

第3の性別は必要か

—— ドイツ連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定から ——

渡 邊 泰 彦

はじめに

- I ドイツにおけるインターセクシュアル
 - 1 民法典制定まで
 - 2 近年の状況
 - 3 インターセクシュアルの当事者の数
 - 4 ドイツ倫理委員会インターネット調査
 - (1) 回答者
 - (2) アンケートの項目
 - (3) 生活の質
 - (4) 身分登録法における性別アイデンティティの記載
 - 5 身分登録法の性別登録
 - (1) 2012 年身分登録法改正前の状況
 - (2) 性別の決定
 - (3) ミュンヘン地裁 2003 年 6 月 30 日決定
- II ドイツ倫理委員会
 - 1 報告書「インターセクシュアル」
 - 2 一般的人格権侵害
- III 2012 年身分登録法改正法
- IV ドイツ連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定
 - 1 事実関係
 - 2 ツェレ上級州裁判所 2015 年 1 月 21 日決定
 - 3 連邦通常裁判所 2016 年 6 月 22 日決定
 - (1) 「インター/ダイバー」の性別
 - (2) 合憲性
 - 4 ドイツ連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定
 - (1) 上告理由
 - (2) 結論
 - (3) 一般的人格権侵害
 - (a) 性別と一般的人格権保護
 - (b) 基本権侵害
 - (c) 正当化理由の有無
 - (4) 不平等扱いの禁止（基本法 3 条 3 項 1 文）
 - (a) 不利益
 - (b) 基本法 3 条 3 項 1 文による保護

- V 第3の性別の記載方法
 - 1 ドイツ倫理委員会
 - (1) 第3の性別
 - (a) 利点
 - (b) 欠点
 - (2) 自己で選択した表示
 - (3) 性別登録の廃止
 - (a) 利点
 - (b) 欠点
 - (4) 任意の登録
 - (5) 登録の延期
 - (6) 提案
 - 2 ドイツ人権研究所
 - (1) 空欄
 - (2) 第3の性別の記載
 - (3) 性別記載の削除
 - (a) 利点
 - (b) 欠点
 - (4) 性別登録の延期
 - (5) 提案
 - (a) 総論
 - (b) 条文案
 - 3 連邦家族・高齢者・女性・青少年省
- おわりに
- 1 第3の性別の記載
 - 2 性別の自己決定

はじめに

日本において性的マイノリティーを表す言葉として LGBT がマスコミで多く取り上げられている。2003 年に「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」が制定されると、性別違和として T＝トランスセクシュアルに注目された。2010 年代には欧米諸国での同性婚の広がりの影響を受けて L＝レズビアン、G＝ゲイによる家族が話題となり、2015 年には地方自治体における同性カップルの登録・宣誓が渋谷区と世田谷区から始まっており、現在では6つの地域で導入されている。

他方において、LGBT という用語は限定的であり、性的マイノリ

ティーのすべてをカバーできないことへの批判もある。そこで、インターセクシュアルを加えたLGBTIあるいは自己の性自認や性的指向が定まっていない者を加えたLGBTIQ（Q＝クエスチョニング）という用語もある。もっとも、このような表記では次々と概念を付加していくことになる。

これに対して、性的指向と性自認という分類のみで表すSOGI（Sexual Orientation & Gender Identity）という用語もある。これは、個別の対象ではなく、2つの領域を表すことで、様々な概念を含むことができるという利点がある。

このような用語の問題では、LGBTに含まれないインターセクシュアルの扱いが中心の一つとなっている。

インターセクシュアルは、ときとして性別違和と混同される場合もあるが、全く別である。インターセクシュアルは、医学的には性分化疾患であり、内外生殖器や性染色体において性の発達が先天的に非定型的な状態であり、その原因となる性分化疾患は複数ある。この点で、身体的には男性または女性であり、確信する性別が身体的性別とは異なる性別違和、トランスセクシュアルとは異なる。

それよりも重要な違いとして、性別違和は男性と女性の2つの性別の枠内における身体と内心の不一致であるのに対して、インターセクシュアルでは、男性とも女性とも一義的に定まらず、2つの性別という枠内に収まるかが問題となる。

インターセクシュアルは戸籍において、性別違和よりもはるか前より、性別未確定の問題として戸籍では対処されてきた。出生時に性別が判定できず出生証明が作成不能で添付できない、あるいは性別欄に記載がない出生証明書が添付された出生届であっても、その旨および後日性別が決定したときに追完する旨を付記したうえで、性別欄（父母との続柄欄）を空欄としたまま出生届を受理する扱いになっている（昭和23年12月1日法務庁民事局長回答民事甲1998号、民事局第二課長電報回答（昭和35年5月25日民事（二）発210号））。

また、出生時に性別の確定が困難であるが男女の一方の性別と判断し、

その後、他方の性別であることが判明し、本人がその性別を望む事案において、札幌高決平成3年3月13日（家月43巻8号48頁）は、二男から長女への戸籍の訂正を認めている。

出生時に性別が未確定の場合に性別欄を空欄とする扱いから、さらに第3の性別を積極的に記載することまでは、日本法では認めていない。

この点について、家永登は、「第3の性」の制度化ではなく、本人の最終決定まで「性別未確定」という法的地位を保持することを認める提案をしている。⁽¹⁾ 家永は、生物学的に性はスペクトラム（連続するもの）であるという理解のもと、「生物学的には連続しているものを社会的便宜から男女に2分してきたのであるが、これに『第3の性』を加えたとしても、『男』か『女』かの紛争に、新たに『男』か『女』か『第3の性』かをめぐる紛争を加えるだけで、事態の解決にはならない。さらに、現在の社会においては、いまだ男女二分法を前提とした男女平等化や女性保護の運動や立法が進行中であり、この状況の中で男女以外の『第3の性』を設けることは、男女いずれか明確でない者にとって不利益となりかねない」と述べる。⁽²⁾

そして、性別未確定の出生届が提出された場合には、追完に時間制限はなく、「性別は本人のアイデンティティの根源であるから、性別の決定権は最終的には本人にある」とする。さらに、「男女の性別は事案ごとに相対的に決定すれば足りるものであり、全生活関係について全面的かつ一律にその人を『男』か『女』かに区別することが必要な場面は、実はそれほど多くない（『性別の相対性論』）」と述べる。⁽³⁾

性別欄を空欄とする扱いは、最近ではドイツでも採用されている。これは2009年2月10日に国連女性差別撤廃委員会から指摘を受けてから、身分登録法におけるインターセクシュアルの扱いについて立法のために議論

(1) 家永登「性別未確定で出生した子の性別決定——『性の段階性』および『性別の相対性』の視点から」専修法学論集131号（2017）1頁、48頁。同論文では、日本におけるインターセクシュアルの法的問題について紹介しており、本稿を書くにあたって参考とした。

(2) 家永・前掲48頁以下。

(3) 家永・前掲49頁以下。

が進められてきた結果である。さらに、連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定⁽⁴⁾は、第3の性別を記載するなど新たな規定の制定を義務づけた。

本稿では、第3の性別を記載することの意義を検討するための素材として、性別欄の空欄が認められた 2012 年身分登録法改正から上記ドイツ連邦憲法裁判所決定までの状況の一部を紹介する。以下では、ドイツにおけるインターセクシュアルの概観として、民法典制定前からの性別の扱いと、ドイツ倫理委員会が行なったインターセクシュアルの状況についてのアンケート調査を示す。そして、第3の性別の導入を示唆する連邦憲法裁判所決定の内容をみていく。最後に、ドイツ倫理委員会とドイツ人権研究所の報告書などから、第3の性別の記載とその方法の提案を示していく。

I ドイツにおけるインターセクシュアル

1 民法典制定まで

インターセクシュアルに関わる法律として、半陰陽（Zwitter）を対象とする規定は、古くから存在していた⁽⁵⁾。

古くはローマ法のディゲスタでは、半陰陽はその優位な性別と同じとするとしていた。

カノン法では、他人から見ても性別が不明確な半陰陽の者は⁽⁶⁾、婚姻適齢、宣誓可能年齢に達することにより性別を選択することができた。選択までは、父が仮の第三者決定権を有していた。また、婚姻が異性であることとなっていたことから、男性が優位な半陰陽の者は女性とのみ婚姻でき、女

(4) BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 — 1 BvR 2019/16 —.

(5) インターセクシュアルの歴史については、ドイツ倫理委員会の報告書（後記Ⅱ）を参考にした。

Deutscher Ethikrat, Intersexualität Stellungnahme, [online] Deutscher Ethikrat, 2012 [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.ethikrat.org/publikationen/stellungnahmen/intersexualitaet> >

同報告書は。英語版、フランス語版がある。また、同内容の報告書がドイツ連邦議会に提出されている（BT-Drucks. 17 / 9088）。

(6) 優位な性別のある者は対象外とされた。

性が優位な半陰陽の者は男性とのみ婚姻できた。

ディゲスタを継受した 1512 年帝国公証法 (Reichsnotariatsordnung) では、半陰陽の者は、女性と同様に、相続人、被相続人、遺言作成の証人となることはできなかつた。⁽⁷⁾

1756 年バイエルン民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Bayerisches Codex von 1756) は、専門家 (医師) の助言と考えに従った性別、あるいは医師でも知らない場合には自らで選択した性別に帰属した (I, 3, § 2 (2))。選択は一度だけ認められており、その性別とは違う場合には、虚偽申告の犯罪と同じに扱われて、罰せられた。

1794 年プロイセン一般ラント法では、次のような規定があった。

19 条：半陰陽の者が出生したときは、親は、子をどの性別で教育するかを定める。

20 条：しかし、このような者は、18 歳を満了したときは、どの性別を有することを望むかを自由に選択する。

21 条：この選択に従い、その権利について以後は判断する。

22 条：第三者の権利が推定される半陰陽の性別に係るときは、第三者は、専門家の調査を申し立てることができる。

23 条：専門家の所見により、半陰陽の者及びその親の選択に反しても、判定する。

1865 年ザクセン民法典は、半陰陽は優位の性別に含むと定めていた。

もともと、半陰陽の者を対象とする規定があるとしても、最終的には男性か女性に属さねばならず、男女と並ぶ半陰陽という性別が認められていたのではない。⁽⁸⁾

1875 年の身分登録及び婚姻締結の認証に関する法律 (身分登録法) により、子の性別が出生登録簿に登録されることとなり、半陰陽の選択権は認められなくなった。畸形によりすぐに判明しないときは、子の性別を探

(7) Vgl. Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 121.

(8) Vgl. Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 118.

り出すことが、医者の仕事になった。しかし、身分登録法には、どのようにして性別を探り出すのかは示されず、性別についても定義されていない。

ドイツでは中性的な名はなく、男性名か女性名がはっきりとしているため、優位な性別は、名付けにあたって重要となる。名が人の身元確認を可能とする機能を有していることから、子の性別は、名から疑いなく認識できるものでなければならないとされている⁽⁹⁾。

民法典（BGB）が1900年に施行されると、インターセクシュアルに関するすべての規定がドイツの法秩序からなくなった。民法典の理由書（Motiven）において、医学的に「性別がない、または両性を自身で統合する人は存在せず、いわゆる半陰陽は性別が畸形の男性か、性別が畸形の女性である」と述べられていた⁽¹⁰⁾。また、男性と女性のみが存在するのが当然であるとして、民法典に性別の定義は規定されなかった⁽¹¹⁾。

2 近年の状況

2009年2月10日に、ドイツ連邦政府は、国連女性差別撤廃委員会から、「その主張をより理解するためにインターセクシュアルとトランスセクシュアルの当事者の非政府組織との意見交換を行い、その人権保護のために措置を講ずる」ように要請を受けた⁽¹²⁾。

2012年には、性別欄の空欄を認める身分登録法の改正が成立し、翌2013年から施行された（後記Ⅲ）。

2013年の連邦議会第18会期における、キリスト教民主同盟、キリスト教社会同盟、社会民主党の連立合意には、「インターセクシュアルの人のための身分登録法の改正により達成された改善を、我々は査定し、場合によっては拡充し、トランスセクシュアルとインターセクシュアルの人の特

(9) Vgl. Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 120.

(10) Motive BGB I, S. 26.

(11) 民法草案では、優位な性別が判明しないために性別を定めることができない事案について、性別と結びついた規定は適用しないことを予定していた（vgl. Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 122 f.）。

(12) CEDAW / C / DEU / CO / 6 Nr. 62.

殊な状況に焦点を当てる」と記載された。⁽¹³⁾

2013 年の連立合意に基づき、複数の省庁による作業グループ「インターセクシュアル及びトランスセクシュアル」(Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter / Transsexualität) が 2014 年に設けられ、連邦家族・高齢者・女性・青少年省、連邦内務省、連邦法務・消費者保護省、連邦保健省が参加し、2016 年からは連邦国防省が加わった。研究グループの資料として、連邦家族・高齢者・女性・青少年省から委託した研究調査の報告書など 11 巻と結果報告が公表されている。⁽¹⁴⁾

3 インターセクシュアルの当事者の数

どのような人をインターセクシュアルに含めるかによってその数は変わる。ドイツ連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定(後記Ⅳ 4)は、どのような形態の外観を数え入れるかによって様々な数になるとしつつも、1:500 の割合とする見解を引用する(Rz. 10)。これによるとドイツでは約 16 万人の人が該当する。

そのほかに、ドイツ医師会によると、典型的な男性または女性の性発育とは明確に異なる人がドイツには 8,000~10,000 人いると推計され、1 年に約 150 人が不明確な性器をもって誕生している。⁽¹⁵⁾

そのうち、ドイツ人権研究所が州政府に対して行ったアンケート調査によると、2013 年 11 月 1 日から身分登録において認められた性別登録の空欄(後記Ⅲ)の事案が 2015 年 11 月までの 2 年間で 12 件だけであっ

(13) Deutschlands Zukunft gestalten — Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 18. Legislaturperiode, S. 74.

(14) これらの資料の一覧については、「Liste der vom BMFSFJ geförderten und herausgegebenen Publikationen im Bereich geschlechtlicher Vielfalt (Stand Dezember 2017)„ [online] Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: <URL: <https://www.bmfsfj.de/blob/119690/fa7cc394219d318999d3ef7d0a29d2b0/liste-publikationen-geschlechtliche-vielfalt-data.pdf>>

(15) Bundesärztekammer, Stellungnahme der Bundesärztekammer „Versorgung von KindeRz, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)“, Deutsches Ärzteblatt 2015; 112 (5), S. 4.

⁽¹⁶⁾ た。研究所はこの2年で出生したインターセクシュアルの数を280～300人程度と推計していることから、その4%だけが空欄で登録されたことになる。

4 ドイツ倫理委員会インターネット調査

ドイツ倫理委員会（Deutscher Ethikrat）は、2011年5月2日から6月19日にかけて行われたドイツでのインターセクシュアルの当事者の状況に関するオンライン・アンケートの内容をまとめた報告書「インターセクシュアルの当事者の状況について——ドイツ倫理委員会オンライン・アンケートに関する報告書」⁽¹⁷⁾を公表している。

(1) 回答者

参加した回答者は195名、年齢構成は9歳までが43人、10～19歳が41人、20～29歳が30人、30～39歳が39人、40～49歳が24人、50～59歳が13人、60歳以上が5人で、最高年齢は67歳である。年少の子については親が代わりに回答している⁽¹⁸⁾。

回答者は、先天性副腎過形成症⁽¹⁹⁾101人とその他の診断結果によるイン

(16) ベルリン市6件、ヘッセン州とザクセン州2件、ハンブルク市とメクレンブルク＝ヴォアポメルン州1件であった。

Nina Althoff, Greta Schabram, Petra Follmar-Otto, "Gutachten Geschlechtvielfalt im Recht — Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtvielfalt", Annex 1, S. 17 [online] Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/7830f689ccdfead8bbc30439a0ba32b9/geschlechtvielfalt-im-recht---band-8-data.pdf> >

(17) Alfons Bora, „Zur Situation intersexueller Menschen Bericht über die Online-Umfrage des Deutschen Ethikrates“, [online] Deutscher Ethikrat, 2012 [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/bora-zur-situation-intersexueller-menschen.pdf> >

(18) Bora, a. a. O., S. 9.

(19) 先天性副腎過形成症は、副腎酵素欠損症の一種であり、副腎皮質で作られるステロイドホルモンのうち副腎性アンドロゲン（性ステロイド）を作る過程に関与する酵素が欠損することで、副腎皮質刺激ホルモンが過剰に分泌され、副腎が過形成をきたす。症状として、外性器異常があり、女性外性器の男性化、男性外性器の女性化などがある。日本では指定難病81とされている。

参照、「先天性副腎皮質酵素欠損症（指定難病81）」[online] 難病情報センター [2018年1月30日検索] インターネット < URL: <http://www.nanbyou.or.jp/entry/185> >

ターセクシュアル⁽²⁰⁾65人に分類された。

身分登録では、54人が男性として、142人が女性として登録されている。自身に与える性別は、188人のうち、男性が34人、女性が110人、インターセクシュアルが11人、インターセクシュアル/女性が5人、半陰陽（Zwitter）が3人、雌雄同体（hermaphrodite）2人、無し4人、その他⁽²¹⁾19人であった。

先天性副腎過形成症のグループでは身分登録の性別と自らに付与する性別が一致している者がほとんどであるのに対して、インターセクシュアル⁽²²⁾のグループでは一致しない者が多いという結果が示された。上記で男性と女性以外の性別を回答した者のうち、先天性副腎過形成症のグループの98人中でインターセクシュアルとその他に回答した者が各2名のみであるのに対して、インターセクシュアルのグループは63人中ではインターセクシュアルが9人、インターセクシュアル/女性が5人、半陰陽が3人、雌雄同体1人、無し4人、その他15人であった。

(2) アンケートの項目

アンケートでは、次の項目が質問された。

- ・ 一般的事項（年齢、身分登録簿の性別、自認する性別、何歳でインターセクシュアルに気づいたか、最新の診断結果）
- ・ 治療についての質問（外科手術、ホルモン投与、精神療法、医療同意）
- ・ 生活の質（精神的・身体的健康、性別役割、性的満足、仕事、経済面、社会的接触、一般的な生活の質について現在と治療した場合の評価、パートナー関係、差別の有無、肯定的経験、日常生活での障害、健康保険での問題）
- ・ 文化的、社会的観点（社会的融和統合の状況、状況改善の方法、身分登

(20) 完全型アンドロゲン不応症15人（CAIS）、部分型アンドロゲン不能症（PAIS）6人、両性具有者（Hermaphroditismus）4人、性腺異形成症の一種8人、モザイク1人、トランスセクシュアル4人、17β-ヒドロキシステロイド脱水素酵素欠損症2人、仮性半陰陽5人、その他のインターセクシュアル9人、一致した診断結果がない者11名となっている。

(21) Bora, a. a. O., S. 9.

(22) Bora, a. a. O., S. 12.

録における性別記載)

以下では、以上の項目のうち、生活の質の一部と身分登録における性別記載について紹介する。

(3) 生活の質

生活の質のなかで、パートナー関係について回答者の約3分の1が、登録または非登録のパートナーシップ、婚姻でパートナーと生活している。先天性副腎過形成症のグループとインターセクシュアルのグループでの違いは見受けられなかった。⁽²³⁾

差別、不利益、暴力の体験では、2つのグループの間で顕著な違いが見られた。先天性副腎過形成症のグループでは、そのような経験がないという回答が多くを占めたのに対して、インターセクシュアルのグループでは、差別を受けた、インターセクシュアルがタブー視されているという否定的経験があるという回答が多い。インターセクシュアルのグループでは、さらに二元的性別との問題、暴力、トランスセクシュアルとの混同、誤った治療、仕事での不利益をあげている。⁽²⁴⁾

肯定的な経験でもインターセクシュアルのグループの方が多く、新たな友人を得たこと、多くの人がインターセクシュアルの当事者とうまく付き合えること、双方の性別であることができること、積極的な自己分析をあげている。⁽²⁵⁾

(4) 身分登録法における性別アイデンティティーの記載

当事者に自己の性別をどのように表すことが望ましいか（性別アイデンティティー（Geschlechtsidentität））について、144人の60%が女性、男性と答えた。インターセクシュアルと答えたのは10%（14人）、無しが6%（9人）であった。⁽²⁶⁾

先天性副腎過形成症のグループでは86%が自身を女性または男性と表

(23) Bora, a. a. O., S. 12.

(24) Bora, a. a. O., S. 19.

(25) Bora, a. a. O., S. 20.

(26) Bora, a. a. O., S. 31.

すのに対して、インタセクシュアルのグループでは28%が二元的性別を選択した。インターセクシュアルの表記を選択した14人のうち、12人がインターセクシュアルのグループ(21%)で、先天性副腎過形成症のグループは2名のみ(その3%)であった。

身分登録法の改正について、43%(71人)が二元的な性別の維持に賛成、22%(36人)が第3のカテゴリーの追加に、36%(59人)がその他の解決に賛成した。⁽²⁷⁾ここでも先天性副腎過形成症とインターセクシュアルのグループでの違いが見られる。二元的な性別の維持について先天性副腎過形成症のグループは70%が賛成なのに対して、インターセクシュアルのグループでは5%のみであった。第3のカテゴリーの追加については両者の違いは小さいが(18%と27%)、その他の解決をインターセクシュアルグループの68%が選択している。

その他の解決として、66人のうち、性別カテゴリーの追加が26%(17人)、性別登録の削除が30%(20人)、子どもについて性別登録の削除が17%(11人)であった。インターセクシュアルのグループでは性別記載の削除への賛成が多いのに対して、先天性副腎過形成症のグループでは修正への賛成が多い傾向があると評価されている。⁽²⁸⁾

第3のカテゴリーの名称について、「インターセクシュアル/インターセックス/インター」をあげる者が28%と最も多かった。14%が「中間(Mitte)/双方/間性(zwischengeschlechtlich)」とする。⁽²⁹⁾

5 身分登録法の性別登録

子が出生したときは、配慮権を有する親が、出産が病院で行われた場合にはその病院が、1週間以内に身分登録所に届け出なければならない(身分登録法18条1項、19条1号、20条)。⁽³⁰⁾届出により、出生登録簿に子の

(27) Bora, a. a. O., S. 32.

(28) Bora, a. a. O., S. 34.

(29) Bora, a. a. O., S. 34.

(30) 配慮権者である親が届け出られないときは出産に立ち会った者など(19条)、病院など

氏名、出生地、年月日、親の氏名とともに性別が記載される（21条1項3号）。

(1) 2012年身分登録法改正前の状況

身分登録法の文言では、性別が女性または男性と明確に定義されているのではない。身分登録法一般行政規則（Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz（PStG-VwV））旧 Nr. 21. 4. 3 には、「子の性別は、『女性』又は『男性』でもって登録する」と定められていた。

性別登録を行わない、未記載のままにしておくことはできなかった。しかし、所見が一義的ではないため性別を定めることができないと病院から申告があった場合には、身分登録官には、一部の学説の見解に従い、身分登録法 18 条の 1 週間の期間を無視して、親が相応する表示をしたときには性別を判明するまで仮に未定にしておく裁量が認められていたとされる。⁽³¹⁾

2009 年身分登録法改正による 59 条 2 項により、当事者または親に交付される出生証書に請求により性別を記載しないことができる。

(2) 性別の決定

性別を定義する法律の規定はなく、性別は医学的・自然科学的な概念によって定まる。新生児について、疑わしい場合には、医師または助産師による証明書を求め、それが登録の基準となる。性別には生物学的あるいは心理的な観点も含まれるが、法的には原則として外部的な身体の性状による。疑わしい場合には、身体の特徴から優位な性別となる。優位な性別がない場合には、一定の性別を前提とする条文は適用できないという学説がある。だが、身分登録法では性別に属しなければならないことから、優位な性別がない場合に何を登録するのが不明であるという指摘もあった。⁽³²⁾

身分登録法 47 条 2 項 1 号により、出生登録簿における性別の記載を更正することができる。インターセクシュアルの当事者は、出生登録簿に記載された性別とは別の性別に変更することができる。これは、登録されたのとは

ㄨ が届け出ることができる。

(31) Vgl. Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 124.

(32) Vgl. Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 125.

異なる性別の特徴が優位であることが確定できる場合にのみ、つまり身体的特徴に基づいて不実であるとして更正できる⁽³³⁾。それでも、女性と男性の二元的な性別のカテゴリーの内部での変更であることに変わりはない。

性別記載が更正されると、重大な理由により名の変更が正当化される場合として、その性別に合った名に変更することができる（氏名変更法（Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen（Nam-ÄndG）3条1項）。

(3) ミュンヘン地裁 2003 年 6 月 30 日決定

2012 年身分登録法改正以前にインターセクシュアルの性別登録が問題となった事案として、ミュンヘン地裁 2003 年 6 月 30 日決定⁽³⁴⁾がある。

この事案では、1966 年 3 月 7 日生まれの申立人が産院での証明書に合わせて男性として Michel と名付けられて 3 月 8 日に出生登録簿に登録された。しかし、同年 11 月 24 日に医師の診断書を提出して登録の更正が申し立てられ、区裁判所の許可を得て 1967 年 1 月 23 日に「子は女性である。名 Michel は届け出られなかったものとみなす」と出張登録簿に欄外付記され、女性名 Birgit と親が名付けて、2 月 1 日に出生登録簿に欄外付記された。申立人は、女性の染色体を有し、女性の主たる生殖器官である卵巣を有し、外形で陰嚢はあるが睾丸はないと述べている。青少年期に手術により外性器を縮小し、膣口プラスチックを装着した。1995 年まで女性として生活していたが、1995 年から 1997 年まで心理療法を受け、1997 年 12 月 24 日からは Michel の名を使用していた。本人は男性でも女性でもないと感じているが、男性と呼ばれる方が負担が少ないという。

2000 年 5 月 26 日に申立人は、欄外付記を抹消し、性別記載の登録を「半陰陽（Zwitter）」もしくは「雌雄同体（Hermaphrodit）」、場合によっては「インターセクシュアル」または「イントラセクシュアル（intrasexuell）」と記載するよう申し立てた。原審ミュンヘン区裁判所 2001 年 9 月

(33) この点で、同じく性別変更を認めるトランスセクシュアル法が心理的な確信する性別を基準とするのとは異なる。

(34) FamRZ 2004 269.

13日決定が申立てを棄却したため、抗告した。⁽³⁵⁾

ミュンヘン地方裁判所は、抗告を棄却した。

半陰陽として表されるのは男性と女性の性器を有している者であり、女性器を有しているが、睪丸を有していない申立人はこれに当たらず、女性であると判断した。そこで、男性器と女性器を有する真性雌雄同体 (echter Hermaphroditismus) の事案において「半陰陽」を性別として身分登録簿に登録できるかという問題については判断しない。

「インターセクシュアル」または「イントラセクシュアル」という身分登録簿での性別表記については、「これらの概念が一定の性別を記すものではなく、一連の性分化障害の上位概念であるから考慮されない」とした。

また、以下の理由により、男性と女性と並ぶその他の性別の承認への請求権を基本権から導き出すことはできない。

基本法3条2項1文は男性と女性の両性に人を区別しており、この双極的な性別概念を基本法3条3項の差別禁止も基礎としている。

基本法1条1項の人間の尊厳も、2条1項の人格な自由な発展への権利も、身分登録法の範囲内で、自然科学の立場に相応せず、現行ドイツ法では知られておらず、著しい線引きの困難と法的不安定を生じさせる、その他の性別分類を登録可能とみなすことを求めているはない。

II ドイツ倫理委員会

1 報告書「インターセクシュアル」

2010年6月よりドイツ倫理委員会は、「インターセクシュアル——両性の間の生活」と題するフォーラムを開催し、⁽³⁶⁾当事者と自助団体との意見

(35) FamRZ 2002, 955.

(36) Deutscher Ethikrat, „Intersexualität — Leben zwischen den Geschlechtern“, [online] Deutscher Ethikrat, 2012 [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: <URL: <http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/forum-bioethik/intersexualitaet-leben-zwischen-den-geschlechtern>>

交換を始めていた。

同年 12 月に、連邦教育・研究省と連邦保健省は、インターセクシュアルの当事者との意見交換を継続し、インターセクシュアルについて医学的、治療的、社会科学的小および法学的観点から調査報告することをドイツ倫理委員会に委託した。⁽³⁷⁾

2011 年 5 月 2 日から 19 日の間、ドイツにおけるインターセクシュアルの当事者の状況についてオンライン・アンケートが実施された。2011 年 6 月 8 日にベルリンで 4 人の当事者、2 人の親、そして法律、心理学、医師、哲学の専門家を招いて、「医学治療－治療の適用－同意」と「当事者の生活の質及び社会的状況と展望」の 2 つのテーマの公聴会が開かれた。公聴会に引き続き、6 月 8 日から 8 月 7 日までの間、オンライン討論が行われ、50 の寄稿に対して 727 のコメントが寄せられた。⁽³⁸⁾

報告書「インターセクシュアル」が 2012 年 2 月 14 日に連邦議会に提出され、⁽³⁹⁾ 23 日にドイツ倫理委員会のホームページにも掲載されている。⁽⁴⁰⁾

報告書では、法的な観点のみならず、性別分類と性別アイデンティティー、性分化疾患（DSD）の医学的解説と診断、当事者の生活の状況、倫理的観点についても説明されており、最終的に医学的観点と法的観点から提案がなされている。

2 一般的人格権侵害

報告書では、インターセクシュアルの当事者が男性または女性にしか登録できないことによる一般的人格権侵害について次のように述べる。

(37) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 9. 委託内容には、トランスセクシュアルと明確に線引きできるようにすることも含まれていた。

(38) Deutscher Ethikrat, Online — Diskurs Intersexualität, [URL] <http://diskurs.ethikrat.org/archiv/>

(39) BT-Drucks. 17 / 9088.

(40) Deutscher Ethikrat, „Intersexualität Stellungnahme“, [online] Deutscher Ethikrat, 2012 [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <http://www.ethikrat.org/publikationen/stellungnahmen/intersexualitaet> >

ホームページ上には、英語版、フランス語版の pdf ファイルもあげられている。

一般的人格権は、自己の主観的に自覚する性別アイデンティティーに応じた生活を送る権利を含んでいる。性別アイデンティティーは、出生登録簿における性別登録で法的に表示されている。その限りで、身分登録法の規定も一般的人格権の保護範囲に含まれる⁽⁴¹⁾。

「基本法1条1項との関連における2条1項は、自覚する性別アイデンティティー (geschlechtliche Identität) または性的アイデンティティー (sexuelle Identität) に基づいて女性にも男性にも属さないインターセクシュアルも保護する。女性または男性への強制的な帰属と、それに応じた身分登録簿への登録は、二元的体系に帰属することができないインターセクシュアルが自らの身体的および心理的素因に応じて法的に分類され得ないことから、一般的人格権の侵害である⁽⁴²⁾」。

基本権侵害から生じる問題は、名の選択、しつけ、衣服、婚姻など当事者の生活全てに継続的な影響を及ぼす。2つの性別のみを登録する目的として、より正確な身元確認、国の計画のための統計調査、国際的基準の維持、市民の権利と義務の認識可能性、兵役義務、婚姻および生活パートナーシップを行うための性別の確認、国防・治安政策の利益、スポーツにおける機会平等があげられる。他方において、これらの目的は他の方法でも達成できる⁽⁴³⁾。

「従来から強制されている身分登録法における二元的帰属によりインターセクシュアルの当事者に生じている一般的人格権への著しい侵害を社会の保護に値する利益がなおも十分に正当化するか否かの衡量は、男性と女性を越えた他の登録の可能性または登録の代替を探ることを容易に思い起こさせる⁽⁴⁴⁾」。

(41) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 129. その例として、トランスセクシュアル法に関する連邦憲法裁判所の判例を指摘する。

(42) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 130.

(43) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 130 f.

(44) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 131.

Ⅲ 2012 年身分登録法改正法

連邦参議院は、インターセクシュアルに関するドイツ倫理委員会の勧告に賛成し、これを立法草案において調べるよう求めた。⁽⁴⁵⁾

ドイツ倫理委員会の報告を受けた連邦政府は、2012 年 8 月 15 日に提出した法律草案において、インターセクシュアルの問題を真剣に受け止めているとしながらも、「すでに進んでいる立法手続において、とりわけ医学的観点のもとでの複雑な問題を短期間で解決することができない」として、⁽⁴⁶⁾ 条文化を見送った。

連邦議会内務委員会は、22 条 3 項を挿入することを提案した。⁽⁴⁷⁾

22 条 3 項

「子が女性にも男性にも属しないときは、身分事項は、その記載なしに出生登録簿に登録する。」

この規定は、ドイツ倫理委員会の問題提起を受け入れたものであるが、インターセクシュアルの性別を登録するのではなく、性別記載が疑いなく確定できない場合に、性別記載を空欄のままにしておくことを認めるものであった。⁽⁴⁸⁾

新たな 22 条 3 項は、2013 年 5 月 7 日に公布、11 月 1 日に施行された。⁽⁴⁹⁾

Ⅳ ドイツ連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定

1 事実関係

申立人 X は、1989 年 11 月 23 日に出生し、出生登録簿には「女子が出生した」と記載された。

(45) BR-Drucks. 304 / 12 (Beschluss), S. 1 f.; BT-Drucks. 17 / 10489, S. 56.

(46) BT-Drucks. 17 / 10489, S. 72.

(47) BT-Drucks. 17 / 12192, S. 3.

(48) BT-Drucks. 17 / 12192, S. 11.

(49) BGBl. 2013 I Nr. 23.

だが、Xは、女性でも男性でもないと感じていた。2005年2月18日にボン大学で染色体分析を行い、性染色体がX染色体1本しかない、45,Xカリオタイプ、ターナー症候群であるという結果が出された。

Xは、この分析結果を提出し、身分登録簿の性別記載欄を、女性から「インター」または「ダイバー」に変更するように身分登録所に申し立てた。

照会を受けた身分登録監督官庁は、2014年8月1日に「第3の性別を身分登録簿に登録することはできない。立法機関は二元的な性別秩序をとっており、性別を登録しない可能性のみを設けている。」と回答した。

ハノーファー区裁判所 2014 年 10 月 13 日決定（未公刊）⁽⁵⁰⁾は、更正申立を棄却した。その理由として、Xの求める出生登録簿における性別記載の更正についての要件が身分登録法 48 条 1 項、47 条 2 項 1 号⁽⁵¹⁾に定められていないことをあげた。また、「子の性別は「女性」もしくは「男性」またはそのような記載なく登録され」、「『インター』または『ダイバー』という性別の記載は予定されていない」と述べた。そして、Xができることは、「女性（weiblich）」の記載の抹消のみであるとした。

Xは、自己の性別アイデンティティーに相応した登録の請求権を有するとして、抗告した。

2 ツェレ上級州裁判所 2015 年 1 月 21 日決定

ツェレ上級州裁判所 2015 年 1 月 21 日決定⁽⁵²⁾は、以下の理由から、抗告を棄却した。

身分登録法 22 条 3 項に対応する身分登録法一般行政規則 Nr. 21.4.3 に

(50) 同決定の概要は、後記ツェレ上級州裁判所決定を参照した。

(51) 身分登録法 48 条 1 項「第 47 条の事案の他に、完了した登録簿登録は、裁判所の命令によってのみ更正することが許される。命令は、第 47 条の事案を含むことができる。」

47 条 2 項 1 号「身分登録簿に登録された指示」

(52) StAZ 2015, 107 f.=OLG Celle, Beschluss vom 21. Januar 2015 — 17 W 28/14 —, juris.

よると、子が女性にも男性にも帰属できない場合に登録せずにおく。「不明」または「インターセクシュアル」と書き換えることは許されない。

(Rz. 8)

身分登録法 22 条 3 項は、出生時に過渡的に性別分類が不可能な場合のみを対象とするのではない。性別記載について期間は設けられていない。

(Rz. 10)

22 条 3 項は、「インターセクシュアル」をテーマとするドイツ倫理委員会の問題提起を受け入れており、性別記載が疑いなく確定されない場合に出生登録簿の性別欄を空白とすることが、立法理由から明らかとなる。立法機関は性別分類の問題を 22 条 3 項により十分に考慮している。22 条 3 項の第 1 の効果を、立法機関は、インターセクシュアルの承認と見ていた。

(Rz. 11)

合憲であるために、身分登録法 21 条 1 項 3 号の要件メルクマールである「性別」を「男性」、「女性」と並んで「インター」または「ダイバー」があるというように解釈する必要もない。同法 22 条 3 項が違憲ではないことは明らかである。(Rz. 12)

性別アイデンティティーは一般的人格権の一部であり、インターセクシュアルの承認は、基本権として保護される。身分登録法上の性別は、自覚する性別を反映すべきである。男性と女性からなる純粋に二元的な性別体系は、通説によると違憲となるであろう。(Rz. 13)

このことから、身分登録法におけるインターセクシュアルの承認がインターまたはダイバーの性別によってのみなされるのではない。ドイツ倫理委員会の意見での代替案である、性別記載の空欄という案を立法機関は選択した。「不確定の性別」の未記載は、憲法上、異議を唱えられるものではない。親によって一定の性別が登録されているインターセクシュアルの当事者は、性別記載の抹消を求め、不確定の性別という身分を得ることができる。(Rz. 14)

3 連邦通常裁判所 2016 年 6 月 22 日決定

連邦通常裁判所 2016 年 6 月 22 日決定⁽⁵³⁾は、原審の決定理由を支持し、以下の理由を述べて上告を棄却した。

(1) 「インター/ダイバー」の性別

X が実際にインターセクシュアルであるか否かを上級州裁判所が確認しなかったことに矛盾はない。(Rz. 9)

上級州裁判所が出生登録簿の登録をインターまたはダイバーへ変更することを、そのようなことが現行法では不可能であることから拒絶したのは妥当である。(Rz. 10)

このことは身分登録法 21 条、22 条の一義的な文言から判明する。(Rz. 11)

子が女性にも男性にも属さないときには 22 条 3 項により空欄で登録されるが、法律には、インターまたはダイバーでの登録は予定されていない。(Rz. 12)

21 条 1 項 3 号の要件メルクマールは女性か男性のみではなく、例えばインターまたはダイバーのような第3の性別も含むという（憲法に適合した）解釈が、体系的解釈からなされるのではない。(Rz. 13, 14)

身分登録簿への登録は、使役的機能（eine dienende Funktion）のみを有する。身分上の法的地位について実体的家族法規定により基礎となる意義を有する記載を含んでいる。家族法は二元的システムから出発している。一般的平等扱い法 1 条は「間性の人（zwischenengeschlechtliche Menschen）」を不利益から保護するが、立法機関はそれによって新たな性別を形成するのではなく、当事者をその「性別アイデンティティー」を理由に保護している⁽⁵⁴⁾。(Rz. 15)

立法機関は、身分登録法 22 条 3 項の改正で、女性にも男性にも帰属しない人がいるというドイツ倫理委員会の意見を考慮していたにもかかわらず

(53) NJW 2016, 2885=FamRZ 2016, 1580.

(54) BT-Drucks. 16 / 1780, S. 31.

ず、22 条 3 項によってその他の性別を設けることはしなかった。また、その他の性別に相応する、例えば血縁及びパートナーシップについての規定はない。(Rz. 16)

立法資料から見て取れるように、その他の性別を設けることは、立法機関の意思に相応しないだろう。⁽⁵⁵⁾(Rz. 17)

(2) 合憲性

基本法 100 条により連邦憲法裁判所に事件を提出する理由がない。(Rz. 19)

判断基準となる身分登録法 21 条 1 項 3 号と 22 条 3 項が違憲とは考えられない。(Rz. 21)

身分登録法 22 条 3 項との関連における 48 条 1 項、47 条 2 項 1 号により X が性別記載を出生登録簿から抹消できることから、女性または男性として出生登録簿に登録する必要性がインターセクシュアルの基本権を侵害するか否かという問題は生じない。(Rz. 22)

実体的家族法が「インター/ダイバー」性別に対する特別規定を用意していないことから、身分登録簿でのそのような記載は、独立した意義、設権的意義を有していない。出生登録簿におけるインターまたはダイバーの記載に実体的内容が対応していないならば、性別記載が登録されないのか、現存の「性別」に帰属しない、したがって純粹に宣言的な性質の登録をするのかで、憲法上意味のある違いは生じない。(Rz. 24)

実体的家族法の改正による当事者の状況を立法機関が憲法に基づいてどのような方法で考慮に入れるのかという問題を、本件で調べる必要がない。X について血縁または法的パートナーシップ設定は問題となっておらず、出生登録簿におけるインターまたはダイバーの登録のみが問題となっているからである。(Rz. 25)

「トランスセクシュアルに関する連邦憲法裁判所の判例⁽⁵⁶⁾をインターセク

(55) 立法過程については、前記Ⅲを参照。

(56) 連邦憲法裁判所 2011 年 1 月 11 日決定 (BVerfG NJW 2011, 909) は、「自ら確信する性別に適合した外観とその法的な扱いとの間の矛盾によりその親密な領域において暴露され

シュアルの事案に転用することはできない。トランスセクシュアルでは法秩序によって承認された2つの性別の間の帰属が問題となるのに対して、インターセクシュアルは男性にも女性にも帰属しない。既に存在する性別への帰属とは異なり、その他の性別を設けることで、国家の秩序利益ははるかに重大な範囲で影響を受けるだろう。どのようにしてXの利益を十分に考慮するかについては、当事者と、ドイツ倫理委員会が聴聞した専門家の間でも争いがある」。(Rz. 27)

4 ドイツ連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日決定

(1) 上告理由

Xは、インターセクシュアルであるというアイデンティティーが明確で、継続的であることから、一般的人格権を明確に示すものとして、その性別が同権的に承認されることへの請求権を有する。また、自らをそのアイデンティティーの感情に相応しない二元的体系に分類する義務を負うことから、男性または女性への強制的な帰属は、一般的人格権への侵害である。(Rz. 16)

身分登録法の規定によって出生登録で性別を、男性でも女性でもない、未定とする選択はできるが、これは「ない (Nullum)」を意味する。実体法ではインターセクシュアルの当事者を無視しているため、未確定が積極的記載かにより実体法上の違いは生じない。しかし、出生登録簿における身分登録の機能は、家族法の重要な事実の反映に留まらない。身分登録法において性別を登録する限り、社会でのコンテキストにおける個人のアイデンティティー形成の重要な基礎となっている。国家の行為が、付加的価値

ゝることなく、確信する性別に相応した生活ができるために、性的領域における基本法上の保護は、人が持続的に確信する性的アイデンティティーを法的に承認することを求めている。これらの要請をふまえ、かつ、持続的に確信する性別への法的な帰属を期待不可能な要件にかからしめることがないように、法秩序を形成する責務を立法者が負う。」と判示した。

同決定については、渡邊泰彦「性別変更の要件の見直し——性別適合手術と生殖能力について」産大法学 45 卷 1 号 (2011) 31 頁で紹介している。

値をメルクマールに付与している。自らの感覚によって自分である人として外部に登場することが、アイデンティティーの構成部分において不可能とされている。

「インター/ダイバー」のカテゴリーによって、立法機関は、連邦通常裁判所が述べる「第3の性別」を作り出すのではなく、男性にも女性にも属していないが、「性別なし」と継続的に登録されることは望まないすべての人のための全体的な名称 (eine Sammelbezeichnung) を作り出すのである。(Rz. 16)

さらに、男性または女性の個人に対してインターセクシュアルの当事者を異なって扱うことは、性別に基づく許されない不平等扱いである。男性または女性の人々は身分登録簿に男性または女性と記載されるのに、Xのインターセクシュアルとしてのアイデンティティーについて法的に登録できる名称は存在しない。(Rz. 17)

(2) 結論

連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 10 日は、次のように X からの憲法異議を認めた。

「身分登録法 22 条 3 項との関連における 21 条 1 項 3 号は、21 条 1 項 3 号が性別の身分登録法上の登録を強制し、22 条 3 項により男性とも女性とも異なる性分化を示し、自身では継続的に男性にも女性にも帰属しない者が「女性」または「男性」と並んでさらなる積極的な性別登録ができない限りで、違憲である。」(Rz. 35)

このような結論を導く理由として、一般的人格権侵害（基本法 1 条 1 項との関連における 2 条 1 項⁽⁵⁷⁾）と、性別に基づく不利益の禁止（基本法 3 条 3 項 1 文⁽⁵⁸⁾）をあげる。

(57) 基本法 1 条 1 項「人間の尊厳は、不可侵である。その尊重と保護は、全ての国家権力の義務である。」

2 条 1 項「何人も、他人の権利を侵害せず、憲法秩序と道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展への権利を有する。」

(58) 基本法 3 条 1 項 1 文「何人もその性別、出自、人種、言語、出身地及び出身、信仰、宗教的又は政治的見解によって差別又は優遇されてはならない。」

そして、立法機関は2018年12月31日までに、新規定を定めなければならない(Rz. 66)。その場合に、身分登録法から性別登録を削除することもできる。また、当事者が、性別の空欄のほかに、男性でも女性でもない性別の統一的な表示を選ぶ規定を定めることができる。他の性別の選択は、法律で様々な方法をとることができ、Xが求める「インター / ダイバー」に限られない。(Rz. 67)

(3) 一般的人格権侵害

まず、一般的人格権侵害については、次の3段階で判断している。(Rz. 36)

- (a) 一般的人格権は、男性にも女性にも帰属しない者の性別アイデンティティーを保護する。
- (b) 現行の身分登録法は性別登録を強制するが、女性または男性とは異なる性別登録を許さないことから、この者の基本権を侵害している。
 - (i) 性別アイデンティティー (geschlechtliche Identität) の保護としての一般的人格権を侵害、(ii) Xの性別アイデンティティーにおける人格の発展と擁護への危険、という観点から検討する。
- (c) 基本権侵害は正当化されない。

(a) 性別と一般的人格権保護

一般的人格権の使命は、個人がその独立性を自己決定により発展し、保持することができるための基本条件を保障することである。もっとも、基本法における特別の自由保護の対象ではないとしても、それに劣らないような人格の発展の要素のみを保護する。自己決定による人格の発展を侵害するすべての物事から保護するのではない。人格権の自己決定による発展と保障が特に危険となっている場合に、一般的人格権保護が介入する。(Rz. 38)

一般的人格権は、通常は自己の人格の構成的観点である性別アイデン

(59) BVerfGE 35, 202 < 220 > ; 79, 256 < 268 > ; 90, 263 < 270 > ; 117, 202 < 225 > .

ティティーも保護する。⁽⁶⁰⁾ 性別の帰属は、個人のアイデンティティーに特別な意義を与える。典型的には、性別分類は、人の自己理解においても、どのように当事者が他人に認められるかについても非常に重要である。請求権と義務を性別と結びつける法規定、性別に基づく身元確認のような法的な事情に留まるのではない。どの様に人から呼びかけられるのか、どのような見た目、しつけ、態度が期待されるのかというように性別分類は、日常生活の事象において重要な意味を持つ。(Rz. 39)

男性にも女性にも帰属しない人の性別アイデンティティーも保護される。性別分類は、他人の認識でも人格の自己理解でも特に重要な観点である。性別アイデンティティーは、その人格の根本的な構成部分である。(Rz. 40)

(b) 基本権侵害

(i) 性別アイデンティティーの保護としての一般的人格権への侵害

当該規定は、性別アイデンティティーの保護としての一般的人格権への侵害である。身分登録法は性別を登録することを強制している。女性または男性とは異なる性分化を示し、自身では継続的に男性にも女性にも属しない X は、その性的アイデンティティーに相応する性別を身分登録法では登録できない。身分登録法 22 条 3 項による性別の空欄では、X は、基本権として保護される性別アイデンティティーに合っていない登録を受け入れなければならない。(Rz. 42)

出生登録簿にある女性の登録を抹消することでは基本権侵害を除去できない。男性または女性ではないとしても、性別がないとは理解しておらず、自己の感覚では男性または女性を超えた性別を有していることは、未確定の性別登録では反映されていない。性別の空欄では、男女以外の性別アイデンティティーの法的承認を考慮しない、性別登録がまだ明らかになっていない、まだ解決していない、登録を忘れているという印象を与えてしまう。X は、自己の感覚による性別では承認されず、二元的な性別登録を

(60) BVerfGE 115, 1 < 14 ff>; 116, 243 < 259 ff>; 121, 175 < 190 ff>; 128, 109 < 123 ff>.

しないことだけでは誤った印象が生じ、Xの視点からして登録は不当なままである。(Rz. 43)

(ii) 人格の発展と擁護への危険

身分登録法が性別の登録を求めると同時に、ある者にその性別アイデンティティーの身分登録法上の承認を拒絶するときは、この者の人格の自己決定による発展と擁護 (Wahrung) が特に危険にさらされている。(Rz. 44)

本件において身分登録法における性別の承認は、アイデンティティーを形成し、表現する効果を有する。身分登録でもって、人は、法律に予定された基準により判断されている。身分登録法で性別アイデンティティーの承認を拒絶することは、身分登録以外でどのような効果を性別登録が有しているかとは関係なく、人格の自己決定的な発展と擁護を特に危険にしている。(Rz. 45)

身分登録法が総じて性別の記載を求めていることから、身分登録法上の登録は、それ自体で、性別アイデンティティーにとって重要な意味を有する。具体的な性別を身分登録法で表示しないならば、人格の発展と擁護に特別の危険はなく、身分登録法における性別の重要性は問題とならない。具体的な法状況とは関係のない、任意のアイデンティティー・メルクマールを身分登録法で承認することへの請求権が、一般的人格権から生じるのではない。(Rz. 46)

しかし、身分登録法は、幾度もの改正にもかかわらず、秩序メルクマール (Ordnungsmerkmal) としての性別の登録を維持している。人とその法的地位を記すにあたり重要な意義を身分登録法を通して立法機関が性別に付与しているならば、具体的な性別を身分登録法で承認することは、それ自体でアイデンティティーを形成し、表現する効果を有している。身分登録が身分登録法以外でどのような実体法上の帰結を有しているかは問題とならない。このような状況で、性別アイデンティティーが承認を得られないことは、人格の自己決定的な発展と擁護を特別に危険にしている。(Rz. 47)

性別の登録を限定することは、自らの性的な観点に合致した人として公

の場で行動し、他人から見られることを困難とする。どのようにして人が現れ、公において他人から認識されるかは、人格の自由な発展の可能性にとって重要であり、特別の危険を理由づける。身分登録法が性別登録を求めながら、X が自己理解に応じた性別を身分登録簿に登録できないことにより、X が個人的アイデンティティーにおいて、男性または女性と同じ程度では、そして同じように当然には保護されないこととなる。公に登場する際に個人が身分登録法上の性別登録を簡単には無視できないことは多い。(Rz. 48)

(c) 正当化理由の有無

「男性」または「女性」以外の他の積極的な登録を認めずに身分登録法上の性別登録を強制することは、正当な目的によって、達成のための規定が適当、必要、適切である目的によって支えられたものではなく、違憲である。(Rz. 49)

(i) 基本法における性別

性別について身分登録が二元的に規律することを基本法が求めているのではない。性別を身分登録の一部として規範とすることを強いておらず、女性と男性とは別の性別アイデンティティーの承認を妨げてもない。基本法 3 条 2 項 1 文は「男性」、「女性」という文言であるが、そのことから男性と女性のみ性別概念を最終的に確定するのではない。基本法 3 条 2 項の男女同権は、男女間の社会的不利益、とりわけ女性に不利な性別に基づく差別を除くものである。身分登録法における性別を定め、男性と女性とは異なる性別のカテゴリーを排除するものではない。法秩序と社会生活においてすべての人が男性または女性であると連邦憲法裁判所の判例が定式化していたが、それは当時支配的であった性別の社会的、法的な理解を記述するもので、性別の二元性を憲法に基づいて設定するものではない。(Rz. 50)

(ii) 性別登録

身分登録法 22 条 3 項は、身分登録簿に性別を積極的に登録させる第 3 の可能性を示していない。身分登録法上の男性と女性の身分は、その他の

性別が登録できることによって影響を受けない。単に他の性別の登録を可能にすることで、その他の性別に属することを強制されることはない。法が従来示していた可能性を奪うことなく、男性または女性としての登録では反映されない性分化の異形をともなう人のオブションを増やす。性別記載を予定する規定の体系において、性分化の異形を伴う人について、男性若しくは女性としての登録または性別記載のない登録という可能性は維持されなければならない。(Rz. 51)

(iii) 費用増加

移行期間において支出が生じるということで、第3の性別を登録できないことを正当化できない。自己の性別アイデンティティーが法的に無視されるという基本権侵害⁽⁶¹⁾に対して、第3の性別を記載可能とすることで生じる費用の増加は甘受しなければならない。これとは別に、立法機関が身分登録事項から性別を完全に排除することもできる。(Rz. 52)

(iv) 国家秩序の利益

身元確認は性別をもとし、現行法により個別の義務と請求権も性別をもとに帰属しており、身分登録法上の性別登録は身元確認と帰属を明確にできることに寄与している。このことは、男性または女性以外の性別を身分登録簿に登録できないことを正当化するのではない。(Rz. 53)

身分登録法以外の法令で人が男性または女性であることを前提とする場合には、第3の性別を積極的に登録できることによって、第3の性別に属する人の扱いが不明確になるかもしれない。しかし、この問題は、現行法でも性別が未確定の場合に生じている。性別を登録していない者にどの性別に関する規定を適用するかは定めはなく、独自の規定も定められていない。性別を積極的に登録できるならば、現状において性別を登録しない場合に生じる問題も明らかにしなければならない。(Rz. 54)

身分登録の変動の要件ではなく、性別について他の登録可能性を設ける

(61) もっとも、性別に関する任意のアイデンティティーの特徴を身分登録法で登録することまで、一般的人格権から生じるのではないとする。

のみであるから、身分登録の継続性は、第3の性別の登録によって害されない。(Rz. 55)

(4) 不平等扱いの禁止 (基本法3条3項1文)

身分登録法22条3項との関連における21条1項3号が「男性」と「女性」のカテゴリーを超えた性別の登録を排除する限りで、基本法3条3項1文の特別の差別禁止にも違反する。不平等扱いの禁止について、次の3段階で判断する。(Rz. 56)

- (a) この規定は、男性でも女性でもなく、自らが継続的に他の性別に属する人に不利益を与えている。
 - (b) 基本法3条3項1文は、男性と女性のみならず、性別アイデンティティーがこの双方のカテゴリーに帰属しない人も、性別を理由とする差別から保護する。
 - (c) 不利益は正当化されない
- (a) 不利益

基本法3条3項1文では、法的な不平等扱いとの結びつきで性別が援用されることは許されず、不平等扱いとは別の目的をまずは追求する場合であっても同様とするのが確定判例である。⁽⁶²⁾ 身分登録法22条3項との関連における21条1項3号は、男性でも女性でもない者を不平等に扱っている。男性と女性とは異なり、その性別にしたがった登録ができない点で不利益を与えている。現行の身分登録法では、不当にも男性または女性に属するか、または性別を有しないという印象を与える登録を甘受しなければならない。(Rz. 57)

(b) 基本法3条3項1文による保護

基本法3条3項1文は、男性をその男性の性別を理由とする差別から、女性をその女性の性別を理由とする差別から保護するだけでなく、自らの性別アイデンティティーにおいてこの2つに属しない人も、男性でも女性でもない性別を理由とする差別から保護する。(Rz. 58)

(62) BVerfGE 85, 191 < 206 >.

基本法3条3項1文の目的は、構造的に差別の危険にさらされているグループに属する者を不利益から保護することである。性別アイデンティティーが男性でも女性でもない者も、基本法3条3項1文の文言は保護している。基本法3条3項1文は、制限なしに「性別」と述べており、男性または女性を超えた性別でもありうる。(Rz. 59)

体系的な観点において、男性と女性のみが文言にある基本法3条2項の同権の要請と矛盾しない。3項の文言は、男性と女性ではなく、一般的に性別について述べている。1994年から基本法3条2項2文⁽⁶³⁾は、両性の関係における同権の実質的な貫徹を強調している。(Rz. 60)

成立史も、基本法3条3項1文がその他の性別を理由とする差別を含んでいるという推定と矛盾しない。憲法制定者が1949年に基本法3条3項1文を定める際にその他の性別の人はほぼ念頭になかった。その他の性別アイデンティティーに関する今日の知見を鑑みて、これらの者を差別からの保護に含むという憲法解釈は妨げられない。(Rz. 61)

憲法改正で「性的アイデンティティー (sexuelle Identität)」のメルクマールを基本法3条3項に取り入れなかった立法機関の判断も、「性別 (Geschlecht)」のメルクマールを広く解釈することに反対しない。EU裁判所も性別に基づく差別からの保護を、性別変更による差別も含め、広く捉えている。(Rz. 62, 63)

V 第3の性別の記載方法

連邦憲法裁判所は、身分登録における性別記載を廃止するのか、男性と女性とは異なる新たな性別記載の方法を設けるのかは、立法機関の選択に委ねている。それぞれの方法を採用場合に、どのような違いがあるのか、あるいはどのような効果を有するのかについて、連邦憲法裁判所は何も述

(63) 基本法3条2項2文「国家は、女性及び男性の同権の実質的な貫徹を促進し、かつ、存在する不利益の除去を目指す。」

べていない。

以下では、ドイツ倫理委員会とドイツ人権研究所の報告書での提案を紹介することで、それぞれの選択肢の内容を検討していく。

1 ドイツ倫理委員会

ドイツ倫理委員会は、インターセクシュアルを女性または男性に強制的に帰属させることは、自己決定権と一般的人格権への重大な侵害であると捉える（前記Ⅱ 2）。その解決方法として、① 性別の登録の廃止（後記（3））、② 性別の登録の任意化（後記（4））、③ 第3の性別または自己で選択した表示を登録する可能性（後記（1）（2））、④ 性別登録の空欄、⑤ 成人まで仮に性別を登録すること（後記（5））⁽⁶⁴⁾をあげる。

(1) 第3の性別

(a) 利点

一般的人格権に内在する自己決定権と差別禁止により、個人の性別アイデンティティーは、自覚する性別で扱われる権利として保護される。男性と女性への二分法的分類は基本権、人権に矛盾し、インターセクシュアルに対してその性別を承認しないことは基本法3条3項による性別に基づく差別にあたる。第3の性別の承認によってのみ、当事者の権利を十分に考慮することができ、差別からの実効的な保護が可能となる。社会における受容により寄与し、包括的な保護の仕組みを可能とし、当事者をもはや病気と見なさなくなる⁽⁶⁵⁾蓋然性が高い。

性別概念が定義として不確定であること、憲法解釈に動きがあることから、現行法によっても、第3の性別を、身分登録法の改正なしに⁽⁶⁶⁾解釈によって認めることができる。

登録すべき性別として男性と女性のみを承認することを基礎づける社会を保護するに値する利益は、治安政策の点からも見当たらない。安定した

(64) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 138 f.

(65) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 139.

(66) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 140.

社会とその法秩序が第3の性別によって乱されることはない。⁽⁶⁷⁾

(b) 欠点

どのような基準で第3の性別への帰属を決めるのかは確定しておらず、定義や線引きが困難となり、法的安定性を損なうという批判がある。そのほかに、第3の性別に属する人をどの様に表示するかという問題も生じる。

名称はできる限り多くの人々に受け入れられるものであるべきである。インターセクシュアルの外観が多様であることから、二元的な性別規範に合わない人を集める受け皿のような分類しかできない。しかし、男性でも女性でも、第3の性別でもないと感じる人もおり、全ての当事者の要望を第3の性別の名称で考慮することもできない。また、性別の分類が存在し、同様に差別が残る。新たな分類は旧来の分類を固定化させ、第3の性別の承認が社会的受容ではなく、線引きとスティグマ化をさらに進める。⁽⁶⁸⁾

(2) 自己で選択した表示

自己の性別アイデンティティーを表示する名称を選択するという考え方もある。この場合には、2つまたは3つの性別表記に限定されない。これに対しては、法的に全く要件が定められておらず、法的に安定した結果を一定の要件と結びつけることもできないため、自由に選択した性別表記は法的な意味を有することができないという反論がありうる。⁽⁶⁹⁾

(3) 性別登録の廃止

(a) 利点

性別登録あるいは両性の区別がドイツ法においてもはや重要な役割を果たしていないことから、性別登録を廃止する。

性別の登録がなくても、身元は確認でき、差別から保護できる。問題は家族法での親子の規定にあるが、性別または登録は、差別の撤廃に必要で⁽⁷⁰⁾

(67) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 140 f.

(68) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 141 f.

(69) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 142.

(70) 報告書では、婚姻、生活パートナーシップも問題となるとするが、2017年10月よりドッ

はない。その他の信仰や出自を理由とする差別禁止は、二元的な論拠を与えられていない、または登録とは関係がない。

さらに、性別登録の廃止は、性別を決定するために早期に外科手術を行う圧力を親や医師が受けないということにもなる。適切な治療のためにも、性別の登録は必要ない。⁽⁷¹⁾

(b) 欠点

しかし、性別登録の廃止は、男女の基本法上の平等から疑問視される。基本法3条2項が求める平等への努力では、すくなくとも女性に属することが求められる。分類を廃止することによる中立は、場合によっては差別から保護できないことにもなりかねない。国家による生存配慮(Daseinsvorsorge)のすべての領域において、出生時の性別の確認が必須の要件である。もっとも、これは性中立的な仕組みへと転換することで対応ができる。⁽⁷²⁾

(4) 任意の登録

任意の登録とすることで、インターセクシュアルについて自由を制限する強制を避けることができる。⁽⁷³⁾女性も、基本法3条2項による法的な優遇をとまなう性別の選択を妨げられない。女性への助成を含む規定は、インターセクシュアルへの適用に関して変更しなければならない。

(5) 登録の延期

成年に達するまで性別の登録を空欄とする考え方もある。これには、不確定の登録とする、または一時的なものとして定めて、後に変更の理由を緩やかにすることも含まれる。これらは、基本法1条1項の関連における2条1項が親密な個人的生活領域とともに、性的自己決定と自己の性別アイデンティティーの発見と認識を含んだ性的領域をも保護していることによって理由づけられる。このことから、誰も自らのアイデンティティーと

ㄨ イツでは同性婚が認められたので、ここではとりあげない。

(71) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 143.

(72) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 144.

(73) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 144.

自覚に相応しない役割を強制されないこととなる。⁽⁷⁴⁾

(6) 提案

ドイツ倫理委員会は、2009年に全面的に改正された身分登録法がインターセクシュアルについて考慮しておらず、出生証書に性別登録を記載しないで交付することのみを可能にしたと評価する。⁽⁷⁵⁾

報告書では医学的観点から18項目と法的観点から4項目を提言しており、⁽⁷⁶⁾以下では後者についてのみ紹介する。

「ドイツ倫理委員会は、身体的素因に基づいて女性にも男性にも属することができない者が身分登録簿でこの分類の一方に属することを強制されるときは、一般的人格権及び平等扱いの権利への正当化されない侵害であると考える。」

第1点として、男女以外の性別の記載を認めることを提案する。

「性別を一義的に確定できない人について『女性』または『男性』の登録とともに『その他 (anderes)』も選択できるように規律すべきである。

くわえて、当事者が自らで決定するまで登録をする必要がないことを規律すべきである。これについて決定しなければならない当事者の最高年齢を定めるべきである。」

第2点として、「現行の身分登録法47条2項による登録の更正の可能性については、さらに従来の登録が不実であると判明したときは、当事者が登録の更正を求めることができることを規律すべきである。」

第3点は、報告書提出当時にはドイツで同性婚が認められておらず、男女間の婚姻と、同性間の生活パートナーシップのみであったことに関連する。2017年10月の同性婚導入により生活パートナーシップの新規登録は認められないため、現在では妥当しない内容である。「身分登録簿において性別を『その他』として登録する可能性は、国家的に承認され法的に規

(74) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 144 f.

(75) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 127.

(76) Deutscher Ethikrat, a. a. O., S. 177 f.

律され責任と信頼により特徴づけられる関係の可能性を認める必要性へと導く。…ドイツ倫理委員会の多数は「その他」の性別を登録した者に登録生活パートナーシップが可能となることを提案する。さらに、倫理委員会の一部は、婚姻締結の可能性も認めることを提案する。」

第4点として、身分登録簿への性別の記載自体の見直しを提案する。

「立法機関の将来の判断の基礎として、現行法の登録義務によって追求する目的を査定すべきである。身分登録簿への性別の登録が総じてなおも必要であるのか否かを調べるべきである。」

2 ドイツ人権研究所

連邦家族・高齢者・女性・青少年省の委託によりドイツ人権研究所(Deutsches Institut für Menschenrechte)は、鑑定意見「法における性別の多様性」⁽⁷⁷⁾を2017年1月に提出した。

この研究の委託にあたり、「基本権および人権を背景にしてドイツにおいて性別の多様性の保護と承認のために規定が必要であるのか、どのような規定が必要であるのか」、「どのような効果の変更を、ありうる法改正が必要とするのか」を調査することが求められた。⁽⁷⁸⁾

この鑑定意見では、インターセクシュアルに限らず、性別が関連する法規定全般を対象として人権法の観点から分析し、整理している。

そして、「女性」「男性」「その他の性別選択 (weitere Geschlechtsoption)」「無記載 (keine Angabe)」の分類を設け、すべての子が出生時にまずは「無記載」の性別分類に登録される身分登録法の改正を提案する。⁽⁷⁹⁾

(77) Nina Althoff, Greta Schabram, Petra Follmar-Otto, "Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht — Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt", Annex 1, S. 17 [online] Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/7830f689ccdfead8bbc30439a0ba32b9/geschlechtervielfalt-im-recht---band-8-data.pdf> >

(78) Althoff, a. a. O., S. 9.

(79) Althoff, a. a. O., S. 51.

以下では、空欄、第3の性別の記載、性別登録の削除、性別登録の延期に対する人権研究所の見解をみたくえて、その提案を紹介する。

(1) 空欄

身分登録法 22 条 3 項により性別欄を空欄とする措置がほとんど行われていない理由として、規定を医療関係者が知らないこと、技術・様式・手続のレベルで不十分な理解のほか、様々な理由から空欄に不満があって行わない傾向もある。二元的な性別のイメージに強くとらわれた観点からは、強制的なカミングアウトやスティグマ化の危険もある。さらに、空欄ではその性別が承認されていない、または男女と同じく承認されていないとして、当事者が空欄を拒否することもある⁽⁸⁰⁾。

そして、人権に関して考えると、その他の非二元的な性別分類の登録を認めることなしに空欄の規定を維持することはできない⁽⁸¹⁾。性別と自己の性別アイデンティティーを身分登録において承認されることは、基本権・人権法で望まれている。その承認は、差別がないように行われなければならない⁽⁸²⁾。

空欄は、性別の積極的承認ではなく、女性と男性の二元的分類への帰属を拒否するに過ぎない。そのことから、インターセクシュアルの当事者の身体とアイデンティティーに関してその性別を同権的に承認しているのではない。インターセクシュアルである身体的特徴が存在する場合に、規定では性別登録の空欄が予定されている。身体的にインターセクシュアルで、女性または男性の性別アイデンティティーを有する者が、それに応じた身分登録をどの様にしてすることができるのかは不明である。

「性別と性別アイデンティティーの承認への権利は個人のアイデンティティーを発見し表現する権利に基づいている。それゆえ、その保護範囲を、インターセクシュアルとトランスセクシュアルの現実と反して法令で従来どおりの二元的性別分類を予定するという判断によって立法機関が制限す

(80) Althoff, a. a. O., S. 44.

(81) Althoff, a. a. O., S. 45 und 46.

(82) Althoff, a. a. O., S. 45.

ること⁽⁸³⁾はできない」。法秩序がなおも二元的な性別の体系を有していることは、性別を承認される基本権の保護範囲にとって重要ではない。むしろ、身分登録法でインターセクシュアルの登録を予定しないことが基本権への侵害として正当化されるかが問題となる。

(2) 第3の性別の記載

登録可能な概念を法律で定めておかなければ、自己の性別を表す多種多様な名称が登録のために出され、その対応に不相当な出費が嵩むという実務上の問題が生じる⁽⁸⁴⁾。

そこで、「意味が確定されていない総称を選び、その他の第3の性別分類を二元的な分類とともに設けることを求める。自己決定権の利益において、請求により出生証明書にも記載できる独自の性別記載を補充的に登録⁽⁸⁵⁾することが可能となる」。

空欄の扱いは維持され、どの性別にも分類されず性別欄を空欄とする権利は、すべての人に同じように認められねばならない。そして、未登録ではなく、例えば「無記載 (keine Angabe)」という明示的な登録を選択すべきである。

(3) 性別記載の削除

(a) 利点

すべての人について身分登録における性別の記載を廃止することもありうる。すべての人に同じように適用されることとなり、差別禁止と一致するかもしれない⁽⁸⁶⁾。しかし、性別のアイデンティティーの承認への権利とどのような関係に立つのかという問題が生じる。

「法において性別の分類を廃止することは、社会的な性別分類を廃止することと同義ではなく、自己の性別アイデンティティーを認識し、見だし、これを社会関係において表すことを妨げるのではない。したがって、

(83) Althoff, a. a. O., S. 45.

(84) Althoff, a. a. O., S. 46.

(85) Althoff, a. a. O., S. 46 f.

(86) Althoff, a. a. O., S. 47.

自己発見した性別アイデンティティーの法的承認への権利は、国家が法において性別を把握している限りでのみ、存在しているとも言える。望まない公開から親密圏を保護するという一般的人格権は、身分登録での性別の把握を国家が完全に放棄することで特に保障される。行政の簡素化の観点でも、登録・変更手続にとって簡単な解決である⁽⁸⁷⁾」。

(b) 欠点

「他方において、官庁に記録された性別は、二元的な性別秩序によって特徴づけられ、性別にしたがって構成される様々な領域がある社会において、性別アイデンティティーの承認への権利の実現にとって重要でも有り得る。これはとりわけ、社会的に属する性別とその外観が異なる人に妥当する⁽⁸⁸⁾」。

さらに、基本法3条2項2文により国家は男女同権の義務を負っており、この目的のための法律や措置は、必要的ではないとはいえ、身分登録法上の性別と結びついている。立法機関は裁量の範囲で法律や措置を官庁での手続のない自己認識に結びつけることはできるかもしれない。だが、平等措置を男女以外の性別に置き換えることは困難であり、濫用されやすい。この観点からは身分登録法の性別を完全に放棄することは不利であると思われる⁽⁸⁹⁾。

また、外国において二元的な性別登録なしには婚姻を行うことができない、子を認知できない、相続できないというような、外国人との家族法上、相続法上の問題が生じる⁽⁹⁰⁾。

(4) 性別登録の延期

身分登録法22条3項の調査において、望まない公開から性的親密圏を保護することと、それに関連して、インターセクシュアルである子の強制的カムアウトの問題が明らかになった。ドイツ倫理委員会の報告書が出され

(87) Althoff, a. a. O., S. 48.

(88) Althoff, a. a. O., S. 48.

(89) Althoff, a. a. O., S. 48.

(90) Althoff, a. a. O., S. 48.

てから社会やマスメディアのテーマとなることが増えているが、ドイツにおいて十分には情報が提供されておらず、敏感な問題である。

「インターセクシュアルという証明書は、女性または男性としての証明よりも、この子どもをととも傷つけやすい。一方では身体的に性別が明確ではないインターセクシュアルの子どもと、他方で場合によっては医学的に必要ない侵襲によってでも二元的性別の特徴を生じさせかねない二元的性別秩序の間の衝突から親と医療関係者に負担がかかっていることを調査が指摘している。法的な性別登録が二元的秩序の一要素に過ぎないとしても、少なくない回答者が、インターセクシュアルの子に対する特別規定に代わり、すべての子どもについて法的な性別分類を放棄することが親と医療関係者への圧力を低減させるのに有効であるとみている」⁽⁹¹⁾。

出生時の性別登録の延期が、とりわけ法的な権利と義務、家族への帰属を振り分ける性別の機能という国家利益と矛盾しないのかが問題となる。「親子法、パートナー法は、少なくとも思春期前の子どもの間は重要ではない。その他の点において、家族法での改正の必要性はすでに現行法でも生じている」⁽⁹²⁾。

少年・少女に特有の生活状態を考慮したゆるやかな平等規定の置き換えは、社会的性別または自己認識と結びつけることによって達成できる。性別登録の延期は、平等を促進する憲法上の任務の実現について問題ないと思われる⁽⁹³⁾。

マルタのように医療機関の証明書など要件なしに性別の決定を親に委ねることは⁽⁹⁴⁾、「インターセクシュアルの子にとって、強制的なカムアウトの不利益をとまなう特別規定となる危険をはらんでいる。他方で、第三者が定めた出生時の性別登録に留まるのを通例とすることでは、すべての子が

(91) Althoff, a. a. O., S. 49.

(92) Althoff, a. a. O., S. 49 f.

(93) Althoff, a. a. O., S. 50.

(94) さらに、マルタでは18歳まで性別登録を空欄にしておく権利をすべての人が有している。

性別アイデンティティーを徐々に形成していくという事実が考慮されていないだろう⁽⁹⁵⁾」。

(5) 提案

(a) 総論

省庁間作業グループ「インターセクシュアル及びトランスセクシュアル」の資料として連邦家族・高齢者・女性・青少年省は、ドイツ人権研究所⁽⁹⁶⁾の意見を次のようにまとめている。

ドイツ人権研究所は、連邦参議院およびドイツ倫理委員会によって提案された「女性」と「男性」と空欄と並んで「その他の (weiteren)」性別分類の導入が必要とみている。これは憲法の観点から必要である。そのことから、管轄官庁での宣言による自己決定での性別登録が可能でなければならないとする。身分登録法 22 条における性別欄の空欄では、法的に女性または男性の性別分類に相応しない人を承認できていない。

出生後の性別登録は任意に全ての子についてまずは空欄または延期するという統一的な規定を推奨する。後での変更は、ドイツ人権研究所の提案によると、身分登録所で子ども自らの（場合によっては親による代理での）宣言によってできる。14 歳以上の子どもは、指定または変更の宣言を自ら行うことができるものとする。

公の議論について、子どもの性別登録の延期または性別登録の完全な放棄は、社会生活における性別の廃止とは全く意味が違う。女性または男性の役割は、身分登録法の規定とは関係なくその生活の特徴付ける。比喻として、民族、信仰する宗教は身分登録簿によって把握される必要はないが、社会的カテゴリーとして影響力を有することを指摘する。

(95) Althoff, a. a. O., S. 50.

(96) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, „Forschungsergebnisse und Erkenntnisse des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend aus der Begleitarbeit zu der Interministeriellen Arbeitsgruppe “Inter- und Transsexualität” (IMAG)“, S. 17f. [online] Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2017 [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <https://www.bmfsfj.de/blob/120644/43bb314f1e59312be4572a3a87c6d855/neuer-inhalt--1--data.pdf>

(b) 条文案

さらに、ドイツ人権研究所の報告書では、法律案も提案している。それによると、身分登録法 22 条 3 項を削除する一方で、性別多様性の承認及び保護のための法律（Gesetz zur Anerkennung und zum Schutz der Geschlechtervielfalt（Geschlechtervielfaltsgesetz — GVielFG））の提案では、2 条に次のように定める。⁽⁹⁷⁾

2 条 性別についての身分登録

(1) 基本法第 116 条 1 項の意味におけるドイツ国籍を有する者は、第 5 条により管轄を有する官庁に対する宣言により出生登録簿における出生登録を定める権利を有する。宣言は、公的に認証しなければならず、出生登録簿に記載する。宣言がされないときは、性別登録は「無記載」のままとする。

(2) 性別登録の定め宣言において、性別を「女性」「男性」「その他の性別選択」又は「無記載」として登録するのを示す。「その他の性別選択」の登録は、最長 30 文字までの自己の記載によって補うことができる。

(3) 14 歳に達しているが、制限行為能力である子は、自らでのみ宣言することができる。行為無能力である、又は 14 歳に達していない子は、その法定代理人の同意を得なければならない。第 1 項及び第 2 項の規定を準用する。法定代理人が同意を与えないときは、家庭裁判所は、これを代わりに行う。手続補佐人の選任は、これにつき常に必要である。

(4) 第 1 項から第 3 項までの規定は、内国に常居所を有し、かつ、民法施行法第 10 条 a の可能性を行使した、又は民法施行法第 10 条 a 第 3 項に従い同じく定められ、ドイツ国籍を有しない者に準用する。その他において、本国の実質法を適用する。

(97) Althoff, a. a. O., S. 72.

(98) Althoff, a. a. O., S. 69.

3 連邦家族・高齢者・女性・青少年省

省庁間作業グループ「インターセクシュアル及びトランスセクシュアル」から調査結果をさらに要約した最終報告書を、連邦家族・高齢者・女性・青少年省は、連邦議会第18会期の終了にあたり2017年9月21日に公表した。この報告書では、インターセクシュアルの当事者の性別登録について、次のような結論を述べている。⁽⁹⁹⁾

身分登録法22条3項により性別欄を空欄にできるが、「性別登録を空欄にすることは、性別の積極的承認ではなく、男性または女性に誤って属することを妨げているにすぎない。したがって、インターセクシュアルの人は、身体とアイデンティティーの観点において自らの性別を同権的に承認されることを禁じられている。」

委託したドイツ人権研究所によると、その他の性別分類の導入が憲法的観点から必要である。

「それゆえ、男性と女性としての二元的性別体系において自らを分類しない（できない）人のために、身分登録法において従来の女性と男性の分類と性別登録空欄とともにその他の性別分類を加えるべきであろう。」

このように、連邦家族・高齢者・女性・青少年省は、ドイツ人権研究所の提案のうち、14歳まで一律に性別の記載をしないという考えを採用していない。むしろ、ドイツ倫理委員会の提案に近いと評価できる。

(99) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, “Schutz und Akzeptanz von geschlechtlicher Vielfalt — Schlussfolgerungen des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend aus der Arbeit der Interministeriellen Arbeitsgruppe Trans — und Intersexualität”, [online] Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2017 [retrieved on 2018-01-30]. Retrieved from the Internet: < URL: <https://www.bmfsfj.de/blob/119686/619f9892b9f7d198c205dbdc82bcad56/positionspapier-schultz-erkennung-inter-trans-data.pdf> >

おわりに

1 第3の性別の記載

連邦憲法裁判所決定が示したように、性別の記載を廃止するか、第3の性別を設けるのかを考えなければならない。しかし、日本の戸籍では、性別を男・女と記載する性別欄はなく、続柄で長男や長女と表すことで性別が示される点で、ドイツの身分登録とは異なる。

性別の記載を廃止することとは、長男・長女という表現から、例えば第一子、第二子に変更することでも可能である。出生届について、戸籍法49条2項1号の「子の男女の別」という文言を削除するという扱いになる。さらに、健康保険証などで、「戸籍上の性別」とする場合に、どのように表記するかが問題となる。

性別に関わる記載を戸籍から削除することは、すべての人々に影響を与えるため、慎重に対処すべきであろう。ただ、性別未確定であっても強制的なカミングアウトに違いはなく、インターセクシュアルの人権の保護には性別を記載をしないという方法しかないという指摘は留意する必要がある。

戸籍に性別に関する記載を残す場合でも、性別未確定の場合に空欄とするのではなく、性別に関して「性別未確定」という法的地位を認め、追完に時間的制限を設けないとする、家永説⁽¹⁰¹⁾に賛成する。単なる空欄では、男女のどちらかに早く決めなければならないという圧力から親が逃れることができず、子どもに不必要な外科手術が行われる危険が残るからである。

次に、第3の性別の記載を認めるかである。第3の性別の記載は空欄と対立するのではなく、併存することができる。性別が未定であることと、

(100) 健康保険証では、性別違和であるなどやむを得ない事由がある場合には、表面には通称とともに性別を「裏面参照」として、裏面に戸籍上の性別を記載する扱いが認められている。「国民健康保険被保険者証の性別表記について（回答）」（平成24年9月21日付け保国発0921第1号厚生労働省国民健康保険課長通知）

(101) 家永・前掲49頁。

第3の性別であることは同義ではない。自らのアイデンティティーを示すために、戸籍に男性でも女性でもない性別であることを積極的に記載することを求める者もいれば、それを望まない者もある。第3の性別は、インターセクシュアルすべてではなく、その一部の人を対象としている。

第3の性別の記載を認めることで空欄を認めないとなれば、インターセクシュアルとして性別が確定された者は自動的に第3の性別となり、強制的にカミングアウトさせられることとなる。これは、空欄により性別が未確定であることよりも社会で強い印象を与え、性別記載を望まない人にとっては耐えがたいものとなる。

これに対して、男性または女性であるというアイデンティティーを有する者にとって、第3の性別ができることで何の変化も生じず、そのアイデンティティーの否定とはならない。

第3の性別を認める場合に考えなければならないのは、表記方法と他の法律への影響である。

出生届では、性別のみを記載するから「その他」あるいは「間性」という表現でもよい。しかし、続柄として記載される戸籍では、別の表現が必要となる。例えば「長子」「次子」と表記することが考えられる。こうなると、先に述べた性別を記載しない場合の表記と同様になり、長男、長女という表記をやめて長子に統一しても違和感がなく、日本語の語感により合ったものとなる。むしろ、長子という語をインターセクシュアルに限定することへの抵抗感の方が強いであろう。

このように考えると、ドイツ人権研究所が提案するように子どもの間は性別表記をしないという方法は、まずは長子と記載し、一定の年齢に達すると自らで性別を選択して、男は長男に、女は長女に変更するという扱いで取り入れることができる。

国民の大多数が続柄の変更を行うのは煩雑であり採用できないとするならば、長男・長女の表記をやめたうえで、続柄欄とは別に戸籍に性別欄を設けることになる。その場合には、「その他」または「間性」という記載を出生届と同じように行う。これは、ドイツ倫理委員会や連邦家族・高齢

者・女性・青少年省の提案に近いものとなる。

次に、第3の性別を認めることで、家族法をはじめとする他の法律への影響は避けられない。憲法24条1項、民法2条の「両性」という文言は、明らかに男女2つの性別を前提としている。ここでは、第3の性別を含めた全ての性別という意味で解釈することで対応できる。憲法24条1項では、男性または女性が第3の性別の者と婚姻できることとなるが、それを否定する理由はないと考える。むしろ、同性婚を認めることで、区別がないようにするべきである。その意味では、家族法改正研究会が日本家族〈社会と法〉学会で提案した、「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」という規定は、異性を“opposite sex”ではなく、“another sex”⁽¹⁰²⁾と日本語の文字通りに理解することで、第3の性別に対処できると考える。⁽¹⁰³⁾

親子法において、父母の定義に影響を与えるのでもない。母は、分娩者であり、出産可能であれば女性である必要はない。父もその精子により子が懐胎した者に限らず、生殖補助医療では非配偶者間人工授精に同意した者を父とすればよく、男性に限られない。縁組について、民法では「養親」とするが、「養父」「養母」の用語は用いていないため性別を考える必要はない。親権者も同様である。

その他の法律においては、それぞれ第3の性別を加えることでどのような問題が生じるかを個別に検討する必要がある。一般的には、男女の区別が弱者である女性を保護するためであるならば、第3の性別は弱者として女性と同じに扱うことになる。

2 性別の自己決定

第3の性別を記載するという考えは、性別の考え方が新たな局面を迎え

(102) 南方暁「婚姻法グループの改正提案——婚姻の成立——」家族〈社会と法〉33号(2017)96頁、98頁。

(103) 家族〈社会と法〉33号(2017)201頁において、「インターセックスなどは、今回視野に入れていませんでした」と発言したが、この提案で対応できると考えている。

ていることを意味する。従来、性別は身体的、生物学的に定まるもの、先天的なものであり、自らが選択するのではなく、いわば与えられるものであった。性別違和を理由とする性別変更は、自らで申し立てるものであるが、日本では厳格な要件が付されている。だが、アルゼンチン、デンマーク、マルタ、アイルランド、ノルウェーでは、性別変更について医師の診断書を不要とし、ジェンダー・アイデンティティーの自己申告（self-declaration）としての性別変更手続となっている。

さらに、前記の提案では、インターセクシュアルの当事者は、「未確定」とするか、第3の性別の表記かを自ら選択することができる。ドイツ連邦憲法裁判所の事案はターナー症候群であり、外性器からは女性であって未確定とはならないが、第3の性別または空欄を認めている。

性別の「変更」と、未確定か第3の性別かを決定する性別記載の「選択」の間は、アイデンティティーとして性別という点で大きな違いはない。⁽¹⁰⁴⁾

本稿では、ドイツ連邦憲法裁判所決定の紹介の他、政府からの委託研究に限って紹介した。この他に判例の事案に関して学説では多くの論考が出されているにもかかわらず扱うことができなかった。また、本稿でとりあげた研究報告書の内容も十分に紹介できてはいない。いわば、結論のみをつまみ食いしたようなものである。今後、ドイツでの立法の進行を注視しつつ、これまでの学説の蓄積についても言及することができればと考えている。

（京都産業大学特定課題研究 E1711）

(104) ドイツでは、連邦憲法裁判所 2017 年 10 月 17 日決定（NJW 2018, 222）では、2 人の専門医による診断書の提出を要件とするトランスセクシュアル法 4 条 3 項の合憲性を争う事案で、上告不受理とした。第3の性別でも専門医の診断を求めるのかは、現時点では明らかではない。