

新型權利視野下的變性權研究

On the Transsexual Right from
a Perspective of New Rights

劉長秋 Chang-Qiu Liu *



摘要

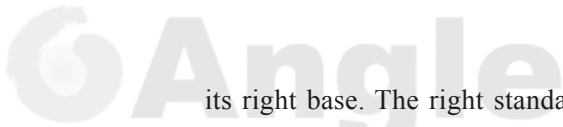
易性症的存在及變性技術的發展使得變性逐漸成為一種現實的權利需求。變性權的存在有其特定的基礎，健康權與身體權是其存在的權利依據，權利本位論是其學理支撐，而對該權利之承認則是社會進步的客觀選擇。與生命健康權等權利相比，變性權更宜以一種不宜為法律所鼓勵行使的權利形式存在。法律對待變性權應當審慎，不宜宣示變性權的存在並鼓勵其行使。對於變性手術的開展，國家應當透過法律明確予以規範。

The existence of transsexualism and the development of transsexual technology have brought transsex a practical right requirement. The transsexual right has its special foundation. The health right and body right are

*上海社會科學院法學所研究員（Professor Law Institute of Shanghai Academy of Social Sciences）；溫州大學法學教授（Professor, Law School of Wenzhou University）

關鍵詞：性別認同障礙易性症者（transsexualism）、新型權利（new right）、權利（right）、變性（transsexual）

DOI：10.3966/241553062020050043012



its right base. The right standard theory is its theoretical foundation. While the social development enables it being acknowledgement. Yet compare to the right to life as well as health and other rights, the transsexual right could only be orientated as a right which is not encouraged by law. The law should treat the transsexual right cautiously and shouldn't encourage it being exercised. As to the transsexual operation, it should be regulated by law for fear that it would be abused by people.

2020年初集中爆發的新型冠狀病毒肺炎危機對廣大人民生命健康的保障帶來了巨大挑戰，引發了人們對生命健康保障領域的諸多問題的多維、深入思考。在此背景下，一些新型權利如野生動物生命權、寵物福利權等開始再次進入人們的視野之中。筆者以為，基於保障人們生命健康之考慮，動物權利這一新型權利問題的確需要引起關注和重視，但以往爭論已久卻依舊尚未達成定論的許多新型權利，亦應當被重新帶入法學研究中，變性權即包含在內。近年來，伴隨著中國醫學技術的不斷發展，利用手術的方式實現人們性別的轉變已經由人類久遠的夢想變成了現實。在變性手術的幫助下，越來越多的人已經邁出了性別轉變的重要步伐：從全國道德模範劉霆到著名藝人金星，從成都某醫療機構實習醫生為一未成年人變性¹，到英國一名78歲老先生要變性成老太太²，在在顯示變性需求越來越常見，而變性迄今已成為引發爭議和社會關注的焦點話題。在

1 許茹，整形機構實習醫生為未成年人「變性」被批捕，新華網，2015年9月23日報導，<http://news.sina.com.cn/s/wh/2015-09-23/doc-ixhzevf1014611.shtml>（瀏覽日期：2016年3月3日）。

2 黃敏，英國78歲老人要變性成老太太 成最年長變性人，騰訊網，2020年5月22日報導，<http://news.qq.com/a/20120522/000287.htm>（瀏覽日期：2016年3月3日）。

此背景下，許多學者就變性議題提出不同的思考路徑，致力於探索其中的倫理與法律問題，其中即包含了有關變性之權利。變性是否為一項權利？法律應當如何及以何種立場對待變性？這些問題相當值得探討。

壹、變性及變性權的科學稱謂

性別，顧名思義就是指男女兩性的區別。從社會學的角度來說，性別承載著人類繁衍、主體角色辨認和特定秩序維護的重要功能，是人自我發展乃至社會發展的重要條件。性／性別扮演著新生兒獲得其作為人而被認同的先決條件之角色³。在人類歷史發展的長河中，人們一直遵循著性別天賦的理念，安分地接受著與生俱來的性別，直到相關醫學技術的出現。

一、變性及其醫學需求

從醫學上來說，變性是利用變性手術的方式實現變性者性別上的轉變。依據中國原衛生部（現國家衛生健康委員會）2009年印發的《變性手術技術管理規範（試行）》，所謂變性手術，是指通過整形外科手段（組織移植和器官再造）使性別認同障礙者的生理性別能與其心理性別相符，即切除其原有的性器官並重建新性別的體表性器官和第二性徵。變性手術需要分次分期進行，不論是男變女或者女變男，術後較長時期均需服用相應的性激素⁴。在醫學臨床上，變性手術的施用對象主

3 Damian A. Gonzalez-Salzberg, *Academy on Human Rights and Humanitarian Law Articles and Essays Analyzing the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgendered Peoples and International Human Rights Law: The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights*, 29 AM. UNIV. INT. LAW REV 797-829 (2014).

4 孫慕義，醫學倫理學，高等教育，2004年5月，185頁。



要是從心理上否定自己的性別，認為自己的性別與外生殖器的性別相反，而要求變換生理性別的患者。通常來說，這類患者具有自我身分識別障礙，往往會感覺自己被困在一個有錯誤的性別特徵的身體中，並且強烈希望有一個不同的生理結構，因而可能會感到煩惱、不快樂，甚至痛苦。對於性別認同障礙者而言，心理治療會是其中的一種治療方法，但心理治療效果有限，因此這些人需要有機會去探索自我衝突和作出選擇，從而去處理他們的性別認同問題⁵。變性手術的出現及其在醫學臨床上的運用，主要是以醫學上矯正的方式滿足性別認同障礙者的現實需要。

在人類醫學歷史上，儘管性別認同障礙存在有著很長的歷史，但相關手術治療卻一直到20世紀1930年代才產生。變性（transsexual）這一醫學術語出現於1949年，儘管性與性別的概念在20世紀1960、1970年代才得以發展⁶。變性是在變性技術出現後才引發了人們的廣泛關注，不過從歷史上來說，變性這類現象並不是在變性手術產生後才出現的，在古代即已經有了通過閹割的方式來實現變性的現象（如太監），但那時的變性顯然不是出於權利需求與權利保障的目的，也不是針對具有強烈變性需求的性別認同障礙者所實施。過去人們對於性別認同障礙群體沒有給予多少關注，加之當時人類社會倫理對於變性者的歧視與不認同，變性者通常只是被視為異類，是一種精神錯亂的人群。直到現代社會發展進步與思想逐漸開明，才使得性別認同障礙者受到越來越多的關注，其權利需求也才得以逐漸被正視。中國變性手術的臨床實踐始於20世紀1980年代，目前的臨床技術已經達到世界先進水準。隨著技術水準和

5 Gary F. Kelly著，耿文秀等譯，性心理學，上海人民出版社，2011年5月，424頁。

6 Kevin K. S. Tso, *Accident of Birth or Matter of Choice: Legal Recognition of Transsexual People in the Common Law*, 21 CARDOZO J. L. & GENDER 683-727 (2015).

成功率提高，以及人們觀念上對變性行為的接受度提高，使得變性臨床手術在中國大量增加，變性開始被視作一項權利需求而備受討論。

二、性別選擇權，還是變性權？

在理論界與實務界，人們對於通過變性手術而改變自己性別的權利有不同的稱謂，有人將之稱為性別選擇權⁷，也有人將之稱為性別變更權（下稱變性權）或易性權⁸。筆者以為，相較於性別選擇權而言，變性權或易性權是相對更為準確而不易引發歧義的一種權利稱謂。原因在於：在中國過去長期實行「一孩化政策」且限制或禁止父母對孩子性別加以選擇的背景之下，性別選擇權很容易讓人錯誤地理解為是對將出生子女性別加以選擇的權利，容易與變性手術意義上的性別選擇權發生混淆。不僅如此，從權利保護的角度來看，變性權強調的是性別轉換的自由，即由一種性別轉變為另外一種性別的自由；換言之，變性權是變性者在已經具有了一種性別的基礎上選擇成為另一種性別的權利。而性別選擇權則更含有在未知自己性別之前或有權決定自己性別之前，選擇自己理想性別之自由的意蘊，即本人之前不清楚自己的性別（如雙性人、中性人）而需要通過接受變性手術的方式來確定性別⁹。就此而言，性別選擇權並不同於變性權，作為一種權利需求，前者比後者更為複雜，內涵也更為豐富。

7 陸俊傑，性別選擇與法律之回應——法理視野中的變性手術，醫學與哲學，28卷4期，2007年4月，42頁。

8 吳國平，已婚者變性權問題初探，政法學刊，19卷3期，2012年6月，5頁。

9 我們不妨用一個不太準確的比喻來說明變性權與性別選擇權各自不同的權利內涵。變性權好比一個人已經依照指示走在了向北去的路上，現在需要解決自己是否有權決定轉向東去的問題；而性別選擇權則是一個人正處於往北以及往東去的交叉路口，它需要解決的是其是否有權決定自己該去的方向。