

## 《防止兒童色情物品條例草案》

### “知情”

條例草案委員會有部分議員建議，政府應把明訂的知情元素加入條例草案第 3(3)條所訂的管有兒童色情物品罪行中<sup>1</sup>。部分議員擔心，有人可能會通過收到濫發的電郵、他人主動提供的影片或可能公開傳閱的刊物而管有兒童色情物品，但自己卻不知道它們是兒童色情物品。

#### **擬議的管有罪行**

2. “管有兒童色情物品”的罪行載列於條例草案第 3(3)條，該條訂明：

“任何人管有兒童色情物品(除非在該兒童色情物品中他是唯一的色情描劃對象)，即屬犯罪”

3. 條例草案現時沒有訂明明確的知情元素，但在第 4(2)和 4(5)條則訂有免責辯護條文，內容如下<sup>2</sup>：

“(2) 被控犯第 3 條所訂罪行的被告人，如證明他沒有親自看過有關的兒童色情物品，且不知道亦沒有任何合理因由懷疑該物品是兒童色情物品，可以此作為免責辯護。

(5) 被控犯第 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) 被告人基於合理理由相信在有關的兒童色情物品中屬色情描劃對象的人在被描劃時不是兒童，並相信該人當時並非被描劃為兒童；
- “(b) 被告人已採取一切合理步驟以確定該人的年齡；及

---

<sup>1</sup> 以前提交的“海外關於管有兒童色情物品的法例”文件內有關“明確知情元素”的部分，已提到美國是唯一一個在條文中加入明訂的知情元素的司法管轄區。英國、加拿大和澳洲新南威爾斯的法例，都沒有提及這個元素。該文件亦簡略論述了該等司法管轄區以知情元素為爭論點的訴訟案件。

<sup>2</sup> 政府打算就第 4(5)條另行提出草擬修訂，作出較有邏輯的表述。

(c) 在被告人能夠以任何方式影響如何描劃該人的範圍內，被告人已採取一切合理步驟以確保該人並非被描劃為兒童。”

## **構成擬議罪行的主要元素**

4. 要證實被告人干犯了第 3(3)條所訂罪行，控方必須在無合理疑點的情況下，證明有下列三項構成該罪行的主要元素：

- (1) 被告人保管或管控某些東西，因而管有它(管有的“實質”元素－見下文第 6 段)；
- (2) 被告人知道自己管有某些東西(管有的“知情”元素－見下文第 7 至 8 段)；
- (3) 被告人所管有的東西是兒童色情物品。

5. 擬議立法架構的用意，是要求控方證明若干事實，以致在適當情況下可由此推論被告人管有有關東西，而該東西經查驗後證明是兒童色情物品；至於被告人，則可以自己不知情作為免責辯護。

### **“管有”的實質元素**

6. 為證明被告人“實質”上管有有關的兒童色情物品，控方必須證明，被告人在某程度上保管或管控該物品。在 *Bellerby v Carle* [1983]2 AC 101 一案中，英國上議院根據《1963 年度量衡法令》(Weights and Measures Act 1963)考慮“管有”的涵義。Lord Brandon 雖然認為無須訂定“管有”一詞的詳細定義，但也指出：

“某人不可能‘管有’一個度量衡器具...除非他在某程度上管控該器具。”

### **“管有”的知情元素**

7. 管有的“知情”元素，已在管有藥物的案件中說明。在 *R v McNamara* (1988) 87 Cr App R246 一案的判決書第 252 頁內，英國上訴法院 Lord Lane CJ 說明了控方必須證明的罪行元素。他表示：

“控方必須證明，被告人管有或管控一個裝載某些東西的袋子[或某種容器]，而袋中東西是受管制藥物。控方無須證明被告人知道該東西是受管制藥物，更無須證明它是某類受管制藥物。被告人隨後可嘗試確立…該法令訂明的其中一項免責辯護。”

8. 上議院近期對 *R v Lambert* [2001] 3 WLR 206 一案作出裁決時，援引了 *McNamara* 一案。*R v Lambert* 案涉及一項“管有受管制藥物以圖作供應用途”的罪行，觸犯《1971 年不當使用藥物法令》(Misuse of Drugs Act 1971)第 5(3)條，而該法令第 28 條則訂明可以不知情作為免責辯護。上議院法官在說明判決理由<sup>3</sup> 時表示，就該法令第 5 條和第 28 條而言，如控方證明了被告人管有和管控一個裝載某些東西的容器，而該容器內的東西是受管制藥物，則控方便無須證明被告人知道該東西是受管制藥物。

### 在有關罪行的條文中加入“明知”一詞？

9. 可能有人會問：“假如用意是要控方證明被告人知情，為何不在條例草案第 3(3)條有關管有兒童色情物品罪行的條文中，明確列出“明知”一詞？”答案是：加入“明知”一詞，會使罪案的檢控工作遇到極大困難，因而削弱法例的效力。假如加入“明知”一詞，控方便須證明被告人不但知道自己管有有關東西(而它事實上屬兒童色情物品)，而且還知道所管有的東西的性質(它是兒童色情物品，或換句話說，它包含：(i)對一名兒童的(ii)色情描劃)。在 *Lambert* 一案中，Lord Hope 描述了在管有危險藥物案件中出現的類似困難。他表示：“假如控方在初期便有責任證明被告人是知情的，則規管和檢控制度便岌岌可危。在評核是否已取得適當平衡時，必須考慮被告人已享有保持緘默的權利，以及考慮與藥物有關的活動的秘密和缺德性質”(判決書第 89 段)。

10. 在 *Lambert* 一案的判決書第 125 段中，Lord Clyde 鑒明在管有罪行中，有否訂明“明知”一詞帶來的涵意：

---

<sup>3</sup> 見判決書第 16、35、61、126 及 187 段。

“不過，就管有罪行來說，事情較為微妙，因為知情的實質內容可能涉及不同種類的東西。根據本人的意見，指某人“明知而管有某些東西”，代表該人知道所管有的東西是什麼，或至少知道該東西的大概性質。某人干犯明知而管有爆炸品的罪行，意味他自己知道自己管有的東西是爆炸品：*R v Hallam* [1957] 1 QB 569。在 *Lockyer v Gibb* [1967] 2 QB 243 一案中，法官注悉(i)明知而管有爆炸品罪行和(ii)沒有出現“明知”一詞的管有藥物罪行的分別：法官在該案中裁定，控方無須證明被告人知道放在其旅行手提箱內的是藥物。《1971年不當使用藥物法令》第 5(3)條沒有包含“明知”一詞，這符合“管有”一詞並不涉及知道所管有東西的性質這個理解。”

## 理據

11. 要求辯方承擔提出“被告人不知情”的證據的此一舉證責任(責任的性質在下文第 15 至 17 段闡述)，是合理的做法，因為如要求控方證明被告人實質上知情(即知道所管有東西的確實性質)，控方會遇到很大困難。*Lambert* 一案的判決書有多個部分都認同這一點(第 36 段 – Lord Steyn；第 69 至 71 段 – Lord Hope；第 153 段 – Lord Clyde；第 190 至 191 段 – Lord Hutton)。

### *Lord Steyn 的判詞：*

“我們現在有需要考慮，法例對無罪推定作出干預是否合理的問題。我信納，《1971年不當使用藥物法令》第 5 條訂明對舉證責任作出的某些干預，是有客觀理據支持的，原因是老練的運毒者、販毒者和帶家通常會把危險藥物隱藏在某些容器內，從而令管有該容器的人可訛稱不知道裏面藏有什麼。這是常用的免責辯護理由，往往令警方和檢控機關束手無策。”

### *Lord Hope 的判詞：*

“國會作出這個選擇，我覺得不足為奇，因為控方如在每宗案件中，都必須證明被告人知道有關東西是受管制藥物，將遇上極大困難。要求控方證明控訴要點中的犯罪意圖，邏輯上可推展為要控方證明被告人知道該東西是所指的某類受管制藥物，原因是各類藥物所涉的罰則各異。不過，正如第 28(3)(a)條所示，法例的要求顯然沒

有延伸到此地步。由於被告人即使能夠證明自己既不知道、亦沒有懷疑和沒有理由懷疑有關物質或產品是所指的某類受管制藥物，也不能以此作為免責辯護，因此，控方顯然無須證明這一點。控方只須證明被告人管有該物質或產品便已足夠。這是嚴格法律責任的罪行，被告人只可以法例列明的情況作為免責辯護。

在大多數情況下，被告人如管有一個容器，例如一個袋或一個罐，控方便可推論被告人管有容器的內載物。在多數情況下，有關物質或產品放在非密封地方，例如在被告人的壁爐台或牀邊被發現，則控方可藉其他事實和情況作出同樣推論。問題在於要證明被告人知道容器內、壁爐台上或牀邊的東西是受管制藥物；當局必須經過詳細檢驗和分析，才能證明有關片劑或粉末是受管制藥物。如果它是與供應或使用受管制藥物所使用的其他物料一起被發現，控方尚可由此作出推論，不過，如果它是單獨被發現，除物品本身外觀以外，別無證據，則控方可能極難證明被告人知道它是受管制藥物。

我認為對法例作出某種詮釋，使控方無須在初期負責證明被告人知道有關東西是受管制藥物，在政策上是理據充分的。”

#### *Lord Clyde 的判詞：*

“就目前的案件來說，我們可即時列舉理由，支持要求被告人負舉證責任的做法。首先，被告人是否不知道或沒有理由懷疑所管有的是受管制藥物，被告人自己非常清楚，因此，要求被告人負責證明自己不知情，是有充分的實際理由支持的。第二，正如我所指出，要證明這一點，對他來說相當輕易。第三，眾所周知，非法分發受管制藥物，嚴重為害社會，打擊這種活動，正符合公眾利益。第四，被告人是否知道所管有東西的性質，是在法例中訂為免責辯護，而非構成罪行的元素。在有些案件中，這一點可能永不會出現。我們可以振振有詞地辯稱，根據第 28 條把具說服力的舉證責任轉移給被告人，是符合《歐洲保障人權與基本自由公約》第 6(2)條的規定的。”

*Lord Hutton 的判詞：*

“因此，在考慮第 28(2)及(3)條就知情問題列明的可被推翻推定，是否與第 6(2)條相符時，我們須顧及若干因素（這些因素在某程度上互相重疊）：

- (1) 第 28(2)及(3)條列明的推定，是否為了一項清晰而恰當的公眾目的？我認為確實如此。服用受管制藥物對社會為害至深造成廣泛不良影響，而管有受管制藥物以圖作供應用途，也是一項經常干犯的嚴重罪行，使前述的社會禍害得以繼續存在。
- (2) 國會制訂這個推定的做法是否合理，而所用方法又是否與要達到的目的相稱？在考慮此事時，正如 Lord Hope 在 *Brown v Stott* 一案所述，我們有必要衡量，在保障社會大眾的利益和保障個人的權利兩者之間，是否已取得適當平衡。以本人看來，由於受管制藥物對社會福祉危害極大，而在某些情況下，要控方反駁被告人相信自己攜帶的東西並非受管制藥物此一免責辯護理由，又有極大困難，因此，國會要求被告人就自己不知情這點負達至具說服力水平的舉證責任，可說合理。至於是否已取得適當平衡，則端視乎由被告人所負舉證責任，只限於提出證據，而非達至具說服力水平，是否足以糾正第 28(2)及(3)條旨在處理的問題。這問題會在某類案件中出現：控方證明某男子正攜帶一個容器，例如一個袋，而該袋裝載了受管制藥物；或者控方證明，屬於受管制藥物的片劑是放在被告人屋內睡房桌上，而被告人則指他自己相信袋內物體是一盒錄影帶或睡房桌上的片劑是止痛丸，並以此作為免責辯護。在這類案件中，如果控方須在無合理疑點的情況下證明，被告人知道袋內裝載了受管制藥物或片劑是受管制藥物，往往會困難重重。

歐洲委員會在 *X v United Kingdom* 及 *AG v Malta* 案中的裁決清楚顯示，控方難以證明被告人知情，是支持就被告人制訂有關推定的其中一個因素，而該項推定既非不可推翻，亦非不合理。”

12. 假如要求控方證明被告人知道受質疑的物料包含色情描劃，而且知道被描劃者是一名兒童，那麼，控方亦會遇到類似的困難。要證明照片中被描劃者未滿 16 歲是有可能的，但要證明管有該照片的人知道被描劃者未滿 16 歲，卻是另一回事。有利證明被告人知道被描劃者超過 16 歲的證據，可以是被告人承認自己知情，又或有證據顯示被告人獲其他人告知被描劃兒童的年齡。要證明被告人知道自己管有某些東西已非易事，要證明被告人知道所管有的東西的確實性質，則更加困難。<sup>4</sup>

13. 此外，在 *R v Land* [1999] QB65 一案中，上訴法院就不知情的人會因管有涉及兒童的不雅照片而被捕此一憂慮，發表以下的意見：

“[辯方律師]擔憂，有人會不知道有關物料所描劃者其實是兒童，這實在是過慮。撇開兒童的家人，亦即知道兒童年齡的人不談，我們認為，一名管有不雅照片的陌生人覺得照片中被描劃者外貌成熟，但其後卻被控方證明是一名兒童的情況，實在極為罕有。人們只消看一眼，即可分辯有關物料是否描劃或可能描劃 16 歲以下的人。若是的話，只要把該物品銷毀或丟棄，便可免受檢控。”

14. 由此看來，保障不知情的人固然十分重要，但確保法例可有效地執行，也同樣重要。不知情的人不應負上刑事責任或聲譽受損，同樣，易受傷害的兒童亦應受到保護，以免遭他人利用進行各種色情活動，包括製作兒童色情物品。政府相信，在條例草案內制訂擬議的管有罪行，並訂立有關的免責辯護條文，是持平周全的做法，既顧及保障個人被假定無罪的權利，亦能夠保護兒童免遭他人利用進行色情活動。如在管有罪行中加入“明知”一詞，檢控工作便會遇到

<sup>4</sup> 事實上，某些“管有”罪行訂出推定，讓控方履行在知情元素方面的舉證責任，從而解決就證明被告人知情所遇到的類似困難。有關例子包括《應課稅品條例》(第 109 章)第 58 和 59 條、《危險藥物條例》(第 134 章)第 8 和 47 條、《化學品管制條例》(第 145 章)第 2A 和 10 條、《野生動物保護條例》(第 170 章)第 8 條、《刑事罪行條例》(第 200 章)第 55 條及《火器及彈藥條例》(第 238 章)第 13 和 24 條。

重大困難。法例若無法執行，便不能發揮保護兒童免遭他人利用進行色情活動的效力。

## 被告人的舉證責任的性質

15. 法院在 *Lambert* 一案中裁定，當由被告人以法例列明的情況作為免責辯護，把提出證據的舉證責任轉移給被告人，是合理的做法，但控方仍須負整體的舉證責任。上議院裁定(以 4 比 1 的大多數票通過)<sup>5</sup>，免責辯護條文的詮釋應該是：被告人須負提證據的舉證責任，而非法律上的或達至具說服力水平的舉證責任<sup>6</sup>。上議院採用這個詮釋，是為了符合《歐洲保障人權與基本自由公約》(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom)第 6(2) 條確立的無罪推定，而該條文已納入英國《1998 人權法令》(Human Rights Act 1998)。

16. 第 157 及 158 段所載 Lord Clyde 的判詞與這方面有關：

“……我覺得減輕嚴苛程度的適當方法，是承認被告人應有機會提出知情問題作為爭論點，但控方由始至終都應負上具達至說服力水平的舉證責任。對假定無罪這個「金科玉律」的尊重，不得稍有減少。

我不相信這方法會造成任何實際問題。在有些案件中，被告人知道自己被指管有的東西的性質一事，可能完全沒有出現爭論，因此，第 28 條亦不會被引用，在這樣情況下，如法官就該條作出指示，特別是任何詳細指示，

<sup>5</sup> 與判決摘要所述者不同，Lord Hutton 而非 Lord Steyn 在這問題上有異議。Lord Hutton 認為，辯方應負法律或具說服力的舉證責任，即按權衡相對可能性的原則舉證。其餘四位法官則認為，辯方應負提出的證據的舉證責任。

<sup>6</sup> *Lambert* 一案判決書第 182 段說：“具達至說服力水平的舉證責任，是除非被告人按權衡相對可能性的原則，令陪審團信納某項爭議事宜的證據並不成立，否則須作出不利被告人的事實裁斷。提出證據的舉證責任，則是指除非有足夠證據可就該事宜提出爭論點，否則須作出不利被告人的事實裁斷，但如有足夠證據，則控方須負責使陪審團在無合理疑點的情況下信納該事宜，方可作出不利被告人的事實裁斷。”

只會使陪審團偏離真正的爭論點。當被告人知情(這詞包括了“懷疑或有理由懷疑”等事宜，詳情載於第 28 條)一事確有爭議時，辯方負有責任明確提出知情問題作為爭論點。如有此情況，法官必須向陪審團解釋第 28 條的實質內容，但亦會直截了當地提醒陪審團，證明被告人有罪的責任，由始至終都由控方肩負。假如陪審團信納被告人管有有關東西，但對於被告人是否知道一項須由控方證明的事實(例如確實有受管制藥物的事實)或被告人是否懷疑該項事實，陪審團卻有合理的懷疑，則應裁定被告人無罪。假如陪審團在無合理疑點的情況下信納被告人管有有關物質或產品，但未能在無合理疑點的情況下信納被告人知道它是受管制藥物(或懷疑或有理由懷疑它是受管制藥物)，那麼，陪審團同樣應裁定被告人無罪。如果陪審團在無合理疑點的情況下信納，控方證明了被告人管有該受管制藥物，而且在辯方提出爭論點時，控方亦證明了第 28 條列出的免責辯護理由是缺乏根據的，則陪審團才可把被告人定罪。”

17. 把上文第 16 段載述的 Lord Clyde 判詞引用到兒童色情物品方面，控辯雙方就兒童色情物品的“知情”問題各自須負上的舉證責任是：

- (a) 在某些個案中，被告人知道自己被指管有的東西的性質這一點可能沒有出現任何爭論。在這情況下，如果法官就這一點作出任何指示，特別是任何詳細指示，只會使陪審團偏離真正的爭論點。控方無須在初期負責證明被告人知道他管有的受質疑物料是兒童色情物品。
- (b) 另一方面，辯方可援引足夠證據，提出知情問題(在條例草案第 4(2)條載述)作為爭論點，如出現此情況，法官必須向陪審團解釋第 4(2)條的實質內容，但亦會直截了當地提醒陪審團，證明被告人有罪的責任由始至終都由控方肩負。假如陪審團在無合理疑點的情況下信納被告人管有有關的受質疑物料，但未能在無合理疑點的情況下信納被告人知道它是兒童色情物品(或懷疑或有理由懷疑它是兒童色情物品)，陪審團便應裁定被告人無罪。假如陪審團在無合理疑點的情況下信納，控方證明了被告人管有該

兒童色情物品，而且在辯方提出爭論點時，控方亦證明了第 4(2)條列出的免責辯護理由是缺乏根據的，則陪審團才可把被告人定罪。

18. 議員曾詢問，第 3(3)條所訂的管有罪行，是否一項嚴格法律責任的罪行。嚴格法律責任的罪行，是指犯罪行為中有一項或多於一項元素無須涉及意圖、罔顧後果、甚或疏忽的一種罪行。條例草案第 3(3)條所訂的管有罪行不符合這個描述，故並非嚴格法律責任的罪行。在這方面，上文第 4 段第(2)項已指出：“被告人知道自己管有某些東西”是管有罪行的一個元素。上文第 17 段說明，對於被告人是否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<sup>7</sup>。

## 擬議修訂

19. 政府認為建議中的條文可作出修訂，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。要達到這目的，可把免責辯護條文內“證明”一詞，改為“就[指定事項]援引證據從而提出合理疑點”或類似字句。我們必須指出，政府一直有意就辯方舉證責任採用較低的準則，故此在條例草案第 4 條內採用“establish”而非“prove”的字眼。

## 結論

20. 政府認為，從近期 *Lambert* 一案的裁決來看，有關管有罪行的立法目的和擬議架構是持平周全的，既顧及保障個人根據《香港人權法案條例》第 11(1)條而享有的被假定無罪的權利，亦符合保護兒童，免遭他人利用進行色情活動，從而免受這種傷害的公眾利益。我們與一些非政府機構一樣，都關注到利用兒童製作兒童色情物品，不僅對他們的身體造成傷害，更對他們的情緒和心理造成永久傷害的問題。

<sup>7</sup> 值得注意的是，Lord Hope 在判決書第 69 段內，確有提及嚴格法律責任，但他似乎認為這是指“無須控方一開始便負責證明被告人知道[所管有的東西的性質]”（判決書第 71 段）。

此外，雖然我們發現所接觸到的兒童色情物品，主要是利用香港以外地區的兒童來製作，但也不能低估這在公眾態度和其他方面可能在本地社會造成的禍害。國際社會認為，打擊兒童色情物品是世界各國的共同責任，提交本條例草案，是我們履行這項國際責任的其中一項工作，因此，我們在這方面的法例能夠發揮效力是非常重要的。

保安局  
二零零二年十月

[a:knowingly-chi-1.doc]