

**政府對香港律師會於二零零二年五月十五日就
《防止兒童色情物品條例草案》提交的意見書的回應**

I. 一般意見

(a) “看似”

我們同意“看似”並非一個精確的用詞，但是除非控方可在毫無合理疑點的情況下，證明被描劃的人是或看似未滿 16 歲，否則被告人不會被裁定干犯兒童色情物品罪。換言之，若明理的人之間就被描劃的人是否看似未滿 16 歲意見不一，則控方不算已履行舉證責任。條例草案並非旨在管制對稍為看似未滿 16 歲的人的描劃，而是管制對在毫無合理疑點的情況下看似未滿 16 歲的人的描劃。

2. 結果是除了在毫無合理疑點的情況下，舉證某物品為對確實未滿 16 歲的人的描劃之外，條例草案亦建議規管表面看似未滿 16 歲的人的色情描劃，只要能有所足夠的舉證。因此，即使控方未能證明(例如出示出生證明書)被描劃的人確實未滿 16 歲，若在毫無合理疑點的情況下，被描劃的人看似未滿 16 歲，則法庭亦可判被告人罪名成立。

3. 提出上述建議是合理的，因為兒童色情物品會對兒童造成以下傷害：(1)兒童色情物品令戀童癖者產生錯誤觀念，以為與兒童進行性活動是可以接受的；(2)兒童色情物品令人產生幻想，促使人犯罪；(3)戀童癖者利用兒童色情物品誘使兒童作出性行為；以及(4)在製作涉及真人兒童的兒童色情物品時，兒童受到性侵犯。條例草案旨在保護兒童，因為他們是社會上最脆弱的群體之一。

4. 另一方面，若刪去“看似”這兩個字，在執法上可能造成重大困難。現今的電腦科技十分先進，要區分“真”人與電腦創作的影像或兩者綜合而成的影像，可能極為困難。

5. 香港一向不是兒童色情物品的製作中心，經發現的兒童色情物品大部分均是進口或經由互聯網傳送。因此，往往難以找出在兒童色情物品中被描劃的人，以證實其年齡。

因此需要加入“看似”這項驗證標準，以致只要被描劃的人明顯看似未滿 16 歲，便足以令被告人入罪。

6. 雖然要確定色情物品所描劃的兒童是否看似未滿 16 歲，並不容易，但警方和控方會根據所得證據及所有有關因素作出評估。

7. 舉證責任必定在控方，而舉證準則是必須“毫無合理疑點”。所採用的證據可包括以下幾類：

- (a) 口頭證供：例如有關兒童的口頭證供或有合理理由相信可說出該兒童的年齡的人(例如親屬)的口頭證供；
- (b) 文件證據：例如被描劃的兒童的出生證明書；
- (c) 專家的意見：例如由具有適當資格的兒科醫生，根據被描劃“兒童”的生理發展，就該名兒童的表面年齡及被描劃的年齡提供的意見。

控方或辯方提出的證據，均有助法庭作出裁決。

8. 儘管如此，條例草案並非旨在管制簡單線條畫、素描、漫畫或連環漫畫的描劃。鑑於香港律師會和議員所提出的疑慮，我們研究了數個可供採用的詞句，即“實際上無法從區分”(“virtually indistinguishable from”)、“明顯地看似”(“obviously appears to be”)、“看似無異於”(“appears no different from”)或“被描劃為”(“depicted as being”)，以取代“色情描劃”的定義中“看似”(“appears to be”)一詞。

9. 在上述數個詞句當中，我們認為“被描劃為”較為可取，原因如下：

- (a) 在《加拿大刑法》¹中，兒童色情物品的定義使用了“depicted as being”這個詞句。二零零一年一月二十

¹ 根據第 163.1(1)(a)(i)條，兒童色情物品指“是或被描劃為未滿十八歲而參與或被描劃為參與明顯的涉及性的活動”的人的視覺影像。

六日，加拿大最高法院在判決 R. v. Sharpe 一案時亦接納了這個定義²；以及

- (b) 加拿大法院裁定該詞引入客觀的驗證標準：即根據有關的描劃本身而言，該描劃會向一個明理的旁觀者傳遞什麼意念，而非根據作者或管有人心中的意念作準。

(b) 犯罪意圖

10. 控方必須在毫無合理疑點的情況下，證明有關罪行的所有元素。控方必須證明，被告人管有兒童色情物品和知道自己管有兒童色情物品。我們會提供另一份文件，詳細討論有關兒童色情物品罪行的犯罪意圖。

(c) 關於域外罪行在其他國家當地也需是罪行的原則

11. 不同的司法管轄區都訂有不同的性罪刑法例。據我們所知，在某些國家，例如英國和荷蘭，兒童性罪行必須符合“雙重刑事罪行”的原則(即某人被指稱在海外某一國家所犯的罪行，必須亦屬該國家的刑事罪行，本地當局才可提出檢控)。不過，在其他國家，例如澳洲、法國和德國，則沒有這項規定。由此可見，在引用這項“雙重刑事罪行”的原則時，並無劃一的規則。

12. 如規定附表 2 所列的作為必須屬有關海外司法管轄區的刑事罪行，才能在香港提出檢控，將會大大削弱條例草案的效力，並會令兒童不能獲得充分的保障。須注意的是，有關條文的目的是，不單為保障在香港以外居住的兒童，亦保障被帶到海外和受侵犯的本港兒童。如規定在香港以外作出的作為，必須亦屬有關海外司法管轄區的法律所列的刑事罪行，則會妨礙我們達到有關目標，就是為兒童提供更大的保障，以免他們被利用進行色情活動。

² 加拿大最高法院就 R. v. Sharpe 一案所作的判決載於下列網址：
http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2001/vol1/html/2001scrl_0045.html

II. 具體意見

(a) 第 2(1) 條

“ 兒童色情物品 ”

(i) “ 電腦產生的影像或其他視像描劃 ”

13. 電腦科技可產生一些影像，構成所謂虛擬的兒童色情物品。例如把兒童頭部的影像放在裸體的成人身上、將兒童的影像用於模擬與他人性交的相片，以及使用電腦圖形製作兒童的影像，而非採用真人。

14. 現今科技先進，製作兒童色情物品時，可借助電腦圖形和技術而無須使用真人。不過，戀童癖者亦可利用這些兒童色情物品誘惑兒童或引起他們的性慾，進而導致兒童被性侵犯。這些電腦產生的影像遺害不淺，其嚴重程度不下於涉及真正兒童的兒童色情物品。雖然美國最高法院最近裁定只應禁制涉及真正兒童的兒童色情物品，但基於上文第 3 至 5 段所述的理由，我們認為香港應禁制不涉及真正兒童的兒童色情物品。

(ii) “ 其他視像描劃 ”

15. 不。“其他視像描劃”不包括紙張上的簡單線條畫、亂塗出來的東西、素描或簡單的漫畫。不過，如任何視像描劃 / 物品所描劃的影像看似真正兒童，並屬條例草案所界定的色情描劃，則該視像描劃 / 物品或會受到管制。

(iii) “ 看似兒童 ”

16. 請參閱上文第 6 及 7 段所述有關確定何謂“看似兒童”的準則。

(iv) “ 不論它是否對真人而作的描劃 ”

17. 有關描劃不包括漫畫或動畫，除非該漫畫或動畫描劃的影像看似真正兒童，並屬條例草案所界定的色情描劃，則屬例外。

(v) “ 收納.....的任何東西 ”

18. 超文本標示語言(超文本語言)是一種電腦語言，可用以製作文字紀錄或圖片以上載於互聯網。由於超文本語言被視為一種“語言”，因此無人能夠管有。

19. 超文本語言連結(超文本連結)是互聯網文件上的一個特別文字或圖片標示。在按動該標示後，即可快速地移到同一份文件的另一部分，或移到另一份文件。如超文本連結連接到某個網址或劃一資源定位，它就類似一個“位址”。

20. 連結到兒童色情網站的超文本連結，應不會被視為“收納兒童色情物品的任何東西”，原因如下：

- (a) 有關人士在設立超文本連結功能時，本來可能是連結到“內容健康”(沒有兒童色情資料)的網站。不過，該“內容健康”的網站其後更改了內容(載有兒童色情資料)，但超文本連結功能的擁有人卻不知情。由於超文本連結功能的擁有人不能經常監察各連結網站的內容，有時甚至不知道網站內容已予更改，因此，很難證明超文本連結功能的擁有人意圖設立這種連結到兒童色情網站的超文本連結。
- (b) 互聯網上有很多資料豐富的網站，例如“雅虎”、“來科思”等搜尋引擎，都可提供索引功能，以便尋找其他網址。由於這些網站可透過關鍵字搜尋的功能，設立本身的超文本連結，因此，超文本連結可能在不受控制的情況下連結到一些兒童色情資料。雖然上述超文本連結屬兒童色情物品，但超文本連結功能的擁有人卻可能並無意圖設立該連結。

21. 然而，任何人如營辦網站，而該網站設有連結到兒童色情網站的超文本連結，並清楚顯示該連結網站載有兒童色情物品，根據條例草案第 3(4)條，該網站可能會觸犯宣傳兒童色情物品的罪行。

“色情描劃”

“看似參與明顯的涉及性的行為”

22. 一名成年人與一名兒童僅是在床上摟抱、接吻或擁抱，這些行為本身並不屬於“明顯的涉及性的行為”。

23. 我們可以參考在香港以外的其他司法管轄區所用的法定定義及司法解釋，以助了解“明顯的涉及性的行為”一語。美國及加拿大的相關法例，可供參考。《美國法典》標題 18 第 110 章—“兒童被利用進行色情活動及受到其他侵犯”第 2256 條訂明，“明顯的涉及性的行為”指——

- (a) 性交，包括生殖器官對生殖器官、口對生殖器官、肛門對生殖器官或口對肛門等方式，不論雙方是同性或異性；
- (b) 獸交；
- (c) 手淫；
- (d) 性虐待或被性虐待；或
- (e) 猥褻地展示某人的生殖器官或陰部範圍。

24. 根據加拿大最高法院就 Sharpe 一案的判決(第 44 至 49 段)，“明顯的涉及性的活動”是指一些客觀來看屬涉及性的活動中較極端的作為—包括以生動而不含糊的方式，顯示涉及未滿或被描劃為未滿 18 歲人士的裸體或與這些人士進行親密的涉及性的活動的作為。有關法例並非旨在管制管有只描劃普通的較親密接觸(例如觸摸、輕吻或擁抱)的視像資料，因為這些不是有關裸體或親密的涉及性的活動的描劃。例如展示青少年在暑期渡假營內輕吻的情形的照片，當然不會受到管制。有關條文充其量只會管制展示撫摸少女裸露乳房情形的錄影帶，但只以生動描劃並毫無疑問地屬涉及性的活動者為限。

(b) 第 2(2)(b) 條

“ 展示 ”

25. 至於無意中所做的事情應否構成刑事法律責任，則須視乎能否證明犯罪意圖。舉例來說，某人把兒童色情物品放在公事包內，但沒有任何意圖向他人展示該物品。該人乘搭巴士時，巴士突然停下，他的公事包給打開了，使裏面的兒童色情物品掉到地上，並讓其他人看見。在這情況下，儘管該人可能已干犯管有兒童色情物品的罪行，但卻不大可能會被控展示兒童色情物品。其他人看見該兒童色情物品，其實是因為巴士突然剎車，而非由於該人的意圖或蓄意作為所致。

(c) 第 3 條罪行

26. 在證明任何罪行時，舉證責任在於控方，而舉證準則是必須毫無合理疑點。

第 3(3) 條

27. 為了遏止對兒童色情物品的需求，我們須將管有兒童色情物品列為一項罪行。在許多其他司法管轄區，包括美國、英國、加拿大及澳洲，相關的法例均訂明類似的“管有”罪行。

28. 在上述的 R.v.Sharpe 一案中，加拿大最高法院經詳細考慮有關表達自由及私隱權的論據後，對一項管有兒童色情物品的類似罪行條文予以確認。該法院同意，有關證據證實，管有兒童色情物品會對兒童造成以下傷害：(1)兒童色情物品灌輸錯誤的觀念；(2)兒童色情物品令人產生幻想，促使人犯罪；(3)兒童色情物品會用作唆使和誘惑受害者；以及(4)在製作涉及真人兒童的兒童色情物品時，兒童受到性侵犯。把管有兒童色情物品列為刑事罪行，可減低這類物品的需求和有關的兒童性侵犯個案。

29. 加拿大最高法院認為，禁止管有兒童色情物品，理應有助達到防止兒童和社會受到傷害的目標。為了保障兒童，以免他們受到兒童色情物品的傷害，有關的綜合執法制

度須把管有兒童色情物品列為罪行，這是十分重要的。

30. 我們注意到，立法措施必須與所針對的損害行為相稱，並應只限於必需的措施。此外，擬議法例已明文規定，有關人士可引用藝術價值、為真正的教育、科學或醫學的目的等情況，作為法定免責辯護。若不知情的人不慎地接觸到兒童色情物品，亦可援引條例草案第 4(2)及(3)條，作為免責辯護。由於兒童色情物品的罪行極為嚴重，而條例草案亦已訂有免責辯護的條文，因此我們認為，建議的管有兒童色情物品罪行是相稱和必需的。

(d) 第 4 條法定免責辯護

31. 請參閱有關“以藝術價值作為免責辯護”和“有關被色情描劃人士年齡的建議法定免責辯護：條例草案第 4(5)(a)和(b)條”的文件。

32. 在法律上，舉證責任在於控方，而舉證準則是必須毫無合理疑點。如某人擁有一份雜誌，當中只載有一張兒童色情照片，或從互聯網下載了一個檔案，當中載有一個兒童色情影像，他只需在看到有關的兒童色情物品時，把該物品“銷毀”或“刪除”即可。如他沒有看過有關的兒童色情物品，且不知道亦沒有合理理由懷疑該物品是兒童色情物品，他可以此作為免責辯護。

33. 如所得證據顯示令被告人入罪的機會不大，控方便不會提出檢控。至於是否展開檢控，則由刑事檢控專員決定。此外，如同處理其他刑事案件一樣，控方決定提出訴訟前，會先考慮罪行的嚴重程度，以及檢控的後果是否與罪行的嚴重程度或法庭可能判處的刑罰不成比例。警方和刑事檢控科都清楚了解，檢控程序可能會為被告人的名譽和事業帶來損害。

(e) 促致未滿 18 歲的人製作色情物品或作色情表演的新罪行

34. 我們將另備文件，回應這項意見。

(f) “ 涉及兒童的性旅遊活動 ”

第 153P 條

35. 請參閱上文第 11 及 12 段所述有關域外罪行在其他國家當地也需是罪行（ 雙重刑事罪行 ）的規定。

第 153Q 條

36. 我們將另備文件， 回應這項意見。

保安局
二零零二年六月