

性别认同的法律承认

（审阅稿）

本文为审阅稿，请勿以任何方式复印、拍照、传播和引用。

欢迎意见和建议：tongyu.org@gmail.com



2017 年

人人享有，平等权利

性别认同的法律承认

作者：马可彤童

一、研究简介

限于研究时间和资料，本文主要研究了欧洲大部分国家、亚洲九国（日本、印度、印度尼西亚、尼泊尔、孟加拉国、巴基斯坦、泰国、菲律宾、马来西亚）及南美洲阿根廷在性别认同的法律承认方面的立法规定和/或司法判例，旨在提供域外经验，推进国内性别认同的法律承认立法/修改。

文章第一部分，解释性别认同、跨性别、性别认同的法律承认的概念及其重要性；第二部分，梳理国际人权公约及欧洲人权公约中性别认同法律承认的权利基础/来源，特别是欧洲人权法院如何从“对私生活的尊重权”中逐步发展出国家对性别认同法律承认的积极义务；第三部分，介绍性别认同的法律承认之性别标记变更的条件和程序。在条件方面，有医学条件（绝育/性别重建手术、其他医疗干预、医疗诊断/医学检查、实际生活体验测试/冷静期）和非医学条件（离婚、年龄）两类。本文旨在分析设立这些条件的立法目的及相关欧洲人权法院或各国法院反对设立此类条件之理由，并介绍非以医学标准而以自我认同为性别认同法律承认标准的国家的优良实践。在程序方面，介绍基本原则及行政模式、司法模式和专家委员会三种模式；第四部分，介绍姓名变更的条件和程序；第五部分，介绍第三性别选项的相关情况。

文献方面，欧洲部分主要参考了 Transgender Europe (TGEU) 《Legal Gender Recognition in Europe Toolkit 2nd Revised Version》(November 2016)，ILGA 《Trans Legal Mapping Report: Recognition before the law 1st Edition》(November 2016)（本文完成时 ILGA 发布了第二版 Legal Mapping，相关规定尚未进行比对），以及欧洲人权法院从 1986 至今的十几个跨性别相关判决（判决清单可见《FS_Gender_identity_ENG》）和各国法条文本；亚洲部分主要参考了 UNDP 《Legal Gender Recognition: A multi-Country Legal and Policy Review in Asia》；阿根廷的内容直接基于其《性别认同法》英文译本。此外，李燕著有《性别变更法律问题研究》一书，但其参考资料均在 2009 年之前。

后续研究，可以增加北美（美国联邦及其各州、加拿大），大洋洲（澳大利亚、新西兰在第三性别方面很先进），南美其他国家，亚洲香港和台湾方面的规定。ILGA 第二版 Legal Mapping 是很好的参考资料。

二、性别认同的法律承认的概念和重要性

性别认同是指一个人内在的关于自己是男人、女人、其他某种性别、或多种性别指混合的感觉。跨性别者即是其性别认同（或性别表达）与其指派性别不相同的人。¹性别认同的法律承认则是指一个人的性别认同得到法律的正式承认，体现为跨性别者可以获得性别和/或名字与其性别认同相符的官方证件。

性别认同的法律承认极为重要。首先，对许多跨性别者来说，与其性别认同不相符的性别和/或名字信息是使其内心感到持续困扰和不舒服的主要源头之一，因为身份证件并没有反应他们的真实自我，即其性别认同。其次，因为大多数的日常生活都需要身份证件，每当需要出示身份证、护照、出生证明、学历证明或其他身份证件而证件上的性别又与其性别认同或性别表达不相符时，跨性别者就会被动“出柜”一次。这一方面是对跨性别者私生活的严重侵犯甚至构成不人道对待，同时很容易引发歧视，或造成对跨性别者人身安全的威胁。

不能修改性别和/或名字信息不仅使跨性别者的日常生活非常困难，如租房、开设银行

¹ 亚太跨性别健康蓝图, p.xiii

账户、入住宾馆、乘飞机火车等等，还复杂化了跨性别人群生活的其他方面，包括医疗、就业、教育、公共服务等。比如不能修改学历上的性别信息，使跨性别者在找工作时非常困难或受到歧视性对待；居留、监禁场所按照身份证件上的性别进行管理，使跨性别者遭受性骚扰及其他人身安全威胁；在性别认同的法律承认或性别重构手术以监护人批准为前提时，跨性别儿童可能受到家庭成员的暴力；无法出示与其性别认同或表达相符合的身份证件导致跨性别者被拒绝获得相应的健康医疗服务，包括常规的妇科检查，也包括紧急救护等。总之，性别认同得到法律承认是跨性别者进行有尊严、受尊重、自主生活的前提。

三、性别认同的法律承认的基础

1、人权国际公约

尽管人权国际公约并没有关于性别认同的法律承认的直接规定，但自由和尊严、自决权、隐私权、不受歧视等均包含在有约束力的国际人权公约中，性别认同的法律承认权可从这些权利中推导而来。《世界人权宣言》第 1 条：“人人生而自由，在尊严和权力上一律平等”；第 3 条：“人人享有生命、自由和人身安全”。性别认同是尊严和自由最基本的方面之一，保障个人的自由和尊严自应保障个人性别认同。

《公民权利和政治权利国际公约》与《经济、社会及文化权利国际公约》第 1 条：“所有人民都有自决权”得“自由谋求他们的经济、社会和文化发展”。性别认同是个人人格中不可或缺的一部分，个人自决自包含性别认同的自我决定，免受干扰或侵害。

《世界人权宣言》第 12 条、《公民权利和政治权利国际公约》第 17 条：“任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得加以任意或非法干涉。人人有权享受法律保护，以免受这种干涉和攻击。”性别认同构成个人私生活最私密的领域之一，应受到法律保护。

最后，《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》均规定了平等权。任何人都不应因其性别认同受到限制或歧视。

2、日惹原则

《日惹原则》(Yogyakarta Principles) 是来自不同地区、专业背景的知名的人权专家共同形成、并一致通过的一系列与性倾向和性别认同相关的国际人权标准。这些原则致力于集中所有国家都必须遵守的国际法律标准。²

原则 3 指出：“任何人在任何地方都有权在法律面前被承认为一个人。不同性倾向和性别认同的人在生活的各个方面中都应享有法律行为能力。一个人自我界定的性倾向和性别认同是其人格中不可或缺的一部分，是自决、尊严和自由最基本的方面之一。任何人都不应为了使其性别认同得到法律承认这一需要而被迫接受医疗程序，包括性别再造术、绝育术或荷尔蒙治疗。任何身份——如婚姻或父母身份——都不应被援引来阻碍一个人的性别认同得到法律承认。任何人都不应迫于压力而隐瞒、压制或否认其性倾向或性别认同。”³

3、《欧洲人权公约》

所有欧洲委员会的成员国均为《欧洲人权公约》(European Convention on Human Rights) 的缔约国。尽管公约本身并没有涉及性别认同的法律承认的条款，但欧洲人权法院(European Court of Human Rights) 在受理涉及跨性别者权利的案件中，通过解释公约第 8 条，为缔约国创设了关于性别认同的法律承认的“积极义务”(Positive obligation)，即需采取行动确保“私人 and 家庭生活”得到尊重，提供性别认同的法律承认的可能。⁴

欧洲人权公约第 8 条：“人人享有使自己的私人 and 家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。”欧洲人权法院指出：“性别认同构成个人私生活最私密的领域之一 (gender identity was

² <http://yogyakartaprinciples.org/principles-ch/about/>

³ http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_ch.pdf

⁴ Goodwin v UK

one of the most intimate aspects of a person's private life)”，⁵第 8 条的“私生活”涵盖了性别认同权利 (right to sexual identity)，⁶官方证件上法律性别与跨性别性别认同和表达间的明显差异，会严重扰乱跨性别者的日常生活，这与第 8 条对私生活的尊重要求并不一致。⁷总之，性别认同的法律承认适用欧洲人权公约第 8 条。

同时，尽管传统上国家对于人权的保护负消极义务，即除非基于合法目的不得干预权利的行使，但欧洲人权法院在 1986 年 *Rees v UK* 案中指出，为实现第 8 条对私生活的有效保护，成员国可能负有积极义务。但在 2002 年 *Goodwin v UK* 之前，基于成员国各国对跨性别的理解、态度及实践不同，缺乏共同基础，法院在判定“积极义务”是否存在，即判定成员国是否在社会公共利益与个人利益之间形成公平的平衡时 (fair balance between the general interest of the community and the interests of the individual)，给予了各成员国较大的裁量余地 (margin of appreciation)。在 1986 年的 *Rees v UK* 案和 1990 年 *Cossey v UK* 案中，考虑从根本上更改出生证明登记制度将会产生严重的行政后果，并对其他人施加新的责任，欧洲人权法院判决未给跨性别者提供性别认同法律承认途径的英国并未违反其公约义务。⁸

2002 年 *Goodwin v UK* 具有转折性意义。本案中，尽管已经完成性别重构手术并以女性身份生活，由于英国没有性别认同的法律承认法律，申诉人在法律上仍是男性，并因此在工作中受到性骚扰，在缴纳国家保险金上遇到阻碍 (男性于 65 岁女性于 60 岁停止缴纳国家保险金)，并在生活中感到尴尬和羞辱。欧洲人权法院判决：“《欧洲人权公约》的核心即是对人的尊严和自由的尊重 (respect for human dignity and human freedom)，而个人自治原则 (personal autonomy) 则是公约第 8 条的基础。第 8 条保护每个个体的私领域，包括作为人类塑造构成自己身份认同具体内容的权利 (right to establish details of their identity as individual human beings)总之，经历了性别重构手术的跨性别者生活在不男不女的中间地带，这种令人不满的状况不能再继续下去了.....政府不得再以该事项属于成员国裁量余地 (margin of appreciation) 为理由拒绝提供公约权利的保护，因为不存在重大的公共利益足以压倒申请人获得性别认同的法律承认的利益。”申请人获得胜诉，而该案的判决也直接促成英国 2004 年《性别承认法》的出台。

随后，欧洲人权法院在 2006 年 *Grant v UK* 案和 2007 年 *L v Lithuania* 案中又分别肯定了 *Goodwin v UK* 中的主张，指出：“这种立法空白 (拉脱维亚没有关于性别重构手术的法律规定) 使申请人对其私生活和其真实认同的承认处于令人不安的不确定状态 (this legislative gap had left the applicant in a situation of distressing uncertainty with regard to his private life and the recognition of his true identity)”，因而构成对公约第 8 条的侵犯。

总之，通过一系列案例发展，欧洲人权法院为成员国创设了性别认同的法律承认的积极义务。此外，各国在执行该积极义务过程中，不得侵犯公约为个人提供的其他人权保障。其中，绝育及强制性性别重构手术要求可能涉及公约第 3 条禁止酷刑；强制离婚要求可能涉及公约第 12 条结婚和组建家庭的权利；事实上无法实现的法律承认程序可能涉及公约第 6 条公正审判权；而这些都涉及公约第 14 条禁止歧视。

2、欧盟委员会决议和建议

除欧洲人权公约及欧洲人权法院判例外，2015 年的欧洲委员会会议 2048 号决议《针对欧洲跨性别者的歧视》(The PACE resolution 2048)⁹对性别承认中存在的“人权侵犯，特别是对私生活受尊重权和身体完整权的侵犯”表示特别关注，并呼吁各成员国“建立快速、透明、便民，以自我决定为原则”的姓名和性别变更程序，取消绝育及其他强制医疗、精神诊

⁵ *Van Kuck v Germany* (no.35968/97 ECtHR)

⁶ *A.P., Garçon and Nicot v France*

⁷ *B v France*

⁸ *Rees v UK; Cossey v UK*

⁹ PACE 2048(2015)

断要求，取消离婚要求，考虑添加第三性别选项，并保障相关儿童利益。

2010 年部长委员会关于防止基于性倾向和性别认同的歧视的措施的建议（*recommendation*）¹⁰也为各成员国设定了性别承认法律的最低标准，指出：各成员国应定期审核性别认同的法律承认的前提条件以取消虐待性条件；承认应是全方位的，快速、透明、便民的，义务主体包括非官方机构（*non-state actors*）；并要有效确保完成性别法律承认的跨性别者与异性的结婚权。

四、性别认同的法律承认条件（医学标准）

对于性别认同的法律认同，各成员国法律或实践规定了不同条件。由于在传统的法律体系和社会规范中，国家掌握对性别界定的定义权力，而这一定义一般以生物（染色体）、生理（生殖器、性腺、性激素）为基础。故而大多数国家性别的法律承认强调生物、生理上对两性的认识，围绕“是什么性别”、“具备何种要素才可以称为男性或女性”而展开。

根据严格程度不同，一些国家规定跨性别者只有进行绝育（*sterilization*）或全套的性别重建手术（*sex reassignment surgery*）后才可获得相应性别的法律承认。不要求绝育或性别重建手术的国家，有些则设置了其他医疗程序，如进行荷尔蒙更换治疗（*hormone treatment*），通过实际生活体验测试（*real life test*），进行身体检查（*physical examination*）、心理健康评估等等。大部分国家性别认同的法律承认以获得医学诊断（*diagnosis/medical opinion*）为前提。总之，在这些国家，性别法律承认的过程类似医学鉴定过程（*medicalized procedures*），国家或国家认可的医师掌握着主动权。笔者将这些性别认同的法律承认条件统称为医学标准，分述如下：

1、绝育/性别重建手术

目前，二十多个欧洲国家将绝育或性别重建手术作为性别法律承认的前提。¹¹一些国家在法律中明确使用了绝育、不能生育等词汇，如芬兰规定：申请申须“已经绝育（*sterilized*）或因某些原因不能生育（*infertile*）”；¹²比利时规定：申请人需“已经进行了医学上可能的和合理的性别转换（*have undergone ‘sex reassignment’ to such point as is medically possible and justified*）”并“不能以先前的性别怀孕（*cannot conceive children*）”；¹³荷兰规定：跨性别者可以变更出生证明如果他们“已经根据希望的性别对身体进行调整，并从医学和心理学的观点达到可行的和可接受的程度（*physically adjusted to the desired gender insofar this is possible and acceptable from a medical and psychological point of view*）”同时，他们不能以被指派性别生育（*incapable of procreating children*）。¹⁴

另一些国家在法律中对性别重建手术进行了规定，但对手术进行的程度要求规定不明，如捷克规定：性别变更涉及“影响生殖功能和生殖器的手术（*surgery affecting reproductive function and genitals*）”，¹⁵而未说明手术是否必须是完全的或达到绝育程度的。又如俄罗斯各地区民事登记机关或法庭的实践表明性别变更手术是条件之一，但并不具体。在一个案例中，申请人未进行阴茎形成术（*phalloplasty*）被判定未达到法律性别承认的手术要求。¹⁶乌克兰基辅行政法院判定进行性别认同的法律承认的卫生部特别委员会依据的泌尿外科学院

¹⁰ Committee of Ministers, Rec CM (2010)5

¹¹ 亚美尼亚、阿塞拜疆、比利时、波黑、保加利亚、克罗地亚、捷克、荷兰、格鲁吉亚、希腊、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、黑山共和国、罗马尼亚、俄罗斯、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、瑞士、土耳其和乌克兰。

¹² Finland, Act on legal recognition of the gender of transsexuals, No.563/2002, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.32

¹³ Belgium, A Law Concerning Transsexuality of 10 May 2007, article 2, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.28

¹⁴ Dutch Civil Code, Book 1: Section 1.4.13, article 1:28, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.39

¹⁵ Czech Republic, Civil Code, Act 89/2012, Section 29, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.30

¹⁶ ILGA, Trans Legal Mapping Report, Russia, p.41

的最低手术标准，即跨性别男性应移除生殖器官及乳腺，跨性别女性应移除性器官（睾丸和阴茎），没有法律依据。¹⁷拉脱维亚则规定：申请姓名更改的跨性别者需“已经进行部分或全部性别转换（a partial or complete 'sex change'）”，¹⁸即部分性别转换亦可达到要求。

与此相对应，二十多个欧洲国家没有强制绝育或性别重建手术要求。¹⁹西班牙规定：“医疗干预无需包括性别重构手术”；²⁰法国规定：“未进行医学治疗、手术或绝育不应成为性别变更的障碍”；²¹奥地利、德国、意大利、摩尔多瓦、瑞典法院和雅典民事法院等判定绝育要求违宪并违反欧洲人权公约。

德国联邦宪法法院在 2011 年判决“持续无生育能力（unable to conceive children）”及“实施性别重构手术（undergone surgical intervention on ‘external sex characteristics’）”的法定要件违宪，指出：生育能力受到德国《基本法》第 2 条第 2 款的保护，是身体完整权（physical integrity）的组成部分。绝育是对人身的“巨大侵犯”，“不仅导致身体变化和功能丧失、更影响个人对自我的认知”，然而法律强迫跨性别者在两者间进行选择：进行影响深远的手术，或永久地以自我不认同的法律登记性别生活。法庭承认立法者确有合法目的，如避免有违“性别观念”的法律上的男性或跨性别女性生产，以确保“民事身份的确定性与永久性”及法律秩序，但指出个人的性自决权（sexual self-determination）和身体完整权超过了这些利益考量。²²

同理，生殖器手术（genital surgery）是对身体完整的巨大侵犯，伴随着巨大的风险和副作用。一个人性别身份“永久和不可逆转”的衡量不在于他生殖器官的形状，而在于“他持续一贯地以其认同的性别进行生活”，在这个意义上，强制的生殖器手术要求无一例外是过分的。

瑞典行政上诉法庭 2012 年判决绝育“作为获得某种应享有的权利的前提而构成强制干预（forced medical intervention）”。同时，由于绝育是对“人身体不可逆的改变和巨大侵犯”，因而不能仅以“消除跨性别者更改法律性别后生育而产生的家庭关系混乱的风险”为由证明其合理性。鉴于瑞典政府已有立法计划以确保跨性别家庭的法律地位并澄清不确定性，法庭判定绝育要求不成比例，违反了禁止强制医疗的瑞典宪法要求，以及欧洲人权公约第 8 条对私生活的尊重和第 14 条禁止歧视（因为绝育要求仅对跨性别者适用）。²³

意大利宪法法院 2015 年判决生殖器手术（genital reassignment surgery）不是性别认同的法律承认的必须条件。意大利《关于性别更正 164 号法案》规定性别认同的法律承认适用于那些“改变了性别特征”的人（“changed their sexual characteristics”）而性别变更由法院判定。意大利宪法法院指出：心理、行为、身体共同构成“性别”观念，是否满足“改变了性别特征”条件应由各法院综合申请人的心理、行为以及身体要素进行个案考量。生殖器手术仅是实现“改变性别特征”的路径之一而不是必不可少的条件，其他路径，如荷尔蒙治疗也可以达到“改变性别特征”的目的，应由个人选择最适合他们情况的路径，尊重个人的性别认同。²⁴

奥地利行政法院和宪法法院同样强调只要“属于另一性别的感觉的心理要素”在“很大程度上是不可逆转的”，并“已经被外在地表现为对另一性别外观的明显近似”（distinct

¹⁷ Ukraine, Kiev Administrative Court, 19 June 2015; Ukraine, Kiev Administrative Court, 10 July 2015

¹⁸ Latvia, Provisions on civil status registers 2013/181.17, article 137.3, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.37

¹⁹ 奥地利、白俄罗斯、克罗地亚、丹麦、爱沙尼亚、法国、德国、匈牙利、冰岛、爱尔兰、意大利、马耳他、摩尔多瓦、波兰、葡萄牙、荷兰、挪威、西班牙、瑞典和英国。

²⁰ Spain, Regulating the Rectification of Mentions in the Registry of the Sex of Persons, article 4.2, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.43

²¹ France, Code Civil, article 61-6, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.33

²² Germany Constitutional Court, 1 BVR 3295/07, 11 January 2011

²³ Sweden Administrative Court of Appeal, Case 1968-12, 19 December 2012

²⁴ Italy, Constitutional Court, Sentenza n.221/2015, 21 October 2015

approximation to the external appearance of the other sex), 性别重构手术不是改变出生证性别的必须条件。²⁵

在绝育要求上, 欧洲人权法院经历了“绝育不得作为性别重建手术的前提”到“绝育不得作为性别认同的法律承认的前提”的两步走。2015年 *YY v Turkey* 案中, 土耳其法律规定性别认同的法律承认以进行性别重建手术为前提, 而为获得性别重建手术的法庭许可, 当事人必须被证明不能生育。欧洲人权法院判决: 将绝育作为性别重建手术的前提侵犯了与欧洲人权公约第 8 条私生活受尊重权保护的 personal development and autonomy (第 57 段 right to personal development and autonomy), 包括身体自主权 (第 65 段)。在任何时候, 绝育都与尊重个人的身体和心理完整权相冲突 (第 119 段 physical and moral integrity)。尽管土耳其称此绝育要求是为实现保护当事人健康和利益的合法目的, 但法院裁定绝育手段是非必要的, 考虑到手术会引发身体和道德安全风险, 不能认为一个人进行性别重建手术的决定是任意或草率做出的。法院强调成员国裁量余地 (margin of appreciation) 在性别承认案件中更窄, 因为决定个人性别身份的自由是个人自决权利的核心 (第 102 段), 并且取消绝育已是“国际趋势”。

26

2017年4月6日, 在 *A.P., Garcon and Nicot v France* 案中欧洲人权法院首次明确指出强制绝育手术作为性别认同的法律承认的前提违反欧洲人权公约第 8 条。²⁷此前, 法国法律要求申请人向法庭证明自己: 1) 存在真实和持续的易性癖症状; 2) 身体外观转换为另一性别的不可逆转性。医学或心理诊断证明通常可以满足法庭的证据要求, 但有时法庭也会授权医学专家对申请人进行检查。本案中, A.P.在泰国进行了性别重构手术但拒绝了法庭要求的“精神科、内分泌科和妇科”检查, Garcon 进行了荷尔蒙治疗但没有提供易性癖或不可逆转的性别重建证明, Nicot 则拒绝提供任何医学证明, 三位申请人的申请均遭拒绝。

有意思的是, 尽管法国称“不可逆转的身体外观转换”在判例法中不一定意味着进行手术干预或导致绝育的治疗, 但欧洲人权法院在判决中将“不可逆转的身体外观转换”与事实上的手术或荷尔蒙绝育进行了等同。其次, 法院承认对于绝育应否作为性别认同的法律承认尚未形成欧洲共识, 且该问题涉及官方民事身份的一致性和复杂的道德伦理问题, 但考虑到这关乎一个人最私密的性别认同甚至存在, 且国际上已形成取消绝育要求的趋势, 成员国裁量余地是狭窄的。因而判定: 要求申请人进行他们不一定希望进行的绝育手术或治疗, 并以此作为承认其性别认同的条件, 相当于使充分行使对个人私生活的尊重权, 以放弃充分行使对个人身体完整的尊重权为条件, 这没有在当事人利益与其他公共利益之间形成公平的平衡, 侵犯了公约第 8 条。值得注意的是, 除了在第 113 段提到了欧洲人权公约第 3 条, 第 3 条禁止酷刑在法庭判决中并没有起到重要作用。

2016年10月, 法国废除了强制绝育要求。本判决也给《欧洲人权公约》的其他仍有绝育要求的缔约国建立起一个新的法律标准。

2、其他医疗干预

但 *A.P., Garcon and Nicot v France* 案未解决一个问题, 即那些未达到“不可逆转的转换” (irreversibility of the transformation) 标准的医疗要求, 如强制的非不可逆转的生殖器重建手术和荷尔蒙治疗 (hormone treatment), 是否违反欧洲人权公约第 8 条。理论上讲, 这些医疗干预不在该判例禁止范围内。

对此, 瑞士伯尔尼-米德兰区法院反对任何形式的医疗干预, 不论是手术的还是荷尔蒙的, 因为荷尔蒙治疗和手术要求类似, 是对“身体完整的入侵”, 因而和手术干预产生相似

²⁵ Austria Administrative Court, (VwGH) 2008/17/0054, 27 February 2009; Austria, Constitutional Court (VfGH) Case B 1973/08-13, 3 Dec 2009

²⁶ *YY v Turkey*, Application No 14793/08

²⁷ *A.P., Garcon and Nicot v France*

的问题。两者都不是“个人性别认同持久并明显的改变”（a lasting and visible change in a person's gender identity）的必要条件。

克罗地亚法律则明确指出：“不得强迫任何人接受包括调整性别的手术、绝育或荷尔蒙治疗在内的医疗程序，作为性别变更的法律承认或以不同的性别认同生活的条件”。²⁸

在亚洲，日本《性别认同障碍法案》（Act on Special Cases in Handling Gender for People with Gender Identity Disorder, “Gender Identity Disorder Act”, Law No.111 of 2003）规定，跨性别者变更身份证上的性别必须绝育并已完成性别重建手术；²⁹印度护照规则要求更改性别标记，不论是将性别标记从男性变更为女性、女性变更为男性或变更为第三性别，均需提供已进行性别肯定手术的医疗证明。³⁰

3、医疗诊断和/或医学检查

大多数的欧洲国家在性别认同的法律承认中要求申请人提供直接或间接的诊断证明，和/或进行相应的医学检查。因为在大多数国家，跨性别尚未去病理化，跨性别者的卫生保健需求被认为是精神障碍或心理疾病。

这既包括以绝育或性别重构手术为性别法律承认的前提条件的国家，如乌克兰。该国法律要求申请人“在个人居住地区强制进行 30 至 45 天的住院精神评估，以确认或否认诊断为易性癖（transsexualism）”且该诊断要经国家评估委员会（State Evaluation Commission）评估；³¹也包括不以绝育或性别重构手术为条件的国家，如西班牙要求申请人提供“注册医生或临床心理医生出具的性别焦虑诊断”，以表明“1）性别认同与生性性别之间的不一致是稳定且持续的；2）不存在其他人格障碍（personality disorder）”；³²葡萄牙要求申请人提供“性别认同障碍的诊断报告（Gender Identity Disorder）”；³³英国的申请人必须患有“性别焦虑（gender dysphoria）”。³⁴

在另一些国家，法律没有直接使用病理化的词语，但诊断证明被用作申请人性别认同的“确认”。如荷兰法律规定，申请人应提交“过去 6 个月内的专家报告以证实申请人的性别认同是真实的和永久的（real and permanent）”；³⁵冰岛的申请人需“得到 kynáttunarbunda 大学医院有资质团队的诊断（diagnosis）和治疗”，并可以要求 kynáttunarbunda 专家委员会确认 TA 属于另一个性别”；³⁶比利时，申请人需提交“精神科和外科医生的报告以证明申请人认为自己属于另一性别的确信（confirming that the applicant has such conviction）”。³⁷

但其实该种“确认”与性别“自我”认同存在矛盾。目前，只有少数欧洲国家允许跨性别者无需出示医学或精神健康专业人士做出的诊断就可以在法律上改变自己的性别，如德国、丹麦、瑞典、挪威和马耳他。

²⁸ Urbroj/Regulation: 534-10-1-2-1/2-14-10, Regulations on the methods of collecting medical records and determining the terms and conditions of sex reassignment or change in gender identity status, article 2(2), ILGA, Trans Legal Mapping Report, Croatia, p.29

²⁹ 高伟建：《变性人法律问题初探》，载《中国卫生法制》，2005 年第 5 期，第 6 页；“Japan Forces Sterilization on Transgender People”，<https://www.hrw.org/news/2017/11/29/japan-forces-sterilization-transgender-people>

³⁰ Schedule III, Passport Rules, 1980, pp.102, 104-105; Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.37

³¹ Ukraine, Order No.60 of the Ministry of Health, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.45

³² Spain, Regulating the Rectification of Mentions in the Registry of the Sex of Persons, article 4.1.a, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.43

³³ Portugal, Law No. 7/2011 of 15th March: Creating a procedure for change of sex and name in the civil registry and providing for the seventeenth amendment to Code of Civil Registration, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Portugal, p.40

³⁴ UK, Gender Recognition Act 2004, article 2(1)(a)

³⁵ Dutch Civil Code, Book 1: Section 1.4.13, article 1:28, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.39

³⁶ Act on the legal status of persons with Kynattunarbunda, 2012, no.57. article 6, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Iceland, p.35

³⁷ Belgium, A Law Concerning Transsexuality of 10 May 2007, article 2, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.28

关于跨性别者卫生保健需求的病理化问题，世界跨性别健康人士健康专业委员会（WPATH）出版的第7版护理指引强调：“对性别个性的表达，包括那些不是刻板印象化地与指派性别相联系的性别认同，是一种普遍存在且具有多样化的人类现象，它不应该在本质上被认为是病态的或者负面的。对性别个人及认同的精神病花可能强化或者催生污名，使偏见和歧视更容易发生，使跨性别者和变性者更易遭受社会及法律边缘化和排斥，并为身心健康增加风险。”³⁸

欧洲人权法院在 *A.P., Garçon and Nicot v France* 案的审理过程中，同样认识到病理化是导致跨性别面临的歧视和污名的原因，但考虑到各成员国广泛的裁量余地、大部分国家有此要求、世界上尚未形成明确谴责该要求的事实以及该要求并未直接侵害个人的身体完整，法院没有推翻法国规定的申请者应提供“存在真实和持续的易性癖症状”的诊断证明要求。法院亦没有否定法国法院授权医学专家对申请人进行检查的权力，指出该检查是法国法院收集证据过程的一部分，成员国对此具有广泛的裁量余地。

但值得注意的是，世界卫生组织目前正在跨性别去病理化，并有望在2018年6月发布新版的《国际疾病健康分类标准》（ICD-11）。ICD-10目前将跨性别者卫生保健需求分类置于精神障碍类别（性别认同障碍），ICD-11拟将性别认同障碍替换为“青春期及成年期的性别不一致”（Gender Incongruence of Adolescence and Adulthood）并移至新启的“性健康相关状况”一章（ICD-11测试版草稿），从而去掉精神障碍的标签。³⁹

2015年的欧洲委员会会议2048号决议《针对欧洲跨性别者的歧视》（The PACE resolution 2048）第6.2.2条也呼吁各国“废除将绝育和其他强制医疗，以及精神健康诊断，作为性别认同的法律承认的法律前提。”⁴⁰

在亚洲，日本《性别认同障碍法案》规定申请变更身份证上性别标记的跨性别者须被两名医生诊断为性别认同障碍；⁴¹印度尼西亚法律没有对性别标记的法律变更做出规定，但实践中法官通常会要求专家证言或证明则作为“法律证据”的一部分。⁴²

4、实际生活体验测试和/或冷静期

实际生活测试（real-life experience/real-life test）要求申请人以其性别认同展现自己并进行社会交往经过一段时间。如乌克兰法律规定申请人需经“性学专家观察一年以确定其‘社会适应性’程度”；⁴³英国法律要求申请人“必须在申请前以其认同性别生活满2年”；⁴⁴德国法律要求申请人“已经已该性别生活满3年”；⁴⁵爱沙尼亚要求申请人获得“‘跨性别身份’满2年”。⁴⁶

还有一些国家直接设定了“冷静期”，如白俄罗斯法律规定“申请人必须进行医学观测1年才可以进入委员会听证会（Commission hearing）”；⁴⁷丹麦要求申请人“自申请日起，经过6个月的冷静期（reflection time），以书面形式确认申请”；⁴⁸冰岛则同时规定了18个月

³⁸ WPATH De-Psycho-pathologisation Statement of 26 May 2010, accessible at <http://tinyurl.com/hk96rf9>

³⁹ ICD-11 Beta Draft, <http://tinyurl.com/jo7rycd>

⁴⁰ PACE 2048(2015)

⁴¹ 高伟建：《变性人法律问题初探》，载《中国卫生法制》，2005年第5期，第6页；“Japan Forces Sterilization on Transgender People”，<https://www.hrw.org/news/2017/11/29/japan-forces-sterilization-transgender-people>

⁴² Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.36

⁴³ Ukraine, Order No.60 of the Ministry of Health, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.45

⁴⁴ General Requirements on Medical Procedures for the Change of Gender, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.32

⁴⁵ Law on the Alternation of Forenames and the Determination of Sex in Especial Cases (Transsexual Law –TSG), 1981 (as amended 2011), article 8, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.34

⁴⁶ UK, Gender Recognition Act 2004, article 2(1)

⁴⁷ On some issues of gender change and correction, December 9, 2012, No.163, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Belarus, p.28

⁴⁸ Motion to Amend the Act on the Civil Registration System, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Denmark, p.31

的观测期和“以另一性别生活至少 1 年”。⁴⁹

实际生活体验测试和/或冷静期的目的是确认该跨性别者可以成功以该性别融入社会生活，同时帮助他们确认自己希望以该性别生活的决定。但强制的等待期或冷静期可能会侵犯申请人欧洲人权公约第 6 条保护的公平审判权（right to a fair trial）以及和性别认同相关的第 8 条对私生活的尊重权。

在 *Schlumpf v Switzerland* 中，保险公司拒绝支付 Schlumpf 的性别重建手术费用，因为 TA 未按瑞士判例法要求经过 2 年的冷静期，尽管存在医学专家报告确认其手术需求。欧洲人权法院裁定：未充分考虑个案当事人的医疗需求和年龄（67 岁），机械适用 2 年等待期，使申请人接受手术的决定很可能会受到推迟，从而削弱了他“自我决定性别认同的自由（freedom to determine his gender identity）”，侵犯了申请人的公正审判权。

此外，实际生活体验测试和/或冷静期强制跨性别者暴露自己，可能会产生歧视和暴力的危险。并且实际生活体验测试建立在二元的性别观之上，可能使非二元性别认同者不得不假装某种性别认同以通过二元的实际生活体验测试。⁵⁰因而，根据个案灵活适用“冷静期”或以非强制的同辈心理咨询替代实际生活体验测试和/或冷静期，可能是帮助申请人反思性别认同的法律承认后果的更好方式。

5、小结

综上，在以医学标准为性别认同的法律承认标准的国家，首先，由于跨性别尚未去病理化，跨性别者的卫生保健需求被认为是精神障碍或心理疾病，因而申请人需提供医学诊断和/或进行相应医学测试，以便国家确认其“跨性别身份”或性别自我认同的“真实性和永久性”；其次，一些国家设置了实际生活体验测试和/或冷静期，以确认申请人可以成功以其认同性别融入社会生活，同时对申请人进行法律性别变更的决定进行再次“考验”；最后，部分国家强制申请人进行医疗干预，甚至强制申请人进行绝育和/或性别重构手术，使其身体转化达到“不可逆转”之程度。这一方面能体现申请人法律性别变更的决心或性别自我认同的真实性和永久性，另一方面，也确保了国家男女民事身份的稳定和性别观念明晰。只有符合了传统的性别观念或医学标准，切除了所不希望具备的性别的生殖器官和性腺，制造其所希望具备的性别的生殖器官和性腺，申请人的性别认同才得获法律承认。

但正如各国法院和欧洲人权法院指出的，绝育和/或性别重构手术是对人的身体心理完整，个人发展和自主，包括私生活受尊重权保护的性别认同自主的巨大侵犯，为防止跨性别造成的性别观念混乱等风险，使用对个人利益造成如此不可逆转伤害之手段，是不成比例的、不必要的；机械适用考验期、冷静期会拖延申请人自主决定权的行使、侵害申请人的公平审判权；最后，跨性别者的健康需求不应该在本质上被认为是病态的或者负面的，病理化会催生污名和歧视。

五、性别认同的法律承认条件（自我认同标准）

与以医学标准为性别认同的法律承认标准的国家不同，以性别自我决定（Self-determination）为立法基础的国家以个人性别认同（Gender identity）作为性别确定标准，着眼于当事人内在的关于自己是何性别的感觉，并接受所有人以其自身认同的面貌存在并以此自我认同与社会交往。既允许其做出身体的改变，也接受其不做出身体的改变，法律不设定任何强制的医疗程序，而承认当事人“做什么性别”的决定。

典型的以自我认同标准为标准的国家，包括马耳他、挪威、爱尔兰、丹麦、瑞典等。

⁴⁹ Act on the legal status of persons with Kynattunarbunda, 2012, no.57. article 6, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Iceland, p.35

⁵⁰ Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.25

马耳他 2015 年《性别认同、性别表达和性别特征法》第 4 条规定：“任何马耳他公民均有权通过登记批注（note of enrolment）要求公共注册负责人（Director for Public Registry）更改登记的性别和/或名字，以反映他们自我决定的性别认同。负责人不得要求宣誓性公共文书（declaratory public deed）之外的任何证据。”第 5 条规定：“宣誓性公共文书（declaratory public deed）应包含下列内容：（a）出生证复印件；（b）申请人做出的自己的性别认同与被指派性别不符的清楚、明确和知情的声明；（c）关于自己性别的详细说明（a specification of the gender particulars）；（d）希望被注册的名字；（e）所有要素依照公证职业和公证档案法的规定（all the prescribed elements required in accordance with the Notarial Profession and Notarial Archives Act）。公证人不得要求任何精神科、心理、医学证明用于起草宣誓性公共文书。”该法第 3 条第（4）款也强调：“不得要求个人提供已进行全部或部分性器官重构手术，荷尔蒙治疗或其他任何精神科、心理或医学治疗证明，以实现性别认同权。”也就是说，经公证的“申请人做出的自己的性别认同与被指派性别不符的清楚、明确和知情的声明”是马耳他性别认同法律承认的唯一根据。⁵¹

类似的，挪威 2016 年《法律性别变更法案》第 2 条规定挪威居民享有法律性别变更权，这一权利行使的唯一条件是申请人“认为自己属于与国家登记机构登记的性别不同的另一性别”（regard themselves as belonging to the other gender than the one they are registered with in the National Registry）。立法说明中特别指出申请人可以申请变更回原来的性别，修改没有次数限制，或冷静期条件。国家登记机关即税务办公室（Tax Office）根据《公共管理法》（Public Administration Act）决定批准或拒绝申请人申请，该决定可上诉。⁵²

爱尔兰 2015 年《性别承认法》第 10 条，性别承认是自我宣告的（self-declared）。18 岁以上申请人需提交一份法定声明（a statutory declaration）宣告他或她：（i）非处于婚姻或民事伴侣状态；（ii）有一个确定并严肃的意图，希望余生以其认同的性别生活（has a settled and solemn intention of living in the preferred gender for the rest of his or her life）；（iii）明白申请的后果；（iv）申请是基于他或她的自由意志。⁵³除此之外，没有强制荷尔蒙或手术干预要求。

丹麦更改社保号码依据“申请人提交的书面声明，声明申请是基于自己属于另一性别的认同感”（a written declaration stating that the application is based on a sense of belonging to the opposite gender），没有其他医学或心理学条件。但如上所述，申请人需在 6 个月冷静期后书面确认其申请。⁵⁴

瑞典 1972 年《性别承认法》规定的性别认同的法律承认的条件为：“长期以来一直认为自己属于另一个性别；以该种性别认同生活已有一段时间且未来将继续如此生活。”性别认同的法律承认决定由国家卫生和社会保障委员会法律委员会作出。

德国 1981 年《关于特殊情况下姓名变更和性别判定的法律》规定更改姓名，申请人需：1）有强烈的确信（firm conviction）自己不属于出生登记簿上的性别；2）至少三年以上以其认同性别生活；3）确信自己属于另一性别的认同很大程度上（high probability）不可改变。变更性别则还需绝育及外部性征进行了手术干预，⁵⁵但如上所述，这两个条件在 2011 年被联邦宪法法院判决违宪，因而德国现行性别认同的法律承认标准也属自我认同标准。

⁵¹ Malta Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (2015), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

⁵² Norway Legal Gender Amendment Act (2016), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

⁵³ Ireland, Gender Recognition Act 2015 (25/2015), article 10, <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>

⁵⁴ Motion to Amend the Act on the Civil Registration System, article 1, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Denmark, p.31

⁵⁵ Law on the Alternation of Forenames and the Determination of Sex in Especial Cases (Transsexual Law –TSG), 1981 (as amended 2011), section 2, article 8 to 10, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Germany, p.34

阿根廷《性别认同法》于 2012 年 7 月生效，是世界上第一部从国家有义务保护个人的性别认同，而非个人需满足特定门槛条件才能获得性别认同角度规定性别认同法律承认的法律。该法以性别自我决定为标准。申请人只需“向国家重要数据统计局或其相应的地区办事处提出申请，说明他们属于现行法的保护范围，要求修改出生证明中的记录并获取与原国民身份证号码相同的新国民身份证。”⁵⁶“在任何情况下都不需要证明已经进行全部或部分性别重构手术、激素治疗或任何其他心理或医疗治疗的外科手术。”⁵⁶

六、性别认同的法律承认条件（其他条件）

基于对社会公共利益、公共秩序和对跨性别者自身利益的保护，除医学条件外，大部分国家对性别法律承认还以强制性条款形式设置了其他条件（gate keeping and patronizing），如要求当事人满足一定年龄条件、未婚（已婚则需离婚）等等。

1、离婚

目前，⁵⁷34 个欧洲国家在性别认同的法律承认要求中包含离婚条件，⁵⁸特别是在没有同性婚姻保护的国家，其目的是防止跨性别者法律性别变更后与原配偶形成事实上的同性婚姻关系。如捷克规定婚姻或民事伴侣关系随性别变更自动结束，孩子和财产关系按离婚处理；⁵⁹英国要求申请人申请前婚姻关系已解除（dissolution of the marriage）；⁶⁰立陶宛⁶¹、土耳其⁶²规定申请人需为未婚婚姻状态自然人；乌克兰要求申请人未处于婚姻状态且没有 18 岁以下的亲生子女。⁶³19 个欧洲国家则没有强制离婚要求。

芬兰要求申请人的婚姻关系或民事伴侣关系，经过其配偶或民事伴侣同意，对应转换为民事伴侣关系或婚姻关系。⁶⁴在 *Hamalainen v Finland* 案中，一位已婚跨性别女性的身份证号码不能在官方证件中改变以显示她的女性性别，因为她未与妻子离婚或转为民事伴侣。欧洲人权法院判决芬兰的这一要求并非不成比例，因为欧洲人权公约并没有给成员国设定保护同性婚姻的义务，芬兰的民事伴侣关系是“一个真正的选择，它为同性伴侣提供的保护几乎与婚姻相同，这两个法律概念间细微的法律差别并不足以导致芬兰违反公约第 8 条设定的积极义务。”转换为民事伴侣关系亦不会影响申请人的家庭生活，包括与她女儿的亲子关系和监护、抚养责任。⁶⁵

这意味着，如果成员国不存在保护同性伴侣权利的类似于婚姻的制度，性别认同的法律承认以离婚为要件会导致跨性别者及其配偶、子女家庭成员权利的丧失。意大利最高法院和宪法法院判决在“不存在与婚姻等同的机制以保障同性配偶与异性配偶享有基本相同的权利”的情况下，夫妻一方变更性别、双方自动离婚规则违反意大利宪法第 2 条。该条保护“无论是作为个人还是在表现人之个性的社会团体中，个人不可侵犯的权利”。跨性别者及其伴侣属于一种“社会团体”。

但是，无论是否存在同性婚姻保障，国家均有义务保护跨性别者及其伴侣已经存在的婚姻关系。德国和奥地利法庭⁶⁶判决性别认同法律承认前离婚的要求侵犯了已结婚夫妻的合

⁵⁶ Gender Identity Law, article 4, <https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/>

⁵⁷ 奥地利、比利时、克罗地亚、丹麦、爱沙尼亚、法国、格鲁吉亚、德国、冰岛、爱尔兰、卢森堡、马耳他、荷兰、挪威、葡萄牙、罗马尼亚、西班牙、瑞典和瑞士。

⁵⁸ Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.27-28

⁵⁹ Civil Code, Act 89/2012, Section 29(2), ILGA, Trans Legal Mapping Report, Czech Republic, p.30

⁶⁰ UK Gender Recognition Act 2004, Section 3(6)(a)

⁶¹ Lithuanian Civil Code, article 2.27, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.37

⁶² Turkey, Civil Code, article 40, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.44

⁶³ Ukraine, Order No.60 of the Ministry of Health, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.45

⁶⁴ Act on legal recognition of the gender of transsexuals, No. 563/2002, section 1(3), ILGA, Trans Legal Mapping Report, Finland, p.32

⁶⁵ *Hamalainen v Finland*, application no. 37359/09, decided on 26 July 2014

⁶⁶ Austria, Constitutional Court, V 4/06-7, 8 June 2006

法权利，尽管在这两个国家婚姻是不同性别间的联结。

德国宪法法院指出：离婚要求旨在保护基本法 6.1 条异性之间的传统婚姻关系，防止跨性别者改变性别后与配偶形成同性婚姻。但德国更改姓名并不以离婚为条件，那些更改了姓名的跨性别者及其配偶实际上已经造成了同性婚姻的印象。同时，一方进行性别转换、双方愿意维持当前婚姻状况的跨性别伴侣数量有限，给传统婚姻带来的影响仅是个别的。性别承认不以离婚为要件并不会为同性伴侣提供同性婚姻的机会。另一方面，性自决权利包括性别认同自决，受《基本法》第 2.1 条（人格权保护 **right to protection of personhood**）和第 1.1 条（人的尊严）的保护。同时，基本法第 6 条保护跨性别者已经存在的婚姻关系。强制申请人在性自决权和家庭婚姻保障之间进行选择，侵犯了申请人的宪法权利。加之在德国离婚非常困难，该要求会给跨性别者性别认同的法律承认造成过重的负担。因而，衡量申请人个人利益和国家保护异性婚姻的利益，离婚要求构成对个人基本法第 1.1、2.1、6.1 条不合理的干涉。⁶⁷

2015 年的欧洲委员会会议 2048 号决议《针对欧洲跨性别者的歧视》（**The PACE resolution 2048**）第 6.2.3 条特别强调各国应“取消针对跨性别者性别承认后保持现有婚姻关系的任何限制，确保他们的配偶或孩子不丧失任何权利。”⁶⁸

在亚洲，日本《性别认同障碍法案》规定申请变更身份证上性别标记的跨性别者须未在婚姻状态并没有未成年子女。⁶⁹

2、年龄

大多数欧洲国家为性别认同的法律承认设定了年龄限制，未成年跨性别者无法改变自己官方证件上的性别标记或姓名。如丹麦⁷⁰、土耳其⁷¹、英国⁷²要求申请人在申请时已满 18 周岁；芬兰⁷³、冰岛⁷⁴、立陶宛⁷⁵、葡萄牙⁷⁶、西班牙⁷⁷要求申请人已成年或达到法律年龄（**legal age**）、具备法律能力（**legal capacity**）。瑞典规定申请人需满 18 周岁，但未成年人可通过其监护人进行申请。⁷⁸

在爱尔兰，16 岁以上的未成年人可以进行性别认同的法律承认。但 16-18 岁的跨性别者需由其代理人进行申请，并适用与 18 岁申请人不同的法庭命令（**order of the court**）程序。未成年人性别认同的法律承认需要父母或监护人的同意，且该未成年主要医师以及另一位与本案无关的心理医师或内分泌科医师需就以下问题发表医学意见：（A）该未成年人的成熟程度足以做出性别承认决定；（B）该未成年人意识到、已经考虑并充分理解这一决定的后果；（C）决定是自由且独立做出的，没有受到胁迫或其他不适当影响；（D）该未成年人已经完

⁶⁷ Germany, Constitutional Court, 1 BvL 10/05, 27 May 2008

⁶⁸ PACE 2048(2015)

⁶⁹ 高伟建：《变性人法律问题初探》，载《中国卫生法制》，2005 年第 5 期，第 6 页；“Japan Forces Sterilization on Transgender People”，<https://www.hrw.org/news/2017/11/29/japan-forces-sterilization-transgender-people>

⁷⁰ Motion to Amend the Act on the Civil Registration System, article 1, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Denmark, p.31

⁷¹ Turkey, Civil Code, article 40, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.44

⁷² UK Gender Recognition Act 2004, Section 1(1)

⁷³ Act on legal recognition of the gender of transsexuals, No. 563/2002, section 1(3), ILGA, Trans Legal Mapping Report, Finland, p.32

⁷⁴ Act on the legal status of persons with Kynattunarbunda, 2012, no.57. article 6, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Iceland, p.35

⁷⁵ Lithuanian Civil Code, article 2.27, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.37

⁷⁶ Portugal, Law No. 7/2011 of 15th March: Creating a procedure for change of sex and name in the civil registry and providing for the seventeenth amendment to Code of Civil Registration, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Portugal, p.40

⁷⁷ Spain, Regulating the Rectification of Mentions in the Registry of the Sex of Persons, article 4.2, ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.43

⁷⁸ Act (1972; 119) on establishing gender in certain cases, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Denmark, p.44

成或正在进行向其认同性别的转换（transition）。此外，如果未成年人父母或监护人的同意无法获取，如无法识别、找到其父母、监护人或父母、监护人没有回复、忽略同意的请求，或基于未成年人与其父母或监护人的关系，该同意不应被获取，或联系父母、监护人不利于未成年人的安全或利益，法庭可以免除父母或监护人同意这一要求。最后，除非符合未成年人最佳利益，法庭不得发出同意性别认同法律承认的命令。⁷⁹

在挪威，6 岁以上的未成年人即可进行性别认同的法律承认。其中，16 岁以上未成年人自己即有权申请性别变更，无需监护人同意；6-16 岁的未成年人需由至少一名监护人代为申请；6 岁以下的儿童，只有患有先天性躯体性发育不确定者（Congenital somatic sex development uncertainty）可由其监护人代为申请修改法律上的性别。另外，挪威是欧洲唯一一个未成年人和成年人适用同一个性别认同的法律承认程序的欧洲国家。⁸⁰

马耳他、奥地利、德国、克罗地亚、瑞士和摩尔多瓦则没有设定任何年龄限制。在马耳他，16 岁以上的未成年人可以像成年人一样利用公证程序，16 岁以下的未成年人则需要通过特别的法庭程序进行性别认同的法律承认。申请由父母或监护人提出，但法庭应依照《儿童权利公约》（Convention on the Rights of the Child）以未成年人的最佳利益原则（best-interest-principle for young）为首要考虑因素，并根据未成年人的年龄和成熟度给予未成年人的意见以充分重视。

德国法律先前禁止 25 岁以下的跨性别者进行性别认同的法律承认，德国宪法法院判决该条款违反了《基本法》第 3.1 条法律面前人人平等原则和《民法典》的平等原则，并指出既然立法者没有限制进行性别重构手术的年龄，就不应为性别认同的法律承认设定任何年龄限制，使“25 岁以上的跨性别者可以改变民事身份，其他情况完全相同的 25 岁以下的跨性别者不能改变民事身份”。⁸¹对人的尊严和自主、隐私权、公平审判权的保护，不因年龄而不同。

年龄限制的规定主要是考虑到未成年人的成熟度和认知能力可能不能辨识性别认同的法律承认的实际意义和后果，同时未成年人的性别认同可能正在探索过程中。但世界跨性别健康人士健康专业委员会（WPATH）调查表明：越来越多的青少年在进入高中时已经根据自己的性别认同开始生活。⁸²一刀切的年龄限制反而不利于《儿童权利公约》规定的未成年人的最佳利益，会给未成年人的学习生活造成困难。

2015 年的欧洲委员会会议 2048 号决议《针对欧洲跨性别者的歧视》（The PACE resolution 2048）第 6.2.5 条特别强调各国应“确保在有关儿童的一切决定中，儿童的最佳利益是首要考虑因素”，应为他们按照性别认同生活提供信息、保护和支持，特别是应“便利学校文件中名字和性别的改变”。⁸³

因而，未成年人不应仅因年龄太小而被自动拒绝性别认同的法律承认。挪威 2016 年《法律性别修改法案》立法说明特别指出：申请人的年龄和成熟程度，其性别表达的实践及性别认同表达的方式、持续时间、连续性，一方监护人不予同意法律性别修改的原因，孩子和父母的关系等等均应纳入考量，作为判断未成年人最佳利益的因素。⁸⁴

在亚洲，日本《性别认同障碍法案》规定申请变更身份证上性别标记的跨性别者须满 20 周岁；⁸⁵尼泊尔 16 岁以上的公民才有公民身份证件，因而 16 岁是尼泊尔获得第三性别身

⁷⁹ Ireland, Gender Recognition Act 2015 (25/2015), article 12, <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>

⁸⁰ Norway Legal Gender Amendment Act (2016), article 4, Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

⁸¹ Germany, Constitutional Court, 1 BvR 938/81, 16 March 1982; Germany, Constitutional Court, 1 BvL 38/92, 40/92 and 43/92, 26 January 1993

⁸² deVries, Steensma, Doreleijers, 7 Cohen-Kettenis, 2010 in WPATH, Standards of Care Version 7 (2013)

⁸³ PACE 2048(2015)

⁸⁴ Norway Legal Gender Amendment Act (2016), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

⁸⁵ 高伟建：《变性人法律问题初探》，载《中国卫生法制》，2005 年第 5 期，第 6 页；“Japan Forces Sterilization

身份证件的最小年龄，同时修改公民身份证件需要至少一名父母或监护人在场。⁸⁶

阿根廷《性别认同法》没有设定年龄限制。该法第 5 条规定：未满 18 周岁的申请人需通过其法定代理人并经未成年人明确同意，适用第 4 条规定的与成年人相同的声明程序（declaratory procedure），同时应充分考虑儿童不断发展的行为能力（Evolving capacities of the child）和《儿童权利公约》和《全面保护女孩、男孩和青少年权利法案》（Law 26061 for the Comprehensive Protection of the Rights of Girls, Boys and Adolescents）声明的儿童最佳利益（best interests of the child）。同时，未成年人需按 26061 号法案的规定由儿童律师协助。

当未成年人的法定代理人不同意，或无法获得其法定代理人的同意时，可以诉诸仅以程序（summary proceedings）由相应法官在充分考虑儿童不断发展的行为能力和《儿童权利公约》和《全面保护女孩、男孩和青少年权利法案》声明的儿童最佳利益后进行裁决。⁸⁷

七、性别认同的法律承认程序

1、基本原则

欧洲人权公约第 6 条：“在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何刑事罪名时，任何人有理由在合理的时间内受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审判。”如上所述，在 *Schlumpf v Switzerland* 中，保险公司拒绝支付 *Schlumpf* 的性别重建手术费用，因为 TA 未按瑞士判例法要求经过 2 年的冷静期，尽管存在医学专家报告确认其手术需求。欧洲人权法院裁定：1）未充分考虑个案当事人的医疗需求，严格执行 2 年的心理观察期侵犯了申请人的公正审判权。2）拒绝申请人提出医学专家证言侵害了其获得公开听证的权利（right to a public hearing），因为性别变更不是单纯的法律问题，尤其在双方对于 2 年观察期是否有必要存在争议的情况下，公开听证是必要的。在需要医疗诊断或医学检查的国家，医学专家证言不能被忽视或被法庭的意见甚至刻板印象替代。⁸⁸

类似的，在 *Van Kuck v Germany* 中，申请人请求保险公司支付荷尔蒙治疗和性别重构手术费用的要求被拒绝，因为德国法院依据一份专家报告认定治疗不具必要性，同时认定申请人未按医嘱服用荷尔蒙是造成产生性别重置手术需求的原因。欧洲人权法院判定：如果德国法院寻求医学专家的进一步澄清，便能轻易避免“治疗不具有医疗必要性”这一错误结论的得出；此外，考虑到性别认同是人私生活最私密的领域之一，要求申请人证明医疗必要性（medical necessity of the treatment）本身即是不成比例的（disproportionate），因而德国法院对医疗必要性的解释以及对证据的评估是不合理的。其次，跨性别医疗需求的产生是一个复杂的原因，法院不具备解答这一问题的足够信息，也无权要求申请人证明 TA 对跨性别医疗需求的产生不具有过错。综上，德国违反欧洲人权公约第 6 条公平审判权对公正听证（a fair hearing）的要求。

公正审判权同时包括获得快速审理、避免程序拖延，获得律师代理、法律援助的权利。The PACE resolution 2048 和 2010 recommendation 同样要求性别认同的法律承认程序应“快速、透明、便捷”（quick, transparent, accessible）。快速，指申请与决定的间隔时间不能过长，如申请 4 年未决被欧洲人权法院认为过长。⁸⁹在这方面，马耳他法律规定，负责人（Director for Public Registry）应在自公证人（Notary）在公共注册机构提交登记批注（note of enrolment）15 天内为申请人出生证（act of birth）上加入批注（enter a note）。⁹⁰透明，指法律规定、执行程序、执行主体等明确。便捷，指实践中不存在其他障碍使法律的执行成为事实上的不可

on Transgender People”, <https://www.hrw.org/news/2017/11/29/japan-forces-sterilization-transgender-people>

⁸⁶ Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.37-38

⁸⁷ Gender Identity Law, article 5, <https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/>

⁸⁸ *Schlumpf v Switzerland*

⁸⁹ *X v Germany*, Admissibility decision of the Commission on 15 Dec 1997 on Application no.6699/74

⁹⁰ Malta Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (2015), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

能。比如，过于昂贵的司法或行政程序费用。在这方面，爱尔兰规定性别认同的法律承认程序不得长于两周，花费不得超过 50 欧元。⁹¹阿根廷的性别承认则是免费的。

最后，应全程保护当事人的隐私权。马耳他《性别认同、性别表达和性别特征法》第 12 条规定：“任何公务人员不得依据职业保密法和数据保护法披露在执行本法过程中获取的信息，除非为完成第 5 条宣誓性公共文书（public deed）并依照公证职业和公证档案法。”⁹² 英国《性别承认法》第 22 条也对信息披露做出了详细规定。⁹³

2、模式

各国性别认同的法律承认模式可分为行政模式、司法模式和专家委员会模式。行政模式，即申请人向负责档案登记相关的行政机关提出申请，并由行政机关作出决定，性别认同的法律承认过程为一行政过程，如奥地利（民事身份登记机构 Civil Status Registry）、比利时（État Civil officer (registrar)）、丹麦（经济与国内事务部 the Economy and Domestic Ministry）、葡萄牙（Civil Registry Office）。⁹⁴挪威性别认同的法律承认由税务办公室（Tax Office）官员依照《公共管理法》（Public Administration Act）进行个案裁量，其决定可依据该法上诉至奥斯陆和阿克斯胡斯行政长官（County Governor of Oslo and Akershus）。⁹⁵

司法模式是由法官授权、法官命令或法院判决进行别认同的法律承认。荷兰申请人向地区法院（District court）申请，并由地区法院对是否满足法律规定进行裁决；意大利法律规定性别变更由法院判决决定，申请人需向法庭提交证据证明有足够的事实来支持他们的主张，必要时法院有权任命专家证人鉴定个人心理、身体情况，批准与否取决于法庭的主观裁决；类似的，卢森堡性别认同的法律承认取决于审理案件的法官，是否需要手术、荷尔蒙治疗取决于法官个人裁量；在瑞士，任何有合法利益的个人均有权申请法官下令登记、纠正或删除与民事身份有关的身份信息，跨性别相关案件由联邦高级法院（Federal High Court）审理。而波兰申请人则需依照波兰民法典，提起“评估之诉”（assessment suit）起诉自己的父母。⁹⁶

还有一些国家设置了性别认同的法律承认的专门委员会。英国由性别承认小组（Gender Recognition Panel）决定申请人是否满足法律要求，小组由法律专家和注册执业医师组成，批准则由小组签发性别承认证书，小组不予批准的决定可上诉至高等法院（High Court）；⁹⁷白俄罗斯申请人的申请由卫生部门医疗、心理和性别认同障碍者社会化跨部门委员会（interdepartmental commission for medical, psychological, and social rehabilitation of persons with gender identity disorder of the ministry of health）听取、审理并决定；爱沙尼亚（社会事务部医学专家委员会 medical expert committee of the Ministry of Social Affairs）和克罗地亚（全国卫生委员会的意见 Opinion of the National Health Council）则是将决定权放在了医学专家委员会手中。⁹⁸

总之，性别认同法律承认的决定权可能属于行政官员、法官或专家委员会（医学和/或法律专家），其决定可能是终局的或存在上诉途径。

⁹¹ Ireland, Gender Recognition Act 2015 (25/2015), <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>

⁹² Malta Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (2015), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

⁹³ UK Gender Recognition Act 2004

⁹⁴ ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.27(Austria), p.28(Belgium), p.31(Denmark), p.40(Portugal)

⁹⁵ Norway Legal Gender Amendment Act (2016), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

⁹⁶ ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.39(Netherlands), p.36 (Italy), p.44(Switzerland), p.37(Luxemburg), p.40(Poland)

⁹⁷ UK Gender Recognition Act 2004, article 1, 2, 8, schedule 1

⁹⁸ ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.28(Belarus), p.32 (Estonia), p.29 (Croatia)

八、名字变更的条件和程序

以上介绍了欧洲各国更改性别标记的条件和程序。至于名字的变更，一些国家性别认同的法律承认法律同时适用于更改性别标记和名字，如爱尔兰、马耳他、阿根廷⁹⁹，申请人提交的性别认同的法律承认申请中即包含“其希望被注册的名字”这一内容。¹⁰⁰由于这两个国家都是以性别自我认同为标准的国家，姓名变更同样不存在任何限制性条件。与此相对，尽管比利时、卢森堡、荷兰、西班牙的申请人，申请名字变更适用与性别标记变更同样的程序，但这些国家性别认同的法律承认以医学标准为基础，因而名字变更也存在相同的限制性条件，如提供医学诊断证明或专家报告、进行医学治疗或绝育。¹⁰¹

另一些国家则是在民法典或专门立法（如姓名变更法）中对姓名变更进行了规定。部分国家明确就性别认同的法律承认相关的姓名变更做出了规定，如捷克规定：经申请人申请和医疗提供者确认，申请人可在开始接受性别转换治疗时变更为中性姓名，或在性别重构手术完成后变更为不同的姓名；同样以性别重置手术为姓名变更条件的还有立陶宛。¹⁰²爱沙尼亚未成年人因性别变更引发的名字变更需其父母或监护人同意；拉脱维亚同样允许基于性别变更的姓名变更，但设置了 15 周岁的年龄限制。¹⁰³

大部分国家没有明确民法典或专门立法中的姓名变更条件是否以及如何适用于跨性别者，如意大利、挪威、瑞典、瑞士、波兰。意大利规定个人可以申请变更其姓名，如果它“是荒谬的或令人感到羞耻的，或它揭露了个人的出身血统（*natural origin*）”，但与个人性别认同不符的、能反应出个人出生时被指派性别的名字，是否能根据此法条进行变更尚不清晰；瑞士规定任何人均有权更改其姓名，如果存在“合理原因”，但与其性别认同不符是否属于合理原因法律没有特别指明。¹⁰⁴

在亚洲，多数国家的法律没有为姓名变更设置限制性条件，如印度、印度尼西亚、孟加拉国法律均没有规定一个人的名字必须与被指派性别相符，但在实践中，变更为与指派性别不符的名字，很难获得批准。在泰国，登记官（*registrar*）对名字变更具有一定裁量权，操作指南要求一个人的姓名须标明其性别为男性或女性，但男性和女性通常被解释为被指派性别而非自我认同性别，即跨性别者很难获得与其性别认同相符的名字。¹⁰⁵

九、第三性别选项

德国是欧洲范围内第一个推出第三性别选项的国家。根据 2013 年 11 月 1 日生效的《民事身份登记法》（*Personenstandsgesetz*）修正案，出生证上的性别选项除了男性、女性，还增加了空白选项。22 条第三款指出：“如果孩子无法被归为男性或女性，那么在出生登记时可以不作声明”，即对于性别的宣告并不存在时间上的限制。2015 年 1 月，塞勒上诉法院指出：间性人在出生证明中不能获得女性或男性之外的性别标记，只能选择保持空白。¹⁰⁶但 2017 年 10 月，联邦宪法法院判决：禁止标记男性或女性之外的性别，违反《基本法》第 2.1 条和 1.1 条一般人格权对性别认同的保护和 3.3 条非歧视原则，第三性别选项必须基于性别认同而非生物性别。联邦宪法法院并要求立法者在 2018 年 12 月 31 日前引入男性和女性之外的第三性别选项。¹⁰⁷

⁹⁹ Gender Identity Law, article 4, <https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/>

¹⁰⁰ Ireland Gender Recognition Act 2013, section 10; Malta Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (2015), Legal Gender Recognition in EU Toolkit, p.86-95

¹⁰¹ ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.28(Belgium), p.37(Luxembourg), p.39(Netherlands), p.42(Spain)

¹⁰² ILGA, Trans Legal Mapping Report, P.30 (Czech), p.37(Lithuania)

¹⁰³ ILGA, Trans Legal Mapping Report, p.32(Estonia), P.36(Latvia)

¹⁰⁴ ILGA, Trans Legal Mapping Report, P.36(Italy), p.44(Switzerland)

¹⁰⁵ Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.30-31

¹⁰⁶ <https://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Rechtsprechung6/OLGCelle150121.pdf>

¹⁰⁷ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/bvg17-095.html>

丹麦护照上允许申请人在性别标记栏标记“X”选项。¹⁰⁸

尼泊尔是亚洲第一个承认第三性别的国家。在 2007 年 *Sunil Babu Pant and Others v Nepal Government and Others* 案中，尼泊尔最高法院指出第三性别的承认完全取决于“个人感觉”，即性别认同，不存在医学诊断、治疗、或第三方认证要求以变更性别标记或称谓（title）。¹⁰⁹ 目前，尼泊尔官方文件如公民身份证明（citizenship certificate）、护照、选票、移民表格、联邦人口普查均设有 Others/O 选项。2015 年尼泊尔宪法第 12 条规定了公民身份证明反应个人第三性别认同的权利。但实践中，目前尚不可将过去签发的公民身份证明上既有的女性或男性标记变更为第三性别标记，亦不允许跨性别女性或男性被承认为女性或男性，最高法院要求尼泊尔政府制定相关政策以解决这一问题。¹¹⁰

印度最高法院在 2014 年 *NALSA v Union of India* 案中，同样指出跨性别者有被承认为男性、女性或第三性别的权利（as either male, female, or as a third gender identity），并且性别认同的法律承认以自我认同（self-identification）为原则，没有额外的资格要求，如性别肯定手术或和荷尔蒙治疗。¹¹¹目前在 Aadhar 卡、配给卡（ration card）、选民资格卡（voter ID）上均可选择第三性别，但 PAN 卡或出生证明尚不可以。¹¹²但实践中，更改护照上的性别标记，不论是将性别标记从男性变更为女性、女性变更为男性或变更为第三性别，均需提供已进行性别肯定手术的医疗证明。¹¹³

孟加拉国 2013 年的一份内阁决定确认自我认同为第三性别者有权获得法律承认，但实践中，目前只有护照上有 other 选项。¹¹⁴

巴基斯坦国家身份证（national identity card CNIC）提供了 khwaja siras 这一第三选项，且变更无需要医学检查（但并不允许跨性别女性或男性将其性别标记变更为女性或男性）。¹¹⁵目前《跨性别者权利保护法案 2017》已进入巴基斯坦参议院议程，该法案以自我认同为原则，设立由医学专家和社区代表组成的区域审核委员会（District Screening Committee）审核变更申请。¹¹⁶

十、结论/政策建议

通过梳理上述国家性别认同的法律承认相关立法和/司法判例，笔者认为：

首先，应明确保护个人性别认同获得法律承认的权利，既可以通过对宪法、民法中自由和尊严、自决权、隐私权、不受歧视等权利的解释推导性别认同权，也可通过专门立法确立性别认同权（如马耳他、阿根廷）。

在性别认同法律承认的条件上，应取消侵犯对人之身体心理完整权、个人发展和自主权以及私生活受尊重权构成不必要、不成比例之侵害的绝育和/或性别重构手术；取消或灵活适用实际生活体验测试和/或冷静期，尊重个人性别认同自主决定权的行使和公平审判权；推进跨性别者的健康需求的去病理化，减少由此产生的污名和歧视；建立以自我认同为基础的性别认同的法律承认体系。同时，保护跨性别者及其伴侣已经存在的婚姻利益，取消离婚的限制性条件；保护未成年人的最佳利益，根据其年龄和成熟程度对其意见给予充分考虑，降低或取消年龄限制，并在一定情形下允许监护人同意的免除。

¹⁰⁸ Motion to Amend the Act on the Civil Registration System, article 2, ILGA, Trans Legal Mapping Report, Denmark, p.31

¹⁰⁹ *Sunil Babu Pant and Others v Nepal Government and Others* (2007), Writ No.917 of 2064 BS (2007)

¹¹⁰ Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.33-34, 39-40

¹¹¹ <https://pastebin.com/9a5g8Qmr>

¹¹² Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.33

¹¹³ Schedule III, Passport Rules, 1980, pp.102, 104-105; Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.37

¹¹⁴ Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.33

¹¹⁵ Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.36

¹¹⁶ Legal Gender Recognition: Multi-Country Legal and Policy Review in Asia, p.33

在性别认同法律承认的程序上，无论是通过行政、司法或专家委员会哪种模式，均应保护当事人获得公正审判、公开听证的权利，建立快速、透明、便捷的性别认同的法律承认程序，保护申请人的隐私。

此外，在性别认同的法律承认法、专门立法或民法典中明确姓名变更的条件和程序，与性别变更类似，取消姓名变更的限制性条件。

最后，考虑增加第三性别选项。