

## 第 V 部 強姦配偶罪及有關的性罪行

3. 當局如能解釋為什麼無須修訂第 123、125、118A 和 122 條，尤其是為何不必依循第 124 和 146 條的修訂方式修訂第 122(3)條，這會對我們有用。

### 背景

正如 2001 年 6 月有關這個主題的《送交立法會司法及法律事務委員會的補充文件》第 3 段指出，政府建議採用下述方法釐清強姦及有關性罪行的法律－

- (1) 刪除第 118 條中“非法”一詞，並明文規定是否有婚姻關係不影響強姦罪的提案；以及
- (2) 對於其他性罪行條文，在 117 條不詳盡無遺地界定“非法”一詞的涵義，包括未經妻子同意而與她行房的情況。

2. 補充文件第 6 段指出，建議新增的第 117(1B)條不詳盡無遺地界定“非法性交”一詞的涵義，以便把根據強姦罪準則界定的未經妻子同意而與她性交的行為也包括在內(有關這些準則的狹窄範圍可能引起的問題，見下文第 11 至 12 段)。把強姦罪中“同意”涵義的提述包括在“非法性交”一詞的涵義內，免得有人會認為刪除第 118 條中“非法”一詞，即表明立法機關對於這一詞在其他性罪行條文(沒有刪除“非法”一詞的條文)中，是具有傳統普通法所指的婚姻關係以外的涵義(例如依據這項建議的新定義，如有人以威脅手段促致一名已婚女子在未經同意的情況下與丈夫性交，即可根據第 119 條把該人落案起訴－根據傳統普通法，“非法性交”一詞的涵義不適用於已婚夫婦，因此這個情況不會發生。)

### 第 118A 和 122 條(特別是第 122(3)條)

3. “非法”一詞不見於第 118A 條(未經同意下作出的肛交)和第 122 條(猥褻侵犯)中，而有關這些罪行的條款保障所有人，不論已婚與否。因

此，無須就“非法”一詞的涵義而修訂第 118A 條和第 122 條。

4. 不建議依循第 124 和 146 條的修訂方式修訂第 122(3)條，是因為第 122 條對已婚女童的保障已很清晰，但第 124 和 146 條卻有歧義的地方。

5. 未經同意是構成猥褻侵犯罪行的主要元素。第 122(2)條明文規定年齡在 16 歲以下的人，在法律上是不能給予同意，使某項作為不構成本條所指的侵犯的。第 122(3)條對第 122(2)條施加約制，規定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。不過，第 122(3)條，特別是這條款加入了第 122(2)條所提述的“…同意，使某項作為不構成”猥褻侵犯，強調即使以夫妻關係作為免責辯護，年齡在 16 歲以下的已婚(或顯然已婚)人士所給予的任何同意必須為有效同意(相對於傳統普通法的規定，妻子在結婚時已給予先前默示和不可撤銷的同意)。

6. 與第 122 條相反，第 124 條沒有提及同意，更沒有提到任何同意必須是有效同意這個規定。此外，第 124 條禁止與一名年齡在 16 歲以下的女童“非法性交”，由於“非法”一詞有歧義，令條文更不清晰，條例草案第 11 和 16 條款就此問題作出規定。

7. 第 146 條的歧義程度與第 124 條相等。第 146 條禁止與或向一名年齡在 16 歲以下的兒童作出嚴重猥褻作為，又規定即使能證明該兒童同意作出該項嚴重猥褻作為，亦不得以此作為免責辯護。不過，第 146(3)條規定可以夫妻關係作為免責辯護，但沒有清楚訂明該行為必須如第 122(2)和(3)條規定是得到同意的。條例草案第 11 和 17 條款就此問題作出規定。

## **第 123 和 125 條**

8. 為解釋第 123 和 125 條修訂建議的背景，現隨附下列文件(副本較早前已送交立法會司法及法律事務委員會秘書)，以供參閱—

- 附件 A 律政司於 2001 年 4 月 25 日致香港城市大學冼偉文先生的信件。
- 附件 B 冼先生於 2001 年 4 月 26 日給律政司的來信。
- 附件 C 香港大學 Ms Robyn Emerton 於 2001 年 4 月 26 日給律政司的來信。
- 附件 D 律政司於 2001 年 4 月 26 日致冼偉文先生的信件 (副本送 Ms Emerton)。

9. 附件 A 第 10 段指出，強姦罪中“同意”一詞的涵義沒有考慮到多宗案件中同意是佔相當重要份量，但根據普通法這並非罪行。因此，為補充有關法律，制定了多項涉及性交的成文法罪行，包括以不當手法，例如以威脅、虛假藉口或施用藥物來獲取同意，或雖然婦女確實同意，但根據法律，基於年齡或精神上無行為能力的理由，她並沒有資格給予同意。

10. 根據條例草案第 11 條款，建議新增的第 117(1B)條不詳盡無遺地界定“非法性交”、“非法的性交”的涵義，以包括“丈夫與他妻子在以下情況下性交－

- (a) 性交時妻子並不同意性交；及
- (b) 性交時丈夫知道他的妻子並不同意性交，或罔顧她是否同意性交。”

11. 附件 A 第 13 段指出(冼先生提交意見書後)，建議新增的第 117(1B)條不詳盡無遺地界定“非法性交”、“非法的性交”的涵義－只反映強姦罪中“同意”的定義－是不足以保障第 119 至 121 條、123 至 125 條和 126 至 128 條中被配偶強姦的受害人。因此，政府建議(附件 A 第 14 段)，應該對“非法性交”、“非法的性交”建議的不詳盡無遺的界定加以補充，加入分立的定義，以包括丈夫或代表丈夫以威脅或恐嚇手段、虛假藉口或虛假申述、或施用藥物而獲得妻子同意行房，或基於年齡或精神上無行為能力的理由，妻子沒有資格作出同意。

12. 根據這個方向，政府曾建議第 117(1B)條中“非法性交”、“非法的性交”的涵義(暫定)包括丈夫與他妻子在以下情況下性交－

- (a) 性交時妻子並不同意性交；及性交時丈夫知道他的妻子並不同意性交，或罔顧她是否同意性交；或
- (b) 由丈夫或代表丈夫的人以不正當手法獲得妻子的同意，包括以威脅或恐嚇手段，或虛假藉口、或施用藥物；或
- (c) 基於年齡或精神上無行為能力的理由，妻子沒有資格給予同意。

13. 第 117(1B)條這個文本的目的，是確保建議所作的修訂清晰、連貫和與《刑事罪行條例》第 XII 部整體一致，並給予強姦罪和有關的性罪行中婚姻受害者和非婚姻受害者相同待遇。

14. 兩所大學的法律學院(附件 B 及附件 C)原則上支持就不正當獲取的同意作出規定，但對於在是次修訂中處理基於年齡或精神上無行為能力的理由而沒有資格給予同意的問題，則有所保留，原因是這些問題涉及政策事宜，必須經過詳細檢討，才可嘗試以立法修訂。

15. 城市大學(附件 B 第 6 段)指出，就有關精神上無行為能力的人的建議修訂而言(上文第 12 段所述的第 117(1B)(c)條)，假如在配偶不能根據《婚姻訴訟條例》(第 179 章)第 20(2)(d)條提起訴訟，申請婚姻無效的情況下，只基於妻子精神上的行為能力而把丈夫與妻子性交定為刑事罪行，便與該條文有不一致之處。

16. 政府對此的回應(附件 D 第 6 段)是，在第 123 至 125 條界定“非法”的涵義只適用於婚姻以外的關係，並不符合確定強姦配偶是罪行的目的。《婚姻訴訟條例》第 20(2)(d)條並不排除這項原則。要貫徹這個目的，就不能容許在等同強姦的情況下與精神上無行為能力的人行房的行為。

17. 香港大學(附件 C 第 2 頁)指出，建議把年齡的提述包括在新增的第 117(1B)條內會出現一個難題，就是可能有這樣的情況：與年齡在 16 歲以下女童結婚的男子，會根據第 124(2)條相信她是他的妻子而與她性交，但假如陪審團認為基於年齡關係，她沒資格給予同意，他便會被裁定有罪。

18. 對這個可能發生的情況，政府的解答是：有關定義的一般性條文不會推翻第 124(2)條對以夫妻關係作為免責辯護的特別條文，而且第 124(2)條也會予以修訂(根據條例草案第 16 條款)，加上有關同意的明文提述(在“他的妻子”之後加入“，而她同意與他性交”)。

19. 此外，對於認為在第 117(1B)條加上基於年齡或精神上的行為能力的理由而沒有資格給予同意的提述，應該在詳細政策檢討後才決定，這個較普遍的反對意見，可以通過修訂暫定的第 117(1B)(c)條來處理，使該條的內容如下：“基於年齡或精神上的行為能力的理由，法律不承認妻子有資格給予同意”。這公式既不免除也不抵觸有關基於年齡或精神上的行為能力的理由而給予同意的任何政策或法律發展(例如根據政策決定或法例修訂，會規定在任何情況下，年齡在 13 歲以下的兒童均視作沒有資格同意性交)。有關沒有資格給予同意的法律的實質內容，與第 123 和 125 條應否同時保障這些罪行的婚姻受害者和非婚姻受害者，是完全兩回事。界定暫定的第 117(1B)(c)條下有關“非法性交”、“非法的性交”的涵義，有助清楚指出根據第 123 和 125 條，在涉及婚姻受害者和非婚姻受害者的罪行中，同意是構成該等罪行的元素。

20. 2001 年 5 月，由於假設暫定的第 117(1B)(c)條可能對關於沒有資格給予同意的實質法律的政策檢討造成影響，政府決定採取較有限度的處理方法，從建議新增的第 117(1B)條刪除有關不正當獲取同意和沒有資格給予同意的規定，並在第 119、120 和 121 條就不正當獲取同意作出明文規定，使每條條文都適用於夫妻性交的行為(見現行條例草案第 11、13、14 和 15 條款)。

21. 這種做法受到香港大學批評(見 Robyn Emerton 的“強姦配偶罪及有

關的性罪行：檢討《刑事罪行條例》第 XII 部的建議修訂”，載於《香港法律學刊》第 31 期，2001 年，第 415 至 434 頁)。批評論點 (第 425 至 430 頁) 包括—

- (a) 對建議的第 117(1B)條就強姦罪中“同意”所作定義施加限制 (這是相對於加入不正當獲取同意和沒有資格給予同意的情況而言)，以致在第 119 至 121 及 123 至 125 條下，婚姻受害者要達致的舉證標準較非婚姻受害者為高；
- (b) 在第 119、120 和 121 條加入“或夫妻性交”一詞，與“非法性交”、“非法的性交”一詞並列作為選項之一，行文冗贅，更可能令人產生混淆，況且第 123 和 125 條都沒有類似的規定；
- (c) 從第 124 條有關夫妻關係作為免責辯護可見，立法機關的原意顯然是：不論有關各方的婚姻狀況，第 123 和 125 條都適用。不過，根據“非法性交”、“非法的性交”的經修訂定義，已婚婦女和兒童不會再獲得這些條文保障。

22. 關於批評(a)，現時建議新增的第 117(1B)條和第 119 至 121 條在某程度上確實與政府的目的不一致；政府的目的是藉採用“非法性交”、“非法的性交”的用語，確保所有性罪行受害者，包括婚姻受害者和非婚姻受害者，都獲得同等待遇。不過，這是由於政府假設必須先釐清有關第 123 和 125 條下“沒有資格給予同意”的實質內容的政策 (而當局正檢討這項假設)。各種性罪行必須證明同意為無效的程度各異，包括強姦罪的最高程度 (完全沒有同意)，以至與強姦有關的罪行 (事實上有同意或明顯同意，但在案中情況下這同意是不完全的，因為是以不正當方法獲取或受害者沒有資格給予同意)。假如第 119 至 121 及 123 至 125 條規定須予證明同意為無效的程度，必須與強姦罪一樣 (這是相對於在有關的性罪行中須予證明同意為無效的較低程度而言)，即現時建議第 117(1B)條的情況，則條例草案第 11 條款對“非法性交”、“非法的性交”所作的定義過於狹窄，並會對現行法律造成非擬議中 (也不合意) 的改變。

23. 關於批評(b)，在第 119 至 121 條加入“或夫妻性交”，原因之一是

要抵消因第 117(1B)條對“非法性交”、“非法的性交”所作定義沒有提述“不正當獲取同意及沒有資格給予同意”而造成的影響。不過，有意見指“或夫妻性交”看來重複了新增第 117(1B)條有關“非法性交”、“非法的性交”的涵義(因為第 117(1B)條提述了“丈夫與他的妻子……性交”)，並減損其可變效用，這論點似乎有理據。此外，根據“明示其一即排斥其他”的規則，這會令人產生疑問：究竟在沒有提述“或夫妻性交”的性罪行條文中，婚姻受害者會否得到同樣保障，甚或有沒有任何保障。

24. 政府不同意批評(c)。根據普通法，“非法性交”、“非法的性交”是指不正當的性交或在婚姻關係以外的性交，所以立法機關制定第 123 和 125 條時，其用意很可能是認為這些罪行不適用於已婚夫妻。因此，建議的第 117(1B)條(即使以目前的有限制模式而言)會使已婚受害者在第 123 和 125 條下獲得比以前更大的保障。第 124(2)條提述以夫妻關係作為免責辯護，是關乎《婚姻條例》(第 181 章)第 24(2)條所指的無效婚姻(即在指定的情況下與年齡在 16 歲以下的女童性交被視作合法性交)，並沒有暗示不論婚姻狀況為何，第 122 條的原意是適用於有關的各方。

25. 政府現正檢討草擬第 117(1B)條和第 119 至 121 條的取向。正如上文第 19 及 22 段所論述，如果在不影響日後就關於因年齡或精神上無行為能力而沒有資格給予同意的法律進行政策檢討的前提下，把建議新增的第 117(1B)條以“非法性交”、“非法的性交”涵義較廣(或包容性更大)的分立定義替代，可免除在第 119 至 121 條加入“或夫妻性交”的需要，而且可同時解決批評(a)和(b)，並使條例草案更為簡明、清晰和前後一致。

#### 可能提出委員會階段修正案

26. 根據上述分析，第 117 和 119 至 121 條的建議修訂的檢討工作，有可能包括政府循下述方針提出全體委員會審議階段修正案建議—

**第 11 條款**

修訂《刑事罪行條例》第 117 條，加入經修訂的第(1B)款，內容如下－

(1B) 就本部而言，“非法性交”、“非法的性交”包括丈夫與他的妻子在以下情況下性交－

- (a) 性交時妻子並不同意性交；及性交時丈夫知道他的妻子並不同意性交，或罔顧她是否同意性交；或
- (b) 由丈夫或代表丈夫的人以不正當手法獲得妻子的同意，包括以威脅或恐嚇手段，或虛假藉口、或施用藥物；或
- (c) 基於妻子的年齡或她在精神上無行為能力，她在法律上不獲承認為具有資格作出同意。

**第 13、14 和 15 條款**

這三項條款會從條例草案中刪除(目前這些條款分別規定在第 119(1)、120(1)和 121(1)條中提述“性行為”一詞之後加入“或夫妻性交”)。

律政司  
法律政策科  
2002 年 3 月