

司法的“跃进”与“越界”

反思香港终审法院之 “变性人结婚权案”(W 判例)

薛张敏敏*

摘要 香港终审法院于2013年5月就香港首宗变性人结婚案颁布终审判决,裁定限制变性人W女士结婚的香港现行婚姻制定法违反《基本法》第37条所保护的结婚权。通过细观终审法院赖以作出判决之普通法上有关变性人结婚权的一系列关键性先例,以及批判性地审视终审判决本身的判决理由,可以发现此终审判决有失谨慎,略显“霸道”。主要理由有二:其一,罔顾欧洲(包括英国)与香港社会制度及实际情形的差异,“跃进”式地将欧洲做法适用于香港,导致在未经社会充分讨论与研究的情况下,“强行”为现行婚姻制度带来重大改变;其二,在司法解释的外衣下修改了婚姻制定法,“僭越”了立法机构之权限,并造成婚姻制度上立法与司法不同步的尴尬局面。

关键词 性别认定标准 变性人 变性婚姻 司法能动主义 良心条款

引言

自回归以来,香港终审法院(以下简称“终审法院”或“终审庭”)依据《香港特别行政区基本法》(以下简称“《基本法》”)作出了不少史无前例的判决。但其中真正能称为“划时代”的,让港人顿觉时代变了了的,乃起于2013年5月颁布的香港首宗有关变性人结婚权的判例,即W诉婚

* 香港浸会大学工商管理学院法学讲师。

姻登记官案(W v. Registrar of Marriages)(以下简称“W判例”)。^{〔1〕} 依此,由专业医疗机构认可之变性人可以变性后之性别在香港登记结婚。

W女士显然不是第一个做变性手术(英文全称为“sex reassignment surgery”,简称“SRS”)的人。^{〔2〕} 依法庭的呈堂证据,香港首宗变性手术实施于1981年,而自2006年1月至2009年9月间,在香港医务管理局辖下之医院实施的变性手术亦有18宗。^{〔3〕} 也许W女士也不是第一个向香港婚姻登记处提出结婚申请的人,但她却是就婚姻登记官拒绝其结婚申请的决定向高等法院提出司法复核之第一人。

高等法院原讼庭于2010年就此案颁布初审判决,维持婚姻登记官的决定,维持婚姻中的“一男一女”应由出生时之性别决定。但该初审判决随即招来不少法律学者的批评。有人批评该决定太过时,^{〔4〕} 有人认为这是对欧盟人权法院相关判决之误读,^{〔5〕} 还有人认为是对平等权利的侵犯,^{〔6〕} 不一而足。一年后,高等法院上诉庭维持原判,于是W女士上诉至终审法院。如前所述,终审判决推翻了高等法院原讼庭及上诉庭的判决。

驻足二十一世纪,纵观四海,变性恋或同性恋并非新鲜事物,在许多国家和地区已得到社会的普遍接纳;但变性婚姻或同性婚姻,由于涉及到制度上的认可与法律上的效力,其合法化就不是简单的社会态度问题,其矛头直指社会整体的价值体系、伦理道德与家庭观念,并非所谓纯粹的“个人选择”或“私人问题”。就主要的普通法法域而言,迄今为止,若包含香港在内,应当说大部分的普通法地区都接纳了变性婚姻,但其步伐不一。

较早放弃生育乃组建家庭之要义并认可变性婚姻的,是新西兰和澳大利亚。两者均拒绝继续遵循英格兰高等法院于1970年在柯贝诉柯贝案(Corbett v. Corbett)中所作的判决(以下简称“柯贝判例”)。^{〔7〕} 柯贝判例明确认定自然的两性性行为乃婚姻的本质要素,认为生育是女性在婚姻中的重要角色,因而结婚的性别应以出生时之性别为准。美国各州亦逐步接纳了变性婚姻(甚至是同性婚姻)。自欧洲人权法院在2002年的古云诉英国案(Goodwin v. United Kingdom)(以下简称“古云判决”)中认可变性婚姻后,美国仅余四个州明文禁止变性婚

〔1〕 W v. Registrar of Marriages, (2013) 3 H.K.L.R.D. 90 (H.K.C.F.A.).

〔2〕 W原为男性,经变性手术后,其香港身份证及其他证件(出生证除外)中性别一项已更改为女性,故本文随一般称谓,称其为W女士。

〔3〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 102, para. 15.

〔4〕 See Marco Wan, “Doing Things with the Past: A Critique of the Use of History by Hong Kong’s Court of First Instance in W v. Registrar of Marriages”, 41 *Hong Kong Law Journal*, 110 (2011).

〔5〕 See Holning Lau, Derek Loh, “Misapplication of ECHR Jurisprudence in W v. Registrar of Marriages”, 41 *Hong Kong Law Journal*, 76 (2011).

〔6〕 See Kelley Loper, “W v. Registrar of Marriages and the Right to Equality in Hong Kong”, 41 *Hong Kong Law Journal*, 91 (2011).

〔7〕 Corbett v. Corbett (Otherwise Ashley), (1971) p. 83 (Probate, Divorce & Admiralty Div.). 新西兰认可变性婚姻的判例为:Attorney-General v. Otahuhu, (1995) 1 N.Z.L.R. 603 (Family Court), 澳大利亚为:Kevin v. Attorney-General, (2001) 165 F.L.R 404 (Family Court of Australia).

姻。^{〔8〕}相对而言,英格兰属于“传统守护者”,迟至欧洲人权法院的古云判决前夕,英格兰上诉庭在贝菱格诉贝菱格案(Bellinger v. Bellinger)(以下简称“贝菱格上诉庭判决”)中依然坚守1970年的柯贝判例,拒绝接受变性婚姻;^{〔9〕}但该案被上诉至上议院时,欧洲人权法院的古云判决出台,英国上议院无疑不可对其视而不见;于是,上议院就贝菱格案所做的终审判决(以下简称“贝菱格判例”)不得不宣告禁止变性人结婚的英国现行法律与《欧洲人权公约》不符。^{〔10〕}究其实质,是欧盟的体制“迫使”英国法院承认了变性婚姻。

在这样的背景下,香港终审法院追随国际潮流,或是追随普通法法域的普遍性做法,亦无可厚非。但细观整个司法复核的过程,包括对三份本地判决的研读、与其他法域先例的比照,笔者认为终审法院的决定还是略显仓促,并使香港社会措手不及。

难道曾经被视为理所当然的男女婚姻朝夕之间就此改弦?难道对社会大众如此根本的婚姻制度只因终审庭五位法官中四位的多数决定就此动摇?若就法院判决本身而言,高等法院之原讼庭、上诉庭与终审法院在审理与作出判决时所处的时代背景(包括医疗水平和社会对婚姻的态度)完全相同,法官们援引的先例亦大同小异,大家探讨的也是同样的法律问题。既是基于同一法源,判决路径又为何前二者从英、后者循欧呢?

这显然不是单纯的法律问题,单剖析判决理由并不能找到完备的解答。法院判决只是社会思潮与社会运动的一个“倒影”。若说维持传统的一男一女、以生育为核心要素的婚姻反映着由英国殖民者引入的基督教婚姻观念的话,那么,认可变性人婚姻实际上是认可同性婚姻的前奏(尽管终审法院判决不认为W判例涉及同性婚姻),而同性婚姻背后的理念乃是那所向披靡的“自由”、“人权”、“平等”与“博爱”。W判例,究其实乃后现代自由主义思潮与运动向传统婚姻观念发起的挑战,而W最终在香港胜诉,也代表该思潮又成功地“攻陷”了传统理念的一方阵地。

香港立法会在2014年7月9日对《婚姻(修订)条例草案》恢复二读程序,旨在于2014年7月15日终审法院订下的最后期限前以立法的方式确认变性人婚姻的合法性。^{〔11〕}这看似为W案划上了圆满句号,但其实却引发了更多的问题,潘多拉匣子就此打开。

本文通过细观终审法院赖以作出判决之普通法上有关变性人结婚权的一系列关键性先例,以及审视终审判决本身,批判性地反思香港终审庭对W案的处理方式。本文以“跃进”与“越界”来评价W判例,理由在于:其一,终审庭罔顾欧洲(包括英国)与香港社会制度及实际情形的差异,“跃进”式地将欧洲做法适用于香港,导致在未经社会充分讨论与研究的情况下,“强行”为婚姻制度带来重大改变;其二,在司法解释的外衣下修改了婚姻制定法,“僭越”了立法机构之权限,并造成婚姻制度上立法与司法不同步的尴尬局面。

由此,本文分为三部分:第一部分审视普通法上与变性婚姻相关之判例的演变;第二部分

〔8〕 Goodwin v. United Kingdom, App. No. 28957/95, 35 Eur. H.R. Rep. 447 (2002). 这四个州分别为:爱达荷州、俄亥俄州、田纳西州及德克萨斯州。See *W v. Registrar of Marriages*, *Supra* note 1, at 104.

〔9〕 Bellinger v. Bellinger, (2002) Fam. 150 (E.W.C.A.).

〔10〕 Bellinger v. Bellinger, (2003) 2 A.C. 467 (U.K.H.L.).

〔11〕 终审法院在判决中以“违宪令”颁布日起一年为限,“命令”香港立法会就变性婚姻问题立法,2014年7月15日正好为到期日。

剖析香港终审法院在 W 判例中的判决理由,在与其他判决对照与比较的基础上,总结出 W 判例的五大特征(或曰五大不足之处);第三部分是反思与结论。另外,由于本文涉及判例众多,笔者在文末附加“判例与立法进程列表”,以示与变性婚姻相关之法律原则的演变。^[12]

一、普通法先例的演变

香港的 W 判例其实只是普通法世界因先例而生连锁反应潮中的一朵浪花。该多米诺骨牌的起始是前述英格兰高等法院 1970 年的柯贝判例,然后到一个“三文治”式的贝菱格判例——2001 年英格兰上诉庭判决否定变性婚姻,而 2003 年英国上议院判决宣告对变性婚姻的否定与《欧洲人权公约》不符,期间夹着 2002 年欧洲人权法院的古云判决,终以英国议会 2004 年两项承认变性婚姻的制定法谢幕。自此,这两项制定法,即《性别承认法》(Gender Recognition Act 2004)和《民事结合法》(Civil Partnership Act 2004),成为普通法世界变性婚姻立法的摹本。香港终审法院 W 案判词的结论部分,即明言香港立法会的立法工作不会太过艰巨,因为英国已经提供了“令人信服的模版”(“a compelling model”)。^[13]

鉴于 W 案中香港三层高级法院的判决主要出自对柯贝判例、贝菱格上诉庭判决、贝菱格判例及古云判决四个重要先例的援引,下文将陈述这四个判决所承载的主要法律原则,及其为香港法官们所铺设的法律背景。事实表明,香港三层高级法院的众法官正是在这样的普通法框架下陈述其判决理由的。

(一)柯贝判例(1970年):正统的基督教婚姻观

在该案中,丈夫要求法官宣布其婚姻无效,理由是其“妻”乃由男变女的变性人,无法“为婚姻圆房”(“consummating a marriage”)。^[14] 就如何确定男女性别这一问题,主审该案的奥若德法官(Judge Ormrod)在其判词中列出了著名的“性别鉴定四项原则”,其中前三项是生理性指标(“biological factors”),后一项属心理性指标(“psychological factors”)。^[15] 然而,就婚姻而言,奥若德法官只认可前三项,即一个人结婚时的性别,应当以其生理性别为准,而非该人心理上认为自己是何种性别。坚持婚姻性别为当事人之生理性别,最重要的考量因素是——生儿育女、繁衍后代乃婚姻的核心要素。

柯贝判例反应了英格兰千百年来的基督教婚姻观:一男一女、一夫一妻。性是上帝对婚姻的赐福,儿女则是上帝所赐的产业。从基督教角度而言,在传统英格兰社会(包括基督教化后的西欧社会),婚姻与家庭制度不是人类的发明,而是上帝创造的一部分。^[16] 从奥若德法官的判词中亦可看出,他重点强调两点:其一,婚姻的独特性,即婚姻区别于一般的社会制度与人

[12] 本文属案例评析,旨在对现存判例作批判性反思。至于该案因展现法律与道德之间的张力而引发的法理学上的问题,如法律是否价值无涉、自由社会是否存在法律底线、普通法在对传统价值的捍卫上是否存在特殊优势等,由于篇幅所限,不属于本文的探讨范围,或在未来另撰文专述。谨此说明。

[13] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 141.

[14] Corbett v. Corbett (otherwise Ashley), *Supra* note 7, at 100.

[15] Corbett v. Corbett (otherwise Ashley), *Supra* note 7, at 100.

[16] See John Stott, *Through the Bible Through the Year*, Baker Books Press, 2006, p. 28.

类联合方式；其二，婚姻中生育的重要性，亦强调自然的生理性别。

这样的传统婚姻观，在 W 案中被 W 方批评为“盲目”与“过时”。在对高等法院原讼庭判决的上诉中，W 方针对柯贝判例提出的质疑，实质上是对正统基督教婚姻制度的挑战。首先，W 方致力将香港现行婚姻制度“去基督教化”，认为柯贝判例中对婚姻的理解不代表香港法律，即使香港的《婚姻条例》(Marriage Ordinance)与《婚姻诉讼条例》(Matrimonial Causes Ordinance)赋予了该判例制定法上的效力，其目的也只是强调一夫一妻制度，而非要把基督教婚姻观中有关生育与繁衍的宗教价值强加于香港社会。其次，强调柯贝判例业已过时，“一男一女”的含义在当今多元化的世代应当足以涵盖变性后的“一男一女”。〔17〕

因而，面对柯贝判例，香港法院需要回答的一个重要问题是：是否需要给传统的“男”、“女”定义披上新衣，使性别概念与时俱进？

(二) 贝菱格上诉庭判决(2001年): 英格兰上诉庭的持守与裂痕的出现

这是英格兰高等法院上诉庭的判决，但此非一致判决，而是一份 2 比 1 的多数判决。上诉庭法官态度的分野代表着英格兰法院对变性婚姻与传统婚姻态度的转变，因而具有重要参考价值。在 W 案中，诉讼双方对此判决理由各取所需，支持传统婚姻者强调两位法官的主流判决，而支持变性婚姻者则不断援引异议判决。

纵观英格兰高等法院对贝菱格案的态度，持传统婚姻观者尚占多数。颁布上诉庭主流判决的伊丽莎白女爵士(Dame Elizabeth)及沃克(Walker)法官，加上颁布初审判决的庄臣(Johnson)法官，代表了英格兰高等法院的主流意见，即婚姻不是私人问题，不是完全由结婚当事人独自决定的；它是社会问题，涉及公共政策，并认为柯贝判例依然代表英格兰现行法律。〔18〕

然而，较之于主流判决，更为惹人眼目的，是索普勋爵(Lord Thorpe)所持之异议。他“与时俱进”的婚姻观念与下述欧洲人权法院的古云判决异曲同工。他认为奥若德法官在柯贝判例中的观点“不再稳固”(“no longer secure”)，强调现今世界乃包含多种族、多信仰的多元社会，婚姻不再理所当然地从一而终，离婚是人们唾手可得的放弃婚姻的合法手段。〔19〕基于此，他对婚姻重新定义，将其定性为一纸契约(“a contract”)，婚姻当事人可“选择自由进出”(“people choose to enter and exit”)。〔20〕这样的后现代婚姻观，在后继的判决中被反复引用，以图证明人们结婚再不为天长地久，更不为繁衍后代，夫妻之间只是合同关系，欢喜即结，厌恶则离，一切皆自由之彰显。因而，变性婚姻亦即自由人的结合，法律没有理由禁止。

索普勋爵的异议判决为香港终审法院所倚重，并成为其在 W 案中判决 W 女士胜诉的有力论据之一。其中对婚姻缔结与解除之自由的强调，以及对生育动机与价值的贬低，是变性婚姻合法化的突破口。

但若只是一份异议判决，并不足以撼动英格兰千百年来根深蒂固的基督教婚姻观。遵循

〔17〕 W v. Registrar of Marriages, (2011) H.K.E.C. 1546 (H.K.C.A.), para. 43-45.

〔18〕 Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 9, at 176-177, para. 99.

〔19〕 Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 9, at 185, para. 133.

〔20〕 Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 9, at 184, para. 128.

先例原则使得英格兰法官通常保守有余,在缺乏足够理据的情形下,一般不会有“冒进”之举。然而,欧洲人权法院在一年后作出的古云判决,以英国政府在《欧洲人权公约》下的遵守义务之名,铲除了变性婚姻在英格兰普通法中最后的障碍。

(三)古云判决(2002年):欧盟放弃成员国共识,放弃传统婚姻观念

《欧洲人权公约》适用于英国,其中涉及变性人结婚权利的是第8条(尊重个人与家庭生活的权利)及第12条(结婚的权利)。在古云案之前,于1986至1998年间,曾有三项申诉将英国政府告至欧洲人权法院,挑战英国法律不允许变性人结婚的禁令。这三项申诉分别是:1986年的里斯诉英国案(Rees v. United Kingdom)、1990年的柯希诉英国案(Cossey v. United Kingdom)以及1998年的谢斐与荷珊诉英国案(Sheffield and Horsham v. United Kingdom)。^[21]在这三个案件中,欧洲人权法院均认为英国禁止变性人结婚的法律未违反该公约。主要理由有二:其一,就是否认可变性婚姻问题,欧盟成员国尚未有共识,因而当继续遵循传统婚姻之道;其二,成员国的法律禁止以变性后之性别结婚,并不损害当事人结婚权之实质。

因而,至少迟至1998年7月,欧洲人权法院对变性婚姻持一贯的否定态度。但在古云判决出台的2002年7月,其态度发生了一百八十度转变。转变的理由也主要有两个:其一,欧盟共识证据的缺乏,在国际普遍认可变性婚姻的潮流面前变得不再如此重要(可见开放的欧盟对保守的英国已失去耐心),所以,英国的婚姻传统与文化,不应成为个人享受结婚自由的绊脚石。^[22]其二,若否定当事人以变性后之性别结婚的权利,仍然坚称其结婚权未受实质性损害,这样的说法未免自欺欺人。^[23]

对欧洲人权法院在古云案中的“急转弯”,唯一的解释似乎是:时代变了,所以欧盟变了。但这样的改变也不得不迫使人们思考这样一个问题:1998年与2002年的欧洲社会究竟有没有实质性区别?为什么1998年以前的欧盟如此看重成员国的共识,而仅隔四年就轻而易举地放弃了对寻求共识的坚持?为什么1998年以前的欧盟愿意将婚姻制度放在具体国家的传统与文化中去考虑,而在2002年就无法容忍成员国对传统的坚守与改革的“不作为”(在判决中欧洲人权法院批评英国政府对实施婚姻改革措施懈怠),^[24]而强行宣布英国法律违反《欧洲人权公约》?

古云判决无疑给正在处理贝菱格上诉案的英国上议院带来了巨大压力。但即便欧洲人权法院的判决如大山压顶,英国上议院并没有武断地宣布柯贝判例业已过时,进而否定普通法在过去的一贯做法。相反,上议院的法律勋爵们依从普通法自身的逻辑与进路,延续英国社会对婚姻、对男女性别的传统看法,以期将欧洲人权法院判决对普通法所理解之婚姻制度的影响缩至最小限度,并将立法大任交给议会,交给由公众参与的民主议政过程。

[21] Rees v. United Kingdom, App. No. 9532/81, 9 Eur. H.R. Rep. 56 (1987); Cossey v. United Kingdom, App. No. 10843/84, 13 Eur. H.R. Rep. 622 (1991); Sheffield and Horsham v. United Kingdom, App. No. 22885/93, 23390/94, 27 Eur. H.R. Rep. 163 (1999).

[22] Goodwin v. United Kingdom, *Supra* note 8, at 475, para. 85.

[23] Goodwin v. United Kingdom, *Supra* note 8, at 480, para. 101.

[24] Goodwin v. United Kingdom, *Supra* note 8, at 477, para. 92.

(四) 贝菱格判例(2003年):英国上议院对欧洲人权法院“不失尊严”的妥协

上议院的这份判决,彰显了英格兰普通法独特的一致性与生命力。一如前述,欧洲人权法院的古云判决似乎预告了贝菱格案的结局,因为上议院若继续否定此变性婚姻,即意味着对英国须遵守《欧洲人权公约》之政府义务的公然违背。贝菱格女士似乎已胜券在握,上议院必然会对传统婚姻、对男女性别作出与时俱进的解读,变性婚姻理所当然将在判决中获得承认。

但事实却并非如此。人们惊讶地发现,上议院驳回了贝菱格女士的上诉,拒绝对男女性别的含义作扩大化解释,并重新肯定柯贝判例。简言之,在普通法看来,纵然时代变了,人们对变性婚姻(甚至是同性婚姻)的接纳程度提升了,有关婚姻的基本法律原则依然没有变。从这个意义上说,至少在判例法领域,1970年的柯贝判例、2001年上诉庭的贝菱格判决和2003年上议院的贝菱格判例是没有实质区别的——结婚当事人的性别应为其出生时之生理性别。如此的一致性至少传递了这样一个讯息:某些根本性法律原则并不必然随着世界潮流而改变。通篇贝菱格终审判决,正是在传达与强调这一脉相承的“不变”。

判决由上议院五位法官共同撰写,其中居主导地位的是尼克斯勋爵(Lord Nicholls)与合普勋爵(Lord Hope),其他三位或作补充或作附和。^[25] 纵观五位勋爵的判决理由,可归纳出贝菱格判例的以下四个特征:

其一,强调性别判定标准必须清晰、客观,同时质疑现代医疗技术改变性别带来的模糊性与不确定性。对这一观点表达得最为直白并切中要害的,是合普勋爵。他一语道破问题的实质:现代医学再发达,人出生时的性别根本不可能被完全改变。他认为变性手术所能达到的最高境界,只不过是欲取得之性别的“模拟”(“no more than an imitation”)。^[26] 撰写主要判决的尼克斯勋爵形容其为“深水区”(“deep waters”),^[27] 并直截了当指明这种性别上的不确定性为法律操作带来的难题:首先,世界各国都没有确定何为变性人的标准,即便在承认变性婚姻的法域,标准也不尽相同。其次,将彻底完成变性手术作为认可某人为变性人的前提条件也备受质疑,因有强迫当事人接受“酷刑”之虞。另外,在已认可变性婚姻的十三个欧盟成员国中也不存在统一的变性人认定标准。这一切都表明“变性人”实质上是个极为模糊的概念,更遑论那些变了性之后又再次变回原来性别的情况。而作为社会重要制度的婚姻制度却无疑要求充足的确定性。因此,法官认为模糊的“变性人”概念不适宜被纳入清晰确定的“男”、“女”概念中。^[28] 霍伯豪斯勋爵(Lord Hobhouse)在其判决中也对“变性人”概念的模糊性提出质疑:“到底要到何种地步才能算是变性人? 仅仅改变穿着和生活方式即可,还是要不可逆转地完成整项变性手术? 或是位居期间的某个阶段?”^[29]

其二,拒绝在不具备足够证据的情况下对传统概念作标新立异或扩大化解释。依照普通法的解释规则,“婚姻”、“男”或“女”等概念均应依照其通常含义解释。法官们均看不到任何证

[25] 五位上议院法官依次为 Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hope of Craighead, Lord Hobhouse of Woodborough, Lord Scott of Foscote 以及 Lord Rodger of Earlsferry。

[26] Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 10, at 482, para. 57.

[27] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 479, para. 42.

[28] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 478-480, para. 39-44.

[29] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 488, para. 76.

据和理由将“变性婚姻”、“变性男”或“变性女”包含在上述相应概念的通常含义中。尼克斯勋爵坚定地表明了这一立场；^[30]合普勋爵也明言，他看不出上述传统概念有任何模糊之处；^[31]而霍伯豪斯勋爵则坦言，在释法行为中，不管对此将作“何等粗狂”（“however robust”）的解释，都不会在其通常含义中读出“包含变性人”这样的弦外之音。^[32]

其三，强调婚姻制度的独特性及生育在婚姻中的不可替代性。尼克斯勋爵明言，婚姻不是两个人的孤岛，而是一种社会关系，更是一项社会制度，且该制度深植于英国的宗教传统与社会文化土壤。他还提及英国国教1662年的《公祷书》（Book of Common Prayer of 1662），其中宣告“繁衍后代”乃婚姻的首项因由。^[33]而合普勋爵更是大谈生育在人类社会的不可替代，认为血脉的延续乃“所有受造物生存之核心”（“at the heart of all creation”）。^[34]这样的传统观念在高举自由主义大旗的后现代社会看来，仿如来自几个世纪之外的回响。但细想之下，这又何尝不是事实呢？

最后，对欧洲人权法院古云判决提出的质疑多于认同。勋爵们质疑的语气有强有弱。尼克斯勋爵冷冷地指出，古云案不涉及当事人的结婚权，古云女士的申诉事项并不包括未获允许以变性后之女性性别结婚。^[35]严格说来，贝菱格案与古云案在普通法上根本不构成“类似案件”，而欧洲人权法院却没有被提出的申诉事由作出了判决。^[36]霍伯豪斯勋爵则用一连串的“标新立异”或曰“异想天开”（“novel”及“novelty”）来形容古云判决，并质疑这样的新概念带来的更多是棘手的法律问题：“你（欧洲人权法院）在多大程度上改变了婚姻的根本性概念？你将对婚姻适用什么样的新标准？一旦你作出这样的改变，在非歧视的前提下，你将如何对待那些变性同居或同性同居者的诉求？”^[37]

总而言之，上议院显然不欢迎古云判决（或者说欧洲人权法院的判决理由不足以说服上议院偏离普通法在婚姻制度上的一贯原则），只是将其作为英国在欧盟体制下的义务被动地接受。并且，贝菱格判例在婚姻问题上划分了普通法与制定法的界限，坚称英国的婚姻制度及相关概念，至少在英国议会完成法律修改程序、新的婚姻制定法出台之前，一如既往。

（五）小结：一个判例一个脚印的“蜕变”之路

若将上述涉及英国的国内判例与欧洲人权法院的判决按时间顺序连成一串，即：柯贝判例（1970年）、利斯判决（1986年）、柯希判决（1990年）、谢斐与荷珊判决（1998年）、贝菱格上诉庭判决（2001年）、古云判决（2002年）及贝菱格判例（2003年），不难发现这代表了由传统婚姻观念向新世代婚姻观念在英国的“蜕变”过程。暂且不去以道德或宗教标准评价这一“蜕变”的对

[30] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 478, para. 36.

[31] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 485, para. 65.

[32] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 489, para. 78.

[33] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 480, para. 46.

[34] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 485, para. 64.

[35] 古云女士的申诉事项主要有：因其仍被视为男子，故不能在劳资审裁处提出性骚扰的诉讼；不能以女性的身份，在其六十岁时申请国家退休金；同时，还须支付适用于男性之较高的车辆保险金。

[36] Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 10, at 475-476, para. 22.

[37] Bellinger v. Bellinger *Supra* note 10, at 487-488, para. 74, 76.

与错,该过程至少表明,变性婚姻引发的法律问题在英国社会已引起了充分关注与讨论。不管英国社会是否已就认可变性婚姻达成了“社会共识”,这坛酒至少已经过发酵与酝酿。由此,可以相信欧洲人权法院在古云案中判定英国政府败诉,并没有让英国社会哗然,因为对其而言,认可变性婚姻(甚至同性婚姻)或许只是时间问题。

但这样跨越三十年的司法实践与社会讨论过程在香港却没有出现,W案是香港法院接手的第一个涉及变性婚姻的案件。既然有关婚姻制度的改变,而该制度几乎触及社会中的每一个体,关乎社会关系,关乎伦理道德,关乎宗教信仰,甚至关乎该社会人类的繁衍,那么,在香港社会还未就变性婚姻(以至同性婚姻)问题作出充分讨论的情况下,终审法院直接将外国历经三十载才达致的法律转变“移花接木”,此举是否妥当,是否有“跃进”之虞,实在值得反思。为此,有必要仔细审视香港终审法院的判决理由与路径。

二、反思香港终审法院的“欧洲路线”

与古云判决在英国上议院遭到“冷遇”相对照的,是它在香港终审法院获得的“追捧”。一般而言,即使在回归之后,香港法院对英国普通法先例还是亦步亦趋。这体现了普通法传统的内在一致性,而这种基于法律原则的一致并不因主权的转移而消陨。在W案中,香港高等法院的原讼庭和上诉庭基本沿袭了英国的贝菱格判例(包括上诉庭的主流判决及上议院判决),坚持认为婚姻中的“男”、“女”性别应依其出生时的生理性别,不包括变性后的“男”或“女”,因而判定W败诉。而终审法院则“弃英循欧”,认为柯贝判例中的性别认定标准业已过时,最终在W案中全盘采纳欧洲人权法院的古云判决。

于是,人们不禁要问:同属香港高级法院,为什么高等法院的法官选择走英国路线,而终审法院(其中的主流意见)却要走欧洲路线?若抛开两者的级别不谈,仅就双方给出的判决理由而言,何者更能说服香港社会?下文将比较各级法院的判决,并反思其处理各方先例的手法。

在此之先,需要说明的是,终审法院的W判决实由五位法官作出,首席大法官马道立和常任法官李义颁布联席判决(以下简称“马李联席判决”或“联席判决”),非常任法官包致金赞同该联席判决并另行撰写了判决意见,非常任法官贺辅明勋爵附和马李联席判决,由此造就终审庭四位法官的主流判决。作出异议判决的是常任法官陈兆愷。这是一份四比一的多数判决。

通过与香港高等法院及英伦法院所作相关判例的比较,可归纳出终审法院主流判决的以下几个特点:

(一)两套标准——赋予制定法下的“婚姻”与《基本法》下的“婚姻”不同含义

乍看之下,联席判决的行文结构与下级法院(即高等法院原讼庭和上诉庭)并无差异,都是归结为两个法律问题来处理:一是对所涉制定法——即《婚姻条例》与《婚姻诉讼条例》(下文将二者简称为“婚姻制定法”)——的解释;二是是否“违宪”(即婚姻制定法是否违反《基本法》)。但这样结构的相似却掩盖了其中最大的不同——终审法院联席判决不认为婚姻制定法中的“婚姻”与《基本法》所保护的“婚姻”持同一含义,因而才有了“违宪”之说——即前者违反后者。

在高等法院两级法庭的W判决、以及英国上议院的贝菱格判例中,释法逻辑基本一致,即法庭需要确定的是婚姻制度中的“男性”或“女性”依其通常含义,是否包括变性人;如果依通常

含义不包括变性人,法庭是否需要赋予其扩大的含义或是新的含义。婚姻制定法中对“婚姻”的定义,与《基本法》对“婚姻”的定义并没有不同,所以上述法庭均对二者适用相同的释法原则,从而得出的结论也是一样的,即:依通常含义,所涉概念并不包括变性人,同时法庭在缺乏足够证据的情况下拒绝赋予这些概念新的含义。对婚姻制定法如此,对《基本法》亦如此。

上述释法方式获得了终审法院常任法官陳兆愷的支持。在其异议判决中,他明确指出法官的任务不是要看相关条文是否“对人的结婚权作出了限制”,而是“结婚权对人的限定是什么”。^[38]换言之,不论是《婚姻条例》、《婚姻诉讼条例》还是《基本法》,都没有任何字眼意图限制当事人的结婚权,只要符合“一男一女”的条件即可结婚。

如果对婚姻制定法和《基本法》采用相同的释法逻辑,是不会得出“婚姻制定法违反《基本法》”这样的结论的。因为如果婚姻制定法中的“一男一女”可以包括变性人,那么《基本法》中的“婚姻”亦当涵盖变性人;如果婚姻制定法中的“一男一女”不包括变性人,《基本法》也不会包括。所以不存在“违宪”之说。

然而,马李联席判决却对同一婚姻制度下同一概念的解释适用了两套标准。在解释《婚姻条例》第40条^[39]与《婚姻诉讼条例》第20(1)(d)条^[40]中的婚姻概念时,认可柯贝判例的效力,即其中的“一男一女”不包括变性人,并强调柯贝判例中对结婚当事人性别认定的标准“在香港与在英格兰和威尔士并无二致”。^[41]但在处理《基本法》第37条^[42]与《香港人权法案条例》第19(2)条^[43]中的婚姻概念时,却完全抛开了柯贝判例,只是就权利谈权利,一味强调结婚权利不应受到不合理的限制。但又自始至终没有解释《基本法》与《香港人权法案条例》下结婚的概念是什么,为什么会与婚姻制定法有差别。

对同一制度、同一概念作这样的区别对待,似乎表明《基本法》中的结婚和婚姻制定法中的结婚是两回事。这种前后不一致、两套标准的释法方式似乎不具备足够的说服力,有割裂法律制度内在统一性之虞。

(二)有失谨慎的“司法跃进”——不加区分地将欧洲先例适用于香港

从W案终审联席判决中笔墨的着力点,清晰可见执笔法官的先例偏好。除别处外,联席判决第77段用七个小节(从(a)至(g))概述及引述欧洲人权法院的古云判决,几乎不加区分地全盘接受。其中只字不谈这些理由是否适用于香港,不谈香港与欧洲、香港与英国在社会条件上是否存在不同。

[38] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 145-146, para. 158.

[39] 《婚姻条例》第40条订明:“①凡根据本条例举行的婚礼,均属基督教婚礼或相等的世俗婚礼。②‘基督教婚礼或相等的世俗婚礼’(Christian marriage or the civil equivalent of a Christian marriage)一词,意指婚礼经举行正式仪式,获法律承认,是一男一女自愿终身结合,不容他人介入。”

[40] 《婚姻诉讼条例》第20(1)(d)条订明:“凡属在1972年6月30日之后缔结的婚姻,该婚姻仅能基于下列任何理由而无效……(d)婚姻双方,并非一方为男,一方为女。”

[41] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 112, para. 48.

[42] 《基本法》第37条订明:“香港居民的婚姻自由和自愿生育的权利受法律保护。”

[43] 《香港人权法案条例》第19(2)条订明:“男女已达结婚年龄者,其结婚及成立家庭之权利应予确认。”

而同席审判的陈兆愷法官却始终强调这种不同,并警告在借鉴外国或国际经验时应当“谨慎”(“with caution”)。^[44] 因为各国的社会状况、各国就相关法例做出改变的背景及理由,实在是千差万别。更何况,这一改变涉及影响深远的婚姻制度,因而更要“相当谨慎”(“with great caution”)。^[45] 马李联席判决与陈法官异议判决的差异集中于此。对待欧洲人权法院判决的不同态度,导致了“放胆追随”与“因谨慎而却步”两种路径。相比之下,笔者认为陈兆愷法官“因差异而谨慎”、“因谨慎而却步”的理由更让人信服。

首先,在对古云判决之前(即2002年以前)的欧洲人权法院诸案件的回顾中,陈兆愷法官发现从利斯判决(1986年)、到柯希判决(1990年)、再到谢斐与荷珊判决(1998年),欧洲人权法院一直强调的是传统婚姻概念。在距离古云案比较近的1998年的谢斐与荷珊案中,该法院意识到在某些欧盟成员国内出现了认可变性婚姻的“清晰趋势”(“a clear trend”),但其尚未成为欧盟大部分国家的普遍做法,因而在该案中拒绝偏离该法院以往的立场,依然坚持传统婚姻观。^[46] 但在谢斐与荷珊判决之后,英国政府于1999年4月成立了跨部门工作小组(Interdepartmental Working Group),拟对英国变性人问题作全面研究。该工作小组提出了若干改革方案,并建议政府就此展开公众咨询。可见,在古云案之前,英国与欧盟已就变性人问题有过若干回合的“交手”,如前文所述,已引起英国社会的广泛关注。这是欧洲和英国与香港在法律变革背景上的不同之处。而这一明显差异,在终审法院的主流判决中却未见提及。

接着,陈兆愷法官回到古云案的判决理由本身。他总结欧洲人权法院的判决理由主要有四:①不能仅依据生理性别来断定结婚当事人的性别;②社会对婚姻制度的看法发生了变化;③变性方面的医疗技术突飞猛进;④社会对变性人更加接纳。^[47] 陈兆愷法官认为,第一和第三项并不是新鲜理由,这两项理由在谢斐与荷珊案就已经存在,亦即:社会早有呼声不应只依生理性别断定结婚性别,而1998年的医疗水平与2002年并无实质区别。他认为导致欧洲人权法院在古云案中作出与谢斐与荷珊案不同决定的主要理由,在于第二和第四项。如前所述,正因为经历了由利斯案(1987年)到柯希案(1990年),再由谢斐与荷珊案(1998年)到古云案(2002年)的近二十年过程,欧洲社会普遍已不再坚持传统婚姻观念,即不再将生育、繁衍后代视为婚姻最重要的目的;同时,整个欧洲社会(包括英国)已对变性婚姻问题进行了充分的讨论,英国政府的工作小组还对此进行过深度研究。因而,陈兆愷法官总结道:“此时的英国明显已预备好向前迈进了”——即在经过社会充分讨论后接受变性婚姻,进而对婚姻制度作出修改。^[48]

相较之下,W案是香港首宗有关变性婚姻的判例,是否接受变性婚姻对香港社会而言是个新问题。在此之前,有人做变性手术,但这纯粹是个人选择,不涉及公共关系。申请结婚却是另一回事。即使不需要取得“社会共识”,至少也应该经过社会的充分讨论。正基于此,陈兆

[44] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 149, para. 171.

[45] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 153-154, para. 191.

[46] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 150, para. 177.

[47] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 151-152, para. 182.

[48] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 152, para. 183.

愷法官认为香港目前的状况与欧洲和英国“相当不同”(“quite different”),^[49]香港不具备欧洲和英国那样业已成熟的条件,因而不具备遵循古云判决的基础。

在此,欲回答本文第一部分“小结”中提出的问题:终审法院直接将外国历经三十载才达致的法律原则“移花接木”,此举是否妥当?是否有过于“跃进”之虞?基于上述理由,笔者的看法是:终审法院主流判决不加区分地全盘接受欧洲先例的做法,略显“跃进”,有失谨慎。

(三)对英国上议院贝菱格判例“偷梁换柱”

自回归后,英国上议院的判例在法律上对香港法院并无约束力,即香港各级法院没有义务遵循英国的先例。但一如前文所述,基于普通法的内在逻辑与理性,在处理涉及相似法律问题的案件时,香港法院依然保持着参照英格兰先例的习惯。

在W案中,从原讼庭到上诉庭,再到终审庭,各级法官在其判词中都详细讨论了贝菱格判例(包括上诉庭2001年和上议院2003的判决)。但前两者与后者引述该先例的方式显著不同。在原讼庭的判决中,张举能法官基本上全文引述了尼克斯勋爵的核心判决,用了十个段落展述尼克斯勋爵的判决理由。^[50]在上诉庭的判决中,三位上诉法官亦以列举的方式,完整地概括了尼克斯勋爵继续沿用传统婚姻概念的判决理由。^[51]高等法院的这两份判决,均呈现了英国上议院贝菱格判例的全貌,亦即:拒绝在没有足够证据的情况下对传统婚姻概念作标新立异及扩大化解释,强调婚姻制度的独特性及生育在婚姻中的不可替代性。

但终审法院主流判决的做法则不然。在马李联席判决中,提及贝菱格判例的部分,基本不涉及其核心判决理由,如在判决中仅一段提及尼克斯勋爵所表达的对变性人位处法律中间区域的同情。^[52]相似的表达亦见于包致金法官的判决意见,他也引用了尼克斯勋爵对变性人的苦况出于人道主义所表达的同情心。^[53]如若单看终审庭主流判决对英国上议院贝菱格判例的引述,人们很容易获得这样的印象:上议院的法官出于人道主义考虑,认可传统的婚姻概念应延及变性婚姻,进而判定英国的现行婚姻制度违反《欧洲人权公约》。

而这恰恰不是实情。若回到尼克斯勋爵的原文,便不难发现,在用两段简短的文字表达了对当事人所受困扰的理解与同情后,他用一句转折明确表达了自己的观点:“尽管如此,我坚定认为我们不应该同意贝菱格女士提出的请求。”^[54]接着洋洋洒洒地陈述了不应该同意的理由。这些理由都完整地呈现于香港高等法院原讼庭与上诉庭的判决中,而终审法院的判决对这些却只字不提。

这显然是一种断章取义的做法。终审庭其实并不愿偏离英伦先例的轨道,从其措辞可见,没有一句话表明对英国上议院贝菱格判例的质疑,也没有要作出事实区分的意图。相反,终审

[49] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 153, para. 188.

[50] W v. Registrar of Marriages, (2010) 6 H.K.C. 359 (H.K.C.F.I.), para. 142-157.

[51] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 17, para. 109.

[52] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 130-131, 138, para. 100, 126. 其中所引用的是尼克斯勋爵判决第34与35段,参见 *Bellinger v. Bellinger*, *Supra* note 10, at 478.

[53] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 156, para. 203.

[54] *Bellinger v. Bellinger*, *Supra* note 10, at 478, para. 36.

庭持主流意见的法官们意欲“模仿”英国上议院,如后者宣布英国现行婚姻法与《欧洲人权公约》不符,亦宣告香港婚姻制定法违反《基本法》。表面上,终审庭遵循了贝菱格判例,即结果相似;而事实上,在对关键的法律概念、法律原则的阐释与遵循方面,却与上议院的做法完全相反。例如,马李联席判决明确表示,在如今流行多元文化的香港,生育已不再是婚姻的关键要素;〔55〕这与合普勋爵在贝菱格判例中的观点正好相反,后者依然看重繁衍后代在婚姻中的地位。〔56〕再例如,联席判决在解读《基本法》中的婚姻概念时,坚决抛弃了柯贝判例(尽管其认为婚姻制定法中的婚姻概念依然适用柯贝判例),拒绝以出生时之性别确定结婚时当事人的性别;〔57〕而柯贝判例在贝菱格判例中却是得到肯定和坚持的,尽管它被宣布不符合欧洲人权法院的古云判决。〔58〕

可见,在W判例中,终审法院作出主流判决的四位法官实际上对贝菱格判例采取了“偷梁换柱”的做法,事实上偏离了英伦普通法的轨道,而这一本质的偏离却隐蔽在对其判决结果的模仿中。若说英国上议院在贝菱格判例中宣布英国现行婚姻法与《欧洲人权公约》不符乃不得已而为之,那么,香港终审法院完全是为达致宣布婚姻制定法“违宪”这一结果而以贝菱格判例作“掩护”。

(四)拒绝“司法克制”——一份冗长的“立法建议书”

通常作为判决结束部分的“救济”(“Relief”)都是一段起、两段止,只是颁布法庭的决定与救济措施。而终审法院在W判决中颁布的“救济”,却长达近三十段。在“司法克制”与“司法能动”之间,终审庭的主流判决拒绝“司法克制”。这三十段实质上是在详细地“指引”立法机构就变性婚姻问题应当如何立法。

由于该问题涉及作为社会制度重要组成部分之婚姻制度的变革,“将其留给立法机构”几乎是除终审法院主流判决外各法院法官的共识。英国上议院在贝菱格判例中花了很大篇幅解释为什么法院的介入是不合宜的,主要理由包括变性婚姻问题不是一个可以单独处理的问题,它属于整个社会制度大版图的一小块,若认可变性婚姻将引起连锁反应,因而更适宜放在立法机构作详细讨论,而不是由一纸法院判决扭转乾坤。〔59〕香港高等法院原讼庭也在此止步,表明这样的立法罅隙不是法院可以在司法解释的名义下去填补的。〔60〕上诉庭也表达了类似观点,认为若以判决的方式认可了变性婚姻,相当于“以司法解释为幌子”(“under the guise of judicial interpretation”)改变了婚姻法,而这属于三权分立体制下对立法权的僭越。〔61〕上诉庭还引用了前任首席大法官李国能在2006年法律年度开幕礼上的致辞作为理据:“在合法性框架内,解决任何政治、社会或经济问题的合宜方式只能通过政治途径去寻求。这些问题通常都很复杂,

〔55〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 127, para. 89.

〔56〕 Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 10, at 485, para. 64.

〔57〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 131, para. 103.

〔58〕 Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 10, at 473, 477, 481, para. 11, 28, 53.

〔59〕 Bellinger v. Bellinger, *Supra* note 10, at 478-480, para. 38-49.

〔60〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 50, para 158-161.

〔61〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 17, para 106-112.

涉及面向众多,且缺乏便宜或现成的解决方案。只有经由政治途径,整合各方利益,平衡短期需求与长期目标,方能达成妥协。而肩负循政治途径寻求出路者,乃政府和立法机构。”〔62〕

类似的观点亦可在陈兆恺常任法官的异议判决中看到,这也是为什么他一再提醒要“小心谨慎”的原因。〔63〕他认为法院的角色是在既定的社会制度内赋予某些概念与时俱进的解读,而不是以新的解读去创造一种新的社会制度。前者是司法过程,而后者显然属于民主立法程序的范畴。〔64〕

然而,终审法院却明确拒绝“克制”。在联席判决的结尾,马道立首席法官和李义常任法官列出了一份冗长的“立法建议”,提出可供立法考虑的若干重要方面。例如,在如何确定变性的程度方面,提供各国的实践作参考,包括澳大利亚、英格兰、美国的新泽西州和新西兰的做法。〔65〕还建议香港立法会直接模仿(或照搬)英国的做法,在修改婚姻法的同时,制定性别确认方面的法例。〔66〕在这“建议单”的结尾,为免“越界”之嫌,该判决不忘加上一句:“当然,是否就此立法完全由立法机构自身决定。”〔67〕

可是,终审法院并非被动地等待立法会修改法律。它宣告《婚姻条例》第40条及《婚姻诉讼条例》第20条(1)(d)违反《基本法》,此乃“违宪令”。但该违宪令并不立即生效,而是给予立法会12个月的宽限期,让立法会在这段时间开展婚姻制定法的修订程序。如若立法会在期限内成功修改条例,允许变性人结婚,则W女士及其他类似情形之人,均可按照新法例登记结婚。然而,如果立法会未能在期限内完成修例,或是立法会拒绝通过允许变性人结婚的条例,则W女士仍然可享有普通法上的结婚权,依据遵循先例原则,其他类似情形之人的结婚权亦可在普通法上获得法院的支持。

这是一份略显“霸道”的判决。既然是否修改条例(进而改变现存婚姻制度)、是否制定新的法例完全属于立法机构的权限,那么为什么法院又“命令”立法机构如此行呢?有人会说,这不是命令,立法机构可以选择是否遵从。但立法机构如果不遵从,在制定法之外会出现一种新的婚姻制度,那就是变性人婚姻制度,而这完全是法院的一纸判决创设的。基于此,终审法院对立法会“越俎代庖”,不但在判决中列出详细的“立法指引”,还限期修改法律,难免“越界”之嫌。

(五)留下诸多“破口”,为同性婚姻合法化开路

马李联席判决一开始就表明,W案不涉及同性婚姻。〔68〕变性婚姻与同性婚姻在概念上是不同的,前者至少还可说是一男一女的结合。但在这份认可变性婚姻的判词中,却留下了诸

〔62〕 2006年1月9日举行之法律年度开幕典礼上时任首席大法官李国能的致词。转引自W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 17, para. 112.

〔63〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 149, 153-154, para. 171, 191.

〔64〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 154, para. 192.

〔65〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 139-140, para. 132-135.

〔66〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 141, para. 138.

〔67〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 143, para. 146.

〔68〕 W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 98, para. 2.

多“破口”，用判决中的话说是“leave it open”，^[69]为同性婚姻的合法化埋下了伏笔。

最大的一处“破口”，是全盘采纳英格兰上诉庭索普勋爵在贝菱格上诉庭异议判决中对婚姻的“时新”定义，即认为婚姻是当事人可以自由进出的一纸契约。^[70]在这样的婚姻制度下，生育当然不是必要因素，因而，不能繁衍后代的变性人亦可结婚。如果婚姻制度如此，为什么不能把同样的逻辑适用于同性婚姻呢？婚姻既是合约，只要两情相悦即可缔结，而且不以养儿育女为要素，那么为什么两情相悦的男与男（或女与女）不可缔结婚姻呢？若顺着这样的逻辑作出最为极端的演绎，群婚为什么不可以呢？若拒绝他们结婚，是否也如终审法院的联席判决所言，侵犯了他们各自的结婚权呢？可以预见的是，在不久的将来，若有人挑战不允许同性婚姻的法律，这份赋予变性婚姻合法地位的判决必成为其重要理据。即使表面看来是两种婚姻，但却有着相同的内在逻辑。

另一处“破口”是终审法院拒绝为适格结婚的变性人划下标准，即拒绝宣布只有完成了整项变性手术之人才可以手术后之性别结婚。这正是尼克斯勋爵所描述的“不确定性”与“深水区”，也是霍伯豪斯勋爵对古云判决发出的质疑所在。^[71]从终审庭主流判决后部的“立法建议”中可见，法官希望将此问题留给立法会，让议员在讨论中划出适格结婚之变性人的标准。但这样的“预留”却为日后未完成整项变性手术之人（即未彻底变性之人）提起司法复核留下了空间。这样的空间若被扩张到极致，就是允许同性婚姻。

其实，无需预测，发生在英国的事情就已经向香港人展示了未来事态的演变。如前所述，自从出于服从欧洲人权法院判决之义务，上议院在贝菱格案中宣告现行婚姻法与《欧洲人权公约》不符，英国议会在2004年即制定了《性别承认法》与《民事结合法》，由此认可变性婚姻。但这只是一个中转站。仅在三年后的2007年，英国政府提出就同性婚姻立法，同时修改《性倾向歧视法》。于是，在2013年7月，同性婚姻在英国正式取得合法地位。^[72]这应该才是真正的目的地。香港会不会亦循着同一路径呢？

三、反思：终审法院是否走得太快了？

历史不可翻转，但可以反思。在经过上文对诸判例的一番审视与对照后，在不涉及道德价值评判的前提下，仅就判决本身而言，笔者欲用本文标题来概括对终审法院“一锤定音”判决的评价，那就是“跃进”与“越界”。

言其“跃进”，因为这一步迈得太快、太大了。香港是典型的多元化社会，除中西合璧外，还有南亚少数族裔、大陆新移民等。从宗教信仰、价值取向角度而言，既有广义上的基督教信仰

[69] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 137, 141, para. 124, 137.

[70] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 125—126, para. 85. See *Bellinger v. Bellinger*, *Supra* note 9, at 184, para. 128.

[71] *Bellinger v. Bellinger*, *Supra* note 10, at 479, 488, para. 42, 76.

[72] 英国成为继加拿大和南非后第三个使同性婚姻合法化的普通法法域。在美国，截至2014年10月，已有三十个州认可同性婚姻。澳大利亚尽管尚未就同性婚姻立法，但也正朝着这一方向大步前进。

(包括天主教、英国圣公会及其他新教派别等),也有根植于华人社会的佛教、道教、风水玄学等中国传统理念;既有来自西方的自由、平等、人权等普世价值观,也保存着儒家传统的礼仪廉耻、等级尊卑、家庭角色等观念。在这样一个多元化社会中要在婚姻制度上作出重大改变,协商式的妥协是必由之路。变性人婚姻在香港社会是新鲜事,在社会各持份者尚未充分表达意见之前就作定案,绝非谨慎之举。

言其“越界”,因为法院做了本属立法机构职权范围的事情,那就是在司法解释的外衣下修改了婚姻制定法。这也导致了如今的尴尬局面:一方面立法会尚未完成《婚姻(修订)条例草案》之二读程序,亦即法例修订尚未完成,辩论还在继续,各方尚在拉锯;^[73]而另一方面,终审法院订下的一年期限已过(这恰恰说明一年时间过于仓促,根本不足以完成社会的充分讨论),于是造成依照婚姻制定法尚不能结婚的变性人,可享有普通法上的结婚权,以终审法院的W判例为依据结婚。这也表明香港社会尚未跟上终审法院急匆匆的步伐。

另外,在香港立法会《2014年婚姻(修订)条例草案》委员会报告凸显的两个重要争议点,亦表明香港社会尚未对认可变性婚姻做好准备。^[74]

其中一个争议点为:是否要求符合结婚资格的变性人须完成整项性别重置手术。立法会中的法案委员会就此意见分歧。部分委员质疑该要求“门槛过高”,且构成“酷刑”,或许违反《香港人权法案》或国际人权法律,如联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《公民及政治权利国际公约》及《欧洲人权公约》。^[75]但亦有委员强调若降低门槛,无疑对“一男一女”的婚姻制度造成巨大冲击,并会引起“在不同法律范畴内对男女定义的法律挑战”。^[76]正如前文所述,这正是终审法院在其判决结束部分的“立法建议书”中留下“破口”的结果,同时也应验了尼克斯勋爵与霍伯豪斯勋爵在贝菱格判例中所预言的变性人标准之不确定性带来的法律难题。

另一个影响或许更为深远的争议点是:宗教团体可否拒绝为接受手术后的变性人举行婚礼。法案委员会的部分委员建议加入对宗教团体的豁免条款,使宗教团体在不愿意的情况下无须为变性人士举行婚礼,并且此举不当被视为违反《残疾歧视条例》(Disability Discrimination Ordinance)及《性别歧视条例》(Sex Discrimination Ordinance)。^[77]但委员会报告并未提及除宗教团体外的普通宗教信仰持有者(如普通基督徒)是否亦享受豁免。这涉及每一位有信仰人士的“良心的自由”。

在英国已出现了前车之鉴。如2007年英国议会通过了《平等法(性倾向)条例》(Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007),此后,该法即被用作挑战普通基督徒一般信仰表

[73] 香港立法会每年七月中旬召开该年度最后一次大会,然后进入休会期,十月复会,因而该草案之二读程序在2014年7月9日中止后,只能待到十月复会时再度启动。但由于9月28日香港发生“占领中环”事件,该草案的二读程序再度押后,于截稿时之十二月初,尚未恢复。

[74] 香港立法会《2014年婚姻(修订)条例草案》委员会报告(档案编号为:CB2/BC/2/13)。

[75] 同上注,第11段。

[76] 见前注[74],第12段。

[77] 见前注[74],第40段。

达的武器。最典型的例子是2013年英国最高法院审理的布尔诉霍尔案(Bull v. Hall),^[78]在该案中,经营旅馆的布尔夫妇基于自己的基督教信仰,拒绝将客房租与霍尔及其同性伴侣,进而被诉违反上述《平等法(性倾向)条例》。英国最高法院副院长黑尔女男爵(Baroness Hale)连同另外四位法官,判决布尔夫妇败诉,认为为保护同性伴侣免受歧视的权利而对基督徒宗教信仰的表达权利作出限制,在民主社会中不仅合理而且适当。^[79]此判决在社会中引起了广泛争论,并凸显了基于宗教信仰的良心自由与同性伴侣所享有的免受歧视权利之间的失衡,同时也引发了英国社会对这一失衡的反思。

鉴于英国的法律实践,香港立法会在审议《2014年婚姻(修订)条例草案》时,一如香港裁判法院暂委法官陈俊仪博士所建议,应当及时补上上述“良心条款”,以平衡宗教信仰持有者的良心自由与不同性倾向人士免受歧视的权利。^[80]

终审法院判决的“立法建议”中还提到了与修改婚姻制定法相配套的有关性别承认的立法,而这项立法也是被“建议”在所给予的12个月宽限期中完成的。在其判决中,终审法院力推英国2004年的《性别承认法》,认为这是香港现成的模版,立法会的工作因此不会过于艰巨。^[81]而立法会相关法案委员会的大部分委员却不这么认为。一些委员认为,性别承认的议题“极具争议性”,应交由专责工作小组及社会大众广泛讨论,并强调立法会“不可能在终审法院给予的12个月暂缓执行期内制定法律,处理与变性人士有关的各项既复杂且范围广泛的问题。”^[82]因而,政府的专责工作小组提出力求在两年内完成初步工作报告,^[83]而有法律界的议员认为,“社会不大可能在三年内就性别承认事宜达成任何共识。”^[84]可见,欲在一年内完成婚姻条例的修订并制定配套的性别承认法律,实乃终审法院的“一厢情愿”。

以上种种理由均显示,终审法院在变性婚姻问题上走得实在太快了,远远抛离了立法会,也远远抛离了香港社会。

一如前文所述,这不是单纯的法律问题,欧洲人权法院及香港终审法院的判决(还有其他认可变性婚姻或同性婚姻之法域的判决)只是反映了日益高涨的自由主义思潮与同志平权运动。以自由的名义,扛着“人权”、“平等”、“博爱”的大旗,在现代社会常常无往而不胜。对此,有人欢喜有人忧,同时也引发了更多法理学上有关价值评判的问题。面对法律与道德、人权与信仰间日益加剧的张力,我们不得不回到两个最基本的问题:我们如何“自我保存”?我们又如何“与人共存”?

是为对香港首宗变性婚姻案之终审判决的反思。

[78] Bull v. Hall, (2013) 1 W.L.R. 3741 (U.K.S.C.).

[79] *Ibid.*, at 3755, 3756, para. 51, 55.

[80] 参见陈俊仪:“英国高级法官吁重新思考宗教及同性恋权益”,《时代论坛》2014年7月6日(总第1401期),第13版。

[81] W v. Registrar of Marriages, *Supra* note 1, at 143, para. 146.

[82] 香港立法会《2014年婚姻(修订)条例草案》委员会报告,见前注[74],第45段。

[83] 香港立法会《2014年婚姻(修订)条例草案》委员会报告,见前注[74],第47段。

[84] 香港立法会《2014年婚姻(修订)条例草案》委员会报告,见前注[74],第49段。

附 录 判例与立法进程列表

年份	判例	法庭与法官	主要法律原则
1970	柯贝判例 (Corbett)	英格兰高等法院 — 奥若德法官	— 结婚时的性别,应当以其生理性别为准; — 繁衍后代乃婚姻的核心要素
1986	里斯判决 (Rees)	欧洲人权法院	— 维持传统婚姻观念 — 无迹象表明欧盟成员国普遍接受变性婚姻 — 英国婚姻立法不违反《欧洲人权公约》
1990	柯希判决 (Cossey)	欧洲人权法院	— 维持传统婚姻观念 — 无迹象表明欧盟成员国普遍接受变性婚姻 — 英国婚姻立法不违反《欧洲人权公约》
1998	谢斐与荷珊判决 (Sheffield and Horsham)	欧洲人权法院	— 仍维持传统婚姻观念 — 欧盟成员国出现认可变性婚姻的趋势 — 英国婚姻立法仍不违反《欧洲人权公约》
2001	贝菱格案上诉 庭判决 (Bellinger)	英格兰上诉庭 — 伊丽莎白女爵士 — 沃克法官 — 索普勋爵(异议)	— 主流判决:遵循柯贝判例,维持传统婚姻观念 — 异议判决:生育已不是婚姻的核心要素,应当放弃传统婚姻观念,认可变性婚姻
2002	古云判决 (Goodwin)	欧洲人权法院	— 放弃坚持传统婚姻观念 — 禁止当事人以变性后之性别结婚,乃对其结婚权的实质性损害 — 英国婚姻立法违反《欧洲人权公约》
2003	贝菱格判例 (Bellinger)	英国上议院 — 尼克斯勋爵 — 合普勋爵 — 霍伯豪斯勋爵 — 司各特勋爵 — 罗爵勋爵	— “变性人”概念不具备法律上的客观性与可确定性 — “婚姻”的通常含义不包括变性婚姻;维持柯贝判例 — 生育在婚姻中仍具有不可替代性 — 鉴于英国须遵循古云判决的义务,宣布英国婚姻立法违反《欧洲人权公约》
2004	英国上议院通过以下制定法: — 《性别承认法》 — 《民事结合法》		
2011	W案 (初审)	香港高等法院原 讼庭	— “婚姻”的通常含义不包括变性婚姻;维持柯贝判例 — 生育在婚姻中仍具有不可替代性 — 香港社会对接受变性婚姻尚无共识 — 若需改变婚姻制度,应由立法会循立法程序为之,而非法院

2012	W 案 (上诉)	香港高等法院上诉庭	— 维持原讼庭判决
2013 年 5 月	W 判例 (终审)	香港终审法院 — 马道立首席法官 — 李义常任法官 — 包致金非常任法官 — 贺辅明非常任法官 — 陈兆恺常任法官 (异议)	主流判决： — 柯贝判例已过时 — 生育已非婚姻之核心要素 — 婚姻制定法排除变性人之结婚权，违反了《基本法》 — 法院限令立法会于一年内修改婚姻制定法 异议判决： — 将涉及婚姻制度的外国经验套用于香港应当十分谨慎 — 香港的社会状况与欧洲及英国相当不同 — 若要变革婚姻制度，应当由立法会而非法院为之
2013 年 7 月	英女王正式签署《同性伴侣婚姻法》(该法于 2014 年 3 月 39 日正式在英格兰和威尔士生效)		
2014 年 7 月 9 日	香港立法会二读辩论《婚姻(修订)条例草案》，未完结，待夏季休会后(即 10 月)再续二读辩论		
2014 年 7 月 17 日	终审法院给予的一年期限届满，从该日起，已接受整项性别重置手术的人可在婚姻登记处登记结婚		

Abstract: The Hong Kong Court of Final Appeal (“CFA”) delivered its final decision on the case of *W v Registrar of Marriages*, the first transgender marriage case in Hong Kong. It has been decided that it is unconstitutional to restrict the right to marry when the woman applying for marriage is a transgender woman. Undoubtedly, the CFA decision had far-reaching impact on the Hong Kong society. After a careful scrutiny into the relevant common law precedents and a critical review on the CFA decision, the Author holds the position that the *W* decision has been made with less carefulness and with too much judicial activeness. There are two main reasons based on which the conclusion is drawn: first, it is sort of judicial activism that the CFA made substantial change to the current marriage institution before there is a full and sufficient discussion in the Hong Kong community and also before there is any evidence justifying a departure from the traditional marriage concept; secondly, it is undeniable a trespass on the power of legislature when the CFA insisted on amending the marriage law under the guise of judicial interpretation.

Key Words: Sex Recognition Factors; Transgender Person; Transgender Marriage; Judicial Activism; Clauses of Conscience

(责任编辑:徐爱国)