

對《2014年婚姻(修訂)條例草案》的意見——兼論變性人婚姻的裁決

關啟文（浸會大學宗教及哲學系教授）

有關 W 小姐案件，四位終審法院法官，包括馬道立、李義、包致金和賀輔明，認為政府不讓變性人結婚是違反《基本法》與《人權法》保障的結婚權利，屬違憲。從包容和體諒的角度，我們明白這可對變性人提供幫助。然而從理性和社會的整體利益等角度，我們贊同另外五位判 W 敗訴的法官：高等法院的張舉能，上訴庭的夏正民、霍兆剛及鄧國楨，和終審法院的陳兆愷。我們認為終審法院提供的法律理據並不足夠，而且他們的判決長遠來說會對婚姻制度帶來衝擊（這從近期的討論已可見一斑），非社會之福。這些論點會在後面附錄的文章解釋。¹不幸的是，裁定 W 小姐勝訴的是終審法庭的多數。

我們可明白為何現時政府提出對婚姻條例的修改，然而，若有修訂，我們堅決反對把修訂的幅度不必要地擴大，因為這只會火上加油。我在下面會澄清現時有關修訂的爭辯，及指出隨意動搖一夫一妻制的危險。無論如何修改，我們應把對社會及婚姻制度的傷害減到最低。

終審法院對變性人婚姻的裁決是怎樣的？

第一，它沒有否定一夫一妻的婚姻制度。終審法院表明，無意透過 W 案的判決處理同性婚姻問題(W vs Registrar of Marriages, FACV4 of 2012, #2: 以下#所指的都是這判辭的段落數目)，並不影響現時香港的一男一女婚姻制度。我們認為，一男一女的婚姻制度是社會的基礎，不應輕易動搖。若要有任何改動，必定要經過整體社會仔細的討論和研究，不應盲目跟隨西方潮流；也應在討論過程中盡量尋求社會的共識，不應單方面把「少數人的權利」絕對化。（參張舉能法官判辭第 189-197 段，和上訴庭判辭第 141-143 段。）

第二，終審法院對政府的要求是：「一名與 W 同一處境、即已接受整項性別重置手術的變性人」，可以與一名男性結婚。（#124）那終審法院有沒有說過，一些還未完成性別重置手術的跨性別人（假設他原生性別是男，但心理的性別認同卻是女），一定要有與一名男性結婚的法律權利嗎？沒有，判辭說：不會說只有完成性別重置手術的跨性別人才有結婚權，但也沒有說這些人一定要有結婚權。終審庭對這問題的立場是開放的。（#124）他們且強調：「有必要在跨性別人士的權利，和其他可能因性別認同的改變受影響的人士的權利之間，取得平衡。」（#128）

婚姻條例修訂 = 酷刑？

政府要求跨性別人士完成性別重置手術後，才能獲得新性別身份及獲得婚姻權，是把酷刑施加於跨性別人士的身上嗎？陳志全議員經常有以上說法，他在 4 月 4 日的《太陽報》的文章題目就是〈婚姻條例變酷刑〉，其中說到：「變性手術複雜，極具傷害性，後遺症亦大」。感謝陳議員澄清了一些誤解，因為以前傳媒往往把變性描繪為很美好的事情，是跨性別人士的終極救恩：他們感到不得不做變性手術，因為只有做了手術後真正成為他們心儀的性別，他們才會快樂。現在陳議員指出變性手術「極具傷害性」，的確是誠實地把真相揭露出來。

然而，說政府在「立法強迫他們完成所謂『整項』手術」，實在是非常誤導；說婚姻制度的要求等同政府對他們施加酷刑，則更是危言聳聽。政府或任何人從來不會強逼人做變性手術，

¹ 參 關 啟 文 的 變 性 人 婚 姻 系 列 (9 篇)：例 如 第 4 篇 的 網 址 是 <http://kwankaiman.blogspot.hk/2014/04/transsexualmarriage4.html>

最終這是他們自己的選擇，假若變性手術是酷刑，那為何不少人選擇對自己施行酷刑呢？無論如何，責任不能算在別人頭上。一些跨性別人士選擇不做變性手術，亦沒有人會反對。問題是：他們雖然性別認同可能與原生性別違反，但生理器官仍屬原生性別，我們看不到有何理據證明整體社會必然要承認他屬於另一個性別。若貿然給這些人進入一夫一妻的婚姻制度，也會產生不少問題。例如：假若連人工陰道也沒有卻擁有男性器官的人能成為一正常男人的「妻子」，這真的是一男一女的一夫一妻制，還是有實卻無名的同性婚姻呢？但被終審庭肯定的一個大前提就是修例不應影響一夫一妻的婚姻制度。下面會進一步討論其他問題。

或謂政府仍是以婚姻權要挾一些不願意做變性手術的跨性別人士去變性，所以仍是變相在施加酷刑，不是嗎？這說法亦不能成立，因為有沒有婚姻權的分別只是社會認可與否的問題。縱使某跨性別人沒有正式的婚姻權，但仍然可以與任何性別的伴侶發展愛情或共同生活。他若真的認為變性手術是酷刑，也實在沒有去變性的必要，怎能說是別人強逼或歸咎別人呢？假如某男人自小的夢想（其職業取向或認同）是作警察，但長大後發覺身高不達標（不夠1.63米），最後為了滿足自己的職業取向，毅然決定做非常痛苦的增高手術！難道我們可以說因為政府訂下身高的標準逼使他做增高手術，是變相對他施加酷刑嗎？當然不可，政府只是因應警察的工作，訂下合理的標準。除非我們認為婚姻權可以無限擴張，不然政府始終要為婚姻制度訂下標準。

重新檢視終審庭判辭的邏輯

其實終審庭也指出「因著婚姻制度的本質使然，它必然受到法律的規限，例如婚姻是存在於一男與一女之間，雙方要彼此忠誠，可以結婚的年齡和結婚之間有沒有近親的關係等，都有限制。」(#65) 所以結婚權並非絕對(#67)。對，終審庭認為這些限制要符合基本人權，但他們的主要論據是：一男與一女之間肯定有結婚權，而一個已完成變性手術由男變女的人，社會應視作一個女人，所以她有與一男人結婚的婚姻權，但他們沒有提出未完成變性手術的人也有結婚權。

再者，按他們判辭的邏輯，其實沒有理據認定未完成變性手術的人，能夠與其原生性別相同的人結婚。為何終審庭為何認為由男變女的 W 應被視作女性呢？因為他們認為：

- a) W「已完成變性手術，現在在各方面看起來都像女人」。(#1)
- b) 因為 W 有人工陰道，可以與男人性交並圓房，所以不能說她不能達到「完成婚姻」(consummating a marriage) 的法律要求。(#55)
- c) 終審庭非常倚賴歐洲人權法庭的 Goodwin v UK 案例，這案的判辭論到為何生理因素不是性別釐定的決定性因素時，所論到的也是完成變性手術的人。(#77c)
- d) 歐洲人權法庭在 Goodwin v UK 案的判決被英國政府接受，且容許一些變性人結婚，但指的是一些「已採取決定性步驟去使自己完全及永久地以新性別生活的人」。(#78)
- e) 終審庭論到傳統釐定性別的生物學標準有三方面：i) 染色體；ii) 生殖器官；iii) 生殖腺；但在 W 的情況，「男性生殖器官和生殖腺的因素已被永遠消除，只有男性染色體的標準仍然成立。」(#95) 再加上他們認為心理上性別認同也是一個重要因素 (#99)，所以綜合所有因素，我們應視 W 為女性。
- f) 因為變性手術是不可逆轉的，顯示了變性人的「委身與信念」，所以變性的判斷也不是「任意或反覆的」。(#101)
- g) 考慮到 W 經過「不可逆轉的[變性]手術」，告訴她有與女人結婚的權利對她而言是毫無意義的(#109)。她不能走回頭路 (#110)，若不容許她與男人結婚，那就是說 W 根本不能結婚！(#111) 這就侵害了 W 的結婚權。

假設 Q 君的原生性別是男，但心理認同是女，並沒有做「不可逆轉的變性手術」，很明顯，以上可用於 W 的論點都不能用於 Q。Q 並非「各方面看起來都像女人」，也不能以人工陰道

與男人圓房，也沒有「採取決定性步驟去使自己完全及永久地以男性身分生活」。Q 對變性的要求也可能是「任意或反覆的」。到最後，Q 能走回頭路，與女人結婚。

特別是因為從染色體、生殖器官和生殖腺的角度看，Q 仍是男性，只有心理認同是女：這足以說服我們 Q 是一個真正的女性嗎？或謂心理因素才是最重要，這一個標準就足夠。然而終審庭認為釐定一個人的性別時，我們要「考慮所有可以找到的證據」，這包括「生理、心理和社會」的因素。（#103）當提到心理因素時，也只是說這是「一個」因素。（#99）總結而言，按終審判辭的邏輯，我們並沒有充足理據說 Q 有與男人結婚的婚姻權。

政府要求違反人權公約嗎？

周一嶽經常有這說法，我們請周主席指出究竟是違背了那個公約的那些條文？陳志全議員曾提到這「可能違反聯合國禁止酷刑公約」，我們也請他說明是這公約的那一條？上面已反駁把修例等同酷刑的說法。其實聯合國禁止酷刑公約（The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment）的第 1 條第 1 項有定義酷刑：「“酷刑”是指…蓄意使某人在肉體或精神上遭受劇烈疼痛或痛苦的任何行為，而這種疼痛或痛苦是由公職人員或以官方身份行使職權的其他人所造成」。現在到底是那些「公職人員」在「蓄意使跨性別人士遭受劇烈疼痛」呢？難道施行酷刑的是袁維昌等變性醫生？那在指控政府前，是否先要逮捕這些「侵犯人權」的變性醫生呢？²

或謂任何種類的跨性別人士與任何性別的人結婚都是他們的人權，然而多個案例顯示，國際人權公約所肯定的結婚權是指一男一女的婚姻。根據聯合國《世界人權宣言》第 16 條：「成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭……只有經男女雙方的自由和完全的同意，才能締婚。」《公民權利和政治權利國際公約》（ICCPR）第 23 條：「已達結婚年齡的男女締婚和成立家庭的權利應被承認。只有經男女雙方的自由和完全同意，才能結婚。」在這些國際人權公約中，婚姻僅是男女之間的結合。

有人曾提出訴訟，在 Joslin v. New Zealand 這案例中，³一對紐西蘭的女同性戀者，不服當時當地法院拒絕她們同性婚姻的申請，上訴到聯合國人權委員會，委員會在 2002 年 7 月 17 日對 ICCPR 作出解釋，指出公約所指的婚姻權利僅限於一男一女的自願結合。此外，也有人向歐洲人權法庭提出相關訴訟，挑戰《歐洲人權公約》對「婚姻權利」的解釋，例如 Schalk and Kopf vs. Austria 等，⁴但最後通通敗訴，法庭解釋同性「婚姻」並非《歐洲人權公約》所包括的基本人權。這些事例表明同性「婚姻」在國際社會之間，並沒有被視為基本人權的項目。⁵

法律限制兩個人相愛結婚，這是一種欺壓嗎？

王維基問：「法律的訂立，是強制別人做某些行為，或是防止別人去做不當的事？我以為法律是界定甚麼是違法，界定甚麼是不應做的事。」⁶這些問題反映了王先生並不明白婚姻制度的意義，也對法律的各種功能欠缺周詳的了解。其實法律有四個層次的功能（相對於某種行為 X）：(1) X 是禁止的（如殺人放火）；(2) X 是容許的（如打球看戲）；(3) X 是被鼓勵的（如婚姻和家庭）；(4) X 是強制要求的（如交稅）。

² 公約中文譯本：<http://www.un.org/chinese/hr/issue/docs/39.PDF>；公約英文本：<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

³ Communication No 902/1999 : New Zealand. 2002/07/30. CCPR/C/75/D/902/1999.(Jurisprudence)，全文可參：[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?OpenDocument).

⁴ 判辭全文可參考：<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

⁵ 有關同性婚姻與人權的討論，詳細可參閱啟文：〈同性婚姻是人權嗎？〉，http://kwankaiman.blogspot.hk/2012/11/blog-post_22.html。

⁶ 王維基，〈用法律去欺壓小眾〉，《香港經濟日報》，2014 年 4 月 3 日，頁 C06。

我們要區分變性人的情愛生活和正式結婚權利，前者在第二層，他們已有自由相愛、同居、辦婚禮等，沒有法律禁止。婚姻制度在第三層，是對社會公益的促進，政府所頒的結婚證書意味著公共權威的肯定，如張舉能法官指出，這代表社會整體的認同，所以才要「透過立法的方式去承認和規範」。因為這牽涉到整體社會，為何不需要考慮社會整體的共識？頂多可說變性人有權要求社會的包容甚或同情的對待（現在已存在），但他們沒有權利要求社會整體認同、肯定甚或鼓勵他們的生活方式。這問題的價值觀實在有太大爭議性，別人不也有持守自己價值觀的人權嗎？變性人的婚姻會影響整體社會的文化、價值觀，教育制度和其他人的權利，更難說不用理會社會的共識。

每人都有婚姻權，但婚姻的意義卻不是每個人都可以隨意界定的。我們已指出終審庭同意婚姻制度必然受到法律的規限，而結婚權並非絕對。按王先生的邏輯，現時法律不容許三個人或多男多女結婚，也不容許成年人與（自願的）小童結婚（他們也沒有傷害人啊！），難道也「是以群眾的力量欺壓」喜愛多元婚姻和「跨代戀」的小眾嗎？總結而言，婚姻制度並不僅限於兩個人的相愛關係，更涉及生兒育女、照顧下一代和社會的長遠發展，因此法律並沒有規範一般人際關係，但卻要特別保障婚姻。

初步思考性別認同法

不少議員建議政府參考英國的性別認同法，它的內容是怎樣的？英國的性別認同法(Gender Recognition Act 2004)，訂明不論性別，年滿 18 歲人士，可申請性別認可證書，審批的標準包括證明有性別焦躁症狀；在申請前，已有兩年使用新的性別身份生活，並打算繼續用新的性別身份生活至離世。但不必進行性別重置手術也可以申請性別身份轉換。這些標準只要是心理上的，有主觀性的問題，會引伸一系列社會問題。

首先，為何單單性別身份可基於當事人的主觀感受而決定，但其他身份項目，如年齡卻不可如此處理？有些人客觀上年齡已成年，但心理卻可能有如幼童，另一些未成年人士卻可能心智相當成熟。為何年齡的界定不也以心理狀態為基礎呢？

其次，基於主觀感受的性別身份認同，將混亂社會性別身份的界線，帶來社會一系列的問題。再以 Q6 提到的 Q 君為例，他作為「妻子」，不可與他的丈夫進行正常男女的陰道交（這類此的行為也不可能），卻可以一號身分（進入的姿態）與丈夫進行肛交。Q 也可以和其他女性性交，和成為一些孩子的爸爸（當然也可以捐精給很多孩子）。當 Q 與丈夫與他們收養的孩子一起洗浴或在更衣室換衣服時，孩子會驚奇地發現原來「媽媽」與爸爸都有同樣的器官，或以為原來「媽媽」也是爸爸；也可能感到混亂，這個「媽媽」既像爸爸，也不像爸爸，因為她同時有豐滿的乳房和男性的器官。⁷ 這樣真的對孩子的成長好嗎？這種婚姻又是哪門子的「一夫一妻」呢？

當然，Q 也可進入女廁或女更衣室，並在其他女性（包括小女孩）面前裸露男性器官。這不單侵害其他女性的私隱，更有性騷擾甚或性侵犯的危機。（實際上這些案例已經存在，請參考

⁷ 香港已有真實案例：「25 歲的琦琦，本來是位男生，現在卻變了人妖。仍喜愛男裝，... 他做手術為身體添了雙乳房，沒打算「變性」，只做上，不做下。「我既可以是男，也可以是女，這是人妖好玩的地方。」「這『性別』挑戰了性別定型，顛覆了很多東西。」參林慧遠，〈我愛做人妖〉，《明報》，2012 年 10 月 28 日。請注意這些案例的「顛覆」性後果。

另一份單張。）關鍵是若不進行變性手術就被接納更改性別，那外露的原生性別器官仍然存在，很容易被別人發現，也就會產生我們列舉的種種問題！對希望成為男人的女士（叫 R），若不做變性手術就娶妻，那 R 就成為保持子宮的變性「丈夫」和「父親」，R 結婚後也可生產子女，如 Thomas Beatie，那孩子應叫 R 作父親或母親呢？這又做成家庭角色的混亂。

其實處理變性人婚姻的做法，除了英國的性別認同法外，還有其他國際案例可供參考。新加坡 1996 年修訂法例，訂明進行性別轉換手術（sex re-assignment procedure）的變性人士，可根據身分證上已更改的性別與異性結婚。另外，中國在 2009 年頒佈的「變性手術技術管理規範（試行）」也要求「切除其原有的性器官並重建新性別的體表性器官和第二性徵。」而且申請人必須未婚及 21 歲或以上。⁸這些社會與香港社會比較接近，這些法例也對我們較有參考價值。

現在一些人對西方處理變性人的政策奉為金科玉律，盲目追隨所謂「先進」的國家，但卻不察這些政策往往假設了一些極端的自由主義、性解放或性別解構的思想，到最後就像阿根廷可讓人民隨意選擇自己的性別，既不用變性，也不用心理考察。甚至六歲的幼童也要急於變性，這又真的是「先進」嗎？西方社會其實存在嚴重的社會和家庭問題，盲目追隨西方文化的潮流，只會為香港社會製造更多問題。

有些人認為，一旦現時要求較嚴格的條例通過，日後或許會與新的性別承認法（要求較寬鬆）矛盾，所以現時不宜通過。但誰說一定要有性別承認法呢？為何新的性別承認法的要求一定要較寬鬆？我們認為，不能在現階段就假設了未來的立法或政策有甚麼發展，這個反對意見純粹基於個人的猜測和價值觀。如何處理這麼複雜的性別認同問題，香港社會還未有充足討論，上面也指出性別承認法的種種問題，西方的跨性別社運和性別解構意識形態也可能引發長遠社會問題。因此，倉猝的立法是不當的，更不應在現階段把激進的意識形態誤認為香港社會的共識。

⁸ http://www.zwbk.org/zh-tw/Lemma_Show/161910.aspx; <http://www.moh.gov.cn/mohyzs/s3585/200911/44592.shtml>

附錄文章

一. 有理說不清——變性人婚姻論壇後感

2013年4月21日的星期天，我參加了有線電視的新聞節目「週日不講理」，與跨性別資源中心的主席 Joanne 討論變性人婚姻的問題。⁹我的基本態度是：跨性別人士作為一個人與其他人一樣有平等的尊嚴，應受尊重。他們也經歷很多掙扎和歧視，社會人士應抱同情和敏感的態度，例如近期威爾斯醫院一名護士涉嫌在語言上對一位變性人無禮等行徑，應該避免。然而我也認為一男一女的婚姻制度是重要的社會制度，不宜輕易改變。我感到現在社會往往追逐一些「先進」的趨勢，未深入反思前就把傳統棄之如敝履。

我仍然認為婚姻制度是用來鼓勵原則上可以生育的關係，一位主持就說：香港的出生率只有0.9，這就是說已有一半家庭沒有生孩子，所以我的說法是不符現實的。然而這裡的計算有點錯誤，不錯，人口若要保持均衡，出生率要達到2.1，所以若只有0.9，人口就會減少，但這也是說，平均而言，仍然有九成的夫婦有生育一個孩子。而且出生率低可能對社會有長遠的壞影響，如人口結構失衡，老年人的比例過高，不單現時已有「殺校」的問題，將來更有勞動人口嚴重不足，卻要背負沉重的社會福利和醫療開支的問題。我也指出，婚姻制度只是用來鼓勵原則上可以生育的關係，即天生是男和天生是女的關係，但這不是說他們一定要生育。一些夫婦的確有不育的問題，但他們的生理結構仍然存在互補的設計，例如他們的精子和卵子原則是可以結合為他們的親生兒女。

我也指出現時對婚姻制度的挑戰不單是變性或同性「婚姻」，更有一夫多妻、一妻多夫和多夫多妻等，特別在司法覆核的層面不能迴避一些根本問題，如社會憑甚麼標準去認可一種關係為婚姻關係呢？一位主持指責我把問題拉得太遠，我只想重申，我的提問是絕對有必要的，也是社會人士都要想清楚的。很多時社會制度的變化牽一髮動全身，例如我們基於同情心或兩情相悅的人權，就認為要給變性人或同性伴侶婚姻權，那在將來可能會有三個男人、三男六女等要求婚姻權，我們要否定他們「三情相悅」或「多情相悅」的人權嗎？

一位主持提到既然大愛無疆，為何又要愛有差等呢？我相信大愛無疆，這應是指對所有人都有關懷愛護的態度，但對不同性愛方式，現時社會制度的對待的確是有差異的，例如不接受重婚、多夫多妻、亂倫和戀變童婚，難道我們因著大愛無疆，就把這些東西全納入婚姻制度嗎？本來婚姻問題就要有全盤思考，不能頭痛醫頭，腳痛醫腳。我也對變性人的遭遇感到同情，但在改變一個如此重要的婚姻制度前，香港人還應三思，並有長遠的視野。

⁹ http://cablenews.i-cable.com/webapps/program_video/index.php?video_id=12152222

二. 重拾男性身分的變性人—華特·希爾（Walt Heyer）的故事

支持變性人婚姻者一般都認為「變性」這個念頭是天生的，是後天不能改變的。既然他們的思想性別與肉身性別不符，那唯一人道的方法去處理就是為他們進行變性手術(SRS)。現時媒體給人的印象，SRS 是一個值得鼓勵和相當圓滿的解決方法，但有誤導成分。例如過來人希爾(Walt Heyer)指出：「“很多人在變性手術後很多年會對性別的改變感到後悔，但你從傳媒中永遠不會知道這回事。」(Heyer 2011, p. 1)

事實上變性是一種個人選擇，有些人能透過心理輔導又或宗教去改變及接納自己—甚至包括一些經歷過變性手術的人。例如希爾就曾做手術由男變女，但這變性人最後又選擇重拾男性身分，讓我們聽聽他的故事吧。(Heyer 2006; Heyer 2011, pp. 88-90)

希爾年少時受祖母照顧，但祖母竟然會親自做一些女性衣服給他穿著；而他叔叔更他進行性侵犯，多次撫摸他的性器官。不久，他開始幻想要變為女生，並為自己改了一個女性名字：Cristal West。在青年時期他飽受性別身分的混雜與掙扎煎熬，其實他曾向 Father Carol Barber 求助，但怎料到神父竟然誘惑他進行同性性行為！雖然他馬上跑掉，但這只會令他混亂的心靈傷上加傷。

二十歲出頭，他仍然選擇與異性結婚生子，並在商界打拼，且獲得成功，但性別的掙扎在內心持續。四十多歲，他婚姻失敗，於是決定走上變性之路。他開始在三藩市接受荷爾蒙治療，最後作了變性手術，在 1983 年成為 Laura。最初幾年這尚算成功，但始終未能解決內心掙扎。之後他更加沮喪，用毒品酒精麻醉自己，甚至嘗試自殺。

他後來信仰基督教，開始慢慢接納自己男性的身份，也重新生活過來。透過輔導，他開始明白：「作為變性人，他過的生活只是把自己從她的真正身分自我放逐... 當他是年輕男孩時，他也會說他『是一個被困於男性身體的女孩，』然而這只是用來表達他受傷和痛苦的感覺。她把自己躲在變性人身分的面具後面，目的是去逃避內心深刻的傷痛。」然而他今天明白：「讓我們的感覺去界定自己的身分永不是一個好辦法。」(Heyer 2011, p. 89)

最後他決定變回男士，最後與一女士結婚，至今已超過 14 年。他回顧一生的轉變時有以下反省：「我人生大部分時間都以為我出生於一個錯誤的身體，但我的創傷經歷其實發生於出生之後，而不是在子宮裡面。... 我拒絕接受生理性別的原因，是幾位成年人對我的侵犯。手術之後我才懂得我的主要問題叫 dissociative identity disorder，是這種[心理病]接著產生性別障礙（或有如這種障礙的病徵）。」(Heyer 2011, p. 90).

他最後這樣總結：「我不想我的人生活在偽裝中，而是活在真理中。我發現變性手術沒有醫學上的必要性—它是一個謊言。」(Heyer 2011, p. 90) 我在這裡無意全盤否定變性手術，畢竟有一些跨性別人士強烈感到有這種需要。或許華特的故事不代表全部人，但至少可說明這問題的複雜性。我們要提防變性慢慢成為一種意識形態，把變性手術的種種問題抹殺，並認定有性別認同障礙的人只有變性手術這解決方法。

Heyer, Walt. 2006. *Trading my Sorrows: A True Story of Betrayals, Bad Choices, Love, and the Journey Home*. Maitland: Xulon Press.

Heyer, Walt. 2011. *Paper Genders: Pulling the Mask off the Transgender Phenomenon*. Make Waves Publishing, 2011.

三. 四個不一樣的變性人故事

香港社會變很愈來愈開放，對變性人愈來愈包容，這本來是好事，但有時傳媒和支持變性運動的人，往往把變性手術的問題淡化，甚至把變性手術看作解決性別混淆的萬應靈丹，開始有點不容別人質疑的味道，但真的如此嗎？

華特·希爾(Walt Heyer)的經歷就並非如此，他曾由男變女，但發覺他心底的痛楚沒有消失，甚至變得酗酒，瀕臨自殺的邊緣。最後他藉著信仰的力量重新站起來，並以無比的勇氣和毅力重新變回男人。他的故事記錄在他這本書中：Walt Heyer, *Paper Genders: Pulling the Mask Off the Transgender Phenomenon* (Make Waves Publishing, 2011)

自從他公開他的故事，不少有類似經歷的變性人就寫信給他，有些刊登於他的書中：下面把其中四封譯作中文，讓更多人明白變性現象的複雜性。

第一封 (Heyer 2011, p. 38) : 三個月後已後悔！

寄出：2009年4月11日

我最近完成了變性手術。雖然我以前非常肯定自己在做什麼，但手術後只有三個月，我開始後悔了。或許有人會說，這是手術後常見的抑鬱狀況，但我確知不只是這樣。我在醫院裡與一些做過同類手術的病人談論過，我懷疑他們當中很多人都跟我一樣感到後悔。讓我真正覺悟到這現實的是：我需要躺在手術牀上八個小時，才能使我的生殖器顯得像女性一樣。這正正告訴我，我根本不是女人。如果我是女人，為什麼我天生就沒有女性生殖器？是的，有些陰陽人的生殖器不易區分男女，但我根本不是陰陽人。我的染色體是百分百正常男性的XY。

現實是我是男性，而且無論進行多少手術都不能改變這個事實。現在，我接受了手術已經四個月，我開始重新以男性的身分生活。我覺得，這是唯一誠實面對自己及社會的途徑。如果你正考慮做這類手術，要三思後果。要肯定你的醫生及輔導心理學家有足夠的專業知識為你做評估，判斷你是否需要做變性手術。全世界每年進行了太多不必要的[變性]手術，而且在大多的情況下，這不單為進行手術者——也為他們的家人——帶來痛苦及後悔。

第二封 (Heyer 2011, p. 39) : 表面成功的變性女人其實是一位痛苦的爸爸¹⁰

¹⁰ 我在改這個標題時最初把“爸爸”二字加上引號：「爸爸」，但後來反覆思量後發覺，雖然這主人翁變了「女人」，但從歷史的角度看，他／她永遠是他孩子的爸爸，而不是媽媽，這事實是變性手術改變不了，就如出世紙上面所紀錄的性別。道理很簡單，能令那孩子降生於世上的的是那主人翁的男性基因(XY)，而他所繼承的特性也是從他有特色的男性基因而來。這點的覺悟，使我愈來愈懷疑真正或徹底的變性是否可能。

大約十年前我動了[由男變女的]手術。我曾經確信這樣做是正確的——但遺憾地，我錯了。我付上了高昂的代價，我傷害了我最愛的人——我的孩子、我的兄弟姊妹、我的父母，以及我的配偶。

從任何表面角度看，我是一個成功的例子。例如我有一份好工作——高中教師；我的生活安靜、不受打擾，而又過著頗活躍的愛情生活。但事實是沒有一樣東西可補償每一天我所承受的痛苦及內咎。即使我的兒子已經十分接納我，但當每一次望向他，我都能從他的眼裡看到傷害。我可以感覺到他失去爸爸的痛苦，這感覺不斷撕裂我的靈魂。

無論你信不信也好，我已經找過一位治療師及幾位外科醫生，都不太成功。他們不斷告訴我這是正常的「調整期」（一段長得要命的調整期！！！）他們說：「你變成了一個不錯的女人，開心些吧！」但事實是我不開心！

你知道哪個外科醫生可以移除殖入我身體的乳房嗎？我真的希望重新以男性身分生活。

第三封 (Heyer 2011, p. 81) : 不成功的個案令人悲傷

2010 年 6 月 25 日

謝謝你，華特。

你正在做的工作非常重要。很遺憾關於由女性轉變為男性的資料太少。

我認識一個深受困擾的年青女孩，她 13 歲的時候看到一個關於由女性變性為男性的網站，接著她便突然肯定她出生時的性別準是弄錯了。這正是她所有困擾的原因——社會孤立、妄想，以及與她那愛控制[別人]的媽媽之間的持續衝突。她的媽媽帶她去看波士頓著名的變性治療師，他給她處方了男性賀爾蒙。

她剛滿了十八歲，剛剛因著厭食症要住醫院，身高及體重均屬於女性中最低的十分一。她戴了一頂軟呢帽，結了領帶，瘦小的臉龐長了些古怪的鬍子。

少數成功地進行變性偽裝的人能在他們的新角色中表現良好，但這可憐的小女孩活像在笨拙地模仿男性，但又顯得怪裡怪氣。真的很悲傷。她的問題一個也沒有解決到，狀況只有愈來愈差。

第四封 (Heyer 2011, p. 82) : 想變回去的變性人慘被變性人群體排斥！

2010 年 10 月 26 日

華特：

首先，你有沒有遇過像我一樣的人？後悔動了手術，但卻不後悔注射賀爾蒙或社會性的轉變？第二，找一些願意真正幫助我們回歸正常的醫生好嗎？無論只是重裝陰莖，或是幫某個變了做女性的人變回男性？

我之前曾經寫過電郵給你。這是我的錯誤，不是治療師的問題，也不關外科醫生的事。

雖然話是如此說，我仍然感到情緒很壞，而且沒有出路。整個變性「社群」，由醫生到治療師再到變性人群體，像離棄了我似的。他們不願伸出援手，他們只想我走開。

這是個真實的問題，那些同運人士、女同性戀者及變性人群體對後悔的人不屑一顧，除非你緊跟他們的腳步和思想。他們會欺負你、辱罵你、恥笑你，然後對別人說，他們被欺負了……就是這樣。

反思

以往我們可能把變性人的情況掃到地毯下，現在社會較能明白和同情他們的經歷是好事，但我們要慎防矯枉過正，把變性現象的意識形態化：把變性手術的成果美化，把其壞影響淡化，把整個問題簡化，然後把個人的抉擇政治化。

四. 變性手術是「酷刑」，還是萬應靈丹呢？

無休止的訴求

現時政府因應終審法院的命令，建議已接受整項性別重置手術的變性人，可以結婚。性別重置手術(sex reassignment surgery) 是較專業的名稱，一般叫變性手術。一般人或者預期性小眾群體會歡迎這建議，事實卻剛剛相反，周一嶽、何秀蘭和陳志全等群起而攻。例如陳志全說：「將變性的定義收窄到只有完成整項手術的人才可被認為改變性別身份，是蔑視跨性別人士的人權。變性手術複雜，極具傷害性，後遺症亦大，很多跨性別人士的身體未必適合接受，立法強迫他們完成所謂『整項』手術的要求極不人道，甚至可能違反聯合國禁止酷刑公約。」¹¹

這種酷刑論當然站不住腳，我在正文已回應。在這裡只指出，當他們為 W 爭取勝利時，大多強調 W 已完成了變性手術，過程非常艱辛，所以質疑為何還不給 W 結婚權？但當終審庭判 W 勝利後，他們就「得一想二」，馬上要求未完成變性手術（即仍然保存原生性別的器官）的跨性別人士也要能更改性別，並可與原生性別的人結婚。這次他們勝利了，下一步又會要求甚麼？是否要完全取消婚姻中性別的要求？這樣的訴求何年何月才會停止？社會人士不得不深思。

我們也要注意為了達到他們現階段的政治目的，他們關於變性手術的口風也有改變。以前他們強調「變性」這個念頭是天生的，是後天不能改變的。既然他們的心理性別與肉身性別不符，那唯一人道的方法去處理就是為他們進行變性手術。以前媒體給人的印象，變性手術是一個值得鼓勵和相當圓滿的解決方法，但現在陳志全議員卻強調：

「變性手術複雜，極具傷害性，後遺症亦大」。

其實我以往已指出傳媒的報道有誤導成分，例如過來人希爾(Walt Heyer)指出：「很多人在變性手術後很多年會對性別的改變感到後悔，但你從傳媒中永遠不會知道這回事。」(Heyer 2011, p. 1)現在陳議員承認變性手術「極具傷害性」，的確是「誠實」地把真相揭露出來。

變性手術的後遺症

其實很多案例顯示，縱使變了性，之前的問題不一定迎刃而解，甚至產生新的問題。有些人把所有問題歸咎於社會的不接納，然而也有可能「對變性人的生命構成威嚇的傷害，並非欺凌的後果，而是源自他們自己的高危性行為、非法藥物的使用、酗酒...和他們自殘的傾向。」(Heyer 2011, p. 91) 在 2010 年 10 月的一個調查訪問了七千個變性人，發現自殺率是 41%。(Heyer 2011, p. 2) 此外，Laura's Playground 是一個支援變性人的網站，它指出每年有數以千

¹¹ 陳志全，〈婚姻條例變酷刑〉，《太陽報》，2014 年 4 月 4 日，頁 A40。

計的變性人喪失生命。(Heyer 2011, p. 23)

另一活生生的例子是 Mike Penner，他是 *The Los Angeles Times* 的知名體育記者和評論家，在 2007 變性為 Christine Daniels，讀者對他極為支持，「她」繼續以新身分寫評論，成為變性人群體高舉的典範。然而在 2008 年 10 月，他的評論重新採用 Mike Penner 的名字，2009 年他自殺。(Heyer 2011, p. 21) 希爾指出：「自殺是精神病態未能解決的後果，這些死亡提供清楚和良好的證據，顯示更改性別並非一個高度有效的治療。」(Heyer 2011, p. 23) 除了自毀外，還有其他致命原因，如「非法使用荷爾蒙和其併發症…中風、心臟病突發、矽膠注射和深層靜脈栓塞。」(引自 Heyer 2011, p. 2) 有些人會否定以上說法，並訴諸一些醫學研究認定變性手術的成功率非常高。然而希爾也指出，根據一 2007 年的醫學課本，也有調查發現手術後有 90% 變性人完全失去聯絡，那單單按照能繼續聯絡的十分一變性人，得出的結果準確和有代表性嗎？(Heyer 2011, p. 22) 這些問題都要進一步研究。

另一個發現「變錯性」的例子是澳洲人 Alan Finch，他 19 歲時想變成女人，醫生和母親都支持，他過了九年女性的生活，甚至與一男士結婚。但後來他開始與一女士發展關係。30 歲時他回歸男性身分（但當然身體已傷殘），發現早年的性別認同障礙(GID)診斷根本錯了，他需要的是心理輔導而不是變性手術。他發現問題根源是他缺乏正面的男性角色典範，於是以女性身分作逃避。但他當年有掙扎時，他身邊人並不深究原因，就告訴他變性就是解決方案。他現在只感到憤怒，一方面「他當年這麼容易就相信成為女人是解決他身分危機的方法，他為此惱恨自己。另一方面如其他後悔者一樣，他「感到被別人的謊言欺騙」，Alan 說：「由頭頂到腳趾，我身上每一處都是假的。」(Heyer 2011, pp. 86-87)

自然的顛覆：祝福？咒詛？

當然，以上的故事不一定代表全部人，但至少說明幾點：第一，即使有性別認同障礙都不一定只有變性這解決方法，還可以透過心理輔導等，治癒心裏的傷口。¹²2007 年荷蘭一個研究顯示，在有 GID 的孩童中，有 52% 也有其他精神問題。因此，「以一個不可逆轉的手術去治療 GID，並忽略同時存在的其他狀況，容易導致病人的遺憾和自殺。」(Heyer 2011, p. 90) 性別認同障礙有不同的階段和嚴重性，若在孩童時發現，能治療的機會還是大的。根據 Zucker (1985) 的研究，孩童 GID 的案例，絕大部分都不會變為成人 GID (超過 90%)。但現今跨性別運動鼓吹變性手術不需要有年齡的下限，換言之他們容讓（有時甚至鼓吹）幾歲的小童就開始變性的過程。例如港大 Centre for Medical Ethics and Law (Faculty of Law) 的 Working Paper No.1 就提倡不要為變性設立一個最低年齡，它說：「任何年齡限制本質上是任意的。」

¹³ 它以很多法律術語包裝和訴諸近期西方相關法律的發展，看起來很專業，但最終反映的是西方跨性別運動的激進意識形態。假若變性手術真的如陳志全議員所言的那麼「極具傷害性，後遺症亦大」，我們如何忍心叫幾歲的幼童就要走上這條殘酷的不歸路？我們有盡保護幼童的責任嗎？我們有尊重父母的權利嗎？

¹² 有人會說輔導成功的機會率不高，在現階段這說法或許是正確的，但就算只有低的成功率，也應盡力嘗試，因為這能避免對身體的傷殘和種種後遺症。亦有人指出，現今的情況所謂輔導通常只是用來證明當事人有 GID，然後去排期做變性治療。無論是當事人和輔導員，根本沒有很大的動力去尋求改變。有現時的氛圍下，又如何能不斷改善和發展幫助 GID 患者的心理治療方法呢？

¹³ “The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons” (March 2014)

第二，變性並非一勞永逸的方法，我們不認為性別真的可以改變（另文處理），但無論如何，原生性別的影響在手術過後仍然存在。因此變性手術後還有漫長的治療過程。如日本知名變性人椿姫彩菜坦白承認：單單是注射女性荷爾蒙，「醫院告訴我，從今以後，我必須一輩子活在更年期障礙的陰影下，不但容易憂鬱，還可能罹患血栓症和肝功能障礙，甚至是免疫力降低、壽命減少等許多缺點；甚至可能會引發乳癌、心臟衰竭、糖代謝異常等可怕的副作用；另外，還有懶散倦怠、早上起不來，以及精神狀態容易不安定等問題... 這樣看來，我似乎無法長命百歲。」¹⁴

第三，為甚麼我們很少聽到 Heyer 這樣的故事呢？因為現在變性已成為一個政治正確的意識形態，假若有人質疑變性手術，都會受到攻擊：「有一群人發現變性手術是一個騙局，並希望恢復原生性別，但沒有任何群組比這些人更被嘲諷，和更不被法律保護——他們被同性戀者和其他變性人欺凌。」(Heyer, p. 37)¹⁵「當心理學家告訴跨性別人士真相時，那些活躍分子就會跳起來」，甚至「爭取立法去禁止心理學家說出真相。」(Heyer 2011, p. 87)

總結

變性人的情況值得同情，社會也應包容。然而單從醫學的角度，也看到變性的行為不值得鼓勵，我們特別要保護我們的孩童。更值得注意的是，變性的困境往往被一些激進意識形態利用，去徹底瓦解自然性別之區分，和一夫一妻的自然婚姻，這就可能為社會帶來長期的負面影響。

參考

Heyer, Walt. 2011. *Paper Genders: Pulling the Mask off the Transgender Phenomenon*. Make Waves Publishing.

Zucker, K. J. 1985. “Cross-gender Identified Children.” In *Gender Dysphoria: Development, Research, Management*, edited by Steiner BW (New York, Plenum, 1985), pp. 75-174.

五. 變性人婚姻、終審庭裁決與民主精神

2013 年 5 月 13 日，在四對一的情況下，終審庭宣判：現行婚姻條例中「女方」的解釋應包括「由男變女的變性人」，故政府不讓變性人結婚是違反《基本法》與《人權法》保障的結婚權利，乃屬違憲。我們認為終審法院提供的法律理據並不足夠。

不尊重法治？

當然，我對這裁決提出批評，有些人會指責我不尊重法治。然而我並沒有鼓吹發動群眾佔領法院，我只是對判辭提出理性批判。一般而言我們要尊重法庭的判決，但法官也是人，在一

¹⁴ 椿姫彩菜，《我是男校畢業的女生》，台北：三采，2009，頁 181。

¹⁵ 有一些真實故事，參 Heyer 2011, pp. 38-39, 81-82。

些爭議性課題上也可能有自己偏向的價值觀，他們的判決也可能是錯的。事實上，法官的判決不能只建基於自己的喜好，而是建基於現存的法律和各方面理據，然後理性地作出推論和判斷。很多這些理據也是一般人可以明白，並有能力提出批評的。我曾仔細和反覆地研讀終審庭判辭，相信對其整體思路有清楚的把握，然而實在對當中一些論據和推理不敢苟同。

當然，我們也不提議用輕率的態度去動輒批評終審庭，然而在變性婚姻這案件上，由於問題複雜，在法律上也是有極大爭議性的。此外，這是與公共利益攸關的課題。變性人成功爭取合法的結婚權利，長遠來說，對香港的婚姻制度必然帶來影響和衝擊，因為性別的改變直接影響婚姻制度，婚姻是家庭的基礎，影響婚姻也即影響家庭，而家庭乃是兒童孕育和成長的重要地方。一些輿論認為變性婚姻純屬個人選擇，然而部份人的個人選擇，為要爭取制度的肯定和社會的認可，現在已提升至制度和憲法權利的層次！因著以上原因，我們作為社會的一份子，在尊重法治的基礎上，以理性的角度對終審庭裁決作出回應，也是合情合理的。

我不期望會說服太多人，因為很多人會說米已成炊，多說無益。然而我最少希望在歷史中留下我反思的紀錄，況且我這系列文章中討論的問題，對未來的爭議仍然是有適切性的，因為類似的問題還會不斷出現。

判決的爭議性

單從法律層面來看，終審庭的判決已極具爭議性。觀乎三個訴訟層次先後有九位法官表達意見，不贊同由法庭判決變性婚姻為基本權利者為多數（佔其中五位），關鍵只是贊同的四位皆在終審庭。在一審、二審時，法庭的觀點其實相當一致，畢竟變性的界線十分模糊，而且判決影響深遠，實應容許政府就此議題向公眾廣泛諮詢，經過多方面的考慮和長時間的討論，才以立法制定較周全的方案。單以幾個人的觀點就決定了香港的婚姻制度，這樣的判決未免草率，終審庭理應避免對社會作出過度的干預。另外五位法官就明白利害所在，表現高度的司法克制(judicial restraint)，這值得讚揚。

其實回顧歐洲人權法庭相關判案的歷史，多位資深法官曾三次否定變性人婚姻是基本權利：*Rees v United Kingdom*(1986); *Cossey v United Kingdom* (1990); *Sheffield and Horsham v UK* (1998)。那些法官認同傳統婚姻的理念，並且容讓立約國有廣泛的酌情權 (wide margin of appreciation)，有十二年之久。最後一次才肯定變性人有結婚權：*Goodwin v UK* (2002)，推翻以前的論點，但他們似乎也沒有決定性的論據——而終審庭基本上是採納 *Goodwin v UK* (2002) 的進路。我不是說他們一定不對，但事情這麼複雜，他們也不一定對，為何不讓整體社會和立法會討論？

民主精神與司法的不當干預(judicial activism)

民主社會的精神是「民有、民享和民治」(government of the people, for the people and by the people)，所以人民有權利去選擇和塑造他們生活在其中的社會。當然，為了防止大多數人的暴政(tyranny of the majority)，少數者的基本人權(minority rights)是需要保護的，然而甚麼是人權呢？甚麼形式的婚姻才符合人權呢？畢竟變性人的基本人權（如言論和結社自由等）在香港已受到保障，但假若變性人的婚姻成了人權的話，將來類似的訴求也可能變成人權，這樣

對將來的婚姻制度必然會帶來衝擊。婚姻本來就是公共制度，應由公眾來討論，要有多重的考慮，包括小朋友的福祉。總不能舉起人權的旗幟，多數人就不能表達意見；忽略了公共利益的問題，變相由少數人主宰了整個社會的發展。這個也不是真正民治的社會，也與民主的精神有張力。

我們要指出，法庭判決的本質和以立法通過變性人婚姻的性質有巨大差異：後者透過民主程序（理想而言）以立法方式認定變性人婚姻是可以接納或較好的安排，在立法前可以有長期的討論和廣泛的諮詢，可更準確掌握民意或其他需要的資訊，再透過議會有深入的辯論、議案的修正等程序，可獲得較周全的方案。前者卻是少數法律精英的多數判決，他們不一定對社會各方面情況有準確把握，而且他們現在不單是在說那一種制度安排更好，而是宣判「不讓變性人結婚」違反《基本法》賦予的基本權利。這種判決有一種絕對性和凌駕性，是一般法例沒有的。換言之，這種判決單方面決定了香港社會整體的制度，是所有香港人都被強逼要接受的，縱使他們有反對意見，也基本上不能改變這種情況。

高等法院的張舉能法官和上訴庭也同意，即使社會變得開明，但婚姻始終是涉及公共政策，在民主原則下不應該單由法庭去裁定，而是應交由政府和立法會向市民作出諮詢，務求找到共識。這是關乎到整個社會的長遠發展，因此絕不應單由法庭少數人的意願去決定。（我這裡加一點：特別因為就算在這小撮人裡，分歧也是那麼大！）英國 University of Reading 的政治系教授 Richard Bellamy 不反對人權和自由社會，但他認為人權不宜作為政治的基本框架，當法例存廢都視乎法官的決定時，自由民主的原則就會被架空。¹⁶

結語

當我們考慮社會制度時，應有兩種態度：關注社會公益(common good)，和原則的前後一致。我明白有為數不少的香港人同意終審庭的判決，主要原因是基於對變性人的困境的同情，這種情操也是美好的。我從感性來看，也很願祝福變性人婚姻美滿，人生幸福，但考慮婚姻制度時卻不能不從整體利益和原則一致性的角度去考慮。

我以前在中學教書時曾負責預科收生，一些會考生分數不達標，拿不到報名表格，那種失望和徬徨的表情令我心有惻惻然，當時我有衝動去破格把報名表給他。然而另一位較有經驗的老師提醒我，我現在派了給他，但很快名額就會滿了，當下一個來報名的會考生分數更高時，但已沒有空位，那對他又是否公平呢？

除非我們全無標準，婚姻制度的「名額」始終是有限的，社會界定婚姻權時，也應從整體利益和原則一致性的角度去考慮，那究竟終審庭的判決經得起考驗嗎？未來的文章會進一步探討。

¹⁶ Richard Bellamy, *Liberalism and Pluralism: Towards a Politics of Compromise* (London: Routledge, 1999). 另參關啓文，《基督教倫理與自由世俗社會》，香港：天道，2007。

六. 保護少數人的人權，就不需要大多數的共識？

2013年5月，終審庭宣判，不讓變性人結婚是違憲。讓我們檢視終審庭的理據是否站得住腳。

少數人權論

高等法院和上訴庭都認為，處理變性人婚姻的訴訟時，是需要考慮大多數人的共識的。然而終審庭卻認為保護少數人的人權至為要緊，這也是法庭的角色，所以並不需要考慮大多數的共識。終審庭判辭說：「以欠缺大多數人的共識為理由，去拒絕少數群體的訴求，原則上會傷害基本權利。」然後引用 The Chief Justice of Ireland, Murray CJ 的話：「法庭的角色是去詮釋普遍和不可分割的人權，特別是少數群體的人權。既然如此，法庭的決定怎能由大多數人的意願去主宰呢？」(W vs Registrar of Marriages, FACV4 of 2012, #116: 以下#所指的都是這判辭的段落數目)

類似的觀點在現代社會相當流行，不少人認為人權既是天賦，就應是任何人都擁有，並不受所謂權威去界定。人的自由是最重要的價值，只要雙方同意，在沒有傷害他人的情況下，他們有自由做任何想做的事。在這樣的理解下，只要雙方願意，變性人和甚麼人結婚都不成問題，而且是相當合理和必須受到法律保障。而且人權的主要目的是要保障少數人的利益，少數人無法在多數人主導的社會中獲得應有的對待，因此人權法正正是保護這撮人可以得到公平待遇。傳媒工作者王慧麟引用法官 Tom Bingham 在談到同性婚姻時的話：「不受歡迎少數人（unpopular minorities）之法院判決，獲得勝訴，往往不受（社會）歡迎，但這就是保護人權之精髓」。¹⁷何秀蘭也說，按照《人權公約》，每個人都有組織家庭的權利，「法官事實上放棄維護少數人的權利，令實現少數人人權變得困難」。¹⁸

少數人的訴求不一定是人權

我當然不同意大多數人的意願應主宰法庭的決定，然而若單單以少數人權論去支持這次終審庭判決，也有謬誤之處。我們也要慎防，不能讓少數人的訴求去主宰法庭的決定。其實道理很簡單，**人權可用來保障少數人，但這不代表所有「少數群體」對人權的宣稱就必然對**，多數也好、少數也可，**關鍵是如何釐定何為人權的標準**。王慧麟的說法就相當危險，難道凡是弱勢群體提出的訴求，就必然合理？當然不是，這種盲目追捧少數群體的思路是矯枉過正。例如：要求與父母和兄弟姊妹結婚的人更加少數，難道他們的訴求就更加是人權？按這思路，法庭也應判亂倫的婚姻是基本人權嗎？

以上思考人權的方法其實是片面的，人權是指「我可以合理地要求得到一些事物」，「別人有責任不去妨礙我得到一些事或物，這不是額外的恩賜，我不用為得到那事物而感激。」「得到該些事物不是因為我有特權而是因為我是人，我就有這權利，故此所有人都有這權利，人權是普世性的。」及「人權是指有很高價值，且與人的尊嚴相關的，所以違反人權是侵犯了他人的基本尊嚴」。¹⁹但人權往往成為個人主義者用作爭取利益，並把社會公益及道德擱置的「理

¹⁷ 王慧麟，〈別再忽略少數人的權利〉，《明報》，2011年12月12日。

¹⁸ 何秀蘭，〈反對裁決人士的意見〉，《新報》，2010年10月6日。

¹⁹ 關啓文，《是非曲直：對人權、同性戀的倫理反思》，香港：宣道，2005，頁6。

據」。其實世界人權宣言 (Universal Declaration of Human Rights) 第二十九條說：「(一) 人人對社會負有義務，因為只有在社會中他的個性才可能得到自由和充分的發展。(二) 人在行使他的權利和自由時，只受法律所確定的限制，確定此種限制的唯一目的在於保證對旁人的權利和自由給予應有的承認和尊重，並在一個民主的社會中適應道德、公共秩序和普遍福利的正當需要。」很明顯，考慮人權時不代表要全面抹殺「道德、公共秩序和普遍福利」的重要性，而這些正是多數人會考慮的因素，如何能說多數人的意見全不相干呢？

我們也憂慮，以上變性婚姻的理據跟爭取同性婚姻、三人婚姻和多元婚姻的論據相似，如同性戀作家 Andrew Sullivan 認為「自己想跟誰結婚，便跟誰結婚就是最基本的公民權利」。²⁰ 但這種訴求最終顛覆整個婚姻制度，因婚姻會變成一種隨心所欲、無邊無際的生活方式，這種「制度」又有甚麼意思？能達到保護孩子和家庭的法律效用嗎？婚姻還有神聖性，以致社會要特別肯定嗎？任何社會制度都不能滿足到所有人的渴求，往往要以社會整體利益作取捨，制度當中必定會有一定程度的排斥性，然而卻可以是合理的（縱或有不完美之處）。在現今的多元社會中，變性人的人權並沒有受到剝削。他們享有一切結社、言論、工作、住屋等所有權利。

國際人權公約怎麼說？

支持變性婚姻者不能只說變性人是少數，所以他們的訴求就自動成為人權，他們有責任去證明為何變性人婚姻真的是一種人權。何秀蘭訴諸人權公約，但她似乎不明白國際人權公約裡的婚姻和組織家庭權，是指男與女結婚成家的權利，就如香港的《婚姻條例》訂明只容許「男與女」結合，也沒有違反國際人權公約。

根據聯合國《世界人權宣言》第 16 條：「成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭……只有經男女雙方的自由和完全的同意，才能締婚。」《公民權利和政治權利國際公約》(ICCPR) 第 23 條：「已達結婚年齡的男女締婚和成立家庭的權利應被承認。只有經男女雙方的自由和完全同意，才能結婚。」在這些國際人權公約中，婚姻僅是男女之間的結合。有人曾提出訴訟，在 Joslin v. New Zealand 這案例中，²¹ 一對紐西蘭的女同性戀者，不服當時當地法院拒絕她們同性婚姻的申請，上訴到聯合國人權委員會，委員會在 2002 年 7 月 17 日對 ICCPR 作出解釋，指出公約所指的婚姻權利僅限於一男一女的自願結合。此外，也有人向歐洲人權法庭提出相關訴訟，挑戰《歐洲人權公約》對「婚姻權利」的解釋，例如 Schalk and Kopf vs. Austria 等，²² 但最後通通敗訴，法庭解釋同性「婚姻」並非《歐洲人權公約》所包括的基本人權。這些事例表明同性「婚姻」在國際社會之間，並沒有被視為基本人權的項目。²³

每人都有婚姻權，但婚姻的意義卻不是每個人都可以隨意界定的。其實終審庭同意婚姻制度必然受到法律的規限，而結婚權並非絕對：「因著婚姻制度的本質使然，它必然受到法律的規

²⁰ Andrew Sullivan, *Same-sex Marriage: Pro and Con* (New York: Vintage Books, 1997).

²¹ Communication No 902/1999 : New Zealand. 2002/07/30. CCPR/C/75/D/902/1999.(Jurisprudence)，全文可參：
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?OpenDocument).

²² 判辭全文可參考：<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

²³ 有關同性婚姻與人權的討論，詳細可參閱啟文，〈同性婚姻是人權嗎？〉，
http://kwankaiman.blogspot.hk/2012/11/blog-post_22.html。

限，例如婚姻是存在於一男與一女之間，雙方要彼此忠誠，可以結婚的年齡和結婚之間有沒有近親的關係等，都有限制。」(#65) 所以結婚權並非絕對(#67)。

婚姻制度是一種鼓勵和嘉獎

其實法律有四個層次的功能（相對於某種行為 X）：

- (1) X 是禁止的（如殺人放火）；
- (2) X 是容許的（如打球看戲）；
- (3) X 是被鼓勵的（如婚姻和家庭）；
- (4) X 是強制要求的（如交稅）。

我們要區分變性人的情愛生活和正式結婚權利，前者在第二層，他們已可以自由相愛、同居、辦婚禮等，沒有法律禁止。婚姻制度在第三層，是對社會公益的促進，政府所頒的結婚證書意味著公共權威的肯定，如張舉能法官指出，這代表社會整體的認同，所以才要「透過立法的方式去承認和規範」。因為這牽涉到整體社會，為何不需要考慮社會整體的共識？頂多可說變性人有權要求社會的包容甚或同情的對待（現在已存在），但他們沒有權利要求社會整體認同、肯定甚或鼓勵他們的生活方式。這問題的價值觀實在有太大爭議性，別人不也有持守自己價值觀的人權嗎？變性人的婚姻會影響整體社會的文化、價值觀，教育制度和其他人的權利，更難說不用理會社會的共識。

總結

就著核心人權（言論自由、出入境自由、工作權等），國際群體有高度的共識，就著倫理和社會公益角度，這些人權本身沒有太大爭議性，我當然大力支持政府要維護少數群體能平等地擁有這些人權。然而婚姻制度沒有強制性，不結婚也不會被懲罰，其主要目的是鼓勵性的，用來促進一些美德和社會公益，如桑德爾(Michael Sandel)指出，根本就不應該用平權的角度去理解。我們認為向新生命開放的自然婚姻——由原生性別是一男一女組成的，符合這標準。²⁴但變性婚姻是否值得鼓勵，會為社會帶來甚麼影響（特別是對孩童的影響）等問題，還需要更審慎的討論和研究。

如何能因為他們是少數，就草率地認定他們的訴求等同人權呢？

七. 結婚權要與生殖和建立家庭權分割嗎？

2013年5月，終審庭宣判，不讓變性人結婚是違憲。之前我們檢視終審庭的一個理據：少數人權論，現在討論他們另一個論據：就是「結婚權應與生殖和建立家庭權分割」。

西方法庭支持自然婚姻和家庭的傳統

現時在西方，婚姻與家庭正在逐步被解構，在這過程中一些前衛法官也扮演重要的角色。然而我們也要指出，西方法律亦有支持自然婚姻和家庭(NATURAL MARIAGE AND NATURAL FAMILY)的深厚傳統。自然婚姻是指原生性別的男與原生性別的女的結合，這是一種全人互補的結合，有自然和生理的基礎。而自然家庭是指自然婚姻在正常情況下會產生那對夫

²⁴ 在以下文章中我有詳細論證：參閱啟文，〈同性婚姻是人權嗎？〉，http://kwankaiman.blogspot.hk/2012/11/blog-post_22.html。

婦的親生骨肉，然後該孩童與親生父母一同生活，在他們的照顧下成長。(不育和收養的情況下面會處理。)

歐洲人權法庭有很長時間接受以上有關婚姻和家庭的傳統觀念，終審庭判辭也有介紹，例如提到 *Rees v United Kingdom*(1986) 的判決：「[歐洲人權公約的] 第 12 條所保證的結婚權，是指兩個擁有相反生物性別的人的傳統婚姻，第 12 條的字眼也清楚表明，這條文的主要目的是去保護婚姻以致它能成為家庭的基礎。」(引自 W vs Registrar of Marriages, FACV4 of 2012, #69: 以下#所指的都是這判辭的段落數目) 奧地利憲法法院也指出：「不論是根據奧地利聯邦憲法，或是歐洲人權公約... 婚姻的概念為具有成為父母關係之根本可能性之人所構成」。

1970 的英國案件 *Corbett v Corbett (otherwise Ashley)* 由 Ormrod J 法官主審，他說：「婚姻本質上是一個男人與一個女人的關係...性顯然是婚姻關係的一個必要決定因素，因為現在和一直在以往，婚姻都被認定是男與女的結合。家庭是建立於婚姻制度之上，而在當中自然的異性性交的能力(capacity for natural hetero-sexual intercourse) 是一個必要元素。當然，它也有其他特徵，例如作伴和互相支持就是重要元素，但把婚姻與其他關係區別開來的特徵，就只有兩個相反性別的人才能滿足。」(#30)

這段話說得不錯，婚姻的必要元素有：一，性行為；二，兩性；三，成為家庭的基礎（意味著對孩子的生產有開放性）；四，有進行自然的異性戀性交的能力。注意：這裡沒有直接提到生育，而且指的是「能力」，不是指實際後果。法官也指出「作伴」和「互相支持」是重要元素，但問題是這兩項元素難以把婚姻與好朋友分別開來（好朋友之間不是也經常作伴和互相支持嗎？），所以並非必要元素。現在很多人把婚姻還原為一種「親密關係」，但 Ormrod 法官很有智慧，差不多半個世紀前已指出這種觀點根本不明白婚姻的特質，例如：父女之間也可以有親密關係，但這是婚姻嗎？

此外，Viscount Jowitt LC 在 *Baxter v Baxter* 的案件中也提到婚姻的本質：「假若有孩童出生，這些孩童應該出生於一個家庭中(the children, if there be any, should be born into a family)」，「家庭」應按一般基督教世界中的理解... 但這不是說，只有當生殖孩子後婚姻才完成(consummated)」。(#38) 請留意，這裡沒有說婚姻中一定要有孩子出生，只要說若有孩子出生，他們應出生於合宜的家庭(親生父母養育的家庭)，這其實與少數夫婦的不育或不選擇生育沒有矛盾。

終審庭：結婚權和家庭權可以分開

歐洲人權法庭三次判變性人婚姻的訴求敗訴，但最後在 *Goodwin v UK* (2002) 改轄易轍，香港終審庭基本上跟隨這判案。終審庭引述 *Goodwin v UK* (2002)，認為結婚權和家庭權可以分開處理：「[歐洲人權公約的] 第 12 條保證一男一女有基本權利去結婚和建立家庭(to marry and to found a family)」，然而第二方面權利並非第一方面權利的條件。即使一對配偶不能生殖或撫養孩子，我們也不能因此取消他們享有第一方面的權利。」他們接著說：「我們認為，同樣裁決明顯也可應用在香港。」(#64)

問題是：真的這麼明顯嗎？終審庭只是提出自己的看法，卻沒有交待理據，其實相當主觀。我們也可問一連串問題：假若能否建立家庭都不影響結婚權，那表示兩種權利截然不同，那為何結了婚的人卻自動有權要求建立家庭呢？第二階段（成家權利）的標準又是甚麼？法官沒有提出新的標準，似乎還是假定正式承認為婚姻的都自動有家庭權，為何如此呢？如異議的終審庭法官陳兆愷指出：「婚姻不單賦予結了婚的配偶法律地位，也賦予他們的孩子和親戚法律地位。把婚姻與生殖完全切割，是困難和不切實際的。」(#163)

當然，終審庭提供了一個標準論證：「從來沒有法律要求兩個人要能夠生育或願意生育，才能夠結婚。有些人已過了生產年齡，有些人使用避孕丸或把自己絕育，有些人就是不想有小孩，但他們都能像其他人一樣結婚。」(#86) 上面已初步解釋，自然家庭觀所要求的只是指原則上生殖的能力，這是從兩性互相配合且互補的生理設計可以看到的能力，那實際上不育和只是沒有生殖的異性夫婦並不構成反例。下面進一步回應這問題。

為何讓不育的異性戀者結婚？

有人會指出異性夫妻亦有不育的情況，那按自然婚姻觀，是否不應讓他們結婚呢？廖湘琨問：「如果婚姻是一種『生育決定論』，… 為何異性戀者的不孕，卻沒有人反對呢？政府為何不拒絕老年異性戀者結婚呢？」²⁵這些都是好問題，但不是沒有答案的。如上面指出，雖然有些異性戀夫婦是不育的，但他們的性行為類型與其他異性戀者無異，因為他們身體的結構的基本設計與其他異性戀者也一樣，只是在某些關節出了差錯，以致原來設計的目標不能達成。不育的異性戀夫婦之間的性行為仍然是與同性戀者或變性人的性行為截然不同的，這就例如一個壞了的電視機仍然從它的設計看出它是一個電視機。(See George) 婚姻法保障的是一體的結合(one-flesh union)，這種性關係原則上是與生育掛勾的，但這是從大體的結構和設計著眼，而不是指個別的性行為，因為就算是男與女的交合也不是每次都導致生育。按這理解，不育的異性夫婦的關係仍然可受法律保障。然而同性性交或變性人性行為卻是在原則上已不能生育，所以不應納入保障範圍。

批評者似乎想透過一些不育的父母的例子，去論證婚姻和生育沒有內在關係。然而按這種思路，也可論證買車與駕駛沒有內在關係：你買了車後，社會沒有法例強逼你要駕駛那車，你若從不開動那車，政府也不會吊銷你的駕駛執照，或把你的車沒收。而且的確有些人買古董車，只為收藏，從不開動，這也是合法的。說到底，買車的動機相當多元化：快感、美感、經濟收益、社會地位等都有可能，但難道這就表示駕駛不是買車的主要目的嗎？（參 Blankenhorn 2007, pp. 153-4）Blankenhorn 也指出：「婚姻的主要目的是確保若有孩子誕生，他會有兩位負責任的家長——一位母親和一位父親，他們彼此獻身，也獻身給孩子。要達成這目的，社會從來也不需要（也永遠不可能）去要求每對結了婚的配偶都生孩子！」(Blankenhorn 2007, p. 153)

事實上若要把不育的夫婦從保障範圍中剔除，這種婚姻制度的可行性也甚低。不育與否有時難以絕對確定，也可能有被醫治的可能性，若在結婚前一律進行嚴格審查，不單勞民傷財，更是讓政府有機會高度介入市民的私隱，這在政治上也不可取。而且很多配偶對要不要生孩

²⁵ 廖湘琨，《思想的力量——上帝是否存在》，香港：明報出版社，2010，頁 72。

子，希望甚麼時候生孩子，可能在婚前還未決定，婚後也可能會改變，這裡有很多因素影響，所以不能以他們婚前的生育意願作為婚姻的先決條件。

其實很多法例的制訂都有實際限制，但我們仍然會實施整體來說有最好效果的法例，例如為何十八歲以上才可投票呢？十八歲以上的有白癡和不負責任的選民，十八歲以下的也有合格的選民。為何不是十七或十九呢？這些問題都沒有絕對的答案，但可這樣思考：有制度比完全混亂好，而太複雜的制度又不能運作，以十八歲為分界線已是最好的選擇，所以實施這制度是合理的。同理，不育的夫妻始終是少數，絕大多數的異性夫婦還是會生兒育女，對社會作出貢獻。要堅持只讓那些願意和實際上會生育的男女結婚，就等於堅持只讓那些有足夠理智和責任感的年青人投票（又要一律審查？），都是難以操作的。很明顯，讓所有異性男女都可以結婚，既可讓婚姻制度能達成公共利益，又是簡易可行的制度。

收養和人工受孕又如何？

廖湘琨又問：「保守人士堅持，最好的父母是生物血緣上的雙親。如果那是真的話，為何不立法禁止收養或人工受孕呢？」²⁶這裡恐怕有不少誤解，假如孩子血緣上的雙親健在而且有能力照顧他們，我們當然不贊成讓那些孩子被別人收養，收養制度的目是讓那些孤兒或被遺棄的子女獲得最好的照顧，若然親生父母不在或不能勝任（如被長期監禁、嚴重傷殘等），那退而求其次，我們為孩子找一些合適的異性戀夫妻養育他們（這在各方面最接近由親生父母養育），不已經是最好的安排嗎？

所以，收養的制度並無否定自然家長的重要性，一對配偶雖然與孩子沒有血緣關係，但他們承諾把孩子當作親生孩子看待，而社會也基本上這樣看待。收養最終是一個衍生和補償性的體制，這制度其實已假定了自然家長的重要性，所以才要在缺陷的情況下作出補償。若收養本身是美事，難道我們會無緣無故要求孩子離開親生父母，去被別人收養嗎？例如立法強制不同家庭把親生孩子互相調換？！我從未聽過這樣荒謬的建議。總結而言，接受收養，與贊成一些人去故意製造一些不會被親生父母照顧的孩子是兩碼子事，更遑論要求社會鼓勵和制度化這種行為。然而把同性婚姻的制度化正是後者的選擇！

至於人工受孕，我們也反對把這措施變成一種市民可隨意使用的科技，因為一定要考慮孩子的權利和福利，但若是使用親生父母的精子和卵子，那也沒有違反「保守人士」的原則。

總結

婚姻和家庭為何要被政府肯定，並成為一種制度呢？又那種關係應被視作婚姻關係？在自然婚姻觀中，這些問題都有清楚和固定的答案。人類自然會繁衍，而每個孩童都只有一位自然的父親和自然的母親，這些關係無論有沒有婚姻制度都會存在。對政府而言，問題是我們應否透過社會制度和法律把這些關係規範化（讓公眾都知道那些人是夫妻、孩子的親生爸媽是誰和他們之間的權利與義務等），和稍為加以鼓勵（如給夫妻和孩子的稅務減免）？我相信很多人都同意，自然關係透過制度和法律的鞏固，會對孩子的成長和社會的發展最好。因此一

²⁶ 廖湘琨，《思想的力量》，頁 72。

夫一妻的自然婚姻有其客觀的基礎，和清晰的界線，在倫理和社會功能上，都難以被否認。²⁷

一旦我們盲目追隨西方的婚姻變革，拋棄了婚姻的自然基礎，而改為訴諸親密關係、心理認同或純粹個人意願等「標準」，婚姻的關係頓時變得模糊，家庭制度的界線也有無限擴充之勢，例如在附近的台灣已有人提議要立例支持「多人成家」。終審庭說他們的判決不應影響現時的一夫一妻制，我們也同意理應如此。然而在過程中他們似乎嘗試拆毀婚姻與生育（和建立家庭）的關係，我們就不能苟同，也憂慮最終被拆毀的是婚姻和家庭制度本身。

參考書

Blankenhorn, David. 2007. *The Future of Marriage*. New York: Encounter Books.

George, Robert P. 1998. "Marriage & the Illusion of Moral Neutrality." In *Toward the Renewal of Civilization: Political Order & Culture*, eds. T. William Boxx & Gary M. Quinlivan (Grand Rapids, Michigan: Eerdmans), pp. 114-127.

八. 讓變性人做手術和更改身分證，卻不許結婚，是否自相矛盾呢？

矛盾論

支持變性人婚姻者一直有這樣的論點：香港政府一方面容許他們做變性手術，又在身份證上表明他們變性後的性別，更發放證明容許他們更改學歷證明、護照等的性別，但是卻不准他們結婚，也不讓他們更改出世紙，是自相矛盾。W 小姐稱「一方面政府帶給我希望，但另一方面又把希望帶走」。²⁸他們認為，政府不單容許他們做手術，更為他們支付手術費用，這樣無疑是肯定和鼓勵了他們，但現在法庭又把 W 與社會上其他女性作區分，並連女人最基本的婚姻權利都沒有，實在是一個荒謬的政策。

終審庭不接受矛盾論

2013 年 5 月，終審庭宣判，不讓變性人結婚是違憲。有趣的是，從司法覆核的角度，終審庭並不認為矛盾論是一個決定性的論點。終審庭判辭說：「我們現在關注的，不是問究竟一個女的術後變性人，是否從某種抽象或普遍的意義來說是『女人』，而是就著婚姻法的目的而言她是否『女人』，並因此能夠和一個男人結婚。」(W vs Registrar of Marriages, FACV4 of 2012, #50: 以下#所指的都是這判辭的段落數目)

它甚至說：「就著法律而言以下情況是完全可能的：一個有類似 W 處境的人可能就著一些目的而言可算作女人，但並不能就著所有目的而言都算作女人。… 當我們詮釋這法例時，處境和目的都是重要的，因為結婚權[這處境] 可能產生某些特別的妨礙因素，而這些因素在其他處境是不存在的。」(#51)

²⁷ 以下書籍有為自然婚姻觀提供理性辯護：Sherif Girgis, Ryan T. Anderson, & Robert George, *What is Marriage? Man & Woman: A Defense* (New York: Encounter Books, 2012)

²⁸ 黃幘慧，〈高院司法覆核裁決：變性人不准結婚〉，《蘋果日報》，2010 年 10 月 6 日，A01 港聞。

說得不錯，終審庭現在要處理的問題是有特別處境的——婚姻，即是說法律並不一定要界定一個抽象的女性本質。縱使在日常生活把W看作女人，不代表在婚姻上也必定要如此看，因為婚姻可能有額外因素要考慮。所以，W在很多事上被看作女性，但有些事上不被看作女性，在法律上是可能的，並非矛盾。

再思矛盾論

其實張舉能法官也曾回應政策矛盾的指控，他指出政府讓變性人更改身份證的性別是為了方便他們的生活，如出入境、日常生活的資料登記等。而出生證明書，俗稱「出世紙」則不能更改，因該文件是一個歷史證明，證明了人的原生性別，讓他人或政府可以作出查證，以防欺騙的案件發生，如在美國 2008 年，有一男人發現他的妻子是男變女的變性人，他一直不知妻子本為男性，盛怒之下把她打死。前兩年又有另一個案例：「在比利時，一名男子震驚地發現，與他結婚 19 年的妻子竟然是變性人。詹現年 64 歲，1993 年迎娶當年 27 歲的印尼女子莫妮卡。詹說：「我覺得我的世界在幾秒鐘內崩塌了，這太恐怖了。」詹正在接受精神治療。詹稱，莫妮卡把自己的變性人身份隱藏得非常好，她甚至偽裝女性的生理期，每個月使用衛生巾。」²⁹

張法官也指出，當局容許 W 在身份證和學歷證明等改性別，又資助她在律敦治及鄧肇堅醫院做手術，但不容許她更改「出世紙」內容，反映出政府雖然希望幫助她過更美好、方便的生活，但這不代表批准她與男友結婚。³⁰因為「身份證及旅遊證件只屬於身份鑑別的性質，法例是賦權持有者基於日常生活的需要，而修改當中相關內容；至於出世紙不可更改，是基於《生死註冊條例》第 174 條規定，出世紙是載有最原始的真實資料，因此不可修改」。³¹而《婚姻條例》訂明，婚姻的合法性是根據「出世紙」的性別去決定的，所以並沒有矛盾。³²

誰有矛盾？

終審庭判辭在作出違憲宣判後有分析處理變性身分的問題，其中曾表達在某些情況把某變性人視作一性別，但在另一些情況卻把他視作另一性別，是相當不理想的。（#136）然而這說法是在解決了需要司法覆核的問題後，他們才表示的個人意見。這就是說，這論點並非判決的基礎。

可能有些人會說，縱使這嚴格來說不是矛盾，但這會為那變性人帶來一種張力，所以總是不好的。然而我們要明白，當我們仍然用「變性人」這字時，就表明張力必然存在，誰都知道，無論變性手術如何成功，手術後的新性別永遠都與當事人的 DNA 和他過往的歷史存在「矛盾」。縱使把出世紙也改掉，可能只是掩耳盜鈴，因為歷史本身是不能更改的。我們要體諒變性人的困境，但現在政府的政策包括了資助變性手術，和容許更改身分證——不然讓警察查身分證時就會產生麻煩，可說是已經提供了不少支援。從人道立場，我也贊成這些政策，甚或支持政府增撥資源，幫助手術後的變性人。

²⁹ 〈婚後 19 年始發現妻子是變性人 比利時男子申請離婚〉，《新報》，2012 年 11 月 28 日。

³⁰ 吳美慧，〈官：男女婚姻須依據天生性別 變性人爭註冊結婚失敗〉，《大公報》，2010 年 10 月 6 日，A6 港聞。

³¹ 陳超銓，〈變性人爭婚權 獲准上訴終院〉，《成報》（2012 年 3 月 2 日），A10 港聞。

³² W v Registrar of Marriages [2009] HCAL 120/09, para. 36.

然而輿論卻往往單單從變性人角度去怪責政府還未「去到盡」，所以有矛盾，我卻認為政府在考慮公共政策時，要平衡各種合理的訴求，是明智的做法。變性人的處境固然值得同情，但難道婚姻和家庭制度的穩定性和一致性不也是需要考慮嗎？畢竟《世界人權宣言》第十六條說：「家庭是天然的和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護。」而《香港人權法案條例》第 383 章第十九條也說：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」隨意動搖婚姻和家庭制度，可能整體社會都會受害。

另一方面，這邊廂跨性別團體在支持 W 時，矛盾論高唱入雲，大力強調性別身分一致性的重；那邊廂有人高呼「我愛做人妖」，誓要打破性別的二分法和統一性。「25 歲的琦琦，本來是位男生，現在卻變了人妖。仍喜愛男裝，… 他做手術為身體添了雙乳房，沒打算「變性」，只做上，不做下。「我既可以是男，也可以是女，這是人妖好玩的地方。」「這『性別』挑戰了性別定型，顛覆了很多東西。」³³看來琦琦不單不介意身分的內在矛盾，更感到非常興奮，而國際跨性別群體也在爭取有第三性別（如「X」不知名的性別——在澳洲已有成功案例），甚或如臉書的 50 個性別。這些運動的目的，似乎正正是琦琦所承認的，就是去「顛覆」很多東西——這最先是性別，然後是婚姻和家庭吧？

整體而言，跨性別運動的訊息是否也存在矛盾呢？

九. 終審庭對基本法的詮釋正確嗎？再思變性人婚姻的裁決

2013 年 5 月 13 日，在四對一的情況下，終審庭宣判：現行婚姻條例中「女方」的解釋應包括「由男變女的變性人」，故政府不讓變性人結婚是違反《基本法》與《人權法》保障的結婚權利，乃屬違憲。相關條例是：

- 人權法案第十九條第 2 款：「男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。」
- 基本法第三十七條：「香港居民的婚姻自由和自願生育的權利受法律保護。」

我初初聽到這判決時，實在有點大惑不解，「違憲」可是很嚴重的事啊，但我多次細讀這兩條條文，左看右看也不知道在那裡有提及或意涵「變性人」，也不明白不讓變性人結婚在那裡違反了這兩條條文。終審庭或許認為現在界別男女時要包括變性後的新性別，但這是建基於現在的科技和社會情況，為何能說這是基本法的原意呢？聽聽他們的解釋。

終審庭對基本法的詮釋

原來政府的律師也有提到我以上的論點，她們認為要考慮到基本法和人權法等的歷史背景，因為當時他們應不會把變性女人歸入「女人」的概念裡，所以不能說香港的婚姻法違憲。（W vs Registrar of Marriages, FACV4 of 2012, #81；以下#所指的都是這判辭的段落數目）終審庭這樣回應：「當各樣憲法被頒佈時，起草者必然接受 *Corbett* 案例的進路嗎？我們並沒有被說服

³³ 林慧遠，〈我愛做人妖〉，《明報》，2012 年 10 月 28 日。

是這樣。」(#84) *Corbett* 進路是指應按照原生性別去判定一個人的性別。

就這點而言，終審庭的回應是相當軟弱無力的，他們只是提出自己的主張，卻沒有提出證據，我可以理解他們不被說服，但他們作為理性的法官，不是有主動說服別人的責任嗎？再者，或許起草者不必然接受 *Corbett* 進路，但這不代表他們會接受終審庭的進路（即必然認可變性人的新性別），然而要支持違憲的判決，他們要證明的是後者而不是前者。

無論如何，我認為政府一方的論據較強，最少歐洲人權法庭 12 年的判決（1986-1998）都支持傳統的自然婚姻觀，他們那些法官相信在當時全世界已是最「先進」的了，難道我們相信草擬基本法的人比他們更「先進」？這有點難以置信。

憲政文件是「活器皿」？

當然，終審庭還有一個「必殺技」。他們說：無論原意如何，憲政文件是「活器皿」，可以按著新的社會需要和情況去重新詮釋，所以「女人」可擴充到包含「變性女人」(#84)。基本法等文件是「用來面對改變中的需要與環境的活器皿(living instruments)...當我們檢視 2013 的香港情況時，我們認為已發生重大的改變，這是清楚的，而這些改變使 *Ormrod J* 法官[主審 *Corbett* 案的法官] 用作前提的婚姻概念備受質疑。」(#84)

然而這又是沒有證據的主張而已，我不認為真的那麼「清楚」，不然為甚麼有五位法官不同意？綜觀整份判辭，他們並沒有提供任何關於 2013 年的香港的數據，終審庭有時引用英國法官的判辭，裡面提到現代社會的改變，但這當然不可直接用到香港，起碼要加點本地的證據吧？但完全沒有。我感到這些法官似乎在把西方的新發展勉強搬到我們土地上，而且對這麼複雜的問題作出如此草率的定論，這些法官的態度叫人失望。或許有些調查顯示較多人同情 W，但這些調查是否準確？社會有沒有足夠討論？法官完全沒有考慮這些問題，便作出結論，似乎相當主觀。

還有一個問題：縱使權利的詮釋可隨社會演變而調整，但應如何調整呢？是否所有新的社會趨勢都自動翻譯成新的權利或人權？還是我們應仔細考慮這些趨勢是否可取？我認為前者的進路只會讓法律文件隨意被時代趨勢完全騎劫，所以後者的進路更可取。所以我們要弄清楚一些趨勢是否值得鼓勵，然後才能決定如何調整對權利的詮釋。當我們認為一些趨勢是不應鼓勵的，當然就更不應把這提昇到「人權」的層次。其實判辭提到西方社會的趨勢（如離婚、非婚生子女等），都是對婚姻與家庭制度的巨大衝擊，結果也大多是負面的。既然如此，我們更不能火上加油，隨意把「結婚權」主觀地詮釋到愈來愈廣、愈來愈寬鬆，這不是會進一步破壞這個重要的制度嗎？

一些讀者或許會質疑我以上的價值觀，我不在這裡爭議這點，但問題正正在這裡：社會趨勢該如何影響對憲法文件的重新詮釋，看來並非價值中立的問題，而是受不同人的價值觀嚴重影響。這一來，這活器皿會否蛻變成一條沒有固定形狀的變形蟲呢？

陳兆愷法官的回應：是新政策而不只是詮釋！

我並非法律專家，所以樂於在這裡援引專家意見。終審庭中有異議的陳兆愷法官作出有力反駁。他重申那些法律文件的背景：「基本法在八十年代被起草，在 1990 年頒佈，當時的 37 條應如何理解，必然要參考當時的本地法例… 那條文提到的結婚權所指的，很明顯是當時理解的一男與一女的結婚權。而應如何決定結婚的人是男還是女，法律採納了 *Corbett* 進路，即是說只應用生物學的標準。當 37 條被起草、接納和頒佈以保障結婚權時，*Corbett* 進路就是它的基礎。」 (#165)

他也質疑其他法官的「社會已改變論」：「並沒有證據證明在香港對婚姻制度的社會態度已改變到一個地步，就是[傳統] 婚姻概念已普遍被揚棄或已實質地削弱。」(#164) 似乎雙方對 2013 年的香港的理解並不相同，沒有仔細研究也難以知道誰對誰錯，把這些問題留給立法會討論和處理不是更合宜嗎？

至於「活器皿」論，陳法官的回應也相當精采。他指出婚姻制度的基礎性，若我們要偏離相關法律的慣常理解時，要相當謹慎。「當情況許可，我們要更新對一個憲法規定的詮釋時，… 我們必定要有強有力和有說服力的理由… 一方面是因應改變中的環境去作出更新的詮釋，另一方面是去製作新政策，我們要在兩者之間堅定地劃線。」若缺乏有關社會改變的充足證據，「法庭不應引用它憲法詮釋的權利，去產生如此激烈的改變。」 (#170)

縱合他各樣觀點，他認為變性人婚姻的判決，根本不只是詮釋的調整，而是制訂新的社會政策。我對他的分析只能說「阿們」！