

# 從法律看同性戀、同性婚姻

鄭志遠

本文旨在簡述：

## 甲部

1. 有關同性戀的法律 – 刑事法和合同法；
2. 《基本法》和《香港人權法案》中的「平等權」和「言論自由」怎樣保障同性戀者的權利；
3. 初步探討現行法例是否不足夠？立法又是否唯一/最好的選擇？

## 乙部

4. 《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》中「婚姻」的定義 -- 異性的結合；
5. 《基本法》及《香港人權法案》中的婚姻權；
6. 變性人可否選擇以其變性後的性別結婚？以及對婚姻的基本概念和婚姻作為社會制度所帶來的挑戰。

話題之廣而篇幅有限，只能在本文中簡略論述上述議題。

## 甲部

### 關於同性戀的法例

#### 刑事法

1.1 經過數年的爭論和討論後，同性戀在 1991 年正式非刑事化，一些關乎同性戀的刑事罪行亦廢除了。雖然如此，為維持社會秩序與保護那些易遭人利用、侵犯及易受誘墮落的人士，某些同性戀行為仍屬刑事罪行。例如香港法例第 200 章《刑事罪行條例》中，由第 118A 至 118N 條所列之罪行，目的便是一些原本祇保護女性免受性侵犯的條款推廣至適用於男性。

1.2 然而，一如下文所述，上述《刑事罪行條例》中的部份罪行的合憲性卻受到質疑。

#### 合同法

1.3 雖然大部分同性戀行為已非刑事化；然而，以同性戀行為作為代價或者以達致同性戀行為目的而立的合約，一般來說會被視作違反公共政策，是非法和不能強制執行的合約。

憲法 -- 《基本法》和《香港人權法案》中的「平等權」和「言論自由」

2.1 這些權利可以在《基本法》和《香港人權法案》中找到：

《基本法》第二十五條：香港居民在法律面前一律平等。

---

<sup>1</sup>這些罪行包括：未經同意下作出的肛交，由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出同性肛交/嚴重猥褻作為，與精神上無行為能力的人作出肛交/嚴重猥褻作為，男子與男子非私下作出肛交/嚴重猥褻作為 and 非私下作出的同性肛交等等。

《基本法》第二十七條：香港居民享有言論、新聞、出版的自

由，結社、集會、遊行、示威的自由，  
組織和參加工會、罷工的權利和自由。

《香港人權法案》第一條：(一) 人人得享受人權法案所確認之權利，無分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等。

(二) 人權法案所載一切公民及政治權利之享受，男女權利，一律平等。

《香港人權法案》第十四條：(一) 任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。

(二) 對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利。

[比照《公民權利和政治權利國際公約》第十七條]

《香港人權法案》第十六條：(一) 人人有保持意見不受干預之權利。

(二) 人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋

求、接受及傳播各種消息及思想之自由。

(三) 本條第(二)項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限——

(甲) 尊重他人權利或名譽，或

(乙) 保障國家安全公共秩序，或公共衛生或風化。

比照《公民權利和政治權利國際公約》第十九條]

《香港人權法案》第二十二條：人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分而生之歧視。[比照《公民權利和政治權利國際公約》第二十六條]

上述法律條文所述的「身分」包括個人的性傾向(見下文)。

### 「平等權」

2.2 一般來說，對於相若的情況，法律通常應給予相同的待遇。

2.3 不過，在法律面前平等的保證，並非一成不變地規定完全相同的平等。有充分理據支持下，可以在法律上給予不同的待遇。為使待遇上的差別有理可據，便必須證明：

- (1) 該待遇上的差別必須是為了追求一個合法的目的。而要任何目的被視為合法，則必須確立有真正必要給予該差別。
- (2) 該待遇上的差別與該合法目的必須有合理的關連。
- (3) 該待遇上的差別不得超出為達致該合法目的而必需的程度。

2.4 凡涉及因諸如種族、性別或性傾向等理由而給予不同待遇的情況，法庭會深入仔細地審查該待遇上的差別是否有理可據。

2.5 男同性戀者曾引用這些憲法權利而成功挑戰上述《刑事罪行條例》中的部份罪行是違憲和無效。

2.6 案例一：Leung TC William Roy v. Secretary for Justice (CACV 317/2005)

2.6.1 自 1991 年起，男子和男子在雙方同意下作出肛交已不屬於刑事罪行，但這是有最低年齡限制的。《刑事罪行條例》第 118C 條就是說明由 21 歲以下男子作出或與 21 歲以下男子作出同性肛交仍然是刑事罪行。同時，對於男子和女子性交的最低合法年齡則是 16 歲。上訴人認為這樣是對同性性行為的歧視和不平等待遇而且違反了《基本法》及《香港人權法案》中的平等權。

2.6.2 同時，對於男子和女子性交的最低合法年齡則是 16 歲。上訴人認為這樣是對同性性行為的歧視和不平等待遇。

2.6.3 案件在原訟法庭審理時，法官(夏正民)認為當多數群眾能享有以其自然的方式性交的權利；但是少數群眾卻不能以其唯一的方式性交，這樣本身就是歧視，是「偽裝歧視」而其唯一的根據

是性傾向。原訟法庭裁定《刑事罪行條例》第 118C 條不符合《基本法》第二十五條和《香港人權法案》第一，十四和二十二條。上訴庭也同意這個看法。

## 2.7 案例二：Secretary for Justice v. Yau Yuk Lung Zigo and Another (FACC 12 of 2006)

2.7.1 《刑事罪行條例》第 118F 規定任何男子與另一名男子非私下作出肛交，即屬犯罪。這案中所涉及的肛交是在一輛泊在公共道路旁的私家車裏發生的。

2.7.2 在普通法中，有所謂「作出有違公德的作為」，任何人士在公眾場所作出任何行為，而該行為淫褻、令人反感而破壞公眾體統，便構成罪行。

2.7.3 終訴庭指出，所有人，不管其性傾向，都受到「作出有違公德的行為」這項普通法罪行管轄。不論其性傾向，任何人都可能因在所規定的情況下作出有違公德的猥褻、淫褻或令人厭惡的性行為而招致干犯該罪行的刑事法律責任。但唯獨同性戀者受制於第 118F(1)條下的「作出非私下肛交」法定罪行。反之，同樣或相若的行為，即非私下的陰道或肛交，異性戀者卻不受制於任何與 118F(1)條所訂明者相若的刑事法律責任。這樣，就同樣或相若的行為，第 118F(1) 條令到同性戀者和異性戀者之間出現建基性傾向的區別。終訴庭認為該待遇上的差別並不是為了追求任何合法的目的。同性戀者在社會上是少數族群。該條文具有針對他們的效果，在憲法上屬無效。法庭有責任強制執行「在法律面前平等」這項憲法保證，也有責任確保人人免受歧視性的法律侵害。第 118F(1)條的效果是針對一個按性傾向界定的群體，即男同性戀者。現實地來看，雖然該條文沒有提及同性戀，但它還是具有該

效果。因此，第 118F(1)條屬歧視性，侵犯平等權利。它不符合憲法。

2.7.4 值得注意的是終訴庭的裁定：「以性傾向為理由而作出的歧視，不論是根據《基本法》第 25 條還是《人權法案》第 22 條，明顯都屬於違憲。這是因為性傾向屬「其他身分」一詞的範圍內。」

2.8 上文提到的《基本法》和《香港人權法案》所述的權利，除了可用來質疑法律條文的有效性外，也可以用來挑戰行政決定的合法性：

2.9 案例三：Cho Man Kit v. Broadcasting Authority (HCAL 69/2007)

2.9.1 香港電台電視節目《鏗鏘集》於二零零六年播出的一輯名為《同志·戀人》的節目，內容講述數名同性戀伴侶在日常生活面對的問題。廣播事務管理局（下稱廣管局）以違反《電視通用業務守則》中有關持平原則，向港台發出「強烈勸喻」。廣管局認為(1) 該節目內容中提及同性戀和對同性婚姻立法的意見具爭議性，作為一紀錄片式的寫實節目，該節目未能達到「持平報導」的準則，(2) 因節目在合家歡時間播放，兒童或年輕觀眾或會對部份內容感到反感，而裁定節目不適宜在合家歡時間播放。

2.9.2 節目中其中一位受訪者曹文傑入稟原訟法庭，提出司法覆核。原訟法庭(夏正民法官)於 2008 年裁定曹文傑勝訴。法官認為廣管局的決定是基於其認為節目內容或會令人反感，和一部份人因「偏見、個人喜惡和不三不四的合理化」所達成的所謂共識。法官認為這樣限制言論自由是主要基於一個歧視性的原因：同性

戀或會令部份觀眾感到反感。因此法庭裁定廣管局的決定是違憲的。

2.10 由此可見，《基本法》和《香港人權法案》中的「平等權」<sup>3.1</sup>雖然現時沒有反性傾向歧視條例；但同性戀者是否完全沒有得到法律保護呢？

### 現行法例是否不足夠？立法又是否唯一/最好的選擇

3.1 雖然現時沒有反性傾向歧視條例；但同性戀者是否完全沒有得到法律保護呢？

3.2 從本文第 2 部份所提的案例可見，不論是根據《基本法》第 25 條還是《人權法案》第 22 條，以性傾向為理由而作出的歧視的法律和行政決定都屬於違憲而無效。《基本法》及《香港人權法案》中的平等權和言論自由都是可以並確實已用來保護同性戀者的權利。

3.3 有意見認為《性別歧視條例》中的「性別」(sex)一詞可以包含「性傾向」(Sexual orientation)在內。然而，亦有意見，認為這樣的演繹是將「性別」一詞的定義過度延伸。而且至今還沒有案例支持這種演繹。所以，對於「性傾向歧視」是否屬於違反《性別歧視條例》一事仍然是未明朗；但不能排除這個可能性。

3.4 也有意見說，既然政府都已為性別、種族、殘疾及家庭崗位歧視立法，為何不也為反性傾向歧視立法？這是一種魚目混珠和片面的說法；核心問題始終是 -- 究竟有沒有需要特別為性傾向立法。



3.5 現行法律和制度也許仍有歧視同性戀者的地方，但似乎針對性在個別範疇研究解決辦法比訂立反性傾向歧視條例更為直接和有效。

3.6 再者，教育比立法更為適合。在 2012 年 5 月 30 日的立法會議中，政制及內地事務局局長回應何秀蘭議員質詢政府時說：「近年有非政府團體或機構進行過有關性傾向及性別認同的意見調查。社會對同志議題似乎有漸趨開放的跡象，這不再是一個忌諱、「不能講」的話題，尤其年輕一代對不同性傾向人士及跨性別人士的接納程度比較高。此外，同志僱員在工作間遭受歧視的情況亦有下降趨勢。這些都反映了一直以來政府和民間團體所推行的教育和宣傳推廣工作有一定成效。」

3.7 對於是否應該立法一事，政制及內地事務局局長表示「有關是否應立法禁止性傾向歧視，現時社會上仍然存在分歧。有部分社會人士要求政府盡早立法，但同時亦有不少人士基於宗教信仰和家庭價值觀等各種考慮而提出反對。特區政府參照《公約》，在 2011 年 9 月向聯合國人權事務委員會提交報告時已指出，在現階段，自我規管及教育，相對於立法，是處理性傾向歧視最適當及務實的方法。但是，當然，政府當局會繼續留意民情的發展。... 香港的法律及多項政策，都是以一男一女、一夫一妻的婚姻為基礎。香港現時並不承認同性婚姻，因此，在某些政策下，同性伴侶與異性結婚人士所獲的待遇並不相同，沒有結婚的異性伴侶與已結婚的異性所獲的待遇也不一樣。這不能簡單說成爲對不同性傾向人士的歧視。至於是否容許同性婚姻，這涉及基本的價值觀，牽涉複雜的事宜，社會上難以在短期內得到共識。政府在施政方面一向重視平衡各方面的意見。當社會上就同性戀這議題還有嚴重分歧時，強行推出在這方面的立法建議只會在社會引起廣

泛爭拗，製造分化和矛盾，對不同性傾向及跨性別人士未必是最有利的做法。在採取立法途徑的時機成熟之前，我們認為應繼續努力透過公眾教育及宣傳，推廣平等機會的觀念，藉以推動建立互諒包容的文化。”

### 逆向歧視?

3.8 「性傾向」(sexual orientation)的定義並不只是指同性戀和雙性戀；異性戀也包括在內。所以，如果說不同性傾向人士的權利應受保障，那麼同性戀、雙性戀和異性戀者的權利都應受保障。一些同性戀者便是利用這一點，說某些法律條文「優待」異性戀者——同一行為卻因不同行為者的性傾向而引致不同的待遇或法律後果——是「偽裝歧視」同性戀者而違憲。

3.9 可以想像，同性戀者可以用同一理據挑戰其他制度。首當其衝的可能是宗教團體。在外國已有教會和團體拒絕為同性人士舉行婚禮或借出場地而被法庭裁定違法的案例，亦有人因發表反對同性戀而被法庭裁定歧視(但發表支持同性戀的團體卻似乎沒有法律責任)。這樣算不算是對非同性戀者的逆向歧視?

3.10 假設一所天主教學校的校長在聘請老師時，因其中一個申請人是同性戀者而拒絕其申請，便很有可能干犯了反性傾向歧視條例。

3.11 又例如神父拒絕為同性人士證婚，也可能干犯了反性傾向歧視條例。

3.12 如公教家庭在聘請外傭時，因申請人是同性戀者而拒絕聘用，亦可能干犯了反性傾向歧視條例。

3.13 如果一個人「不歧視同性戀者」就等於要「接納同性戀者在其家中工作和照顧其子女」，是何等荒誕！那些有基督宗教信仰的人的宗教信仰自由、保持意見不受干預之權利、思想自由又怎可說是受憲法所保護呢？

3.14 推動不同性傾向人士之間之互相尊重、不要歧視，相信沒有人會對這大原則有甚麼異議。然而，「魔鬼在細節中」，法例的內容會否變相地以刑責來壓制非同性戀者的反對聲音呢？這樣又算不算是對非同性戀者的逆向歧視？

### 平衡

3.15 例如宗教信仰的自由，公開傳教和舉行、參加宗教活動的自由(《基本法》第三十二條及《香港人權法案》第十五條)；言論、新聞、出版的自由，結社、集會、遊行、示威的自由(《基本法》第二十七條)；保持意見不受干預之權利、發表自由之權利及思想之自由(《香港人權法案》第十六條)等等。

3.16 故此，有意見認為，在提倡「保護」某一權利時，真正重要的是平衡各種權利，以免出現過猶不及，逆向歧視的情況。

3.17 因此，在考慮是否應為反性傾向歧視立法時，不應單單注重同性戀人士的訴求(他們的聲音很大，社會各階層都已清楚聽到)；更重要的是(i)在各種性傾向人士的權利取得平衡和(ii)與社會人士其他的權利取得平衡。

3.18 部份同性戀團體非常堅持為反性傾向歧視立法。為甚麼？是否有「後着」？有意見認為反性傾向歧視立法祇是第一步或祇是幌子，同性戀團體在立法後會用此法例為基礎/理由進一步爭取同性婚姻合法化及在生活中各方面和異性戀者的權利一樣。這對性

別和婚姻制度會構成極大衝擊。所以，在思考是否應該為反性傾向歧視立法時，也需一并考慮性別和婚姻制度等問題。

## 乙部

### 「婚姻」的定義

4.1 《婚姻條例》(香港法例第 181 章) 第 40 條 (標題：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。

4.2 在敘述何謂「無效婚姻」時，《婚姻訴訟條例》(香港法例第 179 章) 第 20(1)(d) 條 (標題：批出婚姻無效判令的理由) 說：

(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

(d) 婚姻雙方，並非一方為男，一方為女。

### 《基本法》及《香港人權法案》中的婚姻權

5.1 《基本法》第三章 (標題：居民的基本權利和義務) 第三十七條：

「香港居民的婚姻自由和自願生育的權利受法律保護。」

English version of Art.37:

“The freedom of marriage of Hong Kong residents and their right to raise a family freely shall be protected by law.”

5.2 《香港人權法案》第十九條(標題：關於結婚和家庭的權利)：

- (一) 家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。
- (二) 男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。
- (三) 婚姻非經婚嫁雙方自由完全同意，不得締結。
- (四) 夫妻在婚姻方面，在婚姻關係存續期間，以及在婚姻關係消滅時，雙方責任平等。婚姻關係消滅時，應訂立辦法，對子女予以必要之保護。

[比照《公民權利和政治權利國際公約》第二十三條]

5.3 但何謂「男(man, male)」「女」(woman, female)？

怎樣判別一個人的性別？

6.1 上述法例並沒有為「男」(man, male)「女」(woman, female)作出定義。這問題看似簡單直接；但在變性人能否以其變性後的性別結婚這個問題上，就突顯了其複雜性。狹義上來說是變性人在憲法裏的婚姻權的問題；但問題的真正幅度遠超法律層面：是對婚姻的基本概念和婚姻作為社會制度帶來根本性的改變。

6.2 在 W v Registrar of Marriages 一案，終審法院以 4：1 變性人（已進行全面的性別重塑手術 (sex reassignment surgery)）應該被視為《婚姻條例》第 40 條及《婚姻訴訟條例》第 20(1)(d)條中的「女」及「女方」，因此可以和男人結婚。

同性婚姻？

6.3 毫無疑問，根據現行法律，有效的婚姻必需一方為男性而另一方必需為女性。同性婚姻是不合法的。

6.4 然而，容許變性人以其變性後的性別結婚是否變相容許同性婚姻？一個人不能有雙重性別，那麼應如何畫分界線以決定一個變性中的人，甚麼時候是從原來的性別變成另一個性別？以 W 為例，如果他能合法地與男性結婚，那麼是否等同同性婚姻？

6.5 又如果法律容許變性人以其變性後的性別結婚，又假設社會上能找到清晰的界線以劃分一個變性中的人何時才由原來的性別變成另一個性別。以一個男▶女的變性中的人為例子，假設他在變性前已結婚，那麼在變性的一刻後其婚姻是否還有效？在家事法中他的權利和義務又會怎樣？

6.6 又如果同性可以「結婚」，例如一名男子與另一名有子女的男子「結婚」，那麼後者的子女又應有甚麼權利和義務？如果說變性人有權以其變性後的性別結婚，又或是同性兩方有權結婚；則等如說子女們沒有拒絕承認變性人或同性人為繼「父」或繼「母」的權利。

#### 總結 - 問題的幅度和深度

- 基本人權無疑是任何文明社會的重要基礎。但一不小心，保護人權便會變成變相打壓他人的工具。因此，在考慮性傾向歧視或者同志平權等問題的時候，不應只提倡保護單一權利，更重要的是平衡各種權利，以免出現過猶不及，逆向歧視的情況。
- 再者，這些問題和婚姻的基本概念和婚姻作為社會制度等議題緊緊相扣，理應一起討論而不是狹隘地檢視同性戀者這一羣組的權利。

● 同性戀者如在任何範疇遭受歧視，最有效的方法是針對性在個別範疇研究解決辦法，比訂立反性傾向歧視條例更為合適。

### 資料來源

在撰寫本文時曾參考以下文章及節錄其部份內容，現對其作者表示謝意：

1. 立法會 民政事務委員會 性傾向歧視問題小組委員會 CB(2)981/00-01(01)號文件 (2001年3月);
2. Paper No. CB(2)2374/00-01(02) “Non-discrimination in Education on the ground of sexual orientation” prepared by Education and Manpower Bureau, September 2001;
3. 立法會 民政事務委員會 性傾向歧視問題小組委員會 CB(2)786/01-02(01)號文件 (2001年12月);
4. 立法會 政制事務委員會 立法會秘書處為 2010年1月18日會議擬備的背景資料簡介 性傾向歧視 CB(2)727/09-10(04)號文件 (2010年1月);
5. 消除性傾向歧視僱傭實務守則, 1998年;
6. “Employment Discrimination Based on Sexual Orientation :A Hong Kong Study” (Holning Lau & Rebecca L, Stotzer, 25<sup>th</sup> May 2010).
7. Halsbury’s Laws of Hong Kong.