

香港法律改革委员会
性罪行检讨小组委员会

《涉及儿童及精神缺损人士的性罪行》

咨询文件

摘要

导言

研究范围

1. 见咨询文件。

小组委员会先前的工作

2. 性罪行检讨小组委员会于 2006 年 7 月委出。

3. 2008 年 7 月，小组委员会发表了《关于性罪犯名册的临时建议》咨询文件。

4. 经考虑咨询所得的意见后，法律改革委员会（法改会）于 2010 年 2 月发表《与儿童有关工作的性罪行纪录查核：临时建议》报告书。

5. 法改会根据小组委员会的建议，于 2010 年 12 月发表《14 岁以下男童无性交能力的普通法推定》报告书，建议废除这项过时的普通法推定。

性罪行及相关罪行的全面检讨

6. 小组委员会现正就实质的性罪行进行全面检讨。这是小组委员会在其研究范围内的主要研究部分。

7. 小组委员会的计划是把这项检讨工作分为四个部分，并就每一部分发表独立的咨询文件，以及一份整体性的最后报告书。如有需要，小组委员会会按进一步讨论的结果修订此计划。这四部分分别是：

- (i) 以性自主权为依据的罪行（即强奸及其他未经同意下进行的性罪行）；
- (ii) 以保护原则为依据的罪行（即涉及儿童及精神缺损人士的性罪行，以及涉及滥用受信任地位的性罪行）；
- (iii) 杂项性罪行；及
- (iv) 判刑。

8. 小组委员会于 2012 年 9 月发表了《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（简称“《未经同意下进行的性罪行》咨询文件”）。《未经同意下进行的性罪行》咨询文件，是小组委员会就其所定的余下课题所发表或将会发表的四份咨询文件之中的第一份。

本咨询文件

9. 本咨询文件是小组委员会在其研究范围内所发表的第四份文件，代表了小组委员会在全面检讨实质的性罪行的过程中所发表或将会发表的四份咨询文件之中的第二份，内容涵盖涉及儿童及精神缺损人士的性罪行，以及涉及滥用受信任地位的性罪行。

邀请公众发表意见

10. 本咨询文件中的建议，是小组委员会经广泛讨论所得的结果，代表了我们的初步看法，谨向社会大众提出以供考虑。我们欢迎大家就本咨询文件所讨论的任何议题提出意见、评论及建议，这会有助小组委员会于适当时候达成最终结论。

第 1 章：现有涉及儿童及少年人的性罪行概览

11. 本章概括介绍《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部特别关乎儿童及少年的主要性罪行。（有关下文所概述各项罪行的进一步说明，请参阅咨询文件。）

与年龄在 13 或 16 岁以下的女童性交

12. 根据《刑事罪行条例》第 123 条，任何男子与一名年龄在 13 岁以下的女童非法性交，即属犯罪。

13. 根据《刑事罪行条例》第 124(1)条，任何男子与一名年龄在 16 岁以下的女童非法性交，也会犯类似的罪行。

与 21 岁以下女童作出肛交

14. 根据《刑事罪行条例》第 118D 条，任何男子与年龄在 21 岁以下的女童作出肛交，即属犯罪，最高刑罚是终身监禁。

由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交

15. 《刑事罪行条例》第 118C 条订明，任何男子与另一名年龄在 16 岁以下的男子作出肛交，或任何年龄在 16 岁以下的男子与另一名男子作出肛交，即属犯罪。

16. 第 118C 条以往曾经订明，任何男子与另一名 21 岁以下男子作出肛交，或任何 21 岁以下男子与另一名男子作出肛交，即属犯罪。上诉法庭维持原讼法庭在 Leung TC William Roy 诉律政司司长案 中的裁决，¹ 亦即当时的第 118C 条属于违宪和无效，但以该条适用于 16 岁或以上但未满 21 岁的男子的范围为限。《2014 年成文法（杂项规定）条例》（2014 年第 18 号条例）后来于 2014 年 11 月 26 日制定，对当时的第 118C 条作出修订，以“16”取代该条中所有对“21”的提述。

由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为

17. 《刑事罪行条例》第 118H 条订明，任何男子与另一名年龄在 16 岁以下的男子作出严重猥亵作为，或任何年龄在 16 岁以下的男子与另一名男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。

18. 第 118H 条以往曾经订明，任何男子与另一名 21 岁以下男子作出严重猥亵作为，或任何 21 岁以下男子与另一名男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。法庭在上述 Leung TC William Roy 诉律政司司长案 中，宣布当时的第 118H 条属于违宪和无效，但以该条适用于 16 岁或以上但未满 21 岁的男子的范围为限。《2014 年成文法（杂项规定）条例》亦对当时的第 118H 条作出修订，以“16”取代该条中所有对“21”的提述。

向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为

19. 根据《刑事罪行条例》第 146 条，“任何人与或向一名年龄在 16 岁以下的儿童作出严重猥亵作为，或煽惑一名年龄在 16 岁以下的儿童与他或她、向他或她、与另一人或向另一人作出此种作为”，即属犯罪。

² 这项罪行的最高刑罚是监禁 10 年。

¹ Leung TC William Roy 诉律政司司长案，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，高等法院原讼法庭。上诉法庭维持该项裁决（CACV 317/2005）。

² 《刑事罪行条例》第 146(1)条。

拐带年龄在 16 或 18 岁以下的未婚女童

20. 根据《刑事罪行条例》第 126 条，任何人“无合法权限或辩解，将一名年龄在 16 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走”，即属犯罪。³

21. 《刑事罪行条例》第 127 条亦订有一项类似的罪行：“任何人将一名年龄在 18 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，意图使她与多名或某一名男子非法性交，即属犯罪”。⁴

第 2 章：同意年龄

“同意年龄”的涵义

22. “同意年龄”一词不见于法例。苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）在其所发表的《有关强奸及其他性罪行的报告书》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（简称“《苏格兰法律委员会报告书》”）⁵中，把该词界定为指“儿童的某个年龄，所有在这个年龄以下发生的涉及性的行为都是错误的，而在这个年龄或以上发生的涉及性的行为，在法律上则是准许的”。⁶

23. 因此，同意年龄是一个分界年龄。涉及性的行为，若是在同意年龄以下发生的便属非法。

香港现时的同意年龄

24. 一般来说，香港现时的同意年龄是 16 岁。因此，《刑事罪行条例》订有一系列关于与 16 岁以下儿童发生涉及性的行为的罪行。

25. 尽管如此，根据《刑事罪行条例》第 118D 条，任何男子与年龄在 21 岁以下的女童作出肛交仍属犯罪，所以异性肛交的同意年龄仍然订于较高的 21 岁。《2014 年成文法（杂项规定）条例》已将同性肛交的同意年龄降低至 16 岁。因此，异性肛交与同性涉及性的行为在同意年龄方面的差别继续存在。

³ 《刑事罪行条例》第 126(1)条。

⁴ 《刑事罪行条例》第 127(1)条。

⁵ 苏格兰法律委员会，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007 年 12 月），Scot Law Com No 209。

⁶ 苏格兰法律委员会，同上，第 4.18 段。

我们对同意年龄有差别看法

26. 有鉴于 Leung TC William Roy 案及其相关裁决，以及越来越多其他司法管辖区采用划一同意年龄，我们发觉难以找到任何理据，足以支持容许同性与异性涉及性的行为的同意年龄差别可继续存在于香港。我们这次改革的指导原则，是性罪行的法律不应带有性倾向或性行为习惯方面的区分。这项原则也支持在不同性倾向的人之间，进行涉及性的行为的同意年龄应该相同。

同意年龄应划一为哪个岁数？

27. 每个国家的同意年龄都有所不同，由 13 岁至 18 岁不等。不过，大部分国家的同意年龄是订于 16 岁。

28. 我们找不到任何有力的理据，足以支持把现时的 16 岁水平提高或降低，而这个年龄在社会上沿用已久并且深入人心。事实上，降低同意年龄可能会有不良后果，那就是鼓励儿童过早进行涉及性的行为。在另一方面，建议提高同意年龄也可能会受到批评，因为这个建议没有顾及到现时儿童在生理和心理方面的成熟年龄已比以前提早了很多。

建议 1： 在香港同意年龄应划一为 16 岁

我们建议，在香港同意年龄应划一为 16 岁，并应不论性别和性倾向而适用。

第 3 章：关于改革涉及儿童及少年人的性罪行的一般议题

引言

29. 本章会研究一些关于涉及儿童及少年人的性罪行的一般议题，这些议题关系到我们如何定出改革建议。

新法例中涉及儿童及少年人的罪行应否无分性别？

30. 就一些海外司法管辖区包括澳大利亚、加拿大、英格兰及韦尔斯以及苏格兰的法例而言，一般的趋势是男女童在免受性剥削的保护方面会得到平等待遇，而涉及儿童及少年人的罪行则无分性别。

建议 2： 涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别

我们建议，在新法例中涉及儿童及少年人的罪行应该无分性别。

涉及儿童及少年人的罪行应如何分类？

31. 我们不赞成保留《刑事罪行条例》的现有做法。现时的做法显示有不同的同意年龄（分别是 13、16、18 及 21 岁），而且指明性别和带有性倾向歧视成分。在建议 1 中，我们建议同意年龄应划一为 16 岁，并应不论性别和性倾向而适用。《刑事罪行条例》的现有做法与我们的建议不相符。

不同罪行之间应否有重迭？

32. 另一项议题则是不同罪行之间应否有重迭。在《刑事罪行条例》中，与年龄在 13 岁以下女童性交的罪行以及与年龄在 16 岁以下女童性交的罪行，两者之间有重迭。在《英格兰法令》中，涉及 13 岁以下儿童的一系列罪行，与涉及 16 岁以下儿童的另一系列罪行，两者之间也有重迭。另一方面，在《苏格兰法令》中，涉及幼童（即未满 13 岁者）的一系列罪行，与涉及较年长儿童（即年满 13 岁但未满 16 岁者）的另一系列罪行，两者之间并无重迭。

33. 我们赞同英格兰的做法，即不同罪行之间应有重迭。在不能肯定有关儿童在罪行发生时是否未满 13 岁的情况下，这做法可避免或会出现的漏洞。这种情况是可以发生的，例如罪行发生于很久之前，而有关儿童已无法清楚记得案发是否在他或她年满 13 岁之前。在此类个案中，被控人可被控以涉及 16 岁以下儿童的罪行。

建议 3： 应订有不同系列的罪行，分别涉及 13 岁以下及 16 岁以下的儿童

我们建议，法律应反映对两类少年人的保护，即 13 岁以下儿童和 16 岁以下儿童，就两者应分别订有不同系列的罪行，而不是只订立单一项侵犯儿童罪。

应否删去“非法”一词？

34. 在《刑事罪行条例》中，有多项罪行是与“非法性交”或“非法的性行为”有关的。

35. 根据英格兰的权威案例，“非法性交”一词原本在 *Regina v Chapman* [1959] 1 QB 100 案中是被理解为指婚外性行为（这项裁决后来在 香港特别行政区诉陈永鸿（*HKSAR v Chan Wing Hung* [1997] 3 HKC 472）案中得到确认）。此词的这个原有普通法涵义，作用是令到夫妻之间的性行为，即使是以胁迫或欺骗的手段而取得，也不会落入“非法性交”一词的涵义范围之内。

36. 英国上议院后来在 *Reg v R* [1991] 4 All ER 483 案中摒弃了“非法性交”一词的原有普通法涵义。英国上议院认为丈夫与妻子应享有平等权利，所以任何一方都应有权拒绝对方的性行为要求。因此，在相对应的英格兰法例中，“非法性交”中的“非法”一词只不过是“冗词”，没有任何意义。

37. 英国上议院在 *Reg v R* 案中对“非法”一词采用了新的涵义，结果是妻子如不同意进行性交，丈夫有可能会被裁定干犯强奸妻子罪。这个新的普通法涵义在香港已获赋予法定效力。立法会于 2002 年制定了《成文法（杂项规定）条例》，为《刑事罪行条例》加入新的第 117(1B)条。该条订明，就第 118、119、120 及 121 条而言，“……任何男子与其妻子性交并非在‘非法性交、非法的性交（*unlawful sexual intercourse*）’的涵盖范围以外。”

38. 鉴于上述的司法和立法发展，我们难以看到在任何有关条文中保留“非法”一词有何作用。我们故此认为应藉此机会，把“非法”这个已属过时但仍留存于《刑事罪行条例》内的用词删除。⁷

建议 4： 从所有涉及性交或性行为的罪行中删除“非法”一词

我们建议，应从《刑事罪行条例》内所有涉及性交或性行为的罪行中删除“非法”一词。

被控人的年龄应否在新法例中指明？

39. 我们赞成订立单一套可由成年罪犯或儿童罪犯干犯的罪行。这做法胜在简单，又可避免在不确定被控人的年龄时提出错误的控罪。

40. 再者，法官可运用其判刑酌情权，对儿童罪犯判处较成年罪犯为轻的刑罚（假如根据案件情况而有理由这样做）。⁸

建议 5： 涉及儿童及少年人的罪行，可由成年罪犯或儿童罪犯干犯

我们建议，建议订立的涉及儿童及少年人的罪行，可由成年罪犯或儿童罪犯干犯，故有关法例无须指明罪犯的年龄。

⁷ 小组委员会在上一次所发表的《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件中，并没有处理涉及非法性交或非法的性行为的罪行中关于“非法”一词的议题。在这份咨询文件中，小组委员会已达成结论，认为应删去“非法”一词。因此，读者在阅读小组委员会所发表的上份咨询文件时，应假定在涉及非法性交或非法的性行为的罪行中，所有对“非法”一词的提述均已删除。

⁸ 在涉及儿童罪犯的案件中，控方可行使检控酌情权，以确保只有确当的案件才会提交法庭审理。

第 4 章： 涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的性罪行的绝对法律责任

引言

41. 目前，与 16 岁以下的人性交，在香港属绝对法律责任罪行。⁹ 被控人不得以不知道并且没有理由怀疑有关儿童未满 16 岁作为免责辩护。

42. 涉及非插入式行为的罪行是否属绝对法律责任罪行，视乎法庭如何解释相关条文的立法原意。

折衷解决方案：合理地相信有关儿童并非未足龄

43. 在某些海外司法管辖区，关乎儿童的性罪行并非绝对法律责任罪行，主要论据是为了公义和公平，基于合理理由出于真意而错误相信有关儿童并非未足龄的人不应受到惩处。

44. 然而，对此等罪行不施加绝对法律责任，并非要采取另一极端立场，要求控方必须在毫无合理疑点下证明被控人不是真意相信有关儿童并非未足龄，而是可采用以下两种方式之一：一是规定控方须证明被控人并非合理地相信有关儿童已超过同意年龄；二是订立条文，容许被控人以合理地相信有关儿童已超过同意年龄作为免责辩护。

反对绝对法律责任的论点¹⁰

- 被控人出于真意的犯错应获理解
- 多个海外司法管辖区均有免责辩护
- 较年长儿童可能会尝试性行为

赞成施加绝对法律责任的论点¹¹

- 鼓励人们避免对儿童作出可能是非法的行为
- 保护原则
- 与儿童进行涉及性的行为是错误的

⁹ 在严格法律责任罪行和绝对法律责任罪行中，控方无须就犯罪行为的每项元素证明犯罪意念：*Archbold Hong Kong 2013*，第 18-1 段。但是两类罪行有一项主要分别，就是在严格法律责任罪行中，控方无须证明犯罪意念，但不阻止辩方以真诚或合理相信作为免责辩护；而在绝对法律责任罪行中，法庭甚至不接受辩方证明没有干犯被控罪行的所需意图（见香港特别行政区诉苏伟伦，HCMA 39/2004，上诉法庭的判决书第 8 及 22 段）。

¹⁰ 见咨询文件第 4.37 至 4.40 段。

¹¹ 见咨询文件第 4.41 至 4.47 段。

- 发放鼓励未足龄性行为的错误信息
- 成功检控更加困难
- 在审讯中儿童所受保护减少

我们在这个议题上的意见

45. 对于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行应否施加绝对法律责任的问题，各有支持和反对的论点，亦必然有分歧的意见。此外，对于应否区分插入式和非插入式涉及性的行为，可能也有不同意见。事实上，小组委员会在审议这个议题的过程中意见分歧，因此认为应就此事咨询公众。

46. 有一点应予注意，就是绝对法律责任这个议题应只限于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，至于涉及 13 岁以下儿童的罪行，小组委员会认为无论何时都应属绝对法律责任罪行。

建议 6： *绝对法律责任应否适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，应交由香港社会考虑*

我们认为以下议题，即绝对法律责任应否适用于涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行，以及在此情况下应否区分插入式和非插入式涉及性的行为，应交由香港社会考虑。我们为此邀请公众就这个议题发表意见。

第 5 章：以婚姻关系作为涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的性罪行的免责辩护

引言

以婚姻关系作为与 16 岁以下女童性交的免责辩护

47. 在现行法律下，被控《刑事罪行条例》第 124(1)条所订罪行的人可以提出婚姻关系免责辩护。¹² 现时这项免责辩护似乎只适用于经同意的涉及性的行为，不适用于未经同意的涉及性的行为。

48. 要确立上述的婚姻关系免责辩护，丈夫只需按相对可能性衡量标准证明，他相信并有合理因由相信该名 16 岁以下的女童是他的妻子。有一点应予注意，就是婚姻关系免责辩护不适用于被控《刑事罪行条例》第

¹² 根据《刑事罪行条例》第 153P(3)条，某人若因在香港以外地方所作出的行为而被控以具域外法律效力的性罪行，亦可以婚姻关系作为免责辩护。

123 条所订罪行（一项涉及 13 岁以下女童的罪行）的人。因此，只有妻子年满 13 岁但未满 16 岁才适用婚姻关系免责辩护。

以婚姻关系作为猥亵侵犯的免责辩护

49. 根据《刑事罪行条例》第 122(1)条，任何人猥亵侵犯另一人，即属犯罪。然而，根据《刑事罪行条例》第 122(3)条，被控人如基于合理理由而相信他或她与另一人为已婚夫妇，则不会在上述情况下犯猥亵侵犯该另一人的罪行。

50. 任何人如向另一名 16 岁以下的人作出猥亵行为，只要经该另一人同意，而两人为合法夫妇或有合理理由相信两人为合法夫妇，则他或她可因第 122(3)条的效力而免除猥亵侵犯的法律责任。

支持保留婚姻关系免责辩护的论点¹³

- 香港有义务承认有效的海外婚姻
- 香港居民有可能返回原属国按该国法律或习俗结婚
- 多个海外司法管辖区均保留婚姻关系免责辩护
- 香港从未因婚姻关系免责辩护的施行而出现问题
- 不得对未足龄配偶进行未经同意的涉及性的行为的法律保障不受婚姻关系免责辩护影响

反对保留婚姻关系免责辩护的论点¹⁴

- 保护原则
- 稚龄儿童有可能在海外国家被迫结婚而香港很难核证婚姻是否有效
- 海外国家的婚姻法可能反映有别于香港的习俗
- 多个海外司法管辖区明文规定不得以婚姻关系作为免责辩护或已废除此项免责辩护
- 异性恋者和同性恋者的不同待遇

¹³ 见咨询文件第 5.24 至 5.31 段。

¹⁴ 见咨询文件第 5.32 至 5.38 段。

我们在这个议题上的意见

51. 上文胪列了支持和反对在涉及年满 13 岁但未满 16 岁儿童的罪行中保留婚姻关系免责辩护的论点，并且理解这项议题可引起很大争议。我们认为保护原则是最重要的因素，亦是改革涉及易受伤害的人（例如 16 岁以下儿童）的罪行时首要依循的。在香港，人们普遍认为与 16 岁以下儿童发生涉及性的行为是不对的。任何人来到香港都应遵守香港的法律。

建议 7：就涉及儿童的罪行而言应废除婚姻关系免责辩护

我们建议，就涉及儿童的罪行而言，新法例不应订有婚姻关系免责辩护，而现有的任何此类免责辩护亦应予废除。

第 6 章：年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为

引言

52. 任何人与 13 岁以下的幼童进行涉及性的行为均被认为是绝对错误。可是，对于年满 13 岁但未满 16 岁的少年人，他们之间经同意下进行涉及性的行为，例如少年爱侣偷尝禁果，是否应受到刑事法干预这个问题，大家的看法就未必相同。

年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为应否订为刑事罪行：对此议题的三个主要处理模式

53. 对此议题可以有三种处理模式：

- (i) 将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权以决定是否提出控告。
- (ii) 将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行，但订明如果所涉及的是年龄相近的少年人，则可豁免刑事法律责任。
- (iii) 不将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行。

54. 第一种模式是香港现时的做法，也是英格兰及韦尔斯所采用的模式。

第一种模式的理据：¹⁵

- 法律应为年轻人订立行为规范
- 儿童之间经同意的性关系可能并非真正经同意，并且可能带有剥削成分
- 将儿童之间经同意下进行的涉及性的行为合法化，或会鼓励更多儿童过早进行涉及性的行为
- 只对带有剥削成分的个案和在检控是合乎公共利益时才予以检控

55. 第二种模式是澳大利亚和加拿大等司法管辖区采用的模式。

第二种模式的理据：¹⁶

- 少年人的确很年轻就进行涉及性的行为
- 避免不经意地把年轻人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行

56. 第三种模式是宽松处理。此模式不将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行。

57. 这是苏格兰法律委员会赞成采用的模式。

第三种模式的理据¹⁷

- 如果在大部分情况下多数只是理论上才会检控，儿童之间经同意下进行的涉及性的行为就不应属于刑事罪行
- 年轻人可能因此不去寻求适当意见

对于可能将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为订为刑事罪行：我们的看法

58. 我们不能只因儿童年龄相近便假定他们之间的性关系是经完全同意的。

59. 保护原则也意味着不应鼓励儿童在身心状况还未能承担后果之前进行涉及性的行为。

¹⁵ 见咨询文件第 6.7 至 6.11 段。

¹⁶ 见咨询文件第 6.22 至 6.24 段。

¹⁷ 见咨询文件第 6.27 至 6.28 段。

60. 年轻人确有进行涉及性的行为，但这不是将之合法化或以任何方式作出鼓励的适当理由。法律应为年轻人的行为订立规范。

61. 对于那些对另一儿童或少年人性剥削的儿童或少年人施加刑事法律责任，并不一定表示他或她必定会被检控。检控酌情权可确保只将适当的案件提交法庭。不涉性剥削的个案，可按照警司警诫计划以警诫方式处理，而该计划在香港似乎也一直行之有效。因此，我们大致上赞成采用第一种模式，并且认为适宜就检控酌情权的行使订立指引。

建议 8： 将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的涉及性的行为一律订为刑事罪行，但控方可行使检控酌情权对适当的案件提出控告

我们建议，将年满 13 岁但未满 16 岁的人之间经同意下进行的所有涉及性的行为一律订为刑事罪行，但认同控方可行使检控酌情权以决定是否适宜对个别案件提出控告。

第 7 章： 新法例中涉及儿童的性罪行

引言

62. 本章探讨的议题，是订立关于侵犯儿童的性罪行。

现行法例的状况及不足之处

63. 虽然现行法例已处理两个类别儿童的罪行，但只涵盖了两种涉及性的行为，即性交及猥亵侵犯。我们认为对儿童的保护应扩及其他涉及性的行为。关于此点，小组委员会已在上一份咨询文件中，建议订立以下未经同意下进行的性罪行：强奸、以插入方式性侵犯、性侵犯，以及导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为。¹⁸ 我们认为应该参照建议订立的未经同意下进行的性罪行，新增与其相对应的儿童罪行。此外，我们认为应针对特定的性剥削事件，订立其他保护儿童的条文。这种模式已在英格兰及韦尔斯以及苏格兰获得采纳。

以阳具对儿童作出插入行为

64. 现有的与年龄在 13 岁以下的女童性交罪（《刑事罪行条例》第 123 条）在两方面有所不足。首先，该罪行只涵盖以阳具插入受害儿童的阴道，被插入的部位并不包括肛门或口腔。其次，该罪行并不涵盖男童受害人。

¹⁸ 香港法律改革委员会，《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012 年 9 月），建议 7、16、18、19、20 及 21。

65. 有鉴于此，我们认为应新增一项涉及 13 岁以下儿童的无分性别罪行，涵盖以阳具插入儿童的阴道、肛门或口腔。

新订罪行的名称

66. 这项英格兰罪行和苏格兰罪行均称为“强奸”儿童。

67. 按照英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）的说法，罪行名称采用“强奸”字眼的理据是：“……强奸是最严重的性罪行，若强奸儿童不以此罪名检控，则经改革的法律会有根本缺陷。”¹⁹

68. 我们倾向不会在涉及以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为的建议新订罪行中采用“强奸”字眼。按一般理解，强奸指未经同意下进行的性交。然而，就这项涉及 13 岁以下的人的罪行而言，根本不存在同意与否的问题。以阳具对 13 岁以下的人作出插入行为，本身就是非常严重的罪行，实在无需加上“强奸”的标签。再者，一些受害儿童可能希望避免留下遭受强奸所可能造成的烙印。如果建议新订罪行的名称采用“强奸”以外的字眼，则可避免这个问题。

69. 我们认为应新订一项称为以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为的罪行。现有的与年龄在 16 岁以下的女童性交罪（《刑事罪行条例》第 124 条）是指明性别的，并不涵盖以插入方式性侵犯男童；再者，该罪行只涵盖阴道性交，并不涵盖以身体某部分对儿童的肛门或口腔作出性插入。另一方面，现有的猥亵侵犯罪（《刑事罪行条例》第 122 条）及向儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）都不足以反映此类严重刑事行为的严重程度。

建议 9： 建议新订罪行：以阳具对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为

我们建议，新法例中应包括一项“以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 5 条。²⁰

我们亦建议订立一项“以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为”的同类罪行。

¹⁹ 英国内政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.6.3 段。

²⁰ 《英格兰法令》第 5(1)条订明：

“如有以下情况，任何人即属犯[强奸 13 岁以下儿童]罪——

(a) 他故意以其阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔，及

(b) 该另一人为 13 岁以下。”

对儿童作出插入行为

70. 现时，猥亵侵犯罪（《刑事罪行条例》第 122 条）及向儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）涵盖非以阳具插入儿童的阴道或肛门。²¹ 两项罪行的最高刑罚均只是监禁 10 年。

71. 我们认为现有的罪行不足以反映非以阳具插入儿童的阴道或肛门行为的严重程度，因此应该订立新的罪行以涵盖这类严重行为。建议新订的罪行将涵盖非以阳具插入 13 岁以下儿童的阴道或肛门的行為。

72. 我们认为应该订立一项涉及 16 岁以下儿童的类似罪行。现有罪行在处理非以阳具插入较年长儿童的阴道或肛门的案件方面存在不足之处。现有的与年龄在 16 岁以下的女童性交罪（《刑事罪行条例》第 124 条）是指明性别的，并不涵盖以插入方式性侵犯男童；再者，该罪行只涵盖阴道性交，并不涵盖以身体某部分对儿童的阴道或肛门作出性插入。另一方面，现有的猥亵侵犯罪（《刑事罪行条例》第 122 条）及向儿童作出猥亵行为罪（《刑事罪行条例》第 146 条）都不足以反映此类严重刑事行为的严重程度。

建议 10： 建议新订罪行：对 13 / 16 岁以下儿童作出插入行为

我们建议，新法例中应包括一项“对 13 岁以下儿童作出插入行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 6 条。²²

我们亦建议订立一项“对 16 岁以下儿童作出插入行为”的同类罪行。

我们建议采纳一项内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 19(2)条的条文，订明就对 13 岁以下儿童作出插入行为及对 16 岁以下儿童作出插入行为的罪行而言，提述以某人身体的任何部分插入，须解释为包括提述以该人的阳具插入。²³

我们建议修订《刑事罪行条例》附表 1，在被控人被控以阳具对 13 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁

²¹ 《刑事罪行条例》第 146 条所订罪行适用于 16 岁以下的儿童。

²² 《英格兰法令》第 6(1)条订明：

“如有以下情况，任何人即属犯 [以插入方式侵犯 13 岁以下儿童] 罪——

(a) 他故意以自己身体某部分或任何其他东西插入另一人的阴道或肛门，
(b) 该插入是涉及性的，及
(c) 该另一人为 13 岁以下。”

²³ 《苏格兰法令》第 19(2)条订明：

“(2) 在不损害第(1)款的一般性的原则下，该款提述以甲的身体的任何部分插入，须解释为包括提述以甲的阳具插入。”

决，改判对 13 岁以下儿童作出插入行为罪；同样地，在被控人被控以阳具对 16 岁以下儿童作出插入行为罪的案件中，容许作出法定交替裁决，改判对 16 岁以下儿童作出插入行为罪。

性侵犯儿童

73. 小组委员会在上一份咨询文件中建议（就成年人而言）性侵犯应分为三个类别。第一类别是涉及性的触摸、向他人射出精液，以及向他人作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。第二类别是作出涉及性的行为，而这项行为使另一人（乙）意识到对方会使用或恐吓使用实时及非法的人身暴力。第三类别是作出涉及性的行为，而该项行为若然被另一人（乙）知道，则相当可能会为乙带来恐惧、低贬或伤害，但乙是否实际上知道该行为，却不会对该罪行的构成有所影响。

74. 由于第二及第三类别关乎未经同意的情况，我们认为上述儿童罪行无需涵盖该两个类别。（不论受害人属何年龄，该等行为如在受害人不同意的情况下作出，则根据适用的一般条文已属罪行。）我们认为上述儿童罪行应参照英格兰罪行和苏格兰罪行，只涵盖涉及性的触摸、向儿童射出精液，以及向儿童作出涉及性的射尿液或吐唾液行为（即上文第一类别的涉及性的行为）。

75. 此外，为了保护较年长儿童免因性侵犯行为而受害，我们认为应该订立涉及 16 岁以下儿童的同类罪行。

建议 11： 建议新订罪行：性侵犯 13 / 16 岁以下儿童

我们建议，新法例中应包括一项“性侵犯 13 岁以下儿童”的罪行。该罪行的构成元素为任何人（甲）故意向另一人（乙）作出以下任何一项行为，而乙是 13 岁以下的儿童：

- (a) 触摸乙而触摸是涉及性的；
- (b) 向乙射出精液；或
- (c) 向乙作出涉及性的射尿液或吐唾液行为。

我们亦建议订立一项“性侵犯 16 岁以下儿童”的同类罪行。

导致或煽惑儿童进行涉及性的行为

76. 小组委员会在上一份咨询文件中建议订立一项导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的罪行。我们认为应该订立一项儿童罪行，以对应该项未经同意下进行的罪行。我们觉得，任何人导致或煽惑儿童进行

任何形式涉及性的行为，都是构成罪行的行为，因此应该订立一项新的罪行涵盖这种行为。

建议 12： 建议新订罪行：导致或煽惑 13 / 16 岁以下儿童进行涉及性的行为

我们建议，新法例中应包括一项“导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪刑法令》第 8 条。²⁴

我们亦建议订立一项“导致或煽惑 16 岁以下儿童进行涉及性的行为”的同类罪行。

在儿童在场下进行涉及性的行为

77. 发生这种罪行的典型场景是一名恋童癖者明知有儿童在房间内观看他手淫或与另一人进行涉及性的行为，而藉此得到性快感。²⁵

儿童可能亲身在场或通过网络摄影机观看

78. 这项罪行旨在涵盖的情况，是有人在儿童在场下进行某种涉及性的行为。犯罪者进行涉及性的行为时，该名儿童可能是亲身在场，也可能是身在别处而影像是通过好像网络摄影机的途径看到的。

79. 在保护原则下，儿童应受保护免因以下情况而受性剥削：犯罪者为了得到性满足，或为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐而在儿童在场下进行涉及性的行为。同样地，犯罪者导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场亦属性剥削，儿童亦应就此受到保护。我们因此建议订立一项涉及 13 岁以下幼童的新罪行，以涵盖该等犯罪行为。我们亦建议订立一项涉及 16 岁以下儿童的同类罪行，以保护较年长儿童。

建议 13： 建议新订罪行：在 13 / 16 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为

我们建议，新法例中应包括一项“在 13 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 22 条。²⁶

²⁴ 《英格兰法令》第 8(1)条订明：
“如有以下情况，任何人即属犯 [导致或煽惑 13 岁以下儿童进行涉及性的行为] 罪——
(a) 他故意导致或煽惑另一人（乙）进行一项行为，
(b) 该项行为是涉及性的，及
(c) 乙为 13 岁以下。”

²⁵ Kim Stevenson, Anne Davies, and Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003*（牛津大学出版社，2004 年），第 66 页。

我们亦建议订立一项“在 16 岁以下儿童在场下进行涉及性的行为”的同类罪行。

导致儿童在第三者进行涉及性的行为期间在场，亦应构成上述两项罪行。此外，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

导致儿童观看性影像

80. 现时并无罪行涵盖导致幼童观看性影像的行为。按照保护原则，有需要订立新罪行，以保护幼童免受这种出于个人性动机的性剥削。因此，我们认为应该订立新罪行，以涵盖这种侵犯 13 岁以下幼童的行为。此外，现时亦无罪行涵盖导致较年长儿童观看性影像的行为，我们认为应该订立同类罪行，以涵盖有关行为。

建议 14： 建议新订罪行：导致 13 / 16 岁以下儿童观看性影像

我们建议，新法例中应包括一项“导致 13 岁以下儿童观看性影像”的罪行，其内容参照《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 23 条。²⁷

我们亦建议订立一项“导致 16 岁以下儿童观看性影像”的同类罪行。

被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使儿童感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 23(3)条中性影像的定义应予采纳。²⁸

²⁶ 《苏格兰法令》第 22(1)及(2)条订明：

“(1) 如任何人（‘甲’）——

(a) 故意进行涉及性的行为并且为了第(2)款所述目的而在一名未满 13 岁的儿童（‘乙’）在场下进行，或

(b) 故意并且为了第(2)款所述目的而导致乙在第三者进行涉及性的行为期间在场，甲即属犯一项称为导致幼童在涉及性的行为进行期间在场的罪行。

(2) 该等目的为——

(a) 得到性满足，

(b) 使乙感到受侮辱、困扰或惊恐。”

²⁷ 《苏格兰法令》第 23(1)及(2)条订明：

“(1) 如任何人（‘甲’）故意并且为了第(2)款所述目的而导致一名未满 13 岁的儿童（‘乙’）观看性影像，甲即属犯一项称为导致幼童观看性影像的罪行。

(2) 该等目的为——

(a) 得到性满足，

(b) 使乙感到受侮辱、困扰或惊恐。”

²⁸ 《苏格兰法令》第 23(3)条订明：

“就第(1)款而言，性影像指以下影像（不论以何种方式制作，亦不论是否活动影像）——

(a) 甲在进行涉及性的行为或第三者或假想的人在进行涉及性的行为，

(b) 甲的生殖器官或第三者或假想的人的生殖器官。”

安排或利便干犯儿童性罪行

81. 上述罪行涵盖的情况是任何人（甲）故意：

- (i) 安排或利便作出某项甲拟作出的行为；
- (ii) 安排或利便作出某项甲拟由另一人（乙）作出的行为；
- (iii) 安排或利便作出某项甲相信乙会作出的行为，

而该行为是在世界任何地方作出的，并且涉及干犯任何儿童罪行。

干犯有关罪行的例子

82. 以下是干犯有关罪行首两个部分的例子：某人（甲）接触代理人，要求代理人促使某儿童与甲本人或一个朋友进行涉及性的行为。在此情况下，不论上述涉及性的行为有否发生，亦已干犯有关罪行。²⁹

83. 以下是干犯有关罪行第三个部分的例子：甲故意开车接载另一人（X）与某儿童会面，而甲相信 X 会与该儿童进行涉及性的行为。³⁰

84. 我们认为，香港应订立同类罪行。建议订立的罪行可让有关当局及早行动，将采取预备步骤以安排或利便他人侵犯儿童的恋童癖者绳之于法。在加强保护儿童免受性剥削方面，这会是重要一步。应该注意，建议订立的罪行会涵盖安排或利便干犯涉及同意年龄以下儿童的罪行。换言之，该罪行会同样适用于 13 岁以下儿童及 16 岁以下儿童。

建议 15： 建议新订罪行：安排或利便干犯儿童性罪行

我们建议，新法例中应包括一项“安排或利便干犯儿童性罪行”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 14 条。³¹

就协助、教唆和怂使他人干犯儿童性罪行而言健康及治疗事宜属例外情况

85. 我们赞同有关看法，认为就性健康事宜（如避孕）向青年人提供协助、意见、治疗及支持的人，在正常情况下不应被视为协助和教唆他人

²⁹ 《2003 年性罪行法令》注释，第 24 段。

³⁰ 《2003 年性罪行法令》注释，第 24 段。

³¹ 《英格兰法令》第 14(1)条订明：

“(1) 如有以下情况，任何人即属犯 [“安排或利便干犯儿童性罪行”] 罪——

- (a) 该人故意安排或利便在世界任何地方作出某事情，而该事情是该人拟作出、拟由另一人作出或相信另一人会作出的，及
- (b) 作出该事情涉及干犯第 9 至 13 条所指的任何罪行。”

干犯刑事罪行。否则，医护人员便会有所顾忌，不敢就性事宜向青年人提供协助，而青少年也会怯于就性问题寻求适当的专业协助及意见。

建议 16：就协助、教唆和怂使他人干犯儿童性罪行而言健康及治疗事宜属例外情况

我们建议应就协助、教唆和怂使他人干犯涉及儿童的罪行订定例外情况，其内容参照英格兰《2003年性罪行法令》第14条，适用条件是有关的人旨在为下述目的行事：保护儿童以免其怀孕或感染经由性接触传染的疾病，保护儿童的人身安全，或向儿童提供意见以促进其情绪健康。

对一些涉及儿童的现有罪行的检视

86. 我们已在上文建议新订多项涉及儿童的罪行，下文将检视一些现有罪行，以考虑是否需要继续保留。

与年龄在 13 / 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 及 124 条）

87. 这两项现有罪行均指明性别，保护的是未足龄女童而非未足龄男童，并且只涵盖阴道性交而并不涵盖对儿童的肛门或口腔作出的插入式性侵犯。

建议 17：废除与年龄在 13 / 16 岁以下的女童性交的罪行

我们建议，在新法例制定后应废除与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 123 条）及与年龄在 16 岁以下的女童性交（《刑事罪行条例》第 124 条）的罪行。

向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为（《刑事罪行条例》第 146 条）

88. 这项罪行的一项元素是作出或煽惑他人作出严重猥亵作为。“严重猥亵作为”一词缺乏准确定义，而案例中对这词作出了多个可能的解释。按照法律必须清晰明确的原则，我们认为在新法例制定后应废除这项罪行。

89. 英格兰《1960年与儿童作出猥亵行为法令》(Indecency with Children Act 1960)第1条中的相应罪行已被废除。

建议 18: 废除向年龄在 16 岁以下的儿童作出猥亵行为的罪行

我们建议,在新法例制定后应废除《刑事罪行条例》第146条中向年龄在16岁以下的儿童作出猥亵行为的罪行。

男子与 21 岁以下女童作出肛交 (《刑事罪行条例》第 118D 条)

90. 首先,这项罪行指明性别,只涵盖与女童作出的肛门性交。其次,这项罪行与 *Leung TC William Roy v SJ*案中裁定可同意肛门性交的法定年龄(16岁)并不相符。³² 根据 *Leung TC William Roy*案的判决,只要两名同性伴侣均为16岁或以上,则他们进行肛交并非不合法。因此,如果两名异性伴侣中女方为16岁或以上但未满21岁,而他们不能合法进行经同意下的肛门性交,则对他们并不公平。

建议 19: 废除男子与 21 岁以下女童作出肛交的罪行

我们建议,在新法例制定后应废除《刑事罪行条例》第118D条中男子与21岁以下女童作出肛交的罪行。

涉及少年人的同性恋罪行

91. 现时有两项涉及少年人的同性恋罪行,即由16岁以下男子作出或与16岁以下男子作出同性肛交(《刑事罪行条例》第118C条),以及由16岁以下男子作出或与16岁以下男子作出严重猥亵作为(《刑事罪行条例》第118H条)。

92. 我们认为,香港法例不应继续保留该两项同性恋罪行。按照无分性别和避免基于性倾向而作出区别的原则,同性恋罪行应予废除。

建议 20: 废除由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出同性肛交及由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出严重猥亵作为的罪行

我们建议,在新法例制定后应废除由16岁以下男子作出或与16岁以下男子作出同性肛交(《刑事罪行条例》第118C条)及由16岁以下男子作出或与16岁以下男子作出严重猥亵作为(《刑事罪行条例》第118H条)的罪行。

³² *Leung TC William Roy v SJ*, [2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004, 原讼法庭。上诉法庭维持了有关裁决(CACV 317/2005)。

拐带罪行

93. 《刑事罪行条例》第 126 条规定，任何人将一名年龄在 16 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，即属犯罪。该条例第 127 条规定，任何人将一名年龄在 18 岁以下的未婚女童，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，使她与多名或某一名男子非法性交，即属犯罪。

94. 这两项拐带罪行可予批评之处，是两项罪行指明了性别，但欠缺合理理由解释为何只适用于女童而不适用于男童。

95. 由于两项拐带罪行在关乎女童参与涉及性的行为方面区分未婚及已婚女童，因此已不合时宜。再者，两项罪行亦意味着如果未婚女童选择离家以进行性行为，必须取得监护人或父母的批准。

96. 英格兰及韦尔斯已在 2003 年废除上述两项以英格兰《1956 年性罪行法令》的同类条文作为蓝本的拐带罪行。³³

97. 我们并未发现有任何法庭案件的控罪涉及第 126 及 127 条中的两项拐带罪行，至少过去十年间没有。有鉴于此，似乎没有实际理由保留该两项罪行。

建议 21： 废除拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童及拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人性交的罪行

我们建议，在新法例制定后应废除拐带年龄在 16 岁以下的未婚女童（《刑事罪行条例》第 126 条）及拐带年龄在 18 岁以下的未婚女童为使她与人性交（《刑事罪行条例》第 127 条）的罪行。

第 8 章：为性目的诱识儿童

引言

98. 为性目的诱识儿童，是指恋童癖者为了对儿童作出构成性罪行的行为而“诱识”儿童的现象。恋童癖者会藉多次与儿童沟通来进行诱识，以博取儿童的信任和信心。这通常会以电子方式进行，并且普遍采用流动电话或互联网。恋童癖者最终会安排与儿童会面，并意图在会面时对儿童作出性侵犯。

³³ 见《2003 年性罪行法令》附表 7。

99. 英格兰及韦尔斯在 2003 年率先订立专门针对为性目的诱识儿童的罪行。也有其他司法管辖区制定了法例订立类似罪行，包括在 2005 年立法的新西兰及苏格兰，以及在 2007 年立法的澳大利亚新南威尔士及新加坡。

有需要立法针对为性目的诱识儿童的行为³⁴

- 儿童及少年人越来越多使用互联网
- 狎弄儿童及恋童癖罪行性质严重但常被严重低报
- 应在侵犯儿童的性罪行实际发生前采取预防措施

100. 订立关于为性目的诱识儿童的法例，好处在于让警方能及早采取行动，对有迹象显示有儿童及少年人受到侵犯或将会受到侵犯的个案作出调查。这可在侵犯儿童及少年人的性罪行实际干犯之前予以制止，又可阻吓意欲犯案的性捕猎者，并且更能保护儿童及少年人免受性剥削。

101. 以一些个案为例，如果父母或较年长的朋友得悉某儿童正被诱识，他们可向警方报案。之后警方便可及早采取行动，在互联网上作出调查及防止有人对该儿童干犯任何性罪行。即使没有足够证据控告，警方对诱识儿童的案件作出调查的行动，对罪犯也会有阻吓之效。

英格兰罪行的元素

102. 英格兰为性目的诱识儿童罪的基要元素如下：

- 一名 18 岁或以上的人（甲）故意与一名 16 岁以下的儿童（乙）会面或意图与乙会面而出行；
- 甲先前曾与乙会面或通讯至少两次；
- 甲意图在会面期间或为与乙会面而出行时对乙干犯性罪行；
- 甲并非合理地相信乙为 16 岁或以上。

103. 这项罪行属于预防性质的罪行，意图干犯的性罪行不一定要发生才会导致触犯这项罪行。

³⁴ 见咨询文件第 8.5 至 8.11 段。

新罪行应否要求先前的会面或通讯只为一次或至少两次？

104. 有关争议是新罪行应否要求犯罪者先前曾与受害儿童会面或通讯，只为一次（新西兰及苏格兰的模式）或至少两次（英格兰及新加坡的模式）。我们认为“诱识”是一个长期、有计划和持续的过程，如果只要求先前曾与有关少年人会面或通讯一次便可构成犯罪，未免过于苛刻。故此，我们不赞成采用新西兰及苏格兰的模式。

105. 我们认为新罪行应如此构成：犯罪者在先前曾与某儿童会面或通讯至少两次后，进而与该儿童会面或为与该儿童会面而出行，并意图对该儿童干犯性罪行。

新罪行的构成是否也应包括安排出行？

106. 新西兰所订的为性目的诱识儿童罪，其构成也包括意图与儿童会面而安排出行。

107. 我们认为新西兰模式有可取之处。将安排出行包括在内，便不需要就难以证明的企图犯罪行为作出证明。我们认为应采用新西兰模式，这样就不会牵涉到有关企图犯罪行为的法律方面的问题。

新西兰有关为性目的诱识儿童的法例中的假装少年人条文

108. 新西兰有关为性目的诱识儿童的法例于 2011 年进行改革，以便警方透过秘密乔装行动来捉拿犯罪者（尤其是网上诱识儿童者）。

109. 新的假装少年人条文，容许在以下情况作出检控：被控人相信自己正在与一名 16 岁以下的人通讯，但事实上他或她正在与一名以乔装身分行事的警员通讯。³⁵

110. 我们认为新西兰的假装少年人条文有可取之处。就着为性目的诱识儿童的案件而言，被恋童癖者诱识的儿童或会在调查中拒绝与警方合作。为了有效地调查案件，警务人员可假扮儿童与诱识者通讯。警方可防患于未然，在儿童实际上被性侵犯前提拿诱识者。

对儿童年龄的合理相信问题，应属于罪行构成元素还是免责辩护？

111. 在大部分为性目的诱识儿童的案件中，被控人和儿童之间都没有身体接触。故此，被控人可能难以采取合理步骤确定有关儿童是否为 16 岁或以下。此外，为性目的诱识儿童的案件对儿童的伤害较其他案件为

³⁵ 新西兰司法部报告书：《刑事罪行修订法案（第 2 号）》（Crimes Amendment Bill (No. 2)）（2011 年 7 月），第 5 页。

少，因为该罪行属于预防性质的罪行，而且并非因受害人受到实际伤害而要惩处被控人。要求被控人证明他合理地相信儿童的年龄，未免太过苛刻。因此我们认为，为性目的诱识儿童的罪行应采用罪行构成元素模式，也就是说控方将有举证责任，须在无合理疑点下证明被控人并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上。

建议 22： 建议新订罪行：为性目的诱识儿童

我们建议，新法例应包括一项“为性目的诱识儿童”的罪行，其内容参照英格兰《2003 年性罪行法令》第 15 条。

我们亦建议，除了与儿童会面或意图与儿童会面而出行外，意图与儿童会面而安排出行也可构成为性目的诱识儿童。

我们亦建议，被控人在罪行发生时并非合理地相信有关儿童为 16 岁或以上，应属罪行构成元素。

我们亦建议，应采用新西兰《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)条中的“假装少年人”条文。

第 9 章： 现有关乎精神上无行为能力的人的罪行概览及所出现的问题

现有罪行

112. 现时，《刑事罪行条例》第 118E、118I、125 及 128 条和《精神健康条例》65(2)条订有关于精神上无行为能力的人的特定罪行。（有关下文所载罪行的进一步阐述，参阅咨询文件。）

男子与精神上无行为能力的人作出肛交

113. 根据《刑事罪行条例》第 118E 条，任何男子与一名精神上无行为能力的人作出肛交，即属犯罪。然而，该名男子如不知道亦无理由怀疑对方是精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。³⁶ 此外，该名男子如“与或基于合理理由而相信他与一名女子为已婚夫妇”，亦不会因与该名精神上无行为能力的女子作出肛交而犯此罪行。³⁷

³⁶ 《刑事罪行条例》第 118E(2)条。

³⁷ 《刑事罪行条例》第 118E(3)条。

男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为

114. 根据《刑事罪行条例》第 118I 条，任何男子与另一名属精神上无行为能力的人的男子作出严重猥亵作为，即属犯罪。

115. 然而，该名男子如不知道亦无理由怀疑对方属精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。³⁸

男子与精神上无行为能力的女子性交

116. 根据《刑事罪行条例》第 125 条，任何男子与一名精神上无行为能力的女子非法性交，即属犯罪。

117. 然而，该名男子如不知道亦无理由怀疑该名女子是精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。³⁹

拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为

118. 根据《刑事罪行条例》第 128 条，任何人将一名精神上无行为能力的人，在违反其父母或监护人的意愿的情况下，从其父母或监护人的管有下带走，意图使该精神上无行为能力的人作非法的性行为，即属犯罪。

119. 然而，该人如不知道亦无理由怀疑对方是精神上无行为能力的人，则不会犯此罪行。⁴⁰

与病人性交

120. 《精神健康条例》（香港法例第 136 章）第 65(2)条订有“与病人性交”的罪行，涵盖的情况是精神病院、惩教署精神病治疗中心或全科医院的男性人员或雇员与女病人非法性交。该罪行的干犯者限于男性，并只涵盖插入式涉及性的行为。

第 10 章：就改革与精神缺损人士有关的法例考虑可采纳的模式

引言

121. 在本章中，我们就改革与精神缺损人士有关的法例而考虑可采纳哪些模式。⁴¹

³⁸ 《刑事罪行条例》第 118I(2)条。

³⁹ 《刑事罪行条例》第 125(2)条。

⁴⁰ 《刑事罪行条例》第 128(2)条。

122. 香港和海外现行法例的检讨显示，与精神缺损人士进行涉及性的行为的罪行可分为两大类。

第一类——反映与某些类别的精神缺损人士进行涉及性的行为是绝对被禁的罪行

123. 在香港，这个分类见于下述情况：一名精神缺损人士如符合精神上无行为能力的人的定义，⁴² 与这人进行某些界定类别的涉及性的行为即属违法。有关罪行的例子有：男子与精神上无行为能力的人作出肛交、⁴³ 男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为、⁴⁴ 男子与精神上无行为能力的女子性交，⁴⁵ 以及拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为。⁴⁶

124. 这个分类的更多例子可见于澳大利亚某些州份（南澳大利亚、西澳大利亚及昆士兰）的法例。

第二类——反映精神缺损人士可能被剥削的罪行

(a) 犯罪者使用特定手段取得这些精神缺损人士的同意

125. 有关例子可见于英格兰及韦尔斯的法例中针对剥削手段的条文，而剥削手段包含诱使、威胁或欺骗。

(b) 涉及在以下地方照顾精神缺损人士而进行的剥削

(i) 在指明院所之内

(ii) 在指明院所之外

126. 同样地，(b)(i)及(b)(ii)两项的例子都可见于英格兰及韦尔斯的法例中。

⁴¹ 在本咨询文件中，精神缺损人士是作为一般词语使用，相对于《刑事罪行条例》（第 200 章）第 117(1)条中所特别界定的精神上无行为能力的人。

⁴² 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 117(1)条订明：

“精神上无行为能力的人指《精神健康条例》(第 136 章)所指的精神紊乱的人或弱智人士，而其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。”

⁴³ 《刑事罪行条例》第 118E 条。

⁴⁴ 《刑事罪行条例》第 118I 条。

⁴⁵ 《刑事罪行条例》第 125 条。

⁴⁶ 《刑事罪行条例》第 128 条。

(c) 就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系而引起的剥削

127. 这个情况见于加拿大的法例。有关法例订有特定的罪行，规定如犯罪者就受影响的精神缺损人士滥用其受信任或权威地位或受养关系，即属犯罪。

考虑第一类罪行

128. 在很多司法管辖区（包括香港），某些罪行纯粹是基于精神缺损此因素而订立。然而，这个模式会有一个问题，就是没有对精神缺损人士的性自主权给予适当的尊重。在香港，举例说精神上无行为的人的定义并非基于有关的人欠缺给予同意的行为能力或能力。

129. 在另一方面，苏格兰的法例是基于有关的精神缺损人士是否有给予同意的行为能力，故而据此承认其性自主权。

130. 在该地，与精神缺损人士进行涉及性的行为，为一般未经同意下进行（即必须证明并无同意）的罪行（例如强奸、以插入方式性侵犯、性侵犯）所涵盖。在决定一项未经同意下进行的罪行是否适用于某一个案时，需要问的问题是该精神缺损人士是否有行为能力对有关行为给予同意。

131. 我们过往曾就性罪行中的同意问题提出意见，并对苏格兰用以保护精神缺损人士的处理方法深感兴趣。本小组委员会在上一份咨询文件中曾写道：⁴⁷

“我们建议新法例应包括一项条文，规定任何人如因精神状况、神智不清或年龄（视属何情况而定）而不能作出以下一项或多项事情，即属无行为能力对涉及性的行为给予同意：

(a) 明白该行为是甚么；

(b) 就自己是否进行该行为（或就该行为应否进行）而作出决定；或

(c) 传达任何上述决定。”（底线后加）

132. 我们认为第一类罪行可归入小组委员会过往所建议的一般“未经同意”的模式之下。选取了这个模式，便不需要纯粹基于精神缺损而订

⁴⁷ 香港法律改革委员会，《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》咨询文件（2012年9月），建议4。

立特定的罪行。在提出检控时，大可采用我们在上一份咨询文件中所建议订立的一般未经同意下进行的性罪行。

考虑第二类罪行

针对犯罪者使用特定手段取得精神缺损人士的同意而剥削后者的罪行 (第二类(a)分类的罪行)

133. 这些罪行适用于某些精神缺损人士，即其精神缺损程度未严重至对涉及性的行为不能给予同意者。虽然他们具有给予同意的行为能力，但他们的“同意”是由犯罪者使用剥削手段不恰当地取得的。

134. 举例说，这类罪行会涵盖下述情况：犯罪者（甲）是一家快餐店的常客，而乙是受雇于该快餐店的精神缺损人士。甲从他经常与乙的交往中知道乙患有精神病。甲向乙作出馈赠，为诱使她同意进行涉及性的行为（例如让他对她作出涉及性的触摸，或同意与他进行涉及性的行为）。由于乙是精神缺损人士，她应获得保护，免受甲使用特定的剥削手段取得她的“同意”而对她作出性剥削。

应如何描述剥削手段？

135. 在《英格兰法令》中，剥削手段被描述为由犯罪者“提供或给予诱因，作出威胁或欺骗”，⁴⁸ 目的是要取得易受伤害的人的“同意”以进行涉及性的行为。

136. 在某些其他国家的法例中，使用不同的词语来描述剥削手段：新西兰（“利用该缺损情况”）、⁴⁹ 新加坡（“甲为达该目的而提供或给予诱因，作出威胁或欺骗”）、⁵⁰ 澳大利亚的新南威尔士（“利用该人的认知缺损”）。⁵¹

137. 我们认为新西兰和新南威尔士法例的描述过于含糊，故而赞成使用英格兰和新加坡法例相类似的描述。后两者皆以明晰的字眼描述三种被视为属于剥削性的取得同意的手段，即(i)提供或给予诱因，(ii)作出威胁，或(iii)欺骗。

138. 英格兰罪行因有更广阔的涵盖范围而能给予精神缺损人士更大的保护，故此我们赞成采用这一系列的英格兰罪行。

⁴⁸ 见《英格兰法令》第 34(1)(c)、35(1)(a)、36(1)(d)及 37(1)(c)条。

⁴⁹ 新西兰《1961年刑事罪行法令》(Crimes Act 1961)，第 138 条。

⁵⁰ 新加坡《刑事法典》(Penal Code)，第 376F 条。

⁵¹ 新南威尔士《1900年刑事罪行法令》(Crimes Act 1900)，第 66F(3)条。

实际知悉或法律构定知悉精神紊乱一事

139. 这类罪行的其中一个元素，是被控人必须实际知悉或法律构定被控人知悉受害人是精神紊乱的人。⁵²

140. 由于这些人的精神缺损程度可能不算是十分严重，其他人未必能够从他们的行藏举止中得知他们患有精神病。假如被控人实际不知悉或法律构定被控人不知悉进行涉及性的行为的另一方患有精神病，则被控人不应为此承担法律责任会是对被控人公平的。因此，我们认为应有这样的一项规定。

针对精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾时被剥削的罪行 (第二类(b)分类的罪行)

141. 这类罪行涵盖精神缺损人士的照顾者所涉及性的行为。任何精神缺损人士的照顾者与该精神缺损人士进行某种形式涉及性的行为，都关涉这些罪行。有关的精神缺损人士可以是在指明院所之内或之外接受照顾。

142. 香港现行法例有一不足之处，就是未能为精神缺损人士提供足够的保护，使他们免受照顾者作出性剥削。这些罪行的订立正是要弥补此一不足之处。因此，我们赞成采用这类罪行。

照顾关系存在的情况

143. 这类罪行适用于照顾关系存在的情况，因此有需要界定在甚么情况下会有此种关系存在。

144. 我们认为采用英格兰法例来裁定照顾关系存在的情况，会有其好处。英格兰法例就精神缺损人士有可能受到照顾者性剥削的情况，涵盖广泛的类别。

145. 在我们看来，就精神缺损人士所获提供的照顾而言，照顾关系应存在于两种情况：

在指明院所内照顾精神缺损人士

146. 第一，这类罪行应涵盖在指明院所内接受照顾的精神缺损人士。这类人应受保护，使他们免受下述的人对他们作出任何形式涉及性的行为：“不论是否受雇于一所指明院所的人，而该人在该指明院所履行职责或提供志愿服务”（以《英格兰法令》第 42(2)(b)及 42(4)(a)条为蓝本并作变通修改）。属第一种情况的罪行所涵盖的范围，会包括在指明院所履

⁵² 《英格兰法令》，第 34(1)(d)、35(1)(d)、36(1)(f)及 37(1)(d)条。

行职责的人，不论其是否有关院所的雇员，对精神缺损人士作出性剥削。这些罪行亦会涵盖在指明院所提供服务的义工所作出的性剥削。这样做可以防止犯罪者在提供志愿服务的幌子下试图性剥削精神缺损人士。然而，纯粹到访指明院所而并非在院所内履行职责的访客不会包括在内。

147. 至于所涵盖的指明院所类别，我们认为应在订立新法例时由政府当局决定。此事适宜由政府当局与相关的持份者合作，以作决定。

在指明院所之外照顾精神缺损人士

148. 第二，这类罪行应涵盖下述情况：任何人（甲）“是就乙的精神紊乱或弱智而向乙提供照顾、协助或服务的人”（以《英格兰法令》第42(4)(a)条为蓝本并作变通修改）。

149. 第二种情况会涵盖在指明院所之外提供照顾的人。

照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例外情况

150. 如果提供照顾者与精神缺损人士已有婚姻关系，可以此作为法律责任的例外情况。根据《英格兰法令》第43(1)条所订的例外情况，任何人（甲）不会承担这类罪行下的法律责任，条件是该名精神缺损人士（乙）为16岁或以上；及甲与乙已有婚姻关系。

151. 英国内政部检讨小组（Home Office Review Group）指出这项例外情况的理据如下：

“其中一个有潜在难题的范畴，是有关照顾是由家庭中的丈夫或妻子或由长期关系中的伴侣所给予的情况。这些关系是涉及性的，并在疾病、意外或认知障碍症发生前早已存在。假如个别人士仍有一定程度的给予同意的行为能力，而我们却闯入这些人的二人私生活中，这样做会是错误和不合理的。因此，在照顾者与病人已有婚姻关系或既存性关系的情况下，他们的行为不应构成罪行，这点至为重要。”⁵³

152. 我们赞同检讨小组的看法，并认为应该订有这项例外情况。

153. 根据《英格兰法令》第44(1)及(2)条所订的另一项例外情况，任何人（甲）不会承担这类罪行下的法律责任，条件是甲与该名精神缺损人士（乙）紧接在甲开始照顾乙之前已存在合法的性关系（其照顾形式符合第42条所界定的照顾关系）。

⁵³ 英国内政部，*Setting The Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000年7月），第4.8.17段。

154. 这项例外规定会涵盖下述情况：甲与乙是未婚伴侣（例如男女朋友），紧接在乙开始患有精神病之前或乙开始由甲照顾之前两人已有合法的性关系；而甲与乙继续有性关系。这项例外情况适用于合法的性关系，但只适用于甲与乙既存的双方同意的性关系。

155. 我们认为，对于早于照顾关系存在的性关系，应订有例外情况。否则，先前与一名精神缺损人士已有性关系的人可能怕惹官非而不敢照顾该名精神缺损人士。这类罪行适用于有行为能力对涉及性的行为给予同意的精神缺损人士。这项例外情况容许双方同意的性关系在精神缺损人士开始患有精神病之后或开始由另一人照顾之后继续存在，藉此让这些精神缺损人士能够行使其性自主权。

156. 我们认同有理据支持这项例外情况，但亦感“紧接在甲开始照顾乙之前”的规定订得太紧。我们认为这项例外情况应适用于甲与乙之间“在甲开始向乙提供照顾、协助或服务之前的一段合理时间之内”已存在的合法的性关系。如果男女朋友在其中一方开始患有精神病或由另一方照顾之前已有双方同意的性关系，则并无充分理由说不应容许他们继续有这种关系。

加拿大法例：就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系而可能引起的剥削 (第二类(c)分类的罪行)

157. 在一些剥削个案中，可能不存在“照顾关系”，但犯罪者却就精神缺损人士滥用其受信任或权威地位或受养关系。加拿大法例订立了一项罪行以针对这些个案。

对残障人士性剥削

158. 在加拿大，该国的《刑事法典》（Criminal Code）第 153.1(1)条订立了以下一项罪行：任何人如对一名精神或身体残障人士而言处于受信任或权威地位，或有受养关系，并因此而对该人性剥削，即属犯罪。

应否采用加拿大模式？

159. 这项加拿大罪行的涵盖面比英格兰法例所订罪行更为广阔。它扩及受信任或权威地位或受养关系，而英格兰法例只涵盖照顾关系。举例来说，加拿大模式涵盖监护人、教师或其他专业人士滥用其与精神缺损人士相关的地位或关系的行为。我们认为适宜以法例来处理这项滥用，因此建议应扩阔英格兰罪行以涵盖这些行为。

160. 英格兰罪行经扩阔后，会涵盖由以下情况所引起的剥削行为：(i) 在指明院所之内或之外照顾精神缺损人士；及(ii)就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系。第(ii)种情况包含以下元素：(a)犯罪者与精神缺损人士之间存在受信任或权威地位或受养关系；(b)犯罪者滥用这种地位或关系；及(c)犯罪者实际知悉或法律构成犯罪者知悉对方是精神缺损人士。

关于第二类罪行的结论

161. 经考虑上述事宜后，我们赞同采用第二类罪行。订立这些罪行，可在下述两者之间取得适当的平衡：一方面要尊重精神缺损程度未严重至没有行为能力给予同意的人的性自主权，另一方面要保护他们免受犯罪者利用剥削手段或因有不平衡的关系而对他们性剥削。

第 11 章：新法例中涉及精神缺损人士的性罪行

引言

162. 在第 10 章中，我们就改革与精神缺损人士有关的法例而考虑可采纳的模式。

163. 我们在下文建议订立一系列涉及精神缺损人士的新罪行，而这些建议是与上述考虑结果一致的。我们亦会因应有关建议而考虑应否废除一些现有罪行，以及应否以某种形式保留或修订精神上无行为能力的人的现行定义。

(A) 针对犯罪者使用特定手段取得精神缺损人士的同意而剥削后者的罪行：

164. 我们建议订立一系列的新罪行，以针对犯罪者使用剥削手段取得那些具有某程度行为能力给予同意的精神缺损人士的同意而可能对后者进行剥削。

165. 现时并无任何罪行针对这些剥削行为。在现有罪行中，也没有罪行顾及那些具有行为能力给予同意的精神缺损人士的性自主权。

以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为

166. 这项建议新订的罪行是以英格兰《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003, 简称《英格兰法令》)第 34(1)条中的罪行，即“以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神紊乱的人进行涉及性的行为”罪为蓝本。

167. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人对一名精神缺损人士作涉及性的触摸，而他以诱使、威胁或欺骗手段取得该名精神缺损人士的同意。

建议 23： 建议新订罪行：以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段促致与精神缺损人士进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003年性罪行法令》第34(1)条。

我们亦建议，这项建议订立的罪行应同时涵盖插入式和非插入式涉及性的行为。

以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为

168. 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第35(1)条中的罪行，即“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人进行或同意进行涉及性的行为”罪为蓝本。

169. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人以诱使、威胁或欺骗手段导致一名精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为。

建议 24： 建议新订罪行：以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士进行或同意进行涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003年性罪行法令》第35(1)条。

进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神缺损人士在场

170. 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第36(1)条中的罪行，即“进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神紊乱的人在场”罪为蓝本。

171. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人在一名精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。为构成这项建议订立的罪行，该名精神缺损人士应是由于犯罪者以诱使、威胁或欺骗手段取得其“同意”而在场的。

建议 25： 建议新订罪行：进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神缺损人士在场

我们建议，新法例中应包括一项“进行涉及性的行为并以诱使、威胁或欺骗手段促致精神缺损人士在场”的罪行，其内容参照英格兰《2003年性罪行法令》第36(1)条。

为构成这项罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看性行为

172. 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第37(1)条中的罪行，即“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神紊乱的人观看性行为”罪为蓝本。

173. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人导致一名精神缺损人士观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。为构成这项建议订立的罪行，该名精神缺损人士应是由于犯罪者以诱使、威胁或欺骗手段取得其“同意”而观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像。

建议 26： 建议新订罪行：以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看涉及性的行为

我们建议，新法例中应包括一项“以诱使、威胁或欺骗手段导致精神缺损人士观看涉及性的行为”的罪行，其内容参照英格兰《2003年性罪行法令》第37(1)条。

为构成这项罪行，被控人行为的目的应是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

(B) 针对精神缺损人士在指明院所之内或之外受照顾时被剥削，以及有人就精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系的罪行：

与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为 (i) 是由照顾他或她的人所作出，或 (ii) 牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系

174. 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第38(1)条中的罪行，即“照顾人员与精神紊乱的人进行涉及性的行为”罪为蓝本。

175. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而对该名精神缺损人士作出涉及性的触摸或插入行为。

建议 27： *建议新订罪行：与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系*

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“与精神缺损人士进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

这项建议订立的罪行应涵盖涉及性的触摸或插入行为。

导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系

176. 这项建议新订的罪行是以《英格兰法令》第 39(1)条中的罪行，即“照顾人员导致或煽惑进行涉及性的行为”罪为蓝本。

177. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而导致或煽惑该名精神缺损人士进行涉及性的行为。

建议 28： *建议新订罪行：导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系*

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“导致或煽惑精神缺损人士进行涉及性的行为，而有关的导致或煽惑行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系

178. 这项建议订立的罪行是以《英格兰法令》第 40(1)条中的罪行，即“照顾人员在精神紊乱的人在场下进行涉及性的行为”罪为蓝本。

179. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而在该名精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

建议 29： *建议新订罪行：在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系*

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“在精神缺损人士在场下进行涉及性的行为，而该项行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

为构成这项建议订立的罪行，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系

180. 这项建议订立的罪行是以《英格兰法令》第 41(1)条中的罪行，即“照顾人员导致精神紊乱的人观看涉及性的行为”罪为蓝本。

181. 这项建议订立的罪行会涵盖下述情况：任何人照顾一名精神缺损人士，或对该名精神缺损人士滥用受信任或权威地位或受养关系，而导致该名精神缺损人士观看第三者进行涉及性的行为或任何人进行涉及性的行为的影像，目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

建议 30： *建议新订罪行：导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系*

我们建议，新法例中应包括以下一项罪行：“导致精神缺损人士观看涉及性的行为，而有关的导致行为（i）是由照顾他或她的人所作出，或（ii）牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系”。

为构成这项建议订立的罪行，被控人行为的目的是为了得到性满足，为了使该名精神缺损人士感到受侮辱、困扰或惊恐，或为了上述任何组合的目的。

照顾关系存在的情况

建议 31： 关于照顾关系存在的情况的建议定义

我们建议，如任何人（甲）照顾一名精神缺损人士（乙），则照顾关系应存在于以下两种情况之一：

第一，甲是不论是否受雇于一所指明院所的人，而甲在该指明院所履行职责或提供志愿服务。

第二，甲是就乙的精神病而向乙提供照顾、协助或服务的人。

我们又建议，指明院所的涵义应在订立新法例时由政府当局决定。

法律责任的例外情况

建议 32： 照顾者及精神缺损人士已有婚姻关系或既存关系的例外情况

我们建议，就建议新订的涵盖照顾关系存在的情况的罪行，应为法律责任订立例外情况：（i）精神缺损人士与照顾他或她的人已有婚姻关系；或（ii）在照顾关系开始之前两人之间已有合法的性关系。

我们又建议，就既存的性关系所订的例外，应适用于下述情况：在某人开始为一名精神缺损人士提供照顾、协助或服务之前的一段合理期间，两人之间已存在合法的性关系。

知悉有精神病

建议 33： 关于知悉有精神病一事的规定

我们建议，为构成所有建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应规定被控人实际知悉或法律构成被控人知悉受害人是精神缺损人士。

建议 34： 有关被控人知悉受害人有精神病一事的证据上的举证责任

我们建议，就建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，凡是涵盖照顾关系存在的情况，以及牵涉滥用受信任或权威地位或受养关系的，应订有条文，就被控人知悉受害人有精神病一事对被控人施加证据上的举证责任，其内容参照英格兰《2003 年性罪刑法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)条。

精神上无行为能力的人的定义

182. 《刑事罪行条例》第 117(1)条就该条例第 XII 部的性罪行而界定何谓精神上无行为能力的人。

183. 《刑事罪行条例》第 117(1)条订明，精神上无行为能力的人指：

“《精神健康条例》（第 136 章）所指的精神紊乱的人或弱智人士，而其精神紊乱或弱智（视属何情况而定）的性质或程度令他没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。”

184. 因此，精神上无行为能力的人的上述定义包含两个部分：

- (i) 《精神健康条例》（第 136 章）所界定的精神紊乱的人或弱智人士；及
- (ii) 没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事。

只保护精神缺损程度较为显著者

185. 由于精神上无行为能力的人的现行定义第二部分规定，精神紊乱的人或弱智人士必须是“没有能力独立生活或没有能力保护自己免受他人严重利用，或将会令他在到达应独立生活或保护自己免受他人严重利用的年龄时没有能力如此行事”，因此这个定义只适用于精神缺损程度较为显著的人。

186. 精神上无行为能力的人的现行定义仍有未完善之处。假如受害人未能符合定义第二部分的高要求，他或她便不能归类为精神上无行为能力的人，以致未能获得充分保护免受他人利用。我们所建议新订的罪行一方面要尊重精神缺损程度未严重至没有行为能力给予同意的人的性自主权，

另一方面要保护他们免受性方面的利用，力求在两者之间取得适当的平衡。因此，我们建议应在新法例关于精神缺损人士的定义中移除有关定义的第二部分，使到建议新订的涉及精神缺损人士的罪行适用于任何精神紊乱的人或弱智人士。

建议 35： *建议新订的涉及精神缺损人士的罪行应适用于精神紊乱的人或弱智人士*

我们建议，建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应适用于精神紊乱的人或弱智人士（如《精神健康条例》所界定者）。

应否继续使用“精神上无行为能力的人”这个现有词语来描述精神缺损人士？

187. “精神上无行为能力的人”这个现有词语的主要缺点，是它提述一个人在精神上是“无行为能力”的。照字面意思来说，它即指一个人有严重的精神缺损以致在精神上完全没有行为能力。“精神上无行为能力的人”和其英文对应词“mentally incapacitated person”同样地表达相同的涵义。然而，我们在本章中所建议新订的罪行，会适用于有某程度精神缺损但仍有行为能力对涉及性的行为给予同意的人。假如在新法例中继续使用这个现有词语但不提述“无行为能力”的定义部分，这会对公众造成混淆。再者，“精神上无行为能力的人”一词似乎已过时，在海外同类法例中不再使用。

188. 我们认为应使用一个新词代替；然而，在新法例中应使用哪个词语，或许应留待法律草拟人员决定。在选择适当用词的事上，法律草拟人员会比我们更加胜任。

建议 36： *使用哪个词语来描述精神缺损人士应留待法律草拟人员决定*

我们建议，关于在新法例中使用哪个词语来描述精神缺损人士的问题，应留待法律草拟人员决定。

检讨某些现行涉及精神缺损人士的罪行

男子与精神上无行为能力的人作出肛交、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为、男子与精神上无行为能力的女子性交

189. 男子与精神上无行为能力的人作出肛交以及男子与精神上无行为能力的女子性交这两项罪行，皆指明性别。男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为，则属指明性别和基于性倾向而订立的罪行。这些罪

行有违无分性别和避免基于性倾向而作出区别的原则，因此应予废除。至于这些罪行所涵盖的行为，会包括在上一份咨询文件所建议的一般未经同意下进行的性罪行，及 / 或在上文所建议涉及精神缺损人士的罪行之内。建议新订的罪行都是无分性别的。

建议 37： 应废除这几项罪行：男子与精神上无行为能力的人作出肛交、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为，以及男子与精神上无行为能力的女子性交

我们建议，在新法例制定后应废除这几项罪行：男子与精神上无行为能力的人作出肛交（《刑事罪行条例》第 118E 条）、男子与精神上无行为能力的男子作出严重猥亵作为（《刑事罪行条例》第 118I 条），以及男子与精神上无行为能力的女子性交（《刑事罪行条例》第 125 条）。

拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为

190. 一项相类似的罪行（原载于《1956 年性罪行法令》第 21 条），于 2003 年在英格兰及韦尔斯被废除。⁵⁴

191. 我们并未发现有任何法庭案件的控罪涉及这项罪行，至少在过去数十年间没有。有鉴于此，似乎没有实际理由保留这项罪行。由于我们已建议新订整个系列的涉及精神缺损人士的罪行，因此废除成文法中的这项罪行不会减损对精神缺损人士的保护。

建议 38： 应废除拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为的罪行

我们建议，在新法例制定后应废除拐带精神上无行为能力的人离开父母或监护人为使其作出性行为的罪行（《刑事罪行条例》第 128 条）。

与病人性交（《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2) 条）

192. 这项罪行涵盖下述情况：精神病院、惩教署精神病治疗中心的任何男性人员或雇员，与羁留在该处的女子非法性交；或精神病院或全科医院的任何男性人员或雇员，与因精神紊乱而正在接受治疗的女子非法性交。这项罪行可被批评为指明性别和只涵盖插入式涉及性的行为。

⁵⁴ 见《2003 年性罪行法令》附表 7。

建议 39： 应废除与病人性交的罪行

我们建议，在新法例制定后应废除《精神健康条例》（第 136 章）第 65(2)条所订与病人性交的罪行。

第 12 章：就改革涉及滥用受信任地位的性罪行考虑可采纳的模式

引言

193. 小组委员会已在第 7 章建议订立一系列旨在保护 16 岁以下儿童的罪行。这些罪行可保护未达同意年龄的儿童。进一步要探讨的，是有关保护 16 岁或以上但未满 18 岁（即 16 及 17 岁）少年人的议题。这些少年人过了同意年龄但又还不是成年人。他们因为岁数超过同意年龄而不受保护。

194. 海外有些国家已就受信任地位订立法例以保护 16 及 17 岁的少年人。这些国家采用了两种不同的模式。

第一种模式：以详尽清单界定受信任地位

195. 这模式的典型例子为新南威尔士（澳大利亚）、英格兰及韦尔斯以及苏格兰的法例。在这模式下，各种产生受信任地位的关系均已在法例中以详尽清单列明。

第二种模式：不界定受信任地位

196. 在加拿大，该国的《刑事法典》第 153(1)条订立了一项性剥削罪行。该罪行涵盖下列人士对少年人进行的性剥削：(i)相对于少年人而言处于受信任或权威地位的人、(ii)与少年人之间存在受养关系的人，或(iii)在关系上可剥削少年人的人。

197. 加拿大法例并没有界定何谓受信任或权威地位及何谓受养关系。加拿大最高法院在 *R v Audet* 案⁵⁵ 中裁定，在没有法定定义的情况下，这些词语应按其一般涵义来解释。

⁵⁵ 加拿大最高法院在 *R v Audet* [1996] 2 S.C.R.171 案中，就加拿大《刑事法典》第 153.1 条所订的性剥削少年人罪解释了这些词语的涵义。

支持立法保护 16 及 17 岁的少年人的论点⁵⁶

- 保护原则⁵⁷
- 良好作业方式及专业守则不能提供足够的保护
- 少年人给予的同意不可被视为真确
- 海外司法管辖区已有法例
- 法例并非禁止所有涉及性的行为

反对立法保护 16 及 17 岁的少年人的论点⁵⁸

- 真实关系应获理解
- 16 及 17 岁少年人已有足够成熟程度作出选择

我们在这个议题上的意见

198. 对于应否制定法例以保护 16 岁或以上但未满 18 岁的少年人的问题，各有支持和反对的论点，亦必然有分歧的意见。事实上，小组委员会在审议这个议题的过程中意见分歧，因此认为应就这些议题咨询公众。

建议 40： 有关应否立法保护 16 岁或以上但未满 18 岁少年人的议题，应交由香港社会考虑

我们认为，有关应否立法保护 16 岁或以上但未满 18 岁少年人的议题，应交由香港社会考虑。我们为此邀请公众就这个议题发表意见。

社会舆论赞成立法时的各项考虑

199. 若社会舆论（有待咨询确定）赞成立法，之后要考虑的是保护程度。⁵⁹

涉及儿童及精神缺损人士的罪行的域外法律效力

200. 我们认为，为确保新法例可有效地涵盖出行外地以干犯涉及儿童的罪行的恋童癖者，我们应跟随英格兰模式，订明涉及儿童的新罪行，包

⁵⁶ 见咨询文件第 12.21 至 12.27 段。

⁵⁷ 《联合国儿童权利公约》（第 1 条）订明，儿童是指 18 岁以下的人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁。因此，16 岁或以上但未满 18 岁的少年人按此定义是属于儿童。

⁵⁸ 见咨询文件第 12.28 至 12.29 段。

⁵⁹ 有关这方面须考虑的事宜，见咨询文件第 12.31 至 12.49 段的讨论。

括我们在本文件中建议订立的为性目的诱识儿童罪，均具有域外法律效力。

201. 此外我们认为，建议新订的涉及精神缺损人士的罪行也应具有域外法律效力。精神缺损人士应和儿童一样受到保护，免使他们遭到那些出行外地以干犯性罪行的犯罪者所侵害。

建议 41： *建议新订的涉及儿童的罪行（包括为性目的诱识儿童罪）以及涉及精神缺损人士的罪行，应具有域外法律效力*

我们建议，建议新订的涉及儿童的罪行，包括为性目的诱识儿童罪，以及建议新订的涉及精神缺损人士的罪行，应具有域外法律效力。

香港法律改革委员会
性罪行检讨小组委员会
2016 年 11 月

附件

下述海外法例可从互联网下载，有关网址如下所列——

英格兰《2003 年性罪行法令》
(The English Sexual Offences Act 2003)：

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>

《2009 年性罪行（苏格兰）法令》
(The Sexual Offences (Scotland) Act 2009)：

<http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9/contents>

#449576 v4