

· 法治前沿 ·

法律中性别二元范式的批判及重构

——以双性人为视角的叙事

李 岩

(辽宁大学 法学院, 辽宁 沈阳 110036)

摘要: 社会文化历史视域中的双性人形象并没有得到法律的认同, 这归根于医学上性别二元范式对法学的影响, 即法学对医学上性别二元范式的全盘继受。当前医学上已经开始对双性人去病化, 在实质上废弃了二元性别范式, 但法学在性别问题上仍然停滞不前。法学的二元性别范式导致实践中性别变更手术的滥用和公共场所性别区隔空间等问题都对双性人的社会认同、平等保护等人权受到挑战。二元性别范式也为部门法上涉性别法律制度的适用提出了难题。立法应扬弃既有的性别二元范式, 承认第三性别的法律地位。根本之途在于户籍身份证性别制度的改革, 在确定第三性法律地位基础上对具体部门法推而广之。

关键词: 性别; 法律性别; 医学性别; 双性人

中图分类号: DFO

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2013)03-0010-11

多元社会意味着多种行为方式的并存, 意味着对于非主流之外行为的接纳, 意味着法律的兼容并包能力的增强, 意味着对社会问题更为广泛的关注和调整, 意味着对既有问题更加细致和深入的处理。在基本的理念上多元主义应该以宽容为主, 更多开辟多元价值进入法律的管道。“多样性和异见都是价值, 他们使个人以及他们的政体和社会变得丰富多彩。”[1](P53) 在性别的多元性问题上, 法律的男女二元性别范式与现实生活的性别类型不符, 双性人的存在对既有的二元性别范式提出了挑战。二元的性别范式并没有真实地反映多彩的现实, 对有些人来说, 回答是男还是女这样一个问题, 并非单选题, 而是双选或者无解的答案。

波士顿大学医学和性别学教授 Anne Fausto-Sterling 通过研究 1955 年到 1977 年之间的文献发现, 双性人在新生儿中的比率高达 2%, 最小限度来说, 双性人的比例至少是人口的万分之一, 这个几率和唐氏病发生比例差不多。也有人认为双性人在新生儿中的比例是 0.018%。[2] 而另有医学数据显示, 世界人口大概有 1-4% 是双性的或者性别模糊或者性特征不一致, 远远超过上述研究的比例。[3] 根据北美双性人协会(The Intersex Society of North America) 估计, 在美国每天有 5 个双性人进行性别手术。[4] 依照这个数据美国一年有将近 1800 多名双性人进行性别矫正手术, 也从侧面反映了双性人在人口中占据的比例是很大的。

虽然在研究数据上不同学者对于双性人占人口的比例认定存在较大的差异, 但庞大的人口数量面对法律界定“男女”性别的沉默, 除了给双性人本身带来直接影响, 如户籍、身份证问题等, 也对双性人因为社会活动结成的社会关系中的相关人产生不可避免的影响, 如卫生间、监狱等公共空间的

收稿日期: 2013-01-05

基金项目: 国家社会科学基金规划项目“民法法益基本范畴研究”(09CFX024); 辽宁大学博士科研启动基金。

作者简介: 李岩(1979-), 男, 吉林长春人, 辽宁大学法学院副教授, 法学博士。

利用问题等。即使按照 0.018% 的双性人比例计算，中国庞大的人口基数也让计算结果骇人。然而相对于相关法律的缄默不语，数字的惊人似乎可以完全忽略不计。在日益倡导宽容、自由以及人权的时代，二元性别的法律界分必须要重新审视。

一、社会文化视域中的双性人形象

Hermaphrodite（双性人）一词来源于古希腊的神话中的赫马佛罗狄特斯，他为了逃避萨耳玛西斯的追求跳进了一条河中。但是藏在树后的水仙也跟他跳了下去，并将其抱住，开始亲吻他。萨耳玛西斯向诸神祈求要永远与赫马佛罗狄特斯结合在一起。诸神遂其心愿。于是赫马佛罗狄特斯变成了异性同体。赫马佛罗狄特斯也向她的父母祈求，让所有在这条河中洗澡的人变成跟他一样的阴阳人，他的愿望也得到了满足。赫马佛罗狄特斯通常以带有男性生殖器的少女形象出现，于是他的名字也成为西方语言“雌雄同体”的来源。[5]

在宗教文本中也认同双性人的存在。作为犹太人律法、思想和传统集大成之作的《塔木德经》中包括了详尽的对双性人的法律权利和责任的规定。这些文本中使用的是“androgynos 和 hermaphrodite。在其他犹太文本中也存在各种关于双性人的讨论：双性人是否是确定的性别（或男或女），或者是混合性别（部分男部分女），或者是自称一类的生物体（既不是男也不是女）。这些文本中还规定了双性人不同环境下在各种地区的行为被当作男性女性还是两者都不是的具体情况。[6]

在佛教中，对两性人也有提及，因为按照戒律，性心理畸形者是不能出家为僧的。在《十诵律》卷二十一中规定了“五种不能男”或“五不男”、“五种黄门”是指社会性别为男子但却不能或难以作为男的五种人。[7]

中国古代并不存在“双性人”一词，但以“二形”、“二形人”“阴阳人”称之。如“政令不明，举措不时，本事不理，夫是之谓人祲（妖）。（《荀子·天论》）《本草纲目》中对于阴阳人分成“五不男”和“五不女”，五种非男不可为父，五种非女不可为母。（《本草纲目·卷五十二·人傀》）同时各种典籍还对男女转化作了各种详细的记载。^①虽然丰富的典籍对阴阳人有着翔实的记载，但古代人对于双性人的认识建立在非科学的基础上，从社会表现上看，先秦时代两性人被作为国家衰败的不祥之兆，后来这一观念转淡但并未消失。从家庭层面上看，对男化女和女化男的态度截然不同，男化女被认为是羞耻之事，而女化男则被认为是幸事。[7]

在多美尼加共和国的几个小村子，有相当多的孩子是 XY 染色体怀孕胚胎期时发育了睾丸，但是出生时却有女性的生殖器，因此被当作女孩来抚养。青春期时，她们的睾丸降到了阴囊，声音变粗，阴蒂变成了阴茎。人类学家报道中提到在村里有专门的术语用于这些人，“guevodoche（12 岁有睾丸），或者 machihembra（男性化女性）。同样的双性状况也在新几内亚的巴布亚岛存在，专有的术语是 kwolu - aatmwol，表明在青春期这些孩子会发育成一个男孩而不是女孩。这些孩子都被认为是第三性。[8] 美国土著文化中也同样承认第三性，这些人被称为“two - spirit”，在他们的社会中享受一种特殊的地位，既不是男也不是女。在印度双性人和变性人有一个专有的名词叫“hijras”，被认为既不是男性也不是女性而包含了两种性别的因素。[6]

在早期的英格兰法也承认性别的三种分类。在《Bracton 论英格兰的法律和传统》一书中，人类分为男性、女性和雌雄同体人。尽管法律承认人的三种性别分类但认为法律不需要设置三种规则调整社会生活。从法律适用的目的上来说，双性人还是根据主要性器官来判定是男还是女。在 16 世纪，

^①如《述异记》、《聊斋志异》、《耳邮》、《谭瀛八种》、《旷园杂记》对女化男原因进行了记载：（1）闻雷变性；（2）遭击变性；（3）大病后变性；（4）失踪后变性；（5）因获佛佑变性。《戒庵老人漫笔》、《明史》中则记载了女化男的例子，参见张杰《中国古代的两性人（一）》，《中国性科学》2004 年第 6 期。

著名的法学家 Lord Coke, 在他的继承法著作中提到“每个继承人或者是男性或者是女性或者是双性人, 也就是既是男性也是女性。双性人根据主要性器官来判定或者以男性或者以女性的身份来继承。[6] 可以看出早期的英国法意识到了不能囊括所有的性别类型, 对于第三性别即双性别予以承认, 但从法律适用角度出发认为没有必要制定专门针对双性人的法律规范。

从上述历史文化文献来看, 双性人一直存在于历史文化视野中, 社会对其有着一定的认识, 个别的法律还将其纳入法律性别之内, 作为第三性存在。然而现代法律对双性人的性别认同集体失语, 这反映了法律对社会现象的漠视, 远离了社会基础的法律一定不是好的法律, 而医学的强大地位是造成这一现象的主要原因。

二、医学性别二元化标准及法学的全盘继受

男女性别二元化模式一直是作为医学的常态性别基础存在, 男女之外的其他性别特异都作为“病”来对待。根据医学专家的观点, 决定一个人的性别因素有很多, 典型的性别标准包括: (1) 遗传或染色体性别——XY 或 XX; (2) 性腺性别——睾丸或卵巢; (3) 内部形态性别: 精囊、子宫、阴道输卵管; (4) 外部形态性别: 阴茎、阴囊、阴蒂、阴唇; (5) 荷尔蒙性别: 雌雄激素; (6) 第二特征性别: 脸部或胸部的毛发、乳房; (7) 抚养时指派的性别; (8) 性别认同。医学上把具有男女两性特征的人, 叫做“两性畸形”, 又可分为“真两性畸形”和“假两性畸形”。[6] 真与假之分, 是根据体内的主性腺来判断的, 造成两性畸形大多数是性染色体异常造成的。

从 20 世纪中期开始, 随着医学手术水平的提高, 医学上认为双性人是一种疾病可以迅速得通过医学治疗, 以此推行男女二元性别标准。[9] 治疗手段包括: 实施外科生殖器手术让生殖器外表和男性或女性的标准一致; 通过荷尔蒙的治疗让性别的第二特征准确化。其中外科生殖器的整形手术是最为通用的治疗手段, 其治疗的理论依据是婴儿和儿童早期的性别身份是可以通过手术锻造和改变。其判别的治疗依据在早期是依据性外表来判断, 后来随着染色体技术的发展, 通过染色体来判定其应有的性别来决定是否需要手术。但手术的决定权在于父母, 理由是父母是“孩子最大利益的代表者”父母可以决定是否实施性别矫正手术。这种医学模式最大程度地压抑了双性人的自我认同和科学的现实, 维持了社会的双性构造, 排除了他性的存在。同时医学性别二元模式也强有力的影响了法学、社会学对性别角色的选择。

医学的男女性别二元标准直接被法学所继受, 法学也认同性别二元的男女标准。这种继受没有经过任何的论证, 是法律动用权力直接强加给作为法律主体的人。法律上的性别是依照个人的出生证明确立的, 而依据出生证明进行的性别认定是由医院进行。如果外部的生殖器官表现明显, 则外部的生殖器官就可以决定出生证明上的性别。如果外部的生殖器官表现不明显, 则根据社会性别角色定型加上染色体来认定的。一个 XY 染色体的婴儿有完整的阴茎就会被认为是男性, 缺少完整的阴茎就会被认为是女性。遗传学上的男性如果没有完整的阴茎就会被认为是女性, 尽管这意味着对他生殖能力的破坏。如果一个遗传学上的可以生育的女性, 虽然有外部的男性器官也要为了生殖能力将阴茎切除掉。这就意味着她失去了性交能力而保留了生殖能力。换句话说, 男人是依靠他和女性性交的能力, 女人是依靠生育能力来确定的。从这个意义上, 性别可以看作是一种社会学而非生物学上的建构。

在我国现行立法中, 没有明确的对于性别类别进行界定指明的二元分类。我国《宪法》第 33 条关于选举权和被选举权的规定中提到了中华人民共和国年满 18 周岁的公民, 不分民族、种族、性别等都有选举权和被选举权, 但具体性别如何在法律进行界定, 并没有进行说明。但在实际条款中却完全彻底地以性别二元范式作为立法的性别基础, 法律字里行间中已经默认了性别二元模式并将其贯彻到了全部法律体系中, 从宪法到具体的部门法均是依据性别二元化为制度的性别基础而建立。《宪法》第 48 条对妇女的平等权作了规定, 在第一款中规定了妇女在政治、经济、文化、社会和家庭生

活等各方面享有同男子平等权利。在第二款中则提到了“男女同工同酬”。这等于默示承认了男女性别二元模式的分类，宪法中的性别二元意识完全被其他部门法继受。

如《妇女权益保障法》第1条的立法目的中明确规定了，为了保障妇女的合法权益，促进男女平等，制定本法。第2条则更为明确规定了实行男女平等是国家的基本国策。从整部法律看都以男女二元范式为理论基础建立，以性别男女绝对清晰化为制度建立的前提。如《继承法》第9条规定继承权男女平等，如此规定则会推导出：只有男性或女性有继承权，非男女性别人的继承权排除在外，除非通过手术改变性别。

法律对男女二元性别模式在现实中的践行始自于婴儿出生，从婴儿出生男女二元性别就被强制性地分配在婴儿身上，这种分配是强制的二选一选择题，没有第三个选择。法律上的性别确认方式保证了二元性别模式的推行，在程序上的完整设计排除了男女之外的第三性的存在空间。

根据《中华人民共和国母婴保健法》第23条规定：医疗保健机构和从事家庭接生的人员按照国务院卫生行政部门的规定，出具统一制发的新生儿出生医学证明。《出生医学证明》是《中华人民共和国母婴保健法》规定的，证明婴儿出生状态、血亲关系，申报国籍、户籍，取得公民身份的法定医学证明文书。根据《出生医学证明》样本，其主要内容包括：新生儿姓名、性别、出生日期及时间、出生地、出生孕周、健康状况、体重、身长、母亲基本情况（姓名、年龄、国籍、民族和身份证号）、父亲基本情况（姓名、年龄、国籍、民族和身份证号）、接生机构名称等。在新生儿性别一栏，只有男女并无第三性的选择。《出生医学证明》是由卫生部统一印制，以省、自治区、直辖市为单位统一编号。卫生部主管全国《出生医学证明》工作，委托各级卫生行政部门负责辖区内《出生医学证明》的具体事务管理工作。《出生证明》是上户口的必备文件，而户籍制度又是居民身份证办理的重要参考。

根据《中华人民共和国居民身份证法》第3条居民身份证登记的项目包括：姓名、性别、民族、出生日期、常住户口所在地住址、公民身份号码、本人相片、指纹信息、证件的有效期和签发机关。所以，出生证明所确定的性别直接影响了户籍直至居民身份证，在确定了性别之后就确定一个人在社会舞台上的性别角色，这种角色的二元性与丰富多彩的现实生活极其不符，特别是性别表现的多样性。这样的程序设计直接将非男女性别的双性人排除在法律视域之外，如果要进入法律调整的范围并受到法律的保护成为合法的中国公民，在性别上必须妥协，选择男或者女。

法律上对性别的二元标准认定具有如下的特征：第一，二元性，即男女是法律性别的基础，二元性别是法律建立的性别基础，法律制度的构建都以男女性别为视角，法律理念的推行也以男女性别的界分为基础。前者如典型的婚姻制度，后者如对妇女权益的特殊保护。

第二，普遍性，法律里的男女二元性别具有普遍性，不存在例外和特殊的情况发生。男女二元性别作为一种“真理”自然而然地存在法律的视域中，并无任何可以挑战的机会。

第三，不变性，所谓不变性是指一旦出生性别是确定的，或男或女。医学上DNA的XY或XX决定了人的法律性别，内外生殖器官的异常并不能让性别发生变化。法学对于医学男女二元性别标准的完全继受反过来也强化了医学标准的权威，法学的性别二元标准也强迫双性人被迫接受医学上的治疗，让其符合所谓的或男或女的医学标准。

医学上治疗双性人的历史表明了医学对社会的巨大影响，医学对于性别二元范式的运用是隐形的。然而这种隐形性已经开始被揭露，不仅对标准本身而且对标准作用于对象上的效果，医学界都开始产生了否定。

三、医学上双性人的去病化及法学性别二元标准的坚守

双性人作为医学问题的范式并以此为基础建立的医学二元性别标准表明了医学力量的强大。然而

医学治疗模式和它潜在的臆断在 20 世纪晚期开始受到医学圈子内外的质疑。

第一，医学研究人员注意到医学上对于治疗模式的研究相当缺乏，特别是通过手术改变生殖器官来符合男女分类的做法。在对治疗模式研究缺乏的前提下盲目进行矫正手术是对病人的拯救还是造成再次的痛苦，具体的结果并无实证的支持。第二，某些人员进行的研究也表明医学上宣称的通过性外表的美容手术并非是成功的治疗模式，手术预期的对手术者的心理疗效并没有实际达到，心理问题并没有因而避免。同时对未经治疗的双性人的研究表明他们也并没有因为未进行医学治疗而受到心理上的伤害。第三，双性问题是一个社会和心理问题并非医学问题。越来越多的医疗人员承认，双性的状况虽然是一个医学上的问题，但大多数的双性儿并没有医学上的急症需要治疗。虽然作为社会和心理健康急诊的“急症”需要尽早的身体上的干预，但这等于将社会和心理问题推给了医学，会造成医学上的压力和盲从的手术推行。医学化不仅严重影响了双性人本身也影响了对于双性人的社会化理解，把焦点对双性人的社会性反应转移到了医学上。这种转移导致了对双性人的社会理解、社会反应和社会变化的缺失。医学化追求维持双性人的隐形化的效果让社会对双性人和双性文化怀疑丛生。[9]

尽管医疗机构在对待双性人的态度已经不再统一，目前医学界已经开始做出重大的进步，把性别认同和决定的权力留给双性人本人，而不是外科医生和父母。即等待双性人本人可以意识到性别的重要性时由其本人来决定是否进行外科生殖矫正手术，而非由父母或外科医生来进行决定。这样的变化意义重大，避免了外科生殖矫正手术的不可逆性。

法学上个别学者用论文或专著的形式对性别矫正手术中通知同意义务的变化进行了论述，如 Julie Greenberg 教授在他的论文里详细的介绍了医学上治疗双性人状况的变化，并详尽解释了双性人涉及的法律问题，如出生证、驾照以及护照等文件。[10] 但相较于医学对于双性人认识和行为的转变，法学界仍然保持停滞不前的状态，没有实质性的进展。法律的固执让人不安但这有着深刻的社会文化根源。

医学作为一种科学职业，为了符合和文化预期相适应的性别可以忽视科学证据，那么法律作为文化标准的执行者在这个问题上的妥协是不能容忍的。性别的二元化深深的扎根于社会文化中，法律也不能幸免例外。社会领域中双性人确实存在，其病态性也得到了医学界的否认，但社会大众对双性人的认识却知之甚少，因此问题的关键就在于二元性别这种性别臆想本身。社会对二元性的遵从并不意味着法律也要坚定的遵从，特别是当遵从已经被证实对受到法律制约的人带来重大负面影响的时候。忽视科学的真相，片面追求法律性别的二元纯净性的结果自然会危及了法律追求正义的功能。

在决定一个人的性别时候有多重考虑的因素：染色体、性腺、外部性态、内部性态、荷尔蒙类型、表现性态、分配性态、以及性别认同。对于大多数人来说，这些因素都是一致的。然而对于另外的许多人来说，这些因素是不一致的或者模糊的。对这些人来说，法律上的标准必须要确立才能保证他们和所谓的正常男女一样享受社会生活。单纯的依从医学标准甚至固守医学标准，不顾及医学的进步只能让法律远离生活，远离生活中的人，让法律服务于人的意义大打折扣。

四、法律二元性别范式的现实窘境

法律二元性别范式的坚守对社会生活产生的影响是多方面的，从人权层面上双性人的自我决定权的剥夺、不平等的对待以及歧视现象的存在以及从部门法层面上涉性别制度都对于性别二元范式构成了强大的挑战。以下仅以三个问题为例进行说明。

（一）刑法上的涉性别犯罪

性别二元范式对各部门法产生了指导作用，各部门法在二元性别范式下对涉性别问题进行了制度上的设计，但由于性别二元范式的单一化和绝对化，涉性别制度在部门法上遭遇了严重的法律适用问

题。以下以刑法中的若干罪名为例进行说明。

案例：李某于2003年2月以5000元的价格收买一外地女子为妻，当晚在被害人极力反抗的情况下使用暴力欲行强奸，后发现被害人为两性人而未得逞。为挽回损失，李某将被害人带到外省谎称其为自己的妹妹并以同样的价格将其卖给他人。在认定犯罪构成时因为犯罪构成对象的性别问题产生了不同的意见。

有学者认为“从生理角度看，两性人虽非完全的女性，但他（她）还是具有女性的生理特征，不能因其只具有部分特征而否定其整体性质，不能因为两性人只具备了女性的部分特征而否定其妇女地位。”[11]该观点完全从实用主义角度出发，因为如果将双性人认定为男性将不符合拐卖妇女罪的犯罪构成，导致定罪困难。但问题的关键是两性人的性别不能仅仅从定罪容易的角度就将其轻易地定性，性别的认定不能以符合犯罪构成为依据。相反法律应该主动确定性别的类别，清晰界定性别的种类，避免现实中再次引发性别认定的尴尬。

之所以出现上述的争议原因在于1997年的刑法将原来1979年刑法中的拐卖人口罪进行了限缩，变成了现在的“拐卖妇女儿童罪”。当时修改的理由是：拐卖妇女、儿童这两类人的案件比较常见，而拐卖成年男性等情况则比较少见，不需要用刑罚来处置。[12]这样的罪名变化限缩了客体的适用范围，并没有考虑到性别的多样性问题，将男性以及双性人排除在了罪名适用之外，进而导致实践中出现的对于双性人的侵犯问题在定罪量刑时遇到困难。

在强奸罪的罪名认定上，我国刑法规定强奸罪的实施主体一般只是男子，女子或为教唆犯或为帮助犯或为间接正犯，在犯罪对象上只能是女性。我国刑法在强奸罪的认定上以男女生理差异为基础，以男权主义为思想基调。生理基础虽然具有一定的客观性但并不能满足丰富的社会生活现实，在对象上没有考虑到对双性人的强奸、对男性的强奸，在主体上没有考虑到女性对男性、女性对女性以及双性人对男性或女性的强奸。与此类似的罪名还有“强制猥亵侮辱妇女罪”，同样的男性以及双性人也可以成为该罪的犯罪对象，所以也应当将特定性别女性删除，拓展到全部性别，既包括男性也包括双性人。

解决之道唯有在法律上破除性别二元论，承认性别的多样性，认同男女性别之外双性的存在。在刑法上对应的应将“拐卖妇女儿童罪”还原为“拐卖人口罪”，同时相关的罪名如“收买被拐卖妇女儿童罪”“聚众阻碍解救被收买的妇女儿童罪”也要进行相应地修改。

（二）公共场所性别区隔问题

在美国的 *Goins v. West Group* 案中，明尼苏达人权法案禁止基于自我认同性别和生理性别不一致的人的歧视。Julienne Goins 是一个由男变女的变性人，受雇于 West Group。她最初在纽约工作时候公司允许其使用女洗手间。后来她搬到了明尼苏达，她的女同事经常抱怨她使用了女洗手间。后来她的雇主告诉她不得再使用女洗手间，她可以使用离她的工作室很远的两个单性洗手间。其中的一个洗手间实际上在另外一个建筑内。她向老板抱怨着两个洗手间离她的办公室太远了也非常的脏，但老板拒绝改变决定。公司的理由就是女同事和她共用洗手间感到非常不舒服。于是 Julienne 起诉了公司，她认为根据明尼苏达人权法案她受到了歧视。明尼苏达最高法院作出了有利于公司的判决，认为性别认同的歧视并不能延伸到传统的空间性别区隔，如更衣室和洗手间。^① 在 *Hispanic AIDS Forum v. Bruno* 案中的法庭和明尼苏达法庭采取了一致的判决认为变性人被要求使用和他们的生理性别而不是心理性别一致的卫生间并不违反法律规定。[13] 然而在 *Cruzan v. Special School District #14* 案件中，一个女教师抱怨学校允许一个由男变女的变性图书管理员使用女卫生间，法院驳回了该教师的请求认为学校的做法是正确的。^②

^①635 N. W. 2d 717, Minn. 2001.

^②294 F. 3d 981, 8th Cir. Minn. 2002.

卫生间以及其他房间等公共场所的性别区隔已经作为一种社会标准存在，如卫生间分为男卫生间和女卫生间，学生宿舍分为男生宿舍和女生宿舍，收容所分为男性房间和女性房间，监狱绝大部分都是男女分设的，分为男监狱和女监狱，即使是同一监狱也是男监和女监分设的。这种看似“天然”的性别区分恰恰是对身体与性别标准不一致的人的歧视。

由于婴儿期的变性手术已经越来越不被医学所推崇，而强调在孩子长大后由其自己进行判断，这种变化将导致越来越多的变性人以不符合男性或女性的标准存在。这也意味着法律必须要正视双性人所面对的公共场所的性别区隔问题，如何在法律上保证双性人在公共场所的空间隐私权是急需解决的问题。这其中的隐私问题和安全问题是官方文件所没有涉及的。这种安全和隐私问题不仅仅针对双性人或变性人本身，对于男性或女性来说也会发生上述的影响。

如在意大利议会工作的一个女性职员在发现一个由男性变性为女性的议会职员使用了女性卫生间后，说到“我感觉受到了性侵犯，特别不舒服。” [14] (P74) 这种反应实际上是非常典型的。但是对于变性人或双性人来说被拒绝进入上述公共场所所带来的痛苦一定远远超过了非变性人或双性人。所以实践中设置第三性公共空间一方面对于第三性的认同另一方也是对于非第三性人与第三性人共用公共空间情感上反映的一种社会呼应。但这种对于第三性公共空间的设置往往都是临时性地由当时的工作人员现场做出，大多数服务场所对此并不具有书面的文件，而这根本上源于法律上对于第三性性别的不承认。

实践中变性人也不被允许根据他自己的性别认同选择使用卫生间，主要理由有：第一，对于犯罪活动的恐惧。第二，避免性别欺诈。第三，异性恋规范。第四，推行性别模式的社会需要。 [14] (P74) 虽然有的学校宿舍提供男女混合住宿，但这种情况属于少数。此外尽管有些公共场所提供中性或者家庭使用的卫生间，但是从总体上来看大多数的卫生间还是只限制为一种性别使用，而这种性别或是男性或是女性。

监狱系统对性别不一致人的暴力犯罪有加重的趋势，性别不一致的犯人，特别是那些有女性外表但被关押在男监狱的人会受到严重的虐待。大多数监狱并没有书面上的政策规定如何决定这些性别不一致的犯人关押到哪个区域，大多数的监狱机构都是根据犯人的外部生殖器来判断性别的，因此那些生殖器官模糊或者生殖器官和性别认同不一致的双性犯人以及没有进行变性手术的变性人只能把他们关押在和他们的自我认同性别不同的区域。有的监狱如果认为这样的人可能会受到犯罪的威胁会将其和其他人进行行政隔离，而并非将他们和女性放到一个区域内。虽然行政隔离一般用于违反监狱规则的罪犯，但为了安全起见，也没有其他更好的办法。虽然行政隔离保证了变性人或双性人的人身安全，但行政隔离的运用仅仅是因为双性或变性的状况又让这类人的境遇变得可怜至极。

Miki Ann DiMarco，是一个出生时具有双性状况的女性，她因为信用卡诈骗被判处缓刑，在缓刑期间因为违法规定后来被收监，但考虑到她的情况，虽然监狱并不存在安全威胁问题，她还是在单独监禁室呆了438天，她不能和其他囚犯接触，有限制地接触娱乐室、杂货店、受教育的机会、立法、宗教事项、收音机、台灯、玩牌等。她被迫独自一人在房间的床上或卫生间里吃饭。而这些仅仅因为她是一个双性人，尽管从青春期开始她就作为一个女性生活，尽管她没有男性的性功能，她还是在整个监禁期间都受到了隔离。 [14] (P78) 有很多入监者在法庭上控诉这个虐待的体系，声称或者被放在了行政隔离室或者把他们放在普通男性中，这种做法侵犯了他们的宪法权利，特别是根据美国宪法第八修正案免于残酷和非常规的惩罚的权利。

(三) 性别变更手术的滥用

法律对于男女二元性别之外的性别采取的排斥态度让性别变更手术成为父母让孩子的性别适应男女二元范式的“救命稻草”，这也让医学性别手术的实施变得随便。这种所谓的矫正手术在20年代末期被证明是一种滥用。

第一，手术实施的标准模糊。手术实施的标准在实践中是模糊的，带有误导性。手术实际上混淆

了生殖器畸形和性别不明确两个问题，手术让父母们误认为性别不明确是生殖器畸形的一种，但实际上这是两个问题。有学者认为：仅仅改变生殖器不能改变染色体、基因和激素并不能让双性的孩子变成指定的性别。[15]

第二，手术的危险性大。性别矫正手术，如阴道再造术有着极大的手术风险，可能会带来绝育、性功能丧失、性快感减少或消失以及长期的身体上的疼痛。而且目前也缺乏对这种手术有效性的长期性研究。

第三，手术后会有强烈的心理副作用。除了身体上带来的伤害外，手术还会给双性人带来毁灭性的心理影响。根据旧金山人权委员会对进行性别手术后的双性人进行调查表明他们在手术后大多有心理疾病，感到丢脸耻辱。这种感觉伴随手术的全程，而且手术并非一次就结束了，通常都需要随后的多次手术才能完成。每次手术时医生重复的医疗检查让手术人心理蒙上了耻辱的阴影，让双性人觉的自己已经失去了对于身体的控制和自治的权利。有学者甚至认为手术非但没有让双性人减少反而是增加了异样的感觉，手术的推行也让双性人这个词变成了性别异常的代名词。[16]

第四，手术对性别认同的疗效性有待考察。这种所谓的治疗手术仍然是新的技术，没有长期的研究表明这种手术对于儿童的性别认同发展、自我认同、一般心理健康起到积极的作用。这种手术成功和有效的标准也非常复杂：当病人的生殖器官看起来很正常但却失去了生育以及性器官的能力，这是否属于成功呢？

实践中多名手术后的患者控诉手术给他们带来的生理和心理的伤害。如 Debbie Hartman 的孩子在 10 岁的时候曾经自杀过 2 次，就因为她痛恨自己的身体，她不断地问自己的父母为什么把她的生殖器切掉了。[16] Cheryl 有双性的器官，但医生认为从外生殖器判断她更适合手术为女性，于是切掉了她的阴茎，手术证明是一场悲剧，她 6 个月几乎都没有说话。整个童年和青春期她都感到十分不快乐和孤独。19 岁时她心理充满了怨恨有过自杀的想法。尽管她从麻省理工毕业，在哈佛大学学习了日语后来成为了一个成功的女商人，她仍然感到心理上的折磨，直到她在 35 岁时成为一名双性人社团的积极参加者。[14] (P27) 设想的性别矫正并没有带来应有的效果，心理上的伤害让人反思这究竟是一种治疗还是一种破坏。带来上述诸多后果的根源仍然在于性别二元范式，解决之道唯有破除性别二元范式的谬论，打破性别手术的神话效果。

五、性别二元范式的扬弃：第三性别的承认

2006 年 11 月 6 日到 9 日在印度尼西亚日惹举行的会议通过了《日惹原则》(Yogyakarta Principle)，这是关于将国际人权法应用于性倾向和性别认同相关事务的国际法原则。该原则从普遍享有人权、平等和非歧视、在法律面前获得承认、生命权、人身安全、隐私权、不受任意剥夺自由、获得公平审判、在拘留中获得人道待遇、不受酷刑和残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚、受到保护，免受各种形式的剥削、出售和贩卖人口、工作等 29 个方面确定了不同性别认同和性倾向人应享有的权利。该原则在序言中规定性倾向和性别认同是每个人的尊严和人性中不可或缺的组成部分，不能成为歧视或虐待的根据。

各国应该将基于性倾向和性别认同的平等和非歧视原则纳入其国内宪法或其他有关立法，如果尚未纳入其中的话，可以通过法律修正案和解释等手段来进行，并确保这些原则的有效实施。上述原则在国际法层面上为各国的性别立法提出了方向，但并不具有法律上的效力。国内法应以上述原则为指导进行本国性别立法的重构：对传统的性别二元范式进行扬弃，承认双性人的性别属性，并从宪法到部门法层面上都要进行相应的改革。

(一) 根本之途：户籍身份证性别制度的改革

对于有效改变性别二元范式的根本在于法律上彻底的破除二元性别，具体来说就是对户籍性别制

度进行革新。出生证对大多数人来说除非性别登记错误，否则不会有什么问题。但是出生证性别的认定对于双性人的社会和法律生活来说尤为重要。

出生证反映了我们的想法，即出生时的性别指派是一种法律上标识的指定。但现实已经把身份识别这样一种外部过程和身份本身这种不受外部指派的主观的内部过程合并了。出生证让双性人转化成了医学问题，同样的也可以解释为什么一些父母焦虑地寻求找到一个快速的答案“男还是女”。如果出生时候的性别分配和孩子实际生长的性别认同矛盾的话，修改出生证明的需要就变得很必要了，应该让每个人有他自己的性别识别。显而易见的是出生证强化了社会和法律的观念，排除了双性人的参与。〔9〕除出生证导致户籍上的性别二元外，身份证制度也存在同样的问题。性别二元之外第三性的法律认同是改革的关键所在。

第三性性别类型并非系本人所创，目前世界上已经有几个国家采取了这样的性别认定。如澳大利亚在护照新增了第三种性别选择——不确定，这个性别选项为 X。对此，政府发言人解释道，实施这项新政策是为了消除对变性人和双性人的性别歧视。这项新举措实施后，双性人可以在性别选项上勾选 X。而变性人只要出具医生证明，便可更改护照上的性别选项。在这个政策出台之前，性别选项只有男性和女性。且在接受变性手术之前，不得更改护照上性别选项。

美国也取消了必须接受变性手术才可更改性别的规定。官员凯文·路德说，这项新政策减少了性别歧视，有益于性别认同有困难的人，人们可以根据内心的本质来选择自己的性别，这是对人性的尊重。〔17〕2012年尼泊尔在一个名叫 Bradri Pun 的抗议下，为他修改了身份证的性别“第三性”。印度早在 2005 年就规定对于第三性别公民可以在护照上申请登记为 eunuch（阉割人），标记为“E”，在 2009 年 E 标记也被用作登记投票文件上。〔18〕国际民航机构也将接受护照上的第三性别选项。这项措施可以使人们在旅游中不被性别歧视。

我国户籍身份制度改革的基本思路有两个步骤：首先，出生证在男女性别选项之外再增添一个选项“未确定”。“未确定”选项适用于出生后性别特征并不明显的婴儿以及变性后的人。在性别判定上，目前主要通过接生人员的医学知识判定，考虑到我国的医学现状，这种判定主体可以不变。

该选项的增加对于双性人来说意义重大：第一，可以保证双性人的性别选择权的实现，该选项的增加为上述的性别手术的选择权提供了法律上的依据，也让父母不再急于为子女确定性别提供了制度上的保证，避免了性别手术的滥用以及对性别手术后的不可逆转性。第二，在更深层意义上这种变化将会在最基本的社会和思想层面移除法律摇摆不定的阻碍。第三，从法律医学和社会原理上移除这样一个决定性的基础结构——二元性别。这将对法学、医学乃至整个社会产生深远影响，对于整个社会的性别文化意识的重新形成具有决定的推动作用。

其次，相应的身份证制度也要进行变化，应当在身份证性别一栏增加选项“未确定”。根据我国《中华人民共和国居民身份证法》第二条的规定：居住在中华人民共和国境内的年满十六周岁的中国公民，应当依照本法的规定申请领取居民身份证；未满十六周岁的中国公民，可以依照本法的规定申请领取居民身份证。在 16 周岁领取身份证时，双性人早已到达认识自己性别的年龄，是否进行性别手术可以确定，此时如果已经进行了身份手术确定了男或女的性别，则可以按照手术后的性别办理身份证，性别显示上也以手术后的性别为准。如果 16 周岁后，双性人不决定进行手术或尚未进行性别手术，则可以在性别上确定为“未确定”。

（二）具体制度路径的展开

1. 赋予双性人本人性别手术的选择权

法律对第三性在户籍制度上承认后，要从具体措施上建立和实施给予双性人公平和平等的境遇对待。首先要在医学性别手术上进行必要的限制，改变目前由父母决定子女性别手术的选择模式。在医学性别手术的时间上进行限制，将时间定为青春期后子女可以意识到自己的性别时为准。

所谓性别认同是指每个人对性别深切的内心感觉和内心体验，可能与出生时被认定的性别一致或

不一致，这包括对身体的个人感觉和其他性别表达，包括衣着、言语和独特的行为举止。一个孩子随着年龄的增长对于性别的认识会越来越清晰，可以在性别真正重要的时候再进行性别的选择。父母应该懂得识别孩子发出的性别信号，可以对于孩子在学前阶段选择的性别身份进行反应。青春期后个人对自己的性别的认识已经基本形成，此时性别才开始和法律发生关系，此时由自己来进行决定是否要进行性别手术以及性别手术时性别的选择是合适的。这样的时间限制避免了父母决定子女手术性别所带来的不可逆转性。这样微小的变化对于其他解决方法的目的实现具有重要的意义，它表明了法律界对于医学上性别类型研究的认同，意味着法学界和医学界对于性别认识的同步，也更为符合社会性别的现状。

2. 公共场所中性别的重新区隔

公共场所的性别区隔已经作为一种社会标准存在已久，在新的性别范式下，性别区隔要重新作出，要给予第三性独立的性别区隔空间。只有与此才能在社会上形成对于第三性性别的认同，第三性才能真正得到尊重和认同。同时第三性独立区隔空间的设立对于其他男性或女性来说也不会造成心理上的负担。为此社会应该在涉及性别区隔的公共场所对第三性进行容纳，如卫生间、宿舍、监狱等。

对此洛杉矶警察署在2012年采取了多项措施保证变性人的权利，包括设立独立的收容所接纳变性人、按照变性人自己喜欢的名字而不是出生时起的名字对外发布消息、不能只为了确定他们的生理上的性别搜查身体。[19]意大利则在2010年专门为变性人开设了一个监狱，据报道意大利总共有60多个变性罪犯，而这个专门的监狱可以容纳30名罪犯，发稿时监狱共关押了2名变性罪犯。[20]考虑到双性人的数量占总体人数的比例并不大，所以在公共场所的区隔上没有必要浪费社会资源，所以在空间区隔配比上以节约为原则，既考虑区隔空间的供给又不浪费资源。如监狱可以地区划分为标准设置第三性独立的关押房间，而并非每个监狱都要进行配置。在卫生间的配置上则要在每个大型的公共场所都要有所考虑。

3. 性别歧视立法的对象扩张

《日惹原则》的第二条规定了平等和非歧视的权利，即每个人都有权享有所有人权，不受基于性倾向或性别认同的歧视。无论对其他权利的享有是否受到影响，每个人都享有法律面前的平等权利，不受任何此类歧视。法律应禁止任何歧视，并保证所有人获得平等和有效的保护，以免受到任何此类歧视。基于性倾向或性别认同的歧视包括任何基于性倾向或性别认同的区别对待、排斥、限制或偏袒，其目的或后果是取消或损害法律面前人人平等，受到法律的平等保护，或在平等基础上承认、享受或行使所有人权和基本自由的权利。基于性倾向或性别认同的歧视，可能并且经常与基于其他理由——包括性别、种族、年龄、宗教、残疾、健康和经济地位的歧视结合在一起。

性别歧视在现实生活中一直存在，人们也一直寄希望于法律能够消除这一现象。但现有关于性别歧视的法律规定仍然是以性别二元范式建立起来，在制度设计上以消除男女性别歧视为主，力图通过法律手段消除生活中的男女性别歧视问题，尤其是女性歧视。但第三性别的出现对性别歧视立法的对象进行了拓展，性别歧视立法的对象应从传统的男性或女性扩展到第三性。立法上应保障第三性在法律制度面前的平等对待和保护，消除第三性别在生活中受到的歧视。

4. 相关部门法性别多元化的落实

部门法都或多或少涉及性别问题，第三性性别的采纳应具体体现在部门法的法律制度上，只有这样才能让法律的二元性别范式彻底瓦解，让第三性性别深入到法律之中。如上文提到的刑法中涉及的性别罪名“拐卖妇女儿童罪”“收买被拐卖妇女儿童罪”“聚众阻碍解救被收买的妇女儿童罪”等都要进行相应的修改。

法律含蓄的使用了“性”和“性别”的术语，但这实际暗含着一个假定：只有两种生物性别存在。这就像一道必答的单选题一样“一个孩子必须是男孩子或女孩子。”[9]法律的这种强行分配让我们每个人都带着性别的法律标签，这就让双性人变得无容身之所了。是法律对此作出回应的时候

了，破除法律二元性别范式，承认第三性的法律地位，唯有此才是良法。

参考文献:

- [1] [美] 萨托利. 民主: 多元与宽容 [A]. 刘军宁, 王焱. 直接民主与间接民主 [C]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1998.
- [2] Leonard Sax. How common is Intersex? A Response to Anne Fausto – Sterling [J]. *Journal of Sexual Research*, 2002, 39.
- [3] Anne Fausto – Sterling. The Five Sexes: Why Male and Female Are Not Enough, [J]. *Science*, 1993, Mar – Apr.
- [4] <http://www.isna.org/> [EB/OL]. 2013 – 03 – 2.
- [5] <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%B5%AB%E9%A9%AC%E4%BD%9B%E6%B4%9B%E7%8B%84%E5%BF%92%E6%96%AF> [EB/OL]. 2013 – 01 – 10.
- [6] Julie A. Greenberg. Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology [J]. *Arizona Law Review*, 1999, (41) .
- [7] 张杰. 中国古代的两性人 [J]. *中国性科学*, 2004, (6) .
- [8] 林红. “双性儿”的命运与性别文化 [J]. *博览群书*, 2008, (9) .
- [9] Elizabeth Reilly. Radical Tweak: Relocation the Power to Assign Sex [J]. *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, (12) .
- [10] Julie A. Greenberg. Symposium: The Gender Nonconformity Theory: A Comprehensive Approach To Break down The Maternal Wall and End Discrimination against Gender Benders [J]. *T Jefferson Law Review*, 2003, (26) .
- [11] 马贞茂. 收买被拐卖的“两性人”又出卖应定何罪 [N]. *检察日报*, 2004 – 08 – 11 (4) .
- [12] 杨涛. “拐卖人口罪”还应该恢复 [N]. *检察日报*, 2010 – 12 – 20 (6) .
- [13] http://www.aclu.org/lgbt-rights_hiv-aids/hispanic-aids-forum-v-bruno [EB/OL], 2013 – 03 – 20.
- [14] Julie A. Greenberg. *Intersexuality and the Law* [M]. New York: New York University Press, 2012.
- [15] Hazel Glenn Beh&Milton Diamond. An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on infants with Ambiguous Genitalia? [J]. *Michigan Journal of Gender & Law*, 2000, (1) .
- [16] Alison Davidian. Beyond The Locker Room: Changing Narratives On Early Surgery For Intersex Children [J]. *Wisconsin Journal of Law, Gender&Society*, 2011, (Spring) .
- [17] 消除对变性人和双性人歧视 澳大利亚护照增第三种性别选择 [EB/OL]. <http://www.gxcity.com/2011/0916/22035.html>, 2013 – 03 – 20.
- [18] Kyle Knight. Dividing by Three: Nepal Recognizes a Third Gender [EB/OL]. <http://www.worldpolicy.org/blog/2012/02/01/dividing-by-three-nepal-recognizes-third-gender>, 2013 – 03 – 01.
- [19] Transgender Prison. LA Police Open Separate Detention Facility for Transgender Inmates [EB/OL]. http://www.huffingtonpost.com/2012/04/13/transgender-prison-la-police_n_1423879.html, 2013 – 03 – 01.
- [20] Italy ‘to open first prison for transgender inmates’. [EB/OL]. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8455191.stm>, 2013 – 03 – 01.

[责任编辑: 侯学宾]