

性同一性障害者との国際結婚の効力

—— 日本のある審判を契機として ——

大 島 俊 之

- 第1章 はじめに
- 第2章 日本の事例
- 第3章 スイスの事例
- 第4章 オーストリアの事例
- 第5章 オーストリア内務大臣の回状
- 第6章 おわりに
- 〔付録〕 パスポートの性別表記

第1章 はじめに

本号は、林久茂教授のご退職記念号であるため、同教授の専攻される国際法と関係するテーマを選び、本稿のような表題にした。しかし、国際私法の問題に深く立ち入ろうとするものではない。

性同一性障害者の戸籍上の性別表記の訂正が認められた場合には、わが国においては、新しい性に属する者として、婚姻届は受理されるはずである。そして、その婚姻は、無効・取消の対象とはならないと考えられる（民法742条～749条参照）。ただし、場合によっては、離婚事由に該当する場合があります（民法770条1項5号参照）。例えば、性交が不可能な場合が、それである。

英米法圏では、新しい性に属する者として婚姻した場合に、その婚姻

の効力が問題となっている。コモンロー諸国の裁判所の見解は分かれている。この点については、すでに紹介した（大島俊之「性同一性障害と婚姻——英米法圏における問題」神戸学院法学30巻1号（2000年））。

大陸法諸国においては、一般に、出生登録（あるいは出生証書）上の性別表記の訂正が認められた場合に、新しい性に属する者として婚姻することが認められている。1例を挙げれば、ドイツ連邦憲法裁判所1978年10月11日決定（BVerfGE 49, 286; FamRZ 1979, 25）は、次のように述べている。「申立人〔MTFポストオペラティブ〕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）、生涯にわたる男女の結合である（BVerfGE 10, 59 [66]）。人々の間には、男性トランスセクシュアルと男性との婚姻は、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、男性トランスセクシュアルは、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」。

したがって、大陸法諸国においては、性同一性障害と婚姻の問題について、国内法的には特段の問題はないと思われる。

しかし、第3章で紹介するスイスの事例においては、婚姻を希望する当事者の一方が性同一性障害者であり、すでに性再指定手術（いわゆる性転換手術）を受けているが、外国人（ブラジル人）であるために、その母国法（ブラジル法）では、性別表記の訂正が認められていない。このような場合に、新しい性別に属する者としての婚姻が認められるかということが問題となっている。また、第4章で紹介するオーストリアの事例においても、婚姻の当事者の一方が性同一性障害者であり、すでに

性同一性障害者との国際結婚の効力

性再指定手術（いわゆる性転換手術）を受けているが、外国人（タイ人）であるために、その母国法（タイ国法）では、性別表記の訂正が認められていない。このような場合に、新しい性別に属する者としての婚姻が認められるかということが問題となっている。

なお、本稿の末尾において、パスポート上の性別表記に関する英語諸国の弾力的な運用について紹介する。

第2章 日本の事例

佐賀家庭裁判所平成11年1月7日審判（家裁月報51巻6号71頁）

〔概要〕

1965年7月23日 フィリピンでエメリタが男子として生まれる。

?年月日不明 エメリタが偽造旅券で日本に入国。

1995年（平成7年）頃 福岡市内のフィリピン・パブで、山下英広（申立人）とエメリタが知り合う。まもなく、親密に交際するようになる。

1996年（平成8年）1月8日 山下英広とエメリタが、フィリピン国内で、エメリタの両親の立ち会いのもと、フィリピンの方式で婚姻。

1996年（平成8年）1月12日 ○○町役場に婚姻の届出。

1997年（平成9年）4月中旬 山下英広とエメリタが福岡入国管理局に赴く。同局の職員から、エメリタの真正旅券では男性となっていることを告げられる。

1997年（平成9年）6月6日 ○○町役場から、山下英広とエメリタとの婚姻届出が不法である旨の通知がなされる。

1997年（平成9年）8月末頃 エメリタは、福岡入国管理局職員に身柄を拘束され、本国に強制送還される。

1997年（平成9年）9月17日 山下英広が、身分事項欄の婚姻事項の記載等を削除することを申し立てる。

1999年（平成11年）1月7日 本件審判。

〔主文〕

本籍佐賀県〇〇郡〇〇町大字△△×××番地、筆頭者山下英広戸籍の記載中、筆頭者山下英広の身分事項欄に婚姻事項として「平成八年壹月八日国籍フィリピン共和国ロムアルデス・マリアエメリタ（西暦千九百六拾九年参月九日生）と同国の方式により婚姻同月拾貳日証書提出」および、名欄中の「夫」とあるのを、いずれも削除することを許可する。

〔理由〕

1 家庭裁判所調査官〇〇作成の調査報告書及びその他本件記録によれば、次の事実を認めることができる。

(1) 申立人は、平成7年ころ、福岡市内のいわゆるフィリピンパブで働いていたフィリピン国籍のロムアルデス・マリアエメリタ（以下「エメリタ」という。）と知り合い、まもなく、親密に交際するようになり、性行為類似の関係も持つようになった。

(2) 申立人は、エメリタが親切に身の回りの世話をしてくれる上、エメリタから求婚されたこともあって、平成8年1月8日、フィリピン国内でエメリタの両親の立ち会いのもと、フィリピン国の方式で婚姻した。そして、申立人は、同月12日に〇〇町役場に婚姻の報告的届出をし、その結果肩書本籍地に新戸籍が編成された。

(3) 申立人は、婚姻後、エメリタと同居していたが、平成9年4月中旬ころ、エメリタの入国査証の更新のために福岡入国管理局にエメリタと共に赴いたところ、同局の職員から、エメリタが偽造旅券を使用して日本に入国したことを、そして真正の旅券では男性になっていることを告げられた。

(4) その後、〇〇町役場から申立人に対し、平成9年6月6日付けでエメリタとの婚姻届出が不法である旨の戸籍法24条1項による通知がなされ、申立人は、同年9月17日、本件戸籍訂正の申立てをした。なお、エメリタは、本件申立て前の同年8月末ころ、福岡入国管理局職員に身

性同一性障害者との国際結婚の効力

柄を拘束され、まもなくフィリピンに強制送還された。

(5) 真正旅券でのエメリタの本名は「SAIZON FERNANDO M」であり、また、成年月日も、前記戸籍記載の年月日ではなく「1965年7月23日」であり、性別は「男性」であった。さらに、エメリタ本人も福岡入国管理局の事情聴取の際に、みずから、女性ではなく、男性であることを認めた。

2 ところで、婚姻の実質的成立要件は、法例13条1項により各当事者の本国法によるところ、申立人の本国法である日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なものと解すべきであり、申立人と婚姻したエメリタの本国法であるフィリピン家族法によれば婚姻の合意を欠き無効になるものと解される。前記認定事実によれば、申立人の戸籍中、前記婚姻事項は、エメリタの偽造旅券に基づいて作成されたフィリピン国の婚姻証書の提出により記載されたものであること、したがって、前記の報告的婚姻届出により、戸籍に錯誤ないし法律上許されない戸籍記載がされたことが明らかである。

そして、このように、明らかに錯誤ないし法律上許されない戸籍記載がなされている場合、それが重大な身分事項に関するものであっても、その真実の身分関係につき当事者間において明白で争いがなく、これを裏付ける客観的な証拠があるときは、ことさらその真実の身分関係について確定裁判を経るまでもなく、直ちに戸籍法113条にしたがい戸籍の訂正をすることができるものと解するのが相当である。

よって、本件申立てを認め、主文のとおり審判する。

〔編注〕 事件関係人の人名は仮名にした。

〔大島コメント〕 本審判が言うように、本件の婚姻は当然に無効であろうか。本審判からは、エメリタが性同一性障害であるのか否かについては分からない。仮に、エメリタが性同一性障害であったとしても、

筆者（大島）は、フィリピン国法において、性同一性障害の場合に性別表記の訂正・変更が可能か否かについて知らない。したがって、本件について、直接的な形でコメントすることはできない。

今後、この種の事件においては、当事者が性同一性障害であるのか否か、性再指定手術（いわゆる性転換手術）を受けているのか否か、さらには、当事者の本国法においては、性同一性障害の場合に性別表記の訂正が認められているのか否かなどの事情についても、示すことを切に希望する。これらの事情についての指摘がないため、本審判の当否について論評することができない。

ところで、スイスとオーストリアには、男性と記載された公的書類を持つ外国人（性同一性障害者）と、スイス人男性・オーストリア人男性との間の婚姻の効力について論じた事例が1例ずつある。これら両裁判は、本件審判とは著しく趣を異にしている。

なお、本審判については、種村好子判事補（大阪地方裁判所）による評釈がある（判例タイムズ1036号173頁）。種村判事補は、本件婚姻が無効であることを当然の前提として、戸籍訂正の根拠を戸籍法113条に求めたことの当否のみに着目している。

第3章 スイスの事例

スイス連邦裁判所民事第2部1993年3月3日決定（BGE 119 II 274）

〔概要〕

1955年10月6日 BXが、男児としてブラジルで出生（両親CRとDS）

1988年1月9日 BXが、性別再指定手術を受ける。

1988年12月15日 BXとAYが、コペンハーゲン（デンマーク）で婚姻。

1991年12月2日 BXが、身分登録を申請。

1992年5月4日 州内務省は、婚姻を認めず、申請された身分登録を

拒絶。

1993年3月3日 本件決定

〔事実〕

1988年12月15日に、コペンハーゲン（デンマーク）において、スイス人A Yとブラジル人B Xの間で婚姻が締結された。1990年代に次のことが明らかになった。花嫁として登場した人物は、1955年10月6日にブラジルにおいて、両親C RとD Sとの間に息子として出生し、F Rと名付けられた。B Xは、1988年1月9日に、性転換手術（geschlechtsumwandelnden Operation）を受けた。しかし、身分登録はそれに対応するように変更されていない。結婚式の際には、花嫁として登場した人物は、B Xという氏名が記載され、写真が張られているパスポートを提示した。1991年12月2日の申請書によって、B・Y-Xという氏名で、A Yの故郷の州の身分登録の監督官庁（Aufsichtsbehörde）である州内務省（das kantonale Departement des Innern）に対して、1988年12月15日にコペンハーゲンで締結した婚姻を認め、故郷の町の身分登録事務所（Zivilstandamt）に対して、登録を行うように命じることを求めた。

1992年5月4日に、州内務省は、婚姻を認めず、申請された身分登録を拒絶することを命じた。B X（F Rと同一人物であり、以下では、抗告人と呼ぶ）は、連邦裁判所に対して、行政不服審判の申立をし、1992年5月4日の決定を取り消し、州内務省に対して提出した申請を受理するように求めた。州内務省は、申請の却下を求めた。連邦司法警察省（das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement）（以下では、連邦司法省（Bundesamt für Justiz）と呼ぶ）も、州司法省の法学的見解を支持した。

〔理由〕

2 抗告人とA Yとの間においてデンマークで締結された婚姻の登録

について、州内務省が、同性どうしの間の婚姻であるとして拒否したことは正当である。スイスにおいては同性婚は認められない。

3 抗告人は、連邦国際私法 (IPRG=1987年12月18日) 45条に違反していると主張した。

(a) 連邦国際私法45条1項によれば、外国において有効に締結された婚姻は、スイスにおいても認められる。婚約者の一方当事者がスイス人である場合、または両者がスイスに住所を持っている場合には、外国で締結された婚姻は認められる。ただし、スイス法における無効原因を回避する明白な意図を持って、外国で挙式した場合を除く (連邦国際私法45条2項)。本件抗告人が求めている身分登録に関して、連邦国際私法32条1項は、身分に関する外国の判決または証書は州の監督官庁の命令に従い、身分登録簿に記載する、と規定している。連邦国際私法の25条から27条の規定する要件が満たされている場合には、身分登録簿への記載が許可される (連邦国際私法32条2項)。外国の判決は、スイスの公序に明白に反する場合には、その承認が拒否される (連邦国際私法27条1項)。

(b) 判例によれば、基本的な法原則に対する侵害が存在する場合、当該行為がスイスの法秩序および価値秩序に反する場合には、公序に反することになる (BGE 116 II 636; 111 Ia 14 E. 2a mit Hinweisen)。スイスの法感覚によれば、婚姻は男女 (Mann und Frau) の性的な結合 (geschlechtliche Vereinigung) である。言い換えれば、2人の生物学的に異性の人間の間での結合なのである (HEGNAUER, Grundriss des Eherechts, 2. A. Rz. 4.33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 6 zu Art. 159 ZGB)。このような婚姻制度は、公序条項に従わなければならないのである (vg. BGE 114 II 6 E. 4)。

(c) 州内務省は、抗告人の身分について身分証書に基づいて判断している。それによれば、抗告人は男性であり、したがって、デンマークにおいてA Yとの間で締結された婚姻は、同性どうしの者の間の婚姻であ

り、それを承認することはスイスの公序に反する。このような観点から、同決定は正当である。

4 抗告人は、AYとの婚姻を認めなかったことは、連邦憲法54条および欧州人権保護条約12条に違反するとしている。

(a) また、抗告人は、憲法の規定および欧州人権保護条約の規定に基づいて、連邦裁判所に対して、同決定が連邦憲法に違反するという問題を提起した。法の根本原則の条約機関による具体化について考慮することができる (BGE 112 Ia 99 E. 3 mit Hinweis)。

(b) 連邦憲法54条1項によれば、婚姻をする権利は連邦によって保護される。そのように保護される婚姻という制度は、文化的な発展によって形成されたものであり、市民の慣習に基づくものである。このような観点から、婚姻はある程度の期間、男性と女性が包括的な共同生活を営む生活共同体であると理解することができる。同性どうしの者の間の生活共同体 (gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften) は、憲法54条において保護されない。したがって、正式に婚姻を締結することもできない (DICKE, Kommentar zur BV, N. 1 und 30 zu Art. 54)。

(c) 抗告人は、欧州人権保護条約 (EMRK) 12条の保護を受けることができる。ヨーロッパ〔人権〕裁判所は、条約のこの規定は生物学的に異性どうしの人間の間の婚姻のみを対象としている、としている。欧州人権保護条約12条は、伝統的な婚姻だけを保護しているのである (ヨーロッパ人権裁判所1986年19月17日のリーズ事件判決 (Serie A Nr. 106 §29) および1990年9月27日のコシー事件判決 (Serie A Nr. 184 §43) を参照)。後者の判決において、ヨーロッパ人権裁判所は、男性として生まれたが社会的には女性として認められている人物が男性のパートナーと婚姻することができるか、という問題を取り扱っている (32節および33節参照)。そして、女性と婚姻する点については法的な障害はない。したがって、男性と婚姻しえないという点については、英国法の採用している基準は、婚姻する権利を保障した条約12条の概念と合致する、と

した(45節)。さらに、婚姻に関する人の性の判断基準として、生物学的な基準を採用することは、条約に違反していないとした(46節)。

(c) 上に述べたことから明らかなように、原告人が申請した登録を州政府が拒絶したことは、当該事情の下においては、連邦憲法54条の規定にも、欧州人権保護条約12条の規定にも違反していない。このような規定から見ても、原告人を女性として認めることはできない。

5 (a) また、原告人は、欧州人権保護条約8条違反を主張している。同条は、次のように規定している。すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する(第1項)。この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない(第2項)。

(b) 性的なアイデンティティー(トランスセクシュアリズム)の権利は、私生活の保護を受ける権利に含まれる。特に、自己の身体の処分権能に含まれる。そして、欧州人権保護条約の保護範囲である(dazu WILDHABER, intKommEMRK, Rz. 208 ff. zu Art. 8)。ヨーロッパ人権裁判所は、トランスセクシュアルが国家に対して、性転換の結果として、登録を法的に変更することを求める権利を持つか否かという問題について、度々、その見解を表明している。国家は、この問題について、消極的な義務しか負わない。同裁判所は、次のように指摘している。個々の国家法は、社会全体の利益と、個人(すなわちトランスセクシュアル)の利益との間のバランスを取らなければならない。ヨーロッパ人権裁判所の見解によれば、国家は、現行の登録システムを根本的に変更すべき義務を負わない(リーズ事件判決42節(a), コシー事件判決38節(a))。ヨーロッパ人権裁判所は、出生登録の変更を拒絶すること、あるいは登録と異なる内容の出生証明書の発行を拒絶することだけでは、欧州人権

性同一性障害者との国際結婚の効力

保護条約8条の意味における「干渉 (Eingriff)」に該当しない、と判示している (リーズ事件判決35節)。ヨーロッパ人権裁判所は、1992年3月25日のB対フランス事件判決 (Serie A Nr. 232-C) においても、このような基本的立場を表明している。特に、トランスセクシュアルに関して、例えば、性転換手術は認められるか、性転換が認められるための要件、あるいは性転換の法的効果 (特にすでに存在する婚姻および将来の婚姻に対する効果) という問題に関して、加盟各国の間において広範なコンセンサスがないうことを指摘している (B対フランス事件判決48節)。これに対して、ヴィルトハーバーは反対の意見であり (WILDHABER, Rz. 223 zu Art. 8), 国家は、トランスセクシュアルに対して、積極的な行為義務、保護義務を負っているとしている。すなわち、出生登録および身分証明書を変更すべきであり、少なくとも新しいアイデンティティーに対応する証明書を発行すべき義務を負っているとしている。

6 (a) スイスにおいては、性転換手術 (Geschlechtsumwandlungs-Operationen) は、約20年前から行われている。性転換手術は、今日では、精神的な障害に対する医学的な治療方法として認められている (dazu BGE 114 V 167 E. 4)。スイス連邦保険裁判所の新しい判決によれば、この外科手術は、有効な治療方法であり、疾病金庫 (Krankenkassen) は保険金を給付すべき義務を負う (BGE 114 V 161 E. c, 168 E. 5)。

(b) 医学的に行われた性転換の法的な結果について包括的に規定することは、スイス法では行われていない。しかし、多くの裁判所の判決において、トランスセクシュアルの性的なアイデンティティーの転換は、認められている (vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Juni 1961, wiedergegeben in ZBl 62/1961, S. 418 ff.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Laupen vom 17. Februar 1971, wiedergegeben in ZZW 1971, S. 129 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom

8. Mai 1979, wiedergegeben in ZZW 1979, S. 281 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 15. Dezember 1980, wiedergegeben in Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1980-81, S. 38 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 17. Juli 1981, wiedergegeben in ZZW 1985, S. 374 ff.)。)

新しい性を確認し、それに対応するように登録を変更するための手続において、裁判所は、民法 (ZGB) 45条の規定 (の類推) に依拠していた。この規定によれば、監督官庁は、明白な不注意または錯誤によって行われた登録を訂正する権限を有する (第2項)。それ以外の場合には、登録は、裁判所の命令がある場合に限り訂正することができる (第1項)。

この訴訟は、現在では、一般に、身分訴訟 (Statusklage) という特別の種類 of 訴訟とみなされている。しかし、トランスセクシュアルの性転換の場合に、身分登録を変更するのは、当初から誤っていた登録を訂正するのではない (vgl. URS PETER CAVELTI, Berichtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung, in ZZW 1980, S. 69; PIERRE AUBERT / HÉLÈNE REICH, Der Eintrag der Geschlechtsänderung in die Zivilstandsregister, in ZZW 1987, S. 4 f.; dazu auch BGE 92 II 132 E. 3)。BGE 41 II 425 ff. は、この訴訟を確認訴訟 (Feststellungsklage) としている。この事件では、母を偽り、フランスの登録簿に登録されている)。

(c) スイスの実務においては、性転換の確認は、司法的な手続を必要とする。このような手続が必要なのは、民事身分の秩序が重要だからである。民法9条によって、身分登録には、強い証明力 (証明されている事実は事実と推定される) が認められている。性転換の後に身分登録を変更することは、当該トランスセクシュアルの確信にのみ委ねられるものではない。〔略〕法的安定性は、明確で一義的な関係を要求する。したがって、再度の性転換がないであろうことが確認されていなければな

性同一性障害者との国際結婚の効力

らない。また、民法45条の意味における登録の権限は、関係する第三者（配偶者、子）の利益をも考慮しなければならない（dazu EGGGER, N. 11 zu Art. 45 ZGB）。性転換の承認のための要件は、司法的な正式の手続によって確認しなければならない。上（5(b)）に述べたことから明らかかなように、そのような手続は、関連する欧州人権保護条約の規定に合致している。

7 人の性別は、名と同様に、人格権の構成要素である。国際的な関係においては、異なる制定法の規定がない限り、人権に関する事件については、住所地のスイスの裁判所が管轄する。住所地の法が適用されるのである（連邦国際私法33条1項）。したがって、本件原告人の申請については、原則として、民法45条が適用される。身分登録の変更は、原告人の祖国ブラジルにおいては、性の転換は認められない。〔中略〕しかし、原告人は、スイス国内に住所地を有しており、新しい身分（性）の確認を請求するという方法がある。

〔大島コメント〕 要するに、本件決定は、次のような立場をとっているのである。BXの身分登録が男性のまま申請された今回の婚姻の登録は認められない。ブラジル法では登録を変更することができなくても、スイス法にしたがって身分登録を女性に改め、その後であれば、婚姻の登録は認められる。

第4章 オーストリアの事例

オーストリア行政裁判所1997年9月30日決定（TE VwGH Erkenntnis 30. 9. 1997）

〔概要〕

当行政裁判所（Verwaltungsgerichtshof）は、……第1原告人イング・P（V市）および第2原告人W（T市）が、オーバーエスターライヒ州知事（Landeshauptmann von Oberösterreich）による1995年1

月10日の決定を不服として抗告し、当事者間の婚姻を認めるべきであると主張した本件について、これを認める。

〔主文〕

当該決定は、その内容が法に反するがゆえに、これを取り消す。

連邦政府は、2週間以内に、12,920シリングの損害賠償を支払え。

その余の請求は、これを棄却する。

〔理由〕

第2抗告人は、出生の時には男児であった。彼女（本判決では、sie という女性代名詞が用いられている——大島注）は、1993年と1994年に、男性的な性徴を女性的な性徴に変更する手術を受けた。彼女のことを「第2抗告人」と表記する。

1994年9月29日に、オーストリア人である第1抗告人と、タイ人である第2抗告人は、シュバネンシュタットの身分登録事務所に対して、婚姻の申請をした。この申請には、第2抗告人の婚姻能力を証明するための証拠として、以下の書面を提出した。1994年7月19日発行のアンブル・ムアン・サラブリ区事務所の証明書（第2抗告人が「身分登録所において、婚姻しているとは登録されていない」旨を証明している）。1968年7月4日の出生証明書の認証ある翻訳（第2抗告人が「W嬢」と表記され、性別は「男性」と表記されている）。1994年8月18日作成の婦人科の専門医による鑑定書（第2抗告人が手術を受け、女性的な性徴を認めることができる旨を証明している）。1994年8月26日に、身分登録事務所付の医師フェクラブルックが作成した「婚姻能力証明書 (Ehefähigkeitsbescheinigung)」(第2抗告人が、手術によって形成された女性の性徴を有していることを証明している)。

相手方である官庁は、一般行政手続法 (AVG) 66条4項、一般民法典 (ABGB) 44条、1983年身分登録法 (PStG) 42条および43条1項、

性同一性障害者との国際結婚の効力

および1983年11月14日の連邦内務大臣の身分登録令（BGBl. 629, in der Fassung BGBl. Nr. 350/1991, Personenstandsverordnung - PStV）21条2項に基づいて、1995年1月10日に、婚姻の申請を却下した。

この決定に対する抗告について、当行政裁判所は、審理した。

身分登録法42条によれば、身分登録事務所は、婚姻の締結前に、婚約者の婚姻能力について、提出された証書に基づいて、口頭の手続において審理すべきである。そして、記録を作成すべきである。

また、同法43条1項の規定によれば、婚約者は、婚姻能力について判断し、身分登録をするために必要な宣言及び書面を提出しなければならない。

身分登録令21条1項は、オーストリア国籍を有する婚約者が提出すべき書類を列挙している。特に、6か月以内に作成された出生登録の謄本またはそれに対応する書面を挙げている（身分登録令21条1項1文a号）。

身分登録令21条2項によれば、オーストリア国籍を有しない婚約者は、1項1文の規定する書面の他に、以下の書類を提出しなければならない。

1 自己の身分登録がなされている国の法に従って、婚姻能力を証明する書面。及び以下の書面。

2 外国において婚姻を締結した場合には、連邦司法大臣による証明書、又は婚姻の両当事者が婚姻の当時において属している国の裁判所の判決書。

3 身分登録に関して、婚姻の締結のために法的に必要とするその他の書面。

身分登録法43条2項によれば、以下の場合には、上記の書面の提出を免除される。婚約者が、必要な書類を得ることができないこと、または極めて困難であることを証明し、かつ、他の方法で、婚姻能力および登録に必要な報告を提出する場合。

この規定は、婚約者が必要な書面を提出することが、不可能または極めて困難な状況にある場合に関するものである。書類の提出を免除する

ための要件として、婚姻能力を（他の方法で）証明することが規定されている。提出することができない書面に代わって、婚姻能力を示す事情を証明する書面を提出する場合が、これに当たる。一般行政手続法の規定によれば、重要な事情を証明するもの、例えば情報を持っている者または婚約者自身による申述書が証拠として考慮される（Zeyringer, Das österreichische Personenstandsrecht 2, Lose-Blatt-Ausgabe S. 71 f.において、提出物に関して、要約して記載されている注釈を参照）。身分登録法44条によれば、婚姻能力の証明は、原則として、口頭による手続において行う。

官庁は、以下のような理由で、申請を却下した。タイ国の官庁にとって、婚姻能力を証明することは全く問題なく、通常のこととして行うことができる。タイ国の「家族法に関する民商法典（Zivil - und Handelsgesetzbuch über Familienrecht）」によれば、本件婚姻について法的な障害となる事由はない。アンプル・ムアン・サラブリの区事務所が作成した書面があること自体が、そのような（免除のための）要件を満たしていないことを示している。官庁が書面を要求したことは、法律に違反していない。また、第2 抗告人の性に関するタイ国の出生証明書を手に入れること、およびそれによって婚姻能力を判断することは、違法なことではない。第2 抗告人自身が申請すれば、婚姻能力を証明する書面の入手は可能であると、官庁は判断したのである。したがって、第2 抗告人は、婚姻能力を証明する書面の提出を免除されない。したがって、一般民法典44条の規定により、申請を却下する、とした。

当該官庁は、次のような見解を表明した。抗告人らは、身分登録法43条2項の意味において、第2 抗告人の婚姻能力、及び第2 抗告人が女性であると表記した出生証明書を手に入れることが不可能、または極めて困難であるということの証明に成功していない。

抗告人らは、抗告書において、すでに、第2 抗告人がタイ国大使館から、「希望する証明書」の発行を拒絶された、と述べている。なぜなら、

性同一性障害者との国際結婚の効力

その発行が「タイ国法によれば不可能」であるからである。この点について、当該官庁は、職権による調査手続を行うことなく、タイ国大使館にとって婚姻能力証明書を発行することには問題はないはずである、と述べている。しかし、それは、通常の場合、すなわち婚約者が性別を変更していない場合にのみ妥当することである。これに対して、本件で必要とする書面は、すでに明らかなように、例外的である。本件では、婚約者の一方が、性器を変更する手術を受けており、他の性の外見の特徴に近づいている。「問題がない」というのは、タイ国における類似の先例について調査して初めて言うことである。

いずれにせよ、当局は、婚姻能力証明書の提出がないので、第2抗告人が第1抗告人と婚姻する能力については、タイ国法により（国際私法17条1項）判断せざるを得ない。婚姻能力証明書の提出がない場合に申請を拒絶することは、身分登録令21条4項にも基づいている。このような場合には、身分登録法50条の規定により、州知事の法情報によって（拘束力はないが）、官庁は判断せざるを得ない。Zeyringer, a.a.O., S. 126, FN 15 zu § 21 PStG によれば、法情報の入手は必要である。なぜなら、外国人の婚約者の婚姻能力が欠けている場合には、その婚姻能力に関する疑問が生じることがあるからである。

第2抗告人の婚姻能力に関する官庁による独自の判断は、先例としての価値を持つことになる。第2抗告人がタイ国の出生証明書において「男性」と表記されていることは、婚姻を異性どうしの2人の共同体としている一般民法典44条の規定において、婚姻締結の障害となるからである。すなわち、同性どうしであることが、婚姻の障害となるのである。このような観点からすれば、抗告人らは、上に述べた手続上の瑕疵により、その権利を侵害されているのではないことになろう。

抗告人らが争っていない法的問題ではあるが、同性どうしであることが婚姻の障害となるか否かについては考慮されていない。このことは、一般民法典44条の規定から明らかである。また、欧州人権保護条約12条

の規定からも明らかである。この規定における婚姻をする権利および家族を形成する権利は、伝統的な意味における男性と女性との間の結合を意味する (vgl. Mayer, B-VG (1994), Manzsche Kurzkommentare, S. 455, Anm. Ia zu Art. 12 MRK)。いずれにせよ、第1 原告人にとって基準となるオーストリア法によれば、同性婚 (eine Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen) は不可能である。この観点から、本件の婚姻を認めることはできないということになる。タイ国法によれば、同性どうしであっても婚姻しうるか否かについて考察する必要はない。

しかし、本件の原告人らは同性どうしなのであろうか。法的に見て、第2 原告人は、女性とみなすべきなのか、男性とみなすべきなのか。

第1 に、ストラスブールにあるヨーロッパ人権裁判所 (Europäische Gerichtshof für Menschenrechte) は、次のように判決している。『トランスセクシュアル』という語は、身体的にはある性に属するにもかかわらず、自分は他の性に属していると確信している人々を指す用語として用いられている。彼らは、一般に、医学的治療・外科的な治療によって、自己の身体的な特徴を精神的な性に合致させることによって、よりよく調和させようとする。手術を終えた人々は、一定の集団を構成している」(1986年10月17日のリーズ事件判決 (2/1985/88/135, Serie A, Band 106) 38節)。

オーストリアの法体系 (vgl. etwa Art. 7 Abs. 3 B-VG und Art. 12 MRK) および社会生活は、すべての人は男性または女性に分類される、という原則に依拠している。そして、手術を終えたトランスセクシュアルをどちらの性に分類すべきかという問題に関して、これまでのところ制定法はない。

公法の裁判所は、これまでのところ、この現象と明白に直面したことはない。最高裁判所は、1996年9月12日の決定 (10 ObS 2303/96s) において、トランスセクシュアルの性器を変更する手術および精神療法は、治療行為として、疾病保険の管理者に負担させるべきか否かという問題

性同一性障害者との国際結婚の効力

に直面した。同裁判所は、次のように判示した。トランスセクシュアリズムは疾病として取り扱うべきであり、自分は他の性に属しているというトランスセクシュアルの確信（および、手術によって身体を形成したいという願望）は、尊重されるべきである。

トランスセクシュアリズムから生じる諸問題に関する行政的な取扱い（行政裁判所にとって拘束力のある法源は存在しない）は、1983年7月18日の連邦内務大臣の回状（ZI 10.582.24/-IV/4/83）だけである。この回状は、1996年11月27日の回状（ZI 36.250.66/-IV/4/96）によって改正された。それによれば、他の性の外見に近づける手術をすでに終え、それに伴う治療を受けている場合には、身分登録法16条の保護を受けることができる。すなわち、身分登録官庁は、〔出生〕登録の後に登録が不当なものとなった場合として、欄外付記によって性別〔表記〕を変更することができるのである。

この要件が満たされているか否かの判断に際しては、関係官庁は、すてになされている登録にかかわらず、上の回状に従い、ウィーン大学法医学研究所（Institut für gerichtliche Medizin der Universität Wien）の鑑定書に依拠することができる。この機関は、トランスセクシュアリズム（Transsexualismus）について特に信頼に値する。この鑑定書においては、申請者が長期間にわたって、自分は他の性に属しているという確信を抱いていること、および性を矯正する治療を受けていることを証明しなければならない。また、その治療は、外見を他の性に極めて近似する程度まで近づけていなければならない。元の性に戻るということが起こらないであろうことを証明しなければならない。また、変更は、申請者が婚姻していない場合に限り、申請することができる。

ヨーロッパ人権裁判所は、トランスセクシュアリズムの問題について、度々判断を示している。リーズ対連合王国事件および1990年9月27日のコシー対連合王国事件（16/1989/176/232, ÖJZ 1991, S. 173 ff.）において、手術を終えたトランスセクシュアルの性別の出生登録について、

英国政府が出生証明書上において他の性に属する旨を表記することを拒絶したことが、欧州人権保護条約（MRK）の8条および12条に違反するか否かについて判断したのである。ヨーロッパ人権裁判所は、これら2つの事件において、欧州人権保護条約8条の違反を認定しなかった。そして、次のように述べた。社会全体の利益と個人の利益の間でバランスを取らなければならない。衡平なバランスを取ることは、政府に対して、直ちに、出生登録システムを根底から変更すべきことを要求することにつながる。連合王国のシステムは、歴史的な事実の登録を目的とするものであり、他の締約国のシステムを導入すべきことを義務づけるものではない。しかし、同裁判所は、トランスセクシュアルに対する適切な法的措置が必要であることには変わりなく、科学的あるいは社会的な発展に基づいて、常に見直さなければならない、と述べている。

ヨーロッパ人権裁判所は、生物学的に異性ではない2人の間の婚姻に関する連合王国における法的な障害は、婚姻する権利の本質を侵害するものではない、と判断した。なぜなら、性転換を目的とする手術は、生物学的な特徴を完全に他の性に変更することができないからである。コシー対連合王国事件において、ヨーロッパ人権裁判所は、欧州人権保護条約12条の保障している婚姻する権利は伝統的な意味における婚姻に関するものであり、婚姻に関する人の性の判断基準として、生物学的な基準を採用することには十分な理由がある、とした。

B対フランス事件における1992年3月25日のヨーロッパ人権裁判所の判決（57/1990/248/319, ÖJZ 1992, S. 625 ff.）は、男性として出生し、モロッコにおいて性転換手術を受けたBが、出生証書の性別表記の訂正と、名の変更を申し立てた事件に関するものである。ヨーロッパ人権裁判所は、この申立を拒絶したことが欧州人権保護条約8条に違反するか否かという問題を取り扱った。ヨーロッパ人権裁判所は、欧州人権保護条約8条違反を認めた。そして、この問題に関する（リーズ事件およびコシー事件以来の）同裁判所の立場を変更した。科学が進歩し、トラン

性同一性障害者との国際結婚の効力

スエクシュアリズムの問題について重要な進歩があった。Bは、申立書の中で、この問題に関する知見において、2つの新しい要素が加わったと主張した。第1に、染色体の基準は絶対的なものではないということである。第2に、妊娠中のある時期、または出生後の初期の段階で、ある種の物質を摂取したことによってトランスセクシュアルの行動が規定される、と考えることが可能になり始めている。あるいは、ある種の染色体の異常によって、トランスセクシュアリズムが起こりうる、と考えることが可能になり始めている。また、裁判所は、次のような見解を表明している。性器を変更する手術は、Bの元の性の外見的特徴を不可逆的に変更させている。本件の事情の下では、Bの明白な決断は十分な意味を持ち、8条の適用に関して考慮すべき重要な要素の1つである。また、名の変更を拒絶したことは、「中性的な」名に変更する可能性を考慮しても、欧州人権保護条約8条に関して重要な要素である。

このような法発展から、ヨーロッパ人権裁判所は、出生の時点で判断された「生物学的な性 (biologischen Geschlecht)」よりも、手術によって獲得された新しいトランスセクシュアルのアイデンティティーを重視していることは明らかである。

ヨーロッパ司法裁判所 (Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften) は、1996年4月30日にP対Sおよびコーウォール地区参事会事件判決を下している (C-13/94, Slg. 1996 S. I-2143 ff.)。この事件においては、トルーロ労働審判所 (連合王国) からの先決裁定を求める移送について判断した。ここでも、トランスセクシュアリズムが問題となっている。ここでは、1976年2月9日のヨーロッパ経済共同体指令76/207号 (76/207/EWG) の適用が問題となった。この指令は雇用 (昇進、職業訓練および労働条件を含む) および社会保障に関して、男女平等の原則を定着させることを目的とするものである。この指令の目的との関係で、性の転換に関係する理由に基づいて、トランスセクシュアルを解雇することが許されるかということが問題となった。

ヨーロッパ司法裁判所は、指令の目的および権利の性質を考慮して、本件のような性転換の場合にも保護されるべきであると判断した。この差別は、主として、当事者の性を理由としているからである。したがって、ある者が性転換する予定であること、あるいはすでに転換したことを理由として解雇された場合には、差別的取扱を受けたことになる (RZ 20f)。ヨーロッパ司法裁判所は、ポストオペラティブのトランスセクシュアル (operierte transsexuelle Person) は、他の (新しい) 性に属するものとみなすべきであるとしている。

ヨーロッパにおいては、ポストオペラティブのトランスセクシュアルは、出生証明書上に新しい性的なアイデンティティーを表記するように、性別表記の変更を認める国がある。そして、新しい性的なアイデンティティーに基づいて、婚姻をすることも可能である。たとえば、スウェーデン (1972年4月21日の法律 (SFS 1972, S. 119)), ドイツ (1980年9月10日の法律 (BGBI. 1980 I, S. 1654 ff)), イタリア (1982年4月14日の法律第164号, 1982年4月19日の官報106号 (GURI Nr. 106 S. 2879 ff)) およびオランダ (1985年4月24日の法律 (Staatsblad 1985, S. 243 ff)) がそうである。ヨーロッパ連合の加盟各国における法状況については、前述のP対Sおよびコンウォール地区参事会事件における法務官の意見書において描写されている (a.a.O. S. I-2150, FN 9 ff)。

上述のようなヨーロッパ人権裁判所の判例、ヨーロッパ司法裁判所の判例、ヨーロッパ共同体の加盟各国における法的な発展を考慮して、当行政裁判所 (Verwaltungsgerichtshof) は、オーストリア身分登録法に基づいて、次のように判断する。ある者が、他の性に属しているという確信を持ち、性を矯正する処置 (geschlechtskorrigierenden Maßnahmen) を受け、他の性に明白に近似する外見を獲得し、かつ、再び元の性に変更しないであろうという高い蓋然性がある場合には、その者は外見に対応した性に属するとみなすべきである。

これに反する見解は、オーストリア憲法および欧州人権保護条約に違

反することになろう。欧州人権保護条約8条によれば、すべての者は、その私生活および家族生活（Privat- und Familienlebens）の尊重を受ける権利を有する。「私生活（Privatlebens）」は、人間の内なる領域（die intime Sphäre）を意味するものと理解される。したがって、個々人の人間性を表現するという特別な利益および傾向をも含むものと解される。また、他者との関係、特に性的な関係も含まれる（Mayer, a. a.O., S. 443）。私生活の尊重を受ける権利は、例えば、個々人の自由、性的な指向（sexuellen Orientierung）に従って生きる権利も含まれる（Lukasser, Europäische Menschenrechtskonvention und individueller Lebensstil, ÖJZ 1994, S. 569）。欧州人権保護条約12条によれば、婚姻をすることができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って、婚姻をしかつ家族を形成する権利を有する。婚姻をする権利は、国内法に従って、婚姻適齢に達しているすべての者に認められる（vgl. etwa Frowein-Peukert, EMRK-Kommentar 2, S. 422）。仮に、ポストオペラティブのトランスセクシュアルを、出生の時の性別に属するものとすれば、その結果、身体的な外見を基準として異性のパートナーとは婚姻をすることができないことになる。

当裁判所の見解によれば、一般民法典44条は、トランスセクシュアルが出生当時の性から見て同性の者と婚姻することを禁じてはいない。なぜなら、この場合には、異性どうしの2人間の婚姻であるからである。

本件においては、身分登録官庁は、第2 抗告人の婚姻能力について、上に述べた基準に従い、提出された書面、特に医学鑑定書を証拠として考慮すべきであったということになる。このような調査によって、同性婚であるか否かを判断することができたのである。

第2 抗告人に関して基準となるタイ国法（性転換が生じたとしても、出生証明書の作成にあたって、それを考慮することができない）によれば、第2 抗告人はいかなる場合にも決して男性とは婚姻することができないことになる。しかし、このことは、身分登録官の（第2 抗告人の性

に関する) 調査義務には何ら影響を及ぼさない。第2 抗告人は手術を終えているのであるから、上述の基準によれば、オーストリア身分登録法上、有効に性転換を完了していることになる。この場合でも、タイ国法に従って婚姻能力を判断すれば、第2 抗告人はオーストリア国内において、婚姻することができないことになる。第2 抗告人は、一般民法典44条によれば、女性と婚姻することができず、タイ国法によれば、男性と婚姻することができないことになる。このようなことは、欧州人権保護条約12条に違反し、したがってオーストリアの公序に反することになる。オーストリア国際私法6条によれば、この場合には、タイ国法に代わって、オーストリア法の該当する規定を適用すべきことになる。

したがって、第2 抗告人の出生証明書からすれば、抗告人らは同性どうしであるとした点において、当該官庁は誤っている。

このような誤った法的観点に基づいて、当該官庁は、抗告人らから申請された婚姻を受理しなかった。したがって、抗告人らは、当該官庁のこの決定によって、権利を侵害されたことになる。

上に取り消した決定は、行政法典42条2項1文の規定により、その内容が違法であるということになる。

費用に関しては、行政法典44条以下の規定、および政令 (BGBl. Nr. 416/1994) に従って判断すべきことになる。印紙相当額の費用の償還を求める訴えは、却下する。なぜなら、取り消した決定は、単なる書類の作成に関するものであるからである。

〔大島コメント〕 要するに、本件決定は、次のような立場をとっているのである。タイ人であるWは、タイ国法では男性であっても、オーストリア法においては、女性であり、オーストリア人男性との間の婚姻は有効である。

第5章 オーストリア内務大臣の回状

トランスセクシュアルの身分登録法上の地位

連邦内務省 (Bundesministerium für Inneres) 回状 (Runderlaß)

1983年7月18日 ZI 10.582/24-IV/4/83

1. 1981年12月10日の回状 (番号 10.582/10-IV/4/81) (ÖStA 1982, 1-1) によって、出生登録の変更または名の変更の許可を求める申請について判断する権限を有する州政府の官庁の公務員は、トランスセクシュアル (Transsexuelle) の申請について、審査手続の終了後であって、しかも決定の前に、連邦内務大臣および連邦司法大臣による法的な見解の包括的な告知に従うことが求められた。

2. 本回状が対象とする申請については、連邦首相府 (Bundeskanzleramt)、憲法機関 (Verfassungsdienst)、連邦保健環境省 (Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz)、連邦内務省 (Bundesministerium für Inneres)、連邦司法省 (Bundesministerium für Justiz) および医学の専門家の中で、何度も協議した。これらの協議において、トランスセクシュアリズムの医学的な側面に関する議論は、診察の観点からは一致した見解に到達しなかった。

いくつかの国において立法的措置が講じられているが、互いに大きく異なっている点がある。この事実から、協議に参加した連邦の各省は、次の点で見解が一致した。極めて僅かの事例しか明らかになっておらず、オーストリアにおいては立法措置を講じることは適切ではない。しかし、〔人の〕外見を反対の性に変更することを目的とする医学的な手段に付随してすでに発生している個々の問題を解決する必要があるということでは、各省の見解が一致した。

3.1 現在の法状況においては、身分登録法 (PStG) 第30条〔コメント参照〕によって法的な対処が可能なのである。この規定によって、該当する証拠のある場合には、欄外付記 (Randvermerk) の方式によって性の変更の登録が可能である。

3.2 判断する権限を有する官庁は、申請者の提起した理由だけに基いて判断することに満足せず、専門家を関与させるべきである。トランスセクシュアリズムの問題に関して知識と経験を有する信頼のおける専門家が適切である。このような要件を満たすため、かつ、統一的な判断を確保するために、ウィーン大学法医学研究所 (Institut für Gerichtsmedizin der Universität Wien) に鑑定書 (Gutachten) の作成を求めるべきである。

3.3 鑑定書は、以下のことを証明すべきである。

3.3.1 申請者が、長年にわたって他の性に属しているという強い意識 (zwanghaften Vorstellung) を持って生きてきたこと、そして、それが自己の性を改める処置 (geschlechtskorrigierenden Maßnahme) を受け入れる程のものであったということ。

3.3.2 その処置の結果、他の性の外見に極めて明瞭に近づいていること。

3.3.3 他の性に属しているという意識が変わらないであろうという高い蓋然性があること。

3.4 官庁は、鑑定書の作成に要する費用について、申請者に現金で予納させる (§ 76 Abs. 1 zweiter Satz AVG 1950)。

申請者は、その前払について郵便為替によることができる (§ 76 Abs. 4 AVG 1950)。

3.5.1 司法省および内務省の一致した見解によれば、出生登録簿 (Geburtenbuch) に性別の変更を欄外付記した後は、当事者のその時までの婚姻は消滅する。しかし、その時までには、婚姻は存続するものとみなすべきである。したがって、その婚姻から生まれた子は、相変わら

性同一性障害者との国際結婚の効力

ず嫡出子である。

3.5.2 したがって、出生登録簿に性別の変更を欄外付記する場合には、同時に、家族登録簿（Familienbuch）に婚姻が消滅した旨を欄外付記すべきであり、そのことを性別変更の付記と併せて付記すべきである。

4. 申請者が名の変更だけで満足する場合には、出生登録簿の性別表記には何の変更も加えない。しかし、この場合にも、鑑定書を求めるべきであり、したがって、3.3で述べた要件を満たさなければならない。

5. 判断すべき問題が困難である場合には、当該決定について能力のあると思われる関係官庁に対して、援助を求めることができる。出生登録簿に性別表記の変更または名の変更の登録を求めるトランスセクシュアルの申請について、調査手続の終了後であって、かつ、3.の鑑定書を受領する前に、当該官庁の意見を求めるものとする。

〔大島コメント〕 オーストリア行政裁判所1997年9月30日決定によれば、この回状は、1996年11月27日の回状（Zl. 36.250.66/-IV/4/96）によって改正されたとのことである。しかし、大島はこの新しい回状を入手することができなかった。

なお、本回状に言う身分登録法30条というのは、旧身分登録法30条を意味するものと思われる。本回状も、現行身分登録法もともに1983年のものであるが、現行身分登録法30条は、死亡登録に関する規定であり、全く無関係である。なお、大島は旧身分登録法30条の条文を入手することができなかった。現行身分登録法では、16条が登録の訂正に関する規定である。

第6章 おわりに

第1節 戸籍上の性別表記の訂正

第1款 間性の場合

間性の場合には、戸籍上の性別表記の訂正は一般に認められる。印刷物に公表されているものとしては、次の8例がある。

○1 福井家裁昭和33年8月21日審判（東海林保「いわゆる性同一性障害と名の変更事件、戸籍訂正事件について」家庭裁判月報52巻7号（2000年）。許可（女→男）。

○2 東京家裁昭和38年5月27日審判（田中加藤男『戸籍訂正に関する諸問題の研究』司法研究報告書16輯3号）。許可（長女→長男）。

×3 札幌家裁小樽支部平成元年3月30日審判（家庭裁判月報43巻8号48頁）。不許可（二男→長女）。評釈＝大島俊之「間性と性別表記の訂正」神戸学院法学29巻1号（1999年）。

○4 札幌高裁平成3年3月13日決定（家庭裁判月報43巻8号48頁）。許可（二男→長女）。評釈＝大島俊之「間性と性別表記の訂正」神戸学院法学29巻1号（1999年）。

○5 浦和家裁越谷支部平成9年7月22日審判（東海林・前掲）。許可（長男→長女）。

○6 新潟家裁平成11年1月25日審判（東海林・前掲）。許可（長男→長女）。

○7 水戸家裁土浦支部平成11年7月22日審判（家庭裁判月報51巻12号40頁）。許可（長女→長男）。評釈＝田中恒朗「判批」判例タイムズ1036号（2000年）、大島俊之「続柄『長女』を『長男』とする戸籍訂正を許可した事例」民商法雑誌123巻3号（2000年）。

第2款 性同一性障害の場合

これに対して、わが国の判例の現状においては、性同一性障害の場合

性同一性障害者との国際結婚の効力

には、戸籍上の性別表記の訂正は一般に認められない。印刷物に公表されているものとしては、次の10例がある。

×1名古屋家裁昭和54年9月27日審判（家庭裁判月報33巻9号61頁）。不許可（二男→長女）。評釈＝大島俊之「性転換と戸籍訂正」法律時報55巻1号（1983年）。

×2名古屋高裁昭和54年11月8日決定（家庭裁判月報33巻9号61頁）。不許可（二男→長女）。「人間の性別は、性染色体によって決定されるべきものであるところ、……Aの性染色体は正常男性型であるというのであるから、同Aを女と認める余地は全くない」。評釈＝大島俊之「性転換と戸籍訂正」法律時報55巻1号（1983年）。

○3東京家裁昭和55年10月28日審判（東海林・前掲）。許可（長男→長女）。山内俊雄『性同一性障害と性のあり方／性転換手術は許されるのか』（明石書店、1999年）において紹介されている事例と同一か。

×4横浜家裁平成6年3月31日審判（東海林・前掲）。不許可（二女→二男）。

×5横浜家裁平成7年9月27日審判（東海林・前掲）。不許可（長男→長女）。

×6東京高裁平成7年11月10日決定（東海林・前掲）。不許可（長男→長女）。

×7東京高裁平成9年3月28日決定（東海林・前掲）。不許可（二女→二男）。

×8名古屋家裁平成10年7月22日審判（東海林・前掲）。不許可（長男→長女）。

×9東京家裁八王子支部平成11年8月9日審判（判例時報1718号62頁）。不許可（長男→二女）。

×10東京高裁平成12年2月9日決定（判例時報1718号62頁）。不許可（長男→二女）。評釈＝大島俊之「性同一性障害と戸籍訂正」法律時報73巻3号（2001年）。

まず、性同一性障害の場合に、戸籍上の性別表記の訂正を認めるべきである。この点については、筆者は、繰り返し述べてきたので、本稿では省略する。

第2節 新しい性別に属する者としての婚姻

次に、戸籍上の性別表記の訂正が認められた場合には、すでに述べたように、新しい性に属する者としての婚姻を認めるべきであると考えられる。わが国においては、戸籍上の性別訂正・変更が認められた場合には、新しい性に属する者として、婚姻届は受理されるはずである。そして、その婚姻は、無効・取消の対象とはならないと考えられる（民法742条～749条参照）。ただし、場合によっては、離婚事由に該当する場合があります（民法770条1項5号参照）。例えば、性交が不可能な場合が、それである。

英米法圏では、新しい性に属する者として婚姻した場合に、その婚姻の効力が問題となっている。コモンロー諸国の裁判所の見解は分かれている。この点については、すでに紹介した（大島俊之「性同一性障害と婚姻——英米法圏における問題」神戸学院法学30巻1号（2000年））。

第3節 性別表記の訂正が認められない国の国民との国際結婚

ところで、日本国民について、性同一性障害の場合に、一定の要件の下で戸籍上の性別表記の訂正を認め、その後、新しい性別に属する者としての婚姻を認めたとしても、性別表記の訂正が認められない国の国民との間の国際結婚の場合には、問題が残る。

第3章で紹介したスイスの事例においては、婚姻を希望する当事者の一方が性同一性障害者であり、すでに性再指定手術を受けているが、外国人（ブラジル人）であるために、その母国法（ブラジル法）では、性別表記の訂正が認められていない。このような場合には、スイス法に基づいて、性別表記を女性から男性に変更し、その後には、新しい性別に

性同一性障害者との国際結婚の効力

属する者としての婚姻は有効であるとしている。

また、第4章で紹介したオーストリアの事例においても、婚姻の当事者の一方が性同一性障害者であり、すでに性再指定手術を受けているが、外国人（タイ人）であるために、その母国法（タイ国法）では、性別表記の訂正が認められていない。このような場合には、タイ国法では男性であっても、オーストリア法では女性であり、新しい性別に属する者としての婚姻は有効であるとしている。

佐賀家裁の事件におけるエメリタはおそらくMTFトランスセクシュアル（ポストオペラティブ）であろうと推測される。そして、もしも、彼女がスイス人男性を愛していたならば、彼女は、スイスで女性として身分登録した後に、愛する男性と有効な婚姻をすることができたであろう。また、彼女がオーストリア人男性を愛していたならば、彼女は、オーストリアで愛する男性と有効な婚姻をすることができたであろう。しかし、彼女が愛した男性が日本国籍を持っていたために、婚姻が無効であるのを当然のこととされ、戸籍法に基づいて婚姻事項の記載が抹消された。筆者は、このことを日本法のこの上ない不名誉であると感じる。

なお、佐賀家裁の事件では、パスポートが偽造されている。エメリタにとって、パスポート上の男性という記載が不都合であり、女性と記載したパスポートを偽造したのではないかと推測される。パスポート上の性別表記の問題について、柔軟な態度をとっている英語圏3国の参考になると思われる資料を〔付録〕として紹介しておこう。

〔付録〕 パスポートの性別表記

1 カナダのパスポート令

カナダのパスポート令を紹介する (Regulations of Canada Consolidated, Canadian Passport Order under the other than Statutory Authority SI/81, Schedule (s. 8) Additional Information)。

1. (名) 申請者が、次の名でパスポートの申請をする場合には、

- (a) 申請者の法的な名ではない名
- (b) 次の書面に記載されている名と異なる名
 - (i) 申請者の出生証書
 - (ii) 市民権証明書
 - (iii) 本令に基づいてパスポートに関して要求される書面

申請者は、事情を明確にするために、補充的な書面又は宣誓供述書を要求されることがある。

2. (住所) [略]

3. (生年月日) [略]

4. (性別) ① パスポートの申請書に、申請者の出生証明書の性別とは異なる性別を記載している場合には、申請者は、説明を求められる。

② パスポートの申請書上において、申請者に性転換が生じたことが示されている場合には、その記述を証明する医療従事者の証明書を提出しなければならない。

5. (配偶者関係) [略]

6. (市民権の喪失) [略]

7. (子のパスポート) [略]

8. (カナダのパスポートの紛失) [略]

9. (婚姻) [略]

10. (パスポートの交付) ① パスポートが旅券事務所において申請者に交付される場合には、申請者は、自己のアイデンティティを証明する書面の提示を求められる。

② パスポートが旅券事務所において申請者の代理人に交付される場合には、代理人は、代理人への交付を承諾する旨の申請者の書面を提出することを求められる。

11. (かつてパスポートの交付を拒否された者の申請)

12. (保護者であることの証拠) [略]

性同一性障害者との国際結婚の効力

2 合衆国国務省の手続マニュアル

出生証明書に記載されている性別が、パスポートにも記載される。名が変更された場合には、変更された名がパスポートにも記載される。性別表記を変更するためには、SRSをすでに受けたこと、又は近く受ける予定であることの証拠を提出しなければならない。

したがって、出生証明書に記載されたのと異なる性別記載をしてもらうことは可能である。すでにSRSを受けたことを証明することができた当事者は、完全に有効なパスポートを入手することができる。これに対して、プレオペラティブの場合には、1年間有効の仮パスポートが発行される。そして、SRSが完了したことを証明する書類を提出すれば、有効期間を延長してもらえる。

以上、「国務省手続マニュアル (Department of State Procedures Manual)」による。出典は、Greenberg, Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology, 41 Arizona L. Rev. 264 である。

3 オーストラリア外務省のパスポート発行マニュアル

オーストラリア連邦政府は、トランスセクシュアルに対して、再指定された性別をパスポートに記載するという方針を採用している。しかし、これは、法的にその性別であると認めるものではなく、単なる便宜上の処置である。トランスセクシュアルは、このようなパスポートを発行された場合に、次のような警告文を交付される。

「今般、貴殿に、出生の際の性別とは異なる性別を記載したパスポートを発行いたしますが、政府が全法律体系において、貴殿の性別をこのように認めたという意味に理解されないように、くれぐれもご注意申し上げます。これは、旅行中の不必要なトラブルを軽減させるという目的で採用された単なる行政上の措置です。個人の性が重要な意味を持つ法律関係においては、性別は出生証明書に記載された性別によって判断さ

れます。例えば、婚姻がその例です。婚姻を目的として虚偽の申請をした場合には、1961年の婚姻法によって罰せられます。男性として出生した者の氏名を『新婦 (bride)』の欄に記載するとか、女性として出生した者の氏名を『新郎 (bridegroom)』の欄に記載することは、そのような虚偽の申請に該当します。出生の際に同性どうしであった者の間で行われた婚姻は、法的には効力を持ちません」

以上、「オーストラリア外務省パスポート発行マニュアル (Australian Department of Foreign Affairs and Trade, Manual of Passport Issue)」による。出典は、Finlay, International Commentaries: Legal Recognition of Transsexuals in Australia, 12 J.Cotemp. H. & L. Pol'y 503 (1996) である。

〔付記〕 林先生には、筆者の前の勤務先 (大阪府立大学) において、長年、非常勤講師として国際法の講義をしていただいていた。その後、筆者が本学に赴任して以降は、先生と頻繁にお目に掛かるようになった。先生は堺市にお住まいであり、大阪市に住む筆者とは通勤経路がかなり重複している。このため、大学からの帰り道に、乗り合わせた列車内や、駅構内の喫茶店などで楽しい会話の時間を持つことができた。先生の話題の大部分は学問のことであったが、未熟なわたしには十分にお話の内容を理解することができたという自信がない。そこで、印象に残る先生の2つ言葉について書かせていただくことにする。

瀬戸内海沿いに走る通勤列車の窓の外に目をやりながら、「海が見えるため、遠距離通勤でも退屈はしない」と言われたことがある。海軍兵学校のご出身で、かつて海上保安大学校教官でもあられた先生の海への愛を示す言葉であろう。

また、先生は、ご自身のことを「僕」と言われることが多かった。この言葉は、変わらぬ先生の若さを示すものであろう。先生、どうか、いつまでも、お若い「僕」でいらしてください。先生がご退職されてから、わたしの通勤は寂しくなりました。