

香港法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會

《涉及兒童及精神缺損人士的性罪行》

諮詢文件

摘要

導言

研究範圍

1. 見諮詢文件。

小組委員會先前的工作

2. 性罪行檢討小組委員會於 2006 年 7 月委出。
3. 2008 年 7 月，小組委員會發表了《關於性罪犯名冊的臨時建議》諮詢文件。
4. 經考慮諮詢所得的意見後，法律改革委員會（法改會）於 2010 年 2 月發表《與兒童有關工作的性罪行紀錄查核：臨時建議》報告書。
5. 法改會根據小組委員會的建議，於 2010 年 12 月發表《14 歲以下男童無性交能力的普通法推定》報告書，建議廢除這項過時的普通法推定。

性罪行及相關罪行的全面檢討

6. 小組委員會現正就實質的性罪行進行全面檢討。這是小組委員會在其研究範圍內的主要研究部分。
7. 小組委員會的計劃是把這項檢討工作分為四個部分，並就每一部分發表獨立的諮詢文件，以及一份整體性的最後報告書。如有需要，小組委員會會按進一步討論的結果修訂此計劃。這四部分分別是：

- (i) 以性自主權為依據的罪行（即強姦及其他未經同意下進行的性罪行）；
- (ii) 以保護原則為依據的罪行（即涉及兒童及精神缺損人士的性罪行，以及涉及濫用受信任地位的性罪行）；
- (iii) 雜項性罪行；及
- (iv) 判刑。

8. 小組委員會於 2012 年 9 月發表了《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（簡稱“《未經同意下進行的性罪行》諮詢文件”）。《未經同意下進行的性罪行》諮詢文件，是小組委員會就其所定的餘下課題所發表或將會發表的四份諮詢文件之中的第一份。

本諮詢文件

9. 本諮詢文件是小組委員會在其研究範圍內所發表的第四份文件，代表了小組委員會在全面檢討實質的性罪行的過程中所發表或將會發表的四份諮詢文件之中的第二份，內容涵蓋涉及兒童及精神缺損人士的性罪行，以及涉及濫用受信任地位的性罪行。

邀請公眾發表意見

10. 本諮詢文件中的建議，是小組委員會經廣泛討論所得的結果，代表了我們的初步看法，謹向社會大眾提出以供考慮。我們歡迎大家就本諮詢文件所討論的任何議題提出意見、評論及建議，這會有助小組委員會於適當時候達成最終結論。

第 1 章：現有涉及兒童及少年人的性罪行概覽

11. 本章概括介紹《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部特別關乎兒童及少年的主要性罪行。（有關下文所概述各項罪行的進一步說明，請參閱諮詢文件。）

與年齡在 13 或 16 歲以下的女童性交

12. 根據《刑事罪行條例》第 123 條，任何男子與一名年齡在 13 歲以下的女童非法性交，即屬犯罪。

13. 根據《刑事罪行條例》第 124(1)條，任何男子與一名年齡在 16 歲以下的女童非法性交，也會犯類似的罪行。

與 21 歲以下女童作出肛交

14. 根據《刑事罪行條例》第 118D 條，任何男子與年齡在 21 歲以下的女童作出肛交，即屬犯罪，最高刑罰是終身監禁。

由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交

15. 《刑事罪行條例》第 118C 條訂明，任何男子與另一名年齡在 16 歲以下的男子作出肛交，或任何年齡在 16 歲以下的男子與另一名男子作出肛交，即屬犯罪。

16. 第 118C 條以往曾經訂明，任何男子與另一名 21 歲以下男子作出肛交，或任何 21 歲以下男子與另一名男子作出肛交，即屬犯罪。上訴法庭維持原訟法庭在 Leung TC William Roy 訴律政司司長 案中的裁決，¹ 亦即當時的第 118C 條屬於違憲和無效，但以該條適用於 16 歲或以上但未滿 21 歲的男子的範圍為限。《2014 年成文法（雜項規定）條例》（2014 年第 18 號條例）後來於 2014 年 11 月 26 日制定，對當時的第 118C 條作出修訂，以“16”取代該條中所有對“21”的提述。

由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為

17. 《刑事罪行條例》第 118H 條訂明，任何男子與另一名年齡在 16 歲以下的男子作出嚴重猥褻作為，或任何年齡在 16 歲以下的男子與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。

18. 第 118H 條以往曾經訂明，任何男子與另一名 21 歲以下男子作出嚴重猥褻作為，或任何 21 歲以下男子與另一名男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。法庭在上述 Leung TC William Roy 訴律政司司長 案中，宣布當時的第 118H 條屬於違憲和無效，但以該條適用於 16 歲或以上但未滿 21 歲的男子的範圍為限。《2014 年成文法（雜項規定）條例》亦對當時的第 118H 條作出修訂，以“16”取代該條中所有對“21”的提述。

向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為

19. 根據《刑事罪行條例》第 146 條，“任何人與或向一名年齡在 16 歲以下的兒童作出嚴重猥褻作為，或煽惑一名年齡在 16 歲以下的兒童與他或她、向他或她、與另一人或向另一人作出此種作為”，即屬犯罪。

² 這項罪行的最高刑罰是監禁 10 年。

¹ Leung TC William Roy 訴律政司司長 案，[2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004，高等法院原訟法庭。上訴法庭維持該項裁決（CACV 317/2005）。

² 《刑事罪行條例》第 146(1)條。

拐帶年齡在 16 或 18 歲以下的未婚女童

20. 根據《刑事罪行條例》第 126 條，任何人“無合法權限或辯解，將一名年齡在 16 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走”，即屬犯罪。³

21. 《刑事罪行條例》第 127 條亦訂有一項類似的罪行：“任何人將一名年齡在 18 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，意圖使她與多名或某一名男子非法性交，即屬犯罪”。⁴

第 2 章：同意年齡

“同意年齡”的涵義

22. “同意年齡”一詞不見於法例。蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）在其所發表的《有關強姦及其他性罪行的報告書》（*Report on Rape and Other Sexual Offences*）（簡稱“《蘇格蘭法律委員會報告書》”）⁵中，把該詞界定為指“兒童的某個年齡，所有在這個年齡以下發生的涉及性的行為都是錯誤的，而在這個年齡或以上發生的涉及性的行為，在法律上則是准許的”。⁶

23. 因此，同意年齡是一個分界年齡。涉及性的行為，若是在同意年齡以下發生的便屬非法。

香港現時的同意年齡

24. 一般來說，香港現時的同意年齡是 16 歲。因此，《刑事罪行條例》訂有一系列關於與 16 歲以下兒童發生涉及性的行為的罪行。

25. 儘管如此，根據《刑事罪行條例》第 118D 條，任何男子與年齡在 21 歲以下的女童作出肛交仍屬犯罪，所以異性肛交的同意年齡仍然訂於較高的 21 歲。《2014 年成文法（雜項規定）條例》已將同性肛交的同意年齡降低至 16 歲。因此，異性肛交與同性涉及性的行為在同意年齡方面的差別繼續存在。

³ 《刑事罪行條例》第 126(1)條。

⁴ 《刑事罪行條例》第 127(1)條。

⁵ 蘇格蘭法律委員會，*Report on Rape and Other Sexual Offences*（2007 年 12 月），Scot Law Com No 209。

⁶ 蘇格蘭法律委員會，同上，第 4.18 段。

我們對同意年齡有差別的看法

26. 有鑑於 Leung TC William Roy 案及其相關裁決，以及越來越多其他司法管轄區採用劃一同意年齡，我們發覺難以找到任何理據，足以支持容許同性與異性涉及性的行為的同意年齡差別可繼續存在於香港。我們這次改革的指導原則，是性罪行的法律不應帶有性傾向或性行為習慣方面的區分。這項原則也支持在不同性傾向的人之間，進行涉及性的行為的同意年齡應該相同。

同意年齡應劃一為哪個歲數？

27. 每個國家的同意年齡都有所不同，由 13 歲至 18 歲不等。不過，大部分國家的同意年齡是訂於 16 歲。

28. 我們找不到任何有力的理據，足以支持把現時的 16 歲水平提高或降低，而這個年齡在社會上沿用已久並且深入人心。事實上，降低同意年齡可能會有不良後果，那就是鼓勵兒童過早進行涉及性的行為。在另一方面，建議提高同意年齡也可能會受到批評，因為這個建議沒有顧及到現時兒童在生理和心理方面的成熟年齡已比以前提早了很多。

建議 1： 在香港同意年齡應劃一為 16 歲

我們建議，在香港同意年齡應劃一為 16 歲，並應不論性別和性傾向而適用。

第 3 章：關於改革涉及兒童及少年人的性罪行的一般議題

引言

29. 本章會研究一些關於涉及兒童及少年人的性罪行的一般議題，這些議題關係到我們如何定出改革建議。

新法例中涉及兒童及少年人的罪行應否無分性別？

30. 就一些海外司法管轄區包括澳大利亞、加拿大、英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭的法例而言，一般的趨勢是男女童在免受性剝削的保護方面會得到平等待遇，而涉及兒童及少年人的罪行則無分性別。

建議 2： 涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別

我們建議，在新法例中涉及兒童及少年人的罪行應該無分性別。

涉及兒童及少年人的罪行應如何分類？

31. 我們不贊成保留《刑事罪行條例》的現有做法。現時的做法顯示有不同的同意年齡（分別是 13、16、18 及 21 歲），而且指明性別和帶有性傾向歧視成分。在建議 1 中，我們建議同意年齡應劃一為 16 歲，並應不論性別和性傾向而適用。《刑事罪行條例》的現有做法與我們的建議不相符。

不同罪行之間應否有重疊？

32. 另一項議題則是不同罪行之間應否有重疊。在《刑事罪行條例》中，與年齡在 13 歲以下女童性交的罪行以及與年齡在 16 歲以下女童性交的罪行，兩者之間有重疊。在《英格蘭法令》中，涉及 13 歲以下兒童的一系列罪行，與涉及 16 歲以下兒童的另一系列罪行，兩者之間也有重疊。另一方面，在《蘇格蘭法令》中，涉及幼童（即未滿 13 歲者）的一系列罪行，與涉及較年長兒童（即年滿 13 歲但未滿 16 歲者）的另一系列罪行，兩者之間並無重疊。

33. 我們贊同英格蘭的做法，即不同罪行之間應有重疊。在不能肯定有關兒童在罪行發生時是否未滿 13 歲的情況下，這做法可避免或會出現的漏洞。這種情況是可以發生的，例如罪行發生於很久之前，而有關兒童已無法清楚記得案發是否在他或她年滿 13 歲之前。在此類個案中，被控人可被控以涉及 16 歲以下兒童的罪行。

建議 3： 應訂有不同系列的罪行，分別涉及 13 歲以下及 16 歲以下的兒童

我們建議，法律應反映對兩類少年人的保護，即 13 歲以下兒童和 16 歲以下兒童，就兩者應分別訂有不同系列的罪行，而不是只訂立單一項侵犯兒童罪。

應否刪去“非法”一詞？

34. 在《刑事罪行條例》中，有多項罪行是與“非法性交”或“非法的性行為”有關的。

35. 根據英格蘭的權威案例，“非法性交”一詞原本在 *Regina v Chapman* [1959] 1 QB 100 案中是被理解為指婚外性行為（這項裁決後來在香港特別行政區訴陳永鴻（*HKSAR v Chan Wing Hung* [1997] 3 HKC 472）案中得到確認）。此詞的這個原有普通法涵義，作用是令到夫妻之間的性行為，即使是以脅迫或欺騙的手段而取得，也不會落入“非法性交”一詞的涵義範圍之內。

36. 英國上議院後來在 *Reg v R* [1991] 4 All ER 483 案中摒棄了“非法性交”一詞的原有普通法涵義。英國上議院認為丈夫與妻子應享有平等權利，所以任何一方都應有權拒絕對方的性行為要求。因此，在相對應的英格蘭法例中，“非法性交”中的“非法”一詞只不過是“冗詞”，沒有任何意義。

37. 英國上議院在 *Reg v R* 案中對“非法”一詞採用了新的涵義，結果是妻子如不同意進行性交，丈夫有可能會被裁定干犯強姦妻子罪。這個新的普通法涵義在香港已獲賦予法定效力。立法會於 2002 年制定了《成文法（雜項規定）條例》，為《刑事罪行條例》加入新的第 117(1B)條。該條訂明，就第 118、119、120 及 121 條而言，“……任何男子與其妻子性交並非在‘非法性交、非法的性交（*unlawful sexual intercourse*）’的涵蓋範圍以外。”

38. 鑑於上述的司法和立法發展，我們難以看到在任何有關係文中保留“非法”一詞有何作用。我們故此認為應藉此機會，把“非法”這個已屬過時但仍留存於《刑事罪行條例》內的用詞刪除。⁷

建議 4： 從所有涉及性交或性行為的罪行中刪除“非法”一詞

我們建議，應從《刑事罪行條例》內所有涉及性交或性行為的罪行中刪除“非法”一詞。

被控人的年齡應否在新法例中指明？

39. 我們贊成訂立單一套可由成年罪犯或兒童罪犯干犯的罪行。這做法勝在簡單，又可避免在不確定被控人的年齡時提出錯誤的控罪。

40. 再者，法官可運用其判刑酌情權，對兒童罪犯判處較成年罪犯為輕的刑罰（假如根據案件情況而有理由這樣做）。⁸

建議 5： 涉及兒童及少年人的罪行，可由成年罪犯或兒童罪犯干犯

我們建議，建議訂立的涉及兒童及少年人的罪行，可由成年罪犯或兒童罪犯干犯，故有關法例無須指明罪犯的年齡。

⁷ 小組委員會在上一次所發表的《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件中，並沒有處理涉及非法性交或非法的性行為的罪行中關於“非法”一詞的議題。在這份諮詢文件中，小組委員會已達成結論，認為應刪去“非法”一詞。因此，讀者在閱讀小組委員會所發表的上份諮詢文件時，應假定在涉及非法性交或非法的性行為的罪行中，所有對“非法”一詞的提述均已刪除。

⁸ 在涉及兒童罪犯的案件中，控方可行使檢控酌情權，以確保只有確當的案件才會提交法庭審理。

第 4 章： 涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行的絕對法律責任

引言

41. 目前，與 16 歲以下的人性交，在香港屬絕對法律責任罪行。⁹ 被控人不得以不知道並且沒有理由懷疑有關兒童未滿 16 歲作為免責辯護。

42. 涉及非插入式行為的罪行是否屬絕對法律責任罪行，視乎法庭如何解釋相關條文的立法原意。

折衷解決方案：合理地相信有關兒童並非未足齡

43. 在某些海外司法管轄區，關乎兒童的性罪行並非絕對法律責任罪行，主要論據是為了公義和公平，基於合理理由出於真意而錯誤相信有關兒童並非未足齡的人不應受到懲處。

44. 然而，對此等罪行不施加絕對法律責任，並非要採取另一極端立場，要求控方必須在毫無合理疑點下證明被控人不是真意相信有關兒童並非未足齡，而是可採用以下兩種方式之一：一是規定控方須證明被控人並非合理地相信有關兒童已超過同意年齡；二是訂立條文，容許被控人以合理地相信有關兒童已超過同意年齡作為免責辯護。

反對絕對法律責任的論點¹⁰

- 被控人出於真意的犯錯應獲理解
- 多個海外司法管轄區均有免責辯護
- 較年長兒童可能會嘗試性行為

贊成施加絕對法律責任的論點¹¹

- 鼓勵人們避免對兒童作出可能是非法的行為
- 保護原則
- 與兒童進行涉及性的行為是錯誤的

⁹ 在嚴格法律責任罪行和絕對法律責任罪行中，控方無須就犯罪行為的每項元素證明犯罪意念：Archbold Hong Kong 2013，第 18-1 段。但是兩類罪行有一項主要分別，就是在嚴格法律責任罪行中，控方無須證明犯罪意念，但不阻止辯方以真誠或合理相信作為免責辯護；而在絕對法律責任罪行中，法庭甚至不接受辯方證明沒有干犯被控罪行的所需意圖（見香港特別行政區訴蘇偉倫，HCMA 39/2004，上訴法庭的判決書第 8 及 22 段）。

¹⁰ 見諮詢文件第 4.37 至 4.40 段。

¹¹ 見諮詢文件第 4.41 至 4.47 段。

- 發放鼓勵未足齡性行為的錯誤信息
- 成功檢控更加困難
- 在審訊中兒童所受保護減少

我們在這個議題上的意見

45. 對於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行應否施加絕對法律責任的問題，各有支持和反對的論點，亦必然有分歧的意見。此外，對於應否區分插入式和非插入式涉及性的行為，可能也有不同意見。事實上，小組委員會在審議這個議題的過程中意見分歧，因此認為應就此事諮詢公眾。

46. 有一點應予注意，就是絕對法律責任這個議題應只限於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，至於涉及 13 歲以下兒童的罪行，小組委員會認為無論何時都應屬絕對法律責任罪行。

建議 6： 絕對法律責任應否適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，應交由香港社會考慮

我們認為以下議題，即絕對法律責任應否適用於涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行，以及在此情況下應否區分插入式和非插入式涉及性的行為，應交由香港社會考慮。我們為此邀請公眾就這個議題發表意見。

第 5 章： 以婚姻關係作為涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的性罪行的免責辯護

引言

以婚姻關係作為與 16 歲以下女童性交的免責辯護

47. 在現行法律下，被控《刑事罪行條例》第 124(1)條所訂罪行的人可以提出婚姻關係免責辯護。¹² 現時這項免責辯護似乎只適用於經同意的涉及性的行為，不適用於未經同意的涉及性的行為。

48. 要確立上述的婚姻關係免責辯護，丈夫只需按相對可能性衡量標準證明，他相信並有合理因由相信該名 16 歲以下的女童是他的妻子。有一點應予注意，就是婚姻關係免責辯護不適用於被控《刑事罪行條例》第

¹² 根據《刑事罪行條例》第 153P(3)條，某人若因在香港以外地方所作出的行為而被控以具域外法律效力的性罪行，亦可以婚姻關係作為免責辯護。

123 條所訂罪行（一項涉及 13 歲以下女童的罪行）的人。因此，只有妻子年滿 13 歲但未滿 16 歲才適用婚姻關係免責辯護。

以婚姻關係作為猥褻侵犯的免責辯護

49. 根據《刑事罪行條例》第 122(1)條，任何人猥褻侵犯另一人，即屬犯罪。然而，根據《刑事罪行條例》第 122(3)條，被控人如基於合理理由而相信他或她與另一人為已婚夫婦，則不會在上述情況下犯猥褻侵犯該另一人的罪行。

50. 任何人如向另一名 16 歲以下的人作出猥褻行為，只要經該另一人同意，而兩人為合法夫婦或有合理理由相信兩人為合法夫婦，則他或她可因第 122(3)條的效力而免除猥褻侵犯的法律責任。

支持保留婚姻關係免責辯護的論點¹³

- 香港有義務承認有效的海外婚姻
- 香港居民有可能返回原屬國按該國法律或習俗結婚
- 多個海外司法管轄區均保留婚姻關係免責辯護
- 香港從未因婚姻關係免責辯護的施行而出現問題
- 不得對未足齡配偶進行未經同意的涉及性的行為的法律保障不受婚姻關係免責辯護影響

反對保留婚姻關係免責辯護的論點¹⁴

- 保護原則
- 稚齡兒童有可能在海外國家被迫結婚而香港很難核證婚姻是否有效
- 海外國家的婚姻法可能反映有別於香港的習俗
- 多個海外司法管轄區明文規定不得以婚姻關係作為免責辯護或已廢除此項免責辯護
- 異性戀者和同性戀者的不同待遇

¹³ 見諮詢文件第 5.24 至 5.31 段。

¹⁴ 見諮詢文件第 5.32 至 5.38 段。

我們在這個議題上的意見

51. 上文臚列了支持和反對在涉及年滿 13 歲但未滿 16 歲兒童的罪行中保留婚姻關係免責辯護的論點，並且理解這項議題可引起很大爭議。我們認為保護原則是最重要的因素，亦是改革涉及易受傷害的人（例如 16 歲以下兒童）的罪行時首要依循的。在香港，人們普遍認為與 16 歲以下兒童發生涉及性的行為是不對的。任何人來到香港都應遵守香港的法律。

建議 7：就涉及兒童的罪行而言應廢除婚姻關係免責辯護

我們建議，就涉及兒童的罪行而言，新法例不應訂有婚姻關係免責辯護，而現有的任何此類免責辯護亦應予廢除。

第 6 章：年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為

引言

52. 任何人與 13 歲以下的幼童進行涉及性的行為均被認為是絕對錯誤。可是，對於年滿 13 歲但未滿 16 歲的少年人，他們之間經同意下進行涉及性的行為，例如少年愛侶偷嚐禁果，是否應受到刑事法干預這個問題，大家的看法就未必相同。

年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為應否訂為刑事罪行：對此議題的三個主要處理模式

53. 對此議題可以有三種處理模式：

- (i) 將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權以決定是否提出控告。
- (ii) 將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行，但訂明如果所涉及的是年齡相近的少年人，則可豁免刑事法律責任。
- (iii) 不將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行。

54. 第一種模式是香港現時的做法，也是英格蘭及威爾斯所採用的模式。

第一種模式的理據：¹⁵

- 法律應為年輕人訂立行為規範
- 兒童之間經同意的性關係可能並非真正經同意，並且可能帶有剝削成分
- 將兒童之間經同意下進行的涉及性的行為合法化，或會鼓勵更多兒童過早進行涉及性的行為
- 只對帶有剝削成分的個案和在檢控是合乎公眾利益時才予以檢控

55. 第二種模式是澳大利亞和加拿大等司法管轄區採用的模式。

第二種模式的理據：¹⁶

- 少年人的確很年輕就進行涉及性的行為
- 避免不經意地把年輕人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行

56. 第三種模式是寬鬆處理。此模式不將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行。

57. 這是蘇格蘭法律委員會贊成採用的模式。

第三種模式的理據¹⁷

- 如果在大部分情況下多數只是理論上才會檢控，兒童之間經同意下進行的涉及性的行為就不應屬於刑事罪行
- 年輕人可能因此不去尋求適當意見

對於可能將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為訂為刑事罪行：我們的看法

58. 我們不能只因兒童年齡相近便假定他們之間的性關係是經完全同意的。

59. 保護原則也意味着不應鼓勵兒童在身心狀況還未能承擔後果之前進行涉及性的行為。

¹⁵ 見諮詢文件第 6.7 至 6.11 段。

¹⁶ 見諮詢文件第 6.22 至 6.24 段。

¹⁷ 見諮詢文件第 6.27 至 6.28 段。

60. 年輕人確有進行涉及性的行為，但這不是將之合法化或以任何方式作出鼓勵的適當理由。法律應為年輕人的行為訂立規範。

61. 對於那些對另一兒童或少年人性剝削的兒童或少年人施加刑事法律責任，並不一定表示他或她必定會被檢控。檢控酌情權可確保只將適當的案件提交法庭。不涉性剝削的個案，可按照警司警誡計劃以警誡方式處理，而該計劃在香港似乎也一直行之有效。因此，我們大致上贊成採用第一種模式，並且認為適宜就檢控酌情權的行使訂立指引。

建議 8： 將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但控方可行使檢控酌情權對適當的案件提出控告

我們建議，將年滿 13 歲但未滿 16 歲的人之間經同意下進行的所有涉及性的行為一律訂為刑事罪行，但認同控方可行使檢控酌情權以決定是否適宜對個別案件提出控告。

第 7 章： 新法例中涉及兒童的性罪行

引言

62. 本章探討的議題，是訂立關於侵犯兒童的性罪行。

現行法例的狀況及不足之處

63. 雖然現行法例已處理兩個類別兒童的罪行，但只涵蓋了兩種涉及性的行為，即性交及猥褻侵犯。我們認為對兒童的保護應擴及其他涉及性的行為。關於此點，小組委員會已在上一份諮詢文件中，建議訂立以下未經同意下進行的性罪行：強姦、以插入方式性侵犯、性侵犯，以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為。¹⁸ 我們認為應該參照建議訂立的未經同意下進行的性罪行，新增與其相對應的兒童罪行。此外，我們認為應針對特定的性剝削事件，訂立其他保護兒童的條文。這種模式已在英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭獲得採納。

以陽具對兒童作出插入行為

64. 現有的與年齡在 13 歲以下的女童性交罪（《刑事罪行條例》第 123 條）在兩方面有所不足。首先，該罪行只涵蓋以陽具插入受害兒童的陰道，被插入的部位並不包括肛門或口腔。其次，該罪行並不涵蓋男童受害人。

¹⁸ 香港法律改革委員會，《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012 年 9 月），建議 7、16、18、19、20 及 21。

65. 有鑑於此，我們認為應新增一項涉及 13 歲以下兒童的無分性別罪行，涵蓋以陽具插入兒童的陰道、肛門或口腔。

新訂罪行的名稱

66. 這項英格蘭罪行和蘇格蘭罪行均稱為“強姦”兒童。

67. 按照英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）的說法，罪行名稱採用“強姦”字眼的理據是：“……強姦是最嚴重的性罪行，若強姦兒童不以此罪名檢控，則經改革的法律會有根本缺陷。”¹⁹

68. 我們傾向不會在涉及以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為的建議新訂罪行中採用“強姦”字眼。按一般理解，強姦指未經同意下進行的性交。然而，就這項涉及 13 歲以下的人的罪行而言，根本不存在同意與否的問題。以陽具對 13 歲以下的人作出插入行為，本身就是非常嚴重的罪行，實在無需加上“強姦”的標籤。再者，一些受害兒童可能希望避免留下遭受強姦所可能造成的烙印。如果建議新訂罪行的名稱採用“強姦”以外的字眼，則可避免這個問題。

69. 我們認為應新訂一項稱為以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為的罪行。現有的與年齡在 16 歲以下的女童性交罪（《刑事罪行條例》第 124 條）是指明性別的，並不涵蓋以插入方式性侵犯男童；再者，該罪行只涵蓋陰道性交，並不涵蓋以身體某部分對兒童的肛門或口腔作出性插入。另一方面，現有的猥褻侵犯罪（《刑事罪行條例》第 122 條）及向兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）都不足以反映此類嚴重刑事行為的嚴重程度。

建議 9：建議新訂罪行：以陽具對 13／16 歲以下兒童作出插入行為

我們建議，新法例中應包括一項“以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 5 條。²⁰

我們亦建議訂立一項“以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為”的同類罪行。

¹⁹ 英國內政部，*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*（2000 年 7 月），第 3.6.3 段。

²⁰ 《英格蘭法令》第 5(1)條訂明：

“如有以下情況，任何人即屬犯〔強姦 13 歲以下兒童〕罪——

(a) 他故意以其陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔，及

(b) 該另一人為 13 歲以下。”

對兒童作出插入行為

70. 現時，猥褻侵犯罪（《刑事罪行條例》第 122 條）及向兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）涵蓋非以陽具插入兒童的陰道或肛門。²¹ 兩項罪行的最高刑罰均只是監禁 10 年。

71. 我們認為現有的罪行不足以反映非以陽具插入兒童的陰道或肛門行為的嚴重程度，因此應該訂立新的罪行以涵蓋這類嚴重行為。建議新訂的罪行將涵蓋非以陽具插入 13 歲以下兒童的陰道或肛門的行為。

72. 我們認為應該訂立一項涉及 16 歲以下兒童的類似罪行。現有罪行在處理非以陽具插入較年長兒童的陰道或肛門的案件方面存在不足之處。現有的與年齡在 16 歲以下的女童性交罪（《刑事罪行條例》第 124 條）是指明性別的，並不涵蓋以插入方式性侵犯男童；再者，該罪行只涵蓋陰道性交，並不涵蓋以身體某部分對兒童的陰道或肛門作出性插入。另一方面，現有的猥褻侵犯罪（《刑事罪行條例》第 122 條）及向兒童作出猥褻行為罪（《刑事罪行條例》第 146 條）都不足以反映此類嚴重刑事行為的嚴重程度。

建議 10：建議新訂罪行：對 13／16 歲以下兒童作出插入行為

我們建議，新法例中應包括一項“對 13 歲以下兒童作出插入行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 6 條。²²

我們亦建議訂立一項“對 16 歲以下兒童作出插入行為”的同類罪行。

我們建議採納一項內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 19(2)條的條文，訂明就對 13 歲以下兒童作出插入行為及對 16 歲以下兒童作出插入行為的罪行而言，提述以某人身體的任何部分插入，須解釋為包括提述以該人的陽具插入。²³

我們建議修訂《刑事罪行條例》附表 1，在被控人被控以陽具對 13 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁

²¹ 《刑事罪行條例》第 146 條所訂罪行適用於 16 歲以下的兒童。

²² 《英格蘭法令》第 6(1)條訂明：

“如有以下情況，任何人即屬犯〔以插入方式侵犯 13 歲以下兒童〕罪——

(a) 他故意以自己身體某部分或任何其他東西插入另一人的陰道或肛門，
(b) 該插入是涉及性的，及
(c) 該另一人為 13 歲以下。”

²³ 《蘇格蘭法令》第 19(2)條訂明：

“(2) 在不損害第(1)款的一般性的原則下，該款提述以甲的身體的任何部分插入，須解釋為包括提述以甲的陽具插入。”

決，改判對 13 歲以下兒童作出插入行為罪；同樣地，在被控人被控以陽具對 16 歲以下兒童作出插入行為罪的案件中，容許作出法定交替裁決，改判對 16 歲以下兒童作出插入行為罪。

性侵犯兒童

73. 小組委員會在上一份諮詢文件中建議（就成年人而言）性侵犯應分為三個類別。第一類別是涉及性的觸摸、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為。第二類別是作出涉及性的行為，而這項行為使另一人（乙）意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。第三類別是作出涉及性的行為，而該項行為若然被另一人（乙）知道，則相當可能會為乙帶來恐懼、低貶或傷害，但乙是否實際上知道該行為，卻不會對該罪行的構成有所影響。

74. 由於第二及第三類別關乎未經同意的情況，我們認為上述兒童罪行無需涵蓋該兩個類別。（不論受害人屬何年齡，該等行為如在受害人不同意的情況下作出，則根據適用的一般條文已屬罪行。）我們認為上述兒童罪行應參照英格蘭罪行和蘇格蘭罪行，只涵蓋涉及性的觸摸、向兒童射出精液，以及向兒童作出涉及性的射尿液或吐唾液行為（即上文第一類別的涉及性的行為）。

75. 此外，為了保護較年長兒童免因性侵犯行為而受害，我們認為應該訂立涉及 16 歲以下兒童的同類罪行。

建議 11：建議新訂罪行：性侵犯 13／16 歲以下兒童

我們建議，新法例中應包括一項“性侵犯 13 歲以下兒童”的罪行。該罪行的構成元素為任何人（甲）故意向另一人（乙）作出以下任何一項行為，而乙是 13 歲以下的兒童：

- (a) 觸摸乙而觸摸是涉及性的；
- (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為。

我們亦建議訂立一項“性侵犯 16 歲以下兒童”的同類罪行。

導致或煽惑兒童進行涉及性的行為

76. 小組委員會在上一份諮詢文件中建議訂立一項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的罪行。我們認為應該訂立一項兒童罪行，以對應該項未經同意下進行的罪行。我們覺得，任何人導致或煽惑兒童進行

任何形式涉及性的行為，都是構成罪行的行為，因此應該訂立一項新的罪行涵蓋這種行為。

建議 12：建議新訂罪行：導致或煽惑 13／16 歲以下兒童進行涉及性的行為

我們建議，新法例中應包括一項“導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 8 條。²⁴

我們亦建議訂立一項“導致或煽惑 16 歲以下兒童進行涉及性的行為”的同類罪行。

在兒童在場下進行涉及性的行為

77. 發生這種罪行的典型場景是一名戀童癖者明知有兒童在房間內觀看他手淫或與另一人進行涉及性的行為，而藉此得到性快感。²⁵

兒童可能親身在場或通過網絡攝影機觀看

78. 這項罪行旨在涵蓋的情況，是有人在兒童在場下進行某種涉及性的行為。犯罪者進行涉及性的行為時，該名兒童可能是親身在場，也可能是身在別處而影像是通過好像網絡攝影機的途徑看到的。

79. 在保護原則下，兒童應受保護免因以下情況而受性剝削：犯罪者為了得到性滿足，或為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐而在兒童在場下進行涉及性的行為。同樣地，犯罪者導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場亦屬性剝削，兒童亦應就此受到保護。我們因此建議訂立一項涉及 13 歲以下幼童的新罪行，以涵蓋該等刑事行為。我們亦建議訂立一項涉及 16 歲以下兒童的同類罪行，以保護較年長兒童。

建議 13：建議新訂罪行：在 13／16 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為

我們建議，新法例中應包括一項“在 13 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 22 條。²⁶

²⁴ 《英格蘭法令》第 8(1)條訂明：
“如有以下情況，任何人即屬犯〔導致或煽惑 13 歲以下兒童進行涉及性的行為〕罪——
(a) 他故意導致或煽惑另一人（乙）進行一項行為，
(b) 該項行為是涉及性的，及
(c) 乙為 13 歲以下。”

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

我們亦建議訂立一項“在 16 歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的同類罪行。

導致兒童在第三者進行涉及性的行為期間在場，亦應構成上述兩項罪行。此外，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

導致兒童觀看性影像

80. 現時並無罪行涵蓋導致幼童觀看性影像的行為。按照保護原則，有需要訂立新罪行，以保護幼童免受這種出於個人性動機的性剝削。因此，我們認為應該訂立新罪行，以涵蓋這種侵犯 13 歲以下幼童的行為。此外，現時亦無罪行涵蓋導致較年長兒童觀看性影像的行為，我們認為應該訂立同類罪行，以涵蓋有關行為。

建議 14：建議新訂罪行：導致 13／16 歲以下兒童觀看性影像

我們建議，新法例中應包括一項“導致 13 歲以下兒童觀看性影像”的罪行，其內容參照《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 23 條。²⁷

我們亦建議訂立一項“導致 16 歲以下兒童觀看性影像”的同類罪行。

被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 23(3)條中性影像的定義應予採納。²⁸

²⁶ 《蘇格蘭法令》第 22(1)及(2)條訂明：

“(1) 如任何人（‘甲’）——

(a) 故意進行涉及性的行為並且為了第(2)款所述目的而在一名未滿 13 歲的兒童（‘乙’）在場下進行，或

(b) 故意並且為了第(2)款所述目的而導致乙在第三者進行涉及性的行為期間在場，甲即屬犯一項稱為導致幼童在涉及性的行為進行期間在場的罪行。

(2) 該等目的為——

(a) 得到性滿足，

(b) 使乙感到受侮辱、困擾或驚恐。”

²⁷ 《蘇格蘭法令》第 23(1)及(2)條訂明：

“(1) 如任何人（‘甲’）故意並且為了第(2)款所述目的而導致一名未滿 13 歲的兒童（‘乙’）觀看性影像，甲即屬犯一項稱為導致幼童觀看性影像的罪行。

(2) 該等目的為——

(a) 得到性滿足，

(b) 使乙感到受侮辱、困擾或驚恐。”

²⁸ 《蘇格蘭法令》第 23(3)條訂明：

“就第(1)款而言，性影像指以下影像（不論以何種方式製作，亦不論是否活動影像）——

(a) 甲在進行涉及性的行為或第三者或假想的人在進行涉及性的行為，

(b) 甲的生殖器官或第三者或假想的人的生殖器官。”

安排或利便干犯兒童性罪行

81. 上述罪行涵蓋的情況是任何人（甲）故意：

- (i) 安排或利便作出某項甲擬作出的行為；
- (ii) 安排或利便作出某項甲擬由另一人（乙）作出的行為；
- (iii) 安排或利便作出某項甲相信乙會作出的行為，

而該行為是在世界任何地方作出的，並且涉及干犯任何兒童罪行。

干犯有關罪行的例子

82. 以下是干犯有關罪行首兩個部分的例子：某人（甲）接觸代理人，要求代理人促使某兒童與甲本人或一個朋友進行涉及性的行為。在此情況下，不論上述涉及性的行為有否發生，亦已干犯有關罪行。²⁹

83. 以下是干犯有關罪行第三個部分的例子：甲故意開車接載另一人（X）與某兒童會面，而甲相信 X 會與該兒童進行涉及性的行為。³⁰

84. 我們認為，香港應訂立同類罪行。建議訂立的罪行可讓有關當局及早行動，將採取預備步驟以安排或利便他人侵犯兒童的戀童癖者繩之於法。在加強保護兒童免受性剝削方面，這會是重要一步。應該注意，建議訂立的罪行會涵蓋安排或利便干犯涉及同意年齡以下兒童的罪行。換言之，該罪行會同樣適用於 13 歲以下兒童及 16 歲以下兒童。

建議 15：建議新訂罪行：安排或利便干犯兒童性罪行

我們建議，新法例中應包括一項“安排或利便干犯兒童性罪行”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 14 條。³¹

就協助、教唆和慫恿他人干犯兒童性罪行而言健康及治療事宜屬例外情況

85. 我們贊同有關看法，認為就性健康事宜（如避孕）向青年人提供協助、意見、治療及支援的人，在正常情況下不應被視為協助和教唆他人

²⁹ 《2003 年性罪行法令》註釋，第 24 段。

³⁰ 《2003 年性罪行法令》註釋，第 24 段。

³¹ 《英格蘭法令》第 14(1)條訂明：

“(1) 如有以下情況，任何人即屬犯〔“安排或利便干犯兒童性罪行”〕罪——

- (a) 該人故意安排或利便在世界任何地方作出某事情，而該事情是該人擬作出、擬由另一人作出或相信另一人會作出的，及
- (b) 作出該事情涉及干犯第 9 至 13 條所指的任何罪行。”

干犯刑事罪行。否則，醫護人員便會有所顧忌，不敢就性事宜向少年人提供協助，而青少年也會怯於就性問題尋求適當的專業協助及意見。

建議 16：就協助、教唆和慫使他人干犯兒童性罪行而言健康及治療事宜屬例外情況

我們建議應就協助、教唆和慫使他人干犯涉及兒童的罪行訂定例外情況，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 14 條，適用條件是有關的人旨在為下述目的行事：保護兒童以免其懷孕或感染經由性接觸傳染的疾病，保護兒童的人身安全，或向兒童提供意見以促進其情緒健康。

對一些涉及兒童的現有罪行的檢視

86. 我們已在上文建議新訂多項涉及兒童的罪行，下文將檢視一些現有罪行，以考慮是否需要繼續保留。

與年齡在 13／16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 及 124 條）

87. 這兩項現有罪行均指明性別，保護的是未足齡女童而非未足齡男童，並且只涵蓋陰道性交而並不涵蓋對兒童的肛門或口腔作出的插入式性侵犯。

建議 17：廢除與年齡在 13／16 歲以下的女童性交的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條）及與年齡在 16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 124 條）的罪行。

向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為（《刑事罪行條例》第 146 條）

88. 這項罪行的一項元素是作出或煽惑他人作出嚴重猥褻作為。“嚴重猥褻作為”一詞缺乏準確定義，而案例中對這詞作出了多個可能的解釋。按照法律必須清晰明確的原則，我們認為在新法例制定後應廢除這項罪行。

89. 英格蘭《1960年與兒童作出猥褻行為法令》（Indecency with Children Act 1960）第1條中的相應罪行已被廢除。

建議 18：廢除向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除《刑事罪行條例》第 146 條中向年齡在 16 歲以下的兒童作出猥褻行為的罪行。

男子與 21 歲以下女童作出肛交（《刑事罪行條例》第 118D 條）

90. 首先，這項罪行指明性別，只涵蓋與女童作出的肛門性交。其次，這項罪行與 *Leung TC William Roy v SJ* 案中裁定可同意肛門性交的法定年齡（16 歲）並不相符。³² 根據 *Leung TC William Roy* 案的判決，只要兩名同性戀伴侶均為 16 歲或以上，則他們進行肛交並非不合法。因此，如果兩名異性戀伴侶中女方為 16 歲或以上但未滿 21 歲，而他們不能合法進行經同意下的肛門性交，則對他們並不公平。

建議 19：廢除男子與 21 歲以下女童作出肛交的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除《刑事罪行條例》第 118D 條中男子與 21 歲以下女童作出肛交的罪行。

涉及少年人的同性戀罪行

91. 現時有兩項涉及少年人的同性戀罪行，即由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交（《刑事罪行條例》第 118C 條），以及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118H 條）。

92. 我們認為，香港法例不應繼續保留該兩項同性戀罪行。按照無分性別和避免基於性傾向而作出區別的原則，同性戀罪行應予廢除。

建議 20：廢除由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交（《刑事罪行條例》第 118C 條）及由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118H 條）的罪行。

³² *Leung TC William Roy v SJ*, [2005] HKCFI 713; [2005] 3 HKLRD 657; [2005] 3 HKC 77; HCAL160/2004, 原訟法庭。上訴法庭維持了有關裁決(CACV 317/2005)。

拐帶罪行

93. 《刑事罪行條例》第 126 條規定，任何人將一名年齡在 16 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，即屬犯罪。該條例第 127 條規定，任何人將一名年齡在 18 歲以下的未婚女童，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，使她與多名或某一名男子非法性交，即屬犯罪。

94. 這兩項拐帶罪行可予批評之處，是兩項罪行指明了性別，但欠缺合理理由解釋為何只適用於女童而不適用於男童。

95. 由於兩項拐帶罪行在關乎女童參與涉及性的行為方面區分未婚及已婚女童，因此已不合時宜。再者，兩項罪行亦意味着如果未婚女童選擇離家以進行性行為，必須取得監護人或父母的批准。

96. 英格蘭及威爾斯已在 2003 年廢除上述兩項以英格蘭《1956 年性罪行法令》的同類條文作為藍本的拐帶罪行。³³

97. 我們並未發現有任何法庭案件的控罪涉及第 126 及 127 條中的兩項拐帶罪行，至少過去十年間沒有。有鑑於此，似乎沒有實際理由保留該兩項罪行。

建議 21： 廢除拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童及拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（《刑事罪行條例》第 126 條）及拐帶年齡在 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）的罪行。

第 8 章：為性目的誘識兒童

引言

98. 為性目的誘識兒童，是指戀童癖者為了對兒童作出構成性罪行的行為而“誘識”兒童的現象。戀童癖者會藉多次與兒童溝通來進行誘識，以博取兒童的信任和信心。這通常會以電子方式進行，並且普遍採用流動電話或互聯網。戀童癖者最終會安排與兒童會面，並意圖在會面時對兒童作出性侵犯。

³³ 見《2003 年性罪行法令》附表 7。

99. 英格蘭及威爾斯在 2003 年率先訂立專門針對為性目的誘識兒童的罪行。也有其他司法管轄區制定了法例訂立類似罪行，包括在 2005 年立法的新西蘭及蘇格蘭，以及在 2007 年立法的澳大利亞新南威爾士及新加坡。

有需要立法針對為性目的誘識兒童的行為³⁴

- 兒童及少年人越來越多使用互聯網
- 狎弄兒童及戀童癖罪行性質嚴重但常被嚴重低報
- 應在侵犯兒童的性罪行實際發生前採取預防措施

100. 訂立關於為性目的誘識兒童的法例，好處在於讓警方能及早採取行動，對有跡象顯示有兒童及少年人受到侵犯或將會受到侵犯的個案作出調查。這可在侵犯兒童及少年人的性罪行實際干犯之前予以制止，又可阻嚇意欲犯案的性捕獵者，並且更能保護兒童及少年人免受性剝削。

101. 以一些個案為例，如果父母或較年長的朋友得悉某兒童正被誘識，他們可向警方報案。之後警方便可及早採取行動，在互聯網上作出調查及防止有人對該兒童干犯任何性罪行。即使沒有足夠證據控告，警方對誘識兒童的案件作出調查的行動，對罪犯也會有阻嚇之效。

英格蘭罪行的元素

102. 英格蘭為性目的誘識兒童罪的基要元素如下：

- 一名 18 歲或以上的人（甲）故意與一名 16 歲以下的兒童（乙）會面或意圖與乙會面而出行；
- 甲先前曾與乙會面或通訊至少兩次；
- 甲意圖在會面期間或為與乙會面而出行時對乙干犯性罪行；
- 甲並非合理地相信乙為 16 歲或以上。

103. 這項罪行屬於預防性質的罪行，意圖干犯的性罪行不一定要發生才會導致觸犯這項罪行。

³⁴ 見諮詢文件第 8.5 至 8.11 段。

新罪行應否要求先前的會面或通訊只為一次或至少兩次？

104. 有關爭議是新罪行應否要求犯罪者先前曾與受害兒童會面或通訊，只為一次（新西蘭及蘇格蘭的模式）或至少兩次（英格蘭及新加坡的模式）。我們認為“誘識”是一個長期、有計劃和持續的過程，如果只要求先前曾與有關少年人會面或通訊一次便可構成犯罪，未免過於苛刻。故此，我們不贊成採用新西蘭及蘇格蘭的模式。

105. 我們認為新罪行應如此構成：犯罪者在先前曾與某兒童會面或通訊至少兩次後，進而與該兒童會面或為與該兒童會面而出行，並意圖對該兒童干犯性罪行。

新罪行的構成是否也應包括安排出行？

106. 新西蘭所訂的為性目的誘識兒童罪，其構成也包括意圖與兒童會面而安排出行。

107. 我們認為新西蘭模式有可取之處。將安排出行包括在內，便不需要就難以證明的企圖犯罪行為作出證明。我們認為應採用新西蘭模式，這樣就不會牽涉到有關企圖犯罪行為的法律方面的問題。

新西蘭有關為性目的誘識兒童的法例中的假裝少年人條文

108. 新西蘭有關為性目的誘識兒童的法例於 2011 年進行改革，以便警方透過秘密喬裝行動來捉拿犯罪者（尤其是網上誘識兒童者）。

109. 新的假裝少年人條文，容許在以下情況作出檢控：被控人相信自己正在與一名 16 歲以下的人通訊，但事實上他或她正在與一名以喬裝身分行事的警員通訊。³⁵

110. 我們認為新西蘭的假裝少年人條文有可取之處。就着為性目的誘識兒童的案件而言，被戀童癖者誘識的兒童或會在調查中拒絕與警方合作。為了有效地調查案件，警務人員可假扮兒童與誘識者通訊。警方可防患於未然，在兒童實際上被性侵犯前提拿誘識者。

對兒童年齡的合理相信問題，應屬於罪行構成元素還是免責辯護？

111. 在大部分為性目的誘識兒童的案件中，被控人和兒童之間都沒有身體接觸。故此，被控人可能難以採取合理步驟確定有關兒童是否為 16 歲或以下。此外，為性目的誘識兒童的案件對兒童的傷害較其他案件為

³⁵ 新西蘭司法部報告書：《刑事罪行修訂法案（第 2 號）》（Crimes Amendment Bill (No. 2)）（2011 年 7 月），第 5 頁。

少，因為該罪行屬於預防性質的罪行，而且並非因受害人受到實際傷害而要懲處被控人。要求被控人證明他合理地相信兒童的年齡，未免太過苛刻。因此我們認為，為性目的誘識兒童的罪行應採用罪行構成元素模式，也就是說控方將有舉證責任，須在無合理疑點下證明被控人並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上。

建議 22：建議新訂罪行：為性目的誘識兒童

我們建議，新法例應包括一項“為性目的誘識兒童”的罪行，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 15 條。

我們亦建議，除了與兒童會面或意圖與兒童會面而出行外，意圖與兒童會面而安排出行也可構成為性目的誘識兒童。

我們亦建議，被控人在罪行發生時並非合理地相信有關兒童為 16 歲或以上，應屬罪行構成元素。

我們亦建議，應採用新西蘭《1961 年刑事罪行法令》第 131B(1A)條中的“假裝少年人”條文。

第 9 章：現有關於精神上無行為能力的人的罪行概覽及所出現的問題

現有罪行

112. 現時，《刑事罪行條例》第 118E、118I、125 及 128 條和《精神健康條例》65(2)條訂有關於精神上無行為能力的人的特定罪行。（有關下文所載罪行的進一步闡述，參閱諮詢文件。）

男子與精神上無行為能力的人作出肛交

113. 根據《刑事罪行條例》第 118E 條，任何男子與一名精神上無行為能力的人作出肛交，即屬犯罪。然而，該名男子如不知道亦無理由懷疑對方是精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。³⁶ 此外，該名男子如“與或基於合理理由而相信他與一名女子為已婚夫婦”，亦不會因與該名精神上無行為能力的女子作出肛交而犯此罪行。³⁷

³⁶ 《刑事罪行條例》第 118E(2)條。

³⁷ 《刑事罪行條例》第 118E(3)條。

男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為

114. 根據《刑事罪行條例》第 118I 條，任何男子與另一名屬精神上無行為能力的人的男子作出嚴重猥褻作為，即屬犯罪。

115. 然而，該名男子如不知道亦無理由懷疑對方屬精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。³⁸

男子與精神上無行為能力的女子性交

116. 根據《刑事罪行條例》第 125 條，任何男子與一名精神上無行為能力的女子非法性交，即屬犯罪。

117. 然而，該名男子如不知道亦無理由懷疑該名女子是精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。³⁹

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

118. 根據《刑事罪行條例》第 128 條，任何人將一名精神上無行為能力的人，在違反其父母或監護人的意願的情況下，從其父母或監護人的管有下帶走，意圖使該精神上無行為能力的人作非法的性行為，即屬犯罪。

119. 然而，該人如不知道亦無理由懷疑對方是精神上無行為能力的人，則不會犯此罪行。⁴⁰

與病人性交

120. 《精神健康條例》（香港法例第 136 章）第 65(2)條訂有“與病人性交”的罪行，涵蓋的情況是精神病院、懲教署精神病治療中心或全科醫院的男性人員或僱員與女病人非法性交。該罪行的干犯者限於男性，並只涵蓋插入式涉及性的行為。

第 10 章：就改革與精神缺損人士有關的法例考慮可採納的模式

引言

121. 在本章中，我們就改革與精神缺損人士有關的法例而考慮可採納哪些模式。⁴¹

³⁸ 《刑事罪行條例》第 118I(2)條。

³⁹ 《刑事罪行條例》第 125(2)條。

⁴⁰ 《刑事罪行條例》第 128(2)條。

122. 香港和海外現行法例的檢討顯示，與精神缺損人士進行涉及性的行為的罪行可分為兩大類。

第一類——反映與某些類別的精神缺損人士進行涉及性的行為是絕對被禁的罪行

123. 在香港，這個分類見於下述情況：一名精神缺損人士如符合精神上無行為能力的人的定義，⁴² 與這人進行某些界定類別的涉及性的行為即屬違法。有關罪行的例子有：男子與精神上無行為能力的人作出肛交、⁴³ 男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為、⁴⁴ 男子與精神上無行為能力的女子性交，⁴⁵ 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。⁴⁶

124. 這個分類的更多例子可見於澳大利亞某些州份（南澳大利亞、西澳大利亞及昆士蘭）的法例。

第二類——反映精神缺損人士可能被剝削的罪行

(a) 犯罪者使用特定手段取得這些精神缺損人士的同意

125. 有關例子可見於英格蘭及威爾斯的法例中針對剝削手段的條文，而剝削手段包含誘使、威脅或欺騙。

(b) 涉及在以下地方照顧精神缺損人士而進行的剝削

(i) 在指明院所之內

(ii) 在指明院所之外

126. 同樣地，(b)(i)及(b)(ii)兩項的例子都可見於英格蘭及威爾斯的法例中。

⁴¹ 在本諮詢文件中，精神缺損人士是作為一般詞語使用，相對於《刑事罪行條例》（第 200 章）第 117(1)條中所特別界定的精神上無行為能力的人。

⁴² 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 117(1)條訂明：

“精神上無行為能力的人指《精神健康條例》(第 136 章)所指的精神紊亂的人或弱智人士，而其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。”

⁴³ 《刑事罪行條例》第 118E 條。

⁴⁴ 《刑事罪行條例》第 118I 條。

⁴⁵ 《刑事罪行條例》第 125 條。

⁴⁶ 《刑事罪行條例》第 128 條。

(c) 就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係而引起的剝削

127. 這個情況見於加拿大的法例。有關法例訂有特定的罪行，規定如犯罪者就受影響的精神缺損人士濫用其受信任或權威地位或受養關係，即屬犯罪。

考慮第一類罪行

128. 在很多司法管轄區（包括香港），某些罪行純粹是基於精神缺損此因素而訂立。然而，這個模式會有一個問題，就是沒有對精神缺損人士的性自主權給予適當的尊重。在香港，舉例說精神上無行為的人的定義並非基於有關的人欠缺給予同意的行為能力或能力。

129. 在另一方面，蘇格蘭的法例是基於有關的精神缺損人士是否有給予同意的行為能力，故而據此承認其性自主權。

130. 在該地，與精神缺損人士進行涉及性的行為，為一般未經同意下進行（即必須證明並無同意）的罪行（例如強姦、以插入方式性侵犯、性侵犯）所涵蓋。在決定一項未經同意下進行的罪行是否適用於某一個案時，需要問的問題是該精神缺損人士是否有行為能力對有關行為給予同意。

131. 我們過往曾就性罪行中的同意問題提出意見，並對蘇格蘭用以保護精神缺損人士的處理方法深感興趣。本小組委員會在上一份諮詢文件中曾寫道：⁴⁷

“我們建議新法例應包括一項條文，規定任何人如因精神狀況、神智不清或年齡（視屬何情況而定）而不能作出以下一項或多項事情，即屬無行為能力對涉及性的行為給予同意：

(a) 明白該行為是甚麼；

(b) 就自己是否進行該行為（或就該行為應否進行）而作出決定；或

(c) 傳達任何上述決定。”（底線後加）

132. 我們認為第一類罪行可歸入小組委員會過往所建議的一般“未經同意”的模式之下。選取了這個模式，便不需要純粹基於精神缺損而訂

⁴⁷ 香港法律改革委員會，《強姦及其他未經同意下進行的性罪行》諮詢文件（2012年9月），建議4。

立特定的罪行。在提出檢控時，大可採用我們在上一份諮詢文件中所建議訂立的一般未經同意下進行的性罪行。

考慮第二類罪行

針對犯罪者使用特定手段取得精神缺損人士的同意而剝削後者的罪行 (第二類(a)分類的罪行)

133. 這些罪行適用於某些精神缺損人士，即其精神缺損程度未嚴重至對涉及性的行為不能給予同意者。雖然他們具有給予同意的行為能力，但他們的“同意”是由犯罪者使用剝削手段不恰當地取得的。

134. 舉例說，這類罪行會涵蓋下述情況：犯罪者（甲）是一家快餐店的常客，而乙是受僱於該快餐店的精神缺損人士。甲從他經常與乙的交往中知道乙患有精神病。甲向乙作出餽贈，為誘使她同意進行涉及性的行為（例如讓他對她作出涉及性的觸摸，或同意與他進行涉及性的行為）。由於乙是精神缺損人士，她應獲得保護，免受甲使用特定的剝削手段取得她的“同意”而對她作出性剝削。

應如何描述剝削手段？

135. 在《英格蘭法令》中，剝削手段被描述為由犯罪者“提供或給予誘因，作出威脅或欺騙”，⁴⁸ 目的是要取得易受傷害的人的“同意”以進行涉及性的行為。

136. 在某些其他國家的法例中，使用不同的詞語來描述剝削手段：新西蘭（“利用該缺損情況”）、⁴⁹ 新加坡（“甲為達該目的而提供或給予誘因，作出威脅或欺騙”）、⁵⁰ 澳大利亞的新南威爾士（“利用該人的認知缺損”）。⁵¹

137. 我們認為新西蘭和新南威爾士法例的描述過於含糊，故而贊成使用英格蘭和新加坡法例相類似的描述。後兩者皆以明晰的字眼描述三種被視為屬於剝削性的取得同意的手段，即(i)提供或給予誘因，(ii)作出威脅，或(iii)欺騙。

138. 英格蘭罪行因有更廣闊的涵蓋範圍而能給予精神缺損人士更大的保護，故此我們贊成採用這一系列的英格蘭罪行。

⁴⁸ 見《英格蘭法令》第 34(1)(c)、35(1)(a)、36(1)(d)及 37(1)(c)條。

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

⁵⁰ 新加坡《刑事法典》（Penal Code），第 376F 條。

⁵¹ 新南威爾士《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900），第 66F(3)條。

實際知悉或法律構定知悉精神紊亂一事

139. 這類罪行的其中一個元素，是被控人必須實際知悉或法律構定被控人知悉受害人是精神紊亂的人。⁵²

140. 由於這些人的精神缺損程度可能不算是十分嚴重，其他人未必能夠從他們的行藏舉止中得知他們患有精神病。假如被控人實際不知悉或法律構定被控人不知悉進行涉及性的行為的另一方患有精神病，則被控人不應為此承擔法律責任會是對被控人公平的。因此，我們認為應有這樣的一項規定。

針對精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧時被剝削的罪行 (第二類(b)分類的罪行)

141. 這類罪行涵蓋精神缺損人士的照顧者所涉及性的行為。任何精神缺損人士的照顧者與該精神缺損人士進行某種形式涉及性的行為，都關涉這些罪行。有關的精神缺損人士可以是在指明院所之內或之外接受照顧。

142. 香港現行法例有一不足之處，就是未能為精神缺損人士提供足夠的保護，使他們免受照顧者作出性剝削。這些罪行的訂立正是要彌補此一不足之處。因此，我們贊成採用這類罪行。

照顧關係存在的情況

143. 這類罪行適用於照顧關係存在的情況，因此有需要界定在甚麼情況下會有此種關係存在。

144. 我們認為採用英格蘭法例來裁定照顧關係存在的情況，會有其好處。英格蘭法例就精神缺損人士有可能受到照顧者性剝削的情況，涵蓋廣泛的類別。

145. 在我們看來，就精神缺損人士所獲提供的照顧而言，照顧關係應存在於兩種情況：

在指明院所內照顧精神缺損人士

146. 第一，這類罪行應涵蓋在指明院所內接受照顧的精神缺損人士。這類人應受保護，使他們免受下述的人對他們作出任何形式涉及性的行為：“不論是否受僱於一所指明院所的人，而該人在該指明院所履行職責或提供志願服務”（以《英格蘭法令》第 42(2)(b)及 42(4)(a)條為藍本並作變通修改）。屬第一種情況的罪行所涵蓋的範圍，會包括在指明院所履

⁵² 《英格蘭法令》，第 34(1)(d)、35(1)(d)、36(1)(f)及 37(1)(d)條。

行職責的人，不論其是否有關院所的僱員，對精神缺損人士作出性剝削。這些罪行亦會涵蓋在指明院所提供服務的義工所作出的性剝削。這樣做可以防止犯罪者在提供志願服務的幌子下試圖性剝削精神缺損人士。然而，純粹到訪指明院所而並非在院所內履行職責的訪客不會包括在內。

147. 至於所涵蓋的指明院所類別，我們認為應在訂立新法例時由政府當局決定。此事適宜由政府當局與相關的持份者合作，以作決定。

在指明院所之外照顧精神缺損人士

148. 第二，這類罪行應涵蓋下述情況：任何人（甲）“是就乙的精神紊亂或弱智而向乙提供照顧、協助或服務的人”（以《英格蘭法令》第42(4)(a)條為藍本並作變通修改）。

149. 第二種情況會涵蓋在指明院所之外提供照顧的人。

照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例外情況

150. 如果提供照顧者與精神缺損人士已有婚姻關係，可以此作為法律責任的例外情況。根據《英格蘭法令》第43(1)條所訂的例外情況，任何人（甲）不會承擔這類罪行下的法律責任，條件是該名精神缺損人士（乙）為16歲或以上；及甲與乙已有婚姻關係。

151. 英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）指出這項例外情況的理據如下：

“其中一個有潛在難題的範疇，是有關照顧是由家庭中的丈夫或妻子或由長期關係中的伴侶所給予的情況。這些關係是涉及性的，並在疾病、意外或認知障礙症發生前早已存在。假如個別人士仍有一定程度的給予同意的行為能力，而我們卻闖入這些人的二人私生活中，這樣做會是錯誤和不合理的。因此，在照顧者與病人已有婚姻關係或既存性的關係的情況下，他們的行為不應構成罪行，這點至為重要。”⁵³

152. 我們贊同檢討小組的看法，並認為應該訂有這項例外情況。

153. 根據《英格蘭法令》第44(1)及(2)條所訂的另一項例外情況，任何人（甲）不會承擔這類罪行下的法律責任，條件是甲與該名精神缺損人士（乙）緊接在甲開始照顧乙之前已存在合法的性關係（其照顧形式符合第42條所界定的照顧關係）。

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

154. 這項例外規定會涵蓋下述情況：甲與乙是未婚伴侶（例如男女朋友），緊接在乙開始患有精神病之前或乙開始由甲照顧之前兩人已有合法的性關係；而甲與乙繼續有性關係。這項例外情況適用於合法的性關係，但只適用於甲與乙既存的雙方同意的性關係。

155. 我們認為，對於早於照顧關係存在的性關係，應訂有例外情況。否則，先前與一名精神缺損人士已有性關係的人可能怕惹官非而不敢照顧該名精神缺損人士。這類罪行適用於有行為能力對涉及性的行為給予同意的精神缺損人士。這項例外情況容許雙方同意的性關係在精神缺損人士開始患有精神病之後或開始由另一人照顧之後繼續存在，藉此讓這些精神缺損人士能夠行使其性自主權。

156. 我們認同有理據支持這項例外情況，但亦感“緊接在甲開始照顧乙之前”的規定訂得太緊。我們認為這項例外情況應適用於甲與乙之間“在甲開始向乙提供照顧、協助或服務之前的一段合理時間之內”已存在的合法的性關係。如果男女朋友在其中一方開始患有精神病或由另一方照顧之前已有雙方同意的性關係，則並無充分理由說不應容許他們繼續有這種關係。

加拿大法例：就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係而可能引起的剝削 （第二類(c)分類的罪行）

157. 在一些剝削個案中，可能不存在“照顧關係”，但犯罪者卻就精神缺損人士濫用其受信任或權威地位或受養關係。加拿大法例訂立了一項罪行以針對這些個案。

對殘障人士性剝削

158. 在加拿大，該國的《刑事法典》（Criminal Code）第 153.1(1)條訂立了以下一項罪行：任何人如對一名精神或身體殘障人士而言處於受信任或權威地位，或有受養關係，並因此而對該人性剝削，即屬犯罪。

應否採用加拿大模式？

159. 這項加拿大罪行的涵蓋面比英格蘭法例所訂罪行更為廣闊。它擴及受信任或權威地位或受養關係，而英格蘭法例只涵蓋照顧關係。舉例來說，加拿大模式涵蓋監護人、教師或其他專業人士濫用其與精神缺損人士相關的地位或關係的行為。我們認為適宜以法例來處理這項濫用，因此建議應擴闊英格蘭罪行以涵蓋這些行為。

160. 英格蘭罪行經擴闊後，會涵蓋由以下情況所引起的剝削行為：(i)在指明院所之內或之外照顧精神缺損人士；及(ii)就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係。第(ii)種情況包含以下元素：(a)犯罪者與精神缺損人士之間存在受信任或權威地位或受養關係；(b)犯罪者濫用這種地位或關係；及(c)犯罪者實際知悉或法律構定犯罪者知悉對方是精神缺損人士。

關於第二類罪行的結論

161. 經考慮上述事宜後，我們贊同採用第二類罪行。訂立這些罪行，可在下述兩者之間取得適當的平衡：一方面要尊重精神缺損程度未嚴重至沒有行為能力給予同意的人的性自主權，另一方面要保護他們免受犯罪者利用剝削手段或因有不平衡的關係而對他們性剝削。

第 11 章：新法例中涉及精神缺損人士的性罪行

引言

162. 在第 10 章中，我們就改革與精神缺損人士有關的法例而考慮可採納的模式。

163. 我們在下文建議訂立一系列涉及精神缺損人士的新罪行，而這些建議是與上述考慮結果一致的。我們亦會因應有關建議而考慮應否廢除一些現有罪行，以及應否以某種形式保留或修訂精神上無行為能力的人的現行定義。

(A) 針對犯罪者使用特定手段取得精神缺損人士的同意而剝削後者的罪行：

164. 我們建議訂立一系列的新罪行，以針對犯罪者使用剝削手段取得那些具有某程度行為能力給予同意的精神缺損人士的同意而可能對後者進行剝削。

165. 現時並無任何罪行針對這些剝削行為。在現有罪行中，也沒有罪行顧及那些具有行為能力給予同意的精神缺損人士的性自主權。

以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為

166. 這項建議新訂的罪行是以英格蘭《2003 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 2003，簡稱《英格蘭法令》）第 34(1)條中的罪行，即“以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神紊亂的人進行涉及性的行為”罪為藍本。

167. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人對一名精神缺損人士作涉及性的觸摸，而他以誘使、威脅或欺騙手段取得該名精神缺損人士的同意。

建議 23： 建議新訂罪行：以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段促致與精神缺損人士進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003年性罪行法令》第34(1)條。

我們亦建議，這項建議訂立的罪行應同時涵蓋插入式和非插入式涉及性的行為。

以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為

168. 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第35(1)條中的罪行，即“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人進行或同意進行涉及性的行為”罪為藍本。

169. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人以誘使、威脅或欺騙手段導致一名精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為。

建議 24： 建議新訂罪行：以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士進行或同意進行涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003年性罪行法令》第35(1)條。

進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神缺損人士在場

170. 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第36(1)條中的罪行，即“進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神紊亂的人在場”罪為藍本。

171. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人在一名精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。為構成這項建議訂立的罪行，該名精神缺損人士應是由於犯罪者以誘使、威脅或欺騙手段取得其“同意”而在場的。

建議 25： 建議新訂罪行：進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神缺損人士在場

我們建議，新法例中應包括一項“進行涉及性的行為並以誘使、威脅或欺騙手段促致精神缺損人士在場”的罪行，其內容參照英格蘭《2003年性罪行法令》第36(1)條。

為構成這項罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看性行為

172. 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第37(1)條中的罪行，即“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神紊亂的人觀看性行為”罪為藍本。

173. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人導致一名精神缺損人士觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。為構成這項建議訂立的罪行，該名精神缺損人士應是由於犯罪者以誘使、威脅或欺騙手段取得其“同意”而觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像。

建議 26： 建議新訂罪行：以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看涉及性的行為

我們建議，新法例中應包括一項“以誘使、威脅或欺騙手段導致精神缺損人士觀看涉及性的行為”的罪行，其內容參照英格蘭《2003年性罪行法令》第37(1)條。

為構成這項罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

(B) 針對精神缺損人士在指明院所之內或之外受照顧時被剝削，以及有人就精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係的罪行：

與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為 (i) 是由照顧他或她的人所作出，或 (ii) 牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

174. 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第38(1)條中的罪行，即“照顧人員與精神紊亂的人進行涉及性的行為”罪為藍本。

175. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而對該名精神缺損人士作出涉及性的觸摸或插入行為。

建議 27： 建議新訂罪行：與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

這項建議訂立的罪行應涵蓋涉及性的觸摸或插入行為。

導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

176. 這項建議新訂的罪行是以《英格蘭法令》第 39(1)條中的罪行，即“照顧人員導致或煽惑進行涉及性的行為”罪為藍本。

177. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而導致或煽惑該名精神缺損人士進行涉及性的行為。

建議 28： 建議新訂罪行：導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“導致或煽惑精神缺損人士進行涉及性的行為，而有關的導致或煽惑行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

178. 這項建議訂立的罪行是以《英格蘭法令》第 40(1)條中的罪行，即“照顧人員在精神紊亂的人在場下進行涉及性的行為”罪為藍本。

179. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而在該名精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 29： 建議新訂罪行：在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“在精神缺損人士在場下進行涉及性的行為，而該項行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

為構成這項建議訂立的罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

180. 這項建議訂立的罪行是以《英格蘭法令》第 41(1)條中的罪行，即“照顧人員導致精神紊亂的人觀看涉及性的行為”罪為藍本。

181. 這項建議訂立的罪行會涵蓋下述情況：任何人照顧一名精神缺損人士，或對該名精神缺損人士濫用受信任或權威地位或受養關係，而導致該名精神缺損人士觀看第三者進行涉及性的行為或任何人進行涉及性的行為的影像，目的是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

建議 30： 建議新訂罪行：導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係

我們建議，新法例中應包括以下一項罪行：“導致精神缺損人士觀看涉及性的行為，而有關的導致行為（i）是由照顧他或她的人所作出，或（ii）牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”。

為構成這項建議訂立的罪行，被控人行為的目的應是為了得到性滿足，為了使該名精神缺損人士感到受侮辱、困擾或驚恐，或為了上述任何組合的目的。

照顧關係存在的情況

建議 31：關於照顧關係存在的情況的建議定義

我們建議，如任何人（甲）照顧一名精神缺損人士（乙），則照顧關係應存在於以下兩種情況之一：

第一，甲是不論是否受僱於一所指明院所的人，而甲在該指明院所履行職責或提供志願服務。

第二，甲是就乙的精神病而向乙提供照顧、協助或服務的人。

我們又建議，指明院所的涵義應在訂立新法例時由政府當局決定。

法律責任的例外情況

建議 32：照顧者及精神缺損人士已有婚姻關係或既存關係的例外情況

我們建議，就建議新訂的涵蓋照顧關係存在的情況的罪行，應為法律責任訂立例外情況：（i）精神缺損人士與照顧他或她的人已有婚姻關係；或（ii）在照顧關係開始之前兩人之間已有合法的性關係。

我們又建議，就既存的性關係所訂的例外，應適用於下述情況：在某人開始為一名精神缺損人士提供照顧、協助或服務之前的一段合理期間，兩人之間已存在合法的性關係。

知悉有精神病

建議 33：關於知悉有精神病一事的規定

我們建議，為構成所有建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應規定被控人實際知悉或法律構定被控人知悉受害人是精神缺損人士。

建議 34： 有關被控人知悉受害人有精神病一事的證據上的舉證責任

我們建議，就建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，凡是涵蓋照顧關係存在的情況，以及牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係的，應訂有條文，就被控人知悉受害人有精神病一事對被控人施加證據上的舉證責任，其內容參照英格蘭《2003 年性罪行法令》第 38(2)、39(2)、40(2)及 41(2)條。

精神上無行為能力的人的定義

182. 《刑事罪行條例》第 117(1)條就該條例第 XII 部的性罪行而界定何謂精神上無行為能力的人。

183. 《刑事罪行條例》第 117(1)條訂明，精神上無行為能力的人指：

“《精神健康條例》（第 136 章）所指的精神紊亂的人或弱智人士，而其精神紊亂或弱智（視屬何情況而定）的性質或程度令他沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。”

184. 因此，精神上無行為能力的人的上述定義包含兩個部分：

- (i) 《精神健康條例》（第 136 章）所界定的精神紊亂的人或弱智人士；及
- (ii) 沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事。

只保護精神缺損程度較為顯著者

185. 由於精神上無行為能力的人的現行定義第二部分規定，精神紊亂的人或弱智人士必須是“沒有能力獨立生活或沒有能力保護自己免受他人嚴重利用，或將會令他在到達應獨立生活或保護自己免受他人嚴重利用的年齡時沒有能力如此行事”，因此這個定義只適用於精神缺損程度較為顯著的人。

186. 精神上無行為能力的人的現行定義仍有未完善之處。假如受害人未能符合定義第二部分的高要求，他或她便不能歸類為精神上無行為能力的人，以致未能獲得充分保護免受他人利用。我們所建議新訂的罪行一方面要尊重精神缺損程度未嚴重至沒有行為能力給予同意的人的性自主權，

另一方面要保護他們免受性方面的利用，力求在兩者之間取得適當的平衡。因此，我們建議應在新法例關於精神缺損人士的定義中移除有關定義的第二部分，使到建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行適用於任何精神紊亂的人或弱智人士。

建議 35： 建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行應適用於精神紊亂的人或弱智人士

我們建議，建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應適用於精神紊亂的人或弱智人士（如《精神健康條例》所界定者）。

應否繼續使用“精神上無行為能力的人”這個現有詞語來描述精神缺損人士？

187. “精神上無行為能力的人”這個現有詞語的主要缺點，是它提述一個人在精神上是“無行為能力”的。照字面意思來說，它即指一個人有嚴重的精神缺損以致在精神上完全沒有行為能力。“精神上無行為能力的人”和其英文對應詞“mentally incapacitated person”同樣地表達相同的涵義。然而，我們在本章中所建議新訂的罪行，會適用於有某程度精神缺損但仍有行為能力對涉及性的行為給予同意的人。假如在新法例中繼續使用這個現有詞語但不提述“無行為能力”的定義部分，這會對公眾造成混淆。再者，“精神上無行為能力的人”一詞似乎已過時，在海外同類法例中不再使用。

188. 我們認為應使用一個新詞代替；然而，在新法例中應使用哪個詞語，或許應留待法律草擬人員決定。在選擇適當用詞的事上，法律草擬人員會比我們更加勝任。

建議 36： 使用哪個詞語來描述精神缺損人士應留待法律草擬人員決定

我們建議，關於在新法例中使用哪個詞語來描述精神缺損人士的問題，應留待法律草擬人員決定。

檢討某些現行涉及精神缺損人士的罪行

男子與精神上無行為能力的人作出肛交、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為、男子與精神上無行為能力的女子性交

189. 男子與精神上無行為能力的人作出肛交以及男子與精神上無行為能力的女子性交這兩項罪行，皆指明性別。男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為，則屬指明性別和基於性傾向而訂立的罪行。這些罪

行有違無分性別和避免基於性傾向而作出區別的原則，因此應予廢除。至於這些罪行所涵蓋的行為，會包括在上一份諮詢文件所建議的一般未經同意下進行的性罪行，及／或在上文所建議涉及精神缺損人士的罪行之內。建議新訂的罪行都是無分性別的。

建議 37： 應廢除這幾項罪行：男子與精神上無行為能力的人作出肛交、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為，以及男子與精神上無行為能力的女子性交

我們建議，在新法例制定後應廢除這幾項罪行：男子與精神上無行為能力的人作出肛交（《刑事罪行條例》第 118E 條）、男子與精神上無行為能力的男子作出嚴重猥褻作為（《刑事罪行條例》第 118I 條），以及男子與精神上無行為能力的女子性交（《刑事罪行條例》第 125 條）。

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

190. 一項相類似的罪行（原載於《1956 年性罪行法令》第 21 條），於 2003 年在英格蘭及威爾斯被廢除。⁵⁴

191. 我們並未發現有任何法庭案件的控罪涉及這項罪行，至少在過去數十年間沒有。有鑑於此，似乎沒有實際理由保留這項罪行。由於我們已建議新訂整個系列的涉及精神缺損人士的罪行，因此廢除成文法中的這項罪行不會減損對精神缺損人士的保護。

建議 38： 應廢除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的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除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的罪行（《刑事罪行條例》第 128 條）。

與病人性交（《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2)條）

192. 這項罪行涵蓋下述情況：精神病院、懲教署精神病治療中心的任何男性人員或僱員，與羈留在該處的女子非法性交；或精神病院或全科醫院的任何男性人員或僱員，與因精神紊亂而正在接受治療的女子非法性交。這項罪行可被批評為指明性別和只涵蓋插入式涉及性的行為。

⁵⁴ 見《2003 年性罪行法令》附表 7。

建議 39：應廢除與病人性交的罪行

我們建議，在新法例制定後應廢除《精神健康條例》（第 136 章）第 65(2)條所訂與病人性交的罪行。

第 12 章：就改革涉及濫用受信任地位的性罪行考慮可採納的模式

引言

193. 小組委員會已在第 7 章建議訂立一系列旨在保護 16 歲以下兒童的罪行。這些罪行可保護未達同意年齡的兒童。進一步要探討的，是有關保護 16 歲或以上但未滿 18 歲（即 16 及 17 歲）少年人的議題。這些少年人過了同意年齡但又還不是成年人。他們因為歲數超過同意年齡而不受保護。

194. 海外有些國家已就受信任地位訂立法例以保護 16 及 17 歲的少年人。這些國家採用了兩種不同的模式。

第一種模式：以詳盡清單界定受信任地位

195. 這模式的典型例子為新南威爾士（澳大利亞）、英格蘭及威爾斯以及蘇格蘭的法例。在這模式下，各種產生受信任地位的關係均已在法例中以詳盡清單列明。

第二種模式：不界定受信任地位

196. 在加拿大，該國的《刑事法典》第 153(1)條訂立了一項性剝削罪行。該罪行涵蓋下列人士對少年人進行的性剝削：(i)相對於少年人而言處於受信任或權威地位的人、(ii)與少年人之間存在受養關係的人，或(iii)在關係上可剝削少年人的人。

197. 加拿大法例並沒有界定何謂受信任或權威地位及何謂受養關係。加拿大最高法院在 *R v Audet* 案⁵⁵ 中裁定，在沒有法定定義的情況下，這些詞語應按其一般涵義來解釋。

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 條所訂的性剝削少年人罪解釋了這些詞語的涵義。

支持立法保護 16 及 17 歲的少年人的論點⁵⁶

- 保護原則⁵⁷
- 良好作業方式及專業守則不能提供足夠的保護
- 少年人給予的同意不可被視為真確
- 海外司法管轄區已有法例
- 法例並非禁止所有涉及性的行為

反對立法保護 16 及 17 歲的少年人的論點⁵⁸

- 真實關係應獲理解
- 16 及 17 歲少年人已有足夠成熟程度作出選擇

我們在這個議題上的意見

198. 對於應否制定法例以保護 16 歲或以上但未滿 18 歲的少年人的問題，各有支持和反對的論點，亦必然有分歧的意見。事實上，小組委員會在審議這個議題的過程中意見分歧，因此認為應就這些議題諮詢公眾。

建議 40： 有關應否立法保護 16 歲或以上但未滿 18 歲少年人的議題，應交由香港社會考慮

我們認為，有關應否立法保護 16 歲或以上但未滿 18 歲少年人的議題，應交由香港社會考慮。我們為此邀請公眾就這個議題發表意見。

社會輿論贊成立法時的各項考慮

199. 若社會輿論（有待諮詢確定）贊成立法，之後要考慮的是保護程度。⁵⁹

涉及兒童及精神缺損人士的罪行的域外法律效力

200. 我們認為，為確保新法例可有效地涵蓋出行外地以干犯涉及兒童的罪行的戀童癖者，我們應跟隨英格蘭模式，訂明涉及兒童的新罪行，包

⁵⁶ 見諮詢文件第 12.21 至 12.27 段。

⁵⁷ 《聯合國兒童權利公約》（第 1 條）訂明，兒童是指 18 歲以下的人，除非對其適用之法律規定成年年齡低於 18 歲。因此，16 歲或以上但未滿 18 歲的少年人按此定義是屬於兒童。

⁵⁸ 見諮詢文件第 12.28 至 12.29 段。

⁵⁹ 有關這方面須考慮的事宜，見諮詢文件第 12.31 至 12.49 段的討論。

括我們在本文件中建議訂立的為性目的誘識兒童罪，均具有域外法律效力。

201. 此外我們認為，建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行也應具有域外法律效力。精神缺損人士應和兒童一樣受到保護，免使他們遭到那些出行外地以干犯性罪行的犯罪者所侵害。

建議 41： 建議新訂的涉及兒童的罪行（包括為性目的誘識兒童罪）以及涉及精神缺損人士的罪行，應具有域外法律效力

我們建議，建議新訂的涉及兒童的罪行，包括為性目的誘識兒童罪，以及建議新訂的涉及精神缺損人士的罪行，應具有域外法律效力。

香港法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會
2016 年 11 月

附件

下述海外法例可從互聯網下載，有關網址如下所列——

英格蘭《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（蘇格蘭）法令》
（The Sexual Offences (Scotland) Act 2009）：

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

#449576 v4