

ドイツ法における「第三の性」について (3・完)

——憲法上の評価と国際私法的考察——

Das „dritte“ Geschlecht im Deutschen Recht (Teil III):
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、第56巻第3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、本号）

3 ロスバツハ博士の理解

I 2013年改正身分登録法第22条第3項では、「第三の性」を自認する者への配慮として、出生登録簿の性別欄を空欄とすること（不記載措置）が認められていた。ニュージーランド国籍を有する間性者の身分関係に関するドイツ国際私法の規律可能性を取り上げたゲスル教授の場合、参照されたドイツ法制はこのようなものであった。むろん、現代社会に生きる

* 名誉研究所員・中央大学名誉教授

人々の性をめぐる内面的意識も外面的行動様式も、異文化社会との交流を通して絶えず触発される時代の動きと無関係ではない。「多様性」という表記方法が2018年改正身分登録法第22条第3項に導入されたのはその一例とみることができる。「多様性」という表記方法で足りるか、これに代替し得る新たな表記方法がさらに必要とされるのかという点に対する法的評価は、人々の性意識が今後どのように変わるかに応じて大きく異なるものとなるだろう。

それならば、ゲスル論文からほぼ10年を経て公表されたロスバッハ論文¹⁸⁷⁾の起点はどこに置かれていたのだろうか。博士の問題意識を最も良く示すのが次の一文である。

“国際私法は変わり得るものであり、性別二元主義という伝統的な概念もこれと同様に変更される余地がある。どの子も、男女いずれかの、明確かつ変更不能な性を持って生まれるという思い込みは、科学的にみると、余りに時代遅れである。特に、性転換者および間性者の大多数は、性をめぐる多くの社会的・政治的な問題を解決することだけでなく、身分登録や出生証明書における性別表示の変更を含め、みずからの性自認の法的な承認を得ることも重視している。ドイツ以外のEU加盟国をみると、この問題に関する法規制にかなりの差があるため、EU域内でも法の牴触が生じている。それにも拘らず、ドイツ国際私法にはこの点に関する独立牴触規定が設けられていない。ドイツ国際私法は、現行法上、性をどのように取り扱っているのだろうか。また、ドイツ国際私法は、将来を見据えて「より良い世界のための国際私法」へと発展する可能性を備えているのだろうか。拙稿では、これらが検討される。”¹⁸⁸⁾

ゲスル教授の場合と異なり、ロスバッハ博士の関心は、性転換者および

187) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 125.

188) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 125.

間性者に関する EU 諸国の法制間の差異への着目から、涉外事件の処理上、成文の独立抵触規定を欠くドイツ国際私法の解釈論および立法論を明らかにすることにあった。小稿が主題とする間性に関しては、「III. 実質法制 (Die Rechtslage im Sachrecht)」, 「2. ドイツの実質法制 (Sachrechtliche Rechtslage in Deutschland)」¹⁸⁹⁾の「c) 間性 (Intergeschlechtlichkeit)」および「d) 法改正——性の自己決定を認める法律を制定する必要があるか? (Reform: Selbstbestimmungsgesetz?)」で説明されている。以下、順次、確認しよう。

2 「c) 間性」の項は、以下のように、3つの段落から成る。

“①身分登録法第22条第3項は、出生時に女性または男性のいずれ

189) 「2. ドイツの実質法制」の項は、以下のように説明されている。

“ドイツでは、性は身分の一部とみなされ、身分は身分登録簿に登録される。性転換者と間性者に関しては、登録された性の変更につき、別々に規定されている。ドイツ国内でも改革論議が行われている。

a) 身分登録法制度

身分登録法第1条第1項第1文によれば、身分は、氏名を含め、一国の法秩序において、家族法上のさまざまな基準に基づいて生成する、人の地位と定義されている。身分は、法秩序全体を視野に入れて統一的に、人の家族法上の地位を決定するのであって、身分には、出生、婚姻、生活パートナーシップの創設、死亡、これらに関するデータ、ならびに、これらと関連する家族法上および氏名法上の事実がすべて含まれる (身分登録法第1条第1項第2文)。

特に性の所属の問題に関連するのは、身分登録法における出生登録簿に関する諸規定である。身分登録法第21条第1項第3号によれば、出生登録簿には、その他の記載とともに、子の性別が公証される。出生登録簿には、出生した子の国籍または常居所とは無関係に、身分登録事務所の管内で生じたすべての出生が公証される。” (Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 131.)

この項の末尾に付された脚注35では、すべての子の出生登録簿への登録を実現する義務を締約国に課す1989年11月20日の児童の権利に関する国連条約第7条第1項でも、性の決定基準が設けられていないことが指摘されている (Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 131.)。

にも区分され得ない子について、性別欄を空欄とするほか、「多様性」という表記で登録できる旨をも規定する。間性者の性が出生時に男女のいずれかに区分されていたとき、その表記を事後にしかるべく変更することができる(身分登録法第45b条第1項第1文)。

②それゆえ、身分事項がドイツに登録されている者は皆、たとえば、ドイツで生まれ、ドイツの出生登録簿に登録されている外国人も、身分登録法第45b条第1項第1文に従ってみずからの意思を表示する権利を行使することができる。登録後に性に関する記載の変更または削除の意思を表示する場合、ドイツ国籍を有することは要件とされていない。身分登録法第45b条第1項第2文は、身分事項がドイツに登録されていない場合に限定して、性転換法第1条第1項第3号に類似した規定を設けている。性転換法第1条第1項第3号によれば、身分事項がドイツに登録されていない者でも、その者がドイツ人であるとき(第1号)、ドイツ法を属人法とする外国人であるとき(第2号および第3号)、または、永住権および更新可能な滞在許可証を有しかつドイツ国内に適法に滞在する外国人であるとき、もしくは、EUブルーカードの保持者であつてかつその者の本国法に性転換法第1条第1項第3号に相当する規定がないとき(第4号)、これらの場合に限り、上記の趣旨の意思を表示することができる。性転換法第1条第1項第3号の場合がそうであるように、身分登録法第45b条第1項第2文も抵触規定ではなく、申立権利者を一定の範囲に限定する実質規定である。

③性の発育に変異があることは、医師の診断書の提出により証明されなければならない(身分登録法第45b条第3項)。しかしながら、同条同項の場合、性転換法が要求している医師の診断書のような専門家の鑑定書は必要とされていない。また、性の発育に変異があるか否かの判断は裁判所の司法手続で行われるのではなく、登記簿を管理する身分登録事務所のみがこの点の判断権限を有する(身分登録法第45b条第4項)。¹⁹⁰⁾

第1段落では、身分登録法第22条第3項および第45b条第1項第1文の内容が紹介されていた。第2段落では、性転換法第1条第1項第3号に類似した規定が身分登録法第45b条第1項第2文に設けられていることが、また、身分登録法第45b条第1項第2文も性転換法第1条第1項第3号と同様、牴触規定ではなく、申立権利者を一定の範囲に限定する実質規定であることが述べられていた。第3段落では、性の発育に変異があることの証明方法が性転換の場合よりも簡便であることが指摘されていた。

次の「d) 法改正——性の自己決定を認める法律を制定する必要があるか?」では、以下のように述べられる。

“性に関する実質法制は如何にあるべきかという問題は、ドイツでは何年も前から議論されてきている。最近では、2020年夏に当時は野党であった同盟90／緑の党と自由民主党が、全般的な改革を目論んで2つの法律案を提出していた。両案に共通するポイントは、身分登録事務所に対して性に関する登録事項を変更する旨の意思を表示するだけで性別表記を変更できるようにすべきだという点にある。つまり、法的な性区分はもっぱら自己決定に委ねられるべきものであり、性区分について新たな要件を設けたり、裁判所の司法手続に委ねられたりするものではないと考えられていた。この提案は、それまでの実務からの明らかな転換を意味する。2019年に連邦法務省と連邦内務省が提出した報告者草案の内容は、これらと比べると、はるかに控え目なものであった。もちろん、2021年春に明らかになったように、政権与党による改革は、連邦議会議員選挙の終了まで、行われなかったとされている。2021年9月の選挙結果を受けて新たに、各政党のシンボルカラーになぞらえて、「交通信号機型」連立政権（赤色の社会民主党、緑色の同盟90／緑の党、黄色の自由民主党）（社会民主党のオラフ・シヨルツ政権）が発足したことで、改革の取組みが再び加速される可

190) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 133.

能性が出てきた。”¹⁹¹⁾

この項では、実質法分野での法改正に向けた動きが概観されていた。

3 次の、「IV. ドイツ抵触法の現状 (Die Rechtslage im deutschen Kollisionsrecht)」は、まえがき部分、「1. 連結対象 (Der Anknüpfungsgegenstand)」、「2. 連結点 (Der Anknüpfungspunkt)」および「3. 抵触法上の諸問題 (Probleme der kollisionsrechtlichen Rechtslage)」, これら4つの項から成る。まえがき部分は、以下の通りである。

“前述のような諸国の実質法間にみられる相違は、諸国の法秩序間に抵触が生じ得ることを示している。ドイツの抵触法には、性の所属を連結対象とする成文の抵触規定がない。これまで、性転換者については、各自の属人法の適用が主張されてきた。この属人法適用説が間性者にもあてはまるか否かは明らかではない。こうみると、現行法制には、さまざまな意味で、批判されなければならない点がある。”¹⁹²⁾

この項では、まず、諸国実質法間の相違¹⁹³⁾により法律抵触が生じ得る

191) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 133 f.

192) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 134.

193) 「III. 実質法制 (Die Rechtslage im Sachrecht)」の「1. EU加盟諸国における実質法の発展 (Sachrechtliche Entwicklungen in den EU-Mitgliedstaaten)」は、以下のように述べられている。

“27か国中26か国の法秩序は、性別記載事項変更の可能性を規定しているが、変更の具体的方法についてはかなりの違いがある。ヨーロッパ委員会の司法・消費者保護総局 (Generaldirektion Justiz und Verbraucher der Europäischen Kommission) が実施した研究 (Directorate-General for Justice and Consumers, Legal gender recognition in the EU, 2020, 109 ff., 116 f.) では、加盟諸国の法制度を比較するため、5つの類型が設けられていた。第1類型に挙げられた諸国では、性別記載の変更につき成文の法的根拠がなく、個別事案ごとに裁判所の判断が行われている (ブルガリア, ラトヴィア, リトウニア, ルーマニア, キプロス)。第2類型に属する諸国の法

秩序では、性別記載変更の要件として、不妊手術、性別適合手術、ホルモン投与などの医療行為が求められている（エストニア、フィンランド、イタリア、オーストリア、ポーランド、スロヴァキア、スペイン、チェコ）。ドイツを含む第3類型では、医学的または心理学的な診断や監督が必要とされている（ドイツ、クロアチア、オランダ、スウェーデン、スロヴェニア）。第4類型を構成する諸国では、医学的診断は求められていないが、法的手続が必要とされている（フランス、ギリシア）。最後に、第5類型に入るどの国でも、もっぱら当事者の自己決定に委ねられている（ベルギー、デンマーク、アイルランド、ルクセンブルク、マルタ、ポルトガル）。

これらに対する例外は、ハンガリーの法制である。2020年夏に改正されたハンガリー身分登録法（2010. évi I. törvény az anyakönyvi eljárásról）によれば、ハンガリーの身分登録簿には「出生時の性」（ハンガリー語では „születési nem“ と表記される。旧版に含まれていた „nem“ という語は、 „sex“ という意味だけでなく、 „gender“ という意味にも解されている。）だけしか登録を認められていない。「出生時の性」は「第一次性徴と染色体に基づいて分類された生物学的性」と定義されている（同法第3条x項）。登録された性の変更はできない（第69B条第3項）。このため、性転換者にとって、登録された性別記載と性自認を一致させることは不可能とされている。

前述の大多数の法秩序では、登録された性別記載の変更が男女という性別二元主義のもとでの2種類に限定されている。「男性」とか「女性」とかというカテゴリーを超越した何らかの具体的な性別表示を認める法律は、これまでのところ、ドイツとオーストリア（オーストリアの憲法裁判所は、一ドイツの連邦憲法裁判所と同様に、性別二元主義を超越する新しい性表記の登録を求める請求権があると判示した。こうした結果は、オーストリア身分登録法第2条第2項第3号の「Geschlecht（性）」という単語の合憲的解釈からすぐに導くことができるのであって、性の変更手続は不要である。オーストリア憲法裁判所2018年6月15日判決（事件番号 G 77/2018-9）、FamRZ 2018, 1437; このほか、Holzleithner, Geschlecht als Anerkennungsverhältnis, JÖR 2019 (33), 457, 472 ff. 参照。オーストリアでは、この間に、「weiblich（女性）」、「männlich（男性）」、「多様性（divers）」、「間性（inter）」、「不記載」または登録事項削除、これら6つの選択肢の中から選ぶことができるようになっている。）でしか設けられておらず、ポルトガル（2018年法律第38号。2018年8月7日の性自認と性表現の自己決定および各人の性的特徴の保護に関する法律。共和国官報（Diário da

República) 7. 8. 2018, S. 3922; これについては, Gössl, Das dritte Geschlecht, FF 2019, 298, 301; Gössl/Völmann, International Journal of Law, Policy and The Family 2019, 403, 408参照) では2018年に導入された法律がどのように解釈されるかという点がまだ明らかになっていない。マルタでは, 旅券などの身分証明書に「X」と記載されているが, 法的な性は, 身分登録簿における出生証明書に記載された性そのまま維持されている (Human Rights Directorate des maltesischen Ministry of Justice, Equality and Governance, abrufbar unter <https://humanrights.gov.mt/en/Pages/LGBTIQ%20Equality/Legal%20Provisions/Legal-Gender-Recognition-and-Bodily-Integrity.aspx> (2021年8月23日最終確認—筆者注: このサイトは「Invalid URL」と表示され, その内容を確認できない。))。デンマーク (デンマークは旅券に「X」という性を記載することを認めているが, 同時に個人の CPR 番号の下1桁で性別二元主義による性を表している (偶数は「女性」を, 奇数は「男性」を示す。))。出生証明書でも性別二元主義による区分しか認められていない。Deutsches Institut für Menschenrechte, Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht, 2017, Annex 2, 5 ff., 64 ff. 参照) とオランダでも, 事情はこれに類似する。また, オランダ法によれば, 1990年代以降, 一少なくとも理論的には一, 性別が確定できない旨を出生証明書に記載することができるようになっている (「性別が確定できないこと」) (オランダ民法典第1編第19d条第1項。尤も, 実際には, 2013年の調査によると, オランダで生まれた者でこのように登録した者は1人だけであった。vgl. van den Brink/Reuß/Tigchelaar, Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration, European Journal of Law Reform 2015, 282, 286参照)。リンブルフ裁判所は, 出生時に行われた記載を事後に変更することもできる旨, 判示した (リンブルフ裁判所2018年5月28日(事件番号 C/03/232248)。この裁判は, ヨーロッパ人権条約第8条およびジョグジャカルタ原則に基づいて行われた。同裁判所は, 長期的には, 第三の選択肢を設けることが立法者の義務であると判示している。))。これに対して, フランスとイギリスの裁判所は, 性別二元主義からの離脱に反対する旨の裁判を行っている (Cass. Civ. 1ère, 2017年5月4日判決(事件番号 Nr. 16-17. 189), England and Wales High Court (Administrative Court) Decisions, 22. 6. 2018, CO/2704/2017, R (on the application of Christine Elan-Cane) v. Secretary of State for the Home Department, [2018] EWHC 1530 (Admin); これについては, Gössl/Völmann, International Journal of Law, Policy and The Family 2019, 403, 408 f.; Schulz,

旨、確認されていた。次いで、ドイツの現行法には、性の所属に関する成文抵触規定が欠けていること、現行法制には批判されなければならない点があること、これらが述べられる。それでは、どの点が批判されるのか。

(1) 次の、「1. 連結対象」の項は、以下のように説明される。

“実質法において性別が考慮されている状況であれば、いつでも、法律抵触のケースを考えることができる。この場合、どの性に所属するかという問題は、抵触法上の先決問題として提起される。ドイツの判例でよく知られているのは、特に、外国人の性転換者がドイツで、性転換者ではない異性のドイツ人との婚姻を求めたケースである。もちろん、このケースは、いまだ性の相違——それとともに、性転換者が同一の性を維持する旨の承認——を婚姻締結の実質的成立要件としていた時代の先例であり、同性婚が法的に承認され、「すべての人のための結婚」(「結婚の開放」)が実現されている今のドイツでは、もはやこの種の事例をみることはできない。しかし、たとえば、——親子関係の存否が父たる地位や母たる地位と、それゆえ、性別と結び付けられた——血統を基礎とする親子法では、どの性に属するかという問いに対する答がきわめて重要となっている(民法典第1591条以下)。また、身分登録法上、性が(最初に)取り上げられる場合、性別如何は抵触法上の本問題となる。このことは、たとえば、身分登録法第36条により性が取り上げられるケースや外国国籍を有してドイツで生まれた子が間性者であるケースについて当てはまる。”¹⁹⁴⁾

ZEuP 2021, 64, 72 ff. 参照。フランスのケースはヨーロッパ人権裁判所に係属している(事件番号76888/17 (Y v. France))。総じて、この分野の実質法制は流動的である。たとえば、ベルギーでも、憲法裁判所の裁判(2019年6月19日の裁判(事件番号99/2019, 6813) これについては, Schulz, ZEuP 2021, 64, 71 f. 参照。)以後、性表示に関して第三の選択肢が導入される予定である。” Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 129 f.

194) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 134 f.

第1文では、前述のように諸国実質法間の相違が涉外事件をもたらす余地のあることが、第2文では、「どの性に所属するか」が抵触法上の先決問題となることがそれぞれ指摘される。第3文と第4文では、性別二元主義が妥当していた時期の性転換者と非性転換者との婚姻事案で性の所属如何が論点とされたケース¹⁹⁵⁾に言及される。第5文では、親子関係の存否が父母という性別と結び付けられているため、血統を基礎とする親子法では、どの性に属するかがきわめて重要となっている点が指摘される。第6文および第7文では、身分登録法第36条¹⁹⁶⁾により性別如何が最初に問われるケースや外国国籍を有してドイツで生まれた子が間性者であるケースでは、性別決定が抵触法上の本問題となることが示される。性別如何が本問題として提起される場合でも、婚姻の成否や親子関係の成否という本問題に対する先決問題として提起される場合でも、性別決定(どの性に所属するかという問題)それ自体を反映する概念または性別決定を包摂し得る上位概念が独立抵触規定の「連結対象」概念(単位法律関係)として構想されることであろう。

(2) 次の「2. 連結点(Der Anknüpfungspunkt)」は、「a) 性転換者に対する本国法またはその他の属人法の適用(Geltung des Heimatrechts oder sonstigen Personalstatuts für trans Personen)」, 「b) 性転換者のケースで確立されたルールの間性者のケースへの適用(Anwendung auch auf Fälle intergeschlechtlicher Personen)」, これら2つの項から成る。まず「a) 性転換者に対する本国法またはその他の属人法の適用」の項は、以下のように、4つの段落で構成されている。

195) AG Hamburg, Beschluss v. 17. 3. 1983 – 60 III 91/83, StAZ 1984, 42; LG Stuttgart, Beschluss v. 29. 1. 1998 – 10 T 395/97, StAZ 1999, 15; Präs. KG, Bescheid v. 10. 6. 2002 – IV-3462 E-D 2342/01 KG, StAZ 2002, 307; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 28. 1. 2003 – 10 VA 10/02, StAZ 2003, 139; BayOLG, Vorlagebeschluss v. 8. 12. 2003 – 1 Z BR 52/03, StAZ 2004, 71.

196) 「外国における出生および死亡(Geburten und Sterbefälle im Ausland)」(https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/_36.html (2022年4月26日確認))。

“①ドイツの牴触法には、性別の決定に関する成文の牴触規定はない。上述のように、立法者は、成文牴触規定に代えて、実質法規において、特に性転換法第1条第1項第3号および身分登録法第45b条第1項第2文において、申立権利者の要件を制限するという規律方法を採用している。

②尤も、性転換者のケースをみると、ドイツの牴触法には、性別の判定は原則としてそれぞれの属人法に拠らなければならないとする点で一致がある。この場合、連結点は国籍である（いわゆる本国法主義）。本国法主義を正当化するにあたり、学術文献の一部では、——原則として、ドイツ人およびドイツ法を属人法とする外国人に対してのみ適用される——性転換法第1条第1項第3号を双方向的牴触規定へと拡張できると説明され、また、他の一部では、民法典施行法第7条を類推適用できると説明されている。ゲスルは、この類推適用説を、法律学方法論という観点からすべての分野に通用する類推解釈という方法を用いて、法の継続形成を行ったものと、位置付けていた。この本国法主義——一般的に言えば、空間的に最も密接な結び付きの原則——は、牴触法的利益分析を通して、牴触法全体から取り出されたものであり、この本国法主義がどのケースでも適用されている。

③類推適用を正当化しようとするこの説明は、筆者にも納得できるものである。確かに性を変更することはできるが、それでも、性はずっと継続して人間から切り離すことのできない個性の一部であって、人格の中心を形成している。この点において、性は、民法典施行法第7条に規定されている権利能力に相当する。第7条の場合、空間的に最も密接な結び付きを有する法は本国法である。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）。

④もちろん、本国法主義の適用は、次の2つの場面で、制限されている。最初の制限は、性転換法第1条第1項第3号dという——比較的——新しい規定から直接に引き出される。上述 (III. 2. b 参照) のように、性転換法第1条第1項第3号dによれば、ドイツ法を属

人法としない外国人、たとえば、トルコ人も、一定の条件の下で性転換を申し立てる権利を有する。どのケースでも、人の国籍に連結されるとすれば、性転換法第1条第1項第3号dは適用されない。というのは、ドイツ法を属人法としない外国人については、——ドイツの性転換法に代えて——最初から、その者の本国法が適用されるからである。それゆえ、性転換法第1条第1項第3号dを適用しようとする立場からすると、これらのケースでは、本国法主義が打破され、常居所地法に連結されるべきだと主張されている。このほか、ある者は、性転換法第1条第1項第3号dを特別公序条項——内国牽連性が強いとき、性転換に否定的な外国法の適用結果を是正する条項——と読み替え、またある者は、性転換法第1条第1項第3号dを法廷地のある種の強行規定（forum necessitatis）と説明している。”¹⁹⁷⁾

第1段落の第1文では、ドイツ国際私法上、性別の決定に関する成文の独立抵触規定がないことが、第2文では、涉外事件を規律するため、実質規定（性転換法第1条第1項第3号および身分登録法第45b条第1項第2文）が適用されていることがそれぞれ述べられていた。

第2段落の第1文では、性転換者の場合、「性別の判定は原則としてそれぞれの属人法に拠らなければならない」とする点でドイツ抵触法上一致があることが、第2文では、「属人法」として「本国法」が想定されていることがそれぞれ述べられる。第3文では、本国法主義の論拠につき2種類の説明（性転換法第1条第1項第3号の双方的抵触規定への拡張説、民法典施行法第7条の類推適用説）が行われていることが、第4文では、ゲスル教授が類推適用説を法の継続形成という観点から説明していたことが、第5文では、「抵触法的利益分析を通して、抵触法全体から取り出された」本国法主義がどのケースでも適用されていることがそれぞれ説明される。

197) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 135 f.

第3段落の第1文では、ロスバツハ博士が類推適用説に理解を示していることが、第2文では、性が「継続して人間から切り離し得ない個性の一部であって、人格の中心を形成している」ことが、第3文では、「性は、民法典施行法第7条に規定されている権利能力に相当する」ことが、第4文では、人の性につき「空間的に最も密接な結び付きを有する法は本国法である」ことと「本国法への指定は総括指定である」ことがそれぞれ示される。

第4段落の第1文では、本国法主義の適用が2つの場面で制限されていることが、第2文では、最初の制限が性転換法第1条第1項第3号dから直接に引き出されることが、第3文では、性転換法第1条第1項第3号dが、ドイツ人の他、ドイツ法を属人法としない外国人にも適用されることが、第4文および第5文では、本国法主義の適用という原則を貫けば、ドイツの性転換法第1条第1項第3号dを外国人に対して適用できなくなる（逆に言えば、同法第1条第1項第3号dを外国人に適用するためには、本国法の適用を制限する必要がある）ことが、第6文では、性転換法第1条第1項第3号dの適用が常居所地法への連結と説明されていることが、第7文では、性転換法第1条第1項第3号dの適用が、一部では「特別公序条項」の適用と説明され、他の一部では「法廷地のある種の強行規定」の適用と説明されていることがそれぞれ紹介されている。

次の「b) 性転換者のケースで確立されたルールの間性者のケースへの適用」の項は、以下のように、2つの段落から成る。

“①本国法主義の適用に対するもうひとつの制限は、性転換者について認められた連結ルールを間性者のケースにも適用できるかどうかという点に関して現れる。適用できるとする答えは、一見して、すぐに明らかになる、というのは、性転換の場合も間性の場合も、連結対象——性別——がまったく同一だからである。この点に関する裁判例はいまだ公表されていない。たとえば、外国で生まれた間性者が後にドイツに移住する場合がそうであるように、身分事項がドイツで登録

されていないケースでは、現行法上、性転換者についての連結をそのまま間性者についての連結に転用する見解は十分に納得することができる。というのは、この種のケースでは、実質法の次元でみても、身分登録法第45b条第1項第2文と性転換法第1条第1項第3号との間に並行性が見出されるからである。こうみると、間性者の性の決定についても、性転換者の性の決定について展開された連結ルールに従って、準拠法を指定することができる。

②これに対して、本人の身分事項がドイツに登録されている場合、たとえば、ドイツ国籍を保有していなくても、ドイツで生まれている間性者の場合、状況は異なる。というのは、身分登録法第45b条第1項第1文によれば、身分事項がドイツに登録されている者は皆、——本人の国籍とは無関係に——、登録された身分事項の変更または削除を申し立てることができるからである。性転換者の性の決定の準拠法指定に関する連結ルールに対応させて、間性者の性の決定についての準拠法も本国法に拠ると仮定すると、このケースでは、最初からその者の本国法が適用されるのであって、身分登録法第45b条第1項第1文は適用されない。たとえ実質法ではドイツに登録された身分事項の変更が可能であったとしても、この場合、ドイツ国籍を持たない間性者は、抵触法上、本国法に連結されるため、ドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれる。特に、立法政策上、どのような内容の人権法が定められているかを考慮して実質法規の内容が定められている点を考慮すると、ドイツ国籍を持たない間性者がドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれることは、甘受できない。実質法規との並行性を確保しようとするれば、ドイツ国籍を持たない間性者の性の決定に関するケースについては、——ここでも本国法主義を打破することにより——、登録簿を管理するドイツの身分登録法に連結することが提案されなければならない。”¹⁹⁸⁾

198) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 136 f.

この項では、本国法主義の適用に対する第二の制限が紹介される。第1段落では、「外国で生まれた間性者が後にドイツに移住する場合」のように、身分事項がドイツで登録されていないケースを対象として、未だ裁判例はないけれども、性転換者の場合の性の決定について認められた本国法主義を間性者の性の決定のケースにも適用できるかどうかにつき、どちらのケースも性が連結対象とされているという理由で、また、「実質法の次元でみても、身分登録法第45b条第1項第2文と性転換法第1条第1項第3号との間に並行性が見出される」という理由で、転用できることが示される（転用肯定説）。この第1段落では、本国法主義の原則が維持されるケースについての説明が行われていた。

これに対して、第2段落の第1文および第2文では、身分登録法第45b条第1項第1文により、性表記の変更または削除を申し立てることができるという理由で、「外国で生まれた間性者が後にドイツに移住する場合」のように、身分事項がドイツで登録されていないケース（第1段落第4文）とは状況を異にするケース、つまり、「ドイツ国籍を保有していなくても、ドイツで生まれている間性者」の「身分事項がドイツに登録されている」ケースが取り上げられる。第3文、第4文および第5文では、このケースに身分登録法第45b条第1項第1文を適用せず、性の決定を本国法に委ねるとすると、「ドイツ国籍を持たない間性者がドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれる」という認識のもとに、こうした事態は甘受できないと主張される。第6文では、「実質法規との並行性を確保しよう」とする立場から、「本国法主義を打破することにより」「ドイツ国籍を持たない間性者の性の決定に関するケース」について「登録簿を管理するドイツの身分登録法に連結することが提案され」る。尤も、こうした説明が成功しているか否かには、異論があり得よう。というのは、「ドイツ国籍を持たない間性者がドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれる」とする認識自体に、身分登録法第45b条第1項第1文を適用するという解釈論が既に含まれ、そのことが本国法への連結の是非という最終的な評価と直接に結び付けられているからである。もともと本国法主義

を採用するという政策自体に「ドイツ国籍を持たない間性者がドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれる」こともやむを得ないという評価が含まれていたはずであった。適用結果の不均衡に着目するのであれば、本国法への連結に対する制限という構成とは別に、本国法への連結を維持した上で、民法典施行法第6条(公序条項)の適用によって本国法の適用結果を排除し、この欠缺を埋めるため法廷地法への補充的連結を通して第45b条第1項第1文を適用する法律構成(欠缺説)、あるいは、第45b条第1項第1文自体が民法典施行法第6条の実質的内容(抵触法上の公序に反するか否かの判断基準)を形成するとみて、第45b条第1項第1文の内容自体がそのまま実現される(欠缺否認説)といった法律構成も考慮される余地があろう。しかし、ロスバッハ博士の場合、これらの法律構成の当否までは検討されていないように見える。

(3) 次の「3. 抵触法上の諸問題(Probleme der kollisionsrechtlichen Rechtslage)」は、まえがき部分、「a) 性転換法第1条第1項第3号dという新たな規定(Neuregelung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 lit. d) TSG)」、 「b) 実質法における申立要件に対する制限(Beschränkung der Antragsvoraussetzungen im Sachrecht)」および「c) 法的安定性の欠如(Rechtsunsicherheit)」、これら4つの部分から成る。まず、まえがき部分から確認しよう。

“ドイツの立法者がこれまで抵触規定の導入に背を向け、抵触規定に代えて、性転換の手續および性の変更・削除に関する身分登録法第45b条第1項第2文の手續における申立人の資格という人的要件に制限を加える方法を採用してきた点には、さまざまな観点から批判が加えられる余地がある。”¹⁹⁹⁾

この項では、性の決定に関して、抵触法的規律が行われず、実質法的規

199) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 137.

律が優先されている点につき、批判の余地がある旨、記される。それでは、どの点が批判されるのか。

次の「a) 性転換法第1条第1項第3号dという新たな規定」の項は、以下のように説明される。

“連邦憲法裁判所の裁判の結果に基づいて制定された性転換法第1条第1項第3号dという新しい規定自体にすでに批判される余地がある。それは、申立人の本国法に「相当する規定」が存在するかどうか、裁判手続において職権により調査されなければならない（民事訴訟法第293条）からである。こうした規律方法は、専門家による鑑定意見を必要としており、そのため、時間の面でも費用の面でも高くつくことがある。調査の結果、相当する規定が本国法の中に存在することが明らかになった場合であっても、事実上、——たとえば、本国での手続がずっと継続して遅延している場合など——、本国法上の相当する規定を適用したとは言えない結果が生じる可能性がある。このようなケースで申立人に負担を負わせることには疑問がある。また、性転換法第1条第1項第3号dという規定がどのような人権法的背景のもとで制定されたかを考慮すると、この規定では、法政策的にみて、憲法上要請された最低限の内容しか実施されていない点が批判されなければならない。というのは、立法者は、性転換法の適用範囲をもっと広げることもできたはずだからである。”²⁰⁰⁾

第1文ないし第3文では、性転換法に「相当する規定」が本国法の中に存在するかどうかを裁判手続で職権により調査されなければならないため、時間の面でも費用の面でも高くつくという理由で、連邦憲法裁判所の裁判の結果に基づいて制定された性転換法第1条第1項第3号d自体に

200) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 137 f.

批判される余地があることが指摘される。第4文では、「相当する規定」が本国法の中に見出される場合でも、当該規定の適用結果と異なる結果が生じる懸念が示される。第5文では、本国法上の「相当する規定」を適用すべき場合であっても「相当する規定」を適用したとは言えない結果が生じ得るという負担を申立人に負わせるべきではないことが、第6文および第7文では、「立法者は、性転換法の適用範囲をもっと広げることもできたはず」だったのに、性転換法第1条第1項第3号dには「憲法上要請された最低限の内容しか実施されていない点」で問題のあることが指摘されている。

次の「b) 実質法における申立要件に対する制限」の項は、以下のよう
に説明される。

“また、申立人の本国法の中に性の決定に関して「相当する規定」があるか否かをどのように見つけるのかという点だけでなく、申立人の申立資格を制限するというやり方を通して、本国法上の「相当する規定」をドイツ国内で置き換えることができるか否かという点も、批判される余地がある。本来ならば抵触法上解決されるべき問題を、技巧を用いて、実質法に移し替えることは、抵触法分野の伝統的理解とは相容れない。また、ここで検討中の間性者の性の決定という問題は、もはや性転換法の適用範囲内に収まるものではない。性転換法第1条第1項第3号dに具体化された実質法的規律というモデルを支持する理由として、——この点は、たとえば、身分登録法第45b条第1項の場合にも当てはまる——、新しいケースが現れるたびごとに、実質法において、繰り返し制限を加える必要があると説明されることがある。けれども、事案ごとに個々の状況に合わせてそのつど要件を書き換えるこうしたやり方では、規律の統一性は得られないであろう。このような個別的な処理方法ではなく、やはり、すべてのケースについて本国法主義が貫かれなければならない（前述 IV. 2. 参照）。このようにみえてくると、性転換と間性を通じてあらゆるケースに対応

可能な抵触規定を設けることが望ましいこととなる。”²⁰¹⁾

第1文では、性転換法第1条第1項第3号dおよび身分登録法第45b条第1項という実質法的規律に委ねる場合に生じ得るさらなる問題点として、本国法の中に「相当する規定」を見つける方法如何が明らかではないことに加え、「相当する規定」のドイツ国内での置換えの可能性自体に疑問が出されていた。第2文では、準拠法如何という抵触法上の問題の解決に際して申立資格を制限するという実質法的規律で代用するという規律方法自体が「抵触法分野の伝統的理解とは相容れない」ことが指摘されていた。第3文の「間性者の性の決定という問題は、もはや性転換法の適用範囲内に収まるものではない」とする主張も同旨とみられよう。第4文および第5文では、実質法的規律を支持する理由として、ケース・バイ・ケースの処理が可能となることが挙げられ、実質法的規律に反対する理由として、統一的規律に欠けることが示されていた。第6文および第7文では、いずれも性を取り扱っているという点を考慮し、性転換と間性を通じて共通するルールを、それも、抵触法的規律を行う必要があるという立場から、一貫して本国法を適用すべきだとする博士の主張が明示されていた。実質法的規律を行う現行法制とロスバッハ博士の抵触法説とを対比してみると、結論と理由が言い換えでしかない（循環論法）という意味で、どちらの主張にも真の理由が挙げられていないため、いずれの見解も論証に成功していないことが分かる。

次の「c) 法的安定性の欠如」の項は次のように述べられる。

“また、性別の決定に関する成文抵触規定がないため、ドイツに滞在する当事者にとっては特に法的安定性に欠ける結果が生まれている。性転換者については、確かに、判例法上、確立された規律方法がある。もちろん、この方法を間性者にも同じように適用できるか否か

201) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 138.

に関する裁判所の判断はまだないし、素人目でもこの点を予測することはできない。性別のような、アイデンティティを形成し、しかも、人権法上重要なテーマについて成文規定がない現状は余りに堪えがたい。成文の牴触規定を設けることで、法的安定性に欠ける状態は改善されよう。”²⁰²⁾

第1文では、「性別の決定に関する成文牴触規定がないため、ドイツに滞在する当事者にとっては特に法的安定性に欠ける結果が生まれている」ことが、第2文および第3文では、性転換者について判例法上確立された本國法主義を間性者のケースにも転用できるか否かに関する裁判例がなく、どのような司法判断が下されるかを誰も予測し得ないことが述べられていた。第4文および第5文では、性の決定のような人権法上重要なテーマについては、法的安定性を確保するため、成文規定を設けるべきだとする博士の主張が繰り返される。

4 次の「V. 改正案で考慮した事柄 (Reformüberlegungen)」は、まえばき部分、「1. 成文牴触規定の統一的適用 (Einheitliche geschriebene Kollisionsnorm)」、 「2. 準拠法選択の可能性 (Rechtswahlmöglichkeit)」、 「3. 原則的連結点：国籍か常居所か (Grundsatzanknüpfung: Staatsangehörigkeit oder gewöhnlicher Aufenthalt?)」および「4. 対案 (Alternativentwurf)」、これら4項目から成る。まえばき部分は以下の通りである。

“以上を要するに、あるべき法状態 (立法論) としては、成文の牴触規定を導入することが望ましい。この種の牴触規定案は、前述の連邦法務省と連邦内務省による報告者草案にすでに含まれている。民法典施行法草案第7a条は、以下のような表現形式を採る。

- (1) 人の性の所属は、その者が属する国の法に拠る。
- (2) 人は、性の変更につき、変更時に自身が適法な常居所を有する

202) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 138.

国の実質規定を選択することができる。所定の条件のもとで、また、性の変更との関連において、これと同じルールが名の変更についても適用される。

- (3) 第2項による準拠法選択の意思表示は、公証されなければならない。身分登録事務所も、当該意思表示を公証または認証することができる。

上記の民法典施行法草案第7a条が「より良い世界のため」の抵触規定と言えるか否かについては、むしろ、疑問は残る。”²⁰³⁾

第1文ないし第3文では、性の決定に関する成文抵触規定を新設する立場から、連邦法務省・連邦内務省による報告者草案、特に、民法典施行法草案第7a条が紹介される。同条第1項は、性転換者の性の決定に関する裁判例と軌を一にして、人の性の所属につき本国法の適用を明言する。第2項では、性の所属の変更およびこれと関連する名の変更につき、性の所属の変更時に本人が適法な常居所を有する国の実質規定を選択することができる。第3項第1文では、「第2項による準拠法選択の意思表示」は公証を要することが、同項第2文では、身分登録事務所も、当該意思表示を示す文書の種類に応じて、私文書であれば公証 (notarization, beglaubigen) を、公文書であれば認証 (legalization, beurkunden) を行う権限を有することが規定されている。最後に、博士は、民法典施行法草案第7a条に疑問がある旨を指摘する。この章の構成が示すように、第一の疑問は準拠法選択の可否に関し (この点については、以下の「2. 準拠法選択の可能性」で論じられる。)、第二の疑問は原則的連結点を国籍とするか常居所とするかに関わる (この点については、以下の「3. 原則的連結点: 国籍か常居所か」で論じられる。))。

(1) 「1. 成文抵触規定の統一的適用」では、性の所属の決定に関して成文抵触規定を統一的に適用すべきだとするロスバッハ博士の考えが以下

203) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 139.

のように説明される。

“民法典施行法草案第7a条が、性の所属に関するあらゆるケースについての統一的规定となっていること、それゆえ、性転換および間性のケースとそれ以外のケースとを区別していない点は歓迎されなければならない。また、この種の牴触規定を設ければ、法的安定性に欠ける事態を減らすことができるし、民法典施行法第6条という一般的な公序条項を適用できるという利点もある。牴触規定が新設されれば、牴触法体系として、現行法より進歩したものとなろう。”²⁰⁴⁾

第1文では、民法典施行法草案第7a条が、性転換および間性のケースに限らず、性の決定が問われるすべての事案に適用される点で、第2文では、草案第7a条のような成文牴触規定を設ければ、法的安定性を確保できるだけでなく、準拠実質法の適用結果を公序条項を用いて修正できる点で、第3文では、牴触規定の新設により牴触法体系の欠落が補正される点で、それぞれ長所があることが指摘される。このような考慮のもとに、ロスバッハ博士は、民法典施行法草案第7a条の趣旨自体を歓迎するが、他方で、民法典施行法草案第7a条の内容には、以下のように、2つの点で留保を付している。

(2) 留保事項のひとつは、準拠法選択の方法に関わる。この点を取り上げた「2. 準拠法選択の可能性」は、まえがき部分、「a) 準拠法選択 (Rechtswahl)」、 「b) 双方的牴触規定 (Allseitige Kollisionsnorm)」および 「c) 準拠法選択のための連結点 (Anknüpfungspunkt für die Rechtswahl)」、これら4つの項から成る。まず、まえがき部分からみて行こう。

“前述の報告者草案中の民法典施行法草案第7a条は、第2項において、人は性の所属の変更時に本人が適法な常居所を有する国の実質規

204) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 139.

定を選択することができる旨、規定する。準拠法選択を許すか否か、そして、準拠法選択を認める抵触規定を双方向的抵触規定とするか否かは、関係者の利益という観点から考えられたものであるが、準拠法選択を認めるこの連結点は、もちろん、批判されなければならない。”²⁰⁵⁾

この項では、準拠法選択条項（民法典施行法草案第7a条第2項）への疑義が示される。それでは、準拠法選択条項の何が問題なのだろうか。

次の「a) 準拠法選択」では以下のように説明される。

“準拠法選択の採用は、当事者に自己決定の機会をより多く与えることを意味する。自己決定の尊重という重要な目標が、性自認の保護と関連させて（準拠法選択というかたちで）抵触法の中に置き換えられている点は、現行法に比して、大きな利点となっている。また、準拠法選択を認める立場には、本国法と常居所地法のいずれが当事者にとって密接度が高いかを一般的には判断できないという考えが含まれている。準拠法選択制度の採用は、柔軟な解決策の一例である。準拠法選択を認める立場では、——たとえば、（現行の）民法典施行法第13条第2項が規定しているように——、婚姻の実質的成立要件が欠けている場合、所定の要件のもと、選択肢のひとつとして、ドイツ法の適用も考えられている。ドイツ法の適用も認めるこの方法は、性転換法第1条第1項第3号d——この規定を適用するためには、もちろん、同じように、性転換法第1条第1項第3号dに相当する規定が本国法に知られていないときという要件が充たされていなければならない——の根底にある考え方にも沿うであろう。尤も、この方法では、ドイツ法の適用が当事者の自己決定に基づく意思の反映と言えるか否かが考慮されていない。また、準拠法選択を認める解決策は、本国法を

205) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 139.

調査する必要がないという点でも、相対的な意味で効率的である。それゆえ、現行法や前述の代替案と比較しても、準拠法選択制度の採用が望ましい。”²⁰⁶⁾

第1文と第2文では、当事者意思の尊重という観点から、また性自認の保護という点でも、準拠法選択制度の採用が好ましいという博士の評価が示される。第3文では、準拠法選択制度の採用には、空間的意味で最も密接な関係に立つ地の法を準拠法に指定する抵触法の立法原則に照らして「本国法と常居所地法のいずれが当事者にとって密接度が高いかを一般的には判断できない」という政策的考慮も働いていること、第4文では、準拠法選択の採用が柔軟な解決策となっていること、第5文および第6文では、準拠法選択を認める立場では、ドイツ法も選択肢となり得ること、また、ドイツ法を選択肢に含める見解は性転換法第1条第1項第3号dの根底にある考え方にも沿うこと、これらが示される。第7文では、ドイツ法が選択肢に入れられている点につき「ドイツ法の適用が当事者の自己決定に基づく意思の反映と言えるか否かが考慮されていない」ことが、第8文および第9文では、本国法を調査する必要がないという意味で、司法実務上、準拠法選択制度の採用が効率性という点で優れていることがそれぞれ示される。

次の「b) 双方的抵触規定」では、以下のように述べられる。

“民法典施行法草案第7a条第2項は、双方的抵触規定として表現されている。双方的抵触規定とすることで、人びとが、ドイツ国内でも、しかるべき性的地位を承認していない本国でも、同様に取得していなかった性的地位を保持することができるようになる。双方的抵触規定へと門戸を広げたことは、当事者の利益となるという意味で、歡

206) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 140.

迎されなければならない。”²⁰⁷⁾

第1文では、民法典施行法草案第7a条第2項が双方向的抵触規定として定められたことが確認され、第2文では、「当事者の利益となるという意味で」双方向的抵触規定という形式が採用されたことに賛意が示されている。「双方向的抵触規定 (allseitige Kollisionsnorm)」という表現は、当事者の国籍如何を考慮しないという意味で用いられている。

ロスバッハ博士は、民法典施行法草案第7a条に対する評価の過程で、「準拠法選択を認めるこの連結点は、もちろん、批判されなければならない」と述べていたものの、上述のように、準拠法選択を認めることにも準拠法選択条項で当事者の国籍如何を考慮しないことにも賛同していた。これに対して、民法典施行法草案第7a条の規定振りに対する疑問を示すのが次の「c) 準拠法選択のための連結点」である。2つの段落から成るこの項では、疑問の内容が以下のように説明される。

“①民法典施行法草案第7a条第2項は、本人が適法な常居所を有する国の法を選択できる旨、規定する。このような規定の仕方は、従来の法制を継承するだけでなく、憲法裁判所が掲げる基準にも適っている。報告者草案は、このような表現で、性転換法第1条第1項第3号dおよびこの規定の根底にある連邦憲法裁判所の裁判への賛意を示唆している。しかし、——ドイツの抵触法からみると、その他の抵触規定の表現形式と比べてまったく異質な——適法性という基準を導入することに十分な意義があるという考えには疑問がある。たとえば、特に、ずっと継続してドイツ国内に不法に滞在している多くの者にも準拠法選択を認めなくてもよいと言えるのかという点には疑問がある。それと同時に、適法性という基準の採用は、適法性の有無を審査するために要する裁判所や身分登録事務所職員の仕事量を著しく増やすこ

207) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 140.

とを意味する。また、ドイツ国内に適法に滞在しているという法的地位(在留資格)の有無によって、抵触法上の準拠法選択を行わせるか否かを区別するやり方には法政策上も問題があると思われる。

②以上の理由からみて、「適法な」滞在といった条件をまったく付けず、ドイツ国内に「単に」常居所を有することで足りるという方法を抵触法上の確立された基準とすることが望ましい。このような方法を採用すると、確かに、場合により、人の性的地位を跛行的にするリスクがあるかもしれない。しかし、——連邦憲法裁判所がすでに指摘しているように——、少なくともドイツ国内で性自認が法的に承認されることの方が本人にとって重要なか否かという点だけでなく、ドイツでの取扱いとは異なる取扱いが本国で行われることで難しい立場に立たされることから身を守るために、性自認の承認を放棄するか否かという点も、本人の判断に委ねられるべきである。ここでも、当事者に対して、自己決定の機会が提供されている。”²⁰⁸⁾

第1段落の第1文では、第7a条第2項に「適法性」という要件が設けられていることが、第2文では、この要件が従来の法制にも憲法裁判所の基準にも適っていることが、第3文では、報告者草案が性転換法第1条第1項第3号dおよび連邦憲法裁判所の裁判に賛意を示していることが、それぞれ述べられる。第4文ないし第7文では、①独立抵触規定の要件に「適法性」という概念を盛り込むことが他の抵触規定の立法形式に比して異質であるという点が、②在留資格者に準拠法選択を認め、不法滞在者に準拠法選択を認めないという立法形式が、不法滞在者に対する不当な冷遇措置に当たるという点が、さらに、③適法性の有無の審査が裁判所や身分登録事務所職員の職務上の負担を増やすという点が挙げられ、「適法性」という要件の導入への根本的な疑問が示されていた。

第2段落の第1文では、第1段落第4文以降の趣旨を考慮し、ドイツ国

208) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 140 f.

内に常居所があれば足りるとする対案が示される。第2文と第3文では、対案の場合、人の性的地位に跛行的法律関係が生じ得るが、跛行的関係を許容するか否かの判断を本人に委ねるべきであることが、第4文では、本人の判断を尊重することが当事者に対する自己決定の機会の提供という要請に適う旨、指摘される。むろん、自己決定尊重の是非（準拠法選択制度の採否）と自己決定尊重の方法如何とは明らかに論点を異にする。本人の判断を尊重することそれ自体と本人の判断をどの範囲でどのような方法で尊重するかということとは次元を異にする問題であって、前者を支持する理由付けがそのまま後者を支える理由となることは論理上あり得ない。こうみると、「適法性」の要件の是非も含めて、ロスバツハ博士の主張には論証に欠ける部分がなお残されていることが分かる。

(3) 民法典施行法草案第7a条に対する第二の留保事項は、「その者が属する国の法に拠る」（同条第1項）と規定されていた点の評価に関わる。2つの段落から成る「3. 原則的連結点：国籍か常居所か」は、この点について、以下のように述べている。

“①民法典施行法草案第7a条第1項は、原則的連結点として、国籍への連結を維持している。これにより、従来の法制との連続性が確保されるはずである。国籍への連結を原則とすることには、判断能力・調査能力に限界のある身分登録事務担当者にとって、国籍への連結であれば、国籍を確認し易いという利点がある。これに対して、国籍に連結することで、ドイツ国籍を有する者の取扱いとドイツ国籍を持たない者の取扱いとがドイツでは不平等になるという逆の結果も生まれている。

②こうみると、「より良い世界のための」抵触規定を探求する場合、本国法主義に拘泥することには疑問があるようにみえる。冒頭に述べた（上記II. 参照）ように、抵触規定により指定された準拠実質規定は、ドイツ人だけでなく、普遍的に誰にでも適用されるはずの基本的な人権と万人の権利というかたちに転換されている。それにも拘らず、

このような状況のもと、これらの権利を原則的に自国民のために留保しようとするには、矛盾があるように見える。人権法という点でこのように重要な分野で、内外国人を区別する「二元的法制度」を設けることは、法政策的にも社会政策的にも耐えがたい。むしろ、ドイツ国内に住むすべての者を原則として平等に扱うことが望ましい。立法者が——少なくともすでに打破されている——本国法主義に最終的に別れを告げることにより、また本国法ではなく常居所地法を原則的な連結点とすることによって、立法者は、ドイツに住む者全員を平等に取り扱うことができる——この場合、表向きは準拠法選択という形式を採りながら、実質的には本国法を適用して性を決定することが今後は可能となるに違いない。原則的連結点を常居所地法とする案が採用されるならば、登録された性を変更する——ひいては人権を実現する——ための敷居をできるだけ低くすることができよう。つまり、性の所属については、常居所への連結案の方が魅力的である。”²⁰⁹⁾

第1段落の第1文では、民法典施行法草案第7a条第1項が原則的連結点を国籍としていることが、第2文では、本国法主義の採用により、従来の法制との整合性が保たれるという長所のあることが、第3文では、実務家にとって国籍を確認し易いという利点のあることが、第4文では、逆に、国籍への連結が、ドイツ国籍の有無により異なる本国法の適用をもたらすため、ドイツ人か否かで不平等な結果をもたらし得るというマイナス面が、それぞれ指摘される。

第2段落の第1文では、「より良い世界のための」抵触規定を探求する場合、本国法主義に拘泥することには疑問がある旨、述べられる。尤も「より良い世界」の内容が明らかにされていないため、博士の評価の適否を直ちに判断することはできない。第2文と第3文では、「抵触規定により指定された準拠実質規定は、ドイツ人だけでなく、普遍的に誰にでも適

209) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 141 f.

用されるはずの基本的な人権と万人の権利というかたちに転換されている」はずなのに、「これらの権利を原則的に自国民のために留保しようとすることには、矛盾がある」ことが、第4文および第5文では、人権という観点から性を捉え、「ドイツ国内に住むすべての者を原則として平等に扱うことが望ましい」のに、内外国人を区別する「二元的法制度」は、法政策的にも社会政策的にも耐えがたいことが、第6文ないし第8文では、ドイツに住む者全員を平等に取り扱うため、そして、性の変更（人権の実現）を容易にするため、「原則的連結点を常居所地法とする」旨の提案が、それぞれ述べられる。

(4) 以上の検討を経て、次の「4. 対案」では、民法典施行法草案第7a条への対案が次のようにまとめられる。

“上記の諸点を考慮すると、性の所属について提案される抵触規定の文言は以下の通りとする。

- (1) 人の性の所属は、その者が常居所を有する国の法に拠る。
- (2) 人は、その者が属する国の実質規定を選択することもできる。この意思表示は公証されなければならない。”²¹⁰⁾

先の連邦法務省・連邦内務省による報告者草案の民法典施行法第7a条とロスバッハ案とを対比すると、以下のようになる。

項	連邦法務省・連邦内務省による報告者草案の民法典施行法第7a条	ロスバッハ案	備考
(1)	人の性の所属は、その者が属する国の法に拠る。	人の性の所属は、その者が常居所を有する国の法に拠る。	原則的連結
(2)	人は、性の変更につき、変更時に自身が適法な常居所を有する国の実質規定を選択することができる。所定の条件のもとで、また、性の変更との関連において、これと同じルールが名の変更についても適用される。	人は、その者が属する国の実質規定を選択することもできる。この意思表示は公証されなければならない。	準拠法選択

210) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 142.

(3)	第2項による準拠法選択の意思表示は、公証されなければならない。身分登録事務所も、当該意思表示を公証または認証することができる。		意思表示の公証
-----	---	--	---------

報告者草案に比して、ロスバツハ案では、第1項で原則的連結が本国法（国籍）から常居所地法（常居所）に変更され、第2項第1文では、逆に、準拠法選択時の選択肢が常居所地法から本国法に変更されている。また、ロスバツハ案では、不変更主義（「変更時」）に代えて変更主義が採用され、「適法な」常居所が退けられ、単純な「常居所」概念が導入されている。報告者草案では名の変更の準拠法にも言及されているが、この点はロスバツハ案には欠けている。ロスバツハ案の第2項第2文では、意思表示の公証制度が基本的に維持されているものの、公証行為の主体が報告者草案よりも拡大される余地がある。他方、両案とも、選択可能な準拠法が「実質規定」とされている点で、反致の可能性が排除されている。このようにみると、原則的連結点と選択可能な準拠法が異なることから、報告者草案とロスバツハ案とは体系的位置付けという意味で大きく異なることが分かる。

それでは、両案は実質的にも大きく異なるのだろうか。法適用実務の側からみると、準拠法調査の段階で、本国法と常居所地法をともに考慮する必要がある。尤も、本国法および常居所地法の各適用範囲という点では、原則的連結では総括指定の構成が採られ、準拠法選択の場面では実質法的指定の構成が採用されているという意味で、調査されるべき外国法の範囲は一様ではない。また、「国籍への連結であれば、国籍を確認し易いという利点」（「3. 原則的連結点：国籍か常居所か」第1段落）が挙げられていた点については、確かに、旅券等の公文書により本国法の認定が容易とされる場合があるが、偽造または変造された公文書に基づいて「本国法」が認定され得るケースを想定すれば、不真正「本国法」の適用結果については、法適用上の瑕疵として何らかの救済措置が講じられる余地があるとも言い得よう。

他方、わが国では「事実概念」²¹¹⁾とか「世界共通の事実概念」²¹²⁾とかと説明される「常居所」については、ドイツ法上、たとえば、以下のような説明がある。

“法律上の住所 (gesetzlicher Wohnsitz) に付随する難点や選定住所 (gewillkürter Wohnsitz) (この住所は本人が行為能力を有することを表す) に付随する難点を回避するため、普通、住所 (Wohnsitz) の代わりに常居所 (gewöhnlicher Aufenthalt) に連結される。常居所への連結は、当事者利益の尊重という点でも優先されるべきである。というのは、法律上の住所は、主に、従属的地位にある者の行為に責任を有する者 (主に、父および/または母) が住む地に司法的および行政的な関連を作り出すことを意図しているからである。しかし、従属的地位にある者自身からみると、自分が住む環境との関係の方がより密接であるため、(平均すると) 常居所地法が適用される方が多い。

常居所は、(意思という) 法的要素を持たない住所、つまり、「事実上の住所」と考えられている。常居所も (選定住所と同様)、事実上の存在の中心地を意味する。しかし、常居所は、必ずしも長期間滞在するという意思を必要としているわけではなく、法律上の常居所という概念も存在しない。それでも、判例は、たとえば帰国の意思を持ちながら留学目的で長期に亘って滞在する他の地を、特に、たとえば外国の全寮制学校に寄宿する場合のように、居所指定権を有する父母の意思に従って未成年者が滞在している地を常居所とはみていない。常居所と認定するか否かの境界は流動的であり、一旦は排除された (意思という) 「法的要素」がこのようなやり方で (父母の意思を通して) 裏口から忍び込んでくる。”²¹³⁾

211) 溜池良夫『国際私法概論 [第3版]』(有斐閣, 2005年) 122頁以下。

212) 佐藤文彦「独立抵触規定(2)―連結点」(山内惟介/佐藤文彦編『標準 国際私法』(信山社, 2020年) 25頁。

213) Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage Mün-

「常居所」については、次のような解説も行われている。

“自然人が存在していることを表す事実上の中心地（*tatsächlicher Daseinsmittelpunkt einer natürlichen Person*）を常居所（*gewöhnlicher Aufenthalt*）と言う。法的に重要な、居住するという意思表示の存在は、常居所を認定する上で必要な要件ではない。こうみると、常居所を表すためには、専門用語に含まれない「事実上の住所（*faktischer Wohnsitz*）」と言いつづけるのが正当であろう。その認定にあたっては、自然人の社会的、文化的、そして経済的な関係すべての重心（*Schwerpunkt*）がどこにあるかが決め手となる。”²¹⁴⁾

chen 2004, S. 471.

- 214) Götz Schulze/Sven Schilf, Beitrag aus Deutsches Anwalt Office Premium: § 22 Internationales Privatrecht / (2) Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt (https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/22-internationales-privatrecht-2-staatsangehoerigkeit-und-gewoehnlicher-aufenthalt_idesk_P117574_H114745500.html（2022年4月26日確認））。

常居所については、次のような説明も行われている。

“国際的にみて、またヨーロッパからみても常居所（*gewöhnlicher Aufenthalt*）という用語について拘束力のある定義はない。ハーグ国際私法会議は、学識経験者や実務家から批判されているにも拘らず、常居所という概念の柔軟性が失われることを恐れ、その内容を法文に規定することを拒み続けてきた。これに対して、多くの国で近年行われた国際私法立法には、ベルギー、ブルガリア、スイスのように、常居所に関する定義が見出される。これらの定義には、一部に、ヨーロッパで共通に形成されてきた常居所概念（*Aufenthaltsbegriff*）を視野に入れた表現が見出される。ヨーロッパ共同体の立法者は、ハーグ国際私法会議と同様に、今のところ、常居所概念の定義を断念している。しかし、現行のブリュッセル II a 規則の前身であるブリュッセル II 規則（規則 2000年第1346号）に関するアレグリア・ボラス・ロドリゲス（*Alegria Borrás Rodríguez*）による公式報告書で触れられていたが、ヨーロッパ裁判所が社会法および租税法の分野で判示した定義では、常居所は「当事者が、そこに継続して滞在するという意図のもとに、生活上の利害関係が恒常的または日常的に具体化される中心地として選択した地（*den Ort, den der Betroffene als stän-*

以上の説明を聴くと、「常居所」の認定にあたっては、本人の居住意思という要素が考慮されていないことが分かる。これに対して、次に掲げるように、「常居所」の認定に際して居住意思が考慮されるという説明も見出される。そこでは、居住期間が具体的数値で示されている。

“自然人がどこに生活の拠点 (Lebensmittelpunkt) を置くのかを明らかにするためには、家族との、職業上の、さらに友人との結び付き (端的に言えば、社会的統合) (familiäre, berufliche und freundschaftliche Bindungen (kurz: die soziale Integration) の有無が考慮されなければならない。その際、特に重要な指標のひとつは居住期間という客観的なメルクマルである。確かに、常居所を認定する期間を特定の数値で示すことはできないが、それでも、常識的な基準としては居住期間が6ヶ月以上 (ab einer Aufenthaltsdauer von sechs Monaten) であれば、常居所があると推定されよう。

また、居住期間が短くても、永住を目的とした滞在意思 (Aufenthaltswille) (いわゆるアニムス・マネンディ (animus manendi)) があれば、常居所があると認定することもできる。

結局のところ、社会的統合の有無が決め手となるため、たとえば旅行や一時的な留学による時間を限った不在は、常居所の変更をもたらさない。”²¹⁵⁾

digen oder gewöhnlichen Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in der Absicht gewählt hat, ihm Dauerhaftigkeit zu verleihen)」を言う。このように、自然人の存在の中心地 (Daseinsmittelpunkt (centre effectif de la vie) einer Person) というように書き換えられた表現で常居所を理解することは、ハーグ国際私法会議の未成年者保護条約 (Minderjährigenschutzabkommen) の審議過程から始まった。こうした理解は、ヨーロッパでは、広く普及している。” (Gewöhnlicher Aufenthalt – HWB-EuP 2009 (mpipriv.de) (https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Gew%C3%B6hnlicher_Aufenthalt (2022年4月26日確認)))

215) Kollisionsnormen im internationalen Privatrecht (juracademy.de) (<https://www.juracademy.de/internationales-privatrecht/kollisionsnormen-ipr.html> (2022

このようにみると、ドイツ国際私法上、常居所の認定に際して必ずしも明確な指針が示されていないことが分かる。報告者草案でもロスバツハ案でも「常居所」という文言が使われているが、その内容も両案で共有されているか否かは明らかではない。この点については、両案とも、ハーグ国際私法会議のように、法的定義から意識的に遠ざかり、すべてを現場の判断に委ねるべきだと考えられているのかもしれない。

なお、両案に共通する疑問として、「公証」の基準が明示されていない点がある。それは、「公証」が「実質」として特定の準拠法に服するのか、「手続」として性の変更が実際に行われる地の法に拠るのかの判断次第で、公証の内容が変わり得るはずだからである。

(5) 博士の主張は、最後の「VI. 要約 (Zusammenfassung)」において、以下のように整理される。

“ドイツの¹抵触法は、²現行法³では、性別に関する、多種多様な法秩序間の⁴抵触を民法典施行法第7条の類推適用を介して解決するという方法に固執している。しかし、このような方法で準拠法を指定する本国法主義は多くの個所で制限に服しており、法的安定性を欠く事態をもたらしている。従って、あるべき法⁵としては、成文の⁶抵触規定が設けられるべきである。抵触規定を設ける場合、立法者は、本国法主義から離れ、連結点として常居所を選択することが望ましい。常居所地法に連結する場合でも、やはり準拠法選択が認められなければならない。”²¹⁶⁾

5 最後に、ロスバツハ博士の見解を改めて整理しておこう。

(1) ゲスル教授の場合と異なり、ロスバツハ博士は、性転換者および間性者に関する EU 諸国実質法の差異に着目し、涉外事件の処理上、成文の

年4月26日確認)。

216) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 142.

独立牴触規定を欠くドイツ国際私法の解釈論および立法論を明らかにすることを目的としていた。博士は、人権法および基本法が性についてどのような態度をとっているかをまず確認していた。それは、人権法や基本法が性をめぐる法律問題の最終的な解決基準となることに留意していたためであった。次いで、博士は、ヨーロッパ委員会司法・消費者保護総局の研究に依拠して、EU加盟諸国の実質法を比較する。

同局の研究によれば、加盟27カ国中26カ国で性別記載の事項的変更が許されていた。諸国の法制は、①法規を欠くが、事案ごとに裁判所の判断に委ねる法制（ブルガリア他）、②不妊手術、性別適合手術、ホルモン投与などの医療行為を記載変更の要件とする法制（エストニア他）、③医学的または心理学的な診断や監督を要件とする法制（ドイツ他）、④医学的診断を求めないが、法的手続の遵守を求める法制（フランス他）および⑤本人の自己決定に委ねる法制（ベルギー他）、これら5つの類型に大別されていた。唯一の例外を成すハンガリーは、「出生時の性」（「第一次性徴と染色体に基づいて分類された生物学的性」）の登録のみを許し、出生登録後の性表記の変更を認めないため、性転換者は、登録された性と性自認を一致させることができない。大多数の法秩序では性別二元主義のもとでしか、登録された性の変更が許されない。男女以外の性表示を認める法律は、これまで、ドイツとオーストリアでしか制定されておらず、ポルトガルでは2018年に導入された法律がどのように解釈されるかという点がまだ明らかになっていない。マルタ、デンマークおよびオランダでは、旅券などの身分証明書に「X」と記載され、法的な性は身分登録簿における出生証明書に記載された性のまま維持されている。オランダ法によれば、1990年代以降、性別が確定できない旨を出生証明書に記載することができるようになってきている。リンブルフ裁判所は、出生時に行われた記載を事後に変更することもできる旨、判示した。フランスとイギリスの裁判所は、性別二元主義からの離脱に反対する旨の裁判を行っている。ベルギーでも、憲法裁判所の裁判以後、性表示に関して第三の選択肢が導入される予定である。総じて、この分野の実質法制は流動的である。

(2) ドイツでは、身分登録法第22条第3項および第45b条第1項第1文により、間性の登録が認められている。性転換に伴う名の変更申立要件を定める性転換法第1条第1項第3号と同様、出生時の性表記の変更または削除を求める申立要件が身分登録法第45条第1項第2文に定められているが、これは申立権利者を限定する実質規定であって、現行法には、性の所属に関する成文牴触規定が欠けている。それでも、性転換に関する裁判例では、性の決定基準を当事者の本国法に求める立場が確定の判例法となっている。

EU 諸国実質法間の差異は涉外事件をもたらす。身分登録法第36条により性別が最初に問われるケースや外国国籍を有してドイツで生まれた子が間性者であるケースでは、性別の決定が牴触法上の本問題となる。血統を基礎とする親子法では、親子関係の存否が父母という性別と結び付けられているため、どの性に属するかがきわめて重要な論点となっている。性別二元主義が妥当していた時期の性転換者と非性転換者との婚姻事案で性の所属如何が論点とされた先例がある。涉外事件の処理上、「どの性に所属するか」は牴触法上の先決問題である。性別如何が本問題として提起される場合でも、婚姻の成否や親子関係の成否という本問題に対する先決問題として提起される場合でも、性別決定（どの性に所属するかという問題）それ自体を単位法律関係とする独立牴触規定や、性別決定を包摂し得る上位概念を単位法律関係とする独立牴触規定がある場合、性別は「連結対象」概念（単位法律関係）の解釈対象となろう。

この点に関して、現行ドイツ国際私法上、性別決定に関する成文の独立牴触規定がない。これに代えて、涉外実質規定（性転換法第1条第1項第3号および身分登録法第45b条第1項第2文）が適用されている。性転換者の場合、「性別の判定は原則としてそれぞれの属人法に拠らなければならない」とする点でドイツ法上一致がある。この場合、「属人法」は「本国法」である。本国法主義の論拠につき2種類の説明（性転換法第1条第1項第3号の双方向的牴触規定への拡張説、民法典施行法第7条の類推適用説）が行われている。ロスバッハ博士は類推適用説に理解を示す。性を継

続して人間から切り離し得ない個性の一部であって、人格の中心を形成しているときとみなす博士は、「性は、民法典施行法第7条に規定されている権利能力に相当する」と述べ、また、人の性につき「空間的に最も密接な結び付きを有する法は本国法である」と説明し、「本国法への指定は総括指定である」と補足する。

(3) 本国法主義の適用は2つの点で制限される。一方で、ドイツ人の他、ドイツ法を属人法としない外国人に対しても、性転換法第1条第1項第3号dが適用される(本国法主義に対する第一の制限)。というのは、本国法主義の適用という原則を貫けば、性転換法第1条第1項第3号dを外国人に対して適用できないはずであるが、外国人に対して同法第1条第1項第3号dが適用される状況を説明するためには、本国法の適用が制限されると言わなければならないからである。ここでは、性転換法第1条第1項第3号dを適用するための法律構成として、常居所地法への連結説、「特別公序条項」の適用説、あるいは「法廷地のある種の強行規定」の適用説等、さまざまな説明が考えられる。

「外国で生まれた間性者が後にドイツに移住する場合」のように、身分事項がドイツで登録されていないケース(第1段落第4文)の裁判例はまだない。性転換者の場合の性の決定について認められた本国法主義を間性者の性の決定のケースにも転用できるかどうかという点については、「実質法の次元でみても、身分登録法第45b条第1項第2文と性転換法第1条第1項第3号との間に並行性が見出される」という理由で、肯定説が主張される。この「外国で生まれた間性者が後にドイツに移住する場合」のように、身分事項がドイツで登録されていないケースと異なり、ドイツで生まれているが、ドイツ国籍を持たない間性者の「身分事項がドイツに登録されている」ケースに本国法を適用する——本国法主義を採用するという政策自体に「ドイツ国籍を持たない間性者がドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれる」という結果が含まれている——場合、「ドイツ国籍を持たない間性者がドイツ国籍を有する間性者よりも不利な立場に置かれる」ケースが予測されるが、こうした事態は甘受できず、身分登録

法第45b条第1項第1文により、性表記の変更または削除を申し立てることができる(本国法主義に対する第二の制限)。ここでは、「実質法規との並行性を確保しよう」とする立場から、本国法主義を打破し、「ドイツ国籍を持たない間性者の性の決定に関するケース」について「登録簿を管理するドイツの身分登録法に連結することが提案され」る。

(4) 博士は、性の決定に関して申立権利者の資格制限という実質法的規律を優先し、牴触法的規律を行わない現状を批判する。第一に、性転換法に「相当する規定」が本国法上存在するかどうかを裁判手続で職権により調査されなければならないため、時間の面でも費用の面でも高くつく。「相当する規定」が本国法にある場合でも、当該規定の適用結果と異なる結果が生じ得る懸念が示される。本国法上の「相当する規定」を適用すべき場合であっても「相当する規定」を適用したとは言えない結果が生じ得るという負担を申立人に負わせるべきではない。性転換法第1条第1項第3号dには「憲法上要請された最低限の内容しか実施されていない点」で問題がある。

現行の実質法的規律(性転換法第1条第1項第3号dおよび身分登録法第45b条第1項)を支持する理由として、ケース・バイ・ケースの処理が可能となることが挙げられる。これに対して、実質法的規律に反対する理由として、①統一の規律に欠けること、②本国法の中に「相当する規定」を見つける方法如何が明らかではないこと、③「相当する規定」がドイツ国内でどのように置き換えられるかが明確に説明されていないこと、さらに、④準拠法如何という牴触法上の問題を解決せずに、申立資格を制限するという実質法的規律で代用する方法は「牴触法分野の伝統的理解とは相容れない」こと、⑤性別決定に関する成文牴触規定がないため、ドイツに滞在する当事者にとっては特に法的安定性に欠ける結果が生まれていること、これらが挙げられる。性転換者について判例法上確立された本国法主義を間性者のケースにも適用できるか否かに関する裁判例がなく、どのような司法判断が下されるかを誰も予測できない。こうみると、性の決定のような人権法上重要なテーマについては、法的安定性を確保するた

め、間性者の性の決定という問題を性転換法の適用範囲内で解決する方法に代えて、性転換と間性を通じて、一律に抵触法的規律を行う解決策を支持するという立場から、一貫して本国法を適用すべきである。

(5) 性の決定に関する成文抵触規定を新設する立場から参照されるのが、2019年に連邦法務省・連邦内務省が提出した報告者草案である。民法典施行法草案第7a条は、第1項で、性転換者の性の決定に関する裁判例と軌を一にして、人の性の所属につき本国法の適用を明言する。第2項では、性の所属の変更およびこれと関連する名の変更につき、性の所属の変更時に本人が適法な常居所を有する国の実質規定を選択することを許容する。第3項第1文では、「第2項による準拠法選択の意思表示」は公証を要することが、同項第2文では、身分登録事務所も、当該意思表示を示す文書の種類に応じて公証または認証を行う権限を有する旨、規定されている。性転換および間性のケースだけでなく、性の決定が問われるすべての事案に民法典施行法草案第7a条が適用されれば、抵触法体系の欠缺が補充されるだけでなく、法的安定性を確保できる上、公序条項を適用できる点でもメリットがある。この意味で、民法典施行法草案第7a条のような規定の新設は望ましい。

それでも、民法典施行法草案第7a条の規定内容に疑問がある。第一に、民法典施行法草案第7a条第1項で原則的連結点が国籍とされている点に疑問がある。本国法主義には、従来の法制との整合性を保てる上、国籍を確認し易いという利点があるが、他方で、国籍への連結がドイツ国籍の有無により異なる本国法の適用をもたらすため、ドイツ人か否かで不平等な結果が生じる恐れもある。抵触規定により指定された準拠実質規定は、ドイツ人だけでなく、普遍的に誰にでも適用されるはずの基本的な人権と万人の権利というかたちに転換されているはずであって、内外国人を区別する法制度は、法政策的にも社会政策的にも耐えがたい。性を人権という観点から捉えると、「ドイツ国内に住むすべての者を原則として平等に扱うことが望ましい」。ドイツに住む者全員を平等に取り扱うため、そして、性の変更(人権の実現)を間性者に認めやすくするため、常居所地法を原則

的な連結点とすべきである。ドイツ国内に常居所があれば足りるとする対案では、人の性的地位に跛行的法律関係が生じ得るが、跛行的関係を許容するか否かの判断を本人に委ねるべきである。

第二に、空間的意味で最も密接な関係に立つ地の法を準拠法に指定する牴触法の立法原則に照らすと、「本国法と常居所地法のいずれが当事者にとって密接度が高いかを一般的には判断できない」場合があり得る。この場合に準拠法選択を認める(ここではドイツ実質法の適用が含意されている。)ことには、当事者意思の尊重という点だけでなく、実質法の適用結果として性自認が保護されるという点でも、賛同することができる。それでも、草案第7a条第2項の「適法性」という要件の付加には同意できない。というのは、在留資格者にのみ準拠法選択を認め、不法滞在者に準拠法選択を認めないという立法形式が、ドイツ牴触法の他の諸規定との整合性という点からみて、統一性に欠ける上、適法性の有無の審査が裁判所や身分登録事務所職員の負担を増やすからである。

ドイツの牴触法は、性別に関して、現行法では、民法典施行法第7条の類推適用を介して、多種多様な法秩序間の牴触を解決するという方法に固執している。しかし、このような方法で準拠法を指定する本国法主義は多くの個所で制限に服しており、法的安定性を欠く結果をもたらしている。従って、あるべき法としては、成文の牴触規定が設けられるべきである。求められる独立牴触規定(民法典施行法草案第7a条への対案)の連結点には、国籍に代えて常居所を採用することが望ましい。常居所地法に連結する場合でも、やはり準拠法選択が認められなければならない。

4 若干の検討

1 小稿では、ドイツ法上、「第三の性」がどのように規律され、どのように評価され、また、どのような課題が残されているかという点が限られた資料に基づいて検討された。ゲスル教授およびロスバッハ博士の見解に対する個別的な検討と評価については、それぞれの個所で既に触れた。前者は、性の決定を牴触法上の問題と捉えた上で、民法典施行法第17b条

の単位法律関係（「登録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身分的効力」）概念にこれを包摂する解釈論を展開し，後者は，性の決定を固有の単位法律関係とする独立抵触規定を立法論として提唱していた。むろん，涉外事件において性の決定が争われ得る場面は，これら先行文献で取り上げられた準拠法決定問題だけではない。それゆえ，ドイツ法の全体像を捉えようとするれば，国際裁判管轄権の決定基準や外国の行政行為・司法行為の承認・執行を含めた包括的な検討が必要となろう。この点については，ドイツ法にもなお発展の可能性が残されている。以下では，性の法規制をめぐる基本的論点を整理するにとどめたい。

2 周知のように，主権国家は，国家構成要素のひとつである国民を正確に把握する上で，身分登録（civil status, l'état civil, Personenstand, 戸籍）制度を必要とする。個人を識別する指標としては，氏名，出生・死亡の年月日，性，身体の特徴，資産状況等が，個人間の関係を表す指標には，婚姻，血縁（親子）関係，養子縁組等が挙げられよう。全国民を対象として作成される身分登録簿は，公的機関が管理する公簿への登録（届出）行為を基礎として運用され，一定の者からの請求に応じて個人の身分を公的に証明する機能を有する。個々の目的（課税，教育，選挙，兵役等）に特化した公簿が別に作成される場合もあるが，身分登録簿はそうした公簿類の原資料を提供する。このようにみると，国家が達成しようとする政策目標（識別目的）如何に応じて，公簿に記載すべき絶対的必要事項の内容が一様ではないことが分かる。むろん，絶対的基準か否かの判定にあたっては，実体法上も手続法上も適正な客観的判断基準が求められよう。「性」もこのような視点から体系的に把握されなければならない。

届出（登録）の前提には，届出事項の確定という作業がある。新生児の性を登録するにあたって，むろんほとんどの場合は性別が容易であろうが，両性具有者のような例外事案につき，出産当事者（母），その配偶者または事実上の相手方，出産に立ち会う医療関係者等の間で一致した結論が得られない場合を想定すると，登録義務者とは別に，ロイス教授が指摘

するように、新生児の性の法的決定主体が明確に法定されていなければならない。性の決定を科学的知識に基づく事実認定とみなす場合、医学的知見を有する専門家（第三者）を法的決定主体とすることができよう。「性」を個人が任意に処分できる「法的地位」とみるべきか否かについては評価が分かれようが、男女の産み分けは可能だ²¹⁷⁾という前提で、性の決定に出産当事者の意思を反映させようとするれば、性の法的決定主体に親を加えることも考えられよう。他方、100パーセントの確率で男女を産み分けることはできないという医療科学の報告²¹⁸⁾を重視する場合、性の決定に関する親の意思は考慮に値しない。

これに対し、1998年に性同一性障害²¹⁹⁾を治療するための手術²²⁰⁾が行わ

217) たとえば、「結論から言うと、技術的に男女を産み分けることは、100%ではないものの可能です。実際に産み分け指導を行っているクリニックもあり、成功する確率は70～80%だそうです。」（「男女産み分けのコツ！ 性別はいつ分かる？」（<https://niptjapan.com/column/gender-selection/>（2022年4月26日確認））、「専門医が科学的に立証した産み分け法を実践しても、残念ながら100%成功するとはいえません。最近のデータをみると、男の子を希望した人で81～91%、女の子を希望した人で70～80%の成功率です。」（医療法人中川産科婦人科「産み分け指導」（<http://www.nakagawa.or.jp/childbirth/selection/>（2022年4月26日確認））他参照。

218) たとえば、「現在のところ夫婦の工夫で産み分けはできません……精度の高い産み分けの方法はあるが倫理的な観点等から実施が厳しく制限されている（特定の特殊な疾患を有する夫婦などに限定）」（重見大介「『赤ちゃんの産み分け』って本当にできるの？ 産婦人科医によるマジメな解説」（<https://news.yahoo.co.jp/byline/shigemidaisuke/20211109-00266560/>）、「国内外で専門医が実施している手段を合わせたとしても、100%産み分けを成功させる手段は現代では存在していません。現代の赤ちゃんの産み分けは、主に性別を確定させる精子の特質を活かした手段になります。」（ChromoS「【医師監修】赤ちゃんの性別はどのように決まる？ 仕組みと産み分け方法」（<https://chromos-corp.com/columns/umiwake/c002204/>（2022年4月26日確認））他参照。

219) 「女性なのに、自分は『男として生きるのがふさわしい』、男性なのに『本当は女として生きるべきだ』と確信する現象を『性同一性障害（gender identity disorder, GID）』と呼びます。」（一般社団法人 日本女性心身医学会「女性の病

れて以来、出生登録後の性の変更（「性転換」²²¹⁾）については、日本弁護士連合会意見書²²²⁾の公表、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律²²³⁾の制定等を経て、今日では、人権擁護の観点から「性的指向や性自認を理由とする偏見や差別をなくし、理解を深める」ための公的な活動²²⁴⁾が広く実施されている。このような状況を考慮すると、ある程度の年齢制限が考慮されようが、性の選択を私人の任意処分が可能な事項とみなし、本人を性の法的決定主体とみる十分な理由があるとも言い得る。「性の決定」を法的決定主体の意思表示とみれば、表示の対象となる意思については、民法総則の法律行為論が参照されることとなろう。

性の届出および登録された性表記の変更の届出はいずれも監督官庁への通知を要する公法上の義務を意味する。私人の届出に基づいて行われる登録は、一定の事項を公証するため、所管の行政官庁等が管理する公簿に公

気について」(https://www.jspog.com/general/details_83.html (2022年4月26日確認))、「性同一性障害とは、医学的な病名です。すなわち、『生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信をもち、かつ、自己を身体的および社会的に別の性別に適合させようとする』障害です。」（「性同一性障害」『六訂版 家庭医学大全科』(<https://kotobank.jp/dictionary/kateigaku/11/>)、公益社団法人 日本精神神経学会「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」(https://www.jspn.or.jp/modules/advocacy/index.php?content_id=23 (2022年4月26日確認)) 他参照。

220) 山内俊雄「性同一性障害から学んだこと」精神神経学雑誌110巻(2008年)12号1225頁以下 (<https://journal.jspn.or.jp/jspn/openpdf/1100121225.pdf> (2022年4月26日確認))、「埼玉医科大学での性別適合手術から20年」(<https://gid.jp/article/article2018101601/> (2022年4月26日確認)) 他参照。

221) 山内「国際私法における『性転換』について」山内惟介『国際公序法の研究』(中央大学出版部, 2001年)215頁以下、特に238頁以下。

222) 「性同一性障害者の法的性別に関する意見書」(2003(平成15)年7月8日) (https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2003/2003_30.html (2022年4月26日確認))。

223) 平成15年法律第111号、平成16年7月16日施行。

224) 法務省「性的指向及び性自認を理由とする偏見や差別をなくしましょう」(https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html (2022年4月26日確認))。

務員が届出事項を記載する公法上の行為を表す。このようにみると、身分登録簿への登録も登録事項の変更も当該身分登録簿を管理する国家だけがなし得る行為であることが分かる。それゆえ、外国人管理のために国内に設けられた公簿の記載、および、その内容を示すため該者に交付される個々の証明書の記載に関する異議申立については、身分登録簿管理国が専属管轄を有すると言わなければならない。その結果、本国の身分登録簿の記載と滞在国の身分登録簿の記載との間に齟齬が生じる可能性はある(跛行的表記)。この状況は国家法間の牴触(「公法の牴触」と説明されようが、どの国でも自国の公法を自国内で適用すれば足りる(「公法の属地性」原則)とみれば、そこに真の法律牴触はないと解されよう。

3 このように、性の登録および性の変更が身分登録簿管理国の公法的規制の対象となるとする説明(公法説)に対して、ドイツ国際私法では、上述のように、——注釈書だけでなく、ゲスル教授やロスバッハ博士の解説を含め——、性の所属如何が私法的規律の対象となるという理解のもと、性の所属如何を定める法廷地独立牴触規定を構想し、「性の決定は当事者の本国法に拠る」(私法説)といった見解が表明されてきた。これら公法説と私法説はどのように結び付くのだろうか。以下、冒頭の仮設例を手掛かりとしてこの点を考えよう。

(1) まず、「第三の性」を自認する外国人が、私法的関係において、みずからの性の表記に固執するケースが挙げられよう。たとえば、宿泊予定のホテル受付で「宿泊客の氏名、年齢、性別、住所及び職業」の登録を求められたとき²²⁵⁾、勤務先民間企業の健康保険組合が交付する「健康保険証(被保険者証)」の性別欄²²⁶⁾の記載内容を照会されたとき、また、勤務

225) 宿泊約款第8条第1号 (<https://tosei-hotel.co.jp/asakusa/files/accommodation.pdf> (2022年4月26日確認); <https://www.gardenhotels.co.jp/other/clause/> (2022年4月26日確認))。

226) 健康保険法 (<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=211AC0000000070>) のもとで運用される健康保険の「健康保険証(被保険者証)」については、<https://>

先企業が「雇用保険被保険者資格取得届」を提出するために性別欄²²⁷⁾の記載内容を確認するよう求められたとき、本人の性自認と外見との相違に直面する担当者は、どのような判断基準を用いて該当者の性を決めるのだろうか。

一方の公法説によれば、担当者は、公文書（旅券等）や私文書（身分証明書、社員証、会員証等のIDカード類）の提示を求め、当該文書に記載された性を優先すれば良く、本人がこの判断に異議を唱える場合、本人は、宿泊や雇用に関する契約上の地位を主張し得ないといった不利益を甘受しなければならないこととなろう。これに対して、本人の性自認を尊重しようとする立場では、その性自認を考慮するため、この趣旨を定める本人の属人法が適用されるような法律構成が工夫されなければならない。私法説はこのような観点を考慮したひとつの提案とみることができよう。身分登録簿管理国を出生登録簿管理国と解すれば、当該原簿の記載が唯一の判断基準とみなされようが、本国（旅券等）と滞在国（在留カード等）の双方にそれぞれの登録簿が併存し、それぞれの公簿が管理国の国策に基づいて運営されている場合、本国では「X」と表記されるのに、「X」表記が認められない滞在国では不記載（空欄）とされるというように、性表記の分裂が生じ得る。

このような分裂は「公法の抵触」と説明されるのかもしれないが、公法説では、それぞれの国で自国の公法規制が行われるだけなので、真の抵触は生じていないと考えられよう（単一説）。他方、私法説では、公簿に記載される公法上の性とは別に、本人の意思（性自認）に基づく私法上の性も存在し得ると観念されることであろう（併存説）。むしろ、一国の法体

www.kyoukaikenpo.or.jp/g7/cat710/sb3160/sbb3160/1939-189/（2022年4月26日確認）

227) 雇用保険法 (<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=349AC0000000116> (2022年4月26日確認)) のもとで運用される「雇用保険被保険者資格取得届」については、<https://www.obc.co.jp/360/list/post154> (2022年4月26日確認)

系としての整合性を考慮すれば、公法上の性と私法上の性の合致が望ましいが、公法上の性が国家性を免れ得ないのに対し、諸外国のさまざまな法制を考慮しなければならない涉外事件では、事案の解決に最も適した法秩序として外国法の適用可能性が肯定されている。つまり、公法上の性が当該国の領域内に限定されるのに対し、私法上の性が複数国に跨って存在するとみると、両者を一体視するという前提は採り得ないことが分かる。このように、私法上の性を是認する私法説では、公法上の性と私法上の性と跛行関係は過渡的にやむを得ないものと考えられよう。

(2) 次に、「第三の性」を自認する外国人が、本国の身分登録簿における性表記の変更を前提として、生活の基盤がない本国ではなく、公私とも生活の中心地たる滞在国の監督官庁に名の変更を求めるとき、この申立はどのように規律されるか。滞在国の公文書に記載されている名の変更である以上、行政上も司法上も、滞在国には重要な利害関係があるとして管轄権が認められ、本案について判断されることであろう。

ドイツの民法典施行法第10条第1項²²⁸⁾によれば、「人の氏名 (Name) はその者が属する国の法に拠る。」それゆえ、「第三の性」を自認する外国人の名については、本国法上の実質規定が適用される。尤も、名の変更の可否、態様等の判断基準に関しては、第10条第1項の適用範囲如何という観点から、性の法的性質についての論議と同様、公法説と私法説の対立を考慮する余地がある。一方で、性も名も国家が管理する自国滞在外者（国民および外国人）の識別基準であると考えた立場では、滞在国の管理目的を考慮して名の変更の可否や態様を規律するであろうし、名に関する一切の規律を身分登録簿管理国の法秩序に委ねることであろう（公法説、第10条第1項不適用説）。他方で、内容や方法に制限があるにせよ、新生児に対する命名行為が命名者の主体的判断に委ねられている（命名者意思の尊重）と考え、「性」自認（「性」同一性）と同様、命名者から付与された名

228) <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032504360>（2022年4月26日確認）

に違和感を抱く被命名者の「名」自認（「名」同一性）意識を尊重する必要があるとする立場（被命名者意思の尊重）では、「名は個人の人格権に属する」という技巧的説明を挟んで、個人の人格と最も密接な関係を有する本人の属人法を「名の準拠法」に指定することであろう（私法説、第10条第1項適用説）。

今ひとつ、検討を要するのは、「名の変更」と「性の変更」との関係を本問題と先決問題という視点で捉えることの是非という論点である。というのは、本問題に対する先決問題という位置付けは、後者の法律関係が前者の法律関係に対して時間的に先行するという論理的観点だけでなく、外国法秩序の適用を認めるべきか否かという政策的視点をも考慮して決定される事柄だからである。とりわけ、性の決定を医療行為の観点から説明すれば足りるとみる場合、性の決定を先決問題とする法律構成は全面的に排除されることとなろう。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、前述のように、家事事件・非訟事件手続法第108条、第109条第1項第1号ないし第4号に拠る。

(3) それでは、「第三の性」に違和感を持つ配偶者からの離婚請求に対して「第三の性」を自認する外国人が婚姻の継続を望むとき、逆に、「第三の性」を自認する外国人が配偶者に離婚を求めたのに対して配偶者がこれを拒むとき、離婚請求の認否について判断する過程で、性の決定はどのように取り扱われるのだろうか。

ドイツでは、離婚の準拠法は、離婚および法的靱帯の解消を伴わない別居の準拠法の領域における協力の強化を実施するための2010年12月20日のヨーロッパ理事会（EU）規則2010年第1259号²²⁹⁾により指定される。同規則第5条第1項では、夫婦は所定の範囲で準拠法選択を行うことができ

229) Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32010R1259> (2022年4月26日確認))。)

る²³⁰⁾とされ、準拠法選択を欠く場合については、段階的連結²³¹⁾が定められている。この場合、前述の注釈書が指摘するように、性自認が離婚原因となるか否かは離婚準拠法に従って判断されよう。離婚事件の国際裁判管轄権および外国離婚裁判の承認執行については、婚姻事件および親責任に関する手続における管轄権ならびに承認および執行に関する、ならびに、規則(EG)2000年第1347号の廃止のための、2003年11月27日の理事会規則(EG)2003年第2201号²³²⁾が適用される。

230) 第5条第1項は以下の通り規定する。

“(1) 夫婦は、離婚または婚姻拘束の解消を伴わない別居の準拠法を、次の各号に掲げる国の法が選ばれる限りにおいて、合意することができる。

- a) 夫婦が準拠法選択時に常居所を有する国の法、または
- b) 夫婦の一方が準拠法選択時になお常居所を有していた限りにおいて、夫婦が最後に常居所を有していた国の法、または
- c) 夫婦の一方が準拠法選択時に国籍を有する国の法、または
- d) 受訴裁判所所在地国の法。”

231) 第8条は以下の通り規定する。

“第5条に基づく準拠法選択がないとき、離婚および婚姻拘束の解消を伴わない別居は次の各号に掲げる法に拠る。

- a) 夫婦が裁判所への提訴時に常居所を有する国の法、または、そうでない場合、
- b) 夫婦双方の最後の常居所の終了時から起算して裁判所への提訴まで1年を経過しておらず、かつ、夫婦の一方が裁判所への提訴時になお同地に常居所を有している限りにおいて、夫婦がともに最後の常居所を有していた国の法、または、そうでない場合、
- c) 夫婦双方が裁判所への提訴時に国籍を有する国の法、または、そうでない場合、
- d) 受訴裁判所所在地国の法。”

232) Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32003R2201&from=SV> (2022年4月26日確認))。)

なお、性の決定をめぐる離婚準拠法の適用にあたっては、婚姻の成否を先決問題とする法律構成も考えられる余地がある。婚姻の成否の準拠法（民法典施行法第13条第1項²³³⁾を、婚姻締結時の各当事者の本国法（不変更主義）という意味に解すると、婚姻締結時には性自認は顕在化していないため、性の決定は問題にならないようにみえる。これに対して、婚姻締結時に既に性自認を自覚していたにも拘らず、それを相手方に意図的に伝えず、相手方の婚姻意思に錯誤を生じさせる行為があった場合、婚姻締結時の各当事者の本国法（実質法）の適用過程において、錯誤を生ぜしめる行為の有無の判断に際して、性の決定の判断基準はどのように位置付けられるのだろうか。

(4) 最後に、「第三の性」を自認する外国人が「第三の性」に違和感を示し、扶養を拒否する親に対して扶養料支払いを請求する場合を考えてみよう。扶養料支払請求を認めようとするれば、被告が法律上の扶養義務を負うか否かが確認されなければならない。

ドイツでは、家族関係に基づく扶養義務につき、扶養事件の管轄権、準拠法、裁判の承認執行および協力に関する2008年12月18日のヨーロッパ理事會（EG）規則2009年第4号²³⁴⁾が適用される（第1条第1項）。国際裁

233) 民法典施行法第13条は以下の通り規定する (<https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG032101123> (2022年4月26日確認); <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html> (2022年4月26日確認))。

“(1) 婚姻締結の要件は、各婚約者につき、その者が属する国の法に拠る。

(2) 前項の法によれば、婚姻締結の要件が欠ける場合において、次の各号に該当するとき、ドイツ法が適用される。

1. 婚約者の一方がドイツ国内に常居所を有するとき、または、婚約者の一方がドイツ人であるとき、

2. 婚約者が前項の法に定められた要件を充たすために合理的な措置を講じていたとき、および

3. 婚姻締結を認めないことが婚姻締結の自由に反するとき。……”

234) Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Ent-

判管轄権については、第3条以下に複数の管轄原因が用意されている²³⁵⁾。外国裁判の承認執行等は、同規則第16条以下に拠る。準拠法については、扶養義務の準拠法に関する2007年11月23日のハーグ議定書に委ねる²³⁶⁾とされ、同議定書第3条第1項では、「この議定書に別段の定めがある場合を除き、扶養義務は、扶養権利者が常居所を有する国の法に拠る」²³⁷⁾と定められている。ここでは、準拠実質法の解釈上、「第三の性」に対する違和感が扶養義務を拒否する正当事由に当たるか否かが判断されなければならない。ここでは、扶養権利者の性の準拠法如何を法律問題と捉えるか否か、特に先決問題と位置付けるか否かが論点となり得よう。

このようにみると、ゲスル教授のように、既存の独立抵触規定の単位法

scheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32009R0004> (2022年4月26日確認))。)

235) 第3条は以下の通り規定する。

“加盟国における扶養事件の裁判については、次の各号に掲げる裁判所が管轄権を有する。

- a) 被告が常居所を有する地の裁判所、または、
- b) 扶養権利者が常居所を有する地の裁判所、または、
- c) 扶養事件に関する手続に付随する事件で裁判しなければならないとき、人の身分に関する手続につき自国法上管轄権を有する裁判所、但し、当該裁判所の管轄権を基礎付ける唯一の管轄原因が当事者の一方の国籍であるときは、この限りではない、または、
- d) 扶養事件に関する手続に付随する事件で裁判しなければならないとき、親責任に関する手続について自国法上管轄権を有する裁判所、但し、当該裁判所の管轄権を基礎付ける唯一の管轄原因が当事者の一方の国籍であるときは、この限りではない。”

236) 第15条は「扶養義務の準拠法は、扶養義務の準拠法に関する2007年11月23日のハーグ議定書に従うとされる加盟国については、当該議定書により、定められる。」旨、規定する。

237) Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23. November 2007 (https://www.justiz.nrw.de/Bibliothek/ir_online_db/ir_hm/frame_protokoll_23112007.htm (2022年4月26日確認))。

律関係に包摂する解釈論も、ロスバツハ博士のように、「性の決定」を単位法律関係とする独立抵触規定を構想する立法論も、多様な選択肢のひとつでしかないことが分かる。最終的にどのような解決策が採用されるかという点については、ドイツ法における今後の展開が適時に確認されなければならない。

IV 結びに代えて

1 小稿では、ドイツ法上、「第三の性」を自認する者が出生登録簿の「女性」を「第三の性」に変更するよう求めた事案において、この申立を妨げる身分登録法上の規定を違憲とし、当該規定の改正を立法府に求めた連邦憲法裁判所の決定を出発点として、同決定に基づいて改正された身分登録法の諸規定と改正規定に対する評価を確認し、性の準拠法決定に関する国際私法分野からの検討の歩みを概観することが試みられた。ここにみたドイツ法の展開から、われわれは、わが国の法解釈のために、どのような示唆を汲み取ることができるのだろうか。躍動する現代ドイツ法の一端にわずかに触れたに過ぎない小稿を結ぶにあたり、冒頭の仮設例に今一度立ち戻ることとしよう。

わが国の場合、戸籍の「長男」や「次女」の「第一子」や「第二子」への訂正および「太郎」や「花子」の「第三の性」に見合う名への変更につき許可を求める家庭裁判所への申立は、現行法制とこれに基づく従来の実務を見る限り、恐らくは「錯誤」(戸籍法第113条)にも「正当な事由」(同法第107条の2)にも当たらないとする解釈のもとに、認められないことであろう。それでは、そうした解釈を可能とする戸籍法第49条第2項第1号(「子の男女の別」)は、——ドイツ基本法の第2条第1項(「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、みずから的人格を自由に発展させる権利を有する。」)や第3条第3項第1文(「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って不利益を受けず、また、優遇されない。」)と文言を異

にするものの、類似の内容を定める——憲法第11条（「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」）や第14条第1項（「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」）に照らして、人権法上、何ら問題がないと判断されるのだろうか。ドイツの連邦憲法裁判所が判示していたように、日本国憲法、民法典、戸籍法等の性に関する諸規定の理解に関して、わが国の立法者も、性を男女に固定する性別二元主義の採用を明示したのではなく、立法当時の科学的知見を採用したに過ぎず、科学の発展や国民の意識の変化に応じて、「第三の性」を受け入れる余地を残していると説明される場合には、上記の申立を認める余地が生まれよう。この点の判断は、もちろん、憲法分野の慎重な研究結果に委ねられなければならない。

2 戸籍法第49条第2項第1号について、連邦憲法裁判所のような解釈が示されるとする場合、このような憲法解釈論は外国人法に対してどのような影響を与えるのだろうか。よく知られているように、わが国には、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」とされた先例²³⁸⁾がある。これを前提とすると、わが国に適法に滞在する外国人であつて、性の決定の準拠法に指定された当事者の本国法上「第三の性」への変更を認められた者が、特定登録者カード（出入国管理及び難民認定法第9条の2第1項第1号「性別」）や在留カード（同法第19条の4第1号「性別」）に記載された「男性」または「女性」を「第三の性」を表す表記に、併せて、当初の名から「第三の性」を表象し得る新たな名への変更を求める申立は所管の行

238) 最高裁判所大法廷昭和53年10月4日判決（在留期間更新不許可処分取消請求事件、昭和50（行ツ）120）民集第32巻第7号1223頁以下（マクリーン事件）（https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/255/053255_hanrei.pdf（2022年4月26日確認）（6頁以下））。

政庁や裁判所により認められるのだろうか。出入国管理及び難民認定法に言う「性別」が男女に限定されている点は、特定登録者カード再交付申請書²³⁹⁾や在留期間更新許可申請書²⁴⁰⁾における「性別 (sex)」欄が「男・女 (Male/Female)」と表示されていることから読み取れよう。住居地以外の在留カード記載事項の変更届出（同法第19条の10）の変更事項には性別²⁴¹⁾が挙げられているが、この変更が男女間での変更（性転換）に限定されることも上記の趣旨から十分に推知することができる。憲法第11条や第14条第1項の解釈論は出入国管理及び難民認定法の該当規定の合憲性判断にも影響を及ぼすことと思われる。

以上の検討結果は、私法分野にも新たな問題を提起する可能性がある。令和4年（2022年）4月1日以降、民法第731条から「男」および「女」という文言が削除されている。この変更は、立法者が「第三の性」に配慮したためではなく、平成30年6月13日に民法の成年年齢を20歳から18歳に引き下げること等を内容とする民法の一部を改正する法律が成立したこと²⁴²⁾の派生的な結果とみるほかはない。事実、戸籍法第49条第2項第1号では、依然として、「子の男女の別」が出生の届書の義務的記載事項として残されている。法令上、「男女」という表記²⁴³⁾が使われている例は、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律²⁴⁴⁾

239) <https://www.moj.go.jp/isa/content/001354708.pdf>（2022年4月26日確認）

240) <https://www.moj.go.jp/isa/content/930004090.pdf>（2022年4月26日確認）

241) <https://www.moj.go.jp/isa/content/930004179.pdf>（2022年4月26日確認）

242) 民法の一部を改正する法律（平成30年6月20日法律第59号）（https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00218.html（2022年4月26日確認）；https://www.sn-hoki.co.jp/data/pickup_hourei/onct/3acc9a286f0ebf574ee59a1864408c99.html（2022年4月26日確認））。

243) 育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律（平成3年法律第76号）では男女という文言は使われていない（<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=403AC0000000076>（2022年4月26日確認））。

244) 昭和47年法律第113号（<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=347AC0000000113>（2022年4月26日確認））。

や男女共同参画社会基本法²⁴⁵⁾にも見出される。法の適用に関する通則法第28条第2項も「夫」という文言をなお残しており、第29条、第30条および第32条には「父」および「母」という文言が使用されている。一部の外国法で「第三の性」が認められている点を考慮すると、国際私法分野でも、性の決定の準拠法如何がいずれ現実的な論点となる日が来ることであろう。

3 上述のように、ロスバッハ博士は「どの子ども、男女いずれかの、明確かつ変更不能な性を持って生まれるという思い込みは、科学的にみると、余りに時代遅れである」²⁴⁶⁾と述べていた。公文書(戸籍、旅券、マイナンバーカード)および私文書(搭乗券、被保険者証、診察券)における性の記載について、「男性」、「女性」以外に「第三の性」(「間性」、「多様性」、「その他」、「X」)が許容される法制では、婚姻法および親子法において、「男性」に対応する「夫」および「父」ならびに「女性」に相当する「妻」および「母」以外に、「第三の性」を反映し得る新たな名称をそれぞれ追加するとか、中立的名称²⁴⁷⁾に変更するとかというように、しかるべき対策を講じる必要があるとする主張は関連諸分野においてどのように受け止められるのだろうか。筆者が、性転換のケースに触れつつ、性の決定基準に関する抵触法的論点に言及したのは、今から20年以上も前のことであった²⁴⁸⁾。わが国の場合、しかるべき裁判例が公表されていないこともあって、国際私法分野の体系書等ではこの点が等閑視されたままである。世界には多様な文化現象がある。異文化との交流体験を経て、人びとの意識や伝統に変化が現れ、それが法制の変更をもたらす例も少なくな

245) 平成11年6月23日法律第78号(https://www.gender.go.jp/about_danjo/law/kihon/9906kihonhou.html#anc_top (2022年4月26日確認))。

246) Roßbach, a.a.O. (前注42), S. 125.

247) 実際、ドイツの婚姻法では、「Ehemann」および「Ehefrau」に代えて、「Eheschließenden」、「Ehegatte(n)」、「Eheleute」、「Verlobter」等、中立的な表現が用いられている。

248) 山内惟介「国際私法における『性転換』について」(前注221)。

ドイツ法における「第三の性」について (3・完)

い。「第三の性」への関心は、男女という性別二元主義を前提としたわが国法制の抜本的な見直しを相当の範囲で求めることとなろう。研究者の課題に終わりはない。

(2022年4月29日脱稿)

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

Koresuke YAMAUCHI

Zusammenfassung

Im vorletzten Heft (Bd. 56 Heft 2) wurde der Auslegung des Wortes von „dritten Geschlecht“ im deutschen Recht kritisch beleuchtet, wobei der Beschluss des BVerfG vom 10. Oktober 2017 (Fall *Vanja*) als Ansatz diente. Im letzten Heft (Bd. 56 Heft 3) wurden die Änderungen des Personenstandsgesetzes (PStG) auf der Grundlage der o.g. Beschluss des BVerfG (Änderung von Art. 22 Abs. 3 und Einfügung von Art. 45b PStG) vorgestellt und eine in Deutschland publizierte Bewertung zu diesen Änderungen vorgenommen, gefolgt von der Behandlung eines Falles, bei dem es um die Änderung des Namens des „dritten Geschlechters“ ging. Analysiert wurde danach der Beitrag von *Gössl*, der sich zunächst mit der Frage beschäftigte, ob und wie das traditionelle Verständnis der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts, das sich auf der Grundlage des Geschlechterdualismus entwickelt hatte, beibehalten werden kann und wie es verändert werden sollte. Angesichts der zunehmenden Zahl von Ländern in Asien, Europa, Nordamerika, Ozeanien usw., die ein „drittes Geschlecht“ rechtlich anerkennen, wird in diesem Heft anhand von *Roßbach*'s Aufsatz nicht nur die öffentlich-rechtliche Fragen der Verfassungsmäßigkeit einschlägiger Bestimmungen im Familienregistrierungsgesetz, im Einwanderungskontroll- und Flüchtlingsanerkennungsgesetz u.a. untersucht, sondern auch die privatrechtliche und kollisionsrechtliche Fragen des Namens-, des Ehe-, des Kindschafts- und des Unterhaltsrechts diskutiert. Dieser Artikel ist auch eine ergänzende Studie zu den vorigen Forschungsarbeiten des Autors zu diesem Thema (Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und internationalem Privatrecht).

Summary

In the penultimate issue (Vol. 56 Issue 2), the interpretation of the “third gender” in German law was critically examined, with the decision of the BVerfG of 10 October 2017 (“Vanja” case) serving as a starting point. In the last issue (Vol. 56 Issue 3), the amendments to the German Personal Status Act (PStG) based on the above-mentioned decision of the BVerfG (amendment of § 22 para. 3 and insertion of § 45b PStG) were presented and an evaluation of the amendments was made, followed by the treatment of a case involving the change of name of the “female” to a name of the “third gender”. The paper by Gössl was then analyzed, beginning with the question of whether and how the traditional understanding of the determination of international jurisdiction and applicable law that had developed on the basis of gender binary could be maintained and how it should be changed. Given the increasing number of countries in Asia, Europe, North America, Oceania and elsewhere that legally recognize a “third gender”, the third part of this article criticizes Roßbach’s essay to examine not only the public law issues of the constitutionality of relevant provisions in the Family Registration Act, the Immigration Control and Refugee Recognition Act etc, but also the private substantive law and conflict of laws issues of name, marriage, filiation and maintenance law. This article is also a complementary study to the author’s previous research on this topic (Relationship between Constitutional Law and Private International Law).