

防止兒童色情物品條例草案
政府對議員在先前的會議上所提的主要建議/爭議事項的回應

引言

在二零零二年十一月八日條例草案委員會第七次會議上，議員同意擬訂在先前的會議上所提的主要建議和爭議事項的一覽表，交由政府作出回應。該份一覽表已在二零零二年十一月十六日送交政府。議員提出的四個主要爭議事項現以粗體顯示，而政府的回應亦載於其下。

重新考慮應否要求被告人，尤其是被控干犯純粹管有兒童色情物品罪行的人，承擔提出證據的舉證責任以確立條例草案第 4(2)和(3)條所訂的免責辯護的理據，因為要求不知情的人舉證，會為他們帶來不必要的負擔。

2. 政府注悉一些分議員的疑慮。我們已重新考慮提出這項建議的理據，並且希望強調，整體的舉證責任仍由控方肩負。正如我們在題為“知情”的文件(立法會 CB(2) 58/02-03(01)號文件)內解釋，要證明被告人干犯了第 3(3)條所訂罪行，控方必須在無合理疑點的情況下，證明下列三項構成該罪行的主要元素：

- (a) 被告人保管或管控某些東西，因而管有它；(管有的實質元素)
- (b) 被告人知道自己管有某些東西；(管有的知情元素)
- (c) 被告人管有的某些東西是兒童色情物品。

3. 擬議立法計劃的用意，是要求控方在開始便證明，被告人管有屬兒童色情物品的東西。當控方在無合理疑點的情況下，證明了上述三項主要元素，被告人可選擇提出解釋。

4. 這項建議可說合理，因為如要求控方從開始便一併證明被告人知道所管有的東西的確實性質，控方會遇到重大困難。正如我們在較早前發出的文件中解釋，免責辯護條文只要求被告人負提出證據的舉證責任，而非法律或達至具說

服力水平的舉證責任。辯方只需援引證據，提出知情問題(見條例草案第 4(2)條)作為爭論點；舉證方面不必達到“無合理疑點”的水平，甚至無須達到“權衡相對可能性後屬可能性較高”的舉證水平。當被告人提出知情問題作為爭論點時，法官須向陪審團解釋第 4(2)條的實質內容，但同時會提醒陪審團，證明被告人有罪的責任由始至終都由控方肩負。對於被告人知道自己被指管有的東西的性質一事，陪審團如存有合理懷疑，便不能把被告人定罪。因此，“知情”是被告人是否有罪的關鍵，而無合理疑點地證明被告人有罪的責任，在審訊中由始至終都落在控方身上。

擬議修訂

5. 擬議的免責辯護條文可作改善，明確說明被告人的舉證責任屬於提出證據的舉證責任，以致該等條文不可能被詮釋為施加法律上的舉證責任。為此，在較早前標題為“知情”的文件中，政府已表示會建議用“援引證據以提出合理疑點”(“raise a reasonable doubt by adducing evidence”)的字眼，取代條例草案第 4 條內各項免責辯護條款載列的“證明”(“establish”)一詞。

6. 另一方面，有些議員關注到，不知情的人可通過電郵或互聯網收到他人主動提供的兒童色情物品，又或因為其他原因，無意中管有兒童色情物品，他們可能會被指控管有兒童色情物品。為消除議員的疑慮，我們建議對第 4(3)條作出以下修訂(文字可再作修飾)：

- (3) 在不損害第(2)款的原則下，被控犯第 3(3)條所訂罪行的被告人如證明以下情況，可以此作為免責辯護：
 - (a) 他並無要求取得兒童色情物品，而且即使他為防止兒童色情物品歸他管有而採取合理步驟後，仍不能阻止收到此等物品；或
 - (b) 他並無要求取得兒童色情物品，而且該物品歸由他管有後他即盡力在合理時間內銷毀該物品。為免生疑問，即使被告人未能成功銷毀該兒童色情

物品，也不能單憑這個事實而阻止他援引第 4(3) 條所訂的免責辯護。

對第 4(5)條作出修訂，因為被告人如有合理理由相信屬色情描劃對象的人並非兒童，自然會認為沒有需要再採取步驟以確定該人的年齡。

擬議修訂

7. 關於第 4(5)條內的免責辯護條款，我們較早前已建議，(a)和(b)項可調換次序，以免事件的先後次序含糊不清。我們同意，較符合邏輯的做法是先採取步驟以確定屬色情描劃對象的人的年齡，然後才對該人的年齡產生某種看法。

8. 我們知道部分議員仍關注到，有一些人(特別是被告管有兒童色情物品的人)或許未能採取合理步驟以確定該兒童色情物品所描劃的人的年齡，又或關注到要他們採取有效步驟以確定該人的年齡，並不切實可行。為消除這個疑慮，我們建議使現有的(a)項成為獨立的免責辯護，可讓疑犯援引，就被控干犯第 3(3)條所訂罪行提出抗辯。不過，為免出現漏洞，令到管有兒童色情物品以供發布的人可藉此逃避法律制裁，我們建議增訂一項附帶條款，列明上述免責辯護對於被發現管有超過三份相同的兒童色情物品的人並不適用。根據這項有關免責辯護的擬議增訂條款，被告管有兒童色情物品的人可提出一點，指他有合理理由相信，在該物品中屬色情描劃對象的人在被告描劃時並非兒童，而且該人並非被告描劃為兒童，只要該被告本身並無管有超過三份相同的兒童色情物品。與現有第 4(5)條的規定不同，被告無須依據該條全部條款提出免責辯護。

考慮修訂兒童色情物品定義中“看似兒童”(“appears to be a child”)一詞。

擬議修訂

9. 鑑於議員認為“看似”(“appears to be”)一詞帶有主觀色彩，我們建議以“被描劃為”(“depicted as being”)取代兒童色情物品定義中“看似”一詞，原因如下：

- (a) 在《加拿大刑法》(Canadian Criminal Code)中，“兒童色情物品”的定義使用了“depicted as being”這個詞句。二零零一年一月二十六日，加拿大最高法院在判決 R. v. Sharpe 一案時亦確認了“兒童色情物品”一詞的定義；以及
- (b) 加拿大法院裁定“depicted as being”一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。

10. 加拿大最高法院在二零零一年一月二十六日 R. v. Sharpe 案中，支持加拿大的兒童色情物品法例，認為有充分理據限制表達自由。

11. Sharpe 被控干犯《刑法》第 163.1(4)條所訂的兩項管有兒童色情物品罪名及其他罪名。他質疑第 163.1(4)條是否符合憲法，指稱該條文違反憲法保障的表達自由。

12. 根據《刑法》第 163.1(1)條的定義，“兒童色情物品”包括顯示未滿 18 歲或被描劃為未滿 18 歲的人參與或被描劃為參與明顯涉及性的活動的視覺影像，以及主要特徵是為性方面的目的描劃未滿 18 歲的人的性器官或肛門範圍的視像描劃。根據《刑法》，“兒童色情物品”也包括鼓吹或慫恿使與未滿 18 歲的人進行性活動的視覺影像及文字材料。

13. 儘管被告以侵犯表達自由以及其他理據來質疑第 163.1(4)條，但加拿大最高法院全部九位法官在作出“合理程度”、“相稱”和“構成最低限度的限制”方面的驗證後，均支持第 163.1(4)條，他們確認：

- (a) 幻想創作的視覺作品與真人描劃均一概禁止；以及
- (b) 如某些視像描劃在明理的旁觀者眼中是顯示未滿 18 歲的人參與明顯涉及性的活動，則這些視像描劃一概禁止。

14. 在考慮兒童色情物品法例是否合理時，加拿大最高法院詳細研究了“兒童色情物品”定義中包含的所有元素，

包括“被描劃為”一詞，結論是禁止不牽涉未滿 18 歲的“真人”兒童的色情視覺影像是合理和具充份理據的，因為該法院相信，兒童色情物品對兒童構成某程度的傷害風險，例如讓變童癖者誤解與兒童進行性行為是可以接受的。而且以現代製作科技的質素，要把“真人”與電腦創作影像或合成影像區分，往往十分困難。

考慮是否需要對涉及未滿 16 歲的人和 16 歲或以上但未滿 18 歲的人的色情描劃作出兩級定義。

15. 我們得知有些議員關注到，對色情描劃作出兩級定義(載於將加入《刑事罪行條例》的擬議新增第 138A(4)條)未必具充份理據，而且可能引起混亂。政府較早前擬備了一份名為“有關色情描劃的兩級定義”的文件(立法會 CB(2) 2799/01-02(01)號文件)，回應議員在這方面的疑慮，該文件副本現載於附錄，以便參閱；而兩級定義的內容，則在附錄的附件內載述。兩級定義把禁止促使未滿 16 歲的人和 16 歲或以上但未滿 18 歲的人參與製作兒童色情物品或作真人色情表演的範圍，作出了區分，理由在附錄的文件第 4、5 段中闡明。

擬議修訂

16. 我們已重新考慮擬議的新增第 138A(4)條，並明白訂定單一定義，以涵蓋所有關乎兒童色情物品的法例，使其免於複雜化及令人易於理解有其好處。待徵詢議員的意見後，我們會考慮把有關色情描劃的擬議兩級定義，由現時建議適用於未滿 16 歲的人的定義所取代，使該定義適用於所有未滿 18 歲的人。這樣便可為所有未滿 18 歲的人提供同一程度的保護。這項擬議修訂的唯一缺點是，有關規定可能被批評為對涉及 16 歲或以上但未滿 18 歲的人的視像描劃，施加過大的限制。不過，由於我們的施政方針是為未滿 18 歲的人提供保護，以免他們被促使參與製作色情物品或作真人色情表演，擬議修訂對政府來說是可以接受的。因此，現提交這項修訂供議員考慮。

徵詢意見

17. 請議員就上述各事項，特別是擬議的修訂，提出意見。

保安局
二零零二年十一月

[a:majorissues-chi.doc]

《防止兒童色情物品條例草案》委員會

有關色情描劃的兩級定義

目的

本文件旨在回應議員於二零零二年六月三日的條例草案委員會會議上所提出的要求，進一步解釋在《防止兒童色情物品條例草案》中建議對“色情描劃”作出兩級定義的原因，以及不採用兩級定義可能出現的問題。

背景

2. 在二零零二年五月三日的條例草案委員會會議上，有議員要求政府解釋擬對涉及兒童的色情描劃作出兩級定義的理據。政府在二零零二年五月回應防止虐待兒童會代表的詢問時，已解釋為何有必要作這種區分。在六月三日的條例草案委員會會議上，議員審議了政府的回應，並要求政府進一步解釋有關原因，以及不採用兩級定義可能出現的問題。

3. 條例草案提出的各項建議都有共同目標，就是保護兒童免遭他人利用進行色情活動。條例草案旨在把製作、生產、發布、進口、出口、分發、宣傳和管有描劃 16 歲以下兒童的色情物品訂為罪行。國際勞工公約第 182 號 - 《最有害的童工形式公約》訂明，“兒童”是指未滿 18 歲的人。為了遵循該公約的規定，條例草案也建議把利用、促致或提供未滿 18 歲的兒童以製作色情物品或作色情表演列為刑事罪行。雖然如此，經審慎考慮後，我們建議就禁止利用、促致或提供未滿 18 歲的人以製作色情物品或作色情表演而言，應對“色情描劃”作出兩級的定義（摘錄見附件）。上述色情描劃的定義，把禁止促致未滿 16 歲的人和禁止促致年滿 16 歲但未滿 18 歲的人參與色情活動的禁制範圍作出區分，成為兩個不同的級別。

擬議的兩級定義

4. 這個建議的優點是可為未滿 16 歲的人提供更大保障，以免有人利用、促致或提供他們以製作兒童色情物品或作色情表演。我們認為作出擬議的區分是必需和有充份理據的，原因是未

滿 16 歲的兒童較易受到傷害，他們未必有能力獨立地作出決定和給予知情同意，故此相應地應受到更高程度的保護。在制訂這項建議時，政府已考慮到在本港，年滿 16 歲才可同意進行合法的異性性交。社會人士普遍認為，未滿 16 歲的人心智未成熟，易受他人唆使，因而在法律上應獲得更佳的保障。為此，我們建議有關“色情描劃”的較廣泛定義，應適用於未滿 16 歲的人。另一方面，年滿 16 歲但未滿 18 歲的人心智較成熟，對事物有較透徹的理解，亦更有能力保護自己，因此，政府建議在禁止促致這個年齡組別的人參與製作色情物品或作色情表演方面採用較狹窄的定義，是恰當和合理的。

5. 舉例來說，對年滿 16 歲但未滿 18 歲的人作出的描劃，必須是為了涉及性的目的，並突出地刻劃該人的性部位(例如特寫鏡頭)，才屬於“色情描劃”。另一方面，凡是以涉及性的方式或在涉及性的情境中，描劃未滿 16 歲的人的性部位，便足以構成“色情描劃”。後述定義的涵蓋範圍略為廣泛，故可為未滿 16 歲的人提供較大保障；如採用這個定義，政府便可管制以未滿 16 歲的人作為描劃對象的較“軟性”色情描劃。

不採用兩級定義可能出現的問題

6. 我們有必要在條例草案內闡明“色情描劃”的定義。如不採用兩級定義，我們可選擇的一個做法是：採用現時擬適用於年滿 16 歲但未滿 18 歲的人的定義（即附件所列定義(b)段），並使之適用於所有未滿 18 歲的人。這做法的缺點是不能全面保障未滿 16 歲的人，以免有人利用、促致或提供他們製作某些類別的“軟性”色情物品。舉例來說，利用未滿 16 歲的兒童製作色情物品，以涉及性的方式或在涉及性的情境中描劃其生殖器官，將不再受到禁制，除非其生殖器官是突出描劃之處，而且這種描劃是為了涉及性的目的，則作別論。

7. 另一個做法是以現時擬適用於未滿 16 歲的人的定義，取代擬議的兩級定義（即附件所列定義(a)段），並使之適用於未滿 18 歲的人(請參閱附件)。不過，如採用這個做法，即表示以涉及性的方式或在涉及性的情境中，描劃年滿 16 歲但未滿 18 歲的女性的胸部，會嚴加禁止。如政府按這個做法對所有未滿 18 歲的人給予相同的保護，可能會受到抨擊，指其施加的禁制過於嚴苛。

政府的考慮因素

8. 我們在考慮這方面的建議時已注意到，條例草案訂為刑事罪行的某些活動，目前是屬於合法的，例如：根據《淫褻及不雅物品管制條例》(第 390 章)，任何人發布淫褻物品均屬違法，不過，促致一名 17 歲的人擺姿勢供製作淫褻物品之用，卻並非違法。我們一方面希望通過條例草案保護兒童免遭利用進行色情活動，而另一方面亦無意對個人享受自由的權利(包括表達自由及尋求、接受和傳達任何種類的資料和意念的自由)，施加不必要的限制。由於年滿 16 歲的人可合法地同意與他人進行性行為，如禁止對這類人士作軟性的色情描劃，將會引起爭議，因此，我們遂建議對色情描劃作出兩級定義。

保安局
二零零二年八月

定義

根據新增的第 138A(4)條(會增補入《刑事罪行條例》(第 200章)), 色情描劃—

- (a) 就未滿 16 歲的人而言, 指—
- (i) 以視像方式描劃該人參與或看似參與明顯的涉及性的行為; 或
 - (ii) 以涉及性的方式或在涉及性的情境中, 對該人的生殖器官或肛門範圍或(如該人是女性)該人的胸部作視像描劃,

但為免生疑問, 任何為真正家庭目的而作的描劃並不僅因描劃第(ii)節提述的任何身體部分而包括在該節的範圍內;

- (b) 就年滿 16 歲但未滿 18 歲的人而言, 指—
- (i) 以視像方式描劃該人參與或看似參與明顯的涉及性的行為; 或
 - (ii) 為涉及性的目的對該人作視像描劃, 而所突出刻劃者是該人的生殖器官或肛門範圍或(如該人是女性)該人的胸部。

保安局
二零零二年八月