



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

Handwritten signatures and initials in the top right corner.

第三常設委員會

第 4/V/2017 號意見書

事由：細則性審議《修改〈刑法典〉》法案（卷宗編號為 PPL12/2016/V）

一、 引言

澳門特別行政區政府於二零一六年十一月二十五日向立法會提交了《修改〈刑法典〉》法案（卷宗編號為 PPL12/2016/V），隨後，立法會主席透過第 1508/V/2016 號批示接納了該法案。

法案於二零一七年一月四日所舉行的立法會全體會議上被引介及作一般性討論和表決，並在出席全體會議的二十九名議員的贊成下獲得一致性通過。

立法會主席於二零一七年一月四日透過第 1/V/2017 號批示將法案分發給本委員會進行細則性審議工作，並要求委員會於二零一七年三月六日前完成分析審議及提交意見書。因此，委員會有需要向立法會主席申請延長細則性審議法案及提交意見書的期限，該申



Handwritten signatures and initials on the right side of the page, including a large 'U' and several other marks.

請獲得批准。

根據第 1/V/2017 號通知，立法會顧問團 C 工作小組被指派協助委員會進行法案的細則性審議工作。

委員會於二零一七年一月二十四日、二月七日、八日、九日、十三日、十六日、四月二十六日及五月二十三日共舉行了八次小組會議，對法案進行分析審議，政府代表列席其中的六次會議。

此外，為了進一步從技術層面完善法案的相關規定，立法會顧問團與政府顧問團分別於二零一七年三月十三日、十六日、四月五日及二十六日共舉行了四次技術會議。

政府於二零一七年五月十二日向立法會提交了法案的修改文本，當中若干規定都能體現出委員會曾表達的意見和立法會顧問團所作出的法律技術分析。最後，委員會於二零一七年五月二十三日舉行的小組會議中，完成對本法案的細則性審議工作並簽署了法案意見書。

除另有說明外，在意見書內所提到及引述的內容都是來源於法案的修改文本的相關條文規定。

二、 引介

根據附於本法案的理由陳述可知：“隨着社會發展



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

所帶來的各種改變，《刑法典》有關侵犯性自由及性自決罪的若干規定已不符合社會的需要，亦未能有效回應維護社會安定的訴求。事實上，眾多社會團體、司法機關及警務部門均提出必須儘快修訂和完善相關犯罪的規定。因此，特區政府為回應社會訴求，認為有必要優先展開檢討《刑法典》關於侵犯性自由及性自決罪的規定的工作。

在修訂工作的前期，特區政府聽取了司法機關、刑事警察機關、律師及學者的意見，並委託了學術團體與民間團體分別進行學術研究及民意調查，使法律修訂工作在各界廣泛參與下有更多的論證和更具科學性。

經初步研究，特區政府制定了修訂工作的指導方針，以及提出了修改多項規定的具體建議，務求解決現存的各種問題和完善現行法律制度，並於二零一五年十二月二十三日至二零一六年二月二十二日期間進行了公眾諮詢¹，就相關方針及建議聽取社會的意見，以便在修法方面達成堅實和廣泛的共識。諮詢期結束後，特區政府對所收集的意見作整理、分類和分析，並編製了總結報告，讓公眾知悉諮詢的結果及結論。²

鑑於所收集的整體意見均普遍贊成和支持諮詢文件中的方針及建議，特區政府根據所收集的意見，調整了該等建議並完成了本修改《刑法典》法案。”

¹ 修改《刑法典》侵犯性自由及性自決罪的規定諮詢文件，詳情載於：
http://portal.gov.mo/web/guest/info_detail?infoid=91143

² 修改《刑法典》侵犯性自由及性自決罪的規定諮詢終結報告，詳情載於：
http://www.dsaj.gov.mo/content/tw/download/Consulta/cs_report.pdf



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

提案人指出：“本法案旨在修改《刑法典》第二卷第一編第五章規範侵犯性自由及性自決罪的制度，以完善現行的法律制度。

為此，本法案遵循以下六個基本方向：(1) 對性犯罪消除性別的區分；(2) 明確界定“口交”和“插入式性慾行為”屬性行為，並對之加重刑罰；(3) 回應公眾對修訂性犯罪規定的訴求；(4) 檢討性犯罪的性質（公罪或半公罪）；(5) 履行國際法規定的若干義務；(6) 加強保護未成年人。”

在上述立法政策方向的基礎上，本法案對下列事項作出規定：

- 強姦罪（第一百五十七條）及性脅迫罪（第一百五十八條）的修訂；
- 新罪狀的引入，其分別為性騷擾罪（第一百六十四-A條）、與未成年人進行性交易罪（第一百六十九-A條）以及與未成年人有關的色情物品罪（第一百七十-A條）；
- 在不同的犯罪罪狀上，規定口交及插入式性慾行為的刑幅將與性交及肛交的刑幅等同（第一百五十九條、第一百六十一條、第一百六十六條及第一百六十八條）；
- 加重一般制度的檢討（第一百七十一條）；
- 性犯罪性質的檢討（第一百七十二條）。

Handwritten signatures and initials on the right side of the page.



三、概括性及細則性分析

1.《澳門刑法典》是由十一月十四日第 58/95/M 號法令所通過，是本澳法律體系的基礎支柱之一，其旨在“使公正得以實現、法益受保護、基本權利獲得保障、社會安定得以維持，以及使不法分子能重新納入社會。”³此部法律為澳門的刑事法律制度定下一系列的價值，使之被學者譽為“現代化的刑事法律制度，遵循法律傳統，納入並表明尊重人類基本權利且獲得國際認可的原則。”⁴該法典自一九九六年一月一日生效至今已超過二十年，其為回應當時社會出現的一些具體問題而先後作出五次的修改，而該等修改全都僅屬有限度的且具針對性的修改⁵。一直以來不曾對法典作出任何較深入的修訂，法典依然忠於其最初獲通過時所遵循的方向和價值：“一項對兩大法典的歷史發展過程作出的分析表明，澳門的立法者懂得如何對抗長期來自其他法域的立法衝擊，這樣的衝擊被視為會減弱法學理論及司法見解對法律作出的堅實闡釋、去除立法參與的嚴肅性並使得法例法規任由偶然出現的變動所擺佈。”⁶

³ 八月七日第 11/95/M 號法律（即核准《刑法典》的立法許可法律）第二條第一項。

⁴ Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo,【澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈 20 週年紀念研究：在成熟期面臨的挑戰】，載於 Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo (協調員)，澳門《刑法典》和《刑事訴訟法典》頒佈 20 週年紀念研究，官樂怡，澳門，2016 年，第 21 頁。

⁵ 曾修改《刑法典》的法律為：第 6/2001 號法律（加重因利用不可歸責者犯罪情節的刑罰）、第 3/2006 號法律（預防及遏止恐怖主義犯罪）、第 6/2008 號法律（打擊販賣人口犯罪）、第 11/2009 號法律（打擊電腦犯罪法）及第 2/2016 號法律（預防及打擊家庭暴力法）。

⁶ Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo,《頒佈 20 週年紀念研究...》，前引，第 23 頁。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

是次的立法提案是首次就《澳門刑法典》所進行的局部修訂，涉及的修改範圍是第二卷第一編第五章（第一百五十七條至第一百七十三條）關於侵犯性自由及性自決罪的規定和處罰，共修改十一條條文以及新增三個犯罪罪狀。

對於是次修訂法典的必要性，提案人解釋：“隨着社會發展所帶來的各種改變，《刑法典》有關侵犯性自由及性自決罪的若干規定已不符合社會的需要，亦未能有效回應維護社會安定的訴求。事實上，眾多社會團體、司法機關及警務部門均提出必須儘快修訂和完善相關犯罪的規定。”⁷

委員會認同有必要就《刑法典》當中關於性犯罪的規定作出修訂。原因並不是該類犯罪已敲響社會警鐘⁸或在現行的法律框架下，司法制度已無法為相關的法益提供適當的保護，而是基於社會的轉變，驅使有需要將某些行為刑事化、對受保護的主體範圍作出擴大，又或就面向某些行為時刑事法律制度所採取的回應方式作出擴闊。委員會明白“由於社會結構的不斷改變，與性有關的犯罪行為一直是刑法最難處理的其中一種行為。”⁹因此，為使法律能跟上社會的發展，對性犯罪作出革新的規定是非常重要的。

⁷ 法案的理由陳述。

⁸ 參閱《2016年全年罪案情況》，詳情載於：
http://www.gss.gov.mo/pdf/2016_C_full.pdf

⁹ Manuel Leal-Henriques, Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau【澳門刑法典注釋及評述(分則)】，第三冊 - 侵犯人身罪(第128條至195條)，法律及司法培訓中心，澳門，2014年，第320頁。



除對是次立法提案的適時性表示認同之外，委員會還須強調，一如本地法律體系中作為基石的文書那樣，任何針對《刑法典》的修改都須以最謹慎的態度作出。一方面，是由於修改有可能對其他法規的規定造成不必要或意料之外的影響；而另一方面，亦是最為重要的一點，必須維護受《聯合聲明》及《基本法》所保護的、根植於《刑法典》的刑事法律制度的基本特徵。

委員會認為是次的局部修訂反映了修訂一部法典應有的謹慎態度，而且在既能回應社會上不同界別人士所認定的訴求下，也能讓澳門特別行政區在履行需承擔的國際義務的同時，亦不會對現行的相關制度的根本及核心內容造成損害或使之失去本來的特徵面貌。

2. 就性犯罪而言，受澳門刑事法律制度所保護的法益是性自由及性自決。換言之，“人們有權自由決定是否進行某種性行為和選擇與誰人進行該行為，以及一般而言，對於自己的性生活享有自主權，第三者不得作不正當的介入”。¹⁰因此，法律秩序給予所有人一定的自由空間，讓人們通過性——“不論所涉及的是消極性自由或積極性自由”¹¹，展現自己的人格。作為一般原則，人人皆有進行任何性活動的自由，只要是在私人空間及成年

¹⁰ Pedro Caeiro e José Miguel Figueiredo, «Ainda dizem que as leis não andam: Reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau» (關於葡萄牙及澳門的性騷擾罪), in *Um Diálogo Consistente – Olhares recentes sobre temas do direito português e de Macau*, Vol. I, Associação de Estudos de Legislação e Jurisprudência de Macau (澳門立法及司法見解研究會), Macau, 2016, 第170頁。

¹¹ Vera Lúcia Raposo, 有關修訂《刑法典》——侵犯性自由及性自決罪的研討會, 法律及司法培訓中心), «As 50 sombras do Código Penal: A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais», Acções de Formação no âmbito das Reformas Legislativas: Seminário sobre a Revisão do Código Penal – Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2016, 第4-5頁。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

人之間同意下進行¹²，而且該自由亦代表着有權拒絕任何不願意或不同意的性行為。這個概念見於《澳門刑法典》有關侵犯性自由罪¹³（第一百五十七條至一百六十五條）的章節內，當中所保護的法益為不分年齡人人皆享有的性自由及性自決權。

然而，在不影響上述的一般原則的前提下，刑法也為未成年人提供特別的保護，而且，在涉及性方面的事宜上，也能落實《基本法》第三十八條第三款所規定的“關懷和保護”的內涵。至於《刑法典》有關侵犯性自決罪章節的規定（第一百六十六條至第一百七十條），所受保護的法益為一複合法益，將未成年人性自由及性自決這個法益與另一個涉及未成年人性自由發展的法益結合起來。不過《保護的性自決：不是由於有關行為表現為以強迫或類似方式來威脅作性慾接觸，而是由於在這些性慾行為中被害人年紀小，因此即使沒有強迫仍可嚴重地影響其人格的發展。法律推定(…)與未成年人、對未成年人或由未滿某年齡之未成年人為性慾行為，可影響未成年人本身的整體發展。》¹⁴

¹² “不可忘記的是，不同的性犯罪是為多方面保護性自由及性自決這個特定法益而構建，該方面的自由及自決權是人們所享有的權利和自由的核心價值。……最終，關鍵在於自決，因為自決直接關係到形成意思的過程、決定自由及進行性行為的自由。目的是確保每個人的性生活都能在最大的自由度內得以實現及發展，從而保障所有人，尤其是基於年齡或無能力自決的最脆弱的人士。Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, «Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», in *Revista do Ministério Público*, Ano 34, n.º 136, Dezembro 2013, 第 70-71 頁。”

¹³ “性自由是成年人人身自由的重要組成部份，強迫他人違背自己的意願與人發生性交行為是對這一自由權的嚴重侵犯，會對被害人的身心造成嚴重的損害，因此，必須予以處罰。” 陳海帆，崔建新，《澳門刑法典分則罪名釋義》，澳門基金會，2000年，第32頁。

¹⁴ 參閱 Jorge de Figueiredo Dias (協調員)，刑法典評論，分則 - 第一冊(第131條至201條)，澳門大學法學院，2015年，第457頁。



Handwritten signatures and initials in the right margin, including a large 'L' and several other stylized marks.

基於對受保護法益的辨識，而得以肯定《澳門刑法典》接納了社會對於性方面的開明看法。一如其他同類的法律體系，澳門刑法間接承認“性權利是個人自由權利範圍內受監護的權利，但基於性欲在最初階段或發展中的特性，亦是受保護的權利”。¹⁵當在性犯罪範圍內選定該等的個人法益時，《刑法典》已排除了所有在刑事政策概念中受到保護的涉及社會道德的集體法益。今日而言，性犯罪屬於侵犯個人的犯罪；並非如過往認為的屬於侵害社會的犯罪¹⁶。

3. 關於侵犯性自由罪的部分（第五章第一節），法案通過修改第一百五十七條（強姦）、第一百五十八條（性脅迫）、第一百五十九條（對無能力抗拒之人之性侵犯）及第一百六十一條（性欺詐），以及新增性騷擾罪（第一百六十四-A 條）的規定，從而落實立法政策的相關方向和原則。對此，須強調的有以下幾方面的內容：

3.1. 強姦罪或許是被修改得最為深入的一項罪行，修改內容尤其包括：典型行為、積極主體以及消極主體的範圍。

現行第一百五十七條的行文將強姦罪行的範圍限定

¹⁵ José Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal* (侵犯性自由及性自決罪), 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra (科英布拉), 2008, 第 16 頁。

¹⁶ 根據 Leal-Henriques 所指出的，“曾受保護的集體感受、道德或鄰里感情已成過去（例如 1886 年的刑法所規定的性犯罪是指違反貞潔的罪行），開始側重的是，應受刑法保護的性行為，例如被害人的性自由遭侵犯，因此，一種既現代又先進的新精神逐漸出現於立法對策上，不但能夠與新社會的脈搏相兼容，最後亦成為學者們就該問題的見解。Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau* (澳門刑法典注釋及評述)...，同前引，第 321 頁。”



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

於強迫性交及肛交。性交——現行《刑法典》認定的典型強姦行為——是指“異性戀關係中男性性器官與女性性器官之間的肉體交合的結果”¹⁷；意味着“只有當陰莖插入了陰道，哪怕只是部分插入才算性交，即便並未射精亦然”¹⁸。如此，此行為的被害人必然是女性¹⁹。而肛交則是指陽具插入肛門，其被害人既可以是女性，也可以是男性。因此，綜合各種罪狀要素可得出，強姦是透過典型的暴力方式、嚴重威脅、或使被害人喪失意識或將之置於不能抗拒的狀態後，而實施下列行為²⁰：

- 1) 一男人強迫一女人與自己性交(第一款 a)項)；
- 2) 一人(男性或女性)強迫一女人與另一男人性交(第一款 b)項)；
- 3) 一男人強迫他人(男性或女性)與自己肛交(第二款，開始部分)；
- 4) 一人(男性或女性)強迫他人(男性或女性)與另一男人肛交(第二款，結尾部分)。21

根據現行的規定，有一系列行為被排除在強姦罪之外，但其對被害人性自由的侵犯程度並不低於性交和肛交的侵犯。這些行為包括口交或以陽具以外的其他形式

¹⁷ José Mouraz Lopes 及 Tiago Caiado Milheiro, 《Crimes sexuais (性犯罪): análise substantiva e processual》, Coimbra Editora, Coimbra (科英布拉), 2015, 第 60 頁。

¹⁸ 終審法院 2014 年 2 月 12 日合議庭裁判(案件編號: 83/2013)。

¹⁹ 因此,第一百五十七條第一款 a)項“與婦女性交”,以及 b)項“強迫婦女... 性交”的行文顯得重沓,因為性交一定是與女性發生的行為。

²⁰ 關於強姦罪的典型手段,參見 2014 年 3 月 5 日終審法院合議庭裁判(案件編號: 84/2013)。

²¹ 見《諮詢文件》,同前引,第 7 頁。



進行的插入行為，即以身體其他部分或物件插入。²²此類行為被視為重要性慾行為，根據法律的規定將以性脅迫罪作出追究，該罪可被處以二至八年徒刑（低於強姦罪規定的三至十二年徒刑）。

3.1.1. 為解決此問題，法案最初文本將口交列入可構成強姦罪的行為當中。理由陳述解釋“除強迫性交和肛交外，建議將強迫口交行為納入強姦罪的範圍。本建議是基於認為口交對被害人性自由的侵犯程度的嚴重性，可等同於性交和肛交，因此，不應存在不同的處理。”在修訂《刑法典》公開諮詢初期，採取此方案的理由是考慮到比較法中，尤其是葡萄牙、蘇格蘭、西班牙和中國台灣，都有類同的解決辦法。²³

3.1.2. 此外，法案最初文本設立一個特殊制度，以處理非陽具插入的行為，即以身體某部分（不包括陽具）或物件插入陰道或肛門的行為。一方面，將此類行為與其他重要性慾行為加以區分，不再屬於性脅迫罪的適用範圍；另一方面，認為此類行為不應屬於強姦罪，將陽具插入行為與非陽具插入行為相區別，前者可構成強姦罪，而後者被認為是加重性脅迫的一種方式（法案最初

²² “[澳門《刑法典》]第一百五十七條將強姦局限於性交及肛交，因此可能將其他極其嚴重的性侵犯排除在外，而只能用較輕的性脅迫罪進行制裁”，Vera Lúcia Raposo, 《Sexo, Moralidade e Género(性、道德及性別): Uma Trilogia Diabólica? (Os crimes sexuais no Código Penal de Macau e a relação entre a tutela da autodeterminação sexual e a suposta tutela da moralidade)》，第 12 頁（待版）。

²³ “將強迫口交納入強姦罪，主要是考慮到強迫口交對被害人性自由的侵害程度的嚴重性等同於性交或肛交，同時，從比較法角度而言，不少國家或地區已將‘口交’視為強姦行為的一種表現形式，如葡萄牙於 1998 年修改《刑法典》時，將‘口交’行為納入強姦罪；蘇格蘭的《蘇格蘭法令》、西班牙及中國臺灣地區的《刑法典》亦明確規定強姦包括“口交”行為。”（總結報告），同前引，第 7 頁。



Handwritten signatures and initials in the top right corner, including a large signature and several smaller ones.

文本第一百五十八條第二款)。採取該解決辦法的理由基於“該行為的嚴重程度等同性交、肛交和口交，侵犯被害人性自由的嚴重程度相當於強姦罪。因此，儘管其刑幅與強姦罪相同，但仍建議將該行為列為性脅迫罪。這樣，便可維持對強姦概念的傳統理解和固有意思，即指強姦以使用男性陽具插入陰道、肛門或口部為前提，而非以物件或身體其他部分插入”。²⁴

委員會認同法案將口交納入可構成強姦的性行為這一取向，認為該行為對被害人的性自由造成的侵害程度等同於該罪狀包涵的其他性行為。

委員會也認同將非陽具插入行為從一般重要性慾行為中獨立出來這一取向，處以比性脅迫罪更為重的刑罰。然而，法案細則性審議過程中，曾重新考慮將此類行為定性為加重性脅迫的情況這一方案，即使所科處的刑罰與強姦罪等同。細則性討論中，曾對以下的辯題作出考量：

- i) 非陽具插入行為對受保護法益造成的侵犯程度與強姦罪中包括的性行為相同²⁵，而且有的以身體部分或使用物品進行的插入行為，其侵犯程度可能更高；

²⁴ 見理由陳述。

²⁵ “提出上述建議的理由在於‘插入式性慾行為’侵犯被害人性自由的嚴重程度相當於強姦罪。香港法律改革委員會在對性犯罪進行檢討時亦曾指，‘插入式性慾行為’對被害人的生理和心理健康所造成的衝擊，可與強姦行為一樣嚴重，故委員會認為其危害性不容忽視。”《諮詢文件》，同前引，第11頁。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

Handwritten signatures and initials on the right margin.

- ii) 與澳門法律體制屬同一法系的其他法律體制(如法國和葡萄牙)均規定,所有形式的插入行為統一定性為強姦行為,而盎格魯撒克遜傳統的法律體制則有所不同(如香港);
- iii) 強姦的“傳統”概念——基於性交行為——已經得以擴大²⁶,並納入了其他的行為及被害人(如本法案將口交納入到強姦罪範圍便是最近的擴大事例);
- iv) 將強姦罪與加重性脅迫罪的刑幅作出等同這一立法取向,會導致難以確定兩罪中哪一犯罪行為更具譴責性,因此,不利於解決罪與罪之間的犯罪競合問題,尤其是所作出的僅屬單一犯罪行為而侵害的是不同罪狀但受保護的法益是同一的情況;
- v) 法案的其他犯罪亦對陽具插入行為與非陽具插入行為作出同一處理,如第一百五十九條第二款、第一百六十一條第二款、第一百六十六條第三款以及第一百六十九-A條第二款。

經對上述問題作出衡量後,委員會和提案人均同意將非陽具插入行為納入到強姦罪中,將其等同於真正意義上的強姦行為。如此,強姦罪將以不論任何形式的插

²⁶ 其他地區亦擴大了該概念的範圍:“為了充分保護被害人的性自主權利,很多國家在修改強姦罪立法時就摒棄了傳統的狹隘“陽具中心觀”,擴大了強姦罪的行為方式。”蘇彩霞:“域外強姦罪立法的新發展”,外國法制,第57頁,參閱網址:

<http://r.oversea.cnki.net/law/detail/detail.aspx?dbcode=CLKJ&dbname=&filename=FXAS200102024>



入行為作為界定標準。第一百五十七條條文的架構重整為：第一款是指以陽具作插入的情況（其列表中也加入了口交）；第二款則是指非陽具的插入情況。

3.1.3. 現行的強姦罪的定義方式亦引致另外一個問題，即“性別的不同……，特別是訂明了強姦罪行為人的身份”²⁷。這種區別對待是由於罪行所包括的性行為——性交和肛交——是以陽具的插入作為前提，亦即意味着法律已預先判定了行為人和被害人的性別。

雖然本澳刑法在強姦罪問題上已經顯露出了性別中立的原則，尤其是第一百五十七條第一款 b) 項及第二款的規定，²⁸但是《刑法典》卻未全面地落實該原則。特別是，如果一個男性受到暴力或嚴重威脅，又或被置於喪失意識或不能抗拒之狀態後，被迫與一女性性交，此種情況並不視為強姦行為。²⁹而是將其作為性脅迫處理，而性脅迫罪的刑罰較輕，因此，現行《刑法典》所作出的規定是忽視了對男性被害人性自由及性自決法益的保護。基於此，《刑法典》現時所採用的方案屬於：“有限制性立法例不僅在強姦罪的客體方面忽視了對男性性

²⁷ “值得考慮的是，強姦罪的規定以性別的不同為基礎，特別是訂明了強姦罪行為人的身份。事實上，按照現行制度，當一男人強迫一女人與自己性交或肛交時，就構成強姦罪，但在相反情況下，當一女人強迫一男人與自己性交或肛交時，則不視為強姦罪。同樣地，按照現行制度，當一人（男性或女性）強迫一女人與第三人（男性）性交時，就構成強姦，但在相反情況下，當一人（男性或女性）強迫一男人與第三人（女性）性交時，則不視為強姦罪。”
《諮詢文件》，同前引，第 7 頁。

²⁸ 見 Vera Lúcia Raposo, 《Sexo, Moralidade e Género (性、道德及性別)》，同前引，第 13-14 頁。

²⁹ 此解決辦法被視為本地法律體制的不足或空白，影響了對所有被害人（不論其性別）的適當保護。見 Júlio Miguel dos Anjos, 《關於性犯罪的法醫學制度的反思——立法的變更》，《紀念研究》，同前引，第 260 頁。

Handwritten notes and signatures on the right margin, including a large checkmark and several illegible signatures.



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

自由權或自決的保護，而且在強姦罪的主體方面也忽視了對女性實施的性侵犯行為的懲治。”³⁰

為了解決上述的問題，本法案將性自由的保護範圍延伸至任何性別的所有人，用性犯罪中侵犯受保護法益最嚴重的罪行處理，即強姦罪。因為“‘性自由權’作為人的一項基本權利，是指無論男女，每一個人都有願意或拒絕與他人發生與性有關的行為的權利和自由，任何人不能違背他人意志而與其發生有關的行為。[……]在當今追求男女平等的社會裏，無論是男性還是女性，都有屬於自己的性自由權，一旦這些權益受到侵犯，都應一律受到刑法的保護。”³¹

如此，按照性犯罪中性別中立的邏輯³²，政府建議“消除強姦罪現時以性別作區分的做法”。《修改〈刑法典〉諮詢總結報告》指出，“參考各國家或地區立法趨勢，如德國、意大利、中國臺灣地區已摒棄強姦罪只有女性作為被害人的規定；又參見葡萄牙於1998年修訂《葡萄牙刑法典》時，已不區分強姦罪行為人的性別。”³³因此，建議“修改為不論犯罪行為人的性別為何，只要任何人強迫他人忍受或進行性交、肛交或口交，又或強迫他人忍受與第三人性交、肛交或口交，又或強迫他人

³⁰ 趙國強，《澳門刑法各論(上)》，社會科學文獻出版社，澳門基金會2013，第187頁。

³¹ 饒俊彬，《性犯罪行為客體的性別問題——從保護女性權益的角度出發》，《紀念研究》，同前引，第293頁。
相同的見解亦可見於李香梅：“論強姦罪的重構——從強姦罪的對象反思強姦罪的重構”，南湖法學，
網址：<http://www.nhlawreview.com/context.asp?id=774>

³² 亞洲範圍的例子可見 Harshar Pathak, «Beyond the Binary: Rethinking Gender Neutrality in India Rape Law», *Asian Journal of Comparative Law*, 11, 2016, 第293頁。

³³ 見《總結報告》，同前引，第7頁。



Handwritten notes in Chinese characters, including the characters "李" (Li) and "文" (Wen), and some illegible scribbles.

與第三人進行性交、肛交或口交，即視為強姦。本建議是以促進性別平等和平等地保護被害人性自由為基礎的。”³⁴

為達到強姦罪中性別中立的目的，不僅要刪除對女性的明確提述，更重要的是，將應受處罰的行為改為強迫他人與行為人或第三人進行所規定的性行為，或忍受該等行為。有關這一問題，請注意第一百五十七條第一款 a) 項現行行文與第一百五十七條第一款建議文本的差異。前者條文為“與婦女性交”，其行為人只可能是男性，而被害人只能是女性。而在後者中，任何人都可以實施強迫行為，因為並未涉及到完成性行為所要求的角色固定化（正如性交，雙方必須是不同性別，同時必須透過勃起的男性性器官插入），而重點是此行為迫使他人違背意願進行此類性行為，也就是說違背了其選擇是否作出此類行為的自由。³⁵

對於強姦罪建議的修改，即加強此罪行中的性別中立，委員會認同其立法政策取向。此修改將保護範圍擴大到男性被害人，因此有助於突顯性自由這一法益的重要性。委員會認為，這種擴大不但不會影響已有的對女性的保護，反而會有助於改變在性問題上的思維定式以及在性方面對兩性角色的刻板印象。

3.2. 修改性脅迫罪（第一百五十八條）是為了填補“現行《刑法典》對相關犯罪處罰的不足。這是由於該

³⁴ 見理由陳述。

³⁵ 即使在違反男性意願的情況下完成性交，勃起也不應被視為同意的一種方式，而應是生理或心理反應的結果，此反應與進行上述性行為的自由無關。



法典只規範行為人強迫被害人忍受或進行重要性慾行為，或強迫被害人與第三人進行重要性慾行為的情況，但不包括強迫被害人親自進行重要性慾行為的情況，例如：強迫被害人當眾親自手淫。考慮到在此情況下，被害人的性自由同樣受到嚴重侵害，因此，建議訂明重要性慾行為同樣可由被害人親自作出，而不僅限於與行為人或與第三人作出”。³⁶

委員會理解上述修改的必要性並接納有關修改。

法案最初文本曾規定非以男性陽具插入的情況為加重性脅迫罪（法案最初文本第一百五十八條第二款）。然而，正如前述，該規定已納入強姦罪。因此，對第一百五十八條進行的修改現時只是將強迫被害人親自作出重要性慾行為納入條文內。

3.3. 本法案將性騷擾罪（第一百六十四-A 條）列入侵犯性自由罪的部分。總括來說，該罪旨在處罰騷擾他人，以及迫使他人忍受違背其意願的與性有關的身體接觸者。

3.3.1. 規定這一新罪狀的原因主要是有必要“回應社會的殷切訴求”：³⁷根據作為本法案起源的諮詢文本，“社會近年提倡嚴厲打擊‘非禮行為’或‘性騷擾行為’，並促請特區政府就相關行為修法以填補現時刑

³⁶ 理由陳述。

³⁷ 理由陳述。



Handwritten signatures and initials in the top right corner, including a large 'L' and 'W' and several other stylized marks.

事法律制度的不足”。³⁸社會的訴求是源於認為對於某些行為—尤其是涉及身體接觸的行為，在刑事法律制度的回應方面存在空白。這些行為可能侵犯他人的性自由，但由於未符合現時《刑法典》規定的性犯罪的罪狀而不受處罰。尤其是有些行為，因為未達到相應的嚴重程度，不可被認為是“重要性慾行為”，因而無法以性脅迫罪處罰。根據理由陳述，“對於一般被視為嚴重程度未達到性脅迫的行為，例如違背他人意願施行的涉及性方面的身體接觸，現行《刑法典》實施的刑事監管並不足夠。”因此，政府建議將這方面的身體接觸刑事化，並認為這樣，“可加大對被害人的刑事保護，並適當懲治犯罪行為人，以維護社會的秩序和恢復社會安寧”。³⁹

3.3.2. 委員會認同本澳社會有意見要求處罰一系列行為，在客觀上，與《刑法典》現時規定的可處罰行為相比，這些行為的嚴重程度較輕。然而，儘管如此，這些行為是會強迫他人忍受違反其意願的性方面的經歷，因而影響了他人的性自由。由於必須對此法益提供更全面的保護，委員會認為將有關行為刑事化是合理的，即使其刑法介入程度低於《刑法典》現有的以“重要性慾行為”⁴⁰為核心概念的性犯罪。委員會注意到，從刑法介入的必要性原則、適度性原則及補充性原則來

³⁸ 《諮詢文件》，前引，第 13 頁。

³⁹ 理由陳述。

⁴⁰ “重要性慾行為”是指“所有客觀上與性有關及具有一定嚴重程度的行為，這些行為會對義務客體的私穩及自由造成嚴重的傷害，在客觀上嚴重侵入了個人禁區，是所有人類在性方面自身最私密之處”，Manuel Leal-Henriques，Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau(澳門刑法典注釋及評述)，前引，第 342 頁。



看，新的罪狀可能會在其正當性方面引起疑問。⁴¹然而，認為現時作出的立法政策取向既不損害亦不會取代《刑法典》規定的其他性犯罪所保護的法益。相反，是加強了對有關法益的保護⁴²，使其罪狀及處罰方式與另一種性騷擾方式，即現時第一百六十五條(暴露行為)規定的相同。透過現時設立的性騷擾罪，“並不是要保護一般意義上的貞操或性方面的道德價值，又或是任何以某種方式對待性生活的社會取向，而只是單單為了具體地保護他人的性自由及性自決”，⁴³通過這一理解就能釋除上述的疑慮。因此，並不是要走向回頭路，為保護社會道德價值法益而懲處“非禮”罪，因為這在澳門現行的刑事法律制度內是沒有基礎的。⁴⁴

3.3.3. 在法案的細則性分析過程中，對第一百六十四-A 條作出了完善，以更好地反映立法原意，並達成了以下的行文方面的共識：

⁴¹ “刑法立法者如何能對其他不屬重要性慾行為的行為進行處罰？因此，要麼是因為侵害人的行為經已包含在其他法定罪狀中（性脅迫、傷害身體、侮辱），要麼是因為我們面對的並不是侵犯一法益的行為，而只是純粹令人不快、擾人又或從社交的角度來說令人無法接受的行為，但非犯罪行為。” Vera Lúcia Raposo，前引，「As 50 sombras do Código Penal...」，第 11-12 頁。

⁴² “政府解釋建議新增現討論的性騷擾罪是為了擴大現行《刑法典》制度中立法者認為是不足的刑法保護範圍。而在這一點上，(.....)有關建議是絕對合理的，且加上在很多不同的立法中亦可見到這種保護的趨勢”，José António Mouraz Lopes，《性自由的保護及性騷擾罪》，法律改革範疇的培訓活動：修訂《刑法典》研討會 - 侵犯性自由及性自決罪，法律及司法培訓中心，澳門，2016 年，第 10 至 11 頁。

⁴³ 同註，第 11 頁。

⁴⁴ 關於這個問題有很多討論都是以源自其他時期不同的法律制度，尤其是源自美英法系傳統的“非禮”或“性侵”(indecent assault)概念為基礎，例如，陳麗貞，《澳門地區非禮行為的探析》，刑偵與法制，第 22 年，第 69 期，司法警察學校，澳門，2015 年，第 7-11 頁。



“第一百六十四-A條
(性騷擾)”

使他人被迫忍受性方面的身體接觸，或迫使他人與行為人或第三人進行此行為而騷擾他人者，不論是以身體某部分或物件作接觸，如按其他法律的規定不科處更重刑罰，則處最高一年徒刑，或科最高一百二十日罰金。”

正如法案修改文本所規定，性騷擾罪的罪狀構成要件為：1)騷擾及 2)使他人被迫忍受性方面的身體接觸。

騷擾表現為“對被害人造成的精神上的困擾，因為被害人感到有關困擾是負面的及違反其意願的”⁴⁵。因此，第一百六十四-A條行文要求構成性騷擾罪的就是這種困擾。法案最初文本沒有規定騷擾這項要件，只在該條的標題上可見騷擾二字⁴⁶。然而，曾有意見認為，該要件應包含在罪狀的行文中，以便將有關犯罪轉化為結果犯或約束實施犯。即只有當行為人的行為實際上引起這種困擾時才可以認為是構成性騷擾罪。因此，下列情況不會構成性騷擾罪：性方面的身體接觸是被害人同意；或儘管沒有同意，倘若被害人沒有感到被騷擾或困擾（也就是說，騷擾的典型結果不存在）；又或倘若被害人感到被騷擾，但這並非由於任何性方面的身體接觸所致，因為根本不存在身體接觸，或雖有身體接觸，但並非屬性

⁴⁵ 參閱 Pedro Caeiro e José Miguel Figueiredo， «Ainda dizem que as leis não andam...»，前引，第171頁。

⁴⁶ 此外，奇怪的是，性騷擾罪沒有將“騷擾”這一結果包含在其罪狀的構成要件內，但第一百六十五條（暴露行為）則有包含此要件。



方面的身體接觸。

除增加強迫的概念之外，增加與之相關的騷擾結果的表述是為了強調性方面的身體接觸是違背被害人意願下作出的。這是因為“在談及騷擾時，立法者希望強調的是有關行為須對被害人造成滋擾，強迫被害人（……）違背意願承受有關行為”⁴⁷。因此，在行文中刪除了“違背他人意願”的表述，而有關表述曾包含於法案最初文本中，但這並不是想改變這些身體接觸是違背他人意願的行為的意思。因此，“站在被害人的角度，有關性方面的身體接觸的騷擾行為違反其意願，故侵犯了其性自由”這一論斷仍然有效。⁴⁸

性騷擾罪的典型行為是強迫忍受性方面的身體接觸。

首先，該規定要求有一身體接觸，即行為人觸摸被害人身體。被害人是被迫（強迫）忍受其身體被觸摸，不論是以行為人的身體觸摸，抑或是行為人藉物件作出觸摸。該罪狀也包括強迫被害人以其身體或透過物件進行與行為人或第三人的身體接觸。⁴⁹

⁴⁷ 參閱 Manuel Leal-Henriques, Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (澳門刑法典註釋及評述……)，前引，第 378 頁。

⁴⁸ 理由陳述。

⁴⁹ 關於忍受及作出之間的差異，“須強調的是，立法者要求性方面的接觸是強迫性的，但這並不意味着只是包括忍受（例如觸摸），亦包括迫使與行為人或第三人（例如抓住被害人的手觸碰其性器官或抓住被害人的手觸摸第三人）或對被害人自己進行有關接觸。最重要的是不只包括性方面的身體接觸，還包括強迫及騷擾”，José António Mouraz Lopes, 《性自由的保護及性騷擾罪》，前引，第 12 頁。



Handwritten signatures and initials in the right margin, including a large signature at the top and several smaller ones below.

其次，僅有身體接觸並不足夠；罪狀還要求此身體接觸須具有性方面的性質。該要件限定了僅懲罰客觀上與性方面有關的身體接觸行為，尤其是涉及與被害人、行為人或第三人的性器官及性敏感部位有關的接觸。⁵⁰正如本法案的理由陳述中所述，“行為人以身體部分或以任何物件作任何身體上的接觸，只要該等接觸隱含性方面的意味，而且侵犯到被害人的性自由，即可視為性方面的身體接觸”。此外，這些性方面的接觸不能夠具有被認為是重要性慾行為的嚴重程度，否則該行為就可能構成更嚴重的罪行，尤其是性脅迫罪。再看看理由陳述，“‘性方面的身體接觸’所涵蓋的範圍比性脅迫罪規定的‘重要性慾行為’更廣泛，指的是雖不構成‘重要性慾行為’，但可影響被害人性自由的其他行為”。⁵¹

最後，須指出的是，有關性方面的身體接觸必須是有意的，即故意，而且行為人的行為目的是達到性方面的滿足，因此，將強迫的概念納入犯罪罪狀當中，藉以將有關要件明確化。⁵² 即是“證實有性方面的接觸後，須強調，單純存在接觸並不足以確立罪狀，有關接觸必須是透過一些脅迫、壓力、壓迫或強制行為作出，且有

⁵⁰ 因此，性方面的身體接觸是指“以某種方式與被害人的身體與性有關或有性功能的部位（性器官，乳房，口腔，肛門，臀部，大腿）扯上關係的行為。”，Manuel Leal-Henriques，〈澳門刑法典註釋及評述……〉，前引，第 342 頁。

⁵¹ 此外，根據理由陳述，“身體上的接觸是否屬於性方面的接觸並不可單憑對行為的抽象考量，而是取決於行為發生時的多個外在因素。當然，為確定接觸的性質，最重要的是確定接觸的類型和被害人身體的哪些部位被接觸。然而，只憑上述要件未必每次均可肯定行為是否具有性方面的性質，而可能需要具體查找其他因素界定，例如：（一）行為的意圖；（二）性接觸的強烈程度；（三）具體個案中被害人與行為人的關係；（四）事發地點及其他條件。”。

⁵² 根據理由陳述，“站在行為人的角度，有關騷擾行為須出於行為人的故意，因此，性騷擾罪不包括行為人無犯罪意圖或因過失而作出的涉及性方面的身體接觸行為，例如：在公共交通工具上因突然煞車或擠迫而引起的身體接觸”。



關行為必須確實約束了被害人的性自由。犯罪的罪狀方面，若不存在能客觀地識別出關於強迫行為的這個‘最低要件’，則不可能確立有符合罪狀的行為存在”。⁵³

3.3.4. 委員會接納政府建議的最高一年徒刑或科最高一百二十日罰金的**刑幅**，並同意所提出的理據：“對新增的性騷擾罪建議的刑幅（……），主要是基於該犯罪並不包括重要性慾行為，且侵犯被害人性自由的程度低於涉及重要性慾行為的犯罪”。⁵⁴ 另外，亦應注意，建議對性騷擾罪作出的處罰，與《刑法典》規定的另一個性騷擾犯罪相同——作出**暴露行為**而騷擾他人（第一百六十五條）。

在處罰方面，仍有兩個情況需要考慮。第一，法案包含一個**明確的補充性條文**（“如其他法律沒有規定更重的處罰者”），目的是要顧及與旨在保護其他法益的犯罪的實質競合情況，例如身體完整性。第二，第一百六十四-A條規定的（輕）處罰，會因應出現第一百七十一條所規定的情節而**加重**，特別是被害人與行為人之間存在親屬關係（第一款 a）項）、等級從屬、經濟依賴或工作上的從屬關係（第一款 b）項），又或被害人未滿十六歲，或屬無能力的人或因疾病、身體或精神缺陷而能力低弱的人（第四款）。將性騷擾犯罪，納入那些因被害人與行為人之間存在等級從屬、經濟依賴或工作上的從屬關係而加重刑罰的犯罪中，從而確立了對常見的一種性騷擾行為的處罰：行為人藉權勢，透過性方面的身體接

⁵³ José António Mouraz Lopes 和 Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais (性犯罪) ...”, 前引, 第 130 頁。

⁵⁴ 理由陳述。



觸，影響被害人的性自由。⁵⁵

最後，根據第一百七十二條第一款的規定，性騷擾犯罪具有半公罪的性質，即非經告訴不得進行刑事程序。在不妨礙第一百七十二條第二款的規定下，“基於被害人利益的特別理由”，檢察院有正當性展開有關程序，這規定並不改變有關犯罪的半公罪性質，但規定了檢察院有展開程序的義務。⁵⁶

4. 侵犯性自決罪的立法介入，旨在加強未成年人在性方面的自由發展的保護。正如意見書上面提到的，在這些犯罪中，被保護的法益具有複雜性，結合了性自由（所有人均被賦予的）及未成年人在性方面的自由發展。這方面，刑法旨在確保未成年人在性方面的人格，能在不受干擾或干涉的情況下發展，這對於未成年人往後能享有完全的性自由來說，是一個重要的條件。“對自決能力的保護，可讓青年人—不論性別或性取向—當可完全享有該自決能力時，對性有自由表達的權利（但需預先具有對性方面的了解和資訊）”。⁵⁷

對未成年人加強保護，也是對規範澳門的國際法律

⁵⁵ 見 José António Mouraz Lopes, “A tutela da liberdade sexual (性自由的監護) ...”, 前引, 第 13 頁。從比較法角度分析亞洲的刑法框架, D.K. Srivastava, “Progress of Sexual Harassment Law in India, China and Hong Kong: Prognosis for Further Reform”, 《哈佛國際法雜誌》, 第 51 期, 2010, 第 172-180 頁。

⁵⁶ 見 Manuel Leal-Henriques, “Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (澳門刑法典註釋及評述) ...”, 前引, 第 410-412 頁。

⁵⁷ Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, “Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade (被害人為未成年人的性犯罪摘錄)”, in *Revista do CEJ*, n.º 15, 1.º Semestre 2011, 第 211 頁。



義務的履行。這方面，《兒童權利公約》第三十四條⁵⁸規定了一個不可迴避的責任，即承擔保護兒童免遭一切形式的色情剝削和性侵犯之害。根據《公約》的規定，締約國應防止：引誘或強迫兒童從事任何非法的性活動；利用兒童賣淫或從事其他非法的性行為；及利用兒童進行淫穢性表演和充當淫穢題材。

委員會同意有關加強對未成年人在性方面的保護的立法意向。事實上，委員會成員所發表的意見，均認為兒童應受到特別保護，以確保其人格能伴隨其成長而逐步形成。對性的接觸應是漸進的、且應得到指導，因此，不論是在家裡還是在學校，對於性概念這個作為每個人的人生及人格頗為重要的部分，未成年人的教育者負有尤其重要的責任。委員會呼籲性教育應該更加深入，並希望有關教育能推廣對自由、自決、多樣及性別平等方面的尊重。

4.1. 在侵犯性自決罪（第五章第二節）方面，法案透過兩類型的修改來落實立法政策的方向及原則：

i. 一方面，修改第一百六十六條（對兒童之性侵犯）、第一百六十七條（對受教育者及依賴者之性侵犯）、第一百六十八條（姦淫未成年人）及第一百六十九條（與未成年人之性慾行為）的行文，使該等條文的行文能配合在侵犯性自決罪方面作出的修改；

⁵⁸ 根據 2001 年 1 月 10 日刊登於澳門特別行政區公報編號 2，第二組的第 5/2001 號行政長官公告的規定而適用於澳門特區。



ii. 另一方面，新增與未成年人進行性交易罪（第一百六十九-A條）及與未成年人有關的色情物品罪（第一百七十-A條）。

我們更詳細看看在侵犯性自決罪方面所訂定的新型犯罪。

4.2. 提案人解釋訂定與未成年人進行性交易罪是
“基於兒童賣淫現象一直備受國際關注，但現行《刑法典》對於相關犯罪的刑事監管範圍有限。事實上，作為未成年人之淫媒罪（《刑法典》第一百七十條）僅針對參與提供兒童賣淫中介服務的人，而不會懲處接受未成年人提供性服務的人。鑑於打擊兒童賣淫的現象，最有效的方法是杜絕對兒童賣淫的需求，故有必要將接受由未成年人提供賣淫服務的行為定為刑事犯罪，以便切實保障未成年人的身心健康發展，以及全面保護其性方面的自決”⁵⁹。提案人又解釋，在比較法層面，尤其是中國、葡萄牙、西班牙、法國、意大利和德國的法律體制⁶⁰，亦有將與兒童進行性交易定為刑事犯罪。

4.2.1. 關於打擊兒童賣淫方面，澳門特別行政區受二零零零年五月二十五日於紐約通過的《〈兒童權利公約〉關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書》（下稱《議定書》）所訂定的國際義務約束，有關內容已載於第12/2003號行政長官公告內⁶¹。

⁵⁹ 理由陳述。

⁶⁰ 諮詢文件……，前引，第22頁。

⁶¹ 刊登於2003年5月7日第19期第二組《澳門特別行政區公報》內。

Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large 'L' at the top, followed by several other marks and the character '子'.



Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large 'L' at the top, followed by 'W', '李', 'M', '子', and 'L'.

《議定書》規定，除了其他義務外，澳門特別行政區須採用刑事手段處罰“主動表示願意提供、獲取、誘使或提供兒童，進行第二條所指的兒童賣淫活動”者⁶²。然而，根據該《議定書》第二條（b）項的規定，兒童賣淫“係指為了報酬或出於任何其他形式的考慮而在性活動中利用兒童”。而兒童概念是指“18歲以下的任何人”⁶³。

4.2.2. 引入的新罪狀為處罰行為人藉給付或承諾給付報酬或其他回報，與十四歲至十八歲的未成年人進行重要性慾行為。有關給付可以是直接（由行為人給付予未成年人）或間接（由行為人給付予其他人，而非未成年人本人；透過第三人給付予未成年人；或透過第三人給付予其他人，而非未成年人本人）。

賣淫概念是指基於回報而進行的性行為。回報既可以是金錢（即給付款項），又可以是任何形式的實物，只要該實物可被理解為交換進行性行為的代價報酬。經修改相關行文後，尤其是葡文文本的行文，透過採用報酬及回報的概念，賣淫概念變得更加具體，因為報酬及回報這兩個概念均主張給予未成年人的利益應意味着款項的意思⁶⁴。

⁶² 《任擇議定書》第3條第1款（b）項。

⁶³ 《兒童權利公約》第一條。

⁶⁴ “近年來，性侵害未成年的方式除了傳統的強姦……等暴力侵害外也出現了其他面呈現，如支付價款和報酬引誘未成年人自願與其發生性行為、以誘騙方式博取未成年人同意等方式。” 謝俊龍，田然：“我國刑法加強未成年人性權利保護的前度探尋”，華東政法大學2015年“海外調研項目”和2015年“國家公派留學基金”專案的階段性研究成果，第82頁。



可科處的刑罰為三年徒刑（第一百六十九-A 條第一款）。與未成年人進行重要性慾行為，如性交、肛交、口交，又或以男性陽具以外的身體某部分或任何物件插入陰道或肛門，則加重刑罰，處最高四年徒刑（第二款）。

4.2.3. 現於《刑法典》新增的罪狀包括由十四歲至十八歲的未成年人所提供的賣淫服務行為。

將年齡的下限定為十四歲並不表示刑法接受與正需加倍保護的較年幼兒童進行的性交易。相反，之所以訂定該下限是因為：與未滿該年齡的未成年人進行或對其作出任何重要性慾行為是被視作為對兒童的性侵犯並被納入第一百六十六條的範圍內，且以相對較高的刑罰作處罰。

另外，上限是十八歲即意味着所有兒童都受到刑事保護，即使他們已有行使性自決權的能力。這一取向自然是考慮到《議定書》的兒童概念是包括所有未滿十八歲的未成年人。此外，《刑法典》本身已規定侵犯性自決罪的受保護年齡上限為十八歲⁶⁵：所以，認為自十六歲起的未成年人不會因進行與性相關的行為而受到嚴重影響，且其同意與否並不重要的這一推定已被排除。換言之，由於刑法採用年齡分級標準以逐步承認未成年人行使性自決權，因此對與未成年人進行性交易罪（以及與未成年人有關的色情物品罪）所建議的級別是最高的年齡分級。

⁶⁵ 尤其見第一百六十七條第一款 b) 項（對受教育者或依賴者之性侵犯）及第一百七十條（作為成年人之淫媒）。



雖然委員會認為這取向合適，但仍有需要考慮年齡上限調升至十八歲與《刑法典》第十八條規定的十六歲刑事歸責年齡⁶⁶之間在配合上可能出現的問題。從抽象層面而言，不論被害人或行為人都可能是未成年人（被害人甚至可能會比行為人更年長），由於都是兒童所以都需要受到保護。為避免適用法律方面出現問題，曾考慮過一個方案，即參照現時其他法律體制所規定的該罪行只可由成年人實施（即已滿十八歲的人）。只有在遵守必要性原則及適度原則的前提下，並由於能推定存在因年齡而出現濫用權力地位⁶⁷的情況時，才可容許刑法的介入。就此一潛在問題作出提醒後，政府並不同意按建議修改法案，並指出有關方案可能會影響到關於訂定刑事歸責年齡為十六歲的一般原則。

4.2.4. 最後，要指出的是法案規定的與未成年人進行性交易罪屬公罪。根據理由陳述，“關於上述性交易罪的性質，為打擊兒童賣淫和保護未成年人，建議與作未成年人之淫媒罪（第一百七十條）一樣，將與未成年人進行性交易設為公罪，以便由檢察院依職權提起該犯罪的刑事訴訟程序，即該刑事程序的展開不取決於被害人的意願”。

4.3. 法案對《刑法典》新增與未成年人有關的色情

⁶⁶ 見 António Correia Marques da Silva, «Imputabilidade penal em razão da idade: maturidade ou responsabilidade?» (因年齡的不可歸責性 成熟還是責任), 《紀念研究》..., 前引 第 171-185 頁。

⁶⁷ 見 Miguel Manero de Lemos, «Crimes sexuais com crianças» (對兒童性犯罪), in *Ações de Formação no âmbito das Reformas Legislativas: Seminário sobre a Revisão do Código Penal – Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais*, 法律及司法培訓中心, 澳門, 2016, 第 6-7 頁。



查

YJ

W

李

之

之

物品罪（第一百七十一-A條）。

現行《刑法典》已針對與未成年人相關的色情活動作刑事化，但其規定範圍狹窄⁶⁸，並不足以履行澳門特區在這方面的國際義務⁶⁹，尤其載於《議定書》的義務。

4.3.1. 法案並沒有就該新犯罪所提述的兒童色情製品概念下定義。因此，如適法者欲掌握該概念的內涵，則需從法律體制的其他部分，尤其是從國際法及單行法例中，尋找可供了解該概念的資料。

在國際法的層面，兒童色情製品的概念是指“以任何方式表現兒童正在進行真實或模擬的直露的性活動或主要為取得性滿足而以任何方式表現兒童身體的一部分的製品”⁷⁰。而在域內法律的層面上，七月八日第10/78/M號法律第二條規範色情的定義，其所涉及的尤其是有損公德或有傷風化⁷¹的這些法益並未被1995年《刑法典》的刑事法律制度所採納。由於欲加以保護的該等價值並不存在於我們現行的刑法制度中，故色情概念有可能已被《刑法典》默示廢止，在此情況下，會使人質疑該概念是否仍然有效⁷²。然而，這個法律定義的客

⁶⁸ 根據第一百六十六條第四款及第一百六十七條第二款之規定。

⁶⁹ 見理由陳述。

⁷⁰ 《〈兒童權利公約〉關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書》第二條 c)項。

⁷¹ 根據七月八日第10/78/M號法律第二條第一款之規定，“物品或工具，其上言詞、描述或形象有損公德或有傷風化者，即視為色情或猥褻物品或工具”。

⁷² 是一條先於《刑法典》的單行法，並對其作出修訂以配合澳門刑事法律制度的核心法律。此外，因應涉及至1978年的技術發展，關於色情及猥褻物品的公開販賣、陳列及展出的法律已很滯後。



觀內容似乎對於理解何謂色情有一定的效用。根據上述的第二條第二款，色情是性行為的表演或描述，或性器官的暴露但只以涉及淫褻方面為限；以及透過視覺或聽覺上過份刺激的技術，而對性變態或性態作圖利的利用。

依照以上兩個定義，可以填補第一百七十-A 條所規定的受刑事處罰的行為之兒童色情製品的概念。

4.3.2. 法案透過對兒童色情製品的規定而擴大未成年人的保護範圍，不論是主體還是客體方面。

首先，刑事禁止的主體範圍擴展至所有兒童，亦即所有少於 18 歲的人士。在現時的刑事制度中，對該等行為刑事化的方式各有不同，且取決於未成年人的具體年齡：

- 1) 如涉及未滿十四歲的未成年人，行為必然構成犯罪；
- 2) 如涉及十四歲至十六歲的未成年人，僅當其交託予行為人教育或扶助時，該行為方構成犯罪；
- 3) 如涉及十六歲至十八歲的未成年人，僅當其交託予行為人教育或扶助，且行為人是濫用其執行的職務或擔任的職位時，該行為方構成犯罪。

因應《任擇議定書》之規定，法案將刑事保護擴大至 18 歲的未成年人，而不論與行為人之間的關係，即利用未成年人參與色情表演、錄製色情照片、影片或錄製品，又或為此目的而向其作出引誘。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

其次，當與現行制度作比較時，新犯罪的客體範圍亦被擴大。

在現時的文章，《刑法典》僅針對利用未成年人拍攝或錄製色情照片、影片或錄製品〔第一百六十六條第四款b)項〕作出懲處。

新罪同樣懲處這種利用行為〔第一百七十-A條第一款a)及b)項〕，因直接影響未成年人的性自由及性自決以及可影響其人格發展。且亦更進一步，處罰其他間接影響與未成年人相關的法益之行為。為此，亦處罰散播或銷售兒童色情製品的行為〔第一百七十-A條第一款c)項及第二款〕。當這色情製品流通期間是難於確定未成年人的性自由受到的影響，然而，由於涉及色情市場，這些行為可對“未成年人身體和精神上的個人領域造成傷害，並伴隨影響其聲譽和名譽。針對未成年人的最大利益及其身體和精神福祉應受保護的權利，而存在一個提前監督。由於該等色情製品的擴散範圍廣泛，因此，所描述的所有行為都會造成該等傷害”。⁷³

另一方面，因應擴大客體罪狀的範圍，法案對單純引誘參與色情行為刑事化。為此，“引誘是指犯罪實施者所有用於促使未成年人參與色情表演、錄製色情照片、影片或錄製品的行為”⁷⁴。

最後，客體保護範圍同樣因禁止行為的“以任何名義

⁷³ José António Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, Crimes sexuais (性犯罪)..., 前引, 第 192 -193 頁。

⁷⁴ 同上, 第 192 頁。



Handwritten signatures and initials on the right margin.

或任何方式”而得以擴大，正如第一百七十-A條第一款c)項及第二款的規定。這個表述意欲涵蓋散播兒童色情製品的典型行徑：“透過所有認識的媒體，不論是文字出版物、視聽媒體、遠程信息傳播，即透過電腦、數字網絡（互聯網）及手提電話（例如，透過電郵、手提電話發送色情物品，在臉書上分享，在博客上或透過youtube等公布）。因此，任何具有聲音或載有涉及未成年人圖片形象、影片或錄製品的設備都是合適的方式呈現實行犯罪”⁷⁵。

4.3.3. 委員會成員憂慮在互聯網上傳播兒童色情製品的問題，以及因最新科技的應用而可能令傷害未成年人的案件會激增。因此，一致的理解是，刑事法律體系應該堅定和明確地對兒童色情製品作出回應，尤其是在網絡世界⁷⁶。

然而，亦有成員表示擔心，非故意作出的散布兒童色情製品的行為可能會被新的罪狀所包括。委員會認為，傳送、展示或讓與兒童色情製品，只有在故意作出的情況下方應處罰之。對於屬行為人意願和控制範圍以外，使用科技裝置時出現誤傳，新罪狀不包括這類客觀情況。

4.3.4. 另一方面，委員會和政府達成的共識是，將

⁷⁵ 同上，第193頁。

⁷⁶ 關於這一問題，見 Inter alia Corinne Dettmeijer-Vermeulen, 《Legal Challenges and Strategies for Combating Online Sexual Violence against Children: Making Children's Rights Future-Proof》, in Ton Liefwaard and Julia Sloth-Nielsen (eds.), The United Nations Convention on the Rights of the Child: Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead, Brill/Nijhoff, Leiden e Boston, 2017, 第47-60頁。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

第一百七十-A 條規定處罰的廣義散布行為區分開來。這項區分使到最初針對某些嚴重程度較低的行為所訂定的刑幅降低了。

法案新文本的第一款 c)項規範了所有將色情物品投放到商業範疇流通的行為，即使行為是以無償名義作出亦然。色情物品的生產、發售、銷售、進口、出口或散播行為具有較高的損害程度，這個便是將其刑罰與直接利用未成年人製作兒童色情製品（一至五年徒刑）的刑罰相持平的原因。所指的損害程度是由於在該等行為中，有的行為具有商業性質（例如銷售、出口和進口）、有作為建立兒童色情製品市場工具的特質（例如生產和發售），又或具不確定數目的對象人數（例如散播的情況，包括在互聯網或社交網站中散布兒童色情製品）。

就性質屬嚴重但對未成年人影響較低的行為，第二款以較輕的刑罰（最高三年徒刑）處罰之。傳送、展示或讓與的對象人數較少，對未成年人的危險性較低⁷⁷。

雖然立法目的是針對涉及兒童色情產品的市場作出處理，但法案不會將單純使用兒童色情製品的行為刑事化，即使是《任擇議定書》亦沒有作出這一要求。因此，單純是取得或持有與未成年人有關的色情物品，這一行為本身並不構成犯罪；但是，若然作出該等行為是為了將該類產品投放於市場流通的話，那麼便會構成犯罪（即具有作出第一百七十-A 條中規定的行為這一目的）。這是從載於第一百七十-A 條第一款 c)項和第二款中的表述，

⁷⁷ 一般而言，傳送是在具體的兩點之間所進行的。



Handwritten initials: 18, 14, 15

Handwritten signature: 李

即“又或為上述目的而取得或持有”所得出的。對於這一持有或取得，是一項故意犯罪。

對於透過有組織或商業形式操縱兒童色情製品的行為，從法案中可看到其具有一個較高的刑事譴責程度。

在訂立兒童色情物品加重罪中可體現有關的可譴責性：根據第三款，當作出第一百七十-A條第一款和第二款規定的行為是作為生活方式或意圖營利時，有關的刑罰便會加重，在第一款的情況中，會由一至五年徒刑加重至二至八年徒刑；而第二款的情況則會由最高三年徒刑加重至一至五年徒刑。然而，需指出，當所作出的行為已將意圖營利作為前提時，例如銷售的情況，上述規定不能有損“一事不再理”原則。因此，如果行為人銷售兒童色情製品，且僅實施一項交易及由此獲利時，不得以加重作出犯罪處罰；但是，如果是以此作為生活方式時，則可以加重作出犯罪處罰。

另外，這項新訂的犯罪會載入“七月三十日第6/97/M號法律《有組織犯罪法》第一條，黑社會實施的罪行列表中，從而加強對有組織實施與未成年人有關的色情物品罪的情況作適當的刑事監管，以履行前述議定書第三條的規定”。⁷⁸

4.3.5. 最後，需指出，法案規定將兒童色情製品犯罪設為公罪。根據理由陳述，“考慮到履行國際義務的需要，以及為有效打擊兒童色情製品和加強保護未成年

⁷⁸ 理由陳述。



人，建議將此新訂的獨立犯罪設為公罪”。

5. 法案對一般規定(第五章第三節)中關於加重(第一百七十一條)、告訴(第一百七十二條)和親權的停止(第一百七十三條)的內容引入修改。在此，需強調：

5.1. 在第一百七十一條中所引入的修改主要是為了使新的犯罪符合已規定在《刑法典》中的加重情節。對新犯罪所規定的刑罰會在下列情況下加重：

- i. 性騷擾(第一百六十四-A條)——第一百七十一條第一款和第四款規定的加重情節；
- ii. 與未成年人進行性交易(第一百六十九-A條)——第一百七十一條第一款、第二款、第三款，以及新建議的第五款規定的加重情節；
- iii. 與未成年人有關的色情物品(第一百七十-A條)——第一百七十一條第一款規定的加重情節。

另外，第一百七十一條第四款規定的加重是建基於被害人的年齡，而為了加強對未成年人的保護，法案對被害人的年齡作出修改，由十四歲改為十六歲。同樣是這一款以及為着同一目的，而將暴露行為犯罪(第一百六十五條)納入到一項罪行列表，當中所列犯罪的刑罰會因被害人為十六歲以下的未成年人這一事實而加重。

第三，法案將“由兩個或以上行為人共同直接參與實行”(第五款)犯罪的這一事實訂定為一項新的加重

Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large 'V' at the top, followed by 'W/黃', '李', 'M', 'SM', '之', and '人'.



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

情節。在這一新規定下，“突出了行為在共同犯罪中的負面影響和不法性具較高的譴責程度，它們使被害人在有關情節中處於更加脆弱的狀態”。⁷⁹這一加重情節所包括的犯罪——第一百五十七條至第一百六十條和第一百六十六條至第一百六十九—A 條——都是“前提為對被害人實施性交、肛交、口交、以男性陽具以外的身體某部分或物件插入被害人的陰道或肛門，以及其他重要性慾行為的罪行，但不包括性欺詐罪，因為其前提並不符合有關加重情節”。⁸⁰

上指規範在最初文本中規定，犯罪是“同時或連續地共同實施”。按照理由陳述，該行文“是基於法律的清晰性及確切性，從而明確地使無論該等行為人是同時地，或是連續地對被害人實施該等行為，均可涵蓋在有關表述中”。然而，在法案的細則性審議過程中，認為該行文所涵蓋的範圍或許屬過於廣泛，因為除了共同作出構成犯罪的具重要性慾行為這情況外，有關行文的適用範圍尚可能會包括其他共同犯罪的情況。為了避免這一結果，法案修改文本第一百七十一條第五款規定，當犯罪是“由兩個或以上行為人共同直接參與實行”時，則會加重刑罰。

最後，需指出，已對第三款的行文作出修改，並且以“患可藉性關係傳染之危害生命的疾病”（愛滋病）的表述取代了患後天性免疫力缺乏症的提述，作為第一百五十七條至一百六十二條和第一百六十六條至一百六

⁷⁹ José António Mouraz Lopes 和 Tiago Caiado Milheiro, Crimes sexuais (性犯罪) ... , 前引, 第 214 頁。

⁸⁰ 理由陳述。



Handwritten notes and signatures in the right margin, including the characters "L", "黃", "李", and "文".

十九-A 條規定的犯罪的加重情節。委員會認為對患後天性免疫力缺乏症的提述屬不恰當的，理由有以下三個：

- i. 現行的條文沒有將人類免疫力缺乏病毒（愛滋病毒）的傳染和由該病毒引致的後天性免疫力缺乏症（愛滋病）兩者區分，但感染了愛滋病毒的人不一定會有愛滋病，且即使有，也只有在對病毒呈陽性反應後發病。由於第一百七十一條第三款規定的加重情節取決於一種後果的產生，而就患上愛滋病這一後果，既含有不確定因素，亦在時間上屬於遞延性質後果，故此，有關規定看來未能適用於被害人受愛滋病毒感染但沒因此而引發愛滋病的情況⁸¹。
- ii. 基於犯罪引致傳染愛滋病毒/愛滋病這一嚴重後果而加重刑罰的情況，亦可適用於其他可藉性關係傳染的疾病，這些疾病除了會引致身體完整性受嚴重傷害之外，還會對被害人的生命構成危害（第一百七十一條第三款現行的行文對此有所規範）⁸²。
- iii. 相對其他一系列可藉性關係傳染的疾病而言，只對愛滋病作規範可能會引起標籤效應。這並非忽視其嚴重性，而是自《刑法典》作出相關規定至今，對愛滋病的科學認知及其治療已不斷發展，因而沒有理由只對該疾病作出規定。

⁸¹ 要注意的是，於 1998 年至 2007 年期間生效的葡國《刑法典》第一百七十七條第五款如此規定：“後天性免疫力缺乏症的病毒的傳染”（底線由我們所加）。自 2007 年起，改為“危害生命的病源”這一表述。

⁸² 例如，於 1998 年至 2007 年期間，當時的葡國《刑法典》也對“以肝炎形式危害生命”的傳染作出明確規定。



基於這些理由，委員會致力使第一百七十一條第三款的行文得以修改，提案人對此表示同意。

5.2. 法案增加了一些屬於公罪性質的性犯罪情況，公罪是指不取決於告訴而展開刑事訴訟程序的犯罪⁸³。根據理由陳述，擴大依職權原則的範圍旨在“加強在刑事程序上對被害人的保障”。

將性犯罪轉為公罪在社會上一直存在訴求，這是基於被害人身心脆弱，以及被害人和施暴者之間經常存在經濟依賴和家庭依賴的關係，以致阻礙其自由和清晰地行使告訴權，這一事實會引致未能保障性犯罪的被害人及未能處罰施暴者。另一方面，社會上亦存在相反意見，認為《刑法典》小心規範涉及性犯罪事宜的依職權原則是有道理的，是出自於保障被害人本人，因為只有被害人本人最清楚是否願意展開可引致暴露其隱私的刑事訴訟程序。

正如立法會第一常設委員會早前指出，“這一問題涉及眾多須由法律保護的價值，但可能互相衝突，因此，孰重孰輕，應深思熟慮：雖然社會應該打擊此罪行，但是同時亦需要保護受該罪行直接影響者的權利，尊重受害人受保護的私人生活和家庭生活。將一個罪行定為公罪或半公罪，並不一定說明其受保護的法益重要與否，或侵犯行為的嚴重程度。有些情況下，因涉及被害人私人、家庭或私隱範疇的價值，即使認為法益重要，也可

⁸³ 關於這些情況，只要檢察院得悉犯罪的實施便可提起刑事訴訟程序，無須被害人或其他對有關事宜具有正當性的人提出告訴。見《刑事訴訟法典》第三十七條和第三十八條的規定。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

採用半公罪。有時，刑事訴訟程序固有的公開性，會對被害人造成附加的傷害，甚至可能比犯罪引起的傷害更加嚴重⁸⁴。

委員會認為法案訂定了一種平衡各方面的解決方法，基於此，性脅迫（第一百五十八條）和對無能力抗拒的人的性侵犯（第一百五十九條）等犯罪改為屬公罪。在這些情況中，基於典型行為的損害程度及被害人尤為脆弱的事實，使到這些犯罪不再屬於半公罪。基於同樣理由，新訂定的犯罪，包括與未成年人進行性交易（第一百六十九-A條）和與未成年人有關的色情物品（第一百七十-A條）的犯罪都被訂定為公罪。

法案修改了第一百七十二條第二款的行文，就第一百六十一條、第一百六十二條及第一百六十四-A條至第一百六十九條規定的犯罪，如被害人未滿十六歲，且基於其利益的特別理由，檢察院得開展訴訟程序。現行法律的行文是，作為展開訴訟程序的要件，被害人須為未滿十二歲，且基於公共利益之特別理由。

提案人指出，將年齡限制從十二歲改為十六歲，是為了加強對未成年人的保護，“還特別考慮到未成年人自十六歲起即可成為告訴權人，並因心智轉趨成熟，已能夠權衡是否提起刑事訴訟”⁸⁵。

⁸⁴ 立法會第五立法屆第一常設委員會關於《預防及打擊家庭暴力法》法案第1/V/2016號意見書，第56頁（刪除了參考書目），詳情上載於：
<http://www.al.gov.mo/lei/leis/2016/2016-02/parecer.pdf>

⁸⁵ 理由陳述。



W
L
黃

另一方面，選擇未成年人的個人利益作為檢察院依職權展開訴訟程序的標準是恰當的，因考慮到這屬於個人法益，即關乎每一被害人個體在性自決罪中受到的保障。所以，使檢察院的訴訟提起權具有正當性是考慮到被害人，而非公共利益概念中的社會。

李
L
M
子
K

5.3. 法案最初文本沒有對第一百七十三條（親權之停止）作出任何修改。然而在細則性分析時，發現本條規定的適用範圍沒有涵蓋由《刑法典》增加規範的兒童色情犯罪，因此，提出了建議修改第一百七十三條，以便以附加刑形式對所有性犯罪適用親權之停止。

6. 除以上各點所述，委員會亦對多項規定的行文作出修繕，以使其在法律技術上更為完善，但實質內容不受影響。

四、結論

委員會經細則性審議及分析後認為：

- （一） 本法案具備在全體會議作細則性審議及表決的必需要件；
- （二） 有必要邀請政府委派代表列席為細則性表決法案而召開的全體會議，以提供必需的解釋。

二零一七年五月二十三日。



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

委員會

鄭志強
(主席)

崔世平
(秘書)

張立群

黃顯輝

高天賜

梁安琪



澳門特別行政區立法會
Região Administrativa Especial de Macau
Assembleia Legislativa

Handwritten marks: a checkmark, a 'W', and a signature-like stroke.

陳明金

劉永誠

鄭安庭

李靜儀

黃潔貞