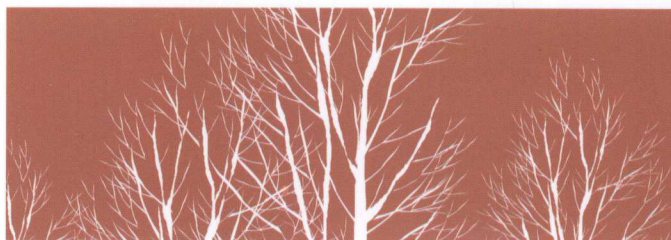


YI SHI FA ZHUANTI YANJIU CONGSHU

医事法专题研究丛书 / 刘士国 主编

性别变更 法律问题研究

李 燕 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

YI SHI FA ZHUANTI YANJIU CONGSHU

医事法专题研究丛书（刘七国主编）

性别变更 法律问题研究

李 燕 著

图书在版编目(CIP)数据

性别变更法律问题研究/李燕著. —北京:中国法制出版社,
2013. 11

(医事法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4973 - 1

I. ①性… II. ①李… III. ①性别 - 法律 - 问题 - 研究 - 中国
IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 281881 号



责任编辑 潘孝莉(editorwendy@126.com)

封面设计 周黎明

性别变更法律问题研究

XINGBIE BIANGENG FALÜ WENTI YANJIU

著者/李燕

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2014 年 3 月第 1 版

印张/15 字数/194 千

2014 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4973 - 1

定价:45.00 元

值班电话:010 - 66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:010 - 66031119

网址:<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话:010 - 66022958

市场营销部电话:010 - 66033393

邮购部电话:010 - 66033288

总 序

医事法，即医疗事务法律的简称，是在现代医疗技术和医疗制度条件下新产生的法律领域，跨法学、医学、伦理学等多个学科。医事法与人的生命健康息息相关，涉及生殖技术、器官移植、临床实验、药害事故、临终关怀、脑死亡、尊严死、医生的说明义务与患者知情同意权、患者个人信息控制权与医院对病历资料的所有权、在宅医疗、医疗侵权损害赔偿、基因权与基因治疗、变性手术、同性婚姻等诸多法律问题。医事法学的研究在发达国家通常以民法学为基础，这是因为医事法问题的解决除了要遵循医疗技术规范 and 生命伦理规则外，还必须以民法基本原理为基础。医事法学在有的国家已经发展成为独立的学科，甚至已经成为某些世界名校法科学生的一门课程。

受苏联的影响，医事法在中国内地多称生命法学或卫生法学，其研究多年来一直依附于卫生行政系统。改革开放以后，随着经济的快速发展和医疗技术的不断进步，此前基本不存在的器官移植、生殖辅助医疗、变性手术等医疗技术发展较快；医疗制度改革已取得初步成效；医疗保险几乎覆盖了全体社会成员；中国社会已进入老龄化阶段，老年医疗、临终关怀等成为社会化问题；作为家庭保健医生的全科医生制度正在逐步推行；中国的医患关系也在悄然发生变化，患者权利意识日益增强，患者自我决定权与医方的说明义务已在侵权责任法中得到确认。此外，由于当前医疗过程中患者需求与有限社会资源的矛盾冲突也越来越明显，如何使医疗资源效率最大化以及如何体现公平正义已成为重要的

社会问题，这在器官移植中表现得尤为突出；同时，如何避免过度医疗也是关涉效率与公平的重要问题。我国现有的医事法虽然不尽完善，但已经制定了大量的医事法律、法规，国际上也有许多通行的医疗规则可供参考。这些法律制度及其存在的问题构成了中国医事法研究的基础，也为中国医事法学的发展提供了契机。

复旦大学民商法学科从 2007 年起设立医事法博士研究方向，每年招收 2 至 3 名专攻医事法学的博士生。这些博士生有着扎实的法学功底，其中还有多人在读博期间曾去国外著名院校接受知名医事法教授的协助指导。他们完成的博士论文在各自领域都具有较高的理论水平。现在呈现在读者面前的是复旦大学民商法专业医事法方向的部分博士在他们学位论文基础上修改完成的著作。这些著作选题新颖，多数为我国相关研究领域的补白之作。在复旦大学法学院和中国法制出版社的大力支持下，我们结集推出此套医事法专题研究丛书，拟就医事法基本问题分期出版共 10 余种。殷切希望此套丛书的出版对我国医事法学的发展和繁荣有所助益。

刘士国

目 录

导 言	1
第一章 性别变更权利的法律基础	9
第一节 性别变更权利的国际人权法基础	9
一、作为人权的性别变更权利的提出：以美国法为背景	10
二、人权国际公约中性别变更权利的基础	12
三、欧洲人权法中性别变更权利的基础	14
四、《性别权利国际法案》中性别变更权利的基础	25
五、国际奥委会变性运动员新政策的人权理念	28
第二节 性别变更权利之宪法基础	30
一、美国联邦宪法上性别变更权利的基础	30
二、我国性别变更权利的宪法基础	41
第三节 性别变更权利的民法基础	48
一、性别变更权利与人格实质平等	48
二、性别变更权利属于民法上的人格权	49
三、作为宪法权利的性别变更权利与作为民法权利的性别变更权利的区别	50

第二章 性别变更的医疗法律问题	53
第一节 性别变更医疗问题概述	54
一、性别变更是否属于医学疾病的不同观点	54
二、易性病的原因概述	58
三、易性病的诊断概述	59
四、易性病的治疗概述	60
第二节 “变性人法律与就业政策国际联合会” 制定的 《变性人医疗法律标准》	63
一、变性人医疗的五个法律原则	64
二、变性人医疗的五个法律标准	64
三、患者及其配偶知情同意与放弃追究医生责任 确认书	65
第三节 变性手术的法律规范问题	67
一、变性手术合法性立法比较	67
二、世界变性人健康专业协会医疗标准中变性手术 的标准	68
三、日本变性手术的法律标准	70
四、中国变性手术的医疗法律状况	71
五、卫生部 2009 年《变性手术技术管理规范（试行）》 之检讨	82
第四节 性别变更医疗保障与医疗保险	88
一、美国的性别变更医疗保障与医疗保险	88
二、对我国性别变更医疗保障及医疗保险的建议	95
第三章 性别变更的法律确认问题	96
第一节 性别变更法律确认的标准	96
一、生物学性别确认标准	97

二、医学性别变更确认标准	105
三、自我认同性别确认标准	112
第二节 性别变更引起的相关法律文件的修改	117
一、英国性别变更相关法律文件的修改	117
二、德国性别变更相关法律文件的修改	118
三、意大利性别变更相关法律文件的修改	119
四、美国性别变更相关法律文件的修改	120
第三节 我国性别变更法律确认的现状 & 前景	129
一、我国性别变更法律确认的现状	129
二、放宽医学性别变更确认标准、最终采变性人自我 认同性别为法律确认标准的期待	134
三、变性人性别出生证明修改制度的建立	135
第四章 变性人婚姻家庭法律问题	136
第一节 变性人的婚姻法律问题	136
一、变性人结婚权利比较研究	136
二、变性人的离婚法律问题	145
第二节 变性人对未成年子女的监护与探望法律问题	149
一、美国判例法考察	149
二、我国婚姻关系终止后变性人对未成年子女的 探望权问题	154
第三节 变性人的生育法律问题	155
一、变性人有权通过收养或人工辅助生殖技术等 医疗科技生育子女	156
二、变性人收养子女、通过人工辅助生殖技术等医疗 科技生育子女的法律规范及父母子女关系	158

第五章 变性人反就业歧视法律问题	160
第一节 美国变性人反就业歧视法律体系	161
一、美国变性人反就业歧视的联邦法律	161
二、美国变性人反就业歧视的州法律和地方法行政命令	168
第二节 美国变性人反就业歧视诉讼中所涉及的歧视内容	173
一、福利	173
二、卫生间的分配	174
三、骚扰	176
四、降级、解雇、推定解雇	178
五、报复	180
第三节 我国变性人反就业歧视法律现状、不足及建议	181
一、我国反就业歧视的立法与司法现状	183
二、我国变性人反就业歧视法律制度的不足	188
三、构建我国变性人反就业歧视法律制度的建议	188
结论	191
附录一：卫生部《变性手术技术管理规范（试行）》	194
附录二：英国 2004 年《性别确认法》	197
附录三：日本 2003 年《性同一性障碍者性别特例法案》	217
主要参考文献	220
后记	232

导 言

“男孩？女孩？”当一个婴儿诞生的时候，这是人们关心的第一个问题。性别是我们来到这个世界上接受的第一个认定。通常情况下，接生人员通过肉眼查看婴儿的外生殖器宣告婴儿为男性或女性，这个性别就被记载到出生证书上。大部分人逐渐长大，能够悦纳这个出生时的性别分配，很多人认为这种分配理所当然。但有些人对这种被分配的性别感到非常不舒服，我们社会的男/女性别两元化并且两性相互排斥的性别观念给他们各方面带来很大的压力。

法律上有“禁止性别歧视”原则，这很容易使我们认为一个人的性别是（或应该是）与他/她的法律权利无关的。事实上在许多现代国家的很多法律领域内，权利确实和性别无关。但在某些法律关系和法律概念中，性别还是很重要的因素。例如，在一些国家，对法定婚龄的规定因性别而不同，因为女孩比男孩的青春期末得要早一些。人寿保险合同也因性别不同而有所差异，因为通常女性更长寿一些。在一些国家，强奸罪的受害人只能是女性，而实施强奸的犯罪人只能是男性（女性作为从犯的例外）。更传统的例子是在大多数国家的法律上，婚姻只能由一个男性和一个女性缔结。

与性别有关的法律关系或法律概念，因不同的国家、不同的法律体系而不同。在某种程度上它取决于一个社

会对不同性别的不同社会角色和行为的期待程度。很难想象在一个社会里一个人的性别与他/她的人格及与他人的关系完全无关，因此也很难想象一个法律体系能与性别完全无关。

人的性别的法律意义当然能引起各种问题，但是最根本的难题是：给一个人赋予特定的性别本身就是有问题的。法律确认性别的标准是什么？大多数人认同自己的生物性别，法律对生物性别的确认就没有问题。但也有些人会认为自己出生时被赋予的生物性别是“上帝的错误”，他们认为自己本该是异性，迫切希望变更性别。而变更性别，一方面涉及医学治疗的帮助以使其身体、精神上达到性别变更的目的，另一方面涉及法律确认问题，人有权利变更性别吗？变性医疗合法吗？法律对变性医疗应如何规制？法律对性别变更如何确认？变性手术是法律确认性别变更的前提条件吗？变性人的婚姻家庭权利如何保障？法律如何保障变性人反就业歧视？对这些仁者见仁、智者见者的问题，本书力图从尊重、保护变性人权利的角度找出适当的法律进路。

一、研究目的与思路

据2005年的报道，我国有10多万人要求改变自己的性别，而且已经有一千多人进行了变性手术。^①有医学专家透露，近年来中国内地变性人数呈渐增趋势，^②随着变性人的增多，因变性引起的纠纷也日益增多，如山东高婷婷诉南京东方医院继续履行变性手术案、^③

① 刘春霞：“中国至少十万人欲变性，有千人已做手术”，载《上海青年报》2005年1月18日。

② 参阅田进、刘尼威：“陕西21岁男子成功变性 专家称变性人数呈渐增趋势”，载中国新闻网 <http://www.chinanews.com/jk/2011/09-08/3313906.shtml>，最后访问时间：2013年10月2日。

③ 参阅江中帆：“‘变性官司’击中法律盲点”，载吴元浩主编《权益纠纷》，上海人民出版社2009年版，第7-11页。

郑州男子状告医院变性手术不成功案等。^① 由于我国法律对变性手术的范围、条件和程序等缺乏明确的法律规定,^② 对变性人在户籍、婚姻、就业、医疗、社会保障等诸多方面的权利也没有明确规定,变性人的权利难以得到保障,现实生活中还存在对变性人的偏见、歧视甚至针对变性人的暴力伤害犯罪。

变性人虽是少数人群,是弱势群体,但他们的变更性别的权利及在婚姻家庭、劳动就业、社会保障等各方面的权利都不容忽视,应得到社会的宽容、理解和帮助,更应得到法律的确认和保护。因为在人类社会中,人的价值是第一位的。

尽管古希腊普罗塔哥拉的“人是万物的尺度”,中国古代荀子“人有气、有生、有知,亦且有义,故最为天下贵也”,已经朦胧地意识到人的价值,但是近代意义上人的价值的概念,则是文艺复兴和科学革命的产物。文艺复兴时期的人文主义坚持以人为本,断言人的价值源于比自然更高的对实在的直觉一瞥。^③

人是我们这个世界上唯一具有自觉自由意识,并且能动地、创造性地改变世界和改变自身的生命存在,也是唯一能够创造价值并使世界有价值 and 意义的生命存在。人的这一本性使得人成为主体,成为异于万物、高于万物、尊于万物、贵于万物的独特的“类的存在物”,也就是有人格、身份、尊严和权利的“人”。^④

费尔巴哈认为:“任何一个本质,其生存目的,都直接地存在于它的生存之中;任何一个本质,只要达到了生存,就算是达到了它的规定。生存、存在,就是完善,就是完成了的规定。生命,就是自我行动着的存在。”所以,人并没有什么别的规定,不过在

① 参阅张少春:“患易性癖男子做变性手术 手术失败怒告医院获赔14万”,载《东方今报》2008年3月15日。

② 2009年11月13日我国卫生部颁布《变性手术技术管理规范(试行)》,仅是一个试行的行政规章,至本书截稿日我国尚未有规范性性别变更的法律规范。

③ 李醒明:“科学精神与人的价值”,载《自然辩证法研究》1998年第1期。

④ 孙美堂:“对作为我国法律基础的人的价值观的检讨”,载《湖南科技大学学报》(社会科学版)2004年第2期。

于使自己表现为自己所是的本质。而人正是在自己的生存中，通过自己的理性、心和意志表现了自己生存的目的。^①“人的最内秘的本质不表现在我思故我在的命题中，而表现在我欲故我在的命题中”。费尔巴哈从伦理学的角度提出这一命题，旨在说明人的本质表现在追求幸福的种种情感和欲望之中。

因此，每个人都有决定自己命运的自由，每个人都有追求幸福的权利。个人应该能够作出自己的选择，不仅因为他们自身所具有的价值和意义，而且因为他们比其他任何人都知道什么是自己的利益和需要。一个社会对性别选择与变更是否理解和宽容，是文明程度的标志，也是社会进步的表现。

性别变更法律问题不仅关涉民法的人格权、婚姻家庭权利、民事主体身份等基本制度，同时涉及宪法、社会保障法、劳动法等法学专业理论，与医学、伦理学、社会学等多学科的理论与实践也密切相关。本文将以性别变更的权利基础、变性医疗法律问题、法律对性别变更的确认及变性人的权利作为重点进行研究，以期为我国相关法律制度的制定及变性人权利保护提供坚实的理论基础和立法依据。

本书通过对国外性别变更相关问题的立法、判例、理论学说及我国现状的研究与分析，从尊重、保护变性人权利的角度，对性别变更的法律基础、性别变更的医疗法律问题、性别变更的法律确认、变性人的婚姻家庭法律问题、变性人反就业歧视法律问题进行系统研究，对我国相关制度的具体构建提出框架性建议。

本书除“导言”外，共有五章及结论，基本内容如下：

第一章论证性别变更权利的法律基础。首先，通过研究人权国际公约的条文、欧洲人权法的条文及欧洲人权法院的判决、变性人国际组织《性别权利国际法案》的条文、国际奥委会的变性

① 邢贵思：《费尔巴哈的人本主义》，上海人民出版社1981年版，第47-56页。

运动员新政策，得出结论：性别变更权利首先是人权，变性人也是人，应享有基本人权；其次，通过对美国宪法及我国宪法的分析，提出性别变更权利是宪法权利，宪法上的自由权、平等权、人身权是其基础，最后研究性别变更权利的民法基础，指出性别变更权利属于民法上的人格权、绝对权。

第二章研究性别变更医疗法律问题。性别变更医疗本身是医患双方私法自治的范畴，但由于性别变更医疗特别是变性手术的高度伦理性、高风险性及后果的不可逆性，国家法律必须对变性医疗进行规制。本章研究了“变性人法律与就业政策国际联合会”制定的《变性人医疗法律标准》及“世界变性人健康专业协会”制定的《哈利·班杰民性别焦虑国际协会性别识别障碍医疗标准》（第六版），对变性手术的法律规范问题尤其是变性手术的条件进行了比较研究。结合我国变性手术医疗与司法现状，分析了司法实践中的几个典型案例，对变性手术纠纷中医疗机构承担责任的归责原则、变性手术成功与否的评估标准、医生对手术后果的告知义务进行了特别研究，并针对我国卫生部《变性手术技术管理规范（试行）》，建议删除限制患者权利的条款，如患者应提交无罪证明、事先到公安部门备案同意、性取向不能为同性、患者未在婚姻状态等条款。同时应谨慎引入市场机制，建立变性医疗保障与医疗保险制度。

第三章探讨了性别变更的法律确认问题。历史上各国采用的性别变更法律确认标准有三种：生物学性别确认标准（即不承认变性人的性别变更）、医学性别变更确认标准（即经过医学治疗如变性手术后，符合生物学标准即承认性别变更）、自我认同性别确认标准（不需考虑医学治疗、不需考虑生物标准，仅按变性人自我认同的性别予以确认）。不以变性手术为条件、采用自我认同性别确认标准，是最符合变性人利益的法律标准，已被一些现代发达国家所采用，应是法律发展的趋势。我国目前尚不具备采用自我认同性别确认标准的条件，但可逐步放宽医学性别变更确认标

准中变性手术的种类要求，可允许变性人选择一种或几种变性手术，尽量减少对身体侵袭性大的生殖器手术在法律确认性别变更中的决定作用。在将来整个社会发展到各方面条件具备时，也应采用自我认同性别确认标准。在性别变更涉及的法律文件的修改方面，除了应规定户籍、身份证等法律文件的性别变更条件程序外，还应和国际接轨，在出生证明管理办法中也应制定变性人变更性别的条件和方法，建议采取英国模式，颁发新出生证，应对原证保密。

第四章研究了变性人的婚姻家庭法律问题，包括变性人的结婚、离婚法律问题，对子女的监护法律问题，变性人的生育与收养法律问题。欧洲人权法院、美国部分州、我国的立法都确认变性人享有结婚的权利，变性人结婚前应负有告知结婚对方其变性人身份的义务，未尽告知义务应作为撤销婚姻的法定情形。婚后变性不应以先离婚为法律条件，变性后也不适用离婚，可规定变性为婚姻关系终止的原因。变性人有通过人工生殖技术孕育或以收养方式抚养孩子的权利，离婚后的变性人也有探望子女的权利，不应以变性人身份为由剥夺变性人的抚养权、探望权。

第五章研究了变性人反就业歧视法律问题。针对变性人的就业歧视，从民法角度来看侵害的是变性人的人格权。本章从立法角度梳理了美国变性人反就业歧视的法律体系，结合美国判例法对制定法的解释、发展，对美国联邦宪法、残疾人法、公民权利法案等在变性人反就业歧视诉讼中起重要作用的法律及其历史发展进行研究，也对变性人反就业歧视的州法律和地方行政命令进行了介绍及评析；从司法角度对美国变性人反就业歧视诉讼中涉及的在福利、卫生间的分配、骚扰、降级、解雇、推定解雇以及报复等歧视内容及在诉讼中的证明、法律依据等问题进行了逐个剖析；结合我国变性人反就业歧视的立法与司法现状，借鉴美国立法、司法经验，按我国已参加的国际公约要求的义务，针对我国法律制度的不足，提出我国应制定反就业歧视法律法规，在其

中明确规定禁止对变性人进行就业歧视；在完善立法前，由法院在诉讼中通过法律解释保护变性人不受就业歧视；建立反就业歧视的宪法诉讼模式，在未建立宪法诉讼模式前，可采用民事诉讼主张人格权的保护。

二、基本概念释义

（一）性别

性别在英语中有两个词，分别是生物性别（sex）和自我认同的性别（gender）。生物性别，也称解剖学性别、生理性别，指的是生来具有的男性和女性的生理区别（如生殖器、荷尔蒙、染色体等生物构成的区别），属自然的生物属性。

自我认同的性别，也称社会性别、心理性别。生物性别与自我认同的性别并不总是同一的。自我认同的性别是“个人对自己性别的感觉”，是性别的自我归属。社会性别是社会文化形成的对男女差异的理解，以及在社会文化中形成的属于女性或男性的群体特征和行为方式，社会性别是社会建构的结果。^①

著名的精神学、性学和内分泌学专家 Harry Benjamin 博士关于生物性别和社会性别有一段精辟的论述：“我想提醒大家注意一个重要的基本事实——生物性别和社会性别之间的差别。生物性别是你所看到的，社会性别则是你所感觉到的。这两者之间的协调对人类的幸福是至关重要的。”^②

多数中文文献通常采用“社会性别”说法，笔者认为“自我认同性别”在性别变更的汉语语境下更能顾名思义反映出此概念的含义，故后文中多用“自我认同性别”与“生物性别”相对应。

^① 参阅吕世伦主编：《现代西方法学流派》（下卷），中国大百科全书出版社2000年版，第1117页。

^② 参阅陈焕然、陆利平：“变性手术立法刍议”，载《科技与法律》2002年第1期。

（二）性别变更

本书中性别变更（gender transition/sex change），即俗语“变性”的正式用语，一方面是指身体上、生活中的性别变更，即生物性别与自我认同性别不一致的人在生理上和日常生活中以异性（自我认同性别）身份生活的一种事实状态，另一方面是指法律上的性别变更，即法律确认变性人的自我认同性别为法律性别。

（三）变性人

变性人（transsexual/transgender）是指生物性别与自我认同性别不一致、决定以异性身份生活并且改变了名字和外表、已经按异性身份真实生活的人。有的变性人经历了变性手术或其他医疗手段改变其生物性别特征。应注意的是，我国目前将变性手术作为法律承认变性的条件，故在多数中文文献中，变性人仅指已经经历了变性手术的人，未做变性手术的人被称为“易性病人”，但一些发达国家的法律及医学观点认为变性手术不是必需的条件，变性人概念也包括那些未做变性手术但已按异性身份生活的人。本书采后一广义的变性人概念。