

## 關注婦女性暴力協會

### 提交司法及法律事務委員會

### 對「強姦及其他未經同意下進行的性罪行」諮詢

### 意見書

關注婦女性暴力協會於 1997 年 3 月成立，是一所非牟利志願機構，一直支持兩性平等並關注女性受到性暴力的威脅及傷害，致力引起社會關注及正視性暴力問題。本會於 2000 年成立全港首間性暴力危機中心 - 「風雨蘭」，我們以「風雨蘭」作為各專業界別的協調機制，一站式提供輔導、醫療、法律及其他適切支援，以協助遭受性暴力的女性重建自尊自信。本會亦積極倡議改善現有的法例及加強對性暴力受害人權益的保障。

現時香港有關性暴力的法例已沿用超過五十年，當中不少法例已不合時宜，未能為性暴力受害人提供足夠的保障，亦對性自主有一定的限制。近年多個海外國家已重新制定及改革規管性罪行之法例。本會對香港法律改革委員會現正就香港性罪刑法例之改革進行諮詢表示歡迎，希望本港能盡快修訂有關法例，使法律更清晰明確，令所有人的性自主受到尊重，亦為性暴力受害人提供更全面的保障。本會對有關建議舉行了多次諮詢大會，收集性暴力受害人、輔導員及關注性暴力問題之人士的意見。本會希望藉此建議書，向委員會提出改善「強姦及其他未經同意下進行的性罪行」諮詢的意見。

#### 1. ) 性暴力現況:受害人求助困難及難以透過法律尋找公義

性暴力個案的報案率偏低是全球共同的現實（吳惠貞，2005）。根據香港警務處的統計數字顯示，由 2007 年至 2011 年五年間共接獲 551 宗強姦及超過七千宗非禮案件的舉報（香港警務處網頁）。

而風雨蘭在過往多年接獲的求助個案中，即使在輔導員的輔導及支持下，亦只有不足五成半的求助者願意報警。根據關注婦女性暴力協會的《港人對強姦問題的認知及受害人服務意見調查》（吳惠貞、王美鳳，2002），只有 11% 的受害人願意報警求助。而在風雨蘭過去 2 年約 4000 個熱線求助中，只有約 200 宗個案，即不足半成的個案，有報警求助。

根據新婦女協進會於 2005 年進行之調查顯示，在被訪問的 250 人中，有超過一成半的女性曾在不願意情況下與人發生性行為，四成半曾被非禮，另近六成曾被性騷擾，有被性騷擾或非禮的女性表示主要在公眾場所被陌生人侵犯。有少數女性曾經被強暴。近七成女性有告訴別人被性騷擾/非禮/強暴，可是超過九成沒有向警方舉報（新婦女協進會，2005）。由此可見，每年警方的舉報數字只是性暴力問題的冰山一角，大部份性暴力事件都在社會被隱藏，絕大部份性暴力受害人，未有向警方求助，由此顯示他們對現時的法律制度及法例沒有信心，拒絕尋求司法制度的協助。

## 1.1) 受害人在法律及司法制度下受到二度創傷

受害人希望透過法律制裁侵犯者，令她們能夠取回公道。可是大多數受害人在司法系統體驗到的，卻是比原本之性暴力事件傷害更深的二度創傷。有九成受害人沒有報警的原因是「怕要上庭複述被侵犯的經過或被盤問」(吳惠貞，2005)，她們在法庭上作供的過程中，不但要重覆痛苦的經歷，被辯方律師咄咄逼人地盤問，令她們感到受侮辱和污蔑。此外，她們更要面對侵犯者、傳媒及公眾的目光，在法庭內等候及作供期間，內心的恐懼不但令她們情緒難以平伏，更阻礙了她們的作供，(吳惠貞，2005) 影響審訊的公平、公正。

香港浸會大學社會工作系副教授洪雪蓮博士在「性暴力幸存者的求助經驗研究：社區回應與二度創傷」研究報告(2011) 指出，受害人在審訊過程中要再面對侵犯者、接受律師的提問、再度憶述事件、在無阻擋下公開自己的樣貌、身份、背景、性經驗、其他個人資料(如電話)等，均對受害人帶來嚴重的「二度創傷」。

當受害人決定出庭指證侵犯者，將要隨之而面對的是他人的目光，這往往對受害人構成極大壓力和恐懼。據風雨蘭過往的經驗，有受害人在上庭前感到焦慮，更因持續失眠而需向精神科醫生求助；亦有受害人得知她工作的同事會到法庭旁聽，而很憂慮她的身份會向其他同事曝光。因此，不少受害人均希望申請屏風作供以減輕心理壓力。雖然受害人有權向法庭要求申請保護措施，但根據風雨蘭的經驗，有關申請往往被法庭駁回。而當受害人得悉申請屏風被拒時，往往出現緊張情緒，擔心上庭的情況，有受害人更因承受不了沉重壓力而考慮放棄出庭作供。

## 2) 歡迎法改會提出對性罪行作出修訂

現時的強姦及非禮罪定義乃於 1957 年訂立，其立法原則不是為了尊重性自主權，而是從違反社會道德的角度或保障貞操的觀念出發，而此觀念並不合時宜。現時法改會建議改革的原則強調尊重性自主權及保護原則，本會認為此改革較貼近現今社會的發展及市民需要，在提供保護的同時，亦尊重性自主權，本會對此表示歡迎。除此之外，本會就當中不少改革建議表示支持及認同，例如：加入“以插入的方式進行性侵犯”及對“同意”一詞訂立法定定義等。可是，本會對於部份修訂建議仍感有不足之處，為此，本會集結性暴力受害人及關注議題的人士之意見，並歸納為以下 5 點，以供 貴委員參考，期盼 貴委員會能改善有關修訂。

### 2.1) 強姦及以插入的方式進行性侵犯

根據現時之法例，強姦的定義必須為“以陽具插入陰道”式的性交，如果加害者用手指

或硬物等插入陰道、肛門或逼使受害者口交，只能控以非禮，故此現時在強姦案件的審訊中，往往要求受害人要清楚指出及解釋何以得知當時是以陽具插入陰道式的性交，大大增加了受害人在審訊時作供的困難及心理創傷。本會曾經有個案受害人因未能在法庭以毫無合理疑點下証實插入陰道的乃是陽具，以致最終強姦罪名不成立；(亦有個案因為法官未有引導陪審團可考慮改判猥褻侵犯罪，而判被告強姦罪名不成立，法庭把案件發還重審，改判為猥褻侵犯罪。)；更有受害人因在第一次上庭時感到受侮辱、尊嚴受損等二度創傷，令她拒絕在重審時再次出庭。本會認為，現時法例單純以”陽具插入陰道”作為強姦定義，實在非常狹隘，一方面漠視了性侵犯作為一種暴力的嚴重性，另一方面，亦令受害人無法在司法系統中得到公義，加重受害人在作供時的心理創傷，從刑罰的角度來說，對受害者並不公平。

### 2.1.1) 擴大保障範圍

就著諮詢文件的第四章及第五章修訂，本會認為無論性暴力的受害者是什麼性別，以性方式去征服、操縱及控制對方也是不能容忍的，所以歡迎法改會擴大強姦罪定義的建議，使強姦範圍由現時只限於插入陰道，更改為包括陰道、肛門及口腔，使男性受害人和跨性別人士受害人納入保障之中。

### 2.1.2) 合併強姦及以插入的方式進行性侵犯

本會並不同意諮詢文件中提及「應保留強姦一詞，主要理由是…在我們的文化裡，強姦是一種特別令人髮指的惡行。」這種對強姦的演繹只會強化以「陽具為中心」的社會文化。從本會「風雨蘭」服務受害人遭受性暴力對待的經驗顯示，非陽具插入的性暴力襲擊，同樣對受害人造成嚴重和長久之身心傷害，而此創傷絕不輕於使用陽具的加害行為。加害者使用其他的工具如手指、舌頭、硬物插入受害人的陰道或肛門，這些加害行為，本質上都是一種強者向弱者支配和制服方式的展示，跟陽具插入的性暴力侵害一樣對受害人造成心理及生理的創傷。

因此對於法改會建議保留以「陽具為中心」的強姦定義，並繼續區分強姦和其他非以陽具作出的插入行為，本會並不認同。基於兩種插入行為均可對受害人造成同樣的身心傷害，本會認為無論陽具或非陽具插入均是「令人髮指」的行為，所以應合併為相同的罪行。一方面，打破傳統的強姦定義更能突顯性暴力事件對受害人的身心傷害，讓社會大眾更明白罪行的嚴重性；另一方面，合併罪行可以免卻受害人辨別及指證陽具插入的必要性，從而減輕警方搜證及律政司檢控的困難。故此，本會認為無論以陽具或非陽具插入方式進行性侵犯，都不應區分為有別的罪行。

## 2.2) 以插入式性侵犯取代強姦一詞

現時，不少海外國家已經採用「性侵犯」、「插入式性侵犯」等控罪取代「強姦」一詞，以反映性暴力為性別權力上的暴力，是對別人性自主權的侵犯，從而減少對性暴力受害人的標籤及污名。加拿大及部份澳洲省份在修改法例的過程中，亦把性罪行名稱中的「強姦」修訂為「性侵犯」或「插入式性侵犯」。法改會就「強姦」一詞的修訂不但繼續保留大眾對陽具插入式性侵犯罪行的重視，更未能令社會關注非陽具插入式性侵犯行為的嚴重性，漠視其帶來的傷害。因此，本會希望法改會考慮在修訂中以「插入式性侵犯」取代「強姦」一詞。

## 2.3) 同意的定義

### 2.3.1) 精神意念元素由純主觀改為主觀及客觀

本會同意把侵犯者的精神意念元素由純主觀改為主觀及客觀。由於現時法例中只要是被告真確相信受害人同意，即使不合理，亦不能被裁定犯強姦罪；正如法改會在報告指出，這不但「鞏固對女性和性選擇權的謬誤和成見，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...」。風雨蘭的個案中，受害人雖然在法庭上清楚表示，自己在被侵犯時是不同意的，然而法官對陪審員作出的指引指出「被告真誠相信事主同意性交，即使被告出於誤會，強姦罪名便會不成立」，因此案件亦被判為罪名不成立。由此可見，受害人的真正意願，縱使在法庭內明確表達，可惜在現時法例的漏洞中，最終會被忽視；故此，有關建議不但能改善現時法例的漏洞，陪審團能更明確考慮受害人的真正意願，更有利推動社會消除對性及性暴力的偏見。

### 2.3.2) 罔顧可構成犯罪的精神意念元素

不過，本會並不同意建議中規定，插入行為和其他相關涉及性的行為必須是故意作出。法改會應考慮參考蘇格蘭法例，接納故意或罔顧都可構成犯罪的精神意念元素，以免侵犯者以此藉口脫罪。

### 2.3.3) 同意的定義加入「不可單憑事主的反應，而認為受害人沒有不同意。」

由於社會對性暴力的偏見，大眾以為受害人必定會以暴力及身體反抗作為表達自己不同意的意願，忽略了事件對受害人的恐懼及威嚇，令受害人無法抵抗或作出反應。可是現時警方及法庭，往往會以受害人身體的傷痕及作出暴力還擊的程度，以證明事主的不自願。而風雨蘭的個案顯示，受害人即使不願意，亦難在性暴力發生時作出武力抵抗。現時澳洲不少

省份(如: ACT, NT, SA 及 VIC) , 在審訊時會對陪審員作出指引:「不可單憑事主沒有講出任何說話、沒有作出任何舉動、沒有以暴力抵抗或沒有傷痕、或在過去與被告或任何人士的性行為, 便認為受害人同意該性行為。」這指引大大幫助減低陪審員因偏見而作出對受害人不公平的裁決。因此, 本會建議法改會效法澳洲的做法, 應在同意的定義上加入「不可單憑事主沒有講出任何說話、沒有作出任何舉動、沒有以暴力抵抗或沒有傷痕、或在過去與被告或任何人士的性行為, 便認為受害人同意該性行為。」讓法官對陪審員作出相關指引。

#### 2.3.4) 加入「證據推定」

本會也贊成訂立同意的法定定義, 然而對於如何裁定同意, 本會認為除了採用法改會提出的「不可推翻的推定」外, 亦應效法英格蘭及其他國家加入「證據推定」, 即在受害人被威嚇、施加暴力、非法禁錮及不省人事等情況下, 而被告亦知道上述情況存在, 會推定受害人並無同意, 被告亦可舉證推翻, 藉此避免受害人因舉證困難, 而放棄舉報。

#### 2.4) 偷拍/偷窺罪行, 應清楚界定犯罪行為

本會歡迎法改會把某些故意作出而本質又涉及性的侵犯行為界定成「性侵犯」, 如「偷拍裙底」。近年, 在公眾地方發生的偷拍案件不斷上升, 警方的偷拍裙底罪案數字也有不斷上升的趨勢, 港鐵範圍內發生的偷拍裙底個案, 由去年平均每個月 6 宗, 升至今年首 8 個月平均每月 9 宗, 上升超過五成。偷拍行為不但侵犯了本港的華裔婦女, 在港的外籍傭工亦身受其害, 例如在工作間(即其住處)的偷拍行為, 確是屢見不鮮: 有僱主為滿足一己私慾, 在廁所、浴室、及外傭的房間等地方偷偷安裝錄影儀器, 以偷拍外傭更衣、如廁或沐浴的片段, 侵犯傭工的尊嚴和私隱; 加上現行入境處的強制留宿條例, 逼使外傭與僱主同住一屋, 外傭對偷拍此舉更是防不勝防。

香港目前沒有一項針對規管偷拍行為的條例, 因此警方一般會引用現有相關的條例作出檢控, 例如以「遊蕩」、「公眾地方行為不檢」, 以及「普通法」下的「作出有違公德的行為」罪作出檢控, 可是相關條例均難以有效打擊偷拍行為。而一些在私人領域發生的偷拍行為, 如親屬或工作間的偷拍行為, 更無法運用現時的刑事法例保障。

法改會訂立新的性侵犯條例, 把「偷拍」行為涵蓋入性侵犯的刑事條例, 透過立法進行規管, 讓大眾了解偷拍行為乃侵犯他人的罪行, 以防止及減少這些罪行, 同時把保障擴展至私人領域。但是, 在選取新的性侵犯罪的構成元素上, 本會認為採用加拿大或新西蘭的刑事法典所訂定的條文會較切合及完整。有關的條文能充分反映偷拍女性裙底、私處、更衣、如廁、甚至沐浴的行為不但違反私隱, 更是涉及性的侵犯。本會認為法例應針對犯罪行為本身, 而不應加入受害人主觀情感的原素, 縱使以上偷拍或偷窺行為未必為受害人帶來恐懼或傷

害，但因侵犯者偷拍的目的是侵犯別人的權利及私隱，故應進行檢控。有見及此，本會建議考慮參考加拿大或新西蘭的法例，清楚列明犯罪的行為。

## 2.5) 檢討有關證據法及司法程序的修定

由於性罪行的案件在審訊過程中，經常涉及有關證據法及司法程序，而相關程序對於受害人及被告公平、對審訊是否公義及陪審員是否能作出公正的決定起著重要作用，因此，本會建議香港應效法其他國家(如:英國、蘇格蘭)，在修訂性罪行法例外，亦應修訂相關的證據法及司法程序。

### 2.5.1) 受害人身份被公開

雖然根據第 200 章法<刑事罪行條例>第 156 條，有關申訴人身份保密的法例對公開申訴人身分的事項有所限制，不可於香港可供公眾閱讀的書刊中發佈或在香港廣播。而法庭一般會以代號稱呼受害人，以免受害人的名字曝光，對受害人提供很重要的保障。可是，在一個公開的審訊過程中，受害人往往在作供期間被問及與事件無關的個人背景資料，確實對受害人造成嚴重心理威脅及滋擾。例如：辯方律師以受害人的英文名或暱稱稱呼，令受害人的身份能被辨認；另外，亦曾有受害人的電話號碼及住址等私人資料在審訊時被公開，法官及檢控官亦沒有提出反對，令傳媒能夠追訪受害人，使她受到嚴重滋擾及感到受威脅。因此，本會建議修訂相關法例，加強對受害人的保障。

### 2.5.2) 性經驗

根據第 200 章法<刑事罪行條例>第 154 條對證據及發佈有關身份詳情的限制，除非獲得法官的許可，否則在該審訊中任何被告人或其代表不得提出有關申訴人與該被告人以外的其他人的性經驗的證據，或在盤問中提出有關此事的問題。此法例的目的是避免陪審員因受害人的性經驗產生偏見，而影響他們作出公正的裁決。在本會與浸會大學於 2007 年進行的調查顯示，法庭對於性暴力存在不少偏見與迷思。現時法官有權批准對受害人性經驗的提問，可是，法律上對於有關批准的準則並沒有作出指引。因此，香港應效法英國、加拿大等國家，明確訂明，只有在特定情況下，才可批准向受害人提出有關性經驗的證據。此外，香港亦應效法英國，對受害人與被告及被告以外的其他性經驗，均要作出限制，以免案件因對女性及性暴力的偏見而受影響。

### 2.5.3) 對性暴力受害人的保障:以錄影會面作證供、視像及在屏障遮蔽下在法庭上作供等

現時受害人雖然能以第 221 章刑事訴訟程序條例 (79B) 向法庭申請以視像作供，而「檢控政策及常規」與「對待受害者及證人的陳述書」亦列明，受害人能提出在屏障遮蔽下在法

庭上作供；可是風雨蘭 2010 - 2011 年的個案資料顯示，只有不足兩成的受害人能獲得有關保護措施，而當中大部份均是未滿 16 歲及精神無行為能力人士（原本亦獲得安排相關措施）。反之，精神行為能力正常的成年受害人要以「易受傷害証人」的理據提出申請，幾乎所有申請都不獲批准。即使受害人因未有獲得法庭保護而感到情緒受損，甚至企圖自殺，法庭亦拒絕有關申請。最後更因受害人無法出庭作証，被告獲撤銷控罪。受害外傭和少數族裔婦女面對警方和出庭作供時常遇到種種困難，包括語言障礙、傳譯困難、受侵犯後情緒不穩等，以上因素均不但對她們帶來更大的心理壓力，亦影響其供詞的準確度，並對司法程序造成負面影響。

本會認為法改會應效法英格蘭、蘇格蘭及其他地方的法例，加強對性暴力受害人在審訊時的保障，當中包括修訂法例確保性暴力受害人能以錄影會面作證供、視像及在屏障遮蔽下在法庭上作供等。這不但有助檢控罪行，同時亦尊重和保護證人的尊嚴，這些都是刑事司法制度的基本價值。

就被告的公平審訊權利而言，採用屏風實際上是有助於此權利的，因為屏風有助改善證詞的事實準確度，以達至公平裁決。此外，案例中也承認公平審訊的概念已發展成為包括對被告和證人雙方的公平，因此不能只為滿足被告的利益而犧牲證人的權利。香港亦有案例承認被告的權利需與證人的利益作平衡。因此，被告所享有之權利既不是絕對的，也不是獨霸的。

長遠而言，政府可效法英國有關性罪行案件的處理程序，修改法例 221 章 79B，容許性暴力受害人以錄影會面作證供減少她們在法庭上的審問，為性暴力受害人提供特別的法庭設施(如：屏風、視像作供)，協助她們在法庭上作供。

### 3) 以下是本會就法改會建議之回應

#### 建議 1：改革的指導原則

本會同意委員會建議以法律清晰、明確、性自主、保護、無分性別及人權為指導原則。現時的強姦及非禮罪定義乃於 1957 年訂立，其立法原則不是為了尊重性自主權，而是從違反社會道德的角度或保障貞操的觀念出發，而此觀念並不合時宜。現時法改會建議改革的原則強調尊重性自主權及保護原則，本會認為此改革較貼近現今社會的發展及市民需要，在提供保護的同時，亦尊重性自主權，本會對此表示歡迎。可是委員會未有處理性自主與保護原則之間潛在的衝突。此外，本會認為法改會亦應加入對性暴力申訴人權利的保障，作為法律改革的原則。

#### 建議 2：應訂立同意一詞的法定定義

本會認同定立「同意」一詞的法定定義。

### **建議 3：同意一詞的建議定義**

**本會認同有關「同意」定義的修定，並建議效法澳洲的判刑指引，在修定中加入「不可單憑事主沒有講出任何說話、沒有作出任何舉動、沒有以暴力抵抗、身上沒有傷痕、或在過去與被告或任何人士的性行為，便認為受害人同意該性行為。」**減少陪審員因偏見而作出對受害人不公平的裁決。

由於社會對性暴力的偏見，大眾以為受害人必定會以暴力及身體反抗作為表達自己不同意的意願，忽略了事件對受害人的恐懼及威嚇，令受害人無法抵抗或作出反應。可是現時警方及法庭，往往會以受害人身體的傷痕及作出暴力還擊的程度，以證明事主的不自願。而風雨蘭的個案顯示，受害人即使不願意，亦難以在性暴力發生時作出武力抵抗。現時澳洲不少省份(如: ACT, NT, SA 及 VIC) ，在審訊時會對陪審員作出指引:「不可單憑事主沒有講出任何說話、沒有作出任何舉動、沒有以暴力抵抗或沒有傷痕、或在過去與被告或任何人士的性行為，便認為受害人同意該性行為。」這指引大大幫助減低陪審員因偏見而作出對受害人不公平的裁決。因此，本會建議法改會效法澳洲的做法，應在同意的定義上加入「不可單憑事主沒有講出任何說話、沒有作出任何舉動、沒有以暴力抵抗或沒有傷痕、或在過去與被告或任何人士的性行為，便認為受害人同意該性行為。」讓法官對陪審員作出相關指引。

### **建議 4：對涉及性的行為給予同意的行為能力**

本會同意此修定。

### **建議 5：如涉及性的行為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**

本會同意法改會提出的「不可推翻的推定」。建議亦應效法英格蘭及其他國家加入「證據推定」，即在受害人被威嚇、施加暴力、非法禁錮及不省人士等情況下，而被告人亦知道上述情況存在，推定受害人並無同意，而被告亦可舉證推翻，藉此避免受害人因舉證困難，而放棄舉報。

### **建議 6：同意的範圍和撤回**

本會同意建議中同意的範圍和撤回。

### **建議 7：強姦罪的範圍**



本會同意強姦的範圍應包括以陽具插入另一人的陰道、肛門或口腔（包括人造器官），使男性受害人和跨性別人士受害人納入保障之中。本會更認為強姦罪應包括以陽具以外的身體部份或物件作插入的方式進行性侵犯。並應效法其他地方，以「插入式性侵犯」取代強姦罪的名稱，以反映性暴力為性別權力上的暴力，是對別人性自主權的侵犯，從而減少對性暴力受害人的標籤及污名。

根據現時之法例，強姦的定義必須為“以陽具插入陰道”式的性交，如果加害者用手指或硬物等插入陰道、肛門或逼使受害者口交，只能控以非禮，故此現時在強姦案件的審訊中，往往要求受害人要清楚指出及解釋何以得知當時是以陽具插入陰道式的性交，大大增加了受害人在審訊時作供的困難及心理創傷。本會曾經有個案受害人因未能在法庭以毫無合理疑點下証實插入陰道的乃是陽具，以致最終強姦罪名不成立；（亦有個案因為法官未有引導陪審團可考慮改判猥褻侵犯罪，而判被告強姦罪名不成立，法庭把案件發還重審，改判為猥褻侵犯罪。）本會認為，現時法例單純以“陽具插入陰道”作為強姦定義，實在非常狹隘，一方面漠視了性侵犯作為一種暴力的嚴重性，另一方面，亦令受害人無法在司法系統中得到公義，加重受害人在作供時的心理創傷，從刑罰的角度來說，對受害者並不公平。

#### 建議 8：區分強姦與非以陽具作出的其他方式的性插入行為

本會反對區分陽具與非以陽具作出的其他方式的性插入行為，亦反對以強姦罪一詞描述陽具插入。本會認為以上行為應視作為同一罪行，以「插入式性侵犯」作為罪行的名稱。

本會並不同意諮詢文件中提及「應保留強姦一詞，主要理由是…在我們的文化裡，強姦是一種特別令人髮指的惡行。」這種對強姦的演繹只會強化以「陽具為中心」的社會文化。從本會「風雨蘭」服務受害人遭受性暴力對待的經驗顯示，非陽具插入的性暴力襲擊，同樣令受害人受到造嚴重和長久之身心傷害，而此創傷絕不輕於使用陽具的加害行為。加害者使用其他的工具如手指、舌頭、硬物插入受害人的陰道或肛門，這些加害行為，本質上都是一種強者向弱者支配和制服方式的展示，跟陽具插入的性暴力侵害一樣對受害人造成心理及生理的創傷。

本會認為無論陽具或非陽具插入均是「令人髮指」的行為，所以應合併為相同的罪行，一方面，打破傳統的強姦定義更能突顯性暴力事件對受害人的身心傷害，讓社會大眾更明白罪行的嚴重性；另一方面，合併罪行可以免卻受害人辨別及指證陽具插入的必要性，從而減輕警方搜證及律政司檢控的困難。

雖然法改會指出，兩罪的判刑將會是相同。可是，兩罪可能會因判例有不同的判刑指引。因此，繼續陽具區分非陽具插入，會繼續使辨別陽具成為決定不同控罪的重要關鍵，加

重受害人的壓力，亦會增加困難。既然兩罪判刑相同，因此，本會認為不應具分陽具或非陽具方式的插入，應合併為相同的罪行。以「插入式性侵犯」作為罪行名稱。

故此，本會認為無論以陽具或非陽具插入方式進行性侵犯，都不應區分為有別的罪行。

### 建議 9：陽具和陰道的定義

本會同意對陽具和陰道的定義。

### 建議 10：“插入”的涵義

本會同意插入的定義應指從進入起直至退出的行為，可是為了避免社會人士及法庭因字眼有混淆不清引起爭議，建議應加入：「即使輕微及非常短時間的插入亦應被視為插入」，以免被持續一詞誤導。

### 建議 11：插入行為和其他有關涉及性的行為的精神意念元素

本會並不同意建議中規定，插入行為和其他相關涉及性的行為必須是故意作出。法改會應考慮參考蘇格蘭法例，接納故意或罔顧都可構成犯罪的精神意念元素，以免侵犯者以此藉口脫罪。

### 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

本會同意把侵犯者的精神意念元素由純主觀改為主觀及客觀。由於現時法例中只要是被告真確相信受害人同意，即使不合理，亦不能被裁定犯強姦罪；正如法改會在報告指出，這不但「鞏固對女性和性選擇權的謬誤和成見，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……」。風雨蘭的個案中，受害人雖然在法庭上清楚表示，自己在被侵犯時是不同意的，然而法官對陪審員作出的指引指出「被告真誠相信事主同意性交，即使被告出於誤會，強姦罪名便會不成立」，因此案件亦被判為罪名不成立。由此可見，受害人的真正意願，縱使在法庭內明確表達，可惜在現時法例的漏洞中，最終會被忽視；故此，有關建議不但能改善現時法例的漏洞，陪審團能更明確考慮受害人的真正意願，更有利推動社會消除對性及性暴力的偏見。

### 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

本會同意保留（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**

本會不同意法改會拒絕定立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。在風雨蘭處理的個案中，有部份受害人被侵犯者以裸照或經濟威脅作性交。可是，由於強姦罪的舉証要求非常高，警方亦經常以威嚇不涉及暴力或受害人當時作出已作出同意為由，沒有作出檢控或未能成功作出起訴。因此，建議加入新法例，令受害人能受到保障。

**建議 15：“性”的定義**

本會同意法改會提出對性的定義。

**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**

本會同意法改會提出廢除未經同意下作出肛交的罪行，以「插入式性侵犯」取代。

**建議 17：觸摸的定義**

本會同意法改會提出對觸摸的定義。

**建議 18：性侵犯（第一類）**

本會同意以性侵犯取代猥褻侵犯罪，並同意對性侵犯(第一類)的定義。

**建議 19：性侵犯（第二類）**

本會同意以對性侵犯(第二類)的定義

**建議 20：性侵犯（第三類）**

本會雖然歡迎法改會把某些故意作出而本質又涉及性的偷拍行為界定成「性侵犯」。新的性侵犯條例，把「偷拍」行為涵蓋入性侵犯的刑事條例，透過立法進行規管，讓大眾了解偷拍行為乃侵犯他人的罪行，以防止及減少這些罪行，同時把保障擴展至私人領域。**但本會不同意以對性侵犯(第三類)的定義。**在選取新的性侵犯罪的構成元素上，本會認為採用加拿大或新西蘭的刑事法典所訂定的條文會較切合及完整。

近年，在公眾地方發生的偷拍案件不斷上升，警方的偷拍裙底罪案數字也有不斷上升的趨勢，港鐵範圍內發生的偷拍裙底個案，由去年平均每個月 6 宗，升至今年首 8 個月平均每月 9 宗，上升超過五成。偷拍行為不但侵犯了本港的華裔婦女，在港的外籍傭工亦身受其害，例如在工作間(即其住處)的偷拍行為，確是屢見不鮮：有僱主為滿足一己私慾，在廁所、浴室、及外傭的房間等地方偷偷安裝錄影儀器，以偷拍外傭更衣、如廁或沐浴的片段，侵犯傭工的尊嚴和私隱；加上現行入境處的強制留宿條例，逼使外傭與僱主同住一屋，外傭對偷拍此舉更是防不勝防。香港目前沒有一項針對規管偷拍行為的條例，因此警方一般會引用現有相關的條例作出檢控，例如以「遊蕩」、「公眾地方行為不檢」，以及「普通法」下的「作出有違公德的行為」罪作出檢控，可是相關條例均難以有效打擊偷拍行為。而一些在私人領域發生的偷拍行為，如親屬或工作間的偷拍行為，更無法運用現時的刑事法例保障。

本會同意針對偷拍、偷窺定立新罪行。可是，在選取新的性侵犯罪的構成元素上，本會認為採用加拿大或新西蘭的刑事法典所訂定的條文會較切合及完整。有關的條文能充分反映偷拍女性裙底、私處、更衣、如廁、甚至沐浴的行為，不但違反私隱，更是涉及性的侵犯。本會認為法例應針對犯罪行為本身，而不應加入受害人主觀情感的原素，縱使以上偷拍或偷窺行為未必為受害人帶來恐懼或傷害，但因侵犯者偷拍的目的是侵犯別人的權利及私隱，故應進行檢控。有見及此，本會建議考慮參考加拿大或新西蘭的法例，清楚列明犯罪的行為。有見及此，建議考慮參考加拿大或新西蘭的法例，清楚列明犯罪的行為。

### **建議 21： 導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為；及廢除以威脅或恐嚇促致他人作非法性行為的罪行**

本會同意加入「導致他人在不同意的情況下進行涉及性的行為」的罪行，可是有關罪行必須更清楚界定法律所包含的範圍。而本會並不同意廢除以威脅或恐嚇促致他人作非法性行為的罪行，減少對受害人的保障。

### **其他建議： 檢討有關證據法及司法程序的修定**

由於性罪行的案件在審訊過程中，經常涉及有關證據法及司法程序，而相關程序對於受害人及被告公平、對審訊是否公義及陪審員是否能作出公正的決定起著重要作用，因此，本會建議香港應效法其他國家(如：英國、蘇格蘭)，在修訂性罪刑法例外，亦應修訂相關的證據法及司法程序。

### **當中包括對受害人身份的保障、公開性經驗的限制及法庭的保護措施**

### **i) 對受害人身份的保障**

修訂第 200 章法<刑事罪行條例>第 156 條，有關申訴人身份保密的法例對公開申訴人身份的事項有所限制，包括限制在法庭內公開受害人的住址、電話號碼、其他証人的身份(如：其他証人身份會令受害人身份被確認)。在一個公開的審訊過程中，受害人往往在作供期間被問及重要的個人背景資料，確實對受害人造成嚴重心理威脅及滋擾。例如：辯方律師以受害人的英文名或暱稱稱呼，令受害人的身份能被辨認；另外，亦曾有受害人的電話號碼及住址等私人資料在審訊時被公開，法官及檢控官亦沒有提出反對，令傳媒能夠追訪受害人，使她受到嚴重滋擾及感到受威脅。此外，有不少強姦或非禮的案件，因証據不足而改控傷人罪，受害人的姓名因此不受法律保障，而在審訊中被公開。因此，本會建議修訂相關法例，加強對受害人的保障。

### **ii) 公開性經驗的限制**

修訂第 200 章法<刑事罪行條例>第 154 條對證據及發佈有關身份詳情的限制。香港應效法英國、加拿大等國家，明確訂明，只有在特定情況下，才可批准向受害人提出有關性經驗的証據。此外，香港亦應效法英國，對受害人與被告及被告以外的其他性經驗，均要作出限制，以免案件因對女性及性暴力的偏見而受影響。

根據第 200 章法<刑事罪行條例>第 154 條對證據及發佈有關身份詳情的限制，除非獲得法官的許可，否則在該審訊中任何被告人或其代表不得提出有關申訴人與該被告人以外的其他人的性經驗的証據，或在盤問中提出有關此事的問題。此法例的目的是避免陪審員因受害人的性經驗產生偏見，而影響他們作出公正的裁決。在本會與浸會大學於 2007 年進行的調查顯示，法庭對於性暴力存在不少偏見與迷思。現時法官有權批准對受害人性經驗的提問，可是，法律上對於有關批准的準則並沒有作出指引。因此，香港應效法英國、加拿大等國家，明確訂明，只有在特定情況下，才可批准向受害人提出有關性經驗的証據。此外，香港亦應效法英國，對受害人與被告及被告以外的其他性經驗，均要作出限制，以免案件因對女性及性暴力的偏見而受影響。

### **iii) 對性暴力受害人的保障:以錄影會面作證供、視像及在屏障遮蔽下在法庭上作供等**

現時受害人雖然能以第 221 章刑事訴訟程序條例 (79B) 向法庭申請以視像作供，而「檢控政策及常規」與「對待受害者及證人的陳述書」亦列明，受害人能提出在屏障遮蔽下在法庭上作供；可是風雨蘭 2010 - 2011 年的個案資料顯示，只有不足兩成的受害人能

獲得有關保護措施，而當中大部份均是未滿 16 歲及精神無行為能力人士（原本亦獲得安排相關措施）。反之，精神行為能力正常的成年受害人要以「易受傷害証人」的理據提出申請，幾乎所有申請都不獲批准。即使受害人因未有獲得法庭保護而感到情緒受損，甚至企圖自殺，法庭亦拒絕有關申請。最後更因受害人無法出庭作証，被告獲撤銷控罪。受害外傭和少數族裔婦女面對警方和出庭作供時常遇到種種困難，包括語言障礙、傳譯困難、受侵犯後情緒不穩等，以上因素均不但對她們帶來更大的心理壓力，亦影響其供詞的準確度，並對司法程序造成負面影響。

本會認為法改會應效法英格蘭、蘇格蘭及其他地方的法例，加強對性暴力受害人在審訊時的保障，當中包括修訂法例確保性暴力受害人能以錄影會面作證供、視像及在屏障遮蔽下在法庭上作供等。這不但有助檢控罪行，同時亦尊重和保護證人的尊嚴，這些都是刑事司法制度的基本價值。

就被告的公平審訊權利而言，採用屏風實際上是有助於此權利的，因為屏風有助改善證詞的事實準確度，以達至公平裁決。此外，案例中也承認公平審訊的概念已發展成為包括對被告和證人雙方的公平，因此不能只為滿足被告的利益而犧牲證人的權利。香港亦有案例承認被告的權利需與證人的利益作平衡。因此，被告所享有之權利既不是絕對的，也不是獨霸的。

長遠而言，政府可效法英國有關性罪行案件的處理程序，修改法例 221 章 79B，容許性暴力受害人以錄影會面作證供減少她們在法庭上的審問，與及為性暴力受害人提供特別的法庭設施(如：屏風、視像作供)，協助她們在法庭上作供。(請參閱本會有關受害人保護措施之文件)

最後，本會期望 貴委員會能參考本會及受害人之意見，改善有關修訂，使法律更清晰明確、令所有人的性自主權受到尊重，亦為性暴力受害人提供適當的保障。

如對以上資料有任何疑問，請與王小姐聯絡。

聯絡: 關注婦女性暴力協會  
電郵: acsvaw@rainlily.org.hk  
電話: 2392 2569

日期: 二〇一三年一月四日

**關注婦女性暴力協會  
性罪行受害者的法庭保障**

**甲、引言**

本文認為性罪行審訊的性質跟其他刑事罪行審訊截然不同。然而，我們現行的法例卻不足以回應其差別，尤其是在保護證人的法律上，因而為性罪行受害人帶來嚴重創傷的危機，剝奪受害人作為公民在作證時應有的尊嚴，以及阻礙刑事司法制度和法庭的基本運作。本文會就如何改善香港現有的兩項主要保護措施〔屏風及電視直播聯繫〕作出建議，並提議將現有《檢控政策及常規》內的特別措施編纂為法例。

**乙、瞭解性罪行審訊的獨特性質**

性罪行審訊的性質有別於一般的刑事審訊。性罪行的定罪與否，經常取決於受害人在事件發生時是否同意性交的議題上，因此受害者的誠信有著決定性的影響。因此，受害人的品格實際上也備受審判。然而，一些關乎性的證詞和受害人與被告的關係經常會為受害人帶來壓力，加上辯方律師採用進取而懷敵意的盤問，受害者的作證質素很容易備受影響，甚至因此而拒絕上庭，以至阻礙起訴及刑事司法制度的運作。

縱使法官和裁判官具備固有的司法權（*inherent jurisdiction*）以監督審訊過程，他們卻經常不願運用該權力來授予採用屏風等特別保護措施。

**丙、以屏風作為對受害者的保護措施**

本文主張採用屏風為一項有效保護受害人的措施。屏風能避免受害者在法庭程序中受到二度傷害，有助提高受害人的證詞質素以協助檢控，並提升證詞的事實準確度，對被告亦有利。

本文承認被告擁有公平、公開審訊及盤問證人的權利。這些權利表面上都反對在法庭上使用屏風，但本文認為這些障礙是可以克服的。

就被告的公平審訊權利而言，本文認為採用屏風實際上是有助於此權利的，因為屏風有助改善證詞的事實準確度，以達至公平裁決。此外，案例中也承認公平審訊的概念已發展成為包括對被告和證人雙方的公平，因此不能只為滿足被告的利益而犧牲證人的權利<sup>1</sup>。香港亦有案例承認被告的權利需與證人的利益作平衡<sup>2</sup>。因此，被告所享有之權利既不

---

<sup>1</sup> 見 *R v DJX* [1990] 91 Cr. App. R. 36

<sup>2</sup> 見 *HKSAR v See Wah Lun* 2 HKLRD 957.

是絕對的，也不是獨霸的。

就被告公開審訊及盤問證人的權利而言，本文認為採用屏風事實上跟它們為達致事實準確的背後精神是一致的。屏風的採用不會導致對這些權利的否定，因為被告的代表律師不一定被遮擋，而且仍可在觀察證人的行為舉止的情況下盤問證人。同時，採用屏風並不會阻礙核實證人的身份，因此被告瞭解證人身份的權利也不會被剝削。

香港法例在認同證人權益的層面上一直比其他司法區域落後。不少普通法司法區域已就採用屏風給予法定地位，但在香港，是否准許採用屏風的問題仍在法官的酌情權之內。香港並沒有任何明文法或具權威性的案件判決闡述屏風應在何時准予採用。

在其他普通法司法區域，現行保護受害人的法律主要可分為三個類別：(1) 假定法庭必須指示性罪行受害人採用特殊措施，除非性罪行受害人自行推翻此假定<sup>3</sup>；(2) 授予性罪行受害人一個特定的法定權利享用特殊措施，但法庭保留拒絕特殊措施的酌情權<sup>4</sup>；和 (3) 為法官在決定是否批准採用特殊措施時提供一些考慮因素<sup>5</sup>。

本文建議香港法律應採用類別(1)，如不能被採納則應採用類別(2)，以對性罪行審訊的獨特性質作出認同，並尊重受害人從法庭獲得保障的權利。這樣更能避免受害人在申請過程中承受情緒上的壓力。

作為一個替代的方案，本文認為法律上應提供一系列的考慮因素，給予法官在決定行使酌情權准予採用屏風時作參考，與類別(3)類近。此舉能確保法律的確定性及避免法官在行使酌情權時受到個人偏見所影響。

#### 丁、以電視直播聯繫作為對受害者的保護措施

在香港，根據第 221 章《刑事訴訟程序條例》第 79B 條，易受傷害證人，包括屬兒童、精神上無行為能力人士及「恐懼中的證人」，均有權以電視直播聯繫作供。換句話說，身心健全的成年性罪行受害人只能夠符合「恐懼中的證人」的類別。

香港現行關於以電視直播聯繫作供的法律的確存在不足之處。第一，性罪行受害人並不會因為其身份而自動享有以電視直播聯繫作供的權利。他們必須符合界定為「恐懼中的證人」的要求才可<sup>6</sup>，但此要求卻為他們帶來下列的困難。第二，在香港的案例中，證人

---

<sup>3</sup> 例子包括維多利亞

<sup>4</sup> 例子包括英國、新南威爾斯、北澳洲

<sup>5</sup> 例子可參考南澳洲

<sup>6</sup> 《刑事訴訟程序條例》第 79B(1)條



多只在有限和嚴重的情況下才會被界定為「恐懼中的證人」<sup>7</sup>。第三，法庭所持的態度多都是只限於在罕有而例外的情況下才批准證人以電視直播聯繫作供<sup>8</sup>。第四，現時並沒有足夠的明文法指引協助法庭界定證人是否屬於「恐懼中的證人」。

本文建議，第一，法例上應特別地授予性罪行受害人透過電視直播聯繫作供的權利，與英國<sup>9</sup>、新南威爾斯<sup>10</sup>、北澳洲<sup>11</sup>、維多利亞<sup>12</sup>等地的法律相似，以免除需界定為「恐懼中的證人」的要求。維多利亞的做法保障最全面，建議本港效法。該處法例假定法庭必須指示性罪行受害人以電視直播聯繫作供，除非性罪行受害人自行推翻此假定，而法庭不能行使酌情權推翻此假定<sup>13</sup>。第二，即使不能免除「恐懼中的證人」的要求，《刑事訴訟程序條例》亦應增加一系列全面的考慮因素供法官參考，以決定是否將證人界定為「恐懼中的證人」，情況可參考英國的法例<sup>14</sup>，如考慮罪行的性質、證人的宗教、就業及民族背景等因素，以提升法律的確定性。第三，如第二點建議不能被採納，則被界定為「恐懼中的證人」的合理理由應在案例中加以擴大。

提倡增加對性罪行受害人在法庭作證時的保障，是基於性罪行審訊對受害人尤其沉重和恫嚇的獨特性質，法庭確保證人作證時不受恐懼和危險的責任<sup>15</sup>，以及證人與被告均擁有公平審訊權利的學說<sup>16</sup>。再者，電視直播聯繫的採用不應以被告的公平審訊權利作為唯一考慮的法律根據，因為被告的公平審訊權利應與保護證人的需要作平衡<sup>17</sup>。因此，電視直播聯繫應在更多的情況下批准採用。此外，假若電視直播聯繫不被採用，現場審訊也只會降低證人在情緒不穩的情況下所作證詞的真確性，而不會提升。

---

<sup>7</sup> 例如輪姦 (*HKSAR v Chan Ka Chun* [2000] HKEC 25); 年齡、創傷後壓力心理障礙症 (*HKSAR v Leung Kam Ting* [2009] 3 HKLRD 476), 三合會成員作為警方線人 (*HKSAR v See Wah Lun* [2011] 2 HKLRD 957), 證人作為同謀、受保護證人 (*R v Wong Kwai Nam* [1996] HKLY 362).

<sup>8</sup> 見 *HKSAR v See Wah Lun* [2011] 2 HKLRD 957 第 29 段。

<sup>9</sup> 見 s.17(4) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999

<sup>10</sup> 見 s.294B(3)(a) Criminal Procedure Act 1986 No. 209

<sup>11</sup> 見 s.21A(2) Northern Territory Evidence Act

<sup>12</sup> 見 s.363 The Criminal Procedure Act 2009

<sup>13</sup> 同上

<sup>14</sup> 見 s.17(2) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999

<sup>15</sup> 見註 6

<sup>16</sup> 可參考案例 *R v DJX* [1990] 91 Cr. App. R. 36

<sup>17</sup> 見註 2

本文建議香港法例應授予性罪行受害人享用特殊措施的權利，以對性罪行審訊的獨特性質作出法定認同。本文建議假定法庭必須指示性罪行受害人以特殊措施作供為最可取的法定保障形式，與維多利亞<sup>18</sup>的法例類似。這是因為享用特殊措施的權利如受制於法官拒絕的酌情權，在實際執行上，法官和裁判官有可能在行使酌情權時受個人偏見所影響。

#### 戊、建議將《檢控政策及常規》內的特別措施彙編為法例

《刑事訴訟程序條例》內唯一適用於身心健全的成年性罪行受害人的法庭保障是透過電視直播聯繫作供〔第 79B 條〕。本文認為此唯一措施既不全面，亦未能為受害人提供有效的保障。因此本文建議將《檢控政策及常規》第 22.5 條內所提及更多的特別措施彙編入《刑事訴訟程序條例》成為法例，以協助易受傷害證人在庭上作供。這些特別措施包括設置屏障遮蔽證人、以錄影紀錄方式提供證據、安排支援者等。在《刑事訴訟程序條例》中加入這些措施能夠提升該措施的法律地位、確定性和可執行性。因此，對易受傷害證人的公平審訊權利保障亦更進一步。

#### 己、總結

本文的立場是，加強對性罪行審訊和受害人苦境的認同能有助罪行的檢控，同時尊重和保護易受傷害證人的尊嚴。這些都是刑事司法制度的基本價值。本文指出不少其他普通法司法區域已透過法律改革達至此認同，但香港至今仍未追上。本文提供了對香港法律改革的建議，以面對這些議題，使法庭更願意准予性罪行受害人享用如屏風、電視直播聯繫等特別保護措施。此外，本文亦建議將《檢控政策及常規》內所提及的特別措施彙編為法例。

研究統籌：

林依玲

研究員：

Ho Chun Wing

Fu Chi Yung

Ma Pik Kwan

Wai Yun Lam

---

<sup>18</sup> 見註 12

**Association Concerning Sexual Violence Against Women**  
**Court Protection for Sexual Offence Complainants**

- 1 Introduction:** This paper argues that the nature of sexual offence trials is distinct from that of other trials. However, it is submitted that our present law fails to respond adequately to this distinction, especially in the area of witness protection, thus exposing testifying sexual offence complainants to the risk of suffering from severe trauma. Moreover, the complainants' deserved dignity as citizens will be deprived of during the process of testifying as witnesses. As a result, the fundamental operation of our criminal justice and court system would be impeded. This paper is going to give recommendations to improve the two main current protective measures available to witnesses in Hong Kong, i.e. testifying behind a screen and through live television link, as well as to suggest a codification for the present proclaimed protection for witnesses stated in the Statement for Prosecution Policy and Practice.
- 2 Appreciating the distinctive nature of sexual offence trials:** It is submitted that sexual offence trials have their own distinctive nature. The issue of consent is usually the most contended issue upon which the question of conviction or acquittal hinges. Consequently, the credibility of a complainant would be decisive and important to successful conviction. As such, the alleged victims' character is virtually on trial. The sexual nature of the evidence and the relationship between the defendant and the victim create further stress. Together with the hostile style of cross-examination taken by defense counsel, it is likely to affect the quality of evidence they give or even discourage them from attending the court, thereby hindering prosecution and the operation of criminal justice system. Judges and magistrates have the inherent jurisdiction to control the process of the proceedings. However, they are reluctant to exercise the inherent jurisdiction to grant special protective measures such as testifying behind the screen.
- 3 Testifying behind a screen as a protective measure for sexual offences complainants:** The use of screen is an effective measure for protecting witnesses. It protects complainants from suffering from second victimization in the court process, helps complainants give evidence of

better quality thus facilitating prosecution work, and betters defendants' interest by enhancing the factual accuracy of evidence given by the witnesses.

Whilst we recognize the defendant have right to fair trial, right to public trial and cross-examination that, *prima facie*, operate against the use of screen in court, we submit that these are surmountable hurdles.

Regarding defendant's right to fair trial, we submit that the use of screen is conducive to this right since it improves the factual accuracy of evidence which is necessary for the reaching of a just verdict. It should also be noted that case law has recognized that the concept of fair trial has evolved to embrace fairness to both the defendants and witnesses, so that it requires that defendant's interest should not be served exclusively at the expense of the witnesses<sup>19</sup>. Hong Kong case law also recognizes that the realization of defendants' right needs to be balanced against the interest of the witnesses<sup>20</sup>. Hence, defendant's enjoyment of the right is neither absolute nor hegemonic.

Regarding the right to public trial and cross-examination, we submit that the use of screen actually conforms to their underlying spirit of attaining factual accuracy. Its use also does not lead to the total denial of these rights, since defendant's legal representative is not necessarily shielded but can still cross-examine the witness with the full advantage of observing her demeanor. Equally, the use of screen does not prevent the verification of the identity of the witness, so the right to know the identity of the witness is preserved.

Hong Kong has been far behind other jurisdictions in giving recognition to witnesses' rights, as many common law jurisdictions have given statutory status to the use of screen, while it remains a matter of judge's discretion in Hong Kong. There exist no statutes or authoritative common law decisions that expound on when screen protection shall be granted.

The existing law in other common law jurisdictions in protecting victims can be divided into several main models: (1) creating a statutory presumption that the court must direct use of special measures to sexual offence complainants rebuttable only at the complainant's own will<sup>21</sup>, (2) making sexual offence complainants specifically entitled to special measures subject

---

<sup>19</sup> See *R v DJX* [1990] 91 Cr. App. R. 36.

<sup>20</sup> See *HKSAR v See Wah Lun* [2011] 2 HKLRD 957

<sup>21</sup> These includes Victoria.

to the court's discretion to refuse<sup>22</sup>, and (3) providing considerations which the judge should visit when deciding whether to grant special measures<sup>23</sup>.

It is recommended that Hong Kong law should most preferably adopt the (1) model, or as a fallback position, the (2) model. The purpose is to give recognition to the distinctive nature of sexual offence trials and to respect victims' rights to obtain protection from court. This helps victims to avoid emotional stress during the application process.

As an alternative ground, it is argued that the law should provide for a list of considerations which the judge should visit when exercising his discretion on whether to grant screen protection, similar to model (3). This is to ensure legal certainty and prevent the exercising of discretion from being affected by personal bias.

- 4 **Testifying through live TV link as a protective measure to sexual offence complainants:** In Hong Kong, vulnerable witnesses falling within the categories of children, mentally incapacitated person and "witness in fear" are entitled to testifying through live television link, provided by s.79B of the Criminal Procedure Ordinance (Cap. 221) ("CPO"). A healthy adult sexual offence complainant could only fit into the "witness in fear" category.

There are inadequacies in the existing law in Hong Kong concerning testifying through live TV link. First, sexual offence complainants are not automatically entitled to using live TV link by reason of their status as a sexual offences victim. They are required to satisfy the "witness in fear" requirement<sup>24</sup>, which gives them the following hardships. Secondly, under Hong Kong case law a witness only qualifies as "witness in fear" in limited and severe circumstances<sup>25</sup>. Thirdly, the judicial attitude is that the granting of live TV link is only in rare and exceptional circumstances<sup>26</sup>. Fourthly, the statutory guidance as to the

---

<sup>22</sup> These jurisdictions include the UK, New South Wales and the Northern Territory.

<sup>23</sup> Examples of this category include South Australia.

<sup>24</sup> s.79B(1), Criminal Procedure Ordinance.

<sup>25</sup> The Hong Kong courts tend to find reasonable grounds based on severe circumstances of the case, such as gang rape (*HKSAR v Chan Ka Chun* [2000] HKEC 25); and more vulnerable witness, such as age, suffering from post-traumatic stress disorder (*HKSAR v Leung Kam Ting* [2009] 3 HKLRD 476), triad member acting as a police informer (*HKSAR v See Wah Lun* [2011] 2 HKLRD 957), or the witness being an accomplice and has been under a witness protection scheme (*R v Wong Kwai Nam*[1996] HKLY 362).

<sup>26</sup> See *HKSAR v See Wah Lun* [2011] 2 HKLRD 957 para. 29.

determination of a “witness in fear” is inadequate.

It is proposed that, first, sexual offence complainants shall be specifically entitled to testifying through live TV link in the statute, similar to the law in the United Kingdom<sup>27</sup>, New South Wales<sup>28</sup>, Northern Territory<sup>29</sup>, Victoria<sup>30</sup>, etc. Amongst which the Victorian model of creating a presumption that the court must direct use of live TV link rebuttable only by the complainant’s own will free of the court’s discretion<sup>31</sup> shall be most preferable and protective to be adopted in Hong Kong. This is to do away the “witness in fear” requirement. Secondly, even if such requirement cannot be done away, there shall be comprehensive factors listed in the CPO to guide judges to determine whether a person is a “witness in fear”, similar to those listed in s.17(2) of Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, such as nature of the offence, the witness’ religious, employment, ethnic background, etc., to confer more legal certainty. Thirdly, an alternative fall back option would be to widely construct the reasonable grounds to find a witness as a “witness in fear” in the case law with reference to the UK legislation<sup>32</sup>.

The need for advocating more protection for sexual offences complainants when testifying in court is due to the distinctive nature of sexual offences which makes the trial process particularly burdensome and intimidating for the victims, the court’s duty to ensure the witness give evidence without fear or danger<sup>33</sup>, and the notion that a witness as well as the defendant shall be entitled to the right to fair trial<sup>34</sup>. Moreover, the defendant’s right to a fair trial shall not be the sole consideration to justify the rare and exceptional use of live TV link, instead, since the defendant’s right to a fair trial shall be balanced with the need for witness protection, live TV link should be used in a wider range of circumstances<sup>35</sup>. Moreover, if the use of live TV link is denied, a live trial will only reduce, rather than enhance, factual accuracy of the evidence given by a witness where the witness is emotionally unstable.

---

<sup>27</sup> S. 17(4) Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999.

<sup>28</sup> s.294B(3)(a) of Criminal Procedure Act 1986 No. 209

<sup>29</sup> S. 21A(2) Northern Territory Evidence Act.

<sup>30</sup> S. 363 The Criminal Procedure Act 2009

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> s.17(2) of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999.

<sup>33</sup> See n6.

<sup>34</sup> *R v DJX* [1990] 91 Cr. App. R. 36.

<sup>35</sup> See n2.

It is suggested that making sexual offence complainants specifically entitled to special measures would serve as a statutory recognition of the distinctive nature of sexual offences. It is proposed that the most preferable form of statutory protection would be a presumption that the court must direct special measures, similar to the Victoria<sup>36</sup> legislation. This is because mere entitlement of special measures at the discretion of the court might in reality face the threat of bias from judges or magistrates when exercising their discretion to refuse use.

- 5 **Proposed codification of special measures in the Statement for Prosecution Policy and Practice:** The only special court protection measure in the CPO applicable to healthy adult victims of sexual crimes is to give evidence through live television link (s.79B). We submit that this measure alone is neither comprehensive nor giving effective protection to the victims. It is proposed that more special measures listed under section 22.5 of the Statement of Prosecution Policy and Practice, such as screen, video-recorded evidence, arrangement of support persons, etc., shall be codified into the CPO for assisting vulnerable witnesses to give evidence in court. Incorporating these measures into the CPO as statutory law enhances the measures' legal status, certainty and enforceability. On that account, vulnerable witnesses' rights to a fair trial are better protected.
- 6 **Conclusion:** It is our stance that better recognition of the distinctive nature of sexual offence trials and victims' plight by our law will have the effect of facilitating the prosecution of harmful crimes while respecting the dignity and protecting the well-being of vulnerable crime victims. All of these are the fundamental values of our criminal justice system. It is submitted in this paper that many other common law jurisdictions have achieved this recognition by statutory reforms, but Hong Kong up to the present is still yet to catch up. This paper has given recommendations on how Hong Kong should reform its law to take care of the issues, to the effect that the court shall be more willing to grant to sexual offence complainants special protective measures such as screen and live television link. Besides, it is suggested the special protective measures for witnesses stated in the Statement for Prosecution Policy and Practice should be codified.

---

<sup>36</sup> See n12.