑事罪行法令》(Crimes Act 1958)，第 45(2)(a)條；澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》，第 55(1)條。涉及 12 歲以下的：見昆士蘭《刑事法典》，第 215(3)條。涉及 13 歲以下的：西澳大利亞《刑事法典》(Criminal Code)，第 320 條 (見澳大利亞法律改革委員會，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章註 60)。

²⁵ 維多利亞《1958 年刑事罪行法令》，第 45(2)(b)條；昆士蘭《刑事法典》，第 215(1)條；澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》，第 55(2)條；北領地《刑事法典》(Criminal Code)，第 127 條。新南威爾士訂有兩個年齡組別：新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(1)條——受害人年滿 10 歲但未滿 14 歲；新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(3)條——受害人年滿 14 歲但未滿 16 歲。見澳大利亞法律改革委員會，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章註 61。

²⁶ 塔斯曼尼亞訂有侵犯 17 歲以下兒童的性罪行：見塔斯曼尼亞《刑事法典》，第 124 條。(見澳大利亞法律改革委員會，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章註 62。)

²⁷ 在昆士蘭，就雞姦而言，見昆士蘭《刑事法典》，第 208 條 (見澳大利亞法律改革委員會，*Family Violence – A National Legal Response* (2010 年 11 月)，ALRC Report 114，第 25 章註 63)。

²⁸ 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(1)條。

²⁹ 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》，第 66C(3)條。

涉及兒童及少年人的罪行應如何分類？

3.36 我們不贊成保留《刑事罪行條例》的現有做法。現時的做法顯示有不同的同意年齡（分別是 13、16、18 及 21 歲），而且指明性別和帶有性傾向歧視成分。在建議 1 中，我們建議同意年齡應劃一為 16 歲，並應不論性別和性傾向而適用。《刑事罪行條例》的現有做法與我們的建議不相符。

涉及 16 歲以下兒童的罪行

3.37 由於我們建議同意年齡應劃一為 16 歲，所以我們認為新法例中涉及兒童的罪行，應特別為保護 16 歲以下的兒童而設。正如上文所論及，這正是英格蘭及威爾斯、蘇格蘭以及澳大利亞一些州份（包括澳洲首都地區、新南威爾士及北領地）所採取的做法。

涉及 13 歲以下兒童的罪行

3.38 就檢視以上法例所見，在很多情況中，法例除了訂有涉及較年長兒童的罪行外，也訂有特別為保護幼童而設的罪行。這種做法可見於英格蘭及威爾斯、蘇格蘭以及澳大利亞各州的法例。涉及幼童的罪行的最高刑罰，要比侵犯較年長兒童的罪行為重，以反映與幼童進行涉及性的行為的嚴重性。

3.39 英國內政部檢討小組指出，人們大多認同，任何人把幼童牽涉入任何形式的涉及性的行為都是絕對錯誤的：

“人們也大多支持法律應區分兩個年齡，一個是兒童不應作出性行為的年齡，而另一個則是如未足此歲數而作出性行為即屬絕對錯誤的年齡。有人認為 13 歲以下的兒童，其生理或情緒的成熟程度均未足以應付涉及性的行為的後果，而法律應該承認此點。這項一般政策承認，雖然 16 歲以下的兒童很多都沒有足夠的成熟程度和能力給予知情的同意，但仍有一部分是有足夠的成熟程度和能力這樣做的。似乎大家都清楚明瞭，一名 12 歲或以下的兒童（可能才剛上中學和剛開始踏入青春期的），並沒有足夠的成熟程度或理解能力給予真正的同意。”³¹

³⁰ 南澳大利亞《1935 年刑事法律綜合法令》（*Criminal Law Consolidation Act 1935*），第 49(1) 條及第 49(3) 條。

³¹ 《內政部文件》，第 3.3.6 段。

3.40 我們也同意應另訂一類涉及幼童的罪行，以清楚表明，任何人把幼童牽涉入任何形式的涉及性的行為都是絕對錯誤的。

3.41 下一個議題是幼童的年齡應是哪個歲數。《英格蘭法令》及《蘇格蘭法令》均另外訂有涉及 13 歲以下幼童的罪行，而現有的《刑事罪行條例》情況也是一樣。³² 部分司法管轄區訂有涉及年紀更輕的幼童的罪行，例如新南威爾士、³³ 維多利亞³⁴ 及澳洲首都地區，³⁵ 訂有涉及 10 歲以下幼童的罪行，而昆士蘭則訂有侵犯 12 歲以下兒童的罪行。³⁶

3.42 我們認為幼童的年齡應以 13 歲為上限。把幼童的年齡上限訂於 13 歲，法律所提供的保護便可維持於現有水平。如果我們跟隨澳大利亞某些州份的做法，把幼童的年齡上限訂於更低的 10 歲或 12 歲，幼童現時所獲提供的保護便會被削減。

3.43 因此，我們的結論是除了涉及 16 歲以下較年長兒童的罪行外，法例也應另訂一類涉及 13 歲以下幼童的罪行。

不同罪行之間應否有重疊？

3.44 另一項議題則是不同罪行之間應否有重疊。正如上文所論及，在《刑事罪行條例》中，與年齡在 13 歲以下女童性交的罪行以及與年齡在 16 歲以下女童性交的罪行，兩者之間有重疊。在《英格蘭法令》中，涉及 13 歲以下兒童的一系列罪行，與涉及 16 歲以下兒童的另一系列罪行，兩者之間也有重疊。另一方面，在《蘇格蘭法令》中，涉及幼童（即未滿 13 歲者）的一系列罪行，與涉及較年長兒童（即年滿 13 歲但未滿 16 歲者）的另一系列罪行，兩者之間並無重疊。

3.45 我們贊同英格蘭的做法，即不同罪行之間應有重疊。在不能肯定有關兒童在罪行發生時是否未滿 13 歲的情況下，這做法可避免或會出現的漏洞。這種情況是可以發生的，例如罪行發生於很久之前，而有關兒童已無法清楚記得案發是否在他或她年滿 13 歲之前。在此類個案中，被控人可被控以涉及 16 歲以下兒童的罪行。

³² 例如與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條）。

³³ 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》，第 66B 條。

³⁴ 維多利亞《1958 年刑事罪行法令》，第 45(2)(a)條。

³⁵ 澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》，第 55(1)條。

³⁶ 昆士蘭《刑事法典》，第 215(3)條。

建議 3

我們建議，法律應反映對兩類少年人的保護，即 13 歲以下兒童和 16 歲以下兒童，就兩者應分別訂有不同系列的罪行，而不是只訂立單一項侵犯兒童罪。

應否刪去“非法”一詞？

“非法”一詞涵義的司法發展

3.46 在《刑事罪行條例》中，有多項罪行是與“非法性交”或“非法的性行為”有關的。

3.47 上訴法庭在香港特別行政區訴歐陽國富（CACC 41/2010）案中，再次審視英格蘭的權威案例如何詮釋“非法性交”一詞的涵義。根據英格蘭的權威案例，“非法性交”一詞原本在 *Regina v Chapman* [1959] 1 QB 100 案中是被理解為指婚外性行為（這項裁決後來在香港特別行政區訴陳永鴻（*HKSAR v Chan Wing Hung* [1997] 3 HKC 472）案中得到確認）。此詞的這個原有普通法涵義，作用是令到夫妻之間的性行為，即使是以脅迫或欺騙的手段而取得，也不會落入“非法性交”一詞的涵義範圍之內。

3.48 英國上議院後來在 *Reg v R* [1991] 4 All ER 483 案中摒棄了“非法性交”一詞的原有普通法涵義。英國上議院認為丈夫與妻子應享有平等權利，所以任何一方都應有權拒絕對方的性行為要求，而就是這個原因令到政府當局在 1976 年制定《性罪行（修訂）法令》（*Sexual Offences (Amendment) Act*），把以脅迫或欺騙手段所取得的婚內性行為列為非法。因此，在相對應的英格蘭法例中，“非法性交”中的“非法”一詞只不過是“冗詞”，沒有任何意義。

“非法”一詞涵義的立法發展

3.49 英國上議院在 *Reg v R* 案中對“非法”一詞採用了新的涵義，結果是妻子如不同意進行性交，丈夫有可能會被裁定干犯強姦妻子罪。這個新的普通法涵義在香港已獲賦予法定效力。立法會於 2002 年制定了《成文法（雜項規定）條例》，為《刑事罪行條例》加入新的第 117(1B)條。該條訂明，就第 118、119、120 及 121 條而言，“……任何男子與其妻子性交並非在‘非法性交、非法的性交（*unlawful sexual intercourse*）’的涵蓋範圍以外。”

3.50 上訴法庭在前面所提到的歐陽國富案中，認為在上述的立法程序中，比較清晰的做法應該是刪去“非法”一詞。上訴法庭指出，據立法會的紀錄所示，在該次法例修訂中，政府當局採取了“最少改動”的做法。³⁷ 在這種做法之下，釐清法律所涉及之明示範圍，只局限於第 118 條（強姦）以及另外三項被控以強姦者可能會被裁定罪名成立的罪行（即第 119、120 及 121 條所訂的三項罪行）。“最少改動”的做法，可解釋為甚麼在《刑事罪行條例》的所有相關條文中沒有刪除“非法”一詞。

海外法例

3.51 在《英格蘭法令》及《蘇格蘭法令》中，均沒有就任何性交或性行為而使用“非法”一詞。澳大利亞法例的情況也是如此。³⁸ 同一情況亦見於加拿大的《刑事法典》及新加坡的《刑事法典》（Penal Code）。³⁹

3.52 在新西蘭的法例中，就性侵犯罪行而使用的卻是“非法的性接觸”一詞。⁴⁰ 在該類罪行中，“非法”一詞與性行為是否在夫妻之間進行並不相干。就性侵犯罪行而言，如任何人（甲）的行為是在未經另一人（乙）同意並且不是合理地相信乙同意的情況下作出的，甲便是與乙有“非法的性接觸”。⁴¹ 因此，“非法”一詞在這種情況中，所涉及的議題是同意與否而不是雙方是否有婚姻關係。除性侵犯罪行外，“非法”一詞並沒有在新西蘭法例的其他地方出現。

刪去“非法”一詞

3.53 鑑於上述的司法和立法發展，我們難以看到在任何有關條文中保留“非法”一詞有何作用。我們故此認為應藉此機會，把“非法”這個已屬過時但仍留存於《刑事罪行條例》內的用詞刪除。⁴²

³⁷ 關於“最少改動”的做法，詳情見政府當局於 2002 年 4 月 16 日就簡化《2001 年成文法（雜項規定）條例草案》第 V 部的可行方法所作出的回應，立法會 CB(2)1619/01-02(01)號文件：<http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/bc/bc74/papers/bc740418cb2-1619-1e.pdf>。

³⁸ 例如澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》、新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》，以及北領地《刑事法典》。

³⁹ 《新加坡法規》（Singapore Statute）第 224 章。

⁴⁰ 性侵犯是指下述行為：任何人“(a) 強姦另一人；或 (b) 與另一人有非法的性接觸”（新西蘭《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961），第 128(1)條）。

⁴¹ 新西蘭《1961 年刑事罪行法令》，第 128(3)條。

⁴² 小組委員會在上一次所發表的《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件中，並沒有處理涉及非法性交或非法的性行為的罪行中關於“非法”一詞的議題。在這份諮詢文件中，小組委員會已達成結論，認為應刪去“非法”一詞。因此，讀者在閱讀小組委員會所發表的

建議 4

我們建議，應從《刑事罪行條例》內所有涉及性交或性行為的罪行中刪除“非法”一詞。

被控人的年齡應否在新法例中指明？

《刑事罪行條例》中的現有法律

3.54 《刑事罪行條例》中涉及兒童及少年人的現有罪行，並沒有指明被控人的年齡。換言之，涉及兒童及少年人的罪行可由任何年紀的被控人干犯，不一定由成年人干犯。

海外司法管轄區的情況

澳大利亞

3.55 在澳大利亞，被控人的年齡通常沒有在涉及兒童及少年人的罪行中列明，但誘識兒童罪行的被控人則屬例外。由於誘識兒童的罪行性質特別，故指明被控人為成年人。⁴³ 不過，在部分司法管轄區中，誘識兒童的罪行可由任何年紀的被控人干犯，不一定由成年人干犯。⁴⁴

加拿大

3.56 在加拿大，涉及兒童及少年人的罪行可由任何人干犯，不一定由成年人干犯。即使是引誘兒童的罪行（即誘識兒童的罪行），被控人也可以是任何年紀的人。⁴⁵

英格蘭及威爾斯

3.57 《英格蘭法令》訂有一系列只能夠由 18 歲或以上的被控人干犯並涉及 16 歲以下兒童的罪行，⁴⁶ 另外又訂有一系列可由 18 歲

上一份諮詢文件時，應假定在涉及非法性交或非法的性行為的罪行中，所有對“非法”一詞的提述均已刪除。

⁴³ 例如透過互聯網之類的途徑促致 16 歲以下兒童作非法性行為的罪行：昆士蘭《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899），第 218A 條。

⁴⁴ 例如透過互聯網之類的途徑敗壞少年人的罪行：澳洲首都地區《1900 年刑事罪行法令》，第 66 條。

⁴⁵ 加拿大《刑事法典》，第 172.1 條。

⁴⁶ 侵犯 13 歲以下幼童的罪行，可由任何已屆須負刑事責任的最低年齡（亦即 10 歲）的人干犯。可推翻的“無犯罪能力”（*doli incapax*）推定，適用於 10 歲或以上但未滿 14 歲的被控

以下的被控人干犯並涉及 16 歲以下兒童的罪行，⁴⁷ 而後者的刑罰要比前者為輕。

3.58 不過，涉及 13 歲以下幼童的罪行卻可由任何人干犯，而被控人的年齡是無關重要的。

蘇格蘭

3.59 《蘇格蘭法令》訂有一系列只能夠由 16 歲或以上的人干犯並涉及較年長兒童的罪行，⁴⁸ 另外又訂有一項可由年滿 13 歲但未滿 16 歲的兒童干犯並涉及較年長兒童的罪行。⁴⁹ 可由兒童干犯的罪行，刑罰要比只能夠由成年罪犯干犯的罪行為輕。⁵⁰

3.60 不過，《蘇格蘭法令》另外訂有一系列涉及 13 歲以下幼童的罪行，而這些罪行是可由任何年紀的被控人干犯的。⁵¹

應否為成年罪犯及兒童罪犯各訂罪行？

3.61 經檢視不同司法管轄區所採取的立法模式後，我們可以識別出兩種關於被控人年齡的主要做法：

- (i) 法例條文中沒有指明被控人的年齡。有關的罪行可由成年罪犯或兒童罪犯干犯，而最高刑罰同樣適用於成年罪犯和兒童罪犯。（這是《刑事罪行條例》、澳大利亞及加拿大所採取的做法。）
- (ii) 罪行分為兩套。第一套罪行指明被控人為已屆成年歲數的人，亦即是成年罪犯。第二套罪行指明被控人為未屆成年歲數的人，亦即是兒童罪犯。第一套罪行的最高刑罰，要比第二套罪行為重。（這是英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭所採取的做法。）

3.62 我們贊成訂立單一套可由成年罪犯或兒童罪犯干犯的罪行。這做法勝在簡單，又可避免在不確定被控人的年齡時提出錯誤的控罪。如果指明被控人的年齡，便會令檢控程序不必要地複雜

人，控方須在無合理疑點下證明，被控人知道自已的行為屬嚴重錯誤而非只是頑皮或惡作劇。

⁴⁷ 《英格蘭法令》第 13 條。

⁴⁸ 《蘇格蘭法令》第 28 至 36 條。

⁴⁹ 《蘇格蘭法令》第 37(2) 條。

⁵⁰ 在蘇格蘭，成年歲數是 16 歲：《1991 年法律行為能力年齡（蘇格蘭）法令》（Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991）。

⁵¹ 《蘇格蘭法令》第 18 至 26 條。

化，例如控方已就一項只能由成年罪犯干犯的罪行提出檢控，但後來發現被控人並非成年人。

3.63 再者，法官可運用其判刑酌情權，對兒童罪犯判處較成年罪犯為輕的刑罰（假如根據案件情況而有理由這樣做）。⁵² 香港並無必要追隨英格蘭和蘇格蘭的做法，訂立兩套分別為成年罪犯及兒童罪犯而設的罪行，而英格蘭和蘇格蘭這樣做主要是為了確保兒童罪犯可獲判處較輕的刑罰。

建議 5

我們建議，建議訂立的涉及兒童及少年人的罪行，可由成年罪犯或兒童罪犯干犯，故有關法例無須指明罪犯的年齡。

⁵² 在涉及兒童罪犯的案件中，控方可行使檢控酌情權，以確保只有確當的案件才會提交法庭審理。

第 4 章 涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行的絕對法律責任

引言

4.1 目前，與 16 歲以下的人性交，在香港屬絕對法律責任罪行。¹ 被控人不得以不知道並且沒有理由懷疑有關兒童未滿 16 歲作為免責辯護。

4.2 終審法院在蘇偉倫訴香港特別行政區案中確定，這項罪行中的絕對法律責任是合憲的。² 終審法院裁定，鑑於保護年幼女童極為重要，在有關罪行中施加絕對法律責任是立法機關在憲制上可以作出的選擇，因此《刑事罪行條例》第 124 條所訂罪行是合憲的。³

4.3 涉及非插入式行為的罪行是否屬絕對法律責任罪行，視乎法庭如何解釋相關條文的立法原意。

罪行是否屬絕對法律責任罪行視乎法庭如何裁定立法原意

4.4 絕對法律責任是否適用於某項罪行，視乎法庭如何裁定有關法例條文的立法原意。法例條文的擬定形式各異，反映是否施加絕對法律責任的立法原意亦有所不同。個別條文的立法原意須由法庭裁定。舉例來說，終審法院已在上文提述的蘇偉倫案中解釋《刑事罪行條例》第 124 條，裁定與 16 歲以下女童性交屬絕對法律責任罪行。

¹ 在嚴格法律責任罪行和絕對法律責任罪行中，控方無須就犯罪行為的每項元素證明犯罪意念：*Archbold Hong Kong 2013*，第 18-1 段。但是兩類罪行有一項主要分別，就是在嚴格法律責任罪行中，控方無須證明犯罪意念，但不阻止辯方以真誠或合理相信作為免責辯護；而在絕對法律責任罪行中，法庭甚至不接受辯方證明沒有干犯被控罪行的所需意圖（見香港特別行政區訴蘇偉倫，HCMA 39/2004，上訴法庭的判決書第 8 及 22 段）。

² 蘇偉倫訴香港特別行政區（FACC 5/2005），在 [2006] 3 HKLRD 394；(2006) 9 HKCFAR 530 中彙報。

³ 見判決書第 40 段。

向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為（《刑事罪行條例》第 146 條）

4.5 在 *B (a Minor) v DPP* 案中，⁴ 英國的法庭把“與 14 歲以下兒童作出嚴重猥褻作為”罪（類似香港的“向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為”罪），解釋為不屬於絕對法律責任罪行。在該案中，一名 15 歲男童被控煽惑一名 14 歲以下兒童與他作出嚴重猥褻作為，違反《1960 年與兒童作出猥褻作為法令》（*Indecency with Children Act 1960*）第 1(1)條。上議院裁定控方需要證明該男童並非真意相信案中兒童為 14 歲或以上，因此判男童上訴得直，撤銷定罪。尼科斯勳爵（Lord Nicholls）表示“考慮到罪行的寬度，以及定罪所帶來的烙印和刑罰後果的嚴重性”，他看不出有“具說服力的清晰含意”顯示國會有意取代關於犯罪意圖的推定。⁵

猥褻侵犯（《刑事罪行條例》第 122 條）

4.6 上議院已在 *R v K* 案⁶ 中解釋《1956 年性罪行法令》第 14 條（該英國條文相當於香港《刑事罪行條例》第 122 條），裁定猥褻侵犯不屬絕對法律責任罪行。⁷ *R v K* 案中的被控人被控干犯該法令第 14 條所訂罪行，猥褻侵犯一名 14 歲女童。被控人指兩人之間涉及性的行為是在女童同意下作出，並指女童曾對他說自己 16 歲而他亦相信此言。在初步聆訊中，法官裁定控方須證明罪行發生時被控人並非真意相信女童為 16 歲或以上。控方就此裁決向上訴法庭提出上訴。上訴法庭裁定控方無須提出上述證明，因此判控方上訴得直。被控人隨後向上議院提出上訴。上議院裁定上述 1956 年法令第 14 條要求控方在毫無合理疑點下證明被控人並非真意相信女童為 16 歲或以上，因此判被控人上訴得直。上議院指出，法例釋義的一項凌駕性推定是犯罪意念屬法定罪行的重要元素，而這項推定只可由國會藉明確字句或必然含義排除。上議院對有關條文作出解釋，裁定沒有任何明確字句或必然含義可作為排除該項推定的理據。

⁴ *B (a Minor) v DPP* [2000] 2 AC 428，上議院。

⁵ *B (a Minor) v DPP* [2000] 2 AC 428，上議院，第 465 頁 C 行。

⁶ *R v K* [2002] 1 A.C. 462.

⁷ 高等法院原訟法庭在香港特別行政區訴陳恆立的裁判法院上訴案件 [2010] CHKEC 922 的中文判詞中，接納 *R v K* 案適用於香港（見判詞第 60 段）。

折衷解決方案：合理地相信有關兒童並非未足齡

4.7 在某些海外司法管轄區，關乎兒童的性罪行並非絕對法律責任罪行，主要論據是為了公義和公平，基於合理理由出於真意而錯誤相信有關兒童並非未足齡的人不應受到懲處。

4.8 然而，對此等罪行不施加絕對法律責任，並非要採取另一極端立場，要求控方必須在毫無合理疑點下證明被控人不是真意相信有關兒童並非未足齡，而是可採用以下兩種方式之一：一是規定控方須證明被控人並非合理地相信有關兒童已超過同意年齡；二是訂立條文，容許被控人以合理地相信有關兒童已超過同意年齡作為免責辯護。

4.9 以下是一些海外司法管轄區的例子：

澳大利亞

4.10 澳大利亞一些州份的法例訂明，若被控人有合理理由相信有關兒童為 16 歲（某些同意年齡較高的州份則為 17 歲）或以上，即可以此作為免責辯護。

澳洲首都地區

4.11 被控與少年人性交的人，如“有合理理由相信指稱罪行的干犯對象為 16 歲或以上”，即可以此作為免責辯護（《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第 55 條）。

北領地

4.12 任何人被控進行涉及 16 歲以下兒童的性交或嚴重猥褻作為，若能證明“(a)該名兒童為 14 歲或以上；及(b)被控人有合理理由相信該名兒童為 16 歲或以上”，即可以此作為免責辯護（《1983 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1983）第 127(4)條）。

昆士蘭

4.13 被控與 16 歲以下兒童性交的人，如“有合理理由相信該名兒童為 16 歲或以上”，即可以此作為免責辯護。但如有關罪行的干犯對象是 12 歲以下兒童，則被控人不得提出此項免責辯護（《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 215(5)條）。

南澳大利亞

4.14 被控與 17 歲以下的人非法性交的被控人，如“有合理理由相信被指與其性交的人為 17 歲或以上”，即可以此作為免責辯護（《1935 年刑事法律綜合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第 49 條）。

4.15 （南澳大利亞的同意年齡是 17 歲。澳大利亞大多數州份的同意年齡則是 16 歲。）

塔斯曼尼亞

4.16 被控與 17 歲以下的人非法性交的被控人，如“有合理理由相信對方為 17 歲或以上”，即可以此作為免責辯護（《1924 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1924）第 124 條）。

4.17 （塔斯曼尼亞的同意年齡是 17 歲。）

維多利亞

4.18 被控對 16 歲以下兒童作出性插入行為的人，不得以經同意作為免責辯護，除非案發時該名兒童為 12 歲或以上，而且“被控人使法庭在相對可能性的衡量標準下信納他或她有合理理由相信該名兒童為 16 歲或以上”（《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第 45 條）。

西澳大利亞

4.19 任何人對 13 歲或以上但未滿 16 歲的兒童作出性插入行為，即屬犯罪。被控人如“(a)有合理理由相信該名兒童為 16 歲或以上；及(b)比該名兒童年長不多於 3 歲”，即可以此作為免責辯護（《1913 年刑事法典法令匯編法令》（Criminal Code Act Compilation Act 1913）第 321(9)條）。

4.20 然而，若該名兒童是在被控人的照顧、監管或權威之下，則上述免責辯護便不適用（第 321(9a)條）。

加拿大

4.21 加拿大的情況與本部分檢視的其他普通法司法管轄區略有不同。在加拿大，除非被控人已採取一切合理步驟以確定有關兒童的年齡，否則不得以錯誤認定該兒童的年齡作為免責辯護。

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

“被控干犯第 151 或 152 條、第 160(3)或 173(2)款，或第 271、272 或 273 條所訂罪行的被控人，除非已採取一切合理步驟以確定投訴人的年齡，否則不得以相信指稱的控罪發生時投訴人為 16 歲或以上作為免責辯護。”

4.23 加拿大《刑事法典》第 150.1(5)條訂明：

“被控干犯第 153、159、170、171 或 172 條或第 212(2)或(4)款所訂罪行的被控人，除非已採取一切合理步驟以確定投訴人的年齡，否則不得以相信指稱的控罪發生時投訴人為 18 歲或以上作為免責辯護。”

英格蘭及威爾斯

涉及 16 歲以下兒童的罪行

4.24 《英格蘭法令》第 9、10、11、12 及 15 條所訂兒童性罪行（涉及 16 歲以下兒童的罪行）的元素之一，是被控人（甲）並非合理地相信有關兒童（乙）為 16 歲或以上，而事實上乙為 16 歲以下：

“……以下其中一種情況——

乙為 16 歲以下而甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上，或

乙為 13 歲以下。”⁸

4.25 由於“合理相信”的條文是罪行的元素，因此控方必須援引證據以證明被控人在事發時並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上。控方須在無合理疑點下確立被控人事實上知道，或應合理地知道有關兒童為 16 歲以下。

4.26 如乙是 13 歲以下兒童，則控方無須證明甲並非出於真意而錯誤相信乙的年齡。換言之，若兒童性罪行（第 9、10、11、12 或

⁸ 《英格蘭法令》，第 9(1)(c)(i)、10(1)(c)(i)、11(1)(d)(i)及 12(1)(c)(i)條。至於第 15 條所訂罪行（即為性目的誘識兒童後與其會面）的相關犯罪元素僅是“乙為 16 歲以下而甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上”。

15 條) 的干犯對象是 13 歲以下兒童，則該罪行仍屬絕對法律責任罪行。

涉及 13 歲以下兒童的罪行

4.27 涉及 13 歲以下兒童的罪行 (第 5 至 8 條) 依然帶有絕對法律責任。上議院在 *R v G* 案中裁定，法例的政策是保護兒童，因此在絕對法律責任罪行中，錯誤相信有關兒童為 13 歲或以上的被控人不得以此作為免責辯護，並非不公平或不合理。⁹

4.28 英格蘭及威爾斯的情況是，如案件涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲的兒童，罪行的絕對法律責任已放寬；如有關兒童為 13 歲以下，則仍保留絕對法律責任，理由是任何人與 13 歲以下兒童進行任何形式涉及性的行為都被視為絕對錯誤。

愛爾蘭

4.29 愛爾蘭制定《2006 年刑事法律 (性罪行) 法令》(Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006) 時，在污辱兒童案件 (即與 15 或 17 歲以下兒童進行性行為) 中引入本着真誠而錯誤認定對方年齡的免責辯護。¹⁰

4.30 在污辱兒童案件中引入本着真誠而錯誤認定對方年齡的免責辯護後，原有的絕對法律責任即告撤銷。

4.31 被告人如能證明自己“真誠相信”在案發時有關兒童已年滿 15 或 17 歲 (視乎情況而定)，即可以此作為免責辯護而獲判無罪。然而，法庭在裁定被告人是否真誠相信該名兒童的年齡時，須“考慮被告人有沒有合理的理由如此相信，以及考慮所有相關情況。”¹¹

蘇格蘭

4.32 《蘇格蘭法令》第 39(1)(a) 條訂明，被指觸犯第 28 至 37(1) 條任何一條 (即涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲的較年長兒童的罪行)

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

¹⁰ 愛爾蘭《2006 年刑事法律 (性罪行) 法令》 (“《愛爾蘭法令》”) 第 2 條訂明，任何人與 15 歲以下兒童進行性行為，即犯“污辱 15 歲以下兒童”罪；第 3 條則訂明，任何人與 17 歲以下兒童進行性行為，即犯“污辱 17 歲以下兒童”罪。

¹¹ 愛爾蘭《2006 年刑事法律 (性罪行) 法令》，第 2(4) 及 3(6) 條。

的被控人（甲），如能證明“甲合理地相信乙〔有關兒童〕已年滿 16 歲”，即可“在法律程序中作為控罪的免責辯護”。¹²

4.33 由於《蘇格蘭法令》中有關“合理相信”的條文是一項免責辯護，因此控方並不一定要援引證據以證明被控人並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，反而是由被控人提出自己合理地相信該兒童已年滿 16 歲作為免責辯護。

4.34 根據《蘇格蘭法令》，涉及 13 歲以下幼童的罪行依然是絕對法律責任罪行。

終審法院不排除立法機關改變對絕對法律責任的態度的可能性

4.35 正如上文指出，終審法院在蘇偉倫訴香港特別行政區案中，維持與 16 歲以下兒童性交的罪行屬絕對法律責任罪行的裁決。終審法院認為，考慮到保護年幼女童極為重要，這是立法機關在憲制上可以作出的選擇。然而，常任法官包致金和常任法官陳兆愷的聯合判決（獲終審法院首席法官及所有其他法官同意）中提到“……立法機關日後或會修訂第 124 條，以訂定有關〔合理地相信投訴人為 16 歲或以上〕的免責辯護……”。¹³ 由此看來，終審法院並沒有排除立法機關因應情況變化以及社會輿論而改變對絕對法律責任的態度的可能性。

4.36 對於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行應否屬絕對法律責任罪行的問題，下文會探討支持和反對的論點。

反對絕對法律責任的論點

被控人出於真意的犯錯應獲理解

4.37 英國內政部檢討小組支持不施加絕對法律責任，其理據是基於公義和公平，被控人若出於真意而錯誤認定有關兒童的年齡，則應獲理解。檢討小組明白，某些個案的被控人原本無意與未足齡

¹² 《蘇格蘭法令》第 39(2)條訂明，被控人如之前曾被警方控以相關的性罪行（附表 1 所列者），或有針對被控人而生效的性傷害風險命令（Risk of Sexual Harm Order），則被控人不得使用這項免責辯護。

¹³ 蘇偉倫訴香港特別行政區 [2006] 3 HKLRD 394；(2006) 9 HKCFAR 530，第 37 段。

兒童發生性行為，但由於有關兒童外表成熟或虛稱較大歲數，被控人才會這樣做：

“基於公義和公平，本着真誠而犯錯者應獲理解。成年人可能在某些場合（例如酒吧或俱樂部）遇上一名兒童，而預期在該等場合出現的兒童都已年滿 16 歲。有關兒童可能看來較真實年齡成熟或虛稱較大歲數，而假如兩人遇上後發展性關係，則該名成年人便會在沒有意圖下與未足齡兒童發生性行為……”¹⁴

多個海外司法管轄區均有免責辯護

4.38 多個普通法司法管轄區的法例均訂有條文，規定如被控人合理地相信有關兒童已超過同意年齡，即可以此作為免責辯護。如上所述，這些司法管轄區包括澳大利亞（澳洲首都地區、北領地、昆士蘭、南澳大利亞、塔斯曼尼亞、維多利亞及西澳大利亞）、加拿大、愛爾蘭及蘇格蘭。在英格蘭及威爾斯，涉及兒童的罪行的元素之一是被控人並非合理地相信有關兒童已超過同意年齡。香港沒有訂定免責辯護的條文，也沒有將被控人並非合理地相信有關兒童的年齡這因素訂為有關罪行的元素，因此在各個主要的普通法司法管轄區當中，香港的情況顯得有點獨特。

較年長兒童可能會嘗試性行為

4.39 現今兒童在生理上較以往早熟，很多年滿 13 歲但未滿 16 歲的較年長兒童可能出於好奇而想嘗試性行為。

4.40 這些兒童可能會引誘他人進行涉及性的行為，而由於有關兒童外表可能較 16 歲成熟或自稱 16 歲以上，對方可能難以抗拒誘惑。

贊成施加絕對法律責任的論點

鼓勵人們避免對兒童作出可能是非法的行為

4.41 絕對法律責任具有阻嚇作用，可鼓勵人們避免對兒童作出可能是非法的行為。正如終審法院（兩位時任）常任法官包致金及常任法官陳兆愷在蘇偉倫訴香港特別行政區案的聯合判決中指出，

¹⁴ 《內政部文件》（Home Office Paper），第 3.6.12 段。

人們小心避免做可能非法的事，以及遠離合法與非法之間的界綫，將會增加對兒童的保護：

“……刑法的阻嚇作用並不限於令人們怯於做他們知道是非法的事。刑法亦鼓勵人們小心避免做可能是非法的事。在噪音管制監督對 Step In Ltd (2005) 8 HKCFAR 113 案第 120 頁 H 所用的語句：‘充分遠離合法與非法之間的界綫’，便清楚表達了這個概念。就第 124 條而言，小心避免作出可能是非法的行為，以及充分遠離合法與非法之間的界綫，將大大增加該條文旨在給予年幼女童的保護。”¹⁵

保護原則

4.42 根據保護原則，法律應保護兒童免受性剝削。兒童是脆弱無助的，很容易遭受性剝削，尤其是現今青年人飲用含酒精飲品（甚至吸食軟性毒品）並非罕見。有些犯罪者更會利用互聯網尋覓性剝削的對象，而兒童更是特別容易受傷害的目標。

與兒童進行涉及性的行為是錯誤的

4.43 據小組委員會所理解，香港社會普遍認為與 16 歲以下的人進行任何形式涉及性的行為都是錯誤的。因此，偏離現狀會引起爭議。

發放鼓勵未足齡性行為的錯誤信息

4.44 不施加絕對法律責任可能會發放鼓勵未足齡性行為的錯誤信息。現今的父母給予青年人較大自由，然而年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的成熟程度，可能不足以應付過早性行為的後果，因此不應向他們發放鼓勵過早性行為的錯誤信息。

成功檢控更加困難

4.45 愛爾蘭刑事檢控專員表示，絕對法律責任撤銷後，成功檢控污辱兒童的案件變得更加困難。他指出，由於可以提出本着真誠而錯誤認定對方年齡的免責辯護，在審訊中關於該名兒童的提問就變得有相關意義了：

¹⁵ 蘇偉倫訴香港特別行政區 (FACC 5/2005)，[2006] 3 HKLRD 394；(2006) 9 HKCFAR 530，第 39 段。

“絕對法律責任的撤銷，意味著如爭論點是涉及真誠相信對方年齡，則其他問題就變得有相關意義了，例如受傷害一方的性經驗、他或她對被控人的行為等，這會令檢控更加難以成功，特別是在涉及陌生人或新相識者的案件中，這項免責辯護獲接納的機會大大增加。舉例而言，少年男女去酒吧或的士高時往往打扮得比真實年齡大，尤其是當他們想購買或飲用酒精類飲品或想進入有年齡限制的場所時。當然，有人認為有完全說得通的論據，支持在這類案件中應該容許以真誠相信之類的理由作為免責辯護。”¹⁶

4.46 雖然愛爾蘭刑事檢控專員沒有提到這項免責辯護減低了法律對罪犯的阻嚇作用，但可以合理地推論，若檢控難度實質增加，潛在罪犯便更加可能會忍不住犯案了，因為他們知道可以採用這項免責辯護。

在審訊中兒童所受保護減少

4.47 愛爾蘭刑事檢控專員又指出，在舊法例下案中兒童一般無須出庭作證，以免因作證而心靈受創；但絕對法律責任撤銷後，案中兒童便須在庭上作證，意味着有關兒童所受的保護減少了：

“法例修改之前，在根據《1935 年法令》提出的檢控中，控方只要證明非法性交及年齡這兩點，便履行了舉證責任，案中兒童大多無須出庭作證。自從法例修改後，案中兒童若須出庭作證，則其行為、舉止及外表都相當可能受到審視和評估。

在舊法例下，我們通常可以保護兒童免因出庭作證而心靈受創。可是，現時兒童一般都須作證，被控人是否本着真誠而錯誤認定該名兒童的年齡，便得交由陪審團決定。由於審訊必然在案發若干年後才進行，不論採取了甚麼措施，陪審團見到的人都會比指稱罪行發生時年長頗多，因此陪審團的取向可能會有偏差。”¹⁷

¹⁶ 《2006 年根據刑事法檢控（性罪行）法令》（*"Prosecution Under the Criminal Law (Sexual Offences) Act 2006"*），刑事檢控專員向聯合參眾兩院委員會（Joint Oireachtas Committee）所作的陳詞（2009 年 2 月），第 6 頁。

¹⁷ 刑事檢控專員向聯合參眾兩院委員會所作的陳詞，出處同上，第 8 頁。

決定應否施加絕對法律責任時應否區分插入式和非插入式涉及性的行為？

4.48 在決定應否施加絕對法律責任方面，一個相關的議題是應否區分插入式涉及性的行為（例如性交）與非插入式涉及性的行為（例如涉及性的觸摸及接吻）。

4.49 關於與兒童進行插入式涉及性的行為應被施加絕對法律責任的論據，加拿大最高法院的麥克拉林法官（McLachlin J）曾在 *R v Nguyen* 案的判決中詳加闡明。¹⁸ 麥克拉林法官在該案中表示：“保護兒童免陷性交之惡是多方面的，其明顯之處不須贅述。”¹⁹ 英國上議院的霍普勳爵（Lord Hope of Craighead）在 *R v G* 案的判決中提述了以上評論。²⁰

4.50 麥克拉林法官在 *R v Nguyen* 案中說，為了保護兒童免受過早性交和懷孕之害，也為了保障社會免受與兒童性交所引起的社會問題困擾，絕對法律責任是必要的：

“那麼，第 146(1)條的目的是甚麼呢？其目的有兩方面。首先是保護女童免受過早性交和懷孕之害，其次是保障社會免受與兒童性交而產生的社會問題衝擊。

本席維持在 *R v Ferguson* 案中所表達的意見，就是保護兒童免陷性交之惡是多方面的，其明顯之處不須贅述。基於三大理由兒童應受保護。首先，從生理、情緒和經濟各方面而言，兒童都難以應付懷孕的後果。其次，有必要保護兒童，使其不會因過早性交而受到嚴重的身心傷害。最後，有必要保護兒童免受人剝削而被利用從事賣淫及相關的邪惡勾當。

以上保護兒童免於過早性交的理由各自反映在一個對應的社會問題上。少年懷孕對家庭和社會都有不良影響。墮胎的代價是由社會承擔的，照顧幼兒和母親的費用很多時都是由社會支付的。過早性交對兒童造成的身心創傷會導致醫療和社會成本增加而生產力下

¹⁸ *R v Nguyen* [1990] 2 SCR 906，第 948 頁；(1990) 59 CCC (3d) 161，麥克拉林法官的判詞第 193 頁。

¹⁹ *R v Nguyen* [1990] 2 SCR 906，第 948 頁；(1990) 59 CCC (3d) 161，麥克拉林法官的判詞第 193 頁。

²⁰ *R v G* [2008] UKHL 37；[2009] 1 AC 92，霍普勳爵的判詞第 21 段。

降。最後，少年賣淫的問題在本國多個較大城市都是臭名昭著的，很多少女更因此而染上毒癮，甚至遭受實質的奴役，這些都是不容漠視的現實……”²¹

4.51 性交的後果是多方面而且頗為明顯的，但非插入式行為（例如涉及性的觸摸及接吻）對兒童的影響則不甚明確。這或可作為理據，不對涉及非插入式行為的罪行施加絕對法律責任。

4.52 不對非插入式行為施加絕對法律責任，並不表示與年滿 13 歲但未滿 16 歲的兒童進行非插入式涉及性的行為不會受到懲罰。只有在該人有合理理由出於真意而錯誤認定有關兒童為 16 歲或以上的情況下，才會免除該人的刑事法律責任。²²

我們在這個議題上的意見

4.53 對於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行應否施加絕對法律責任的問題，各有支持和反對的論點，亦必然有分歧的意見。此外，對於應否區分插入式和非插入式涉及性的行為，可能也有不同意見。事實上，小組委員會在審議這個議題的過程中意見分歧，因此認為應就此事諮詢公眾。

4.54 有一點應予注意，就是絕對法律責任這個議題應只限於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，至於涉及 13 歲以下兒童的罪行，小組委員會認為無論何時都應屬絕對法律責任罪行。

建議 6

我們認為以下議題，即絕對法律責任應否適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，以及在此情況下應否區分插入式和非插入式涉及性的行為，應交由香港社會考慮。我們為此邀請公眾就這個議題發表意見。

²¹ *R v Nguyen* [1990] 2 SCR 906，第 948 頁；(1990) 59 CCC (3d) 161，麥克拉林法官的判詞第 193 頁。

²² 另見第 4.46 至 4.51 段。

若社會輿論不贊成施加絕對法律責任，應採取何種模式？

4.55 若社會輿論（有待諮詢確定）不贊成施加絕對法律責任的話，從上文對海外法例的檢視中可識別出三種改革模式：

- (a) 英格蘭模式：“甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上”是罪行元素。
- (b) 蘇格蘭模式：“甲合理地相信乙已年滿 16 歲”，可作為免責辯護。
- (c) 加拿大模式：“甲（主觀地）相信乙已年滿〔16〕歲而且甲已採取一切合理步驟以確定乙的年齡”，可作為免責辯護。

4.56 除此之外，還可以有第四種模式（上述蘇格蘭模式的經修改版本）：

- (d) “甲合理地相信乙已年滿 16 歲”，可以此作為免責辯護（依照蘇格蘭模式），但裁定甲是否合理地相信時，須考慮的其中一個問題，是甲採取了甚麼步驟以確定乙的年齡。

4.57 我們不贊成(a)項的英格蘭模式，原因是會對控方施加相當大的舉證責任。

4.58 我們也不贊成(c)項的加拿大模式，原因是免責辯護只從被控人的主觀角度出發，忽略了被控人如此相信是否合理。

4.59 我們認為(b)項的蘇格蘭模式雖然可接受，但仍有改善餘地，方法是加入以下條文：“裁定甲是否合理地相信時，須考慮的其中一個問題，是甲採取了甚麼步驟以確定乙的年齡。”上述(d)項便是經修改的模式，一方面理解被控人出於真意而錯誤相信有關兒童的年齡，另一方面又保護兒童免受性剝削，我們認為這種模式正好在兩者之間取得適當平衡。

4.60 因此，假如社會輿論不贊成施加絕對法律責任，我們贊成採納(d)項模式。

第 5 章 以婚姻關係作為涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行的免責辯護

引言

以婚姻關係作為與 16 歲以下女童性交的免責辯護

5.1 在現行法律下，被控《刑事罪行條例》第 124(1)條所訂罪行的人可以提出婚姻關係免責辯護。¹ 現時這項免責辯護似乎只適用於經同意的涉及性的行為，不適用於未經同意的涉及性的行為。第 124(2)條規定：

“凡根據《婚姻條例》(第 181 章)第 27(2)條，因妻子年齡在 16 歲以下以致婚姻無效，如丈夫相信並有合理因由相信她是他的妻子，則該婚姻的無效不得令致丈夫因與她性交而犯本條所訂罪行。”²

5.2 要確立上述的婚姻關係免責辯護，丈夫只需按相對可能性衡量標準證明，他相信並有合理因由相信該名 16 歲以下的女童是他的妻子。該項條文旨在為按照海外司法管轄區的婚姻法與 16 歲以下女童合法結婚的人提供免責辯護。有一點應予注意，就是婚姻關係免責辯護不適用於被控《刑事罪行條例》第 123 條所訂罪行（一項涉及 13 歲以下女童的罪行）的人。因此，只有妻子年滿 13 歲但未滿 16 歲才適用婚姻關係免責辯護。

5.3 不過，還有一點應注意的，就是根據香港現行法律，如妻子不同意性交，則丈夫可被控強姦妻子。³ 這項罪行的法定效力源自 2002 年在香港制定的《刑事罪行條例》第 117(1B)條。該條訂明：“……就第

¹ 根據《刑事罪行條例》第 153P(3)條，某人若因在香港以外地方所作出的行為而被控以具域外法律效力的性罪行，亦可以婚姻關係作為免責辯護。

² 《刑事罪行條例》第 124(2)條是參照英格蘭《1956 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 1956) 第 6 條而制定的。

³ 在 *Regina v Chapman* [1959] 1 QB 100 案中，“非法性交”一詞原指婚姻以外的涉及性的行為（該案的判決在香港的 *HKSAR v Chan Wing Hung* [1997] 3 HKC 472 案中獲得確認）。該詞原本在普通法的涵義是丈夫與妻子之間涉及性的行為即使藉脅迫或欺騙而獲取，亦不在“非法性交”的涵義範圍以內。上議院後來在 *Reg v R* [1991] 4 All ER 483 案中棄用該詞原來的普通法涵義。上議院認為，丈夫與妻子應享同等權利，故此應有權拒絕另一方的性要求。在對等的英格蘭法例中，“非法性交”中的“非法”只是無意義的冗詞。上議院在 *Reg v R* 案中重新解釋該詞的後果是，丈夫如在未得妻子同意下與妻子性交，便有可能被控強姦罪。因此在相關的條文中保留“非法”的字眼有何作用，實在難以理解。有見及此，我們在第 3 章建議，在《刑事罪行條例》內所有關於性交或性行為的罪行條文中，刪除“非法”一詞。

118、119、120 及 121 條而言……，任何男子與其妻子性交並非在‘非法性交、非法的性交’（*unlawful sexual intercourse*）的涵蓋範圍以外。”

以婚姻關係作為猥褻侵犯的免責辯護

5.4 根據《刑事罪行條例》第 122(1)條，任何人猥褻侵犯另一人，即屬犯罪。但若有關侵犯行為是該另一人同意的，便不屬猥褻侵犯，因此被控猥褻侵犯罪的人可以此作為免責辯護。然而，《刑事罪行條例》第 122(2)條規定，年齡在 16 歲以下的人，在法律上是不能給予同意，使某項行為不構成猥褻侵犯的。因此任何人如被控猥褻侵犯年齡在 16 歲以下的人，不可基於有關行為是經同意的而以此作為免責辯護。根據《刑事罪行條例》第 122(3)條，任何人如基於合理理由而相信他或她與另一人為已婚夫婦，則不會在上述情況下犯猥褻侵犯該另一人的罪行。第 122(3)條的條文如下：

“任何人如與或基於合理理由而相信他或她與另一人為已婚夫婦，則不會因第(2)款的規定而犯猥褻侵犯該另一人的罪行。”

5.5 任何人如向另一名 16 歲以下的人作出猥褻行為，只要經該另一人同意，而兩人為合法夫婦或有合理理由相信兩人為合法夫婦，則儘管有第 122(2)條的規定，他或她可因第 122(3)條的效力而免除猥褻侵犯的法律責任。舉例而言，丈夫按照海外司法管轄區的婚姻法與 16 歲以下的妻子合法結婚後，如在妻子同意下向她作出猥褻行為（例如觸摸私處），則可根據第 122(3)條免於被控。值得注意的是，所有未經同意的猥褻行為都屬於猥褻侵犯，即使在夫婦之間發生亦然。

5.6 現時對於涉及 16 歲以下兒童的罪行，可以婚姻關係作為免責辯護。本章研究的議題是應保留現狀，抑或應廢除這項免責辯護。

在海外司法管轄區以婚姻關係作為免責辯護的不同情況

5.7 多個海外司法管轄區的法例都有條文規定或保留以婚姻關係作為涉及兒童的罪行的免責辯護，主要理由是兩個人如已按照外國法律合法結婚，但在另一國家會因發生涉及性的行為而犯罪，實在不合情理。

5.8 另一方面，某些海外司法管轄區的法例中沒有訂立婚姻關係免責辯護，某些海外司法管轄區的法例則廢除了原有的婚姻關係

免責辯護。沒有訂立或已經廢除婚姻關係免責辯護的主要理由是兒童應受保護，不應過早發生涉及性的行為。

5.9 我們檢視了多個海外司法管轄區，以了解當地以婚姻關係作為涉及兒童及少年人的罪行的免責辯護的情況，詳見下文。

海外司法管轄區的情況：可以婚姻關係作為（涉及兒童的罪行的）免責辯護的司法管轄區

澳大利亞（澳大利亞聯邦）

5.10 澳大利亞聯邦《2010年刑事法例修訂（侵犯兒童的性罪行）法令》（Crimes Legislation Amendment (Sexual Offences Against Children) Act 2010）對澳大利亞聯邦《刑事法典》（Criminal Code）⁴ 作出若干修訂，新增多項在澳大利亞境外發生的戀童癖罪行。⁵

5.11 根據修訂條文，有效真實的婚姻可以作為在澳大利亞境外與兒童或少年人進行性交或其他涉及性的行為的控罪的免責辯護，該項免責辯護現時載於澳大利亞聯邦《1995年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1995）第272.17條。

5.12 如被控人與16歲以下的兒童或少年人的婚姻按照舉行婚禮的地方、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獲承認的，而且在舉行婚禮時該婚姻是有效的，便可提出以有效真實的婚姻作為免責辯護。⁶

⁴ 經修訂的澳大利亞聯邦《1995年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1995）。

⁵ 該等旨在打擊兒童色情旅遊業的新訂罪行包括：在澳大利亞境外與兒童性交（第272.8條）；在澳大利亞境外與兒童進行（性交以外的）涉及性的行為（第272.9條）；在澳大利亞境外與少年人性交 — 被告人處於受信任或權威地位（第272.12條）；在澳大利亞境外與少年人進行（性交以外的）涉及性的行為 — 被告人處於受信任或權威地位（第272.13條）；在澳大利亞境外促使兒童作涉及性的行為（第272.14條）；在澳大利亞境外誘識兒童進行涉及性的行為（第272.15條）。

⁶ 澳大利亞聯邦《1995年刑事法典法令》第272.17條規定：

“272.17 基於有效真實的婚姻提出免責辯護

(1) 就違反第272.8(1)、272.9(1)、272.12(1)或272.13(1)條的控罪，如被告人證明以下情況，即為免責辯護：

(a) 在進行性交或涉及性的行為時，被告人與有關兒童或少年人之間存在根據以下法律屬有效或獲承認為有效的婚姻：

(i) 舉行婚禮的地方的法律；或

(ii) 犯該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) 在舉行婚禮時，該婚姻是真實的。

註：被告人對本款所列的事負有法律責任，見第13.4條。”

澳大利亞（南澳大利亞）

5.13 《1935 年刑事法律綜合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第 49 條訂明：

“第 49 條：非法性交

任何人與 14 歲以下的人性交，即屬犯罪，可處終身監禁……

(3) 任何人與 17 歲以下的人性交，即屬犯罪……

(8) 如性交雙方有婚姻關係，則本條不適用。”

澳大利亞（西澳大利亞）

5.14 西澳大利亞《刑事法典》（Criminal Code）（《1913 年刑事法典法令彙編法令》（Criminal Code Act Compilation Act 1913））第 321 條訂明：

“第 321 條：侵犯 13 歲或以上但未滿 16 歲的兒童的性罪行

(1) 在本條中，兒童指 13 歲或以上但未滿 16 歲的兒童。

(2) 任何人對兒童作出性插入行為，即屬犯罪，可處第(7)款所訂的懲罰。

(3) 任何人促致、煽惑或鼓勵兒童作出涉及性的行為，即屬犯罪，可處第(7)款所訂的懲罰。

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

(4) 任何人猥褻對待兒童，即屬犯罪，可處第(8)款所訂的懲罰……

(10) 被控犯第(2)、(3)或(4)款所訂罪行的人，如證明已與有關兒童合法結婚，則可以此作為免責辯護。”

加拿大

5.15 加拿大《刑事法典》（Criminal Code）第 150.1 條訂明：

“第 150.1 條：例外情況—14 或 15 歲的投訴人

(2.1) 被控對 14 歲或以上但未滿 16 歲的投訴人犯第 151 條、第 152 條、第 173 條第(2)款或第 271 條

所訂罪行的被控人，可以投訴人同意控罪所指的行為作為**免責辯護**，但須符合以下條件：

- (a) 被控人
 - (i) 比投訴人年長少於 5 歲；及
 - (ii) 相對於投訴人而言並非處於受信任或權威地位，與投訴人並無受養關係，亦無剝削者關係；或
- (b) 被控人與投訴人有**婚姻關係**。”

海外司法管轄區的情況：不可以婚姻關係作為（涉及兒童的罪行的）免責辯護的司法管轄區

英格蘭及威爾斯

5.16 英格蘭及威爾斯已廢除以婚姻關係作為涉及 16 歲以下兒童及少年人的罪行的免責辯護，《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）已沒有這項免責辯護的條文。

英國內政部檢討小組對於婚姻關係免責辯護的意見

5.17 英國內政部檢討小組不贊成保留婚姻關係免責辯護，原因是保留這項免責辯護即表示未足齡性行為在英國是可接受的：

“雖然這項免責辯護可能只適用於極少數個案，但這些個案可以是十分嚴重的。某些國家的合法結婚年齡訂得很低，甚至低至青春剛開始的 9 歲。與兒童締結有效婚姻的人會相信，與妻子性交是恰當的行為，而當中並無犯罪意圖。我們的用意是加強保護兒童免受性侵犯，但這項免責辯護實際上把我們認為屬嚴重侵犯兒童的事情合法化，因此我們不贊成保留這項免責辯護。”⁷

5.18 某些海外司法管轄區的合法結婚年齡是 16 歲以下，例如：玻利維亞、⁸ 哥斯達黎加、⁹ 剛果民主共和國、¹⁰ 赤道畿內亞、¹¹

⁷ 《內政部文件》，第 3.6.18 段。

⁸ 女性 14 歲，男性 16 歲。（《家庭法典》（Family Code）第 44 條；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、¹² 伊朗伊斯蘭共和國、¹³ 科威特、¹⁴ 馬里、¹⁵ 沙特阿拉伯、¹⁶ 坦桑尼亞¹⁷ 及也門。¹⁸

蘇格蘭

5.19 《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）並無條文訂明婚姻關係可以作為涉及 16 歲以下兒童及少年人的罪行的免責辯護。

5.20 在以婚姻關係作為免責辯護這個議題上，蘇格蘭法律委員會與蘇格蘭政府意見分歧。

蘇格蘭法律委員會

5.21 《蘇格蘭法律委員會報告書》建議，如控罪關乎較年長的兒童（13 歲或以上但未滿 16 歲）而被控人與有關兒童已“根據蘇格蘭法律結婚或存在獲承認為有效的同性伴侶關係”，則應可以此作為免責辯護。¹⁹

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

¹⁰ 女性 15 歲，男性 18 歲。（《家庭法典》（Family Code）第 III 卷第 352 條；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 (36th Session)）

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

¹² 女性 15 歲（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，印度法律委員會（Law Commission of India），2008 年 2 月）。雖然印度的法定結婚年齡是男性 18 歲，女性 21 歲，但高等法院在 2012 年宣布穆斯林女性 15 歲便可結婚。

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

¹⁴ 女性 15 歲，男性 17 歲。（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）

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

¹⁶ 並無法例訂明男女的最低結婚年齡。聯合國統計司：
<http://data.un.org/DocumentData.aspx?id=286>

¹⁷ 女性 15 歲，男性 18 歲。（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）

¹⁸ 男女性均為 15 歲。（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)）

¹⁹ 第 33 項建議。見《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 4.70 段。

蘇格蘭政府

5.22 然而，蘇格蘭政府不接納蘇格蘭法律委員會的建議，因此《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》中沒有婚姻關係免責辯護的條文。蘇格蘭政府不接納以婚姻關係作為免責辯護，理由是16歲以下的兒童應受保護，不應過早發生涉及性的行為。

應否就涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行保留婚姻關係免責辯護：支持與反對的論點一覽

5.23 就涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行而言，在決定婚姻關係免責辯護應予保留抑或廢除之前，有需要先檢視有關的正反理據。下文所概述的是支持與反對該項免責辯護的論點。

支持保留婚姻關係免責辯護的論點

香港有義務承認有效的海外婚姻

5.24 婚姻在國際法上有特殊地位。香港須尊重外國的主權，除了不得規管按照外國法律締結的婚姻的合法性外，還有義務承認有效的海外婚姻。

5.25 澳大利亞聯邦《2010年刑事法例修訂（侵犯兒童的性罪行）法令草案》（Crimes Legislation Amendment (Sexual Offences Against Children) Bill 2010）的摘要說明反映了支持保留婚姻關係免責辯護的意見，認為基於有效真實的婚姻提出免責辯護是合理的，原因是外國主權須予尊重，而且澳大利亞政府不能規管按照外國法律締結的婚姻的合法性：

“主權問題令聯邦政府無法規管外國領域的婚姻（或更籠統而言其文化習俗）的合法性。如果沒有訂定免責辯護條文，按照某個國家的法律（其最低年齡規定可能有別於澳大利亞法律）結婚的夫婦在該國是依法行事，但在澳大利亞兒童性旅遊罪行制度下則可被控刑事罪。”

香港居民有可能返回原屬國按該國法律或習俗結婚

5.26 香港是多元文化社會，香港居民（特別是少數族裔）有可能返回原屬國按照當地法律結婚。假如該國的法律容許 16 歲以下的

人結婚，兩個按照外國法律合法結婚的人在香港法律下竟然不得有性行為，實在難以想像。這樣以法律干預涉及性的行為等於侵犯他們的性自主權。

5.27 澳大利亞聯邦在《2010年刑事法例修訂（侵犯兒童的性罪行）法令草案》中也以類似的論點支持婚姻關係免責辯護。在2010年法令草案的二讀發言中，時任國防部長的參議員雷爾（Ray）指出，來自外國的澳大利亞公民或居民有可能在回到原屬國後，按照該國的習俗結婚。澳大利亞是多元文化國家，政府的政策原意並非要使這些人觸犯刑事罪行：

“若婚禮在外國舉行而其中一方為18歲以下，一般來說這個婚姻在澳大利亞不獲承認。然而，本身或父母是來自外國的澳大利亞公民或居民有可能在回到原屬國後，按照該國的習俗結婚。澳大利亞是多元文化國家，政府無意讓這些人在返回澳大利亞時會因此觸犯刑事罪行而被定罪……”²⁰

多個海外司法管轄區均保留婚姻關係免責辯護

5.28 多個主要普通法司法管轄區在涉及兒童及少年人的罪行的法例中仍保留婚姻關係免責辯護。這些司法管轄區包括澳大利亞（澳大利亞聯邦、南澳大利亞及西澳大利亞）及加拿大。

香港從未因婚姻關係免責辯護的施行而出現問題

5.29 在香港，《刑事罪行條例》第124(2)條所訂的婚姻關係免責辯護在施行上從未造成過任何問題。²¹

5.30 蘇格蘭法律委員會亦以類似的論點支持婚姻關係免責辯護：

“我們在討論文件中建議，就為了保護較年長兒童而訂立的罪行而言，如雙方已根據蘇格蘭法律結婚或存在獲承認為有效的同性伴侶關係，則應可以此作為免責辯護……據我們所知，在現行法律下這項免責辯護在施行上從未出現過任何問題。我們認為，如兩人有婚姻或同

²⁰ 澳大利亞律師協會（Law Council of Australia），*Submission on Crimes Legislation Amendment (Sexual Offences Against Children) Bill 2010* (Child Sex Tourism Bill 2010 Submission 020310)，第18頁。

²¹ 香港沒有根據《刑事罪行條例》第142(2)條提出婚姻關係免責辯護的檢控案例。

性伴侶關係，在蘇格蘭卻因任何形式的性接觸而犯法，實在不合情理。”²²

不得對未足齡配偶進行未經同意的涉及性的行為的法律保障不受婚姻關係免責辯護影響

5.31 婚姻關係免責辯護只適用於兩個有婚姻關係的人進行經同意的涉及性的行為。如任何人強迫未足齡配偶在違反意願下進行涉及性的行為，該人可被控以其中一項在未經同意下進行的性罪行，而在此情況下婚姻關係免責辯護便不適用。換言之，不得對未足齡配偶進行未經同意的涉及性的行為的法律保障，不受婚姻關係免責辯護影響。

反對保留婚姻關係免責辯護的論點

保護原則

5.32 根據保護原則，16歲以下兒童應受保護，不應過早發生涉及性的行為。若保留婚姻關係免責辯護，便有違這項原則。此外，保留婚姻關係免責辯護會發放錯誤信息，令人覺得未足齡性行為在香港是可接受的。

5.33 蘇格蘭政府（在拒絕接納蘇格蘭法律委員會有關支持婚姻關係免責辯護的建議時）亦提出了類似的論點：

“蘇格蘭法律委員會建議，如控罪關乎與較年長兒童進行涉及性的行為，而被控人與受害人有婚姻或同性伴侶關係，則應可以此關係作為免責辯護。就婚姻而言，蘇格蘭的現行法律中有這項免責辯護，但英格蘭及威爾斯法律則沒有這樣的規定。

此項法令草案的基礎原則是，16歲以下的兒童應受保護，不應過早發生涉及性的行為。蘇格蘭在婚姻及同性伴侶關係方面的法律亦有類似的原則，規定16歲以下的人不得在蘇格蘭結婚或與人結成同性伴侶。因此，政府認為如訂明在關乎與較年長兒童進行涉及性的行為的

²² 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第4.67段。但蘇格蘭政府不接納蘇格蘭法律委員會關於婚姻關係免責辯護的建議，因此婚姻關係免責辯護沒有納入《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）之內。

罪行中可以婚姻或同性伴侶關係作為免責辯護，則屬自相矛盾。”²³

稚齡兒童有可能在海外國家被迫結婚而香港很難核證婚姻是否有效

5.34 稚齡兒童有可能在一些海外國家被迫結婚，香港當局很難核證有關兒童是否真的在很年幼時被迫結婚，而在核證海外婚姻是否有效時亦可能遇上困難，例如很難核實海外國家簽發的結婚證書的真偽。

海外國家的婚姻法可能反映有別於香港的習俗

5.35 海外國家的習俗可能有別於香港，而且反映在婚姻法上。舉例而言，某些海外國家的習俗可能接受與未足齡配偶發生涉及性的行為，但是香港普遍認為與未足齡的人發生涉及性的行為是不對的。既然這樣的海外習俗在香港普遍不獲接受，便沒有理由在香港承認其效力。

多個海外司法管轄區明文規定不得以婚姻關係作為免責辯護或已廢除此項免責辯護

5.36 多個海外司法管轄區（即澳大利亞的澳洲首都地區及新南威爾士）均明文規定不得以婚姻關係作為免責辯護。此外，英格蘭及威爾斯和蘇格蘭一度容許在涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行中以婚姻關係作為免責辯護，但現已廢除這項免責辯護。

異性戀者和同性戀者的不同待遇

5.37 由於異性伴侶才可合法締結婚姻，若屬兩名同性戀者結合的情況便不得以婚姻關係作為免責辯護，因此異性戀者和同性戀者的待遇有所不同。

5.38 根據香港現行法律，只有一男一女才可合法締結婚姻。就此而言，男女的涵義已擴大至包括接受手術後的變性人。在 *W v*

²³ 《性罪行（蘇格蘭）法令草案》（Sexual Offences (Scotland) Bill）：Policy Memorandum，第 136 及 137 段。

Registrar of Marriages 案中，²⁴ 終審法院裁定，接受變性手術後從男性變成女性的上訴人有資格與一名男子結婚。然而，只有異性伴侶才可合法締結婚姻的立場不變；若是同性伴侶，除非其中一方接受變性手術後成為另一性別的人，否則他們依然不可合法締結婚姻。

我們在這個議題上的意見

5.39 上文臚列了支持和反對在涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行中保留婚姻關係免責辯護的論點，並且理解這項議題可引起很大爭議。我們認為保護原則是最重要的因素，亦是改革涉及易受傷害的人（例如 16 歲以下兒童）的罪行時首要依循的。在此原則下，16 歲以下兒童應受保護而不應過早發生涉及性的行為。這是英國的立法者在英格蘭及威爾斯廢除婚姻關係免責辯護時所發放的清楚信息。香港應該採取同一做法加強保護兒童。在香港，人們普遍認為與 16 歲以下兒童發生涉及性的行為是不對的。任何人來到香港都應遵守香港的法律。既然某些海外婚姻法及習俗違反保護原則且在香港普遍不獲接受，便沒有理由在香港承認其效力。因此，我們認為就涉及兒童的罪行而言，新法例不應訂有婚姻關係免責辯護，而且現有的任何此類免責辯護亦應予廢除。

建議 7

我們建議，就涉及兒童的罪行而言，新法例不應訂有婚姻關係免責辯護，而現有的任何此類免責辯護亦應予廢除。

²⁴ *W v Registrar of Marriages* (就 CACV No.266 of 2010 案提出上訴的 FACV No. 4 of 2012), [2013] 3 HKLRD 90。終審法院在該案中宣告如下：“為符合《基本法》第 37 條及《香港人權法案》第 19(2)條，《婚姻訴訟條例》第 20(1)(d)條及《婚姻條例》第 40 條中的‘女’及‘女方’等字詞的涵義須作以下解釋並獲賦予法律效力：該等字詞的涵義包括接受手術後由男身變成女身的變性人，而該人的性別經適當的醫務當局證明在接受變性手術後已經改變。”

第 6 章 年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間 經同意下進行的涉及性的行為

引言

6.1 一般人普遍認同，成年人與兒童進行涉及性的行為是錯誤的，法律應將之訂為刑事罪行以作干預。¹ 任何人與 13 歲以下的幼童進行涉及性的行為，更被認為是絕對錯誤。可是，對於年滿 13 歲但未滿 16 歲的少年人，他們之間經同意下進行涉及性的行為，例如少年愛侶偷嚐禁果，是否應受到刑事法干預這個問題，大家的看法就未必相同。本章會探討年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為應否訂為刑事罪行。²

6.2 現時適用於與 16 歲以下的人性交的罪行是指明性別的。因此根據現行法律，一名男童和一名女童經同意下性交，而雙方均在 16 歲以下，則只有男童會被控告。

6.3 我們已在第 3 章建議，新法例中涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別（建議 2）。

6.4 故此，新法例中涉及兒童及少年人的罪行，將可由男方或女方干犯，所以一名男童與一名女童經同意下進行涉及性的行為，而雙方均年滿 13 歲但未滿 16 歲，則男女童兩人都可被控犯罪。

年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為應否訂為刑事罪行：對此議題的三個主要處理模式

6.5 對此議題可以有三種處理模式：

¹ 英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）在其報告書中指出：“在我們的諮詢大會中所出現的主要議題之一，是法律是否有需要毫無疑問地確定成年人不應與兒童進行涉及性的行為，並且有理由為此而訂立一項嚴重罪行以承認這類罪案的嚴重性。”（英國內政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.6.1 段。）

² 應留意的是，兒童與少年人之間未經同意下進行的任何涉及性的行為，必定屬於刑事罪行。兒童或少年人在未經另一名兒童或少年人同意下對後者作出涉及性的行為，可被控以其中一項未經同意下進行的性罪行。

- (i) 將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權以決定是否提出控告。
- (ii) 將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行，但訂明如果所涉及的是年齡相近的少年人，則可豁免刑事法律責任。
- (iii) 不將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行。

第一種模式：訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權，只對適當的案件提出檢控

6.6 第一種模式是香港現時的做法，也是英格蘭及威爾斯所採用的模式。在此模式下，年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的所有涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但檢控酌情權會確保只將適當的案件提交法庭。

第一種模式的理據

法律應為年輕人訂立行為規範

6.7 英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）指出，法律有重大的社會責任，它除了訂立行為規範外，也要阻止未成年人之間的未足齡性行為：

“我們一方面要確保法律必須適當及公平有效，使之能對付各種帶有脅迫成分的行為，但另一方面卻又不宜將年輕人互相同意進行的行為訂作刑事罪行。要兼顧這兩方面並非輕易，但我們必須力求在兩者之間取得平衡。我們認同法律亦有訂立行為規範的重大社會責任，也希望能夠阻止未足齡性行為。”³

³ 英國內政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.9.5 段。

兒童之間經同意的性關係可能並非真正經同意，並且可能帶有剝削成分

6.8 國會就《性罪行法案》（Sexual Offences Bill）進行辯論（以致後來制定了英格蘭《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）），當時有一項修訂案在效力上會將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為合法化。代表英國政府發言的范克林勳爵（Lord Falconer of Thoroton）對該修訂案提出反對。

6.9 范克林勳爵發言時提出理據，闡述為何不應將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為合法化。他指出，只因兒童年齡相若不一定就意味着他們之間的性關係是經完全同意的。兒童常會被其他兒童侵犯。很多兒童極易在同輩壓力下被慫恿進行涉及性的行為，而事實上他們寧願不這樣做。在這種情況下進行的涉及性的行為，雖然並非未經同意，卻帶有剝削成分。我們應讓執法機關有法可依，使他們能及早採取適當措施以作干預，嘗試幫助作為侵犯者的兒童和保護可能被侵犯的兒童：

“……刑事法如何處理經同意下進行的未足齡涉及性的行為，是我們在委員會審議階段花了相當多時間辯論的課題。我們曾就各方提出的所有關注事項，認真考慮了我們的立場，不過仍然堅決認為，不論一名兒童是與另一名兒童或是與成年人性交，所適用的同意年齡都應劃一。

我明白人們廣泛認為，性關係雙方在年齡上若有重大差距，例如一名15歲的兒童與一名40歲的成年人有性關係，當中帶有侵犯成分的可能性會相對大得多。但事實上侵犯兒童並非成年人的專利。我們不能只因少年人年齡相若便假定他們之間的性關係是經完全同意的。大家都知道兒童常會被其他兒童侵犯。我們固然衷心希望能及早並儘快採取干預措施以幫助作為侵犯者的兒童，但是法律也必須能夠在適當個案中保護有關兒童……

我們認為，針對一些只是表面上經同意而實質上卻有證據顯示是帶有剝削或脅迫成分的行為，法律必須訂明兒童需面對控告，因為有時未必有充足證據支持控以未經同意下進行的罪行。正如我們在委員會審議階段所說，很多兒童極易在同輩壓力下被慫恿進行涉及

性的行為，而事實上他們寧願不這樣做。在這情況下進行的涉及性的行為，雖不能稱作‘非經同意’，卻可能帶有剝削成分。對於這類個案，我們希望預留檢控的空間，讓刑事檢控處（CPS）在檢控是合乎公眾利益時能以其中一項兒童性罪行提出控告。”⁴

將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為合法化，或會鼓勵更多兒童過早進行涉及性的行為

6.10 范克林勳爵繼而指出，將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為合法化，可能會發放錯誤信息，令人覺得進行未足齡涉及性的行為是可以接受和正常的事。這樣會鼓勵更多兒童在身心狀況尚未能承擔有關後果之時進行涉及性的行為。范克林勳爵又指，其實很多兒童都歡迎法律禁止未足齡性行為，因為這有助他們抵抗迫使他們在尚未準備好之時進行這種行為的朋輩壓力：

“……很多兒童都對同意年齡提供的保護表示歡迎，因為這有助他們抵抗迫使他們在尚未準備好之時進行涉及性的行為的朋輩壓力。我不知道移除這種保護是否正確。我只是無法認同這項會令兒童沒有法律基礎去拒絕在脅迫下進行涉及性的行為的主張。將未成年人之間的涉及性的行為合法化，會發出信息令人覺得未達同意年齡而進行涉及性的行為是可以接受和正常的事。我認為這會鼓勵更多兒童在身心狀況還未準備好去面對後果之時進行涉及性的行為。

我們認為我們有責任保護兒童，以免他們太年輕便進行涉及性的行為。現時的法例訂有非法性交罪及猥褻侵犯罪，已清楚表明與16歲以下的兒童進行任何涉及性的行為均屬違法。我們贊成在新法例中明確陳述這情況依舊不變。”⁵

只對帶有剝削成分的個案和在檢控是合乎公眾利益時才予以檢控

6.11 對作為侵犯者的兒童施加刑事法律責任，並不表示必定會檢控。范克林勳爵強調，兒童之間經同意下進行涉及性的行為，除

⁴ 英國上議院議事錄（Lords Hansard, 2 June 2003: Column 1107）。

⁵ 英國上議院議事錄（Lords Hansard, 2 June 2003: Column 1107）。

非證據清楚顯示當中帶有剝削成分，而檢控又符合公眾利益，否則不會檢控：

“……我已經清楚說明，現在再說一次，除非證據清楚顯示當中帶有剝削成分，而檢控又符合公眾利益，否則的話我們不希望也不預期就少年人之間的未足齡涉及性的行為提出檢控。修訂案的建議會把該等保護一概移除，這在我們看來似乎並不明智，而且屬於矯枉過正。儘管法律的確如我所述，目前沒有證據顯示有這種情況發生。由於我們不會在這方面作出實質的改動，我們相信將來也不會發生這種情況……”⁶

香港的酌情處理方式

6.12 在香港，年滿 13 歲但未滿 16 歲的少年人之間在經同意下性交，犯案人如沒有定罪紀錄，警方現時通常會按照警司警誡計劃以警司警誡方式處理。不過，曾被警誡者如果再犯，就有可能被控告。

6.13 香港警務處的警司警誡計劃一般適用於少年犯。⁷ 少年人因犯罪被捕，警司或以上職級的警務人員在考慮與該案有關的所有情況後，可行使酌情權對其施以警誡而不提出刑事檢控。

6.14 警務處在警司警誡計劃方面的政策重點如下：

“除非符合下列準則，否則不得以警司警誡方式釋放少年犯：—

- (a) 在施行警司警誡時，該罪犯未滿 18 歲；
- (b) 有足夠的證據檢控犯案人，而檢控是唯一及不可避免的另—選擇；
- (c) 少年犯自願及明確地認罪；及
- (d) 少年犯及其父母或監護人同意接受警誡。”⁸

⁶ 英國上議院議事錄（Lords Hansard, 2 June 2003: Column 1107-1108）。

⁷ 就此而言，少年犯是指在犯案時已年滿 10 歲但未滿 18 歲者。

⁸ 引述自香港警務處有關警司警誡計劃的文件，該文件由高級警司（刑事支援）在 2013 年 2 月 21 日向法律改革委員會性罪行檢討小組委員會提供。

6.15 酌情權的行使準則如下：

“警司或以上職級的警務人員在決定是否運用酌情處理權時，應考慮與該案有關的情況及每宗案件的實情。一般來說，有關人員應考慮下列各點：

- (a) 罪行的性質、嚴重性及猖獗性；
- (b) 犯案人的以往犯罪紀錄；
- (c) 投訴人的態度；及
- (d) 犯案人的家長或監護人的態度。”⁹

6.16 我們留意到英國的做法，即是年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為，一般不以刑事罪行論處。在檢控方面的酌情權會確保只將適當的案件提交法庭，例如有明顯證據顯示涉及性剝削或檢控是合乎公眾利益者。少年人之間的性愛體驗，當中不涉性侵犯或剝削成分的，可用其他方式處理（例如類似警司警誡計劃下的警司警誡）而不予檢控。

6.17 英格蘭《2003 年性罪行法令說明》（Explanatory Notes to the English Sexual Offences Act 2003）明確提到：

“實際上（雖然本法令並無關於這方面的條文），18 歲以下的人應否被控以兒童性罪行，將由刑事檢控處的檢控人員決定。如果證據充足，以致定罪乃在實際預期之內，檢控人員在決定是否基於公眾利益而檢控這些罪行時，會顧及各種因素，例如當事人的年齡和心智成熟程度，性關係是否出於自願，是否被人脅迫或利誘，當事人之間的關係，以及是否存在照顧責任或違反信任等。”¹⁰

6.18 我們認為，如在新法例中採用第一種模式，適宜就檢控酌情權的行使訂立指引。該等指引可根據英國在行使檢控酌情權時會考慮的部分或全部因素而制訂。

⁹ 出處同上。

¹⁰ 英格蘭《2003 年性罪行法令說明》（Explanatory Notes to the English Sexual Offences Act 2003），第 22 段。

第二種模式：訂為刑事罪行但“年齡相近”可作免責辯護

6.19 第二種模式是澳大利亞和加拿大等司法管轄區採用的模式。在此模式下只有一套罪行，不論犯案者是成年人或是兒童。不過，兒童之間經同意下進行涉及性的行為，可以“年齡相若”或“年齡相近”作為免責辯護。

6.20 在加拿大，如投訴人為 12 歲或以上但未滿 14 歲，而被控人較投訴人年長不多於兩年，被控人即可以此為免責辯護，對性騷擾、誘使進行涉及性的觸摸、暴露身體、或使用武器進行性侵犯的控罪提出抗辯。¹¹ 要提出此免責辯護，被控人相對於受投訴人而言不得處於受信任或權威地位，不得剝削投訴人，也不得與投訴人之間存在受養關係。

6.21 同樣地，在澳大利亞的維多利亞，如投訴人為 12 歲或以上，而被控人較其年長不多於兩年，則被控人可以經同意作為對兒童作出性插入行為的控罪的免責辯護。¹² 在塔斯曼尼亞，如投訴人為 15 歲或以上，而被控人較其年長不多於五年，又或投訴人為 12 歲或以上，而被控人較其年長不多於三年，則被控人可以經同意作為與少年人性交的控罪的免責辯護。¹³ 不過，“年齡相若”免責辯護不可用於肛交。¹⁴

第二種模式的理據

少年人的確很年輕就進行涉及性的行為

6.22 支持訂立“年齡相近”免責辯護的主要理由，是因為認同少年人的確很年輕就進行涉及性的行為這個事實。如果涉及性的行為是在少年人互相同意下進行並且沒有剝削成分，有關少年人（尤其是年齡相近者）不應被控以刑事罪行。

¹¹ 加拿大《刑事法典》（Criminal Code），第 150.1(2)條。

¹² 維多利亞《1958 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958），第 45(4)(b)條。

¹³ 塔斯曼尼亞《刑事法典》（Criminal Code），第 124(3)條。

¹⁴ 塔斯曼尼亞《刑事法典》，第 124(5)條。

6.23 加拿大《刑事法典》（Criminal Code）於 2007 年修訂時，原有的“年齡相近”例外情況予以保留。¹⁵ 該修訂法案的《評註》（Commentary）指出：

“除了與這個議題有關的法律外，一些對加拿大青少年的研究顯示，少年人的確有進行涉及性的行為。加拿大教育部長議會（Council of Ministers of Education）於 2003 年發表的《加拿大青少年、性健康及 HIV／愛滋病研究》報告書（Canadian Youth, Sexual Health and HIV/AIDS Study），顯示抽樣對象（第 7、9 和 11 班級的學生）首次性交的平均年齡分別為男生 14.1 歲和女生 14.5 歲。此外，青少年被問及為何沒有性交時，通常的回答為“未準備好”或“未曾有機會”。家人和朋輩的反對意見，並不是他們決定不進行性交的主要影響因素。”¹⁶

避免不經意地把年輕人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行

6.24 加拿大律師公會（Canadian Bar Association）指出，“年齡相近”免責辯護“有助避免不經意地把年輕人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行”。¹⁷ 故此，兒童之間經同意下進行並且不帶有剝削成分的涉及性的行為，便可因這項免責辯護而免被訂為刑事罪行。這種行為的刑事責任何時可予豁免，可藉着“年齡相近”免責辯護清楚界定，而不用依靠並非絕對肯定的檢控酌情權來決定。

第三種模式：不將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行

6.25 第三種模式是寬鬆處理。此模式不將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行。

6.26 這是蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）贊成採用的模式。該委員會建議，較年長的兒童之間經同意下進行的涉及性的行為，不應構成刑事罪行，但應將有關兒童轉介予蘇格蘭兒童福利

¹⁵ 《C-22 法案》（Bill C-22）：修訂《刑事法典》（保護年齡）及對《刑事記錄法令》（Criminal Records Act）作出相應修訂的一項法令。

¹⁶ 《C-22 法案》，出處同上。

¹⁷ 加拿大律師公會對《C2 法案 — 打擊暴力罪行法令》（Bill C2 - Tackling Violent Crime Act）的意見書（2007 年 11 月），第 2 頁。

報告員（Scottish Children's Reporter）¹⁸ 處理，以決定是否需要作出某種社會干預。¹⁹

第三種模式的理據

如果在大部分情況下多數只是理論上才會檢控，兒童之間經同意下進行的涉及性的行為就不應屬於刑事罪行

6.27 蘇格蘭法律委員會指出，如果只是理論上才會檢控，而且在大部分情況下會因為行使檢控酌情權而不作出控告，有關行為根本就不應被訂為刑事罪行。再者，即使沒有被控告，有關兒童仍可能受到警方調查：

“……有論點認為這項刑事責任純屬理論性質，而且在絕大多數情況下都不會有刑事檢控，我們對此不敢苟同。這論證方式沒有考慮到較年長的兒童即使不大可能在刑事法庭被檢控，但是仍有可能受到警方調查。從更根本的角度看，這議題涉及一個原則上的重點。如果年輕人之間經同意下進行涉及性的行為不會帶來刑責，有關行為就不應屬於刑事罪行。”²⁰

年輕人可能因此不去尋求適當意見

6.28 經同意下進行涉及性的行為的年輕人，可能會因怕牽涉刑事法而卻步，不去就關乎性健康的事宜尋求適當的意見和協助。這是支持蘇格蘭法律委員會建議者所持的意見，這些支持者包括大部分的兒童團體、蘇格蘭兒童福利報告員辦事處（Scottish Children's Reporter Administration）、蘇格蘭兒童及青少年事務專員（Scottish Commissioner for Children and Young People），以及多個保護兒童委員會（Child Protection Committee）。²¹

¹⁸ 蘇格蘭兒童福利報告員辦事處（Scottish Children's Reporter Administration）（簡稱 SCRA），是根據《1994 年地方政府（蘇格蘭）法令》（Local Government (Scotland) Act 1994）成立的一個全國性機構，專門處理易受傷害的兒童，於 1996 年 4 月 1 日開始全面運作。該局會就每宗轉介個案進行調查，然後決定是否需要執行強制性的監管措施，以保護兒童及／或處理他們的行為。如有必要執行這些措施，會將兒童提交兒童聆訊（Children's Hearing）處理。（兒童福利報告員辦事處的網址為：www.scra.gov.uk）。

¹⁹ 蘇格蘭法律委員會，《Report on Rape and Other Sexual Offences》（2007 年 12 月），Scot Law Com No. 209，第 4.55 至 4.56 段。

²⁰ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，出處同上，第 4.55 段。

²¹ 《性罪行（蘇格蘭）法案》（Sexual Offences (Scotland) Bill）：《政策備忘錄》（Policy Memorandum）（Session 3 (2008), SP Bill 11-PM），第 118 段。

對於可能將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行：我們的看法

6.29 在考慮保護原則後，我們認為應有法例針對年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為。

6.30 正如范克林勳爵確當地指出（見上文），我們不能只因兒童年齡相近便假定他們之間的性關係是經完全同意的。很多兒童會受朋輩壓力影響而在並非情願下被慫恿進行涉及性的行為。這種情況下的涉及性的行為，雖不能稱作“非經同意”，卻帶有剝削成分。我們認為，即使這種涉及性的行為可以說是在“同意”下進行，刑事法還是應作出干預，以保護 16 歲以下的人。

6.31 保護原則也意味着不應鼓勵兒童在身心狀況還未能承擔後果之前進行涉及性的行為。法例中沒有條文針對兒童之間經同意下進行的涉及性的行為，這會發放錯誤信息，令人覺得未達同意年齡而進行涉及性的行為是可以接受和正常的事，也會鼓勵更多兒童和少年人在身心狀況還未能承擔後果之前過早進行涉及性的行為。

6.32 年輕人確有進行涉及性的行為，但這不是將之合法化或以任何方式作出鼓勵的適當理由。法律應為年輕人的行為訂立規範。

6.33 對於那些對另一兒童或少年人性剝削的兒童或少年人施加刑事法律責任，並不一定表示他或她必定會被檢控。檢控酌情權可確保只將適當的案件提交法庭。不涉性剝削的個案，可按照警司警誡計劃以警誡方式處理，而該計劃在香港似乎也一直行之有效。

6.34 因此，我們大致上贊成採用第一種模式，亦即是將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的所有涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權，只對適當的案件提出控告。此外，我們認為沒有必要在新法例中以特別條文訂明兒童罪犯的判刑會較成年罪犯為輕。我們認為將此事完全交由法官以量刑酌情權決定較為簡單可行。此外，如上文第 6.18 段所述，也適宜就檢控酌情權的行使訂立指引。

罪行無分性別對我們現時的建議有何影響

6.35 檢控酌情權的行使會受到所建議的罪行無分性別原則影響。目前，檢控酌情權只限於決定有關男童應否被控告或以其他方式處理。如按照建議罪行應該無分性別，檢控酌情權要決定的便將

會是：(i)只控告有關男童；或(ii)只控告有關女童；或(iii)控告兩者。

建議 8

我們建議，將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的所有涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但認同控方可行使檢控酌情權以決定是否適宜對個別案件提出控告。

第 7 章 新法例中涉及兒童的性罪行

引言

7.1 本章探討的議題，是訂立關於侵犯兒童的性罪行。

7.2 我們在第 3 章（建議 3）中建議，法律應反映對兩個類別少年人（即 13 歲以下兒童及 16 歲以下兒童）的保護，因此應分別就每個類別訂立一系列的罪行。

7.3 就此而言，我們將在下文建議訂立一系列涉及該兩類兒童的罪行。兩個類別的罪行會有若干重疊之處，理由已在第 3 章（第 3.44 - 3.45 段）中說明。

現行法例的狀況及不足之處

7.4 雖然現行法例已處理上述兩個類別的罪行，但只涵蓋了兩種涉及性的行為，即性交及猥褻侵犯。我們認為對兒童的保護應擴及其他涉及性的行為。關於此點，小組委員會已在上一份諮詢文件中，建議訂立以下未經同意下進行的性罪行：強姦、以插入方式性侵犯、性侵犯，以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為。¹ 我們認為應該參照建議訂立的未經同意下進行的性罪行，新增與其相對應的兒童罪行。此外，我們認為應針對特定的性剝削事件，訂立其他保護兒童的條文。這種模式已在英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭獲得採納。

《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中涉及兒童的罪行

7.5 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》均有一系列的罪行，處理關乎上述兩個類別兒童的涉及性的行為。

7.6 這兩個類別的主要分別在於是否施加絕對法律責任，以及最高刑罰的級別。

¹ 香港法律改革委員會，《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月），建議 7、16、18、19、20 及 21。

絕對法律責任罪行

7.7 由於將 13 歲以下兒童牽涉入任何形式的涉及性的行為，均被視為絕對錯誤，因此涉及這些兒童的罪行屬絕對法律責任罪行。我們在第 4 章中已表明立場，認為涉及 13 歲以下兒童的罪行必然屬絕對法律責任罪行，因此會在這個基礎上就這些罪行作出建議。這種模式不但可以保護幼童免受性剝削，亦符合《刑事罪行條例》的現有取向。²

7.8 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中，涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行不屬絕對法律責任罪行。被控人可以合理但錯誤相信有關兒童為 16 歲或以上作為免責辯護。³ 我們在第 4 章中已表明看法，認為應就以下兩個議題諮詢公眾：絕對法律責任應否適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，以及在此情況下，應否在絕對法律責任的問題上區分插入式和非插入式涉及性的行為。

涉及 13 歲以下兒童的罪行刑罰較重

7.9 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》均規定，涉及 13 歲以下兒童的罪行，刑罰較涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行為重。現行的《刑事罪行條例》也有相同的情況。我們認為，在新法例中涉及 13 歲以下兒童的罪行，刑罰應繼續較涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行為重。

《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中涉及 13 歲以下兒童的罪行

(i) 與未經同意下進行的罪行相對應的罪行

7.10 《英格蘭法令》第 5 至 8 條訂有涉及 13 歲以下兒童的四項不同罪行：強姦 13 歲以下兒童（第 5 條）、以插入方式侵犯 13 歲以下兒童（第 6 條）、性侵犯 13 歲以下兒童（第 7 條），以及導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為（第 8 條）。這些罪行正好對應四項未經同意下進行的英格蘭罪行，即強姦、以插入方式侵犯、性侵犯，以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為。雖然這些涉及 13 歲以下兒童的罪行與未經同意下進行的罪行相對應，但由於涉及的是稚齡兒童，因此控方無需證明受害人未予同意這點。

² 舉例而言，與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條）屬絕對法律責任罪行。

³ 若涉及 13 歲以下兒童，此項免責辯護並不適用。

7.11 《蘇格蘭法令》中也有涉及 13 歲以下兒童的對應罪行：強姦幼童（第 18 條）、以插入方式性侵犯幼童（第 19 條）、性侵犯幼童（第 20 條），以及導致幼童參與涉及性的行為（第 21 條）。

(ii) 並非與未經同意下進行的罪行相對應的其他罪行

7.12 《英格蘭法令》中也有其他涉及兒童的罪行不是與未經同意下進行的罪行相對應的。這類罪行同時適用於 16 歲以下兒童及 13 歲以下兒童。如有關罪行涉及 13 歲以下兒童，則屬絕對法律責任罪行；但如有關罪行涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲的兒童，則被控人可以合理地相信有關兒童為 16 歲或以上作為免責辯護。

7.13 這類英格蘭罪行是：在兒童在場下進行涉及性的行為（第 11 條）、導致兒童觀看性行為（第 12 條）、安排或利便干犯兒童罪行（第 14 條），以及為性目的誘識兒童後與其會面（第 15 條）。

7.14 《蘇格蘭法令》中也有一些與上述英格蘭罪行相對應的罪行：導致幼童在涉及性的行為進行期間在場（第 22 條）及導致幼童觀看性影像（第 23 條）。

《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行

(i) 與未經同意下進行的罪行相對應的罪行：

《英格蘭法令》

7.15 英格蘭罪行中與未經同意下進行的罪行相對應的罪行為：與兒童進行涉及性的行為（第 9 條）⁴ 及導致或煽惑兒童進行涉及性的行為（第 10 條）。

⁴ 《英格蘭法令》第 9 條中的罪行涵蓋以陽具或非以陽具對兒童作出插入行為。以陽具或非以陽具作出插入行為的刑罰在第(2)款中列明（見以下引文）。

《英格蘭法令》第 9 條訂明：

- “(1) 如有以下情況，一名 18 歲或以上的人（甲）即屬犯罪——
- (a) 他故意觸摸另一人（乙），
 - (b) 觸摸是涉及性的，及
 - (c) 以下其中一種情況——
 - (i) 乙為 16 歲以下而甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上，或
 - (ii) 乙為 13 歲以下。
- (2) 如觸摸涉及以下情況——
- (a) 甲的身體某部分或任何其他東西插入乙的肛門或陰道，
 - (b) 甲的陽具插入乙的口腔，
 - (c) 乙的身體某部分插入甲的肛門或陰道，或
 - (d) 乙的陽具插入甲的口腔，

《蘇格蘭法令》

7.16 蘇格蘭罪行中與未經同意下進行的罪行相對應的罪行為：與較年長兒童性交（第 28 條）、與較年長兒童進行或對其進行插入式涉及性的行為（第 29 條）、與較年長兒童進行或對其進行涉及性的行為（第 30 條），以及導致較年長兒童參與涉及性的行為（第 31 條）。

(ii) 並非與未經同意下進行的罪行相對應的其他罪行

《英格蘭法令》

7.17 該等罪行為：在兒童在場下進行涉及性的行為（第 11 條）、導致兒童觀看性行為（第 12 條）、安排或利便干犯兒童罪行（第 14 條），以及為性目的誘識兒童後與其會面（第 15 條）。⁵

《蘇格蘭法令》

7.18 《蘇格蘭法令》中也有適用於年滿 13 歲但未滿 16 歲的較年長兒童的對應罪行：導致較年長兒童在涉及性的行為進行期間在場（第 32 條）及導致較年長兒童觀看性影像（第 33 條）。

無分性別

7.19 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中，涉及兒童的罪行是無分性別的，即侵犯對象可以是男童或女童。我們在第 3 章中建議，涉及兒童的罪行應該無分性別（建議 2），因此我們會在無分性別的基礎上作出建議。

7.20 下文會更詳細地研究英格蘭和蘇格蘭的涉及兒童的罪行，並據此提出建議。

犯本條所訂罪行的人一經循公訴程序定罪，可處不超逾 14 年的監禁。

(3) 除非第(2)款適用，否則犯本條所訂罪行的人——

(a) 一經循簡易程序定罪，可處不超逾 6 個月的監禁或不超逾法定最高限額的罰款或兼處監禁及罰款；

(b) 一經循公訴程序定罪，可處不超逾 14 年的監禁。”

⁵ 《英格蘭法令》中這一系列罪行適用於 16 歲以下兒童。如有關兒童年滿 13 歲但未滿 16 歲，則被控人可以合理地相信該名兒童為 16 歲或以上作為免責辯護。如有關兒童為 13 歲以下，則此項免責辯護不適用。

以陽具對兒童作出插入行為

英格蘭罪行 — 強姦 13 歲以下兒童

7.21 在《英格蘭法令》中，“強姦 13 歲以下兒童”罪涵蓋以陽具插入 13 歲以下兒童的陰道、肛門或口腔。《英格蘭法令》第 5(1) 條訂明：

“如有以下情況，任何人即屬犯〔強姦 13 歲以下兒童〕罪——

- (a) 他故意以其陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔，及
- (b) 該另一人為 13 歲以下。”

蘇格蘭罪行 — 強姦幼童

7.22 在《蘇格蘭法令》中，“強姦幼童”罪涵蓋以陽具插入 13 歲以下兒童的陰道、肛門或口腔。《蘇格蘭法令》第 18 條訂明：

“如任何人（‘甲’）以其陽具對一名 13 歲以下兒童（‘乙’）的陰道、肛門或口腔作任何程度的插入，而甲是故意這樣做或罔顧是否會有插入，甲即屬犯一項稱為強姦幼童的罪行。”

現有的與年齡在 13 歲以下的女童性交罪不足之處

7.23 現有的與年齡在 13 歲以下的女童性交罪（《刑事罪行條例》第 123 條）在兩方面有所不足。首先，該罪行只涵蓋以陽具插入受害兒童的陰道，被插入的部位並不包括肛門或口腔。其次，該罪行並不涵蓋男童受害人。有一宗香港案件可以說明第二點。該案的被控人曾任唱片騎師和私人教師，於 2013 年 11 月被裁定犯了 13 項猥褻侵犯罪和向兒童作出猥褻行為罪。

7.24 在 2010 年 2 月至 2012 年 12 月期間，被控人在家中為兩名分別是 8 歲和 11 歲的男童補習時對他們作出猥褻行為，包括要求兩名男童為他口交和手淫。被控人以網絡攝影機和流動電話拍下片段。後來，其中一名男童就讀學校的活動助理無意中在互聯網上發

現被控人的裸照，事件才曝光。據報章報道，主審法官清楚表示“長期監禁在所難免”。⁶

7.25 在上述案件中，被控人曾以陽具插入受害兒童的口腔（即口交），行為尤其卑劣而且持續了一段頗長期間，實在應予長期監禁；但他卻只能被控以猥褻侵犯和向兒童作出猥褻行為等較輕微的罪行，兩項罪行的最高刑罰均只是監禁 10 年。控方不能提出較嚴重的與年齡在 13 歲以下的女童性交罪（最高刑罰是終身監禁），原因是該罪行只適用於與女童性交，而以陽具插入的部位亦只限於陰道。

7.26 有鑑於此，我們認為應新增一項涉及 13 歲以下兒童的無分性別罪行，涵蓋以陽具插入兒童的陰道、肛門或口腔。新訂罪行比現有的與年齡在 13 歲以下的女童性交罪更能保護兒童免受性剝削。建議的新訂罪行生效後，現有的罪行可予廢除。

新訂罪行的名稱

7.27 這項英格蘭罪行和蘇格蘭罪行均稱為“強姦”兒童。

7.28 按照英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）的說法，罪行名稱採用“強姦”字眼的理據是：“……強姦是最嚴重的性罪行，若強姦兒童不以此罪名檢控，則經改革的法律會有根本缺陷。”⁷

7.29 我們傾向不跟隨英格蘭和蘇格蘭的做法，即不會在涉及以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為的建議新訂罪行中採用“強姦”字眼。按一般理解，強姦指未經同意下進行的性交（見法律改革委員會先前發表的《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件第 4 章的討論）。然而，就這項涉及 13 歲以下的人的罪行而言，根本不存在同意與否的問題。以陽具對 13 歲以下的人作出插入行為，本身就是非常嚴重的罪行，實在無需加上“強姦”的標籤。再者，一些受害兒童可能希望避免留下遭受強姦所可能造成的烙印。如果建議新訂罪行的名稱採用“強姦”以外的字眼，則可避免這個問題。

7.30 我們認為應新訂一項稱為以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為的罪行。現有的與年齡在 16 歲以下的女童性交罪（《刑事罪行條例》第 124 條）是指明性別的，並不涵蓋以插入方式性侵犯男童；再者，該罪行只涵蓋陰道性交，並不涵蓋以身體某部分對兒童

⁶ 《英文虎報》（The Standard）及《明報》，2013 年 11 月 27 日（案件編號 HCCC286/13）。

⁷ 英國內政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.6.3 段。

的肛門或口腔作出性插入。另一方面，現有的猥褻侵犯罪（《刑事罪行條例》第 122 條）及向兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）都不足以反映此類嚴重刑事行為的嚴重程度。

建議 9

我們建議，新法例中應包括一項“以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 5 條。

我們亦建議訂立一項“以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為”的同類罪行。

對兒童作出插入行為

英格蘭罪行——以插入方式侵犯 13 歲以下兒童

7.31 在《英格蘭法令》中，“以插入方式侵犯 13 歲以下兒童”罪涵蓋非以陽具插入 13 歲以下兒童的陰道或肛門。《英格蘭法令》第 6(1)條訂明：

“如有以下情況，任何人即屬犯〔以插入方式侵犯 13 歲以下兒童〕罪——

- (a) 他故意以自己身體某部分或任何其他東西插入另一人的陰道或肛門，
- (b) 該插入是涉及性的，及
- (c) 該另一人為 13 歲以下。”

蘇格蘭罪行——以插入方式性侵犯幼童

7.32 在《蘇格蘭法令》中，“以插入方式性侵犯幼童”罪涵蓋非以陽具插入 13 歲以下兒童的陰道或肛門。《蘇格蘭法令》第 19 條訂明：

“(1) 如任何人（‘甲’）以自己身體的任何部分或任何其他東西，對一名未滿 13 歲的兒童（‘乙’）的陰道或肛門作任何程度的性插

入，而甲是故意這樣做或罔顧是否會有插入，甲即屬犯一項稱為以插入方式性侵犯幼童的罪行。”

現有的非以陽具插入兒童的陰道或肛門罪不足之處

7.33 現時，猥褻侵犯罪（《刑事罪行條例》第 122 條）及向兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）涵蓋非以陽具插入兒童的陰道或肛門。⁸ 兩項罪行的最高刑罰均只是監禁 10 年。

7.34 我們認為現有的罪行不足以反映非以陽具插入兒童的陰道或肛門行為的嚴重程度，因此應該訂立新的罪行以涵蓋這類嚴重行為。建議新訂的罪行將涵蓋非以陽具插入 13 歲以下兒童的陰道或肛門的行為。

《蘇格蘭法令》第 19(2)條

7.35 《蘇格蘭法令》第 19(2)條訂明：

“(2) 在不損害第(1)款的一般性的原則下，該款提述以甲的身體的任何部分插入，須解釋為包括提述以甲的陽具插入。”

7.36 由於有第 19(2)條的規定，蘇格蘭罪行涵蓋以陽具插入的行為。英格蘭罪行則沒有對應的條文。

7.37 我們認為，建議新訂的罪行應採納一項類似條文，其內容參照《蘇格蘭法令》第 19(2)條。⁹ 這項條文會對處理下述情況有用：受害兒童不清楚自己是被陽具還是別的東西所插入，原因例如是該名兒童當時是被蒙住眼睛或是不省人事，又或者受害人是精神上無行為能力的人。在該等情況中，犯罪者可被控以該項新罪行。我們明白，採納《蘇格蘭法令》第 19(2)條的條文後，新罪行與上文建議訂立的以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為的罪行之間會有重疊之處，但我們認為這樣做有理由，因為擬定法律的目的應是避免出現顯然曾發生侵犯兒童的嚴重罪行但無法予以證明的情況。

⁸ 《刑事罪行條例》第 146 條所訂罪行適用於 16 歲以下的兒童。

⁹ 關於建議新訂的以插入方式性侵犯這項屬未經同意下進行的罪行，小組委員會在上份諮詢文件中曾建議訂立類似的條文。見香港法律改革委員會《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月）（建議 16）。

以插入方式侵犯 16 歲以下兒童

7.38 我們認為應該訂立一項涉及 16 歲以下兒童的類似罪行。現有罪行在處理非以陽具插入較年長兒童的陰道或肛門的案件方面存在不足之處。現有的與年齡在 16 歲以下的女童性交罪（《刑事罪行條例》第 124 條）是指明性別的，並不涵蓋以插入方式性侵犯男童；再者，該罪行只涵蓋陰道性交，並不涵蓋以身體某部分對兒童的陰道或肛門作出性插入。另一方面，現有的猥褻侵犯罪（《刑事罪行條例》第 122 條）及向兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）都不足以反映此類嚴重刑事行為的嚴重程度。

法定交替裁決

7.39 以下情況是有可能發生的：兒童以為自己被陽具插入，但在審訊時證據顯示插入的是其他東西。為了應對這種情況，我們認為《刑事罪行條例》附表 1 應予修訂，在被控人被控建議新訂的以陽具對 13 或 16 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁決，改判建議新訂的對 13 或 16 歲以下兒童作出插入行為罪。¹⁰

建議 10

我們建議，新法例中應包括一項“對 13 歲以下兒童作出插入行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 6 條。

我們亦建議訂立一項“對 16 歲以下兒童作出插入行為”的同類罪行。

我們建議採納一項內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 19(2)條的條文，訂明就對 13 歲以下兒童作出插入行為及對 16 歲以下兒童作出插入行為的罪行而言，提述以某人身體的任何部分插入，須解釋為包括提述以該人的陽具插入。

我們建議修訂《刑事罪行條例》附表 1，在被控人被控以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁決，改判對 13 歲以下兒童作出插

¹⁰ 關於建議新訂的以插入方式性侵犯這項屬未經同意下進行的罪行，小組委員會在上一份諮詢文件中曾提出類似的建議。見香港法律改革委員會《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月）（建議 16）。

入行為罪；同樣地，在被控人被控以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁決，改判對 16 歲以下兒童作出插入行為罪。

性侵犯 13 歲以下兒童

英格蘭罪行 — 性侵犯 13 歲以下兒童

7.40 《英格蘭法令》第 7(1)條訂明：

“如有以下情況，任何人即屬犯〔性侵犯 13 歲以下兒童〕罪——

- (a) 他故意觸摸另一人，
- (b) 觸摸是涉及性的，及
- (c) 該另一人為 13 歲以下。”

蘇格蘭罪行 — 性侵犯幼童

7.41 《蘇格蘭法令》第 20(1)及(2)條訂明：

“(1) 如任何人（‘甲’）作出第(2)款所述的任何一項事情（而‘乙’在每種情況下均指未滿 13 歲的兒童），甲即屬犯一項稱為性侵犯幼童的罪行。

(2) 該等事情為甲——

- (a) 以任何方法對乙的陰道、肛門或口腔作任何程度的性插入，而他是故意這樣做或罔顧是否會有插入，
- (b) 故意或罔顧後果地對乙作出涉及性的觸摸，
- (c) 作出任何其他形式的涉及性的行為，而在該項行為中，甲故意或罔顧後果地與乙有身體上的接觸（不論是以身體接觸抑或透過用具接觸，亦不論是否隔着衣服接觸），
- (d) 故意或罔顧後果地向乙射出精液，
- (e) 故意或罔顧後果地向乙作出涉及性的射尿液或吐唾液行為。”

性侵犯的範圍

7.42 上述英格蘭罪行和蘇格蘭罪行，基本上是把性侵犯這項屬未經同意下進行的罪行適用於 13 歲以下兒童，但刪去同意的元素。《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中性侵犯的範圍限於涉及性的觸摸，以及特定涉及性的行為，例如向兒童射出精液，以及向兒童作出涉及性的射尿液或吐唾液行為。

7.43 小組委員會在上一份諮詢文件中建議（就成年人而言）性侵犯應分為三個類別。¹¹ 第一類別是涉及性的觸摸、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為。第二類別是作出涉及性的行為，而這項行為使另一人（乙）意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。第三類別是作出涉及性的行為，而該項行為若然被另一人（乙）知道，則相當可能會為乙帶來恐懼、低貶或傷害，但乙是否實際上知道該行為，卻不會對該罪行的構成有所影響。¹²

7.44 由於第二及第三類別關乎未經同意的情況，我們認為上述兒童罪行無需涵蓋該兩個類別。（不論受害人屬何年齡，該等行為如在受害人不同意的情況下作出，則根據適用的一般條文已屬罪行。）我們認為上述兒童罪行應參照英格蘭罪行和蘇格蘭罪行，只涵蓋涉及性的觸摸、向兒童射出精液，以及向兒童作出涉及性的射尿液或吐唾液行為（即上文第一類別的涉及性的行為）。

7.45 此外，為了保護較年長兒童免因性侵犯行為而受害，我們認為應該訂立涉及 16 歲以下兒童的同類罪行。

建議 11

我們建議，新法例中應包括一項“性侵犯 13 歲以下兒童”的罪行。該罪行的構成元素為任何人（甲）故意向另一人（乙）作出以下任何一項行為，而乙是 13 歲以下的兒童：

(a) 觸摸乙而觸摸是涉及性的；

¹¹ 小組委員會在上一份諮詢文件中建議把性侵犯分為三個類別，使性侵犯的範圍擴大至涵蓋非接觸式的行為，原因是擬以性侵犯罪取代現有的猥褻侵犯罪。以性侵犯罪取代猥褻侵犯罪是因為有理據支持訂立一項新罪行，把焦點由“猥褻”轉移至“性”方面，但依舊提供相同程度的保障以符合維護性自主權的原則。然而，猥褻侵犯並不局限於接觸行為。（見香港法律改革委員會《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月），第 6.6 及 6.21 段）。

¹² 《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件，出處同上，建議 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為。

我們亦建議訂立一項“性侵犯 16 歲以下兒童”的同類罪行。

導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為

英格蘭罪行 — 導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為

7.46 《英格蘭法令》第 8(1)條訂明：

“如有以下情況，任何人即屬犯〔導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為〕罪——

(a) 他故意導致或煽惑另一人（乙）進行一項行為，

(b) 該項行為是涉及性的，及

(c) 乙為 13 歲以下。”

7.47 上述英格蘭罪行，與導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為這項屬未經同意下進行的罪行相對應，但沒有同意的元素。

蘇格蘭罪行 — 導致幼童參與涉及性的行為

7.48 《蘇格蘭法令》第 21 條訂明：

“如任何人（‘甲’）故意導致一名未滿 13 歲的兒童（‘乙’）參與一項涉及性的行為，甲即屬犯一項稱為導致幼童參與涉及性的行為的罪行。”

7.49 上述蘇格蘭罪行，與性脅迫這項屬未經同意下進行的罪行相對應，但沒有同意的元素。

“導致”或“煽惑”兩個部分

7.50 雖然英格蘭的“導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為”這項兒童罪行，與“導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為”這項屬未經同意下進行的罪行相對應，但前者是在導致或煽

惑兒童進行涉及性的行為的情況下都會干犯的，而後者則只會在導致的情況下才會干犯。

7.51 上述英格蘭的兒童罪行除有導致的部分外，還有煽惑的部分。同樣地，現有的《刑事罪行條例》第 146 條中的與或向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為罪亦有煽惑的部分。¹³ 任何人煽惑兒童與他或她、向他或她、與另一人或向另一人作出嚴重猥褻作為，即屬犯此罪行。

7.52 我們認為，在建議訂立的兒童罪行中加入煽惑這第二部分，其優點是提供與現有的與或向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為罪相同程度的保護。在某些情況下，犯罪者煽惑兒童進行涉及性的行為，但最後該項行為不論因何理由告吹；如果建議訂立的罪行有煽惑的部分，便能為兒童提供保護。我們認為在這種情況下，煽惑行為本身已構成罪行，應作刑事罪行處罰。

7.53 小組委員會在上一份諮詢文件中建議訂立一項導致他人在不同意的的情況下進行涉及性的行為的罪行。¹⁴ 我們認為應該訂立一項兒童罪行，以對應該項未經同意下進行的罪行。我們覺得，任何人導致或煽惑兒童進行任何形式涉及性的行為，都是構成罪行的行為，因此應該訂立一項新的罪行涵蓋這種行為。

7.54 此外，為了保護較年長兒童，我們認為應該訂立一項涉及 16 歲以下兒童的同類罪行。

建議 12

我們建議，新法例中應包括一項“導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 8 條。

我們亦建議訂立一項“導致或煽惑 16 歲以下兒童進行涉及性的行為”的同類罪行。

¹³ 現有的與或向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）是以英格蘭《1960 年與兒童作出猥褻行為法令》（*Indecency with Children Act 1960*）第 1 條中的與幼童作出猥褻行為罪為藍本。該法令（包括第 1 條的罪行）已被《2003 年性罪行法令》整體廢除。

¹⁴ 香港法律改革委員會《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月），建議 21。

並非與未經同意下進行的罪行相對應的其他罪行：

在兒童在場下進行涉及性的行為／導致幼童在涉及性的行為進行期間在場

英格蘭罪行——在兒童在場下進行涉及性的行為

7.55 《英格蘭法令》第 11 條就“在兒童在場下進行涉及性的行為”的罪行訂定條文：

“(1) 如有以下情況，一名 18 歲或以上的人
(甲) 即屬犯罪——

- (a) 他故意進行一項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 為了得到性滿足，他在以下情況進行該項行為——
 - (i) 當時有另一人（乙）在場，或身處能看到甲的地方，及
 - (ii) 知道或相信乙察覺到，或有意令乙察覺到他正在進行該項行為，及
- (d) 以下其中一種情況——
 - (i) 乙為 16 歲以下而甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上，或
 - (ii) 乙為 13 歲以下。”

7.56 發生這種罪行的典型場景是一名戀童癖者明知有兒童在房間內觀看他手淫或與另一人進行涉及性的行為，而藉此得到性快感。¹⁵

7.57 構成這項罪行的必要元素是犯罪者“知道或相信乙察覺到，或有意令乙察覺到他正在進行該項行為”。因此，犯罪者必須

¹⁵ Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大學出版社，2004 年)，第 66 頁。

有意讓該名兒童看見他或她正在做的事，或至少也要懷疑或相信該名兒童可能會從另一房間或地點看得到他或她。¹⁶

蘇格蘭罪行——導致幼童在涉及性的行為進行期間在場

7.58 《蘇格蘭法令》第 22 條訂立了類似罪行，稱為“導致幼童在涉及性的行為進行期間在場”。該罪行涵蓋以下情況：某人（甲）故意在一名 13 歲以下兒童（乙）在場下進行涉及性的行為；或導致乙在第三者進行涉及性的行為期間在場。甲的行為必須是為了得到性滿足或為了使乙感到受侮辱、困擾或驚恐，才會構成罪行。¹⁷

兒童可能親身在場或通過網絡攝影機觀看

7.59 這項罪行旨在涵蓋的情況，是有人在兒童在場下進行某種涉及性的行為。犯罪者進行涉及性的行為時，該名兒童可能是親身在場，也可能是身在別處而影像是通過好像網絡攝影機的途徑看到的。下舉兩宗案件為例。

7.60 在 *R v Pedley Re Martin* 案中，¹⁸ 被控人是一名 41 歲的男子。他對小女孩存有幻想，在日記內寫下了對年少女童的性幻想，用詞令人厭惡。在一段大約三個月的期間，他習慣把車四處兜轉，在學校或超級市場外面尋找年少女童來窺看，然後在車上手淫。他會攝錄自己所作行為，並拍下所窺看的其中一些女童。有若干次他故意向女童露體，一些女童清楚看到他在做甚麼；其中一次他更走出車外繼續手淫，但沒有走近他正在窺看的女童。其後，他在兩次行事後被捕。他承認兩項在 13 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為罪，違反《性罪行法令》第 11 條。

¹⁶ Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大學出版社，2004 年)，第 66 頁。

¹⁷ 《蘇格蘭法令》第 22(1)及(2)條訂明：

“(1) 如任何人（‘甲’）——

(a) 故意進行涉及性的行為並且為了第(2)款所述目的而在一名未滿 13 歲的兒童（‘乙’）在場下進行，或

(b) 故意並且為了第(2)款所述目的而導致乙在第三者進行涉及性的行為期間在場，

甲即屬犯一項稱為導致幼童在涉及性的行為進行期間在場的罪行。

(2) 該等目的為——

(a) 得到性滿足，

(b) 使乙感到受侮辱、困擾或驚恐。”

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

7.61 在 *R v Abbondandolo* 案中，¹⁹ 被控人在互聯網聊天室自稱是 14 歲男童，結識了一名 12 歲的女童和她的 13 歲表哥後，三人開始聊天。被控人邀請他們到一個私隱度較高的伺服器上聊天，又要求女童開啟網絡攝影機，女童也向他作出同樣要求。被控人照辦，女童發現被控人並非聲稱的 14 歲。被控人對她說，自己其實 28 歲。他取得了女童的流動電話號碼，給她打電話，又說稍後會再打。過了幾天，他再聯絡女童，但不知女童的母親當時在房間內。被控人以為對方是 12 歲女童，向她問了一些涉及性的問題，接著便在網絡攝影機前露體，並開始手淫。女童的母親用流動電話拍下被控人面貌和勃起陽具的照片，然後報警。警方很快到場。電腦上一些與被控人聊天的內容被打印出來。被控人被捕時，警方又從他的電腦找到 48 幅不雅影像，其中 44 幅屬第一級別。他承認所有案情，被裁定在兒童在場下進行涉及性的行為罪名成立。

被控人的年齡

7.62 英格蘭罪行只能夠由成年人（即 18 歲或以上的人）對 13 歲以下兒童干犯。然而，如被控人為 18 歲以下，則可根據第 13 條被控以最高刑罰較低的另一項罪名。²⁰ 至於蘇格蘭罪行，則沒有指明被控人的年齡。換言之，蘇格蘭罪行均可由成年人或兒童干犯。²¹

7.63 蘇格蘭模式讓法官可以根據案情在合理情況下行使判刑酌情權，向兒童罪犯施加比成年人罪犯較輕的刑罰。²² 我們贊成這種模式，認為不應指明被控人的年齡。

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

²⁰ 《英格蘭法令》第 13 條訂明：

- “(1) 一名 18 歲以下的人作出若滿 18 歲則根據第 9 至 12 任何一條屬犯罪的事情，即屬犯〔兒童或少年人犯兒童性罪行〕罪。
- (2) 任何人犯本條所訂罪行——
- (a) 一經循簡易程序定罪，可處不超過 6 個月的監禁或不超過法定最高限額的罰款或兼處監禁及罰款；
- (b) 一經循公訴程序定罪，可處不超過 5 年的監禁。”

²¹ 《蘇格蘭法令》中另有一系列侵犯較年長兒童（即年滿 13 歲但未滿 16 歲者）的罪行，只可用以控告 16 歲或以上的人（見《蘇格蘭法令》第 28-36 條）。

²² 在涉及兒童罪犯的案件中，控方亦可行使檢控酌情權，以確保只會將合適的案件提交法庭。

行為目的超越性滿足

英格蘭罪行

7.64 如甲的行為旨在得到性滿足，便構成英格蘭罪行。被控人的目的可以涉及短期和長期的性滿足兩者，也可以涉及即時和延後的性滿足兩者。²³

7.65 在 *Regina v Abdullahi* 案中，²⁴ 被告人被控導致兒童觀看性行為罪（《2003 年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 2003*）第 12(1) 條）。根據第 12(1) 條，一名 18 歲或以上的人為了得到性滿足而故意導致一名 16 歲以下的人觀看任何人進行涉及性的行為的影像，即屬犯罪。案中被告人是 30 歲出頭的男子，對方是 13 歲男童。被告人向男童播放一齣描劃男女性行為的色情電影，以及一齣描劃同性間涉及性的行為的電影。

7.66 法官在審訊中引導陪審團，指在定罪前先要信納被告人向男童播放該等電影是為了得到性滿足，方式可以是享受看著男童觀看有關影像而得到性滿足，也可以是令男童萌生慾念而稍後給予他性滿足。

7.67 被告人被裁定罪名成立。他提出上訴，理由是法官給予陪審團的指引超越被告人的即時性滿足而包含延後滿足的元素，而這並非《2003 年性罪行法令》第 12(1) 條的原意。

7.68 該項上訴被駁回。上訴法庭裁定，《2003 年性罪行法令》第 12 條的措詞並沒有令人理解為只有性滿足和影像展示是同時、同期或同步發生才算犯罪。被告人的目的可以是得到任何形式的性滿足，不論是短期或長期、即時或延後，或是即時加延後的性滿足，均可構成罪行。

7.69 舉例而言，如有人為了得到性滿足而強迫兒童觀看兩個人性交或強迫兒童觀看色情電影，即屬犯此罪行。²⁵

蘇格蘭罪行

7.70 甲的行為若是為了得到性滿足或為了使乙感到受侮辱、困擾或驚恐，便會構成蘇格蘭罪行。²⁶

²³ *Regina v Abdullahi*，出處同上，判決書第 17 段。

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

²⁵ 《2003 年性罪行法令》註釋，第 21 段。

7.71 我們贊成蘇格蘭的模式，即把行為目的擴大至使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐。我們認為，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐而進行涉及性的行為，對兒童的潛在傷害等同為了得到性滿足而進行涉及性的行為。這樣的行為是可構成罪責的，應按刑事法懲處。

7.72 我們因此建議，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。我們認為，這項罪行元素亦應適用於我們所討論的與被控人行為的目的相關的其他罪行。

犯罪者導致兒童在第三者進行涉及性的行為時在場應否構成罪行？

7.73 犯罪者“導致乙在第三者進行該行為期間在場”，亦構成蘇格蘭罪行。²⁶ 我們認為應採納蘇格蘭罪行的這項犯罪元素。不論是犯罪者在兒童在場下進行涉及性的行為，或是犯罪者導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場，對兒童造成的傷害是一樣的。

7.74 在保護原則下，兒童應受保護免因以下情況而受性剝削：犯罪者為了得到性滿足，或為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐而在兒童在場下進行涉及性的行為。同樣地，犯罪者導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場亦屬性剝削，兒童亦應就此受到保護。我們因此建議訂立一項涉及 13 歲以下幼童的新罪行，以涵蓋該等刑事行為。我們亦建議訂立一項涉及 16 歲以下兒童的同類罪行，以保護較年長兒童。

建議 13

我們建議，新法例中應包括一項“在 13 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 22 條。

我們亦建議訂立一項“在 16 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的同類罪行。

²⁶ 犯罪者令該名兒童在場，目的必須是為了使該名較年長兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。若有人在其他情況下令兒童在場便不算犯此罪行。舉例而言，父母在與已入睡嬰兒同處一室時進行涉及性的行為，便不算犯此罪行（見蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007 年 12 月），Scot Law Com No. 209，第 157 頁。

²⁷ 《蘇格蘭法令》第 22(1)(b)條。

導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場，亦應構成上述兩項罪行。此外，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

導致兒童觀看性行為／導致幼童觀看性影像

英格蘭罪行 — 導致兒童觀看性行為

7.75 《英格蘭法令》第 12 條規定，如一名 18 歲或以上的人（甲）為了得到性滿足而故意導致一名 16 歲以下兒童（乙）觀看第三者進行涉及性的行為，或觀看任何人進行涉及性的行為的影像，即屬犯“導致兒童觀看性行為”罪。如乙為 13 歲或以上但未滿 16 歲，則控方必須證明甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上。²⁸

有關行為的不道德目的可與其他正當目的並存

7.76 被告人為了得到性滿足的目的可能與另一正當目的並存。舉例而言，有時為了教學或醫學原因而向兒童展示性影像是恰當的，因此罪責只會落在為了得到性滿足的不道德目的上。²⁹

蘇格蘭罪行 — 導致幼童觀看性影像

7.77 《蘇格蘭法令》第 23 條訂有“導致幼童觀看性影像”的類似罪行。如任何人（甲）故意導致一名 13 歲以下兒童（乙）觀看性影像，甲即屬犯此罪行。甲的行為必須是為了得到性滿足或為了使乙感到受侮辱、困擾或驚恐，才會構成這項罪行。³⁰

²⁸ 《英格蘭法令》第 12(1)條訂明：

- “(1) 如有以下情況，一名 18 歲或以上的人（甲）即屬犯〔導致兒童觀看性行為〕罪——
- (a) 為了得到性滿足，他故意導致另一人（乙）觀看第三者進行某項行為，或觀看任何人進行某項行為的影像，
 - (b) 該項行為是涉及性的，及
 - (c) 以下其中一種情況——
 - (i) 乙為 16 歲以下而甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上，或
 - (ii) 乙為 13 歲以下。”

²⁹ *Regina v Abdullahi* [2006] EWCA Crim 2060；[2007] 1 W.L.R. 225，判決書第 16 段。

³⁰ 《蘇格蘭法令》第 23(1)及(2)條訂明：

- “(1) 如任何人（‘甲’）故意並且為了第(2)款所述目的而導致一名未滿 13 歲的兒童（‘乙’）觀看性影像，甲即屬犯一項稱為導致幼童觀看性影像的罪行。
- (2) 該等目的為——
- (a) 得到性滿足，
 - (b) 使乙感到受侮辱、困擾或驚恐。”

7.78 蘇格蘭罪行涵蓋單一種行為，即導致兒童觀看性影像的行為。對比之下，英格蘭罪行則涵蓋兩種行為，即(i)導致兒童觀看第三者進行涉及性的行為；及(ii)導致兒童觀看任何人進行涉及性的行為的影像。

7.79 我們認為只涵蓋導致兒童觀看性影像的行為的蘇格蘭模式較為可取，理由是我們在前文建議訂立的在 13 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為的罪行，應已涵蓋犯罪者導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場的情況。

7.80 現時並無罪行涵蓋導致幼童觀看性影像的行為。按照保護原則，有需要訂立新罪行，以保護幼童免受這種出於個人性動機的性剝削。因此，我們認為應該訂立新罪行，以涵蓋這種侵犯 13 歲以下幼童的行為。此外，現時亦無罪行涵蓋導致較年長兒童觀看性影像的行為，我們認為應該訂立同類罪行，以涵蓋有關行為。

影像的定義

7.81 還有一個議題，是關於“性影像”一詞的。《蘇格蘭法令》已就有關罪行界定該詞。

7.82 《蘇格蘭法令》第 23(3)條訂明：

“就第(1)款而言，性影像指以下影像（不論以何種方式製作，亦不論是否活動影像）——

- (a) 甲在進行涉及性的行為或第三者或假想的人在進行涉及性的行為，
- (b) 甲的生殖器官或第三者或假想的人的生殖器官。”

7.83 我們認為應該採納《蘇格蘭法令》中性影像的定義，理由是該定義對本質涉及性的影像的各種可能情況作出了全面界定，特別是顧及了“一個可能出現的問題，就是涉及性的行為的影像不一定描劃真人，也可以是以電腦製作的人的影像”。³¹

³¹ 蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），Scot Law Com No. 209，第 3.60 段。

建議 14

我們建議，新法例中應包括一項“導致 13 歲以下兒童觀看性影像”的罪行，其內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 23 條。

我們亦建議訂立一項“導致 16 歲以下兒童觀看性影像”的同類罪行。

被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 23(3) 條中性影像的定義應予採納。

附帶事宜

7.84 下文將討論“安排或利便干犯兒童性罪行”罪，以及一些與涉及兒童的罪行有關的附帶事宜。

7.85 應注意的是，在《英格蘭法令》中，“安排或利便干犯兒童性罪行”罪適用於所有 16 歲以下兒童。換言之，該罪行同樣適用於 13 歲以下兒童及年滿 13 歲但未滿 16 歲的兒童。

安排或利便干犯兒童性罪行

7.86 《英格蘭法令》第 14(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人即屬犯〔“安排或利便干犯兒童性罪行”〕罪——

- (a) 該人故意安排或利便在世界任何地方作出某事情，而該事情是該人擬作出、擬由另一人作出或相信另一人會作出的，及
- (b) 作出該事情涉及干犯第 9 至 13 條所指的任何罪行。”

7.87 因此，上述罪行涵蓋的情況是任何人（甲）故意：

- (i) 安排或利便作出某項甲擬作出的行為；
- (ii) 安排或利便作出某項甲擬由另一人（乙）作出的行為；
- (iii) 安排或利便作出某項甲相信乙會作出的行為，

而該行為是在世界任何地方作出的，並且涉及干犯第 9 至 13 條所指的兒童罪行。³²

干犯有關罪行的例子

7.88 以下是干犯有關罪行首兩個部分的例子：某人（甲）接觸代理人，要求代理人促使某兒童與甲本人或一個朋友進行涉及性的行為。在此情況下，不論上述涉及性的行為有否發生，亦已干犯有關罪行。³³

7.89 以下是干犯有關罪行第三個部分的例子：甲故意開車接載另一人（X）與某兒童會面，而甲相信 X 會與該兒童進行涉及性的行為。³⁴

有關罪行的例外情況

7.90 根據第 14(2)及(3)條，如某人的行為旨在保護有關兒童，則可獲豁免承擔有關罪行的法律責任。如某人為下述目的而行事，則他的行為即屬為了保護有關兒童：保護兒童以免其懷孕或感染經由性接觸傳染的疾病，保護兒童的人身安全，或向兒童提供意見以促進其情緒健康。上述例外情況只在下述條件下適用：該人的行為不是為了得到性滿足，亦不是為了導致或鼓勵構成第 9 至 13 條所指兒童性罪行的行為或導致或鼓勵兒童參與該行為。³⁵

³² 第 14 條中“安排或利便干犯兒童性罪行”罪所指的兒童罪行包括：與兒童進行涉及性的行為（第 9 條）、導致或煽惑兒童進行涉及性的行為（第 10 條）、在兒童在場下進行涉及性的行為（第 11 條）、導致兒童觀看性行為（第 12 條），以及兒童或少年人所犯的兒童性罪行（第 13 條）。

³³ 《2003 年性罪行法令》註釋，第 24 段。

³⁴ 《2003 年性罪行法令》註釋，第 24 段。

³⁵ 《英格蘭法令》第 14(2)及(3)條訂明：

- “(2) 如有以下情況，任何人不屬犯本條所訂罪行——
 - (a) 他安排或利便作出他相信另一人會作出的事情，但他不擬作出該事情，亦不擬由另一人作出該事情，及
 - (b) 屬第(1)(b)款範圍內的罪行是侵犯某兒童的罪行，而他的行為是為了保護該兒童。
- (3) 就第(2)款而言，如任何人為下述目的而行事——
 - (a) 保護兒童以免其感染經由性接觸傳染的疾病，
 - (b) 保護兒童的人身安全，
 - (c) 預防兒童懷孕，或
 - (d) 向兒童提供意見以促進其情緒健康，

7.91 上述免責辯護適用的一個例子，就是醫護人員為一名 14 歲女童提供避孕藥物或避孕用品，以預防疾病或懷孕。然而，即使有這項免責辯護的規定，由於醫護人員不應導致、安排、利便或鼓勵任何人干犯兒童罪行，因此該人員理應警告該兒童，指出如果她和伴侶真的進行任何涉及性的行為，她和伴侶兩人便會干犯罪行。³⁶

有關罪行的範圍較企圖犯罪為廣並自成完整罪行

7.92 上訴法庭在 *Regina v Robson* 案中指出，³⁷ “安排或利便干犯兒童性罪行”罪（《英格蘭法令》第 14 條）對預備步驟施加了刑事法律責任，以防止兒童遭受性侵犯。有關法例旨在涵蓋的情況，是在兒童尚未實際受害前，令犯罪者因為採取了預備侵犯兒童的步驟而有罪。雖然有關行為屬預備性質，但第 14 條所訂立的是實質罪行。

7.93 *Regina v Robson* 的案情，說明了有關罪行可有效地在兒童尚未實際受害前，將採取預備侵犯兒童的步驟的戀童癖者繩之於法。案中被控人是一名妓女的顧客，而該妓女是控方主要證人。2007 年 3 月，被控人問該妓女是否認識任何年幼妓女，以及她是否願意“與狗同行”（go with a dog）。妓女說不認識任何年幼女童，但被控人仍不肯罷休，向她傳送文字短訊，問可否找到這樣的年幼女童。妓女沒有答應，也沒有讓被控人有理由相信她會這樣做。妓女將此事向警方報告。後來被控人被拘捕，他正式承認自己傳送了兩則文字短訊。他被控干犯安排或利便干犯兒童性罪行的整項罪行。主審法官認為即使被控人一再提出有關要求，但該要求也只是企圖犯罪的預備行為而已，因此判被控人罪名不成立。控方就此提出上訴。

7.94 在上訴聆訊中，上訴法庭認為被控人提出的要求是干犯整項罪行前需要作出的最後一步，所以控告被控人企圖干犯有關的實質罪行並無不當。因此，控方上訴得直，案件發還重審。

7.95 重審時，被控人被裁定企圖干犯“安排或利便干犯兒童性罪行”的整項罪行罪名成立。被控人其後就定罪提出上訴，這是有關該案的第二次上訴（第一次是上文所述由控方提出的上訴）。在第二次上訴中，上訴法庭批評重審時主審法官對陪審團作出的總結，認為有關總結在整體理解上似乎向陪審團發出了一個清楚的訊

而該人的行為不是為了得到性滿足，亦不是為了導致或鼓勵構成屬第(1)(b)款範圍內的罪行的行為或導致或鼓勵兒童參與該行為，則他的行為即屬為了保護有關兒童。”

³⁶ Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大學出版社，2004 年)，第 70 頁。

³⁷ *Regina v Robson* [2008] EWCA Crim 619; [2009] 1 W.L.R.713 (2008 年 1 月 16 日) 上訴法庭。

息，就是在該項企圖犯罪的控罪上，被控人並無答辯理由可供陪審團考慮。在此情況下，有關答辯理由便沒有公平和適當地交由陪審團考慮。上訴法庭因此判被控人上訴得直，撤銷定罪。然而，上訴法庭認為，為了司法公正（由於被控人上訴得直純因法官引導不當，而非案件具有理據），應以企圖干犯“安排干犯兒童性罪行”的整項罪行對被控人再次重審。³⁸ 在第二次重審中，被控人再被定罪。³⁹

7.96 我們認為，香港應訂立同類罪行。建議訂立的罪行可讓有關當局及早行動，將採取預備步驟以安排或利便他人侵犯兒童的戀童癖者繩之於法。在加強保護兒童免受性剝削方面，這會是重要一步。應該注意，建議訂立的罪行會涵蓋安排或利便干犯涉及同意年齡以下兒童的罪行。換言之，該罪行會同樣適用於 13 歲以下兒童及 16 歲以下兒童。

建議 15

我們建議，新法例中應包括一項“安排或利便干犯兒童性罪行”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪刑法令》第 14 條。

就協助、教唆和慫使他人干犯兒童性罪行而言健康及治療事宜屬例外情況

7.97 英國內政部檢討小組認為，就性健康事宜（如避孕等）向青少年人提供協助、意見、治療及支援的人，在正常情況下不應被視為協助和教唆他人干犯兒童性罪行：

“刑事法不得阻礙向青少年人提供關乎健康及關係問題的意見、指引或治療。我們將之視為對青少年人未來的健康和福祉至為重要的關鍵，而政府應付青少年懷孕問題的策略也是支持這個看法的。就性健康事宜（如避孕等）嘗試向青少年人提供協助、意見、治療及支援的人，在正常情況下不應被視為協助和教唆他人干犯

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

³⁹ 在第二次重審中，法庭判被控人監禁 3 年，並對其施加無限期的性罪行預防令。被控人就定罪及性罪行預防令向上訴法庭提出上訴，這是上訴法庭第三次審理該案。上訴法庭維持定罪判決，但將性罪行預防令的限期減為 5 年。（見 *Regina v John Paul Robson* [2009] EWCA Crim 1472; 2009 WL 1949616 (2009 年 6 月 23 日)）。

刑事罪行。沒有人希望作出阻嚇，令少年人不敢尋求上述協助，或令專業人士不敢提供這種協助。”⁴⁰

7.98 因此，檢討小組建議，“獲認可為就性健康事宜向兒童及少年人提供協助、意見、治療及支援的人，不應被視為協助和教唆他人干犯刑事罪行；就性健康事宜（包括避孕）尋求協助及意見的兒童及少年人，也不應被視為干犯有關罪行。”⁴¹

7.99 檢討小組的建議獲納入《英格蘭法令》第 73 條，該條訂明了協助、教唆和慫使⁴² 他人干犯第(2)款中涉及兒童的罪行的例外情況。⁴³ 在這些例外情況下，如某人的行事目的是保護兒童以免其感染經由性接觸傳染的疾病、保護兒童的人身安全、預防兒童懷孕或向兒童提供意見以促進其情緒健康，則可獲豁免法律責任。但這些例外情況適用的條件，只限於該人的行為不是為了得到性滿足，也不是為了導致或鼓勵構成第(2)款所列兒童性罪行的行為或導致或鼓勵兒童參與該行為。

7.100 我們贊同有關看法，認為就性健康事宜（如避孕）向少年人提供協助、意見、治療及支援的人，在正常情況下不應被視為協助和教唆他人干犯刑事罪行。否則，醫護人員便會有所顧忌，不敢就性事宜向少年人提供協助，而青少年也會怯於就性問題尋求適當

⁴⁰ 英國內政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences* (2000 年 7 月)，第 3.8.1 段。

⁴¹ 英國內政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences* (2000 年 7 月)，第 26 項建議。

⁴² 在香港，《刑事訴訟程序條例》（香港法例第 221 章）第 89 條就協助、教唆、慫使或促使他人犯罪作出規定，訂明：

“任何人協助，教唆，慫使或促使另一人犯任何罪行，即屬就同一罪行有罪。”

⁴³ 《英格蘭法令》第 73 條訂明：

“73 協助、教唆和慫使的例外情況

- (1) 如任何人為下述目的而行事——
 - (a) 保護兒童以免其感染經由性接觸傳染的疾病，
 - (b) 保護兒童的人身安全，
 - (c) 預防兒童懷孕，或
 - (d) 向兒童提供意見以促進其情緒健康，而該人的行為不是為了得到性滿足，亦不是為了導致或鼓勵構成有關罪行的行為或導致或鼓勵兒童參與該行為，則不會因協助、教唆或慫使他人干犯本條適用的侵犯兒童罪行而有罪。
- (2) 本條適用於——
 - (a) 第 5 至 7 條任何一條所訂的罪行（侵犯 13 歲以下兒童的罪行）；
 - (b) 第 9 條所訂罪行（與兒童進行涉及性的行為）；
 - (c) 第 13 條所訂罪行，而如果犯罪者年滿 18 歲則為第 9 條所訂罪行；
 - (d) 第 16、25、30、34 及 38 條任何一條所訂的侵犯 16 歲以下兒童的罪行（涉及性的行為）。
- (3) 本條並不影響規限任何人因協助、教唆或慫使他人干犯本部所指罪行而屬有罪的情況的其他成文法則或法律規則。

的專業協助及意見。我們認為新法例應訂明類似第 73 條中的例外情況。

7.101 第 73 條所訂明的是一般例外情況，適用於第(2)款中涉及兒童的罪行。如上所論，就安排或利便干犯兒童性罪行的罪行而言，《英格蘭法令》第 14 條訂有類似的例外情況，特定適用於安排或利便干犯兒童性罪行的罪行。鑑於第 73 條的一般例外情況與第 14 條的特定例外情況顯然有重疊之處，我們認為第 14 條的特定例外情況應歸入第 73 條的一般例外情況之內。

建議 16

我們建議應就協助、教唆和慫使他人干犯涉及兒童的罪行訂定例外情況，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 14 條，適用條件是有關的人旨在為下述目的行事：保護兒童以免其懷孕或感染經由性接觸傳染的疾病，保護兒童的人身安全，或向兒童提供意見以促進其情緒健康。

對一些涉及兒童的現有罪行的檢視

7.102 我們已在上文建議新訂多項涉及兒童的罪行，下文將檢視一些現有罪行，以考慮是否需要繼續保留。⁴⁴

與年齡在 13／16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 及 124 條）

7.103 這兩項現有罪行均指明性別，保護的是未足齡女童而非未足齡男童，並且只涵蓋陰道性交而並不涵蓋對兒童的肛門或口腔作出的插入式性侵犯。

7.104 我們認為，在新法例制定後應廢除上述兩項現有罪行。有關罪行現時涵蓋的刑事行為，將由建議訂立的以插入方式性侵犯 13 歲以下兒童及以插入方式性侵犯年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童這兩項

⁴⁴ 小組委員會在上一份諮詢文件中，籲請草擬有關法律的人員留意到訂立若干過渡安排的需要，以處理取代現有罪行的新罪行。見香港法律改革委員會《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月），第 2.45 段。

罪行涵蓋。建議訂立的罪行無分性別，涵蓋對兒童作出的插入式性侵犯，範圍不限於陰道性交。

建議 17

我們建議，在新法例制定後應廢除與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條）及與年齡在 16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 124 條）的罪行。

向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為（《刑事罪行條例》第 146 條）

7.105 這項罪行涵蓋的情況是“任何人與或向一名年齡在 16 歲以下的兒童作出嚴重猥褻作為，或煽惑一名年齡在 16 歲以下的兒童與他或她、向他或她、與另一人或向另一人作出此種作為”。

7.106 性罪行改革的一個重要目標，是務求使法律清晰明確。人們在考慮進行某種形式的涉及性的行為時，應該能夠知道或能夠毫無困難地確定他們有意做的事情是否合法。⁴⁵ 這項罪行的一項元素是作出或煽惑他人作出嚴重猥褻作為。如第 1 章所論，“嚴重猥褻作為”一詞缺乏準確定義，而案例中對這詞作出了多個可能的解釋。按照法律必須清晰明確的原則，我們認為在新法例制定後應廢除這項罪行。

7.107 英格蘭《1960 年與兒童作出猥褻行為法令》（Indecency with Children Act 1960）第 1 條中的相應罪行已被廢除。

7.108 現時由《刑事罪行條例》中這項罪行涵蓋的刑事行為，將由我們建議訂立的數項新罪行涵蓋，而新罪行會更加清晰明確。這些新罪行包括：性侵犯 13/16 歲以下兒童、導致或煽惑 13/16 歲以下兒童進行涉及性的行為、在 13/16 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為，以及導致 13/16 歲以下兒童觀看性影像。

⁴⁵ 蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007 年 12 月），Scot Law Com No 209，第 2.5 段。

建議 18

我們建議，在新法例制定後應廢除《刑事罪行條例》第 146 條中向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為的罪行。

男子與 21 歲以下女童作出肛交（《刑事罪行條例》第 118D 條）

7.109 我們認為，在新法例制定後應廢除男子與 21 歲以下女童作出肛交的罪行。這項罪行可基於多個理由而受到批評。首先，這項罪行指明性別，只涵蓋與女童作出的肛門性交。其次，這項罪行與 *Leung TC William Roy v SJ* 案中裁定可同意肛門性交的法定年齡（16 歲）並不相符。⁴⁶ 根據 *Leung TC William Roy* 案的判決，只要兩名同性戀伴侶均為 16 歲或以上，則他們進行肛交並非不合法。因此，如果兩名異性戀伴侶中女方為 16 歲或以上但未滿 21 歲，而他們不能合法進行經同意下的肛門性交，則對他們並不公平。

7.110 這項罪行涵蓋的行為，部分將由以陽具對 13/16 歲以下兒童作出插入行為，以及對 13/16 歲以下兒童作出插入行為這兩項建議訂立的罪行所涵蓋，而這兩項罪行均是無分性別的。

建議 19

我們建議，在新法例制定後應廢除《刑事罪行條例》第 118D 條中男子與 21 歲以下女童作出肛交的罪行。

涉及少年人的同性戀罪行

7.111 現時有兩項涉及少年人的同性戀罪行，即由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交（《刑事罪行條例》第 118C 條），以及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118H 條）。

⁴⁶ *Leung TC William Roy v SJ*, [2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004, 原訟法庭。上訴法庭維持了有關裁決(CACV 317/2005)。

7.112 第 118C 條規定，任何男子與年齡在 16 歲以下的男子作出肛交，或任何年齡在 16 歲以下的男子與另一名男子作出肛交，即屬犯罪。第 118H 條規定，任何男子與年齡在 16 歲以下的男子作出嚴重猥褻作為，或任何年齡在 16 歲以下的男子與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。（第 118C 條以往規定，任何男子與年齡在 21 歲以下的男子作出肛交，或任何年齡在 21 歲以下的男子與另一名男子作出肛交，即屬犯罪。第 118H 條以往規定，任何男子與年齡在 21 歲以下的男子作出嚴重猥褻作為，或任何年齡在 21 歲以下的男子與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。如第 2 章所論，上訴法庭維持原訟法庭在 *Leung TC William Roy v SJ* 案的裁決（即裁定當時的第 118C 及 118H 條違憲和無效，但以有關條文適用於 16 歲或以上但未滿 21 歲的男子的範圍為限）。⁴⁷ 《2014 年成文法（雜項規定）條例》（2014 年第 18 號條例）其後在 2014 年 11 月 26 日制定，以修訂當時的第 118C 及 118H 條，將該等條文中所有提述“21”之處代以“16”。）

7.113 我們認為，香港法例不應繼續保留該兩項同性戀罪行。按照無分性別和避免基於性傾向而作出區別的原則，同性戀罪行應予廢除。該兩項罪行所涵蓋的行為，部分會納入以下建議訂立的無分性別的罪行：以陽具對 13/16 歲以下兒童作出插入行為、對 13/16 歲以下兒童作出插入行為、性侵犯 13/16 歲以下兒童，以及導致或煽惑 13/16 歲以下兒童進行涉及性的行為。

7.114 英國在制定《2003 年性罪行法令》後，已廢除肛交及男子間作出猥褻行為的罪行（《1956 年性罪行法令》第 12 及 13 條）。

建議 20

我們建議，在新法例制定後應廢除由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交（《刑事罪行條例》第 118C 條）及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118H 條）的罪行。

⁴⁷ *Leung TC William Roy v SJ*, [2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004, 原訟法庭。上訴法庭維持了有關裁決(CACV 317/2005)。

拐帶罪行

7.115 《刑事罪行條例》第 126 條規定，任何人將一名年齡在 16 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，即屬犯罪。該條例第 127 條規定，任何人將一名年齡在 18 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，使她與多名或某一名男子非法性交，即屬犯罪。

7.116 這兩項拐帶罪行可予批評之處，是兩項罪行指明了性別，但欠缺合理理由解釋為何只適用於女童而不適用於男童。

7.117 由於兩項拐帶罪行在關乎女童參與涉及性的行為方面區分未婚及已婚女童，因此已不合時宜。再者，兩項罪行亦意味着如果未婚女童選擇離家以進行性行為，必須取得監護人或父母的批准。

7.118 英格蘭及威爾斯已在 2003 年廢除上述兩項以英格蘭《1956 年性罪行法令》的同類條文作為藍本的拐帶罪行。⁴⁸

7.119 我們並未發現有任何法庭案件的控罪涉及第 126 及 127 條中的兩項拐帶罪行，至少過去十年間沒有。有鑑於此，似乎沒有實際理由保留該兩項罪行。由於我們已建議新訂整個系列的涉及兒童及少年人的無分性別罪行，因此廢除成文法中的該兩項罪行不會減損對年幼女童的保護。

建議 21

我們建議，在新法例制定後應廢除拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（《刑事罪行條例》第 126 條）及拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交（《刑事罪行條例》第 127 條）的罪行。

⁴⁸ 見《2003 年性罪行法令》附表 7。

第 8 章 為性目的誘識兒童

引言

8.1 為性目的誘識兒童，是指戀童癖者為了對兒童作出構成性罪行的行為而“誘識”兒童的現象。戀童癖者會藉多次與兒童溝通來進行誘識，以博取兒童的信任和信心。這通常會以電子方式進行，並且普遍採用流動電話或互聯網。戀童癖者最終會安排與兒童會面，並意圖在會面時對兒童作出性侵犯。

8.2 英格蘭及威爾斯在 2003 年率先訂立專門針對為性目的誘識兒童的罪行。也有其他司法管轄區制定了法例訂立類似罪行，包括在 2005 年立法的新西蘭及蘇格蘭，以及在 2007 年立法的澳大利亞新南威爾士及新加坡。

英格蘭及威爾斯訂立為性目的誘識兒童這項新罪行的背景

8.3 英國曾發生多宗轟動的為性目的誘識兒童案件，其中一宗是 2003 年 10 月的邁克爾·偉勒（Michael Wheeler）案。偉勒在案中承認干犯 11 項侵犯女童的性罪行。從他“誘識”其中一名女童的手法，可以看到一個有戀童癖的危險人物，如何一開始透過網上聊天接觸易受傷害的女童，再博取其信任然後對她進行性侵犯。偉勒在該女童 11 歲時透過互聯網與她接觸，然後用兩年的時間加以“誘識”，方式為買禮物給她和帶她去看電影。他看準女童缺乏愛的性格，利用這點使女童在感情上依附他，把女童操縱至隨時可對父母說謊。據引述女童母親的話說，女兒被偉勒洗了腦。¹ 偉勒故意等到女童年滿 13 歲才與她性交，以免因為與 13 歲以下的女童性交而可被判處較高的刑罰。²

8.4 由於社會大眾對為性目的誘識兒童的問題日益普遍關注，英國內政部成立了互聯網保護兒童專責小組（Task Force on Child Protection on the Internet）。英國政府在該專責小組的建議下提議訂立一項新罪行，以打擊網絡內外為性目的誘識兒童的行為。這項新罪行

¹ "Chat room paedophile jailed", 英國廣播公司新聞, 2003 年 6 月 7 日星期六
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/2969020.stm> (於 2012 年 9 月 9 日下載)。

² Kim Stevenson, et al., *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大學出版社, 2004 年), 第 71 頁。

最終在英格蘭《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）第15條中制定。

有需要立法針對為性目的誘識兒童的行為

兒童及少年人越來越多使用互聯網

8.5 有意見認為必須立法針對為性目的誘識兒童的行為，因為激增的互聯網使用量促使我們更需要保護兒童及少年人，防止假借交友之名搜獵對象的變童癖者對他們進行性剝削。就此方面，新加坡的高級政務部長（Senior Minister of State）曾表示：

“我們在現實世界中致力保護未成人之餘，仍關注到互聯網使用量激增所帶來的一個新現象——性捕獵者潛行於網絡世界，假借交友之名搜獵對象。我曾在〔2007年〕7月17日告知本國會，與互聯網有關的性罪行雖然沒有顯著增加，不過由於涉及年輕的受害人，這方面仍然令人關注。我亦曾告知本國會，內政部考慮了本國會內外各方的意見，並且認同此趨勢只會加劇而不會減弱，已在考慮訂立一項為性目的誘識兒童的新罪行。因此，我們決定引入第376E條這項有關為性目的誘識16歲以下未成年人的新條文。”³

狎弄兒童及戀童癖罪行性質嚴重但常被嚴重低報

8.6 在新西蘭，有意見認為狎弄兒童及戀童癖罪行的比率被嚴重低報，而有關問題的嚴重性也沒有充分反映出來。就此方面，新西蘭聯合未來黨（United Future Party）的馬克·阿歷山大（Marc Alexander）曾說：

“本法案涉及很多性罪行、強姦等等，稍後我會談到關於誘識的法例。它亦在多方面打擊戀童癖罪行。有關罪行的比率顯然被嚴重低報，在狎弄兒童及戀童癖罪行方面尤甚。我們常聽到一些動聽的成功更生事例，還聽說這些人的再犯率低於其他罪行云云。但實際上並非如此。有研究顯示性罪行——尤其是戀童癖罪行，其再犯率在22年間可升逾七成之多。這似乎顯示

³ 高級政務部長何炳基副教授（A/P Ho Peng Kee）2007年10月22日在《刑事法典（修訂）法案》（Penal Code (Amendment) Bill）二讀時之發言，第38段。

這些罪犯多為聰明之輩。他們會從錯誤中學習，才不致那麼快便再次被捕。所以我認為，任何採取主動的做法，都是積極的一步，因為這種罪行不易察覺，並且會在受害人身上留下數十年也不能磨滅的烙印。”⁴

應在侵犯兒童的性罪行實際發生前採取預防措施

8.7 訂立關於為性目的誘識兒童的法例，好處在於讓警方能及早採取行動，對有跡象顯示有兒童及少年人受到侵犯或將會受到侵犯的個案作出調查。這可在侵犯兒童及少年人的性罪行實際干犯之前予以制止，又可阻嚇意欲犯案的性捕獵者，並且更能保護兒童及少年人免受性剝削。

8.8 以一些個案為例，如果父母或較年長的朋友得悉某兒童正被誘識，他們可向警方報案。之後警方便可及早採取行動，在互聯網上作出調查及防止有人對該兒童干犯任何性罪行。即使沒有足夠證據控告，警方對誘識兒童的案件作出調查的行動，對罪犯也會有阻嚇之效。

8.9 新加坡高級政務部長指出，就為性目的誘識兒童立法，“可讓執法機關介入，例如當兒童在互聯網上收到帶有性的意味的通訊，又或當兒童被看見在可疑的情況下與陌生人會面時，執法機關便可及早作出干預。這足以對意欲犯案的性捕獵者產生寒蟬效應，在阻嚇之餘也更容易捉拿些累犯不改的人。”⁵

8.10 新西蘭聯合未來黨的馬克·阿歷山大曾說：

“……這項法例其實正開始糾正一些過去一直存在的失衡之處。我們素來要等到罪行最終干犯時才能採取行動。這項措施則採取主動，既捉拿犯罪者又將促成罪行的行為刑事化。這措施為可能受害的人邁出了一大步，也為我國奉公守法及期望在罪行還未發生時受到保護的人民邁出了一大步。這項改變讓警方在任何涉及性的行為尚未發生之前作出拘捕，適用於一名成年人例如透過會面、電話交談、文字訊息及聊天室與

⁴ 新西蘭國會辯論（國會議事錄）（Hansard），《刑事罪行修訂法案（第2號）》（Crimes Amendment Bill (No. 2)）— 委員會審議階段，第二讀（2005年4月12日），馬克·阿歷山大（Marc Alexander）（聯合未來黨）（United Future Party）。

⁵ 《刑事法典（修訂）法案》二讀時之發言，出處同上，第42段。

一名 16 歲以下的兒童建立聯繫，在博取信任後安排會面，並意圖干犯性罪行的情況……”⁶。

8.11 綜上所述，我們認為有需要訂立一項涵蓋為性目的誘識兒童的新罪行，以加強對兒童的保護，防止戀童癖者藉建立聯繫（尤其是利用互聯網及其他科技之便）誘惑兒童以進行性剝削。新罪行可在任何涉及性的行為尚未進行之前保護兒童免受性侵犯，也可對意圖性剝削兒童的潛在犯罪者起阻嚇作用。

海外司法管轄區有關為性目的誘識兒童的法例

8.12 現於下文探討一些海外司法管轄區有關為性目的誘識兒童的法例。

英格蘭及威爾斯

8.13 《英格蘭法令》第 15 條訂明：

“15 為性目的誘識兒童後與其會面等

- (1) 如有以下情況，一名 18 歲或以上的人（甲）即屬犯罪——
 - (a) 在先前曾與另一人（乙）會面或通訊至少兩次後，他——
 - (i) 故意與乙會面，或
 - (ii) 意圖在世界任何地方與乙會面而出行，
 - (b) 在有關時間，他意圖在會面期間或之後及在世界任何地方對乙作出或作出關乎乙的任何事情，而該事情如已作出便涉及甲干犯一項有關罪行，
 - (c) 乙為 16 歲以下，及
 - (d) 甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上。

⁶ 新西蘭國會議辯論（國會議事錄），《刑事罪行修訂法案（第 2 號）》— 委員會審議階段，第三讀（2005 年 4 月 12 日），馬克·阿歷山大（聯合未來黨）。

(2) 在第(1)款中——

(a) 凡提述甲曾經與乙會面或通訊，即為提述甲曾經在世界任何地方與乙會面，或甲曾經從世界任何地方、向世界任何地方或在世界任何地方以任何方式與乙通訊；

(b) “有關罪行”指——

(i) 本部〔即第1部〕所訂罪行，⁷

(ii) 附表3第61至92段中任何一段所述罪行，或

(iii) 如在英格蘭及威爾斯以及北愛爾蘭境外作出便不屬第(i)或(ii)節所述罪行，但如在英格蘭及威爾斯作出便屬第(i)節所述罪行的任何事情。

(3) 在適用於北愛爾蘭時，本條中——

(a) 第(1)款在以“17”取代兩處的“16”後具有效力；

(b) 第(2)(b)(iii)款在以“如在北愛爾蘭作出便屬第(ii)節”取代“如在英格蘭及威爾斯作出便屬第(i)節”後具有效力。

(4) 任何人干犯本條所訂罪行——

(a) 一經循簡易程序定罪，可處不超逾6個月的監禁或不超逾法定最高限額的罰款，或兼處監禁及罰款；

(b) 一經循公訴程序定罪，可處不超逾10年的監禁。”

⁷ 《2003年性罪刑法令》分為三部。第一部涵蓋所有法定的性罪行。第二部涵蓋有關性罪犯的通告規定。第三部涵蓋包括生效日期和當時的簡稱等雜項事宜。由於第15條載於該法令第一部，所以第15(2)(b)(i)條中的“本部所訂罪行”是指在該法令中提及的任何一項性罪行。

英格蘭罪行的元素

8.14 英格蘭為性目的誘識兒童罪的基要元素如下：

- 一名 18 歲或以上的人（甲）故意與一名 16 歲以下的兒童（乙）會面或意圖與乙會面而出行；
- 甲先前曾與乙會面或通訊至少兩次；
- 甲意圖在會面期間或為與乙會面而出行時對乙干犯性罪行；
- 甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上。

英格蘭罪行涵蓋的情況

8.15 英格蘭罪行旨在涵蓋以下情況：一名成年人與一名兒童建立聯繫以取得該兒童的信任和信心，從而安排會面以達到他或她對該兒童干犯性罪行的目的。先前的聯繫可透過例如會面、電話交談或互聯網通訊等方式進行。⁸

8.16 在導致觸犯罪行的會面進行之前，犯罪者的行為可能明顯帶有性的含意，方式可能是該成年人與有關兒童談到想在會面時與其進行的涉及性的行為，或向其發送成人色情影像。⁹

8.17 不過，要導致觸犯罪行，先前的會面或通訊不一定要明顯帶有性的含意，例如可能只涉及該成年人給有關兒童上游泳課或透過朋友偶遇有關兒童。¹⁰

8.18 雖然先前的會面或通訊不一定要明顯帶有性的含意，但有一點必須確立：該成年人與有關兒童會面或為與有關兒童會面而出行，是帶有對其干犯性罪行的意圖。要證明該成年人的意圖，可以援引其與有關兒童在會面前的通訊作為證據，也可以用例如該成年人帶着涉及性的用品（如安全套或潤滑劑）赴會等其他情況作為證據。¹¹

8.19 這項罪行屬於預防性質的罪行，意圖干犯的性罪行不一定要發生才會導致觸犯這項罪行。就上文提到的偉勒索為例，“誘識者”安排與兩名女童會面，他或她在真正與有關兒童見面或在依時到

⁸ 《2003 年性罪行法令說明》（Explanatory Notes to the Sexual Offences Act 2003），第 27 段。

⁹ 《2003 年性罪行法令說明》，出處同上，第 27 段。

¹⁰ 《2003 年性罪行法令說明》，出處同上，第 27 段。

¹¹ 《2003 年性罪行法令說明》，出處同上，第 28 至 29 段。。

約定地點赴約的途中被警方捉拿之時，已干犯了這項罪行。¹² 有關曾經通訊至少兩次的要求，是為了顯示有關行為的持續性和連貫性。¹³

新西蘭

8.20 據新西蘭聯合未來黨的馬克·阿歷山大所言，新西蘭選擇英格蘭模式，是因為英國被認為是“〔就為性目的誘識兒童〕立法的先驅”。¹⁴

8.21 新西蘭《1961年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）於2005年修訂，制定新的第131B條以訂立“為性目的誘識少年人後與其會面等”的新罪行。¹⁵ 第131B條訂明：

“131B 為性目的誘識少年人後與其會面等

(1) 任何人如有以下情況，可處不超逾7年的監禁——

(a) 他或她在先前曾與一名16歲以下的人（該少年人）會面或通訊後，作出以下其中一項行動：

- (i) 故意與該少年人會面；
- (ii) 意圖與該少年人會面而出行；
- (iii) 意圖使該少年人與他或她會面而安排或慫恿該少年人出行；及

(b) 他或她在作出有關行動時，意圖——

- (i) 對該少年人作出一項行動，而該項行動如在新西蘭作出，便會干犯本部、或第98AA(1)條第(a)(i)、(d)(i)、(e)(i)、(f)(i)段中任何一段所訂的罪行；或
- (ii) 使少年人對他或她作出某項行為，而該項行為如果經他或她容許在新西蘭作

¹² Kim Stevenson，出處同上，第72頁。

¹³ Kim Stevenson，出處同上，第72頁。

¹⁴ 新西蘭國會議辯論（國會議事錄），《刑事罪行修訂法案（第2號）》— 委員會審議階段，第三讀（2005年4月12日），馬克·阿歷山大（聯合未來黨）。

¹⁵ 第131B條於2005年5月20日藉着《2005年刑事罪行修訂法令》（Crimes Amendment Act 2005）（2005年第41號）（新西蘭）第7條加入。

出，他或她本身即會因該行為的作出而干犯本部所訂的罪行。

- (1A) 如犯罪者在作出第(1)款所述的任何行動時，相信一名假扮 16 歲以下少年人的警員（該假裝少年人）為一名 16 歲以下的少年人，則本條凡提述一名 16 歲以下的少年人或該少年人，即包括提述該假裝少年人。¹⁶
- (2) 被控干犯第(1)款所訂罪行的人，如證明有以下情況，可以此作為免責辯護——
- (a) 在他或她作出有關行動之前，他或她已採取合理步驟以查明該少年人是否為 16 歲或以上；及
- (b) 在他或她作出有關行動時，他或她基於合理理由相信該少年人為 16 歲或以上。”

8.22 新西蘭所訂的為性目的誘識兒童罪行，大體上以英格蘭相應的罪行為藍本，但在四個重點上有別於英格蘭罪行。第一，新西蘭罪行只要求被控人先前曾與有關兒童會面或通訊一次，而英格蘭罪行則要求至少兩次。第二，新西蘭罪行亦可由意圖與有關兒童會面而安排出行此元素所構成。第三，新西蘭法例包含了一項假裝少年人條文，讓警方可進行秘密喬裝行動（有關此條文的討論見下文）。第四，被控人對有關兒童年齡的合理相信問題，在英格蘭罪行中是罪行構成元素，在新西蘭罪行中則為免責辯護。

新加坡

8.23 新加坡《刑事法典》（Penal Code）於 2007 年修訂，在第 376E 條中，為訂立“為性目的誘識 16 歲以下未成年人”的新罪行而訂定條文。第 376E(1)條訂明：

“為性目的誘識 16 歲以下未成年人

- 376E. - (1)** 任何 21 歲或以上的人（甲）在先前曾與另一人（乙）會面或通訊兩次或以上後，如有以下情況，即屬犯罪——

¹⁶ 2012 年 3 月 19 日在新西蘭生效的《2011 年（第 3 號）刑事罪行修訂法令》（Crimes Amendment Act (No 3) 2011）將第 131B(1A)條加入法例中。

- (a) 甲故意與乙會面或意圖與乙會面而出行；及
- (b) 在作出(a)段提述的行動時——
 - (i) 甲意圖在與乙會面期間或之後對乙作出或關乎乙而作出任何行動，而該行動如已作出便涉及甲干犯一項有關罪行；
 - (ii) 乙為 16 歲以下；及
 - (iii) 甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上。”

8.24 新加坡罪行以英格蘭罪行為藍本，兩者的元素大致相同，特別是新加坡法例也要求被控人先前須曾與有關兒童會面或通訊至少兩次。

蘇格蘭

8.25 《2005 年保護兒童及防止性罪行（蘇格蘭）法令》（Protection of Children and Prevention of Sexual Offences (Scotland) Act 2005）第 1(1)條就“經某些初步接觸後與兒童會面”的罪行訂定條文。¹⁷ 第 1(1)條訂明：

“1 經某些初步接觸後與兒童會面

(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——

- (a) 在先前曾與另一人（乙）會面或通訊至少一次後，甲——
 - (i) 故意與乙會面；
 - (ii) 意圖在世界任何地方與乙會面而在世界任何地方出行；或
 - (iii) 意圖在世界任何地方與乙會面而在世界任何地方作出安排，使乙在世界任何地方出行；

¹⁷ 蘇格蘭的誘識兒童罪行即使在《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）其後制定時仍被保留。

- (b) 在有關時間，甲意圖——
 - (i) 在會面期間或之後；及
 - (ii) 在世界任何地方；
 在涉及乙或乙在場時進行非法的涉及性的行為；
- (c) 乙——
 - (i) 為 16 歲以下；或
 - (ii) 為一名警員；
- (d) 甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上；及
- (e) 屬以下至少一種情況——
 - (i) (a)段提述的一次（或如多於一次則為其中一次）先前的會面或通訊，是與蘇格蘭有關連的；
 - (ii) 該段第(i)節提述的會面，或該段第(ii)節提述的出行，或該段第(iii)節提述的作出安排（視屬何情況而定），是與蘇格蘭有關連的；
 - (iii) 甲是英國公民或是居於聯合王國的居民……”

澳大利亞

8.26 澳大利亞大部分州份都有法例訂明為性接觸的目的誘識兒童屬於刑事罪行，¹⁸ 尤其是新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act

¹⁸ 聯邦（《1995 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1995）第 474.26、474.27 條），澳洲首都地區（《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第 66 條），昆士蘭（《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 218A 條），北領地（《刑事法典法令》（Criminal Code Act）第 131 及 132 條），南澳大利亞（《1935 年刑事法綜合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第 63B 條），塔斯曼尼亞（《1924 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1924）第 125D 條），以及西澳大利亞（《刑事法典》（Criminal Code）第 204B 條）。（資料來源：澳洲政府：Australian Institute of Criminology, “Online child grooming laws”, High Tech Crime Brief (2008 年第 17 號)。

1900) , 該法令在 2007 年加入 “誘識兒童後與其會面” 的新罪行。¹⁹ 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》第 66EB(2A)條訂明：

“(2A) 誘識兒童後與其會面

凡有成年人：

- (a) 故意與一名兒童會面，或意圖與一名兒童會面而出行，而該兒童曾經被該成年人為性目的誘識，²⁰ 及
- (b) 在如此行事時，意圖促使該兒童與該成年人或任何其他人士進行非法的涉及性的行為，

即屬犯罪……”

新罪行應否要求先前的會面或通訊只為一次或至少兩次？

8.27 要構成新西蘭法例中的為性目的誘識兒童罪行，犯罪者與一名 16 歲以下的兒童會面或為與其會面而出行（並意圖對其干犯性罪行）之前，須曾經與該兒童會面或通訊一次。同樣地，蘇格蘭所訂的經某些初步接觸後與兒童會面的罪行，也要求犯罪者與受害人之間只需一次先前的會面或通訊。

8.28 新南威爾士法例採用的模式稍為不同。就新南威爾士罪行而言，一名成年人與一名兒童會面，或為與一名兒童會面而出行，而該兒童 “曾經被該成年人為性目的誘識”，即導致觸犯該罪。如該成年人先前曾作出一次或多次令有關兒童接觸不雅物品的行為，則有關兒童已被人 “為性目的誘識”。²¹ 換言之，新南威爾士罪行要求的是先前曾令兒童接觸不雅物品至少一次，而不是像本研究探討的所有其他司法管轄區般，純粹要求先前曾進行會面或通訊（一次或多次）。

8.29 相對而言，英格蘭和新加坡的法例規定，犯罪者須先前曾與一名 16 歲以下的兒童會面或通訊至少兩次。

¹⁹ 藉《2007 年刑事罪行修訂（促使兒童作出涉及性的行為或為性目的誘識兒童）法案》（Crimes Amendment (Sexual Procurement or Grooming of Children) Bill 2007）引入。該法案由 2007 年第 74 號法令（Act 2007 No.74）制定，並於 2007 年 12 月 7 日獲得批准。

²⁰ 成年人如有以下情況，已屬為性目的誘識兒童：“如該成年人之前曾一次或多於一次作出令該兒童接觸不雅物品的行為。”（《1900 年刑事罪行法令》（新南威爾士，第 66EB(2B)條）。

²¹ 第 66EB(2B)條，出處同上。

8.30 第一項爭議是新罪行應否要求，先前曾令兒童接觸不雅物品（一次或多次）（新南威爾士的模式），抑或先前曾進行會面或通訊（一次或多次）（英格蘭及威爾斯、新西蘭、新加坡以及蘇格蘭的模式）。我們不贊成採用在新南威爾士法例中的模式。為進行涉及性的行為而誘識兒童的戀童癖者不一定會令兒童接觸不雅物品。誘識兒童可以用很多不同的方式進行，例如買禮物給兒童或帶兒童到他或她喜歡的玩樂場所。

8.31 接着的爭議是新罪行應否要求犯罪者先前曾與受害兒童會面或通訊，只為一次（新西蘭及蘇格蘭的模式）或至少兩次（英格蘭及新加坡的模式）。我們認為“誘識”是一個長期、有計劃和持續的過程，如果只要求先前曾與有關少年人會面或通訊一次便可構成犯罪，未免過於苛刻。故此，我們不贊成採用新西蘭及蘇格蘭的模式。

8.32 我們認為新罪行應如此構成：犯罪者在先前曾與某兒童會面或通訊至少兩次後，進而與該兒童會面或為與該兒童會面而出行，並意圖對該兒童干犯性罪行。

新罪行的構成是否也應包括安排出行？

8.33 新西蘭所訂的為性目的誘識兒童罪，其構成也包括意圖與兒童會面而安排出行。

8.34 我們認為新西蘭模式有可取之處。將安排出行包括在內，便不需要就難以證明的企圖犯罪行為作出證明。我們認為應採用新西蘭模式，這樣就不會牽涉到有關企圖犯罪行為的法律方面的問題。

新西蘭有關為性目的誘識兒童的法例中的假裝少年人條文

8.35 新西蘭有關為性目的誘識兒童的法例於 2011 年進行改革，以便警方透過秘密喬裝行動來捉拿犯罪者（尤其是網上誘識兒童者）。有關改革包含於《2011 年（第 3 號）刑事罪行修訂法令》（Crimes Amendment Act (No 3) 2011）第 5 條，該法令於 2012 年 3 月 19 日在新西蘭生效。

8.36 新的假裝少年人條文，現時載於《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)條。該條文訂明：

“(1A) 如犯罪者在作出第(1)款所述的任何行動時，相信一名假扮 16 歲以下少年人的警員（該假裝少年人）為一名 16 歲以下的少年人，則本條凡提述一名 16 歲以下的少年人或該少年人，即包括提述該假裝少年人。”

假裝少年人條文的用意

8.37 新的假裝少年人條文，容許在以下情況作出檢控：被控人相信自己正在與一名 16 歲以下的人通訊，但事實上他或她正在與一名以喬裝身分行事的警員通訊。²²

假裝少年人條文可取之處

8.38 我們認為新西蘭的假裝少年人條文有可取之處。就着為性目的誘識兒童的案件而言，被戀童癖者誘識的兒童或會在調查中拒絕與警方合作。為了有效地調查案件，警務人員可假扮兒童與誘識者通訊。警方可防患於未然，在兒童實際上被性侵犯前提拿誘識者。

8.39 因此，我們認為新西蘭的假裝少年人條文應予採用。

對兒童年齡的合理相信問題，應屬於罪行構成元素還是免責辯護？

8.40 根據英格蘭的條文，被控人在有關罪行發生時並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，是一項罪行構成元素（罪行構成元素模式）。相對來說，根據新西蘭的條文，被控人在該罪行發生時合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，則是一項免責辯護（免責辯護模式）。

8.41 在大部分為性目的誘識兒童的案件中，被控人和兒童之間都沒有身體接觸。故此，被控人可能難以採取合理步驟確定有關兒童是否為 16 歲或以下。此外，為性目的誘識兒童的案件對兒童的傷害較其他案件為少，因為該罪行屬於預防性質的罪行，而且並非因受害人受到實際傷害而要懲處被控人。要求被控人證明他合理地相信兒童的年齡，未免太過苛刻。因此我們認為，為性目的誘識兒童的罪行應採用罪行構成元素模式，也就是說控方將有舉證責任，須在無合理疑點下證明被控人並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上。

²² 新西蘭司法部報告書：《刑事罪行修訂法案（第 2 號）》（2011 年 7 月），第 5 頁。

建議 22

我們建議，新法例應包括一項“為性目的誘識兒童”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 15 條。²³

我們亦建議，除了與兒童會面或意圖與兒童會面而出行外，意圖與兒童會面而安排出行也可構成為性目的誘識兒童。

我們亦建議，被控人在罪行發生時並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，應屬罪行構成元素。

我們亦建議，應採用新西蘭《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)條中的“假裝少年人”條文。

²³ 我們已（在第 3 章的建議 5）建議，“所建議訂立的涉及兒童及少年人的罪行，可由成年罪犯或兒童罪犯干犯，故有關法例無須指明罪犯的年齡”。因此，在參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 15 條的內容而採用為性目的誘識兒童罪行時，我們不會跟隨在該條中指明被控人須為 18 歲或以上的做法。換言之，我們建議為性目的誘識兒童的罪行可由任何年齡的人干犯。

第 9 章 現有關於精神上無行為能力的人的罪行概覽及所出現的問題

現有罪行

9.1 現時，《刑事罪行條例》第 118E、118I、125 及 128 條和《精神健康條例》65(2)條訂有關於精神上無行為能力的人的特定罪行。

男子與精神上無行為能力的人作出肛交

9.2 根據《刑事罪行條例》第 118E 條，任何男子與一名精神上無行為能力的人作出肛交，即屬犯罪。然而，該名男子如不知道亦無理由懷疑對方是精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。¹ 此外，該名男子如“與或基於合理理由而相信他與一名女子為已婚夫婦”，亦不會因與該名精神上無行為能力的女子作出肛交而犯此罪行。²

男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為

9.3 根據《刑事罪行條例》第 118I 條，任何男子與另一名屬精神上無行為能力的人的男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。

9.4 然而，該名男子如不知道亦無理由懷疑對方屬精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。³

男子與精神上無行為能力的女子性交

9.5 根據《刑事罪行條例》第 125 條，任何男子與一名精神上無行為能力的女子非法性交，即屬犯罪。

9.6 然而，該名男子如不知道亦無理由懷疑該名女子是精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。⁴

¹ 《刑事罪行條例》第 118E(2)條。

² 《刑事罪行條例》第 118E(3)條。

³ 《刑事罪行條例》第 118I(2)條。

⁴ 《刑事罪行條例》第 125(2)條。

拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為

9.7 根據《刑事罪行條例》第 128 條，任何人將一名精神上無行為能力的人，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，意圖使該精神上無行為能力的人作非法的性行為，即屬犯罪。

9.8 然而，該人如不知道亦無理由懷疑對方是精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。⁵

與病人性交

9.9 《精神健康條例》（香港法例第 136 章）第 65(2)條訂有“與病人性交”的罪行，涵蓋的情況是精神病院、懲教署精神病治療中心或全科醫院的男性人員或僱員與女病人非法性交。該罪行的干犯者限於男性，並只涵蓋插入式涉及性的行為。

第 65(2)條訂明：

“(2) 在不損害《刑事罪行條例》（第 200 章）第 125 條的原則下，任何人如——

- (a) 身為一間精神病院職員編制上的人員，或以其他方式受僱於該院，而與某名羈留在該院內的女子非法性交；
- (b) 身為懲教署精神病治療中心職員編制上的人員，或以其他方式受僱於該中心，而與某名羈留在該中心內的女子非法性交；或
- (c) 身為一間精神病院或一間全科醫院職員編制上的人員，或以其他方式受僱於該院，而與某名因精神紊亂而在該精神病院或在該全科醫院的精神病科組接受治療的女子非法性交，而性交的地點，是在該精神病院或該精神病科組的處所內，或是在該精神病院或該精神病科組所屬一組成部分的處所內，

即屬犯罪，一經循公訴程序定罪，可處監禁 5 年。”

⁵ 《刑事罪行條例》第 128(2)條。

精神上無行為能力的人的定義

9.10 根據《刑事罪行條例》第 117(1)條，精神上無行為能力的人的定義為：

“《精神健康條例》（第 136 章）所指的精神紊亂的人或弱智人士，而其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事”。

9.11 上述精神上無行為能力的人的定義包含兩個部分：

- (i) 一名屬《精神健康條例》所界定的精神紊亂的人或弱智人士；及
- (ii) 該人沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。

第一部分 — 精神紊亂的人或弱智人士

9.12 由於有關定義提述了“《精神健康條例》……所指的精神紊亂的人或弱智人士”，因此須參閱《精神健康條例》，以確定精神紊亂的人或弱智人士的涵義。

9.13 《精神健康條例》第 2(1)條（釋義部分）對精神紊亂的人及弱智人士作出了以下界定：

精神紊亂的人

9.14 精神紊亂的人指“任何患有精神紊亂的人”。

9.15 由於有關定義提述了“精神紊亂”，因此須參閱釋義部分中精神紊亂的定義。在第 2(1)條中，精神紊亂的定義為：

“‘精神紊亂’當用作名詞時指——

- (a) 精神病；

(b) 屬智力及社交能力的顯著減損的心智發育停頓或不完全的狀態，而該狀態是與有關的人的異常侵略性或極不負責任的行為有關連的；

(c) 精神病理障礙；或

(d) 不屬弱智的任何其他精神失常或精神上無能力，

而‘精神紊亂’當用作形容詞時亦須據此解釋”。

弱智人士

9.16 弱智人士指“弱智的人或看來屬弱智的人”。

9.17 由於有關定義提述了“弱智”，因此須參閱釋義部分中弱智的定義。在第 2(1)條中，弱智的定義為：

“‘弱智’當用作名詞時指低於平均的一般智能⁶並帶有適應行為上的缺陷，而‘弱智’當用作形容詞時亦須據此解釋”。

第二部分 — 沒有能力獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用

9.18 《刑事罪行條例》第 117(1)條亦有以下提述：“其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事”。

9.19 因此，要符合第 117(1)條中精神上無行為能力的人的定義，某人不但須是（《精神健康條例》所指的）精神紊亂的人或弱智人士，也須是由於精神紊亂或弱智而沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人在涉及性方面嚴重利用。⁷

⁶ “低於平均的一般智能”指“按照魏克斯勒兒童智力測量表或按照任何標準化智力測驗中的同等智力測量表是 70 或低於 70 的智商”。（《精神健康條例》，第 2(1)條）

⁷ *HKSAR v Cheng Chi Ho*, CACC 57/2006（在[2008] 5 HKLRD 557 中彙報），第 61 及 66 段。

現行法例或有不足之處

9.20 現行法例有數方面應予考慮：

- (i) 一些現有罪行是指明性別的。
- (ii) 為免精神上無行為能力的人遭受涉及照顧和監管他們的人性剝削和侵犯而向他們提供的保護是否足夠？
- (iii) 有關保護只提供予嚴重精神缺損人士，是否過於局限？
- (iv) 對於有能力同意進行涉及性的行為的精神上無行為能力的人來說，他們的性自主權是否受到過分限制？

9.21 有鑑於上述問題及海外司法管轄區的發展，精神上無行為能力的人的定義可能亦需重新考慮。

9.22 在以下數章，我們將檢討關乎香港及海外司法管轄區的精神缺損人士的主要罪行類別，並考慮有何改革模式可供採納。⁸

⁸ 在香港，現有罪行提述的是《刑事罪行條例》第 117(1)條所界定的精神上無行為能力的人。多個海外司法管轄區則按“精神缺損人士”的規定處理有關問題，但定義有別於香港的“精神上無行為能力的人”。有關這個問題，參閱第 10 至 12 章。

第 10 章 就改革與精神缺損人士有關 的法例考慮可採納的模式

引言

10.1 在本章中，我們就改革與精神缺損人士有關的法例而考慮可採納哪些模式。¹

10.2 香港和海外現行法例的檢討顯示，與精神缺損人士進行涉及性的行為的罪行可分為兩大類：

- (1) 反映與某些類別的精神缺損人士進行涉及性的行為是絕對被禁的罪行（有關的精神缺損人士是否有行為能力給予同意對後果並無影響；保護原則適用於這類絕對禁止的罪行）；及
- (2) 尊重某些精神缺損人士有行為能力給予同意（故尊重其性自主權）但針對因其情況而剝削他們的罪行；這類剝削可由以下情況引起：
 - (a) 犯罪者使用特定手段取得這些精神缺損人士的同意；
 - (b) 在指明院所之內或之外對精神缺損人士提供照顧；及
 - (c) 就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係。

第一類——反映與某些類別的精神缺損人士進行涉及性的行為是絕對被禁的罪行

10.3 在香港，這個分類見於下述情況：一名精神缺損人士如符合精神上無行為能力的人的定義，² 與這人進行某些界定類別的涉及性的行為即屬違法。有關罪行的例子有：男子與精神上無行為能

¹ 在本諮詢文件中，精神缺損人士是作為一般詞語使用，相對於《刑事罪行條例》（第 200 章）第 117(1)條中所特別界定的精神上無行為能力的人。

² 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 117(1)條訂明：
“精神上無行為能力的人指《精神健康條例》(第 136 章)所指的精神紊亂的人或弱智人士，而其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。”

力的人作出肛交、³ 男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為、⁴ 男子與精神上無行為能力的女子性交，⁵ 以及拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為。⁶

10.4 這個分類的更多例子可見於澳大利亞某些州份（南澳大利亞、西澳大利亞及昆士蘭）的法例。

第二類——反映精神缺損人士可能被剝削的罪行

(a) 犯罪者使用特定手段取得這些精神缺損人士的同意

10.5 有關例子可見於英格蘭及威爾斯的法例中針對剝削手段的條文，而剝削手段包含誘使、威脅或欺騙。

(b) 涉及在以下地方照顧精神缺損人士而進行的剝削

(i) 在指明院所之內

(ii) 在指明院所之外

10.6 同樣地，(b)(i)及(b)(ii)兩項的例子都可見於英格蘭及威爾斯的法例中。

(c) 就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係而引起的剝削

10.7 這個情況見於加拿大的法例。有關法例訂有特定的罪行，規定如犯罪者就受影響的精神缺損人士濫用其受信任或權威地位或受養關係，即屬犯罪。

從合憲與否的角度考慮有關建議

10.8 在小組委員會的上一份諮詢文件中，我們曾說過，對性罪行的實體法律進行任何改革，都應該依據一套指導原則來進行，這包括應符合《公民權利和政治權利國際公約》、《香港人權法案條例》（第 383 章）和《基本法》的條文。⁷ 因此，我們在擬備改革

³ 《刑事罪行條例》第 118E 條。

⁴ 《刑事罪行條例》第 118I 條。

⁵ 《刑事罪行條例》第 125 條。

⁶ 《刑事罪行條例》第 128 條。

⁷ 香港法律改革委員會，《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月），建議 1。

建議時，特別注意有需要從合憲與否的角度來評估有關建議的可接受程度。我們信納有關的改革建議不會引起合憲與否的問題。

10.9 事實上，我們部分的改革建議在擬備時已避免引起任何潛在的合憲與否問題。例如，在建議 34（載於第 11 章）中，我們建議就被控人知悉受害人有精神病一事對被控人施加證據上的舉證責任，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)條。我們清楚說明，這只是一項被控人可以容易履行的證據上的舉證責任，被控人只需提出他或她是否知道或是否可合理地預期他或她知道受害人是患有精神病。控方依然在法律上有責任提出證據，以證明構成罪行的每項必要元素，包括被控人實際知悉或法律構成被控人知悉受害人是患有精神病。由於法律上的舉證責任依然在控方那邊，《基本法》第 87 條和《香港人權法案條例》中香港人權法案第 11 條所特別保留的無罪推定法則並無遭到違反。

10.10 同樣地，在建議 22（載於第 8 章）中，我們建議在建議新訂的為性目的誘識兒童罪中採納新西蘭《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）第 131B(1A)條的假裝少年人條文。該條文旨在容許在以下情況作出檢控：被控人相信自己正與一名 16 歲以下的人通訊，但事實上正與一名以喬裝身分行事的警員通訊。我們在建議 22 中清楚說明，被控人在罪行發生時並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，應屬罪行構成元素。因此，控方依然有法律上的舉證責任，須在無合理疑點下證明被控人並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上。

考慮第一類罪行

10.11 正如上文（第 10.2 及 10.4 段）所述，在很多司法管轄區（包括香港），某些罪行純粹是基於精神缺損此因素而訂立。然而，這個模式會有一個問題，就是沒有對精神缺損人士的性自主權給予適當的尊重。在香港，舉例說精神上無行為的人的定義並非基於有關的人欠缺給予同意的行為能力或能力。

10.12 在另一方面，蘇格蘭的法例是基於有關的精神缺損人士是否有給予同意的行為能力，故而據此承認其性自主權。

10.13 在該地，與精神缺損人士進行涉及性的行為，為一般未經同意下進行（即必須證明並無同意）的罪行（例如強姦、以插入方式性侵犯、性侵犯）所涵蓋。在決定一項未經同意下進行的罪行是

否適用於某一個案時，需要問的問題是該精神缺損人士是否有行為能力對有關行為給予同意。

10.14 《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）第17(2)條列出方法，用以斷定精神紊亂的人是否有給予同意的行為能力。第17(2)條規定：

“(2) 如任何精神紊亂的人因精神紊亂而沒有行為能力作出以下一項或多項事情，該人即屬無行為能力對某行為給予同意——

- (a) 明白該行為是甚麼，
- (b) 就自己是否進行該行為（或就該行為應否進行）而作出決定，
- (c) 傳達任何上述決定。”

10.15 換言之，蘇格蘭並沒有訂立特定的罪行，而是藉訂立一般未經同意下進行的罪行來保護精神缺損人士。如任何人與一名精神缺損人士進行涉及性的行為，而該名精神缺損人士沒有行為能力對該項行為給予同意，該人即屬干犯所被控的未經同意下進行的罪行。至於某名精神缺損人士是否有行為能力對有關的行為給予同意，則由上文所述第17(2)條所列的方法裁斷。

10.16 我們過往曾就性罪行中的同意問題提出意見，並對蘇格蘭用以保護精神缺損人士的處理方法深感興趣。本小組委員會在上一份諮詢文件中曾寫道：⁸

“我們建議新法例應包括一項條文，規定任何人如因精神狀況、神智不清或年齡（視屬何情況而定）而不能作出以下一項或多項事情，即屬無行為能力對涉及性的行為給予同意：

- (a) 明白該行為是甚麼；
- (b) 就自己是否進行該行為（或就該行為應否進行）而作出決定；或
- (c) 傳達任何上述決定。”（底線後加）

⁸ 香港法律改革委員會，《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012年9月），建議4。

10.17 我們認為第一類罪行可歸入小組委員會過往所建議的一般“未經同意”的模式之下。選取了這個模式，便不需要純粹基於精神缺損而訂立特定的罪行。在提出檢控時，大可採用我們在上一份諮詢文件中所建議訂立的一般未經同意下進行的性罪行。

考慮第二類罪行

針對犯罪者使用特定手段取得精神缺損人士的同意而剝削後者的罪行 (第二類(a)分類的罪行)

10.18 這些罪行適用於某些精神缺損人士，即其精神缺損程度未嚴重至對涉及性的行為不能給予同意者。雖然他們具有給予同意的行為能力，但他們的“同意”是由犯罪者使用剝削手段不恰當地取得的。

10.19 舉例說，這類罪行會涵蓋下述情況：犯罪者（甲）是一家快餐店的常客，而乙是受僱於該快餐店的精神缺損人士。甲從他經常與乙的交往中知道乙患有精神病。甲向乙作出餽贈，為誘使她同意進行涉及性的行為（例如讓他對她作出涉及性的觸摸，或同意與他進行涉及性的行為）。由於乙是精神缺損人士，她應獲得保護，免受甲使用特定的剝削手段取得她的“同意”而對她作出性剝削。

應如何描述剝削手段？

10.20 這類罪行的主要關注點是使用剝削手段以取得精神缺損人士的同意。問題是應如何界定這些剝削手段。

10.21 在《英格蘭法令》中，剝削手段被描述為由犯罪者“提供或給予誘因，作出威脅或欺騙”，⁹ 目的是要取得易受傷害的人的“同意”以進行涉及性的行為。

10.22 在某些其他國家的法例中，使用不同的詞語來描述剝削手段：新西蘭（“利用該缺損情況”）、¹⁰ 新加坡（“甲為達該目的而

⁹ 見《英格蘭法令》第 34(1)(c)、35(1)(a)、36(1)(d)及 37(1)(c)條。

¹⁰ 新西蘭《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961），第 138 條。

提供或給予誘因，作出威脅或欺騙”）、¹¹ 澳大利亞的新南威爾士（“利用該人的認知缺損”）。¹²

10.23 我們認為新西蘭和新南威爾士法例的描述過於含糊，故而贊成使用英格蘭和新加坡法例相類似的描述。後兩者皆以明晰的字眼描述三種被視為屬於剝削性的取得同意的手段，即(i)提供或給予誘因，(ii)作出威脅，或(iii)欺騙。

10.24 在決定應採用英格蘭和新加坡法例中對剝削手段的描述後，下一個問題是我們的改革應否採納相關的英格蘭或新加坡罪行。

10.25 新加坡只有一項罪行關乎使用剝削手段以取得精神缺損人士的同意，即新加坡《刑事法典》（Penal Code）第 376F 條所訂促致與精神殘障的人進行涉及性的行為。

10.26 相比之下，英格蘭訂有一系列的罪行涵蓋犯罪者用以取得精神缺損人士的同意的剝削手段。多項的英格蘭罪行比單一項新加坡罪行有廣闊得多的涵蓋範圍。這些英格蘭罪行涵蓋對精神缺損人士所作出的不同形式的性侵犯及剝削，包括：作出涉及性的觸摸、導致另一人進行涉及性的行為、在另一人在場下進行涉及性的行為、導致另一人觀看性行為。

10.27 英格蘭罪行因有更廣闊的涵蓋範圍而能給予精神缺損人士更大的保護，故此我們贊成採用這一系列的英格蘭罪行。

英格蘭罪行：犯罪者使用剝削手段

10.28 經決定應採用這類英格蘭罪行後，我們繼在下文作詳細考慮。這些罪行載於《英格蘭法令》第 34 至 37 條：

以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神紊亂的人進行涉及性的行為

10.29 任何人（甲）故意觸摸一名精神紊亂的人（乙），而觸摸是涉及性的，並且藉着提供或給予誘因，作出威脅或欺騙而取得乙對觸摸所作的同意，即屬干犯《英格蘭法令》第 34(1)條所訂的罪

¹¹ 新加坡《刑事法典》（Penal Code），第 376F 條。

¹² 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 66F(3)條。

行。應注意：根據一般釋義條文（第 79 條），“觸摸”包括插入，故這項罪行同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。¹³

以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人進行或同意進行涉及性的行為

10.30 任何人（甲）以誘使、威脅或欺騙手段故意導致一名精神紊亂的人（乙）進行或同意進行涉及性的行為，即屬干犯《英格蘭法令》第 35(1)條所訂的罪行。¹⁴

進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神紊亂的人在場

10.31 任何人（甲）為了得到性滿足，故意在一名精神紊亂的人（乙）在場下進行涉及性的行為，而乙是因受誘使、威脅或欺騙而同意在場，甲即屬干犯《英格蘭法令》第 36(1)條所訂的罪行。¹⁵

以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為

10.32 任何人（甲）為了得到性滿足，故意導致一名精神紊亂的人（乙）觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為

¹³ 第 34(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——

- (a) 他在取得到另一人（乙）的同意後故意觸摸該人，
- (b) 觸摸是涉及性的，
- (c) 甲為達目的藉着提供或給予誘因，作出威脅或欺騙而取得乙的同意，
- (d) 乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

¹⁴ 第 35(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——

- (a) 甲為達目的藉着提供或給予誘因，作出威脅或欺騙而故意導致另一人（乙）進行或同意進行某項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊亂的，及
- (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

¹⁵ 第 36(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——

- (a) 他故意進行某項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 為了得到性滿足，他進行有關行為而——
 - (i) 當時有另一人（乙）在場或該另一人身處能看到甲的地方，及
 - (ii) 他知道或相信乙察覺到他正在進行有關行為或有意令乙察覺到他正在進行有關行為，
- (d) 乙同意在場或身處(c)(i)段所提述的地方，是由於甲為取得乙的同意而提供或給予誘因，作出威脅或欺騙所致，
- (e) 乙是有精神紊亂的，及
- (f) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

的影像，而乙是因受誘使、威脅或欺騙而同意觀看，甲即屬干犯《英格蘭法令》第 37(1)條所訂的罪行。¹⁶

實際知悉或法律構定知悉精神紊亂一事

10.33 這類罪行的其中一個元素，是被控人必須實際知悉或法律構定被控人知悉受害人是精神紊亂的人：

“甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”¹⁷

10.34 問題是應否有這樣的一項規定。有些精神缺損人士有行為能力對涉及性的行為給予同意，這類罪行正是要保護他們。由於這些人的精神缺損程度可能不算是十分嚴重，其他人未必能夠從他們的行藏舉止中得知他們患有精神病。假如被控人實際不知悉或法律構定被控人不知悉進行涉及性的行為的另一方患有精神病，則被控人不應為此承擔法律責任會是對被控人公平的。因此，我們認為應有這樣的一項規定。

行為的目的應否只限於性滿足？

10.35 在英格蘭法例中，有兩項罪行規定須有多一項元素，這就是被控人行為的目的是“為了得到性滿足”。¹⁸ 這兩項罪行分別是：(i)進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促使精神紊亂的人在場（第 36 條），及(ii)以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為（第 37 條）。

10.36 我們曾在第 7 章（建議 13 及 14）中建議，就行為目的乃屬相關因素的建議新訂的侵犯兒童罪行而言，被控人行為的目的應不只是為了性滿足，而應包括性滿足，使有關兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或上述任何組合的目的。以我們看來，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐而進行涉及性的行為，對兒童的潛在傷害等同為了得到性滿足而進行涉及性的行為。

¹⁶ 第 37(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——

- (a) 為了得到性滿足，他故意導致另一人（乙）觀看第三者進行某項行為或任何人進行某項行為的影像，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙同意觀看，是由於甲為取得乙的同意而提供或給予誘因，作出威脅或欺騙所致，
- (d) 乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

¹⁷ 《英格蘭法令》，第 34(1)(d)、35(1)(d)、36(1)(f)及 37(1)(d)條。

¹⁸ 《英格蘭法令》，第 36(1)(c)及 37(1)(a)條。

10.37 我們因此認為就這些類別的罪行，應把行為目的擴大至包括性滿足，使精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或上述任何組合的目的。並無充分理由說精神缺損人士所得的保護應比兒童少。

針對精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧時被剝削的罪行 (第二類(b)分類的罪行)

10.38 這類罪行涵蓋精神缺損人士的照顧者所涉及性的行為。任何精神缺損人士的照顧者與該精神缺損人士進行某種形式涉及性的行為，都關涉這些罪行。有關的精神缺損人士可以是在指明院所之內或之外接受照顧。

10.39 舉例說，這類罪行會涵蓋下述情況：任何人（甲）是在某一精神缺損人士中心照顧精神缺損人士的僱員或義工，一名精神缺損人士（乙）正在該中心接受照顧，而甲對乙作出涉及性的剝削。另一例子是任何人（丙）在家居處所內照顧一名精神缺損人士（丁），而丙性侵犯丁。在這些例子中，乙和丁由於是精神缺損人士，未必能夠在性關係的事情上作出理性的選擇，因此很有可能會因照顧他們的人（分別是例子中的甲和丙）所施壓力而就範。

10.40 香港現行法例有一不足之處，就是未能為精神缺損人士提供足夠的保護，使他們免受照顧者作出性剝削。這些罪行的訂立正是要彌補此一不足之處。因此，我們贊成採用這類罪行。

照顧關係存在的情況

10.41 這類罪行適用於照顧關係存在的情況，因此有需要界定在甚麼情況下會有此種關係存在。照顧關係至少在兩種情況下存在：

(1) 英格蘭及威爾斯法例

10.42 照顧關係的存在於《英格蘭法令》第 42 條中界定。根據該條，如有提供照顧者是某一指明院所的僱員並於該指明院所履行職責，而該指明院所內有精神缺損人士住宿（例如護理院舍、社區院舍、志願服務院舍或兒童院舍），或正在透過國家保健服務轄下機構或獨立的醫療機構或醫院接受醫療照顧，則可產生照顧關係。如有人在指明院所之外向精神缺損人士提供志願性質的照顧服務，亦可產生照顧關係。這意味着照顧關係可在非受薪的提供照顧者（例

如義工) 當中產生。在所有情況下，照顧關係存在的先決條件是提供照顧者必須與或很有可能與精神缺損人士有定期面對面的接觸。¹⁹

10.43 《英格蘭法令》第 42 條訂明：

“42 照顧人員：釋義

(1) 就第 38 至 41 條而言，如第(2)至(4)款任何一款適用，則任何人(甲)乃屬以符合本條的方式照顧另一人(乙)。

(2) 如有以下情況，則本款適用——

(a) 乙是在護理院舍、社區院舍、志願服務院舍或兒童院舍內住宿及接受照顧，及

(b) 甲受僱在該院舍內履行職責，並因此而導致他或相當可能導致他與乙有定期面對面的接觸。

(3) 如乙是接受以下機構所提供服務的病人——

(a) 國家保健服務轄下機構或獨立醫療機構；

(b) 獨立醫院；或

(b) 獨立診所(在威爾斯)，

而甲受僱為有關機構或在有關醫院或診所內履行職責，並因此而導致他或相當可能導致他與乙有面對面的接觸，則本款適用。

(4) 如甲屬以下情況，則本款適用——

(a) 不論是否受僱，就乙的精神紊亂而向乙提供照顧、協助或服務，及

(b) 基於此，與乙或相當可能與乙有定期面對面的接觸……。”

¹⁹ 關於這項規定，參看下文第 10.55 段。

(2) 維多利亞（澳大利亞）法例

10.44 照顧關係的存在是藉參照向精神缺損人士所提供服務的性質（即醫療或治療服務）而界定。根據維多利亞《1958年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第51條，任何向認知缺損的人提供醫療或治療服務的人，如對後者作出性插入或猥褻行為，除非該服務提供者是後者的配偶或同居伴侶，否則即屬犯罪。

《1958年刑事罪行法令》（維多利亞）第51條訂明：

“(1) 任何人向認知缺損的人提供醫療或治療服務，而該認知缺損的人並非他或她的配偶或同居伴侶，則不得與該人進行性插入行為。

罰則：第5級監禁（最高10年）。

(2) 任何人向認知缺損的人提供醫療或治療服務，而該認知缺損的人並非他或她的配偶或同居伴侶，則不得與該人進行猥褻行為或以任何方式參與與該人進行的猥褻行為。

罰則：第6級監禁（最高5年）。”

照顧關係存在的情況的建議定義

10.45 我們認為採用英格蘭法例來裁定照顧關係存在的情況，會有其好處。英格蘭法例就精神缺損人士有可能受到照顧者性剝削的情況，涵蓋廣泛的類別。至於維多利亞州的法例，只牽涉向精神缺損人士所提供的醫療或治療服務，範圍太狹窄，未能為精神缺損人士提供足夠保護，因此我們不贊成採用。

10.46 在我們看來，就精神缺損人士所獲提供的照顧而言，照顧關係應存在於兩種情況：

在指明院所內照顧精神缺損人士

10.47 第一，這類罪行應涵蓋在指明院所內接受照顧的精神缺損人士。這類人應受保護，使他們免受下述的人對他們作出任何形式涉及性的行為：“不論是否受僱於一所指明院所的人，而該人在該指明院所履行職責或提供志願服務”（以《英格蘭法令》第42(2)(b)及42(4)(a)條為藍本並作變通修改）。屬第一種情況的罪行所涵蓋的

範圍，會包括在指明院所履行職責的人，不論其是否有關院所的僱員，對精神缺損人士作出性剝削。這些罪行亦會涵蓋在指明院所提供服務的義工所作出的性剝削。這樣做可以防止犯罪者在提供志願服務的幌子下試圖性剝削精神缺損人士。然而，純粹到訪指明院所而並非在院所內履行職責的訪客不會包括在內。

10.48 至於所涵蓋的指明院所類別，我們認為應在訂立新法例時由政府當局決定。此事適宜由政府當局與相關的持份者合作，以作決定。

在指明院所之外照顧精神缺損人士

10.49 第二，這類罪行應涵蓋下述情況：任何人（甲）“是就乙的精神紊亂或弱智而向乙提供照顧、協助或服務的人”（以《英格蘭法令》第 42(4)(a)條為藍本並作變通修改）。

10.50 第二種情況會涵蓋在指明院所之外提供照顧的人。

《英格蘭法令》中的罪行

10.51 由於我們贊成在改革中採用英格蘭法例，因此會在下文考慮這類別的英格蘭罪行。這些罪行載於《英格蘭法令》第 38 至 41 條：

照顧人員與精神紊亂的人進行涉及性的行為

10.52 根據《英格蘭法令》第 38(1)條，任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙）（其照顧形式符合第 42 條的規定），而甲故意觸摸乙，加上觸摸是涉及性的，即屬犯罪。²⁰ 由於在一般釋義條文（第 79 條）中，“觸摸”包括插入，故這項罪行同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。

²⁰ 第 38(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——

- (a) 他故意觸摸另一人（乙），
- (b) 觸摸是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊亂的，
- (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

照顧人員導致或煽惑進行涉及性的行為

10.53 根據《英格蘭法令》第 39(1)條，任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙）（其照顧形式符合第 42 條的規定），而甲故意導致或煽惑乙進行涉及性的行為，即屬犯罪。²¹

照顧人員在精神紊亂的人在場下進行涉及性的行為

10.54 根據《英格蘭法令》第 40(1)條，任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙）（其照顧形式符合第 42 條的規定），而甲為了得到性滿足，故意在乙在場下進行涉及性的行為，即屬犯罪。²²

照顧人員導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為

10.55 根據《英格蘭法令》第 41(1)條，任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙）（其照顧形式符合第 42 條的規定），而甲為了得到性滿足，故意導致乙觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像，即屬犯罪。²³

²¹ 第 39(1)條訂明：

- “(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——
- (a) 他故意導致或煽惑另一人（乙）進行某項行為，
 - (b) 該項行為是涉及性的，
 - (c) 乙是有精神紊亂的，
 - (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
 - (e) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

²² 第 40(1)條訂明：

- “(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——
- (a) 他故意進行某項行為，
 - (b) 該項行為是涉及性的，
 - (c) 為了得到性滿足，他進行有關行為而——
 - (i) 當時有另一人（乙）在場或該另一人身處能看到甲的地方，及
 - (ii) 他知道或相信乙察覺到他正在進行有關行為或有意令乙察覺到他正在進行有關行為，
 - (d) 乙是有精神紊亂的，
 - (e) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
 - (f) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

²³ 第 41(1)條訂明：

- “(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪——
- (a) 為了得到性滿足，他故意導致另一人（乙）觀看第三者進行某項行為或任何人進行某項行為的影像，
 - (b) 該項行為是涉及性的，
 - (c) 乙是有精神紊亂的，
 - (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
 - (e) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

這類罪行應否只限於插入式涉及性的行為？

10.56 相關的現有罪行，即“與病人性交”（《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2)條），只涵蓋插入式涉及性的行為。精神病院、懲教署精神病治療中心或全科醫院的任何男性人員或僱員如與女病人非法性交，即屬犯此罪行。

10.57 問題是這類罪行應否只限於插入式行為。《英格蘭法令》第 38 至 41 條同時涵蓋插入式和非插入式行為。我們贊同英格蘭模式，並認為這類罪行應同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。並無充分理由說精神缺損人士不應受到保護，免受非插入式涉及性的行為所侵犯。在很多個案中，非插入式涉及性的行為所帶來的傷害無異於插入式涉及性的行為。

相當可能有定期面對面的接觸

10.58 在《英格蘭法令》中，照顧關係的存在，是基於提供照顧者必須與或相當可能與精神缺損人士有定期面對面的接觸。²⁴ 我們認為這項規定是不必要的。倘若精神缺損人士獲安置於指明院所內，他們應受到保護，免受任何形式的性剝削。在指明院所內履行職責或提供志願服務的人應該知道在該等院所接受照顧的人是精神缺損人士，即使兩者之間並無定期面對面的接觸亦如是。在指明院所內提供照顧者不應與精神缺損人士進行任何形式的涉及性的行為，不論兩者之間是否有定期面對面的接觸。

10.59 另一方面，在絕大多數個案中，在指明院所之外向精神缺損人士提供照顧的人，會與這些精神缺損人士有定期面對面的接觸。然而，也有可能並無定期面對面的接觸（例如，一名精神缺損人士被安排往見醫生或其他專業人士，作單一次的診治或諮詢）。即使在這些個案中，由於兩者之間的關係並不平衡，我們認為法律應禁止兩者之間發生涉及性的關係。

照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例外情況

10.60 如果提供照顧者與精神缺損人士已有婚姻關係，可以此作為法律責任的例外情況。根據《英格蘭法令》第 43(1)條所訂的例外

²⁴ 《英格蘭法令》，第 42(2)(b)及 42(4)(b)條。

情況，任何人（甲）不會承擔這類罪行下的法律責任，條件是該名精神缺損人士（乙）為 16 歲或以上；及甲與乙已有婚姻關係。

10.61 英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）指出這項例外情況的理據如下：

“其中一個有潛在難題的範疇，是有關照顧是由家庭中的丈夫或妻子或由長期關係中的伴侶所給予的情況。這些關係是涉及性的，並在疾病、意外或認知障礙症發生前早已存在。假如個別人士仍有一定程度的給予同意的行為能力，而我們卻闖入這些人的二人私生活中，這樣做會是錯誤和不合理的。因此，在照顧者與病人已有婚姻關係或既存的性關係的情況下，他們的行為不應構成罪行，這點至為重要。”²⁵

10.62 我們贊同檢討小組的看法，並認為應該訂有這項例外情況。

10.63 根據《英格蘭法令》第 44(1)及(2)條所訂的另一項例外情況，任何人（甲）不會承擔這類罪行下的法律責任，條件是甲與該名精神缺損人士（乙）緊接在甲開始照顧乙之前已存在合法的性關係（其照顧形式符合第 42 條所界定的照顧關係）。

10.64 這項例外規定會涵蓋下述情況：甲與乙是未婚伴侶（例如男女朋友），緊接在乙開始患有精神病之前或乙開始由甲照顧之前兩人已有合法的性關係；而甲與乙繼續有性關係。這項例外情況適用於合法的性關係，但只適用於甲與乙既存的雙方同意的性關係。

10.65 我們認為，對於早於照顧關係存在的性關係，應訂有例外情況。否則，先前與一名精神缺損人士已有性關係的人可能怕惹官非而不敢照顧該名精神缺損人士。這類罪行適用於有行為能力對涉及性的行為給予同意的精神缺損人士。這項例外情況容許雙方同意的性關係在精神缺損人士開始患有精神病之後或開始由另一人照顧之後繼續存在，藉此讓這些精神缺損人士能夠行使其性自主權。

10.66 我們認同有理據支持這項例外情況，但亦感“緊接在甲開始照顧乙之前”的規定訂得太緊。我們認為這項例外情況應適用於甲與乙之間“在甲開始向乙提供照顧、協助或服務之前的一段合理時間之內”已存在的合法的性關係。如果男女朋友在其中一方開始患有精神

²⁵ 英國內政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 4.8.17 段。

病或由另一方照顧之前已有雙方同意的性關係，則並無充分理由說不應容許他們繼續有這種關係。

知悉有精神病

10.67 第 10.33 及 10.34 段所述的相同規定應於此適用。

關於知悉有精神病一事的規定

10.68 就這類英格蘭罪行，訂立了以下條文：

“在就本條所訂的罪行而進行的法律程序中，如證明另一人是有精神紊亂，則視被告人知道或可合理地預期被告人知道該人是有精神紊亂，除非可提出足夠證據以帶出一項爭論點，就是他是否知道或可否合理地預期他知道此事。”²⁶

10.69 我們贊同有這樣的一條條文。由於向精神缺損人士提供照顧的人與受其照顧者有着密切的關係，自然而然他們會知道或可合理地預期他們知道受其照顧者是有精神病。在絕大多數個案中，這個問題不應成為爭議點，而法例就證據上的舉證責任而訂立條文，或許有助避免在這些個案中產生不必要的複雜情況。²⁷

²⁶ 《英格蘭法令》，第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)條。

²⁷ 為履行證據上的舉證責任，被控人只須援引或顯示足夠的證據，以提出可由陪審團考慮的爭議點。說服法庭的舉證責任（即法律上的舉證責任）始終在於控方。控方必須在無任何合理疑點下證明有關罪行的所有元素。在終審法院案件 *HKSAR v Ng Po On and Another*, [2008] 4 HKLRD 176; (2008) 11 HKCFAR 91，常任法官李義說（見判案書第 27 段）：

“[證據上的舉證責任]不要求被控人證明任何屬於證據方面的東西。由始至終控方依然須承擔說服法庭的舉證責任，但如果被告人意欲提出一些有可能助其脫罪的事項，這便引起了證據上的舉證責任問題。在這類情況下，被告人必須有證據支持其脫罪事項，而有關證據必須相當充分，以致足以就其罪責引起合理疑點。控方除非能消除該項合理疑點，否則便無法證明其指控。在另一方面，假如被控人無法就相關爭議點援引或顯示任何證據，或所援引的證據不獲接納或因不夠充分而未能引起合理疑點，則有可能助被控人脫罪的事項並不妨礙控方在無合理疑點下證明其指控……”

加拿大法例：就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係而可能引起的剝削 (第二類(c)分類的罪行)

10.70 在一些剝削個案中，可能不存在“照顧關係”，但犯罪者卻就精神缺損人士濫用其受信任或權威地位或受養關係。加拿大法例訂立了一項罪行以針對這些個案。

對殘障人士性剝削

10.71 在加拿大，該國的《刑事法典》(Criminal Code)第153.1(1)條訂立了以下一項罪行：任何人如對一名精神或身體殘障人士而言處於受信任或權威地位，或有受養關係，並因此而對該人性剝削，即屬犯罪。²⁸

受信任或權威地位或受養關係的涵義

10.72 加拿大法例中並無條文為受信任或權威地位或受養關係下定義。加拿大最高法院在 *R v Audet* 案中解釋了這些詞語的涵義。²⁹ 在缺乏法定定義的情況下，最高法院裁定，這些詞語應按照其一般涵義予以解釋。最高法院認為，凡因犯罪者與受害人之間關係性質上的不平衡而導致受害人易受傷害，則受信任或權威地位即告存在。關鍵因素是兩者關係的性質而非兩者的相對地位。最高法院亦裁定，應由原審法官考慮與兩方關係的裁斷相關的所有事實情況，以裁斷被控人對受害人而言是否處於受信任地位，或受害人與被控人是否有受養關係。

²⁸ 加拿大《刑事法典》第153.1(1)至(3)條訂明：
“153.1 (1) 任何人相對於一名精神或身體殘障人士而言處於受信任或權威地位，或一名精神或身體殘障人士相對於該人而言有受養關係，而該人為了性目的，在未經該殘障人士同意下，慫使或煽惑該殘障人士以身體的某部分或以物件直接或間接觸摸自己的身體，或作此慫使或煽惑的人的身體，或任何其他人的身體，即屬犯——
(a) 可公訴罪行，可處監禁，為期不超過五年；或
(b) 可循簡易程序治罪的罪行，可處監禁，為期不超過十八個月。”（底線後加）
(2) 除第(3)款另有規定外，就本條而言，“同意”指投訴人自願同意進行有關涉及性的行為。
(3) 就本條而言，如有以下情況，當作並無取得同意——
(a) 該項同意是由投訴人以外的人以言詞或舉動表達的；
(b) 投訴人沒有行為能力同意進行該行為；
(c) 被控人藉濫用受信任、權力或權威地位而慫使或煽惑投訴人進行該行為；
(d) 投訴人以言詞或舉動表達沒有同意進行該行為；或
(e) 投訴人在同意進行涉及性的行為後，以言詞或舉動表達沒有同意繼續進行該行為。”

²⁹ 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條所訂的性剝削少年人罪解釋了這些詞語的涵義。

加拿大罪行只適用於犯罪者確有濫用其地位或關係的情況

10.73 為構成這項加拿大罪行，犯罪者與精神殘障人士之間必須存在指明的地位或關係，除此之外，犯罪者還必須確有濫用其地位或關係。

10.74 案中涉及性的行為必須是“未經該人同意”而進行的，才可使這項加拿大罪行適用（見第 153.1(1)條）。第 153.1(3)(c)條訂明，就第 153.1(1)條而言，如果“被控人藉濫用受信任、權力或權威地位而慫恿或煽惑投訴人進行該行為”，有關同意便不成立。換言之，在指明的地位或關係存在的情況下，即使發生涉及性的行為也不屬干犯這項加拿大罪行。然而，如確有濫用該地位或關係的情況，則所發生涉及性的行為（依據第 153.1(3)(c)條）當作在未經同意下進行，並構成這項罪行。這就是說，這項加拿大罪行含有兩個元素：(i)存在受信任或權威地位或受養關係；及(ii)確有濫用該地位或關係。

應否採用加拿大模式？

10.75 正如上文所述，我們認為應採用英格蘭法例，以涵蓋因在指明院所之內以及在指明院所之外照顧精神缺損人士而引發的剝削行為。還有一個問題，就是除了這些英格蘭法例所訂的罪行之外，應否另加採用加拿大模式。

10.76 這項加拿大罪行的涵蓋面比英格蘭法例所訂罪行更為廣闊。它擴及受信任或權威地位或受養關係，而英格蘭法例只涵蓋照顧關係。舉例來說，加拿大模式涵蓋監護人、教師或其他專業人士濫用其與精神缺損人士相關的地位或關係的行為。我們認為適宜以法例來處理這項濫用，因此建議應擴闊英格蘭罪行以涵蓋這些行為。

10.77 英格蘭罪行經擴闊後，會涵蓋由以下情況所引起的剝削行為：(i)在指明院所之內或之外照顧精神缺損人士；及(ii)就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係。第(ii)種情況包含以下元素：(a)犯罪者與精神缺損人士之間存在受信任或權威地位或受養關係；(b)犯罪者濫用這種地位或關係；及(c)犯罪者實際知悉或法律構成犯罪者知悉對方是精神缺損人士。

關於第二類罪行的結論

10.78 經考慮上述事宜後，我們贊同採用第二類罪行。訂立這些罪行，可在下述兩者之間取得適當的平衡：一方面要尊重精神缺損程度未嚴重至沒有行為能力給予同意的人的性自主權，另一方面要保護他們免受犯罪者利用剝削手段或因有不平衡的關係而對他們性剝削。

10.79 有鑑於上述的考慮，我們會在下一章就新的性罪行列出我們的建議，另外會建議廢除若干現有的罪行。我們亦會因應我們所提出的建議而考慮“精神上無行為能力的人”的現行定義應否保留或以某種形式修訂。

第 11 章 新法例中涉及精神缺損人士的性罪行

引言

11.1 在第 10 章中，我們就改革與精神缺損人士有關的法例而考慮可採納的模式。

11.2 我們在下文建議訂立一系列涉及精神缺損人士的新罪行，而這些建議是與上述考慮結果一致的。我們亦會因應有關建議而考慮應否廢除一些現有罪行，以及應否以某種形式保留或修訂精神上無行為能力的人的現行定義。

(A) 針對犯罪者使用特定手段取得精神缺損人士的同意而剝削後者的罪行：

11.3 我們建議訂立一系列的新罪行，以針對犯罪者使用剝削手段取得那些具有某程度行為能力給予同意的精神缺損人士的同意而可能對後者進行剝削。

11.4 現時並無任何罪行針對這些剝削行為。在現有罪行中，也沒有罪行顧及那些具有行為能力給予同意的精神缺損人士的性自主權。有些精神缺損人士的精神缺損程度，並未嚴重到令他們沒有行為能力給予同意，因此一方面既要尊重這類精神缺損人士的性自主權，另一方面則要保護他們免受犯罪者使用剝削手段取得他們的“同意”，而建議新訂的罪行力求在這兩方面取得適當的平衡。

以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為

11.5 這項建議新訂的罪行是以英格蘭《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003，簡稱《英格蘭法令》）第 34(1)條中的罪行，即“以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神紊亂的人進行涉及性的行為”罪為藍本。第 34(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪—

(a) 他在取得另一人（乙）的同意後故意觸摸該人，

- (b) 觸摸是涉及性的，
- (c) 甲為達目的藉着提供或給予誘因，作出威脅或欺騙而取得乙的同意，
- (d) 乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

11.6 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人對一名精神缺損人士作涉及性的觸摸，而他以誘使、威脅或欺騙手段取得該名精神缺損人士的同意。

11.7 根據一般釋義條文（第 79 條），“觸摸”包括插入，故該項英格蘭罪行同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。我們認為建議訂立的罪行應同樣地涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。這樣做會給予精神缺損人士更大的保護。

建議 23

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 34(1)條。

我們亦建議，這項建議訂立的罪行應同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。

以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為

11.8 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第 35(1)條中的罪行，即“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人進行或同意進行涉及性的行為”罪為藍本。第 35(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪—

- (a) 甲為達目的藉着提供或給予誘因，作出威脅或欺騙而故意導致另一人（乙）進行或同意

進行某項行為，

- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊亂的，及
- (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

11.9 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人以誘使、威脅或欺騙手段導致一名精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為。

建議 24

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 35(1)條。

進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促使精神缺損人士在場

11.10 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第 36(1)條中的罪行，即“進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促使精神紊亂的人在場”罪為藍本。第 36(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪一

- (a) 他故意進行某項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 為了得到性滿足，他進行該項行為而一
 - (i) 當時有另一人（乙）在場或該另一人身處能看到甲的地方，及
 - (ii) 他知道或相信乙察覺到，或有意令乙察覺到他正在進行該項行為，
- (d) 乙同意在場或身處(c)(i)段所提述的地方，是

由於甲為取得乙的同意而提供或給予誘因，
作出威脅或欺騙所致，

- (e) 乙是有精神紊亂的，及
- (f) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

11.11 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人在一名精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。為構成這項建議訂立的罪行，該名精神缺損人士應是由於犯罪者以誘使、威脅或欺騙手段取得其“同意”而在場的。

11.12 這項英格蘭罪行的其中一項要素，是被控人行為的目的應是為了得到性滿足。我們曾在第 10 章（第 10.32-10.34 段）中表示，就行為的目的乃屬相關因素的罪行而言，行為的目的應不只是為了性滿足，而應包括性滿足，使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或上述任何組合的目的。對於本章中所有建議新訂的罪行，這項元素會適用於與被控人行為的目的的相關者。

建議 25

我們建議，新法例中應包括一項“進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神缺損人士在場”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 36(1)條。

為構成這項罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看性行為

11.13 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第 37(1)條中的罪行，即“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人觀看性行為”罪為藍本。第 37(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪一

- (a) 為了得到性滿足，他故意導致另一人（乙）觀看第三者進行某項行為或任何人進行某項行為的影像，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙同意觀看，是由於甲為取得乙的同意而提供或給予誘因，作出威脅或欺騙所致，
- (d) 乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的。”

11.14 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人導致一名精神缺損人士觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。為構成這項建議訂立的罪行，該名精神缺損人士應是由於犯罪者以誘使、威脅或欺騙手段取得其“同意”而觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像。

建議 26

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003年性罪行法令》第37(1)條。

為構成這項罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

(B) 針對精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧時被剝削，以及有人就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係的罪行：

11.15 香港的現行法例未能提供足夠的保護，以防範精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧時可能被剝削，以及有人就精神缺

損人士濫用受信任或權威地位或受養關係。我們因此建議訂立一系列的新罪行，以針對這類可能發生的剝削行為。建議新訂的罪行會以英格蘭罪行為藍本。基於在第 10 章（第 10.72-10.74 段）所論及的理由，我們建議在採納英格蘭罪行時將其範圍擴大，以涵蓋有人就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係的行為。

與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

11.16 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第 38(1)條中的罪行，即“照顧人員與精神紊亂的人進行涉及性的行為”罪為藍本。第 38(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪—

- (a) 他故意觸摸另一人（乙），
- (b) 觸摸是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊亂的，
- (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

11.17 根據《英格蘭法令》第 79 條的規定，“觸摸”包括插入，故該項英格蘭罪行同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。我們建議這項新罪行應同樣地涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。

11.18 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而對該名精神缺損人士作出涉及性的觸摸或插入行為。

建議 27

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。¹

這項建議訂立的罪行應涵蓋涉及性的觸摸或插入行為。

導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

11.19 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第 39(1)條中的罪行，即“照顧人員導致或煽惑進行涉及性的行為”罪為藍本。第 39(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪—

- (a) 他故意導致或煽惑另一人（乙）進行某項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊亂的，
- (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

11.20 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而導致或煽惑該名精神缺損人士進行涉及性的行為。

¹ 這項建議旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

建議 28

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

2

在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

11.21 這項建議訂立的罪行是以《英格蘭法令》第 40(1)條中的罪行，即“照顧人員在精神紊亂的人在場下進行涉及性的行為”罪為藍本。第 40(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪一

- (a) 他故意進行某項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 為了得到性滿足，他進行該項行為而—
 - (i) 當時有另一人（乙）在場或該另一人身處能看到甲的地方，及
 - (ii) 他知道或相信乙察覺到，或有意令乙察覺到他正在進行該項行為，
- (d) 乙是有精神紊亂的，
- (e) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
- (f) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

11.22 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養

² 這項建議旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

關係，而在該名精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 29

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。³

為構成這項建議訂立的罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

11.23 這項建議訂立的罪行是以《英格蘭法令》第 41(1)條中的罪行，即“照顧人員導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為”罪為藍本。第 41(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人（甲）即屬犯罪—

- (a) 為了得到性滿足，他故意導致另一人（乙）觀看第三者進行某項行為或任何人進行某項行為的影像，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙是有精神紊亂的，
- (d) 甲知道或可合理地預期甲知道乙是有精神紊亂的，及
- (e) 甲照顧乙，而其形式符合第 42 條的規定。”

³ 這項建議旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

11.24 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而導致該名精神缺損人士觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 30

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。⁴

為構成這項建議訂立的罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

關於照顧關係存在的情況的建議定義

11.25 我們在第 10 章（第 10.43-10.47 段）中論及照顧關係存在的情況。基於有關的討論，我們建議照顧關係應存在於兩種情況。

11.26 第一，這種關係會存在於任何人與精神缺損人士之間，條件是前者屬下述的人：“不論是否受僱於一所指明院所的人，而該人在該指明院所履行職責或提供志願服務”（以《英格蘭法令》第 42(2)(b)及 42(4)(a)條為藍本並作變通修改）。這會涵蓋在指明院所履行職責的人，不論其是否受僱於有關院所；亦會涵蓋在指明院所提供服務的義工。然而，純粹到訪指明院所的訪客不會包括在內。

11.27 第二，我們建議這種關係存在於下述情況：任何人（甲）“是就乙的精神紊亂或弱智而向乙提供照顧、協助或服務的人”（以《英格蘭法令》第 42(4)(a)條為藍本並作變通修改）。這種關係亦涵蓋在指明院所以外地方向精神缺損人士就其精神病而提供的照顧。

⁴ 這項建議旨在反映第 10 章第 10.72 至 10.74 段。

建議 31

我們建議，如任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙），則照顧關係應存在於以下兩種情況之一：

第一，甲是不論是否受僱於一所指明院所的人，而甲在該指明院所履行職責或提供志願服務。

第二，甲是就乙的精神病而向乙提供照顧、協助或服務的人。

我們又建議，指明院所的涵義應在訂立新法例時由政府當局決定。

照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例外情況

11.28 基於在第 10 章（第 10.57-10.63 段）中論及的理由，我們建議應為有關的法律責任訂立兩種例外情況。第一種適用的情況是精神缺損人士與照顧他或她的人已有婚姻關係。這項例外情況是以《英格蘭法令》第 43 條為藍本。第 43 條訂明：

- “(1) 任何人（甲）的行為根據第 38 至 41 條任何一條原屬對另一人（乙）干犯的罪行，但如在當時有以下情況則不屬干犯有關條文下的罪行—
- (a) 乙年滿 16 歲或以上，及
 - (b) 甲與乙兩人已有合法婚姻關係或是同性伴侶。
- (2) 在就這類罪行而進行的法律程序中，如被告人證明甲與乙在當時已有合法婚姻關係或是同性伴侶，即可以此作為免責辯護。”

11.29 憑藉以上建議的第一項例外情況，任何人如與一名精神缺損人士已有婚姻關係而該名精神缺損人士年滿 16 歲或以上，則該人不會就建議新訂的涵蓋照顧關係存在的情況的罪行，負上法律責任。

11.30 第二種適用的例外情況是精神缺損人士與照顧他或她的人，在照顧關係開始之前已有合法的性關係。這項例外情況是以《英格蘭法令》第 44 條為藍本。該條訂明：

- “(1) 任何人（甲）的行為根據第 38 至 41 條任何一條原屬對另一人（乙）干犯的罪行，但如甲是以符合第 42 條所訂明的方式照顧乙，並在緊接甲開始照顧乙之前，甲與乙之間已存在性關係，則不屬干犯有關條文下的罪行。
- (2) 如在當時甲與乙之間所進行的性交原屬非法，則第 (1) 款並不適用。
- (3) 在就第 38 至 41 條任何一條所訂的罪行而進行的法律程序中，如被告人證明在當時已存在這種關係，即可以此作為免責辯護。”

11.31 基於在第 10 章（第 10.63 段）中所述的理由，我們建議這項例外適用於下述情況：“甲在開始為乙提供照顧、協助或服務之前的一段合理期間”，甲與乙之間已存在合法的性關係。

11.32 憑藉以上建議的第二項例外情況，任何人（甲）如與另一人（乙）在乙患有精神病或在甲開始照顧乙之前的一段合理期間，甲與乙已有合法的性關係，則甲不會就建議新訂的涵蓋照顧關係存在的情況的罪行，負上法律責任。這項例外情況適用於未婚伴侶（例如男女朋友）。

建議 32

我們建議，就建議新訂的涵蓋照顧關係存在的情況的罪行，應為法律責任訂立例外情況：(i) 精神缺損人士與照顧他或她的人已有婚姻關係；或 (ii) 在照顧關係開始之前兩人之間已有合法的性關係。

我們又建議，就既存的性關係所訂的例外，應適用於下述情況：在某人開始為一名精神缺損人士提供照顧、協助或服務之前的一段合理期間，兩人之間已存在合法的性關係。

關於知悉有精神病一事的規定

11.33 基於在第 10 章（第 10.30 至 10.31 段及第 10.64 段）中所論及的理由，我們建議為構成所有建議新訂的罪行，應規定被控人實際知悉或法律構成被控人知悉受害人是精神缺損人士。

建議 33

我們建議，為構成所有建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應規定被控人實際知悉或法律構成被控人知悉受害人是精神缺損人士。

11.34 然而，基於在第 10 章（第 10.66 段）中所論及的理由，我們建議就建議新訂的罪行，凡是涵蓋照顧關係存在的情況，以及牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係的，應訂有條文對被控人施加證據上的舉證責任，其內容參照《英格蘭法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)條如下：

“在就本條所訂的罪行而進行的法律程序中，如證明另一人是有精神紊亂，則視被告人知道或可合理地預期被告人知道該人是有精神紊亂，除非可提出足夠證據以帶出一項爭論點，就是他是否知道或可否合理地預期他知道此事。”

建議 34

我們建議，就建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，凡是涵蓋照顧關係存在的情況，以及牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係的，應訂有條文，就被控人知悉受害人有精神病一事對被控人施加證據上的舉證責任，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)條。

精神上無行為能力的人的定義

11.35 《刑事罪行條例》第 117(1)條就該條例第 XII 部的性罪行而界定何謂精神上無行為能力的人。

11.36 《刑事罪行條例》第 117(1)條訂明，精神上無行為能力的人指：

“《精神健康條例》（第 136 章）所指的精神紊亂的人或弱智人士，而其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。”

11.37 因此，精神上無行為能力的人的上述定義包含兩個部分：

- (i) 《精神健康條例》（第 136 章）所界定的精神紊亂的人或弱智人士；及
- (ii) 沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。

定義第一部分－精神紊亂的人或弱智人士

11.38 由於這項定義提述“《精神健康條例》所指的精神紊亂的人或弱智人士”，因此必須參看《精神健康條例》（第 136 章）以確定精神紊亂的人或弱智人士的定義。

11.39 《精神健康條例》第 2(1)條（釋義條文）將精神紊亂的人及弱智人士界定如下：

精神紊亂的人

11.40 精神紊亂的人指“任何患有精神紊亂的人”。

11.41 由於這項定義提述“精神紊亂”，因此必須參看該釋義條文中精神紊亂的定義。在第 2(1)條中，精神紊亂當用作名詞時界定如下：

- “(a) 精神病；
- (b) 屬智力及社交能力的顯著減損的心智發育停頓或不完整的狀態，而該狀態是與有關的人的異常侵略性或極不負責任的行為有關連的；
- (c) 精神病理障礙；或

(d) 不屬弱智的任何其他精神失常或精神上無能力，
而‘精神紊亂’當用作形容詞時亦須據此解釋”。

弱智人士

11.42 弱智人士指“弱智的人或看來屬弱智的人”。

11.43 由於這項定義提述“弱智”，因此必須參看該釋義條文中弱智的定義。在第 2(1)條中，弱智當用作名詞時界定如下：

“低於平均的一般智能⁵並帶有適應行為上的缺陷，
而‘弱智’當用作形容詞時亦須據此解釋”。

定義第二部分－沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用

11.44 《刑事罪行條例》第 117(1)條亦提述“其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事”。

11.45 因此，為符合第 117(1)條中精神上無行為能力的人的定義，有關的人不但是《精神健康條例》所界定的精神紊亂的人或弱智人士，也必須因其精神紊亂或弱智，令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人在涉及性的方面所嚴重利用。⁶

只保護精神缺損程度較為顯著者

11.46 由於精神上無行為能力的人的現行定義第二部分規定，精神紊亂的人或弱智人士必須是“沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事”，因此這個定義只適用於精神缺損程度較為顯著的人。

11.47 精神上無行為能力的人的現行定義仍有未完善之處。假如受害人未能符合定義第二部分的高要求，他或她便不能歸類為精神上無行為能力的人，以致未能獲得充分保護免受他人利用。我們所建議新訂的罪行一方面要尊重精神缺損程度未嚴重至沒有行為能力

⁵ “低於平均的一般智能”指“按照魏克斯勒兒童智力測量表或按照任何標準化智力測驗中的同等智力測量表是 70 或低於 70 的智商。”（《精神健康條例》第 2(1)條）

⁶ *HKSAR v Cheng Chi Ho*, CACC 57/2006 ([2008] 5 HKLRD 557 彙報)，第 61 及 66 段。

給予同意的人的性自主權，另一方面要保護他們免受性方面的利用，力求在兩者之間取得適當的平衡。因此，我們建議應在新法例關於精神缺損人士的定義中移除有關定義的第二部分，使到建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行適用於任何精神紊亂的人或弱智人士。

建議 35

我們建議，建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應適用於精神紊亂的人或弱智人士（如《精神健康條例》所界定者）。

應否繼續使用“精神上無行為能力的人”這個現有詞語來描述精神缺損人士？

11.48 從上文可見，我們已建議新訂一系列涉及精神缺損人士的罪行。這帶出一個議題，即就性罪行而言應否繼續使用“精神上無行為能力的人”這個現有詞語來描述有精神病的人。

11.49 “精神上無行為能力的人”這個現有詞語的主要缺點，是它提述一個人在精神上是“無行為能力”的。照字面意思來說，它即指一個人有嚴重的精神缺損以致在精神上完全沒有行為能力。“精神上無行為能力的人”和其英文對應詞“mentally incapacitated person”同樣地表達相同的涵義。然而，我們在本章中所建議新訂的罪行，會適用於有某程度精神缺損但仍有行為能力對涉及性的行為給予同意的人。假如在新法例中繼續使用這個現有詞語但不提述“無行為能力”的定義部分，這會對公眾造成混淆。再者，“精神上無行為能力的人”一詞似乎已過時，在海外同類法例中不再使用。⁷

⁷ 在海外國家的法例中，使用不同的詞語來提述有精神病的人。

澳大利亞

在澳大利亞的不同州份，使用多款詞語來提述有精神病的人。

用詞包括：認知缺損人士（a person with cognitive impairment）（新南威爾士《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第66F條，及維多利亞《1958年刑事罪行法令》（Crimes Act 1958）第51-52條）；精神上有缺損的人（a person with an impairment of the mind）（昆士蘭《刑事法典》（Criminal Code）第216條）；有精神病或弱智的人（a mentally ill or handicapped person）（北領地《刑事法典》（Criminal Code）第130條）；智力殘障人士（a person with intellectual disability）（南澳大利亞《1935年刑事法律綜合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）第49(6)條）；無行為能力的人（an incapable person）（西澳大

利亞《刑事法典》(Criminal Code)第 330 條)。(在北領地的法例中,“有精神病或弱智的人”界定為“因精神上的異常而不能管理自己事務或進行負責任行為的人”(北領地《刑事法典》第 126 條)。在西澳大利亞的法例中,“無行為能力的人”界定為“精神缺損程度嚴重至沒有下述行為能力的人—(a)明白被控人控罪所涉行為的性質;或(b)保護自己免受性剝削。”(西澳大利亞《刑事法典》第 330(1)條)。其他法例中的用詞並沒有界定。)

塔斯曼尼亞的法例採用精神缺損人士(a person with mental impairment)一詞(塔斯曼尼亞《刑事法典》(Criminal Code)第 126 條)。“精神缺損”一詞界定為“衰老、智力殘障、精神病或腦損傷”(塔斯曼尼亞《刑事法典》第 126(3)條)。

加拿大

在加拿大《刑事法典》(Criminal Code)中,使用“精神殘障人士”(a person with a mental disability)一詞來描述有精神病的人(加拿大《刑事法典》第 153.1 條—對精神殘障人士性剝削)。如任何人,對一名精神或身體殘障人士而言處於受信任或權威地位,或該名殘障人士與該人有受養關係,而該人在未經同意下為性目的觸摸該名殘障人士,即屬犯罪。

“精神紊亂”一詞界定為“精神上的疾病”(加拿大《刑事法典》第 2 條)。

英格蘭及威爾斯

在英格蘭《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)中,有一系列的罪行涉及精神紊亂的人(a person with a mental disorder)(英格蘭《2003 年性罪行法令》第 30 至 44 條)。該英格蘭法令簡單地將“精神紊亂”界定為“任何精神上的紊亂或殘障”。根據英格蘭《2003 年性罪行法令》第 79(6)條,“精神紊亂”具有《1983 年精神健康法令》第 1 條所賦予的涵義。

新西蘭

在新西蘭《1961 年刑事罪行法令》(Crimes Act 1961)第 138 條中,使用有顯著缺損的人(a person with a significant impairment)一詞來描述有精神病的人。“顯著缺損”界定為“智力、精神或身體上的情況或缺損(或兩項或以上組合的智力、精神或身體上的情況或缺損),以致對一個人造成影響,而其程度顯著地減損該人的以下行為能力—

“(a) 明白涉及性的行為的性質;或
(b) 明白就涉及性的行為所作決定的性質;或
(c) 預見就涉及性的行為所作決定的後果;或
(d) 傳達就涉及性的行為所作決定。”(新西蘭《刑事罪行法令》第 138(6)條)。

蘇格蘭

在《2009 年性罪行(蘇格蘭)法令》(Sexual Offences (Scotland) Act 2009)中,當提述有精神病的人時使用精神紊亂的人(a mentally disordered person)一詞(《2009 年性罪行(蘇格蘭)法令》第 17 條)。“精神紊亂”的涵義與《2003 年精神健康(照顧和治療)(蘇格蘭)法令》第 328 條中的涵義相同(《2009 年性罪行(蘇格蘭)法令》第 17(3)條)。第 328 條將“精神紊亂”界定如下:

“(a) 精神病;
(b) 性格紊亂;或
(c) 學習障礙,
不論其如何導致或表現出來;而同根詞亦須據此解釋。”

11.50 我們認為應使用一個新詞代替；然而，在新法例中應使用哪個詞語，或許應留待法律草擬人員決定。在選擇適當用詞的事上，法律草擬人員會比我們更加勝任。

建議 36

我們建議，關於在新法例中使用哪個詞語來描述精神缺損人士的問題，應留待法律草擬人員決定。

檢討某些現行涉及精神缺損人士的罪行

11.51 我們已在上文建議新訂多項涉及精神缺損人士的罪行。在下文，我們會檢討某些現行罪行，以考慮應否讓這些罪行繼續存在。

男子與精神上無行為能力的人作出肛交（《刑事罪行條例》第 118E 條）、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118I 條）、男子與精神上無行為能力的女子性交（《刑事罪行條例》第 125 條）

11.52 我們認為，在新法例制定後應廢除這幾項罪行：男子與精神上無行為能力的人作出肛交、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為，以及男子與精神上無行為能力的女子性交。

11.53 男子與精神上無行為能力的人作出肛交以及男子與精神上無行為能力的女子性交這兩項罪行，皆指明性別。男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為，則屬指明性別和基於性傾向而訂立的罪行。這些罪行有違無分性別和避免基於性傾向而作出區別的原則，因此應予廢除。至於這些罪行所涵蓋的行為，會包括在上一份諮詢文件所建議的一般未經同意下進行的性罪行，及／或在上文所建議涉及精神缺損人士的罪行之內。建議新訂的罪行都是無分性別的。

新加坡

在新加坡《刑事法典》（Penal Code）中，使用“精神殘障人士”（a person with a mental disability）一詞，並訂有促致與精神殘障人士進行涉及性的行為的罪行（新加坡《刑事法典》第 376F 條）。“精神殘障”一詞界定為“因任何精神或腦部的殘障或紊亂而引起精神或腦部的功能缺損或失調，以致減損就涉及性的觸摸給予同意一事作出適當判斷的能力。”（新加坡《刑事法典》第 376F(5)條）

建議 37

我們建議，在新法例制定後應廢除這幾項罪行：男子與精神上無行為能力的人作出肛交（《刑事罪行條例》第 118E 條）、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118I 條），以及男子與精神上無行為能力的女子性交（《刑事罪行條例》第 125 條）。

拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為

11.54 根據《刑事罪行條例》第 128 條，任何人將一名精神上無行為能力的人，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，意圖使該精神上無行為能力的人作非法的性行為，即屬犯罪。

11.55 一項相類似的罪行（原載於《1956 年性罪行法令》第 21 條），於 2003 年在英格蘭及威爾斯被廢除。⁸

11.56 我們並未發現有任何法庭案件的控罪涉及這項罪行，至少在過去數十年間沒有。有鑑於此，似乎沒有實際理由保留這項罪行。由於我們已建議新訂整個系列的涉及精神缺損人士的罪行，因此廢除成文法中的這項罪行不會減損對精神缺損人士的保護。

建議 38

我們建議，在新法例制定後應廢除拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為的罪行（《刑事罪行條例》第 128 條）。

⁸ 見《2003 年性罪行法令》附表 7。

與病人性交（《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2) 條）

11.57 這項罪行涵蓋下述情況：精神病院、懲教署精神病治療中心的任何男性人員或僱員，與羈留在該處的女子非法性交；或精神病院或全科醫院的任何男性人員或僱員，與因精神紊亂而正在接受治療的女子非法性交。這項罪行可被批評為指明性別和只涵蓋插入式涉及性的行為。我們認為，在新法例制定後應廢除這項罪行。至於這項罪行所涵蓋的行為，會包括在為保護精神缺損人士而建議新訂的罪行以及在上一份諮詢文件所建議的一般未經同意下進行的性罪行之內。

建議 39

我們建議，在新法例制定後應廢除《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2)條所訂與病人性交的罪行。

第 12 章 就改革涉及濫用受信任地位的 性罪行考慮可採納的模式

引言

12.1 小組委員會已在第 7 章建議訂立一系列旨在保護 16 歲以下兒童的罪行。這些罪行可保護未達同意年齡的兒童。進一步要探討的，是有關保護 16 歲或以上但未滿 18 歲（即 16 及 17 歲）少年人的議題。這些少年人過了同意年齡但又還不是成年人。他們因為歲數超過同意年齡而不受保護。

12.2 海外有些國家已就受信任地位訂立法例以保護 16 及 17 歲的少年人。這些國家採用了兩種不同的模式：

- (1) 新南威爾士（澳大利亞）、英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭——以詳盡清單界定受信任地位
- (2) 加拿大——不界定受信任地位

第一種模式：以詳盡清單界定受信任地位

12.3 這模式的典型例子為新南威爾士（澳大利亞）、英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭的法例。在這模式下，各種產生受信任地位的關係均已在法例中以詳盡清單列明。

新南威爾士（澳大利亞）

12.4 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）第 73 條訂有一項與年滿 16 歲但未滿 18 歲並在特別照顧之下的兒童性交的罪行。該罪行涵蓋以下情況：被指稱的犯罪者與年滿 16 歲但未滿 18 歲、並且在該被指稱的犯罪者的特別照顧之下的少年人性交。

12.5 第 73(3)條界定“特別照顧”的涵義如下：

“就本條而言，如有以下情況並僅在以下情況下，任何人（受害人）即在另一人（犯罪者）的特別照顧之下：

- (a) 犯罪者是受害人的繼父母、監護人或寄養父母，又或是受害人的父母、監護人或寄養父母的事實伴侶，或
- (b) 犯罪者是學校教師，而受害人是犯罪者的學生，或
- (c) 犯罪者與受害人有既定的個人關係，而該關係是關乎在宗教、體育、音樂或其他方面向受害人提供教導的，或
- (d) 犯罪者是受害人在囚院所的羈押人員，或
- (e) 犯罪者是醫護人員，而受害人是該醫護人員的病人。”

英格蘭及威爾斯

12.6 在《英格蘭法令》中，有一系列牽涉濫用受信任地位的罪行：

- 濫用受信任地位：與兒童作出涉及性的行為（第 16 條）
- 濫用受信任地位：導致或煽惑兒童進行涉及性的行為（第 17 條）
- 濫用受信任地位：在兒童在場下進行涉及性的行為（第 18 條）
- 濫用受信任地位：導致兒童觀看性行為（第 19 條）

12.7 這一系列罪行涵蓋的情況，均涉及 18 歲或以上的人（甲），相對於 18 歲以下的另一人（乙）而言處於受信任地位，把乙牽涉入各類指明的涉及性的行為。¹

12.8 各種存在受信任地位的情況列明於《英格蘭法令》第 21 條。該頗長的清單主要涵蓋成年人相對於少年人而言處於權威地位的情況，例如甲照顧 18 歲以下的人，² 而這些 18 歲以下的人是憑藉法庭命令或根據成文法則被扣押於院所、³ 或在醫院或獨立診所住宿及接受照顧、⁴ 或在教育機構接受教育；⁵ 而乙則在該處被扣

¹ 雖然法例述明乙為 18 歲以下的人，但這些罪行主要旨在保護 16 及 17 歲的少年人。對 16 歲以下兒童干犯的性罪行，可以用那些保護未達同意年齡的兒童的特定罪行作出檢控。（英國內政部，*Working within the Sexual Offences Act 2003*，（英國內政部傳播局（Home Office Communications Directorate），2004 年 5 月，SOA/4），第 3 頁。）

² 如有以下情況，任何人即被視為照顧 18 歲以下的人：“如他經常參與照料、訓練、監管該等人士或作為該等人士的唯一負責人。”（《英格蘭法令》，第 22(2)條）

³ 《英格蘭法令》，第 21(2)條。

⁴ 《英格蘭法令》，第 21(4)條。

押、居住、被照顧或接受教育。其他例子有：甲個別地照顧乙，⁶而乙受照顧令、監管令或教育監管令規限；⁷或乙因刑事罪行被扣押而受有關釋放條件規限。⁸

蘇格蘭

12.9 《蘇格蘭法令》第 42 條訂有一項“涉及性的濫用信任”罪行。該罪行涵蓋以下情況：一名 18 歲或以上的人（甲），

- “(a) 故意與或向另一人（乙）進行涉及性的行為，而乙為 18 歲以下，及
- (b) 相對於乙而言處於受信任地位。”

12.10 第 43 條列出以下五種存在受信任地位的情況：

“43 受信任地位

.....

- (2) 第一項條件是乙憑藉法庭命令或根據成文法則被扣押於某院所，而甲在該院所照顧 18 歲以下的人。
- (3) 第二項條件是乙居住於地方當局根據《1995 年兒童（蘇格蘭）法令》（Children (Scotland) Act 1995）（c. 36）第 26(1)條提供住宿的院舍或其他地方，而甲在該處照顧 18 歲以下的人。
- (4) 第三項條件是乙在以下地方住宿及接受照顧——
 - (a) 醫院，
 - (b) 由獨立的醫療服務提供的住處，
 - (c) 由院舍照顧服務提供的住處，
 - (d) 住宿機構，或

⁵ 《英格蘭法令》，第 21(5)條。

⁶ 如有以下情況，任何人（甲）即被視為個別地照顧另一人（乙）：“(a) 甲經常參與照料、訓練或監管乙，及(b) 甲在如此參與時，經常在不受監管的情況下與乙接觸（不論是面對面或是以其他方式）。”（《英格蘭法令》，第 22(3)條）

⁷ 《英格蘭法令》，第 21(11)條。

⁸ 《英格蘭法令》，第 21(13)條。

(e) 由學校照顧住宿服務或安全住宿服務提供的住處，

而甲在該處照顧 18 歲以下的人。

(5) 第四項條件是乙在以下地方接受教育——

(a) 學校，而甲在該學校照顧 18 歲以下的人，或

(b) 深造或高等教育機構，而甲在該機構照顧乙。

(6) 第五項條件是甲——

(a) 就乙而言有任何父母責任或父母權利，

(b) 根據與有該等責任或權利的人所訂立的安排而履行任何該等責任或行使任何該等權利，

(c) 曾有任何該等責任或權利，但已不再有該等責任或權利，或

(d) 將乙視為甲的家庭的子女，

而乙與甲是同一住戶的成員。

(7) 如有以下情況，甲即就本條而言照顧某人：甲經常照料、教導、訓練、監管該人或作為該人的唯一負責人。

(8) 蘇格蘭各部長可藉命令修改本條（本款除外）及第 44 條，以加入、刪除或修訂任何一項條件。”

12.11 如有以下情況，甲即屬“照顧某人”：如甲“經常照料、教導、訓練、監管該人或作為該人的唯一負責人”。（第 43(7)條）

第二種模式：不界定受信任地位

12.12 在加拿大，該國的《刑事法典》（Criminal Code）第 153(1)條訂立了一項性剝削罪行。該罪行涵蓋下列人士對少年人進行的性剝削：(i)相對於少年人而言處於受信任或權威地位的人、(ii)與少年人之間存在受養關係的人，或(iii)在關係上可剝削少年人的人。

12.13 第 153(1)條訂明：

“153(1) 任何人如相對於一名少年人而言處於受信任或權威地位、與該少年人之間存在受養關係，或在關係上可剝削該少年人，並且

(a) 為了性的目的，直接或間接以身體某部分或任何物件觸摸該少年人的身體任何部分；或

(b) 為了性的目的，招引、慫使或煽惑一名少年人直接或間接以身體某部分或任何物件觸摸任何人的身體，包括該名作出如此招引、慫使或煽惑的人的身體及該少年人的身體。”

12.14 少年人是指 16 歲或以上但未滿 18 歲的人。（第 153(2)條）

12.15 加拿大法例並沒有界定何謂受信任或權威地位及何謂受養關係。加拿大最高法院在 *R v Audet* 案⁹ 中裁定，在沒有法定定義的情況下，這些詞語應按其一般涵義來解釋。

12.16 儘管這些詞語欠缺法定定義，拉法列斯特法官（La Forest J.）在 *R v Audet* 案中指出，某些人基於其受社會託付的角色，事實上及大多數情況下都會納入這些詞語的涵義之內。這些都是某人可“支配及影響”少年人的關係。在這些情況下就性關係給予的“同意”，本質已屬可疑。這些關係包括：學生與教師、父母與子女、心理治療師與病人、醫生與病人、神職人員與信眾、教授與學生、代辯人與當事人以及僱主與僱員。¹⁰

在改革方面的考慮

12.17 就改革法例以保護 16 及 17 歲的少年人而言，小組委員會考慮了多項事宜。

12.18 首要的問題是：應否立法保護 16 及 17 歲的少年人？

⁹ 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 條所訂的性剝削少年人罪解釋了這些詞語的涵義。

¹⁰ 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 頁）案中的裁決，他在當中提述到 Professor Coleman 以“Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the ‘Fair’ Sex”為題的文章（1988 年），53 Alb L Rev 95。這些“權力依賴”關係（power dependency relationships）的例子，曾被 Professor Coleman 在該文章中引述。

12.19 如認為有必要立法，進一步的問題是：應保護至甚麼程度？

12.20 我們先探討支持和反對立法的論點。

支持立法保護 16 及 17 歲的少年人的論點

保護原則

12.21 《聯合國兒童權利公約》（第 1 條）訂明，兒童是指 18 歲以下的人，除非對其適用之法律規定成年年齡低於 18 歲。因此，16 歲或以上但未滿 18 歲的少年人按此定義是屬於兒童。各國有義務採取法律及其他措施，保護在此定義下的兒童免遭一切形式的性剝削及侵犯之害：

第 19 條（第 1 段）訂明：

“締約國應採取一切適當的立法、行政、社會和教育措施，保護兒童在受父母、法定監護人或其他任何負責照管兒童的人的照料時，不致受到任何形式的身心摧殘、傷害或凌辱，忽視或照料不周，虐待或剝削，包括性侵犯。”

第 34 條訂明：

“締約國承擔保護兒童免遭一切形式的色情剝削和性侵犯之害，為此目的，締約國尤應採取一切適當的國家、雙邊和多邊措施，以防止：(a)引誘或強迫兒童從事任何非法的性生活；(b)利用兒童賣淫或從事其他非法的性行為；(c)利用兒童進行淫穢表演和充當淫穢題材。”

良好作業方式及專業守則不能提供足夠的保護

12.22 正如英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）指出，良好作業方式及專業守則並不足以提供保護。不是所有專業都有特定的守則及紀律程序，用以防止易受傷害的少年人因受到不當影響而在權力及權威不平衡的情況下與人有性關係。

12.23 檢討小組亦指出，法例不會阻礙當事人發展真實關係。法律上的禁制可藉終止有關關係而解除。舉例來說，醫生與病人之間

若發展真實關係，病人可轉換醫生（這事實上是合乎道德的適當對策）：

“我們不認同現時的良好作業方式及專業守則制度足以提供保護。有些專業設有特定的守則及紀律程序而有些則沒有。有些治療專業則完全不受規管。其他國家已日漸致力在法律中界定某些關係，這些關係會因為涉及不平衡的權力及權威，以致在當中發生的性關係均屬可構成刑事罪行的過錯。實在有強烈理由透過法律來禁止易受傷害的人（可能是那些不能選擇或會在不當影響下與人有性關係的人）與為他們提供醫療、治療或貼身照顧服務的人有性關係，不論該等服務是在院所或是在社區提供。法律會反映有關關係中所隱含的信任關係已被嚴重濫用。它不會禁止真實關係，因為終止照顧關係即可解除法律的禁制。（正如剛才提到，如醫生與病人相戀，合乎道德的適當對策是病人轉換醫生。）”¹¹

少年人給予的同意不可被視為真確

12.24 由於 16 及 17 歲的少年人不是成年人，他們很容易受到相對自己而言處於受信任地位的成年人性侵犯及性剝削。正如蘇格蘭法律委員會（*Scottish Law Commission*）指出，鑑於信任關係造成的不平衡地位，這些少年人即使有給予同意的行為能力，他們的“同意”也不可被視為真確。

12.25 蘇格蘭法律委員進一步指出，任何人相對於某少年人而言處於受信任地位，如與該少年人進行涉及性的行為，即屬濫用其地位：

“……某些性接觸的情況，固然會因為有關人士的某些特徵（例如年齡或精神狀況）而屬於不當，但在此以外同屬不當的，還有犯罪者相對於受害人而言處於受信任地位的情況。信任關係的存在，令易受傷害的人就涉及性的行為給予的任何同意存在極大問題。但在同意的有效性以外，有一點更為重要：就另一人而言處於受信任地位的人，如與該另一人進行涉及性的行為，其行為已與有關地位施加的責任有所抵觸……”¹²

¹¹ 英國內政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000年7月），第4.8.12段。
¹² 蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007年12月），*Scot Law com No 209*，第4.107段。

海外司法管轄區已有法例

12.26 多個普通法司法管轄區包括加拿大、英格蘭及威爾斯、新南威爾士（澳大利亞）以及蘇格蘭的法例，都已致力於保護 16 及 17 歲的少年人。儘管如上所概述，這些國家的法例採用了不同的模式，但均強調有必要立法保護少年人，使其不致被處於受信任地位的成年人性剝削。香港沒有類似的法例，便會落後於這些主要的普通法司法管轄區。

法例並非禁止所有涉及性的行為

12.27 這方面的法例只禁止在指明的情況下進行的涉及性的行為，在這些情況下少年人會因為當事人的不平衡關係而易受傷害，例如涉及特別照顧關係、受信任地位、或少年人可被剝削的關係的情況。有關法例並不干預涉及 16 或 17 歲的少年人及在該法例指明的關係以外進行的涉及性的行為。

反對立法保護 16 及 17 歲的少年人的論點

真實關係應獲理解

12.28 有一點不能排除：少年人與相對於他或她而言處於受信任地位的成年人（例如教師、醫生或羈押人員）之間，可能會發展真實關係。16 或 17 歲的人有別於未達同意年齡的兒童。他們應有性自主權選擇與自己有真實關係的人進行經同意的涉及性的行為。

16 及 17 歲少年人已有足夠成熟程度作出選擇

12.29 現今少年人在生理上較以往早熟，很多 16 及 17 歲的少年人已有足夠的成熟程度選擇是否參與經同意的涉及性的行為。

我們在這個議題上的意見

12.30 對於應否制定法例以保護 16 歲或以上但未滿 18 歲的少年人的問題，各有支持和反對的論點，亦必然有分歧的意見。事實上，小組委員會在審議這個議題的過程中意見分歧，因此認為應就這些議題諮詢公眾。

建議 40

我們認為，有關應否立法保護 16 歲或以上但未滿 18 歲少年人的議題，應交由香港社會考慮。我們為此邀請公眾就這個議題發表意見。

社會輿論贊成立法時的各項考慮

12.31 若社會輿論（有待諮詢確定）贊成立法，之後要考慮的是保護程度。

12.32 現於下文探討這方面須考慮的一些事宜。

刑事化的範圍應否擴至同時涵蓋插入式及非插入式涉及性的行為？

12.33 有關爭議是法例應否同時將插入式及非插入式涉及性的行為訂為刑事罪行。正如上文所述，在一些海外司法管轄區如英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭，法例將所有形式的涉及性的行為訂為刑事罪行，但在另一些司法管轄區如新南威爾士，法例只將性交訂為刑事罪行。

12.34 我們認為，所有形式的涉及性的行為，不論是插入式及非插入式的，都應訂為刑事罪行，因為非插入式涉及性的行為造成的傷害，很多時都會與插入式涉及性的行為一樣嚴重。

應否只將處於受信任地位的人與有關少年人之間直接進行的涉及性的行為訂為刑事罪行（而不將有關少年人沒有直接參與的涉及性的行為訂為刑事罪行）？

12.35 正如上文所述，英格蘭法例不但將有關少年人與處於受信任地位的人之間直接進行的涉及性的行為訂為刑事罪行，也將任何形式的涉及性的行為（例如處於受信任地位的人在有關少年人在場下與第三者進行涉及性的行為；或導致有關少年人觀看涉及性的行為）訂為刑事罪行。相對來說，新南威爾士法例則只將少年人與其特別照顧者之間直接進行的涉及性的行為訂為刑事罪行。

12.36 我們認為，有關法例不應只限於涵蓋有關少年人與處於受信任地位的人之間直接進行的涉及性的行為。我們已在第 7 章建議訂立多項涉及兒童的性罪行。這些建議訂立的罪行，不但將犯罪者

與有關兒童之間直接進行的涉及性的行為訂為刑事罪行，也將間接形式的性剝削訂為刑事罪行，包括在兒童在場下進行涉及性的行為（建議 13）及導致兒童觀看性影像（建議 14）。我們認為在保護原則下，應保護兒童免受這些間接形式的性剝削。由於 16 及 17 歲的少年人也屬於兒童（見上文第 12.22 段），他們也應受到相同保護。

應否以詳盡清單列明各種受信任地位？

12.37 我們認為，若採用設有法定定義的模式（相對於不設法定義的模式），則在採用時應以詳盡清單列明各種可導致受信任地位的關係。這模式為新南威爾士（澳大利亞）、英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭所採用。¹³

12.38 我們認為，有關法定定義應包括一份詳盡地列明各種導致受信任地位的清單，讓人對有關法例涵蓋的關係種類一目了然。

12.39 這種詳盡清單的良好先例，見新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》第 73(3)條（參上文第 12.5 段）。該清單涵蓋五種在公眾及家庭環境中存在的關係：(1)繼父母／監護人／寄養父母與有關兒童（或父母／監護人／寄養父母的事實伴侶與有關兒童）；(2)學校教師與學生；(3)在宗教、體育、音樂或其他方面提供教導者與接受教導者；(4)羈押人員與在囚人；或(5)醫護人員與病人。

對少年人年齡的合理相信問題，應屬於罪行元素還是免責辯護？

英格蘭模式

12.40 英格蘭涉及濫用受信任地位罪行的元素之一，是被控人（甲）並非合理地相信有關少年人（乙）為 18 歲或以上，而乙為 18 歲以下的人：

“……以下其中一種情況——

- (i) 乙為 18 歲以下而甲並非合理地相信乙為 18 歲或以上，或
- (ii) 乙為 13 歲以下。”¹⁴

¹³ 在加拿大的模式中，受信任地位、權威地位或受養關係沒有法定定義。我們不贊成加拿大不設法定定義的模式。

¹⁴ 《英格蘭法令》，第 16(1)(e)、17(1)(e)、18(1)(f)及 19(1)(e)條。

12.41 由於“合理相信”的條文是罪行元素，因此控方必須援引證據以證明甲在事發時並非合理地相信乙為 18 歲或以上。控方須在無合理疑點下確立甲事實上知道，或應合理地知道乙為 18 歲以下。

12.42 如乙是 13 歲以下兒童，則控方無須證明甲並非出於真意而錯誤相信乙的年齡。換言之，該罪行屬絕對法律責任罪行。

蘇格蘭模式

12.43 《蘇格蘭法令》第 45(1)(a)條訂明，根據第 42 條被指干犯“涉及性的濫用信任”罪行的被控人（甲），如能證明“甲合理地相信乙〔有關少年人〕已年滿 18 歲”，即可“在法律程序中作為控罪的免責辯護”。

12.44 由於《蘇格蘭法令》中有關“合理相信”的條文是一項免責辯護，因此控方並不一定要援引證據以證明被控人並非合理地相信有關少年人為 18 歲或以上，反而是由被控人提出自己合理地相信該少年人已年滿 16 歲作為免責辯護。

12.45 我們不贊成英格蘭的罪行元素模式，原因是會對控方施加相當大的舉證責任。

12.46 我們贊成蘇格蘭的免責辯護模式。一名成年人如與一名少年人有法律指明的關係，他或她就必須謹慎確保有關少年人為 18 歲或以上。此外，各項指明關係的當事人並非互不認識，故少年的年齡應不難確定。要求被控人提出免責辯護，並不會過於苛刻。

12.47 就涉及兒童的性罪行而言，我們已建議採用免責辯護模式處理對有關年齡的合理相信問題（見第 4 章第 4.59 段）。在採用此模式時，我們認為它仍有改善餘地，方法是加入以下條文：“裁定甲是否合理地相信時，須考慮的其中一個問題，是甲採取了甚麼步驟以確定乙的年齡。”我們認為，經如此修改的免責辯護模式，一方面理解被控人出於真意而錯誤相信有關兒童的年齡，另一方面又保護兒童免受性剝削，正好在兩者之間取得適當平衡。

12.48 就涉及濫用受信任地位的罪行而言，我們認為在採用免責辯護模式時也有改善餘地，方法是加入以下條文：“裁定甲是否合理地相信時，須考慮的其中一個問題，是甲採取了甚麼步驟以確定乙的年齡。”

少年人的年齡

12.49 新南威爾士及加拿大的法例指明各項有關罪行適用於年滿 16 歲但未滿 18 歲的少年人。我們認同這個模式，原因是可區分涉及濫用受信任地位的罪行和涉及兒童的罪行。

涉及兒童及精神缺損人士的罪行的域外法律效力

12.50 《英格蘭法令》第 72 條就多項性罪行的域外法律效力訂定條文，有關罪行列於《英格蘭法令》附表 2。該條文旨在針對出行外地以對兒童干犯罪行的戀童癖者。第 72 條並沒有對有關英國公民或居民在英國境外干犯的性罪行的現行法律作出改變，它只不過是對法律作出更新，使《英格蘭法令》中的新罪行具有域外法律效力。¹⁵

12.51 在香港，《刑事罪行條例》第 153P 條就一些附表 2 指明的性罪行的域外法律效力訂定條文。根據 153P 條，任何香港永久性居民或通常居於香港的人、在香港成立或註冊的法人團體或在香港有業務地點團體，如在香港以外地方作出任何作為，而該作為是就 16 歲以下的兒童（或如屬第 123 或 140 條所訂罪行則為 13 歲以下的兒童）而作出的，¹⁶ 並且假若是在香港作出即屬附表 2 指明的性罪行，可在香港受到檢控。

12.52 我們認為，為確保新法例可有效地涵蓋出行外地以干犯涉及兒童的罪行的戀童癖者，我們應跟隨英格蘭模式，訂明涉及兒童的新罪行，包括我們在本文件中建議訂立的為性目的誘識兒童罪，均具有域外法律效力。

12.53 此外我們認為，建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行也應具有域外法律效力。精神缺損人士應和兒童一樣受到保護，免使他們遭到那些出行外地以干犯性罪行的犯罪者所侵害。

¹⁵ Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003* (牛津大學出版社，2004 年)，第 73 頁。

¹⁶ 與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條），准許年齡在 13 歲以下的女童或男童經常前往或置身於處所或船隻以與人性交（《刑事罪行條例》第 140 條）。

建議 41

我們建議，建議新訂的涉及兒童的罪行，包括為性目的誘識兒童罪，以及建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應具有域外法律效力。

第 13 章 建議摘要

建議 1： 在香港同意年齡應劃一為 16 歲（見第 2.26 段附近段落）

我們建議，在香港同意年齡應劃一為 16 歲，並應不論性別和性傾向而適用。

建議 2： 涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別（見第 3.12 段附近段落）

我們建議，在新法例中涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別。

建議 3： 應訂有不同系列的罪行，分別涉及 13 歲以下及 16 歲以下的兒童（見第 3.45 段附近段落）

我們建議，法律應反映對兩類少年人的保護，即 13 歲以下兒童和 16 歲以下兒童，就兩者應分別訂有不同系列的罪行，而不是只訂立單一項侵犯兒童罪。

建議 4： 從所有涉及性交或性行為的罪行中刪除“非法”一詞（見第 3.53 段附近段落）

我們建議，應從《刑事罪行條例》內所有涉及性交或性行為的罪行中刪除“非法”一詞。

建議 5： 涉及兒童及少年人的罪行，可由成年罪犯或兒童罪犯干犯（見第 3.63 段附近段落）

我們建議，建議訂立的涉及兒童及少年人的罪行，可由成年罪犯或兒童罪犯干犯，故有關法例無須指明罪犯的年齡。

建議 6： 絕對法律責任應否適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，應交由香港社會考慮（見第 4.54 段附近段落）

我們認為以下議題，即絕對法律責任應否適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，以及在此情況下應否區分插入式和非插入式涉及性的行為，應交由香港社會考慮。我們為此邀請公眾就這個議題發表意見。

建議 7： 就涉及兒童的罪行而言應廢除婚姻關係免責辯護（見第 5.39 段附近段落）

我們建議，就涉及兒童的罪行而言，新法例不應訂有婚姻關係免責辯護，而現有的任何此類免責辯護亦應予廢除。

建議 8： 將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權對適當的案件提出控告（見第 6.35 段附近段落）

我們建議，將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的所有涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但認同控方可行使檢控酌情權以決定是否適宜對個別案件提出控告。

建議 9： 建議新訂罪行：以陽具對 13／16 歲以下兒童作出插入行為（見第 7.30 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 5 條。

我們亦建議訂立一項“以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為”的同類罪行。

建議 10： 建議新訂罪行：對 13／16 歲以下兒童作出插入行為（見第 7.39 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“對 13 歲以下兒童作出插入行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 6 條。

我們亦建議訂立一項“對 16 歲以下兒童作出插入行為”的同類罪行。

我們建議採納一項內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 19(2)條的條文，訂明就對 13 歲以下兒童作出插入行為及對 16 歲以下兒童作出插入行為的罪行而言，提述以某人身體的任何部分插入，須解釋為包括提述以該人的陽具插入。

我們建議修訂《刑事罪行條例》附表 1，在被控人被控以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁決，改判對 13 歲以下兒童作出插入行為罪；同樣地，在被控人被控以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁決，改判對 16 歲以下兒童作出插入行為罪。

建議 11： 建議新訂罪行：性侵犯 13／16 歲以下兒童（見第 7.45 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“性侵犯 13 歲以下兒童”的罪行。該罪行的構成元素為任何人（甲）故意向另一人（乙）作出以下任何一項行為，而乙是 13 歲以下的兒童：

- (a) 觸摸乙而觸摸是涉及性的；
- (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為。

我們亦建議訂立一項“性侵犯 16 歲以下兒童”的同類罪行。

建議 12： 建議新訂罪行：導致或煽惑 13／16 歲以下兒童進行涉及性的行為（見第 7.54 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 8 條。

我們亦建議訂立一項“導致或煽惑 16 歲以下兒童進行涉及性的行為”的同類罪行。

建議 13： 建議新訂罪行：在 13／16 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為（見第 7.74 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“在 13 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 22 條。

我們亦建議訂立一項“在 16 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的同類罪行。

導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場，亦應構成上述兩項罪行。此外，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 14： 建議新訂罪行：導致 13／16 歲以下兒童觀看性影像（見第 7.83 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“導致 13 歲以下兒童觀看性影像”的罪行，其內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 23 條。

我們亦建議訂立一項“導致 16 歲以下兒童觀看性影像”的同類罪行。

被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 23(3)條中性影像的定義應予採納。

建議 15： 建議新訂罪行：安排或利便干犯兒童性罪行（見第 7.96 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“安排或利便干犯兒童性罪行”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 14 條。

建議 16： 就協助、教唆和慫使他人干犯兒童性罪行而言健康及治療事宜屬例外情況（見第 7.101 段附近段落）

我們建議應就協助、教唆和慫使他人干犯涉及兒童的罪行訂定例外情況，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 14 條，適用條件是有關的人旨在為下述目的行事：保護兒童以免其懷孕或感染經由性接觸傳染的疾病，保護兒童的人身安全，或向兒童提供意見以促進其情緒健康。

建議 17： 廢除與年齡在 13／16 歲以下的女童性交的罪行（見第 7.104 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條）及與年齡在 16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 124 條）的罪行。

建議 18： 廢除向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為的罪行（見第 7.108 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除《刑事罪行條例》第 146 條中向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為的罪行。

建議 19： 廢除男子與 21 歲以下女童作出肛交的罪行（見第 7.110 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除《刑事罪行條例》第 118D 條中男子與 21 歲以下女童作出肛交的罪行。

建議 20： 廢除由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為的罪行（見第 7.114 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交（《刑事罪行條例》第 118C 條）及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118H 條）的罪行。

建議 21： 廢除拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童及拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交的罪行（見第 7.119 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（《刑事罪行條例》第 126 條）及拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交（《刑事罪行條例》第 127 條）的罪行。

建議 22： 建議新訂罪行：為性目的誘識兒童（見第 8.41 段附近段落）

我們建議，新法例應包括一項“為性目的誘識兒童”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 15 條。

我們亦建議，除了與兒童會面或意圖與兒童會面而出行外，意圖與兒童會面而安排出行也可構成為性目的誘識兒童。

我們亦建議，被控人在罪行發生時並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，應屬罪行構成元素。

我們亦建議，應採用新西蘭《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)條中的“假裝少年人”條文。

建議 23： 建議新訂罪行：以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為（見第 11.7 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 34(1)條。

我們亦建議，這項建議訂立的罪行應同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。

建議 24： 建議新訂罪行：以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為（見第 11.9 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 35(1)條。

建議 25： 建議新訂罪行：進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神缺損人士在場（見第 11.12 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神缺損人士在場”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 36(1)條。

為構成這項罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 26： 建議新訂罪行：以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看涉及性的行為（見第 11.14 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 37(1)條。

為構成這項罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 27： 建議新訂罪行：與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係（見第 11.18 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

這項建議訂立的罪行應涵蓋涉及性的觸摸或插入行為。

建議 28： 建議新訂罪行：導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係（見第 11.20 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

建議 29： 建議新訂罪行：在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係（見第 11.22 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

為構成這項建議訂立的罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 30： 建議新訂罪行：導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係（見第 11.24 段附近段落）

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

為構成這項建議訂立的罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 31： 關於照顧關係存在的情況的建議定義（見第 11.27 段附近段落）

我們建議，如任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙），則照顧關係應存在於以下兩種情況之一：

第一，甲是不論是否受僱於一所指明院所的人，而甲在該指明院所履行職責或提供志願服務。

第二，甲是就乙的精神病而向乙提供照顧、協助或服務的人。

我們又建議，指明院所的涵義應在訂立新法例時由政府當局決定。

建議 32： 照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例外情況（見第 11.32 段附近段落）

我們建議，就建議新訂的涵蓋照顧關係存在的情況的罪行，應為法律責任訂立例外情況：（i）精神缺損人士與照顧他或她的人已有婚姻關係；或（ii）在照顧關係開始之前兩人之間已有合法的性關係。

我們又建議，就既存的性關係所訂的例外，應適用於下述情況：在某人開始為一名精神缺損人士提供照顧、協助或服務之前的一段合理期間，兩人之間已存在合法的性關係。

建議 33： 關於知悉有精神病一事的規定（見第 11.33 段附近段落）

我們建議，為構成所有建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應規定被控人實際知悉或法律構成被控人知悉受害人是精神缺損人士。

建議 34： 有關被控人知悉受害人有精神病一事的證據上的舉證責任（見第 11.34 段附近段落）

我們建議，就建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，凡是涵蓋照顧關係存在的情況，以及牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係的，應訂有條文，就被控人知悉受害人有精神病一事對被控人施加證據上的舉證責任，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)條。

建議 35： 建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行應適用於精神紊亂的人或弱智人士（見第 11.47 段附近段落）

我們建議，建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應適用於精神紊亂的人或弱智人士（如《精神健康條例》所界定者）。

建議 36： 使用哪個詞語來描述精神缺損人士應留待法律草擬人員決定（見第 11.50 段附近段落）

我們建議，關於在新法例中使用哪個詞語來描述精神缺損人士的問題，應留待法律草擬人員決定。

建議 37： 應廢除這幾項罪行：男子與精神上無行為能力的人作出肛交、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為，以及男子與精神上無行為能力的女子性交（見第 11.53 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除這幾項罪行：男子與精神上無行為能力的人作出肛交（《刑事罪行條例》第 118E 條）、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118I 條），以及男子與精神上無行為能力的女子性交（《刑事罪行條例》第 125 條）。

建議 38： 應廢除拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為的罪行（見第 11.56 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為的罪行（《刑事罪行條例》第 128 條）。

建議 39： 應廢除與病人性交的罪行（見第 11.57 段附近段落）

我們建議，在新法例制定後應廢除《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2)條所訂與病人性交的罪行。

建議 40： 有關應否立法保護 16 歲或以上但未滿 18 歲少年人的議題，應交由香港社會考慮（見第 12.30 段附近段落）

我們認為，有關應否立法保護 16 歲或以上但未滿 18 歲少年人的議題，應交由香港社會考慮。我們為此邀請公眾就這個議題發表意見。

建議 41： 建議新訂的涉及兒童的罪行（包括為性目的誘識兒童罪）以及涉及精神缺損人士的罪行，應具有域外法律效力（見第 12.53 段附近段落）

我們建議，建議新訂的涉及兒童的罪行，包括為性目的誘識兒童罪，以及建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應具有域外法律效力。

英格蘭《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）及《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）的網址

下述海外法例可從互聯網下載，有關網址如下所列——

英格蘭《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（蘇格蘭）法令》（英文文本）：

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