

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
議會事務部 2
馬淑霞女士

馬女士：

《2021 年刑事罪行(修訂)條例草案》委員會 回覆公眾意見

貴事務部 2021 年 5 月 4 日及 6 月 9 日來函收悉。有關各公眾人士／團體就《2021 年刑事罪行(修訂)條例草案》(《條例草案》)提交的意見，經諮詢律政司及警務處後，現回覆如下。

I. 《條例草案》第 159AAB 條－窺淫

(a) 「暗中」(*surreptitiously*) 的罪行元素

2. 第 159AAB 條窺淫罪的草擬方式參考加拿大《刑事法典》(Criminal Code)第 162(1)條。該條文要求有關的觀察或拍攝是「暗中」進行的。「窺淫」一詞含有「偷窺」、「秘密進行」的意味，所以我們認為將「暗中」列為罪行元素之一是合適的。

3. 有公眾意見認為應在《條例草案》中定義「暗中」一詞。如上所述，「暗中」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)」。我們認為第 159AAB 條的草擬方法可容許法庭彈性考慮個別情況下觀察或拍攝是「暗中」進行的，無需就「暗

中」一詞再作定義。法庭亦可以參考加拿大法院就「暗中」(surreptitiously)一詞作出的解讀，例如下述的案例 *R. v. Trinchi* [2019] O.J. No.2278。

4. 在 5 月 10 日的法案委員會會議上，有議員問及如拍攝者並未刻意隱藏其用作拍攝他人私密部位的設備，例如持著具拍攝功能的智能手機走進更衣室，目的是為了拍攝正在更衣的人，是否不能滿足「暗中」這元素。加拿大法院在案件 *R. v. Trinchi* [2019] O.J. No.2278 中作出解釋，「surreptitiously」(「暗中」) 在「voyeurism」(「窺淫」) 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。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為。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悉被告在觀察或拍攝事主。在每宗案件中，能否證明拍攝者有相關意圖視乎該案中的證據及情況。

5. 有公眾人士／團體指擬議罪行並未能涵蓋公然觀察或拍攝的情況。如有人公然觀察或拍攝他人的私密部位，並意圖令被觀察／被拍攝者擔心會受即時及非法的身體接觸，則即使沒有實際肢體接觸，視乎情況，該觀察／拍攝者亦可能被控猥褻侵犯(《刑事罪行條例》(第 200 章) 第 122 條)。猥褻侵犯的犯罪元素為：(一) 疑犯有意圖侵犯受害人；(二) 侵犯行為、或伴隨著侵犯行為的其他情況，在一般有合理思維的人眼中，屬於猥褻；(三) 疑犯有意圖作出(二)所描述的侵犯行為。有關侵犯並不需要肢體接觸，亦可包括讓受害人擔心會受即時及非法的暴力的行為(“an act which does not involve any physical contact but may consist merely of conduct which causes the victim to apprehend immediate and unlawful personal violence”¹)。假若拍攝者在公眾地方或建築物的共用部分持續的行為導致他人合理地擔心本身的安全或利益，拍攝者亦可能觸犯遊蕩罪(《刑事罪行條例》第 160 條)²。

(b) 按理被預期會裸露、露出私密部位或進行私密作為的地方

6. 有公眾意見問及《條例草案》第 159AAB 條中「按理被預期會裸露、露出私密部位或進行私密作為」的地方的意思。第 159AAB (1)(a) 條列出三個有可能觸犯窺淫罪的行為，當中第 159AAB(1)(a)(i) 條的情況是「觀察(不論有借助或沒有借助設備)某

¹ *HKSAR v Shek Kwok Ngai* [2017] 2 HKLRD 629

² *HKSAR v Au Pak Chung* HCMA586/2009

名個人，或拍攝某名個人，而該名個人所處的地方，屬身處該地方的個人按理被預期會裸露、露出私密部位或進行私密作為者」。第 159AAB (1)(a)(i) 條所強調的是事主身處的地方。簡單而言，此條文的意思是，當事主身處一個按理被預期會裸露、露出私密部位或進行私密作為的地方，例如浴室、更衣室、洗手間廁格等地方，如果被告未經事主同意對其進行觀察或拍攝，即使事主當時並未裸露、露出私密部位或進行私密作為，被告依然有機會干犯窺淫罪。

(c) 建議擴闊「構築物」(*structure*) 的定義以涵蓋永久或非臨時結構

7. 「構築物」在《條例草案》第 159AA 條中定義為包括飛機、車輛、船隻、帳幕，以及其他臨時或可移動的構築物。有關釋義中採用了「包括」一詞，即有關字詞的意思亦包括「構築物」的通常含意，例如永久的構築物。

(d) 規限任何人未經他人同意，向第三者展示其私密部位或私密行為的情況

8. 有意見提出，窺淫罪應規限任何人(A)未經他人(B)同意，向第三者(C)展示他人(B)私密部位或私密行為的情況。相關行為大多與欺凌有關，與窺淫行為的本質並不相同，不適宜以窺淫罪處理。視乎個案的實際情況，有關行為可能觸犯現行的其他刑事罪行，例如《刑事罪行條例》第 122 條猥亵侵犯罪。

II. 《條例草案》第 159AAC 條—未經同意下拍攝私密部位

(e) 建議加入「該部位本來不預期讓人看到」以處理拍攝走光的情況

9. 刑事罪行的一項重要原則是罪行原素要清晰明確。事主是否預期某私密部位會被人看到涉及事主的主觀詮釋，如加入這控罪元素，可能會令罪行的定義有欠清晰，容易引起爭拗及誤會，或令沒有相關犯罪意圖的人士在不為意下犯法。

10. 如果拍攝者其後發布顯示事主私密部位的走光照片，視乎情況，可能會干犯未經同意下發布私密影像罪。

(f) 建議移除「不誠實」元素，及加入「令受害人受到侮辱、驚嚇或困擾」的犯罪目的

11. 根據《條例草案》第 159AAC(1)(b)條，未經同意下拍攝私密部位須是(一)為了性目的或(二)使自己或任何其他人不誠實地獲益而作出的。第 159AAC(3)條闡述「獲益」包括金錢或財產上的獲益；暫時性或永久性的獲益；保有已有之物的獲益；及取得未有之物的獲益。此定義參考《刑事罪行條例》第 161 條有犯罪或不誠實意圖而取用電腦罪中就「獲益」的定義。

12. 在 *HKSAR v Tsun Shui Lun* 一案中([1999] 3 HKLRD 215, [1999] 2 HKC 547)，高等法院原訟法庭指出《刑事罪行條例》第 161 條的目的是懲處有特定意圖或目的而取用電腦的情況。特定意圖或目的是指犯罪意圖或不誠實的目的。法庭需要考慮的是當被告取用電腦的時候當刻的意圖或目的，而非被告其後的意圖或目的。法庭亦裁定「獲益」包括被告人取得在取用電腦之前沒有的資料。

13. 在該案中，就《刑事罪行條例》第 161 條的控罪，法庭亦裁定當決定被告人是否「不誠實」時，須採納 *R v Ghosh* [1982] QB 1053 案所訂的兩階段測試，即（一）根據一般合理而誠實的人的標準，被告人的行為是否不誠實（客觀測試）；以及（二）被告人本身是否意識到，根據一般合理而誠實的人的標準，他的行為會被視為不誠實（主觀測試）。舉例而言，一名認知能力正常的成年男子在上行的扶手電梯偷偷地將智能電話放在前面他不認識的女子的裙下，並拍攝了該不知情的女子的裙底相片，該男子的行為可能符合第 159AAC(1)(b)(ii)條的情況，因為該男子獲得該相片（獲益），而該獲益是不誠實地獲得的。

14. 在考慮被告是否「不誠實地」獲益時，觀察或拍攝的情況／方式是相關證據，而並非取得相片的目的。套用上述成年男子的例子，根據一般合理而誠實的人的標準，該成年男子偷拍陌生女子的裙底相片是屬於不誠實的行為。而該認知能力正常的成年男子亦必然意識到，根據一般合理而誠實的人的標準，他的行為會被視為不誠實。正如高等法院原訟法庭在 *HKSAR v Ho Siu-Hei Jason* [2018] HKCFI 974 駁回被告男子就《刑事罪行條例》第 161 條的定罪上訴時，裁定他使用智能電話偷拍一名女子如廁的目的在於使其本人不誠實地獲益。

15. 從上述例子可見，當該成年男子在該情況下拍攝到裙底相片時，已經有足夠證據證明該成年男子使自己不誠實地獲益。無論是否另有證據證明該成年男子取得相片的目的（例如是否為性目的、用作侮辱、驚嚇或困擾事主或用來轉售圖利），都不會削弱該成年男子拍攝時使自己不誠實地獲益（獲得該相片）的基礎。

16. 正如上文第 11 段所述，不誠實獲益的概念及定義參考《刑事罪行條例》第 161 條有犯罪或不誠實意圖而取用電腦罪。該條文在 2019 年被裁定不應擴展至涵蓋犯罪者使用自己電腦的情況前，曾用作檢控拍攝裙底／偷拍的行為，亦有案例供參考。現在條文的草擬方式可讓控方參考以往以《刑事罪行條例》第 161 條檢控拍攝裙底／偷拍的案例及經驗，有助控方檢控。

17. 有法案委員會委員要求政府提供海外司法管轄區就「未經同意下拍攝私密處」的相關條文作參考，特別是如何擬定有關犯罪意圖的罪行範圍。根據《英格蘭法令》加入的第 67A 條，有關罪行的其中一項元素是被控人作出有關行為，目的是為了：(a)得到性滿足（不論是為他／她自己或另一人）；或(b)使受害人感到受侮辱、驚恐或困擾。《蘇格蘭法令》第 7 條也有相類似的目的條文。《新西蘭法令》中則訂明控方不需要證明觀察或拍攝有任何特定目的。我們在去年公眾諮詢時，曾就訂立未經同意下不論目的而拍攝私密處的罪行諮詢意見。考慮公眾意見後，我們認為有必要加入目的條文，藉以規限該罪行的範圍以免其覆蓋面過寬。最終政府決定採納以「不誠實地獲益」規限罪行範圍，相關理據於上述第 14 至 16 段詳述。

18. 考慮到議員及公眾的意見，我們認同第 159AAC(1)(b)條的草擬方式可作修繕，以清晰表達有關條文所指的「不誠實」是指觀察或拍攝的情況或方式，換言之，無論被告觀察或拍攝的目的為何，只要該人不誠實地進行觀察或拍攝，已可能干犯有關罪行。我們稍後會提交委員會修正案草稿予法案委員會考慮。

(g) 拍攝有衣物遮蓋的私密部位會否干犯未經同意下拍攝私密部位罪

19. 有公眾意見及議員認為蓄意在公眾地方將鏡頭集中在事主有衣物遮蓋的敏感部位拍照，即使沒有拍攝到事主的私密部位，同樣會對事主帶來嚴重的困擾和侮辱，建議應涵蓋有關情況。雖然拍攝有衣物遮蓋的私密部位應不會干犯未經同意下拍攝私密部

位罪，但視乎個案的實際情況，這類拍攝或能符合窺淫罪的犯罪元素。任何人未經同意，暗中對處於令人對保存私隱有合理期望的情況的事主進行觀察或拍攝其影像，而該項觀察或拍攝是為了性目的而作出的，可能違反《條例草案》第 159AAB 條（窺淫罪）。假若拍攝者在公眾地方或建築物的共用部分持續的行為導致他人合理地擔心本身的安全或利益，拍攝者亦可能觸犯遊蕩罪（《刑事罪行條例》第 160 條）。

20. 在處理《條例草案》的涵蓋範圍時，我們必須謹慎作出平衡，一方面保護受害人免受侵犯，同時不能讓罪行範圍過於廣泛，令沒有相關犯罪意圖的人士在不為意下犯法。如將罪行範圍擴至涵蓋拍攝他人有衣物遮蓋的私密部位，會令罪行的定義有欠清晰，容易引起爭拗及誤會，對一般市民的日常生活造成困擾。

(h) 《條例草案》第 159AAC 條是否涵蓋未經同意拍攝的私密影像

21. 有公眾意見問及如某人未經同意下拍攝伴侶的私密影像，但該拍攝並非為性目的或不誠實而作出（例如為了用作色情報復），亦無打算發布，是否不會干犯罪行。

22. 視乎情況，如被告暗中未經伴侶同意下拍攝其私密影像，而當時事主處身於令人對保存私隱有合理期望的情況，該拍攝有可能會干犯《條例草案》第 159AAB 條窺淫罪。

(i) 建議《條例草案》第 159AAC 條不應涵蓋「拍攝衣領」的行為

23. 有公眾意見認為，「拍攝衣領」的定義不如「拍攝裙底」般清晰直接，有機會造成濫用，需要多加審議，建議政府刪除有關條文。事實上，顧及到可能會出現不為意犯法及罪行條文被濫用的情況，公眾對兩性外露胸部的關注程度亦有不同，我們曾建議先修訂法例處理拍攝裙底的問題，惟立法會保安事務委員會指「拍攝衣領」的情況猖獗，必須盡快處理。因此，經仔細考慮後，我們建議罪行涵蓋「拍攝衣領」的行為。根據現時第 159AAC 條，任何人只有在符合以下所有元素的情況下才會干犯「未經同意下拍攝私密部位」罪（包括「拍攝裙底」及「拍攝衣領」）：

- (a) 該人確實拍攝了顯示事主私密部位的影像；或該人操作設備的目的在於觀察或拍攝私密部位；

- (b) 該私密部位本來不會被見到；
 - (c) 該人作出該行為是為了性目的或不誠實地獲益（如上文第 18 段所述，有關不誠實地獲益的草擬會稍作調整）；以及
 - (d) 事主並無表示對有關觀察或拍攝給予同意，而該人不理會事主有否給予有關同意。
24. 建議的罪行範圍界定仔細，應足以避免出現不為意犯法、罪行條文被濫用及誣告的情況。

(j) 建議《條例草案》第 159AAC 條不應涵蓋男性胸部

25. 有公眾意見認為，基於兩性身體結構本質上的分別，男士赤裸上身的情況較為廣泛接受，現時亦並無證據證明香港的男性認為他們的胸部應和女性的胸部受到同樣程度的保護，故建議《條例草案》第 159AAC 條不應涵蓋男性胸部。
26. 本著性別中立的原則，擬議罪行對所有性別均同樣適用。具體而言，擬議罪行對「私密行為」及「私密部位」的定義包括任何性別人士的胸部。第 159AAC 條的目的是阻止未經同意下觀察或拍攝本來不會被見到私密部位的行為。我們認為，如果事主並未表示同意，而有人刻意操作設備以觀察事主本來不會被見到的私密部位，無論事主屬何性別，這種行為依然侵害私隱權及性自主權。我們強調，該罪並非旨在將觀察或拍攝自願外露私密部位的行為刑事化，而是特別針對未經同意下進行「拍攝裙底」及「拍攝衣領」的侵擾性行為。

III. 《條例草案》第 159AAD 條 — 發布源自干犯第 159AAB(1) 或 159AAC(1) 條所訂罪行的影像

- (k) 《條例草案》第 159AAD 條的被告是否需要同時被控 159AAB(1) 或 159AAC(1) 條所訂罪行**
27. 根據《條例草案》第 159AAD 條，任何人在事主沒有給予同意的情況下，發布源自干犯第 159AAB(1) 或 159AAC(1) 條所訂罪行的影像（指明罪行），而他知道或周顧該影像源自干犯指明罪行，並不理會事主是否同意該項發布，即屬犯罪。第 159AAD 條的目的是為了阻止從窺淫或未經同意下拍攝私密部位所得的影像

繼續流通。因此，只要發布者知道或罔顧該影像源自干犯指明罪行(以及第 159AAD 條其它控罪元素能夠被證明)，發布者是否拍攝者或同時被控第 159AAB(1)或 159AAC(1)條並無關重要。

28. 就第 159AAD 條的控罪，為證明發布的影像源自干犯指明罪行，控方需要證明有關影像拍攝的情況符合第 159AAB(1)或 159AAC(1) 條的罪行元素。法庭會根據所有證據，包括證人的證據以及影像的內容，考慮有關影像是否因為拍攝者(不一定是發布者，亦不一定是一名身份能夠被確認的人)透過干犯指明罪行而產生。即使拍攝者未有被控(例如未能確認身份，或經已死去)，仍不一定影響發布者是否有違反第 159AAD 條的控罪。

IV. 《條例草案》第 159AAE 條—未經同意下發布私密影像，或威脅如此行事

(l) 建議加入條文以明確指出新罪行規管無論是明示或暗示的，是否帶有條件的威脅

29. 《條例草案》第 159AAE 條並無要求威脅須帶有條件。法庭會按照每宗案件的實際證據(無論威脅是明示或暗示作出的)，以裁定被告有否作出威脅，以符合第 159AAE 條的要求。

(m) 建議修改條文以指出是否可以指認出特定的私密影像，或私密影像是否存在，無關重要

30. 《條例草案》第 159AAE(2)條的重點在於作出威脅發布的行為。如某人威脅發布受害人的私密影像，而他意圖、知道或罔顧受害人會受到侮辱、驚嚇或困擾，即使他並不能夠發布有關私密影像(例如影像不存在、或他根本沒有這些影像)，這些行為依然嚴重侵害受害人的私隱權及性自主權，也可能對受害人帶來極大的傷害及困擾。

31. 為了清晰表達立法的原意，第 159AAE(4)條訂明，威脅者是否能夠發布有關私密影像無關重要。換言之，根據《條例草案》第 159AAE(2)條作出檢控時，控方並不需證明私密影像確實存在。

(n) 如事主及後撤回同意

32. 有公眾意見問及，根據第 159AAE 條，如果事主在影像發

布後撤回同意，發布者會否干犯有關罪行。

33. 就第 159AAE(1)條的罪行，控方需要證明當發布者發布有關影像時，當時事主並不同意有關發布、發布者不理會事主是否同意該項發布以及發布者最低限度是罔顧有關發布是相當可能會致使事主受到侮辱、驚嚇或困擾。換言之，如果在發布時事主同意有關發布，即使在發布後事主撤回同意，該已經作出了的發布並不構成罪行。

(o) 建議容許法庭要求將影像刪除和下架

34. 有意見建議賦權法庭要求將涉案影像刪除和下架，包括：

- (a) 要求被定罪人士採取合理步驟刪除或銷毀於案件相關的影像，若違反法庭命令則額外增加刑期；
- (b) 要求網站內容提供者將影像下架、禁止公眾使用影像；及
- (c) 提供申請禁制令的選項，包括但不限於立刻把相關影像凍結，禁止公眾繼續上載、傳閱。

35. 現時已有不同方法阻止違法內容繼續流通。根據《刑事訴訟程序條例》(第 221 章)第 102 條，法院有權頒令將曾在犯罪時使用的財產沒收，例如用作拍攝的手機、用作分發私密影像的電腦等。現時，訴訟一方亦可循民事訴訟申請禁制令。根據《高等法院規則》第 45 及 52 號命令，任何人違反禁制令，可因民事藐視罪而被判入獄，或其財產可被暫時扣押，法庭也可判處罰款。

36. 現時，警方有行之有效的機制要求互聯網內容供應商移除違法內容或影像。案件主管可以透過網絡安全及科技罪案調查科（網罪科），要求相關網站移除有關貼文、相片或影像。網罪科會根據有關的資料類別及性質，要求移除的資料數量，以及移除的原因等理由，向有關人士或機構（包括資訊及科技通訊公司）索取資料或要求作出配合。網罪科會列明移除的原因，例如涉及防止及偵查罪案以及執行法例。現時的案件中，亦有被告會自行刪除相關資料，作為向法庭求情的理由。

(p) 建議擴闊「私密影像」的定義以涵蓋「移花接木」影像

37. 有公眾意見認為應在《條例草案》涵蓋「移花接木」影像，即是將某人的臉部移至色情照片的情況。我們理解隨著科技發展，越來越容易偽造非常像真的私密影像，對事主的傷害並不少於發放真實的私密影像。

38. 將「移花接木」影像涵蓋在刑事罪行中在海外司法管轄區仍屬較新的做法，在考慮是否將「移花接木」影像涵蓋在刑事罪行時，我們須顧及能否有清晰明確的定義，以及會否太過嚴苛令沒有犯罪意圖的人誤墮法網。

39. 經仔細考慮後，我們建議參考新加坡的刑法典的第375BE(5)條有關私密影像的定義，在原本《條例草案》第159AA條私密影像的定義上，加入條文涵蓋被修改以顯示某名個人私密部位的影像，或顯示其進行私密作為的影像，除非合理的人並不認為該被修改的影像描述該名個人。新加入的部分會讓第159AAE條未經同意下發布或威脅發布私密影像的罪行適用經修改或移花接木的私密影像，以保護受害人，同時採用合理的人此客觀測試以取得平衡，剔除明顯並非描述受害人的影像，清晰界定罪行範圍。我們稍後會提交委員會修正案草稿予法案委員會考慮。

(q) 觀看私密影像者應需要負上和發布者一樣的責任

40. 有意見提出，如果私密影像是在未經事主同意下發布，觀看者同意亦知道發布者並未取得事主同意發布，觀看者應需要負上和發布者一樣的責任。在草擬未經同意下發布或威脅發布私密影像的罪行時，我們加入下列構成元素——「發布影像者意圖令受害人受到侮辱、驚嚇或困擾，或知道或罔顧發布有關影像會或相當可能會令受害人受到侮辱、驚嚇或困擾」，以訂定恰當的範圍，既可為「色情報復」等案件的事主提供有效的法律補救，亦不會把純粹轉發或分享有關影像但沒有所需犯罪意圖的行為涵蓋在內。如果將罪行擴展至涵蓋未必有相關犯罪意圖的觀看者，有關條文的涵蓋範圍可能會過於廣泛，以致無辜市民亦可能陷入法網。《淫穢及不雅物品管制條例》(第390章)亦沒有將觀看的行為訂為罪行。

V. 《條例草案》第3分部 — 同意及免責辯護

(r) 建議被告提出 159AAI(3) 的免責辯護時，需明確提出其曾作出之確認事主未滿 16 歲或並非精神上無行為能力的人的措施

41. 根據《條例草案》第 159AAI 條，被告人如證明(a)自己誠實地相信，有關事主有對會構成第 2 分部所訂罪行的、被告人的行為給予同意；及(b)自己既不知道亦無理由懷疑該事主未滿 16 歲或屬精神上無行為能力的人，即為免責辯護。提出免責辯護的被告人，負有證明該免責辯護的責任。

42. 我們認為應由法庭按每宗案件的情況考慮被告人所提出的證據是否可信，這比在法例中列明被告需具體作出確認事主身分的行為更為適合。

(s) 將有關兒童的罪行訂為絕對罪行

43. 有意見書建議，如受害人是 13 至 16 歲的兒童，政府應考慮不提供有關免責辯護；如受害人未滿 13 歲，有關罪行應訂為絕對罪行 (absolute offence)。

44. 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》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。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。

45. 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。

46. 類似的免責辯護也見於多個普通法司法管轄區。澳洲、加拿大、愛爾蘭及蘇格蘭的法例均訂有條文，規定如被控人合理地相信有關兒童已超過同意年齡，即可以此作為性罪行的免責辯護。在英格蘭及威爾斯，涉及兒童的罪行的元素之一是被控人並非合理地相信有關兒童已超過同意年齡。法律改革委員會（“法改會”）就「涉及兒童及精神缺損人士的性罪行」發表的諮詢文件³中也有詳細討論有關海外條文。

47. 根據第 159AAI(3)條，提出第 159AAI(2)條所指的免責辯護的被告人，負有證明該免責辯護的責任。被告人須按相對可能性衡量標準(balance of probabilities)證明該免責辯護。

48. 就其它性罪行中性質類似的免責辯護，法庭曾裁定被告人負有按相對可能性衡量標準證明該免責辯護的責任。在 *HKSAR v Choi Wai Lun* (蔡偉麟) (2018) 21 HKCFAR 167 一案中，被告人被控以猥褻侵犯一名 13 歲的女童，違反《刑事罪行條例》第 122(1) 條。終審法院指出第 122 條的立法目的是把 16 歲以下的兒童視為易受傷害的類別，他們須得到高度保護，以免遭到性剝削。故此，第 122(2) 條認定他們不能對猥褻侵犯行為給予同意，而被告人即使能證明其知悉受害人事實上已給予同意，仍會被判有罪。然而，終審法院裁定，控方雖然毋須證明被告人對於女童年齡的犯罪意圖，但被告人如能按相對可能性衡量標準證明他真誠和合理地相信女童年滿 16 歲或以上，便會成為有效的抗辯理由。

49. 在蔡偉麟一案中，終審法院考慮到香港法庭向來對於與年齡相關的性罪行行為的處理方法都是要求潛在被告人小心避免可能違法的事。終審法院裁定向被告人施加說服式的舉證責任 (persuasive burden) 以接納該抗辯理由，更能體現第 122 條的立法目的，能通過「合理性」及「相稱性」驗證標準，在保護易受傷害的類別和被告人享有公正審判的權利之間取得合理平衡，並無違反《基本法》第 87 條及《香港人權法案》第 11(1) 條所保障的無罪推定。同時，終審法院認為沒有需要訴諸絕對法律責任 (absolute liability) 來達致第 122 條的立法目的。

50. 考慮到終審法院在蔡偉麟一案的裁決以及其他相關的因素後，我們認為《條例草案》第 159AAI(3) 條要求被告人按相對可能性的衡量標準證明第 159AAI(2) 條所指的免責辯護，能通過「合理

³ 法律改革委員會就「涉及兒童及精神缺損人士的性罪行」發表的諮詢文件第 4.7 至 4.34 段。
https://www.hkreform.gov.hk/tc/docs/sexoffchild_c.pdf

性」及「相稱性」驗證標準，同時亦能在保護未滿 16 歲兒童及精神上無行為能力的人免遭性剝削和保障被告人享有公正審判的權利之間，取得合理平衡。

51. 我們留意到在法改會在 2019 年年底發表的《檢討實質的性罪行》報告書建議絕對法律責任應適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行。考慮到拍攝私密照片和其他性行為（例如性交等）的嚴重程度和罪行性質有別，我們認為對提出《條例草案》第 159AAI 條的免責辯護的被告人施加說服式的舉證責任的做法，既能提供足夠的保護予未滿 16 歲兒童及精神上無行為能力的人，同時平衡誠實地相信事主有給予同意而又無理由相信事主為未滿 16 歲兒童或精神上無行為能力的人的被告人的利益，做法合適。被告人須按相對可能性衡量標準證明該免責辯護，有關的舉證責任比根據第 159AAJ 條確立合法權限或合理辯解的免責辯護的責任較高，後者對被告人只施加提證責任(evidential burden)。

(t) 有關合法權限和合理辯解免責辯護的範圍和內容

52. 根據《條例草案》第 159AAJ 條，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⁴。

53. 《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。

VI. 其他建議

(u) 建議將四項新罪行訂為「指明性罪行」，以保密受害人身分

54. 《刑事罪行條例》第 156(1)條規定：傳媒於報導有關「指

⁴ 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。

明性罪行」的新聞時，除根據該法例獲得許可的情況之外，傳媒不能夠報導任何相當可能會致使公眾識別到有關的申訴人身分的事項。《刑事罪行條例》第 117 條就「指明性罪行」作出定義，包括強姦、猥褻侵犯等嚴重的性罪行⁵。有公眾團體要求將四項新罪行均訂為「指明性罪行」，以保密受害人身分。

55. 現時除可根據《刑事罪行條例》「指明性罪行」採取措施保密受害人身分外，法庭亦可根據《刑事訴訟程序條例》⁶及其固有司法管轄權(inherent jurisdiction)採取措施，確保性罪行案件的受害人在法律程序進行期間享有所需的私隱及保護，包括發出「身分保密令」(Anonymity Order)，容許證人在作證時使用屏障，及使用特別通道進入法院大樓及法庭，禁止在法庭內攝影等。我們認為無需要額外將四項新罪行訂為「指明性罪行」。

(v) 與其他性罪行有關的建議

56. 意見書中也包括一系列和其他性罪行有關的建議，例如：

- (a) 建議加入「同意」的定義／加入積極同意的原則；
- (b) 性別中立化《刑事罪行條例》內的性罪行條文；及
- (c) 修訂性罪行定罪紀錄查核機制，例如將該查核機制改為強制機制、將擴展查核機制的涵蓋範圍，以涵蓋所有現有僱員、自僱人士及志願工作者。

57. 法改會在 2019 年年底發表了《檢討實質的性罪行》報告書，就改革《刑事罪行條例》中實質的性罪行提出約 70 項最終建議，當中包括原則性的建議，亦有實質的法例修訂建議。法改會亦剛在 2021 年 2 月完成有關性罪行判刑及相關事項（包括性罪行定罪紀錄查核機制）的諮詢。政府會一併考慮法改會就性罪行檢討的相關建議。

⁵ 指明性罪行指下列任何罪行，即強姦，未經同意下進行的肛交，猥褻侵犯，企圖犯任何該等罪行，協助、教唆、慫使或促致犯或企圖犯任何該等罪行，以及煽惑犯任何該等罪行。

⁶ 根據《刑事訴訟程序條例》(第 221 章)，法庭可為司法公正、公安或安全的需要，禁止公眾進入刑事法庭（第 122 條）；亦可以命令刑事法律程序的任何適當部分，在非公開法庭進行，並命令不可提出任何可能會引致披露證人姓名或地址的問題（第 123 條）。

(w) 和其他法例有關的建議

58. 意見書內也有提出一系列有關《淫褻及不雅物品管制條例》(第 390 章) 及《個人資料(私隱)條例》(第 486 章) 的建議，例如有關審裁處的組成、透明度及相關教育，以及私隱保護措施等。我們已將有關意見轉達商務及經濟發展局及政制及內地事務局參考。

59. 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 6 月 22 日

副本送

律政司 (經辦人：陸璟恒先生
李思賢先生
陳思凱先生
張家威先生)
警務處 (經辦人：余鎧均女士
林焯豪先生)

高級政府律師(法律草擬科)
高級檢控官
政府律師(憲制事務分科)
高級政府律師(民事法律科)
總警司(刑事支援)(刑事部)
高級警司(網絡安全及科技罪案
調查科)