

构筑弹性的《婚姻法》调适变性伦理

特约评论员 杜宇

近日，卫生部发布《变性手术技术管理规范（试行）》，对申请变性手术的患者做出了一些条件限制，例如对变性的要求有持续性（5 年以上）；术前接受心理、精神治疗不少于 1 年且无效；未在婚姻状态；年龄大于 20 岁，完全民事行为能力；没有犯罪记录和精神异常等等。

卫生部对“变性手术”的规定考虑到了变性者的心理、生理、社会属性以及伦理需求，大部分内容无可非议。不过，卫生部要求“变性手术”的条件之一即为“未在婚姻状态”，这是一个同国际主流意见有着显著差别的规定，当然这并非意味着卫生部的要求是错误的，但却显示中国社会对待变性人的法律地位和权利救济，以及变性人婚姻家庭之特别制度有着“中国式”的考虑。

实际上，中国的《婚姻法》在性别变化上的理解是松散的，中国《婚姻法》及司法解释简单规定了婚姻必须是男女两性的完全自愿结合，但没有强调男女必须是“自然性别”，只是显著地排斥了同性婚姻。同时，《婚姻法》规定了婚姻后的共同生活包括“精神、性及经济上的共同生活，以及收养制度、人工生育技术等等衍生出来的生活内容”，所以，中国的法律其实没有排斥变性人的结婚能力，体现了良好的弹性。像奥地利、丹麦、比利时、芬兰、法国、德国、意大利、荷兰、新西兰、葡萄牙和瑞典等国家都采取生物学方法，对变性后的性别进行确认。所以，从这个角度看，我们建议，中国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。而更为宽泛的英国则采取了心理学识别方法，允许那些饱受性取向混乱之苦的人不必做变性手术，可以直接修改性别，并以新的性别结婚——且不视为同性婚姻。

焦点问题在于，婚内变性对婚姻将产生何种冲击？即使配偶接受，但因为中国是不存在同性婚姻的，所以卫生部特地声明“变性手术应在婚姻状态”，但我们认为，它隐含的前提是变性诉求者在结婚之前就能确认自己的需求、并突破阻力成功获得变性资格。这一前提其实有点苛刻，对于全世界大约 100 万左右已经实施变性手术的“变性人群落”而言，他们大约一半以上都是在婚后变性的。对待此一问题，美国一些州的处理方式是不承认“婚内变性后的性别”（他们都不认可以婚姻状态来管制变性手术），而对于澳大利亚、丹麦、荷兰、瑞典等承认同性婚姻的国家，这个问题则容易处理，只要配偶乐意，那么将婚姻性质置换为同性婚姻。

我们认为，“变性手术规定”对“未婚姻状态”要求并不能阻止大量婚内变性需求，所以一旦出现这种情况，可以参照采取严格的性别登记制度来化解，遵循婚姻关系终止原因中死亡精神办理原则，即一旦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。这意味着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，原有婚姻就自动解除，不会构成重婚罪。另外，这种严格及时的性别登记制度也可以维护婚前隐瞒变性问题，这种隐瞒严重地侵害了对方生育权等配偶间的身份利益。所以，婚前隐瞒变性事实婚姻应当按照可撤销婚姻来处理。从某种意义上可以看作是欺诈与胁迫，而中国的其他法律规章，例如《民法通则》就规定：欺诈、胁迫导致的行为无效；中国的《合同法》规定：欺诈、胁迫订立的合同可撤销等。因此，为了当事人能更好地维护自身的合法权益，我们认为在《婚姻法》中应确立婚前变性隐瞒类似于“欺诈婚姻可撤销”。所以，对待变性的善意规制重点不在于“变性时是否处于婚姻状态”，而是强调对变性这种信息对相关利益人的告知义务，而不能以隐私来搪塞。

在对待变性后的结婚问题，大部分国家都规定除了满足常人结婚必备条件外，通常还需对变

性人采取至少 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，而这应当也体现在《婚姻法》内容里面。

中国的变性诉求人群大约有 20 万人(递交变性申请)，变性手术案例不超过 2000，相对于庞大的人口，沧海一粟，但这并不意味着这是可以粗略对待的一群，一部法律和一项规定的尊严不在于囊括大多数的合意，而是能够体察那些容易成为“猎奇口味”人群的苦衷，立法者有时善良地认为“变性是一项应当隐蔽的隐私”，而不了解人类伦理秩序的多元，以及理性引导这种多元是构筑开放社会的重要条件之一。