

论建立变性人婚姻家庭之特别制度^{*}

□ 王正苍

一、变性人婚姻特别规范之立法思考

变性人婚姻,指通过法定程序变更了自己原始性别的自然人的婚姻。变性人婚姻问题的特殊性主要涉及到变性人的结婚能力、身份确认、特别条件、同性婚姻、欺诈婚及重婚等问题的认识与处理。

1. 变性人婚姻成立的特别要件

(1)变性人的结婚能力。变性人的结婚能力,即变性人成立或缔结婚姻的法律资格或地位。因此,变性人结婚能力的有无,取决于婚姻的法律定位,即婚姻的价值。我国现行婚姻法及司法解释均未明文规定婚姻的概念,只是规定婚姻必须是男女两性的完全自愿结合。这表明我国认可的婚姻的价值仅在于男女两性建立配偶身份关系、永久共同生活的家庭。由于这种“共同生活”,仅包含精神、性及经济上的共同生活;^[1]再加上收养制度、人工生育技术出现,使得现代技术条件下变性人生育能力的缺失已不再成为现代家庭的障碍。因此,变性人理应跟正常自然人一样享有结婚能力。

从现行婚姻法律制度来看,也没有对变性人结婚能力作出某种限制性规定。只要人们符合婚姻法规定的结婚必备条件,不存在禁止结婚的情形,就可以享有结婚权利。实践中越来越多的变性人登记结婚的事实也证明了这一点。当然变性人的婚姻权利要真正得到实现,还必须解决的两个关键问题:即变性人身份的确认和结婚特别条件的限制。

(2)变性人身份的确认。变性人身份的确认是指对于解剖性别和心理性别不一致的人,是以其心理性别,还是以其解剖性别作为其真实性别。也就

是如何确定他(她)们到底是男人还是女人?对于承认变性人的国家或地区而言,或采用生物学方法(非严格意义上的),或采用心理学方法。奥地利、丹麦、比利时、芬兰、法国、德国、意大利、荷兰、新西兰、葡萄牙和瑞典等大多数国家采用生物学方法,性别置换后都可以通过法律改变其出生证明,都允许变性人以变性后的性别结婚。英国则采用了心理学方法,它在2004年2月10日出台的《性别识别法案》中,对变性人采取了比较宽容的态度:允许那些饱受性取向混乱之苦的人不必做变性手术,可以在法律上更改自己的性别,获得新的出生证,并以新的性别结婚。^[2]采取何种方式确认变性人身份?我国法律没有相应的规定。尽管一些地方的公安部门根据性别置换手术的实际情况,出于保护他(她)们的隐私权和尊重个人意愿及方便他(她)们今后生活的目的,对其身份证和户口本以及工作证上对性别一栏做必要的修正。但这毕竟没有法律保障,并不能保证所有公安部门都能这么做。笔者建议,我国应对变性身份的确认加以立法,包括改变他(她)们性别的程序和方法、确认可变性的鉴定部门、手术的资质和标准、变性前后履历档案的改变等一系列规定。

(3)变性人结婚的特别条件。依照私法“法无禁止即许可”的原则,变性人只要他(她)符合结婚的法定条件和程序,都享有结婚的权利和自由。但由于手术本身的局限性和世俗观念的影响,再加上变性人毕竟是一个性别认同障碍者,尽管通过性别置换,欲结婚的变性人仍然会存有一定的心理和生

理障碍。因此,大多数国家都规定变性人结婚,除了满足常人结婚必备条件外,还必须具备一些特别条件。“按照大多数国家的惯例,施行变性手术后,通常还需对患者采取至少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。”^[3]同时,由于婚姻决不是单纯的私人私事,更牵涉到日后家庭的稳定、和睦和团结,因此,享有结婚权利和自由的变性人要求结婚的,还要求向对方履行告知义务,使对方知道自己是变性人,以便让对方作出是否与其结婚的选择。对方在知情的情况下仍然同意与变性人结婚,就认为放弃了他自己与变性人的生育权。如在美国新泽西州,变性人是否提前将他或她的性别重置(变性)告诉对方,是变性人与异性的婚姻是否有效的依据。^[4]我国法律法规及实践中变性人婚姻登记结婚的事例均未为变性人结婚设置上述特别条件,但西方国家在长期的变性人婚姻观察研究的基础上为变性人婚姻设置的特殊条件,对于变性人婚姻发展较晚的我国而言,势必具有借鉴意义。因此,我国应在婚姻法的新的司法解释中结合国情规定变性人结婚的特别条件,如术后的心理治疗期、异性适应性生活期、心理测试标准、婚前告知义务、婚前书面协议等等。

2. 变性人婚姻终止的特殊处理

(1) 婚后变性离婚的处理。当异性婚姻的夫妇一人在婚姻期间进行变性,如果单方或双方选择离婚,抑或主张撤销婚姻时,法院当如何处理?对于此等案件的处理,法院通常存在两种意见。一种意见认为,婚姻是两性的结合,一方自然属性的消失,就失去了婚姻的实质;实质意义没有了,那么这个婚姻应该是自然消亡,就不需要再判决离婚。第二种意见认为,不管婚姻主体现在性别状况如何,只要婚姻存在,就应该有解除,否则因婚姻产生的财产和孩子问题怎么处理?^[5]

由于婚后变性并不能表明原结婚登记欠缺结婚合意这一法定要件,所以民政部办公厅函(2002)127号《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》明确指出:原结婚登记合法有效,当事人要求撤销婚姻关系的请求不予支持,如果双方对财产问题没有争议,登记机关可以参照协议离婚处理,离婚的效力自婚姻关系解除之日起计算;双方因财产分割发生争议诉至法院的,法院在解除婚

姻关系的同时一并解决财产问题。这表明婚后变性离婚仍然按正常离婚程序处理,但对于婚后变性不离婚该如何处理,却未作规定。

(2) 婚后变性不离婚的处理。当异性婚姻的夫妇一人在婚姻期间进行变性,如果两人选择住在一起,结果就是在合法的婚姻中,夫妇两人都是男性或女性。就这种婚姻状况,如何作出法律上的评价?在美国很多州仍将它视为法律上的异性婚姻,因为这些州不允许变性人改变他或她法律上的性别^[6],尽管对外和对夫妇自己来说,该婚姻已是同性的组合。但在澳大利亚、丹麦、荷兰、瑞典、瑞士,比利时、奥地利、挪威及美国的部分州等国家或地区,由于承认同性婚姻的存在,^[7]婚后变性不离婚的情形仍属法律的保护。由于我国现行法律及行政法规并未禁止婚后变性手术;同时,我国婚姻法又明确规定婚姻必须是男女两性的结合。因而,我国婚后变性不离婚的状况,就遭遇了合法的异性婚姻与非合法的“同性”婚姻并存的尴尬境地。

对此,有人认为,此种情形可参照婚姻关系终止原因中的死亡的精神办理,这是婚姻关系终止的自然原因,而离婚则是婚姻关系终止的人为原因,即夫妻中一人做了变性手术后,其赖以存在的婚姻属性和法理基础就不存在了。我国婚姻法规定,男女双方自愿离婚的,准予离婚,即离婚的主体是一男一女。既然我国不承认同性婚,就应视为他们双方的婚姻关系已自然终止,推定一方为自然死亡,且发生与自然死亡同等的解除婚姻关系的效力,无需再去履行离婚的法定程序。^[8]也有人认为,根据《婚姻法》的规定,“同性婚姻”在我国是违法和无效婚姻,应当予以撤销。

笔者认为,参照婚姻关系终止原因中死亡的精神办理比较妥当。这主要是因为此种情形既不符合可撤销婚姻的法定情形,也不符合学者扩大解释后所涵盖的其他可撤销婚姻的情形^[9]。参照死亡精神办理符合我国现行立法和法理基础,其具体操作程序可规定:夫妻双方中做了变性手术的一方,应及时向公安部门申请性别变更登记,自批准性别变更登记之日起,双方的婚姻关系视为自然终止,在未获批准之前,双方的婚姻关系仍继续存在。这也表明变性人未经离婚又与他人结婚,只要此前办理了性别变更登记,原有婚姻关系就自动解除,也就不会构成重婚罪。

(3)婚前隐瞒变性事实婚姻的处理。婚前隐瞒变性事实,是指变性人隐瞒性别置换真相,使异性配偶对自己的人身性质产生认识上的错误,从而得以登记结婚的行为。婚前隐瞒变性事实,严重地侵害了对方生育权等配偶之间的身份利益。这种形式的登记结婚,使对方婚姻真实意思的形成不自由,从而使得整个婚姻必然欠缺结婚合意这个法定要件。但我国婚姻法对于欠缺结婚合意的各种婚姻处理也不尽一样,仅规定胁迫婚属于可撤销婚姻。对于仅损害个人利益的欺诈婚,司法实践中仍按最高院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的规定,作为离婚案件来处理。这种做法,很值得商榷。

笔者认为,对于婚前隐瞒变性事实婚姻当按可撤销婚姻来处理。一方面,规定婚前隐瞒变性事实等欺诈婚可撤销婚姻的效力,既不影响社会公益和善良风俗,又可充分保障当事人的婚姻自由。另一方面,根据其他相关法律规定来看,欺诈与胁迫通常是联系在一起规定为相同的法律效力。如《民法通则》规定:欺诈、胁迫导致的行为无效;《合同法》规定:欺诈、胁迫订立的合同可撤销等。因此,为了便于法院在审理案件过程中更为方便地适用法律,为了当事人能更好地维护自身的合法权益,在婚姻法中确立欺诈婚姻可撤销制度已是刻不容缓。

二、变性人家庭特别规范之立法思考

1. 变性人收养或人工生育子女

性与生殖的分离虽然是现代性观念的一个显著特征,但生儿育女不仅仅是一种义务,同时也是快乐的源泉。所以,变性人存在养儿育女的愿望。但由于目前的科学技术尚不能使性别置换完全实现,男变女或女变男都没有生殖能力。所以,变性人养儿育女的愿望只能通过领养和人工生殖技术来实现。

变性人能否收养或人工生育子女?有的国家或地区持肯定观点。如1998年美国加利福尼亚州奥兰县审判法院在确认涉及一位变性男人的婚姻有效性时,就肯定了变性婚姻夫妇通过人工受精而取得亲权的地位^[10]。在美国其他很多州,如果已婚妇女通过捐献受精怀孕,他的丈夫会自动地被认为是合法的父亲,或他可以收养孩子。^[11]但有的国家或地区持反对观点。如在巴西,某些法院和专家基于社会、心理专家和儿童法院的政策,拒绝由同性恋者和

变性人收养儿童。他们宣称这种收养违背了最有利于儿童的原则,违反了1990年儿童法第43条。^[12]究其原因,国外有研究表明,变性人在完成手术几年后,约有七八成会存在各种各样的心理疾病或问题。他们担心,变性人难以给被领养的孩子提供正常的成长环境。

笔者对变性人收养或人工生育子女持赞同观点。据上可知,持反对意见的根本理由,就是变性人性别置换手术后的潜在心理疾患,不利于子女的成长。但是,这种疾患会随着时间的推移、社会的宽容、自身的积极医疗等条件的出现而逐渐消失。所以,仅以此为借口,剥夺变性人的养儿育女的愿望是违背善良风俗的。但这种潜在的心理疾患的现实可能性,又使得我们不得不对变性人收养或人工生育子女作必要的限制,如异性适应性生活时间、心理分析跟踪时间、养育子女能力评估等。从我国目前的法律来看,尚没有对变性人收养或人工生育子女设立什么“门槛”。实践中变性人收养或人工生育子女也是这么操作的。这种不考虑变性人的特殊情况,直接适用现行相关法律法规或司法解释的做法,很值得斟酌和推敲。

2. 变性人的直接抚养权

按照相关法律规定,婚姻关系存续期间,经双方当事人同意收养或人工生育的未成年子女,配偶双方均有直接抚养权。当婚姻关系解体时,抚养子女的方式会发生变化,即由共同直接抚养转化为一方单独直接抚养。那么,变性人婚姻解体时,变性人能否取得直接抚养权?

一种观点认为,由未变性一方直接抚养比较妥当。因为变性的事实,会给未成年人的心灵深处造成创伤,迫使他们理解“为什么我的爸爸是女性”或是“我的妈妈是男性”,不利于未成年人的身心健康。为了保障未成年子女的健康成长,可由未变性一方负责直接抚养未成年子女,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。^[13]另一种观点认为,应当根据子女最佳利益原则判断变性人是否对未成年子女有直接抚养权。美国内华达州最高法院的两份判决就分别体现了这两种观点。其在1986年的一份判决中,认为孩子不应该去进行心理调整以适应父母变性身份,变性父亲也因此被终止了亲权。而其在2000年的一份判决中,则开始依据“儿童最佳利益原则/父母过失标准”,有条件

的承认了变性父母的亲权。^[14]

我国对变性人直接抚养权的立法问题尚属空白,也无相关判例可借鉴。不过现行法律法规也没有对变性人设立什么“门槛”,只要变性人符合《婚姻法》和《子女抚养意见》规定的优势条件,就能被法院判决授予子女的直接抚养权。但是,变性人直接适用《婚姻法》和《子女抚养意见》,也可能会带来一些负面影响。我国《婚姻法》第36条及《子女抚养意见》在以保护子女权益为原则的同时,强调父母双方的具体情况,甚至还规定某些情形下(如丧失生育能力、无其他子女)父方或母方绝对优先直接抚养权。这种规定的适用势必会大大增加自然血亲的父或母丧失直接抚养权(再如变性母亲取得哺乳期内的直接抚养权)的几率,违反了男女平等原则,也使子女利益受损的风险增加。

综上所述,笔者认为,单就变性人能否取得直接抚养权而言,当据子女最佳利益原则予以判断。这既是欧美各国处理儿童事务的最高指导标准,也为联合国《儿童权利公约》所肯定,更是我们作为《儿童权利公约》成员义不容辞的责任。尽管子女最佳利益原则其内涵极具不确定性,但各国立法、学说及判例通常考量以下因素:监护人的监护能力、监护儿童的意愿以及对于儿童的感情与态度、子女受养育环境的继续性与适应性、儿童的年龄与性别、儿童的意愿、监护人道德上的不当行为、对子女的不当行为、第三人协助照顾的可能性、兄弟姐妹的共同相处、宗教种族的异同等等。^[15]笔者也希望我国未来的立法、解释或审判也能考量这些因素,来决定由谁担任监护对未成年人最为有利。

三、结语

变性人婚姻家庭关系涉及到现行婚姻家庭制度的方方面面,其相关合法权益的保障大多数情形下均可与正常人一样获得同等的法律保护。但变性人毕竟属于社会特殊人群,其生理与心理的特殊性,要求我们在某些方面给予特殊的关照。但由于我国性别置换手术开展的比较晚,变性人婚姻家庭问题也是近年才时有发生,所涉及的许多问题更是初显端倪。这些国内条件的限制,使得我们对变性人生理、心理以及基于其上的各种制度的研究更多是依赖于国外二手资料。这就决定了我国特色的变性人婚姻家庭等特别制度的研究,无论是在广度上还是深度

上,都不可避免的存在各种各样的不足。笔者管中窥豹,以期抛砖引玉。

注释:

[1]史尚宽:《亲属法论》,台湾荣泰印书馆,1963年版第8页。

[2]高伟建:《变性人法律问题初探》,载《中国卫生法制》,2005年第5期第5、6页。

[3][8][13]张伟:《变性人婚姻家庭面临的法律问题》, <http://law.anhuinews.com/system/2005/10/17/001371513.shtml>,2006年10月17日下载。

[4]Louis H. Swartz. Updated Look at Legal Responses to Transsexualism:《Especially Three Marriage Cases in U. K., U. S. and New Zealand》,载《The International Journal of Transgenderism》1997年第1期第2页, <http://www.symposion.com/ijt/ijt0201.htm>,2006年7月12日下载。

[5]郝惠珍:《离婚争夺战——从变性人离婚看离婚程序》, <http://202.108.249.200/program/fljt/20051221/101242.shtml>,2005年12月21日上传。

[6]Shannon Minter. Transgender People and Marriage:《The Importance of Legal Planning》, <http://www.hrc.org/Template.cfm?Section=Home&CONTENTID=14702&TEMPLATE=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm>,2006年07月12日下载。

[7]贾静:《“特殊婚姻”法律问题初探》,载山东省青年管理干部学院学报,2003年第5期,第103页。

[9]王洪:《婚姻家庭法》,北京法律出版社2003年版第94页。

[10]Petra Henderson. USA: Transgender people and marriage:《the importance of legal planning》, <http://www.avitale.com/VL.243-11.18.2002.htm>,2006年07月12日下载。

[11]American Civil Liberties Union Lesbian Gay Bisexual Transgender Lesbian and Gay Rights Project AIDS Project:《Rights of Transgender Parents》, <http://www.aclu.org/getequal/par/transgender.html>,2006年08月16日下载。

[12]刘国生:《巴西变性人法律规定》,中山大学学报论丛,2005年第4期,第218页。

[14]The Family Pride Coalition (FPC):《Nevada Custody and Visitation Law》, <http://www.familypride.org/site/apps/s/custom.asp?c=bhKPI7PFImE&b=316453>,2006年8月16日下载。

[15]王洪:《论子女最佳利益原则》,现代法学,2003年6期,第33页。

责任编辑:刘峰