

## 香港法律改革委員會

### 性罪行檢討小組委員會

# 《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》

## 諮詢文件

### 摘要

(諮詢文件的文本可於香港灣仔告士打道39號夏慤大廈20樓法律改革委員會秘書處索取，亦可從互聯網下載，網址是：  
<<http://www.hkreform.gov.hk>>)

### 導言

#### 研究範圍

1. 2006年4月，律政司司長及終審法院首席法官要求法律改革委員會檢討香港關乎性罪行及相關罪行的法律。由於香港法庭在多項判決中提出意見，加上公眾對是否適宜設立性罪犯名冊一事發表意見，法律改革委員會遂於2006年10月擴大研究範圍，以包括進行關於性罪犯名冊的研究。經擴大的研究範圍如下：

“就《刑事罪行條例》(第200章)第XII部之下的性罪行及相關的罪行以及該條例第VI部之下的亂倫罪，檢討規管該等罪行的普通法及成文法，包括適用於該等罪行的刑罰，同時考慮應否就被裁定犯該等罪行的罪犯設立登記制度，並對有關法律提出其認為適當的改革建議。”

#### 小組委員會先前的工作

2. 性罪行檢討小組委員會於2006年7月委出。
3. 2008年7月，小組委員會發表《關於性罪犯名冊的臨時建議》諮詢文件，就是否適宜在香港設立性罪犯名冊一事，徵詢公眾的看法和意見。法律改革委員會在審議諮詢過程中所收集的意見後，於

2010年2月發表《與兒童有關工作的性罪行紀錄查核：臨時建議》報告書，提出多項建議，包括設立一個行政機制，令聘用他人從事與兒童有關工作及與精神上無行為能力人士有關工作的僱主，得以查核僱員在性罪行方面的刑事定罪紀錄。

4. 法律改革委員會在2010年12月發表《14歲以下男童無性交能力的普通法推定》報告書，建議廢除有關推定。該報告書是根據小組委員會對有關議題進行研究後所提出的建議而擬定的。由於有關議題較為簡單，預期不會引起爭議，因此法律改革委員會直接發表報告書，而沒有先發表諮詢文件。

### **性罪行及相關罪行的全面檢討**

5. 小組委員會餘下的工作是對性罪行及相關罪行進行全面檢討。

6. 由於檢討的範圍廣泛，涉及多個需要小心考慮的敏感和可能有爭議的議題，小組委員會察覺到完成整項檢討工作會耗時頗長，因此決定把這項全面檢討分為四個部分，並就有關課題的特定範疇發表獨立的諮詢文件和報告書（見下文第30段）。

### **海外的重要發展**

7. 多個海外司法管轄區近年來已制定法例，改革規管性罪行的法律。我們曾考慮澳大利亞、加拿大、英格蘭與威爾斯、新西蘭和蘇格蘭等海外司法管轄區的相關法例，認為英格蘭《2003年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 2003*）（“《英格蘭法令》”）和《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》（*Sexual Offences (Scotland) Act 2009*）（“《蘇格蘭法令》”）對我們目前的研究尤其有用。《英格蘭法令》對英格蘭關乎性罪行的法律進行重大改革，為英格蘭與威爾斯建立一個新和全面的性罪行法律框架。這項法令是根據內政部（*Home Office*）在一份名為《設定界限：改革性罪行法律》的文件（“《內政部文件》”）中的建議而制定的。<sup>21</sup>《蘇格蘭法令》對蘇格蘭關乎性罪行的法律進行重大改革。這項法令是根據蘇格蘭法律委員會（*Scottish Law Commission*）的建議而制定的，有關建議載於該委員會《有關強姦及其他性罪行的報告書》（“《蘇格蘭法律委員會報告書》”）。<sup>22</sup>

<sup>21</sup> 內政部，《設定界限：改革性罪行法律》（*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*）（2000年7月）。

<sup>22</sup> 蘇格蘭法律委員會，《有關強姦及其他性罪行的報告書》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（2007年12月），蘇格蘭法律委員會第209號。

## 諮詢文件

8. 本諮詢文件是小組委員會在對性罪行及相關罪行進行全面檢討的過程中，所發表的一系列諮詢文件中的第一份。本諮詢文件建議涵蓋未經同意下進行的性罪行，即強姦、以插入的方式進行性侵犯、性侵犯和導致他人在不同意的情况下進行涉及性的行為，這些性罪行都與促進或保障個人的性自主權（即選擇是否進行涉及性的行為的權利）有關。<sup>23</sup>

9. 我們在進行檢討時，決定以《英格蘭法令》為起點，並考慮《內政部文件》和《蘇格蘭法律委員會報告書》所確認的相關原則、其他司法管轄區的相關法例條文，以及香港的特殊情況。我們選擇以《英格蘭法令》為起點，是因為香港現有的性罪行很多原本是以英格蘭法例的相類條文為依據。

10. 本諮詢文件的建議代表了小組委員會的初步看法，現向社會大眾提出以供考慮。我們歡迎各界就本諮詢文件所討論的議題提出任何意見、評論及建議，這對小組委員會在稍後適當時候達成最終結論會有幫助。

## 第 1 章 何謂“性罪行”？

### 引言

11. 法律改革委員會的研究範圍提及“《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部之下的性罪行及相關的罪行”，以及“該條例第 VI 部之下的亂倫罪”。為了界定本研究的範圍，我們必須考慮何謂性罪行這個問題。

### **《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部**

12. 《刑事罪行條例》第 XII 部訂有不同種類的性罪行，包括強姦、肛交、嚴重猥褻行為、獸交、猥褻侵犯（俗稱“非禮”）、拐帶、亂倫和其他非法的性行為。這些性罪行在《刑事罪行條例》第 118 至 128 條中列明，當中很多是以 1956 年所訂立的英格蘭法例的相類條文為根據。<sup>24</sup>

<sup>23</sup> 以插入的方式進行侵犯、性侵犯和導致他人在不同意的情况下進行涉及性的行為是《2003 年性罪行法令》所新設的性罪行。

<sup>24</sup> 《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956），第 69 章，英國。那些以 1956 年法例為根據的罪行包括：強姦（《刑事罪行條例》第 118 條）、以威脅促致他人作非法的性行為（《刑事罪行條例》第 119 條）、以虛假藉口促致他人作非法的性行為（《刑事罪行條例》第 120 條）、施用藥物以獲得或便利作非法的性行為（《刑事罪行條例》第 121 條）、猥褻侵犯（《刑事罪行條例》第 122 條）、與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行

13. 我們注意到，英格蘭與威爾斯在 2003 年對與性罪行有關的法律進行重大改革後，1956 年法例的相關罪行已被《英格蘭法令》所設立的新罪行取代。可是，原有的罪行仍保留在香港的法例上。

### **與賣淫或色情物品有關的罪行**

14. 除了《刑事罪行條例》第 118 條至 128 條所列明的性罪行外，《刑事罪行條例》第 XII 部餘下的條文（即第 129 條至 159 條）亦訂有各種與賣淫或色情物品有關的罪行。

15. 我們決定不把這些與賣淫或色情物品有關的罪行納入性罪行的檢討範圍內，有以下多個原因。

16. 首先，與賣淫有關的罪行應否視為“性罪行”，仍不完全清楚。在大多數情況下，這些罪行並不是真正的性罪行。事實上，把這些罪行歸類為擾亂公共秩序或涉及公眾滋擾的罪行，可能更為恰當。第二，互相交織研究刑事法律與色情物品的議題，所引起的各種問題將遠超出性罪行研究預期的範圍。這些問題包括：色情物品刑事化是否與言論自由相容；應否准許或特許某些類別的色情物品；以及應否因為某些色情物品典型地展示對女性形象作不當或有害的描畫而將這些物品刑事化。因此，對香港關於賣淫或色情物品的法律進行改革，會牽涉更廣泛的社會和政策問題。

### **對《刑事罪行條例》涉及性罪行的現行條文的批評**

17. 《刑事罪行條例》一些涉及性罪行的現有條文被批評為帶有歧視成分、互相矛盾和有不足之處。例如，可同意進行異性性行為和同性性行為的年齡並不相同：可同意進行異性性行為的年齡為 16 歲，但可同意進行同性性行為（或“肛交”）的年齡卻為 21 歲。有些罪行因為是指明性別而備受批評，而另一些罪行則是以性傾向為依據。<sup>25</sup>

18. 有些人亦關注到現有的性罪行，可能不足以涵蓋未經同意下作出而應該受到刑事制裁的行為種類。而且，《刑事罪行條例》第

---

條例》第 123 條）、與年齡在 16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 124 條）、與精神上無行為能力的人性交（《刑事罪行條例》第 125 條）、拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（《刑事罪行條例》第 126 條）、拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交（《刑事罪行條例》第 127 條），以及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（《刑事罪行條例》第 128 條）。

<sup>25</sup> 舉例來說，在 Leung TC William Roy 訴律政司司長（[2006] 4 HKLRD 211）案中，上訴法庭維持夏正民法官在高等法院的判決（夏正民法官當時擔任高等法院原訟法庭法官）。夏正民法官裁定一些只有男同性戀者才能觸犯的法定性罪行（即第 118C、118F(2)(a)、118H 及 118J(2)(a)條），因為帶有性傾向的歧視成分而屬於違憲。其次，終審法院其後在律政司司長訴丘旭龍和其他人（[2007] 3 HKLRD 903）一案的判決中宣布，第 118F(1)條因為帶有性傾向的歧視成分而屬於違憲。

XII 部並無清晰指引，說明如何判定當事人是否同意進行涉及性的行為。

19. 《刑事罪行條例》第 XII 部使用的某些字詞已經不合時宜。例如，在已改革性罪行法律的海外司法管轄區，“肛交”（buggery）一詞已不再使用。

20. 對於《刑事罪行條例》第 XII 部之下的性罪行的量刑標準，各人可能抱持不同意見，而各項罪行所適用的最高刑罰亦可能需予檢討。例如，第 118E 條所訂罪行（與精神上無行為能力的人作出肛交）的最高刑罰為監禁 10 年，但第 118A 條所訂罪行（未經同意下作出的肛交）的最高刑罰卻為終身監禁。

### **性罪行的分類**

21. 在決定甚麼行為應納入改革後的性罪行種類的範圍時，我們發覺蘇格蘭法律委員會所採用的下列性罪行分類很有參考價值：

- (1) 與促進或保障個人的性自主權有關的罪行；
- (2) 為保護以下人士而訂的罪行：易受性剝削的人，或不確定是否有能力進行經同意的涉及性的行為的人；及
- (3) 為促進上述兩類以外的社會目標或道德目標而訂的罪行。

#### **第一類——以性自主權為依據的罪行**

22. 這類性罪行禁止任何侵犯個人性自主權的行為。如某人參與非自由選擇情況下進行的涉及性的行為，該人的性自主權便受到侵犯。

23. 根據香港的現行法律，這類罪行包括強姦、猥褻侵犯、未經同意下作出的肛交、意圖作出肛交而襲擊，以及以威脅促使他人作非法的性行為、以虛假藉口促使他人作非法的性行為和施用藥物以獲得或便利作非法的性行為。

#### **第二類——以保護原則為依據的罪行**

24. 這類罪行是為保護在性方面易受傷害的人而訂的。兩類最明顯易受傷害的人是年輕人和患有某種形式的精神紊亂的人。根據香港的現行法律，這類罪行包括由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出同性肛交、與 21 歲以下女童作出肛交、與精神上無行為能力的人作出肛交、由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出嚴重猥褻行為、男子與男性精神上無行為能力的人作出嚴重猥褻行為、與年齡在 13 歲以下或 16 歲以下的女童性交，以及與精神上無行為能力的人性交。

25. 一些海外司法管轄區已根據保護原則擴大有關法律的範圍，規管在一人得到另一人信任或一人服從另一人的權威的情況下兩人之間的涉及性的行為。

### *第三類——以公眾道德為依據的罪行*

26. 最後一類性罪行包括以社會或道德原則或目標為根本依據的性罪行，但不屬於保障性自主權或保護易受傷害的人的情況。這類罪行一般稱為違背公眾道德罪。

27. 根據香港的現行法律，這類罪行包括獸交、非私下作出的同性肛交、促使他人作出同性肛交、男子與男子非私下作出的嚴重猥褻行為，以及促使男子與男子作出嚴重猥褻行為。

28. 這類以公眾道德為依據的罪行亦包括男子亂倫罪（《刑事罪行條例》第 47 條）以及 16 歲或以上女子亂倫罪（《刑事罪行條例》第 48 條）。正如上文解釋，本研究項目不會審議屬於這類違背公眾道德罪的某些其他罪行，例如與賣淫有關的罪行和涉及色情物品的罪行。

29. 我們在進行現有的檢討時，採用了上述的性罪行分類。

### *把研究項目分為不同部分*

30. 我們打算把檢討工作分為不同的獨立部分，分別探討整個課題中的不同範疇。我們的初步計劃是把研究項目分為四個部分，並就各部分發表獨立的諮詢文件和報告書。如有需要，我們會按進一步討論的結果修訂初步計劃。這四個部分現分別為：(i)以性自主權為依據的罪行（即強姦及其他未經同意下進行的性罪行）；(ii)以保護原則為依據的罪行（即侵犯兒童和精神上無行為能力的人的罪行，以及涉及濫用受信任地位的罪行）；(iii)雜項性罪行；以及(iv)量刑。

31. 本諮詢文件會探討上述四個部分的第一部分，研究以性自主權為依據的罪行，即強姦、以插入的方式進行性侵犯、性侵犯，以及導致他人在不同意的情况下進行涉及性的行為。

## **第 2 章 改革的指導原則**

### *制訂一套指導原則的需要*

32. 對香港性罪行的實體內容進行全面檢討，牽涉多項複雜而敏感的問題，包括有關法律的根本道德原則問題。因此，我們認為宜在檢討開始時便制訂一套指導原則，以確保我們為各種各樣涉及不同犯罪行為形式和不同罪責程度的性罪行選擇改革方案時，可以貫徹一致。

33. 在確定根本原則時，我們不是試圖探討“執行道德規範”這個有爭議的課題。確定根本原則，只是為了協助我們制訂一套改革的指導原則，並評估不同的改革方案。我們亦無意探究何謂社會適當的道德標準這個有爭議的課題。

### **建議 1：改革的指導原則**

我們建議，對性罪行的實體法律進行任何改革，都應該依據一套指導原則來進行；如要偏離這些指導原則，應有充分的理由支持。

我們建議這些指導原則應包括：

- (i) 法律必須清晰明確。<sup>26</sup>
  - (ii) 尊重性自主權。<sup>27</sup>
  - (iii) 保護原則。<sup>28</sup>
  - (iv) 無分性別。<sup>29</sup>
  - (v) 避免基於性傾向而作出區別。<sup>30</sup>
- (iv) 應符合《公民權利和政治權利國際公約》、《香港人權法案條例》（第 383 章）和《基本法》的條文。

## **第 3 章 同意**

### **引言**

34. 對於強姦罪及其他“未經同意下”進行的性罪行（例如以插入的方式進行性侵犯、性侵犯、導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為等三項可能訂立的新罪行），一項重要的元素是投訴人不同意與被控人性交或參與牽涉被控人的涉及性的行為。

<sup>26</sup> 法律必須清晰明確的原則有兩個重要方面。第一，每項性罪行必須有明確定義，直接說明該罪行所禁止的是甚麼行為。第二，每項罪行的範圍必須完備，只應禁止指明形式的行為，但任何沒有指明的則不應禁止。因此，不應存在沒有限定範疇的性罪行。我們認為法律必須清晰明確應該是一項指導原則，但我們也知道要使法律達到絕對明確或精確是十分困難，更可能是無法做到。

<sup>27</sup> 尊重性自主權的原則有兩個層次。第一，若某人牽涉入不是其自由選擇而參與的涉及性的行為當中，該人的性自主權便受到侵犯。侵犯他人性自主權的活動是不當行為，法律應視之為刑事罪行。第二，若某人自由選擇進行一項涉及性的行為，原則上法律不應禁止該項行為。

<sup>28</sup> 保護原則的基本理念是，對於在同意進行涉及性的行為方面有問題的某幾類人（即是兒童、精神紊亂的人，以及因他人所處地位而對其信任的人），刑事法應給予保護。

<sup>29</sup> 根據無分性別原則，現時在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中的所有罪行都是無分性別的，即是說男性或女性都可以犯所有罪行。

<sup>30</sup> 同性戀明顯符合“性傾向”的涵義。根據避免基於性傾向而作出區別這項指導原則，經同意而進行的同性戀行為不應列為刑事罪行，除非保護原則適用於牽涉入該行為中的任何一方（即是兒童、精神上無行為能力的人、或因他人所處地位而對該人信任或服從該人的權威的人），或該行為涉及公開進行的涉及性的行為。

35. 《刑事罪行條例》（第 200 章）並無同意一詞的定義，提供的指引也很少。

36. 複雜的案例也加深了同意一詞欠缺法定定義的問題。

### **應否訂立同意一詞的法定定義？**

37. 訂立同意一詞的法定定義可在一定程度上達到使法律明確和清晰的效果，這是一個明顯的好處。可以預料法定定義會使法官向陪審團給予指示的工作變得更為容易，同時也可令陪審團更容易理解同意的涵義。

38. 反對訂立同意一詞的法定定義的主要論據，是法定定義會失卻司法解釋所容許的一定靈活性。我們認為法定定義能夠使法律更為明確和清晰，這個好處大於因靈活性降低而帶來的少許弊端。

#### **建議 2：應訂立同意一詞的法定定義**

我們建議，應就性交或涉及性的行為訂立“同意”的法定定義。

### **同意一詞的建議定義**

39. 我們在審視海外司法管轄區（即加利福尼亞、加拿大、英格蘭與威爾斯、昆士蘭、蘇格蘭、南澳大利亞和維多利亞）所使用的同意一詞的法定定義後，發現其中的共通之處是自由地和自願對涉及性的行為給予同意的概念。我們認為有關定義應加入這個概念，以符合尊重個人的性自主權的原則。因此，我們建議有關定義明確提述“自由地和自願”及“同意”的字眼，這些字眼不但較容易為大眾所理解，而且能夠體現性自主權的原則。

40. 此外，我們認為如像英格蘭的定義那樣加入“行為能力”的元素，會使有關定義更為完善。這是因為任何人可能因為精神狀況、年齡或神智不清，以致沒有行為能力自由地和自願對涉及性的行為給予同意。

#### **建議 3：同意一詞的建議定義**

我們建議所採用的同意一詞的法定定義，應規定任何人如：

(a) 自由地和自願對涉及性的行為給予同意；並且

(b) 有行為能力對涉及性的行為給予同意，

即屬對涉及性的行為給予同意。



## **對涉及性的行為給予同意的行為能力**

41. 由於給予同意的行為能力是我們所建議的同意定義的重要元素，接着的問題是應否列明在甚麼情況下某人具有或不具有給予同意的行為能力。

42. 普通法的觀點是，如投訴人因為年齡、喝酒、服用藥物或精神上無行為能力，缺乏或喪失行為能力給予同意或對有關事項作出判斷，則投訴人並沒有同意。因此，我們認為應從三方面考慮給予同意的行為能力的法定定義，這三方面是指精神上無行為能力、神智不清（不論是酒精還是藥物引致）和未成年人。

43. 《英格蘭法令》並無對“行為能力”這個詞下定義。《蘇格蘭法令》第 17 條關乎精神紊亂的人對涉及性的行為給予同意的行為能力。

44. 我們贊成採用蘇格蘭關於精神紊亂的人給予同意的行為能力的條文，因為有關條文力求平衡，一方面尊重精神紊亂的人進行涉及性的行為的權利，另一方面保護他們免受性剝削。

45. 我們認為蘇格蘭的條文所列明的裁定精神上無行為能力的人是否有行為能力給予同意的準則，也應適用於涉及神智不清的案件和涉及未成年人的案件。

### **建議 4：對涉及性的行為給予同意的行為能力**

我們建議新法例應包括一項條文，規定任何人如因精神狀況、神智不清或年齡（視屬何情況而定）而不能作出以下一項或多項事情，即屬無行為能力對涉及性的行為給予同意：

- (a) 明白該行為是甚麼；
- (b) 就自己是否進行該行為（或就該行為應否進行）而作出決定；或
- (c) 傳達任何上述決定。

### **裁定同意問題的法定條文**

46. 雖然訂立同意的法定定義可有助理解這個詞的涵義，但在個別的案件中，有關定義卻未能在裁定同意是否存的問題上提供指引。若干司法管轄區的法例訂有條文，用以裁定同意是否存在這個問題。

47. 我們可確認以下兩類裁定投訴人是否同意的法例條文：

- (i) 如有證據證明在有關行為作出時存在法例所指明的某些情況，投訴人會被視為不同意，而被控人不能推翻該項關

於投訴人不同意的推定（蘇格蘭和昆士蘭的法例所採取的做法）。

- (ii) 如有證據證明在有關行為作出時存在法例所指明的某些情況，投訴人會被視為不同意，除非被控人所舉出的證據已足以帶出關於投訴人是否同意的爭論點（《英格蘭法令》所採納的“證據推定”）。

48. 再者，《英格蘭法令》將證據推定和不可推翻的推定加以區分。證據推定可被推翻，但不可推翻的推定卻不能夠被推翻，後者推定了同意並不存在的狀況。《英格蘭法令》中的不可推翻推定與蘇格蘭和昆士蘭的法例所規定的不同意情況相類似。

49. 我們拒絕採納《英格蘭法令》中的證據推定，理由是這些推定似乎並不能對刑事司法程序帶來多少實際幫助。因此，我們只會採納不可推翻的推定（蘇格蘭和昆士蘭的做法）。不過，我們建議只採納《英格蘭法令》中兩項不可推翻的推定（與行為的本質和目的有關的欺騙，以及誤認身分），而不採納在蘇格蘭和昆士蘭的法例中較詳盡列舉的推定。按照這個方案，新法例會述明如有觸發與行為的本質和目的有關的欺騙以及誤認身分這兩項不可推翻推定的情況，即會導致同意無效。這個方案的優點是不會把任何新行為列為刑事罪行，因為根據普通法<sup>31</sup>及／或香港的現行法例<sup>32</sup>，在該等情況下進行的涉及性的行為現已屬刑事罪行。

**建議 5：如涉及性的行為在本質或目的方面存在欺騙又或者有冒充的情況，則無同意可言**

我們建議，新法例應加入與英格蘭《2003年性罪行法令》第76(2)(a)及(b)條相類似的條文，規定如被控人作出以下事情，則投訴人不可能給予同意，而被控人也不可能相信投訴人同意：

- (a) 就相關的涉及性的行為，在本質或目的方面故意欺騙投訴人；或
- (b) 冒充投訴人所認識的人，故意誘使投訴人對相關的涉及性的行為給予同意。

<sup>31</sup> 與涉及性的行為的本質或作出該行為的人的身分有關的欺詐手段會導致同意無效：*R v Linekar* [1995] 2 Cr App R 49 (CA)。

<sup>32</sup> 例如，根據《刑事罪行條例》（第200章）第118(2)條，任何男子冒充一名已婚女子的丈夫，誘使該女子與他性交，即屬強姦。根據《刑事罪行條例》第120條，任何人以虛假藉口或虛假申述，促使另一人作非法的性行為，即屬犯罪。

## 同意的範圍和撤回

50. 《蘇格蘭法令》第 15 條訂立進一步條文，以處理關於同意的兩個不同方面：同意的範圍和撤回。

51. 我們贊成對涉及性的行為所給予的同意可以附有保留或限制，也可以在任何時間撤回。就對涉及性的行為所給予的同意附加保留或限制或撤回有關同意的權利，體現出性自主權的原則。

### **建議 6：同意的範圍和撤回**

我們建議，新法例應加入與《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 15(2)、(3)及(4)條相類似的條文，規定：

- (a) 對個別涉及性的行為給予同意，本身並不暗示對任何其他涉及性的行為給予同意；
- (b) 對涉及性的行為所給予的同意，可在該行為開始之前的任何時間或（如屬持續行為）在該行為進行期間的任何時間予以撤回；以及
- (c) 如某行為在同意被撤回後進行或繼續進行，該行為即屬在未經同意下進行或繼續進行。

## 第 4 章 強姦

52. 根據香港現時的法律，任何男子未經女子同意而與她性交，即屬強姦。《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(3)條規定，任何男子：

- “(a) 與一名女子非法性交，而性交時該女子對此並不同意；及
- (b) 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。”

53. 第 118(3)條所用的字眼反映出，只有男性才可以主犯的身分被裁定犯強姦罪，亦只有女性才能成為強姦的受害人。性交的行為必須包括以男性的性器官（即陽具）插入女性的陰道。

54. 在《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(3)條，強姦罪的範圍只限於以陽具插入女性的陰道，<sup>33</sup> 並不包括以陽具插入投訴人的肛門或口腔。英格蘭與威爾斯的法律在 1994 年擴大強姦的範圍，把以

<sup>33</sup> *R v Lee Wing On* [1994] 1 HKC 257(CA)，第 262 頁。

陽具插入一名女子或另一名男子的肛門包括在內。<sup>34</sup> 2003 年的《英格蘭法令》再擴大強姦的範圍，把以陽具插入另一人的口腔也包括在內。<sup>35</sup> 這些修改的結果是，在英格蘭與威爾斯強姦的範圍包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。《蘇格蘭法令》亦在 2009 年擴大了蘇格蘭法律中強姦的範圍，包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。<sup>36</sup> 由於相關的法例使用了“另一人”一詞，因此在英格蘭與威爾斯以及蘇格蘭，男性和女性都可以是強姦的受害人。

55. 我們贊同有關見解，認為以陽具插入另一人的肛門或口腔，與侵犯陰道一樣，是對性自主權的嚴重侵犯。我們也看不見有甚麼充分理由，應對未經同意下被陽具插入的男性受害人和女性受害人給予不同對待。因此，我們認為強姦的範圍應予擴大，包括未經同意下以陽具插入“另一人”的陰道、肛門或口腔。

### **建議 7：強姦罪的範圍**

**我們建議，應在新法例中加入與英格蘭《2003 年性罪行法令》第 1(1)(a)條相類似的條文，使強姦的範圍包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。**

### **區分強姦與其他方式的性插入行為**

56. 強姦一詞已在《刑事罪行條例》（第 200 章）使用了一段很長時間，用以描述涉及以男性的性器官（即陽具）作出插入的性罪行。強姦只限於以陽具作出的插入行為，對於非以陽具作出的插入行為，則另外由猥褻侵犯罪對付。在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》，“強姦”一詞也是用以指未經同意下以陽具對另一人作出插入的行為。<sup>37</sup> 至於非以陽具作出的插入行為，在《英格蘭法令》則由“以插入的方式進行侵犯”罪對付，在《蘇格蘭法令》則由“以插入的方式進行性侵犯”罪對付。

57. 我們認為應繼續區分強姦和其他非以陽具作出的插入行為。在我們看來，強姦應限於以陽具作出的插入，不宜過度擴大強姦的定義。我們留意到有些司法管轄區（如澳大利亞）已不再區分以陽具作出的插入罪行和其他的插入罪行。然而，強姦罪的構成元素（未經同意下以陽具作出插入）存在已久，我們認為香港的市民大眾對這

<sup>34</sup> 《1994 年刑事司法和公共秩序法令》（Criminal Justice and Public Order Act 1994）第 142 條。根據《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956）第 1 條（按照《1994 年刑事司法和公共秩序法令》修訂），任何男子如在未經同意下與另一人性交（不論是陰道交或肛交），而他知道該人並不同意，或罔顧該人是否同意，即屬強姦。

<sup>35</sup> 《英格蘭法令》第 1(1)條。

<sup>36</sup> 《蘇格蘭法令》第 1(1)條。

<sup>37</sup> 正如上文指出，香港的強姦罪只限於插入投訴人的陰道，但《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》把強姦罪擴大至插入投訴人的陰道、肛門或口腔，跟香港的強姦罪不同。

些元素已非常熟悉。強姦也從未被理解為包括非以陽具作出的插入。我們相信市民大眾（和陪審團）對某些字詞的涵義已有先入為主的眼光，因此我們認為不宜在這方面擴大強姦的定義，超出這個詞現時所指的以陽具作出插入的涵義。

58. 我們認為應保留強姦一詞，用以指未經同意下對投訴人以陽具作出插入的罪行。在我們的文化裏，大家都清楚明白強姦一詞是指一種特定形式的嚴重不法行為。如不使用強姦一詞，該罪行的嚴重性或許得不到確切反映，並可能會被低估。雖然強姦一詞可能有羞辱效果，但這個效果也起重要作用，可把這種特定形式的不法行為適當地標示為一種嚴重行為。更重要的是，由於香港的市民大眾熟悉強姦一詞的涵義，保留這個詞可提高他們對法律的了解。

**建議 8：區分強姦與非以陽具作出的其他方式的性插入行為**

我們建議，應繼續使用強姦一詞描述未經同意下以陽具作出插入的罪行。

我們又建議，應區分強姦與其他未經同意下所犯並且涉及非以陽具作出的性插入行為的性罪行。

**對由手術建造的性器官的適用範圍**

59. 由於我們已決定強姦應包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔，我們有需要決定未經同意下作出的插入如涉及由手術建造的性器官，是否應等同強姦。

60. 我們贊同有關觀點，認為如果現代的外科技術能提供由手術建造的陽具，則強姦罪的範圍應包括以這些人造器官所作出的插入。在未經同意下以由手術建造的陽具插入某人的陰道、肛門或口腔，與以天生的陽具作出插入一樣，是對其性自主權的嚴重侵犯。因此，我們認為陽具的定義應包括由手術建造的陽具。這個定義不僅應適用於強姦，也應適用於所有性罪行。

61. 我們亦認為變性人如果擁有由手術建造的陰道，應同樣受到刑事司法制度的保護。雖然變性人的性器官是由手術建造的，但任何人如違反一個變性人的意願而對其性器官作出插入，也是嚴重侵犯該變性人的性自主權。因此，陰道的定義應包括由手術建造的陰道。

62. 《英格蘭法令》第 79(9)條和《蘇格蘭法令》第 1(4)條都規定“陰道”包括外陰。外陰（或由手術建造的外陰）是女性生殖器官的一部分，因此就任何性罪行而言，也應被視為陰道的一部分。

### **建議 9：陽具和陰道的定義**

我們建議新法例應規定，就任何性罪行而言，陽具應包括由手術建造的陽具，陰道應包括(a)外陰以及(b)由手術建造的陰道（連同由手術建造的外陰）。

### **“插入”的涵義**

63. “插入”一詞可能有含糊之處，因為這個詞可以指：(i)僅是最初的插入行為；或(ii)正在被插入的狀態，即從進入起至退出為止的持續行為。如當事人在對方插入時最初表示同意，但後來卻把同意撤回，這個含糊之處就可能產生難題。

### **建議 10：“插入”的涵義**

我們建議，就任何性罪行而言，插入的定義應指從進入起直至退出為止的持續行為。

我們又建議，如插入最初獲得同意，但在某個時候同意被撤回，則從進入起的持續行為，應指從先前所給予的同意被撤回之時起的持續行為。

### **插入行為和其他相關的涉及性的行為的精神意念元素**

64. 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118 條有關強姦的定義並無提及犯罪人作出插入行為的意圖。因此，香港法例的用詞並無清楚表明是否需要明確故意的犯罪意圖，還是僅僅罔顧後果便已足夠。相反，《英格蘭法令》特別指出強姦中插入行為以及其他未經同意下進行的性罪行中的相關的涉及性的行為所需的意圖。

65. 我們認為香港的法律應依循《英格蘭法令》的做法，規定強姦中的插入行為，以及其他未經同意下進行的性罪行中的相關的涉及性的行為必須是故意作出，即是說罔顧後果並不足以構成犯罪意念。我們的看法有多個理由支持。首先，*R v Heard*<sup>38</sup> 一案顯示在香港的普通法下，罔顧後果對於插入行為而言並不足夠。更重要的是，罔顧後果的概念曾在刑事案件中引起若干問題。如就插入行為和其他涉及性的行為加入罔顧後果的概念，會不必要地使陪審團的工作和法官的引導變得更為複雜。

66. *R v Heard* 一案清楚說明，自願神智不清在普通法下不能構成強姦和猥褻侵犯的免責辯護。我們認為在把有關法律編纂為新法例

---

<sup>38</sup> *R v Heard* [2007] 3 All ER 306.

時，應加入一項條文，規定自我引發的神智不清，不能構成強姦及其他未經同意下進行的性罪行的免責辯護。

### **建議 11：插入行為和其他有關涉及性的行為的精神意念元素**

我們建議，新法例應明確規定強姦中的插入行為，以及其他未經同意下進行的性罪行（即三項可能訂立的新罪行：以插入的方式進行性侵犯、性侵犯、導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為）中的相關行為，均必須是故意作出的。

我們又建議，新法例應規定自我引發的神智不清，不能構成強姦和其他未經同意下進行的性罪行的免責辯護。

### **強姦在同意方面的精神意念元素**

67. 根據《刑事罪行條例》第 118(3)(b)條，強姦在同意方面的犯罪意念是被控人“當時……知道該女子並不同意性交，或罔顧該女子是否對此同意”。因此，強姦現時在考慮是否同意方面的犯罪意念是事實上知道投訴人並不同意，或罔顧投訴人是否同意。可是，倘若被控人真確相信投訴人同意，但被控人如此相信是錯誤和不合理的，那情況又是怎樣？

### **為處理真確（但錯誤）相信對方同意這個問題而提出的不同改革方案**

68. 我們可認定三個改革方案，以處理真確但錯誤相信對方同意這個問題。

#### **方案 1——主觀測試**

69. 這是刑事檢控專員訴摩根（*DPP v Morgan*）案<sup>39</sup>所採取的做法（摩根原則），也是香港現行的法律。在這個做法之下，被控人必須真確相信投訴人同意，但被控人的信念無須合理。換句話說，被控人如真確相信投訴人同意，就沒有犯罪所必需的精神意念，儘管被控人並無合理理由持有這個信念。但是，根據《刑事罪行條例》第 118(4)條，陪審團在考慮被控人是否真確相信投訴人同意性交時，須顧及被控人是否有合理理由相信投訴人同意性交。

#### **方案 2——客觀測試**

70. 客觀測試只按照一個合理的人應該會相信甚麼事實或是否有合理理由持有某信念這個標準，來衡量被控人的信念。被控人的個人特質不會列入考慮。

---

<sup>39</sup> *DPP v Morgan* [1976] AC 182.

### 方案 3—混合測試

71. 第三種做法是採用結合了其他兩個測試的混合測試。《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》都採用了這種做法。

72. 我們認為只可在第一個方案（主觀測試加上《刑事罪行條例》第 118(4)條所作的澄清）和第三個方案（混合測試）之間選擇。我們不支持第二個方案（完全客觀的測試）。完全客觀的測試未能顧及個別被控人的某些個人特質，這些特質可解釋他為何真確但錯誤相信受害人同意。被控人的這些特質可包括學習困難、精神紊亂或欠缺社交技巧。我們也不支持第一個方案。摩根原則的主觀成分備受批評，因為該原則會產生如下後果：儘管投訴人已表示不同意性交，但被控人只要“真確”相信投訴人同意，就不屬強姦。由於這個方案削弱對性自主權的尊重，我們並不支持這個方案。

73. 我們支持採納屬於混合測試的第三個方案。混合測試的優點，是它規定被控人相信投訴人同意的信念必須合理，避免了摩根原則的主觀成分，但又仍然把焦點集中於個別的被控人，在考慮被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟後，才裁定被控人的信念是否合理。

74. 總結來說，我們認為就強姦罪和其他未經同意下進行的性罪行而言，控方必須證明投訴人不同意，以及被控人並非合理地相信投訴人同意。信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟。

#### **建議 12：處理真確（但錯誤）相信對方同意這個問題的改革方案**

我們建議，就強姦罪和其他未經同意下進行的性罪行而言，新法例應加入與英格蘭《2003 年性罪行法令》第 1(1)(b)、1(1)(c)、1(2)、2(1)(c)、2(1)(d)、2(2)、3(1)(c)、3(1)(d)、3(2)、4(1)(c)、4(1)(d)及 4(2)條相類似的條文，規定：

- (a) 控方必須證明(i)投訴人不同意，以及(ii)被控人並非合理地相信投訴人同意；以及
- (b) 信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條便應予廢除。



## **應否保留以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行？**

75. 根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 120 條，任何人以虛假藉口或虛假申述，促致另一人在香港或外地作非法的性行為，即屬犯罪。有關問題是應否廢除這項促致罪而把它納入強姦之內。

76. 由於以不涉及行為的本質或目的或當事人身分的欺騙手段獲得性交，並不構成強姦，因此必須訂有以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行，以針對這類行為。倘若廢除以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行，法律就會出現漏洞。

77. 統計數字<sup>40</sup>顯示，雖然案件的數目不多，但近年來確實有人因犯以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行而被檢控和定罪。這為保留促致罪提供進一步依據。總的來說，我們認為應保留以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行。

### **建議 13：應保留以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行**

我們建議，在新法例制定後，應保留《刑事罪行條例》（第 200 章）第 120 條所訂的以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行。

## **以不涉及使用武力的威脅或恐嚇手段（如經濟威脅）獲得性交**

78. 我們認為不需要另外訂立一項罪行，以針對以經濟威脅或經濟壓力獲得性交的行為，因為有關問題可依據同意概念予以裁定。

### **建議 14：以不涉及使用武力的威脅或恐嚇手段（如經濟威脅）獲得性交**

我們建議，以經濟壓力獲得性交的案件應按個別情況處理，依據同意概念裁定是否牽涉強姦，但不需要為這類案件訂立新罪行。

## **第 5 章 以插入的方式進行性侵犯**

### **引言**

79. 本章研究應否訂立一項新罪行，而其構成元素是投訴人的陰道或肛門，遭物件（例如瓶子）或被控人陽具以外的身體某部分（例如手指）<sup>41</sup> 插入。上述行為並不屬於強姦罪的涵義範圍之內。在香港

<sup>40</sup> 相關的統計數字載於諮詢文件第 4.76 段的列表。

<sup>41</sup> 這些例子見於英格蘭《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)說明第 11 段。

的現有法律之下，對於非以陽具作出的插入式侵犯，控方只可提出猥褻侵犯的控罪，但猥褻侵犯涵蓋多種多樣的刑事行為，嚴重程度各有不同，由只是觸摸至非以陽具作出的性插入不等，而後者在某些情況下可能會被視為如同強姦般嚴重。

80. 我們也認為猥褻侵犯的罪行，不足以反映非以陽具對投訴人的肛門或陰道作出的插入式侵犯的嚴重性，所以應訂立一項新罪行以涵蓋此類嚴重罪行。

### **新罪行的名稱**

81. 新罪行的名稱，在《英格蘭法令》中是“以插入的方式進行侵犯”，在《蘇格蘭法令》中則是“以插入的方式進行性侵犯”。

82. 我們也認為新罪行的名稱應是“以插入的方式進行性侵犯”。新罪行是一項非常嚴重的罪行，嚴重程度與強姦相同。為了教育公眾，我們必須在新罪行的名稱中反映它是一項涉及插入式性侵犯的嚴重罪行，有別於較為輕微的一般普通襲擊罪。此外，有人或會擔憂在新罪行之下，對病人的陰道或肛門作出的醫學干預可能帶來刑事法律責任，而強調新罪行的性元素，便可以消滅這種擔憂。只有在插入是涉及性時，亦即有關的醫務人員是為了得到性滿足而作出這項插入，醫學干預才會帶來刑事法律責任。

### **“性”的定義**

83. 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中，新罪行的構成元素均是只在插入涉及性時才會觸犯這項罪行，於是問題在於“性”此字作何解釋。在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中，“性”此字均有法定定義，這個定義一般適用於所有行為，包括插入及觸摸在內。

#### **建議 15：“性”的定義**

我們建議，就任何性罪行而言，應採用英格蘭《2003年性罪行法令》第78(a)及(b)條所載關於“性”的定義，但刪除第78(b)條中的“它基於行為本質可能會涉及性以及”等字。

“性”的定義故此會類似下文：如一名合理的人認為某項罪行符合以下情況，它便是涉及性——

- (a) 不論它本身的情況如何，亦不論某人對它懷有甚麼目的，它是基於行為本質而涉及性，或
- (b) 它是基於本身的情況或某人對它所懷有的目的（或基於兩者）而涉及性。

## **《蘇格蘭法令》第 2(4)條**

84. 《蘇格蘭法令》第 2(4)條訂明，“[第 1 款]所提述的以甲身體的任何部分插入，須解釋為包括以甲的陽具插入。”這項條文的作用是，以插入的方式進行性侵犯的罪行，會包括以陽具作出的插入。

85. 我們贊成訂立一項類似《蘇格蘭法令》第 2(4)條的條文。這項條文對處理下述情況有用：受害人不清楚自己是被陽具還是別的東西所插入，原因例如是受害人當時是被蒙住眼睛或是不省人事，又或者受害人本身是精神上無行為能力的人。在該等情況中，按照蘇格蘭模式，犯罪者可被控告以插入的方式進行性侵犯。

86. 隨之而出現的議題包括如何處理下述情況：

- (i) 受害人以為自己是被陽具所插入，但審訊時的證據卻顯示這是別的東西；
- (ii) 受害人不能確定自己是被甚麼東西所插入，但審訊時的證據卻證實那是陽具。

87. 關於議題(i)：我們相信處理方法是依據《刑事罪行》（第 200 章）第 149 條及附表 1，把以插入的方式進行性侵犯列為強姦的法定交替控罪。

88. 關於議題(ii)：我們相信沒有必要另訂條文：被控人會被控告建議訂立的以插入的方式進行性侵犯之罪，並會被裁定罪名成立。這項罪行的最高刑罰應與強姦的最高刑罰相同。

89. 我們又認為訂立交替控罪，不會令控方無法在適用的案件中提出交替控罪。

## **肛交罪行須予檢討**

90. 《刑事罪行條例》（第 200 章）訂有以下多項肛交罪行：

第 118A 條——未經同意下作出的肛交

第 118B 條——意圖作出肛交而襲擊

第 118C 條——由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出同性肛交

第 118D 條——與 21 歲以下女童作出肛交

第 118E 條——與精神上無行為能力的人作出肛交

第 118F 條——非私下作出的同性肛交

第 118G 條——促致他人作出同性肛交

91. 未經同意下作出肛交的罪行（第118A條），是《刑事罪行條例》（第200章）中唯一一項未經同意下作出肛交的罪行。<sup>42</sup> 所有其他各項肛交罪行，都是經同意下作出的罪行。<sup>43</sup> 換言之，即使肛交是在參與者同意之下進行，仍會觸犯《刑事罪行條例》（第200章）中的所有肛交罪行（未經同意下作出的肛交除外）。強姦及以插入的方式進行性侵犯則相反，是未經同意下作出的罪行，而作為此類罪行，它們只涵蓋根據未經同意下作出肛交的罪行而可予懲罰的刑事行為，根據其他各項肛交罪行而可予懲罰者不在涵蓋之列。我們故此建議現階段只廢除未經同意下作出肛交的罪行。我們會在整個研究計劃的下一階段檢討其他各項肛交罪行。

**建議 16：以插入的方式進行性侵犯；廢除未經同意下作出肛交的罪行**

我們建議新法例中應有一項以插入的方式進行性侵犯的罪行，而其構成元素為某人（甲）在未經另一人（乙）同意而且並非合理地相信乙同意的情況下，故意以自己身體的任何部分或任何其他東西插入乙的陰道或肛門。

我們建議採納一項類似《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》第2(4)條的條文。這項條文的作用是，就以插入的方式進行性侵犯的罪行而言，凡提述以某人的身體插入，須解釋為包括以此人的陽具插入。

我們建議《刑事罪行條例》（第200章）的附表1應予修訂，在被控人被控強姦的案件中，容許陪審團作出法定交替裁決，改判被控人以插入的方式進行性侵犯。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第200章）第118A條所訂的未經同意下作出肛交的罪行便應予廢除。

## 第6章 性侵犯

### 引言

92. 根據《刑事罪行條例》（第200章）第122(1)條，任何人猥褻侵犯另一人，即屬犯罪。這項罪行的最高刑罰是監禁10年。（按：猥褻侵犯俗稱“非禮”。）

<sup>42</sup> 根據《刑事罪行條例》（第200章）第118A條，任何人與另一人作出肛交，而在肛交時該另一人“對此並不同意”，此人即屬犯未經同意下作出肛交的罪行。

<sup>43</sup> 《刑事罪行條例》（第200章）第118C條、第118D條、第118E條及第118F條所訂的其他肛交罪行，並無提及“對此並不同意”等字或類似的字句。

93. 小組委員會注意到現有罪行的焦點，是在於“猥褻”而非在於尊重性自主權。

### **訂立新的性侵犯罪的理據**

94. 我們認為有理據支持訂立一項新罪行，把焦點由“猥褻”轉移至“性”方面，但同時仍能針對猥褻侵犯現時所涵蓋的一類刑事行為而為受害人提供保障。這種形式的焦點轉移，可符合保障性自主權的原則。

95. 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》，均已訂立這項新的性侵犯罪，以取代猥褻侵犯罪。新罪行把焦點由猥褻此概念，轉移至合理的人會否認為有關行為“涉及性”方面。因此，新罪行的關注重點，在於保障個人的性自主權，令個人得免進行己所不欲的涉及性的行為，而非在於維護公眾標準。

### **性侵犯罪的構成元素**

96. 英格蘭性侵犯罪的構成元素如下：

- 某人（甲）觸摸另一人（乙）；
- 觸摸是故意的；
- 觸摸是涉及性的；
- 乙並不同意；及
- 甲並非合理地相信乙同意。

97. 蘇格蘭性侵犯罪的構成元素為：某人（甲）故意或罔顧後果地向另一人（乙）作出五項涉及性的行為的任何其中一項，而甲這樣做是未經乙同意，亦非合理地相信乙同意。這五項涉及性的行為如下：

- (a) 以任何方法在涉及性方面插入乙的陰道、肛門或口腔；
- (b) 在涉及性方面觸摸乙；
- (c) 與乙發生任何其他身體上的性接觸（不論是身體接觸、透過衣服接觸抑或透過用具接觸）；
- (d) 向乙射出精液；
- (e) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。

### **“觸摸”的通用定義**

98. 《英格蘭法令》第 79(8)條載有“觸摸”的定義，此定義適用於《英格蘭法令》第 1 部的所有性罪行。“觸摸”的定義包括插入。

99. 我們贊成採用英格蘭的定義，因為它能反映“觸摸”涵義的各種主要詮釋。

100. 不過，如“觸摸”的定義包括插入，則在所有涉及插入式侵犯的案件中，均可提出性侵犯的控罪，但我們估計控方不會在下述的情況中提出性侵犯的控罪：有證據顯示有人以陽具插入乙的陰道、肛門或口腔（在此情況中應當提出強姦的控罪），或有人非以陽具插入乙的陰道或肛門（在此情況中應當提出以插入的方式進行性侵犯的控罪）。

### **建議 17：觸摸的定義**

我們建議採用英格蘭《2003年性罪行法令》第79(8)條所載的“觸摸”定義，以便就任何性罪行而言，觸摸包括：

- (a) 以身體的任何部分作出的觸摸，
  - (b) 以任何其他東西作出的觸摸，
  - (c) 透過任何東西作出的觸摸，
- 尤其包括構成插入的觸摸。

### **性侵犯涵蓋非接觸式的侵犯？**

101. 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》之中，新的性侵犯罪並不涵蓋不涉及觸摸或雙方之間有接觸的侵犯。在這兩項法令中，性侵犯罪的涵蓋範圍，要比現有的猥褻侵犯罪的涵蓋範圍狹窄，因為如果被控人令到投訴人意識到自己即將會被猥褻地觸摸，則犯了猥褻侵犯罪。

102. 我們認為，建議的性侵犯罪涵蓋範圍應超越觸摸或身體接觸，因為現有的猥褻侵犯罪並不局限於接觸行為。改變有關法律的方式，不應令到性侵犯的涵蓋範圍較猥褻侵犯的涵蓋範圍狹窄，因為這會減少受害人所得到的保障。此外，非接觸式的侵犯，可能會為受害人帶來程度與性觸摸相同的恐懼和傷害。如果我們把性侵犯局限於觸摸或接觸行為，我們會摒除一些現時受現有猥褻侵犯罪涵蓋的非接觸式猥褻行為。

### **擴大性侵犯的涵蓋範圍以涵蓋“裙底”攝影及公眾露體**

#### **“裙底”攝影**

103. 控方往往難以找到正確的控罪，以檢控在公眾地方對女性的衣服或裙子底部進行錄影或攝影的行徑，這類刑事行為往往被統稱為“裙底”攝影。就此類刑事行為所提出的控罪，通常是在公眾地方行

為不檢<sup>44</sup>、遊蕩<sup>45</sup>，或有違公眾道德這項普通法罪行。如果上述三項控罪均不適用，則在攝影涉及使用電腦時，控方可能會提出不誠實地使用電腦的控罪<sup>46</sup>，作為最後一着。

104. 我們覺得以上各項控罪針對“裙底”攝影事件，皆非完全理想的做法。第一，這些控罪都是一般的罪行，涵蓋在公眾地方發生的各式各樣不檢行為，因此不是專門處理“裙底”攝影的罪行。更重要的是，這些控罪未能帶出本質涉及性方面的刑事行為，亦未能把焦點集中於尊重性自主權。

105. 再者，如果“裙底”攝影是在私人地方發生，選擇正確的控罪會有困難。由於該項行為並非在公眾地方進行，控方不能檢控此類案件中的罪犯行為不檢、遊蕩或有違公眾道德。<sup>47</sup>

106. 由於“裙底”攝影（不論是在公眾地方或抑或私人地方進行）是嚴重侵犯個人的性自主權，我們認為應訂立一項法定罪行以處理此類刑事行為。我們認為應擴大性侵犯的涵蓋範圍，以涵蓋此類刑事行為。

### **應如何擴大性侵犯的涵蓋範圍？**

107. 我們認為，性侵犯的涵蓋範圍應予擴大，以涵蓋任何一項本質涉及性方面的行為，而該項行為若然被另一人知道，則相當可能會為此人帶來“恐懼、低貶或傷害”，但此人是否實際上知道該行為，卻不會對罪行的構成有所影響。不論有關行為是在公眾地方抑或私人地方發生，我們所提出的構思也會適用。

#### **在公眾地方露體**

108. 小組委員會注意到，我們在上文所提出的擴大性侵犯涵蓋範圍的建議，可能不但會涵蓋“裙底”攝影，同時也涵蓋不受歡迎而本質是涉及性的露體行徑。我們相信有理由支持把這種不受歡迎的行為，列入經擴大的性侵犯涵蓋範圍，因為它也是侵犯他人的性自主權。

109. 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 148 條訂明，某人如“無合法權限或辯解，在公眾地方或公眾可見的情況下，猥褻暴露其身體任何部分”，即犯猥褻露體罪。應強調的是，我們並非建議這項現有的猥褻露體罪，應由新的性侵犯罪所取代。我們注意到，這項現有罪

<sup>44</sup> 《公安條例》（第 245 章）第 17B(2)條。

<sup>45</sup> 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 160 條。

<sup>46</sup> 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 161 條。

<sup>47</sup> 在部分案件中，控方可根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 161 條，提出不誠實地使用電腦的控罪。

行的設計主要旨在維護公眾道德，故此可能會涵蓋無受害人目標亦不構成侵犯他人性自主權的公眾猥褻露體。

#### **建議 18：性侵犯（第一類）**

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素應是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出以下任何一項事情：

- (a) 觸摸乙而觸摸是涉及性的；
- (b) 向乙射出精液；
- (c) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122 條中的猥褻侵犯罪便應予廢除。

#### **建議 19：性侵犯（第二類）**

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素也應是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出一項本質涉及性的行為，而這項行為令乙意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。

#### **建議 20：性侵犯（第三類）；保留猥褻露體罪**

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素應進一步是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出一項本質涉及性的行為，而該項行為然被乙知道，則相當可能會為乙帶來恐懼、低貶或傷害，但乙是否實際上知道該行為，卻不會對罪行的構成有所影響。

我們又建議，在新法例制定後，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 148 條所訂的猥褻露體罪應予以保留。

## **第 7 章 導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為**

### **引言**

110. 本章研究應否訂立一項新罪行以涵蓋下述行為：某人（甲）在違反另一人（乙）意願的情況下強迫乙進行涉及性的行為。強迫他人的行為，可以有多種不同形式。其一，甲可以是強迫乙與甲一起進行涉及性的行為（例如某人強迫另一人對其作出插入）。其二，甲可以是強迫乙自我進行涉及性的行為（例如某人強迫另一人自我手淫）。其三，甲可以是導致乙與第三者進行涉及性的行為（例如某人



促使另一人替第三者手淫)。<sup>48</sup> 最後一類行為也涵蓋甲強迫乙與動物進行涉及性的行為的情況。<sup>49</sup>

111. 我們認為應訂立一項新罪行，以涵蓋強迫他人進行涉及性的行為。這種行為嚴重侵犯另一人的性自主權，所以應特別訂立一項罪行來處理這種行為。

### **英格蘭罪行——導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為**

112. 《英格蘭法令》第 4(1)條訂明：

“如屬以下情況，某人（甲）即屬犯[導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的]罪行——

- (a) 他故意導致另一人（乙）進行一項行為，
- (b) 該項行為是涉及性的，
- (c) 乙不同意進行該項行為，及
- (d) 甲並非合理地相信乙同意。”

### **蘇格蘭罪行——性脅迫**

113. 根據《蘇格蘭法令》第 4 條，如某人（甲）故意導致另一人（乙）參與一項涉及性的行為而乙並不同意參與該項行為，而甲又並非合理地相信乙同意參與該項行為，甲即屬犯“性脅迫”罪。

### **新罪行的名稱**

114. 英格蘭罪行和蘇格蘭罪行建基於同一理據，旨在網羅同一刑事行為，即強迫他人在違反自己意願的情況下進行或參與涉及性的行為。問題在於我們究竟應沿用英格蘭的用詞稱新罪行為“導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為”，還是沿用蘇格蘭的用詞稱新罪行為“性脅迫”。

115. 我們認為英格蘭的用詞較清晰明確，故此建議採用。英格蘭的用詞可令大家更清楚明白這項罪行的主要構成元素，那就是導致另一人在不同意的情況下進行某種形式的涉及性的行為，以及未有得到此人同意。我們認為英格蘭的用詞要比蘇格蘭法例的用詞可取。在蘇格蘭的法例中，這項罪行的名稱只顯示出罪行涉及某種脅迫，但未能顯示出罪行的其他主要構成元素，那就是“導致”罪行發生的行為，以及未有得到另一人同意參與強迫的涉及性的行為。

### **以威脅促致他人作非法性行為的罪行**

116. 根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 119 條，如“任何人以

<sup>48</sup> 英格蘭《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)說明第 13 段。

<sup>49</sup> 《內政部文件》，第 2.20.1 段。

威脅或恐嚇手段，促致另一人在香港或外地作非法的性行為……”，即屬犯以威脅或恐嚇促致他人作非法性行為的罪行。這項罪行的最高刑罰是監禁14年。

117. 我們認為，新的導致罪行一經訂立，現有的促致罪行便應予廢除。現有的促致罪行流於過份狹窄，因為它只涵蓋以威脅或恐嚇所促致的非法性行為。導致罪行則不然，只要某人“導致”另一人在本身不同意的情況下進行涉及性的行為，便會觸犯這項罪行。根據《布萊斯通2012年刑事實務》（*Blackstone's Criminal Practice 2012*），任何可導致事情發生的行為即已足夠，因為“導致”一詞在英格蘭法例中未有界定。導致可包括暴力威脅、誘使或甚至勸說。<sup>50</sup> 因此，導致罪行所網羅的強迫的涉及性的行為，範圍要比現有的促致罪行所網羅者更廣闊。在此情況之下，導致罪行可針對強迫的涉及性的行為提供必要的保障，所以促致罪行再無需繼續存在。

118. 再者，正如上文所論及，特別訂立一項罪行以處理強迫的涉及性的行為，理據在於這種行為嚴重侵犯另一人的性自主權。現有的促致罪行，卻未能把焦點集中於性自主權。該項罪行的主要焦點，在於施加威脅或恐嚇以促致非法的性行為。導致罪行則不同，是透過規定同意與否須為罪行的構成元素之一來強調性自主權，而得到同意是性自主權的核心所在。

119. 值得注意的是，以威脅促致女子作非法性行為的英格蘭罪行<sup>51</sup>（香港現有的促致罪行是以此為藍本），在新的導致罪行訂立後，已於2003年被《英格蘭法令》廢除。<sup>52</sup>

### **“在香港或外地”進行涉及性的行為**

120. 現有的促致罪行可網羅以威脅或恐嚇“在香港或外地”所促致的非法性行為。雖然有關的涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促致它發生的行為卻必須是在香港境內發生。我們認為，應同樣在這項新的導致罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字，否則新的導致罪行便會較現有的促致罪行狹窄。在促致罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字後，雖然涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促致它發生的行為卻必須是在香港境內發生。這樣會有助防止跨境的性罪行。

<sup>50</sup> 《布萊斯通2012年刑事實務》，B3.41段。

<sup>51</sup> 英格蘭舊有的以威脅促致女子作非法性行為的罪行，載於英格蘭《1956年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 1956*）第2條。

<sup>52</sup> 《英格蘭法令》第140條及附表7。

**建議 21**：導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為；及廢除以威脅或恐嚇促致他人作非法性行為的罪行

我們建議新法例應加入一項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的罪行，這項罪行應類似英格蘭《2003年性罪行法令》第4條，但作出必要的變通。

我們又建議，應在這項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的建議罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字。在加入上述字眼後，雖然涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促致它發生的行為卻必須是在香港境內發生。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第200章）第119條中的以威脅或恐嚇促致他人作非法性行為的罪行便應予廢除。

香港法律改革委員會  
性罪行檢討小組委員會  
2012年12月

## 附件

下述海外法例可於互聯網上的下述網址下載——

**英格蘭《2003年性罪行法令》**  
**(The English Sexual Offences Act 2003)：**  
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>

**《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》**  
**(The Sexual Offences (Scotland) Act 2009)：**  
<http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9/contents>

#378848