

## 變性人婚姻 FAQ

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。這些論點會在另一些文章介紹。<sup>1</sup>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。

### Q1. 終審法院對變性人婚姻的裁決，是否定了一夫一妻的婚姻制度嗎？

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。）

### Q2. 終審法院的判決，對政府的要求是甚麼？

終審法院裁定，「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）

### Q3. 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能有結婚權，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：「有必要在跨性別人土的權利，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）

### Q4. 政府要求跨性別人土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土的身上嗎？

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，是跨性別人土的終極救恩：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

<sup>1</sup> 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>

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，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條例不應影響一夫一妻的婚姻制度。Q10 會進一步討論其他問題。

**Q5. 無論如何，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。縱使某跨性別人士沒有正式的婚姻權，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。

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。Q6 會指出按他們判辭的邏輯，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。

**Q6. 終審庭為何認為由男變女的 W 應被視作女性呢？**

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，按終審判斷的邏輯，我們並沒有充足理據說 Q 有與男人結婚的婚姻權。

#### **Q7. 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，這是違反人權公約嗎？**

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？Q5 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？<sup>2</sup>

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，<sup>3</sup>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，<sup>4</sup>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。<sup>5</sup>

#### **Q8. 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。」<sup>6</sup>這些問題反映了王先生並不明白婚姻制度的意義，

<sup>2</sup> 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>

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

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

<sup>5</sup> 有關同性婚姻與人權的討論，詳細可參關啟文：〈同性婚姻是人權嗎？〉，[http://kwankaiman.blogspot.hk/2012/11/blog-post\\_22.html](http://kwankaiman.blogspot.hk/2012/11/blog-post_22.html)。

<sup>6</sup> 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。

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)。

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？變性人的婚姻會影變整體社會的文化、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。*在 Q5 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。

#### Q9. 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，可申請性別認同證書，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(參 Q10)。

#### Q10. 假如性別的釐定只是基於跨性別人主觀感覺，會有甚麼問題產生？

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(連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。<sup>7</sup>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？

---

<sup>7</sup> 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。

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。

**Q11. 處理變性人婚姻的做法，除了英國的性別認同法外，還有甚麼國際案例可供參考？**

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。<sup>8</sup>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。

**Q12. 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，對嗎？**

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。

香港性文化學會，2014 年 4 月。

---

<sup>8</sup> [http://www.zwbk.org/zh-tw/Lemma\\_Show/161910.aspx](http://www.zwbk.org/zh-tw/Lemma_Show/161910.aspx); <http://www.moh.gov.cn/mohyzs/s3585/200911/44592.shtml>