

[研究ノート]

# 性転換法成立（1980年）前における ドイツ判例の転換

——連邦憲法裁判所1978年10月11日決定を契機とする転換——

大 島 俊 之

第1章 はじめに

第2章 1960年代（初期の下級審決定）

第1節 宮廷裁判所1965年1月11日決定

第2節 フランクフルト上級地方裁判所1965年12月8日決定

第3節 フランクフルト上級地方裁判所1969年2月14日決定

第3章 1970年代（ヘルガ事件）

第1節 宮廷裁判所1970年9月8日決定

第2節 連邦通常裁判所1971年9月21日決定

第3節 連邦憲法裁判所1978年10月11日決定

第4節 連邦通常裁判所1979年3月14日決定

第4章 おわりに

第1章 はじめに

ドイツにおいては、性同一性障害に関する主要な問題は、すでに立法的に解決されている。すなわち、1980年9月10日の「特定の場合における名の変更および性の確認に関する法律」がそれである（当時は西ドイツ）。この法律は、「性転換法 Transsexuellengesetz-TSG」と略称されて<sup>(1)</sup>いる。この法律については、すでに1983年に、筆者が翻訳して紹介した。<sup>(2)</sup>

このドイツの法律は、性同一性障害者について、2つの道を開いている。1つは、「小解決」と呼ばれるもので、出生登録簿上の名のみを変更するものである（同法1条以下）。もう1つは、「大解決」と呼ばれるもので、出生登録簿上の性別表記および名の双方を変更する方法である（同法8条以下）。

もちろん、この法律の制定によって、性同一性障害に関するすべての問題が解決されたわけではない。この法律の規定の内容について、その合憲性が争われている部分がある。また、この法律によって大解決あるいは小解決をした人々が、社会生活上で直面する諸問題が裁判所に持ち出されてもいる。

このような現在のドイツの問題状況については、別稿で紹介することにして、本稿においては、この法律が制定される前のドイツの判例の状況を紹介することにする。そうすることによって、なぜドイツで、このような法律が必要になったかが明らかになろう。また、性転換法制定前のドイツでの議論は、性転換法のない現在のわが国において、性同一性障害に関する法律問題について考える際に、参考になるとと思われる。

---

(1) Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. September 1980 (BGBl I, 1654).

(2) 大島俊之「性転換と法——戸籍訂正問題を中心として」判例タイムズ484号（1983年）77頁。特に99頁以下参照。他に、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13巻2号がある（奥付には1982年と記載されているが、実際に発行されたのは1983年である）。また、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13巻3号（1983年）もある。

## 第2章 1960年代（初期の下級審決定）

### 第1節 宮廷裁判所<sup>(3)</sup>1965年1月11日決定

1942年3月30日に、ベルリンのW身分登録所の出生登録簿において、ある男児の出生が登録された。その子には、Xという名が与えられた。1963年4月26日の西ベルリンの地区参事会の決定によって、その名はYに変更された。1963年5月6日に、区裁判所に対して、出生証書の登録は、以後、女性に属するものとされるべきである旨の請求がなされた。それを根拠づけるために、医師の報告書が提出された。それによれば、Yは、精神的・身体的な観点からは女性的である。1962年7月にドイツ以外の土地において行われた手術によって、男性器が切除され、その代わりに膺が形成されている。

区裁判所に対して、ベルリン自由大学医学部婦人科の鑑定報告書が提出された。その報告書の結論は、次のとおりである。外性器から見れば、Yは今では女性とみなすべきである、というものであった。区裁判所は、1964年6月18日の決定によって、その出生登録簿において、その子は今や女性と表記されるべきである旨を命じた。

これに対して、ベルリン州内務大臣の即時抗告が、地方裁判所に提起された。地方裁判所は、その即時抗告を棄却した。そこで、ベルリン州内務大臣は、さらに再抗告をした〔これが本件である〕。この再抗告は、理由があり、認められるべきである。

地方裁判所は、確定した事実関係から、男性から女性への性の転換が生じたという結論を導き出した。事実に関する鑑定報告書に基づき、当事者が男児として生まれたという出生登録簿への登録は、その当初から

---

(3) NJW 1965, 1084; FamRZ 1965, 139. 本稿では、前者の全文を翻訳して紹介する。なお、宮廷裁判所というのは、ベルリンの上級地方裁判所を意味する。

誤っていたのではないことを認定している。しかし、その登録は、後に不当になったのである。事実関係から、特に、申立人が女性の外性器を持っているので、申立人を女性とみなすべきである、とはっきりと述べている。その他の身体の外的な特徴、および精神的な確信は、女性の方角に発展したのである。このような特徴は、時間の経過とともに形成された。とくに、外的な要因によるものである（女性ホルモンの投与および形成外科手術）。出生の際には、疑いもなく男性であった。半陰陽的な身体ではなかったし、今もそうではない。

鑑定報告書により地方裁判所が確定した事実によれば、男児は普通に発育した。しかし、13歳から14歳の頃から、異性装症的な傾向が現れた。16歳の頃から、屋外でも女性の服装をするようになった。1959年に、すなわち17歳6か月の頃に、女性ホルモンの投与を定期的に受けるようになった。その女性ホルモンの影響によって、第2次性徴が大きく発達し、女性的な身体になった。1960年には、精神科の専門医の診察を受け、身体のみならず、精神的にも女性的な特徴を有する、と診断された。1962年に行われた性染色体の検査によれば、男性型である。1962年の夏に、すなわち20歳の頃に、ドイツ以外の土地で、性転換手術を受けた。この手術によって、睾丸を切除し、人工的な膣状のものを形成した。その結果、今では、女性のような外見を有している。申立人は、変性症である。

これらの事実関係は、原審裁判所の結論とは異なり、男性から女性への性別表記の変更を正当化するものではない。人の性別の判定は、基本的には、身体の特徴によって、特に外的な性徴によって、判定されるべきである。これに対して、精神的な確信は、決定的な要素ではない (Strassmann, JW 31, 1495; Senat in StAZ 58, 207)。それゆえ、子が出生した場合、その性別は、その子の外的な特徴に基づいて登録されるべきである (Hinschius-Boschan, Die Beurkundung des Personenstandes, 4. Aufl., § 22 Anm.49; Feneberg-Simader, PStG, §§ 21, 22 Anm.3; AG Bruchsal, StAZ 29, 317)。地方裁判所も認めているように、子は、

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

男児として出生登録がなされた。基準となるのは、「自然な」身体的な要素であり、この点で、下級審は誤っている。男性の外性器が失われたのは、外部からの作用の結果によるものであり、考慮すべきではない。つまり、性の帰属の変更に、法的な効果を与えるべきではない。このような形成外科手術による性器の切除は、法的な観点からすれば、事故による性器の喪失、戦争による喪失または去勢とまったく同じである。このような喪失が、性を変更させるものでないことは明らかである。男性の特徴の事後的な喪失、精神的な確信、あるいはホルモンの影響による男性的な外見の喪失は、男性を女性に変更させるものではない。

申立人の身体的外的な特徴は、一見したところ女性に属することを認めるかのようにである。しかし、そのような女性的な身体的特徴は真実のものではなく、永続するものでもない。隆に類似した皮膚の窪みは、決して女性器ではなく、単にそのような印象を与えるものでしかない。それ以外の第2次性徴に関する身体的な変容は、女性ホルモンの投与によるものである。これらの特徴は、定期的な女性ホルモンの投与に依存するものであって、自律的なものではない。したがって、申立人の性転換を法的に認めることはできない。精神的な状態は、この病気の原因であり、自分は他の性に属しているという抗しがたい願望を有している。しかし、自分は女性であるという精神的な確信を有していても、女性としての自然な性器が存在しないのであるから、法的に女性に属すると認めることはできない。そのような傾向を有し、女性の服装をしていても、決して男性として異常というわけではない。他方で、半陰陽でもない。半陰陽の場合には、性帰属は、優勢な方の性に帰属するものと判断される (LG *Hamburg*, StZA 58, 128; Pfeiffer-Strickert, PStG, § 21 Anm. 18)。半陰陽の場合には、どちらの性が優勢であるかという問題について判断の際に、魂の傾向が考慮される (Strassmann, aao)。訴訟法的には、地方裁判所が半陰陽の存在を確定していないことは明白である。

当裁判所は、以上の理由に基づき、本件申立を棄却し、これまでの下

級審の裁判を破棄する。

第2節 フランクフルト上級地方裁判所1965年12月8日決定<sup>(4)</sup>

申立人は、1932年4月25日に生まれた。彼の出生登録は、彼が男児であり、その名はペーター・クラウスであることを示している。彼は、男性としての外部的な特徴を有していた。彼が30歳の頃、H市にある大学病院の精神神経科において、神経科的な治療を受けた後に、女性ホルモンの投与を受けた。1964年1月16日に、C市（モロッコ国）において、彼の希望に基づいて、睾丸を含む男性器を切除し、腸の近くに3センチから4センチの尿道の開口部を作り、また人工的な膣を形成した。それから、彼は、定期的に女性ホルモンの投与を受けた。それにより、乳房が女性風に膨らんだ。彼は、女性風の髪形および服装をしている。ただ、彼の声は変化していない。

彼は、身分登録所に対して、自己の出生登録を訂正し、自分が女性であり、名をモニカに改めることを求めた。

身分登録所および監督官庁は、この請求を退けた。これに対して、区裁判所は、この請求を認めた。区裁判所は、身分登録法47条を類推適用して、生物学的な特徴がないにもかかわらず、女性であるという申立人の自己認識を基準にすべきものとした。これに対して、身分登録所の監督官庁が、即時抗告をした。地方裁判所は、区裁判所の決定を破棄し、申立人の請求を棄却した。これに対して、申立人が、再抗告をしたのが本件である。

当裁判所は、この再抗告を棄却する。

原審裁判所は、法律の規定に違反していない。申立人の請求した出生登録および名の訂正は、許可することができない（身分登録法21条1項3号および4号）。なぜなら、身分登録法47条1項1文を適用するための

---

(4) NJW 1966, 407. 本稿では、その全文を翻訳して紹介する。

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

要件が満たされていないからである。学説および判例の一致した見解によれば（Stölzel, PStG, 5. Aufl., §47 Anm.3; Brandis-Massfeller, Komm.z.PStG, 1938, §47 Erl.II; Pfeiffer-Strickert, PStG, 1961, §49 Anm.4; Keidel, FGg, 8. A. §69, Rdn.16; Jansen, FGg, §69 Anm.2 zu § 47 PStG; *BayObLG*, StAZ 55,260; 58,205; OLG *Köln*, NJW 60, 2343), 出生登録に「当初から」誤謬が存在する場合にのみ、訂正が許可されるのである。本件においては、この要件が満たされていない。1964年10月14日の医学的な鑑定報告書によれば、申立人は、1964年の初めに外科手術をするまでは、疑問なく男性に属していた。彼の請求は、手術による性帰属の変更を理由とするものであることが明白である。したがって、出生登録簿への登録は、誤謬なく行われたのである。

このような場合について、法律は規定を置いていない。このような場合には、間性（例えば、半陰陽、女性化症）と同じように考えることはできない。間性は、発生学的なものであって、男性器・女性器の双方（例えば、陰茎と膣または卵巣）を備えていることなどから、男性・女性のいずれにも属するといえる場合である。どちらの性により近いのかが、紛らわしい場合である。性の特徴が明確ではなく、性の帰属が不明確なのである。一方の性の性器の形成が完全ではなく、他方の性の性器が退化した形で残っている場合である。このような場合には、原則として、当事者の精神、またはそれに合わせるために行われた性の特徴を是正するための手術の結果を考慮することは正当である。そして、このような場合には、身分登録法47条1項の意味における誤謬が存在するので、身分登録簿の訂正をすることは可能である。なぜなら、自然な状態が明確ではなかったからである。

しかし、本件の申立人の場合は、このような間性ではない。間性の場合のように、手術の前に間性であったわけではない。申立人の現在の特徴は、手術前の特徴とは何ら関係がない。手術前には、性的な特徴は変化していなかった。ただ、彼の精神だけが変化していたのである。しか

し、それは自然に起こったことではない。身体的な変容は、手術によって、人工的に生じたのである。間性の場合には出生登録の際にすでに存在するような状況が、申立人の場合には、外科手術の前には存在しなかったのである。このような身体の後発的な変容の場合には、性転換が問題となりうるだけである。そして、このような場合に、身分登録法47条1項を類推適用することができるかという問題がある。これについて、区裁判所およびミュンスター地方裁判所 (StAZ 64, 249) は、それが可能である、としている。

当裁判所は、本件のような場合に身分登録法47条1項を類推適用することができるか否かという法律問題について、一般的に答える必要はないと考える。なぜなら、申立人の場合には、生物学的な性転換が確定されていないからである。専門医の鑑定報告書によっても、すべてが明らかになっているわけではない。女性的な性の特徴を備えてはいるが、解剖学的には子宮がなく、前立腺が存在する。手術で形成した膣のような窪みがあり、ホルモンの注射によって実現された胸の形をしているが、表面的に女性に似ているだけである。このような外的な特徴は、女性的な印象を与える。たしかに、外部的には間性に近い。しかし、前立腺と2つの睾丸が存在していた。したがって、間性に加えるべきか否か、あるいは精神に基づいて女性に分類すべきか否かは問題である。

しかし、そのような性質に法的な効果を認めることはできない。なぜなら、申立人の変容は、自然に生じたものではない。変容は、申立人の希望に基づいて行われたものである。したがって、間性の場合のように、その変容を考慮すべきではない。かつて存在した明白な男性の外性器を除去し、そして単なる人工の窪みでしかない膣を形成したことは、性の転換ではない。女性としての外性器は、生物学的には意味がない (KG, NJW 65, 1084)。そして、機能は男性のままである。たしかに、間性の場合に類似する手術が行われたことは否定しえない。いずれの手術も、自然に形成されたものを強制的に変容させるものである。われわれの法



## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

秩序および慣習によれば、当事者の回復のため、健康の維持のため、あるいは公の利益のために行われた場合にのみ、変容を認めるべきである。したがって、恣意的な、あるいは理由のない変容は、一般的に認められない。そして、刑法の処罰を受けることがある（例えば、刑法216条、218条、223条以下、226 a条および軍刑法により罰せられる自傷行為）。申立人は精神的に病気であるのか（自己の生物学的な性帰属に反して、自分は女性に属しているという確信を持っており、そこに、緊張関係が存在する）。その精神的な回復のために、手術が必要か。こうした問題は、ここでは考察の対象とはしない。なぜなら、女性風の形成は、法的には意味がないからである。おそらく、手術後の、そして人工的に維持された状態は、たとえば事故、戦争、去勢などの場合のように、希望に基づかない男性の外性器の喪失の場合と同様である（vgl. auch KG aaO）。申立人に造られた隆状のもの、ホルモンの注射によってできた女性風の乳房、および精神の影響は、人工的なものでしかなく、自然なものではなく、内部的な機能を伴って形成されたものではない。それゆえに、生物学的には変容されたものではなく、他の性に変更を始めたわけでもない。外見の形成は、永続的なものではなく、人工的な隆は消滅する可能性があり、また、ホルモンの注射によって形成された外見は、ホルモンの注射を止めることによって消滅しうるものである。

人の性別の判定およびそれに対応する出生登録簿への登録は、その者の身体的・外的な特徴、特に性的な特徴に基づいて行われていることは事実である（KG, aaO; Brandis-Massfeller, aaO §21 Anm. 5; §183 der Dienstanweisung für Standesbeamte）。新生児の登録の際には、このような外的特徴（そして、自然な特徴）に基づいて行われている。すでに述べたように、間性の場合には、後にこの登録を訂正する必要があることがある。病気のため、性的な外的特徴が異常であって、出生の際には明白ではなく、男女どちらであるかが明確に識別できない場合がある。しかし、このような自然な変容は、内的な性の状態と調和してい

ると推測することが可能である。間性の場合には、手術による変更が行われたとしても、それまでは両方の性を持っていたと推測できる。また、この推測は、出生のときの自然な状態に基づくものである。間性の場合には、どちらの性であるのかが、身体的に明白には決められないのである。したがって、この場合には、女性・男性のどちらが優越しているかによって判断するのである。このような場合に、当事者の精神を判断材料にすることは許される。両性の要素が備わっているのであるから、その心理もまた、自然に、形成されたものであるからである (Overzier, Klinik der Gegenwart, Handbuch der praktischen Medizin, 9. Band, S.120)。これらの場合には、身体的な状態は自然に生じている。

これに反して、申立人の場合には、状況はまったく異なる。申立人が自分が女性であるという同一性を持っているのは、単に精神的なものでしかない。それは、性別の判定について正当に考慮することができないものである。性は、社会において根本的なものであり、生物学的なものが基準となるべきである。社会的・文化的な生活、また思考の世界においては、種々の形態が可能であろう。しかし、経済的・社会的な発展は、生物学的な状態に依拠している。それゆえ、性の決定に際しては、自然の要素を排除することはできない。個々人をどちらの性に振り分けるかということは、自然の要素に基づくべきなのである。自然な要素を考慮してのみ、行うことができるのである。ある人が、自己の身体的な状態とは無関係に、自己の性別を決定しうるとすれば、われわれの社会の法秩序は、個々人の判断によって影響を受けることになる。そして、ある人が女性であるのか男性であるのかという判断は、多くの点で重要であり、人間の行動において無視することはできない。たとえば、人は、われわれの社会および社会秩序において、家族を細胞と考えている。また、刑罰規定は、行為者が男性であるか女性であるかの区別を前提としている。医学の進歩および形成外科の技術によって、人の外的な印象を変更することができるようになった。したがって、自分が男性であるのか女

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

性であるのかについて、自然ではない自由意思に基づく個人の決定を承認するとすれば、人間の組織は根拠のない恣意に委ねられることになる。そのようなことは、自由意思および科学を濫用するものであり、反自然的であり、社会を害することになる。申立人の精神状態が病的なものであるとすれば、その症状に対応するような医学的な治療を行うべきである。

また、われわれの社会は、人を性別に振り分けている。そして、その振り分けは、その人の自然な状態に依拠している。たしかに、その振り分けは、外見に依拠している。しかし、人工的な変容は、特殊な病気の際に必要なだけである。

女性が常に子を生めるわけではない。男性が常に子を生ませることができるわけではない。このような能力が、病気によって失われても、性が変わるわけではない。われわれの社会は、生物学的な考察に依拠している。人工的に形成された外見、自然なものではない変容は、性転換として容認することができない。まず、男性の外性器がないことは、すでに述べたように、意思に基づかない外的な要因によるわけではない。次に、女性に変わったことは何も見出せない。女性風の服を身に着けること、女性風の髪形をしていることは、性別の判定において、何ら意味を持たない。なぜなら、それらは、人間の慣習に関するものにすぎず、性の状態に関するものではないからである。それらは、性別の帰属の判定に際して、意味を持たない。

申立人を女性として認めないことは、その精神の必要性、あるいは社会生活および職業生活において困難に遭遇させることになるであろう。しかし、それらの要素は考慮することができない。なぜなら、本決定が、それらを引き起こすのではないからである。申立人は、手術の前に、病気があり、自己の自由な意思によって、このような重大な結果を惹起させたのである。なお、医師は、これまでと同様に、本件のような治療をすることは許されるであろう。なぜなら、そうすることによって、重い

精神的な病気を治療しなければならないからである。

第3節 フランクフルト上級地方裁判所1969年2月14日決定<sup>(5)</sup>

申立人の出生登録簿には、申立人は男児であり、その名はギュンター・ホルストとして登録されている。彼は、男性としての外部的な特徴を有していた。1965年当時、申立人は、当初はバーのホステスとして、後にはストリッパーとして働いていた。それ以降、女性ホルモンの注射を受けている。1966年5月に、モロッコのカサブランカにおいて、男性の外性器を切除し、膣を形成する手術を受けた。彼は、今では豊かに発達した胸を持ち、その他の点でも女性的な外見をしている。

申立人は、自己の出生登録簿に次のような記載をすることを求めた。

「下記の子は、女兒であり、その名は、カーメンである」。

彼は、自己の請求の根拠として、専門家による鑑定書を提出した。H大学の性科学研究所のG教授および研究助手S博士が1967年9月4日に作成したものである。それによれば、本件は疑いもなく真正の異性装症(Transvestitismus)である、と結論づけている。この障害は、人格の異常な発達であり、当初は単に精神的なものであるが、後には、身体的にも(ホルモン療法や、手術によって)、他の性に同一化する。その原因は、今のところ不明である。学者達は、さらに次のように述べている。

「このように自分が他の性に属するというアイデンティティーを持つことは、単なる外見のことだけであり、完全なものではないというように考えるべきではない。完全に女性だというアイデンティティーを持っているのであり、主観的には、精神は完全に女性に変わっているのである。異性装症は、早くから始まり、段々と進み、原則的にはそれを抑止することはできない。そして、それは不可逆的な人格の発展であり、自分は他の性に属するというアイデンティティーを持つまでに至る。本件

---

(5) NJW 1969, 1575. 本稿では、その全文を翻訳して紹介する。

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

においても、手術およびホルモン療法までに至っている。この現象を客観的な側面から見れば、染色体的には真正の男性である。このような真正の異性装症の原因およびメカニズムはまだ分かっていない。ただ、理論的には、なんらかの内分泌学的あるいは発生学的な要素が原因あるいは発症要因として、想定されている。しかし、現在の科学のレベルでは、解明することができない」。

F市の参事会は、身分登録官の監督官庁として、区裁判所に対して判断を求めた。区裁判所は、申立人の請求を棄却した。そこで、申立人は、地方裁判所に対して、即時抗告をした。地方裁判所は、その即時抗告を棄却した。そこで、申立人は、当裁判所に対して再抗告をした。しかし、本件再抗告は理由がない。当裁判所は、本件再抗告を棄却する。

当裁判所は、すでに1965年12月8日の決定において（OLGZ 66, 340 = NJW 66, 407. その他に公表されていないが、1968年4月30日の決定もある）、次のように述べた。学説および判例の一致した見解によれば、出生登録に当初から誤謬が存在する場合にのみ、身分登録法47条1項の規定により、訂正が許可される。したがって、申立人は、登録の際にすでに女性でなければならない。しかし、本件においては、そうでない。原審裁判所は、以下の事実を確定している。彼が男性に属していることは、1966年に手術をするまでは、まったく疑いがなかった。原審裁判所は、このような事実拘束される。また、原審裁判所は、瑕疵なく次のように結論づけている。原審裁判所に提出された専門家の鑑定報告書によれば、申立人は、染色体的には男性である。彼は、当初は精神的に、次にホルモン治療、手術を受けて、身体的にも自分を女性と考えるようになった。この変容は、疑いもなく、異常な人格の発展のためであり、真正の異性装症である。当裁判所がすでに判決したように（OLGZ und NJW, aaO）、このような事実は、身分登録法47条1項を適用して訂正するための根拠とはならない。判例および学説においてこれまで異論なく維持されてきた法的な観点は、維持されるべきである。

申立人は、再抗告理由において、原審裁判所が、身分登録法47条1項を類推適用しなかった点を批判している。たしかに、場合によっては、この規定を類推適用することができるか否か、また、ある事実関係がその類推適用を許すか否かは、考慮する余地がある。しかし、本件においては、申立人の主張を認めると、認定された事実関係、医学の現状、および類推適用する規定の間の調和が取れないことになる。身分登録法47条1項は、事実関係に基づいて訂正を認める規定であり、その事実が出生当時にすでに存在し、科学的にその原因および存在が確認されているものであり、出生登録の際に存在する生物学的な事実とまで遡及しうるようなものでなければならない。外見だけの性の変容に基づいて、身分登録簿に訂正を施すことは不適切である。そして、身分登録法60条の証明力が失われることになる。それは、出生のときに証明された事実ではないからである。

申立人が提出した専門家の報告書によれば、この領域において認められた学者が、明白に次のように述べている。申立人の外見の生物学的な変容は、異常な人格の発達の結果であり、自分は女性に属していると確信するに至った。その原因およびメカニズムは不明である。たしかに、この報告書によれば、内分泌学的あるいは発生学的な要因が関与しているとする仮説もあるようである。しかし、医学の現状では、確かなことは分からない。

これらの造詣の深い学者によれば、申立人の精神は、身分登録の時に、すでに女性に同一化していたのかもしれない、ということである。しかし、他方で、後に、ホルモンあるいは発生学的な影響によって、自分は女性であるとの同一化を抱いたのかもしれない。たしかに、場合によっては、身分登録簿の表記の訂正に関する規定を適用または類推適用すべき場合があることは事実である。しかし、判例および学説によれば、この領域に関する医学的な知識が十分ではなく、その法的な評価は困難である。問題の残るような法適用を避けるべきであろう。異性装症の原因

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

およびその発症のメカニズムに関して、医学界では、一般に承認された見解はない。また、手術によって他の性のような外見を獲得した場合には、法的にも他の性に属させるべきであるという点でも、見解は一致していない。出生登録簿の訂正は、その登録が誤謬であったことを証明できた場合にのみ、認められるべきものである。当裁判所は、それが誤謬であったという確信を抱くことができなかった。それゆえ、訂正の請求は、これを棄却する（OLG Stuttgart, OLGZ 66, 194）。

当裁判所は、異性装症者が性転換手術を受けた後、社会生活の上で困難に遭遇するであろうということを見做すものではない。しかしながら、この問題を解決させようとして、当裁判所が、身分登録簿の訂正を命じることは、法律上認められていない命令を、身分登録所に対して行うことになり、制度上、当裁判所に認められた権限を逸脱することになる。申立人は、法の領域においては身分の訂正をすることができないが、社会的には〔女性として〕承認を受け、手術の後には精神の苦悩から解放される。このような異性装症の問題は、まず、担当医師および医学界が解決すべきものである。

上に述べたことは、ネヴィニー・シュティッケル博士およびハマースタイン教授が、NJW 67, 663 ff. に発表された論文に反対するものではない。申立人は、この論文に依拠し、また、当裁判所も部分的にこの論文に依拠している。この論文によれば、当裁判所の以前の判決とは異なり、人の外見を見做すべきではない、ということである。しかし、両博士は、申立人の見解ではなく、当裁判所の見解を支持している。間性の場合には（種々の性別判定要素が一致しない場合）、性の判定の際に、身体的な要素と精神的な要素とを考慮して、当該人物において男性・女性のいずれの要素が強いかによって判定すべきである、というのである。当裁判所のかつての決定も、今回の決定も、当該事件の事実関係、および専門家の知見の状況に依拠している。かつての決定においてと同様、本件においても、当該人物は、当初、発生学的には明白に男性に属して

いた。そして、その後、真正の異性装症になったのであった。上に挙げた論文の筆者達は、変性症と「強い関係」がある、と述べている。しかし、変性症者は、異性装症者とは異なり、他の性の服装をするだけでは満足しない。彼らは、完全に、他の性に属するものと感じている。彼らの性器および性徴が、自分が感じている性とは一致せず、それを「自然の誤り」と感じている。彼らは、同性愛者、異性装症者、フェティシストとは区別しなければならない。H大学の性科学研究所の専門家による鑑定報告書は、このように述べた後、申立人は異性装症者であるが、出生登録の時点において、身体的・精神的に女性であるというアイデンティティーを持っていたか否かということは明らかではないとしている。このような事実関係のもとでは、申立人の行った再抗告は理由がない。そこで引用されている論文は、変性症に関するものである。……

### 第3章 1970年代（ヘルガ事件）

これから、数奇な運命を辿った1つの事件を紹介する。仮に、ヘルガ事件と名付けることにする。当事者の人生の概要は、次のとおりである。

1932年4月27日 ベルリンに生まれる。名はアルフレッド・ハーバート。

1953年3月7日 女性と婚姻。

1961年 妻が1子を出生（後に、嫡出否認）。

1963年9月17日 ヘルゲに改名（通称ヘルガ）。

1964年 離婚。

当事者は、MtFであり、ポスト・オペラティブ（SRS〔＝俗に言う「性転換手術」〕を完了）である。当事者は、出生登録上の性別を男性から女性に訂正することを求めた。この事件は、次のような多くの裁判所の判断を受けることになった。

ベルリン・シェーネベルグ区裁判所1968年決定（性別表記の訂正を容認）



性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

ベルリン地方裁判所決定（性別表記の訂正を否認）

宮廷裁判所1970年9月8日決定（性別表記の訂正を容認の方向。移送決定）

連邦通常裁判所1971年9月21日決定（性別表記の訂正を否認）

連邦憲法裁判所1978年10月11日決定（性別表記の訂正を容認の方向。破棄・差戻）

連邦通常裁判所1979年3月14日決定（性別表記の訂正を容認）

#### 第1節 宮廷裁判所1970年9月8日決定<sup>(6)</sup>

この決定は、ドイツの判例史上極めて重要なものであるが、NJW には、わずか20数行の要約しか掲載されていない。以下、その全文を紹介する。

a) 出生登録簿に登録された後に性の帰属が変化した場合において、その変化が当事者の自由意思に基づくものでないときには、身分登録法47条1項の類推適用をして、性別表記の変更を登録することが可能である。この場合においては、その変化の原因が学問的に確定されていること、あるいは当初の登録の時点において生物学的な事情が存在していたことは問うべきではない（フランクフルト上級地方裁判所の決定（NJW 69, 1575）と立場が異なる）。

b) 法的な性帰属の問題に関して、性別帰属の変化が存在するか否かを判断する場合には、身体的な生長だけでなく、精神的な要素をも考慮すべきである（当裁判所の1965年の決定（NJW 65, 1084）を制限するものである）。

c) 上述の原則に従って、精神的な半陰陽（いわゆる変性症）について判断すべきである。

---

(6) NJW 1970. 2136; FamRZ 1971, 166. 本稿では、前者の全文を翻訳して紹介する。

当裁判所の決定は、フランクフルト上級裁判所の1969年決定（NJW 69, 1575）と衝突することになる。そこで、非訟事件手続法28条2項に基づき、本件を連邦通常裁判所に移送する。

第2節 連邦通常裁判所1971年9月21日決定<sup>(7)</sup>

〔事実〕 申立人は、誕生の後、男性風の名を与えられた。彼は、男性変性症者である。彼は、自分が女性に属しているという自己自認を持つようになり、その人生において段々と強まっていった。最終的には、性器を変更する手術を受け、陰茎を切除し、人工的な陰を形成した。

身分登録簿上の出生登録を、自分が女性に属するように変更することを申請した。区裁判所は、証拠調べをした後、申立人の出生証書の余白に下記のように記載することを命じた。

「S区裁判所の命令により、下記のとおり記載する。下記の子は女兒である」。

これに対して、監督官庁〔身分登録所を監督する立場にある州の内務大臣——大島注〕が、即時抗告をした。地方裁判所は、出生登録の変更の請求を棄却した。これに対して、申立人が再抗告をした。

宮廷裁判所は、地方裁判所の決定を破棄し、区裁判所の決定に対する即時抗告を棄却しようと考えた。すなわち、出生登録の当時、誤謬が存在したのではなく、事後的に性を変更した旨を、余白に公示する許可を与えようと考えたのである。しかし、そのような決定は、フランクフルト（メイン）上級地方裁判所の1969年2月14日決定（NJW 1969, 1575）と衝突することになるため、本件を連邦通常裁判所に移送することを決定した（宮廷裁判所の移送決定については、FamRZ 1971, 166）。

移送のための要件は、満たされている。

原審裁判所は、男児として出生した申立人が、後に性が転換し、現在

---

(7) BGHZ 57, 63; NJW 1972, 330. 本稿では、前者の全文を翻訳して紹介する。

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

では女性に属しているという事実を認めた。同裁判所は、申立人が女性になっていく原因が、出生の当時すでに存在していたか否かについては、確定していない。現在の医学的な知識では、そのような変化を決定する原因、もしくは影響を与える要因は何なのかということについて、明確に答えることができない。それにもかかわらず、同裁判所の見解は、身分登録法47条の類推適用をして、裁判所の命令に基づき、出生登録簿の余白に付記することによって、後発的な性転換を公示しようとするものである。これに対して、上述のフランクフルト上級地方裁判所の決定は、身分登録法47条1項の類推適用の範囲は出生登録の当時すでに存在していた生物学的な事実に限られる、と解している。したがって、この見解によれば、出生当時にすでに存在した生物学的な原因あるいは状態が後に発展した場合には、それを考慮することは可能であるということになる。しかし、フランクフルト上級地方裁判所の見解によれば、現在の学問的な知識においては、生物学的に男性としての外見を有する者が、その後の人格の発展によって女性として同一化するような身体的な原因が、出生の当時にすでに存在しているということは証明されていない。このような理由に基づき、フランクフルト上級地方裁判所は、本件と類似した事例において、出生登録簿の余白に付記することを命じる決定の請求を棄却した。これに対して、原審裁判所は、フランクフルト上級地方裁判所よりも緩和された要件のもとで、余白に付記を命じようと考えたのである。そして、本件の場合に、そのための要件は満たされていると考えた。したがって、移送決定は認められる（身分登録法47条1項、48条1項。非訟事件手続法28条2項、3項）。2つの上級地方裁判所の間で、身分登録法47条1項の直接的な適用についてではなく、その類推適用について、見解が異なる場合にも、移送決定は認められるべきである。

区裁判所の決定に対する即時抗告、地方裁判所の決定に対する再抗告を、認める。期限および方式に関する要件は、満たされている（身分登録法48条1項、49条。非訟事件手続法22条1項、27条および29条1項、

2項)。

出生登録簿への出生登録においては、申立人は男性とされている(1875年2月6日の身分登録法(RGBI 23) 22条1項3号。および1920年6月11日の法律(RGBI 1209))。

出生の当時の登録に誤謬があれば、申立人は、身分登録法47条により、自己の性別に関する登録の訂正を求めることができる(Jansen FGG 2. Aufl. §69 Anm.19)。その誤謬を証明しなければならない(Pfeiffer/Strickert PStG §48 Anm.3)。しかし、原審裁判所が認めているように、登録の当時、申立人の性別の登録について、誤謬はなかった。

地方裁判所の確定したところによれば、申立人は、その出生当時、身体的な所見により男児として登録された。また、提出された鑑定報告書によれば、半陰陽ではなかった。それゆえに、申立人の出生当時、申立人が男児であるか女児であるかについて、その性器には疑問の余地はなかった。また、出生のときに申立人が女児であったこと、あるいは後に女性になるような生物学的な事情は確認されていない。したがって、これ以上の探究を行わないこととする。出生の当時において、明確な身体的な特徴によって判断するという基準に依拠することができる。

出生登録の性別を変更したいという申立人の請求は、後発的な性転換が発生し、かつ、それを出生登録簿に公示しうる場合にだけ、容認することができる。

〔原審裁判所の判断〕 原審裁判所は、この問題に関する制定法の規定が欠けていることを認めている。しかし、他方で、出生の際に性の外的な特徴によって判定された性別の訂正を排除する法規範もない。また、出生後に生じた性の転換を法的に承認することを禁じる法規範もない。基本法1条は、人間の尊厳を侵すことができない旨を規定している。また、人格の自由な発展に関する基本的人権について規定している(基本法2条1項)。これらの規定は、ある人が出生登録簿に登録されたからといって、精神的にも肉体的にも属していない性に属する者として、全生

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

涯を送ることを強制することを禁じていると考えられる。しかしながら、慣習法は、自己の性を恣意的に変更することを禁じ、その範囲で人格の自由な発展を制限する。申立人の場合には、男性の変性症者であり、精神および身体の要素からすれば、性転換が生じている。そこには恣意性はない。後発的な性の転換は、身分登録法47条の類推適用によって、認められるべきである。

これまでの判例においては、上のような見解を採用している判例は、原審裁判所の他には、極めて乏しい（LG Münster StAZ 1964, 249）。これに対して、学説は多い（Nevinny-Stickel/Hammerstein NJW 1967, 663 ff; Carsten StAZ 1970, 107; Fuglsang-Petersen StAZ 1971, 127; Eberle NJW 1971, 220; Pfeiffer/Strickert PStG §21 Anm.18, §47 Anm.9）。最近の判例は、反対の立場を取っている（OLG Frankfurt/Main NJW 1966, 407; 1969, 1575; KG NJW 1965, 1084; ferner Maßfeller/Hoffmann PStG §30 Anm.16; Becker StAZ 1965, 189）。

〔当裁判所の判断〕 当裁判所は、原審裁判所の見解を支持することができない。

これまでの経験則によれば、人の性を判定することは、客観的に自明のことであると考えられてきた。無性はありません。したがって、「男性」または「女性」の二者択一によって判定することになる。そして、経験則によれば、身体的な性の特徴によって、人の性は判定できるものであり、一度判定されれば、変化しないものであると考えられてきた。たしかに半陰陽の場合に、性の判定は困難であるが、このような根本原則を危うくするものとは考えられてこなかった。半陰陽の人のための特別の規定は設けられなかった（Motive I, 26）。「男性」または「女性」という二者択一の原則が自明のことであり、変わらないものであるという原則が、法体系の全体に貫徹されたのである。

これに対して、最近の医学界においては、このような経験則は無制限に適用されるべきものではないという声が挙がってきている。現代の医

学的な知識によれば、性の判定についての明確で確実な基準は存在しないということである。これまでのように、人の身体的な特徴だけによって判定することは、もはやできないのである。その他に、特に精神的な要素も関係しているのである。一般的な場合には、特に法的・社会的な性の判定に際しては、医学上の様々な性の判定基準は特別に重要な意味を持たない。なぜなら、通常の場合には、すべての判定基準が一致するからである。しかし、変性症の場合、特に男性の変性症の場合には、そうはいかない。この場合には、出生の際に身体上の明白な性の特徴に基づいて判定された性は、法的には「当初の性」と考えるべきであるということになる。後の人生において、特に思春期に入って以降、魂の性が徐々に形成されていくのである。そして、精神的には他の性に属するものと感じるようになる。そして、しばしば、他方の性を示す身体的な特徴を持ちたいという衝動、「自然の誤り」を是正したいという衝動を抱くようになる。そして、他の性に属する者として認められたいと考えるようになる。そのことは、当事者の意思とは無関係であり、運命がそのように導いているように感じられる。このような傾向を逆転させることは不可能である。精神療法によっても、ホルモン療法によっても、それを止めたり、除去したりすることはできない。当事者は、社会的にも法的にも他方の性に属することを認めてほしいために、しばしば性転換手術を行う(vgl. Nevinny-Stickel/Hammerstein aaO, Eberle aaO; s. ferner Overzier et coll., Die Intersexualität, Stuttgart 1961; Bürger-Prinz/Albrecht/Giese, Zur Phänomenologie des Transvestitismus bei Männern, Beiträge zur Sexualforschung Heft 3 1953; Burchard, Struktur und Soziologie des Transvestitismus und Transsexualismus, Beiträge zur Sexualforschung Heft 21 1961)。

このような医学的な知識によれば、変性症者の「魂と身体を調和させ、そして社会における位置づけにおいて、葛藤をなくするような手段を講じることが望ましいということになる」(Nevinny-Stickel/Hammer-

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

stein, aaO, 666)。性転換手術の後に、出生登録を訂正することによって、身分登録簿の性を訂正すべきことになる。原審裁判所は、このような方向で決定を下すことを考慮していた。このような法的な見解は、たしかに、変性症者に対して利益になろう。しかし、現在の法状況のもとにおいては、適切なものとは言いがたい。

これまでのところ、法制度は、全体として、人間の性は不変であるということを前提としている。それゆえに、性転換に対応するような制定法の規定が欠けている。そのため、判例による法創造によって、この方向を探究せざるをえない。しかし、身分登録法上の問題について、判例による法創造の方法で克服することには、制限が伴う。原審裁判所は、身分登録の訂正という手段を類推適用するという方法で、これを行おうとしている。しかし、性転換を認めることは、手続法的な側面を越えて、他の領域にも影響を与える。そのため、多くの法領域において、調和をはかる必要がある。このことは、性を前提とするあらゆる法領域に及び、そのすべてを列挙することができないほどである。たとえば、婚姻能力の問題がある。婚姻は異性どうしの間に限定されている。性の転換を承認し、これらの法的問題を解決するための新しい法体系を構築するための基準あるいは指針となるようなものはない。このために、法的な不安定性が生じる。判例による法創造では、それに対処することができない。

特に、次のような困難がある。それは、性の転換を認める場合、その効果の発生時期をいつにするか、という問題である。この問題は、判例による法創造という手段では、解決することができない。出生登録簿の訂正時とすることは、問題外である。なぜなら、身分登録簿への登録は、単なる宣言的な効果しか持たず、創設的な効果を持たない。しかし、その他の時点は、明確ではない。

性転換手術を行った時点を基準とする方法も考えられなくはない。そして、性の転換を承認するための要件として、性転換手術を要求するのである。そして、当初の性の外性器の機能を保持している間は、性の転

換の承認を請求しえないことにするのである。あるいはまた、刑法175条の構成要件に該当する場合にも、性の転換の承認を請求しえないことにするのである。また、男性として行動している場合にも、性の転換の承認を請求しえないことにするのである。したがって、男性として婚姻をしている場合には、それを禁じるのである。つまり、性転換手術によって、当事者の身体的な状態が、確実に他の性に近い状態になっている場合に限り、法的に性転換を認めるのである。性転換手術に重要な意味を与え、法的に性の転換を認めるための要件および基準とするのである。この場合には、性転換手術が、法的に性転換が認められるか否かの判断基準になる。したがって、法的に性転換が認められるか否かは、ある当事者に対して、性転換手術を行うか、それとも拒否するかについて判断する個々の医師が、決定権を持つことになる。しかし、性転換手術は、魂の激しい苦悩を回避するためとはいえ、健康な身体の器官に対して侵襲を加えることを意味する。このことは、良俗に反しないとはいえない。それゆえに、複数の医師が関与して作成された鑑定報告書を要求すべきことになる。しかし、これまでのところ、性転換手術は外国において行われることが多い。1969年8月15日の法律(BGBl.I 1143)は、任意の不妊手術あるいは同種の手段を禁じている。外国においては、そのような規制はないであろう。このため、別の理由で、性の転換を認めて欲しいために、性転換手術を行う者が出てくる危険性があり、それを有効に阻止することができない。判例による法創造という手段によっては、以上のような問題を解決することができない。

変性症者が、運命的な力によって、性を転換したいという抵抗しがたい衝動に駆られていることには、疑問の余地がない。そして、そのような転換にある程度成功している場合には、法的な性帰属においても、それを反映させるべきであることも疑いがない。特に、申立人の場合には、そうである。彼は真正の変性症者であり、そのように熱望している。しかし、人間としての尊厳、および人格の自由な発展を保障するという見



### 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

地から、法的にも他の性に帰属することを認めるとしても、判例による法創造という方法によっては、それを実現することはできない。当事者の請求が重大なものであり、また法秩序の全体に関係することでもあるので、法律の制定によってのみ行うことができる。この問題に関する正確な医学的知識を必要とし、種々の専門家の意見を聞くべきである。このような広範な任務は、裁判官が担うべきものでなくして、立法者が担うべきものである。また、立法者のみが、変性症者の性別の判定についての限界を画定し、基準を定めることができ、また性転換の法的な承認の効力の及ぶ範囲を決定することができる。そのような制定法の規定がない現状においては、現在の法状態を前提とする限り、裁判官は、一歩踏み出すことができない。

したがって、区裁判所の決定を破棄し、申立人の請求を棄却した地方裁判所の決定は正当である。その決定に対する再抗告を棄却する。

### 第3節 連邦憲法裁判所1978年10月11日決定<sup>(8)</sup>

#### 〔判決主文〕

連邦通常裁判所が1971年9月21日に言い渡した決定は、基本法2条1項および1条1項に基づき申立人が有する基本権を侵害している。したがって、同決定を取り消す。本件を、連邦通常裁判所に差し戻す。

ドイツ連邦共和国は、申立人に対して、必要な裁判費用を弁償しなければならない。

#### 〔判決理由〕

申立人は、出生の当時には、男性としての身体的な特徴を有していたため、男性に属するものと判断された。しかし、その後、自分は女性に属すると感じるようになり、現在では、女性として生活している。しか

---

(8) BVerfGE 49, 286; FamRZ 1979, 25. 本稿では、前者の全文を翻訳して紹介する。

し、法的にはこれまで男性として取り扱われてきた（男性変性症者）。出生登録簿の登録を「男性」から「女性」に変更することを拒絶されたため、憲法異議を申し立てた。

#### A-I [変性症の概要]

ドイツ性科学会 (Deutsche Gesellschaft für Sexuallforschung) が1974年に発表しているように、現在の知識によれば、変性症 (Transsexualismus) の本質は、他の性 (つまり自己の身体の性とは異なる性) に属しているという、精神的に完全な同一性を有することをいう。変性症は、半陰陽 (Zwitter, Hermaphrodit) の場合とは異なり、染色体的には間性 (Intersex) ではなく、完全に男女どちらかの性に属する。出生の時には、変性症者は、明白に男性または女性であり、正常な生殖器官と生殖機能を有している。

変性症の原因は、まだ明らかではない。妊娠期において、後に変性症に発展する何か決定的な原因があるのかということは、明確に把握できていない。しかし、医学的に確かなことは、同性愛 (Homosexualität) や、フェティシズム (Fetischismus) とは異なる。また、精神的な他の異常や倒錯 (Perversion) とは明確に区別することができる。変性症者にとって決定的なことは、性行動ではなく、自己認識の問題である。性的な役割 (Geschlechtsrolle) および性同一性 (Geschlechtsidentität) が問題なのである。男性の変性症者は、同性愛の男性とは区別される。そして、身体的には異性のパートナーを求めている。

「変性症者 (Transsexuell) は、異性装症者 (Transvestit) とは異なり、異性の服装をするだけでは満足しない。彼は、自分は完全に他の性に属していると感じている。自己の性器および性的な特徴は自分の性に合致していない、と感じている。彼は、同性愛者、異性装症者あるいはフェティシストとは異なり、自然の誤り (Irrtum der Natur) と感じている。彼は、あらゆる手段を使って、その誤りを是正しようと努力する。そし

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

て、自己の望む性転換を実現しようとひたむきに努力する。他の方法による努力が実現できなくなると、危険極まりなく、また多大の苦痛が伴う自己断種（Selbstverstümmelung）を行うのである」（Nevinny-Stickel und Hammerstein, NJW 1967, S.663 [665]）。

これまでの学問的な知識によれば、精神療法およびホルモン療法によって、変性症者の精神を〔身体に合わせて〕変えようという試みは、失敗する。学者達の見解によれば、唯一の意味のある、そして効果のある治療方法は、変性症者の身体を、彼らの望む性に可能な限り類似させることである。そうすることによってのみ、変性症者が常に直面している自傷行為あるいは自殺という危険を防ぐことができる。そして、医学界の見解によれば、名および身分登録の訂正を認めることは、新しい性的な役割を完全に容認するための第1歩である。

## II 〔身分登録法の規定〕

1957年8月8日に公布された身分登録法（PStG=BGBI.I S.1125）の1条2項によれば、身分登録所の身分登録官は、身分登録簿を調製しなければならない。この法律は、次のように規定している。

### 第21条

(1) 出生登録簿には、次の事項を登録する。

1. 〔略〕
2. 〔略〕
3. 子の性別
4. 子の名および氏
5. 〔略〕

(2) ……登録は、身分登録官によって、変更又は訂正をすることができる。

### 第46条

(1) 〔略〕

(2) 出生又は死亡の際の届出書に誤謬または不備がある場合において、公文書又は身分登録官の調査によって、正確又は完全な事実関係を確認することができたときは、身分登録官は、身分登録簿に正確又は完全な事実関係を記載するものとする。

#### 第46条 a

(1) 身分登録官は、終了した登録の明白な誤記を訂正することができる。身分登録官は、公文書又は自己の調査に基づいて、訂正をすることができる。

1.～4. 〔略〕

(2) 婚姻登録簿、出生登録簿及び死亡登録簿においては、身分登録官は、届出を受理した後、国内の身分登録書面によって正確又は完全な事実関係を確認することができた場合には、訂正をすることができる。

また、身分登録官は、余白に、次のような記載をすることができる。

#### 第30条

(1) 第29条、第29条 a の場合の他に、子の身分若しくは名が、一般的な拘束力を持って確認された場合、又は変更された場合には、余白に、その旨の記載をすることができる。また、嫡出の子に新しい名が与えられた場合には、その子の生存している親の登録簿の余白に、その旨を記載する。

(2) 〔略〕

#### 第47条

(1) その他の場合には、受理された登録は、裁判所の命令によってのみ訂正をすることができる。なお、身分登録官が訂正をすることができるか否が疑わしい場合にも、同様とする。

(2) 〔略〕

### III

1 〔事実の概要〕 申立人は、1932年に、お針子を母として、非嫡出子として生まれた。まず、養父母に養育され、次に、女子修道院の運営するシュレジエンの孤児院に収容された。1945年1月初め、ブレスラウで、塹壕掘りに動員された。この街がソ連軍に占領された後、ソ連軍によって収容所に送られた。1946年に、申立人はドイツに帰還した。申立人は、最初は農業に従事した。その後、志願して、2年間、連邦国防軍で勤務した。ベルグバウで活動し、最後にはフォルクスワーゲンで働いた。しかし、仕事仲間との関係がうまく行かず、1963年に、この仕事を止めた。

申立人は、1953年に婚姻をしたが、1964年に離婚した。1961年に妻が1人の子供を生んだ。しかし、申立人の嫡出否認の訴により、1965年の判決によって、妻の生んだ子は、申立人の子ではないことが確定した。1963年頃以来、申立人の健康状態は悪化し、徐々に自分は女性であるというアイデンティティーを持つようになって行っただ。すでに、1962年に左の睾丸を失っていた。1963年には右の睾丸を切除した。申立人は、女性ホルモンの治療を受けた後、ドイツのある大学病院において、性転換手術（geschlechtsumwandelnde Operation）を受けた。

申立人は、現在、ある大学病院の看護婦として働いている。

2 〔ベルリンのシェーネベルグ区裁判所の決定〕 1968年に、ベルリンのシェーネベルグ区裁判所は、申立人の申請を認めた。そして、身分登録官に対して、申立人の出生登録簿の余白に、次のように記載することを命じた。「下記の子は、女兒である」。区裁判所は、多くの医学的な鑑定報告書に依拠している。すべての鑑定書は、一致して、本件は不可逆的な変性症である、と診断している。そして、申立人の身分登録の訂正を拒否すれば、申立人にとって予期しえない困難が生じ、社会との間で軋轢が生じる、と述べている。

3 〔ベルリン地方裁判所の決定〕 州の内務大臣の即時抗告より、ベ

ルリン地方裁判所は、出生証書の訂正の件について、区裁判所の決定を破棄した。その理由は、次のとおりであった。申立人は、出生登録の時点では男性であった。そして、半陰陽ではなかった。性と相容れない精神状態、および外部的侵襲による性器の喪失は考慮することができない。そして、身分登録の訂正の要件を満たしていない。

4〔宮廷裁判所の決定〕これに対して、申立人は再抗告をした。宮廷裁判所は、この事件を連邦通常裁判所に移送した。

宮廷裁判所の見解は、次のとおりである。出生登録の時点においては、「男性」として登録したことは正当であろう。しかし、今日の医学的な見解によれば、人の性別は、単に、性器あるいは性的な特徴だけで決めるべきではなく、精神をも考慮すべきである。法は、このような事実を無視することは許されない。性的な特徴と同様に、社会的な役割における人の適応能力もまた重要である。当裁判所は、申立人は今や女性に属している、と考える。ベルリンのある大学病院の婦人科の報告書によれば、申立人は男性変性症者である。また、その他の報告書によれば、身分登録簿上でも、申立人を女性とすべきである、ということである。医学上、これに反する見解はない。

しかし、本件の場合には、身分登録法47条を直接的に適用することはできない。なぜなら、この規定は、当初から誤謬が存在した場合にだけ適用することができる規定だからである。出生時の性が後に変化した場合には、基本法1条および2条1項の規定する憲法上の救済によってのみ、出生登録の訂正が可能となる。出生の当時、ある性に属するものとして登録されたからといって、精神的にも身体的にもはやその性に属していないにもかかわらず、当初の性に属するものとして全生涯を送ることを強制すべきではない。

このような法の欠缺は、身分登録法47条の類推適用によって、解決することが可能である。そして、裁判所の決定によって変更が可能となる。変更は、当初から誤謬が存在する場合の訂正とは異なり、後に生じた変

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

化を確認するものでしかない。しかし、宮廷裁判所は、このような方法によって、本件を終結させることができないであろう。なぜなら、宮廷裁判所の法的な見解は、フランクフルト上級地方裁判所の決定と衝突するからである。

5〔連邦通常裁判所の決定〕連邦通常裁判所は、宮廷裁判所と同意見ではなかった。連邦通常裁判所は、1971年9月21日の決定（BGHZ 57, 63）によって、宮廷裁判所の決定を破棄した。

これまでの経験則によれば、人の性別を判定することは、自明のこととされてきた。無性はありません、すべての人は男性か女性のいずれかに分類されてきた。そして、経験則によれば、身体的な性の特徴によって人の性別を判定できるものであり、一度判定されれば変化しないものであると考えられてきた。この原則は、すべての社会生活、すべての法秩序において、押しつけられてきた。しかし、半陰陽の場合には、性別判定の問題が生じることがあり、この原則の適用範囲として考えることはできない。

変性症者の場合には、抑えがたい衝動によって、自分は他の性に属しているとみなしている。そして、彼らは、法的にも他の性に属するとされることを欲する。しかし、この問題に関する制定法はない。性転換を認めることは、身分登録法の枠内にとどまる問題ではない。それは、他の法領域にも影響を及ぼす。たとえば、婚姻の能力などである。そのような問題を解決するための基準や指針はない。法的には、非常に不安定な状況を作り出すことになる。また、性転換の時期はいつか、という問題がある。出生登録簿に変更登録をした時が糸口にはなるだろうが、問題を解決できるようには思えない。なぜなら、それは宣言的な効果しか持たないからである。

## IV 〔議会における立法の動向〕

1 変性症者の身分登録上の取扱については、ドイツ連邦議会におい

て、すでに何度も討議がなされている。連邦政府は、1976年6月10日に、できる限り速やかに草案を準備することを決定した(StenBer.S.17 818 B)。新しい法的な手続を定め、それに基づいて性転換を医学的に確認し、将来に向かって当該人物が他の性に属することを認めることを可能にするためである。「特定の場合における名の変更および性の確認に関する法律」案(1978年8月31日作成)は、まだ、連邦参議院に送付されていないが、「小解決(kleine Lösung)」と「大解決(große Lösung)」を用意している。この法律案によれば、成年の変性症者で、生殖能力がなく、3年以上他の性に属しており、かつ、その外見に対応した生活を余儀なくされている場合には、その性に相応しい名に変更することができる。他の性に属することがもはや変わらないであろうことが、高い蓋然性をもって推測される場合でなければならない。25歳以上の成年の変性症者で、3年以上他の性に属しており、かつ、その外観に対応した生活を余儀なくされている場合で、かつ、性の外見上の特徴を変更する外科的手術を受け、それによって、他の性の外見に明白に近似する程度に至っている場合には、裁判所による性の変更の確認を求めることができる。

「小解決」の場合にも、「大解決」の場合にも、裁判所の決定の前に、2人の専門家の鑑定を必要とする。2人の専門家は、相互に無関係に活動している者でなければならない。また、彼らは、変性症の問題について、特別の教育を受け、職業的な経験を有し、かつ、十分に信頼に値する者でなければならない。この法案が成立した後にも、申立人が他方の性に属しているとみなす旨の裁判所の確認は、申立人とその子の間の親子関係には影響を及ぼさない。当事者が婚姻している場合には、他の性に属していることについての裁判所による確認の効力発生と同時に、婚姻は解消される。性の帰属が変更された場合には、身分登録法30条1項の規定により、出生証書の余白に記載される。

2 変性症者の置かれている過酷な状況は、立法的にほぼ解決されようとしている。そして、過度の厳格さを避けるために、各州および連邦



## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

は、次のように合意している。変性症者に対して、それまでの名に代えて、中性的な名（たとえば、トニー、フリーデル、マリアなど）を与えること、およびその名を唯一の名として身分証明書に記載すること、そして、不必要な性別表記をしないことである。本件の申立人の場合にも、男性風の名を「ヘルゲ」に変更している。

### V 〔申立人の主張〕

申立人は、その憲法異議において、基本法の1条1項および2条1項の違反を主張した。これらの基本権から、出生登録簿に登録されたという理由で、精神的にも身体的にもはや属していないにもかかわらず、当初の性に属するものとして、その後の全生涯を送ることを強制することは、禁止される、という主張である。連邦通常裁判所の見解は、性に関する場面において申立人に不快な思いをさせるものである。また、連邦通常裁判所の見解は、感情的に自分が属すると感じている性と異なる性に属する者との婚姻を禁じることになる。また、連邦通常裁判所は、法的に女性に属することの確認の請求を、不確かな将来の立法的な解決に委ねている点において、基本法1条および2条1項の適用を誤っている。

### VI 〔連邦司法大臣の主張〕

1 連邦司法大臣は、本件の憲法異議には理由がない、と主張した。

原審の決定は、人間は2つの性の一方に属して変わらないとしており、基本法1条および2条1項には違反していない。基本法1条1項における人間の尊厳の憲法的な保障は、個人の人間性を害することになるこの種の手術から、個人を保護するものである。本件においては、申立人は、性転換によって今や女性に属していると主張しているが、現在の法制度では男性に属するとされている。しかし、鑑定報告書が述べているように、医学的な観点から、申立人を女性とみなすべきか否かは明らかでな

い。性転換手術の後においても、染色体は男性型であるから、男性に属することを確認することができる。性転換手術は、他に手段がないために、変性症者を助けるために行われるものである。手術の前には、身体的な特徴と精神的な自己認識との間に不一致が存在するので、当事者を保護するために行われるのである。このような場合に、個人を保護することは、基本法1条1項の問題ではなくして、2条1項の問題である。

しかし、性に関する登録の変更を拒絶したことは、人格の自由な発展に関する申立人の権利を侵害したことにはならない。変性症の事例においては、自己責任に基づく自由な決定を承認するか否かが、問題になっているのではない。自己の自由な意思決定とは無関係な精神的な性の変更の効果が、問題となっているのである。それゆえ、自己の人格の自由な発展を阻害する可能性があるのは、出生登録簿における性の登録ではない。名によってそれが公示されることが問題なのである。一般に、名は、性と対応しているに違いないと判断されるからである。性帰属と直接に関係する法的な問題は、婚姻および兵役の領域で生じる。婚姻は、異なる性に属する2人の人間の生涯にわたる結合である。これ以外の生活共同体を法的に認めないことは、憲法に違反するものではない。

2 連邦行政裁判所第7部の裁判長は、その意見において、変性症者とみられる者であっても、出生登録簿に「男性」と登録されている以上、女性風の名を持つことができないと判決した、と述べている。また、同裁判所は、身分登録法に基づく手続において、性に関する出生登録の訂正や変更は可能である、と述べている (vgl. BVerwGE 31, 130 [133])。

## B 〔憲法裁判所の判断〕

本件の憲法異議は、正当である。

原審の決定は、基本法2条1項および1条1項の規定する申立人の権利を侵害している。

I

1 申立人は、医師の鑑定報告書によれば、精神的には女性である。ホルモン療法および外科手術は、精神的に感じられている性に、身体を対応させるために、医学的に可能な限度で行われている。しかし、法生活においては、申立人の意思に反して、男性として取り扱われている。このことは、女性として社会生活を送ることを拒絶することを意味する。身体的な外見と身分登録との間に齟齬が存在することは、女性風の名を持つことを不可能にすることを意味する。なぜなら、身分登録法は、名はその名を持つ者の性を明示するものでなければならない、としているからである（BGHZ 30 132）。それゆえ、申立人は出生登録簿の性別表記の変更をした後に、初めて名の変更をすることが可能となる。また、中性的な名を称したとしても、問題が解消されるわけではない。この問題は個人の内密の人間性に関する問題であり、国家による介入は原則的に差し控えるべきである。特別に公的な重要性がある場合にのみ、国家は介入することができる（vgl. BVerfGE 47, 46 [73]）。

2 a) 基本法1条1項は、個人の人間性に関する場合には、個人の希望を保護するものである。この領域においては、自分の運命は、自分自身の決定により、自己責任の原則で処理すべきである。基本法2条1項および1条1項は、個人が自己の人間性を自由に発展させることを保障している。自己の人間性を自由に発展させるという人間の願望および基本権は、自己の精神的・身体的な状況に対応した性別の登録にも及ぶ。ある者が「男性」か「女性」かということは、われわれの法秩序および社会生活の原則に関係する。何らかの異常によって、性が紛らわしい場合であっても、同様である。これに対して、出生の際に、性の外的な特徴によって定められた性が不変であるというテーゼ——連邦通常裁判所は、これを絶対的なものと考えている——が、支持しうるものであるかどうかは疑わしい。種々の身体的な間性（Intersexualität）が存在することは、学問的に認められている。医学的な研究は、半陰陽に関してだけ

ではなくて、精神と身体が乖離している場合、すなわち変性症に関しても、行われている。

身体的な性の特徴に基づいて定められる人間の性は、生まれつきのものであり、「不変」であるという「根本的な経験則」には、再検討の余地がある。精神的な性を決定する遺伝的あるいは外的要因についての医学的な研究による知見に基づいて (Nevinny-Stickel und Hammerstein, a. a. O., S. 664), 真剣に再検討すべきであろう。変性症の原因に関する疑問は別にして、変性症者である申立人には、自分が男性であるという感覚が欠如している。たしかに、多くの医学的な鑑定書によれば、男性であることの身体的な証拠がある。しかし、社会的には、女性として適応している。看護婦としての職業活動においても、同様である。

b) 自己の人格を自由に発展させることについての権利は、慣習法の容認する範囲内で認められる。本件は、慣習法に違反していない。性転換手術が慣習法に違反するものであるか否かは、本件において判断すべきではない。本件においては、医学的な検査の後に、手術が行われている。学問的に確立した見解によれば、変性症者は、自己の性を弄んでいるのではない。変性症者達は、心と体の一致を求めているのである。したがって、手術は、このような目的を達成するための1つの手段とみなすべきである。医学的な論文において描かれている変性症者の激しい苦悩は、本件において提出された医学的な鑑定書においても十分明らかであり、極めて衝撃的である。そして、申立人が行った性転換の過程が、慣習に反するとはいえない。また、連邦通常裁判所も、本件の原決定において、性器関連の手術は、深刻な魂の苦悩を回避するためであって、慣習に反するとは述べていない。

また、申立人が、以前の自己の性と同性の人〔男性〕と婚姻することができるという権利も、慣習法に反するものではない。

男性に生殖能力があること、あるいは女性に妊娠能力があることは、婚姻をするための要件ではない。婚姻とは、基本法によれば(6条1項)、

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

生涯にわたる男女の結合である（BVerfGE 10, 59 [66]）。人々の間には、男性変性症者と男性との婚姻は、慣習に反し、否定されるべきであるという意見もありうるであろう。しかし、このような婚姻に反対すべき合理的で説得力のある理由はない（vgl. BVerfGE 36, 146 [163]）。学問的な知見によれば、男性変性症者は、同性愛的な行動を希望しているのではなく、異性の相手を求めているのである。性器を変更する手術の結果、男性のパートナーを求めることが、性的にはノーマルなことなのである。

c) 連邦憲法裁判所の判例によれば、個人と他人との共同生活に対して、個人の排他的な自己決定権に対して制限を加えることは、内心の不可侵性に反しない場合に限り、可能である（BVerfGE 35, 202 [220] m. w. N.）。本件の申立人の場合には、出生登録の変更を拒否することに何ら公的な利益はない。そして、そのことは、基本法2条1項および1条1項が規定する基本的人権を侵害する。

## II

変性症者の〔現在の〕性帰属を出生登録する権利を拒絶することは、基本法の2条1項および1条1項と相容れない。したがって、裁判所が、制定法の規定がないという理由で、その義務を否定することは、基本法に違反することになる。

1 「特定の場合における性の確認に関する法律」案が検討されていることから明らかなように、これまで、この問題に関する制定法の規定はない。もちろん、立法者は、身分登録法30条を改正して、出生登録簿に、変性症者の新しい性帰属を登録するための法的な要件を定めることができる。法案は、そのような予定をしている。立法者が、そのような規定を制定するまでの間は、基本法2条1項および1条1項に合致するように身分登録法の47条1項の規定を解釈することによって、この問題を解決しなければならない。

2 この規定は、その文言に依拠するのではなくして、裁判所の命令

によってのみ、登録の訂正ができるとしたことから明らかになる立法者の意思に従って、解釈すべきである (vgl. BVerfGE 18, 97 [111])。

a) たしかに、身分登録法47条1項に関する判例・学説によれば、身分登録後における登録の訂正は、登録の当初から誤っていた場合に限られる、という立場が取られてきた (Stölzel, PStG, 5 Aufl., § 47 Anm. 3; Pfeiffer/Strickert, PStG 1961, § 47 Anm. 4; OLG Frankfurt, NJW 1969, S. 1575; BGH, Beschluß vom 21. September 1971, a. a. O.). そして、半陰陽の場合には、出生の際にすでに両性の特徴が併存するので、出生登録簿中の性別の登録の訂正は、身分登録法47条1項によって、問題なく認められる。これに対して、変性症の場合には、出生の時点において、このような両性的な〔身体〕構造は存在しない。したがって、このような身分登録法47条1項に関する異論なき判例・学説を、変性症の場合に性別の登録の変更をするために、直接的な形で当てはめることはできない。本件の原審である連邦通常裁判所も、このような立場をとったのである。

b) しかし、当初から誤謬があったことは、必ずしも必要とはいえない。後に誤謬があったことが明らかになった場合でもよいのである。たとえば、土地登記法82条においては、土地登記簿への所有者の登記が、登記簿外の権利移転によって誤ったものとなった場合には、登記の訂正を請求する権利が認められている。

立法者の意思を探究すべきである。1957年8月8日の身分登録法の47条は、1875年2月6日の「身分および婚姻の締結の証明に関する法律」(RGI S. 23) の65条に由来するものである。この古い規定によれば、身分登録の訂正は、裁判所の命令があった場合にのみ可能であった。そして、訂正は、身分登録簿の余白に付記することによって行われた。この規定の実質的な内容によれば、立法者は、身分登録簿の訂正を裁判官に委ねたのである。そのため、立法者は、訂正をなしうる場合について規定をしなかったのである。現行法では、裁判官にこのような広範な権

### 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

限はない。また、身分登録官も、裁判所の命令がなければ、身分登録法47条aおよび46条bの訂正、あるいは30条の付記をする権限を有しない。制定法によって認められておらず、また身分登録官も権限を有しないような場合には、裁判官が判断すべきである。身分登録法47条1項によれば、登録された内容の訂正は、裁判官の権限である。変性症者の性帰属の登録の訂正については、規定がないし、また、手続も規定されていない。

3 連邦通常裁判所は、性の変更に関する法的問題については、裁判官による法創造によって解決することができない、という立場をとった。しかし、これは誤っている。たしかに法の欠缺がある。しかし、憲法上の問題については、基本法2条1項および1条1項が直接的に適用され、裁判官は、制定法の欠缺を理由とすることはできない、という義務を負うのである。確かに、法的安定性の観点からは、立法者が、性転換の問題に関して、身分登録法上の問題およびその効果について規定することが望ましい。しかし、立法者がそのような立法を行っていないからといって、裁判所はその任務を放棄することはできない。これは、ちょうど、男女同権法が施行される以前において、男女差別の問題を取り扱った場合と同様である（BVerfGE 3, 225 [239 ff.]; vgl. auch BVerfGE 37, 67 [81]<sup>(9)</sup>）。裁判所は、基本法によって直接的に拘束され、このような任務を免れることはできないのである（基本法1条3項）。

連邦通常裁判所の見解によれば、立法者のみが本件を解決することができるということになる。しかし、本件は、法秩序に対する重大な問題を提起しているわけではない。申立人は、すでに離婚しており、子がない。そして、1964年に性転換手術を受けており、すでに46歳である。期間の点からしても、性の転換は、法的な承認を受けるに十分である。また、身分登録の訂正は単に宣言的な効力を持つに止まり、憲法上の考慮

---

(9) 男女同権法は、1958年7月1日から施行されている。

をして解決することは可能である。ある人物の性転換の場合に、出生登録簿の訂正をしたからといって遡及効を持つという解決は、憲法的には支持することができない。

しかしながら、本件について判断を示すことは当憲法裁判所の任務ではない。したがって、連邦通常裁判所に差し戻すことにする。

第4節 連邦通常裁判所1979年3月14日決定<sup>(10)</sup>

1 申立人は、出生当時には、アルフレッド・ハーバートという名を与えられた。彼は男性変性症者である。彼は、自分が女性に属しているという自己自認を持つようになり、その人生において、段々と強まっていった。1963年9月17日に、「ヘルゲ」に改名し、実際には、「ヘルガ」という通称を使用している。申立人は、1962年に睾丸挫傷によって、左の睾丸を失い、1963年に右の睾丸を切除した。申立人は、性器を変更する手術を受け、陰茎を切除し、人工的な陰を形成した。

申立人は、Lの身分登録所長に対して、自分が女性であることを認めるように申請した。そして、Wの身分登録所において、出生登録を、自分が女性に属するように変更することを申請した。これら2つの申請は、ベルリンのシェーネベルグ区裁判所に係属した（第1の申立は、出生登録簿の性の記載の変更の申請であると考えられる）。

区裁判所は、証拠調べをした後、申立人の出生証書の余白に下記のとおり記載することを命じた。

「シェーネベルグ区裁判所の命令により、下記のとおり記載する。下記の子は女兒である。」

---

(10) BGHZ 74,20; NJW 1979, 1287; FamRZ 1979, 566. 本稿では、BGHZ 74, 20の全文を翻訳して紹介する。しかし、原文に、すでに省略されている部分がある。ところで、本判決は、男性から女性への性別表記の変更を認めているが、MtFに対して、「彼」という代名詞を用いるなど、文法的には男性として取り扱っている。



## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

これに対して、監督官庁〔身分登録所を監督する立場にある州の内務大臣——大島注〕が、即時抗告をした。地方裁判所は、出生登録の変更の請求を棄却した。これに対して、申立人が再抗告をした。

宮廷裁判所は、申立人の再抗告を認めようと考えた。しかし、地方裁判所の決定を破棄することは、フランクフルト（マイン）上級地方裁判所の1969年2月14日の決定（NJW 1969, 1575）と衝突するため、本件を連邦通常裁判所に移送することを決定した。

連邦通常裁判所は、1971年9月21日の決定（BGHZ 57, 63）により、申立人の再抗告を棄却した。ところが、この決定は、連邦憲法裁判所の1978年10月11日の決定（FamRZ 1979, 25 = MDR 1979, 200 = StAZ 1979, 12）により破棄され、連邦通常裁判所に差し戻された。

3 申立人の出生登録がなされている出生登録簿は、ベルリン・フリードリッヒスハインに保管されている。第2当事者〔連邦司法大臣のこと——大島注〕の言明によれば、申立人の出生証書は、AVO-PStG 72条により、西ベルリンの第1身分登録所に保管されている。この出生登録所は、法律の施行により与えられた任務をすでに果しているからである。申立人の請求している登録については、西ベルリンの第1身分登録所が管轄する。その点については、疑問の余地はない（AVO-PStG 72条1項, 2項）。

そのような登録をするべきか否か、その内容はどうか、誰がそれを行うべきか、という問題については、ドイツ連邦共和国の法が基準となる。なぜなら、申立人はドイツ国籍を持ち、ドイツ連邦共和国内に滞在所（Aufenthalt）を有しているからである。したがって、身分登録簿への登録については、かつての1875年2月6日の身分登録法（RGBI 23）を適用すべきではない。

4 身分登録法50条、1957年12月23日の命令（Bln GVBl 1958, 2）および1958年1月28日の命令（Bln GVBl 93）によれば、申立人の登録については、ベルリンのシェーネベルグ区裁判所およびその上級裁判所が管

轄する。このような管轄の決定は、身分登録法47条の準用による。

5 〔上略〕

出生の当時の登録に誤謬がある場合には、申立人は、身分登録法47条に基づいて、自己の性別に関する登録の訂正を求めることができる(Jansen, FGG 2. Aufl. §69 Anm.19)。その誤謬を証明しなければならない(Pfeiffer/Strickert, PStG §48 Anm.3)。しかし、原審裁判所が認めているように、登録の当時、申立人の性別の登録について、誤謬があったことは証明できていない。このことは、本件を取り扱った裁判所が認めている。

地方裁判所の確定したところによれば、申立人は、その出生の当時、身体的な所見により男児として登録された。提出された鑑定報告書によれば、半陰陽ではなかった。それゆえに、申立人の性器の状態から、男児か女児かの判断について、出生の当時なら疑問はなかったはずである。出生の当時に申立人が女児であったこと、あるいは後に女性になるような生物学的な事情は確認されていない。この点については、これ以上、探究する必要はない。出生の当時において、明確な身体的な特徴によって判断するという基準に依拠することができる。

6 したがって、後発的な性転換を出生登録簿に登録することだけが問題となる。そのような登録は、基本法上、認められる。そのための要件は、本件において満たされている。

連邦憲法裁判所の裁判によれば、医学的に、不可逆的な変性症であることが確認されており、かつ、他の性に適合させるような外科手術を受けている場合には、基本法の2条1項および1条1項の規定により、変性症者の男性としての出生登録の変更が認められる。当裁判所は、このような原則に従うべき義務を負っており、制定法の規定がないことを理由として、連邦憲法裁判所によって否定されるような態度をとることができない。確かに、法的安定性の観点からは、立法者が、性転換の問題に関して、身分登録法上の問題およびその効果について規定することが

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

望ましい。しかし、そのような立法がなされるまでの間は、判例による法創造の機能によって、この問題を解決しなければならない。この点では、男女同権法が施行される以前においても、男女の平等を実現すべきであったと同様である<sup>(11)</sup>。いつの時点から性転換の法的な効果を獲得することができるかという点について、連邦憲法裁判所は、次のように判断している。変性症者の出生登録簿に付記した時点から「将来に向かって（ex-nunc）」その効力を生じる。

したがって、当裁判所に対しては、連邦憲法裁判所の憲法的な判断を、法技術的にどのようにして実現することができるか、という問題が課されるだけである。

a) 身分登録官は、身分登録法30条1項に基づいて、性の変更を行うことはできない。身分登録法30条1項によれば、公文書によって確認することができる場合、または官庁の通知によって確認することができる場合に限って、身分登録官は訂正をすることができる（身分登録法30条2項、AVO-PStGの27条）。これに対して、性転換は、あらゆる事情、および当事者の全体に関する事実について判断することによってのみ、確認することができる。その確認は、裁判官によってのみ行うことができる（Fuglsang-Petersen StAZ 1971, 127）。しかし、そのような司法的な判断については、身分登録法30条に規定されていない。同様の理由に基づき、エベルレ教授（NJW 1971, 220）の主張する身分登録法46条aの類推適用も、否定すべきである。

b) したがって、身分登録法47条の規定を考慮すべきことになる。この規定は、当初から誤った登録がなされている場合に、裁判所の命令によって訂正をするためのものである。したがって、性転換の場合に直接に適用されるべきものではない。しかし、この規定を類推適用するのが適切である。したがって、性転換の事実は裁判所によって確定され、裁

---

(11) 注(9)参照。

判所の命令によって身分登録簿への登録がなされることになる。

c) 性転換は、徐々に生じる。したがって、性転換の法的効果がいつ発生するかという問題は、極めて困難なものである。そこで、この問題について、さらに検討することは止める。申立人（および類似の状況に置かれている人々）の身分登録簿への性転換の公示の要請は、性帰属の変更が明らかになった時点とすることで十分である。したがって、原則的には、登録に関する裁判所の命令は、実体法の内容には何ら影響を与えないとする（Pfeiffer/Strickert, PStG §49 Rdn.12, § 60 Rdn.10）。

d) 地方裁判所は、申立人の性の後発的な変更を認めなかった。申立人は真実、かつ、永続する女性的な身体を持っていないと判断した。そして、女性に属するという魂の状態は、まだ法的には認めることができないと判断した。

それゆえ、地方裁判所は、性転換を登録することを受け入れることはできないとして、請求を棄却した。そして、それ以上の検討をすることを拒否した。

以上の理由に基づき、当裁判所は、地方裁判所の決定を破棄する。また、区裁判所の決定に対する第2当事者の即時抗告を棄却する。身分登録官が、裁判所の決定に従って、身分登録簿の余白に付記をすることによって、申立人の性別記載を変更することを命じる。

#### 第4章 おわりに

こうして、ドイツの古い判例について回顧するとき、ドイツ連邦憲法裁判所の1978年10月11日決定の重要性を痛感する。ドイツ連邦通常裁判所1971年9月21日決定は、性同一性障害者の出生登録の性別表記の訂正を否定した。ところが、ドイツ連邦憲法裁判所の1978年10月11日決定が、これを違憲とした。その結果、連邦通常裁判所は、1979年3月14日決定において、かつての決定を変更して、性同一性障害者の出生登録の性別表記の訂正を容認した。ドイツ連邦通常裁判所は、いわば、憲法裁判所

## 性転換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の転換

の違憲判断という外圧によって、判例を変更したのである。そして、ドイツ連邦議会も、迅速に対応して、1980年9月10日に「性転換法」を制定した。ドイツの法曹の英断に、心から敬意を表したい。

時代はやや下るが、フランスの判例においても、類似した現象が見られる。フランス破毀院の民事第1部は、1975年から1991年までの度重なる判決において、性同一性障害者の出生証書上の性別表記の訂正・変更を認めなかった（詳細については、大島俊之「性同一性障害に関するフランス破毀院判例の転換——ヨーロッパ人権裁判所1992年3月25日判決を契機とする転換」神戸学院法学29巻2号参照）。ところが、ヨーロッパ人権裁判所1992年3月25日判決が、このような破毀院の態度は欧州人権保護条約に違反するとして、批判した。破毀院は、ただちに判例を変更し、性同一性障害者の出生証書中の性別表記の訂正を認めるに至った（破毀院大法廷1992年12月11日判決）。フランス破毀院も、いわば、ヨーロッパ人権裁判所の判決という外圧によって、判例を変更したのである。ヨーロッパ人権裁判所およびフランス破毀院大法廷の英断に、心から敬意を表したい。

わが国の最高裁は、性同一性障害者からの戸籍上の性別表記の訂正を求める申立に対して、なんら実質的な審理をすることなく、再抗告を却下している。わが国の司法の現状は、ドイツの1978年以前、フランスの1992年以前の状況と同じである。<sup>(12)</sup> わが国には、ドイツの連邦憲法裁判所

---

(12) 戸籍上の性別表記を訂正するための手続は、現行法上、次のようになる。

### 1 審判（家庭裁判所）

戸籍法113条は、「戸籍の記載が法律上許されないものであること又はその記載に錯誤若しくは遺漏があることを発見した場合には、利害関係人は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍の訂正を申請することができる」と規定している。

実際の手続では、家庭裁判所における審判によって、「家庭裁判所の許可」を得る。戸籍法119条は、「……第百十三条……の申立は、家事審判法の適用に関しては、これを同法第九条第一項甲類に掲げる事項とみなす」と規

も、ヨーロッパ人権裁判所も、その管轄権が及ばない。わが国の最高裁判には、強力な外圧が及ばないのである。わが国の法曹は、すでに100年以上にわたって、フランス法およびドイツ法から多大の影響を受けてきた。しかし、性同一性障害に関する問題については、これら両国の影響は及んでいないようである。

筆者は、性同一性障害に関する初めての論文を1983年に発表して以来（大島俊之「性転換と法——戸籍訂正問題を中心として」判例タイムズ484号（1983年））、一貫して、性同一性障害者の戸籍上の性別表記の訂正を認めるべき旨を主張してきた。1998年10月と1999年6月に、埼玉医科大学において、性再指定手術（いわゆる「性転換手術」）が行われて以来、ようやく世論もこの問題に関心を示すようになってきた。最高裁が、一

---

定している。

性別表記の訂正を許可する審判は、それだけで確定する。そして、戸籍事務管掌者である市区町村長に対して届出をする。

## 2 特別抗告（高等裁判所）

性別表記の訂正を許可しない審判に対しては、2週間以内に、高等裁判所に対して、即時抗告をすることができる。家事審判法14条は、「審判に対しては、最高裁判所の定めるところにより、即時抗告のみをすることができる。この期間は、二週間とする」と規定している。そして、抗告裁判所が性別表記の訂正を許可する決定をしたときは、それだけで確定する。この場合には、戸籍事務管掌者である市区町村長に対して届出をする。

## 3 再抗告（最高裁判所）

性別表記の訂正を許可しない抗告裁判所の決定については、再抗告をすることができる。民事訴訟法330条は、「抗告裁判所の決定に対しては、その決定に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること、又は決定に及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由とするときに限り、更に抗告をすることができる」と規定している。

憲法13条は、「すべての国民は、個人として尊重される。……幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定している。性同一性障害者の性別表記の訂正を許可しない抗告裁判所の決定は、憲法13条に違反すると解釈する余地は十分にあると考える。

性轉換法成立（1980年）前におけるドイツ判例の轉換

刻も早く、私見の立場を受け入れ、現在のような違憲状態を脱することを期待している。