

性別辨識與性別認同 --從憲法的角度談登記婚與儀式婚的差異

李念祖*

本文不代表理律法律事務所意見

今年三月就我國首次依聯合國規格提出之國家人權報告，曾有一場國際審查在台北舉行；審查報告中指出台灣保障性別平等的法治實踐中，有一項絕大的盲點，就是未能理解性別認同與性傾向的差異。

所謂性別認同，指的是每個人對於我屬於什麼性別的主觀意識認同，而所謂性傾向，則是指一個人是屬於異性戀、同性戀、雙性戀或無性戀的傾向而言。性傾向的概念並不難於理解，較受忽略的其實是性別認同的概念與一般所理解的性別辨識，在方法上有個極大的不同。一般人所理解的性別辨識方法是從人的自然生理性徵，主要是生殖器官來辨識性別，用的是客觀途徑；而性別認同則是講每個人的自我性別認同，也就是依從每個人自己主觀認識自己的性別是什麼，來識別性別。

雖然社會上絕大多數人的自然生理性徵與自我認同的性別可能並無不同，但是也有相當數量的公民自我認識認同的性別與自己的生理性徵並不一致；不一致的性別認同如果不能得到國家公權力的尊重，就會出現性別平等與人格尊嚴受到侵犯的憲法問題。國家公權力不能尊重性別認同的原因，一方面可能是源於代表多數而掌握公權力體系的人，從未發現也不能體會少數人的性別認同與其生理性徵有出入；另一方面則是繫於國家公權力還不能夠理解性別認同的概念，是在相當的程度上已將決定一個人性別孰屬的權力，交給了當事人自己，而不再堅持由國家依據生理性徵加以決定，也就是國家對於當事人所為異於自然生理性徵的決定應該給予高度的尊重。

民法親屬編在民國2007年做了重大修正，將婚姻制度從儀式婚改成登記婚，而將原先「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」之規定改為「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記」。原規定之中，登記是婚姻效力的推定要件，新法則是使之成為婚姻的生效要件。修法的主要理由當是避免因為「儀式」的定義引起爭議。修法之後，最明顯的效果是改變了台灣的社會行為，舊法時代人們每先舉行結婚儀式，再至戶政事務所登記（當然也有不為登記以致引起爭議的婚姻）。新法改為登記婚之後遂改變了社會慣行，人們轉為先行登記再行舉辦結婚儀式（當然也有不再舉行儀式者）。

未受到注意但可能引起憲法顧慮的，則是隱藏於新法之中的法律效果變化。儀式婚，雖然因為何謂公開儀式的定義不一而可能引起婚姻生效與否的爭議，但是此一制度基本上符合婚姻自由、當事人私法自治的原則；然而登記婚將婚姻的效力完全繫於政府機關所為之登記，一旦政府藉由登記從事婚姻定義的實質審查，也就是形成許可制度時，即會有限制婚姻自由與私法自治的問題出現。

立法者採取登記婚制度，應是無意賦予登記機關對於婚姻行為進行實質審查之權力，僅視欲為婚姻登記的當事人是否符合（一）二人（因為民法業已明文規定禁止重婚）（二）書面之要式（三）二人以上之

* 現為東吳大學法研所與台灣大學政研所兼任教授、理律法律事務所合夥律師。

證人的三項形式要件，即應予以登記。此在生理性徵與性別認同並無出入的一般人言之，當然不會構成問題。但在生理性徵與性別認同並不一致的少數而言，戶政機關單純依據生理性徵而非性別認同認定其性別孰屬，再以民法並不承認同性戀婚姻為由拒絕接受兩位自然生理性徵相同之人為婚姻登記，就可能引發質疑此項拒絕構成違憲的多重理由：

- 一、立法機關並未授權戶籍機關根據性別審查是否接受婚姻登記。以當事人的生理性徵相同為由拒絕接受婚姻登記，有加設立法所無限制、侵犯婚姻自由的問題。
- 二、戶政機關以法律不承認同性婚姻為由，拒絕生理性徵相同的人為婚姻登記，並無民法或戶籍法上的明文依據。「社會通念」恐怕不能算是合適的理由。特別是今日已經不再可將生理性徵相同的伴侶組織家庭生活的行為，看成是違反社會公序良俗，「異性婚」的「習慣」也已難以構成戶籍機關行事的依據。至於大法官的解釋中雖有提及「一夫一妻」之婚姻制度者，能否做為戶政機關依照生理性徵而非性別認同認定性別（或男女或夫妻）的依據，其實不無疑問。
- 三、將生理性徵相同之人締結婚姻視做同性戀的表徵，此一觀念正就犯下了誤將性別認同與性傾向混為一談的錯誤。不依從自己的生理性徵做為自我性別認同的指標，而欲與生理性徵相同者組織家庭的公民，有可能是異性戀而非同性戀者。政府將其視為同性戀者，仍然是只問其生理性徵的性別而不問其性別認同的性別之故。此中乃有違反聯合國兩項人權公約的疑慮。
- 四、政府完全根據當事人的生理性徵行事，拒絕依據當事人的性別認同進行婚姻登記，具有否定當事人人格尊嚴的效果，也很難避免基於性別而為法律上歧視的違憲指責。

綜之，民法婚姻制度在儀式婚與登記婚兩者之間移動，似乎只是立法政策的選擇。但是若從憲法保障人權，特別是性別平等的角度思考，登記婚制度的運作與實踐，如果形成專由政府公權力辨識性別而否定性別認同，從而以隱含著性別歧視的態度限制婚姻自由，就可能比儀式婚制度更有可能侵犯性別平等觀念背後的人格尊嚴。此中道理，很值得政府相關部門慎思。