



## 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 —— 促致他人作出同性肛交；
  - (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 —— 促致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異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。



## 爭議點

3. 本案的主要爭議點如下：

- (1) 《條例》第 118C、118G、118H、118I、118J(1)、118K 及 141(c) 條是否抵觸《基本法》第二十五條及 / 或《人權法案》第二十二條，因而違憲；以及
- (2) 鑑於上文第 2 段所載的答辯人立場，原訟法庭可否和應否分別為《條例》第 118C、118I 及 141(c)條作出補救解釋，以保存其有效性。

## 律政司就法院的裁定的摘要

(原訟法庭的判案書全文(只有英文版)載於 [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. 原訟法庭裁定，由於《條例》第 118G、118H、118J(1)和 118K 條僅針對男同性戀者，並無相若罪行針對異性戀者或女同性戀者，可見該等條文帶有歧視性質，因此宣布其違憲。
  - (1) 原訟法庭應用律政司司長訴丘旭龍 (2007) 10 HKCFAR 335 (丘旭龍案)一案的裁決理據。終審法院在該案中裁定，《條例》第 118F(1)條(關乎非私下作出同性肛交的罪行)僅針對男同性戀者，因此屬於歧視。(第 14、16(1)段)
  - (2) 《條例》第 118H 條屬於直接歧視，原因是在沒有相若罪行針對異性戀者或女同性戀者的情況下，16 歲以下異性戀者參與有關作為並無刑事法律責任，而 16 歲以下同性戀男童參與相同 / 類似作為，待遇卻較差，因此該等條文屬於歧視。(第 14、16(2)段)
  - (3) 原訟法庭注意到，《條例》第 118J(1)條是第 118F(1)條的映照，而後者已在丘旭龍案中被廢除。(第 14、16(3)段)
  - (4) 原訟法庭指出，就該等條文所訂造成損害的行為而言，成文法及 / 或普通法有類似條文可保障未成年人及 / 或精神上無行為能力的人免受同類行為損害。(第 16(2)、(3)段及註腳 10)
5. 原訟法庭接納政府就補救解釋提出的論點，裁定法院一旦信納相關法律原則容許作出補救解釋以使法例條文合憲而無須予以廢除，便有司法責任採取補救解釋，就本案而言更應如此，以確保易受傷害的人(未成年人和精神上無行為能力的人)及公眾利益受到保障，而這正是立法機關制定有關條文的原意。原訟法庭作出多項裁定，包括政府建議的補救解釋符合有關立法機制的特點或有關條文的關鍵原則，並無訂立新罪行。(第 34 至 38、41 至 50、53 至 63 及 66 至 69 段)



6. 至於《條例》第 118C 條，原訟法庭指出，答辯人認同該條文相當於給予男同性戀者有差異的待遇，即 16 歲以下男子與另一男子作出肛交行為屬於刑事罪行；而 16 歲以下異性戀者參與相同 / 類似行為則並無刑事法律責任。再者，由 16 歲以下男子作出或與 16 歲以下男子作出肛交的男子，可判處終身監禁；而與 16 歲以下女子非法性交的男子，則可判處監禁五年。儘管如此，原訟法庭接納可透過補救解釋減輕最高刑罰以保存該條文，使其與異性戀者之間相同 / 類似行為的刑事法律責任和最高刑罰一致。(第 32 至 38 段)
7. 原訟法庭裁定，《條例》第 118I 條只針對男同性戀者，在沒有相若罪行針對異性戀者或女同性戀者的情況下，屬於歧視。原訟法庭認同，該條文旨在保障精神上無行為能力的男子，若全條廢除，便會失去或減少對他們的保障。原訟法庭參閱立法資料後，裁定同時為精神上無行為能力的男女提供保障的補救解釋，符合制定該條文的立法建議的基本特點和原則。因此，原訟法庭藉補救解釋宣布，第 118I 條中“男子”一詞須廣義地理解為“人”，以同時為精神上無行為能力的男女提供保障。(第 39 至 50 段)
8. 原訟法庭認為，由於《條例》第 141(c)條只把下述行為列作刑事罪行：任何[處所或船隻的]擁有人或佔用人誘使或明知而容受 21 歲以下男童置身於該處所或船隻，目的在於與男子作出嚴重猥褻作為；但若目的在於與女子作出嚴重猥褻作為，又或誘使或明知而容受未成年女童置身於該處所或船隻，目的在於與男子或女子作出嚴重猥褻作為，則不列作刑事罪行，因此裁定該條文屬於歧視。法庭確認現時沒有其他相若條文提供有關保障。法庭同意政府所指，建議的補救解釋並無逾越補救解釋的限制。原訟法庭參閱立法資料後，為確保第 141 條的字眼通篇一致，作出補救解釋如下：“男童”應理解為“女童或男童”；“男子”的涵義予以擴大並改為“另一人”；以及把年齡由 21 歲降至 16 歲，使之與《條例》第 146 條的另一項類似罪行一致。(第 51 至 62 段)

律政司

民事法律科

2019 年 5 月 30 日