

法改會《性罪行檢討中的 判刑及相關事項》諮詢文件研討會 香港社會服務聯會

莊耀光律師 香港教育大學高級講師
2021年2月1日

1

諮詢文件2020

建議1: 就《檢討實質的性罪行》報告書所建議的罪行而言：

- (a) 我們建議，**強姦**及**亂倫**這兩項現有罪行的現行刑罰，應**繼續適用**於“未經同意下以插入方式進行的性侵犯”及亂倫這兩項建議罪行。
- (b) 此外，我們**建議新訂**罪行的刑罰，應參照有關海外司法管轄區的相應罪行的刑罰而訂定，並作**適當調整**。(頁25-26)

2

諮詢文件2020

第一項是**強姦**罪。鑑於諮詢期間有回應意見指“強姦”一詞帶有負面標籤而反對使用該詞，法改會建議將這項罪行重新命名為“**未經同意**下以**插入**方式進行的**性侵犯**”(sexual penetration without consent)。另外，法改會建議應將“未經同意下以插入方式進行的性侵犯”這項罪行的範圍擴大至涵蓋插入陰道或**肛門**的行為，以及以**陽具**插入另一人**口腔**的行為。(段1.3)

插入式行為的最高刑罰為**終身監禁**，而非插入式行為的最高刑罰則為監禁**10年**。(段1.12)

3

評論

- 應以**受害人的傷害程度**為**首要考慮**，因此**蘇格蘭**在**量刑**方面並無**區分插入**與**非插入**式的性罪行。
- 現時屬猥褻侵犯罪（又稱非禮）的**口交**，由最高刑罰的十年監禁將提高至可判**終身監禁**。面對如此嚴重的罪行，陪審團對定罪會否甚為猶疑？犯口交疑犯的定罪率會否因而明顯降低？這樣對保障女性免受性侵犯是否更為不利？

4

「報告書檢討實質的性罪行」 2019年12月

最終建議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) 向乙作出涉及性的射尿液、吐唾液或排出其他體液的行為。

我們又建議，在新法例制定後，應廢除《刑事罪行條例》（第200章）第122條中的猥褻侵犯罪。

5

諮詢文件2020

- 我們已建議新訂一項“**性侵犯13/16歲以下兒童**”的罪行... 涵蓋**涉及性的**觸摸、向兒童射出精液，以及向兒童作出涉及性的**射尿液、吐唾液或排出其他體液**的行為。(段1.22, 1.25)
- 監禁**14年**(段1.24, 1.27)
- (其他體液包括前列線液、陰道溢液(「檢討實質的性罪行報告書」段3.66)，筆者按: 還包括汗液)

6

2016建議11：建議新訂罪行：性侵犯13 ／16歲以下兒童

任何人（甲）**故意**向另一人（乙）作出以下任何一項行為，而乙是**13/16歲**以下的兒童：

- (a) 觸摸乙而觸摸是**涉及性的**；
- (b) 向乙射出精液；或
- (c) 向乙作出**涉及性的射尿液或吐唾液**行為。

7

是否支持2016建議11?

評論: 涉及性的**射尿液或吐唾液**行為看來過於空泛，且對某些自理能力弱的**殘疾人**有較大**影響**。罪行的犯罪意圖無要求被告「意識到對方會使用或恐嚇使用即時及非法的人身暴力。」或「知道，則相當可能會為乙帶來恐懼、低貶或傷害」(參閱諮詢文件摘要73段)

8

「報告書檢討實質的性罪行」

2019年12月

最終建議15 “性”的定義

5.16 我們建議，就任何性罪行而言，應採用英格蘭《2003年性罪刑法令》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。

9

2016建議12：建議新訂罪行：導致或煽惑13／16歲以下兒童進行**涉及性的行為**

評論：「法改會建議若**行為本質涉及性**、或**本身情況涉及性**、或該人**目的涉及性**，**該項罪行便涉及性**。」「這個建議中的定義有澄清和改進的必要。這個定義本身，對怎樣才算「行為本質涉及性」和「本身情況涉及性」，並未作清楚的界定，可能無必要地將刑責擴大化至一些不應承受刑責的行為。此外，建議的定義下，可能會刑事化一些預備行為，因而將刑責擴大化，但法改會並未清楚指出其影響和說明正反的理據，令公眾難以討論和取捨。」（人權監察意見書，2013年1月，段25, 26）

10

評論

是否支持2016建議12？

「在沒有性目的情況下，單純觸碰他人身體性器官或敏感部份，是否屬於「**行為本質涉及性**」，又或是「**本身情況涉及性**」？」「**智力障礙者**純粹表示友好的觸碰行為，又或在示威集會時常見的身體碰撞，即使觸碰到他人身體性器官或敏感部份，在沒有性目的情況下，也不應列入性罪行。法改會需要清楚地將這些情況排除在性罪行定義之外。」（人權監察意見書，2013年1月，段27）

11

諮詢文件2020

- 導致**13歲**以下兒童**觀看性影像**（包括文字訊息及聲音訊息）；（段1.8(iii)）
- 導致**16歲**以下兒童**觀看性影像**（包括文字訊息及聲音訊息）（段1.8(iv)）

12

2016建議14： 建議新訂罪行：導致13／16歲以下兒童觀看性影像

2016建議14：導致13/16歲以下兒童觀看性影像，目的為了性滿足，使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐

2016 Recommendation 14: Proposed new offence: Causing a child under 13/16 to look at a sexual image for obtaining sexual gratification, humiliating, distressing or alarming the child

13

是否支持2016建議14?

對性教育有何影響? 連墮胎片都不敢播，因怕令學生驚恐而犯法，而犯罪意圖(為了性滿足)有相當主觀性，易濫權。播片時笑咪咪(淫淫)，會否被誤會為了性滿足? 有些人平日無端端笑咪咪，或帶案主聽講座有片睇時又笑咪咪，亦可涉犯罪，故對建議14有保留。

14

是否支持2016建議14?

- 英國一宗1956年的案例指被告多次脫去女童的鞋是為變態的性滿足，因而非禮罪成，被告上訴時，法官裁定脫鞋不可能構成猥褻侵犯，但法改會認為脫鞋與被告的動機難以分割，因此建議性罪行包括懷有的目的涉及性。譬如某人專門在街上偷拍別人的膊頭，回家後對着那些相片自瀆，有關拍攝本身不涉及性，但在新法例下，該拍攝懷有涉及性的目的，故屬於性罪行。究竟法律改革應否將一些客觀上不涉及性的行為（如拍攝別人膊頭）也可成為性罪行？

15

諮詢文件2020

- 安排或利便干犯兒童性罪行；(段1.8(v))

16

諮詢文件 2016

2016建議15：建議新訂罪行：安排或利便干犯兒童性罪行

建議15：故意安排或利便在世界任何地方干犯兒童性罪行 (諮詢文件7.86段)

Recommendation 15: intentionally arranges or facilitates the commission of a child sex offence in any part of the world (consult paper 7.86)

17

諮詢文件 2016

《英格蘭法令》第14(1)條訂明：

「(1) 如有以下情況，任何人即屬犯〔「安排或利便干犯兒童性罪行」〕罪——

- (a) 該人故意安排或利便在世界任何地方作出某事情，而該事情是該人擬作出、擬由另一人作出或相信另一人會作出的，及
- (b) 作出該事情涉及干犯第9至13條所指的任何罪行。」(諮詢文件7.86段)

18

諮詢文件 2016

「第14條中“安排或利便干犯兒童性罪行”罪所指的兒童罪行包括：與兒童進行涉及性的行為（第9條）、導致或煽惑兒童進行涉及性的行為（第10條）、在兒童在場下進行涉及性的行為（第11條）、導致兒童觀看性行為（第12條），以及兒童或少年人所犯的兒童性罪行（第13條）。」(諮詢文件註釋32)

19

諮詢文件 2016

「《英格蘭法令》第14(2) 條訂明：

如有以下情況，任何人屬犯本條所訂罪行——

- (a) 他安排或利便作出他相信另一人會作出的事情，但他不擬作出該事情，亦不擬由另一人作出該事情，及
- (b) 屬第(1)(b)款範圍內的罪行是侵犯某兒童的罪行，而他的行為是為了保護該兒童。」(諮詢文件註釋35)

20

諮詢文件 2016

《英格蘭法令》第14(3) 條:

「就第(2)款而言，如任何人為下述目的而行事 ——

- (a) 保護兒童以免其感染經由性接觸傳染的疾病，
- (b) 保護兒童的人身安全，
- (c) 預防兒童懷孕，或
- (d) 向兒童提供意見以促進其情緒健康，而該人的行為不是為了得到性滿足，亦不是為了導致或鼓勵構成屬第(1)(b)款範圍內的罪行的行為或導致或鼓勵兒童參與該行為，則他的行為即屬為了保護有關兒童。」(諮詢文件註釋35)

21

評論

是否支持2016建議15?

評論: **安排或利便**(初步罪行)干犯**導致或煽惑**(初步罪行)兒童性罪行，令**法網過於廣泛**，是否應予縮窄?

22

評論

新婦女協進會就法律改革委員會性罪行檢討小組委員會《涉及兒童及精神缺損人士的性罪行》諮詢文件之意見書2017年3月15日

- 建議15：建議新訂罪行：安排或利便干犯兒童性罪行: 婦進對此建議有保留，我們理解此法例乃是對預備侵犯兒童的步驟作出懲罰，但有關法例的覆蓋範圍太廣，我們認為應該縮窄。

23

諮詢文件2020

- 為性目的**誘識兒童** (段(vi))

24

評論

是否支持2016建議22?

評論: 罪行太廣泛, 「意圖干犯的性罪行不一定要發生才會導致觸犯這項罪行。」(諮詢文件摘要103段)。此外, 現時猥褻侵犯的案例法已將誘識作為加重刑罰的因素。(HKSAR v Ipp Tin Fan [2016]4 HKLRD 486, CACC 9/2016, 27 July 2016, 段32-34)

誘識罪本身是預防性質的**初步罪行**, 加上**建議12**亦為**初步罪行(導致或煽惑13/16歲以下兒童進行涉及性的行為)**, **法網太廣泛**, 距離犯罪行為甚遠。

25

評論

新婦女協進會就法律改革委員會性罪行檢討小組委員會《涉及兒童及精神缺損人士的性罪行》諮詢文件之意見書2017年3月15日

- **建議22**: 建議新訂罪行: 為性目的誘識兒童: 婦進對於此建議持**保留**態度, 理由與**建議15**相似, 此法例原意為對於預備侵犯兒童的步驟作出懲罰, 但法例內未有提及將會給予執法機構多大權力進行搜証, 例如什麼時候可以開始截取疑犯的通訊記錄, 可以截取的時段為多久以前等, 均沒有明確提出。加上香港的社交形態中, **16歲**以下兒童與朋友會面而出行的情況亦十分普遍, 種種處境均使**法網過廣**。我為認為法改會需要再行斟酌是否有需要訂立此例。

26

諮詢文件2020

- 我們已建議新訂一項“**導致或煽惑13/16歲以下兒童進行涉及性的行為**”的罪行, 其內容是以《英格蘭法令》第8條為藍本。第8(2)條規定, 如所導致或煽惑進行的行為涉及**插入**肛門或陰道的行為, 或以陽具插入口腔的行為, 最高刑罰為**終身監禁**; 而如所導致或煽惑進行的行為**不涉及插入**行為, 則最高刑罰為監禁**14年**。香港的相關現有罪行是《刑事罪行條例》第146條所訂的與或向年齡在**16歲**以下的兒童作出猥褻行為或煽惑該兒童罪, 最高刑罰為監禁10年。(段1.29, 1.30)

27

2016建議13: 建議新訂罪行: 在**13/16歲**以下兒童在場下進行涉及性的行為

2016建議13: 在或導致**13/16歲**以下兒童在場下進行涉及性的行為, 目的為了性滿足, 使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐

Recommendation 13: Engaging or in sexual activity in the presence of a child under 13/16 for obtaining sexual gratification, humiliating, distressing or alarming the child

28

評論

是否支持2016建議13?

評論: 在居住環境擠迫的情況下，很容易做出犯罪行為，而犯罪意圖(為了性滿足)有相當主觀性，易濫權。

29

「檢討實質的性罪行報告書」最終建議13

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

我們亦建議訂立一項“在16歲以下兒童在場下進行涉及性的行為”的同類罪行。

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

我們建議，政府應考慮是否需要訂立一項額外罪行，規定任何人如在某兒童在場下進行涉及性的行為，並罔顧該行為是否會有使該兒童感到受侮辱、困擾或驚恐的後果，即屬犯罪。」

30

「檢討實質的性罪行報告書」 2019年12月

最終建議13「注意到關於香港居住情況擁擠的意見。」
(報告書段3.79)

「在保護原則下，兒童應受保護免因以下情況而受性剝削：犯罪者為了得到性滿足，或為了使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐而在兒童在場下進行涉及性的行為。」(報告書段3.81)

「如被告人進行涉及性的行為時罔顧該等行為是否會有使兒童感到受侮辱、困擾或驚恐的後果，建議新訂的罪行應否涵蓋該等涉及性的行為。」(報告書段3.83)

(評論: 例如，父母以為兒童已入睡)

31

諮詢文件 2020

「我們已建議新訂一項為性目的而施用物質罪，其內容是以《蘇格蘭法令》第11條為藍本。該法令所訂的最高刑罰為監禁5年（第48條及附表2）。香港的相關現有罪行是施用藥物以獲得或便利作非法的性行為罪（《刑事罪行條例》第121條），最高刑罰較重，為監禁14年。」(段1.48)

「我們的看法是並無令人信服的理由，去把最高刑罰由監禁14年大幅降低至監禁5年，以便與蘇格蘭的相應條文一致。因此，我們建議維持現行監禁14年的最高刑罰。」(段1.50)

評論: 性行為 (unlawful sexual act) vs 涉及性的行為

32

諮詢文件2020

- 我們已建議新訂一項“與精神缺損人士進行涉及性的行為，而該項行為(i)是由照顧他或她的人所作出，或(ii)牽涉濫用受信任或權威地位或受養關係”的罪行，其內容是以《英格蘭法令》第38(1)條為藍本。第38(3)條規定，插入式涉及性的行為的最高刑罰為監禁14年，而第38(4)(b)條則規定，非插入式涉及性的行為的最高刑罰為監禁10年。香港的相關現有罪行包括與病人性交罪（《精神健康條例》（第136章）第65(2)條），以及《精神健康條例》第65A條所訂的與受男子監護或看管或照顧中的女子性交罪，該兩項罪行的最高刑罰均為監禁5年。（段1.33）

33

評論

4. All recommendations regarding mental impairment should be reconsidered by your LRC as they **may not fully comply with CRPD.**
5. First, in the definition of disability by CRPD, UN emphasized its social aspect whereas Hong Kong model takes a medical approach. Article 1 of CRPD states, “[p]ersons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may **hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.**” In article 3, it states that the **principles of CRPD** includes, “(1) Respect for inherent dignity, individual **autonomy** including the freedom to make one’s own choices, and independence of persons; (2) **Non-discrimination**; (3) **Full and effective participation** and inclusion in society”. I am afraid that the impact of implementing the law reform proposals may undermine the rights of the persons with disabilities in respect of the above principles.

34

評論

6. In the General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law by UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, it states “[t]he right to equal recognition before the law implies that legal capacity is a universal attribute inherent in all persons by virtue of their humanity and must be upheld for persons with disabilities on an equal basis with others. Legal capacity is indispensable for the exercise of civil, political, economic, social and cultural rights...The **denial of legal capacity** to persons with disabilities has, in many cases, led to their being **deprived** of many fundamental rights, including...the **right to give consent for intimate relationships**”. (CRPD/C/GC/1, 19 May 2014, paragraph 8)

35

評論

7. In the above General comment no. 1, it also states, “[t]he Committee reaffirms that a person’s status as a person with a disability or the existence of an impairment (including a physical or sensory impairment) must never be grounds for denying or any of the rights provided for in article 12. All practices that in purpose or effect violate article 12 must be abolished in order to ensure that **full legal capacity** is restored to persons with disabilities on an **equal basis with others.**” (paragraph 9)
8. In paragraph 14 of the above General comment no. 1, it states “[m]ental capacity is not, as is commonly presented, an objective, scientific and naturally occurring phenomenon. Mental capacity is contingent on social and political contexts, as are the disciplines, professions and practices which play a dominant role in assessing mental capacity.”

36

評論

9. In paragraph 25 of the above General comment no. 1, it states, “[i]n order to **fully recognize “universal legal capacity”**, whereby all persons, regardless of disability or decision-making skills, inherently possess legal capacity, States parties must abolish denials of legal capacity that are discriminatory on the basis of disability in purpose or effect.”

10. When reconsidering the law reform proposals, LRC should invite human rights experts, especially child rights and rights of the persons with disabilities to join the LRC Sub Committee and then make proposals for a second round public consultation.

(Submission to LRC on 20th April 2017)

37

諮詢文件2020

- 《刑事罪行條例》第148條所訂的在公眾地方的猥褻行為（**暴露身體**部分）罪，最高刑罰為監禁**6個月**。(段1.37) (例: 七人纜球賽)
- 建議訂立的罪行旨在涵蓋以**特定受害人為目標**，而目的是為了**性滿足**或**威嚇**受害人的露體行為。我們的看法是這類露體行為更具侵犯性，並可引致受害人感到極大程度的**恐懼**、**震驚**、**厭惡**。(段1.39)
- 我們認為應就這項性罪行訂定較重的刑罰，把刑期訂為...監禁**5年**。(段1.40)

38

諮詢文件2020

- 《刑事罪行條例》第118L條(**與動物性交**)，最高刑罰為監禁**10年**。(段1.44)
- 2003年《**英格蘭**法令》制定前，依據《1956年性罪行法令》(Sexual Offences Act 1956)第12(1)條訂立的獸交罪(已廢除)，所訂最高刑罰為終身監禁。在《英格蘭法令》制定後，有關刑罰水平大幅降低至監禁**2年**。(段1.45)
- 鑑於我們已建議訂立新罪行以**加強對公眾**(N.B. why not animals?)的**保障**，我們認為應維持現行監禁**10年**的最高刑罰。我們不建議把該最高刑罰降低至英格蘭相應條文所訂的監禁**2年**。(段1.47)

39

NGO Submission 2017

新婦女協進會就法律改革委員會性罪行檢討小組委員會《涉及兒童及精神缺損人士的性罪行》諮詢文件之意見書2017年3月10日

導致或煽惑13/16歲以下兒童進行涉及性的行為: **婦進**不同意增加此罪行，因為在諮詢文件中，並無**明確**界定何謂「涉及性的行為」有可能將刑責擴大至一些不應受刑責的行為，也擔心出現以言入罪的情況，限制了社會對性行為的表達及性教育的言論空間。

40

諮詢文件2020

建議2: 我們建議，現時懲教署可供性罪犯以**自願**形式參加的**專門治療和自新計劃**，應予維持。

我們建議，法官行使酌情權，為判刑而取得**性罪犯心理和精神評估報告**的一般做法，應繼續實施。

我們建議，政府應檢討和考慮是否在監獄院所引入**獎勵計劃**。

我們建議，在現有法定計劃下為獲釋性罪犯提供的**專門釋後監管**，應予維持。

我們建議，政府應考慮**加強獲釋性罪犯的自新服務**。(頁38)

41

諮詢文件2020

「在撰寫本章時，小組委員會考慮了許淑嫻博士（“許博士”）及其團隊成員所提供的寶貴資料，確實獲益良多。」(段2.3)

註1: 許博士現為懲教署高級臨床心理學家

「我們不建議賦予法官作出強制治療令的權力。我們認為，**現行制度和評估及治療組**都看來**運作良好**，應予繼續。」(段2.23)

「我們注意到現行做法有許博士所**觀察的局限之處**（列於上文），故建議政府應考慮**加強獲釋性罪犯現有的專門自新服務**，包括**心理和精神治療**。」(段2.51)

42

發表意見

小組委員會歡迎各界人士就本諮詢文件發表意見，並請於**2021年2月11日**或之前將有關的書面意見送達：

香港中環下亞厘畢道18號律政中心東座4樓
法律改革委員會性罪行檢討小組委員會秘書

電話：(852) 3918 4097

傳真：(852) 3918 4096


電郵：hklrc@hkreform.gov.hk

43

後續跟進

立法時，應就是否訂立所建議的罪行、其內容及刑期等發表意見。

44



聲明

1. 此大綱僅作為輔助講解之作用，不可視作有關問題之全面和法律上具權威性之描述。
2. 講解例子和問題環節，僅為了講解法律原則，不可視為提供法律意見。
3. 倘就任何個案垂詢，應另行諮詢法律意見。

HKCSS sex offence sentencing Feb2021 As at 2021.2.3 9:35am