

香港特別行政區政府  
保安局



The Government of the  
Hong Kong Special Administrative Region  
Security Bureau

香港添馬添美道 2 號

2 Tim Mei Avenue, Tamar, Hong Kong

本函檔號 Our Ref.: SBCR 6/2801/73

來函檔號 Your Ref.:

電話號碼 TEL. NO. : 2810 2632  
傳真號碼 FAX. NO. : 2810 7702

香港中區立法會道1號  
立法會綜合大樓  
立法會秘書處  
法律事務部  
助理法律顧問  
陳以詩女士

陳女士：

### 《2021年刑事罪行(修訂)條例草案》

貴事務部2021年4月15日來函收悉。經諮詢律政司及香港警務處後，謹覆如下：

#### 未經同意

2. 我們認為，窺淫、偷拍及未經同意發放私密影像等行為之所以應訂為罪行，源於事主並不同意有關行為。政府的立法目的是保護受害人的私隱權及性自主權，並無意介入市民私下自願的行為。

3. 《2021年刑事罪行(修訂)條例草案》(《條例草案》)訂定的四項罪行下，就「未經同意」這個罪行的構成元素而言，控方須證明(一)事主沒有就有關行為給予同意，以及(二)作出有關行為的人不理會事主是否同意有關行為。

4. 這兩個犯罪元素的著重點各有不同。上述(一)的元素針對事主實際上是否就有關行為給予同意，而上述(二)的元素則針對作出有關行為的人的主觀犯罪意圖。以強姦罪為

例，《刑事罪行條例》第200章第118(3)條亦列明強姦牽涉(a)任何男子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。就其它性罪行例如猥褻侵犯，假若事主同意有關行為，有關行為並不構成猥褻侵犯（除非事主未滿16歲或屬精神上無行為能力的人），控方亦需要證明被告知悉受害人不同意有關行為或他對受害人是否同意有關行為持罔顧的態度<sup>1</sup>。

5. 我們留意到法律改革委員會發表的《窺淫及未經同意下拍攝裙底》報告書，參考了英國《2003年性罪行法令》的有關條文，而有關係文僅要求控方證明作出有關行為的人不理會事主是否同意有關行為（即上述的構成元素（二））。儘管如此，我們認為在《條例草案》加入事主沒有就有關行為給予同意這個罪行的構成元素（即上述的構成元素（一））可以更準確地表達我們的立法原意。

#### 「不理會」的涵義

6. 終審法院於冼錦華及另一人訴香港特別行政區(2005) 8 HKCFAR 192裁定「罔顧後果」是主觀詮釋，控方須證明被告(一)在知悉存有或可能存有風險下罔顧實情地行事或(二)在知悉某後果或會產生的風險下罔顧後果地行事，而在該人所知的情況下，承擔該風險乃屬不合理。反之，假如被告人因年齡或個人特徵等理由而實在不能預感或預視其行為所涉及的風險，則該人不能被視作懷有構成罪行的心態，從而不能被定罪。

7. 「罔顧」的概念亦見於其他現行法例下的性罪行。就強姦罪，《刑事罪行條例》第200章第118(3)條亦列明強姦牽涉(a)任何男子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。根據司法機構的陪審團指引<sup>2</sup>，就強姦罪中罔顧該女子是否同意的元素，事實裁斷者（陪審團）要考慮被告人是否在意識到事主有可能不同意進行性交的風險下，仍

<sup>1</sup> 見香港特別行政區 訴 藍藝 HCMA 180/2016

<sup>2</sup> 於 2020 年就特選課題作修訂的版本第 111-9 頁。

然繼續與她性交，而且據他對當時情況的了解，他繼續其行為是不合理的，則被告人是罔顧事主是否同意進行性交。但如果鑑於被告人的年齡或個人特徵，被告人確實不知道或不可預見其行為的風險（即事主有可能不同意與他進行性交），則被告人並不屬於罔顧後果。

8. 在 *HKSAR v Lim Wai Lung Patrick Christian* CACC 86/2012一案中，上訴法庭解釋任何人如果知道一名女子因藥物而被導致失去意識時與該女子進行性交，該人則（最低限度）屬罔顧該女士是否同意進行性交。

9. 舉例而言，就第159AAC(1)條的罪行（未經同意下拍攝私密部位），其中一項控罪元素為上述人士不理會事主是否同意上述人士的行為（第159AAC(1)(d)條）。假若一名認知能力正常的成年男子在上行的扶手電梯將智能電話放在前面他不認識的女子的裙下以拍攝女子的私密部位，則縱使該男子從沒有被該女子告知她不同意有關偷拍行為，一般而言該男子亦必然能夠意識到該女子很有可能不同意該偷拍行為，亦能了解他在此情況下偷拍是不合理的。故此該男子（最低限度）是罔顧該女士是否同意有關偷拍行為。

### 「暗中」觀察

10. 根據《條例草案》第159AAB條，窺淫的行為需要是「暗中」進行的，此犯罪元素參考了加拿大《刑事法典》第162(1)條。「暗中」一詞應按一般含義理解，根據《牛津英語詞典》(Oxford English Dictionary)，「暗中」(surreptitiously)的意思包括「偷偷摸摸地 (in an underhand way)、秘密地擅自 (secretly and without authority)、秘密地及悄悄地 (clandestinely, by stealth)、狡詐地 (on the sly)」。

11. 在加拿大案件 *R. v. Trinchi* [2019] O.J. No.2278，法庭解釋「surreptitiously」在「voyeurism」控罪中的意思為被告有心讓事主不察覺其觀察或拍攝的行為：

46 I am satisfied that the ordinary meaning of the word "surreptitiously" does include intent as part of its meaning. A person who observes or records **with the**

**intention that the subject not be aware that he is doing so**, is attempting to avoid notice or attention. Moreover, I consider [R. v. M.E.N, 2014 ONCA 69]'s articulation of the **mental element** to be apt. The mental state required by the word "surreptitiously" in s. 162(1) is the intent the subject not be aware that she is being observed or recorded. In a prosecution under s.162(1)(b), the Crown may prove the accused acted surreptitiously by proving that he observed or recorded the subject with the intention she be unaware he was doing so.

...

49 In *Lebenfish*, the trial judge found that the accused's picture-taking was not "objectively surreptitious". He found it unnecessary to consider whether the accused had acted "subjectively surreptitiously". Such an analysis leads to unnecessary complication. **The word "surreptitiously" refers not to what the accused does, but to the state of mind with which he does it.** The required criminal intent for the "surreptitiously" element in s. 162(1) has been proven where the Crown establishes that **the accused intended the complainant be unaware he was observing or recording her.**

12. 「暗中」這元素關乎被告觀察或拍攝時的意圖，而並非觀察或拍攝的方式或行爲。就此控罪元素，控方只需要證明被告在觀察或拍攝時的意圖是事主並不知悉被告在觀察或拍攝事主。

13. 視乎案件的情況及證據，下列情況可能有「暗中」的元素：

- (1) 被告在家中睡房使用隱藏的針孔鏡頭拍攝自己與事主進行私密作為，而被告有意圖令事主不知悉事主正被拍攝；

- (2) 於一所學校內，男被告在女更衣室外偷偷地使用智能電話透過不易被人留意到的更衣室氣窗拍攝更衣室內一名正在更衣的女事主，而被告有意圖令事主不知悉事主正被拍攝。

14. 就第159AAB條的窺淫控罪，除了上述「暗中」的元素外，控方仍然需要證明事主沒有對被被告的觀察或拍攝給予同意(第159AAB(1)(c)條)及被告不理會事主是否同意被被告觀察或拍攝(第159AAB(1)(d)條)。

15. 我們留意到，雖然加拿大的相應法例並未將事主的同意納入條文中作為犯罪元素之一，但根據加拿大法院就 *R v Jarvis [2019] 1 S.C.R. 488* 一案的判決，在考慮事主是否處身令人對保持私隱存合理期望的情況時，法庭可以考慮一系列因素，包括但不限於事主有否同意某程度上的觀察／拍攝。可見在加拿大法例下，事主的同意也可能是法庭判斷個別行為是否觸犯法律的考慮因素之一。正如上文第二段所言，窺淫的行為之所以應訂為罪行，源於事主並不同意有關行為。故此，政府認為有需要在罪行條文中清楚訂明「事主沒有給予同意」這犯罪元素，以明確表達立法原意。

### 「私密作為」

16. 根據《條例草案》第159AA(2)條，如某人正在如廁，而如廁方式相當可能會露出其私密部位；或他正在進行某種涉及性的作為，而該種作為通常是不會公開進行的，即屬進行私密作為。個別行為是否「私密作為」定義中的涉及性的行為需視乎每宗個案的實際情況。《條例草案》的定義留有一定彈性，讓法庭以合理常識判斷何謂不會公開進行的、涉及性的行為。事實上，大眾的接受程度也會隨著時間和社會風氣而改變。一般而言，按常理可在公眾場合中見到的親密行為，例如一般的接吻、擁抱，不會被視為「私密作為」。「通常是不會公開進行」亦應給予其通常和自然的涵義 (ordinary and natural meaning)。

17. 「私密作為」的定義中提及「作為通常是不會公開進行」，和「對保存私隱有合理期望的情況」是兩個不同概念。「令人對保持私隱存合理期望的情況」是指事主在該情況

下，可以有合理期望不會被被告作出案中有關的觀察／拍攝。根據加拿大案件 *R v Jarvis* [2019] 1 S.C.R. 488，在考慮事主是否處身令人對保持私隱存合理期望的情況時，法庭可以考慮一系列因素，包括事主所處的地方、是觀察還是拍攝、事主有否同意某程度上的觀察／拍攝、觀察／拍攝的性質、是否有任何規例禁止觀察／拍攝以及觀察者／拍攝者與事主的關係等。

### 未經同意下拍攝私密部位

18. 《條例草案》第159AAC條訂立有關未經同意拍攝私密部位的罪行。該條的草擬主要參考了英國《2003年性罪刑法令》第67A條有關偷拍的罪行。在此基礎上，我們亦參考了紐西蘭《1961年刑事法令》第216G條就處理「拍攝衣領」的有關條文。《條例草案》第159AAC(1)(a)(ii)(B)條針對任何人出於觀察或拍攝受害人的私密部位的意圖，並為了透過受害人的外衣的開口或間隙，觀察或拍攝受害人的私密部位，而以不合理的方式操作設備。舉例而言，假若一名女子在巴士上睡著，而鄰座男子將智能電話放到女子的頸部前，並持續將智能電話的鏡頭對準女子上衣的開口以拍攝受害人的胸部，該男子的做法則有可能屬於「以不合理的方式操作設備」。

19. 我們認為，由上而下拍攝私密部位（包括胸部）的情況比起從下而上拍攝裙底的情況較容易出現誤會，亦難於以條文表達所有可能出現的情況，故我們在《條例草案》加入「以不合理方式」操作設備的元素，確保罪行範圍足夠明確，避免無辜的人在不知情下犯罪。

### 「操作設備」

20. 根據《條例草案》第159AA(3)條，即使某人(前者)僅使另一人(後者)能夠在後者不為意下啟動某設備，或確使後者在後者不為意下啟動某設備，前者亦屬操作該設備。舉例而言，如某人在公共廁所的廁格內安裝一個偷拍鏡頭，而該鏡頭在有人進入廁格時會自動啟動，而進入廁格的人縱使並不為意啟動了該鏡頭，安裝者也屬操作該偷拍鏡頭。

## 免責辯護

### 關於事主的年齡或精神上行為能力的免責辯護

21. 基於保護原則，刑事罪行法例應保護易受傷害的人，包括兒童及精神缺損人士，使其免遭性侵犯或剝削。這背後的理據是法律認為這類人未必有能力就涉及性的行為給予知情而又有意義的同意，亦未必明白進行涉及性的行為的後果，因而會有受到剝削的危險。《刑事罪行條例》(第200章)訂有多項旨在保護易受傷害的人的性罪行，事主同意與否並非干犯罪行的元素<sup>3</sup>。和這些罪行相似，《條例草案》第159AAG條訂明，未滿16歲的人及精神上無行為能力的人並不能給予同意，令某行為不構成《條例草案》第2分部所訂罪行。換句話說，如控方證明事主在有關行為發生時未滿16歲、或是精神上無行為能力，控方在檢控時便不需要證明「事主未有給予同意」以及「被告不理會事主是否同意有關行為」這些犯罪元素。

22. 牽涉兒童及精神上無行為能力的人的窺淫、偷拍及未經同意發放私密影像等行為剝削易受傷害的人、嚴重侵害受害人的私隱權及性自主權是無庸置疑的。然而，我們認為如被告誠實地相信事主有給予同意，而且不知道亦無理由懷疑該事主是兒童或精神上無行為能力的人，則不應受到刑事懲處。在多個海外司法管轄區和兒童有關的性罪行條文下，如被告合理地相信有關兒童已超過同意年齡，即可以此作為免責辯護。<sup>4</sup>這與《條例草案》第159AAI條容許被告以此作為免責辯護的理念一致。

23. 根據第159AAI(3)條，提出該條文所指的免責辯護的被告人，負有證明該免責辯護的責任。

<sup>3</sup> 這些罪行包括：猥褻侵犯年齡在16歲以下的人或屬精神上無行為能力的人(第122條)、與年齡在13歲以下的女童性交(第123條)、與年齡在16歲以下的女童性交(第124條)、與精神上無行為能力的人性交(第125條)。

<sup>4</sup> 包括澳大利亞、加拿大、愛爾蘭及蘇格蘭等。

## 關於合法權限或合理辯解的免責辯護

24. 被控任何一項擬議罪行的人可藉確立他有合法權限或合理辯解作為未有遵守有關法例的免責辯護，除非是為性目的而干犯有關罪行。合法權限主要針對執法機關根據相關法例所進行的行為，這免責辯護也常見於香港其他罪行<sup>5</sup>。

25. 《條例草案》就罪行的犯罪元素作出清晰的界定，也清晰訂明相關犯罪意圖，應可剔除絕大部分不為意犯法的情況。有關的做法比在條文中詳列可獲免責辯護的具體情況更清晰明確。儘管如此，《條例草案》亦提供基於「合理辯解」的法定免責辯護，令被告人可因應其案件的環境證據和事實，向法庭提出免責辯護。某情況是否屬於合法權限或合理辯解，需視乎個別案件的實際情況及相關證據，並由法庭考慮後作出裁決，不能一概而論。

26. 我們希望上述資料有助委員會審議《條例草案》。

保安局局長

(徐詩妍



代行)

2021年5月6日

### 副本送

律政司 (經辦人：陸璟恒先生 李思賢先生)	高級政府律師 (法律草擬科) 高級檢控官)
警務處 (經辦人：余鎧均女士 林焯豪先生)	總警司 (刑事支援)(刑事部) 高級警司(網絡安全、法理鑑證 及訓練)(網絡安全及科技罪案調 查科)

<sup>5</sup> 例如《預防及控制疾病(規定及指示)(業務及處所)規例》(第599F章)第13A(1)條訂明，被控違反該條例下有關餐飲業處所的規定的人可依賴合法權限或合理辯解作免責辯解。