

# 岑子杰案=木馬屠城？—— 終審法院判決的深遠影響

關啟文（香港浸會大學宗教及哲學系教授；浸會大學公共事務倫理學碩士課程主任）

## 「突破性」判決？

岑子杰與其同性伴侶於 2013 年 11 月在紐約進行了同性婚姻登記，這段婚姻在香港未獲法律承認，他們透過司法覆核提出三個訴求。這三個訴求在兩個下級法院都敗訴，終審法院的判決於 2023 年 9 月 5 日宣佈[《岑子杰訴律政司司長》(Sham Tsz Kit vs Secretary for Justice) (FACV 14/2022)]：訴求一和三都敗訴——香港沒有憲制責任去訂立同性婚姻，也沒有憲制責任去承認海外的同性婚姻，五個終審庭法官都同意。訴求二卻以三比二輕微多數勝訴——香港有憲制責任以替代的法律框架（如民事結合）去承認同性關係。支持的法官有李義法官和霍兆剛法官（簡稱「李霍」），祈顯義法官和議；反對的法官是張舉能和林文瀚。這判詞下面將以 STK 代替，如(STK45)代表判辭的第 45 段。

*這是非常震撼性的判決，雖然還不承認同性婚姻，但已為同性關係的制度化認可帶來突破點，對香港同運而言已是巨大勝利。*這對香港未來的衝擊是不可估量的，羅天恩指出：「這次岑子杰案的終極勝訴對香港法制的影響比較深遠，影響的範圍也比較廣泛。」（〈同性伴侶關係平權需審慎進行〉，《大公報》，2023 年 11 月 10 日。）他的文章主要「探討…替代框架對香港法制可能造成的影響，」這是逼切需要的，他卻避免探討「設立替代框架的應然性問題」，但我認為這問題是避無可避的。

事實上訴求二的爭議性相當大，而且張官和林法官對李霍的批評和回應相當精采，他們的觀點實在值得探討。他們也指出這判決對整體社會的影響深遠，所以這個判決根本不應由幾位法官作出，而是應交由政府和交法機關去研究，並作出合宜決定。無論如何，坊間對這議題的討論不多，希望本文能激發更多的批判反思。筆者當然不反對法治，但公正的法律不也需要理性思考嗎？

## 替代框架——區分核心權利和輔助權利

李霍認為香港有憲制責任以替代的法律框架去承認同性關係（簡稱「替代框架」），這用以替代婚姻，名稱上不叫「婚姻」，實質的權利也不完全等同婚姻。(STK127)它提供對同性伴侶「的地位的官方承認(official recognition)，與及連帶的權利和義務。」(STK128)這可解決同性伴侶面對的「真實困難」，如探病權、財產分配和繼承權等。(STK135)替代框架保護同性伴侶的核心權利(core rights) (STK134)，主要就著同性伴侶兩者之間的相互權利和責任。李霍認為可以容讓國家有一定的酌情權去決定這替代框架的形式、範圍和內容。

代表政府的黃繼明律師認為以上的提議不可行：若替代框架只保護核心權利——其範圍比婚姻的全部權利較窄。然而我們難以確定那些是核心權利，那些不是；所以要求政府去設立這種替代框架是不可行的。李霍堅持替代框架是可行的，他們借鏡歐洲人權法庭在 *Oliari* 案的說法，作出核心權利與輔助權利(supplementary rights)的區分，前者是指「需要法律承認的一般需要和同性伴侶的核心保

護」，而這是「與一個個體的存在和身分有關的」。超越核心保護的輔助權利可能「涉及敏感的道德或倫理議題」，如他們的家長權利、收養和使用人工生殖科技等權利，所以其具體內容究竟如何，國家有較大的酌情權。(STK132；另參 135、179)

但這真的能滿意地回應替代框架是否可行的質疑嗎？問題是：核心權利與輔助權利的界線何在？李霍沒有說清楚，最後的判決也沒有交待界線何在。他們在(SKT182-186)裡探討不同程度承認同性關係的各種制度，但最後強調它們全是用作舉例(illustrative)，而不是法庭的命令(prescriptive)。(STK186)最後判決提到替代框架應為同性伴侶「提供**合宜的**(appropriate)權利和義務」(STK214.2)這一切說法都相當含糊。

筆者先作一個觀察，李霍只承認輔助權利涉及敏感的倫理議題，但為何忘記替代框架本身和其核心權利已經是一個敏感且有巨大爭議性的倫理議題呢？還有很多香港市民認為一段同性關係(縱使是穩定且委身的)，仍然是不道德、不自然、不值得鼓勵，或不應被公共制度去肯定的，但這些市民對李霍而言儼然是不存在的。此外，李霍似乎說：先肯定同性伴侶的一些核心權利，至於有爭議性的輔助權利可慢慢再討論。所以替代框架只是提供一個**起點**，屆時再透過司法覆核去研究替代框架與婚姻的差別對待，有否足夠理據？是否構成歧視？再一次作判決吧！(STK187) 這種策略其實問題重重。

### **終審庭判決的內在張力**

終審法院對訴求三的判決似乎與之前的判決有點矛盾，它現時說不能承認海外同性婚姻，但在一連串近期判案裡，卻讓在海外以同性婚姻註冊的同性伴侶在共同報稅、政府給配偶的福利、以配偶身分申請公屋和居屋等事情上，擁有與異性夫妻幾乎一樣的權利。這不是很奇怪嗎？沒有名義上的婚姻身分，卻擁有幾乎一模一樣的婚姻福利，這是甚麼邏輯？這也產生張官提到的不平等問題：那些願意和能夠在海外進入同性婚姻的人擁有與異性夫妻幾乎一樣的權利，但在香港無法結婚的同性伴侶卻沒有這些權利，這是否對後者的「歧視」呢？

此外，李霍使用了「核心權利」這概念，不單核心權利與輔助權利的區分不大清楚，其實終審庭在QT案的判決中曾否定「核心權利」的概念，那李霍現時的判決會否與QT案的判決矛盾呢？（當時李霍也在終審庭！）這些矛盾後來被林官批評。

### **「核心權利」及「輔助權利」的區分：仍然不可行**

林官指出在 *QT v Director of Immigration* 一案中，曾評論這個觀點：若有一些差別對待是與婚姻的**核心權利**相關的，那不必把這種差別對待視為歧視。<sup>1</sup>然而終審法院的判決卻認為這種觀點是不合理的，並拒絕「核心權利」這概念：「我們不應跟隨這種進路。」(QT, para. 66)。在此案，李霍重申：一切差別對待都要以非歧視的基準來審視。(STK238-239)事實上，過往終審法院的判決顯示，所有曾經被檢視的差別對待都不能通過非歧視的基準，都一律被宣佈為違憲！

---

<sup>1</sup> 這觀點正是張官和林官還在上訴庭時所提出的，參 Cheung CJHC, Lam VP and Poon JA 在上訴庭就 QT 案的判辭 (CACV 117/2016; 25 September 2017)，§14 和§36。

若替代框架不給予同性伴侶一些輔助權利——但那些權利是異性婚姻所擁有的，那同性伴侶還是會司法覆核，說這是歧視他們。從過往案例可見，政府只有很少空間讓異性婚姻的權利和同性伴侶的權利有所不同。林官認為這「無可避免地導致一個結果，就是要求政府讓同性結合擁有異性婚姻現時所有的核心權利和福利。」(STK241)替代框架最終也會發展到「實質上與婚姻無異。」林官引用 Baroness Hale of Richmond DPSC 在 *Preddy v Bull* 案中的話：「在英國法律下，民事夥伴名義上不是婚姻，但實際上在每一方面都與婚姻的地位幾乎無異。」(STK242)但這其實是如張官所言，只是「以民事伴侶關係這個不同名稱作為獲得同性婚姻的走後門」方法。(STK16)這與法庭對於訴求一的否決不一致。(STK243)

終審法院的判決在程序上也有問題：訴求二的核心權利概念在第一天審訊才提起，而核心權利清單在第二天才呈交法庭和黃律師。同性結合的核心權利概念，和它與 *QT v Director of Immigration* 案和 *Leung Chun Kwong v Secretary of Civil Service* 案的關係，在下級法庭從來沒有討論過。(STK248)有關替代框架應有甚麼必需權利，沒有成熟的論證。更重要的是，沒有詳細討論為何缺乏某些核心權利，就會構成對同性伴侶的隱私權的任意干預。(STK249)簡而言之，終審法院採納核心權利的過程，令人感到有點草率。或許林官感到奇怪的是，終審法院在 *QT* 案把他和張官提出的「核心權利」論點打倒，但又突然在訴求二上擁抱這觀點，這不是前後不一，甚或「輸打贏要」嗎？

未婚異性伴侶（和其他關係）又如何？

張官指如果李霍的論點成立，那就意味著未婚異性伴侶也應透過民事結合等被法律承認。他們同樣面對探視權等困難，那按李霍的邏輯，不也應設立替代框架承認他們的關係嗎？(STK66)張官和林官都認為這會帶來重大改變，和可能導致不少問題。筆者作點補充：若異性伴侶可以選擇婚姻或民事結合等制度，一些人會選擇後者而不是前者，因為後者的進人和離去都比較容易（如毋需盟誓、離婚較易），被「束縛」的感覺沒那麼強，但這已偏離婚姻原初的理念，這長遠來說對社會必定帶來重大影響。但終審法院根本沒有考慮過這些問題。支持訴求二既然帶來那麼多問題，終審法院實在不應如此草率地作出現在的判決。

張官指出「在社會裡除了同性關係之外，也有其他關係需要考慮」，這點意味著嚴重和廣泛的問題：若把「某種關係的隱私權包含以法律框架去正式承認這種關係的憲法責任」這種觀點，不分青紅皂白地強加於政府及立法會上(而不理會他們的看法)，那也應加於同居的異性伴侶身上，但這會帶來婚姻制度的巨大改變。張官認為有關這類複雜和敏感的關係議題，其實更合適交由政府和立法會處理。(STK74)林官也同意：以法律框架承認異性同居伴侶，有潛在的廣泛且長遠影響，所以不應輕率邁向這個方向。除非我們把相關的論證在不同層次的法庭中反覆檢視，並且讓政府有充分機會去作出回應，他是不會贊成這個方向的。(STK250)

這問題嚴重得很，張官提到社會裡還有其他關係需要考慮，這非常對。有些人認為他們的私生活也包括近親的性愛關係、成年人與孩童的性愛關係，一男多女或一女多男的性愛關係，以及三人、十人或更多人的性愛關係。現時香港也沒有替代框架承認這些私生活中的「親密關係」，按照李霍的邏輯，這也在貶低他們，和令他們面對生活困難云云，那政府也有憲政責任去以替代框架去承認這種關係，不是嗎？但當然這是一個荒謬的後果，帶來婚姻制度、甚或社會的大混亂。但李霍從來只是考慮同性二人關係，而沒有解釋為何他們的邏輯不能同樣用於其他「多姿多采」的關係！

草率地把替代框架理解為憲法責任(基於「隱私」權)，李霍有真正考慮過這判決的深遠且可能是負面的結果嗎？

### 東郭先生和狼——香港婚姻制度的崩壞？

從過往終審法院的判決案例可見，不要說本地法律承認的同性關係，就算只是在外地註冊的民事結合，若缺乏香港婚姻擁有的權利，都被宣佈為「歧視」(如 QT 案等)，無一例外！所以不難想像，替代框架的「起點」殊不簡單，似乎是一種策略：先讓同性伴侶擁有香港法律承認的基本身分，然後其他分歧性的待遇應該會逐一被宣判為「歧視」，直至這替代框架發展到與婚姻相差無幾！(這令人想到東郭先生和狼的故事。)簡而言之，無論如何先把同性關係弄進法律裡，其他再慢慢起革命，直至「陰乾」香港婚姻制度為止！

### 結論——慎防「木馬屠城記」的上演

結合終審法院支持訴求二和他們過往有關海外同性伴侶的判決(逐一賦予他們與婚姻幾乎無異的權利和福利)，最終指向的是一種幾乎與婚姻無異的替代框架，但正如張官指出，這只是用走後門的方法把同性婚姻帶進香港，這與終審庭拒絕承認同性婚姻的精神，不是自相矛盾嗎？婚姻與家庭制度的重要性不能低估，《香港人權法案》第 19 條指出：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」(這來自《普世人權宣言》。)**「設立替代框架」儼然一隻漂亮、代表著勝利和「進步」的木馬，我們今天興高采烈把它拉進城裡，誰知道明天卻帶來城市的顛覆呢？**

總結而言，雖然訴求二在輕微多數的情況在終審法院被通過，但支持這判決的理據實在薄弱，而反對的理據卻明顯優勝(我另一些文章有論證這點)。從一般市民的角度，這儼然是三個法官把他們極大爭議性的價值觀強加於所有香港市民。如張官和林官所言，這是司法越權。所以，這判決理應被推翻，寄望終審法院在未來相關的判決上糾正自己的錯誤吧！