

香港法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會

諮詢文件

強姦及其他未經同意下
進行的性罪行

本諮詢文件已上載互聯網，網址為：<http://www.hkreform.gov.hk>。

2012年9月

本諮詢文件是由法律改革委員會（法改會）屬下的性罪行檢討小組委員會擬備，以供各界人士討論及發表意見。本諮詢文件的內容並不代表法改會或小組委員會的最終意見。

小組委員會歡迎各界人士就本諮詢文件發表意見，並請於 2012 年 12 月 31 日或之前將有關的書面意見送達：

香港灣仔
告士打道 39 號夏慤大廈 20 樓
法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會秘書

電話：(852) 2528 0472

傳真：(852) 2865 2902

電郵：hklrc@hkreform.gov.hk

法改會和小組委員會日後與其他人士討論或發表報告書時，可能會提述和引用各界人士就本諮詢文件所提交的意見。任何人士如要求將他提出的所有或部分意見保密，法改會當樂於接納，惟請清楚表明，否則法改會將假設有關意見無須保密。

法改會在日後發表的報告書中，通常會載錄就本諮詢文件提交意見的人士的姓名。任何人士如不願意接納這項安排，請於書面意見中表明。

香港法律改革委員會
性罪行檢討小組委員會
諮詢文件

強姦及其他未經同意下進行的性罪行

目錄

	頁
導言	1
研究範圍	1
小組委員會	1
至今的工作進展	3
性罪行及相關罪行的全面檢討	4
海外的重要發展	4
諮詢文件	5
第 1 章 何謂“性罪行”？	6
引言	6
《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部	6
性罪行	6
與賣淫或色情物品有關的罪行	7
對《刑事罪行條例》涉及性罪行的現行條文的批評	8
性罪行的分類	9
第一類——以性自主權為依據的罪行	10
第二類——以保護原則為依據的罪行	10
第三類——以公眾道德為依據的罪行	11
本研究項目所涵蓋的性罪行種類	11
把研究項目分為不同部分	14

	頁
第 2 章 改革的指導原則	15
制訂一套指導原則的需要	15
蘇格蘭法律委員會的指導原則	16
(1) 法律必須清晰明確	16
(2) 尊重性自主權	17
(3) 保護原則	18
(4) 不應因性傾向或性別而作出區別	18
無分性別	19
避免基於性傾向而作出區別	19
人獸交並不是一種性傾向	21
同性戀	22
(5) 《歐洲人權公約》	22
《內政部文件》的基本假定／原則	23
(1) 刑事法的任何應用都必須是公平、有必要和適度的	23
(2) 刑事法不應對男性和女性或有不同性傾向的人作出不必要的區別對待	23
(3) 如無充分理由，法律不應干涉已屆同意年齡的人所同意進行的涉及性的行爲	23
(4) 脅迫、強迫或欺騙他人進行涉及性的行爲的人須負刑責；脅迫、強迫或欺騙兒童或易受傷害的人的行爲尤其嚴重	24
(5) 誘使或鼓勵兒童或其他易受傷害的人參與或接觸涉及性的行爲的人須負刑責	24
(6) 同意年齡不得低於 16 歲	24
(7) 侵犯兒童的性罪行應有多項可加重刑罰的因素，例如兒童的年齡和兒童與犯罪者的關係	24
(8) 法律應確定在甚麼情況下，當事人可具有精神上行爲能力在知情下給予同意進行涉及性的行爲	24
(9) 對於不具有精神上行爲能力以致不能在知情下給予同意的人，法律必須確保他們受到保護	24
就改革的指導原則所作的建議	25
過渡安排	25

	頁
第 3 章 同意	27
引言	27
關於同意的現行法律	27
應否訂立同意一詞的法定定義？	28
同意一詞的建議定義	29
對涉及性的行為給予同意的行為能力	31
(i) 精神上無行為能力	32
《蘇格蘭法令》	33
《英格蘭法令》	33
結論	34
(ii) 神智不清（不論是酒精還是藥物引致）	34
(iii) 未成年人	34
裁定同意問題的法定條文	35
《英格蘭法令》	35
區分證據推定和不可推翻的推定的依據	35
關於同意的證據推定	36
評價《英格蘭法令》內的證據推定	37
《英格蘭法令》中關於同意的不可推翻的推定	39
評價《英格蘭法令》內不可推翻的推定	39
《蘇格蘭法令》	41
1899 年《昆士蘭刑事法典法令》	43
就同意問題的裁定所提出的不同改革方案	43
合理地相信投訴人同意	45
同意的範圍和撤回	45
《蘇格蘭法令》	45
《英格蘭法令》	46
《蘇格蘭法令》就同意的範圍和撤回訂立特定條文的原因	46
第 4 章 強姦	48
現時的法律	48
強姦罪的範圍	49
區分強姦與其他方式的性插入行為	50
應否區分強姦與其他插入行為？	51
應否繼續使用強姦一詞？	52

	頁
對由手術建造的性器官的適用範圍	53
《英格蘭法令》	53
《蘇格蘭法令》	53
“插入”的涵義	54
《英格蘭法令》	55
《蘇格蘭法令》	55
插入行爲和其他相關的涉及性的行爲的精神意念元素	56
強姦在同意方面的精神意念元素	58
摩根原則——以主觀測試衡量關乎同意的信念	59
《刑事罪行條例》第 118(4)條的制定——澄清摩根原則	59
爲處理真確（但錯誤）相信對方同意這個問題而提出的不同改革方案	61
方案 1——主觀測試	61
方案 2——客觀測試	62
方案 3——混合測試	62
《英格蘭法令》	62
《蘇格蘭法令》	63
我們建議的方案	63
應否保留以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行？	66
以不涉及使用武力的威脅或恐嚇手段（如經濟威脅）獲得性交	69
第 5 章 以插入的方式進行性侵犯	70
引言	70
有必要訂立新罪行以涵蓋非以陽具作出的插入式侵犯	70
新罪行的構成元素	71
《英格蘭法令》	71
《蘇格蘭法令》	71
新罪行的名稱	72
“性”的定義	72
《英格蘭法令》	72
《蘇格蘭法令》	73
經常被合理的人認爲是涉及性的行爲	74
可能涉及性亦可能不涉及性的行爲	74

	頁
英格蘭模式(b)項的精細改進	75
以插入進行性侵犯的罪行應否涵蓋對口腔的插入？	78
《蘇格蘭法令》第 2(4)條	78
肛交罪行須予檢討	80
關於以插入的方式進行性侵犯的建議	82
第 6 章 性侵犯	83
引言	83
現有法律所產生的問題	83
訂立新的性侵犯罪的理據	84
性侵犯罪的構成元素	85
《英格蘭法令》	85
《蘇格蘭法令》	85
應否為“觸摸”訂明通用定義？	86
《蘇格蘭法令》第 3(2)(d)及(e)條	88
性侵犯涵蓋非接觸式的侵犯？	90
擴大性侵犯的涵蓋範圍以涵蓋“裙底”攝影及公眾露體	91
“裙底”攝影	91
應如何擴大性侵犯的涵蓋範圍？	92
在公眾地方露體	93
關於性侵犯的建議	93
第 7 章 導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲	95
引言	95
有必要訂立強迫他人進行涉及性的行爲的新罪行	95
新罪行的構成元素	97
英格蘭罪行——導致他人在不同意的情況下進行	97
涉及性的行爲	
蘇格蘭罪行——性脅迫	98
新罪行的名稱	98
“進行”抑或“參與”	98
視乎強迫行爲的情況而處以不同刑罰	99
以威脅促使他人作非法性行爲的罪行	100
“在香港或外地”進行涉及性的行爲	101

	頁
關於導致他人進行涉及性的行為的建議	102
第 8 章 建議摘要	103
附件 英格蘭《2003 年性罪行法令》及 《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》的網址	110

導言

研究範圍

1. 2006年4月，律政司司長及終審法院首席法官向法律改革委員會提出一項研究課題，就是檢討香港關乎性罪行及相關罪行的法律，其研究範圍如下：

“就《刑事罪行條例》（第200章）第XII部之下的性罪行及相關的罪行以及該條例第VI部之下的亂倫罪，檢討規管該等罪行的普通法及成文法，並對有關法律提出其認為適當的改革建議。”

2. 由於香港法庭在多項判決中提出意見，加上公眾對是否適宜設立性罪犯名冊一事發表意見，法律改革委員會遂於2006年10月擴大研究範圍，加入以下劃上底線的部分：

“就《刑事罪行條例》（第200章）第XII部之下的性罪行及相關的罪行以及該條例第VI部之下的亂倫罪，檢討規管該等罪行的普通法及成文法，包括適用於該等罪行的刑罰，同時考慮應否就被裁定犯該等罪行的罪犯設立登記制度，並對有關法律提出其認為適當的改革建議。”

小組委員會

3. 性罪行檢討小組委員會於2006年7月委出，負責就有關法律的現況進行研究和提出意見，並提出改革建議。小組委員會的成員如下：

鄧樂勤先生，SC
(主席)

資深大律師

文志洪先生
〔任期由2010年9月至2012年5月〕

香港警務處高級警司(刑事支援)

王嘉穎女士 〔任期由 2011 年 6 月至 2012 年 8 月〕	社會福利署助理署長（家庭及兒童福利）
伍江美妮女士 〔任期由 2009 年 6 月起〕	保安局首席助理秘書長
朱耀光博士 〔任期至 2007 年 12 月止〕	香港大學社會學系助理教授
吳維敏女士	大律師
李均興先生 〔任期由 2008 年 1 月至 2010 年 8 月〕	香港警務處高級警司（刑事支援）
沈仲平博士	律政司副刑事檢控專員
夏博義先生，SC 〔任期至 2012 年 2 月止〕	資深大律師
馬兆業先生 〔任期至 2008 年 1 月止〕	香港警務處高級警司（刑事支援）
張達明先生	香港大學法律專業學系助理教授
張慧玲法官	高等法院原訟法庭法官
麥周淑霞女士 〔任期至 2011 年 5 月止〕	社會福利署助理署長（家庭及兒童福利）
馮民重先生 〔任期由 2012 年 8 月起〕	社會福利署助理署長（家庭及兒童福利）
彭慕賢女士 〔任期由 2012 年 5 月起〕	香港警務處高級警司（刑事支援）

廖李可期女士
〔任期至 2009 年 6 月止〕

保安局首席助理秘書長

黎樂琪教授
〔任期由 2008 年 9 月起〕

香港大學犯罪學中心總監兼社會學系教授

駱浩成先生
〔任期由 2012 年 2 月起〕

大律師

鮑安迪先生

何敦、麥至理、鮑富律師行
合夥人

梁滿強先生
(秘書)

法律改革委員會
高級政府律師

至今的工作進展

4. 小組委員會自從組成後，一直定期舉行會議，討論有關研究範圍內的各個課題。在 2007 年間，鑒於法庭在有關案件所表達的意見以及傳媒反映市民大眾因香港沒有性罪犯名冊而感到憂慮的報道，小組委員會決定暫時中斷其預先計劃好的商議次序，並先行考慮有關性罪犯名冊的問題。

5. 2008 年 7 月，小組委員會發表《關於性罪犯名冊的臨時建議》諮詢文件，就是否適宜在香港設立性罪犯名冊一事，徵詢公眾的看法和意見。小組委員會收到約 200 份回應書，其中很多份提出了實質性的意見。

6. 法律改革委員會在審議諮詢過程中所收集的意見後，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，提出多項建議，包括設立一個行政機制，令聘用他人從事與兒童有關工作及與精神上無行為能力人士有關工作的僱主，得以查核僱員在性罪行方面的刑事定罪紀錄。香港特區政府保安局在 2011 年 11 月宣布，由 2011 年 12 月 1 日起設立一個行政機制，以實施法改會的建議。

7. 法律改革委員會在 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，建議廢除有關推定。該報告書是法改會根據項目的研究範圍所發表的一系列報告書中的第二份。2012

年 7 月 17 日，《2012 年成文法（雜項規定）條例》（2012 年第 26 號）制定成為法例，以落實法改會的建議。

性罪行及相關罪行的全面檢討

8. 在完成關於性罪犯名冊問題的報告書以及關於 14 歲以下男童無性交能力的普通法推定的報告書後，小組委員會繼續對性罪行及相關罪行進行全面檢討。

9. 由於檢討的範圍廣泛，涉及多個需要小心考慮的敏感和可能有爭議的議題，小組委員會察覺到完成整項檢討工作會耗時頗長，因此決定把這項全面檢討分為多個部分，並就有關課題的特定範疇發表獨立的諮詢文件和報告書。小組委員會認為採用這種“多報告書”的方式，發表多份篇幅和範圍適中而較易為讀者明白的文件，不但可提高小組委員會審議這個巨大而複雜的課題時的工作效率，亦可令利益相關者更容易理解文件的內容和發表意見。

海外的重要發展

10. 多個海外司法管轄區近年來已制定法例，改革規管性罪行的法律。我們曾考慮澳大利亞、加拿大、英格蘭與威爾斯、新西蘭和蘇格蘭等海外司法管轄區的相關法例，認為英格蘭的《2003 年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 2003*）（“《英格蘭法令》”）和《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》（*Sexual Offences (Scotland) Act 2009*）（“《蘇格蘭法令》”）對我們目前的研究尤其有用。《英格蘭法令》對英格蘭關乎性罪行的法律進行重大改革，為英格蘭與威爾斯建立一個新和全面的性罪行法律框架。這項法令是根據內政部（*Home Office*）在一份名為《設定界限：改革性罪行法律》的文件（“《內政部文件》”）中的建議而制定的，有關建議是對性罪行法律進行檢討而得出的結果。¹ 我們在這項研究中廣泛地參考了《內政部文件》，發覺其中許多建議對我們有很大幫助。再者，我們在本研究中大致上依循《英格蘭法令》對性罪行的分類。

11. 《蘇格蘭法令》對蘇格蘭關乎性罪行的法律進行重大改革。這項法令是根據蘇格蘭法律委員會（*Scottish Law Commission*）對性罪行法律的檢討而制定的，該委員會的建議載於其《有關強姦及其

¹ 內政部，《設定界限：改革性罪行法律》（*Setting the Boundaries: Reforming the law on sex offences*）（2000 年 7 月）。

他性罪行的報告書》（“《蘇格蘭法律委員會報告書》”）。² 我們也廣泛地參考了《蘇格蘭法律委員會報告書》，發覺該份報告書對我們的檢討工作大有幫助。

諮詢文件

12. 本諮詢文件是小組委員會在對性罪行及相關罪行進行全面檢討的過程中，所發表的一系列諮詢文件中的第一份。本諮詢文件建議涵蓋未經同意下進行的性罪行，即強姦、以插入的方式進行性侵犯、性侵犯和導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為，這些性罪行都與促進或保障個人的性自主權（即選擇是否進行涉及性的行為的權利）有關。³

13. 正如本諮詢文件清楚顯示，關乎性罪行的現有法例必須作全面改革。我們在進行檢討時，決定以《英格蘭法令》為起點，並考慮《內政部文件》和《蘇格蘭法律委員會報告書》所確認的相關原則、其他司法管轄區的相關法例條文，以及香港的特殊情況。我們選擇以《英格蘭法令》為起點，是因為香港現有的性罪行很多原本是以英格蘭法例的相類條文為依據。

14. 本諮詢文件的建議代表了小組委員會的初步看法，現向社會大眾提出以供考慮。我們歡迎各界就本諮詢文件所討論的議題提出任何意見、評論及建議，這對小組委員會在稍後適當時候達成最終結論會有幫助。

² 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。

³ 以插入的方式進行侵犯、性侵犯和導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為是《2003年性罪行法令》所新設的性罪行。（備註：我們建議把首項罪行稱為“以插入的方式進行性侵犯”：見下文第5.7至5.8段。）

第 1 章 何謂“性罪行”？

引言

1.1 法律改革委員會的研究範圍提及“《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部之下的性罪行及相關的罪行”，以及“該條例第 VI 部之下的亂倫罪”。爲了界定本研究的範圍，我們必須考慮何謂性罪行這個問題。

《刑事罪行條例》（第 200 章）第 XII 部

性罪行

1.2 《刑事罪行條例》第 XII 部訂有不同種類的性罪行，包括強姦、肛交、嚴重猥褻行爲、獸交、猥褻侵犯（俗稱“非禮”）、拐帶、亂倫和其他非法的性行爲。這些性罪行在《刑事罪行條例》第 118 至 128 條中列明。

1.3 這些性罪行很多是以 1956 年所訂立的英格蘭法例的相類條文爲根據。¹ 那些以 1956 年法例爲根據的罪行包括：強姦（《刑事罪行條例》第 118 條）、² 以威脅促致他人作非法的性行爲（《刑事罪行條例》第 119 條）、³ 以虛假藉口促致他人作非法的性行爲（《刑事罪行條例》第 120 條）、⁴ 施用藥物以獲得或便利作非法的性行爲（《刑事罪行條例》第 121 條）、⁵ 猥褻侵犯（《刑事罪行條例》第 122 條）、⁶ 與年齡在 13 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 123 條）、⁷ 與年齡在 16 歲以下的女童性交（《刑事罪行條例》第 124 條）、⁸ 與精神上無行爲能力的人性交（《刑事罪行條例》第 125 條）、⁹ 拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童（《刑事罪行條例》第 126 條）、¹⁰ 拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童爲使她

¹ 《1956 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1956），第 69 章，英國。

² 比照《1956 年性罪行法令》第 1 條。

³ 比照《1956 年性罪行法令》第 2 條。

⁴ 比照《1956 年性罪行法令》第 3 條。

⁵ 比照《1956 年性罪行法令》第 4 條。

⁶ 比照《1956 年性罪行法令》第 14 條。

⁷ 比照《1956 年性罪行法令》第 5 條。

⁸ 比照《1956 年性罪行法令》第 6 條。

⁹ 比照《1956 年性罪行法令》第 7 條。

¹⁰ 比照《1956 年性罪行法令》第 20 條。

與人性交（《刑事罪行條例》第 127 條），¹¹ 以及拐帶精神上無行為能力的人離開父母或監護人爲使其作出性行爲（《刑事罪行條例》第 128 條）。¹²

1.4 我們注意到，英格蘭與威爾斯在 2003 年對與性罪行有關的法律進行重大改革後，1956 年法例的相關罪行已被《英格蘭法令》所設立的新罪行取代。可是，原有的罪行仍保留在香港的法例上。

與賣淫或色情物品有關的罪行

1.5 除了《刑事罪行條例》第 118 條至 128 條所列明的性罪行外，《刑事罪行條例》第 XII 部餘下的條文（即第 129 條至 159 條）亦訂有各種與賣淫或色情物品有關的罪行，例如控制他人而目的在於使他與人非法性交或賣淫、¹³ 禁錮他人爲使他與人性交或禁錮他人於賣淫場所、¹⁴ 依靠他人賣淫的收入爲生、¹⁵ 利用、促致或提供未滿 18 歲的人以製作色情物品或作真人色情表演，¹⁶ 以及經營賣淫場所。¹⁷

1.6 我們決定不把這些與賣淫或色情物品有關的罪行納入性罪行的檢討範圍內。蘇格蘭法律委員會在全面檢討關於性罪行的法律時，也採取類似的方針。我們贊同該委員會不對與賣淫或色情物品相關的法律進行檢討的理由。

1.7 首先，與賣淫有關的罪行應否視爲“性罪行”，仍不完全清楚。在大多數情況下，這些罪行並不是真正的性罪行。事實上，把這些罪行歸類爲擾亂公共秩序或涉及公眾滋擾的罪行，可能更爲恰當。¹⁸ 舉例來說，經營賣淫場所罪（《刑事罪行條例》第 139 條）並不涉及構成典型性罪行的任何要素的行爲。相反，把經營賣淫場所視爲妨害公共秩序的行爲或對社會造成滋擾的來源，可能更爲合適。

1.8 第二，互相交織研究刑事法律與色情物品的議題，所引起的各種問題將遠超出性罪行研究預期的範圍。這些問題包括：色情物品刑事化是否與言論自由相容；應否准許或特許某些類別的色情

¹¹ 比照《1956 年性罪行法令》第 19 條。

¹² 比照《1956 年性罪行法令》第 21 條。

¹³ 《刑事罪行條例》第 130 條。

¹⁴ 《刑事罪行條例》第 134 條。

¹⁵ 《刑事罪行條例》第 137 條。

¹⁶ 《刑事罪行條例》第 138A 條。

¹⁷ 《刑事罪行條例》第 139 條。

¹⁸ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.13 段。

物品；以及應否因為某些色情物品典型地展示對女性形象作不當或有害的描畫而將這些物品刑事化。¹⁹

1.9 因此，對香港關於賣淫或色情物品的法律進行改革，會牽涉重大的社會和政策問題。我們認為小組委員會不宜對這方面的法律作出檢討。

對《刑事罪行條例》涉及性罪行的現行條文的批評

1.10 《刑事罪行條例》一些涉及性罪行的現有條文被批評為帶有歧視成分、互相矛盾和有不足之處。例如，可同意進行異性性行為和同性性行為的年齡並不相同：可同意進行異性性行為的年齡為 16 歲，²⁰ 但可同意進行同性性行為（或“肛交”）的年齡卻為 21 歲。²¹ 根據保護原則，法律須設定法定同意年齡，以保護未成年人免受性侵犯和剝削。然而，根據性自主權的原則，任何人如達到同意年齡，應能夠自由選擇是否進行涉及性的行為。為同性性行為設定較高的同意年齡，會限制男同性戀者的性自主權。此外，有些罪行因為是指明性別而備受批評，而另一些罪行則是以當事人的性傾向為依據。舉例來說，在 Leung TC William Roy 訴律政司司長²² 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。²³ 其次，終審法院其後在 律政司司長訴丘旭龍和其他人 一案的判決中宣布，²⁴ 第 118F(1) 條因為帶有性傾向的歧視成分而屬於違憲。上述判決凸顯出一些涉及性罪行的現有條文，可能不符合稍後在第 2 章討論的若干指導原則，例如無分性別，避免基於性傾向而作出區別，以及符合《人權法案》和《基本法》。

1.11 有些人亦關注到現有的性罪行，可能不足以涵蓋未經同意下作出而應該受到刑事制裁的行為種類。根據性自主權的原則，所

¹⁹ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.14 段。

²⁰ 根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 124 條，任何男子與一名年齡在 16 歲以下的女童非法性交，可處監禁 5 年。

²¹ 根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118C 條，任何男子與年齡在 21 歲以下的男子作出肛交，可處終身監禁。

²² CACV 317/2005，在[2006] 4 HKLRD 211 中彙報（就 HCAL 160/2004 號案件提出上訴，該宗案件在[2005] 3 HKLRD 657 中彙報）。

²³ 由於政府只針對高等法院有關第 118C 條屬於違憲的判決提出上訴，因此上訴法庭在 CACV 317/2005 號案件中只處理該項條文而沒有處理其他條文（政府接受了關於其他條文的判決）。

²⁴ FACC 12/2006，在[2007] 3 HKLRD 903 中彙報。

有未經同意下作出的行爲都應受懲罰，這點十分重要。而且，《刑事罪行條例》第 XII 部並無清晰指引，說明如何判定當事人是否同意進行涉及性的行爲。

1.12 《刑事罪行條例》第 XII 部使用的某些字詞已經不合時宜。例如，在已改革性罪行法律的海外司法管轄區，“肛交”（buggery）一詞已不再使用。在法例中使用過時的字詞，並不符合法律必須清晰明確的原則。如能以現代的術語取代過時的字詞，人們便會對法律有更深的了解，並能夠使法例更爲清晰明確。

1.13 對於《刑事罪行條例》第 XII 部之下的性罪行的量刑標準，各人可能抱持不同意見，而各項罪行所適用的最高刑罰亦可能需予檢討。例如，第 118E 條所訂罪行（與精神上無行爲能力的人作出肛交）的最高刑罰爲監禁 10 年，但第 118A 條所訂罪行（未經同意下作出的肛交）的最高刑罰卻爲終身監禁。

1.14 由於《刑事罪行條例》第 XII 部涉及性罪行的現行條文有上述種種問題，我們認爲應當以新種類的性罪行取代第 XII 部現有的性罪行，或是重新界定某些現有罪行的要素。我們也認爲應以相類方式處理男子亂倫罪（《刑事罪行條例》第 47 條）以及 16 歲或以上女子亂倫罪（《刑事罪行條例》第 48 條）。這些罪行源自英格蘭《1908 年懲罰亂倫法令》（Punishment of Incest Act 1908）第 1 及 2 條的類似條文。在英格蘭與威爾斯，該 1908 年法令的相關條文早已被《1956 年性罪行法令》關於亂倫罪的新條文取代。²⁵

性罪行的分類

1.15 在決定甚麼行爲應納入改革後的性罪行種類的範圍時，我們發覺蘇格蘭法律委員會所採用的性罪行分類很有參考價值。

1.16 蘇格蘭法律委員會在討論中把性罪行分爲三大類如下：

- (1) 與促進或保障個人的性自主權有關的罪行；
- (2) 爲保護以下人士而訂的罪行：易受性剝削的人，或不確定是否有能力進行經同意的涉及性的行爲的人；及

²⁵ 《1956 年性罪行法令》第 10(1) 條取代《1908 年懲罰亂倫法令》第 1(1) 條。《1956 年性罪行法令》第 11(1) 條取代《1908 年懲罰亂倫法令》第 2 條。及後，1956 年法令的第 10 及 11 條被《2003 年性罪行法令》廢除。

(3) 為促進上述兩類以外的社會目標或道德目標而訂的罪行。²⁶

第一類——以性自主權為依據的罪行

1.17 這類性罪行禁止任何侵犯個人性自主權的行為。²⁷ 如某人參與非自由選擇情況下進行的涉及性的行為，該人的性自主權便受到侵犯。²⁸

1.18 蘇格蘭法律委員會表示，這類罪行一般可形容為性侵犯。²⁹ 根據香港的現行法律，這類罪行包括強姦、³⁰ 猥褻侵犯、³¹ 未經同意下作出的肛交、³² 意圖作出肛交而襲擊，³³ 以及以威脅促致他人作非法的性行為、以虛假藉口促致他人作非法的性行為和施用藥物以獲得或便利作非法的性行為。³⁴

第二類——以保護原則為依據的罪行

1.19 這類罪行是為保護在性方面易受傷害的人而訂的。兩類最明顯易受傷害的人是年輕人和患有某種形式的精神紊亂的人。³⁵ 根據香港的現行法律，這類罪行包括由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出同性肛交、³⁶ 與 21 歲以下女童作出肛交、³⁷ 與精神上無行為能力的人作出肛交、³⁸ 由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出嚴重猥褻行為、³⁹ 男子與男性精神上無行為能力的人作出嚴重猥褻行為、⁴⁰ 與年齡在 13 歲以下或 16 歲以下的女童性交，⁴¹ 以及與精神上無行為能力的人性交。⁴²

26 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.18 段。

27 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.18 段。

28 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.25 段。

29 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.19 段。

30 《刑事罪行條例》第 118 條。

31 《刑事罪行條例》第 122 條。

32 《刑事罪行條例》第 118A 條。

33 《刑事罪行條例》第 118B 條。

34 《刑事罪行條例》第 119 至 121 條。

35 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.20 段。

36 《刑事罪行條例》第 118C 條。

37 《刑事罪行條例》第 118D 條。

38 《刑事罪行條例》第 118E 條。

39 《刑事罪行條例》第 118H 條。

40 《刑事罪行條例》第 118I 條。

41 《刑事罪行條例》第 123 至 124 條。

42 《刑事罪行條例》第 125 條。

1.20 一些海外司法管轄區已根據保護原則擴大有關法律的範圍，規管在一人得到另一人信任或一人服從另一人的權威的情況下兩人之間的涉及性的行爲。⁴³

第三類——以公眾道德為依據的罪行

1.21 最後一類性罪行包括以社會或道德原則或目標為根本依據的性罪行，但不屬於保障性自主權或保護易受傷害的人的情況。這類罪行一般稱為違背公眾道德罪。

1.22 根據香港的現行法律，這類罪行包括獸交、⁴⁴ 非私下作出的同性肛交、⁴⁵ 促致他人作出同性肛交、⁴⁶ 男子與男子非私下作出的嚴重猥褻行爲，⁴⁷ 以及促致男子與男子作出嚴重猥褻行爲。⁴⁸

1.23 這類以公眾道德為依據的罪行亦包括男子亂倫罪（《刑事罪行條例》第 47 條）以及 16 歲或以上女子亂倫罪（《刑事罪行條例》第 48 條）。正如上文解釋，本研究項目不會審議屬於這類違背公眾道德罪的某些其他罪行，例如與賣淫有關的罪行和涉及色情物品的罪行。

1.24 我們在進行現有的檢討時，採用了上述的性罪行分類。

本研究項目所涵蓋的性罪行種類

1.25 《英格蘭法令》訂立了多種新的性罪行。由於香港很多現有的罪行都是以英格蘭相類的條文為依據，而這些條文已被修訂或取代，因此我們以《英格蘭法令》所訂的性罪行作為有用的參考起點，並在考慮香港的情況後再檢討有關罪行。

1.26 如把上述的性罪行分類套用在《英格蘭法令》所訂的性罪行上，該法令首先訂有以性自主權為依據的罪行，包括強姦、⁴⁹ 以

⁴³ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.20 段。

⁴⁴ 《刑事罪行條例》第 118L 條。

⁴⁵ 《刑事罪行條例》第 118F 條。

⁴⁶ 《刑事罪行條例》第 118G 條。

⁴⁷ 《刑事罪行條例》第 118J 條。

⁴⁸ 《刑事罪行條例》第 118K 條。

⁴⁹ 《2003 年性罪行法令》第 1 條。

插入的方式進行侵犯、⁵⁰ 性侵犯⁵¹，以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲。⁵²

1.27 第二，《英格蘭法令》訂有以保護原則為依據的罪行。《英格蘭法令》第 5 至 15 條訂有各種涉及兒童的罪行，包括與兒童進行涉及性的行爲、⁵³ 導致或煽惑兒童進行涉及性的行爲、⁵⁴ 在兒童在場的情況下進行涉及性的行爲、⁵⁵ 導致兒童觀看涉及性的行爲，⁵⁶ 以及由兒童或青少年所犯的兒童性罪行。⁵⁷

1.28 《英格蘭法令》第 30 至 37 條也訂有以保護原則為依據並涉及精神紊亂的人的罪行。這些罪行包括與精神紊亂致選擇受障礙的人進行涉及性的行爲、⁵⁸ 導致或煽惑精神紊亂致選擇受障礙的人進行涉及性的行爲，⁵⁹ 以及在精神紊亂致選擇受障礙的人在場的情況下進行涉及性的行爲。⁶⁰

1.29 其他以保護原則為依據的罪行見於《英格蘭法令》第 16 至 24 條，這些罪行涉及犯罪者濫用受信任的地位。《英格蘭法令》第 25 至 26 條包含與家庭有關的兒童性罪行，針對亂倫的情況。

1.30 第三，《英格蘭法令》訂有違背公眾道德類別的罪行，包括暴露身體罪⁶¹ 以及與動物性交罪。⁶² 《英格蘭法令》也訂有偷窺罪，⁶³ 但香港並無同等的罪行。我們也注意到《蘇格蘭法令》第 7 條針對不受歡迎並涉及性的口述或文字通訊。由於香港並沒有同等的條文，因此該項條文或可有助檢控涉及為求得到性滿足或為了使受害人感到受侮辱、困擾或驚恐而向受害人發出口述或文字通訊的案件。

1.31 我們亦會研究《英格蘭法令》其他的雜項罪行，這些罪行大多是在犯上述各類性罪行的其中一項或多項罪行之前所進行的罪

⁵⁰ 《2003 年性罪行法令》第 2 條。

⁵¹ 《2003 年性罪行法令》第 3 條。

⁵² 《2003 年性罪行法令》第 4 條。

⁵³ 《2003 年性罪行法令》第 9 條。

⁵⁴ 《2003 年性罪行法令》第 10 條。

⁵⁵ 《2003 年性罪行法令》第 11 條。

⁵⁶ 《2003 年性罪行法令》第 12 條。

⁵⁷ 《2003 年性罪行法令》第 13 條。

⁵⁸ 《2003 年性罪行法令》第 30 條。

⁵⁹ 《2003 年性罪行法令》第 31 條。

⁶⁰ 《2003 年性罪行法令》第 32 條。

⁶¹ 《2003 年性罪行法令》第 66 條。英格蘭的暴露身體罪在本質上與《刑事罪行條例》第 148 條所訂的在公眾地方的猥褻行為罪相類。

⁶² 《2003 年性罪行法令》第 69 條。

⁶³ 《2003 年性罪行法令》第 67 條。

行（“預備罪行”）。例如，《英格蘭法令》第 57 至 60 條訂有罪行，禁止販運他人進入聯合王國、至境內或境外以進行該法令第 1 部分所訂的某項性罪行。這些條文與我們的《刑事罪行條例》第 129 條不同。《刑事罪行條例》第 129 條涉及以賣淫為目的而販運他人進入或離開香港的罪行（由於上文所述的原因，我們不會考慮這個課題），《英格蘭法令》第 57 至 60 條的販運罪則涉及販運人口以進行性罪行（可能與賣淫無關）的行為。

1.32 我們也會研究其他的預備罪行，包括故意施用物質、⁶⁴ 意圖犯性罪行而犯某項罪行，⁶⁵ 以及意圖犯性罪行而侵入。⁶⁶

1.33 不過，《刑事罪行條例》的某些性罪行在《英格蘭法令》中並無同等的罪行。這些罪行包括：拐帶年齡在 16 歲以下的未婚女童、⁶⁷ 拐帶年齡在 18 歲以下的未婚女童為使她與人性交，⁶⁸ 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。⁶⁹ 我們會研究這些罪行，看看是否有充分理由在香港法例中繼續予以保留；如不予保留的話，則研究應廢除這些罪行還是以新罪行取代。

1.34 再者，香港保留了 14 歲以下男童無性交能力的普通法推定。在英格蘭與威爾斯，這項推定已被《1993 年性罪行法令》（Sexual Offences Act 1993）第 1 條廢除。我們先前曾研究這個課題，結論是香港應同樣廢除有關推定。因此，法律改革委員會在 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，建議廢除有關推定。2012 年 7 月 17 日，《2012 年成文法（雜項規定）條例》（2012 年第 26 號）制定成為法例，以落實法改會的建議。

1.35 最後，如要全面檢討關乎性罪行的法律，亦須考慮可以就有關罪行而判處的刑罰。所以，我們會研究性罪行的量刑問題。在進行有關研究時，我們不僅會考慮個別罪行的實際刑罰，更會考慮量刑的架構，包括各項罪行之間的相對嚴重程度，以及是否應授權法官頒布新種類的命令。

⁶⁴ 《2003 年性罪行法令》第 61 條。

⁶⁵ 《2003 年性罪行法令》第 62 條。

⁶⁶ 《2003 年性罪行法令》第 63 條。

⁶⁷ 《刑事罪行條例》第 126 條。

⁶⁸ 《刑事罪行條例》第 127 條。

⁶⁹ 《刑事罪行條例》第 128 條。

把研究項目分爲不同部分

1.36 正如在導言中提及，我們打算把檢討工作分爲不同的獨立部分，分別探討整個課題中的不同範疇。我們的初步計劃是把研究項目分爲四個部分，並就各部分發表獨立的諮詢文件和報告書。如有需要，我們會按進一步討論的結果修訂初步計劃。這四個部分現分別爲：(i)以性自主權爲依據的罪行（即強姦及其他未經同意下進行的性罪行）；(ii)以保護原則爲依據的罪行（即侵犯兒童和精神上無行爲能力的人的罪行，以及涉及濫用受信任地位的罪行）；(iii) 雜項性罪行；以及(iv)量刑。

1.37 本諮詢文件會探討上述四個部分的第一部分，研究以性自主權爲依據的罪行，即強姦、以插入的方式進行侵犯、性侵犯，以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲。

第 2 章 改革的指導原則

制訂一套指導原則的需要

2.1 對香港性罪行的實體內容進行全面檢討，牽涉多項複雜而敏感的問題，包括有關法律的根本道德原則問題。因此，我們認為宜在檢討開始時便制訂一套指導原則，以確保我們為各種各樣涉及不同犯罪行為形式和不同罪責程度的性罪行選擇改革方案時，可以貫徹一致。

2.2 對性罪行的法律進行任何改革，都需要制定立法建議，以落實一些根本原則。因此，我們必須確定哪些根本原則會成為我們進行改革所依據的指導原則。在此點上，蘇格蘭法律委員會曾表達下述意見：

“我們並不認為討論這方面的法律的改革原則，就等同探討如何‘執行道德規範’。關於社會意見應在多大程度上影響法律發展的爭論，經常在性罪行的範疇內出現。然而，從某種意義上來說，所有關乎改革性罪行法律的主要問題，都涉及對某些根本道德原則賦予法律效力。在我們看來，重要的問題是確定這些原則究竟是什麼。”¹

2.3 因此，我們一開始便必須強調，在確定根本原則時，我們不是試圖探討“執行道德規範”這個有爭議的課題。確定根本原則，只是為了協助我們制訂一套改革的指導原則，並評估不同的改革方案。我們亦不會探究何謂社會適當的道德標準這個有爭議的課題。²

¹ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.23 段。

² 蘇格蘭法律委員會表示：“不是所有對涉及性的行為的法律規管都必須由刑事法進行，其他種類的法律程序可能更適合於處理有問題的涉及性的行為。舉例來說，在蘇格蘭大部分由兒童所犯的罪行都不會在刑事法庭受到檢控，而是由以福利為本的兒童聆訊制度處理。刑事法更不應巨細無遺地涵蓋各種在道德上屬錯誤的涉及性的行為。通姦和不忠等問題不應由刑事法處理，甚或不應一般地由法律處理。”（《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.30 段）蘇格蘭法律委員會在討論中談及這個問題，但沒有視之為指導原則。

蘇格蘭法律委員會的指導原則

2.4 蘇格蘭法律委員會制定了多項原則，可為性罪行的法律改革提供適當指引。我們認為這些指導原則十分有用，並已在作出若干必要的修訂後，在本研究中採納類似的原則。下文會討論蘇格蘭法律委員會所確定的指導原則。

(1) 法律必須清晰明確

2.5 法律改革計劃的一個重要目標，是務求使法律清晰明確。在刑事法方面，要求法律必須清晰明確尤其重要，因為觸犯刑事法可能會導致嚴重後果，包括犯罪者被剝奪人身自由或財產，對於性罪行來說，這方面的要求可能更高。人們在考慮進行某種形式的涉及性的行為時，應該能夠知道或能夠毫無困難地確定他們有意做的事情是否合法。³

2.6 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。在終審法院對岑國社訴香港特別行政區一案的判決中，非常任法官梅師賢爵士說：

“……法律必須充分清晰明確，足以向任何人表明與其情況相關的法律，（如有需要可諮詢法律意見）使他能夠規限自己的行為。另一方面，法律所需的精確度也會按法律的內容而改變，此點已是定論……”⁴

“……以概括的詞語草擬而成的法律，可能更適合用以實現有關法律的目標，因為在公共政策所管轄的範疇內，情況或會隨着時間而有很大改變，而且每一個案的情況也可能非常不同。一項非常詳盡的成文法則不但無法提供所需的靈活性，更可能……把該法則的目的掩蓋在詳細的條文中……我們在應用因含糊而無效的原則時必須小心謹慎，免得因為要求法律達到不適合於有關主題的精確度，以致阻礙或妨礙國家採取措施推動正當的社會目標。”⁵

³ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.24 段。

⁴ 岑國社訴香港特別行政區 [2002] 2 HKC 117, 第 89E 段。非常任法官梅思賢爵士引述在 *R v Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992) 74 CCC (3d) 289 一案中所闡述的法律原則。

⁵ 出處同上，第 90D 段。非常任法官梅思賢爵士引述根提亞法官（Gonthier J）在 *R v Nova Scotia Pharmaceutical Society* 一案的判決（第 312h 至 313c 段）。

2.7 蘇格蘭法律委員會指出，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爲。第二，每項罪行的範圍必須完備，只應禁止指明形式的行爲，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。舉例來說，蘇格蘭普通法的下流、猥褻和淫蕩行爲罪曾遭受批評（這些罪行涉及侵犯兒童行爲，並且有關行爲可能使受害人的純真受到玷污），因爲可能使兒童的純真受到玷污的行爲種類沒有限制，而且這些罪行究竟涉及何種指明形式的犯罪行爲也並不明確。⁶

(2) 尊重性自主權

2.8 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爲當中，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爲，法律應視之爲刑事罪行。第二，若某人自由選擇進行一項涉及性的行爲，原則上法律不應禁止該項行爲。根據蘇格蘭法律委員會的說法，只有在情況特殊而且有充分理由下，才可否定某人選擇進行涉及性的行爲的自由：

“可能在某些特殊的情況下，個人進行涉及性的行爲的自由選擇權會受到否定，有關行爲會被列爲刑事罪行。但這些情況乃是真正特殊，並且必須是根據明確和令人信服的理由。”⁷

2.9 當事人的同意是尊重性自主權原則的重要元素。這項原則可按照當事人同意與否而重新述明：首先，未經同意的涉及性的行爲應訂爲刑事罪行；其次，經同意的涉及性的行爲不應訂爲刑事罪行，但如有充分理由須將這類行爲訂爲刑事罪行，則作別論。⁸

2.10 雖然我們同意尊重性自主權應該是一項指導原則，但我們認爲這項原則不適用於受保護原則保障的人，例如兒童、精神上無行爲能力的人，以及因他人所處地位而對該人信任或服從該人的權威的人。幼童和大多數精神上無行爲能力的人都沒有行爲能力同意進行涉及性的行爲。⁹ 由於他們沒有選擇進行涉及性的行爲的行爲

⁶ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.24 段。

⁷ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.25 段。

⁸ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.27 段。

⁹ 應注意的是，並不是所有精神上無行爲能力的人都沒有行爲能力同意進行涉及性的行爲。他們是否有行爲能力給予同意，會取決於他們是否有能力明白有關行爲的本質，或作出是否進行有關行爲的決定。由於這個原因，《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 17 條訂有具體條文，用以斷定精神紊亂的人對某行爲給予同意的行爲能力。

能力，因此並不會出現他們的性自主權是否受到尊重這個問題。正如下文所述，即使當事人有行為能力給予同意（例如年齡較大的兒童，或因他人所處地位而對該人信任或服從該人的權威的人），也可能有必要否定他們的性自主權，以保護他們並防止他們受到剝削。因此，我們認為除非與保護原則有所抵觸，否則尊重性自主權的指導原則便應適用。

(3) 保護原則

2.11 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，刑事法應給予保護。蘇格蘭法律委員會制定保護原則，以便保障“*兒童、精神紊亂的人，以及因他人所處地位而對其信任的人。*”¹⁰

2.12 在某些情況下（例如關乎幼童），由於當事人不能同意進行涉及性的行為，可以說保護原則只不過是補充須取得同意的規定而已。在其他情況下，如果當事人能夠給予同意（例如是年齡較大的兒童，或因他人所處地位而對該人信任或服從該人的權威的人），保護原則的目的是保障當中易受傷害者並防止他們受到剝削；“*保護原則凌駕於另一項原則，那就是當事人同意進行的涉及性的行為不應訂為刑事罪行。*”¹¹

2.13 我們大體上贊同保護原則，但亦明白在犯罪人和受害人都是未成年人的情況下，實施這項原則可能會有困難。倘若未成年人犯的性罪行涉及其他未成年人，我們也許有理由豁免有關罪行或訂立特別的量刑方案。在全面檢討性罪行的實體內容的較後階段，我們會更詳細地討論這個問題。

(4) 不應因性傾向或性別而作出區別

2.14 蘇格蘭法律委員會認為，“*關乎性罪行的法律不應基於性傾向或性行為的種類而作出區別*”，這是一項指導原則。¹² 一個相關的論點是，“*刑事法在性罪行方面盡可能不應基於性別而作出區別*”。¹³ 因此，這項指導原則有兩個方面：無分性別和性傾向。

¹⁰ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.28 段。

¹¹ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.28 段。

¹² 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.29 段。

¹³ 同上。

無分性別

2.15 正如蘇格蘭法律委員會指出，如果當事人非屬保護原則下的保護對象，他們之間在經同意下所進行的涉及性的行爲，不應訂爲刑事罪行，除非有明確及令人信服的理由要這樣做。¹⁴ 因此，刑事法不應理會進行涉及性的行爲的當事人的性別，而是應集中於防止未經同意的涉及性的行爲，以及保護易受傷害的人免受性侵犯和剝削。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。

避免基於性傾向而作出區別

2.16 我們現在探討這項指導原則的另一方面，即是法律應避免基於性傾向而作出區別。在決定應否採納這項原則前，我們必須先確定“性傾向”一詞的範圍。蘇格蘭法律委員會並沒有給“性傾向”這個詞下定義，但下文所討論的“性傾向”的若干定義，會對我們的研究有幫助。

2.17 《布萊克法律大詞典》（Black's Law Dictionary）把“性傾向”定義爲：

“個人對某種涉及性的活動或行爲的取向或趨向；異性戀、同性戀或雙性戀。

- 近年有一種趨勢，把性傾向列爲一個受保護的類別，特別是在關乎僱傭和仇恨犯罪的法規內。”¹⁵

2.18 英國《2010年平等法令》（Equality Act 2010）第12(1)條對“性傾向”所下的定義爲：

“性傾向指某人——

- (a) 以同性爲對象的性傾向；
- (b) 以異性爲對象的性傾向；或
- (c) 以同性和異性爲對象的性傾向。”

¹⁴ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第1.29段。

¹⁵ 第七版。

2.19 在西澳大利亞《1984年平等機會法令》(Equal Opportunity Act 1984)第4條,“性傾向”一詞的定義為:“異性戀、男同性戀、女同性戀或雙性戀,並包括該人被認定有異性戀、男同性戀、女同性戀或雙性戀的情況。”

2.20 美國很多法規都對“性傾向”下了定義,¹⁶但其中以新澤西的法規¹⁷較能夠代表一般的性傾向反歧視法。新澤西的法規把“情愛傾向或性傾向”定義為:

“男性或女性有異性戀、同性戀或雙性戀的取向、行為、身分或表現;過去曾有異性戀、同性戀或雙性戀的取向、行為、身分或表現;或被他人視作、推定或識別為具有如此傾向。”

2.21 新澤西的法規亦把“同性戀”定義為:

“主要以同性為對象在情愛、感情或肉體上被吸引,或有情愛、感情或肉體上的行為。”

2.22 在W訴婚姻登記官這宗最近由香港高等法院原訟法庭審理的案件中,張舉能法官(現擔任高等法院首席法官)表示“性傾向”指“與男性或女性發生性關係的偏好”。¹⁸張法官亦指“性傾向”可以是“同性戀、異性戀、無性戀或雙性戀”。¹⁹不過,該宗案件涉及的問題是一名在手術後由男性變為女性的變性人能否在香港與一名男性合法結婚。張法官清楚表明,該宗案件不是關於“性傾向”,而是關於人們對自己與生俱來的性別感到不滿的問題。因此,他在案中對“性傾向”涵義的一切表述都只屬無約束性的附帶意見。

2.23 在香港特區政府的《消除性傾向歧視僱傭實務守則》(下稱“《實務守則》”)內,“性傾向”的定義為:

“異性戀(性方面傾向於異性)、同性戀(性方面傾向於同性)和雙性戀(性方面同時傾向於同性和異性)。”²⁰

¹⁶ 《宗教、性傾向和自我實現:第一修訂案的原則和反歧視法律》(“Religion, Sexual Orientation, and Self-Realization: First Amendment Principles and Anti-Discrimination Laws”), Jack M Battaglia。底特律大學 Mercy Law Review 1999 (76 U. Det. Mercy L. Rev. 189)。

¹⁷ N.J. Stat. Ann 10:5-5 (hh)(West Supp. 1995)。

¹⁸ HCAL 120/2009, 第14段。

¹⁹ 出處同上,第23段。

²⁰ 香港特區政府政制及內地事務局: <http://www.cmab.gov.hk/tc/issues/sexual.htm>, 於2011年2月14日檢索。有關定義見於《實務守則》第2.1段。民政事務局文件《平等機會:關

2.24 上文所檢視的“性傾向”定義可分為四類：(i)辭典定義；(ii)其他司法管轄區的法例定義；(iii)法庭判案定義；以及(iv)香港官方文件所採用的定義（即香港特區政府在《實務守則》內所採用的定義）。

2.25 在這些定義中，我們傾向採納香港特區政府已經在《實務守則》內所採用的定義。政府採取任何相關的政策措施，都很可能以這個官方定義作為依據。更重要的是，雖然《實務守則》只涉及僱傭範疇的平等機會，但該守則亦清楚說明，當中所提倡的原則適用於生活的各個範疇。²¹

人獸交並不是一種性傾向

2.26 上文所引述的定義都有一個共通之處，就是“性傾向”一詞一般指異性戀、同性戀或雙性戀。根據《實務守則》的定義，異性戀、同性戀或雙性戀分別指在性方面傾向於異性的人、傾向於同性的人，以及同時傾向於同性和異性的人。再者，在上文所引述的W 訴婚姻登記官一案中，張舉能法官表示“性傾向”指“與男性或女性發生性關係的偏好”。

2.27 因此，“性傾向”一詞顯然是指兩個人進行涉及性的行為的傾向，而不是指人類與動物進行涉及性的行為的人獸交。人獸交並不是一種性傾向，而是如內政部檢討小組（Home Office Review Group）所表述的，一種侮辱動物和人類尊嚴的行為：

“這[人獸交]是一種侮辱動物和人類尊嚴的行為。即使我們所持的原則是當事人可自由同意進行涉及性的行為，這項原則根本也不可能適用於與動物進行涉及性的行為。儘管人獸交罪的目的會是為了保護動物，但我們認為該罪行主要是反映某種嚴重行為紊亂的性罪行……”²²

於性傾向歧視的研究——1996年諮詢文件》對“性傾向”也採用類似的定義。這份諮詢文件包括一項由香港市場研究社在1995年10月所進行的調查。在問卷中，異性戀、同性戀或雙性戀指不同形式的性傾向。就該項調查而言，異性戀的定義是在性方面被異性吸引；同性戀的定義是在性方面被同性吸引；雙性戀的定義是在性方面同時被異性和同性吸引。民政事務局於2006年進行了另一項關於市民對同性戀者看法的意見調查。在問卷中，“性傾向”指“一個人在感情、愛情、性慾或情愛方面持久地被另一個人吸引，這包括同性戀、異性戀或雙性戀”。

²¹ 《實務守則》，第1.2段。

²² 《內政部文件》，第8.5.3段。

2.28 由於人獸交並不在“性傾向”的範圍之內，因此並不能以法律不應基於性傾向而作出區別這項原則來作為支持人獸交的理由。

同性戀

2.29 正如上述的所有定義顯示，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。因此，法例上根本不應有任何關乎同性戀的罪行。倘若同性戀行為的任何一方未予同意，該方可由一項未經同意下進行的性罪行（即強姦、以插入的方式進行性侵犯、性侵犯或導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為）予以保護。如保護原則適用於同性戀行為的任何一方，該方可由一項保護原則之下的罪行（即侵犯兒童、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的罪行）予以保護。

2.30 內政部檢討小組和蘇格蘭法律委員會都採取了這個方針。內政部檢討小組建議廢除肛交罪和嚴重猥褻行為罪，並為保護兒童和動物以及規管在公眾地方的涉及性的行為制定獨立的條文。²³ 蘇格蘭法律委員會認為，“罪行以性傾向而非以不當行為的形式作為依據，在原則上是錯誤的”，並因此建議“廢除所有關乎同性戀行為的現有罪行”。²⁴ 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》都採納了這個取向。根據避免基於性傾向而作出區別這項原則，英格蘭或蘇格蘭的法例已再沒有關乎同性戀的罪行（如肛交和嚴重猥褻行為）。

2.31 我們同意，關於性罪行的法律應避免基於性傾向而作出區別，而任何有關同性戀罪行的法律改革，都應按照這項原則進行。

(5) 《歐洲人權公約》

2.32 蘇格蘭法律委員會認為《歐洲人權公約》（European Convention on Human Rights）十分重要，因為該公約“陳述了性罪行法律的基本價值”。²⁵ 蘇格蘭已修訂關於性罪行的法律，以確保這些法

²³ 《內政部文件》，第 45 項建議，第 6.6.10 段。

²⁴ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 5.9 段。

²⁵ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 1.31 段。

律符合《歐洲人權公約》。²⁶ 這項指導原則的主旨是，關於性罪行的法律應符合若干公認的人權標準。

2.33 以香港來說，在考慮這項指導原則時得參照《香港人權法案條例》（第383章）、《基本法》及已載入《基本法》的《公民權利和政治權利國際公約》。我們接納以下原則作為一項指導原則：關於性罪行的法律應符合《公民權利和政治權利國際公約》、《香港人權法案條例》和《基本法》，並應參照其他司法管轄區人權法律的發展。

《內政部文件》的基本假定／原則

2.34 內政部檢討小組列出了多項基本假定／原則，作為“進行檢討的概念框架”。²⁷ 很多這些假定／原則都與上文所討論的指導原則相類，或是闡述或說明該等指導原則。²⁸ 我們會在下文探討這些假定／原則，並對這些假定／原則是否適宜作為本研究的指導原則，提出我們的意見。

(1) 刑事法的任何應用都必須是公平、有必要和適度的

2.35 我們贊同這項符合香港人權原則的基本原則／假定，並把它納入人權的主題之下。

(2) 刑事法不應對男性和女性或有不同性傾向的人作出不必要的區別對待

2.36 這項基本原則／假定與我們已決定採納的無分性別原則和避免基於性傾向而作出區別的原則相類。

(3) 如無充分理由，法律不應干涉已屆同意年齡的人所同意進行的涉及性的行為

2.37 我們贊同這項原則／假定。它闡述了性自主權原則。

²⁶ 同上。

²⁷ 《內政部文件》，第 1.3.2 段。

²⁸ 這些假定／原則在《內政部文件》第 1.3.2 段逐點列出。

(4) 脅迫、強迫或欺騙他人進行涉及性的行爲的人須負刑責；脅迫、強迫或欺騙兒童或易受傷害的人的行爲尤其嚴重

2.38 我們贊同這項原則／假定。它闡述了性自主權原則和保護原則。

(5) 誘使或鼓勵兒童或其他易受傷害的人參與或接觸涉及性的行爲的人須負刑責

2.39 我們贊同這項原則／假定。它詳述了保護原則。

(6) 同意年齡不得低於 16 歲

2.40 由於在合適的同意年齡應是多少歲這個問題上意見分歧，我們認為不應把這項原則／假定列為指導原則。儘管如此，“同意年齡”是很重要的問題，我們會在適當階段處理這個問題。

(7) 侵犯兒童的性罪行應有多項可加重刑罰的因素，例如兒童的年齡和兒童與犯罪者的關係

2.41 我們認為侵犯兒童的性罪行的加重刑罰因素只是與量刑有關，因此無須把這些因素列為改革性罪行實體法律的指導原則。

(8) 法律應確定在甚麼情況下，當事人可具有精神上行爲能力在知情下給予同意進行涉及性的行爲

2.42 由於不是所有精神上無行爲能力的人都沒有行爲能力以同意進行涉及性的行爲，因此法律必須確定在甚麼情況下，精神上無行爲能力的人可在知情下給予同意。我們必須作出平衡，一方面承認精神上無行爲能力的人享有性自主權，但另一方面保護他們免受性剝削。所以，我們贊同這項在性自主權原則和保護原則兩方面作出平衡的原則／假定。

(9) 對於不具有精神上行爲能力以致不能在知情下給予同意的人，法律必須確保他們受到保護

2.43 我們對此贊同。它闡述了保護原則和性自主權原則。

就改革的指導原則所作的建議

2.44 在檢討蘇格蘭法律委員會和內政部檢討小組所採納的指導原則後，我們在建議 1 中說明我們的結論。

建議 1

我們建議，對性罪行的實體法律進行任何改革，都應該依據一套指導原則來進行；如要偏離這些指導原則，應有充分的理由支持。

我們建議這些指導原則應包括：

- (i) 法律必須清晰明確。
- (ii) 尊重性自主權。
- (iii) 保護原則。
- (iv) 無分性別。
- (v) 避免基於性傾向而作出區別。
- (vi) 應符合《公民權利和政治權利國際公約》、《香港人權法案條例》（第 383 章）和《基本法》的條文。

過渡安排

2.45 我們相信草擬有關法律的人員亦會留意到訂立若干過渡安排的需要，以處理取代現有罪行的新罪行。

2.46 如果沒有過渡安排，可在一些案件中引起問題，例如 *R v A* 一案（根據《2003 年刑事司法法令》（*Criminal Justice Act 2003*）第 58 條提出的上訴）。²⁹ 在該案中，被控人被控告多項猥褻侵犯罪，但控方無法證明侵犯發生的時間是在《英格蘭法令》的生效日期（即 2004 年 5 月 1 日）以前或以後。《英格蘭法令》廢除了猥褻侵犯罪，並訂立了新的性侵犯罪，但國務大臣沒有就過渡安排訂定條

²⁹ *R v A*（根據《2003 年刑事司法法令》第 58 條所提出的上訴）[2005] All ER (D) 242 (Dec)。

文。³⁰ 主審法官裁定案件不能交由陪審團進行聆訊。控方對主審法官的判決提出上訴，指法院應依據立法目的解釋《英格蘭法令》和其生效命令。³¹ 英格蘭上訴法院維持主審法官的判決，並拒絕接納控方的論點，理由是國會的原意是過渡性條文應由國務大臣訂定，因此法院不能藉著對《英格蘭法令》和其生效命令進行解釋而訂定這些過渡性條文。

³⁰ 國務大臣沒有根據《2003年刑事司法法令》第141(2)(b)條行使其權力，訂定過渡性條文，闡明像本案一樣的案件應如何處理。

³¹ 控方根據《2003年刑事司法法令》第58條提出上訴。

第 3 章 同意

引言

3.1 對於強姦罪及其他“未經同意下”進行的性罪行（例如以插入的方式進行性侵犯、性侵犯、導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為等三項可能訂立的新罪行），一項重要的元素是投訴人不同意與被控人性交或參與牽涉被控人的涉及性的行為。

3.2 英國政府在內政部所發出的文件中，指出裁定投訴人是否同意的困難之處，並強調有需要澄清關於同意的法律：

“投訴人是否同意，是確定某項性罪行事實上有沒有發生的關鍵因素。法律必須盡可能明確闡明同意是甚麼意思，以防止出現司法不公，使無辜的人被判有罪，有罪的人卻獲無罪釋放。陪審團必須裁定他們在無合理疑點下，確信投訴人是同意還是不同意。這項工作十分重要，很多時也十分困難。

人類想出了一套複雜的信息，以表達他們是同意還是不同意。同意或不同意不一定以口述表達，但雙方都應該明白箇中意思。每個人都必須尊重他人表示‘不’或說‘不’的權利……”¹

關於同意的現行法律

3.3 《刑事罪行條例》（第 200 章）並無同意一詞的定義，提供的指引也很少。《刑事罪行條例》第 118(4)條只是規定，陪審團在考慮被控人是否相信投訴人同意性交時，“除須顧及其他有關事項，亦須顧及該名男子是否有合理理由相信該名女子同意性交。”第 118(4)條的效力是，如被控人可能曾真確相信投訴人同意性交，陪審團就必須裁定被控人罪名不成立，儘管被控人這個信念是錯誤的。² 因此，雖然第 118(4)條提供了一些指引，但該條文並無訂立明確的法定定義，指明甚麼可構成“同意”。

¹ 內政部，《保護公眾：加強對性罪犯的防備並改革性罪行的法律》（*Protecting the Public: Strengthening protection against sex offenders and reforming the law in sexual offences*）（敕令書第 5668 號，2002 年 11 月），第 28-30 段。

² *Archbold: Hong Kong 2012*，第 16-46 段。

3.4 複雜的案例也加深了“同意”欠缺法定定義的問題，從 *Archbold Hong Kong* 以下的摘要可見一斑：

“最低的要求是有證據顯示投訴人事實上並無同意。這類證據可以有多種形式，最明顯的形式是由投訴人作出隨意的聲稱，不論是否牽涉武力或威脅手段的佐證。除此之外，這類證據也可以包括投訴人因為醉酒、服用藥物、睡眠、年齡或智障而不知道發生了甚麼事情及／或無行為能力給予同意的證據，或投訴人在與她性交的男子的身分問題上受騙的證據……”

……雖然法官應告訴陪審團‘同意’一詞在強姦罪中必須按其普通的涵義理解，但法官有時也需要給予更多指示。舉例來說，法官在必要時應指出同意和屈服兩者有所不同。如性交是在投訴人受到不涉及暴力的威脅或害怕受到暴力對付之後而進行的，法官應指示陪審團集中考慮受害人緊接在性交行為之前的心態。法官亦應提醒陪審團同意可包括各種心態；若有需要區分真正的同意和只是屈服，他們應結合並運用自己的常識、經驗和對人性和現代行為的了解，考慮案件的所有相關事實……”³

應否訂立同意一詞的法定定義？

3.5 有關的問題是，訂立同意一詞的法定定義，會否是使法律更為清晰的最有效途徑。有些司法管轄區已採納（或建議採納）法定定義，但有些（如新西蘭）卻沒有。

3.6 訂立同意一詞的法定定義可在一定程度上達到使法律明確和清晰的效果，這是一個明顯的好處。可以預料法定定義會使法官向陪審團給予指示的工作變得更為容易，同時也可令陪審團更容易理解同意的涵義。況且，正如英國內政部檢討小組指出，立法機關在考慮同意一詞的合適法定定義時，能夠“考慮甚麼應構成和甚麼不應構成現代社會可接受的行為標準，並就此作出建議”：

“在法律上，同意一詞應按其普通的涵義理解，這即是說陪審團必須就每一案件的個別情況，裁定他們在無合理疑點下確信投訴人是否同意。這項工作十分重

³ *Archbold: Hong Kong 2012*，第 21-19 段。

要，很多時也十分困難。用成文法澄清同意的涵義，不但使法官能夠解釋法律作出了甚麼規定，更可讓陪審團理解同意究竟是甚麼意思。此舉也使國會（立法機構）能夠考慮甚麼應構成和甚麼不應構成現代社會可接受的行為標準，並就此作出建議。我們在諮詢時所收到的信息之一，是同意可被視為由較強勢的一方要求而由較弱勢的一方給予。在現今的世界，我們必須承認性伴侶應對各自的行為負責，雙方也應處於平等的地位，這點十分重要。我們給同意一詞下定義，並不是為了改變這個詞的涵義，而是為了澄清有關法律，使人們能夠對有關法律清楚理解。”⁴

3.7 反對訂立同意一詞的法定定義的主要論據，是法定定義會失卻司法解釋所容許的一定靈活性。由於可能會出現一些在訂立法定定義時所沒有預見的情況，因此僵硬的法例可能會造成意想不到的後果。況且，儘管香港至今為止都沒有同意一詞的定義，但這似乎並無引起重大問題。然而公平地說，近期考慮過這個問題的司法管轄區，大部分都訂立了法定定義。這個定義可反映性自主權原則和保護原則，並具有教育作用。所以，總的來說，我們認為法定定義能夠使法律更為明確和清晰，這個好處大於因靈活性降低而帶來的少許弊端。

建議 2

我們建議，應就性交或涉及性的行為訂立“同意”的法定定義。

同意一詞的建議定義

3.8 在決定應以法規訂立同意一詞的定義後，下一個問題是這個定義應有甚麼內容。以下是海外司法管轄區所使用的同意一詞的法定定義例子：

- (i) 加利福尼亞：“‘同意’須定義為某人依據自己的自由意願而在行為或態度上積極合作。該人必須自由地和自願行事，並明白所涉及的行為或活動的本質。”（《刑事法典》（Penal Code）第 261.6 條）

⁴ 《內政部文件》，第 2.10.3 段。

- (ii) **加拿大**：“‘同意’指……投訴人自願同意進行有關的涉及性的行爲。”（《刑事法典》（Criminal Code）第 273.1 條）
- (iii) **英格蘭與威爾斯**：“……任何人如選擇給予同意，並有自由和行爲能力作此選擇，即屬同意。”（《2003 年性罪刑法令》（Sexual Offences Act 2003）第 74 條）
- (iv) **昆士蘭**：“‘同意’指由任何有認知能力給予同意的人自由地和自願給予的同意。”（《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 348(1)條）
- (v) **蘇格蘭**：“‘同意’指自由地同意（而相關的詞句亦須據此解釋）。”（《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》（Sexual Offences (Scotland) Act 2009）第 12 條）
- (vi) **南澳大利亞**：“任何人如自由地和自願對涉及性的行爲給予同意，即屬對涉及性的行爲給予同意。”（《2008 年刑事法律綜合（強姦和性罪行）修訂法令》（Criminal Law Consolidation）（Rape and Sexual Offences）Amendment Act 2008）第 5 條）⁵
- (vii) **維多利亞**：“‘同意’指自由地同意。”（《1958 年刑事罪刑法令》（Crimes Act 1958）第 36 條）

3.9 從上述例子看來，其中的共通之處是自由地和自願對涉及性的行爲給予同意的概念。我們認為有關定義應加入這個概念，以符合尊重個人的性自主權的原則。因此，我們建議有關定義明確提述“自由地和自願”及“同意”的字眼，這些字眼不但較容易為大眾所理解，而且能夠體現性自主權的原則。根據這項原則，任何人都有權選擇進行涉及性的行爲，或拒絕參與自己不願意進行的涉及性的行爲。舉例來說，如某人受到實際的暴力侵犯或受到暴力威脅或被非法禁錮，該人就不是“自由地和自願”同意進行涉及性的行爲。

3.10 此外，我們認為如像英格蘭的定義那樣加入“行爲能力”的元素，會使有關定義更為完善。這是因為任何人可能因為精神狀況、年齡或神智不清，以致沒有行爲能力自由地和自願對涉及性的行爲給予同意。

⁵ 南澳大利亞《2008 年刑事法律綜合（強姦和性罪行）修訂法令》第 5 條修訂《1935 年刑事法律綜合法令》（Criminal Law Consolidation Act 1935）（1935 年法令），刪除 1935 年法令原有的第 48 條，並代之以新的第 46 條（對涉及性的行爲給予同意）。

建議 3

我們建議所採用的同意一詞的法定定義，應規定任何人如：

(a) 自由地和自願對涉及性的行為給予同意；並且

(b) 有行為能力對涉及性的行為給予同意，

即屬對涉及性的行為給予同意。

對涉及性的行為給予同意的行為能力

3.11 由於給予同意的行為能力是我們所建議的同意定義的重要元素，接着的問題是應否列明在甚麼情況下某人具有或不具有給予同意的行為能力。

3.12 《英格蘭法令》並無對“行為能力”這個詞下定義。《英格蘭法令》中欠缺給予同意的行為能力這個詞的定義，已在英格蘭引起問題。可是，自 2003 年以來，英國政府一直決定不訂立“行為能力”的法定定義，並表示英格蘭上訴法院在 *R v Bree*⁶ 一案中已提供足夠指引，說明這方面的法律應如何運作。⁷ 在 *Bree* 一案中，英格蘭上訴法院裁定，雖然投訴人可能在不省人事之前早已喪失給予同意的行為能力，但投訴人在醉酒下所作的同意仍屬同意。⁸

3.13 英國的一些大律師曾發表意見，指法庭在 *Bree* 一案中並未能就“行為能力”這個詞的涵義向陪審團提供指引，而這個因素在涉及自願情況下引致神智不清的案件中是至為關鍵的。我們注意到審理 *Bree* 一案的英格蘭法庭已作出若干說明，以幫助陪審團對關於“行為能力”的爭論點作出裁定。但我們認為更合適的做法是在法

⁶ [2007] 2 All ER 676, [2007] EWCA Crim 804, [2008] QB 131.

⁷ 《與喝酒有關的強姦案件：大律師對《2003 年性罪行法令》的看法和該法令對實務的影響》("Alcohol-related Rapes Cases: Barristers' Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice"), JCL 74 (579) (2010 年 12 月 1 日)，第 3 頁。

⁸ 在 *R v Bree* 一案中，伊戈·賈治爵士 (Sir Igor Judge P) 說：

“在本院的判決中，恰當地詮釋適用於目前所討論的問題的 2003 年法令第 74 條，可得出明確的結論。若投訴人因喝酒（或其他原因）而暫時喪失行為能力，不能選擇是否在有關場合性交，她並不屬同意。除非關於被告人心態的問題有相反的答案，否則如性交發生，就會構成強姦。不過，若投訴人在自願飲用大量的酒後仍能夠選擇是否性交，並且在醉酒下同意性交，這就不會構成強姦。我們必須強調，在現實當中，投訴人可能在不省人事之前早已喪失給予同意的行為能力，但情況是否如此，須視乎案情而定，或更準確地說，須取決於有關人士在該特定場合實際的精神意念。”：[2007] 2 All ER 676，第 684 頁（第 34 段）。

例中列出更具體的指引，說明“行爲能力”一詞的涵義。香港高等法院上訴法庭曾因爲主審法官沒有根據 *Bree* 一案向陪審團提供所需的指引，因而撤銷被控人強姦的判罪。⁹ 我們相信法律因爲欠缺行爲能力的定義而存在若干缺陷。法官必須引導陪審團僅是同意是不足夠的，投訴人還必須具有給予同意的行爲能力，但法例卻沒有對行爲能力這個詞下定義。因此，我們認爲應訂立行爲能力一詞的法定定義，就有關的爭論點向陪審團提供所需的指引。

3.14 普通法的觀點是，如投訴人因爲年齡、喝酒、服用藥物或精神上無行爲能力，缺乏或喪失行爲能力給予同意或對有關事項作出判斷，則投訴人並沒有同意。¹⁰ 因此，我們認爲應從三方面考慮給予同意的行爲能力的法定定義，這三方面是指精神上無行爲能力、神智不清（不論是酒精還是藥物引致）和未成年人。

(i) 精神上無行爲能力

3.15 英國上議院（最高上訴法庭）最近在 *R v Cooper* 一案的判決中，強調當事人因精神紊亂而不具有行爲能力。¹¹ 可是，精神紊亂的人並不一定沒有行爲能力同意進行涉及性的行爲。精神紊亂的人是否有行爲能力給予同意，取決於他或她是否能夠明白有關行爲的本質，並能作出是否進行有關行爲的決定。不理會精神紊亂的人的個人情況或能力，一概剝奪他們對涉及性的行爲給予同意的行爲能力，會對他們的性自主權造成侵犯。與此同時，我們必須根據保護原則保護精神紊亂的人免受性剝削。蘇格蘭法律委員會認爲一方面要尊重精神紊亂的人的性自主權，另一方面又要保護他們免受性剝削，並在兩者之間求取平衡：

“就精神紊亂的人涉及性的行爲訂定條文時所遇到的挑戰，是既要承認他們享有進行涉及性的行爲的權利，又要盡可能促進他們的性自主權。除了達成這個目標外，我們也必須保護易受傷害的人免受性剝削，並且承認在某些情況下，精神紊亂的人可能無法明白涉及性的行爲的意義，因而無法對涉及性的行爲給予有效的同意。上述平衡工作所牽涉的困難已是人所共知。”¹²

⁹ 見香港特別行政區訴鄧兆峰及另一人（CACC 418/2008）。該判決的官方英文譯本在 [2010] 2 HKLRD 1013 中彙報。

¹⁰ *Archbold: Hong Kong 2012*，第 21-19 段（第 1357 頁）。

¹¹ [2009] 4 ER 1033，第 32 段。

¹² 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 4.88 段。

《蘇格蘭法令》

3.16 《蘇格蘭法令》第 17 條涉及精神紊亂的人對涉及性的行為給予同意的行為能力。該條文適用於第 1 至 9 條內的罪行。¹³ 第 17(2)條規定：

“如任何精神紊亂的人因精神紊亂而不能作出以下一項或多項事情，該人即屬無行為能力對某行為給予同意——

- (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；
- (c) 傳達任何上述決定。”

3.17 “精神紊亂”的涵義與《2003 年精神健康（照顧和治療）（蘇格蘭）法令》（Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003）第 328 條中該詞的涵義相同。該條文把精神紊亂定義為不論是如何導致或顯現的精神病、人格障礙或學習障礙。

3.18 蘇格蘭的條文力求平衡，一方面尊重精神紊亂的人進行涉及性的行為的權利，另一方面保護他們免受性剝削。根據蘇格蘭的條文，精神紊亂的人的性自主權大致上仍受確認。不過，如精神紊亂的人在第 17(2)條所指明的三項事情中，不能作出其中一項或多項，法律便會剝奪該人給予同意的行為能力。精神紊亂的人如不能作出該三項事情中的任何一項，很容易會遭受性剝削，因此法律便根據保護原則否定該人的性自主權。

《英格蘭法令》

3.19 與《蘇格蘭法令》不同，《英格蘭法令》並無就精神紊亂的人同意進行涉及性的行為的行為能力訂立特定的條文。¹⁴

¹³ 這些罪行為：強姦（第 1 條）、以插入的方式進行性侵犯（第 2 條）、性侵犯（第 3 條）、性脅迫（第 4 條）、在進行涉及性的行為期間脅迫某人在場（第 5 條）、脅迫某人觀看性圖像（第 6 條）、以猥褻方式通訊（第 7 條）、性暴露（第 8 條），以及偷窺（第 9 條）。

¹⁴ 相反，《英格蘭法令》在侵害精神紊亂的人的罪行中訂有“不能拒絕”的定義，以便處理有關問題。舉例來說，《英格蘭法令》第 30 至 33 條內的罪行是針對以下的情況：某人（甲）使另一人（乙）參與涉及性的行為，而乙患有精神紊亂，並且因為其精神紊亂或與其精神紊亂有關的原因，以致不能拒絕參與有關的涉及性的行為。在上述各條文的第(2)款，都有定義解釋乙“不能拒絕”是甚麼意思。如乙沒有行為能力選擇是否同意有

結論

3.20 我們認為有必要就精神紊亂的人給予同意的行為能力訂立特定的條文，務求在尊重精神紊亂的人進行涉及性的行為的權利和保護他們免受性剝削這兩者之間求取平衡。

(ii) 神智不清（不論是酒精還是藥物引致）

3.21 *Bree* 一案凸顯出給予同意的行為能力可能因醉酒而受到影響。可是，該項判決也表明，儘管在現實當中“投訴人可能在不省人事之前早已喪失”給予同意的行為能力，但一個醉酒的人仍可能有行為能力給予同意。¹⁵ 雖然 *Bree* 一案是與喝酒有關，但我們的看法是類似的原則亦應適用於因藥物而引致的神智不清。我們認為有必要訂立特定的條文，以便向陪審團提供指引，說明神智不清的人何時會失去給予同意的行為能力。就此而言，我們認為《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》第17(2)條所列明的裁定精神上無行為能力的人是否有行為能力給予同意的準則，也應適用於涉及神智不清的案件。

(iii) 未成年人

3.22 在大部分情況下，未成年人都無行為能力對涉及性的行為給予同意，但一些年齡較大的未成年人可能有給予同意的行為能力。我們既要尊重有行為能力給予同意、年齡較大的未成年人的性自主權，也要保護未成年人免受性剝削，在兩者之間求取平衡。因此，有必要訂立特定的條文，以便向陪審團提供指引，說明未成年人何時不具有給予同意的行為能力。我們認為《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》第17條(2)條所列明的裁定是否有行為能力給予同意的準則，同樣應適用於涉及未成年人的案件。

3.23 在檢視了精神上無行為能力的人、神智不清的人和未成年人給予同意的行為能力的問題後，我們把有關建議闡述如下。¹⁶

關的涉及性的行為（無論是因為他不充分明白正在所做的事的本質或可合理預見的後果，或因為任何其他原因），或不能把上述選擇向甲傳達，乙即屬不能拒絕。

¹⁵ [2007] 2 All ER 676, 第 684 頁。

¹⁶ 在作出建議時，我們並無處理同意年齡的問題。我們會在性罪行全面檢討的較後階段討論以保護原則為依據的罪行，屆時便會處理同意年齡的問題。

建議 4

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。

裁定同意問題的法定條文

3.24 雖然訂立同意的法定定義可有助理解這個詞的涵義，但在個別的案件中，有關定義卻未能在裁定同意是否存的問題上提供指引。若干司法管轄區的法例訂有條文，用以裁定同意是否存在這個問題。在某些司法管轄區，這些條文以不完全列舉的方式表列不存在同意的部分情況（《英格蘭法令》把這些情況稱為“不可推翻的”推定）。如證據證明在有關行為作出時，有一項或多項表列的情況（即“不可推翻的”推定）存在，法律會把投訴人視作不同意。因此，被控人不能辯稱投訴人同意（亦不能推翻並無同意推定）。另一個做法是訂立“證據”推定。根據這個做法，如證據證明在有關行為作出時有若干指明的情況存在，而除非被控人提出證據以帶出關於投訴人是否同意的爭論點，否則投訴人會被視作不同意。在這個做法之下，只要被控人提出一些證據，顯示就投訴人是否同意的問題有實在的爭論點，理應由陪審團加以考慮，那麼被控人就能夠推翻有關推定。我們會在下文探討英格蘭、蘇格蘭和昆士蘭的法例所採取的不同做法。

《英格蘭法令》

區分證據推定和不可推翻的推定的依據

3.25 《英格蘭法令》將證據推定和不可推翻的推定加以區分。證據推定可被推翻，但不可推翻的推定卻不能夠被推翻，後者推定了同意並不存在的狀況。

3.26 英國政府表示，設立證據推定的依據是“爲了協助陪審團考慮受害人在有關場合是否能夠同意以及事實上是否同意這個基本問題，以便在保障受害人和確保被告人在法律上受到公平對待這兩者之間，取得適當的平衡。”¹⁷ 因此，證據推定目的在平衡下述互相抵觸的利益：讓控方能夠更易證明受害人並無同意，以便保障受害人，但又容許被控人舉出證據推翻並無同意的推定，以確保被控人受到公平對待。

3.27 另一方面，如現行法律認爲在某些情況下受害人給予同意是難以置信的，那麼法律確切地表明或不可推翻地推定受害人在這些情況下並無同意，也不會對被控人造成不公。在這些情況下，由於被控人不能根據現行法律辯稱受害人同意，因此並無必要給予被控人推翻有關推定的機會。所以，法例會在這些情況下設立不可推翻的推定。正如英國政府指出，“根據現行法律，如任何人在涉及性的行爲的本質上受騙，或被控人冒充別人而誘使該人給予同意，則該人會被視爲沒有對該涉及性的行爲給予同意〔，而這項推定是不可推翻的〕。”¹⁸

關於同意的證據推定

3.28 《英格蘭法令》第 75 條訂有關於同意的證據推定，這些推定適用於強姦（第 1 條）、以插入的方式進行侵犯（第 2 條）、性侵犯（第 3 條），以及導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲（第 4 條）這四項罪行。被控人可對無同意推定提出異議。第(2)款規定，無同意推定在以下情況下產生：

- “(a) 在有關行爲作出時或緊接在有關行爲開始之前，任何人正向投訴人施加暴力，或導致投訴人害怕會立即被施加暴力；
- (b) 在有關行爲作出時或緊接在有關行爲開始之前，任何人導致投訴人害怕另一人正被或會立即被施加暴力；
- (c) 在有關行爲作出時，投訴人被非法禁錮，而被告人並無被非法禁錮；

¹⁷ 《保護公眾》，出處見註 1，第 32 段。

¹⁸ 《保護公眾》，第 30 段。

- (d) 在有關行爲作出時，投訴人已入睡或因其他原因而不省人事；
- (e) 在有關行爲作出時，投訴人因爲其身體殘疾而不能向被告人傳達投訴人是否同意；
- (f) 任何人在未經投訴人同意的情況下，曾對投訴人施用或導致投訴人服用任何物質，而在顧及該物質當被施用或服用後，能夠導致或使到投訴人在有關行爲作出時神智不清或軟弱無力。”

如屬一連串持續的涉及性的行爲，則在上文（a）和（b）段中提述“對緊接在有關行爲開始之前”，即是指緊接在第一次涉及性的行爲開始之前。¹⁹

3.29 如控方證明被控人曾作出第 77 條所界定的有關行爲，²⁰ 第 (2)款所指的情況存在，以及被控人知道上述的情況存在，則投訴人會被推定爲不同意有關行爲，而被控人亦會被推定爲並非合理地相信投訴人同意。爲了推翻這些推定，被控人必須舉出證據，令法官信納就投訴人是否同意的問題有實在的爭論點，值得把該爭論點交予陪審團考慮。法官如信納有足夠證據支持把關於投訴人是否同意的爭論點交予陪審團考慮，便會引導陪審團就該爭論點作出裁定；否則，法官會引導陪審團裁定被控人罪名成立。

評價《英格蘭法令》內的證據推定

3.30 爲了推翻證據推定，被控人必須提出若干證據，顯示就投訴人是否同意的問題有實在的爭論點，值得把該爭論點交予陪審團考慮。爲了提出這些證據，被控人在大部分情況下都需要在宣誓下作證。被控人如選擇在宣誓下作證，便可能會受到控方盤問。但如被控人不選擇在宣誓下作證，被控人可能只有很少其他方法（甚或沒有其他方法）履行舉證責任。這與正常的情況截然不同。在正常

¹⁹ 《英格蘭法令》第 75(3)條。

²⁰ 根據《英格蘭法令》第 77 條，“有關行爲”指：
強姦——“被告人故意以自己的陽具插入另一人（投訴人）的陰道、肛門或口腔”。
以插入的方式進行侵犯——“被告人故意以自己身體的某部分或任何其他東西插入另一人（投訴人）的陰道或肛門，而插入是涉及性的”。
性侵犯——“被告人故意觸摸另一人（投訴人），而觸摸是涉及性的”。
導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲——“被告人故意導致另一人（投訴人）進行一項行爲，而該項行爲是涉及性的”。

的情況下，舉證責任是由控方承擔，被控人不會有任何作證的壓力。

3.31 然而，內政部在 2006 年所發表的一份諮詢文件中指出，實際上被控人要推翻有關推定並不特別困難，因此有關推定並未獲廣泛使用：

“……沒有證據顯示現有〔《2003年性罪行法令》第75條下〕的證據推定得到廣泛使用。除非被告人提出‘足夠證據’以帶出關於受害人是否同意的爭論點，否則有關推定便適用。如被告人提出了這樣的證據，法官會引導陪審團有關推定並不適用，並引導陪審團應以正常方式考慮關於投訴人是否同意的爭論點。實際上，被告人為推翻有關推定而作證並提出‘足夠證據’，並不特別困難。”²¹

3.32 英國刑事檢控處（Crown Prosecution Service）的一名高級檢控官員向蘇格蘭法律委員會證實，《英格蘭法令》中的證據推定未獲充分使用。²² 我們認為採納與《英格蘭法令》中相類似的證據推定，在實際上不大可能會帶來甚麼重要價值，上述的事實更加堅定了我們的看法。對於上文第3.28段所列舉的(a)和(b)項的情況，我們預料在一般的情形下，對投訴人或另一人實際使用暴力或威脅使用暴力都可以使同意無效，並無須訂立一項具如此效力的獨立推定。同樣地，如投訴人被非法禁錮（見所列舉的(c)項），禁錮本身的脅迫元素相當可能會使投訴人所給予的同意受到質疑。至於(d)和(e)項（投訴人已入睡或不省人事或不能傳達是否同意），如證明有上述的事實，預料在大多數情況下都可以使投訴人看來所給予的同意變成無效。最後，如任何人未經同意而對投訴人施用物質，而該物質能夠導致投訴人在有關的涉及性的行為作出時神智不清或軟弱無力，則可推定投訴人並不同意（見所列舉的(f)項），而這項推定似乎不大可能會對現行法律作任何補充。我們認為，如控方提出證據證明《英格蘭法令》第75(2)條所列舉的任何情況，即可穩妥地交由陪審團裁定投訴人是否已同意有關的涉及性的行為，而不需要有法定推定。

²¹ 刑事司法制度改革辦事處（Office for Criminal Justice Reform），《把強姦犯定罪，給受害人保護——為強姦受害人討回公道：諮詢文件》（*Convicting Rapists and Protecting Victims – Justice for Victims of Rape: A Consultation Paper*）（2006年春季），第15頁。

²² 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第2章註釋37。

《英格蘭法令》中關於同意的不可推翻的推定

3.33 除了證據推定之外，《英格蘭法令》第 76 條還有兩項關於同意的不可推翻的推定，適用於強姦、以插入的方式進行侵犯、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這四項罪行。根據第 76(1)條，如控方證明被控人曾作出第 77 條所界定的有關行為，並證明第 76(2)條所指的情況存在，則不可推翻地推定投訴人不同意有關行為，以及被控人不相信投訴人同意。由於有關推定是不可推翻的，因此被控人可被裁定罪名成立。

3.34 第 76(2)條所指的情況是：

- “(a) 被告人就有關行為的本質或目的故意欺騙投訴人；或
- (b) 被告人冒充投訴人所認識的人，故意誘使投訴人同意有關行為。”

評價《英格蘭法令》內不可推翻的推定

3.35 《英格蘭法令》內不可推翻的推定的效果是，被控人就 (i) 有關行為的“本質或目的”以及(ii)所涉及的人的身分故意作出欺騙，都導致同意無效。在《英格蘭法令》制定前，普通法認為在強姦中唯一導致同意無效的欺詐種類，就是與行為“本質”或作出行為的人的身分有關的欺詐手段。²³ 因此，普通法的觀點是，與行為“目的”有關的欺詐手段並不會導致同意無效。

3.36 在澳大利亞某些州，與行為的“本質或目的”有關的故意欺騙是導致同意無效的一種情況。²⁴《英格蘭法令》跟隨澳大利亞這些州的做法，把會導致同意無效的欺詐種類擴大至包括與行為“目的”有關的欺詐手段。《蘇格蘭法令》也把與行為的“本質或目的”有關的欺騙手段，列為導致同意無效的一種情況。根據《蘇格

²³ 見 *R v Linekar* [1995] 2 Cr App R 49, CA。但是，有其他典據案例質疑與當事人身分有關的欺詐手段是否可以致使同意無效。Stephen's *Digest of the Criminal Law* (1883 年)在第 185 頁表示，“如藉欺詐手段而取得同意，有關行為並不構成強姦”。英格蘭十九世紀的典據案例對於藉冒充女子的丈夫而獲得性交是否屬強姦的問題，採取模稜兩可的態度。普通法上述不明確的情況須由《1885 年刑事法修訂法令》(Criminal Law Amendment Act 1885)以立法手段解決。該法令規定在該等情況下所進行的性交會被當作強姦。出處：<http://law.anu.edu.au/criminet/trape.html#E11E3>第 5 頁，在 2010 年 12 月 13 日檢索。

²⁴ 例如，昆士蘭《1899 年刑事法典法令》第 348(2)(f)條規定，如任何人的同意是“藉着就有關行為的本質或目的作出虛假和有欺詐成分的陳述”而取得的，則該人並非自由地和自願給予同意。

蘭法令》第 13(d)條，如“乙因為甲的欺騙手段而錯誤理解該行為的本質或目的，以致同意或接受該行為”，則乙並非自由地同意該行為（因此並無同意）。

3.37 香港的法院曾審理多宗案件，涉及與性行為的“目的”有關的欺騙手段。在 2010 年 1 月的一宗案件中，被控人欺騙一名少女模特兒，使她相信與被控人性交的目的是為了完成一項幫助她轉運的儀式。²⁵ 在 2010 年 12 月的另一宗案件中，被控人欺騙一名少女與他性交，聲稱有鬼跟隨着該少女，他能幫她驅鬼。²⁶ 在這兩宗案件中，受害人知道行為的“本質”（性交），但在性交的實際“目的”上受騙。性交的真正目的在這兩宗案件中都是為了使被控人獲得性滿足，而非第一宗案件的轉運和第二宗案件的驅鬼。這些案件證實有充分理由把與行為“目的”有關的欺騙，列為導致同意無效的一種情況。

3.38 另一個問題是與行為的本質或目的或與身分有關的欺騙的證據是否必須由被控人作出。根據《英格蘭法令》中兩項不可推翻的推定，欺騙必須由被控人故意作出。新南威爾斯的《1900 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）則採取了稍為不同的做法，規定由第三者所作出的欺騙也會導致同意無效。《新南威爾斯法令》第 61HA(5) 條規定：

“(5) 任何人如因以下原因而同意與另一人性交：

- (a) 錯誤相信該另一人的身分；或
- (b) 錯誤相信該另一人與其有婚姻關係；或
- (c) 錯誤相信性交是為醫療或衛生目的（或被欺詐手段誘使而在任何其他方面錯誤相信有關行為的本質），

則該人並無同意性交……”〔表示強調的黑體後加〕

3.39 英格蘭的條文提及被控人故意欺騙或誘使投訴人同意，但新南威爾斯《1900 年刑事罪行法令》第 61HA(5)條卻有所不同，該條文提及投訴人“錯誤相信”另一人的身分或行為的本質。對後者而言（但並非前者），投訴人必須“被欺詐手段誘使”而錯誤相

²⁵ 《英文虎報》，2010 年 1 月 5 日。

²⁶ 《南華早報》，2010 年 12 月 1 日。案件編號：HCCC80/10。

信，但並無規定欺詐手段是由被控人作出，或投訴人錯誤相信是被控人所致。因此，由第三者作出的欺詐手段足以符合第 61HA(5)(c) 條的規定。

3.40 在權衡之下，我們贊成採用英格蘭的做法。儘管與新南威爾斯法例的推定相比，英格蘭法例的推定所涉及的範圍較為有限，但在不可推翻的推定方面，我們認為英格蘭法例更為可取。在誤認身分的問題上，我們認為應採納英格蘭法例的規定，即被控人須故意誘使投訴人誤認其身分，而不是新南威爾斯法例遠為寬鬆的規定，即只要求投訴人錯誤相信被控人的身分，不論這個錯誤是怎樣引起的。無論如何，我們很難想像出在甚麼情況下，投訴人不是受被控人自己故意誘使而能夠錯誤相信被控人的身分。但即使這樣的情況真的出現，投訴人不是受被控人誘使而錯誤相信被控人的身分（而且被控人對此不知情），被控人也可能確實而合理地相信投訴人已經同意；在此情況下，如不可推翻地推定投訴人不同意，似乎是對被控人過於苛刻。

3.41 在涉及性的行為的本質或目的方面，我們亦認為較適宜把推定局限於被控人故意欺騙投訴人的情況（如《英格蘭法令》那樣）。同樣地，我們很難想像出在甚麼情況下，投訴人錯誤相信是因為第三者的欺騙手段，而非因為被控人的欺騙手段；又即使這樣的情況存在，對於既不知悉有關的欺騙手段且相信投訴人同意的被控人，也應難以作出這個不可推翻的不利推定。

3.42 總括而言，我們認為《英格蘭法令》中不可推翻的推定有三大優點。首先，在與行為“本質”或當事人身分有關的欺詐手段方面，這些推定反映了普通法現有的觀點。第二，在不可推翻的推定中加入與行為“目的”有關的推定，可涵蓋受害人知道涉及性的行為的本質但在該行為的真正目的方面受騙的情況（正如在多宗香港案件中所出現的情況）。第三，在不可推翻的推定中加入與行為“目的”有關的推定，符合香港現行的法例：《刑事罪行條例》（第 200 章）第 120 條規定，任何人“以虛假藉口或虛假申述”，促致另一人作非法的性行為，即屬犯罪。

《蘇格蘭法令》

3.43 《蘇格蘭法令》第 13(2)條（以第 12 條內同意的一般定義作為基礎）列出第 13(1)條規定投訴人並不屬自由地同意（因此並無

同意) 涉及性的行為的特定情況。該條規定，在以下情況下，任何人(“乙”)並不屬自由地同意另一人(“甲”)的行為：

- “(a) 在該行為發生時，乙因為受到酒精或其他任何物質影響而無行為能力同意該行為；
- (b) 乙因為自己或其他人被施加暴力，或因為自己或其他人受到暴力威脅，以致同意或接受該行為；
- (c) 乙因為被甲非法禁錮而同意或接受該行為；
- (d) 乙因為甲所作的欺騙手段而錯誤理解該行為的本質或目的，以致同意或接受該行為；
- (e) 乙因為甲冒充乙所認識的人而誘使乙同意或接受該行為，以致同意或接受該行為；或
- (f) 只有乙以外的人對該行為表達或顯示同意。”

3.44 此外，第 14 條規定任何人在入睡或不省人事時並無行為能力對任何行為給予同意。這是獨立的條文，並不屬第 13(2)條所列舉的情況的一部分。第 14 條的效果與《英格蘭法令》第 75(2)條(d)項的證據推定相類似(“在有關行為作出時，投訴人已入睡或因其他原因而不省人事”)。

3.45 在《蘇格蘭法令》第 13(2)條所列舉的可否定同意的實際情況中，(a)、(b)及(c)項大致上與《英格蘭法令》所列舉的(a)、(b)、(c)及(f)項證據推定(列於上文第 3.28 段)相類似。《蘇格蘭法令》的(d)及(e)項亦與《英格蘭法令》內兩項不可推翻的推定(列於上文第 3.34 段)相類似。在《蘇格蘭法令》中，只有(f)項(“只有乙以外的人對該行為表達或顯示同意”)在《英格蘭法令》中沒有同等的項目。由於乙以外的人不能代表乙同意乙參與涉及性的行為，因此加入這一項看來並無必要。

3.46 我們認為，與上文所討論的《英格蘭法令》的證據推定一樣，如控方提出證據證明存在《蘇格蘭法令》第 13(2)條所列舉的任何情況，即可穩妥地交由陪審團裁定投訴人是否已同意有關的涉及性的行為，而不需要有法定推定。一如我們認為《英格蘭法令》兩項不可推翻的推定有可取之處，我們也認為在《蘇格蘭法令》所列舉的項目之中，兩個類似的項目也有可取之處(即(d)項就該行為的“本質或目的”所作的欺騙手段，以及(e)項冒充別人)。

1899 年《昆士蘭刑事法典法令》

3.47 昆士蘭《1899 年刑事法典法令》（Criminal Code Act 1899）第 348(2)條規定，如任何人的同意是藉以下方式而取得的，則該人並非自由地和自願給予同意（因此該人根本並無同意）：

- “(a) 藉着武力；或
- (b) 藉着威脅或恐嚇；或
- (c) 藉着引起對身體受傷害的恐懼；或
- (d) 藉着行使權力；或
- (e) 藉着就有關行為的本質或目的作出虛假和有欺詐成分的陳述；或
- (f) 藉着被控人誘使該人錯誤相信被控人是其性伴侶。”

3.48 《昆士蘭法令》第 348(2)條所列舉的情況大體上與《蘇格蘭法令》第 13(2)條所列舉的情況相同，但《昆士蘭法令》在(d)項中加入了“藉着行使權力”一項。我們不贊同昆士蘭的做法，把“行使權力”列為推定投訴人並不同意的觸發因素，原因是這個用詞有欠精確，其真正涵義有待討論，而且並非自由地作出的同意無論如何都不能構成同意。正如第 348(2)條(a)至(c)項所列舉的情況（以及《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》的同等條文），我們認為陪審團能夠在沒有法例指引下，自行裁定某項“行使權力”的行為會否導致同意無效。

就同意問題的裁定所提出的不同改革方案

3.49 根據上文對英格蘭、蘇格蘭和昆士蘭的立法方式所作的討論，我們可確認以下兩類裁定投訴人是否同意的法例條文：

- (i) 如有證據證明在有關行為作出時存在法例所指明的某些情況，投訴人會被視為不同意，而被控人不能推翻該項關於投訴人不同意的推定（蘇格蘭和昆士蘭的法例所採取的做法）。

- (ii) 如有證據證明在有關行爲作出時存在法例所指明的某些情況，投訴人會被視爲不同意，除非被控人所舉出的證據已足以帶出關於投訴人是否同意的爭論點（《英格蘭法令》所採納的“證據推定”）。

3.50 由此可見，香港可採取的立法改革方案爲：(a)只採納不可推翻的推定（蘇格蘭和昆士蘭的做法）；(b)只採納證據推定；或(c)合併採納不可推翻的推定和證據推定（英格蘭的做法）。我們已在上文討論《英格蘭法令》的證據推定，並拒絕採納這些推定，理由是這些推定似乎並不能對刑事司法程序帶來多少實際幫助。由於這個原因，我們不支持方案(b)或(c)而選擇方案(a)。不過，我們建議只採納《英格蘭法令》中兩項不可推翻的推定（與行爲的本質和目的有關的欺騙，以及誤認身分），而不採納在蘇格蘭和昆士蘭的法例中較詳盡列舉的推定。按照這個方案，新法例會述明如有觸發與行爲的本質和目的有關的欺騙以及誤認身分這兩項不可推翻推定的情況，即會導致同意無效。這個方案的優點是不會把任何新行爲列爲刑事罪行，因爲根據普通法²⁷及／或香港的現行法例²⁸，在該等情況下進行的涉及性的行爲現已屬刑事罪行。

3.51 最後，我們留意到《英格蘭法令》在所描述的情況中使用“推定”一詞，這個用詞可能會引起一些誤解。將有關情況稱爲法律陳述，以表明因欺騙手段或冒充手段而進行的涉及性的行爲是未經同意的，可能比稱爲推定更爲合適。

建議 5

我們建議，新法例應加入與英格蘭《2003年性罪刑法令》第76(2)(a)及(b)條相類似的條文，規定如被控人作出以下事情，則投訴人不可能給予同意，而被控人也不可能相信投訴人同意：

- (a) 就相關的涉及性的行爲，在本質或目的方面故意欺騙投訴人；或

²⁷ 與涉及性的行爲的本質或作出該行爲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。

²⁸ 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，促致另一人作非法的性行爲，即屬犯罪。

(b) 冒充投訴人所認識的人，故意誘使投訴人對相關的涉及性的行爲給予同意。

合理地相信投訴人同意

3.52 人類可以通過多種不同方式傳達他們是否同意進行涉及性的行爲，並不一定要以口述傳達。有些人甚至可能選擇沉默，而不採取任何積極行動以傳達他們是否同意。如投訴人不同意與被控人進行涉及性的行爲，但被控人卻斷言他相信投訴人已經同意，問題就可能出現。法律必須提供若干指引，指示如何解決投訴人不同意但被控人卻主觀相信投訴人同意而引起的矛盾。在這方面，我們傾向於採納《英格蘭法令》第 1(1)(c)及 1(2)條要求被控人合理地相信的做法。²⁹ 根據這些條文的規定，控方除了須證明投訴人不同意外，還須證明被控人並非合理地相信投訴人同意，才能將被控人定罪。被控人相信投訴人同意這個信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人爲確定投訴人是否同意而採取的步驟。

3.53 由於法律主要是在裁定強姦中投訴人是否同意的基礎上，逐步發展出須合理地相信投訴人同意的要求，我們會在下一章論述強姦時更詳細地討論“合理地相信”的問題。

同意的範圍和撤回

《蘇格蘭法令》

3.54 《蘇格蘭法令》第 15 條訂立進一步條文，以處理關於同意的兩個不同方面：同意的範圍和撤回。這條條文適用於該法令第 1 至 9 條所訂的罪行。³⁰ 第 15(2)條規定，對個別涉及性的行爲給予同意，“本身並不暗示對任何其他行爲給予同意”。舉例來說，同意接吻不一定暗示同意性交。

²⁹ 《英格蘭法令》第 1(1)(c)和 1(2)條關於“合理地相信”的條文適用於強姦罪。“合理地相信”的類似條文也適用於以下罪行：以插入的方式進行侵犯（第 2(1)(d)及 2(2)條）、性侵犯（第 3(1)(d)及 3(2)條），以及導致他人在不同意的情况下進行涉及性的行爲（第 4(1)(d)及 4(2)條）。

³⁰ 這些罪行爲強姦（第 1 條）、以插入的方式進行性侵犯（第 2 條）、性侵犯（第 3 條）、性脅迫（第 4 條）、在進行涉及性的行爲期間脅迫某人在場（第 5 條）、脅迫某人觀看性圖像（第 6 條）、以猥褻方式通訊（第 7 條）、性暴露（第 8 條）和偷窺（第 9 條）。

3.55 第(3)款規定，對涉及性的行爲所給予的同意，“可在該行爲開始前的任何時間或（如屬持續行爲）在該行爲進行期間的任何時間予以撤回”。因此，在涉及性的行爲開始前或在涉及性的行爲進行期間的任何時間，同意均可撤回。

3.56 第(4)款規定，“如某行爲在同意被撤回後進行或繼續進行，該行爲即屬在未經同意下進行或繼續進行”。

《英格蘭法令》

3.57 在同意的範圍和同意的撤回上，《英格蘭法令》並無相應的條文。

《蘇格蘭法令》就同意的範圍和撤回訂立特定條文的原因

3.58 儘管《英格蘭法令》並無訂立相類似的條文，但蘇格蘭法律委員會認爲對涉及性的行爲所給予的同意可以附有保留或限制，因此應就同意的範圍訂立特定的條文：

“同意可以在某些方面附有保留或限制。此類同意的一個例子，是女方只有在男方戴上避孕套時才同意與他性交。在這種情況下，並不能說女方已經同意進行無保護措施的性行爲。男方如不理會同意在這方面的要素，就會犯強姦罪或性侵犯罪。同樣，女方同意某種性接觸的事實，本身並不暗示她同意另一種不同的性接觸，例如接吻並不表示同意性交。女方同意進行某一種涉及性的行爲（如觸摸、口交），也不暗示她已同意其他種類的涉及性的行爲（如陰道交）……”³¹

3.59 由於性自主權的行使應包括有權在任何時間撤回先前所給予的同意，因此蘇格蘭法律委員會亦認爲應就同意的撤回訂立特定的條文。³² 根據英聯邦的典據案例，如被控人在得到投訴人同意後與投訴人性交，但投訴人在性交期間撤回同意，被控人如繼續與投訴人性交，就會犯強姦罪。³³

3.60 我們贊同蘇格蘭法律委員會的意見，認爲對涉及性的行爲所給予的同意可以附有保留或限制，也可以在任何時間撤回。就對

³¹ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 2.82 段。

³² 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 2.85 段。

³³ *Kaitamaki v R* [1985] AC 147, PC（新西蘭）。

涉及性的行爲所給予的同意附加保留或限制或撤回有關同意的權利，體現出性自主權的原則。

建議 6

我們建議，新法例應加入與《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 15(2)、(3)及(4)條相類似的條文，規定：

- (a) 對個別涉及性的行爲給予同意，本身並不暗示對任何其他涉及性的行爲給予同意；
- (b) 對涉及性的行爲所給予的同意，可在該行爲開始之前的任何時間或（如屬持續行爲）在該行爲進行期間的任何時間予以撤回；以及
- (c) 如某行爲在同意被撤回後進行或繼續進行，該行爲即屬在未經同意下進行或繼續進行。

第 4 章 強姦

現時的法律

4.1 根據香港現時的法律，任何男子未經女子同意而與她性交，即屬強姦。《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(3)條規定，任何男子：

- “(a) 與一名女子非法性交，而性交時該女子對此並不同意；及
- (b) 當時他知道該女子並不同意性交，或罔顧該女子是否對此同意，

即屬強姦。”

4.2 第 118(3)條所用的字眼反映出，只有男性才可以主犯的身分被裁定犯強姦罪，亦只有女性才能成為強姦的受害人。性交的行為必須包括以男性的性器官（即陽具）插入女性的陰道。只要是陽具對陰道作最輕微程度的插入，就足以證明性交的發生。¹ 因此，如果以陽具插入受害人陰道以外的身體其他部分（例如口腔或肛門），或以陽具以外的物體或身體其他部分插入受害人的陰道，都不構成強姦。

4.3 控方有需要證明插入，但無需要證明“射出精子”。《刑事訴訟程序條例》（第 221 章）第 65E 條規定：

“凡在任何刑事法律程序中，有需要證明性交、肛交或獸交，無須以射出精子證明交合完成，而單憑證明插入，即當作完成交合。”

因此，最輕微程度的插入已經足夠，但必須有某些證明插入的證據。

4.4 為免除對於男性可否被判犯強姦妻子罪的疑問，《刑事罪行條例》（第 200 章）在 2002 年作出修訂，加入新的第 117(1B) 條，規定“任何男子與其妻子性交並非在‘非法性交’、‘非法的

¹ 在 *R v Lee Wing On* 一案中（[1994] 1 HKC 257 (CA)）第 262 頁，王見秋法官說：“主審法官正確地告訴陪審團，強姦罪有三項要素，而性交是其中之一。他亦正確地告訴陪審團，控方無需證明完全的性交。只要是男性的性器官對女性的陰道作最輕微程度的插入，就足以證明性交的發生。”

性交’（*unlawful sexual intercourse*）的涵蓋範圍以外。”雖然“非法性交”這個詞並無定義，但這項修訂的用意是澄清男性可被判犯強姦妻子罪，因此很難看到在第 118(3)(a)條中保留“非法”一詞，除了引起混淆外，可以起甚麼作用：由於性交的行為是因未經同意而變成非法，所以並無必要加上“非法”一詞。在 *R v R* 一案中，基輔勳爵（Lord Keith）形容在同等的英格蘭法例中加上“非法”一詞的做法“只屬多餘”，並表示：

“其實，未經女子同意而與她性交，明顯就是非法，因此……在該款中使用[非法]這個詞是多此一舉”²

4.5 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(2)條規定，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。

4.6 14歲以下的男童無性交能力，是普通法一項不可推翻的推定。根據這項推定，14歲以下的男童不能以主犯的身分被裁定犯強姦罪，但在適用的情況下，他仍可被裁定犯協助及教唆他人強姦的罪行，或猥褻侵犯罪（俗稱“非禮”）。正如本文件在導言指出，法改會在 2010 年 12 月建議廢除這項推定，因為繼續適用這項推定並無實際意義，又與現實脫節，更意味着控罪有時未能反映被控人行為的真正刑事罪責。但應注意的是，即使廢除了這項推定，另一項“無犯罪能力”的可推翻推定也會繼續適用於年齡介乎 10 至 14 歲之間的男童，規定控方須在無合理疑點下證明有關男童在犯罪時知道自己的行為是嚴重錯誤的，而非純屬頑皮或是惡作劇。

強姦罪的範圍

4.7 在《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(3)條，強姦罪的範圍只限於以陽具插入女性的陰道，³ 並不包括以陽具插入投訴人的肛門或口腔。英格蘭與威爾斯的法律在 1994 年擴大強姦的範圍，把以陽具插入一名女子或另一名男子的肛門包括在內。⁴ 2003 年的《英格蘭法令》再擴大強姦的範圍，把以陽具插入另一人的口腔也包括在內。⁵ 這些修改的結果是，在英格蘭與威爾斯強姦的範圍包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。《蘇格蘭法令》亦在 2009

² [1991] 4 All ER 481，第 489 頁。

³ *R v Lee Wing On*，出處同上。

⁴ 《1994 年刑事司法和公共秩序法令》（*Criminal Justice and Public Order Act 1994*）第 142 條。根據《1956 年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 1956*）第 1 條（按照《1994 年刑事司法和公共秩序法令》修訂），任何男子如在未經同意下與另一人性交（不論是陰道交或肛交），而他知道該人並不同意，或罔顧該人是否同意，即屬強姦。

⁵ 《英格蘭法令》第 1(1)條。

年擴大了蘇格蘭法律中強姦的範圍，包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。⁶ 由於相關的法例使用了“另一人”一詞，因此在英格蘭與威爾斯以及蘇格蘭，男性和女性都可以是強姦的受害人。

4.8 蘇格蘭法律委員會闡明擴大強姦範圍的理據如下：

“根據現時的法律，強姦的定義是以陽具插入陰道，但不包括其他以陽具插入的方式。這樣造成的效果是，按照普遍但不準確的說法，只有男性才可以犯強姦罪，亦只有女性才可以被強姦……以陽具侵犯一個人的肛門或口腔，與侵犯陰道一樣，是對性自主權的嚴重侵犯。現有的定義也意味着，以陽具對男性作出插入儘管是刑事罪行……但卻不被視為強姦。況且我們看不見有甚麼理由，應對被他人以陽具作出侵犯的男性受害人和女性受害人給予不同對待……”⁷

4.9 我們贊同上述的見解，認為以陽具插入另一人的肛門或口腔，與侵犯陰道一樣，是對性自主權的嚴重侵犯。我們也看不見有甚麼充分理由，應對未經同意下被陽具插入的男性受害人和女性受害人給予不同對待。因此，我們認為強姦的範圍應予擴大，包括未經同意下以陽具插入“另一人”的陰道、肛門或口腔。

建議 7

我們建議，應在新法例中加入與英格蘭《2003 年性罪行法令》第 1(1)(a)條相類似的條文，使強姦的範圍包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。

區分強姦與其他方式的性插入行爲

4.10 強姦一詞已在《刑事罪行條例》（第 200 章）使用了一段很長時間，用以描述涉及以男性的性器官（即陽具）作出插入的性罪行。強姦只限於以陽具作出的插入行爲，對於非以陽具作出的插入行爲，則另外由猥褻侵犯罪對付。在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》，“強姦”一詞也是用以指未經同意下以陽具對另一人作出

⁶ 《蘇格蘭法令》第 1(1)條。

⁷ 蘇格蘭法律委員會，《有關強姦和其他行性罪行的討論文件》（*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*）（討論文件第 131 號，2006 年 1 月），第 4.18 段。

插入的行爲。⁸ 至於非以陽具作出的插入行爲，在《英格蘭法令》則由“以插入的方式進行侵犯”罪對付，在《蘇格蘭法令》則由“以插入的方式進行性侵犯”罪對付。

4.11 某些司法管轄區並不區分強姦與其他非以陽具作出插入的罪行。這些司法管轄區的性罪刑法例沒有使用強姦一詞，所有方式的插入行爲（不論是否以陽具插入）都劃歸爲一類罪行。在澳大利亞，涉及插入的性罪行在新南威爾斯稱爲“性侵犯”；⁹ 在澳洲首都地區和北領地稱爲“未經同意下作出的性交”；¹⁰ 在西澳大利亞稱爲“未經同意下作出的性插入”。¹¹ 這些澳大利亞州份的法例完全沒有使用強姦一詞。另一方面，新西蘭的《刑事罪行法令》（Crimes Act）把插入罪行稱作“性侵犯”。¹² 新西蘭的這項罪行包含所有方式的性插入行爲。在新西蘭的法例，強姦一詞用作罪行描述的一部分，與澳大利亞的法例不同。任何人如“(a)強姦另一人；或(b)與另一人有非法的性接觸”，即屬犯性侵犯罪。¹³

4.12 我們須考慮兩個問題。第一個問題是應否把性插入的罪行分爲以陽具作出的插入行爲和非以陽具作出的插入行爲。如第一個問題的答案是肯定的話，第二個問題是應繼續使用強姦一詞還是使用其他詞語來描述涉及以陽具插入的特定罪行。

應否區分強姦與其他插入行爲？

4.13 我們認爲應繼續區分強姦和其他非以陽具作出的插入行爲。在我們看來，強姦應限於以陽具作出的插入，不宜過度擴大強姦的定義。我們留意到有些司法管轄區（如澳大利亞）已不再區分以陽具作出的插入罪行和其他的插入罪行。然而，強姦罪的構成元素（未經同意下以陽具作出插入）存在已久，我們認爲香港的市民大眾對這些元素已非常熟悉。強姦也從未被理解爲包括非以陽具作出的插入。我們相信市民大眾（和陪審團）對某些字詞的涵義已有先入爲主的看法，因此我們認爲不宜在這方面擴大強姦的定義，超出這個詞現時所指的以陽具作出插入的涵義。

⁸ 香港的強姦罪只限於插入受害人的陰道，但《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》把強姦罪擴大至插入受害人的陰道、肛門或口腔，跟香港的強姦罪不同。

⁹ 《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）（新南威爾斯），第611條。

¹⁰ 《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）（澳洲首都地區），第54條；《刑事法典法令》（Criminal Code Act）（北領地），第192條。

¹¹ 《刑事法典》（Criminal Code）（西澳大利亞），第325條。

¹² 《1961年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）（新西蘭），第128B條。

¹³ 《1961年刑事罪行法令》（新西蘭），第128條。

應否繼續使用強姦一詞？

4.14 對於支持和反對使用強姦一詞的論點，蘇格蘭法律委員會總結如下：

“……支持這個做法〔即不使用強姦一詞描述在未經同意下以陽具插入的罪行〕的主要論據是，強姦一詞對受害人來說被視為帶有羞辱成分。另一個論點是強姦一詞也令被控強姦的人蒙羞，因此如果案件不符合對強姦的固有概念，沒有牽涉陌生人之間的暴力襲擊，陪審團就可能不願意把被控人標籤為強姦犯。然而，現在已很少人支持棄用強姦一詞。人們認為若不使用這個詞，該罪行的嚴重性會被低估。況且，這個詞的羞辱效果也起重要作用，可標籤某種特定形式的非法行為。譚堅（Temkim）引述維多利亞法律改革委員會（Law Reform Commission of Victoria）的意見，該委員會寫道：‘不論法律的形式和實質內容為何，支持保留“強姦”一詞的主要理由是，這個詞在我們的文化裏已等同於一種特別令人髮指的惡行’”¹⁴

4.15 我們認為應保留強姦一詞，用以指未經同意下對投訴人以陽具作出插入的罪行。在我們的文化裏，大家都清楚明白強姦一詞是指一種特定形式的嚴重非法行為。如不使用強姦一詞，該罪行的嚴重性或許得不到確切反映，並可能會被低估。雖然強姦一詞可能有羞辱效果，但這個效果也起重要作用，可把這種特定形式的非法行為適當地標示為一種嚴重行為。更重要的是，由於香港的市民大眾熟悉強姦一詞的涵義，保留這個詞可提高他們對法律的了解。

建議 8

我們建議，應繼續使用強姦一詞描述未經同意下以陽具作出插入的罪行。

我們又建議，應區分強姦與其他未經同意下所犯並且涉及非以陽具作出的性插入行為的性罪行。

¹⁴ 蘇格蘭法律委員會，《有關強姦和其他行性罪行的討論文件》（討論文件第 131 號，2006 年 1 月），第 4.13 段。

對由手術建造的性器官的適用範圍

4.16 由於我們已決定強姦應包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔，我們有需要決定未經同意下作出的插入如涉及由手術建造的性器官，是否應等同強姦。

《英格蘭法令》

4.17 第 79(3)條規定，“凡提述身體的任何部分，均包括提述由手術建造的任何部分（特別是通過變性手術建造）。”¹⁵ 這項條文反映了英國內政部檢討小組認為法律應同樣適用於由手術建造的器官的意見：

“……我們也明白到有變性人擔心法律會把他們排除在外，使他們得不到刑事司法制度的保障。如現代的外科技術能提供性器官，法律就應清楚表明有關罪行的範圍會包括對這些器官作出的插入或以這些器官作出的插入。法律必須保障任何人免受所有性暴力的侵犯。不管性器官是否由手術建造，法律也應一概適用。因此，為免產生疑問，我們認為法律應適用於由手術建造的器官，無論是陰道還是陽具……”¹⁶

《蘇格蘭法令》

4.18 《蘇格蘭法令》第 1(4)條的效力與《英格蘭法令》的有關條文相類似。這條條文把“陽具”和“陰道”的涵義擴大，以包括由手術建造的性器官：

“在本法令中——

‘陽具’包括由手術建造的陽具，但它必須屬於〔某人（甲）〕的一部分，並且是在外科手術的過程中建造的；及

‘陰道’包括——

¹⁵ 這條釋義條文適用於該法令的第 1 部。

¹⁶ 《內政部文件》，第 2.8.4 段。

- (a) 外陰；及
- (b) 由手術建造的陰道（連同任何由手術建造的外陰），但它必須屬於〔另一人（乙）〕的一部分，並且是在外科手術的過程中建造的。”

4.19 我們贊同這個觀點，認為如果現代的外科技術能提供由手術建造的陽具，則強姦罪的範圍應包括以這些人造器官所作出的插入。在未經同意下以由手術建造的陽具插入某人的陰道、肛門或口腔，與以天生的陽具作出插入一樣，是對其性自主權的嚴重侵犯。因此，我們認為陽具的定義應包括由手術建造的陽具。這個定義不僅應適用於強姦，也應適用於所有性罪行。

4.20 我們認為變性人如果擁有由手術建造的陰道，應同樣受到刑事司法制度的保護。雖然變性人的性器官是由手術建造的，但任何人如違反一個變性人的意願而對其性器官作出插入，也是嚴重侵犯該變性人的性自主權。因此，陰道的定義應包括由手術建造的陰道。

4.21 《英格蘭法令》第 79(9)條和《蘇格蘭法令》第 1(4)條都規定“陰道”包括外陰。外陰（或由手術建造的外陰）是女性生殖器官的一部分，因此就任何性罪行而言，也應被視為陰道的一部分。

建議 9

我們建議新法例應規定，就任何性罪行而言，陽具應包括由手術建造的陽具，陰道應包括(a)外陰以及(b)由手術建造的陰道（連同由手術建造的外陰）。

“插入”的涵義

4.22 “插入”一詞可能有含糊之處，因為這個詞可以指：(i)僅是最初的插入行為；或(ii)正在被插入的狀態，即從進入起至退出為止的持續行為。蘇格蘭法律委員會解釋，如當事人在對方插入時最初表示同意，但後來卻把同意撤回，這個含糊之處就可能會產生難題：

“……插入可以僅指最初的插入行為，也可以包括正在被插入的狀態。如當事人最初同意讓對方插入，但正在被

插入時卻把同意撤回，難題就會出現。按照第一種對插入的狹義解釋，可以辯稱插入並非未經同意的……”¹⁷

4.23 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》都訂有特定條文，採納第二種較廣義的解釋，以處理這個可能出現的含糊之處。

《英格蘭法令》

4.24 《英格蘭法令》第 79(2)條規定，“插入是從進入起至退出為止的持續行爲。”這個定義適用於《英格蘭法令》第 1 部內所有的性罪行。

《蘇格蘭法令》

4.25 《蘇格蘭法令》第 1(2)及 1(3)條規定：

“(2) 除第(3)款另有規定外，就本條而言，插入是從陽具進入起至陽具退出為止的持續行爲。”

“(3) 如插入最初獲得同意，但在某個時候同意被撤回，則第(2)款須解釋為：該款所提述從陽具進入起的持續行爲，可指從同意被撤回之時起的持續行爲。”

4.26 《蘇格蘭法令》這些條文的效果是，插入可以在同意下開始進行，但後來同意被撤回後，插入仍然可能在繼續進行。在這種情況下，由同意被撤回之時起的插入，便構成犯強姦罪的插入。¹⁸

4.27 應注意的是，《蘇格蘭法令》第 1(2)及 1(3)條的定義只適用於第 1 條（即強姦罪）。不過，其他涉及插入的性罪行亦有類似的插入定義。¹⁹

4.28 我們認為應採納蘇格蘭關於插入涵義的條文，因為該等條文反映了性自主權的原則，即當事人應有權撤回先前所給予的同意。在香港特別行政區訴 Chan Sau Man 一案中，²⁰ 受害人自願與被控人前往酒店，並兩次同意與被控人性交，被控人在性交時有使用避

¹⁷ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.32 段。

¹⁸ 參閱蘇格蘭法律委員會《性罪行（蘇格蘭）法令草案》第 1 條的註釋。該法令草案載於《蘇格蘭法律委員會報告書》附件 A。

¹⁹ 例如，“以插入的方式進行性侵犯”罪（第 2(2)及 2(3)條）和“性侵犯”罪（第 3(2)及 3(3)條）都有類似的“插入”定義。

²⁰ [2001]3 HKLRD 593.

孕套。被控人經受害人同意而與她第二次性交後，在性交中的某個階段脫去他使用的避孕套。儘管受害人自始至終都明確表示，她只有在被控人戴上避孕套的情況下才會跟他性交，但被控人強行對受害人作出插入，不理會她的口頭抗議和實際反抗。上訴法庭維持被控人強姦罪名成立的判決。舉例來說，如果一名女子最初以為男子戴上了避孕套，因而沒有表示不同意性交，後來發覺該男子其實沒有戴上避孕套，於是表示不同意，可是該男子卻拒絕把陽具退出來，在這種情況下，蘇格蘭的條文便可發揮作用。根據蘇格蘭的條文，雖然該男子可辯稱在陽具進入時該女子對插入表示同意，但當該女子後來表示不同意時，已把同意撤回，因此該男子會犯了強姦罪。這看來也符合普通法的觀點。例如在 *R v Anderson Greaves* [1999] 1 Cr. App. R (S) 319 和 *R v S (James) (A Juvenile)* [2001] EWCA Crim 2640 這兩宗案件中，受害人在性交期間改變主意，要求被控人停止，但被控人拒絕退出，被控人都被裁定強姦罪名成立。

建議 10

我們建議，就任何性罪行而言，插入的定義應指從進入起直至退出為止的持續行為。

我們又建議，如插入最初獲得同意，但在某個時候同意被撤回，則從進入起的持續行為，應指從先前所給予的同意被撤回之時起的持續行為。

插入行為和其他相關的涉及性的行為的精神意念元素

4.29 《刑事罪行條例》（第200章）第118條有關強姦的定義並無提及犯罪人作出插入行為的意圖。因此，香港法例的用詞並無清楚表明是否需要明確故意的犯罪意圖，還是僅僅罔顧後果便已足夠。相反，《英格蘭法令》特別指出強姦中插入行為以及其他未經同意下進行的性罪行中的相關的涉及性的行為所需的意圖。²¹ 《蘇格蘭法令》更進一步規定，強姦中的插入行為以及其他未經同意下進行的性罪行中的相關的涉及性的行為，既可以故意作出，也可以罔顧後果地作出。我們要考慮的問題是：我們應依循《英格蘭法令》的做法，規定強姦中的插入行為，以及其他未經同意下進行的性罪行中的相關的涉及性的行為必須是故意作出，還是依循《蘇格

²¹ 相關的涉及性的行為是：強姦中的“故意插入”（第1(1)(a)條）；以插入的方式進行侵犯中的“故意插入”（第2(1)(a)條）；性侵犯中的“故意觸摸”（第3(1)(a)條）；以及導致他人在不同意的情况下進行涉及性的行為中的“故意導致”（第4(1)(a)條）。

蘭法令》的做法，接納故意或罔顧後果都可構成犯有關罪行所必需的精神意念元素。

4.30 我們認為香港的法律應依循《英格蘭法令》的做法，規定強姦中的插入行爲，以及其他未經同意下進行的性罪行中的相關的涉及性的行爲必須是故意作出，即是說罔顧後果並不足以構成犯罪意念。我們的看法有多個理由支持。

4.31 首先，*R v Heard* 一案²² 顯示在香港的普通法下，罔顧後果對於插入行爲而言並不足夠。根據 *R v Heard* 的判決，在《英格蘭法令》於2003年制定前，普通法的觀點是只有通過故意觸摸才能犯猥褻侵犯，而性交行爲也只能夠是故意作出。況且，制定《英格蘭法令》的目的，並不是爲了改變普通法的觀點。因此，香港普通法的觀點一貫是性交行爲和其他涉及性的行爲只能夠是故意作出。我們看不到有任何充分理由改變現行的普通法。

4.32 更重要的是，罔顧後果的概念曾在刑事案件中引起若干問題。終審法院在洗錦華案中闡述罔顧後果的概念如下：

“……必須證明被告人的精神意念是應受譴責的，因爲他知悉風險確實或將會存在，但仍罔顧這個情況而行事；或者他知道風險將會出現，但仍罔顧這個結果而行事，而在他所知的情況下，他冒這個風險是不合理的。相反，如果因爲年齡或個人特質，被告人確實沒有察覺或預見其行爲所涉及的風險，他不能被視爲應受譴責而被判有罪”。²³

如就插入行爲和其他涉及性的行爲加入罔顧後果的概念，會不必要地使陪審團的工作和法官的引導變得更爲複雜。

4.33 蘇格蘭條文的效果是，關於涉及性的行爲的犯罪意念可以憑藉罔顧後果而確定。在一個假設的例子中，如一名男子把陽具放在一名女子的陰道上只是意在周圍撥弄，但卻罔顧後果地插入她的陰道，根據蘇格蘭的條文，這已有足夠的犯罪意念。雖然我們可以想像出此類假設的例子，但這種情況可能相當罕見，其他的性罪行（如性侵犯）也相當可能適用於這種行爲。總的來說，我們並不認爲蘇格蘭的條文是必要的。

²² *R v Heard* [2007] 3 All ER 306.

²³ 洗錦華案 [2005] 2 HKLRD 375，第 391 D 段（非常任法官梅師賢爵士的判詞）。

4.34 我們還要考慮的另一個問題是，關於性罪行的新法例是否不應提及插入行爲和其他相關的涉及性的行爲的精神意念元素，以便繼續按現行的普通法決定有關情況。由於新法例會把普通法編纂爲成文法則，而且在用詞上會有若干轉變（如現時使用的“性交”會改爲“插入”），我們認爲有必要在新法例中明文規定，插入行爲和其他相關的涉及性的行爲必須是故意作出的。

4.35 *R v Heard* 一案清楚說明，自願神智不清在普通法下不能構成強姦和猥褻侵犯的免責辯護。我們認爲在把有關法律編纂爲新法例時，應加入一項條文，規定自我引發的神智不清，不能構成強姦及其他未經同意下進行的性罪行的免責辯護。

建議 11

我們建議，新法例應明確規定強姦中的插入行爲，以及其他未經同意下進行的性罪行（即三項可能訂立的新罪行：以插入的方式進行性侵犯、性侵犯、導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲）中的相關行爲，均必須是故意作出的。

我們又建議，新法例應規定自我引發的神智不清，不能構成強姦及其他未經同意下進行的性罪行的免責辯護。

強姦在同意方面的精神意念元素

4.36 根據《刑事罪行條例》第 118(3)(b)條，強姦在同意方面的犯罪意念是被控人“當時……知道該女子並不同意性交，或罔顧該女子是否對此同意”。因此，強姦現時在考慮是否同意方面的犯罪意念是事實上知道投訴人並不同意，或罔顧投訴人是否同意。就此而言，被控人如預見投訴人不同意的風險，但並不在乎投訴人是否同意，無論如何也繼續與投訴人性交，即屬罔顧後果。²⁴ 可是，倘若被控人真確相信投訴人同意，但被控人如此相信是錯誤和不合理的，那情況又是怎樣？這是下文所討論的問題。

²⁴ 例子可參閱香港特別行政區訴蕭達源 CACC 201/2005，2007年6月8日。

摩根原則——以主觀測試衡量關乎同意的信念

4.37 在刑事檢控專員訴摩根 (*DPP v Morgan*) 案中，²⁵ 英國上議院裁定被控人如錯誤相信投訴人同意，亦不能被裁定犯強姦罪，而且被控人也無須基於合理理由而持有這個信念，即使被控人是基於錯誤或不合理的理由而持有這個信念，也無關重要。因此，被控人如在性交時真確但錯誤相信投訴人同意，即使被控人並無合理理由持有這個信念，也沒有犯強姦罪。所以，摩根案確立了強姦罪在同意方面的精神意念元素完全是主觀的，即完全取決於被控人內心的信念。²⁶

4.38 應注意的是，法院的判決和學者的評論曾把這個信念稱為“誠實地相信”或“真確相信”，很多時這兩個詞可以交替使用。²⁷但在香港特別行政區訴黃盛中一案中，²⁸ 香港高等法院上訴法庭強調有關的精神意念元素是被控人是否“真確相信”投訴人同意與被控人性交，而並非是否“誠實地相信”。我們也同意使用“真確相信”較“誠實地相信”更為合適，因為後者可能會被人誤解，以為重點是放在被控人的道德誠信上或被控人是否誠實的人這個問題上。因此，我們會在本諮詢文件中採用“真確相信”一詞。

4.39 雖然摩根案只涉及強姦，但該案的原則在普通法上可普遍適用於需要在同意的問題上證明犯罪意念的罪行。舉例來說，法院在 *Kimber* 一案²⁹ 裁定，被控人縱使錯誤、甚至不合理地相信投訴人同意，也無須因猥褻侵犯而負上法律責任。

《刑事罪行條例》第 118(4)條的制定——澄清摩根原則

4.40 摩根原則受到嚴厲批評，因為這項原則從被控人的主觀角度來考慮整個問題，不能對受害人提供充分保護。根據摩根原則，不管受害人說甚麼或做甚麼，也不管受害人受到多麼嚴重的侵犯，被控人只要“真確”相信受害人同意，就不屬強姦，儘管被控人這個信念是錯誤的。雖然摩根原則受到嚴厲批評，但英國海爾布隆法官 (Mrs Justice Heilbronn) 和強姦罪諮詢委員會 (Advisory Committee on Rape) 仍認為這項原則是正確的，只是強姦的精神意念元素應予澄

²⁵ *DPP v Morgan* [1976] AC 182.

²⁶ 《內政部文件》，第 2.2.4 段。

²⁷ 例子可參閱刑事檢控專員訴摩根 [1976] AC 182、香港特別行政區訴鄧國華 [2001] 2 HKC 301 CA，以及 *Halsbury's Laws of Hong Kong* 刑事法部分第[130.369]段。

²⁸ 香港特別行政區訴黃盛中，CACC 66/1999。

²⁹ *Kimber* [1983] 1 WLR 1118.

清。³⁰ 因此，香港在 1978 年制定的《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條對此作出解釋（或見英格蘭《1976 年性罪行（修訂）法令》（Sexual Offences (Amendment) Act 1976）第 1(2)條的類似條文）。³¹

4.41 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條規定：

“現予聲明，在強姦罪行的審訊中，陪審團如須考慮一名男子是否相信一名女子同意性交，則在考慮此事時，除須顧及其他有關事項，亦須顧及該名男子是否有合理理由相信該名女子同意性交。”

4.42 在摩根案中，傅利沙勳爵（Lord Fraser）表示任何信念是否合理是陪審團須予考慮的事項，而《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條實際上是對傅利沙勳爵的說話賦予法例效力。³² 傅利沙勳爵在摩根案中說道：

“如整體證據的效果是表明被告人相信或可能會相信該女子同意，則控方未能履行舉證責任，按照罪行的完整定義證明被告人犯罪，在本席看來，被告人的信念是否合理的問題並不存在。當然，被告人的信念是否合理會是重要證據，可顯示被告人是否真的如此相信，但只是僅此而已。”³³

4.43 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條所作的澄清並沒有改變摩根案的主要觀點，即關乎同意的問題應由被控人主觀上是否相信投訴人同意的角度來考慮。正如上文所引述的傅利沙勳爵的附帶意見顯示，如整體的證據表明被控人真確但錯誤相信投訴人同意，則“如此相信是否合理的問題並不存在”，被控人必須獲裁定無罪。被控人的信念是否合理只是一項證據，顯示被控人事實上是否持有這個信念。換句話說，整個問題仍是從被控人主觀信念的角度考慮。第 118(4)條的效果只是要求陪審團在裁定一名男子是否真確但錯誤相信一名女子同意性交時，除須顧及其他有關的證據外，亦須顧及“該名男子是否有合理理由相信該名女子同意性交”。

³⁰ 《內政部文件》，第 2.2.5 段。

³¹ 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條是仿效英格蘭《1976 年性罪行（修訂）法令》第 1(2)條。

³² 《內政部文件》，第 2.2.5 段。這是《內政部文件》對英格蘭《1976 年性罪行（修訂）法令》第 1(2)條所作的評論。

³³ *DPP v Morgan* [1976] AC 182，第 237E 至 F 段（傅利沙勳爵的判詞）。

4.44 因此，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條並不能全面回應對摩根原則的批評。我們認為香港法律在被控人是否相信投訴人同意的問題上必須進行改革。

4.45 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》現在都規定被控人必須合理地相信投訴人同意，以處理被控人誤以為投訴人同意的問題。我們稍後會在本章討論這個做法。

為處理真確（但錯誤）相信對方同意這個問題而提出的不同改革方案

4.46 我們可認定三個改革方案，以處理真確（但錯誤）相信對方同意這個問題。

方案 1——主觀測試

4.47 這是摩根原則所採取的做法，也是香港現行的法律。在這個做法之下，被控人必須真確相信投訴人同意，但被控人的信念無須合理。換句話說，被控人如真確相信投訴人同意，就沒有犯罪所必需的精神意念，儘管被控人並無合理理由持有這個信念。³⁴

4.48 對於相信對方同意這個問題，支持採用上述主觀測試的主要論據是，如當事人確實錯誤理解某罪行的重要特徵，那就不能說他懷有犯該罪行所必需的犯罪意念。況且，按照某些外在準則評價一個人的行為，可能有欠公平。被控人可能因正當理由（例如文化背景或學習困難）而誤解投訴人的行為。在涉及性方面的交往中，“解讀信息”是很複雜的事。³⁵

4.49 “真確但不合理地相信”的測試可備受批評，因為它不能對性罪行的受害人提供充分保障。這個測試所產生的後果是：被控人只要“真確”相信投訴人已經同意，就不能被裁定犯強姦罪，儘管被控人如此相信並不合理（例如投訴人已表示不同意）。從這方面來說，這個測試會削弱性自主權的原則。這個測試也會“鞏固對女性和性選擇權的謬誤和成見”，³⁶ 並“鼓勵人們繼續相信關於涉及性的行為的謬誤，尤其是所有女性都喜歡被強勢的男性支配，以

³⁴ 但是，根據《刑事罪行條例》第 118(4)條，陪審團在考慮被控人是否真誠相信投訴人同意性交時，須顧及被控人是否有合理理由相信投訴人同意性交。

³⁵ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.71 段。

³⁶ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.72 段。

及女性說‘不’其實是表示‘同意’的謬誤”。³⁷ 我們認為這個測試會削弱現代的性自主權概念，而有關概念正是我們建議修訂法例的基礎。³⁸

方案 2——客觀測試

4.50 客觀測試只按照一個合理的人應該會相信甚麼事實或是否有合理理由持有某信念這個標準，來衡量被控人的信念。被控人的個人特質不會列入考慮。如被控人相信受害人同意的理由是令人反感或異乎尋常的，例如“被控人認為自己性感具吸引力，因而沒有女性可以抗拒他的魅力”，則關乎被控人抱有這個信念的主張相當可能不被接納。³⁹

4.51 採用純客觀測試的主要問題，是刑事法一般避免因純粹的疏忽行爲（即未能根據一個合理的人的標準行事）而把某人定罪。不清楚一個合理的人究竟有甚麼特質，也是抽象地應用“合理的人”的標準的問題所在。⁴⁰

方案 3——混合測試

4.52 第三種做法是採用結合了其他兩個測試的混合測試。《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》都採用了這種做法。

《英格蘭法令》

4.53 就強姦而言，《英格蘭法令》第 1(1)(c)條規定控方除了須證明投訴人不同意外，還須證明被控人並非“合理地相信”投訴人同意。其他未經同意下進行的性罪行也訂有類似的規定。

4.54 根據第 1(2)條，某信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人爲確定投訴人是否同意而曾經採取的步驟。相同的法律框架也適用於其他未經同意下進行的性罪行，以裁定被控人的信念是否合理。⁴¹

³⁷ 《內政部文件》，第 2.13.7 段。

³⁸ 我們認為政府應採取措施，配合本諮詢文件所建議的法例修訂，以推廣現代的性自主權概念，消除對女性性形象方面的成見，例如女性如不說話或沒有說“不”，其實是同意性交；或者女性穿著性感衣服，就是想引誘他人與她發生性行爲或表示她對性關係開放。推廣現代的性自主權概念應成爲學校性教育和一般反罪案教育的主題。

³⁹ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.73 段。

⁴⁰ 同上。

⁴¹ 必須合理地相信的規定，以及裁定信念是否合理的法律框架，也適用於以插入的方式進行侵犯（第 2(1)(d)及 2(2)條）、性侵犯（第 3(1)(d)及 3(2)條），以及導致他人在不同意的的情況下進行涉及性的行爲（第 4(1)(d)及 4(2)條）。

《蘇格蘭法令》

4.55 就強姦而言，《蘇格蘭法令》第 1(1)(b)條規定控方除了須證明投訴人不同意外，還須證明被控人在“並非合理地相信”投訴人同意的情況下作出插入行爲。“並非合理地相信”的相同規定適用於《蘇格蘭法令》第 1 部內所有未經同意下進行的性罪行。⁴²

4.56 第 16 條規定，就第 1 部內的罪行而言，在裁定某人關乎同意的信念是否合理時，必須考慮該人有沒有爲確定另一人是否同意而採取任何步驟；若有，則必須考慮該等步驟是甚麼。應注意的是，《蘇格蘭法令》中裁定某信念是否合理的法律框架並無提及“所有有關情況”，與《英格蘭法令》不同。

我們建議的方案

4.57 我們認爲只可在第一個方案（主觀測試加上《刑事罪行條例》第 118(4)條所作的澄清）和第三個方案（混合測試）之間選擇。我們不支持第二個方案（完全客觀的測試）。

4.58 蘇格蘭法律委員會解釋拒絕第二個方案的理由如下：

“倘若採用的測試（即客觀測試）在衡量被控人的信念時，只按照一個合理的人應該會相信甚麼或是否有合理理由持有某信念這個標準，則會使注意力大大偏離了該被控人。”⁴³

4.59 完全客觀的測試未能顧及個別被控人的某些個人特質，這些特質可解釋他爲何真確但錯誤相信受害人同意。被控人的這些特質可包括學習困難、精神紊亂或欠缺社交技巧。

4.60 第一個方案（主觀測試）代表香港法律的現有情況。正如上文所述，摩根原則的主觀成分備受批評，因爲該原則會產生如下後果：儘管投訴人已表示不同意性交，但被控人只要“真確”相信投訴人同意，就不屬強姦。由於這個方案削弱對性自主權的尊重，我們並不支持這個方案。

⁴² 必須合理地相信的規定，適用於《蘇格蘭法令》第 1 部內所有未經同意下進行的性罪行：強姦（第 1 條）、以插入的方式進行性侵犯（第 2 條）、性侵犯（第 3 條）、性脅迫（第 4 條）、在進行涉及性的行爲期間脅迫某人在場（第 5 條）、脅迫某人觀看性圖像（第 6 條）、以猥褻方式通訊（第 7 條）、性暴露（第 8 條）、偷窺（第 9 條），以及爲性目的而施用物質（第 11 條）。

⁴³ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.76 段。

4.61 關於第三個方案，蘇格蘭法律委員會對何謂混合測試解釋如下：

“有關的測試並非主觀測試（主觀測試只聚焦於個別被控人的精神意念狀態），也不是純粹的客觀測試（客觀測試在乎一個合理的人會否相信受害人同意），而是混合測試。法庭或陪審團必須裁定被控人所持的信念是否合理（這方面涉及客觀因素），但在作出此項裁定時，亦必須考慮個別被控人有沒有採取步驟（若有，該等步驟是甚麼）以確定另一方是否同意（這方面加入了主觀成分）。”⁴⁴

4.62 我們支持採納屬於混合測試的第三個方案。正如蘇格蘭法律委員會指出，該方案所採用的“*測試避免使用完全主觀的方法，但又仍然把焦點集中於被控人。*”⁴⁵ 混合測試的優點，是它規定被控人相信投訴人同意的信念必須合理，避免了摩根原則的主觀成分，但又仍然把焦點集中於個別的被控人，在考慮被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟後，才裁定被控人的信念是否合理。

4.63 雖然《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》都有類似的規定，要求控方必須證明被控人並非合理地相信投訴人同意，但英格蘭和蘇格蘭的法例條文在裁定被控人的信念是否合理的法律框架上，有若干不同之處。有關的條文如下：

《英格蘭法令》

“信念是否合理，必須在考慮**所有有關情況**後而予以裁定，有關情況包括〔某人（甲）〕為確定〔另一人（乙）〕是否同意而曾經採取的步驟。”（表示強調的黑體後加）⁴⁶

《蘇格蘭法令》

“就第 1 部而言，在裁定某人關乎同意或知情的信念是否合理時，必須考慮該人有沒有為確定另一人是否

⁴⁴ 參閱蘇格蘭法律委員會《性罪行（蘇格蘭）法令草案》第 12 條的註釋。該法令草案載於《蘇格蘭法律委員會報告書》附件 A。

⁴⁵ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.76 段。

⁴⁶ 《英格蘭法令》第 1(2)條。

同意或知情（視乎情況而定）而採取任何步驟；若有，則必須考慮該等步驟是甚麼。”⁴⁷

4.64 蘇格蘭的條文沒有包括“所有有關情況”這個用語，這是草擬時有意作出的決定。對於為何不包括這個用語，蘇格蘭法律委員會解釋如下：

“……2003年[英格蘭性罪行]法令使用‘所有有關情況’這個用語，可容許把被控人的所有特質都考慮在內，用以衡量被控人的信念是否合理。換句話說，有關測試變成：考慮到被控人包括其信念體系在內的特質，他關乎同意的信念是否合理？但這個做法與‘真誠’相信的主觀測試並無多大分別。所以，我們不贊成在犯罪意圖的建議定義內，加入‘所有有關情況’的提述……”⁴⁸

4.65 上述的評論指出，“所有有關情況”這個用語在表示衡量被控人的信念是否合理時，可將被控人的個人特質都列為考慮因素，當中包括他的信念體系。我們對於這項評論並無異議，然而我們認為“所有有關情況”這個用語，不但包含被控人的信念體系，也包含不是完全從被控人角度考慮的因素或事項。這些因素或事項可包括當事人過往的性關係、他們慣常的溝通方式、他們相對的交涉地位、他們的年齡差距等。由於不是完全從被控人角度考慮的因素或事項都可以被考慮在內，因此“所有有關情況”這個用語不一定會把混合測試變成真確相信的主觀測試。

4.66 我們支持採納加入“所有有關情況”這個用語的英格蘭條文。加入這個用語的好處，是在衡量被控人相信投訴人的同意信念是否合理時，可以把被控人的個人特質和其他相關事項或因素都考慮在內。如果個別被控人因為學習困難、精神紊亂或欠缺社交技巧等個人原因，以致未能採取步驟確定投訴人是否同意，上述做法會避免對該被控人造成不公。雖然該被控人未能採取步驟確定投訴人是否同意，但陪審團在衡量該被控人的信念是否合理時，也應該考慮可能涉及的其他相關因素或事項（例如當事人過往的性關係、慣常的溝通方式、相對的交涉地位、年齡差距）。

⁴⁷ 《蘇格蘭法令》第16條。

⁴⁸ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第3.77段。

4.67 如採納《英格蘭法令》的混合測試，《刑事罪行條例》（第200章）第118(4)條就沒有存在必要（該條文只與第一個方案有關）。因此，我們建議新法例一經制定，第118(4)條便應予廢除。

4.68 總結來說，我們認為就強姦罪和其他未經同意下進行的性罪行而言，控方必須證明投訴人不同意，以及被控人並非合理地相信投訴人同意。信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟。

建議 12

我們建議，就強姦罪及其他未經同意下進行的性罪行而言，新法例應加入與英格蘭《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)條相類似的條文，規定：

- (a) 控方必須證明(i)投訴人不同意，以及(ii)被控人並非合理地相信投訴人同意；以及
- (b) 信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第200章）第118(4)條便應予廢除。

應否保留以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行？

4.69 根據《刑事罪行條例》（第200章）第120條，任何人以虛假藉口或虛假申述，促致另一人在香港或外地作非法的性行為，即屬犯罪。有關問題是應否廢除這項促致罪而把它納入強姦之內。

4.70 在《英格蘭法令》制定前，普通法認為就強姦而言，只有與行為本質或當事人身分有關的欺詐手段才會使同意成為無效：*R v Linekar*⁴⁹。因此，根據香港的現行法律，與行為本質或作出行為的人的身分有關的欺騙手段，都會構成強姦。

⁴⁹ [1995] 2 Cr App R 49, CA.

4.71 就強姦而言，與行爲目的有關的欺騙手段在普通法下會否使同意成爲無效，這個問題曾引起爭論，但《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》都規定這類欺騙手段會使同意成爲無效。正如我們在第3章指出，由於香港曾經發生案件，案中的受害人明白行爲的本質（性交），但在行爲的實際目的上受騙，因此有充分理由把與行爲目的有關的故意欺騙，列爲可以使同意成爲無效的一種情況。我們認爲，與行爲目的有關的欺騙手段應受的譴責，不應比與行爲本質有關的欺騙手段爲少，因此這一類行爲亦應以強姦罪論處。

4.72 總的來說，就強姦而言，欺騙手段只有與行爲的本質或目的或作出行爲的人的身分有關，才應使同意成爲無效。接下來的問題是，倘若欺騙手段是與行爲的本質或目的或是與作出行爲的人的身分無關，刑事法應怎樣處理。

4.73 在澳大利亞高等法院所審理的 *Papadimitropoulos* 一案中，⁵⁰ 被控人向一名剛到澳大利亞的年輕希臘女子說謊，訛稱他倆已完成結婚儀式。事實上，被控人只是向墨爾本登記局提交結婚意願通知書。證據顯示，該年輕女子只在結婚後才會同意與被控人性交。被控人只是謊稱他倆已經結婚。澳大利亞高等法院裁定，該女子並沒有錯誤理解性行爲的本質或被控人的身分，因此被控人強姦罪名不成立。但是，澳大利亞高等法院承認可以用另一項較輕的刑事罪行，即以欺詐手段或虛假藉口促致他人性交，來懲罰被控人的欺詐行爲。⁵¹

4.74 *Papadimitropoulos* 一案的判決表明，以不涉及行爲的本質或目的或當事人身分的欺騙手段獲得性交，並不構成強姦，因此必須訂有以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行，以針對這類行爲。倘若廢除以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行，法律就會出現漏洞。

4.75 保留以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行，可避免在類似於 *R v Linekar* 的案件中對被欺騙的受害人造成不公。在 *Linekar* 案⁵² 中，被控人欺騙一名妓女，令她相信他會向她支付性交的費用，但他從沒有打算這樣做。上訴法院推翻他的強姦定罪，理由是他的欺騙手段與其行爲本質無關，而只是涉及他付費的承諾。雖然

⁵⁰ (1957) 98 CLR 249, BFW 878.

⁵¹ 以欺詐手段或虛假藉口促致他人性交，是新南威爾斯《1900年刑事罪行法令》（Crimes Act 1900）當時的第66條所訂的罪行。以欺詐手段或虛假藉口促致他人性交這項罪行此後已被廢除：《2003年刑事罪行修訂（性罪行）法令》（新南威爾斯）（Crimes Amendment (Sexual Offences) Act 2003 (NSW)）附錄1。

⁵² [1995] 2 Cr App R 49, CA.

在類似於 *Linekar* 案的情況中，被控人不會因強姦而負上法律責任，但他可被判犯了以虛假藉口促致他人作非法的性行爲一罪。同樣地，香港在2007年的一宗案件也顯示有必要保留促致罪。⁵³ 在該宗香港案件中，其中一名同案被控人向受害人作出承諾，如果受害人使他快樂，他就會把她在涉及性的行爲中所發出的聲音的錄音交還給她。雖然被控人從無意把錄音交還給受害人，但受害人因相信他的承諾而與他多次性交。受害人明白行爲的本質（性交），而由於被控人向受害人清楚表明她必須使他快樂，受害人也知道行爲的實際目的（被控人的性滿足）。她亦清楚知道被控人的身分。被控人唯一所作的欺騙是假意承諾把錄音交還給她。

4.76 下列的統計數字顯示，雖然案件的數目不多，但近年來確實有人因犯以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行而被檢控和定罪。這爲保留促致罪提供進一步依據。總的來說，我們認爲應保留以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行。

根據《刑事罪行條例》第 120 條（以虛假藉口促致他人作非法的性行爲）提出檢控和作出定罪的統計數字

年份	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011 (1 月至 3 月)
罪名不成立	1	0	2	0	0	1	0	0	0	1	0
罪名成立	0	0	0	2	1	0	0	4	0	3	1
檢控個案總數	1	0	2	2	1	1	0	4	0	4	1

（來源：保安局的治安統計資料綜合系統）

建議 13

我們建議，在新法例制定後，應保留《刑事罪行條例》（第 200 章）第 120 條所訂的以虛假藉口促致他人作非法的性行爲這項罪行。

⁵³ HCCA 246/07.

以不涉及使用武力的威脅或恐嚇手段（如經濟威脅）獲得性交

4.77 我們認為不需要另外訂立一項罪行，以針對以經濟威脅或經濟壓力獲得性交的行為，因為有關問題可依據同意概念予以裁定。在大部分情況下，經濟壓力都不會使同意成為無效。可是，在極端的例子中，如證據顯示投訴人因為被控人施加經濟壓力而在非自願的情況下同意性交，法庭便可能裁定投訴人沒有同意（如高利貸案件）。在法例上區分真正的性交易和以不當手段施加經濟壓力而獲得性交，是十分困難。我們認為這類案件應按個別情況處理，依據同意概念裁定是否牽涉強姦。

建議 14

我們建議，以經濟壓力獲得性交的案件應按個別情況處理，依據同意概念裁定是否牽涉強姦，但不需要為這類案件訂立新罪行。

第 5 章 以插入的方式進行性侵犯

引言

5.1 本章研究應否訂立一項新罪行，而其構成元素是投訴人的陰道或肛門，遭物件（例如瓶子）或被控人陽具以外的身體某部分（例如手指）¹ 插入。上述行爲並不屬於強姦罪的涵義範圍之內。在香港的現有法律之下，對於非以陽具作出的插入式侵犯，控方只可提出猥褻侵犯（俗稱“非禮”）的控罪，但猥褻侵犯涵蓋多種多樣的刑事行爲，嚴重程度各有不同，由只是觸摸至非以陽具作出的性插入不等，而後者在某些情況下可能會被視爲如同強姦般嚴重。

有必要訂立新罪行以涵蓋非以陽具作出的插入式侵犯

5.2 英國內政部檢討小組認爲有必要訂立一項新罪行，因爲現有的猥褻侵犯罪行不足以反映非以陽具作出的插入式侵犯的嚴重性，而這種侵犯對受害人所造成的生理和心理影響可以如同強姦般嚴重。

5.3 在某些情況中，例如當兒童或精神不健全的成年人未能就自己到底是被甚麼插入而提供詳細資料時，插入的本質便會存疑，而新罪行也被認爲有必要針對這些情況而訂立：

“我們認同其他插入式的侵犯〔那就是非以陽具作出的插入式侵犯〕，對於受害人所造成的影響，可以如同強姦般嚴重，故此不應視作等閒。我們認爲涉及猥褻侵犯的現有法律，並不足以處理此等嚴重罪行。這項罪行所涵蓋的行爲範圍廣泛，由觸摸至極度駭人的侵犯不等，而現時的 10 年監禁，對於最惡劣的案件來說，刑罰並不足夠。因此，我們建議訂立一項以插入的方式進行性侵犯的新罪行，刑罰與強姦的相同，適用於所有非以陽具作出插入的性罪行。這項罪行會包括以物件或陽具以外的身體部分，在未經對方同意下對其肛門、陰道及／或外生殖器官所作出的插入。這項罪行的界定方式，也應足以令它適用於插入的本質存疑的情況（例如當兒童或精神不健全的成年人未能

¹ 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。

就自己到底是被甚麼東西所插入而提供詳細資料時)。這項罪行可以由一名男子或女子對另一名男子或女子而犯。”²

5.4 我們也認為猥褻侵犯的罪行，不足以反映非以陽具對投訴人的肛門或陰道作出的插入式侵犯的嚴重性，所以應訂立一項新罪行以涵蓋此類嚴重罪行。

新罪行的構成元素

《英格蘭法令》

5.5 英格蘭的“以插入的方式進行侵犯”罪行的構成元素如下：

- 某人（甲）以自己身體的某部分或任何其他東西插入另一人（乙）的陰道或肛門（但非口腔）；
- 插入是故意的；
- 插入是涉及性的；
- 乙並不同意；及
- 甲並非合理地相信乙同意。³

《蘇格蘭法令》

5.6 蘇格蘭的“以插入的方式進行性侵犯”罪行的構成元素，與英格蘭罪行的構成元素大抵相同，唯一的分別是在英格蘭罪行中，插入必須是故意作出，而在蘇格蘭罪行中，插入卻可以是故意或罔顧後果地作出的。⁴ 應予注意者是我們已在第 4 章（建議 11）中建議插入行為必須是故意作出的。

² 《內政部文件》，第 2.9.1 段。

³ 《英格蘭法令》第 2(1)條訂明：

“如屬以下情況，某人(甲)即屬犯[以插入的方式進行侵犯的]罪行——

- (a) 他故意以自己身體的某部分或任何其他東西插入(乙)的陰道或肛門，
- (b) 插入是涉及性的，
- (c) 乙不同意被插入，及
- (d) 甲並非合理地相信乙同意。”

⁴ 《蘇格蘭法令》第 2(1)條訂明：

- (1) 如某人（‘甲’）——
 - (a) 未經另一人（‘乙’）同意，及
 - (b) 並非合理地相信乙同意，

新罪行的名稱

5.7 新罪行的名稱，在《英格蘭法令》中是“以插入的方式進行侵犯”，在《蘇格蘭法令》中則是“以插入的方式進行性侵犯”，而問題在於我們應採用這項罪行的英格蘭名稱抑或蘇格蘭名稱。

5.8 蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）認為，這項罪行的英格蘭名稱應加入“性”一字，理由是原有名稱“未有強調這項罪行的性元素”。⁵ 我們也認為新罪行的名稱應是“以插入的方式進行性侵犯”。我們覺得從公眾認知的角度來看，一項罪行的主要元素應從其名稱昭然可見，所以有必要在新罪行的名稱中強調其性元素。再者，新罪行是一項非常嚴重的罪行，嚴重程度與強姦相同。為了教育公眾，我們必須在新罪行的名稱中反映它是一項涉及插入式性侵犯的嚴重罪行，有別於較為輕微的一般普通襲擊罪。此外，有人或會擔憂在新罪行之下，對病人的陰道或肛門作出的醫學干預可能帶來刑事法律責任，而強調新罪行的性元素，便可以消滅這種擔憂。只有在插入是涉及性時，亦即有關的醫務人員是為了得到性滿足而作出這項插入，醫學干預才會帶來刑事法律責任。⁶

“性”的定義

5.9 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中，新罪行的構成元素均是只在插入涉及性時才會觸犯這項罪行，於是問題在於“性”此字作何解釋。在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》中，“性”此字均有法定定義，這個定義一般適用於所有行為，包括插入及觸摸在內，但英格蘭與蘇格蘭對此字的定義各有不同，下文會有討論。

《英格蘭法令》

5.10 《英格蘭法令》第 78 條訂明：

以自己身體的任何部分或任何其他東西，在涉及性方面對乙的陰道或肛門作任何程度的插入，而他是故意這樣做或罔顧是否會有插入，甲即屬犯一項稱為以插入的方式進行性侵犯的罪行。”

⁵ 蘇格蘭法律委員會，《有關強姦及其他性罪行的討論文件》（*Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*）（討論文件第 131 號，2006 年 1 月），第 4.24 段。

⁶ 蘇格蘭法律委員會認為，為了正確醫學理由而進行的醫學干預不會帶來刑事法律責任，因為一名合理的人不會視該行為為一項涉及性的行為，故此並無必要另訂條文，為醫學行為提供刑事法律責任豁免：《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.79 段。

“就本部而言（第 71 條除外），如一名合理的人會認為插入、觸摸或任何其他行爲屬以下情況，插入、觸摸或該項行爲便涉及性——

- (a) 不論它本身的情況如何，亦不論某人對它懷有甚麼目的，它是基於本質而涉及性，或
- (b) 它基於本質而可能會涉及性，並且基於本身的情況或某人對它所懷有的目的（或基於兩者）而涉及性。”

《蘇格蘭法令》

5.11 《蘇格蘭法令》第 60(2)條訂明：

“就本法令而言，如一名合理的人在案件的所有情節之下會認為——

- (a) 插入、觸摸或任何其他行爲，
- (b) 某次通訊，
- (c) 某種態度或暴露，或
- (d) 某關係，

涉及性，它便是涉及性。”

5.12 英格蘭關於“性”的定義有兩個要項，各自涵蓋一種不同的行爲。(a)項涵蓋基於行爲本質而往往會被一名合理的人認為是涉及性的行爲（例如性交）。(b)項則涵蓋基於行爲本質而可能會涉及性亦可能不涉及性的行爲。一項屬於(b)項範圍以內的行爲，究竟是否被認為涉及性，會視乎相關情況或進行這項行爲的人的意圖而定，又或者視乎這兩項因素而定。英格蘭關於“性”的定義在《英格蘭法令》的官方說明中有解釋，其內容如下：

“在第 78 條中，‘性’此字的定義有兩個要項，可二擇其一。(a)段所涵蓋的行爲，會基於行爲本質而往往被一名合理的人認為是涉及性，例如性交。(b)段所涵蓋的行爲，則會基於行爲本質而被一名合理的人認為可能涉及性亦可能不涉及性，而它是否涉及性，是視乎相關情況或進行這項行爲的人的意圖而定，又或者

視乎這兩項因素而定。舉例來說，以手指插入陰道可能是涉及性，亦可能是爲了醫學理由而作出。又以口交行爲爲例，看來一名合理的人只須考慮這項行爲的本質便大有可能斷定它是涉及性的。不過，如果有關行爲是以手指插入陰道，則一名合理的人便要考慮下述各項因素：該項行爲的本質（它可能涉及性亦可能不涉及性），它是在甚麼情況之下進行（例如是醫生進行手術），以及其中任何一名參與者的目的（如果醫生的目的是醫療，該項行爲便不會是涉及性；如果醫生的目的是性，則該項行爲也相當可能會是涉及性的）。

從行爲本質的角度來看，如果一名合理的人並不覺得這項行爲可能會涉及性，則這項行爲便不符合(a)段或(b)段所訂的測試準則，即使某人可能會透過進行這項行爲而得到性滿足，情況也是一樣。如此訂明的作用是使隱匿的戀物癖不會歸於‘涉及性的行爲’定義的範圍之內。”⁷

經常被合理的人認爲是涉及性的行爲

5.13 大多數的案件都會歸於英格蘭“性”定義(a)項的範圍之內，因爲一項行爲（例如性交或口交）是否涉及性，在大部分案件中都應是極之明顯。英格蘭的“性”定義，爲大多數的案件提供簡單的處理方法，法官往往可應用這定義的(a)項而發出指引。在另一方面，蘇格蘭關於“性”的定義雖然簡單，但主要缺點是即使在大部分有關行爲明顯涉及性的案件中，陪審團仍須考慮案件的所有情節。如果有關行爲的本質明顯涉及性，還規定陪審團須考慮案件的所有情節（蘇格蘭模式正是如此規定），然後才可說這項行爲是涉及性，這是沒有道理的。

可能涉及性亦可能不涉及性的行爲

5.14 對於少數歸於英格蘭“性”定義(b)項範圍之內的案件（例如觸摸），由於有關行爲的本質是否涉及性並不清晰，英格蘭的“性”定義，與蘇格蘭模式的須考慮“案件的所有情節”做法相比，可提供一個較爲有用的框架，因爲蘇格蘭模式未能把陪審團的注意力集中於一些重要事項（例如行爲參與者的動機）之上。英格

⁷ 《2003年性罪刑法令》說明第146及147段。

蘭關於“性”的定義，在涉及對陰道或肛門進行醫學檢查的案件中特別有用。這項行爲，如果是基於正確醫學理由而進行便不涉及性，但如果是爲了讓醫生得到性滿足而進行，便會被認爲是涉及性。

5.15 採用英格蘭模式的另一好處，是我們可以繼續受惠於其他地方的司法判例。我們的結論是贊成採用英格蘭模式。

英格蘭模式(b)項的精細改進

5.16 雖然我們認爲應採用英格蘭模式，但我們認爲應對英格蘭“性”定義的(b)項作出一些必要的精細改進。

5.17 英格蘭“性”定義的(b)項內容如下：“它基於行爲本質可能會涉及性，並且基於本身的情況或某人對它所懷有的目的（或基於兩者）而涉及性。”⁸ 英格蘭“性”定義的(b)項（適用於基於行爲本質而可能涉及性亦可能不涉及性的行爲），規定須採用一種兩段模式。按照英格蘭上訴法院在 *R v H* 案中的做法，在這種兩段模式之下，陪審團必須提出兩條問題。⁹ 首先，陪審團必須詢問在有關案件中，有關的行爲是否（基於本質而）可以是涉及性。在考慮第一條問題時，陪審團不會理會其他因素，例如該項行爲發生之前或之後的情況，或某人對該項行爲所懷有的目的的任何相關證據。如果第一條問題的答案是“是”，第二條問題便是以有關情況及／或某人對該項行爲所懷有的目的來說，該項行爲是否確實涉及性。

5.18 在 *R v H* 案中，主審法官在應用《英格蘭法令》第 78(b)條時，未有採用兩段模式而改爲採用一種綜合模式，整體審視有關事宜，以裁定在該案中觸摸是否涉及性。在審理上訴時，英格蘭上訴法院認爲《英格蘭法令》第 78(b)條規定必須採用兩段式的測試（而不是原審法官所採用的綜合測試）：

“…… 若然(b)款未有訂下兩項規定，該款開端所載的‘它基於行爲本質可能會涉及性’等字便屬多餘。若然立法機構的意向不是給予上述的開端語效力，那麼透過審視觸摸此舉並裁定它基於本身的情況是否涉及性來訂立一項罪行便已足夠。換言之，綜合測試並不存在。第 78(b)條所訂的兩項規定均須予以遵從。”¹⁰

⁸ 《英格蘭法令》第 78(b)條。

⁹ *R v H* [2005] 2 All ER 859，第 13-14 段。

¹⁰ *R v H* [2005] 2 All ER 859，第 9 段。

5.19 第 78(b)條的兩段式測試，是建基於阿克納勳爵（Lord Ackner）在 *R v Court* 案中的說法。¹¹ 不過，英格蘭上訴法院在 *R v H* 案中卻表示鑑於 *R v George* 案¹² 這宗早前的案例，應用阿克納勳爵的做法有困難：

“毫無疑問，代表上訴人的 West 先生之所以會提到 *R v Court* [1988] 2 All ER 221, [1989] AC 28 一案，是因為第 78(b)條所訂的兩段式測試，以及一篇載於《刑事法評論》（*Criminal Law Review*）的文章。該案是關於一宗指稱的猥褻侵犯，一名店務助理沒有明顯理由而隔着一名 12 歲女童的褲子拍打她的臀部 12 次。該名店務助理被法庭定罪，而上訴法院及上議院均駁回此人的上訴。阿克納勳爵（[1988] 2 All ER 221，第 229-230 頁，[1989] AC 28，第 42-43 頁）曾列明他所採用的一般做法。只要閱讀該段文字便可以理解何以該篇載於《刑事法評論》的文章會作出我們所提到的評論。法庭很清楚一點，那就是我們在《2003 年法令》第 78 條中所見到的分段式做法，在阿克納勳爵的說法中得到反映。我們在應用阿克納勳爵的做法時所遇到的唯一困難，是阿克納勳爵提到了 *R v George* [1956] Crim LR 52 一案。在該案中，控方所倚據的事實是被告人曾多次脫去一名女童腳上的鞋。被告人承認自己曾這樣做，因為他從中得到變態的性滿足。斯特菲爾德法官（Streatfield J）裁定，侵犯只在附帶有對被指稱受到侵犯的人作出的猥褻情節時才會成為猥褻，但該案中所發生的侵犯（即脫去女童的鞋或試圖脫去女童的鞋），全都不可能構成猥褻侵犯。¹³

究竟以此方式脫去女童的鞋，會否基於這項已發生的行爲的本質而有可能涉及性，由於“性”現時在第 78 條中已有界定，我們會有保留。依我們之見，這很可能是一條須由陪審團裁斷的問題。”¹⁴（表示強調的粗體後加）

¹¹ *R v Court* [1988] 2 All ER 221，第 229-230 頁，[1989] AC 28，第 42-43 頁。

¹² *R v George* [1956] Crim LR 52.

¹³ *R v H* [2005] 2 All ER 859，第 10 段。

¹⁴ *R v H* [2005] 2 All ER 859，第 11 段。

5.20 儘管英格蘭上訴法院對原審法官所採用的綜合模式作出批評，但英格蘭上訴法院在 *R v H* 案中承認“第 78(b)條中有兩條不同的問題，這個事實令法官及陪審團的工作變得複雜。”¹⁵

5.21 正如上文所論及，大多數的案件都會歸於英格蘭“性”定義(a)項的範圍之內，因為在大部分案件中，行爲（例如性交或口交）的本質本來就是涉及性。不過，在英格蘭“性”定義的(b)項中，有關行爲的本質是否涉及性並不清晰，而在歸於此項範圍之內的其他較爲罕見的案件中，把有關行爲的本質與它發生之前或之後的情況及／或任何人對它所懷有的動機分割開來是困難的。舉例來說，在上文所提到的 *R v George* 案中，斯特菲爾德法官裁定，多次脫去女童的鞋以得到變態的性滿足並非猥褻侵犯，因為該項行爲沒有附帶猥褻的情節。*R v George* 案中的法官，沒有理會被控人那得到變態性滿足的動機。英格蘭上訴法院在上文所提到的 *R v H* 案中，表示對 *R v George* 案中的裁定有疑問，並認爲應由陪審團裁定究竟在該等情況之下脫去女童的鞋，可否視爲屬於猥褻／涉及性，我們認爲，在裁定該項行爲是否涉及性時，把脫去女童的鞋與被控人的動機（那就是得到變態的性滿足）分割開來是困難的。

5.22 在上文所提到的 *R v H* 案中，被控人在寂靜的公園中遇到一名女童。他向該名女童問時間，又問她是否想與他性交。女童不予理會，但被控人扯住女童運動服褲子右邊口袋部位的布料，企圖把她拉近自己，又試圖以手掩住她的口部。女童退後，雖然被控人扯住她的衣服，但她成功掙脫並逃離現場。在裁定如此觸摸女童是否涉及性時，把觸摸此舉與有關情節（例如講出涉及性的言詞和扯住女童的衣服）及／或被控人的意圖（與女童性交）分割開來是困難的。

5.23 由於把有關行爲的本質與它發生之前或之後的情況及／或任何人對它所懷有的動機分割開來是困難的，我們認爲第 78(b)條開端所載的“它基於行爲本質可能會涉及性”等字應予刪除，以免必須採用複雜的兩段式測試而可改爲採用綜合測試。

建議 15

我們建議，就任何性罪行而言，應採用英格蘭《2003年性罪行法令》第 78(a)及(b)條所載關於“性”的定義，但刪除第 78(b)條中的“它基於行爲

¹⁵ *R v H* [2005] 2 All ER 859，第 12 段。

本質可能會涉及性以及”等字。“性”的定義故此會類似下文：如一名合理的人認為某項罪行符合以下情況，它便是涉及性——

- (a) 不論它本身的情況如何，亦不論某人對它懷有甚麼目的，它是基於行為本質而涉及性，或
- (b) 它是基於本身的情況或某人對它所懷有的目的（或基於兩者）而涉及性。

以插入進行性侵犯的罪行應否涵蓋對口腔的插入？

5.24 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》之中，以插入的方式進行（性）侵犯的罪行，均只涵蓋非以陽具插入另一人的陰道或肛門。換言之，這項罪行不涵蓋對口腔的插入。支持訂立新罪行的理據，是某些非以陽具作出的插入式侵犯，後果被認為如同強姦般嚴重。由於我們所建議訂立的強姦新定義，涵蓋以陽具插入另一人的口腔，所以問題便是以插入的方式進行性侵犯的罪行，應否同樣涵蓋對口腔的插入。

5.25 按蘇格蘭法律委員會的說法，擴大該項罪行的範圍以涵蓋對口腔的插入，困難在於該項罪行經如此界定後會涵蓋例如“偷”吻之類的行為。¹⁶ “偷”吻可涉及以舌頭伸入另一人的口腔，沒有人會認為它的後果如同強姦般嚴重。同樣地，其他形式的插入，例如以瓶子或手指作出的插入，通常不會被認為如同強姦般嚴重。無論如何，我們不認為非以陽具對另一人的口腔（口腔並非外生殖器官的一部分），應被認為近似強姦。因此，我們贊同英格蘭法例和蘇格蘭法例所採用的模式，那就是以插入的方式進行性侵犯的罪行，不應涵蓋對口腔的插入。視乎有關案件的情節，非以陽具對口腔作出的性插入，可由建議訂立的性侵犯以及導致某人在不同意的情況下進行涉及性的行為等罪行處理。

《蘇格蘭法令》第 2(4)條

5.26 《蘇格蘭法令》第 2(4)條訂明，“〔第 1 款〕所提述的以甲身體的任何部分插入，須解釋為包括以甲的陽具插入。”這項條文的作用是，以插入的方式進行性侵犯的罪行，會包括以陽具作出

¹⁶ 《蘇格蘭法律委員會告書》，第 3.36 段。

的插入。由於以陽具作出的插入式侵犯構成強姦罪，結果令到在《蘇格蘭法令》中，強姦罪與以插入的方式進行性侵犯的罪行之間有重疊之處。《英格蘭法令》中並無相應的條文。

5.27 按照蘇格蘭政府的說法，《蘇格蘭法令》第 2(4)條中的條文所屬意涵蓋的情況，是受害人不清楚自己被甚麼東西所插入，但證據顯示受害人其實是被陽具所插入。有人認為，即使在案件審訊時所提出的證據顯示受害人其實是被某件東西插入，但受害人不清楚這件東西究竟是陽具還是別的東西，這項條文仍會令控方能夠證明以插入的方式進行性侵犯的罪行。蘇格蘭議會議員嘉菲·克雷吉（Cathie Craigie）在蘇格蘭議會的委員會會議上提問，何以在《蘇格蘭法令》第 1 條已頗為清楚地界定了強姦的情況下仍有必要訂立第 2(4)條。蘇格蘭議會議員弗格斯·尤因（Fergus Ewing）就此作出回應，他在為蘇格蘭政府陳詞時解釋如下：

“……如某人在未經對方同意而且並非合理地相信對方同意的情況下，以自己身體的任何部分或任何其他東西，在涉及性方面插入另一人的陰道或肛門，即屬犯〔以插入的方式進行性侵犯的〕新罪行。正如嘉菲·克雷吉正確地指出，這項新罪行與強姦罪有重疊之處，因為第四項修訂所引入的新條文第(4)款，訂明插入包括以被控人的陽具插入。

當局的意向不是根據第四項修訂所引入的新條文檢控強姦罪，而是希望在受害人不清楚自己被甚麼東西所插入（例如因為受害人在遇襲期間是被蒙住眼睛）的情況下，控方能夠根據新條文提出檢控。新條文可確保在該種特定的實況中，如果受害人不清楚插入的物件是甚麼，我們也不會由於草擬法例方面的失誤而無法指證一項極之嚴重的罪行。在這種事關重要的實況中，新條文可派上用場，而若然只訂有強姦罪，有人便可能逃過定罪。”¹⁷

5.28 我們贊成訂立一項類似《蘇格蘭法令》第 2(4)條的條文。這項條文對處理下述情況有用：受害人不清楚自己是被陽具還是別的東西所插入，原因例如是受害人當時是被蒙住眼睛或是不省人事，又或者受害人本身是精神上無行為能力的人。在該等情況中，

¹⁷ 《蘇格蘭議會司法委員會官方報告書》（*Scottish Parliament Justice Committee Official Report*），2009年3月17日，第1647-1648欄。

按照蘇格蘭模式，犯罪者可被控告以插入的方式進行性侵犯。雖然採用蘇格蘭模式，結果是強姦罪與以插入的方式進行性侵犯的罪行之間會有重疊之處，但我們相信有理由這樣做，因為可以避免出現顯然曾有刑事行為但無法予以證明的情況。

5.29 隨之而出現的議題包括如何處理下述情況：

- (i) 受害人以為自己是被陽具所插入，但審訊時的證據卻顯示這是別的東西；
- (ii) 受害人不能確定自己是被甚麼東西所插入，但審訊時的證據卻證實那是陽具。

5.30 關於議題(i)：我們相信處理方法是依據《刑事罪行》（第200章）第149條及附表1，把以插入的方式進行性侵犯列為強姦的法定交替控罪。

5.31 關於議題(ii)：我們相信沒有必要另訂條文：被控人會被控告建議訂立的以插入的方式進行性侵犯之罪，並會被裁定罪名成立。這項罪行的最高刑罰應與強姦的最高刑罰相同。

5.32 我們又認為，訂立交替控罪（如上文第5.30段所建議者），不會令控方無法在適用的案件中提出交替控罪。¹⁸

肛交罪行須予檢討

5.33 《刑事罪行條例》（第200章）訂有以下多項肛交罪行：

第118A條——未經同意下作出的肛交

第118B條——意圖作出肛交而襲擊

第118C條——由21歲以下男子作出或與21歲以下男子作出同性肛交

¹⁸ 事實上，蘇格蘭議會議員弗格斯·尤因在蘇格蘭議會席上為蘇格蘭政府陳詞之時，曾提及同時提出交替控罪的可能性（雖然他當時是在支持第2(4)條的情況下發言）：

“……我再一次向嘉菲·克雷吉保證，第四項修訂所引入的新罪行是一項極之嚴重的罪行。每宗案件均視乎其個別情節和事實而定。官方有權決定如何進行檢控，而在兩者之一或兩者皆是的情境中，官方確實有權決定是否兩項控罪也提出，這會視乎每宗案件的事實而定。舉例來說，如果受害人對自己是被甚麼物體插入不大清楚，控方便可能值得提出強姦的控罪及以插入的方式進行性侵犯的控罪，看證據會支持哪一項控罪。在很多強姦的案件中，控方在證據上要面對嚴峻和困難的挑戰，因為這些案件通常會在私下發生，例如在家中發生，又或者在其他欠缺第三者證據的地點發生……”（《蘇格蘭議會司法委員會官方報告書》，2009年3月17日，第1649欄。）

第118D條——與21歲以下女童作出肛交

第118E條——與精神上無行為能力的人作出肛交

第118F條——非私下作出的同性肛交

第118G條——促致他人作出同性肛交

5.34 肛交在《刑事罪行條例》（第200章）中未有界定，所以它在普通法中的肛門性交涵義得以保留。¹⁹ 只要能證明插入，這項罪行便當作完成而無須以射出精子為證。²⁰ 我們已在第4章（建議8）中建議，應擴大強姦的範圍來涵蓋以陽具插入另一人的肛門。此外，我們又曾在本章中建議訂立一項以插入的方式進行性侵犯的新罪行，而該項新罪行可涵蓋非以陽具插入另一人的肛門。強姦罪（新界定者）及以插入的方式進行性侵犯的罪行，所涵蓋的刑事行為會與肛交罪行所涵蓋者相同，那就是插入肛門，然後要研究的議題便是新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第200章）中的各項肛交罪行應否予以廢除。

5.35 未經同意下作出肛交的罪行（第118A條），是《刑事罪行條例》（第200章）中唯一一項未經同意下作出肛交的罪行。²¹ 所有其他各項肛交罪行，都是經同意下進行的罪行。²² 換言之，即使肛交是在參與者同意之下進行，仍會觸犯《刑事罪行條例》（第200章）中的所有肛交罪行（未經同意下作出的肛交除外）。強姦及以插入的方式進行性侵犯則相反，是未經同意下進行的罪行，而作為此類罪行，它們只涵蓋根據未經同意下作出肛交的罪行而可予懲罰的刑事行為，根據其他各項肛交罪行而可予懲罰者不在涵蓋之列。我們故此建議現階段只廢除未經同意下作出肛交的罪行。我們會在整個研究計劃的下一階段檢討其他各項肛交罪行。

5.36 至於意圖作出肛交而襲擊的罪行（第118B條）及促致他人作出同性肛交的罪行（第118G條），我們會在處理預備罪行時檢討這兩項罪行。《英格蘭法令》第62條訂有一項“犯某項罪行而意圖是犯性罪行”的預備罪行。我們會探討上述兩項《刑事罪行條例》（第200章）中的肛交罪行，應否透過納入與英格蘭的預備罪行相類的法例而予以取代，又或者是否有更佳方案可供選擇。

¹⁹ 普通法中的肛交罪已被《刑事罪行條例》（第200章）第118M條廢除。

²⁰ 《刑事訴訟程序條例》（第221章）第65E條。

²¹ 根據《刑事罪行條例》（第200章）第118A條，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。

²² 《刑事罪行條例》（第200章）第118C條、第118D條、第118E條及第118F條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。

關於以插入的方式進行性侵犯的建議

5.37 經討論訂立以插入的方式進行性侵犯這項新罪行的理據以及該項罪行的構成元素後，我們在建議16中列出所得的結論。

建議 16

我們建議新法例中應有一項以插入的方式進行性侵犯的罪行，而其構成元素為某人(甲)在未經另一人(乙)同意而且並非合理地相信乙同意的情況下，故意以自己身體的任何部分或任何其他東西插入乙的陰道或肛門。

我們建議採納一項類似《2009年性罪行(蘇格蘭)法令》第2(4)條的條文。這項條文的作用是，就以插入的方式進行性侵犯的罪行而言，凡提述以某人的身體插入，須解釋為包括以此人的陽具插入。

我們建議《刑事罪行條例》(第200章)的附表1應予修訂，在被控人被控強姦的案件中，容許陪審團作出法定交替裁決，改判被控人以插入的方式進行性侵犯。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》(第200章)第118A條所訂的未經同意下作出肛交的罪行便應予廢除。

第 6 章 性侵犯

引言

6.1 根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122(1)條，任何人猥褻侵犯另一人，即屬犯罪。這項罪行的最高刑罰是監禁 10 年。（按：猥褻侵犯俗稱“非禮”。）

6.2 如對方同意，則侵犯不成立，故此同意可以作為猥褻侵犯控罪的免責辯護。¹ 不過，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122(2)條訂明，年齡在 16 歲以下的人在法律上不能給予同意，從而令某項行為不能構成猥褻侵犯。因此，年齡在 16 歲以下的人對有關行為表示同意，不能作為猥褻侵犯控罪的免責辯護。² 不過，在這類情況之中，如被控人基於合理理由而相信自己與受害人為已婚夫婦，則不會犯猥褻侵犯受害人的罪行。³ 第 122(4)條訂明，“屬精神上無行為能力的人的女子在法律上是不能給予同意，使某項作為不構成猥褻侵犯”，但在這類情況之中，任何人只會“在知道或有理由懷疑她是精神上無行為能力的人的情況下”才犯猥褻侵犯罪。⁴

現有法律所產生的問題

6.3 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122 條未有述明猥褻侵犯的構成元素，所以必須求諸案例以找出甚麼情況會構成猥褻侵犯。阿克納勳爵（Lord Ackner）在 *R v Court* 案的上議院裁決中，列明猥褻侵犯的測試如下：

“在猥褻侵犯的控罪中，控方必須證明：(1)被控人故意侵犯受害人；(2)侵犯或侵犯連同其附帶情況，可被

¹ *Archbold Hong Kong 2012*，第 21-152 段。

² 歸於保護原則之下的罪行，會在性罪行全面檢討的較後階段進行討論，涉及 16 歲以下兒童的情況會在該階段才作處理。

³ 見第 122(3)條。雖然第 122(2)條的條文另有規定，但如果某人對另一名 16 歲以下的人作出猥褻的行為，只要該項行為是在該另一人的同意之下作出、他倆是合法夫婦或有合理理由相信他倆是合法夫婦，則第 122(3)條可令該人免負猥褻侵犯的法律責任。因此，按照某個海外司法管轄區的法律與 16 歲以下的妻子合法結婚的丈夫，如果是在妻子同意之下對妻子作出猥褻行為（例如觸摸其私處），則可根據第 122(3)條要求得到保障。應注意者是所有在未經同意下作出的猥褻行為，往往是在猥褻侵犯的涵蓋之列，即使雙方已婚，情況亦是如此。

⁴ 歸於保護原則之下的罪行，會在性罪行全面檢討的較後階段進行討論，涉及精神上無行為能力的人的情況也會在該階段才作處理。

正直的人認為屬於猥褻；(3)被控人是故意作出上述第(2)點所指的侵犯。”⁵

6.4 *R v Court* 案中的三段式猥褻侵犯測試，對控方來說應該不會造成實際困難，因為阿克納勳爵繼而指出：“這些規定，正如代表控方的律師所確認，應該不會造成困難，亦不會令問題變得複雜。”⁶ 不過，小組委員會注意到現有罪行的焦點，是在於“猥褻”而非在於尊重性自主權。⁷

6.5 猥褻侵犯測試所包含的猥褻元素未有界定，故猥褻的涵義要視乎個別案件的事實而定。陪審團必須裁定正直的人會否認為有關行為屬於猥褻。⁸ 不過，正如《布萊斯通 2003 年性罪行法令指引》(*Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003*)的博學編撰者所指出，有關行為是否猥褻往往並不清晰：“觸摸生殖器官毫無疑問屬於猥褻，但涉及到觸摸臀部（甚至可能是胸部）、親吻，或故意摩擦他人（挨擦癬）時，是否屬於猥褻卻往往並非如此清晰。”⁹

訂立新的性侵犯罪的理據

6.6 我們認為有理據支持訂立一項新罪行，把焦點由“猥褻”轉移至“性”方面，但同時仍能針對猥褻侵犯現時所涵蓋的一類刑事行為而為受害人提供保障。¹⁰ 這種形式的焦點轉移，可符合保障性自主權的原則。

⁵ *R v Court* [1989] AC 28, at 45H-46A.

⁶ *R v Court* [1989] AC 28, at 46A.

⁷ 舉例來說，在 *R v Lam Chi Chee* 一案（高院裁判法院上訴1992年第783號，[1992] HKLD L21，賴恩法官審理）中，被控人握緊一名站在地鐵站大堂的21歲女子的上臂並試圖親吻其臉頰，該名女子試圖推開被控人，兩人因此而跌在地上。被控人在試圖親吻該名女子之時仍繼續握住她的手臂，直至被一名途人拉開為止。被控人聲稱誤認該名女子為自己的分手女友，當時是試圖跟她開玩笑，及至跌在地上之時才知道對方並非自己女友。被控人的猥褻侵犯定罪，在上訴時被推翻並代之以普通襲擊的定罪，理由是“如正直的人看到所發生的情況，他們不會認為會有任何猥褻之事發生。”相反地，在 *HKSAR v Lau Kwai Chung* [2000] 3 HKC 658 一案中，法庭卻裁定親吻一名女童的嘴部屬猥褻侵犯。在 *Lau Kwai Chung* 一案中，被控人是一名40歲男子，在香港藝術中心任職辦公室助理。他囑咐一名在該中心修讀音樂的12歲女童在下課後與他會面。當女童下課之後，被控人把她帶到一間細小的儲物室，而他事先已把一袋糖果放在室中。被控人把糖果交給女童，與她交談，然後親吻其嘴唇。女童反抗，被控人便放手，女童之後離開。被控人被裁定犯猥褻侵犯，在上訴時法庭維持原判，理由是親吻的附帶情況（向女童送上糖果、把她帶到獨立的房間、被控人是有計劃行事），會令到正直的人認為親吻可構成猥褻。

⁸ *Archbold Hong Kong 2012*，第 21-148 段。

⁹ Kim Stevenson 等主編，《布萊斯通 2003 年性罪行法令指引》（牛津大學出版社，2004 年），第 43 頁。

¹⁰ 如果採取焦點在於尊重性自主權的新路向，在類似之前所述的 *Lam Chi Chee* 案的案件中，被控人便會被裁定犯性侵犯。

6.7 《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》，均已訂立這項新的性侵犯罪，以取代猥褻侵犯罪。新罪行把焦點由猥褻此概念，轉移至合理的人會否認為有關行為“涉及性”方面。因此，新罪行的關注重點，在於保障個人的性自主權，令個人得免進行己所不欲的涉及性的行為，而非在於維護公眾標準。此外，透過使用“性”此字（在法例中已有界定），可以減輕為證明猥褻而牽涉到的問題。無論如何，陪審團從一個合理的人的角度，裁定一項行為是否涉及性，較諸同意該項行為是否屬於猥褻，前者來得更為容易。（至於“性”此字的涵義是甚麼，讀者或會記得我們已在第5章（建議15）中為“性”此字提出一個定義，而在構思中，這個定義會適用於所有性罪行。）我們總結認為，猥褻侵犯罪應由一項新的性侵犯罪所取代。

性侵犯罪的構成元素

《英格蘭法令》

6.8 英格蘭性侵犯罪的構成元素如下：

- 某人（甲）觸摸另一人（乙）；
- 觸摸是故意的；
- 觸摸是涉及性的；
- 乙並不同意；及
- 甲並非合理地相信乙同意。¹¹

《蘇格蘭法令》

6.9 蘇格蘭性侵犯罪的構成元素為：某人（甲）故意或罔顧後果地向另一人（乙）作出五項涉及性的行為的任何其中一項，而甲這樣做是未經乙同意，亦非合理地相信乙同意。這五項涉及性的行為如下：

- (a) 以任何方法在涉及性方面插入乙的陰道、肛門或口腔；

¹¹ 《英格蘭法令》第3(1)條訂明：
“如屬以下情況，某人(A)即屬犯[性侵犯]罪—
(a) 他故意觸摸另一人(B)，
(b) 觸摸是涉及性的，
(c) 乙不同意被觸摸，及
(d) 甲並非合理地相信乙同意。”

- (b) 在涉及性方面觸摸乙；
- (c) 與乙發生任何其他身體上的性接觸（不論是身體接觸、透過衣服接觸抑或透過用具接觸）；
- (d) 向乙射出精液；
- (e) 在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。¹²

應否為“觸摸”訂明通用定義？

6.10 《英格蘭法令》第 79(8)條載有“觸摸”的定義。此定義適用於《英格蘭法令》第 1 部的所有性罪行，其內容如下：

“觸摸包括——

- (a) 以身體的任何部分作出的觸摸，
- (b) 以任何其他東西作出的觸摸，
- (c) 透過其他東西作出的觸摸，

尤其包括構成插入的觸摸。”

6.11 《蘇格蘭法令》則相反，當中沒有“觸摸”的通用定義。蘇格蘭的做法反而是列明個別構成性侵犯元素的行為。正如從上文第 6.9 段所見，這些行為包括未經對方同意而作出的身體上的性接觸（不論是身體接觸、透過衣服接觸抑或透過用具接觸）¹³，以及以任何方法在涉及性方面插入乙的陰道、肛門或口腔。¹⁴ 這兩種涉及性的行為，均會歸入《英格蘭法令》第 79(8)條中“觸摸”的通用定

¹² 《蘇格蘭法令》第 3(1)及(2)條訂明：

“(1) 如某人（‘甲’）——

- (a) 未經另一人（‘乙’）同意，而且
 - (b) 並非合理地相信乙同意，
- 作出任何一項第(2)款所述的事情，甲即屬犯一項稱為性侵犯的罪行。

(2) 該等事情為甲——

- (a) 以任何方法，在涉及性方面對乙的陰道、肛門或口腔作任何程度的插入，而他是故意這樣做或罔顧是否會有插入；
- (b) 故意或罔顧後果地在涉及性方面觸摸乙；
- (c) 作出任何其他形式的涉及性的行為，而在該項行為中，甲故意或罔顧後果地與乙有身體上的接觸（不論是身體接觸抑或透過用具接觸，亦不論是否透過衣服接觸）；
- (d) 故意或罔顧後果地向乙射出精液；
- (e) 故意或罔顧後果地在涉及性方面向乙射出尿液或吐唾液。”

¹³ 《蘇格蘭法令》第 3(2)(c)條。

¹⁴ 《蘇格蘭法令》第 3(2)(a)條。

義範圍之內，但由於《蘇格蘭法令》未訂有“觸摸”的通用定義，這兩種行為便重複見於蘇格蘭其他涉及性觸摸的性罪行的構成元素之中，而該等罪行包括有性侵犯幼童，¹⁵ 以及與年紀較大的兒童進行或對其作出涉及性的行為。¹⁶

6.12 總的來說，英格蘭的做法是在釋義條款中加入“觸摸”的通用定義，而蘇格蘭的做法則是在每一項涉及性觸摸的性罪行的構成元素中，列明各種不同類別的性觸摸。蘇格蘭模式的好處，是法令中描繪每一項罪行的條文，均能為讀者提供該項罪行的全面概要，令讀者無須參考法令其他部分的個別釋義條款。英格蘭模式的好處，則是避免重複。經衡量後，我們認為英格蘭為“觸摸”訂明通用定義的做法較為可取。有多項罪行均可能會涉及性觸摸，包括下述各項英格蘭罪行：性侵犯 13 歲以下的兒童¹⁷、處於受信地位者與兒童進行涉及性的行為¹⁸、家庭成員與兒童進行涉及性行為¹⁹、與精神紊亂致選擇受障礙的人進行涉及性的行為²⁰，以及護理人員與精神紊亂的人進行涉及性的行為。²¹ 在各項不同罪行的條文中重複解釋觸摸的涵義會很累贅，在釋義條款中訂明“觸摸”的通用定義，便可免有此問題。

6.13 在決定應為“觸摸”訂明通用定義後，接着要研究的議題是應否採用《英格蘭法令》第 79(8)條所載的“觸摸”通用定義。一般來說，我們贊成採用英格蘭的定義，因為它能反映“觸摸”涵義的各種主要詮釋。既然如此，我們便要進一步研究可有必要在我們所建議的“觸摸”定義中加入下述但書（即“訂定例外或限制情況的條文”）：*“尤其包括構成插入的觸摸”*。條文中的但書事實上意指插入是一種觸摸的方式，所以插入式的侵犯也可被控以性侵犯，從而反映了性侵犯的現況。正如英國內政部檢討小組觀察所得：*“現有的猥褻侵犯罪，是一項適用於各種在未經對方同意下作出的行為，由不受歡迎的身體觸摸至某種形式的插入不等。”*²² 最嚴重的插入式的侵犯，已由強姦罪及一項以插入的方式進行性侵犯的新罪行所涵蓋。因此，雖然強姦罪及該項以插入的方式進行性侵犯的新罪行，已把一些最嚴重的插入式侵犯移離猥褻侵犯的範圍，但其他各式較輕微的插入式侵犯，仍然不受任何新罪行所涵

¹⁵ 《蘇格蘭法令》第 20(2)(a)及(c)條。

¹⁶ 《蘇格蘭法令》第 30(2)(a)及(c)條。

¹⁷ 《英格蘭法令》第 7 條。

¹⁸ 《英格蘭法令》第 16 條。

¹⁹ 《英格蘭法令》第 25 條。

²⁰ 《英格蘭法令》第 30 條。

²¹ 《英格蘭法令》第 38 條。

²² 《內政部文件》，第 2.14.1 段。

蓋。舉例來說，非以陽具對乙的口腔作出的性插入，便不受以插入的方式進行性侵犯這項新罪行所網羅（這項新罪行只涵蓋非以陽具對投訴人的陰道或肛門作出的性插入，而口腔並不在涵蓋之列）。此種插入式的侵犯，亦不受強姦罪所網羅，因為強姦只適用於以陽具作出的插入。如果新的性侵犯罪並不涵蓋各式較輕微的插入式侵犯（例如以物件對口腔作出的性插入），法律便會有漏洞，因為我們將會廢除現有的猥褻侵犯罪，我們認為，非以陽具對投訴人的陰道或肛門以外的任何身體部分作出的性插入，均應構成性侵犯，因為它現時構成猥褻侵犯，而且不受強姦及以插入的方式進行性侵犯這兩項罪行所涵蓋。總的來說。我們認為“觸摸”的定義，應包括“構成插入的觸摸”。

6.14 不過，如“觸摸”的定義包括插入，則在所有涉及插入式侵犯的案件中，均可提出性侵犯的控罪，但我們估計控方不會在下述的情況中提出性侵犯的控罪：有證據顯示有人以陽具插入乙的陰道、肛門或口腔（在此情況中應當提出強姦的控罪），或有人非以陽具插入乙的陰道或肛門（在此情況中應當提出以插入的方式進行性侵犯的控罪）。

建議 17

我們建議採用英格蘭《2003年性罪行法令》第79(8)條所載的“觸摸”定義，以便就任何性罪行而言，觸摸包括：

- (a) 以身體的任何部分作出的觸摸，
 - (b) 以任何其他東西作出的觸摸，
 - (c) 透過任何東西作出的觸摸，
- 尤其包括構成插入的觸摸。

《蘇格蘭法令》第3(2)(d)及(e)條

6.15 《蘇格蘭法令》第3(2)(d)及(e)條特別訂明，有兩種在未經同意下作出的涉及性的行為是在構成性侵犯的行為之列：(i)向另一人射出精液²³ 以及(ii)在涉及性方面向另一人射出尿液和吐唾液。²⁴

²³ 《蘇格蘭法令》第3(2)(d)條。

6.16 蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）認為向另一人射出精液應屬性侵犯，因為它顯然構成猥褻侵犯：

“……我們現建議，應該還有一種行為應可構成性侵犯，那就是甲在未經乙同意的情況下向乙射出精液。在普通法²⁵中，這種行為顯然構成猥褻侵犯……”²⁶

6.17 蘇格蘭政府認為，在涉及性方面向另一人射出尿液和吐唾液也應屬性侵犯，因為這種行為原本也會以猥褻侵犯罪論處。蘇格蘭議會議員弗格斯·尤因（Fergus Ewing），在為蘇格蘭政府陳詞時解釋如下：

“……與皇家檢察院（Crown Office）所進行的討論強調了一點，那就是射出尿液和吐唾液也可以是性侵犯的構成元素。如果該項行為不在條例草案的涵蓋範圍之內，則除了條例草案所訂的性侵犯罪，可另外根據普通法，以嚴重性因猥褻程度而加重的侵犯之罪作出提控。政府認為這種行為應包含在性侵犯的定義之內。這樣做可以令到控方在一宗發生這種行為並且包含其他性侵犯元素的單一事件中，控告被告人條例草案所訂的罪行。這便可避免另外對他控以普通法中的侵犯之罪。”²⁷

6.18 我們同意向另一人射出精液以及在涉及性方面向另一人射出尿液或吐唾液，兩者均應屬於建議的性侵犯罪的涵蓋範圍之內，因為在現有法律之下，這種行為構成猥褻侵犯。根據《布萊斯通刑事事實務》（*Blackstone's Criminal Practice*），“被控人在自己身體的任何部分不涉及接觸的情況下向受害人射精，此舉是否仍構成觸摸有可爭議之處”。²⁸ 雖然向另一人射出精液以及在涉及性方面向另一人射出尿液或吐唾液，可以爭辯說是屬於我們所建議的“觸摸”定義的涵蓋範圍之內（此定義會包括“以任何其他東西”作出的觸摸），但我們相信為免生疑問，較理想的做法是明確註明這些行為

²⁴ 《蘇格蘭法令》第 3(2)(e)條。

²⁵ 應予注意的是以嚴格的蘇格蘭法律來說，根本並無一項稱為猥褻侵犯的罪行。有關的罪行所包含者，反而是“因犯案方式的猥褻程度而加重了侵犯的嚴重性”，而這是一項蘇格蘭的普通法罪行（《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.19 段）。

²⁶ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.39 段。

²⁷ 《蘇格蘭議會司法委員會官方報告書》（Scottish Parliament Justice Committee Official Report），2009 年 3 月 17 日，第 1650 欄。

²⁸ 《布萊斯通 2012 年刑事事實務》（*Blackstone's Criminal Practice 2012*），載於 B3.36。

構成性侵犯，以免有可能產生法律上的爭議。這些行為嚴重侵犯了個人的性自主權，我們應該確保它們會在性侵犯的涵蓋之列。

性侵犯涵蓋非接觸式的侵犯？

6.19 在《英格蘭法令》和《蘇格蘭法令》之中，新的性侵犯罪並不涵蓋不涉及觸摸或雙方之間有接觸的侵犯。在這兩項法令中，性侵犯罪的涵蓋範圍，要比現有的猥褻侵犯罪的涵蓋範圍狹窄，因為如果被控人令到投訴人意識到自己即將會被猥褻地觸摸，則犯了猥褻侵犯罪。根據《布萊斯通刑事實務》，“在某一範疇中，性侵犯要比猥褻侵犯狹窄，因為如果被控人令到投訴人意識到自己即將會被猥褻地觸摸，則被控人犯了猥褻侵犯罪(參考 *Rolfe (1952) 36 Cr App R4* 一案)。如果沒有發生觸摸，那麼雖然有關情節可構成試圖猥褻侵犯，但猥褻侵犯此罪行並未有完成。”²⁹ 亦即是說，猥褻侵犯不一定涉及觸摸或雙方之間的接觸。在猥褻侵犯中的“侵犯”，意指侵犯或身體干預。關於侵犯的法律是採用襲擊的概念，其所獲賦予的涵義廣寬，超越了觸摸或接觸之意，可涵蓋任何可能令另一人意識到對方會使用即時及非法人身暴力的行為。關於此點，阿克納勳爵在 *R v Court* 案中說：

“各位法官均會同意以下一點，而此點確實是不言而喻的，那就是在證明[猥褻侵犯]罪行的第一階段中，控方必須確立侵犯一事。證明‘侵犯’所倚據者通常是身體干預，而首席法官萊恩勳爵（Lord Lane CJ）在 *Faulkner v Talbot [1981] 1 WLR 1528, 1534* 一案中，把這種侵犯簡便地描述為‘在未經另一人同意並且無合法辯解之下故意觸摸該人，而正如部分此等案件所顯示，這觸摸不一定是有意、不禮貌或具侵略性的。’不過，證明‘侵犯’所倚據者，不一定涉及身體接觸，而可能只涉及會令受害人意識到對方會使用即時及非法人身暴力的行為。在關於猥褻侵犯的案例中，上述兩類侵犯均有出現。”³⁰

6.20 英國內政部檢討小組認為，相關的英格蘭罪行應稱為“性觸摸”，但決定保留侵犯的概念，因為它不局限於在未經同意下作出的觸摸：

²⁹ 《布萊斯通 2012 年刑事實務》，載於 B3.36。

³⁰ *R v Court* [1989] AC 28, at 41H-42A.

“有關檢討研究了應否如同世界其他地方一樣，把相關罪行描述為性觸摸，但結果決定較理想的做法是保留侵犯的概念……我們希望保留侵犯的概念，因為它不但包含觸摸此元素，也包含可令受害人懼怕對方會使用某種武力的行為（即如果沒有發生觸摸的話）。重要的是切勿減損性侵犯罪的重要性。一項可能不涉及嚴重侵犯的罪行，也可以包含對受害人所施加的高度恐懼、脅迫、低貶及傷害。”³¹

6.21 我們認為，建議的性侵犯罪涵蓋範圍應超越觸摸或身體接觸，因為現有的猥褻侵犯罪並不局限於接觸行為。改變有關法律的方式，不應令到性侵犯的涵蓋範圍較猥褻侵犯的涵蓋範圍狹窄，因為這會減少受害人所得到的保障。此外，非接觸式的侵犯，可能會為受害人帶來程度與性觸摸相同的恐懼和傷害。如果我們把性侵犯局限於觸摸或接觸行為，我們會摒除一些現時受現有猥褻侵犯罪涵蓋的非接觸式猥褻行為。³² *Rolfe*³³ 一案，便是不涉及與受害人有身體接觸的猥褻侵犯實例。在該案中，被控人進入一名女子所獨坐的火車車廂。在火車開動期間，他解開褲子露出陽具，步向該名女子並向她作出猥褻的提議。³⁴ 受害人與被控人之間並無身體接觸。被控人被裁定犯猥褻侵犯，而上訴亦遭駁回。因此，若然非接觸式的侵犯不受新的性侵犯罪所涵蓋，則有關法律會有漏洞。總的來說，我們認為新的性侵犯罪，也應涵蓋本質涉及性的非接觸式侵犯，而此類侵犯會令投訴人意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。

擴大性侵犯的涵蓋範圍以涵蓋“裙底”攝影及公眾露體

“裙底”攝影

6.22 控方往往難以找到正確的控罪，以檢控在公眾地方對女性的衣服或裙子底部進行錄影或攝影的行徑，這類刑事行為往往被統稱為“裙底”攝影。就此類刑事行為所提出的控罪，通常是在公眾

³¹ 《內政部文件》，第 2.14.2 段。

³² 雖然有部分非接觸式的性侵犯，可能會被《英格蘭法令》第 4 條所訂的導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的罪行（“導致罪行”）所涵蓋，但其餘的並不在涵蓋之列。“導致罪行”所涵蓋的情況為：某人(甲)故意導致另一人(乙)進行未經同意的涉及性的行為，而甲並非合理地相信乙同意。因此，如果不是有人導致投訴人進行涉及性的行為，則“導致罪行”不會涵蓋非接觸式的侵犯。

³³ *R v Rolfe* (1952) 36 Cr App R4.

³⁴ *R v Rolfe* (1952) 36 Cr App R4.

地方行爲不檢³⁵、遊蕩³⁶，或有違公眾道德這項普通法罪行。如果上述三項控罪均不適用，則在攝影涉及使用電腦時，控方可能會提出不誠實地使用電腦的控罪³⁷，作為最後一着。

6.23 我們覺得以上各項控罪針對“裙底”攝影事件，皆非完全理想的做法。第一，這些控罪都是一般的罪行，涵蓋在公眾地方發生的各式各樣不檢行爲，因此不是專門處理“裙底”攝影的罪行。更重要的是，這些控罪未能帶出本質涉及性方面的刑事行爲，亦未能把焦點集中於尊重性自主權。

6.24 再者，如果“裙底”攝影是在私人地方發生，選擇正確的控罪會有困難。由於該項行爲並非在公眾地方進行，控方不能檢控此類案件中的罪犯行爲不檢、遊蕩或有違公眾道德。³⁸

6.25 由於“裙底”攝影（不論是在公眾地方或抑或私人地方進行）是嚴重侵犯個人的性自主權，我們認為應訂立一項法定罪行以處理此類刑事行爲。我們認為應擴大性侵犯的涵蓋範圍，以涵蓋此類刑事行爲。這便可提供一項控罪，專門用於檢控各式各樣的“裙底”攝影。此外，把這類刑事行爲歸入性侵犯的類別，便可強調其本質涉及性方面，以及有必要尊重性自主權。我們故此決定建議擴大性侵犯的涵蓋範圍。

應如何擴大性侵犯的涵蓋範圍？

6.26 有關的議題是如何界定性侵犯的涵蓋範圍，以涵蓋在公眾地方或私人地方所進行的“裙底”攝影。套用上文第 6.20 段英國內政部檢討小組在引文中所用之言，我們認為，性侵犯的涵蓋範圍應予擴大，以涵蓋任何一項本質涉及性方面的行爲，而該項行爲若然被另一人知道，則相當可能會爲此人帶來“恐懼、低貶或傷害”，但此人是否實際上知道該行爲，卻不會對罪行的構成有所影響。不論有關行爲是在公眾地方抑或私人地方發生，我們所提出的構思也會適用。

6.27 小組委員會注意到加拿大和新西蘭的立法機構，均已採用其他方法處理透過攝影而對私隱所作出的侵犯。³⁹ 不過，我們注意

³⁵ 《公安條例》（第 245 章）第 17B(2)條。

³⁶ 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 160 條。

³⁷ 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 161 條。

³⁸ 在部分案件中，控方可根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 161 條，提出不誠實地使用電腦的控罪。不誠實地使用電腦的罪行，涵蓋取用電腦意圖犯罪或不誠實地意圖欺騙。這是一項與電腦相關的罪行，並不是專門處理在私人地方進行“裙底”攝影的罪行。這項電腦罪行也無法帶出本質涉及性方面的刑事行爲。

到這些立法機構主要是針對侵犯私隱，所引入的理念是對私隱的合理期望。“裙底”攝影以外的涉及侵犯私隱行爲，應否受刑事法所涵蓋，不在小組委員會的研究範圍之內。

在公眾地方露體

6.28 小組委員會注意到，我們在上文所提出的擴大性侵犯涵蓋範圍的建議，可能不但會涵蓋“裙底”攝影，同時也涵蓋不受歡迎而本質是涉及性的露體行徑。這種不受歡迎的行爲，若然被他人得知，是相當可能會爲他人帶來恐懼、低貶或傷害的。我們相信有理由支持把這種不受歡迎的行爲，列入經擴大的性侵犯涵蓋範圍，因爲它也是侵犯他人的性自主權。

6.29 《刑事罪行條例》（第 200 章）第 148 條訂明，某人如“無合法權限或辯解，在公眾地方或公眾可見的情況下，猥褻暴露其身體任何部分”，即犯猥褻露體罪。應強調的是，我們並非建議這項現有的猥褻露體罪，應由新的性侵犯罪所取代。我們注意到，這項現有罪行的設計主要旨在維護公眾道德，故此可能會涵蓋無受害人目標亦不構成侵犯他人性自主權的公眾猥褻露體。

關於性侵犯的建議

6.30 經討論訂立新的性侵犯罪的理據以及該項罪行的構成元素後，我們在建議 18、19 及 20 列出所得的結論。

建議 18

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素應是：
某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理

³⁹ 加拿大的《刑事法典》（Criminal Code）第 162(1)條爲偷窺罪行訂定條文：“任何人如有下述行爲即屬犯罪：對基於所處情況而對自己的私隱有合理期望的人，進行秘密觀察——包括透過機械或電子方式進行這項觀察——或進行視像紀錄，但先決條件是(a) 此人所身處的地方，可被人合理地期望他會是裸體、露出生殖器官、肛門部位或胸部，或進行明確的涉及性的行爲；(b) 此人正在裸體、露出生殖器官、肛門部位或胸部，或進行明確的涉及性的行爲；而進行該項觀察或視像紀錄，目的是在此人正處於該種狀況或進行該種行爲之時對他進行觀察或視像紀錄；或(c) 進行該項觀察或視像紀錄的目的是與性有關。”新西蘭的《1961 年刑事罪行法令》（Crimes Act 1961）第 216G 條，爲涉及在另一人不知情或未經其同意之下對他進行視像紀錄（例如：照片、錄影帶或數碼影像）的罪行訂定條文，而此人所身處的地方，在當時的情況下，可被人合理地期望能提供私隱，而且此人當時是裸體或露出其生殖器官、私處、臀部，或露出其胸部（就女性而言），或只穿着內衣遮蓋上述部位；或正在進行親密的涉及性的行爲；或正在淋浴、如廁梳洗或進行其他涉及穿衣或脫衣等等的方面個人活動。

地相信乙同意，故意作出以下任何一項事情：

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

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122 條中的猥褻侵犯罪便應予廢除。

建議 19

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素也應是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出一項本質涉及性的行爲，而這項行爲令乙意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。

建議 20

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素應進一步是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出一項本質涉及性的行爲，而該項行爲若然被乙知道，則相當可能會爲乙帶來恐懼、低貶或傷害，但乙是否實際上知道該行爲，卻不會對該罪行的構成有所影響。

我們又建議，在新法例制定後，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 148 條所訂的猥褻露體罪應予以保留。

第 7 章 導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲

引言

7.1 本章研究應否訂立一項新罪行以涵蓋下述行爲：某人（甲）在違反另一人（乙）意願的情況下強迫乙進行涉及性的行爲。強迫他人的行爲，可以有多種不同形式。其一，甲可以是強迫乙與甲一起進行涉及性的行爲（例如某人強迫另一人對其作出插入）。其二，甲可以是強迫乙自我進行涉及性的行爲（例如某人強迫另一人自我手淫）。其三，甲可以是導致乙與第三者進行涉及性的行爲（例如某人促使另一人替第三者手淫）。¹ 最後一類行爲也涵蓋甲強迫乙與動物進行涉及性的行爲的情況。²

有必要訂立強迫他人進行涉及性的行爲的新罪行

7.2 英國內政部檢討小組（Home Office Review Group）認爲，如某人強迫另一人作出一項涉及性的行爲而該項行爲本身可能是刑事行爲，則罪責應在於強迫他人作出這項行爲的人而非在於被強迫者。檢討小組詳細述明訂立新罪行的理據如下：

“在違反他人意願的情況下強迫他人進行涉及性的行爲，可能是極度嚴重的行爲並且顯然牽涉刑事範疇。舉例來說，某人可能會強迫另一人對他們雙方、強迫者或第三者作出涉及性的行爲。該項行爲並非出於自願，它的確可能會是一項刑事行爲，例如是性侵犯，或甚至是強姦或以插入的方式進行性侵犯。強迫者可能欲使涉及性的行爲對自己作出，又或者欲使對方在自己面前手淫或與另一人或對另一人作出涉及性的行爲，或甚至對動物或與動物作出類似行爲。法律應該能夠極之清晰地述明，強迫他人在違反自己意願的情況下作出該等行爲是一項罪行，罪責在於強迫他人作出有關行爲的人而非在其直接受害人。我們有證據證明曾有受害人在威脅下被迫手淫的事件發生。在這些事件中，受害人受到威脅，被指正在犯猥褻侵犯罪，

¹ 英格蘭《2003年性罪刑法令》(Sexual Offences Act 2003)說明第13段。

² 《內政部文件》，第2.20.1段。

而強迫者表面上卻沒有作出任何錯事。我們又留意到，有人對於女人強迫男人對她們作出插入之事表示關注。我們不會視之為強姦，但會視之為嚴重侵犯男人的性自主權。我們認為，被強迫作出的插入應受這項新罪行所網羅……”³

7.3 蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）也認為應訂立一項新罪行，以涵蓋強迫另一人進行涉及性的行為，因為這種行為是對另一人的性自主權的重大侵犯：

“在討論文件中，我們所探討的情況，雖然不一定涉及此類性侵犯，但當中所處理的行為大致上與此相同。在性侵犯的案件中，受害人與罪犯有某種形式的接觸，而這接觸是未經受害人同意的。另一種不同的情況，則是罪犯強迫受害人進行涉及性的行為，這行為可能會（但不一定會）涉及與罪犯接觸。可以發生這種行為的途徑多種多樣，舉例來說，罪犯可強迫受害人與第三者性交，又或者與動物或物件或自我進行涉及性的行為。我們認為在所有此等情況中，受害人均沒有選擇進行有關的涉及性的行為，故此受害人的性自主權受到重大的侵犯。”⁴

7.4 蘇格蘭法律委員會建議訂立新罪行，以處理在脅迫情況下進行涉及性的行為。這項建議在諮詢期間受到壓倒性的支持，但有一名受諮詢者擔憂新罪行可能會與其他罪行（例如性侵犯及強姦）重疊。蘇格蘭法律委員會同意新罪行會與其他罪行重疊，但指出被控人只會被檢控對有關的強迫行為來說是適當的罪行：

“我們同意，無論新罪行如何界定，如果強迫行為是涉及罪犯與受害人之間的接觸，新罪行便會與性侵犯重疊，但我們認為構成強姦及性侵犯的行為，是會以強姦及性侵犯的罪名而受到檢控的。建議訂立的脅迫罪，優點在於可以網羅多種其他類別的未得受害人同意的涉及性的行為。”⁵

7.5 另一個支持訂立新罪行的主要原因，則是處理在脅迫情況下進行涉及性的行為的法律有漏洞。蘇格蘭法律委員會表示，所謂

³ 《內政部文件》，第 2.20.1 段。

⁴ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.48 段。

⁵ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.49 段。

“女子強姦男子”（即女子強迫男子對她作出插入）便是一個例子。女子即使在男子不同意的情況下與他進行了性交，仍無須就強姦而負上法律責任：

“我們所建議訂立的強姦定義，把罪行限於有陽具的人才可犯。如果女子強迫男子對她作出插入，雖然是在對方不同意的情況下得到了性交，但遭插入的並非受害人的身體。受害人的身體完整性和性自主權無疑遭受侵犯，但可否確當地將之描述為‘強姦’卻有疑問。這類情況的蹊蹺之處，是某人曾被強迫採取主動的步驟，在自己不同意的情況下進行涉及性的行為。這類侵犯，與受害人自己的身體遭插入有所不同，不應歸類為強姦而應歸類為在脅迫情況下進行涉及性的行為。”⁶

7.6 另一個例子則是甲強迫乙強姦第三者。甲只可因身為協助及教唆的從犯而被控。在此案中，罪責主要在於甲，但甲只是以從犯而非主犯的身分承擔法律責任。乙是清白的一方，因為他是被脅迫強姦第三者。不過，如果因甲協助及教唆乙犯強姦而檢控甲，則會意味乙也有罪（雖然乙不一定會被檢控）。要處理類似此情況的案件，便有必要訂立一項特定罪行，這就正如內政部檢討小組所指出：“法律應該能夠十分清晰地述明，強迫他人在違反自己意願的情況下作出該等行為是一項罪行，罪責在於強迫他人作出有關行為的人而非在於其直接受害人。”⁷

7.7 我們的結論是應訂立一項新罪行，以涵蓋強迫他人進行涉及性的行為。這種行為嚴重侵犯另一人的性自主權，所以應特別訂立一項罪行來處理這種行為。再者，為堵塞處理在脅迫情況下進行涉及性的行為的法律中的漏洞，也有必要訂立這項新罪行。

新罪行的構成元素

英格蘭罪行——導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為

7.8 《英格蘭法令》第 4(1)條訂明：

⁶ 《蘇格蘭法律委員會報告書》，第 3.50 段。

⁷ 《內政部文件》，第 2.20.1 段。

“如屬以下情況，某人（甲）即屬犯導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲的罪行——

- (a) 他故意導致另一人（乙）進行一項行爲，
- (b) 該項行爲是涉及性的，
- (c) 乙不同意進行該項行爲，及
- (d) 甲並非合理地相信乙同意。”

蘇格蘭罪行——性脅迫

7.9 根據《蘇格蘭法令》第 4 條，如某人（甲）故意導致另一人（乙）參與一項涉及性的行爲而乙並不同意參與該項行爲，而甲又並非合理地相信乙同意參與該項行爲，甲即屬犯“性脅迫”罪。

新罪行的名稱

7.10 英格蘭罪行和蘇格蘭罪行建基於同一理據，旨在網羅同一刑事行爲，即強迫他人在違反自己意願的情況下進行或參與涉及性的行爲。問題在於我們究竟應沿用英格蘭的用詞稱新罪行爲“導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲”，還是沿用蘇格蘭的用詞稱新罪行爲“性脅迫”。

7.11 我們認爲英格蘭的用詞較清晰明確，故此建議採用。英格蘭的用詞可令大家更清楚明白這項罪行的主要構成元素，那就是導致另一人在不同意的情況下進行某種形式的涉及性的行爲，以及未有得到此人同意。我們認爲英格蘭的用詞要比蘇格蘭法例的用詞可取。在蘇格蘭的法例中，這項罪行的名稱只顯示出罪行涉及某種脅迫，但未能顯示出罪行的其他主要構成元素，那就是“導致”罪行發生的行爲，以及未有得到另一人同意參與強迫的涉及性的行爲。

“進行”抑或“參與”

7.12 英格蘭用詞中所用的字眼是“進行”（engage in）涉及性的行爲，而蘇格蘭的用詞則不然，所用的字眼是“參與”（participate in）涉及性的行爲。“進行”和“參與”這兩個詞的涵義相同，我們不會特別偏好其一，因爲兩者可以交換使用。不過，由於我們已建

議採用這項罪行的英格蘭名稱，爲了統一起見，我們較傾向於採用“進行”一詞。

視乎強迫行爲的情況而處以不同刑罰

7.13 根據《英格蘭法令》第 4(4)條，如遭被控人強迫作出的行爲是以下四種行爲其中之一，則判刑最高爲終身監禁：

- (a) 插入乙的肛門或陰道，
- (b) 以某人的陽具插入乙的口腔，
- (c) 以乙身體的某部分或由乙以任何其他東西，插入某人的肛門或陰道，或
- (d) 以乙的陽具插入某人的口腔。

7.14 根據《英格蘭法令》第 4(5)條，如強迫的涉及性的行爲不涉及上述四類行爲其中之一，則刑罰會較輕。被控人一經循簡易程序定罪，可處監禁不超過 6 個月及／或不超逾法定最高款額的罰款，而一經循公訴程序定罪，則可處監禁不超過 10 年。

7.15 因此，就被控人所導致的涉及性的行爲而言，英格蘭罪行對於屬插入性質者以及非屬插入性質者，在刑罰方面是有區分的。施加於屬插入性質的涉及性的行爲的最高刑罰，要比施加於非屬插入性質的涉及性的行爲者爲重。

7.16 插入式的涉及性的行爲以及非插入式的涉及性的行爲的處理方法各有不同，英國內政部檢討小組對此點解釋如下：

“我們也認爲有必要設定一項新罪行，以反映強迫行爲的嚴重性。雖然強迫他人作出涉及性的行爲在本質上屬於嚴重，但嚴重的程度會視乎強迫行爲屬何性質而有不同。被強迫作出的觸摸，相比之下可能屬於輕微，而被強迫作出的性插入，則會是極之嚴重。我們故此認爲可以有兩種刑罰不同的罪行：

- 一 強迫他人以其身體、物件或動物對人或動物作出性插入的較嚴重罪行；及

- 一 強迫他人作出其他涉及性的行爲（包括性觸摸在內）的罪行”⁸。

7.17 蘇格蘭的做法則有所不同，在刑罰方面未有區分被強迫進行的插入式涉及性的行爲以及被強迫進行的非插入式涉及性的行爲。就蘇格蘭罪行而言，施加不同級別刑罰的準則，是按定罪來自簡易程序抑或公訴程序，而不是因被強迫進行的涉及性的行爲是否爲插入式。蘇格蘭罪行的刑罰，列明於《蘇格蘭法令》的附表 2。循簡易程序定罪的最高刑罰是監禁 12 個月及／或不超逾法定最高款額的罰款，而循公訴程序定罪的則爲終身監禁及／或罰款。

7.18 問題是我們應否追隨英格蘭的做法，在法例中訂明如果強迫的涉及性的行爲屬插入性質，其刑罰會高於非屬插入性質者。正如英國內政部檢討小組所指出，被強迫作出的插入式涉及性的行爲是極之嚴重的。因此，《英格蘭法令》與《蘇格蘭法令》所各自採取的做法，在實際影響方面可能分別不大，因爲大家會假定被強迫作出的插入式行爲，基於其所涉行爲的嚴重性，必然會循公訴程序而受到檢控。不過，我們認爲較可取的做法，是在法例中清楚區分適用於涉及插入式行爲以及非插入式行爲這兩種情況的刑罰。雖然我們只會在全面檢討的較後階段才研究判刑的方法，但我們應在此階段表明，我們相信對於導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲的建議罪行，訂立適用刑罰的方法，應爲施加於強迫的涉及性的行爲活動的刑罰，屬插入性質者會較非屬插入性質者爲重。

以威脅促致他人作非法性行爲的罪行

7.19 根據《刑事罪行條例》（第 200 章）第 119 條，如“任何人以威脅或恐嚇手段，促致另一人在香港或外地作非法的性行爲……”，即屬犯以威脅或恐嚇促致他人作非法性行爲的罪行。這項罪行的最高刑罰是監禁 14 年。

7.20 以威脅或恐嚇促致他人作非法性行爲的罪行（“促致罪行”）與導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲的建議罪行（“導致罪行”）所涵蓋的刑事行爲相同，都是強迫另一人在違反自己意願的情況下進行涉及性的行爲。問題是現有的促致罪行應否歸於建議的導致罪行之下。

⁸ 《內政部文件》，第 2.20.4 段。

7.21 我們認為，新的導致罪行一經訂立，現有的促致罪行便應予廢除。現有的促致罪行流於過份狹窄，因為它只涵蓋以威脅或恐嚇所促致的非法性行為。導致罪行則不然，只要某人“導致”另一人在本身不同意的情況下進行涉及性的行為，便會觸犯這項罪行。根據《布萊斯通2012年刑事實務》（*Blackstone's Criminal Practice 2012*），任何可導致事情發生的行為即已足夠，因為“導致”一詞在英格蘭法例中未有界定。導致可包括暴力威脅、誘使或甚至勸說。⁹ 因此，導致罪行所網羅的強迫的涉及性的行為，範圍要比現有的促致罪行所網羅者更廣闊。在此情況之下，導致罪行可針對強迫的涉及性的行為提供必要的保障，所以促致罪行再無需繼續存在。

7.22 再者，正如上文所論及，特別訂立一項罪行以處理強迫的涉及性的行為，理據在於這種行為嚴重侵犯另一人的性自主權。現有的促致罪行，卻未能把焦點集中於性自主權。該項罪行的主要焦點，在於施加威脅或恐嚇以促致非法的性行為。導致罪行則不同，是透過規定同意與否須為罪行的構成元素之一來強調性自主權，而得到同意是性自主權的核心所在。

7.23 值得注意的是，以威脅促致女子作非法性行為的英格蘭罪行¹⁰（香港現有的促致罪行是以此為藍本），在新的導致罪行訂立後，已於2003年被《英格蘭法令》廢除。¹¹

“在香港或外地”進行涉及性的行為

7.24 現有的促致罪行可網羅以威脅或恐嚇“在香港或外地”所促致的非法性行為。雖然有關的涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促致它發生的行為卻必須是在香港境內發生。我們認為，應同樣在這項新的導致罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字，否則新的導致罪行便會較現有的促致罪行狹窄。在促致罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字後，雖然涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促致它發生的行為卻必須是在香港境內發生。這樣會有助防止跨境的性罪行。

⁹ 《布萊斯通 2012 年刑事實務》，B3.41 段。

¹⁰ 英格蘭舊有的以威脅促致女子作非法性行為的罪行，載於英格蘭《1956 年性罪行法令》（*Sexual Offences Act 1956*）第 2 條。

¹¹ 《英格蘭法令》第 140 條及附表 7。

關於導致他人進行涉及性的行爲的建議

7.25 經討論訂立導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲這項新罪行的理據和構成元素後，我們在建議21中列出所得的結論。

建議 21

我們建議新法例應加入一項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲的罪行，這項罪行應類似英格蘭《2003年性罪行法令》第4條，但作出必要的變通。

我們又建議，應在這項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲的建議罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字。在加入上述字眼後，雖然涉及性的行爲可以是在香港境內或境外發生，但促使它發生的行爲卻必須是在香港境內發生。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第200章）第119條中的以威脅或恐嚇促使他人作非法性行爲的罪行便應予廢除。

第 8 章 建議摘要

建議 1： 改革的指導原則（第 2.44 段）

我們建議，對性罪行的實體法律進行任何改革，都應該依據一套指導原則來進行；如要偏離這些指導原則，應有充分的理由支持。

我們建議這些指導原則應包括：

- (i) 法律必須清晰明確。
- (ii) 尊重性自主權。
- (iii) 保護原則。
- (iv) 無分性別。
- (v) 避免基於性傾向而作出區別。
- (vi) 應符合《公民權利和政治權利國際公約》、《香港人權法案條例》（第 383 章）和《基本法》的條文。

建議 2： 應訂立同意一詞的法定定義（第 3.5 – 3.7 段）

我們建議，應就性交或涉及性的行為訂立“同意”的法定定義。

建議 3： 同意一詞的建議定義（第 3.8 – 3.10 段）

我們建議所採用的同意一詞的法定定義，應規定任何人如：

- (a) 自由地和自願對涉及性的行為給予同意；並且
- (b) 有行為能力對涉及性的行為給予同意，

即屬對涉及性的行為給予同意。

建議 4： 對涉及性的行爲給予同意的行爲能力（第 3.11 – 3.23 段）

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，即屬無行爲能力對涉及性的行爲給予同意：

- (a) 明白該行爲是甚麼；
- (b) 就自己是否進行該行爲（或就該行爲應否進行）而作出決定；
或
- (c) 傳達任何上述決定。

建議 5： 如涉及性的行爲在本質或目的方面存在欺騙又或者有冒充的情況，則無同意可言（第 3.40 – 3.51 段）

我們建議，新法例應加入與英格蘭《2003 年性罪行法令》第 76(2)(a) 及 (b) 條相類似的條文，規定如被控人作出以下事情，則投訴人不可能給予同意，而被控人也不可能相信投訴人同意：

- (a) 就相關的涉及性的行爲，在本質或目的方面故意欺騙投訴人；
或
- (b) 冒充投訴人所認識的人，故意誘使投訴人對相關的涉及性的行爲給予同意。

建議 6： 同意的範圍和撤回（第 3.54 – 3.60 段）

我們建議，新法例應加入與《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 15(2)、(3) 及 (4) 條相類似的條文，規定：

- (a) 對個別涉及性的行爲給予同意，本身並不暗示對任何其他涉及性的行爲給予同意；
- (b) 對涉及性的行爲所給予的同意，可在該行爲開始之前的任何時間或（如屬持續行爲）在該行爲進行期間的任何時間予以撤回；以及
- (c) 如某行爲在同意被撤回後進行或繼續進行，該行爲即屬在未經同意下進行或繼續進行。

建議 7： 強姦罪的範圍（第 4.7 – 4.9 段）

我們建議，應在新法例中加入與英格蘭《2003 年性罪行法令》第 1(1)(a)條相類似的條文，使強姦的範圍包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔。

建議 8： 區分強姦與非以陽具作出的其他方式的性插入行爲（第 4.10 – 4.15 段）

我們建議，應繼續使用強姦一詞描述未經同意下以陽具作出插入的罪行。

我們又建議，應區分強姦與其他未經同意下所犯並且涉及非以陽具作出的性插入行爲的性罪行。

建議 9： 陽具和陰道的定義（第 4.16 – 4.21 段）

我們建議新法例應規定，就任何性罪行而言，陽具應包括由手術建造的陽具，陰道應包括(a)外陰以及(b)由手術建造的陰道（連同由手術建造的外陰）。

建議 10： “插入”的涵義（第 4.22 – 4.28 段）

我們建議，就任何性罪行而言，插入的定義應指從進入起直至退出為止的持續行爲。

我們又建議，如插入最初獲得同意，但在某個時候同意被撤回，則從進入起的持續行爲，應指從先前所給予的同意被撤回之時起的持續行爲。

建議 11： 插入行爲和其他有關涉及性的行爲的精神意念元素（第 4.29 – 4.35 段）

我們建議，新法例應明確規定強姦中的插入行爲，以及其他未經同意下進行的性罪行（即三項可能訂立的新罪行：以插入的方式進行性侵犯、性侵犯、導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲）中的相關行爲，均必須是故意作出的。

我們又建議，新法例應規定自我引發的神智不清，不能構成強姦及其他未經同意下進行的性罪行的免責辯護。

**建議 12： 處理真確（但錯誤）相信對方同意這個問題的改革方案
（第 4.46 – 4.68 段）**

我們建議，就強姦罪及其他未經同意下進行的性罪行而言，新法例應加入與英格蘭《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)條相類似的條文，規定：

- (a) 控方必須證明(i)投訴人不同意，以及(ii)被控人並非合理地相信投訴人同意；以及
- (b) 信念是否合理，必須在考慮所有有關情況後而予以裁定，有關情況包括被控人為確定投訴人是否同意而採取的步驟。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118(4)條便應予廢除。

**建議 13： 應保留以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行
（第 4.69 – 4.76 段）**

我們建議，在新法例制定後，應保留《刑事罪行條例》（第 200 章）第 120 條所訂的以虛假藉口促致他人作非法的性行為這項罪行。

建議 14： 以不涉及使用武力的威脅或恐嚇手段（如經濟威脅）獲得性交（第 4.77 段）

我們建議，以經濟壓力獲得性交的案件應按個別情況處理，依據同意概念裁定是否牽涉強姦，但不需要為這類案件訂立新罪行。

建議 15： “性”的定義（第 5.9 – 5.23 段）

我們建議，就任何性罪行而言，應採用英格蘭《2003年性罪行法令》第 78(a)及(b)條所載關於“性”的定義，但刪除第 78(b)條中的“它基於行為本質可能會涉及性以及”等字。“性”的定義故此會類似下文：如一名合理的人認為某項罪行符合以下情況，它便是涉及性——

- (a) 不論它本身的情況如何，亦不論某人對它懷有甚麼目的，它是基於行為本質而涉及性，或
- (b) 它是基於本身的情況或某人對它所懷有的目的（或基於兩者）而涉及性。

建議 16： 以插入的方式進行性侵犯；廢除未經同意下作出肛交的罪行（第 5.37 段）

我們建議新法例中應有一項以插入的方式進行性侵犯的罪行，而其構成元素為某人（甲）在未經另一人（乙）同意而且並非合理地相信乙同意的情況下，故意以自己身體的任何部分或任何其他東西插入乙的陰道或肛門。

我們建議採納一項類似《2009 年性罪行（蘇格蘭）法令》第 2(4)條的條文。這項條文的作用是，就以插入的方式進行性侵犯的罪行而言，凡提述以某人的身體插入，須解釋為包括以此人的陽具插入。

我們建議《刑事罪行條例》（第 200 章）的附表 1 應予修訂，在被控人被控強姦的案件中，容許陪審團作出法定交替裁決，改判被控人以插入的方式進行性侵犯。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 118A 條所訂的未經同意下作出肛交的罪行便應予廢除。

建議 17： 觸摸的定義（第 6.10 – 6.14 段）

我們建議採用英格蘭《2003 年性罪行法令》第 79(8)條所載的“觸摸”定義，以便就任何性罪行而言，觸摸包括：

- (a) 以身體的任何部分作出的觸摸，
- (b) 以任何其他東西作出的觸摸，
- (c) 透過任何東西作出的觸摸，

尤其包括構成插入的觸摸。

建議 18： 性侵犯（第一類）（第 6.30 段）

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素應是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出以下任何一項事情：

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

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122 條中的猥褻侵犯罪便應予廢除。

建議 19： 性侵犯（第二類）（第 6.30 段）

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素也應是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出一項本質涉及性的行爲，而這項行爲令乙意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。

建議 20： 性侵犯（第三類）；保留猥褻露體罪（第 6.30 段）

我們建議，新法例中的性侵犯罪的構成元素應進一步是：某人（甲）未經另一人（乙）同意，而且並非合理地相信乙同意，故意作出一項本質涉及性的行爲，而該項行爲若然被乙知道，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爲，卻不會對該罪行的構成有所影響。

我們又建議，在新法例制定後，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 148 條所訂的猥褻露體罪應予以保留。

**建議 21： 導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲；及
廢除以威脅或恐嚇促致他人作非法性行爲的罪行
（第 7.25 段）**

我們建議新法例應加入一項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行爲的罪行，這項罪行應類似英格蘭《2003 年性罪行法令》第 4 條，但作出必要的變通。

我們又建議，應在這項導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為的建議罪行的構成元素中加入“在香港或外地”等字。在加入上述字眼後，雖然涉及性的行為可以是在香港境內或境外發生，但促使它發生的行為卻必須是在香港境內發生。

我們又建議，新法例一經制定，《刑事罪行條例》（第 200 章）第 119 條中的以威脅或恐嚇促致他人作非法性行為的罪行便應予廢除。

**英格蘭《2003年性罪行法令》及
《2009年性罪行（蘇格蘭）法令》的網址**

下述海外法例可於互聯網上的下述網址下載——

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>