

# 法律对“变性”的回应<sup>①</sup>

课题组

[摘要] 变性, 作为一个新的社会现象, 因我国目前没有与之相对应的法律, 使得对变性现象的规制产生了困难。一方面, 变性主体的权益得不到保护, 另一方面, 由于法律的空缺导致相关法律关系的混乱。变性现象的法律规制, 首先应从前置条件、变性手术的规范、变性公民的个人隐私保护三个方面进行规范; 另外, 婚姻法、继承法、刑法等也应作出相应的变更。

[关键词] 变性; 法律权利; 法律条件; 法律程序

[中图分类号] DF052 [文献标识码] A [文章编号] 1004-0633 (2008) 01-080-04

据报道, 我国目前已经有 1000 余人做了变性手术, 还有大约 40 万人要求进行手术<sup>②</sup>。变性人的出现, 不仅对社会传统伦理道德提出了挑战, 同时也对现行法律提出了新的要求。然而, 目前我国法律对于变性问题的规定基本上是空白, 现有的行政规章的规定也是较随意的。例如公安部与民政部的行政规章都没有对变性的具体条件进行规定。虽然变性是个体私权, 但是, 任何权利的行使必然触及他人的权利的主张。任何无度的权利都会因滥用而被限制。变性个体的自我利益, 必须服从社会成员的基本利益, 因为“一个人作为共同体一名成员的利益并不等同于他作为个人的自我利益。这两种利益不仅不同一, 而且还会发生冲突。”<sup>③</sup>因此, 变性公民的人权自由, 必须是在法律规制的范围内才能得到真正的实现。权利只有在法律的保证下, 才能由应然权利成为实然权利。对此, 为了更好地解决与之相关的问题, 笔者认为, 法律应从以下几方面对变性行为作出回应。

## 一、变性手术的法律规范

首先, 变性手术必须设立前置条件。从医学角度看, 要求变性的个体一般都患有性心理障碍。性心理障碍包括性功能障碍、性身份障碍、性偏好障碍。其中, 性身份障碍的患者就是通常所说的变性人, 医学上又称“易性症”, 也称易性癖、性别改变症。<sup>④</sup>然而目前, 我国对于能够要求实施变性手术的对象, 并没有作医疗鉴定的规定。笔者认为, 个体要求进行变性手术的前置条件, 应当是具有相当级别医院所作的医学鉴定。

前面提到的手术对象应当是“易性癖者”, 但这个只是医学上的概念, 需要临床的诊断与鉴定, 如果仅凭医生的意见判断, 则不利于法律的规制。因此, 实施变性手术必须建立和完善三项制度。第一, 对此医学疾患的确诊, 需要一个比较细致和利于操作的技术性规范和标准, 以保证患者的利益和预防来自医生的法律风险。我国目前对此规定几乎

① 本文系四川省教育厅人文社科重点研究基地四川性社会学与性教育研究中心资助项目成果。

② 关注变性人的社会生存状态, [www.sina.com.cn](http://www.sina.com.cn), 2005 年 12 月 25 日

[收稿日期] 2007-11-01

[作者简介] 《我国现行法律中性法律的理论现实盲点研究》课题组

课题组负责人: 傅华, 电子科技大学法律系副教授

课题组成员: 商继政, 电子科技大学法律系副教授;

黄小洵, 电子科技大学法律系讲师;

蒲晓媛, 电子科技大学政治与公共管理学院硕士研究生。

四川成都 610054

是空白,标准完全由是医院及医生自己掌握,没有通行、可信服的规范化的法律、行政法规及规章标准。由于变性具有生理、心理以及社会关系的复杂性,因此,相关立法也是属于特别法的范畴,有的学者认为,变性标准一般不需要国家以法律的形式来确认,应当由国家卫生部门会同相关部门,邀请性心理、内分泌、精神病、泌尿、整形、妇产科和法律方面的专家组成专门的委员会,讨论确立我国易性癖诊断的医学标准。这一方面是对病患的高度负责,另外也是对即将发生变化之社会关系的高度重视。<sup>①</sup>第二,由于变性手术涉及变性公民与他人的各种利害关系,所以,笔者建议,卫生管理机关必须加强对医院业务范围的管理。应当规定,拥有变性手术业务的医院必须进行特别批准。这里可以借鉴《民法通则》中关于公民精神状态鉴定医院的等级规定,由省会城市或省级三甲医院执行手术,没有获得相应资质的医院不能进行此类手术,并且,变性手术未经卫生部门通过鉴定与公安部门备案,任何医院不得进行。第三,手术医院必须严格遵守卫生部制定的《医院工作条例》中的施行手术的规则。按照《医院工作条例》施行手术的请求报告制度的规定:收治涉及法律和政治问题以及有自杀迹象的病员时,实行手术前必须由病员家属、或单位签字同意(体表手术可以不签字),紧急手术来不及征求家属或机关同意时,可由主治医师签字,经科主任或院长,业务副院长批准执行。也就是说,变性手术除必须有医疗鉴定外,未成年人还必须具备父母的签字;成年人必须出示未婚或离婚证书,否则手术不得进行。

其次,为了加强对变性手术的规范,应该要求有关单位实施变性手术时遵守严格的程序要求,避免有人通过变性逃避法律责任,因为在北京和上海均发现了犯罪嫌疑人通过变性逃避通缉的事例。<sup>②</sup>因此,法律在调整变性行为时,也应该考虑到这些因素,并采取必要措施加以防范。比如,实施变性手术的医疗单位,应当对提出变性手术申请的当事人办理登记手续,并在卫生行政主管部门备案,并实行档案保留制度。登记备案手续应当注明当事人术前的身份信息,包括姓名、术前性别、肖像、身份证复印件以及家庭成员和主要社会关系等。真实、完整的档案留存资料,一方面保证当事人人事档案的连续性,另一方面,可以为查证犯罪嫌疑人是否是为了逃避刑事责任追究而变性提供依据。一

旦有此类情况发生,实施变性手术的医疗单位有义务协助相关部门调查。但在另一方面,申请变性手术的当事人,也依法享有隐私权。作为实施变性手术的医疗单位,有义务为变性申请人保守秘密。<sup>②</sup>因此,医疗单位没有义务要求相关机关对变性申请人予以审查,也没有义务到有关司法机关或者公安侦查机关对变性申请和变性手术备案。但是,医院具有保留变性档案的义务,以备有关机关执法或者司法需要。医院在司法部门要求其协助调查时,有义务予以协助,提供涉案嫌疑人的变性手术登记备案资料。

再次,由于变性属于实施变性公民的个人隐私,根据我国《民法通则》的相关规定,任何个人与组织不得侵犯公民的名誉权,因此,媒体不得随意报道,实施变性手术的医院更不得以广告形式通过媒体播报有关变性人的情况。

## 二、变性主体的婚姻法继承法义务

我国《婚姻法》和 1994 年国务院批准民政部发布的《婚姻登记管理条例》规定,结婚的法定条件:一是结婚必须男女双方完全自愿;二是必须达到法定婚龄;三是必须符合一夫一妻制。可以看出,目前我国法律对变性人结婚的权利,没有做出肯定的规定,但也没有否定。但笔者认为,为了保护变性人的权利,应该在法律中明确规定,变性人同我国其他公民一样,只要符合我国婚姻法规定的结婚必备条件,与异性自愿登记结婚是其拥有的权利,任何组织和个人都不得反对和干涉。但是,《婚姻法》规定了结婚双方的忠诚义务,在法律准许变性人结婚的同时,应该明确规定,变性人在申请结婚时,具有向另一方履行告知的义务,使对方明确知道可能成为配偶的另一方是变性公民,以便作出是否与其结婚的选择,否则将侵犯另一方的性权利以及生育权。当对方在知情的情况下自愿与变性人结婚,就应当视其承认婚姻的有效性,并且放弃了与变性人生育的权利,由此产生的风险由自己承担。从而人们就不会因噎废食地剥夺变性人的婚姻权,避免纠纷的产生。目前,国外在这方面的研究尽管参差不齐,但对“变性婚姻”的立法确认是趋势。比利时、加拿大、荷兰、丹麦和瑞典等国规定,如全面的医疗评价表明,变性手术具有积极的治疗意义,且被认真而适当地实施,则被认为合法。因此,我国法律对变性人的结婚权应有一个明

① “变性”遭遇法律空白,东方新闻网,2007年3月。

② 李绍章·变性手术亟待规则介入 www.sunhai-lawtime 2007年9月17日。

确的态度，以回应这样的社会现象，而不是回避。

倘若变性公民在婚前未履行告知义务，其产生的婚姻应当属于无效婚姻，发生的纠纷应当按无效婚姻处理。根据《婚姻法》规定：无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决处理。

以婚姻法的视角，针对男（女）方在婚后进行的变性手术更需要认真地分析。一方当事人实施变性手术，会使得一个家庭中出现了两个女（男）人的特殊状态，显然，这种婚姻形式与我国的法律规定不相吻合。因为我国婚姻法认可的是异性之间的婚姻。针对这个新形势下的新问题，我国民政部在 2002 年发布了《关于婚姻当事人一方变性后如何解除婚姻关系问题的答复》：变性人的结婚登记合法有效，解除婚姻关系参照协议离婚处理。由此可见，民政部对变性人的婚姻采取的是婚姻登记实效原则，即只要在进行登记的时候符合结婚要件的，法律就认可该婚姻的效力。至于此后发生的性别转换，则并不影响婚姻的有效性。根据这一行政规定的精神，就可能出现一种与我国婚姻制度严重背离的情况，即同性婚姻乃为有效婚姻。并且，我国婚姻法对无效婚姻种类的列举并没有设置同性状态。因此，笔者认为，为了规范合法婚姻的条件，我国行政部门应当出台相应的行政规定，制止与《婚姻法》相违背的情况出现，应当责令已婚公民要求进行变性手术的，应首先办理离婚手续，以免发生与《婚姻法》相抵触的违法现象。即如果婚后公民想要变更自己的性别，他（她）应当先离婚再进行手术。当然，法律中仍应该增加婚后变性者在变性前要向配偶履行告知义务并与之协商离婚事宜，分割财产与确定子女关系的规定。因为变性手术毕竟改变了患者的性别（生理性别），夫妻间的权利义务会发生很大的变化，无论在心理上还是生理上都会给对方造成伤害。故履行告知义务，不仅是私法上的一种附随义务——诚信义务，而且也是向对方及子女负责，让对方做出是否与其终结婚姻关系的选择。<sup>[4]</sup>

对于变性人与子女关系的认定和继承方面的问题，我国法律中也没有相关规定，导致现实生活中的类似问题不能得到很好地解决。变性公民与子女的关系不能象婚姻关系那样可以解除，因为他们之间是亲子血缘关系，不因变性而解除。这样，使得变性公民和子女的关系复杂化。父母一方变性后对未成年子女的教育、心理、社会认同都会产生极大

的影响。两个“父亲”或者两个“母亲”的家庭状况，对于未成年人的判断力和人格的健康发展也会产生不利影响，并且，在这个过程中未成年人还要承受较大的社会压力。因此，如果变性时子女尚未成年，为了保障未成年子女的健康成长，双方应当签定离婚协议，由未变性一方负责直接抚养未成年人子女，变性一方承担孩子的抚养费，直到其成年或独立生活时为止。在继承方面，婚后变性的公民与原子女有抚养关系的，子女仍然对其拥有赡养权和继承权。

变性公民丧偶后是否对直系姻亲享有继承权，以及变性后的公民是否享有变性后婚姻中配偶财产的继承权，有学者认为丧偶的女婿、儿媳虽然对岳父母或者公婆尽了主要照顾义务的，但他（她）通过变性手术，已经和另外的人结婚了，这样的近亲属不可以享有继承权。因为，虽然他（她）尽到了赡养的义务，但是，由于变性手术使他（她）们改变了、脱离了原来的婚姻家庭中的身份，他（她）们也就失去了取得继承权的身份地位和权利。<sup>[5]</sup>

对于变性人与亲属之间的称谓问题，笔者认为应该尊重意思自治，毕竟家庭领域个人应该有更大的空间，当事人愿意依照性别改变前的称谓称呼亦可，或者根据新的性别改变称呼也未尝不可，所以，法律不宜做强行规定。

### 三、变性公民身份的行政确认

变性人接受变性手术后，原有的性特征已经基本消失，其心理认同性别和自身性别特征已经基本吻合。这个时候，变性人的自我认同已经完成，困扰在身体和心理的矛盾已经消失，接下来是寻求社会认同。而社会认同的必要条件是法律确认。由有关国家行政机关对其性别予以重新认定，这是变性人取得法律上的资格与权利义务的关键。而我国现行法律对于公民性别更改并没有明文规定。譬如：变性人向住所地户籍登记机关申请要求变更性别，是否应予准许，程序和条件是什么，都没有明确。由于无法可依，各地对于变性后申请性别变更问题只好逐级上报。在中国首例变性登记的案例中，公安部曾对四川省公安厅作出答复，“自愿作变性手术是公民的个人权利，相应户籍等证件更换由当地公安部门直接办理”，<sup>[6]</sup>另外，根据《公安部三局关于公民实施变性手术后变更户口登记性别项目有关问题的批复》（公治[2002]131号精神：对于申请变更户口登记性别项目的公民，只要其出具国家指定医院为其成功实施变性手术的证明，经区、县（市）级以上公安机关审核后，公安派出所应予以

办理性别项目变更手续。性别项目变更后，应重新编制公民身份号码。从这个答复和批复看来，变性后的性别变更问题似乎不成为一个问题。但是，公安部的答复是针对特定的、具体的申请作出的回应，它属于行政法规、规章以外的行政规范性文件。根据《立法法》的要求，这样的规范性文件对涉及公民基本权利的内容进行规定，对它的法律效力等级和普适性都要打上问号。有关公民权利的确认，应以较高位阶的规范性文件规定为宜。此外，变性人如果主张变更性别登记，行政机关拒绝受理或拒绝变更，申请人或与之有利害关系的第三人以行政机关不作为提起行政诉讼，法院应对这样的规范性文件做出怎样的评价？这些都是值得我们探讨的问题。目前，世界各国在此问题上的做法大致分为两类：除瑞典外，德国、意大利、荷兰、土耳其等国已先后制定特别的法令，规定做变性手术者在具备了某些医疗及法律方面的条件后，可合法更改自己的性别；另外一些国家，或通过法院判决（瑞士和法国等），或由“仲裁者”向行政部门寻求批准（奥地利等），变性人方可更改其性别。所以，笔者认为，为了更好地维护变性人的权利，应该在法律中明确规定申请变更性别条件、程序和权利受到侵害后的救济途径。

变性公民进行性别变更，是取得相应性别权利的前提。因此，应先由法定机关对变性人申请进行审核，审核确定后即在法律上公示申请人的新性别，申请人在取得新性别权利的同时放弃了原性别权利。无公示宣告程序即无新性别权利，过渡期间的性别应以原生理性别为准。当然，在变更登记时，应该有心理学家的心理辅导证明，证明其已经完成心理性别转换，只有这样，有关机关才可以对其新性别确认登记。

#### 四、变性在刑法适用上的疑问与分析

变性现象的出现，给传统的刑法理论带来了很

大的挑战。由于我国刑法理论认为强奸罪的对象只能是女性，但变性人出现后，就会遇到这种情况：一个男性通过变性手术后经登记机关改变了性别身份，如果遭受强暴，该如何处理？从目前刑法的规定，变性公民遭受性侵犯后往往无法得到公安、检察部门的支持而只能要求民事赔偿，这不能不说是一个缺憾。如果在法律上确认了变性人的性别属性，却不保护变性人基于该性别取得的权利，那么这种确认没有任何意义。另外，现实生活中出现对变性公民性骚扰的事例，有关部门也没有办法处理。实际上变性人遭受性侵害后所受到的屈辱和精神伤害与女性无异。因此，遭受性侵犯后应当按照所更改的性别处理。另外，我国刑法中涉及卖淫的罪名以及其他以女（男）性为犯罪主体或犯罪对象的罪名，其成立要件都会受到挑战。针对变性现象的产生，刑法也必须做出积极的回应，以免出现法律的缺失。

变性现象的出现，对现行法律的诸多内容提出了新的要求，比如《劳动法》中对女性劳动者的相关权利规定对变性人如何落实，在刑事诉讼程序中，对犯罪嫌疑人的通缉与侦查如何进行？公安政策中的“两怀妇女”如何判断？户籍管理、服兵役等方面也会在性别识别上遇到相应问题。总而言之，凡是涉及到人之性别的领域，均会因变性发生相关变化。变性公民在当今社会已成为一个不容忽视的群体。一方面，由于众人在多方面的不认可，他们在现代社会依然忍受着巨大的心理和舆论压力，为了维护他们的利益，我们应该给予他们一个宽松的社会环境，尊重他们的选择，维护他们的权益，反对歧视，使得这部分人能够真正融入这个开放和宽容的社会。另一方面，我们也应该知道，任何权利的行使都必须在法律规定的范围内，没有法律限制的自由不可能是真正的自由。因此，变性公民的行为也必须受到法律的约束，在法律规制下，这一特殊群体的权利才能得到真正的回归。

#### 【参考文献】

- [1] [英] 米尔恩·人的权利与人的多样性——人权哲学 [M]·中国大百科全书出版社·49.
- [2] 王祖承·精神病学 [M]·人民卫生出版社，2002.
- [3] 高建伟·变性人法律问题初探 [J]·中国卫生法制，2005，(5)。
- [4] 徐忠华，杨柳·论变性人的法律地位及权利救济 [J]·广西政法管理干部学院学报，2007，(2)。
- [5] 陆利平，陈焕然·变性手术立法刍议 [J]·科技与法律，2002。(1)。
- [6] 李政·身份证“男”变“女”全国首例变性女变证惊动公安部 [N]·天府早报，2000—04—20。

(本文责任编辑 谢莲碧)