

ドイツ法における「第三の性」について (1)

——憲法上の評価と国際私法的考察——

Das „dritte“ Geschlecht im Deutschen Recht (Teil I):
verfassungsrechtliche Bewertung und kollisionsrechtliche Betrachtung

山 内 惟 介*

目 次

- I 問題の所在
- II 「第三の性」と憲法——ヴァーニャ事件
 - 1 事案の概要と下級審の裁判
 - 2 連邦通常裁判所2016年6月22日決定
 - 3 連邦憲法裁判所2017年10月10日決定（以上、第56巻第2号）
 - 4 2018年12月の身分登録法変更法と残された課題
- III 「第三の性」と国際私法
 - 1 出 発 点

小稿は、2022年度末をもって中央大学法科大学院教授の職を退かれる奥田安弘博士への饞として作成された。博士との交流は、筆者がスイス国立比較法研究所 (Institut suisse de droit comparé) で在外研究中の1988年に遡る。博士は、当時まだ北海道大学に在籍中であったが、日本学術振興会特定国派遣研究員としてスイス・フリブル大学 (Université de Fribourg) で在外研究中であり、スイス国際私法改正資料収集のため、フォン・オーヴァベック (Alfred Eugène von Overbeck) 教授 (当時、同研究所所長) の示唆を得て同研究所を訪ねられた折りのことである。教授の御自宅 (Saint-Prex) にともに招待されたこと等、懐かしい思い出が蘇る。2004年度新設の中央大学法科大学院に初代国際私法担当教授として着任されて以来、博士との交流の機会は増えた。大著 (『国際家族法』(明石書店、2015年(初版)、2020年(第2版)) および『国際財産法』(明石書店、2019年)) の刊行や外国専門雑誌への寄稿等を通じて内外国際私法学の発展に大きく貢献された博士の一層の御健勝とますますの御活躍を祈念したい。

* 名誉研究所員・中央大学名誉教授

- 2 ゲスル教授の理解(以上, 第56巻第3号)
 - 3 ロスバッハ博士の理解
 - 4 若干の検討
- IV 結びに代えて(以上, 第56巻第4号)

“われわれが……作り上げる観念は……われわれが利用できるデータに依存し……データをどう解釈するかという……われわれの一般的な思考方法にも左右される……。”**

I 問題の所在

1 たとえば, 出生届¹⁾の「子の名」欄と「父母との続き柄」欄に「太郎/長男」や「花子/次女」と記載されていた者が, 思春期を迎え, 性染色体による性別判定²⁾を経て, 自分の性(「性自認, こころの性」)を男女のいずれでもない(「第三の性」³⁾)と考え⁴⁾, 「長男」や「次女」という記

** ルイ・デュモン(竹内信夫・小倉泰訳)『インド文明とわれわれ』(みすず書房, 1997年)9頁。

- 1) わが国の実務については, <https://www.moj.go.jp/content/001295267.pdf>, <https://www.bo.emb-japan.go.jp/files/000395334.pdf> (2022年4月26日確認) 他参照。
- 2) 内藤笑美子・出羽厚二・山内春夫「性染色体による性別判定法」(生体の科学46巻6号(1995年12月)) (<https://webview.isho.jp/journal/detail/abs/10.11477/mf.2425901049> (2022年4月26日確認))。
- 3) 「第三の性(Third Sex, Third Gender)」は男性でも女性でもない性の総称である。伝統的な2類型に当てはまらないだけで性を持たないわけではないことを考慮すると, 「無性(No Gender)」とは言い得ない。性染色体Xしか持たず2番目の性染色体を欠くため男性とも女性とも言い得ない点に鑑みれば, 「半陰陽」も「両性具有」も実態を反映していない。小稿では, 便宜上, 「intersex, intersexuality, Intersexualität, intersexualité」の直訳に当たる「間性」を統一的に用いる。近年では, 性の発育における疾患を示すという意味で医学上「性分化疾患(Disorder of Sex Development (DSD))」と呼ばれる。
- 4) 法務省によれば, 「性自認」(こころの性)は, 「自分の性をどのように認識

ドイツ法における「第三の性」について (1)

載に「錯誤」(戸籍法第113条)があるとしてこれを「第一子」や「第二子」に訂正するよう求めるとともに、「正当な事由」(同法第107条の2)があると主張し、「太郎」や「花子」を、男女のいずれをも連想させない名に変更するよう家庭裁判所に許可を求めるとしよう。この許可申立は、「錯誤」にも「正当な事由」にも該当するという理由で、認容されるか⁵⁾。涉外事件に即していえば、永住許可⁶⁾を得た外国人が在留カード⁷⁾に記載された「男性」または「女性」という記載を、「第三の性」を表す何らかの表記に変更するよう、併せて、当初の名(例: Adam, Eva)から「第三の性」を表象し得る名⁸⁾(例: Ariel, Pax)へ改めるよう求めるとき、行政庁(法務大臣)や裁判所はどのように対処すべきか⁹⁾。

内外諸国の性に関する法制では、アダム(男性)とイヴ(女性)の故事¹⁰⁾にならって、旧くから性別二元主義(gender binary, 性別二元制,

しているのか、どのような性のアイデンティティ(性同一性)を自分の感覚として持っているかを示す概念」と説明されている(https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html (2022年4月26日確認))。

- 5) 性を法律問題として捉えた先駆的研究として, Dagmar Coester-Waltjen, *Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?*, JZ 2010, S. 852 ff.
- 6) 法務省出入国在留管理庁「永住許可に関するガイドライン(令和元年5月31日改定)」(https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan_nyukan50.html (2022年3月24日確認)), 奥田安弘『外国人の法律相談チェックマニュアル【第5版】』(明石書店, 2013年)他参照。
- 7) https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/newimmiact_4_point.html (2022年4月26日確認); <https://visa.yokozeki.net/residence-card/> (2022年4月26日確認)
- 8) Charise Rohm Nulsen, *75 Nonbinary Names and Gender-Neutral Options For Baby Names* (<https://www.familyeducation.com/75-nonbinary-names-to-choose-for-your-little-one> (2022年4月26日確認))。
- 9) 涉外事件における氏名の変更については, 佐藤文彦『ドイツ国際氏名法の研究』(成文堂, 2003年), 奥田安弘『国際家族法〔第2版〕』(明石書店, 2020年)519頁他参照。
- 10) 旧約聖書創世記2章7節(アダム)および3章20節(イヴ)。

男女二元論)が採用されてきた。生物学的分類¹¹⁾では、染色体(雌雄を決める遺伝子を含む)の相違に着目して、男性(X染色体とY染色体をひとつずつ有する型)と女性(性染色体としてX染色体を2つ有する型)が区別されている。「第三の性」の典型としては、X染色体をひとつしか持たないケースが挙げられよう¹²⁾。世界に目を向けると、男女二元主義と相

-
- 11) 大木紫「生物学的に見た男女差」杏林医会誌49巻1号21頁以下 (https://www.jstage.jst.go.jp/article/kyorinmed/49/1/49_21/_pdf (2022年4月26日確認)), 「性差: ジェンダーとセックスの違い」 (https://www.cao.go.jp/pko/pko_j/organization/researcher/atpkonow/article070.html (2022年4月26日確認))。
 - 12) 紀元前4世紀頃に書かれた古代ギニアの哲学者、プラトン著『饗宴』で使用されていたと指摘されている (<https://news.yahoo.co.jp/articles/351e263b8157fbbd25fcd111032d66bf902b020> (2022年4月26日確認)) ように、「第三の性」は、さほど新しい表現ではない。ニューハーフを示すサモアの「ファファフィネ (Fa'afafine)」 (A. J. Samuels, Fa'afafines and Fa'afatamas: the Four Genders in Samoa (<https://theculturetrip.com/pacific/samoa/articles/fa-afafines-the-third-gender/> (2022年4月26日確認))), 去勢された男性を意味するローマ帝国、オスマン帝国、中国、朝鮮等の「宦官」、男性として生きるアルバニアの処女を示す「ブルネシャ (burrnesha)」 (Last of the burrnesha: Balkan women who pledged celibacy to live as men (<https://www.theguardian.com/world/2014/aug/05/women-celibacy-oath-men-rights-albania> (2022年4月26日確認))), 世俗社会のジェンダー規範を捨ててヒンドゥー女神へ帰依する人々を表す南アジアの「ヒジュラ (Hijra)」、サポテカ族(オアハカ州の先住民)の社会で伝統的に認知されている女装した男性を示すメキシコの「ムシェ (Muxe)」等も時として「第三の性」に含まれることがある。Transgender, Third Gender, No Gender: Part II - Rights Perspectives on Laws Assigning Gender (<https://www.hrw.org/news/2020/09/08/transgender-third-gender-no-gender-part-ii> (2022年4月26日確認)), männlich, weiblich, divers - Was ist das dritte Geschlecht? (<https://www.tvnow.de/serien/maennlich-weiblich-divers-was-ist-das-dritte-geschlecht-20342> (2022年4月26日確認)) なお、男性として生まれ、男性を恋愛対象とし、日常的に女性的な自己表現をしている人々を指すガトウーイ (Kathoey) を含め、タイには18のジェンダー・カテゴリーがあるとされる (<https://jobrainbow.jp/magazine/worldgendervariance> (2022年4月26日確認))。尤も、これらの外国語表現が医学上および法律上の「第三の性」に該当するか否かは、別途、検討を要する。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

容れない「第三の性」は決して稀な現象ではなく、これを是認する法制も少なくない。そうした例としては、アジアでは、ネパール¹³⁾、インド¹⁴⁾、パキスタン¹⁵⁾、ヨーロッパ¹⁶⁾では、ドイツ¹⁷⁾、オーストリア¹⁸⁾、デンマ

-
- 13) Jessica Chin 「ネパールが“第3の性”を認めるパスポートを発行 性別欄に『O』」 (https://www.huffingtonpost.jp/2015/08/12/nepal-issues-its-first-third-gender-passport_n_7975038.html (2022年4月26日確認))。
 - 14) 「インドやパキスタンで『第3の性』がパスポートに ても同性愛は違法」 (<https://www.buzzfeed.com/jp/yoshihirokanodo/lgbt-sa> (2022年4月26日確認))。
 - 15) 前注14。「男性でも女性でもない“X” インドが『第三の性』を公認する理由」 (<https://mainichi.jp/articles/20211029/k00/00m/030/285000c> (2022年4月26日確認))。
 - 16) Susanne Lilian Gössl, Personenstandsrechtliche Erfassung intersexueller Personen aus rechtsvergleichender Perspektive, Forum Familienrecht, 2019, SS. 298-305, 特に300 f.
 - 17) 「So viele Menschen haben die dritte Geschlechtsoption genutzt」 (<https://www.welt.de/politik/deutschland/article225498835/Intergeschlechtlichkeit-So-oft-wurde-dritte-Geschlechtsoption-genutzt.html> (2022年4月26日確認)), 「Zusätzliche Geschlechtsbezeichnung “divers” für Intersexuelle eingeführt」 (<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2018/12/drittes-geschlecht.html> (2022年3月24日確認)), 「Drittes Geschlecht: Informationen zum Umgang mit dem Dritten Geschlecht in der amtlichen Statistik」 (<https://www.statistikportal.de/de/methoden/drittes-geschlecht> (2022年4月26日確認)), 「男女に加え『その他』も一ドイツ政府が第3の性を承認」 (<https://forbesjapan.com/articles/detail/22676> (2022年4月26日確認))。
 - 18) 「Anerkennung der dritten Geschlechtskategorie in Österreich」 (<https://www.wien.gv.at/menschen/queer/intersexualitaet/anererkennung-oesterreich.html> (2022年4月26日確認)), 「Änderung der Geschlechtszugehörigkeit」 (https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/%C3%84nderung-der-Geschlechtszugeh%C3%B6rigkeit.html (2022年4月26日確認)), 「Intersex Austrian becomes first to get third-sex identity documents」 (<https://www.reuters.com/article/us-austria-lgbt-regulations-idUSKCN1SL26T> (2022年4月26日確認)), 「Austria: Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female」 (<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-intersex-individuals-to-register-third-gender-other-than-male->

ーク¹⁹⁾、マルタ²⁰⁾、オセアニアでは、オーストラリア²¹⁾、ニュージーランド²²⁾、さらにカナダ²³⁾等の諸国が挙げられよう。

2 男女二元主義は、実務上、公文書(戸籍、旅券²⁴⁾等)だけでなく、私文書(航空券、診察券等)にも広く見出される。男女二元主義を支える

or-female/ (2022年4月26日確認)。

- 19) 「Denmark the first European country to allow legal change of gender without diagnosis」(<https://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/denmark-first-european-country-allow-legal-change-gender-without> (2022年4月26日確認)), 「Denmark Becomes Second Country to Let Citizens Choose Their Gender Without Having Surgery」(<https://www.yesmagazine.org/democracy/2014/10/22/no-surgery-required-denmark-becomes-second-country-to-let-citizens-choose-their-gender> (2022年4月26日確認))。
- 20) 「Gender Identity, Gender Expression And Sex Characteristics Act」(https://meae.gov.mt/en/Public_consultations/MSDc/Pages/consultations/GIGESc.aspx (2022年4月26日確認)), 「Legal Gender Recognition and Bodily Integrity」(<https://humanrights.gov.mt/en/Pages/LGBTIQ%20Equality/Legal%20Provisions/Legal-Gender-Recognition-and-Bodily-Integrity.aspx> (2022年4月26日確認))。
- 21) 「公的文書の性別に第3の選択肢、オーストラリアが新指針発表」(<https://www.afpbb.com/articles/-/2950464> (2022年4月26日確認))。
- 22) 「New Zealand finds nearly third of transgender people raped but few seek help」(<https://jp.reuters.com/article/new-zealand-lgbt-health/new-zealand-finds-nearly-third-of-transgender-people-raped-but-few-seek-help-idUSL5N26E6MO> (2022年4月26日確認)), 「Gender, sex, variations of sex characteristics, and sexual identity」(<https://www.stats.govt.nz/reports/gender-sex-variations-of-sex-characteristics-and-sexual-identity> (2022年4月26日確認))。
- 23) 「Canada introduces gender-neutral 'X' option on passports」(<https://www.theguardian.com/world/2017/aug/31/canada-introduces-gender-neutral-x-option-on-passports> (2022年4月26日確認)), 「Canada's gender identity rights Bill C-16 explained」(<https://www.cbc.ca/cbcdocs/pov/features/canadas-gender-identity-rights-bill-c-16-explained> (2022年4月26日確認))。
- 24) イギリス政府がLGBTのための人権グループの訴えを受けて、パスポートの性別上の区分に「第3の性」を加えるかどうかを検討していることについては、「パスポートの性別欄に『第3の性』」(https://www.newsweekjapan.jp/magazine_special/2017/04/3.php (2022年4月26日確認)) 他参照。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

実定法上の最終根拠は、わが国の場合、あるいは日本国憲法（以下、「憲法」と略記する。）第14条第1項およびこの趣旨を反映する同法第24条第1項に求められるのかもしれない²⁵⁾。

しかしながら、内外の人々の法意識の高まりや世界的規模での社会環境の変化を反映して、わが国でも、男女二元主義の緩和に向けた動きが少しずつみられるようになってきている。異なる性への接近を許容する、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律²⁶⁾の制定以降、相当数の新しい性的表現（「性的指向 (sexual orientation)」, 「性自認 (sexual identity)」, 「LGBTQ (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer, Questioning)」, 「SOGI (Sexual Orientation and Gender Identity)」等）が社会に受け入れられてきた²⁷⁾。事実、厚生労働省では、出生時の性別と自認する性別を異にする「トランスジェンダー」への配慮から、採用選考で使用される履歴書に性別記入欄を設けない様式例だけでなく、男女の選択肢を設けずに性別記載を任意とする様式例も作成されている²⁸⁾。

25) 第14条第1項では「性別」と表現されるにとどまり、男女の他に「第三の性」が含まれるか否かが明示されていないため、「第三の性」も含まれるとする理解もあり得よう。これに対し、第24条第1項では「両性」と記され、男女とは限定されていないようにみえるものの、男性を表す「夫」と女性を示す「婦」を合わせた「夫婦」という表現がその後で使用されている点を考慮すると、「両性」が男性と女性に限定されていることが分かる。こうした理解に誤りがないとすると、第14条第1項の「性別」が男性と女性を意味し、「第三の性」を含まないという理解が導かれよう。

26) https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=415AC0100000111_20150801_0000000000000000 (2022年4月26日確認) この法律が男女の性別を前提としていることは、第2条における「性同一性障害者」の定義（「生物学的には性別が明らかであるにも拘らず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であって、……診断が一致しているもの」）からも明らかになる。

27) これらの用語は、法務省人権擁護局のサイト (<https://www.moj.go.jp/JINKEN/LGBT/index.html> (2022年4月26日確認)) でも使用されている。

28) 2021年4月16日付け (<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUA168KL0W1>)

3 むろん，わが国の場合，民法²⁹⁾，戸籍法³⁰⁾，旅券法³¹⁾，出入国管

A410C200000/（2022年4月26日確認）。同様の試みは，県民が提出する申請書等における性別記載欄の見直しを行い，305文書中の267文書につき「性別欄の廃止や見直しができる」とした群馬県（2021年11月21日（<https://www.tokyo-np.co.jp/article/143975>（2022年4月26日確認）），平成30年12月から県の申請書等の様式における性別記載欄を見直した大分県（2021年4月12日（<https://www.pref.oita.jp/soshiki/13700/seibetsukisairanminaooshi.html>（2022年4月26日確認）），市が扱う申請書等の各種様式において，業務上必要な場合を除き，性別欄を削除する旨を公表した兵庫県明石市（2021年4月22日（<https://www.city.akashi.lg.jp/seisaku/sdgs/seibetsuran.html>（2022年4月26日確認）），令和元年12月から庁内各課の申請書などの行政文書における性別記載欄の記載方法を見直した福井県越前市（2021年4月27日（<https://www.city.echizen.lg.jp/office/010/130030/seibeturan.html>（2022年4月26日確認）））にも見られよう。

- 29) 2022年3月31日まで施行されていた民法第731条では，「男は，18歳に，女は，16歳にならなければ，婚姻をすることができない。」と規定されていた。平成30年6月13日に成立し，同年同月20日に公布された「民法の一部を改正する法律（法律第59号）」により改正され，同法附則第1条により，平成34年（令和4年，2022年）4月1日に施行された第731条では，「婚姻は，18歳にならなければ，することができない。」と改められ，「男」および「女」という文言は削除されている（<https://www.moj.go.jp/content/001261076.pdf>（2022年4月26日確認））。しかし，婚姻の当事者として「男」および「女」が想定されている点に変わりはない。

また，同第733条第1項では，「女は，前婚の解消又は取消しの日から6箇月を経過した後でなければ，再婚をすることができない。」と定められていた。平成28年6月1日に成立した「民法の一部を改正する法律（平成28年6月7日法律第71号）」により改正され，同日に公布・施行された第733条第1項では，「女は，前婚の解消又は取消しの日から起算して百日を経過した後でなければ，再婚をすることができない」と改められた（<https://www.moj.go.jp/content/001184601.pdf>（2022年4月26日確認））が，「女」という言葉はそのまま維持されている。

- 30) 戸籍法第49条第2項第1号は，子の出生届書の記載事項として「子の男女の別」を掲げ，戸籍法施行規則第59条に定められた様式にも「男」および「女」の記載がある。各様式については，附録第11号様式 出生の届書（日本工業規格A列四番）（第59条関係），附録第12号様式 婚姻の届書（日本工業規格A列三番）（第59条関係），附録第13号様式 離婚の届書（日本工業規格A列三

ドイツ法における「第三の性」について (1)

理及び難民認定法³²⁾等、今なお性別二元主義に立脚する法律が少なからず存在する。これらは、行政実務に普及しつつある「第三の性」への親和性が立法分野ではさほど受け入れられていないことを意味しよう。日本人や外国人が性の変更や名の変更を申し立てる冒頭の仮設例だけでなく、「ヒジュラと白人アメリカ人との結婚」³³⁾といった表現が示すように、「第三の性」を自認する内外国人の婚姻の成否が改めて問われるケースをも想定すると、男女の婚姻³⁴⁾のみに限定する憲法第24条が先の仮設例にそのまま適

番) (第59条関係) および附録第14号様式 死亡の届書 (日本工業規格 A 列四番) (第59条関係) 参照。

- 31) 旅券の記載事項を定めた旅券法第6条第4号にいう「外務省令で定める事項」につき、旅券法施行規則 (平成元年外務省令第11号) 第5条第1項は「性別」を掲げ、実際の旅券では「性別 /sex」欄に「M」または「F」と記載されている。
- 32) 出入国管理及び難民認定法第19条の4第1号には「性別」とのみ記され、男女という言葉は用いられていないが、在留カードの「性別」欄には男女のいずれかが記載されている (<https://visa.yokozeki.net/residence-card/#i-2> (2022年4月26日確認))。
- 33) 石川武志『ヒジュラ インド第三の性』(青弓社, 1995年) 142頁。
- 34) 前注25。中華民国 (台湾) の司法院大法官會議は、2017年5月24日付けの「第748号解釈」をもって、同性婚を認めない「民法第4編親族」「第2章婚姻」の規定が憲法第22条 (婚姻の自由) および第7条 (平等権の保障) に反するとの解釈を示した (岡村志嘉子「【台湾】同性婚の合法化」(https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_11302601_po_02800110.pdf?contentNo=1) (2022年4月26日確認))、「台湾、同性婚認める法案を可決 アジア初」(<https://www.bbc.com/japanese/48305927>) (2022年4月26日確認)) 等。なお、「同性婚が合法化されている台湾で、国籍を理由に婚姻届が受理されなかった日本人と台湾人の同性カップルが、処分を取り消し、結婚を認めるよう求める訴え」が2021年12月23日に台湾の裁判所に提起されたケースについては、<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20211223/k10013400141000.html> (2022年4月26日確認) 他参照。このような動きを考慮すると、日本国憲法第24条の「婚姻」概念に「同性婚」が含まれるか否かについては上記台湾の憲法解釈との対比において検討される余地があろう。また、わが国の実質法上、「男女の婚姻」という表現に「同性婚」だけでなく、「第三の性」を主張する者との「婚姻」が含まれるか否

用されるか、性別二元主義を前提として永らく構想されてきた伝統的な国際法³⁵⁾や牴触法³⁶⁾の体系を今後も維持し得るかといった諸点について、いずれは検討されなければならないことが分かる。

以下では、この点の参考例を求めて、ドイツ法の近年の動きを確認しておこう。まず、出生登録簿に「第三の性」を記載することを認めた連邦憲法裁判所第1小法廷の2017年10月10日決定³⁷⁾(ヴァーニャ (Vanja) 事件)

かもひとつの論点となり得るようにみえる。

35) 市民的および政治的権利に関する国際規約 (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 第3条では、「この規約の締約国は、この規約に定めるすべての市民的および政治的権利の享有について男女に同等の権利を確保することを約束する (The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant.)。」というように、「男女 (men and women)」に限定した表現が用いられているため、一見すると、「第三の性」を許容する余地がないように見受けられる。この点は、条約名称に「女子 (women)」のみが掲げられ、「第三の性」を考慮していない「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約 (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, CEDAW)」(<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/B-S60-0215.pdf> (2022年4月26日確認)) についても当てはまる。

36) 国際私法分野の単位法律関係概念に関する通常理解によれば、法の適用に関する通則法第24条および第25条の「婚姻」概念には、日本法上の「婚姻」のみならず、世界の法制上認められ得るすべての「婚姻」が含まれると解されている。それゆえ、「同性婚」や「第三の性」を有する者との婚姻を認める実質法が世界の法制に見出される以上、上記の「婚姻」に性別二元主義を前提としない婚姻も当然に含まれると解されよう。しかしながら、日本法における男女間の「婚姻」に対応しないという意味で異質な「婚姻」は公序条項を介して拒否される余地がある。この点については、別稿が予定されている。

37) NJW 2017, S. 3643 (Susanne Lilian Gössl, Anmerkung, NJW 2017, S. 3648) (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html (2022年4月26日確認)). この決定に関しては、Jochen Hoffmann, Drittes Geschlecht, die "Gleichbehandlung von Männern und Frauen" und das AGG, Juristenzeitung 76 (2021) Heft 10, SS. 484-489 他参照。エアランゲン・ニュルンベルク大学のヨッヘン・ホフマン教授について

および同決定に基づいて2018年12月に改正された身分登録法³⁸⁾(*Personenstandsgesetz*)の該当部分が確認され、併せて、一般的人格権の保護や不利益差別禁止に関わる基本法の解釈例が紹介される(Ⅱ)。次いで、国際私法分野から「第三の性」を取り上げたゲスル教授³⁹⁾の先駆的研究⁴⁰⁾およびロスバッハ博士⁴¹⁾の最新の論究⁴²⁾が学理的視点を添えて分析される

は、<https://www.wiso.rw.fau.eu/research/research-profile/professors/prof-dr-jochen-hoffmann/> (2022年4月26日確認)

38) Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. Dezember 2018, BGBl. 2018, I S. 2635 (https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=%2F%2F%2A%5B%40attr_id%3D%27bgbl118s2635.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl118s2635.pdf%27%5D__1646818311097) (2022年4月26日確認); https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=%2F%2F%2A%5B%40attr_id%3D%27bgbl118s2635.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl118s2635.pdf%27%5D__1646818685867 (2022年4月26日確認); <https://www.buzer.de/gesetz/13242/a214196.htm> (2022年4月26日確認)。なお、身分登録法変更の経緯については、<https://www.buzer.de/gesetz/7606/l.htm> (2022年4月26日確認) 他参照。この問題は旅券の記載についても提起される余地がある。たとえば、「『男』でも『女』でもない、性の多様性を受け入れたパスポートが浮き彫りにしたこと」(<https://wired.jp/2018/11/20/passport-diversity/>) (2022年4月26日確認) 他参照。

39) キール大学のズザンネ・リリアン・ゲスル教授については、<https://www.goessl.jura.uni-kiel.de/de/team/prof-goessl> (2022年4月26日確認) 他参照。

40) Susanne Lillian Gössl, *Intersexuelle Menschen im internationalen Privatrecht*, StAZ (Das Standesamt – Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands), 66. Jahrgang, Nr. 10/2013, S. 301 ff.

41) ブツェリウス・ロー・スクールのズザンナ・ロスバッハ (Susanna Roßbach) 博士については、<https://www.law-school.de/profil/susanna-rossbach> (2022年4月26日確認) 他参照。

42) Susanna Roßbach, *Kollisionsrecht und Geschlecht im Wandel - Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit de lege lata und de lege ferenda*, in: Konrad Duden (Hrsg.), *IPR für eine bessere Welt*, Tübingen 2022, S. 125 ff.

(Ⅲ)。ここでの批判的検討がわが国における研究史⁴³⁾の空白を埋めるためのささやかな一歩になり得れば幸いである。

Ⅱ 「第三の性」と憲法——ヴァーニャ事件

1 事案の概要と下級審の裁判

1 1989年11月23日、ハノーファー近郊のゲールデン(Gehrden)身分登録事務所に、ドイツ人ヴァーニャ(以下、「申立人」という。)の出生が「女兒(Mädchen)」として登録された(出生登録第813号)。同女は、後に、出生証明書中の性を「女性(weiblich)」から「間性/多様性(inter/divers)」へと訂正するよう申し立てた。1957年8月8日の身分登録法第21条第1項第3号⁴⁴⁾は、出生登録簿の「子の性(Geschlecht des Kindes)」欄に「男性(männlich)」または「女性(weiblich)」のいずれかを登録するよう定めるのみで、どの語についても文字通りの解釈しか行われていなかった。実際、身分登録事務所監督署(Standesamtsaufsicht)も、2014年8月1日付けの意見書で、出生登録簿に「第三の性」を記載することはできない旨、指摘していた。ゲールデン身分登録事務所は、この指摘を容れて、出生登録簿における記載を訂正する権限がない旨、申立人に回答した。

2 このため、申立人は出生登録簿中の「女性」という記載を「間性/多様性」に訂正するよう求める訴えをハノーファー区裁判所に提起した。申立人は、ゲールデン身分登録事務所による記載訂正申立拒否処分が基本法第3条第3項第1文⁴⁵⁾に言う「不利益を受ける」処分に当たり、この拒

43) 筆者の見落としがあるのかもしれないが、国際私法分野の体系書や注釈書には、「第三の性」への言及がないように見受けられる。

44) 身分登録法第21条(出生登録簿への登録)第1項第3号は以下のように規定する(https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/_21.html; <https://dejure.org/gesetze/PStG/21.html> (2022年4月26日確認))。

“(1) 出生登録簿は次の各号に掲げる事項を公証する。

3. 子の性,”

45) 基本法第3条第3項第1文は以下のように規定する(<https://www.gesetze->

否処分が憲法上保障された基本権（人間の尊厳，人格の自由な発展，身体の完全性，性別を理由とする差別からの保護を求める権利）を侵害していると主張した。ハノーファー区裁判所は，2014年10月13日，現行身分登録法には『「間性」または『多様性』という記載が法律上規定されていない』だけでなく，「身分登録法の現行規定が憲法に違反することは明らかではないので，連邦憲法裁判所への提示」を要しないと述べ，「第三の性」の登録を拒否するとともに，身分登録法第22条第3項⁴⁶⁾に従い，「女性」と

[im-internet.de/gg/art_3.html](https://www.im-internet.de/gg/art_3.html); <https://dejure.org/gesetze/GG/3.html> (2022年4月26日確認)。

“何人も，性別，血統，人種，言語，母国および出身国，信仰，宗教的または政治的見解により，不利益を受けず，また優遇されない。”

- 46) 2013年5月7日公布，2013年11月1日施行の身分登録法変更法 (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz (PStRÄndG), BGBl. I S. 1122, <https://www.buzer.de/gesetz/10637/a181067.htm> (2022年4月26日確認)) 第1条により挿入された第22条第3項は，以下の通りである (<https://www.buzer.de/gesetz/7606/al41866-0.htm> (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/22.html>; <https://dejure.org/gesetze/PStG/22.html> (2022年4月26日確認))。

“子が女性にも男性にも区分され得ないとき，出生登録簿における身分事項は性を空欄として登録される。”

この改正については，Rainer Bockstette, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, StAZ 2013, S. 169 ff., Wolf Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, S. 1180 ff. 他参照。身分登録法の変更履歴については，<https://www.buzer.de/gesetz/7606/html> (2022年4月26日確認) 2010年4月15日の身分登録法に関する一般行政規則 (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV)) については，https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/downloads/Webs/PERS/Themen/Rechtsquellen/allgvv.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (2022年4月26日確認) また，2014年6月3日の「身分登録法に関する一般行政規則の変更に関する一般行政規則 (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV-ÄndVwV)) については，https://www.vfst.de/sites/vfst/files/commerce_product/71205-2/9783801932015_TEXT_SAMPLE_CON TENT.pdf (2022年4月26日確認)

同規則の第21. 4. 3号 (BAnz 2010, No. 57a) は，以下の通りである。

いう記載を削除する旨、決定した⁴⁷⁾。留意されるのは、「身分登録法の現行規定が憲法に違反することは明らかではない」と判断された根拠(基本法第3条第3項第1文の解釈論)が何ひとつ明示されないまま、申立人主張の違憲論が退けられたという点である。

3 申立人は、ハノーファー区裁判所決定の取消を求め、ツェレ上級地方裁判所に抗告した。2015年1月21日、同裁判所民事第17部は、この抗告を棄却した⁴⁸⁾。同決定の「II」は抗告棄却の理由について以下のように述べている。

“本件抗告は、特に期限内に提起されている点からみて、適法である。しかし、取消を求められたハノーファー区裁判所の裁判を変更するには及ばない。というのは、区裁判所は、この点について異議を差し挟む余地がないが、身分登録法第48条第1項、第47条第2項第1号に基づいて出生証明書における申立人の性別記載の訂正を求める本件につき、第47条第2項第1号が定める申立提起の要件が欠けていると考えていたからである。”⁴⁹⁾

“子の性は「女性」または「男性」と登録されなければならない。”

47) Beschluss des Amtsgerichts Hannover vom 13. Oktober 2014 – 85 III 105/14 – (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=AG%20Hannover&Datum=13.10.2014&Aktenzeichen=85%20III%20105/14> (2022年3月24日確認)), “Inter” oder “Divers” gibt’s im Gesetz nicht” (<https://archive.is/0gMzW#selection-515.1-515.45> (2022年4月26日確認)).

48) Beschluss des Oberlandesgerichts Celle vom 21. Januar 2015 – 17 W 28/14 –, StAZ 2015, 107, <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf> (2022年4月26日確認); <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Celle&Datum=21.01.2015&Aktenzeichen=17%20W%2028/14> (2022年4月26日確認) 同決定の評釈として、Susanne Lilian Gössl, Die Eintragung im Geburtenregister als »inter« oder »inter« - Zugleich Besprechung der Entscheidung des OLG Celle vom 21. 1. 2015, StAZ 2015, S. 171 ff.

49) <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf> (2022年4月26日確認) (S. 3)

ドイツ法における「第三の性」について (1)

ここでは、前提的知識として、身分登録法の該当条文⁵⁰⁾が確認されなければならない。ツェレ上級地方裁判所は、本件抗告の前提を成す申立人のゲールデン身分登録事務所に対する記載訂正申立が身分登録法第47条第2項にいう「訂正を要する通知または届出 (berichtigende Mitteilungen oder Anzeigen)」に当たらないと考えていた。この解釈の当否を検討する場合、「……とき」(要件) ➡ 「本件申立は身分登録法第47条第2項にいう『訂正を要する通知または届出』に当たる」(効果) という中立の判断基準(「比較の第三項」)だけでなく、この判断基準の要件解釈を左右する、「……とき」(要件) ➡ 「……判断基準の要件を充たす」(効果) という上記判断基準の適用基準も説明された上で、適用基準の要件が充たされていないことが実証されていなければ、第47条第2項第1号にいう「訂正を要する通知または届出に当たらない」とする解釈(否定説)を導くことはできない。

それでは、ツェレ上級地方裁判所は、どのような思考過程を経て「第47条第2項第1号が定める申立提起の要件が欠けている」と述べたハノーファー区裁判所決定を支持したのだろうか。ツェレ上級地方裁判所は、この点について、次のように述べる。

“1. 子の性は、身分登録法第21条第1項第3号に従って、出生登

50) 身分登録法第48条(裁判所の命令に基づく訂正)第1項は以下のように規定する(<https://dejure.org/gesetze/PStG/48.html> (2022年4月26日確認); https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/_48.html (2022年4月26日確認))。

“(1) 第47条に掲げる事案を除き、登記簿に登録された記載は、裁判所の命令によってのみ訂正することができる。”

また、同法第47条(公証終了後の訂正)第2項第1号は以下のように規定する(<https://dejure.org/gesetze/PStG/47.html>; https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/_47.html (2022年4月26日確認))。

“(2) 訂正を要する通知または届出が身分登録事務所に対してなされたとき、次の各号に掲げる事項も訂正されるものとする。

1 出生が書面で届け出られているとき、出生登録簿における出生の時刻および出生地、子の性に関する記載。”

録簿に記録される。子が女性にも男性にも区分され得ないとき、その者の身分事項は、身分登録法第22条第3項によれば、性別を記載せず、出生登録簿に登録される。この第22条第3項は、2013年5月7日公布、2013年11月1日施行の身分登録法変更法（BGBl. I S. 1122, 2440）により、挿入された。

身分登録法第22条第3項は、2010年4月15日の身分登録法に関する一般行政規則第21.4.3号（BAnz 2010, No. 57a）に対応する内容を定める。第22条第3項によると、子が女性にも男性にも区分され得ないとき、性の登録は行われぬ。いずれにも区分され得ない性を「性別不詳（ungeklärt）」や「間性（intersexuell）」に書き換えることは許されない。こうした内容の明確な指示は、2014年6月3日の「身分登録法に関する一般行政規則の変更に関する一般行政規則」によって挿入されている。

ハノーファー区裁判所は、それゆえ、身分登録法第21条第1項第3号、第22条第3項および身分登録法に関する一般行政規則第21.4.3号の各文言に従い、性別を「間性」または「多様性」と記載するよう、出生簿における登録事項の訂正を求める申立を退けた。申立人には、「女性」という性の削除のみが認められた。⁵¹⁾

判旨の第1段落および第2段落では、身分登録法第21条第1項第3号および第22条第3項ならびに身分登録法に関する一般行政規則の変更に関する一般行政規則の内容が確認されていた。重要なのは、「子が女性にも男性にも区分され得ないとき、性の登録は行われぬ。いずれにも区分され得ない性を『性別不詳』や『間性』に書き換えることは許されない。」と述べた個所である。第3段落では、ハノーファー区裁判所がこうした評価を採用していたことが確認される。

ツェレ上級地方裁判所は、このような解釈を補強するため、続けて次の

51) 前注49 (S. 3)。

ように説明する。

“身分登録法第21条第1項第3号の法律要件を構成する「性」を、現行憲法のもとで、「男性」または「女性」の他に第三の性として「間性」または「多様性」が認められるという趣旨に解釈してはならない。現行の身分登録法第22条第3項は明らかに違憲ではない。

人の性自認は、一般的人格権の一部である（基本法第2条第1項と関連する第1条第1項）。それゆえ、間性の承認は基本権によって保護されている。身分登録法上の性には、知覚された性が反映されるべきである。「男性」と「女性」という2つの区分から構成される純粋の性別二元主義は、支配的見解によれば、違憲である（これについては、Theilen, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, S. 1, 3; Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, BT-Drucksache 17/9088, S. 46, 47. これにはその余の証明が付されている。）。

しかし、上記のことからすぐに、申立人が求めている通りに、もっぱら「間性」または「多様性」と性別欄に記載することでしか、身分登録法上、間性を承認できない、という結論が導かれるわけではない。ドイツ倫理評議会は、その意見書において、性別を明確に確定できない者につき、「女性」または「男性」の他に「anderes (その他)」という登録を選べるようにする旨、提言していた。また、同意見書では、本人が自分で性別を決めるまで、性別欄に記載されてはならない旨の規定を設けるべきだともされている（BT-Drucksache 17/9088, S. 59）。ドイツ倫理評議会は、その意見書において、第三の性の承認の他にも、たとえば、両方の性にチェックを入れること、性別記載欄を空欄とすること、あるいは、性別欄を完全に廃止すること、といった想定可能な代案を提示していた（BT-Drucksache 17/9088, S. 47, 48）。立法者は、これらの選択肢の中から、性別記載欄を空欄とするという方法を採用した。身分登録法において「性別不詳」という表記を採用しないやり方を選んでも、憲法上、問題はない（Theilen, a.a.O.,

S. 3)。この他、間性者については、性別記載欄の削除を実現したり、性別不詳という法的地位を認めたりすることも考えられる (Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, 1184)。”⁵²⁾

第1段落では、まず、身分登録法第21条第1項第3号の法律要件を構成する「性」を、現行憲法のもとで、「男性」または「女性」の他に第三の性として「間性」または「多様性」が認められるという趣旨に解釈してはならないこと、次に、現行身分登録法第22条第3項は明らかに違憲ではないこと、これらが指摘されていた。第21条第1項第3号では「性 (Geschlecht)」と記されるだけで、「男性 (männlich)」とも「女性 (weiblich)」とも書かれていない。それでも、第22条第3項の文言上、選択肢が「女性」と「男性」の2つに限定されているため、第21条第1項第3号に言う「性」もこれら2つに限定されるという解釈が主張されることであろう。この意味で、上記の指摘に違和感はない。他方、「第22条第3項は明らかに違憲ではない」という点については、該当する基本法の文言を示すだけでは足りず、合憲説が違憲説よりも優先される解釈論上の根拠が説明されていなければならなかったはずである。第2段落では、この点の判断基準として、基本法第2条第1項⁵³⁾と関連する同法第1条第1項⁵⁴⁾が挙

52) 前注49 (S. 4 f.)。

53) 基本法第2条第1項は以下のように規定する (https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_2.html (2022年4月26日確認); <https://dejure.org/gesetze/GG/2.html> (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/> (2022年4月26日確認))。

“何人も、他人の権利を侵害せず、憲法秩序または道徳律に反しない限り、みずからの人格を自由に発展させる権利を有する。”

54) 基本法第1条第1項は以下のように規定する (https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_1.html (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> (2022年4月26日確認))。

“人間の尊厳は侵すことができない。人間の尊厳を尊重しかつ保護することは、すべての国家機関の義務である。”

ドイツ法における「第三の性」について (1)

げられていた。すなわち、「人間の尊厳 (Würde des Menschen)」を一般的人格権と言い換えた上で、一般的人格権に人の性自認も含まれるとみる「支配的見解」によれば、「間性の承認は基本権によって保護されている」ため、身分登録法の該当規定は「違憲である」とする解釈例が紹介されていた。このように、違憲論の存在を考慮に入れていた点において、ツェレ上級地方裁判所の判断過程はハノーファー区裁判所のそれと明らかに異なっている。

それにも拘らず、第3段落では、「上記のことからすぐに、申立人が求めている通りに、もっぱら『間性』または『多様性』と性別欄に記載することでしか、身分登録法上、間性を承認できない、という結論が導かれるわけではない」と述べて、支配的見解(違憲説)を排除する解釈が示される。このような解釈が優先された理由は、ドイツ倫理評議会意見書で示されていた「第三の性」の取扱いに関する選択肢⁵⁵⁾のいずれを採用するかが立法者の裁量に委ねられていること、また、立法者の裁量権行使に憲法上の問題はないとする見解(Theilen)があること、これら2点に求められていた。それでも、立法者の裁量権行使に憲法上の問題はないとする見解がなぜ成り立つのかの理由は明らかではない。というのは、裁量権行使の可否それ自体(方法)、裁量権行使の態様如何(手続的合憲性)、裁量時の選択肢に挙げられた事項の適否(実体的合憲性)、これらはどれも、法的評価の面では別個の基準に基づいて判断される事項であり、方法的正当性が内容的正当性を根拠付けるとは言い得ないはずだからである。このような理解に誤りがないとすると、個々の選択肢が基本権に適うことがあらかじめ説明されていなければならないだけでなく、「比較」対象として同列

55) Deutscher Ethikrat, Intersexualität – Stellungname vom 23. Februar 2012, S. 138 ff., https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/DER_StnIntersex_Deu_Online.pdf (2022年4月26日確認); <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2012/deutscher-ethikrat-intersexuelle-menschen-anerkennen-unterstuetzen-und-vor-gesellschaftlicher-diskriminierung-schuetzen/?cookieLevel=not-set> (2022年4月26日確認)

に位置するはずの、上記の支配的見解(違憲説)とツェレ上級地方裁判所の判断(合憲説)のいずれを優先すべきかについて、「……とき」(要件) ➡ 「……ツェレ上級地方裁判所の判断を優先する」(効果) という判断基準に加え、「……とき」(要件) ➡ 「……判断基準の要件を充たす」(効果) という上記判断基準の適用基準も明らかにされていなければならないこととなろう。しかしながら、判旨にはこれらに関する説明がすべて欠けている。

4 このようにみると、身分登録法第47条第2項参照の有無という点や基本権違反への言及の有無という点に違いがあるものの、記載訂正拒否処分が性別を理由とする差別に当たらないとしたツェレ上級地方裁判所の抗告棄却決定は、ハノーファー区裁判所決定と同様、実定法解釈論としては論証不足の感を免れ得ないであろう。

2 連邦通常裁判所2016年6月22日決定

1 申立人は、ツェレ上級地方裁判所の抗告棄却決定を不服として、連邦通常裁判所に上告した。同裁判所は、2016年6月22日、上告を棄却する旨を決定し⁵⁶⁾、判旨の「I」で上告棄却の理由を次のように述べた。

“[5] ツェレ上級地方裁判所は、StAZ 2015, 107に掲載されたその判旨で明らかにされているように、求められた身分事項の記載訂正要件が具備されていないという点を抗告棄却の根拠としていた。子の性は、身分登録法第21条第1項第3号に従い、出生登録簿に記録される。子の性が女性とも男性とも区分され得ないとき、その者の身分事

56) Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22. Juni 2016 –XII ZB 52/15– <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=22.06.2016&Aktenzeichen=XII%20ZB%2052/15>; <https://lexetius.com/2016,2186> (2022年4月26日確認); <https://openjur.de/u/895079.html> (2022年4月26日確認); <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75539&pos=0&anz=1> (2022年4月26日確認)

ドイツ法における「第三の性」について (1)

項は、身分登録法第22条第3項に従って、本人の性を記載せずに出生登録簿に登録される。第22条第3項の内容は、身分登録法に関する一般行政規定第21.4.3に対応する。この第21.4.3によれば、いずれにも区分され得ない性の「性別不詳」や「間性」への書き換えは許されない。

[6] 申立人には、性別欄の「女性」という記載の削除だけが認められた。身分登録法改正資料から判明するように、立法者は、身分登録法第22条第3項を設けることで、「間性」という主題に関するドイツ倫理評議会の問題提起に対応していると考え、性の記載に疑問があるときは出生登録における性の記載を空欄とする趣旨を明確にしている。身分登録法第22条第3項というこの新しい規定の第一次的な効果は、立法者が間性を承認したという点に見出される。

[7] 身分登録法第21条第1項第3号の法律要件を構成する要素である「性」を、「男性」と「女性」の他に、第三の性として「間性」または「多様性」もあるというような解釈が憲法に合致すると考えられてはならない。現行の表現形式における身分登録法第22条第3項は明らかに違憲ではない。人の性自認は一般的人格権の一部である（基本法第2条第1項と関連する第1条第1項）。それゆえ、間性を承認することは基本法で保護されている。しかし、このことから、申立人が求めている通りに、身分登録法上、性を「間性」または「多様性」と記載するだけで足りるという結論を引き出すことはできない。立法者は、性の記載を空欄とする選択肢を採用したに過ぎない。男女いずれかの性の登録義務を課されている間性者は、性別記載を削除することで、性別不詳という身分を得ることができる。⁵⁷⁾

第5段落では、身分登録法第21条第1項第3号および第22条第3項ならびに身分登録法に関する一般行政規定第21.4.3の解釈上、身分事項に関す

57) <https://lexetius.com/2016,2186> (2022年4月26日確認)

る記載訂正の要件が具備されていないという理由で、ツェレ上級地方裁判所が抗告を棄却していたことが、連邦通常裁判所により確認されていた。第6段落では、立法者が、第22条第3項を定める際に、ドイツ倫理評議会の意見を容れて、間性を承認する立場に立ち、この視点から、出生登録簿の性別欄を空欄とする趣旨を明確にしていたと説明されていた。その前提には、ツェレ上級地方裁判所の抗告棄却決定と同様、間性を承認する場合でも、身分登録簿に性を記載する方法が複数あり得るため、どの方法を採用するかを選択が立法者の裁量に委ねられているとする理解がある。ドイツ倫理評議会の意見書では、間性を承認する方法として、①本人が自分の性を決めるまで性別欄に記載しない、②「第三の性」を承認する、③男女両方の性にチェックを入れる、④性別記載欄を空欄とする、そして、⑤性別欄を完全に廃止する(性別記載欄を削除する)、これら5つの選択肢が列挙されていた。ツェレ上級地方裁判所は、これらに⑥性別不詳という選択肢を追加していた。「第三の性」を承認する方法としては、「性別不詳」のほか、「間性」、「多様性」、「その他」等があるため、⑥を②の一部とみることでもできよう。身分登録法第22条第3項では、これらのうち、性別欄を空欄とする④が採用されていた。しかし、性別欄を廃止する⑤を除けば、性を具体的に明示していない点で、①、③および④は、「第三の性」に対応する新しい性表記の採用にまで至っていないという点からみると、間性固有の表記方法を提示する⑥を含む②以外の方法はありません、性別不記載(④)はせいぜい間性の消極的受容にとどまるという意味で、いまだ間性を積極的に(positiv)承認したとは言い得ないように見える。

第7段落では、身分登録法第21条第1項第3号の「『性』を、『男性』と『女性』のほかに、第三の性として『間性』または『多様性』もある」というような解釈が憲法に合致するとされてはならない」とする連邦通常裁判所の見解が示される。身分登録法第22条第3項の立法趣旨には、間性を承認したドイツ倫理評議会意見書の判断を受け入れる旨、述べられていた。これらを考慮すると、連邦通常裁判所が、間性を承認しながらも、どのような法律構成のもとに記載訂正の申立を退けていたかが明らかにされな

ればならない。ここでも、「……とき」(要件) ➡ 「……身分登録法第21条第1項第3号は合憲である」(効果) という判断基準と、「……とき」(要件) ➡ 「……判断基準の要件を充たす」(効果) という適用基準が探求されなければならないが、身分登録法第21条第1項第3号合憲説の論拠はなんら明らかにされていない。

2 次の「II」では、連邦通常裁判所のこうした解釈が「法的な審査に耐え得る」と説明される。そして、「ツエレ上級地方裁判所は、このような観点から論理的にみて、申立人が実際に間性であるか否かを確認していなかった」とする指摘とともに、ツエレ上級地方裁判所の抗告棄却決定が支持されていた⁵⁸⁾。支持説の理由を連邦通常裁判所は2つ挙げていた。そのひとつは、「出生登録簿における登録事項を『間性』または『多様性』に変更すること……が現行法上は不能」という点である⁵⁹⁾。この理由は、「a)」、「b)」の2つに、そのうち、「b)」は、さらに「aa)」と「bb)」に分けて説明されている。

(1) まず、「a)」の趣旨を確認しよう。

“[11] a) 以上のことは、身分登録法第21条および第22条の明確な文言からみて、既に明らかである。

[12] 身分登録法第21条第1項第3号によれば、子の性は出生登録簿に記録される。2013年11月1日以降に適用されている現行の表現形式における身分登録法第22条第3項 (BGBl. 2013 I, S. 1122) によれば、子の性が女性とも男性とも区分され得ないとき、身分事項は、出生登録簿に本人の性を記載せずに登録されなければならない。これに対して、「間性」または「多様性」という登録方法は法文上規定されていない (Berkel, Personenstandsrecht, Rn. 42, 256; Gaaz/Bornhofen/Gaaz, Personenstandsgesetz, 3. Aufl. § 21 Rn. 30; このほか, Nr. I. 19 f PStG-

58) 前注57 (第8段落および第9段落)。

59) 前注57 (第10段落)。

VwV-ÄndVwV BAnz AT 12. Juni 2014 B1をも参照。”⁶⁰⁾

第11段落では、「以上のこと」は関連規定の「文言からみて、既に明らかである」とされていた。第12段落でも、当該規定の内容が確認されていた。しかし、本件申立人が、当初から、基本法第3条第3項第1文に照らして当該規定の違憲性を主張していた点を考慮すると、身分登録法第21条第1項第3号および第22条第3項の規律内容を語彙的に確認する表面的解説だけでは違憲説を排除することはできず、当該規定が合憲か否かについての実質的な解釈論が展開されていなければならなかったことが分かる。

(2) それでは、次の「b)」で基本法の実質的な解釈が行われているのだろうか。この点を確認するため、まず「aa)」の内容をみて行こう。

“[13] b) 身分登録法第21条第1項第3号の法律要件を構成する要素である「性」を、「男性」や「女性」だけでなく、第三の性として「間性」や「多様性」も含むというように（憲法に合致する）解釈を考慮する余地はない（これと異なる見解を示すものとして、たとえば、Gössl, StAZ 2015, 171, 172）。

[14] aa) 以上のことは、身分登録法第21条第1項第3号の体系的な解釈から導かれる。

[15] 身分登録法第1条第1項第1文によれば、身分事項は、一国の法秩序において、家族法上の種々の基準から導かれる個人の法的地位を表している。それゆえ、身分登録簿への登録は、機能からみると、何らかの身分を決める手段でしかない。身分登録簿に記載された各登録事項は、個々人の法的地位についてみると、実質法たる家族法の諸規定で根拠付けられた重要性を有する（Helms, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 26; Berkl, Personenstandsrecht, Rn. 41）。しかしながら、法秩序、特に家族法は、性に関して男女という性別二元主義

60) 前注57。

を採用している (BverfG, FamRZ 1979, 25, 28; VG Hamburg, StAZ 2012, 344, 345; Berkl, Personenstandsrecht, Rn. 39, 41; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 2. Aufl. IV-224; Bockstette, StAZ 2013, 169, 172; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, S. 87 f.; Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BT-Drucks. 17/9088 S. 40 f.; このほか, Bericht der unabhängigen Expertinnenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes vom 30. Dezember 2015, S. 24. これを掲載したサイトとして, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Handlungsempfehlungen_Kommission_Geschlecht.html – Stand: 22. Juni 2016)。2006年8月14日の同一取扱い通則法 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) (BGBl I, S. 1897) 第1条からは, これと異なる結論を導くことはできない。確かに, 同法第1条は「間性者」をも不利益から保護すべき規定である (BT-Drucks. 16/1780, S. 31参照)。また, 立法理由書から明らかのように, 立法者はこの第1条をもって新しい性を創造することを意図したのではなく, 「性自認」を主張する者を保護することを意図していた (BT-Drucks. 16/1780, S. 31 — この点について批判的なものとして, Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BT-Drucks. 17/9088, S. 44 f.; VG Hamburg, StAZ 2012, 344, 345)。

[16] たとえ立法者が, この新しい身分登録法第22条第3項という規定によって, 男女という既知の性に区分され得ない者がいるという事情を考慮した上で, 少なくとも立法作業の発端において連邦教育研究省 (Bundesministerium für Bildung und Forschung) および連邦保健省 (Bundesministerium für Gesundheit) の委託により作成された2012年2月14日付けのドイツ倫理評議会意見書 (BT-Drucks. 17/9088) に従っているとすると, 立法者はこの身分登録法第22条第3項という規定をもって新たな性を追加したわけではない (Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 2. Aufl. IV-224)。性については, この第22条第3項のほかには, たとえば, 血統やパートナーシップに関する実質規定

のようなものは、どこにも存在しない (Berkel, Personenstandsrecht, Rn. 41 f.; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 2. Aufl. IV-226; Sieberichs, FamRZ 2013, 1180, 1181 ff.; Bockstette, StAZ 2013, 169, 172, 173; Theilen, StAZ 2014, 1, 7をもみよ)。”⁶¹⁾

第13段落では、身分登録法第21条第1項第3号の「性」が「男性」と「女性」に限られており、「性」に「間性」や「多様性」を含める余地はないとする憲法解釈論が示されていた。第14段落では、こうした解釈が「第21条第1項第3号の体系的な解釈から導かれる」旨、指摘される。それでは、どのような思考過程を辿れば、身分登録法第21条第1項第3号に言う「性」に「第三の性」が含まれないという理解が基本法に適うという見解が「第21条第1項第3号の体系的な解釈から導かれる」と言えるのだろうか。この点を問うのは、そこに言う「体系的な解釈」の趣旨が、誰にも共感され得るという意味で、明確に説明されていないことによる。

第15段落では、身分登録が一国の法秩序における個人の法的地位を表していること、身分登録法における個人の法的地位が他の法律の適用に際して重要な機能を果たしていること、「間性者」をも不利益から保護する目的で制定された同一取扱い通則法第1条⁶²⁾からは「特に家族法は、性に関して男女という性別二元主義を採用している」こと以外の結論は導かれないうこと、同一取扱い通則法第1条の立法者は「新しい性を創造することを意図したのではなく、『性自認』を主張する者を保護することを意図していた」こと、これらが説明される。こうみると、以上の諸点が「第21条第1項第3号の体系的な解釈」と考えられているようにもみえる。とはい

61) 前注57。

62) 同一取扱い通則法 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)) 第1条 (本法の目的) は、次のように規定する (<https://www.gesetze-im-internet.de/agg/BJNR189710006.html> (2022年4月26日確認))。

“この法律は、人種や民族、性別、宗教・信条、障害、年齢、性自認を理由とする差別を防止・撤廃することを目的とする。”

ドイツ法における「第三の性」について (1)

え、こうした説明を聴いても、そうした説明が成り立つとする実定法上の根拠がまったく示されていないという点で、それらが合憲説の一方的提示に過ぎず、基本法第3条第3項第1文に適用と言い切る実質的理由が少しも述べられていないことに気が付く。また、「『性自認』を主張する者」の保護という表現に着目すれば、保護の対象として、「『性自認』を主張する者」という独自の категорияが想定されていたようにみえるが、それでいて、「第三の性」という「新しい性を創造することを意図した」のではないと説明されるのはなぜだろうか。この点は、あるいは、「『性自認』を主張する者」も結局は「男性」か「女性」かのいずれかに分類されるため、「新しい性を創造する」必要がないと考えられていたようにも読める。けれども、「性自認」の主張を男女のいずれにも属さない第三の独立した categoria を認める立場という趣旨に捉えれば、判旨の説明を文字通りに受け取ることとはできないであろう。

第16段落では、まず、「新しい身分登録法第22条第3項という規定によって、男女という既知の性に区分され得ない者がいるという事情を考慮した上で」、少なくとも立法作業の発端ではドイツ倫理評議会の意見書に従っているとしても、立法者は「身分登録法第22条第3項という規定をもって新たな性を追加したわけではない」ことが、次に、「性については、この第22条第3項のほかには、たとえば、血統やパートナーシップに関する実質規定のようなものは、どこにも存在しない」ことがそれぞれ述べられていた。身分登録法第22条第3項では新たな性が追加されていないとする指摘は先の説明の反復であり、判旨には論証不足の点があるという上記の指摘がそのまま当てはまる。

こうみると、「aa)」では、身分登録法第21条第1項第3号に言う「性」に「第三の性」が含まれないという理解が基本法に適用という見解が「第21条第1項第3号の体系的な解釈から導かれる」と明言されてはいても、そうした主張の論拠が少しも明らかになっていなかったことが分かる。

(3) 他方、「bb)」には以下のような説明がみられる。

“[17] bb) 身分登録法第22条第3項の立法資料から推察されるように、男女以外に、新しい性を追加することも立法者の意思に沿うものではない。

[18] ドイツ連邦政府作成の、身分登録法に関する諸規定を変更するための法律案にはもともと間性に関する規定は含まれていないが、連邦政府は、これと同一内容の連邦参議院の発議に対し、審議が既にかなり進んでいる今回の立法手続では、この複雑な問題の、特に医学的側面を考慮した解決策を短期間のうちに見出せない旨、回答している。第22条第3項という新しい規定を設ける前に、利害関係者および専門家を対象として、この点に関する意見が広く求められるべきであった。

[19] 第22条第3項という規定を新設する場合、これに対応させるため、他の法律でどのような変更が必要とされるかという点も検討されなければならなかった（BT-Drucks 17/10489 S. 72）。最後に、現行の表現形式における身分登録法第22条第3項は、連邦議会内務委員会の決議勧告を経て法律となった。第22条第3項では、身分登録法第22条第3項が「間性」というテーマで作成されたドイツ倫理評議会の問題提起を受け入れて、性別が疑う余地のないほど明らかであるとは言えないとき、出生登録簿における性別記載を空欄のままとすることが明らかにされていたに過ぎない（BT-Drucks. 17/12192, S. 11）。”⁶³⁾

第17段落では、「身分登録法第22条第3項の立法資料」を根拠に、同条同項の立法者の意思は「男女以外に、新しい性を追加する」という点にはないことが指摘される。第18段落では、ドイツ連邦政府の身分登録法改正案には当初から「間性に関する規定は含まれていない」こと、連邦政府は「審議が既にかなり進んでいる今回の立法手続では、この複雑な問題の、特に医学的側面を考慮した解決策を短期間のうちに見出せない」旨を連邦

63) 前注57。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

参議院に回答していたこと、「第22条第3項という新しい規定を設ける前に、利害関係者および専門家を対象として、この点に関する意見が広く求められるべきであった」こと、これらが述べられていた。第19段落では、第22条第3項を設ける場合、「他の法律でどのような変更が必要とされるかという点も検討されなければならなかった」こと、「第22条第3項は、身分登録法第22条第3項が『間性』というテーマで作成されたドイツ倫理評議会の問題提起を受け入れて、性別が疑う余地のないほど明らかであるとは言えないとき、出生登録簿における性別記載を空欄のままとすることが明らかにされていたに過ぎない」こと、これらが指摘されていた。第22条第3項は「性別記載を空欄のままとすることが明らかにされていたに過ぎない」とする評価は、第16段落で述べられた、身分登録法第22条第3項では新たな性が追加されていないとする先の説明と同様、「第三の性」の存在可能性を肯定することと特定の表記方法を用いないとすることが個別の観点であり、後者の選択に特段の論拠が求められる点が看過されていたことが明らかである。こうみると、「aa）」と同様、「bb)」でも、「第三の性」が身分登録法第21条第1項第3号に言う性に含まれないという理解が基本法に適用という見解が「第21条第1項第3号の体系的な解釈から導かれる」という指摘（第14段落）を正当とする実質的な説明は行われていなかったことが分かる。

3 連邦通常裁判所は、ツェレ上級地方裁判所の決定を支持する第一の理由を、出生登録簿における登録事項を「間性」または「多様性」に変更することを求める趣旨の申立が現行法上は不能であるというように、身分登録法第22条第3項の解釈論に求めている。連邦通常裁判所は、これに続けて、ツェレ上級地方裁判所の決定を支持する第二の理由を、「基本法第100条に基づいて本件の解決を連邦憲法裁判所に付託するよう求める理由はない」という基本法解釈論に求めている⁶⁴⁾。

(1) それでは、連邦通常裁判所の基本法解釈は成功していると言えるの

64) 前注57（第20段落）。

だろうか。この部分は、「a)」、「b)」、「c)」、「d)」、これら4項目に分けられる。そのうち「a)」は、まえがき部分、「aa)」、「bb)」、「cc)」、これら4つの部分から成る。まず、まえがき部分からその趣旨を確認しよう。

“[21] a) 基本法第100条第1項第1文の要件を構成する第二の選択肢によれば、裁判所は手続を停止しなければならない、しかも、裁判所が、合憲か違憲かの判断に際して、有効性が問題となる法律を違憲とみなすとき、裁判所は連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない。”⁶⁵⁾

第21段落では、基本法第100条第1項第1文⁶⁶⁾の要件を構成する第二の選択肢が充たされるとき、「裁判所は当該手続を停止しなければならない」ならず、「裁判所が、合憲か違憲かの判断に際して、有効性が問題となる法律を違憲とみなすとき、裁判所は連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない」と述べて、手続法的な留意点が説明されていた。それでは、「本件裁判の際に唯一の基準とされる身分登録法第21条第1項第3号および第22条第3項を違憲とみなしていない」⁶⁷⁾とする連邦通常裁判所の解釈論はどこからどのように導かれるのだろうか。

(2) まず、「aa)」からみて行こう。

65) 前注57。

66) 基本法第100条第1項第1文は次のように規定する (<https://dejure.org/gesetze/GG/100.html> (2022年4月26日確認); https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_100.html (2022年4月26日確認))。

“合憲か違憲かの判断に際して、有効性が問題となる法律を裁判所が違憲とみなす場合において、第一に、ラントの憲法違反が問われ、すなわち、ラント憲法訴訟についての管轄権を有する裁判所の裁判が求められているとき、および、第二に、基本法の違反が問われ、すなわち、連邦憲法裁判所の裁判が求められているとき、手続は停止されなければならない。”

67) 前注57。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

“[23] aa) これまで採用されていた、出生登録簿に男性か女性のいずれかを記載するという要件が、間性者の基本権を侵害するか否かという論点（たとえば、Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BT-Drucks. 17/9088 S. 59）は、もはや生じない。というのは、申立人は、身分登録法第22条第3項と関連する第48条第1項、第47条第2項第1号により、登録後に性別記載（「女兒」）を出生登録簿から削除するという結果を、実現できているからである。

[24] 時として、身分登録法第22条第3項は新規の登録に対してのみ適用されると主張されることがある（この趣旨の先例として、たとえば、OLG Frankfurt, StAZ 2016, 45, 47; Bockstette, StAZ 2013, 169, 172）。しかし、当法廷は、これとは逆の、不適切な事実関係を訂正することが重要であり、今後、性別記載は身分登録法第22条第3項に従って空欄のままとされるという理由で、性別記載を事後に削除できるとする見解に従っている（結論においてこれと同旨のものとして、Berkel, Personenstandsrecht, Rn. 42, 675, 699; Theilen, StAZ 2014, 1, 4; Gössl, StAZ 2015, 171, 172）。また、立法者が明示的に参照したドイツ倫理評議会意見書が、過去に行われた登録済み事項の訂正に関するハードルをあまり高く設けすぎてはならないと述べている点も、第22条第3項を登録済みの旧いケースに対しても適用することを支持する論拠となっている（BT-Drucks. 17/9088, S. 48 und 59および BT-Drucks. 17/12192, S. 11参照）。”⁶⁸⁾

第23段落では、性別記載事項における「女性」という表記が出生登録簿から削除されているため、申立人の場合、「出生登録簿に男性か女性のいずれかを記載するという要件が、間性者の基本権を侵害するか否かという論点は、もはや生じない」と述べられる。しかしながら、申立人の請求が「女性」から「間性／多様性」への訂正を求めている点を想えば、「女性」

68) 前注57。

という表記の削除だけでは申立人の請求に対応しておらず、「間性者の基本権を侵害するか否か」という論点は、もはや生じない」とは言い得ないようにみえる。

それでは、連邦通常裁判所はこの疑問にどのように答えるのだろうか。第24段落では、時間的適用範囲という視点から、「身分登録法第22条第3項は新規の登録に対してのみ適用される」ので、登録済みの記載訂正の申立には適用されないという主張が時になされることに触れつつも、「当法廷は、これとは逆の……見解に従っている」ため、不適切な「性の記載は身分登録法第22条第3項に従って……事後に削除される」ことが明らかにされ、さらに、「立法者が明示的に参照したドイツ倫理評議会意見書が、過去に行われた登録済み事項の訂正に関するハードルをあまり高く設けすぎてはならないと述べている点も、第22条第3項を登録済みの旧いケースに対しても適用することを支持する論拠となっている」ことにも言及される。しかしながら、こうした説明は、第22条第3項の遡及適用を肯定することで、「女性」という表記が出生登録簿から削除できるとする説明ではない。こうみると、この段落でも、「間性者の基本権を侵害するか否か」という論点は、もはや生じない」と言える実質的理由は何も述べられていなかったことが分かる。

(3) 次の「bb)」では、基本法との関連に関する連邦通常裁判所の見解が示される。

“[25] bb) 実体法である家族法は、性を「間性／多様性」と記載するための特別な規定を用意していないので、身分登録簿に記入された「間性／多様性」という記載には、固有の法的意味は付与されない (Helms, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 26; Bockstette, StAZ 2013, 169, 172参照; これと異なる見解を採るものとして, Gössl, StAZ 2015, 171, 173 f.)。しかし、出生登録簿における「間性」または「多様性」という表記が本人の性自認と一致しないとき、性別を区分する登録が省略されるのか、それとも、——申立人が求めている通りに——,

「男性」または「女性」という現行の「性」のいずれにも区分し得ない旨の登録が行われるのか、それゆえ、登録が純粋に宣言的な性質を有するか否かという点については、当事者本人にとって、結局のところ、何ら——憲法上重要な——違いはない (Sieberichs, FamRZ 2013, 1180, 1181; Bockstette, StAZ 2013, 169, 172参照)。⁶⁹⁾

第25段落では、まず、「実体法である家族法は、性を『間性／多様性』と記載するための特別な規定を用意していないので、身分登録簿に記入された『間性／多様性』という記載には、固有の法的意味は付与されないと説明される。身分登録法上の「間性／多様性」に対応する規定が民法典に設けられていないところから、「間性／多様性」という概念が家族法において機能しないことに異論はないであろう。「第三の性」を自認する者が家族法において男性と女性のいずれかに強制的に振り分けられる場合、そのように命じる家族法上の規定が基本法第2条第1項および第3条第3項第1文に抵触するか否かは改めて連邦憲法裁判所の判断に委ねられなければならない。

連邦通常裁判所は、これに続けて、「出生登録簿における『間性』または『多様性』という表記が本人の性自認と一致しないとき、性別を区分する登録が省略されるのか、……『男性』または『女性』という現行の『性』のいずれにも区分し得ない旨の登録が行われるのか、それゆえ、当該登録が純粋に宣言的な性質を有するか否かという点については、当事者本人にとって」憲法上何ら重要な違いはないと述べていた。しかし、申立人が身分登録法第21条第1項第3号の違憲性を指摘していた点、「女性」という記載の削除だけでは満足せず、さらに進んで、「第三の性」に対応する新たな表記方法の採否という意味で決定的な違いがあること、これらを考慮すると、申立人にとって憲法上何ら重要な違いがないとは到底言い得ないように見える。ここでも、憲法上重要な違いがないとする連邦通常裁判所

69) 前注57。

の説明には論証不足の感がある。

(4) 次の「cc)」には、以下のような解説がある。

“[26] cc) 憲法の枠内で立法者がどのようなやり方を採用すれば、実体法である家族法の変更を通じて当事者の状況を考慮することができるのかという問題は、本件手続では審理するに当たらない（これについては、Theilen, StAZ 2014, 1, 3, 7; Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BT-Drucks. 17/9088, S. 46 f.; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand 2. Aufl. IV-226参照）。本件で申立人にとって重要なのは、血統の確認や法的パートナーシップの創設ではなく、出生登録簿に自分の性を「間性」または「多様性」と登録することだけである。

[27] 本件法律抗告で援用された、性転換に関する連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法第1条第1項と関連する第2条第1項に基づく一般的人格権と結び付けられた人間の尊厳が、初めに、当事者の自己決定権を考慮すること、次いで、公表に馴染まない私的な事柄という点で、一方の、当事者自身が感じている性に適合する外見と、他方の、当事者に対する法的取扱いとの間での矛盾を通して恥をかくことなく、自身が感じている性に忠実に生きられるよう、自身が実感する性自認を法的に認めること、これら2点をともに要請している。第一に、これらの要請が充たされるよう、第二に、特に不適切な要件のもとで当事者がずっと感じ続けている性への法的区分が行われることのないよう、立法者には自国の法秩序を形成する義務が課されている（BVerfG, NJW 2011, 909, 910これにはその余の証明が付されている）。

[28] しかし、連邦憲法裁判所のこの判例法を間性者のケースに直ちに転用することはできない。というのは、性転換の場合、法秩序を通して承認されている「男性」と「女性」という2つの性の間での変更が問題となるのに対して、間性者は、男性にも女性にも区分できないからである。既存の2つの性のどちらかに区分するケースと異なり、新たな性の創設は、極めて広範囲に亘り、国家の秩序利益に影響

を及ぼすこととなる。また、どのようにすればそうした国家の秩序利益を十分に考慮することになるかという点は、利害関係者およびドイツ倫理評議会の聴取に応じた専門家たちの間でも争われている (Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BT-Drucks. 17/9088, S. 30および S. 46 ff.; Berkl, Personenstandsrecht, Rn. 41; Helms, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 27も参照)。⁷⁰⁾

第26段落では、申立人の請求が「出生登録簿に自分の性を『間性』または『多様性』と登録すること」にあり、血統の確認や生活パートナーシップの創設ではないため、「憲法の枠内で立法者がどのようなやり方を採用すれば、実体法である家族法の変更を通じて当事者の状況を考慮することができるのか」という問題は、本件手続では審理するに当たらない」と述べられる。本件の訴訟物を考慮すると、こうした判断に違和感はない。第27段落では、性転換に関する「連邦憲法裁判所の判例によれば、……人間の尊厳が、初めに、当事者の自己決定権を考慮すること、次いで、公表に馴染まない私的な事柄という点で、一方の、当事者自身が感じている性に適合する外見と、他方の、当事者に対する法的取扱いとの間での矛盾を通して恥をかくことなく、自身が感じている性に忠実に生きられるよう、自身が実感する性自認を法的に認めること」、これら2点を要請していること、「第一に、これらの要請が充たされるよう、第二に、特に不適切な要件のもとで当事者がずっと感じ続けている性への法的区分が行われることのないよう、立法者には自国の法秩序を形成する義務が課されている」こと、これらが指摘されていた。次の第28段落では、「法秩序を通して承認されている『男性』と『女性』という2つの性の区分の間での変更が問題となるのに対して、間性者は、男性にも女性にも区分できない」という理由で、連邦憲法裁判所の性転換のケースで示された先例を間性者のケースに直ちに転用できないこと、「既存の2つの性のどちらかに区分するケース

70) 前注57。

と異なり、新たな性の創設は、極めて広範囲に亘り、国家の秩序利益に影響を及ぼす」こと、「どのようにすればそうした国家の秩序利益を十分に考慮することになるか」という点は、利害関係者およびドイツ倫理評議会の聴取に応じた専門家たちの間でも争われている」こと、これらが説明される。

以上を通覧すると、この「cc)」でも、一方の、「女性」と言う記載を削除すること(第6,7,23段落)と、他方の、「性別を区分する登録が省略されるのか……『男性』または『女性』という現行の『性』のいずれにも区分し得ない登録が行われるのか、それゆえ、当該登録が純粋に宣言的な性質を有するか否か」という点について」判断すること(第25段落)と、これら2つの間に憲法上重要な違いがないとする理由についても、「基本法第100条に基づいて本件の解決を連邦憲法裁判所に付託するよう求める理由はない」という基本法解釈の正当性についても、格別の説明が行われていなかったことが判明する。

(5) 最後の「3」では、「出生登録後に、当初の性の記載(『女兒』)を出生登録簿から削除することの可否に関する裁判」は申立人の要求に含まれていない」と述べられていた⁷¹⁾。申立人の請求を考慮した連邦通常裁判所のこの判断も是認することができよう。

4 以上を整理しよう。連邦通常裁判所の上告棄却決定の要点は、身分登録法第21条第1項第3号および第22条第3項によれば、身分登録簿に「第三の性」を記載する法的根拠がないこと、これら身分登録法上の規定を違憲とする法的根拠がないこと、これらに尽きる。連邦通常裁判所は、男女間での性転換に関する連邦憲法裁判所の先例の趣旨を、女性から「第三の性」への変更を求める本件に転用できないと述べて、記載訂正申立の

71) “申立人は当法廷に対し、身分登録法第22条第3項と関連する第48条第1項、第47条第2項第1号に基づき、出生登録後に、当初の性の記載(「女兒」)を出生登録簿から削除することの可否に関する裁判を求めているわけではない。申立人は当初の性の記載を「受け入れがたい」として拒否しているので、この点に関する判断は申立人の要求に含まれていない。”(前注57(第29段落))

ドイツ法における「第三の性」について (1)

拒否は憲法上保障された基本法第3条第3項第1文に違反するという趣旨の申立人の主張を退けていた。性転換のケースにおける判断を「第三の性」のケースに転用できるか否かについて、肯定説を採る申立人とこれを否定する連邦通常裁判所とは比較対象として同列に位置付けられている。立証責任の分配に関する原則的理解によれば、転用肯定説の側でしかるべき法的論拠を、「……とき」(要件) → 「……連邦憲法裁判所の先例における判旨を『第三の性』に関するケースに転用できる」(効果) という中立の判断基準とこの判断基準の要件解釈を左右する、「……とき」(要件) → 「……判断基準の要件が充たされる」(効果) という上記判断基準の適用基準とを併せ明示する責任があろう。連邦通常裁判所は、この点に関する挙証責任が尽くされていないとみて、先例を転用できないと判断したようにみえる。

3 連邦憲法裁判所2017年10月10日決定

1 申立人は、連邦通常裁判所の抗告棄却決定を受けて、連邦憲法裁判所に憲法抗告 (Verfassungsbeschwerde, 憲法訴願) を行った。同裁判所第1小法廷は、2017年10月10日、申立人の請求を認める立場から、①身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号が基本法第1条第1項と関連する第2条第1項にだけでなく、基本法第3条第3項第1文にも違反すること、②立法者はこれら基本権規定に合致する法規を2018年末までに制定すること、③基本法に合致する新たな規定が制定されるまで本件手続を停止すること、これらを内容とする決定を下した⁷²⁾。同決定は以下の

72) Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=10.10.2017&Aktenzeichen=1+BvR+2019%2F16> (2022年4月26日確認); <https://openjur.de/u/2121819.html> (2022年4月26日確認); https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html (2022年4月26日確認); http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psm?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE4224

ように判示する。

“1. 2013年5月7日の身分登録法の諸規定を変更するための法律第1条第6号bの表現形式における身分登録法第22条第3項(BGBI I S. 1122)と関連する, 2007年2月19日の身分登録法変更法第1条の表現形式における身分登録法(BGBI I S. 122)第21条第1項第3号は, 身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号が, 性の記載を義務付けるだけでなく, 女性としての性の発育または男性としてのそれとの対比においてみずからの性の発育が変異を示しかつずっと継続してみずからが男性にも女性にも区分され得ないと感じている者が, 「女性」または「男性」とは異なる何かしら新しい性の登録を認めていない点で, 基本法第1条第1項と関連する第2条第1項に合致せず, かつ, 基本法第3条第3項第1文にも合致しない。

(1) 立法者は, 2018年12月31日までに, 憲法に適合する規定を設ける義務を負う。

(2) 連邦通常裁判所の2016年6月22日決定(XII ZB 52/15), ツェレ上級地方裁判所の2015年1月21日決定(17 W 28/14)およびハノーファー区裁判所の2014年10月13日決定(85 III 105/14)は, いずれも, 基本法第1条第1項と関連する第2条第1項に基づく基本権および第3条第3項第1文に基づく基本権からみて, 原告人の基本権を侵害している。それゆえ, 連邦通常裁判所の2016年6月22日決定, ツェレ上級地方裁判所の2015年1月21日決定およびハノーファー区裁判所の2014年10月13日決定はいずれも破棄される。本件はツェレ上級地方裁判所に差し戻される。本件手続は, 法律上新しい規定が設けられるまで, 停止されなければならない。

(3) ドイツ連邦共和国は, 原告人に対し, 必要な費用を償還しなければならない。”⁷³⁾

71701&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint (2022年4月26日確認)

73) <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/>

ドイツ法における「第三の性」について (1)

2 それでは、連邦憲法裁判所は、どのような理由で、身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号が基本法第2条第1項に違反するとともに、同法第3条第3項第1文にも適合しないと判断したのだろうか。次には、その論拠（法的論証過程）が確認されなければならない。判旨「B」はこの点について以下のように述べる。

“[35] 本件憲法抗告は訴訟法上適法であるだけでなく、実体法上も理由がある。一方で、身分登録法第21条第1項第3号が性の登録を身分登録法上強制しているのに対し、他方では、同法第22条第3項が、女性としての性の発育や男性としての性の発育との対比において、自分の性の発育が変異を示している上、ずっと継続して自分が男性にも女性にも区分され得ないと感じている者に対して、「女性」または「男性」以外の何かしら新しい性の登録を認めていない以上、身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号は、憲法に違反する。この憲法抗告の対象とされた各裁判はいずれも身分登録法における上記の諸規定を根拠としている。これらの裁判は、原告人の一般的人格権（基本法第1条第1項と関連する第2条第1項）を侵害するだけでなく、性別を理由とする不利益差別の禁止（基本法第3条第3項第1文）にも違反する。”⁷⁴⁾

第35段落では、身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号が、男女2つの性のいずれかを選ぶよう強制する点で申立人の「一般的人格権（基本法第1条第1項と関連する第2条第1項⁷⁵⁾）を侵害するだけでなく、性別を理由とする不利益差別の禁止（基本法第3条第3項第1文⁷⁶⁾）にも違反する」と断定されていた。一般的人格権侵害の有無と不利

DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html (2022年4月26日確認)

74) 前注73。

75) 前注53。

76) 前注45。

益差別の有無とは、むしろ、異なる判断基準に服するという意味で、法的観点を異にする。このような憲法解釈論を受け入れるためには、何よりもまず、基本法第2条第1項について、「……とき」(要件) ➡ 「男女2つの性のいずれかを選ぶよう強制することが、申立人の一般的人格権を侵害し、第2条第1項に違反する」(効果) という中立の判断基準とこの判断基準の要件解釈を左右する、「……とき」(要件) ➡ 「……は判断基準の要件に該当する」(効果) という上記判断基準の適用基準が明らかにされていなければならない。また、それと同時に、第3条第3項第1文についても、同様に、「……とき」(要件) ➡ 「男女2つの性のいずれかを選ぶよう強制することが、申立人に対する性別を理由とした不利益差別の禁止に当たり、第3条第3項第1文に違反する」(効果) という中立の判断基準と、「……とき」(要件) ➡ 「……は判断基準の要件に該当する」(効果) という上記判断基準の適用基準が説明された上で、各適用基準の要件が具備されている旨、解説されていなければならないであろう。

3 それでは、連邦憲法裁判所は、一般的人格権が侵害されているとした判断、不利益差別に該当するとした判断、これら2点をそれぞれどのように論証しているのだろうか。

(1) 「I」では以下のように述べられている。

“[36] 身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号は、性自認の保護として現出する一般的人格権(基本法第1条第1項と関連する第2条第1項)を侵害する。一般的人格権は、男性にも女性にも区分され得ない者の性自認をも保護する(1)。現行の身分登録法は、一方で性の登録を強制しながら、他方で女性または男性以外の性の登録を認めていない点で、男性にも女性にも区分され得ない者の基本権に介入している(2)。基本権への介入を正当化することはできない(3)。”⁷⁷⁾

77) 前注73。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

第36段落では、「第21条第1項第3号は、性自認の保護として現出する一般的人格権……を侵害する」という先の評価が繰り返されるとともに、以下の「1」で、「一般的人格権は、男性にも女性にも区分され得ない者の性自認をも保護する」ことが、「2」で、「現行の身分登録法は、一方で性の登録を強制していながら、他方で女性または男性以外の性の登録を認めていない点で、男性にも女性にも区分されない者の基本権に介入している」ことが、そして「3」で、「基本権への介入を正当化することはできない」ことがそれぞれ説明される旨、予告されていた。

(2) まず「一般的人格権は、抗告人の性自認を保護する」⁷⁸⁾と書かれた「1」から検討しよう。この項は「a」と「b）」に2分される。「a）」は以下の通りである。

“[38] a) 基本法第2条第1項は、すべての者に、人格の自由な発展を求める権利を付与している。この基本権には、一般的な行動の自由のほか、一般的人格権も含まれる（基本法第1条第1項と関連する第2条第1項）。一般的人格権は、「何々の自由」というような「固有の名称を持たない」自由権であるが、人格の構成要素を保護する「何々の自由」という特別の（「固有の名称を有する」）自由権を補完する（BVerfGE 54, 148 <153> 参照）。この場合、個人が自分の判断で個性を発展させ維持できるようにするための基礎的諸条件を確保することが一般的人格権の果たすべき任務のひとつである（BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 117, 202 <225> 参照）。しかしながら、一般的人格権の保護対象は、人格の発達をもたらす要素の中で、——基本法上「何々の自由」という名の特別な自由によって保障されていないものであって——、人格の発展からみて、個人の自由の保障を構成する上で重要な諸要素に対応するものだけに限定されている（BVerfGE 79, 256 <268>; 99, 185 <193>; 120, 274 <303> 参照、確定

78) 前注73（第37段落）。

の判例)。それゆえ、一般的人格権は、自分の判断で人格を発展させることを何かしら損なう可能性のあるものすべてから保護することまで保障するものではない。いずれにせよ、誰も、自分の個性を、外部の状況や属性と切り離して発展させることはできない。しかしながら、自分の判断で人格を発展させ維持することが特に危うくされるときは、隙間を埋める形で、一般的人格権による保護が図られる（BVerfGE 141, 186 <201 f. Rn. 32>）。⁷⁹⁾

第38段落では、「基本法第2条第1項は、すべての者に、人格の自由な発展を求める権利を付与している」こと、この「人格の自由な発展を求める」基本権には「一般的な行動の自由のほか、一般的人格権も含まれる」こと、一般的人格権（『何々の自由』というような『固有の名称を持たない』自由権）も「『何々の自由』という……自由権を補完する」役割を果たしていること、「個人が自分の判断で個性を発展させ維持できるようにするための基礎的諸条件を確保することが一般的人格権の果たすべき任務のひとつである」こと、「一般的人格権の保護対象は……——基本法上『何々の自由』という名の特別な自由によって保障されていないものであって——、人格の発展からみて、個人の自由の保障を構成する上で重要な諸要素に対応するものだけ」に限定されており、「一般的人格権は、自分の判断で人格を発展させることを何かしら損なう可能性のあるものすべてから保護することまで保障するものではない」こと、「自分の判断で人格を発展させ維持することが特に危うくされるときは、隙間を埋める形で、一般的人格権による保護が図られる」こと、これらが指摘されていた。ここに示された基本法第2条第1項の解釈は、一見すると、「一般的人格権は、原告人の性自認を保護する」という主張を導くための理由のように受け止められるかもしれないが、良く考えてみると、これらはいずれも「一般的人格権は、原告人の性自認を保護する」という主張の言い換えに過ぎ

79) 前注73。

ず、第2条第1項をそのように解釈しなければならないとする積極的な根拠はそれ以上明らかにされていないと言わなければならない。

(3) 次の「b)」は、以下のように説明される。

“[39] b) 一般的人格権は、性自認という、通例、自分の人格を構成する局面をも保護の対象とする (BVerfGE 115, 1 <14 ff.>; 116, 243 <259 ff.>; 121, 175 <190 ff.>; 128, 109 <123 ff.> 参照)。所与の条件のもとではあるが、個人アイデンティティにとって、格別の重要性が性に与えられている。どの性に区分されるかは、典型的なケースであるが、本人の自己理解においてのみならず、本人が他者からどのようにみられるかという点でも、重要な意味を持つ。どちらの性に属するかの判断は日常生活でも重要な役割を果たしている。請求権や義務が性別と直結する法制も一部にみられるが、多くの場合、性が人を識別する基本的基準を形成しており、法的基準がない場合でも、性は日常生活においてかなりの重要性を有する。このほか、性は、たとえば、本人がどう呼ばれるか、あるいは本人の外見に対して、本人の教育に対して、また本人の行動に対して、それぞれどのような期待が向けられるかという点にも影響を与えている。

[40] 男性にも女性にも区分され得ない者の性自認も保護される。どちらの性に区分されるかという点にさほどのこだわりを持っていなければ、男女のいずれにも区分され得ない者も、おそらくはもっと自由に個性を伸ばすことができよう。しかし、所与の条件のもとで考えれば、性別の判定は、他者からの認識にとっただけでなく、自分自身のパーソナリティの理解にとっても特に重要性を有する。原告人も、性別の実際的重要性を強調し、自分を取り巻く状況のもとで性自認が自分の人格の欠くべからざる構成要素である旨、主張している。”⁸⁰⁾

80) 前注73。

第39段落では、「一般的人格権は、性自認という、通例、自分の人格を構成する局面をも保護の対象とする」こと、「所与の条件のもとではあるが、個人のアイデンティティにとって、格別の重要性が性に与えられている」こと、「どの性に区分されるかは……本人の自己理解においてのみならず、本人が他者からどのようにみられるかという点でも、重要な意味を持つ」こと、「どちらの性に属するかの判断が日常生活でも重要な役割を果たしている」こと、「請求権や義務が性別と直結する法制も一部にみられるが、多くの場合、性が人を識別する基本的基準を形成しており、法的基準がない場合でも、性は日常生活においてかなりの重要性を有する」こと、「性は、たとえば、本人がどう呼ばれるか、あるいは本人の外見に対して、本人の教育に対して、また本人の行動に対して、それぞれどのような期待が向けられるかという点にも影響を与えている」こと、これらが指摘されていた。第40段落では、「男性にも女性にも区分され得ない者の性自認も保護される」こと、「どちらの性に区分されるかという点にさほどのこだわりを持っていなければ、男女のいずれにも区分され得ない者も、おそらくはもっと自由に個性を伸ばすこと」ができると考えられること、「所与の条件のもとで考えれば、性別の判定は、他者からの認識にとっただけでなく、自分自身のパーソナリティの理解にとっても特に重要性を有する」こと、「原告人も、性別の実際的重要性を強調し、自分を取り巻く状況のもとで性自認が自分の人格の欠くべからざる構成要素である旨、主張している」こと、これらが説明されていた。

しかしながら、基本法第2条第1項の解釈論という点からみると、性自認が人格を構成する不可欠の要素であること、性自認によって選ばれる性別が日常生活等で重要な役割を果たしていること、性自認が一般的人格権によって保護されること、これらが確認されるだけで、そうした理解が法律上成り立つと言い得る実質的根拠はこの「b）」でも示されていない。

4 次に、「現行の身分登録法は、一方で性の登録を強制しながら、他方で女性または男性以外の性の登録を認めていない点で、男性にも女性にも区分されない者の基本権に介入している」ことに触れた「2）」をみよ

ドイツ法における「第三の性」について (1)

う。この項も、まえがき部分、「a)」、「b)」、これらから成る。まえがき部分では、次の「a)」で「第21条第1項第3号によって行われている法規制」が「性自認の保護として現出する一般的人格権に介入して」いるとする判断について、また「b)」で「身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号によって行われている法規制」が「特に性自認という点における原告人の人格の発展および維持を危うくしている」点について、それぞれ述べられる旨、予告される⁸¹⁾。

(1) それならば、第21条第1項第3号による法規制が一般的人格権（基本法第2条第1項）に介入しているとされるのはなぜか。「a)」ではこの点につき以下のように説明される。

“[42] a) 本件憲法抗告訴訟において、内容の当否が間接的に問われた身分登録法第21条第1項第3号は、性自認の保護として現出する一般的人格権に介入している。身分登録法は、一方で、性の登録を原告人に強制しているながら、他方では、みずからの性の発育が普通の女性や男性における性の発育との対比において変異を示しているだけでなく、ずっと継続して自分が男性にも女性にも区分され得ないと感じている原告人に対し、その性自認に対応する身分登録法上の性の登録を認めていない（介入に該当する旨の判断が既に示されている先例については、BVerfGE 49, 286 <298>; 60, 123 <132 ff.>; 116, 243 <259 ff.>; 121, 175 <190 ff.>; 128, 109 <124> 参照）。身分登録法第21条第1項第3号に従えば、身分登録法上、人の性は出生登録簿において公証されなければならない。実定法上登録可能な性は、「女性」と「男性」だけであって、それ以外の性を登録することは認められていない。この趣旨は、子が女性にも男性にも区分され得ないとき、性を空欄にして、出生登録簿に身分事項を登録する旨を定める身分登録法第22条第3項（「不記載」）から引き出される。というのは、出生登録簿に何かを記

81) 前注73（第41段落）。

載するかたちで新しい性を登録することができないからである。このため、原告人は、性自認が基本法上保護されているのに、自分の性自認に対応しない登録を甘受しなければならない。

[43] 確かに、原告人は、身分登録法第22条第3項により、出生登録簿中の女性という登録を削除することができる。しかし、女性という表記を削除できるという点は、基本権への介入が行われたことを否定する理由にはならない。というのは、女性と誤記されていたという理由だけでなく、現行法上、男性や女性と異なる「不記載」（身分登録法第22条第3項）という選択肢しか選べないという理由で、本人の性自認が正しく反映されるべきだとする原告人の利益が侵害されているからである。性別欄が空欄であるという点は何も、原告人が男性でも女性でもないということだけでなく、性を持たないことを意味したり、本人の感覚では男性や女性を超越した性を有することを意味したりするわけではない。性別欄の「不記載」は、むしろ、男女という性別二元主義という唯一の基本モデルのもとに性をとどめ置くことを示すだけでなく、同時に、男女以外の性自認を法的に認めないという、また、性別登録がまだ行われていないとする、さらには、この点に関する最終的な解決策が発見されず放置されているといった多様な印象をもたらしている。このような「不記載」という選択肢では、原告人が自分の感情に対応する性自認を有することが認められていない。原告人の見解では、現行の登録形式は不適切である、というのは、男性か女性かという性別二元主義のもとで登録された性別の記載をたんに抹消するだけでは、性的特徴が欠けているという印象を与えるからである（Althoff/Schabram/Follmar-Otto, a.a.O., S. 24, 44; このほか Vöneky/Wilms, Stellungnahme zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Ethikrat, 2011, S. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, S. 1180 <1181>; Gössl, NZFam 2016, 1122 <1123> 参照）。”⁸²⁾

82) 前注73。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

第42段落では、「身分登録法第21条第1項第3号に従えば、身分登録法上、人の性は出生登録簿において公証されなければならない」こと、身分登録法が性の登録を原告人に強制しているのに対し、「女性にも男性にも区分され得ないとき、性を空欄にして、出生登録簿に身分事項を登録する旨を定める身分登録法第22条第3項（「不記載」）から」読み取れるように、男性にも女性にも区分され得ないと感じている原告人に対して、そうした性自認に対応する身分登録法上の性の登録を認めていないこと、「このため、原告人は、性自認が基本法上保護されているのに、自分の性自認に対応しない登録を甘受しなければならない」こと、身分登録法第21条第1項第3号が一般的人格権に介入していること、これらが記される。第43段落では、現行法上、男性か女性かのいずれかを選ばない場合、「不記載」（身分登録法第22条第3項）しか選べないこと、性別欄の「不記載」が、①性別二元主義という唯一の基本モデルのもとで、男女以外の性自認を法的に認めない結果となること、②男女のいずれでもないという点で、性を持たない（性的特徴を欠く）という印象を与えること、③男性や女性を超越した性を有するという印象を与えること、④性別登録がまだ行われていないという印象を与えること、⑤「第三の性」に関する最終的解決策を見出せないため間性者が放置されているという印象を与えること、女性という登録を削除するだけでは「原告人が自分の感情に対応する性自認を有することが認められていない」こと、本人の性自認が正しく反映される利益が侵害されているという意味で、現行の登録形式は基本権への介入に当たり、不適切であること、これらが説明されていた。以上の記述は、連邦通常裁判所以下の3つの決定に共通する現行身分登録法の適用結果の確認に当たる。

(2) 次の「b)」は、「第21条第1項第3号によって行われている法規制」が「性自認という点における原告人の人格の発展および維持を危うくしている」という評価に関わる。この項は、まえがき部分のほか、「aa)」と「bb)」に二分される。まえがき部分は次のように記されている。

“[44] b) 身分登録法が一方で性の登録を要求していながら、同時に他方で、本人の性自認の身分登録法による承認を拒んでいる事態は、特に、自分の人格を自分の判断で発展させ維持することができないようにしている。”⁸³⁾

第44段落では、身分登録法が「性の登録を要求していながら、同時に他方で、本人の性自認の身分登録法による承認を拒んでいる」事態、つまり、「自分の人格を自分の判断で発展させ維持することができないようにしている」事態をもたらしている旨、指摘される。その前提には、「人格を自分の判断で発展させ維持」しようとする（達成すべき目的）、性自認に対応する性の表示（目的達成の手段）が不可欠であるとの認識がある。こうした認識の正当性を承認しようとするれば、「人格を自分の判断で発展させ維持する」複数の方法のうち、「性自認に対応する性の表示」が優先されるとする根拠（「……とき」（要件）⇒『性自認に対応する性の表示』が優先される」（効果）という中立の判断基準と当該判断基準の適用基準）が明らかにされなければならないであろう。しかし、この段落でもこの点に関するしかるべき説明はない。この点を強調するのは、この種の説明を欠く場合、人格を自分の判断で発展させ維持することと性自認に対応する性の表示を不可欠とすることが同義と見られかねないからである。

次の「aa）」では、以下のような説明が見出される。

“[45] aa) 性自認を身分登録法上承認することは、所与の状況のもとで、対外的かつ明示的に性自認を認める効果を有する。身分事項は決して些末な事項ではなく、法律上、「法秩序における人の地位」（身分登録法第1条第1項第1文）を表している。人は、身分事項を媒介項として、法律に定められた種々の基準に従って、法的地位を有

83) 前注73。

する。というのは、身分事項が、本質的な部分において、法律上重要な人的同一性の決定基準を表しているからである。したがって、——身分登録法以外の法分野で性別登録にどのような効果結び付けるかということとはまったく切り離して——、身分登録法の分野で性自認の承認を拒否すること自体が、自分の人格を自分の判断で発展させ維持できないという結果をもたらしている。

[46] 身分登録法がそもそも性別の記載を要求しているという理由だけみても、身分登録法上、性をどのように登録するかという点が性自認について特別な意味を有することが分かる。たとえ性自認について特別な意味を持たないとしても、人の性別が身分登録法に具体的に記載されていなければ、身分登録法は、人の人格を発展させ維持することを妨げるであろう。このような場合、性には身分登録法上の重要性が認められないこととなる。現行法上、具体的なかたちでは存在しない、任意に選んだ性の身分登録法上の承認を求める請求権を一般的人格権からすぐに引き出すことはできない。

[47] しかしながら、現在のところ、身分登録法第21条第1項第3号のもとで、性も身分登録簿に記載されている。立法者は、身分登録法を幾度も改正してきたが、身分登録法上の秩序を維持する基準として性を位置付ける立場を堅持してきた。立法者が、このように身分登録法を媒介として、人および人の法的地位を記述する上で著しい重要性を性に対して認めているところからみて、身分登録簿への性の登録が身分登録法以外の実体法分野でどのような結果を招くかの検討が行われていない状況で、具体的に選ばれた新しい性を身分登録法上承認することは、それ自体からして既に、人的同一性があると判断した上で人的同一性の存在を対外的に示す効果を有する（性転換のケースで身分登録簿への登録が基本権にとって固有の重要性を有するという点については、BVerfGE 49, 286 <297 f.> 参照; 呼称については、このほか、BVerfGE 104, 373 <385>; 109, 256 <266>; 115, 1 <14>）。現行身分登録法が定める要件のもとでは人の性自認を承認できないとすると、性

自認の拒否によって、自分の人格を自分の判断で発展させ維持することができないこととなる。”⁸⁴⁾

第45段落では、まず、身分事項が「法律上、『法秩序における人の地位』……を表して」おり、「身分事項が、本質的な部分において、法律上重要な人的同一性の決定基準を表している」という理由で、身分事項を媒介項として、法律に定められているさまざまな基準に従って、人の法的地位が定まると述べて、身分登録簿における身分事項の法的機能が説明される。これに対して、次の「性自認を身分登録法上承認することは、所与の状況のもとで、対外的かつ明示的に性自認を認める効果を有する」、逆に言えば、「身分登録法の分野で性自認の承認を拒否すること自体が、自分の人格を自分の判断で発展させ維持できないという結果をもたらしている」という指摘は、身分事項の法的機能ではなく、性自認を反映し得る性の表記を身分登録簿に採用すべきだとする価値判断の反映でもある。この点は、第44段落の、性自認に対応する性の表示が不可欠であるという主張の反復に当たる。

第46段落では、身分登録法が性別記載を要求している点に着目して、「身分登録法上、性をどのように登録するかという点が性自認について特別な意味を有する」と述べられる。むろん、性自認を基本権として承認する立場に立つのでなければ、性の登録が「性自認について特別な意味を有する」という評価を下すことはできない。次の「たとえ性自認について特別な意味を持たないとしても、人の性別が身分登録法に具体的に記載されていなければ、身分登録法は、人の人格を発展させ維持することを妨げるであろう」とか、「このような場合、性には身分登録法上の重要性が認められない」とかという指摘の前提にも、性自認を基本権として承認する立場が見え隠れしている。この段落の末尾では、「現行法上、具体的なかたちでは存在しない、任意に選んだ性の身分登録法上の承認を求める請求権

84) 前注73。

を一般的人格権からすぐに引き出すことはできない⁸⁵⁾と説明されていた。この説明を読むと、一般的人格権という最終的な根拠と性自認に対応する性の表記を求める具体的な請求権とを架橋する法律構成如何という新たな論点に対する解答が探求されなければならないことが分かる。むろん、判旨は、両者を架橋する法規を基本法の中ではなく、身分登録法の中に求めていることであろう。

第47段落では、立法者が「身分登録法上の秩序を維持する基準として性を位置付ける立場を堅持してきた」結果、「身分登録法第21条第1項第3号のもとで、性も身分登録簿に記載されている」こと、「立法者が、このように身分登録法を媒介として、人および人の法的地位を記述する上で著しい重要性を性に対して認めている」のに対して、「身分登録簿への性の登録が身分登録法以外の実体法分野でどのような結果を招くかの検討が行われていない」現状を考慮すると、「新しい性を身分登録法上承認すること」「自体からして既に、人的同一性があると判断した上で人的同一性の存在を対外的に示す効果を有する」こと、これらが述べられる。これらの指摘もすべて、身分登録簿の記載事項に性が含まれるとする立場からの事情説明であって、「現行身分登録法が定める要件のもとでは人の性自認を承認できないとすると、性自認の拒否によって、自分の人格を自分の判断で発展させ維持することができない」という評価の法的正当性を理由付けるものとはなっていない。こうみると、以上の記述が性自認に対応する性の表記を求める請求権を認める法的根拠の説明ではなかったことが分かる。

他方、「bb）」には以下の解説が見出される。

“[48] bb) 特に、性別登録に関する身分登録法上の要件が、登録時の選択肢を限定するという立場を前提としているため、「第三の性」を自認する者にとっては、しかるべき性に属する者として人前で行動

85) この指摘は第52段落（前注73）でも繰り返されている。

し、かつ、他者からもしかるべき性に属する者とみられることが難しくなっている。しかし、人をどのように表示するか、人がどのようなかたちで人前に現れるか、また、人がどのようにして他者から認められるか、これら3点につきどのような方法が採用されるかは、人格を自由に発展させる上で重要であるだけでなく、人格の自由な発展を格別に難しくする恐れがある（BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24>; Kube, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 29, 43 ff., 特に, Rn. 46; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 166 ff. [Sept. 2016]; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 72 ff. 参照）。身分登録法が、一方で性の登録を要求していながら、他方では当事者が自己意識に沿った内容でみずからの性を身分登録簿に登録できないようにしているため、人的同一性という点で、本人が、女性や男性に対して認められるのと同程度にかつ女性や男性が考える自己理解を意識するのと同様には認知されず、性自認を認められないという結果が生じている。原告人の主張には十分に肯ける点があるのであって、個人は、往々にして、世間に現れる際、身分登録法上の性の登録を無視することのできない状況に置かれている。”⁸⁶⁾

第48段落では、身分登録法第22条第3項では登録時の選択肢が男性、女性、空欄（不記載）、これら3つに限定されているため、男女のいずれにも属さない者が、しかるべき性に属する者として人前で行動し、かつ、他者からもしかるべき性に属する者とみられにくくなっていること、「人をどのように表示するか、人がどのようなかたちで人前に現れるか、また、人がどのようにして他者から認められるか、これら3点につきどのような方法が採用されるかは、人格を自由に発展させる上で重要であるだけでなく、人格の自由な発展を格別に難しくする恐れがある」こと、そのため「人的同一性という点で、本人が、女性や男性に対して認められるのと同

86) 前注73。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

程度にかつ女性や男性が考える自己理解を意識するのと同様には認知されず、性自認を認められないという結果が生じている」こと、「個人は、往々にして、世間に現れる際、身分登録法上の性の登録を無視することのできない状況に置かれている」こと、これらが指摘されていた。これらの説明はどれも、「第三の性」を自認する者をそのような者として世間が積極的に受け入れるべきであるという立論（法意識の確認）にほかならない。つまり、そうした立論（性自認に対応する性の表記を求める請求権を認めるという主張）を支える実定法上の根拠は、ここでも、何も述べられていないということになる。

5 それでは、「基本権への介入を正当化することはできない」とする評価に関わる「3」の場合どうか。この項は、まえがき部分、「a）」、「b）」、「c）」、「d）」、これら5つに分けられている。

(1) まず、まえがき部分では、以下のように述べられている。

“[49] 3. このような介入を正当化することはできない。これまでの各裁判の根拠となった身分登録法上の規定は憲法に違反する、というのは、「女性」または「男性」以外の新しい性の登録を拒否することを前提として、身分登録法上、性の登録を強制することは、当該規定が適切、必要かつ妥当なかたちで達成しようとしている立法目的に添うものではないからである。”⁸⁷⁾

ハノーファー区裁判所決定が下された2014年10月時点で通用していた身分登録法第22条第3項⁸⁸⁾では、男女以外の性を自認する者の法的利益を考慮して、性別欄を空欄とする措置が講じられていた。第49段落では、連邦

87) 前注73。

88) 前注46。2013年5月7日の身分登録法変更法により追加挿入された第22条第3項は同年11月1日に発効している (<https://www.buzer.de/gesetz/7606/1.htm> (2022年4月26日確認))。

通常裁判所以下の各決定「の根拠となった身分登録法上の規定は憲法に違反する」と判断した理由が、「『女性』または『男性』以外の新しい性の登録を拒否することを前提として、身分登録法上、性別登録を強制することは、当該規定が適切、必要かつ妥当なかたちで達成しようとしている立法目的に添うものではない」という点に求められていた。「このような介入を正当化することはできない」とする記述はこうした立場を端的に示す表現でもある。違憲説の要点は、性別欄を空欄とするだけでは足りず、男女以外の性をそのまま登録できるようにしなければならないとする点にある。こうみると、2013年5月7日の身分登録法変更法の立法者は「当該規定が適切、必要かつ妥当なかたちで達成しようとしている立法目的」を正しく認識していなかったこととなる。

(2) 次に、「a)」の内容を確認しよう。

“[50] a) 基本法は、性に関して男女2種類で人の身分を規律することを排他的に求めているわけではない。基本法は、性を人の身分の構成部分として規律するよう強制しているわけでもなければ、女性と男性以外の性自認に基づく新たな性を身分登録法上認めることを妨げているわけでもない。確かに、基本法第3条第2項第1文は「男性」と「女性」という表現を用いている。しかし、このことからすぐに、性に関する概念を男女の2つだけに限定するという結論が導かれるわけではない。男女間にみられる現在の社会的不利益が解消されるべきであるという趣旨は、基本法第3条第2項の同権の要請から、引き出される。第3条第2項第1文の立法趣旨は、特に女性の負担で行われている性的差別を撤廃することであって (BVerfGE 85, 191 <207>; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 107; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 79; Rübner, in: Bonner Kommentar, Bd. 2, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 550 [Mai 1996]; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 323 ff., 特に S. 331 参照), 決して、身分登録法における性の区分を確定することや「男

性」と「女性」以外の新しい性のカテゴリーを排除することではない。連邦憲法裁判所はかつて「われわれドイツの法制度と社会生活は、皆が『男性』か『女性』のいずれかの性を有するという原則に基づいている」というように宣言していた (BVerfGE 49, 286 <298> 参照) が、この文の趣旨は、当時、性に関して男女という性別二元主義が憲法上規定されていた旨を確認することにあったというよりもむしろ、性別に関して当時普及していた社会的・法的理解をたんに記述したに過ぎないものと考えられる。⁸⁹⁾

第50段落では、「基本法第3条第2項第1文は『男性』と『女性』という表現を用いている」と述べて、基本法の文言がまず確認される。それでいて、「しかし、このことからすぐに、性に関する概念を男女の2つだけに限定するという結論が導かれるわけではない」として、法文上の「男性」および「女性」が限定表現ではなく、例示表現であって、新しい性も第3条第2項第1文に含まれるとする解釈が示される。この点は、「第3条第2項第1文の立法趣旨は、特に女性の負担で行われている性的差別を撤廃することであって、決して、身分登録法における性の区分を確定することや『男性』と『女性』以外の新しい性のカテゴリーを排除することではない」とする説明からすぐに導かれよう。むしろ、この解釈は、文言上、「われわれドイツの法制度と社会生活は、皆が『男性』か『女性』のいずれかの性を有するという原則に基づいている」とした連邦憲法裁判所の先例に背馳する。そのため、上記の解釈と整合性を保つことができるよう、先例中の「この文の趣旨は、当時、性に関して男女という性別二元主義が憲法上規定されていた旨を確認することにあったというよりもむしろ、性別に関して当時普及していた社会的・法的理解をたんに記述したに過ぎない」とする説明が加えられる。「基本法は、性に関して男女2種類

89) 前注73。

で人の身分を規律することを排他的に求めているわけではない」とか、「基本法は、性を人の身分の構成部分として規律するよう強制しているわけでもなければ、女性と男性以外の性自認に基づく新たな性を身分登録法上認めることを妨げているわけでもない」とかとする解説はいずれも上記の解釈の延長線上に現れる論理的帰結というよりも、上記の解釈のたんなる言い換えに過ぎないとみられ得る。この項では、「基本権への介入を正当化することはできない」とする連邦憲法裁判所の見解が明らかにされてはいるが、そのような解釈の正当性(優位性)を示す実定法上の根拠はいまだ明らかにされていないこととなる。

(3) それでは、この種の疑問は次の「b)」で解消されるのだろうか。この項は以下のように説明される。

“[51] b) 第三者の利害との関連性を考慮すると、出生登録簿に性を何らかのかたちで登録させるにあたって、身分登録法第22条第3項が第三の可能性を提供していない現状を正当化することはできない。それは、男女以外の新たな性を登録する可能性を設けても、身分登録法上既に認められている男性や女性の法的地位に対しては何の影響も及ぼさないからである。このことは、性の発育における変異があるのに男性または女性に区分され、その内容で実際に登録されている者および男性または女性としての登録を望む者についても当てはまる。というのは、男女以外に新しい性を登録できるようにするだけであれば、誰も、この第三の性に区分するよう強制されているわけではないからである。つまり、男女以外に新しい性を登録できるようにすることは、法がこれまで彼らに提供してきた可能性を奪うことなく、性の発育における変異があり、この変異が男性や女性としての登録に反映されていない者が採り得る選択肢を増やすことを意味する。性別規定を設けている法体系においては、現行法上設けられている規律方法が、性の発育における変異があるのに、男性または女性に登録されているかまたは性の登録が行われていない者のため、維持されなけれ

ばならない。”⁹⁰⁾

第51段落では、「男女以外の新たな性を登録する可能性を設けても、身分登録法上既に認められている男性や女性の法的地位に対しては何の影響も及ぼさないから」という理由で、「第三者の利害との関連性を考慮すると、出生登録簿に性を何らかのかたちで登録させるにあたって、身分登録法第22条第3項が第三の可能性を提供していない現状を正当化」できないこと、「男女以外に新しい性を登録できるようにするだけであれば、誰も、この第三の性に区分するよう強制されているわけではないから」という理由で、「このことは、性の発育における変異があるのに男性または女性に区分され、その内容で実際に登録されている者および男性または女性としての登録を望む者についても当てはまる」こと、これらが示される。尤も、これら2つの文章のどちらも、「……から」という理由部分の表現と結論部分のそれとの間に内容上実質的な違いがなく、表現の言い換えに過ぎないように見える。このようにみると、「基本権への介入を正当化することはできない」とする判旨の根拠は今なおまったく論証されていないことが分かる。

(4) 次の「c)」は、以下のように述べられる。

“[52] c) 第三の性の登録を何らかの形で実現する上で、過渡期には、意思決定過程での官僚制による制約と費用面での財政上の限界があるという理由を持ち出すとしても、男女以外の新しい性の登録が認められない事態を正当化することはできない。確かに、男女以外の新しい性を把握するためには、何よりもまず、形式的・技術的な要件が設けられなければならないであろう。性自認が法によって無視されることは基本権侵害に当たるが、基本権侵害と対比すると、第三の性を統一的に表示できるようにするのに要する出費は甘受されなければな

90) 前注73。

らない。これに対して、身分登録法上、任意の識別基準をもって性を登録できるよう求める請求権は、一般的人格権からは生じない。この点を除けば、身分登録法上の事項に関して性を登録させるか否かはすべて立法者の自由裁量に委ねられる。”⁹¹⁾

第52段落では、「第三の性の登録を何らかの形で実現する上で、過渡期には、意思決定過程での官僚制による制約と費用面での財政上の限界があるという理由を持ち出すとしても、男女以外の新しい性の登録が認められない事態を正当化」できず、また「性自認が法によって無視されることは基本権侵害に当たるが、この基本権侵害と対比すると、第三の性を統一的に表示できるようにするのに要する出費は甘受されなければならない」と述べられていた。男女以外の性自認を反映する「第三の性」を固有の表記として認めないことが基本権侵害に当たると主張する場合、実務の現場では、法的安定性および予見可能性の観点から、男女以外の新しい性を把握するために拠るべき実体的な基準が求められよう。「身分登録法上の事項に関して性を登録させるか否かはすべて立法者の自由裁量に委ねられる」という指摘からみて、どのような基準を設けるべきかが判旨で説明されていない点は十分に理解することができる。先に触れた「現行法上、具体的なかたちでは存在しない、任意に選んだ性の身分登録法上の承認を求める請求権を一般的人格権からすぐに引き出すことはできない」とする第46段落の指摘と同様、この段落でも「身分登録法上、任意の識別基準をもって性を登録できるよう求める請求権は、一般的人格権からは生じない」とする説明が行われていた。連邦憲法裁判所決定の主文第1項から明らかになるが、この種の請求権を付与する実定法上の根拠は、基本法ではなく、身分登録法上の規定であると連邦憲法裁判所は考えていたようにみえる。

(5) 最後に、「d)」の項では以下のように説明される。

91) 前注73。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

“[53] d) これと同様、国家が有する秩序利益も、統一的に男女以外の新たな性を登録できないようにする態度を正当化することはできない。現行法では、本人の性に基づいて人の法的同一性の有無が判断され、また、性に基づいて個々人の法的義務の有無や請求権の帰属が決められているので、身分登録法における性別登録制度は確かにこれらについて明確かつ確実に判定する上で役立っている (BVerfGE 128, 109 <129 f.> 参照)。しかし、このことは、身分登録法第22条第3項に従えば男女以外の性を身分登録簿に登録できないという措置を正当化するものではない。

[54] 男女以外の新しい性を、第三の表記方法として統一的に使用できるようにしても（複数の選択肢案については、たとえば、Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BTDrucks 17/9088, S. 59参照）、どの性に区分するかという分類上の問題——この問題は現行法でも生じていない——は生じない。身分登録法以外の法分野で各規定が性別と結び付けられ、その適用上、本人が女性と男性のいずれに当たるかの判定が必要とされる場合、第三の性を導入することで、確かに、判断に困るケースがある。この場合、男女以外の新しい性に区分されている者をどのように取り扱うべきかという点は、実際にも明確になっていない。しかしながら、現行身分登録法第22条第3項の適用上、性別を空欄として登録されているときは、この難点が同じように現れる。身分登録時に性別欄が空欄であれば、同様に、他の法分野では、男性と女性のいずれかに区分することができない。というのは、空欄の場合、実体法上、性に関してどの規定が適用されるべきかが決められないだけでなく、立法者も、性を登録していない者をどのように取り扱うべきかについて独自の規定を設けていないからである。それでも、現行身分登録法のもとで性が登録されていない場合に現れる同種の問題も、男女以外の新しい性の登録を認めれば、解決することができよう。むしろ、男女以外の新しい性の登録を認めることは、これまでよりもずっと明確な法制度を設けることを意味する、というのは、

性別欄を空欄とすることと対比すると、男女以外の新しい性の登録を認めることで、性別登録が誤って中断されているという印象を与えないはずだからである。

[55] 男女以外の新しい性の登録を認めても、身分の継続性に悪影響は生じない、というのは、男女以外の新しい性の登録を認める制度の創設には、身分変更の要件についての記述が何も含まれていないはずだからである。⁹²⁾

第53段落では、現行法上、「本人の性に基づいて人の法的同一性の有無が判断され」、「性に基づいて個々人の法的義務の有無や請求権の帰属が決められているので、身分登録法における性別登録制度」が「個々人の法的義務の有無や請求権の帰属」を「明確かつ確実に判定」できる根拠となる旨、指摘される。次いで、「身分登録法における性別登録制度」も「国家が有する秩序利益」も、統一的に男女以外の新たな性を身分登録簿に登録できないようにする態度を正当化できないと述べられる。この点も、第52段落の「性自認が法によって無視されることは基本権侵害に当たる」とする主張の繰り返しに当たる。

第54段落では、現行身分登録法第22条第3項の適用上、性別欄が空欄とされているとき、身分登録法だけでなく、本人が女性と男性のいずれに当たるかの判定を必要とする他の法分野でも、「性に関してどの規定が適用されるべきかが決められないだけでなく、立法者も、性を登録していない者をどのように取り扱うべきかについて独自の規定を設けていない」ため、男女以外の新しい性に区分されている者の取扱いに困る点⁹³⁾が紹介される。確かに、身分登録法でも他の法分野でも、男女以外の新しい性を第三の表記方法として統一的に使用できるようにすれば、「性別登録が誤っ

92) 前注73。

93) この点は、身分登録法でも親子法でも、「父」が「男性」と考えられ、「母」が「女性」と解されていることから、出生登録簿への記載の仕方をめぐって、また親子法では「父性の確認」等に関して生じ得る。

で中断されているという印象を与えない」だけでなく、「これまでよりもずっと明確な法制度を設ける」こととなるので、この難点は解決されるという説明には肯ける点がある。また、この段落の最初で、「新しい性を、第三の表示方法として統一的に使用できるようにしても……どの性に区分するかという分類上の問題——この問題は現行法でも生じていない——は生じない」と述べられていた。すべての者を男女と新しい性の3つのカテゴリーのどこかに分類できるのであれば、どの性に区分するかの判断基準が明確に示されている限り、分類上の問題は生じないと言ってよい。しかし、「第三の性」の表示方法として、男性と女性の間という意味で「間性 (inter)」という表現を用いるか、男性でも女性でもない「その他の性 (andere)」と書き表すか、それとも、男女以外に種々の形態があり得るとして「多様性 (divers)」と記すべきか、さらに新たな表記方法を採用すべきかという点の選択は、「第三の性」の内容が突き詰められた後でなければ、結論を出すことはできないであろう。ここでは、科学的知見に基づいて、「第三の性」と総称される事象をどのように細分化することができるかという点が前もって検討されなければならないようにみえる。

第55段落では、「男女以外の新しい性の登録を認める制度の創設には、身分変更の要件についての記述が何も含まれていない」から、身分登録法上「男女以外の新しい性の登録を認めても、身分の継続性に悪影響は生じない」と指摘される。身分登録法第21条第1項第4号⁹⁴⁾では、出生登録簿による公証事項として「父母の姓名と性 (die Vornamen und die Familiennamen der Eltern, ihr Geschlecht)」が挙げられている。第1626条⁹⁵⁾で「父母 (Eltern)」と、第1592条⁹⁶⁾で「父 (Vater)」と、第1591条⁹⁷⁾では「母 (Mutter)」というように、身分登録法上の概念と関連する言葉が民法典で使用されている現状を考慮すると、身分登録法上の「女性」から「第三の

94) https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/_21.html (2022年4月26日確認)

95) https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1626.html (2022年4月26日確認)

96) https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1592.html (2022年4月26日確認)

97) <https://dejure.org/gesetze/BGB/1591.html> (2022年4月26日確認)

性」に訂正された者が表記変更後も民法典上の「母」という身分をそのまま維持するとみなければ、「身分の継続性に悪影響は生じない」とは言い得ない。けれども、「第三の性」を自認する者に身分登録法上新しい地位が付与されるとすれば、これに対応するように、民法典でも新しい地位が創設されなければならないとする主張もあり得る。こうみると、性の決定や性の変更に関する身分登録法上の基準が身分継続の有無に関わる民法典上の基準と連動するという理解の当否が改めて検討されなければならないであろう。

6 次の「Ⅱ」は、身分登録法第21条第1項第3号が基本法第3条第3項第1文に違反するという視点から、この項で取り上げられる内容が予告される⁹⁸⁾。この項は、まえがき部分、「1」、「2」、「3」、これら4つに分けられている。

(1) まず「1」では、以下のような説明が行われている。

“[57] 1. 身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号は、男性でも女性でもなく、ずっと継続して男女以外の性に区分される者を、その性が男女とは異なるという理由で、差別している。基本法第3条第3項第1文によれば、原則として、性の違いを理由とした法的な不平等取扱いを正当化することはできない。この点は、基本法第3条第3項によって禁止されている不平等取扱いを目的とせず、第一次的には他の目的を追求している規定についても、当てはまる

98) 前注73(第56段落)。

“[56] 身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号が、「男性」と「女性」というカテゴリー以外の性の登録を排除している以上、同条同項同号は基本法第3条第3項第1文に違反する。というのは、本件訴訟で間接的な争点とされているこの規定は、男性でも女性でもなく、ずっと継続して、男女以外の新しい性に属している者を差別しているからである(1)。基本法第3条第3項第1文は、男女だけでなく、本人の性自認において男女のいずれにも区分されない者をも、性別を理由とする差別から保護している(2)。差別を正当化することはできない(3)。”

(BVerfGE 85, 191 <206>; 確定の判例)。身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号は、男性でも女性でもない者を不平等に取り扱い、しかも、男性や女性とは異なる性を登録できないという点で、性の違いを理由に、男性でも女性でもない者を差別している。身分登録法第22条第3項は、女性として登録するか男性として登録するかを明示的に認めているだけでしかない。現行の身分登録法では、男性でも女性でもない者は、男女という2つの性のうちのいずれかに不適切なかたちで分類されることを甘受しなければならず、また、性を持たないという印象を与えるような、空欄での登録という方法を甘受しなければならない。⁹⁹⁾

第57段落では、「何人も、性別……により、不利益を受けず、また優遇されない」と定めた「基本法第3条第3項第1文によれば、原則として、性の違いを理由とした法的な不平等取扱いを正当化することはできない」と述べて、この論点に関する判断基準（法源）が確認される。次いで、「この点は、基本法第3条第3項によって禁止されている不平等取扱いを目的とせず、第一次的には他の目的を追求している規定についても、当てはまる」と述べて、第3条第3項の事項的適用範囲が説明される。そして、「現行の身分登録法では、男性でも女性でもない者は……男女……のいずれかに不適切なかたちで分類されることを甘受しなければならず、また、性を持たないという印象を与えるような、空欄での登録という方法を甘受しなければならない」という点に着目し、「男性や女性とは異なる性を登録できない」ことは「性の違いを理由に、男性でも女性でもない者を差別している」、つまり、「男性でも女性でもなく、ずっと継続して男女以外の性に区分される者を、その性が男女とは異なるという理由で、差別している」という解釈のもと、「身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号は」「男性でも女性でもない者を不平等に」取り扱っている

99) 前注73。

と結論付けられる。それでも、申立人の主張と連邦通常裁判所以下の各決定とを対比すると、「第三の性」を自認する者がそのまま登録できない点を「男性でも女性でもない者を差別している」とみるか否かが解釈上の論点であったことが改めて確認されなければならない。ここでは、たんなる言葉の言い換え以上に、「第三の性」を自認する者にしかるべき登録を認めない点を差別に当たるとみるべき実質的な根拠が、違憲説に立つ連邦憲法裁判所の側で、明らかにされなければならない。

(2) 次の「2」では、基本法第3条第3項第1文が男女のいずれにも区分されないと自認する者をも性差別から保護しているという点について、以下のように説明される。

“[58] 2. 基本法第3条第3項第1文は、男性だという理由でなされる差別から男性を保護し、女性だという理由で行われる差別から女性を保護するだけでなく、男性でも女性でもないという理由で行われる差別から、性自認において男女のいずれにも分類されない者を保護している (Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 24および Art. 3 Abs. 3 Rn. 42 [Sept. 2016]; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 13. Aufl. 2014, GG, Art. 3 Rn. 77; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 120; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 42; Froese, AöR 2015, S. 598 <611>; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zu Intersexualität, 2015, S. 13; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 120 ff.; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter* und Trans*identitäten, 2016, S. 231 <245 f., 251 f.>; Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 246 ff. 参照)。

[59] 基本法第3条第3項第1文は、構造的に差別の危険にさらされているグループの構成員をさまざまな不利益から保護することを目的とする (BVerfGE 88, 87 <96>; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 236, 244参照)。基本的に、男性か女性かのい

ドイツ法における「第三の性」について (1)

れかではないとする既存の性別二元主義モデルに従って動いている社会では、女性でも男性でもないと自認する者が害される恐れははるかに大きい。基本法第3条第3項第1号の文言は、異論を差し挟む余地のないほど、この種の恐れを同号の保護対象とすることを認めている。第3条第3項第1文の文言は、何の制限も設けず、一般的に「性」について述べているが、「性」という言葉は男女以外にもうひとつ別の性があり得ることを意味する。

[60] 体系的観点からみると、男女以外にもうひとつ別の性があり得ると考えても、男女についてしか触れていない基本法第3条第2項の平等の要請に矛盾することはない（尤も、Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 127; Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 155; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Edition, Stand Dezember 2016, Art. 3 Rn. 183, 219; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 40 Rn. 3; Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 13. Aufl. 2016, Rn. 831; このほか Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 3 Rn. 383参照）。第3条第3項は、文言上、同条第2項と異なり、男性と女性に限定して述べているのではなく、性について一般的に述べている規定である。しかしながら、基本法第3条第3項第1文と対比すると、特に第3条第2項は、男女という言葉を用いて狭く記述しているこの項の表現形式に反映されているように、固有の意味を有する。基本法第3条第3項の差別禁止よりも第3条第2項の男女同権の方が広い規律範囲を有するという点は、第2項の規律内容によって平等原則が定立され、この平等原則の適用範囲が社会の現実に合わせて拡張されてきたという事実を示されている（BVerfGE 85, 191 <206 f.>）。1994年以降、基本法第3条第2項第2文の適用により、性に関わる種々の関係において平等が実際にも実現されてきたことは強調されてよい。

[61] 基本法第3条第3項第1文の成立史も、以上の趣旨と同様

に、第3条第3項第1文が男女以外の性を理由とする差別をも禁止しているという見方を妨げていない。憲法の立法者が、1949年当時、同条同項同号を文章化する際に男女以外の性を有する者を想定していたとは考えにくいという説明が行われるとしても、だからと言って、そうした説明によって、性自認という点で男女以外の性があり得るといふ今日の知識を考慮して、第3条第3項第1文における差別からの保護対象に、男女以外の性を有する者をも含めるといふ憲法解釈が妨げられることはない。

[62] 憲法改正を試みる立法者が下した、基本法第3条第3項では「性自認」という基準を取り上げないという判断も、——性自認と性の同一性が意味を異にするにも拘らず——、「性」という基準を（男女に限らないという意味で）広く解釈する見方に反対していない。最後に、性の同一性という基準が採用されなかった理由は、性の同一性という観点からみて差別に対する保護という立法者意思に内容上疑問があるからということではなく、この種の保護が既に実現されているからということであった。基本法第3条第1項が性の同一性を理由とする差別に対して介入するという解釈は、この間に、連邦憲法裁判所の判例上、基本法第3条第3項による介入という解釈によって代替されるようになっている（BTDrucks. 17/4775, S. 5参照）。

[63] さらに、EU司法裁判所も、差別という概念の中に性転換を理由とする人的差別を含めるといふやり方で、性を理由とする差別に対して広範な保護を与えている（原理的な裁判として、EuGH, Urteil vom 30. April 1996, P./S. und Cornwall County Council, C-13/94, Slg. 1996, I-2143, Rn. 20）。¹⁰⁰⁾

第58段落では、基本法第3条第3項第1文が「男性だという理由でなされる差別から男性を保護し、女性だという理由で行われる差別から女性を

100) 前注73。

ドイツ法における「第三の性」について (1)

保護するだけでなく、男性でも女性でもないという理由で行われる差別から、性自認において男女のいずれにも分類されない者を保護している」ことが確認される。第59段落では、基本法第3条第3項第1文が「構造的に差別の危険にさらされているグループの構成員をさまざまな不利益から保護することを目的とする」点がまず確認され、次いで、「第3条第3項第1文の文言は、何の制限も設けず、一般的に『性』について述べているが、『性』というこの言葉は男女以外にもうひとつ別の性があり得ることを意味する」という解釈が示される。「基本的に、男性か女性かのいずれかではないとする既存の性別二元主義モデルに従って動いている社会では、女性でも男性でもないと自認する者が害される恐れ」が大きいとする評価は、「基本法第3条第3項第1号の文言は、異論を差し挟む余地のないほど、この種の恐れを同号の保護対象とすることを認めている」とする評価を導く前提を成している。

第60段落では、基本法第3条第2項と同条第3項との異同に言及される。「第3条第3項は、文言上、同条第2項と異なり、男性と女性に限定して述べているのではなく、性について一般的に述べている規定である」と述べ、「体系的観点からみると、男女以外にもうひとつ別の性があり得ると考えても、男女についてしか触れていない基本法第3条第2項の平等の要請に矛盾することはない」と説明されるのは、男女のいずれにも区分され得ない者を保護する法的根拠を第3条の第2項ではなく、第3項に求めるための工夫と見られよう。「基本法第3条第3項の差別禁止よりも第3条第2項の男女同権の方が広い規律範囲を有するという点は、第2項の規律内容によって平等原則が定立され、この平等原則の適用範囲が社会の現実に合わせて拡張されてきたという事実を示されている」とか、「基本法第3条第3項第1文と対比すると、特に第3条第2項は、男女という言葉を用いて狭く記述しているこの項の表現形式に反映されているように、固有の意味を有する」とか、また「1994年以降、基本法第3条第2項第2文の適用により、性に関わる種々の関係において平等が実際にも実現されてきたことは強調されてよい」とかとする解説も、このケースを第2項の

適用対象から除外する趣旨とみることができる。次の第61段落では、「基本法第3条第3項第1文の成立史も、以上の趣旨と同様に、第3条第3項第1文が男女以外の性を理由とする差別をも禁止しているという見方を妨げてはいない」と述べ、「憲法の立法者が、1949年当時、同条同項同号を文章化する際に男女以外の性を有する者を想定していたとは考えにくいという説明が行われるとしても、だからと言って、そうした説明によって、性自認という点で男女以外の性があり得るという今日の知識を考慮して、第3条第3項第1文における差別からの保護対象に、男女以外の性を有する者をも含めるという憲法解釈が妨げられることはない」と解説される。

第62段落では、「第3条第3項では『性自認』という基準を取り上げていないという判断も、——性自認と性の同一性とが意味を異にするにも拘らず——、『性』という基準を（男女に限らないという意味で）広く解釈する見方に反対していない」と、また、「性の同一性という基準が採用されなかった理由は、性の同一性という観点からみて差別に対する保護という立法者意思に内容上疑問があるからということではなく、この種の保護が既に実現されているからということであった」と述べて、第61段落の主張が繰り返される。これに対し、最後の「基本法第3条第1項が性の同一性を理由とする差別に対して介入するという解釈は、この間に、連邦憲法裁判所の判例上、基本法第3条第3項による介入という解釈によって代替されるようになっている」とするコメントは、第3条第3項（例外規定）が「すべての人は法の下に平等である」旨を規定する同条第1項（原則規定）に対して優先適用されるという意味で、両者の関係を説明したものとみられ得る。第63段落では、「差別という概念の中に性転換を理由とする人的差別を含めるというやり方で、性を理由とする差別に対して広範な保護を与えている」EU司法裁判所の先例が紹介される。尤も、性自認のケースと性転換のケースとを区別する連邦通常裁判所の判旨（第28段落）からみれば、この段落でのEU先例への言及は不要と考えられよう。

(3) このようにみると、この「2」でも、「第三の性」を自認する者を基本法第3条第3項第1号の保護対象に含めるという結論は明快である

ドイツ法における「第三の性」について (1)

が、そうした解釈が導かれる論証の過程は言葉の言い換えに終始し、実質的な根拠に触れられていなかったことが判明する。最後の「3」では、以上の趣旨が「不利益取扱いを正当化することはできない」¹⁰¹⁾と纏められる。

7 これに続く「C」は「I」、「II」、「III」、「IV」の4項目から成る。

(1) 「I.」では、以下のように記される。

“[65] 本件憲法抗告で間接的に当否が争われている身分登録法第21条第1項第3号が憲法に違反するとの判断は、通常理解によれば、同条同項同号を無効とする（連邦憲法裁判所に関する法律（BVerfGG）第95条第3項第2文）。しかしながら、同条同項同号を適用することで当事者が被る不利益を除去するためにどのような方法を選択すべきかの判断が立法者に委ねられている点を考慮すると、本件では、この規定が憲法に違反する旨を宣言するだけで足りよう（BVerfGE 133, 59 <99 Rn. 106> 参照；確定の判例）。立法者は、どのような方法を選択すべきかに関して、たとえば、身分登録法上の性別登録を全面的に削除することができる。また、立法者は、性別を登録させないという方法を採用する代わりに、登録に際して当事者のために、——現行の男女という選択肢のほか、性別登録を行わないという選択肢を加える（身分登録法第22条第3項）ことにより——、当事者が男女以外の新しい性を統一的な表記方法として採用する方法を選ぶこともできる。このように、男女以外の新しい性の登録は、法律上、いろいろなやり方で実現することができる。特に、立法者は、申立人が裁判所における手続で求めているような性の表記方法以外にも、いくつかの選択肢を有している。”¹⁰²⁾

第65段落では、「第21条第1項第3号が憲法に違反するとの判断は、通

101) 前注73（第64段落）。

102) 前注73。

常の理解によれば、同条同項同号を無効とする」が、このことは同条同項同号が適用されないという結果を意味するだけで、男女とは異なる性を有する者をどのように取り扱うべきかに関する指針を示すものではないという点が確認されるとともに、同条同項同号「を適用することで当事者が被る不利益を除去するためにどのような方法を選択すべきかの判断が立法者に委ねられている点を考慮すると、本件では、この規定が憲法に違反する旨を宣言するだけ」で足りると述べられる。判旨は、そのために立法者が採り得る選択肢として、「身分登録法上の性別登録を全面的に削除する」方法と、「性別……登録に際して当事者のために……男女以外の新しい性を統一的な表記方法として採用する」方法を、後者については、さらに「申立人が裁判所における手続で求めているような性の表記方法以外にも」「男女以外の新しい性の登録は、法律上、いろいろなやり方で実現することができる」旨、提案する。ここでは、第21条第1項第3号が基本法に抵触する旨の違憲宣言のみにとどめることで足りると述べられる。

(2) 次の「Ⅱ」では、基本法第3条第3項第1文の趣旨に添うよう、新たな規定を設けるべきこと、それまでは本件手続が停止されること¹⁰³⁾が、「Ⅲ」では、本件下級審の各裁判が破棄されるとともに、本件がツェレ上級地方裁判所に差し戻されること¹⁰⁴⁾が、そして、「Ⅳ」では、費用に関す

103) “[66] ある規定が憲法に違反することが確定されたとき、裁判所および行政庁は、確定された範囲において、当該規定をもはや適用してはならない。この点を考慮すると、立法者は、2018年12月31日までに新しい規定を設けなければならない。性の発育において変異があり、ずっと継続して女性にも男性にも区分されない者が男女以外の新しい性の登録を求める手続は、新しい規定が制定されるまで、停止されるべきである。”（前注73）

104) “[67] 連邦通常裁判所、ツェレ上級地方裁判所およびハノーファー区裁判所の各決定は、前述の基本権と相容れない規定を根拠としているため、原告人の基本権と抵触する。連邦通常裁判所およびツェレ上級地方裁判所の各裁判を破棄する。本件は、ツェレ上級地方裁判所に差し戻される。新しい法律規定が制定されるまで、本手続は停止されなければならない。”（前注73）

る手続法的視点¹⁰⁵⁾がそれぞれ指摘される。最後に、「D」の項で、連邦憲法裁判所の本決定が多数により支持されたことが述べられる¹⁰⁶⁾。

8 最後に、連邦憲法裁判所決定の要点を整理しておこう。この決定は、身分登録法第22条第3項と関連する第21条第1項第3号が基本法第1条第1項と関連する第2条第1項に違反するとともに、第3条第3項第1文にも違反するため、連邦通常裁判所以下の3つの決定を破棄し、本件をツェレ上級地方裁判所に差し戻すこと、立法者が基本法第2条第1項および第3条第3項第1文に合致する規定を2018年末までに制定すること、その制定まで本件手続を停止すること、これら3点を明示していた。同決定の核心は、第21条第1項第3号が一般的人格権(第2条第1項)を侵害するか否か、同時に、性差による不利益差別(第3条第3項第1文)に該当するか否か、これらの判断に置かれていた。第36段落から第45段落までは一般的人格権が侵害されていることについての説明に、第49段落から第62段落までは性を理由とする不利益差別が行われていることについての解説にそれぞれ充てられていた。

しかしながら、判旨の文言と論理をきめ細かく分析してみると、第2条第1項違反についても、第3条第3項第1文違反についても、同旨の解説が繰り返されるだけで、違憲判断を導く実質的な意味での法的根拠が何ひとつ明らかにされていなかったように見える。連邦通常裁判所以下の各決定がいずれも身分登録法第21条第1項第3号合憲説に立っていた点を考慮

105) 「費用に関する裁判は、連邦憲法裁判所に関する法律第34a条第2項に基づいて、判断される。」(前注74(第68段落))。この段落で挙げられた、連邦憲法裁判所に関する法律(Gesetz über das Bundesverfassungsgericht(Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG))第34a条第2項は以下のように規定する(https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/_34a.html(2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>(2022年4月26日確認))。

“憲法抗告に理由があることが判明するとき、必要な費用の全部または一部が抗告人に賠償されなければならない。”

106) 「この裁判は、7対1の賛成多数で行われた。」(前注73(第69段落))。

すると、違憲説が合憲説に優先すると主張する側（連邦憲法裁判所）が、「……とき」（要件）➡「違憲説が優先する」（効果）という中立の判断基準を提示するとともに、「……とき」（要件）➡「……判断基準の要件が充たされる」（効果）という上記判断基準の適用基準をも示す責任を負わなければならないはずである。しかるに、連邦憲法裁判所の判旨には、「第三の性」を自認する者にその性を反映する表示を認めない点で一般的人格権が侵害され、男性および女性に許されている性表示と「第三の性」を自認する者に許される性表示との間に不利益差別があると説明されるだけで、なぜそのように解釈しなければならないかの実定法的根拠がまったく明らかにされていなかった。こうみると、身分登録法第21条第1項第3号が基本法第2条第1項および第3条第3項第1号に違反するとする結論もひとつの「信仰告白」に過ぎないことが分かる。

**Das „dritte“ Geschlecht im Deutschen Recht (Teil I):
verfassungsrechtliche Bewertung und
kollisionsrechtliche Betrachtung**

Koresuke YAMAUCHI

Zusammenfassung

In der Geburtsanzeige (Art. 49 Abs. 2 Nr. 1 des Familienregistrierungsgesetzes (FRG)) und dem darauf basierenden Familienregister (Art. 13 Abs. 8 FRG), dem Antragsformular auf Ausstellung eines allgemeinen Reisepasses und dem Reisepass (Art. 1 Abs. 6 Nr. 2 der Durchführungsverordnung zum Passgesetz) und dem Antragsformular auf Ausstellung einer Bescheinigung über die Berechtigung zum Aufenthalt und den damit erstellten speziellen Ausweisen für registrierte Personen und Aufenthaltskarten (Art. 9a Abs. 2 Nr. 1 sowie Art. 19c Abs. 1 des Gesetzes über die Kontrolle der Einwanderung und die Anerkennung von Flüchtlingen) wird die „Geschlechtsangabe“ auf „männlich“ und „weiblich“ beschränkt. Darf Person, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnet, einen Antrag auf Berichtigung des „dritten Geschlechts“ (Art. 113 FRG) stellen, weil die o.g. japanische Regelungen gegen die Artt. 13 und 14 der japanischen Verfassung (Verletzung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) verstoßen? Es ist nicht nur die Frage des innerstaatlichen Rechts, sondern muss auch unter dem Blickwinkel internationaler Rechtsfälle kritisch geprüft werden. In Japan ist es in der Lehre und Praxis nicht behandelt worden. Im Gegensatz dazu hat das deutsche BVerfG in der Rechtssache „*Vanja*“ so entschieden, dass Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 3 PStG für verfassungswidrig hält (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG), so dass Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig weiblich oder männlich ist, einen Antrag auf Berichtigung von „weiblich“ im Geburtenregister in „drittes Geschlecht“ stellen darf, und dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, bis zum 31. Dezember 2018 eine verfassungsgemäße Regelung herbeizuführen. Dieser Beitrag stellt die Hintergründe des Falles sowie die Entscheidungen des AG Hannover, des

OLG Celle, des BGH und des BVerfG kritisch vor und analysiert die Problematik der jeweiligen Entscheidungen aus der Sicht der Rechtsdogmatik. Die spätere Änderung von Art. 22 Abs. 3 PStG und die Einfügung des neuen Art. 45b PStG sowie die Bewertung dieser Regelungen sind im nächsten Heft ausführlich fortzusetzen.

Summary

In the birth notification (§ 49 para. 2 no. 1 of the Family Registration Act (FRA)) and the family register based on it (§ 13 para. 8 FRA), the application form for the issue of a general passport and the passport (§ 1 para. 6 no. 2 of the Implementing Regulation to the Passport Act) and the application form for the issuance of a certificate of entitlement to reside and the special identity cards for registered persons and residence cards based thereon (§ 9a para. 2 no. 1 and § 19c para. 1 of the Immigration Control and Refugee Recognition Act), the “indication of sex” is limited to “male” and “female”. May a person whose gender development shows variants compared to a female or male gender development and who permanently assigns himself neither to the male nor to the female gender file an application for correction of the “third gender” (§ 113 FRA) because the above-mentioned Japanese regulations violate § 13 and § 14 of the Japanese Constitution (violation of general personal rights and discrimination on the basis of gender)? It is not only the question of domestic law, but must also be critically examined from the perspective of international legal cases. In Japan, it has not been addressed in doctrine and practice. In contrast, the German BVerfG ruled in the “Vanja” case that § 21 para 1 no. 3 in conjunction with § 22 para. 3 PStG is unconstitutional (§ 2 para. 1 and § 3 para 3 sentence 1 German Constitution), so that persons whose gender is not clearly female or male may apply to correct “female” in the birth register to “third gender”, and that the legislature is obliged to bring about a constitutional regulation by 31 December 2018. This article critically presents the background of the case as well as the decisions of the AG Hannover, the OLG Celle, the BGH and the BVerfG and analyses the problems of the respective decisions from the perspective of legal dogmatic theory. The subsequent amendment of § 22 paragraph 3 PStG and the insertion of the new § 45b PStG as well as the evaluation of these regulations are to be continued in detail in the next issue.