



## 司法裁決摘要

### 楊柱永(申請人) 訴 律政司司長(答辯人)及彩虹行動 高院憲法及行政訴訟 2017 年第 753 號; [2019]HKCFI 1431

裁決 : 司法覆核申請部分得直  
聆訊日期 : 2018 年 9 月 27 日  
判案 / 裁決日期 : 2019 年 5 月 30 日

#### 背景

1. 2017 年 10 月, 申請人申請司法覆核, 尋求法庭宣布《刑事罪行條例》(第 200 章)(《條例》)中下列七項條文抵觸《基本法》第二十五條及 / 或《香港人權法案》(《人權法案》)第二十二條關乎平等的條文, 因而違憲:
  - (1) 第 118C 條 —— 由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出同性肛交;
  - (2) 第 118G 條 —— 促使他人作出同性肛交;
  - (3) 第 118H 條 —— 由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出嚴重猥褻作為;
  - (4) 第 118I 條 —— 男子與男性精神上無行為能力的人作出嚴重猥褻作為;
  - (5) 第 118J(1)條 —— 男子與男子非私下作出的嚴重猥褻作為;
  - (6) 第 118K 條 —— 促使男子與男子作出嚴重猥褻作為; 以及
  - (7) 第 141(c)條 —— 准許男童經常前往或置身於處所或船隻以與男子作出嚴重猥褻作為。
2. 答辯人在考慮多項因素後, 認同《條例》第 118G、118H、118J(1)及 118K 條屬於歧視, 其考慮包括現時是否有任何相若罪行針對同性戀者或女同性戀者, 以及現時是否有類似條文保障未成年人及 / 或精神上無行為能力的人免受同類行為損害。申請人和法庭在聆訊前已得悉答辯人以下立場:
  - (1) 《條例》第 118G、118H、118K 及 118J(1)條抵觸《基本法》第二十五條及 / 或《人權法案》第二十二條, 因此法院應批准申請人就該等條文尋求的宣布; 以及
  - (2) 原訟法庭可以和應該對《條例》第 118C、118I 及 141(c)條作出補救解釋以保存其有效性, 因此申請人就該等條文尋求的宣布不應獲得批准。



## 争议点

3. 本案的主要争议点如下：

- (1) 《条例》第 118C、118G、118H、118I、118J(1)、118K 及 141(c) 条是否抵触《基本法》第二十五条及 / 或《人权法案》第二十二条，因而违宪；以及
- (2) 鉴于上文第 2 段所载的答辩人立场，原讼法庭可否和应否分别为《条例》第 118C、118I 及 141(c)条作出补救解释，以保存其有效性。

## 律政司就法院的裁定的摘要

(原讼法庭的判案书全文(只有英文版)载于 [https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search\\_result\\_detail\\_frame.jsp?DIS=122165&QS=%2B&TP=JU](https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=122165&QS=%2B&TP=JU))

4. 原讼法庭裁定，由于《条例》第 118G、118H、118J(1)和 118K 条仅针对男同性恋者，并无相若罪行针对异性恋者或女同性恋者，可见该等条文带有歧视性质，因此宣布其违宪。
  - (1) 原讼法庭应用律政司司长诉丘旭龙 (2007) 10 HKCFAR 335 (丘旭龙案)一案的裁决理据。终审法院在该案中裁定，《条例》第 118F(1)条(关乎非私下作出同性肛交的罪行)仅针对男同性恋者，因此属于歧视。(第 14、16(1)段)
  - (2) 《条例》第 118H 条属于直接歧视，原因是在没有相若罪行针对异性恋者或女同性恋者的情况下，16 岁以下异性恋者参与有关作为并无刑事法律责任，而 16 岁以下同性恋男童参与相同 / 类似作为，待遇却较差，因此该等条文属于歧视。(第 14、16(2)段)
  - (3) 原讼法庭注意到，《条例》第 118J(1)条是第 118F(1)条的映照，而后者已在丘旭龙案中被废除。(第 14、16(3)段)
  - (4) 原讼法庭指出，就该等条文所订造成损害的行为而言，成文法及 / 或普通法有类似条文可保障未成年人及 / 或精神上无行为能力的人免受同类行为损害。(第 16(2)、(3)段及脚注 10)
5. 原讼法庭接纳政府就补救解释提出的论点，裁定法院一旦信纳相关法律原则容许作出补救解释以使法例条文合宪而无须予以废除，便有司法责任采取补救解释，就本案而言更应如此，以确保易受伤害的人(未成年人和精神上无行为能力的人)及公众利益受到保障，而这正是立法机关制定有关条文的原意。原讼法庭作出多项裁定，包括政府建议的补救解释符合有关立法机制的基本特点或有关条文的关键原则，并无订立新罪行。(第 34 至 38、41 至 50、53 至 63 及 66 至 69 段)



6. 至于《条例》第 118C 条，原讼法庭指出，答辩人认同该条文相当于给予男同性恋者有差异的待遇，即 16 岁以下男子与另一男子作出肛交行为属于刑事罪行；而 16 岁以下异性恋者参与相同 / 类似行为则并无刑事法律责任。再者，由 16 岁以下男子作出或与 16 岁以下男子作出肛交的男子，可判处终身监禁；而与 16 岁以下女子非法性交的男子，则可判处监禁五年。尽管如此，原讼法庭接纳可透过补救解释减轻最高刑罚以保存该条文，使其与异性恋者之间相同 / 类似行为的刑事法律责任和最高刑罚一致。(第 32 至 38 段)
7. 原讼法庭裁定，《条例》第 118I 条只针对男同性恋者，在没有相若罪行针对异性恋者或女同性恋者的情况下，属于歧视。原讼法庭认同，该条文旨在保障精神上无行为能力的男子，若全条废除，便会失去或减少对他们的保障。原讼法庭参阅立法数据后，裁定同时为精神上无行为能力的男女提供保障的补救解释，符合制定该条文的立法建议的基本特点和原则。因此，原讼法庭藉补救解释宣布，第 118I 条中“男子”一词须广义地理解为“人”，以同时为精神上无行为能力的男女提供保障。(第 39 至 50 段)
8. 原讼法庭认为，由于《条例》第 141(c)条只把下述行为列作刑事罪行：任何[处所或船只的]拥有人或占用人诱使或明知而容受 21 岁以下男童置身于该处所或船只，目的在于与男子作出严重猥亵作为；但若目的在于与女子作出严重猥亵作为，又或诱使或明知而容受未成年女童置身于该处所或船只，目的在于与男子或女子作出严重猥亵作为，则不列作刑事罪行，因此裁定该条文属于歧视。法庭确认现时没有其他相若条文提供有关保障。法庭同意政府所指，建议的补救解释并无逾越补救解释的限制。原讼法庭参阅立法数据后，为确保第 141 条的字眼通篇一致，作出补救解释如下：“男童”应理解为“女童或男童”；“男子”的涵义予以扩大并改为“另一人”；以及把年龄由 21 岁降至 16 岁，使之与《条例》第 146 条的另一项类似罪行一致。(第 51 至 62 段)

律政司

民事法律科

2019 年 5 月 30 日