

憲法法庭 112 年憲裁字第 4 號裁定

協同意見書

詹森林大法官提出

112 年 2 月 10 日

壹、緣由

聲請人為臺北高等行政法院第二庭法官，為審理該院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認其所應適用之法令有違憲疑義，向司法院聲請解釋。

原因案件事實略為：原告乃具男性外部性別特徵，且於我國戶籍出生登記為男性，惟自 106 年起，陸續經精神科醫師診斷性別不安，並於 108 年間，本於其美國護照，依美國外交事務手冊（Foreign Affairs Manual, FAM）有關國外出生者護照變更性別之相關規定，持相關證明資料，向美國聯邦政府申請變更護照登記為女性，而經准許。

嗣於 109 年 11 月 20 日，原因案件原告檢附醫院診斷證明書及其美國護照等件，向原因案件被告臺北市中正區戶政事務所申請變更戶籍性別登記為女性¹。

原因案件被告依內政部所訂定 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令（下稱系爭令）：「有關戶政機關受理性別變更登記之認定要件，重新規定如下，自即日生效：一、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。二、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

¹ 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書貳部分。

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」之意旨，認原因案件原告未檢附合格醫療機構開具已摘除男性性器官之手術完成診斷書，不符戶政機關受理性別變更登記要件，故以 109 年 11 月 24 日北市正戶登字第 1096008936 號函否准原告之申請。原因案件原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂向臺北高等行政法院提起行政訴訟²，經分案由聲請人審理。

聲請人因而認所應適用之戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條出生登記規定及第 21 條、第 46 條變更登記規定（下併稱系爭規定），就有關性別認定事項完全未為規定，主管機關內政部為解決立法不作為之現象，以系爭令要求應檢附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（女）性性器官之手術完成診斷書，始能辦理性別變更，有牴觸憲法之疑義，依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋向司法院聲請解釋憲法³。

貳、不受理決議

本件聲請經憲法法庭 112 年 2 月 10 日憲裁字第 4 號裁定認「就系爭規定部分，聲請人尚難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之論證或具體理由；就系爭令部分，司法院釋字第 216 號解釋釋示：『法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束……』聲請人既自承，

² 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書貳部分。

³ 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書前言部分。

系爭令係屬主管機關所訂定之行政命令，且認其有違憲情形（聲請書第 3 頁及第 18 頁參照），自可不予引用，尚無聲請解釋憲法之餘地」為由，認本件聲請與前揭司法院解釋所定之聲請解釋要件不合，不予受理。

參、本席意見

本件裁定關於系爭規定部分，本席敬表同意。至於系爭令部分，鑑於法官之聲請程序要件，本席僅得勉予同意亦不受理之結論，惟對系爭令之合憲與否，確存有高度質疑，爰提出本協同意見。

誠如德國聯邦憲法法院於其與性別變更相關之多號裁判中所言：個人之性別係可改變，法律上決定個人性別之歸屬，最初雖以出生時外部之生理性別特徵而斷，惟該特徵並非唯一之判斷準據，個人心理認知及持續自我性別認同，亦為重大決定因素⁴。當個人本於內在自我之理解與認識，展現於外之性別傾向，與法律上之歸屬不一致時，即須顧及當事人基於人性尊嚴連結人格權保護之性別自主決定（sexuelle Selbstbestimmung）之權利，使其心理認知之性別與出生時法律登記之性別歸屬得具一致性；從而個人依據自我認同之性別生活，方不至於因與法律上彰顯之性別產生衝突，致其私密領域無保留地暴露在公眾下⁵。又，因該性別自主權係屬基本法第 1 條第 1 項人性尊嚴結合第 2 條第 1 項人格自由發展基本權所保障之重要領域，國家如干預該領域，須有特別重

⁴ BVerfGE 115, 1 <15>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 - BvL 10/05 - Rn. 38.

⁵ BVerfGE 116, 243 <264>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn. 56.

要之公益，始得為之⁶。德國聯邦憲法法院前開見解，對我國審理性別變更案例，甚具參考價值。

依系爭令之要求，在臺灣，如欲變更個人出生時之性別登記，僅有透過接受侵入性之性別重置手術一途，始能達成。然，縱不論前述手術所需花費之金額極高，並均須自付，不得由健保給付；且性別重置手術對於人民身體完整性所造成之永久侵害，及手術之風險與副作用，對健康帶來之危害，眾所周知。何況，隨著性別轉換相關專業知識之進步，性別轉換者即使未進行侵入性之性別重置手術，亦能證明其有穩定且不可逆轉地以自我認同之性別長久生活之可能⁷。是本席認為以如此嚴苛之門檻，作為人民變更性別登記之必要條件，殊難通過比例原則之檢驗⁸，實有侵害人民性別自主權、甚至人性尊嚴之虞⁹。

進一步言，因歐洲人權法院之裁判及相關專業知識之強

⁶參見 BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 - BvL 10/05 - Rn. 37.此項審查標準，相當於我國所指之嚴格審查標準。

⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.68.

⁸ 就系爭令何以違憲，臺北高等行政法院第七庭於審理與本案類似之變性案件時，有精彩之論述，詳參臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決事實及理由五、(二)部分。

⁹ 德國聯邦憲法法院亦曾明白表示，絕對且無例外地要求，以進行侵入性之性別重置手術達成無生育能力為要件，證明個人得依其認同之性別，穩定且不可逆轉地持續長久生活，乃屬過苛之要求。相關論述，詳參 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.68.

化，近年國際趨勢之發展，如法國¹⁰、英國¹¹、西班牙¹²、奧地利¹³及德國¹⁴等就其有關人民變更性別之要件，多已揚棄以侵

¹⁰ 法國最高法院 (the Court of Cassation) 於 1992 年針對變更出生證明上之性別建立五大要件，包括(1)必須有性別認同不安、(2)必須基於治療目的，進行精神和外科方面的治療、(3)已去除生理性別的性特徵、(4)擁有欲變更性別之外觀、(5)以欲變更性別之身分為社交生活。2012 年法國最高法院第一民事庭判決進一步闡述，欲變更其法定性別之申請人，必須證明確實遭受性別認同之不安，以及外觀改變已為不可逆之要件。歐洲人權法院 A.P., Garçon and Nicot v. France.之指標性案件，涉及 3 名法國籍之跨性別者，出生時具有生理男性之性徵，然而其性別認同為女性，請求變更性別及姓名，但因皆未滿足變更法定性別之要件，而遭到法國憲法法院拒絕，遂向歐洲人權法院提起訴訟。歐洲人權法院在 2017 年作出判決，認定要求強制性別重置手術作為變更法定性別之要件，違反歐洲人權公約第 8 條規定，而性別不安證明之要件則未違反公約。惟，在 A.P., Garçon and Nicot v. France.繫屬於歐洲人權法院時，法國已在 2016 年修法取消性別重置手術作為變更法定性別之要件，規定成年人或已脫離父母而獨立生活之未成年人 (emancipated minors)，若能提出充分事證，足徵其認同之性別與出生證明文件上之性別不相符者，即得申請變更其性別。詳參 Law of 18 November 2016, Civil Code, Article 61-5 to 61-8。

¹¹ 英國於 2004 年通過之性別認同性法，亦係回應歐洲人權法院判決而生。該法規定，性別重置者申請變更性別登記，不須完成一部或全部性別重置手術。有關英國性別認同性法之立法背景及詳盡介紹，敬請參閱張宏誠，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，全國律師第 14 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 69-76。

¹² 西班牙於 2007 年制訂變更性別登記法規定，性別重置者欲變更其性別登記時，不須以進行性別重置手術為要件。有關此部分之立法背景及詳盡介紹，亦請參閱張宏誠，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，全國律師第 14 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 76-78。

¹³ 奧地利憲法法院於其相關判決中，明白指出變更性別絕非須以重置手術為前提，詳參 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 - B 1973/08-13 -, S. 8 ff.

¹⁴ 德國聯邦憲法法院第一庭於 1978 年 10 月 11 日作成該國第一件有關變性人之裁定，其後促成德國聯邦眾議院於 1980 年通過「特別案例中更改名字與確認性別認同性法 (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen)」，簡稱「變性法 (Transsexuellengesetz -TSG)」。該法對於因生理與心理性別認同不一致，而欲更改官方文件上之姓名者，分別提供兩種選擇，其一為不須進行侵入性性別重置手術之小解決方案 (kleine Lösung)，另一則是須進行侵入性性別重置手術之大解決方案 (große Lösung)。有關德國變性法之立法背景及簡介，詳參張永明，德國變性人法案與著名憲法裁判簡介，台灣法學雜誌第 118 期，2008 年 12 月，頁 54 至 57。德國聯邦憲法法院並在其後變性法之裁判中一再重申，依據新的科學認知，性別重置手術已非變性所必要，詳見 BVerfGE 115, 1 <21>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.71。

入性之性別重置手術作為變更性別之必要條件，是系爭令是否不違憲，更值高度懷疑。

肆、結語

正值憲法法庭審理本案之際，今年2月6日香港終審法院於其涉及跨性別者更改身分證性別登記之判決中，指明：香港現行須「接受完整性別重置手術是更改香港身份證性別標記的唯一可行、客觀及可核證的準則」並非合理，違反《香港人權法案》第14條保障性別認同權及身體完整權，遂撤銷香港人事登記處拒絕上訴人申請更改身分證性別之決定¹⁵。

香港終審法院上開見解，實值贊同。本席期盼我國之執法者與審判者，均能以此為念，將心比心，同理跨性別者之處境，創造對其更友善與溫暖之社會氛圍。

¹⁵ 相關報導請參見，香港終審法院：「女跨男」改身分證性別不須完整性別重置手術，自由時報，2023年2月8日，<https://news.ltn.com.tw/news/world/brakingnews/4205279>（最後瀏覽日：2023年2月10日）；港變性人「Henry」纏訟6年終勝訴 持舊身分證曾「男女兩邊不是人」，ETtoday新聞雲，2023年2月8日，<https://www.ettoday.net/news/20230208/2436033.htm#ixzz7sni6KRL5>（最後瀏覽日：2023年2月10日）。