

# 香港法律改革委员会

## 性罪行检讨小组委员会

### 《强奸及其他未经同意下进行的性罪行》

#### 咨询文件

#### 摘要

(咨询文件的文本可于香港湾仔告士打道39号夏慤大厦20楼法律改革委员会秘书处索取，亦可从互联网下载，网址是：  
<<http://www.hkreform.gov.hk>>)

#### 导言

##### 研究范围

1. 2006年4月，律政司司长及终审法院首席法官要求法律改革委员会检讨香港关乎性罪行及相关罪行的法律。由于香港法庭在多项判决中提出意见，加上公众对是否适宜设立性罪犯名册一事发表意见，法律改革委员会遂于2006年10月扩大研究范围，以包括进行关于性罪犯名册的研究。经扩大的研究范围如下：

“就《刑事罪行条例》（第200章）第XII部之下的性罪行及相关的罪行以及该条例第VI部之下的乱伦罪，检讨规管该等罪行的普通法及成文法，包括适用于该等罪行的刑罚，同时考虑应否就被裁定犯该等罪行的罪犯设立登记制度，并对有关法律提出其认为适当的改革建议。”

##### 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《关于性罪犯名册的临时建议》咨询文件，就是否适宜在香港设立性罪犯名册一事，征询公众的看法和意见。法律改革委员会在审议咨询过程中所收集的意见后，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，提出多项建议，包括设立一个行政机制，令聘用他人从事与儿童有关工作及与精神上无行为能力人士有关工作的雇主，得以查核雇员在性罪行方面的刑事定罪纪录。

4. 法律改革委员会在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，建议废除有关推定。该报告书是根据小组委员会对有关议题进行研究后所提出的建议而拟定的。由于有关议题较为简单，预期不会引起争议，因此法律改革委员会直接发表报告书，而没有先发表咨询文件。

### **性罪行及相关罪行的全面检讨**

5. 小组委员会余下的工作是对性罪行及相关罪行进行全面检讨。

6. 由于检讨的范围广泛，涉及多个需要小心考虑的敏感和可能有争议的议题，小组委员会察觉到完成整项检讨工作会耗时颇长，因此决定把这项全面检讨分为四个部分，并就有关课题的特定范畴发表独立的咨询文件和报告书（见下文第30段）。

### **海外的重要发展**

7. 多个海外司法管辖区近年来已制定法例，改革规管性罪行的法律。我们曾考虑澳大利亚、加拿大、英格兰与威尔斯、新西兰和苏格兰等海外司法管辖区的相关法例，认为英格兰《2003年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003）（“《英格兰法令》”）和《2009年性罪行（苏格兰）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）（“《苏格兰法令》”）对我们目前的研究尤其有用。《英格兰法令》对英格兰关乎性罪行的法律进行重大改革，为英格兰与威尔斯建立一个新和全面的性罪行法律框架。这项法令是根据内政部（Home Office）在一份名为《设定界限：改革性罪行法律》的文件（“《内政部文件》”）中的建议而制定的。<sup>21</sup>《苏格兰法令》对苏格兰关乎性罪行的法律进行重大改革。这项法令是根据苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）的建议而制定的，有关建议载于该委员会《有关强奸及其他性罪行的报告书》（“《苏格兰法律委员会报告书》”）。<sup>22</sup>

<sup>21</sup> 内政部，《设定界限：改革性罪行法律》（*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*）（2000年7月）。

<sup>22</sup> 蘇格蘭法律委員會，《有關強姦及其他性罪行的報告書》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（2007年12月），蘇格蘭法律委員會第209號。

## 咨询文件

8. 本咨询文件是小组委员会在对性罪行及相关罪行进行全面检讨的过程中，所发表的一系列咨询文件中的第一份。本咨询文件建议涵盖未经同意下进行的性罪行，即强奸、以插入的方式进行性侵犯、性侵犯和导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为，这些性罪行都与促进或保障个人的性自主权（即选择是否进行涉及性的行为的权利）有关。<sup>23</sup>

9. 我们在进行检讨时，决定以《英格兰法令》为起点，并考虑《内政部文件》和《苏格兰法律委员会报告书》所确认的相关原则、其他司法管辖区的相关法例条文，以及香港的特殊情况。我们选择以《英格兰法令》为起点，是因为香港现有的性罪行很多原本是以英格兰法例的相类条文为依据。

10. 本咨询文件的建议代表了小组委员会的初步看法，现向社会大众提出以供考虑。我们欢迎各界就本咨询文件所讨论的议题提出任何意见、评论及建议，这对小组委员会在稍后适当时候达成最终结论会有帮助。

## 第 1 章 何谓“性罪行”？

### 引言

11. 法律改革委员会的研究范围提及“《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部之下的性罪行及相关的罪行”，以及“该条例第 VI 部之下的乱伦罪”。为了界定本研究的范围，我们必须考虑何谓性罪行这个问题。

### **《刑事罪行条例》（第 200 章）第 XII 部**

12. 《刑事罪行条例》第 XII 部订有不同种类的性罪行，包括强奸、肛交、严重猥亵行为、兽交、猥亵侵犯（俗称“非礼”）、拐带、乱伦和其他非法的性行为。这些性罪行在《刑事罪行条例》第 118 至 128 条中列明，当中很多是以 1956 年所订立的英格兰法例的相类条文为根据。<sup>24</sup>

<sup>23</sup> 以插入的方式进行侵犯、性侵犯和导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为是《2003 年性罪行法令》所新设的性罪行。

<sup>24</sup> 《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956），第 69 章，英国。那些以 1956 年法例为根据的罪行包括：强姦（《刑事罪行条例》第 118 条）、以威胁促致他人作非法的性行为（《刑事罪行条例》第 119 条）、以虚假藉口促致他人作非法的性行为（《刑事罪行条例》第 120 条）、施用药物以获得或便利作非法的性行为（《刑事罪行条例》第 121 条）、猥亵侵犯（《刑事罪行条例》第 122 条）、与年龄在 13 岁以下的女童性交（《刑事罪行

13. 我们注意到，英格兰与威尔斯在 2003 年对与性罪行有关的法律进行重大改革后，1956 年法例的相关罪行已被《英格兰法令》所设立的新罪行取代。可是，原有的罪行仍保留在香港的法例上。

### **与卖淫或色情物品有关的罪行**

14. 除了《刑事罪行条例》第 118 条至 128 条所列明的性罪行外，《刑事罪行条例》第 XII 部余下的条文（即第 129 条至 159 条）亦订有各种与卖淫或色情物品有关的罪行。

15. 我们决定不把这些与卖淫或色情物品有关的罪行纳入性罪行的检讨范围内，有以下多个原因。

16. 首先，与卖淫有关的罪行应否视为“性罪行”，仍不完全清楚。在大多数情况下，这些罪行并不是真正的性罪行。事实上，把这些罪行归类为扰乱公共秩序或涉及公众滋扰的罪行，可能更为恰当。第二，互相交织研究刑事法律与色情物品的议题，所引起的各种问题将远超出性罪行研究预期的范围。这些问题包括：色情物品刑事化是否与言论自由相容；应否准许或特许某些类别的色情物品；以及应否因为某些色情物品典型地展示对女性形象作不当或有害的描画而将这些物品刑事化。因此，对香港关于卖淫或色情物品的法律进行改革，会牵涉更广泛的社会和政策问题。

### **对《刑事罪行条例》涉及性罪行的现行条文的批评**

17. 《刑事罪行条例》一些涉及性罪行的现有条文被批评为带有歧视成分、互相矛盾和有不足之处。例如，可同意进行异性性行为 and 同性性行为的年龄并不相同：可同意进行异性性行为的年龄为 16 岁，但可同意进行同性性行为（或“肛交”）的年龄却为 21 岁。有些罪行因为是指明性别而备受批评，而另一些罪行则是以性倾向为依据。

25

18. 有些人亦关注到现有的性罪行，可能不足以涵盖未经同意下作出而应该受到刑事制裁的行为种类。而且，《刑事罪行条例》第

---

條例第 123 條）、與年齡在 16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 124 條）、與精神上無行為能力的人性交（《刑事罪行條例》第 125 條）、拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（《刑事罪行條例》第 126 條）、拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交（《刑事罪行條例》第 127 條），以及拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人為使其作出性行為（《刑事罪行條例》第 128 條）。

25 舉例來說，在 Leung TC William Roy 訴律政司司長（[2006] 4 HKLRD 211）案中，上訴法庭維持夏正民法官在高等法院的判決（夏正民法官當時擔任高等法院原訟法庭法官）。夏正民法官裁定一些只有男同性戀者才能觸犯的法定性罪行（即第 118C、118F(2)(a)、118H 及 118J(2)(a)條），因為帶有性傾向的歧視成分而屬於違憲。其次，終審法院其後在 律政司司長訴丘旭龍和其他人（[2007] 3 HKLRD 903）一案的判決中宣布，第 118F(1)條因為帶有性傾向的歧視成分而屬於違憲。

XII 部并无清晰指引，说明如何判定当事人是否同意进行涉及性的行为。

19. 《刑事罪行条例》第 XII 部使用的某些字词已经不合时宜。例如，在已改革性罪行法律的海外司法管辖区，“肛交”（buggery）一词已不再使用。

20. 对于《刑事罪行条例》第 XII 部之下的性罪行的量刑标准，各人可能抱持不同意见，而各项罪行所适用的最高刑罚亦可能需予检讨。例如，第 118E 条所订罪行（与精神上无行为能力的人作出肛交）的最高刑罚为监禁 10 年，但第 118A 条所订罪行（未经同意下作出的肛交）的最高刑罚却为终身监禁。

### **性罪行的分类**

21. 在决定甚么行为应纳入改革后的性罪行种类的范围时，我们发觉苏格兰法律委员会所采用的下列性罪行分类很有参考价值：

- (1) 与促进或保障个人的性自主权有关的罪行；
- (2) 为保护以下人士而订的罪行：易受性剥削的人，或不确定是否有能力进行经同意的涉及性的行为的人；及
- (3) 为促进上述两类以外的社会目标或道德目标而订的罪行。

#### **第一类——以性自主权为依据的罪行**

22. 这类性罪行禁止任何侵犯个人性自主权的行为。如某人参与非自由选择情况下进行的涉及性的行为，该人的性自主权便受到侵犯。

23. 根据香港的现行法律，这类罪行包括强奸、猥亵侵犯、未经同意下作出的肛交、意图作出肛交而袭击，以及以威胁促使他人作非法的性行为、以虚假借口促使他人作非法的性行为和施用药物以获得或便利作非法的性行为。

#### **第二类——以保护原则为依据的罪行**

24. 这类罪行是为保护在性方面易受伤害的人而订的。两类最明显易受伤害的人是年轻人和患有某种形式的精神紊乱的人。根据香港的现行法律，这类罪行包括由 21 岁以下男子作出或与 21 岁以下男子作出同性肛交、与 21 岁以下女童作出肛交、与精神上无行为能力的人作出肛交、由 21 岁以下男子作出或与 21 岁以下男子作出严重猥亵行为、男子与男性精神上无行为能力的人作出严重猥亵行为、与年龄在 13 岁以下或 16 岁以下的女童性交，以及与精神上无行为能力的人性交。

25. 一些海外司法管辖区已根据保护原则扩大有关法律的范围，规管在一人得到另一人信任或一人服从另一人的权威的情况下两人之间的涉及性的行为。

### **第三类——以公众道德为依据的罪行**

26. 最后一类性罪行包括以社会或道德原则或目标为根本依据的性罪行，但不属于保障性自主权或保护易受伤害的人的情况。这类罪行一般称为违背公众道德罪。

27. 根据香港的现行法律，这类罪行包括兽交、非私下作出的同性肛交、促使他人作出同性肛交、男子与男子非私下作出的严重猥亵行为，以及促使男子与男子作出严重猥亵行为。

28. 这类以公众道德为依据的罪行亦包括男子乱伦罪（《刑事罪行条例》第 47 条）以及 16 岁或以上女子乱伦罪（《刑事罪行条例》第 48 条）。正如上文解释，本研究项目不会审议属于这类违背公众道德罪的某些其他罪行，例如与卖淫有关的罪行和涉及色情物品的罪行。

29. 我们在进行现有的检讨时，采用了上述的性罪行分类。

### **把研究项目分为不同部分**

30. 我们打算把检讨工作分为不同的独立部分，分别探讨整个课题中的不同范畴。我们的初步计划是把研究项目分为四个部分，并就各部分发表独立的咨询文件和报告书。如有需要，我们会按进一步讨论的结果修订初步计划。这四个部分现分别为：(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（即侵犯儿童和精神上无行为能力的人的罪行，以及涉及滥用受信任地位的罪行）；(iii)杂项性罪行；以及(iv)量刑。

31. 本咨询文件会探讨上述四个部分的第一部分，研究以性自主权为依据的罪行，即强奸、以插入的方式进行性侵犯、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。

## **第 2 章 改革的指导原则**

### **制订一套指导原则的需要**

32. 对香港性罪行的实体内容进行全面检讨，牵涉多项复杂而敏感的问题，包括有关法律的根本道德原则问题。因此，我们认为宜在检讨开始时便制订一套指导原则，以确保我们为各种各样涉及不同犯罪行为形式和不同罪责程度的性罪行选择改革方案时，可以贯彻一致。

33. 在确定根本原则时，我们不是试图探讨“执行道德规范”这个有争议的课题。确定根本原则，只是为了协助我们制订一套改革的指导原则，并评估不同的改革方案。我们亦无意探究何谓社会适当的道德标准这个有争议的课题。

### **建议 1：改革的指导原则**

我们建议，对性罪行的实体法律进行任何改革，都应该依据一套指导原则来进行；如要偏离这些指导原则，应有充分的理由支持。

我们建议这些指导原则应包括：

- (i) 法律必须清晰明确。<sup>26</sup>
  - (ii) 尊重性自主权。<sup>27</sup>
  - (iii) 保护原则。<sup>28</sup>
  - (iv) 无分性别。<sup>29</sup>
  - (v) 避免基于性倾向而作出区别。<sup>30</sup>
- (iv) 应符合《公民权利和政治权利国际公约》、《香港人权法案条例》（第 383 章）和《基本法》的条文。

## **第 3 章 同意**

### **引言**

34. 对于强奸罪及其他“未经同意下”进行的性罪行（例如以插入的方式进行性侵犯、性侵犯、导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为等三项可能订立的新罪行），一项重要的元素是投诉人不同意与被控人性交或参与牵涉被控人的涉及性的行为。

<sup>26</sup> 法律必須清晰明確的原則有兩個重要方面。第一，每項性罪行必須有明確定義，直接說明該罪行所禁止的是甚麼行為。第二，每項罪行的範圍必須完備，只應禁止指明形式的行為，但任何沒有指明的則不應禁止。因此，不應存在沒有限定範疇的性罪行。我們認為法律必須清晰明確應該是一項指導原則，但我們也知道要使法律達到絕對明確或精確是十分困難，更可能是無法做到。

<sup>27</sup> 尊重性自主權的原則有兩個層次。第一，若某人牽涉入不是其自由選擇而參與的涉及性的行為當中，該人的性自主權便受到侵犯。侵犯他人性自主權的活動是不當行為，法律應視之為刑事罪行。第二，若某人自由選擇進行一項涉及性的行為，原則上法律不應禁止該項行為。

<sup>28</sup> 保護原則的基本理念是，對於在同意進行涉及性的行為方面有問題的某幾類人（即是兒童、精神紊亂的人，以及因他人所處地位而對其信任的人），刑事法應給予保護。

<sup>29</sup> 根據無分性別原則，現時在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中的所有罪行都是無分性別的，即是說男性或女性都可以犯所有罪行。

<sup>30</sup> 同性戀明顯符合“性傾向”的涵義。根據避免基於性傾向而作出區別這項指導原則，經同意而進行的同性戀行為不應列為刑事罪行，除非保護原則適用於牽涉入該行為中的任何一方（即是兒童、精神上無行為能力的人、或因他人所處地位而對該人信任或服從該人的權威的人），或該行為涉及公開進行的涉及性的行為。

35. 《刑事罪行条例》（第 200 章）并无同意一词的定义，提供的指引也很少。

36. 复杂的案例也加深了同意一词欠缺法定定义的问题。

### ***应否订立同意一词的法定定义？***

37. 订立同意一词的法定定义可在一定程度上达到使法律明确和清晰的效果，这是一个明显的好处。可以预料法定定义会使法官向陪审团给予指示的工作变得更为容易，同时也可令陪审团更容易理解同意的涵义。

38. 反对订立同意一词的法定定义的主要论据，是法定定义会失却司法解释所容许的一定灵活性。我们认为法定定义能够使法律更为明确和清晰，这个好处大于因灵活性降低而带来的少许弊端。

#### **建议 2：应订立同意一词的法定定义**

**我们建议，应就性交或涉及性的行为订立“同意”的法定定义。**

### ***同意一词的建议定义***

39. 我们在审视海外司法管辖区（即加利福尼亚、加拿大、英格兰与威尔斯、昆士兰、苏格兰、南澳大利亚和维多利亚）所使用的同意一词的法定定义后，发现其中的共通之处是自由地和自愿对涉及性的行为给予同意的概念。我们认为有关定义应加入这个概念，以符合尊重个人的性自主权的原则。因此，我们建议有关定义明确提述“自由地和自愿”及“同意”的字眼，这些字眼不但较容易为大众所理解，而且能够体现性自主权的原则。

40. 此外，我们认为如像英格兰的定义那样加入“行为能力”的元素，会使有关定义更为完善。这是因为任何人可能因为精神状况、年龄或神智不清，以致没有行为能力自由地和自愿对涉及性的行为给予同意。

#### **建议 3：同意一词的建议定义**

**我们建议所采用的同意一词的法定定义，应规定任何人如：**

**(a) 自由地和自愿对涉及性的行为给予同意；并且**

**(b) 有行为能力对涉及性的行为给予同意，**

**即属对涉及性的行为给予同意。**



## ***对涉及性的行为给予同意的行为能力***

41. 由于给予同意的行为能力是我们所建议的同意定义的重要元素，接着的问题是应否列明在甚么情况下某人具有或不具有给予同意的行为能力。

42. 普通法的观点是，如投诉人因为年龄、喝酒、服用药物或精神上无行为能力，缺乏或丧失行为能力给予同意或对有关事项作出判断，则投诉人并没有同意。因此，我们认为应从三方面考虑给予同意的行为能力的法定定义，这三方面是指精神上无行为能力、神智不清（不论是酒精还是药物引致）和未成年人。

43. 《英格兰法令》并无对“行为能力”这个词下定义。《苏格兰法令》第 17 条关乎精神紊乱的人对涉及性的行为给予同意的行为能力。

44. 我们赞成采用苏格兰关于精神紊乱的人给予同意的行为能力的条文，因为有关条文力求平衡，一方面尊重精神紊乱的人进行涉及性的行为的权利，另一方面保护他们免受性剥削。

45. 我们认为苏格兰的条文所列明的裁定精神上无行为能力的人是否有行为能力给予同意的准则，也应适用于涉及神智不清的案件和涉及未成年人的案件。

### **建议 4：对涉及性的行为给予同意的行为能力**

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。

## ***裁定同意问题的法定条文***

46. 虽然订立同意的法定定义可有助理解这个词的涵义，但在个别的案件中，有关定义却未能在裁定同意是否存的问题上提供指引。若干司法管辖区的法例订有条文，用以裁定同意是否存在这个问题。

47. 我们可确认以下两类裁定投诉人是否同意的法例条文：

- (i) 如有证据证明在有关行为作出时存在法例所指明的某些情况，投诉人会被视为不同意，而被控人不能推翻该项关

于投诉人不同意的推定（苏格兰和昆士兰的法例所采取的做法）。

- (ii) 如有证据证明在有关行为作出时存在法例所指明的某些情况，投诉人会被视为不同意，除非被控人所举出的证据已足以带出关于投诉人是否同意的争论点（《英格兰法令》所采纳的“证据推定”）。

48. 再者，《英格兰法令》将证据推定和不可推翻的推定加以区分。证据推定可被推翻，但不可推翻的推定却不能够被推翻，后者推定了同意并不存在的情况。《英格兰法令》中的不可推翻推定与苏格兰和昆士兰的法例所规定的不同意情况相类似。

49. 我们拒绝采纳《英格兰法令》中的证据推定，理由是这些推定似乎并不能对刑事司法程序带来多少实际帮助。因此，我们只会采纳不可推翻的推定（苏格兰和昆士兰的做法）。不过，我们建议只采纳《英格兰法令》中两项不可推翻的推定（与行为的本质和目的有关的欺骗，以及误认身分），而不采纳在苏格兰和昆士兰的法例中较详尽列举的推定。按照这个方案，新法例会述明如有触发与行为的本质和目的有关的欺骗以及误认身分这两项不可推翻推定的情况，即会导致同意无效。这个方案的优点是会把任何新行为列为刑事罪行，因为根据普通法<sup>31</sup>及/或香港的现行法例<sup>32</sup>，在该等情况下进行的涉及性的行为现已属刑事罪行。

**建议 5：如涉及性的行为在本质或目的方面存在欺骗又或者有冒充的情况，则无同意可言**

我们建议，新法例应加入与英格兰《2003 年性罪行法令》第 76(2)(a)及(b)条相类似的条文，规定如被控人作出以下事情，则投诉人不可能给予同意，而被控人也不可能相信投诉人同意：

- (a) 就相关的涉及性的行为，在本质或目的方面故意欺骗投诉人；或
- (b) 冒充投诉人所认识的人，故意诱使投诉人对相关的涉及性的行为给予同意。

<sup>31</sup> 與涉及性的行為的本質或作出該行為的人的身分有關的欺詐手段會導致同意無效：R v Linekar [1995] 2 Cr App R 49 (CA)。

<sup>32</sup> 例如，根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(2)條，任何男子冒充一名已婚女子的丈夫，誘使該女子與他性交，即屬強姦。根據《刑事罪行條例》第 120 條，任何人以虛假藉口或虛假申述，促使另一人作非法的性行為，即屬犯罪。

## 同意的范围和撤回

50. 《苏格兰法令》第 15 条订立进一步条文，以处理关于同意的两个不同方面：同意的范围和撤回。

51. 我们赞成对涉及性的行为所给予的同意可以附有保留或限制，也可以在任何时间撤回。就对涉及性的行为所给予的同意附加保留或限制或撤回有关同意的权利，体现出性自主权的原则。

### **建议 6：同意的范围和撤回**

我们建议，新法例应加入与《2009 年性罪行（苏格兰）法令》第 15(2)、(3)及(4)条相类似的条文，规定：

- (a) 对个别涉及性的行为给予同意，本身并不暗示对任何其他涉及性的行为给予同意；
- (b) 对涉及性的行为所给予的同意，可在该行为开始之前的任何时间或（如属持续行为）在该行为进行期间的任何时间予以撤回；以及
- (c) 如某行为在同意被撤回后进行或继续进行，该行为即属在未经同意下进行或继续进行。

## 第 4 章 强奸

52. 根据香港现时的法律，任何男子未经女子同意而与她性交，即属强奸。《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(3)条规定，任何男子：

- “ (a) 与一名女子非法性交，而性交时该女子对此并不同意；及
- (b) 当时他知道该女子并不同意性交，或罔顾该女子是否对此同意，

即属强奸。”

53. 第 118(3)条所用的字眼反映出，只有男性才可以主犯的身分被裁定犯强奸罪，亦只有女性才能成为强奸的受害人。性交的行为必须包括以男性的性器官（即阳具）插入女性的阴道。

54. 在《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118(3)条，强奸罪的范围只限于以阳具插入女性的阴道，<sup>33</sup> 并不包括以阳具插入投诉人的肛门或口腔。英格兰与威尔斯的法律在 1994 年扩大强奸的范围，把以

---

<sup>33</sup> *R v Lee Wing On* [1994] 1 HKC 257(CA)，第 262 页。

阳具插入一名女子或另一名男子的肛门包括在内。<sup>34</sup> 2003 年的《英格兰法令》再扩大强奸的范围，把以阳具插入另一人的口腔也包括在内。<sup>35</sup> 这些修改的结果是，在英格兰与威尔斯强奸的范围包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。《苏格兰法令》亦在 2009 年扩大了苏格兰法律中强奸的范围，包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。<sup>36</sup> 由于相关的法例使用了“另一人”一词，因此在英格兰与威尔斯以及苏格兰，男性和女性都可以是强奸的受害人。

55. 我们赞同有关见解，认为以阳具插入另一人的肛门或口腔，与侵犯阴道一样，是对性自主权的严重侵犯。我们也看不见有甚么充分理由，应对未经同意下被阳具插入的男性受害人和女性受害人给予不同对待。因此，我们认为强奸的范围应予扩大，包括未经同意下以阳具插入“另一人”的阴道、肛门或口腔。

### **建议 7：强奸罪的范围**

我们建议，应在新法例中加入与英格兰《2003 年性罪行法令》第 1(1)(a)条相类似的条文，使强奸的范围包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔。

### **区分强奸与其他方式的性插入行为**

56. 强奸一词已在《刑事罪行条例》（第 200 章）使用了一段很长时间，用以描述涉及以男性的性器官（即阳具）作出插入的性罪行。强奸只限于以阳具作出的插入行为，对于非以阳具作出的插入行为，则另外由猥亵侵犯罪对付。在《英格兰法令》和《苏格兰法令》，“强奸”一词也是用以指未经同意下以阳具对另一人作出插入的行为。<sup>37</sup> 至于非以阳具作出的插入行为，在《英格兰法令》则由“以插入的方式进行侵犯”罪对付，在《苏格兰法令》则由“以插入的方式进行性侵犯”罪对付。

57. 我们认为应继续区分强奸和其他非以阳具作出的插入行为。在我们看来，强奸应限于以阳具作出的插入，不宜过度扩大强奸的定义。我们留意到有些司法管辖区（如澳大利亚）已不再区分以阳具作出的插入罪行和其他的插入罪行。然而，强奸罪的构成元素（未经同意下以阳具作出插入）存在已久，我们认为香港的市民大众对这些元

<sup>34</sup> 《1994 年刑事司法和公共秩序法令》（Criminal Justice and Public Order Act 1994）第 142 条。根据《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956）第 1 条（按照《1994 年刑事司法和公共秩序法令》修订），任何男子如在未经同意下与另一人性交（不论是阴道交或肛交），而他知道该人并不同意，或罔顾该人是否同意，即属强姦。

<sup>35</sup> 《英格兰法令》第 1(1)条。

<sup>36</sup> 《苏格兰法令》第 1(1)条。

<sup>37</sup> 正如上文指出，香港的强姦罪只限于插入投诉人的阴道，但《英格兰法令》和《苏格兰法令》把强姦罪扩大至插入投诉人的阴道、肛门或口腔，跟香港的强姦罪不同。

素已非常熟悉。强奸也从未被理解为包括非以阳具作出的插入。我们相信市民大众（和陪审团）对某些字词的涵义已有先入为主的想法，因此我们认为不宜在这方面扩大强奸的定义，超出这个词现时所指的以阳具作出插入的涵义。

58. 我们认为应保留强奸一词，用以指未经同意下对投诉人以阳具作出插入的罪行。在我们的文化里，大家都清楚明白强奸一词是指一种特定形式的严重不法行为。如不使用强奸一词，该罪行的严重性或许得不到确切反映，并可能会被低估。虽然强奸一词可能有羞辱效果，但这个效果也起重要作用，可把这种特定形式的不法行为适当地标示为一种严重行为。更重要的是，由于香港的市民大众熟悉强奸一词的涵义，保留这个词可提高他们对法律的了解。

**建议 8：区分强奸与非以阳具作出的其他方式的性插入行为**

**我们建议，应继续使用强奸一词描述未经同意下以阳具作出插入的罪行。**

**我们又建议，应区分强奸与其他未经同意下所犯并且涉及非以阳具作出的性插入行为的性罪行。**

***对由手术建造的性器官的适用范围***

59. 由于我们已决定强奸应包括以阳具插入另一人的阴道、肛门或口腔，我们需要决定未经同意下作出的插入如涉及由手术建造的性器官，是否应等同强奸。

60. 我们赞同有关观点，认为如果现代的外科技术能提供由手术建造的阳具，则强奸罪的范围应包括以这些人造器官所作出的插入。在未经同意下以由手术建造的阳具插入某人的阴道、肛门或口腔，与以天生的阳具作出插入一样，是对其性自主权的严重侵犯。因此，我们认为阳具的定义应包括由手术建造的阳具。这个定义不仅应适用于强奸，也应适用于所有性罪行。

61. 我们亦认为变性人如果拥有由手术建造的阴道，应同样受到刑事司法制度的保护。虽然变性人的性器官是由手术建造的，但任何人如违反一个变性人的意愿而对其性器官作出插入，也是严重侵犯该变性人的性自主权。因此，阴道的定义应包括由手术建造的阴道。

62. 《英格兰法令》第 79(9)条和《苏格兰法令》第 1(4)条都规定“阴道”包括外阴。外阴（或由手术建造的外阴）是女性生殖器官的一部分，因此就任何性罪行而言，也应被视为阴道的一部分。

### **建议 9：阳具和阴道的定义**

我们建议新法例应规定，就任何性罪行而言，阳具应包括由手术建造的阳具，阴道应包括(a)外阴以及(b)由手术建造的阴道（连同由手术建造的外阴）。

### **“插入”的涵义**

63. “插入”一词可能有含糊之处，因为这个词可以指：(i)仅是最初的插入行为；或(ii)正在被插入的状态，即从进入起至退出为止的持续行为。如当事人在对方插入时最初表示同意，但后来却把同意撤回，这个含糊之处就可能会产生难题。

### **建议 10：“插入”的涵义**

我们建议，就任何性罪行而言，插入的定义应指从进入起直至退出为止的持续行为。

我们又建议，如插入最初获得同意，但在某个时候同意被撤回，则从进入起的持续行为，应指从先前所给予的同意被撤回之时起的持续行为。

### **插入行为和其他相关的涉及性的行为的精神意念元素**

64. 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 118 条有关强奸的定义并无提及犯罪人作出插入行为的意图。因此，香港法例的用词并无清楚表明是否需要明确故意的犯罪意图，还是仅仅罔顾后果便已足够。相反，《英格兰法令》特别指出强奸中插入行为以及其他未经同意下进行的性罪行中的相关的涉及性的行为所需的意图。

65. 我们认为香港的法律应依循《英格兰法令》的做法，规定强奸中的插入行为，以及其他未经同意下进行的性罪行中的相关的涉及性的行为必须是故意作出，即是说罔顾后果并不足以构成犯罪意念。我们的看法有多个理由支持。首先，*R v Heard*<sup>38</sup> 一案显示在香港的普通法下，罔顾后果对于插入行为而言并不足够。更重要的是，罔顾后果的概念曾在刑事案件中引起若干问题。如就插入行为和其他涉及性的行为加入罔顾后果的概念，会不必要地使陪审团的工作和法官的引导变得更为复杂。

66. *R v Heard* 一案清楚说明，自愿神智不清在普通法下不能构成强奸和猥亵侵犯的免责辩护。我们认为在把有关法律编纂为新法例

---

<sup>38</sup> *R v Heard* [2007] 3 All ER 306.

时，应加入一项条文，规定自我引发的神智不清，不能构成强奸及其他未经同意下进行的性罪行的免责辩护。

**建议 11：插入行为和其他有关涉及性的行为的精神意念元素**

我们建议，新法例应明确规定强奸中的插入行为，以及其他未经同意下进行的性罪行（即三项可能订立的新罪行：以插入的方式进行性侵犯、性侵犯、导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为）中的相关行为，均必须是故意作出的。

我们又建议，新法例应规定自我引发的神智不清，不能构成强奸和其他未经同意下进行的性罪行的免责辩护。

**强奸在同意方面的精神意念元素**

67. 根据《刑事罪行条例》第 118(3)(b)条，强奸在同意方面的犯罪意念是被控人“当时……知道该女子并不同意性交，或罔顾该女子是否对此同意”。因此，强奸现时在考虑是否同意方面的犯罪意念是事实上知道投诉人并不同意，或罔顾投诉人是否同意。可是，倘若被控人真确相信投诉人同意，但被控人如此相信是错误和不合理的，那情况又是怎样？

**为处理真确（但错误）相信对方同意这个问题而提出的不同改革方案**

68. 我们可认定三个改革方案，以处理真确但错误相信对方同意这个问题。

**方案 1——主观测试**

69. 这是刑事检控专员诉摩根（*DPP v Morgan*）案<sup>39</sup>所采取的做法（摩根原则），也是香港现行的法律。在这个做法之下，被控人必须真确相信投诉人同意，但被控人的信念无须合理。换句话说，被控人如真确相信投诉人同意，就没有犯罪所必需的精神意念，尽管被控人并无合理理由持有这个信念。但是，根据《刑事罪行条例》第 118(4)条，陪审团在考虑被控人是否真确相信投诉人同意性交时，须顾及被控人是否有合理理由相信投诉人同意性交。

**方案 2——客观测试**

70. 客观测试只按照一个合理的人应该会相信甚么事实或是否有合理理由持有某信念这个标准，来衡量被控人的信念。被控人的个人特质不会列入考虑。

---

<sup>39</sup> *DPP v Morgan* [1976] AC 182.

### 方案 3—混合测试

71. 第三种做法是采用结合了其他两个测试的混合测试。《英格兰法令》和《苏格兰法令》都采用了这种做法。

72. 我们认为只可在第一个方案（主观测试加上《刑事罪行条例》第118(4)条所作的澄清）和第三个方案（混合测试）之间选择。我们不支持第二个方案（完全客观的测试）。完全客观的测试未能顾及个别被控人的某些个人特质，这些特质可解释他为何真确但错误相信受害人同意。被控人的这些特质可包括学习困难、精神紊乱或缺乏社交技巧。我们也不支持第一个方案。摩根原则的主观成分备受批评，因为该原则会产生如下后果：尽管投诉人已表示不同意性交，但被控人只要“真确”相信投诉人同意，就不属强奸。由于这个方案削弱对性自主权的尊重，我们并不支持这个方案。

73. 我们支持采纳属于混合测试的第三个方案。混合测试的优点，是它规定被控人相信投诉人同意的信念必须合理，避免了摩根原则的主观成分，但又仍然把焦点集中于个别的被控人，在考虑被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤后，才裁定被控人的信念是否合理。

74. 总结来说，我们认为就强奸罪和其他未经同意下进行的性罪行而言，控方必须证明投诉人不同意，以及被控人并非合理地相信投诉人同意。信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤。

#### **建议 12：处理真确（但错误）相信对方同意这个问题的改革方案**

我们建议，就强奸罪和其他未经同意下进行的性罪行而言，新法例应加入与英格兰《2003年性罪行法令》第1(1)(b)、1(1)(c)、1(2)、2(1)(c)、2(1)(d)、2(2)、3(1)(c)、3(1)(d)、3(2)、4(1)(c)、4(1)(d)及4(2)条相类似的条文，规定：

- (a) 控方必须证明(i)投诉人不同意，以及(ii)被控人并非合理地相信投诉人同意；以及
- (b) 信念是否合理，必须在考虑所有有关情况后而予以裁定，有关情况包括被控人为确定投诉人是否同意而采取的步骤。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第200章）第118(4)条便应予废除。



## **应否保留以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行？**

75. 根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 120 条，任何人以虚假借口或虚假申述，促致另一人在香港或外地作非法的性行为，即属犯罪。有关问题是应否废除这项促致罪而把它纳入强奸之内。

76. 由于以不涉及行为的本质或目的或当事人身分的欺骗手段获得性交，并不构成强奸，因此必须订有以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行，以针对这类行为。倘若废除以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行，法律就会出现漏洞。

77. 统计数字<sup>40</sup>显示，虽然案件的数目不多，但近年来确实有人因犯以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行而被检控和定罪。这为保留促致罪提供进一步依据。总的来说，我们认为应保留以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行。

### **建议 13：应保留以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行**

我们建议，在新法例制定后，应保留《刑事罪行条例》（第 200 章）第 120 条所订的以虚假借口促致他人作非法的性行为这项罪行。

## **以不涉及使用武力的威胁或恐吓手段（如经济威胁）获得性交**

78. 我们认为不需要另外订立一项罪行，以针对以经济威胁或经济压力获得性交的行为，因为有关问题可依据同意概念予以裁定。

### **建议 14：以不涉及使用武力的威胁或恐吓手段（如经济威胁）获得性交**

我们建议，以经济压力获得性交的案件应按个别情况处理，依据同意概念裁定是否牵涉强奸，但不需要为这类案件订立新罪行。

## **第 5 章 以插入的方式进行性侵犯**

### **引言**

79. 本章研究应否订立一项新罪行，而其构成元素是投诉人的阴道或肛门，遭物件（例如瓶子）或被控人阳具以外的身体某部分（例如手指）<sup>41</sup>插入。上述行为并不属于强奸罪的涵义范围之内。在香港

<sup>40</sup> 相關的統計數字載於諮詢文件第 4.76 段的列表。

<sup>41</sup> 這些例子見於英格蘭《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)說明第 11 段。

的现有法律之下，对于非以阳具作出的插入式侵犯，控方只可提出猥亵侵犯的控罪，但猥亵侵犯涵盖多种多样的犯罪行为，严重程度各有不同，由只是触摸至非以阳具作出的性插入不等，而后者在某些情况下可能会被视为如同强奸般严重。

80. 我们也认为猥亵侵犯的罪行，不足以反映非以阳具对投诉人的肛门或阴道作出的插入式侵犯的严重性，所以应订立一项新罪行以涵盖此类严重罪行。

### **新罪行的名称**

81. 新罪行的名称，在《英格兰法令》中是“以插入的方式进行侵犯”，在《苏格兰法令》中则是“以插入的方式进行性侵犯”。

82. 我们也认为新罪行的名称应是“以插入的方式进行性侵犯”。新罪行是一项非常严重的罪行，严重程度与强奸相同。为了教育公众，我们必须在新罪行的名称中反映它是一项涉及插入式性侵犯的严重罪行，有别于较为轻微的一般普通袭击罪。此外，有人或会担忧在新罪行之下，对病人的阴道或肛门作出的医学干预可能带来刑事法律责任，而强调新罪行的性元素，便可以消减这种担忧。只有在插入是涉及性时，亦即有关的医务人员是为了得到性满足而作出这项插入，医学干预才会带来刑事法律责任。

### **“性”的定义**

83. 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中，新罪行的构成元素均是只在插入涉及性时才会触犯这项罪行，于是问题在于“性”此字作何解释。在《英格兰法令》和《苏格兰法令》中，“性”此字均有法定定义，这个定义一般适用于所有行为，包括插入及触摸在内。

#### **建议 15：“性”的定义**

我们建议，就任何性罪行而言，应采用英格兰《2003 年性罪行法令》第 78(a)及(b)条所载关于“性”的定义，但删除第 78(b)条中的“它基于行为本质可能会涉及性以及”等字。

“性”的定义故此会类似下文：如一名合理的人认为某项罪行符合以下情况，它便是涉及性——

- (a) 不论它本身的情况如何，亦不论某人对它怀有甚么目的，它是基于行为本质而涉及性，或
- (b) 它是基于本身的情况或某人对它所怀有的目的（或基于两者）而涉及性。

## **《苏格兰法令》第 2(4) 条**

84. 《苏格兰法令》第 2(4)条订明，“[第 1 款]所提述的以甲身体的任何部分插入，须解释为包括以甲的阳具插入。”这项条文的作用是，以插入的方式进行性侵犯的罪行，会包括以阳具作出的插入。

85. 我们赞成订立一项类似《苏格兰法令》第 2(4)条的条文。这项条文对处理下述情况有用：受害人不清楚自己是被阳具还是别的东西所插入，原因例如是受害人当时是被蒙住眼睛或是不省人事，又或者受害人本身是精神上无行为能力的人。在该等情况中，按照苏格兰模式，犯罪者可被控告以插入的方式进行性侵犯。

86. 随之而出现的议题包括如何处理下述情况：

- (i) 受害人以为自己是被阳具所插入，但审讯时的证据却显示这是别的东西；
- (ii) 受害人不能确定自己是被甚么东西所插入，但审讯时的证据却证实那是阳具。

87. 关于议题 (i)：我们相信处理方法是依据《刑事罪行》（第 200 章）第 149 条及附表 1，把以插入的方式进行性侵犯列为强奸的法定交替控罪。

88. 关于议题 (ii)：我们相信没有必要另订条文：被控人会被控告建议订立的以插入的方式进行性侵犯之罪，并会被裁定罪名成立。这项罪行的最高刑罚应与强奸的最高刑罚相同。

89. 我们又认为订立交替控罪，不会令控方无法在适用的案件中提出交替控罪。

## **肛交罪行须予检讨**

90. 《刑事罪行条例》（第 200 章）订有以下多项肛交罪行：

第 118A 条——未经同意下作出的肛交

第 118B 条——意图作出肛交而袭击

第 118C 条——由 21 岁以下男子作出或与 21 岁以下男子作出同性肛交

第 118D 条——与 21 岁以下女童作出肛交

第 118E 条——与精神上无行为能力的人作出肛交

第 118F 条——非私下作出的同性肛交

第 118G 条——促致他人作出同性肛交

91. 未经同意下作出肛交的罪行（第118A条），是《刑事罪行条例》（第200章）中唯一一项未经同意下作出肛交的罪行。<sup>42</sup> 所有其他各项肛交罪行，都是经同意下作出的罪行。<sup>43</sup> 换言之，即使肛交是在参与者同意之下进行，仍会触犯《刑事罪行条例》（第200章）中的所有肛交罪行（未经同意下作出的肛交除外）。强奸及以插入的方式进行性侵犯则相反，是未经同意下作出的罪行，而作为此类罪行，它们只涵盖根据未经同意下作出肛交的罪行而可予惩罚的刑事行为，根据其他各项肛交罪行而可予惩罚者不在涵盖之列。我们故此建议现阶段只废除未经同意下作出肛交的罪行。我们会在整個研究计划的下一阶段检讨其他各项肛交罪行。

**建议 16：以插入的方式进行性侵犯；废除未经同意下作出肛交的罪行**

我们建议新法例中应有一项以插入的方式进行性侵犯的罪行，而其构成元素为某人（甲）在未经另一人（乙）同意而且并非合理地相信乙同意的情况下，故意以自己身体的任何部分或任何其他东西插入乙的阴道或肛门。

我们建议采纳一项类似《2009年性罪行（苏格兰）法令》第2(4)条的条文。这项条文的作用是，就以插入的方式进行性侵犯的罪行而言，凡提述以某人的身体插入，须解释为包括以此人的阳具插入。

我们建议《刑事罪行条例》（第200章）的附表1应予修订，在被控人被控强奸的案件中，容许陪审团作出法定交替裁决，改判被控人以插入的方式进行性侵犯。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第200章）第118A条所订的未经同意下作出肛交的罪行便应予废除。

## 第6章 性侵犯

### 引言

92. 根据《刑事罪行条例》（第200章）第122(1)条，任何人猥亵侵犯另一人，即属犯罪。这项罪行的最高刑罚是监禁10年。（按：猥亵侵犯俗称“非礼”。）

<sup>42</sup> 根据《刑事罪行条例》（第200章）第118A条，任何人與另一人作出肛交，而在肛交時該另一人“對此並不同意”，此人即屬犯未經同意下作出肛交的罪行。

<sup>43</sup> 《刑事罪行条例》（第200章）第118C条、第118D条、第118E条及第118F条所訂的其他肛交罪行，並無提及“對此並不同意”等字或類似的字句。

93. 小组委员会注意到现有罪行的焦点，是在于“猥亵”而非在于尊重性自主权。

### **订立新的性侵犯罪的理据**

94. 我们认为有理据支持订立一项新罪行，把焦点由“猥亵”转移至“性”方面，但同时仍能针对猥亵侵犯现时所涵盖的一类刑事行为而为受害人提供保障。这种形式的焦点转移，可符合保障性自主权的原则。

95. 《英格兰法令》和《苏格兰法令》，均已订立这项新的性侵犯罪，以取代猥亵侵犯罪。新罪行把焦点由猥亵此概念，转移至合理的人会否认为有关行为“涉及性”方面。因此，新罪行的关注重点，在于保障个人的性自主权，令个人得免进行己所不欲的涉及性的行为，而非在于维护公众标准。

### **性侵犯罪的构成元素**

96. 英格兰性侵犯罪的构成元素如下：

- 某人（甲）触摸另一人（乙）；
- 触摸是故意的；
- 触摸是涉及性的；
- 乙并不同意；及
- 甲并非合理地相信乙同意。

97. 苏格兰性侵犯罪的构成元素为：某人（甲）故意或罔顾后果地向另一人（乙）作出五项涉及性的行为的任何其中一项，而甲这样做是未经乙同意，亦非合理地相信乙同意。这五项涉及性的行为如下：

- (a) 以任何方法在涉及性方面插入乙的阴道、肛门或口腔；
- (b) 在涉及性方面触摸乙；
- (c) 与乙发生任何其他身体上的性接触（不论是身体接触、透过衣服接触抑或透过用具接触）；
- (d) 向乙射出精液；
- (e) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。

### **“触摸”的通用定义**

98. 《英格兰法令》第 79(8)条载有“触摸”的定义，此定义适用于《英格兰法令》第 1 部的所有性罪行。“触摸”的定义包括插入。

99. 我们赞成采用英格兰的定义，因为它能反映“触摸”涵义的各种主要诠释。

100. 不过，如“触摸”的定义包括插入，则在所有涉及插入式侵犯的案件中，均可提出性侵犯的控罪，但我们估计控方不会在下述的情况中提出性侵犯的控罪：有证据显示有人以阳具插入乙的阴道、肛门或口腔（在此情况中应当提出强奸的控罪），或有人非以阳具插入乙的阴道或肛门（在此情况中应当提出以插入的方式进行性侵犯的控罪）。

### **建议 17：触摸的定义**

我们建议采用英格兰《2003年性罪行法令》第79(8)条所载的“触摸”定义，以便就任何性罪行而言，触摸包括：

- (a) 以身体的任何部分作出的触摸，
  - (b) 以任何其他东西作出的触摸，
  - (c) 透过任何东西作出的触摸，
- 尤其包括构成插入的触摸。

### **性侵犯涵盖非接触式的侵犯？**

101. 在《英格兰法令》和《苏格兰法令》之中，新的性侵犯罪并不涵盖不涉及触摸或双方之间有接触的侵犯。在这两项法令中，性侵犯罪的涵盖范围，要比现有的猥亵侵犯罪的涵盖范围狭窄，因为如果被控人令到投诉人意识到自己即将会被猥亵地触摸，则犯了猥亵侵犯罪。

102. 我们认为，建议的性侵犯罪涵盖范围应超越触摸或身体接触，因为现有的猥亵侵犯罪并不局限于接触行为。改变有关法律的方式，不应令到性侵犯的涵盖范围较猥亵侵犯的涵盖范围狭窄，因为这会减少受害人所得到的保障。此外，非接触式的侵犯，可能会为受害人带来程度与性触摸相同的恐惧和伤害。如果我们把性侵犯局限于触摸或接触行为，我们会摒除一些现时受现有猥亵侵犯罪涵盖的非接触式猥亵行为。

### **扩大性侵犯的涵盖范围以涵盖“裙底”摄影及公众露体**

#### **“裙底”摄影**

103. 控方往往难以找到正确的控罪，以检控在公众地方对女性的衣服或裙子底部进行录影或摄影的行径，这类犯罪行为往往被统称为“裙底”摄影。就此类犯罪行为所提出的控罪，通常是在公众地方行

为不检<sup>44</sup>、游荡<sup>45</sup>，或有违公众道德这项普通法罪行。如果上述三项控罪均不适用，则在摄影涉及使用电脑时，控方可能会提出不诚实地使用电脑的控罪<sup>46</sup>，作为最后一着。

104. 我们觉得以上各项控罪针对“裙底”摄影事件，皆非完全理想的做法。第一，这些控罪都是一般的罪行，涵盖在公众地方发生的各式各样不检行为，因此不是专门处理“裙底”摄影的罪行。更重要的是，这些控罪未能带出本质涉及性方面的犯罪行为，亦未能把焦点集中于尊重性自主权。

105. 再者，如果“裙底”摄影是在私人地方发生，选择正确的控罪会有困难。由于该项行为并非在公众地方进行，控方不能检控此类案件中的罪犯行为不检、游荡或有违公众道德。<sup>47</sup>

106. 由于“裙底”摄影（不论是在公众地方或抑或私人地方进行）是严重侵犯个人的性自主权，我们认为应订立一项法定罪行以处理此类犯罪行为。我们认为应扩大性侵犯的涵盖范围，以涵盖此类犯罪行为。

### ***应如何扩大性侵犯的涵盖范围？***

107. 我们认为，性侵犯的涵盖范围应予扩大，以涵盖任何一项本质涉及性方面的行为，而该项行为若然被另一人知道，则相当可能会为此人带来“*恐惧、低贬或伤害*”，但此人是否实际上知道该行为，却不会对罪行的构成有所影响。不论有关行为是在公众地方抑或私人地方发生，我们所提出的构思也会适用。

#### ***在公众地方露体***

108. 小组委员会注意到，我们在上文所提出的扩大性侵犯涵盖范围的建议，可能不但会涵盖“裙底”摄影，同时也涵盖不受欢迎而本质是涉及性的露体行径。我们相信有理由支持把这种不受欢迎的行为，列入经扩大的性侵犯涵盖范围，因为它也是侵犯他人的性自主权。

109. 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条订明，某人如“*无合法权限或辩解，在公众地方或公众可见的情况下，猥亵暴露其身体任何部分*”，即犯猥亵露体罪。应强调的是，我们并非建议这项现有的猥亵露体罪，应由新的性侵犯罪所取代。我们注意到，这项现有罪

<sup>44</sup> 《公安条例》（第 245 章）第 17B(2)条。

<sup>45</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 160 条。

<sup>46</sup> 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 161 条。

<sup>47</sup> 在部分案件中，控方可根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 161 条，提出不诚实地使用电脑的控罪。

行的设计主要旨在维护公众道德，故此可能会涵盖无受害人目标亦不构成侵犯他人性自主权的公众猥亵露体。

**建议 18：性侵犯（第一类）**

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素应是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出以下任何一项事情：

- (a) 触摸乙而触摸是涉及性的；
- (b) 向乙射出精液；
- (c) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 122 条中的猥亵侵犯罪便应予废除。

**建议 19：性侵犯（第二类）**

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素也应是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出一项本质涉及性的行为，而这项行为令乙意识到对方会使用或恐吓使用即时及非法的人身暴力。

**建议 20：性侵犯（第三类）；保留猥亵露体罪**

我们建议，新法例中的性侵犯罪的构成元素应进一步是：某人（甲）未经另一人（乙）同意，而且并非合理地相信乙同意，故意作出一项本质涉及性的行为，而该项行为然被乙知道，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，却不会对罪行的构成有所影响。

我们又建议，在新法例制定后，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 148 条所订的猥亵露体罪应予以保留。

## 第 7 章 导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为

### 引言

110. 本章研究应否订立一项新罪行以涵盖下述行为：某人（甲）在违反另一人（乙）意愿的情况下强迫乙进行涉及性的行为。强迫他人的行为，可以有多种不同形式。其一，甲可以是强迫乙与甲一起进行涉及性的行为（例如某人强迫另一人对其作出插入）。其二，甲可以是强迫乙自我进行涉及性的行为（例如某人强迫另一人自我手淫）。其三，甲可以是导致乙与第三者进行涉及性的行为（例如某人促使另



一人替第三者手淫)。<sup>48</sup> 最后一类行为也涵盖甲强迫乙与动物进行涉及性的行为的情况。<sup>49</sup>

111. 我们认为应订立一项新罪行，以涵盖强迫他人进行涉及性的行为。这种行为严重侵犯另一人的性自主权，所以应特别订立一项罪行来处理这种行为。

### **英格兰罪行——导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为**

112. 《英格兰法令》第 4(1)条订明：

“如属以下情况，某人（甲）即属犯[导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的]罪行——

- (a) 他故意导致另一人（乙）进行一项行为，
- (b) 该项行为是涉及性的，
- (c) 乙不同意进行该项行为，及
- (d) 甲并非合理地相信乙同意。”

### **苏格兰罪行——性胁迫**

113. 根据《苏格兰法令》第 4 条，如某人（甲）故意导致另一人（乙）参与一项涉及性的行为而乙并不同意参与该项行为，而甲又并非合理地相信乙同意参与该项行为，甲即属犯“性胁迫”罪。

### **新罪行的名称**

114. 英格兰罪行和苏格兰罪行建基于同一理据，旨在网罗同一刑事行为，即强迫他人在违反自己意愿的情况下进行或参与涉及性的行为。问题在于我们究竟应沿用英格兰的用词称新罪行为“导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为”，还是沿用苏格兰的用词称新罪行为“性胁迫”。

115. 我们认为英格兰的用词较清晰明确，故此建议采用。英格兰的用词可令大家更清楚明白这项罪行的主要构成元素，那就是导致另一人在不同意的情况下进行某种形式的涉及性的行为，以及未有得到此人同意。我们认为英格兰的用词要比苏格兰法例的用词可取。在苏格兰的法例中，这项罪行的名称只显示出罪行涉及某种胁迫，但未能显示出罪行的其他主要构成元素，那就是“导致”罪行发生的行为，以及未有得到另一人同意参与强迫的涉及性的行为。

### **以威胁促致他人作非法性行为的罪行**

116. 根据《刑事罪行条例》（第 200 章）第 119 条，如“任何人以

<sup>48</sup> 英格蘭《2003 年性罪行法令》(Sexual Offences Act 2003)說明第 13 段。

<sup>49</sup> 《內政部文件》，第 2.20.1 段。

威胁或恐吓手段，促致另一人在香港或外地作非法的性行为……”，即属犯以威胁或恐吓促致他人作非法性行为的罪行。这项罪行的最高刑罚是监禁14年。

117. 我们认为，新的导致罪行一经订立，现有的促致罪行便应予废除。现有的促致罪行流于过份狭窄，因为它只涵盖以威胁或恐吓所促致的非法性行为。导致罪行则不然，只要某人“导致”另一人在本身不同意的情况下进行涉及性的行为，便会触犯这项罪行。根据《布莱斯通2012年刑事实务》（*Blackstone's Criminal Practice 2012*），任何可导致事情发生的行为即已足够，因为“导致”一词在英格兰法例中未有界定。导致可包括暴力威胁、诱使或甚至劝说。<sup>50</sup> 因此，导致罪行所网罗的强迫的涉及性的行为，范围要比现有的促致罪行所网罗者更广阔。在此情况之下，导致罪行可针对强迫的涉及性的行为提供必要的保障，所以促致罪行再无需继续存在。

118. 再者，正如上文所论及，特别订立一项罪行以处理强迫的涉及性的行为，理据在于这种行为严重侵犯另一人的性自主权。现有的促致罪行，却未能把焦点集中于性自主权。该项罪行的主要焦点，在于施加威胁或恐吓以促致非法的性行为。导致罪行则不同，是透过规定同意与否须为罪行的构成元素之一来强调性自主权，而得到同意是性自主权的核心所在。

119. 值得注意的是，以威胁促致女子作非法性行为的英格兰罪行<sup>51</sup>（香港现有的促致罪行是以此为蓝本），在新的导致罪行订立后，已于2003年被《英格兰法令》废除。<sup>52</sup>

### **“在香港或外地”进行涉及性的行为**

120. 现有的促致罪行可网罗以威胁或恐吓“在香港或外地”所促致的非法性行为。虽然有关的涉及性的行为可以是在香港境内或境外发生，但促致它发生的行为却必须是在香港境内发生。我们认为，应同样在这项新的导致罪行的构成元素中加入“在香港或外地”等字，否则新的导致罪行便会较现有的促致罪行狭窄。在促致罪行的构成元素中加入“在香港或外地”等字后，虽然涉及性的行为可以是在香港境内或境外发生，但促致它发生的行为却必须是在香港境内发生。这样会有助防止跨境的性罪行。

<sup>50</sup> 《布莱斯通2012年刑事实务》，B3.41段。

<sup>51</sup> 英格兰原有的以威胁促致女子作非法性行为的罪行，载于英格兰《1956年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 1956*）第2条。

<sup>52</sup> 《英格兰法令》第140条及附表7。

**建议 21：** 导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为；及  
废除以威胁或恐吓促致他人作非法性行为的罪行

我们建议新法例应加入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，这项罪行应类似英格兰《2003 年性罪行法令》第 4 条，但作出必要的变通。

我们又建议，应在这项导致他人在不同意的情况下进行涉及性的行为的建议罪行的构成元素中加入“*在香港或外地*”等字。在加入上述字眼后，虽然涉及性的行为可以是在香港境内或境外发生，但促致它发生的行为却必须是在香港境内发生。

我们又建议，新法例一经制定，《刑事罪行条例》（第 200 章）第 119 条中的以威胁或恐吓促致他人作非法性行为的罪行便应予废除。

香港法律改革委员会  
性罪行检讨小组委员会  
2012 年 9 月

## 附件

下述海外法例可于互联网上的下述网址下载——

### 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>