

性別歧視 = 性傾向 / 性別認同歧視？——
從美國最高法院 Bostock 案
反思香港的歧視法



非賣品
自由奉獻



香港性文化學會有限公司
Hong Kong Sex Culture Society Limited

香港性文化學會特刊

性別歧視＝性傾向／性別認同歧視？—— 從美國最高法院 Bostock 案 反思香港的歧視法

出版：香港性文化學會有限公司

編輯：香港性文化學會

設計：陳婉珊

地址：香港九龍深水埗基隆街184-190號龍祥大廈9樓A室

電話：3165 1858

傳真：3105 9656

網址：<http://www.scs.org.hk>

電郵：info@scs.org.hk

臉書專頁：<https://fb.com/hksccs>

有用資料：<https://blog.scs.org.hk/有用連結/>

出版日期：2020年7月

版權所有 All rights reserved. Not for sale.

Cover image by Mark Thomas from Pixabay.

目錄

《特刊》摘要 P. 2

前言 P. 5

介紹篇

第一章 性傾向或性別認同歧視必然涵蘊性別歧視？——簡介 Bostock 案多數意見的論點 鄭安然 P. 7

第二章 美國最高法院變身「海盜船」 濫權訂立性傾向及性別認同就業歧視新法例——簡介 Bostock 案異議大法官 Alito 的論點 陳婉珊、招雋寧 P. 12

第三章 美國最高法院的司法霸權及脫離原意的詮釋——簡介 Bostock 案異議大法官 Kavanaugh 的論點 余嘉玲、蔡凱琳 P. 21

分析篇

第四章 基於性傾向或性別認同的歧視必然意味基於性別的歧視嗎？——對美國最高法院判決 (Bostock v. Clayton County 案) 的批判 關啟文 P. 24

第五章 忠於文本主義地理解「性別歧視」的字義——Bostock 案異議大法官的詮釋觀點 招雋寧、余嘉玲、蔡凱琳 P. 31

第六章 前車可鑑——從 Bostock 案的深遠影響反思「性傾向／性別認同歧視法」 余嘉玲、蔡凱琳 P. 39

《特刊》摘要

多數意見（大法官戈薩奇主筆）

- 2020年6月15日，美國最高法院大法官以6:3裁決，1964年訂立的《民權法》第七條（Title VII）關於禁止基於「性別」（sex）歧視的法律，也適用於同性戀及跨性別（*Bostock v. Clayton County*）。
- 法院處理三宗案件，有兩宗牽涉性傾向（同性戀）歧視，第三宗與性別認同歧視有關。
- 主筆多數意見的戈薩奇大法官（Neil Gorsuch）寫道：「今天，我們必須決定僱主是否可以，僅僅因為某人是同性戀或跨性別而開除之。答案很明確。僱主因同性戀或跨性別而解僱某人，而致使其被解僱的特徵或行為，在另一性別中卻不成問題。可見，性別在解僱決定中，擔當了必不可少及無法偽裝的角色，而這正是第七條所禁止的。」
- 戈薩奇認為「歧視一個同性戀者或跨性別者，而沒有同時基於性別歧視那人，是不可能的。」換句話說，「當僱主因同性戀或跨性別而解僱僱員時，必然地和故意地，也是部分基於性別（because of sex）而歧視該人。」嚴格來說，這是多數意見的主要論點，而不是聲稱性別的概念包括同性戀和跨性別狀態這主張。

異議判辭（大法官阿利托主筆）

- 「這法院今天的所作所為，一言以蔽之：立法。」大法官阿利托（Samuel Alito）及湯馬斯（Clarence Thomas）的異議判辭劈頭第一句，便毫不客氣批評多數法官僭越了司法的權力，不折不扣的訂立了一條新法律。
- 阿利托完全不同意多數法官的結論：「即使以今天的理解，基於『性別』而作出的歧視，仍有別於基於『性傾向』或『性別認同』而作出的歧視……如果在1964年向每個居於美國的人作出調查，也難以找到一個人會認為『基於性別的歧視』，意思相等於『基於性傾向的歧視』——更別提性別認同，這個在當時還未廣為人知的概念。」
- 立法歷史和背後目的不支持多數意見。阿利托認為第七條保障「基於性別」而作出的歧視，毫無疑問是指：「基於遺傳學的和生物結構的特徵——那些男人和女人出生時

已擁有的特徵。」這一點多數法官也是同意的。……1964年「訂立[第七條]的國會不會接受」這「新穎」解釋……1960年代，能找到的字典中，沒有一本將「性別」解釋為性傾向、性別認同或「跨性別狀態……如果是這樣，應該很清楚表示了，第七條並未涉及基於性傾向或性別認同的歧視。」

- 基於性傾向或性別認同的歧視（例如在明文規定一律不聘請 LGBT 人士的情況下），「相當有可能毋須考慮到，個別應徵者或僱員的性別。……如果僱主在不知道對方是男性還是女性的情況下，歧視了個別應徵者或僱員，就不可能說僱主是基於性別而故意作出歧視。」
- 阿利托直斥多數意見法官的裁決是「不負責任」，因為如果法院容讓立法程序發生，國會獲得權衡各方利益的機會。他形容現今多數派法官所做的決定，「很大程度上阻礙了——甚至可說是終止了——任何以協商立法解決問題的機會……威脅言論自由、宗教自由、個人私隱及安全。」
- 本特刊進一步分析戈薩奇的主要論據和阿利托的反駁，認為在這場辯論上勝出的應該是阿利托，多數法官的論據並不成立。雖然戈薩奇有嘗試回應阿利托的論點，但並不成功。

異議判辭（大法官卡瓦諾主筆）

- 大法官卡瓦諾（Brett Kavanaugh）批評多數法官破壞三權分立，訂立了一條新法例：「在美國憲法下的三權分立，修改第七條的責任屬於國會和總統，於立法程序裡進行，而不屬於法院。」「多數法官強加自己對善良、正直、公義的看法在他人身上。」
- 卡瓦諾並非不接納同性戀者。相反，他完全認同同性戀者「不應在社會上被排斥，不應在尊嚴上或價值上被視為低一等的人。」可是他也指出「但我們是法官，不是國會議員……在憲法的三權分立之下，我們身為法官的角色是要詮釋和遵從法律，不管我們喜歡結果與否。我們的角色並不是制訂和修改法律。正如第七條所寫，沒有禁止基於性傾向的職場歧視。」
- 按著一般意思（ordinary meaning）解釋條文，是文本主義進路裡解釋條文的重大原則，這個根據原意來詮釋法律的原則由來已久。法院一次又一次地拒絕以字面意思（literal meaning）來詮釋法律。正確地按一般意義解釋法律，是為了符合以法而治——

—由公民所能理解的法律作出治理，而不是以「法官」而治；讓民主社會向公民負責，而不是由非民主產生的法官越俎代庖，按自己解釋而變相立法。

- 根據一般意思來詮釋法律，必須忠於詞組（**phrase**）的整體意義，而不是單獨理解詞組裡每個字的意思……例如，「**an American flag**（一支／美國／旗）」，字面上可以包括任何一支在美國內製造的旗，但在日常用法中它只代表美國國旗。這例子說明了「當兩個單字拼合而產生一個意思，與分別地理解兩個字的機制並不相等」。
- 所有原意的慣常指標，即日常用法、國會的日常用法、行政機關的日常用法、美國法律及法院以往的判決，都證明了性傾向歧視跟性別歧視是不一樣的，性傾向歧視不是性別歧視的一種。卡瓦諾一針見血：日常裡原告被解僱是因為他們是同性戀，而不是因為他們是男人。性傾向歧視與性別歧視不同是最顯然的詮釋。

反思 **Bostock** 案的深遠影響

- **Bostock** 案是一個影響深遠但偽裝為應用範圍狹窄的裁決。
- 這案件表面上來看只是與職場歧視有關，但關鍵是法庭用的論據是：「性傾向歧視」或「性別認同歧視」意味著「性別歧視」，但「性別歧視」的規管不單出現在有關職場的法例，也出現於很多領域（如教育、房屋）中。因此，這裁決的邏輯很明顯可應用於很多其他領域，包括宗教團體、私隱空間、體育活動、福利、自由、教育、居住和法治等領域。
- 這些影響會對很多人的權利產生衝擊，或帶來不必要的傷害。我們認為，香港不應跟隨 **Bostock** 案，把「性別歧視法」的規管範圍，擴充到性傾向及跨性別歧視上——無論是透過司法詮釋或獨立立法也不宜。■

前言

2020年6月15日，美國最高法院大法官以6:3裁決，1964年訂立的《民權法》第七條(Title VII)關於禁止基於「性別」(sex)歧視的法律，也適用於同性戀及跨性別(*Bostock v. Clayton County*)。¹換言之，男同性戀者、女同性戀者和跨性別人士在就業上享有法律上的特殊保護。²多數意見(majority judgment)得到共和黨總統任命的「保守派」法官戈薩奇(Neil Gorsuch)和首席法官羅伯茨(John Roberts)以及四名自由派法官支持。戈薩奇撰寫了多數意見。持異議的三位法官是阿利托(Samuel Alito)、湯馬斯(Clarence Thomas)和卡瓦諾(Brett Kavanaugh)。阿利托(湯馬斯加入)及卡瓦諾分別撰寫兩份異議判辭。

1964年訂立的《民權法》在美國具有里程碑意義，第七條禁止「基於」(because of)種族、膚色、宗教、性別或國族起源而作出的就業歧視。有三宗案件已經在美國各級法院審理，然後上訴至美國最高法院。兩宗涉及僱員受到性傾向就業歧視，一宗涉及僱員受到性別認同就業歧視。美國最高法院需要處理以上情況是否《民權法》第七條所禁止「基於性別的就業歧視」，而它的裁決令不少人震驚，有些評論員甚至說，它為美國文化帶來了一次大地震。

有見及此，香港性文化學會出版了這本回應特刊，供社會大眾了解事情始末，以作判斷。特刊第一部份「介紹篇」有三篇文章。〈性傾向或性別認同歧視必然涵蘊性別歧視？——簡介 *Bostock* 案多數意見的論點〉介紹今次判決中多數法官的主要論據。〈美國最高法院變身「海盜船」 濫權訂立性傾向及性別認同就業歧視新法例——簡介 *Bostock* 案異議大法官 Alito 的論點〉是介紹其中一位異議法官阿利托的觀點(湯馬斯加入)，我們特別看到他的論點十分精彩和有力。而余嘉玲、蔡凱琳的文章則簡介了另一異議大法官卡瓦諾的論點——他主要批評美國最高法院的司法霸權及脫離原意的詮釋。其實，美國最高法院的司法霸權和不合理的詮釋在2015年制度化同性婚姻的 *Obergefell* 案已可見一斑，當年我們也製作了一本特刊。³事實上，沒有 *Obergefell*，也很可能沒有 *Bostock*。

¹ *Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf。

² 有些人或許對「特殊保護」的說法不以為然，強調這只是「平權」的要求。但我們只想指出，《民權法》的目的確是想保護某些族群(如黑人)的平權，但不是所有可能受歧視的族群都被納入其保護範圍的，從這角度看，受保護的族群(只有五大類)，相對於未受保護的無數族群而言，無疑是受到特殊保護。

³ 參：<http://www.scs.org.hk/downloads/慎思明辨獨立思考美國最高法院同性婚姻通識教材.pdf>。

第二部份「分析篇」亦有三篇文章。〈基於性傾向或性別認同的歧視必然意味基於性別的歧視嗎？——對美國最高法院判決（*Bostock v. Clayton County* 案）的批判〉從哲學角度指出判決的論證問題。〈忠於文本主義地理解「性別歧視」的字義——*Bostock* 案異議大法官的詮釋觀點〉綜合異議法官從詮釋角度對今次判決的批評。〈前車可鑑——從 *Bostock* 案的深遠影響反思「性傾向 / 性別認同歧視法」〉則指出 *Bostock* 案將會導致社會的深遠影響，這讓我們警惕不能貿然制訂性傾向歧視法和性別認同歧視法。

我們明白這是一個相當技術性的議題，加上現在大家的注意力都集中於如何全民抗疫（這前言寫於 COVID-19 第三波爆發期間），所以我們的成果未必能得到太多人的注意。然而，我們香港性文化學會一直堅持在回應性議題時，要以理性論證和事實分析作基礎。我們預計有些人會引用 *Bostock* 裁決支持在香港制訂性傾向歧視法和性別認同歧視法，或乾脆效法美國把性傾向歧視法和性別認同歧視法，透過「詮釋的魔法」塞進現時存在的性別歧視法裡。

但若 *Bostock* 裁決根本理據欠奉，以上做法當然也站不住腳。所以，本特刊的目的一方面是去整理這裁決的相關論點，使更多人明白這議題；另一方面我們較為傾向異議大法官的觀點，透過闡釋他們的論據以及加上補充的分析，我們希望更多人能批判性地檢視 *Bostock* 裁決，而不會盲從之。我相信我們這份悉心準備的材料不單能幫助一般市民明白這重要議題，也對法律界、法庭、政府和平機會等有參考價值。

2020 年 7 月 17 日

香港社會正與新冠病毒搏鬥之時

一、性傾向或性別認同歧視必然涵蘊性別歧視？——簡介 *Bostock* 案多數意見的論點

鄭安然（香港性文化學會署理辦公室主任）

2020年6月15日，美國最高法院大法官以6:3裁決，1964年訂立的《民權法》第七條(Title VII)關於禁止基於「性別」(sex)歧視的法律，也適用於同性戀及跨性別(*Bostock v. Clayton County*)。(參〈前言〉)本文介紹戈薩奇(Neil Gorsuch)撰寫多數意見的論點，我們另外對他的論點進行詳細分析，參第四章。

戈薩奇論點簡介

戈薩奇大法官說：「今天，我們必須決定僱主是否可以，僅僅因為某人是同性戀或跨性別而開除之。答案很明確。僱主因同性戀或跨性別而解僱某人，而致使其被解僱的特徵或行為，在另一性別中卻不成問題。可見，性別在解僱決定中，擔當了必不可少及無法偽裝的角色，而這正是第七條所禁止的。」(多數意見，頁2)⁴ 撰寫《民權法》的人「可能預計不到」今日的判決，但他們也想不到此法的某些應用在多年後才愈見明顯，包括禁止基於母親身份的歧視或禁止男性性騷擾男僱員，「但撰寫人想像的限制不是忽略此法要求的原因……只有明文寫下來的字眼才是法律」。(頁2)

三宗案件

法院正在處理以下三宗案件。第一宗是一個在喬治亞州克萊頓縣任職兒童福利社工的博斯托克(Gerald Bostock)。工作十年後，他參加同志活動，但被人用貶損語言評論他的性傾向和他在同志活動的參與。沒過多久，他就被解僱。第二宗是跳傘教練扎爾達(Donald Zarda)，工作一段時期後，他提及自己是男同性戀，過了幾天就被解僱。第三宗是在殯儀館工作的斯蒂芬斯(Aimee Stephens)。他剛工作時以男性身份示人，但後來他得到性別焦躁症，開始以女性身份生活。他在六年後向僱主寫信，指出他計劃「作為一個女人生活及全時間工作」。殯儀館認為不可行，最後解僱了他。

⁴ 正文中的頁數都是指戈薩奇的判辭。

這些案例涉及性傾向歧視和性別認同歧視，但現時美國沒有一條明文禁止性傾向歧視和性別認同歧視的法例，然而申訴人認為根據《民權法》第七條就足以禁止這些歧視。美國最高法院今次的裁決就是表示認同這說法，這與過往大多數美國法庭的判決都相反。

戈薩奇的方法

雖然戈薩奇同意「法院通常按照頒布法例當時的一般日常意義，來解釋法例條文」。(頁 4) 但他進一步說「只有頁面上的文字才構成法律」，因此我們可以忽略「文本外的材料和我們自己的想像力」，因為「人們有權繼續依賴法律的原本含義」。(頁 4) 因此，與異議法官相反，多數意見不太關注第七條的立法歷史或背後目的。

1964 年《民權法》第七條 (Title VII) 禁止「僱主拒絕或不聘請或解僱任何個人 (individual)，或歧視任何個人……基於 (because of) 這個人的種族、膚色、宗教、性別 (sex) 或國族起源」。(頁 4) 戈薩奇推敲「基於性別的歧視」 (discrimination because of sex) 這詞組中，那些字眼的含義。他承認，這裡的「性別」是指生理性別。(頁 5) 當他解釋「基於」 (because of) 時，他指出「事件有多個『如果沒有的原因』 (but-for causes)」。(頁 5) 戈薩奇提出了這麼一條「簡單易明」的規則，以測試《民權法》第七條是否適用於那三宗案件：「當僱主部分 (in part) 基於性別而故意解僱僱員時，就違反了第七條。」這也是說「如果改變僱員的性別就會令僱主做出不同的選擇」——在這種情況下，可以確認這「已構成違法行為」。(頁 9)

性傾向或性別認同歧視必然涵蘊性別歧視

戈薩奇認為「歧視一個同性戀者或跨性別者，而沒有同時基於性別歧視那人，是不可能的。」(頁 9) 換句話說，「當僱主因同性戀或跨性別而解僱僱員時，必然地和故意地，也是部分基於性別而歧視該人。」(頁 14) 這個論點也可稱為必然涵蘊論 (necessary entailment thesis)：必然地，如果基於性傾向或性別認同而引起的歧視，則是基於性別而引起的歧視。為了證明這一點，戈薩奇提出了一個假想案例：「一個僱主有兩名僱員，兩人都是被男性吸引的。在僱主看來，那兩人在各個方面都是實質相同的 (materially identical)，除了一個人是男人，另一個人是女人之外。如果僱主除了男僱員是被男性吸引這原因以外，無其他理由使之被解僱，則僱主便是因一些會容許他的女同事表現出的特徵或行為而歧視他。」(頁 9-10；粗體為後加) 然後戈薩奇總結：「僱主部分基於僱員的性別而故意將其開除，受影響僱員的性別則是其遭解僱的『如果沒有原因』。」(頁 10) 他

用一個類似的論證表明，對於跨性別僱員，跨性別歧視也意味著性別歧視。(頁 10) 綜上所述，「同性戀和跨性別狀態，與性別密不可分」，(頁 10) 從而證明了必然涵蘊論。[但這個論證被阿利托大法官詳細反駁。(阿利托·頁 15)]

戈薩奇解釋，「當一個僱主因為僱員是同性戀或跨性別而作出解僱，可能有兩個因素共同參與——當事人的性別及其他東西(當事人感到吸引的性別或當事人認同的性別)」。(頁 11) 因此，性別歧視是性傾向 / 跨性別歧視的「途徑」(means)，仍然被《民權法》第七條禁止。[但我們認為這說法問題重重，有不少概念混淆。可參第四章。]

戈薩奇提出一個公司派對的例子。他說：「想像一個僱主有一個政策，會解僱任何已知是同性戀的僱員。僱主舉辦了公司的假日派對，邀請了僱員帶同配偶出席。一個模範僱員到達及向經理介紹她的妻子 Susan..... 這名僱員會否被解僱，取決於這僱員是男或女。」(但這例子也被阿利托大法官反駁，解釋了為何這例子跟戈薩奇的論點有矛盾。)

個人與群組

戈薩奇指出，即使僱主回應說，只要僱員是同性戀或跨性別，不論男女也會平等地解僱男僱員及女僱員，沒有性別歧視。但戈薩奇認為這說法不成立，因為法例考慮的是單一事件的個人(individual)有沒有基於性別而受歧視，而不是考慮男女群組(groups)。(但我們認為這種個人及群組的比較是不相干的，因為無論是阿利托或卡瓦諾的異議，都沒有倚賴基於男女群組考慮的論點。)

三個案例

戈薩奇解釋了以上論證後，舉出三個案例確認他的看法。第一宗是一間公司拒絕聘請一個母親(*Phillips v. Martin Marietta Corp.* 1971)，雖然公司並不是單純基於性別而不聘請她，但法院仍然判決公司違反《民權法》。第二宗是一名僱主要求女員工比男員工供更多的退休金，因為女性平均壽命比男性高。雖然僱主的動機不是歧視女員工的性別，但仍違反《民權法》。(*Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart.* 1978) 第三宗是一個男員工被另一位男同事性騷擾，當時法院指出雖然這案件的性質不是國會立此法時想防止的事件，但《民權法》仍可應用。(*Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* 1998)

回應批評

戈薩奇在最後部分回應一連串反對者可能提出的批評。首先，僱主可能認為在日常對話中，性傾向及跨性別歧視不會理解為性別歧視。但戈薩奇反駁指，我們應該用法律的嚴謹性指導我們思考，而非日常對話。戈薩奇重申「如果沒有的原因」(*but-for causes*) 就是《民權法》的指導原則，這跟日常對話有分別。

其次，僱主可能認為性傾向歧視不是有意的性別歧視，不是有意傷害一個性別或另一性別的群組。但戈薩奇重申《民權法》是禁止對個人的歧視，而非群組。而僱主如何命名或理解他們的行為，或有另外的動機，都不代表《民權法》不適用。

第三，僱主可能在不知道應徵者性別的情況下，基於應徵者的性傾向而不聘請。(這是在回應阿利托的批評。) 例如在申請表中詢問性傾向，而不詢問性別。但戈薩奇用「黑人或天主教徒的例子」來回應這一論點：「假設僱主的申請表提供了一個小方框，以檢查應徵者是否黑人或天主教徒。如果僱主拒絕僱用任何打勾的人，請問我們是否可以確定僱主已遵守第七條，只要他能謹慎地避免知道任何個別應徵者的種族或宗教信仰即可？當然不是，.....無論僱主可能知道或不知道關於個別應徵者的事，僱主都違反法律。」(頁 18) [但阿利托大法官已指出為何這個例子並不合適。(阿利托，頁 10)]

第四，僱主可能反駁說性傾向及跨性別不在第七條中，這兩個概念也跟性別有分別，而且國會立法時也沒有直接提到這兩概念。雖然戈薩奇承認概念上有分別，但重申必然涵蘊論的說法，認為國會採用「廣闊原則」，上文所說三個案例也不是國會立此法時直接提及，從而支持此法可以有廣闊的應用，否則就會推翻以往案例。此外，僱主也可能說國會曾考慮建議在第七條加入性傾向及跨性別，但最後沒有通過，從而說明這不是國會意思。但戈薩奇說也可能因為立法者知道第七條也可包括性傾向及跨性別，才認為不需要加入性傾向及跨性別。

第五，僱主可能認為「如果沒有的原因」(*but-for causes*) 不能應用在性傾向或跨性別上，因為這個測試過於鈍而捕捉不到事件細節。若使用戈薩奇的例子，若一個男僱員受男性吸引，改變僱員的性別為女性不單涉及性別一個變數，僱員的性傾向也改變為異性戀。若要維持性傾向不變，女僱員受吸引的性別也要一同改變為女性。因此，僱主不論僱員的性別是男或女也不會聘請，沒有違反第七條。但戈薩奇反駁，以上說法只是把同一錯誤重新包裝，仍然假設第七條是禁止男女組別的歧視及第七條只禁止主要基於性別的歧視，但

這兩個假設是錯的。(然而，戈薩奇不明白，他提到的兩個假設都並非此反駁的重點——就是不同動機的歧視會導致不同類型的歧視行為，我們在第四章有詳細分析。)

再者，戈薩奇指出異議法官及批評者反駁，1964 年立法時很少人會預計有今天的判決。當有新應用出現時，應交還給國會去決定應否制訂新法律。但戈薩奇舉了不同例子，指出當時也有人期望如此應用，如當時有同性戀及跨性別人士提出用第七條投訴其僱主。他也舉了不少法例有新應用的例子及公平就業機會委員會 (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) 對法例應用的不斷改變等。(但這再次錯誤詮釋反方的論點。即使有些例子不是預期應用，但也與原來條文有邏輯關係，但性傾向及跨性別的情況則不同。另外，異議法官從詮釋學角度想指出的，不單是 1964 年的立法者沒有預期到可把性傾向和性別認同歧視放進第七條裡，而且他們會清楚否認這些是第七條包涵的意思。)

判決的影響

最後，戈薩奇不是不知道此判決會做成深遠影響，如性別區隔設施及宗教自由的保護等，但他只是簡單幾句交代：「沒有其他法律在我們面前……我們不會在今天預先判決這些問題。」(頁 31) 這就是說留待在將來的判決裡才澄清這些影響有多大。

結論

事實上，多數意見的正面支持論點主要只有一個，就是「如果沒有的原因」(but-for causes) 的原則，其餘都是一些枝節和佐證，但異議法官及我們也詳細分析這個原則的問題，而多數意見所謂的反駁，很多沒有充分理解反對方最有力的觀點。雖然異議法官的觀點更合理 (請參本特刊其他文章) ，但無奈在判決中人數不足夠，所以很多美國人都只能無奈接受這判決將會做成的深遠影響。鼓勵讀者閱讀其他異議法官觀點及我們的文章。■

二、美國最高法院變身「海盜船」

濫權訂立性傾向及性別認同就業歧視新法例

——簡介 Bostock 案異議大法官 Alito 的論點

陳婉珊（香港性文化學會研究主任）、招雋寧（特約研究員）

「這法院今天的所作所為，一言以蔽之：立法。」大法官阿利托 (Samuel Alito) 及湯馬斯 (Clarence Thomas) 的異議判辭劈頭第一句，便毫不客氣批評多數法官僭越了司法的權力，不折不扣的訂立了一條新法律。⁵「這法庭頒下的文件，以司法意見的形式解釋法例，但這是騙人的。」阿利托接著說。(阿利托，頁 1；下同，註明除外)說到多數法官篡奪了憲法賦予議會的職權時，阿利托續罵：「無法想起 [比這法院] 更無恥地濫用我們解釋法例的權力的例子。」(頁 3) 又是「騙子」，又是「無恥」，這般痛罵一向享有神聖光環的同袍，有多少理由呢？讓我們仔細看看。

一方面，多數法官同意同性戀及跨性別，與性別 (sex) 是不同的概念 (distinct concepts)，然而接著卻重申看似十分矛盾的結論：「但基於同性戀或跨性別的歧視，必然意味著基於性別的歧視。」(多數意見，頁 19)阿利托完全不同意多數法官的結論：「即使以今天的理解，基於『性別』 (because of sex) 而作出的歧視，仍有別於基於『性傾向』或『性別認同』而作出的歧視……如果在 1964 年向每個居於美國的人作出調查，也難以找到一個人會認為『基於性別的歧視』，意思相等於『基於性傾向的歧視』——更別提性別認同，這個在當時還未廣為人知的概念。」(頁 3)

多數法官強調自己的解釋進路，屬於「文本主義」 (textualism)。可是阿利托並不買帳，說多數法官掛「詮釋法例」的羊頭，賣「另立新法」的狗肉，愚弄大眾：「法院的意見就像一艘海盜船 (pirate ship)，它掛著文本主義的旗幟揚帆出海，但實際上卻代表著……法院應該『更新』過時法例，好讓它們更適切反映現時社會價值觀這種理論。」(頁 3) 當最高法院履行職能解釋法律時，這案中它要處理的問題是：「在 1964 年，國會有沒有 [禁止基於性傾向或性別認同的歧視] ——毫無爭論餘地，沒有。」(頁 4)

⁵ *Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. ____ (2020)，下載：
https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf。

立法歷史和背後目的不支持多數意見

阿利托首先交代他怎樣解釋 1964 年實施的《民權法案》第七條 (Title VII)。他認為第七條保障「基於性別」而作出的歧視，毫無疑問是指：「基於遺傳學的和生物結構的特徵——那些男人和女人出生時已擁有的特徵。」(頁 4) 這一點多數法官也是同意的。(多數意見，頁 5) 而同樣裁定「第七條禁止基於性傾向的歧視」的第七巡迴上訴法院法官波斯納 (Posner)，也承認 1964 年「訂立 [第七條] 的國會不會接受」這「新穎」解釋！(頁 4，註腳 5) 此外，在 1960 年代，能找到的字典中，沒有一本將「性別」解釋為性傾向、性別認同或「跨性別狀態」。(頁 4-5、附錄 A) 「如果是這樣，應該很清楚表示了，第七條並未涉及基於性傾向或性別認同的歧視。」(頁 5) 在進一步交待這點的論據之前 (意見書下半部)，阿利托首先簡潔而清晰地反駁多數法官的論點。

阿利托對多數裁決的批評

阿利托的反駁非常精采，他指出多數法官花了很多篇幅，東拉西扯、含糊其詞地意圖模糊讀者的焦點，令他們迷失方向。(頁 6) 真正關鍵的問題是，「基於性傾向或性別認同的歧視」，是否必然意味著「基於性別的歧視」。多數法官的意見是肯定的：「第七條的措詞.....不能以任何其他方式合理地解釋.....文本是明確的。」(頁 6) 可是阿利托不同意：「這種說法的傲慢令人嘆為觀止.....沒有任何證據表明，當第七條頒布時，任何國會議員會以這種方式解釋該法定文本。但這法院顯然認為這是因為議員們『不夠聰明，無法意識到』其用語的含義。」(頁 6) 還不止：「直到 2017 年，每個考慮這問題的上訴法院，都解釋第七條禁止性別歧視的意思，是基於生理性別的歧視。」(頁 7) 還有公平就業機會委員會 (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)，在第七條成為法律後的 48 年中，「日復一日，委員會執行第七條時，並沒有意識到『基於性別的歧視』」是指多數法官認為的明確意思那樣。(頁 7) 難道就只有最高法院 6 位大法官獨具慧眼？阿利托的反應明顯是嗤之以鼻：「法院的論點不僅傲慢，而且是錯誤的.....正如法院承認的那樣，『性』、『性傾向』和『性別認同』是不同的概念。而且，『性傾向』和『性別認同』與兩種生理性別都並非連繫在一起。」(頁 7) 顯而易見，無論是同性戀者或跨性別人士，其原生性別既可以是男，也可以是女。

僱主有可能對應徵者的性別無知，不可能構成違法性別歧視

錯的東西，無論重覆多少次也不會變成正確的真理。儘管多數法官以不同角度或例子，重覆聲稱「基於性傾向或性別認同的歧視，必然意味著基於性別的歧視」，（頁 8）但阿利托直截了當的總結：「法院重覆的聲稱，顯然是不正確的。」（頁 8）接著他非常清晰地拆解了多數法官似是而非的主要論證。

阿利托指出，基於性傾向或性別認同的歧視（例如在明文規定一律不聘請 LGBT 人士的情況下），「相當有可能毋須考慮到，個別應徵者或僱員的性別。……如果僱主在不知道對方是男性還是女性的情況下，歧視了個別應徵者或僱員，就不可能說僱主是基於性別而故意作出歧視。」（頁 9）歧視法的原則是「差別待遇的情況需要有意圖證明，即是說，僱員的性別是解僱的動機。」（頁 10）若然僱主連某人是男是女也不知道，也就不可能故意作出基於性別的歧視。「簡言之，這個例子表明，基於性傾向或性別認同的歧視，並非內在地或必然地基於性別的歧視，因此，法院的主要論點不攻自破。」（頁 10）

多數法官的回應：「黑人或天主教徒」思想實驗

多數法官意圖力挽狂瀾，提出「黑人或與天主教徒」的思想實驗：假設工作申請表上有一條問題，問應徵者是否黑人或天主教徒，若有應徵者勾選了那小方格，僱主一律不予考慮。（頁 10）在上述情況下，僱主明顯地作出了種族或宗教歧視，但卻不一定知道該應徵者的種族或宗教——因為那人可以基於自己是黑人或天主教徒（或兩者）而勾選小方格；僱主從那小方格中，卻無從得知該申請者的種族或宗教信仰。換言之，這個思想實驗想指出，即使在不知道對方的種族或宗教信仰的情況下，也並非不可能作出種族或宗教歧視的。言下之意是反駁阿利托所言，不知對方性別，便不可能構成性別歧視的說法。

上述的思想實驗能解救多數法官嗎？阿利托幽了他們一默：「這假設案例如何能證明法院的觀點，實在是個謎。」（頁 10）上述思想實驗中的「不知道」，其實已知道最關鍵的資料——凡勾選了那項問題的，不是黑人，便是天主教徒（或兩者皆是）；僱主只是不確實知道，那位申請者到底是黑人，還是天主教徒（或黑人天主教徒）而已。這跟「拒絕一個勾選小方格，表示自己是同性戀的應徵者是完全不同的，因為 [僱主] 無法從該答案中分辨出應徵者是男性還是女性。」（頁 10）

「緊隨這個奇怪的假設，法院甚至提出了一個更奇怪的論點。」(頁 10) 多數法官指出，當應徵者要回答性傾向的問題時，必須首先考慮自己的性別，以及自己受到哪個性別吸引。然後，多數法官接著推論，僱主同樣地不可以在不考慮應徵者性別的情況下，作出性傾向歧視。因此，多數法官認為，可見基於性傾向的歧視，最少部分涉及基於性別的歧視。(頁 11) 其實後者只是重申多數法官的觀點，並沒有充足論證，若說這可由前者那點推論出來，則是不符合邏輯的。阿利托指出兩者根本沒有邏輯關連。(頁 11) 很簡單，應徵者在考慮自己性傾向時，的確先要考慮自己的性別；但以上已解釋，僱主可在不知道應徵者的性別時仍然針對其性傾向，多數法官未能反駁這點。

另一個思想實驗：「模範員工與蘇珊」的例子

多數法官又提出另一個思想實驗：試想像一個僱主有項政策，就是解僱任何被知悉是同性戀的僱員。有一次，僱主舉辦了一個公司宴會，並邀請員工攜眷出席。一個模範僱員到達會場後，向經理介紹自己的太太蘇珊。多數法官認為，上述的歧視政策會否被觸發，端視乎該模範僱員的性別——若她是女性，就會觸發歧視政策，引致解僱發生，反之則否。(頁 11)

然而阿利托卻表示，這例子反而清楚顯示出，僱主作出的是性傾向歧視，與該僱員的性別一點關係也沒有：「在被邀請參加那個令命運逆轉的宴會前，僱主大概已知道這名僱員是女性。然而，僱主並沒有基於她的生理性別針對她，而是稱她為『模範僱員』。但在宴會上，僱主掌握了一些新信息——她的性傾向，正是這些新信息促使她被解僱。」(頁 11) 這是另一個例子，清晰顯示出，基於性傾向的歧視，不必然涉及基於性別的歧視。

性傾向和性別認同與性別的概念密切相關

多數法官另一個論點，是認為性傾向、性別認同及性別這些概念是密切相關、密不可分的，並主張基於性傾向或性別認同的歧視，無可避免會應用到「基於性別的規則」。(頁 12) 但「第七條禁止基於**性別本身**的歧視，而不是一切基於『性別』，或與之相關，或關於其定義的事物。許多事情都與性別有關…… [例如] 性暴力……僱主拒絕聘用一名有性騷擾前科的僱員，是否違法？有性侵犯或性暴力記錄前科呢？」(頁 13，強調為原文本有)

另一個論點指出，個人的性傾向或性別認同，「與聘用決定無關」(頁 14)但問題是，這點與原來的第七條無關。多數法官的裁決，正正是更新了(而非僅僅是解釋)第七條的內容，以反映持有這個觀點的民眾的價值觀。(頁 14)

「如果沒有」(but-for) 論證

這個論證又是用一個思想實驗勾勒出來的：設想一個僱主，聘請了兩個僱員。這兩人也是受男性吸引的。多數法官指，「在那僱主看來」，那兩名員工是「實質相同」(materially identical)的，除了一個是男性，另一個是女性外。多數法官認為，如果僱主只解僱男性員工，卻沒有解僱另一名女性員工，那麼，這個解僱決定必定是基於男僱員的生理性別促使的。阿利托似乎也有點認同：「畢竟，如果兩名僱員在每一方面都完全相同——除了性別之外，而僱主只解僱其中之一，還能有其他原因嗎？」(頁 14)

阿利托當然並非真箇認同，他緊接指出，這個例子中，除了性別之外，最少還有另一項特徵，是那兩名僱員不一樣的：「.....在僱主看來，這兩位僱員並非除了在性別外，其他各方面都實質相同。相反，他們在僱主認為相當關鍵之處有分別——他們的性傾向。」(頁 15)這是允許僱主實施的一種觀點。(頁 15)在那種情況下，因為那兩名僱員「有兩種不同之處——性別和性傾向.....我們無法肯定地推斷出，.....僱主 [的歧視] 是基於性別的動機，甚至說這只是部分動機也不能。」(頁 15，強調為原文本有)因此，這例子也不能支持多數法官的主要論證。

這個反駁並未完結。多數法官在字眼上耍了個小把戲。在上述例子中，多數法官並非直接論證「性別」是那兩名僱員之間唯一的差異。多數法官的說法其實是「那兩名受男性吸引的僱員，一個是男性，一個是女性；如果僱主只解僱其中一個，那麼『性別』必然是其中一個『如果沒有』(but-for)的因素」。只有這種提法，才可能得出多數法官的結論。阿利托指出：「因此，這似乎是一場命名戰。如果僱主反對該男性僱員，被冠以『受男性吸引』之名，那麼除了性別以外，他在所有方面似乎都和女性 [僱員] 一樣，並且僱主的差別待遇必須基於這個區別。另一方面，如果僱主反對的，是性傾向或同性戀，則兩名僱員在兩個方面都存在差異，便不能推斷出差別待遇甚至部分是基於性別。」(頁 15-16)

但多數法官的提法，還是給阿利托找出破綻，無所遁形。「法院堅持認為它的標籤是正確的，並且大概就是為甚麼它提出這樣一個觀點，即僱主不能透過賦予性別歧視其他名稱來逃避第七條規定的責任。的確是這樣，但事實恰恰相反。不是性別歧視的東西不能透

過貼個標籤而轉變為性別歧視。因此，法院不能僅僅透過將僱主的反對標籤為『受男性吸引』來證明其觀點。相反，法院需要證明其標籤是正確的。……可以很容易地顯示出，僱主真正反對的，不是『受男性吸引』，而是同性戀傾向。」（頁 16）只要將多數法官排除的其他可能，重新加入，就會見到僱主真正反對的，並非「受男性吸引」，而是性傾向：（頁 17）

- 1) ~~受男性吸引的男人~~
- 2) 受男性吸引的女人
- 3) ~~受女性吸引的女人~~
- 4) 受女性吸引的男人

在上述 4 個情況中，「被解僱的員工有一個共通點。不是生理性別、受男性吸引或受女性吸引，而是受同性吸引，即是性傾向。據此，我們可以推論，這才是僱主的真正動機。」阿利托總結道：「法院的文本論證是失敗的……若說法院的解釋是唯一可能的解讀，是站不住腳的。」（頁 17）

反駁其餘論證

接下來判辭的第 IB 部分（頁 17-22）回應了另外三個下級法院或法庭之友的意見，都是支持申訴方的。這些論證並不特別有力，事實上，多數法官也沒有納入在判辭內。阿利托表示是為了完整的緣故，才簡單提及。

性別刻板印象 (sex stereotypes)

基於性傾向的歧視「違反了第七條，因為它構成了基於性別刻板印象的歧視。」（頁 18）但是，「這是一個錯誤的前提，即第七條禁止基於性別刻板印象的歧視。它沒有。它禁止基於性別的歧視，並且兩個概念不相同。」（頁 18）

跨種族婚姻歧視類比

「將對男同性戀者和女同性戀者的歧視，類比為歧視與不同種族結婚的人，或有親密關係的人」。（頁 20）但是「這種論點完全忽略了，基於種族關係的歧視構成種族歧視的歷史根源」。（頁 20）「禁止『種族混合』的理由是……基於偏執狂與特定種族的衝突」。（頁 21）基於性傾向的歧視則不是這樣。

字典並非毫無例外地將性別定義為男女兩性

「任何檢視過那些定義的人都可以看到，每個主要定義是指，根據生物學將生物分為男性和女性兩類」。(頁 21、附錄 A) 另外有一些定義涉及性行為或性衝動的解釋，但阿利托法官反問，難道第七條會禁止基於性行為或性衝動的歧視？(頁 22) 當然不是。

小結

像以上那樣大罵法官可說是大不韙的，幸好今次是出自大法官自己的嘴巴，而且堪稱有理有節，總算是給被這判決嚇呆的民眾的一些安慰——但也只是聊勝於無的安慰劑而已，因為無論民眾如何反對，且縱使他們的反對是基於堅實的理據，他們也不能絲毫動搖最高法院的判決！儘管多數法官強調這判決只適用於第七條——禁止就業歧視，但引伸的影響實不容忽視，下面會進一步討論。

《民權法》第七條的正確詮釋

阿利托直接在第二部份，演繹了他對文本主義進路的應有推論，並反駁法庭的主流意見。由於這部分與卡瓦諾的觀點類似，我們把它們放在第五章中。

多數意見法官引述的案例全不相干 不值一提

阿利托批評多數意見法官明顯是「徹底忽視了當時的社會脈絡」，(頁 35) 亦因此「他們的論證是建基於錯誤的前提」。(頁 36) 他認為 1964 年公眾的想法是尤關重要，展示了一種規範，框出條文文本可被採納的理解。

儘管多數意見法官採用了一些案例，卻是「不值一提」。就如採用 *Oncale* 一案的論證：性別歧視過往都包含了並非立法者所主要關心的「性騷擾」犯罪。阿利托反駁根本 1964 年時就無人爭論法例是否只適用於「主要關注(性別歧視)」或是「非主要關注(性騷擾)」，更何況禁止基於性傾向或性別認同的差別對待在當時連「非主要關注」也談不上，因為在國會和公眾心目中，「那些差別對待沒曾是邪惡」，所以根本「完全不曾跌入條文文本的一般意思之內」。(頁 37)

Phillips 一案亦一樣，多數派法官論證了有孩子的母親被歧視，亦視作性別歧視之內，以說明可擴闊條文中「性別」的演繹和應用至「母親」。阿利托就直指這應用顯而易見是建基於生理性別的，「很難可以成為支持法庭（現今裁決）的理據。」（頁 38）

多數派法官所引用的三個案件被批評為「無證明甚麼」，都犯上比喻不當，幾乎都是「不相關」的。阿利托批評他們把一切都變成「標籤遊戲」，並反問難道法律的應用會隨著將「打劫」標籤為「增加資產」，條文的意義就隨之改變嗎？（頁 38）

多數裁決影響深遠

裁決不負責任 威脅人權自由

統整超過 50 年法院對條文的理解，都是按生理性別的。法庭（多數派法官）認為他們的裁決在展現「司法謙抑」，這實在是「令人目定口呆 (jaw-dropping) 的說法」。（頁 44）這是說不單國會在 1964 年時施行條文時不能真正理解這條文，而且所有巡迴法院法官在 2017 年前所有案件都看不出「基於性別」的歧視的真正意義，這是否真的謙抑？若果今天的裁決已算謙抑，那就很難想像當法庭更大膽時會如何！」（頁 44）

阿利托直斥多數意見法官的裁決是「不負責任」，（頁 44）因為如果法院容讓立法程序發生，國會獲得權衡各方利益的機會。他形容現今多數派法官所做的決定，「很大程度上阻礙了——甚至可說是終止了——任何以協商立法解決問題的機會.....威脅著言論自由、宗教自由、個人私隱及安全。」（頁 44-45）

裁決帶來至少七類影響 法院自掘困境

阿利托花了 9 頁篇幅（全個異議一共撰寫 54 頁判辭），亦即六份之一內文去「簡略.....而不全面地」演繹多數派法官作出裁決後所帶來至少七個影響，（頁 45）簡略而言包括：

1. 民間尤其是學校裡，按生理性別區分的洗手間及更衣室爭議；
2. 運動賽事中區分了男女項目的專業和公平性；
3. 共同居住及宿舍中性別區隔的做法；
4. 基督教組織的僱傭問題，尤其是自視為傳教士的教職的宗教實踐權利；

5. 醫療界中保險的問題，以及反對進行變性手術的醫護人員的良心自由；
6. 因性別錯稱下被視作非犯冒犯和性別騷擾等問題；
7. 各級法院和司法審訊機構正按現行憲法所進行的審訊亦將受影響。

雖然多數派法官不願處理後果，但卻不能逃避。阿利托估計，「我們將不能逃離這些影響。整個聯邦司法界將會因這裁決，而在未來多年陷入困境」。(頁 54) 他重申，法院的權力只限於說明法律所是，「訂立新法例的地方.....在國會。當解釋條文時，我們(法院)的職責只是盡能力忠於法律所及之應用。」(頁 54)

總結

阿利托大法官的異議非常有力，他多方反駁多數法官的論點和論據，且指出按照正確的詮釋方法和程序，第七條的一般意義 (ordinary meaning)，明顯與多數裁決的理解背道而馳。有關這點，他陳列的證據非常豐富和全面 (他的附錄也超過 50 頁)，在這點上卡瓦諾的意見也與他完全一致。總結而言，阿利托大法官有理有節地論證，多數法官的裁決是站不住腳的。然而，不幸的是，這個錯誤會引發很多嚴重後果 (包括對不同組別的權益的侵害)，多數法官若真的有司法謙卑的美德，就應該自我克制，讓立法程序去處理這種種複雜的問題，和平衡各方的合法權益。多數法官沒有這樣做，並非社會之福，從這角度看，他們不單作出錯誤的裁決，更表現出不負責任的態度。■

三、美國最高法院的司法霸權 及脫離原意的詮釋——

簡介 Bostock 案異議大法官 Kavanaugh 的論點

余嘉玲（香港性文化學會項目幹事）、蔡凱琳（香港性文化學會實習生）

修改法律是誰的工作？

異議大法官卡瓦諾 (Brett Kavanaugh) 在判辭第一句就指出，「此案歸結為一個基本問題：由誰決定？」(卡瓦諾，頁 1，下同) 究竟是國會，抑或法院？決定甚麼？就是《民權法》第七條所禁止基於 (because of) 個人「種族、膚色、宗教、性別或國族起源」的職場歧視「應否擴闊至包括性傾向歧視？」(頁 1-2)

卡瓦諾直接道出答案：「在美國憲法下的三權分立，修改第七條的責任屬於國會和總統，於立法程序裡進行，而不屬於法院。」(頁 2) 卡瓦諾回顧過去，指出關於性傾向歧視的問題，一直以來正在處理。2007 年，眾議院以 235 對 184 票贊成禁止基於性傾向而造成的職場歧視。2013 年，參議院也以 64 對 32 票支持相似的禁令。2019 年，眾議院再次以 236 對 173 票支持立法禁止基於性傾向的職場歧視。「但儘管眾議院和參議院都曾投票立法禁止性傾向歧視，兩院都沒有與總統達成一致，一起將法案寫成法律。」(頁 2)

卡瓦諾並不是不接納同性戀者。相反，他完全認同同性戀者「不應在社會上被排斥，不應在尊嚴上或價值上被視為低一等的人。」(頁 2) 可是他也指出「但我們是法官，不是國會議員.....在憲法的三權分立之下，我們身為法官的角色是要詮釋和遵從法律，不管我們喜歡結果與否。我們的角色並不是制訂和修改法律。正如第七條所寫，沒有禁止基於性傾向的職場歧視。」(頁 2)。

卡瓦諾在第一部分指出，「《民權法》第七條並沒有禁止其他形式的職場歧視，例如年齡歧視、殘疾歧視，或性傾向歧視。」(頁 3) 不過在過去，國會已經就新形式的職場歧視訂立新法律，例如 1967 年通過的禁止年齡歧視法案和 1990 年國會通過的殘疾歧視法案。卡瓦諾藉此指出，「為了禁止年齡歧視和殘疾歧視，法院並沒有單方面去重寫或更新法律。相反，是由國會和總統制定新法律。」(頁 3-4) 幾十年以來，國會已經考慮過多個

法案禁止職場上的性傾向歧視，但最終都沒有成功。卡瓦諾表示，「面對立法沒有成功，法官都不應根據自己對政策的看法來重寫法律。」（頁 4）言下之意就是說，縱使大法官個人認為有充足理據去制訂禁止性傾向歧視的法例，也應讓國會去完成這工作，而不是自己濫用司法權去重新定義第七條。

他認為，「原告的論據非常新穎和有創意：基於性傾向而作出的歧視和基於性別而作出的歧視，並不是不同形式的歧視。基於性傾向而作出的歧視都會被視為性別歧視，原因是如果一個男同性戀者因他同性戀的身份被解僱，那麼即是說他被解僱的原因是因為他喜歡男人。但是在相同的情況下，女人卻不會因為她喜歡男人而被解僱。根據這個理論，這個男人被解僱，至少在字面上來說，是因為他的性別。」（頁 5）

卡瓦諾認為，這種論證方法是一種「字面意思進路」（literalist approach）。在這種詮釋方法之下，性傾向歧視現在也被視為性別歧視的一種。而因為《民權法》第七條禁止性別歧視，因此也同時禁止性傾向歧視。而且多數法官的意見認為「1964 年訂立的這條法律已經是這樣，只是所有人都不知道。」（頁 5）對於多數法官認同這種論證方法，卡瓦諾表示驚訝。

字面意思與一般意思

卡瓦諾區分字面意義（literal meaning）和一般意義（ordinary meaning），且認為理解文本的關鍵是其一般意義，而非字面意義。因此，法庭的裁決若要成功，必須證明以下兩項之一：（頁 5）

1. 法院對法律的解釋應遵從字面意義，而非一般意義；
2. 「基於性別而造成的歧視」（discrimination because of sex）的一般意思已經包括性傾向歧視。

但卡瓦諾認為他們兩項都做不到。不單如此，卡瓦諾還列舉多方面的證據，得出這結論，「所有原意的慣常指標，即日常用法、國會的日常用法、行政機關的日常用法、美國法律及法院以往的判決，都證明了性傾向歧視跟性別歧視是不一樣的，性傾向歧視不是性別歧視的一種。」（頁 21）這論點是從詮釋的角度出發，因為阿利托也有類似觀點，我們一併在第五章更詳細處理。

結論

卡瓦諾重申三權分立的重要性，法院應交由國會對於性傾向歧視立一條新法例，而非法院自己在第七條中延伸解釋。卡瓦諾提出：「多數法官強加自己對善良、正直、公義的看法在他人身上。」（頁 25）這會令人困惑及認為判決結果不認真，法院奪取國會職能，令公眾對三權分立中誰是決策者感到疑惑，法官的決定應該基於法律而非個人偏好。（頁 26）其實立法院一直有進行性傾向歧視新法例的程序，今次法院的決定有如加速立法程序，失去需要長時間、有意義的立法行動，間接影響國會運作。因此，「很容易就能想到，接下來的幾年，眾議院和參議院會就一項法案進行歷史性投票，該法案就是禁止僱主基於性傾向而歧視員工」，⁶ 但「今日（對判決的）勝利是由司法霸權得來」。（頁 27）因此司法機關在法律詮釋上適當的工作是「應用民意代表在國會的工作，而非修改它們」。（頁 27）■

⁶ 卡瓦諾個人似乎是支持這種立法上的發展的。

四、基於性傾向或性別認同的歧視必然意味基於性別的歧視嗎？——對美國最高法院判決（*Bostock v. Clayton County* 案）的批判⁷

關啟文（香港性文化學會主席、浸會大學宗教及哲學系教授）

令人驚訝的判決

2020年6月15日，美國最高法院以6:3裁定，1964年《民權法》關於禁止基於「性別」（sex，以前一直被理解為男性或女性）歧視的法律，現在同樣適用於同性戀，甚至跨性別主義。左翼媒體讚揚多數決定是一個激讚的里程碑決定，但即使是左派人士——更別提保守派人士，不少都對這份博斯托克（*Bostock v. Clayton County*）判決感到驚訝。

在本文中，我將評價戈薩奇（Neil Gorsuch）為此裁決提供的主要論據。為免過於冗長，我會使用一些縮寫詞如下：

- MJ = 多數意見（majority judgment）
- DBOS = 基於性別而引起的歧視（discrimination because of sex）
- DBOSO = 基於性傾向而引起的歧視（discrimination because of sexual orientation）
- DBOGI = 基於性別認同而引起的歧視（discrimination because of gender identity）
- NET = 必然涵蘊論（necessary entailment thesis；必然地，如果DBOSO或DBOGI，則DBOS。）
- DCT = 截然不同概念論（distinct concepts thesis；性別、同性戀及跨性別狀態，是截然不同的概念）

本文會聚焦於戈薩奇關於性傾向的論點。由於他關於性別認同的論證在結構上是相同的，因此以下評論，同樣適用於戈薩奇關於性別認同的論點。我將首先消除對MJ的常見

⁷ 本文備有英文版：<https://blog.scs.org.hk/2020/07/06/does-discrimination-because-of-sexual-orientation-or-gender-identity-necessarily-entail-discrimination-because-of-sex-a-critical-evaluation-of-the-us-supreme-courts-judgment-in-bostock-v-cl/>。

誤解。它的主要論點是 NET，而不是聲稱性別的概念包括同性戀和跨性別狀態這主張。實際上，MJ 贊同 DCT：「同性戀和跨性別狀態，與性別是截然不同的概念」。(頁 19) 另外，也要釐清本文目的，並非說性傾向或性別認同歧視法本身絕對沒有道理，⁸ 而是說這類法例不能直接由「性別歧視」的概念衍生出來；特別美國最高法院掛「詮釋法例」的羊頭，實際上賣「另立新法」的狗肉，是一個不正當和沒理據的做法。

對戈薩奇主要論點的評價

事實上，戈薩奇同意異議法官的觀點，即「法院通常按照頒布法例當時的一般日常意義，來解釋法例條文」。(頁 4) 他進一步主張「只有頁面上的文字才構成法律」，因此我們可以忽略「文本外的材料和我們自己的想像力」，因為「人們有權繼續依賴法律的原本含義」。(頁 4) 所以，與異議法官相反，MJ 不太關注第七條的立法歷史或背後目的。

在解釋了他的進路後，戈薩奇繼續推敲「基於性別的歧視」(discrimination because of sex) 這詞組中，那些字眼的含義。他承認，這裡的「性別」是指生理性別(頁 5)。當他解釋「基於」(because of)時，他指出「事件有多個『如果沒有的原因』(but-for causes)」(頁 5)。簡而言之，當 A 是 B 的「如果沒有的原因」時，那若 A 不發生，B 也不會發生。假設事件 E1、E2 和 E3 發生在另一個事件 En 之前，而 E1、E2 和 E3 都是 En 的可能原因。進一步假設如果 E1 沒有發生，En 也不會發生；但 E2 和 E3 的改變卻沒有這效果。在這種情況下，我們可以說只有 E1，而不是 E2 或 E3，才是 En 的「如果沒有原因」。換句話說，我們也可以說 En 是**因為**(because of) E1 而發生的。基於此分析，戈薩奇提出了這麼一條「簡單易明」的規則，以測試第七條中 DBOS 的適用性：「當僱主部分(in part)基於性別而故意解僱僱員時，就違反了第七條。」這也是說「如果改變僱員的性別就會令僱主做出不同的選擇」——在這種情況下，可以確認這「已構成違法行為」。(頁 9)

戈薩奇認為「歧視一個同性戀者或跨性別者，而沒有同時基於性別歧視那人，是不可能的。」(頁 9) 換句話說，「當僱主因同性戀或跨性別而解僱僱員時，必然地和故意地，也是部分基於性別而歧視該人。」(頁 14) 將此論點稱為 NET。為了證明這一點，戈薩奇提出了一個假想案例：「一個僱主有兩名僱員，兩人都是被男性吸引的。在僱主看來，那兩人在各個方面都是實質相同的(materially identical)，除了一個人是男人，另一個人是

⁸ 我們同意這問題相當複雜，同性戀者受歧視也應該受關注，但我們認為一刀切地制訂性傾向或性別認同歧視法，弊多於利，用教育等方法去解決這問題，可能更好。請參我們網頁的大量資料：<https://blog.scs.org.hk/category/逆向歧視/>。

女人之外。如果僱主除了男僱員是被男性吸引這原因以外，無其他理由使之被解僱，則僱主便是因一些會容許他的女同事表現出的特徵或行為而歧視他。」(頁 9-10；重點為後加)

然後戈薩奇總結道：「僱主故意部分基於僱員的性別而將其開除，受影響僱員的性別則是其遭解僱的『如果沒有原因』。」(頁 10) 他用一個類似的論證表明，對於跨性別僱員，DBOGI 也意味著 DBOS。(頁 10) 綜上所述，「同性戀和跨性別狀態，與性別密不可分」，(頁 10) 從而證明了 NET。

這個論證成功了嗎？沒有。事實上，阿利托大法官已經對此論證提供了強而有力的反駁。(阿利托，頁 15)⁹ 重點是，在確定 E1 是否是一個「如果沒有的原因」時，我們需要保持所有其他相關因素不變。否則，我們不能確定結果的變化是由於 E1 的缺席或變化，而不是由於其他因素也變化了。因此戈薩奇必須說，在僱主看來，那兩人「**在各個方面都是實質相同的，除了一個人是男人，另一個人是女人之外。**」但這是錯誤的，所以 MJ 的「如果沒有原因」論證失敗了。這是因為隨著員工性別的變化，員工的性傾向也必然變化(因假設了他們同樣受男性吸引)。正如阿利托所指出：「在一個不想僱用受同性吸引的人的僱主看來，這兩名僱員並非除了性別外，在各方面都完全相同。相反，他們在僱主認為相當關鍵之處有分別——他們的性傾向。」基於在那種情況下，那兩名僱員「有兩種不同之處——性別和性傾向……我們無法肯定地推斷出，……僱主[的歧視]是基於性別的動機，甚至說這只是部分動機也不能。」(阿利托，頁 15)。因此，這例子不能支持 NET。

實際上，透過考察在所有四種可能的情況下僱主的決定，就可區分開 DBOS 和 DBOSO：

- 1) 受男性吸引的男人
- 2) 受男性吸引的女人
- 3) 受女性吸引的女人
- 4) 受女性吸引的男人

如果僱主只解僱第一和第三類僱員(同性戀者)，而不是第二和第四類，那麼「僱主真正反對」的，是同性戀傾向，而不是僱員或其戀人的性別(阿利托，頁 16)。如果僱主意圖基於性別而作出歧視，則歧視的模式將與上述不同。戈薩奇不能說 DBOSO 和 DBOS 都是原因，因為它們產生不同的歧視行為模式，並且導致對僱主行為的不同預測。在這種

⁹ 湯馬斯大法官也署名支持阿利托的意見書。

情況下，我們就得知，是 DBOSO 而非 DBOS 是真正的動機。因此，「法院的文本論證是失敗的……若說法院的解釋是唯一可能的解讀，是站不住腳的。」（阿利托，頁 17）

大法官阿利托對 NET 的反駁

除了反駁戈薩奇關於 NET 的主要論證外，阿利托還提出了「生理性別無知論證」（Argument from Lack of Knowledge of Biological Sex）來直接反駁 NET。（他認為 MJ 的 NET「能被證明是不正確的」。（阿利托，頁 8））他認為，DBOSO 或 DBOGI（例如「一律禁止僱用男同性戀者、女同性戀者和跨性別者的政策」）「很可能……無需考慮個別應徵者或僱員的性別。」（阿利托，頁 9）但是，「如果僱主在不知道對方是男性還是女性的情況下，歧視了個別應徵者或僱員，就不可能說僱主是基於性別而故意作出歧視。」（阿利托，頁 9）這是因為「差別對待的案例，需要有意圖證明，換言之，僱員的性別是解僱的動機。」（阿利托，頁 10）因此，NET 是錯誤的。

我們可以闡明該論證的邏輯結構。【如果 p，則 q】表示【p 及非 q】是不可能的。因此，如果【p 及非 q】是有可能，即是說【如果 p，則 q】是錯誤的。把這分析應用到 NET：

- A) NET 表示【DBOSO 及非 DBOS】是不可能的。
- B) 基於性傾向歧視一個人，而根本不知道其性別，是可能的。
- C) 在不知道某人性別的情況下，不可能因為其性別而對其作出歧視。
- D) 因此，有可能基於某人的性傾向對其作出歧視，而沒有基於其性別對其作出歧視。
- E) 換句話說，【DBOSO 及非 DBOS】是有可能的。
- F) 因此，NET 是錯誤的。

MJ 試圖通過「黑人或天主教徒的例子」來回應這一論點：「假設僱主的申請表提供了一個小方框，以檢查應徵者是否黑人或天主教徒。如果僱主拒絕僱用任何打勾的人，請問我們是否可以確定僱主已遵守第七條，只要他能謹慎地避免知道任何個別應徵者的種族或宗教信仰即可？當然不是，……無論僱主可能知道或不知道關於個別應徵者的事，僱主都違反法律。」（頁 18）

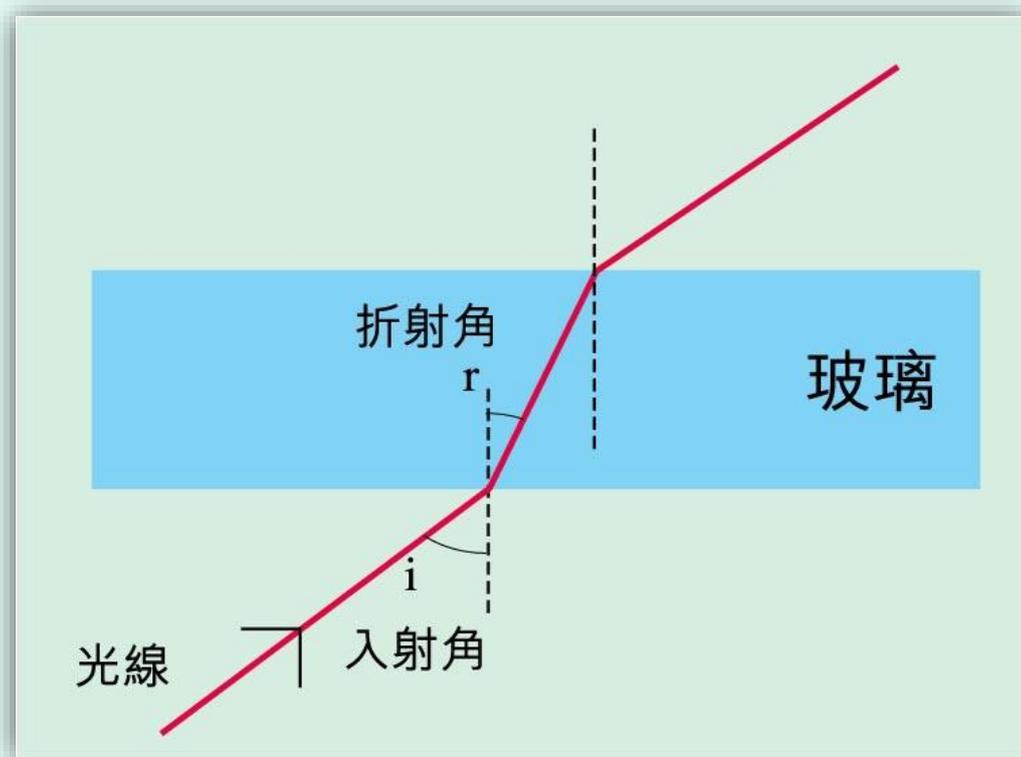
但是阿利托正確地指出：「這假設案例如何能證明法院的觀點，實在是個謎……拒絕一個勾選了方框，表明自己是同性戀的應徵者是完全不同的，因為無法從該答案中分辨出

應徵者是男性還是女性。」(阿利托, 頁 10) 在戈薩奇的假說例子中, 我們可以確定, 無論應徵者的身份是甚麼, 僱主都會違反第七條, 因為基於種族的歧視或基於宗教的歧視都是被禁止的。

戈薩奇的辯護：部分基於性別而引起的歧視已經足夠

戈薩奇認為, 只要性別是造成歧視的原因之一, 其他存在的因素就根本不相干。(頁 10) 「當僱主因其同性戀或跨性別而解僱僱員時, 可能因素有兩個: 那人的性別和其他因素(那人受哪個性別所吸引或所認同的性別)。但第七條不會理會。」(頁 11) 因此, 歧視的「其他原因」並不重要。(頁 11)

這種辯護也並不成功。有些人或者覺得戈薩奇的論點是合理的, 但這只因為性傾向是由兩個與性別有關的元素, 所構成的複合概念。但是結果卻不是由任何一個元素引起的, 而是由這兩個元素之間的關係引起的(這關係可以是「相同」或「不同」)。這種現象在科學中很常見。



當光線從折射率為 n_1 的介質傳播到折射率為 n_2 的另一介質時, 光線將折向法線或折離法線 (bend towards or away from the normal)。如果光線折向法線, 是因為折射率 n_2 大於折射率 n_1 。但是, 折射率是一個複雜的概念, 具體取決於 $\sin i$ 與 $\sin r$ 之比 (其中 $i =$

入射角， r = 折射角)。因此，儘管在某種意義上與 i 或 r 有關，但折向法線實際上並不是由入射角或折射角決定的，而僅僅是由折射率的相對值決定的。我們不能說光線的折射是由入射角或折射角決定的，它們甚至不是部分原因。同樣，儘管 **DBOSO** 在概念上可以將性別視為性傾向這概念的一個元素，但這並不意味著由 **DBOSO** 促使的行為，也由 **DBOS** 促使的，甚至不能說 **DBOS** 是部分原因。

戈薩奇犯了一個類似於分割謬誤的錯誤：認為由於整體具有某個屬性 p ，因此該整體的部分也具有 p ，這是錯誤的。例如，儘管氯化鈉（食用鹽）是可食用的，但沒有理由推斷其組成元素鈉和氯也是可食用的。它們不是！同樣，如果僱主對僱員的歧視完全出於對他 / 她的性傾向的偏見，即基於兩個變項（僱員的性別和他 / 她的戀人的性別）之間的關係，則歧視並不是由這兩個變項獨立地引起的。因此，我們不能說歧視實際上是基於這兩個變項，它們甚至不是部分原因。

戈薩奇的論點僅在僱主同時討厭女性和同性戀的情況下才適用，那時解僱的原因同時基於性別和性傾向（下表的第 4 及第 5 種情況）——這確實是部分基於性別的歧視。戈薩奇喜歡談論「兩個因素的匯合，他 [僱員] 的性別和他受吸引的性別。」（頁 21）這類言論顯示他是在考慮兩個獨立的因素的結合，而它們之間並沒有內在關係。但是同性戀並不是由兩個獨立因素湊合而成，而是指這兩個因素之間的邏輯關係！這兩種情況相當不同，也不可比較，戈薩奇無法理解這一點，似乎造成了他的種種混亂。

考慮四類員工：直男、直女、同性戀男性及同性戀女性。以下是不同類型的歧視導致的歧視模式：

	被解僱的人	不被解僱的人
I) DBOS (針對男性)	直男、同性戀男性	直女、同性戀女性
II) DBOS (針對女性)	直女、同性戀女性	直男、同性戀男性
III) DBOSO	同性戀男性、同性戀女性	直男、直女
IV) DBOS (針對男性) + DBOSO	直男、同性戀男性、同性戀女性	直女
V) DBOS (針對女性) + DBOSO	直女、同性戀男性、同性戀女性	直男

依照戈薩奇的分析，第七條將禁止 (I)，(II)，(IV) 和 (V)——這我同意，但第七條並不禁止 (III)，在這點上戈薩奇可犯了嚴重的錯誤。

結語

對多數意見也有其他有力的批評，例如：第七條中「性別」一詞的原本或一般意義；MJ 是不可接受的司法活躍主義 (*judicial activism*) 或司法越權，這違反了民主；促進了漠視現實的極端跨性別主義；還有各種負面影響，如對宗教或保守派人士不公平，以及漠視宗教自由等等。我認為其中一些批評是成立的，但這裡無需論證這一點。(請參閱本特刊的其他文章。)

究其原因，戈薩奇的以上論證，實際上是支持他結論的唯一直接論據。另外，他徵引 3 個法院案例來支持他的結論，它們分別是：*Phillips v. Martin Marietta Corp.* (1971)；*Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhart* (1978)；*Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (1998)。篇幅關係，只能按下不表，(請參閱阿利托異議意見第 36-37 頁的解釋)但實際上所有這些案例都不涉及 NET。他們最多表明第七條可能會有一些意料之外的結果。儘管如此，也不能證明第七條的「法律術語具有清楚和明確含義」，而且只要「簡單直接地應用」它，就得出 NET 的結論。(頁 12)更別提戈薩奇那令人吃驚的主張：他對第七條的解釋「不存在含糊之處」！(頁 24)戈薩奇也用不少篇幅回應批評(參第三部分，第 15-33 頁)，但這頂多是一種防衛，並不能證明 NET。因此，如果本文的論點正確的話，則 MJ 唯一的直接論證便是沒有根據、且犯了謬誤，實在難以令人信服。這也意味著博斯托克的判決並不真的合理。

若然如此，那麼我們可以理解阿利托大法官對 MJ 的嚴厲批評：它是「以司法意見的形式解釋法例，但這是騙人的。」(阿利托，頁 1)。因此，法院「篡奪了其他機關的憲法權力……無法想起更無恥地濫用我們解釋法例的權力的例子。」(阿利托，頁 3)阿利托還將 MJ 比作「海盜船」，(阿利托，頁 3)並指責他們「傲慢」。(阿利托，頁 6)我個人認為，MJ 值得這樣被狠批，它對所產生的不良影響也難辭其咎(參第六章)。■

五、忠於文本主義地理解「性別歧視」的字義 ——Bostock 案異議大法官的詮釋觀點

招雋寧（特約研究員）、余嘉玲（香港性文化學會項目幹事）、
蔡凱琳（香港性文化學會實習生）

引言

大法官阿利托(Samuel Alito)及湯馬斯(Clarence Thomas)的異議判辭劈頭第一句，便毫不客氣批評多數意見法官僭越，「這法院今天的所作所為，一言以蔽之：立法。」法庭解釋法例的方式是「騙人的」、(阿利托，頁 1)「無恥」，(阿利托，頁 3)如「掛著文本主義的海盜船」一樣暗渡陳倉。(阿利托，頁 3 及頁 40)

大法官卡瓦諾(Brett Kavanaugh)撰寫了另一份異議判辭，形容主要判決未能符合文本主義進路的要求，沒有在上下文的脈絡去作出解讀，這種「機械化重組字面意義」的做法是錯誤的。(卡瓦諾，頁 23)

本文分析異議大法官怎樣詮釋條文，反駁多數意見法官的裁決。

主要問題：延伸「性別歧視」字義的做法，符合文本主義嗎？

多數意見法官與阿利托等一樣同意在 1964 年實施的《民權法案》第七條(Title VII)中，「性別」一字毫無疑問是指：「基於遺傳學的和生物結構的特徵——那些男人和女人出生時已擁有的特徵。」(頁 4)，但他們認為性傾向歧視或性別認同歧視必然意味著性別歧視。爭論點在於，2020 年的今天「性別歧視」一字，到底能否在條文上被解釋為延伸至「性傾向歧視」或「性別認同歧視」等概念。

多數意見法官則認為能夠延伸，主要依賴「若非性別的歧視，就不會產生性傾向或性別認同的歧視了」的「如果沒有」(but-for)論證；又提出性別歧視包括同性性騷擾，以及性別歧視包括母親身份等佐證案例，指出過往已發生的延伸應用。本文並不會詳細討論

「如果沒有」論證的錯謬，亦不打算詳細反駁佐證比喻不當以及不相關謬誤。這些問題在第一、二及四章中處理。

由於多數意見法官強調自己依循文本主義 (textualism) 的進路解釋法例，本文將會分別探討阿利托和卡瓦諾所演繹的文本主義原則，並指出**沒有確實的證據**支持多數意見法官的詮釋。換言之，條文中「性別歧視」一字的解釋，並不能合理地延伸至「性傾向歧視」或「性別認同歧視」。

阿利托提出的社會及語言脈絡

多數意見法官認為他們採取的是文本主義，而非目的主義 (purposivist) 的進路解釋法律，所以不需要理會目的主義所關注的，亦即立法的歷史脈絡和國會立法的動機。

阿利托回應，「人只能在合適的社會及語言脈絡中，才能理解地別人想溝通的內容。」 (阿利托，頁 23) 因此他不單引用 1964 年當時的字典去理解性別，還認為要認識立法時的社會和歷史背景。雖然援引立法歷史和動機不足以決定文本的意義，但要正確理解文本的主義，亦不能把文本從當時立法的處境抽離出來。

這是因為「文本主義者解讀條文時，不能把條文看作由遙遠和一無所知的文明傳送過來、且被我們的強力放射望遠鏡接受到的訊息。」 (阿利托，頁 24-25) 條文也是存在於特定時空的特定語言群體所溝通的內容，因此要按用字的特定時間和地方來理解文字——法律條文並不例外。於是阿利托設定了一個探討字義的場景：1964 年，國會在逐條審議條文的立法時空裡，一般市民是怎樣理解「基於性別而歧視」呢？ (阿利托，頁 25)

1964 年以先，法例對性別一字的理解

阿利托的論點是 1964 年時無人想過「性傾向上的差別對待會造成性別歧視，更莫曰性別認同歧視了」。(阿利托，頁 25)

在 1964 年時，禁止基於性別而造成的歧視「並非新穎的事物，而是廣為人所熟知的概念」，(阿利托，頁 25) 那就是男、女獲平等對待的脈絡。阿利托舉出例證，由 1879 年的加州憲法開始，至少四個州份的憲法均指出，這概念是建基於生理性別。直至 1920 年

美國憲法的第 19 修正案中容許女性投票，性別一字都解釋為生理性別。他再枚舉六例，說明直至 1964 年，憲法、其他法例或專業組織對性別歧視的理解，都屬於男女平等運動下的產物，只解作生理性別。

除此以外，阿利托認為有另一脈絡讓我們知道，當時的人並不會像現時的判決那樣理解性別歧視。那就是在 1964 年時，同性戀普遍被視作精神病和不道德，儘管「是美國歷史裡一段慘痛的回憶」，但當時人認為同性戀是「理應受罰的」，所以沒有人會想以法律禁止性傾向歧視。（阿利托，頁 28）

阿利托繼續列舉其他例證，包括第一、二冊《精神疾病診斷與統計手冊》都將同性性吸引視為性偏差，直到 1973 年才改變此看法。而且在 1948 年時同性戀行為不單被視作有違道德，除了伊利諾州外，所有州份都視雞姦 (sodomy) 為刑事罪。再者，同性戀在 1964 年時仍被用作為一個人的背景審查。那段時間曾有一位任職美國中央情報局的總監因同性戀被解僱；教師、律師、醫生、禮儀師、化妝師等的執業資格都曾有操守規定，禁止同性性行為，更莫說軍人了。1952 年亦曾禁止同性戀者入境，因為要排除「患上精神疾病人格」的外地人。

種種例證足以說明，按當時社會風氣，要在禁止性別的歧視裡包涵性傾向的歧視並不現實。

若說 1964 年的人對性別歧視的看法，是禁止基於性傾向的歧視，「人們將會感到震驚」，那麼說它包括基於性別認同的歧視，「就更加撲朔迷離了」。（阿利托，頁 34）阿利托提及「跨性別」(transgender) 一字首見於 1970 年代，「性別認同」(gender identity) 則是 1964 年首次出現於學術論文中（即是說這概念還未普及），然而值得注意的是，當時的字義都並非今日所指。在 1952 或 1968 年的《精神疾病診斷與統計手冊》都未有所謂「性別認同錯亂」(gender identity disorder) 或「性別焦躁症」(gender dysphoria)，這類概念要直到 1980 年代才出現。難怪阿利托說，「他們(當時一般人)必定摸不著頭腦 (scratching their heads)」，（阿利托，頁 34）因為當時的人根本沒有現今對性別認同的概念。

若無強烈證據 就要採用一般意思

既然社會曾經這麼不公義，法官有責任去「更新」歧視的條文吧？阿利托強調，「但

這不是我們（法官）的責任」，（阿利托，頁 32）那是因為「我們的責任是去弄清楚，第七條實施時條文的字眼到底是怎樣被理解。」（阿利托，頁 32-33）

在這麼多證據前，「即使基於性傾向或性別認同的歧視可以用魔法塞進性別歧視之內，施行第七條的脈絡都會告訴我們，條文用字當時沒有這個意思。」（阿利托，頁 33）」阿利托就按文本主義進路指出，「若無任何相反的強烈證據，我們的職責就是去肯定和應用條文的一般意思」。（阿利托，頁 33，強調原有）

阿利托批評多數意見法官明顯是「徹底忽視了當時的社會脈絡」，（阿利托，頁 35）亦因此「他們的論證是建基於錯誤的前提」。（阿利托，頁 36）他認為 1964 年公眾的想法是尤關重要，展示了一種規範，框出條文文本可被採納的理解。

即或考究立法的歷史和意圖 仍然是此路不通

多數派法官掛著「文本主義者」的旗幟，事實上卻倒行逆施。文本主義有其限制，許多法官在字義不清時，會額外考察當時立法歷史和國會立法時的動機。即使阿利托只考慮立法的歷史脈絡和國會議員推動立法時的意圖，「性別歧視」一字仍然難以延伸解釋為「性傾向歧視」或「性別認同歧視」。

在立法當時的確有人反對《民權法》，所以他們把「性別歧視」放進法例內容，希望這可成為「一粒毒藥」，（阿利托，頁 41）去阻止《民權法》通過。只是他們所關注的「性別歧視」完全是關乎生理性別的。倘若當時的人認為禁止性別歧視，有機會視作禁止性傾向或性別認同的歧視，他們應提倡這種解釋，因為這種「毒藥」只會是「更毒」，（阿利托，頁 41）但他們沒有這樣做。再者，立法通過後人們視之為女性平權的里程碑，這都是建基於生理性別的。

阿利托接著如數家珍地指出，自 1975 年每屆國會都曾提出禁止性傾向歧視的立法。在 1991 年前曾有 3 次上訴法院、其他兩個巡迴法院都維持了沒有禁止性傾向歧視的裁決。另外，3 次巡迴法院在處理跨性別的歧視時，都同樣地否決性別歧視涵蓋性別認同歧視。相類似的看法在 1991 年至 2017 年間，都獲各巡迴法院所採納。

簡言之，阿利托手上強而有力的證據反映，在 2017 年前所有法院都不曾認為性別歧視可延伸作為性傾向或性別認同的歧視。

短結

統整超過 50 年法院對條文的理解，都是按生理性別的。法庭（多數派法官）認為他們的裁決在展現「司法謙抑」，這實在是「令人目定口呆（jaw-dropping）的說法」。（阿利托，頁 44）這是說不單國會在 1964 年時施行條文時不能真正理解這條文，而且所有巡迴法院法官在 2017 年前所有案件都看不出「基於性別」的歧視的真正意義，這是否真的謙抑？若果今天的裁決已算謙抑，那就很難想像當法庭更大膽時會如何！（阿利托，頁 44）

卡瓦諾的論證：符合文本主義的兩個要求

大法官卡瓦諾（Kavanaugh）批評原告的論證方法是一種單單倚靠字面意義去解釋法律的進路（literalist approach），認為《民權法》第七條禁止性別歧視，因此也同時禁止性傾向歧視。多數意見法官竟然接受這種詮釋進路，並認為其實 1964 年訂立這條法律已經是這樣了，「只是所有人都不知道」，（卡瓦諾，頁 5）這令卡瓦諾感到相當驚訝。

卡瓦諾區分字面意義（literal meaning）和一般意義（ordinary meaning），且認為理解文本的關鍵是其一般意義，而非字面意義。因此，法庭的裁決若要成功，必須證明以下兩項之一：（卡瓦諾，頁 5）

- 1) 法院對法律的解釋應遵從字面意義，而非一般意義；
- 2) 「基於性別而造成的歧視」（discrimination because of sex）的一般意思已經包括性傾向歧視。

只是卡瓦諾認為他們在這兩項上都說不通。（卡瓦諾，頁 5）卡瓦諾於是展示了怎樣才算符合文本主義進路要求的詮釋。

忠於一般意思的詮釋 須考慮詞組的整體意義

按著一般意思解釋條文，是文本主義進路裡解釋條文的重大原則，這個根據原意來詮釋法律的原則由來已久。法院一次又一次地拒絕以字面意思來詮釋法律。（卡瓦諾，頁 6-7）正確地按一般意義解釋法律，是為了符合以法而治——由公民所能理解的法律作出治理，

而不是以「法官」而治；讓民主社會向公民負責，而不是由非民主產生的法官越俎代庖，按自己解釋而變相立法。（卡瓦諾，頁 6-7）

卡瓦諾以多個例子指出，一般意思和並非字面意思。例如「禁止車輛駛入公園」，在字面意思上「車輛」也能包括嬰兒車，但沒有一個好法官會這樣詮釋法律，因為「車輛」在一般意思中並不包括嬰兒車。（卡瓦諾，頁 7）當法律條文的字面意思與一般意思有分歧時，法院必須根據條文的一般意思來詮釋法律。（卡瓦諾，頁 8）

按此原則，卡瓦諾指出根據一般意思來詮釋法律，必須忠於詞組（phrase）的整體意義，而不是單獨理解詞組裡每個字的意思。（卡瓦諾，頁 6）換言之，要根據上文下理和詞組作為一個整體才能獲得其一般意思，原因是詞組可能會比詞組內單獨每一個字有更精確的意思。（卡瓦諾，頁 9）這種法律才是人們能夠理解、遵守和執行的法律。

例如，「an American flag（一支 / 美國 / 旗）」，字面上可以包括任何一支在美國內製造的旗，但在日常用法中它只代表美國國旗。「a cold war（一場 / 冷 / 戰）」字面上可以包括任何一場在寒冬裡發生的戰爭，但日常用法中它代表沒有武力的衝突狀態。（卡瓦諾，頁 9）

上述例子說明了「當兩個單字拼合而產生一個意思，與分別地理解兩個字的機制並不相等」，（卡瓦諾，頁 10）卡瓦諾批評多數意見法官犯的錯誤，就是「把詞組的單字個別地解釋，然後機械地拼合來作為詞組的整體意義」。

卡瓦諾認為，若以單詞的字面意思來詮釋詞組，就是沒有尊重法律條文原來的一般意思，這亦是剝奪了公民正確認識法律的權利。這更加會降低法治和民主問責的可靠和穩定程度。（卡瓦諾，頁 11）

「基於性別而造成的歧視」的原意包括性傾向歧視嗎？

那麼「基於性別而造成的歧視」（discrimination because of sex）的一般意思已包括性傾向歧視嗎？卡瓦諾：「答案顯然否定」。（卡瓦諾，頁 11）

法官在評定法律條文的一般意思時，有時候會遇到困難，只是卡瓦諾認為今次卻不可能有困難，因為日常用法及日常法律用法都會視性別歧視和性傾向歧視為兩種不同的歧視，不論在 1964 年還是今日也是如此。（卡瓦諾，頁 12）

卡瓦諾一針見血：日常裡原告被解僱是因為他們是同性戀，而不是因為他們是男人。（卡瓦諾，頁 12）性傾向歧視與性別歧視不同是最顯然的詮釋。

證據顯示歧視法律中的「性別」不是「性傾向」

接著，卡瓦諾提出多方證據，證明這詮釋在絕大部分組織中均是常識。

自 1970 年代以來，國會議員已多次提交法案，想通過禁止職場中的性傾向歧視，但這些法案都沒有試圖將性別歧視定義為包括性傾向歧視。（卡瓦諾，頁 15）過去美國總統簽署的行政命令亦然。行政機關一向都將性傾向歧視理解為另一種形式的歧視，而不是性別歧視的一種。（卡瓦諾，頁 17）

美國多個州份都禁止就業中的性別歧視，禁止的方式可能是適用於大部分員工的法律，又或者是適用於公共僱員的行政命令，又或者兩者皆是。幾乎每個禁止性傾向歧視的州法律或行政命令都明顯地是跟性別歧視禁令分開的。（卡瓦諾，頁 18-19）

各州行政機關的詮釋如是，法院的詮釋也如是，過去幾十年法院處理多宗涉及性傾向歧視的案件，法院從來沒有表示性傾向歧視只是性別歧視的一種。（卡瓦諾，頁 20）

上述證據都足以證明「所有一般意思的慣常用法的指標，即日常用法、國會的日常用法、行政機關的實踐、美國多州的法律、最高法院以往的判決，都充分證明了性傾向歧視跟性別歧視是不一樣的，性傾向歧視不是性別歧視的一種」。（卡瓦諾，頁 21）

機械式重組字面意義：錯誤、難以接受

大法官戈薩奇在多數意見裡指，在文本主義下，「性別歧視」可以詮釋為「基於性傾向的歧視」；又指出字義會因時制宜而改變。（戈薩奇，頁 24-25）

「多數意見法官重複地抓住條文上各個獨立的術語，機械化地重新組合它們，生產出『基於性別而歧視』的字面解釋」。（卡瓦諾，頁 22-23）卡瓦諾直指戈薩奇錯誤地理解文本主義，又錯誤解讀一般意義，詮釋法律詞彙時不能單靠個別字詞的意思，考慮時要置放於詞彙之內。

尤有甚者，卡瓦諾的證據顯示字義根本沒有因時制宜地改變。真正改變的只是法官自己的思想，「法院對法規解釋應該對於文本上面的解釋，而非立法者的主觀意圖。多數意見法官作出一個根本性錯誤，將原意同主觀意圖混淆」。(卡瓦諾，頁 23)

美國人依然認為「性別歧視」的一般意義中沒有包涵「性傾向歧視」。卡瓦諾以一例清楚地區分性別歧視和性傾向歧視，「解僱一個員工，因為員工是女人，和另一個員工是同性戀，涉及兩個不同社會關注點，揭示兩個明顯的偏見，施加兩種明顯的傷害，並且屬於兩種不同的法定禁令」。(卡瓦諾，頁 24)

當聯邦法律、州法律、最高法院的案件、歧視方面的統計數據、社會學、全美國的人力資源部、運動聯賽、政治團體、民間組織、普遍講法及常識會分別性傾向歧視和性別歧視，卡瓦諾就認為極多美國人不會接受沒經民意授權的法院的新穎解釋，「很多人會毫無疑問地相信法院已經單方面重寫美國的詞彙和法律，此舉竟然是由沒經民選的法官允許的法定修正案」。(卡瓦諾，頁 25) 執著「性別」的字面解讀，卻顛覆了一般意義，這種「謙虛」的解讀是令人難以接受的。(卡瓦諾，頁 25)

結語：法官以權服眾 絕非以理服人

多數意見大法官假借文本主義的詮釋來推動「修法」，只是其詮釋並不符合文本主義的要求。多數裁決基本上放棄了對「性別歧視」一字作出文本主義進路的詮釋，這必然導致脫離 1964 年一直至今的社會脈絡，又忽略了用語的上下文，以及用字組合後的歧義。

撰寫兩份異議判辭的大法官阿利托等和卡瓦諾則分別地演繹出真正的文本主義進路，而且完全找不到可以將歧視法規中「性別歧視」字義延伸至「性傾向歧視」或「性別認同歧視」的支持證據。

與之相反，阿利托等和卡瓦諾從 1964 年後的字典、當時至今的憲法、法規、法院裁決、行政機關的措施和行政命令、醫學文獻、各專業領域的應用等等，直接顯示出在法律條文的應用和理解上，「性別歧視」字義並不是「性傾向歧視」或「性別認同歧視」。

這次裁決突顯司法僭越修法的權力，多數意見法官只是以權服眾，並非以理服人。■

六、前車可鑑——從 *Bostock* 案的深遠影響 反思「性傾向／性別認同歧視法」

余嘉玲（香港性文化學會項目幹事）、蔡凱琳（香港性文化學會實習生）

Bostock 的多數判決，意味著最少在就業領域，在第七條的實施裡，已包含了「性傾向歧視法」和「性別認同歧視法」。這對美國人有甚麼影響呢？對香港的影響如何還難以確定，但有些人可能會透過司法覆核，要求香港法庭也像 *Bostock* 案那樣詮釋香港的性別歧視法；又或者他們會以 *Bostock* 裁決為樣辦，要求制訂獨立的「性傾向歧視法」和「性別認同歧視法」。這類法例又會對我們有甚麼影響呢？

Bostock 判決真的影響不大嗎？——這判決的直接影響

阿利托（Samuel Alito）認為 *Bostock* 的裁決有深遠影響，但戈薩奇（Neil Gorsuch）對於異議法官的擔心，採取盡量輕描淡寫的處理方法。即使是 Home School Legal Defense Association 的創辦人邁克爾·法里斯（Michael Farris）也認為，*Bostock* 案「並沒有對宗教豁免權的問題下任何決定。我協助編寫的宗教自由恢復法（The federal Religious Freedom Restoration Act），在這個決定下，是完全適用於所有聯邦的仲裁協議。法院還表示，裁決沒有隱私問題，例如浴室、更衣室和女子運動」。¹⁰ 所以某些宗教保護措施仍會被保留，我們不用過分擔憂。此外，這個案件表面上來看只是與職場歧視有關，所以影響範圍有限。¹¹

但是，以上觀點似乎過於樂觀。實際上，*Bostock* 案是一個影響深遠但偽裝為應用範圍狹窄的裁決，已經有相當明顯的直接後果。根據 *Bostock* 裁決，性傾向騷擾和性別認同騷擾都是被第七條禁止的性騷擾，但眾所周知，「騷擾」的定義有相當模糊的邊界，特別應用到如此有爭議性的領域上（如性傾向和跨性別）。如果 A 君對加州「八號提案」（有關只限一男一女婚姻的公投）向另一同性戀同事，表達「錯誤」的觀點（即支持），又或者他相信一個人的性別是在出生時已經確定，任何辦法都不能改變，而這讓一跨性別同事知道，那麼那位同性戀或跨性別員工可能會聲稱處於敵對的工作環境中，並控告 A 君性傾

¹⁰ Burger, Martin, (2020, June 16). SCOTUS writing transgenderism into law the 'Roe v. Wade of religious liberty', *LifeSiteNews.com*. Retrieved from <https://www.lifesitenews.com/news/scotus-writing-transgenderism-into-law-the-roe-v-wade-of-religious-liberty>.

¹¹ 另外有一個觀點：美國大約一半的州份及大多數的大城市，已經有類似「性傾向歧視法」和「性別認同歧視法」的法例，所以 *Bostock* 裁決只是把這些法例的影響範圍擴大。然而由一半擴大到全部，這已是同運和跨運的巨大勝利。再者，州法律的權威性和對文化、社會的影響力，又如何能與一個最高聯邦法庭的判決相提並論呢？

向騷擾和性別認同騷擾。我相信這控訴成立的機會相當高，縱使最終不成立，A 君也「一身蟻」。其實有些地方已制訂法例，若把跨性別人土不認同的性別的代名詞加於他 / 她，已要受懲治。同樣，性別認同歧視法也可能要求，若有僱員如此「冒犯」跨性別的同事，也可被僱主解僱。但錯誤使用性別代別詞 (misgendering) 真的是一種騷擾嗎？真的如此罪大惡極嗎？假若 A 君對同性戀者和跨性別人土都完全沒有敵意，他只是真誠地憑良心表達自己的信念 (可能基於文化或宗教傳統)，這也不成嗎？那麼還有良心自由和宗教自由嗎？這兩者不都是各主要人權公約都肯定的基本人權嗎？

Bostock 裁決對宗教學校及其他有信仰的機構特別有嚴重影響，這是難以否定的。例如：一所天主教或猶太人背景的學校，是否可以拒絕僱用一名性生活明顯與他們千年來道德教育有違背的老師——如同性戀者、跨性別人土呢？假若一位身體上完全是男性的老師，卻自稱為女性，並濃妝艷抹、穿著女裝，且堅持要進女廁所，學校可以解僱嗎？按 *Bostock* 裁決，那個基督教的殯儀館解僱 Aimee Stephens 是違法的，那以上宗教學校解僱大張旗鼓的跨性別老師也應該是被禁止的。那宗教機構還有實踐宗教信念的自由嗎？人們的信仰變得不受保護，特別是僱主、學校，他們根據自己所理解有關人性和性別的信念而生活 (及僱用) 的權利也不被保護。

有些人說某些宗教組織會有豁免，但事實上很多時這些豁免的範圍相當狹窄，如限於牧師或教聖經的老師，未必能保護其他職位。再者，那些在各行各業的基督徒僱主原則上很難有豁免，他們若想在自己的公司實踐信仰，也會動輒得咎。因此，這項裁決毫無疑問會為基督徒在這類問題上帶來災難 (最少是巨大麻煩)。毫無疑問，一些真誠相信聖經禁止教導、推廣或參與同性戀或變性的人，很大可能會被起訴，甚至受到迫害。這不是猜想，類似案例已經發生，例如英國基思·沃特斯 (Keith Waters) 的例子。¹² 戈薩奇認為這類案子可以留待將來美國最高法院審議，但即使以上權益受損的人士可向最高法院提出上訴，但這訴訟過程現實上非常艱難 (如需要大量金錢、時間、精力和耐力)，而且結果也不確定。誰知道美國最高法院最後會為他們平反，還是落井下石？

Bostock 判決的長遠影響

的確這案件表面上來看只是與職場歧視有關，但關鍵是法庭用的論據是：「性傾向歧視」或「性別認同歧視」意味著「性別歧視」，但「性別歧視」的規管不單出現在有關職場的法例，也出現於很多領域 (如教育、房屋) 中。因此，這裁決的邏輯很明顯可應用於很多其他領域，包括宗教團體、私隱空間、體育活動、福利、自由、教育、居住和法治等領域。下面列舉一些後果。

¹² 我們把他的故事寫了一個報道，參 <https://blog.scs.org.hk/2019/12/05/推文提示不要參加同志遊行-英牧者屢遭滋-陳婉珊/>。

《民權法》其他條款

Bostock 裁決可能很快會威脅法院如何詮釋相關的聯邦法，如涉及基於性別歧視的教育法修正案第九條，這就牽涉到教育和活動的領域。其實美國前總統奧巴馬就像 *Bostock* 裁決一樣重新定義法例中的「性別」，讓其意涵也包括「性傾向」及「性別認同」，從而要求學校讓「跨性別女性」(transgender woman) 進入校內女廁、女更衣室(甚或浴室)。要知道西方的跨性別運動(transgenderism) 認為只要在心理上認同女性性別者，已是完完全全的女性。所以這些容許進女廁的「跨性別女性」包括一些身體仍然全然是男性的人，這當然引發不少風波。¹³

特朗普政府把這政策逆轉，例如最近美國住房與城市發展部(Department of Housing and Urban Development, HUD) 提出一項新措施，讓無家可歸者能夠完全根據原生性別住進收容所，而非基於「性別認同」。這是為了保護一些女性，避免那些聲稱是女性的男性住進收容所，令女性受威脅。顯然，*Bostock* 裁決將影響 HUD 的計劃，最後可能令那些受到威脅的婦女無法得到保護。不少左派人士和跨運活躍分子經常批評這種恐懼是無根據的，甚至他們否認有這類事情發生。但事實上這類侵犯婦女的例子，隨著跨運的愈發流行，也愈來愈多發生。舉一個近期的例子，在英國有一個強姦犯和戀童癖者叫 David Thompson，已被判終身監禁，他還有嚴重傷害他人身體和爆竊等罪名。但在拘留等候上庭期間，他宣稱自己是跨性別女性，並改名叫懷特(Karen White)，但當然他的男性身體「分毫無損」。因此，在 2017 年 8 月，這個跨性別「女子」「Karen」被移到女子監倉，但就在那裡「她」性侵犯其他女囚犯！還有不少其他例子。¹⁴

廁所、浴室和更衣室等性別區隔的設施

戈薩奇聲稱浴室、更衣室及其他類似用途的地方，與該判決無關。然而一旦重新定義了「性別歧視」，這個定義就難以局限於就業的歧視，你若不讓「跨性別女性」進入女浴室、女更衣室、女監獄及女庇護所等性別區隔的設施，不也意味著「性別歧視」(*Bostock* 的思路) 嗎？依戈薩奇，這些「跨性別女性」若把原生性別換作女性，我們不是就沒有問題了嗎？所以，根據《公平住房法》，可能會有人對擁有男女分隔宿舍的大學提出訴訟，這些可能都是未來案件。類似的案件，如阿利托所預言，相信會不斷發生，除了製造社會紛爭外，很多人的權益都懸於一線。看來戈薩奇等是捅了一個蜜蜂窩，後果由其他人和社會承受，自己卻繼續聲稱一切與自己無關。

¹³ 參我們的報道，見 <https://blog.scs.org.hk/category/跨性別/>。

¹⁴ 懷特的例子參：<https://blog.scs.org.hk/2018/10/15/獄中性侵女囚-英跨性別囚犯判終身監禁/>；更多例子可參：<https://blog.scs.org.hk/category/跨性別/>。

全面的平等法

無論如何，現在性傾向歧視和性別認同歧視已成為聯邦法要禁止的行為，這就為一條全面的平等法 (Equality Act) 提供巨大動力，美國的民主黨一直爭取通過平等法，該法案在 2019 年，由民主黨控制下的眾議院通過，但是從未被共和黨控制下的參議院通過。 *Bostock* 裁決後，民主黨又大力推動平等法，這就意味著聯邦層面的性傾向及性別認同歧視法例 (Sexual Orientation & Gender identity Discrimination Ordinance, SOGIDO) 。

若這條例通過，規管範圍會遠超於就業，基本上大部分公共領域都會受到規管，例如地方租借、教育機構、女子運動、服務提供，以及公共和出租房屋等等。例如為女人私處脫毛是某些美容店提供的服務，但某跨性別女子要求美容師為「她」的男性器官脫毛，「她」被拒後就控告那美容師「歧視」「她」跨性別的身份。¹⁵

一個充分發展的《性傾向及性別認同歧視條例》 (SOGIDO) 可能意味著：

- 教會被迫承認同性「婚姻」。
- 攝影師、花店及麵包師必須參與同性「婚禮」。
- 僱主必須資助藥物及手術，幫助人們模仿異性。
- 婦女和女孩必須與性別困惑的男性共用睡眠空間、淋浴間、更衣室及洗手間。
- 嚴重削弱宗教自由。
- 一般來說，美國人要在一系列政策中被迫採用生理性別是「流動」的理解，從小學開始，他們的孩子就要被灌輸這種意識形態。

宗教自由被侵蝕

無庸多說，同運和跨運的意識形態與保守派和大部分宗教人士的信念南轅北轍， *Bostock* 裁決將在未來數年重塑聯邦法和政府政策。試想一想，無論是在職場 (包括脫毛店)、學校甚或社區的更衣室和浴室，基督徒和保守派若堅持他們的信仰，不順從同運和跨運的意識形態，將會被視為歧視和侵犯人權，不單會受到圍攻，更可能會被控告。其實這些逆向歧視的案例已不斷發生， *Bostock* 裁決就像火上澆油，基督徒和保守派將遭受更大的苦難和壓逼。這樣他們會在公共領域中日益邊緣化，不單難以維持實踐宗教的自由，更要為這實踐付上沉重代價。

如 Family Research Council 的主席托尼·珀金斯 (Tony Perkins) 指出：「允許法官重寫《1964 年民權法案》增加性別認同及性傾向作為保護群組，對宗教自由造成沉重的威

¹⁵ 參我們的報道， <https://blog.scs.org.hk/2019/11/26/加國脫毛門性別認同歧視案-遭人權審裁處駁-陳婉珊/>。

齋。近年，我們已經目睹法院如何將文字重新定義，作為打擊信仰機構和組織的攻城槌。」
16

女子運動

同樣邏輯會要求我們容讓擁有男性體魄的跨性別女人全面參與所有女子運動，不然又會是跨性別歧視。現在已出現一些「跨女」雄霸女子體壇的事件，使很多非常努力的女子運動員也感到不公平。例如加拿大單車選手麥金農 (Rachel McKinnon) 及新西蘭舉重選手哈伯德 (Laurel Hubbard) 。¹⁷ 難怪普林斯頓大學法律教授羅伯特·喬治 (Robert P. George) 預言，*Bostock* 裁決會產生「深遠的影響，包括最終破壞所有女子運動」。¹⁸

鼓舞極激進跨性別運動 抹掉女性身份

「性別認同」是一個很模糊和難以界定的概念，有很大程度的主觀性，也可不斷變化。以這種概念界定「女性」真的妥當嗎？連一些非保守的女性主義者也有疑問，世界知名的英國魔幻小說《哈利波特》作家羅琳 (J. K. Rowling) 就是一個例子。她在 2020 年 6 月在「推特」 (Twitter) 對跨運稍有微言，就引發軒然大波：不單跨運支持者對她發動排山倒海的攻擊，甚至《哈利波特》影片系列的影星也紛紛與羅琳割席，包括飾演男女主角 (哈利波特、妙麗) 和榮恩的 Daniel Radcliffe、Emma Watson 和 Rupert Grint 。

羅琳被罵是排斥和仇恨跨性別人士的人，但她並非如此，她反對的是「抹除性別 (erase sex) 的做法：「如果性別不是真實的，那麼全球女性活生生的現實就會被抹去。我理解並愛跨性別人士，但是抹除性別觀念，會令很多人無法有意義地討論他們的生活。實話實說並非仇恨。」¹⁹ 同樣，*Bostock* 裁決後一女性學者珍妮弗·莫爾斯 (Jennifer Roback Morse) 也認為這裁決有效地「抹除女性」，所以最終這個裁決只會令更多女人受苦。²⁰ 這包括很多年輕女性，隨著跨性別運動的壯大，以英國為例，由 2008 到 2018 的十年，轉介到性別診所的青少女上升了 44 倍！當中，同時出現自閉症或其他精神症狀的情況，更是不成比例地高。年輕女性在「父權」社會中其女性身份已經脆弱，再加上跨運那種性別流動的意

¹⁶ Freiburger, Calvin. (2020, June 15). BREAKING: US Supreme Court votes 6-3 to redefine 'sex,' write transgenderism into 1964 law, *LifeSiteNews.com*. Retrieved from <https://www.lifesitenews.com/news/supreme-court-votes-6-3-to-redefine-sex-write-transgenderism-into-1964-law>.

¹⁷ <https://blog.scs.org.hk/2019/01/07/女變性人獲單車冠軍-被質不公引發爭議/> ;
<https://blog.scs.org.hk/2019/07/22/跨性別女子舉重選手再度掄元-太平洋運委-陳婉珊-2/>

¹⁸ Burger, Martin, (2020, June 16). SCOTUS writing transgenderism into law the 'Roe v. Wade of religious liberty', *LifeSiteNews.com*. Retrieved from <https://www.lifesitenews.com/news/scotus-writing-transgenderism-into-law-the-roe-v-wade-of-religious-liberty>.

¹⁹ 我們為羅琳與跨運的爭論寫了五篇文章，見 <https://blog.scs.org.hk/category/跨性別/jk> 羅琳與跨性別運動系列。

²⁰ Lawler, Phil. (2020, June 17). Supreme Court's new LGBT decision makes a dangerous lie the law of the land. *LifeSiteNews.com*. Retrieved from: <https://www.lifesitenews.com/opinion/supreme-courts-new-lgbt-decision-makes-a-dangerous-lie-the-law-of-the-land>.

識形態，她們很容易被這種新興文化衝擊，導致她們否定自己的女性身份，透過變性去重新肯定自己。然而無論男女的跨性別者，都飽受性別困惑和混亂的煎熬，而在不適當而過於年輕的年齡進行變性或前期的過渡 (*transitioning*)，也令他 / 她們遭受很多痛苦。不幸的是，跨運正是大力鼓勵他們去這樣受苦，而他 / 她們的性別混亂卻可能只是短期現象，根本沒有變性的必要。

三權分立的破壞

卡瓦諾大法官 (*Brett Kavanaugh*) 已清楚指出 *Bostock* 裁決破壞三權分立，帶來不少惡果 (參特刊第三章)。普林斯頓大學法律教授羅伯特·喬治也深信：「*Bostock* 的裁決 (進一步) 將司法系統政治化，並破壞法院要維護的東西：法治。這將會摧毀我們法院在道德和知識上的誠信。」現今美國最高法院的判決，只會加強美國人民之間的嚴重分歧。

總結

Bostock 裁決的長遠後果必定是巨大的。2015 年，自由主義者曾向批評者保證奧貝格費爾案 (*Obergefell judgement*) 對同性婚姻的判決與宗教自由或其他問題無關。但是，一旦實行某些想法，其他想法就成為可能，甚至必然實現。沒有奧貝格費爾，*Bostock* 的裁決也不會發生。同樣，明天的決定和後果 (上面列舉的各項) 也是奠基於今天的決定。

「保守派」大法官戈薩奇無視 *Bostock* 裁決對未來的影響，不單短視，更是虛偽。羅伯茨在 2015 年反對同性婚姻的裁決；上一次 *Masterpiece Cakeshop* 案勝出時 (這保護 Jack Phillips 的宗教自由)，他和戈薩奇都持有保守派立場。他們卻在今次的裁決中「變節」，與自由派大法官聯手打造 *Bostock* 這重大的裁決。這也意味著在美國法院的格局已有所改變，隨著「保守派」大法官隨時倒戈相向，美國社會保守主義在法庭前景實在有點黯淡。當然，具體的發展還要拭目以待。

對於 *Bostock* 裁決，我們並不贊同其理據，也反對他們掛「詮釋法例」的羊頭，賣「另立新法」的狗肉，這是一種司法越權的行為。再者，他們變相在僱傭領域立了「性傾向歧視法」和「性別認同歧視法」 (*SOGIDO*)，而他們的邏輯很大可能會導致全面的「性傾向及性別認同歧視法」。我們對這種發展深深憂慮，透過上面分析顯示 *SOGIDO* 可能導致的種種惡果。其實若在香港訂立 *SOGIDO*，類似的問題也會發生。因此，透過美國案例的分析，我們認為政府實在不宜推動 *SOGIDO*。■

