

「外國人變性」裁定

BVerfGE 116, 243

德國聯邦憲法法院第一庭2006年7月18日裁定

- 1 BvL 1/04 - - 1BvL 12/04 -

張永明 譯

要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A.事實與爭點

I.德國變性人法之規定

II.歐洲各國實務

III.案例事實

IV.政府部門與民間社團之見解

B.理由

I.人格基本權受侵害

1.立法者為侵害基本權之不平
等處置需具正當化理由

2.變性人法之規定造成不平
等處置

3.欠缺不平等處置之正當化理

由

II.抵觸一般平等原則

1.侵害一般平等原則與人格權

2.違憲但未失效

3.合憲新規定生效前繼續適用
與限時立法

關鍵詞

變更名字(Änderung des Vornamens)

性別歸屬(Geschlechtszugehörigkeit)

平等處置原則(Gleichbehandlungsgebot)

生活伴侶關係(Lebenspartnerschaft)

身分狀態法(Personenstandsrecht)

人格權保護(Schutz der Persönlichkeit)

國籍原則(Staatsangehörigkeitsprinzip)

變性人(Transsexuelle)

裁判要旨

變性人法第1條第1項第1款之規定，對於合法居住且不僅是短暫居留

於德國境內之外國變性人，如該外國變性人之本國未訂定類似（該法第8條）的規定時，即排除其依據該法第8條第1項第1款申請變更名字以及確認性別歸屬之權利，牴觸平等處置原則（基本法第3條第1項）結合保護人格之基本權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項）。

案 由

本裁定由聯邦憲法法院第一庭於2006年7月18日在院長Papier、女法官Haas、法官Steiner、女法官Hohmann-Dennhardt，以及法官Hoffmann-Riem, Bryde, Gaier, Eichberger等參與下作成，審理的對象是兩項由法院提出的違憲審查案：案號-1 BvL 1/04-係針對巴伐利亞邦最高法院於2003年12月8日作成停止訴訟程序進行與聲請憲法法院裁判之裁定（案號1Z BR 52/03）。本案應進行違憲審查者，乃當一位經常居住於德國之外國籍變性人提出確認其性別屬性之申請，而其本國的法律並未有相當的程序規定時，變性人法限制只有德國人以及擁有德國國籍地位之人，始有權利依據該法第8條第1項第1款連結該法第1條第1項第1款之規定申請確認性別屬性，是否牴觸基本法第3條第1項與第3項之規定。

案號-1 BvL 12/04-則係針對位

於美茵茲的法蘭克福邦高等法院於2004年11月12日作成停止訴訟程序進行與聲請憲法法院裁判之裁定（案號20 W 452/02）。本案應進行違憲審查者，乃當一位經常居住於德國之外國籍變性人提出變更名字之申請，而其本國的法律並未有變更姓名之法律規定時，變性人法限制只有德國人以及擁有德國國籍地位之人，始有權利依據該法第1條第1項第1款之規定申請變更名字，是否牴觸基本法第3條第1項與第3項之規定。

裁判主文

1.1980年9月10日於聯邦法規彙編第1輯第1654頁公布之在特別情況下變更名字與確定性別屬性法（簡稱變性人法）第1條第1項第1款之規定，當其將合法居住且不僅是暫時性居留於德國境內之外國變性人，排除其依據該法第8條第1項第1款申請變更名字以及確認性別屬性之權利，而該外國變性人之本國未訂定類似的規定時，即牴觸基本法第3條第1項連結人格權保護之基本權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項之規定）。

2.變性人法第1條第1項第1款之規定，迄新法規定生效時為止，得繼續適用。

3.立法者應至遲於2007年6月30日制定合乎憲法要求之新規定。

理 由

A.事實與爭點

兩件法官聲請憲法解釋案涉及排除外國籍的變性人援引德國變性人法所開啟之機會，去更改名字或者被確認其經更改的性別屬性，尤其是當該外國人之本國法律未規定有此類的機會，在這種情況下，將之排除在外是否合憲之問題。

I.德國變性人法之相關規定

1980年9月10日於聯邦法規彙編第1輯第1654頁公布之關於在特別案例中變更名字以及確認性別屬性法（簡稱變性人法），開啟變性人申請變更名字之機會，即使該變性人未在此之前歷經變性手術（即所謂的小的解決方案），亦得享有此項權利。然而該申請權卻僅侷限於基本法意義中之德國人、無國籍之人，或者沒有本國但在德國有經常性居留事實之外國人以及申請政治庇護之人，或者在本法效力範圍內有住所之外國籍難民等人。以上係依據變性人法第1條第1項第1款之規定，該條之第1項第3款曾被聯邦憲法法院1993年1月26日之裁定（BVerfGE 88, 87）宣告無效，現行之規定內容如下：

第1條（要件）

第1項 當一個人由於變性緣故，感覺其名字不再與其出生時所登記者相符，而認為應歸屬

於另外一個性別，且至少已有三年時間，生活在這種與認知有差距的壓力下，則在符合下列各款條件時，得申請法院變更名字：

第1款 其為基本法意義下之德國人，或者當其為無國籍者或者沒有本國的外國人，但經常居留在本法的效力範圍內，或者其為有權申請政治庇護之人，或為外國籍的難民而在本法的效力範圍內有住所地。

第2款 具有高度的可能性足以推測，其歸屬於另一個性別之感覺不會再變更。

第2項 在聲請書中應載明申請人將來想要使用之名字。

經歷變性手術方得被確認性別屬性已變更者（所謂大的解決方案），此類申請權亦侷限在與上述相同之人士範圍內。上述情形由變性人法第8條援引該法第1條第1項第1款加以規定，其內容如下：

第8條（要件）

第1項 當一個人由於其變性後身體特徵，不再感覺歸屬於出生時所登記之性別，而歸屬於另一個性別，且已經有至少三年的時間，為維持與其認知相當之生活，而處於壓力之下時，法院基於其申請，

在符合下列條件下去確認，該人是否應歸屬於另一個性別：

1.符合第1條第1項第1至3款之要件。

2.尚未結婚。

3.持續無生育能力。

4.已經進行一項改變其外部性別特徵之外科手術，以致於明顯地接近另一個性別顯現出來的圖像。

然而，本條文規定中所包含之援引變性人法第1條第1項第3款規定之要件，業已被聯邦憲法法院於1982年3月16日作成之裁定（BVerfGE 60, 123）宣告為無效。

就限制申請權人之範圍，聯邦政府所持之理由依據為，關於外國變性人變更其名字與性別之屬性，應該保留給當事人之本國去決定（參考聯邦議會出版品BTDrucks 8/2947, S. 13）。如此見解與民法施行法第10條第1項之規定相符，即關於一個人的名字，應受其所歸屬之國家的法律之拘束。

II. 歐洲各國實務

1. 依據馬克斯布朗克外國法與國際私法研究所對於1BvL 1/04案的專業鑑定意見書，一些歐洲國家在這當中已制定承認變性之法律。除了瑞典只允許自己的國民享有這種變性之機會外，芬蘭、荷蘭、丹麥與英國亦已賦予現正在該國居住，或已歷經一段

時間被允許在該地居留之外國人，得享有被承認之權利。義大利性別屬性更正法雖然未有對於外國人是否適用之規定，然而米蘭的憲法法院在2000年作成判決，認為該法在適用義大利之公共秩序法理下，當外國人之本國法律與義大利法的價值牴觸，或者甚至沒有相關之規定存在時，外國人亦得援引適用該法。法國由於並未有任何關於變性的相關法律規定，因此巴黎的憲法法院在1994年作成判決，認為依據在法國具有法律效力，而且得以直接適用的歐洲人權與基本自由權保護公約（歐洲人權公約EMRK）第1條連結第14條之規定，外國人亦得享有歐洲人權公約第8條所建立之請求承認改變性別之權利。鑑定意見書之見解顯示，凡適用未規定變性現象之外國法律，其結果勢將侵害一項對相對人受歐洲人權公約保障之人權。同樣地，奧地利最高行政法院於1997年在某件泰國變性人案件中，亦作成同樣之裁判；此乃慮及歐洲保障人權與基本自由之人權公約在奧地利具有憲法位階，且要求在奧地利身分法領域內，將變性人視為是與其外部顯現圖像相符的性別之成員。在瑞士則依據當地國際私法之規定，關於身分權利之關係，管轄機關為適用當地法律之瑞士法院與住所地之主管機關。瑞士聯邦法院據此認為，外國變性人亦有獲得法院承認性別改變之機會。

2.a)就（英格蘭與威爾斯）上訴法院之提案，歐洲法院於2004年1月7日作成判決（載於NJW 2004, S. 1440），宣判一項規定牴觸歐洲共同體法第141條，因為其在違反歐洲人權公約保護人權與基本自由下，不准許變性人與其進行變性手術之前的性別之人結婚。在此判決作成之前，依據英國法之規定，變性人之性別變更不可能在法律上被承認。

b)歐洲人權法院（EGMR）於1992年3月25日（案號13343/87-B./Frankreich）宣判，認為歐洲人權公約第8條之規定，係要求承認變性人之變性行為。當一項規定禁止變性人在變性之後與其原來性別之人結婚時，即牴觸歐洲人權公約第12條之規定（2002年7月11日判決，案號28957/97-Goodwin./.Vereinigtes Konigreich, 載於NJW-RR 2004, S. 289）。依據歐洲人權法院的裁判，所有生活在締約國國家領土範圍之人，均受公約第1條之保護（2001年12月12日判決，案號52207/99-Bankovic u.a. ./Belgien u.a., 載於NJW 2003, S. 413）。

III. 案例事實

1.1BvL 1/04提案

a)前審程序之當事人（以下同）為具泰國國籍之人，出生時擁有男性之性別，但於1999年進行變更成為女性之變性外科手術。自2002年4月開始與一位擁有德國國籍之德國人居住

在德國，兩人計畫結婚。由於泰國的法律規定不承認性別轉變，其於是依據民法第1309條第2項規定，申請免除檢附具有結婚能力之證明文件，但其申請案因不符變性人法之規定而被否准。在此之間，參加人與其伴侶業已登記為生活伴侶關係，但繼續爭取結婚登記。

因此其依據變性人法第8條規定，向地方法院申請確認其歸屬於女性之性別。就此其提出兩份由不同的專家於2002年作成之鑑定報告。該兩份見解一致之鑑定報告，均確認參加人至少在最近之三年內，自認歸屬於女性之性別，而且至少從這個時間開始，其即處於在一種應該與如此見解相符地生活的壓力之中，而其歸屬於女性性別之觀感，高度明顯地不會再改變。本案參加人持續地無生育能力，透過外科手術之進行，業已高度地具備女性特徵之外觀。

b)地方法院援引變性人法第1條第1項第1款之規定，於2003年1月2日以裁定駁回該申請案。參加人不服此裁定而提起抗告，但亦無效果。邦法院在其2003年1月5日駁回抗告之裁定中稱，立法者係有意識地不將外國籍人士納入變性人法之規範之下。此處所採之差別待遇符合德國國際私法領域的優勢見解，即自然人的身分法關係，以其所屬國家的法律為準據法。蓋擴大人的適用範圍的結果，將對於

其他國家的身分法形成不可被忍受之干預，縱使此項規定對於參加人意味著一種嚴苛的現象，亦不至於導致平等原則受侵害，因為這項規定可以回溯到一項理智的理由基礎。

參加人不服繼續提起抗告之後，巴伐利亞邦最高法院於2003年12月8日作成裁定停止訴訟程序進行，提案聯邦憲法法院就如下先決問題作成裁判：

當僅限於德國人以及擁有德國身分法地位之人，於變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定之確認性別屬性程序中，始具有申請權之規定，對於在德國有經常性居留事實的外國籍變性人提出此種確認申請，而其本國法律並無相當程序規定之案件，是否符合基本法第3條第1項與第3項之規定？

關於提案聲請聯邦憲法法院裁判之理由，該法院稱合法提起之抗告是否有理由，繫諸變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款在此處所述之案例情況中是否與憲法相符。除了在基本法意義下的德國人之外，得提起確認性別屬性之憲法訴願者，乃無國籍者或沒有本國之外國人，而其在德國有經常性之居留處所，或者身為已受政治庇護者或外國籍難民，而在德意志聯邦共和國有住所者。據此，參加人雖然符合變性人法第8條第1項連結第1條第1項規定之其餘要件，

且在本法施行範圍內有住所，但因為具有泰國國籍，故其申請承認已改變之性別屬性即被拒絕。在援引上述法律規定下，進一步提起之抗告即應該必須因此被駁回。

當在德國有住所或經常性居留之外國變性人，其本國未具備變性人法第8條之相關規定或者機關實務，則變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定，勢將抵觸基本法第3條第1項與第3項。此問題具有決定之重要性，蓋在被引述的條文規定無效的情況下，進一步提起之抗告即應該必須被受理。

這些規定僅有在如下情況下，方符合基本法第3條第1項之規定，即其排除外國變性人依據變性人法第8條規定申請確認程序之理由，其種類與重要性足以構成差別對待之正當化依據。倘若這些人在進行變性之外科手術之後，仍無法獲得其本國法對其已改變之性別屬性加以承認，則差別待遇之正當化理由無論如何均不具備。相較於依據變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定有權提出申請者，以上所舉之族群將有明顯被歧視的感受，因為他在變性人法有效施行之區域內有合法之居留，卻無法取得身分狀態法的承認。

本案抵觸比例原則。蓋將外國籍變性人改變性別屬性之事項交由外國人之本國法律去規定，此等立法動機

與決定之份量，尚不足以作為對德國人與在德國合法生活的外國籍變性人不同處置之正當化理由。雖然基本法之保護就涉外之案例事實得被限制，但德國國際私法在個案中，仍須以基本權為衡量之準據。有關性別屬性的問題，基本上類推適用民法施行法第7條之規定，以本國法為準據。但倘若在基本法以及變性人法施行區域內合法生活之外國籍變性人，其本國法律不承認身分法上的變更性別，則抵觸自基本法第2條第1項連結第1條第1項所導引出，應尊重個人就自己性別屬性所作決定之憲法要求。因為前揭法律只能在當事人生活的社群領域內被實現，而對於合法在本國居留的外國人而言，此社群領域即為德意志聯邦共和國。因此在如此的案例中，基於憲法規定之緣故，在面對外國人受基本法保護得請求承認變更的性別屬性之權利時，對於其本國法的考慮，即必須讓步。

此外亦不存在其他理由，得以作為對外國籍變性人不利處置之正當化理由。立法者在類似的領域，亦未規定對於性別特徵的保護，應以德國人或者具有德國國籍地位之人為限。例如依據生活伴侶關係法建立的生活伴侶關係，雖然在此類案例亦涉及身分地位，但既不以有德國國籍或者德國身分地位，更不用說必須在德國境內有住所或經常性居留等為前條要件。

由於變性人法第1條第1項第1款之文義規定無被誤解之空間存在，因此應無法作成合憲性之解釋。立法者在立法程序中亦已明瞭，在多數歐洲以及歐洲以外的國家，並未訂有承認變性人享有改變性別屬性權利之法律規定。

2.1BvL 12/04提案

a)前審程序中之參加人擁有埃塞俄比亞之國籍，出生時的性別為女性。依據在前審程序中所提出的專業精神醫師鑑定意見，其自從早期的孩童時期開始，即有變性人的特徵，而其自己感覺歸屬於男性。該人於1996年入境德國，成年之後即進行變性手術。行政法院以在這之間已確定生效之判決，要求聯邦外國難民認定局確認，對於參加人個人是否因為其身分為埃塞俄比亞人，而有遣送障礙。由於在埃塞俄比亞人的社會中不認同變性人的外顯形式，因此在其融入當地時，在經濟方面將面臨重大困難，以致無法在該地獲得進行尚未完成之變性手術所必要之醫療上支援。

b)依據參加人所提出變更其名字以符合其感覺，以及透過變性所顯示性別之申請，地方法院在聽取專業精神醫師的鑑定後，於2002年3月21日作成裁定，確認參加人為變性人法第1條意義下所指有權提出申請之人，因為其在居留法上的地位，符合變性人法第1條所指之外國難民。邦法院

則依據公益代表人對該裁定所提起的抗告，於2002年10月15日以裁定駁回地方法院之裁判。該院認為，參加人既不是外國難民，亦非處於與此類似之地位，因此並不生地位轉換之問題。限制變性人法之適用範圍，僅及於擁有德國國籍者，以及有德國身分地位之外國人，並未牴觸基本法，蓋其僅僅是反映出國際私法中德國的衝突法規定而已。

參加人繼續提起抗告後，審理該案之邦高等法院於2004年11月12日，以裁定停止訴訟程序進行，聲請聯邦憲法法院審理如下之先決問題：

就一位在德國有經常性居留的外國籍變性人提出變更名字之申請，當在其本國法未有此種更名規定之案件中，限制只有德國人或者擁有德國身分地位之人，始得享有變性人法第1條第1項第1款申請變更名字程序之申請權時，是否與基本法第3條第1項與第3項相符？

該院就聲請釋憲之理由釋明如下：參加人不在變性人法第1條第1項第1款所規定有申請權人之列，其身為埃塞俄比亞國之國民，既不被承認為享有申請庇護權之人，亦未享有日內瓦難民公約所規定之難民的法律地位，蓋缺乏充分的理由證據，顯示其確有所據地畏懼國家的迫害。然而判決審議委員會以及巴伐利亞邦最高法院則認為，當在德意志聯邦共和國境內

有住所以及經常性居留之申請權人，其本國不允許變更名字時，變性人法第1條第1項第1款之規定與基本法第3條第1項及第3項第1句之規定不符。

本問題為裁判之關鍵，因為前揭之規定若有效，則接續的抗告將被駁回。然而，倘若這些規定被宣告為違憲，則判決審議委員會將廢棄被提起上訴的邦法院裁判，而將案件發回地方法院，命其特別是在聽取第二份目前尚未出現的鑑定報告下，進行進一步之審理與裁判。

限制變更名字之申請權，於具有德國國籍之人或者具有德國身分地位之人，意味著一項差別對待，即經常居留在德意志聯邦共和國境內之外國人，不得享有變性人法所規定之優惠。由於其與身分有關的特徵聯結，而對於自由發展人格的基本權與人性尊嚴，產生重大之影響，因此變性人法第1條第1項第1款之規定，只有在對於變性的外國人拒絕其享有變更名字之權利，而該情況具有如此之重要性，以致得為差別對待取得正當化基礎時，始得被認為與基本法第3條第1項之規定不相牴觸。但這種情形無論如何均不存在，尤其是當合法生活在德國的外國籍變性人，在其歷經外科的性別轉換手術後，因為其本國的法律規定，而沒有任何機會讓名字與性別相符合時。蓋其將因申請的權利被限制，以致其個人在整體的社會領域中

，決定個人性別的屬性時，所應獲得的承認與尊重均被拒絕，而此對於其個人的繼續生活發生重大的影響。在這之中存在一項不符合比例的不平等處置。

德國立法者在變性人法第1條第1項第1款之規定中，欲承認各該本國對於應遵守其法律規定之國民，就名字以及性別屬性享有立法高權，則其界限，乃當該本國法對於在德國境內有合法的經常居留的變性外國人，長期性就其個人性別屬性所作決定，拒絕給予法律承認。蓋在這種情況下，個人的基本權保護，應該被歸類為比對外國人的本國法與國家立法高權的考慮來得地位崇高，而應該被優先遵守。

立法者在變性人法第1條第1項第1款規定中，有意識且明確地限制變性人法之適用者範圍，當此等規定被類推適用或擴張適用於未具備這些特殊要件之外國人時，普通法院在法律適用之框架下，並無法加以突破。原因是其間缺乏違反立法計畫的法律漏洞之要件，而藉由合憲解釋之方式擴大適用範圍，亦因變性人法第1條第1項第1款規定，係採用明確與為有意識選擇之用語，以致沒有可能。

IV.政府部門與民間社團之見解

就此二件法官聲請解釋提案，聯邦內政部代表聯邦政府、聯邦最高法院第12民事庭、馬克斯布朗克外國私

法與國際私法研究所、德國家事法院協會、女性及男性同性戀協會、德國變換認同與中間性別協會，以及星期日俱樂部與柏林轉換性別網絡等社團，均表示意見。

1.聯邦內政部之見解為，限制變性人法之適用，以德國人以及擁有德國身分地位之外國人為限，並未侵害外國變性人受基本法第2條第1條連結基本法第1條第1項保障之一般人格權。該限制雖然對一般人格權形成干預，但得被正當化。其間存在一項立法者得拒絕外國人改變其身分狀態的公共利益，此即立法者明確表示其目的在尊重外國法律秩序。若由法院確認性別屬性乙事，亦適用於外國人，則當事人與性別有關之所有權利與義務，將由新的性別決定。此等裁判改變的將是，介於市民與本國間交織存在，代表身分高權的權利與義務。由於此舉對於主權國家權力形成重大的干預，基於對外國法律秩序的尊重，原則上應以當事人之本國法為準據。

再者，當外國人身分之改變不為其本國熟知時，將在實務上引發無法克服的困難，此點具有特別之重要性。一項在德意志聯邦共和國境內身分的改變，意味者該外國人雖然在德國成為其所認同的性別的成員，但在其擁有國籍之國家內，卻被當作另外一個性別的成員看待，如此形成領土決定性別屬性的特殊現象，而無法再以

明確的性別屬性作為認定一個人的準據。單單就避免這種法律的不安定性，就足以作為限制變性人法適用範圍之正當化理由。

當事人依據基本法第3條第1項之平等處置權亦未被侵害。雖然在外國籍與德國籍的變性人，以及具有德國身分地位之變性人間，存在有不同處置，但此項不同處置得基於如同干預人格權相同的理由，而被正當化。

排除不適用變性人法第1條第1項第1款規定之外國人申請變更名字，既未牴觸基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項，亦未違反基本法第3條第1項與第3項之規定。尊重當事人本國法之規定，以及將姓名法上之問題連結在該法上，早在作為實現變性人法第1條第1項第1款規定之民法施行法第10條第1項完成立法前，已在習慣法上被承認。基此認知，違反民法施行法第6條之保留條款，原則上並不被認為，即會導致外國規定之不被適用。當立法者在國際姓名權領域將當事人有關之法律安定與法律清晰利益的確保亦視為目標，且將之評價為比幫助外國人違背對其具有權威性之本國法律，而去追求完全的人格發展利益較為重要時，並不牴觸基本法第3條之規定。雖然如此對於一般人格權將形成一項干預，但這種干預是可以被正當化的。該規定亦特別具有保護當事人自己之功能，因此具有適

當性。對於一個本身不允許改變名字的外國，無人能期待如此的德國裁判將會被承認。該等作法將造成當事人在其本國辦理簽發或延長旅行文件時，或者在其本國實現權利與義務時遭遇重大之問題。避免這種困難具有相當之重要性，得以成為限制變性人法適用範圍之正當理由。

2. 依據聯邦最高法院第12庭之見解，限制變性人法第1條第1項第1款之適用範圍，並不牴觸基本法第3條第1項之規定，自本條款所導引出的不平等處置已被正當化。依據變性人法第1條第1項第1款進行之變更名字，將導致德國法凌駕申請人之本國法之現象，如此情形對於當事人而言，產生一種「搖擺不定的名字使用」，因為當事人依據德國法與依據其本國法，將有不同之名字。避免這種法律關係之發生，乃德國國際私法一貫的願望，而此作法最終亦以保護當事人為目的。當改變歷來使用之名字，但不為自己的本國法所承認時，隱藏著一項危險，即其本國將因為該國民依據德國法進行之名字更換所引發之同一性問題，而不再簽發或延長任何旅行文件，剝奪當事人外交領事的保護，以及採取其他對其不利之措施，甚至於在其返回本國時給予困難或者加以拒絕。

3. 馬克斯布朗克外國私法與國際私法研究所認為法官聲請解釋之裁定

，為有理由。該所認為，變性人法第1條第1項第1款規定中所隱含之排除外國人申請權，抵觸基本法3條第1項之規定，蓋以今日之觀點而言，其至少是一項無法被合理化的歧視待遇。其認為將外國籍變性人改變性別歸屬或變更名字之決定權，保留給其本國，並以此必要性作為不同處置之理由，已不再是充分的正當性理由。國籍原則在國際間已被理解為退步的象徵，而此原則在德國法上亦已多次被突破。

立法者應該可以藉由創設一個源自本國法的全面性衝突規範，以較緩和的手段去尊重當事人本國的法律。在該被援引的法律與德國法的重要原則，尤其是與基本權的規定不相符合的案例中，如此的解決方式，有可能透過民法施行法第6條公共秩序保留的規定，不去適用該被援引之法律規定，而達到合憲的結果。由於變性人法第1條第1項第1款並未援引任何的外國實體法，因而不屬於任何的衝突法，而僅是規定申請的權限，因此不生適用民法施行法第6條之問題。然而在人權的國際發展以及歐洲法院的裁判背景前，較有意義者，應該是進一步地將申請權與經常性的居留相連結在一起，在必要的時候以最低居留期間的要件補充，而不去創設一個全面性的衝突法。藉此亦可根絕一種變性旅遊現象（Transsexuellen-Touris-

mus）之發生。

4.德國家事法院協會贊成巴伐利亞邦最高法院的見解，而另指出，與合法的經常性居留連結在一起的作法，亦符合國際私法的一般趨勢。

5.女性及男性同性戀協會所持之見解為，變性人法相關的規定不僅抵觸基本法第3條第1項，亦抵觸基本法第2條第1項連結第1條第1項以及第6條第1項之規定。參加人的情況與依據該規定如同德國人般被相同處理之人之處境，可以互相比較，兩者均擁有持續性的居留法上的地位，唯一的不同僅在於，參加人的身分地位不依德國法，而依其本國法決定，但這種不同還未達如此的重要性，得以替不同的差別待遇取得正當化之理由。就此，立法者已將國籍原則的適用相對化，民法施行法第17b條第1項第1句規定，生活夥伴關係的建立與解除，以登記國家的法律為準。立法者考量到當連結到本國法時，將有一大群的外國國籍之人無法建立生活夥伴關係，則同樣的情況對於持續在德國生活，且其本國法在身分法上不承認性別變更之變性人亦有適用。在此之中，參加人受基本法第2條第1項連結第1條第1項保護之承認其自我感受的性別屬性，具有特別的重要性。

6.德國變換認同與中間性別協會認為變性人法第1條第1項第1款之規定違憲，其特別指出歐洲議會關於歧

視變性人的一項決議，依據該決議，基於人類的尊嚴與人格權利，必須讓個人有可能過一個符合其性別認同的生活。此外，歐洲議會亦要求部長聯席會與各會員國，在統一庇護法之規定時，將對於變性的迫害承認為得申請庇護之理由。

7.星期日俱樂部與柏林轉換性別網絡認為系爭規定牴觸基本法第3條。為何一位其變性行為經鑑定證實構成遣送障礙的外國籍轉換性別的個人，與一位變性人法第1條意義下的外國籍難民，應該被不同的對待，其間的理由實在令人無法理解。在這兩種案例中，當事人的本國顯然均不可能提供其一個安全與自主決定性別生活的機會。重要的是，其間亦無法看出有讓不平等處置正當化的理由。

B.理由

當合法且非暫時性居住在德國的外國籍變性人，被排除得依據變性人法規定申請變更名字之權利，以及享有依據該法第8條第1項第1款規定確定性別歸屬之申請權，而其本國法未訂定類似之規定時，則變性人法第1條第1項第1款之規定，即牴觸平等對待原則（基本法第3條第1項規定）連結保護人格之基本權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項規定）。

I.人格基本權受侵害

在依據變性人法第1條第1項第1款規定進行名字變更之程序，以及依

據該法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定確定性別歸屬之程序中，限制德國人以及擁有德國身分地位之人始有申請權時，造成對於德國人與有德國身分地位之人，以及合法且非暫時性居住在德國，而其本國法律未訂有類似規定之外國籍變性人不平等的處置，而此不平等的處置無法在實質上被正當化。

1.一般平等原則（基本法第3條第1項）要求在法律之前，平等對待所有人，但立法者當然亦未被禁止作成任何的不同處理，尤其是未被禁止依據國籍作成不同之決定。然而立法者的形成空間卻隨著其對人或對案例事實的不平等處置所造成受基本權保護的自由權利之行使不利影響強度之增加而被限縮（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 88, 87<96>）。當對於特定族群的不平等處置，已提升成為對人格權之侵害時，則需要一個與侵害的嚴重性相稱的正當化理由。

2.變性人法以該法第1條第1項第1款以及第8條第1項第1款規定作為申請的要件規定，僅開啟德國人以及擁有德國身分地位之人，申請從事一項與自己感受相符的名字變更，或者變更性別歸屬的可能性，而非對於所有其他擁有外國國籍之人均有適用。當這些外國人具備了變性人法第1條與第8條規定關於其想要變更之其他要件，且其係合法地，非僅僅是短暫地

在德意志聯邦共和國居留時，亦同。此項適用上的排除造成外國籍的變性人在實現其願望時，必須間接地以其本國的法律以及在該地的申請為準據。當本國法或者依據該本國法所作成之司法裁判，尚未有可以相比擬的規定，得以讓一項與當事人自己認同的性別相符合的名字變更，或者性別歸屬之變更實現時，則變性人法第1條第1項第1款排除其適用之規定，對其而言，即是將一項在法律上承認其認同的性別歸屬之可能性長期地排除掉。其間將出現一項對兩個族群的不平等處置，因為該規定將人區分為，一邊是德國人及擁有德國身分地位之人，另一邊為非德國人。此種不平等的處置於如下之情況具有特別之重要地位，即以變性人法第1條第1項第1款規定為依據之排除適用，對於其本國未允許此類法律上變更之外國人而言，乃禁絕其任何變更名字或者變更性別歸屬之可能性。

3.此項不利處置造成對於外國籍變性人受基本法第2條第1項結合第1條第1項所建立之人格保護之重大侵害，因為這些外國籍的變性人其本國法缺乏此類規定，以致被變性人法第1條第1項第1款排除任何讓其所認同之性別可以得到法律上承認之機會。當在德國合法居住而非僅暫時居留之人，因不能援引適用此項規定，致權益受損時，立法者就此種不平等處置

所提出的理由，即不足將此項侵害合理正當化。

a)然而，立法者藉由限制申請權人之族群範圍僅及於德國人以及擁有德國身分地位之人時，乃是追尋一個遵循國籍原則的合法目的。其將對於名字與性別歸屬的決定權，保留給各該外國籍變性人的本國。此項決定植基於尊重當事人所屬國家之法律秩序，具有避免當事人之本國以及其所居留之國家，因為就性別歸屬與命名的不同法律規定，而可能對於同一個人造成法律不安定性之功能。德國國際私法原則上亦遵守國籍原則，其植基在尊重其他法律秩序的獨特性，認為個人的事務依據當事人之本國法進行判斷，符合外國人的利益。蓋依據一般性之觀察，國籍乃個人與本國持續性連結在一起的文件記載，而自己國家的法律最具有被信賴性。如此的考慮，原則上可以作為命名權以及性別歸屬之確認以外國人的本國法為準據之正當性理由（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58<79>）。據此，民法施行法第10條規定，個人之名字依據該人所屬國家之法律決定之，而依據巴伐利亞邦最高法院在其提案聲請釋憲之裁定中所引據之優勢見解，藉由類推適用民法施行法第7條之規定，在決定性別歸屬時，外國人的本國法亦有適用。

變性人法第1條第1項第1款之規

定，亦為達成立法者所追求目標之適當與必要手段。該規定雖然排除外國人申請的權利，但並未明確地規定，就其名字與性別歸屬變更之案件，應適用那一個國家的法律。因此對其而言，德國法並不適用，其所歸屬國家之法律才是唯一可以適用之法律。在有意地嚴格以外國籍變性人的本國法律秩序為準據法下，立法者遂採取此種法律規定架構，在申請權限階段，即限制僅德國人以及擁有德國國籍身分地位之人始得有之，而不去創設衝突準則，因為若定有衝突準則，則在申請階段即有適用本國法的可能性，而在依據德國國際私法之規則進行判斷時，德國的公共秩序概念亦有可能被適用。聯邦政府在其意見陳述中再次強調上述看法，其指出，尊重本國法律規定，在命名與性別歸屬案件中具有原則重要性，以致不應該考慮去侵害民法施行法第6條的保留條款。以此目標設定為準據時，變性人法第1條第1項第1款之規定，乃一項適當且必要之措施，排除德國法院在德國國際私法之範圍內，於申請變更名字以及變更性別歸屬場合，適用外國之法律規定。

b)要求在德國境內合法且非暫時性居留之外國籍變性人，毫無例外地應適用其所屬國家的法律，此在與德國人以及擁有德國身分地位之人比較時，傷害那些其本國法對於命名之變

更以及性別歸屬之變更未有類似規定之人。而此種不利情形相當嚴重，因為其同時侵害當事人受基本法第2條第1項連結第1條第1項規定確保之人格權保障。

aa)基本法第2條第1項連結第1條第1項規定保護個人的名字，一方面作為其發現個人同一性與發展個人同一性的方法，另一方面作為個人所經歷或所獲得之性別同一性之表徵。其間決定一個人歸屬於某一個性別的因素，不單獨是其身體上的性別特徵，而更重要的亦是其心理的狀況，以及其持續性自我認知的性別（參閱聯邦憲法法院第一庭2005年12月6日裁定-1 BvL 3/03-, FamRZ 2006, S. 182 < 184 >）。在名字上表達自己性別的願望，係受人格權之保護，而此保護亦包含在其所認同的性別裏，用名字表彰出來且被承認，而不需要在日常生活中面對第三人或官署的時候，特別公開昭示自己的性別（參閱聯邦憲法法院裁判BVerfGE 88, 87 < 97 f. >）。

變性人法第1條具有實現受基本法第2條第1項連結第1條第1項規定所要求保護之作用，藉由該法條之規定，當事人可以在該法進一步規定之條件下，獲得一個經改變之名字，以符合其自我的歸屬感所認同的性別，而不論其是否已進行了一項改變外部性別特徵之外科手術，然而變性人法第1條第1項第1款卻拒絕外國人這種可

能性。在與那些可以在德國法院獲得名字變更之申請權人相較時，對於那些其本國法亦同樣規定可以透過名字變更，而達成法律上承認已改變性別之人而言，其間出現的不利處置即未導致任何重大之侵害，其僅是必須向其本國提出申請，並在當地進行相關的程序而已。但對於那些其本國未容許以對於另一個性別有歸屬感覺為由，而提出名字更改之人而言，拒絕其享有德國變性人法第1條第1項第1款規定所賦予的申請權，卻將有極為嚴重之後果：其將必須繼續被他人以其歷來的、與其個人的性別同一性相反的名字稱呼，而當其想要避免因此造成之錯誤時，則必須被迫向大眾公開其變性之情形。如此情況，將對其人格上的性別同一性以及其私密領域，造成一項嚴重的傷害。

bb)自基本法第2條第1項結合第1條第1項規定產生之保護人格基本權，亦要求一個人的身分狀態，應歸屬於依據其個人生理與心理狀態所屬之性別而決定（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 49, 286<298>）。

私密性領域的基本人權保障，亦包括個人就性的自主決定權，以及藉此發現與認同自己在性別上的同一性。此項保障要求個人所持續感受的性別上同一性，應該在法律上被承認，藉此讓該人有可能以符合其所感受性別的方式生活，而不至於因為與其感

受的性別相符的外在表現，以及其在法律上地位之衝突，而使其私密領域成為被犧牲之對象。無論如何，對於那些為了更接近其所感受性別之外顯形象，而去進行外科侵入性手術的變性人，可以從此推論出，其經變更後的性別亦應該在身分法上被承認。

變性人法第8條開啟一道程序，讓變性人在符合該條文所規定之條件時，得以獲得法庭的確認，其得被視為是歸屬於另一個性別，此即符合以上所述。然而，藉由變性人法第8條第1項第1款規定指引適用變性人法第1條第1項第1款下，該等未具備德國身分地位之外國籍變性人，其利用法庭程序確認其身分狀態變更之可能性，仍毫無例外地不被允許。當其本國依據自己的法律規定未准許此類的身分狀態變更，則其必須繼續生活在這衝突中，即一方面是其所感受的性別，以及其表現在外的顯現形象，另一方面為其在官方文件，以及在與官方往來時，可以被看得出來的另一個法律上的性別。對於此類族群而言，當其與依據變性人法第1條第1項第1款規定為有權申請人互相比較時，此種情形即是一項嚴重的不利益，因為其對於當事人，亦同樣是以可以被感受得到的方式，侵害其受基本法第2條第1項連結第1條第1項保障之自由發展人格以及維護私密領域之權利。

c)對於在德國境內合法且非僅暫

時性居留之變性人，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，如此作法並不存在任何的正當化理由。在名字與性別歸屬變更場合，藉由在變性人法第1條第1項第1款規定將外國人排除在外，以實現國籍原則之不受限制之效力，並非一項充分的重要性理由。

aa)承認其他國家之主權

如同在尊重其他法律秩序之獨立自主性般，原則上具有正當性者，乃在自己的法律領域遵守國籍原則，對於外國人的特定法律關係，原則上不從德國而從各該國家的法律推演出適用的準據規定（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58<79>）。由於國籍原則亦規定在德國國際私法，因此對於外國人之命名與性別權亦有適用，就此而言，此見解在憲法上並無可責難之處。

然而，不僅是國際法，憲法亦不要求在國際私法領域必須適用國籍原則，反而允許以住所或經常性居留地點作為連結。在這之間，立法者本身亦在國際私法領域，訂有貫徹國籍原則之例外規定。比如對於在德國生活伴侶關係之建立與解散，以及在民法施行法第17b條關於生活伴侶之財產法上效力以及彼此間之權利等事項，立法者規定外國人亦適用德國法，且要求當其本國法未有相當的規定時，

亦有本項規定之適用。就此指引立法者作成決議者，乃如下之考量，即多數在德意志聯邦共和國境內生活之外國國籍人士，若以其本國法為連結之準據時，則其將無法建立生活伴侶關係（參考聯邦議會出版品BTDrucks 14/3751, S. 60）。

立法者已經注意到，在特定的法律關係上，有理由要求偏離國籍原則。這種情形主要是當以德國憲法的觀點觀察，各該外國法有不承認具有基本權重要性之權利，或者規定了一項侵害當事人基本權之條文等時。就一項此類對於生活在德國之外國人基本權侵害，並無法以避免「搖擺不定的法律關係」為由，而取得正當合理化之基礎，因為對此種情形經常發生的涉外案例事實而言，該國之國際私法絕對不會遵守同樣之規定（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58<83>）。

民法施行法第6條規定，已將基本權之保護在德國國際私法中加以考慮，該條文之規定乃表徵公共秩序，且要求在適用本國法之案例中，當適用該國法律可能導致之結果，將與德國法的重要原則顯然不相符時，則其他國家的法律規定即不被適用。尤其是當適用外國法律抵觸基本權時，則該外國法律不應被適用（民法施行法第6條第2段）。藉此規定，只要當適用外國法造成基本權侵害時，即可以

回頭適用德國法，以避免此類侵害之發生。在作為基礎的案例事實具有充分的國內關聯性時，即原則上當事人在國內有一個經常性居留處所之案件，公共秩序保留之條款即得被適用（參閱德國聯邦議會出版品BTDrucks 10/504, S. 43）。就此，依據司法裁判之見解，當外國法抵觸本國根本的正義概念時，其必須具備內國關聯性之要求就越低（參閱德國聯邦最高法院民事裁判BGHZ 118, 312<349>）。

bb)變性人法第1條第1項第1款之規定依循國籍原則。為達此目的，此規定在申請權之階段，即排除未擁有德國身分地位之外國人，利用法庭程序達成名字之變更或者確認歸屬於另外一個性別。故此規定自始即剝奪外國人透過德國法院就其請求案件，進行實體法上審查之機會。蓋其一方面已明文規定，變性人法第1條與第8條所包含之權利，對於外國人並不適用；另一方面，不同於民法施行法第10條關於命名權之規定，或者民法施行法第7條類推適用於身份狀態權之情形，就當事人各該本國法之適用，亦未含有任何法律適用之命令，要求應該如同德國法院所適用者般。如此導致法院在外國籍申請人案件，既不能判給其德國變性人法所規定之權利，亦不能適用相關的外國法律，藉此去審查適用各該本國法之結果是否抵觸公共利益。如此一來，則依據民法施

行法第6條規定，適用德國法之可能性，亦被排除在外。變性人法第1條第1項第1款藉由不給予在有管轄權的德國法院提出名字變更之申請權，或者確認歸屬於另一個性別之提出權之方式，違反德國國際私法貫徹國籍原則之規定，容忍生活在德國之外國人之基本權受侵害，而不給予法院阻止此項侵害發生之可能性。依據變性人法第1條第1項第1款規定，排除未具有德國身分地位之外國籍變性人申請權，由於條文規定係如此之明確，可確認其係符合立法者之意圖，因此亦不可能對其採取合憲性之解釋。

cc)此項被提出進行違憲審查之條文，其作用遠在德國國際私法領域貫徹國籍原則之外，而絕對性地禁絕該本國法未規定名字或性別歸屬變更之外國籍變性人，適用民法施行法第6條所賦予之基本權保障。如此之結果，乃導致當事人源自基本法第2條第1項連結第1條第1項規定所擁有之自由發展人格以及維護私密領域之權利，受到嚴重之侵害。

對於那些僅短期地或預期將僅暫時性地在德國居留之人而言，立法者有正當性之合理訴求，可以作為此種侵害之理由，即避免外國人只為了能夠依據變性人法第1條與第8條規定提出申請而入境德國。但對於合法且非僅暫時性生活在德國之人而言，此種訴求即不適用。蓋對其而言，不給予

其源自變性人法第1條與第8條規定之權利，意味者一項長期的不利益，同時對於其人格權亦造成持續性之侵害。此種嚴重且影響深遠之侵害，無法以貫徹國籍原則之論點加以正當化，尤其是當如同德國國際私法所顯示，事實上仍存在有堅守此原則，但無須容忍基本權受侵害之可能性存在。此外，基於基本人權保障之要求，特別是在對基本權造成嚴重侵害之情形，存在有充足的理由去排除此種現象（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58<83>）。

至於其他在簽發文件時，若因德國賦予其變更名字或者性別歸屬之權利，但其本國不承認時，因為這種情況而產生「搖擺不定法律關係」的危險，或者為保護當事人避免遭遇因此而生困難等執行上的問題，亦均不足以為如此重大侵害基本權之行為，提供正當化之理由。

觀察別的國家的做法可以發現，對於此類的行政執行仍存在有其他具實施可能性的解決方式。蓋「搖擺不定的法律關係」雖然無法避免，但如同馬克斯普朗克外國私法與國際私法研究所的陳述所稱，已有越來越多的國家對於國籍原則的嚴格適用，採取保持距離之態度。最後，保護當事人免因德國與其本國不同之處置，比如在經過邊境時所遭遇的困難，亦非可支持之論點，而得用以拒絕被涉及之

外國人以提出名字或其性別歸屬變更之程序形式，實現其源自基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項規定之基本權保護。當事人有權自由決定採取那一種方式對其是比較重要：究竟是要在德國以其所認知的性別，且獲得法律上承認之方式生活，或者放棄這種承認，以免受被其本國以不同的處置帶來困難。

II. 牴觸一般平等原則

1. 由於變性人法第1條第1項第1款之規定，基於上述之理由，業已侵害基本法第3條第1項連結人格權保護（基本法第2條第1項連結第1條第1項）之一般平等原則，既已屬違憲，因此無需任何進一步之判斷，去確認本項規定是否尚牴觸其他被提案法院認為受侵害之基本權。

2. 變性人法第1條第1項第1款之規定違憲，但並不導致其無效，但被要求應去釐清其與基本法第3條第1項結合保護人格基本權（基本法第2條第1項連結第1條第1項）間是否欠缺協調一致性。蓋立法者擁有許多排除牴觸平等的可能方法供選擇。

因此立法者可以藉由預先規定，就變更名字權利以及變更性別歸屬權利，得適用申請人所屬之國家法律之方式，將變性人法第1條之規定，轉變成為一項衝突法規，或者一項融入在國際私法條文中的衝突規範。如此一來，立法者將能一方面堅持國籍原

則之遵守，另一方面又對於本國未有類似權利規定的外國籍變性申請人，開啟了一道適用民法施行法第6條之門徑。當然，在這些具有充分的國內關聯性案件中，與聯邦政府的意見相左地，公共秩序之理由將永遠導致應適用德國變性人法之規定，以避免除此之外對於當事人產生嚴格的人格權侵害（參閱民法施行法第6條第2句規定）。

立法者可以將變性人法規定之權利延伸適用到外國人，在前揭憲法界限的範圍內，立法者有權決定在何種條件下，對外國籍的變性人開放享有此項權利。除了在居留的合法性之外，尤其是可以預先規定，外國人應在德國歷經一段特定的居留期間，才可以進入變性人法第1條與第8條所規定

之程序，藉由此項時間間隔的規定，確認不是在德國境內僅有短暫性的居留，即可以享有申請的權利。

3.由於立法者享有法律上形成之必要性，本院認為在合憲的新規定公布之前的過渡期間，應該要有一項暫時性的規定，因此在這種條件下，變性人法第1條第1項第1款之規定直到該時點之前均得適用，而立法者有義務在2007年6月30日之前制定出合憲的新規定。

法官：Papier Haas Steiner
Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem
Bryde Gaier Eichberger