

ドイツ法における「第三の性」について (2)

——憲法上の評価と国際私法的考察——

Das „dritte“ Geschlecht im Deutschen Recht (Teil II):
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
 - 2 ゲスル教授の理解（以上、本号）
 - 3 ロスバツハ博士の理解
 - 4 若干の検討
- IV 結びに代えて（以上、第56巻第4号）

4 2018年12月の身分登録法変更法と残された課題

I 身分登録法変更法の改正内容に触れる前に、今一度、同法の改正が求められるに至った状況を確認しておこう。ゲスル教授らの共作論文¹⁰⁷⁾

* 名誉研究所員・中央大学名誉教授

107) Susanne Lilian Gössl/Sophie Dannecker/Alix Schultz, Was sollte nach der Einführung des „dritten Geschlechts“ weiter geregelt werden?, Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam), 2020, S. 145 ff. (「I 改正の概要（Überblick über die Reform）」)

（Ⅰ 身分登録法改正概説）はこの点を以下のように整理する（以下、便宜上、段落を○数字で表示する。）。

“①身分登録法第21条第1項第3号によると、人の性は出生時に登録されなければならない。新しい表現形式の身分登録法第22条第3項によれば、新生児の性として、「男性」または「女性」に加え、「多様性」を登録することもできるし、性別欄は空欄のままでもよいとされている。後者の2つの登録方法（「多様性」、空欄）を利用するためには、子が男性にも女性にも区分され得ないときという要件が充たされていなければならない。また、新しい身分登録法第45b条は、「性の発育における変異」を示している者に、登録後の性の変更を認めている。性の事後の変更には、身分登録事務所でその旨の意思表示を行うほか、「性の発育における変異」を確認する旨の医師の証明書が必要となる（身分登録法第45b条第1項ないし第3項）。ドイツ国籍を有する者だけでなく、無国籍者、ドイツに住所を有する難民、その他、ドイツに適法に滞在しかつドイツ法に相当する規定が本国法に知られていない外国人も、その性を事後に変更できる。性を変更する旨の意思は、身分登録簿における名の変更と同時に表示されることもある。

②新しい身分登録法第22条第3項は、2つの動きが合体した結果とみることができる。まず、ドイツでは既に2013年の段階で、旧来の男女という性別二元主義が改められていた。2013年に改正された身分登録法第22条第3項は、生物学的な意味での性を「男性」とも「女性」とも明確に判定し得ない場合、性別欄を空欄とする方法を初めて規定した。空欄とする取扱いは、基本的に性別二元主義に疑問を呈したものではなく、あくまでも暫定的な解決策を提供するものに過ぎない。というのは、当事者、特に間性の子を持つ親には、子の性を「男性」または「女性」と決めるための時間が、また性を決めた後でも出生登録簿に登録するまでの時間ができるだけ多く確保されるべきだと考えられていたからである。第22条第3項の主な立法目的は、親が任意に

ドイツ法における「第三の性」について (2)

選択した性への「適合」手術を新生児に受けさせないようにすることになった。しかし、性別二元主義に基づく性以外の何か新しい性を登録することまでは認められていなかった。

③その後、2017年秋、連邦憲法裁判所は、既存の性別二元主義に基づく法制度を違憲とする趣旨の決定を下した。連邦憲法裁判所は、性を「男性」または「女性」のいずれかに登録する義務（身分登録法第21条第1項第3号）も性別欄を空欄とする義務（身分登録法第22条第3項）も、当事者の憲法上の権利、特に性自認（性同一性）の尊重を求める権利（基本法第2条第1項と関連する第1条第1項）を侵害する旨、確認した。また、連邦憲法裁判所は、当該事案で性差別があったことも確認した（基本法第3条第3項）。こうして、ドイツの立法者は、2018年末までに第三の性を選択肢として導入するか、人の性を登録する法的義務を完全に廃止するかのをいずれかを選択する義務を課された。前述の新しい第22条第3項は、連邦憲法裁判所決定の結果であり、この規定は2019年1月1日に施行された。¹⁰⁸⁾

2 連邦憲法裁判所決定を受けて、出生登録簿における記載の変更のための法律¹⁰⁹⁾が制定された。同法第1条（身分登録法の変更）は、以下のよう規定する。

“2007年2月19日の身分登録法（BGBl. 2007, I S. 122）で、2018年12月17日の法律（BGBl. I S. 2573）第3条により最後に変更されたものは、次のように変更される。

1 条文目次の第45a条の後に、次の記載が挿入される。

“第45b条 性の発育に変異を示している者が性および称する名について行う意思表示”

108) 前注107 (S. 145 f.)。

109) 前注38。

2 第22条第3項の表現形式は、以下の通りとする。

“第3項 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の登録欄は空欄のままとされるかまたは「多様性 (divers)」と記載される。”

3 第45a条の後に、次の第45b条が挿入される。

“第45b条 性の発育に変異を示している者が性および称する名について行う意思表示

1 性の発育に変異を示している者は、身分登録事務所に対し、身分登録簿における自己の性に関する記載が法第22条第3項に規定された男性または女性とは異なる表記によって代替されるかまたは削除されるよう、その意思を表示することができる。性の発育に変異を示している者がドイツの身分登録簿に登録されていない場合において、次の各号に掲げる事項に該当するとき、この者は、身分登録事務所に対し、法第22条第3項に規定されている複数の表記のいずれを選択したか、または、性の記載を放棄するかか意を表示することができる。

- (1) この者が基本法の意味におけるドイツ人であるとき、
- (2) この者が無国籍者または故郷を喪失した外国人としてその常居所をドイツ国内に有するとき、
- (3) この者が庇護権者としてまたは外国人難民としてその住所をドイツ国内に有するとき、または、
- (4) この者が外国人であって、その本国法が次の各号に掲げる事項に相当する規定を知らないとき、
 - a) この者が永住権を有すること、
 - b) この者が永住許可を有しかつ継続して適法にドイツ国内に滞在すること、または、
 - c) この者がEUブルーカードを保持すること。

第1文に定める意思が表示されたとき、この者の新しい名も決定される。意思表示は公証されなければならない。身分登録事務

ドイツ法における「第三の性」について (2)

所職員もこの意思表示を認証または公証することができる。

2 子が行為能力を有していないかまたは14歳未満であるとき、子の法定代理人のみが子の意思を表示することができる。また、子自身も意思を表示することができる。そのためには法定代理人の同意を要する。法定代理人の同意がない場合において、性についての記載の変更または名の変更が子の福祉に反しないとき、家庭裁判所が法定代理人に代わって同意を与える。家庭裁判所における手続は、家事事件および非訟事件における手続に関する法律（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 以下、「家事事件法」と略記する——筆者注）第2編第3節に定める親子関係事件に区分される。

3 性の発育における変異の存在は医師の診断書の提示により証明されなければならない。実施済みの医療行為について医師の診断書が作成されていない者であって、証明のための調査を期待し得ない者については、当該医療行為が行われたがゆえに、性の発育における変異の存在をもはや証明し得ないとき、または、本人が宣誓に代えて性の発育における変異を保障するときに限り、第1文は適用されない。

4 意思表示の受理については、本人の出生登録簿を管理する身分登録事務所が管轄権を有する。出生がドイツの出生登録簿で公証されないとき、本人の婚姻登録簿または登録済み生活パートナーシップ登録簿を管理する身分登録事務所が管轄権を有する。以上の規定により管轄権を決めることができないとき、当該管轄区域内に本人が住所もしくは最後の住所を有するかまたは常居所を有する身分登録事務所が管轄権を有する。第3文によっても管轄権を決めることができないとき、ベルリンの第一身分登録事務所が管轄権を有する。ベルリンの第一身分登録事務所は、第3文および第4文に従って受理される意思表示の一覧記録簿を管理す

る。”¹¹⁰⁾

このように、2018年身分登録法改正では、「多様性」という新たな性別表示が身分登録法第22条第3項に導入された（出生登録簿における記載の変更のための法律第1条第2項）だけでなく、登録済みの性の削除および変更を認める身分登録法第45b条が新設された（出生登録簿における記載の変更のための法律第1条第3項¹¹¹⁾。ツェレ上級地方裁判所に差し戻された本件のその後の展開は明らかではない¹¹²⁾。それでも、上記の改正内容からみて、出生証明書における性の記載を「女性」から「間性（inter）／多様性（divers）」へと改めるよう求める申立人の請求はそのまま認容されたことであろう。

3 それでは、この改正身分登録法はドイツにおいてどのように評価されているか。ここでは、ゲッティンゲン大学のロイス教授¹¹³⁾の見解とキール大学のゲスル教授らの共作論文¹¹⁴⁾における評価を紹介しておこう。

110) 前注107。

111) 身分登録法第45b条の挿入は、身分登録制度の手続法的保障という意味での公証に関わる (<https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html> (2022年3月24日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/> (2022年3月24日確認))。

112) ヴァーニャ事件に関する各審級の裁判についての情報では、憲法訴願手続における手続費用を15万ユーロと算定した連邦憲法裁判所の2018年2月7日付け裁判 (http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/19ke/page/bsjrsprod.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=10908&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE424101801&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint (2022年3月24日確認)) までしか記録されていない (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=10.10.2017&AktENZEICHEN=1%20BvR%202019/16> (2022年3月24日確認))。

113) フィリップ・マクシミリアン・ロイス (Philipp Maximilian Reuß) 教授については、<https://www.reusz.eu/person> (2022年3月24日確認) 他参照。

114) 前注107 (S. 145 ff.)。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

(1) ロイス教授は、改正身分登録法のもととなる判断を示した連邦憲法裁判所決定の趣旨を次のように理解していた。

“①連邦憲法裁判所は、立法者に対し、立法者が上述の違憲状態をどのように解消し得るかについて、次の2つの規制可能性を示している。立法者は、身分登録法において性別登録を完全に廃止することができるし、また、性別未定のため出生登録時に空欄とされる性別欄に、男女以外の新たな選択肢を設けることもできる。選択肢を新設する場合、登録可能な性をどのように記載すべきかは立法者の裁量に委ねられている。このように考えると、基本法第1条第1項と関連する第2条第1項は、身分登録法に特定の性を記載するよう求める基本権を当事者に認めていない。

②確かに、身分登録法において性の登録が完全に廃止されるならば、身分登録法では性はもはや重要な法的指標とならないので、性に関する規定の違憲性の有無も論点とはなり得ない。しかし、性別登録の完全な廃止は好ましくない。というのは、性は多くの登録簿において今なお法的に重要な指標とされており、その結果、性別に関して証拠力(身分登録法第54条参照)を有する資料として、身分登録簿がきわめて重要な機能を果たし得るからである。また、ヘルムズがすでに詳しく論じていたように、身分登録法以外の法秩序でも性別が基準とされており、涉外私法関係の規律にあたって、どの性に属するかが決め手となることがあり得るため、涉外事案でも、身分登録法の証拠力を活用することが有用となるはずである。こうみると、立法者が採るべき規律方法としては、第三の性という新しいカテゴリーを設けることが望ましいであろう。”¹¹⁵⁾

115) Philipp M. Reuß, Der Abschied von der Binarität – Einige Perspektiven zur Einführung eines dritten Geschlechts in Deutschland, StAZ 2019, S. 42 ff., S. 44 (「Ⅱ 第三の性を身分登録法に導入するための連邦憲法裁判所による基準」).

第1段落では、連邦憲法裁判所決定が身分登録法第21条第1項第3号および第22条第3項の改正に向けた選択肢を2つ示していたことが、第2段落では、身分登録簿に性を記載するという前提で、ロイスが「第三の性」に対応する表記の新設を提案していたことが述べられていた。提案の根拠は、性が「多くの登録簿において今なお法的に重要な指標」とされているだけでなく、身分登録法以外の法秩序でも性別が基準とされている点に求められていた。性が今なお重要な法的指標とされている点(前者)への着目は、むしろ、現行法制を維持すべしとする立場(前例踏襲説)に他ならない。性別欄廃止論もあることを想えば、なぜ維持する必要があるかの積極的理由付けを欠く点で、ロイス案は価値中立的な提案とは言い得ない。身分登録法上の性を前提として法律効果の相違を性別で説明する例(後者)としては、家族法¹¹⁶⁾、労働法¹¹⁷⁾、国際法¹¹⁸⁾等が挙げられよう。一国の法制を構成する各分野において個々の立法目的に合わせて「性」概念を使い分ける見解(区別説・多義性承認説)を支持するか、一国の法体系として「性」概念の統一的使用を目指す見解(統一説・多義性否認説)を

116) たとえば、民法典第1591条(Mutterschaft) (https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1591.html (2022年3月24日確認))。

117) たとえば、2017年5月23日の労働、教育および学修の際の母性保護のための法律(Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium, https://www.gesetze-im-internet.de/muschg_2018/BJNR122810017.html (2022年3月24日確認))。

118) たとえば、女性に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約(Übereinkommen der Vereinten Nationen (VN) zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)) (<https://www.bmfsfj.de/resource/blob/93360/378/5562d5da761399c6f17c9abcbc94f/beseitigung-diskriminierung-der-frau-cedaw-broschuere-data.pdf> (2022年3月24日確認))、女性に対する暴力および家庭内暴力の防止および撲滅のためのヨーロッパ評議会イスタンブール条約(Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, <https://rm.coe.int/1680462535>; <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/gewalt-gegen-frauen/istanbul-konvention-gewalt-gegen-frauen.html> (2022年3月24日確認))。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

擁護するかは、一国の立法政策上の論点である。身分登録法に性別決定基準を定める前例踏襲説は、むしろ、統一説に傾くことであろう。尤も、こうした立論は、同一法体系に属することを前提とする家族法や労働法の場合にしか当てはまらない。それは、国際法の場合、特定国の法制度から離れ、国際法源として、固有の性別判定基準を導入する余地があるはずだからである。ここでは、すべての国際法源を通じて統一的な「性」概念を模索すべきか、個々の法源ごとに「性」概念を使い分けるべきかがさらなる論点となり得よう¹¹⁹⁾。

(2) ロイス教授は、連邦憲法裁判所決定をこのように理解した後、出生登録簿における記載の変更のための法律について、以下のように解説する。

“①このようにみると、立法者が身分登録簿にもうひとつの性表記方法を新設する旨を決定したことは喜ばしい。2018年10月1日に公表された政府草案は、担当委員会の議決を経て、2018年12月13日に連邦議会で可決された。政府草案では基本的に2つの規定が提案されていた。第一に、身分登録法第22条第3項が以下の表現で新設された。「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か、または、『多様性』と記載して登録されることができる。」立法者は、間性者の出生時に性別欄を空欄とする既存の可能性に加え、この規定をもって、「多様性」と

119) 性に関わる表現としては、たとえば、世界人権宣言第2条の「性」および第16条第1項の「男女」、経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約第3条の「男女」および第10条第2項の「母」、市民的および政治的権利に関する国際規約第3条の「男女」、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約第1条の「男女」、児童の権利に関する条約第2条第1項の「父母」および「性」等が挙げられる。男女という性別二元主義を前提とする場合であれば、確かに、「性」、「男女」、「父母」等の語がすべての法源を通じて統一的に解されるべきであると考えることができよう。この場合、「第三の性」の是非や位置付けに対する法的評価をめぐって、すべての国際法源が統一的理解に至っているか否かが先決的論点として確認されなければならない。

いうカテゴリーに登録する可能性を新設した。「多様性」という表記は、連邦憲法裁判所の上述の提案を採用したものであるが、どの表現を採用すべきかの選択にあたっては、各利益団体の要望も反映されている。政府草案の当初の表現では、やや意外な感じを与えるが、「登録するものとする」という文言が用いられていた。性の登録を強制することは、性を登録するか否かの選択の自由を身分登録法第22条第3項によって親から取り上げるように働いただけでなく、親が子に性別適合手術を受けさせようとする傾向を一層強めたようにみえる。というのも、親たちには、「多様性」への登録が強制されることで子が被る精神的な負い目を避けようとする傾向がみられたからである。「登録するものとする」という文言は、当然のことながら、連邦議会内務委員会の決議勧告により「登録することができる」という表現に改められた。さらに問題なのが、政府草案理由書にも身分登録法第22条第3項の文言でも、誰が登録可能な選択肢の決定権者が示されていない点である。厳密に言えば、決定権者としては、出産に立ち会う医師、登録事務を行う身分登録事務所職員、身上監護権者も考慮される余地がある。最終的には身上監護権者だけが登録するカテゴリーの種類と方法を決定できるという趣旨が明確にされるべきであろう。というのは、きわめて個人的な事項の決定は身上監護権者にのみ委ねられているはずだからである。

②第二に、身分登録事務所に対して自分の意思を示すという方法で、登録簿の空欄や性自認に対応しない記載を変更させまたは削除させる規定が身分登録法に新設された。新しい身分登録法第45b条の文言は次のように記されている。「(1)性の発育に変異を示している者は、身分登録事務所に対し、身分登録簿における自己の性に関する記載が法第22条第3項に規定された男性または女性とは異なる表記によって代替されるかまたは削除されるよう、その意思を表示することができる。」間性者は、この規定に基づいて、性自認に対応する法的な性を登録することができる。この新しい規定により、登録された性の削除

ドイツ法における「第三の性」について (2)

に加え、「男性」か「女性」のいずれかだけでなく、「多様性」という選択肢も選べるようになった。今回の身分登録法改正は、結論としては、連邦憲法裁判所が示した基準に対応するものとなっている。

③性の変更を認める制度は、性の発育に変異があるという事実認識を前提とする。「変異」という言葉は、生物学的な性が男性にも女性にも明確に区別され得ないことを意味する。変異の存在は、通例、医師の診断書によって証明されなければならない（身分登録法第45b条第3項）。医療行為の実施を証する医師の診断書が作成されていない者、医療行為が実施されたことで性の発育における変異を証明できなくなった者または性別を証明する検査の実施を期待し得ない者については、例外が認められている。性自認につき宣誓がない場合でも、性の発育に変異がある旨の本人の真意を保障する代替措置の要件が具備されていれば、医師の診断書は不要とされる。新しい第45b条の規律対象は間性者に限定されている。それゆえ、性転換者であることを公表したドイツ最初の連邦議会議員、テッサ・ガンゼラー（Tessa Ganserer）氏のように、政府草案の意味での性の発育に変異が示されていない者は、登録された性を変更することができない。この点は連邦議会の第一読会で批判されていた。確かに、ガンゼラー氏のように、生物学的な性が明確に区分されるのに、自分が男性にも女性にも属さないと感じている者が自分の性自認を妨げられずに生きていけるようにするためには、しかるべき規定を設けることが望ましいであろう。連邦憲法裁判所の判例では、このような者も保護すべきだとする考えが一貫して示されている。もちろん、今回の改正では間性者の問題しか視野に入れられていなかったため、性転換者を含むさらに踏み込んだ規定の新設は期待できなかったし、今回の改正が時間的にも切迫して行われた点を考えれば、そうした規定の新設を期待できなかったはずだという点も忘れられてはならない。政府関係者の発言を聴くと、喜ばしいことに、立法者は、今後、性自認を法的にどのように保護すべきかという問題を包括的に扱おうとしているようである。憲法が前

提としていた状況を考えると、包括的な規律が絶対に必要であるように思われる。”¹²⁰⁾

第1段落では、第22条第3項の文言をめぐる若干の経緯が紹介されるとともに、性表記の決定主体（「誰が登録可能な選択肢の決定権者か」）が法文に明記されていない点が問題視されていた。それは、決定主体として「出産に立ち会う医師、登録事務を行う身分登録事務所職員、身上監護権者」だけでなく、性染色体検査担当の医療技術者等も想定されるところ、これらの者の判定が一致しないときの法的解決策が用意されていないと考えられていたことによる。ロイスは、「身上監護権者」説を主張するが、「きわめて個人的な事項の決定は身上監護権者にのみ委ねられているはずだから」とする理由付けの中に既に結論部分が含まれている点を考慮すると、この理由付けは「比較の第三項」たり得ない（同語反覆）。連邦憲法裁判所決定がこの点に触れていなかったのは、その判断が立法者に委ねられていると連邦憲法裁判所自身が考えていたためかと推測される。こうみると、空欄とするか否かを含め、誰が出生時の登録事項決定権者かの判断が立法者に求められるべきであったものとするロイス教授の指摘にも一理あることが分かる。尤も、身分登録法第45b条により、子自身が事後に記載事項の削除ないし変更を申し立てる権利を認められている点を考慮すると、誰が出生時の登録権者かという論点の法的重要度（実務的価値）はそれほど高くないと言えるのかもしれない。

第2段落では、性自認に基づき、登録済みの性の削除に加え、「男性」か「女性」のいずれかだけでなく、「多様性」という選択肢をも選べる旨を定めた身分登録法第45b条の内容が解説される。第3段落では、まず、「変異」が「生物学的な性が男性にも女性にも明確に区別され得ない」状態と定義され、「変異」の証明方法、性自認の意思の認定方法等が確認される。次いで、種々の事情から第45b条の人的規律対象が間性者に限定さ

120) Reuß, a.a.O. (前注115), S. 44 f. ([Ⅲ 出生登録簿における記載の変更のための法律])

れていること、連邦憲法裁判所の判例では性転換者も保護対象とされていること、性自認を法的にどのように保護すべきかという問題を立法者が今後は包括的に扱おうとしていること、これらも指摘される。

以上を整理しよう。ロイス教授は、出生登録簿における記載の変更のための法律では、出生登録簿に登録可能な選択肢の決定主体、第45b条の人的規律対象に性転換者が含まれていない理由、これら2点に疑問を表明していた。これら立法論的課題が出生登録簿における記載の変更のための法律の問題点と言えるか否かについては、評価が分かれ得よう。

4 次に、ゲスル教授らの共作論文¹²¹⁾の場合はどうか。同論文は、「Ⅲ 新規定適用時における法的安定性の欠如 (Unsicherheiten bei der Anwendung der Neuregelungen)」の項で、該当規定の問題性を指摘する。この項は、まえがき部分のほか、「1 『性の発育における変異』という概念と性自認 (Der Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ und die Geschlechtsidentität)」および「2 身分登録法第45b条の効果の範囲 (Umfang der Folgen des § 45b PStG)」、これら3つの部分から成る。

(1) まず、まえがき部分では、以下のように説明される。

“身分登録法第45b条がどのように適用されるかは、同条を適用する身分登録事務所や裁判所次第で大きく異なる。適用状況に違いがみられる背景には、特に、今回の身分登録法改正が連邦憲法裁判所の示した要請にまったく応えていないという事情だけではなく、応えているようにみえても、少なくとも当該規定の文言を調べる限り、連邦憲法裁判所が求める要請を下回っているという事情がある。このため、法的安定性に欠ける状況がいくつも生まれている。そのため、担当する身分登録事務所によって、法的な性の変更が容易なケースもあれば、難しいケースもある。”¹²²⁾

121) 前注107 (S. 145 ff.)。

122) 前注107 (S. 146)。

この項では、身分登録法第45b条の文言が「連邦憲法裁判所が求める要請を下回っている」ため、身分登録事務所や裁判所によって性の変更に難易差が生じるなど、同条の適用の仕方に差があることが指摘されていた。ここでは、「連邦憲法裁判所が求める要請」が何であったかを確認する上で、連邦憲法裁判所決定の第65段落における説示に立ち返る必要がある。第65段落では、「立法者は……いくつかの選択肢を有している」¹²³⁾という表現で、どのような選択肢を優先するかの裁量権が立法者にあることが確認されていた。この点を考慮すると、連邦憲法裁判所自身は特定の性表記の採用を求めていなかったことが分かる。このような理解が成り立つとすれば、ゲスル教授らがどの点を根拠に「連邦憲法裁判所が求める要請を下回っている」と考えていたのかという疑問が生まれよう。第45b条の適用状況に違いが生じる真因は、「連邦憲法裁判所が求める要請を下回っている」という点よりも、むしろ、ゲスル教授らが指摘するように、次の「1」の説明に委ねられているようにみえる。

(2) 「1 『性の発育における変異』という概念と性自認」の項は6つの段落から成る。以下、その説明を確認しよう。

“①身分登録法第45b条による取扱いが一致しないそもその原因は、「性の発育における変異」という概念にある。というのは、この概念が生物学的・医学的な間性のケースを指すのか、心理的・社会的な特性も考慮できるのか、もっと言えば、考慮できるという以上に、心理的・社会的な特性を考慮しなければならないのかという点がかきりしていないからである。

②身分登録法第45b条の文言によれば、性は純粹に生物学的・医学的な理解に限定される。というのは、性別は「医師の診断書」（身分登録法第45b条第3項）によって証明されなければならないとされているからであり、このことは、立法者がこの規定を可決する際に純粹

123) 前注73。

に生物学的・医学的な性別判定基準に立脚していたことを示唆しているからである。こうした見方によれば、身体的な特徴として間性（たとえば、外部的特徴からみても内部的特徴からみても明らかに男性でも女性でもないこと、特定のホルモンの濃度）を示す者だけが身分登録法第45b条の人的適用範囲に含まれることとなる。このような考えを主張するのは、特に連邦内務省である。連邦内務省は、2019年4月10日の通達で、ラント内務省に対し、出生時に間性とみなされた（すなわち、身体的にみて明らかに女性にも男性にも当たらない）者に限って性転換を許すよう、勧告していた。また、この通達には、性転換者と自認する者だけでなく、（たとえば、ホルモン剤の服用により）明らかに男性でも女性でもないことを意識的に選択した者も、身分登録法第45b条の適用範囲から除外される旨、明記されている。間性者の団体の代表者らの中には、こうした見解に従うという消極的な態度を示すだけでなく、性転換者がこの規定を「濫用している」と積極的に彼らを非難する者もいる。

③これに対して、身分登録法第45b条をこのように狭く解釈する態度は、学界では、——特に小稿の共著者のひとりであるゲスルによっても——正当に批判されている。新しい身分登録法第45b条を憲法に適合するように広く解釈すべきこと、逆に言えば、連邦内務省の通達が勧告しているように類型的に捉えて性自認を排除してはならないこと、この点が支持されなければならない。この点に関して、実務は割れている。身分登録事務所もこの問題を取り上げた裁判所も、一部は連邦内務省の勧告に現れた狭い解釈に従い、一部は連邦憲法裁判所の理解を反映した広い解釈に従っている。ニュルンベルク上級地方裁判所は連邦内務省の見解に従う趣旨の裁判を行ったが、その後、上告され、事案は連邦通常裁判所に係属している。連邦通常裁判所が第45b条について裁判するまで、——場合によっては、その後の憲法訴訟により、連邦憲法裁判所が同条について裁判するまで——、第45b条に関する連邦内務省の通達だけでなく、この通達もたらした、身分登

録事務所や裁判所による多種多様な解釈も、当事者からみてはなはだ法的安定性に欠ける結果をもたらしている。また、医療関係者も、証明書を申請する者を相手にしてどのようなやり方で診断すべきなのか、また、どのような基準に基づいて診断を下すべきかという点で、法的安定性に欠ける状態に置かれている。

④立法手続の経過を踏まえ、また憲法を前提として、第45b条の解釈論を考えると、広い解釈、すなわち、身体的特徴以外の性的特徴を含むとする解釈を支持する十分な理由がある。たとえば、連邦憲法裁判所も、人の性を生物学的または身体的な特徴だけに限定しない旨、明言している。これに対して、身分登録法第45b条の文言を狭く解釈する見解は、立法者の当初の意図、すなわち、身分登録法に新しい規定を設けることと平行に性転換法（Transsexuellengesetz）の改正も行うという意図、そして、この点について用意された新しい4つの選択肢の枠内で性を変更できるようにするという意図を根拠とする。しかしながら、そのような趣旨の法改正はまだ行われていない。こうみると、身分登録法第45b条は、「第三の性」を自認する者に対して性自認をそのまま認め、もっぱら「男性」か「女性」のいずれかに区分する性別二元主義を排除する唯一の規定、それゆえ、連邦憲法裁判所の考えを反映する唯一の規定とみることができる。

⑤また、連邦内務省の通達は、身分登録法第2条の意味での身分登録事務所の職務従事者に対する拘束力を持たない。一方で、身分登録事務所の職務従事者はそうした指示に拘束されない（身分登録法第2条第2項）。他方で、行政府の一機関である連邦内務省には、一般論として、法律を制限的に解釈すべきとする趣旨で拘束力ある指示を与える権限がない。法律を制限的に解釈するか否かの判断権限は裁判所と立法者に委ねられている。連邦内務省は、法律の解釈に関する意見書と指針を出すことしかできない。こうみると、連邦内務省の通達は、純然たる解釈のための示唆という範囲を明らかに逸脱している。というのは、同通達は、第45b条の文言ではまったく排除されていな

いはずの解釈を、排除してしまっているからである。純粹に医学的な観点から性を捉えるとしても、「性の発育における変異」という概念を医学的に決定することは、もっぱら通達に挙げられたケースだけに限定されているわけではない。ホルモン剤を服用して男性や女性に相当するように身体的変化を作り出した者については、厳密に言えば、もはや男性か女性かを明確にするには及ばない。

⑥さらに、医学的見地からみても、「性の発育における変異」という観念を通達に挙げられたケースに限るいわれはない。こうみると、医学的・身体的な性別決定基準と心理的・社会的な性別決定基準との境界は法律が示唆しているほど明確でもなければ、連邦憲法裁判所が制限的解釈を行ってきたわけでもないので、第45b条は、純粹に医学的・身体的特徴に限定して解釈されるべきではなく、広く解釈されるべきである。もちろん、立法者が第45b条を改正したり補充したりすることで、法的に明確で憲法に適合する状況を作り出せるのであれば、そうすることが望ましい。”¹²⁴⁾

第1段落では、「性の発育における変異」という概念について、「生物学的・医学的な間性のケースを指す」狭義説と「心理的・社会的な特性も考慮できるのか、もっと言えば、考慮できるという以上に、心理的・社会的な特性を考慮しなければならない」とする広義説と、両様の理解があり得ることが指摘される。第2段落では、まず、身分登録法第45b条第3項が「医師の診断書」をもって性別を判定している点からみて、身分登録法第45b条の立法者、連邦内務省、裁判所、間性者の団体の代表者らの一部が狭義説に立つことが紹介される。尤も、医師の診療科目に心理や精神に関わる診断分野も含まれている点を考慮すると、「医師の診断書」というだけで狭義説が優先するとは言い得ないことが分かる。第3段落では、ゲスル教授らが広義説を主張すること、身分登録行政、司法判断、さらに医療

124) 前注107 (S. 146 f.)。

業務全体を通じて、狭義説と広義説が入り乱れ、法的安定性に欠けていること、これらが述べられる。第4段落では、狭義説が身分登録法第45b条の文言と立法者の意図を根拠とするのに対して、連邦憲法裁判所が「人の性を生物学的または身体的な特徴だけに限定しない」広義説の採用を明言しているという理解のもとに、同条を「連邦憲法裁判所の考えを反映する唯一の規定とみることができる」旨、指摘される。第5段落では、狭義説を主張する連邦内務省の通達について、内務省には法解釈論として狭義説の採用を指示する権限がなく、身分登録事務所職員にもそうした指示に従う法的義務がないこと、同通達には「第45b条の文言ではまったく排除されていないはずの解釈」が排除されているという問題点があること、「純粹に医学的な観点から性を捉えるとしても、『性の発育における変異』という概念を医学的に決定することは、もっぱら通達に挙げられたケースだけに限定されているわけではない」こと、「ホルモン剤を服用して男性や女性に相当するように身体的変化を作り出した者については、厳密に言えば、もはや男性か女性かを明確にするには及ばない」こと、これらが説明される。第6段落では、「医学的見地からみても、『性の発育における変異』という観念を通達に挙げられたケースに限るいわれはない」こと、「医学的・身体的な性別決定基準と心理的・社会的な性別決定基準との境界は法律が示唆しているほど明確でもなければ、連邦憲法裁判所が制限的解釈を行ってきたわけでもないので、第45b条は、純粹に医学的・身体的特徴に限定して解釈されるべきではなく、広く解釈されるべき」こと、「立法者が第45b条を改正したり補充したりすることで、法的に明確で憲法に適合する状況を作り出せるのであれば、そうすることが望ましい」こと、これらが示される。

この項では、身分登録法第45b条第1項および第3項の「性の発育における変異」の有無を確認する方法について、同条第3項が「医師の診断書」と定めていることから、これを限定列举と解する狭義説とこれを例示とみる広義説とが併存することの指摘とそれぞれの論拠が示されていた。尤も、個々の論拠はいずれも客観性に欠け、どの解釈が優先されるかは上

級審（連邦通常裁判所および連邦憲法裁判所）の判断に委ねられている。

(3) 次の「2 身分登録法第45b 条の効果の範囲」は以下のように説明される。

“身分登録法第45b 条の要件を構成する「性の発育における変異」という概念が明確ではないという問題性に加え、同条の法律効果についても不明確な点がある。身分登録法第45b 条は、「性の発育における変異」を示している者が自分の性を身分登録法第22条第3項に規定されている性に変更できる旨、述べている。第22条第3項は、男性か女性かが明らかではない子の性を出生登録簿に「多様性」と登録してもよく、性別欄を空欄としてもよい旨、規定する。身分登録法第22条第3項には、性に関する4つの選択肢（「männlich」「weiblich」「divers」「ohne Geschlechtsangabe」）がすべて挙げられている。したがって、身分登録法第45b 条における言及は、最後の2つ（「divers」「ohne Geschlechtsangabe」）への変更だけでなく、4つの選択肢のどれにも変更できる趣旨と考えることができる。いくつかの身分登録事務所では、「男性」または「女性」への変更が届け出られていたことから、第22条第3項を4つの選択肢のどれにも変更できるという趣旨に理解していたようにみえる。これに対して、他の身分登録事務所では、第22条第3項をそのようには理解していない。この点からみても、当事者にとっては、法的安定性に欠ける点がある。4つの選択肢のどれにも変更できるとする解釈は第22条第3項の文言に含まれているため、同条同項の文言を制限する解釈には特段の理由付けが必要となるように思われる。いずれにせよ、ここでも、立法者による文言の明確化が望まれる。”¹²⁵⁾

この項では、身分登録法第45b 条には、「性の発育における変異」とい

125) 前注107 (S. 147)。

う要件概念が明確ではないという問題性に加え、「法律効果についても不明確な点がある」旨、指摘される。すなわち、最後の2つ（「divers」および「ohne Geschlechtsangabe」）への変更に限る（2項目説、制限説）と理解される一方で、4つの選択肢（「männlich」, 「weiblich」, 「divers」および「ohne Geschlechtsangabe」）のどれにも変更できるとする見方（4項目説、無制限説）があるところ、ゲスル教授らは、「4つの選択肢のどれにも変更できるとする解釈は第22条第3項の文言に含まれているため、同条同項の文言を制限する解釈には特段の理由付けが必要となる」点を指摘し、「立法者による文言の明確化が望まれる」旨を主張する。

以上をまとめよう。この「Ⅲ 新規定適用時における法的安定性の欠如」では、身分登録法第45b条の要件を構成する「性の発育における変異」という概念の理解をめぐる狭義説と広義説の対立があること、同条の効果についても、変更の範囲をめぐる2項目説と4項目説との対立があること、これらの説明を通して、第45b条の適用上、法的安定性に欠ける点のあることが指摘されていた。

(4) 次の「Ⅳ 必要な規定の欠缺（Verbleibende Regelungslücken）」の項は、まえがき部分、「1 間性の子に対する性『適合』手術の禁止（Verbot geschlechts „anpassender“ Operationen an intersexuellen Kleinkindern）」, 「2 旅券法（Passrecht）」および「3 他の法分野における性別二元主義規定と性別二元主義実務の存続（Fortbestehen weiterer binärer Regelungen und Praktiken）」, これら4項目から成る。まえがき部分は次のように説明される。

“これら新しい規定（身分登録法第22条第3項および第45b条）は身分登録法の改正として行われたため、この改正に付随する多くの論点が残されたままになっている。行政府に対抗し得る知識・情報を得るべく連邦議会の下部機構として設置された学術調査局（Wissenschaftliche Dienst des Bundestages）がすでに2017年の段階でさらなる法改正の必要性を強調していただけない、さらなる法改正が棚上げに

されている点には驚かざるを得ない。”¹²⁶⁾

この項では、間性を自認する者に対する法規制の改善策とされた身分登録法第22条第3項および第45b条に対する直接的な批判ではなく、両規定の新設によっても性をめぐる問題の一部しか解決されていないことが指摘される。「IV」では、さらなる法改正を要する事項が3点挙げられている。以下、順次、取り上げよう。

「1 間性の子に対する性『適合』手術の禁止」では、次のような説明が行われる。

“2013年に新設された身分登録法第22条第3項の当初の意図は、間性児の身体を「正しい」性に「適合」させる手術を防止することにあった。残念ながら、2013年の身分登録法改正は、これまでのところ、この防止目的を達成できていないように見受けられる。2005年から2016年までに行われた手術件数を調べた新しい研究によると、2013年以降、手術件数は減少せず、むしろ2015年から2016年にかけて逆に増えている。件数増加の理由は明らかではないが、人間の性を必ずしも明確に男性か女性かに区別できるわけではないという事実を受け止める感覚をいくら研ぎ澄ましても、そうしたからと言って、医療従事者や親たちが性別適合手術を薦めたり実施したりする状況を防ぎきれないようにみえる。この種の手術は、本人にとって身体的・心理的な負担が大きいだけでなく、医学的にも適合していないのが常例であるため、こうした手術を絶対に必要なケースに限定するための法改正が必要である。マルタとポルトガルは、模範的な禁止規定をすでに導入している。幸いなことに、ドイツでもそのような趣旨の改革が進みつつあるようにみえる。現在の政権（CDU/CSU・SPD）が行った連立の合意では、この種の手術を禁止することが目的に挙げられている。こ

126) 前注107 (S. 147 f.)。

れと同旨の連邦司法・消費者保護省（Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz）の法案も公開されている。連邦司法・消費者保護省草案は、新設の民法典第1631c条において、延期不可能で生命の危険を回避する場合にのみ、子どもに対する性適合手術が許され、それ以外は親の同意が得られないことを明記している。”¹²⁷⁾

この項では、間性児の身体を「正しい」性に「適合」させる手術を防止するという、2013年に新設された身分登録法第22条第3項の立法目的が達成されていないこと、統計ではこの種の性適合手術件数が逆に増えていること、「手術は、本人にとって身体的・心理的な負担が大きだけでなく、医学的にも適合していないのが常例であるため、こうした手術を絶対に必要なケースに限定するための法改正が必要である」こと、マルタとポルトガルは模範的な禁止規定をすでに導入していること、ドイツでも、「新設の民法典第1631c条において、延期不可能で生命の危険を回避する場合にのみ、子どもに対する性適合手術が許され、それ以外は親の同意が得られない」とする連邦司法・消費者保護省草案が提示されていること、これらが説明される。以上は、新生児に対する性適合手術を問題視する立場から、この種の手術を必要最小限のケースに限定する趣旨の明文規定を設けるべきであるとする提言であった。

次の「2 旅券法」は2つの段落から成る。ここには、以下のような説明がある。

“①2018年の身分登録法改正の後、この改正に対応して旅券の性別欄を空欄としたり旅券に多様性と記載したりすることを認める規定は2019年にはまだ設けられていなかったが、2020年初頭から、旅券法施行のための行政規則が施行されている。今後、出生登録簿に「多様性」と記載する場合と空欄とする場合、旅券では、ともに「X」と記

127) 前注107 (S. 148)。

載される。

②しかし、「多様性」という記載や空欄とする処理を旅券の「X」という記載にそのまま連動させる場合、実務上、新たな問題が生じる。というのは、外国での経験から判明するが、旅券にそのように記載された者は多くの国で差別的な扱いを受け、入国の拒否が問題視されているからである。そうした取扱いがみられるのは、たとえば、トルコ、ブラジル、それにアメリカ合衆国である。この事実を考慮すると、旅券に「X」と記載するよう関係者に義務付けるのではなく、「X」という記載を選択肢のひとつとして許容するにとどめることが望ましいと言えよう。”¹²⁸⁾

第1段落では、性別欄を空欄とする2013年身分登録法改正の後、2018年身分登録法改正時に「多様性」という記載が追加された結果、旅券法施行のための行政規則第4.1.6項¹²⁹⁾に基づき、2020年以降、旅券では「X」と

128) 前注107 (S. 148)。

129) 旅券法施行のための行政規則 (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Passgesetzes (Passverwaltungsvorschrift (PassVwV)) 第4.1.6項(性の記載 (Geschlechtsangabe)) では、性転換者に続けて、間性者 (Intersexuelle Personen) につき、以下のように規定されている。

“「多様性」への登録もしくは性別欄の記載放棄 (未決定=未登録) または身分事項に対応しない性の登録のいずれを当事者が選ぶかの判断は、ドイツの身分登録簿 (出生登録簿、婚姻登録簿または生活パートナーシップ登録簿) により証明され、この種の記録を欠く新生児の場合 (身分登録法第22条参照) を除き、身分登録法第45b条に基づき、所管の身分登録事務所に対する当該意思の表示を必要とする。各登録簿の「性別」欄には、「報告されたデータに関する連邦・ラント統一規則 (Datensatz für das Meldewesen: Einheitlicher Bundes/Länderteil (DSMeld))」に基づき、(多様性 (divers) については) 「d」または (性別記載の放棄については) 識別記号「1」が登録される。

上記統一規則に基づく登録簿において「性」欄に「d」または識別記号「1」と登録されているとき、旅券の「性」の欄の登録は一貫して「X」とされる。旅券の機械読取り頁 (Machine Readable Zone (MRZ)) では、記号

記載されている点が指摘される。第2段落では、「X」という記載を義務化するドイツの旅券発給実務が、当該旅券の所持人が渡航先で入国時に差別されるという新たな問題事象を生み出していたことから、こうした状況を避けるため、第4.1.6項における「X」という記載を選択肢のひとつに改めるよう提言されている。この指摘には、国内法上、身分登録法と旅券法を通じて統一的処理が必要となるだけでなく、外国法制との調和にも目配りしつつ国内法を改正しなければならないという意味で、立法および司法の関係者に複眼的思考が求められるとする示唆が含まれている。

「3 他の法分野における性別二元主義規定と性別二元主義実務の存続」は、以下のように、5つの段落から成る。

“①人の身分は、原則として、一国の法秩序全体に影響を与える。しかしながら、ドイツの法秩序は、依然として、性別二元主義に基づいて規律されている。たとえば、家族法、社会保険法および疾病保険法 (Sozial- und Krankenversicherungsrecht)、労働法および会社法 (Arbeits- und Gesellschaftsrecht) には、性の決定に関する規定がない。

②たとえば、性別欄が空欄である者が、民法典第1353条第2項 (の類推) により、婚姻を締結できるかどうかに関する規定は置かれてい

「<」が使用される。これに対応して、旅券登録簿では、「X」が記載される。

身分登録法第45b条により性の記載が変更された者については、申立により、変更前の性が記載された旅券が発行される。この場合、変更前の性の記載は男性または女性でなければならない。” (https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_16122019_DGI220105713.htm (2022年3月24日確認))

上記の「報告されたデータに関する連邦・ラント統一規則」については、たとえば、<https://www1.osci.de/meldewesen/dsmeld-13316> (2022年3月24日確認); <https://www.transparenz.bremen.de/metainformationen/datensatz-fuer-das-meldewesen-dsmeld-6-aenderung-2-lieferung-128190?asl=bremen02.c.732.de> (2022年3月24日確認) 参照。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

ない、というのは、第1353条第2項の文言によれば、「異性」または「同性」の2人だけが婚姻を締結できるとされているからである。血統法（親子法）の場合、男女二元主義に該当しない者が親たる地位を有するか否かは明らかではない、というのは、民法典第1591条以下は、「女性」であるか「男性」であるかを基準として、「母」と「父」を決定しているからである。各規定が類推適用されたり広く解釈されたりすることは当然あり得るが、それでも、この点については、法律を改正して明確な規定を設ける必要がある。

③労働法では、身分登録法の改正を考慮して、求人広告の体裁を新しい法制に適応させる必要がある。同一取扱い通則法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz）第11条によれば、同法第7条に違反して求人広告を出してはならず、性を理由に応募者を差別してはならない。求人広告に使用する文言に性別にとらわれない表現が求められている点を考慮すると、出生登録簿に「多様性」と登録されている者も当然に求人対象に含まれる。多くの雇用主はすでに新しい法制に対処しており、第三の選択肢（たいていは、「m」および「f」と並べて、「divers」または「d」）を導入している。62万件の求人広告を対象とした労働市場分析によると、これまでの求人広告の55%で「多様性」という表示が用いられている。この数値は、もちろん、ラントや職業分野が違えば、異なり得る。これに対して、「第四の」選択肢（性別欄の空欄）は、通例、求人広告に反映されていない。

④また、洗面所、トイレおよび更衣室を女性用と男性用に分ける方法を再考した上で、必要な場合、性別二元主義にこだわらないシステムに改められなければならない。職場条例（Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung - ArbStättV)）の附属書（Anhang）第4.1項（衛生設備）の第1項によると、これまで、使用者は、男性用のトイレと女性用のトイレを別々に設けること、または同じトイレを男女別に使用できるようにすること、これらに配慮しなければならないとされている。職場条例の諸規定は、民間企業の職場だけで

なく、公共部門の職場にも適用される。また、職場条例の附属書第4.1項の第2項および第3項によれば、使用者は、男女別の洗面所と更衣室を提供するか、別々の使用を許可しなければならない。第三の性を導入した後では、多様性を持つ者や性別欄が空欄の者が職場でどのように分類されるかを明らかにするため、職場条例の諸規定もしかるべく調整されなければならない。

⑤これに対して、経営組織法（Betriebsverfassungsgesetz）第15条第2項（性的マイノリティのための同等の権利を有する代表）には十分な配慮がみられる。第15条第2項によると、経営評議会が少なくとも3名で構成されているとき、従業員全体の中でマイノリティに属する性は、経営評議会において、少なくともその人数に比例する数値で代表されていなければならない。必要な場合、多様性を有する従業員も同等の権利をもって代表されるようにするため、第15条第2項の文言はこれに対応するように変更されなければならない。”¹³⁰⁾

第1段落では、身分登録法に従って登録された身分事項（「性」）が一国の法体系全体に影響を与えること、また、家族法、社会保険法および疾病保険法、労働法および会社法では、性の決定に関する規定を欠くほか、身分登録法上の4つの選択肢に対応する規定が欠けていることが指摘される。第2段落では、家族法を例として、出生登録簿の性別欄が空欄とされた者に対しても、男女を前提として、「異性」または「同性」の2人の婚姻を定める民法典第1353条第2項が適用されるか否か、また、男女別を基準に「母」および「父」が決定される民法典第1591条以下が適用されるか否かという点が明らかでないことが示され、これらを明確にするため、民法典の関連諸規定を改正すべきことが主張される。

第3段落では、労働法を例として、性別、性自認等を理由とする差別の防止・撤廃を目的とする同一取扱い通則法（第1条）に基づき、男女のい

130) 前注107 (S. 148)。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

ずれにも区分され得ない者を求人広告等で差別してはならないこと、「多様性」を有する者については一部に同一取扱いがみられるものの、性別欄が空欄とされている者に対してはまだしかるべき措置が執られていないこと、これらが指摘される。第4段落では、職場条例附属書（第3条第1項による職場に求められる条件と執るべき対策（Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Absatz 1））の第4.1項¹³¹⁾では、洗面所、トイレおよび更衣室が男女別に供されなければならないと規定されていること、身分登録法第22条第3項に合わせて、これら関連規定もしかるべく改められなければならないこと、これらが述べられる。第5段落では、経営組織法第15条（雇用形態別・性別構成比）第2項¹³²⁾に「性的マイノリ

131) 第4.1項（衛生設備）では、以下のように規定されている。

“(1) 使用者は、トイレを設けなければならない。トイレは、男女別に設けるかまたは男女の分離使用を可能とするようにしなければならない。トイレは、施錠可能な出入口、十分な数の便器および手洗い設備を備えなければならない。これらは、職場に近接して、または、食堂、休憩室、待合室、洗面所、更衣室に近接して設置されなければならない。屋外作業や従業員の少ない建設現場では、職場に近接する場所に、移動式の仮設トイレを設けることで足りる。

(2) 使用者は、作業の性質上または健康上の理由から必要とされる場合、洗面所を設けなければならない。これらは、男女別に設置するか、別々に使用できるようにしなければならない。屋外作業や従業員の少ない建設現場などでは、洗浄設備を設けることで足りる。……

(3) 使用者は、従業員が業務上特殊な作業着を着用しなければならない、他の部屋で着替えることを期待することが合理的でない場合、適切な更衣室を提供しなければならない。更衣室は、男女別に設けるか、別々に使用できるようにしなければならない。……” (https://www.gesetze-im-internet.de/arbsta_tv_2004/BJNR217910004.html (2022年3月24日確認))

132) 第15条第2項では、以下のように規定されている。

“経営評議会が少なくとも3人のメンバーで構成されているとき、従業員の中で少数派である性に属する者は、少なくともその人数に比例して代表されなければならない。” (<https://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/BJNR000130972.html> (2022年3月24日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/>

ティ」という表現で性別に配慮した規定が設けられている点が指摘される。社会的背景を考慮すると、同項に言う「少数派」の性が「女性」を表していることは明らかであった。これに対して、多数か少数かが男女間で問われるだけでなく、「男女」（cisgender）と「多様性」との間でも問われる場合、どのように調整すべきかが新たな論点となり得よう。必要な場合、「多様性」を有する従業員も同等の権利をもって代表されるようにするため、第15条第2項の文言をしかるべく変更すべき旨の、ゲスル教授らの指摘は立法者に対して新たな課題を提示したものとみることができる。

以上を整理しよう。「IV 必要な規定の欠缺」では、性適合手術の実施可能性を制限する趣旨の規定の新設、男女二元主義に立脚する他の法分野（家族法、労働法等）の関連諸規定を2018年身分登録法改正に合わせて改正する必要性、これらに言及されていた。尤も、2018年改正が出生登録簿における間性者の性の表記方法の改善に限られていた点を考慮すると、これらは今回の改正に固有の難点とは言い得ない。

5 2018年改正身分登録法については、実務からも疑義が示されている。たとえば、ミュンスター区裁判所のある決定は第45b条第1項第1文の違憲性を以下のように明言している¹³³⁾。

“[24] …出生登録簿の性表記の変更および名の変更を求める申立人の請求は、身分登録法第45b条に基づいて行われている。

[25] 身分登録法第45b条によれば、性の発育において変異を示している者は、身分登録事務所に対し、出生登録簿に記録された性別記

betrvg/_15.html（2022年3月24日確認）

133) Beschluss des AG Münster vom 14. April 2021 – 22 III 34/20, StAZ 2021, S. 277 f., StAZ 2021, S. 277 f. かなり長文に亘る同決定の全文を掲載するものとして、http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/muenster/ag_muenster/j2021/22_III_34_20_Beschluss_20210414.html（2022年3月24日確認）；<https://openjur.de/u/2345262.html>（2022年3月24日確認）；<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=AG%2520M%25FCnster&Datum=14.04.2021&Aktenzeichen=22+III+34%2F20>（2022年3月24日確認）。

載を削除する旨の、または、身分登録法第22条第3項に定められた別の表記に変更する旨の意思表示を行うことができる。身分登録法第45b条第1項第3文によれば、この意思表示により、新しい名を決定することもできる。

[26] 申立人のケースでは、唯一の争点は、身分登録法第45b条第1項第1文の意味で、性の発育において変異を示しているか否かである。その余の要件、特に身分登録法第45b条第3項第1文により必要とされる医師の診断書、および、身分登録法第45b条第2項による意思表示の方式要件は——この点に争いはない——ともに具備されている。

[…]

[69] ミュンスター区裁判所は、身分登録法第45b条が、同法の立法理由書および立法者意思から当然に導かれる解釈に照らして、違憲であると判断する。

[70] 今回の身分登録法改正の人的対象が間性者に限定されている点において、身分登録法第45b条は、基本法第1条第1項と関連する基本法第2条第1項および第3条第3項第1文に基づく権利を侵害している。性転換法で性別表記の調整が可能とされている点への言及も、こうした評価を変えるものではない。身分登録法第45b条による表記の変更がかなり単純であることと対比すると、性転換法による性別表記調整の難しさは比べ物にならない。性転換法がしかるべく調整するために設けているハードルは、形式に関しても実質に関しても、かなり高い。間性者と性転換者との不平等取扱いを正当化し得る理由はない。

[71] 身分登録法第45b条の違憲性を支持するその余の論拠に関して、当裁判所が参照したのは、基本的な事実関係において広範囲に亘り本件と同様のケースで、以下に示す通り、独自に審理が進められ、すでに論証が行われている、連邦通常裁判所の2020年4月22日付け裁判 (StAZ 2020, 206; Az. des BVerfG 1 BvR 1506/20) に対する2020年

6月15日付け憲法訴願申立書の申立理由である。2020年6月15日付けの憲法訴願申立書にはこう書かれている。[…]¹³⁴⁾

ミュンスター区裁判所は、上記の判旨（第69段落）に示された通り、間性者と性転換者を区別してはならないという考えのもとに、基本法第2条第1項および第3条第3項第1文に照らして、「第三の性」を自認する者のみを人的対象とする身分登録法第45b条を違憲と判断した。このような解釈が許容されるか否かについては、連邦憲法裁判所による今後の判断を待たなければならないが、身分登録法第45b条違憲論が表明された点は、身分登録法改正に対する実務からの否定的評価と言わなければならない。

学理および実務におけるこのような評価をみると、2018年改正身分登録法の残された課題が明らかになる。今後の展開が改めて注視されなければならない。

III 「第三の性」と国際私法

1 出発点

1 前章（「II」）では、①「第三の性」を自認する者への配慮として、性別欄を空欄とする措置が2013年改正時に身分登録法第22条第3項に導入されていたこと、②それでも、「第三の性」を自認する者も基本法（第2条第1項（一般的人格権の保護）および第3条第3項第1文（性を理由とする不利益差別禁止）の保護対象に含まれるため、性別不記載措置だけでは不十分であり、「第三の性」に対応する新たな表記を2018年末までに法制化するよう求める旨の連邦憲法裁判所決定が下されたこと、③その結果、身分登録法第22条第3項に、「多様性」という表記が追加されたこと、これらが明らかにされた。

134) StAZ 2021, S. 277 f. (前注133)

ドイツ法における「第三の性」について (2)

それならば、「第三の性」を自認する外国人で、身分登録簿の性別欄が空欄の者や「多様性」と記載された者が、公務所または公務員が職務権限に基づいて作成する公文書¹³⁵⁾およびその他の私文書¹³⁶⁾における性表記の変更とともに、「第三の性」に対応する名への変更を求める場合、その申立はどのように審理されるのだろうか。次には、この点が検討されなければならない。というのは、「第三の性」への配慮から外国人滞在許可申請書 (Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis)¹³⁷⁾に「男性, 女性, 多様性 (männlich/male, weiblich/female, divers/third)」と記載されている場合¹³⁸⁾や性別欄が削除されている場合¹³⁹⁾であれば、性の変更の可否が法律問題となることはないが、性に関する表記が男女に限られているとき¹⁴⁰⁾はこの論点が顕在化するはずだからである。とりわけ「第三の性」

135) 外国人を対象とする「公文書」としては、ドイツでは外国人滞在許可証等が、わが国では在留カード等が挙げられる。

136) 「私文書」における性別記載の例としては、民間航空会社が発行する航空券(搭乗券)、健康保険組合が発行する被保険者証等が挙げられよう。

137) 連邦領域内における外国人の居留、就業および統合に関する法律(居留法)(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG), https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/BJNR195010004.html (2022年4月26日確認))。第7条(滞在許可)(https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/_7.html (2022年4月26日確認))。

138) ザクセン=アンハルト州のハレ市 (<https://www.halle.de/Publications/694/33-019.pdf> (2022年4月26日確認))等。

139) たとえば、ノルトライン=ヴェストファーレン州のミュンスター市 (https://www.stadt-muenster.de/fileadmin/user_upload/stadt-muenster/36_auslaenderamt/pdf/aufenthalt-antrag.pdf (2022年4月26日確認)) やノルトライン=ヴェストファーレン州のライン・ジーク地区 (https://www.rhein-sieg-kreis.de/vv/ressourcen/medien/Dezernat_5/Amt_30_-_Rechts-_und_Ordnungsamt/Neu_Aufenthaltserlaubnis_Niederlassungserlaubnis_Antrag_auf_Verlaengerung_Deutsch_Englisch.pdf (2022年4月26日確認))が挙げられる。

140) ブランデンブルク州のポツダム市では、「m, w/f」と記載され (https://vv.potsdam.de/vv/Aufenthaltserlaubnis_-_Antrag_auf_Erteilung_Stand_05.02.2014.pdf

に固有の名への変更を求める涉外事件を審理する裁判所は、国際裁判管轄権および準拠法の決定にあたり、男女二元主義を前提として発展してきた伝統的な理解をそのまま維持すべきか否かという点について検討しなければならないであろう。

2 ドイツ国際私法¹⁴¹⁾の場合、性の所属(性別)(Geschlechtszugehörigkeit)ないし性の区分(Geschlechtszuordnung)については、次のような説明がある。

“[27] 一般的な見解では、性の決定は当事者の属人法に拠る。当事者の属人法は、出生後の最初の性だけでなく、性の変更の可否、その要件および効果をも規律する。

[28] ドイツ法が当事者の属人法に指定されるとき、ドイツの性転換法が適用される。同法には、名の変更(性転換法第1条ないし第7条による「小さな解決策」)および裁判による性の確認および変更(性転換法第8条による「大きな解決策」)が規定されている。

[29] 外国法が当事者の属人法に指定されるとき、本来、その者の

(2022年4月26日確認)、ラインラント＝プファルツ州のカイザースラウテルン市では、「männlich/male/masculine/erkek, weiblich/female/féminin/kadın」と記載され(https://www.kaiserslautern.de/mb/themen/serviceportal/formulare/ausl/aufenthaltserlaubnis_antrag.pdf)、ヘッセン州ダルムシュタット行政管区のマイン＝キンツィヒ郡では、「männlich – male – muški – erkek – муж – ذكر, weiblich – female – ženski – kadın – жен – أنثى」と記載されている(https://www.mkk.de/media/resources/pdf/mkk_de_1/buergerservice_1/lebenslagen_1/zuwanderung_und_integration_1/32_auslaenderamt_1/Antrag_auf_Erteilung_einer_Aufenthaltserlaubnis_Aufenthaltsgesetz_AufenthG.pdf (2022年4月26日確認))。

141) たとえば、Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (München 2004), S. 565 f. では「性 (Geschlecht)」に言及されるが、そこでは、性転換の要件および効果(名の変更、性別確認手続他)が当事者の本国法またはその他の属人法によること等に触れられるにとどまり、「第三の性」には言及されていない。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

本国法に従って、ドイツでも、性を変更することができた。ヨーロッパ人権裁判所は、人権と基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）第8条および第12条から、加盟国が、外国人についても性の変更を可能とする義務を負うとする帰結を引き出していた。しかし、属人法に指定された外国法が性の変更を認めていないとき、ドイツでは性を変更できなかった。連邦憲法裁判所は、憲法訴願に基づく2つの照会事項に対し、外国人の性転換者がドイツに適法にかつ一時的という表現があてはまらないほど長期に亘って滞在し、しかも、その者の本国法がドイツの性転換法が定める要件に相当する規定を知らない場合に、性の変更制度から外国人の性転換者を排除することは違憲である旨の裁判を行った。このため、性転換法第1条第1項は、2007年7月20日の法律（BGBl. 2007 I S. 1566）をもって、新しい表現形式に改められた。性転換法第1条第1項第3号dによれば、今後、外国人は、本国法が性転換法所定の規定に相当する規定を知らず、かつ、その外国人がドイツに永住権または更新可能な滞在許可証を有した上で、ドイツ国内に継続して適法に滞在しているとき、名の変更および性の変更をドイツ法に従って行うことができる。ここでは、本国法主義が打破されている。

[30] 名の変更または法的な性の決定に関する外国の裁判所または行政庁による判断の承認は、家事事件法第108条、第109条第1項第1号ないし第4号（なお、2009年9月1日までは、非訟事件法第16a条）に拠る。

[31] 婚姻中に性転換が行われているとき、性の変更が婚姻の存続に及ぼす影響については、離婚準拠法に拠る。¹⁴²⁾

以上の各段落では、ドイツ国際私法上、性の決定が当事者の属人法に拠

142) Lipp/MüKo (Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 12 (Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, EGBGB (Art. 1-26)), 8. Aufl. (München 2020)), S. 637 (Randnummer [27]-[31]).

ること、ドイツ法が当事者の属人法に指定されるとき、ドイツの性転換法¹⁴³⁾が適用されること、外国法が当事者の属人法に指定される場合において、本国法が性転換法所定の規定に相当する規定を知らず、かつ、当該外国人がドイツに永住権または更新可能な滞在許可証を有した上で、ドイツ国内に継続して適法に滞在しているとき、その者の名の変更および性の変更についてはドイツ法(性転換法第1条第1項第3号d)が適用されること、名の変更または法的な性の決定に関する外国の裁判所または行政庁による判断の承認については、家事事件法¹⁴⁴⁾(ないし非訟事件法¹⁴⁵⁾が適用されること、婚姻中に行われた性転換が婚姻の存続に及ぼす影響については離婚準拠法に拠ること、これらが説明されていた。

3 以上の説明をみると、ドイツ国際私法の場合、性の所属、性の変更等の準拠法について本国法主義を原則とする一方で、別途、ドイツと密接な関係を有する外国人につき、一定の条件を付して、ドイツ法(法廷地実質法)を適用する複線的規律が行われていることが分かる。本国法の適用に対するドイツ法の適用を、①法廷地独立抵触規定間での原則に対する例

143) 特定の事案における名の変更および性の所属の確定に関する法律(性転換法)(Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG), <https://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>; <https://www.gesetze-im-internet.de/tsg/index.html> (2022年4月26日確認))。

144) 家事事件および非訟事件の手續に関する法律(家事事件法)(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/BJNR258700008.html> (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/> (2022年4月26日確認))。

145) 非訟事件に関する法律(非訟事件法)(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG), <https://dejure.org/gesetze/FGG> (2022年4月26日確認); <https://www.rechtsportal.de/Gesetze/Gesetze/Verfahrensrecht/Gesetz-ueber-die-Angelegenheiten-der-freiwilligen-Gerichtsbarkeit/FGG-Gesetz-ueber-die-Angelegenheiten-der-freiwilligen-Gerichtsbarkeit2> (2022年4月26日確認))。

外と位置付けるか、②前者の一般連結に対して後者を法廷地強行法規の特別連結と解説するか、③前者を私法的規律とする一方で、後者を公法上の介入規定の適用と説明するか、といった点はすべて、性の涉外法的規制を国家法体系上どのように位置付けるかに関する論者の考え方如何に左右されよう。

ドイツ国際私法の一般的理解によれば、訴訟物（請求の趣旨および請求原因）の法的性質如何に依じて、拠るべき手続事項（判決手続および執行手続）の決定基準も実体事項の決定基準も異なり得る¹⁴⁶⁾。たとえば、外国人が各種登録簿に記載された性の変更や削除を求める場合、それがドイツ国内の公簿の記載にのみ関わる場合には、手続に関しては家事事件法、実体に関しては身分登録法というように、等しくドイツ法が適用されよう。外国人が性の変更とともに名の変更も求める場合、名の変更に関しては、これをドイツ国内公簿の記載事項の変更とみれば、上記と同様、ドイツの国内法が適用されると考えられようが、私法関係における識別基準（契約書への署名等）の変更を考えれば、名の変更事件の国際裁判管轄権の決定基準（管轄原因）や名の変更の準拠法の決定基準（独立抵触規定）を別に考える必要が生まれる。また、婚姻関係や親子関係の継続中に性が変更された場合、性の変更が婚姻関係や親子関係の存続に及ぼす影響については、性の変更がドイツ国内で行われるケースと外国で行われるケースとを通じて統一的に規律するか、変更国（行為地）の内外で区別するかといった論点も生じ得よう。性の変更が婚姻中に行われるケースでは、「性の変更が婚姻の存続に及ぼす影響については、離婚準拠法に拠る」（上記第31段落）とする理解のほか、婚姻の身分的効力の準拠法説も考えられないわけではない。性の変更が親子関係の存続に及ぼす影響について考えようとするのは、「父」を「男性」と、「母」を「女性」とそれぞれ結び付ける性別二元主義を前提とする伝統的体系のもとでは、「父子関係」や「母

146) Erik Jayme/Rainer Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 20. Aufl., München 2020他参照。

子関係」はあり得ても、「第三の性」を自認する者との間に親子関係が成立するという認識が当然には生まれえないはずだからである。この場合、養親子関係の解消のように、性の変更に伴う親子関係の解消を定める法制が設けられているケースでなければ、離婚準拠法に相当する法源を見出すことはできない。ここでも、関連する諸課題を検討する余地がある。

4 以上の断片的解説だけでは、間性者に関するドイツ国際私法の全体像を知ることはできない。この空白部分を埋めるため、以下では、「国際私法における間性者」と題されたゲスル教授の先駆的研究¹⁴⁷⁾と「変革期の牴触法と性——現行法と立法論からみる性の国際私法的取扱い——」と題されたロスバハ博士の包括的論究¹⁴⁸⁾に依拠して、現時点でのドイツ国際私法の規律可能性を確認することとしよう。

2 ゲスル教授の理解

1 ゲスル教授の研究は、「I 導入と問題の所在 (Einleitung und Problembeschreibung)」、**「II 法律関係の性質決定——民法典施行法第13条の意味における婚姻か、民法典施行法第17b条の意味における生活パートナーシップか (Qualifikation als Ehe i. S. des Art. 13 EGBGB oder eingetragene Lebenspartnerschaft i. S. des Art. 17 b EGBGB)」、**「III ドイツの実質法 (Deutsches Sachrecht)」および「IV 最終的考察 (Schlussbemerkung)」、これら4つの章から成る。

2 まず、「I 導入と問題の所在」から、その主張をみていこう。この項は、以下のように、7つの段落から構成されている。

“①ドイツ倫理評議会は、2012年2月23日、間性をめぐる家族法上および身分登録法上の諸問題についての見解をも含む包括的な意見書を発表した。この意見書が公表されたことで、「男性」と「女性」と

147) 前注40。

148) 前注42。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

いう通常分類にまったくあてはまらない者を法的にどのように捉えるべきかに関する論議は新しい段階に入った。「間性者」という上位概念には、性を決定する基準や性を区別する基準によってはどちらかひとつの性に分類することのできない者全員が含まれる。性を決定する基準や性を区別する基準としては、外性器、染色体および内性器を含む外見、特定のホルモンの濃度、社会的特性、そして——これで最後というわけではないが——、何よりも本人の自己理解の内容、これらを考えることができる。

②ドイツ法は、2013年11月1日以降、身分登録法第22条第3項において、間性者の性の表記方法を規定している。同条同項によれば、間性の子は、性別を記載しなくても、出生簿に登録されることができる。

③ドイツ以外では、公文書、特に旅券について「第三の性」がすでに導入されているが、「第三の」性の表記については、「その他」（ネパール、インド、パキスタン）と記載されることもあれば、「X」（オーストラリア、ニュージーランド）と記載されることもある。国際民間航空機関の基準では旅券への性別記載が要求されているため、旅券には、性別が記載されなければならない。

④このような「第三の性」の登録に関して、現在、一部の外国で実施されている性の表記に対して必然的にドイツ身分登録法の意味における法的効力が付与されなければならないわけではなく、むしろ、これら外国での表記は、身分登録法上の性を認識できないという結果を示すだけのものに過ぎない。しかし、たとえば、ニュージーランドの改正法は、ドイツの理解では、身分登録法上の性を認識できないという結果を示すという以上に、「第三の性」の表記に対し身分登録法上の効力を付与している。ニュージーランド法は、法系上、コモンローに属する。大陸法系に属する多くの国では、身分登録事項が、身分に付随する公的な効力を一段と抽象化された形式で示すのに対し、コモンロー系諸国では、出生登録簿等が第一次的に統計としての機能を有する。一部に限られているにせよ、病院や墓地の職員も性別を記載す

ることができるかとされているが、この場合の表記は法的審査の対象とされていない。こうみると、この種の表記に対して特別の身分登録法上の効力を無条件に与えることはできないであろう。

⑤ニュージーランドの「出生記録」(“birth records”) および「市民権記録」(“citizenship records”) ——これらの記録に基づいて、法的な関係を明らかにする上で必要な、そのつど重要な法的地位の証明書(例:「出生証明書 (birth certificates)」)が発行される——とドイツの身分登録簿 (Personenstandsregister) との間でなされる比較は、それゆえ、広義の比較にとどまる。「出生証明書」だけでなく、「出生記録」でも、性別欄に「indeterminate (性別不詳 (unbestimmt))」と記載する方法や何も登録しないという方法が1995年の出生、死亡、婚姻およびその他の身分関係の登録に関する法律 (Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995) 第28条第3項(a)号(i)および(ii)ならびに第29条第3項(a)号(i)および(ii)に規定されている。法的な性がこれらの「記録 (records)」に基づいて決定されるため、実際、ニュージーランド法では、ドイツ法にとって未知の性を割り当てられる者が存在する。

⑥ニュージーランドの間性者がドイツでドイツ人と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき、ドイツ法との間に抵触が生じ得る。以下では、ドイツにおける外国人間性者の法的取扱いに際して生じ得るさまざまな問題を素材として、この点が検討される。

⑦たとえ新しい身分登録法第22条第3項の導入がこの問題の解決に向けた最初の試みであるとしても、現行のドイツ法秩序は間性者への対応として(まだ)十分に準備されたものではない。以下で提案される解決策は最終的なものとみなされてはならず、立法者がさらに踏み込んで行動する場合は別として、あくまでも補助的な解決策にとどまる。”¹⁴⁹⁾

149) 前注40 (S. 301 f.)。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

第1段落の第1文および第2文では、間性者をめぐる家族法上・身分登録法上の諸問題に関するドイツ倫理評議会の意見書¹⁵⁰⁾の公表を契機として、「男性」および「女性」という通常のカテゴリにあてはまらない者の法的取扱いに関する論議が新たな段階を迎えたことが、第3文および第4文では、性の決定に関する従来の性別二元主義では分類不能な者を「間性者」とすること(定義)が、それぞれ述べられていた。第5文では、性の決定基準として、「外性器、染色体および内性器を含む外見、特定のホルモンの濃度、社会的特性、……本人の自己理解の内容」が紹介されていた。第2段落の第1文では、2013年11月1日以降に実施されていた間性者への対処方法は、「第三の性」をそのまま表示することではなく、性別欄を空欄とする方法(身分登録法第22条第3項¹⁵¹⁾)であったことが確認されていた。第3段落の第1文では、ドイツ以外では「第三の性」が特に旅券について導入されていることが、その際、「第三の性」が、一方で「その他」(ネパール、インド、パキスタン)と表記され、他方では「X」(オーストラリア、ニュージーランド)と記載されることが、また、第2文では、国

150) Deutscher Ethikrat, Intersexualität – Stellungnahme, 2012 (ISBN 978-3-941957-27-5) (https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/DER_StnIntersex_Deu_Online.pdf (2022年4月26日確認))。同意見書の公表については、<https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2012/deutscher-ethikrat-intersexuelle-menschen-anerkennen-unterstuetzen-und-vorgesellschaftlicher-diskriminierung-schuetzen/?cookieLevel=not-set> (2022年4月26日確認); <https://www.ethikrat.org/pressekonferenzen/veroeffentlichung-der-stellungnahme-intersexualitaet/?cookieLevel=not-set> (2022年4月26日確認) 他。

151) 身分登録法第22条 (Fehlende Angaben) は以下の通り規定する (https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/_22.html (2022年4月26日確認); <https://dejure.org/gesetze/PStG/22.html>; https://www.buzer.de/22_PStG.htm (2022年4月26日確認))。

“(3)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か、または、「多様性」と記載して登録されることができる。”

なお、2018年改正前の第22条第3項については、前注46参照。

際民間航空機関(ICA0)が旅券への性別記載を要求しているため、性別が旅券に記載されていることが、それぞれ示されていた。

第4段落の第1文および第2文では、ドイツの身分登録法第22条第3項にいう不記載措置が、性を確定し得ないという事実を示すだけで、身分登録法上の効力を「第三の性」に付与しないのに対し、ニュージーランド法では登録された「第三の性」に身分登録法上の効力が付与されることが、第3文と第4文では、ドイツ法では身分登録簿中の性の表記が身分に付随する公的な効力を示すのに対して、ニュージーランド法では出生登録簿等が第一次的に統計としての機能を有することが、第5文および第6文では、法的審査の対象とされていないため、病院や墓地の職員による性別記載に身分登録法上の効力は付与されないことが、それぞれ述べられる。「身分登録法上の効力」という言葉が何を意味するかの具体的説明はないが、ここでは、身分登録法上の「多様性」という表記が民法典(家族法分野の関連規定)における「父」や「母」の決定に影響を及ぼさないという趣旨に理解されているようにも見える。

第5段落の第1文では、ニュージーランドの「birth records」および「citizenship records」とドイツの「Personenstandsregister」との比較が「広義」のそれであることが述べられる。尤も、「広義」の比較が何を意味するか¹⁵²⁾の説明がないため、そこで行われているはずの「比較」の内容を詳らかにすることはできない。第2文では、ニュージーランド法¹⁵³⁾の該当規定¹⁵⁴⁾によれば、「birth certificate」および「birth record」の性別欄

152) 山内惟介『比較法研究 第一巻—方法論と法文化—』(中央大学出版部、2011年)3頁以下。

153) Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995 (<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0016/latest/DLM359369.html> (2022年4月26日確認))。

154) 第28条(成人の出生証明書に記載される性別に関する家庭裁判所の宣告)第3項(a)号(i)および(ii) (<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0016/latest/DLM364150.html> (2022年4月26日確認))は、以下のように規定する。

“(3) 裁判所は、次の各号に該当するときに限り、宣告を行うものとする。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

に「indeterminate」と記載されるかまたは何も登録されないことが、第3文では、ニュージーランドの「records」における上記の取扱いに対応する取扱いがドイツにはないことが順次紹介される。第6段落の第1文では、以上の結果を受けて、「ニュージーランドの間性者がドイツでドイツ人と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき、ドイツ法との間に牴触が生じ得る」ことが、第2文では、ドイツにおける外国人の間性者の法的取扱いに際して生じ得るさまざまな問題を素材として、この点が検討されることが、それぞれ述べられる。第7段落の第1文では、同論文執筆時の身分登録法第22条第3項では、間性者への対応が性別欄不記載措置にとどまっていたために、同条同項が十分な間性者対策となっていないことが、第2文では、同論文で示される解決策が暫定的なものであり、さらなる対策が立法者に期待されることがそれぞれ指摘されていた。前述(Ⅱ4)のように、2018年12月の身分登録法改正で間性者のために「多様性(divers)」という表記が新設されたことが真の意味での解決と言えるか否かについては、むしろ判断基準の取り方に依じて評価が分かれ得よう。

この項では、「ニュージーランドの間性者がドイツでドイツ人と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき、ドイツにおける外国人間性者の法的取扱いに際して生じ得るさまざまな問題」を取り上げるという表現

(a) 申請者の出生がこの法律により登録できるのに、まだ登録されていないとき、または、申請者の出生記録に次の各号に掲げる事項が含まれているとき、

- (i) 申請者が指定された性と反対の性を有する旨の情報、または、
- (ii) 申請者の性が確定できない旨の情報、または、”

また第29条(子の適正な性自認に関する家庭裁判所の宣告)第3項(a)号(i)および(ii) (<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0016/latest/DLM364151.html> (2022年4月26日確認))は、以下のように規定する。

“(3) 裁判所は、次の各号に該当するときに限り、宣告を行うものとする。

- (a) 子の出生がこの法律により登録できるのに、まだ登録されていないとき、または、子の出生記録に次の各号に掲げる事項が含まれているとき、
 - (i) 子が指定された性と反対の性を有する旨の情報、または、
 - (ii) 子の性が確定できない旨の情報、または、”

で、同論文の中心的テーマと問題生起の背景が説明されていた。

3 次の「II 法律関係の性質決定——民法典施行法第13条の意味における婚姻か、民法典施行法第17b条の意味における生活パートナーシップか」は、まえがき部分、「1. ドイツ抵触法における『婚姻』と『生活パートナーシップ』との境界 (Abgrenzung „Ehe“ und „Lebenspartnerschaft“ im deutschen Kollisionsrecht)」、「2. 先決問題：性の準拠法 (Vorfrage: Geschlecht)」、「3. 性の決定は公序に合致する (Vereinbarkeit der Geschlechtsbestimmung mit dem ordre public)」および「4. 連結：民法典施行法第17b条 (Anknüpfung: Art. 17 b EGBGB)」以上5つに細分される。

(1) まえがき部分では、間性者との婚姻締結または生活パートナーシップの創設に対して適用される準拠法を指定するため、民法典施行法第13条(婚姻)か、それとも、同法第17b条(生活パートナーシップ)か、どちらの独立抵触規定を適用するかを確定する必要がある¹⁵⁵⁾旨、述べられていた。前述のように、ゲスル教授は、「ニュージーランドの間性者がドイツでドイツ人と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき、ドイツにおける外国人間性者の法的取扱いに際して生じ得るさまざまな問題」(「I 導入と問題の所在」の第6段落)を検討しようとしていた。「婚姻」または「生活パートナーシップ」の成否が問われている点を考慮すると、文言上の対応性から判断して、適用可能な独立抵触規定として民法典施行法第13条(婚姻)と第17b条(生活パートナーシップ)の2つに言及される点に違和感はない。

これに対して、「民法典施行法第13条(婚姻)か、それとも、同法第17b条(生活パートナーシップ)か」の選択がなぜ論点となり得るのかという点については、特段の説明が必要となるように見える。というのは、ゲスル教授が掲げた設例では、ニュージーランドの間性者とドイツ人が「婚姻」の成立を求めているれば、「婚姻」を単位法律関係とする第13条が適

155) 前注40 (S. 302)。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

用され、「生活パートナーシップ」の創設を求めているならば「生活パートナーシップ」を単位法律関係とする第17b条が適用されるはずであり、第13条と第17b条のいずれが適用されるかという選択は論点となり得ないと考えられるからである。また、同論文執筆当時のドイツ実質法によれば、婚姻は異性間での法的結び付き¹⁵⁶⁾を、また登録生活パートナーシップは同性間の法的結び付き¹⁵⁷⁾をそれぞれ意味していたのであって、仮にドイツ牴触法上も同様に考えられるとすれば、ニュージーランドの間性者とドイツ人との身分関係が「婚姻」(民法典施行法第13条)と「生活パートナーシップ」(同法第17b条)のいずれに包摂されるかという解釈問題に答える前に、両規定で規律対象とされる「同性」および「異性」の概念に「間性」も含まれるか否かという前提的論点に対する肯定説の採用が論証されていなければならないであろう。ここでは、前述の各独立牴触規定の要件に含まれる「性」概念の解釈基準如何を牴触法上の先決問題と位置付けるか否かという観点(体系的説明)も検討されなければならない。

(2) 次の「1. ドイツ牴触法における『婚姻』と『生活パートナーシップ』との境界」の項は、以下のように述べられる。

“間性者による身分の形成が、婚姻に含まれるか、それとも登録済み生活パートナーシップに該当するかという性質決定問題は、ドイツ

156) 2017年7月20日の同性の者につき婚姻締結を求める権利を導入するための法律(婚姻法変更法)(Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (EheRÄndG)) (BGBl. I S. 2787 (Nr. 52), <https://www.buzer.de/s1.htm?g=Gesetzes+zur+Einf%C3%BChrung+des+Rechts+auf+Eheschlie%C3%9Fung+f%C3%BCr+Personen+gleichen+Geschlechts&f=1> (2022年4月26日確認)) —2017年10月1日施行—第1条(民法典の変更)第1号によれば、民法典第1309条(外国人の婚姻能力証明書)に第3項が追加挿入された(「同性婚を締結する意思を有するが、その本国法では同性婚の締結が規定されていない者に対して、第1項は適用されない。」)。

157) 2001年2月16日の登録済み生活パートナーシップに関する法律((Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) (BGBl. I 266))。

法の観点からみると、特に抵触法上の評価を考慮して解決される。従って、民法典施行法第13条の意味での「婚姻」は民法典の意味での「婚姻」よりも、また基本法第6条の意味での「婚姻」よりも、広い概念として理解されるべきである。しかしながら、基本法第6条は、支配的見解では、婚姻当事者の性別決定に関して、民法典施行法第13条における婚姻概念の広い解釈を制限している。というのは、民法典施行法第13条は、男女間での婚姻締結に対してのみ適用されるに過ぎないからである。外国で(たとえば、オランダ法やスペイン法により)認められる同性パートナー間の婚姻の準拠法は、ドイツ国内では登録生活パートナーシップとして解釈し直され、それゆえ、民法典施行法第17b条により直接にまたは少なくとも同条を類推して、指定される。したがって、適用すべき抵触規定を選ぶ際、両当事者がどちらの性に分類されるかが重要となる。”¹⁵⁸⁾

改めてゲスル教授の問題提起を確認しよう。教授の場合、「ニュージーランドの間性者がドイツでドイツ人と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき」、「ドイツにおける外国人間性者の法的取扱いに際して生じ得るさまざまな問題」(「I 導入と問題の所在」の第6段落)の検討が中心主題とされていた。第1段落の第1文では、「婚姻か、それとも登録済み生活パートナーシップかという性質決定問題は、ドイツ法の観点からみると、特に抵触法上の評価を考慮して解決される」と述べられていた。

「婚姻」か「生活パートナーシップ」かの選択を両当事者が主体的に行うケースを想定すると、処分権主義のもとでは、前述のように、訴状の請求原因欄に記載されているはずの「当事者が求める法律問題」の性質に応じてどの抵触規定が適用されるかが決定されるため、第13条か第17b条かという独立抵触規定間の選択は手続法上の論点とならないとも考えられる。これに対して、ゲスル教授の場合、両当事者が「婚姻」または「生活

158) 前注40 (S. 302)。

パートナーシップ」の婚姻登録簿または生活パートナーシップ登録簿への登録を求めた事案で身分登録事務所が登録要件の瑕疵を理由に婚姻の登録または生活パートナーシップの登録を拒否した場合において、両当事者が当該拒否処分の取消を求める訴えが提起されるとき、拒否処分の適否を判断する前段階で、両当事者の身分関係を「婚姻」と「生活パートナーシップ」のいずれとみるべきかという選択の問題が現れるという理解のもとに、この点をニュージーランドの間性者とドイツ人との身分関係が民法典施行法第13条に言う「婚姻」に含まれるか第17b条に言う「生活パートナーシップ」に該当するかという牴触法上の単位法律関係概念の解釈問題が提起され得ると考えられていたようにもみえる。

単位法律関係概念の解釈に関して、教授は「民法典施行法第13条の意味での『婚姻』は民法典の意味での『婚姻』よりも、また基本法第6条の意味での『婚姻』よりも、広い概念として理解されるべきである」と述べていた¹⁵⁹⁾。教授は、これに続け、「民法典施行法第13条は、男女間での婚姻

159) 前段の「民法典施行法第13条の意味での『婚姻』は、民法典の意味での『婚姻』よりも……広い概念として理解されるべきである」という指摘は、第13条が国内法上の「婚姻」概念とは異なる内容を含む外国法上の「婚姻」概念をも規律対象とする点からみて、十分に了解されよう。これに対して、後段の「民法典施行法第13条の意味での『婚姻』は……基本法第6条の意味での『婚姻』よりも、広い概念として理解されるべきである」という評価には特段の説明が必要となるようにみえる。確かに、独立牴触規定の単位法律関係に使用される「婚姻」概念が実質法上の「婚姻」概念よりも広いという点は、国際私法分野の常識に属する。これに対し、牴触法上の「婚姻」概念が憲法上の「婚姻」概念よりも「広い概念として理解されるべき」か否かには、法体系の一貫性—牴触法が憲法を頂点とする国家法体系の一部を成し、憲法の許す範囲内で存在価値を有するという視点—からみて、なお検討の余地があるのではなからうか。というのは、民法典施行法が基本法を頂点とする国家法体系に組み込まれた下位法源であるという理解に鑑みれば、民法典施行法第13条が規律する涉外婚姻(外国法上の婚姻を含む)が基本法第6条の「婚姻」概念に含まれないと言い得ないようにみえるからである。この点については、山内惟介『憲法と国際私法』(中央大学出版部、2022年)第I部第5章「憲法・外国法・国際私法の『婚姻』概念」参照。

締結に対してのみ適用されるに過ぎないから」という理由を挙げて、「基本法第6条は、支配的見解では、婚姻当事者の性別決定に関して、民法典施行法第13条における婚姻概念の広い解釈を制限している」と説明していた。民法典施行法では「婚姻」と「生活パートナーシップ」が区別されているが、基本法第6条第1項は「婚姻と家族は、国家秩序上、特別に保護される」と定めるのみで、「生活パートナーシップ」に触れていない。尤も、基本法第6条が国内法上の「婚姻」のみを想定しているのに比して、民法典施行法第13条の「婚姻」概念には、国内法上許容されない形態を認める外国法上の「婚姻」も含まれている。この点を考慮すると、民法典施行法第13条に言う「婚姻」概念の方が基本法第6条に言う「婚姻」概念よりも広いとする教授の理解は十分頷けよう。

第6文では、順接を表す「somit (従って)」という副詞を挟んで、「適用すべき牴触規定を選ぶ際、両当事者がどちらの性に分類されるかが重要となる」と述べられる。両当事者の性が同一か否かという論点に対する解答が「婚姻」か「生活パートナーシップ」かの違いを決定するとみれば、「当事者がどちらの性に分類されるか」という点が、法廷地の牴触法上、どの独立牴触規定によるべきかの決め手となることであろう。ゲスル教授が、「婚姻」か「生活パートナーシップ」かという「本問題」に対して、性の決定を「先決問題」と位置付けるのは、こうした事情による。

(3) 「2. 先決問題：性の準拠法」の項は、以下のように、3つの段落から構成される。

“①両当事者が法的にどちらの性に属するかは、本問題と区別される(牴触法上の)先決問題であって、先決問題は、独立して、すなわち、ドイツの牴触法に従って連結される。

②性の決定に関する明文の牴触規定はない。性転換法第1条第1項第3号aおよびdの立法者は、当事者の本国法がその者の法的な性を決定すると理解していた。この見方を一般化すれば、性の決定を本国法へ連結することができよう。性は当事者に永続的に付随する基本

的な特性であるという点が、属人法への連結を支えている。こうみると、性の決定は権利能力に類似する。というのは、権利能力も同様に本国法に従って判断されるからである（民法典施行法第7条）。それゆえ、性は、民法典施行法第7条を類推して、または、性転換法に採用された法思考に従って、そのつど、当事者の本国法により決定される。別段の根拠がなければ、当事者の本国法への指定は総括指定である（民法典施行法第4条第1項第1文）。

③多くの国では、性は人の身分の問題であって、出生証明書、旅券等における登録の際に、それゆえ、典型的には主権に基づく利益と関連する分野で、重要性を有する。他の多くの法秩序も、ドイツ法と同様、性を本国法に連結している（例：ニュージーランド法）。その場合、総括指定も考慮されている。ニュージーランドでは、間性者の性は、ニュージーランド法によれば、「X」と記載される。¹⁶⁰⁾

前項（「1. ドイツ抵触法における『婚姻』と『生活パートナーシップ』との境界」）の末尾では、民法典施行法第13条適用の可否という論点との関連において、「適用すべき抵触規定を選ぶ際、両当事者がどちらの性に分類されるかが重要となる」と述べられていた。この項の第1段落では、「両当事者が法的にどちらの性に属するかは、本問題と区別される（抵触法上の）先決問題」と位置付けられるとともに「先決問題は、独立して、すなわち、ドイツの抵触法に従って連結される」と説明されていた。留意されるのは、どの国でも科学的知見に基づいて一様に決定される点に配慮して、「性の決定」を医学的証明の対象という意味での「事実認定」事項とは捉えず、社会的背景が異なれば性に付与される法的効果にも差異があり得る点に着目して、「性の決定」が（準拠法決定を要する）「法律問題」とみなされているという点である。

第2段落の第1文では、民法典施行法には、性の決定を単位法律関係と

160) 前注40 (S. 302 f.)。

する成文牴触規定が設けられていないという事実が確認されていた。この欠缺一をどのように補充すべきかに関して、ゲスル教授は、「性転換法第1条第1項第3号aおよびdの立法者は、当事者の本国法がその者の法的な性を決定すると理解していた」という点に言及する。しかし、第3号aおよびd¹⁶¹⁾の内容を見る限り、その文言から「当事者の本国法がその者の法的な性を決定する」という趣旨をなぜ読み取れるのかという疑問が生じ得よう。というのは、第3号aの場合、基本法の意味でのドイツ人が性の変更とともに名の変更を求めるケースは純然たる国内事案であり、涉外事件に固有の牴触法的規律とは直結していないはずだからである。これに対し、第3号dの場合は涉外事件に該当し、「当事者の本国法がその者の法的な性を決定する」という理解が確かに成り立つようにも見える。それは、「本国法上、性転換法に相当する規定が知られていない外国人」という表現で、性の決定につき当事者の本国法が準拠法に指定されることが含意されているはずだからである。尤も、「本国法上、性転換法に相当する規定が知られていない」場合には、準拠実質法(当事者の本国法)の適用により、性の変更はもとより、それに伴う名の変更も認められない結果となる。それにも拘らず、「永住権を有するとき(「aa」)または更新可能な滞在許可証を有し、かつ、ドイツ国内に継続して適法に居住するとき(「bb」)」、ドイツ裁判所はドイツ法を適用して名の変更を認めることがあるとされている。しかしながら、第3号dの場合、名の変更の可否を決定するドイツ法の適用に関しては、たとえば、当事者の本国法への原則的連結に対する法廷地実質法の特別連結等の法律構成を経て、準拠法の資

161) 性転換法第1条第1項第3号aは、本人が基本法の意味でのドイツ人であるとき、裁判所は、本人の申立に基づき、本人の名を変更しなければならない旨を定める規定であり、同項第3号dは、本国法上、性転換法に相当する規定が知られていない外国人が、永住権を有するとき(「aa」)または更新可能な滞在許可証を有し、かつ、ドイツ国内に継続して適法に居住するとき(「bb」)、裁判所は、本人の申立に基づき、本人の名を変更しなければならない旨を定める規定である。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

格で適用されるのか、あるいは、抵触法的連結に馴染まない法廷地涉外実質規定として直接に適用されるのか、それとも、法廷地公法の属地的適用として説明されるのかというように、法律構成上どのような説明が可能かという点がさらに詰められなければならないようにみえる。というのは、ここでのドイツ法は、「当事者の本国法」と表現されることがあっても、法廷地の抵触規定を介して指定される通常の意味での準拠法とは趣旨を異にするようにみえるからである。

今一度、ゲスル教授の理解に立ち戻らう。教授は第2段落の第2文の説明を踏まえた第3文で「この見方を一般化すれば、性の決定を本国法へ連結することができよう」と主張し、3つの理由を挙げていた。性の決定の準拠法を当事者の本国法とする考えを支持する第一の理由は、性転換法第1条第1項第3号aおよびd¹⁶²⁾の立法者が「当事者の本国法がその者の

162) 性転換法第1条は以下のように規定する (<https://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>; https://www.gesetze-im-internet.de/tsg/_1.html (2022年4月26日確認))。

“(1) 次の各号に該当するとき、裁判所は、本人の申立に基づき、その者の名を変更しなければならない。

1 本人が、みずからはトランスジェンダーであるという理由で、出生登録に記載された性にもはや当たらず、他の性を有すると実感しており、しかも、少なくとも3年間、自分の考えに従って生きるよう強迫観念に晒されているとき、および、

2. 他方の性への帰属意識が変わらない点につき、蓋然性が高いとき、および、

3. 本法における本人が、次の各号に掲げる者であるとき。

a) 基本法の意味におけるドイツ人、

b) 無国籍者または故郷を喪失した外国人であって、ドイツに常居所を有する者、

c) 庇護権者または外国人難民であって、ドイツに住所を有する者、または、

d) 次の各号に該当する外国人であって、その本国法が本法に相当する規定を知らない者、

aa) 永住権を有する外国人、または、

法的な性を決定する」と理解していたとする認識に求められていた。この理由付けについては、なせ性転換法第1条第1項第3号dに言う「Heimatrecht(本国法)」という文言を独立牴触規定の連結点と同義に解することができるのかという疑問が生じ得る。というのは、この規定では、人的適用範囲の決定という実質法上の論点を取り上げられているに過ぎず、牴触法上の準拠法決定問題が取り上げられているようにはみえないからであり、性転換法第1条第1項第3号aおよびdにおけるドイツ実質法(性転換法)の適用を「一方的独立牴触規定」とする理解それ自体の成否に疑義が生じる余地があるからである。また、性転換法第1条第1項第3号の人的範囲は外国人一般ではなく、住所、常居所、永住権等、ドイツと空間的関連性を有する外国人に限定されている。この点を考慮すると、第1条第1項第3号を双方向的独立牴触規定に転換し、「当事者の本国法説を一般化する」と言えるのはなぜかという点の補足説明が教授の課題として残されていると考えられなければならない。

次に、「性は当事者に永続的に付随する基本的な特性であるという点が、属人法への連結を支えている」という理解が当事者の本国法説を支持する第二の理由とされていた。しかし、この点も、理由付けと結論部分との間に実質的な相違がない点からみて同語反覆の誇りを免れ得ないようにみえる。それは、「属人法への連結」を主張するために「性は当事者に永続的に付随する基本的な特性である」と説明しているに過ぎないとも考えられることによる。涉外私法事件の場合、その放置がよほど深刻な事態を招くといった状況にない以上、性の決定自体が単独で請求の趣旨に掲げられることはないであろう。たとえば、婚姻の実質的要件の具備を決定する上で両当事者が同性か異性かが問われるというように、性別の決定が婚姻の成否(本問題)に先行する法律問題となるとみると、性の決定を婚姻の実質

bb) 更新可能な滞在許可証を有し、かつ、ドイツ国内に継続して適法に居住する外国人。

(2) 申立人は、みずからが今後使用しようとする名を申請書に記載しなければならない。”

的成立要件の準拠法に委ねるという選択肢（本問題の準拠法と先決問題のそれを一体として連結する包括連結、本問題の準拠法における実質法の解釈に委ねるという意味での実質法的連結）もあり得よう。このようにみると、第二の理由についても、当事者の本国法を連結点とする独立抵触規定を別個に構想する考えに固執する特段の事情が明らかにされなければならない。教授は、第三の理由として、「権利能力も同様に本国法に従って判断されるから」という言い方で「性の判定は権利能力に類似する」¹⁶³⁾とも説明していた。この段落の第7文では、順接を表す「daher」という副詞を用いて、「それゆえ、性は、民法典施行法第7条を類推して、または、性転換法に採用された法思考に従って、そのつど、当事者の本国法により決定される」と纏められていた。しかしながら、「性の判定は権利能力に類似する」という評価もはなはだ恣意的な説明という他はない。それは、何よりも、2つ以上の事象が類似するか否かの中立的（客観的）判断基準がまったく説明されていないことによる。「類似する」という説明を恣意的な理由付けとみるのは、「権利能力も同様に本国法に従って判断されるから」という理由付けと「性の判定は権利能力に類似する」という結論部

163) 権利能力の準拠法を明文で規定する民法典施行法の構成とは異なり、わが国では、「権利能力」をひとつの単位法律関係と捉える見方を考慮しながらも、権利能力が直接問題となることはないと言明する立場もある。たとえば、以下の解説がそうである。

“実際に生死の時点が問題となるのは、胎児に損害賠償請求権や相続権を認めるかとか、事故により死亡の時期が不明である者の間に相続が発生するかという局面であるところ、そのような局面においてどう扱うべきかは、相続権、損害賠償請求権などの個々の権利のあり方と密接不可分の問題であって、それぞれの準拠法によって解決されるべきであると考えられる……。”（澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣、2018年）149頁）

このような理解に立ち、名の変更や婚姻の成否の前提問題として性の決定が問題とされるに過ぎず、性の決定のみがそれ自体単独で問題とされないと考えられる場合、性の決定の準拠法如何という論点に代えて、名の変更の準拠法や婚姻の成否の準拠法の解釈適用の枠内で性が決定される余地があろう。

分とが同じ内容の言い換えに過ぎないからである。「analog（類推して）」と表現されているのは、第7条第1項の単位法律関係が「Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit（権利能力および行為能力）」に限定されている点を考慮した結果であろうが、ここでも「類推」の可否の判断基準（「比較の第三項」）が明示されていないところから、教授の主張に直ちに与することはできない。なお、上記の本国法への指定が当該国の牴触規定への指定を意味すると述べる第8文では、反致の可能性が残されている。

第3段落の第1文には、「多くの国では、性は人の身分の問題であって、出生証明書、旅券等における登録の際に、それゆえ、典型的には主権に基づく利益と関連する分野で、重要性を有する」と述べられていた。「主権に基づく利益」という表現からは、性の決定がもっぱら公法上の論点であり、私法上の論点とは言えないとする認識も読み取れよう。他方、第2文では、性の決定を私法上の準拠法決定問題と解する立場が維持され、ニュージーランドを含む多くの国の牴触法では本国法主義が総括指定説と結び付けられる旨、説明される。第3文では、準拠実質法の適用結果として、ニュージーランドの「間性者の性は、ニュージーランド法によれば、[X]と記載される」と解説される。

以上を整理しよう。ゲスル教授は性の決定の準拠法を当事者の本国法に求めていた。その理由も一通り挙げられていた。しかしながら、「比較の第三項」を欠く点において、いずれの説明もいまだ十分なものとは言い得ないように見える。

(4) 次の「3. 性の決定は公序に合致する」の項も以下のように、3つの段落から構成される。

“①ニュージーランドの諸規定を適用した結果は、ドイツでは国際私法上の公序良俗に反していない（民法典施行法第6条）。それゆえ、「男性」か「女性」かという法的な意味での性別二元主義は、「X」というニュージーランド法上の分類がドイツ法と相容れないと言えるほどドイツ法上重要な原則であるとされてはならない。

②ドイツの法秩序は、たとえば基本法第3条第2項（「男女」同権）がそうであるように、男女二元主義に立脚する。基本法第3条第3項の意味における「性」も、「男性」と「女性」という性を基準とする。民法典の起草者が男女二元主義に追随した理由は、起草者が、当時の学問的状况に従い、「性を持たない者も男女両性が合体した者もない」と理解していた点にあった。民法典の立法者は、それゆえ、性の分類について最終的な価値判断を下していたわけではなく、間性をめぐる問題の解決をそれぞれの時代の科学水準に委ねていたに過ぎない。逆に言えば、民法典の性別分類は、科学における新しい発展に対してオープンに開かれたものであり、なんら不変の原則を示すものではないことが分かる。身分登録法第22条第3項の創設も、この性別分類が排他的に保障されなければならないものではないことを示している。

③人間の尊厳（基本法第1条第1項）にも人格の自由な発展を求める権利（基本法第2条第1項）にも、誰もがみずからの心理的・身体的な状況に応じて決定することのできる性にそれぞれ区分される権利が含まれている。それが国家の根幹に関わる事項だからといって、国家は、重大な理由のないまま、性の所属を制限してはならない。当事者の身体的・心理的な状況を無視して、外国法秩序が当事者の性を恣意的に決定する場合、そうした制限は不適法とされ、それゆえ、公序良俗違反となる。公序違反とされていない以上、「X」という分類はドイツ法上の原則に適合する。”¹⁶⁴⁾

前項の末尾（第3段落第3文）で、ニュージーランド法では間性者の性別が「X」と記載される旨、紹介されていた。第1段落の第1文では、ニュージーランド法の適用結果（「X」という性表記）がドイツ抵触法上の公序良俗に反しないことが、第2文では、順接を意味する「also」という

164) 前注40 (S. 303)。

副詞を用いて、「それゆえ、『男性』か『女性』かという法的な意味での性別二元主義は、『X』というニュージーランド法上の分類がドイツ法と相容れないと言えるほどドイツ法上重要な原則であるとされてはならない」ことが、それぞれ記されていた。公序に反しないと判断される場合、当然のことながら、「公序に反しない」という結論だけでなく、そうした結論を導くための理由付け（公序条項の解釈が行われる判断過程全体）、すなわち、「……とき」（要件）⇒「……は法廷地牴触法上の『公序』に反する」（効果）という中立の判断基準とこの判断基準の要件の解釈に関わる、「……とき」（要件）⇒「……判断基準の要件が具備される」（効果）という、上記判断基準の適用基準が明らかにされた上で、同適用基準の要件が充たされないの、判断基準に言う「公序に反する」という牴触法上の効果は生じないことが説明されていなければならない。ゲスル教授のこの点に関する解説をみると、第1文も第2文もニュージーランド実質法の適用結果が「公序に反しない」という趣旨を述べるだけで、そのような判断に至る過程は何ひとつ論証されていないことが分かる。

第2段落の第1文では、ドイツ法では「基本法第3条第2項（『男女』同権）がそうであるように、男女二元主義に立脚する」ことが、第2文では、「基本法第3条第3項の意味における『性』も、『男性』と『女性』という性を基準とする」ことが示されていた。第3文では、「民法典の起草者が男女二元主義に追隨した理由は、起草者が、当時の学問的状况に従い、『性を持たない者も両性が合体した者もない』と理解していた点にあった」と説明されている¹⁶⁵⁾。第4文および第5文では、民法典の立法者が「性の分類について最終的な価値判断を下していたわけではなく、問性をめぐる問題の解決をそれぞれの時代の科学水準に委ねていたに過ぎない」こと、そして「民法典の性別分類は、科学における新しい発展に対し

165) わが国の民法典成立時（1896年8月18日公布、1900年1月1日施行）の学問的状况が日本国憲法成立時（1949年5月23日公布、同年5月24日施行）にもあてはまるとすれば、基本法の立脚点も容易に了解されよう。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

てオープンに開かれたものであり、なんら不変の原則を示すものではない」ことが、第6文では、民法典を前提とする身分登録法第22条第3項の趣旨も絶対的なものではないことがそれぞれ示されていた。この段落では、「民法典の性別分類は、科学における新しい発展に対してオープンに開かれたもの」である点に触れられていたものの、基本法の性別分類も「科学における新しい発展に対してオープンに開かれたもの」であるか否かという点までは明らかにされていない。尤も、基本法を頂点とする国家法の一体性という観点のもとで、基本法が許容しないことは民法典立法時に採用されていないはずだと推測すれば、格別の説明がなくても、基本法の性別分類も「科学における新しい発展に対してオープンに開かれたもの」であると考えることができ、間性者にも基本権保護が及ぶと解釈することができよう。

第3段落の第1文では、「誰もがみずからの心理的・身体的な状況に応じて決定することのできる性にそれぞれ区分される権利」が基本法第1条第1項（「人間の尊厳」）にも基本法第2条第1項（「人格の自由な発達を求める権利」）にも含まれていることが、第2文では、重大な理由がない以上、「それが国家の根幹に関わる事項だからといって、国家は、重大な理由のないまま、性の所属を制限してはならない」ことが、第3文では、「当事者の身体的・心理的な状況を無視して、外国法秩序が当事者の性を恣意的に決定する場合、そうした制限は不適法とされ、それゆえ、公序良俗違反となる」ことが、第4文では、「公序違反とされていない以上、『X』という分類はドイツ法上の原則に適合する」ことがそれぞれ述べられている。この段落では、2つの法律構成が交錯しているように見える。まず、第3文と第4文では、性の自己決定を認める外国実質法規の適用結果がドイツ牴触法上の公序に反するか否かという論点が挙げられていた。ここでは、性の自己決定を請求する外国実質法上の権利がドイツでは私権と位置付けられた上で、私権の行使の可否に関する準拠外国実質法の適用結果（「X」という性表記）が法廷地公序に反するか否かというかたちで説明されていた。その際、ドイツ牴触法上の公序条項の要件部分に基本権を取り

入れた構成¹⁶⁶⁾が採用されていたようにもみえる。他方、第1文および第2文からは、性の自己決定を請求する権利が、国家に対する基本権(公法上の権利)と捉えられていることが分かる。この点を考慮すると、ドイツ国内で外国人が性の自己決定を主張する場合、基本権に含まれる自己決定権に対してはドイツの基本法が適用され、つまり、当該外国法規の違憲性が認定されて当該外国実質法規の適用が排除されるため、当初から、法廷地公序に反するか否かという問題が生じる余地はないようにみえる。

(5) 今一度、ゲスル教授の問題意識に立ち返ろう。教授は、「ニュージーランドの間性者がドイツでドイツ人と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき」「ドイツにおける外国人間性者の法的取扱いに際して生じ得る」問題を解決するため、先決問題の準拠法(各当事者の本国法)如何を論じていた。それは、当事者の性別が決まらなければ、本問題(婚姻や生活パートナーシップの成否)の準拠法を指定する独立抵触規定を選定し得ないと考えられていたからであった。それでは、どのような性であれば民法典施行法第13条が適用され、また、どの性であれば同法第17b条が適用されると言えるか。教授がこの問いに対する解答をどのように導こうとしているのかという点を考えようとするれば、次の項目を参照する必要がある。

次の「4. 連結：民法典施行法第17b条」では異性者間の身分関係にも言及されている。この項は5つの段落から成る。

“①民法典施行法第13条が男女に対して適用され、第17b条が同性カップルに対して適用されるというように、当事者の性如何で両規定の適用対象が区別される場合、これら2つの規定は互いに無関係ということになる。

②しかしながら、民法典施行法第17b条の適用範囲は同性カップル間の身分関係だけに限られず、第17b条を、同法第13条に該当しない

166) こうした理解は、公序条項の適用という外皮を纏った、基本権の「間接適用」と説明されるのかもしれない。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

すべての、法的規律に値するパートナーシップのための受け皿となる
抵触規定と位置付けることができる。「登録済み生活パートナーシッ
プ」という文言で考えられているのは、(少なくとも) 2人の当事者
が、生涯を通して互いを結び付けることを求め、しかも、登録を介し
てその事実を国家行為として確実なものとしようとするケースだけで
ある。外国で締結された同性婚も、(類推適用または直接適用により)
民法典施行法第17b条に含まれる。民法典施行法第17b条は、確かに、
登録済み生活パートナーシップに関する法律 (Gesetz über die einge-
tragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz) の意味での
生活パートナーシップに対応するものとして制定された抵触規定であ
るが、しかし、このことは、民法典施行法第17b条という規定を、登
録済み生活パートナーシップに関する法律の規律範囲を超えて理解す
ることを妨げるものではない。というのは、民法典上の婚姻 (BGB-
Ehe) を念頭に置いて設けられた民法典施行法第13条でも、民法典上
の婚姻とは異なる諸外国の法制度が規律対象に含まれているからであ
る。

③民法典施行法第13条の意味における「婚姻」概念に含まれない生
活パートナーシップに対して行われる差別は民法典施行法第17b条に
よって撤廃されなければならないという政策的配慮も、民法典施行法
第17b条をこのように広く理解することに賛成している。民法典施行
法第17b条は、国家により保護されたパートナーシップという法的地
位を同性カップルに^{だけ}付与するために設けられた規定ではなく、同
性カップルにも^も付与する規定である。

④民法典施行法第17b条を直接適用した結果は、第4項——同項に
よれば、外国で登録された生活パートナーシップの効力は、民法典お
よび生活パートナーシップ法の諸規定に基づく効力より広範囲には及
ばない(いわゆる遮断規則)——を直接適用した結果を意味する。し
かし、この点は、本件では考慮に値しない、というのは、本件の登録
国がドイツであり、ドイツ法が適用されるからである。しかし、この

遮断規則に基づく制限は、民法典施行法第17b条を広く解釈する見解に反対する論拠として主張されている。立法者は、ドイツ法にとって未知の法制度をその効力に限って制限するためだけでなく、民法典施行法第13条の意味における婚姻を優遇するためという目的をもって、この第4項を意図的に導入した（これは遮断規則ではない）。法政策的にみると第4項には批判される点があるが、しかし、第4項は婚姻を優遇するために意図的に設けられた規定である。それゆえ、第4項を今後も残すか否かという点については、立法者または連邦憲法裁判所が判断すべきである。

⑤以上のような考えに基づいて、民法典施行法第17b条は、外国法に従ってその性をXと表記される間性者とドイツ法に従ってその性を男性または女性と記載される者とを結び付けるときに適用される。そこで適用される準拠法は、生活パートナーシップの登録国法、それゆえ、ドイツ法である。”¹⁶⁷⁾

第1段落の第1文では、民法典施行法第13条が男女間の婚姻に対してのみ適用され、同法第17b条が同性カップル間の生活パートナーシップに対してのみ適用されるというように、当事者双方の性が同じか異なるかによって両規定の人的適用対象が区別される場合、適用範囲が重ならないため、両規定は牴触しない旨、指摘される。この説明では、男女間の涉外婚姻に対して適用される第13条も男性同士または女性同士の涉外カップルに適用される第17b条も「第三の性」と無関係とされるため、「第三の性」を自認する者の身分関係の準拠法をどの牴触規定に委ねるべきかという課題が残されることとなる。

こうした理解に対して、教授は、第2段落の第1文で、「民法典施行法第17b条の適用範囲は同性カップル間の身分関係だけに限られず、第17b条を、同法第13条に該当しないすべての、法的規律に値するパートナーシ

167) 前注40 (S. 303 f.)。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

ップのための受け皿となる抵触規定」というように位置付けられる。第2文では、この趣旨が「『登録済み生活パートナーシップ』という文言で考えられているのは、(少なくとも)2人の当事者が、生涯を通して互いを結び付けることを求め、しかも、登録を介してその事実を国家行為として確実なものとしようとするケースだけ」と言い換えられる。しかしながら、第17b条の人的適用対象を「2人の当事者」と表現し、両当事者の性別を意図的に除外するこうした解釈は、第17b条の適用対象に間性者をも含めるという結論を先取りしているという意味で、客観性を備えた説明とはいえないようにみえる。第17b条がもともと対象としていた生活パートナーシップは、男性同士または女性同士というように、同性間の身分関係を表していた。この趣旨を敷衍すれば、同条は間性者同士の身分関係にも適用されようが、男性と間性および女性と間性という組合せが直ちに同条の適用範囲に含まれるとはいえないようにみえる。このような見解は、抵触規定の欠缺を認めず、第13条と第17b条によりすべての身分関係を規律するという理解のもとに、第13条の適用範囲を異性間の婚姻に狭く限定することの対価として、残された事象をすべて含むことができるように、第17b条の適用範囲を拡大した解釈論とみることができよう。このような理解は、確かに、ひとつの政策的主張ではある。しかし、こうした解釈を受け入れようとするれば、「……とき」(要件) ➡ 「教授の主張が上記の理解に優先する」(効果) という中立の判断基準とその適用基準が示されていないからならぬであろうが、この点に関する教授の説明はみられない。第3文では、「外国で締結された同性婚も、(類推適用または直接適用により) 民法典施行法第17b条に含まれる」と説明されていた。しかし、第17b条の見出しが「登録済み生活パートナーシップと同性婚 (Eingetragene Lebenspartnerschaft und gleichgeschlechtliche Ehe)」と書き表されている点に鑑みれば、同条が「外国の同性婚」に対して直接に適用されることに違和感はなく、なぜ「類推適用」という解釈方法に言及されるのか、疑義が生じよう。しかも、何かを何かに類推する際の判断基準と同基準の適用過程が一通り解説されていなければ、第17b条が類推適用されるプロ

セスを正確に理解することはできないであろう。第4文および第5文では、「民法典上の婚姻を念頭に置いて設けられた民法典施行法第13条」では、「民法典上の婚姻とは異なる」外国法上の婚姻制度が規律対象に含まれるという点を根拠として、登録済み生活パートナーシップに関する法律の意味での生活パートナーシップに対応するものとして制定された第17b条が「登録済み生活パートナーシップに関する法律の意味での生活パートナーシップに対応するものとして制定された」という事実に加えて、このことは「民法典施行法第17b条という規定を、登録済み生活パートナーシップに関する法律を超えて理解することを妨げるものではない」と説明される。牴触法上の概念と実質法上の概念との関係に関する国際私法分野の従来理解に照らせば、こうした説明自体に違和感はない。

第3段落の第1文では、「民法典施行法第13条の意味における『婚姻』概念に含まれない生活パートナーシップに対して行われる差別は民法典施行法第17b条によって撤廃されなければならないという政策的配慮も、民法典施行法第17b条をこのように広く理解することに賛成している」と説明されていた。しかしながら、ドイツ国際私法の伝統的理解によれば、独立牴触規定の機能は空間的に最も密接な関係を有する地の法を準拠法に指定する点にあるのであって、準拠実質法の内容自体に対する評価は、公序条項（従属牴触規定）による事後の評価に委ねられている。こうみると、「差別は民法典施行法第17b条によって撤廃されなければならないという政策的配慮」に触れた第1文には異論があり得よう。第2文では、「民法典施行法第17b条は、国家により保護されたパートナーシップという法的地位を同性カップルにだけ付与するために設けられた規定ではなく、同性カップルにも付与する規定」であると説明される。この点については、前述の第17b条の見出しの意味が改めて想起されるべきであろう。

第4段落の第1文では、「民法典施行法第17b条を直接適用した結果は、第4項……を直接適用した結果を意味する」と述べられ、第4項¹⁶⁸⁾「によ

168) 民法典施行法第17b条は、以下のように規定する (<https://dejure.org/geset>

ドイツ法における「第三の性」について (2)

れば、外国で登録された生活パートナーシップの効力は、民法典および生活パートナーシップ法の諸規定に基づく効力より広範囲には及ばない」と解説されていた¹⁶⁹⁾。準拠外国実質法上認められる登録生活パートナーシ

ze/EGBGB/17b.html (2022年4月26日確認); <https://www.buzer.de/gesetz/5257/a100522.htm> (2022年4月26日確認))。

“(1) 登録生活パートナーシップの創設、解消、および、ヨーロッパ連合規則 (EU) 2016年1104号の適用範囲に含まれない一般的効力は、登録簿を管理する国の実質規定に服する。剰余調整請求権は第1文に従って適用される法に服する。剰余調整請求権は、剰余調整請求権についてドイツ法が適用され、かつ、生活パートナーシップの解消を求める申立の係属時に生活パートナー双方が属する国のいずれかの法が生活パートナー相互間での剰余調整請求権を認めているときに限って、行使することができる。さらに、生活パートナーの一方が生活パートナーシップの実施期間内にドイツ国内の剰余調整義務者に対する請求権を取得した場合において、剰余調整請求権を認容しても、特に生活パートナーシップの実施期間全体を通して双方当事者の経済状況に関して公平性に反しないとき、生活パートナーの申立に基づき、剰余調整請求権をドイツ法に基づいて行使することができる。

(2) 第10条第2項および第17a条が準用される。

(3) 国を異にして、同一当事者間で複数の生活パートナーシップが別々の国に存在するとき、第1項に示された効力および効果 (Wirkungen und Folgen) については、最後に創設された生活パートナーシップが、その創設時に遡って、基準とされる。

(4) 婚姻当事者双方が同性であるとき、または、婚姻当事者の少なくとも一方が女性でも男性でもないとき、離婚および婚姻関係の解消を伴わない別居の準拠法はヨーロッパ連合規則 (EU) 2010年第1259号に拠るとの条件を付して、第1項ないし第3項が準用される。婚姻の財産法的効力は、ヨーロッパ連合規則 (EU) 2016年第1103号に拠る準拠法に服する。”

169) ゲスル論文執筆当時の民法典施行法第17b条第4項は「外国で登録された生活パートナーシップの効力は、民法典および生活パートナーシップ法の諸規定が定める効力以上には及ばない。」と規定されていた (<https://www.buzer.de/gesetz/5257/al37172-0.htm>; <https://www.buzer.de/gesetz/5257/al49264-0.htm> (2022年4月26日確認))。2018年12月18日の同性者間の婚姻締結を求める権利の導入のための法律の置換えのための法律 (Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Ge-

ップの法的効力をそのまま承認せず、ドイツ実質法（登録済み生活パートナーシップに関する法律）上の効力範囲まで引き下げる規定（いわゆる遮断規則¹⁷⁰⁾は、内外国法等価値の原則に対する例外を成す。第2文では、ニュージーランド人間性者とドイツ人非人間性者との身分関係については「登録国がドイツであり、ドイツ法が適用される」ため、第1文の例外（準拠外国実質法上認められる法的効力が法廷地ドイツの実質法上認められる効力範囲よりも広いとき、後者を優先させること）は「本件では考慮に値しない」と述べる。ドイツ法が準拠法に指定されるのは、第17b条第1項第1文（「登録生活パートナーシップの創設、解消およびヨーロッパ連合規則（EU）1104/2016の適用範囲に含まれない一般的効力は、登録簿を管理する国の実質規定に服する。」）の適用結果である。

第3文では、法廷地実質法上の効力を準拠外国実質法上の効力よりも優先させるという意味で、法廷地抵触法上の「遮断規則に基づく制限は、民法典施行法第17b条を広く解釈する見解に反対する論拠として主張されている」と説明される。「広く解釈する」という一般的な言回しは何を意味するかは明らかではない。それが準拠実質法が定める法律効果の発生範囲

schlechts (EheRAnpG k.a.Abk.) 第2条（民法典施行法の変更（Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche）第1項「第17b条第4項は以下の第4項および第5項により代替される。」に基づき、現行の第4項「夫婦が同性に属するときまたは夫婦の少なくとも一方が女性にも男性にも属さないとき、第1項ないし第3項が準用される、ただし、離婚および別居の準拠法は、ヨーロッパ連合規則（EU）No. 1259/2010に拠る。夫婦財産制の効果は、ヨーロッパ連合規則（EU）1103/2016により適用される法に拠る。」のように改められた（<https://www.buzer.de/gesetz/5257/al68499-0.htm>（2022年4月26日確認））。

170) こうした説明は、準拠外国法の適用結果を公序条項で排除するという法律構成に代えて、準拠外国法と法廷地ドイツの実質法とを対比させうえて後者を優先する構成に他ならない。こうした法律構成を正当化するためには、登録生活パートナーシップ法の当該規定が絶対的適用を要する強行規定（涉外実質規定）であることを説明する必要がある（しかし、この点についても格別の説明はない。）。

と法廷地（ドイツ）実質法上の法律効果の発生範囲とを対比した上での両者の広狭を含意するとみれば、「第17b条を広く解釈する見解」は、たとえば、「夫婦が同じ性に属するときまたは夫婦の少なくとも一方が女性にも男性にも属さないとき」に準用される同条第1項（第17b条第4項第1文）、すなわち、「登録生活パートナーシップの創設、解消およびヨーロッパ連合規則（EU）2016年第1104号の適用範囲に含まれない一般的効力」の準拠法とされる「登録簿を管理する国の実質規定」（第17b条第1項第1文）という概念に多くの規定を盛り込む見解とみることができるのかもしれない。「広く解釈する見解に反対する」ということは「狭く解釈するべきである」という主張に他ならず、「登録簿を管理する国の実質規定」という概念に含める法律効果を縮減することを意味しよう。こうした見方を支持するということは、結局、ドイツ実質法上の諸規定が登録簿管理国法よりも優先的に適用されるという趣旨であり、ドイツ実質法がカバーする事項の適用範囲内に収まるよう、登録簿管理国法を狭く捉える見解に通じるようにもみえる。ドイツ法を準拠外国法より優先することがこのような狭い解釈の根拠となるという説明は、あるいは、ドイツ実質法の規律範囲内に収まらない外国法制度を当初から排除するという趣旨なのだろうか。

第4文では、立法者は「ドイツ法にとって未知の法制度をその効力に限りて制限するためだけでなく、民法典施行法第13条の意味における婚姻を優遇するためという目的をもって、この第4項を意図的に導入した（これは遮断規則ではない。）」と述べる。第5文では、「第4項は婚姻を優遇するために意図的に設けられた規定である」と述べて、第4項¹⁷¹⁾の立法趣旨が強調される。しかし、外国で登録された生活パートナーシップの効力がドイツの民法典および生活パートナーシップ法の諸規定が定める効力以上には及ばない旨を規定する第4項をどのように理解すれば、「第13条の意味における婚姻を優遇する」という趣旨が導かれるのかは明らかではな

171) 前注169。

く、第5文の「法政策的にみると第4項には批判される点がある」と説明されても、第6文で「それゆえ、第4項を今後も残すか否かという点については、立法者または連邦憲法裁判所が判断すべきである」と述べられていても、第4項のどの文言がどのような理由で批判されるのかを知ることはできない。

第5段落では、「外国法に従ってその性をXと表記される間性者とドイツ法に従ってその性を男性または女性と記載される者とを結び付ける」ケースで第17b条が適用され、「そこで適用される準拠法は、生活パートナーシップの登録国法、それゆえ、ドイツ法である」と述べられる。同論文執筆当時の第17b条第1項第1文では「登録生活パートナーシップの創設、一般的効力および財産的効力ならびに解消は、登録簿を管理する国の実質規定に服する」¹⁷²⁾と規定されていた。ゲスル教授がドイツ法を準拠法とみるのは、ニュージーランド人間性者とドイツ人非間性者との身分関係に対して第17b条が適用されることを当然の結果と考えていたからに違いない。けれども、同論文執筆当時の第17b条の人的適用対象は、文言上、同性の者に限られ、間性者は含まれていない。第17b条第4項が「夫婦が同一の性に属するときまたは夫婦の少なくとも一方が女性にも男性にも属さないとき」第1項に従って「登録簿を管理する国の実質規定に服する」と改められたのは、2018年12月18日の法律¹⁷³⁾によってであった。このようにみると、ゲスル教授の解釈論には実定法上の根拠が欠けていたこととなり、そうした解釈を可能とする法的根拠が説明されなければならなかったことが分かる。

4 「Ⅲ ドイツの実質法」は、まえがき部分、「1. 提案：転換 (Vorschlag: Transposition)」および「2. 事実上の置換 (Faktische Umsetzung)」, これら3つの部分から成る。

(1) まず、まえがき部分では、以下のように述べられる。

172) <https://www.buzer.de/gesetz/5257/al37172-0.htm> (2022年4月26日確認)

173) 前注169。 <https://www.buzer.de/gesetz/5257/al68499-0.htm> (2022年4月26日確認)

ドイツ法における「第三の性」について (2)

“①基本法第6条および生活パートナーシップ法第1条第1項と関連する民法典における婚姻の概念も、同様に、間性者がどちらの性に属するかに関する判断をドイツの実質法に委ねている。この（実質法上の）先決問題も、間性者の本国法によって決定され、そして……当事者が「X」性に属するという結論が導かれる。

②ドイツの実質法では、間性者について、婚姻も登録済み生活パートナーシップも第三の法制度も規定されていない。生活パートナーシップ法が「第17b条の適用を導く法律要件」を明示的に同性のカップルに限定しているところからみて、（民法典施行法第17b条の同法第13条に対する関係と同様に）、登録済み生活パートナーシップの婚姻に対する関係において、間性を「第17b条の適用を導く法律要件」と解することはできない。Xという性に属する者に対してドイツで婚姻締結や生活パートナーシップの創設を認めようとするれば、立法者は生活パートナーシップや婚姻を間性者に開放しなければならないであろう。しかしながら、これまでのところ、身分登録法第22条第3項に対応するような、婚姻締結や生活パートナーシップの創設に関する規定は設けられていない。尤も、そうした方向に進むことは望ましい。それまでは、第13条や第17b条とは別の何らかの解決策が模索されなければならない。”¹⁷⁴⁾

第1段落の第1文では、「基本法第6条および生活パートナーシップ法第1条第1項と関連する民法典における婚姻の概念」に言及されている。教授は、間性者の性如何を、基本法第6条第1項に言う「Ehe」、登録済み生活パートナーシップ法第1条¹⁷⁵⁾に言う「Geschlecht」および民法典

174) 前注40 (S. 304)。

175) 教授は「§ 1 Abs. 1 LPartG」と書かれているが、同法の第1条に第2項はないため、「§ 1 Nr. 1 LPartG」の誤記かと推測される。第1条では「2017年10月1日以後、同性の者の中で生活パートナーシップを創設することはできない。この法律は次の各号に掲げる生活パートナーシップに適用される。」と規定さ

第1353条¹⁷⁶⁾に言う「Ehe」や「Geschlecht」、これらの語句を解釈する際の前提的論点(実質法上の先決問題)と位置付け、「間性者がどちらの性に属するかに関する判断をドイツの実質法」に委ねている旨、指摘される。けれども、2018年改正以降の民法典施行法第17b条第4項を除き、基本法でも民法典でも生活パートナーシップ法でも「間性」という概念が認められていない点を考慮すれば、ドイツの実質法では「間性者がどちらの性に属するかに関する判断」を下す上で必要となる成文規定が用意されていないことが明らかである。次の第2文で、教授は、外国人の性別如何の決定基準に関して、性別如何という「(実質法上の)先決問題も、間性者の本国法によって決定され、……当事者が『X』性に属するという結論が導かれる」と述べられる。一方の、民法典における婚姻概念が「間性者がどちらの性に属するかに関する判断をドイツの実質法」に委ねているという記述と、他方の「外国人の性別如何の決定基準に関して、「(実質法上の)先決問題も、間性者の本国法によって決定」されるという説明とは果たして両立するのだろうか。この点を問うのは、第1文から論理必然的に第2文が導かれるとは言い得ないからである。それは、第1文があくまでも法廷地国内実質法上の先決問題の解釈基準について述べていたのに対し、第2文では涉外事件における抵触法上の先決問題の準拠法が取り上げられているからである。民法典が実質法である以上、民法典が採用する婚姻概念の解釈基準が実質法に委ねられることに違和感はないものの、「(実質法上の)先決問題」の解決策としては、当該国実質規定の枠内での解釈という選択肢もあり得る(この場合、身分登録法第22条第3項の適用が考

れ、第1号では、「2017年10月1日より前にドイツ連邦共和国で創設された生活パートナーシップ」と定められている (https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/_1.html (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/BJNR026610001.html> (2022年4月26日確認))。

176) 民法典第1353条第1項第1文は「婚姻は、異性の2人または同性の2人により、生涯に亘って、締結される。」と規定する (https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1353.html (2022年4月26日確認); <https://dejure.org/gesetze/BGB/1353.html> (2022年4月26日確認))。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

えられる) ところ、なぜ牴触法上の先決問題がそこで論じられるのが説明されていないことによる。「(実質法上の) 先決問題」を間性者の本国法に委ねる見解では、ニュージーランド法が先決問題の準拠法に指定される。ドイツの出生登録簿に登録されていなければ、ドイツの実質規定(身分登録法)によって、間性者の性を決めることはできないため、性の決定を間性者の本国法に委ねる構成も確かに主張される余地がある。それでは、法廷地のどの独立牴触規定によって「当事者の本国法」へ連結されるのだろうか。教授の場合、拠るべき牴触規定の探求にあたって煩雑な説明を避けるために、牴触法上の先決問題ではなく、実質法上の先決問題という表現が用いられたのだろうか。ここでは、「diese (sachrechtliche) Vorfrage」という表現の意味が確認されなければならない。

第2段落の第1文では、「間性者がどちらの性に属するかに関する判断をドイツの実質法に委ねている」としても、ドイツの実質法上「間性者について、婚姻も登録済み生活パートナーシップも第三の法制度も規定されていない」ため、間性者の性を決定し得ないことが示される。第2文では、「生活パートナーシップ法が『第17b条の適用を導く法律要件』を明示的に同性のカップルに限定している」点からみて、「登録済み生活パートナーシップの婚姻に対する関係において、間性を『第17b条の適用を導く法律要件』と解することはできない」ことが、第3文ないし第6文では、X性に属する者の婚姻締結や生活パートナーシップの創設をドイツで認める上で、根拠となる実定法規が必要となるところ、性別欄を空欄とするというやり方で間性を認める身分登録法第22条第3項のような規定がないため、法規の欠缺を補う解釈論が必要となることが述べられる。そうした解釈論としては、次の2つの可能性(「転換」および「事実上の置換」)が提案されている。

(2) 最初の可能性は、「転換」という解釈方法である。「1. 提案: 転換」の項は、以下のように、4つの段落から成る。

“①ドイツ法にとって未知の外国法上の概念は、ドイツ国内ではし

ばしば、（ドイツ法上の概念をもって外国法上の概念を代用する）代用（Substitution）であれ、（ドイツ法上の概念に変換する）転換（Transposition）であれ、あるいは、（規範を適応させる）調整（Angleichung（Anpassung der Normen））であれ、可能な限り、外国法上の概念に近接する国内法上の概念への適応が行われている。確かに、ドイツには「X」という性は存在しないが、それでも、身分登録法変更法は、今後、（当分の間）当事者の性を空欄のままにしておくことを認めている。こうみると、Xという性に属する者は、転換という方法で、身分登録法第22条第3項により、性別登録が空欄の者として取り扱われよう。

②現行法では、別段の定めがない限り、身分登録法第22条第3項の適用上、性別が空欄のままの者の性は、民法典第1303条以下および生活パートナーシップ法が性の決定を前提としているところから、婚姻の締結や生活パートナーシップの創設に先立って、「男性」または「女性」と決定されなければならない。

③本国法上、「X」性を有するとされた者も、同じように、性をXとする決定の効力をドイツ身分登録法の適用範囲内に限定することができる。連邦憲法裁判所の判例によれば、この場合、人間の尊厳と人格の自由な発展を求める権利（基本法第1条第1項および第2条第1項）が、自分がどちらの性に属するかに関する本人の感情を法によって特別に保護することを要請しているという理由で、何よりもまず本人の自己理解が優先されるべきである。性を「X」のままにしておくことが自分の感情に合っているという理由で、間性者が、「X」性から男性または女性への転換を拒否する場合、ドイツの現行法では、最終的な結果として、婚姻の成立や生活パートナーシップの創設は拒絶されなければならない。

④ここで提案された転換という方法は、いわゆる「跛行的な性区分」をもたらす。本人は、本国で「X」と表示されていても、ドイツ法では男性または女性と表示される。それでも、ドイツ法では一部

ドイツ法における「第三の性」について (2)

で、たとえば、一方では、性転換法第1条第3号dで直接的に、他方では、男性から女性へと性を転換した後に、出生証明書に（現在の）女性を子の父として登録することが許される限りで、「跛行的な性区分」が意図的に甘受されている。この場合にも、「跛行的な」性の所属が現れる。母親と父親が揃っていることを望む子どもの利益は、子の親の一方が女性であることを望むことよりも、高く評価される。¹⁷⁷⁾

第1段落の第1文では、ドイツの裁判制度では、ドイツ法に知られていない外国法上の概念が「適応」というやり方でそれに近接するドイツ法上の概念に置き換えられることが、そして、「適応」には3つの方法（「代用」、「転換」および「調整」）のあることが紹介されていた。第2文では、ドイツでは「X」という性が認められていないが、身分登録法変更法¹⁷⁸⁾第1条（「身分登録法の変更」）第6号により新設された身分登録法第22条第3項において当事者の性が空欄とされることが、第3文では、「Xという性に属する者は、転換という方法で、身分登録法第22条第3項により、性別登録が空欄の者として」取り扱われる¹⁷⁹⁾ことが、述べられていた。ドイツ国際私法の通常理解¹⁸⁰⁾によれば、「代用」は「準拠実質法上の規範

177) 前注40 (S. 304 f.)。

178) 2013年5月7日の身分登録法上の諸規定を変更するための法律 (Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG) Vom 7. Mai 2013 (https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/downloads/Webs/PERS/Themen/Rechtsquellen/pstraendg.pdf?jsessionid=05D99FD876B38827764606AA4ADAA2E4.1_cid373?__blob=publicationFile&v=1 (2022年4月26日確認)))。

179) 身分登録法第22条第3項については、前注46参照。

180) たとえば、ボン大学のオリヴァー・メアスドルフ (Oliver Mörsdorf) 教授による解説がそうである。https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Institute/IPR/Moersdorf/Praesentation_IPR_Teil_5.pdf (2022年4月26日確認) 参照。

の法律要件要素に代えて、国内の法律要件要素を代用して実現すること」(国内公証人の公証による外国公証人による公証の代用)と、「転換」は「準拠法以外の法に基づいて成立した法律関係を準拠法上の法律関係に移し替えること」(旧所在地法上成立した物権の行使に関する新所在地法上の制限(民法典施行法第43条第2項))と、「調整」は「複雑な法律関係を解明するために複数の準拠法を結び付けることによって生じる規範間の矛盾を解決すること」(妻の相続分に関する夫婦財産準拠法と相続準拠法との規範矛盾)と、それぞれ解説されている。各用語の定義をみると、ここで「転換」という解釈方法が提案されることも十分に首肯されよう。

第2段落では、現行法上別段の定めがない限り、民法典および生活パートナーシップ法の諸規定が男女いずれかの性を前提としているため、身分登録法第22条第3項の適用上、性別欄が空欄の者は、婚姻を締結したり生活パートナーシップを創設したりしようとするれば、「男性」か「女性」かの選択を強制される旨、指摘される。

第3段落の第1文では、ニュージーランド法上の性をXと定める行為の効力がドイツ身分登録法の適用範囲内に限定されることが、第2文では、連邦憲法裁判所の判例上、人間の尊厳と人格の自由な発展を求める権利が性の決定を本人に委ねているため、性の表記に関しては本人の考えがドイツでも優先されることが、第3文では、X性から男性または女性への転換を迫られた間性者がどちらの性への転換も拒否するとき、現行法上、婚姻や生活パートナーシップが認められないことが示される。この点は第2段落の趣旨の繰り返しに当たる。

第4段落の第1文ないし第4文では、外国法上の概念をドイツ法上の概念へと転換する場合、本国法上「X」と記載されていても、ドイツ法では男性または女性と記載しなければならないため、性の所属につき跛行関係が生じ得ることが示される。たとえば、本国では「X」と表記されている者が、ドイツで性転換法第1条第3号d¹⁸¹⁾に基づき男性から女性へと性

181) 前注162参照。原文で「§ 1 Nr.3 lit. d」 と書かれている箇所は「§ 1 Abs. 1

ドイツ法における「第三の性」について (2)

を転換すれば、転換後の女性（転換前の男性）を出生証明書に子の父と記載して登録することができるため、本国における性の表記との齟齬を来すという意味で、跛行関係が生じ得る旨、指摘される。第5文では、子にとって、父母が揃っていることを望む利益の方が、親の一方が女性であることを望む利益よりも優先することが述べられている。尤も、これら2つの利益の間で優先順位を決める判断基準は、「……とき」（要件）→「……とする」（効果）というかたちでは示されていないため、そのような解釈（「子の福祉の尊重」？）の正当性の有無ははまだ論証されていない。

(3) 今ひとつの「2. 事実上の置換」の項は、以下のように、2つの段落から成る。

“①ドイツ法は、確かに、出生登録後に性の変更や削除が行われたとき、新しい表現形式の身分登録法第22条第3項の意味における選択肢と同様に、外国人の間性者を取り扱っているが、その者の性は依然として本人の本国法に従って決定され、「X」のままであることを認識する必要がある。

②本国法上の「X」という性は、ドイツ身分登録法上の目的を達成するため、身分登録法上の概念にしかるべく移されていただけで、ドイツ法の意味で実際に性に変更されているわけではない。両者の違いを明確にするためには、身分登録簿（たとえば、婚姻登録簿）の各該当箇所に、「X」という性を記載できるようにするのが賢明であろう。”¹⁸²⁾

第1段落の第1文では、出生登録後に性の変更や削除が行われたとき、新しい表現形式の身分登録法第22条第3項の意味における選択肢と同様に、外国人の間性者も身分登録法第22条第3項¹⁸³⁾に従い当初からその性

Nr.3 lit. d.] の誤記とみられる。

182) 前注40 (S. 305)。

183) 身分登録法第22条第3項は、2018年12月18日公布（同年12月22日施行）の

を選択した者と同様に取り扱われること、そして、「その者の性は依然として本人の本国法に従って決定され、『X』のままである」こと、これらが示される。後者は、この「Ⅲ Deutsches Sachrecht」のまえがき部分、第1段落の第2文での記述と同旨である。

第2段落の第1文では、本国法上認められる「X」性がドイツではドイツ身分登録法の規定に合わせて多様性と表示されたり空欄とされたりしているが、ドイツ法の意味で実際に性に変更されているわけではないと述べられていた。第2文では、外国法上の「X」という表記とドイツ身分登録法上のこれに対応する記載との違いを明確にするため、身分登録簿の該当箇所に、「X」と記載するのが賢明であろうと指摘されていた。これらは法的根拠を伴わない「事実上の置換」の例とされている。尤も、「法に拠る行政」という建前論を持ち出せば、ドイツの実務上、法的根拠を欠いた

「出生登録簿における記載の変更のための法律 (Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (GeRegÄndG.))」(BGBl. 2018 Teil I Nr. 48, S. 2635; https://dejure.org/BGBl/2018/BGBl_I_S_2635; <https://www.buzer.de/gesetz/13242/index.htm> (2022年4月26日確認)) 第1条(身分登録法の変更)により、変更されている (<https://www.buzer.de/gesetz/7606/al68480-0.htm> (2022年4月26日確認))。以下、念のために、2018年12月21日まで通用していた旧表現形式の身分登録法第22条第3項(前注46)を掲げよう。

“(3) 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。”

これに対し、2018年12月22日以降に通用している新しい表現形式の第22条第3項は以下のように改められた。

“(3) 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か、または、「多様性」と記載して登録されることができる。”

両規定を対比すると、旧規定の主節「so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.」中、下線部の2語が削除され、新规定では、主節「so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe „divers“ in das Geburtenregister eingetragen werden」中、下線部の9語が付加されている。「多様性」という記載が新规定に採用された部分が実質的な変更点である。

ままで、身分登録法上認められていない「X」を各登録簿に記載できるとなぜ言えるのかという疑問が残るであろう。「Ⅲ ドイツ実質法」のまえがき部分第2段落の第6文において「実定法規の欠如を補う解釈論」を探求する必要性が指摘されていた点を併せ考えれば、この「事実上の置換」はいまだ実定法解釈論として成熟していないように見える。

5 「Ⅳ 最終的考察」の項は以下の通りである。

“身分登録法上、X性の外国人をドイツの法秩序に統合することは容易ではない。小稿で概観された諸問題は、ドイツ法が「男性」または「女性」という性以外の分類を当初から規定していないことに由来する。立法者が身分登録法変更法の規定内容で満足せず、さらに進んで、間性者を適切にフォローする規定を設けることが期待される。”¹⁸⁴⁾

第1文では、「身分登録法上、X性の外国人をドイツの法秩序に統合することは容易ではない」と述べて、また第2文では、「小稿で概観された諸問題は、ドイツ法が『男性』または『女性』という性以外の分類を当初から規定していないことに由来する」と述べて、異なる法制度間の調整の難しさが改めて指摘されていた。第3文の「身分登録法変更法の規定内容」は、2013年5月7日の身分登録法変更法改正で追加された第22条第3項¹⁸⁵⁾、すなわち、性別欄の不記載を意味していた。これに対して、2018年12月18日の出生登録簿における記載の変更のための法律で身分登録法第

184) 前注40 (S. 305)。

185) 「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。」この規定は、2013年5月7日の身分登録法変更法 (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz (PStRÄndG)) (BGBl. I S. 1122, 2440 (Nr. 23)) (2013年11月1日施行) 第1条 (身分登録法の変更) 第6項 b) 号で追加された (<https://www.buzer.de/gesetz/10637/a181067.htm> (2022年4月26日確認))。

22条第3項に追加された「多様性」¹⁸⁶⁾という表記が、「間性者を適切にフォローする規定を設けること」とするゲスル教授の期待に応えるものとなっているか否かが確認されなければならない。

6 最後に、ゲスル教授の見解を改めて整理しよう。

(1) 「I 導入と問題の所在」

たとえば、国際民間航空機関が旅券への性別記載を要求しているため、旅券に性別が記載されている。性別二元主義のもとでは、伝統的な性別決定基準（「外性器、染色体および内性器を含む外見、特定のホルモンの濃度、社会的特性、……本人の自己理解の内容」）により、すべての者が必ず「男性」か「女性」のどちらかに決定されると考えられてきた。しかしながら、性別二元主義が機能しないことが次第に明らかになってきた。それにも拘らず、この方式が維持され、上記の基準で男女のいずれにも分類できない者は「間性者」とされている。2013年11月1日以降に実施された身分登録法第22条第3項では、間性者につき、「第三の性」を反映する新しい表記を認めず、性別欄は一様に空欄とされてきた。この不記載措置は本人の性を確定し得ないという事実を示すだけで、「第三の性」に対しては身分登録法上の効力が付与されないため、間性者への配慮としては十分ではないと考えられる。ドイツ以外では、特に旅券につき、「第三の性」を認める固有の表記方法が認められてきた。そこでは、「第三の性」は「その他」（ネパール等）または「X」（オーストラリア等）と記載されている。ニュージーランド法では、「birth certificate」および「birth record」の性別欄に「indeterminate」と記載されるかまたは不記載とされている。

186) 「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か、または、「多様性」と記載して、登録されることができる。この規定は、2018年12月18日の出生登録簿における記載の変更のための法律（Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (GeRegÄndG k.a.Abk.)）（BGBl. I S. 2635 (Nr. 48)）（2018年12月22日施行）第1条（戸籍法の変更）第2項で改正された（<https://www.buzer.de/gesetz/13242/a214196.htm>）（2022年4月26日確認））。

ニュージーランド法は登録された「第三の性」に身分登録法上の効力を付与する。ニュージーランドの「records」におけるこうした取扱いはドイツにはない。ドイツの「Personenstandsregister」における性の表記が身分に付随する公的な効力を示すのに対して、ニュージーランドの「birth records」や「citizenship records」は第一次的に統計としての機能を有する。こうした違いから、ニュージーランド国籍を有する間性者（intersexual）がドイツでドイツ人の非間性者（cisgender）と婚姻や生活パートナーシップを結ぼうとするとき、ドイツ法との間に牴触が生じ得る。

(2) 「II 法律関係の性質決定——民法典施行法第13条の意味における婚姻か、民法典施行法第17b条の意味における生活パートナーシップか」

ゲスル論文執筆当時のドイツ実質法では、婚姻が異性間での法的結び付きを、登録生活パートナーシップは同性間の法的結び付きを、それぞれ意味しており、ドイツ牴触法上も同様に考えられていた。両規定では、「同性」および「異性」の概念が前提とされているため、間性者の性をどのように取り扱うべきかが明らかにされなければならないところ、間性者の性の決定を直接の規律対象とする成文牴触規定がない。このため、民法典施行法の解釈として、間性者との婚姻締結または生活パートナーシップの創設に対して第13条（婚姻）と第17b条（生活パートナーシップ）のいずれを適用すべきかという論点が生じる。

民法典施行法第13条は男女間での婚姻締結に対してのみ適用される。適用すべき牴触規定を選ぶ際、両当事者がどちらの性に分類されるかが重要となる。間性者の身分関係は「婚姻」概念に含まれるか、それとも、「登録生活パートナーシップ」概念に包摂されるのか、この性質決定は、ドイツ法の観点から、特に牴触法上の評価を考慮して行われる。両規定の単位法律関係概念の解釈上、民法典施行法第13条の「婚姻」概念は、民法典の「婚姻」よりも、また基本法第6条の「婚姻」よりも広い。基本法は第6条第1項で「婚姻と家族は、国家秩序上、特別に保護される」と定める。支配的見解では、婚姻当事者の性別決定に関して、民法典施行法第13条の婚姻概念の広い解釈が基本法第6条を通して縮減される。

単位法律関係概念の解釈、つまり、「婚姻」か「生活パートナーシップ」かという「本問題」に対して、性の決定は牴触法上の「先決問題」と位置付けられる。先決問題は、ドイツの牴触法に従って連結される（独立連結説）。「性の決定」は、医学的証明の対象という意味での「事実認定」問題ではなく、連結対象適格を有する（準拠法決定を要する）「法律問題」である。性の決定を直接に規律する成文牴触規定はない。この欠缺は、第一に、性転換法第1条第1項第3号aおよびdの立法者が「当事者の本国法がその者の法的な性を決定する」と理解していたこと、第二に、「性は当事者に永続的に付随する基本的な特性であるという点が、属人法への連結を支えている」こと、第三に、「性の判定は権利能力に類似する」ところ、「権利能力も同様に本国法に従って判断される」こと、これらの理由で、性転換法第1条第1項第3号aおよびdを一般化した「性の決定は当事者の本国法に拠る」との不文の牴触規定により補填される。本国法への指定は当該国の牴触規定への指定を意味する（反致是認論）。

ニュージーランド法を適用すると、間性者の性は「X」と記載される。基本法第1条第1項（「人間の尊厳」）にも基本法第2条第1項（「人格の自由な発達を求める権利」）にも、「誰もがみずからの心理的・身体的な状況に応じて決定することのできる性にそれぞれ配分される権利」が含まれている。重大な理由がない以上、国家は、それが国家の根幹に関わる事項だという理由だけで、性の所属を制限してはならない。本人の身体的・心理的な状況を無視して、外国法秩序が本人の性自認を恣意的に制限すれば、そうした制限は不適法であり、それゆえ、公序良俗違反とみなされる。基本法第3条第2項（「男女」同権）や同法第3条第3項は性別二元主義に立脚する。民法典の起草者が男女二元主義に追随した理由は、起草者が、当時の学問的状况に従い、「性を持たない者も男女両性が合体した者もない」と理解していたからであった。民法典の立法者は、性の分類について最終的な価値判断を下しておらず、間性をめぐる問題の解決をそれぞれの時代の科学水準に委ねていた。民法典の性別分類は、科学における新しい発展に対して開かれたもので、不変の原則を示すものではない。

ドイツ法における「第三の性」について (2)

民法典を前提とする身分登録法第22条第3項の性区分も絶対的なものではない。ドイツ法上の性別二元主義は、「X」という外国法上の性表記がドイツ法と相容れないと言えるほど重要な原則ではない。すなわち、ニュージーランド法の適用結果は、ドイツ抵触法上の公序良俗に反しない。

ニュージーランド法の適用により、「X」と表記されたニュージーランド国籍を有する間性者とドイツ人の非間性者との身分関係はどのように規律されるか。民法典施行法第13条が男女間の婚姻に対してのみ適用され、同法第17b条が同性カップル間の生活パートナーシップに対してのみ適用されるというように、当事者の性別如何で両規定の適用対象を区別する説明では、男女間の涉外婚姻に対して適用される第13条も、男性同士または女性同士の涉外カップルに適用される第17b条も、間性者の身分関係には適用されないため、間性者の身分関係の準拠法をどの抵触規定に委ねるべきかが問題となる。「民法典上の婚姻を念頭に置いて設けられた民法典施行法第13条」の「婚姻」概念に「民法典上の婚姻とは異なる」外国法上の婚姻制度が含まれるという考えと平行に、登録済み生活パートナーシップに関する法律の意味での生活パートナーシップに対応するものとして制定された第17b条でも、登録生活パートナーシップに関する法律の定義を超えた広義の解釈が許されている。間性者については、「登録済み生活パートナーシップ」という文言を、「(少なくとも)2人の当事者が、生涯を通して互いを結び付けることを求め、しかも、登録を介してその事実を国家行為として確実なものとしようとするケース」と捉え、「民法典施行法第17b条の適用範囲は同性カップル間の身分関係だけに限られず、同法第13条に該当しないすべての、法的規律に値するパートナーシップ」を含むと解することができる(拡張解釈)。「民法典施行法第17b条は、国家により保護されたパートナーシップという法的地位を同性カップルにだけ付与するために設けられた規定ではなく、同性カップルにも付与する規定」であると説明することで、ニュージーランド人間性者とドイツ人非間性者との身分関係に、第17b条第1項第1文(「登録生活パートナーシップの創設、解消およびヨーロッパ連合規則(EU)1104/2016の適用範囲に含ま

れない一般効力は、登録簿を管理する国の実質規定に服する。)を適用することが可能となる。登録国がドイツであるため、ドイツ法が準拠法に指定される。

(3) 「Ⅲ ドイツの実質法」

ドイツの実質法上、婚姻法も登録済み生活パートナーシップ法も、性別欄を空欄とするというやり方で間性を認める身分登録法第22条第3項のような規定を設けていないため、間性者の性を決定し得ない。外国法上、「X」性に属する者の婚姻締結や生活パートナーシップの創設をドイツで認めるために、どのような説明が求められるか。法規の欠缺を補う解釈論としては、次の2つの可能性(「転換」および「事実上の置換」)が考えられる。

ドイツの裁判制度では、ドイツ法に知られていない外国法上の概念が「適応」というやり方でそれに近接するドイツ法上の概念に置き換えられる。「適応」には3つの方法(「代用」、「転換」および「調整」)がある。ドイツでは「X」という性表記が認められていないが、「X」性の外国人は、身分登録法変更法第1条(「身分登録法の変更」)第6号で新設された身分登録法第22条第3項により、転換という方法で、性別欄不記載者として取り扱うことができるとされていた。ドイツ国際私法上、「転換」は「準拠法以外の法に基づいて成立した法律関係を準拠法上の法律関係に移し替えること」と解されており、「準拠法に基づいて成立した法律関係を準拠法以外の法上の法律関係に移し替えること」も同様に許されると考えられる。このように解すると、ニュージーランド法上の性を「X」と定める行為の効力はドイツ身分登録法の適用範囲内に限定される。現行法上別段の定めがない限り、民法典および生活パートナーシップ法の諸規定が男女いずれかの性を前提としているため、身分登録法第22条第3項の適用上、性別欄が空欄の者は、婚姻を締結したり生活パートナーシップを創設したりしようとするれば、ドイツ法が認める方式、つまり、「X」性を「男性」か「女性」かに転換することが強制される。連邦憲法裁判所の判例上、人間の尊厳と人格の自由な発展を求める権利が性の決定を本人に委ねているた

ドイツ法における「第三の性」について (2)

め、性の表記に関しては本人の考えがドイツでも優先されるが、「X」性を有する者が男性への転換も女性への転換も拒否する場合、ドイツ法上、婚姻や生活パートナーシップは認められない。

外国法上の概念をドイツ法上の概念へと転換する場合、本国法上「X」と記載されていても、ドイツ法では男性または女性と表記されるため、性の所属につき跛行関係が生じ得る。子にとって、父母が揃っていることを望む利益の方が、親の一方が女性であることを望む利益よりも優先する。出生登録後に性の変更や削除が行われたとき、新しい表現形式の身分登録法第22条第3項の意味における選択肢と同様に、間性者も身分登録法第22条第3項に従い、当初からその性を選択した者と同様に取り扱われる。間性者の性は本人の本国法に従って決定され、「X」のままである。本国法上認められる「X」性がドイツではドイツ身分登録法の規定に合わせて多様性と記載されるかまたは不記載とされる。外国法上の「X」という表記とドイツ身分登録法上のこれに対応する記載との違いを明確にするため、ドイツの身分登録簿の該当箇所に、「X」と記載するのが賢明である（「事実上の置換」）。

(4) 「IV 最終的考察 (Schlussbemerkung)」

身分登録法上、X性の外国人をドイツの法秩序に統合することは容易ではない。2013年5月7日の身分登録法変更法改正で追加された第22条第3項、すなわち、性別欄の不記載を認める法制に合わせて、ドイツ法も性別二元主義では解決し得ない問題に積極的に対処することが求められる。

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

Koresuke YAMAUCHI

Zusammenfassung

Im vorigen Heft (Bd. 56 Heft 2) wurde zuerst auf neuere praktische Rechtsfragen zur Auslegung des „dritten Geschlechts“ im Familienregistrierungs-, Pass-, Einwanderungskontroll- und Flüchtlingsanerkennungsgesetz in Japan hingewiesen und im Rahmen einer rechtsvergleichenden Studie die aktuelle Situation im deutschen Recht teilweise vorgestellt. So hat das BVerfG in der Rechtssache „Vanja“, in der die Berichtigung der Bezeichnung von „weiblich“ in „drittes Geschlecht“ im Geburtenregister beantragt wurde, festgestellt, dass Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 3 des Personenstandsgesetzes (PStG) gegen Art. 2 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und gegen Art. 3 Abs. 3 Nr. 1 des Grundgesetzes (GG) verstößt. Dabei wurde nicht nur der Denkart, die zum Beschluss vom 10. Oktober 2017 führte, aufgeklärt, sondern auch die dogmatische Angemessenheit der rechtlichen Erklärungen in den verschiedenen Prozessstufen (AG, OLG und BGH) analysiert. Im ersten Teil dieses Heftes wird dargestellt, wie der deutsche Gesetzgeber, der durch den oben genannten Beschluss verpflichtet war, bis Ende 2018 verfassungskonforme Regelungen zu erlassen, Art. 22 Abs. 3 PStG durch ein Gesetz zur Änderung von Eintragungen im Geburtenregister geändert und Art. 45b neu eingefügt hat. Darin wird geklärt und darüber hinaus wird anhand der deutschen Literatur kritisch untersucht, wie diesmalige Änderung zu bewerten ist. Im zweiten Teil des Heftes wird die bisherige Praxis dahingehend überprüft, ob und inwieweit das traditionelle Verständnis der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit sowie der Bestimmung des anwendbaren Rechts, das sich auf der Grundlage des Geschlechterdualismus (gender binarism) entwickelt hat, bei Gerichten, die Rechtsfälle mit ausländischen Berührungen befasst sind, in denen eine Namensänderung in eine für das „dritte Geschlecht“ spezifische Bezeichnung

beantragt wird, beibehalten werden kann. Die Ansicht von Kollegin *Gössl*, die die erste war, die sich zu diesem Thema äußerte, wird näher untersucht.

Summary

In the previous issue (Vol. 56 Issue 2), reference was first made to recent practical legal issues concerning the interpretation of the “third gender” in the Family Registration Act, Passport Act, Immigration Control and Refugee Recognition Act etc. in Japan, and the current situation in German law was partially presented in the context of a comparative law study. For example, in the “Vanja” case, in which an application was made to correct the designation of “female” to “third gender” in the birth register, the German Federal Constitutional Court (BVerfG) found that § 21 para. 1 no. 3 in conjunction with § 22 para. 3 Personal Status Act (PStG) violated § 2 para. 1 no. 1 in conjunction with § 1 para. 1 and § 3 para. 3 no. 1 German Constitution (GG). This not only elucidated the way of thinking that led to the decision of 10 October 2017, but also analyzed the dogmatic adequacy of the legal explanations at the various stages of the proceedings (AG, OLG and BGH). The first part of this issue presents how the German legislature, which was obliged by the above-mentioned decision to enact regulations in conformity with the constitution by the end of 2018, amended § 22 para. 3 PStG by means of a law amending entries in the register of births and newly inserted § 45b. This clarifies, and furthermore critically examines on the basis of German literature, how this time’s amendment is to be evaluated. In the second part of this issue, previous practice is reviewed to determine whether and to what extent the traditional understanding of the determination of international jurisdiction as well as the determination of applicable law, which has developed on the basis of gender binary, can be maintained in courts dealing with international cases in which a change of name to a name specific to the “third sex” is requested. The view of colleague *Gössl*, who was the first to speak out on this question, is examined in more detail.