

Ubamaka Edward Wilson 訴 保安局局長及另一人

終院民事上訴2011年第15號(2012年12月21日)¹

終審法院

背景

1991年，尼日利亞公民Edward Wilson Ubamaka 因管有危險藥物而在抵達香港國際機場後即時被捕。1993年，他被裁定販毒罪名成立，判處監禁24年。

1997年7月前，Ubamaka 先生向香港及英國政府申請遣返尼日利亞服餘下刑期。然而，當時香港與尼日利亞並沒有這樣的安排，他的移交申請因而失敗。1999年7月，保安局局長(“局長”)向他發出遞解離境令。

1998年，Ubamaka先生知悉1990年第33號判令已納入尼日利亞《國家反毒執法局法令》(National Drug Law Enforcement Act)，該判令把下述行為定為刑事罪行：(i)從尼日利亞輸出毒品或精神藥物(如從尼日利亞出發輸出該等違禁藥物時沒有被發現，而輸出違禁藥物者被發現把該等藥物輸入某外地國家)；以及(ii)因在國外任何國家干犯涉及毒品或精神藥物的罪行被定罪而損及尼日利亞的聲譽。上述任何一項罪行的最高刑罰為監禁5年及沒收資產，即使該



人可能已在該外地國家就該行為受審及被定罪亦然。

2006年9月，Ubamaka先生根據《1951年關於難民地位的公約》，向聯合國難民事務高級專員香港辦事處(“難民事務專員”)申請難民身分。2007年3月，他根據聯合國1984年《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》(“《禁止酷刑公約》”)，就有關的遞解離境令向入境事務處處長(“處長”)提出聲請。Ubamaka先生聲稱，一旦被遞解至尼日利亞，他在候審期間及審訊以後都有依據《國家反毒執法局法令》而被監禁的風險。他並指稱，因與毒品有關罪行而被羈留的人，在有關的監禁期間常常會遭受酷刑和其他不人道或侮辱的待遇。2007年12月，難民事務專員拒絕他

¹ 英文判決書收錄於[2013] 2 HKC 75。



基本法 案例摘要

的難民身分申請。另外，處長在2008年8月拒絕Ubamaka先生根據《禁止酷刑公約》提出的聲請。

2007年12月，Ubamaka先生因行為良好而提早獲釋，但隨即被處長行政拘留，等候遞解離境。在2008年1月至3月期間，Ubamaka先生多次向處長要求擔保外出不遂。他於是申請司法覆核，質疑有關的遞解離境令及行政拘留。在2008年8月，Ubamaka先生獲給予申請司法覆核的許可後，獲准擔保外出。

2009年5月，原訟法庭判決該項司法覆核申請得直、撤銷遞解離境令，並裁定有關的行政拘留不合法。在局長及處長提出上訴後，上訴法庭推翻原訟法庭的決定。

爭議點

Ubamaka先生在向終審法院提出的上訴中，基於下述理由對遞解離境令提出質疑：如被遞解至尼日利亞，他會就同一行為，即販毒而面對根據尼日利亞法律被檢控及懲罰的嚴重風險；由於他已就該行為而在香港被定罪及監禁16年，因此有關的遞解離境令會使他面對《香港人權法案條例》(第383章)第8條所載《人權法案》第3及11(6)條所分別禁止的殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰及重複起訴的風險。Ubamaka先生進一步辯稱，禁止推回難民，使難民要面對殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰的規則已構成一項習慣國際法規範，這

項規範也已納入香港的普通法內，並提供獨立的依據，令有關的遞解離境令成為無效。終審法院駁回上訴的主導判詞由終審法院常任法官李義撰寫。法院不再需要處理對行政拘留所提出的質疑。



關於地方法律的問題

李義法官開宗明義表明，終審法院所關注的問題須根據香港本地法律解決，而非藉任何看來是直接援用《公民權利和政治權利國際公約》的條文，或藉任何看來是在國際法的層面對某個問題作出判決。法院裁定，香港法律一個久已確立的原則(在這方面依循英國法律)是，國際條約不會自動生效，而且除非及直至已藉立法方式成為本地法律的一部分，否則不會賦予或委予個別市民任何權利或義務。根據詮釋原則，如某項本地法規含糊且可具有不同的涵義，而該等不同的涵義又或會與國際條約相符合或相抵觸，則法院會假定立法機關的原意是

按照該國際條約下適用的義務立法。然而，如法規已很清晰，則法院有責任予以執行，不論這會否涉及違反任何條約的義務。對於主權國之間的往來所產生的權利及義務，法院沒有司法管轄權作出判決。

第一項憲法性論據：《香港人權法案條例》第11條的解釋過於廣泛

Ubamaka先生辯稱，《香港人權法案條例》第11條違憲，必須狹義解讀或與《香港人權法案條例》徹底分割，才不會妨礙他依據所援引的《人權法案》權利。他所提論點的理據是，英國在1976年就《公民權利和政治權利國際公約》訂下的出入境保留條文的範圍，以及根據該保留條文而“適用於香港”的範圍，長期遭誤解，也被賦予過於廣泛的涵義。² 根據這項論點，保留條文旨在維持一個狀況，即那些並非同時具有英國公民身分的英國子民，無權進入英國及在英國居住，儘管《公民權利和政治權

利國際公約》第12條訂明的事項包括遷徙往來的自由、擇居的自由、不得無理褫奪任何人進入其本國的權利等。他認為，英國關注到《公民權利和政治權利國際公約》的範圍被視為涵蓋作為單一“國家”的所有英國屬土，以致不獲賦予進入英國和在英國居住的權利的英國子民(尤其是東非的英籍亞裔人士)，可能會聲稱享有該公約第12(4)條不得無理褫奪任何人進入其本國的權利。

Ubamaka先生因而辯稱，就《公民權利和政治權利國際公約》所訂下並在1976年延用於香港(以至英國當時的每個屬土)的出入境保留條文，其效力是(i)訂明《公民權利和政治權利國際公約》第12(1)條所載任何人在一國領土內遷徙往來和擇居的自由，只限在該人所屬的領土或殖民地享有，而非在英國任何其他屬土享有；(ii)《公民權利和政治權利國際公約》第12(4)條所訂不得無理褫奪任何人進入“其本國”的權利，也只限在該人所屬的領土或殖民地而非英國其他屬土享有；(iii)凡《公民權利和政治權利國際公約》其他條文隱含類似第12(1)和12(4)條的保留權利，出入境保留條文同樣地在該範圍內(但只限於該範圍)適用於該等條文。因此，他辯稱當《基本法》第39條訂明《公民權利和政治權利國際公約》“適用於香港”的有關規定繼續有效，並通過香港特區的法律予以實施，該公約須在按上述方式狹義解

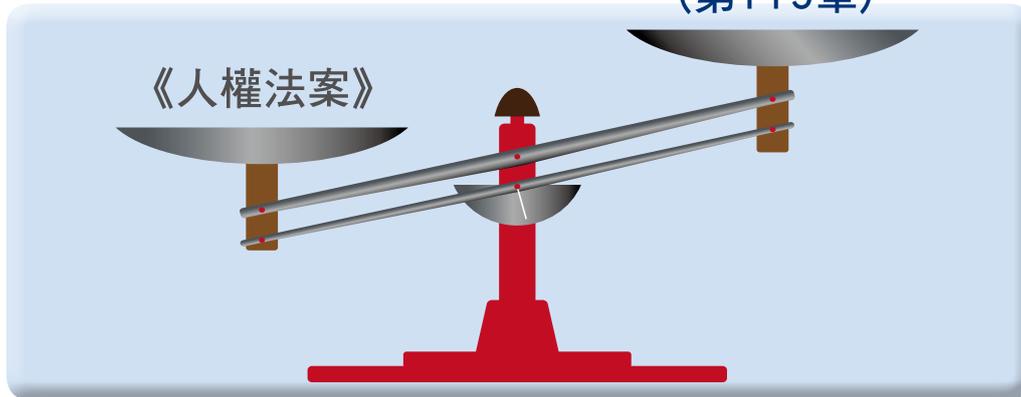


《公民權利和政治權利國際公約》

² 《香港人權法案條例》第11條訂明：“對於無權進入及停留於香港的人來說，本條例不影響管限這些人進入、逗留於及離開香港的出入境法例，亦不影響這些法例的適用。”



《入境條例》 (第115章)



釋的出入境保留條文所規限下適用於香港，方能生效；《基本法》第39條並無授權或准許對《公民權利和政治權利國際公約》所保障的權利作出更多規限。

李義法官反對此論據，認為參考促使英國在1976年就《公民權利和政治權利國際公約》訂下出入境保留條文的原因，不能解決本案引起的爭議點，特別是採用該方法會導致忽略香港法律制度至今的基本改變。香港在1976年沒有受其他殖民地或屬地英籍人士湧入所威脅，而這些人士如果在沒有出入境保留條文的情況下，或可聲稱有權進入香港，並以香港為“其本國”在此居留。相反，香港政府在上世紀七十年代、八十年代和九十年代須竭力抵擋多批從內地湧入香港的非法入境者，並採取強而有力的法律措施，授以遣送及遞解他們離境的相關拘捕及羈留權力。在這種背景下實施出入境保留條文，目的是防止非法移民依據《公民權利和政治權利國際公約》中可能適用的權利，謀求對抗該等措施。舉例來說，在 *re Hai Ho-tak and Cheng Chun-heung* [1994] 2 HKLR 202 案，當局依據《香港人權法案條例》第11條應

付一宗推翻遣送離境令的申請，該申請指遣送離境令違反《人權法案》第1條(不受歧視)、第14(1)條(對私生活的保護等)、第15(4)條(父母對子女接受教育的自由)、第20(1)條(兒童的權利)和第22條(受法律平等保護)。在 *Vo Thi Do 及其他人 訴 入境事務處處長* [1998] 1 HKLRD 729 這宗測試案中，1,376名前越南居民以違反《人權法案》第3條(殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰)和第5條(人身自由)，質疑當局行政拘留的時間過長。另外還有不少依據第19條(家庭的權利)的案件。

對於《公民權利和政治權利國際公約》的條文應否繼續適用於香港這個問題，中央人民政府和英國政府在達成《聯合聲明》之前的談判中，已特別處理。雙方有關《公民權利和政治權利國際公約》“適用於香港的規定將繼續有效”的協議，最終記錄在《聯合聲明》附件一第十三節。《聯合聲明》在1984年12月19日簽立，1985年6月30日生效。《香港人權法案條例》在1991年6月8日制定，並連同其他條例及樞密院頒令(載有英國適用於香港的措施)，受《基本法》第160條訂明的審議程序規限

(“第160條的執行”)。常務委員會曾具體考慮《香港人權法案條例》應否獲採納為香港特區法律，或應否基於抵觸《基本法》而把整條《香港人權法案條例》或其中任何部分豁除。第八屆人大常委第二十四次會議在1997年2月23日通過決定，列明抵觸《基本法》而不獲採用的條例及附屬立法清單。附件II並列明類似的被豁除指明條例及附屬立法的具體條款清單。《香港人權法案條例》若干條文在清單內列作被豁除的條文，但《香港人權法案條例》第11條及其餘條文由於與《基本法》相符而獲採納。正確的理解是，《香港人權法案條例》基於與《基本法》相符(而不是英國在1976年的出入境政策)而在上述第160條的執行程序中獲採納為香港法律，因而為《公民權利和政治權利國際公約》繼續適用於香港特區提供有效的法律環境。

第二項憲法性論據：《香港人權法案條例》第11條不被《基本法》第39條納入

Ubamaka先生提出另一論點指，出入境保留條文如涵義更廣泛，並與《香港人權法案條例》



第11條所訂的條件相同，便抵觸《公民權利和政治權利國際公約》的宗旨及目的，在國際公法上屬無效。結果是保留條文從批准文書中分割開來，令作出保留條文的國家繼續為條約的締約國，但不會得益於保留條文。因此，《基本法》第39條沒有把無效的保留條文納入本地法律，因而在憲法上不容許香港特區政府違反根據國際法適用於香港的《公民權利和政治權利國際公約》。

正如上文所述，李義法官指出，地方法院不具司法管轄權就主權國之間在國際層面的往來所產生的權利及義務作出裁決。因此，法院裁定，這個關乎英國批准文書(不論是否訂有出入境保留條文)具備或不具備效力的另一論據涉及國際公法，不可由香港法院審理。

基於上述原因，兩項憲法性質疑均不成立。終審法院總結指，《香港人權法案條例》第11條與《基本法》第39條相符，並且在憲法上有效。

《香港人權法案條例》第11條在香港法律上視為有效

在本地法律方面，香港法院一直都認為《香港人權法案條例》第11條與出入境保留條文及《基本法》第39條相符。即使在1997年7月1日之前，法院已在 *Wong King-lung* 及其他人訴入境事務處處長 [1994] 1 HKLR 312案裁定，視為反映於《香港人權法案條例》第11條的條



款中的出入境保留條文有效。1997年之後，終審法院曾多次討論《香港人權法案條例》第11條，但並無發現該條與就《公民權利和政治權利國際公約》訂下的原有出入境保留條文或《基本法》第39條有任何抵觸之處。

《香港人權法案條例》第11條參照第5條文意理解的範圍及效力

李義法官指出，表面看來，《人權法案》中凡與《香港人權法案條例》第11條所涵蓋的人及出入境法例有關的權利，一概被該條文毫不例外或沒有施加約制地豁除。然而，《香港人權法案條例》第5條規定，即使處於危及國家存亡的緊急狀態，也不得減免履行包括《人權法案》第3條在內的規定。核心問題是，在訂有《香港人權法案條例》第5條的情況下，立法機關的原意會否是：就日常行使的訂立出入境法例的權力而言，應容許《香港人權法案條例》第11條阻止以《人權法案》第3條作為依據。李義法官強調，毫無疑問，《香港人權法案條例》第11條並不違憲，問題只涉及對《香港人權法案條例》第11條的解釋。

李義法官得出的意見是，如果即使處於危及國家存亡的極度緊急狀態，根據《香港人權法案條例》第5條也不得減免履行《人權法案》第3



條有關禁止酷刑和殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰的規定，那麼便無法想像在什麼情況下會容許作出減免。李義法官並指出，《人權法案》第3條所保障的權利，還享有絕對權利的地位，這點從斯特拉斯堡和英國法院的法理學可見一斑。

終審法院在吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長(1999) 2 HKCFAR 49案闡明，憲制文件一般必須按照其立法目的來解釋。該項原則也適用於獲《基本法》第39條賦予憲法效力的《香港人權法案條例》。《香港人權法案條例》第5條以清晰的字眼，確立《人權法案》第3條所保障的權利(任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰)具有不得減免履行規定的特質，並且屬絕對的權利。因此，《香港人權法案條例》第5條與第11條之間的任何明顯衝突，或該等條文的立法目的如有任何含糊之處，均應以《香港人權法案條例》第5條具有凌駕地位而解決，即是以《人權法案》第3條所保障的權利具有不得減免及絕對性質，作為具決定性的考慮因素。因此，按立法目的解釋，《香港人權法案條例》第11條必



須理解為受第5條約制，而且對於無權進入及停留於香港的人來說，該條把出入境法例對這些人所行使的權力及所執行的職責，豁除於《香港人權法案條例》及《人權法案》的適用範圍，但如涉及受《人權法案》第3條所保障的不得減免及絕對的權利，則屬例外。

答辯人的論據

答辯人就法院得出這個結論提出四項論據。第一，他們以《香港人權法案條例》第2(2)條作為依據。該條訂明“《人權法案》受第三部規限”；由於第11條歸屬第三部，因此辯稱第11條凌駕《人權法案》所訂的權利。李義法官拒絕接納此論據，並且表示此論據只重述第11條的真確解釋為何及《人權法案》受第11條規限的範圍這個核心問題，但卻沒有解答該問題。

第二，答辯人辯稱，第5條與第11條涉及概念頗為不同的程序。第11條是保留條文(在批准《公民權利和政治權利國際公約》時作出，使締約國可藉以拒絕承擔具體義務)；而第5條則與減免履行某些規定有關(使當局可不履行原來

承允的條約義務)。李義法官表示，上述論據並不切題。《香港人權法案條例》第5(2)(c)條的相關之處，其實在於該條表明在任何時候都不得減免履行《人權法案》第3條的規定，即使當局已正式宣布處於危及國家存亡的緊急狀態。由此可見，第5(2)(c)條承認或賦予《人權法案》第3條絕對及不容減免的權利，使該條具有凌駕第11條的地位。

答辯人的第三項論據是，立法機關已決定，應交由處長酌情行使第11條涵蓋的出入境權力，而處長行使該項權力須受一般行政法所規限。這項論據又被駁回。李義法官認為，如《香港人權法案條例》第11條的確實涵蓋範圍不能取代《人權法案》第3條所保障的絕對及不容減免的權利，則答辯人任何抵觸該條的行動都會構成違反憲法，而申訴會視為當然權利而獲得批准，且不受酌情因素規限。法院可審理這種違憲情況，而且必須介入。

答辯人最後一項論據是，法院對《香港人權法案條例》第11條的解釋，應與立法機關制定法規時對有關法律的理解相符，即使立法機關對



有關法律的看法其後證明是錯誤的。李義法官指出，雖然香港的案例法一律把第11條視為取代《人權法案》所載權利的條文，但除了 *Vo Thi Do* 及其他人 訴 入境事務處處長 [1998] 1 HKLRD 729 案之外，並無其他相關案件試圖以《人權法案》第3條作為依據。上訴法庭在 *Vo Thi Do* 案裁定，雖然啟動第11條，但也沒有影響該案的判決結果，因為“事實顯示，第3、5(1)和6(1)條所保障的權利並沒有被侵犯”。因此，法院在 *Vo Thi Do* 案沒有分析《人權法案》所訂的該等權利是否被第11條剝奪，而答辯人所依據的案件也沒有考慮第5條與第11條的關係。

《香港人權法案條例》第5條列明的其他權利

終審法院的判決明確限於兩方面，即《香港人權法案條例》第5條與第11條的關係，以及《人權法案》第3條與第11(6)條的關係。《香港人權法案條例》第5(2)(c)條列明的其他權利並無在法院席前作出爭辯，判案書也無意就第11條與該

等權利的關係作出裁定。法院表明，不能因為《人權法案》第3條所保障的權利(任何人不得予以殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰)是不得減免和絕對的權利這個結論，而認為這也適用於《香港人權法案條例》第5(2)(c)條列明的所有其他權利。在該等權利當中，有些憑藉《香港人權法案條例》第5條而可能屬不得減免的權利，但並非絕對的權利。所產生的後果是，舉例來說，如經相稱原則分析認為有理可據，則或可容許對該等權利施加法定的約制，因此不應從判案書的說法而對其他權利動輒作出推斷。

對《香港人權法案條例》第11條的解釋產生的後果

就遞解離境及遣送離境而言，任何人不得予以殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰的權利，屬絕對權利，當中所產生的第一個後果是，即使擬被遞解離境者的行為或品格惡劣至成為其擬被驅逐的理由，政府也不能讓他蒙受這種風險。第二個及相關的後果是，政府不能以遞解離境通過了相稱原則分析為由，作為侵犯《人權法案》第3條所訂絕對權利的理據。第三個後果是，基於殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰性質嚴重而難以補救，《人權法案》第3條在驅逐個案中的適用範圍，屬《公民權利和政治權利國際公約》及《香港人權法案條例》對地域範圍的一般限制的例外情況。因此，接收遞解離境者的國家會有違反《人權法案》第3

條的可能，是限制香港政府進行遞解離境的理由。

以重複起訴為理由

李義法官裁定，Ubamaka先生根據《人權法案》第11(6)條對遞解離境令提出的質疑不能成立，因為《香港人權法案條例》第11條阻止以該條作為依據。Ubamaka先生依香港法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋，因而不會就同一罪名再予審判或科刑的權利，並非不得減免(第5條並無提及)或絕對的權利。李義法官亦贊同芮安牟法官和上訴法庭的看法，認為第11(6)條對Ubamaka先生沒有幫助，因為有別於第3條，該條只適用於香港特區的地域範圍內。

以殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰為理由

經正確解釋的第11條，並不阻止Ubamaka先生以《人權法案》第3條作為依據。Ubamaka先生如根據事實，聲稱自己的情況屬於第3條所訂條件的範圍內，他必須確立，假如他被遞解離境，他可能面對的苛待會達到“最起碼的嚴重程度”，以及他須面對可能受到這些虐待的真實和重大風險。要確立符合這些規定的門檻極高，且通常包括實際身體傷害或嚴重的身體或精神痛苦。

《基本法》
第39條

《基本法》
第160條

《香港人權法案條例》

《公民權利和政治權利
國際公約》



關於遞解離境者必須確立的風險程度，向來有不同說法，遞解離境者必須證明有“重大”或“強而有力”的理由令法院相信，如他被遞解離境(或引渡)，會面對被施以酷刑，或予以殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰的“真實風險”。真實風險是否存在，必須經過嚴格的審核。法院應在法律程序進行時審核有關風險，並顧及在作出遞解離境決定後得到的資料，以確保能對當前情況作出“全面和最新的審核”。

李義法官裁定，本案的事實遠遠未能符合關於重大風險和最起碼的嚴重程度的規定。

以習慣國際法為理由

李義法官裁定，Ubamaka先生提出的論點指習慣國際法有一項規範，禁止推回難民面對殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰，這是在最後階段的法律程序中首次提出的理由。根據確立已久的做法，法院不會受理新論點，但假如該論點在審訊時獲得接納，與該論點相關的證據沒有合理可能對另一方較為有利，則作別論。此外，Ubamaka先生承認，相比其他上訴理由，這不是一項可帶來不同裁決結果的理由。



殘忍、不人道或侮辱的處遇或懲罰

C及其他人 訴 入境事務處處長及另一人

終院民事上訴2011年第18-20號(2013年3月25日)¹

終審法院

背景

本案三名上訴人分別是來自剛果民主共和國的C，以及來自剛果共和國的KMF和BF。他們各自根據經《1967年難民地位議定書》修訂的《1951年關於難民地位的公約》(統稱“《難民公約》”)，向聯合國難民事務高級專員(“難民事務專員”)提出聲請，要求給予難民身分，以得到保護。難民事務專員依據按受託權責制定的審定難民身分程序準則，處理他們的聲請。難民事務專員在2004年3月19日否決C提出的難民身分聲請，並在日期為2004年3月24日的信件中駁回其上訴，理由是C屬於《難民公約》第1(F)(a)條所指的例外情況，即該公約不適用於存在着重大理由足以被認為犯了國際文件中已作出規定的破壞和平罪、戰爭罪或危害人類

罪的聲請人。KMF和BF的難民身分聲請被拒，兩人的上訴分別在2006年7月及2006年年初遭駁回。

《難民公約》對締約國施加責任，包括“便利難民的同化和入籍”的責任(《難民公約》第34條)。“難民”是指“因有正當理由畏懼由於種族、宗教、國籍、屬於某一社會團體或具有某種政治見解的原因留在其本國之外，並且由於此項畏懼而不能或不願受該國保護的人”(《難民公約》第1A(2)條)。根據《難民公約》第33條所載的難民不推回原則，任何締約國不得將難民送回至其生命或自由因為他的種族、宗教、國籍、參加某一社會團體或具有某種政治見解而受威脅的領土邊界。雖然聯合王國與中華人民共和國(“中國”)都是《難民公約》的締約國，但前者在1997年前沒有把《難民公約》適用於香港，而中國一直也沒有把《難民公約》適用於香港特區。

香港特區的堅定政策是不向難民提供庇護。入境事務處處長(“處長”)的做法是，身在香港的難民聲請人，在等待難民事務專員審定難民身分期間，可獲准留在香港，如聲請獲得確



¹ 英文判決書收錄於[2013] 4 HKC 563。



難民事務專員

立，該難民在等待難民事務專員安排重新定居期間，不會被遣送至他畏懼受迫害的國家。上訴人沒有質疑這項不提供庇護的政策，也沒有爭辯香港特區政府有責任便利難民的同化和入籍，而是辯稱香港特區政府有義務審核根據難民不推回原則提出的聲請，而審核工作須獨立於難民事務專員而進行。他們所提的上訴理由有二。

第一項上訴理由

上訴人同意《難民公約》並未延用於香港特區，該公約第33條也非直接適用，但他們辯稱，難民不推回原則既已成為習慣國際法規則兼強行法規範，便屬香港特區普通法的一部分。他們又辯稱，為實施這項習慣國際法，香港特區政府應訂立本身的審定難民身分準則，而在未就難民聲請人根據難民不推回原則所提的聲請進行適當調查的情況下，處長不得把他們送回。

終審法院常任法官鄧國楨認為，基於他就第二項上訴理由所作的決定，他無須就第一項上訴

理由作決定。鄧國楨法官沒有評論第一項上訴理由所提出的爭議點。

終審法院非常任法官包致金解釋，法院就保安局局長訴 *Prabakar* (2004) 7 HKCFAR 187一案所作的判決，其實適用於本案，即如果送回某人會令該人身陷遭受酷刑險境，政府便不會作出遣返命令的政策，提供足夠基礎以支持進行典型司法覆核，因為政府沒有就上訴人畏懼被遣返後將遭受酷刑的聲稱，自行作出決定；不論Prabakar先生關於禁止在涉及酷刑的案件中不推回已成為本地法律一部分的說法是否已獲同意，情況也是如此。

第二項上訴理由

上訴人的第二項上訴理由是，處長送回難民聲請人的決定可受司法覆核，而鑑於該決定嚴重和重要，必須符合高度公平標準。

i. 在法治原則下行使的廣泛酌情權

鄧國楨法官作出主導裁決時指出，《基本法》第154條容許香港特區對世界各國或各地區的人實行出入境管制。《入境條例》(第115章)賦予處長廣泛酌情權施行出入境管制，他可拒絕給予任何人入境的准許、給予入境的准許但施加逗留期限和條件、遣送被拒絕准許入境的人，以及授權在香港非法入境的人留下但須受逗留條件規限。

鄧國楨法官又指出，雖然《入境條例》並無提及處長應如何行使其廣泛法定權力，但不少典據都述明，行使有關權力必須合理和公平恰當。此外，法律規定，而立法機關也預期，處長會考慮相關的事宜，而不理會無關者。

ii. 處長作出決定時應用的標準

鄧國楨法官研究了處長在決定是否推回聲稱為難民的人時，須遵循什麼法律規則。

上訴人援引法院在 *Prabakar* 案的判決。這項判決的其中一項裁定是，保安局局長既訂有不推回有正當理由支持聲請的酷刑聲請人的政策，便必須決定有關聲請是否有正當理由支持。

在 *Prabakar* 案中，法院裁定，雖然最終須由局長審核有關資料並作出獨立判斷，但考慮到裁決影響事關重大，法院在進行司法覆核時，會積極檢查局長的決定，以確保符合所需的高度公平標準。

上訴人提出，就難民聲請人而言，處長亦須審核有關資料，並獨立判斷上訴人是否有正當理由畏懼會遭受迫害。處長的決定也須經嚴格檢查，以確保符合所需的高度公平標準。

答辯人試圖把本案與 *Prabakar* 案區分，辯稱有別於載有明文禁止與酷刑有關的不推回的《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》，香港特區政府並不負有《難民公約》所訂的法律責任。鄧國楨法官拒絕接納

這論點，他表示，在 *Prabakar* 案中，是否負有法律責任，並非所作決定的關鍵因素。在決定是否把某人遣送離境時會顧及酷刑聲請是否真確，這樣已屬足夠。

答辯人援引 *劉港榕及其他人 訴 入境事務處處長* (1999) 2 HKCFAR 300 一案，辯稱處長在決定是否發出遣送離境令時，並沒有責任考慮人道理由。然而，鄧國楨法官指出，*劉港榕* 案是關於非法入境者聲稱擁有香港特區永久居留權，而難民聲請則可能造成更嚴重的後果，兩者截然不同。以 *劉港榕* 案中的人道考慮因素(例如家庭團聚)作為抗拒遣送離境令的理由，依據較為薄弱。

答辯人又嘗試以局長在 *Prabakar* 案中所訂立的一項政策把本案與 *Prabakar* 案區分。這項政策是，如某人會在某一國家遭受酷刑的聲請有





基本法 案例摘要

正當理由支持，便不會遞解該人至該國。在本案中，處長並沒有任何政策，只有一項做法。鄧國楨法官表示，處長必須以恪守原則的態度行使《入境條例》所賦予的權力，而不論是以做法還是政策之名利便處長行使這些權力，並不重要。包致金法官及非常任法官梅師賢也認為，“政策”與“做法”兩者並沒有實質分別。

鄧國楨法官認為，由於某人是否難民屬相關考慮因素，因此如某人提出難民身分聲請，處長在行使權力前，必須決定有關聲請是否具有正當理由。只說處長已遵從或依賴難民事務專員就難民身分所作的審定，這回應並不足夠。由於這樣重要的決定牽涉到在 *Prabakar* 案所確定的高度公平標準，因此處長的決定必須符合該等高度公平標準。法院無須裁定，處長在處理難民身分聲請和行使遣送離境的權力時，是否必須顧及人道理由。處長按照他的做法行事便已足夠，因為當中一項相關的人道理由，就是該人究竟是否難民。法院無須裁定，只有人道理由才可左右處長如何行使權力。就本案來說，法院也無須裁定，可否為任何其他理由而命令推回。為清晰起見，梅師賢法官也指出，他在本案中提出的理由及結論，只與處長依據政策行使遣送離境的權力有關。

梅師賢法官指出，處長的案由述要表示，“處長確是按每宗個案的個別情況獨立考慮行使遣送離境的權力”。梅師賢法官認為，這只是一項聲明，而且並無證據支持。其次，該項聲明



並無說明就每宗個案的個別情況所考慮的因素為何。第三，法院獲悉，在難民事務專員基於聲請人有正當理由畏懼會遭受其本國迫害，而審定聲請人具難民身分的所有個案中，處長從沒有把有關聲請人送回該國。梅師賢法官認為，在這類個案中，人們會期望，在難民事務專員就難民身分作最終審定後，處長會援引證據，詳細顯示他就每宗個案的個別情況所考慮的因素。

因此，有非常充分的理由斷定，處長若不是沒有獨立思考難民事務專員的審定是否正確，就是即使有，也未能達到 *Prabakar* 案所要求的積極檢查和高度公平標準。處長慎重考慮難民事務專員的審定本屬合情合理，但不應單單依賴其審定。

答辯人辯稱會帶來不利後果

答辯人提出，如要香港特區政府審定難民身分，難民事務專員未必會協助甄別為難民的人



目的地	大堂	現況	時間	航線	目的地
馬尼拉	A	預計	18:00		
上海/浦東	A	到門口	12:28	13:05 CX 708	香港
台北	B	到門口	13:18		曼谷
吉隆坡	A	預計	14:30	13:10 CX 475	台北
峴港	A	到門口	12:42	13:15 CX 417	首爾/仁川
台中/清泉崗	B	到門口	12:33	13:20 CX 720	吉隆坡
倫敦/希斯路	B	到門口	12:53	MH 9720	
			12:47	13:20 CX 906	馬尼拉

目的地	大堂	現況	時間	航線	目的地
高雄	A	到門口	12:52	13:20 NH 1241	名古屋
福州	B	到門口	13:06	NZ 4155	
首爾/仁川	B	到門口	12:58	13:25 CA 713	聖多斯
大阪/關西	B	到門口	12:24	13:25 JL 7053	大阪/關西
東京/羽田	A	到門口	12:33	13:25 JL 7041	東京/成田
吉隆坡	A	到門口	12:33	13:25 JL 7033	名古屋
北京	A	到門口	13:09	13:25 KA 627	杭州
			13:04	13:25 KA 629	ICA 6529



到別處定居。如此一來，香港特區會被迫容許難民在香港定居。難民事務專員透過領訟大律師向法院回應這點時表示，會繼續協助難民到安全國家定居。答辯人又提出，如所作決定不利於處長，或會導致經濟移民蜂湧而至。鄧國楨法官強調，本案並非涉及給予庇護的問題，而只關乎可能把有正當理由畏懼會在有關國家遭受迫害的人遣返該等國家的問題。處長必須彰顯法治，香港的人權標準也不應受影響。

答辯人爭辯，如要處長審定難民身分，會涉及龐大開支和高度專業知識。鄧國楨法官不接納這論點。他指出，香港特區政府已與難民事務專員達成協議，會出資提供具備適當經驗的入境事務官員，處理與審定難民身分有關的工作。鄧國楨法官又指出，正如*Prabakar*案所示，如要達到高度公平標準，處長必須蒐集有關資訊及資料。法院裁定，處長有權審慎考慮難民事務專員有關難民身分的審定，但處長及其妥為授權的人員所作的決定，也須符合所要求的高度公平標準。



總結

總括而言，法院裁定，首先，由於處長的做法，是在決定是否行使《入境條例》所賦予的權力，把一名難民聲請人遣送至指認進行迫害的國家時，會顧及人道因素，而有關聲請是否有正當理由支持，則屬相關的人道考慮因素，處長必須決定有關聲請是否有正當理由支持。第二，這項決定必須符合高度公平標準，並顧及該決定所帶來的嚴重後果。



Vallejos 及 Domingo 訴 人事登記處處長

終院民事上訴2012年第19及20號(2013年3月25日)¹

終審法院

背景

根據《基本法》第24(2)(4)條，香港永久性居民包括在香港特區成立以前或以後持有效旅行證件進入香港、在香港通常居住連續七年以上並以香港為永久居住地的非中國籍的人。兩名上訴人為菲律賓國民，來港工作，受僱為外來家庭傭工（“外傭”），並在此連續居住超過七年。他們質疑《入境條例》（第115章）第2(4)(a)(vi)條是否合憲。該條文列明，受僱為家庭傭工（指來自香港以外地方者）而留在香港的人，不得被視為“通常居於”香港，因而不能成為香港特區的永久性居民。兩名上訴人辯稱，他們符合《基本法》第24(2)(4)條中“通常居住”一詞的“自然及日常涵義”，而《入境條例》第2(4)(a)(vi)條所訂的限制，違反《基本法》第24(2)(4)條，並屬違憲。高等法院原訟法庭接納兩名上訴人的論點，但其判決其後為上訴法庭所推翻。終審法院一致裁定駁回兩名上訴人的上訴。

“通常居住”的涵義

首席法官馬道立在2013年3月25日頒下判案書，各主審法官均參與撰寫該判案書。終審法院裁定，外傭作為一個類別在香港居住的情況，不符合《基本法》第24(2)(4)條所述“通常居住”的涵義，故外傭並沒有資格根據《基本法》取得香港居留權。終審法院指出香港自1970年代中期起實施的外傭計劃的特點，包括採用標準格式的兩年僱傭合約、兩星期規定²、履行新合約前必須返回原居地度假、一般禁止在提前終止合約時轉換僱主，以及一般禁止攜同受養人來港。根據外傭計劃獲准進入香港的外傭，只可從事家務工作，並須在合約指定的僱主居所工作和居住，而不能在其他地方或為其他僱主工作。終審法院把外傭的情況，與根據一般就業簽證獲准進入和留在香港的其他非中國籍人士的情況作比較，發現後者並無受到類似的逗留條件限制。

終審法院指出：(i)外傭獲准來港工作和居住的條款，一直都是極具限制性的，須受入境事務處處長管制；以及(ii)他們還須遵守極具限制

¹ 英文判決書收錄於[2013] 2 HKLRD 533。

² 外傭必須在逗留期限屆滿或合約終止後兩星期內(以較早者為準)離開香港。

性的僱傭條件。外傭顯然並非獲准進入香港定居，而是根據政府為解決勞工市場中家庭傭工短缺問題而訂立的政策，獲准進入香港。

終審法院接納處長就《基本法》第24(2)(4)條中“通常居住”的涵義所提出的主要論點，即Scarman大法官在*R v Barnet London Borough Council ex parte Shah* [1983] 2 AC 309一案的表述，是解釋“通常居住”一詞的起點，並非唯一的涵義；而那些適用於外傭且極具限制性的條件，則把外傭置於特殊類別內，以致把他們排除於“通常居住”涵義範圍外，是符合《基本法》第24(2)(4)條的。法院強調，解釋“通常居住”一詞時，目的及文意至關重要，而相對於其他法規，在解釋《基本法》有載述的字詞時，情況尤其如此。法院也指出，*Shah* 一案的裁決在兩大方面有所限制：(i)其涵蓋或覆蓋範圍有限；以及(ii)Scarman大法官的表述，並沒有在一名人士在一個國家居住的特質方面提供答案，例如外傭在香港居住的特質顯然可能是相關的。此外，法院認為，Scarman大法官所採用的“自然及日常涵義”解釋方法(即把文意及目的列為次要考慮因素)，對於解釋在涵義上有若干彈性的字詞來說，尤其幫助不大。

終審法院裁定，凡有人聲稱屬“通常居住”，當局總要審視其事實情況，以研究有否任何特點影響該人的居住性質及特質，以致基於該人的居住“特質”已遠離傳統上獲承認為“通常居住”的範圍，而可能令該人的居住情況不屬於“通常居住”。法院認為，“通常居住”一詞

的外圍涵義無法精確界定。

終審法院在本上訴案中裁定，《基本法》第24(2)(4)條訂明七年符合資格時間，這隱含了把出入境管制訂為確立居留權資格的過程中一項固定的特點；法院並裁定，這亦隱含了這段通常居住連續七年以上的時間，必須持續受出入境管制所規限，而且施加這些管制(例如當局可行使酌情權，以決定應否准許非中國籍人士進入香港，以及應否延長准許有關人士留港時間)，在憲法上並無不妥之處。因此，入境事務處處長有權就某人入境施加條件，這些條件對該人在香港居住的特質，會有實質影響。以外傭來說，那些顯著和獨有的特點，對他們作為一個類別在香港居住的性質和特質，具有重大影響，並構成充分理由，把外傭作為一個類別排除於《基本法》第24(2)(4)條所載“通常居住”的涵義範圍之外。

終審法院以上述依據作出上述結論後，認為無須處理其他論點，包括：(i)立法機關具有酌情空間，可制訂有關排除在外類別的條文；(ii)假如並僅限於法院對《基本法》第24(2)(4)條所載“通常居住”的涵義有疑問，法院應參考外





在材料；以及(iii)關於根據《基本法》第158(1)條作出的“解釋”的涵義及範圍而提出的問題，根據《基本法》第158(3)條，法院有責任³提請人大常委作出解釋。

根據《基本法》第158(3)條提請釋法

處長辯稱，假如並僅限於終審法院認為有需要考慮人大常委在1999年6月26日所通過的解釋⁴（“該1999年解釋”）的效力，則根據《基本法》第158(3)條，法院有責任把以下問題提請人大常委作出解釋：

- (i) 人大常委根據《基本法》第158(1)條有權作出的“解釋”的涵義為何？
- (ii) 該1999年解釋所載的陳述⁵，是否《基本法》第158(1)條所指的“解釋”或構成該“解釋”一部分，以致香港特區法院就涉及《基本法》第24(2)條訂明的任何一項(包括第24(2)(4)條)的案件作出裁決時，須受該解釋約束，並須引用該解釋？

條就處長提出的問題作出司法提請時，承認香港特區法院解釋《基本法》的權力有精確界定，不及人大常委的一般權力那麼廣泛。法院解釋《基本法》的權力受到若干限制。首先，該項權力只可在審理案件時行使；法院的職責是審理案件，而非提供諮詢意見。其次，在《基本法》第158(3)條所訂明的情況下向人大常委尋求釋法，屬強制性質，這是終審法院的司法管轄權的一部分，屬終審法院的責任。

終審法院考慮應否作出提請時，認同吳嘉玲及其他人訴入境事務處處長(1999) 2 HKCFAR 49一案訂定的處理方法。首席法官馬道立裁定，假如符合以下兩項條件：

- (a) “分類條件”：即有關的《基本法》條款是 —
 - (i) 關於中央人民政府管理的事務；或
 - (ii) 關於中央和香港特區的關係；(這些條款稱為“範圍之外的條款”)
- (b) “需要條件”：即終審法院在審理案件時需要對範圍之外的條款進行解釋，而有關解釋又影響到案件的判決。

終審法院在考慮應否根據《基本法》第158(3)

³ 不得抵觸下文所闡述的情況。

⁴ 1999年6月26日第九屆人大常委第十次會議作出並通過標題為“全國人民代表大會常務委員會關於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第22(4)條和第24(2)(3)條的解釋”所載的解釋。

⁵ 有關陳述如下：

“本解釋所闡明的立法原意以及《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第24(2)條其他各項的立法原意，已體現在1996年8月19日全國人民代表大會香港特別行政區籌備委員會第四次全體會議通過的《關於實施〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第24(2)條的意見》中。”

並且符合可爭辯性條件的隱含規定，即案件是可爭辯的，而非“明顯地拙劣”，則終審法院有責任根據《基本法》第158(3)條作出提請。納入“可爭辯”要素的目的，是要確保司法提請的運作健全，以避免可能出現的濫用情況。

首席法官馬道立概述《基本法》第158(3)條訂明的終審法院責任時，作出以下裁定：

“105. 因此，終審法院尋求釋法……的做法，根據《基本法》第158(3)條屬精確界定的責任。這具有強制特質；明文規定有限度適用於《基本法》內範圍之外的條款，並只有在該條款所預期的特別情況下才適用，即符合分類條件、需要條件及可爭辯性條件。只有合乎這些條件，終審法院才須提請常委會釋法。”

除《基本法》第158(3)條涵蓋的範圍外，並沒有任何其他依據暗示，終審法院具一般權力向人大常委尋求釋法。

終審法院把上述法律原則應用於處長在本上訴案中提請釋法的申請上，並裁定儘管該案符合上述分類條件，但基於法院就《基本法》第24(2)(4)條的真正解釋得出的結論，所以根本無需提請人大常委釋法，也因此無需處理有關“可爭辯性”要素的問題。

終審法院其後在2013年7月16日就訟費作出判決，下令訟費須視乎訴訟結果而定，並將訟費判給處長。法院重申，由於上訴人未能通過第



一關(即解釋“通常居住”一詞)，法院無需處理處長提出的其他論點，包括酌情空間論點、外在材料一點，以及《基本法》第158(3)條涉及的提請釋法問題。法院認同處長所提出的論點是有關連的，尤其是外在材料一點及《基本法》第158(3)條涉及的提請釋法問題(“相關論點”)屬“或許相關”。至於上訴人提出論點，指政府提出相關論點是“別有用心和有附帶目的”，意圖一併解決香港的雙非嬰兒問題，終審法院並不接納，並裁定提出有關論點並不涉及濫權。



W 訴 婚姻登記官

終院民事上訴2012年第4號(2013年5月13日)¹

終審法院

W是接受手術後由男身變成女身的變性人。婚姻登記官(“登記官”)決定，W並不是《婚姻條例》(第181章)及《婚姻訴訟條例》(第179章)所指的“女”人，因而無權為她及男性伴侶主持婚禮。W提出司法覆核法律程序，以質疑登記官的決定。

背景

易性症屬性別認同障礙，患此症者覺得自己屬於異性性別，或會出現情緒困擾。一般認為心理或精神治療均對易性症起不了作用。唯一獲接納的治療方法，是利用荷爾蒙及外科手術進行改造，使患者身體盡可能在性別上與其自我觀感相符。治療人員首先會評定求診者是否患

有性別認同障礙。診斷如屬實，患者會接受為期約兩年的“實際生活體驗”療程，以其希望的性別身分生活，同時施用異性荷爾蒙。如患者看來能以異性身分生活，醫學上便會視為適合接受不可逆轉的性別轉換手術(“變性手術”)。香港首批治療易性症患者的醫療設施在1980年設立，所進行的治療由公帑資助。患者完成療程後，醫院管理局(“醫管局”)會發信證明所變性別。按照慣例，證明信在患者切除原有生殖器官並構建一定部分的異性生殖器官後發出。其後，人事登記處處長會發出一張替換身分證，指明該人所變性別。

關於W的個案，她出生時登記為男性，在生理上是正確的分類。W經診斷為性別認同障礙患者後，在2007年接受手術切除兩顆睪丸，並在



¹ 英文判決書收錄於[2013] 2 HKLRD 90。

2008年在醫管局醫院接受變性手術，切除陰莖和構建人工陰道。其後，她獲醫管局發信證明已變性，也獲發給指明她性別為女性的新身分證。

2008年，W尋求登記官確認她可與男性伴侶結婚，而登記官決定，《婚姻條例》規定婚姻是一男一女結合，並且認為性別與生俱來，無法以外科手術改變，故此他未獲授權為兩名同一生理性別的人主持婚禮。W透過司法覆核對登記官的決定提出質疑。原訟法庭及上訴法庭均裁定登記官勝訴。

爭議點

終審法院席前待決的兩項主要爭議點如下：

- (i) 根據對條文的真正和恰當解釋，《婚姻條例》第21及40條中的“女”及“女方”等詞，應否包括接受手術後由男身變成女身的變性人？

- (ii) 如果前一條問題的答案是“不包括”，鑑於《基本法》第37條及/或《人權法案》第19(2)條賦予W結婚權利，前述兩項條文是否違憲？

對《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》的解釋

就解釋方面的爭議點，相關條文如下：

《婚姻條例》第40條 —

“(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(1)(d)條 —

“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。”

終審法院翻查香港與英國的相關法例和司法歷史。在英國 *Corbett v Corbett (otherwise Ashley)* [1971] P 83一案中，法庭裁定一名接受手術後由男身變成女身的變性人，在英國不得視為可結婚的女人，又裁定“個人的性別狀況”只可憑在出生時已定的生理因素界定，而心理因素並不相關。

終審法院裁定，登記官並無誤解《婚姻條例》第40條或《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條。英國訂立相關法定條文，旨在認可 *Corbett* 案中為確定誰屬可結婚的“女”人而訂立的準則（“*Corbett*準則”），而香港制定《婚姻訴訟條例》有關條文的立法原意，是把該項英國條文引入香港法典。由於《婚姻條例》有關條文所涵蓋者與《婚姻訴訟條例》有關條文的實質

相同，登記官的處理方法符合對上述兩項條文的真正解釋。因此，若非基於下述合憲性問題，W就不可能被視為《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》所指的“女”人。

受憲法保護的結婚權利

W辯稱，如把《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》的有關條文解釋為不准在接受手術後由男身變成女身的變性人與男人結婚，就是侵犯她受憲法保護的結婚權利。有關的憲法條文主要是《基本法》第37條及《人權法案》第19(2)條。

《基本法》第37條訂明：

“香港居民的婚姻自由和自願生育的權利受法律保護。”

《人權法案》第19(2)條訂明：

“男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。”

《歐洲人權公約》第12條的用詞大致相同，條文訂明：

“達結婚年齡的男女，有權根據規定結婚和成立家庭權利的國家法，結婚和成立家庭。”

終審法院首席法官馬道立及常任法官李義²指

² 非常任法官賀輔明勳爵表示贊同；非常任法官包致金另發出持相同意見的判決書；常任法官陳兆愷持異議。



出，如果《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》把《基本法》或《人權法案》確認有結婚權利的人拒於婚姻制度之外，終審法院便有責任宣告有關法定條文在這方面違憲。

首席法官馬道立及常任法官李義表示，《基本法》第37條及《人權法案》第19(2)條兩者在構想上沒有實質差別。一般的意見是，就憲法和普通法而言，婚姻為一男一女自願終身結合，不容他人介入³。此外，按歐洲人權法院對《歐洲人權公約》第12條的法理觀點推定，《人權法案》第19(2)條有關成立家庭的權利，並非享有結婚權利的條件。針對婚姻的法規，必須符合《基本法》第37條及《人權法案》第19(2)條所定受憲法保護的結婚權利。根據歐洲人權法院大法庭在 *Goodwin v UK* (2002) 35 EHRR 18一案的判決，這些法規不得在施行上損害結婚權利的本質。*Goodwin*案中的申訴人是一名接受手術後由男身變成女身的變性人。歐洲人權法院過半數法官作出的裁決，包括就不准申訴人與一名男子結婚這一點，裁定抵觸

申訴人根據《歐洲人權公約》第12條享有的受保護結婚權利的本質。

首席法官馬道立及常任法官李義援引 *Goodwin* 及其他案例，裁定如下：

- (i) 在各份憲制文件(包括《人權法案》第19(2)條所依據的《公民權利和政治權利國際公約》(“《公約》”), 以及《中英聯合聲明》和《基本法》)頒布時, 制訂者不一定已接納 *Corbett* 準則。即使有合理理由假設他們當時已接納有關準則, 《基本法》和《公約》是具有靈活性的文件, 原意是可配合環境變遷。今天社會已有重大轉變, 令人質疑 *Corbett* 準則。在 *Corbett* 案採納的婚姻觀念, 源於基督教對婚姻的傳統描述, 強調繁殖性交是婚姻的根本目的。在不少發達國家以至香港, 雖然婚姻在法律上的定義(見前文所述)未有改變, 但作為一種社會制度, 其本質顯然已出現意義深遠的變化。再者, 生育能力從來不是締結婚姻的條件。以繁殖性交的能力作為締結婚姻的條件, 毫無理據。
- (ii) 英國法院就 *Corbett* 案作出裁決時, 當地未有變性手術服務。時至今日, 世界各地均承認易性症是需要治療的病症, 並以世界衛生組織認可的準則進行診斷。在香港, 一如上文所述, 官方的政策已有所轉變, 社會的態度亦然。現今動手術變性的

³ 判決書述明法院並無處理同性婚姻的問題。



變性人，在處理各種事務時，社會都以其後天取得的性別看待他們。

- (iii) 對W而言，她自小感到自己屬於女性身分，這自我觀感一直不能改變。後來，她經歷漫長而痛苦的過渡，包括(a)接受手術切除原有男性生殖及性腺器官等；(b)學習以女性身分在社會生活；以及(c)為前文所述目的取得官方認可其女性身分。她所接受的治療遠高於*Corbett*案當年的水平。現時無論在心理、醫學及社會上，她均可恰如其分稱作女人，並與一名男子生活和有肉體關係。
- (iv) 變性人的性別身分在心理和社會層面都有重要意義，今天對這方面的理解遠勝*Corbett*案當年。根據該案的判決，當年顯然並不重視驅使變性人尋求變性的心理動力。為求獲得盡可能與他們自我觀感相

符的身體，以及爭取社會認同他們後天取得的性別，部分變性人甘願忍受漫長的痛苦煎熬。這種情況清楚證明，心理因素對決定他們的性別身分至關重要。法律不把這個因素納入準則，並不合理。

- (v) *Corbett*準則是解釋《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條及《婚姻條例》第40條的基礎，這些準則過於狹義，不應再予接納。實無充分理由要採用涉及一個人與生俱來而無法改變的因素的準則。
- (vi) 按解釋，《婚姻條例》及《婚姻訴訟條例》的現行法定條文認可*Corbett*準則，據此W不能與男人結婚。她已接受不可逆轉的手術除去原有男性生殖及性腺器官，並斷然拒絕接納以男性為性別身分。因此，以接受手術後的變性人仍可依法與異於其原性別的人結婚為由，堅稱他們未被剝奪結婚的權利，實屬矯飾之辭。W以女人的身分生活，與男人戀愛，而只希望與男人結婚，卻無可能這樣做。有關條文損害她受《基本法》第37條及《人權法案》第19(2)條保護的結婚權利的本質，屬於違憲⁴。
- (vii) 登記官嘗試以英國政府在*Goodwin*案中提出的論據作類比，辯稱除非香港社會的普遍共識容許本案所涉的這類婚姻，否則終

⁴ 基於上文所述，首席法官馬道立及常任法官李義認為，無須討論W根據《人權法案》第14條所享有的私生活權利，能在多大程度上(如能夠的話)支持她受憲法保護的結婚權利。

審法院不應宣告有關法定條文違憲。首席法官馬道立及常任法官李義不接納這個論點，並認為歐洲人權法院就酌情判斷作考慮時尋求歐洲社會共識的做法(即英國政府在其論據所言)，與終審法院在諸如本案解釋香港特區憲法時所擔當的角色，沒有任何關係。其次，以欠缺多數人的共識為由拒絕少數人的申索，在原則上有損基本權利。

- (viii) 整體而言，*Corbett*準則有欠全面，限於把一個人的生理特徵定為與生俱來而無法改變，而忽視了其性別身分的心理及社會元素，以及有否進行任何變性治療。因此，憑這些準則不能全面而恰當地評定一個人的性別身分，以決定該人是否享有結婚權利。由於採用如此狹義的準則，該等條文抵觸了受憲法保護的結婚權利，並且未有使該項權利得以恰當地施行，實屬違憲。此外，該等條文損害結婚權利的本質，也屬違憲。就W的實際情況而言，該等條文否定像W般在接受手術後變成女人的變性人享有與男人結婚的權利，等於完全否定她結婚的權利。

濟助

結果，終審法院以多數判決⁵裁定本案上訴得直，並作出宣告(或有修改)如下：

- (i) 為符合《基本法》第37條及《人權法案》第19(2)條，《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身變成女身的變性人，而該人的性別必須由適當的醫療當局證明在接受變性手術後已經改變，這種涵義必須給予法律效力。
- (ii) W在法律上應納入為《婚姻訴訟條例》第20(1)(d)條及《婚姻條例》第40條所指的“女”人，並因而有資格與男人結婚；以及
- (iii) 上述兩項宣告自判決書頒發日期起計滿12個月方可施行。



⁵ 常任法官陳兆愷不接納W就有關解釋和憲法兩方面的爭論點所提出的論點，並駁回其上訴。雖然陳兆愷法官不信服有理據支持擴大《基本法》第37條中“婚姻”的涵義至包括變性人婚姻，但他認為有充分理由全面檢討有關法例，以求在切實可行範圍內盡快就與變性人所面對問題有關的法律提出建議修訂。