

香港特別行政區變性人結婚案的基本法分析

付 婧*

香港終審法院於 2013 年 5 月就香港首宗變性人結婚案頒佈判決，裁定限制變性人 W 女士結婚的制定法違反《香港基本法》第 37 條所保護的結婚權。W 案本身蘊含着法律與政治的分野、司法與立法的制衡、傳統與進步的衝突，全面而生動演繹了《香港基本法》解釋、法律解釋理論之間的競爭和詰難，更進一步引發對普通法法院在社會中的角色、司法與民主的關係等問題。最終終審法院的判決拋棄了英國法上的“Corbett 案”先例，而是援引歐洲人權法院 2004 年的“Goodwin 案”，將結婚的權利置於個人自治、人性尊嚴的範疇考量。儘管從後果上它是對傳統本質婚姻論的揚棄，一定程度上通過司法判決的形式引領了社會風潮，但這一判決本身並不像它表面上看來的那樣激進。對於持反對意見的陳兆愷法官基於原意解釋、文本主義、司法尊讓對判決多數意見的批評，本文指出變性人士結婚權之保障有其判例、規範和方法上的基礎，可以分別從普通法地區婚姻中“性別”定義的變遷、根植於親密關係、個人自治與尊嚴並作為基本權利的婚姻自由、《香港基本法》及法律解釋方法等方面予以證成。最後，圍繞司法與民主的關係，終審法院的指示性判決、援引歐洲人權法院“Goodwin 案”的做法不僅沒有僭越民主，實際上具有促進和補強民主的功能。

一、普通法地區婚姻中“性別”的判斷標準

變性婚姻與同性婚姻一樣由於涉及制度上的認可與法律上的效力，其背後關涉到社會整體的價值體系、倫理道德與家庭觀念，其合法化就不會僅是純粹的“個人選擇”或“私人問題”，變性婚姻的訴求整體上來說也是世界範圍內變性人士謀求身份認同的一部分。¹ 儘管普遍而言，人們都同意不分民族、種族、性別或宗教，所有人都享有結婚的權利。但是，當問題轉向變性人士的時候，對於他們/她們是否應當享有以變性後的性別與異性結婚的權利²，則共識破裂，異議頻出。梳理香港終審法院“W 案”之前普通法地區關於變性人結婚案的相關判決，可以看出變性人士性別判斷標準的變遷、法律承認變性人士意欲的社會性別到變性人士可以變性後的性別結婚這樣一個邏輯過程。普通法地區的變性人結婚案件大致可以分為兩類：第一類起始於英國的“Corbett 案”，法院將出生時的生理特徵作

* 中南財經政法大學法學院講師

為決定婚姻性別的排他性標準；第二類案例開始引入心理因素作為判斷性別的標準，將決定性別的時間點從出生那一刻推後至結婚當時，心理因素有時甚至超越生理因素成為決定性別的主導性標準。³ 本質論的婚姻概念努力把“某些必然為真的事實”與“婚姻”聯繫在一起，婚姻的生育價值就被定義為婚姻的本質要素之一。例如“婚姻是以繁衍後代為目的的異性間的結合”，因此只有異性婚姻才是一種符合標準的制度⁴，這也為反對變性婚姻合法化、同性婚姻合法化提出了強大的理由，所以變性人士結婚的權利必然面臨來自傳統婚姻觀念和性別概念的挑戰。

(一) 1970年“Corbett案”：出生性別決定論

早在1866年英國“Hyder v. Hyder案”中，Penzance勳爵確立了普通法下基督教婚姻的標準定義，“婚姻是一男一女基於自願的終身結合，不容得他人介入”。⁵ 一個世紀之後的“Corbett案”，醫生出身的法官Ormrod需要解決的是，如何定義婚姻中的“一男一女”。法官Ormrod參考了大量醫學專家證言後，在判詞中列出了著名的“性別鑑定四標準”，其中前三項均為生理標準(染色體、生殖器官、性器官)，後一項屬心理標準。但法官強調就“婚姻”這一具體語境而言，一個人結婚時的性別，只應當以其出生時的生理性別為準，而不得考慮該人心理上自認為自己是何種性別。⁶ 法官還特別指出，哪怕一個人是最大程度上的人造性別干預者，也無法自然勝任婚姻中男女的本質角色。⁷ 因這一標準簡單排除了性格、個性、心理等因素，將人類性別置於男女二分的霸權形態而招致了世人的廣泛批評，被指責為婚姻甚至其他領域設置了令人難以容忍的刻板前提。⁸

“Corbett案”的判決基礎在於明確認定生育是男女在婚姻中的重要角色，因而結婚的性別應以出生時之性別為準。“Corbett案”及其追隨者最終指向的是：婚姻語境下的性別判斷為何要關注當事人在出生時的生理特徵呢？法律又為何要求一個人出生時的生理特徵必須與其後天在婚姻中的本質角色相匹配或者說能勝任後天的社會角色？進一步追問，甚麼樣的社會角色才會要求如此特殊的生理特徵與之相適應呢？即使承認以生育繁衍為目的的本質論婚姻觀，但“生育”這件事本身並不能為“婚姻中的性別”與“出生時的生理特徵”相配置提供正當性。現實中無法生育的夫妻也可以通過收養、代孕等輔助生殖技術獲得子女。手術後的變性人士客觀上已經失去了生育功能，但這一事實並不能排除其結婚的憲法權利。但從法律技術上說，面對現代醫療改變性別帶來的模糊性與不確定性，“Corbett案”所提供的清晰確鑿的性別判斷標準，可避免法官裁判案件時的恣意，陷入社會心理學標準的迷霧。

(二) 綜合多元的性別判斷標準

迄今為止，大部分普通法地區都接納了變性婚姻，較早放棄“Corbett案”標準並認可變性婚姻的是美國、新西蘭和澳大利亞。在第二類案件中，美國新澤西州“MT v. JT案”、新西蘭“Attorney-General v. Otahuhu Family Court案”、澳大利亞“Re Kevin案”等判決均指出，手術後變性人完全有能力成為兩性關係中的男人或女人，相應的法律、公共政策沒有理由拒絕對其進行法律上的性別承認。個人的自我承認、自我實現必須得到尊重，並不存在壓倒性的公共利益阻礙變性人婚姻的合法化。⁹

1976 年的“MT v. JT 案”為普通法世界第一起偏離“Corbett 案”標準的變性人婚姻案判決，其採取了一種綜合生理和心理因素的判斷標準：第一，只有當一個人進行過手術使其生理特徵與意欲的社會性別保持一致後，他的性別才能得到法律承認；第二，其生理能力和情感取向可使其在婚姻生活中正常作為男人或女人的角色，這一綜合判斷標準姑且稱之為“身心一致標準”。¹⁰ 1995 年的“Attorney-General v. Otahuhu Family Court 案”直接否認了生育能力作為性別判斷的標準，更側重心理因素和社會因素對性別認定的影響，這些直接關乎到親密關係中的支持、陪伴。但法官也並沒有削減性別判斷中的生理因素，其採取了如下標準：婚姻當事人必須呈現出符合男女特徵的外部生理特徵。這一標準可稱為“生理外觀標準”¹¹，不過這一標準在實際操作中會陷入荒謬尷尬的境地。

“身心一致標準”“生理外觀標準”相對於“Corbett 案”來說無疑是歷史的進步，均在某種程度上尊重了當事人自主選擇性別的意願。當然標準的進化也是建立在醫學證據的更新之上——變性人自我意識的心理性別是不變的，此種自我意識的性別可以推翻遺傳學上的固定特徵，從而可作為性別決定的壓倒性因素。¹² 通過人造方式改變生理性別較為容易，因此改變生理性別以適應心理性別是變性人士的普遍選擇。如果個人的心理性別誠如醫學證據顯示的固定不變，那為何還要求其生理性別與心理性別相一致呢？為何要求當事人進行痛苦且昂貴的人工手術干預？而那些因經濟或其他原因放棄手術的變性人則會因此失去結婚的機會。或許只有當事人選擇如此高成本且殘酷的方式對待自己，法院才能結合相關醫療證據相信當事人是“真正”的變性人士，絕非隨心所欲地想要改變性別。¹³ 但將徹底完成變性手術作為認可某人為變性人的前提條件也備受質疑，因有強迫當事人接受“酷刑”之嫌疑。

由此第二類案例意識到，要求當事人具備其意欲性別的生理行為能力或者生理外觀特徵是非常不公平的，儘管後續出現了部分案例拋棄了“身心一致標準”“生理外觀標準”，但法官仍要求當事人進行不可逆的手術干預作為其性別承認的前提。“Kantaros 案”中，即使醫學專家的證言亦不再認為變性手術為性別再造的必經程序，法官也革命性地認定當事人在心理層面和社會層面(除了自身的性別認同外，還包括其家屬、朋友、同事等社會關係網對其性別的認同)是一位男性，但法官同時指出，當事人選擇不可逆的手術干預是成熟的。¹⁴ 歸根結底，儘管苛責殘酷的手術要求與婚姻的“男女間情感結合”的本質目的並無關聯，法官對“不可逆轉的手術干預”的執着態度根源仍在於背後對同性婚姻的恐懼，因為兩個生理特徵相似的人結婚給整個社會的觀感無疑類似於同性婚姻。

後來的“W v.W 案”與“Corbett 案”略有不同，它處理的是一名男性與一位出生時性別不明的性別交叉者¹⁵之間婚姻的效力問題，Charles 法官拓寬了性別的判斷標準，包括：染色體、生殖器官、性器官、心理因素、荷爾蒙因素、第二性徵發育，但沒有說明在判斷性別時如何權衡前述可能衝突的各指標。¹⁶ 言外之意可能是說，性別的判斷不一定總得取決於大多數標準是指向“男”或指向“女”，法官在權衡時擁有裁量權。只有在根據“Corbett 案”標準無法得出結論時，才能進一步考慮心理或第二性徵等因素。雖然前述案件並沒有完全推翻“Corbett 案”，但一定程度瓦解了“Corbett 案”先例的穩固性，性別不再自出生起就是一個拘囿於生理特徵的固定概念，而是流動的、彈性的概念。法官在考慮婚姻語境下決定性別的因素時，會面向更多元化的判斷標準，因為親密、忠誠、陪伴相對於繁衍生育而言愈來愈成為婚姻的核心價值所在。

綜上，一般有效且合法的婚姻定義是一男一女自願終身結合，在人們開始重視變性人婚姻許可問題時，此傳統定義將會產生變化，男與女的定義是否受限於生理性別認定已開始被質疑，並反映出當代的社會道德觀念逐漸開放多元，故婚姻的性別定義具有彈性，各國法律文本中並沒有以生物性別之婚姻結合為要求，過去性別認定標準被認為是必然不可更改的生理特徵，直至現今重視個人人格自主發展，對性別的多元化有更多的發現與理解。

二、婚姻作為基本權利

香港作為傳統普通法地區，由於《婚姻條例》和《婚姻訴訟條例》禁止同性結婚，香港政府婚姻登記處不承認匿名當事人 W 變性之後的女性性別，拒絕授予其與一名男子的婚姻登記申請(即使當事人已經實施過變性手術並按照新的性別重新獲得了身份證件)，匿名當事人 W 遂向香港法院申請司法覆核。正因前述制定法未對婚姻中的“男性”和“女性”做出明確定義¹⁷，故法庭需要確定現行婚姻制度中的“男性”或“女性”依其通常含義，是否包括變性人？如果不包括，法庭是否需要賦予其擴大的含義或新的含義？如果回答是否定的，那麼婚姻登記處的決定是否侵犯了 W 的結婚權？決定的制定法依據《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》是否因損害了 W 在《香港基本法》《人權法案條例》及國際人權公約之下的權利而違憲無效？《香港基本法》實施之初，“特區法院有無違憲審查意義上的司法審查權”這一爭議隨 1999 年香港終審法院在“吳嘉玲案”中的判決達到頂峰。學者多依司法違憲審查與憲制性法律解釋之間的深度關聯，根據《香港基本法》第 158 條全國人大常委會授權特別行政區法院解釋《香港基本法》的規定，推演出終審法院具有違憲審查意義上的司法審查權，這一觀點以《香港基本法》為依據，從理論與規範的契合之處為終審法院司法審查權尋找規範依據，但同時普通法傳統和香港法院歷史上審查法規的先例對此問題可能有着更強的說服力。¹⁸

(一) 婚姻、隱私與個人自治

《香港基本法》第 37 條所保護的婚姻自由，其內涵應該包含婚姻締結自由、相對人選擇自由與離婚自由，因此在成立婚姻關係的面向上，婚姻自由所保障的應為人民有權決定是否要進入婚姻，及與何人進入婚姻的自由權利，但婚姻自由並非毫無限制，基於維護社會秩序或增進公共利益之必要，立法者可以通過制定法律加以限制，如下位制定法關於結婚形式及實質要件、禁止結婚的情形等規定。將婚姻提升為基本權利¹⁹的意義在於，任何涉及限制或剝奪公民結婚權利的法律或政府行為都要接受最嚴格的司法審查。若該項法律或政府行為在司法過程中被推定為違憲，政府必須承擔證明其合憲的舉證責任。²⁰ 一男一女之婚姻制度得以作為限制婚姻自由之理由後，則產生如下問題：《香港基本法》上的婚姻自由究竟有無保障變性人士得以自由選擇與一名異性進入婚姻，或換句話說，受《香港基本法》制度性保障之一男一女的婚姻制度是否能夠正當限制變性人士選擇與其變性後性別相異之人結婚的自由。

“W 案”涉及的根本爭議恰恰在於《香港基本法》第 37 條保護的作為基本權利的結婚自由，將婚姻的定義限定至“一男一女的自願結合”，將“以變性後的性別結婚”這種情形排除出婚姻的法定範圍，是否構成對變性人士結婚權的實質侵害？這一狹隘的法律爭點令法庭將“結婚權”放在首要考慮的位置。婚姻領域的個人選擇是個人自治的固有內容²¹，親密關係理論即將隱私界定為“對個人親密關係的自決或控制”。隱私權的本質在於保障個人親密關係不受侵害。通過保護隱私權對社會生活與個人親密關係作出區分，並劃分出一個專屬私人的“親密關係”(intimacy)加以保障，避免他人、公眾、社會的侵擾。²² 美國法院對於生育、婚姻關係等重大私人問題的裁決經常援引此理論作為隱私權的理論基礎。創設美國隱私權的“Griswold 案”，《歐洲人權公約》第 8 條(尊重個人與家庭生活的權利)及第 12 條(結婚的權利)²³，都極力強調了婚姻和隱私、個人自主的緊密聯繫。

《歐洲人權公約》第 8 條從的字面意思以及人權法院形成的判例來看，是一條“保護個人隱私利益的條款”，不過與美國人所說的“一種獨處的權利”相比，此處的隱私利益範圍已不限於此。²⁴ 從它保護的對象看，它涉及的範圍非常廣泛，覆蓋多個領域——包括個人身體、個人住所、個人信息、肖像、姓名、性取向和性行為、私人生活和家庭生活等與個人私生活利益直接相關的方面。歐洲大陸語境下的“隱私權”的核心內涵，是對人的意志自主和自治的尊重，使每個人得以在行為和決定上得以自決，是屬個人人格尊嚴(dignity)的範疇²⁵；是個人作為國家和社會的一員所享有的當然的受尊重的權利，主要防範的是來自外界的對個人尊嚴的否定。這一理念確信每個人的自主性高於國家的價值，每個人都保留不受國家干涉的獨立生活的區域，以此作為理性的個體自主生活的基本原則。因此，隱私利益總是和“不受侵犯的人格”聯繫在一起。“不受侵犯的人格”是隱私權保護的社會價值，是人的本質要素，包括個體尊嚴、正直、自治和獨立。尊重人格是隱私權概念的基礎和核心，保護隱私權就是保護個人自由和尊嚴。²⁶

《歐洲人權公約》第 8 條的措辭，國家對個人隱私的干預必須是在“民主社會中所必要的”，這一短語要求法院根據其所說的“緊迫的社會需要”來確定國家是否表明其行為是正當的。這並不是簡答的必要性測試或者比例原則測試，還要符合歐洲人權法院所說的“多元、寬容和博大”的精神。²⁷ 在確定締約國是否履行了第 8 條賦予國家關於尊重個人權利的積極義務時，歐洲人權法院必須進行公私利益權衡——變性人的人格尊嚴、身心、倫理安全與諸如婚姻、家庭這類社會建制不可避免的影響力之間的平衡，以判斷公權力對私人領域的介入是否正當。在“Goodwin 案”之前，1986 年的“Rees 案”、1990 年的“Cossey 案”以及 1998 年的“Sheffield 案”三起挑戰英國法律禁止變性人修正出生性別、不允許變性人結婚的禁令的訴訟均以失敗而告終。因為各國有權決定對於變性人或同性婚姻之限制，而判決也強調，生物學上異性之婚姻為建立家庭之基礎。後來的“Sheffield 案”和“Goodwin 案”的判決結果不同就在於，兩案對政府是否能提供堅實的證據證明“變性人獲得性別承認會導致公共利益受損”的答案有所不同，而兩起案件相隔不過四年，“Goodwin 案”判決出台的 2002 年，歐洲人權法院態度就發生了扭轉。“個人自治”這一核心理念和歐洲社會一直持續性趨向於承認變性人變性後性別的國際潮流，這後兩者正是“Goodwin 案”顛覆“Sheffield 案”的決定性論據。

“W 案”高等法院法官僅僅附帶性地考慮到了作為“隱私權”基礎的“個人自治”和“人性尊嚴”，沒有仔細檢視附着於結婚權之上的隱私利益，並未對 W 的結婚權做出任何實質性評估，對於施加於權利之上的限制是否合理、必要、合乎比例也未做審查，最終導致忽略了“個人自治”和“人

性尊嚴”對決定一個人結婚時的法律性別的影響。不過，諷刺的是，兩級法庭“W的結婚權未受實質侵害”的判決意味着本案中的變性人W如果願意，可以選擇與一位女性而非男性成婚(在香港法律不承認出生性別可以更改的情況下)。如此一來，此判決可能給公眾留下香港地區已承認同性婚姻合法化的錯覺。²⁸

(二) 權利進路的批判及反駁

是否將變性婚姻作為《香港基本法》上的基本權利加以保障，至少面臨着兩個個方面的批評：第一，《香港基本法》文本及原意對於變性婚姻是沉默的，將此作為一種實體基本權利缺乏文本和原意的雙重支撐；第二，傳統婚姻觀念向來排斥非基於異性之間的結合，如果變性人士的性別得不到承認的話，其對婚姻的訴求將尷尬地淪為一種同性婚姻的訴求。終審判決持反對意見的陳兆愷法官也正是基於文本、原意和司法尊讓來批評多數意見的，多數意見將結婚的權利拓展至變性人，實際是在進行一個缺乏社會共識的政策判斷，從而攫取本該由人民和立法機關進行判斷的機會，並且阻止了正在進行的政治辯論。

對於第一點批評比較好反駁，雖從嚴格的解釋主義者來看，《香港基本法》文本與原意無疑是探究《香港基本法》意旨的惟一根據。這樣一種方法論也因其局限而遭到詬病。由於《香港基本法》文本的抽象性，而它的制定歷史在許多問題上也語焉不詳。因此，若一味狹隘地解讀文本、機械地遵循原意，人民的自由則勢必會受到限制。《婚姻條例》第40(2)條的用詞為“男人”(man)和“女人”(woman)，《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條的用詞為“男性”(male)和“女性”(female)²⁹，而後者正與英國1971年《婚姻無效法案》(後被1973年《婚姻訴訟法案》修正)相同，該法案以成文制定法的形式吸收了“Corbett案”標準，在該法案和“Corbett案”判決誕生後，“並非一方為男，一方為女的婚姻無效”在英國制定法上遂有了依據。³⁰“Corbett案”中對婚姻和性別的理解能否代表香港法律和香港社會之意見呢？儘管各級法庭均肯承認立法會制定《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條時已經採納了英國“Corbett案”中“出生性別決定論”的標準。³¹但是，人們把具體爭議涵攝於抽象規則之時，規則總是會出現確定性的核心以及值得懷疑的邊緣。所有的規則都有着模糊的邊緣，或者說“開放結構”(open texture)。³²《婚姻條例》與《婚姻訴訟條例》對於“男”“女”的含義仍保持着相當的開放性。因此有學者質疑高等法院的判決實質上是對“Corbett案”的誤讀，即使香港的《婚姻條例》與《婚姻訴訟條例》賦予了該判例制定法上的效力，其目的也只是強調一夫一妻制度，而非要把基督教婚姻觀中有關生育與繁衍的宗教價值強加於香港社會。人為地將已經過時的“基督教婚姻觀”中的繁衍功能添加至“Corbett案”及制定法中是對婚姻概念的誤讀，從而加強了生理因素在性別認定中的權重，構成法官個人對婚姻概念保守的一己之見。³³法官不可能不注意到40年前的“Corbett案”判例因“過時”(時至今日已有不少案例不同程度偏離“Corbett案”判決)而遭到過大量批評³⁴，而且英國議會早在2004年《性別承認法案》(*Gender Recognition Act*)中即已允許當事人對出生性別做出修正，從而可以自己希冀的性別結婚。

《香港基本法》作為一部“活的憲法”，憲法與其膠柱鼓瑟般探求立法原意，不如反應時代精神、社會變遷和民眾需求。活的憲法解決了成文憲制的安定性和社會發展的變動不居之間的緊張關係，同

時也解決了原意解釋以制憲者或制憲者同時代人的理解來約束當代人的“死者之手”的統治中隱含的反民主因素。由於《香港基本法》文本對婚姻自由的明確規定，這也使得婚姻制度成為一項《香港基本法》所保障的制度，“婚姻自由”也順利成章地成為基本權利之一，從而無需面對美國同性婚姻合法化所需要解決的問題，即“婚姻”是否是憲法文本所未列舉的基本權利。³⁵ 然而，在《香港基本法》文本中，同樣不能清晰的判斷出“婚姻”的內容——《香港基本法》所規定的“婚姻”是否本身就包含了“一男一女”的內在特徵？還是說可以將“婚姻”擴展到“變性婚姻”？具體到變性婚姻，變性人士以變性後的性別進行異性之間的結合能否被納入到法律上婚姻制度的“核心範疇”，其關鍵仍取決於先定的關於“甚麼是婚姻”的政治判斷或價值判斷。

契約論婚姻觀的興起逐漸削弱了傳統本質論婚姻中“男女分工”“繁衍生育”的本質因素，更多從程序的角度出發，認為婚姻是一種契約，是兩個人合意的結果，並不存在國家壟斷定義的婚姻以及具有全面法律地位的婚姻，從而認為婚姻應該主要是在配偶之間解決的私人事務，而國家的介入只能保守在執行一般法律事務(關於財產、侵權、犯罪等等)、執行個別設計的特殊契約之內。³⁶ “Goodwin 案”之前的“Belinger 案”，Thorpe 勳爵所持之異議意見與後來的歐洲人權法院“Goodwin 案”判決異曲同工，便是強調現今世界乃包含多種族、多信仰的多元社會，婚姻不再理所當然地從一而終，離婚是人們唾手可得的放棄婚姻的合法手段。將婚姻定性為一紙契約，婚姻當事人可“選擇自由進出”以圖證明人們結婚不再為天長地久，更不為繁衍後代。因而，變性婚姻亦即自由人的結合之一種形式，法律沒有理由禁止。其中對婚姻締結與解除之自由的強調，以及對生育動機與價值的貶低，是變性婚姻合法化的突破口。³⁷

再者，婚姻作為一個解釋性概念，必須推進到對個人倫理生活的理解。³⁸ 這個問題對每一個人都是重要的，因為每個人都要面對着如何設計自己的生活，使自己過上一種好生活的倫理問題。倫理更看重的是個體去追求好生活(good live)的一個過程，個人的倫理生活對個人來講是一種責任，是個人要經過自己的理性的反思並努力地去追求而獲得的。法哲學家德沃金提出了倫理生活中的尊嚴原則³⁹，即要尊重每個人過自己倫理生活的尊嚴。其中第一原則是內在價值原則，這個原則堅持每一個個體必須認識到“好的生活”具有一種客觀的重要性；第二個原則是本真性原則(authenticity)，本真性意味着被稱為性格的東西，或者是“一種風格”，意味着每一個個體努力發現適合自身的境況的一種方式，而不是一種未經考慮就從傳統、別人的期待或別人的要求借鑑而來的方式。當一個個體對他生活中應該展示的價值和目標的判斷被他人的判斷所替代，而且還被迫去接受他者的判斷，本真性就會被破壞。因此，一種有尊嚴的倫理生活，即是認真地對待好好地生活這件事本身。

作為解釋性概念的婚姻鼓勵人們去反思與爭論那些被大多數人視為典範的傳統婚姻實踐，哪怕變性婚姻現在看起來與之大相徑庭，但如果能證明其也能最佳地證立人類的婚姻實踐、最佳地證立了婚姻價值、人的尊嚴，其仍然是可被接受的。從德沃金的尊嚴原則來看，變性婚姻其本質就是尊重性別再造人士經過深思熟慮的人生抉擇，肯認了他們對自己倫理生活的客觀重要性的認識。同時，變性婚姻並沒有否認異性婚姻生活作為“典範”的重要性，所以它與一般的倫理道德生活並不衝突。隨着社會道德的寬容、女性地位的提高和避孕技術的發展，婚姻和生育之間的相關性一直在降低，如果法律並沒有把異性的婚姻權利和生育掛鉤，法律就不能以同性或變性無法實現生育目標為理由而將其排除在結婚權之外。“W 案”中就需要對《香港基本法》中的“婚姻”進行一種能夠涵括“多種可能性”

的界定，需要考慮歷史變遷中婚姻本質功能的演變。

三、變性婚姻與法解釋方法之爭

《香港基本法》文本中並未明確給出“婚姻”的具體界定，《婚姻條例》和《婚姻訴訟條例》是對《香港基本法》規定的婚姻自由的具體化，明確將之界定為“一男一女”之間的異性結合。對《香港基本法》的解釋和對制定法條例的解釋畢竟不同，對後者中“婚姻”“一男一女”的理解不能自動替換為對《香港基本法》婚姻自由的解釋，還需要考慮到香港的社會變遷和憲制變遷是否賦予了憲制文本新的內涵。社會變遷以甚麼樣的方式影響憲法的判斷，傳統觀點是通過憲法解釋的方式進行，憲法解釋又必須從社會環境的變化和複雜性中遴選相關信息。⁴⁰

(一) 文本主義與共識主義

在對待制定法和憲法的解釋方面，普通法國家和地區實際也有不同表現。英國議會在立法方面上享有獨佔性和排他性的權力，這對法院解釋制定法造成了一定限制，法官們擔心普通法受到成文法的侵蝕而採取警惕態度，表現出較為嚴格的形式推理傾向，大體上仍堅持“通常含義”或字面含義的解釋進路，極少探究立法政策和原理。並且法官在解釋法律時有義務以議會立法原意為歸屬，尊重且不應覬覦立法機關的權力。而在擁有高度概括性和原則性成文憲法的美國，法官在解釋制定法和憲法時普遍具有實質主義的能動擴張傾向。⁴¹ 香港作為傳統普通法地區，對制定法亦是採取傳統的文意解釋方法，強調制定法的言詞重要性。除非制定法所使用的言詞沒有確定的通常含義，從而不具有清晰的字面意思，否則法院不會主動探究制定法的目的。

“W案”原訟和上訴判決正是秉持前述解釋態度，均援引歐洲人權法院2001年的“Belinger案”拒絕承認，香港語境下“男女”的當代通常含義中包括變性後所確立的性別，其理據概有如下要點：第一、肯承了心理信念和社會感知等非生物因素也應作為性別判斷依據，但傳統本質論婚姻觀仍以繁衍生育為核心功能，“Corbett案”樹立的“出生性別決定論”目前仍為香港社會的主流意見。第二、自“Corbett案”已有四十多年的社會變遷，“男女”一詞在香港社會的通常含義並沒有發生變化，香港社會缺乏足夠的共識在今時今日將變性人士囊括其中。第三、變性人士的性別承認和結婚權問題，基於基本權利的公共面向，法院必須對立法機關和其在一定程度代表的社會共識保持尊讓。⁴²

英國“Belinger案”，Nicholls法官的主筆判決仍借助《牛津簡明詞典》說明“男女”一詞在何處都不可能擴張解釋到包括“變性男女”的地步。否則法官還必須回答由此帶來的變性人性別承認的前提條件是甚麼？在婚姻領域做出性別承認對其他領域，如刑法、社會保障法、行政處罰法等會有實質影響嗎？這些屬立法機關基於制度正當性和制度能力來回答的問題，而不宜通過司法判決這種碎片化的漸進方式來處理。⁴³ “Belinger案”判決仍將“兩性生殖繁衍之功能”作為法律上性別分類的基礎，

此種基礎之所以正確無誤乃在於“主流社會通過法律決定了何種生物意義上的標準能夠用來對性別進行分類”，而自我感覺、自我定義性別在當時還不為法律承認，允許自我選擇性別會瓦解男女得以區分的自然生物基礎⁴⁴；同時會導致法官未經授權肆意擴大或修正概念的字面含義，甚至虛無化“男女”的含義。⁴⁵

美國法院 2003 年的“Nash 案”和 2004 年的“Kantaros 案”最終均推翻了變性人婚姻的效力，轉而對“男女”做出最一般、最通行的解釋，並且強調性別自出生起就不可改變。⁴⁶ 早在“Littleton v. Prange 案”中，法庭多數意見雖並未援引語詞的定義或者斥諸語詞的日常用法，但法庭指出“變性人”絕不是“你在德州大街上或者法庭裏就能經常聽到的詞”。⁴⁷ 在“Re Estate of Marshall G Gardiner 案”中，州最高法院援引《布萊克法律詞典》和《韋伯斯特新二十世紀詞典》推翻了州上訴法院的判決，堅持“性別”“男女”這類日常詞語的一般用法必須給予最通常的、並為大眾所能理解和接受的解釋——無法涵蓋“變性人”，雖然如此容易把法解釋問題剝離出特定的個案而削減成純粹的語言學問題。⁴⁸ 而在澳洲語境下，“男女”一詞包含“變性後為男或變性後為女”兩種人士。法官甚至區分了“手術前的變性人”(pre-operative transexual)和“手術後的變性人”(post-operative transexual)，但法官始終承認，任何試圖擴大男女通常含義的做法都困難重重，因為並沒有一個共識性的標準足夠用來確定變性人士在婚姻中的性別狀況。這種性別上的不確定性為法律操作帶來的難題：世界各國都沒有完整統一的確定何為變性人的標準，即便在承認變性婚姻的法域，標準也不盡相同。任何性別矯正技術只不過是對意欲社會性別的“模擬”，這也是“Belinger 案”主筆法官 Nicholls 勳爵所謂的法官不宜涉足的“深水區”。⁴⁹

在前述案例中，由於缺乏制定法和公共政策的明晰指引，詞典定義成為輔助法庭理解和記憶的工具，為法官在制定法文本、立法目的、常識基礎上輸出了制定法解釋的可能答案。但依賴詞典的解釋亦存在不少弊端，如詞典側重對詞語進行中立化的客觀描述，使得解釋對象成為具體化、常態化的穩定實體，以致於無力對詞典進行連續的審查以順應現實變遷；相比記錄特殊化、不太可能穩定化的詞條，詞典編纂者也更願意選擇性收錄具有穩定涵義的詞條。就社會文化變遷、醫療科技發展而言，詞典無法為特定的爭論提供較好的指引，編撰者幾乎不可避免地會犯下有欠周全的失誤，且同時植入自身的社會文化所屬的偏見，從而墮入“詞典立法者”的危險境地，瓦解司法者的解釋職責。⁵⁰ 另外，根據法解釋的規則，日常用語的通常含義應該是當代的通常含義而毋寧是立法之時的通常含義。男女在當代的通常含義又往往取決於立法文本、立法目的、當代法律、社會、醫療科學的整體環境等綜合因素。而到“Goodwin 案”之時，英國上議院承認此時的英國社會、法律、醫療科技環境均出現了較大變遷，Hobhouse 法官才着重提出了“性別選擇”(gender by choice)這一新穎概念，正式與之前對“男女”的通常理解分道揚鑣。“變性”或者“變性手術”這樣的術語也已日常化而被一般人所理解，醫學專家和法律工作者也在使用這些日常語言，而更少地援用諸如“性別轉換”(sex conversion)或“性再造手術”(sex reassignment surgery)這類更精準更具有醫學專業性的術語。⁵¹

人們通常所謂的疑難憲法案件是指，人們無法就憲法含義達成共識、或者無法對其中的憲法含義問題取得一致看法的那些案件。按此定義，堅持文意解釋的文本主義和共識主義的解釋路徑對於發現憲法含義用處不大。無論是文本主義還是共識主義的理由並不是單純來自平白的文字或社會共識，而是來自特定社會的民主觀念。憲法解釋的共識主義認為，憲法所保障的自由/權利的含義不是自由/權

利自身所確定的，而是由社會共識所確定的，這是非民選法官有權宣佈民選機構的決定無效的惟一正當理由，同時這反過來又暗示真正的個人權利是不會反對共同體的，此處共識主義所體現的悖論恐怕難為大多數憲政體制下民眾所接受。故認定憲法中某個概念的含義由社會共識所決定者需要為自己的民主觀加以辯護，必須證明自己的民主觀念是最大限度接近民主制本身以及人們對政府形式的最佳理解，這樣才能超越人們在民主問題上偶然相信的觀念，否則作為理論基礎的民主理念不過是解釋者的個人偏好而已。⁵² 按照共識主義的解釋方法，“W案”中的“婚姻自由”是否僅僅包括那些當時的社會共識認為應該包括的內容，社會共識建立在社會事實基礎之上，是一個關於世界實際是怎樣的判斷，因此香港法院不應當確認超出社會共識所圈定的自由範圍以外的結婚權。但共識主義的解釋悖論在於，如果憲法所確保的權利/自由的含義是由社會共識確定的，那麼，一個忠實代表了穩定的社會共識的政府就不可能侵犯被憲法保護的權利和自由了，一切邪惡的政府也會成為美好的政府了。對共識主義的批判還在於，某一社會共識越有活力，則越能接近真理及最佳解釋，但如果這個社會能承認其自身的不完美，那麼它就不會熱衷於所謂把所謂共識當成彈壓少數異議的“消音器”。⁵³ 因此在“W案”中，原訟法庭和上訴法庭依賴的文意解釋、社會共識實質上均簡化了對婚姻中“男女”之理解。

(二) 作為合憲性限定解釋技術的補救解釋

“為與《基本法》第三十七條及《香港人權法案》第十九(二)條達成一致性，《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條及《婚姻條例》第40條中的‘女’及‘女方’等字詞的涵義，必須解釋為包括接受手術後由男性變為女性的變性人士，而該人的性別須由適當的醫療組織證明在接受性別重置手術後已經改變，這種涵義必須給予法律效力”，可見終審判決這段判詞並沒有直白否定婚姻登記處對“一男一女”的傳統理解，但基於婚姻作為一種實體基本權利，若將變性伴侶排除在婚姻之外，則嚴重違背尊重私人自治原則，對當事人的結婚權構成實質傷害。又為了避免直接宣告違憲推翻法例，多數意見對爭議條文採取了補救性解釋以維繫法例的合憲性。

補救性解釋包含了一些著名的司法技術，包括限縮解釋、擴張解釋和甚至剔出法律條款中有問題的部分，旨在將因違背基本權利和基本自由而遭受挑戰的法律解釋或宣告為合法的、協調的。對具有違憲嫌疑的法律採取補救性解釋可以避免法院過度介入立法權的核心領域，此種法律解釋方法與美國憲法上迴避憲法判斷的“布蘭代斯規則”之七異曲同工⁵⁴，本質均為迴避違憲判斷的法律解釋方法，也似於德國憲法學中的“合憲解釋”，意指“法律的規定必須解釋為與憲法的原則相一致，如果某一特定的法律存在複數解釋的可能，則必須選擇與憲法相符合的解釋”。⁵⁵ 然而此種法解釋方法也並非沒有爭議，對具有違憲嫌疑的法例作出補救性解釋往往是為了避免違憲宣告，但常常需要轉換文本的原意，其用意雖是尊重國民意志的代議機關，但實質可能扭曲立法者原意，反而招致法院對立法權的變相“擠佔”。⁵⁶ 因此補救性解釋必須恪守相應的界限，具體為：補救性解釋不得與原立法目的產生嚴重分歧以至於需要重新進行民主審議討論；補救性解釋不得徹底改變法律條文之本質，防止法院借“法律解釋”之名行“法律修改”之實。⁵⁷ “W案”中終身法院陳兆愷法官也在反對意見中指出，法官雖然有權在個案中作出擴張性解釋，但必須有壓倒性的理由才行，否則只能以當時法案起草時的立法原意為準。⁵⁸

作為合憲性限定解釋技術的補救解釋體現了香港法院作為違憲審查機關的一種自制，其正當性源於對民主立法機關的尊重和審查機關作為《香港基本法》之下的司法機關的功能界限。這種迴避違憲判斷的方法可以追溯至法律與政治之間的複雜關係，迴避的對象不外乎是政治世界中的實力和規範背後的多元價值。從哲學的角度而言，任何試圖確立金字塔式的價值秩序模式或者說任何一種試圖撇開交互性的人類意志活動(相互的同意)而試圖建立價值秩序的理論，都必然要面對認識論的證成問題。因為那些理想的價值秩序模型無法通過任何經驗性的普遍認知而被證明為真，同時還可能面臨如下可能——必須把此種認識能力從大多數人的手中剝奪走而託付給極少數人，即只有明智的人才可以理解/認識而多數人無法洞見這些理想的東西，這必然要預設一種優先性的道德或價值判斷能力。⁵⁹

面對多元的實體價值，憲法審查機關必然會遭遇選擇困境，正是出於“維護社會長遠價值的需要”，同時又避免“價值僭政”，憲法審查機關因而不宜通過憲法判斷將特定價值固化為終極價值。為了保證憲法判斷的可被接受性，需要對特定實體價值的判斷作出迴避，且憲法判斷這種必要的價值判斷不過是為了解決個案而做出的，如果可以不作出更多價值判斷而解決糾紛，則盡可能迴避對終極價值的判斷，讓其仍處於“未決狀態”。“W案”中多數意見並未從根本上挑戰現行婚姻作為男女基於情感自願結合這一社會建制，對同性婚姻問題未著一詞，僅僅是通過對制定法之補救解釋以使“男女”之含義與《香港基本法》的價值相匹配，從而將社會中非基於生物決定論的多元性別理念傳遞至整個婚姻法系統，至於其他部門法領域(如刑事法、社會保障法)是否也採納婚姻法對“男女”的理解，以及整個法律系統的“體系性”和“融貫性”的實現，還依賴於司法機關和立法部門的持續性互動。

四、“W案”中司法與民主關係審視

若將變性人婚姻納入傳統本質論婚姻的範疇，這一對婚姻中“男女”內涵的拓展就既非《香港基本法》文本所明確規定、又非“紮根於香港社會的歷史與傳統”，是故高等法庭以一致意見否決了W的訴請。但有趣的是，兩級法庭均呼籲立法會對《婚姻條例》做出修訂，同時譴責《婚姻條例》對變性人士的歧視。張舉能法官特別在判詞中敦促政府“不要將此次判決視為一場勝利”，而“希望此判決成為政府就性別身份、性取向、變性人士遭遇的特定困境(包括結婚的權利)等問題展開公眾諮詢的催化劑”。⁶⁰ 批評者也多從反對司法尊讓的角度不贊同高等法院將保護邊緣人群基本權利的憲制義務拱手較給立法機關和行政機關，尤其當法院在就違憲問題作出裁決之時，不應當過度尊讓政府。

終審判決則通過司法過程賦予變性人士結婚權以基本權利地位，同樣面臨“將直接挑戰現行制定法，間接而深刻地影響政治過程，從而有悖於民主自治原則”的批評。⁶¹ “W案”無疑拷問着香港法院的司法哲學，變性婚姻問題究竟是應由多數民眾通過立法來決斷還是應由少數精英通過司法來裁判。在婚姻的界定中保持對變性婚姻的開放性，是否意味着將變性婚姻納入現行婚姻制度就立即符合婚姻的真諦或具有道德正當性，還是說應當在合適的時機(比如社會的接受度已經達到一定程度)作出合適的決定，否則法院將需要尊重立法機關的判斷？⁶² 對“婚姻”進行突破傳統的界定勢必會引來

“僭越立法權”的非議。香港作為一個崇尚自由的地區，變性婚姻合法化正體現了香港社會的多元化與包容性。就“婚姻”與“性別”的界定而言，無論是固守傳統還是引導變革，來自於民眾的支持與反對都將不可避免。⁶³

(一) 指示性判決與對話式司法審查

基於民主正當性和制度能力的司法尊讓，令原訟法庭和上訴法庭更願意將涉及性別少數群體權利的事宜交由代表多數的立法機關處理。“W案”終審法院的權利進路分析意味着法院已就“婚姻”與“性別”的定義進行了實質性的判斷，“W案”不僅僅要求法官基於個案解釋制定法中“男女”這樣的日常用語，同時也要求法庭一併處理變性人法律身份的難題，因此，終審法院並未立刻宣告《婚姻條例》《婚姻訴訟條例》違憲，而是延遲推翻爭議條文，給予立法會12個月的寬限期至立法會重新全盤修訂爭議條文。⁶⁴ 在聯席判決的結尾，法官列出了一份冗長的“立法指示”，提出可供立法考慮的若干重要方面。例如，在如何確定變性的程度方面，提供各國的實踐作參考，包括澳大利亞、英格蘭、美國的新澤西州和新西蘭的做法。還建議香港立法會直接模仿英國的做法，在修改婚姻法的同時，制定性別確認方面的法例。⁶⁵ 可見，終審法院選擇關鍵時刻激流勇退將這一公共政策問題交由人民自身來決斷，以免因阻滯民主自治而成為正當性極其可疑的“司法立法者”。

一般而言，司職違憲審查的機構在作出違憲判決之時，若僅僅單純宣告違憲而對違憲的法律法規如何適用和實施完全不加理會，可能不利於糾紛的徹底解決。因此，單純違憲判決大多會附帶對立法機關賦予特定的改正義務。至於究竟如何做出立法指示，則視各地區違憲審查權限範圍的差異而定。例如在法國、德國的抽象審查中，憲法審查機關所作出的責令改正義務比較具體⁶⁶，此時違憲審查主體實質上分擔了一部分立法權能，憲法審查機關的角色已經超越了H·凱爾森所謂的消極立法者而兼具積極立法的功能。⁶⁷ 而在普通法院司職違憲審查的美國，立法機關和憲法審查機關權限涇渭分明，一般禁止不以案件為導向的諮詢意見。⁶⁸ 除了前述單純違憲判決會附帶立法指示之外，流行於大陸法系的違憲警告性判決(admonitory decisions)，乃憲法審查機關對立法者的一種警告，如果不積極改正則可能會導致違憲結果，也會同時要求立法者採取合理措施或就立法問題提出意見和建議以使法律達到完全合憲的狀態。⁶⁹ 一般而言，美國普通法院司職違憲審查的模式並沒有大陸法系那樣內涵、範圍明確的警告性判決方法，更多的是在爭議較大的“諮詢意見”和法官的判決理由或隨附意見中帶有警告性內容。

“W案”中，是否修改現行法例、是否制定新的法例完全屬立法機構的立法形成自由，那為甚麼法院又指示立法機構如此行事呢？即使立法機構不遵從，根據遵循先例之原則，W及其他類似情形之人的結婚權亦可在普通法上獲得法院的支持。因此，反對者認為此種附帶針對立法內容的詳細指示存在些許弊端，如危及分權體制，削弱司法獨立，危及立法者和公眾對司法之信任，判決有超越案件爭議範圍之嫌疑，混淆了法院判決與法官意見之區別等等。⁷⁰ 但值得注意的是，有不少學者和法官都指出，由於缺乏完整的民主普選機制，導致香港社會和媒體對法院人權保障和正當程序給予厚望，民主赤字一定程度成就了香港法院在法律改革、政治改革中的能動作用。⁷¹ 因此也可以反過來說，香港法院的司法審查較之傳統司法審查地區，“反民主”的色彩更為淡薄，法院的判決還能起到整合公共政

策、促進民主之作用。⁷² “W 案”的附帶指示性判決提高了解決爭議尤其是司法性不強的涉公共政策類爭議的效率，推進了政治部門與法院的對話，有助於不同權力部門間的合作，因此法院對待立法者的態度既不是全盤尊讓或積極對抗，而是與之展開有效的溝通，共同提高民主決策的質量和對公眾的政治責任。

因此 “W 案”的判決指出了眾多留待立法機關日後亟待解決的難題，如對未採取任何性別改變或醫療干預措施的變性人士與那些已經完整承受了不可逆的性別再造手術的變性人士應如何區分對待？兩者面臨的性別承認是否相同？性別改變是一個漫長漸變的過程，在此期間，又如何分階段地確定當事人的性別？⁷³ 以及政府應如何處理性別轉變帶來的婚姻(包括外地婚姻承認)、子女親職、社會福利、勞工福利、原居民權益、體育競賽、歧視和宗教證婚等事宜。⁷⁴

(二) 制定法和判決先例之爭

有一種觀點認為 “W 案”終審判決實為香港同性婚姻開路，將傳統婚姻解釋為一紙契約，不考慮基於生理特徵的繁衍生育因素，那徹底的契約論婚姻就不應當拒絕同性結婚或更極端的婚姻形式。⁷⁵ 從哲學上說，這是一種典型的道德滑坡論證。為與《香港基本法》第 37 條及《香港人權法案》第 19(2) 條保持一致性，終審法院對《婚姻訴訟條例》第 20(1)(d) 條及《婚姻條例》第 40 條中的 “女” 及 “女方” 等字詞的涵義進行了合憲性限定解釋——必須解釋為包括接受手術後由男性變為女性的變性人士，而非僅僅將變性人士的性別承認及結婚權利問題完全被動交由立法加以具體化的原因在於：首先，法院必須履行定止紛爭的功能，變性人士群體的弱勢地位註定他們很難通過民主過程獲取權利救濟；其次，醫學的發展改變了傳統上人們對 “性別” 的認知，變性人士的婚姻基礎與異性之間的 “自由情感結合” 從契約婚姻觀的角度而言並無本質不同；最後在社會後果上，承認特定情境下的變性婚姻(而非不分情境的全盤承認)並不會對現行婚姻制度造成根本衝擊。例如原訟法庭張舉能法官擔憂，如果對手術後的變性人和手術前的變性人一視同仁均賦予其可以自己想要的性別與一名異性結婚的話，案件便立刻會陷入同性婚姻的爭議，為香港同性婚姻合法化打開大門⁷⁶，因此終審判決才謹慎將 “男女” 之含義僅僅擴大至 “接受手術後的變性人士”。另外，終審法院拒絕為適格結婚的變性人劃下標準，即拒絕宣佈只有完成了整項變性手術之人才可以手術後之性別結婚。從終審判決的立法指示中可見，法官希望將此問題留給立法會。

以判決先例來傳播規則的不確定性與以一般立法來傳播規則的不確定性之間的優劣區分，一直是法理學上的難題。一般化語言所能提供的指引是有限的，這也是語言固有的本質。法解釋規則雖然能夠減少不確定性，卻也無法完全消除。如法律實證主義者認為的，以判例來傳承一般化規則，具有更複雜的不確定性。普通法判決先例理論仍具有高度爭議性，即使是判決理由(ratio decidendi)、案件事實和法律解釋這些關鍵詞，也含有不確定的陰影地帶。⁷⁷ 儘管法官可以在先例中作出解釋、提供理由、發展居中的原則、甚至作出立法指示來確保法院對文本的解釋依然是法律，但這些解釋、推理、原則和框架某種程度上都是學說，後繼的立法必須重新檢測這些學說的存在，普通法規則也可以被制定法和具有憲制性地位的法律文件所修正。然而判例法的誕生過程也說明了，它本質是一種跟隨社會變化的經驗的累積，判例不會冒然揭示隱藏着的 “終極真理”，而是漸進式地在一個個具體案件中來考慮

法律的社會影響。對“婚姻”中“男女”之理解是否包含了“變性後的人士”，顯然不是目前的法條所能給出回答的，通過具體個案來回答這一問題顯然比抽象的倫理道德辯論更清晰。而諸如終審判決立法指示中所涉及的其他問題，法院也以“打包”的方式提醒立法機關注意了。本案例中終審法院的判決並沒有混淆制定法和判例應有的功能與界限。香港的婚姻制度及相關概念，至少在立法會完成法律修改程序、新的婚姻制定法出台之前，並沒有發生嚴重的實質變化。

(三) 外國法與民主

“Goodwin 案”之前，就是否認可變性婚姻問題，歐洲人權法院認為歐盟成員國尚未有共識，法院根據裁量餘地原則繼續尊重各國傳統婚姻之定義無可厚非。⁷⁸ “Goodwin 案”偏離曾經主流婚姻觀的理由主要在於，變性人已不再被視為“不男不女”的“過渡人格”，變性人的人格發展、身心、倫理上的安全利益不再是需要經過時間檢驗的爭議性的利益，“國際普遍認可變性婚姻的潮流”並不要求各締約國已達成絕對的共識，而只要求有清晰的持續性的證據證明存在一股認可變性婚姻的趨勢即可。共識強調“通常一致”，潮流更側重於“正在發展或變化的方向”，不局限於地區性的變化，不受到多數意志的脅迫。所以，英國的婚姻傳統與文化不應成為個人結婚自由的絆腳石。⁷⁹ 香港高等法院判決更多依賴的是以被歐洲人權法院放棄的“Sheffield 案”的共識說(consensus)，而非“Goodwin 案”的潮流論(international trend)，來討論香港的處境。儘管有證據證明國際上許多國家已接納了變性人的性別承認和變性婚姻，高等法院原訟法庭和上訴法庭仍一致認為法院要探查香港社會主流意識是一件非常困難的事情，只要沒有相反的證據出現，即可推定目前的社會主流意識並未發生變化，從而尊重立法機關現有的立法及解釋，無需對性別做一個擴大的解釋。⁸⁰ 不過終審法院最終將“Goodwin 案”做法適用於香港，在未經本土社會充分討論與研究的情況下，通過司法裁判的方式將“變性男女”納入到現行婚姻制度之內，並要求立法會在一年內完成修繕或重新立法的工作。

根據《香港基本法》，香港法院有權援引海外判例(overseas jurisprudence)進行司法審查，只不過海外判例法在充當司法審查的依據時，並不具有直接的規範效力，僅僅只能作為一種具有說服力的解釋工具，其作用是通過輔助解釋《香港基本法》或《人權法案條例》的形式實現的。在援引、參考外國普通法增進司法過程的確定性和可預測方面，學術界的批評意見主要包括兩個方面：其一，外國判例與本國實踐存在不一致性，在判例的選擇上缺乏統一的原則作為指導，法律適用的混亂和過度自由裁量將摧毀非民選機構法院裁判的正當性基礎；其二，外國普通法的引用是充滿着機會主義和結果取向的行徑，在引用的方式上更多表現為碎片化引用，而不是系統性參考。其中最常見的做法表現為法院對有利於其意識形態或法官觀點的外國普通法，有選擇地進行適用，而對於不利於其判決結果或對判決結果造成負面影響的判例則選擇性規避。⁸¹

一國法院有關運用外國法的問題，從根本上說關乎一國憲法解釋方法上的原旨主義(或文本主義)和比較主義之分歧。前者認為法官不應將外國的習俗、風尚或時髦強加給本國，對本國憲法及法律之解釋只能依據本國人民的觀念來進行理解，否則極易掩蓋真實的全國共識，也是對本國人民民主權利的公然侵犯。⁸² 後者認為司法審查本身不受民主制約。一國憲制性法律所體現的基本價值觀念對於人類來說具有根本的意義，它們構成了民主本身的先決條件，不受制於投票表決和選舉結果的影響。對

外國法的援引也有助於形成一種國際共同的人類價值標準。⁸³ “W 案” 中香港終審法院實際上很大程度上“遵從”了歐洲人權法院“Goodwin 案”的判決，作為法理上的路徑，總體上呈現出援引外國普通法或國際法、比較法資源的“世界司法主義”特色。⁸⁴ 一般而言，越是針對不具有普世性的、基於憲政體制分疏的涉及《香港基本法》的問題，香港法院越是應當保持司法謙抑的態度，優先尋求本國/地法律解釋資源的支持，立法會“梁游宣誓案”三級法庭拒絕適用普通法下的“不干預原則”就是一個例證。⁸⁵ 而“W 案”所涉及的變性人士結婚權利並不是一個特殊的、基於憲政體制分疏的問題，而是一個少數邊緣群裏爭取普遍性基本權利的問題。人權雖然具有時代、地域特徵等局限性，但不意味着對少數人享有的、普遍性的人權都要考慮具體語境。歐洲人權法院在根據國家裁量餘地進行司法審查時，也會考慮所保護之人權的性質及輕重。所爭議的人權如果是涉及人身的基本權利與核心人權，在民主社會所必要之生命權、人身自由與其他自由，如思想、表現、集會、結社的自由、個人與家庭生活的隱私權，為個人生活幸福發展所必要，法院則會採取相對嚴苛的標準審查，此時國家裁量餘地範圍急劇縮減，法院對成員國立法機關和司法機關的尊讓降低。

五、結語

作為自然法的重要現代性表達的憲法基本權利和人權公約中的人權，對基於自然倫理秩序的家庭倫理專制予以致命的一擊，大量的憲法規則、原則開始侵入調整家庭成員之間關係，家庭法毫無疑問必須貫徹諸如“個人尊嚴”“男女平等”這類憲法要求，家庭法也因公法元素的介入而在價值理念上得到重塑。⁸⁶ 基於司法的便利性，各國的違憲審查機制為憲法在男女平等、婚生與非婚生子女的平等、保護兒童權利、同性結婚、變性人結婚等方面的要求在家庭法中的實現創造了條件。故憲法不僅是具有宣示作用的文本，相反它能對家庭法的改革產生實際的影響。就“W 案”的變性婚姻合法化而言，多數意見和反對意見的表面分歧在於對《香港基本法》規範的認知不同。反對意見認為，如果沒有制定法文本及原意的支撐，法院無權對《婚姻條例》和《婚姻訴訟條例》中的“一男一女”作出擴張性解釋。同時基於司法尊讓的原則，在缺乏明顯證據表達的社會共識出現之前，法院無權自我臆測香港的社會變遷並擅自賦予制定法新的內涵。而多數意見認為，《香港基本法》規範和婚姻條例並未窮盡所有對婚姻和性別的理解，在對婚姻的界定中需要保持相對開放性，但也絕非意味着將變性伴侶的結合納入婚姻才符合婚姻的真諦或具有道德正當性，而只是法院面對某個個案在合適的時機(比如社會的接受度已經達到一定程度或者說趨向於接受)作出合適的決定。多數意見和少數意見對於法規範的不同認識，其背後隱藏的是對《香港基本法》解釋和制定法解釋方法的各自堅持。高等法院原訟庭和上訴庭更多採取的文本主義和形式推理的進路，而終審法院法官更確信的是規範的開放性、不完整性，因此主張“活的憲法”。更進一步，兩者的衝突表現在司法哲學上，涉及普通法法院在香港整體性政治結構中的功能、角色與定位。

[本文為國家社會科學基金項目“香港法院外籍法官涉《香港基本法》案件司法行為研究”(立項號：17CFX057)的階段性成果。]

註釋：

- ¹ 變性人泛指從心理上否定自己的性別，認為自己的性別與生理特徵顯示的性別相反，而要求變換生理的性別特徵，伴隨着典型的性別身份識別障礙(gender identity disorder)。許多變性人士會選擇採取荷爾蒙或手術等醫療干預措施，來促使自己的生理特徵與主觀意欲的性別身份趨同。參見 Milton Diamond, “Sexual Identity and Sexual Orientation in Children with Traumatised or Ambiguous Genitalia,” *Journal of Sex Research*, vol. 34, 1997, p. 1999; Mary Coombs, “Sexual Dis-Orientation: Transgendered People and Same-Sex Marriage,” *UCLA Women’s Law Journal*, vol. 8, 1998, pp. 219- 237.
- ² 本文所討論的變性人士結婚權問題，限定在變性人士以改變後的性別與另一異性結婚的權利問題，本質上還是異性間結合的婚姻，本文不涉及同性婚姻問題。
- ³ T. S. Kogan, “Transsexuals, Intersexuals, and Same-Sex Marriage,” *Brigham Young University Journal of Public Law*, vol. 18, 2003, p. 371.
- ⁴ See J. Finnis, “Marriage: a Basic and Exigent Good,” *The Monist*, vol. 91, no. 3/4, 2008, pp. 388-406; S. Girgis, R. T. George and R. T. Anderson, “What is Marriage?” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, 2011, p. 245.
- ⁵ *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866) LR 1 P & D 130.
- ⁶ *Corbett v. Corbett*, [1970] 2 WLR 1306, p. 106.
- ⁷ *Corbett v. Corbett*, [1970] 2 WLR 1306, pp. 105-106.
- ⁸ P. L. Chau and Jonathan Herring, “Defining, Assigning and Designing Sex,” *International Journal of Law Policy and the Family*, vol. 16, no. 3, 2002, pp. 63-85. 對此，Ormrod 法官仍在法庭之外為自己的觀點辯護，“法律的本質在於人為……法律必須對人類事物進行排他性的分類，因此才能誕生一個‘是’或‘否’的二元機制。但生物現象和醫學證據均無法產生精確的‘是’或‘否’的答案，……就像人有高矮之分，但亦有較高較矮之分。醫學的發展和法律規則之間必然會產生最基本的衝突。” J. Ormrod, “The Medico-legal Aspects of Sex Determination,” *Medico-Legal Journal*, vol. 40, 1972, pp. 78-88.
- ⁹ *MT v. JT*, 140 N. J. Super. 77, 355 A 2d 204, 205 (1976). *Attorney-General v. Otahuhu Family Court*, [1995] 1 NZLR 603 at 607. *Re Kevin*, [2001] FamCA 1074.
- ¹⁰ *MT v. JT*, 140 N. J. Super. 77, 355 A 2d 204, 209 (1976).
- ¹¹ *Attorney-General v Otahuhu Family Court*, [1995] 1 NZLR 603 at 606-629.
- ¹² See S. Winter, “Transgender Science: How Might It Shape the Way We Think about Transgender Rights,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 2011, p. 139; T. S. Kogan, “Transsexuals, Intersexuals, and Same-Sex Marriage,” *Brigham Young University Journal of Public Law*, vol. 18, 2003, p. 371; P. L. Chau and Jonathan Herring,

“Defining, Assigning and Designing Sex,” *International Journal of Law Policy and the Family*, vol. 16, no. 3, 2002, pp. 63-85; J. A. Greenberg, “Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology,” *Arizona Law Review*, vol. 41, 1999, p. 265.

- ¹³ 一些法院拒絕單純通過心理因素來判斷性別，主要原因在於恐懼若沒有經過不可逆的手術干預的話，當事人的性別尚處於遊移不定的狀態，不停地在兩個性別之間來回變動。法院擔憂此種模糊性帶來的欺騙。Otahuhu, [1995] 1 NZLR 603, 615.
- ¹⁴ Kantaras, No. 98-5375 CA (Fla. 6th Cir. Ct. Feb. 23, 2003).
- ¹⁵ 所有涉變性人結婚案件的法律論證思路與涉交叉性別人士結婚案件的法律論證有着本質上的差異，因為後者在性別認定、法律身份認定上處於更有利的地位。早在“Corbett 案中”法院即明確區分了這兩種人，並認為前者的“出生性別決定論”無法適用於後者。Corbett v. Corbett, 2 All E.R. 33 (P. 1970). at 48-49. 因為面對交叉性別人士時，其各項生理特徵在出生時即不具有連貫一致性，故法院必須依賴心理因素去判斷他們的性別，法官根本無需要求他們去實施人工干預。但若採取心理標準或大腦性別來確定性別的話，兩者的差異將從根本上消失。
- ¹⁶ W v. W (Physical Inter-sex) [2001] Fam 111.
- ¹⁷ 《婚姻條例》第 40 條規定：根據本條例舉行的婚禮屬於或等於基督教婚禮：(1)凡根據本條例舉行的婚禮，均屬基督教婚禮或相等的世俗婚禮。(2)“基督教婚禮或相等的世俗婚禮”(Christian marriage or the civil equivalent of a Christian marriage)一詞，意指婚禮經舉行正式儀式，獲法律承認，是一男一女自願終身結合，不容他人介入。《婚姻訴訟條例》第 20 條規定：批出婚姻無效判令的理由：(1)凡屬在 1972 年 6 月 30 日之後締結的婚姻，該婚姻僅能基於下列任何理由而無效——(a)根據《婚姻條例》(第 181 章)第 27 條該婚姻並非有效婚姻，即——(i)婚姻雙方的血親或姻親關係是在親等限制以內的；或(ii)任何一方年齡不足 16 歲；或(iii)雙方的結合沒有顧及達成婚姻關係的某些規定；(b)根據香港法律，該宗婚姻在其他方面亦屬無效；(c)任何一方在結婚時已經合法結婚；(d)婚姻雙方，並非一方為男，一方為女。
- ¹⁸ 李樹忠、姚國建：《香港特區法院的違憲審查權——兼與董立坤、張淑鈿二位教授商榷》，《法學研究》2012 年第 2 期。
- ¹⁹ 婚姻自由是否屬於憲法上的基本權利，也有不同意見。如有學者認為，自由權作為第一代人權，都是先於國家而存在，而婚姻本身則是國家法律建構的結果。因此，才會出現對婚姻自由的限制內在於婚姻制度本身之中。沒有法律，婚姻自由將無從談起，而自由權並不依賴法律而存在。因而婚姻自由更像一種法律權利，而非憲法上的基本權利。憲法上規定的婚姻自由並非公民請求國家不得侵犯的防禦權，而更多是從制度性保障的角度對立法者提出的“核心不得廢止、邊緣可以限制”的要求。參見王鏞：《婚姻、家庭的憲法保障——以我國憲法第 49 條為中心》，《法學評論》2013 年第 2 期。
- ²⁰ 若相關限制婚姻的法律是以某種歧視性的因素作為分類標準的，即立法涉嫌可疑性分類或準可疑性分類，則可以根據平等權條款進行裁判。不過 W 案中，當事人並未提出制定法對異性婚姻和變性婚姻實行了差別對待而構成歧視的主張，故各級法庭並未通過平等權來處理此案。
- ²¹ Frank I. Michelman and Kathleen M. Sullivan, “The Supreme Court, 1985 Term,” *Harvard Law Review*, vol. 100, no. 1, 1986, pp. 1-98+100-311; Louis Henkin, “Privacy and Autonomy,” *Columbia Law Review*, vol. 74, 1974, p. 1410.

- ²² See Tom Gerety, “Redefining Privacy,” *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 12, 1977, p. 236; Charles Fried, *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice*, Cambridge: Harvard University Press, 1970, p. 142; Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967, p. 32.
- ²³ 《歐洲人權公約》第8條：1、人人有權享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的權利。2、公共機構不得干預上述權利的行使，但是，依照法律規定的干預以及基於在民主社會中為了國家安全、公共安全或者國家的經濟福利的利益考慮，為了防止混亂或者犯罪，為了保護健康或者道德，為了保護他人的權利與自由而有必要進行干預的，不受此限。第12條達到結婚年齡的男女根據規定結婚和成立家庭權利的國內法的規定享有結婚和成立家庭的權利。
- ²⁴ David Feldman, “The Developing Scope of Article 8 of The European Convention on Human Rights,” *European Human Rights Law Review*, vol. 3, 1997, pp. 265-274. Timothy Pitt-Payne, “Privacy Versus Freedom of Information: Is There A Conflict,” *European Human Rights Law Review*, Supp (Special Issue), 2003. 在美國人的觀念中，隱私是個人自由(liberty)的一部分，隱私權是一種憲法權利，是用來對抗國家權力的干預的。由於美國人眼中的“自由”是一個與政府權力相對應的概念，因而美國法律中的隱私權，是與防範公權力、保障個人自由密切相關的。
- ²⁵ James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,” *Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1151; *Pretty v United Kingdom*, (2002) 35 EHRR 1, para. 61
- ²⁶ Edward J. Bloustein, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser,” *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, pp. 962-1007.
- ²⁷ 這一標準在法院判例中經常被使用，如 *Smith and Crady v. United Kingdom* (2000) 29 EHRR 493.
- ²⁸ Robyn Emerton, “Neither Here nor There: The Current Status of Transsexual and Other Transgender Persons Under Hong Kong Law,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 34, 2004, p. 245.
- ²⁹ “W 案”未提及的另一普通法判決“S-T v. J 案”，法官開始認可語詞間細微但重要的差異，基於未來醫學的發展，“男性”和“女性”給法官留下了巨大的解釋空間，在判斷何為男女的標準上更側重於“性別”(gender)而非“性”(sex)。S-T v. J, [1997] 3 WLR 1287. 傳統觀點認為後者側重於生殖系統發展的生物學面向，前者則更側重於個人心理和社會可期待的角色。先前，前者基於事實，由生物學定義；後者更多地是由社會文化建構。參見 F. Valdes, “Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation in Euro-American Law and Society,” *California Law Review*, vol. 83, 1994, pp. 3-128.
- ³⁰ Bellinger, paras. 141-143. Thorpe 法官指出，法律委員會針對《婚姻無效法案》的公眾諮詢報告原本提出另外兩項婚姻無效的情形，其中一項就包括“同性結婚”。但後來法律委員會認為此為“不必要的限制”，可見此時法律委員會並未接納“Corbett 案”標準，其認定“至於同性結婚會否導致婚姻無效”這一問題有待於議會來解決。其中請求廢除此項限制的 Lyon 議員認為，“性別永遠都是一項關乎事實的問題，它會伴隨未來醫學觀點的變化而變化……應由醫學證據而非議會民主來決定……因此沒有必要制定一條判斷誰是男性或者誰是女性的規則”。
- ³¹ 法庭判決指出，雖然普通法各地區法院們對是否接受“Corbett 案”的觀點存在分歧，但香港的立法機關是否接受了“Corbett 案”的觀點，顯然是接受了，因為《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條顯示婚姻無效的情形就包括了相同性別結婚這種情形。W v. Registrar of Marriages, CACV 266/2010 para. 21; W v.

Registrar of Marriages, FACV No. 4 of 2012, paras. 45-48.

- ³² [英]H·L·A·哈特：《法律的概念》（第二版），許家馨、李冠宜譯，北京：法律出版社，2011年，第112頁。
- ³³ 參見 Macro 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*,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 2011, pp. 125-138. Athena Liu, “Exacerbating Corbett: *W v Registrar of Marriages*,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 2011, p. 759. 作者統計“繁衍”一詞並未出現在“Corbett案”的判決中，倒是在張舉能法官主筆的判詞裏出現了11次之多。張舉能法官在判詞中寫道：“根據英格蘭的宗教原旨，婚姻是指一男一女為了繁衍和養育兒女終身至死不渝的自然結合，而他人不得介入其中。”出自 *Halsbury’s Laws of England* (5th Edition), vol. 72, para 1, citing Revised Canons Ecclesiastical, Canon B30 para 1. 19世紀的Hyde案則給出了更為簡潔版的基督教婚姻的定義，該定義亦為《婚姻條例》第40條第2款所採納，即婚姻為“一男一女基於自願地排他性結合”。張舉能法官隨即指出“雖然這一簡短的定義並未明確提及基督教婚姻非常重要的一項傳統功能——繁衍，但縱觀相關的宗教和歷史文本，這一婚姻所具備的傳統功能不應受到質疑。顯然，繁衍必須是兩個不同性別的人才可做出之事。”“W案”判詞，HCAL 120/2009 para 116. 香港婚姻法學者Athena Liu指出，Hyde案中的“基督教婚姻”是指被基督教世界或者基督教國家所承認和認可的婚姻，也就是不同於伊斯蘭等一夫多妻制地區的“異性間自願結合的一夫一妻制”婚姻，並非指代婚姻的宗教性。
- ³⁴ Details see Ian I. Kennedy, “Transsexualism and Single Sex Marriage,” *Anglo-American Law Review*, vol. 2, no. 1, 1973, p. 112; Anthony Bradney, “Transsexuals and the Law,” *Family Law*, 1987, p. 350; H. Finlay, “Sexual Identity and the Law of Nullity,” *Australian Law Journal*, vol. 54, 1980, p. 115; David Green, “Transsexualism and Marriage,” *New Law Journal*, vol. 120, 1970, p. 210; Stephen Gilmore, “Corbett v Corbett: Once a Man, Always a Man?” in S. Gilmore, J Herring and R Probert, eds., *Landmark Cases in Family Law*. Sydney: Hart Publishing, 2011.
- ³⁵ 如果變性婚姻如同異性婚姻一樣屬一項憲法基本權利，應該接受嚴格的司法審查；如果變性婚姻將創設一項新的權利，或曰憲法上的“一般行為自由”。在最高法院的判決積澱下，美國形成了憲法權利和(未列舉之)基本權利的區分，這一區分的形成建立在對“正當程序條款”的解釋基礎之上，並形成了“實體性正當程序”與“程序性正當程序”的滙流和相互配合。由此發展出權利的雙重審查基準原則，對不同的權利給予不同程度的保護，而最高法院的權限在這一框架中也得以限定，形成了司法與立法相互制衡與分工的體系框架。美國“實體性正當程序”作為憲法文本外未列舉之基本權利的基礎和來源，頗為類似於德國在艾爾弗斯案中確立的“一般行為自由”。德國在聯邦憲法法院成立之初，便通過艾爾弗斯案將《香港基本法》第2條第1款的“人格自由發展權”擴展為兜底性的“一般行為自由”，防止未被《香港基本法》所列舉的基本權利不能獲得有效保護。參見張翔：《憲法解釋方法的運用——以德國艾爾弗斯案為例》，《學習與探索》2011年第3期。
- ³⁶ J. R. Garrett, “Marriage Unhitched from the State: a Defense,” *Public Affairs Quarterly*, vol. 23, no. 2, 2009, pp. 161-180.
- ³⁷ Bellinger, paras. 128, 133.
- ³⁸ 這裏的“解釋性概念”取自德沃金，儘管德沃金同意法律上的分歧固然源於法律的不確定性，但不能

以不確定的方式來化解不確定性問題，德沃金才提出了“正確答案命題”。但對法律解釋的正確答案又必須依賴於建設性解釋，即通過將目的賦予某一客體或者實踐，以便使之在其所屬的類型或者種類中，成為最佳例證。因此德沃金的建設性解釋包含了兩個方面：第一，人們需要從實踐當中抽象出那個目標，至於哪個目標能夠符合這個實踐，本身也是一個解釋的問題；第二，解釋的過程不能簡單停留於對目標的提取，而是在推動實踐以最佳化的方式來實現這個目標的過程中。所以所謂建設性解釋，就是要從法律實踐中找出貫穿其中的政治道德標準，不但將其視為維繫過去法律實踐之一致性與連貫性的要素，而且也把它作為法律面向未來的基石。參見[美]羅納德·德沃金：《法律帝國》，徐楊勇譯，上海：三聯書店，2016年，第41-42頁；陳景輝：《實踐理由與法律推理》，北京：北京大學出版社，2012年，第160-170頁。

- ³⁹ 參見[美]羅納德·德沃金：《民主是可能的嗎？——新型政治辯論的諸原則》，魯楠、王淇譯，北京：北京大學出版社，2014年，第8-9頁；[美]羅納德·德沃金：《刺蝟的正義》，周望、徐宗立譯，北京：中國政法大學出版社，2016年，第455-456頁。
- ⁴⁰ 李忠夏：《同性婚姻的憲法教義學思考》，《法學評論》2015年第6期。
- ⁴¹ 參見[美]P·S·阿蒂亞、R·S·薩默斯：《英美法中的形式與實質——法律推理、法律理論和法律制度的比較研究》，金敏等譯，北京：中國政法大學出版社，2005年，第81-88頁。
- ⁴² *W v. Registrar of Marriages*, HCAL 120/2009 paras. 17, 129, 132, 141, 195, 223-227.
- ⁴³ *Bellinger*, para. 62. *Bellinger* (HL) (n 24) [37] (Lord Nicholls of Birkenhead).
- ⁴⁴ *Bellinger*, para. 28.
- ⁴⁵ *Bellinger*, paras 36, 58.
- ⁴⁶ *Re A Marriage License for Nash*, 2003 WL 23097095 (Ohio App. 11 Dist. Judith A Christley 法官的異議意見指出，指責變性人婚姻有違公共政策是有失公正的，因為這些政策背後掩蓋的是性少數群體、同性戀群體、黑人群體等一切邊緣群體的黑暗歷史，不出意外，這些偏見將繼續以“自然法”“上帝”之名持續鞏固下去；*Kantaras v Kantaras*, 884 So. 2d 155 (2004), 161.
- ⁴⁷ *Littleton v Prange*, 9 SW3d 223 (Tex. Civ. App. 1999). p. 225. 德州上訴法院面對一起由死者遺孀提出的醫療不當行為訴訟，而被告醫生認為原告實際上是一位男士，因而無法以死者遺孀的身份成為損害賠償的受益人。
- ⁴⁸ 堪薩斯州上訴法院面對的是一位已故者的遺孀與死者之子之間的遺產繼承訴訟。堪薩斯州上訴法院根據運用了多種因素來判斷結婚時的性別，並跟隨 MT 的決定，在當事人的解剖學性別特徵與心理特徵保持一致時，承認當事人變性後的性別。*Re Estate of Marshall G Gardiner*, 22 P.3d 1086 (Kan Ct. App. 2001) at p 1094. *Re Estate of Marshall G Gardiner*, 273 Kan. 191 (2002), pp. 212-213.
- ⁴⁹ *Bellinger*, paras. 42, 57.
- ⁵⁰ C. Hutton, “Objectification and Transgender Jurisprudence: The Dictionary as Quasi-statute,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 2011, p. 27.
- ⁵¹ *Re Kevin*, (2001) 165 FLR 404, p. 306.
- ⁵² 參見[美]索蒂里奧斯·巴伯、詹姆斯·弗萊明：《憲法解釋的基本問題》，徐爽、宦盛奎譯，北京：北京大學出版社，2016年，第86-92頁。
- ⁵³ 參見[美]索蒂里奧斯·巴伯、詹姆斯·弗萊明：《憲法解釋的基本問題》，第286頁。

- ⁵⁴ “對國會制定的法律的效力有爭議時，即使該法律的合憲性已經有重大疑問，法院也必須首先確定是否可以適用迴避憲法問題的法律解釋”，Ashwander et al. v. Tennessee Vally Authority et al. 297 U.S. 288 (1936).
- ⁵⁵ Erhard Denninger, “Judicial Review Revisited: The German Experience,” *Tulane Law Review*, vol. 59, 1985, p. 1013.
- ⁵⁶ 上文所述爭議更多是從法解釋技術的角度而言的，從本質上講，香港法院對制定法採取的補救性解釋只是類似於美國或德國憲法判斷中的合憲性限定解釋技術，但能不能稱之為一種獨立的合憲性解釋方法仍有待商榷。如中國內地有學者認為，合憲性解釋本身在英國普通法路徑下並非一種獨立而創新的解釋方法，更多是對傳統法律解釋方法的發展和轉型，必須依賴於對傳統法律解釋方法的使用，脫離對傳統普通法方法的理解似乎會得出英國法院突然“風格轉變”邁向合憲性解釋的錯覺，而普通法的發展始終是循序漸進的，比制度性的創設要保守得多，合憲性解釋必須更好的融合在英國現有制度中才能發揮作用。參見楊曉楠：《合憲性解釋的英國普通法路徑：理論、方法、價值》，2017年憲法學會論文。香港作為很大程度繼承英國法治的傳統普通法地區，合憲性限定解釋技術的發展也高度依賴於傳統的法律解釋方法，在香港各級法院的判決中，很難見到法官直接使用“合憲性解釋”這樣的術語。
- ⁵⁷ Ho Chun Yan, *Albert v. Leung Chun Ying*, HCAL 85/2012, paras. 117-118.
- ⁵⁸ *W v. Registrar of Marriages*, FACV No. 4 of 2012, para. 170.
- ⁵⁹ 長期以來一種典型的自由主義觀點認為，政府不能根據以下理由來限制自由——政府認為某一個人所具有有關善或正當的觀念優先於另一個人所具有的有關善或正當的觀念。由此，政府的角色被認為需要在各種私人觀念之間保持中立，以維護一種多元主義的狀態。此種認知的前提在於，每個人關於好壞的判斷，並不存在正確答案，每個人應根據自認為正確的觀念行事。政府不得根據任何理想行為模式而強制公民的行為，僅在更為形式的層面尋求共識。這顯然是自由主義在古典哲學的惟一理想模式/至善觀念破滅後所作出的反應。儘管現代的自由主義也不認為人類生活存在一個惟一的理想形態，但不意味着人類的生活就不存在好壞對錯之分。現代自由主義不再不加甄別地強調個人的道德判斷能力，認為一個人所作出的他自認為正確的道德判斷就是正確的判斷，這不僅否定了道德判斷的客觀性，也沒看到道德判斷與人之德性以及人的經驗之間存在關係，還容易陷入道德相對主義的風險。因此現代自由主義者們普遍強調，作出一個正確的道德判斷並不依賴某個人的“天賦”（這不是一種認知上的貴族式的特權），而是依賴後天逐漸培養的“德性”以及所積累的經驗，即是強調“實踐理性”的作用。參見[英]約翰·菲尼斯：《自然法理論》，吳彥編譯，北京：商務印書館，2016年，第162、220-231頁。
- ⁶⁰ *W v. Registrar of Marriages*, HCAL 120/2009, para. 268.
- ⁶¹ Cora Chan, “Deference and the Separation of Powers: An Assessment of the Court’s Constitutional and Institutional Competences,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, no. 1, 2011, p. 7; Puja Kapai, “A Principled Approach Towards Judicial Review: Lessons from *W v. Registrar of Marriages*,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 2011, p. 49. 另外，原訟法庭的保守判決致使香港地區就變性人權保護方面嚴重落後於歐洲和其他東亞國家也是法庭招致批評的一個原因。Jens M. Scherpe, “Changing One’s Legal Gender in Europe – The “W” Case in Comparative Perspective,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, 2011, p. 109.
- ⁶² 香港法院的尊讓程度受到規範領域、司法機關在特定問題上的憲制角色、基本權利性質、基本權利限

制等多重因素的綜合影響。參見 Cora Chan, “Judicial Deference at Work: Some Reflections on Chan Kim Sum and Kong Yun Ming,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 40, 2010, p. 5; Cora Chan, “Deference, Expertise and Information-gathering Powers,” *Hong Kong Legal Studies*, 2012, p. 1-28; Cora Chan, “Deference and the Separation of Powers: An Assessment of the Court’s Constitutional and Institutional Competences,” *Hong Kong Law Journal*, vol. 41, no. 1, 2011, pp. 7-25.

- 63 當事人向終審法院上訴前，2012年11月7日，香港立法會動議就針對性取向的歧視進行立法，但動議在立法會內部遭否決，而香港大學民調則顯示超過 2/3 的民眾認為有必要就保護性別少數群體免受歧視進行立法。
- 64 當憲法主張獲得支持後，香港終審法院提供的憲法救濟及其他救濟方式，自 2006 年古思堯案起，顯示出極大的創新性和責任感。終審法院開始對違憲宣告之外的憲法救濟給予更大的關注，比如法律的補救性解釋，暫緩宣告違憲(暫時不宣告違憲)，暫緩命令執行等等。參見楊艾文：《香港終審法院與憲法權利保護》，朱晗、黎曦譯，《北航法學》2016年第1卷。
- 65 其他地區的立法，英國、新加坡、日本模式簡述，參見 P. Jiang, “Legislating for Transgender People: a Comparative Study of the Change of Legal Gender in Hong Kong, Singapore, Japan and the United Kingdom,” *Hong Kong Journal of Legal Study*, vol. 7, 2013, p. 31.
- 66 德國聯邦憲法法院通常作出的單純違憲判決，一般會附帶判決立法者應當對此作出修改，科以其消除違憲狀態的義務，通常的立法指示可分為三類：(1)僅僅判決立法者改正，消除違憲狀態，至於具體如何修改以及是否有期限規定不作判定。(2)判決立法者在合理期限內消除違憲狀態。(3)明確改正法律法規的期限，如“立法者至遲需在某年月日之前制定新法”。參見翟國強：《憲法判斷的方法》，北京：法律出版社，2009年，第242-243頁。
- 67 Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation: a Comparative Study of the Austrian and the American Constitution,” *The Journal of Politics*, vol. 4, no. 2, 1942, pp. 183-200.
- 68 Hans A. Linde, “The United States Experience,” *The American Journal of Comparative Law*, 1972, pp. 415-430.
- 69 See W. Zeidler, “Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms,” *Notre Dame Law Review*, vol. 62, 1986, p. 504; D. S. Dengler, “The Italian Constitutional Court: Safeguard of the Constitution,” *Dickinson Journal of International Law*, vol. 19, 2000, p. 363.
- 70 See N. K. Katyal, “Judges as Advicegivers,” *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1709-1824; F. Frankfurter, “A Note on Advisory Opinions,” *Harvard Law Review*, vol. 37, no. 8, 1924, pp. 1002-1009.
- 71 Johannes Chan, “Administrative Law, Politics and Governance: The Hong Kong Experience,” in Tom Ginsburg, Albert H. Y. Chen, eds., *Administrative Law and Governance in Asia: Comparative Perspectives*, Oxford: Routledge, 2008, p. 143; Anthony Mason, “The Role of the Common Law in Hong Kong,” in Faculty of Law, The University of Hong Kong, ed., *The Common Law Lecture Series 2005*, 2005, p. 20. Kemal Bokhary, “An Independent Judiciary,” in Christopher Forsyth, et al., eds., *Effective Judicial Review: a Cornerstone of Good Governance*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 180.
- 72 Eric C. Ip, “The Democratic Foundations of Judicial Review under Authoritarianism: Theory and Evidence

from Hong Kong,” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, no. 2, 2014, pp. 330-353.

- 73 這些問題都是各國跨性別人士“性別承認”立法遇到的普遍疑難，香港人權觀察組織、香港平等機會委員會即認為，將在法律上能得到性別承認、以及以變性後的性別合法結婚的跨性別人士的範圍限定在“已接受完整性別再造手術”，是不必要、不合理和不合乎比例的。“已接受完整性別再造手術”的限制與人權原則，包括隱私、婚姻自由和家庭生活、人身完整或健權、生命健康等人權，以及免受強制治療、酷刑和殘忍、不人道和有辱人格尊嚴的待遇的權利？是否構成基於性別、性取向的歧視？這些問題都必須首先通過各國立法來解決。參見立法會 CB(2)1353/13-14(01)號文件 LC Paper No. CB(2)1353/13-14(01)；立法會 CB(2)1309/13-14(05)號文件。
- 74 立法會秘書處法律事務部在貫徹落實“W 案”終審法院命令時，曾多次積極與政府就如下事宜協商，如(1)在涉及法律承認的性別改變對現有婚姻的影響的若干法律範疇，到底是應該制定新法例或提出法例修訂；(2)法律承認的性別改變對現有婚姻的影響；(3)法律承認的性別改變對現有配偶權利的影響；(4)法律承認的性別改變對解除婚姻的影響；(5)法律承認的性別改變對子女權利的影響；(6)法律承認的性別改變對退休金的影響；(7)法律承認的性別改變對承繼的影響；(8)變性人在法律上是否有任何責任披露其以往的性別？(9)性別改變對現有婚姻的效力(無效或可使無效)所引致的法律影響為何？參見立法會 CB(2)1203/13-14(03)號文件；立法會 CB(2)1203/13-14(05)號文件。
- 75 薛張敏敏：《司法的“躍進”與“越界”反思香港終審法院之“變性人結婚權案”(W 判例)》，《中外法學》2015 年第 1 期。
- 76 *W v. Registrar of Marriages*, HCAL 120/2009, paras. 6-7.
- 77 主要表現為：首先，並沒有單一的方法可以制定出一項規則來確定哪個判決先例才是權威的；其次，對於任何將要從個案中抽出的規則而言，並沒有任何權威的獨一無二的正確表達方式；無論由判決先例抽取出的規則具有何等權威的地位，它與被拘束的法院，所行使的兩種創造性的或立法性質的活動時相容的，一為限縮先例規則，二為擴張先例規則。在英美法系中，英國逐漸發展出嚴格對待先例的態度，美國也曾產生了一場邁向強化立法、主要法律部門的法典化運動。儘管普通法在幾個聯邦州中逐漸不再統一，但學術界仍致力於勾勒理想的普通法及概念模式，並作為檢驗各個管轄區中法官判決的基石，或者把這一理想模式作為從來出現過的法典化的先導。參見[英]H·L·A·哈特：《法律的概念》(第二版)，許家馨、李冠宜譯，北京：法律出版社，2011 年，第 122-123 頁。
- 78 歐洲人權法院為了在人權普世性與文化相對性間尋求適當的平衡，發展出國家裁量餘地地原則，在判斷所爭議之人權的內容在成員國間的法律或實務上是否存有共識，如果各成員國尚未有一致看法，就容許國家有較大裁量空間，否則國家裁餘地變小。若所保護的人權性質在民主社會為公民所必需之生命權、人身自由與其他自由，如思想、表現、集會、結社的自由、個人與家庭生活的隱私權，為個人生活幸福發展所必要的核心人權，則國家在此領域不得任意侵犯，此時國家裁量餘地空間急劇縮減。對國家裁量餘地原則最廣泛的批評來自於人權普世化的挑戰，參見 E. Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards,” *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1998-1999, p. 843; G. Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, 2006, p. 705; Lord Lester of Herne Hill, “Universality versus Subsidiarity: A Reply,” *European Human Rights Law Review*, no. 1, 1998, pp. 73-81.
- 79 *Goodwin v. United Kingdom*, (2002) 35 EHRR 18, para. 90.

⁸⁰ W v. Registrar of Marriages, CACV 266/2010, para. 92.

⁸¹ 早在港英殖民統治時期，樞密院對運用國際法和比較法資源來解釋《人權法案條例》也秉持懷疑態度，樞密院的態度傳達出這樣一層涵義：對於香港司法而言，普通法足以履行保護基本權利和自由的責任，國際法和比較法能做的並不多。因此，正確解釋《人權法案條例》應當依附於普通法的解釋方法，專注於法律文本而非複雜的、不確定的、大量的外國判例，外國概念可能與香港語境下的概念完全相反。Johannes M. M. Chan, “Hong Kong’s Bill of Rights: Its Reception of and Contribution to International and Comparative Jurisprudence,” *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, no. 2, 1998, p. 312. 不過，陳文敏教授同時也指出對援引域外普通法的過度反對也可能導致普通法“寬泛的目的解釋”流於空文，去能動化將香港從人權保障的國際標準中分離，也與其他致力於保障人權的普通法地區漸行漸遠。

⁸² Carlos F. Rosenkrantz, “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law,” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, 2003, pp. 293-294; Roger P. Alford, “Misusing International Sources to Interpret the Constitution,” *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 58-59.

⁸³ Harold Hongju Koh, “International Law as Part of Our Law,” *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 47.

⁸⁴ “世界司法主義”這一概念參見波斯納法官在《波斯納法官司法反思錄》一書第十二章中的精彩論述與批判。參見[美]理查·波斯納：《波斯納法官司法反思錄》，蘇力譯，北京：北京大學出版社，2014年。

⁸⁵ 參見付婧、朱國斌：《從“梁游立法會宣誓案”看香港法院的司法取態》，朱國斌編著：《第五次人大釋法：憲法與學理論爭》，香港：香港城市大學出版社，2018年，第67頁。

⁸⁶ 參見劉征峰：《家庭法與民法知識譜系的分立》，《法學研究》2017年第4期。