

# Pháp luật của Nhật Bản về thay đổi giới tính - Gợi mở phương hướng hài hòa với quy định của Bộ luật dân sự năm 2015

Nguyễn Thị Phương Châm\*, Ngô Thanh Hương, Nguyễn Quang Duy

*Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 144 Xuân Thủy, Cầu Giấy, Hà Nội, Việt Nam*

Nhận ngày 16 tháng 10 năm 2017

Chỉnh sửa ngày 24 tháng 11 năm 2017; Chấp nhận đăng ngày 28 tháng 12 năm 2017

**Tóm tắt:** Sau khi Bộ luật dân sự 2015 (BLDS 2015) có hiệu lực ngày 1/1/2017, lần đầu tiên pháp luật Việt Nam công nhận chuyển đổi giới tính. Tuy nhiên xoay quanh vấn đề này còn tồn tại nhiều vấn đề pháp lý chưa thể giải quyết được, đồng thời cũng đặt ra yêu cầu phải xây dựng Luật liên quan để những quy định của BLDS 2015 đi vào thực tiễn đời sống xã hội. Bài viết nghiên cứu pháp luật Nhật Bản về thay đổi giới tính dưới góc độ lý luận và thực tiễn, qua đó đưa ra những đề xuất về phạm vi điều chỉnh, cấu trúc của Luật liên quan về chuyển đổi giới tính của Việt Nam trong tương lai.

*Từ khóa:* Thay đổi giới tính, chuyển đổi giới tính, Bộ luật dân sự, pháp luật Nhật Bản.

## 1. Đặt vấn đề

Hoàn cảnh hình thành Luật đặc lệ về áp dụng giới tính đối với người rối loạn giới tính

Lần đầu tiên Nhật Bản công bố chứng rối loạn giới tính (RLGT), và sự tồn tại của những người RLGT vào ngày 2 tháng 7 năm 1996. Giới y học Nhật Bản đã lên tiếng yêu cầu chính phủ Nhật Bản phải xây dựng chính sách mang tính hệ thống để minh bạch hoá tiêu chuẩn trong việc chuẩn đoán và điều trị cho người RLGT. Sau đó, Nhật Bản đã xây dựng văn bản hướng dẫn về chuẩn đoán và điều trị chứng rối loạn giới tính (28/5/1997), và ca phẫu thuật chuyển đổi giới tính đầu tiên được thực hiện vào 16/10/1998. Như vậy thông qua việc tiếp cận y học những người RLGT ở Nhật Bản ít nhiều có thể giảm được gánh nặng tâm lý được

sống với hình thức giới tính mình mong muốn<sup>1</sup>[1; 1251]. Tuy nhiên, việc không công

<sup>1</sup> Trước đó Toà phúc thẩm Tokyo ngày 11 tháng 11 năm 1970 đã khẳng định phán quyết của Toà sơ thẩm Tokyo kết tội hình sự cho cơ sở y tế đã tiến hành phẫu thuật chuyển đổi giới tính cho 3 người phụ nữ thành nam giới với lý do vi phạm Điều 28 Luật bảo vệ bà mẹ. Trong phán quyết của Toà phúc thẩm cũng nêu rõ trong thực trạng y tế liên quan của Nhật Bản chưa phát triển, việc phẫu thuật giới tính phải được đặt dưới những tiêu chuẩn nhất định như: trước phẫu thuật phải có sự kiểm tra của y bác sĩ thần kinh, tâm lý và phải được giám sát trong một thời gian nhất định; Cần phải tiến hành điều tra các mối quan hệ gia đình của người bệnh, lý lịch cá nhân, môi trường sinh hoạt tương lai...; đội ngũ bác sĩ phẫu thuật, trình độ bác sĩ phẫu thuật cần phải được kiểm định, và có tiêu chuẩn nhất định...Và trong vụ án này cơ sở y tế đã tiến hành phẫu thuật một cách thiếu thận trọng. Tuy nhiên, lý do nêu ra trong bản án này ít được chú ý hơn với việc nhận định đó là phẫu thuật chuyển đổi giới tính cấu thành tội hình sự. Và đây được xem là dấu hiệu xuất hiện thời đại đen tối trong giới y học Nhật Bản. Và để chấm dứt bóng tối trong y học, Hiệp hội y học tinh thần – thần kinh, Ủy ban đặc biệt liên quan đến chứng rối loạn giới tính đã công bố Văn bản hướng dẫn chuẩn đoán và điều trị chứng rối loạn giới tính.

\* Tác giả liên hệ. ĐT.: 84-24-37547511.

Email: chamnguyen1706@gmail.

<https://doi.org/10.25073/2588-1167/vnuls.4130>

nhận thay đổi giới tính được ghi trong hộ tịch dẫn đến tình trạng nhiều vấn đề trong đời sống xã hội không được giải quyết. Một người RLGT có thể được điều trị thông qua việc tiêm hooc-môn, phẫu thuật chuyển đổi giới tính và những người này sẽ có được bề ngoài diện mạo giống với giới tính mình mong muốn. Tuy nhiên, giải pháp này chỉ là giải pháp mang tính tâm lý giúp người bệnh thoát khỏi những dày vò nhưng không thể giúp những người RLGT có được cuộc sống bình ổn trong xã hội cùng với giới tính mình mong muốn. Khi mà giới tính bề ngoài khác với giới tính trong hộ tịch thì sẽ phát sinh rất nhiều mâu thuẫn trong đời sống hàng ngày. Nhiều người vì e ngại phải đưa ra bảo hiểm y tế mà từ chối việc khám chữa bệnh tại các cơ sở y tế, một số người khác thì không thể có được công việc ổn định, bị mất việc, bị huỷ bỏ quyết định tuyển dụng chỉ vì không đưa ra được bản chính hộ tịch. Hay có những trường hợp học sinh, sinh viên vì không chịu được sự phân hoá giới tính rõ ràng như việc dựa trên nam, hay nữ quyết định đồng phục mà cự tuyệt việc đến trường lớp.

Nhật Bản đã nhận thấy việc xây dựng luật để thay đổi thực trạng từ chối con đường cứu giúp những người RLGT mang tính tư pháp là cần thiết. Theo đó, nghị viện lập pháp đã thông qua “Luật đặc lệ” (特例-Tokurei) về áp dụng giới tính của người RLGT vào ngày 16/7/2003 (sau đây gọi là “Luật đặc lệ”). Luật đặc lệ có hiệu lực vào ngày 16/7/2004 và được sửa đổi vào năm 2008.

## 2. Nội dung vấn đề

### 2.1. Bố cục và nội dung của Luật đặc lệ

#### 2.1.1. Bố cục

Luật đặc lệ chỉ có 4 điều khoản, trong đó Điều 1 quy định về đối tượng điều chỉnh, Điều 2 quy định về khái niệm “Người RLGT”, Điều 3 quy định về “Điều kiện để người RLGT đệ đơn yêu cầu Toà án gia đình ra quyết định công nhận thay đổi giới tính, và cuối cùng Điều 4

quy định về “Áp dụng pháp luật liên quan đến người được nhận quyết định thay đổi giới tính”

#### 2.1.2. Khái niệm người RLGT

Theo Điều 2 Luật đặc lệ, lần đầu tiên khái niệm người RLGT được đưa ra dưới quy định pháp luật như sau:

“Người RLGT theo Luật này là người được chuẩn đoán thống nhất bởi từ 2 bác sĩ trở lên. Những bác sĩ này phải là người có kiến thức và kinh nghiệm cần thiết về việc chuẩn đoán người bệnh là người cho dù có giới tính sinh học được xác định rõ ràng nhưng luôn có một niềm tin lâu bền rằng mình có một giới tính khác (Dưới đây gọi là: Giới tính khác), và luôn có ý chí mong muốn bản thân được sống với giới tính khác về mặt thân thể cũng như trong đời sống xã hội.”

Như vậy với định nghĩa trên ta thấy, đối tượng mà pháp luật Nhật Bản công nhận thay đổi giới tính trước hết chỉ giới hạn trong một phạm vi người được chuẩn đoán là người RLGT dưới những yêu cầu của y học<sup>2</sup> [1], không phải dựa trên yếu tố tự nhận dạng của cá nhân.

#### 2.1.3. Điều kiện để được Toà án gia đình đưa ra quyết định thay đổi giới tính

Những người RLGT trong trường hợp thoả mãn những điều kiện được quy định tại Khoản 1 Điều 3 Luật đặc lệ thì có thể yêu cầu Toà án gia đình ra quyết định về việc thay đổi giới tính. Sau khi Toà án gia đình ra quyết định thay đổi giới tính thì mọi quan hệ của người này được pháp luật công nhận dưới giới tính mới, và giới tính mới sẽ được ghi nhận thông qua việc thay đổi thông tin giới tính trong hộ tịch. Kể từ khi Luật có hiệu lực từ tháng 7 năm 2004 trong vòng 8 năm đến năm 2011 có 2847 người nhận được quyết định thay đổi giới tính từ Toà án gia đình trong tổng số trên 10.000 người yêu cầu. Và đến năm 2014 số người được nhận quyết định thay đổi giới tính đã tăng lên 5000

<sup>2</sup> Những yêu cầu đặt ra đối với việc chuẩn đoán một người mắc chứng rối loạn giới tính được nêu rõ trong Văn bản hướng dẫn chuẩn đoán và điều trị chứng rối loạn giới tính.

người.<sup>3</sup>[2] Tuy nhiên điều kiện thì được cho rằng vẫn rất khắt khe.

*Người yêu cầu phải là người thành niên (từ 20 tuổi trở lên)*

Điều kiện này xuất phát từ lý do đó là một khi đã chuyển đổi giới tính thì không thể quay lại giới tính cũ nên việc thay đổi giới tính phải nhất thiết được quyết định dựa trên ý chí đầy đủ năng lực phán đoán của người thành niên [3; 34].

*Người yêu cầu không đang trong tình trạng hôn nhân*

Đối với điều kiện này, cũng nhiều ý kiến cho rằng, khái niệm người RLGT chỉ chính thức được biết rộng rãi ở Nhật Bản thông qua thông cáo của trường đại học y khoa Saitama khi quyết định nghiên cứu về phẫu thuật giới tính vào tháng 7 năm 1996. Do vậy, trước thời điểm đó trong xã hội Nhật Bản vẫn tồn tại rất nhiều định kiến, phân biệt, nhiều người luôn phải gồng mình làm mọi việc để phù hợp với giới tính “không thật” của cơ thể, và kết quả là không ít trường hợp đã kết hôn và sinh con cái.[4; 130] Hay có ý kiến cho rằng, trường hợp nếu vợ hoặc chồng của người mắc chứng RLGT đồng ý cho người kia thay đổi giới tính mà hai người vẫn sống hoà hợp thì điều kiện này gián tiếp cưỡng ép việc ly hôn. Đây là việc can thiệp quá sâu vào đời sống gia đình của họ [3; 34].

Tuy nhiên, các nhà lập pháp đưa ra lý do rằng, điều kiện này để phòng ngừa kết hôn đồng tính vì Nhật Bản là quốc gia không công nhận hôn nhân đồng tính [3; 34].

*Người yêu cầu hiện tại không có con chưa thành niên*

Luật đặc lệ 2004 quy định điều kiện người yêu cầu hiện tại không có con. Nhưng sau đó rất nhiều ý kiến phản đối cho rằng với quy định như vậy thì quá tàn nhẫn với người RLGT. Trên thực tế có nhiều trường hợp con

cái hoàn toàn hiểu cho cha hoặc mẹ, cũng mong muốn cha hoặc mẹ mình thoát khỏi sự dày vò về mặt tinh thần.

Vì vậy, Luật đặc lệ 2008 đã sửa đổi điều kiện này, đó là trong trường hợp nếu con của người RLGT có đủ năng lực lý giải, phán đoán khi ở độ tuổi thành niên thì công nhận cho người yêu cầu thay đổi giới tính.

*Người yêu cầu trong tình trạng không có tuyển sinh dự hoặc mất chức năng của tuyển sinh dự vĩnh viễn*

Đây được xem là điều kiện phòng ngừa việc phát sinh các vấn đề phức tạp, sự xáo trộn trong xã hội nếu một người được công nhận thay đổi giới tính nhưng sau đó lại sinh con.

*Có bề ngoài tạo hình của cơ quan sinh dục giống với giới tính khác*

Và điều kiện này được cho rằng phòng ngừa những xáo trộn mang tính xã hội khi người thay đổi giới tính tham gia vào các hoạt động cộng đồng.

Hai điều kiện (4), (5) có nghĩa là phải thông qua phẫu thuật chuyển đổi giới tính.

2.2. Tranh luận xoay quanh điều kiện không có con chưa thành niên.

#### a. Căn cứ lập pháp và án lệ

Các nhà lập pháp Nhật Bản đã đưa ra lý do giải thích điều kiện này như sau: Thứ nhất nếu bỏ hẳn điều kiện này, cùng với việc công nhận thay đổi giới tính thì hậu quả của nó sẽ phá hỏng quan niệm mô hình gia đình trong xã hội Nhật Bản đó là cha là đàn ông và mẹ là đàn bà. Thứ hai, trong tư tưởng của những đứa trẻ chưa nhận thức đầy đủ sẽ không thể hiểu và khó chấp nhận cha và mẹ là người cùng giới và điều này có thể đem lại sự bất an, rối loạn về mặt tâm lý trẻ nhỏ, ảnh hưởng đến quan hệ cha mẹ và con. Và đây là điều không mong muốn dưới góc độ bảo vệ lợi ích và phúc lợi của trẻ nhỏ. Chính vì vậy, để được pháp luật công nhận thay đổi giới tính cần thiết phải đặt ra những điều kiện khắt khe.

<sup>3</sup><http://mainichi.jp/articles/20160321/k00/00m/040/118000c> (Truy cập ngày 6/12/2016)

Thông tin Hội thảo về chứng rối loạn giới tính trên báo Mainichi ngày 21/3/2016.

Án lệ gần đây nhất của Tòa tối cao ngày 19 tháng 10 năm 2007 đã chỉ ra rằng: “Điều kiện không có con là điều kiện phòng ngừa các tác hại tiêu cực đến trẻ nhỏ nên nhìn dưới góc độ bảo vệ lợi ích, phúc lợi của trẻ nhỏ không thể nói điều kiện này thiếu tính hợp lý, do vậy không thể nói điều kiện này vi phạm Điều 13, Khoản 1 Điều 14 Hiến pháp”<sup>4</sup>.

Án lệ của Tòa phúc thẩm Takamatsu tháng 10 năm 2010 đã đưa phán quyết rằng với lý do có con chưa thành niên nên yêu cầu thay đổi giới tính của người RLGT không được chấp nhận cho đến khi nào các con thành niên, tức là vào năm 2014<sup>5</sup>.

#### *b. Học thuyết phản đối*

Rất nhiều học giả phản đối điều kiện này, điển hình là giáo sư Ooshima Toshiyuki. Theo giáo sư với 4 lý do sau cần loại bỏ điều kiện này [5; 225].

Thứ nhất, trong trường hợp Tòa ra quyết định công nhận cha, mẹ con do yêu cầu, thì theo pháp luật Nhật Bản quyết định công nhận cha, mẹ con có hiệu lực hồi tố. Vậy trong trường hợp quyết định này được Tòa công bố sau khi Tòa ra quyết định công nhận thay đổi giới tính thì tại thời điểm công nhận giới tính người yêu cầu thay đổi giới tính có con. Vậy hiệu lực của quyết định công nhận chuyển đổi giới tính sẽ giải quyết ra sao?

Thứ hai, cùng với việc công nhận thay đổi giới tính, giới tính trong hộ tịch và giới tính thực trạng trong đời sống xã hội có sự đồng nhất thì cuộc sống của bản thân những người mắc chứng rối loạn giới tính dễ chịu hơn nhiều, họ được giải thoát khỏi những dày vò về mặt tâm lý, như vậy ít nhiều cha (mẹ) hạnh phúc thì người con chẳng phải cũng hạnh phúc hay sao?

Thứ ba, về y học, thì ngay cả những người RLGT có con họ vẫn được phép thực hiện phẫu thuật giới tính vì vậy trên thực tế vẫn có những

người cha hoặc mẹ mang cơ thể, ngoại hình gần với giới tính khác, họ có đời sống sinh hoạt dưới tư cách giới tính khác. Vậy điều kiện không có con, hoặc không có con chưa thành niên không phải để nhằm giải quyết tránh thực trạng này.

Thứ tư, ngoại trừ Hàn quốc không có pháp luật nước tiên tiến nào tồn tại điều kiện này.

Bên cạnh đó có rất nhiều lý do khác của các học giả được đưa ra như giáo sư Teiko Tamaki cho rằng, nếu nói công nhận thay đổi giới tính của người có con sẽ gây xáo trộn đời sống, quan hệ trong gia đình thì không chỉ có việc thay đổi giới tính của cha mẹ, mà việc thay đổi giới tính của con cái cũng ảnh hưởng tới gia đình. Hay trong trường hợp một người RLGT có con, có cháu nội (ngoại) thì với điều kiện không có con (người con chết) thì người đó được công nhận thay đổi giới tính, vậy việc thay đổi giới tính này có ảnh hưởng đến tâm lý của đứa cháu không? Do vậy, lý do đưa ra điều kiện này của các nhà lập pháp không thuyết phục [6; 148-163].

#### *c. Lập luận củng cố quan điểm của nhà lập pháp*

Tuy nhiên để củng cố quan điểm, các nhà lập pháp đã đưa ra những ý kiến phản hồi như sau:

Thứ nhất, để đưa ra quyết định công nhận chuyển đổi giới tính, tòa án phải thẩm tra hồ sơ như lý lịch hôn nhân, đời sống sinh hoạt liên quan đến giới và trong trường hợp có dấu hiệu nghi ngờ có con, Tòa sẽ cử cán bộ điều tra của Tòa án gia đình tiến hành điều tra trong một khoảng thời gian nhất định. Nếu người được nhận quyết định công nhận thay đổi giới tính, sau đó có người yêu cầu nhận con thì phiên tòa sẽ được mở, sau khi xem xét có hay không việc che dấu có con? Cân nhắc những tác động đến quyền lợi của đứa trẻ, của người thứ ba, và liệu rằng theo quan niệm của xã hội có cho phép hay không? Trên cơ sở phán đoán tổng hợp đó khi tòa nhận thấy việc huỷ bỏ là hợp lý thì quyết định công nhận thay đổi giới tính sẽ bị huỷ bỏ [7; 15].

<sup>4</sup> <http://genderlaw.jp/hanr/other/other6.html> (Truy cập ngày 18/10/2017)

<sup>5</sup> <http://genderlaw.jp/hanr/other/other6.html> (Truy cập ngày 18/10/2017)

Thứ hai, đối với lập luận cho rằng khó tìm thấy điều kiện tương tự trong pháp luật cũng như án lệ liên quan đến người RLGT trong hệ thống pháp luật các nước thì nhà lập pháp Nhật Bản đã phản biện như sau: “Sự tồn tại của quy định pháp luật được quyết định từ mối quan hệ của quy định pháp luật đó với lịch sử, thực trạng xã hội, ý thức dân tộc của mỗi quốc gia, chính vì vậy không có nghĩa là vì các nước không quy định mà mình quy định là bất hợp lý” do vậy việc loại bỏ điều kiện này là không cần thiết [8; 91].

Thứ ba, đối với lập luận cho rằng cha mẹ hạnh phúc thì con cũng hạnh phúc thì nhà làm luật cho rằng dù cha mẹ hạnh phúc điều đó không có nghĩa đương nhiên con cái sẽ được hạnh phúc [7, 16].

Thứ tư, gia đình Nhật Bản hướng đến mô hình gia đình hạt nhân, quan hệ giữa cha mẹ và con chứ không hướng đến mô hình gia đình tư đại đồng đường. [7; 16] Do vậy nhà làm luật không dự tưởng trường hợp ảnh hưởng đến tâm lý của cháu trong lập luận phản đối của học giả.

### 2.3. Tranh luận xoay quanh điều kiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính

#### a. Phẫu thuật chuyển đổi giới tính trong pháp luật Nhật bản

Phẫu thuật chuyển đổi giới tính trong pháp luật Nhật Bản đó là khi các biện pháp điều trị tâm lý, điều trị tiêm hormone không đủ giải quyết được những phiền muộn về giới tính, thì việc phẫu thuật ngoại khoa cắt bỏ cơ quan sinh dục bên trong và tạo hình cơ quan sinh dục bên ngoài gần giống với giới tính người bệnh mong muốn. Đối với trường hợp một người muốn thay đổi giới tính từ nữ sang nam (F to M) thì phẫu thuật phải tiến hành 4 bước, (1) cắt bỏ tử cung và buồng trứng, (2) cắt bỏ âm đạo, (3) kéo dài ống dẫn tiết niệu, (4) Tạo hình dương vật. Đối với trường hợp thay đổi giới tính từ nam sang nữ (M to F) thì gồm 4 bước như: (1) Cắt bỏ tinh hoàn, (2) Cắt bỏ dương vật, (3) tạo âm hộ, (4) tạo hình cơ quan sinh dục. Để đáp ứng điều kiện 4 phải tiến hành phẫu thuật bước (1), và đáp ứng điều kiện 5 phải tiến hành phẫu

thuật từ bước (2) đến bước (4). Để được phẫu thuật, người RLGT phải đáp ứng các điều kiện bắt buộc được quy định tại Bản hướng dẫn chuẩn đoán và điều trị liên quan đến chứng rối loạn giới tính do Hiệp hội y học tinh thần, thần kinh Nhật Bản quy định [1; 1263]. Về cơ sở y tế có thể thực hiện được phẫu thuật chuyển đổi giới tính cũng rất hạn chế do tiêu chuẩn khắt khe, và kinh phí cho phẫu thuật tuy có sự khác nhau giữa các cơ sở nhưng nhìn chung khoảng 3.200.000 yên Nhật (khoảng 30.000 \$) để phẫu thuật từ bước (1) đến bước (4) đối với trường hợp F to M, và 1.500.000 yên Nhật (12.000\$) với trường hợp M to F. [9; 7]

#### b. Học thuyết phản đối

Thuyết phản đối cho rằng có rất nhiều trường hợp không mong muốn phẫu thuật, chỉ mong muốn điều trị bằng phương pháp học môn, hay trị liệu tâm lý. Vậy Nhật Bản cũng phải cần xem xét lại điều kiện phẫu thuật giới tính có thật sự cần thiết hay không? [10; 8]

Thứ nhất, phẫu thuật giới tính và năng lực kinh tế của người bệnh. [11; 41-45]

Để có thể phẫu thuật giới tính hay không, vấn đề kinh tế đóng vai trò rất quan trọng. Ở Nhật phẫu thuật giới tính không được bảo hiểm y tế chi trả, người bệnh phải hoàn toàn chịu kinh phí. Bên cạnh đó các cơ sở y tế đáp ứng điều kiện phẫu thuật rất ít và hầu hết ở địa phương không có, vì vậy để được tiếp cận dịch vụ y tế này người RLGT cũng phải bỏ thêm một khoản chi phí đáng kể như đi lại, sinh hoạt...trong thời gian điều trị. Như vậy những người không có khả năng về kinh tế rất khó có thể thực hiện phẫu thuật, và điều đó cũng đồng nghĩa với việc những người này sẽ phải sống cả đời với giới tính không mong muốn chỉ bởi lý do họ không đáp ứng điều kiện cần của pháp luật.

Thứ hai, để có thể tiến hành phẫu thuật cần phải có một tình trạng sức khỏe, tâm lý tốt bởi có thể phát sinh những vấn đề di chứng do phẫu thuật và gây mê toàn thân. Do vậy đối với những người cao tuổi, người mắc bệnh mãn tính nghiêm trọng rất khó có thể tiến hành phẫu

thuật chuyển đổi giới tính. Và họ phải sống với giới tính không mong muốn cả đời cùng với những dằn vặt tâm lý ghét bỏ bản thân vì chính cơ thể không cho phép họ sống với giới tính thật của mình [9; 10].

Để nhận được quyết định công nhận thay đổi giới tính của Tòa án gia đình, theo Khoản 4,5 Điều 3 Luật đặc định, người RLGT phải thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Tuy nhiên trong số những người này có những người mong muốn phẫu thuật, nhưng cũng có những người vì lý do nào đó không muốn phẫu thuật, và như vậy bản thân họ phải chịu những bất lợi trong đời sống xã hội hàng ngày, tiếp tục chịu đựng sự dày vò về mặt tinh thần vì không được pháp luật thừa nhận giới tính khác của mình. [9; 10-11]

### c. Tư tưởng lập pháp và án lệ

Các nhà lập pháp đã giải thích về điều kiện này như sau: “Đó là nếu như không có bề ngoài tạo hình sinh dục giống như giới tính mong muốn thì sẽ phát sinh rất nhiều vấn đề mà chúng ta phải suy nghĩ như việc gây hỗn loạn đám đông, rối loạn đời sống sinh hoạt xã hội như việc tham gia các hoạt động mang tính xã hội, cộng đồng như tắm ở nơi công cộng, đi vệ sinh ở nơi công cộng. Với ý nghĩa như vậy, điều kiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính là điều kiện mang tính xã hội.” [12; 93]

Toà phúc thẩm Tokyo đưa ra phán quyết như sau đối với kháng cáo của nguyên đơn yêu cầu huỷ bỏ phán quyết của toà sơ phẩm không công nhận yêu cầu thay đổi giới tính của nguyên đơn: “...điều kiện thứ 5 là điều kiện cần thiết để tránh việc gây ra những hỗn loạn ở nơi công cộng. ... Do vậy có đầy đủ căn cứ hợp lý về sự tồn tại của điều kiện này. Điều kiện thứ 5 cho dù có hạn chế lợi ích của những người RLGT do không thoả mãn điều kiện này, nhưng điều kiện này không vi phạm điều 13 Hiến pháp. Và với những căn cứ đầy đủ nêu trên, điều kiện thứ 5 cho dù tạo ra sự phân biệt giữa những người RLGT đáp ứng điều kiện này với những người RLGT không đáp ứng điều kiện

này thì cũng không thể nói vi phạm Khoản 1 Điều 14 Hiến pháp” [13; 99].

Như vậy, các điều kiện theo quy định của Luật đặc định được Tòa án giải thích dưới góc nhìn cân bằng lợi ích của các bên, lợi ích của người RLGT phải được đánh giá xem xét trong mối tương quan với lợi ích của xã hội, phải được đặt trong mối tương quan với tình trạng thực tế của xã hội và ý thức hệ gia đình Nhật Bản.

## 3. Giải quyết vấn đề

### 3.1. Luật liên quan đến chuyển đổi giới tính trong mối tương quan với BLDS 2015

Trước khi tiến hành công cuộc xây dựng Luật liên quan đến chuyển đổi giới tính (Vi thực tế vẫn đang diễn ra những tranh luận xoay quanh tên gọi của Luật này là “Luật chuyển đổi giới tính” hay “Luật thay đổi giới tính”) nhà lập pháp, các nhà nghiên cứu khoa học phải lý giải Điều 37 BLDS 2015 để xây dựng Luật sao cho phù hợp nhất về phạm vi điều chỉnh và cấu trúc nội dung. Theo Điều 37 BLDS 2015, ta thấy tồn tại 3 nội dung pháp lý chính: Thứ nhất đó là “công nhận chuyển đổi giới tính”, và ở đây phải làm rõ ý nghĩa của điều luật là *công nhận chuyển đổi giới tính dưới góc độ pháp luật* (“*thay đổi giới tính*” là cách dùng từ đúng trong trường hợp này) hay công nhận *chuyển đổi giới tính dưới góc độ y tế*.

Thứ hai, “người chuyển đổi giới tính phải có nghĩa vụ đăng ký thay đổi lại hộ tịch”.

Thứ ba, người chuyển đổi giới tính có các quyền nhân thân gắn với giới tính mới.

Để phân tích lý giải Điều 37 BLDS 2015 chúng ta phải giải thích trong mối tương quan giữa nội dung thứ nhất và nội dung thứ hai. Nếu nội dung thứ nhất được hiểu theo nghĩa “thay đổi giới tính dưới góc độ pháp luật” thì nội dung thứ hai dường như là quy định thừa vì đây là hệ quả pháp luật của việc pháp luật công nhận thay đổi giới tính và không có nhiều ý nghĩa nếu nhìn dưới góc độ đây là quyền của người thay đổi giới tính. Và nhìn từ lăng kính pháp luật so sánh, các nước trong đó có Nhật Bản, sau khi Tòa án gia

đình ra phán quyết công nhận thay đổi giới tính, nhân viên của Tòa án sẽ gửi một bản phán quyết đó về làng xã nơi đăng ký thường trú của người thay đổi giới tính và giới tính mới sẽ được thay đổi trong hộ tịch của người này.

Tuy nhiên, nếu như nội dung thứ nhất được lý giải dưới góc độ bảo vệ quyền chuyển đổi giới tính trong y học, có nghĩa là người RLGT được pháp luật công nhận cho phép phẫu thuật chuyển đổi giới tính, và một khi đã tiến hành phẫu thuật chuyển đổi giới tính, người đó có nghĩa vụ thay đổi giới tính trong hộ tịch (nội dung thứ 2). Và cùng với việc thực hiện nghĩa vụ thay đổi giới tính trong hộ tịch, người đó được pháp luật công nhận với tư cách giới tính mới (nội dung thứ 3).

Về cấu trúc, ý nghĩa, và sự kết nối giữa các điều khoản thì cách hiểu thứ hai có vẻ hợp lý hơn, và khi đặt trong bối cảnh của Việt Nam trước đó khi chưa cho phép các cơ sở y tế phẫu thuật chuyển đổi giới tính thì chúng ta thấy cách hiểu này hoàn toàn hợp lý. Mặc dù với cách lý giải này chúng ta có đi ngược lại với xu thế chung của thế giới đó là thực tế phẫu thuật chuyển đổi giới tính nói riêng, các phương pháp trị liệu khác trong y khoa nói chung là quyền tiếp cận đương nhiên của con người về cơ bản luật không cần công nhận.

Vậy nếu xét trên phương diện câu từ của Điều 37 BLDS 2015 với cách hiểu như trên tạm xem là phù hợp thì quy định tại BLDS 2015 còn tồn tại các vấn đề như sau:

Luật cho phép phẫu thuật chuyển đổi giới tính, và sau khi chuyển đổi giới tính người này buộc phải thay đổi giới tính trong hộ tịch cho dù có muốn hay không. Và như vậy, sẽ có một vấn đề phát sinh, vậy trong trường hợp một phạm vi người không thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính nhưng mong muốn được thay đổi giới tính trên phương diện pháp luật thì có được hay không? Hay một phạm vi người đã thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính nhưng không muốn thay đổi giới tính trong hộ tịch thì liệu rằng có được hay không?

Vậy để tránh những tồn tại trên, liệu rằng Điều 37 BLDS 2015 có thể được lý giải một

cách tổng thể như sau: công nhận cho một người được thay đổi giới tính trên phương diện pháp lý và đối tượng này được giới hạn trong phạm vi những người đáp ứng điều kiện cần để thay đổi giới tính trên phương diện pháp lý đó là phải phẫu thuật giới tính.

Từ kinh nghiệm nghiên cứu pháp luật của Nhật Bản, ta thấy cách lý giải này là hợp lý và phù hợp với phạm vi điều chỉnh của Luật dân sự tuy rằng cách lý giải này hơi tách rời câu chữ được quy định tại Điều 37 BLDS 2015.

Và khi xác định rõ được ý nghĩa, nội hàm trong quy định của BLDS 2015 thì việc chúng ta xác định phạm vi, điều chỉnh của Luật liên quan đến chuyển đổi giới tính sẽ được minh thị.

Như vậy nhiệm vụ của chúng ta đó là phải xây dựng quy định về

- Chuyển đổi giới tính theo y khoa
- Thay đổi giới tính theo luật

Và chúng ta phải xác định hai nội dung này được quy định trong một văn bản pháp luật hay chia ra quy định trong hai văn bản khác nhau.

### 3.2. Xác định rõ phạm vi điều chỉnh của Luật

Việt Nam hiện nay đến tên gọi của luật vẫn đang còn tranh cãi, “Luật thay đổi giới tính” hay, “Luật chuyển đổi giới tính”. Thực tế đây không phải là vấn đề quá lớn và không mang lại ý nghĩa nhiều khi Việt Nam chưa có định hướng rõ ràng về phạm vi điều chỉnh (nội hạt, cốt lõi) của Luật. Vậy chúng ta hướng tới xây dựng Luật điều chỉnh về chuyển đổi giới tính dưới lăng kính y khoa hay dưới lăng kính tư pháp, hay cả hai. Có vẻ như Luật đang muốn hướng tới điều chỉnh cả hai. Nhưng từ kinh nghiệm của Nhật Bản cho thấy việc điều chỉnh cả hai vấn đề này không phải đơn giản.

Từ kinh nghiệm của Nhật Bản ta thấy rõ, Nhật Bản phân biệt rõ rệt hai vấn đề này, đó là liên quan đến chuẩn đoán và điều trị chứng RLGT nhìn dưới góc độ y tế là giải pháp giúp những người bệnh thoát khỏi những dày vò tâm lý về ngoại hình, giúp người bệnh có thân thể phù hợp với giới tính theo mong muốn của họ. Chính vì vậy đây là quyền chính đáng, về căn

bản pháp luật hầu như không được can thiệp dưới góc độ cảm đoán, hạn chế. Tuy nhiên để đảm bảo tính an toàn, lợi ích của người RLGT thì những điều kiện cần thiết trong y khoa phải được đặt ra với vai trò như kim chỉ nam trong việc chuẩn đoán và điều trị. Và văn bản hướng dẫn này được xây dựng bởi một Ủy ban khoa học y khoa và có khả năng thay đổi, sửa đổi để phù hợp với tình hình phát triển của khoa học kỹ thuật, từ kinh nghiệm thực tế chuẩn đoán và điều trị bệnh.

Do vậy, trong trường hợp nếu Việt Nam muốn định hướng vai trò của Luật thay đổi giới tính dưới góc độ pháp luật thì những vấn đề liên quan đến chuẩn đoán và điều trị chứng rối loạn giới tính hoàn toàn có thể không cần quy định trong Luật này mà được quy định tại một văn bản khác do Bộ y tế soạn thảo và thực hiện dưới việc thành lập một Ủy ban nghiên cứu bao gồm các nhà khoa học trong lĩnh vực y tế.

Còn vẫn nếu muốn quy định trong một văn bản thì cần tách bạch rõ ràng hai phạm trù này.

Về phần nội dung thay đổi giới tính theo pháp luật để tránh việc nhầm lẫn với khái niệm “chuyên đổi giới tính” trong y học, Luật cần phải xây dựng trọng tâm vào các nội dung sau:

*\* Thứ nhất, một phạm vi người nào được công nhận thay đổi giới tính*

Trước hết phải khẳng định chỉ những người RLGT mới cần được pháp luật thay đổi giới tính. Và việc nhận định có hay không RLGT cần thiết phải dựa trên các kết quả y khoa, việc công nhận dựa trên sự tự nhận dạng cá nhân có thể tạo ra rất nhiều bất cập như lách luật kết hôn đồng tính, trốn tránh thực hiện nghĩa vụ theo giới,...Không thể xem kết quả nhận định từ góc độ y khoa là những rào cản đối với những người mong muốn thay đổi giới tính vì trên hết sự mong muốn của một cá nhân khi ảnh hưởng đến lợi ích của xã hội thì cần thiết phải đặt trong khuôn khổ của pháp luật, người đó có quyền tiếp cận y tế để giải quyết những vấn đề liên quan đến giới nhưng việc được pháp luật công nhận áp dụng giới tính mới thì cần phải có những điều kiện nhất định.

Về vấn đề có công nhận hay không việc thay đổi giới tính của người nước ngoài, thiết nghĩ vấn đề này không cần đặt ra trong Luật thay đổi giới tính bởi mục đích của Luật thay đổi giới tính là công nhận giới tính mới của người RLGT trên phương diện pháp luật như thay đổi giới tính trong hộ tịch, thay đổi giới tính trong giấy khai sinh...qua đó người này được xã hội và pháp luật đối xử như người mang giới tính mong muốn. Vậy việc công nhận người nước ngoài được thay đổi giới tính có phù hợp hay không? Trong khi bản thân người đó, không được pháp luật của quốc gia mình mang quốc tịch công nhận. Tranh luận này có thể bắt nguồn từ sự làm nham giữa hai vấn đề xoay quanh người RLGT như trên đã bàn luận đó là việc pháp luật công nhận những điều trị mang tính y khoa như phẫu thuật chuyển đổi giới tính và việc pháp luật công nhận thay đổi giới tính mang tính tư pháp. Liên quan đến chuyên đổi giới tính dưới lăng kính y khoa thì khi nhìn nhận nó như liệu pháp điều trị thì không có lý do gì chúng ta từ chối điều trị cho người nước ngoài.

*\* Thứ hai, cơ quan có thẩm quyền ra quyết định công nhận thay đổi giới tính cũng cần phải được quy định rõ trong Luật.*

Cùng với việc xác định cơ quan có thẩm quyền, sẽ xây dựng các quy định liên quan đến thủ tục, trình tự khi một người RLGT đệ đơn yêu cầu thay đổi giới tính.

*\* Thứ ba, điều kiện để một người RLGT được nộp đơn yêu cầu thay đổi giới tính:*

(1) Điều kiện về độ tuổi (cần phân biệt độ tuổi được chuẩn đoán và điều trị bệnh với độ tuổi được công nhận thay đổi giới tính). Rõ ràng đối với trường hợp về độ tuổi mong muốn được chuẩn đoán và điều trị thì không thể có sự giới hạn về độ tuổi, trừ những trường hợp ngoại lệ mà trong y khoa thấy rằng chỉ đáp ứng những điều kiện nhất định về độ tuổi mới đảm bảo tính an toàn, tránh rủi ro cho người bệnh. Tuy nhiên, vấn đề pháp luật công nhận việc thay đổi giới tính dưới góc độ pháp lý là vấn đề khác, và một người khi đã được pháp luật công nhận thay đổi



giới tính thì không thể quay lại với giới tính cũ. Chính vì vậy, việc thay đổi giới tính cần phải được quyết định dựa trên một năng lực phán đoán nhất định. Do đó việc quy định điều kiện liên quan độ tuổi là không thể thiếu, vấn đề chúng ta cần phải cân nhắc đó là việc quy định một độ tuổi như thế nào là phù hợp. Để hài hòa và đồng nhất với quy định liên quan đến năng lực hành vi dân sự trong BLDS 2015, cũng như quy định liên quan đến độ tuổi của người lập di chúc, thiết nghĩ Luật thay đổi giới tính nên quy định độ tuổi phù hợp là từ đủ 18 tuổi trở lên, và đối với người từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi nếu được sự đồng ý của cha mẹ cũng được công nhận.

(2) Điều kiện liên quan đến môi trường gia đình: Đây là điều kiện phải xem xét dưới góc độ hệ tư tưởng gia đình trong quan niệm của người Việt Nam, việc nghiên cứu pháp luật nước ngoài chỉ mang tính tham khảo. Cần phải có những khảo sát thực tế liên quan đến đời sống xã hội, gia đình.

(3) Điều kiện liên quan đến sự can thiệp của y tế: Ví dụ như đã trải qua quá trình điều trị cần thiết như điều trị tinh thần, hoặc các giải pháp khác như tiêm hormone, làm mất chức năng sinh sản, cắt bỏ cơ quan sinh dục bên trong, tạo hình cơ quan sinh dục bên ngoài... Về điều kiện này, chúng ta phải đặt trong mối tương quan với Điều 37 BLDS 2015, nếu như phân tích lý giải nội dung của quy định này đó là pháp luật công nhận người RLGT được phẫu thuật chuyển đổi giới tính và khi phẫu thuật chuyển đổi giới tính người đó phải thay đổi giới tính trong hộ tịch theo giới tính mới. Như vậy để được thay đổi giới tính theo pháp luật điều kiện cần đó là phải phẫu thuật giới tính. Loại bỏ trường hợp hiểu quy định này là phạm vi người không phẫu thuật giới tính vẫn được yêu cầu thay đổi giới tính theo luật như một số đề án xây dựng Luật liên quan.

*\* Thứ tư, hiệu lực pháp lý của quyết định công nhận thay đổi giới tính*

Đây là vấn đề có thể coi là trọng tâm của Luật, trong kinh nghiệm của Nhật Bản ta thấy,

pháp luật đưa ra những điều kiện được xem là khắc khe đối với những người mong muốn thay đổi giới tính trên pháp luật nhưng ngược lại nếu như một người đáp ứng đầy đủ yêu cầu của Luật đặc lệ và khi được Tòa án gia đình công nhận thay đổi giới tính thì họ được sống, được pháp luật bảo vệ với chính giới tính mới của mình. Tại sao trong Luật đặc lệ của Nhật không đề cập đến nội dung quyền và nghĩa vụ của người thay đổi giới tính, bởi lẽ một người sau khi thay đổi giới tính họ không có bất cứ sự phân biệt đối xử nào so với những người xung quanh, và nhìn dưới góc độ nhân quyền, nhân văn phải chăng đó mới là ý nghĩa thật sự. Một án lệ của Nhật thời gian gần đây là minh chứng điển hình khẳng định vấn đề này. Đó là án lệ của Tòa Hamamatsu Tỉnh Shizuoka ngày 8/9/2014, công nhận yêu cầu của nguyên đơn khi đệ đơn yêu cầu một công ty kinh doanh dịch vụ sân gôn và một câu lạc bộ sân gôn phải bồi thường thiệt hại những tổn thất tinh thần do xâm hại danh dự, nhân phẩm khi cự tuyệt việc đăng ký thành viên với lý do là người thay đổi giới tính từ nam sang nữ. Cho dù rằng, câu lạc bộ này có đưa ra lý do đó là, câu lạc bộ được phép tự do lựa chọn thành viên và trong trường hợp e ngại rằng thành viên đó sẽ gây phiền toái, xáo trộn tâm lý của các thành viên khác thì có quyền từ chối. Nhưng án lệ đã chỉ ra rằng sau khi một người đã đáp ứng những điều kiện luật đặt ra khi đó đã cân bằng lợi ích của cá nhân người thay đổi giới tính với lợi ích chung của những người khác nói riêng, và lợi ích của toàn xã hội nói chung, đó là người này có ngoại hình phù hợp với giới tính đã thay đổi thì mọi sự phân biệt đều vi phạm Điều 14 Hiến pháp (Mọi công dân đều được bình đẳng, không bị phân biệt về con người, tôn giáo, giới tính trong mọi quan hệ xã hội, kinh tế, chính trị...). Do vậy, việc quy định quyền và nghĩa vụ của người sau khi thay đổi giới tính trong luật như đề xuất hiện nay nên phải được loại bỏ, với quy định như vậy sẽ chính thức tạo ra sự phân biệt đối xử giữa phạm vi người thay đổi giới tính với cộng đồng nói chung.

## Lời cảm ơn

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài cấp Đại học Quốc gia Hà Nội mã số QG.17.01 “Đồng bộ hóa luật tư trong bối cảnh xây dựng nền kinh tế thị trường ở Việt Nam hiện nay” (thời gian thực hiện 2016-2018) do TS. Nguyễn Mạnh Thắng chủ nhiệm.

## Tài liệu tham khảo

- [1] “Văn bản hướng dẫn chuẩn đoán và điều trị liên quan đến chứng rối loạn giới tính”, Tạp chí khoa học tinh thần-thầnkinh, quyển 114, số 11 (2012).
- [2] Thông tin Hội thảo về chứng rối loạn giới tính trên báo Mainichi ngày 21/3/2016. <http://mainichi.jp/articles/20160321/k00/00m/040/118000c>.
- [3] Shuhei Ninomiya, “Hướng đến Luật gia đình làm trụ cột cho sự đa dạng hoá cách sống – Bàn luận về cặp đồng tính, thay đổi giới tính” Tạp chí Luật học đại học Kagawa, Quyển 33 số 1,2 (2013).
- [4] Uekawa Ami, Dũng khí thay đổi của bản thân một người rối loạn giới tính, năm 2007, NXB Iwanamishinsho.
- [5] Toshiyuki Ooshima, Chứng phiên muộn giới tính và luật, NXB Nihonyouronsha, 2002.
- [6] Teiko Tamaki, “So sánh pháp luật Nhật bản và Anh quốc liên quan đến chứng rối loạn giới tính”, Kỷ yếu hội thảo khoa học với chủ đề “Gia đình (xã hội và pháp luật)” ngày 30 tháng 7 năm 2007, tr.148-163.
- [7] Tsuruzawa, “Luật đặc lệ thay đổi giới tính –Luận bàn về điều kiện không có con” Tạp chí đại học Momoyamagakuin, số 24.
- [8] Chieko Noono, Bình luận khoa học Luật đặc lệ liên quan đến áp dụng giới tính của người mắc chứng rối loạn giới tính, NXB Nihonkajo, Năm 2004.
- [9] Tsuruzawa, “Luật đặc lệ thay đổi giới tính –Luận bàn về điều kiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính” Tạp chí đại học Momoyamagakuin, số 25.
- [10] Tanamura Masayuki, “Thực trạng pháp lý xoay quanh thay đổi giới tính” Tạp chí Jurist Số 1364 (2008).
- [11] Umemiya Reika, “Những vấn đề về điều trị bệnh phiên muộn giới tính: Năng lực kinh tế của người bệnh ảnh hưởng đến cấu trúc điều kiện điều trị ” Kỷ yếu nghiên cứu Đại học Fukushima, tuyển tập 38 (2006).
- [12] Chioko Noeno, “Giải thích Luật đặc lệ về chuyển đổi giới tính”, NXB Nihonkajo, 2004.
- [13] Tạp chí tháng toà án gia đình quyển 57 số 10.

# Japanese Law on Gender Change – Suggestions for Its Harmonization with Corresponding Provisions in the 2015 Civil Code

Nguyen Thi Phuong Cham, Ngo Thanh Huong, Nguyen Quang Duy

*VNU School of Law, 144 Xuan Thuy, Cau Giay, Hanoi, Vietnam*

**Abstract:** According to the 2015 Civil Code, effective from January 1<sup>st</sup> 2017, gender change has, for the first time, been legally recognized in Vietnam. However, for the issue to be socially effective, a relevant law needs to be developed to enable the concerned provisions of the 2015 Civil Code to come into social life. This article studies the Japanese law on gender change from both theoretical and practical perspectives for proposing the scope of regulation and structure of the relevant laws on this issue in Vietnam in the future.

*Keywords:* Gender change, sex change, Civil code, Japanese law