

致：《2014 年婚姻（修訂）條例草案》委員會
由：家校及各界反對扭曲婚姻制度群組

日期：2014-4-25

關於立法會是否必須通過 W 案判決要求之立法的【三個重要澄清、四個重要忠告】（此意見書比上次意見書加增了【重要澄清二】：若真的是「違憲」，判辭又豈該加入不尋常的第 146 段尾句，自相矛盾？及【重要忠告四】：「新法理」的問題及影響）

敬啟者：

「婚姻制度」制訂的根基其實不只是人權，一男一女婚姻制度的制訂也不只是基於人權。我們明白《2014 年婚姻（修訂）條例草案》是按 W 案終審法院的判決而寫的草案，然而，關於立法會是否必須通過 W 案判決要求的立法，我們有下面【三個重要澄清、四個重要忠告】，及我們尤其呼籲曾認同於對婚姻制度任何修改都必須作慎重與通盤考慮，並須作充份公眾諮詢的各議員細閱，與及否決此草案的立法，履行承諾。

【重要澄清一】：立法會其實並非不可不通過該 W 案判決要求的立法

有部分人以為無論 W 案終審法院的判決是否有著重要和核心法理遺漏或迴避提及的問題，立法會都不可以不通過該判決要求的立法，這是一個誤會，因為其實該案判辭第 146 段尾句寫有 “But it is of course entirely a matter for the legislature to decide whether such legislation should be enacted”。關於為何作為一個終審法院的判決，竟會如此不尋常地加有這一句，很值得市民大眾及議員細想。關於 W 案終審法院的判決是否有著重要和核心法理遺漏或迴避提及的問題，可另參〈「婚姻制度」的背後法理其實該是甚麼？——我們是否確應當設立有「變性別婚姻」與「同性別婚姻」等的社會制度？〉的分析，及也參〈從法理角度剖析為何「變性別婚姻制度」的加設，是可如同有一部份「同性別婚姻制度」的得加設〉一文之延伸影響的分析。

[備註：判辭第 147 段寫 “If such legislation does not eventuate, it would fall to the Courts, applying constitutional principles, statutory provisions and the rules of common law, to decide questions regarding the implications of recognizing an individual’s acquired gender for marriage purposes as and when any disputed questions arise. That would not, in our view, pose insuperable difficulties.” 留意最後一句的非絕對式語法。這個不尋常的非絕對式語法或可能是因為基於其背後也有著一個假設，這個假設是：- 若然「變性別婚姻」制度的立法最終不被立法會通過，則下一個「變性別婚姻」司法覆核案的終審法院判決，終審法院法官仍可以重施故技地，只管沿用這次有著重要和核心法理之遺漏或迴避，便能成功。因此，倘若今次大家不向立法會表示反對的意見，則這些重要和核心法理遺漏或迴避，就將會不可以在下次「同性別婚姻」等司法覆核才去提及和反對。]

【重要澄清二】：若真的是「違憲」，判辭又豈該加入不尋常的第 146 段尾句，自相矛盾？

此外，且必須留意的是，倘若終審法院是真的有權詮釋《基本法》第 37 條及《香港人權法案》第 19(2)條的立法原意，與及倘若《香港人權法案》第 14 條之「任何人之私生活，不得『無理』『侵擾』」且是真的有違反的話，終審法院又豈該將其稱為乃有「違憲」的情況，於判辭 第 146 段尾句寫 “But it is of course entirely a matter for the legislature to decide whether such legislation should be enacted”，這也可見此判辭本身有著的法理矛盾。且參常任法官陳兆愷頒發的一段重要異議判詞：「承認變性婚姻是根本地改變傳統的婚姻觀念，而婚姻是一種建基於社會大眾的看法的重要社會制度。海外司法管轄區的做法是透過社會諮詢從而瞭解社會對婚姻的看法有所改變後，才對有關法律作出改變，准許變性人以其手術後的性別結婚。陳法官認為，現時並無證據顯示，香港社會對婚姻的看法是否已改變至放棄或基本上改變傳統的婚姻觀念。在欠缺該種證據下，本院不應援引其詮釋憲法的權力來承認變性婚姻。若本院援引這項權力的話，便相當於就社會議題訂立新政策，這會帶來長遠後果，必需經過公眾諮詢才能作出。這並非本院的職責。」

【重要澄清三】：倘若《2014 婚姻(修訂)條例草案》不被通過，並非就連未完成「整項性別重置手術」的人，也有可能會以其欲稱為的另一性別得在港註冊結婚

有部分人以為『由於現時香港沒有任何法例寫明已完成「整項性別重置手術」的定義是甚麼，所以倘若《2014 婚姻(修訂)條例草案》不被通過，則會連未完成「整項性別重置手術」的人，也有可能會以其欲稱為的另一性別得在港註冊結婚』，這亦是一個誤會，原因如下。

1. 現時香港身份證上之性別是必須完成「整項性別重置手術」才可更改的，而完成「整項性別重置手術」的意思是有清楚說明（參〈常見問題 – 香港身份證〉Q22. 要求更改身份證上的性別需經過甚麼程序及提交甚麼證明文件？），因此，縱使上述草案不被通過，仍不會出現有未完成「整項性別重置手術」的人也有可能得以其欲稱為的另一性別在港註冊結婚。至於對非持有香港身份證的結婚申請者，婚姻註冊處則仍可沿用現時的「在有合理懷疑時，需查考申請者之已完成整項性別重置手術的證明文件」的做法。
2. 《2014 婚姻(修訂)條例草案》不是處理香港身份證上之性別是否必須完成「整項性別重置手術」才可更改，「性別承認法」是另一課題的立法，及保安局局長其實在 4 月 1 日立法會的法案委員會已多次清楚和堅決地表明，政府是不會以《2014 年婚姻(修訂)條例草案》去處理這個課題，並且政府已成立了跨部門工作小組就「性別承認」這複雜議題進行詳細研究。另參 1 月 13 日〈政府成立研究性別承認跨部門工作小組〉的政府新聞公報。也參下面【重要忠告一】、【重要忠告二】。

~~~~~

**【重要忠告一】**：需要政府成立之「研究性別承認跨部門工作小組」須在恰當階段加入向公眾作充份諮詢

由於政府已多次清楚和堅決地表明，政府是不會以《2014 年婚姻(修訂)條例草案》去處理「性別承認法」這課題，而且多數議員亦不同意以此草案去處理這個課題，所以我們大可放心，任何想更進一步地要求把「性別承認法」這課題混入該草案而作的修訂，其實都會難以成功，不過我們仍有需及早向政府施壓，要求政府就「性別承認」這複雜議題要在恰當階段加入向公眾作諮詢，因為 1 月 13 日〈政府成立研究性別承認跨部門工作小組〉的政府新聞公報尚未有承諾會在恰當階段加入向公眾作諮詢。

其實「性別承認法」可以是把現行香港身份證上之性別更改，乃必須做完「整項性別重置手術」才可以的做法，作正式立法的確立與鞏固，但也可以是把這個現行的做法，用立法去修改，由於這是個可影響深遠的重大課題，因此，我們必需要求政府所成立之「研究性別承認跨部門工作小組」須在恰當階段加入向公眾作充份的諮詢。

**【重要忠告二】**：倘若《2014 婚姻(修訂)條例草案》被通過，反會引來不利於政府的「研究性別承認跨部門工作小組」之工作的「跨性別婚姻」司法覆核

倘若《2014 婚姻(修訂)條例草案》被通過，這其實反而會不利於政府的「研究性別承認跨部門工作小組」之工作，因為倘若該小組就涉及性別承認的議題進行詳細研究及立法建議的同時，若有人隨著上述草案之被立法而進行下面的司法覆核，則會變相成為是由終審法院去主導這「研究」和「決定」。

周一嶽在一篇文章指，聯合國「認為」要變性人士完成性別重置手術的要求並不人道，是違法及具羞辱性，又指一些國家已廢除有關規定，所以他「相信」若政府這個原草案被立法通過，則可能會違反《香港人權法案條例》第三條之「不得施以不人道處遇 (inhuman treatment)」，以及侵犯個人私隱、家庭生活和免受歧視的權利。我們當然不同意這等論說，但若然真的有人以這等論說提出司法覆核，則以現時香港終審法院的五位法官中，有四位似乎頗傾向親同運來看，其判決會否 4:1 地以聯合國及某些國家認為的「某些法理」為「核心法理」(且參下面**【重要忠告四】**)，從而判決該司法覆核得值，實在可叫人不少擔憂，但若事情真的如此發生，則無論其判辭是否又同樣加有一句“*But it is of course entirely a matter for the legislature to decide whether such legislation should be enacted*”，大家會否同樣認為，只要是終審法院作此裁決，則政府成立之「研究性別承認跨部門工作小組」、社會、立法會也不該反對，以致變相是可由終審法院(而非立法會)去決定香港的「性別承認法」，正如現在像是可以由終審法院去作出應否給「變性別婚姻」立法的最後決定般呢？

**【重要忠告三】**：倘若《2014 婚姻(修訂)條例草案》被通過，且也會引來不利的「同性別婚姻」司法覆核

此外，倘若《2014 婚姻(修訂)條例草案》被通過，更將很快會引來「同性別婚姻」的司法覆核，詳見〈從法理角度剖析為何「變性別婚姻制度」的加設，是如同有一部份「同性別婚姻制度」的得加設〉一文說及的兩種情況，尤其說及的第二

種情況，因為那是於香港已有的情況，且應將會於今年稍後時間發生，因為該段報導是 2013 年 7 月登載的，而該報導說「兩年前他開始變性，先造乳房，又服雌激素，做咗上身手術，好舒服，最快明年可做埋下身手術」。而以現時香港終審法院的五位法官中，有四位似乎頗傾向親同運來看，該司法覆核的勝算亦會看漲（且參下面【重要忠告四】）。

若事情真的如此發生，則無論其判辭是否又同樣加有一句“*But it is of course entirely a matter for the legislature to decide whether such legislation should be enacted*”，大家會否同樣認為，只要是終審法院作此裁決，則政府成立之「研究性別承認跨部門工作小組」、社會和立法會也不該反對，以致變相是可由終審法院（而非立法會）去決定香港應該要給「同性別婚姻」立法，正如現在像是可由終審法院去作出應否給「變性別婚姻」立法的最後決定般呢？

其實就〈從法理角度剖析為何「變性別婚姻制度」的加設，是可如同有一部份「同性別婚姻制度」的得加設〉文中說及的那兩種情況該如何處理，是會關乎到社會之婚姻制度的重大改變，此種重大改變並不應該可由某幾位法官去作出應否及如何改動的判決，而應該交由政府現已成立之「研究性別承認跨部門工作小組」作詳細研究，並且須作出充分的公眾諮詢（而其中可行的出路是，只設立有限制性之「只為有婚後變性而設立的民事結合制度」，即是把「民事結合」的概念引用於只限婚後有一方或雙方作了完成「整項性別重置手術」的情況，此方案一方面可避免對一男一女的婚姻制度帶來衝擊，另一方面可避免巧立「泛民事結合」式的立法之對一男一女婚姻制度所同樣有著的衝擊：見〈「民事結合」是否一種巧立名目的立法名稱？社會是否應該加設立「民事結合」制度？〉一文的分析）。

#### 【重要忠告四】：「新法理」的問題及影響

我們在前面已說過「婚姻制度」制訂的根基其實不只是人權（按：一男一女婚姻制度的制訂也不只是基於人權），然而，倘若《2014 年婚姻(修訂)條例草案》得被通過的話，則終審法院在 W 案判決以 4:1 比例之法官所「認定」，及嘗試於香港去建立的「婚姻制度的核心根基只是人權」之「新法理」，便會形成為在香港也已得有法例在背後有效地確立為婚姻制度課題之「核心法理」以及「立法精神和準則」，這是甚為不妙的，及其對於在前面【重要忠告二】及【重要忠告三】所分別說及將可會有之「跨性別婚姻司法覆核」和「同性別婚姻司法覆核」的影響，更不言而喻。

此外，倘若該草案得被通過的話，則其實亦是說（以男跨性別者為例）「已完成整項性別重置手術的男跨性別人士」與「只在上身作了性別重置手術的男跨性別人士」也可在這新的婚姻建制下作註冊的婚姻和領養，這又會否是各議員們要向選民表示贊同的事呢？

「一子錯，滿盤皆落索」，請曾認同於對婚姻制度任何修改都必須作慎重與通盤之考慮，並須作充份公眾諮詢的政黨或議員務要明察三思，否決此草案的立法，履行對選民曾作的承諾。