

变性人变性手术的民法基础及其法律规制

张莉

(福建师范大学法学院, 福建 福州 350108)

摘要: 变性人通过变性手术实现性别转换在医学、伦理以及法律上素有争议。本文认为, 变性是变性者的心理和生理需求, 而变性手术又是变性者有效的治疗方案, 基于人格尊严、人格自由等一般人格权, 基于生命权、健康权、身体权等具体人格权, 变性者请求施行变性手术, 借助医疗技术以摆脱心理上的痛苦的自由和权利应当作为变性者特有的一项权利被法律允许和确认, 并在立法上制定相应的规则加以保障。

关键词: 变性手术; 法理基础; 法律规制

中图分类号: DF51

文献标识码: A

文章编号: 1000—5285 (2012) 02—0025—08

通常, 人的性别分为男性和女性。但有些人, 他们无法认同自己原有的生理性别, 强烈渴望通过变性手术实现自己心理上认同的另一性别。这类人通常被称为“变性人”(或“异性症者”、“性别认同障碍者”等)。由于性别变更会导致诸多伦理、社会问题, 并强烈冲击现行法律制度, 因此是否允许变性以及变性手术的合法性问题在法学理论和实务中还有诸多争议。2009年11月13日, 我国卫生部发布《变性手术技术管理规范(试行)》, 这表明我国开始对变性手术进行规范。但这只是医疗机构为规制变性手术技术审核, 保证医疗质量和安全而制定的规范。变性手术的民法依据以及立法规制内容则需要作进一步的探讨, 本文就这些问题进行一些思考。

一、关于变性手术的争议

变性手术, 是指通过整形外科手段(组织移植和器官再造)使易性癖病患者的生理性别与其心理性别相符, 即切除其原有的性器官并重建新性别的体表性器官和第二性征。^① 变性手术作为易性症者改变性别的一种特殊治疗手段, 常引发医学和伦理学上的争议, 由此导致法律上是否允

许的困惑。

(一) 反对意见

1、从医学的角度而言, 变性手术具有不可逆性, 会给病人带来永久性创伤。事实证明, “由于没有产生相应异性性激素的性腺及输精管、子宫, 不可能有遗精或月经等现象; 再造的性器官不可能有正常人的性感受; 除非使用克隆技术, 变性人不可能拥有自己的遗传学后代; 变性后患者为了从外观上更接近其要求的性别, 必须长期使用外源性激素, 常引起恶心、头昏甚至血栓形成、乳房肿瘤等问题, 并将对内分泌产生影响; 即使移植异性内生殖器官, 术后患者必须长时间使用免疫抑制剂, 不但会让人在性格、性情上发生变异, 也将不断地摧残人的身体, 使身体变形、体内腺体萎缩、精神食欲不振、抵抗力降低并易诱发其它病症”^②。重庆医科大学冯泽永教授认为: “变性手术不是纠正其病态之心以适应正常之身, 而是变完善之身为残缺之身以适应变态之心, 这不是治本之术, 决非上乘之选。”^③

2、从伦理学的角度来看, 变性触及了一些敏感的人伦之理, 必然引来广泛争议。性别是人

收稿日期: 2011—10—25

基金项目: 本文是国家社科基金青年项目“特殊障碍者的法律人格及其保护”的阶段性成果(项目编号: 07CFX020)。

作者简介: 张莉(1969—), 女, 福建尤溪人, 福建师范大学法学院教授, 博士。

① 见2009年11月13日卫生部发布的《变性手术技术管理规范(试行)》。

② 舒玲华、李文刚:《变性术的伦理学思考》,《中国医学伦理学》2001年第5期。

③ 付登礼、何梅:《关于变性手术的伦理问题的研究综述》,《中国医学伦理学》2002年第3期。

的自然属性之一,是性关系以及婚姻家庭的基础。以手术的方式来改变人的性别,这是社会传统道德所不能想象的。“它改变了人类正常的健康准则,从根本上违反了人的自然本性,并据此怀疑当代科学发展的某些趋势是否弊大于利,是否把整个人类社会引向一个比核战争更恐怖的深渊。”^①

3、从心理学的角度看,变性改变了个人的性别身份,他们新的性别身份往往被社会普通大众所歧视,所误解,因而导致他们的心理产生极大的痛苦和反差。“事实上是,接受变性手术的人并不意味着从此就真的找到了‘幸福’。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年以后的追访,结果大部分人对手术不满意,其中8人术后性心理没有改变,4人后悔,1人要求重新改变性别。”^②

4、从法律的角度看,不少国家的法律规定禁止变性。如西班牙、土耳其等国家法律规定,对易性症者施行变性手术是一种违法犯罪行为。台湾学者黄丁全就认为:就现行法而论,除医师为阴间人实施整形手术,属于医疗行为范围,并无法律上困扰外,将性别转换为异性之性别,需毁败其生殖机能即去其阳具或阴道,始能实施转换,因之其为刑法第十条第四项第五款所称之重伤应无疑义,且性转换手术去除其自然之性征后,无法再回复,亦无法如器官移植以移植他人之性征,仅能以人工性征取代,实该当于刑法第二百八十二条之构成要件,应无任何阻却违法之事由。^③我国大陆也有学者认为:变性手术是与易容手术、处女膜修补手术并列的改善(改变)身体外观行为。它不同于矫正畸形行为,即以手术等医学手段矫正身体畸形如连体婴儿分割手术、去除多余手指、脚趾等行为。而是属于“非医疗行为”,实施者可能构成非法行医罪。^④

(二) 赞成意见

但也有不少学者支持变性手术。本文也赞成异性症者有权通过变性手术变更自己的性别。

1、从医学的角度而言,首先,“易性症”非普通的心理障碍,而是一种心理疾病。他们在心理上痛恨、厌恶、不认可自己的生理学性别并且渴望改变它,甚至因此有不同程度的焦虑、抑郁或严重的有自残、自杀倾向。^⑤这是一种严重的心理疾病。按照世界卫生组织对健康所下的定义,心理疾病也是疾病的一种。因此,既然是一种心理疾病,就有通过医疗行为加以治疗的权利。其次,变性手术能满足易性症者的心理需求,符合“对病人有利原则”的医学伦理。医学的目的不仅仅是防治疾病,更注重提高病人的生命质量。对于易性症者而言,尽管心理治疗十分安全,但往往没有持久的疗效,因此,最终都不得不求助于变性手术。正如国际性焦虑协会于2001年2月在其最新版的《性身份障碍诊疗标准》(第六版)中提出:“在任何意义上,性别重塑手术都不是一个‘实验性、研究性、选择性、美容性’的手术。它对易性症和严重的性身份障碍是一项非常有效和适当的治疗方法。”^⑥

2、从伦理的角度而言,自主和宽容是一个社会最大的伦理。首先,一个人选择变性与否,涉及的是他个人的自我选择问题,我们应当尊重他人的自我选择。“人们有选择接纳自然性别的权利,也有选择变性的权利。个性选择将是性别平等的核心,也是终极目标。”^⑦实际上,在与传统医学及社会、伦理观念的冲撞中,社会日益走向宽容和多元化,世界上越来越多的人开始对变性人持理解、容纳态度并将他们接纳于社会群体中。在性别上给予他们自我选择权,无疑是对他们实在的关怀。其次,应当用一种多元的、渐

① 付登礼、何梅:《关于变性手术的伦理问题的研究综述》,《中国医学伦理学》2002年第3期。

② 李绍章:《变性手术亟待规则介入》,《法制日报》2007年3月2日。

③ 黄丁全:《医疗法律与生命伦理》,北京:法律出版社,2007年,第744页。

④ 石磊:《试论非法行医罪中的非法行医行为》,《政治与法律》2002年第6期。

⑤ 根据1948年世界卫生组织《组织法》的序言,“健康不仅为疾病或羸弱之消除,而是体格,精神与社会之完全健康状态”。世界卫生组织在1978年国际初级卫生保健大会上所发表的《阿拉木图宣言》中重申:健康不仅是没有疾病或不虚弱,且是身体的、精神的健康和社会适应良好的总称。该宣言指出:健康是基本人权,达到尽可能的健康水平,是世界范围内一项重要的社会性目标。1989年世界卫生组织又一次深化了健康的概念,认为健康包括躯体健康、心理健康、社会适应良好和道德健康。这种新的健康观念使医学模式从单一的生物医学模式演变为生物—心理—社会医学模式。这个现代健康概念中的心理健康和社会性健康是对生物医学模式下的健康的有力补充和发展,它既考虑到人的自然属性,又考虑到人的社会属性,从而摆脱了人们对健康的片面认识。

⑥ 朱辉:《变性手术及相关问题》,《中国美容医学》2004年第6期。

⑦ 丁娟、黄桂霞:《先进性别文化与先进文化的同构》,《思想战线》2003年第5期。

进的眼光来对待易性症者们的特殊人格，保留他们充分的权利空间。作为社会中弱势群体的一员，他们往往生活在阴暗的角落，遭受冷漠、歧视和排斥，我们不能野蛮地将他们囚禁在“边缘性”、“变态者”的圈子里，而应该努力去探究原因，理解、帮助和接纳他们，给这些独特的人群更多的关心和爱护。正如学者所言：“变性技术修正了社会对性别的判断和认识，实现了性别自认和社会道德要求的统一，因而具有积极的社会效应。”^①

二、变性手术的民法基础

尽管变性手术在医学和伦理上都有极其充分的依据，但要在法律上允许变性，必须要有充分的法理依据。本文认为，变性是异性症者的心理和生理需求，而变性手术又是易性症者有效的治疗方案，基于人格尊严、人格自由等一般人格权，基于生命权、健康权、身体权等具体人格权，易性症者请求施行变性手术，借医疗技术以摆脱心理上的痛苦的自由和权利应当作为异性症者特有的一项人格利益被法律允许和确认。

（一）一般人格权

从民法一般人格权的保护角度而言，一般人格权包括人格尊严、人格平等和人格自由等。其中的人格自由就是允许变性的法理基础。“所谓人格自由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。”^②也就是说，法律对人格自由的保护，就是保护人们能够最大限度地依据自己的意愿行事。因此，对那些经受性别认知扭曲而带来极大痛苦的患者来说，法律应当允许他们打破原有的选择限制，去选择自己认同的性别存在方式，充分享受自己人格发展的权利，让自己成为更加完善的人。

（二）性别权

从民法具体人格权的角度而言，性别权实际上是一种隐性的人格权。因为性别具有表征身份的权能，是与人的生命、健康、身体、肖像、姓名一样表征人的独立人格不可或缺的要素。“性

别对于自然人的这一人格法律意义，在法律确认之前属于自然权利，在法律确认之后则属于法律权利，即性别权”。^③因此，性别权实际上也是人格权保护的内容之一。由于现有的人格权体系并没有性别权的内容，因此，变性的法理只能从其他具体人格权中加以阐释。

（三）健康权

从民法生命健康权保护的角度看，一个人实现自己心理性别的权利也是人的“生命健康权利”的一种具体的权利形式。传统上，人们只注意到了生理健康，而忽略了心理健康。新的健康概念不仅包括传统健康概念中的躯体健康、还包括心理健康以及社会适应良好和道德健康。一个人因为种种原因不能满足自己现有的生理上的性别需求而终日忧心忡忡的时候，这种状况实际上已经构成了对他的身体健康的损害。当心理治疗等常规治疗已无效的时候，变性手术无疑成为他们最后的希望。因此，可以说，变性手术就是一个人治疗自己疾病时使用的一种方法而已，身有“病痛”，通过医疗手段使之消失，正是生命健康权利的应有之义。

（四）身体权

从民法身体权的保护而言，身体权就是指“自然人维护其身体组成部分的完全性、完整性，并支配其肢体、器官和其他身体组织的具体人格权”。^④变性手术通过改变器官和身体构造从而达到改变性别的目的，实际上是对身体权支配的一种表现。因此，自然人的身体权是自然人施行变性手术从而改变性别的权利基础，即自然人有对其自身身体依法支配与合理处分的权利，只要这种支配与处分不侵害他人利益和社会公共利益。

三、各国变性手术立法规范及借鉴

性别在法律上有着极其重要的意义。性别是区分自然人的重要依据，不同性别的自然人在社会生活中分工不同，充当不同的社会角色，并享有不同的权利和承担不同的义务。性别的变更必然带来社会秩序、法律秩序的变化，因此，对于性别变更的主要途径——变性手术，各国法律在

① 付登礼、何梅：《关于变性手术的伦理问题的研究综述》，《中国医学伦理学》2002年第3期。

② 陆俊杰：《性别选择与法律之回应——法理视野中的变性手术》，《医学与哲学》2007年第4期。

③ 李绍章：《变性手术亟待规则介入》，《法制日报》2007年3月2日。

④ 杨立新：《人身损害赔偿问题研究》（下），《河南干部管理学院学报》2002年第2期。

允许的同时也都加以必要的规范。

(一) 日本

日本判例认为,“要使变性手术在法律上受到正当的评价,应具备一定的条件:第一,手术前必须进行精神医学、心理学的诊断、检查;第二,进行患者家族关系、生活史以及将来的生活环境的调查;第三,手术的适应性必须由数位医师讨论后再做决定,并由有能力的医师执行,应保存调查与检查结果等等医疗记录;第四,手术应得当事人的同意,有配偶时,并应得其配偶的同意,如系未成年人,应得其监护人的同意。”^①可见,日本对变性持较保守的态度,规定应允变性较严格的条件,但没有禁止已婚之人和未成年人的变性。

(二) 瑞典

瑞典是世界上最早制定有关变性法律的国家。1972年4月21日制定的《有关特殊状况确定性别的法律》第一条就规定:“1. 自幼即认识自己具有与教会记录簿上所记载的是不同的性别,并且在长时期内已过着与这种性别相符的日常生活,而且即便是将来,也仍会继续这种性别下的生活,根据该人的申请应允许他们变性。2. 本条仅适用于年满18岁且因变性手术摘除生殖腺或其他原因而不能生育之人。”^②可见,瑞典对变性的条件较为宽松,但对变性者的年龄和身体条件作出限制。

(三) 德国

德国1980年9月10日通过《变性人法》,并于1981年1月1日生效。立法理由书提出:“至今为止的现行法都是以性不可改变为原则来制定的。人类无论是男性或是女性总应归属一个性别(偶尔也会有阴阳共存一半阴阳的情形)。其性别,是根据身体外部的器官来确定的。但是,这种性别不可改变的原则,是否应该坚决地贯彻,围绕着此问题产生了分歧的观点。最近有人强调,变性欲者强烈要求达到灵肉一致这件事其实是和尊重当事人的人权有密切的关系。这种看法和最近医学界的见解相一致。根据医学界的看法,性别的确定除了根据身体外部器官确定之外,在特殊的情形下,精神因素也是重要的原因。基于这种认识,为了使已接受变性手术的变

性欲者过渡到灵肉一致,也使变性者不至产生困扰及能与社会相适应,在其出生登记表中,可考虑改变其性别。联邦宪法法院也在1978年11月11日,从法律角度承认了利用现代医学知识也不可能再改变的变性欲者。而且在变性欲者接到变性通知时,基于受宪法保护的,尊重人及人格自由发展的基本权利(第一条第一项,第二条第一项),做出判决应改变其出生登记簿所记载的性别。因此,为了使与其相关的各种问题都能从法律角度予以解决,制定法律变成非常必要。”^③《变性人法》于2007年7月20日进行修正。删除原来的第三章第13至第15条关于修法之程序规定,一共有15条内容。第1条至第7条规定更改名字之要件、程序与效力等;第8条至12条规定确认性别认同之要件、程序、效力以及对既有法律关系之影响等;第13条至第15条规定过度条款、柏林条款与法律生效日期。

综观德国《变性法》之规定,可以发现,德国《变性法》一方面开启易性症者寻求身体与心理性别之一致的大门,同意变性,并依是否进行变性手术分为大、小解决方案供当事人选择;^④另一方面,规定一定的条件以规范这种变性要求。可以说,《变性人法》是世界上较为全面和系统的有关规制变性的法律。

(四) 法国

法国没有专门有关变性手术的法律。1976年之后,一些判决开始支持变性。如1976年1月,茨鲁兹地方法院作出以下判决:“变性欲者不管是基于自然的原因或是外部因素,不可能或很难维持其出生时的性别的情况下,经过医学鉴定予以变性是可能的。如因此需要变更姓名应该受到允许。”1979年桑坦沁奴法院也做出如下判决:“人类不能变性,依据性别不可变更的原则而不承认变性主张是错误的。一味对变性患者进行精神医学上的治疗,除见失败之外,并难有他效果,而要消除变性患者的痛苦,除了进行变性手术是无能为力的。在女变男的情形下,承认具有男性的性别,并不至破坏公共秩序,也不致扰及社会。相反的具有男性长相却过着与男性相符的生活的人,却非要受到女性的待遇,这不是骇

① ②③转引自黄丁全:《医疗法律与生命伦理》,北京:法律出版社,2007年,第744页。

④ 只更改姓名,未进行变性手术,称之为小的解决方案;进行变性手术改变性别和性名的,称之为大的解决方案。

人听闻吗?”^①

可见，在法国，尽管对变性问题，法律上还有许多争议，但由于上述几起案例的出现，变性事件从此在社会上引起重视。人们逐渐认可，性别的决定并不是单纯依据染色体、生理特征等生物学要素，还应综合心理上的要素。

(五) 泰国

泰国为全球变性人比例最高的国家，但泰国直到 2009 年 11 月 29 日才实施一项新法，即规定泰国男性实施变性手术的最低年龄为 18 岁，向 18 岁以下男性实施变性手术为违法行为；18 岁至 20 岁男性在实施变性手术前需向有关机构递交父母同意证明；20 岁以上男性可自主决定是否变性。此外，实施变性手术的医疗单位还需在手术前核实申请者是否具备变性资格，其中包括至少已持续进行 1 年时间的荷尔蒙疗法等。泰国的变性人组织“泰国变性女”对政府这一新法表示欢迎。尽管泰国社会普遍“默认”变性人，但有关修改变性人身份证及护照性别的议案在国会仍未获通过。至今，变性人在出国旅行等需要性别证明的活动方面仍受不少限制。^②

四、我国规范变性手术的主要内容及其建议

综观各国立法，对于变性的态度大多经历了从禁止到允许的过程。法律允许变性一般都附有一定的条件，这些条件大多涉及允许变性的医学条件和法律条件。结合我国现行法律法规，借鉴各国立法规范，本文认为，我国规范变性手术的立法应当着重考虑以下问题。

(一) 变性手术的医学条件

由于性别转换手术是不可逆的，因而应规定具体的适应变性手术的医学条件。变性手术的医学条件主要包括患者本身的心理需求条件、实际异性生活条件、心理治疗条件以及详尽的治疗知情条件等。

1、对于患者本身的心理需求条件，通常应规定要具有强烈渴望转换成异性的意志，且这种意志已经持续一段时间以上。如德国的《变性人法》规定，改变性别的前提条件是：“……由于变性欲者性格上的原因，意识到自己心理上的性别与出生登记簿上的性别不同，且至少三年以上

处于一种压迫感中，强烈要求与心理上的性别一致……”^③我国《变性手术技术规范（试行）》规定，手术前患者必须满足的心理需求条件是“对变性的要求至少持续 5 年以上，且无反复过程”^④。

2、对于实际异性生活条件，通常应规定要连续以异性身份在社会上成功地生活了一定期限。如国际性焦虑协会认为要推荐的手术适应症为：“……对自己的解剖生理性别感到不适应，并连续以异性身份在社会上成功地生活了一年以上……台湾一些医院施行的评估变性症的标准流程中要求“在扮演另一性别角色的生活适应性上，至少有两年以上满意且良好的适应状况。”^⑤我国《变性手术技术规范（试行）》没有规定实际异性生活条件。借鉴其他各国的规定，本文认为应当要求变性者具有两年以上的实际异性生活经历。

3、对于心理治疗条件，通常应规定在手术之前必须有一定期限的心理治疗经历，且这种治疗是无效的。如日本东京地方裁判所昭和 1944 年 2 月 15 日的判决指出，性别不明的阴阳人实施变性手术，使其性别分明，该手术属于医疗范畴并无疑问。变性欲者为阴阳人以外的人时，需具强烈可望转换成异性的意志，始得实施变性手术，其条件如下：1、变性欲者手术前必须经精神科医师、心理学家、外科医师，一定期间的观察，变性欲者应予配合……^⑥我国《变性手术技术规范（试行）》规定，“术前接受心理、精神治疗 1 年以上且无效”。

4、对于治疗手术的知情，通常规定变性者要知悉变性手术的内容、后果极其危险性。如国际性焦虑协会认为要推荐的手术适应症为：“……充分了解和认同手术的费用、住院时间、术后并发症、术后康复等诸多问题。”我国《变性手术技术规范（试行）》规定，“实施变性手术前，应当由手术者向患者充分告知手术目的、手术风险、手术后的后续治疗、注意事项、可能发生的并发症及预防措施、变性手术的后果，并签署知情同意书”。可见，对于变性手术

① ③⑥转引自黄丁全：《医疗法律与生命伦理》，北京：法律出版社，2007 年，第 746、745、250 页。
② 《泰宣布变性最低年龄》，《海口晚报》2009 年 9 月 13 日。
④ 见 2009 年 11 月 13 日卫生部发布的《变性手术技术规范（试行）》。
⑤ 刘道捷：《变男变女变变变——深入探究台湾的变性现象》，台湾大学新闻系硕士论文，1992 年。
(C)1994-2025 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的内容、后果极其危险性只要求医疗机构做到告知义务,并没有强行要求变性者本身的知情条件。为防止异性症者的轻率决定,应当补充规定变性者对变性手术的知情同意条件。

(二) 变性者的主体资格条件

变性者的主体资格问题主要涉及变性手术是否需患者本人同意?患者是否具有完全民事行为能力的人?已婚者是否能够变性?特殊身份者是否能够变性等。

1. 变性者“本人同意”问题

在法律上,施行变性手术是否应该由患者本人同意,即易性症者本人对手术的允诺是否有效,各国的立法不同。“在阿根廷,异性症患者的允诺被认为是无法律效果的,因为法官们认为这种允诺是患者本人的病态表现,是非本意的。因此,法律上易性癖者是被作为无行为能力人来看待的。而在美国,易性症者被认为具有完全的行为能力,只要患者和医生能够达成一致的意见,就可以施行变性手术。”^①

在中国,法律没有明确规定接受变性手术的决定应由患者自己作出,还是应由患者父母或其他家庭成员作出。但实践中,通常要求除了患者本人必须签署同意书外,还要求患者的父母或监护人签署同意书,还有的甚至要求患者所在地民政部门或派出所出具证明,同意变性后为其改变性别才能实施手术。可见,我国施行变性手术必须经过患者、患者的近亲属、医生以及患者所在的单位、居委会、派出所等的一致认可。所以,有学者认为,“在中国易性症者是被作为限制行为能力人来对待的,这样有一定的好处,一方面可以最大程度的了解易性癖者的心理状态和意愿,另一方面也充分考虑到了家庭的因素,不否认易性癖者的行为能力及意思表示能力,也不完全承认这种能力,使变性手术的实行不致产生轻率带来的恶果”^②。

但笔者认为,变性者本人对变性手术拥有自我决定权,具有变性自主决定权的主体资格。这是因为,首先,正如前述,变性人变性的欲望是一种心理疾患,但有别于精神疾患,不归属于无民事行为能力人或限制民事行为能力人,因此,他们对自己的身体支配和处分具有自我决定权。

其次,变性手术带来的一系列后果最终是由变性者本人来承担,因此,变性人本人对是否手术享有最终决定的权利,由变性人本人签署手术同意书,这也是变性人意志自治的体现。第三,变性手术关涉变性人重大生活改变,由此必然导致姓名权、名誉权、隐私权等问题,所以,接受手术的自主决定权也只能由患者本人行使,其他任何人均无权作出决定。我国《变性手术技术规范(试行)》规定,手术前患者必须提交的材料中须有“患者本人要求手术的书面报告并进行公证”^③。由此可见,在我国,变性人本身拥有变性的自我决定权。

2. 变性者年龄问题

变性者是否该有年龄上的限制?未成年人可否接受变性手术?如果父母同意就可以为未成年人施行变性手术吗?论者的见解不一:有的人认为变性手术是一项重大改变自然、社会生活角色的行为,同时严重影响到自然人的权利义务关系,因此,要求接受变性手术的,必须是具有意识能力与智力都能够了解变性的实质意义的成年人。也有的人认为,对要求接受变性手术的当事人不应作年龄上的限制,以便让具有变性条件的人及早地脱离痛苦,尤其是未成年人,如果存在严重的变性欲,就应及早依其自愿及其父母或监护人的要求,进行变性手术。

笔者认为,除为两性人进行医学上认为必要的定性手术外,一般应禁止将未成年人作为变性手术的对象。其理由如下:第一,异性症具有明显的心理疾病,许多患者经过心理治疗是可以得到矫正的,特别是未成年人可塑性强,进行心理、行为、环境等诱导,有可能恢复健康。第二,性别变更关涉人生重大改变,不仅改变生活方式,而且将改变他们生活的环境。易性症者必须充分认识将要面临的人生的各种境遇,复杂或艰难的变化,而未成年人一般无法有这种认知。因此,未成年人对于变性手术的同意不能认为有效。第三,变性手术不利于未成年人的健康。变性后必须长期补充性别激素,以维持新的性征。这些对于未成年人来说,是极其痛苦的折磨。因此,应当禁止未成年人变性,待其成年后再自主决定是否变性。

① ②陈焕然、陆利平:《变性手术立法刍议》,《科技与法律》2002年第10期。

③ 见2009年11月13日卫生部发布的《变性手术技术规范(试行)》。

台湾地区关于变性者的年龄限制：年满20岁，不超过40岁者才被允许变性。根据我国《变性手术技术管理规范（试行）》手术前患者必须满足的条件中的规定，患者的年龄要大于20岁，且是完全民事行为能力人。

3. 变性者婚姻状况问题

已婚的异性症者可否变性？对此问题国外大多数学者的观点是：对于要求变性的已婚男女，只要其婚姻状态继续存在，不论其是否为严重的变性欲者，也不问其是否符合其他变性条件，都不宜施行变性手术。因为，此举必然破坏现存的婚姻关系。例如：“意大利的法律虽允许已婚公民接受变性手术，但同时规定术后婚姻关系解除。前联邦德国的法律则明确规定变性手术只适用于未婚的公民。”^①

我国民政部曾规定：变性人在变性前的结婚登记合法有效，变性后双方解除婚姻关系可以参照协议离婚处理，向婚姻登记机关申请撤销婚姻关系；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算；双方因财产分割发生争议起诉至人民法院的，人民法院在解除当事人婚姻关系的同时一并解决财产问题。^②民政部的这一规定，表明我国法律仅对婚姻关系存续期间，配偶一方变性后的婚姻关系如何处理做了具体规定，但婚姻关系存续期间，夫妻一方是否能做变性手术，我国法律没有相应的规定，这不仅导致理论上关于已婚者是否允许变性的争议，也导致司法实务中的异议。如2005年南京变性第一案中，一审判决认为，“于婚姻关系存续期间变性势必造成同性的婚姻，有违我国婚姻法规定”。但二审判决却认为，“对已婚者能否变性均未作规定，地方性法规及国务院部门规章也未见诸述，中华医学会或整容行业协会对此未作相应的行业规范，而东方医院提供的《整形外科学》一书中所阐述的有关已婚者应于解除婚姻关系后变性的学术观

点，既不是法律规范，也不是诊疗常规，所以并不能作为审判依据。就公民个人权利行使而言，在法律对已婚者变性未作禁止的情形下，应当允许公民个人选择是否于变性之前离婚。只要其权利行使不侵犯他人利益或违背公序良俗，即应受法律保护”。^③

笔者认为，一方面，在婚姻关系存续期间，变性的确会存在以下不良后果：其一，对现有婚姻家庭秩序造成冲击。夫妻一方擅自做变性手术，必然造成婚姻关系的实际死亡，引发家庭的不稳定。其二，损害配偶利益。无论哪一方变性，另一方都失去实质意义上的原有配偶，造成精神上的损害。其三，损害子女利益。无论是父亲变性或母亲变性，都会造成父亲竞合或母亲竞合的现象，这种环境不利于子女的健康成长，在社会上也极易遭到歧视。但另一方面，也不可否认，已婚男女如果是严重的变性欲者，他与其他未婚变性欲者一样，都有得到治疗、实施变性手术的权利。正如前述，性别的自主决定是人格权的体现，夫妻双方都有对自己性别选择的自主权。2005年南京变性第一案中，二审法院的判决也认为，“变性是对自身身体的处分，而配偶权所能支配的仅是配偶之间的身份利益，对身体的处分权仍为夫或妻一方所拥有”。^④因此，不应以变性影响配偶一方的身份利益而否定夫或妻对自己身体的处分权。

基于上述两方面的原因。笔者认为，易性症者原则上应在无婚姻关系的状态下才能变性；如果处在婚姻状态，须征得配偶的同意，如果配偶不同意，则应先解除婚姻关系。我国《变性手术技术管理规范（试行）》规定“患者必须处于无婚姻状态”，实际上不是禁止已婚者变性，而是倡导变性者须在无婚姻状态。

4. 变性者特殊身份问题

在变性问题上，所谓的特殊身份者主要是指在案犯罪记录者、犯罪嫌疑人等。对于这些具有

① 陈焕然、陆利平：《变性手术立法刍议》，《科技与法律》2002年第10期。

② 见2002年民政部、最高人民法院和公安部印发的《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》（民办函[2002]127号）

③ 2004年6月7日，山东男子高婷婷与南京东方医院签订合作协议书，由东方医院免费为他做变性手术，高婷婷配合医院接受媒体采访，保证医院的独家报道权。但在高完成鼻子整形和激光脱须手术后，医院提出让他出具相应的证明，以避免日后高婷婷的家人来医院生出事端。谁料，高拿着证明来到医院时，医院却以高婷婷没有取得合法的离婚手续为由决定暂缓手术。为此，高婷婷以东方医院违约为由，将其推上南京市秦淮区法院，要求医院继续履行协议。文健：《准变性人起诉“半吊子”手术》，《政府法制》2005年第8期。

④ 文健：《准变性人起诉“半吊子”手术》，《政府法制》2005年第8期。

特殊身份的人,是否禁止变性,不同国家有不同态度。据俄罗斯《真理报》2005 年 7 月 25 日报道,保加利亚公民斯雷科伊什卡夫为了逃脱牢狱之灾,在开庭之前,做了变性手术并改女性名字阿尔贝业娜·米哈伊洛夫。开庭审理时法官没有冒昧判处已经不是被告的被告有罪,因为无论从生理上,还是从法律上,她都变成了一个绝对不同的人。法官裁判认为一个女人为什么要替男人犯的罪承担责任呢?因此阿尔贝业娜不必为伊什卡夫所犯下的罪过承担后果。最终法庭宣布被告失踪,其犯罪文件被归档,阿尔贝业娜被当庭释放。^①

我国也有类似的情形发生。2002 年 1 月 2 日,北京市东城公安分局刑警赴上海抓捕两年前逃逸的犯罪嫌疑人易某。易某在逃逸期间做了变性手术,给刑警办案增添了不少困难。北京东城区人民检察院的检察官说:“第一次审理易某的案件时,其变性手术还没有做完,只是外观上是女性,生殖器官还是男性,因此他只能关在独立房间,至于定罪后是关在‘男号’还是‘女号’都是个问题。”^②

实践中,许多人为逃避法律的制裁,会利用变性手术达到目的。如果不禁止犯罪嫌疑人做变性手术,就会给犯罪嫌疑人通过变性逃避抓捕提供捷径,因此,应禁止这种特殊身份的人变性。根据《变性手术技术管理规范(试行)》规定,手术前患者必须提交的材料中就要求患者无在案犯罪记录证明。

(三)变性手术的程序要件及相关的法律文件
因为变性手术涉及人之性别变更,所以必须履行一定的程序和提交一定的法律文件。

1、患者本人要向医疗机构提出书面申请并提交相关的法律文件。正如上述,由于变性手术的不可逆性以及变性的隐私性,变性请求只能由患者本人决定。患者应提供的法律文件通常包括:适宜变性的医疗证明书、无在案犯罪记录证明、无婚姻关系证明等、已告知直系亲属拟施行变性手术的相关证明等。

2、施行变性手术的医疗单位应当要求变性人办理登记手续,并在卫生行政主管部门备案。为维护患者的隐私权,患者只需在医疗机构登记,并在卫生行政主管部门备案即可。登记备案手续主要是为了查证犯罪嫌疑人为逃避刑事追究而变性。

3、患者要与医疗机构签订手术协议。由于变性手术具有特殊性,而且目前缺乏手术成功的统一标准,因此,变性人应当与施行手术的医疗机构签订书面的变性手术协议。协议内容除了一般的内容外,要特别详细签订手术方法、效果、风险以及法律责任等。

总之,变性手术充满争议。在社会日益进步,旧的医学模式的健康概念受到巨大冲击的今天,如何保护易性症者等特殊人群的健康权利是法学研究的新课题。法学的任务不是禁止变性手术,而是构建规范变性手术的具体规则,以维护异性症者的合法权益。

(责任编辑:李庆树)

Transgender Sex Change Operation of the Legal Basis and Its Legal Regulation

ZHANG Li

(Law School, Fujian Normal University, Fuzhou 350108, China)

Abstract: Transsexual gender change by a sex change operation has controversy in the medical, ethical and legal. Degeneration is a transsexual's psychological and physiological needs, and transgender sex change operations is an effective treatment program, based on human dignity, personal freedom, Personal Rights, based on the right to life, health, physical right and so on, transgender request the purposes of sex change operations, medical technology through the pain out of psychological freedom and rights of transgender people should be as unique a right to be permitted by law and recognized in the legislation to protect the development of appropriate rules.

Key words: sex change operations, legal basis, legal regulation

① 盘点全球十一位著名变性美人,载中国网 2010 年 02 月 25 日。

② 张迎秀,《性别变更权限制自议》,《法学杂志》2009 年第 5 期。