

立法會

Legislative Council

立法會 CB(2)1481/20-21 號文件

檔 號 : CB2/BC/7/20

《2021 年刑事罪行(修訂)條例草案》委員會報告

目的

本文件旨在匯報《2021 年刑事罪行(修訂)條例草案》("《條例草案》")委員會的商議工作。

背景

2. 目前，法例並無針對窺淫或未經同意下拍攝私密部位(例如拍攝裙底)而訂立的特定罪行。據政府當局表示，控方曾按《刑事罪行條例》(第 200 章)("《條例》")第 161 條"有犯罪或不誠實意圖而取用電腦"就有關行為提出檢控。視乎不同案件的情況，控方亦曾按《條例》第 160 條"遊蕩"、《公安條例》(第 245 章)第 17B 條"公眾地方內擾亂秩序行為"及普通法中的"破壞公眾體統"，就有關行為提出檢控。然而，這些控罪在應用上有一定限制。舉例而言，如該行為只涉及疑犯使用自己的電腦，¹或如該行為發生在私人地方，²則該些罪行可能不適用於對此類行為提出的檢控。

3. 根據一項相關的發展，法律改革委員會("法改會")在 2006 年 7 月委任性罪行檢討小組委員會，就香港實質的性罪行進行全面檢討。在 2019 年 4 月，法改會發表《窺淫及未經同意下拍攝裙底》報告書("報告書")，作為法改會就規管性罪行的法律進行全面檢討的一部分。在報告書中，法改會建議就窺淫訂立一項罪行；就未經同意下拍攝裙底以得到性滿足的行為訂立一

¹ 終審法院於 2019 年 4 月在律政司司長訴鄭嘉儀及其他人 [2019]HKCFA 9 一案中裁定，《條例》第 161(1)(c)條的"目的在於使其本人或他人不誠實地獲益而取用電腦"罪的適用範圍不應擴展至涵蓋犯罪者使用自己電腦的情況。

² 一般而言，"遊蕩"或"公眾地方內擾亂秩序行為"等罪行只適用於在公眾地方或公眾視線可及之處作出的行為。

項罪行；以及就不論目的的拍攝裙底行為另訂一項罪行。政府接納法改會的建議，並於 2020 年 7 月展開為期 3 個月的公眾諮詢，收集公眾對訂立窺淫、私密窺視、未經同意下拍攝私密處及相關罪行的意見("公眾諮詢")。經考慮法改會的建議及在公眾諮詢期間接獲的意見後，政府當局向立法會提交《條例草案》，以就有關的新罪行訂定條文。

條例草案

4. 《條例草案》於 2021 年 3 月 19 日在憲報刊登，並於 2021 年 3 月 24 日的立法會會議上首讀。《條例草案》主要旨在修訂《條例》，以訂定下述新罪行：窺淫、未經同意下拍攝私密部位、發布源自窺淫或未經同意下拍攝私密部位的影像，以及未經同意下發布私密影像，或威脅如此行事；並就相關事宜，訂定條文。

5. 《條例草案》如獲通過，將自其在憲報刊登為條例當天起實施。

法案委員會

6. 在 2021 年 3 月 26 日的內務委員會會議上，議員同意成立法案委員會研究《條例草案》。法案委員會由葛珮帆議員擔任主席，與政府當局舉行了 5 次會議。法案委員會的委員名單載於**附錄 I**。

7. 法案委員會曾邀請公眾人士就《條例草案》提交書面意見。曾向法案委員會提交書面意見的團體和個別人士的名單載於**附錄 II**。政府當局已應法案委員會的要求，就該等書面意見提供綜合書面回應[立法會 CB(2)1222/20-21(01)號文件]。

法案委員會的商議工作

8. 委員支持訂立下述擬議新訂罪行：窺淫、未經同意下拍攝私密部位、³ 發布源自窺淫或未經同意下拍攝私密部位的影像，以及未經同意下發布私密影像，或威脅如此行事，以解決現

³ 經討論後，政府當局建議將擬議新訂第 159AAC 條下擬議"未經同意下拍攝私密部位"罪的標題，修訂為"非法拍攝或觀察私密部位"(詳情請參閱下文第 25 段)。為方便參考，就擬議新訂第 159AAC 條的新訂罪行而言，本報告使用已刊憲的《條例草案》中"未經同意下拍攝私密部位"的標題。

行法例的局限，針對該等不當行為向公眾提供更好的保障。委員察悉，任何人干犯上述擬議新訂罪行中任何一項罪行，一經循公訴程序定罪，可處監禁 5 年。法案委員會曾討論的主要問題及關注事項綜述於下文各段。

窺淫

9. 擬議新訂第 159AAB 條建議，任何人在未經同意及不理會⁴事主是否同意下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(不論有借助或沒有借助設備)或拍攝其影像，而：

- (a) 事主正身處某地方，而在該地方的任何人按理被預期會裸露身體，顯露其私密部位⁵，或進行私密作為⁶；
- (b) 事主正外露其私密部位，或進行私密作為，而該項觀察或拍攝是為了觀察或拍攝任何人的私密部位或私密作為；或
- (c) 該項觀察或拍攝是為了性目的而作出的，

即屬犯窺淫罪。

擬議罪行的涵蓋範圍

10. 部分委員關注到，擬議窺淫罪涵蓋的範圍是否過分廣闊。鑑於"私密部位"的定義包括某名個人所穿、遮蔽着胸部的內衣，而不論該名個人屬何性別，他們尤其關注到，某人可能會因為拍攝男性胸部影像而無意中干犯擬議罪行。

11. 政府當局表示，本着性別中立的原則，《條例草案》所訂的 4 項擬議罪行不論性別，同樣適用於所有個人。具體而言，

⁴ 根據擬議新訂第 159AAH 條，"不理會事主是否同意"指某人(上述人士)"知道某事主不同意上述人士的行為"，或"罔顧某事主是否同意上述人士的行為"。關於"罔顧"的涵義，請參閱下文第 44 段。

⁵ 根據擬議新訂第 159AA(1)條，"私密部位"就某名個人而言，指(a)該名個人的生殖器官、臀部、肛門範圍或胸部(不論是露出或僅有內衣遮蔽)；或(b)該名個人所穿的、遮蔽着生殖器官、臀部、肛門範圍或胸部的內衣。

⁶ 根據擬議新訂第 159AA(2)條，如某名個人正在如廁，而如廁方式相當可能會露出其私密部位；或某名個人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，則該名個人即屬進行私密作為。

擬議新訂罪行中的"私密作為"及"私密部位"的定義涵蓋胸部，不論有關人士屬何性別。就擬議窺淫罪而言，進行觀察或拍攝者必須是未經事主同意，"暗中"作出該行為，並且該行為必須在"令人對保存私隱有合理期望"的情況下作出。當局認為，擬議罪行的這些元素將有效排除不為意違法的情況。

12. 法案委員會法律顧問("法律顧問")要求政府當局澄清擬議新訂第 159AA(2)條的涵蓋範圍。根據該條文，"私密作為"的擬議定義特別是指某名個人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。法律顧問指出《條例》及《條例草案》均沒有界定"涉及性的作為"及"公開"這兩個詞。政府當局表示，某項行為是否屬於"私密作為"所定義的涉及性的作為，視乎每宗個案的實際情況而定。《條例草案》採用的定義，讓法庭根據每宗案件的事實判斷何謂通常是不會公開進行的、涉及性的作為。

擬議罪行中的"暗中"一詞

13. 鑑於《條例草案》並無界定何謂"暗中"，而英國和澳洲的相關法例亦無此用語，部分委員詢問在擬議新訂第 159AAB 條中使用"暗中"一詞的理據。這些委員關注到，在公眾地方公然進行觀察或拍攝會否構成窺淫罪；若否，將"暗中"納入為罪行元素，將會收窄該罪行的涵蓋範圍，間接妨礙檢控工作。

14. 政府當局表示，擬議窺淫罪是參考加拿大《刑事法典》制訂，相關條文訂明在窺淫罪下，有關觀察或拍攝是"暗中"進行的。加拿大法院在 *R. v. Trinchi* [2019] O.J. No.2278 一案中解釋，"暗中"在窺淫罪中的意思為被告人有心讓事主不察覺其觀察或拍攝的行為。這罪行元素關乎被告人觀察或拍攝時的意圖，而並非其方式或行為。就此罪行元素，控方需要證明被告人在觀察或拍攝時的意圖是，事主並不知悉被告人在觀察或拍攝事主。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。

15. 政府當局進一步表示，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/拍攝者有可能被控《條例》第 122 條所訂的"猥褻侵犯"。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《條例》第 160 條所訂的"遊蕩罪"。

事主身處的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

16. 委員關注到，《條例草案》是否應更清晰描述擬將哪類地方(例如酒店房間或住所客廳)列入窺淫罪所指屬身處其中的人按理被預期會裸露、露出私密部位或進行私密作為的地方。否則，政府當局應考慮是否需要在相關條文中加入一些例子說明。

17. 政府當局解釋，擬議新訂第 159AAB(1)(a)(i)至(iii)條列出 3 類有可能干犯窺淫罪的不同情況，當中擬議新訂第 159AAB(1)(a)(i)條涵蓋下述情況："觀察(不論有借助或沒有借助設備)某名個人，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"，⁷ 當中強調的是事主身處的地方。若案件的情況屬於擬議新訂第 159AAB(1)(a)(i)條所涵蓋的範圍，即使沒有觀察或拍攝事主的私密部位或私密作為，也可能構成擬議的窺淫罪。政府當局進一步表示，如被告人暗中觀察或拍攝某名個人的私密部位或某名個人進行私密作為，或為了性目的⁸ 觀察或拍攝某名個人，而被觀察或拍攝的該名個人，處身於令人對保存私隱有合理期望的情況，有關行為可能干犯擬議新訂第 159AAB(1)(a)(ii)或(iii)條下的擬議窺淫罪。基於以上所述，政府當局認為擬議條文足夠清晰，應可涵蓋不同情況，並無需要在相關條文中加入例子說明。

"事主沒有對有關行為給予同意"的罪行元素

18. 擬議新訂第 159AAB 條下的擬議窺淫罪所涉及的兩個未經同意的元素為：(i)事主沒有對被該人觀察或拍攝給予同意(擬議新訂第 159AAB(1)(c)條)；及(ii)作出該行為的人不理會事主是否對該行為給予同意(擬議新訂第 159AAB(1)(d)條)。委員察悉，《條例草案》第 2 分部下所有擬議新訂罪行，均涉及這兩個未經同意的元素。委員普遍認為應將窺淫、偷拍及未經同意下發布私密影像等行為刑事化，因為事主沒有就有關行為給予同意。

19. 法律顧問詢問，除了要證明該人知道事主不同意該行為或不理會事主是否同意該行為，是否還必須證明事主事實上沒有對該行為給予同意。若是如此，擬議新訂罪行要求需有獨立證據證明有關行為未經事主同意的理據為何。

⁷ 政府當局建議對擬議新訂第 159AAB(1)(a)(i)條的中文文本作出文字上的修訂。

⁸ 根據擬議新訂第 159AA(1)條，"性目的"就某人而言，包括刺激或滿足該人或任何其他人的性慾。

20. 政府當局解釋，上文第 18 段所述的兩個罪行元素的着重點各有不同。其中一個元素着重於事主實際上是否就有關行為給予同意，另一個元素則着重於作出有關行為的人的主觀犯罪意圖。當局加入"事主沒有對有關行為給予同意"這個罪行的構成元素，本意是更準確地表達立法原意，保護受害人的私隱權及性自主權，並且不會介入市民私下自願的行為。

21. 委員關注到，倘若事主的真正身份不詳，便不大可能找到事主給予同意(或沒有給予同意)的證據，在這情況下控方如何能證明事主沒有對有關行為給予同意。政府當局表示，事主在一般情況下應出庭作證。倘若找不到事主，控方可能需要依賴環境證據。部分委員仍然關注到，該等條文現時的草擬方式會否妨礙窺淫罪的檢控工作。

22. 經仔細考慮委員的關注，以及個別個案可能出現事主無法到法庭席前作證(例如未能找到事主的下落、事主不願意出庭作證等)，要控方在毫無合理疑點下證明事主沒有就有關行為給予同意可能會有一定困難，因此政府當局建議作出修訂以糾正這情況。政府當局建議從 3 項擬議新訂罪行，即擬議新訂第 159AAB 條(窺淫)、第 159AAC 條(未經同意下拍攝私密部位)，以及第 159AAD 條(發布源自干犯擬議新訂第 159AAB(1)或 159AAC(1)條所訂罪行的影像)中剔除"事主沒有給予同意"的罪行元素。⁹ 經修訂後，如果控方能證明被告人"不理會事主是否同意被觀察或拍攝"，並能確立其他罪行元素，即使事主沒有就其是否給予同意出庭作供，政府當局認為被告人的行為應已構成相關罪行。

23. 鑑於政府當局先前解釋指控方有需要證明事主事實上沒有給予同意，法律顧問要求政府當局澄清，當局提出擬議修訂剔除這個罪行元素，是否意味立法原意有所改變。此外，亦要求當局澄清，若控方不負上證明事主沒有給予同意的舉證責任，3 項新訂罪行的檢控門檻會否低於其他現有性罪行。

24. 政府當局表示，立法原意未有改變。政府當局解釋，雖然根據擬議修訂，控方將無須證明事主沒有就被告人的行為給予同意，但事主的同意仍然重要，因為控方必須證明被告人"不理會事主是否同意被觀察或拍攝"或"不理會事主是否同意該項

⁹ 有關擬議新訂未經同意下拍攝私密部位罪(擬議新訂第 159AAC 條)，請參閱下文第 26 至 38 段；有關擬議新訂發布源自干犯擬議新訂第 159AAB(1)或 159AAC(1)條所訂罪行的影像罪(擬議新訂第 159AAD 條)，請參閱下文第 39 至 44 段。

發布"。政府當局已將擬議罪行與其他現有性罪行作出區分。擬議罪行通常不會涉及肢體接觸，亦未必能夠識別事主是誰，而現有性罪行(例如強姦)的事主一般能被識別，並須出庭作證。政府當局認為，擬議修訂恰當地反映了立法原意。

25. 鑑於根據擬議修訂，"事主沒有給予同意"的罪行元素將從擬議新訂第 159AAC 條中剔除，政府當局在考慮委員的意見後，進一步建議修訂擬議新訂第 159AAC 條的標題，由"未經同意下拍攝私密部位"修訂為"非法拍攝或觀察私密部位"，以更貼切地反映罪行性質。委員亦察悉，《條例草案》的詳題會作出相應修訂。

未經同意下拍攝私密部位

26. 《條例草案》擬議新訂第 159AAC 條建議，任何人如符合以下所有情況，即屬犯未經同意下拍攝私密部位罪：

- (a) 確實拍攝了顯示某名個人私密部位的影像，或該人操作設備的目的在於觀察或拍攝私密部位；及
- (b) 該私密部位本來不會被見到；及
- (c) 該人作出該行為是為了性目的或不誠實地獲益；¹⁰ 及
- (d) 事主並無表示同意被觀察或拍攝¹¹，而該人不理會事主有否給予有關同意。

擬議罪行的涵蓋範圍

27. 委員察悉，在政府當局就立法建議諮詢保安事務委員會時，當局建議擬議罪行只涵蓋"拍攝裙底"而不涵蓋"拍攝衣領"的行為。據政府當局表示，保安事務委員會強烈認為，"拍攝衣領"情況猖獗，應在是次立法工作中一併處理。政府當局考慮到所得意見，並經進一步考慮後，將"拍攝衣領"行為納入已刊憲的《條例草案》所訂的擬議罪行內。

¹⁰ 有關"不誠實地獲益"的罪行元素及政府當局其後提出的修訂，請參閱下文第 33 至 38 段。

¹¹ 政府當局建議從擬議新訂第 159AAB、159AAC 及 159AAD 條下的 3 項新訂罪行中剔除"事主沒有給予同意"的罪行元素。請參閱上文第 22 段。

28. 部分委員關注到，無意中拍攝到某名個人的私密部位，或未經某名個人同意下串流直播該名個人的私密部位，會否構成擬議罪行。部分委員關注到，如某人在未經對方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"色情報復"或惡作劇)，亦無打算發布該影像，該人會否視作干犯該罪行。

29. 政府當局表示，任何人只有在符合第 26 段所列的全部 4 個元素的情況下，才會干犯擬議罪行(包括俗稱"拍攝裙底"及"拍攝衣領"的行為)。政府當局進一步表示，擬議未經同意下拍攝私密部位罪主要旨在處理在公眾地方未經同意下進行的拍攝。鑑於"拍攝衣領"的行為較易引起爭議及誤會，當局認為有需要精確界定擬議罪行的涵蓋範圍，以免出現不為意犯法及誣告的情況。因此，當局建議該罪行的元素包括該作為是否為了性目的，或是否為了不誠實地獲益。視乎情況，如被告人暗中對處於令人對保存私隱有合理期望的情況的事主拍攝其私密影像，該拍攝可能構成擬議新訂第 159AAB 條所訂的窺淫罪。至於串流直播，根據擬議新訂第 159AA(4)及(5)條，串流直播會視作"發布"，而未經某名個人同意下串流直播該名個人的私密部位可能干犯擬議新訂第 159AAE(1)條所指的未經同意下發布私密影像罪。¹² 政府當局強調，當局無意在擬議新訂第 159AAC 條下將觀察或拍攝自願外露私密部位的行為刑事化。擬議罪行特別針對未經同意下偷拍的侵擾性行為(例如"拍攝裙底"及"拍攝衣領")。政府當局相信，該擬議條文已為有關罪行界定清晰的範圍，不大可能會出現不為意犯法、誣告或罪行條文被濫用的情況。

"性目的"的罪行元素

30. 部分委員關注到，"性目的"的涵義有欠清晰，而拍攝私密影像的動機，在性質上未必與性有關，例如涉及報復或羞辱。他們詢問，在擬議新訂第 159AAC(1)(b)條下，衡量某人是否為性目的而觀察或拍攝某名個人的私密部位或私密作為所依據的準則，以及控方是否負有證明某人為性目的而拍攝某名個人的私密部位的責任。法律顧問亦指出，法改會在報告書中提出的建議，包括就未經同意下拍攝裙底以得到性滿足的行為訂立一項罪行；以及就未經同意下不論目的的拍攝裙底行為另訂一項罪行，以處理例如某人受另一人僱用拍攝裙底的情景，並要求政府當局澄清《條例草案》採取另一種做法的理據。

¹² 有關擬議新訂第 159AAE 條所指的未經同意下發布私密影像的擬議罪行，請參閱下文第 45 至 49 段。

31. 政府當局表示，經考慮公眾諮詢期間所收集到的意見後(包括有意見認為不論為了性目的還是其他目的，在未經同意下拍攝私密部位均屬嚴重罪行，應處以相同刑罰；另有意見認為，若不論目的為何均可能觸犯該罪行，則該罪行的涵蓋範圍未免過闊)，《條例草案》建議訂立單一項為了性目的或不誠實地作出有關行為的未經同意下拍攝私密部位罪，以完善該罪行的涵蓋範圍。

32. 政府當局進一步表示，當局曾參考海外司法管轄區的做法，發現"性目的"往往列作性罪行的元素。不過，"性目的"只是構成擬議罪行的其中一項元素，某人亦可因不誠實地進行有關行為而干犯該罪行。政府當局強調，鑑於干犯擬議罪行經循公訴程序定罪，可處監禁5年，當局在界定擬議罪行的涵蓋範圍時必須審慎行事。雖然《條例草案》的目的是保障市民免受侵犯，但該罪行的涵蓋範圍不應過分廣闊，令沒有所需犯罪意圖的人誤墮法網。

"不誠實"和"獲益"的罪行元素

33. 擬議新訂第159AAC(3)條訂明，"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。部分委員重申，他們關注的問題是，未經同意下拍攝某名個人私密部位的動機或各有不同，未必一定關乎金錢收益，亦可為"色情報復"、羞辱，或其他與性無關的目的。他們質疑是否需要在擬議罪行中加入"獲益"的元素。這些委員又關注到，擬議新訂第159AAC(1)(b)條中"為了不誠實地獲益"的擬議目的條文，與法改會提出"不論行為目的為何"將未經同意下拍攝某名個人私密部位的行為刑事化的建議背道而馳，可能會將某些行為(例如惡作劇)排除於外，從而不必要地收窄了該罪行的涵蓋範圍。

34. 政府當局重申，經考慮公眾諮詢期間所收集到的意見後，當局沒有採納法改會提出不論行為目的為何將未經同意下拍攝私密部位的行為刑事化的建議，而是在擬議未經同意下拍攝私密部位罪中加入目的條文(即"為了不誠實地獲益")，以清晰劃定該罪行的涵蓋範圍，盡量減低市民不為意犯法的機會。政府當局進一步解釋，擬議新訂第159AAC(1)(b)(ii)條中"為了不誠實地獲益"的元素，是參考《條例》現行第161(1)(c)條而制訂的(在終審法院就律政司司長訴 *Cheng Ka Yee & others* [2019] HKCFA 9 一案作出決定前，該條文用作檢控"拍攝裙底"行為)，而取得被告人未經同意下拍攝前沒有的私密影像，可視作擬議

新訂第 159AAC(3)條下"保有已有之物的獲益"及"取得未有之物的獲益"。

35. 政府當局請委員注意，當局過往曾根據《條例》第 161 條就拍攝裙底/偷拍提出檢控，並指出有大量在不同情景下牽涉到"不誠實"元素的案例。具體而言，在 *HKSAR v Tsun Shui Lun* ([1999] 3 HKLRD 215, [1999] 2 HKC 547)一案中，高等法院原訟法庭指出，《條例》第 161 條的目的是懲處有特定意圖或目的(即指犯罪意圖或不誠實的目)而取用電腦的情況，而法庭應考慮的是當被告人取用電腦的時候當刻的意圖或目的，而非被告人其後的意圖或目的。原訟法庭亦裁定"獲益"包括被告人取得在取用電腦之前沒有的資料。在裁定被告人是否有《條例》第 161 條下所需的犯罪意圖時，應採用 *R v Ghosh* [1982] QB 1053 一案所訂的兩階段測試，以決定被告人是否"不誠實"。測試一是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)；測試二是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)。

36. 經考慮委員提出的意見和關注，政府當局表示，當局會就擬議新訂第 159AAC(1)(b)條提出修訂，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，並剔除擬議新訂第 159AAC(3)條中關乎"獲益"的元素。換言之，根據擬議修訂，如控方可證明罪行的其他元素，則被告人不誠實地觀察或拍攝私密部位，即屬犯罪。

37. 部分委員關注到，政府當局的擬議修訂可能設下過多限制，提高了未經同意下拍攝私密部位罪的檢控門檻，令控方更難以證明相關罪行元素。政府當局表示，根據就擬議新訂第 159AAC 條作出的擬議修訂，控方無須證明"獲益"，而只須證明被告人不誠實地作出相關拍攝或操作設備的行為，這樣應不會為控方帶來特別繁重的負擔。政府當局認為，擬議修訂應會令相關罪行元素更清晰明確，並不會增加檢控難度。

38. 政府當局強調，在考慮被告人是否不誠實地進行有關行為時，觀察或拍攝的情況或方式是相關證據，而並非取得相片的目的。這樣可盡量減低不為意犯法的機會，特別是該罪行已涵蓋"拍攝衣領"的行為。

發布源自擬議窺淫罪或未經同意下拍攝私密部位罪的影像

39. 根據擬議新訂第 159AAD 條，如任何人在未經事主同意下¹³ 發布事主的影像，而該影像源自干犯擬議新訂第 159AAB(1) 條(窺淫)或第 159AAC(1)條(未經同意下拍攝私密部位)罪行("指明罪行")，並且該人知道該影像源自干犯指明罪行，或罔顧¹⁴ 該影像是否源自干犯指明罪行，以及不理會事主是否同意該項發布，該人即屬犯罪。

40. 委員關注到，如管有及純粹轉發來源不明的私密影像，但其後知悉事主並無就有關拍攝給予同意，這樣會否犯罪。政府當局解釋，擬議新訂第 159AAD 條旨在防止發布源自干犯指明罪行的影像。罪行的構成元素包括該人知道該影像源自干犯指明罪行，或罔顧該影像是否源自干犯該罪行，以及不理會事主是否同意該項發布。純粹轉發或分享該等私密影像但沒有所需犯罪意圖的行為，將排除於涉及未經同意下發布影像罪的涵蓋範圍之外。有關發布的作為的定義已在擬議新訂第 159AA(4) 及 (5) 條中界定，當中並不涵蓋純粹管有。

41. 因應政府當局提出的意見，部分委員詢問，控方是否必須證明該人知道窺淫或未經同意下拍攝私密部位的行為屬指明罪行。為免生疑問，政府當局建議在擬議新訂第 159AAD 條中加入一項新款，訂明如該人知悉為證明某指明罪行而須確立的所有事宜，或該人罔顧該等事宜存在與否，則該人須視作知道該指明罪行已發生，或須視作罔顧該指明罪行有否發生。

42. 有委員亦關注到，被控以擬議新訂第 159AAD 條所訂罪行的被告人，會否同時被控以擬議新訂第 159AAB(1) 或 159AAC(1) 條所訂罪行。政府當局表示，擬議新訂第 159AAD 條旨在防止從窺淫或未經同意下拍攝私密部位所得的影像繼續轉傳。因此，只要發布影像者知道該影像源自干犯某指明罪行，或罔顧該影像是否源自干犯某指明罪行，而擬議新訂第 159AAD 條所述其他罪行元素可予以證明，則發布影像者是否拍攝該影像者，或是否同時被控以擬議新訂第 159AAB(1) 或 159AAC(1) 條所訂罪行，無關重要。

43. 政府當局進一步表示，關於擬議新訂第 159AAD 條所訂罪行，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擬議新訂第 159AAB(1) 或 159AAC(1) 條的罪

¹³ 請同時參閱上文註腳 11。

¹⁴ 有關"罔顧"的涵義，請同時參閱下文第 44 段。

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告(例如未能確認身份，或經已死去)，對考慮發布者是否干犯擬議新訂第 159AAD 條的罪行，未必會有影響。

"罔顧"的涵義

44. 法律顧問指出，根據擬議新訂第 159AAH 條，"不理會"的擬議涵義包括"罔顧某事主是否同意[有關]行為"。委員及法律顧問詢問"罔顧"一詞在上述文意中的涵義。政府當局表示，終審法院在洗錦華及另一人訴香港特別行政區(2005) 8 HKCFAR 192 一案中裁定，"罔顧後果"是主觀詮釋，控方須證明被告人(a)在知悉存有或可能存有風險下罔顧實情地行事，或(b)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。政府當局進一步表示，"罔顧"的概念亦見於其他現行法例下的性罪行。

未經同意下發布私密影像或威脅如此行事

45. 《條例草案》建議訂立擬議新訂第 159AAE 條，訂明如任何人發布或威脅會發布某名個人的私密影像，意圖致使該名個人受到侮辱、驚嚇或困擾(或知道該項發布會(或相當可能會)致使該名個人受到侮辱、驚嚇或困擾，或罔顧該項發布是否會(或相當可能會)致使該名個人受到侮辱、驚嚇或困擾)，而未經該名個人同意及不理會該名個人是否同意該項私密影像的發布¹⁵ 或威脅會作出的發布，即屬犯罪。

46. 委員關注到，受害人有時未必能夠就被告人事實上是否管有該等私密影像向控方提供證據，而純粹威脅會發布受害人的私密影像已使受害人深感驚嚇或困擾。委員詢問擬議新訂第 159AAE 條所訂的擬議罪行的檢控門檻，特別是控方是否需要證明事主的私密影像存在。

47. 政府當局解釋，擬議新訂第 159AAE(2)條着重於威脅發布的作為。如某人威脅會發布受害人的私密影像，意圖致使或知道受害人受到侮辱、驚嚇或困擾，或罔顧受害人是否會受到侮辱、驚嚇或困擾，即使該人並不能夠發布有關私密影像(例如該

¹⁵ 有關發布的作為的定義，已在擬議新訂第 159AA(4)及(5)條中界定。

影像並不存在或該人根本沒有該影像)，該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。為了清晰表達立法的原意，擬議新訂第 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，根據擬議新訂第 159AAE(2)條進行檢控時，控方並不需要證明私密影像確實存在。

48. 部分委員詢問，如某人在發布事主的私密影像後，事主撤回其同意，該人會否干犯擬議新訂第 159AAE 條所訂罪行。政府當局表示，就擬議新訂第 159AAE(1)條所訂罪行而言，控方需要證明當發布者發布有關影像時，當時事主並沒有就該項發布給予同意，而發布者不理會事主是否同意該項發布，或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，該項發布並不構成罪行。

擬議新訂第 159AAE 條中"事主沒有給予同意"的元素

49. 委員察悉政府當局會提出修訂，從擬議新訂第 159AAB、159AAC 及 159AAD 條下的 3 項新訂罪行中剔除"事主沒有給予同意"的罪行元素(見上文第 22 段)。據政府當局表示，當局建議在擬議新訂第 159AAE 條下保留"該名個人沒有對該項發布給予同意"這個罪行元素，避免該罪行的涵蓋範圍過分廣闊，令沒有所需犯罪意圖的人誤墮法網。相比擬議新訂第 159AAD 條所訂發布源自干犯指明罪行的影像罪，擬議新訂第 159AAE 條所訂罪行涉及的發布可能牽涉網絡世界上轉傳的大量私密影像，一般人未必可以從影像的內容得知該等影像發布的背景，例如該等影像所拍攝的事主是否同意有關的拍攝及發布等。因此，如果剔除相關罪行元素，即使事主事實上同意發布影像，如某人不理會事主是否同意(例如雙方根本互不相識)下作出發布，該人也可視作犯罪。

建議作出修訂以擴闊"私密影像"的定義以涵蓋"移花接木"影像

50. 部分委員及部分曾向法案委員會提交書面意見的團體關注到，隨着科技發展，越來越容易偽造非常像真的私密影像。他們建議擴闊"私密影像"的定義以涵蓋"移花接木"的影像，因為這些影像對事主造成的傷害跟發布真實的私密影像同樣嚴重。

51. 為回應委員的關注，政府當局經參考新加坡《刑法典》第 377BE(5)條有關"私密影像"的定義後，建議擴闊擬議新訂第 159AA 條中"私密影像"的定義，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，除非該影像經修改至無合理的人會相信該影像顯示該名個人的私密部位或該名個人進行私密作為。政府當局相信，擬議修訂使未經同意下發布或威脅發布私密影像罪的範圍，涵蓋經修改或移花接木的私密影像，加強保護受害人。與此同時，亦採納"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，以清晰界定罪行範圍。

52. 部分委員認為，擬議修訂中"經修改至無合理的人會相信.....的影像"一詞有欠清晰，並詢問所擬涵蓋的情景為何。政府當局指出，在刑事罪行中就私密影像的定義加入"移花接木"影像，在海外司法管轄區是一個頗新的立法發展。況且，隨着科技發展一日千里，為"移花接木"的影像提供精確定義亦未必容易。因此，政府當局建議參照新加坡《刑法典》中有關"私密影像"的定義，將某些經修改至合理的人不會認為是顯示有關事主的私密部位或該名個人進行私密作為的影像排除於擬議罪行範圍之外。當局進一步指出，就其他刑事罪行而言，應用"合理的人"的測試，是有效的法律驗證標準。

免責辯護

53. 委員察悉，根據擬議新訂第 159AAJ 條，任何人如被控犯《條例草案》所訂的任何擬議新訂罪行(因性目的而犯罪者除外)，可藉確立自己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。對於事主未滿 16 歲或在精神上無行為能力的個案，擬議新訂第 159AAI 條建議，被告人如能證明自己誠實地相信事主有就有關行為給予同意，以及自己既不知道亦無理由懷疑事主未滿 16 歲或在精神上無行為能力，即為免責辯護。

關於事主的年齡或精神上行為能力的免責辯護

54. 部分委員及部分曾向法案委員會提交書面意見的團體關注到，擬議新訂第 159AAI 條關於事主的年齡或精神上行為能力的擬議免責辯護會造成漏洞，不足以保護未滿 16 歲的兒童。這些委員認為，不應為涉及未滿 16 歲兒童或精神上無行為能力人士的性罪行提供免責辯護，即犯罪者須負上絕對法律責任。

55. 政府當局贊同委員的意見，認為刑事罪行法例應保護易受傷害的人，包括兒童及精神上無行為能力人士，使其免遭性侵犯或剝削。政府當局請委員注意，擬議新訂第 159AAG 條訂明，如某事主未滿 16 歲或屬精神上無行為能力，則沒有能力給予某項同意，令某行為不構成《條例草案》第 2 分部所訂罪行。

儘管如此，政府當局認為亦宜訂立免責辯護，容許被告人按相對可能性衡量標準來證明自己誠實地相信事主有就有關行為給予同意，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。不少普通法司法管轄區亦有類似的免責辯護。

56. 法律顧問質疑為何適用於擬議新訂第 159AAI 及 159AAJ 條所訂免責辯護的舉證標準並不相同，並詢問現行法例中有否類似的免責辯護可供委員參考。政府當局表示，就擬議新訂第 159AAI 條而言，被告人負有舉證責任，須按相對可能性衡量標準證明某項免責辯護。政府當局向委員提及香港特別行政區訴蔡偉麟 (2018) 21 HKCFAR 167 一案，案中被告人被控以猥褻侵犯一名 13 歲女童。在蔡偉麟一案中，終審法院認為沒有需要訴諸絕對法律責任來達致立法目的。終審法院作出的裁決包括，將舉證責任加諸被告人，由他按相對可能性衡量標準證明自己真誠和合理地相信女童年滿 16 歲或以上，這樣能夠通過"合理性"及"相稱性"驗證標準。經考慮終審法院對蔡偉麟一案的判決和其他相關因素後，政府當局認為，擬議新訂第 159AAG 條的架構，連同擬議新訂第 159AAI 條對被告人施加了說服式的舉證責任，被告人須按相對可能性的衡量標準證明其免責辯護，這樣既能通過"合理性"及"相稱性"驗證標準，亦在保護易受傷害人士和確保被告人享有公正審判的權利之間取得合理平衡。況且，被告人根據擬議新訂第 159AAI 條負上的舉證責任，亦比根據擬議新訂第 159AAJ 條確立關於合法權限或合理辯解的免責辯護的舉證責任更重，後者是對被告人施加提證責任。

57. 政府當局進一步表示，如拍攝或發布私密部位的行為涉及兒童，視乎情況，拍攝者或會干犯《防止兒童色情物品條例》(第 579 章)下管有或發布兒童色情物品的罪行，一經定罪，前者可處罰款 100 萬元及監禁 5 年，後者可處罰款 200 萬元及監禁 8 年。

關於合法權限或合理辯解的免責辯護

58. 根據擬議新訂第 159AAJ 條，被控干犯《條例草案》所訂罪行者(因性目的犯罪者除外)，可藉確立自己有合法權限或合理辯解，作為違反有關條文的免責辯護。

59. 法律顧問詢問關於合法權限或合理辯解的免責辯護的涵蓋範圍和內容。政府當局回應時表示，合法權限主要針對執法機關根據相關法例所進行的行為，這項免責辯護亦常見於香港其他罪行。至於"合理辯解"，政府當局則表示，《條例草案》已

清晰界定各項擬議罪行的犯罪元素及所需犯罪意圖，因此應可剔除絕大部分不為意犯法的情況。這種提供"合理辯解"作為法定免責辯護理由的方式，比在條文中詳列被告人可提出免責辯護的具體情況較為可取。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而定，並由法庭考慮後作出裁決，不能一概而論。

賦權法庭下令刪除或移除私密影像

60. 部分委員及部分曾向法案委員會提交書面意見的團體認為，當局應容許法庭下令刪除或移除私密影像，以免有關影像繼續流傳。這些委員建議政府當局考慮在《條例草案》中訂立有關臨時刪除影像令及處置令的條文，以刪除有關私密影像。就此，法律顧問提述一些例子，例如《淫褻及不雅物品管制規例》(第 390 章)中關乎沒收淫褻物品及清除不雅事物的條文，供委員參考。

61. 政府當局指出，現時已有不同方法阻止違法內容繼續流傳。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，例如用作拍攝私密影像的手提電話、用作分發私密影像的電腦等。此外，訴訟任何一方亦可展開民事訴訟申請禁制令。警方也有行之有效的機制，要求互聯網內容供應商刪除違法內容或影像。

62. 部分委員仍然認為，私密影像在審訊前不受控制地流傳，會對有關受害人繼續造成傷害和困擾。為進一步保護遭受影像性暴力的受害人，這些委員促請政府當局考慮賦權法庭就此發出處置令。

63. 因應委員提出的關注，政府當局建議在《條例草案》加入新訂第 4 分部(擬議新訂第 159AAK 至 159AAO 條)，以賦權裁判官命令被告人或任何其他人士移除、刪除或銷毀有關影像。根據擬議新訂分部，在擬議新訂第 159AAD 或 159AAE 條所訂罪行的刑事法律程序進行期間的任何時間，政府可以律政司司長名義向裁判官提出申請，命令某人(不論該人是在香港或其他地方)在該裁判官指明的限期內，採取合理步驟，以移除、刪除或銷毀有關影像，或安排將該影像移除、刪除或銷毀。為保障程序公義，除擬議新訂第 159AAM(4)條訂明的情況外，裁判官在作出處置令前，須向擬議處置令的對象發出傳票，傳召該人出庭自辯。處置令對象如違反處置令，除非能夠確立合理辯解，否則一經公訴程序定罪，可處第 6 級罰款及監禁一年。裁判官作出處置令後，可主動或應以律政司司長名義提出的申請，又或應處置

令對象或受處置令影響的其他人士的申請，覆核該處置令，並按其認為適當的情況，確認、更改、取消或撤銷該處置令。

對條例草案提出的擬議修正案

64. 委員察悉，除上文第 22、25、36、41、51 及 63 段所述政府當局擬提出的修正案外，政府當局亦建議修訂擬議新訂第 159AAB(1)(a)(i)條的中文文本，使之與英文文本更為一致。

65. 法案委員會將不會對《條例草案》提出任何修正案。

恢復二讀辯論

66. 在政府當局就《條例草案》動議擬議修正案的前提下，法案委員會不反對在 2021 年 9 月 29 日的立法會會議上，恢復《條例草案》的二讀辯論。

諮詢內務委員會

67. 法案委員會於 2021 年 9 月 10 日向內務委員會匯報其商議工作。

立法會秘書處
議會事務部 2
2021 年 9 月 17 日

附錄 I

《2021年刑事罪行(修訂)條例草案》委員會

委員名單*

主席 葛珮帆議員, BBS, JP

副主席 容海恩議員, JP

委員
謝偉俊議員, JP
邵家輝議員, JP
鄭泳舜議員, MH, JP

(總數：5名委員)

秘書 馬淑霞女士

法律顧問 陳以詩女士

* 委員名單的變更載於**附錄 I 的附件**。

附錄 I 的附件

《2021年刑事罪行(修訂)條例草案》委員會

委員名單的變更

議員	相關日期
鄭松泰議員	至 2021 年 8 月 25 日

根據香港特別行政區政府於2021年8月26日依據《全國人民代表大會常務委員會關於香港特別行政區立法會議員資格問題的決定》作出的宣布，鄭松泰已於2021年8月26日喪失立法會議員的資格。

附錄 II

《2021年刑事罪行(修訂)條例草案》委員會

向法案委員會提交書面意見書的團體/個別人士名單

1. Anti480 反性暴力資源中心
2. 女角平權協作組
3. 午夜藍
4. 平等機會委員會
5. 明光社及香港性文化學會
6. 香港工會聯合會婦女事務委員會
7. 香港律師會
8. 關注婦女性暴力協會
9. 蘇灝逸先生