

性别选择与法律之回应

——法理视野中的变性手术

陆俊杰^①

摘要:变性人的出现对社会秩序及法律制度提出了挑战。自然人人生而具有的人作为社会主体定在的自由和健康权利,为变性人享有性别选择的权利提供了法理支撑。在权利确认后,很有必要在变性手术的对象、施行者及程序上作出规范的应对,而变性人术后的社会角色及权利保护也应该得到法律的适时回应,以实现法的秩序、公正等价值。

关键词:性别选择权,法理,法律回应

中图分类号:R-02 文献标识码:A 文章编号:1002-0772(2007)04-0041-02

Sex Selection and the Responses of Law: transsexualism in view of jurisprudence L U Jurjie, Law School of Nantong University, Nantong 226019, China

Abstract: The appearance of the transsexual person challenges the civil order and legal system. Have life people offer legal principle for the fact that the transsexual person enjoys the right to choose of sex support as social subject freedom and health right that is fix on naturally. After the right is confirmed, it is very necessary to make the replying of the norm in the target, persons who implement and procedure of the transsexual operation, and postoperative social role and right of transsexual person protection and should get the response in right time of law, in order to realize value such as the order, fairness of the law.

Key Words: the right of sex selection, jurisprudence, the responses of law

自然性别承担着人类繁衍、主体角色辨认和特定秩序维持的重要功能。由于自然而生的性别差异,社会逐渐形成了特定的性别文化形式和法律结构。人是社会关系的总和。法作为社会关系的调整器当然不会忽略社会关系主体的人的性别。随着易性心理问题人群的扩大及科技的发展,变性手术已经成为医疗的一项重要内容,性别变换也成为了易性症者的选择。因此,对于性别变换合理正当性,变性手术条件与易性之后果,法律是必须要作出回应的。

1 自然人性别选择权的法理基础及认同

对于一项权利的确认,大多时候是通过其理论基础和实践的合理正当性作出说明的。因此,对自然人易性权利的确认也要寻找法学之理论支撑和社会关系的现实承认。

自然人性别选择需要在进行手术后是否能得到法律人格的确认是此项权利界定前需要解决的最重要的内容。源远流长的自然法思想认为法律的人格就是作为自由的一种自然权利,“就是每一个人遵照自己所想象的方式使用自己的力量维持自己的本质属性——也就是维护自己的生命——的自由。所以,这种自由就是用人本身的判断和理智以最恰当的手段做每一件事情的自由。”而按照我们普遍接受的观点,任何一种行为,只要不损害他人或社会的合法利益,就为法律所允许,这应该是自由的最好诠释。在追求精神价值的当代性社会中,后现代的自我多元选择更能让人得到满足和发展。随着社会的进步,作为自然意义的人都有自主决定自己社会存在方式的权利。尤其对于经受对性别认知扭曲而带来的痛苦达到了最大限度的患者来说,必须要以维持自己生命成长的精神力量去打破原有的选择限制,选择自己的性别存在方式。法律的终极价值是实现正义,而“在一个正义的法律制度所必须予以充分考虑的人的需要中,自由占有一个显要的位置”。“整个法律和正义的哲学就是以自由观念为核心而建构起来的。”自由赋予了人存在的理由,必然也可以给易性症者实现主体存在的自我空间。法律对于此自由不应

该忽略,必须给予积极的回应,让主体的价值和意义在其作为自由的存在并受自由的保护。

赋予权利也需要看其主体之利益要求是否合理与正当。由于自然规律的限制,自然人的性别本就是天生的,因此我们根本不需要对否定父母对胎儿性别选择作出任何其他的说明,直接将理论的视角直接定位在已经认定有性别转化取向的人群中(也就是医学上所称的“易性症者”)。这样对象范围就缩小了。易性症者通常被认为是在个体性角色中表现出的性别的自我认知障碍性疾患。他们知道自己的自然性别,但却在心理上认为是另一性别的人,并强烈要求改变角色去生活。患者往往承受着身心不一带来的巨大痛苦,而往往有自残和自杀行为。显然,他们是患者,是健康出现了问题。保持自我生理和心理的健康是人的正当和合理性利益要求。健康的利益对于自我存在和发展有相当重要的作用。另一方面,保护健康也是法律应有的对人存在与发展的基本人权保障。无论哪国都认识到只有自然人身体健康,才能保证社会主体的人格,才能保证社会的稳定和有序。因此,易性病患者的健康权也理所当然得到保护。在不侵犯他人和社会正当权益的情况下,易性病人可以自主做出接受手术治疗的决定,有权改变自己的性别存在方式,提高生活质量。

2 对变性手术的规范性呼应

具有正当合理性的性别变换权利被确认后,变性手术也就具有了合法性的前提条件。在法律的语境中,变性手术的合法性并非意味着任何自然人都可以享受变性的权利,也不会使得所有的医疗机构都可以进行变性的手术。由于自然人的性别具有很多法律的功能,因此变性手术带来的社会影响必须要予以相当程度的考虑,法律规范对变性手术本身的呼应也需要慎重和细致。否则,会导致社会秩序的滑坡和混乱。

首先是关于变性手术的对象问题。前面,笔者已经论及到手术对象应当是“易性癖者”。这个是医学上的概念。由于需要临床的诊断,往往具有主观性,不利于法律的规制。因此,对此医学疾患的确诊就需要一个比较细致和利于操作的规范,以保

①南通大学法政学院 江苏南通 226019

证患者的利益、填补法律的空白和预防医生本身的法律风险。目前我国对此标准几乎是医院及医生自己掌握,没有通行、可信的规范化的法律、行政法规和规章标准。由于属于特别法的内容,笔者认为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的专门委员会讨论确立我国易性癖诊断的医学标准。一方面是对病患的高度负责,另外也是对社会关系即将发生的变化之高度重视。通过建立这样的规范性标准,医生判断将容易也准确,病患及家属有参照,即使将来发生医疗纠纷也有可供判断的可靠性依据。

其次,对进行变性手术的医疗机构必须作出规范性的认证。由于变性手术关系到法律、道德、伦理、哲学、宗教及社会学等各领域的特殊性,加之手术的难度和对技术的要求特别高,一般的普通医院是无法完成的。而从目前社会现实来看,需求手术的患者数量不断增加,医院有巨大的赢利空间,因此会象整形美容一样的跟风式的无序开展手术。国家卫生部门必须对变性手术的开展采取严格审核和特许制度,选择综合条件高、能正确诊断和进行手术的医院,并对施行手术的医疗机构和医生进行严格的技术考核和资格认定。

最后,就是进行变性手术的非医学前置程序规范要求。由于确立了易性癖的医学诊断标准,但离手术进行还有很多比较复杂的前置性要求。笔者认为主要包括以下几个方面:(1)手术对象的能力限制。由于变性属于自然人重大的身份变化,需要请求手术的主体必须要具有行为能力,而且必须是患者自身请求。参照我国民法规定和医学诊断中必须有一定时间的适应,因此,建议请求手术的患者必须是达到22或20周岁的完全民事行为能力人。(2)必须是患者自愿申请手术。由于手术及变换后社会角色的不可逆转性,因此进行手术必须是自我意愿的体现。法律也要求主体的意思自治。因此,变性请求只能由患者本人做出以形成医患法律关系,其他任何人都不能代替患者本人做出决定。这样成为了阻却医生手术行为“违法”的法定事由。(3)相关证明及备案性文件提交。为将来手术后身份得到法律文件的确认,患者术前就应当到户籍所在地的公安机关进行登记备案。目前实践中,要求患者必须征得公安部门同意才施行手术与意思自治与人文关怀的精神是相悖的。患者必须要递交婚姻状况的合法证明,患者必须是处于无婚姻的状态,否则将出现伦理上的混乱。(4)无犯罪或受嫌疑记录。为了避免将来在犯罪主体认定上的尴尬,必须是目前无犯罪或者嫌疑状态。

3 术后变性人社会角色及权义的法律调整

由于医疗技术的运用,患者原来的那个自然人资格也就不复存在,取而代之的是具有不同性别的“另一个”自然人。就伦理、道德、伦理,还是法律而言,都不可让一个人具有两种性别,更不允许一人以不同的性别身份存在,否则将给社会带来无序和混乱。因此,必须要给变性人一个法律上的“说法”,而由于身份的改变,也必须对他(她)的新社会角色所衍生的相关权益予以法律上的重视和保护。

要获得新社会成员身份和法律上的人格,变性后的性别及身份的法律确认就显得非常重要。在前面,我们已经分析了赋予患者变性权利的法理基础,理论逻辑上相关法律就应当给予变性后当事人以当下性别的法律承认。就域外法律考察,德国、意大利、荷兰、巴西等国家,易性癖者在变性后都可以通过法律获得其术后性别证明,也即术后性别得到了法律承认。我国也

可以参照国外法律规制的经验,修改相应的涉及身份确认的法律规则。以我国的实践来看,首先可以给予户籍制度上的术后性别确认,修改原来的性别为当下性别,并给当事人出具书面证明。其后,当事人的护照、户口本、身份证、学历证书、工作证、驾驶执照、社会保险相关凭证、就业卡等证明性文件就可以顺利地得到性别修改。这样变性人通过法律的途径获得了法律意义上的性别承认。在此后,当事人便可以以术后的性别进行自己的社会活动,享受法律上的权利并履行自己的义务。在居所、厕所、浴室,在职业、婚姻,在其他有性别意义的范围内,其完全可以实现身体和心理一致的社会和法律性别角色。

取得了法律确认性别的当事人在社会角色变化后,其所处的社会关系与以前相比较发生了巨大的变化。因此,法律必须对其变化后出现的问题进行调整。尤其是当事人在社会中享有的权益必须予以保护。首先出现的就是就业问题。既然法律承认了术后性别,因此就应当在就业招聘、岗位安排等方面作出平等对待。在就业上由于性别差异对生产的适应性不同,我们基本上是保护女性利益的。因此,对于术后为女性的变性人必须也同等视之。而对于专门性性别工种,也应当同等对待。其次,是婚姻问题。结婚是具有很强身份性的活动。在目前世界各国普遍排斥通性婚姻的情况下,对于变性人的婚姻应当按照目前的婚姻法律规范来进行调整。变性人术后的性别就是婚姻的性别。婚姻登记管理机关不得以变性人的理由拒绝登记。在婚姻中的权利和义务显然也是应当合理保护的。亲权是一个很重要的问题,往往将法律与伦理道德联系在一起。这时,法律应当对亲权关系也进行术后性别的亲权进行清理。国外已有立法对有子女的废除父母子女关系,使得其亲权丧失。从保护儿童健康成长的角度来说,倒是值得借鉴,但法理上还有待探究,笔者建议是共同生活权的丧失和探视权的限制还是比较恰当的。而在收养关系上,由于手术后变性人是无法生殖和繁育后代的,所以一般变性人会选择收养。收养法关于男性收养女性的相关限制性规定也应该作出适当地调整。笔者觉得尤其是术后为女性的,也应当适用该条件。再有,在医疗保障领域,享受医疗保险的变性人因变性手术以及其后的继续治疗指出费用能否纳入保险范围。笔者认为,变性由于属于疾患,假若属于保险的范畴之内就应当予以保证;而如果不在范围内,则应当自我承担。而对于国家福利性医疗保险,建议国家能对待这一部分人的权利,把性手术纳入保险范围内予以公正对待。当然,角色转换后,变性人权利享受是部分,义务的承担也应当是必然的,应该与上述权利相对应地一致对待。

参考文献

- [1] 博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004:298-307.
- [2] 刘国生.关于变性手术后的法律文件更改实践及启示[J].法律与医学杂志,2006,13(3):240-243.
- [3] 赵杰.性别的认定及其法律功用[J].湖南师范大学社会科学学报,2006,35(3):82-85.
- [4] 杨平,邱亭林.法律观念下的变性手术[J].医学与哲学,2004,25(11):39-40.

作者简介:陆俊杰(1977-),男,江苏海门人,南通大学法政学院讲师,研究方向为法理学及生命哲学等。

收稿日期:2007-01-31

修回日期:2007-03-05

(责任编辑:张斌)