

《防止兒童色情物品條例草案》

政府對立法會助理法律顧問 二零零二年五月十七日函件作出的回應

立法會助理法律顧問在二零零二年五月十七日來函，就《防止兒童色情物品條例草案》提出若干問題，本文件載列政府對這些問題的回應。

條例草案第 14 條

A. **在新訂條文第138A條中，第(4)(a)(ii)款所載“以涉及性的方式或在涉及性的情境中”的提述，與第(4)(b)(ii)款所載“為涉及性的目的”的提述有何分別？**

2. 條例草案沒有為“以涉及性的方式或在涉及性的情境中”這個詞句下定義，因此，我們需要按照一般詞典的解釋去詮釋其含意。根據《簡明牛津詞典》第十版(修訂本)(二零零一年)：

- “方式”是行事的方式或方法或事情發生的方式或方法；以及
- “情境”是事件、語句或意念的背景情況，而人們是從這些情況而完全明白有關事件、語句或意念的。

3. 處理兒童色情物品問題的《加拿大刑法》第163.1(1)(a)(ii)條也載有“涉及性的目的”(sexual purpose)這個用語。在這方面，加拿大最高法院審理 Sharpe 一案時，曾就兒童色情物品罪行的問題討論過“涉及性的目的”這個用語的含意(見判決書第 50 和 51 段)。根據該案件的判決書，條例草案中“為涉及性的目的”這個用語應詮釋為：按照明理人士的理解，意圖令部分觀看者產生性興奮。

4. Lord Devlin 在 Chandler v DPP 一案 [1962] 3 All ER 142 at 155 中談及“目的”一詞，他說：“...目的只應在思想中存在，而不能在其他地方存在。這個詞語可用來指某人想或希望藉着某

種預計行為而達到的主要目的，又可用來指那些某人知道自己藉着某種行為而相當可能達到的目的，而不論他是否想達到那些目的...”

5. 由此可見，這兩個用語所涉及的性元素，有性質和程度上的差異。在一方面，“以涉及性的方式或在涉及性的情境中描劃”指有關描劃是以涉及性的方式作出，或者那些讓人完全明白該描劃的背景情況，在性質上涉及性。很明顯，這個程度的性元素較需要視乎環境而定，而且較為間接。

6. 另一方面，為證明有關描劃是“為涉及性的目的”而作出，控方有需要證明，在明理的社會人士看來，該描劃背後的意圖是要引起觀看者的性興奮。這包括但不止於“以涉及性的方式或在涉及性的情境中”所涵蓋的意思。即使作出該描劃的方式或該描劃週圍的環境涉及性，也不一定足以支持意圖引起性興奮的推論。因此，“為涉及性的目的”所包含的性元素較為強烈，也較為突出和明顯。

7. 在制訂立法建議時，我們認為適當的做法是把“以涉及性的方式或在涉及性的情境中”應用於對未滿 16 歲的人作出的色情描劃，並把“為涉及性的目的”應用於對年滿 16 歲但未滿 18 歲的人作出的色情描劃，從而為兒童提供不同程度的保護，以免兒童遭他人利用進行色情活動。我們認為這些建議提供了相應的措施以處理不同程度的問題，而且在為幼童提供適當保護，以及避免對較年長兒童的自由造成不當干擾之間取得平衡。不過，議員或會記得，在二零零二年十一月二十九日的條例草案委員會會議上，議員曾審議以“政府對議員在先前的會議上所提出的主要建議／爭議事項的回應”為題的文件，在該文件中，我們考慮到議員的疑慮，已提議把擬議的第 138A(4)(a)及(b)條內對色情描劃作出的兩級定義，改由單一的定義取代。換言之，我們不會分別為(i)未滿 16 歲的人及(ii)年滿 16 歲但未滿 18 歲的人界定兩個不同的保障範圍，而會使建議對未滿 16 歲人士適用的定義(第 138A(4)(a)條)，同樣適用於所有未滿 18 歲的人。我們已在上次會議中解釋這項建議，議員看來認為建議可以接納。因此，我們會提出委員會審議階段修正案，訂明該定義適用於所有未滿 18 歲的人，從而為他們提供同一程度的保護。

B. 在新訂條文第138A(4)(b)(ii)條中，什麼會構成“所突出刻劃者”？這個概念是否過於不着邊際，使法院難以引用？

8. 加拿大最高法院在 *Sharpe* 一案的判決書，特別是在第 50 段內，也說明了“所突出刻劃者”的含意。根據該判決書，條例草案中“所突出刻劃者”的衡量準則，可依照明理的旁觀者在客觀和全面地觀看有關描劃時，覺得“所突出刻劃者”是否對兒童的生殖器官、肛門範圍或(如為女童)胸部的描劃而決定。

9. 舉例來說，生殖器官的大特寫，或者以視覺效果或圖像凸顯生殖器官的圖片，可當作是“所突出刻劃者”。這並非不着邊際的概念，法院應不難根據有關環境和生殖器官的描劃方式作出判斷。正如上文第 7 段所述，政府會作出修訂，為色情描劃採用單一定義而非兩級定義，而單一定義並無“所突出刻劃者”一詞，因此有關該詞的疑慮亦得以消除。

第 16 條

C. 根據新訂條文第153P(3)(a)和(b)條，政府為那些在香港以外地方干犯《刑事罪行條例》第123和124條所訂罪行的人提供免責辯護，但沒有為那些在香港干犯同類罪行的人提供同樣的免責辯護，理據何在？

D. 根據新訂條文第153P(3)(c)條，政府為那些在香港以外地方干犯《刑事罪行條例》第123和124條所訂罪行的人提供免責辯護，但沒有為那些在香港干犯同類罪行的人提供同樣的免責辯護，理據何在？

10. 問題 C 和 D 可一併處理，但應分幾個方面解答。

什麼可構成第 153P(3)條所訂的免責辯護？

11. 根據第 153P 條的規定，條例草案第 18 條加入的附表 2 載列的 24 項罪行條文具有域外法律效力。第 153P(3)條訂明被告人可提出免責辯護，其內容如下：

“(3)被控就某人犯某項憑藉第(1)或(2)款而構成的罪行的被告人，如證明以下情況，可以此作為免責辯護—

- (a) 在控罪所針對的作為(“有關作為”)作出時，根據以下地方的法律，被告人與該人之間存在有效或獲承認為有效的婚姻—
- (i) 舉行婚禮的地方；
 - (ii) 作出有關作為的所在地方；或
 - (iii) 被告人的住所或居籍的所在地方；
- (b) 在舉行婚禮時，該婚姻是真實的；及
- (c) 在有關作為針對該人作出時，該人同意該作為。”

12. 不過，必須注意的是，只有在符合第 153P(3)(a)至(c)條載述的所有情況時((a)、(b)、(c)條是以“及”字連接的)，被告人方可根據第 153P(3)條提出免責辯護。即是說，只有當被告人與該項違反域外罪行條文的作為的受害者之間存在有效的婚姻，以及“受害者”同意該作為，被告人方可以此作為免責辯護。

13. 換言之，某個男子如在香港以外地方，在違反某名未滿 16 歲的女孩意願下與她性交，便不能根據第 153P(3)條提出免責辯護，即使“受害者”是該男子在香港以外地方的法律下的合法妻子。“同意”是免責辯護的必要元素。同樣地，如果某個男子在香港以外地方在某名未滿 16 歲的女孩同意下與她性交，但他與“受害者”在第 153P(3)(c)(i)至(iii)條所述地方的法律下沒有婚姻關係，則該男子不能根據第 153P(3)條提出免責辯護。如果被告人和受害者之間並無存在有效的婚姻，則被告人不可單以受害者同意作為免責辯護。因此，就問題所述情況而言，由於被告人和受害者並非夫妻關係，故不屬第 153P(3)條所涉情況。

為何有需要在第 153P(3)條提供這項特別的免責辯護？

14. 這是為了顧及草案賦與若干性罪行條文域外效力，而其他司法管轄區有可能容許未滿 16 歲的人合法結婚的情況。

15. 《刑事罪行條例》第 123 和 124 條本身是針對一個人在在香港的作為。新訂條文第 153P(1)和(2)條賦予《刑事罪行條例》第 123 和 124 條域外適用的法律效力。不過，由於其他司法管轄區有可能容許未滿 16 歲的人合法結婚，因此，在該司法管轄區內合法結婚的人士如有一方或雙方未滿 16 歲，則他們之間經同意而作出的涉及性的行為，便會根據新訂條文第 153P(1)和(2)條的規定成為非法。這並非我們的用意。故此，第 153P(3)條清楚說明，某個男子在香港以外地方在其妻子同意下與她性交，並不構成罪行。由於涉及域外元素，第 153P(3)條訂明，婚姻關係會根據以下地方的法律而評定：

- (i) 舉行婚禮的地方；
- (ii) 作出有關作為的所在地方；或
- (iii) 被告人的住所或居籍的所在地方。

E. 在第18條的新訂附表2中，是否還有其他條文在連同新訂條文第153P(3)條一起詮釋時，會理解為向被告提供在本港干犯相同罪行所不能提出的免責辯護？

16. 正如上文所述：

- (a) 第 153P(1)和(2)條賦予附表 2 載列的每項性罪行條文域外適用的法律效力，只要有關罪行是對未滿 16 歲的兒童而干犯，並且符合該條載述的其他條件即可；
- (b) 只有在下列情況下，才可根據第 153P(3)條提出免責辯護 —
 - (i) 被告人和違反任何域外罪行條文的作為的受害者之間，存在有效的婚姻；及
 - (ii) “受害者”同意該作為。
- (c) 由於其他司法管轄區有可能容許未滿 16 歲的人合法結婚，而我們的政策是，在其他司法管轄區內合法結婚的人士，即使一方或雙方未滿 16 歲，他們之間經同意

而進行的涉及性的行為也不應受到干預，因此，我們擬訂了第 153P(3)條以反映這項政策。

17. 問題 E 參考第 18 條的新訂附表 2 內的條文，把在香港境內和香港以外地方干犯的有關罪行加以比較。必須注意的是，第 153P(1)和(2)條一開始便提及對未滿 16 歲的兒童而干犯的性罪行。在香港，未滿 16 歲的兒童不能合法結婚。換言之，就第 153P(1)或(2)條所指在本港發生的罪行(即對未滿 16 歲的兒童干犯的性罪行)來說，有關兒童與被告人之間通常並不存在有效的婚姻，這表示第 153P(3)條所述的有效婚姻的元素並不存在，因此被告人不能根據該條提出免責辯護。

18. 在考慮對問題 E 作出的回應時，政府注悉到與第 153P 條有關的另一個問題：假如某個男子促致其仍為兒童的妻子(在香港以外地方合法結婚者)與第三者進行涉及性的行為，而該行為是得到其妻子同意的，則該男子是否可提出免責辯護？經進一步研究後，政府認為，如果有關罪行牽涉一名第三者對兒童作出涉及性的行為，則似乎沒有理由讓被告人根據第 153P(3)條提出免責辯護。待徵詢議員的意見後，我們會提出委員會審議階段修正案，以澄清這一點。

保安局
二零零三年一月