

国際私法的観点からみた性同一性障害者の性別の問題

林 貴 美

目次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ性転換法
 - (1) 性転換法と請求権者
 - (2) 違憲決定前の学説
 - (3) 違憲決定前の裁判例
- 三 連邦憲法裁判所二〇〇六年違憲決定
 - (1) 規範統制手続
 - (2) マックスプランク研究所の答申
 - (3) 違憲決定要旨
 - (4) 改正法
 - (5) 小括
- 四 検討
- 五 おわりに

一 はじめに

性同一性障害とは、医学上、生物学的な性別と心理的な性別（性の自己意識）が一致しない状態を指す^①。このような医学的疾患を有する性同一性障害者は、諸外国の統計等から推測し、おおよそ男性三万人に一人、女性十万人に一人の割合で存在するとも言われている^②。

日本では、一九九七年に日本精神神経学会において「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」がとりまとめられ、その翌年には埼玉医科大学で性別適合手術が初めて公に実施された。このような性別適合手術をはじめとする性同一性障害者に対する治療が正当な医療行為として行われるようになったものの、性同一性障害の社会生活上の問題はなおも改善されていなかった。そこで、治療の効果を高め、その社会的な不利益を解消するために制定されたのが、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（平成一五年七月一六日法律第一一一号、平成一六年七月一六日施行、以下特例法と略す）であった。これにより、特例法上の一定の要件を満たす者については、家庭裁判所の審判を経ることにより法令上の性別の取扱いを性自認に合致するものに変更することが認められ、戸籍上の性別の表記も変更できることになった。

国際私法的観点から性別の問題を考えると、多様な形で問題が生じ得るが、特例法施行前後を通して公刊された裁判例を見る限り、いまだこれに関する問題が裁判で争われたことはないようである^③。しかし、欧米諸国に目を転じると、外国人の性別変更手続の可否や、本国での性別変更手続が不可能な外国籍の性同一性障害者の婚姻の可否が裁判上で問題となっている。特にドイツでは、一九八〇年に成立した「特定の場合における名の変更及び性別の確認に関する法律」（以下、性転換法と略す^④）により、性同一性障害者である外国人がドイツ裁判所で自認する性別に属することの確認の裁

判を求められるかが問題となった。判断を仰がれた連邦憲法裁判所は、近時の国際的動向等を考慮したうえで、ドイツ法を属人法とする者のみに請求権を限定する性転換法の規定を違憲であるとする決定を二〇〇六年に下している。

では、日本の裁判所において性同一性障害者である在日外国人がその性別を変更することはできるだろうか。いかなる場合に日本の裁判所が管轄を有し、いかなる法に基づきこれを判断すべきであろうか。この問題を考えるにあたっては、性別が公的な身分登録簿の記載事項であることから、氏名について議論されるように、性別の変更という問題がそもそも双方向的抵触規定による規律といった国際私法上の通常の処理に適するかという問題も絡んでこよう。

また、そもそも特例法に基づいて在日外国人が日本の家庭裁判所で性別の取扱いに関する審判を請求することはできるのだろうか。特例法には、日本国籍を有する者のみにその適用対象を限定する規定はない。しかも、同法四条は、審判の効果として、戸籍の記載の変更を中心とした手続法的な定めをするのではなく、実体的に性別の取扱いが変更される旨規定している。この実体法上の取扱いの変更を反映させるために、戸籍の記載が変更されるにすぎないのである。⁹⁾このように戸籍の記載の変更に直結した規定になっていないことから、戸籍が編製されない外国人にも特例法を適用することはできると解することも可能であるように思われる。

同法の立法関係者による解説では、外国人が同法の対象となり得るかについては、「明文の規定もなく、解釈に委ねられているものと考えるが、①外国人の性別の取扱いの変更について国際裁判管轄権が我が国の裁判所にあるといえるか、②仮に、日本の裁判所に裁判管轄権が認められ得るとしても、その場合の適用法規あるいは準拠法はどうなるのか、③我が国において性別の取扱いを変更したとしても、外国人の本国においてその変更が承認されない場合には、国際的に性別の取扱いに齟齬を来たし、本人の同一性の識別に問題が生じ得る、などの諸点を考慮し、十分な検討を行った上で判断される必要がある」と述べられている。¹⁰⁾また、別の解説では、これら三つの問題に加え、本国において出生証

明書等に登録され、それらを通じて管理の対象になっている性別を他国が変更することは、本国の国家主権等を侵害することにならないかという問題もあげられている。¹¹ 結局、裁判所の判断に委ねられたわけであるが、既述のとおり、同法施行後、外国人が性別の取扱いの変更の審判を請求したものは見受けられない。

本稿では、このような問題の解釈の一助となることを目的に、性同一性障害者である在日外国人が日本において性別の変更を行うことが可能かという問題を検討する。この検討にあたり、まずドイツでの議論を紹介し、そこから得られた示唆を手がかりに日本法における解釈論の展開を試みたいと考える。なお、本稿では「性別の変更」といった表現を用いるが、これは、性別の取扱いの変更ないしは訂正の意味で用いることを最初に述べておく。

二 ドイツ性転換法

(1) 性転換法と請求権者

ドイツにおいては一九八〇年に性転換法が制定され、これにより性同一性障害者は名の変更の許可（一条）や他の性別に属することの確認（八条）をドイツ裁判所に請求することが可能となった。

性転換法はわずか一八か条のみからなる法律であるが、一九八二年、一九九三年、二〇〇五年、二〇〇六年そして二〇〇八年と成立から四半世紀余りの間にすでに五度も連邦憲法裁判所により違憲決定が下されている。¹³ このうちの四番目にあたる二〇〇六年違憲決定が本稿のテーマに関わるものである。

性転換法一条一項一号及びそれを準用する八条一項一号は、名の変更及び他の性に属することの確認を求める裁判の請求権者を、ドイツ人、ドイツに常居所を有する無国籍者またはドイツに住所を有する庇護請求権者（Asylberechtigter）

もしくは難民に明文で限定している。¹⁴ そのため、実務上、性転換法により請求権限を有さない者、すなわちドイツ法が属人法とならない外国人は、ドイツ裁判所で性別確認手続をすることができない。このような性転換法の請求権者を限定する同法の規定に違憲の疑いがあるとして、二〇〇六年の裁判で問題とされたのである。

立法理由書では、請求権者を限定するのは、外国籍を有する性同一性障害者の名及び性別に関する裁判は、当事者の本国に留保されるべきである、という考えに基づいていると説明されている。¹⁵

以下では、まず二〇〇六年違憲決定前のドイツの学説、裁判例を紹介し、次に二〇〇六年違憲決定、そしてこれを受けて改正された性転換法を順にとりあげることにする。

(2) 違憲決定前の学説¹⁶

ドイツでは、教科書や注釈書でも「性別」や「性別の変更」といった項目をもうけているものが多く、性別やその変更は当事者の属人法に依らしめるべき問題と考えられている。性転換法の請求権限に関する規定（一条一項一号及び八条一項一号）を一方的抵触規定と解し、これを双方化することから前記の帰結を導く見解もあるが、権利能力及び行為能力に関する民法施行法七条または同条を類推して本国法に依拠させる見解が多数説である。¹⁸

けれども、本国法上の性別の変更の要件をみたく外国人であるとしても、ドイツ裁判所でその手続をすることはできないとされる。なぜなら、性転換法が原則としてドイツ法を属人法とする者に請求権限を限定しているからである。外国人の性別の変更は、その本国においてすべきであり、ドイツ裁判所にその管轄はないとする立法趣旨に賛同しているようである。

むしろ、問題があると考えられているのは、本国に性別の変更手続がないような外国人についてである。たとえば、

本国に性別の変更手続がないような外国人が女性として本国で身分登録されているが、他国で性別適合手術を受け、男性として社会生活を送り、ドイツ人女性とドイツで婚姻しようとした場合である。このような場合、ドイツ国際私法上婚姻の実質的成立要件については当事者の本国法が配分的に適用され、当該外国人は本国法上なおも女性と扱われることから、同性婚を認めないドイツでは婚姻することができないことになる。当該外国人は、本国では当然のことながら性別変更手続をすることは不可能であるし、性転換法八条一項一号及び一条一項一号によりドイツでの性別変更のための裁判の請求権限も有さない。学説においては、このような場合には公序により当該外国人の本国法の適用を排斥し、婚姻の成立を認めるべきであると有力に主張されている。¹⁹⁾

(3) 違憲決定前の裁判例²⁰⁾

性別の帰属の問題を当事者の属人法に依拠させることに關しては、裁判例は一致している²¹⁾。性別適合手術を受けた外国人の本国法が性別の変更を認めない場合については、公序則を発動し、婚姻の成立を認めた裁判例も一件ある²²⁾。しかし、本国法上性別の変更が認められない以上、性別は出生時に登録された性別のままであり、当事者らの婚姻は同性婚となるとして、婚姻成立を認めなかった裁判例も散見される²³⁾。

三 連邦憲法裁判所二〇〇六年違憲決定

(1) 規範統制手続

このようなか、二〇〇三年二月八日にバイエルン高等裁判所が、そして二〇〇四年一月二日にフランクフル

ト高等裁判所⁽²⁵⁾が、それぞれ本国で性別変更手続が不可能なタイ人とエチオピア人が関わる事件であったが、性転換法八条一項一号及びこれにより準用される一条一項一号により、性別確認手続の請求権限をドイツ法を属人法とする者に限定することは、基本法三条の平等原則に反する可能性があるとして、規範統制手続に付し連邦憲法裁判所の判断を仰いだ。

内務省は、性転換法における請求権限の限定は合憲であると一貫して主張していた⁽²⁶⁾。その根拠としては、外国人の身分登録の変更は公的利益と関わるものであり、その国の法秩序に委ねるべきであることや、本国とは異なる性別や名をドイツで認めると同一人物として本国で取り扱われず、実務上困難な問題が発生し、法的安定性と法的明確性の観点から当事者のためにこのような事態は回避すべきであること、そして、性別や名への本国法の適用は民法施行法六条の公序条項の適用が考えられないほど原則的なものであることなどをあげていた。

(2) マックスプランク研究所の答申

連邦憲法裁判所は、この問題の結論をだすにあたり、マックスプランク研究所に諮問した。同研究所は、これを受けて欧米を中心とした一八の法域⁽²⁷⁾及びEU法の状況について詳細な調査を行い、最終的に問題とされた性転換法の規定の合憲性に疑問を示した。

研究所の調査によると、調査対象とされた一八法域ほぼすべてで性同一性障害者の性別に関する法的な問題に取り組みなければならぬ状況にあったという。このうち、純国内的な性別変更についてなおも明確な結論が出されていないのはポルトガルのみであった⁽²⁸⁾。そして、調査された一八法域中、性別変更を認めないという姿勢を示しているのは唯一アイルランドのみであった⁽²⁹⁾。この二国を除き、立法⁽³⁰⁾、判例⁽³¹⁾または行政実務で、実体的な性別の変更や手続法的な出生

証書等の身分登録簿上の性別の記載の変更が認められている。

では、これらの国々では自国民以外の者の性別の変更につき、どのような対応をしているのであろうか。

(ア) 外国人を手續から排除する法域

まず、スウェーデンとカナダのケベック州では、自国籍を有することを性別の変更手續の要件の一つとするため、外国籍を有する者が性別の変更手續をすることはできない。³³⁾

(イ) 外国人にも手續を認める法域

これに対して、オランダでは、一九八五年の民法改正で出生証書中の性別と名の変更に関する規定が挿入されたが、これによると、申立時点までオランダに一年以上住所を有し、かつ、有効な滞在許可を有すれば、出生証書の性別と名の記載の変更を請求することが可能である。³⁴⁾

フィンランドでは、二〇〇三年に性転換に関する特別法が施行されたが、同法によると、フィンランド国民またはフィンランドに居住している者であれば、性別の確認を裁判所に請求することが可能である。³⁵⁾ なお、フィンランド法は、オランダ法と異なり、最低滞在期間を要件として定めていない。

判例により性別の変更を認めるスイスは、性別や名の変更も属人法として当事者の住所地法が適用される問題と解釈されており、スイスに住所を有する外国人であれば、スイスにおいて性別の変更確認訴訟をすることが可能であるとされる。³⁶⁾

イタリアでは性同一性障害者の性別の変更に関する特別法を一九八二年に制定したが、同法ではその適用を自国民に

のみ限定するのか、それとも外国人にも認めるかについては規定されていない。そのため、性別の変更が可能か否かは、一般原則に立ち戻り、当事者の属人法である本国法によると解されている。³⁷⁾しかし、本国法が性別の変更に関する規律を有さず、あるいは性別の変更を禁止するような場合には、公序の観点からイタリア法により性別の変更を認めるべきであるといった見解は、学説上すでに特別法制定時から主張されていた。³⁸⁾二〇〇〇年には、これに追隨する形で、ミラノ第一審裁判所(Tribunale di Milano)が、ミラノに住所を有するペルー人からの性別の変更が請求された事件において、ペルー法上性別の変更の可否やそれに関する規定の有無は不明であるが、当事者の本国法が性別の変更に関する規定を有さず、またはこれを認めないような場合には、本国法は適用せず、イタリア法を優先すべきであると判示し、当該請求を認めている。³⁹⁾

一九九二年の破棄院判決で自国民の性別の変更を許容するに至ったフランスでも、一九九四年のバリ控訴院判決で、フランスでの身分登録の性別表記の訂正を申し立てたアルゼンチン人について、アルゼンチン法には性別の変更に関する規律がなく、同法を適用することはフランスの公序に反するとして、同法を適用せず、フランスでの性別の変更を認めた。

オーストリアでは、連邦内務省の一九八三年の通達により、出生登録簿上の性別の変更や名の変更が実務上可能となった。⁴⁰⁾出生登録はオーストリア国籍を有する者に加え、オーストリアで出生した外国籍の者も対象とされる。連邦内務省の見解によれば、外国人の性別変更については原則としてその本国法を適用して検討するようであるが、オーストリアで出生登録されている外国人についてはその本国法が性別変更を認めないような場合には、オーストリアの公序に反するとして外国法の適用を排除し、性別変更手続をすることである。⁴¹⁾さらに、オーストリアで出生登録されていないタイ人(女性への性別適合手術を受けている)とオーストリア人男性との婚姻申請について、オーストリア行政裁判所は、

性別の変更を認めないタイ法を適用して婚姻の成立を認めないことはオーストリアの公序に反するとして、タイ法の適用を排除し、婚姻の成立を認めた。⁽⁴⁴⁾

米国では、約半分にあたる二五州が性別変更のための登録等の変更のための明文の規定を有しており、残りの半分の州は一般的な出生証書等の変更手続規定を性別の変更にも類推適用し対処している。⁽⁴⁵⁾つまり、米国では、性別の変更に関してこれを実体的に確認するといった手続はなく、各州が管理する出生証書等の登録の記載変更を裁判所または直接行政機関に請求する形式となっている。では、たとえばXがA州で出生登録され、その後B州に居住している場合、B州で性別の変更手続はできるだろうか。この点、これを認める州もあれば、B州にはA州に対しその登録を変更することを命じる権限はないとしてこれを認めない州もあるようである。⁽⁴⁶⁾後者の立場をとるとしても、XがB州で求めているのは、A州での出生登録簿や出生証書の記載の変更ではなく、B州での性別の確認にすぎず、B州ではそのような手続に関する規定はないけれども、エクイティに基づきその性別の確認と名の変更を認めることができるとしたメリーランド州控訴裁判所二〇〇三年二月一日判決がある。⁽⁴⁷⁾

その他の法域でも、特に外国人に性別変更手続を制限するような規律はないようである。前述の米国やデンマークのように、性別の変更という問題の対処が登録法や氏名法の規定を活用することでなされてきた法域では、その地に登録があることを前提として手続が考えられており、その地に登録がない者には手続への途が閉ざされる可能性がある。しかし、これは国籍を理由に制限しているのではなく、単に管轄が欠如しているからにすぎないと研究所は評価する。⁽⁴⁸⁾

(ウ) 研究所の結論⁽⁴⁹⁾

性同一性障害者の性別の変更は、ドイツ性転換法が施行された二〇年前より国際的に広く認められるようになった。

立法者は、性転換法の立法時に、性別変更のみを目的に外国人がドイツを訪れるといういわゆる性転換ツアーを危惧したと思われるが、そのようなことは今日では考えられない状況となっている。このような観点からドイツ国民とドイツ法を属人法とする者のみに性別確認手続きを限定することは、もはやその根拠を失っている。

また、立法者は跛行的な法律関係の発生を回避も重視したが、多くの国で性別の変更が認められるようになった以上、請求権限の制限をこの理由で正当化することはできない。すでに隣国の一部では、この問題について本国法主義が放棄されており、ドイツのみが本国法主義を維持したところで跛行的法律関係の発生を回避することはできず、性別の変更に関する外国裁判の承認を広く認めることよってのみ跛行的法律関係は回避することができる。

以上のような見地から、研究所は、次の三つの改正案を提示する。

第一案は、双方向的抵触規定を新設する案である。立法者は、外国人の身分に関する事柄については本来その本国で扱われるべきであるとの見解から、ドイツ国民とドイツ法を属人法とする者を請求権者とした。しかし、それは、性別と名の変更をその者の本国法に依拠させるといった双方向的抵触規則とすることによっても可能である。研究所の見解によれば、性転換法八条一項一号及び一條一項一号は外国実質法を指定しないことから抵触規則とは言えず、単に請求権限を定めているにすぎない。そのため、民法施行法六条の公序則の適用は不可能である。しかし、これらの規定を双方向的抵触規定に改めれば、準拠外国法が性別の変更を認めないような場合には、公序則を発動し、その適用を回避することが可能となる。

第二案は、国籍に代わり、最低滞在期間を要件化する案である。性転換法立法時には同様の立法を有する国はなおも少なかった。世界で一番最初に性転換法を制定したスウェーデンは、自国籍を有することを要件とすることでいわゆる性転換ツアーを回避することを意図し、ドイツの立法者もまたこれに倣ったと思われる。立法者が危惧した性転換ツアー

1を回避するには、請求権限を国籍により制限する手法をとるのではなく、オランダのように、たとえば一年といった最低滞在期間を定める手法がよいであろう。結果的に、この期間経過後は本国法主義から常居所地法主義に移行することになる。

第三案は、常居所または住所を連結点とする案である。

結論として、性転換法八条一項一号は、研究所が提案するような規律方法が他にあるにもかかわらず、ドイツ人とドイツ国内に居住する外国人とを同等に扱っていない。この不平等な取扱いには合理的な理由が認められない。すなわち、同規定は、自認する性別で差別されずにドイツで日常生活を送る可能性を奪うものであり、憲法上保護される人格の自由な発展（基本法二条一項）、人間の尊厳（同一条一項）の侵害であり、婚姻の自由（同六条一項）も事実上否定することになる。そしてこれは、欧州人権条約八条と一二条にも違反する。国際的な動向や欧州人権裁判所の判例^⑤からすれば、第一案よりも、第三案を選択し、場合によっては最低滞在期間の要件などを加味するほうがよいであろう、と認められていく。

(3) 違憲決定要旨^⑥

連邦憲法裁判所は、二〇〇六年七月一八日決定で、申請権限を限定する性転換法八条一項一号が準用する一条一項一号を違憲であると判断した。その理由を要約して紹介することにしよう。

まず、立法者は、性転換法一条一項一号を公序則の介入の可能性のある抵触規定にしないことを意図したわけであるが、その結果、ドイツに合法的に一時的でなく滞在している外国籍の性同一性障害者にその属人法を例外なく適用することになる。この例外のない本国法の適用は、当該法に性別や名の変更に関するドイツ法と同様の規定がない場合には、

ドイツ人やドイツ法を属人法とする者と比して、当該外国人を不利に扱い違憲である。

身分に関わる事柄についてはドイツでは確かに本国法が妥当する領域とされるが、登録パートナーシップについては、本国法がドイツ法のようにこれを認める規定を有さないことを想定し、ドイツ法が適用されるということを決めている。これは、性同一性障害者の性別の変更についても同様である。

また、立法者は請求権限を限定することで跛行的法律関係の発生を回避しようとしたが、このような理由で当事者の基本権を侵害するような規律が正当化されるわけではない。跛行的な法律関係は、今やより多くの国が厳格な本国法主義の適用から距離をとろうとしていることによっても生じる。跛行的法律関係による当事者への不利益は、少なくともドイツにおいて彼らが自認する性で法的にも認められ生きていくことと比較して当事者自身が判断すべき事柄である。

連邦憲法裁判所は、以上のように述べ、性転換法一条一項一号が違憲であると判断した。しかしながら、本決定において当該規定を無効とは宣言していない。違憲状態を回避するための方法としてはいくつかあり、どれを選択するかは立法府に委ねられているとし、二〇〇七年六月三〇日までに憲法に合致する規定を制定することが立法府に課された。もともと、採り得る方法として次の二つが提示された。

第一案は、「名の変更に関する権利及び性別の変更に関する権利について請求者が属する国の法を適用する」といった双方向的抵触規定に性転換法一条一項一号を変更ないしは国際私法典（民法施行法）に取り込む方法である。この方法を採用した場合、本国法上同様の権利が認められない外国籍の性転換者については、民法施行法六条が発動される、と明言している点が注目される。第二案は、請求権限を認めるための合法的な滞在期間を定めることにより、性転換法の権利を外国人にも認める方法である。

本決定には二つの評釈が公刊されている。Rothは、連邦憲法裁判所の第二案は、一時的でない、とか、違法な滞在

でない外国人を念頭においているが、基本的に締約国で暮らすすべての者は欧州人権条約の保護下にあるので、抽象的な制限はなおこの観点から問題があると指摘し、第一案に賛成する。⁽⁵³⁾ 他方、Rehdalは、第一案は性別変更の承認を裁判官の公序則発動による実現という法的に不安定なものに委ねることに問題があると指摘し、原則的な本国法主義とともに補充的に常居所地法であるドイツ法を適用するという折衷的な方法を提案している。⁽⁵⁴⁾

(4) 改正法

その後性転法の改正に関する議論が公になされることがないまま、二〇〇七年一月三〇日の連邦議会で立法案が提出されている。⁽⁵⁵⁾ ここでは、連邦憲法裁判所が提示した第二案を選択したとだけでそれ以上理由は付さず、次のような規定が提案された。⁽⁵⁶⁾

性転換法 一条 一項 一号

「その者が基本法の意味におけるドイツ人であるとき、又はその者が外国人として一年以上合法的にドイツに滞在している場合において、その本国に同等の規定がないとき」

そしてその後突如として、内務委員会の決定で、性転換法の改正も旅券法の改正と同時に行われることになり、下記のような性転換法の改正案が含められ、二〇〇七年五月二三日に連邦議会で提案された。⁽⁵⁷⁾

- 「その者が、
- a) 基本法の意味におけるドイツ人であるとき、
 - b) 無国籍もしくは祖国のない外国人でその常居所を国内に有するとき
 - c) 庇護権者または外国の難民でその住所を国内に有するとき、又は
 - d) 本国法に本法と同等の規定がない外国人が
 - aa) 無期限の滞在権を有するとき、もしくは
 - bb) 延長可能な滞在許可を有し、かつ、長期間にわたり (dauerhaft) 合法的に国内に滞在しているとき」

これが承認され、二〇〇七年七月二〇日に成立(同年十一月一日施行)している。⁽⁵⁸⁾

(5) 小括

請求権限に関する新規定は、二〇〇七年一月三〇日の連邦議会に提案された案に則ったものといえる。そうすると、それが連邦憲法裁判所の第二案を採用したと述べられていることから、新規定もこの第二案が基礎となっていることになる。しかし、新規定が第二案を採用したものと評価することは難しいのではないだろうか。

連邦憲法裁判所決定では明確には述べられていないが、この第二案は、マックスプランク研究所の第二案をほぼそのまま採用したものであるように思われる。研究所は、第一案として本国法主義をとった双方的抵触規定を提案した。しかし、第二案として、第一案よりもさらに一歩進め、本国法主義を放棄し、本国法上性別の変更が認められない外国人だけでなく、一定期間ドイツに滞在している外国人すべてにドイツでのドイツ法による性別変更手続を可能にする案を提

案したのである。

ところが、新規定に目を転じれば、連邦憲法裁判所の第一案よりも後退しているようにも思われる。新規定では、性転換法一条一項一号及び八条一項一号を基本的にそのまま維持しているからである。連邦憲法裁判所の違憲決定では、ドイツ法の適用のみを命ずる性転換法一条一項一号及び八条一項一号は抵触規定ではないことから、民法施行法六条の公序則を適用する余地はなく、その結果、本国で性別変更手続をすることができない外国人を不当に害すると判断された。新規定では、この問題を回避するためだけに、「本法と同等の規定が本国法にない」場合に滞在許可や滞在期間という要件を加味して一部の外国人に門戸を広げるといった方法をとったのである。時間をかけて検討し抜本的な解決策を提示した研究所や連邦憲法裁判所の改正案に比べ、新規定でとられた方法は、付焼刃のように思われる。

結局のところ、性別の変更の問題は、従前と同様に原則として本国法によって判断すべきであり、外国人はその本国で手続をすべきであるという考え方であるのは確かであろう。

二〇〇〇年に民事上の身分に関する国際委員会 (Commission Internationale de l'Etat Civil)⁽⁶¹⁾ で採択された「性別の変更に関する決定の承認に関する条約」⁽⁶²⁾ 一条は、「締約国の管轄当局による性別の変更に関する終局的な司法上又は行政上の決定は、その決定の時点において当事者が当該国の国籍を有し、又は当該国に常居所を有するときは、他の締約国において承認される」旨規定する。つまり、この条約では、本国のみでなく、常居所地国における性別の変更手続も可能であることを前提としている。目下のところ本条約を批准した国はなく発効するに至っていないが、オーストリア、ギリシャ、オランダに加えてドイツもこれに署名している。つまり、ドイツは、当事者の本国で下された決定のみならず、常居所地国での決定も承認するという意思をこの委員会⁽⁶³⁾ で表明しているのである。現時点では、ドイツにおいては、外国でなされた性別変更裁判については FGG 一六条 a で処理される。同規定では、当該外国裁判所がドイツ法の観点か

ら管轄を有することを承認要件の一つとしてあげているが、現行法のもとで管轄を有するのは外国人の本国のみということになる。国内法と条約により課され得る承認義務には大きな隔たりがある。⁶⁴ 性転換法の改正は、このような観点からも問題が残るものであろう。

四 検討

日本においては、国際私法的観点から性同一性障害者の性別の問題を取り扱う文献はまだ数少ないが、二つのアプローチが考えられることがすでに指摘されている。⁶⁵

まず一方は、性別が通常公的な身分登録簿への記載事項であり、公的権利義務（年金受給年齢、徴兵制など）が性別に従い異なつて定められることから、その公法的側面を重視し、国際私法の適用範囲外の問題として捉える考え方である。これによれば、性別の変更も、原則として本国において本国法の要件の下でのみ可能であることになる。他方、性別は国際的私法関係でも問題となりうるので、抵触法的処理が可能であるとする考え方が⁶⁶ある。当事者の自己決定権が性についても重視されるときは、性の決定が私法上の問題として検討される余地があるとの指摘もみられる。⁶⁸

このような議論は、氏名に関する見解の対立を想起させる。いわゆる氏名公法権説は、氏名が「個人の特定という公法的要請」⁶⁹と強く関係することを根拠として、氏名の問題を国際私法の適用範囲外と位置づける。この学説に対する評価を本稿で述べることはできないが、氏名公法権説の指摘は、氏名のみならず、性別にも妥当するものである。なぜなら、性別も身分登録簿に記載され、個人の特定に資するものだからである。

抵触法的処理が妥当する領域か否かの判断をなにももつてするかという問に答えるには、多角的な検討が必要であ

り、本稿においてその答えを提示することはできない。しかし、いずれの性別に属するかという問題は、その者が自らの属する社会においてどのように社会生活を送ることができるかということと根本的に関わっており、法的にも婚姻の問題と直結している。「個人の特定という公法的要請」は、別途実務上対処可能な問題とも思われ、これのみを理由にして抵触法的処理を排除することは妥当でないであろう。

では、性別の変更手続の国際裁判管轄はどのようにして決定されるべきか。これについては、当事者の本国と住所地に管轄を認めるべきであるという見解が主張されている⁷⁰⁾。また、まだ日本で特例法が成立しておらず性別変更が不可能な時点でのものであるが、性別変更に否定的な態度をとるのなら外国人当事者の国籍を管轄原因として日本の裁判管轄権を否定し、逆の態度をとるのなら管轄原因として当事者の住所地を考えることに意味があると指摘するものがある⁷¹⁾。

性別が公的身分登録簿の記載事項であることから考えると、それを管理する本国に管轄が認められるべきであろう。しかし、性同一性障害者にとっていずれの性別で生きていくかという問題が、当事者が社会生活を送る場所と非常に密接な関係があることを顧慮すると、その住所地にも管轄を認めてしかるべきであると思われる。性別の変更の裁判のためには、特例法のように、性同一性障害であることや一定の医学的な要件をみたしていることを証明するために医師による診断・鑑定を必要とする法制が多い。しかも日本の場合には、日本の医師免許を持っている医師による診断書が必要であるとされ、海外に生活の本拠を有する場合、これらを取得するには困難を伴うこともある⁷²⁾。自認する性別で生きていくかとしているその地においてもそのような手続への道が開かれるべきであると考ええる。

では、次にその準拠法はどのように考えるべきだろうか。条理により、本国法あるいは住所地法・常居所地法といった準拠法が考えられると指摘するものもあれば、⁷³⁾ 法例二三条（通則法三三条）または条理で本国法主義を導き出す見解も主張されている⁷⁴⁾。イタリア、オーストリア、フランス、ドイツでは性別の決定をいずれも属人法である本国法によら

しめている。人自身に関わる問題であるからその者の属する法に依拠させるべきであると考えられているからであろう。⁽²⁵⁾

しかし、現実には外国法上の性別の取扱いの変更手続を日本裁判所ですることには様々な問題が生じるように思われる。マックスプランク研究所による比較法調査からも明らかのように、日本の特例法とは異なり、公簿や出生証書の記載の変えないしは訂正を主眼とした規定しか有していない国もある。たとえば、韓国においては、大法院二〇〇六年六月二日決定で、性同一性障害者の戸籍上の性別記載の訂正を認める決定が下されている。⁽²⁶⁾ この決定により、性同一性障害者に認められたのは、戸籍記載の当時から存在する瑕疵を是正するための規定である韓国戸籍法一二〇条による戸籍訂正許可申請であった。周知のとおり、韓国ではその後戸籍制度が廃止され、家族関係登録簿制度が導入されたため、現在では、「家族関係の登録等に関する法律」一〇四条により、家族関係登録簿の訂正許可申請をすることになる。⁽²⁷⁾ 性同一性障害者である在日韓国人が日本で性別の取扱いの変更手続をしようとする場合、本国法である韓国法上認められているのは実体的な性別の確認ではなく、家族関係登録簿の訂正許可申請のみである。日本裁判所が韓国の公簿訂正を許可することはできず、どのように審判すべきかが問題となろう。

また、この問題を本国法に依拠させた場合、公序との関係でも問題が生じることが考えられる。長年日本で暮らす外国人の本国法が性別の変更を認めない場合には、これを公序により排斥することで、日本裁判所での性別の変更を認めることはできよう。⁽²⁸⁾ しかし、当該外国人の本国法上の性別変更の要件が日本と異なる場合にはどうかであろうか。⁽²⁹⁾ 本国法上の要件を満たしていても、日本特例法の要件を満たしていない場合に、はたして日本裁判所で本国法に従い性別変更を認めることができるだろうか。たとえば特例法上は成年年齢である二〇歳を申立要件とするが、一八歳で申立てを認める法が本国法である場合、これは公序に反するのであるうか。⁽³⁰⁾ また特例法上の「子なし要件」は、これを要求する国が比較法的にもなく、批判が強かったため、二〇〇八年に「未成年の子がいなく」というように要件を緩和する方

向で改正されている。では、本国法上子なし要件が規定されていない者に未成年の子がいる場合、これもまた公序に反して認められないのであろうか。⁽⁸²⁾多種多様な外国法上の要件が公序に反するか否かの判断は困難を伴うし、これは当事者にとっても望ましくないであろう。

このように考えると、そもそもこの問題を本国法に依拠させることが妥当かという疑念がわく。⁽⁸³⁾特例法は、ドイツ性転換法と異なり、日本法を属人法とする者に適用対象を限定しておらず、この部分は解釈に委ねられている。それならば、特例法の対象を日本人のみに限定せず、外国人にも広げ、外国人から日本裁判所に性別の取扱いに関する審判が申し立てられた場合にも、その管轄が認められるときには常に日本法、すなわち特例法を適用するという方法も考えられ得るのではないだろうか。⁽⁸⁴⁾特例法上性別の取扱いの変更にあたっては、医師の診断が常に必要なとされており、厳格な手続のもと判断されることから、これが悪用されるおそれは考え難い。

本稿冒頭でも紹介したが、立法関係者の解説において、外国人から特例法に基づいて性別の取扱いの変更の審判の請求がなされた場合の問題として以下の四つがあげられていた。繰り返しになるが、もう一度それらを列挙する。

- ① 外国人の性別の取扱いの変更について国際裁判管轄権が我が国の裁判所にあるといえるか。
- ② 仮に日本の裁判所に裁判管轄権が認められ得るとしたとしても、その場合の適用法規あるいは準拠法はどうか。
- ③ 我が国において性別の取扱いを変更したとしても、外国人の本国においてその変更が承認されない場合には、国際的に性別の取扱いに齟齬を来し、本人の同一性の識別に問題が生じ得る。
- ④ 本国において出生証明書等に登録され、それらを通じて管理の対象になっている性別を他国が変更することは、本国の国家主権等を侵害することにならないか。

まず、①に関しては、前述のとおり、当事者の住所が日本に認められれば管轄を肯定してもよいのではないだろうか。

②に関しても、前述のとおり、日本特例法を適用することになる。③については、起り得る深刻な問題である。どの程度の国々が日本での性別変更審判を承認するかどうかは現時点では不明である。しかしながら、ドイツ連邦憲法裁判所違憲決定でも述べられたように、跛行的法律関係を回避するために日本での性別の取扱い変更の手續から外国人を排除すべきではない。日本に住所を有する外国人が場合によつてはあり得る本国と日本との性別の取り扱いの齟齬を甘受してまで日本で手續を開始するかどうかは、当事者の判断に委ねるべきである。したがって、日本での裁判が本国で承認されない可能性があることは日本での手續を開始する前に十分に当事者に説明する必要があると思われる。最後に④に関しては、外国人が日本の裁判で変更できるのは、本国が発行する公的書類を変更ではなく、あくまでも外国人登録原票や運転免許証、保険証など日本で発行される公的書類の記載事項の変更である。したがって、本国の国家主権を侵害することにはならない。

五 おわりに

以上、在日外国人の日本での性別変更の可能性について論じてきた。私見としては、外国人にも日本において特例法により性別の取扱いの変更を可能とすべきであると考ええる。本稿で比較法としてとりあげたドイツの改正法では、最終的には採用されなかった結論ではあるが、ドイツ連邦憲法裁判所が提示した改正案に近いものである。外国人に日本での性別の取扱いの変更の道を開くと、実務上様々な問題が生じることが考えられ、この観点からの批判もあろう。しかし、特例法は、性同一性障害者が受けている社会的不利益を解消するために制定された法律である。この立法趣旨からすれば、特例法は、国籍を問わず、その不利益を受けている者すべてを対象とすべきである。在日外国人に特例法上の

恩恵を与えることは、国境を越えた人の移動が激しくなり、国籍所属国で暮らす者ばかりでなくなっている今日では重要であると思われる。

本稿で検討した問題のほかにも、性同一性障害者の名の変更や本国または第三国でなされた司法上あるいは行政上の決定をどのように取り扱うかという問題⁵⁵⁾もあるが、これらはまた別の機会に検討することとしたい。

- (1) 自見武士「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の概要」民月五九巻八号一六五頁（二〇〇四）。
- (2) 自見・前掲注（1）一六五頁。もともと、性同一性障害は、比較的歴史の浅い疾患概念で、医学的に疾患とすべきかどうかについてまだ議論があるようである（南野知恵子監『解説』性同一性障害者性別取扱特例法』七二頁（日本加除出版、二〇〇四））。
- (3) この過程に関しては、自見・前掲注（1）一六五頁以下のほか、針間克己「性同一性障害の医学的概念と現況」南野監前掲注（2）一六頁以下が詳しい。
- (4) 二〇〇八年六月一八日に、かつてより議論のあった「子なし要件」が緩和され、「未成年の子がいないこと」に要件を限定する改正法が公布されている。
- (5) 婚姻当事者の一方が性同一性障害者であり、性別適合手術を受けているが、その本国法が性別の変更を認めないような場合の婚姻の成立の問題や名の変更、外国でなされた性別の変更の裁判の取扱いなどいろいろな形で問題となり得る。
- (6) もともと、日本人男性が、婚姻した相手方であるフィリピン人が女性であると思っていたところ、男性であったため、婚姻無効であるとして、戸籍法一一三条に従い戸籍訂正が認められた事件がある（佐賀家審平成一一年一月七日家月五一巻六号七一頁）。
- (7) Gesetz über die Änderung der Vorname und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. September 1980 - Transsexualengesetz (BGBl I 1980, 1654). 同法に関しては、石原明「性転換に関する西ドイツの法律——その医学的ならびに法的視点」神戸学院法学一二三巻二号（一九八二）一頁以下、大島俊之『性同一性障害と法』一〇三頁以下、一五三頁以下（日本評論社、二〇〇二）、渡邊泰彦「ドイツ性転換法について」戸籍七五号一頁（二〇〇三）など参照。
- (8) 日本における学説の状況を概観するものとして、たとえば、法例研究会編『法例の見直しに関する諸問題（4）』（中西康）別冊NBL八九号八六頁以下。

- (9) 戸籍法の改正による対応ということも可能であったが、戸籍があくまでも実体法上の身分関係を登録・公証するものであることから、戸籍の統柄の変更を行うためには、実体法上の性別の取扱いが変更されていることが必要であると考えられ、実体法的な規律をする特別法として制定された(南野監・前掲注(2)九八頁)。
- (10) 自見・前掲注(1)一七三頁(注1)。
- (11) 南野・前掲注(2)九七頁。
- (12) 前掲注(7)参照。
- (13) 一九八二年に他の性別に属することの確認手続の請求権者の年齢を満二五歳以上である旨規定する八条一項一号が、一九九三年には名の変更手続の請求権者の年齢を同様に満二五歳以上とする一条一項三号が違憲であり、無効であると宣言されている(BVerfG, v. 16. 3. 1982, BVerfGE 60, 123 = NJW 1982, 2061; BVerfG, v. 26. 1. 1993, BVerfGE 88, 87ff = NJW 1993, 1517)。二〇〇五年には、性転換法一条により名を変更した者が婚姻した場合、従前の名の変更の決定が効力を失うとする七条一項三号の規定が違憲であると判断された(BVerfG, v. 6. 12. 2005, BVerfGE 115, 1 = FamRZ 2006, 182)。その上、二〇〇八年には、性別帰属確認の要件として「婚姻をしていないこと」をあげる性転換法八条一項二号が違憲であるとされた(BVerfG, v. 27.5.2008, 連邦憲法裁判所のHPより入手可能)。一九八二年違憲決定については、石原明「性転換法の年齢制限に対する違憲判決——西ドイツ——」神戸学院法学一三巻三号二二頁(一九八三)、二〇〇五年、二〇〇六年及び二〇〇八年違憲決定については、渡邊泰彦「憲法と婚姻保護——性同一性障害者の性別変更要件をもとに——」同法六〇巻七号三四八頁以下参照。
- (14) 以下のドイツ性転換法の訳は、大島・前掲注(7)一五三頁以下を参考にした。なお、八条一項二号もすでに違憲により無効と宣言されている(前掲注(13)参照)。
- 第一条(要件)①トランスセクシュアリスムの特徴によって、もはや出生登録簿に記載された性には属さず他方の性に属しており、かつ、三年以上その外観に対応した生活を余儀なくされている者は、次の場合には、申立てによって、裁判所による名の変更を求めることができる。すなわち、
- 一 その者が基本法という意味においてドイツ人である場合、またはその者が、本法の施行地域内に居所を有する無国籍者もしくは祖国を失った外国人である場合、またはその者が、本法の施行地域内に住所を有する庇護権享有者(Aufenthaltsberechtigter)もしくは外国の難民である場合であって、

- 二 他方の性に属することがもはや変わらないうちであるということが、高い蓋然性をもって推測され、かつ、
 - 三 その者が、二五歳以上である場合（連邦憲法裁判所一九九三年一月二六日の違憲判決によりこの規定は無効）
 - ② 申立人は、将来用いようとする名を、申立ての際に表示しなければならない。
- 第八条〔要件〕①トランスセクシュアリズム的特徴によって、もはや出生登録簿に記載された性には属さず他方の性に属しており、かつ、三年以上その外観に対応した生活を余儀なくされている者は、次の場合には、申立てによって、他の性に属するものとみなす旨の裁判所による確認を求めることができる。すなわち、
- 一 第一条第一項第一号から第三号までの要件を満たしており（連邦憲法裁判所一九九三年一月二六日の違憲判決により、年齢制限部分は無効）、
 - 二 婚姻しておらず、
 - 三 継続して生殖が不可能であり、かつ、
 - 四 性の外観上の特徴を変更する外科的手術をうけ、それによって、他の性の外観に明白に近似する程度に至っている場合、
- ② 申立人は、将来用いようとする名を、申立ての際に表示しなければならない。ただし、第一条に基づいて申立人の名がすでに変更されている場合は、この限りでない。
- (15) BT-Drucksache 8/2947, S.13 3.1.1. Jürgen Basedow/Jens M. Scherpe, Ergebnisse, in: Hrg. Jürgen Basedow/Jens M. Scherpe, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und IPR (2004) S.165 については、立法者は跛行的法律関係の回避とドイツに性転換を希望する者が押し寄せること（いわゆる性転換ツアー）を危惧してこのように限定したと指摘されている。
 - (16) 山内惟介「国際私法における、性転換、について」同『国際公序法の研究——抵触法的考察』二二五頁以下（中央大学出版部、二〇〇一）（新報一〇四巻八・九号（一九九八）一六一頁以下初出）においてもドイツをはじめとするヨーロッパ諸国の学説の状況が紹介されている。
 - (17) Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl. (2004), S.665.
 - (18) Staudinger-Peter Mankowski, 13.Bearb. (1996) Art.13 EGBGB Rz.185; Staudinger-Rainer Hansmann, 13.Bearb. (2000) Art.7 EGBGB Rz.6; Erman-Gerhard Hohloch, 11.Aufl. (2004) Art.7 EGBGB Rz.6; Palandt-Andreas Heldrich, 66.Aufl. (2007) Art.7 EGBGB Rz.6; MünchKomm-Michael Coester, 4.Aufl. (2006) Art.13 EGBGB Rz.54; Anne Rothe, Inländerprivilegien und Grundrechtsschutz der Transsexualität: Gleichwertigkeit von Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsknüpfung?, IPRax 2007 S.206; MünchKomm-Rolf Birk, 4.Aufl. (2006) Art.7

EGGBB Rz.16 は、根拠条文を示す)となへ、性別は当事者の属人法に依拠するとするが、七条の注釈として、「性別」の項目をたてている)から七条を根拠としているようにも思われる。Christian von Bar, IPR Bd. II (1991), Rz.12 では、七条や氏名に関する一〇条から人自身に關わる問題として本国法に依拠させる見解、前掲注(17)のKegelの見解の両方に言及し、自身の明確な立場は示していない。

(19) von Bar, a.a.O. (18) Rz.12; MünchKomm-Coester, Art.13 EGBGB Rz.54; Staudinger-Mankowski, Art.13 EGBGB Rz.185; MünchKomm-Birk, Art.7 EGBGB Rz.16.

(20) 山内・前掲注(16)でも一部紹介されている。

(21) AG Hamburg StAZ 1984, 42; LG Stuttgart StAZ 1999, 15; KG StAZ 2002, 307; OLG Karlsruhe StAZ 2003, 139; BayObLG StAZ 2004, 67 = FamRZ 2004, 1289.

(22) AG Hamburg, StAZ 1984, 42.

(23) LG Stuttgart StAZ 1999, 15; KG, StAZ 2002, 307; OLG Karlsruhe StAZ 2003, 139.

(24) BayObLG, StAZ 2004, 67 = FamRZ 2004, 1289.

(25) OLG Frankfurt, StAZ 2005, 73.

(26) 内務省の見解は、連邦憲法裁判所二〇〇六年違憲決定の中で紹介されている。Vgl. IPRax 2007, S.220.

(27) 調査対象とされたのは、オーストラリア、ベルギー、ブラジル、デンマーク、フィンランド、フランス、アイルランド、イタリア、カナダ、オランダ、オーストリア、ポルトガル、スウェーデン、スイス、スペイン、トルコ、英国、米国である。

(28) Christian Eckl, in: Basedow/Scherpe, a.a.O. (15), S.59f. ポルトガルでは、性同一性障害者の性別変更に関する立法はなされていないものの、裁判上で幾度か問題となってきたようである。下級審では性別の変更を認めるものもあるが、一九八八年に最高裁でこれを認めない旨判示された。しかしその後、下級審ではなおも性別の変更を認める裁判例がでてきているようである。

(29) Reinhard Ellger, in: Basedow/Scherpe, a.a.O. (15), S.41.

(30) 立法により対処しているのは、他国に先駆けて一九七二年に性同一性障害者のための性別の確認に関する法律をつくったスウェーデンのほか、ドイツ、フィンランド、イタリア、オランダ、トルコ、カナダやオーストラリアの大半の州、米国の一部の州である。ブラジルとスペインでは判例上性別の変更が認められているが、調査段階の二〇〇四年時点で立法案がだされているようである。両国のその後の状況については残念ながら不明である。英国も調査段階ではまだ立法案が上程されていたにすぎなかったが、同年 Gender Recognition Act が成立

- している(田卷帝子「性同一性障害に冠する法の日英比較」家族 社会と法)二三号(二〇〇七)一四八頁以下参照。もっとも、これらの法域の中でもさらに、実的に出生時と異なる性別に属することを確認する手続として立法する法域もあれば、公簿の記載の変更(訂正)のみを主眼として立法する法域もある。Vgl. Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15).
- (31) 判例により性別の変更を認めるのは「フランス・スイスにも」。Vgl. Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15).
- (32) 裁判所を介在させることなく、出生証書や身分登録簿の記載の行政上の変更手続を性別の変更に認めているのがオーストリア、デンマーク、米国の一部の州である。Vgl. Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15).
- (33) スウェーデン法に関しては「Jens M. Scherpe, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15), S.62 及び大島・前掲注(7)一六〇頁参照。カナダケベック州に関しては「Reinhard Elger, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S.47 及び大島・前掲注(7)二二三頁。同州は、カナダ国籍に加え、一年以上ケベック州に居住していることも要件とする。」
- (34) Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, Transsexualität im internationalen Personenrecht, IPPrax 1987, S.189ff., Axel Metzger, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S.48f. オランダ法の条文の邦訳は「大島・前掲注(7)一七一頁以下参照。」
- (35) Jens M.Scherpe, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S.35.
- (36) Hans-Christoph Voigt, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S.68. スイスの身分登録簿に記載されていることも必要でない。スイス連邦裁判所一九九三年決定では「ブラジル人(女性への性別適合手術を受けた者)とスイス人男性の婚姻申請につき、ブラジルでは性転換が当時認められていなかったため、当該ブラジル人は依然として男性であり、本件婚姻は同性婚となり認められないと判示しつつも、ブラジル人がスイスに住所を有していることからスイスで手続することが可能である旨述べている(本決定は、山内・前掲注(16)二二三頁以下、大島・前掲注(7)二四八頁以下でも紹介されている)。」
- (37) Stephan Wagner, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S.43.
- (38) Ebd.
- (39) Wagner, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S.43f.
- (40) フランス法に関しては「Hans Jürgen Puttfarcken/Judith Schmier, in: Hrg. Basedow/Scherpe, aa.O. (15) S. 36f. 及び大島・前掲注(7)一三二頁以下も参照。」
- (41) Cour d'appel Paris 14. Juni 1994, Rev. crit. dr. i. pr. 84 (1995) 308.

- (42) Markus Roth, in: HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15), S.50ff. 大島・前掲注(7) 一六七頁以下も参照。
- (43) Roth, in: HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15) S.53f.
- (44) WVGH 30. Sep. 1997, ZHRV 1999, 185.
- (45) Detlev Witt, in: HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15) S.92ff. 大島・前掲注(7) 一八八頁以下も参照。
- (46) Witt, in: HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15) S.141 Fn.458, 459.
- (47) In re Heilig, 816 A.2d 68, 70.
- (48) Jens M. Scherpe, in: HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15) S.31f.
- (49) Basedow/ Scherpe, Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, in : HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15) S.150.
- (50) Basedow/ Scherpe, Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, in : HrsG. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15) S.149ff.
- (51) Christine Goodwin v. The United Kingdom [GC], no.28957/95, ECHR 2002-VI.
- (52) BVerfG, Beschluss v. 18.7.2006, BVerfGE 116, 243= FamRZ 2006, 1818= NJW 2007, 900= JZ 2007, 409= IPRax 2007, 217= IPRspr 2006, Nr.1, 1.
- (53) Markus Roth, Anmerkung StAZ 2007 S.17. Roth は「J」の場合、改正法の立法理由において、本国法が同様の規定も同種の実務上の処理もなく、事案と十分な内国牽連性がある場合には、「常に」公序留保条項の介入が予定されていることを明らかにすべきであるという。
- (54) Anne Rothel, IPRax 2007, S.204ff. 第一案を採用するとしても、性転換法一条及び八条を双方的抵触規定として改正することは、性転換法と同一の法典の中に実質法規定と抵触法規定が混在することになり、回避すべきであるとする。そして、民法施行法七条により、性転換法の手続を外国法を属人法とする者についても認めるべきを明確にすべきであるとする。
- (55) BT-Drucks. 16/4148, S.6.
- (56) BT-Drucks. 16/4148, S.6.
- (57) BT-Drucks. 16/5445, S.5.
- (58) BR-Drucks. 349/07, S.4.
- (59) BGBl. I S. 1566, 1570.
- (60) 民事上の身分に関する国際委員会は、民事上の身分に関する事項での国際的な協力関係と各国の身分登録の情報の交換を促進することを目的として、一九四八年アムステルダムで創設された。二〇〇八年七月段階で、スイス、ベルギー、フランス、リユクセンブルク、オランダ、

トルコ、ドイツ、イタリア、ギリシャ、アーストリア、ポルトガル、スペイン、英国、ポーランド、クロアチア、ハンガリーがこれに加盟している。同委員会の情報は、そのホームページ (<http://www.cicci.org/>) から入手できる。

(61) *Convention relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe*: この条約の条文等も前掲注(60)のホームページから入手できる。

(62) 条約二条では、承認を拒絶しうる場合として、性別適合手術を受けていない場合、公序に反する場合、詐欺によって決定が得られた場合をあげている。

(63) Hrsz. Basedow/Scherpe, a.a.O. (15), S.148.

(64) Endl

(65) 山内・前掲注(16)二二五頁以下(なお、同論文では法律構成のカタログを提示するにとどめるとされ、態度表明は留保されている。同二四〇頁)、溜池良夫『国際私法講義』五三六頁以下(有斐閣、第三版、二〇〇五)、大島・前掲注(7)二四七頁以下。

(66) 山内・前掲注(16)一三〇頁以下、二四九頁、溜池・前掲注(65)五三六頁。

(67) 溜池・前掲注(65)五三六頁。

(68) 山内・前掲注(16)二四九頁注(50)。

(69) 澤木敬郎「人の氏名に関する国際私法上の若干の問題」家月三三巻五号(一九八〇)二四頁以下。

(70) 溜池・前掲注(65)五三七頁。

(71) 山内・前掲注(16)二三九頁。

(72) 針間克己『性同一性障害と戸籍』一四八頁(緑風出版、二〇〇七)。

(73) 山内・前掲注(16)二三九頁、二四九頁注(48)。法例三条一項の「人ノ能力」に「性の所属の決定」を解釈上(例示列挙における新項目として)追加する構成により本国法主義を導くことも可能であると主張されているが(同一九四頁)、法の適用に関する通則法下では「行為能力」に関する規定となったため、これに含めるのは難しいであろう。なお、本国法、住所地法、常居所地法などが考えられるが、「法例が採用する本国法主義を前提として体系的に一貫性を求める立場では、さしあたり、国籍への連結が優先的に考えられることになろう」とする(同二四九頁注(48))。また、この当時、日本ではなお特別法は制定されていなかったことから、住所地法や常居所地法の適用は、本稿とは異なり、性別変更を認めない法としての日本法の適用しようとするれば、住所や常居所を連結点とすることになろうと述べられている(同二四

九頁注(48)。

(74) 溜池・前掲注(65) 三七頁。

(75) スイスもこの問題を属人法に依拠させるが、スイス国際私法における属人法は住所地法である。

(76) 金亮完(訳)「大韓民国・性転換者の性別の取扱いに関する大法院決定及び例規制定について」戸時六〇六号(二〇〇六) 二六頁以下参照。

(77) 大法院家族関係登録例規第二五六号(二〇〇七年二月一日決裁)「性転換者の性別訂正許可申請事件等に関する事務処理指針」第一条参照。

(78) 溜池・前掲注(65) 五三七頁では、「本国法が性転換制度を有しない場合、わが国で性転換を認めないとする点まではよい」として、この場合、公序則を発動させない。

(79) 溜池・前掲注(65) 五三七頁においても、本国法主義をとった場合、このような問題が生じ得ることから、「この問題についての本国法主義の是非の問題が生じるであろう」と指摘されている。

(80) その本国法上一八歳が成年年齢とされている場合、公序に反しないという結論も導きうるようにも思われる。

(81) 二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(二)」戸時五五九号(二〇〇三) 七頁以下、大島俊之「性同一性障害に関する法的な諸問題」南野編・前掲注(2) 四三頁など参照。

(82) このような場合、当事者が日本に生活の本拠を有する限り、日本との牽連性から公序が発動される可能性はあるようにも思われる。

(83) 溜池・前掲注(65) 五三七頁参照。

(84) 法の適用に関する通則法五条や六条において管轄が日本に認められる場合には、準拠法と手続の密接な関係をも考慮して常に準拠法を日本法とする手法に近い。

(85) 外国裁判所でなされた性別変更裁判は外国裁判の承認に関する諸原則が適用され、(山内・前掲注(16) 二四〇頁・溜池・前掲注(65) 五三七頁) 管轄要件と公序要件を満たせば承認されるとするものがある。実務上は本国での公簿や旅券の記載事項の変更により、これを提示することで外国人登録原簿も変更されることになろうか。

* 本稿は、平成一九年度大学院研究高度化推進特別経費による助成を受けた「現代社会と医療——実定法学の動向と課題——」及び平成二〇年度科学研究費補助金による助成を受けた「各国の新たな身分法制と国際私法——国際私法方法論の観点から——」(「基盤研究(C)」)の研究の一部をなすものである。