



跨性別者變更性別登記之權利

黃自強*

律師

目次	壹、前 言 貳、美國相關案例介紹	參、內政部系爭命令合憲性之分析 肆、結 語
----	---------------------	--------------------------

壹、前 言

2021年，臺北高等行政法院第七庭以內政部「要求人民以進行性別重置手術¹作為變更性別登記之前提」的命令（下稱「系爭命令」）²違反法律保留、比例原則及平等原則為由，拒絕適用該命令，並判命桃園市大溪區戶政事務所作成原告性別登記變更為女性之行政處分³，成為我國跨性別者（transgender）⁴「免術換證」之首例。其後，臺北高等行政法院第二庭於審理類似案件時，依

其合理確信認為系爭命令有牴觸憲法之疑義、聲請釋憲，惟大法官以「系爭命令係屬主管機關所訂定之行政命令，且認其有違憲情形，自可不予引用，尚無聲請解釋憲法之餘地」為由，裁定不予受理之⁵。

在上開判決及不受理裁定作成以前，關於跨性別者權利的相關問題（例如變更性別登記之權利⁶、使用與其性別認同相符的公共廁所之權利⁷、參與運動競賽之權利⁸等），無論在我國學界或實務界，皆少有討論。本文擬藉上開判決

及不受理裁定作成之際，提出對於系爭命令之合憲性的看法。

又誠如前開北高行判決所述，系爭命令所涉及的憲法權利主要是「隱私權」及「平等原則」之爭議。該判決進而藉由我國釋憲實務之分析及比較法例（德、奧憲法法院判決⁹）之借鏡，針對系爭命令違憲之理由，提出精彩的論述。然而鑑於前開北高行判決於比較法論述上未涵蓋美國法，且我國關於「隱私權」及「平等原則」於學理及實務上的發展上皆受美國法高度影響，本文將以美國相關案例之介紹及分析為主軸，並探討其對於我國之啟示，進而提出本文認為「要求人民以進行性別重置手術作為變更性別登記之前提」此一政策違憲之理由。

貳、美國相關案例介紹

美國聯邦最高法院固然尚未針對變更性別登記的問題表示見解，然而由於許多州的性別登記政策已經在聯邦地方法院及上訴法院受到挑戰，各法院針對此一爭議已逐漸形成穩定見解。以下介紹其中兩個代表性案例，說明美國法上針對此一爭議在「平等原則」及「隱私權」上的審查模式。

一、*Corbitt v. Taylor*¹⁰

本案涉及數位跨性別者控告阿拉巴

馬州執法部門（Alabama Law Enforcement Agency）以「完成性別重置手術作為變更駕照上性別登記之前提」之政策違憲¹¹。阿拉巴馬州政府則主張，系爭規定之目的是為了實現以下重要政府利益：（一）確保駕照與出生證明上之性別登記的一致性，蓋根據阿拉巴馬州州法規定，人民若欲變更出生證明上之性別登記，也是以完成性別重置手術為前提。（二）提供執法機關作為身分辨識之基礎，進而確保執法之正確性¹²。

法院首先指出，系爭規定對跨性別者構成重大傷害：一方面，系爭規定要求跨性別者以完成性別重置手術作為申請變更性別登記之前提，惟性別重置手術幾乎無可避免地會剝奪其生育機能。另一方面，若跨性別者選擇不進行手術，則必須被迫使用含有「與其性別認同或外貌相左之性別登記」的證件，這也導致其人身安全處於高度風險中，畢竟眾多實證研究指出，跨性別者在其跨性別身分被揭露時，往往可能因此承受騷擾、歧視待遇、甚至肢體暴力¹³。

法院接著就本案所應適用之審查標準為論述：由於系爭規定係「根據州政府所確立之標準公開表明人民之性別」（publicly designates people's sex based on state-determined criteria）¹⁴，且系爭規定係以要求申請人「完成性別重置手術」作為變更性別登記之要件，就此而言，系爭規定等同是以申請人之「性器

官」(genitalia)作為差別待遇的依據，構成以「(生理)性別」作為分類標準(sex-based classification)的情形。而在涉及以性別為分類標準之案件，法院應採中度審查標準(intermediate scrutiny)檢驗其合憲性¹⁵。

就州政府所提出上述(一)之目的抗辯而言，法院指出其無法作為重要政府利益。首先，州政府似乎認為透過確保「駕照」及「出生證明」兩者性別變更登記程序之一致性，即得確保這兩個身分證明文件內容之一致性。然而此一假設有重大瑕疵，蓋人民在日常生活中時常需要藉由出示「駕照」來證明其身分，但幾乎不會有利用「出生證明」以達相同目的之時機或場合¹⁶。換言之，縱使要求兩者之性別變更登記需要踐行相同程序(亦即皆以「完成性別重置手術」作為要件)，在時間及資源有限之前提下，一般人可能會合理地選擇僅變更駕照上之性別登記，從而仍會造成兩者登記不一致之情形¹⁷。退步言之，縱使肯認系爭規定具有確保上開兩種證件性別登記之一致性的效果，要求兩者踐行相同嚴格之程序，顯然僅是基於行政管制成本考量。而在涉及以性別為分類標準之案件中，行政之便宜性(administrative ease and convenience)並非重要政府利益¹⁸。

就州政府所提出上述(二)之目的抗辯而言，法院則指出，確保執法機關

於執法時得正確辨識人民之身分，固然屬於重要政府利益，惟在本案中仍無法通過合憲性檢驗。首先，在中度審查標準下，政府利益必須是立法當下即已考量者，惟從立法資料觀之，州政府就執法正確性之主張在立法當時未為提出，顯然僅為「後見之明」¹⁹。退步言之，縱使州政府於立法時即已將執法正確性納入考量，系爭規定所採用之手段與目的達成間仍是欠缺實質關聯，蓋在通常情形下，執法機關根本不會以「檢查人民之性器官」作為確認身分之方式，反而若是證件上所註記之性別與人民之外觀及性別氣質有相左之情形，容易造成執法上的困擾²⁰。

二、*Love v. Johnson*²¹

本案涉及數位跨性別者控告密西根州要求「以『變更出生證明上之性別登記』為前提，作為人民申請變更其他證件(例如身分證及駕照等)之性別登記的要件」的規定違憲。在系爭規定要求下，若申請人係取得密西根州所核發之出生證明，則必須以「完成性別重置手術」為要件，方得為性別變更登記。反之，由於部分州禁止變更出生證明上之性別登記，因此系爭規定亦可能造成完全禁止變更其他證件上性別登記的情形²²。

相較於上開*Corbitt*案中法院將審查重點置於「平等原則」，本案則以「隱私

權」作為審查主軸。就此而言，法院的論證可拆解為兩個層次：（一）系爭規定使原告於出示身分證明文件時，被迫揭露其跨性別者之身分。此一資訊之強制揭露，是否構成對於原告隱私權之干預²³？（二）若肯認原告就是否揭露其「跨性別身分」一事，屬於受憲法隱私權保障之事項，則州政府是否有限制原告隱私權之合憲事由²⁴？

就（一）而言，法院參照第六巡迴法院關於隱私權保護領域之見解，肯認原告就其「跨性別身分」此一資訊揭露與否之自由，應屬憲法資訊隱私權（informational privacy）保障之範疇。第六巡迴法院指出，原告若欲主張其自我決定是否揭露個人資訊之權利受憲法保障，必須是「該個人資訊之揭露可能對原告之人身安全造成危害」（where the release of personal information could lead to bodily harm）或「所揭露之資訊具有涉及性、個人私密領域及侮辱性之特徵」（where the information released was of a sexual, personal, and humiliating nature）²⁵。法院指出，就本案而言，原告藉由提出相關個人經驗及實證研究報告，已充分證明跨性別者身分之揭露，有高度可能使跨性別者受到來自執法單位或一般大眾之訕笑、騷擾，甚至肢體攻擊²⁶。易言之，系爭規定迫使無法變更性別登記之跨性別者揭露其跨性別身分、進而使其人身安全處於受侵害之高度風險中，已

構成對跨性別者受憲法保障之資訊隱私權的干預。

就（二）而言，法院指出，由於本案涉及原告之隱私權屬於受憲法保障之重要基本權（fundamental right），州政府欲合憲限制之，必須基於重大迫切之政府利益（compelling state interest），且手段與目的之達成間具有嚴密剪裁（narrowly drawn）之關聯性²⁷。就目的部分，州政府主張系爭規定之目的在於促進執法效率及確保資料紀錄之正確性²⁸。惟法院認為，州政府所採取之手段與目的之達成間幾乎毫不相關，畢竟在證件上所註記之性別與人民之外觀及性別氣質有所相左的情形，往往徒增執法上之困擾，因此系爭規定反而阻礙了政府追求執法效率之利益²⁹。此外，無論哪一州的政府顯然都有確保資料紀錄正確性之公共利益，然而實務上有高達25個州³⁰不以「完成性別重置手術」作為性別變更登記之要件，可見以「完成性別重置手術」為申請變更之前提的要求，與目的之達成間欠缺嚴密剪裁之關聯性³¹。

參、內政部系爭命令合憲性之分析

承如前述，內政部系爭命令之合憲性爭議，主要涉及「平等原則」及「隱私權」。又依照我國釋憲實務之一貫見解，在法規範同時涉及「平等原則」及

自由權之「比例原則」的問題時，係採取分別審查之模式，亦即兩者之審查乃相互獨立、且兩者於審查上可能採取不同的審查標準³²，本文從之。藉由上開比較法的觀察，再輔以我國釋憲實務關於「平等原則」及「隱私權」相關案例所建構的標準，本文以下分別透過平等原則及比例原則（隱私權）的審查，論證內政部系爭命令乃違憲命令。

一、平等原則審查

平等權案件之審查標準，主要取決於法規範所採取之「分類標準」。如同 *Corbitt* 案指出，以申請人「是否完成性別重置手術」作為分類標準，等同於以申請人之「性器官」作為差別待遇的依據，屬於以「(生理)性別」作為分類標準的法規範。依我國晚近釋憲實務所形成之穩定見解，因是類法規範「係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準」，應適用中度審查標準檢驗其合憲性，亦即「其立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違。」³³

一個可能的公益目的，是為了使個人證件上的性別登記能「符合社會群眾對性別樣貌的通常想像」，進而促進社會性別秩序的穩定性，蓋依社會一般通念，男女性別之區分係源於其性器之不

同，而非基於個人之性別認同。然而112年憲判字第1號判決已明確指出「國家本有義務積極消弭性別歧視，自不應以立法肯認帶有性別歧視之傳統或舊慣」。系爭命令忽略個人性別認同與個人自主性及人格發展之密切關聯，其所肯認者，乃「性別二元論」(gender binary)此一社會刻板印象下對於性別之狹義想像³⁴，屬於「帶有性別歧視之傳統、舊慣」，其目的難謂為重要公益。

另一個可能的公益目的，即是基於行政成本考量，蓋相較於其他較為浮動的判準(例如申請人之性別認同)，以「性器官」此一清楚的生理特徵作為得否申請性別變更之分類標準，在行政作業上顯然較為便捷。然而根據我國釋憲實務之穩定見解，在中度審查標準下，行政便宜及行政成本考量並非重要公共利益。例如釋字第766號解釋即指出：「國民年金保險之遺屬年金請領條件是否複雜而追溯認定困難，係行政上應如何克服問題。此與追溯認定所需行政作業費用之減省，均係基於追求行政便宜考量，尚難謂係重要公益。」³⁵

從而，政府所能主張之合憲重要公益，似乎只剩「確保執法之正確性」此一目的。然而誠如 *Corbitt* 案及 *Love* 案指出：以「完成性別重置手術作為申請性別變更登記之前提」作為手段，非但無助於目的之達成，反而有損於目的之實現！畢竟在通常情形下，執法機關根本

不會以「檢查人民之性器官」作為確認身分之方式，反而若是證件上所記載之性別與人民外觀上之性別氣質有所衝突之情形，往往容易造成誤會、並徒增正確執法之成本。從而其手段與目的之達成間，顯然不具有實質關聯性。

附帶一提，平等權案件之審查標準，除了受「分類標準」所影響外，亦可能因所涉基本權的種類而有所不同。就此而言，111年憲判字第4號判決即指出：「法規範如採種族分類而有差別待遇，或其差別待遇涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本庭應加強審查，而適用嚴格標準。」鑑於系爭命令非但以「難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類」為分類標準，且差別待遇之結果將影響與個人人格發展及人性尊嚴密不可分之重要基本權利（即隱私權，詳下述），故本案在平等權審查上，亦有採取嚴格審查標準之可能。系爭命令既然無法通過中度審查標準之檢視，舉輕以明重，在嚴格審查標準下亦無法通過合憲性檢驗，自不待言。

二、比例原則審查

就比例原則審查部分，主要是涉及隱私權此一權利之限制。關於隱私權保護領域的問題，相較於*Love*案採用較嚴格的界定標準（亦即必須是「該個人資訊之揭露可能對原告之人身安全造成危

害」或「所揭露之資訊具有涉及性、個人私密領域及侮辱性之特徵」），我國釋憲實務則採取較為寬鬆的認定方式。111年憲判字第11號判決即指出，除了「經處理之資料於客觀上無還原識別個人之可能」外，只要是個人資料，原則上皆受憲法第22條資訊隱私權之保障。

又依照我國釋憲實務之一貫見解，關於隱私權案件之審理，應依所涉及之資訊類型而採用不同的審查標準。就此而言，釋字第603號解釋指出：「至該法律是否符合憲法第二十三條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。」

由於系爭命令係以「完成性別重置手術」作為變更性別登記之前提，因此在現行法架構下，人民於證件上所記載的性別，是依照其擁有的性器官所加以決定。換言之，人民於揭露其證件上的性別登記欄位時，也同時揭露了其「性器官類型」此一資訊。個人性器官的類型，應屬涉及「私密敏感事項」的資訊，畢竟在通常情形下吾人並無知悉關於他人性器官的資訊之必要³⁶。此外，從一般口語常以「私密處」、「私密部位」等用語代稱性器官，亦可知依照社會一般通

念，與性器官相關的內容皆為高度個人私密性的資訊，並無疑問。

此外，在證件持有人為跨性別者之情形下，系爭規定也涉及「跨性別身分」此一資訊之揭露。誠如*Love*案所指出，跨性別身分此一資訊，應屬於高度私密資訊，蓋此一資訊之揭露，對於跨性別者之私生活影響甚鉅，除了可能導致其在生活各領域中受到歧視待遇外，更可能使其人身安全暴露於重大風險中³⁷。申言之，系爭命令所涉及的資訊，無論是與「性器官」相關的資訊或「跨性別身分」，皆屬於私密敏感資訊，故其合憲性應採嚴格審查標準檢驗之。又如*Corbitt*案及*Love*案再三強調，縱使肯認「確保執法正確性」乃特別重要之公共利益，以「完成性別重置手術作為申請性別變更登記之前提」作為手段，與目的之達成間，顯然欠缺必要關聯性。

肆、結語

我國自民主化以來，經由社運團體

之倡議，在同志平權之推動上，已取得相當之成果³⁸：我國不但早在2014年即被紐約時報譽為亞洲的「同志燈塔」³⁹，更是在2019年成為亞洲第一個將同性婚姻法制化的國家。如同多數民主國家在LGBTQ+議題的發展一樣，我國在同志平權運動有一定的成果後，其他性少數族群，例如跨性別者、非二元性別者（non-binary）的權利保障議題，於近年來逐漸受到社會關注⁴⁰。就此而言，臺北高等行政法院109年訴字第275號判決之作成，可謂開啟我國LGBTQ+平權運動下一階段發展之重要里程碑。

藉由美國法上相關案例之借鏡，以及我國釋憲實務關於「平等原則」及「隱私權」相關案件之分析，本文主張「要求人民以進行性別重置手術作為變更性別登記之前提」之命令，乃違憲政策。憲法法庭雖以程序不合法為由裁定不予受理，從而尚未針對系爭命令之合憲性作成判斷，惟政府仍應儘速修正相關法規範，以落實人民憲法權利之保障。♣

註釋

* 作者為美國密西根大學法律碩士。

1. 所謂「性別重置手術」(sex reassignment surgery)，一般俗稱「變性手術」，係指透過生殖器官的重建，使跨性別者之外顯性徵能符合社會刻板印象的生理性別 (sex) 與他們的性別認同 (gender identity)。一個常見的誤會為，將變性手術視為跨性別過程的「必要程序」或「最後一步」。事實上，跨性別者可能基於健康或經濟考量，選擇不進行變性手術，而採用其他方式 (例如賀爾蒙治療、或單純外觀打扮之改變等) 實踐其自我性別認同。Dean Spade, *Documenting Gender*, 59 HASTINGS L.J. 731, 754-55 (2007).
2. 內政部97年11月3日內狩中戶字第0970066240號令：「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。」
3. 臺北高等行政法院109年度訴字第275號判決。
4. 所謂「跨性別者」，是一種集合性的傘狀用語 (umbrella term)，涵蓋所有性別認同 (gender identity) 或性別表現 (gender expression) 不符合社會對於其生理性別 (sex) 所應有的表現或外觀期待的個體。Jessica A. Clarke, *They, Them, and Theirs*, 132 HARV. L. REV. 894, 897-98 (2019).
5. 憲法法庭112年憲裁字第4號。
6. 相關文獻，請參：Spade, *supra* note 1.
7. 相關文獻，請參：Tobias Barrington Wolff, *Civil Rights Reform and the Body*, 6 HARV. L. & POL'Y REV. 201 (2012).
8. 相關文獻，請參：Shayna Medley, *[Mis]Interpreting Title IX: How Opponents of Transgender Equality are Twisting the Meaning of Sex Discrimination in School Sports*, 45 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 673 (2022).
9. 關於德國聯邦憲法法院及歐洲人權法院相關案例之進一步討論，請參：憲法法庭112年憲裁字第4號裁定詹森林大法官協同意見書，3-4頁；憲法法庭112年憲裁字第4號裁定謝銘洋大法官不同意見書，7-10頁。
10. *Corbitt v. Taylor*, 513 F Supp.3d 1309 (M.D.Ala. 2021).
11. *Id.* at 1311-1312.
12. *Id.* at 1316.
13. *Id.* at 1313.
14. *Id.* at 1315.
15. *Id.* at 1314.
16. *Id.* at 1317.
17. *Id.*
18. *Id.*
19. *Id.* at 1321.
20. *Id.* at 1322-1323.
21. *Love v. Johnson*, 146 F.Supp.3d 848 (E.D.Mich. 2015).
22. *Id.* at 851-852.
23. *Id.* at 853.

24. *Id.*
25. *Id.*
26. *Id.* at 854-856.
27. *Id.* at 856.
28. *Id.*
29. *Id.*
30. 此為判決作成時的統計。關於各州性別變更登記之最新發展，請參：Identity Document Law and Policies, MAP, https://www.lgbtmap.org/equality-maps/identity_documents.
31. *Love*, 146 F.Supp.3d at 857.
32. 例如釋字第649號解釋在平等權審查上採中度審查標準，在比例原則（職業自由）部分則採嚴格審查標準；112年憲判字第11號亦在平等權審查上採中度審查標準，在比例原則（選舉權）則採嚴格審查標準。對於釋憲實務之審查模式的評析，請參：黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查，法學新論，7期，2009年2月，17-42頁。
33. 釋字第807號解釋、112年憲判字第1號判決參照。
34. 所謂「性別二元論」，係指將生理性別（sex）和社會性別（gender）劃分為只有男性和女性的兩種二元性別的區分模式，並強調生理性別對於其性別角色之拘束。關於針對「性別二元論」的批評及相關法律修正之倡議，請參：Taylor Flynn, *Instant (Gender) Messaging: Expression-Based Challenges to State Enforcement of Gender Norms*, 18 TEMP. POL. & C.R. L. REV. 465-504 (2009).
35. 釋字第760號解釋同旨（解釋理由書第9段：「次按容訓量僅係基於純粹行政成本之考量，難謂重要公益。」）。
36. Megan Brodie Maier, *Altering Gender Markers on Government Identity Documents: Unpredictable, Burdensome, and Oppressive*, 23 U. PA. J.L. & SOC. CHANGE 203, 205 (2020).
37. Spade, *supra* note 1, at 751.
38. 關於社會運動如何促成我國同志平權保障之法制化，請參：官曉薇，臺灣民主化後同志人權保障之變遷：法律與社會運動的觀點，中研院法學期刊，2019特刊1，2019年10月，551-615頁。
39. Andrew Jacobs, *For Asia's Gays, Taiwan Stands Out as Beacon*, N.Y. TIMES (Oct. 29, 2014), <https://www.nytimes.com/2014/10/30/world/asia/taiwan-shines-as-beacon-for-gays-in-asia.html?ref=asia&r=0>.
40. 關於LGBTQ+平權運動之發展時序及各階段之交互影響，請參：Marie-Amelie George, *Framing Trans Rights*, 114 NW. U. L. REV. 555 (2019).

關鍵詞：跨性別、性別登記、隱私權、平等原則

DOI：10.53106/279069731810

（相關文獻☛月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析☛月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）