

憲法法庭 112 年憲裁字第 4 號裁定不同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件為變更性別登記事件，聲請人是臺北高等行政法院第二庭，因為審理 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認為戶籍法有關出生登記與變更登記，就有關性別認定事項之立法不作為部分，依其合理確信認有抵觸憲法，並認為內政部所為之函令要求變性手術為變更登記之唯一許可要件，抵觸憲法，因而停止訴訟程序，聲請解釋憲法。本件經審理後，多數大法官的意見認為應不予受理，就此本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、相關規定

本件聲請審查之標的有二：

(一) 戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條及第 21 條、第 46 條（下合稱系爭規定）

1. 關於身分登記

➤ 戶籍法第 4 條第 1 款：「戶籍登記，指下列登記：一、身分登記：(一)出生登記。(二)認領登記。(三)收養、終止收養登記。(四)結婚、離婚登記。(五)監護登記。(六)輔助登記。(七)未成年子女權利義務行使負擔登記。(八)死亡、死亡宣告登記。(九)原住民身分及民族別登記。」

2. 關於出生登記

- 戶籍法第 6 條第 1 款（出生登記）：「在國內出生未滿十二歲之國民，應為出生登記。無依兒童尚未辦理出生登記者，亦同。」

3. 關於變更登記

- 戶籍法第 21 條：「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記。」
- 戶籍法第 46 條：「變更、更正、撤銷或廢止登記，以本人為申請人。本人不為或不能申請時，以原申請人或利害關係人為申請人，戶政事務所並應於登記後通知本人。戶政事務所依職權為更正、撤銷或廢止登記，亦同。」

聲請人主張應適用之系爭規定就有關性別認定事項之立法不作為部分，依合理之確信認有牴觸憲法之疑義。其認為該等規定，未就性別認定、登記暨變更之內容、要件及程序事項為規範，違反法律明確性原則；又性別自主決定乃維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之基礎，涉及憲法第 22 條所保障之身體權、健康權及資訊隱私權，此立法不作為已造成人民基本權明顯受到侵害，且侵害已達迫切之程度，有違國家保護義務。

（二）內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令（下稱系爭命令）

內政部於 97 年發布系爭命令，其內容為：「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。」

聲請人主張系爭命令以變性手術為性別變更之唯一許可要件，增加法律所無之義務，嚴重侵害憲法第 22 條所保障之身體權、健康權，以及人性尊嚴及人格權核心保障範圍，違反法律保留原則、比例原則及平等原則。

二、法官得否就立法不作為聲請憲法審查

(一) 法規範不足之情形，應容許法官聲請釋憲

雖然憲法訴訟法第 55 條明文規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」是以法院只要對其所應適用之法律位階法規範，有合理確信，認已牴觸憲法，且必將直接影響裁判之結果者，就可以聲請釋憲。

惟所謂法律位階的法規範有無牴觸憲法，應該是以人民受憲法所保障的基本權利是否因該法律之規定而受有侵害為斷。因法律而受侵害，應可區分為「積極侵害」與「消極侵害」兩種，前者係既有的法律規範內容或規範不當，致侵害人民受憲法保障之權利；而後者則是指既有的法律規範不足，致人民於憲法上的基本權利無法得到保障，此種規範不足之情形，應包括法律雖然有所規範，但涵蓋不足以致於產生保護上之漏洞，以及法律未為規範，而使人民權益完全無法受有保障。在法律規範不足的消極

侵害情形，不論是因涵蓋不足而有法律規範上的漏洞，或是因未為法律規範（立法不作為）以致於規範不足，都會使法官於審判上因欠缺適當法律可資適用，致憲法上的人民基本權利無法得到保障，都應容許法官提出釋憲之聲請，始符合憲法保障人民權益之意旨。

再者，若謂法官應不得就立法不作為部分聲請釋憲，其理由在於：此舉將混淆了司法與立法之界限，有違權力分立原則等。惟法官依據「法律」獨立審判，自是指實證（定）法之法律而言，縱少數例外存有法官造法之情狀，從事審判工作之法官仍須嚴守法律內的法律續造之基本原則，而非可自行創造法律外的新法律而為裁判，蓋此將混淆司法與立法之界限，有違權力分立原則等憲法原則，本屬當然。但就法官得否就立法不作為部分聲請釋憲而言，僅係法官認其審判之原因案件，發生有例外規範不足之情狀，而此規範不足將嚴重造成人民基本權利之侵害，進而聲請憲法法庭為違憲之宣告。負責審判工作之法官，僅是暫時停止個案審判程序而提起聲請憲法法庭為違憲宣告，亦僅是提出釋憲聲請書於憲法法庭，並非自行創造新法律而就個案為裁判，並無混淆司法與立法界限之問題，亦無違反權力分立原則。

（二）釋憲實務上之先例

又法官得否就立法不作為聲請憲法審查，過去釋憲實務非無前例。例如司法院釋字第 477 號解釋聲請人之一即為法官，其主張戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條適用對象，限於受內憂、外患罪之無罪判決確定前曾受羈押或刑

之執行者，屬立法疏漏而違憲，並請求大法官宣示立法院應盡迅速補充立法。司法院釋字第 477 號解釋宣示戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條適用對象，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上重大瑕疵，與憲法第 7 條平等原則有所抵觸。

（三）立法不作為將使人民於憲法上之權益無法獲得保障

有關歷來司法裁判之變更性別登記事件，本件並非首例。先前臺北高等行政法院第七庭許麗華、楊坤樵、梁哲璋法官就與本件案例事實相似之另案（臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決），於 110 年 9 月 23 日判決撤銷訴願決定及原處分，並判決被告（桃園市大溪區戶政事務所）對原告於 108 年 10 月 23 日提出戶籍身分登記性別應予變更之申請，認被告應作成原告性別登記變更為女性之行政處分。其後，該案被告桃園市大溪區戶政事務所未上訴而判決確定。據報載，原告亦已辦妥性別變更登記，成為臺灣首名未提交變更手術證明，而成功變更性別登記的跨性別女性。

本件聲請人之所以未如另案臺北高等行政法院第七庭自為判決，而向司法院聲請解釋之原因之一，應該是對戶籍法第 21 條及第 46 條規定得否作為人民請求性別變更登記權利之法律依據，有所質疑。換言之，北高行第七庭認為

戶籍法第 21 條及第 46 條直接可作為人民請求性別變更登記權利之法律依據；然而，聲請人則認為戶籍法對於性別變更事項完全沒有明文規定，無法找到賦予人民性別變更登記請求權之法律依據，因而提起本件聲請。

惟無論系爭規定（尤其是戶籍法第 21 條及第 46 條）得否可作為人民主張性別自主權（包括性別變更登記請求權）之主觀公權利之法律依據，或者系爭規定本身是否規範不足，致人民有無此主觀之公權利尚屬未明，此本身即屬重要的憲法爭議，為解決此重大憲法問題，應容許法官提起釋憲聲請，並藉由釋憲促請立法機關儘速修法或立法解決此一問題。否則即便如同先前臺北高等行政法院第七庭所為戶政機關應作成原告性別登記變更為女性之行政處分，然而未來戶政機關究竟應在如何之條件下才可以准許人民為變更性別登記？是否仍需要進行變性手術始得申請變更？或者必須經過醫師為如何程度之鑑定與診斷始得申請變更？這些均不清楚，將使人民與行政機關均無所適從，人民於憲法上之人格自由發展及性別自主權亦將無法獲得落實與保障。

三、系爭命令具有重要關連性，應可併予審理

再者，法官是否可就行政命令聲請法規範憲法審查？就系爭命令而言，憲法訴訟法第 55 條所規範法官聲請法規範憲法審查之客體文義上僅限於法律位階之法規範，不包含行政命令。而依司法院釋字第 137 號、第 216 號解釋之意旨，法官對於各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，自得表明不同之見解，並不受其拘束。似否定法官就

行政命令聲請憲法審查之可能性。惟過去釋憲實務上亦非無法官聲請行政命令憲法審查並作成解釋之案例，例如：司法院釋字第 755 號解釋聲請人之一為法官，就監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款聲請釋憲，大法官予以受理並為違憲宣告即為適例。縱使認為法官不得就行政命令聲請解釋，然而系爭命令為戶政機關性別變更登記准許與否之重要憑據，且對申請變更性別者要求必須摘除性徵器官，不僅嚴重侵害人民身體自主權與健康權，且似已逾越授權範圍增加法律所無之限制，且其目的（性別身分歸屬變更與否之判斷）與手段（要求性別重置手術移除外性徵器官）間是否符合比例原則，致侵害身體健康之完整性、人性尊嚴及人格權，尚非無疑，是以系爭命令對於法院審判上具有重要關連性以及憲法原則重要性，亦應得為釋憲客體（本院釋字第 558 號解釋理由書參照），而併予審理。

四、本件聲請案具有憲法原則重要性，應予受理

根據聯合國消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW 公約）或兩公約所進行的定期國家報告審查，國際人權專家已明確於審查意見中強調性別認同為基本人權，並建議我國應廢除手術作為性別變更之要件。觀諸前開定期國家報告審查所揭櫫之國際潮流趨勢，各國逐漸對於性別認定事項等制定相關法律，並已逐步廢除性別變更手術作為變更改法定性別之要件。

且若干國家憲法法院及歐洲人權法院就跨性別者之性別認同案已經作出不少重要的裁判，並因而促使立法者訂

定或修改相關規範之情形。例如：歐洲人權公約 1980 年於 Van Oosterwijk v. Belgium 一案首次處理有關跨性別者權利保障議題之後，迄今已做出為數甚多的相關判決。歐洲人權法院 2002 年 7 月於 I v. United Kingdom 案及 Christine Goodwin v. The United Kingdom 案，判決英國政府侵害聲請人受歐洲人權公約第 8 條保障私人生活和第 12 條保障之締結婚姻關係之權利與家庭生活，英國因而於 2004 年通過「性別認同法」。另歐洲人權法院 2007 年 9 月於 L. v. Lithuania 一案認為立陶宛未能即時制定有關變性人於變性手術後如何變更其法律上性別登記，係侵害變性人受歐洲人權公約第 8 條所保障之私人生活，甚至以會員國之不作為而未及時制定法律人民權利而受有侵害者，應給予損害賠償等等。

此外，德國聯邦憲法法院於 1978 年變性人第一案宣示性別變更之管制存有法律漏洞，從基本法第 2 條第 1 項人性尊嚴結合第 1 條第 1 項人格自由發展，個人性別自主性應受保障，在任何情況下不得有該立法漏洞。為了確保法安定性，建議立法機關有必要對變性人之個人地位及其影響問題為相關規定。德國聯邦議會隨即於 1980 年 9 月 10 日制定通過「變性人法」。在變性人法通過後 40 年間，德國聯邦憲法法院持續不斷做出有關變性者權利保障之判決。例如：2011 年同性者變性人結婚案中，聯邦憲法法院宣告原變性人法第 8 條第 1 項第 4 款規定變性手術為性別變更登記要件之一，牴觸基本法第 2 條第 1 項與第 2 項連結第 1 條第 1 項規定，應停止適用。

反觀台灣，據監察院調查報告指出，自民國 87 年至

106年4月30日止，性別變更登記計有693件（惟統計包含跨性別及雙性人，並無各別統計資料），凸顯出跨性別者之性別變更登記並非零星偶發之個案，只是跨性別者之權益保障從未受到應有的關注。對此內政部於104年陸續召開研商會議，並已進行相關委託研究，仍未完成法制化之工作；法務部亦於109年7月7日法律字第10903510750號函復內政部，認已體認到性別變更登記是無可迴避之重要議題，足徵本件聲請案極具憲法原則重要性，具有受理的價值。

參考歐洲人權法院及德奧憲法法院實務見解，本席認為，個人持續自我的性別認同應為憲法第22條保障人性尊嚴、人格自由發展以及人格權核心之保障範圍。當個人所認同之心理性別，與依據外部生理性別特徵有所不符時，基於保障其人格自主決定，應肯認其個人的身體自主權。過去大法官對跨性別之性別認同是否受憲法所保障，少有討論，如予受理並作出判決，不僅能夠進一步推進立法者儘速就性別認同之重要法制事項之框架性立法，也可促使臺灣與國際間憲法法院及歐洲人權法院所關切之性別認同議題幾近於同步發展。

綜上所述，本席認為本件具有憲法重要性，應予受理。本件因多數大法官認為不予受理，是以只能等待日後承審法官駁回其審理之案件並確定後，由人民提出聲請釋憲，方有機會為多數大法官受理。惟此種情形對人民而言，只是徒增訟累與折磨，且繫於未來是否真可成為大法官之多數意見而受理，仍不可知。是本席並無法贊同本件不受理，爰提出不同意見如上。