

2001 年 1 月 16 日

立法會司法及法律事務委員會會議資料文件

關於強姦配偶罪及有關的性罪行的諮詢工作

背景

2000 年 5 月，立法會司法及法律事務委員會指出：《刑事罪行條例》(第 200 章)第 118 條中有關強姦罪的條文所提述的“非法性交”，可能仍指婚姻關係以外的性交，所以應該修訂該條例，訂明強姦配偶是一項罪行。聯合國消除對婦女歧視委員會亦同樣認為“非法”一詞可能引起歧義。政府根據上議院在 *Reg v R* [1991] 1 WLR 767 一案中所作的裁決認為：如果根據案情妻子確不同意性交，丈夫可被判強姦妻子罪。

2. 但是，政府承諾考慮是否應該修訂法例，消除疑問。2000 年 9 月，政府向香港大律師公會、香港律師會和其他有關人士或組織(共 91 個)發出諮詢文件，要求他們最遲在 2000 年 11 月 30 日提交意見。諮詢文件見附件 A。

3. 諮詢文件指出：要修訂《刑事罪行條例》，可有以下三項政策方案—

方案(1)：維持現狀，並援引 *Reg v R* 一案及香港特區訴陳永鴻 [1997] 3 HKC 472 一案的判決，作為丈夫可被判強姦妻子罪成的法律依據，因為第 118 條中“非法”一詞是不必要用語。

方案(2)：在第 118 條中訂明強姦配偶是一項罪行，並刪除該條中“非法”一詞。

方案(3)：釐清“非法性交”和“非法性行為”中“非法”一詞的涵義，確保該詞是指婚姻關係以外的，或在任何未經妻子同意的情況下而進行的。如果立法會只是刪除第 118 條中“非法”一詞，其他性罪行條文中的“非法”一詞便依然具有傳統的普通法涵義。方案(3)可以避免這個問題。

4. 政府在諮詢文件第 33 段中初步提出(現在建議)可行的方法是把方案(2)和(3)合併，以下述方法釐清強姦和其他性罪行的涵義—

- (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控(方案(2))；以及
- (2) 對於其他性罪行條文，在第 117 條不詳盡無遺地界定“非法”一詞的涵義，包含未經妻子同意而與她行房的情況(方案(3))。

至今所收到對諮詢文件的回應

5. 至 2001 年 1 月 2 日為止，接受諮詢的人士和機構所作的回應簡述於下。

接受諮詢的人士和機構		支持方案		
		1	2	3
1	資深大律師甘達文	x		
2	平等機會委員會			x
3	香港大律師公會		x	
4	香港律師會		x	
5	香港城市大學—趙文宗		x	
6	香港城市大學—冼偉文		x	
7	香港大學法律學院比較法及公法中心		x	
8	香港家庭法例會		x	x
9	香港家庭福利會		x	x
10	御用大律師及資深大律師梁冰濂			
11	香港家庭計劃指導會			x

12	香港基督教協進會			x
13	香港羣福婦女權益會		x	x
14	和諧之家－婦女大使		x	
15	和諧之家有限公司		x	x
16	平等機會婦女聯席		x	x
17	香港女童軍總會			x
18	香港婦女中心協會		x	x
19	香港社會服務聯會		x	x
20	關注婦女性暴力協會			x
21	香港崇德社			x
22	社會福利署			x

6. 從上述圖表可見，只有一個回應者支持方案(1)，支持方案(2)和(3)的，分別有六個和七個，而支持把方案(2)和(3)合併的，則有七個。有一個回應者對各方案都不作評論。回應意見摘要和政府對較詳細意見的回覆見附件 B。

7. 政府在附件 B 回應涉及法律細節意見的文件副本將送上各委員參考。其中有大律師公會、律師會、城市大學法律學院一位助理教授，以及香港大學法律學院比較法及公法中心一位講師的意見。

未來路向

8. 四個回應者－大律師公會、律師會、城市大學法律學院一位助理教授，以及香港大學法律學院比較法及公法中心一位講師－反對方案(3)(在第 117 條不詳盡無遺地界定“非法”一詞的涵義，包含未經妻子同意而與她行房的情況)。他們的論點與政府的反駁論據列於附件 B 第 3、4、6 及 7 段。

9. 政府在考慮過四個回應者的論點後，堅持應該合併方案(2)與方案(3)，理由列於附件 B 上文所述各段。保留方案(3)的主要原因簡述如下－

(1) 如果因為是不必要的用語而刪除第 118 條中“非法”一詞，那

麼，在其他條文中保留該詞即表示在這些條文中，該詞具有普通法原有的涵義，指婚姻以外的關係(例如附件 B 第 7.03 段引述的 **Smith and Hogan**《刑事法》(**Criminal Law**)第七版第 475 頁)。假如一名已婚婦人遭人以恐嚇手段迫使她與丈夫發生性行為(不論恐嚇者是她的丈夫或第三者)，法庭便無法援引第 119 條來判案；以及

- (2) 方案(3)可避免只刪除第 118 條中“非法”一詞可能引起的不明確情況，清楚訂明只要未經妻子同意而與她行房是罪行元素之一，就可能干犯其他性罪行。控方也因此可以考慮控以第 118 條強姦配偶罪以外，其他有關性罪行條文所訂的罪名(例如附件 B 第 6.08 段引述的《**Archbold 2000**》，第 20-14 段)。

律政司

法律政策科

2001 年 1 月

#29158v3

諮詢文件

強姦配偶罪及有關的性罪行

本文件的目的是，是對該否就未經妻子同意而與她性交的行為修訂《刑事罪行條例》(第 200 章)，諮詢意見。

問題

2. 法例沒有明文述明強姦罪是否包括未經妻子同意而與她性交的行為，也沒有清楚述明其他指為“非法性交”或“非法性行為”的罪行，是否適用於未經妻子同意而與她性交的行為。

建議

3. 現建議 -

- (1) 修訂強姦罪條文，明文規定罪行包括未經妻子同意而與她性交的行為；
- (2) 修訂《刑事罪行條例》第 XII 部，訂明所有涉及“非法性交”或“非法性行為”的罪行都適用於未經妻子同意而與她性交的行為。

背景

強姦罪

4. 根據《刑事罪行條例》第 118(3)條，任何男子 -

(1) 與一名女子非法性交，而性交時該女子對此並不同意；以及

(2) 當時他知道該女子並不同意性交，或罔顧該女子是否對此同意，即屬強姦。

5. 本年初，立法會司法及法律事務委員會（“立法會事務委員會”）對問題表示關注，指出“非法性交”可能仍指婚姻關係以外的性交，所以《刑事罪行條例》應該作出修訂，訂明強姦配偶是一項罪行。同樣，聯合國消除對婦女歧視委員會（“聯合國委員會”）認為“非法”一詞可能引起歧義。有見及此，政府正考慮是否應該修訂法例，消除疑問。

6. 政府初步認為，依據上議院在 *Reg v R* [1991] 1 WLR 767 一案所作的重要判決，如果從案情看來，丈夫未經妻子同意而與她性交，便可能被定以強姦妻子罪。此外，所有前線警員都被指示按照這項規則來處理強姦配偶的案件。

英格蘭案例

7. 在 *Reg v R* 一案（見判詞第 770A-C 段），Kinkel 的 Lord Keith 指出，“非法”一詞的普通法涵義源自 Hale（見 *History of the Pleas of the Crown* (1736) 第 1 冊第 58 章第 629 頁）。Hale 指出 -

“丈夫不可以被定以強姦妻子罪，因為基於雙方對婚姻所作的同意和契約，妻子就這樣把自己交予丈夫，不得反悔”。

8. 在 *Reg v R* 一案（見判詞第 772C-775A 段），Lord Keith 審核若干法院判決。這些判決裁定，妻子於婚約內同意與丈夫性交的含意，是可以收回，例如因為妻子知道丈夫患上性病，或丈夫在性交時使用暴力，或法庭已經作出不可騷擾妻子的命令或保護家庭的命令。

9. Lord Keith 指出(見判詞第 775B-D 段)-

“由此可見，法院在一連串的案件中都沒有按照 Hale 的一項觀點，即一旦結 婚，妻子就同意與丈夫性交，不得反悔這個觀點，作出判決。其實，原則上，Hale 的所有觀點都沒有理由再適用於現代社會。唯一的問題是，[《刑事罪行條例》第 118(3)條所依據的]《1976 年性罪行(修訂)法令》第 1(1)條可能令法院無法作出這個合理的決定，因為條文中“非法”一詞可指在婚姻關係以外發生的意思。不過，這不是“非法”一詞最常見的涵義。“非法”一詞一般是用來形容違反法律或成文法則的事或在沒有理據或辯解下作出的行為。在現代社會，無疑婚姻關係以外的性交通常都不會被稱為非法行為。如果條文是依據結婚就是同意與丈夫性交這個觀念來制定，那麼，丈夫未經妻子同意而與她性交的說法根本就不會出現。法律條文也無須規定只有在婚姻關係以外而未經女方同意的性交才構成強姦罪。”

10. Lord Keith 指出(見判詞第 776C-G 段)，國會制定《1976 年法令》第 1(1)條，不可能是為了取消丈夫可因強姦妻子而被定罪的例外情況。Lord Keith 指出 -

“要保留這些例外情況，就必須把“非法”一詞解釋為“在婚姻關係以外發生或在丈夫可因強姦妻子而被定罪的例外情況下發生”。.....不過，如果按照上述方法來解釋“非法”一詞，有關定義就只適用於這條條文。如果法律草擬人員的確有意把有關例外情況納入“非法”一詞的定義中，就必定會具體訂明，而不會以這樣間接的方式處理。.....事實是：只要未經女方同意而與她性交，就已經是非法行為，條文中“非法”一詞根本沒有其他意思，.....而應該被視為條文中不必要的用語”。

11. Lord Keith 作結時指出(見判詞第 776H-777A 段)–

“.....在現代社會，丈夫強姦妻子因婚姻關係免被定罪的規則不再是英格蘭法律.....[我們](引述 Lord Lane CJ 在上訴法院(刑事分庭) *Reg v R* [1991] 2 WLR 1065 一案的判詞，見第 1074 頁).....把這項虛構出來，並已經過時和令人反感的普通法規則刪除，也有責任根據這個結論來作出判決”。

英格蘭在成文法方面的修訂

12. 《1994 年刑事審判及公安法令》採納 *Reg v R* 案有關丈夫可被定以強姦妻子罪的裁決，廢除《1976 年性罪行(修訂)法令》第 1(1)條，而為《1956 年性罪行法令》新訂第 1 條。新訂第 1(2)(a)條略去“非法”一詞，只提述“性交”。

13. 該 1994 年法令也刪除 1956 年法令第 2(1)條(以威脅恐嚇手段促致女子與人性交)和第 3(1)條(以虛假藉口或虛假申述促致女子與人性交)中“非法”一詞。

14. 但 1956 年法令中有關其他罪行的條文則仍保留“非法”一詞，例如第 4 條(施用藥物以獲得非法的性交)、第 5 條(與 13 歲以下的女童非法性交)、第 6 條(與 16 歲以下的女童非法性交)和第 7 條(與弱智者非法性交)。

15. 在 *Reg v R* 案(見判詞第 775H-776A 段)，Lord Keith 表示就《1956 年性罪行法令》第 19 條而言，法庭在 *R v Chapman* 案有充分的理據裁定“非法”的定義是指婚姻關係以外的情況。根據 1956 年法令第 19 條，把 18 歲以下未婚女童從父母或監護人的管有下拐走，意圖使她與多名或某一名男子非法性交，即屬犯罪。Donovan J 在 *R v Chapman* 案(見判詞第 105 段)表示：“我們不認為['非法'一詞]是不必要的用語，否則真心誠意與有關女童結婚的男子，在違反女童父母或監護人意願的情況下，把女童從父母的管有下帶走，縱然他有實現這意圖，也沒有抗辯理由。”

香港的法律

16. 由於在 *Reg v R* 一案，英國上議院裁定當時相當於《刑事罪行條例》第 118(3)(a)條的英格蘭法律條文中“非法”一詞沒有其他意思或是不必要的用語，有關裁決基於《基本法》第八條和第十八條可能仍然在香港的法律中適用。

17. 在香港特區 訴 陳永鴻案 [1997 年] 3 HKC 472 (見判詞第 475D-476A 段)，香港上訴法庭曾考慮《刑事罪行條例》第 119 條 (根據該條，以威脅或恐嚇手段，促致另一人作非法的性行為，即屬犯罪) 中“非法”一詞的意義。在判詞第 475G-H 段，上訴法庭副庭長鮑偉華表示，上訴法庭認同 Lord Keith 在 *Reg v R* 案把“非法”一詞視作不必要用語的看法。不過，在本案中 (有關男女沒有婚姻關係)，採納 Donovan J 在 *R v Chapman* 案的裁決 [1959 年] 1QB 100 (見判詞第 105 段) 已經足夠，即是就有關情況而言，“非法”一詞表示不合法，因它是婚姻關係以外的情況。

選擇方案

18. 如何就強姦配偶罪及其他有關的性罪行對《刑事罪行條例》作出修訂，可有以下三項政策方案—

- (1) 維持現狀，並援引 *Reg v R* 及 陳永鴻案的判決，作為丈夫可被定以強姦妻子罪的法律依據；
- (2) 在 118 條中訂明強姦配偶是一項罪行；以及
- (3) 釐清所有條文中“非法”一詞的涵義。

方案(1)：維持現狀

19. 如上文等 6 段所述，政府認為按 *Reg v R* 的裁決結果，根據第 118 條，強姦配偶是一項罪行。

20. 此外，如上文第 17 段所述，香港上訴法庭在香港特區 訴陳永鴻一案中認同 *Reg v R* 案的裁決。案中的控罪涉及第 119 條，而由於案中的一對男女並無結婚，法庭認為“無須作進一步推論，…但可肯定文義中非法一詞意即不合法，是指婚姻關係以外”（陳永鴻案判詞 475H 段）（重點為本文所加）。不言而喻的是，假如案中男女已經結婚，上訴法庭則可考慮“作進一步”的推論，根據 *Reg v R* 一案的裁決，倘若妻子不同意性交，“文中”非法的一詞便屬不必要。或者，根據第 118 條，該名丈夫可被（並很可能會被）控以強姦罪。

21. 因此，單就強姦配偶行為而言，在法理上似乎無須修訂《刑事罪行條例》。此外，一如上文第 17 段所述（見陳永鴻案判詞 475G-H 段），上訴法庭強烈表示，倘若案中男女已經結婚，而妻子又不同意進行非法性行為，則法庭會按 *Reg v R* 一案的裁決解釋第 119 條中“非法”一詞。因此，在其他性罪行方面，維持現狀不會對“非法”一詞的解釋產生負面的含義。

22. 維持現狀方案的唯一缺點，從公眾的角度而言，便是條例欠缺白紙黑字的條文，訂明強姦配偶屬刑事罪行，而必須一併參閱相關案例來理解第 118 條。不過，成文法須輔以法庭的解釋作補充，十分平常。

方案(2)：在 118 條中訂明強姦配偶是一項罪行

23. 雖然這項修訂在法理上並非必要，然而，在第 118 條中訂明強姦配偶是一項罪行，可消除立法會事務委員會及聯合國委員會所表達有關公眾對“非法”一詞涵義的疑慮。同時，也可從該條中刪除“非法”一詞。

24. 不過，這項修訂可能引起其他性罪行涵蓋範圍的問題，這些罪行的有關條文也包括“非法性交”及“非法性行為”（按定義包括非法性交）等詞句。“非法”一詞（令人關心的因由）也在該條例中第

XII 部的其他條文中出現，藉以界定其他性罪行(見下文第 31 段)。例如，任何人以威脅或恐嚇手段促致另一人作非法的性行為，即屬犯罪(第 119 條)。

25. 由 *Reg v R* 及 陳永鴻案中可見，就案情而言，“非法”一詞可有兩種涵義：即婚姻關係以外(按傳統普通法解釋的意思—包括如上文第 8 段所述丈夫可被定以強姦妻子罪的例外情況)，或如屬婚姻關係之內者，即無取得對方的同意。因此，假如不修訂第 118 條，法庭可根據個別案情，賦予這用詞適當涵義。例如，法庭可根據第 119 條，裁定如有人以威脅或恐嚇手段促致一名已婚女子與自己的丈夫性交，即屬犯罪。

26. 不過倘若因為“非法”一詞屬不必要的用語而從第 118 條中刪除，有人會認為其他條文如仍保留這用詞，即表明這用詞在這些條文中具有原來的普通法涵義，即是婚姻關係以外。這可令法庭不能裁定(舉例而言)第 119 條確實把將恐嚇一名已婚女子與自己的丈夫性交列為罪行。

27. 另一個方法是保留第 118 條中“非法”一詞，但增添新條文，說明“為免生疑問”，涉案的男女雖已經與對方結婚，男方也可因強姦成罪。

28. 然而，這做法，正如選擇性地刪除“非法”一詞的修訂，弊端是若修訂只限於第 118 條的話，則亦可暗示“非法”一詞在第 XII 部的其他罪行條文中，是有包括傳統普通法所指的婚姻關係以外的涵義。換言之，就第 118 條而言，上述修訂雖然可以把未得妻子同意而與她性交的行為定為罪行，但也可能對其他有“非法性交”或“非法性行為”等詞的罪行條文帶來相反效果。

方案 3：釐清所有條文中有關“非法”一詞的涵義

29. 第三個方案可解決因修訂第 118 條引起的問題，清楚訂明罪行如涉及未經妻子同意而與她性交的行為，有否干犯其他性罪行。

30. 在這情況下，必須研究每項提及“非法性交”或“非法性行為”的罪行，並決定“非法”一詞的兩個涵義中哪一個適用。正如上文解釋過，“非法”一詞可以有兩個涵義。

(1) 婚姻關係以外，或婚姻關係以內但在某些情況下未得妻子同意，(根據普通法的例外情況)丈夫可被定以強姦妻子罪。這些情況包括：已經發出分居判令或離婚或婚姻無效暫准判令、已經發出禁制騷擾的強判令、已經向法院作出不會騷擾的承諾、已經簽訂正式分居契據。這些情況在下文稱為“特殊婚姻關係”。

(2) 婚姻關係以外，或婚姻關係以內在任何情況下未得妻子同意。

31. 現分析“非法”一詞的上述兩個可能包含的涵義對有關罪行條文的影響如下—

第 119 條(以威脅或恐嚇手段促致他人作非法的性行為)，第 120 條(以虛假藉口或虛假申述促致他人作非法的性行為)，第 121 條(施用藥物以獲得或便利作非法的性行為)

- 根據涵義(1)，促致或便利妻子在不同意的情況下與丈夫性交(強姦配偶)的人，只有在上述特殊婚姻關係其中一項適用時，才屬干犯這些條文所訂罪行。
- 根據涵義(2)，即使沒有特殊婚姻關係，所有促致或便利強姦配偶的人，都可根據第 119、120 或 121 條(根據具體情況而定)而被檢控。

第 123 條(與年齡在 13 歲以下的女童非法性交)

- 根據涵義(1)，只在有特殊婚姻關係的情況下，丈夫未經同意而與 13 歲以下妻子性交，才可根據這條文定罪。

- 根據涵義(2)，在任何情況下，丈夫未經妻子同意與她性交，即可根據這條文定罪。

第 124 條(與年齡在 16 歲以下的女童非法性交)

- 上文有關第 123 條的意見也適用於第 124 條。
- 第 124(2)條訂明，雖然根據《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，但是如果丈夫相信並有合理原因相信這名 16 歲以下的女童是他的妻子，便可以此作為丈夫的特別抗辯理由。不過，丈夫如果未經同意而與相信是他妻子的人性交，根據涵義(1)，只有在有特殊婚姻關係的情況下，他才會干犯這條文所訂罪行。根據涵義(2)，在任何情況下，丈夫未經同意而與妻子性交，都屬犯罪。

第 125 條(與精神上無行為能力的人非法性交)及第 128 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)

- 已婚人士可能因意外或疾病而出現精神上無行為能力的嚴重情況，以致喪失同意性交的能力。
- 根據涵義(1)，丈夫未經同意與精神上無行為能力的妻子性交，只有在有特殊婚姻關係的情況下，才屬“非法”。
- 根據涵義(2)，不論這些情況是否存在，根據這些條文，未經同意的性交，都屬“非法”。

第 127 條(拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交)

- “任何人把一名年齡在 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”，即干犯第 127 條訂明的罪行。
- 正如上文第 15 段所述，*R v Chapman* 案裁定：“非法”一詞在《1956 年法令》第 19 條(相當於第 127 條)中並非不

必要，否則即使有人真心誠意與一名 18 歲以下的女童結婚，而在違反女童父母意願的情況下，從他們的管有下帶走她，他也沒有抗辯理由。

- 根據這項條文，未經妻子同意而與她性交的行為只會在不大有可能發生的情況下出現：有人把女童帶走，意圖由他或另一名男子與她結婚，然後強姦妻子。在這情況下，根據“非法”一詞的涵義(1)，一般不會引致干犯這項條文所訂罪行，但根據涵義(2)，則屬犯罪。

32. 研究過這些罪行後，我們認為涵義(2)在所有情況下都較可取。採用這個涵義可以反映從 *Reg v R* 案和陳永鴻案所引申的普通法，並確保強姦配偶罪不但包括在第 118 條內，還包括在所有含有“非法”一詞的有關性罪行條文中。

較可取的做法

33. 初步認為應該採用第三個方案，並以下述方法釐清有關的性罪行涵義——

- (1) 刪除第 118 條中“非法”一詞，並加以明文規定婚姻關係與強姦罪並無實質關係；以及
- (2) 對於其他性罪行條文，在第 117 條不以詳盡無遺的形式界定“非法”一詞的涵義，以加入未經妻子同意而與她性交的行為。

徵求意見

34. 本諮詢文件是一份討論文件，不代表政府任何既定立場。文件的目的是在於收集市民對這問題的意見，以便政府能夠取得結論。請在 2000 年 11 月 30 日前就本文件提出意見。

律政司

法律政策科

2000 年 10 月

#22639 AD, 29183 LP

強姦配偶罪及有關的性罪行諮詢文件
回應意見摘要和政府考慮的事宜

1. 資深大律師甘達文

1.1 支持方案(1)。

1.2 除非確有必要，否則最好避免修訂。

1.3 修訂過程對修訂前的法例可能會造成不必要的疑問，而事實上現行的法律已經十分清晰。

2. 平等機會委員會

2.1 支持方案(3)，因為這是三個方案中最全面的。

3. 香港大律師公會

3.1 支持方案(2)(諮詢文件第 33(1)段)。

3.2 不贊成方案(3)(諮詢文件第 33(2)段)，因為公會認為這方案可能引起的問題較預計可解決的為多。

3.3 認為最簡單的解決方法是從第 118 條刪除“非法”一詞，並訂明強姦配偶是一項罪行，而其他條文則保留“非法”一詞，一如諮詢文件第 30(2)及 32 段所解釋具有普通法涵義。認為這項修訂連同 *Reg v R* 及陳永鴻案中界定的普通法足以達到原來目的。

政府回應大律師公會的意見

3.01 如果方案(3)反映的是諮詢文件第 30(2)及 32 段所論，以及在 *Reg v R* 及陳永鴻案中所述(政府認為如此)的普通法，則

不會引起更多問題，反而會釐清普通法含糊的地方(尤其是 *Reg v R* 案的裁決違反立法機構立法意圖的爭論)。

3.02 特別是方案(3)可釐清：法庭可根據案情，繼續引用 *Reg v R* 及陳永鴻案中界定的普通法涵義來解釋其他條文。如果不作出這項修訂，法庭便要面對極大爭議：根據‘明示其一即排斥其他’的法例釋義規則，只從第 118 條刪除“非法”一詞，暗示立法機構擬從其他性罪行條文剔除 *Reg v R* 及陳永鴻案中“非法”一詞的涵義(例如見下文第 7.03 段載列 *Smith and Hogan Criminal Law* 第 7 版第 475 頁)。因此，除以強姦配偶為罪行元素之外的第 118 條(另見下文第 6.07 及 6.08 段)，檢控人員不能再選用這些條文提出控罪。

4. 香港律師會

4.1 支持方案(2)。

4.2 不贊成方案(3)。律師會認為要恰當界定“非法”一詞的涵義存在困難。

4.3 認為一個包羅萬有的定義會引起公眾人士的疑問：究竟包含或不包含哪些內容，有關定義又目的在於界定什麼。

4.4 認為雖然政府擬清楚訂明“非法性行為”包括(未經同意)的“婚姻關係以內的性行為”，但上議院(在 *Reg v R*)已經裁定“非法”一詞是不必要的用語。因此，不應該以界定“非法”一詞的涵義來釐清這些罪行，因為這可能與普通法情況不相符。

政府回應律師會的意見

4.01 包羅萬有或不以詳盡無遺的形式界定用詞的定義常用於法律草擬。這類定義既明確又具靈活性，法庭無須引用某一個涵義來詮釋某一個用語，而可以根據案情引用定義訂明的涵義、普通法涵義或一般涵義來詮釋該用語。因此，訂明“非

法”一詞包含未經妻子同意而與她行房的涵義，一方面可確保強姦配偶罪適用於其他有關的性罪行條文，同時也讓法庭可按案情需要引用其他適當的涵義。

4.02 政府認為界定“非法”一詞的涵義從而包含未經妻子同意而與她行房的行為，這做法並無牴觸 *Reg v R* 案裁決及陳永鴻案中認同的普通法，反而可以反映有關法則。在 *Reg v R* 案(見判詞第 776G 段)裁定“非法”一詞在強姦罪行中為不必要用語，理由是未經女方同意而與她行房顯然是非法行為。由此推論，“非法”同時包含未經妻子同意而與她行房和在婚姻關係以外性交的意思。因此，視乎案情而定，“非法”一詞的涵義，無論是按照現行普通法被視作不必要用語，抑或是為了明確起見而以詳盡無遺的形式界定，以包含在婚姻關係以內未經妻子同意而與她行房的行為，結果也是一樣。

4.03 此外，若不清楚界定“非法”一詞的涵義，以包含未經妻子同意而與她行房的行為，基於‘明示其一即排斥其他’的法例釋義規則，可能出現以下危險：只從第 118 條刪除“非法”一詞會恢復該用語在其他性罪行條文中先前的普通法涵義，而這與 *Reg v R* 的裁決相悖。因此，有必要在這次法例修訂中採納諮詢文件第 33 段載列的兩項建議。

5. 香港城市大學法律學院助理教授趙文宗

5.1 不贊成採用方案(1)，因為 *Reg v R* 案是英國案例，對香港並無約束力，在陳永鴻案中法庭表示認同 *Reg v R* 案的裁決，只屬旁論。

5.2 支持方案(2)。

5.3 提出“非法”一詞在第 118 條有不同涵義：該條所指的是“婚姻關係以外的性交”，而在其他有關的性罪行條文，所指的是“非法性交”。

- 5.4 由於“非法”一詞在第 118 條是多餘的，即使刪去，“強姦”一詞的法律涵義仍很明確。
- 5.5 從第 118 條刪除“非法”一詞，會令第 118 條以外的其他性罪行條文中的用詞只有“強姦”和“非法性行為”的涵義。

政府回應趙文宗的意見

- 5.01 政府同意從第 118 條刪除“非法”一詞，不會影響強姦的法律涵義。
- 5.02 不過，對第 118 條以外的條文而言，政府認為雖則是旁論，但香港法院在陳永鴻案明顯表示“非法”一詞，既適用於未經妻子同意而與她行房(一如 *Reg v R* 案的裁決)，也適用於沒有婚姻關係的男女，“表示不合法，因它是婚姻關係以外的行為”。
- 5.03 如果採納政府的建議，把 *Reg v R* 案的判決在第 117 條明文規定，即使從第 118 條刪除“非法”一詞，也不會影響第 118 條以外的性罪行條文，根據罪行本身的情況，引用這兩項涵義的其中一項。

6. 香港城市大學法律學院講師冼偉文

- 6.1 支持方案(2)。
- 6.2 以 *R v Linekar* [1995] 3 All ER 69, [1995] Crim. L.R. 321 為例，提出根據第 119 至 121 條，受害者的同意並非要素。因此，方案(3)第二段對“非法”一詞所下的另一個涵義，即“婚姻關係以外，或婚姻關係以內而未得妻子同意的任何情況”，會令已婚人士根據第 119 至 121 條所受的保障較未婚人士為少。
- 6.3 建議從第 119 至 121 條中刪除“非法”一詞，給予已婚和未婚人士相同保障。

- 6.4 提出在第 123 至 125 條，‘同意’並非爭論的要點。條例的着眼點在於受害者的能力，以及免卻根據第 118 條證明強姦是在同意的情況下發生所出現的困難。
- 6.5 方案(3)第二段會把‘同意’列為各條文的要素。這是沒有需要的，因為如果能證明未婚人士之間的行為在未經同意的情況下發生，即可以控以強姦罪。
- 6.6 如果‘不同意’成為要素，容易令人覺得強姦具有第 124 至 125 條所述的那幾類行為能力的配偶，所觸犯的罪行會較輕，因為這兩條罪名的最高刑罰都較強姦罪輕。此外，由於可以根據第 118 條或第 125 條控告某人強姦精神上無行為能力的配偶，因此會出現不貫徹的情況。
- 6.7 不過，第 123 及 124 條容許年齡在 16 或 13 歲以下的外地人士的婚姻 (*Alhaji Mohamed v Knott* [1969] 1QB1, 16)，因此，建議在第 125 條下，容許在婚姻關係內，與精神上無行為能力的人行房。據此，第 123、124 及 125 條中“非法”一詞應該保留，並在第 117 條界定為婚姻關係以外。
- 6.8 提出第 127 及 128 條所指的罪行，涉及侵犯父母權力而非強姦配偶。‘同意’並非爭論的要點。
- 6.9 由於在同意的情況下，與年齡在 16 至 18 歲之間的女童性交並不是一項罪行，因此建議第 127 條只適用於拐帶女童，意圖使她在不同意的情況下與人性交。應該刪除有關年齡在 16 至 18 歲之間女童的第 127 條中“非法”一詞，並在“某一名男子”後加入“在她不同意的情況下”的字詞。
- 6.10 建議即使要維護年齡在 16 歲以下的女童或精神上無行為能力的人的父母權力，也無須干涉這類別人士經同意的夫婦行房。因此，在這些罪行中，應該採用方案(3)第二段有關“非法”一詞的涵義。

政府回應冼偉文的意見

- 6.01 由於根據 *Reg v R* 案，“非法”一詞的涵義包括未經妻子同意與她行房的情況，因此視乎案情而定，該涵義除適用於第 118 條外，也適用於第 119-121 條、123-125 條及 127-128 條等性罪行條文。陳永鴻案中所涉的第 119 條已確認這點。
- 6.02 第 119-121 條可以按照情況涉及‘同意’的元素。如果真正得到同意，那麼有關的“非法的性行為”便可能並非以威脅或恐嚇手段、虛假藉口或虛假申述、或施用藥物而促致、獲得或便利所得。例如：倘若 *R v Linekar* 案(上文第 6.2 段)中的受害者後來(在性交前)同意不收取金錢，則儘管疑犯從不打算付款，也可以爭辯她確實同意，以及性交並非以欺詐手段促致。涉及第 119 條的陳永鴻案中，未經同意性交是爭論的要點(p.476D)。
- 6.03 方案(3)第二段清楚採納 *Reg v R* 案中“非法”的涵義，訂明未經任何女性同意而與她性交即屬非法(p.776G)，這個方案可以加強夫婦雙方的保障。根據傳統普通法涵義，除有限的情況外，妻子不能撤回同意。
- 6.04 此外，方案(3)第二段讓控方可以選擇多項控罪，視乎案情檢控未經妻子同意與她行房的人。控方不單可以根據第 118 條提出檢控，還可以根據案情，引用一項或多項其他性罪行條文提出檢控。
- 6.05 建議在現階段除第 118 條以外，不刪除其他條文中“非法”一詞。基於有論據指稱“非法”一詞有歧義，政府建議從第 118 條中刪除該詞，清楚訂明強姦配偶是罪行。但是政府認為，其他性罪行條文中“非法”一詞應該暫時保留，以免不慎改變《刑事罪行條例》第 XII 部的涵蓋範疇。
- 6.06 但是，由於上文提到“非法”一詞有歧義，基於‘明示其一即排斥其他’的法例釋義規則，立法機關可能有意從沒有刪除

“非法”一詞的條文中剔除 *Reg v R* 案的涵義。因此，政府有必要先行界定“非法”一詞使包含未經妻子同意與她行房的情況，以防立法機關提出這個論點。

6.07 政府認同一名男子在其他性罪行條文所述情況下未經妻子同意而與她行房，可以根據第 118 條被控強姦。但是，諮詢文件第 31 段表明，由於“非法”一詞有歧義而可能出現問題或矛盾，有關例子可以證明採納建議訂明“非法”一詞的涵義，有助清楚說明其他罪行條文擬規管的強姦配偶罪行的範疇。例如：第 119-121 條的罪行會清楚涵蓋丈夫以威脅促致妻子或向妻子施用藥物的情況。這也是英格蘭只是選擇性—及混亂地—在等同第 119 及 120 條的條文中刪除“非法”一詞而達致的結果(詳見下文第 7.03 段引述 *Smith and Hogan*《刑事法》第 7 版，p.475)。

6.08 此外，有關其他條文可能用於強姦配偶罪行的問題，*Archbold 2000* 第 20-14 段指出，被控強姦罪的疑犯，可以因為以威脅(第 119 條)或虛假藉口(第 120 條)促致非法的性行為，或施用藥物獲得或便利作非法的性行為(第 121 條)而被定罪。倘若疑犯同時是被指稱的強姦犯及被指稱促致非法性行為或施用藥物的人，則有可能轉以其他罪名裁決。但是，倘若懷疑促致非法性行為或施用藥物的疑犯並非被指稱的強姦犯(疑犯只是促致有關行為或替被指稱的強姦犯向被指稱的受害人施用藥物)，則除非該疑犯為強姦從犯，否則不能根據第 118 條把他定罪，而須按情況，根據第 119、120 或 121 條把他定罪。因此，訂明“非法”一詞包括未經妻子同意與她行房的情況，有助確保一旦受害者的丈夫是被指稱的強姦犯，便可以按第 119、120 或 121 條逮捕被指稱促致非法性行為或施用藥物的人。

6.09 在第 123、124 及 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。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。

6.010 正如第 119-121 條及 123-125 條一樣，是否同意行房可能會是第 127 及 128 條的爭論點。同意行房的決定與父母權力是兩個獨立的問題，回應者建議(上文第 6.9 段)刪除第 127 條中“非法”一詞，並在“某一名男子”後加入“在她不同意的情況下”的字詞，暗示他也贊同這個看法。但是，這樣修訂與政府提出方案(2)和方案(3)第二段的作用一樣，基於明示其一即排斥其他的法例釋義規則，選擇性地刪除“非法”一詞也會引致不明確的情況。

7. 香港大學法律學院比較法及公法中心

7.1 支持方案(2)

7.2 指出諮詢文件第 33 段建議，在第 117 條不詳盡無遺地界定“非法”一詞的涵義，包含未經妻子同意而與她行房的情況，可能會令第 123、124、125 及 127 條更為混亂。指出諮詢文件第 30 段界定“非法性交”的定義過於狹窄，難以解決各條中“非法”一詞所引起的政策問題，特別是有關年輕或易受傷害婦女的問題。附有各條的初步分析。

7.3 認為第 123 條的“非法”一詞沒有意義，所依據的假定是在香港與 13 歲以下女童性交，不論在任何情況下，即使已與她結婚，亦屬犯罪。因此，“非法”一詞在第 123 條是多餘的用語，應該刪除。也認為諮詢文件第 31 及 32 段所述各項情況，可理解為只要女方同意，某名男子可以與 13 歲以下的妻子或任何女童性交而不觸犯法例。

7.4 認為第 124 條中的“非法”一詞，除了“婚姻關係以外”的涵義外，別無他意，因為第 124(2)條可為相信並有合理因由相信某名女子是他妻子(即使根據香港法例該段婚姻是無效的)的男子提供抗辯理據。認為第 124 條所述的罪行是指男子與 16 歲以下女童性交，不論女方同意與否，除非雙方已根據

其他司法管轄區法律結婚。如果該女童不同意，也會根據第 118 條構成強姦罪。結論認為第 124(2)條已足以包含“非法”一詞指“婚姻關係以外”的涵義，所以第 124 條中的“非法”一詞是不必要的用語，應該刪除。

7.5 假定第 125 條所提述的人精神上失去行為能力同意性交，而當初的立法意圖是把與這類人性交的行為，定為罪行，但第 125(2)條的抗辯理據適用情況則屬例外。如果假定正確，那麼，第 125 條中的“非法”一詞是多餘的用語，應該刪除。不清楚這類罪行—論性質則指在未得同意的情況下發生—最高刑罰為什麼會較強姦罪為輕。

7.6 援引 *R v Chapman* [1959] 1QB 100 一案，認為第 127 條中的“非法”一詞可保留。

7.7 建議為施行第 117(1A)(a)條，“非法性行為”一詞應該修訂為指“構成本部所指的罪行”的性交。

政府對香港大學法律學院比較法及公法中心的回應

7.01 政府不同意在第 117 條不詳盡無遺地界定“非法”一詞的涵義，會令第 123、124、125 及 127 條所述的情況更為混亂的說法。反而有必要這樣修訂以釐清情況，避免了(由於刪除第 118 條中“非法”一詞)明示其一即排斥其他的法例釋義法則，確保可以視乎案情，強姦配偶罪也為有關性罪行的其他條文所涵蓋。此外，對涵義不作詳盡無遺的界定，並不會排除上述各條中“非法”一詞視乎案情以其他涵義闡釋。

7.02 第 123、124、125 及 127 條目的在於保護年輕及易受傷害婦女或女童，並不會影響現行法律接納在某些情況下可與這類年齡或行為能力的婦女或女童行房這個事實。建議對“非法”一詞作不詳盡無遺的界定，一旦付諸實行，不單可以確保有關條文把配偶強姦年輕婦女或女童定為罪行，也可以根據這些條文及第 118 條把犯事的丈夫提控(見上文第 6.07 及 6.08

段)。

- 7.03 第 123 條並不訂明與 13 歲以下女童不論在任何情況下性交便屬犯罪。與 16 歲以下或 13 歲以下而有(在外國締結)婚姻關係的女童性交可以是合法的(*Alhaji Mohamed v Knott*, 上文第 6.7 段所引述)。此外, Smith 與 Hogan 在《刑事法》第七版第 475 頁《1956 年性罪行法令》有關各條有以下討論(其中“非法”一詞因有 *Reg v R* 一案的判決而未有刪除)–

““非法性交”一詞”在《1956 年性罪行法令》的其他各條中使用,但是,第 2 及 3 條–以威脅或虛假藉口促使女子與人性交–則刪去了“非法”一詞,使這類罪行也擴及丈夫促使自己妻子性交的情況。但是,在《1956 年性罪行法令》中仍然有多條保留“非法”一詞,包括第 4 條(施用藥物使到他人與某人性交)、第 5 條(與 13 歲以下的女童性交)、第 6 條(與 16 歲以下的女童性交)和第 7 條(與弱智者性交)。某男子在英國與 16 歲以下或甚至 13 歲以下或是弱智(擁有外國居籍)的妻子性交,除某些可能的例外情況外,不會觸犯這些罪行,這點看來並無疑問。這種選擇性剔除“非法”一詞的做法顯示法律草擬人員和政府都意識到這個詞的重要性。丈夫不會觸犯強姦妻子罪的規定,須受制於若干例外情況,而這些例外情況可能被判定可以適用於法令中其他保留“非法”一詞的各條所述的其他罪行。”

- 7.04 對“非法”一詞的涵義不作詳盡無遺界定的建議,可確保第 123 條(及其他條文)都包含了未經妻子同意而與她行房的情況,檢控人員因而除了可以按第 118 條提出檢控外,也可以引用其他條文提出檢控。
- 7.05 今次諮詢工作不涉及大規模政策檢討,“非法”一詞在現階段不宜在未經大規模政策檢討之前從第 123 條或其他各條中刪除。諮詢文件第 31 及 32 段都不含與 13 歲以下非為其妻的

女童進行性交是合法的意思。

- 7.06 如果正如回應者所說(在上文第 7.4 段)，目前第 124 條中的“非法”一詞是指婚姻關係以外的意思，那麼，不詳盡無遺地界定“非法”一詞的涵義，從而包含未經妻子同意而與她行房的情況，事實上更能加強保護已婚婦女。此外，如果根據第 124(2)條的抗辯理據，“非法”即婚姻關係以外的意思，或婚姻關係是與 16 歲以下的女童性交的抗辯理據，那麼，即使把第 124 條中的“非法”一詞刪除，未經妻子同意而與她行房的行為也不會涵蓋在該條之內。檢控人員因而不能根據第 118 條以外的條文提出檢控。
- 7.07 根據回應者的論據，也可以說第 124 條只適用於婚姻關係以外的行為(不論是否刪除“非法”一詞)，那麼，第 118 條所述的強姦罪可能不會涵蓋第 124 條(屬明確的條文)所述的未經妻子同意而與她行房的行為。因此，一如政府所建議，目前暫時保留第 124 條中“非法”一詞，並對第 117 條中“非法”一詞的涵義作不詳盡無遺的界定，以涵蓋強姦配偶罪，應該可以防止出現爭拗。此外，也可以稍為修訂第 124(2)條，清楚訂明有關的抗辯理由不適用於未經妻子同意而與她行房的情況。
- 7.08 第 125 條中的“非法”一詞，除非經過大規模的政策檢討，否則不應該刪除。檢討內容也可以包括回應者(在上文第 7.5 段)所提出的問題，例如第 118 及第 125 條的刑罰差異問題。同時，政府建議對“非法”一詞的涵義不作詳盡無遺的界定，可以確保與弱智並且沒有能力表示同意性交的人行房是犯罪行為。
- 7.09 對“非法性行為”一詞進行更大規模的檢討不屬這次諮詢工作的範圍和目的。有關(在上文第 7.7 段)所提出的建議，修訂第 117(1A)(a)條所指的“非法性行為”一詞，使之具有“構成本部所指的罪行”的性交的涵義，相當於把“非法”一詞的概念重新注入第 118 條之內(因其訂定一條“構成本部所指的罪

行”)，即使字面上該詞已從該條中刪除。

8. 香港家庭法例會

8.1 支持方案(2)，以及釐清所有條文中有關“非法”一詞的涵義(方案(3))。

8.2 得悉該會的會員“包括對家庭法和慣例有興趣的不同專業人士，包括律師、大律師、社會工作者、心理學家等”。

9. 香港家庭福利會

9.1 支持方案(2)及(3)(回應與香港家庭法例會相同)。

10. 御用大律師、資深大律師梁冰濂

10.1 表示自己沒有資格提出意見。

11. 香港家庭計劃指導會

11.1 支持方案(2)和(3)(如諮詢文件第33段所述)。

12. 香港基督教協進會

12.1 有需要清楚說明強姦配偶是一項罪行。

12.2 支持方案(3)。

13. 香港羣福婦女權益會

13.1 支持方案(2)及(3)。

14. 和諧之家－婦女大使

14.1 支持方案(2)。

15. 和諧之家有限公司

- 15.1 支持方案(2)及(3)。
- 16. 平等機會婦女聯席
 - 16.1 支持方案(2)及(3)。
- 17. 香港女童軍總會
 - 17.1 支持方案(3)。
- 18. 香港婦女中心協會
 - 18.1 支持方案(2)及(3)。
- 19. 香港社會服務聯會
 - 19.1 支持方案(2)及(3)。
- 20. 關注婦女性暴力協會
 - 20.1 支持方案(3)。
- 21. 香港崇德社
 - 21.1 支持方案(3)。
- 22. 社會福利署
 - 22.1 支持方案(3)。

#29158v3