

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

跨性別族群之性別自主決定權

—兼論國家規制法律性別之界限

Transgenders' Right to Gender Determination:

Also on the Limit of Nation's Regulation on Legal Gender

吳采模

Tsai-Mo Wu

指導教授：蔡宗珍 博士

Advisor: Tzung-Jen Tsai, Dr. iur.

中華民國 101 年 6 月

June, 2012



謝 辭

終於到了這個時刻，心情像是看著喧鬧的舞台最終落幕，難掩心中感動滿溢。如同生命會自己找到出路一般，這本論文的研究路線也像是魏爾斯特拉斯函數（Weierstrass function）一樣，曲折卻又讓人無法忘記一切軌跡。從碩一許宗力老師的《比較公法專題》中研讀德國的變性人案對此議題產生興趣，直到從藝人劉薰愛被爆料變性的新聞事件開始耕耘，經過無數次修正，最終完成的作品和最初的想像有著極大的落差。但這就是一個思考誕生的歷程，不管在學術上的貢獻是多還是少，我成就了這本論文，這本論文也成就了我的思考內涵。雖然仍然有些青澀、有些不純熟，但我還是想對那個皺眉、焦慮、板著面孔、盯著筆電螢幕、動不動就拉人討論跨性別問題的那個自己，說聲「辛苦你了！」

跨性別的法律議題在我國鮮少被提起，國外研究也多半是自民事法著眼，資料幾乎是以法律性別變更的要件為核心，更不用說幾近荒蕪的憲法論述。嘗試在行政機關習慣便宜處理的我國法脈絡下討論性別自主的權利依據及規範界限，勢必要擬出許多情況來當假想敵。換言之，在許多人（包含少部分跨性者）認為我國法律性別變更之制度並未過度限制，甚至較國外更為自由時，實難為思考制度合憲是否的問題尋求一個強烈的動機。是以，如同口試委員所言，在討論本問題時很容易陷入利益團體的立場，而忽略與其他基本權相衝突的外緣。回首甫著手研究的初期，自己也是抱著社會學與性別研究的資料猛讀，扎了許多的稻草人來攻擊，卻反而忘記一本法學研究論文該有的思辨體系。這邊同時也要給針對弱勢團體的利益作研究的同道一個警惕。

正因如此，特別要感謝指導教授蔡宗珍教授，不辭辛勞的諄諄教誨，隨時提醒我不要迷失在熱血正義的情緒中，而應循著理性論述的航道前進。永遠忘不了碩班三年跟著老師徜徉在憲法、行政法、歐盟法的研究中，不知有多少次收穫、多少次驚豔，光是聽課就會帶來無數的省思與頓悟。謝謝老師和我討論論文都是數小時起跳，用縝密的邏輯藝術敲醒我冥頑不靈的腦袋，就連錄音筆都錄到沒電。雖然每次都把我電的體無完膚，卻又使我的論文越挫越勇。像老師這麼興趣廣泛、論理嚴謹、心繫實務、穿衣風格又很有品味（這是重點）的老師，到底要去哪找阿？

接著要感謝口試委員黃昭元教授和林素鳳教授不吝給我的指點與建議。對於拙作的許多思慮不周，兩位教授都很細心的給予正面的建議，並且提出更多問題方向

供作思考改進。謝謝你們的意見，讓我學著更謙卑以及更謹慎；不能被遺忘的還有中央大學的性/別研究所以及何春蕙教授。在《跨性別 Trans》已經絕版的同時，謝謝你們只因為一通電話，就二話不說的寄一本給我。使我能夠充分拓展自己的眼界，消除過去因為無知而遺漏的觀點。

回顧碩士生涯，階段性的解決了日語、國考、論文以及出國交換的任務，其中最想感謝的就是讓我生活無後顧之憂的臺大法律學院。自碩一下起，一直擔任系院辦行政助理近三年的時間，也同時兼任研究計畫助理、協助頂尖計畫的專案報告及教學發展中心的法規審核等工作。因為學校提供的工作機會，讓我得以同時累積學術訓練、磨練工作技巧以及學習自我獨立。法律學院辦公室也像一個家庭一樣，從徐州路喬遷至霖澤萬才館，因為有你們，讓本來是政大出身的我也漸漸對這裡有了感情。感謝上司吳姐、香姐、潘姐、文鈴、謝先生、何姐、敏琪，以及助教思儀、詠臻、韻涵、璫軒、瑋倫、思懿、青松、文玲、汶洙等對我的照顧。在這之間也認識工作上的好夥伴，從我是新人時期一直到了老人屆退之齡，無論是語言上、法律上的問題，甚至生活情緒上的困難，你們都對我照顧有加。謝謝靖珣、思蘋、人生導師昱中、繪畫達人阿滾（政豪）、幫我拔刺的韋志、好夥伴文萱、佳靜、尚儒、明芝、乃瑩、又禎、京鴻、覲嘉、育駿、怡伶、思翰，還有每次不吝與我討論論文問題的偉家及和我一樣熱血的冠璋。很高興有你們的陪伴，讓我在完成各階段任務的時候都不孤寂。

除了系院辦工作之外，要感謝我生活的另一個重心—R97 的公法組同學了。從碩一上開始無數的聚餐，讓其他組的人羨煞我們感情好。在研究室 1812 時期，大家一起衝研討會、寫報告、念國考，甚至還一起出遊。感謝憲勳、筱珊、慧敏、瑋博、小夫、拔辣（裕涵）、佳儀、威宇、昱明、逸寧、麗君、貞汝、尚雲、怡辰、照斌、立偉。其中，也要特別感謝一婷、Woody（晴怡）、庭維、福龍，和公法之友敘恆兄一起組的「三國讀書會」，給了準備國考而慌張無助的我一劑強心針。特別是敘恆兄簡直就是一部自走法律資料庫，隨時提醒我最新的實務見解以及解題盲點，就連之後的謀職過程也義無反顧地擔任我的軍師。看著相簿裡大家穿著碩士袍的照片，心頭閃過這三年來的點滴，能夠認識你們真的是太好了！

此外，也要謝謝一起去日本早稻田報告跨性別論文的佳叡、怡菁、政佑、秀男、威凱學長。感謝佳叡和怡菁在報告前夕不停的リハ一サル，也感謝秀男學長以專業泌尿科醫師的經驗，提供我許多關於性別重置手術的情報。其中，更要感謝同行的王能君老師，從赴日參與早稻田研討會後就十分照顧我，曾從成田機場到新宿的車

上一字一句的為我修改口述講稿，之後在我面對論文及留學困境時，不時地透過網路給我加油打氣，對於老師除了感激還是感激。

要感謝的，還有時常透過網路給我建議與鼓勵的宇修學長、瑞光、小強(建強)、怡莉、映萱以及所有的個版版友。還要感謝論文發表會時臨時救火擔任主持人的清凱，以及一起執行保訓會研究計畫的承燁。特別是承燁，負責的公法中心助理同時也是健談有趣的好友，在我入闖時獨立扛起計畫收尾的行政事宜，真的非常謝謝你；而入闖時的好夥伴，小翠(恆翠)、佩君、永政、宗佑、羽柔和玫君。感謝你們在因颱風而史上第一次延後出闖長達一周的慘劇發生時，還能夠包容為了出闖後的論文口試及日本宿舍申請時忙的頭爛額的我，同時也謝謝那時候幫我處理宿舍、home stay 申請事宜的岳琮和映帆。

そして、院生最後の一年で、四季がはっきりしている北海道に交換留学していました。色んな知識を身につけただけでなく、様々な人と出会ったのは一番大切だと思います。特にお世話になってくれた指導教官の岡田信弘先生、チューターの青野友昭、ホームステイの大瀧夫婦、台湾留学生協会の皆、北混合唱団と同じ留学生のダチ・岳ちゃん等に感謝しています。一年は短いですが、思いは何年立っても変わらないでしょう。

最後，謝謝我的父母，給了我一個很棒的生長環境，並且放縱我任性地選擇。雖然背負著期待很沉重，但也很值得。請原諒我這十年來都躲在台北念書而鮮少回到台南孝敬你們，你們為我每周跑廟宇燒香求神拜佛的心情，決不是用文字可以償還的。也謝謝未婚妻小練，千言萬語道不盡對你的感謝以及思念，我想只能用一生的陪伴來還給你。

似乎有點把論文謝辭當作碩士生涯的回顧一般，但那又何妨？碩士四年的收穫絕對不只是這本論文的寫作期間而已，無數個選擇、無數次挫敗、無數次經驗都為我帶來成長與生命的累積。這本論文的完成只是一個階段的證明，無論是在跨性別人權的奮鬥，或是為台灣社會帶來更光明美好未來的努力上，都只是一個小小的進展。希望拋磚引玉，能夠引起更多人關注這個議題，也期待能有更多人前仆後繼，讓台灣走向一個更平權、更懂得尊重多元性別價值的社會。

2012年7月20日
in 北海道大学北8東2インターナショナルハウス406室



摘 要

跨性別（Transgender）議題長久以來為我國之法律論述所忽視，對於性別認同障礙（Gender Identity Disorder, GID）是否有權變更戶籍性別登記（法律性別）的論述，亦多半自民事法觀點針對要件討論。本文試著自憲法立場出發，分析「性別自主決定權」是否為我國憲法所保障，並探究其內涵與保障範圍為何？接著，自基本權功能體系的角度檢視國家對該權利應有之保障形式。最後，檢驗我國既有「法律性別變更制度」是否符合憲法保障性別自主決定權之意旨，並就未來立法提出建議。

本文於第二章「法律論述前之跨性別思考背景」，試著自多元性別的概念出發，探究所謂的「跨性別」與「性別自主決定」的內涵及其動機為何，以及人民有無自主決定性別之可能性。於本章中，分析各種與性別相關的指標，最終歸納出人民對於自身性別的表現會出現於心理、生理與社會文化層面等三層次，並藉由跨性別族群在此三層面的「訴求」作為思考基本權保護領域之基礎。

在第三章「性別自主決定之憲法基礎思考」，本文透過第二章所掌握「跨性別訴求初步分析各種可能涉及性別自主的基本權，將指出「一般人格權」將是性別認同議題的核心基本權。進一步推論，一般人格權之內涵中足以抽繹出「性別自主決定權」，並為我國憲法第 22 條所保障。在比較德國、日本與歐洲人權法院等與性別自主決定相關的學說實務見解後，本文試著找出性別自主決定權在我國憲法體系下的保護依據及其權利內涵。

第四章「性別自主決定權之憲法保障形式」，著力於性別自主決定權的功能體系思考。立於國家的觀點，將其對於性別自主決定權之保障形式區分為消極面向（不作為）與積極面向（作為）。前者係強調本權利之防禦功能，並處理其憲法依據第 22 條應如何適用干預條款、須受到法治國原則下的哪些子原則檢驗…等爭議；後者則是自保護義務、程序保障、制度保障功能以及歐洲人權法院所形成的積極義務，試析國家為使性別自主決定權受到保護，應有何種積極的作為義務。

第五章「跨性別法制建置之芻議」中，前半部先行以第四章之研究成果作為基礎，同時比較德國與日本的相關法制，檢視我國跨性別法制是否符合國家保護性別自主決定權應有的態樣，進而提出檢討與建議；後半段則是特針對日本與德國之跨性別法制修正過程中，曾經出現過的爭議性要件。諸如：必須接受性別重置手術、申請時必須無婚姻狀態、無子女或子女須成年、申請者之年齡、申請者之國籍…等等。在比較日、德兩國申請要件之變遷歷程與學說實務爭議後，提出本文見解以供未來我國修法者酌參。

中文關鍵字：跨性別、法律性別變更、基本權功能、性別認同障礙、人格權

英文關鍵字：Transgender、Change Legal Gender、Functions of Fundamental Rights、Gender Identity Disorder、Personality Rights



目錄

謝辭	I
摘要	V
第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
壹、性別二分的幽靈	1
貳、何謂跨性別	2
參、法律性別的烙印	4
肆、性別變更的現況	6
第二節 問題提出	8
壹、有無自主決定性別之權利？其依據及內涵為何？	8
貳、國家干預之合憲性要求為何？對第三人的侵害是否負保護義務？	8
參、國家對於選擇法律性別所課予要件是否合憲？	9
第三節 研究目的	10
第四節 研究範圍	11
壹、排除與「性別認同」無關的跨性別	11
貳、著重於跨性別時點「之前」之論述	12
參、以「自由權」為論述中心	12
肆、以中文、英文、日文研究資料為素材	13
第二章 法律論述前之跨性別思考背景	15
第一節 性別之內涵	16
壹、人格身分資訊的可變與不可變	16
一、可變之「規範性身分」	16
二、不可變之「生物性身分」	16
貳、性別多樣化	17
一、多元性別的發展	17
二、附論：跨性別論述的用語困境	19
三、與性別相關的指標	20
參、性別表現的層次	23
一、心理層面	24
二、生理層面	24
三、社會文化層面	25
肆、「性別」屬可變更之規範性身分	25
第二節 跨性別之動機與訴求	27
壹、跨性別相關醫療用語	27
一、性別認同障礙	27
二、性別躁鬱	28

三、陰陽人	29
四、變裝.....	30
貳、跨性別族群的訴求.....	31
一、變更自身性別表現.....	31
二、要求他人認同其所屬性別.....	32
第三節 結語.....	33
第三章 性別自主決定之憲法基礎思考	35
第一節 進入基本權檢驗的前導思考	35
壹、性別自主可能涉及基本權概述.....	36
一、心理層面：內在精神自由.....	36
二、生理層面：身體權、健康權.....	37
三、社會文化層面：一般行為自由.....	40
四、法律性別的規制：隱私權、姓名權	41
貳、自主決定人格圖像之權利：一般人格權	43
第二節 一般人格權概說	45
壹、比較法觀察：以德、日兩國為中心.....	45
一、一般人格權的發展.....	45
二、一般人格權的憲法規範基礎.....	46
三、一般人格權的內涵.....	48
貳、我國實務回顧	50
一、人格權	51
二、人格發展自由.....	52
三、小結.....	54
伍、自一般人格權抽繹而出之性別自主決定權	55
第三節 性別自主決定權之依據.....	57
壹、憲法第 22 條及「不妨害社會秩序公共利益」之爭議.....	57
一、學說見解	57
二、釋憲實務	59
貳、小結.....	60
第四節 性別自主決定權之內涵.....	62
壹、我國學界回顧	62
貳、比較法觀察	63
一、德國.....	63
二、日本.....	67
三、歐洲人權法院.....	70
參、試析性別自主決定權之保護領域.....	72
一、事物要素	73
二、人的要素	75

第五節 結語.....	76
第四章 性別自主決定權之憲法保障形式.....	79
第一節 性別自主決定權之消極面向.....	80
壹、國家干預之可能態樣.....	81
貳、非列舉權與憲法第 23 條之適用關係.....	82
一、釋憲實務.....	83
二、學說見解.....	83
三、小結.....	85
參、憲法第 23 條阻卻違憲事由.....	86
一、法律保留.....	87
二、比例原則.....	87
第二節 性別自主決定權之積極面向.....	94
壹、基本權功能客觀面向.....	94
一、保護義務功能.....	94
二、程序保障功能.....	97
三、制度保障功能.....	99
四、歐洲人權公約之積極義務.....	101
貳、國家保護性別自主決定權之態樣.....	105
一、法律性別重新選擇之制度.....	106
二、生理性別重新選擇之扶助.....	109
第三節 結語.....	113
第五章 跨性別法制建置之芻議.....	115
第一節 我國跨性別法制之合憲性探討.....	116
壹、我國現制.....	116
一、規範性別變更之法源依據.....	116
二、未明文規範惟實務仍遵循之要件.....	119
三、小結.....	120
貳、比較法觀察.....	121
一、德國：特殊個案之性別屬性認定與更名法.....	121
二、日本：性別認同障礙特例法.....	123
參、我國現制之檢討.....	124
一、以職權命令規範違反法律保留.....	124
二、由行政權認定欠缺妥適性.....	125
三、對醫療規範態度過於消極.....	126
四、未貫徹保護義務功能：社會保險之給付.....	127
五、法律性別變更之要件仍待斟酌.....	128
六、男女二分之外的第三種選項？.....	128
第二節 國家規制法律性別變更之界限.....	130

壹、性別重置手術	130
一、接受手術之必要性.....	130
二、重建手術之必要性.....	133
三、本文見解	134
貳、申請時無婚姻狀態.....	136
一、外國實務之比較.....	136
二、本文見解	138
參、子女關係.....	139
一、外國實務之比較.....	139
二、本文見解	140
肆、申請年齡限制	141
一、外國實務之比較.....	141
二、本文見解	143
伍、國籍.....	144
一、外國實務之比較.....	145
二、本文見解	145
第三節 結語.....	147
第六章 結論.....	151
參考文獻.....	155



第一章 緒論

第一節 研究動機

壹、性別二分的幽靈

過去一般認為，所謂的「性別」是以外性器官為判準，於出生的一刻即被固定，被稱為原生性別（Birth Sex）。自學習如廁開始，每一個人即被貼上性別的標籤。從小父母即耳提面命著「你是男生，所以你應該要...」、「妳是女生，所以妳不能...」。參加遊樂園的慶典遊行，玩偶角色也是男女成對出現；「非男即女」的性別二元強迫性思考被認為理所當然，也企圖扎根在每個孩子的成長過程中，從小被教導不能逾越性別的邊界，以及必須遵守自己性別所被賦予的形象以符合社會期待¹。

此一「期待」希望孩童能夠以「原生性別」作為依據，要求孩童相信自己所屬的性別（通常只有男或女），並依照社會對該性別的刻板印象，要求以該形象進行妝扮、符合該形象應有的行為舉止。「性別」成為一個以身體上的差異產生意義的知識體系，監控著每個人的心理、生理、社會文化層面上的表現。在這些層面上表現的各種形象，也拼湊成一個人的人格形貌，使得「性別」成為辨識他人的重要內涵。

然而，隨著研究顯示，自古以來便存有「對自己的性別理解和外界所貼上之性別標籤不同」的現象²。換言之，有些人可能因為心理認知與生殖器官不同，導致性別在心理層面、生理層面、社會層面上產生歧異的表現。

他們不甘於受到社會對「性別表現與原生性別必須一致」的要求，試圖突破男

¹ 佐倉智美，《性同一性障害の社会学》，東京都：現代書館，2006年，頁9。

² 根據正史，中國早在戰國時代就有人「變性」，例如：司馬遷史記「魏世家」內記載：「十三年，張儀相魏，魏有女子化為丈夫。」至於近代的性別變更研究可追溯於1923年之德國。詳參劉道捷，《變男變女變變變——深入探究台灣的變性現象》，國立臺灣大學新聞學系碩士論文，1992年，頁31；蔡秀男，〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉，《台灣法學雜誌》，第118期，2008年12月15日，頁71。

女性別邊界。更極端的甚至痛恨自己所被定義的性別，而相信自己身屬於相反性別、或是不願意被定義為男女的任何一種性別。於是，他們開始透過變裝（Cross Dressing）改變衣著打扮、或透過手術、施用荷爾蒙改變身體的性別特徵（變性）。

卻也因為這樣的行為，使他們無法容身於性別二元的強固思考，甚至因某些「不男不女」的行徑，被某些人認為是「生病了」。有人稱之為「變性人（Transsexual）」、「人妖」或稱之為「第三性（Third Gender）」³。而在精神醫學觀點，則以性別認同障礙（Gender Identity Disorder, GID）、變性慾症（Transsexualism）或是扮異性症（Transvestite；TV）等疾病名稱呼⁴。

然而這樣的用語，多少仍帶有歧視或是固守性別二元的意涵。基於英文的 trans 字根有跨越、穿過、改變的意思，並認為 Gender 指的是社會對性別的刻板預設。因此，近年來有採用「跨性別（Transgender；TG）」來稱呼這群對其出生時被認識的性別感到無法認同的人們，所為跨越刻板性別預設的行為（詳參後述）。

貳、何謂跨性別

研究「跨性別」的學者都苦於定義的問題⁵。自 19 世紀中葉起，對於這些性別越界行為的研究，多半是從異性戀生殖模式出發，把所有的性別歧異化約為同性戀，通稱為性倒錯（Inverts），直到 20 世紀初才逐漸將跨性別與同性戀拉開距離，並且於 1950 年代起，將荷爾蒙治療與外科手術運用在重整性別身體，「變性」也首次與「變裝」區分開來⁶，在此脈絡下開展出近代跨性別的研究。

³ 何春蕤，〈認同的「體」現—打造跨性別〉，《跨性別》，中央大學性／別研究室，2007 年 7 月，頁 8。

⁴ 蔡秀男，〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 73。

⁵ 學者何春蕤於《跨性別》一書的序言中提到：「這不但是因為跨性別主體的差異浮現總是持續不斷的浮動跨性別的識框，更因為那個被性別二分所滲透的語言總是固執的黏著跨性別主體，不管牠們已經跨到了哪裡。更複雜的是，就在跨越已經攪動模糊了一個二分時，它也還會糾葛連動另外一些二分的僵持：生理／心靈的、肉身／衣著的、認同／身體的、真實／捏造的、身分／表現的，使得已經跨出去的生命總是被無數固著的藤蔓拉扯著不得順利脫身。」恰可說明學界對「跨性別」定義上的困難。

⁶ 何春蕤，〈認同的「體」現—打造跨性別〉，《跨性別》，中央大學性／別研究室，2007 年 7 月，頁 4-5。

而就跨性別而言，在近期認同政治的運動發展中，被用來指涉兩種不同作用的意義。第一類是被用來指稱那些透過手術和其他方式將其生理性別重新設定為相反性別的人（也就是俗稱的變性人），即認為 Transgender= Transsexual；而第二類的意義，則是被當作一個「涵括」的名詞，用來涵蓋所有挑戰、跨越性別疆界的人⁷。

第一類的意義，帶有濃厚的醫療主導的意味，傳達給跨性別主體一個幻象，以為只要動了變性手術就可使對於性別認同苦惱的族群們獲得新的身體、新的性別、新的身分。然而並非所有的跨性者都是想「變更」成「另一種」性別，也不代表變性之後所有的舊問題都會消失，因此被批評為「變性之意識形態」（Transsexual Ideology）⁸。

第二類的意義則是將「跨性別」或「跨性者」當作集合名詞，強調的是「不認同被定義之性別」。除了前述的變性人之外，尚包含改變社會生活形貌的變裝者（Cross-Dresser）、透過變裝以達求滿足自身性慾幻想為目的的扮異性症（Transvestite）、因其行為表現不符合被定義的性別刻板印象而刻意潛藏在性別模糊流動空間者，以及同時擁有男女性別特徵的陰陽人⁹（Intersex）均屬於跨性別涵蓋的範圍。

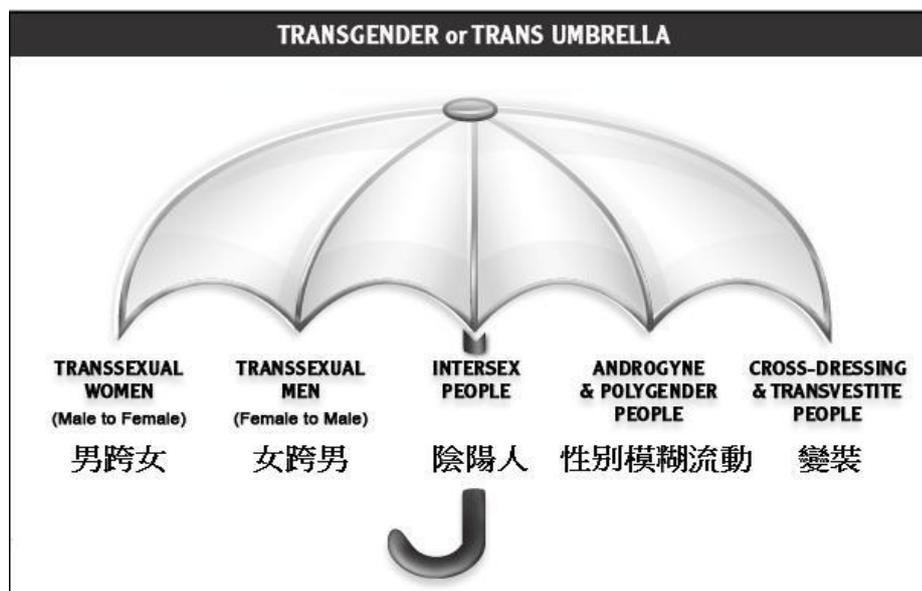
或許是觀察到「性別二分的幽靈」對於變裝、扮異性症甚至陰陽人族群的迫害，並不亞於較為人注目的變性人族群，也或許是在研究中發現「性別」的定義，本身就是模糊且帶有歧異性。本文盡可能採取最寬廣、最謙虛的認知來理解「跨性別」的意涵。不僅僅只有這些由某性別進入另一性別的人才能夠稱為跨性別，包含變性慾、變裝、扮異性症、陰陽人，甚至是主張「性別模糊」的族群，不論其動機是出於精神上自主或病理上的趨力，只要是嘗試跨越性別疆界的行為，均為「跨性別」一詞所涵納¹⁰。

⁷ 何春蕤，同上註，頁 7。

⁸ 何春蕤，同上註，頁 27。

⁹ 陰陽人（另有稱雙性人），指性染色體發生變異，出現與一般男女生殖器官不同的器官的人，是人身上發生的雌雄間性。

¹⁰ 如同定義的困難，關於跨性別的涵蓋範圍也存在許多爭議。少部分認為「跨性別」的分類必須與「性別認同」相關方屬之，例如：「扮異性症」的分類，跨性者認為自己心理性別和生理性別不同，



《圖：Transgender Umbrella 來源：Scottish Transgender Alliance 網站¹¹》

參、法律性別的烙印

由於國家基於管制的需求，爲了掌握作爲其構成要素之人民的樣貌，因此透過各種登記制度掌握人民的人格身分資訊。以東亞漢文化圈所使用的「戶籍」制度爲例：自出生開始，成爲新生人口的小嬰兒便須進行「出生登記」，就姓名、身分關係有變更、行爲能力限制（監護、輔助監護）、居住地遷徙，直到死亡以前，國家透過這些登記事項掌握一個人的人格。「性別」作爲人格的重要內涵，自然也成了戶籍登記事項之一。

除了戶籍登記當中的「性別欄」與「稱謂欄¹²」表彰人民所屬性別之外，包含身分證、駕照、健保卡等官方證件上，也可能透過明示註記其所屬性別¹³，或足以

而改變裝扮；而扮異性症的變裝而是出於滿足性慾之目的所爲之變裝，與性別認同無涉。又例如「陰陽人」，並非所有的陰陽人會對他們在出生時被指定的性別感到有疑問，也並非所有的陰陽人會有性別認同的問題。

¹¹ Scottish Transgender Alliance 網站：http://www.scottishtrans.org/Transgender_Umbrella.aspx（最後瀏覽日期：2012年6月30日）

¹² 如：我國的戶口名簿裡即存在「稱謂欄」，以「長子」、「次女」分別表示「男性」或「女性」。

¹³ 內政部頒布之國民身分證及戶口名簿製發相片影像檔建置管理辦法第21條規定：「國民身分證記

辨識性別之照片、編號（身分證字號¹⁴）來顯現一個人的性別。此外，某些國家因宗教或傳統，使得姓名必須建立在得以辨識性別的假設上¹⁵，此時姓名亦成爲性別的註記之一。本文將前述這些透過國家權力作成，以各種形式在具有證明功能之法律文件上標明之性別註記，稱之爲「法律性別」。

「法律性別」產生一定之法律效果並具有公信力。在以「性別」作爲構成要件的法規範當中產生規制性，成爲法律關係中權利義務認定的準據¹⁶。也因爲其公信力，使得社會生活中往往以法律性別爲依歸¹⁷。國家權力所作成之法律性別，可以說是一個人最重要的人格展現也不爲過。

早期因「出生時之身體性徵」在過去被認爲無法改變而具備客觀性，國家多以之作爲決定法律性別之判準。如我國戶籍法第 4 條及施行細則第 12 條所進行之出生登記，以嬰兒甫出生時醫生根據理學所判斷之性別爲根據¹⁸。此時登記義務人必須持醫生證明向戶政機關進行出生登記之申請，再由戶政機關依據法定程序作成一確認處分，以確認登記人之法律性別。

但在出生時性徵不明的嬰兒身上，難以迅速透過理學判斷其性別（即「真性陰陽人」，詳後述），依現行的醫療實務是由父母與醫師討論後「決定」其所欲撫育的性別爲何，再依此性別作戶籍登記。

由此可知，法律性別在形成之初無論是一般情形或是陰陽人的特殊情形，均是由「他人的判斷」所形成的，當事人自身並無自主決定的可能。然而「他決」的法

載項目如下：...六、性別。...」

¹⁴ 前揭註辦法第 5 條規定：「國民身分證統一編號（以下簡稱統一編號）由文字碼與數字碼組成，共計十碼，一人配賦一號。前項編號首碼以英文字母代表直轄市、縣（市）政府別，第二碼至第十碼爲數字碼，第二碼爲性別碼，第十碼爲檢查碼。」其中，第 2 碼即以「1 或 2」清楚標示性別是男性或女性。

¹⁵ 以德國爲例：男女的名字有嚴格的區別，如 Peter 爲男性，Petra 爲女性；Olive 爲男性，Olivia 爲女性，若倒置則有違公序良俗（guten sitten）。張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 56，註 17。

¹⁶ 例如：兵役法第 1 條規定，中華民國「男子」依法皆有服兵役之義務，「男性」則屬於構成要件，戶籍登記中的性別，則被作爲當兵與否的準據。依現行制度，役男未申請變更性別或申請體位變更以前，仍有服兵役之義務，均是以戶籍登記中的性別爲準。

¹⁷ 因爲在社會生活中無法直接判斷對方的性別特徵（特別是生殖器官），在性別妝扮得以偽裝的情形下，最終往往會藉由法律性別來認定「男女」，並以此作爲刻板性別預設之標準。

¹⁸ 蔡秀男，〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 79。

律性別，對於「跨性別族群」而言則是十分痛苦的。因「跨性別族群」即是對於出生時被認識的性別感到無法認同，但法律性別不僅以此為標準，並且持續地在社會生活中影響著跨性者對自身人格的形塑。如同是一個烙印一般，法律性別伴隨著社會對於性別刻板的預設，成為跨性者形塑自身人格歷程中的一個極大障礙。

長久以來，在醫療科學強力主導跨性別研究的情形下，跨性者多半也是被鼓吹著「變更」成「另一種」性別。但是並非所有的跨性者都想「變更」成「另一種」性別，也不代表變性之後所有的舊問題都會消失。故近來有越來越多跨性者主張他們的性別是男女之外的「第三種」性別、甚至是「無性別」。法律性別因為歷史因素或法安定性之要求，只有「男或女」的選項，此一制度和跨性者的訴求顯然有極大的落差。

肆、性別變更的現況

整理文獻及相關報導後發現，跨性者人權侵害的問題在我國早已時有所聞，不啻為一部鬥爭的血淚史。例如：2002年7月，跨性者蔡雅婷（男跨女）要求以女裝扮相作為身份證件上之照片，被戶政單位拒絕，寫信向總統陳情¹⁹。爾後卻因無法承受來自社會的歧視，選擇臥軌自盡²⁰；2003年5月，林國華公開變性之後因為被社會拒絕，以自殺結束生命²¹；2007年，嘉義有一位男老師，決定進行性別重置手術成為「女老師」，妻兒與學生都全力支持，但校方卻以「污染學生心靈」為由，要求他離職²²；2008年，內政部曾以行政命令規定女跨男（MtF）的跨性者必須重建人工陰莖才能變更法律性別²³。2010年，一名就讀醫學院之跨性者，在完成性別重置手術且換發女性身分證後，卻收到兵役課之兵單，兵役體檢時，被要求「跟其他役男一起脫光光檢查」²⁴。2011年，一位身著女裝上班的馬偕醫院職員，因如廁

¹⁹ 聯合報，〈本土變性族群 聲援蔡雅婷〉，2002年7月14日，8版。

²⁰ 聯合報，〈她 臥軌自殺 相驗竟是「他」〉，2003年12月12日，B4版。

²¹ 聯合報，〈變性後更不快樂 奪走弟弟性命〉，2003年5月8日，B4版。

²² 聯合報，〈變性老師在校園 該男該女？〉，2007年1月19日，A8版。

²³ 聯合報，〈有裝小弟弟才算真男人？變性人恐慌〉，2008年9月24日，A6版。

²⁴ 內政部2007年10月16日作出的行政命令「內授中戶字第0960066142號函」，在提出後遭跨性

和女同事起糾紛，受同事排擠，並遭院方解雇²⁵。

在前述媒體報導之跨性別族群受到歧視性對待，或許是來自長久以來根深蒂固的性別二元價值觀所導致，但真正的關鍵仍是跨性者在打造自身性別時必須跨越「法律性別」的這個障礙。

如前所述，「性別」雖然可以同時表現在心理層面、生理層面、社會文化層面上，但即便經過手術、施用荷爾蒙改變生理性別特徵、或是改變性別妝扮，惟法律性別仍是最權威、最重要的表徵。以跨性者鍾玲為例，在順利變更法律性別後得以新的性別生活，收養男嬰亦獲得社會的支持²⁶。對跨性者而言，若能順利改變其法律上的身分，才能接續著改變其他層面的性別表現，打造自己完整的人格。

綜觀我國法律性別變更之法制，雖然並未制定相關之特別法，但同時也未禁止跨性別族群變更法律性別。長久以來，我國僅透過戶政機關之「職權命令」處理戶籍性別登記之變更²⁷。對照英、德、日諸國均有專法規範，透過行政實務來約束是否欠缺明確性及妥當性，仍有疑義；而訴訟實務部分，僅有變更法律性別後的變性人申請收養的案件²⁸，並無針對現制提出行政爭訟。

相對而言，就法律性別變更現制之合憲性、以及國家權力規範法律性別的措施是否對基本權產生干預等問題，學理層面的討論略為不足。實務就此部分的處理，多半交由醫療威權主導、或是睜一隻眼閉一隻眼的態度，並無憲法層次的問題意識。因此，本文試著自基本權利保障觀點著手探討現行對於「法律性別變更」的制度是否合憲。

別團體強烈抨擊，於 2008 年 11 月 3 日起即修正其要件。蔡秀男，〈台灣嚴重歧視變性人〉，蘋果日報，http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32568487/IssueID/20100607（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

²⁵ 聯合報，〈遭馬偕解雇 跨性人爭工作權〉，2011 年 1 月 10 日，B2 版。

²⁶ 聯合報，〈國內第一起 變性人「鍾玲」獲准收養男嬰〉，2001 年 10 月 20 日，8 版。

²⁷ 就「變更戶籍之要件」，僅有內政部之「內授中戶字第 0970066240 號」及法務部之「(83)法律字第 05375 號」作為法源依據。

²⁸ 嘉義地院 90 年養聲字第 111 號，判決中指出：「收養人雖經變性手術取得女性身分，惟在人格上已完全顯露出女性的特質...，由於收養人家庭之支持系統尚稱健全，應能提供被收養人適當之生活環境與盡教養責任... 應予認可。」

第二節 問題提出

壹、有無自主決定性別之權利？其依據及內涵為何？

在探討「法律性別變更」制度之合憲性問題之前，我們必須要問：一個人有無自主決定所屬性別之權利？同前所述，每個人最初的性別均是由「他人」所形成。對於作為重要人格身分資訊之一的性別，是否有重新自主決定的權利存在？

再者，若姑且肯認「性別自主決定權」存在，其憲法依據為何？是否包含於憲法列舉基本權、或是經釋憲實務肯認之基本權內？亦或因現有基本權保障不足，而須再創設新興基本權？

進而，此基本權之內涵為何更是必須探討的問題。詳言之，一個人在「自主決定」自己的性別時，究竟何種行為態樣可以涵納在基本權保護領域之內？例如：一個人能否以此權利向國家主張變更法律性別，甚至向國家請求賦予「男或女」之外的性別？換言之，該權利之保護範圍有多大？其保護範圍之界限為何？此一問題必須被確立，始得論及國家於符合何種條件下得以對之干預。

貳、國家干預之合憲性要求為何？對第三人的侵害是否負保護義務？

接著，跨性者在「打造性別的過程」中，在與家庭、他人、社會產生關係時，常常會牽引其他價值取舍。國家為了維繫秩序，亦可能透過立法或行政手段介入規制「性別自主決定權」²⁹。而社會上的私人，也可能對於跨性別行為進行侵害。例如：企業解雇有跨性別行為表現者。此時，應區分為兩個方向討論。

第一個方向是防禦權面向的思考。首先，要問何種國家行為已對性別自主決定權達到「干預」之程度？對於此一干預措施，應滿足什麼程度的合憲性要求？除了憲法第 23 條明文之法律保留、比例原則之外，司法權介入審查政治部門之干預措

²⁹ 蓋此處可能限制或禁止人民進行性別選擇者，除國家之外，在其他公權力主體之情形亦有可能發生。如：大學、地方自治團體等。惟為行文方便，本文所稱之「國家」，尚包含其他公權力主體，闡先敘明。

施時，應以何種態度、採用何種審查標準較妥？

第二個方向是，該權利受到第三人的侵害時，國家有無介入保護的義務？鑑於資源有限性，國家保護之程度應如何始為恰當？

參、國家對於選擇法律性別所課予要件是否合憲？

最後，在確定性別自主權利內涵及國家對其保障形式後，將進入「法律性別變更」的要件合憲性檢視。國家為了權衡其他的價值，可能會透過行政、立法方式設置許多要件。諸如：婚姻、親子關係、手術之有無、年齡、國籍、精神鑑定...等。這些要件使性別自主決定權之行使受到干預的同時，更可能同時對其他基本權產生干預。因此在決定何種要件較妥適之前，必須剖析每個要件背後所欲平衡的價值立場為何，再與性別自主決定或受干預之其他基本權作權衡。



第三節 研究目的

「跨性別」相關法律問題相當廣泛，惟限於篇幅，委實難以一紙論文道盡。因此，本研究希望能釐清下列幾個問題：

1. 跨性者追求性別認同、重新選擇性別的行為，是否為基本權保護領域所涵蓋？換言之，跨性者有無「打造新性別」之權利？
2. 該基本權之憲法依據及保護領域為何？
3. 國家對於人民享有或行使該基本權之保障態樣理應為何？換言之，國家對於人民性別自主決定進行干預，其界限為何？就第三人侵害人民性別自主決定，國家有無保護義務存在？
4. 就「法律性別變更」之規制措施，以基本權的觀點檢視各種爭議性限制要件妥當與否。

對於跨性別族群而言，婚姻關係、親子關係、遭受歧視行為、社會福利制度中之性別認定、刑事法領域之性別適用...等等，或許是最切身相關的問題，然而在解決這些爭議的過程中，最關鍵的仍是「一個人是否有權決定自身之性別？」

希冀透過本文，探討跨性者對於其「自主決定性別」得否主張為基本權保障所涵蓋，以作為未來進一步探討其餘跨性別法律問題時之立基點。同時藉由比較法的觀點，檢視他國在規制法律性別變更過程中所碰到的爭議性要件，提供我國未來建置更完善的跨性別法制之參考。

第四節 研究範圍

壹、排除與「性別認同」無關的跨性別

因「跨性別」是一集合性名詞（詳見第二章第一節），涵納了所有試圖跨越社會性別刻板印象的行為。是以，無論是否基於性別認同所為之變裝、變性行為均屬於「跨性別」的範圍內。

然就法學研究而言，並非所有的跨性別均有深入研究之重要性。非基於性別認同所為之「變裝」，如：透過變裝獲取性快感的扮異性症（TV）、基於職業目的變裝的紅頂藝人³⁰、或為了表演藝術行為變裝的 Cosplay³¹...等等，都是短暫的改變妝扮外貌，終究仍會恢復一般打扮，並非以「打造新性別」為目標，在法學討論上的重要性較低；而非基於性別認同所為之「變性」，例如基於職業目的而變性的太監、泰國人妖（泰語：กะเทย，Kathoey）、閹人歌手（Castrato）等等。雖然是長期的改變身體外貌，然而其並未改變對自己人格身分的認定。縱使變性，其人格特徵並未改變，與截肢、整形等涉及身體外貌變更並無不同。

為求掌握論文核心之「性別自主決定之權利」，並且限縮研究範圍。基於性別認同之動機所為者，方為本文所稱之「跨性別族群」。

此外，雖有認為最廣義的跨性別族群，係指「LGBTI」之概稱³²。亦即包含女同性戀（Lesbian）、男同性戀（Gay）、雙性戀（Bisexual）、跨性者（Transgender）及陰陽人（Intersex）等等。

然女同性戀、男同性戀或雙性戀，係以性慾（Sexuality）與性傾向（Sexual Orientation）為分類標準，屬對於伴侶的愛戀分類，非作為判定一個人為何種「性

³⁰ 紅頂藝人，1994年由藝人蔡頭、蔡斯聰創立，是一種反串(男扮女)的表演模式，在台灣曾紅極一時。

³¹ Cosplay（日語：コスプレ），是 Costume play 的和製英語簡稱。中文一般稱之為「角色扮演」，指一種自力演繹角色的表演藝術行為。

³² 更有加上酷兒（Queer）族群，採用「LGBTIQ」之用語。陳宜倩，〈從性別自主決定權談跨性別族群人權〉，《全國律師》，14卷5期，2010年5月，頁52。

別」之標準³³。另外，研究顯示同性戀與雙性戀族群當中，亦可能出現「跨性別同志」之情形³⁴，是以本文所言「跨性別」亦不包含以性傾向分類之族群。

貳、著重於跨性別時點「之前」之論述

跨性別本身即為挑戰社會既有性別刻板分類之行爲，是以不僅在跨性別本身，在「跨」過的後續生活中仍存在許多法律問題。如：既存婚姻關係或未來婚姻關係如何處理、既存親子關係或未來收養問題、於公領域及私領域之性別適用問題...等等。此一問題與跨性別族群切身相關，惟可能涉及更多價值觀取舍。例如：既存婚姻關係的問題，將涉及對於同性婚姻是否承認之爭議。跨性別之後的法律問題研究似非一紙論文得以涵蓋，是以本文將研究重心著重於跨性別時點前的權利內涵以及國家規制的界限。

參、以「自由權」為論述中心

依我國傳統對基本權態樣的區分，可概括分為「自由權」與「平等權」兩者不同之論述模型；前者乃保障人民享有一定作為或不作為之權利，後者則是確保人民在國家中免於受到不公平差別待遇之權利³⁵。如我國憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，其中即明白揭示禁止以「男女」差別待遇之理由。

吾人固然可自平等權的路徑思考跨性別族群因不認同其原生性別而遭受差別待遇，是否具備正當理由，甚至可質疑為何憲法僅僅規範「男女」而忽略了「男或女之外的性別選擇」(縱使學說多認為憲法第 7 條僅為例示規定)。惟因平等權之論述模式與自由權略有不同，檢驗之重點亦未盡相同。是以，為避免論述失焦，本文係以「自由權」作為論述之核心，探究跨性別族群之「作為」或「不作為」是否為

³³ 佐倉智美，《性同一性障害の社会学》，東京都：現代書館，2006 年，頁 62。

³⁴ 跨性別女性（男跨女）最後對原生女性產生愛慕情感，即為此例。

³⁵ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 56。

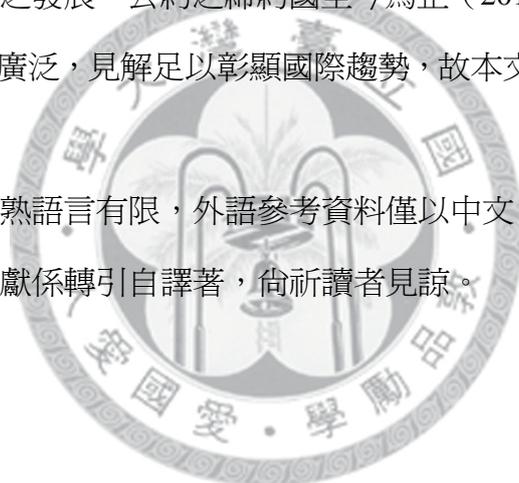
權利保障客體。至於跨性別之平等權問題，暫容另文述之。

肆、以中文、英文、日文研究資料為素材

為求深入觀察問題的各個面向，主要參考日本、德國等相近於我國法體系之實務經驗與學說見解。蓋日、德兩國已有特別法處理法律性別變更之問題，於立法過程中司法部門亦就跨性別議題作出為數不少的裁判，見解頗具參考價值。

此外，歐洲人權法院（European Court of Human Rights, ECHR）近年來也作出許多與「跨性別」問題相關的裁判，直接或間接關係著各「歐洲保障人權和基本自由公約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）」之締約國跨性別法制之發展。公約之締約國至今為止（2011年7月）已有47名會員國，影響範圍十分廣泛，見解足以彰顯國際趨勢，故本文就相關部份之裁判見解亦予以引用。

惟受限於筆者嫻熟語言有限，外語參考資料僅以中文、日文與英文所載者為主，部分重要德文文獻係轉引自譯著，尚祈讀者見諒。





第二章 法律論述前之跨性別思考背景

憲法對於人民基本權之保護有其一定的範圍，且因個別基本權種類而異其保護內涵。換言之，各種不同之基本權利，所受憲法保護之範圍與涉及之生活領域

（Lebensbereich）均有所不同³⁶。因此在探討「人有無自主決定性別的權利」問題之前，首應確定人民的何種「行為」、「法益」、「特性」或「狀態」為憲法所保障³⁷。

據此，本文第二章將探究「跨性別」與「性別自主決定」的意涵為何，以便檢驗該跨性別之行為是否包含於基本權保護領域之內。以下，先釐清人所欲自主的「性別」內涵為何，再透過醫學觀點檢視跨性別動機及訴求，確定究竟以哪一種「行為」作為基本權問題思考的標的。



³⁶ Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl., 1990, S. 42. 轉引自李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁74。

³⁷ 李建良，同上註，頁73-74。

第一節 性別之內涵

壹、人格身分資訊的可變與不可變

在探討跨性者所欲自主之「性別」為何以前，必須釐清「性別」一詞存在之目的。蓋人類係透過符號（Symbols）中的詞彙（Vocabulary），形塑與傳遞出自身對於事物的觀點與想法；透過社會對於詞彙的建構，賦予事物的意義與真實性，使我們能將事物與外在真實相連結；也透過與人格身分資訊相關詞彙的建構，來理解一個人的真實身分³⁸。例如：姓名、長相、出生日期、指紋以及「性別」...等等。

這些建構人格身分資訊的詞彙，依照其「所連結之事物可否變更」的判準，可略分為兩大類。

一、可變之「規範性身分」

姓名、住址等等資訊，其所連結之事物是基於人類的自由意志，透過人為後天的行動去創造出來的。存在某個有權者形成資訊的內容，也會因有權者的行為而產生變更。例如：姓名係由本人或由其父母決定，收養或婚姻等身分關係也是由當事人合意所形成，其變更僅需出於當事人的意志即可變更資訊所連結之事物。本文稱之為「規範性身分」。

二、不可變之「生物性身分」

相反地，出生死亡、指紋、瞳孔、DNA 等等詞彙所連結的事物，則是先天自然形成的資訊，被認為無法改變，因此有個「真理」或是「真相」存在，只能透過人為的去「認識」資訊，無從透過人類意志而變更。本文稱之為「生物性身分」。

該資訊若屬於人為創設的「規範性身分」，所連結之事物屬人為決定，原則上允許變更。反之，「生物性身分」係對與生俱來身分資訊之認識，無從透過人為事

³⁸ 林佳緣，《跨性別媒體再現與主體解讀之分析研究》，世新大學性別研究所碩士論文，頁 11 以下。

後更改。

	身分資訊	差異	模糊地帶
規範性身分	姓名、遷徙、收養、 監護、輔助、婚姻	可變的	性別
生物性身分	出生、瞳孔、指紋、 基因、血緣、死亡	不可變的	

《表：人格身分資訊之可變與不可變 來源：作者製表》

需注意的是，這些詞彙仍係人類爲了溝通傳遞訊息所建構，所連結之真實意涵並非不可流動。隨著科技進步、在不同時代背景下多半有不同的理解。在兩種脈絡之中，仍存在部分模糊地帶，例如：「性別」。

在肯認「性別可以自主」之前，必須確定性別是規範性身分。換言之，若性別屬於生物性身分，一個人的性別於出生後即存在一個「真理」而無從變更，當事人並無自主決定的可能。

「性別」究竟是屬於被形成的「規範性身分」，亦或被認識的「生物性身分」？爲此，吾人必須先釐清「性別」之內涵爲何。

貳、性別多樣化

一、多元性別的發展

1. 所謂「性別」並非唯一

1970 年代以前，在英語當中能表達性別用語，只有 Sex 一個單字而已。這個字在當時的社會、文化認識上，根據生物學上的差異，將人分爲女性（Female）與男性（Male）。同時認爲：男性應該代表著力量很強、很兇悍、擁有養家的經濟能力者。而賢淑、很沉穩、待人溫柔，則被認爲是女性的特徵。如果不符合這樣的「特

徵」，則會被認為是「生物學上的異常」。但事實上，同樣是女性，性格和適性也有很大的差異，也是有女性不符合「女性特徵」。單只有 Sex 一字，無法說明同一性別中行動方式和生存態樣的差異。

接著，在 1970 年代的第二次女性主義運動（Feminism），一面對於傳統的性別分工展開批判，同時主張解放過去「男性」或「女性」的刻板印象。企圖在生物學的性別，亦即「身體構造的性別」，和文化上、社會上形成的性別概念作區分³⁹。例如：1972 年 Ann Oakley 在《性別、性屬及社會》（Sex, Gender, & Society）一書中，提出了 Sex 與 Gender 是兩回事的概念⁴⁰。此後，英語圈的心理學和社會學界，便將代表生物性別的「Sex」和關於性別自我認知及社會意識的「Gender」作區別。

Sex 與 Gender。從中文詞彙來看，Sex 譯為性（或性別），Gender 譯為性別（或性屬）⁴¹。在中文的脈絡下雖皆可稱為「性別」，然就社會學的觀點，Sex 指的是「生理性別」，是根據生物學上的差異；Gender 指的是「社會性別」，根據社會文化認定的社會和心理特質之差異，將人分為女性氣質和男性氣質。

此後人們確立了一個人可能在生物上屬於一種「生理性別」，而其心理及行為表現卻屬於另外一種「社會性別」。「性別」一詞不再被認為是以單一的形態存在，就此打開了「性別」的多元層次。

2. 「性別」選項不限男女

而就社會性別（Gender）的「內容」而言，根據生理的差異，長久以來普遍預設男女二分的立場。然而根據近代文化人類學的研究，「男女」之性別二元的分類並非必然。即使到了現在，事實上仍存在著具有三個甚至四個性別的民族，東太平洋的玻里尼西亞（Polynesia）地區：包含大溪地（Tahiti）、薩摩亞（Samoa）的傳統民族即為此例。

³⁹ 江原由美子〈ジェンダーとは〉，《ジェンダーの社会学入門》，岩波書局出版，2008 年 4 月，頁 3。

⁴⁰ 劉仲冬，〈陰陽殊性、男女異行：性別差異的生物論述〉，《性屬關係（上）：性別與社會、建構》，心理出版社，2002 年 3 月初版三刷，頁 32。

⁴¹ 林佳緣，《跨性別媒體再現與主體解讀之分析研究》，世新大學性別研究所碩士論文，頁 12。

以庫克群島（Cook Islands）為例，不只是男和女的性別區分，尚存在稱爲「Akava'ine⁴²」的第三性。有趣的是，性別在該社會中也對應著社會對於性別的分工，如「男」則負責漁獵和勞動，「女」則負責耕作，「Akava'ine」則是負責擔任家事與育兒的工作⁴³。我們的社會中雖將男、女二元的性別區分當作一個常識，但在玻里尼西亞的社會中，性別之「內容」則係根據社會文化所構成，非僅男女兩個選項。

在 1970 年代 Gender 一詞及其理論剛發展時，「生殖能力與身體特徵的生理性別被稱爲 Sex，是不能改變的性別；相對而言，被社會、文化所創造的性別，則稱爲 Gender，是可以改變的⁴⁴。然而，1980 年代以後，社會學家已普遍接受：即使是「生理性別」的男女區分依據，也是基於社會標準（Social Criteria）來區分，也是由社會、文化觀點所創造出來的⁴⁵。

就 Gender 而言。例如：待人豪爽，一般被認爲是男性的特徵。溫柔，則被認爲是女性的特徵。但其中仍可能依程度的不同，在男性與女性兩個端點間存在著許多類型；就 Sex 而言，就連染色體的檢驗，也未必能完全判定是男性或女性⁴⁶。因此近代社會學研究認爲，「性別」係呈現光譜式的分布，僅能認爲一個人的性別是散見在這個光譜內，最終「男性」或「女性」的選項只是一種便宜性的結果。

二、附論：跨性別論述的用語困境

長期以來，醫療論述給了跨性別族群一個理性友善的論述，但以「變性」作爲軸線的權力主導，卻同時要求受術者全面表現適應、擁抱相反性別的刻板規範；在

⁴² 而這個「第三性」是自甫出生的生理男性當中，選定其養育方針，決定以「男」或「第三性」的方式撫養。

⁴³ 山田昌弘，〈性別とは—「性」の多様性〉，《ジェンダーの社会学入門》，岩波書局出版，2008 年 4 月，頁 9。

⁴⁴ 山田昌弘，同上註，頁 10。

⁴⁵ 劉仲冬，〈陰陽殊性、男女異行：性別差異的生物論述〉，《性屬關係（上）：性別與社會、建構》，心理出版社，2002 年 3 月初版三刷，頁 32。

⁴⁶ 如英國跨性別法制研究著力甚深的 Stephen Whittle 也曾說過：「現在的醫療技術可辨識出超過七十種不同的陰陽人併發症狀，且每兩百名孩童中就有一名聲來即是某種陰陽人。」詳參 Vanessa Baird 著，江明親譯，《性別多樣化：彩繪性別光譜》，書林出版有限公司，2003 年 01 月 25 日，頁 172 以下。

合理化跨性別需求的同時，卻也同時加強了性別二元的刻板假設⁴⁷。

醫療科學分類雖描述各種不同形式的「性別」歧異，發現了 Sex 在男性與女性兩個端點間仍存有其他類型，但其定位座標都還是以性別二元作為最根本的基礎⁴⁸。而跨性別的論述在醫療主導下，仍然受限於男女二分的描述系統，這些描述雖是一種簡化、更凸顯出現有語言和思考是如何深刻地被性別二分體制所主宰。

必須說明的是，與其說性別的內容呈現光譜式的分布，本文認為用近來跨性別族群所提倡的「梅比烏斯環」來譬喻還更為貼切。換言之，社會所預設的「男女」也許是處於對立的兩端，但並不代表是起點或是終點，毋寧說這世上所有人的「性別」都在梅比烏斯環這個沒有盡頭的環狀帶上，有著「男女」之外的更多選擇。

無奈，跨性別法學研究仍須面臨相同的用語困境。蓋性別之內容雖呈現光譜式分布，然而許多跨性別論述不得不服膺於醫療主導的政治正確，而在其他的權力場域（教育與法學）亦會產生相同的問題。

為求行文方便，以及銜接法學領域的既有論述（如：案例、法規），本文不得使用性別二元（男性、女性）或異性戀生殖主義的用語。以下所提及「男性」或「女性」的用語，其所指為「現階段之下被社會定義為偏向男性側或女性側」的意涵，非指性別只有兩個選項，希望讀者能適切的注意。

三、與性別相關的指標

承前所述，可得知「性別」並非以唯一的概念被理解，而是存在多樣化的性別概念。除了生物學上的 Sex 之外，至少有社會文化所創設的 Gender 同時存在著。而這些性別當中，其內容又如同「梅比烏斯環」分布，非男即女的對立性思考已出現檢討聲浪。面臨多元性別的衝擊，無法再像過去一般於嬰兒出生時單以外生殖器官判斷性別。為了探究「性別自主」之意涵，必須檢驗各種可能與性別相關的指標，最後歸納整理「性別」究竟為何？羅列與性別相關之指標如下。

⁴⁷ 何春蕤，〈認同的「體」現—打造跨性別〉，《跨性別》，中央大學性／別研究室，2007年7月，頁1。

⁴⁸ 何春蕤，同上註，頁5。

1. 性別認同

性別認同 (Gender Identity) 係指內心或精神上對自身性別之認識，自認為男性或女性，或某些非傳統觀點的性別，甚至認為自己「無性別」。另有稱為性自認或心理性別。

我們的社會中，自學習上廁所開始，甚至是入學、問卷調查，都被要求提示自己的性別。對於多數人而言，對自己的性別認同是沒有任何懷疑也沒有意識，但是當心理性別與原生性別不同時，將產生性別認同與周圍對於自己性別之認識不同的情形，正是跨性者最常面臨的困境。

2. 身體的性別特徵

過去係依照染色體、生殖腺及生殖器官來判斷之性別，即最早被認為的生物學上的性別 (Sex)，被認為非男即女，且自出生時起即被確定而無法改變。但事實上，身體的性別特徵是極其曖昧的。隨著醫療科技進步而發現，雖然多半認為擁有 XX 染色體的是「女性」，XY 染色體的是「男性」，但仍有 XXY 或 XO 染色體的人存在，性別無法純粹透過染色體來區別。即使是擁有 XX 染色體者，也未必會形成「女性」的身體⁴⁹。

在生物學上的性別差異，不僅是多樣的、而且具有連續性，男性、女性的特徵無法截然二分。根據發育過程的環境影響，內外性器官、性荷爾蒙等等均會有些微的不同，而存在許多中間型，例如：陰陽人。此外，即便是作為輔助判斷的第二性徵，也會因為民族、地域、時代、個人等因素，在定義上可能產生很大的差異。

⁴⁹ 山田昌弘，〈性別とは—「性」の多様性〉，《ジェンダーの社会学入門》，岩波書局出版，2008 年 4 月，頁 12 以下。

性別層次	←男性的身體	女性的身體→
染色體	XYY XY	XXY XO XX XXX
外性器官	陰莖	陰陽人 陰道
內性器官	睪丸	子宮、卵巢
荷爾蒙	男性荷爾蒙	女性荷爾蒙
第二性徵	鬍子、大骨架	較大的乳房

《表：身體性別之多樣性、連續性 來源：山田昌弘，前揭註》

3. 性別角色

性別角色 (Gender Role) 係指不同社會文化，對於不同性別理想行爲的要求和期望⁵⁰。例如：「男性工作養家，女性負責家事」這樣的性別分工，或是「男性較強勢，女性較柔弱」這樣的性格印象等等，都被包含在內。對於持有特定性格之人的氣質、任務、外觀有所期待，是由社會、文化所形塑而成的性別。

4. 性別氣質

性別氣質 (Gender Qualities) 係指社會對於某一種性別期待其於言行舉止中呈現的氣質。社會所認知個體外表所展現出來的陽剛氣質或陰柔氣質而言，例如：娘娘腔或男人婆。性別氣質也可以是流動的，剛柔並濟常在同一個體中展現。

5. 性別裝扮

係指社會對於某一種性別呈現某種特定穿著的期待。例如：「男人穿西裝和褲裝，女人穿裙裝和女服」或是「女人才使用化妝品」等等。有將之分類為「性別角色」下的一種期待。

6. 性傾向

性傾向 (Sexual Orientation) 係指對於他人的身體或存在有強烈溝通交流的慾

⁵⁰ 山田昌弘，同上註，頁 14。

望 (Desire)，或稱為性慾特質 (Sexuality)。此時，欲望的對象若指向和自己的性別認同相異的性別時，稱為「異性戀」，指向相同性別認同的性別時，則稱為「同性戀」。若不拘性別的情形，則稱為「雙性戀」。根據性學大師金賽的分類法，則將人的性傾向劃分成七等分之光譜，兩端才是百分百的同性戀與異性戀，多數人其實是在光譜中間流動⁵¹。

同性戀和異性戀的區分很方便，但事實上也未必能完全清楚的區分三者⁵²。對於跨性者而言，一般人會因為生理性別與性傾向的相同，認定其屬於同性戀；但跨性者本人則因為他的性別認同與性傾向的差異，認為自己其實是異性戀。

雖然在一個以異性戀情感想像的框架社會脈絡中，性別認同往往會與性傾向產生糾結。特別是跨性別醫療技術尚未被廣泛接受前，許多跨性者在成長歷程中，先是以「同性戀」來理解自己的跨性別需求⁵³。然而，性傾向仍屬對於伴侶的愛戀分類，並不會產生對自己性別認同的疑慮⁵⁴，即使是跨性者當中，也可能會出現所謂的「跨性別同志」。因此，本文認為性傾向不適宜作為判斷「性別」的準據。

參、性別表現的層次

過去生理性別 (Sex)、社會性別 (Gender)、性別認同 (Gender Identity)、性認同 (Sex Identity)、性對象選擇、性實踐、性慾一概都化約為「性別」，而法律體系也複製了主流社會性別規範的單一看法⁵⁵。例如：法律性別依循著生物學上的男女二分 (Sex-Male and Female)，而僅有「男或女」的選項；在婚姻、收養、人工

⁵¹ 參照 Wikipedia 百科的定義，金賽量表是性學專家金賽博士訂定的一個尺度，嘗試用 0 至 6 代表人的性傾向定位。

<http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E9%87%91%E8%B3%BD%E9%87%8F%E8%A1%A8>，(最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日)。

⁵² 山田昌弘，〈性別とは—「性」の多様性〉，《ジェンダーの社会学入門》，岩波書局出版，2008 年 4 月，頁 13。

⁵³ 何春蕤，〈性／別壓迫—跨性別主體在台灣〉，《跨性別》，中央大學性／別研究室，2007 年 7 月，頁 87-88。

⁵⁴ 野宮亜紀等合著，《性同一性障害って何?：一人一人の性のありようを大切にするために》，東京都：緑風，2008 年，頁 22-23。

⁵⁵ 陳宜倩，〈從性別自主決定權談跨性別族群人權〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 50。

生殖、醫療、甚至刑事法等各個法領域當中，也是以異性戀為主要方式的想像⁵⁶。醫學掌握了「詮釋權力」，因此在法律進入醫學場域時，受到醫學所形成之專業場域（field）或規訓（discipline）所影響，不知不覺即繼承了傳統醫學的觀點及用語⁵⁷。

然而，歸納與性別相關的指標後，可發現「性別」是一個歧義的概念，不僅止於存在於某一個層面，而是會同時展現在心理、生理、社會文化等層面。一個人自主決定之「性別」，根據不同的觀察路徑，可區分下列層次。

一、心理層面

即指前述之性別認同（Gender Identity）。指內心或精神上對自身性別持續且確信之認識，可能自認為男性或女性，或男女性之間（Intersex）、或是沒有性別⁵⁸。心理因素會影響行為及表現，在其他性別的形成上扮演著重要的要素。性別認同與被定義之性別（通常是根據生理性別）不同時，會產生「跨性別」的需求。

二、生理層面

判斷一個人的生理性別（Sex）時，係透過染色體、荷爾蒙的性徵（如雌激素或睪丸素）、生殖腺的性徵（如卵巢、睪丸）、生殖器官的性徵（如陰道或陰莖）、生殖的性徵（如輸送精子和受精；或是懷孕和乳汁分泌），以及其他相關的內部器官（子宮、前列腺）等等指標綜合判斷⁵⁹。

若性別認同與被定義的性別不同時，當事人會企圖透過手術、施用荷爾蒙的方式改變生理層面的性別特徵，也是俗稱的「變性」。

⁵⁶ 例如：美國聯邦最高法院曾宣告喬治亞州處罰肛交的法律合憲。Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)

⁵⁷ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14卷5期，2010年5月，頁58-59。

⁵⁸ 野宮亜紀等合著，《性同一性障害って何?: 一人一人の性のありようを大切にするために》，東京都：緑風，2008年，頁18-19。

⁵⁹ June M. Reinisch 等著，王瑞琪等譯，《金賽性學報告：身心發展篇》，張老師出版社，初版六刷，1993年3月，頁377-384。

三、社會文化層面

此一層面的性別表現，係藉由外觀、穿著、言行舉止等要素綜合判斷，也是一般社會生活中對於一個人性別的第一印象。換言之，即綜合性別角色、性別氣質、性別妝扮等指標判斷性別。此一性別將因文化或社會背景之差異而有所不同⁶⁰。

若性別認同與被定義的性別不同時，當事人會改變言行舉止及妝扮（變裝），建立較接近其心中所屬性別的外觀。

性別分類	所涉及判斷指標
心理層面	性別認同
生理層面	身體的性別特徵
社會文化層面	性別角色、性別氣質、性別妝扮

《表：性別表現的層次 來源：作者製表》

肆、「性別」屬可變更之規範性身分

本節觀察到描述人格身分資訊之語彙，其所連結的事項可依「可否變更」的標準分成可變更的「規範性身分」與不可變更的「生物性身分」，並以此問題意識作為思考性別變更議題的出發點。

為探究「性別」得否由個人自主決定，「何謂性別」屬不可避免的先決問題。本文觀察到性別一詞隨著第二次女性主義運動及近代社會學研究，而呈現多樣化的發展。要言之，性別的內涵不再限於生物性（醫學性），而是可區分為多樣層次、同時存在。

在整理各種與性別相關的指標後，本文整理其異同點，透過不同的觀察路徑可發現，性別的表現存在於不同的層次上，包含：心理層次、生理層次、社會文化層

⁶⁰ 例如：裙裝或許一般被認定是女性妝扮的要素之一，但蘇格蘭裙（Kilt）卻是蘇格蘭男性的傳統禮服。

次等等。

現行國家在掌握人民的人格資訊，會將「性別」也納入登記事項之一。換言之，係先有「性別」然後入「法」。然而法律性別的形成，僅以生理層次的表現（特別是外生殖器）作為圭臬，並未參考心理層次與社會文化層次的性別表現。係因過去「性別」被認為只有生理性別（Sex）一種，並認為是與生俱來、不可變更，在過去的見解之下，應是認為性別為不可變更的真實而屬於「生物性身分」。但隨著多元性別觀點的開展，發現「性別」尚可能存在許多歧異表現，即便是生理層面辨識出來的性別，也可能和心理、社會文化層面的性別表現不同。再加上，伴隨科技進步，已可透過手術、荷爾蒙療法變更身體的性別特徵⁶¹。法律性別的判定，更應綜合各種層次之性別表現而定，應當認為「性別」不再是不能改變，而屬於可變更之「規範性身分」。



⁶¹ 或許有反對論者認為，生理性別的判定是透過「天生的性別特徵」作為判斷依據，即便透過手術使得性徵近似於相反性別，仍無從依據「人造的外在」認其生理性別改變。然而，即便是「天生」的性徵，其定義仍是人類社會所賦予的。況且其每個人所擁有的內容亦有差異（例如：某些女性因為激素分泌的緣故，天生也會長鬍子。），這世上沒有兩個人的性徵是一模一樣的，透過性徵判斷生理性別本身就是模糊而且概括的。再者，性別重置手術和整形手術一樣，同樣都是將身體特徵改變成自己喜歡的外在。在現今的社會中一個人若去「割雙眼皮」，我們會認為他的雙眼皮並非天生，但在描述受術者的外在特徵時，還是會說：「這個人有雙眼皮」，並不會說「這個人仍然是單眼皮」，顯見即使是人造的身體特徵仍會被納入描述的評價當中。因此，縱使透過手術、荷爾蒙療法只能得到近似的身體性別特徵，應可認為生理性別在此時已有改變。

第二節 跨性別之動機與訴求

承前述，「性別」在過去固然係由他人（醫師或父母）根據生理層面的性別表現（身體性徵）所決定。然而隨著醫學科技的進步，逐漸了解到仍存在性別認同與生理性別不一致的情狀，以致產生了訴求「跨性別」的群體。對於該群體的訴求是否為憲法所保障，吾人必須先釐清其動機及訴求，始得判斷所涉可能之基本權利為何。以下將借重醫學的觀點，介紹產生跨性別族群之動機與訴求，作為相關憲法問題之思考背景。

壹、跨性別相關醫療用語

一、性別認同障礙

性別認同障礙（Gender Identity Disorder, GID），早期稱之為「變性慾症（Transsexualism）。屬於精神醫學的用語，係指一個人在心理上無法認同自己的生理性別，相信自己應該屬於另一個性別。GID 亦被 WHO 認定為國際疾病（編號 IDC-10）、美國精神醫學會將其認定為精神疾病（編號 DSM-IV-TR）⁶²。依據 DSM-IV-TR 之分類，可歸納出下列四項病徵⁶³：

- A. 對相反性別有著持續且強烈之認同感（此認同感非因另一種性別在文化上
有更多優勢而產生）。
- B. 對於自己的性別（Sex）持續的感到不快或無法適應自己所屬性別之性別
角色（Gender）
- C. 非屬陰陽人（Intersex）患者。
- D. 而此種病徵伴隨明顯的苦痛、且於社會、職業或其他重要領域中伴隨著機

⁶² 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 38。

⁶³ 野宮亜紀等合著，《性同一性障害って何？：一人一人の性のありようを大切にするために》，東京都：緑風，2008 年，頁 12-15。

能的障礙。

換言之，因「心理性別」與生理性別之不一致，使其患者持續地感到不舒服，相信自己屬於相反性別，也強烈地希望自己以相反性別生活，或被當成相反性別來對待，甚至尋求改變自己的外觀或生殖器官⁶⁴。他們無從選擇地面對令自己尷尬的軀殼，因而有稱此為「上帝錯置的靈魂⁶⁵」。

就其成因，有認為與成長背景有關，有認為與染色體有關，惟目前學界最有力之假說主張，腦部對性別認知的發展與身體的方向相反，因而導致性別認同障礙⁶⁶。

而根據 DSM-IV-TR 的分類，陰陽人及扮異性症者被排除於嚴格界定的性別認同障礙類型中。而性別認同障礙又根據其年齡，區分為手冊第 302.6 條的「兒童時期性別認同障礙」與第 302.85 條的「青少年及成人時期性別認同障礙」⁶⁷。一般情形下，前者的症狀會隨著年齡增長而消失，因此會試圖「變性」的為後者居多。

關於性別認同障礙的治療方式，則是透過荷爾蒙療法（Hormone Replacement Therapy, HRT）抑制或誘發的第二性徵，使得外在的性徵可以產生和相反性別相同的性徵⁶⁸。並且搭配精神療法，提供當事人心理援助或現實生活建言，減低者因性別認同不一致所生之苦惱。若荷爾蒙療法及精神療法均無法解決患者苦惱之情形，更可透過性別重置手術（Sex Reassignment Surgery, SRS）再建重建相反性別的內外生殖器官⁶⁹。

二、性別躁鬱

性別躁鬱（Gender Dysphoria）並不完全等於性別認同障礙，係指一個人對既

⁶⁴ 蔡秀男，〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 73。

⁶⁵ 陳彥君，〈上帝錯置的靈魂—以歐洲人權法院之變性人判決為探討中心〉，發表於台灣大學法律學院公法研究論壇（四），2009 年 4 月 28 日。

⁶⁶ 野宮亜紀等合著，〈性同一性障害って何?: 一人一人の性のありようを大切にするために〉，東京都：綠風，2008 年，頁 36-39；洪蘭，〈性別認同大腦幫妳決定〉，《學前教育》，第 28 期，2005 年 4 月，頁 6-7。

⁶⁷ 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 39。

⁶⁸ 荷爾蒙補充方式分有注射型和口服型，因伴隨著副作用且使得身體產生不可逆的變化，因此需配合醫師診斷而實施。大島俊之，〈性同一性障害と法〉，東京都：日本評論社，2002 年，頁 11-13。

⁶⁹ 另有將 Sex Reassignment Surgery 譯為「變性手術」。

存性別感到不自在，並強烈到影響社會交往與生活。但是，它和 **GID** 不同，未必會強烈地要求從一個性別移到相反性別。

詳言之，性別躁鬱涵蓋的範圍更大，包含諸如 **GID**、同性戀等可能對自己被定義的性別感到懷疑的情形，甚至每個人都可能或多或少有性別躁鬱的情況。愈長期且強烈地感到違異痛苦，就會愈往改變性別存在的方向到自在的位置走，性別躁鬱的極端即是性別認同障礙。

三、陰陽人

陰陽人（**Inter Sex**），另有稱雙性人，係指性染色體發生變異，出現與正常的男女生殖器官不同的器官，身上發生的雌雄間性。在醫學論述中，臨床上將陰陽人分類為「假性陰陽人」與「真性陰陽人」；假性陰陽人又可分為「女性假性陰陽人」及「男性假性陰陽人」，各陰陽人的成因及相關連的疾病處置各有不同⁷⁰。

假性陰陽人係指有著完整的男或女內生殖器官，卻有酷似相反性別的外生殖器。其中「女性假性陰陽人」的特徵是患者具有女性正常 **46XX** 的染色體基因，卻因懷孕初期受到男性荷爾蒙影響，是其外生殖器官產生男性化⁷¹。而「男性假性陰陽人」則是具有睪丸組織及 **Y** 染色體，但男性化不完全而有酷似女性的外生殖器官⁷²。相對而言，「真性陰陽人」係指一個人同時具有睪丸和卵巢等男女生殖器官，生殖器外觀通常有性別不明的特徵，在青春期通常有乳房發育或月經的產生⁷³。

陰陽人在不同文化中會選擇不同的處理方式。在某些文化中這種人被歸類為「第三性」或性別混合的社會角色，但在過去大部分社會中，期待陰陽人之扶養者選擇一個生理性別，使其順從此性別的社會性別角色。然而，在陰陽人事實上無法認同其所被選擇的性別時，則和 **GID** 的情形類似，可能會企圖「變更」性別。

⁷⁰ 陳亮宇，〈性徵不明寶寶及其內分泌代謝異常的潛在危機〉，《義大醫訊》，第 22 期，2007 年 9 月，頁 15。

⁷¹ 陳亮宇，同上註，頁 17。

⁷² 陳亮宇，同上註，頁 18。

⁷³ 陳亮宇，同上註，頁 16。

但近來有呼聲認為雌雄同體現象是一種健康的「變異」，不需矯正。例如於 2003 年創立的「國際陰陽人組織」⁷⁴（Organization Intersex International, OII）便批判：醫療上真性或假性陰陽人的分類，仍是在鞏固性別二元。換言之，他們強調的不只是可以「選擇」成為男人或女人，在自由選擇的過程中，應當包括不選擇任一單一性別的空間。手術不應以複製社會規範之性別與生殖器矯正為目的。甚至有部分陰陽人更樂於介於男女之間其間（Intergender）。

四、變裝

變裝（Cross Dressing；CD）係指變裝者透過指任何人為任何理由、動機穿著「被視為屬於相反性別」的服裝。雖然變裝被認為是一種跨性別的行為，但並非每一個變裝者係基於性別認同之理由，也可能是出於戀物癖、性興奮。也是有基於興趣或者職業因素，自願或被迫穿過女裝的情形。例如 90 年代曾在我國紅極一時的紅頂藝人秀，即屬男扮女裝的變裝秀。一種行為是否是變裝十分複雜，例如：男性穿耳洞是否是變裝？即與社會文化性別之表現如何在社會被評價有直接關係。

在 GID 的情形下，未必所有的人都想要直接變更身體的性別特徵。可能迫於經濟、社會眼光、乃至於體質，而無法接受性別重置手術或施用荷爾蒙。此時，變裝成為他們打造新性別的管道之一。

相對於變裝（CD）是較為中性的敘述，若是以穿著異性服裝而產生性興奮或引發性高潮者，醫學上則稱為「扮異性症（transvestite；TV）」或是「扮異性戀物癖（transvestic fetishism）」⁷⁵。雖然也被認為是跨性別族群之一，但因與性別認同無涉，根據 DSM-IV-TR 手冊第 302.3 條，被認為與性別認同障礙有異⁷⁶。

此外，僅是基於藝術表演而在舞臺上做異性打扮，或者為生活上的需要而必須穿著異性服飾，甚或是因所處的次文化關係，在某些特定時刻穿著異性服飾，但卻

⁷⁴ 以下內容可參考國際陰陽人組織中文官方網站：<http://sites.google.com/site/oiichinese>（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

⁷⁵ 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 41。

⁷⁶ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 60。

與性慾需求沒多大關係時，則非扮異性症。

必須補充說明的是，若僅是基於「扮異性症」所為之變裝，當事人不見得對於自己的性別不滿意；即使是女扮男裝的當事人，在孩童時期亦不必然會出現陰柔特質，甚至常常從事在刻板印象上屬於陽剛性的職業⁷⁷。因此，變裝（CD）僅得認為是一個客觀、中性的敘述用語，而非如同性別認同障礙或陰陽人屬於跨性別的動機。

貳、跨性別族群的訴求

總結上述，可觀察到跨性別族群除了對自己所屬性別（Sex）感到煩惱之外，亦對於自己所屬性別角色（Gender）感到不適應。歸納跨性者「跨越生理性別」以及「跨越社會的刻板性別預設」的行為，可觀察到兩個方向。透過這兩個方向，跨性別族群企圖「自主決定」自己的「性別」。

一、變更自身性別表現

由於過去社會係以身體上差異作為僵固的監管機制，因此身心不同調的跨性別族群，為了使身心一致、或是為了減緩其差異，在性別的各種層次當中，跨性者試圖變更各種表彰性別的外在表現，使其和內心所認同的性別相符。例如：透過性別重置手術、荷爾蒙療法改變生理層面的性別特徵；或是改變自身的穿著打扮及言行舉止，使得自己在社會文化層面擁有和自身所認同性別相同的外觀。

詳言之，在此種訴求底下，跨性者強調的是「改變自己」。如同醫療威權所彰顯的「變性之意識形態」（Transsexual Ideology）一般，主張「變性」是一種「治療手段」。

相較於改變他人的眼光，改變自己去符合他人預設的性別印象，或許是一種較為容易的救贖方式。但我們仍不能忽略，跨性者在「變性」或「變裝」的同時，也是將自己所期許的人格對外展現。

⁷⁷ 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14卷5期，2010年5月，頁41。

二、要求他人認同其所屬性別

除了「改變自身」之外，跨性別族群當中的某部分群體並不想迎合社會的刻板性別預設，不想改變自身的性別表現。例如：國際陰陽人組織近來即主張，他們不想服從過去醫療威權所指示「選擇男女其中一方身分生活下去」的治療方式。而是主張：即便身體具有雙重性徵，也只是一種變異，而非疾病。不需要變更身體、也無須選擇成爲男或女，而是以「陰陽人」或是「沒有性別」的身分生活下去。

即便不改變自己的性別表現，部分跨性別族群主張能夠改變他人對自己的看法、希望能夠打破社會對於性別的刻板預設，爲自己找到新的定位。換言之。所謂的「跨性別」，即是在跨越社會對於性別的預設後，更積極的在梅比烏斯環上尋求一個自己的定位，而非僅「男跨女」或「女跨男」兩種選項而已。

而這種訴求，雖然沒有改變自己，但是希望能夠改變別人眼中評價自己的方式，希望他人能夠認同自己所認同的人格。



第三節 結語

在探討跨性別之人權保障以前，我們不禁要問：所謂的「性別自主決定」，究竟是在自主決定什麼「性別」？在法學論述上又該如何掌握這些性別的意涵？所謂的「自主決定」又為何？將作為論斷一個「行為」是否受基本權所涵蓋的先決問題。

本章從性別多樣化的發展開始，指出「性別」是歧義的概念。性別不僅僅只有男或女兩種選項外，足以表徵性別的指標更不僅只生理層面一種。就此，雖然社會刻板地以生理上的差異作為基礎，形成各種管理的機制。而原本被想像為「與生俱來」的生理性別，也隨著醫療技術的發展而有變更的可能。且隨著多元性別的發展，不應僅只觀察到生理層面的性別表現，心理及社會文化層面亦應綜合考量。因此，「性別」應屬於可由人為改變的「規範性身分」，不再是不可變更的人格身分資訊。

進而，自醫學角度闡述其跨性別的動機後，歸納出跨性別族群的兩個主要訴求方向：其一是「變更自身性別表現」、其二是「要求他人認同其所屬性別」。一言以蔽之，前者是希望透過改變自身的外觀，表現出「自己是如何看待自己的性別」；後者則是希望改變他人的觀點，涉及「他人是如何看待自己的性別」。兩者均是跨越這個社會的性別刻板預設，都是在「自主決定」自己所屬的性別，只是立場有異。

而跨性者主張自主決定的「性別」，不僅只是心理、生理、社會文化層面所表現出的性別，尚包含由國家權力介入所形成的法律性別。而即使是法律性別，也會存在前述跨性別訴求：自己希望如何看待自己、希望國家是如何看待自己。

以下將針對「性別自主決定」的內涵，進入憲法及基本權問題的思考。



第三章 性別自主決定之憲法基礎思考

第一節 進入基本權檢驗的前導思考

在行使權利的過程中，國家或第三人基於某些價值觀的取捨，其特定行為或措施，可能會直接或間接地對於人民的權利造成限制。若存在對某一種基本權造成干預（Eingriffe）或侵害（Beeinträchtigungen）時，應啟動憲法基本權的思考⁷⁸。

經過前階段的分析可知，「性別自主決定」的內涵在於「自己是如何看待自己的性別」以及「他人是如何看待自己的性別」。這個決定的目的，希冀改變自出生起透過外在性別特徵，而由醫師（或父母共同）決定的「原生性別（Birth Sex）」。
跨性別族群希望能將這個「他決的性別」奪回自主決定的可能，同時也希望改變社會根據「他決的性別」所形成的行為監控。此一性別自主的行為表現，會呈現在心理、生理、社會文化等層面上。在主張「性別自主」的同時，跨性者不可能躲在旁無他人的角落自我滿足，勢必會與國家或他人產生互動。基於某些價值觀的選擇，國家或第三人很可能會在這三個層面進行禁止或限制。例如：強迫人民表示自己內心所認同的性別（心理層面的限制）、透過立法或行政的手段限制人民進行性別重置手術（生理層面的限制）、在國民教育體系下要求穿著和自己所屬原生性別相符的裝扮（社會文化層面的限制）...等等。

此外，現制下法律性別非當事人自主所形成，跨性者因生理、社會文化的性別表現與法律性別相異而受到社會的側目。「變更法律性別使其與內心所認同之性別一致」不僅成為跨性者在主張性別自主決定的重要訴求，單是法律性別的揭露本身，已然成為跨性者在打造新性別時的最大障礙。由國家權力創設出，且具備規範力與公信力的「法律性別」，作為國家的統治工具、深刻且持續地影響跨性別族群

⁷⁸ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁72。

在這三個層面的自主決定。

本文認為，除了國家或第三人直接禁止或限制人民在生理、社會文化層面的性別行為表現，或國家拒絕人民對於選擇法律性別之請求（此一請求，可能是變更法律性別使其與人民內心認同之性別相同，或是採用男女以外、甚至無性別之註記），更致使人民無法以「自己所認同之性別」生活，可能限制了「某種權利」的行使。

是以，本文就跨性別族群在心理、生理、社會文化等三個層面所為之表現，以及對於人民選擇法律性別，先行過濾其可能受到國家或他人干預的可能的基本權。

壹、性別自主可能涉及基本權概述

一、心理層面：內在精神自由

性別在心理層面的表現，係指「性別認同（Gender Identity）」而言，為內心或精神上對自身性別持續的確信。在性別認同與被定義的性別不同時，會成為跨性別行為的動機來源。性別認同既然是個人對於自身所屬性別在精神上的確信，其可能涉及之權利乃「內在精神自由」。

內在精神自由強調者乃人類內在精神活動的自由，不以語言、文字、圖畫、或其他媒介表達於外，與使他人或社會得以知悉內心意念之「外在精神自由」有異⁷⁹。由於不至於對外造成直接影響，且國家或他人沒有干預之可能性及必要性，因此各國憲法多認為屬於「無保留之基本權」⁸⁰。

然而，包含於內在精神自由底下之「良心（Conscience）」與「思想（Thought）」自由，雖然意涵略有不同⁸¹。但有認為，兩者皆是置於個人人格形成的核心的倫理性、世界觀性、政治性等內在精神活動領域，對於個人行為存在規範性意義，並與

⁷⁹ 周志宏，〈內在精神自由〉，《月旦法學雜誌》，47期，1994年4月，頁125。

⁸⁰ 周志宏，同上註。

⁸¹ 良心係指個人在道德倫理上對一定行為有義務為之的意識或信念；而思想是指個人內心之精神活動透過一定的組織與推理，形成對事物的看法或主張。周志宏，同上註，頁126。

具體行為密不可分⁸²。是以，同時承認人民有「沉默的自由」，國家禁止以特定行為強制個人表示內心的狀態，或是對於排斥特定立場之行為課以不利益⁸³。德國基本法⁸⁴與日本國憲法⁸⁵皆明文規定，良心自由不得侵犯。

我國憲法雖未明文良心自由或思想自由之保障，然而司法院釋字第 490 號理由書中提到：「內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障。」該號解釋雖以宗教自由作為論述主軸，然似可認為同為內在精神層次之精神自由亦應受到憲法「絕對之保障」，與前述之「無保留之基本權」相互輝映。

準此，個人對於自身所屬性別的確信屬於「內在精神自由」所保障之範圍，受到絕對之保障，國家不僅在客觀上無從干預，更禁止透過任何方式強制人民表示自己的性別認同⁸⁶。

二、生理層面：身體權、健康權

對於跨性別族群打造身體性別特徵，我國並未制訂具強制力的規範。雖然曾有醫師參考國外實務提出診斷準則⁸⁷，針對接受性別重置手術設定數項要件，然而僅在我國部分醫界內成為醫療常規（Routine）而被遵守，尚未形成專科醫學會之醫療準則（Guideline）。

相對而言，中國衛生部於 2009 年 11 月公布之規範性文件「變性手術技術管理

⁸² 西原博史，《良心の自由〔増補版〕》，成文堂，2001 年，頁 39 以下。

⁸³ 小山剛等合著《憲法のレシピ》，尙學社，2007 年，頁 60。

⁸⁴ 德國基本法第 4 條第 1 項：「信仰與良心自由及宗教與世界觀之認同自由，不可侵犯。」

⁸⁵ 日本國憲法第 19 條：「思想與良心自由，不得侵犯。」

⁸⁶ 司法院釋字第 656 號理由書亦明載：「國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切。」

⁸⁷ 我國性別認同障礙的診斷實務，係以馮榕及文榮光兩位醫師於 1988 年所訂定之診斷準則為依據。該準則係參照美國精神醫學會出版的精神疾患診斷與統計手冊第三版修訂版（Diagnostic and Manual Disorders-Revised，簡稱 DSM III-R）的診斷準則所訂定。該準則賦予了跨性者在進行 HRT 與 SRS 之前所必須滿足的生理與社會條件，包含：「（1）必須是原發的變性慾者（2）在扮演另外一個性別角色適應上適應良好（3）父母與家人的適度支援（4）年齡在二十歲以上，四十歲以下（5）智力必須中等以上（6）排除個案是精神病或其他病態性質所引發的變性慾望。」詳參王茂山，〈變性手術之發展〉，《臨床醫學》，第 56 期，2005 年 2 月，頁 83。

規範（試行）」，即要求患者必須滿足各種要件始能接受手術⁸⁸。又，泰國 2009 年 11 月 29 日實施之新法，規定男性實施變性手術的最低年齡為 18 歲，且需符合多項規定⁸⁹。此即以國家權力之形式對於變更生理性別之行為進行規制之事例，可能涉及之基本權如下。

1. 可能涉及身體權

無論是荷爾蒙療法、性別重置手術或乳房切除術，均屬於改變自己部分身體之行為。是否接受手術則須視受術者自身的意願，展現了受術者自身對於身體的支配。若以立法或行政命令的形式，設置要件致使人民無法自行決定自己的「身體」，此時國家對於身體權可能構成干預。

我國憲法第二章所列舉之基本權（第 7 條以下），未如同德國基本法第 2 條第 2 項明文規定「人人享有...身體不受侵犯的權利」。我國憲法第 8 條雖有「人身自由」規定，然而其係強調「身體活動自由」，著重於逮捕拘禁及提審等法定程序之要求，又稱人身不可侵犯權（*Inviolability of the person*），故身體權被認為不被包含在列舉權當中⁹⁰。截至目前之釋憲實務尚未直接針對未明文之身體權進行闡釋⁹¹，僅在民法、刑法等個別法領域將身體作為一種法益⁹²。學說均肯認身體權係憲法上保障之權利⁹³，惟其內涵之理解略有差異。

⁸⁸ 中國衛生部所公布之變性手術技術管理規範（試行）規定，必須滿足「（1）對變性的要求至少持續 5 年以上，且無反復過程（2）術前接受心理、精神治療 1 年以上且無效（3）未在婚姻狀態（4）年齡大於 20 歲，是完全民事行為能力人（5）無手術禁忌證。」始得接受手術。

⁸⁹ 新華網，〈泰國立法規定變性最低年齡〉，2009 年 9 月 13 日，網址：http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/world/2009-09/13/content_12043074.htm（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

⁹⁰ 陳仲嶙，〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，第 14 期，2009 年 9 月，頁 115。

⁹¹ 唯一接近者，僅司法院釋字第 372 號提及「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」。惟解釋並未就「人身安全」一詞作進一步闡釋，甚為可惜。

⁹² 於民法中身體權已被認為是一般人格權（*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*）具體化後所形成的個人人格權之一。如民法第 193 條「喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要」或第 195 條「非財產上之損害」之損害賠償，均提及「身體、健康」。於刑法中更普遍承認身體法益係具有相對優越性之法益。詳參陳仲嶙，〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，第 14 期，2009 年 9 月，頁 116-117。

⁹³ 學說見解認為自兩個方向肯認「身體權」作為憲法上權利受保障。一個方向是，認為身體權係屬「自然權」，是先於國家而存在的先驗（*a priori*），非因國家意志所創設，故不待明文規定國家即須予以保障。李震山，〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，《人性尊嚴與人權保障》，2009 年 2 月，3 版 1 刷，頁 136；另一個方向是認為，身體與個人之人格有不可分離之關係，乃個人自主發展與實現

有學者認為身體權之內涵旨在確保人身體之整全性，目的在於排除國家或第三人對於身體完整性的干預（例如：對抗來自國家或他人之刑求或體罰）⁹⁴。若採此見解，著重的是身體權之「防禦功能」。人民要求接受手術切除身體部分器官，是受術者「自身」造成身體完整性受到減損，干預係來自「權利主體」，此時欠缺國家或第三人的干預，難以進入身體權的思考。

有相反見解自美國法之脈絡主張，身體之整全性之權利，並非僅有消極拒絕侵害的面向，也帶有積極利用之面向⁹⁵，權利主體除了消極地保障身體「不受傷害權」之外，更積極地擁有對於其身體之「控制權」⁹⁶。

本文認為，我國憲法並未與德國基本法第 2 條一般明定：「身體不受侵犯的權利」，因此德國通說強調「不受侵犯」之概念是否能直接是用於我國，仍有思考的空間。本文傾向採用後說之見解，蓋因科技進步，人類對身體益發有支配控制之可能性，強調的應不只是國家對「身體」的不作為，更應包含對「人民改變身體行為」的不作為。是以，身體權所保障的應是「對於身體支配控制之整全性」，國家若限制人民接受性別重置手術，將使此一支配無法貫徹，已干預身體權無疑。

2. 可能涉及健康權

另一個可能和「限制人民」有關的基本權是「健康權」。健康權在民法中長久以來已被當作個別人格權之一⁹⁷，惟我國憲法列舉權清單中並未提及「健康權」，因此在憲法上權利之定位亦有爭議。

根據德國通說上之定義，所謂「健康」，係指「生理（肉體）與心理（精神）

自我之基礎，在不妨害社會秩序、公共利益之前提下，應肯認身體權為憲法第 22 條概括條款所乘載。陳仲嶙，同上註，頁 116-117。

⁹⁴ 李震山，〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，《人性尊嚴與人權保障》，2009 年 2 月，3 版 1 刷，頁 136-137。

⁹⁵ 陳仲嶙，〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，第 14 期，2009 年 9 月，頁 115 以下。

⁹⁶ 學者李震山採用「身體不受傷害權」，似係基於德國基本法第 2 條之用語而來。然此一稱呼將可能過度強調消極面向而忽略積極面向，故本文不循之。

⁹⁷ 民法第 193 條「喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要」或第 195 條「非財產上之損害」之損害賠償，揭示「健康」為個別人格權之一。

之完整性，遠離病痛、殘缺」⁹⁸。若考量基本權主觀公權利功能而言，人民應得主張健康權之防禦權功能，對抗國家對人民健康之不法侵害⁹⁹。此外，就健康權之客觀功能，國家則存在保護義務，換言之，當人民之生命或健康受到重大侵害或威脅時，國家應出面保護。

然而，若主張「國家限制人民進行性別重置手術係干預人民之健康權」，將面臨跨性別問題本質上的內在矛盾：生理性別和性別認同有所差異，是否屬於「疾病」？

若認定為「疾病」，可使跨性者得主張性別重置手術屬於「醫療行為」，進而受到保險支付範圍所涵蓋，就減輕跨性者面臨變更生理性別的經濟負擔的目的來看，或許值得贊同。然而，疾病背後所潛藏的意涵即是「異常」，且需要被「矯治」。疾病之汙名化恐使跨性別人權的建置困難重重，更可能加深歧視。

因此，縱使現行醫療制度下（如 DSM-IV-TR）將性別認同障礙視為精神疾病¹⁰⁰，然本文認為「藉由手術等方式改變身體的性別特徵」，僅屬個人對自己身體的一種「選擇」的過程，而非透過變更使自己「重獲健康」，不宜將其認定為健康權保障範圍內。

三、社會文化層面：一般行為自由

性別在社會文化層面之表現，係透過外觀、穿著、言行舉止等要素，呈現自己所屬之性別。這些要素係由當事人自己決定。若姑且不考慮其跨性別動機，其所自主的乃人類社會生活中的「一般行為」，若國家或他人干預一般行為之行使，可能涉及的基本權利應是「一般行為自由」。

⁹⁸ 林明昕，〈健康權—以「國家之保護義務」為中心〉，《法學講座》，第 32 期，2005 年，頁 27。

⁹⁹ 劉建宏，〈吸菸者與非吸菸者之人權保障：「吸菸自由」？—兼論「健康權」之內涵〉，《台灣本土法學雜誌》，第 94 期，2007 年 5 月，頁 64。

¹⁰⁰ 必須強調的是，美國精神醫學學會所認定之「疾病」並非固定之標準。如：同性戀在 1973 年以前均被 DSM-IV-TR 認為屬精神疾病之一。DSM-IV-TR 手冊雖成為一般社會大眾甚至法律引以為據之判斷標準，但自 1952 年出版後，分別於 1968、1980、1987、1994 年改版，並於 2000 年出版第四版手冊之修訂版，並非牢不可破的概念。現該手冊預計於 2013 年 5 月出版第五版，性別認同障礙之除汙名化運動亦在其考量範圍。詳參 DSM-V 推動小組網站：<http://www.dsm5.org/Pages/Default.aspx>（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

我國憲法未有「一般行為自由」之規定，惟學說多引進德國法作為討論背景。德國基本法第 2 條第 1 項之「人格自由發展」(Freie Entfaltung der Persönlichkeit)，類似我國憲法第 22 條而作為概括條款之功能，作為補充基本權的機能，包含著列舉權保障範圍外的各種行為¹⁰¹。

而德國基本法第 2 條第 1 項之人格自由發展，依學理上之闡釋保障「一般行為自由」(Allgemeine Handlungsfreiheit)。一般行為自由，是個人想作什麼行為，或是不想作什麼行為的自由，被認為是在最廣意義下的人類行動自由，甚至可說是將人類所有的行動承認為基本權的行使¹⁰²。一般行為自由乃具有補充性質之自由權概括條款 (Subsidiäre Generalklausel der Freiheitsrechte)，著重權利主體之行為保障¹⁰³。此種基本權之性質屬補充性基本權 (Auffanggrundrecht)，若個別基本權利保障範圍所及之事項與內涵，即非其保障範圍所涵蓋。

此處國家或他人，若禁止或限制人民作出符合其內心確信之性別之行為表現或裝扮，雖涉及一般行為自由之干預，惟因其係屬「補充性基本權」，僅在沒有其他列舉權保障所及時，始須論之。是以，本文先行檢驗是否存在其他基本權之干預。

四、法律性別的規制：隱私權、姓名權

國家為了掌握人民的人格樣貌而透過各種登記制度所形成的「法律性別」，因係由醫師（或與父母共同）決定之性別作為基準，在當事人無法認同被決定的性別時，促使人民選擇自己的法律性別。若國家拒絕人民之請求，或對請求課予要件，可能涉及之基本權如下。

1. 可能涉及隱私權

對於跨性別族群而言，依照現行生活習慣，必須時常提示載有法律性別之身分

¹⁰¹ 松本和彥，《基本權保障の憲法理論》，大阪大学出版会，初版一刷，2001 年 2 月，頁 117。

¹⁰² 松本和彥，同上註，頁 117。

¹⁰³ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl., 1999, Rn. 368 永田秀樹等譯，法律文化社，初版 2 刷，2003 年 5 月，頁 124。

證、駕照、健保卡...等證件。然而因其記載除了和跨性者之認同有所差異之外，因跨性者可能是分階段地改變其生理、社會文化層面之性別表現，該表現若與法律性別相異，將造成跨性別的事實直接為他人所知。若當事人不欲揭露自己跨性別之事實，將可能涉及隱私權的干預¹⁰⁴。

蓋隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，以及保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權受憲法第 22 條所保障已為釋憲實務所肯認¹⁰⁵。而個人自主控制個人資料之權利，也以「資訊隱私權」的形式受到憲法所保障。換言之，人民有決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障其對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權¹⁰⁶。

跨性別事實係屬個人之重要資訊，且性別作為人格重要內涵之一，跨性別事實應為個人生活之私密領域所涵蓋。依前揭意旨，國家基於管制理由要求人民強制揭露自己的跨性別事實，已然干預人民之資訊隱私權。必須符合憲法第 23 條規定意旨之範圍內，以法律明確規定其適當限制，始符合其合憲性要求¹⁰⁷。

2. 可能涉及姓名權

釋憲實務認為，姓名之決定為人格發展自由當中之姓名權保障¹⁰⁸。然國家會因為管制的需要，另外以法律限制姓名的變更。例如：我國的「姓名條例」即限制人民改名的情事與次數¹⁰⁹。與跨性別有關的是，某些國家因宗教或傳統，使得姓名必

¹⁰⁴ 大島俊之，《性同一性障害と法》，東京都：日本評論社，2002 年，頁 91。

¹⁰⁵ 司法院釋字第 509、535、603 號解釋參照。

¹⁰⁶ 司法院釋字第 603 號解釋文。

¹⁰⁷ 司法院釋字第 603 號解釋文。

¹⁰⁸ 如司法院釋字第 399 號所言：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」

¹⁰⁹ 如姓名條例第 7 條規定：「有下列情事之一者，得申請改名：

- 一、同時在一機關、機構、團體或學校服務或肄業，姓名完全相同者。
- 二、與三親等以內直系尊親屬名字完全相同者。
- 三、同時在一直轄市、縣（市）居住六個月以上，姓名完全相同者。
- 四、銓敘時發現姓名完全相同，經銓敘機關通知者。
- 五、與經通緝有案之人犯姓名完全相同者。
- 六、命名文字字義粗俗不雅或有特殊原因者。

須建立在得以辨識性別的假設上¹¹⁰。此時，國家透過登記制度掌握人民之姓名並使用於具備規範力及公信力之文件時，姓名因足以標識性別而成爲法律性別之一。

在男性名字與女性名字涇渭分明的前提下，國家若禁止人民使用與其生理性別相異之姓名、或對其課以要件限制，已對跨性者的「姓名權」進行干預。故須符合憲法第 23 條之意旨，以法律明確規定其適當限制，始符合其合憲性要求。

貳、自主決定人格圖像之權利：一般人格權

同前所述，國家限制人民之性別自主可能會呈現在下面幾個層面中，涉及各項基本權的干預：

1. **心理層面**：跨性者的「性別認同」爲內在精神自由保障範圍所涵蓋，受憲法絕對的保障，國家在客觀上無從干預，更禁止透過任何方式強制人民表現自己的性別認同。
2. **生理層面**：國家或他人限制人民自主決定在身體的性別特徵，可能涉及身體權或健康權。因其侵害人民對其身體支配的完整性，對身體權造成干預。然而本文認爲，爲了破除疾病對跨性別族群的汙名化，不宜以健康權思考此問題。
3. **社會文化層面**：國家或他人限制人民自主決定衣著打扮或言行舉止，雖可能涉及一般行爲自由的干預，但因其屬補充性權利，應先檢驗其他可能之基本權。
4. **法律性別的規制**：國家禁止或限制人民變更法律性別，會干預人民之隱私權及姓名權。

整理了各個層次的性別表現，其自主決定可能涉及內在精神自由、身體權、一般行爲自由、隱私權、姓名權...等基本權。但這些權利非直接以「決定一個人的性別」作爲權利的內涵，其保護領域僅分別涵蓋部分性別表現之層次。蓋跨性別是一

依前項第六款申請改名者，以二次爲限。但未成年人第二次改名，應於成年後始得爲之。」

¹¹⁰ 以德國爲例：男女的名字有嚴格的區別，如 Peter 爲男性，Petra 爲女性；Olive 爲男性，Olivia 爲女性，若倒置則有違公序良俗 (Guten Sitten)。張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 55，註 17。

個整體、且持續的性別自主決定歷程，若以前述權利作為國家或他人干涉之合憲性檢驗基準，保護難謂周全。

觀察前述權利所保障之內在精神、對身體的支配、一般行為、隱私、姓名，均是與人格息息相關之的具體事項。為了保障人性尊嚴與人格發展之自由，特別將此類事項抽繹成為具體的基本權，稱之為「個別人格權（又有稱特別人格權）」¹¹¹。

人格權保障的系譜，相對於個別人格權之外，尚有作為一般規定的「一般人格權（Allgemeines Persönlichkeitsrecht）」¹¹²。在人格權的發展歷史上，雖是由個別人格權朝向一般人格權發展¹¹²，但一般人格權因具備抽象、補充性機能而同時成為保護人性尊嚴與人格利益的「框架權利」¹¹³。換言之，一般人格權最主要的功能，是創設新的個別人格權，使某些具體人格利益先依一般人格權受到保障後，再提升為個別人格權¹¹⁴。任何社會的權利都不是永遠不變的，例如：在人格權制度的發展歷史中，一些新的人格權（如隱私權）是因應當代社會經濟和科技發展而生¹¹⁵。

因此，性別作為一個人格的重要內涵之一，在「性別自主決定」未受具體基本權涵蓋之時，應思考的是，是否受一般人格權所涵蓋？接著要問，在此時空背景下，是否應抽繹出保障人格自主決定之個別人格權？以下，吾人必須先探尋何謂一般人格權，了解其發展背景、內涵依據後，回顧我國的發展現況，以回應此一問題。

¹¹¹ 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望（二）：憲法上人格權與私法上人格權〉，《台灣本土法學雜誌》，81期，2006年4月，頁92。

¹¹² 王利明，《人格權法研究》，中國人民大學出版社，初版1刷，2005年7月，頁165-166。

¹¹³ 王利明，同上註，頁160-163。

¹¹⁴ 王利明，同上註，頁180。

¹¹⁵ 王利明，同上註，頁173。

第二節 一般人格權概說

壹、比較法觀察：以德、日兩國為中心

一、一般人格權的發展

一般人格權作為人格保護的抽象性、補充性規定，其發展脈絡分為私法上一般人格權及憲法上一般人格權兩個脈絡。多數認為，一般人格權概念在私法上正式出現於 1907 年「瑞士民法典」第 28 條第 1 項規定，係直接誕生於私法的一般人格權規定¹¹⁶。

相對而言，1900 年起施行的德國民法典只是規定了生命、健康、姓名等個別人格權之保障，並未採取類似人格權保障的一般性規定¹¹⁷。對於新興的人格保障或有不足，除了透過實務解釋創設出個別人格權外，更重要的是一般人格權的創設。自 1954 年的「Schacht 案（又稱讀者投書・Leserbrief 案）」¹¹⁸為發端，援引基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項的規定，直接透過憲法肯認私法上之一般人格權保障。

隨後，德國聯邦憲法法院亦於判決中數次肯定此項見解，並進一步指出，一般人格權之憲法基礎係源自德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項，其認為一般人格權本身不僅為一基礎的基本權利，同時亦可作為補充以列舉基本權利之一般自由權¹¹⁹。爾後數十年的實務更肯認一般人格權為憲法上權利，並逐漸具體化其保護

¹¹⁶ 條文為：「人格受到不法侵害時，為了尋求保護，可以向法官起訴任何加害人。」作為人格保護的一般規定。詳參王利明，同上註，頁 166。

¹¹⁷ 1900 年實施的「德國民法典」第 823 條第 1 款規定：「因故意或者過失不法侵害他人生命、身體、健康、自由、所有權或者其他權利者，對他人因此而產生的損害負賠償義務。」

¹¹⁸ 該案事實略為，前德國帝國銀行總裁 Schacht 透過辯護律師致函被告新聞週刊，對其批評 Schacht 在納粹時代的報導加以反駁，並要求依法刊登該函以正視聽。被告未刊載，反以讀者投書之方式處理。德國聯邦最高院以基本法第 1 條及第 2 條為依據，認為該報導侵害原告之一般人格權。BGHZ 13, 334

¹¹⁹ 翁曉玲，〈新聞報導自由與人格權保障—從我國與德國釋憲機關對新聞報導自由解釋之立場談起〉，《當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版，初版，2002 年 7 月，頁

範圍、類型及侵害違法性的認定¹²⁰。

至於日本，戰前之舊民法亦未有保護一般人格權之一般規定，僅有類似德國民法典對於身體、自由、名譽等個別人格權為規範¹²¹。日本國憲法並未明文保障一般人格權。然而根據多年實務，例如：基於保障人性尊嚴而肯定隱私權的「宴會後事件¹²²」、肯定肖像權的「京都府学連事件¹²³」等等，均以一般人格權作為新興個別人格權的基礎而受憲法保障。

必須指出的是，「一般人格權」實際上僅是德國學說與判例所使用之用語，在其他國家則常用「人格權」概念代之，不過兩者是相通的概念¹²⁴。相對於此，美國法則是以「隱私權(right to privacy)」作為與一般人格權相同機能的補充性權利¹²⁵。本文認為，我國釋憲實務雖如同日本一般，僅使用「人格權」而未出現「一般人格權」，然而，採用「一般人格權」更能強調其作為個別人格權之一般性、概括性、補充性規定之意義。故於本文之行文脈絡下，採用「一般人格權」之用語，尚祈讀者見諒。

二、一般人格權的憲法規範基礎

探究一般人格權在憲法上的保障依據，在德國係透過基本法第 2 條第 1 項的人格發展自由條款，結合第 1 條第 1 項之人性尊嚴而來；日本則是透過日本國憲法第 13 條之「幸福追求權」作為依據¹²⁶。以下分別敘述之。

1. 德國

94 以下。

¹²⁰ 詳參王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望（一）：人格權、人性尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學雜誌》，80 期，2006 年 3 月，頁 114-115。

¹²¹ 五十嵐清《人格權法概說》，有斐閣，2003 年 12 月，頁 4-5。

¹²² 宴のあと事件，東京地判，昭 39（1964）年 9 月 28 日。

¹²³ 最大判，昭 44（1969）年 12 月 24 日。

¹²⁴ 五十嵐清《人格權法概說》，有斐閣，2003 年 12 月，頁 10。

¹²⁵ 同上註。

¹²⁶ 日本國憲法第 13 條規定：「所有的國民，均以個人為身份而必受到尊重。對於生命、自由及追求幸福的國民權利，以不違反公共福祉為限，須在立法及其他國政上，給予最大的尊重。」

德國基本法第 2 條第 1 項規定：「任何人於不侵犯他人之權利，且不抵觸合憲秩序或道德法之前提下，享有自由發展人格之權利。」

此種基本權之性質屬補遺性基本權（Auffanggrundrecht），若個別基本權利保障範圍所及之事項與內涵，即非其保障範圍所涵蓋。換言之，係居於其他基本權利之後，僅在特別基本權之保護領域所不及之處，始生作用¹²⁷。根據通說、判例認為，該條首先是一般行為自由（allgemeine Handlungsfreiheit）的保障。一般行為自由，是個人想作什麼行為，或是不想作什麼行為的自由，被認為是在最廣意義下的人類行動自由，甚至可說是將人類所有的行動承認為基本權的行使¹²⁸。

然而，為避免個別基本權的保護全部落入一般行動自由，而鬆動列舉權之規範意義，故，必須承認一個「以狹義人格的生活領域與基本條件維持的保障為目的」、且國家較不容易干預的特別基本權¹²⁹。根據這個各別的基本權，包含非列舉權，同時，也成為了和一般行動自由有所區別的基本權，創設出一般人格權的概念。

2. 日本

同前所述，日本與德國相同係透過實務解釋形成個別人格權之保障。其依據係日本國憲法第 13 條，規定如下：「所有的國民，均以個人為身份而必受到尊重。對於生命、自由及追求幸福的國民權利，以不違反公共福祉為限，須在立法及其他國政上，給予最大的尊重。」本條又稱為「幸福追求權」，條文中的「以個人身分受到尊重」亦被作為日本憲法人性尊嚴的規定。

戰後的判例中，以「宴會後事件」為首，東京地方裁判所雖未直接引用憲法第 13 條，卻以憲法所承認之人性尊嚴思想，揭示「隱私權是包含於所謂人格權之中，但並不妨礙承認其為一個權利」肯認隱私權與人格權的存在¹³⁰。爾後，與肖像權有

¹²⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Aufl., 1999, Rn. 369 永田秀樹等譯，《現代ドイツ基本權》，法律文化社，2003 年 5 月，初版二刷，頁 124。

¹²⁸ 松本和彥，《基本權保障の憲法理論》，大阪大学出版会，初版一刷，2001 年 2 月，頁 117。

¹²⁹ 同上註。

¹³⁰ 東京地判，昭 39（1964）年 9 月 28 日，下民集 15 卷 9 号 2361 頁。

關的「京都府學連事件¹³¹」和與姓名權有關的「NHK 以日語連續稱呼在日韓國人姓名事件¹³²」中，均直接引用憲法第 13 條的「幸福追求權」以承認新的個別人格權。

三、一般人格權的內涵

1. 憲法上一般人格權與私法上一般人格權

早期有見解認為憲法上的一般人格權，是維護個人人格利益不受國家或其他公共團體侵害；而私法上的一般人格權是避免來自私人對人格利益的侵害。但此區別在古典的公、私法區別理論被揚棄的今日，已不適用¹³³。毋寧說，前者係一種基本權利，得對抗國家權力的侵害；後者則是有賴立法者形成相關保護制度，惟不得違反憲法保障人格權之意旨，法院對其法律適用應作符合憲法價值之解釋¹³⁴。

2. 一般人格權的保護領域：以德國為例

聯邦憲法法院依據基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項導出「一般人格權」。和同法第 2 條第 1 項所保護之「一般行為自由」相同，必須以特定生活領域或與該生活領域關聯者為限¹³⁵。然而兩者仍有些許差異，因一般人格權結合了第 1 條第 1 項而和人性尊嚴相同，較個人的行為態樣更保護個人的主體性；可說一般行為自由提供的是「活動保護 (Aktivitätsschutz)」，旨在保護活動自由，使個人得積極有所展開，有所作為或不作為；反之，一般人格權提供的是「完整保護 (Integritätsschutz)」，

¹³¹ 最高裁判所大法庭於判決中表示：「警察在沒有正當理由的情形下，對個人的容貌為攝影，違反了憲法第 13 條的趣旨，是不允許的。」最大判，昭 44 (1969) 年 12 月 24 日，刑集 23 卷 12 号 1625 頁。

¹³² NHK 日本語読み訴訟，該判決表示：「姓名，在社會層面上有著他人對於個人特定的識別機能，在個人層面上，也是作為個人被尊重的基礎，是一個人人格的象徵，構成人格權的內容。」最高判，昭 63 (1988) 年 2 月 16 日，民集 42 卷 2 号 27 頁。

¹³³ 五十嵐清《人格權法概說》，有斐閣，2003 年 12 月，頁 18。

¹³⁴ 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望 (二)：憲法上人格權與私法上人格權〉，《台灣本土法學雜誌》，81 期，2006 年 4 月，頁 94-95。

¹³⁵ Pteroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Aufl., 1999, Rn. 373 永田秀樹等譯，《現代ドイツ基本權》，法律文化社，2003 年 5 月，初版二刷，頁 125。

主要以消極或靜態方式要求他人尊重，不侵害其私領域及干涉其自主決定¹³⁶。兩者雖有不同的保護領域及干預可能性，但目的均為維護自主的個人性以及人格的尊重，人格的活動保護就此建立了完整的面向。

然而，無論是一般行動自由或一般人格權，都有著範圍極廣的保護領域。即便學說及判例肯認了一般人格權是以「狹義人格領域」作為保護對象，但是仍是十分高度抽象性的表現¹³⁷。根據德國聯邦憲法法院針對一般人格權所為判例之具體內容，將一般人格權主體之發展樣式，有見解將一般人格權的保護領域分為下列三個方向¹³⁸：

(1) 自主決定

一般人格權作為自主決定的權利，保障了對於個人「自己究竟為何種人」以及在各種情形中「希望自己被當作何種人」的權利。德國實務曾肯認獲知自己血統來源的權利¹³⁹、決定姓名的權利¹⁴⁰、生育權利¹⁴¹、未成年人有以沒有債務的狀態成年的權利¹⁴²等等，均受一般人格權所保障。

(2) 自我保護

自我保全的權利被一般人格權所保障，係指將自我遮斷於外界，自我獨處的權利。此權利並非以空間上的遮斷（如住居自由）來理解，而係指社會上的遮斷。如：根據醫病關係所得的病歷紀錄¹⁴³、健康精神及性格相關的紀錄¹⁴⁴、日記的內容¹⁴⁵等

¹³⁶ Dreier, Grundgesetz, München 2003, Art 2. Rdnr. 22-26。轉引自王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望（一）：人格權、人性尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學雜誌》，80期，2006年3月，頁111。

¹³⁷ 松本和彥，《基本權保障の憲法理論》，大阪大学出版会，初版一刷，2001年2月，頁120以下。

¹³⁸ 以下整理自Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Aufl., 1999, Rn. 374-377 永田秀樹等譯，〈現代ドイツ基本權〉，法律文化社，2003年5月，初版二刷，頁126-128。中文說明可參考王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望（二）：憲法上人格權與私法上人格權〉，《台灣本土法學雜誌》，81期，2006年4月，頁97。

¹³⁹ BVerfGE 90, 263 (270)

¹⁴⁰ BVerfGE 78, 38 (49)

¹⁴¹ BVerfGE 88, 203 (254) 又稱「第二次墮胎案」。

¹⁴² BVerfGE 72, 155 (170 ff.)

¹⁴³ BVerfGE 32, 373 (379)

¹⁴⁴ BVerfGE 89, 69 (82 f.)

等，都有自我保全、斷絕外界窺伺的權利。

(3) 自我表現

所謂自我表現的權利，係指保護個人不受到他人誹謗、在公共場合歪曲任意的陳述，以及確保個人不被他人擅自地偷偷利用的權利。這包含：個人名譽的保護¹⁴⁶、個人肖像的保護¹⁴⁷、防免竊聽錄音的權利¹⁴⁸、要求相反評論及訂正批評之權利¹⁴⁹等等。其中最具代表性的莫過於「人口普查判決」所發展出的「資訊自決權（Informationelles Selbstbestimmungsrecht）¹⁵⁰」以及於「電腦基本權判決」所發展出的「科技資訊系統親密性及整全性保障權¹⁵¹」。

貳、我國實務回顧

我國實務雖未如德國使用「一般人格權」之用語，而僅以「人格權」稱之，然無論就私法上或憲法上之人格權保障，均有完整的發展。

就私法上的人格權保護而言，和德國民法典不同的是，更仿自瑞士民法第 28 條¹⁵²，在民法第 18 條第 1 項直接規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。」因此，就未列舉之個別人格權可直接援引第 18 條概括規定保障之，不似德國、日本¹⁵³一般，須透過憲法創設私法上一般人格

¹⁴⁵ BVerfGE 80, 367 (373 ff.)

¹⁴⁶ BVerfGE 54, 208 (217)

¹⁴⁷ BVerfGE 35, 202 (220)

¹⁴⁸ BVerfGE 34, 238 (246)

¹⁴⁹ BVerfGE 63, 131 (142f.), BVerfGE 97, 125 (148f.)

¹⁵⁰ 該判決將一般人格權具體化，導出了資訊自決權的新權利。該判決稱：「根據自我決定的思想而生的個人權能，原則上自己可以決定在何時、在何種界限內揭示個人的生活狀態。」BVerfGE 65, 1 (42)

¹⁵¹ BVerfGE, 120, 274 (335) 該判決宣告國家基於國家安全目的而於允許電腦或網路上蒐集人民資訊的憲法保護法為違憲，並認為現有基本權存有漏洞。是以，為了保障個人主體性及人性尊嚴，依一般人格權導出「科技資訊系統親密性及整全性保障權」，以確保使用者所創造、擁有及儲存在資訊科技系統中之資訊的親密性。

¹⁵² 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望（一）：人格權、人性尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學雜誌》，80 期，2006 年 3 月，頁 118。

¹⁵³ 1969 年日本之「京都府學連事件」中，最高裁判所援引日本國憲法第 13 條之幸福追求權作為人格權條款，演繹出「肖像權」之概念。詳參最大判，昭 44（1969）年 12 月 24 日，刑集 23 卷 12 號 1625 頁。

權的概念。

至於憲法上之人格權保障，我國並未明文揭示一般人格權之條款。惟我國憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」因文義中「其他」的概念，可認為本條類似德國基本法第 2 條第 1 項而具有「補充」之功能，包含列舉權所未規範而有所遺漏者；此外，於新興基本權出現時，若無法於列舉權中找出規範依據，則本條可在此發揮「創新」之功能¹⁵⁴。

一般人格權旨在「維護人性尊嚴及人格自由發展」，在「以人之保護」為軸心的憲法價值下，釋憲實務已多次透過憲法第 22 條之補充及創新功能，將數項在私法上被肯認的人格事項提升至憲法層次保護。本文根據解釋的用語，區分為「人格權」與「人格發展自由」兩個面向，整理至司法院釋字第 700 號（2012 年 6 月 29 日），茲羅列如下：

一、人格權

釋憲實務中大法官多次採用「人格權」用以形成個別人格權。本文將實質論及人格權的解釋整理如下。

1. 姓名權

司法院釋字第 399 號（1996 年 3 月 22 日）解釋文：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。」根據上述意旨，宣告內政部所為「姓名讀音不雅不得改名」之函釋違憲。

2. 獲知真實血統來源之權

司法院釋字第 587 號（2004 年 12 月 30 日），宣告當時禁止子女提起否認生父

¹⁵⁴ 溫苑婷，《論憲法第二十二條之解釋與適用—兼論其對新興基本權之適用》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2010 年 3 月，頁 83-84。

之訴的民法規定及判例違憲¹⁵⁵。認為父子真實的血緣關係，亦屬人格權之一環。

3. 兒童及少年之人格權

司法院釋字第 664 號（2009 年 7 月 31 日）直接提及了「少年人格權」的概念¹⁵⁶。然仔細探其內涵，應是強調兒童及少年之人格健全成長應予以保障，而並非特別創設新的個別人格權。

二、人格發展自由

至於未直接採用「人格權」用語的場合下，憲法中雖並未明文「人格發展自由」或「人格發展之完整」，惟人性尊嚴的維護為憲法存在的核心價值，人格作為構成一個人的基礎，是以司法院大法官透過「人格自由與發展」創設出以下權利：

1. 隱私權

最早在司法院釋字第 293 號（1992 年 3 月 13 日）當中及提到「隱私權」的概念，但並未詳細論及其依據及內涵。嗣經釋字第 509 號、第 535 號的使用，直至釋字第 585 號（2001 年 12 月 14 日）始明確地揭示隱私權的身家背景¹⁵⁷。爾後，在釋字第 603 號（2005 年 9 月 28 日）更就隱私權的內涵為完整的論述¹⁵⁸。

2. 不表意自由

¹⁵⁵ 釋字第 587 號「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」

¹⁵⁶ 釋字第 664 號解釋理由書：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第二十二條保障。為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第一百五十六條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求。」

¹⁵⁷ 釋字第 585 號：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」

¹⁵⁸ 釋字第 603 號：「資訊隱私權屬於隱私權之一環，其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」

司法院釋字第 656 號（2009 年 4 月 3 日）係針對民法第 195 條第 1 項後段規定¹⁵⁹是否侵害人性尊嚴及損及人格所為之論證。因該規定允許法院作出回復名譽之處分，就其「強制道歉」是否侵害受處分人不表意自由之爭議¹⁶⁰。本號解釋中除了肯認不表意自由外，更首次論及了人民的「自主決定權」。

3. 性行為自由

司法院釋字第 554 號似認為婚姻制度植基於人格自由，又認為婚姻制度乃社會秩序公共利益，性行為自由須無違反婚姻制度始受保障¹⁶¹。

4. 名譽及信用

司法院最早於釋字第 392 號解釋理由書中提及了名譽、信用屬於人格權的看法，但並未就其內涵及依據詳加描述。嗣後第 509 號、第 653 號與名譽、信用的解釋中亦同。直至前揭的釋字第 656 號方確的指出：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。」

5. 財產權及契約自由

司法院釋字第 400 號與第 672 號解釋理由書中均提到「財產權應予保障，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴¹⁶²。」而釋字第 580 號解釋亦點明「基於個人之人格發展自由，因而得自由與他人為生活資源之交換¹⁶³。」由此可知，憲法第

¹⁵⁹ 民法第 195 條第 1 項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

¹⁶⁰ 釋字第 656 號解釋理由書：「國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切。」

¹⁶¹ 釋字第 554 號：「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。」

¹⁶² 釋字第 400 號：「憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」

¹⁶³ 釋字第 580 號：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，

15 條財產權之保障係源自於人性尊嚴與人格自由發展，是以人格自由保護範圍並及於契約自由（私法自治）。

6. 工作權

司法院釋字第 659 號解釋中，並未創設新的個別人格權，而係透過憲法第 15 條列舉之工作權，點明與補充了其保障人格自由發展之特性¹⁶⁴。

三、小結

綜觀我國釋憲實務中針對人格權或人格相關的解釋，數量十分有限，因此無法如同德國透過數十甚至上百件不同的案例事實去詳細歸納出人格權具體的圖像。然而，藉由前述整理仍可得知下列幾點：

1. 一般人格權為我國憲法保障

在前揭解釋中，無論是使用「人格自由發展」或「人格發展之完整」等用語，多半會伴隨著「個人尊嚴」或「個人主體性」而出現。釋憲實務雖未必直接使用「人格權」的用語，但其強調人格的發展與個人主體性，和德國藉以維護人格相關事項的人格權是相同的。又，就其功能而言，雖未明言「人格自由發展」是一個「具體權利」或僅是一個「憲法保障的價值」，但釋憲實務長久以來已以之作為形成新興基本權之論理依據。是以，應可認為一般人格權作為補充性的基本權為我國憲法所保障。

2. 透過憲法第 22 條作為依據

司法院解釋於創設新興人格權時，均以憲法第 22 條所稱之「其他自由及權利」

因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。」

¹⁶⁴ 釋字第 659 號：「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。」

作為依據。

3. 以創設非列舉權或補充列舉權為目的

觀察司法院在使用「人格自由發展」的概念時，大概有以下兩個目的。其一是創設既存的未列舉權或新興人格權。前者如姓名權及隱私權，本即存在卻於立憲時未明文列舉，是透過憲法解釋予以補充；後者如獲知真實血統來源之權、性行為自由...等屬於科技演進或時代變遷所新形成的事項，亦隨解釋納入具補充性的人格權保障範圍之內。

另一方面，在補充既有的列舉權時，亦可能會以「維護人格自由發展」為目的，強化權利保障論述。如：憲法本明文保障之財產權、工作權，惟大法官仍將強調兩者存在之目的皆為實現人格發展自由所必要。

伍、自一般人格權抽繹而出之性別自主決定權

承前所述，因人民對性別的自主決定會呈現在心理、生理、社會文化層面，並且會在表現在請求法律性別的變更上。國家禁止或限制其變更，可能會產生對內在精神自由、身體權...等等各種不同的權利干預。然而經過初步檢驗發現，既有的列舉權或已被承認的非列舉權均無法一次涵蓋所有層面的性別自主行為。為了釐清國家干預的界限，勢必尋求一個以性別自主決定為核心之新興基本權。

在比較過德、日一般人格權的發展背景、內涵、以及我國憲法上一般人格權的發展現況後，發現其所保障的正是個人對其人格發展的自我決定自由。特別是一般人格權保護面向當中的「自主決定權」，強調的是個人決定「自己究竟為何種人」以及在各種情形中「希望自己被當作何種人」的權利。

「性別」作為人格的重要資訊之一，而跨性別族群的訴求正是希望能夠自主決定「自己是如何看待自己的性別（變更自身性別表現）」以及「他人是如何看待自己的性別（要求他人認同其所屬性別）」，和一般人格權所強調的自我決定相符。是

以，無論是哪個層面的性別自主決定，均為一般人格權所保障，應無疑義。

本文認為，人格發展自由涵蓋了對諸多人格資訊的自主決定，例如：姓名、得知血統來源、性傾向...等等。為了強調當中對於「性別」的自主決定權，基於人性尊嚴及人格發展之整全保障，應可推導出「性別自主決定權」乃我國憲法第 22 條所稱之「其他自由及權利」。將其抽繹為個別人格權，更可廣泛地涵蓋到人民在心理、生理、社會文化層面上的性別表現。

以下，性別自主決定權作為一個別人格權，將探究其依據及保護領域，並於次章詳述國家對其干預界限及保護方式。



第三節 性別自主決定權之依據

壹、憲法第 22 條及「不妨害社會秩序公共利益」之爭議

因性別自主決定權係自一般人格權保障範圍中抽繹而出之個別人格權，於我國法體系底下一般人格權係以憲法第 22 條作為憲法上依據，此應無疑義。惟其條文規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」條文之「不妨害社會秩序公共利益」究屬何義？在探求性別自主決定權之保障領域前，必須釐清此一問題。

蓋因此問題涉及「社會秩序」、「公共利益」等不確定法律概念，是否影響性別自主決定權之保護範圍？由於同時會涉及，國家欲干預憲法第 22 條所稱「其他自由及權利」時所應適用之干預條款，係獨立適用第 22 條或適用第 23 條？本文整理國內學界見解及觀察司法院釋字，試析上述問題。

一、學說見解

學說就此處的爭議，係著眼於「不妨害社會秩序公共利益」係其他自由及權利之「內在界限」或「外部界限」為討論¹⁶⁵。內在界限，係在基本權保護領域（構成要件）之層次討論；反之，外部界限則係在國家限制基本權所須要件（阻卻違憲事由，其規定又可稱為「干預條款」）之層次討論。

有見解將上述爭議更細分為「構成要件說」、「干預條款說」與「不具判斷重要性說」¹⁶⁶。本文認為較內外界限之區分更為精確，論述如下。

¹⁶⁵ 詳言之，「基本權之內在界限」係直接從基本權構成要件內部本身限縮解釋，自始將某類行為排除於保護領域之外；若肯定為內在界限之行為，自始不在保護領域之內，故國家對其所為之限制也就不構成基本權之限制；是以干預基本權所須之合憲性事由亦無適用之餘地。請參考許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，第 11 期，2003 年 9 月，頁 65-66。

¹⁶⁶ 溫苑婷，《論憲法第二十二條之解釋與適用—兼論其對新興基本權之適用》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2010 年 3 月，頁 40 以下。

1. 構成要件說

本說認為，憲法第 22 條之「不妨害社會秩序公共利益」係屬其他自由及權利之「構成要件」；根據第 22 條本身之字義及第 23 條之體系，肯認制憲者當初係採「內在界限說」¹⁶⁷。換言之，若有妨害社會秩序公共利益之行爲，例如：在公園中持劃定區域從事健身活動之行爲，因影響他人散步或活動，而不受憲法第 22 條之保障¹⁶⁸。

惟採此說者，爲避免過早將特定對公益有害行爲類型自始排除於保護領域外，有造成對自由過當限制之危險，因此縱認非列舉權有內在界限之存在，仍應採審慎態度體系化思考：1、在不逾越憲法解釋界限之前提下，儘量對列舉權之保護領域從寬解釋，以縮小非列舉權之適用範圍；2、倘依然落入非列舉權適用範疇，對該條所稱「不妨害社會秩序公共利益」宜採限縮解釋¹⁶⁹。

2. 干預條款說

採此說者認為「不妨害社會秩序公共利益」並非我國憲法第 22 條之構成要件，而係憲法對非列舉權之限制事由（阻卻違憲事由之要求）。其主要理由爲，憲法對於所有基本權利皆一視同仁，不分列舉權或非列舉權而給予相同程度之保障；因此我國憲法第 22 條所提及之「社會秩序」與「公共利益」，必須和第 23 條所稱者實質內涵相一致，否則造成憲法解釋上矛盾¹⁷⁰。

因憲法第 22 條與第 23 條規定多有重複，且第 22 條之要件較少，則「不妨害社會秩序公共利益」成爲獨立的限制基本權要件，而不再適用第 23 條之「防止妨

¹⁶⁷ 許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，第 11 期，2003 年 9 月，頁 67。

¹⁶⁸ 蘇宏杰，〈憲法第二十二條規定之解釋與適用〉，《萬國法律》，第 157 期，2008 年 2 月，頁 75；另有類似見解認爲，憲法第 22 條以消極的定義方式稱「不妨害社會秩序公共利益」之自由權利，即受法保障，故在解釋上，基本權之存在只要消極不對社會共同體造成侵害即受憲法之保障；「不妨害社會秩序公共利益」乃「社會中立性」之要求，係屬基本權之初步認定，與憲法第 23 條基本權之限制爲不同層次之問題。詳參李惠宗，《憲法要義》，元照出版，五版一刷，2009 年，頁 364。

¹⁶⁹ 許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，第 11 期，2003 年 9 月，頁 67。

¹⁷⁰ 陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，《憲法基本權利之基本理論（上）》，元照出版，5 版，2002 年 7 月，頁 196-197。

害他人自由、避免緊急危難」，更能提供人權保障空間¹⁷¹。

3. 不具判斷重要性說

本說認為，因「社會秩序公共利益」屬極度不確定之法律概念，評價尚不宜作為限制基本權之基礎；且即使認為某個行為直接違反社會秩序公共利益，否則欲對之加以限制，以憲法第 23 條要件限制即可，無必要在先決之保護領域中予以排除¹⁷²。若採此說，則「不妨害社會秩序公共利益」不僅非基本權保障之先決條件，亦非干預條款，逕以我國憲法第 23 條為限制規範即為已足¹⁷³。

二、釋憲實務

本文以「憲法第二十二條」為關鍵字檢索至司法院釋字第 688 號（2011 年 6 月 10 日）的司法院釋字¹⁷⁴，本文爬梳其解釋文及理由書，羅列其中與「社會秩序」或「公共利益」有關之解釋如下述：

1. 司法院釋字第 242 號

本號釋字係處理舊民法親屬編第九百八十八條規定重婚之後婚得為撤銷是否牴觸憲法之爭議¹⁷⁵。於本號解釋中雖未明言國家干預了何種其他權利，但就行文中應可推知「婚姻及其親屬之家庭生活人倫關係」係受憲法第 22 條所保障。然而，縱使理由書中出現「妨害社會秩序」等字句，但無法觀察出係在第 22 條（構成要

¹⁷¹ 陳新民，《憲法學釋論》三民出版，五版，2005 年，頁 167-168。

¹⁷² 吳信華，〈論憲法上「婚姻」與「家庭」之保障〉，《變遷中的警察法與公法學—皮特涅教授七十祝壽論文集》，2008 年 8 月，473-474。

¹⁷³ 溫苑婷，《論憲法第二十二條之解釋與適用—兼論其對新興基本權之適用》，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2010 年 3 月，頁 44。

¹⁷⁴ 以憲法第 22 條為基本權依據之解釋包含釋字第 242 號、362 號、399 號、486 號、554 號、569 號、576 號、580 號、585 號、587 號、602 號、603 號、626 號、656 號及 664 號...等。

¹⁷⁵ 蓋因國民政府播遷來台之時，致使夫妻隔離、相聚無期、甚或音訊全無、生死莫卜之情況下所生之重婚事件甚多，釋字第 242 號解釋理由書指出：「...國家遭遇重大變故...有不得已之因素存在，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸。」

件)或第 23 條(干預條款)之脈絡下論述。

2. 司法院釋字第 362 號

本號解釋理由書明白指出婚姻自由受憲法第 22 條之保障¹⁷⁶。惟理由書中雖出現「維持社會秩序」之判斷，其主要係探討國家干預婚姻自由措施(民法第 988 條第 2 款)之合憲性，應係憲法第 23 條所稱之「維持社會秩序」，而非憲法第 22 條之內在界限問題。

3. 司法院釋字第 554 號

本號解釋理由書論及「性行為之自由」時表示：「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」自反面解釋可知，釋憲實務認為「婚姻與家庭制度」係屬社會秩序公共利益，性行為自由若妨害社會秩序公共利益，則自始不受保障。似認為「社會秩序公共利益」為憲法第 22 條其他自由及權利之內在界限，較類似「構成要件說」之立場。

貳、小結

就性別自主決定權與「不妨害社會秩序公共利益」係為何種關係之爭議，學說有認為性別自主決定權以憲法第 22 條概括條款作為依據，「不妨害社會秩序公共利益」之要求，屬於性別自主決定權之構成要件¹⁷⁷。又，綜觀前揭釋憲實務，往往以「受我國憲法第 22 條所保障」即完成論理¹⁷⁸，並未就其文義可能解釋及基本權論

¹⁷⁶ 釋字第 362 號：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無抵觸。惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。」

¹⁷⁷ 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 65。

¹⁷⁸ 溫苑婷，〈論憲法第二十二條之解釋與適用—兼論其對新興基本權之適用〉，國立中正大學法律學

述體系作詳盡之論述。其中有提及「社會秩序公共利益」論述者，有釋字第 554 號點明「於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障」，似採「構成要件說」之見解。亦有釋字第 242、362 號等解釋，雖提及「社會秩序」，然似自憲法第 23 條進行判斷，似採「干預條款說」。

惟本文基於下列理由，應認為採「不具判斷重要性說」較為妥適：

理由一、「構成要件說」無異使不確定法律概念作為基本權保護領域之判斷準據。且此一準係建立在「社會」與「公益」等具「多數意義」的不確定概念上，恐使某些少數族群或社會弱勢無法受到保障。例如：同性戀族群之婚姻權，是否會因「社會多數」為異性婚，因而認為違反「公共利益」而不予保障？又，「干預條款說」將憲法第 22 條之非列舉權排除於第 23 條之外獨立適用，卻無法說明何以非列舉權與其他列舉權適用不同之限制規定。倘更極端的解釋結果，可能會因主張非列舉權應獨立適用第 22 條之限制要件，而導致國家對非列舉權之干預行為無須符合憲法第 23 條比例原則與法律保留之荒謬結論。

理由二、因憲法第 22 條所列要件與第 23 條部分重疊，無論係列舉權或透過概括條款推導出之非列舉權，並無強而有力的理由足以說明何以國家在限制非列舉權時必須受到兩次檢驗¹⁷⁹。在我國憲法規範架構採「概括性限制基本權干預模式」的情形下，以憲法第 23 條作為阻卻違憲事由之規定即可，並無重複檢驗之實益¹⁸⁰。

準此以言，本文贊同「不具判斷重要性說」，認為憲法第 22 條之「不妨害社會秩序公共利益」不構成性別自主決定權之內在界限。更言之，縱使該權利之享有或行使有妨礙社會秩序公共利益之虞，亦無妨肯認其受憲法所保障之認定。僅需於事後對權利之干預合憲性審查階段中，透過憲法第 23 條法律保留及比例原則檢驗，即可排除妨害社會公益之權利行使態樣。

研究所碩士論文，2010 年 3 月，頁 40。

¹⁷⁹ 溫苑婷，同上註，頁 44。

¹⁸⁰ 「概括性限制基本權干預模式」係相對於德國所採用之「分殊化限制基本權干預模式」而言。此一爭議涉及我國憲法第 22 條之性質爭議，請詳參第四章第一節。

第四節 性別自主決定權之內涵

壹、我國學界回顧

性別自主決定權係源於一般人格權抽繹出的個別人格權，因此其保護領域勢必與人格權相互重疊。然因一般人格權屬於抽象性、補充性的權利，並不限於特定之生活領域，而涵蓋所有生活範圍¹⁸¹。因此，一般人格權之保護領域較難特定，僅得依照不同的事例作個別解釋。

何種行為或情狀始歸入性別自主決定權之保障範圍，主要為確認基本權之保障範圍，以便針對各種不同的基本權干預行為進行程度不同的合憲性檢驗¹⁸²。由於我國憲法及法律規範中並未明文保障性別自主決定權，就其權利保護領域尚須仰賴學說及實務發展。

相對於實務對性別自主決定權未有嶄新的進展，回顧國內學界，論及跨性別人權議題之文獻，多肯認性別自主決定權之保障。惟就其權利內涵較無一致的論述，如：學者陳宜倩認為性別自主決定作為一種基本權利，係以「性別規範的不服從（Gender dissent/gender role nonconformity）」為其主要功能，強調保障跨性者對性別刻板印象進行差異化的表現權¹⁸³。而學者張宏誠則主張，不僅是更改戶籍性別登記的權利而已，憲法上基本權利主體的人格完整性才是跨性別人權保障的重心，立法者應全盤的研究刪除或隱藏可能造成性別標示的法律性別註記¹⁸⁴。

至於性別自主決定權之憲法規範基礎，學者張永明則指出，因性別自主決定權係依我國憲法第 22 條所導出之新興基本權，「不妨害社會秩序公共利益」為此權利

¹⁸¹ Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl., 1999, Rn. 373 永田秀樹等譯，法律文化社，初版 2 刷，2003 年 5 月，頁 125。

¹⁸² 李建良，〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月旦法學教室》，第 100 期，2011 年 2 月，頁 38-39。

¹⁸³ 論者主張依照主流價值接受的程度，跨性者分為「改變」、「無須改變，只須隱藏其價值或認同即可」、「無須改變，亦無須隱藏」等三個程度的權利表現。陳宜倩，〈從性別自主決定權談跨性別族群人權〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 53。

¹⁸⁴ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 80。

之內在界限¹⁸⁵。氏並主張，跨性者之人權與傳統之防禦權不同，係一項透過國家立法形成與保障方得實現之基本權，在性別自主決定權防禦功能之外，更強調其客觀功能¹⁸⁶。

上述學說方向固值得肯定，惟未就性別自主決定權之保護領域作詳實的論述，殊為可惜。蓋保護領域乃權利之構成要件，本文爬梳德國、日本及歐洲人權法院之實務及學說，企圖尋求「性別自主決定權」可能的樣貌。其中，特別觀察涉及跨性別議題的裁判理由，以跨性別訴求的核心—「法律性別變更」的案例作為檢選標準，進而提出性別自主決定權之保護領域圖像，以供未來實務參考。

貳、比較法觀察

一、德國

1. 判例回顧

自聯邦憲法法院作成 1978 年的「第一次變性人案¹⁸⁷」後，在釋憲申請人與承辦跨性別案件的法院共同努力下，使得聯邦憲法法院能夠不斷地透過憲法訴願表示見解，以引導聯邦議會修法，成為德國的「特殊個案之性別屬性認定與更名法¹⁸⁸（又簡稱：變性人法 *Transsexuellengesetz-TSG*）」立法與修正的主要動力¹⁸⁹。茲羅列德國聯邦憲法法院一連串關於跨性者相關案件如下表，並詳述兩則重要裁判之內容：

¹⁸⁵ 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 65。

¹⁸⁶ 同上註，頁 66。

¹⁸⁷ BVerfGE 49, 286

¹⁸⁸ 關於本法內容之介紹，詳參第五章第一節。

¹⁸⁹ 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 58。

判決	作成時間	概要
BVerfGE 49, 286	1978/10/11	接受性別重置手術後，申請變更法律性別遭拒。
BVerfGE 60, 123	1982/03/16	不符德國變性法中「年滿 25 歲」的要件，申請變更法律性別（性別屬性）遭拒。
BVerfGE 88, 87	1993/01/26	不符德國變性法中「年滿 25 歲」的要件，申請變更法律性別（變更姓名）遭拒。
BVerfGE 115, 1	2005/12/06	變更姓名後，欲與同性結婚所生之爭議。
BVerfGE 116, 243	2006/07/18	合法長期居留者欲申請變更法律性別，然本國卻未有允許變更之規定。
BVerfGE 121, 175	2008/05/27	申請變更法律性別者必須沒有婚姻。

《表：德國聯邦憲法法院所為跨性別相關案例整理 來源：本文作者》

(1) 第一次變性人案 (Transsexuelle I)

德國聯邦憲法法院於 1978 年 10 月 11 日作成裁定，案號 1 BvL 16/72¹⁹⁰。本案事實略為：釋憲聲請人於 1932 年出生，於出生時依據其外部身體性徵，法律性別被登記為男性。但自 1960 年左右，當事人逐漸確定自己認同女性的性別，在 1962 年起接受先後割除性器官並進行施用女性荷爾蒙及性別重置手術之後，以女性外觀生活多年。聲請人雖於 1953 年和女性結婚，惟已於 1964 年離婚。惟釋憲聲請人的法律性別仍為男性，因此於 1968 年向區法院請求變更出生登記簿上的法律性別。嗣經法院以「聲請人出生時具有男性性器官，而非雌雄同體（陰陽人）」駁回請求，遂提起憲法訴願。

聯邦憲法法院強調：「基本法第 1 條第 1 項保障之人性尊嚴，乃指個人對自我的理解與認識，其中亦包括個人得自由處置自己，以自我負責的方式，締結自己未來的命運。基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項保障人性尊嚴與人格自由發展，要求個人性別屬性之登錄，應符合個人精神與身體的狀態之性別¹⁹¹。」

本裁定並指出跨性者係接受醫學檢查後為性別重置手術，非恣意的變更性別。

¹⁹⁰ BVerfGE 49, 286—Transsexuelle I, 全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049286.html> (最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日)。

¹⁹¹ BVerfGE 49,286 (298)

為追求身心之一致，無違反第 2 條第 1 項但書「道德律責」之界限。而「性別天成」之概念，根據遺傳性或其他因素之醫學研究，實有再檢討之餘地¹⁹²。

聲請人之法律性別變更請求係屬基本法第 1 條第 1 項連結第 2 條第 1 項所保障之範圍，而政府拒絕其變更並未達成任何公共利益，因此侵害聲請人之人性尊嚴及人格自由發展¹⁹³。

(2) 年齡限制的變性人案 (Junge Transsexuelle & Transsexuelle II)

1978 年的德國聯邦憲法法院作出立法檢討的裁定後，1980 年制定了「變性人法」。其中區分了兩種更改法律性別的方式，其一是更改性別屬性的登記，稱之為「大解決方案 (Große Lösung)」，其二是僅僅更改姓名，稱之為「小解決方案 (Kleine Lösung)」，因德國的姓名建立在足以表彰性別的前提，為使跨性者在進行手術前的評估期間能夠嘗試以其他性別身分在社會上生活，故設置「小解決方案」使其不必接受手術改變生理性別特徵，僅須符合法定要件即可更改姓名。然而無論是何種解決方案均設定了「年齡限制」，限於「年滿 25 歲者」始得申請變更。

就此，聯邦憲法法院於 1982 年作成了「年輕的變性人案」，案號 1BvL938/81¹⁹⁴。以違反基本法第 3 條第 1 項平等原則，而宣告大解決方案的年齡限制違憲。因該案聲請人自 1960 年 2 月出生，於青春期之後即不再認同男性，並於 1980 年起進行一連串的性別重置手術。釋憲聲請人當年未滿 25 歲，雖然想變更其性別屬性，卻不符合當時的變性人法之規定遭到拒絕，遂提起憲法訴願。

於年輕的變性人案中雖是以平等原則的檢驗為中心，但法院仍強調：「何種個案因素足以作為差別待遇之正當化理由，通常由立法者作決定。立法者在是用平等原則時，須考慮各別生活與事件領域之特性。因此在形成變性人法之要件時，受到

¹⁹² BVerfGE 49,286 (299)

¹⁹³ BVerfGE 49,286 (300f.)

¹⁹⁴ BVerfGE 60, 123—Junge Transsexuelle，全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv060123.html> (最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日)。

基本法第 2 條第 1 項人格自由發展結合第 1 條第 1 項人性尊嚴的拘束¹⁹⁵。」

至於立法者的形成空間，法院於裁定中引述曾作出的判例認為：「性領域 (Sexualbereich) 被視為受基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項憲法所保護私密領域之一部份 (BVerfGE 47, 46 (73))。若立法機關並不禁止要達到一定的年齡才能進行性別重置手術，最終自己可以決定是否及何時接受治療上的必要程序，此時立法有關個人性別屬性的形成空間是有限的。除非存有其他原因—如仍然存在生育能力—否則禁止改變其性別屬性，已妨礙人性尊嚴及人格自由發展¹⁹⁶。」最終認為立法者在平等原則的框架內，當跨性者符合「大解決方案」之其他要件時，沒有限制其性別屬性改變必須達到固定年齡之形成自由。

至於「小解決方案」之年齡限制，至遲於 1993 年始作成「第二次變性人案」，案號 1 BvL 38, 40, 43/92¹⁹⁷。本案係地區法院審理小解決方案申請時，認為變性人法之年齡限制可能違反平等權，因而提起憲法訴願之案件。

和前案相同，係以基本法第 3 條第 1 項的平等原則為論述主軸，本裁定將平等原則的操作形成了類似比例原則之審查基準，因而受到重視¹⁹⁸。惟本裁定中強調：「(前略) 根據以上的基準，對於變性人法第 1 條第 1 項第 3 款規定 (小解決方案) 必須進行嚴格之審查。蓋變更姓名設有年齡限制之情形，係與人關聯之事由，對於一般人格權給予重大影響的差別待遇。私密與性領域 (Intim- und Sexualbereich) 為德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項所保障人之私密領域 (Privatsphäre) 所涵蓋。(BVerfGE 47, 46 [73]; 60, 123 [134]) 原則上，每個人有權自主決定在何種情形、在何種範圍內公開個人的生活事項¹⁹⁹。」

2. 學說整理

¹⁹⁵ BVerfGE 60, 123 (134)

¹⁹⁶ BVerfGE 60, 123 (134f.)

¹⁹⁷ BVerfGE 88, 87—Transsexuelle II，全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html> (最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日)。

¹⁹⁸ 嶋崎健太郎，〈性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等権性転換者決定〉，《ドイツの憲法判例 II》，信山社，2006 年，頁 69 以下。

¹⁹⁹ BVerfGE 88, 87 (97)

前述裁判中，德國聯邦憲法法院強調了「性領域」被視為憲法所保障一般人格權的範圍內，基於對這個「私密領域」的自主決定，人民可要求性別屬性的登錄符合個人精神與身體的狀態。相對於此，學理上對於性別自主權（Recht auf sexuelle Selbstbestimmung）之憲法依據，多數見解亦肯認為一般人格權保障所涵蓋²⁰⁰。德國學者 Di Fabio 即以一個概括式的「性自主權」理解人對「性別」與「性」的自我決定：氏認為個人性領域係屬不可侵犯之私密領域；具有性目的傾向之行爲，係受到基本法第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項之自主保障（Autonomieschutz）；個人對於性別具有何種觀點或以何種方式安排其性生活享有自主權；亦可推導出個人具有去實現他可能既存的天性而變性²⁰¹。

對此，學者 Silberkuhl 亦指出，個人性自主權包含本身性別認同及其性傾向之發現與認識（das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung）²⁰²。

二、日本

1. 判例回顧

日本的「性別認同障礙者之性別處理特例之相關法律（以下簡稱：性別認同障礙特例法）」開始實施的 2004 年 7 月 16 日之前，已有出現請求變更姓名及戶籍性別登記的案例²⁰³。以下爬梳特例法實施前的訴訟實務，觀察其立場及見解。

²⁰⁰ Vgl. Bumke/Vobkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2008, S.77-78.; Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 2. Aufl., 2007, §27, Rn. 7.; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 2, Rn. 48.; Di Fabio, in: Maunz/Durig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2003, Art. 2 Abs. 1, S. 196.; Silberkuhl, Art. 2 GG-LNK-Personliche Freiheitsrechte, 2009, Rn. 30. 不同意見，參見 Dreier, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art. 2 I, Rn. 25. 認為是屬於一般行動自由所保障。轉引自司法院釋字第 666 號林錫堯、陳敏、陳春生大法官協同意見書。

²⁰¹ Di Fabio 指出，隱匿親密關係以及伴隨而來的非婚生子女之生父，又如在婚姻、類似婚姻之結合關係或是與變性伴侶，異性戀與同性戀之生活方式等，均屬於性自主權之範圍內。參見 Di Fabio, a.a.O., S. 196-197. 轉引自司法院釋字第 666 號林錫堯、陳敏、陳春生大法官協同意見書。

²⁰² Silberkuhl, a.a.O., Rn. 30. 轉引自司法院釋字第 666 號林錫堯、陳敏、陳春生大法官協同意見書。

²⁰³ 日本並未如德國般，強迫姓名必須彰顯性別。但因姓名中仍存有性別慣用字，對跨性者而言亦是一個尋求自主的對象。此外，日本的戶籍登記中並非直接以「性別」作為登記對象，而是顯現在

(1) 變更姓名

根據日本戶籍法第 107 條之 2：「姓名的變更，必須根據正當事由而提出聲請，並取得家事法院的許可，始得為之。」因此，姓名變更之爭執點，多半在於「是否存有正當事由」²⁰⁴。其中，不承認姓名變更的案例中，多半擔心新姓名所得推測的性別與戶籍上的性別登記不協調，因而會造成社會上的混亂；反之，承認姓名變更的案例中，雖然擔心社會上的混亂，但更重視當事人的利益²⁰⁵。較可惜的是，判決中多直接自條文「正當事由」之解釋著手，並未自人民權利面進行深度的闡釋。

(2) 變更戶籍性別登記

日本戶籍法第 113 條規定：「發現戶籍之記載在法律上不被許可，或其記載有誤或有遺漏時，利害關係人經家事法院之許可，得申請戶籍之訂正。」在性別認同障礙特例法實施前，跨性別族群欲變更戶籍性別登記，須符合本條之要件。換言之，必須性別之登記有「錯誤」時，始被許可變更。

在陰陽人的情形中，雖然他們未必同意自己的性別是「錯誤」，但戶籍性別登記的訂正一般來說是被承認的²⁰⁶。相對而言，性別認同障礙的情形中，更正的聲請多半不被許可²⁰⁷。如名古屋高等裁判所昭和 54（1979）年 11 月 8 日所為之裁定²⁰⁸（被收為判例）即明確表示：「人類的性別應根據性染色體而決定，根據鑑定書，當事人的性染色體為正常的男性型，因此沒有判斷其為女性的餘地。」

「稱謂欄」中（如：長男、二女）。為求行文方便，以下直接稱之為「戶籍性別登記」。

²⁰⁴ 日本實務家東海林保整理平成元年至平成 12 年（1989-2000）中，基於性別因素而更名的家事事件共 22 例，雖不乏拒絕變更的案例，但多半許可變更或於上訴審中獲得許可。詳參東海林保，〈いわゆる性同一性障害と名の変更事件—戸籍訂正事件について〉，《家庭裁判月報》，52 卷 7 号，2000 年，頁 1-76。

²⁰⁵ 大島俊之，《性同一性障害と法》，東京都：日本評論社，2002 年，頁 43。

²⁰⁶ 如：福井家裁昭 33（1958）年 8 月 21 日、東京家裁昭 38（1963）年 5 月 27 日、札幌高裁平 3（1991）年 3 月 13 日、浦和家裁越谷支部平 9（1997）年 7 月 22 日、新潟家裁平 11（1999）年 1 月 25 日、水戸家裁土浦支部平 11（1999）年 7 月 22 日，均是許可陰陽人訂正戶籍性別登記之事例。大島俊之，同上註，頁 55-57。

²⁰⁷ 大島俊之，同上註，頁 57-61。

²⁰⁸ 名古屋高裁昭 54（1979）年 11 月 8 日，家月 33 卷 9 号 61 頁。

受到此一判例拘束，使得性別認同障礙者聲請變更戶籍性別登記時難以被認為原生性別為「錯誤」，即便審判中法官知曉他國之實務，仍無法作出相異的判斷²⁰⁹。

因受限於戶籍法要件之解釋，實務界傾向尋求修法解決。在性別認同障礙特例立法前的重要裁判—東京高等裁判所平成 12(2000)年 2 月 9 日所為之裁判²¹⁰(被選為判例)即認為在當時的法制下，即便是接受性別重置手術，仍然無法符合戶籍法第 113 條之訂正要件。因此揭示：「性別重置手術是否作為性別認同障礙的治療方法而被社會一般所承認，現階段仍無法明確地肯定。為了得到社會的肯認，而必須經過充分的議論。」

2. 學說整理

綜前可知，日本實務並未如同德國一般自基本權保障的觀點出發，因此較難窺見性別自主決定權之形貌。然而，學說對此著墨甚多，頗值得我國借鏡。

(1) 變更姓名

學說自一般人格權出發，肯認跨性者得變更可推測出其所認同性別之姓名。其認為：名與姓均具有識別、確認個人同一性之機能，與國家、社會利益處於相反的地位；蓋姓名作為一個人的稱呼構成了個人人格的基礎，故必須尊重各人選擇的自由與其自我決定；關於姓名的變更，必須協調姓名所具備的社會利益以及個人利益²¹¹。

(2) 變更戶籍性別登記

²⁰⁹ 如東京高判，平 9(1997)年 3 月 28 日：「聲請人無法忍受在社會上、法律上被當作女性對待，因而陷於精神上深切的痛苦。根據證據資料可知，先進國中將法律上性別屬性之確定，一併考慮生物上、社會上、與精神上性別的思考方式是越來越被提倡的，然而在我國，不得不認為現階段的社會環境仍然無法承認生物性別與戶籍上性別之差異。」

²¹⁰ 東京高判，平 12(2000)年 2 月 9 日，判例時報 1718 号 62 頁。

²¹¹ 東海林保〈いわゆる性同一性障害と名の変更事件—戸籍訂正事件について〉《家庭裁判月報》，52 卷 7 号，2000 年，頁 16。

相較於實務著重於要件的解釋與社會面的闡述，學說多自日本國憲法第 13 條由人格權所導出「自己決定權」分析跨性別相關案件²¹²。性別在生理層面與法律層面的表現；認為性別自主決定權的內涵分為兩個面向：其一是根據自己的性別認同而決定自己性別之權利，其二是將自己的身體變更的和自己性別認同相契合之權利²¹³。

但有認為，自己決定權包含根據本人的意思接受醫療上的治療，並且變更其社會上被認知與戶籍上被認定的性別，然而並非任何人均得當然地主張；其認為自主決定權以「性別再指定自由」的形式被保障，且根據日本國憲法第 13 條個人尊重的意旨，只有在關於性別認同障礙者人格的案例中才被保障²¹⁴。

三、歐洲人權法院

歐洲人權法院對於跨性別族群之性別自主決定權之論述，多與歐洲人權公約第 8 條「保障私人生活（private life）受尊重」有關²¹⁵。該條第 1 項規定：「人人有要求其私人、家庭生活、家庭和通信受到尊重的權利²¹⁶。」

第 8 條的用語相對於公約內的其他規定是較獨特的，它並非直接地保護某種行為，而是保護「私人與家庭生活『應受尊重』的權利」²¹⁷。由公約第 8 條的內容觀之，其保護者包含：私人生活受尊重權、家庭生活受尊重權、家庭受尊重權及通信

²¹² 關於人格權下的「自主決定權」，多認為於最高裁第三小法庭於平成 12（2000）年 2 月 29 日所為「耶和華見證人拒絕輸血事件」判決中被實務承認。

²¹³ 國分典子，〈性同一性障害と憲法〉，《愛知県立大学文学部論集》，日本文化学科編，52 号，2004 年 3 月，頁 9。其他類似見解如：二宮周平，〈戸籍の性別記載の訂正は可能か—一個人の尊厳と自己決定〉，《戸籍時報》，561 号，2003 年，頁 23, 28 以下；嶋崎健太郎，〈個人の尊重—性同一性障害者問題〉，《法学セミナー》，593 号，2004 年 5 月，頁 10。

²¹⁴ 松村比奈子〈戸籍の性別変更と人權—自己決定權の法理の展開〉《駒澤大学研究所年報》2001 年 3 月，19 号，頁 84, 86。

²¹⁵ 歐洲人權公約第 8 條：「一、人人有權使他的私人和家庭生活，他的家庭和通信受到尊重。二、公共機關不得干預上述權利的行使，但是依照法律的干預以及在民主社會中為了國家安全，公共安全或國家的經濟福利的利益，為了防止混亂或犯罪、為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由，有必要進行干預者，不在此限。」

²¹⁶ 原文為「Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.」

²¹⁷ 林宛怡，〈以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2009 年 12 月，頁 20。

受尊重權。惟本條並未將各種權利清楚分界，實務亦以整個第 8 條為依據，至於私人生活、家庭生活、家庭及通訊所指涉之範疇，則仰賴歐洲人權法院透過案例進行解釋²¹⁸。

依歷年判決可知，法院將對「對私人生活之尊重 (Respect)」作為人格權解釋的基礎，並採取了相當廣闊的解釋²¹⁹。其中，與生命、身體及性相關的領域中，「私人生活」的概念，自「人的身體的、精神的完整性」到「個人之身體的、社會的身分認同」，擴及到性別認同、姓名、性傾向、性生活等等，均受到第 8 條所保護的私人生活所包含²²⁰。並且根據締約國之實務及現況，課予國家積極保障之義務 (Positive Obligations)²²¹。國家是否具備此一義務，必須考量全體利益與個人利益間均衡之保護²²²。

與跨性別相關的歐洲人權法院裁判，多半以「法律性別變更的准否」為爭點。其中，特別在 2002 年所作的 Christine Goodwin 案，形成「性別自主決定權」之樣貌。至於法院根據公約課予締約國為使第 8 條權利受到保障的「積極義務 (positive obligations)」，因涉及國家如何對權利之保障形式，於此處僅簡單介紹，而留待次章詳細分析之。此外，相關案件中多半提及公約第 12 條對婚姻及成立家庭權利之檢驗，為避免失焦，暫且擱置對第 12 條之討論，先予敘明。

1. Christine Goodwin 案

在 2002 年 7 月 11 日作出的 *I. v. the United Kingdom* 案與 *Christine Goodwin v. the United Kingdom* 案中，不僅僅採用醫學的觀點論述跨性別議題，同時更重是國際動

²¹⁸ 林宛怡，同上註，頁 21-22。

²¹⁹ 被人權法院承認為公約第 8 條所保障之內容，包含傳統的住居不可侵害、通信秘密、家族保護、私生子權利、公害、生殖與否之自由、航空機噪音、變性人人權、同性戀人權、體罰、對公家機關保有個人資訊之接近權、醫療紀錄的開示、移民限制與移民家族權利...等等。建石真公子，《性轉換後の戸籍の性別記載変更と婚姻—クリスティーン・グッドウィン判決》，〈ヨーロッパ人權裁判所の判例〉，信山社，2008 年 9 月，頁 308。

²²⁰ ECHR, *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, 24 June 2004, para 50.

²²¹ ECHR, *Rees v. the United Kingdom* no. 9532/81, 17 October 1986, para. 35.

²²² ECHR, *Cossey v. the United Kingdom*, no. 10843/84, 27 September 1990, para 37.

向以及個人的權利，勾勒出「性別認同 (Gender Identity) 的自我決定權」的形貌²²³。

法院表示：「公約的核心在於對人性尊嚴與個人自由的尊重。根據個人自主權作為重要詮釋原則的公約第 8 條，因此，使手術後的跨性者處於一個中間地帶的情形已不再能夠被支持，應重視人自我選擇的性別認同。²²⁴」。本案以私人生活概念為基礎，使手術後的跨性者處於一個中間地帶的情形已不再能夠被支持，個人自我選擇的性別認同應被重視²²⁵。

2. Van Kück v. Germany 案

此外，於之後的 Van Kück v. Germany 案（2003 年 9 月 12 日）中則更進一步提到：「『私人生活』為一無法窮盡定義的廣泛概念。它包含個人身體和心理的完整性。有時可包含個人身體與社會身分的各個面向；如性別認同、姓名、性傾向以及性生活等要素，屬於公約第 8 條保障之私人領域。公約第 8 條也保障自我發展之權利，以及建立並發展與他人和外在世界之關係的權利。...本院認為個人之自主性為詮釋其保障內涵的重要原則。此外，公約的核心在於人性尊嚴與個人自由之保障，變性人自我發展與身體、心理安全的權利應受保障²²⁶。」據此認為，與性別變更相關的國內裁判，影響其私人生活受尊重之權利的基本面向，性別認同及個人發展的權利，亦即自己決定最基本的本質²²⁷。

參、試析性別自主決定權之保護領域

蓋基本權之保護領域又可分為「事物要素」與「人的要素」；事物要素，係指基本權保障有關之行爲方式、法益及情狀等，並且分有積極作為與消極不作為兩種

²²³ 建石真公子，《性轉換後の戸籍の性別記載変更と婚姻—クリスティーヌ・グッドウィン判決》，〈ヨーロッパ人權裁判所の判例〉，信山社，2008 年 9 月，頁 310。

²²⁴ ECHR, *I. v. the United Kingdom*, no. 25680/94, 11 July 2002, para. 70. and ECHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, 11 July 2002, para. 90.

²²⁵ ECHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, no. 28957/95, para. 91

²²⁶ ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, para. 69.

²²⁷ ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, para. 75.

面向²²⁸。而人的要素，係指受基本權保護的對象及其範圍，亦即基本權主體之確認及界定²²⁹。而保護領域之確定必須仰賴對其他基本權或憲法規定體系性的綜合觀察，始能得知²³⁰。

綜前所述，因性別係辨識人格不可或缺之重要要素，因此可自一般人格權之保障內涵中抽繹出性別自主決定權。以下歸納整理國內外學說見解及實務判例，本文試提出性別自主決定權之保護領域（構成要件）。

一、事物要素

1. 行為內涵

承前述，德國學說將一般人格權之內涵分為「自主決定」、「自我保護」及「自我表現」等三個面向。本文認為以「形塑自身性別」為目的的性別自主決定權源於一般人格權，就前述三個面向可作如此理解。

- (1) 自主決定：包含在心理層面對於自身性別認同之發現與認識。至於性別在生理層面與社會文化層面之表現，則包含將自己的身體或外觀打扮變更的和自己所認同的性別相契合之權利。對於社會預設性別印象之「不服從行為」，自然受到本基本權保障。
- (2) 自我保護：「性別」作為人格的私密領域形成要素，每個人得自行決定是否揭露、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露自身性別之權利。此一面向的表現，和釋憲實務所承認之「資訊隱私權」實有重疊之處²³¹。惟必須強調者是，資訊隱私權當中對於「資料記載錯誤之更正權」

²²⁸ 李建良，〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月旦法學教室》，第 100 期，2011 年 2 月，頁 39。

²²⁹ 同上註。

²³⁰ Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Aufl. 1999, Rn. 231-235. 永田秀樹等譯，《現代ドイツ基本權》，法律文化社，2003 年 5 月，初版二刷，頁 81-82。

²³¹ 釋字第 603 號：「其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。」

並不得用以主張法律性別之「更正」。蓋法律性別與跨性者自身認同之性別不同，並非針對「錯誤」進行「更正」，毋寧說是「重新選擇」。而這種選擇的表現，則以性別自我詮釋權的形式呈現在下一個面向中。

- (3) 自我表現：在與他人或社會外界建立起連繫之關係中，個人得主張以自己所認同的性別稱呼及對待自己，而不被他人擅自的決定性別。可以說是掌握了對於自身性別的「詮釋權」。特別表現在跨性者請求法律性別的登錄，應符合個人精神與身體狀態的性別之上。

2. 非屬「須受法規範形成之基本權利」

某些特殊的權利，非以行為態樣作為保護對象，尚須透過「法制度」具體形成其保護領域，以確定並形成該基本權之內涵，一般稱為「須受法規範形成之基本權利 (rechts-odernormgeprägte Grundrechte)」²³²。於此一情形下，基本權保護領域之具體化與基本權之干預之區別並不明確。

蓋國家為了掌握人民之人格形貌，固然透過登記制度取得人民之性別資訊，並且建立「法律性別」以賦予人民在法律上的性別屬性。固然選擇法律性別為跨性者的主要訴求之一，然而，性別自主決定權所決定之「性別」，不僅僅以「法律性別」之選擇或變更作為對象，而是根據憲法對於人格完整性之保障，對於性別在各種層面的綜合表現享有自主決定之權利²³³。毋寧認為「法律性別」的建置，使性別由他人（醫師或父母）來決定，反而造成人民的自主決定權受到侵奪。對於享有性別自主決定權之人民可能是一種干預性措施，應進入合憲性之檢驗。故性別自主決定權應非屬「須受法規範形成之基本權利」。

²³² 例如：我國憲法第 15 條之財產權保障、婚姻權保障（司法院釋字第 242、362 號參照）、或德國基本法第 6 條第 1 項之婚姻制度保障及第 14 條第 1 項之財產權保障，就其內容須透過立法者將內容具體化始得決定其保護領域。參李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 85-86；併同參考松本和彥，《基本權保障の憲法理論》，大阪大學出版會，初版 1 刷，2001 年 2 月，頁 19-20。

²³³ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 80。

二、人的要素

試問：是否人人皆享有並得行使「性別自主決定權」？關於此一問題，有見解認為並不是賦予每個人有隨時想成為另一個性別之權利，而是受到跨性別目的之限制；只有在關於心理性別認同與生理性別存在差異，亦即性別認同障礙者的案例中才被保障²³⁴。

本文認為，前述論述脈絡係在「以性別認同障礙為研究核心」之下而得出的法學論述。長期以來，跨性別研究受到醫療觀點的強烈主導，其中仍然固守於性別二元的刻板價值觀。在「性別認同障礙」成為爭議的主要當事人時，性別自主決定的爭議反而不會論及於「平常人」或是其他跨性別族群（如陰陽人、變裝愛好者）²³⁵。

然而仔細探究性別自主決定的根源，乃是對於自身人格的自主決定。因此，無論性別認同與生理性別有無差異，都應該享有並得行使性別自主決定權。即便是一個在醫療觀點下「正常」的「生理男性」，他認同於自己的男性身分，亦是性別自主決定權之行使。以跨性別目的作為享有權利前提之見解，不無疑義。

是以，本文認為無論任何人皆享有並得行使「性別自主決定權」。在多數情形下，性別自主決定權並不會受到限制，然對於跨性別需求的族群，因其性別自主決定權受到來自國家或他人根據「他決的性別（基於原生性別而生之性別刻板印象、法律性別等等）」而為之禁止或限制，因此必須特別對此進行縝密的合憲性檢驗²³⁶。

²³⁴ 松村比奈子〈戶籍の性別変更と人権—自己決定權の法理の展開〉《駒澤大学研究所年報》2001年3月，19号，頁84, 86。相同見解，張帆，〈性別自主決定權探析〉，《雲南大學學報法學版》，第22卷第6期，2009年11月，頁48-49。

²³⁵ 例如日本法律性別變更制度之設計，即以「性別認同障礙特例法」為據。其中第1條即明白劃定「性別認同障礙者」為本法之規範對象。第2條並就「性別認同障礙者」下定義，排除其他跨性別族群之適用（如：真性陰陽人）。

²³⁶ 有質疑認為：「若主張任何人皆可自主決定性別，無論是否符合『性別認同障礙』的症狀，任何人皆可以恣意的主張變更法律性別？」此處必須強調的有兩點。第一，認同自己當下所屬的性別，即是性別自主決定權之行使。第二，倘國家透過立法對於法律性別的變更課予要件（例如：醫療諮詢、心理鑑定等，要求符合『性別認同障礙』的症狀始得變更。甚或限制一輩子只能進行一次法律性別的變更。），此與人民是否享有權利、受權利保護係屬不同層次之問題。毋寧認為人人皆享有自主選擇性別之權利，再行檢驗國家的限制是否符合合憲性的要求，較符合法律邏輯的思考順序。

第五節 結語

跨性別族群打造新性別的行為，會在生理、心理、社會文化等三個層面存在不同的表現，國家或第三人可能會對此進行禁止或限制，將對某些基本權構成干預或侵害。此外，由國家權力創設出之「法律性別」，深刻且持續地影響跨性別族群在這三個層面的自主決定。若國家禁止人民選擇法律性別，亦可能會對基本權造成干預。

檢視後發現可能干預的基本權包含：內在精神自由、身體權、一般行為自由、隱私權、姓名權...等基本權。但這些權利之保護領域僅分別涵蓋部分性別表現之層次，保護難謂周全。為了尋求一個以「性別自主」為保障對象的基本權，在觀察這些權利的特質後，矛頭指向了「一般人格權」。

在檢驗過一般人格權的發展背景、內涵、以及我國憲法上一般人格權的發展現況後，發現其所保障的，正是個人對其人格發展的自我決定自由。而「性別」作為人格的重要資訊之一，跨性別族群的訴求正是希望能夠自主決定「自己是如何看待自己的性別」以及「他人是如何看待自己的性別」，和一般人格權所強調的人格發展自我決定相符。故本文認為，為了強調一般人格權中對於「性別」的自主決定權，基於人性尊嚴及人格發展之整全保障，應可推導出「性別自主決定權」作為新興的個別人格權為我國憲法第 22 條所保障。

而就「性別自主決定權」之保護領域，本文爬梳了德國、日本及歐洲人權法院的跨性別相關實務及學說後，區分該權利構成要件之「事物要素」及「人的要素」提出了以下觀點：

1. **事物要素**：本權利係自憲法第 22 條概括條款推導出，惟「不妨害社會秩序公共利益」不應成為性別自主決定權之內在界限。且權利之內涵非僅保障人民有權利選擇法律性別，故非「須受法規範形成之基本權利」。詳探其權利圖像有：
 - (1) **自主決定**：除了的心理層面對於自身性別認同之發現與認識，並包含變更自己的身體或外觀打扮使和自己所認同的性別相契合之權利。

- (2) **自我保護**：「性別」作為人格的私密領域形成要素，每個人得自行決定是否揭露、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露自身性別之權利。惟此一面向的表現和「資訊隱私權」重疊。
 - (3) **自我表現**：對於與他人或社會外界建立起連繫之關係中，個人得主張以自己所認同的性別稱呼及對待自己，而不被他人擅自的決定性別。
2. **人的要素**：性別自主決定的根源，乃是對於自身人格的自主決定。無論性別認同與生理性別有無差異，人人都享有並得行使性別自主決定權。

在描繪出性別自主決定權之保護領域後，接著進入國家或第三人對其限制之合憲性審查。試著爬梳德國、歐洲人權法院之實務及學說，觀察性別自主決定權在面臨來自國家或第三人之限制時，何者有義務、且應以何種形式保護之。





第四章 性別自主決定權之憲法保障形式

對於跨性別的各種表現，國家或第三人很可能會因為某些價值觀的取捨，而限制性別自主決定權之行使。若確定存在來自國家或第三人的「限制」時，應開啓「基本權利之功能體系」之思考²³⁷。所謂基本權功能之思考，係指人民得直接根據憲法基本權規定，向國家主張什麼、獲得什麼好處；或是指國家基於憲法基本權規定，被課予何種作為或不作為義務之思考²³⁸。基本權功能體系發端於二戰後之德國，且在我國釋憲實務中可觀察到歷次解釋亦直接或間接承認各種基本權之功能²³⁹。

我國學界多數均肯定基本權功能之思考，惟究其體系架構、用語、切入面向卻尚未有一致之見解²⁴⁰。學界多數普遍依據不同之觀察角度，將其分為主觀面向（人民權利角度）與客觀面向（國家義務角度）之體系²⁴¹，然而縱屬客觀面向之功能，仍存在「人民有無請求權」之爭議²⁴²。是以，本文擬固定自「國家角度」觀察性別自主決定權之功能，並區分國家「消極·不作為」與「積極·作為」，探討國家對於性別自主決定權應有之保護方式。

²³⁷ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁57。

²³⁸ 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第2期，2002年12月，頁72。

²³⁹ 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2版1刷，2007年1月，頁184以下。

²⁴⁰ 例如：學者許宗力所稱之「程序保障功能」內涵為「國家有積極提供足以擔保權利實現之適當組織與程序設計之義務」。而學者李建良卻自人民請求角度，而認為此屬人民「程序性之受益權」，國家為使人民得以實現其權利，而提供各種組織或程序。詳參許宗力，同上註，頁196-197；李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁60-61。

²⁴¹ 李建良，同上註，頁70-71。

²⁴² 例如：保護義務功能雖立於客觀面向檢視國家之「義務」，惟就人民角度而言，亦存自「保護請求權」之可能。許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第2期，2002年12月，頁76。

第一節 性別自主決定權之消極面向

基本權最古典之功能，係以「國家之不作為（staatliches Unterlassen）」為主要訴求，換言之，人民得主張基本權之享有及行使得免於國家權力的干預²⁴³。隨著戰後基本功能體系之發展，「防禦功能（Abwehrfunktion）」作為基本權最重要的功能，賦予人民一種法的地位，得直接根據基本權規定，請求國家停止侵害基本權所保護之法益；又稱為「侵害停止請求權」²⁴⁴。然防禦功能並非要求國家對基本權完全的不作為，若該國家行為合乎憲法意旨，亦即具有「阻卻違憲事由」時，例外使國家限制基本權之行為被允許²⁴⁵。

在「防禦功能」的思考脈絡下，面對一個具體的國家行為或措施，必須先判斷國家行為是否已對人民性別自主決定權構成干預，並判斷該國家行為是否與憲法保障之意旨相符。吾人不禁有下述問題。

首先，國家干預性別自主決定權之形式為何？什麼樣的國家行為會構成「干預」？暫且不論是否同意人民自行選擇法律性別與否，法律性別的揭露本身是否即成為性別自主決定權之干預手段？

再者，根據我國憲法第 23 條所建構出的違憲審查之脈絡下，除了形式合憲要件即「法律保留」外，尚須經過實質合憲要件即「比例原則」之檢驗。然而，在我國憲法架構下「比例原則」係以第 23 條為依據。透過憲法第 22 條推導而出之非列舉權有無第 23 條之適用，在文義上亦有疑義。

最後，除法律保留、比例原則之外，憲法第 23 條尚有公益目的之限制，於國家限制或禁止人民行使性別自主決定權時，是否符合「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益所必要」之要求？

²⁴³ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 58。

²⁴⁴ 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2 版 1 刷，2007 年 1 月，頁 184。

²⁴⁵ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 87。

由於我國未有因跨性別議題而生之釋憲實務案例，即便是一般的涉訟案件亦付之闕如，加上立法者對於跨性別法制的開放態度，使得目前未有太多具體的規範或措施得以作為檢討之課題。是以，本文以比較法上曾出現之限制或禁止性別自主決定權之規範或措施為案例，試圖檢驗上述問題。

壹、國家干預之可能態樣

基本權防禦功能原則上禁止國家對人民基本權之「干預」行為。國家之具體行為是否對人民基本權構成「干預」，傳統上著重於是否對人民造成「命令性之影響（imperative Einwirkung）」來判斷²⁴⁶。詳言之，「干預」在古典意義下被理解為「國家基於一定之意欲，其具有強制力的行為所產生之直接結果對人民具有規制性影響者」²⁴⁷。

然而，因社會多元化、國家行為或措施多樣化，以及基本權利功能面向因社會變遷與人民需求而逐步擴大，故實務及學說對「干預」之概念朝向擴大的趨勢²⁴⁸。依照現行多數說之見解，凡因國家行為而致人民基本權無法完善行使（unmöglich gemacht）者，均可能構成對基本權之「干預」；至於行為是否出於有意或無意、直接或間接、法律行為或事實行為、以及有無具備強制性等等，則非所問²⁴⁹。

承前所述，性別自主決定權主要呈現在三個面向：自主決定（變更自己的身體或外觀打扮使和自己所認同的性別相契合）、自我保護（得自行決定是否揭露、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露自身性別）、自我表現（得要求他人以自己所認同的性別稱呼及對待自己）。國家可能基於某些價值決定，限制或禁止人民這三個層面的表現。如：以法律禁止人民進行變性手術（日本的舊優生保

²⁴⁶ 根據學說見解，多具有「目的性（Finalität）」、「直接性（Unmittelbarkeit）」、「命令性（Imperativität）」、「法形式性（Rechtsförmlichkeit）」四項特徵。Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl., 1999, Rn. 238 永田秀樹等譯，法律文化社，初版 2 刷，2003 年 5 月，頁 83；松本和彥，《基本權保障の憲法理論》，大阪大學出版會，初版 1 刷，2001 年 2 月，頁 26-28。

²⁴⁷ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 82。

²⁴⁸ 李建良，同上註，頁 83。

²⁴⁹ BVerfGE 66, 39 (60)

護法²⁵⁰)、或對接受手術課予年齡要件之要求(泰國 2009 年新法²⁵¹)、禁止人民選擇以自己所認同之性別作為法律性別(BVerfGE 49, 286),又或者在人民選擇法律性別時,課予年齡要件之要求(BVerfGE 60, 123, BVerfGE 88, 87)、無婚姻要件之要求(BVerfGE 121, 175)、國籍要件之要求(BVerfGE 116, 243)...等等。

準此以言,國家對於人民選擇自己的新性別時,若直接禁止或課予要件限制之規範或措施,已然使得跨性別族群無法依照其心理性別自主決定其身體其外在妝扮(自主決定);法律性別之揭露亦使其無法自行決定是否、何時、或對誰揭露其所認同之性別(自我保護);受到他人以不認同之性別稱呼自己(自我表現),已造成性別自主決定權之三面向訴求無法完善行使,應屬對性別自主決定權之「干預」無疑。

貳、非列舉權與憲法第 23 條之適用關係

基於基本權防禦功能,國家干預人民之性別自主決定權,必須具備阻卻違憲事由,否則要屬違憲。所謂「阻卻違憲事由」,係指國家干預人民權利之基礎範圍(Reichweite)時,為避免構成對人民基本權之違法侵害,所應提出之憲法上正當理由²⁵²。

觀我國憲法第二章「人民之權利義務」中,除憲法第 8 條揭示國家干預人民人身自由時所應受拘束之要件外,其餘條款僅概括保障人民之權利,而未分別於各條羅列干預時所須具備之阻卻違憲事由,僅於第 23 條為干預條款之概括規定。

蓋憲法第 23 條規定:「以上各條列舉之自由權利,除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序,或增進公共利益所必要者外,不得以法律限制之。」然因其用語僅稱「列舉之自由權利」,使其與同法第 22 條之適用關係產生疑義。詳言之,性別自主決定權係一般人格權所推導出之個別人格權,其依據係屬憲法第

²⁵⁰ 如:東京地判,昭 44 年 2 月 15 日,東京高判,昭 45 年 11 月 11 日,曾認定執行性別重置手術的婦產科醫師有罪。

²⁵¹ 泰國 2009 年 11 月 29 日實施之新法,規定男性實施變性手術的最低年齡為 18 歲。

²⁵² 李建良,〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉,《憲法理論與實踐(一)》,二版,2003 年 2 月,頁 87。

22 條。相對於憲法第 7 條至第 18 條及第 21 條所列舉之權利，第 22 條所稱「其他自由及權利」即「非列舉之自由權利」。性別自主決定權屬於非列舉權，有無第 23 條要件適用，為此處必須解決之問題。以下觀察釋憲實務及學界，試析探憲法第 22 條非列舉權與第 23 條之適用關係。

一、釋憲實務

誠如本文於「第三章第三節、參」所觀察，釋憲實務中對於憲法第 22 條非列舉權之態度不明確。觀察使用「妨害社會秩序」用語之釋字，有自憲法第 23 條之角度解釋者（如釋字第 242、362 號），有自憲法第 22 條之角度解釋者（如釋字第 554 號）。其主要原因在於，憲法第 22 條與第 23 條之設計均使用「社會秩序」及「公共利益」，用語過度重疊而生爭議。

二、學說見解

第 22 條與第 23 條之間的關係應如何適用，和憲法第 22 條「不妨害社會秩序公共利益」之性質乃屬一體兩面之問題。誠如前述，我國學界對於第 22 條「不妨害社會秩序公共利益」性質可分為「構成要件說」、「干預條款說」、「不具判斷重要性說」。依照對憲法第 22 條之「不妨害社會秩序公共利益」不同解釋方向，將產生不同的適用結論。

我國憲法第 22 條與第 23 條之關係，是否係制憲者有意將「列舉權」與「非列舉權」區分適用不同之阻卻違憲事由？「構成要件說」與「不具判斷重要性說」係採否定見解；反之，「干預條款說」係採肯定見解。

1. 否定說

詳言之，採「構成要件說」者認為，「不妨害社會秩序公共利益」為基本權之構成要件，不符合要件者即不在非列舉權保障範圍內。國家若干預非列舉權，逕以

第 23 條為干預條款檢驗即可。又，採「不具判斷重要性說」者亦認為，「不妨害社會秩序公共利益」和第 23 條之「維持社會秩序，或增進公共利益」要件重疊，以第 23 條為干預條款檢驗即可，無須就非列舉權為內在界限之限制。

2. 肯定說

相對而言，採「干預條款說」者認為，「不妨害社會秩序公共利益」乃獨立於憲法第 23 條以外的限制要件，國家對非列舉權之干預行為以第 22 條之要件檢驗，無須再行適用第 23 條。

肯否兩說最主要的差異在於，否定見解將使國家於對列舉權與非列舉權進行干預時，各自適用不同之干預條款（阻卻違憲事由）。進而，因干預條款之寬嚴而使基本權間產生類似「層級化」之結果。吾人不禁問道，我國憲法是否存在此種對基本權「層級化」之設計？以及，在現行規範架構下，基本權有無各自適用不同干預條款之可能性？

或有認為，對於不同權利之間設計不同之干預條款並無不妥，最好的事例即為德國基本法下對基本權進行分殊化之保障。蓋德國基本法除了法律保留、比例原則等一般性的限制外，尚針對每個基本權個別設計阻卻違憲事由，可稱為「分殊化限制基本權干預模式」。

德國基本法所採用之「分殊化限制基本權干預模式」將對基本權之限制，分為三種²⁵³：

1. 單純法律保留（*einfacher Gesetzesvorbehalt*）之基本權：係指憲法概括授權立法者對基本權得以法律限制之²⁵⁴。
2. 特別法律保留（*qualifizierter Gesetzesvorbehalt*）之基本權：係指憲法明定以法

²⁵³ 以下說明可參考李建良，〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月旦法學教室》，第 100 期，2011 年 2 月，頁 41。

²⁵⁴ 如：我國憲法第 23 條即為類似之規定。又，德國基本法第 8 條第 2 項：「對於露天集會的權利，可制訂法律或根據法律予以限制。」

律限制人民基本權之原因、目的及方法²⁵⁵。

3. 無保留之基本權：形式上立法者無法透過任何方式限制此種基本權，享有最大之保障，僅得透過憲法本身的規定限制之²⁵⁶。

有見解認為，德國式的層級化方式可適度反映出個基本權之特質，並得據以更精緻化的去規劃對不同基本權限制的強度與密度²⁵⁷。

三、小結

我國憲法第 22 條與第 23 條之關係，是否係制憲者有意將「列舉權」與「非列舉權」區分適用不同之阻卻違憲事由？本文認為基於下列理由，應採否定見解。

理由一、「分殊化限制基本權干預模式」須以對各權利有細緻之設計為前提。根據制憲者之取捨，在各權利競合或產生衝突時進行法益衡量²⁵⁸。然而，若認為國家對於憲法第 22 條所推導出之非列舉權進行干預無須適用第 23 條之要件，此處並無充分理由說明何以對於非列舉權之保障較高(因干預要件僅「社會秩序公共利益」爾爾)。僅僅以「憲法基本權規定之列舉與否」作為區分標準，似嫌速斷。

理由二、相對第 22 條而言，第 23 條顯然有較完整之干預條款的設計，而非列舉權之中更可能有輕重緩急不同之基本權，不應草率的將其排除第 23 條之適用。若嚴格貫徹憲法條文文義解釋之情形下，更可能會得到「非列舉權無適用法律保留、比例原則」之荒謬結論。

基於前述理由及體系性解釋，應認為憲法第 22 條所稱「其他自由及權利」，仍

²⁵⁵ 如：我國憲法第 8 條即屬之。又，德國基本法第 6 條第 3 項：「教育權人不能履行義務或子女出於其他原因面臨墮落的危險時，方可依據法律，違反教育權人的意志將其子女與家庭分離。」同法第 11 條第 2 項：「由於缺乏足夠的生活基礎，將給社會公共利益帶來特別負擔時，或聯邦或各邦的生存或自由民主的基本秩序面臨危險時，為處理傳染病危險、自然災害和特別重大事故時，或為保護青少年以防墮落或為預防犯罪活動有必要時，可通過法律或依據法律對遷徙自由權予以限制。」

²⁵⁶ 如：德國基本法第 5 條第 3 項：「藝術、科學、研究和教學自由進行。教學自由不得違反憲法。」

²⁵⁷ 李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照出版，2 版 1 刷，2007 年 9 月，頁 50。

²⁵⁸ 李震山，同上註，頁 51 註 68。

應有憲法第 23 條之「法律保留」、「比例原則」及「公益目的限制」之適用。就此觀之，可認為我國憲法架構下，應係將所有自由權利一視同仁，以憲法第 23 條作為概括之干預條款；此結論在制憲當時之時空環境與憲政知識之背景下，應可接受²⁵⁹。相對於德國採「分殊化限制基本權干預模式」，我國應可稱為「概括性限制基本權干預模式」²⁶⁰。

是以，以憲法第 22 條作為依據之性別自主決定權，固然為非列舉權，惟國家倘若欲為干預，仍須符合憲法第 23 條所列之干預要件始為合憲。

參、憲法第 23 條阻卻違憲事由

憲法第 23 條作為我國憲法架構下概括之干預條款，一般認為根據條文內容「除...外，不得以法律限制之」指的是法律保留原則（Gesetzesvorbehalt）；而限於「為...所必要」之範圍內為之，被認為指的是公法學稱之比例原則（Verhältnismäßigkeitsprinzip），又稱過度禁止原則（Übermaßverbot）²⁶¹。蓋比例原則係指國家干預人民基本權在實質內容上，其所追求目的或手段須符合之要求，而對於國家干預目的，則不得超出憲法第 23 條所規範之「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」等公益目的之限度。

然而，由於法律保留、比例原則與公益目的之限制，並非空泛的操作標準，而將因個案事實之不同，而有不同之寬嚴要求。如：法律保留具有層級化之區分²⁶²、比例原則當中亦對干預手段是否適合目的之達成，課予國家對立法事實有不同程度之說理義務（即「審查標準」之問題，詳參後述）。

此處受限於篇幅，無法就個案事實徹底檢驗所有干預人民性別自主決定權之國家行為，因此僅暫作原則性的論述，另於次章檢驗我國現行跨性別規範法制之合憲

²⁵⁹ 李震山，同上註，頁 50。

²⁶⁰ 在「概括性限制基本權干預模式」之下，我國制憲者對於基本權衝突之解決模式或許是希冀透過法律（民主）來解決，但民主有其界限，畢竟須透過法官判決、釋憲實務之方式解決。

²⁶¹ 許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，第 11 期，2003 年 9 月，頁 72。

²⁶² 如司法院釋字第 443 號解釋理由書中所稱：「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。」

性。

一、法律保留

在法治國（Rechtsstaats）的概念下，為防止國家濫權侵害人民權利，所有侵害權利的國家行為須透過法律授權，進而使干預措施正當化²⁶³。質言之，國家干預人民權利之行為或措施，原則上須以國會依法定程序通過之法律（憲法第 170 條參照）作為依據，是為「法律保留原則」，亦可稱「形式阻卻違憲事由」²⁶⁴。

然而法律對於有關人民權利義務之事項，往往無法鉅細靡遺地加以規範。是以根據法律保留及釋憲實務之意旨，關於執行法律之細節性、技術性事項，得由主管機關以命令為補充，使得干預人民權利之法源並不侷限於狹義的法律²⁶⁵。惟其授權目的、內容及範圍應具體明確，使人民有預見、理解及救濟之可能，乃所謂「授權明確性原則」²⁶⁶。

據此，國家干預人民之性別自主決定權必須具備形式阻卻違憲事由，除執行法律之細節性、技術性事項得由主管機關以命令為之，倘若無法律，或未有法律所授權之干預措施，應屬違憲。

二、比例原則

1. 概說

除法律保留之外，法律之實質內涵仍必須符合「比例原則」，以保護人民之權利免於遭受國家行為之過度侵害，係自國家行為之「方法」與「目的」之關聯性來檢視其合憲性²⁶⁷。我國學界引進德國實務通說，將比例原則分為三個下位子原則²⁶⁸：

²⁶³ 謝榮堂、周佳宥，〈論國家保護義務〉，《軍法專刊》，第 55 期第 3 卷，2009 年 6 月，頁 47。

²⁶⁴ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 88 以下。

²⁶⁵ 即前述之「層級化法律保留」之概念，詳參司法院釋字第 443 號解釋理由書。

²⁶⁶ 司法院釋字第 313、360、367、394、402 號解釋。

²⁶⁷ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2

1. 適合性原則 (Grundsatz der Geeignetheit)：國家干預基本權之措施必須能夠達成預期之目的。
2. 必要性原則 (Grundsatz der Erforderlichkeit)：在適合達成目的之多種手段中，應選擇對人民之最小侵害手段。
3. 狹義比例原則 (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne，亦有稱「法益相稱性原則」)：對於所欲達成之目的與對基本權干預程度間有適當的衡平關係存在。

至於我國憲法上「比例原則」之發展，可觀察到釋憲實務自司法院釋字第 428 號始提及憲法第 23 條之比例原則，惟未詳細闡明其操作方式及意涵。直到釋字第 471 號解釋中始於解釋理由書操作「最小侵害手段」之概念，以及目的、手段間應具「合理適當之關係」。而於釋字第 476 號解釋所提及的「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」，大法官算是首次描繪出比例原則的完整圖像；而「目的正當性」之審查，與憲法第 23 條所稱之公益目的銜接起來²⁶⁹。

2. 公益目的之限制

由於我國憲法第 23 條明白揭示限制人民自由權利之公益目的，要求任何對人民基本權之限制，無論如何至少須符合「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」等四項公益理由之一，始為合憲。於國家干預人民性別自主決定權之情形，是否符合四種公益目的？以下概略討論之。

(1) 防止妨礙他人自由、避免緊急危難

蓋性別自主決定權之主要分為三個面向：自主決定（變更自己的身體或外觀打扮使和自己所認同的性別相契合）、自我保護（得自行決定是否、於何時、以何種方式、向何人揭露自身性別）、自我表現（得要求他人以自己所認同的性別稱呼及

月，頁 90-91。

²⁶⁸ 關於比例原則於憲法上之操作，限於篇幅而不予詳述。可參考蔡宗珍，〈公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心〉，《政大法學評論》，62 期，1999 年 12 月，頁 92 以下。

²⁶⁹ 許宗力，〈基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，第 14 期，2003 年 12 月，頁 51。

對待自己)。無論是「自主決定」或「自我保護」之層面，主要訴求之對象係「跨性者」自身，多半未對他人為干涉，難認妨礙他人自由。且影響範圍有限，亦不生緊急危難之問題。

有疑問者是，在性別自主決定權的「自我表現」層面，「要求他人」以自己所認同之性別稱呼及對待自己，是否已構成「妨礙他人自由」？學說認為，憲法第 23 條「防止妨礙他人自由」可作為我國憲法承認「保護義務功能」之依據之一²⁷⁰。若採此見解，跨性者行使性別自主決定權時必須對於「他人自由」達到「侵害」之程度，國家始得以「防止妨礙他人自由」為目的介入進行干預。本文認為，「要求他人以自己所認同之性別稱呼及對待自己」，所侵害者有可能為他人之「一般行動自由」或「言論自由」。惟「限制他人對自己所使用之稱呼（性別）」應僅屬於單純「枝微末節」之事項（Bagatellen）、或僅造成日常生活上之不便、或僅產生觀感上之不愉快，並未達「侵害」之程度²⁷¹。

是應可認為，「防止妨礙他人自由」與「避免緊急危難」較難成為國家限制或干預人民性別自主決定權時之公益目的。

(2) 維持社會秩序、增進公共利益

「社會秩序」與「公共利益」均屬不確定法律概念，換言之，必須藉由個案具體事實適用時，方能具體化其內涵²⁷²。我國釋憲實務雖肯認於立法技術上運用不確定法律概念並不違反法安定性或法明確性原則²⁷³，因概括不確定法律概念之語意涵蓋面極廣，幾乎難有立法目的不涵攝與捕捉；且根據客觀解釋方法或合憲解釋原則，盡可能將立法目的朝向維持法律效力之方向解釋，立法目的不通過合憲性審查

²⁷⁰ 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2 版 1 刷，頁 193。

²⁷¹ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 85。

²⁷² 李震山，〈多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心〉，元照出版，2 版 1 刷，2007 年 9 月，頁 44。

²⁷³ 司法院釋字第 432、521 號參照。

者實殆難想像²⁷⁴。是以，原則上幾乎所有的國家行為都能符合「社會秩序」與「公共利益」之公益目的，很難以「目的違憲」為由認定國家干預人民性別自主決定權之行為違憲。

惟社會秩序及公共利益等不成文之規範，仍係價值觀及道德理念之綜合性社會規範（Sozialnorme）之一，非自始確定或一成不變，是以當價值觀及觀念改變時，行政、司法或立法者必須不斷配合修正審查其內涵²⁷⁵。而在行政或立法未為適當調整前，本文認為固然在「合憲性目的」的檢驗上，雖得將「維持社會秩序」與「增進公共利益」作為國家干預人民性別自主決定權之公益目的。惟仍應採取較嚴格之態度解釋「公益目的」。

此處可參考德國藥房判決（Apothekenurteil），對於職業自由設定客觀許可要件、主觀許可要件及一般執行職業自由之限制，將對其限制目的區分為「極端重要公益（überragend wichtige Gemeinschaftsgüter）」、「重要公益（wichtige Gemeinschaftsgüter）」與「一般公益（Gemeinwohl）」²⁷⁶。違憲審查者對於公益目的之解釋存在寬嚴不同之標準，其主要根據「對個人職業自由之干預程度」輔以「個人努力能否決定該限制」來判斷。法院認為，人民選擇職業之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制「非個人努力所可達成」，應以保護特別重要公共利益始得為之²⁷⁷。

準此，跨性別族群主張性別自主之動機乃天生形成（如：性別認同障礙或真性陰陽人），實屬「客觀因素」所致，跨性者無法透過主觀努力來決定。倘國家主張「法律性別之變更」將會影響社會秩序而予以禁止時，為避免服膺異性戀生殖模式的思考致使憲法基本權之保障淪為保障多數的工具，故對於「社會秩序」、「公共利益」等公益目的之解釋應更為嚴格。將其提升至「維持迫切之社會秩序」或是「增

²⁷⁴ 許宗力，〈基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，第14期，2003年12月，頁52。

²⁷⁵ 李震山，〈多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心〉，元照出版，2版1刷，2007年9月，頁44-45。

²⁷⁶ BVerfGE 7, 377。關於本判決之中文翻譯，參考蕭文生，〈關於職業自由（工作權）之判決〉，《西德聯邦憲法法院裁判選輯（一）》，司法院秘書處編，1990年10月，頁128-182。

²⁷⁷ 類似見解可參司法院釋字第584號解釋，許宗力大法官協同意見書。

進極端重要公益」之程度，始符合憲法第 23 條之意旨²⁷⁸。

3. 違憲審查標準的他山之石：以德國「領域理論」為例

承前述，比例原則係自國家行為之「手段」與「目的」之關聯性來檢視其合憲性。惟其本身仍為空洞之操作標準，如：「適合性原則」要求干預基本權之手段必須適合於所追求公益目的之達成，惟手段應達到何種適合程度，始能判定其符合適合性原則之要求？手段與對於目的之達成必須完全有效、抑或只要有部分效果即足？

對於這些問題，於違憲審查機關對於立法事實進行調查與判斷時，課予政治部門相對的說理義務；德國聯邦憲法法院發展出三種寬嚴不同之認定標準，即所謂「明顯性審查（Evidenzkontrolle）」、「可支持性審查（Vertretbarkeitskontrolle）」、「強烈內容審查（intensive Inhaltskontrolle）」²⁷⁹。我國釋憲實務亦於近年致力於摸索、建構層級化或類型化的審查基準，可謂表面上拿著一把尺（比例原則），但實際上亦有寬嚴不同的標準²⁸⁰。不同寬嚴審查標準的選擇須考量許多因素，如：系爭規範或措施所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地；所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等皆必須考量²⁸¹。

就審查標準而言，固然必須就個案就以上各種要素綜合考量，惟「所涉基本權之種類」亦影響寬嚴不同審查標準之選擇。吾人不禁問道，國家干預人民「性別自主決定權」之行為或措施，違憲審查機關應該採用何種態度來審酌？本文觀察到德國實務藉由數次涉及一般人格權之案件中，發展出了「領域理論」的概念，或許值

²⁷⁸ 然而，筆者仍難以想像能有任何迫切或極端的社會秩序或公共利益足以作為干預性別自主決定權之合憲性目的。跨性者屬於社會中之性少數族群，縱在歷史上長久以來有著性別二元、非男即女的「假象」，然而這種刻意埋葬性少數的「傳統」並不足以成為維繫或保護的對象。

²⁷⁹ 許宗力，〈基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，第 14 期，2003 年 12 月，頁 53。

²⁸⁰ 廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，2008 年 3 月，頁 221-222。

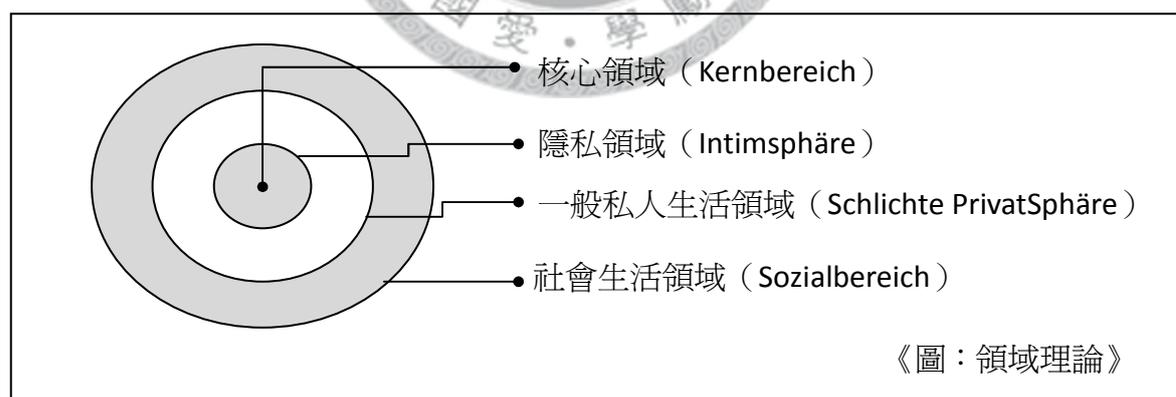
²⁸¹ 司法院釋字第 584 號解釋，許宗力大法官協同意見書。

得我國未來審查類似案件時參考。

德國聯邦憲法法院於跨性別相關裁判中多次提及了「私密領域 (Privatsphäre)」的概念。此一概念出自於 1977 年 12 月 21 日作成之「性教育案 (BVerfGE 47, 46)」中提及之：「私密與性領域 (Intim- und Sexualbereich) 為德國基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項所保障人之私密領域所涵蓋。」此段話亦在諸多跨性別判決中為沿用。

蓋此一「私密領域」之概念，係因一般人格權雖是以「狹義人格領域」作為保護對象，但是仍是十分高度抽象性的表現，學說試圖歸納聯邦憲法法院的各種裁判，「領域理論 (Sphärentheorie)」因此而生²⁸²。

學理上根據涉及人格權保障的多數案例歸納出「領域理論」，將基本法第 2 條第 1 項的人格發展自由保障之生活領域切割成複數的階層，根據不同的階層給予相應的保護；學說認為，聯邦憲法法院將對於一般人格權的保護透過比例原則的內容，將個人生活領域分成三個階層，從人類自己決定的核心領域 (Kernbereich) 或隱私領域 (Intimsphäre) 開始，透過一般私人生活領域 (Schlichte PrivatSphäre) 到社會生活領域 (Sozialbereich)，各階層呈現同心圓的概念²⁸³。



「核心領域」係受到絕對的保護；「隱私領域」係排除公權力之介入，即便根據比例原則亦不允許任何程度的干預²⁸⁴。相對而言，「私人生活領域」則可依據比

²⁸² 松本和彥，《基本權保障の憲法理論》，大阪大学出版会，初版一刷，2001年2月，頁120。

²⁸³ R. Scholz, Das Grundrechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Schluß), AöR 100, 1975, S. 265ff. 轉引自松本和彥，同上註，頁120-121。

²⁸⁴ 「核心領域」與「隱私領域」在許多場合都被當作同義語，然而事實上仍有其差異，在許多判

例原則干預之，然而比例原則的各個要素（必要性、適合性、狹義比例性）必須受到嚴格的要求，並對應於個人生活形成之社會關聯性，保護公共利益的公權力措施始得正當化；最後，對「社會生活領域」事項的干預措施，則是適用較緩和的比例原則，可根據「公共利益的理由」約束，但不能觸及行為本質的內容²⁸⁵。

要言之，比例原則從過去絕對的保護，到各個領域以同心圓之方式呈現出階段的構造，並對應於各個階段的區分，適用各種事項有不同強度，並給予相對的保障²⁸⁶。

至於「性別自主決定」究屬哪一「領域」？應受到何種程度之保障？對此，德國學者 Di Fabio 贊同德國聯邦憲法法院之見解，認為：個人性領域 (Sexualbereich) 係屬不可侵犯之隱私領域²⁸⁷。德國學者 Silberkuhl 卻認為，為了發現或認識自身性別認同之行為，屬於人格最私密之範圍，僅能在特別之公共利益存在時始得被限制之²⁸⁸。可觀察到學界對於「個人認識與決定自身性別」，均認為屬於受到絕對保護、或嚴格保護之事項，在比例原則之操作上，應適用較嚴格之審查標準。

本文認為，「保護領域理論」固然未於我國生根，且審查標準之具體寬嚴操作，需要考量不同國家之政府體制、政治文化、時代精神以及司法制度，更須仰賴釋憲實務繼續形成²⁸⁹。惟就比較法的觀察可知，「性別」作為人格的重要內涵，構成在社會生活上為他人首先認識的指標。「性別自主決定權」縱非屬絕對受保障之核心領域，亦應位於「隱私領域」或「一般私人生活領域」，對於比例原則必須受到嚴格的要求。「領域理論」的介紹，或許可提供思索跨性別議題時更深入的思考。

例中國家仍被允許對隱私領域事項為干預。如：日記案，BVerfGE 80, 367。毋寧認為「隱私領域」是介於核心領域與一般私人生活領域之間，對其干預必須接受比例原則嚴格的檢驗。

²⁸⁵ 上村都，〈ドイツにおける人格権の基本構造〉，《岩手大学文化論叢》，第7・8輯，2009年3月，頁96。

²⁸⁶ 同上註。

²⁸⁷ BVerfGE 47, 46 (73)

²⁸⁸ Silberkuhl, a.a.O., Rn. 30. 轉引自司法院釋字第666號林錫堯、陳敏、陳春生協同意見書。

²⁸⁹ 廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第2期，2008年3月，頁261。

第二節 性別自主決定權之積極面向

隨著戰後德國憲法學界與實務的發展，不僅將基本權抽繹出防禦功能以外各種不同的功能，更發掘了基本權亦具有客觀規範之內涵²⁹⁰。強調國家不僅應尊重人民之權利，尚須採取各種不同的防範措施，以創設並確保人民行使權利之「客觀條件」²⁹¹。例如：保護義務功能、程序保障功能與制度保障功能...等，此些基本權功能之內涵亦為我國釋憲實務所援用。

以下，本節整理積極面向之各種基本權功能，並簡要釐清其內涵與學說爭議，以檢驗在人民享有或行使「性別自主決定權」的過程中，國家可能扮演的角色與保障權利實現之形式。

此外，德國所發展之國家保護義務功能被視為歐洲憲法法學圈之公共財，同時為歐洲人權法院所接納²⁹²。在歐洲人權法院的數次裁判中，亦發展了「積極義務」之概念，要求國家在人民實踐自由權時必須採取積極之措施，以確保權利之受到尊重²⁹³。在國家積極作為的面向上，亦頗有參考價值。本文亦羅列數則跨性別相關判決，企圖掌握國家保障人民性別自主決定權應有之樣貌。

壹、基本權功能客觀面向

一、保護義務功能

1. 憲法論證基礎

²⁹⁰ Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉，《月旦法學雜誌》，第 175 期，2009 年 12 月，頁 48-50。

²⁹¹ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 71。

²⁹² Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉，《月旦法學雜誌》，第 175 期，2009 年 12 月，頁 50-51。

²⁹³ 廖福特，〈為何國家為反保障私人生活之積極義務—歐洲人權法院 2010 年相關判決之檢視〉，發表於臺灣大學法律學院第四屆歐洲人權裁判研討會，2011 年 6 月 10 日，頁 7。

於保護義務（Schutzpflicht）發軔的德國，保護義務的論證基礎在聯邦憲法法院的歷次判決中，約略分為兩個脈絡：一是人性尊嚴，另一個則是基本權利的客觀價值秩序（objektiven Wertentscheidungen）²⁹⁴。保護義務功能之目的在於，防免人民對基本權之享有或行使受到第三人之干預；非使人民之基本權絕對不受干預，而係視干預之種類與程度，作不同程度的保護措施²⁹⁵。根據基本法第 1 條第 3 項規定，基本權不僅僅在司法和行政單純的法解釋中適用，對立法者之法形成亦發揮客觀的規範機能²⁹⁶。換言之，人民雖不能如主觀權利般對國家有相當的請求權，但對應於基本權保護的國家制度、給付與程序，立法者對於基本權保護負有義務；在此情形下，人民對於國家機關之不作為，得提起憲法訴願尋求保護²⁹⁷。

至於我國之憲法規範體系下，是否具備客觀之保護義務？學說認為，保護義務之內涵主要係要求國家有義務保護人民行使基本權，使免於遭受來自第三人之侵害，憲法第 23 條授權國家「為防止妨礙他人自由」，得於必要範圍內以法律限制人民基本權利；此外再輔以基本國策中之「保護」條款，可作為憲法肯定保護義務之依據²⁹⁸。惟卻有認為憲法中雖於第二章「人民之權利義務」與第十三章「基本國策」中提及「保護」或「保障」等用語，然而依我國制憲之 1946 年當時之憲法理論與實務發展，未必能直接推導出制憲者認為國家具有「保護義務」之期待²⁹⁹。或可認為，我國保護義務功能之論證基礎，並非直接從憲法文本中顯見，應輔以釋憲實務判斷之。

自司法院釋字第 364 號解釋中透露「對於人民平等接近使用傳播媒體之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重...」，被認為係釋憲實務肯認保護

²⁹⁴ 謝榮堂、周佳宥，〈論國家保護義務〉，《軍法專刊》，第 55 期第 3 卷，2009 年 6 月，頁 48。

²⁹⁵ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 66-67。

²⁹⁶ 德國基本法第 1 條第 3 項：「基本權利有效且直接地約束立法、行政與司法。」

²⁹⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15. Aufl., 1999, Rn. 82 永田秀樹等譯，法律文化社，初版 2 刷，2003 年 5 月，頁 30。

²⁹⁸ 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2 版 1 刷，頁 193。

²⁹⁹ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003 年 2 月，頁 102-103。

義務之首例³⁰⁰。此後，於釋字第 400 號理由書中明確指出：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」或釋字第 445 號解釋中所提及，「國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」此外，於釋字第 422、469、472、485 號解釋中，均可觀察到釋憲實務肯定國家負有保護基本權之義務；且可觀察到大法官自「人性尊嚴」或「基本國策」等兩個方向，論述保護義務之憲法依據³⁰¹。

2. 保護之方式及程度

至於國家所採保護措施應達到如何的程度始為合憲？德國學說提出「不足之禁止（Untermaßverbot）」與「過度之禁止（Übermaßverbot）」兩個面向的檢視方式，堪為借鏡³⁰²。質言之，國家選擇保護手段，不得採取「不足以達到保護目的」之手段；但另一方面，因保護手段而基本權受到限制之第三人，得向國家主張防禦權，亦即該干預手段不得違反比例原則³⁰³。就「不足之禁止」與「過度之禁止」的事例，可自司法院釋字第 364 號解釋文中所言「對於人民平等接近使用傳播媒體之權利，亦應兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重...」觀之，傳播媒體（第三人）可能侵害人民使用傳播媒體之權利時，國家有義務介入保護，惟手段仍須兼顧傳播媒體之編輯自由。

至於立法者是否已履行保護義務？司法權在審查時，就國家保護之方式仍強調立法者的形成空間（Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers）；就前揭聯邦憲法法院之審查標準由寬自嚴區分為之明顯性審查、適當性審查、強烈內容審查而言，憲法

³⁰⁰ 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，2002 年 12 月，頁 75。

³⁰¹ 李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《憲法理論與實務（二）》，二版，2007 年 08 月 01 日，頁 104-110。

³⁰² Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der rechterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 163. 轉引自許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，2002 年 12 月，頁 75-76。

³⁰³ 許宗力，同上註。

法院審查法律是否違反保護義務時，採用的審查標準較寬鬆³⁰⁴。要言之，僅在立法機關完全不作為，或僅存之保護措施明顯不適當時³⁰⁵，或是判斷國家機關之具體措施並未對基本權衝突情狀作充分之考量時³⁰⁶，始會遭司法權宣告違反基本權之保護義務。

附帶一提的是，學說與德國實務在肯認國家保護義務的同時，就權利遭侵害的人民而言，亦具有相對應的「保護請求權」³⁰⁷，是為基本權客觀功能與主觀功能共存的事例之一。

3. 小結

理論上，任一基本權只要有受第三人侵犯之可能，都具有保護義務之功能³⁰⁸。性別自主決定權既為我國憲法第 22 條所保障，為使其能充分實現，應可肯定在其受第三人侵害時，國家對其有保護義務。

二、程序保障功能

亦有稱此為基本權之「組織與程序保障（Grundrechtsverwirklichung und Sicherung durch Organisation und Verfahren）功能³⁰⁹」。此種基本權客觀功能並非程序基本權，而係為了保障實質基本權而導出的程序與組織面向；在解釋與適用國家組織與程序法規時，應尊重基本權客觀價值秩序³¹⁰。

國內學說多認為司法院釋字第 364 號解釋中所提及之「國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配」，蘊含了對言論自由之程序保障功能³¹¹。此外，更具代表性

³⁰⁴ 謝榮堂、周佳宥，〈論國家保護義務〉，《軍法專刊》，第 55 期第 3 卷，2009 年 6 月，頁 49。

³⁰⁵ BVerfGE 77, 170 (215)

³⁰⁶ BVerfGE 88, 203 (262f.)

³⁰⁷ 肯定見解如：許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，2002 年 12 月，頁 76。德國相關實務與學說爭議，可參考李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《憲法理論與實務（二）》，二版，2007 年 08 月 01 日，頁 81-85。

³⁰⁸ 許宗力，同上註，頁 75。

³⁰⁹ 張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，2010 年 10 月，頁 22。

³¹⁰ 張嘉尹，同上註，頁 23。

³¹¹ 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2 版 1 刷，2007 年 1

的釋字第 488 號解釋明白表示「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨。」更為釋憲實務肯認基本權程序保障功能之事例。

可知，「保護義務功能」係課予國家有保護人民享有或行使權利不受第三人侵害之義務。而依據「程序保障功能」，對於沒有組織或程序設計而無從落實之基本權（有稱其為「具組織與程序依賴傾向的基本權」），亦課予國家提供適當組織與程序之義務³¹²。

至於「性別自主決定權」是否具有組織與程序依賴傾向呢？本文認為應依照權利之內涵區分判斷是否欠缺組織或程序設計即無法實現權利，試述如下：

1. 社會文化層面的自主決定：社會文化層面的性別表現係指妝扮、言行舉止等，根據性別自主決定權之內涵，應可由跨性者自身決定（即所謂「變裝」）。在決定與表現的過程中，皆無須程序或組織的協助，故此一層面之權利內涵應不具備程序保障功能。
2. 生理層面的自主決定：生理層面之性別表現，係建立在「變性」的相關手術措施。換言之，跨性者透過荷爾蒙治療或性別重置手術改變身體性徵以行使對生理性別之「自主決定權」。然而，打造新的身體對跨性者而言固屬必要，卻並非必須仰賴國家提供相關的程序方得為之。質言之，國家縱未就「變性手術」設計程序，在國家未為禁止或限制之前提下，人民仍可透過醫療市場自由地變更生理性別。此與電波頻率有限性，欠缺國家提供適當程序則無法使用之廣播與電視使用（言論自由），容有不同。故此一層面之權利內涵亦不具備程序保障功能。
3. 法律層面的自主決定：法律性別乃國家為掌握人民之人格資訊，制度之形成雖非為人民之性別自主所設，然其所具備之規範力與公信力已使法律性別成為社

月，頁 197-198。

³¹² 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，2002 年 12 月，頁 77。

會生活中的標籤之一，進而成爲人民被如何對待的依據。因此，法律性別之自主決定成爲跨性者最主要的訴求。惟法律性別之效力來自於國家權力，其變更非僅單純依人民之請求即可達成。國家必須設計一套程序，賦予人民有重新選擇法律性別的機會，俾使人民之性別自主決定權得以實現。

準此以言，應可認爲性別自主決定權之「程序保障功能」，其內涵在於國家有義務提供人民重新選擇法律性別的程序或組織。

三、制度保障功能

在德國，制度保障之概念最先發軔於德國之威瑪憲法時代；由於當時之基本權規定僅被視爲「方針條款」而無法拘束立法者，學者 Carl Schmitt 便提出了「制度保障」之概念，藉以禁止立法者以獨裁行爲違反長久以來存在的法秩序³¹³。而德國戰後「制度保障」之發展，和戰前之原始構想逐漸脫勾。其意義在於要求國家必須建立「制度」並確保其存在，藉以保障人民權利之實現³¹⁴。

我國自司法院釋字第 380 號解釋正式引入「制度保障」的概念，作爲基本權利保障之根據後，國內學說爭議不斷³¹⁵。經大法官承認之「制度保障」有大學自治³¹⁶、職業公務員體制³¹⁷、地方制度³¹⁸、訴訟權³¹⁹、法官獨立審判³²⁰...等公法制度，以及所有權³²¹、婚姻家庭³²²...等私法制度。

觀察我國釋憲實務，整體而言對於制度性保障分爲兩個層面之保障方式，兩種

³¹³ 蕭允強，《制度性保障之研究—理論的回顧與展望》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，2001年，頁 95。

³¹⁴ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁 68。

³¹⁵ 如許志雄，〈制度性保障〉，《月旦法學雜誌》，第 8 期，1995 年 12 月，頁 49；吳煜宗，〈制度性保障〉，《月旦法學教室》，第 10 期，2003 年 8 月，頁 38；陳春生，〈司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討〉，《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，2000 年，頁 319。

³¹⁶ 司法院釋字第 380、450、563 號參照。

³¹⁷ 司法院釋字第 483、583、605 號參照。

³¹⁸ 司法院釋字第 498、527、550、553 號參照。

³¹⁹ 司法院釋字第 396、507、582 號參照。

³²⁰ 司法院釋字第 601 號參照。

³²¹ 司法院釋字第 386 號參照。

³²² 司法院釋字第 552、554、620 號參照。

方式並非互斥。蓋多數之制度係同時具備兩種保障方式，透過「消極面向」及「積極面向」，構築成對基本權核心領域之保護網。

1. 消極面向（對固有現狀之擔保）：

此種類型，乃大法官對於長久以來均存在之制度，認為應以制度性保障之方式予以維護。例如：大學自治、職業公務員體制、地方制度、法官獨立審判、所有權保障及婚姻家庭制度等。

2. 積極面向（透過制度促使某些基本權的實現）：

此種類型，乃基於憲法對於人民基本權利之維護，國家有義務積極立法形成具體制度，使人民得以行使其基本權利者。於此部分，國家即有義務形成制度。如：地方制度（參政權）、訴訟權、所有權之保障。

蓋法律性別之制度雖然行之有年³²³，惟長久以來皆係國家單方面決定人民性別，而非人民自主選擇，故難自「固有現狀之擔保（消極面向）」推導出國家有提供人民選擇法律性別制度之義務。

又，就「積極面向」而言，本文認為我國釋憲實務在繼受「制度保障」之概念時，已產生了某程度的憲法變遷。雖然釋憲實務多肯認此種類型乃「制度保障」之功能，惟有認為其內涵事實上係人民程序受益權、國家保護義務、程序保障功能之總合³²⁴。大法官解釋中雖使用「制度性保障」之用語，惟其內涵和程序受益權、保護義務功能與程序保障功能已差無幾。

是以，本文以為縱認「國家有義務提供制度，俾使性別自主決定權得以實現」，然而其內涵較近似程序受益權或程序保障功能，其並不具有「保障」某種「制度」的色彩存在。為避免誤會，不宜以「制度保障功能」思考性別自主決定權相關問題。

³²³ 根據《周禮·秋官·司民》記載：「司民掌登萬民之數，自生齒以上，皆書於版，辨其國中，與其都鄙，及其郊野。異其男女，歲登下其死生。」可見在西周時代，漢民族即設立了類似戶籍的「司民」制度，按不同的性別登記。

³²⁴ 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第2期，2002年12月，頁80，註12。

四、歐洲人權公約之積極義務

1. 概說

根據歐洲人權法院之見解，歐洲人權公約第 8 條第 1 項所稱「私人生活」的概念在生命、身體及性相關的領域中，自「人的身體的、精神的完整性」到「個人之身體的、社會的身分認同」，擴及到性別認同、姓名、性傾向、性生活等等，均受到第 8 條所保護的私人生活所涵蓋；「私人生活」包含自我發展之權利，以及建立並發展與他人和外在世界之關係的權利³²⁵。其中，特別是確認自我認同身分細節之「性別自主決定」已被肯認在公約第 8 條第 1 項「私人生活」之保障範圍內³²⁶。

而同條第 2 項，則被設計為國家干預「私人生活受尊重」而具有正當性之例外，該條規定：「公務機關不得干預上述權利之行使，但依法律及在民主社會中為了國家安全、公共安全或國家經濟福利的利益，為了防止混亂或犯罪，為了保護健康或道德，或為了保護他人之權利與自由之必要而進行干預者，不在此限³²⁷。」

就文義觀之，似乎只要求國家排除對該權利作不當之干預，但事實上法院歷次的案例中表示，除了消極保障外，尚包含使私人與家庭生活有效受到尊重之「積極義務（positive obligations）」，即便在私人關係之領域中亦必須採取措施³²⁸。

歐洲人權公約中雖未明文規定國家之積極義務，但根據公約第 1 條規定，各締約國必須「確保（secure）」在他們管轄下的每個人獲得公約第一節中所規定的權利與自由³²⁹，因此產生了類似德國憲法學之「保護義務」的概念，共同理念是要求國

³²⁵ ECHR, *Von Hannover v. Germany*, no. 40660/08, 24 June 2004, para 50.

³²⁶ ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, 12 June 2003, para. 69.

³²⁷ 原文為：「There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.」

³²⁸ ECHR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 24 April 1985, para 67 ; ECHR, *Rees v. the United Kingdom*, no. 9532/81, 17 October 1986, para. 35.

³²⁹ 原文為：「The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.」

家在實踐自由權或公民政治權時必須採取積極措施，以保障權利之落實³³⁰。

而歷次裁判中，法院多次強調公約第 8 條課予締約國保障人民私人生活受到尊重之積極義務，包括使其人性尊嚴及適當的生活品質受到尊重³³¹。在跨性者主張法律性別變更的案件，更一再強調締約國必須提供具體措施以確保跨性者得有符合當代生活條件水準，以使其合法身份之承認及權利獲得保障；雖然締約國於此情形下有其裁量空間，惟基於公約第 8 條之積極義務，締約國仍須採取必要措施以合法承認完成變性手術之變性人其新性別身份，亦即就其民事法律地位及其相關資料得以適度修正³³²。

2. 保護之方式及程度

至於締約國是否已善盡積極義務？此一問題在歐洲人權法院審查個案時成爲重要問題，因其審查的公約義務主體不僅是國內行政與立法部門，亦涵蓋司法部門，此與國家保護義務由司法機關審查政治部門是否善盡義務容有不同³³³。

惟考量個案事務性質與締約國國情差異，歐洲人權委員會與人權法院發展出「評斷餘地 (margin of appreciation)」³³⁴ 之概念。此一原則之目的在於維持普世人權標準，同時又能兼顧各締約國之特殊情形與需要³³⁵。考量締約國機關相較於人權法院而言，本於和人民直接接觸，因此更有立場作出決定³³⁶，因此在無公約明文依據下，由法院判決演變發展出「評斷餘地」的概念。觀察歐洲人權法院檢驗個案中

³³⁰ 廖福特，〈爲何國家爲反保障私人生活之積極義務—歐洲人權法院 2010 年相關判決之檢視〉，發表於臺灣大學法律學院第四屆歐洲人權裁判研討會，2011 年 6 月 10 日，頁 7。

³³¹ ECHR, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, 29 April 2002, para 65.

³³² ECHR, *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, 11 September 2007, para 56.

³³³ 廖福特，〈爲何國家爲反保障私人生活之積極義務—歐洲人權法院 2010 年相關判決之檢視〉，發表於臺灣大學法律學院第四屆歐洲人權裁判研討會，2011 年 6 月 10 日，頁 9。

³³⁴ 另有將「margin of appreciation」譯作「判斷餘地」，如廖福特，〈歐洲整合之人權因素〉，《台灣國際法季刊》，1 卷 1 期，2004 年 1 月，頁 24。或「裁量餘地」，如王玉葉，〈歐洲人權法院審理原則—國家裁量餘地原則〉，《歐美研究》，37 卷 3 期，2007 年 9 月，頁 488。惟無論是「判斷餘地」或「裁量餘地」在我國行政法上均已作爲行政機關面對不確定法律概念或裁量時之用語（可參考陳敏，《行政法總論》，自版，五版，2007 年，頁 177-178, 200），爲避免與國內學界之慣用語混淆，司法院在翻譯歐洲人權法院判決時採用「評斷餘地」的譯名，本文從之。

³³⁵ 王玉葉，同上註，頁 487。

³³⁶ 林宛怡，《以犯罪偵查爲目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條爲中心》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 42，註 187。

締約國有無善盡積極義務，關鍵往往在於個案事務是否被認定落入評斷餘地之範圍內，亦成為當事國答辯的爭點³³⁷。

在許多跨性別相關裁判中，法院亦嘗試形成積極義務的範圍。最早在 1990 年的「Cossey 案」中，法院即表示：「考量到措施的多樣性及各締約國的情形，該概念之要求在不同案件中可能有極大的差異，而當局所被賦予之評斷餘地也會較公約其他領域為廣。在決定一積極義務是否存在時，須考量在公共利益和個人利益間所須達到之平衡³³⁸。」由此可知，歐洲人權法院係以「利益平衡方法」來判斷當事國是否善盡積極義務。透過原告與當事國的說理，斟酌雙方所涉及公益及私益以判斷該個案事務是否被評價為評斷餘地的範圍中。

(1) Christine Goodwin 案

在最具代表性的跨性別案件「Christine Goodwin 案」中，法院直接認定：縱使允許聲請人變更法律性別而造成請領退休金時點產生更改，然其並不屬於對公共利益產生之具體或實質的困難或損害；至於其他可能的後果，亦被認為社會能夠被合理期待去容忍特定之不便利，使個人能夠依照其付出極大代價所選擇的性別身分有尊嚴及有價值地生活³³⁹。法院即以「利益平衡方法」認定當時的英國並未為保障公約權利而採行之妥適方法。

(2) Van Kück 案

在 2003 年的本案例中，當事人對其健康保險公司於德國國內提起訴訟，請求給付荷爾蒙治療及性別重置手術之相關治療費用；最終內國法院認為，健康保險僅需負擔適於治癒疾病的醫療費用，而對本案聲請人，性別重置手術尚不能被期待治癒

³³⁷在「Van Kück 案」中，法院即表示：「在決定義務是否存在時，必須在公共利益與個人利益間取得妥適的平衡，在該脈絡中國家享有特定的評斷餘地。」ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, 12 June 2003, para 71.

³³⁸ ECHR, *Cossey v. the United Kingdom*, no. 10843/84, 27 September 1990, para. 37.

³³⁹ ECHR, *Christine Goodwin V. The United Kingdom*, no. 28957/95, 11 July 2002, para. 91-93.

其變性慾³⁴⁰。惟當事人主張內國法院基於錯誤認知的事實投射（projecting）她的人格圖像，故未能尊重其性別認同³⁴¹。

法院點出，本案爭點係德國法院如何將有關醫療費用支付之既存規範適用於原告就性別重置手術費用所為之請求，方符合公約課予之積極義務，而非該制度的合法性³⁴²。法院最終認定，德國終審法院在分析原告性別傾向的過程中，基於其對男性及女性行為之一般假設，以其本身對於最私密感受及經驗（the most intimate feelings and experiences）之見解取代原告的觀點，認為德國於私人健康保險公司之利益與個人利益間，並未達到妥適的平衡，逾越了公約第 8 條第 2 項所賦予之評斷餘地³⁴³。

(3) L. v. Lithuania 案

此後，歐洲人權法院根據公約第 8 條，國家必須採取必要措施以合法承認完成性別重置手術跨性者之「新性別身份」，就其民事法律地位及其相關資料得以適度修正³⁴⁴。而在 2007 年的「L. v. Lithuania 案」，係立陶宛的跨性者 L. 雖已確診為性別認同障礙，惟因當時得否進行完整手術、變性後新性別得否依據相關法律申請變更登記等法律規範並不明確，而遭到醫師拒絕手術；並且在申請變更法律性別的程序上亦遭到相關機關拒絕³⁴⁵。換言之，縱使國家提供了人民重新選擇法律性別的機會，惟其所要求之要件尚包含「接受變性醫療措施」，而無論在程序或經濟扶助上，國家並未明確的提供人民合法接受變性醫療措施的機會。

法院於本案例中更積極的指出，立陶宛法律雖已合法承認跨性者有權變更性別及民事法律身份，惟仍欠缺就完整性別重置手術之要件及程序；於相關法律制定前，於立陶宛境內並無合法可進行性別重置手術之醫療機構或程序可供跨性者尋求協

³⁴⁰ ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, 12 June 2003, para 8-29.

³⁴¹ ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, 12 June 2003, para. 67.

³⁴² ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, 12 June 2003, para. 78.

³⁴³ ECHR, *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, 12 June 2003, para. 81-85.

³⁴⁴ ECHR, *Grant v. the United Kingdom*, no. 32570/03, 23 May 2006, para 39-44.

³⁴⁵ ECHR, *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, 11 September 2007, para. 16-17.

助完成變性手術；致使原告於其個人私人生活與真實身份認同上，處於一個令人沮喪的不確定狀態，認定立陶宛違反公約第 8 條³⁴⁶。

3. 小結

整體觀之，歐洲人權法院所發展出的「積極義務」在跨性別議題中扮演了重要的角色。基於公約第 8 條保障私人生活受到尊重的權利，對於跨性別族群「選擇法律性別」的訴求，國家有義務建立制度供其變更法律上的性別屬性，並同時修正民事法律地位及相關資料，俾使人民得以在社會中以全新之性別生活。

此外，國家尚須積極地設計程序或組織，賦予跨性者得「合法的」進行性別重置手術之機會。縱使國家已承認了手術後跨性者得以選擇法律性別，惟根據公約第 8 條「保障私人生活」所導出之積極義務，就選擇法律性別所要求之變性醫療措施，國家仍有義務提供完成手術的程序。

貳、國家保護性別自主決定權之態樣

對於人民所享有之「性別自主決定權」，在各種情況下可能遭受第三人侵害、亦或欠缺行使之客觀環境，國家應如何提供保護？本文試圖自前揭學說與比較法研究，在我國憲法脈絡下解決此一問題。

自基本權之客觀面向觀察，無論是自保護義務、程序保障等可能的思考路徑，應可肯認「為保障人民實現權利，國家有積極提供措施的義務」。又，自歐洲人權公約的趨勢觀察，可知區域性人權公約亦要求國家積極作為以促使人民權利得以實現。固然我國尚未成為區域性人權公約的締約國，然而這個國際趨勢仍值得參考。是以，無論是自基本權功能的客觀面向，或是區域性人權公約的國際趨勢，可知國家已經逐漸從「基本權之敵」轉為「基本權之友」，從潛在的基本權反對者轉化為基本權保護者³⁴⁷。

³⁴⁶ ECHR, *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, 11 September 2007, para. 58-60.

³⁴⁷ Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉，《月旦法學雜誌》，第

在這樣的大方向，本文觀察到國家對於跨性別族群之性別自主決定權，被課予兩種積極義務。其一是，國家須提供一個完善的制度或程序供人民重新選擇「法律性別」。其二是，國家須提供人民「合法地」接受變性醫療措施的環境，供人民重新選擇「生理性別」。就課予國家積極義務的憲法上基礎，試析如下。

一、法律性別重新選擇之制度

1. 憲法基礎：程序保障功能

基本權功能的客觀面向當中，課予國家積極義務的有保護義務功能、程序保障功能與制度保障功能。然本文認為僅能透過性別自主決定權之「程序保障功能」，推導出國家有義務建構制度以供人民選擇「法律性別」。

首先，「制度保障功能」如本文所分析，在我國釋憲實務脈絡底下已產生了一定程度的憲法變遷。一部分採用德國戰前的「固有現狀之擔保」，一部分卻採用德國戰後「透過制度促使某些基本權的實現」的觀點。惟對於國家有無義務設計制度供人民重新選擇法律性別，並未存在前者所稱之「固有現狀」；後者在我國實務卻因大法官之言簡意賅或語焉不詳，造成其內涵實質上更接近保護義務功能或程序保障功能³⁴⁸。準此，本文在我國大法官所形成的「制度保障功能」發展脈絡下，固然可以得到「肯認國家有義務提供制度，俾使人民重新選擇法律性別」的結論。然而，其內涵較近似程序受益權或程序保障功能，並不具有「保障」某種「制度」的色彩存在。為避免誤會，在本文認為不宜自「制度保障功能」推論國家有無提供選擇法律性別制度之爭議。

再者，「保護義務功能」強調國家必須保障人民權利免於遭受第三人之侵害，而透過私法程序以外之方式給予保護³⁴⁹。然而在「法律性別」的部分，承前文分析，

175 期，2009 年 12 月，頁 52。

³⁴⁸ 張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，2010 年 10 月，頁 36-38。

³⁴⁹ 以私法程序處理私人間的利益衝突，且由法官在審理時參酌雙方當事人之基本權，乃「基本權對第三人效力」之問題。詳參李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實

法律性別的揭露使跨性者無法自行決定何時對他人為性別的揭露，已構成對性別自主決定權之干預。該干預來源係國家，而非第三人（私人・Privatpersonen）。故就法律性別之決定與選擇，不應以保護義務功能思考。

而「程序保障功能」，係為保障「具有組織與程序依賴傾向」的基本權得以實現，而課予國家提供妥適程序或組織的義務³⁵⁰。而「性別自主決定權」當中，很重要的一個面向是「自我表現」，亦即要求他人以自己所認同的性別稱呼自己。惟法律性別在決定之初係屬「他決（由醫師或父母決定）」，且事涉國家所掌握之人格資訊，其重新選擇尚須配合民事法律地位及其他相關資料之適度修正，非僅單純依人民之請求即可達成。就此一面向的權利內涵，應可認為具有「組織與程序依賴傾向」的性質。根據「程序保障功能」，國家必須提供一套選擇法律性別的程序，俾使人民之性別自主決定權得以實現。

2. 提供之保障程度

至於國家必須提供何種內容的組織與程序設計，才被認為對性別自主決定權已為適當的保障呢？大法官吳庚於司法院釋字第 368 號協同意見書中表示，國家應就權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，提供適當組織與程序³⁵¹，足資參考。

除此之外，在司法者在審查政治部門就個案事實有無違反程序保障功能所課予的積極義務時，基於司法被動性格與欠缺直接民主正當性，在組織與程序設計的部分往往尊重立法者並給予其很大的形成空間³⁵²。

此處值得討論的是，「法律性別」是否僅限於「男或女」的兩個選項呢？

因受限於歷史因素，性別的「選項」長期以來被認為僅有男女，此一預設亦被

踐（一）》，二版，2003年2月，頁66-67。

³⁵⁰ 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第2期，2002年12月，頁77。

³⁵¹ 吳庚大法官於該號解釋中係稱「提供適當之制度的保障（institutionelle Garantie）」，惟如同本文所分析，其意義較近似程序保障功能。

³⁵² 如同國家（特別是立法者）對保護義務內容之具體化，同樣具有相當廣泛的形成自由。李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁67-68。

反應在法規範上，例如我國憲法第 7 條即規定：「中華民國人民，無分男女...在法律上一律平等。」然而，隨著科學研究與多元性別之發展（詳參第二章第一節），發現男女的選項並非固有，且人的心理性別（性別認同）可能呈現男、女、第三種性別、甚至無性別的情形。又如國際陰陽人組織（OII）的訴求之一，即主張「陰陽人（Intersex）」為性別二分之外的一個特殊類別³⁵³。如此一來，國家將性別之選項限於男女，非無可爭執之處。

隨著許多跨性者的努力，少數國家中也開啓了「第三性作為官方性別」的可能性³⁵⁴。固然可認為國家就人民於法律上選擇性別有立法形成空間，惟基於人格自由發展之立場，所謂的「自我決定」必須適切的反應人民對於自己身分的認同，否則幾近空談。

本文認為，該形成空間與歐洲人權法院跨性別相關裁判中，對於各締約國的「評斷餘地」類似，可以歐洲人權法院所形成之「利益平衡方法」作為借鏡³⁵⁵。對於法律性別是否應開放男女之外的第三種或更多的選項，國家必須積極衡量所涉公共利益與跨性者之性別自主保障，否則將違反性別自主決定權之「程序保障功能」。

準此，對於跨性別族群重新選擇法律性別的訴求，無論是自人權公約的國際趨勢，或是自憲法第 22 條所保障性別自主決定權之「程序保障功能」，均可肯定國家有義務賦予人民自主選擇法律性別的程序。而在有權審查者（可能是國內司法部門或國際公約的審查機構）判斷此一義務有無善盡時，應課予立法者或締約國相當的說理義務，以就社會生活之現實及國家整體發展之狀況，進行公共利益與個人利益

³⁵³ OII 官方立場，詳參國際陰陽人組織中文官方網站：

<https://sites.google.com/site/oiichinese/Home/Official-Positions>（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

³⁵⁴ 如澳洲籍 48 歲的梅韋比（Norrie May-Welby），20 多年前接受性別重置手術，之後又停用女性荷爾蒙，致使醫生也無法辨別性別。梅韋比經長期爭取，終於獲澳洲政府允許，在護照等證件的性別欄標明「非特定」（not specified）。蘋果日報，〈男變性又反悔 竟成「中性人」〉，

http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32364278/IssueID/20100316（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

³⁵⁵ 如同在「Christine Goodwin 案」當中，法院即指出：允許聲請人變更法律性別而造成請領退休金時點產生更改，雖然會對國家保險以及國家退休金體系中的其他人造成損害，但並不屬於對公共利益產生之具體或實質的困難或損害；相較於使個人能夠依照其付出極大代價所選擇的性別身分有尊嚴及有價值地生活，仍無法認此屬國家評斷餘地的空間 ECHR, *Christine Goodwin V. The United Kingdom*, no. 28957/95, 11 July 2002, para. 91-93.

衡平的檢驗。

二、生理性別重新選擇之扶助

除了法律身分外，跨性別族群亦試圖重新打造自己的身體性徵。此一部分將涉及兩問題：國家有無義務提供「接受合法性別重置手術的環境」？國家有無更進一步提供給付之義務，俾使跨性別族群接受荷爾蒙治療、性別重置手術等變更生理性別的措施？

1. 提供人民接受合法變性環境的義務

跨性者透過荷爾蒙治療或性別重置手術改變身體性徵，以行使對性別之「自主決定權」。然而，打造新的身體對跨性者而言固屬必要，卻非必須仰賴國家提供相關的程序方得為之，並不具備「組織與程序依賴傾向」。國家縱未就「變性醫療措施」設計程序，在國家未為禁止或限制之前提下，人民仍可私底下透過醫療市場自由地變更生理性別。此與電波頻率有限性，欠缺國家提供適當程序則無法使用之廣播與電視使用（言論自由），容有不同。故就理論面而言，在「生理性別」之自主決定面向上不具備「程序保障功能」。

而自「保護義務功能」思考，國家有義務保護人民享有或行使性別自主決定權不受第三人侵害。觀察跨性別的醫療現況，縱使國家未透過法律³⁵⁶禁止人民為變性措施，或未透過法律對手術施加任何要件，惟在醫療市場下人民所組成之醫療團體仍可能會就接受性別重置手術訂定相關醫療準則。該準則雖是來自於私人之自我約束，惟往往會針對年齡、術前觀察、真實生活體驗...等等事項進行嚴格的要求，對於性別自主決定權而言，難謂此非來自第三人之侵害。因此，自憲法保障性別自主決定權之「保護義務功能」，應肯定國家應積極的提供人民接受合法變性之環境，明確的就受術程序為規定，而非僅是消極的不禁止。

³⁵⁶ 包含直接針對跨性別醫療事項規範之法律，或是間接透過醫事的通則性法律。

較特別的是，前揭「L. v. Lithuania 案」中，歐洲人權法院認為當事國立陶宛雖合法承認跨性者有權變更性別並及於民事法律身份，惟無相關法律規範供跨性者合法接受性別重置手術要件及程序，仍違反公約第 8 條³⁵⁷。蓋因「接受性別重置手術」被規定為變更法律性別要件之一，將使國內跨性者僅得私下（出國）尋求手術的管道，造成許多跨性者僅完成部分性別重置手術卻無法變更法律性別，陷入進退兩難的困境。

於此可觀察到，歐洲人權法院雖未直接於判決中明白要求締約國有義務提供「接受合法性別重置手術的環境」，但若接受性別重置手術被立法者設計為變更法律性別的要件時，國家怠為提供合法接受手術的環境，將抵觸公約第 8 條保障私人生活受尊重之規定。

是以，此處可得到一個結論是：在憲法保障人民性別自主決定權的客觀價值底下，就消極面向而言，國家不得禁止或限制人民為變性醫療措施³⁵⁸（不得使變性措施成為違法）；相對而言，在積極面向，國家尚有義務提供人民一個「合法」接受變性醫療措施的環境。兩個面向結論似乎是相似的，但後者更強調國家（特別是立法者）有義務使變性相關程序明確化、合法化，此種觀點站在跨性別除汙名化與跨性別人權保障的立場是值得贊同的。

2. 提供給付使人民接受變性醫療措施之義務

對於國家有無提供跨性別族群變性醫療措施之義務？本文認為此一問題應分為「國家義務面向」與「人民權利面向」分別討論其憲法上基礎。

(1) 國家義務面向

就此問題，應思考性別自主決定權之積極面向中，是否得以保護義務功能、程

³⁵⁷ ECHR, *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, 11 September 2007, para. 58-60.

³⁵⁸ 當然，根據性別自主決定權之防禦功能，固然能禁止國家違法干預人民接受變性措施，惟仍不排除國家得依法治國的各子原則對性別自主決定權進行合法的干預。

序保障功能作為其憲法上思考的基礎³⁵⁹？

承前述，跨性者主張變更生理性別並不具組織與程序依賴傾向，因此就變更生理層面性別表現之自主決定權，不存在「程序保障功能」，無從導出國家有提供變性給付之義務。

相對的，就「保護義務功能」而言，為避免性別自主決定權遭第三人侵害，國家對其應負有保護義務，殆無疑義。然而，此處所稱之「侵害」，不僅僅是來自於私人（Privatpersonen），尚包括來自於外國、或自然現象...等等³⁶⁰。

本文認為，對跨性別族群而言，其動機之形成非屬當事人自願（如：性別認同障礙，係基於腦部的性分化異常所致，使得當事人無法對自己的原生性別產生確信³⁶¹），其身心相異的情狀，成為跨性者行使性別自主決定權時極大的阻礙，實與來自「自然現象」的「侵害」無異，為避免跨性者在打造新的身體性徵時遭受阻撓，國家應介入給予「保護」。

是以，本文以為國家基於憲法所保障性別自主決定權之「保護義務功能」，應保障跨性者在打造自身生理性別時，不受到先天因素的侵害。因侵害來源係自然現象，僅須思考國家所採取保護措施必須受到「不足之禁止原則」的拘束，亦即國家不得採取不足以達到保護目的之保護手段³⁶²。此時要考量的是，提供人民變性醫療措施（荷爾蒙療法及性別重置手術）是否為必然的保護手段？

蓋生理性別變更對跨性者而言，涉及作為一個人的自我肯定。縱非每個跨性者均有勇氣或客觀條件（身心）接受變性醫療措施，然而對大多數的跨性者而言，原生性別之身體性徵即讓自己感到焦慮與厭惡。如「L. v. Lithuania 案」的當事人即

³⁵⁹ 此處省略「制度保障功能」，係因我國釋憲實務之脈絡底下其內涵已近似保護義務功能或程序保障功能。

³⁶⁰ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁67。

³⁶¹ 以「性別認同障礙」為例，就其成因在醫界尚未形成通說。有認為與成長背景有關（社會因素）、有認為與染色體有關，惟目前學界最有力的假說認為，腦部發展時與身體的性別發展為相反方向，因而導致性別認同障礙，本文暫且採之。詳參野宮亜紀等合著，《性同一性障害って何?: 一人一人の性のありようを大切にするために》，東京都：綠風，2008年，頁36-39。

³⁶² 而毋須進行「過度之禁止」的思考。詳參許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2版1刷，2007年1月，頁195-196。

表示，遲遲無法完成變性手術，因而長期感到自我不完整與無法接受其身體之缺憾，並造成巨大的沮喪與挫折³⁶³。跨性者尋求手術變更性別特徵，並非操弄自己的性別，而是追求心理與身體的一致³⁶⁴。準此以言，應可認為國家基於性別自主決定權之保護義務功能，對於跨性別族群進行生理性別變更，有義務提供適當的「社會扶助」俾使順利接受手術。

(2) 人民權利面向

相對於國家義務而言，學者亦肯認相對於國家之保護義務功能，人民應享有「保護請求權」³⁶⁵。惟國家對人民提供給付或服務，涉及國家財政能力、國家資源之運用及社會利益之調整，多數見解認為，除屬於人民生存之「最低限度保障」外，就如何提供給付之問題，乃屬立法者之形成自由³⁶⁶。

因此，國家對於跨性別族群有提供變性醫療給付的義務，惟就其實際之制度設計與給付程度，人民僅得請求至少達到人性尊嚴最低限度的保障。



³⁶³ ECHR, *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, 11 September 2007, para. 38.

³⁶⁴ BVerfGE 49, 286 (299)

³⁶⁵ 肯定見解如：許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第2期，2002年12月，頁76。德國相關實務與學說爭議，可參考李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《憲法理論與實務（二）》，二版，2007年08月01日，頁81-85。

³⁶⁶ 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，2003年2月，頁63。

第三節 結語

本章嘗試以「基本權之功能體系」思考國家對於性別自主決定權應有之保護方式，觀察到為保障人民享有或行使性別自主決定權，國家在「消極・不作為」與「積極・作為」兩個面向負有義務。

壹、消極面向

在消極面向，國家被要求不作為，除非具備「阻卻違憲事由」，否則原則上不得對人民之性別自主決定權為干預。性別自主決定權主要呈現在三個面向：自主決定、自我保護與自我表現。國家倘若直接或間接對於人民在上述三個面向的性別表現為禁止或限制時，已造成性別自主決定權無法完整行使，是為「干預」無疑。進而，必須檢驗是否存在阻卻違憲事由。對此，本文爬梳國內學說與釋憲實務探求憲法上對非列舉權之干預條款要求之態樣，發現我國係採「概括性限制基本權干預模式」。換言之，受憲法第 22 條保障之性別自主決定權縱為非列舉權，仍應有憲法第 23 條之「法律保留」、「比例原則」及「公益目的限制」之適用。

其中在比例原則的操作部份，本文觀察到德國學界與實務藉由「領域理論」的操作，認為司法者在判斷跨性別相關之個案時，性別認同議題位於最重要的隱私領域（Intimsphäre），對於國家具體的干預行為或措施，必須更為嚴格地適用比例原則的各個子原則。固然司法審查之審查標準之選定必須綜合各種情狀判斷而不僅僅觀察「所涉基本權事務領域」，然其點明了性別自主決定權乃非常接近人格保障之核心，必須更慎重的要求政治部門善盡說理義務。

貳、積極面向

在積極面向，為使人民之性別自主決定權得以實現，國家被要求有積極作為義務。在檢視我國制度保障功能之發展，其內涵更近似保護義務功能或程序保障功

能，因此本文將檢視重心置於後兩種功能上。

本文發現，國家對於性別自主決定權之保障有兩個重要的積極義務：

1. 賦予人民重新選擇法律性別之制度

法律性別因其規範力及公信力，會成為人民在社會中被他人用以稱呼之性別，為法律性別係「他決」之性別，且其規範效力來自於國家，若國家不提供重新選擇之程序或組織，法律性別之變更將無從實現（具組織與程序依賴傾向），根據「程序保障功能」，國家有義務建立制度供人民變更法律性別及相關民事法地位。

然而，國家對於提供何種程序以供人民選擇法律性別，立法者有很大的形成空間。而法律性別長久以來被限於僅有「男或女」兩種選項，惟衡諸性別多樣化的發展以及性別概念本即具多義性而難以界定。國家在設定性別之「選項」時，必須依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，充分的進行公私益的衡量評估。倘若立法者怠於進行利益衡平，應可認為已違反性別自主決定權之「程序保障功能」所課予之義務

2. 賦予人民重新選擇生理性別之制度

本文認為，根據性別自主決定權之「保護義務功能」，在憲法保障人民性別自主決定權的客觀價值底下，國家尚有義務提供人民一個「合法」接受變性醫療措施的環境，俾使生理性別變更之程序、要件、適格得以明確。

若僅是消極的不禁止，因醫師與受術者間本身即資訊不對等，國家對於醫療機構未有任何規範的情況下，可能造成醫療市場的惡意競爭或過度的限制，將使跨性別族群希望變更生理性別時面臨額外的限制或障礙。

除了提供「合法變性環境」的義務外，國家更有義務提供人民接受變性之扶助。蓋因跨性別動機多半為天生，非跨性者自身得選擇。面臨此種來自「自然現象」的「侵害」，為避免跨性者在打造新的身體性徵時遭受阻撓，國家應有保護之義務。因此，可認為國家基於性別自主決定權之保護義務功能，對於跨性別族群進行生理性別變更，有義務提供適當的「社會扶助」俾使順利接受手術。

第五章 跨性別法制建置之芻議

在思考性別自主決定權之憲法基礎、以及國家對其應有的保護態樣後，吾人應回頭檢視我國現行跨性別法制之形貌是否合乎憲法保障性別自主決定權之意旨。

綜觀現行法制，就人民接受性別重置手術時國家完全沒有介入干預，亦無提供積極的給付。而就人民重新選擇法律性別，在姓名部分本即未如同部分國家有遵循生理性別之習慣，較不構成問題。惟戶籍部分，未有專法特別規定，僅透過戶政主管機關自行公布之行政命令規範。現制是否符合國家對人民享有性別自主決定權應有之保護態樣？擬分別檢驗之。

此外，本文在觀察與我國法體制相近之德國、日本現況及其立法過程，發現其對於人民接受性別重置手術多未為積極的規範，僅仰賴醫界透過協會之醫療準則自律。相對而言，均訂有特別法供人民重新選擇法律性別，明確制訂出變更法律性別之程序及要件，並由司法權（法院）就人民變更法律性別之申（聲）請作出裁斷。

在德國、日本等備有特別法規範之國家，成為爭議的往往是法律性別變更之「要件設計」。基於某些價值觀的選擇，國家透過立法限制人民變更法律性別。針對某些要件，如：是否必須接受性別重置手術、有無婚姻狀態、有無子女或子女年齡之限制、申請人之年齡、申請人之國籍...等，在國外實務上曾產生諸多爭議。往往涉及其他基本權而構成基本權衝突，該國司法實務亦曾就此些問題作出許多判決，頗具參考價值。

為使我國跨性別法制更完備及健全，本章先自基本權功能體系回顧現制是否符合法治國原則及保障性別自主決定權之意旨。從而透過比較法之介紹，觀察德、日兩國跨性別法制之設計及建構過程。最後點出關鍵的「法律性別變更之爭議性要件」，試圖在他國曾經就價值觀爭論的道路上尋求妥適的規範模式，以供我國未來建構跨性別特別法參酌。

第一節 我國跨性別法制之合憲性探討

壹、我國現制

一、規範性別變更之法源依據

我國法律性別之表彰，未如同德國一般顯現在姓名上，最常在日常生活中使用的，莫過於「國民身分證」。除了身分證的性別欄會明示註記性別外，按我國戶籍編號慣習，國民身分證統一編號（以下簡稱統一編號）由文字碼與數字碼組成，共計 10 碼，一人配賦一號，第 2 碼為性別碼³⁶⁷。以 1 標示性別為男性，2 標示性別為女性。

而證件上登記之資料，均依照戶籍登記為之，欲更改身分證上的性別，同時必須更改戶籍登記的統一編號及稱謂（家庭子女排序）。就戶籍變更之規定，戶籍法第 21 條有明訂：「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記。」在法律及其子法規未就登記事項為限制的情形下，我國甚早即接受跨性別族群之法律性別變更，並於實務運行數十年³⁶⁸。

惟就戶政登記之性別是否變更應如何認定、標準為何？戶籍法規中未有明文，且未明文授權任何機關以命令訂之。我國目前未特別制定跨性者申請改變法律性別之專法，長久以來，我國僅透過戶政主管機關之「行政命令」及行政實務為之略述如下。

1. 內授中戶字第 0970066240 號

現行制度下，除戶籍法相關規定外，係依照內政部戶政司於 2008 年 11 月 3 日公佈之「內授中戶字第 0970066240 號函」。在符合下列要件時，跨性者始得變更法

³⁶⁷ 國民身分證及戶口名簿製發相片影像檔建置管理辦法第 5 條。

³⁶⁸ 中時晚報，《變性人身分證可變性，具備醫師證明，編號、出生別均須更改》，2001 年 6 月 6 日。

律性別：

- (1) 申請女變男之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除女性性器官，包括乳房、子宮、卵巢之手術完成診斷書。
- (2) 申請男變女之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除男性性器官，包括陰莖及睪丸之手術完成診斷書。

要言之，我國人民申請變更戶籍上之性別屬性，必須經精神專科醫師評估為「性別認同障礙之確診」，並「接受喪失生殖功能之性別重置手術」等兩個要件。除此之外，就接受變性醫療措施的相關要件未有進一步的規範，僅仰賴醫療實務自律。

值得一提的是，內政部曾於 2007 年 10 月 16 日作成「內授中戶字第 0960066142 號函（已修正）」，表示跨性者之性別重置手術應完成兩階段之手術，亦即「內生殖器切除手術與乳房切除術」以及「外生殖器官成形手術」兩階段³⁶⁹。換言之，依當時之規定，女跨男（FtM）之跨性者除了必須完成已摘除女性性器官之手術外，尚須接受「重建人工陰莖」，始得謂為完成。

惟此舉經性別人權團體提出抗議，認為官員性別刻板印象影響跨性者人權，並且重建人工陰莖增加跨性者經濟負擔，影響工作權益³⁷⁰。是以，該命令已於 2008 年 10 月 14 日進行修正，由衛生署決定不再以重建相反性別之外生殖器官作為變更法律性別之必要條件³⁷¹。

2. 法律字第 05375 號核釋

我國法律對於是否准許跨性者於「結婚後」變更出生時之性別，雖乏明文，惟實務現制產生各主管機關間不同調之情形。

³⁶⁹ 關於手術詳細之說明，可參考徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 43。

³⁷⁰ 聯合報，〈有裝小弟弟才算真男人？變性人恐慌〉，2008 年 9 月 24 日，A6 版。

³⁷¹ 蔡秀男，〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 84。

蓋法務部於 1994 年 3 月 17 日公布之「(83) 法律字第 05375 號核釋」，表示：「為免破壞婚姻本質而紊亂人倫，於婚姻關係存續中，不可變更性別。」因此，作為民法主管機關之法務部目前係肯認「申請變更時無婚姻狀態」為我國法律性別變更要件之一。倘若具有婚姻狀態之跨性者欲申請變更法律性別，必須於離婚後申請，始取得國家之許可。本核釋要旨更指出限制之目的：「婚姻係以終身共同生活為目的之『一男一女』適法之結合關係，在本質上，不容有同性相婚之情形。」係為避免一男一女夫妻，因單方變性而產生之同性婚姻。

本核釋亦指出，若僅為事實上變性（變更生理性別），仍不影響原有婚姻關係。即是夫妻之一方接受性別重置手術，仍不影響其婚姻關係；至於子女關係，本核釋表示：「按天然血親之父母子女關係，係以血緣為基礎。不因任何情事之發生而有所變易。」僅表明子女關係不受法律性別變更影響，並未就申請時之子女關係為進一步闡述，應可認為依目前我國現制，縱有子女者亦得變更法律性別。

然而，相對於法務部之見解，本號行政命令目前（2011）的地位在戶政實務上處於妾身未明的狀態。形式上而言，該核釋未被廢止，亦未有新的核釋就相同事項為重新規定，其效力應持續拘束相關單位。惟婦女新知基金會於 2011 年曾提出建議修正變更法律性別必須先離婚的規定，然內政部卻以：「2008 年的內授中戶字第 0970066240 號函係處理性別變更的新規範...異性戀婚姻存續中，配偶完成變性手術，尚無庸辦理離婚登記，即可依上開規定辦理性別變更登記。」回應，似乎認為作為戶政主管機關之內政部不受法務部所為核釋之拘束。依此見解，人民若欲變更法律性別，僅需符合「性別認同障礙確診」與「接受喪失生殖功能之性別重置手術」兩要件即可³⁷²。

3. 全民健康保險法第 51 條

³⁷² 就法務部所公布 (83) 法律字第 05375 號行政命令之要件，雖未被戶政主管機關所接受，惟就各區域之戶政機關間仍產生不同之處理。有尊重法務部見解，拒絕有婚姻之跨性者申請變更戶籍性別登記，有遵照內政部見解，允許跨性者之申請。惟本文考量該行政命令形式上仍未經廢止變更，仍將其列入我國之規範中，先予敘明。

一個完整的「變性措施」所費不貲，從一開始的性別認同診斷、性別重置手術評估，到最後真正進行手術，對跨性者而言都是沉重的經濟負擔；就性別重置手術而言，保守估計男跨女手術約 30 萬至 45 萬新台幣，女跨男手術約為 20 萬至 80 萬新台幣³⁷³。

對於接受手術所面臨龐大的經濟壓力，我國目前之醫療社會保險並未將性別重置手術列入保險給付範圍內。全民健康保險法第 51 條規定：「下列項目不列入本保險給付範圍：...三、藥癮治療、美容外科手術、非外傷治療性齒列矯正、預防性手術、人工協助生殖技術、變性手術。」

準此，目前性別重置手術和齒列矯正、美容外科手術等，似乎被立法者認為「非必要之醫療行為」，須由受術者完全自費。惟跨性別被認定為「疾病」是否妥適仍有爭議，使得許多跨性者在爭取「去病理化」的同時，又不得不藉由「疾病化」的過程讓自己更完整³⁷⁴。在爭取將變性醫療措施列入健保給付範圍的同時，使得跨性別族群受困於矛盾之中，進退兩難。

二、未明文規範惟實務仍遵循之要件

觀前揭實務規範可知，「完成性別重置手術」為變更法律性別之要件之一。然綜觀國內法規及實務見解，無論醫事法通則或特別規定，均未對受術者或醫師為禁止或限制。或可推測國內行政管制的態度，係將「變性」醫療事務委由國內醫界自律。

目前我國性別重置手術之醫療實務，係以馮榕及文榮光兩位醫師於 1988 年所訂定之診斷準則為依據；該準則係參照美國精神醫學會出版的精神疾患診斷與統計

³⁷³ 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 45。

³⁷⁴ 儘管性別認同障礙被美國精神醫學會在 DSM-IV-TR 將其認定為精神疾病，惟部分跨性者並不願意被當成「疾病」看待。且如 DSM-IV-TR 對「性別認同障礙」的要件 D「此種病徵伴隨明顯的苦痛、且於社會、職業或其他重要領域中伴隨著機能的障礙。」若被定義為疾病，疾病之病因應來自於病患本身，惟性別認同障礙者之苦痛究竟是來自患者本身、或是環境的不友善，仍非無疑；反之，卻有部分跨性者為了接受性別重置手術，而被迫接受自己是性別認同疾患。徐志雲，同上註，頁 40-41。

手冊第三版修訂版（Diagnostic and Manual Disorders-Revised，簡稱 DSM III-R）的診斷準則所訂定。該準則賦予了跨性者在進行荷爾蒙療法與性別重置手術之前所必須滿足的生理與社會條件，包含：「（1）必須是原發的變性慾者（2）在扮演另外一個性別角色適應上適應良好（3）父母與家人的適度支援（4）年齡在二十歲以上，四十歲以下（5）智力必須中等以上（6）排除個案是精神病或其他病態性質所引發的變性慾望。³⁷⁵」

透過筆者實際訪談醫界人士得知，前述規範僅在我國部分醫界內成爲沒有強制規範力的醫療常規（Routine），尙未形成專科醫學會之醫療準則（Guideline）。加上政府並未明確對接受變性醫療措施的程序及組織爲規定，且未就醫療措施之醫療機構資格進行規範和審核，可謂「生理性別變更」在我國的規範密度極低。但我國實際的狀況是，在欠缺明確醫療資訊的情形下，使得跨性別族群僅得求助口耳相傳或參差不齊的網路資源私下尋求手術³⁷⁶。

三、小結

相對於國外曾就法律性別變更產生諸多爭訟，或許是相關規範的文義解釋空間較爲寬鬆，使得我國的跨性別法制較爲自由³⁷⁷。因此，在目前現行法規範中，僅「性別認同障礙確診」、「完成性別重置手術」、「申請變更法律性別時須無婚姻狀態」等三個要件。欲變更戶籍者，於符合要件之情形下逕向戶政主管機關爲「變更登記」即可，無須經由司法權的核可。

又，我國對變性醫療措施的管制規範態度亦十分開放。縱使對於接受變性醫療措施的程序及組織規範並不明確，且明文排除性別重置手術在社會保險給付的範圍內。然而在未有醫事法規禁止或限制的情形下，於 1955 年即有接受性別重置手術

³⁷⁵ 王茂山，〈變性手術之發展〉，《臨床醫學》，第 56 期，2005 年 2 月，頁 83 以下。

³⁷⁶ 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 43。

³⁷⁷ 例如：日本因戶籍法規定戶籍之記載必須有「錯誤」始得「訂正」，實務上曾爭執出生時登記的「原生性別」有無產生「錯誤」的可能。

的公開事例³⁷⁸。

須注意的是在 1988 年後醫界逐漸形成的醫療常規，雖僅在較大的醫院被遵守，且未具有絕對效力，然而卻尚在「父母家人的同意」、「受術年齡」、「智力檢定」以及「接受真實生活體驗」等要件添加限制，使得跨性者在打造新的生理性別時受到了額外的阻撓。

以下，介紹德國與日本之跨性別法制進行比較法思考。各該法制雖是特別針對「性別認同障礙」為規定而未包含陰陽人或其他跨性別族群，惟仍有許多勘為借鏡之處。

貳、比較法觀察

一、德國：特殊個案之性別屬性認定與更名法

在跨性別專法制定公布前，德國就跨性別族群變更法律上性別屬性之請求係以當時之身分狀態法（Personenstandsgesetz）第 47 條第 1 項作為依據，根據判例及學說，該條之「更正」限於身分登錄當時有錯誤之情形始得為之³⁷⁹。然而有聯邦最高法院見解認為：關於性別變更相關之法律問題，要有法律明文依據，不能透過法官造法之方式解決³⁸⁰。

就此，德國聯邦憲法法院於 1978 年 10 月 11 日之裁定後段即表示：「關於憲法上之問題，應直接適用基本條第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項，法官不得以欠缺制定法作為理由。依照法安定性之觀點，的確是希望立法者明確規定性別變更相關問題及效果，但在立法者未為立法前，法院不得放棄保護人民之義務³⁸¹。」認為聯邦法院以無法律規定而拒絕人民變更性別屬性登錄之權利，違反基本法之本旨而違憲。

³⁷⁸ 聯合報，〈我國醫學史上的創舉 謝尖順變性手術成功〉，1955 年 8 月 31 日，第一版。

³⁷⁹ BVerfGE 49, 286 (301)

³⁸⁰ BVerfGE 49, 286 (303)

³⁸¹ 同上註。

嗣後，聯邦法院根據前述違憲判斷，變更了原先的見解，但同時認為法律漏洞之填補尚不得導出法官造法之權限，進而促使德國聯邦議會於 1980 年 9 月 10 日迅速地制定了「特殊個案之性別屬性認定與更名法³⁸²」，又簡稱「變性人法 Transsexuellengesetz -TSG」³⁸³。爾後聯邦憲法法院相關裁判中宣告該法個別條文違憲定期失效，因此，該法自 1980 年通過迄今已做了數次重大修正。

較特殊的是，該法依有無進行性別重置手術，為性別認同障礙患者提供兩種變更法律性別之方案，以下簡單介紹之。

1. 小解決方案：更名

一種稱為「小解決方案 (Kleine Lösung)³⁸⁴」，即不必變更手術改變身體之性別特徵，僅須符合法定要件即可向法院聲請更改姓名。其法定要件為：「(1) 至少已有三年的時間無法認同出生登記之性別，且在壓力中過生活。(2) 經高度必然性推測，當事人不會再變回原來之性別。(3) 身為德國人、無國籍之人，或經常居住在德國之無祖國外國人，或受政治庇護者、外國難民。(4) 在申請書上標明將來要使用之姓名。(5) 向法院申請變更姓名時，提交兩位沒有相互隸屬關係之獨立專家鑑定報告。」

對跨性別者而言，小解決方案係實現性別自主願望最小成本之方式，更著眼於跨性者在進行性別重置手術前得以其認同之性別進行「真實生活體驗」，藉此提早體驗角色轉換 (Rolle Selbstvertrauen) 以降低痛苦壓力³⁸⁵。讓跨性者在進行手術前、或當其放棄進行手術時，無須在日常生活中對第三人及官方公開自己跨性別之事實。

對於命名沒有嚴格限制的東方國家雖無此傳統，然而除性別屬性之外，公文書上與名字一樣同樣彰顯個人性別者，尚有揭露男女外觀之「照片」與「稱謂」。有

³⁸² 法規全稱：「Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen」

³⁸³ 大島俊之，《性同一性障害と法》，東京都：日本評論社，2002 年，頁 125。

³⁸⁴ 規定於變性人法第 1 條。

³⁸⁵ BVerfGE 88, 87 (99)

認為，可作為規定證件照片上性別容貌與稱謂要件之參考³⁸⁶。

2. 大解決方案：變更性別屬性

另一則稱為「大解決方案（Große Lösung）」³⁸⁷，經性別重置手術並符合法定要件之當事人，得向法院聲請更改法律上之性別屬性。其要件為：「(1) 至少已有三年的時間無法認同出生登記之性別，且因此生活在壓力之中。(2) 即符合得申請小解決方案之要件（符合該法第 1 條第 1 項第 1 款至第 3 款之要件）。(3) 沒有婚姻關係³⁸⁸。(4) 接受無生殖能力之性別重置手術，並具備近似其他性別之性器外觀。(5) 在申請書上標明將來要使用之姓名。」

兩種方案均無年齡之限制³⁸⁹，且均需透過法院以裁判確認聲請人符合要件後，始得變更。並於同法第 11 條規定，跨性者變更性別屬性後，與其父母、子女間之法律關係，均不受到影響。

二、日本：性別認同障礙特例法

日本過去對於跨性者請求更正戶籍登記中之「稱謂（子女排序登記）」時，因不符合日本戶籍法第 113 條「錯誤記載」之要件，數度遭到家庭裁判所駁回後，透過立法解決此一問題³⁹⁰。

如同前揭東京高等裁判所平成 12(2000)年 2 月 9 日所為之裁判³⁹¹即揭示：「性別重置手術是否作為性別認同障礙的治療方法而被社會一般所承認，現階段仍無法明確地肯定。...必須處於寬廣的觀點檢視問題，對於社會生活之影響及將來社會應

³⁸⁶ 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 56-57。

³⁸⁷ 規定於變性人法第 8 條以下。

³⁸⁸ 本項要件於 2008 年 5 月 27 日作成之 1 BvL 10/05 裁定，已遭聯邦憲法法院宣告違憲而刪除。關於要件爭議，詳參第四章第二節。

³⁸⁹ 兩方案過去曾有「聲請人須年滿 25 歲」之要件限制，業經 1982 年 3 月 16 日裁定 1 BvL938/81 與 1993 年 1 月 26 日裁定 1 BvL38, 40, 43/92，宣告大解決方案及小解決方案之年齡限制違憲，因此年齡限制之要件已刪除。BVerfGE 60, 123, BVerfGE 88, 87。

³⁹⁰ 野宮珥紀等合著，《性同一性障害って何?: 一人一人の性のありようを大切にするために》，東京：緑風，2008 年，頁 172。

³⁹¹ 東京高判，平 12(2000)年 2 月 9 日，判例時報 1718 号 62 頁。

有的形貌等加以檢討，是有必要的。關於戶籍訂正之准否，作為前述作業之一環，結論上來說，必須仰賴立法者加以解決。」

為回應司法權之立法委託以及社會逐漸重視跨性別問題的聲浪，日本學術界與立法機關經三年的籌議，遂於 2003 年 7 月 10 日通過「性別認同障礙特例法³⁹²」，並於 2004 年 7 月 16 日起施行³⁹³。

在符合該法第 3 條第 1 項法定要件下，由家事裁判所裁判之方式變更跨性者之法律性別。要件為：「(1) 二十歲以上者。(2) 現無婚姻關係者。(3) 現無子女者³⁹⁴。(4) 無生殖器官或生殖器官之功能永久性欠缺者。(5) 身體具備與其他性別之身體性器官外觀部分相似之性器官者。」

該法第 4 條並明訂此一裁判之效力在民法等相關法律中直接變更當事人之法律性別，在裁判作前之身分關係及權利義務均不受影響。

參、我國現制之檢討

綜合前文所開展之性別自主決定權之內涵、保護領域、國家對其應有之保障態樣，以及德日比較法的介紹，本文試檢討我國跨性別現制之合憲性與妥當性，並指出期許未來修正改進之方向，以期給予跨性別族群更完善的形塑人格環境，貫徹其人性尊嚴之保障。

一、以職權命令規範違反法律保留

誠如前述，性別自主決定權當中「自主決定」的面向，包含對法律性別及生理性別的重新選擇。惟國家並非不得對人民之性別自主為限制或干預，根據基本權的「防禦功能」，倘國家欲干預性別自主決定權，必須符合憲法第 23 條之法律保留、

³⁹² 法規全稱：「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」平成 15 年 7 月 16 日法律第 111 号。簡稱「性同一性障害特例法」。

³⁹³ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 66。

³⁹⁴ 「現無子女者」之要件，於 2008 年時修法更改為「現無未成年子女者」。關於本要件之爭議，詳參第五章第二節。

比例原則、公益目的之限制等法治國原則的要求。

現制下人民欲變更自己的法律性別，須滿足「性別認同障礙確診」...等三個要件，已然使得跨性別族群無法依照其心理性別任意決定其身體及外在妝扮；且在國民身分證、健保卡或戶籍書類上之揭露，亦無法自行決定是否、何時、或對誰揭露其所認同之性別，已然造成性別自主決定權無法完整行使，是為「干預」無疑。

惟我國之法律性別變更制度，依戶籍法第 21 條僅規定「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記。」變更之要件、認定標準、適格均未規定，欠缺由行政機關以命令補充之法律授權。現行法下，僅有內政部與法務部所公布之「函釋」及「核釋」作為依據，相關要件已直接對人民權利造成干預，在未經法律授權之情形下，應屬主管機關依職權制訂頒佈之「職權命令」³⁹⁵。

我國因歷史因素，使得長久以來無法斷然否定職權命令存在的空間，目前通說及實務傾向對於人民法定權利行使或法定義務履行，於細節性及程序性事項，在不影響實體權利義務的範圍內，例外承認職權命令的適用³⁹⁶。惟現行之制度係直接干預人民性別自主決定權，非屬允許以職權命令規範之範圍，違反法律保留而屬違憲。

根據性別自主決定權之「程序保障功能」，國家有義務提供人民重新選擇法律性別之程序與組織。檢討現行職權命令，並將其送交國會制定專法規範跨性別事宜，乃當務之急。

二、由行政權認定欠缺妥適性

根據性別自主決定權之「自我表現」，係要求他人以自己所認同的性別稱呼自己。惟法律性別在決定之初係屬「他決（由醫師或父母決定）」，且事涉國家所掌握之人格資訊，其重新選擇尚須配合民事法律地位及其他相關資料之適度修正，非僅單純依人民之請求即可達成。就此一面向的權利內涵，應可認為具有「組織與程序依賴傾向」的性質。根據性別自主決定權之「程序保障功能」，應可要求國家須提

³⁹⁵ 陳敏，《行政法總論》，自版，五版，2007年，頁547。

³⁹⁶ 陳敏，同上註，頁548。

供一套選擇法律性別的程序，俾使人民之性別自主決定權得以實現。

比較德、日立法經驗可得知，國家對於法律性別變更所為之干預，除須以法律為依據外，就法律性別變更之各項要件，仍須透過法院以裁判審酌。換言之，德日兩國之立法者將法律性別變更准否交由司法權為之。按司法權之中立性較行政權為高，程序亦較為慎重。在衡諸法律性別變更後會造成身分關係（夫妻、子女）及社會生活之重大影響，須配合民事法律地位及其他相關資料之適度修正，倘若能透過法院以裁判方式決定，更能藉由司法的公信力賦予跨性者一個穩定且持續的新性別身分。

本文認為，個案中之法律性別變更應由行政或司法為判定，固然屬立法形成之自由，惟考量性別轉換各項要件之慎重要求，且避免有心人士利用性別變更制度規避社會義務（如：兵役），由法院以裁判形式為之似較為妥適。

三、對醫療規範態度過於消極

現制下，無論係行政命令或醫事法規中，均未對跨性者變生理性別為特別之規範。若僅是單純的思考，國家給予越少的干預似乎更能使人民的權利獲得實現。然而，在醫療市場中醫病關係處於不對等的地位，囿於資訊不透明，跨性者僅得透過有限的網路資源或口耳相傳探尋可能的變性醫療院所。對於施術組織及受術程序欠缺把關的情形下，很可能犧牲的是跨性者的安全及健康。

此外，現行實務上對於接受醫療變性措施的要件完全仰賴醫界的自律，由於醫療常規（Routine）並無具體約束力，其所羅列之「父母家人的同意」、「受術年齡」、「智力檢定」以及「接受真實生活體驗」等要件，不僅直接限制了跨性者的自主決定權，更可能因各醫療院所的不同調，致使跨性者的權益在這不公開、不透明的診療黑箱裡一次次地遭受減損。

承前文所述，依性別自主決定權之「保護義務功能」，國家有提供人民一個「合法變性環境」的義務，以避免人民因第三人（醫師）恣意的限制受術要件使得性別自主決定權無從實現。

四、未貫徹保護義務功能：社會保險之給付

在我國，跨性者接受性別重置手術保守估計需要 20 萬到 100 萬不等的費用，對跨性者而言係一筆沉重的經濟負擔。外加從診斷開始到進行手術，跨性者須歷經兩年或兩年以上的評估。其中，特別必須接受為期一至兩年的「真實生活體驗 (real life test)」；亦即要求受評估者以想要成爲的性別打扮及生活模式來實驗工作、社交的適應能力，並觀察社會的接受程度，從而決定個案在心理上是否適直接受手術³⁹⁷。諷刺的是，因受評估者仍未完成性別重置手術，其法律性別並未變更，往往與其生活體驗之外在妝扮產生衝突，導致跨性者在尋求工作時嚴重受挫，更加無法負荷接受手術的費用。

觀察比較法經驗，在日本，爲了確定是否爲性別認同障礙的診斷，在最初的染色體、內外生殖器官、荷爾蒙檢驗與精神診療階段都是有健康保險給付的；惟當性別認同障礙確診後，進一步的荷爾蒙療法與性別重置手術均不得使用健康保險給付³⁹⁸。在日本健康保險財政負擔越來越高的現今，欲將變性醫療措施納入保險是極爲困難³⁹⁹；在德國，性別認同障礙係被認爲得申請醫療保險給付之罕見疾病，申請人無庸自行籌湊高額的醫療費用；具有減少經濟能力較弱的性別障礙者，因不得以身體與心靈上性別不一致的缺陷，作爲生財與籌湊變性醫療費用之器具，而墮入社會底層或者無法提升社會階層之無止境輪迴之痛苦，符合德國奉爲圭臬的人性尊嚴與實質平等的概念⁴⁰⁰。

然就憲法層面之思考而言，根據性別自主決定權之「保護義務功能」，國家除了有義務賦予人民一個環境以供合法的接受變性診療的之外，更有積極提供人民接受變性醫療措施的義務，就其制度設計與給付程度，須達到人性尊嚴最低限度的保

³⁹⁷ 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 42-43。

³⁹⁸ 野宮亜紀等合著，《性同一性障害って何?: 一人一人の性のありようを大切にするために》，東京都：綠風，2008 年，頁 73。

³⁹⁹ 野宮亜紀等合著，同上註。

⁴⁰⁰ 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 55-56。

障。

現行制度下，由於我國並未禁止或限制人民接受性別重置手術，因此尚可認為國家已提供一個合法變性的環境。然而，自全民健康保險法第 51 條觀察，已明文將「性別重置手術」排除於社會保險給付的範圍，似可認為我國完全禁絕對跨性別族群接受變性診療的扶助。如此，將可能造成家庭不富裕的跨性者為了籌湊手術費用，因而擔任「紅頂藝人」、「第三性公關」等犧牲色相的反串演出，不僅難為親人所認同，更無法被社會接納⁴⁰¹。難謂現制已善盡對跨性者人性尊嚴最低限度的保障。

五、法律性別變更之要件仍待斟酌

我國現制下，變更法律性別僅須要求「性別認同障礙確診」、「接受性別重置手術」以及「申請時無婚姻」三個要件，並未如同德國、日本尚就「子女關係」、「年齡」、「國籍」、「性別認同問題之長期觀察」等要件為更進一步之規定。

表面上觀之，無論是在法律性別或是生理性別上，我國跨性者得享有的「性別自主」相較於其他國家是更為自由。這樣的開放態度固然使跨性別族群的性別自主決定權受到較小的干預，然而實際上卻可能是欠缺問題意識所導致。蓋性別變更往往涉及其他價值選擇，將連帶影響家庭、社會，而不僅僅是跨性者個人的選擇。如何在跨性者的「自主決定」與其他價值間取得平衡，須期待立法者就各相關事項為斟酌。

六、男女二分之外的第三種選項？

現行戶籍法第 21 條僅明文：「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記。」然而並未就登記事項及其內容為規定。因此，無論「性別應否成為戶籍登記之事項」或「除男女二者之外應否提供第三種以上的選項」等問題，目前立法者均未表示意見，而係由行政實務發展。

本文認為，固然性別屬於人格的重要內涵之一，國家是否須透過「性別」的「紀

⁴⁰¹ 蔡文婷，〈雌雄難「變」—性別認同障礙的崎嶇路〉，《光華》，第 27 期，2002 年 11 月，頁 70。

錄」而掌握一個人的身分屬性，立法者有極大的形成空間。然而，衡諸性別自主決定權當中「自主決定」以及「自我表現」的兩個面向，亦即「自己有權決定自己的性別」以及「自己有權決定他人是如何看待自己的性別」。倘若跨性者內心所認同之性別為男女以外的第三種性別、甚至是無性別的選項，現行制度下的選擇顯然無法充分讓跨性者貫徹對性別的自主決定。

本文無意於此處作出結論，僅企盼立法者在衡量維持現制的公益與跨性者受剝奪之人格發展自由等私益後，能衡平彼此間的利益衝突，作出最完善的選擇。



第二節 國家規制法律性別變更之界限

當國家設計出法律性別變更之制度後，其要件往往成爲爭議之所在。其涉及的不僅是跨性者的性別自主決定權，對於家庭、社會所產生的牽連，因在立法形成空間的範圍內，立法者固然得自由斟酌要件之設計，仍必須要考量及調整私人間之各種利益，最後作出最妥適的判斷。

德國聯邦憲法法院或日本最高裁判所，不乏對於法律性別變更所涉要件作出違憲審查判斷之個案，頗具參考價值。以下，介紹其他國家的立法過程中曾出現的數項爭議性要件，觀察其學說爭議並輔以相關案件的法律見解，以期未來我國之跨性別法制建構能夠更爲齊備。

壹、性別重置手術

所謂之性別重置手術，包含兩階段之手術，即「內生殖器切除術及乳房切除術」與「外生殖器成形術」。換言之，就性別重置手術是否應成爲國家承認法律性別變更之要件，將產生兩個問題：是否應完成「喪失生殖能力之手術」？在第一階段之手術後，是否應接受「重建近似相反性別性器外觀之手術」？以下分爲兩階段討論。

一、接受手術之必要性

按我國目前之行政實務，對於申請變更法律性別者僅要求提供合格醫療機構所開具之「已摘除內外性器官之手術完成診斷書」，顯認爲接受手術爲必要條件。

比較法方面，日本之性別認同障礙特例法第 3 條第 1 項爲申請要件之要求，在滿足該條要件，並根據在家事法院接受性別變更之審判，除去申請人在審判前存在之身分關係與權利義務，始得變更為另一個法律性別⁴⁰²。其第 4 款要求申請人「無生殖器官或生殖器官之功能永久性欠缺」，而第 5 款則要求申請人「身體須具備與

⁴⁰² 鶴澤瑞穂，〈性同一性障害者と性別適合手術—性同一性障害者性別取扱特例法の要件の観点から〉，《桃山学院大学学生論集》，25 卷，2010 年 3 月，頁 6。

其他性別之身體性器官外觀部分相似之性器官」。

此外，德國之變性人法對於「小解決方案」與「大解決方案」在身體性徵上的要求略有不同。對於「小解決方案（更改姓名）」的申請者，並不要求變更身體性徵⁴⁰³。惟規範「大解決方案（變更法律性別）」的變性人法第 8 條第 1 項第 4 款，明確要求申請人必須接受手術並達到近似其他性別的外觀。

德、日立法例未必直接提及「手術」或「接受手術」，然而均要求申請人必須喪失生育能力，或是要求「重建其他性別之性器官」。除此之外，如義大利、奧地利、加拿大、美國等，亦以「欠缺生殖能力」為法律性別變更之要件⁴⁰⁴。

1. 肯定見解

其理由在於，為避免在公共浴池、公共廁所、更衣間、旅館設施等預設男女區別利用之場合造成其他利用者與社會的混亂，因而要求跨性者外性器官等外觀上的變更⁴⁰⁵。若不要求以「欠缺生殖能力」或是「接受手術」作為取得法律上認可新性別的條件，將可能造成一個人「同時是法律上的男人，卻也可以生小孩」的隱憂⁴⁰⁶。因此或可稱此一要件為使跨性者變更新性別後，得以順利接軌之「社會性要件」⁴⁰⁷。

於 2005 年時，日本東京最高裁判所曾作出裁定，表示性別認同障礙特例法第 3 條第 1 項第 5 款「身體須具備與其他性別之身體性器官外觀部分相似之性器官」之要件，雖干預了不符合要件之性別認同障礙者之權利，惟難謂已明確地逸脫立法裁量範圍，而不牴觸日本憲法第 13 條（相當於我國憲法第 22 條）；對滿足該要件與不滿足該要件之性別認同障礙者間雖然產生差別待遇，但並不違反憲法第 14 條

⁴⁰³ 規定於變性人法第 1 條。

⁴⁰⁴ 棚村政行，〈性同一性障害をめぐる法的状況と課題〉，《ジュリスト》，1364 号，2008 年 10 月 1 日，頁 8。

⁴⁰⁵ 棚村政行，同上註。

⁴⁰⁶ 陳彥君，〈上帝錯置的靈魂—以歐洲人權法院之變性人判決為探討中心〉，發表於台灣大學法律學院公法研究論壇（四），2009 年 4 月 28 日，頁 23。

⁴⁰⁷ 鵜澤瑞穂，〈性同一性障害者と性別適合手術—性同一性障害者性別取扱特例法の要件の観点から〉，《桃山学院大学学生論集》，25 卷，2010 年 3 月，頁 8。

第 1 項（平等權）⁴⁰⁸。

2. 反對見解

首先被質疑的是，跨性別族群之所以尋求變更性別，係因「對於自己的性別持續的感到不快或無法適應自己所屬性別之性別角色⁴⁰⁹」。在此前提下，跨性者未必希望保留原生性別之荷爾蒙及生殖能力，特別制定「喪失生殖能力」之要件顯屬多餘。

再者，性別重置手術伴隨而來的是一筆龐大的醫療費用，在跨性者尋求工作仍存在極大障礙的同時，若社會保險又未將其列入給付範圍，簡直是直接排除家庭不富裕的跨性者變更法律性別的機會。

此外，並非每個跨性者皆有適接受手術的身體。接受性別重置手術與一般外科手術相同，必須有接受手術相對應的體力以及精神負荷，在麻醉、手術前後更有併發症的可能；因此對於因年齡或健康而無法接受手術的跨性者而言，此規定將迫使他們一輩子持續的活在厭惡自己的精神苦痛中⁴¹⁰。

又，所謂的「跨性別族群」除了性別認同障礙以外，尚包含陰陽人。即便是陰陽人對於自身的性別亦有自主決定、自我表現之權利。對部分陰陽人而言，他們雖希望在法律上被承認，卻未必希望變動自己的身體。

3. 比較：英國 2004 年性別認同法

英國在 2004 年以前係依照 1970 年代的 Corbett 案⁴¹¹法院採用「生物上的性別判準（Biological Criteria）」作為性別判定，藉此拒絕承認人民有權請求變更法律性別。此種標準被歐洲人權法院所引用，如「Ree 案⁴¹²」與之後的「Cossey 案⁴¹³」、

⁴⁰⁸ 東京高決，平 17（2005）年 5 月 17 日，家庭裁判月報 57 卷 10 号 99 頁。

⁴⁰⁹ 美國精神醫學會認定性別認同障礙（DSM-IV-TR）之要件 B。

⁴¹⁰ 鶴澤瑞穂，〈性同一性障害者と性別適合手術—性同一性障害者性別取扱特例法の要件の観点から〉，《桃山学院大学学生論集》，25 卷，2010 年 3 月，頁 10。

⁴¹¹ High Court in London, Corbett v. Corbett, 2 February 1970.

⁴¹² ECHR, Rees v. the United Kingdom, no. 9532/81, 17 October 1986.

⁴¹³ ECHR, Cossey v. the United Kingdom, no. 10843/84, 27 September 1990.

「X, Y. and Z.案⁴¹⁴」及「Sheffield and Horsham 案⁴¹⁵」，均是以英國為被告，卻仍採取前開見解認為英國政府未違反歐洲人權公約第 8 條。直到 2002 年的「I. 案」與「Christine Goodwin 案」，正式宣告英國敗訴，並引發了跨性別法制的修正。進而於 2004 年 5 月 25 日經下議院表決通過，而於同年 7 月 1 日公布施行現行的跨性別專法—「性別認同法（Gender Recognition Act, GRA⁴¹⁶）」。

該法就性別登記變更之要件與程序、變更性別之效力等事項為詳盡的規定，允許滿足一定要件之跨性者，得獲得其請求變更性別之性別認定證明書（Gender Recognition Certificate）。其中最具突破性的規範是，性別認同法僅要下列要件：年滿 18 歲、兩份性別認同障礙確診證明書、自願變更性別登記及真實生活體驗兩年之切結書、婚姻關係證明⁴¹⁷...等。換言之，跨性者申請變更法律性別，無須以完成一部或全部性別重置手術為前提要件，而將法律性別與生物性別認定完全脫鉤⁴¹⁸。此為排除「手術要件」之立法例，足資借鏡。

二、重建手術之必要性

無論是德國或是日本之相關規定，均明白要求跨性者申請變更法律性別時必須同時「具備與其他性別之身體性器官外觀部分相似之性器官」。我國實務亦曾發布內授中戶字第 0960066142 號函（已廢止），透過行政命令要求戶政機關辦理跨性者變更性別案件時，要求女跨男（MtF）之跨性者必須完成第二階段之「重建手術」。

惟此舉經性別人權團體提出抗議，最主要係因「重建陰莖」更為耗時且具風險，做人工陰莖的代價，是出院後半年至一年內得天天帶著尿管，因為傷口未癒合穩定，必須用短尿管擴撐尿道接口；更重要的是，重建手術較純粹的摘除性器

⁴¹⁴ ECHR, *X, Y and Z v. The United Kingdom*, no. 21830/93, 13 September 1995.

⁴¹⁵ ECHR, *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, no. 22885/93, 23390/94, 4 March 1997.

⁴¹⁶ 該法全名為「An Act to make provision for and in connection with change of gender」。

⁴¹⁷ 因英國於 2004 年通過「公民伴侶法（Civil Partnership Act）」，與允許同性生活伴侶成立事實婚姻關係，是以並無排除同性婚姻之限制。

⁴¹⁸ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 73。

官手術更爲昂貴，且並非所有跨性者都有需求⁴¹⁹。

此外，就其規範目的而言，係爲避免身體與所屬性別差異可能導致的社會混亂才會要求「近似」其他性別的性器外觀。然而「外性器官」在一般日常生活中屬於個人私密部分，鮮爲他人所得見聞。爲了避免在公共浴場等極少數可能顯露外性器官之場合所產生之恐慌，因而課予女跨男之跨性者額外的義務⁴²⁰，是否妥適，容有疑義。

三、本文見解

本文原則上贊成英國之立法模式，即毋須以「完成性別重置手術」或「具備近似其他性別之性器官特徵」爲法律性別變更之要件。理由如下：

1. 性別多元發展

變更法律性別之目的，係爲使跨性者於社會生活中不致因其性別登記與其性別認同存在差異而致生困難；然而，性別重置手術，或多或少帶有「矯正」、「使其回歸正常」的心態⁴²¹。此與跨性者主張的反歧視、去病理化路線並不相符。

再者，所謂的「性別重置手術」仍是站在醫療威權的角度主導「男跨女」或是「女跨男」，卻忽略了性別多元化底下可能存在的其他性別可能。如本文於第二章所介紹之「梅比烏斯環」的概念，每個人就像在一條沒有起點、終點、沒有盡頭的帶子上尋求自我的身分定位，而跨性者並非在男女兩個端點中間徘徊，只是和原有男女的預設不同罷了。若將「接受性別重置手術」列爲取得法律承認的要件，而忽略性別在其他層面的表現，無疑是由國家帶頭鞏固性別二元的刻板印象。

因此，本文認爲法律性別應否准許變更，僅需如同英國性別認同性法一般，滿足「心理層面之確認」即可。換言之，僅需「性別認同性心理狀態之診斷」與「真實生

⁴¹⁹ 聯合報，〈變性人：還是想裝 但真貴〉，2008年9月24日，A6版。

⁴²⁰ 相對而言，男跨女之跨性者或許被要求接受豐胸手術，但所付出之費用及手術風險顯然較低。

⁴²¹ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14卷5期，2010年5月，頁79。

活體驗」要件，即可確認一個人是否有變更法律性別的資格，便使其貫徹性別自主決定權，又不會因為經濟、身體上的因素而遭受限制。

2. 要求喪失生殖能力之理由並不充分

肯定見解擔心跨性者於變更法律性別後，倘仍具備生殖能力而可能產生身分上的混亂。本文以為，「同時是法律性別上的男人，卻是生理性別上的母親」之情形，在跨性者變更性別前已有子女之情形中亦可能產生。依照我國維持變性前子女關係的立場⁴²²，以此理由要求申請人喪失生殖能力，充分度不足⁴²³。

更重要的是，要求接受手術「喪失生殖能力」，將會抹除跨性者在未來生育親生子女的可能性。蓋「生育親生子女、決定成為父母之權利」雖非我國法所明文列舉，然而近年來於區域性人權公約的實踐中已為肯認⁴²⁴。立法者必須衡量對跨性者生育權與性別自主決定權之扞格，在符合法治國原則要求的前提下作出判斷⁴²⁵。

3. 對於跨性者之不合理差別待遇

因此，倘若要求法律性別變更的所有類型均接受性別重置手術，不僅過於恣意，和性別多樣化的發展趨勢亦不相符。且並非所有跨性者皆具備接受手術之狀態，對於基於「健康」或「年齡」因素而先天無法接受性別重置手術的跨性者並不公平。

縱使無法採英國 2004 年性別認同法之立法方式，本文能接受之折衷方式是，

⁴²² 法務部（83）法律字第 05375 號：「要旨二，關於陳○義先生變性後，與子女之關係部份：按天然血親之父母子女關係，係已血緣為基礎。不因任何情事之發生而有所變易。本件陳君之子女既係從其身所出（民法第九百六十七條第一項參照），則其間直系天然血親之關係，自不因嗣後陳君之變性而受影響。」

⁴²³ 相同立場如棚村政行，〈性同一性障害をめぐる法的状況と課題〉，《ジュリスト》，1364 号，2008 年 10 月 1 日，頁 8。

⁴²⁴ 如歐洲人權法院即認為，根據公約第 8 條私人與家庭生活之保障即包含了「尊重原告成為自己親生子女之父母親的決定在內」，並依此認定英國政府禁止無期徒刑受刑人與其妻子進行人工生殖係侵害公約第 8 條所保障之權利。ECHR, *Dickson v. the United Kingdom*, no. 44362/04, 4 December 2007, para. 66, 詳參蔡宗珍譯，〈無期徒刑受刑人及其妻子請求進行人工生殖案〉，《歐洲人權法院裁判選譯（二）》，司法院，2010 年 11 月，頁 767-791。

⁴²⁵ 由於此處涉及「生育子女權」之內涵及保護依據爭議，限於篇幅僅得留待另文探討。

在申請變更法律性別之要件中開放例外規定，例如：若身體狀況或年齡經評估不宜接受手術者，應經兩位以上之醫師或專業人員出具鑑定意見書，以免除當事者證明「已完成性別重置手術」之義務⁴²⁶。

貳、申請時無婚姻狀態

我國之行政實務，根據法務部 1994 年 3 月 17 日公布之（83）法律字第 05375 號核釋認為，「申請時無婚姻狀態」為法律性別變更之要件。其中，法務部於核釋中表示係現行法不容同性婚姻，擔心申請人變更法律性別後將與原異性婚對象成為同性婚姻，因而限制申請人之婚姻狀態。使得申請之跨性者必須先「離婚後」，始得變更法律性別。

若立於避免可能因法律性別變更致生同性婚姻之立場，仍有其他立法模式茲參考。如：在接受性別重置手術之階段即限制「無婚姻者始得為之」、或透過司法權作為准否變更之決定機關，且於准許變更之裁判確定時自動使婚姻關係解消⁴²⁷。惟我國行政機關係採「要求有婚姻狀態之申請者自行離婚」之規範模式。

婚姻自由於我國憲法中雖未有明文規定，惟經司法院釋字第 362 號解釋已明白承認婚姻自由受我國憲法第 22 條保障。所謂自由締結婚姻的自由，除了「結婚自由」外，尚包含「離婚自由」，否則無異剝奪締結第二次婚姻之自由。要求跨性者無婚姻狀態，等同於強迫其於「自主決定性別」與「離婚」間選擇一條道路。如此規定是否妥適？本文先介紹比較法之立法例及相關學說實務爭議，分析如下。

一、外國實務之比較

1. 日本

⁴²⁶ 相同見解如陳彥君，〈上帝錯置的靈魂—以歐洲人權法院之變性人判決為探討中心〉，發表於台灣大學法律學院公法研究論壇（四），2009 年 4 月 28 日，頁 23。

⁴²⁷ 渡邊泰彥，〈憲法と婚姻保護—性同一性障害者の性別変更要件をもとに〉，《同志社法學》，60 卷 7 号，2009 年 2 月，頁 3355。

日本之性別認同障礙特例法自 2004 年 7 月施行至今，該法第 3 條第 1 項第 2 款即明白限制聲請變更法律性別之跨性者，必須符合「現在無婚姻」的要件始得接受性別變更之審判。然而亦遭日本學界批評，如此等同於要求希望繼續與前配偶維持共同生活關係的跨性者，爲了變更法律性別而被迫離婚⁴²⁸。

2. 德國

德國之變性人法於制訂之初，就「小解決方案（變更姓名）」並未就申請人婚姻狀態爲要求，惟「大解決方案（變更法律性別）」則於第 8 條第 1 項第 2 款明白規定「申請人沒有婚姻關係」，似認爲同性婚姻所妨害之公共利益優先於性別自主決定權。

惟德國聯邦憲法法院於 2008 年 5 月 27 日所爲之裁定，宣告本項規定違憲⁴²⁹。其理由認爲：爲了迴避同性婚姻的公共利益，和有婚姻的跨性者遭受「沒有婚姻關係」所受之侵害間，不符合狹義的比例原則（*unverhältnismäßig im engeren Sinne*）⁴³⁰。即便是夫妻一方爲性別認同障礙者，並接受性別重置手術，其婚姻亦受到基本法第 6 條第 1 項的保護，此一保護並因夫妻一方受性別重置手術而影響；若是基於爲了獲得基本法第 1 條第 1 項結合第 2 條第 1 項所保障之權利，卻得到放棄保護婚姻的結論，在憲法上是不被接受的⁴³¹。

由於基本法第 6 條第 1 項保障婚姻制度，配偶雙方享有平等的婚姻權利，婚姻作爲責任共同體（*Verantwortungsgemeinschaft*），其存續受國家保障；變性人法第 8 條第 1 項第 2 款要求跨性者申請確認性別屬性時必須解消自己的婚姻，不僅侵害當事人之婚姻權，亦同時侵害其配偶之婚姻權⁴³²。

⁴²⁸ 二宮周平，〈戶籍の性別記載の訂正は可能か—一個人の尊厳と自己決定〉，《戶籍時報》，561 号，2003 年，頁 23；渡邊泰彦，同上註，頁 3384-3385。

⁴²⁹ BVerfGE 121, 175—*Transsexuelle V*，全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv121175.html>（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

⁴³⁰ BVerfGE 121, 175 (194)

⁴³¹ BVerfGE 121, 175 (199)

⁴³² BVerfGE 121, 175 (202)

二、本文見解

就法律性別變更申請時，應否要求「無婚姻狀態」之要件，問題之爭點在於是否承認「同性婚姻」。依照現行民法第 973 條規定：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。」及第 980 條：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚。」有認為根據體系解釋，民法將婚姻介定為「一男一女」以共同生活為目的之適法結合關係，否認「同性婚姻」之存在⁴³³。法務部亦曾於 1994 年 8 月 11 日，針對同志向戶政機關請求登記結婚所引發之爭議，作成「法(83)律決字第 17359 號函釋」，其中明白表示：「查我國民法對結婚之當事人必須為『一男一女』，雖無直接明文...我國民法親屬編之諸多規定，亦係建構在此等以兩性結合關係為基礎之概念上。例如，民法第 972 條(略)、第 973 條(略)、第 980 條(略)、...。從而，我國現行民法所謂『結婚』，必為『一男一女』之結合關係，『同性之結合』則非屬之。」司法實務亦採否定同性婚姻之見解⁴³⁴。

蓋是否承認「同性婚姻」為立法者之裁量，法務部公布(83)法律字第 05375 號核釋否定跨性者在「婚姻關係存續中」變更法律性別，亦立於避免產生同性婚之立場。惟，法律性別(戶籍)之主管機關為內政部，其下屬戶政機關未必尊重法務部的核釋⁴³⁵。倘若戶政機關在現行法下允許有婚姻之跨性者變更法律性別，在現行民法親屬繼承編未併同就同性婚姻為修正的情形下，未來恐怕會致生「同性婚姻效力是否存續」以及「同性婚姻之財產如何繼承分配」之爭議⁴³⁶。

現階段可以肯定的是，縱使內政部尊重法務部見解，將「無婚姻關係存續」認定為變更法律性別之要件，已婚之跨性者將被迫離婚始得行使其性別自主決定權，此一規定同時干預申請者以及申請者之配偶的「婚姻自由」。現制下未有法律授權，

⁴³³ 陳祺炎、黃宗樂、郭振恭合著，《民法親屬新論》，台北：三民，修訂 7 版，2008 年，頁 92。

⁴³⁴ 台灣高等法院 89 年度家抗字第 156 號民庭裁定。

⁴³⁵ 有可能是行政機關間「構成要件效力」的思考。事實上，根據筆者的了解，內政部係認為跨性者變更法律性別的要件僅受到內政部公布之「內授中戶字第 0970066240 號」的限制。並未贊同法務部的見解。

⁴³⁶ 此一問題涉及民事法之解釋，本文無意涉入，僅留待另文詳述。

僅有行政機關之核釋作為干預人民權利之依據，違反法律保留原則，自不待言。

參、子女關係

除婚姻外，子女關係亦成為跨性者申請變更法律性別時之爭議要件。因跨性者縱使對自己的性別認同存有疑義，仍可能因社會壓力導致其試圖透過婚姻、生育子女來「壓抑」自己對變性的「欲望」。然而，跨性者往往壓抑不住對心中的苦痛，因而在中年後選擇變更性別者亦所在多有。其所生育之子女血緣關係不容抹滅，如何在變更性別屬性之階段、甚至變更後處理子女關係，則為此處之問題。

一、外國實務之比較

我國行政實務並未對申請時之子女關係為要求，前述之（83）法律字第 05375 號即表示：「按天然血親之父母子女關係，係已血緣為基礎。不因任何情事之發生而有所變易。」因此，天然血親之關係，自不因嗣後跨性者變更法律性別而受影響，亦不影響申請變更性別之准否判斷。

而德國亦採相同之立場，德國變性人法無論係第 1 條「小解決方案」或第 8 條「大解決方案」，兩者皆未對申請人之「子女關係」為任何要求。

相較之下，日本最初係採「申請時無子女」之立法模式，觀其立法目的應為避免「爸爸（媽媽）變成媽媽（爸爸）」而造成子女於成長歷程中對於性別認同之混淆及誤認⁴³⁷。然而遭到日本學界的批判，係因子女的出生對於跨性者而言係不可逆的條件，本人的意思及選擇完全無介入餘地，若限制有子女之跨性者不得變更法律性別將會產生深刻的人權問題⁴³⁸。且對於有子女者，從小子女即在跨性別的家庭中及跨性別之氛圍中成長，即便有該要件禁止跨性者變更法律性別，亦無從避免子女

⁴³⁷ 石原明，〈進展する医療技術とその法的論点—最近の動きから〉，《立命館法學》，2005 年 2・3 号，頁 749。

⁴³⁸ 大島俊之，〈性同一性障害者性別特例法の無子要件を合憲とした事例〉，《民商法雜誌》，134 卷 3 号，2006 年 6 月，505 頁以下。

的認知混亂，反而禁絕了所有有子女之跨性者變更性別的可能性⁴³⁹。

相對於學界的批判，日本實務卻多次肯認此一要件並不違反憲法意旨。如東京高等裁判所於 2005 年 5 月 17 日作出裁定認為，「申請時無子女」之要件係為避免在親子關係等家族秩序中致生混亂、影響子女之福祉，均具有合理之根據且未違反憲法第 13 條與第 14 條⁴⁴⁰。而這個見解亦為日本最高裁判所接受，於 2007 年 10 月 19 日，憲法第三小法庭採用相同之理由，認定「申請時無子女」並未逸脫國會裁量權之範圍，而未違反憲法第 13 條幸福追求權及第 14 條之平等權規定⁴⁴¹。

然而，此一規定遭到民間強烈之反彈，因此於 2008 年修正為「申請時無未成年子女」，以緩和對於性別自主決定之過度干預⁴⁴²。換言之，子女成年後⁴⁴³跨性者始得變更法律性別。

二、本文見解

有認為，因法律性別變更係跨性者對於其人格與自我決定權之具體表現，著眼的應是個人自我決定與人性尊嚴應予尊重的立場；相較之下，有無子女僅考量法律制度的安定性，立法者應就此重新調整法律制度，而非據以限制跨性者申請變更性別之權利⁴⁴⁴。

本文亦贊同此一立場，進而認為我國憲法縱未如德國基本法第 6 條第 2 項前段之明文規定⁴⁴⁵，惟家庭倫理乃人類社會行之有年之制度，依司法院釋字第 552、554、620 號之意旨，家庭教育為受保障之制度，父母對子女有撫養教育之權利及義務，應無疑義。而教導子女學習「如何尊重多元性別」亦為父母教育子女權利所涵蓋。

⁴³⁹ 石原明，〈進展する医療技術とその法的論点—最近の動きから〉，《立命館法學》，2005 年 2・3 号，頁 750。

⁴⁴⁰ 東京高決，平 17（2005）年 5 月 17 日，家庭裁判月報 57 卷 10 号 99 頁。

⁴⁴¹ 最判三小，平 19（2007）年 10 月 19 日，家庭裁判月報 60 卷 3 号 36 頁。

⁴⁴² 日本性同一性障害者特例法第 3 條第 1 項第 3 款。

⁴⁴³ 日本民法第 4 條規定，年齡二十歲為成年。

⁴⁴⁴ 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 79。

⁴⁴⁵ 德國基本法第 6 條第 2 項：「撫養和教育子女是父母的自然權利，也是父母承擔的首要義務。國家機構對他們的行為予以監督。」

現國家要求有子女或子女未成年的跨性者無法變更法律性別，等同於是剝奪他們教育子女的機會，同時干預了跨性父母教育子女的權利。是以，本文認為對子女關係無特別要求之現行制度，係值得肯定的方向。

肆、申請年齡限制

我國現行法規範當中，並未有就欲申請變更法律性別之跨性者為年齡之限制。惟根據醫界慣習遵從之醫療常規，對於「性別重置手術」的受術者要求「年齡在 20 歲以上，40 歲以下」。倘若過於年輕或年長的跨性者，均無法在醫療機構獲得接受性別重置手術之機會。事實上亦因如此造成該當跨性者無從變更法律性別，和直接將年齡限制作為申請變更法律性別之要件無異。

探其規範目的，要求 20 歲以上似乎係因跨性別族群中之性別認同障礙當中有「兒童時期性別認同障礙⁴⁴⁶」，該病徵將隨著年齡增長而消失。由於性別重置手術具「不可逆」之特性，為避免幼童因短暫的變性慾望而致生不可回復的損害，因而限制年輕的跨性者接受手術。至於要求 40 歲以下者使得接受，應係考量性別重置手術所需大量的體力以及精神負荷，若受術者越年長則風險越高。

就此，國家固然得委由醫界自律亦或交由立法自由形成規範，然在德國、日本皆仍存有爭議。

一、外國實務之比較

1. 德國實務

根據德國之變性人法，跨性者得依法選擇「小解決方案（Kleine Lösung）」或「大解決方案（Große Lösung）」來變更姓名與性別屬性。依照 1980 年最初公布的變性人法規定，法律中雖未限制人民接受性別重置手術之年齡，卻明白限制未滿

⁴⁴⁶ 經美國精神醫學會定義於 DSM-IV-TR 手冊第 302.6 條。

25 歲之跨性者接受「小解決方案」及「大解決方案」。然而，無論哪個方案的年齡門檻，均為聯邦憲法法院宣告違憲。

(1) 年輕的變性人案 (Junge Transsexuelle)

於 1982 年 3 月 16 日作成的「年輕的變性人案」，案號 1BvL938/81⁴⁴⁷。該案聲請人於出生時被登記為男性，青春期之後即不再認同其原生性別，並於成年後接受變性醫療措施。惟因聲請人當年未滿 25 歲，雖欲適用「大解決方案」變更法律上之性別屬性，卻因不符合當時的變性人法之規定遭到拒絕，遂提起憲法訴願。

聯邦憲法法院認為當時之變性人法第 8 條第 1 項第 1 款對於年齡限制，使得年滿 25 歲之跨性者得獲得身分狀態的改變，但未滿 25 歲之跨性者縱使滿足其餘要件仍會被拒絕。此種差別待遇，抵觸德國基本法第 3 條第 1 項平等原則而違憲。

(2) 第二次變性人案 (Transsexuelle II)

1993 年 1 月 26 日作成「第二次變性人案」，案號 1 BvL 38, 40, 43/92⁴⁴⁸。本案係地區法院審理三個小解決方案申請時，認為變性人法之年齡限制可能違反平等權，因而提起憲法訴願之案件。

和前案相同，係以基本法第 3 條第 1 項的平等原則為論述主軸，本裁定將平等原則的操作形成了類似比例原則之審查基準；並認為，自規範對象之不同特徵，可以從一般平等原則推導出拘束立法者的不同標準，但當立法者要對不同族群給予差別待遇時，尤其是當差別待遇導致歧視少數時，必須以最嚴格標準予以審查；進而主張，應對當時之變性人法第 1 條第 1 項第 1 款所為之年齡限制進行嚴格的內容審查⁴⁴⁹。

⁴⁴⁷ BVerfGE 60, 123—Junge Transsexuelle，全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv060123.html>（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

⁴⁴⁸ BVerfGE 88, 87—Transsexuelle II，全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html>（最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日）。

⁴⁴⁹ 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 60。

於本文中特別指出，變更姓名的目的本是保護年輕人得在進行無法回復的變性手術前，有機會嘗試角色之轉換而避免誤診；然而小解決方案的年齡限制，在不可逆的性別重置手術以前，關閉了年輕人嘗試角色轉換以及確保診斷確實性的道路⁴⁵⁰。

2. 日本：立法限定 20 歲以上

日本之性別認同障礙特例法更於第 3 條第 1 項第 1 款規定明白表示，要求申請者必須「二十歲以上」，使得接受家事法院對法律性別變更之裁判。東京高等裁判所於 2005 年 5 月 17 日作出裁定亦認為，本項要件係因性別乃與人格關聯重大之事項，且其變更作為不可逆，故賦予年齡的要求使本人慎重的考慮⁴⁵¹。

二、本文見解

本文認為，基於「變性」之不可逆性，保護年輕人過度輕率地決定接受性別重置手術而斷絕其生殖能力，不可謂無理由。然而，「變性」之不可逆性乃是繫於身體性別特徵的手術，特別是切除性器官等等。若如日本性別認同障礙特例法對於申請變更法律性別之性別，卻未就接受性別重置手術之年齡為規定，無疑與前述立法目的之達成欠缺正當連結關係，更可能致使未足齡的年輕跨性者在接受手術後卻要忍受外在身體特徵與法律性別迥異的苦痛。

再者有認為，假如我們認為性別認同是每個人對自我的一種認識，如何得以強制認定此種認識須至成年始獲得尊重？若以性傾向相較，若僅承認成年的同性戀者，無疑是對青少年同性戀者的一種漠視與壓制⁴⁵²。

因此，承接前文「性別重置手術不應作為法律性別變更之要件」的見解。本文

⁴⁵⁰ 嶋崎健太郎，〈性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等権性轉換者決定〉，《ドイツの憲法判例 II》，信山社，2006 年，頁 69。

⁴⁵¹ 東京高決，平 17（2005）年 5 月 17 日，家庭裁判月報 57 卷 10 号 99 頁。

⁴⁵² 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 78-79。

主張「接受手術」與「法律性別變更」兩者應分別思考，蓋前者係跨性者對自己身體的自主決定，屬性別自主決定權「自主決定」的面向；後者係跨性者對他人如何看待自己的自主決定，屬性別自主決定權「自我表現」的面向。

縱使認為基於手術的不可逆性，而要求年輕的跨性者審慎思考應否接受手術，立法者亦應將矛頭指向前階段的性別重置手術，在邏輯上仍不宜在法律性別變更階段限制申請人之年齡。因此，日本現行的規範方式難謂妥適。

伍、國籍

我國之法律性別係以根據「戶籍法」所為戶籍登記中之性別登記為主。根據戶籍法第 1 條規定：「中華民國人民戶籍之登記，依本法之規定。」似乎係以我國人民作為規範對象，惟同法第 15 條：「在國內未曾設有戶籍，且有下列情形之一者，應為初設戶籍登記...二、外國人或無國籍人歸化或回復國籍後，經核准定居。」據此，經核准定居之外國人，仍須為設籍登記，戶籍法之規範範圍並不以本國人民為限。「性別」作為戶籍登記事項之一，在我國長期定居之外國人，倘若有跨性別需求，應如何處理？

目前條文或行政實務並未就此問題作出回應，亦未產生具體的爭議案例。初步的判斷是，長期居留我國之外國籍跨性者陷於性別認同苦痛之情形與我國之跨性者無異，同樣也會訴求變更法律性別（在我國主要係法律上性別屬性之變更）。就「性別自主決定權」之保障觀點而言，本國人和外國人應該受到相同保護。

然而，法律上性別屬性，多半由國家主權形成，而立法者多半尊重外國法律秩序。在主權尊重與人權保障之間應該如何衡量，成為此處之關鍵。本文觀察到德國聯邦憲法法院曾於對外國人申請變更性別屬性的相關爭議作出裁定，頗具參考價值。由於我國及日本之學說與實務均未就此一問題深入探討，因此以下重心將置於前述德國聯邦憲法法院裁定之分析。

一、外國實務之比較

德國聯邦憲法法院於 2006 年 7 月 18 日作出之裁定，宣告當時的變性人法禁止在德國合法且不僅是暫時居留於德國之「外國籍跨性者」變更法律性別之規定違憲⁴⁵³。

其主要理由為：原變性人法規定，要求在德國境內合法且非暫時性居留之外國籍跨性者毫無例外地適用其所屬國家的法律。將排除其母國未允許變更法律性別之外國人適用「小解決方案」與「大解決方案」，完全禁絕其任何變更姓名或法律上性別屬性之可能性，已嚴重侵害基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項之人格保護。

而對於在德國境內合法且非暫時性居留之外國人，當其本國未規定有任何在法律上承認其所感受之性別之類似機會時即給予不同的處置待遇，如此作法不存在任何正當化理由，因此侵害基本法第 3 條第 1 項連結人格權保護之一般平等原則，而屬違憲⁴⁵⁴。

本裁定迫使聯邦議會於 2007 年 7 月 20 日修正變性人法第 1 條第 1 項第 3 款，並新增第 4 目規定，使得擁有無限期居留權或取得可延長居留許可並經常性停留在德國境內的外國人，有機會更改姓名及性別屬性⁴⁵⁵。

二、本文見解

回顧我國實務與學說，對於跨性別與國際法的關係似乎未有任何發展，本文亦無法於此逕作結論。惟初步的理解是，固然「法律性別」的形成係基於國家公權力，在國際法上亦多尊重各國主權，然而對於長期居留我國、且具有跨性別需求之外國

⁴⁵³ BVerfGE 116, 243 - Transsexuelle IV, 全文登載於 <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv116243.html> (最後瀏覽日期：2012 年 6 月 30 日) 譯文可參照張永明譯，〈「外國人變性」裁定〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十三）》，司法院出版，頁 295-313。

⁴⁵⁴ 張永明譯，〈「外國人變性」裁定〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十三）》，司法院出版，頁 310-312。

⁴⁵⁵ 林貴美，〈國際私法的觀點からみた性同一性障害者の性別の問題〉，《同志社法學》，60 卷 7 号，2009 年 2 月，頁 4178-4179。

人，因性別認同差異所導致之苦痛與本國人民相同。而性別自主決定權係根據一般人格權與人性尊嚴所抽繹而出，對於人性尊嚴與人格發展之保障非屬國民權或公民權，而是應不分國籍的。因此，未來跨性別法制的建構中，德國法修法之方向頗值得我國參考。



第三節 結語

壹、我國現制之檢討

我國現制下，就法律性別變更係以主管機關所公布之職權命令為依據要求必須符合「性別認同障礙確診」、「接受性別重置手術」與「申請時無婚姻」等三要件。相對而言，對於接受性別重置手術之程序與組織，我國完全委由醫界自律。透過其長年發展出之醫療常規，在「父母家人的同意」、「受術年齡」、「智力檢定」以及「接受真實生活體驗」等部分要求跨性者配合。本文綜合前文所開展之性別自主決定權之內涵、保護領域、國家對其應有之保障態樣，以及德日比較法的介紹，提出下列數點檢討與改進之方向：

1. **以職權命令規範法律性別變更違反法律保留**：現行之制度對於欲變更法律性別之跨性者要求各種要件，已直接干預人民性別自主決定權，非屬允許以職權命令規範之範圍。依照法治國原則之精神，立法者應盡速制定跨性別專法以符合法律保留之要求。
2. **由行政權認定法律性別變更欠缺妥適性**：比較德、日立法經驗可得知，跨性者申請變更法律性別須透過法院以裁判審酌。司法權之中立性較行政權為高，程序亦較為慎重。在衡諸法律性別變更後會造成身分關係（夫妻、子女）及社會生活之重大影響，且避免有心人士利用性別變更制度規避社會義務（如：兵役），由法院以裁判形式為之似較為妥適。
3. **對醫療規範態度過於消極**：依性別自主決定權之「保護義務功能」，國家有提供人民一個「合法變性環境」的義務。未避免因資訊不對等致受術者遭受不利益，國家有義務提供一個明確、合法、且有效的環境，以供跨性者重新打造自己的身體。
4. **拒絕社會保險給付，未貫徹保護義務功能**：根據性別自主決定權之「保護義務

功能」，國家除了有義務賦予人民一個環境以供合法的接受變性診療的之外，更有積極提供人民接受變性醫療措施的義務，就其制度設計與給付程度，須達到人性尊嚴最低限度的保障。然而，自全民健康保險法第 51 條觀察，已明文將「性別重置手術」排除於社會保險給付的範圍，難謂現制已善盡對跨性者人性尊嚴最低限度的保障。

5. **變更法律性別要件部分欠缺問題意識：**性別變更往往涉及其他價值選擇，將連帶影響家庭、社會，而不僅僅是跨性者個人的選擇。如何在跨性者的「自主決定」與其他價值間取得平衡，立法者應有斟酌之義務，否則將可能在個案的基本權衝突中違反國家之保護義務。
6. **男女二分之外的第三種選項：**倘若跨性者內心所認同之性別為男女以外的第三種性別、甚至是無性別的選項，現行制度下的選擇顯然無法充分讓跨性者貫徹對性別的自主決定。僅能企盼立法者在衡量維持現制的公益與跨性者受剝奪之人格發展自由等私益後，能衡平彼此間的利益衝突，作出最完善的選擇。

貳、國家規制法律性別變更之展望

比較德、日兩國在建構法律性別變更法制的歷程中曾出現的爭議性案件後，在爬梳重要實務見解與學說爭議後，就「法律性別變更爭議性要件」之妥適性，歸納出本文見解如下：

1. **性別重置手術不應作為法律性別變更之要件：**依照我國維持變性前子女關係的立場，以「跨性者於變更法律性別後，倘仍具備生殖能力而可能產生身分上的混亂」作為要求接受性別重置手術之理由並不充分。根據性別多樣性的發展，法律性別本即應考慮生理層面之外的各種性別表現。因此，本文原則上傾向英國性別認同法的立場，亦即僅須滿足「性別認同心理狀態之診斷」與「真實生活體驗」要件，即可確認一個人是否有變更法律性別的資格。縱使無法採英國性別認同法之立法方式，本文認為至少應在申請變更法律性別之要件中開放例外規定，俾使因「健康」或「年齡」因素而先天無法接受性別重置手術的跨性

者，仍得行使其性別自主決定權以打造自己所認同的身體。

2. **申請時無婚姻狀態不應作為法律性別變更之要件：**將「無婚姻關係存續」認定為變更法律性別之要件，已婚之跨性者將被迫離婚始得行使其性別自主決定權，此一規定同時干預申請者以及申請者之配偶的「婚姻自由」。縱使未來有法律依據而不致違反法律保留，惟仍將迫使已婚跨性者陷入「離婚」與「性別認同苦痛」的兩難當中。
3. **申請時之子女關係不應作為法律性別變更之要件：**教導子女學習「尊重多元性別」亦為父母教育子女權利所涵蓋。現國家要求有子女或子女未成年的跨性者無法變更法律性別，等同於是剝奪他們教育子女的機會，同時干預了跨性父母教育子女的權利。故現行制度，係值得肯定的方向。
4. **申請時不應有年齡限制：**縱使認為基於手術的不可逆性，而要求年輕的跨性者審慎思考應否接受手術，立法者亦應將矛頭指向前階段的性別重置手術，在邏輯上仍不宜在法律性別變更階段限制申請人之年齡。
5. **應思考長期居留我國的外國人之跨性別問題：**目前條文或行政實務並未就此問題作出回應，亦未產生具體的爭議案例。長期居留我國之外國籍跨性者陷於性別認同苦痛之情形與我國之跨性者無異，同樣也會訴求變更法律性別。就「性別自主決定權」之保障觀點而言，本國人和外國人應該受到相同保護。



第六章 結論

根據社區流行病學研究，變性慾症之盛行率在大都會、鎮與鄉居民中分別是 0.06%、0.20%與 0.03%，以 2006 年之研究報告，我國變性慾症之盛行率在於每 10 萬人中有 30-200 人⁴⁵⁶。依此估算，我國至少有 6900 到 46000 位有跨性別需求之人。然而在這些統計數字的背後，潛藏的是一個又一個的血淚故事。跨性別議題長期遭忽視的結果，許多家庭均刻意以隱藏、忽略的方式來處理性別認同問題，實際有跨性別需求者的潛在黑數恐怕較醫學估算為高。

性別認同對大多數的人而言並不會構成問題，然而，評估一個國家的法治觀念與人權保障發展，不應只是以「多數人」所關注的人權來判斷，甚至，吾人應更極端地以與「少數人」息息相關的權利來檢驗，評斷是否落實。因此，建立避免跨性者遭社會歧視性對待之法制，則須全面觀察、全面檢討，以便對症下藥，不應只是「頭痛醫頭、腳痛醫腳」。

對於跨性別族群飽受歧視的困境，本文自憲法角度，特別是藉由基本權利功能體系的觀點，將焦點置於「跨性別族群有無打造新性別的權利」的階段上，而暫時不論獲得新性別後如何調和家庭、社會以及國家的後階段問題。探析研究結果歸納整理如下：

壹、性別自主決定權為我國憲法第 22 條所保障

1. 首先，必須解構「法律性別」（透過國家權力作成，並以各種形式在具有證明功能之法律文件上標明之性別註記，包含明示性別、照片、編號、甚至姓名均屬之）與一般社會生活所習稱之「性別」兩者關係為何？國家為了掌握人民的人格樣貌而設計出的「法律性別」制度，在過去受到性別天成與性別二元的刻

⁴⁵⁶ 張書森、胡海國、葉英堃，〈心性功能障礙症與變性症之社區流行病學〉，《當代醫學》，33 卷 12 期，2006 年 12 月，頁 994。

板印象所鉗制，因此僅參考生理層面的性別表現描繪出非男即女的兩個選項。於出生時即由醫師或父母所決定，當事人本身並無從置喙。

2. 然而隨著近來性別多樣化的發展，本文觀察到性別的表現不再侷限於生理層面，而是同時表現在心理、生理以及社會文化層面上。進而，透過醫療觀點對「跨性別」的認識，跨性別族群的訴求是著重於「變更自身性別表現」以及「要求他人認同其所屬性別」。
3. 對於此一訴求，在初步檢驗如內在精神自由、身體權...等可能相關的權利後，發現各該基本權均無法徹底包含一個人在心理、生理及社會文化層面上的性別選擇，最終發現訴求係指向「一般人格權」。爬梳比較法及我國實務對一般人格權的發展後，發現其內涵保障了「一個人是如何看待自己」以及「希望他人如何看待自己」。本文主張，得將對於「性別自主決定」的內涵抽繹而出，獨立為一個「個別人格權」，並為我國憲法第 22 條所保障。

貳、性別自主決定權之保護領域

本文藉由德國通說對於「一般人格權」的認識，在爬梳了德國、日本及歐洲人權法院的跨性別相關實務及學說後，區分該權利構成要件之「事物要素」及「人的要素」提出了以下觀點：

1. **事物要素**：本權利係自憲法第 22 條概括條款推導出，惟「不妨害社會秩序公共利益」不應成為性別自主決定權之內在界限。且權利之內涵非僅保障人民有權利選擇法律性別，故非「須受法規範形成之基本權利」。詳探其權利圖像有：
 - (1) **自主決定**：除了在心理層面對於自身性別認同之發現與認識，並包含變更自己的身體或外觀打扮使和自己所認同的性別相契合之權利。
 - (2) **自我保護**：「性別」作為人格的私密領域形成要素，每個人得自行決定是否揭露、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露自身性別之權利。惟此一面向將與資訊隱私權重疊，併予敘明。
 - (3) **自我表現**：對於與他人或社會外界建立起連繫之關係中，個人得主張以自

己所認同的性別稱呼及對待自己，而不被他人擅自的決定性別。

2. **人的要素**：性別自主決定的根源，乃是對於自身人格的自主決定。無論性別認同與生理性別有無差異，人人都享有並得行使性別自主決定權。

參、國家對於性別自主決定權之保障態樣

本文嘗試以「基本權之功能體系」思考國家對於性別自主決定權應有之保護方式，觀察到為保障性別自主決定權，國家在「消極」與「積極」兩個面向負有義務：

1. 消極面向：

- (1) 憲法第 22 條保障之性別自主決定權縱為非列舉權，仍應有憲法第 23 條之「法律保留」、「比例原則」及「公益目的限制」之適用。
- (2) 在比例原則的操作部份，本文觀察到德國學界與實務藉由「領域理論」的操作，認為司法者在判斷跨性別相關之個案時，性別認同議題位於最重要的隱私領域（Intimsphäre），對於國家具體的干預行為或措施，必須更為嚴格地適用比例原則的各個子原則。

2. 積極面向：

- (1) 賦予人民重新選擇法律性別之制度：若國家不提供重新選擇之程序或組織，法律性別之變更將無從實現（具組織與程序依賴傾向），根據「程序保障功能」，國家有義務建立制度供人民變更法律性別及相關民事法地位。
- (2) 賦予人民重新選擇生理性別之制度：基於性別自主決定權之「保護義務功能」，國家有義務提供人民一個「合法」接受變性醫療措施的環境，俾使生理性別變更之程序、要件、適格得以明確。此外，對於跨性別族群進行生理性別變更，有義務提供適當的「社會扶助」俾使順利接受手術。

肆、我國法律性別變更制度之檢討及展望

本文綜合前文所開展之性別自主決定權之內涵、保護領域、國家對其應有之保

障態樣，以及德日比較法的介紹，提出下列數點檢討與改進之方向：

1. 我國法律性別變更制度之檢討：
 - (1) 以職權命令規範法律性別變更違反法律保留。
 - (2) 由行政權認定法律性別變更欠缺妥適性。
 - (3) 對醫療規範態度過於消極。
 - (4) 拒絕社會保險給付，未貫徹保護義務功能。
 - (5) 變更法律性別要件部分欠缺問題意識。
 - (6) 男女二分之外的第三種選項？
2. 爭議性要件之研究：
 - (1) 性別重置手術不應作為法律性別變更之要件。
 - (2) 申請時無婚姻狀態不應作為法律性別變更之要件。
 - (3) 申請時之子女關係不應作為法律性別變更之要件。
 - (4) 申請時不應有年齡限制。
 - (5) 應思考長期居留我國的外國人之跨性別問題。

本文觀察到，日本於 2003 年通過「性別認同障礙特例法」以來，透過公開、明確的程序，除了使跨性別族群對於制度有可預見性之外，亦使社會對於性別認同障礙有更深層的理解。衡諸法律性別的揭露本身對於人民之性別自主決定權係一種干預，本文呼籲相關政府單位應盡速商議制定跨性別之專法，並建議將法律性別變更之最終判定交由司法權行使，以平衡公正、慎重及避免制度遭濫用之要求。

最後要強調的是，「法律性別變更」絕對不僅是戶籍登記變更或身分證性別欄的轉換，亦非僅是戶政相關單位的工作。倘若國家對於「跨性別」之議題等閒視之，那麼終究無法弭平社會長期以來對於跨性別族群之歧視。故「法律性別變更」僅是一個開頭，仍需要搭配隱私權、工作權保護、社會安全救助等配套措施，並仰賴每一個人以正確的態度對待跨性別族群。否則，即使跨性者「秀」出自己新的性別證明，仍無法以新性別生活下去。

參考文獻

《中文期刊文獻與專書論文》

1. Klaus Stern 著，蔡宗珍譯，〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉，《月旦法學雜誌》，第 175 期，2009 年 12 月，頁 46-59。
2. 王玉葉，〈歐洲人權法院審理原則—國家裁量餘地原則〉，《歐美研究》，37 卷 3 期，2007 年 9 月，頁 485-551。
3. 王茂山，〈變性手術之發展〉，《臨床醫學》，第 56 期，2005 年 2 月，頁 81-87。
4. 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(一)：人格權、人性尊嚴與私法上的保護〉，《台灣本土法學雜誌》，80 期，2006 年 3 月，頁 105-120。
5. 王澤鑑，〈人格權保護的課題與展望(二)：憲法上人格權與私法上人格權〉，《台灣本土法學雜誌》，81 期，2006 年 4 月，頁 89-108。
6. 何春蕤，〈性／別壓迫—跨性別主體在台灣〉，《跨性別》，中央大學性／別研究室，2007 年 7 月，頁 73-122。
7. 何春蕤，〈認同的「體」現—打造跨性別〉，《跨性別》，中央大學性／別研究室，2007 年 7 月，頁 1-48。
8. 吳信華，〈論憲法上「婚姻」與「家庭」之保障〉，《變遷中的警察法與公法學—皮特涅教授七十祝壽論文集》，2008 年 8 月，頁 464-486。
9. 吳煜宗，〈制度性保障〉，《月旦法學教室》，第 10 期，2003 年 8 月，頁 36-39。
10. 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐(一)》，二版，2003 年 2 月，頁 51-100。
11. 李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《憲法理論與實務(二)》，二版，2007 年 08 月 01 日，頁 59-125。
12. 李建良，〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月旦法學教室》，第 100 期，2011 年 2 月，頁 38-50。
13. 李震山，〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，《人性尊嚴與人權保障》，2009 年 2 月，3 版 1 刷，頁 133-166。
14. 周志宏，〈內在精神自由〉，《月旦法學雜誌》，47 期，1994 年 4 月，頁 125-132。
15. 林明昕，〈健康權—以「國家之保護義務」為中心〉，《法學講座》，第 32 期，2005 年，頁 26-36。
16. 洪蘭，〈性別認同大腦幫妳決定〉，《學前教育》，第 28 期，2005 年 4 月，頁 6-7。
17. 徐志雲，〈從醫學觀點看跨性別權益〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 37-46。
18. 翁曉玲，〈新聞報導自由與人格權保障—從我國與德國釋憲機關對新聞報導自由解釋之立場談起〉，《當代公法新論(上)翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，元照出版，初版，2002 年 7 月，頁 85-114。

19. 張永明，〈德國變性人之法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 53-68。
20. 張永明譯，〈「外國人變性」裁定〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十三）》，司法院出版，2011 年 5 月，頁 295-313。
21. 張帆，〈性別自主決定權探析〉，《雲南大學學報法學版》，第 22 卷第 6 期，2009 年 11 月，頁 45-50。
22. 張宏誠，〈法律的眼中，「我是誰？」—性別認同障礙與變更性別登記立法芻議〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 57-86。
23. 張書森、胡海國、葉英堃，〈心性功能障礙症與變性症之社區流行病學〉，《當代醫學》，33 期，2006 年 12 月，頁 993-1005。
24. 張嘉尹，〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，2010 年 10 月，頁 17-38。
25. 許志雄，〈制度性保障〉，《月旦法學雜誌》，第 8 期，1995 年 12 月，頁 40-49。
26. 許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，2002 年 12 月，頁 72-80。
27. 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《憲法與法治國行政》，元照出版，2 版 1 刷，2007 年 1 月，頁 183-206。
28. 許宗力，〈基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，第 14 期，2003 年 12 月，頁 50-60。
29. 許宗力，〈基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，第 11 期，2003 年 9 月，頁 64-75。
30. 陳仲嶙，〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，第 14 期，2009 年 9 月，頁 113-131。
31. 陳宜倩，〈從性別自主決定權談跨性別族群人權〉，《全國律師》，14 卷 5 期，2010 年 5 月，頁 47-56。
32. 陳亮宇，〈性徵不明寶寶及其內分泌代謝異常的潛在危機〉，《義大醫訊》，第 22 期，2007 年 9 月，頁 14-18。
33. 陳春生，〈司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討〉，《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，2000 年，頁 273-324。
34. 陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，《憲法基本權利之基本理論（上）》，元照出版，5 版，2002 年 7 月，頁 182-285。
35. 廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，第 2 期，2008 年 3 月，頁 211-274。
36. 廖福特，〈歐洲整合之人權因素〉，《台灣國際法季刊》，1 卷 1 期，2004 年 1 月，頁 8-51。
37. 劉仲冬，〈陰陽殊性、男女異行：性別差異的生物論述〉，《性屬關係（上）：性別與社會、建構》，心理出版社，2002 年 3 月初版三刷，頁 27-56。
38. 劉建宏，〈吸菸者與非吸菸者之人權保障：「吸菸自由」？—兼論「健康權」之內涵〉，《台灣本土法學雜誌》，第 94 期，2007 年 5 月，頁 59-67。

39. 蔡文婷,〈雌雄難「變」—性別認同障礙的崎嶇路〉,《光華》,第 27 期,2002 年 11 月,頁 62-72。
40. 蔡秀男,〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉,《台灣法學雜誌》,第 118 期,2008 年 12 月 15 日,頁 69-91。
41. 蔡宗珍,〈公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心〉,《政大法學評論》,62 期,1999 年 12 月,頁 75-103。
42. 蔡宗珍譯,〈無徒刑受刑人及其妻子請求進行人工生殖案〉,《歐洲人權法院裁判選譯(二)》,司法院,2010 年 11 月,頁 767-791。
43. 蕭文生譯,〈關於職業自由(工作權)之判決〉,《西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)》,司法院,1990 年 10 月,頁 128-182。
44. 謝榮堂、周佳肴,〈論國家保護義務〉,《軍法專刊》,第 55 期第 3 卷,2009 年 6 月,頁 45-71。
45. 蘇宏杰,〈憲法第二十二條規定之解釋與適用〉,《萬國法律》,157 期,2008 年 2 月,頁 72-82。

《中文學位論文及專書》

1. June M. Reinisch 等著,王瑞琪等譯,《金賽性學報告:身心發展篇》,張老師出版社,初版六刷,1993 年 3 月。
2. Vanessa Baird 著,江明親譯,《性別多樣化:彩繪性別光譜》,書林出版有限公司,2003 年 01 月 25 日。
3. 王利明,《人格權法研究》,中國人民大學出版社,初版 1 刷,2005 年 7 月。
4. 李惠宗,《憲法要義》,元照出版,五版一刷,2009 年。
5. 李震山,《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》,元照出版,2 版 1 刷,2007 年 9 月。
6. 林佳緣,《跨性別媒體再現與主體解讀之分析研究》,世新大學性別研究所碩士論文,2006 年。
7. 林宛怡,《以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心》,國立政治大學法律學研究所碩士論文,2009 年 12 月。
8. 陳敏,《行政法總論》,自版,五版,2007 年。
9. 陳新民,《憲法學釋論》三民出版,五版,2005 年。
10. 陳祺炎、黃宗樂、郭振恭合著,《民法親屬新論》,台北:三民,修訂 7 版,2008 年。
11. 溫菀婷,《論憲法第二十二條之解釋與適用—兼論其對新興基本權之適用》,國立中正大學法律學研究所碩士論文,2010 年 3 月。
12. 劉道捷,《變男變女變變變——深入探究台灣的變性現象》,國立臺灣大學新聞學系碩士論文,1992 年。
13. 蕭允強,《制度性保障之研究—理論的回顧與展望》,私立輔仁大學法律學研究所碩士論文,2001 年。

《中文學術研討會論文》

1. 陳彥君，〈上帝錯置的靈魂—以歐洲人權法院之變性人判決為探討中心〉，發表於台灣大學法律學院公法研究論壇（四），2009年4月28日。
2. 廖福特，〈為何國家為反保障私人生活之積極義務—歐洲人權法院2010年相關判決之檢視〉，發表於臺灣大學法律學院第四屆歐洲人權裁判研討會，2011年6月10日。

《日文專書》

1. *Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 15., Aufl. 1999* 永田秀樹等譯，《現代ドイツ基本権》，法律文化社，2003年5月，初版二刷。
2. 五十嵐清《人格権法概説》，有斐閣，2003年12月。
3. 佐倉智美，《性同一性障害の社会学》，東京都：現代書館，2006年。
4. 小山剛等合著《憲法のレシピ》，尙學社，2007年。
5. 松本和彦，《基本権保障の憲法理論》，大阪大學出版会，初版1刷，2001年2月。
6. 西原博史，《良心の自由〔増補版〕》，成文堂，2001年。
7. 大島俊之，《性同一性障害と法》，東京都：日本評論社，2002年。
8. 野宮亜紀等合著，《性同一性障害って何？：一人一人の性のありようを大切にするために》，東京都：緑風，2008年。

《日文期刊文獻與專書論文》

1. 鵜澤瑞穂，〈性同一性障害者と性別適合手術—性同一性障害者性別取扱特例法の要件の観点から〉，《桃山学院大学学生論集》，25卷，2010年3月，頁5-24。
2. 建石真公子，《性轉換後の戸籍の性別記載変更と婚姻—クリスティーヌ・グッドウィン判決〉，〈ヨーロッパ人權裁判所の判例〉，信山社，2008年9月，頁305-312。
3. 江原由美子〈ジェンダーとは〉，《ジェンダーの社会学入門》，岩波書局出版，2008年4月，頁1-8。
4. 山田昌弘，〈性別とは—「性」の多様性〉，《ジェンダーの社会学入門》，岩波書局出版，2008年4月，頁9-19。
5. 松村比奈子，〈戸籍の性別変更と人権—自己決定権の法理の展開〉，《駒澤大学研究所年報》，2001年3月，19号，頁55-91。
6. 上村都，〈ドイツにおける人格権の基本構造〉，《岩手大学文化論叢》，第7・8輯，2009年3月，頁93-105。
7. 石原明，〈進展する医療技術とその法的論点—最近の動きから〉，《立命館法學》，2005年2・3号，頁739-761。

8. 大島俊之，〈性同一性障害者性別特例法の無子要件を合憲とした事例〉，《民商法雑誌》，134 卷 3 号，2006 年 6 月，頁 503-508。
9. 棚村政行，〈性同一性障害をめぐる法的状況と課題〉，《ジュリスト》，1364 号，2008 年 10 月 1 日，頁 2-8。
10. 渡邊泰彦，〈憲法と婚姻保護—性同一性障害者の性別変更要件をもとに〉，《同志社法學》，60 卷 7 号，2009 年 2 月，頁 3351-3394。
11. 嶋崎健太郎，〈個人の尊重—性同一性障害者問題〉，《法学セミナ-》，593 号，2004 年 5 月，頁 10-12。
12. 嶋崎健太郎，〈性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等権性轉換者決定〉，《ドイツの憲法判例 II》，信山社，2006 年，頁 67-73。
13. 東海林保，〈いわゆる性同一性障害と名の変更事件—戸籍訂正事件について〉，《家庭裁判月報》，52 卷 7 号，2000 年，頁 1-76。
14. 二宮周平，〈戸籍の性別記載の訂正は可能か—個人の尊厳と自己決定〉，《戸籍時報》，561 号，2003 年，頁 23-37。
15. 林貴美，〈国際私法的観点からみた性同一性障害者の性別の問題〉，《同志社法學》，60 卷 7 号，2009 年 2 月，頁 4165-4193。
16. 國分典子，〈性同一性障害と憲法〉，《愛知県立大学文学部論集》，日本文化学科編，52 号，2004 年 3 月，頁 1-17。

《新聞及網路資料》

聯合報，〈我國醫學史上的創舉 謝尖順變性手術成功〉，1955 年 8 月 31 日，第一版。

聯合報，〈國內第一起 變性人「鍾玲」獲准收養男嬰〉，2001 年 10 月 20 日，8 版。

聯合報，〈本土變性族群 聲援蔡雅婷〉，2002 年 7 月 14 日，8 版。

聯合報，〈她 臥軌自殺 相驗竟是「他」〉，2003 年 12 月 12 日，B4 版。

聯合報，〈變性後更不快樂 奪走弟弟性命〉，2003 年 5 月 8 日，B4 版。

聯合報，〈變性老師在校園 該男該女？〉，2007 年 1 月 19 日，A8 版。

聯合報，〈有裝小弟弟才算真男人？變性人恐慌〉，2008 年 9 月 24 日，A6 版。

聯合報，〈遭馬偕解雇 跨性人爭工作權〉，2011 年 1 月 10 日，B2 版。

蔡秀男，〈台灣嚴重歧視變性人〉，蘋果日報，

http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32568487/IssueID/20100607

新華網，〈泰國立法規定變性最低年齡〉，2009 年 9 月 13 日，網址：

http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/world/2009-09/13/content_12043074.htm

國際陰陽人組織中文官方網站：<http://sites.google.com/site/oiichinese>

DSM-V 推動小組網站：<http://www.dsm5.org/Pages/Default.aspx>

蘋果日報，〈男變性又反悔 竟成「中性人」〉，

http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32364278/IssueID/20100316