



# 实施变性手术应以法定程序的审理为前提

汤啸天

汤啸天,上海政法学院学报副主编。主治被害人学、刑法学、犯罪学。主要作品有:《刑事被害人学》(中国政法大学出版社,1989)。

近年来,我国在倡导尊重人权,以宽容、理解的态度对待弱势群体等方面有了长足的进步。变性人得到了多数人的理解,变性手术已经不再是医学禁区,要求使用手术方法改变原有性别的人已非极个别,国内已经有一些医院宣传其施行变性手术的成功,但明眼人一看即知其中隐含的广告成分和利益因素。2003年11月,国际奥委会决定允许变性人参加奥运会。2004年5月17日,国际奥委会在瑞士洛桑宣布了变性运动员参加奥运会的实施标准之后,变性人问题在我国已经被炒作到了急剧“升温”的地步。根据笔者收集到的资料,我国自1983年施行第一例变性手术以来,以手术失败为由状告医院的案例2000年已经在杭州出现;<sup>①</sup>2004年6月1日,成都市出现了80多岁的妻子要求与丈夫离婚的怪事,起因就是年已八旬的丈夫背着妻子做了变性手术;<sup>②</sup>甚至有报道称“我国已有逾千人变性”。对变性人及变性手术的炒作已经引起有识之士的批评,但是,笔者以为,抨击和批评并不能阻止“变性热”,简单化的批评甚至可能诱发某些人的好奇和逆反,引起更多的人视变性为时髦。必须以科学的态度为变性手术的实施制定法定的程序规则,为确有必要的变性人提供帮助,并使其获得宽松平静的生活环境。

## 一、医疗机构决定实施变性手术可能引发法律纠纷

江苏省性学会副理事长储兆瑞教授认为,变性作为一种极为严肃的外科手术,涉及许多法律上的问题,目前我国还没有配套出台相关的法律,改变后的性

<sup>①</sup> 陈洪标:《变性歌手上法庭》,载《法苑》(上海),2001(7),31~33页。

<sup>②</sup> 记者报道:《前卫八旬翁做变性手术》,载《上海法治报》,2004-06-04。

别法律还不能完全的承认。<sup>①</sup> 据陈焕然博士介绍,目前对变性手术的施行,各家医院遵循的标准和要求各不相同,达成共识的手术条件是:①易性癖的诊断正确无误;②对手术的要求至少持续5年以上,且无反复过程;③患者必须以他(她)们选择的性别公开地生活和工作至少3年;④术前接受心理、精神治疗不少于1年;⑤术前必须有一年以上的激素治疗;⑥必须没有以其解剖学性别结婚;⑦精神病专家证明其精神状态正常;⑧必须同意术后随访;⑨年龄大于20岁;⑩无犯罪、滥用药物或酒精的历史;⑪无过于显著的男性或女性化行为体征;⑫患者和术者对手术有统一的意见;⑬当地公安部门进行司法鉴定并备案同意术后更改身份证上的性别;⑭至亲家属无反对意见;⑮患者对术后可能出现的情况十分清楚,并有心理准备;⑯无任何外科手术禁忌症。对易性癖患者术后的性别问题,在国外某些国家(如丹麦、意大利、荷兰、瑞典等国)易性癖患者术后可以通过法律改变其出生证明。在比利时、法国等国家也存在改变出生证明的可能性。我国目前还没有法律承认他(她)们在术后改变的性别,但实际操作中,一些地方的公安部门已根据他(她)们的实际情况,出于保护他(她)们的隐私权和尊重他(她)们个人意愿以及方便他(她)们今后生活的目的,对其身份证、户口本、工作证上的性别一栏做必要的修正。<sup>②</sup> 以上内容作为医学界对社会负责任的做法是值得赞许的,但是,法律上的规制依然处于“零状态”。笔者认为,变性手术的实施涉及到法律、社会、经济、文化等诸多方面,应当在经过人民法院的审查裁断之后,由医疗机构负责实施。

通常认为,人的性别非男即女。其实,在严格意义上,人的性别有男、女、假男真女、真男假女、非男非女,生物学上的性别与自我认同的性别不同等复杂情况。一般意义上所说的性别,是指解剖学上的性与主体在心理上的性别自认的协调一致;当主体对自身的性别认同出现倒错时,尽管他(她)清楚地知道自己的生物学性别,但却在心理上感觉到自己是异性,竭力追求改变自己的生物学性别。心理学、医学、社会学界把这种现象称之为“易性癖”,并呼吁社会对易性癖患者予以理解和尊重。从医学角度说,施行变性手术是治疗易性癖的方法之一。但是,人的性别决不单单是个人的私事,人的性别不但对其自身具有法律意义,而且具有广泛的社会意义。最为基本的问题是,由于人为的手术改变了患者原有的性别(生物性别),对其究竟应当以原有的生物性别抑或以易性后的现实性别(术后性别)为准进行户籍登记呢?这在法律上无法回避,伦理方面的问题则更为复杂。2002年,河南省公安厅和卫生厅在就公民实施变性手术后变

① 陈焕然:《变性手术》,http://www.xiasl.net/shownews.asp?newsid=1069,下载时间2004-07-17。

② 陈焕然:《变性手术》,同前。

更户口登记性别项目有关问题发出通知,对变性人性别项目的变更手续的办理做出了具体规定。<sup>①</sup>客观地说,这些规定只解决了“常住人口登记表”背面的登记事项变更、收缴原有身份证、重新为其办理身份证等户籍管理上的技术问题,并未也不可能涉及对变性手术的法律规制。不同性别的人社会角色不同,具有不同的权利与义务,构成不同的亲属关系,变性手术由医疗机构决定并由医疗机构实施的做法是欠妥的。如此事关重大的人身改变理应采取决策与操作分离的控制策略,以防范可能出现的技术滥用和迟发性的社会危害。由此可见,在未经特定法律程序,由医疗机构决定实施变性手术之后,可能引发难以解脱的纠纷,医院有极大可能因为无法律依据的擅自作为而成为被告,也可能在客观上帮了犯罪分子的忙。

### (一) 变性手术存在失败或患者后悔的可能

整形外科作为医学门类包括美容与修复两大部分。变性手术是运用修复技术在生殖器和第二性征的外观上满足患者的心理需求。正如台湾学者黄丁全所说:“一般医疗以疾病的治疗、健康的恢复为目的,而整形美容手术之目的,在于协助患者从其主观自认为丑陋中解放出来,满足患者对美的憧憬,此乃个人主观利益的追求,与伤病的治愈及健康的回复无关,因此其医学的适应性程度较低。”<sup>②</sup>当患者摆脱对自身生物性别的厌恶之后,表面上是满足了性别变更的需求,但当其面对一个全新的自我时,其必须重新按照新的社会角色适应社会。以美国第一例变性人为生活原型的自传体纪实小说《变性人》,在“自序”中的叙述是耐人寻味的:“不是亲身经历过变性的人,决不会理解到:一个男性女性兼备的,并且是阴阳倒置的人身体上所受的煎熬。被这种什么都具备又什么都不明确的两性禁锢的人,身体上、精神上所遭受的是无止境的非难和摒弃,以至由此所产生的绝望。”<sup>③</sup>

国外医学统计资料显示,70%~80%以上的变性人手术后性别心理并未改变,出现精神分裂等不适应症。心理学家认为,需要做变性手术的人,大多患有心理和生理方面的疾病。通常对患者采取至少2年的心理治疗,18个月以上的异性适应性生活,1年以上的心理分析,6个月的异性性激素治疗等。据瑞典1986年的一项实验报告显示,瑞典曾对13例变性手术进行平均12年以后的随访,结果大部分人对手术不满意,其中8人在术后性心理没有改变,4人后悔,1

① 母心:《社会更宽容,变性人性别登记河南有新规》,载“中新网”,下载时间2002-11-19。

② 黄丁全:《医事法》,446页,北京,中国政法大学出版社,2003。

③ 陈淀国:《布劳聂公园的变性人》,载《社会》(上海),1999(12),47页。

人要求重新改变性别。<sup>①</sup>由此可见,即便医生精心施行手术,变性手术因技术上的失败或当事人反悔的可能性客观存在,特别是患者对手术的心理期望值与手术实际效果之间的差距很可能诱发当事人的后悔。变性手术具有不可逆性,一旦失败便无法回复原有状态。即便手术成功,当事人对变性以后的社会角色与社会认同依然有艰难的适应过程,当其不能顺利担当新的社会性别角色时,反悔就可能出现。人的意志不可能始终处于恒定状态,性别转换的渴求在手术之后只能是过去的历史,现实的处境完全可能促使当事人动摇追求性别转换的意志。

从理论上说,变性手术之后患者除了不能以自然的方式生育之外,在外观特征上可以认同为手术后的性别,而且是可以过性生活的。但是,手术绝不可能造就自然性别器官的全部功能,对生殖器和第二性征外观的认同难免有差异,手术后性生活的满意度更有极强的主观性。患者一旦不满意,很可能将医院告上法庭,医疗机构则必须承担手术决策程序合法、操作无误、手术成功或者属于正常失败概率等一系列的证明责任。由于变性手术的成功与否至今尚无明确的标准,医院几乎是“自己为自己作证”,不仅难度极大,而且证明力偏弱。特别是由于变性手术具有不可逆的特征,无论变性者再一次陷入何等严重的痛苦状态,医院都爱莫能助。

## (二) 变性手术摘除健康器官的合法性尚有争议

无论男变女或者女变男都必须摘除其原有的生殖器,故在法律上,变性手术还有一个摘除健康器官的合法性问题。从医学的角度说,性别变更手术的适应症有两种情况:一是由于先天的器质性生殖器官畸形而必须进行的矫正,二是对性别器官虽无器质性病变、但是心理上不能接受其DNA性别的患者的帮助。使用手术方法矫正生殖器官畸形是因为患者处于“假两性”的状态,医生应当根据患者DNA性别的具体情况,决定分别切除、保留以及修复器官部件。这种为使患者外观性别与DNA性别一致化的手术所切除的部分器官部件是正当的,因为这些畸形的器官部件的存在使患者处于“非男非女”的尴尬状态,为明确其性别必须有所取舍。为帮助易性癖患者摆脱心理痛苦的手术,建立在患者的生殖器官发育正常的基础之上,实际上是为满足心理需求而对健康器官“大动干戈”。人的心理需求是一个极为复杂多变的系统,既然有人要求用手术变更性别,也会有人提出过残疾人生活的要求。例如,某人认为世间过于喧闹,要

<sup>①</sup> 陈焕然:《变性手术》,载 <http://news.sohu.com/2004/03/17/51/news219465184.shtml>, 下载时间 2004-07-17。

求享受“耳不闻心不烦”的生活，医疗机构能够应允用手术破坏其正常的听力吗？

从易性癖患者的角度说，既然渴求变性，只有大“破”才能大“立”，切除健康的生殖器官就是必须付出的代价。但是，从法律意义说，手术摘除的恰恰是人体的健康器官。对未婚的易性癖患者而言，其易性的追求源于心理上对自身性别认同的倒错，具有正常功能的生殖器官尚未发挥应有的功能，却在没有发生任何病变的时候被人为地摘除了，这种做法无疑是对健康器官的残害。公民人身的健康、完整由国家的法律予以保护，当事人和医生都无权无端处置健康的器官。性别变更手术具有不可逆转的破坏性，作为健全的法制体系既要对患者负责，也要对社会负责。必须以严格的程序性审查平衡易性癖患者、患者亲属、社会其他成员等各方面的权利。即便是为了解除易性癖患者的心理痛苦，摘除其正常器官的手术也应当通过法定程序的审查。否则的话，就有医生的权利大于法律规定的嫌疑。

有人认为，摘除易性癖患者健康的生殖器官已经事先得到患者的同意，医生是可以免责的。首先，这种免责的说法并没有法律的根据。其基本情况与安乐死类似，在现有的法律制度下，虽有当事人的要求，医生依然无权实施安乐死。此外，患者处于弱势，患者的知情同意是被动的、消极的；医生处于强势，医生的决策是主动的、积极的。患者的知情同意并不能免除医生残害器官的错误决策的法律责任。特别是患者在术后因为后悔而将医院告上法庭时，医院则处于有口难辩的状态。据陈焕然博士介绍，“在阿根廷就曾有一位倒霉的医生，就只因草率征得病人的允诺后便为其做变性手术而承担法律责任，而被法院宣判犯有人身伤害罪。在美国，对这一问题同样存在不同看法，不过近些年一些比较开明的法官还是表示赞同实施这种医生和患者双方都同意的治疗方案的。”“在比利时、加拿大、英国和瑞典等国家，如果全面的医疗评价表明这种外科手术具有积极的治疗意义，并且这种手术被认真而适当地实施，那么则被认为是合法的。在荷兰和丹麦，有关方面已编纂了一些外科手术要求，其中医疗法律顾问必须首先同意，并按这些要求去做手术，则是合法的，否则就是违法。我国目前在法律界还没有对做变性手术做出界定，医生们是根据易性癖患者的要求和所具备的条件等因素来确定是否给他（她）们做手术。”<sup>①</sup>

### （三）变性手术涉及原有亲属关系的变更与重建

有人认为，变性手术是对自身身体某些部分外观的处置，处置自身身体属

<sup>①</sup> 陈焕然：《易性癖的法律及婚姻解答》，载 <http://www.spscenter.com/>，下载时间 2004-07-21。

于私权的范畴,法律不应当干预。这种说法似是而非。性别是人的社会角色的基础之一,性别的改变必然涉及到“他(她)是谁?”“他(她)和我是什么关系”等一系列亲属关系问题。已婚者变更性别,突然从为人妻或为人夫变为兄弟或姊妹,原配偶能够接受的可能性甚低。至于原配偶也是易性癖患者,夫妻同时进行变性手术,原先的夫妻关系对应“换位”后家庭关系依然良好,也许只是小说中的描述。未婚者进行变性手术也会涉及到其父母、兄弟姐妹、祖辈等亲属的认同。变性不是更衣。任何个体的性别变更必然会涉及到相关人与之亲属关系的重建,在法律上、伦理上的问题必须首先解决。否则,必然出现“用少数人满意换来多数人不同意”的局面。还有人认为,已婚者施行变性手术后只要办理离婚手续,即可解除原有的婚姻关系,成为具有崭新婚姻关系选择权的自由人。其实不尽然。依照婚姻法,夫妻双方婚姻关系的解除并不意味父母与子女关系的解除。夫妻离异之后,子女还得与女性爸爸或者男性妈妈交往,即便理想化地假设社会公众均以平静、宽容、理解的态度对待此事,在孩子的心灵深处也难以平静。如果女性爸爸、男性妈妈的子女尚属未成年人,父母与子女之间的关系在父亲或者母亲实施变性手术之后仍然需要维持,迫使未成年人理解“我的爸爸为什么是女性”或“我的妈妈为什么是男性”之类的问题,对未成年人的身心健康肯定是不利的。从保护未成年健康成长出发,在立法时就应当考虑要求手术变更性别者必须没有未成年子女。

亲属关系是一种盘根错节的网状关系,任何人都是亲属网之中的一个结点。某一个人的性别变更,如果事先征得相关亲属的知情同意,亲属将被迫重建新的亲属关系;如果事先未征得相关亲属知情同意,则构成对亲属权的侵犯。因为亲属是基于婚姻、血缘、收养所产生的社会关系,亲属关系具有对应性,在亲属关系中具有特定位置的人变性以后,原有的姻缘关系无法维持,作为夫妻可以离婚,但血缘关系却不能解除(如由兄妹变为兄弟、父女变为母女),与之对应的一方必然陷入被动。无论是同辈人之间的婚姻关系,还是两代人之间的血缘关系,就性别变更之后的相对方而言,都必须被迫做出牺牲,这是变性手术涉及第三人利益的明证。

#### (四) 变性手术有可能成为犯罪人逃避侦缉的手段

以性别为显性差别的容貌是人的稳定特征。体貌特征在侦查犯罪案件和缉捕作案人时具有重要的作用。作案人的性别、面容、身高、体态,在案件侦查或追缉逃犯时,都是必不可少的判别依据。一般而言,侦查机关掌握了犯罪人身份资料和确切的体貌特征之后,就可以按图索骥抓获犯罪人。但是,目前的整容技术已经给侦查工作带来了不小的困难。如果变性手术由医疗机构决定

实施,无疑给犯罪人增加了一种逃避打击的新手段,也会使得日益发展的整容技术在客观上为社会控制增加难度。近年来,追查缉捕携款潜逃国外的贪官已经是检察机关工作的难点,如果已经潜逃得逞的贪官再进行性别变更手术,无疑会进一步增大缉捕的难度。诚然,在民主的国度内,不应当因为遏制少数人的肆意行为而限制大多数人的行动自由,但是,作为法律控制设定必要的前提条件确是理所当然的。例如,性别变更手术只能用以治疗易性癖,绝对不能把实施变性手术演化为逃避刑事、民事责任的手段。

在严格意义上,人的性别应当根据 DNA 确认,变性手术只是从生殖器和第二性征的外观上使患者感觉到性别转换已经实现,变性手术并未、也不可能改变性染色体 XX(女性)或者 XY(男性)的构成。如果正常人实施犯罪后以变性手术作为隐匿和重新融入社会的手段,侦查机关工作的难度就很大。特别是由于性别变更属于个人隐私,非经本人许可,其他人不能查看或者询问,所以,即便侦查机关发现疑点,进一步侦查的难度依然很大。假设某男子强奸作案后逃匿外地并实施变性手术,此案除非偶然因素的介入“碰巧”破案外,侦查工作的难度是超常的。

## 二、对生命的干预必须按照人与自然和谐的原则进行

随着科学技术的发展,人类似乎可以随意充当“上帝”的角色,连克隆人之类的技术也向法律和伦理提出了挑战。由于环境污染的严重化,人类精子数量的减少已经十分明显,不孕症、不育症的患者正在增多,这本身就是人类活动对生命形成的破坏性干预。令人始料不及的是,“B超”技术的滥用造成了我国男女性别比例的严重失调,滥用促排卵药物和辅助生殖技术,又在人为地制造多胞胎。有人说,人为制造多胞胎是人和上帝开玩笑,硬要在女性子宫里挤进两个甚至更多的孩子。其实,人的生育常态是一胎一子,女性的子宫只能适宜一个胎儿的生存,多个胎儿在子宫里争夺空间、营养、氧气,必然造成宫内发育不良或者早产。人为制造多胞胎实质上是用故意制造宫内拥挤的方法残害生命,是对人与自然之间和谐关系的粗暴破坏。同样的道理,人类的两性区分和两性平衡是人与自然的天然和谐,无论技术的发展会达到何种程度,也绝不能提倡人为地改变“天赋”的性别。

### (一) 要求施行变性手术是人的自由,而非法定权利

所谓人权,是仅仅以“人”这一抽象主体来界定其所应当获得的权利。人权

观念的公平性在于,其取消了一切附着在抽象的“人”身上的政治、经济、社会、文化、宗教、习俗等人为的因素,把人放在完全平等的自然状态的基础上讨论人的应有权利。易性癖患者请求施行变性手术是其个人的自由,社会也应当允许运用医疗技术帮助易性癖摆脱心理上的痛苦。但是,这种自由能否实现既不能取决于其自身,也不应当由医生做出决定。世界上没有绝对的自由,承认自由就意味着承认限制,主张自由与接受限制是同一个问题的两个方面。例如,易性癖患者可以穿着异性服装,但是,易性癖患者进入与其生物性别相反的公共浴室、公共更衣室、公共厕所等暴露身体隐蔽部位的场所时,就会受到他人的抗议。此时,以令人厌恶的方式行使个人自由的易性癖患者,并不能以其患病为理由取得法律上的豁免。

权利和自由是有联系而又有区别的两个概念。依法理,自由和权利的共同点是主体可以按照自己的选择作出一定的行为,用法律的术语表达即“可以为”。自由与权利的区别在于,自由表示主体的解放,即对自身的自主支配。具体地说,自由是根据自己的意志自主地决定自己做什么或不做什么,但是,自由并不是爱做什么就做什么。按照恩格斯的话说:“自由是在于根据对自然界的必然性的认识来支配我们自己 and 外部自然界”。<sup>①</sup> 所以,法律意义上的自由,只是表明主体在不影响他人和公共利益的前提下对自身的自主支配。例如,易性癖患者有穿着异性服装的自由,而没有进入异性厕所的自由。权利作为义务的对称,最为核心的内容是某一方面的权利的实现必定以相对方义务的履行为前提。由于社会中人与人关系的复杂性,每个人所能得到的自由和利益必定受到来自社会公众和相对方的让予。虽然个人的自由的实现并不要求相对方做出许可,但是,由于个人的自由或多或少会涉及到他人的自由,对自由的必要限制本身也是以维护社会秩序的方式对行为主体实施保护。“法律的终极关怀是保障人们的自由,在人的自由受到其他社会意识形态冲击而支离破碎时,法律应该保障这种受到冲击的自由,使冲击引起的伤害达到最小化。世界上很多国家都制订了有关变性手术规范的法律,并且几乎是清一色持赞成态度,这是保障人权的一个重要方面。在比利时、加拿大、英国和瑞典等国家,如果全面的医疗评价表明这样的外科手术具有积极的治疗意义,并且这种手术被认真而适当地实施,那么则被认为是合法的。在荷兰和丹麦,有关方面已编撰了一些外科手术要求,其中医疗法律顾问必须首先同意,并按这些要求去做手术,则是合法的,否则就是违法。美国的很多州,包括纽约、佛罗里达、威斯康星等,也专门颁布了规范。”<sup>②</sup>人权是具体的、历史的,是必定与他人、与社会有着紧密联系的权利

① 《马克思恩格斯选集》,第三卷,154页,北京,人民出版社,1972。

② 陈唤然、陆利平:《变性手术立法刍议》,载《科技与法律》(北京),2002(1),74页。

利。性别不是单纯的个人私事,任何人的性别都与其社会角色、社会责任及社会对其行为的规范有关。把人的性别理解为仅仅与个人相关的“纯个人”的权利是不正确的,在我国现有的法律中并不存在性别变更权,即便在未来能够赋予成年自然人的也只能是性别变更请求权。这一请求权能否得到实现,也不应当仅仅由医院来决定。

《世界人权宣言》第29条规定:“人人在行使他的权利和自由时,只受法律的限制,确定此种限制的惟一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”现代社会,权利是对人与人之间自由空间和利益关系的一种制度安排。立法是为了解决公民的应得、应取和社会对该人的应予、应让做出的制度设计,司法则是对该制度的强制实施。在引导公民强化权利意识的同时,也应当防止任意标定权利的倾向。前一段时间,我国曾出现了“接吻权”、“死囚生育权”等没有法律根据的提法,实践证明也是行不通的。自由是权利构成的核心要素,自由比权利更具有一般性和普遍性,权利是对自由的具体化、法定化、明晰化。在没有加以特别注明的情况下,权利仅指义务的对称,即依法设定的公民在行为上的可以作为或者不作为以及利益的获取或者放弃。权利的实现必须以相对方的义务履行为条件,必须由国家提供保障。具体就性别变更手术而言,任何人都有对自己生来既有的性别反感的自由,如果其喜好穿着异性的服饰,只要其不危害公共利益或者他人的利益,法律也不会干预。但是,如果把性别变更作为一项公民权利,国家则必须考虑以何种方式保障性别变更权的实现。由于性别变更具有不可逆性,国家出于对公民的负责,必须考虑符合何种条件才能享有性别变更权。按照笔者的理解,享有性别变更权的前提应当是:

(1) 至少是年满18周岁的自然人,也可以考虑把年龄标准提高到20周岁或者22周岁;

(2) 具有完全的辨认和控制能力,无心智和情感障碍,具有理解性别变更不可逆转的认知能力;

(3) 两所以上具有相应资质的医院检查确诊为易性癖患者,且适宜手术治疗;

(4) 完全出于治疗目的,即申请手术变更性别者不能将变性手术作为逃避刑事或者民事责任的手段,实施性别变更的医疗机构不能具有商业目的;

(5) 性癖患者事先得到近亲属的书面同意,并且经过医院采用其他手段治疗但无效果。

## (二) 对生命的干预必须按照人与自然和谐的原则谨慎进行

应当承认,现代医学技术的发展在实际上已经走在法律规范的前头。加之经济利益的驱动和媒体的炒作,要求做变性手术的人数远远大于实际上有必要实施变性的患者数量。这种局面对整形外科的医生而言,也许是获得了更加丰富的研究样本和更好的经济收益,但是,变性手术是典型的干预生命的行为,是在一定程度上对生命主体的改造(至少是在外观上改变了某一生命主体的性别),并赋予其按照新的性别在社会上生存、活动的权利。变性手术既不能简单地“一禁了之”,也不能失之于“滥”,只能在法律的严格控制下谨慎为之。这也是以人为本的要旨所在。

易性癖患者在要求社会予以理解帮助的时候,同样也应当维护公共利益,顾及他人的感受。易性癖患者提出手术变性的请求完全是出于自身的利益考虑。由于身处其中,往往难以准确平衡自身与公共利益及他人利益的关系,客观上需要中立的第三方做出裁断。概括地说,性别是并非可以凭借主体的喜好随意要求医院予以变更的。无论是对生命过程的干预(如施行变性手术、器官移植),还是对生命结局的干预(如实施安乐死、堕胎),都无一例外地涉及到法律的规范。令人欣喜的是生命法学、生命伦理学应运而生,并取得了初步的成果。生命法学是在医学、生物工程学等生命科学与法学、伦理学的重叠面上发展起来的边缘学科,对医学的发展具有规制和保障作用。诚然,生命法学、生命伦理学也具有其自身的边界,“它‘管’的是伦理而非科学。要谨防它‘僭越’,干涉、裁决科学内部的事务。”<sup>①</sup>如果说,生命是一种自然现象,性别是维持人类繁衍进化的条件之一的話,悦纳自身的DNA性别也是对生命的尊重。如今科技发展的现实是,在掌握了一定医学技术的人看来,干预性别的存在形态已经易如反掌,人既是掌握科学技术的主体又是科技手段改造的客体,自然造就的“天赋”性别也可以用人为的手段加以改变,手术刀正在充当“上帝之手”。显然,人类正面临着这样三种选择:其一,只看到技术进步的正面效益,听任人为因素对生命的干预;其二,将一切有违传统观念的技术统统封杀,用强制的手段保护人的生命始终处于自然状态;其三,在充分认识科学技术具有“双面刃”作用的前提下,运用法律的规制功能,兴利除弊,尽最大可能运用当代科技维护和提高人的生命质量,把技术的负面作用控制在最低限度。显然,第三种选择符合科学的发展观,是珍爱生命、尊重人权、维护公益的惟一正确选择。以性别变更手术

<sup>①</sup> 沈铭贤:《从克隆人之争看生命伦理学》,载《文汇报》,2004-01-04。

为例,只有在生命正常过程的实现出现严重障碍时才能予以实施。即:不为该易性癖患者实施手术治疗就等于听任其运用非科学手段残害自己的身体,“治病”(实施性别变更手术)是手段,“救人”(解除患者的心灵痛苦)才是目的。

在性这个敏感的话题目前,人们总是既厌恶又追求的。从统计学的角度看,绝大多数人厌恶的是来自外界的性侵犯,而对自身的性角色表示认同;极个别别人则厌恶既有的性别,持久强烈地追求异种性别的生活。有学者认为,性偏离是指包括性身份异常、性对象异常、性目的异常、性爱手段异常在内的性行为为异常。易性癖、双性恋是典型的性偏离行为。<sup>①</sup>辩证地看,易性癖是一种由复杂原因引起的疾患,用手术满足患者改变性别的欲求具有“迁就”当事人的倾向,是其近亲属以克减自身权利的方式满足患者的欲求,在整体上是人道的。在严格控制下为易性癖患者实施变性手术,将有利于社会稳定。对变性手术不能采取“禁”的手段,也需要严防技术的滥用,必须严密防范变性手术成为组织“人妖”表演的人力供给站。

在一般意义上,人的性别应当服从出生时的自然状态。法律界亦有禁止变性手术的呼声,其基本理由是人不具有为自己或为他人选择性别权利。笔者认为,易性癖是一种客观存在的疾病。这种“心理残疾”类似于生理残疾,积极治疗理所当然。变性手术对易性癖有确切的疗效,手术的成功对患者是人道的,对社会是有益的。法律不应当绝对禁止变性手术,法律对变性手术的规制应当严格限制在法律范围之内。笔者认为,明确规定哪些人享有性别变更请求权、哪个机关具有变性手术决定权、何种资质的医院可以实施变性手术是最为关键的环节。就变性手术决定权而言,供作选择的方案大体有三种:一是将性别变更权赋予社会公众;二是由医疗机构决定是否应该施行变性手术;三是由法定程序审查认定性别变更请求人是否具有性别变更权。笔者认为,第一种方案失之于宽,显然不能采纳;第二种方案把解决社会问题的权力和责任都推给了医疗机构,也不符合现代社会的法治原则。第三种方案由法定程序审查自然人是否具有性别变更权,利大弊小,只要严格掌握,对挽救患者、构建和谐社会和促进医学发展都是有益的。

人类曾经无数次企图战胜自然,但是,无数事实已经、并且将继续证明人类的力量在自然面前是极其渺小的。无论科学技术达到何种程度,人类能够做到和应该做到的是与自然(包括人类自身)和谐相处,而不是战胜自然。提出“人定胜天”或者“主宰生命”的虚妄口号都是愚蠢的。为易性癖患者实施变性手术是被动纠偏,所以,特别应当防止“矫枉过正”。成年自然人是否具有性别

<sup>①</sup> 刘燕明:《性偏离及其防治》,33~35页,天津,天津科学技术出版社,1999。

变更权应当由人民法院裁断,判决后由医院负责进行不低于一年的观察,申请人无反悔且适当处理亲属关系之后,才能由医疗机构实施变性手术。易性癖是对自身DNA性别的反叛,变性手术客观上是在容忍和“迁就”反叛,这种“迁就”的远期效果如何现在还不宜过早下结论。迄今为止,人类对易性癖的认识还很不充分。目前的认识不可避免地带有历史的局限性,变性手术负面作用的显露至少需要经过几代人的较长过程。变性手术非但不应当炒作,而且应当在经过法定程序审理之后谨慎实施。

### 三、法院有能力承担确认人身特别权利的裁判工作

据临床医生介绍,由于我国的法律法规至今没有涉及到变性手术的许可条件及审核程序,他们在决定是否实施变性手术时非常为难,为了避免日后出现争端,也曾经设想事先请患者提供公安机关、工作单位、公证机构的书面材料。这种做法证明,医学界亦要求法律介入易性癖患者的性别变更。

显而易见,易性癖的治疗涉及到社会学、法学、伦理学、医学等诸多学科,性别变更手术的决策不应当由医疗机构承担。按照我国《民事诉讼法》的规定,在审判程序之中有一种特别程序。所谓特别程序是指,以确定某种法律事实是否存在,权利状态的有无或者自然人是否享有某种资格,能否行使某种权利为任务的诉讼。特别程序“审理的目的在于承认某一事实或权利在法律上的归宿,从而认定某种法律事实的发生、变更或者消灭的法律效果。”<sup>①</sup>人的性别变更请求权是没有必要被广泛使用的一项与人身有关的特别权利,控制该权利使用的职责非人民法院莫属。

目前在我国,适用特别程序的案件仅有两类,一类是选民资格案件;另一类是非讼案件,包括宣告自然人失踪、宣告自然人死亡、认定自然人无民事行为能力或限制行为能力、认定财产无主案件。特别程序的最大特点是,提起诉讼的目的不是解决双方当事人之间的民事权益冲突,而是由申请人单方提起,经人民法院认为必要时即可进入诉讼的程序。例如,认定自然人无民事行为能力或限制行为能力案件的诉讼本质是确定自然人的权利状态,即:某自然人是否具有某种权利,其自身有无实现该权利的障碍。依法理,权利状态首先要解决的是权利的有无,其次是主体对特定权利有无实现的能力及有无补救的办法。循此思路,将特别程序扩展到确认自然人某些与人身有关权利的诉讼既是必要的,也是可行的。设想中的这一类诉讼的目的在于,确认特定人的人身自然权

<sup>①</sup> 柴发邦:《民事诉讼法新编》,385页,北京,法律出版社,1992。

利是否具有实现障碍及法律可以许可实施的相关补救方法,可以简称之为“确认人身特别权利”。由于确认人身特别权利的诉讼不存在被告,没有与申请人利害关系相对立的另一方当事人,所以适合依照特别程序审理。性别变更手术与人身权利相关,是因为手术所造成的是外观性别与其DNA性别的背离,其性权利的界定以外观性别为准。假设某男子在接受变性手术之后,尽管其DNA依然是男性,但是在社会角色上已经取得女性身份,其有权与成年男性结婚,并可以按照《收养法》的规定领养子女。对申请者而言,就是通过法定程序的确认,使得其有权逾越其厌恶的自身原有性别的障碍,使其追求性别变更的利益得以实现。假设某变性人DNA性别为男性,术后性别为女性,其遭到成年男子强奸后认定强奸罪成立的依据之一是,在法律上该变性人系女性。

依照我国《民事诉讼法》目前的规定,适用特别程序的主要是与人身权利有关的事项,如选民资格涉及政治权利,宣告自然人失踪、宣告自然人死亡涉及权利主体的有无,认定自然人无民事行为能力或限制行为能力的法律后果也直接与主体的人身活动有关,认定财产无主的诉讼是为该财产的处分提供依据。随着科学技术的发展,有关人身权利的行为(如性别变更等)也需要法律的规制,如果法律采取坐视不管的态度显然是不符合时代需求的。在某种意义上说,法律总是滞后的,法律只有在某种行为、关系、纠纷出现以后,道德、习惯、伦理的规范力不能发挥其作用的时候才能发挥其作用,但是,当社会需要法律规制的时候,法律又不应当“迟到”。当我们讨论人身特别权利的时候,不能忽略如下事实:其一,尽管人的自然权利(如成年人的结婚权、生育权等)在客观上是平等的,但就具体人而言可能遇到权利实施的障碍,法律应当允许采用技术手段予以补救或者辅助。其二,与人身相关的权利总是随着经济发展、科技进步而不断扩大的(如器官移植、干细胞移植)。人身特别权利既有扩展性,又有模糊性,特别是在科技进步带动下出现的自由和权利(如性别变更),一开始会在其适用对象、适用条件、禁止事项等方面处于模糊状态。其三,与人身相关的权利并不是人人都需要享受的特别权利(如辅助生殖技术的应用),只有在自然人的某种自然权利出现实现障碍时,特别权利才应当启用。其四,诸如性别变更等特别权利的滥用具有社会危害性。从对当事人和社会负责的角度考虑,必须动用法定程序对人身特别权利的启动进行必要性审查。

有人认为,与人身相关的权利案件涉及高科技在生命领域的应用,对法官的知识和能力构成十分严峻的挑战,法院受理人身特别权利案件会造成法官为具体技术的应用“拍板”的局面。笔者认为,这是一种误解。法院受理的人身特别权利的启动审查只是程序性审查,法院所要求的是申请人与医疗机构双方举证,以证明启用人身特别权利的必要性以及申请人、医疗机构已经达成合意。

此类案件的审理完全可以采用独任制、一审终审、免交诉讼费、立案后 30 天内审结等民事诉讼特别程序的模式,法院是不会也不必要涉及具体医疗技术问题的。从总体上看,我国法院受理的特别程序案件相当少,适当扩展适用该类诉讼的范围,增加一些这方面的工作量既有实践的需要,也有实际的可能。

## 四、特别程序受理人身特别权利案件的立法构想

笔者认为,任何技术都有其两面性。兴其利、避其害,不仅理所应当,而且完全可能。难点在于掌握该项技术的内在机理与规律,揭示该项技术与传统伦理的冲突实质,找到社会能够接受的权益得失平衡点。此外,新兴技术正负两方面功能的显露总有一个过程,当人们在比较深入的层面掌握该项技术的时候,法律的有效规制才能实现。法律对新兴技术的规制,实际上是不断深化对新兴技术的认识,兴利除弊,造福于民的过程。新兴技术的研发和使用,既促使法律制度的创新,也为原有法律制度的发展开辟了崭新的空间。同时,法律制度应当尽可能快捷、准确地应对科学技术发展的挑战,为科学家智慧的正确运用指引方向。客观地说,生命法学的研究在制度创新方面与生命科学的技术进步相比还存在较大差距,不少技术上的突破已经向生命法学提出了挑战。变性手术在技术上的成熟已经在呼唤法律发挥规制作用,防止有人滥用医学技术不负责任地、草率地干预生命的存在形态。

### (一) 修改《民事诉讼法》增设人身特别权利 启动的特别程序

马克思说过:“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。”<sup>①</sup>同样的道理,法律也必须与时俱进。自然人享有的实体权利随着社会经济结构的优化和文化科技的发展,在内容上会不断充实和细化;与之相适应的是,诉讼制度也应当不断完善。诸如性别变更、器官移植、辅助生殖等问题都是在经济、科技发展到一定水平才出现的,其中的法律问题,理应按照法定程序处理。从法律角度分析,性别变更是运用整形手术的修复手段,满足患者强烈持久的性别转换欲求,赋予其包括生殖器等异性外观特征为依据,获得与其 DNA 不一致的社会性别角色扮演权。变性手术是从外观上为患者性别变更的欲求实现提供依据,对变性手术的司法审查则是为性别变更提供法律保障,明确变性人应当享有的权利和应当履行的义务。例如,无论女性

<sup>①</sup> 马克思:《哥达纲领批判》,见《马克思恩格斯选集》,第三卷,北京,人民出版社,1972。

变更为男性或者男性变更为女性,无疑都是以放弃生育权为代价,获得以异性外部性征为准的社会性别定位。

确认自然人人身特别权利是民事诉讼法体系中的全新内容,自然人人身特别权利也会随着经济发展与科学技术的创新不断补充新的内容,在具体探索中应当遵循理论先行,有所作为,稳步推进,不断完善的原则。自然人人身特别权利是一个新的民法概念,其基本内容次于人身权,在逻辑上属于人身权的下位概念,即人身特别权利是由人身权确定并统帅的,人身权是源,人身特别权利是流。性别变更、捐赠器官、充当“代孕母亲”等与人身相关的行为都源于人身权的相关权利。例如,成年自然人在死亡之前有权以立遗嘱,或者以到人体捐献机构办理登记的办法处置自己的遗体。无论是遗体的整体捐献还是将部分器官捐赠他人,都是自然人对自己身体的有限处分权。这种有限处分权基于人身权而产生,但无论如何处分都不得在生前或者死后出售自己的身体或器官。

为了正确界定自然人人身特别权利的内涵,笔者试作如下定义:人身特别权利是指,成年自然人由其人身权派生、可以有限享有的、不具有财产内容的民事权利。这一概念的含义有四:其一,享有主体的特定性。人身特别权利只限于成年且有完全民事行为能力的人享有。例如,申请变性手术者必须年满18周岁,必须无智力障碍等限制民事行为能力的状况。其二,权利启动的程序性。在一般情况下人身特别权利处于“休眠”状态,非经人民法院特别程序的裁判人身特别权利不得启动。要求启动人身特别权利的只能是具有完全民事行为能力的主体,其他任何人均无启动权。其三,权利行使的受限性。经过特别程序认定的人身特别权利也只有有限行使权,即不得阻碍他人合法权益的实现。例如,已婚者施行变性手术之后,其配偶有权提出离婚要求,变性人不得干涉阻止。其四,权利内容的非财产性,与人身权一样,人身特别权利不具有任何财产性内容。任何人不能以变性手术的实施谋取经济利益。

依法理,权利具有利益、主张、资格、权能、自由五大要素。“一个现实的人要充分享受权利,就必须具备以下条件:①有某种特定的利益;②能够通过现实途径提出自己的要求;③具备提出法律要求的资格;④这种利益和要求得到某种现实权威的支持;⑤他自己要有起码的人身自由和选择自由。”<sup>①</sup>自然人人身特别权利作为人身权的附属显然符合以上条件,应当能够被法庭依照民事诉讼法的特别程序进行审理。应当明确,从性别变更之中获益的主要是患者个人,其提出实施变性手术要求是表明自己的主张,该主张能否获得许可,必须由人民法院裁断。非经法定程序审查确认,医疗机构不得施行变性手术既是对人

① 夏勇:《人权概念起源》,62页,北京,中国政法大学出版社,1992。

权的尊重,也是对社会和谐的护卫。具体地说,要求变更性别应当由易性癖患者依照特别程序向人民法院提出申请,诉讼中没有被告,实行独任制和一审终审制。性别变更是个人隐私权的敏感内容,法院应当不公开审理,并为诉讼申请者保密。审理的目的在于确认申请者是否享有性别变更权,认定运用民事诉讼特别程序审理性别变更请求的主要环节是:

(1) 当事人按照管辖向人民法院提出审查其是否具备性别变更权的诉讼请求。

(2) 人民法院审查申请人是否成年、是否具有完全的民事行为能力、申请人对性别变更手术的预后及其风险是否具有清楚的认识,患者亲属是否知情并以不可变更的形式表示同意进行审查。

(3) 医疗机构就申请人确系易性癖患者、施行变性手术的必要性和具备手术适应症提供证据。

(4) 法院就医疗机构是否将手术风险、预后以及术后必须继续接受药物治疗及长期随访等事项向申请人做出全面清楚的说明,申请人是否以不可变更的方式作出确认,双方对手术是否达成合意进行审查。

(5) 人民法院依据事实和法律对申请人性别变更的特别请求做出裁断。

(6) 手术后,患者凭法院判决书、医院签署的诊断书和手术证明材料,到公安机关办理户籍登记中的性别变更手续。

## (二) 尽快制定《性别变更手术技术管理办法》

以性别变更手术为例,此类手术与其他手术具有的差异至少表现在以下方面:其一,手术将摘除原有的健康生殖器官,不可逆转地人工再造新性别的外生殖器,涉及到法律对公民人身健康、完整权的保护。其二,手术必须分多次连续进行,手术的结果是外观性别的人为变更,除当事人如愿以偿之外,还涉及与他人的亲属关系。其三,手术成功标准不明确,失败的概率高,结果很可能低于当事人的心理期待,引发医疗纠纷的可能性大。其四,即便手术成功,变性者还必须长期服用性激素,接受医疗机构的随访,变性者很可能不能适应新性别的社会角色,出现反悔。其五,变性手术对当事人具有追求外在美和自我悦纳的心理功能,对医疗机构具有扩大名声、获取利润的作用,在浮躁心态之下有被市场“炒热”的趋势。当前,我国卫生部应当尽快制定《性别变更手术技术管理办法》,以行政规章的形式明确手术的适用对象、应用范围及禁止事项,尽早使患者、医生、医疗机构及社会相关方面都有法可依。今后,视条件成熟再制定更高位阶的法律。《性别变更手术技术管理办法》的主要内容应当包括:

(1) 明确性别变更手术的研究和实施必须完全服从于治疗目的,严禁商业

目的的任何活动介入性别变更手术。

(2) 明确施行性别变更手术医院的资质要求及年度审核制度,以防止不具有相应技术条件的医院及人员滥竽充数。

(3) 参照国内外的研究成果,明确易性癖的诊断标准,尽最大可能减少误诊。

(4) 严格施行性别变更手术的条件,将手术治疗作为医治易性癖的最后手段。对已经确诊为易性癖的患者,医疗机构应当首先积极采用其他治疗措施,其中激素、心理治疗的持续时间不低于一年。对历经多种治疗确无疗效,对持续数年(似可规定5年以上)坚持要求实施变性手术,且无反复的患者方可考虑手术治疗。

(5) 申请性别变更手术者必须系未婚或者已经离婚,无未成年的子女、无“双性”活动(即兼有男性、女性两种性别的性活动)、无犯罪史、无吸毒史、无滥用药物及酒精史,无手术禁忌症。

(6) 明确医疗机构与易性癖患者的权利义务关系。主要包括:医疗机构以书面方式对手术预后、可能出现的副作用、失败的概率、手术风险等情况进行全面的告知,患者以书面形式认可上述告知,同意与医疗机构进行合作。

(7) 患者对性别变更之后的亲属关系已经预先做出妥善处理,并取得亲属的书面同意。为了审慎稳妥地实施性别变更手术,笔者建议规定适当的“准备期”,即在人民法院签发的确认患者具有性别变更权的判决书一年之后,由医院决定是否施行手术。换句话说,在法院判决和医院施行手术之间,应当设定不低于一年的观察期,以有利于申请人正确妥善地处理亲属关系,做好相应的心理准备,最大限度防止可能出现的反悔。法院所确认的只是患者具有性别变更权,并非手术指令。是否应当实施手术,应当由医生对患者历经一年以上的激素、心理治疗之后酌情决定。

(8) 医疗机构承担永久保护患者隐私的责任、出现医疗纠纷的处理等其他相关内容。