

《歐美研究》第四十一卷第三期 (民國一〇〇年九月), 801-848
© 中央研究院歐美研究所
<http://euramerica.org>

性別自主決定、婚姻自由與跨性別人權 ——試評德國聯邦憲法法院 *1 BvL 10/05 (2008)* 判決*

陳宜倩

世新大學性別研究所
11604 台北市文山區木柵路一段 17 巷 1 號
E-mail: yichien@mail.shu.edu.tw

摘要

本文受女性主義法學與性／別研究視角啟發，希望藉由分析德國聯邦憲法法院關於變性者權利之重要判決，從受壓迫之多元性別主體觀點出發，揭示基於生理性別、性別認同、性慾特質、婚姻狀況等歧視形式如何交互作用，而法律體系如何靜默甚或允許此多重歧視存在多年，以提供我國司法體系在面對

投稿日期：98.12.22；接受刊登日期：99.12.22；最後修訂日期：100.2.21

責任校對：吳智偉、陳芳儀、汪盈貝

* 感謝焦興鎧教授與評論人陳妙芬教授寶貴意見與鼓勵，亦感謝兩位匿名審稿人之指正與建議。在世人對於「生物多樣性」意識逐漸覺醒之際，作者常覺得人們似乎對於理解與探索人類之「性／別多樣性」頗為吝嗇。除了訴諸對於「花樣主體」之基本權利保障外，也許可以試著提醒自己：回到初春晨曦時，我們不都愛極了繽紛、七彩燦爛的花園？如果欠缺對人情世事的關懷與感受力，許多社會中被偏狹定義的「理性」思辨，很容易引人走入漠視非主流族群的不歸路。沒有豐厚人文社會關懷基礎之法律體系，縱使憲法理論再如何強調少數保障，終難以跳脫日常慣習之男女二元論，以挑戰男女二元論為職志之性／別研究也許是另一個值得探索的路徑，當然這是作者個人要負起全責的觀點，在此提出僅供參考。

有關跨性別族群權益案件時參考，避免法律淪為鞏固異性戀父權、壓迫性別少數之工具。

關鍵詞：變性、跨性別、男女二分主義、性別自主決定、結婚自由

我認為每一個 TS 在日常生活中都時常與自己特異的性別處境搏鬥著。我們將許多的動能都投注在一次又一次的性別角力中，為了讓自己不再被不願意的性別給框限住；這樣的狀態發生在每一個階段中，不論他怎麼定位自己、怎麼面對性別認同這回事。我們都花了很大力氣在跟社會、他人互動，不斷為自己身心不符的性別找出路，……。(文聿，2009: 83)¹

壹、問題意識暨研究觀點

二〇〇八年八月才二十歲的宇皓自殺身亡，創辦皓日專線的跨性別團體——台灣 TG (Trans Gender) 蝶園發言人高旭寬說，宇皓從小覺得自己是男性，慣穿男裝，然而始終不被家人與社會接受。遺願只有穿男裝下葬、牌位寫自取的名字「宇皓」，家人卻堅持讓他穿女裝、用女性化本名。「看他穿著身前拒穿的衣服，真為他心痛！」高旭寬感嘆，宇皓的遺照，他家人用了一張看來較女性化的照片，並鋪上粉紅底色 (何定照，2008: A7)。² 看到宇皓自殺身亡的新聞，³ 心中有無限感慨。我不認識他，也無法親身體驗他認定自己是男性隨之而來生活的壓力有多沉重。作為閱聽人，我只能想

¹ TS 為 Transsexual 之縮寫，中文譯為變性人或跨性人。

² 宇皓的自殺促成了跨性別諮詢專線，曾經協助 TG 蝶園成立的中央大學性／別研究室教授何春蕤說明倡議源由，TG 蝶園六年前就想辦專線，如今因宇皓過世，讓大家痛心覺得不能再遲延，「我們要幫跨性別者不要太快跳下高樓」(何定照，2008: A7)。

³ 跨性人自殺事件不時發生，著名案例為林國華，其曾於一九九八年召開記者會，公開宣示要當女人，次年赴泰國進行變性手術，之後拿到內政部核發的女性身份證。林國華曾說她的求職過程備受歧視，多次自殺獲救，二〇〇三年五月十四日終承受不了巨大壓力與歧視自殺身亡。很遺憾地，同年十二月十一日，跨性別運動伙伴蔡雅婷也自殺身亡 (巫緒樑，2003；鄭學庸，2005)。

像如果他知道在德國有位七十九歲的老爺爺成功地改名，進行手術變成老奶奶，而且讓德國聯邦憲法法院 (Bundesverfassungsgericht) 作出有利於「她」的決定。⁴ 這位老爺爺成功挑戰德國關於變性人之現行法，之後可以快樂地以老奶奶身分繼續跟她結婚五十六年的另一位老奶奶生活在一起，就像五十六年前擁有男身的她對她的承諾一樣，更棒的是，故事還沒有結束呢。⁵ 不知道宇皓先生會不會在跳下高樓前改變主意？他會不會這樣想：好，無法決定自己是誰，既然死都可以了，就活下來用一輩子來對抗無情的社會！從那個不接受他的「家」、「社會」或「國家」出走，進而打造他所想望的自己與人生。我只能想像與反省：除了跨性別諮詢熱線成立提供皓日專線緊急救援，生活在一個宣稱擁抱民主、多元、自由價值的台灣社會的我們可以做甚麼？解嚴以後的台灣社會運動日益蓬勃，女性主義思潮風起雲湧，一向被女性主義社群定性為「父權制的法律體系」也在婦運團體的努力下，經由凝聚民間力量施壓、推動立法委員修法、聲請大法官解釋等有了些許改變。⁶ 幾起重大與女性相關之社會事件更提供了立法契機，婦女運動先驅彭婉如女士遇害促成一九九七年性侵害犯罪防治法、遭家暴多年的鄧如雯殺夫案促成了一九九八年家庭暴力防治法制定、二〇〇二年兩性工作平等法制定通過等。⁷ 「男女平等」、「兩性平等」至此已成為法律體系常用辭彙，不論在法律的主流論述與社會大眾、傳播媒體的理

⁴ 到底是他或她？本文原則上尊重當事人自身之性別認同，除非特別說明法律體系對當事人之法定性別之認定與當事人自己相異時，會在陳述同一當事人並用兩性別，表面上看來隨機或男女不分，但此乃作者有意識的使用中文語彙之「他」或是「她」，以這種寫作方式對讀者腦中之男女二分進行挑戰，敬請把握機會進行思考實驗。

⁵ 關於本案對於跨性別運動之影響與可能意義，請參見本文肆、二以下。

⁶ 關於台灣在地婦女運動對法律體系之影響，詳見雷文攻 (2000)；陳宜倩 (2006)。

⁷ 促進性別平等相關立法內容參見尤美女 (2007)；王曉丹 (2007)。

解，女性主體的現身相較於傳統的男性霸權是十分顯著的，主流社會對性別人權的理解比較是以**女性對男性**這樣二元的框架來進行，倡議要消除一切對女性之歧視對待。⁸ 這樣的理解大多是以生理性別層次之理解為主，並不將重點放在生理性別、性別性質與性傾向等為不同面向，也對這些面向在具體當事人身上可能不「一致」或不「相符」較少著墨。⁹

作者基本上同意 Judith Butler 的看法，任何女性主義理論如果在其實踐中預設性別意義之限制，就是在女性主義中樹立排他性之性別規範，容易導致同性戀恐懼 (homophobic) (1999)。然而，一個在後結構主義、後現代思維下具完全開放性定義的性別概念究竟如何在社會現實中與奠基於現代化思潮之法律規範體系並存？又如何能對其提出具體且有效的挑戰？以透視與拆解社會建構為務的性別研究理論如何與自由主義下尊崇秩序、規範的法律體系互相理解？這些都是當代女性主義法學理論家與實務者必須真切面對的問題。過去將生理性別 (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、性慾望一概都化約為「性別」(張小虹，1996)，並不細緻區分這些不同指攝之概念，傳統法律體系也複製並強化性別二元主義 (sexual dimorphism) 偏狹的看法：這世上有兩種人類，男性與女性，XY 染色體

⁸ 這並不是說此時台灣社會沒有以其他方式理解性別的理論或實務，只是主流法律論述與媒體比較以這樣的方式來理解性別人權。另請參考何春蕙教授，中央大學性別研究室所出版的一系列叢書，以及性別人權協會、同志諮詢熱線、TG 蝶園、台灣女同志拉拉手協會、性別平等教育協會等常年持續從事多元性別人權促進之社會教育運動者其活動紀錄與論著。

⁹ 也有女性主義者提醒以性別代替女性之可能危險，顧燕翎教授著文主張因性別可用以涵蓋所有個體，很容易被籠統化、模糊化；再者，因性別一詞本身不具任何價值，在應用時可主觀詮釋，填充任何內容，在觀念上挑戰性低，比較容易被當權者接受亦有其策略價值 (顧燕翎，2010)。

即決定了他們的一生，男女有別；男性具備陽剛特質、女性具備陰柔特質，從個性、裝扮、興趣、到職業選擇，男女有別；「真正」的男人愛「真正」的女人、「真正」的女人愛「真正」的男人，慾望對象也是男女有別，只有異性戀的陰道性交是法律體系與主流社會接受之「正常」的性別與「正常」的性之組合。其他的組合不管是在生理性別、社會性別、或性傾向層次，只要不符合上述男女二分的規範者，傳統上即認為是「不男不女」、「陰陽倒錯」。例如出生具有男性生殖器官且喜歡縫紉、烘培、音樂；¹⁰ 生理性別為女性但認同男性慣著男裝；出生具有男性生殖器官卻喜歡同樣具男性生殖器官之男性；或出生具有女性生殖器官卻具備主動積極冒險性格但不愛作女性化打扮等等，¹¹ 都可能被認為是殊異、變態，而遭到社會不同樣貌不同程度之排擠與歧視。法律體系也仰賴這樣二分之性別與性的連結，生理性別一女男 (sex – female vs. male) 則是國家法律介入的關鍵分類基礎。

台灣法律體系因此罕見對廣義之跨性別族群 (女同志、男同志、雙性戀、變性者、雙性者、酷兒 / 對性別二分主義質疑或正在探索自身性別認同者 [Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual, Intersex, Queer/Questioning]，以下簡稱 LGBTIQ) 權益提出研究或立法建議，然而只消對民法、刑法、稅務、保險、醫療、移民、社會福利等法規與司法實務作初步分析，即可看出法律體系並不將 LGBTIQ

¹⁰ 關於台灣國中生葉永鋳因性別不友善校園意外死亡事件，葉永鋳在學校被認為具有「女性氣質」傾向，聲音較細、講話有「蘭花指」動作、喜歡打毛線和烹飪、常和女同學在一起，也有男性朋友。這樣的性別特質並非不正常，卻因同學的性別角色刻板印象、學校處理不當與教育不足而成了意外死亡的間接性原因。葉永鋳的生命故事與其對台灣「性別」平等教育立法之影響見蘇芊玲、蕭昭君 (2006)。

¹¹ 見 Hopkins v. Price Waterhouse, 618 F. Supp. 1109 (D.D.C. 1985) (討論性別歧視案原告 Ann Hopkins 如何被其男性合夥人訓示行為舉止應女性化些，例如多戴項鍊首飾，並建議她上禮儀學校)。

跨性別族群視為公民，法律鑲嵌著性別二分主義：異性戀為正常，其他均為變態的刻板印象。傳統法律體系仍是以「男性」、「女性」這樣的框架來理解 LGBTIQ，跨性別族群無法像其他人一樣自由地選擇發展任何他們期待之關係，而仍能同時保有自由與尊嚴；法律之前未能享有性別自主決定權，無法自由地抉擇結婚、組成家庭、擁有「人可稱羨」的親密關係。他們並非享有自由、受平等保障的公民。

更多的 LGBTIQ 多元性別主體其實根本未受法律眷顧，距離台灣第一對同志伴侶公開舉行結婚儀式已十多年，至今未受法律體系肯認；¹² 不時發生警察臨檢特定健身房、同志酒吧、公寓轟趴、警察誘捕偵查同志醫師事件，¹³ 二〇〇七年有位已結婚生子的教師，欲進行男變女之變性手術，妻兒與學生支持但學校施壓要他離職等，我們常常聽聞這些違反性別人權案件（「名校男師變性被逼離職」，2007）。LGBTIQ 主體因「做 / 作自己」與性別二分規範不符，可能是社會性別、性別特質、性別表現或性傾向等面向與主流想像不同，而在日常生活遭受歧視與為難，法律體系卻遲遲未有系統性的處理與面對。近年來台灣社會對於同志社群之關心與其權利議題之討論有增加趨勢，但對於其他跨性別主體之理解則有待增進，而針對變性者法律議題之關注更少，¹⁴ 少數於媒體曝光之案例更讓人

¹² 一九九六年許佑生與葛瑞是台灣第一對公開結婚的男同志伴侶，至今結婚多年但未獲法律認可（蔣文宜，2006）。

¹³ 台灣台北地方法院九十六年度簡上字第 329 號刑事判決。第一審判決無罪，法官認為承辦員警所為屬於違法之誘捕偵查，第二審改判有罪。

¹⁴ 張宏誠二〇〇二年八月二十四日於《中國時報》投書發表「變性人的基本人權」為少數例外，另參見（張宏誠，2010）。近年有《台灣法學雜誌》之專題，我國變性人之基本人權省思，張永明教授與蔡秀男先生兩篇文章，蔡文以醫療軸線論述出發，將之定義為性別認同障礙症患者，作者對於這樣的定性有不少疑慮，但是兩篇文章介紹德國變性人法制與台灣本土之醫療、法律實務，作者肯定其企圖引

體認其生活處境之艱辛。

相較之下，德國對於變性人人權已有三十多年的立法歷史、社會辯論、學說理論與司法實務均可供參考與省思。在台灣性別人權運動與跨性別文化研究日益豐富之際，不論台灣是處於民主化自由化進程、民主鞏固、或國族打造階段，政府或民間社會運動團體皆不可忽視多元性別族群之基本權利。本文受女性主義法學 (feminist jurisprudence) 與性 / 別研究 (gender studies) 視角與觀點啟發，希望藉由分析德國聯邦憲法法院關於變性者之重要解釋，從受壓迫之多元性別主體觀點出發，揭示基於生理性別、性別認同、性慾特質、婚姻狀況等歧視形式如何交互作用形成多重歧視，法律體系又如何靜默、允許此多重歧視存在多年。希望藉此提供我國司法體系在面對有關跨性別族群權益個案時參考，避免法律淪為鞏固異性戀父權、壓迫性別少數之工具。¹⁵

本文將針對德國聯邦憲法法院二〇〇八年五月二十七日關於變性人婚姻一案之判決作詳盡之檢討與評析，¹⁶ 除前言外，全文共分五個部分：第二節將以德國對變性人之法律規範及相關法院判決為基礎，說明性 / 別自我決定權 (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung)、婚姻自由與跨性別人權之間的關連，以及法律改革與社會變遷間之良性互動。第三節將分析憲法法院於本案之判決。第四節則討論「性別」之廣泛意涵、性別認同 (Geschlechtsidentität)、性傾向 (sexuelle Orientierung)、結婚自由與性別歧視之關連，進而闡述此判決對法律規範評價親密關係以及以「性別」為分類基礎的可能

起台灣法律體系關注之努力 (張永明, 2008; 蔡秀男, 2008)。再者，對於上述主流醫療論述軸線無反省地支持教育與司法體系之狹隘認知與嚴厲管理之批評，跨性別主體文化論述有精彩且豐厚之文獻累積，請參見何春蕙 (2003)。

¹⁵ 變性者除了社會歧視外，也遭受法律之不公不義。參見 Sigusch (1993); Will (1996)。

¹⁶ BVerfG, 1 BvL 10/05.

影響。最後，本文欲指出本案對女性主義法學、性別研究與跨性別運動的啟發，並探討其侷限性與可能性。

貳、德國變性人權之立法與司法判決

德國自一九七〇年代起一連串的司法判決引領立法與修法的努力，多年來陸續為變性人或更廣義之 LGBTIQ 跨性別族群創造出較寬廣的生活空間，然而變性者仍持續的遭受到社會上不同形式之歧視 (Will, 1996; 另參見 Correll, 1999; Eicher, 1992)。¹⁷ 所謂變性人，¹⁸ 其跨躍或改變性別的面向、程度在個案之間其實大不相同，其對自身性別認知形式、程度與對其想要改變性別之欲求、欲求發生之年齡也有不同，並非所有的案例都會進行全套的變性手術或需要進行變性手術 (Geschlechtsumwandlung)。有些案例的當事人早自青春前期就自行服用賀爾蒙，而本案當事人則於七十多歲進行變性手術，性別人格如同其他面向之人格發展，是隨著人生經驗開展，發展之時機、條件與情境因人而異。¹⁹ 依據德國聯邦憲法法院判決

¹⁷ Will 在這篇論及關於變性醫學與法律問題的班傑明國際性別焦慮症研討會 (Harry Benjamin International Gender Dysphoria Symposium/1996.9.7-10) 文章中，提及自一九六五年起法學期刊就陸續刊登關於變性法律問題研議之文章，一九九五年這個研討會約二百位專家學者參與盛況空前，特別保留一個上午給法律議題，發表專家包括美英學者與德國著名之憲法法院常勝軍律師 Maria-Sabine Augstein。

¹⁸ Transsexualität 之中文翻譯究竟為何？筆者認為仍有討論空間，譯為「跨性」比較貼近目前學說實務的理解，可能也包含不作變性手術之跨性者。然而歷史上與傳統學術的理解大多以變性之中文語詞稱之，為避免混淆，本文先以變性稱之，詳細討論參見本文肆以下，另參見 Becker (2004); Pfäfflin (1997); Sigusch (1993)。

¹⁹ 台灣一位原生男性在十二歲國小六年級時閱讀醫藥書籍後，自己到藥房買女性荷爾蒙服用，在國二有了 B 罩杯胸部 (何春蕙，2003: 29)。美國一位八歲男童，決定在假期過後以女童身分返校就讀，學校當局已開始調整設施例如加設跨性別廁所讓她可以使用，並教育教師員工使該童不受困擾等。當然我們無法預知女童將來會不會進行變性手術，在德國法的想像下，也可改名但不進行變性手術 (“Kim

之理由，其將變性 (Transsexualität) 定義為身體上的性別與其靈魂、心理上之性別不合致者。²⁰ 德國一九八〇年通過的變性人法案 (das Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen; Transsexuellengesetz-TSG)²¹ 即是對這些特殊的變性人案例的權益予以保障 (Schneider, 1992)。此法案通過首賴著名的為性 / 別少數 (sexuelle Minderheit) 爭取權益之德國律師 Maria-Sabine Augstein²² 於一九七八年代表當事人提出釋憲聲請，德國聯邦聯邦憲法法院作出對其有利判決，²³ 最後促成此法案經熱烈討論於一九八〇年九月完成立法程序。在變性人法案通過後的將近三十年間，仍有人民不斷地提出釋憲聲請，促使司法與立法增進對變性人之基本權益保障。以下簡介催生變性人法案之一九七八年德國聯邦憲法法院判決 (以下稱一九七八年判決)、²⁴ 一九八〇年的變性人法案以及德國聯邦憲法法院於二〇〇五年與性別認同及婚姻有關的判決 (以下稱二〇〇五年判決)，²⁵ 藉此可一探德國聯邦憲法法院逐步肯認變性者基本權利之歷史軌跡。

Pearson Interview,” 2008)。另外，目前全世界年紀最小的變性人為德國籍 Kim Petras，於二〇〇九年屆滿十六歲即進行變性手術 (Britten, 2009)。

²⁰ BVerfGE 49, 286 (1978).

²¹ BGBl I 1980 S. 1654 ff.

²² Maria-Sabina Augstein 律師為德國著名雜誌 *Spiegel* 創始人 Rudolf Augstein 之子，二十八歲變性為女性，有計畫系統性地聲請釋憲，成功地改變德國與長居於德國之外國人之變性者的生活版圖，並贏得父親之尊敬與接受，關於這位專精於變性人法之不凡女性律師之傳奇故事，請參見 Taube (2007)。

²³ BVerfGE 49, 286 (1978). 另關於中文詳細案情介紹，參見張永明 (2008: 58-59)。

²⁴ BVerfGE 49, 286 (1978).

²⁵ BVerfG, 1 BvL 3/03 (2005).

一九七八年判決的當事人由生理男性經變性手術成為女性，其性別認同為女性，在一家醫院擔任護士，一般日常生活以女性之自我身分認同與社會互動。其欲將出生登記之男性改為女性但被駁回，因而提出釋憲聲請。德國聯邦憲法法院明指基本法第 1 條第 1 項保障人性尊嚴，指個人對自我的理解與認識，包括個人得自由規劃自己，以自我負責的方式締造自己的命運。人性尊嚴之保障結合基本法第 2 條第 1 項開展人格自由，人類與性向有關行為 (Menschliches Verhalten mit sexueller Zielrichtung)，其自主性應受特別保障 (Autonomieschutz)，基於這個廣義的性 / 別自主權 (die Garantie sexueller Autonomie)，當事人可以自主決定其對於何種性別之歸屬 (Recht zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit) (Di Fabio, 2010)，個人身分狀態之認定應符合個人心理與生理狀態之性別。德國聯邦憲法法院因而認為身分狀態法 (Personenstandsgesetz) 不容許變更原生性別之看法不能再維持，然而此法律漏洞無法由法官造法來彌補，因而建議德國聯邦議會制定專法。²⁶

德國聯邦眾議會於一九八〇年制定「名字變更與性屬確認之特殊案例法」(Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen-TGB，簡稱變性人法)，自此有兩種選擇，一為「小解決方案」(kleine Lösung)，當事人可以改變性別表徵之一的名字，²⁷ 不進行變性手術。選擇小解決方案的當事人名字與心靈上歸屬之性別相同，但是

²⁶ BVerfGE 49, 286 (1978).

²⁷ 德文名在性別上的差異跟中文名相比，一眼就可辨別是男性或女性。雖然中文名字很多也可看出性別，例如美惠、淑蓉等為女名，而俊榮、光雄為男性。但也有較為中性之名字，而且基本上名字選擇與法定性別並無法律強制規定。但德文名字是嚴格之限定男女，在新生兒命名時即有法律上限制。

法律上的性別仍為身體之生理性別。另一種選擇即進行變性手術，在法律上也取得與心靈相屬之新性別，稱為「大解決方案」(große Lösung)。「小解決方案」可獨立存在，但要進行大解決方案則必須先具備申請「小解決方案」之條件(參見表1)。²⁸

表1 德國變性人法規定性別轉換之法定要件

	小解決方案：改名	大解決方案：手術
申請人必須滿二十五歲	一九九三年宣告違憲 ²⁹	一九八二年宣告違憲 ³⁰
1. 不認同原生性別，生活於壓力中	◎ (三年以上)	◎ (三年以上)
2. 當事人不會再變回原來性別	◎	◎
3. 德國、無國籍、或經常居住德國之無祖國外國人等 ³¹	◎	◎
4. 標明將來使用名字	◎	◎
5. 兩份獨立專家鑑定報告	◎	◎
6. 無婚姻關係 ³²	X	◎二〇〇八年宣告違憲
7. 持續無生育能力 ³³	X	◎二〇一一年宣告違憲

資料來源：作者參考變性人法第一章與第二章自行製表。

²⁸ 關於詳細大小解決方案之法定要件，請參見張永明(2008)。

²⁹ BVerfG, 1 BvL 38, 40, 43/92 (1993).

³⁰ BVerfG, 1 BvL 938/81 (1982). 二〇〇九年屆滿十六歲的 Kim Petras，即進行變性手術，成為全世界年紀最小的變性人，在其他有年齡限制之國家根本不可能(Britten, 2009)。

³¹ BVerfG, 1 BvL 1/04, 12/04 (2006). 聯邦議會於二〇〇七年七月二十日完成修法，申請人為外國人但其國家未有類似規定時，擁有在德國無限期居留權或者可以延長的居留許可之外國人可適用此法。

³² 經本案後，此要件被宣告違憲，詳情參見本文參以下。

³³ 作者寫作初稿即認為此要件很可疑，不具生育能力之要件，是否侵犯變性人者生育之基本權利(the fundamental rights of reproduction)而可能違憲，待未來案例挑戰，亦可參照 Norton(2006)。德國聯邦憲法法院甫於作者繳交完稿之際二〇一一年一月十一日宣告此要件規定違憲，參見 BVerfG, 1 BvR 3295/07 (2011)。

二〇〇五年判決同樣是由 Augstein 律師提出，對本文所要分析的德國聯邦憲法法院判決有重要影響。二〇〇五年判決與二〇〇八年本案相同是關於性別認同與結婚自由，不同的是前者是屬於「小解決方案」的案例，³⁴ 當事人生理性別為男性，其性別認同為女性，根據「小解決方案」將自己出生登記之男性名改為女性名，但沒有作性別變更手術，因此其法律上的性別仍為男性。在更名後，她與另一位生理性別女性相戀希望共同生活，在當事人的認知中她們為同性戀關係，因而希望根據二〇〇一年通過實施的同性伴侶法（das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, LPartG，簡稱同性伴侶法），³⁵ 申請登記為共同生活伴侶。然而，當事人雖已改為女性名，法律上性別註記仍為男性。根據德國法規定，這個法律性別為男性、性別認同為女性、且有女性名之當事人可以與另一位女性「結婚」，但必須將名字改回原來的男性名稱。根據當時法律規定，她因生理上為男性無法與她的女友登記同性同居伴侶關係，此案經德國聯邦憲法法院判決為違反德國基本法第 2 條第 1 項一般人格權保護與第 1 條第 1 項人性尊嚴條款，並要求立法者修法提供當事人讓她所想要的親密關係得到認可之可能性。³⁶

德國聯邦憲法法院在二〇〇五年判決中首度肯認了「小解決方案」獨立存在的可能性，亦即，並非所有的變性者都希望進行變性手術，進行「小解決方案」的當事人不必然都會再往「大解決方案」前進。憲法法院也正式接受了學理研究早已證實的，變性人不一定都是異性戀者；而異性戀、同性戀或雙性戀的認定乃以當事人之性

³⁴ BVerfG, 1 BvL 3/03 (2005).

³⁵ BGBl. I, 2001, S. 266; BGBl. I, 2007, S. 3189; BGBl, 2007, S. 122. 初於二〇〇一年立法，最近兩次修正條文分別自二〇〇八年一月一日與二〇〇九年一月一日生效，關於德國同性伴侶法詳細內容，參見戴瑀如 (2004)。

³⁶ 立法者亦於期限內完成修法，刪除該違憲條文，詳細討論請參照本文肆以下。

別認同為主，例如二〇〇五年判決的當事人生理性別是男性，認同自己為女性，有女友，認知為同性戀，雖然法律文件上看來其為異性戀。德國聯邦憲法法院認為現行法僅提供兩個解決方案，剝奪了同性戀之未術變性人同時保有其想望的性別與擁有她所想要的親密關係的可能性。在想望的性別與親密關係中，她只能選擇其一；可以結婚，但須更改回去原先她自己不認可的名字；或者擁有女性名但是無法與她相愛的另一位女性結婚（德國法不允許同性結婚），也無法登記為同性伴侶，因為其未動手術無法改變法律上認定之生理性別。³⁷ 德國聯邦憲法法院認為變性人法第 7 條第 1 項第 3 款規定侵犯了她私密領域 (Intimsphäre) 與「她」以女性名字來表現自我之性別認同 (seiner eigenen, im Vornamen sich ausdrückenden Geschlechtsidentität)。³⁸

歷經辯論與不斷挑戰現狀，藉由跨性別人權律師、法官主動聲請釋憲，德國聯邦憲法法院經歷三十年的不同案例逐步逐項肯認、再確認，德國基本法第 2 條第 1 項一般人格權保護結合第 1 條第 1 項人性尊嚴保障性 / 別自主決定 (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung) 與其具體內涵。出生時按照性別外顯特徵登記之生理性別是可以改變的，德國文化中彰顯性別特徵之名字亦可以改

³⁷ 關於如何改變法律上性別之法定要件，各國規定不一，台灣政府也曾在二〇〇八年九月以行政命令規定必須進行「完整」之變性手術始能變更登記，而引起跨性別人權團體抗議。目前行政命令規定改為女變男只要進行第一階段的手術即可申請變更法定性別。變更性別登記辦法，參見行政院公報，中華民國九十七年十一月三日內政部令內授中戶字第 0970066240 號。戶政機關公告須持經兩位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書，及經合格醫療機構開具已摘除性器官之手術完成診斷書（申請女變男之變性者：須摘除女性器官，包括乳房、子宮、卵巢；申請男變女之變性者：須摘除男性器官，包括陰莖及睪丸）。另參見 Tobin (2006-07)。

³⁸ 德文有陰性、陽性之分，判決文字使用 seine「他的」來指稱當事人，作者認為既然此判決為有利於當事人且意欲尊重當事人之性別決定權，以她稱之比較適當。

變。性別轉換之後（不論當事人是採行「大解決方案」或「小解決方案」），變性人仍然可以擁有親密關係。然而，法律是否提供足夠的管道可以讓變性人完全依其所想像的方式去創造他們的親密關係呢？除了二〇〇五年關於「小解決方案」的判決之外，二〇〇八年之「大解決方案」的案例，比較兩者可更進一步了解德國司法體系面對跨（性別）界之變性人欲組成親密關係時如何考量規範價值與界線。不過在深入討論二〇〇八年判決（本案判決）之前，我想先介紹影響德國國內法發展之其他力量。德國為國際社會重要的一份子，除了是重要的歐盟國家，也是聯合國成員，為確實瞭解德國跨性別相關法律之進展，也必須注意尊重歐盟層次與超越歐盟之國際法層次法律對其之影響，以下分別說明。

近來由於歐盟各國歷經劇烈之人口組成變遷，特別是德國、義大利與西班牙等國，新生兒出生率降低、結婚率降低、離婚率增高之趨勢，在在使得個人人格發展與自我實踐（*Individualistische Selbstverwirklichung*）更為社會主流價值所認可，不只在政治層面公共政策或者司法判決上都可看見這個趨勢（*Tettinger & Geerlings, 2005*）。德國為歐盟成員，除須符合歐盟所設立之最基本的人權標準，即歐洲人權保障公約（*Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950*），也身在此潮流中。³⁹ 歐洲人權保障公約第 8 條規定每人均有其私人與家庭生活被尊重之權利，該權利不受公權力之阻礙。⁴⁰ 該公約第 12

³⁹ BGBl. 1952 II, S. 685. 關於歐盟法基本權利保障對於德國司法判決影響，請見 Frowein (2002)。

⁴⁰ Artikel 8: Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs (“Everyone has the right to respect for his private and family life and that there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right”).

條宣告男性與女性有結婚與成立家庭之權利。⁴¹ 對此條結婚與成家之限制視其各會員國法律而定，在各會員國國內法十分不一致。各國法有權管轄婚姻與家庭之法律，但是必須是基於歐體條約之基本權利保障。德國制定變性人法時，也援引了一九七九年歐洲人權委員會 (European Commission on Human Rights) 的看法。⁴² 整體而言，相較於立法，歐盟層級法院之判決對於跨性別人權之推動較有成效。⁴³ 例如早期英國法只重視醫學觀點出生之生理性別，*Corbett v. Corbett* 一案⁴⁴ 判定變性手術者無法改變其法律上認定之性別。多年以後法院則採取較廣義之社會性別觀點，*Corbett* 案於二〇〇二年被 *I v. United Kingdom* 推翻，歐洲人權法院 (der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte; EGMR) 認為變性人有權取得法律對其新性別之認可，也有結婚之基本權利。⁴⁵ 另外，對於變性人法與傳統對婚姻為一男一女之定義衝突一事，歐洲法的看法在二〇〇〇年左右也有了轉變。歐洲法院認為拒絕讓變性人與同性別者結婚乃違反她們的結婚權 (Reid & Torella, 2002)。⁴⁶ 有學者研究

⁴¹ Artikel 12: Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter haben das Recht, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen (“men and women have the right to marry and found a family, according to national laws governing the exercise of this right”).

⁴² BT-Drucks. 8/4120 at13.

⁴³ 例如關於變性者之工作權，歐洲法院認為歐體條約男女平等指令 (Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen) 也保障因進行性別重置手術而被解雇之員工，請參考 EuGH: Urteil vom 30.04.1996-C-13/94, BeckEuRS 1996, 212232. 亦可參見 Transgender Europe (2011)。

⁴⁴ *Corbett v. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 33 (P. 1970).

⁴⁵ *I v. United Kingdom* [2002] (25680/94) at 73 and 83. 另可參考 EGMR, *Goodwin v. United Kingdom*, NJW-RR 2004, 289.

⁴⁶ 另參見 *Goodwin v. United Kingdom*, Application No. 28957/95, (2002) 35

指出，相較於對同志族群的態度，歐洲法看來是對變性人較友善，這是基於財務考量。變性人是社會的少數中的少數，同志族群的人數比變性人多出許多，如果接受同性配偶進入社會福利體制，無疑是財務上很大的負擔。變性者由於人數較少，對財務的影響不如同志明顯，因而表面上看來比同志容易進入社會福利體制。⁴⁷ 在歐盟法律體系對於變性人權益維護有逐漸增長之趨勢下，也許可以說德國聯邦憲法法院在這樣的脈絡與影響中，累積了不少對外對內之能量，而逐步做出對跨性人權益有利之判決。

再者，聯合國之「消除對婦女一切歧視公約」(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; CEDAW) 對簽署之國家政府有拘束力，聯合國婦女權益會議並對各簽署會員國與婦女平等地位相關議題每五年作檢視與追蹤，此也對德國國內法發展造成正向壓力。聯合國婦女權益會議首先詳細列出各簽署國家之各領域待改進問題並要求逐項檢視說明，待各國回答之後再作出最終的觀察報告。觀察報告一般除肯定各國政府於各領域成功改進之處外，另詳列仍須改革之處。德國乃為簽署國，於二〇〇九年二月被聯合國婦女權益會議要求將國際條約本國法化，要終止將變性而成之女性診斷為心理病態之男性，必須將這樣病態化變性者的實務做法廢止，應肯認其性別認同為女性。⁴⁸ 亦即，聯合國 CEDAW 公約之消除對婦女歧視之「婦女」意涵，此時的理解已經超越生理性別，包括了原生性別為男性、性別認同為女性之變性者，並要求簽署國將這樣的理解國內化。本案判決雖早於二〇〇八年作成，但由此可以看到整體而言國際性別人權的趨勢乃

E.H.R.R. 18; 許耀明 (2006)。

⁴⁷ Torella and Masselot (2004).

⁴⁸ CEDAW/C/SR.881 and 882, CEDAW/C/DEU/CO/6 (2009).

朝向逐步確認、落實跨性別族群基本權利方向，除了在具體個案情境下作出對跨性別者有利判決，更進一步挑戰傳統上將變性視為變態之病理化認識論，德國身處此思潮中自然也受其影響。

參、本案判決分析

一、事實背景與訴訟歷史

當事人生於一九二九年，根據身分狀態法規定，法律認定其生理性別男性，但當事人自出生後已有長久時間認定自己屬於另一性別。當事人於一九五二年結婚，育有三位子女，跟配偶太太很親近，一起經過希特勒統治的納粹德國時代，身經百戰，共同承受人生的痛苦，他的妻子是唯一可以了解她內心寂寞之人。當事人二〇〇一年時根據變性人法第 1 條登記取得女性名字，她與妻子的婚姻轉變為同性共同生活關係，她們之間的心靈關係與社會性關係並未變動，已經共同生活半世紀的兩人成為彼此之親密知己並不想分離。當事人並於二〇〇二年進行變性手術，成為一位女性。

當事人在變性之後，希望變更登記自己的法定性別，根據變性人法第 8 條第 1 項與第 9 條申請卻被駁回，理由是她已結婚。當事人根據變性人法第 8 條第 1 項與第 1 條第 1 項規定，提出確認為女性之申請被拒，因而提起行政訴訟，Schöneberg 地方法院於二〇〇五年八月八號裁定中止訴訟程序，⁴⁹ 依基本法第 100 條第 1 項聲請德國聯邦憲法法院解釋，變性人法第 8 條第 1 項第 2 款規定未婚之要件是否符合德國基本法。

⁴⁹ Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 8. August 2005 (70 III 271/03).

二、判決結果

本案由德國聯邦憲法法院第一庭審理，由庭長 Papier、Hohmann-Dennhardt、Bryde、Gaier、Eichberger、Schluckebier、Kirchhof 與 Masing 共八位於二〇〇八年五月二十七日作出一致決定。德國聯邦憲法法院判決一九八〇年公布之變性人法第 8 條第 1 項第 2 款規定與二〇〇七年七月之修正條文，違反基本法第 2 條第 1 項一般人格權保護、第 1 條第 1 項人性尊嚴條款與第 6 條第 1 項。再者，因此規定嚴重侵犯當事人人權，德國聯邦憲法法院以七比一的票數，判定變性人法第 8 條第 1 項第 2 款規定，在新法修訂之前不再適用，並要求立法者至遲應於二〇〇九年八月一日前修法。⁵⁰

三、法律爭點

本案法律爭點為變性人法第 8 條第 1 項第 2 款規定，法律上與身分狀態法上對經變性手術之變性者所獲得新性別之肯認，必須以當事人無婚姻關係為前提，無婚姻關係與新性別認定之連結是否符合基本法？⁵¹

四、判決主旨及理由

德國聯邦憲法法院基於變性人法第 8 條第 1 項第 2 款將對已婚變性人經變性手術後獲得新性別之法律肯認與其是否與配偶離婚連結，已婚變性人術後可否在法律上取得新性別視其是否與配偶離婚而定，也無提供其他可能性讓異性婚姻可以轉化為其他不同形式但同等穩定之同性關係，因而認定該條文違憲。

⁵⁰ BVerfG, 1 BvL 10/05 vom 27.5.2008, Absatz 73.

⁵¹ *Id.* at Absatz 1.

(一) 變性人法第 8 條乃對基本法性別自主決定權之落實

德國聯邦憲法法院首先肯認變性人法案是基本法保障性別自主決定權之落實。變性人法之「小解決方案」讓變性人得變更其姓名，使其名字之性別屬性得與心靈上歸屬之性別相符。根據變性人法第 1 條第 1 項第 1 款至第 3 款規定，申請變更姓名者須符合以下要件：三年以上無法認同出生登記之性別，且生活於壓力中；當事人有很高的機率不會再變回原來性別；當事人為德國人、無國籍人、或經常居住德國之無祖國外國人等。變性人法第 8 條則是「大解決方案」，讓已進行變性手術之變性人可獲得新的法律性別。第 8 條相較於第一條有額外條件，亦即要求變更性別者，除符合第 1 條所有要件外，尚必須是未有婚姻關係且持續地無法生育 (dauernd fortpflanzungsunfähig)。

已婚之變性者欲申請變更性別者，根據變性人法第 8 條要件，則須先與配偶離婚，但根據民法第 1314 條規定，進行變性手術並非離婚理由。立法者在此法案立法過程中一致認為變性人取得新性別後，很可能無法持續婚姻，但對已存在之婚姻究竟應如何結束則有爭議。當時立法草案為取得法律上新性別視為其婚姻失效，婚姻解消後之結果則依民法安排。然而，聯邦參議院認為這樣直接使婚姻解消的作法不符婚姻之意義，因而未通過這個方案。⁵² 在現行法下本案判決的當事人只有兩個選擇：他所想要的性別或者婚姻，而無法同時擁有兩者。如果要變成女性即必須放棄原婚姻，因為國家不承認同性婚姻。但是當事人不想離婚，要她離婚以獲得她所想要的性別歸屬對他來說不可能，對她們的感情是一種侮辱，她的太太也無法接受離婚。就經濟考量與實際生活上的安排而言，離婚都非

⁵² *Id.* at Absatz 11,12.

選項。德國聯邦憲法法院認為於法不能要求當事人離婚，也無法要求當事人放棄她的性別認同，要求人民離婚或放棄性別認同，均有違德國基本法第 1 條第 1 項與第 2 條第 1 項之保障。此處重要的考量是個案當事人尋求心靈與身體一致的努力，而不是性慾特質 (die Sexualität)。德國聯邦憲法法院並重申，如同憲法法院過去的判決所示，基本法對人性尊嚴與人格發展自由的保障，在對個人對身心性屬一致的人格發展追求一事上也應適用。

(二) 變性人及其配偶亦受德國基本法婚姻與家庭制度保障

德國聯邦憲法法院認為，只要當事人與其配偶仍在憲法第 6 條第 1 項對家庭婚姻之保障庇蔭之下，將當事人的性別狀態與婚姻狀況連結即是與法不合。即使婚姻的定義是由兩個異性者組成，無法僅因其中一人改變她的性別狀態的理由而拒絕對當事人與其配偶兩人婚姻之保障。同時將離婚視為對於性屬改變之肯認前提要件也違反基本法第 3 條第 1 項規定。已婚之變性者相較於未婚之變性者將無法適用第 8 條之規定，這樣的差別待遇必須有正當化理由。這樣差別待遇之立法目的與所採手段不外乎防止同性之婚姻，欲達成此一立法目的可透過其他方式，例如曾有立法建議已婚之變性者仍可進行性別改變，但在進行改變登記即刻使其婚姻解消。⁵³

德國聯邦憲法法院並參考各方法庭之友的意見，包括內政部、性學研究學會 (die Deutsche Gesellschaft für Sexuallforschung)、同志協會 (der Lesben- und Schwulenverband)、教會同志工作團體 (die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche)、跨認同與雌雄同體協會 (die Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität)、慕尼黑跨性別自救會 (die Transsexuelle Selbsthilfe München)，以及

⁵³ *Id.* at Absatz 21.

德國女性法律人協會 (der Deutsche Juristinnenbund)。⁵⁴ 內政部意見認為此條文並無違憲，而性學研究學會則認為多數女變男之變性者在性傾向上選擇女性，而男變女之變性者則呈現較多元的性傾向選擇。⁵⁵ 很多男變女變性者已結婚，且有小孩，她們經常是為了不傷害婚姻與家庭而壓抑自身之性別認同。有些人的情形是，當她們無法再承受此壓力時即造成婚姻之破滅，其他的情形則是雙方在經歷衝突之後合意在男方變性之後仍繼續共同生活。⁵⁶ 在本案當事人之配偶即是將她與配偶之關係與其心理健康看得比自身性別認同來的重要，而相知相惜至共度難關通常會深化其伴侶關係。德國女性法律人協會則認為第 8 條離婚為前提要件乃違憲，因為當事人不想離婚，相反的，當事人明白表示想要維持她們的婚姻。⁵⁷ 德國聯邦憲法法院聽取各方意見，並考量前級法院之意見，最後獲致此規定違反德國基本法之結論。

德國聯邦憲法法院指出，基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項人性尊嚴與人格自由決定，提供對個人生活領域之保障，保護的範疇也包括性的領域 (Sexualbereich)，包含人之性別自我決定 (die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen)、自身之性別認同 (geschlechtlichen Identität) 與更狹義之性傾向 (sexuellen Orientierung)。性的領域屬於人格中較為私密之領域，只有在為公益目的時才可以例外的限制。人的性別是可以改變的 (das Geschlecht eines Menschen kann sich ändern)，法律上之性別歸屬，首先透過在出生時之外顯性別特徵，出生之後光靠外顯性別特徵無

⁵⁴ *Id.* at Absatz 22-35.

⁵⁵ *Id.* at Absatz 25.

⁵⁶ *Id.* at Absatz 26.

⁵⁷ *Id.* at Absatz 35.

法單獨決定性別，而必須視個人之心理狀態與他自己所認知的性別而定。⁵⁸ 變性者即是在追求二者之一致，而此乃受基本法第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項人性尊嚴與人格自由決定所保障。然而，變性人法卻限制已婚之變性人此項追求生理、心理一致之權利，惟有通過正當目的與比例原則之檢驗下，才可能允許此項限制。

(三) 未婚要件不符合狹義比例原則

德國聯邦憲法法院認為，變性人法第 8 條第 1 項第 2 款之無婚姻前提要件，具有正當的公益目的 (ein legitimes Gemeinwohlziel)，而這樣的規定乃為避免同性者結婚，就手段而言是可達成目的且必要的 (geeignet und erforderlich) 手段。然而該手段不符合狹義比例原則，手段與目的之間並不具衡平性。法律要求符合所有變更法律性別要件的已婚變性者離開原本的婚姻，即便當事人想要繼續維持這婚姻，法律卻未能給予任何其他可能性，使他在變性之後，將婚姻共同生活轉化為另一種但同樣安定的關係，這樣的規定是不合理的。⁵⁹

德國聯邦憲法法院同意內政部對於婚姻之定義，因為基本法保障男女結合之異性戀婚姻為唯一合法之婚姻形式。相應於此，立法者制定同居伴侶登記法使同性配偶的共同生活關係也有法律保障的可能。就現行法來判斷，變性人法第 8 條第 1 項第 2 款之無婚姻前提具有正當的公益目的 (ein legitimes Gemeinwohlziel)，然而異性戀關係應可以轉換為同性伴侶關係。已婚變性人可透過變性人法第一條改變名字，同時持續她的婚姻。同性戀傾向之未術變性人也可同時擁有他的名字與婚姻。現行法第 8 條對已進行變性手術之變

⁵⁸ *Id.* at Absatz 38.

⁵⁹ *Id.* at Absatz 49.

性人而言，傷害其權利甚大，當事人的婚姻當然應受憲法保障，而保障的對象不只是他個人也包括他的配偶。變性人法第 8 條同時侵害了他與配偶之婚姻基本權利。

德國聯邦憲法法院並指出，婚姻與家庭之保障與性別自主決權都是基本法所保障的，此二者之互動為本案關鍵。變性人法第 8 條第 1 項第 2 款所造成的負擔即是將性別自主權之確保建立在否認對婚姻與家庭的保障上，當事人不但要面對內心衝突，基本權利也受到侵害。立法者未能提供同時保有婚姻與家庭以及性別自主兩種保障之可能性，因此該條文違憲。至於如何取得兩者利益平衡，憲法法院則認為端賴立法者考量。立法者必須決定如何使已婚變性人在符合取得新性別各項法定要件後，可同時保有婚姻亦可得到法律對新性別之肯認。⁶⁰

(四) 德國聯邦憲法法院建議的立法方式

德國聯邦憲法法院雖然認為如何使已婚變性人同時能保有婚姻家庭以及性別自主權，是立法者應決定的範疇，仍在判決中提出兩種可能的立法方式。

1. 立法者如要保障男女結合之異性戀婚姻為唯一合法之形式，而不允許當事人婚姻存在，則必須盡力確保當事人至今完好之婚姻可持續地以責任共同體 (Verantwortungsgemeinschaft) 的地位受法律保障，而且責任共同體的權利義務均不得少於持續至今之婚姻關係，⁶¹ 法律必須持續保障對這婚姻責任共同體之信賴。在這意義下，法律體系也許可以拒絕承認她們持續的**婚姻**，但是不應拒絕承認她們的責任共同體。

⁶⁰ *Id.* at Absatz 67.

⁶¹ *Id.* at Absatz 68.

2. 鑒於已婚變性人為極少數，在婚後才發覺自身之跨性別特質或者將跨性別特質公開後婚姻仍能存續者皆為少數，因此立法者亦可決定讓已婚變性人持續她的婚姻，將第 8 條第 1 項第 2 款刪除即可。⁶²

(五) 本規定侵犯人權甚鉅立即失效

因為變性人法第 8 條第 1 項第 2 款嚴重侵犯當事人人權，德國聯邦憲法法院以七比一的票數，裁判變性人法第 8 條第 1 項第 2 款規定，在新法修訂之前不再適用，並要求立法者至遲應於二〇〇九年八月一日前修法。⁶³

肆、性 / 別觀點分析

二〇〇九年六月德國立法者選擇了德國聯邦憲法法院建議的第二個方法，刪除變性人法第 8 條第 1 款第 2 項條文，當事人得以新性別持續她們的婚姻。本案的結果確認在德國法下存有事實上之女女同性婚姻，這種婚姻類型數量固然十分稀少，卻根本地挑戰了簡單的本質論之性 / 別體制與異性戀婚姻制。⁶⁴ 但從另一角度看來，立法者未選擇第一個方式，實錯失或規避了全面性檢討目前同性伴侶制度與婚姻兩者間許多權利差異之正當性。也曾在本案提供專業意見之德國女男同志聯盟 (Lesben- und Schwulenverband in Deutschland; LSVD) 即在立法修正當天發表聲明批評，此次德國立法者的修法模式並非全面性改革，只是確認聯邦憲法法院已經強調

⁶² *Id.* at Absatz 72.

⁶³ *Id.* at Absatz 73, 74.

⁶⁴ 關於立法者作出決定前德國學者對於兩個解決方法之討論，請參見 Gruenberger (2008)。

之結論與已存在的事實，對於德國內政部自二〇〇一年以來承諾要作的改革未能落實十分不滿，變性者將持續地在職場、醫療與社會福利等領域遭受不利益 (LSVD, 2009a, 2009b)。以下分就「性別自主決定」意涵、性傾向、結婚自由等闡述本案判決對法律規範評價親密關係、及以「性別」為分類基礎之可能影響。

一、德國聯邦憲法法院重視性學與跨性別研究

作者肯認憲法法院重視性學、性別研究與民間性別人權團體之意見，在作成判決之程序上給與公民社會以及性別專業團體參與形塑跨性別人權進程之機會，其在論理方法上也實質地採納了上述團體之專業論證。⁶⁵ 過去主流社會與法律體系將生理性別、社會性別、性別認同、性認同、性對象選擇、性實踐、性慾望、性別表現等概念一概化約為「性別」，晚近之性別研究、同志研究與跨性別研究方向則質疑了原先的二元標準排列，發展各分析向度所可能產生的差異及多元，這類多元豐富的研究成果似乎已漸成為聯邦憲法法院在選擇自由權論述時，用以加強論述實質內容之利基。法律體系原奠基於現代主義之二元分際，然而部分性別研究接合受後結構主義與後現代主義影響之酷兒論述進路，雖然法院體系無法完全跳脫現實之侷限與框架，但是可以窺見其相互微調之潛能。而由本案聯邦憲法法院具體參酌各方意見可知，德國社會相關保障性別與跨性別人權團體已有許多豐碩成果。而在台灣近年來也略見此趨勢，我國大法官在審理與性別相關之解釋案件時，例如釋字六一七號作成前也曾邀請性別研究專業學者與實務工作者陳述意見，雖然還不見制度性將其納入建立類似美國之「法庭之友」(amicus curiae) 之

⁶⁵ *Id.* at Absatz 21; at Absatz 22.

機制，⁶⁶ 筆者認為這是未來增進司法審查權之民主正當性基礎可以考慮之做法，除一般學者專家外，應可著重民間人權團體或者實務工作者意見徵詢。

二、確認性別自主決定權意涵，反省對變性病理化之認識

(一) 由「變性」(transsexual) 到「跨性別」(transgender)

德國聯邦憲法法院早期判決所依據之醫療學理理由多認為變性者多是厭惡原生身體，故從一性別變為另一性別，而且認為變性者都是異性戀（故隨著變性，慾望對象也會符合術後之異性戀）。此看法依循男女二分，並不挑戰男女有別之性別規範，而法院同情、同理個案「靈魂裝錯了軀殼」，而接受變性為性別自主權應保障之內涵。然而，在二〇〇五年與本案判決，筆者認為判決理由依據中則出現了「跨」性別的概念，跨越／超越性別的概念，此一變化是否昭示主流法律體系對跨性別認識之轉變？

例如除了進行變性手術的變性者外，德國聯邦憲法法院也肯認不進行手術但是想改名之案例其組成親密關係之權利，所謂自身之性別認同與身體「不一致」的變性情形（參見表 2 的二〇〇五年案），當事人保留男性身體但名字與性別表現認同皆為女性，其所謂「不一致」其實是因為傳統上與世俗上之比較基準認為每一面向均要相符。但是仔細觀察在這世上所現存的所有人的樣貌，如果我們允許並誠懇接受讓所有的人以其自身認同之面貌存在，並得以這個自我認同與社會世界交往，一分鐘也好，假設具有醫學生理上所判定之

⁶⁶ 目前英美法之「法庭之友」，為對於正在進行中的訴訟案件雖不具有訴訟當事人資格但具有利害關係，而請求法院准許其對該案件提出意見之人。

表 2 德國變性人司法判決之性別意涵

	法定性別	生理性別	社會性別	名字	性別認同	性傾向	婚姻
主流社會標準 ⁶⁷	男	男	男	男	男	對象為女(異性戀)	異性結婚 同性伴侶
二〇〇五年案	男	男	女	男→女	女	對象為女(同性戀或異性戀?以當事人性別認同為判斷標準還是法定性別?)	同性伴侶
本案	男→女	男→女	女	男→女	女	對象為女(同性戀)	例外維持其婚姻

資料來源：作者參考截至二〇一〇年德國聯邦憲法法院變性人法相關判決自行製表

男性身體不代表他就必須有「他」的性別表現呢？這個醫學的判定標準如果改變了呢？由於出現了「小解決方案」、「大解決方案」等具體案例，德國聯邦憲法法院在個案中肯認當事人之存在現實之後，進而賦予其依據人性尊嚴原則所擁有之性別自我決定權利。認識各種不同樣貌的變性者後，⁶⁸ 藉由個案逐項打開我們原先對人類性別二分之基礎認識，暨允許其作身體之改變，也接受其不作身體之改變，而著眼於當事人自身之性別表現與性別認同。

亦即，德國聯邦憲法法院對於「性別」之界線、意義與不同內涵之性別其排列組合有擴大接受之趨勢（參見表 2），可否將這樣的趨勢詮釋為主流法律體系歷經一系列案件後，有由「變性」法（transsexual law）轉移至「跨性別」法（transgender law）典範之趨

⁶⁷ 因這裡討論的兩案當事人均為原生理性別男性希冀作不同形式之變性，故在主流社會標準僅列出給男性之標準，當然還有另一標準組合為原生理性別女性，法定性別、社會性別、名字、性別認同均為女性，慾望對象為男性。

⁶⁸ 另見 Brauckmann (2002); Schütze (1997, 2010)。

勢？變性法與跨性別法的差異在於，變性法強調「**是什麼性別**」，應具備何種要素始得稱男性或女性。跨性別法的重心為「**做什麼性別**」或「性別的表現與展演」(gender expression)。前者強調生理解剖學對兩性之認識，因而論理重點在是否具備另一性別之器官，是否齊全等等；而跨性別則將重心放在性別認同與性別表現，強調在性別人格發展過程其自身之認同、外在展演與如何解讀性別對自身有何意義等。如果以此為基礎，早期法院的理解似乎是比較從一性轉成另一性，著重器官之切除與重塑；現階段似乎看到了多元跨性主體之不同樣貌與不同之心理需求，而德國聯邦憲法法院逐項肯認這些不同面貌，並確認憲法上性別自主權均涵蓋了這些面向。

而在筆者於二〇一一年年初作第二次修改之際，適逢德國聯邦憲法法院又對此法之第 8 條第 1 項第 3 款與第 4 款關於不具生殖能力與進行變性手術改變原生性別外在特性並取得另一性別外貌此兩要件作出違憲宣告。⁶⁹ 其結果與筆者先前於本文中詳述希冀未來解釋方向一致，德國聯邦憲法法院念茲在茲的是基本法第 2 條第 1 項第 2 項結合第 1 條第 1 項人性尊嚴與人格自由決定之保障 (Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1)。而今這個由聯邦憲法法院經由許多個案解釋逐步確立下來之性別自主決定權內涵，已大致與當代性別研究理論之尊重多元性別觀念相符，⁷⁰ 特別是去除病理化象徵之手術要件，挑戰生理男女二分，肯認跨性別的重心為「**做什麼性別**」、性別認同 (gender identity) 或性別表現 (gender expression)，筆者十分感佩德國聯邦憲法法院誠實、真誠面對社會現實與當事人人生故事的精神，也期待我國的法

⁶⁹ BVerfG, 1 BvR 3295/07 vom 11.1.2011.

⁷⁰ 關於德國跨認同與雌雄同體協會 (die Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität) 之反應，請參見 <http://www.dgti.org/>

律專業社群，未來若是面對這樣的爭議時，能夠提出對多元現實需求真誠回應的憲法論證，這也必能使我國法治的實質內涵，更貼近多元社會的生命脈動。

(二) 不變的「性別」分類抑或可流動的「性別」？

再者，例如二〇〇五年與本案判決肯認同性戀變性者的存在，本案判決也提到性學研究學會認為多數女變男之變性者在性傾向上選擇對象為女性，而男變女之變性者較異質性的團體則出現很多元的性傾向選擇。⁷¹ 主流法律視為理所當然的「異性戀」(heterosexual)、「同性戀」(homosexual) 二分的兩個群體，同時也作為自由主義憲法框架下抽象層次兩個對等的討論客體，然而這樣的二分在許多個案與性別研究理論中並非理所當然，將性慾特質僵固化為一種恆常永久普遍存在恐怕也是偏執的做法。情慾、性慾的流動可以不受男／女、異性戀／同性戀之界分規範，本案當事人為多年之男性與其配偶結婚多年，待其變性之後，就即刻轉變為女女同性戀嗎？這樣認定之標準為何？僅以生理性別是否相同來判斷嗎？本案當事人之婚姻，兩人組合之感情不變，其中一人性別改變，則由異性戀變為同性戀嗎？又如果兩者都是變性者呢？如同英國劍橋市的市長，她與她的同性伴侶兩人都是由生理性別男性變性為女性，進而相戀登記為同性伴侶（“Mayor is transsexual,” 2007）。這些案例都令人不得不追問區隔性傾向之法律實益為何？也許性別本身作為一種分類其功效極其有限，或甚至就是無效的界線，因為變動是常態非變態。近年性／別研究即有這個趨勢，企圖打破「女」同志、「男」同志、「異性戀」、「同性戀」等性別二元界分，擴大戰線至雙性戀同志、易服同志 (drag Gays)、變性同志等，以避免

⁷¹ *Id.* at Absatz 21; at Absatz 25.

同志族群內對差異的排擠，重蹈異性戀霸權結合父權體制的壓迫悲慘歷史（張小虹，1996）。

LGBTIQ 跨性別社群內部也有不同的聲音，論者有謂目前主流性別平權運動偏向形式平等政治，未能突顯跨性別者之酷異性 (queerness) 與性別不服從 (gender non-conforming)，爭取婚姻權利也未能跳脫異性戀霸權性別二元思考，皆遵循主流法律體系及社會規範一般論述模式，均將生理性別 (sex)、性別 (gender)、與性慾取向 (sexual orientation) 混為一談，因此質疑此運動策略對顛覆異性戀霸權的有效性。在本案中德國聯邦憲法法院雖然在結果上接受了當事人性別轉換選擇，與其希求維持原婚姻之兩意願，然而在論述的過程仍謹守異性戀婚姻為原則，同性婚為例外之框架，強調當事人先前締結婚姻亦值得保障，而以當事人間多年之配偶情誼轉成日後的伴侶關係來凸顯兩者之相似，亦即乃以婚姻為標準，強調其他性別不服從者親密關係與異性婚典範之相似性，而非直接挑戰異性戀霸權之正當性，也低調不刻意談性別不服從者之特質，這樣的進程常被質疑其對顛覆異性戀霸權的有效性，是否反而間接複製強化異性戀之規範性地位。一方面強調同性戀與異性戀者同享權利之際，卻又再次肯認此兩個在性傾向之分類；在強調個別當事人性別認同之際，卻要審慎注意性別作為固定分類之僵滯性。這個方法上的吊詭性，如何能以跨性別者之酷異性為傲，爭取基本權利又不落入性別僵化，究竟我們如何理解性別這個認識論上的議題，恐怕 LGBTIQ 跨性別社群內部與性別研究各理論都還有很大的歧異。⁷²

三、異性戀婚姻制度特權

現行法律規範認可之親密關係乃以異性戀婚姻方式呈現，「家

⁷² 內容請參見 Beger (2000)。

庭」之概念基本上由合法締結婚姻之男女與其婚生子女組成，而法律體系承認的親密關係「婚姻」之原型乃為一男一女之異性戀之結合。德國與我國法律體系都是僅認可一對一異性戀「婚姻」，整個法秩序也透過周邊制度支持此唯一合法的家庭基礎形式。德國雖於二〇〇一年通過同性伴侶法立法，至此德國人民多了一種選項。然而，二〇〇五年與二〇〇八年兩案件揭露了法律體系對於異性戀霸權維持之忠誠與決心。前者乃由於當事人其法定性別、生理性別、名字、與性傾向四者的排列組合與主流社會認可之唯一正確的組合不同，才有裁定停止訴訟程序釋憲之聲請。表面的問題是名字所彰顯之性別與法律性別相異，但更根本的問題是關於性/性慾特質或性傾向這面向，異性戀才是規則與正常，更女名後之當事人想要與其女友結婚，這才遇上了國家權力，術後之當事人想維持五十幾年的婚姻，這才遇上了國家權力。國家強制異性戀最主要方法乃透過決定誰能與誰結婚、誰能組成家庭之權力。藉由女性主義者對婚姻、收養、人工生殖、醫療與社會福利法規的初步分析，⁷³ 清楚揭示法律體系藉由不肯認女同志、男同志、雙性戀之存在或在各法領域有各種歧視，與結婚、生育相關之法律都看不見異性戀以外之選項。德國聯邦憲法法院在這兩案透過釋義學的仔細檢驗，雖逐漸允許當事人之個別差異或尊重他的異質身體型態與親密關係，使異性戀與同性戀兩者在權益上逐漸接近，但其前提仍是維護異性戀強制機制。只有異性間可以結婚，同性間無法結婚可以登記為同性伴侶。

在現行法的框架中，非異性戀者無法定義自己（的性別），更無法以自己定義的方式與周遭的人發展親密關係、以他與伴侶一起定義的關係與這個世界互動。仍必須在異性戀結婚、同性登記共同生活伴侶這樣的二分框架下生活。本案判決念茲在茲的是區隔第 6 條

⁷³ 內容請參見李立如（2006, 2007）；陳宜倩（2007）；陳昭如（2010）。

異性戀婚姻的保障以及同性伴侶關係，此嚴格二分的處理方式為本案判決一大特色。更令人驚訝的是，本案判決只談人格發展與人性尊嚴，少談平等權；只在已婚與未婚之變性人間談平等，而不談同性與異性者結婚之平等權。德國聯邦憲法法院十分細緻地維持了對於異性戀與同性戀之二分，異性戀與同性戀不同，不等者不等之，「自然」無是否違反平等權議題，規避德國現行法中區隔處理異性戀婚姻與同性伴侶關係這雙軌制可能違反平等之疑義。論者多以德國基本法對婚姻有制度性保障，而此婚姻為一男一女之結合，但作者認為制度性保障不代表婚姻之定義不須通過比例原則之審查。

在德國聯邦憲法法院對立法者建議的兩個方案中，第一個方案明確認知婚姻與同性伴侶法兩者法制之差異，因此建議如果要使其婚姻轉為同性伴侶，必須注意調和差異，務使其婚姻與後來的責任共同體所負權利義務相同。⁷⁴ 事實上，後來立法者選擇了第二方案，只刪除違憲條文，讓極少數與當事人有相同情形者在事實上保有她們的同性婚姻，⁷⁵ 規避了必須全面檢討婚姻與同性伴侶二元制（既隔離也不平等）間權利義務差異之機會，如果要按照德國聯邦憲法法院建議採取第一種立法方式，須全面檢視變性人日後轉換為登記伴侶關係其權利義務與婚姻之權利義務之差距。LSVD 民間運動團體對此即表明此立法修正是必要的，但是並非她們期待並長期倡議之全面性改革，已如前述。德國為歐洲國家中少數在同性伴侶制度與婚姻制度間有重大差異者，在稅務、⁷⁶ 退休金、⁷⁷ 繼承⁷⁸ 等

⁷⁴ *Id.* at Absatz 21; at Absatz 71.

⁷⁵ 德國跨性別者占全國人口之 0.004%，而其中變性後要持續其婚姻者可能也是少數，參見 Weitze and Osburg (1998)。

⁷⁶ Einkommensteuergesetz [EStG] (Income tax law), Oct. 19, 2002 BGB1 I, at 4210, §§ 26, 26a, 26b, 26c.

⁷⁷ 特別在公務員方面，憲法法院已於二〇〇九年十月判決宣告其違憲 1 BvR 1164/07

均有差異，這些差別待遇需要逐項之檢視，這代表逐項之法律戰鬥，要靠個案當事人與運動團體持續努力。就在本案判決一年多後，德國聯邦憲法法院在二〇〇九年十月判決宣告關於公務人員退休撫卹金對同性伴侶與異性婚姻者之差別待遇違反基本法，此判決代表這些逐項戰鬥中在公領域的重要勝利，對於廣義跨性別人權益之保障乃為重大突破。⁷⁹

四、終生相互信賴之婚姻責任制

德國聯邦憲法法院在本案判決中提及了婚姻作為互負責任之機制，用以說明變性人術前與術後，欲與相知相惜之配偶共組親密關係之意願不變，兩者經由合法婚姻所成立之家庭與互相之承諾不可因變性手術而要求當事人放棄。這樣性別不限定且與生殖模式無關的對於婚姻實質內涵之論理說明，不論在日常生活或者法學論述之抽象層次，都令人輕易地聯想到變性人也有在其中安居樂命的空間，法院在此闡述的婚姻關鍵不是誰與誰可以結婚，而是兩人如何彼此對待。這樣的婚姻內涵與傳統婚姻生殖模式中所肯認的男女結合重視其生物繁殖功能相異，而是轉換至兩人如何維繫親密關係、如何互相信賴、如何彼此照顧，兩人如何組成責任共同體。⁸⁰

這樣的論理是否向未來開了一扇門，讓有意願或已經同組責任共同體之同性伴侶，可以主張她們相較於異性戀，未經正當理由而

(2009)。

⁷⁸ 繼承人繳遺產稅部分，婚姻遺族與同性伴侶之遺族其繳交遺產稅之比例不同，德國是西歐幾個對此有明顯差別待遇國家中之一，前者為 7% 起跳，後者 17% 起跳 (Polikoff, 2008: 119)。

⁷⁹ BVerfG, 1 BvR 1164/07 (2009).

⁸⁰ 美國學者 Fineman 已累積許多關於自由契約婚姻 (contract marriage) 之著作，她建議廢除由國家社會補助認可之異性戀核心家庭，而由私人間建立實質的家庭，與由私人自行定義婚姻成員與婚姻的條件 (Fineman, 2004)。

受國家差別待遇？同性戀者相對於本案判決中這對同性婚姻之變性人與無變性者之組合，是否也可主張平等保護？如果德國聯邦憲法法院對婚姻家庭之想像越來越著重實際內涵與意義，為什麼法律體系在現實存在的各式各樣同樣具有這些功能之親密關係中選擇了只保障其中一種特定型式而捨棄其他？為何法秩序未將「婚姻家庭」當作是一種開放的生活型態來加以保障？這些問題在將來可能成為討論的重點。⁸¹

進一步推想，現行變性人法第 8 條第 1 項第 4 款關於無生殖能力之要件，在這樣的思維基礎下，國家必須擔負進一步說明其立法目的與國家公益為何之責任，無生殖能力的要件也必須通過比例原則之審查 (Knott, 2010)。再者，這個不孕要件令人聯想起納粹時期對男同志或任何認為有礙優生之人進行結紮，⁸² 乃為當時一九四三年納粹起草法律規範所謂「社會異類」(Gemeinschaftsfremden) 的名稱，此法案提供了對男同志強制 (閹割) 結紮之架構。這樣的歷史與變性人法案第 8 條第 3 項之關係為何也令人不安。雖說變性人有些無生育能力，但並非全然如此，對於現行法律主流體系與社會規範而言，中性 (gender neutral) 或跨性 (gender crossing) 之人仍被視為欠缺作為完整之人的重要特質，這樣的詮釋恐怕是無法符合基本法對人性尊嚴的保障，而這項不孕規定是否能通過合憲性考驗則尚待憲法法院在具體個案中決定。⁸³

⁸¹ 除了法律分析，作者主張應從文化研究角度闡述家庭組成之動機與可能有之功能。台灣文獻請參見陳宜倩 (2009)。

⁸² 內容參見 Pfäfflin (1986)。

⁸³ 同註 33，詳細內容並請參見 Whittle (1998)。德國聯邦憲法法院甫於作者繳交完稿之際二〇一一年一月十一日宣告此要件規定違憲。BVerfG, 1 BvR 3295/07 (2011).

五、定義與鞏固性別二元之正當性何在？

雖然本案判決對已婚變性人之案例開了一扇門，在初始階段解決了法律規範對變性人不合理之差別對待，但法院並未對定義與鞏固性別二元之正當性何在加以說明，法律對跨性別社群的多樣性之漠視也無因為此判決而受到系統性關注，國家仍掌控對「男性」、「女性」，「異性」、「同性」界分的定義權力，而這個定義是十分狹隘與單一的。德國現行法律規定個人必須需進行完整之變性手術始能改變法律性別，透過這樣的方式，法律掌控了性別二元界分的一致性。二〇〇五年判決之當事人因只改名而無進行手術，而無法變更為她自己認可之性別，但國家並未說明為什麼國家可透過法律對人進行分類以及這分類之實益為何。

法律的分類仰賴兩組概念：作為界分男女的生物性別 (sex-female and male) 與性慾取向 (sexual orientation)。前者 (生理性別) 是國家法律介入的身分分類基礎，後者可能涉及性實踐或者性身分認同。由男變女或由女變男，都是在男女二元的框架中進行，以本案男變女為例，關鍵點為當由男變女之後，配偶也是「女人」，這種同性間的親密關係讓法律體系感到焦慮。倘若這個取得「完整」女性身體與法律新身分的女人愛上了另一個男人，則根本不具法律討論意義，將得到社會與法律體系之祝福。真正令人不安的是同性情慾 / 愛關係，然而本案判決之憲法法院卻強調此案非關性慾，研究者則是感受到了這樣隱晦處理的焦慮，此關於對同性戀之看法與維持異性戀霸權有關，我已在本章節三討論過。然而，在執法人員要區分同性戀與異性戀者，或區分同性性行為或異性性行為的當下，其實回過頭來所仰賴的基準是二分的、固定的「生理性別」(不管是術前或術後，總之一定要有一個確定的法定性別)。例如二〇〇五年案 (參見表 2)，法定性別與生理上都是男性，情愛關係之對象

為女，因當事人之性別認同為女性故認為其為同性戀，但國家認為她是男性可以與女性結婚但是必須改回男性名。最終的問題還是：國家對於這兩組性別概念之一致究竟建立在何種正當性上？又有何實益呢？如果沒有規範正當性，又何來不一致或者違法之說？

在男女二元的典範之下，關於變性人之定義目前法律體系乃仰賴醫療體系診斷為主，一九八〇年代之後美國精神醫學學會所出版的《心理障礙診斷與統計手冊 III》，正式設立「性別認同障礙」(gender identity disorder) 為一廣泛範疇名詞，將各形式的跨性別正式命名為需要治療的心理障礙疾病，而今天台灣精神疾病流行病學的定義、美國 DSM-IV 也持續將之定義為性別認同障礙，⁸⁴ ICD-10 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, 10th Revision) 仍使用變性慾症名稱，將之歸為成人人格與行為障礙 (disorders of adult personality and behavior)，可知各命名、定義細節不一，呈現其醫療病理化之思維程度不一。各國定義之共同特點為有性別認同問題，對於天生的性別持續性的不適應，有意願改變性別或穿著、希望被視為另一性別、或改變生殖器等三者合一症狀，持續二或三年以上等要件。⁸⁵ 然而，對這樣以醫療軸線發言位置的論述，法律體系也並非全無保留意見，澳洲家事庭法院即曾在判決中指出：「對於自身認知與身體不一致於是渴望轉化的人而言，他們可能會對於這樣分類定性為疾病或失能會感到被冒犯」、「將之稱為障礙是可質疑的」(questionable whether this

⁸⁴ 很有意思的是，主流社會之刻板印象也與這些醫療觀點近似，只是標準寬嚴不同。台灣社會著名的案例為開平高中餐飲科老師要求兩名不願意穿裙子上課的女學生，必須開具醫生證明患有性別認同障礙，始可穿長褲上餐飲實習課。此案例經家長向性別平等教育協會申訴始被揭露，兩名女學生甚至還去看了醫生，但醫生意見為當事人尚不足以構成性別認同障礙。

⁸⁵ 關於以醫療軸線為主的觀點，國內外對於變性之不同定義，請參見蔡秀男 (2008)。

condition is properly described as a disorder)。⁸⁶ 二〇一〇年二月法國成為第一個將變性症從官方之精神疾病手冊中刪除的國家，這對法國的跨性別者而言是個小小的勝利，長久以來致力於消除對同性戀歧視與跨性別歧視的從巴黎起家的人權組織 (The International Day Against Homophobia Committee) 會議負責人 Louis-Georges Tin 表示「變性者將不再被診斷為疾病」、「他們是正常的公民」(Faure, 2010)。⁸⁷ 事實上，除了偶而傳來的一兩則新聞外，大部份的變性人只能靠例外的法外施恩獲得權利。性別越界在法律規範層層嚴格定義是微乎其微，在德國因人數極少所獲得之法外施恩的事實「同性婚姻」，究竟是將來未變性之同性伴侶主張相同之待遇 (同性婚姻) 的起始點，又或者是目前立法者用來減少損失的止血帶？這未經檢視的性別二元框架導致法律對許多性別規範不服從者之人權的漠視，跨性別者持續地被公權力靜默、忽略或邊緣化。如果不能真切地深入追問規範性別之正當性與合理性，德國聯邦憲法法院在本案判決去規範的同時，即又再度確認國家規範 (normalize)、定義性別的正當性。德國未來關於變性人權利之政策究竟會往那一方向發展？仍有賴當地民間社團、法律專業社群與司法體系不斷之對話而定。

六、兼顧性別自主決定權與結婚自由—滋養想像創造幸福的能力？

二〇〇八年在美國相當轟動的「男人懷孕」事件，也引起台灣

⁸⁶ 見前註 37, Tobin (2006-07: 393)。而在國內論述豐富的何春蕙教授即透過深度訪談跨性別主體，紀錄其如何積極打造自己身體及形象以斡旋與構築自己的身體與認同，請參見何春蕙 (2003)。

⁸⁷ 一九九〇年五月十七日世界衛生組織將同性戀由精神疾病手冊刪除，故這天為國際反同性戀歧視日，而今日這組織除了要消除同性戀歧視，更要消除變性歧視。

社會討論。⁸⁸ 這位懷孕者為原生理性別女性，在變性過程中保留了子宮，目前以男性的性別認同、性別表現生活與進行社會互動，由於他的女性配偶無法生育，因此兩人決定由他來負責生育。於是在媒體上我們看到一個留著短髮外貌十分陽剛的男性有著隆起的大肚子，他可以是男人，與女人同居結婚，懷孕育兒，我們可以想像這樣的親密關係而給予祝福嗎？

根據二〇〇七年六月歐盟人權機關 (the European Union Agency for Fundamental Rights, FRA) 應歐盟立法機關要求，對所有歐盟國家進行同性戀恐懼與性傾向歧視 (homophobia and discrimination based on sexual orientation) 之總體檢，以考量是否需要訂定相關之歐體指令。⁸⁹ 二〇〇九年第一部分關於法律分析報告出爐，關於變性者所受之恐同與性傾向歧視，在二十七個會員國中對其基本權利有保障的有十四個國家，其中十二個國家將之視為因性別所為歧視 (a form of sex discrimination)，德國與西班牙則將之視為基於性傾向歧視 (sexual orientation discrimination)，其他十三個國家則無類似保障。⁹⁰ 法律社群可以持續地辯論究竟對於變性者之各種歧視成因為何？在法律上應視為何種歧視？然而，不爭的事實是：所有的性別不服從者，尤以變性者為劣，每天仍繼續的暴露在法律權利不受保障之赤裸狀態，有時在少數個案上爭得尊嚴，大多時則仔細隱藏自己的異質，日日都是生活的試煉。

長久以來婦女運動與女性主義法學致力於爭取女性得定義自我 (亦即定義何謂女性) 的機會，且以她自己的定義讓社會、主流

⁸⁸ 此項男人懷孕之訊息在當事人接受美國知名談話性節目歐普拉主持人訪問迅速傳聞，透過國際傳媒與網際網路台灣觀眾也得以目睹進而討論，相關新聞參見 Trebay (2008)。

⁸⁹ 相關內容參見 European Union Agency for Fundamental Rights (2009)。

⁹⁰ *Id.* at 130-132.

法律體系接納，並與之互動，並組成得以實現自我之親密關係。同志運動則專注於挑戰異性戀結構，致力於爭取得自己定義（性認同）、並且得以自己的定義與周遭社會與法律體系互動，組成被社會社群認可之親密關係。新一波更包容的（inclusive）跨性別運動，將婦女運動與同志運動之挑戰與訴求納入，同樣也是基於對自己性別定義權之掌握，堅持以自己的定義、自己定義下的樣貌與周遭的社會與世界打交道，在法律之前享有作人的尊嚴，可以自由選擇組成家庭，擁有人人稱羨的親密關係之權利。不論是婦女運動、同志運動或跨性別運動，這三者的核心目標均有志一同地挑戰目前嚴格之男女二元系統。法律體系一再宣稱基於人性尊嚴、保障自由、平等乃憲法職志，在這樣的年代總給人帶來一點信心與一絲希望，雖然真實社會中幸福不易獲得，但是法律體系的鬆綁可以給人想像另類幸福的空間，滋養花樣主體之想像並進而創造不同形式幸福的能力，而不是要求個人單向改變自己，勉強生活。台灣與各國的法律專業社群似乎沒有理由再袖手旁觀，應該即刻檢視法律體系的性別盲、同志盲與其異性戀霸權、男女二分之僵化特性，並即時進行改革。

參考文獻

- 〈名校男師變性 被逼離職 學生不滿打壓 力挺老師「勇敢做自己」〉(2007年1月17日)。《蘋果日報》。2010年7月20日擷取自 <http://tw.nextmedia.com> (Male teacher had a sex change, forced to leave his job, students unhappy with discrimination, supportive for the teacher “Be brave to be oneself.” [2007, January 17]. *Apple Daily*.)
- 文聿 (2009)。〈性別漂泊的旅行者之書〉，何春蕤 (編)，《酷兒新聲》，頁 79-119。中壢，台灣：國立中央大學性／別研究室。(Wen-Yu. [2009]. The book of the gender traveler. In C. J. Ho [Ed.], *Queer sounding* [pp. 79-119]. Chungli, Taiwan: National Central University Sex/Sexuality Research Center.)
- 尤美女 (2007)。〈從婦運的法律改革談女性主義法學的本土實踐〉，戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會 (編)，《現代身分法之基礎理論：戴東雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 15-42。台北：元照。(Ju, M. N. [2007]. The local practices of feminist jurisprudence, starting from legal reform in the women’s movement. In collection of essays in honor of Prof. Tai, Dong-Xiong’ seventith birthday editorial board [Ed.], *The fundamental theory of contemporary family and succession laws* [pp. 15-42]. Taipei: Angle.)
- 王曉丹 (2007)。〈從法社會的觀點論女性主義立法行動——女性主義法學在台灣的實踐及其法律多元主義的面貌〉，《東吳法學雜誌》，19, 1: 51-78。(Wang, S. D. [2007]. Feminist legal activism and its socio-legal activism and its socio-legal implication in Taiwan—A legal pluralism perspective. *Soochow Law Review*, 19, 1: 51-78.)
- 巫緒樑 (2003年5月15日)。〈被社會拒絕兩次〉，《中國時報》，A15版。(Wu, X. L. [2003, May 15]. Rejected twice by society. *China Times*, p. A15.)
- 何定照 (2008年8月6日)。〈皓日專線啟動 傾聽跨性別心事〉，《聯合報》，A7版。(He, D. Z. [2008, August 6]. Hao-ri hotline started listen to Trans. *United News*, p. A7.)
- 何春蕤 (編) (2003)。《跨性別》。中壢，台灣：中央大學性／別研究室。(Ho, C. J. [Ed.]. [2003]. *Transgender*. Chungli, Taiwan: National Central University Sex/Sexuality Research Center.)

- 李立如 (2006)。〈女性主義法學與親屬法的發展——法律是否也有性別傾向？〉，《司法改革雜誌》，63: 35-40。(Li, L. R. [2006]. The development of feminist jurisprudence and family law-does law also have a gender orientation? *Judicial Reform Journal*, 63: 35-40.)
- 李立如 (2007)。〈婚姻家庭與性別平等——親屬法變遷的觀察與反思〉，《政大法學評論》，95: 175-228。(Li, L. R. [2007]. Family and gender equality: A critical assessment on family law reform. *Chengchi Law Review*, 95: 175-228.)
- 張小虹 (1996)。〈女同志理論〉，顧燕翎 (編)，《女性主義理論與流派》，頁 243-268。台北：女書文化。(Chang, H. H. [1996]. The lesbian theory. In Y. L. Ku [Ed.], *Feminist theories and various schools* [pp. 243-268]. Taipei: Fem Book.)
- 張永明 (2008)。〈德國變性人法案與著名憲法裁判簡介〉，《台灣法學雜誌》，118: 53-68。(Chang, Y. M. [2008]. The introduction to transsexual law and constitutional court decisions in Germany. *Taiwan Law Journal*, 118: 53-68.)
- 張宏誠 (2010)。〈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, 5: 57-86。(Chang, H. C. [2010]. Who am I in the legal eye? A preliminary legislation proposal on gender identity disorder and gender change registration. *Taiwan Bar Journal*, 14, 5: 57-86.)
- 許耀明 (2006)。〈「家」的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係〉，《東海大學法學研究》，25: 75-119。(Hsu, Y. M. [2006]. The destruction and the reconstruction of “family”: A comparative study of different models of non-marital cohabitation/registered partnership from the perspective of the French, German, Belgian and the EU newest development. *Tunghai University Law Review*, 25: 75-119.)
- 陳宜倩 (2006)。〈法律體系中性別平等論述的生產與實踐初探——以大法官解釋為例〉，《全國律師》，10, 5: 44-58。(Chen, Y. C. [2006]. A preliminary analysis on the discourse of sex/gender equality in Taiwanese legal system: An example of grand justice constitution interpretations. *Taiwan Bar Journal*, 10, 5: 44-58.)

- 陳宜倩 (2007)。〈性 / 性慾特質、隱私權與同志人權——評析 LAWRENCE V. TEXAS 一案〉, 焦興鎧 (編), 《美國最高法院重要判決之研究: 二〇〇〇~二〇〇三》, 頁 151-188。台北: 中央研究院歐美研究所。(Chen, Y. C. [2007]. Sexuality, the right to privacy and GLBT rights: An analysis of the U.S. supreme court case, Lawrence v. Texas. In C. K. Chiao [Ed.], *Essays on important decisions of the U.S. supreme court: 2000-2003* [pp. 151-188]. Taipei: Institute of European and American Studies, Academia Sinica.)
- 陳宜倩 (2009)。〈愛上陌生人——法律體系管制親密關係之分析〉, 《世新法學》, 3, 1: 39-73。(Chen, Y. C. [2009]. Falling in love with strangers, an analysis on state power and intimacies. *Shih Hsin Law Journal*, 3, 1: 39-73.)
- 陳昭如 (2010)。〈婚姻作為法律上的異性戀父權與特權〉, 《女學學誌》, 27: 113-199。(Chen, C. J. [2010]. Marriage as heterosexual patriarchy and privilege. *Journal of Women's and Gender Studies*, 27: 113-199.)
- 雷文玫 (2000)。〈性別平等的違憲審查——從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋〉, 李建良、簡資修 (編), 《憲法解釋之理論與實務 (二)》, 頁 123-160。台北: 中央研究院中山人文社會科學研究所。(Lei, W. M. [2000]. Judicial review of gender equality-reviewing Taiwan's grand justice's constitutional interpretations on gender equality from American feminist jurisprudence's viewpoint. In C. L. Lee & T. S. Chien [Eds.], *Interpretation of the constitution in theory and practice* [Vol. 2, pp. 123-160]. Taipei: Sun Yat-Sen Institute for Social Sciences and Philosophy, Academia Sinica.)
- 蔡秀男 (2008)。〈變性人之醫療、法律與倫理分析〉, 《台灣法學雜誌》, 118: 69-91。(Tsai, C. N. [2008]. A medical, legal and ethical analysis on transsexual. *Taiwan Law Journal*, 118: 69-91.)
- 鄭學庸 (2005 年 5 月 1 日)〈跨性別族群無法做自己 男扮女裝逛街被警告〉, 《自由電子報》。2011 年 7 月 30 日擷取自 <http://www.libertytimes.com.tw> (Zheng, X. Y. [2005, May 1]. Transgender could not be oneself. *Liberty Times*.)
- 蔣文宜 (2006 年 4 月 21 日)〈結婚 10 週年仍不合法? 同志團體籌辦公開集團結婚〉, 《東森新聞報》。2011 年 7 月 30 日擷取自 <http://gsrat.net/>

- news/newsclipDetail.php?ncdata_id=2622 (Jiang, W. Y. [2006, April 21]. Still illegal after 10 years being married? Gay NGO preparing for group wedding in public. *ETtoday.com.*)
- 戴瑀如 (2004)。〈論德國同性伴侶法〉，《月旦法學雜誌》，107: 145-165。
(Dai, Y. R. [2004]. On German same sex partnership registration law. *The Taiwan Law Review*, 107: 145-165.)
- 蘇芊玲、蕭昭君 (編) (2006)。《擁抱玫瑰少年》。台北：女書文化。(Su, C. L., & Ciao, C. J. (Eds.). [2006]. *Embracing Mei-Gue Boy*. Taipei: Fem Book.)
- 顧燕翎 (2010年7月6日)。〈聯合國女人 找回女性主體〉，《中國時報》，A16版。(Ku, Y. L. [2010, July 6]. United Nations women re-discover women subjectivity. *China Times*, p. A16.)
- Becker, S. (2004). Transsexualität-Geschlechtsidentitätsstörungen. In G. Kockott & E.-M. Fahrner (Hg.), *Sexualstörungen* (S. 153-210). Stuttgart, Deutschland: Thieme.
- Beger, N. J. (2000). Queer readings of Europe: Gender identity, sexual orientation and the (im)potency of rights politics at the European Court of Justice. *Social & Legal Studies*, 9, 2: 249-270.
- Brauckmann, J. (2002). *Die Wirklichkeit transsexueller Männer: Mannwerden und heterosexuelle Partnerschaften von Frau-zu-Mann-Transsexuellen*. Gießen, Deutschland: Psychosozial Verlag.
- Britten, N. (2009, February 5). World's youngest sex-change operation. *The Telegraph*. Retrieved July 8, 2011, from <http://www.telegraph.co.uk>
- Butler, J. (1999). *Gender trouble: Feminism and the subversion of identity*. New York: Routledge.
- Correll, C. (1999). Im falschen Körper-Ein Beitrag zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Transsexualität. *Neue Juristische Wochenschrift*, 46: 3372-3377.
- Di Fabio, U. (2010). GG Art. 2, in Maunz Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, 60 Aufl., 2010, Rn 200-202. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Eicher, W. (1992). *Transsexualismus, Möglichkeiten und Grenzen der Geschlechtsumwandlung*. München, Deutschland: Elsevier.

- European Union Agency for Fundamental Rights. (2009). *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in the EU member state* (part I, legal analysis). Retrieved July 30, 2011, from http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf
- Faure, G. (2010, March 1). In France, transsexuals celebrate a small victory. *Time*. Retrieved July 25, 2010, from <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,1968767,00.html>
- Fineman, M. A. (2004). Why marriage? In M. L. Shanley (Ed.), *Just marriage* (pp. 46-51). New York: Oxford University Press.
- Frowein, J. A. (2002). Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1: 29-32.
- Gruenberger, M. (2008). Die Reform des TSG: Großer Wurf oder kleine Schritte? In D. Gros, C. Neuschaefer-Rube, & J. Steinmetzer (Hg.), *Transsexualität und Intersexualität* (S. 81-110). Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.
- Kim Pearson interview on CNN concerning transgender student. (2008, February 12). *CNN Headline News*. Retrieved July 20, 2010, from <http://www.youtube.com/watch?v=zvuZNS-Wgck>
- Knott, G. A. (2010). Transsexual law unconstitutional: German federal constitutional court demands reformation of law because of fundamental rights conflict [Electronic version]. *Saint Louis University Law Journal*, 54, 3: 997-1033.
- LSVD. (2009a). *Notwendig aber vollkommen unzulänglich*. Retrieved July 20, 2010, from <http://www.lsvd.de/1180.0.html>
- LSVD. (2009b). *Notwendig aber vollkommen unzulänglich*. Retrieved July 20, 2010, from <http://www.dgti.org>
- Mayor is transsexual, and so is partner. (2007, May 27). *Associated Press*. Retrieved July 20, 2010, from <http://www.msnbc.msn.com/id/18866534/>
- Norton, L. H. (2006). Neutering the transgendered: Human rights and Japan's law No. 111. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 7, 2: 187-215.
- Pfäfflin, F. (1986). The connection between eugenics, sterilization and

- mass murder in Germany from 1933 to 1945. *Medicine & Law*, 5, 1: 1-10.
- Pfäfflin, F. (1997, October-December). Sex reassignment, Harry Benjamin, and some European roots. *International Journal of Transgenderism*, 1, 2. Retrieved July 30, 2011, from <http://www.iiav.nl/ezines/web/IJT/97-03/numbers/symposion/ijtc0202.htm>
- Polikoff, N. D. (2008). *Beyond (straight and gay) marriage: Valuing all families under the law*. Boston: Beacon Press.
- Reid, E., & Torella, E. C. di. (2002). The changing shape of the "European family" and fundamental rights. *European Law Review*, 27, 1: 80-90.
- Schneider, A. (1992). Zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem Transsexuellengesetz. *Neue Juristische Wochenschrift*, 46: 2940-2941.
- Schütze, B. (1997). Transsexualismus, Forschungsstand und klinische Praxis. *Nervenarzt*, 68, 11: 870-877.
- Schütze, B. (2010). *Neo-Essentialismus in der Gender-Debatte: Transsexualismus als Schattendiskurs pädagogischer Geschlechterforschung*. Bielefeld, Deutschland: Transcript Verlag.
- Sigusch, V. (1993). Transsexualismus, Möglichkeiten und Grenzen der Geschlechtsumwandlung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 23: 1516.
- Taube, D. von. (2007, Januar 29). Vom Mann zur Frau: Maria Sabine Augstein. *Welt*. Retrieved July 20, 2010, from <http://www.welt.de>
- Tettinger, P. J., & Geerlings, J. (2005). Ehe und Familie in der europäischen Grundrechtsordnung. *Europarecht*, 4: 411-440.
- Tobin, H. J. (2006-07). Against the surgical requirement for change of legal sex. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 38, 2: 393-435.
- Torella, E. C. di, & Masselot, A. (2004). Under construction: EU family law. *European Law Review*, 29, 1: 32-51.
- Transgender Europe. (2011). *Strasbourg commissioners launch speaking notes*. Retrieved July 6, 2010, from <http://tgeu.org/node/213>
- Trebay, G. (2008, June 22). He's pregnant. you're speechless. *New York Times*. Retrieved July 6, 2010, from <http://www.ny->

times.com

- Weitze, C., & Osburg, S. (1998, January-March). Empirical data on epidemiology and application of the German transsexuals' act during its first ten years. *International Journal of Transgenderism*, 2, 1. Retrieved July 20, 2010, from <http://www.iiav.nl/eazines/web/IJT/97-03/numbers/symposion/ijtc0303.htm>
- Whittle, S. (1998). Gemeinschaftsfremden—or how to be shafted by your friends: Sterilization requirements and legal status recognition for the transsexual. In L. J. Moran, D. Monk, & S. Beresford (Eds.), *Legal queeries: Lesbian, gay and transgender legal studies* (pp. 42-56). London: Cassell.
- Will, M. R. (1996). Symposium über medizinische und rechtliche Fragen der Transsexualität. *Neue Juristische Wochenschrift*, 12: 769.

Gender Self-Determination, Freedom to Marry, and Transgender Rights: An Analysis of German Federal Constitutional Court's *Decision 1 BvL 10/05 (2008)*

Yi-Chien Chen

Institute for Gender Studies, Shih Hsin University
No. 1, Lane 17 Sec.1, Mu-Cha Rd., Taipei 11604, Taiwan
E-mail: yichien@cc.shu.edu.tw

Abstract

This article employs view-points inspired by feminist legal theories and sexuality/gender studies, and seeks to unpack and analyze issues pertaining to sex, gender, sexuality, sexual orientation, the right to marry, and gender self-determination in the German Federal Constitutional Court decision on Transsexual Law. The author explores the possible impact of the decision on the transgender rights development in Germany and the potential influence on LGBTIQ (Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual, Intersex, Queer/Questioning) community in general. Furthermore, the author suggests a reconstruction of gender-sensitive jurisprudence, and facilitates diverse sexual subjectivities so that law, or legal systems in a broader sense, will not be used as a tool to reinforce heterosexual patriarchy ideology, or to oppress gender minorities.

Key Words: transsexualism, transgender, male-female dichotomy, gender self-determination, freedom to marry