

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

LGBTIQ 基礎法律議題研究(第 2 年) 研究成果報告(完整版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 98-2410-H-128-023-MY2
執行期間：99年08月01日至100年07月31日
執行單位：世新大學性別研究所

計畫主持人：陳宜倩

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：周詣婕
碩士班研究生-兼任助理人員：林書仔

公開資訊：本計畫可公開查詢

中華民國 100 年 11 月 01 日

中文摘要： 社會刻板印象僵化的性別二元觀點，讓性別（sex/gender）表現不符合男女二分的跨性別者面臨各方歧視，這歧視普遍且無情。社會性別(gender)與政治、社會之弱勢與經濟貧窮之間嚴重相關，過去女性主義理論與實踐主要強調女性作為一種社會性別階級(women as a class)特別容易陷入困境，因此女性也特別容易遭受性騷擾與性別騷擾問題。然而，女性並非唯一特別容易陷入貧困與面臨性別歧視的群體，近年來越來越多的跨性別者自殺、自殘，對於跨性別者(Transgender, LGBTIQ)的歧視是普遍存在的，遍及居住、就學、就業、醫療、教育、公共福利、社會服務領域就學、法律基本權利保障未能落實，遂將跨性別者推向政治經濟與社會之邊緣。本計畫以「性/別少數」族群(政治意義下少數，非指人數上少數)為研究核心，包括(但不限於)女同志(Lesbian)、男同志(Gays)、雙性戀(Bisexual)、雙性人(Intersex)、變性(Transsexual)、Queer/Questioning(酷兒/質疑)等多元性別主體，本計畫暫以LGBTIQ跨性別族群統稱。

法律仰賴兩組概念進行規範：性行為的「性」與作為界分男女的「生理性別」——是女性或男性(sex-female and male)。必須是非陰道的「異常性交」，這「異常性交」要發生在兩個生理女人之間或兩個生理男人之間。第二個生理特質的性別是國家法律介入的關鍵分類基礎，這樣潛在的分類於我國各法領域中體現，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。透過對婚姻、收養、人工生殖、醫療與社會福利法規的分析，清楚揭示許多法律藉由不肯認LGBTIQ存在而歧視此社群。第二個歧視LGBTIQ的法領域是刑事法，歧視方法乃視之為不正常、殊異與變態，貶抑為二等公民。與LGBTIQ有密切關係的第三個領域是行政法規，以法律體系對多元性別盲目為主軸分類為：A) 差異對待（異性戀中心）B) 性別盲、性傾向盲、性別認同盲、性別表現盲 C) 無積極協助類型。

法律專業應尊重醫學專業而非單憑語義學去理解性別，法律往往傾向將性別概念簡化為醫生對嬰兒生殖器的窺見與評斷。然而，這過於簡化未能展現性別的許多面向。最關鍵的是它忽略一個人的性別認同，即一個人對自己身為男人或女人的內在意識。雖然法律仍然無視這樣的事實，性別比起一個人與生俱來的生物性器官來說更為複雜，然而在醫療與心理專業之中，性別認同已被逐漸地較普遍地接受，一個人的性別認同比起出生時解剖學上的生物性別，被視為更不可或缺的。

因法律通常受醫療現實所管制。例如，法院在判決失能者的權利時，會以醫學定義與檢驗來作為訴訟判決的依據。納入這個醫療現實，即性別認同比起生物性器官對性別來說更是不

可或缺的，將進一步闡明，事實上跨性別歧視是基於性別的歧視。除了司法法院體系，行政與立法機關也應該接受這樣的醫學現實，重新思索檢視性別定義之內涵，盡量不要成為跨性別者在追求身心一致與人格發展的障礙，甚或應積極作為通過基本人權保障條文，將性別多元正式納入法律體系。

英文摘要：

LGBTIQ 基礎法律議題研究

一、前言

社會刻板印象僵化的性別二元觀點，讓性別（sex/gender）表現不符合男女二分的跨性別者面臨各方歧視，這歧視普遍且無情，顯現在社會互動、就業、居住、甚至公開的暴力行為。社會性別(gender)與政治、社會之弱勢與經濟貧窮之間嚴重相關，女性主義理論與實踐主要強調女性作為一種社會性別階級(women as a class)特別容易陷入困境，因此女性也特別容易遭受性騷擾與性別騷擾問題。然而，女性並非唯一特別容易陷入貧困與面臨性別歧視的群體，遺憾地近年來見到越來越多的跨性別者自殺、自殘，對於跨性別者(Transgender, LGBTIQ)的歧視是普遍存在的，遍及居住、就學、就業、醫療、教育、公共福利、社會服務領域就學、法律基本權利保障未能落實，遂將跨性別者推向政治經濟與社會之邊緣。本計畫以「性/別少數」族群(政治意義下少數，非指人數上少數)為研究核心，包括(但不限於)女同志(Lesbian)、男同志(Gays)、雙性戀(Bisexual)、雙性人(Intersex)、變性(Transsexual)、Queer/Questioning(酷兒/質疑)等多元性別主體，本計畫暫以LGBTIQ 跨性別族群統稱。

台灣雖然沒有明訂對於所謂「異常性交(非陰道性交)」之刑事處罰，而不似美國有著名之1986年 *Bowers v. Hardwick*¹案美國聯邦最高法院宣告喬治亞州處罰肛交的法律合憲，或2003年 *Lawrence v. Texas*²案宣告德州處罰異常性交之法律違憲等，引發一連串相關法律改革與社會運動過程，³ 但是台灣 LGBTIQ 族群在職場、學校、家庭生活、子女監護權爭取、醫療探視、保險等日常生活中各方面受到制度性的漠視、歧視對待，絕不少於有這樣明文刑事罪罰的國家。更由於此事之不可言說，對於權利主體—同志、變性、或 LGBTIQ 這社群—的界定也就更加不易，而我國法律體系也始終就各項領域與其有關議題無法一致性地、明確地給予肯認及保障。

¹ 478 U.S. 186 (1986).

² 539 U.S. 558 (2003).

³ 參考陳宜倩，性/性慾特質、隱私權與同志人權—評析 *LAWRENCE V. TEXAS* 一案判決，「美國最高法院重要判決之研究：2000～2003」，焦興鎧主編，中央研究院歐美研究所，台灣，台北(2007)。

2004 年「性別平等教育法」與其細則的公布施行可算是台灣婦女運動、女性主義理論與社會實踐轉化為立法政策之重要成果，包括不同生理性別、社會性別、性別特質、性傾向的多元主體首度正式納入法律體系。接著 2007 年 3 月立法院通過家庭暴力防治法修正案，只要有「同居共財」關係，沒有結婚的男女同居關係、同志伴侶等都可視為家庭暴力防治法之「家庭成員」，2008 年 1 月「兩性工作平等法」修改為「性別工作平等法」，將「性別平等教育法」中的生理性別、社會性別、性別特質、性傾向的多元性別主體概念納入原來的兩性工作平等法。然而，僅在這幾部性別相關特別立法中肯認多元性別的存在，是好的開始，但並無法完全解決其他傳統法律領域普遍存在之性別盲、性/別二分僵固的問題。

二、研究目的

關於跨性別主體，除了醫學面向的討論，更常被忽略的是跨性別主體身心、社會人際關係與法律議題等面向，本計畫透過對精神醫學觀點與批判反思，從憲法基本權利與性別研究角度論證性別自主權乃個人人格發展不可或缺之基本權利，應具有憲法基本權利保障地位，希望刺激法律專業社群思考，也希冀可以增進主流社會對廣義的跨性別族群之不同主體之認識與理解。

三、文獻探討

近年來台灣雖在此議題上，由女性主義理論學者、性/別研究與跨性別運動者開啟許多挑戰與討論，然而法律學術圈遲未能有較系統性之研究，僅散見個別研究所學生論文或學者論著。⁴ 甚至由過去的漠視，轉變為今日的「獵奇」，例如 118 期《台灣法學雜誌》籌畫「性與法律」這樣專題編輯說明中，⁵ 在敘明隨時代變遷不同行為態樣呈現社會價值有因此更迭之後，即在當期分別從「性犯罪」與「變性人」來討論此問題。雖在封面頁印有「我國變性人之基本人權省思」，但編輯說明中卻顯見關於法學上如何關注性學這樣的重要提問，提出了令人驚訝的狹義分類，

⁴目前台灣的法學論述僅有的零星的研究，例如張宏誠，同性戀者權利平等保障之憲法基礎，書林，2002 年。

⁵參考台灣法學雜誌 118 期編輯說明，台灣本土法學雜誌，12.15(2008)。

先從(一)性犯罪與(二)變性人開始。這似乎不是 LGBTIQ 族群最期待社會看到他們的地方，這樣的連結與並排分類凸顯當今法律學術研究在面對性議題之陌生、笨拙與異性戀霸權觀點。

根據國內徐志雲醫師「從醫學觀點看跨性別權益」一文，目前全球的精神醫學主要有兩大診斷體系，一是由美國精神醫學會（American Psychiatric Association, APA）所出版的精神疾病診斷與統計手冊（Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM），一是世界衛生組織（World Health Organization, WHO）出版的國際疾病分類（International Classification of Diseases, ICD）。台灣精神醫學界多偏向美國精神醫學會系統，多使用 DSM 診斷手冊，目前出版至第四版之內文革新版（DSM-IV-TR），預計 2013 年將出版第五版（DSM-5）。DSM 診斷是針對各種精神疾患提供明確描述，並以「準則/條件」（criteria）方式建立共通標準。例如在 DSM-IV-TR 中，「性別認同疾患」是列於「性及性別認同疾患」（Sexual and Gender Identity Disorders）的類別，其條件如下：

性別認同疾患（Gender Identity Disorder）

- A. 強烈而持續認同異性的性別（非僅為了得到此文化背景下身為異性可得到的任何利益）。在兒童，此障礙表現出下列各項的四項（或四項以上）：
- (1) 一再陳述想成為異性的意願，或堅持自己已是異性。
 - (2) 在男孩，偏好男扮女裝或模擬女性打扮；在女孩，堅持只穿著刻板化的男性衣著。
 - (3) 在假扮遊戲中強烈而持續地偏好扮演異性角色，或持續幻想自己是另一性別的人。
 - (4) 強烈意願參加刻板化屬於異性的遊戲及休閒活動。
 - (5) 強烈偏好異性的玩伴。

在青少年及成人，此障礙表現下述症狀如：陳述想成為異性的意願、時常被認為是異性、想要如異性般生活或被當成異性一般看待、或堅信自己有著異性的典型感受及反應。

B. 對自己的性別持續感覺煩惱，或對自己性別的性別角色感覺不適當。

在兒童，此障礙以下列各項中任何方式表現：在男孩，確信自己的陰莖或睪丸是討厭的、即將消失、或堅信自己若無陰莖將感覺更好，或對翻滾扭打等粗獷遊戲感覺嫌惡，並拒絕典型男性的玩具、遊戲及活動。在女孩，拒絕採坐姿排尿，堅持自己已有或即將長出陰莖，或堅持自己不想長乳房或來月經，或對傳統女性衣著十分厭惡。

在青少年及成人，此障礙表現下述症狀如：專注於除去自己的首要及次要性徵的意願（如尋求性激素、外科手術、或其他步驟以在身體上改變自己的性徵，來讓自己貌似異性）或相信自己生錯了性別。

C. 此障礙並未同時發生身體處於陰陽人的狀況。

D. 此障礙造成臨床上重大痛苦，或損害社會、職業、或其他重要領域的功能。

徐醫師認為根據以上的定義，教科書上所談性別認同疾患指涉的是一般所稱的變性欲者。診斷準則中其實有許多值得討論思索之處，診斷的重點除了個人心理對於性別的認同之外，還包括了許多外在因素，如喜歡跟異性玩伴來往、喜歡穿異性的衣服、參與異性活動、假扮異性角色等。但什麼是「異性」應有的衣服和活動呢？在傳統的社會文化氛圍下，似乎化妝、保養是女性專屬的活動，外科醫師、軍人是男性的專屬職業，但現今這些性別界線已漸被打破，所謂性別二分的「角色」與「活動」實具有弔詭意涵。⁶ 而如同徐醫師所提出的對這樣以醫療軸線發言位置論述之質疑，司法體系也同樣有表達質疑，雖然是少數：澳洲家事庭法院即曾在判決中指出：「…將之(變性)稱為障礙是有問題的」(questionable whether this condition is properly described as a disorder)、「對自身認知與身體之不一致而渴望轉化的人而言，他們可能會對於這樣分類定性為疾病或功能失調而感到被冒犯」。⁷

以上不論是法律期刊編輯或者醫學主流的看法也許符合一般社會通念，但是卻

⁶ 徐志雲，「從醫學觀點看跨性別權益」，全國律師，pp. 47-56，中華民國全國律師聯合會(2010.05)。

⁷ Haper Jean Tobin, *International Justice and Shifting Paradigms: Note: Against the Surgical Requirement for Change of Legal Sex*, 38 CASE W. RES. J. INT'L L. 393 (2006/2007).而在國內論述豐富的何春蕤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，請參見何春蕤，前揭註7，頁1-48(2003)。

忽視了女性主義理論(feminisms)、性/別研究(gender studies)及性別人權運動多年來累積的研究成果，晚近的性別研究方向就是在打開原先的二元的標準排列，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、變性同志等，以避免非異性戀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。⁸ 其實性別各分類都有一些浮動性，而正由於台灣社會對於性少數仍存有許多汙名，此事之不可言說導致對於權利主體這社群的界定也就更加不易，究竟是由性行為(homosexual conduct/acts)、從性慾望(sexual desire)、愛戀關係(romantic relationship)或是否有實際行為(behavior)來定義，是一種性表現或言論(sexual expression)或者是身分認同(identity)，論者不一。在研究計畫首要的概念界定上必先遭遇此問題。

本文先以「性/別少數」族群(政治意義下之少數，非一定是人數上少數)為研究核心，包括(但不限於)以女同志(Lesbian)、男同志(Gays)、雙性戀(Bisexual)、雙性人(Intersex)、變性(Transsexual)、Queer/Questioning(酷兒/質疑)等，暫以 LGBTIQ 跨性別族群統稱。台灣法律體系少見對 LGBTIQ 跨性別族群權益提出研究或立法建議，然而只消對民法、刑法、醫療、社會福利等法規與司法實務上個案初步分析，即可看出法律體系並不將 LGBTIQ 視為公民，法律鑲嵌著異性戀為正常、其他為變態的刻板印象。跨性別族群並沒有像其他公民一樣可以自由選擇生活方式又保有尊嚴。相較於其他學科領域，如文學、心理學、傳播研究、社會學等，法律學者也甚少對於多元性別議題提出研究與立法建議。再者，對法律學術社群及社運團體更顯迫切的是，支持性別人權運動與反對陣營間仍存在重大歧異，到底法律體系與規範是如何評價這些歧異？本計畫主張應從受壓迫之多元性別主體觀點出發揭示性、性別、性慾特質等如何交互作用，以提供未來我國司法體系在面對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、壓迫性少數之工具。

⁸ 張小虹，女同志理論，女性主義理論與流派，頁 251，女書店，再版七刷，民國 93 年。

四、研究方法

主要還是透過文獻閱讀，原希望以焦點團體訪談，對於國內推動跨性別族群權利運動之民間團體能廣加邀請共同討論，然而經費編列未能補助，這部分要等到未來申請其他計畫再來執行。然而此項計畫在法律領域仍算是初步的實驗性研究，在未釐清基礎法律問題之際，的確也不好叨擾已經十分辛苦的民間團體在人力與資力都相當拮据的狀況下義務幫助，法律學術專業在許多基礎問題上都未曾表態，或根本沒有思考，相較於西歐與北美素有跨性別相關運動與法規改變之國家，台灣在這方面應該仍能藉助比較法學之研究方法，作者在計畫進行中，除參加美國變性人研討會外，也針對德國近四十年的變性人法與聯邦憲法法院判決有深度分析。

五、結果與討論

法律仰賴兩組概念進行規範：性行為的「性」與作為界分男女的「生理性別」——是女性或男性(sex-female and male)。必須是非陰道的「異常性交」，這「異常性交」要發生在兩個生理女人之間或兩個生理男人之間。第二個生理特質的性別是國家法律介入的關鍵分類基礎，這樣潛在的分類於我國各法領域中體現，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。透過對婚姻、收養、人工生殖、醫療與社會福利法規的分析，清楚揭示許多法律藉由不肯認 LGBTIQ 存在而歧視此社群。第二個歧視 LGBTIQ 的法領域是刑事法，這裏歧視的方法乃視之為不正常、殊異與變態，貶抑為二等公民。與 LGBTIQ 有密切關係的第三個領域是行政法規，如性別工作平等法、性別平等教育法，女性主義學者與社運者多年倡議後，多元性別主體概念才首度納入法規，然而，這些特別立法對「性別」之前瞻性理解是否能對傳統的法領域發生影響，仍有待司法判例與行政機關適用法律。而以法律體系對多元性別盲目為主軸觀念來分類，作者初步將之分為：A)差異對待（異性戀中心）；B)性別盲、性傾向盲、性別認同盲、性別表現盲；C)無積極協助類型。

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、主流法律體系接納，並與之互動，並組成得以兼顧自我實現之親密關係。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二分之性別系統。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，滋養想像並進而創造不同形式幸福的能力，而不是改變自己，勉強生活。台灣的法律專業社群似乎沒有理由再袖手旁觀，應該即刻檢視台灣法律體系的性別盲、同志盲與其異性戀霸權之特性，並即時進行改革。

(1) 跨性別主體

出生後，性別是第一個接收到的分類指稱，也會被記載於出生證明之法律文件中。大部分的我們將成長於這種性別分配，並將這種分配視為理所當然。然而，無法適應被分派性別的人（以及與它相關的行為與期望）將承擔社會中關於性別的二元界線與排除性別多元觀點的不同程度與各式各樣之暴力。跨性別者是指那些認同對立於他們出生所分配之性別的人，這個認同可能是一部分或全部，有程度與形式上之差異，或者是他們的社會性別並非典型地以他們出生性別的方式展現。

在醫學的領域上，transsexualism 被定義為改變個人解剖學上的性特徵，以符合另一個性別成員身體上的自我觀感；在精神健康的領域，易性症（transsexualism）被分類為廣泛的精神障礙的特定形式，也就是性別認同障礙，被定義為強烈、持續感覺對另一社會性別的認同，以及無法適應自己所擁有的生理性別。而在本計畫所用的詞彙「跨性別者」，是指不論他們在生物學解剖學上的生理性別，只要他們認同另一性別者。本文雖以「性/別少數」族群(政治意義下之少數，非一定是人數上少數)為研究核心，包括(但不限於)以女同志(Lesbian)、男同志(Gays)、雙性戀(Bisexual)、雙性人(Intersex)、變性(Transsexual)、

Queer/Questioning(酷兒/質疑)等，暫以 LGBTIQ 跨性別族群統稱。然而由於易性症者相較於其他廣義跨性別主體之能見度較高，因此會花較多篇幅討論 TS 主體。

(2)跨性別歧視

1. 跨性別歧視是一個光譜

跨性別者的歧視發生在各種不同的環境脈絡中，並反應歧視者所持有的眾多觀感和誤解。由於這廣大的差異性，而不能將所有跨性別歧視視為同樣的分析方式，這些歧視行為應視為一個光譜上（內在相關的）的據點。這個光譜的中心是性別刻板印象的行為，類似於 Price Waterhouse 的描述。右邊是基於性別認同的歧視行為；左邊為基於性傾向的歧視。Bob 一個異性戀男性和他的女友 Laura，她為一個異性戀跨性別女性（MTF），計畫一起租房子。房東拒絕租給他們，假設，儘管 Laura 的自我認同為女性，而房東因為誤解她為男性而產生歧視行為。在這種情況下，房東的行為可能會落入光譜中兩個區塊的其中之一；可能是性別刻板印象的歧視，或是基於性傾向的歧視。

相反地，如果房東認可 Laura 為女性，但拒絕租房子給 Bob 與 Laura，因為他對跨性別者（或非二元性別區別的概念）有不舒服的感覺甚至有敵意，他的歧視行為將再次落入這光譜中兩個區塊的其中之一：基於性別刻板印象的歧視，或是性別認同的歧視。如果房東的歧視是因為 Laura 的表現與外貌不符合女性氣質刻板印象的表現，那就與 Price Waterhouse 案例一樣，是因為性別刻板印象所造成的歧視。如果房東的敵意是針對跨性別個體，也就是對一個人的性別認同與表現無法符合她的出生性別產生敵意，那麼他的歧視會落入光譜的右側，可當成基於性別認同的歧視。儘管跨性別歧視的情況非常的多樣，但是對於非二元性別的無法容忍為每個歧視種類之基礎。

2. 法律保障類目

雖然跨性別者居住歧視的存在是事實，但往往難以確定歧視原因。一個男跨女的跨性別者被歧視並且被拒絕購/租屋，是因為她不符合社會對女性的期待？抑或是因為她被認為是一個男人，但卻不符合社會對男性應有行為與外表的預期？歧視

是否根植於對跨性別女性性取向的敵意？換言之，歧視者是否錯誤地認為跨性別女性是一個男人，因此歧視是基於這個錯誤印象而來？是否歧視反映了歧視者對跨性別者的恐懼？或者是否她受到歧視是因為她的存在混淆和模糊了生理性別和社會性別的二元分類，而這卻視社會迄今還堅持的？實際上，跨性別歧視是被這些因素的混合體所圍繞，並非上述單一原因為跨性別歧視的基本根據。

「跨性別恐懼症」(transphobia) [這個詞彙用來描述對那些偏離社會中僵化性別期待之人的偏見和歧視]常常與「恐同症」(homophobia)被混淆。跨性別者經常遭受到恐同的反應，即使他們認定自己為異性戀者。許多人攻擊跨性別者，是基於恐同症的性質，因為攻擊者假定這些人是男同志或女同志。而這假定有時與當事人自我性別認同或者性認同不同。

不同行為將會落入不同的光譜區塊，主要取決於歧視者敵意之意圖。因此，同樣的行為搭配不同的意圖，可能會落入這個光譜中的不同地塊。這個分析式光譜的整個範圍都在「歧視由於…性別」的標題之下。

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2005年與2008年案判決，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？⁹

⁹ 陳宜倩，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)，歐美研究 41 卷 3 期，801-848，2011.09。

變性人之性別跨界意涵

	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 ¹⁰	男	男	男	男	男	對象為女 (異性戀)	異性結婚 同性伴侶
2005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
2008年案	男→女	男→女	女	男→女	女	對象為女 (同性戀)	例外維持其婚姻

來源：作者參考截至 2010 年德國聯邦憲法法院變性人法相關判決自行製表

只要非主流社會所認定下的標準，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（參見表二，橫向第二欄2005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（參見表二，橫向第一欄主流社會之標準）。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，¹¹ 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

¹⁰ 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。

¹¹ 另見 Jannik Brauckmann, *Die Wirklichkeit transsexueller Männer: Mannwerden und heterosexuelle Partnerschaften von Frau-zu-Mann-Transsexuellen*, Gießen, DG: Psychosozial Verlag (2002); Barbara Schütze, *Neo-Essentialismus in der Gender-Debatte: Transsexualismus als Schattendiskurs pädagogischer Geschlechterforschung*, Bielefeld, DG: transcript Verlag (2010).

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（參見上表，由只容許橫向第一欄擴展至接受第二欄與第三欄），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。¹²

(3) 歧視種類

1. 跨性別居住歧視

在居住方面，對跨性別者的歧視是普遍的。它發生在居住的所有階段：房東拒絕租屋、房地產經紀人讓跨性別者遠離某些房子、居住之後可能被驅離、歧視；他們可能被房東、房東的員工或其他房客騷擾。

跨性別者發現在獲得住屋時碰上阻礙，並且要被迫忍受排斥的痛苦感受。此外，他們經常發現在居住時被折磨和受到騷擾。此外，他們面臨無家可歸的危機是持續增加的，因為跨性別恐懼症（transphobia）普遍存在於社會中。

在房東與房客之間的權力是有差距的，這權力差距代表住屋方面性騷擾的獨特性。這個房東與房客關係差距的出現，通常與一系列緊縮房屋市場的因素有關，而低收入的房客對房東會有高度依賴，因為居經濟弱勢的房容易被取代，而對這些房客的生活品質與安定當然會有不利的影響。

¹² 同註 9.

「家」這個詞標誌著文化中的一個基本假設：一個人能夠保持這一個地方（而不是別的地方）作為私人的、安全的和不可侵犯的。在住家所發生的性騷擾意味著這個私人空間典範的一種入侵。不會少於傳統性騷擾的受害者，跨性別者在住屋方面的受害者，也失去維護私人空間典範的能力。

2. 工作與就業

傳統的住屋與職場性騷擾之間的差異，非常類似於跨性別者在住屋與工作場性騷擾的差異。儘管住家與工作場所的性騷擾之間，整體來說具有相似性，但還是住宅性騷擾中還是有一些獨特的特徵，例如，“住家入侵的現象，不會同時出現在工作場所中。

3. 醫療保險

4. 法定性別更改與其他法律文件之變更

(4)初步建議

法律仰賴兩組概念進行規範：性行為的「性」與作為界分男女的「生理性別」——是女性或男性(sex-female and male)。必須是非陰道的「異常性交」，這「異常性交」要發生在兩個生理女人之間或兩個生理男人之間。第二個生理特質的性別是國家法律介入的關鍵分類基礎，這樣潛在的分類於我國各法領域中體現，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。透過對婚姻、收養、人工生殖、醫療與社會福利法規的分析，清楚揭示許多法律藉由不肯認 LGBTIQ 存在而歧視此社群。第一個歧視跨性別族群是民事法；但近年來透過個案奔走與社會運動有初步改進。第二個歧視 LGBTIQ 的法領域是刑事法，這裏歧視的方法乃視之為不正常、殊異與變態，貶抑為二等公民。與 LGBTIQ 有密切關係的第三個領域是行政法規，如性別工作平等法、性別平等教育法，女性主義學者與社運者多年倡議後，多元性別主體概念才首度納入法規，然而，這些特別立法對「性別」之前瞻性理解是否能對傳統的法領域發生影響，仍有待司法判例與行政機關適用法律。作者以法律體系之對多元性別之盲目為中心主軸作分類可分為：A)差異對待（異性戀中心；B)性別盲、性傾向盲、性別認同盲、性別表現盲；C)無積極協助類

型。將歧視類型辨識出來後，下一步即為如何拆解如何進行改革？

法律專業不應單憑語義學去理解性別，法律傾向將性別概念簡化為醫生對嬰兒生殖器的窺見與評斷。然而，這過於簡化未能捕捉到構成性別的許多人為因素。最關鍵的是它忽略一個人的性別認同，即一個人對自己身為男人或女人的內在意識。雖然法律仍然無視這樣的事實，性別比起個人與生俱來的生物性器官來說，更為複雜，然而在醫療與心理專業之中，性別認同也被逐漸地較普遍地接受，個人的性別認同比起出生時解剖學上的生物性別，被視為更不可或缺的。特別奇怪的是，因法律通常受醫療現實所管制但也不完全尊重醫學。例如，法院在判決失能者的權利時，會以醫學定義與檢驗來作為訴訟判決的依據。納入這個醫療現實，即性別認同比起生物性器官對性別來說更是不可或缺的，事實上跨性別歧視是基於性別的歧視。除了司法法院體系，行政與立法機關也應該接受這樣的醫學現實，重新思索檢視性別定義之內涵，盡量不要成為跨性別者在追求身心一致與人格發展的障礙，甚或應積極作為通過基本人權保障條文，將性別多元正式納入法律體系。

參考文獻

文榮光、徐淑婷、柯乃瑩，性別認同障礙與變性慾症之診療現況，原載於性治療工作坊手冊，1996年3月。參見高雄長庚醫院精神科網站：

<<http://w3.csmu.edu.tw/~sunday/abnormal.files/3-1.htm>>（最後造訪日：2010年5月31日）。

王文卿譯，喬安娜·邁耶羅維茨著，性別是如何改變的？，外語教學與研究出版社，2007年1月。

徐志雲，從性別自主決定權談跨性別族群人權，全國律師，pp. 43-45，中華民國全國律師聯合會，2010.05。

陳宜倩，從性別自主決定權談跨性別族群人權，全國律師，pp. 47-56，中華民國全國律師聯合會，2010.05。

陳宜倩，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，「歐美重要國家終審法院與社會變遷」學術研討會，中央研究院歐美研究所，2009.10.30。

陳宜倩，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)，歐美研究41卷3期，801-848，2011.09。

郭劭譯，朱迪斯·巴特勒著，消解性別，上海三聯書店，2009。

張宏誠，同性戀者權利平等保障之憲法基礎，學林文化事業有限公司，2002年6月。

張永明，德國變性人法案與著名憲法裁判簡介，臺灣法學雜誌，第118期，2008年12月15日，頁53-68。

蔡秀男，變性人之醫療、法律與倫理分析，臺灣法學雜誌，第118期，2008年12月15日，頁69-91。

何春蕙主編（2003）《跨性別》。桃園縣中壢市：中央大學性/別研究室。

劉道捷（1992）《變男變女變變變》。國立台灣大學新聞學系碩士論文。

英文文獻

- Butler, Judith. *Undoing Gender*. Routledge: New York, 2004.
- Edwards, Susan S. M.. *Sex and Gender in the Legal Process*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Letsas, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Meyerowitz, Joanne. *How Sex Changed: A History of Transsexuality in the United States*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- Soley-Beltran, Patricia, *Transsexualism in Spain: A Cultural and Legal Perspective*, 12(1) *Sociological Research Online*, *available at* <www.socresonline.org.uk/12/1/soley-beltran.html> (最後造訪日：2010年5月30日)。
- Whittle, Stephen. *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights*. Cavendish Publishing: London, 2002.
- Wenstrom, K. (2008). What the Birth Certificate Shows: An Argument To Remove Surgical Requirements from Birth Certificate Amendment Policies. *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues*, 17: 131-159.
- Gilden, A. (2008). Toward a More Transformative Approach: The Limits of Transgender Formal Equality. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 23: 83-144.
- Knauer, N. J. (2007). Gender Matters: Making the Case for Trans Inclusion. *Pierce Law Review*, 6: 1-53.
- Weiss, J. T. (2009). Intersections of Transgender Lives and the Law: Transgender Identity, Textualism, And the Supreme Court: What is the "Plain Meaning" of "Sex" in Title Vii of The Civil Rights Act of 1964? *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 18: 573-649.
- Benson, C. J. (2008). Crossing Borders: A Focus on Treatment of Transgender Individuals in u.s. Asylum Law and Society. *Whittier Law Review*, 30: 41-66.
- Esses, D. L. (2009). Afraid to Be Myself, Even at Home: A Transgender Cause of Action

- Under the Fair Housing Act. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 42: 465-509.
- Koch, K. & Bales, R. (2008). Transgender Employment Discrimination. *UCLA Women's Law Journal*, 17: 243-267.
- Gehi, P. (2009). Struggles From The Margins: Anti-Immigrant Legislation And The Impact On Low-Income Transgender People Of Color. *Women's Rights Law Reporter—Rutgers*, 30: 315-346.
- Phadke, L. D. (2006). When Women Aren't Women and Men Aren't Men: The Problem of Transgender Sex Discrimination Under Title IX. *Kansas Law Review*, 54: 837-863.
- Romeo, F. H. (2005). Beyond A Medical Model: Advocating For A New Conception Of Gender Identity In The Law. *Columbia Human Rights Law Review*, 36: 713-753.
- Arkles, G. (2009). Intersections Of Transgender Lives And The Law: Safety And Solidarity Across Gender Lines: Rethinking Segregation Of Transgender People In Detention. *Temple University of the Commonwealth System of Higher Education Temple Political & Civil Rights Law Review*, 18: 515-560.
- Glazer, E. M. & Kramer, Z. A. (2009). Intersections Of Transgender Lives And The Law: Transitional Discrimination. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 18: 651-672.
- Griffin, C. J. (2009). Workplace Restroom Policies in Light of New Jersey's Gender Identity Protection. *Rutgers Law Review*, 61: 409-436.
- Weinberg J. D. (2009). Gender Nonconformity: An Analysis of Perceived Sexual Orientation and Gender Identity Protection Under the Employment Non-Discrimination Act. *University of San Francisco Law Review*, 44: 1-31.
- Eno A. S. (2008). The Misconception Of "Sex" In Title Vii: Federal Courts Reevaluate Transsexual Employment Discrimination Claims. *Tulsa Law Review*, 43: 765-791.
- Turner I. M. (2007). Sex Stereotyping Per Se: Transgender Employees and Title VII. *California Law Review*, 95: 561-596.
- Tan S.H. (2008). When Steve Is Fired For Becoming Susan: Why Courts And Legislators Need To Protect Transgender Employees From Discrimination. *Stetson Law Review*, 37: 579-613.
- Lorenz R. D. (2005) . Transgender Immigration: Legal Same-Sex Marriages and Their

Implications for the Defense of Marriage Act . *UCLA Law Review*, 53: 523-559.

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2011/10/31

國科會補助計畫	計畫名稱: LGBTIQ基礎法律議題研究
	計畫主持人: 陳宜倩
	計畫編號: 98-2410-H-128-023-MY2 學門領域: 性別研究
無研發成果推廣資料	

98 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：陳宜倩		計畫編號：98-2410-H-128-023-MY2					
計畫名稱：LGBTIQ 基礎法律議題研究							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	1	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	0%		
		研討會論文	1	1	100%		
		專書	0	0	0%		
	專利	申請中件數	0	0	0%	件	
		已獲得件數	0	0	0%		
	技術移轉	件數	0	0	0%	件	
		權利金	0	0	0%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	0	0	0%	人次	
		博士生	0	0	0%		
		博士後研究員	0	0	0%		
		專任助理	0	0	0%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>無</p>
--	----------

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

研究成果為對台灣跨性別法律權利之廣泛檢討，部分內容已發表，部分內容尚在撰寫中，此研究乃為基礎研究，未來將逐步將研究成果分主軸陸續發表。

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

一、學術成就

本研究由於牽涉跨性別族群人權問題，在台灣法律學術領域仍算是較為少數的研究，學術尚屬於具發展潛力之計畫。

二、創新

關於跨性別主體，除了醫學面向的討論，更常被忽略的是跨性別主體身心、社會人際關係與法律議題等面向，本計畫透過對於精神醫學觀點與批判反思，從憲法基本權利與性別研究角度論證性別自主權乃個人人格發展不可或缺之面向，應具有憲法基本權利保障地位，希望刺激我國法律專業社群思考，也希冀可以增進對廣義的跨性別族群之不同主體之認識與理解。

三、社會影響

本研究僅為學者個人之研究，是否能發揮社會影響力，端視後續發表之後是否能引起法律專業社群之反省，這樣的議題無法靠一人研究而斷言社會影響力。