

關注婦女性暴力協會 對
政府當局進一步修訂《2021 年刑事罪行(修訂)條例草案》的回應

2021 年 7 月 15 日

1. 成立於一九九七年三月八日，關注婦女性暴力協會（「本會」）一直關注和推動本港的性罪行改革。有鑑於政府當局向《2021 年刑事罪行(修訂)條例草案》委員會針對有關 6 月 28 日會議中提出的事宜的回應(下稱「當局回應文件」)，以及草案的進一步修訂¹，本會有以下建議：

- A. 移除「未經同意下拍攝私密部位罪」的第 159AAC(b)條
- B. 於草案加入條例，容許法庭要求網絡內容提供者將影像下架
- C. 訂明較具體的免責辯護條文（第 159AAJ 條）

以下為具體的建議和理由。

A. 移除「未經同意下拍攝私密部位罪」的第 159AAC(b)條

2. 根據當局回應文件，「未經同意下拍攝私密部位罪」的第 159AAC(1)(b)條將修改如下：

(b) 上述人士—

- (i) 為了性目的，作出(a)(i)或(ii)段所描述的行為；或
- (ii) 不誠實地作出(a)(i)或(ii)段所描述的行為；

3. 本會建議刪除第 159AAC(1)(b)條的內容，原因是：一、本地同類的條例以及海外的拍攝私密部位罪無需證明動機；二、「不誠實」元素不適用於拍攝私密影像的罪行；三、「性目的」的定義模糊不清；四、其他元素足以建構被告的行為有違一般明理而誠實人士的標準。

4. 本地同類的條例以及海外的拍攝私密部位罪無需證明動機。例如第 579 章《防止兒童色情物品條例》第 3 條，印刷、製作、生產兒童色情物品的罪行構成不需要證明被告的犯罪動機。而在海外，未經同意拍攝私密處的罪行構成元素也不包括被告的犯罪動機，包括以下司法管轄區：新西蘭(s 216H. Prohibition on making intimate visual recording, *Crimes Act 1961* (NZ))、澳洲維多利亞州(s 41B. Visually capturing genital or anal region, *Summary Offences Act 1966* (Vic))、澳洲首都特區(s 61B. Intimate observations or capturing visual data etc, *Crimes Act 1900* (ACT))。

¹ 政府當局就委員在 2021 年 6 月 28 日會議中提出的事宜所作出的回應(立法會 CB(2)1295/20-21(02)號文件)，詳見：<https://www.legco.gov.hk/yr20-21/chinese/bc/bc57/papers/bc5720210716cb2-1295-2-c.pdf>

5. 至於英格蘭²、新加坡³，當地法例與香港目前建議的立法模式有所分別，她們將拍攝私密處行為納入「窺淫罪」的範疇，而非單獨設立特定法例，因此與拍攝私人行為一樣，需要證明觀察或拍攝的動機，例如是否為了性目的。因此上述兩個司法管轄區的立法框架有所不同，難以作為拍攝私密處罪行的參考。
6. 「不誠實」元素不適用於拍攝私密影像的罪行，而第 161 條的案例難以作為新法例的參考。不誠實意圖的元素取自根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 161(c) 條，政府期望這可讓控方參考第 161(c) 條的案例和經驗，協助檢控。
7. 但基於律政司司長訴 *Cheng Ka Yee & others [2019] HKCFA 9* 一案的裁決：第 161 條不適用於被告使用自己電腦的犯罪行為；儘管第 161(c) 條曾用於檢控與私密照片有關罪行，但該條例的立法目的並非如此；而擴大第 161 條的建構範圍、以涵蓋更多罪行（其中一例為將性愛錄像上傳），超出其立法目的⁴。基於上述終審法院的裁決，第 161 條的案例很大機會不能作為新罪行的參考。
8. 另外，此罪行的其他元素足以建構被告的行為有違一般明理而誠實人士的標準，不需要再進一步確認被告的「不誠實意圖」。要構成第 159AAC 條所列犯罪行為，控方要證明被告：(1) 不理會對方是否同意；(2) 有意圖地拍攝本來不是可讓人看到的私密部位，例如故意從衣服下方拍攝；或(3) 以不合理的方式操作設備。上述因素足以證明，被告的行為有違一般明理而誠實人士的標準。尤其是第(1)點。相信一般人都會認同：在漠視對方意願下拍攝私密處，必定出於不誠實的意圖。
9. 更值得注意的是，由於 *Ghosh* 測試被英國最高法院於 *Ivey* 一案中否決 (overruled)，能否應用 *Ghosh* 測試存在不確定性。*R v Ghosh [1982] QB 1053* 案⁵被英國最高法院於 *Ivey v Genting Casinos (UK) Ltd t/a Crockfords [2017] UKSC 67* 案⁶中否決。在 *Ivey* 第 58 段，英國最高法院質疑主觀測試將導致以下結果：「若被告的標準越偏離社會期望，他就越不可能為其行為承擔刑事責任」⁷。舉例說，如果被告透過拍攝私密影像作弄受害人，儘管該行為被判定客觀上不誠實，只要被告

² *Sexual Offences Act 2003 (England and Wales)*, s. 67 Voyeurism

³ *The Penal Code (Singapore)*, s. 377BB Voyeurism

⁴ *Cheng Ka Yee* 第 45-47 段

⁵ *Ghosh* 一案例指出，當法官要裁定一名被告人是否不誠實時，法官須要分開兩階段考慮。第一階段，是如果按照一般明理而誠實人士的標準（以下簡稱「該標準」）衡量，被告人的行為是否不誠實呢？如果其行為以該標準衡量，並非不誠實，問題即已了結，控罪不能成立。第二階段，是如果被告人的行為以該標準衡量是屬不誠實的，則須繼而考慮他究竟是否明知，根據該標準，他的行為是會被一般人認為不誠實的。

⁶ *Ivey* 為民事案件，因此 *Ghosh* 是在附帶意見（*obiter dictum*）中被推翻

⁷ In *Ivey* at [58], the UKSC criticised the second limb of *Ghosh* test as it leads to the effect that “the less the defendant’s standards conform to what society in general expects, the less likely he is to be held criminally responsible for his behaviour”

主觀地認為，他的行為不會被社會認為不誠實，他有可能被釋放。這是非常不理想的情況。

10. 根據 *Ivey* 第 74 段，民事與刑事的不誠實測試統一如下：「...首先，確定（主觀地）被告對事實的知識或想法的實際狀態...[一旦確認] ...繼而應用（客觀的）一般正經人的標準(standards of ordinary decent people)，決定他的行為是否誠實。」⁸。
11. 由於 *Ghosh* 測試在英國已被推翻，加上兩宗⁹提及 *Ivey* 的刑事案件都沒有討論它在香港的應用性，*Ghosh* 測試日後能否應用在第 159AAC 條，存在不確定性。
12. 「性目的」的定義模糊不清，有可能導致不一致的裁決。儘管第 159AA 條將「性目的」界定為：包括刺激或滿足該人或其他人的性慾，每個人刺激性慾的方式不同、性慾獲得滿足的顯露程度不同，被告是否出於性目的去觀察或拍攝，將取決於陪審團的理解和看法，因而缺乏一致性。上訴庭於 *R v Curtis (Malcolm Robert)* [2010] EWCA Crim 1778 中指出被告是否意圖獲得性滿足該交由陪審團決定，案例顯示由於「性滿足」的定義模糊不清，案件將經常上訴至上級法院¹⁰。更甚者，每當被告拒絕作證時，將無法證明被告的犯罪目的。
13. 無論是其他關注團體、還是本會過去遞交的意見書，均反映侵犯者拍攝私密影像的動機五花八門，有的侵犯者則並無特定動機，尤其目前網絡氾濫著大量偷拍群組，不少網民在耳濡目染之下，模仿偷拍行為，只為貪圖一時新鮮或好奇。無論是否有動機、動機為何，未經同意下拍攝私密處必定是侵犯他人的身體自主、令對方感到受傷害。也因為如此，本會認為被告的動機對於是否構成罪行，並非重要或相關的議題，建議移除第 159AAC(b)條。

⁸ 測試由 Lord Nicolls 在 *Royal Brunei Airlines Sdn Bhd v Tan* [1995] UKPC 4 一案中提出，且廣泛地應用於民事案件。英國最高法院在 *Ivey* 舉了一個應用該測試的例子：「假設一名來自公共交通免費的國家的男子到訪英國。第一日觀光時他搭乘巴士，下車時卻沒有付費也沒有意圖付費。他真心地相信公共交通是免費的。」第一步會確定他對事實的知識，即公共交通是免費的。第二步則是在第一步的知識基礎上，以一般正經人的標準來衡量他的行為是否誠實。

⁹ *Secretary for Justice v Cheng Ka Yee & Ors* [2018] 5 HKC 257 及 *HKSAR v Lai Kin Hang Erwin and others* [2019] HKCA 547.

¹⁰ *R v Richards (Allan)* [2018] EWCA Crim 2374; *R v Lee (Stuart)* [2010] EWCA Crim 2984

B. 於草案加入條例，容許法庭要求網絡內容提供者將影像下架

14. 影像性暴力的傷害源自影像在當事人不同意的情况下被廣泛流傳，只要影像繼續在網絡傳播，受害人便會一直生活在恐懼當中。為了全面保障受害人，本會認為需加入條例於草案，容許法庭要求網絡內容提供者（online content host）將影像下架，做法可以參考《2021年個人資料(私隱)(修訂)條例草案》¹¹。縱然政府當局在回應文件指出可以運用《刑事訴訟程序條例》(第221章)第102條，以及《高等法院規則》(第4A章)第45條和第52條的法庭命令，然而，上述命令並不適用於私密影像已被發布在網絡平台的個案。
15. 政府於今年7月13日向立法會遞交的《2021年個人資料(私隱)(修訂)條例草案》，其中的新訂條文：要求海外網絡服務提供者移除「起底」內容。根據《2021年個人資料(私隱)(修訂)條例草案》的參考資料摘要第15段：

「.....由於網絡世界沒有地域限制，新訂條文將有域外管轄權，即不論披露資料行為是否在香港境內或境外發生，專員亦可送達停止披露通知(新訂第66K條)。為確保停止披露行動得以執行，停止披露通知可送達至能採取停止披露行動的以下人士：處於香港的人士(例如身處香港的人和於香港設有營業點的網絡服務供應商)，或(就電子訊息而言)香港境外服務提供者(例如海外社交媒體平台)。停止披露通知規定須於指定時間內採取停止披露行動，以反映「起底」個案的迫切性。專員會於停止披露通知中列明有關的「起底」內容，並會通知該名人士須作出甚麼停止披露行動以移除「起底」內容，以及遵從停止披露通知的期限等(新訂第66M條)。如收到停止披露通知的人沒有遵從上述通知，除非該人能夠確立免責辯護(例如對沒有遵從停止披露通知有合理辯解)，否則該人即屬犯罪(新訂第66O條)。」

16. 無論是「起底」還是散佈私密影像，要停止傷害，最根本的方法是要求網絡平台馬上刪除違法內容。既然政府在《2021年個人資料(私隱)(修訂)條例草案》擬訂條例要求網絡服務提供者刪除內容，包括海外網絡平台，《2021年刑事罪行(修訂)條例草案》可以採取同樣的做法。由於目前沒有法定機構專門跟進私密影像的刑事案件，條例可列明由法庭直接向網絡平台發出相關通知或命令，類似新西蘭《Harmful Digital Communications Act 2015》第19(2)條¹²和第18條¹³。

¹¹ 《2021年個人資料(私隱)(修訂)條例草案》立法會摘要(檔案編號：CMAB/CR/7/22/45)，詳見：

https://www.legco.gov.hk/yr20-21/chinese/brief/cmabcr72245_20210714-c.pdf

¹² 第19條. 可由法院作出的命令：

(2) 地區法院可以根據申請，對網絡內容提供者發出以下一項或多項命令：(a)刪除或禁止公眾取用已發布或發送的材料；(b)向法院以匿名或化名方式公布發布者身份的命令；(c)以法院在命令中指定的任何方式發布更正的命令；(d)以法院在命令中指定的任何方式給予受影響個人答辯權的命令。

¹³ 第18條. 臨時命令：

17. 目前《刑事訴訟程序條例》(第 221 章)第 102 條，以及《高等法院規則》(第 4A 章)第 45 條和第 52 條的法庭命令，不能阻止私密影像在網絡的傳播。第 102 條授權法院下令沒收被告用於犯罪的財產，例如，智能手機或電腦。如果影像僅儲存在被告手機中，沒收其手機可能得以阻止影像的傳播。但對於觸犯發布罪行(ss. 159AAD, 159AAE)的被告，他已經將影像上傳到色情網站、或發送給朋友、或發放到 Telegram 群組，影像根本不只為被告一人所擁有(possess)，色情網站的負責人、被告的朋友、Telegram 群組的網民均擁影像。法院無法根據《刑事訴訟程序條例》第 102 條下令沒收上述人士的財產，他們因而繼續轉發違法的影像。《高等法院規則》(第 4A 章)第 45 號命令也出現上述的限制。
18. 再者，如要應用《高等法院規則》(第 4A 章)第 45 號和第 52 號命令，受害人必需先成功申請臨時禁制令，再者，要在網絡世界 (cyber world) 指名特定對象，禁止其散佈影像，是不切實際。怎樣「通知」網站用戶不能轉發某張私密照？怎樣禁止整個網站用戶轉發？受害人怎麼得知哪個用戶擁有自己的私密照？怎樣確保有效地在網絡空間中傳達禁制令？再者，要求受害人以民事訴訟途徑停止暴力行為，是將責任轉移給受害者，過程中也會增加受害人所遭受的二次創傷。
19. 可見目前缺乏有效的法律途徑禁止私密照於網絡流傳、無法例授權法庭下令網絡服務供應商、網絡平台負責人將影像下架，本會認為有必要在草案加入相關條文。

(1) 如認為適宜，區域法院可在根據第 19 條對命令的申請作出裁定之前，發出任何臨時命令。

(2) 本條下的臨時命令可以執行，第 19 條下的命令可以執行的任何事情，並在該條下的申請被確定時到期。

C · 訂明較具體的免責辯護條文（第 159AAJ 條）

20. 目前草案有關免責辯護的條文過於簡單，對於公眾而言，何謂合理辯解的免責辯護，缺乏清晰的指引。本會建議參考西澳洲《Criminal Code》第 221BD(3)條、本港《防止兒童色情物品條例》（第 579 章）第 4(3)條，訂明具體的免責辯護，例如發放私密影像是為了真正的科學、教育或醫學目的；為了法律訴訟的合理需要；或為了媒體活動的目的，而有關活動無意對被拍攝者造成傷害，並合理地相信符合公眾利益等。

澳洲西澳洲《Criminal Code》第 221BD(3)條：

就根據第(2)款提出的控罪[發放私密影像]而言，如能證明 —

- (a) 發放影像是為了真正的科學、教育或醫學目的；或
- (b) 發放影像是為了法律訴訟的合理需要；或
- (c) 發放影像的人 (i) 為了媒體活動的目的而發放影像；及 (ii) 無意通過發放影像對被拍攝者造成傷害；及 (iii) 合理地相信發放影像符合公眾利益；或
- (d) 一個合理的人(在相關範圍內)考慮下列每項因素後會認為 發放影像可以接受：(i) 影像的性質和內容；(ii) 影像在何種情況下發放；(iii) 被拍攝者的年齡、智力、易受傷害程度或其他相關情況；(iv) 被告人的行為影響被拍攝者私隱的程度；(v) 被告人與被拍攝者的關係；(vi) 任何其他相關事宜，則可以此作為免責辯護。

《防止兒童色情物品條例》（第 579 章）第 4(3)條：

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) 他是為真正的教育、科學或醫學的目的而管有有關的兒童色情物品的；
- (b) 他管有有關的兒童色情物品一事在其他方面有利公益，且不超越有利公益的範圍；
- (c) 他沒有看過有關的兒童色情物品，且不知道亦沒有懷疑該物品是兒童色情物品；
- (d) 他沒有要求取得任何兒童色情物品，且在該物品歸由他管有後的一段合理時間內，他已盡力銷毀該物品；或
- (e) 他相信在有關的兒童色情物品中屬色情描劃對象的人在原先被描劃之時並非兒童，且相信該人並非被描劃為兒童。