

[研究ノート]

性別の変更と国際私法

大村芳昭

1. はじめに
2. 日本の行政上の取扱い
3. 性別の判断基準と適用法規
4. 性別変更の設例
5. 公法か私法か
6. 跛行的法律関係の回避
7. 外国人住民票の記載
8. 「縁故者」の使い方
9. おわりに

1. はじめに

住民基本台帳事務処理要領において、中長期滞在者等の住民票上の氏名、性別等は「交付された在留カード等の記載と一致しなければならない」とされており、住民基本台帳法第30条の50により、出入国在留管理庁長官は、外国人住民について、氏名、生年月日、性別等に変更があった場合には住所地市区町村に対し通知を行うこととされている（総務省自治行政局住民制度課外国人住民基本台帳室長から各都道府県住民基本台帳担当課長宛、総行外第3号・令和元年5月30日「性別の変更に係る住民基本台帳法第30条の50に基づく通知等の取扱いについて（通知）」）。

従来、人の法律上の性別は生まれながらにほぼ固定的であって、人為的な性別の変更が問題になることもなかったため、上のような考え方でも特段の不都合が生じることはほぼなかったと言えよう。

しかし現在では、一部の国々において、法律上の性別の変更を認める制度が実施されており、しかも、その要件は国によって異なっている。例えば、日本では法律上の性別の変更の要件として、一定の外科手術が求められているが、外国ではそのようなことが求められない立法例も見られるようである。となれば、ある国（たとえば本国）で認められた法律上の性別の変更が、他の国（たとえば居住国）では法的効力を認められない、ということが現実的に生じ得ることになる。

ではそのような場合、その者の性別についてはどのように考えればよいのであろうか。上記のような「住民票と在留カードにおける性別記載の一致」を徹底できないこととなるのであろうか。

本稿は、人の法律上の性別の確定を抵触法上どのように考えればよいのか、という点について、筆者の現時点でのささやかな考えを披露しようとするものである。

2. 日本の行政上の取扱い

出入国在留管理庁在留管理支援部在留管理課長から地方出入国在留管理局局長および地方出入国在留管理局支局長宛（空港支局を除く）「性別の変更に係る在留カード記載事項変更届出の取扱いについて（通知）」によれば、「当庁は、旅券と異なる記載を認めることとすると実務上の影響も大きいことから、原則として在留カードの性別の記載は旅券の記載と一致させる取扱いとしてい」る。ただし、「性別の変更に係る出入国在留管理庁通知が送信され、市区町村において対象となる外国人の婚姻状況等に鑑みて当該外国人の性別の記載について疑義がある場合には、出入国在留管理庁に対して文書により照会を行」い、「照会を受けた出入国在留管理庁におい

では、当該外国人に係る性別変更の効果が我が国における実体法上も生じているかについて法務省民事局に照会を行い、民事局からの回答内容を市区町村長に文書により回答する」、そして「この場合において、我が国において性別変更の効果が生じていないことが判明したときは、出入国在留管理庁は地方出入国在留管理官署を通じて、当該外国人の在留カードの裏面に「性別は旅券に基づき記載」と記載する」ものとしている。

上記の扱いによれば、まず外国旅券上の性別については、当該外国法における性別の判断基準にのっとって決められているものと考えられる。他方、在留カードは日本法に基づく制度であるが、そこに記載される性別が当該外国の旅券上の性別と異なることとすると「実務上の影響も大きい」として、原則として在留カードの性別の記載は旅券の記載と一致させる取扱いとしている。つまり、日本法上の性別表記をあえて外国法上のそれにあわせているのである。

ただ、外国法上の性別変更が日本において実体法上の効力を生じない場合を見越して、その場合には在留カードの裏面に「性別は旅券に基づき記載」と記載することとしている。これは、旅券の記載を在留カードに反映させつつ、外国法上の性別確定基準が日本法と異なる場合に誤解を招かないよう配慮しているものと言えよう。

3. 性別の判断基準と適用法規

そもそも性別は、公法・私法を問わず、幅広い法分野において人の属性として大きな意味を有している。よって、その判断基準をどのように考えるかは、重要な問題たり得る。

幅広い法分野にわたって問題になり得るという意味では性別とある意味で同様の状況にあるともいえる氏名については、これを公法上の問題と考える立場と、私法上の側面をより重視する立場がある（澤木敬郎「人の氏名に関する国際私法上の若干の問題」家裁月報32巻5号1頁、石黒一憲「人の

氏名と国際家族法」家裁月報37巻9号1頁など参照)が、性別についても、それと同じように、公法上の問題と考える立場と、私法上の側面をより重視する立場があり得るように思われる(溜池良夫著『国際私法講義 第3版』(有斐閣・2005年)536頁参照)。

前者の立場によるならば、性別とはその個人の属性の一部として国家による登録・公証の対象となるという意味で公法的規制の対象となるものであり、その規制を行う国家の法(公法)に基づいて決せられるべきものだという事になりそうである。そこでは、外国法の適用はあり得ず、各国がもっぱらそれぞれの自国法により性別を決することになる。ということは、ある一人の個人の性別が、例えば性別変更の要件が国ごとに違うことによって、ある国では女性、別の国では男性として認められる可能性も否定できないこととなる。

他方、後者の立場によるならば、性別はその個人の人格の一部として一定の法(属人法というかどうかは別にして)により規律され、他国も何らかの基準(本国法主義、常居所地法主義など)によりその法(外国法である可能性ももちろんある)を適用してその法を適用して、その個人の性別を認定することとなる。

4. 性別変更の設例

以上に述べたことをもとに、もう少し具体的な考察を進めるため、ここにひとつの設例を示す。

甲国籍の男性 A さんは、日本国籍の B さんと婚姻し(日本の国際私法により指定された準拠法上、実質的要件も形式的要件も問題なく満たすものとする)日本国内で長期間居住してきたが、自分の中の性別違和を解消するため、甲国に帰国して治療を続けるうち、性別変更を決意した。そこで甲国法に基づく男性から女性への性別変更を甲国内の裁判所に申し立て、承認された。なお、甲国法によれば性別変更のために外科的手術は不要とされ

ているため、Aさんも手術は受けていない。

その後しばらくたってAさんが日本に再来日し、ABが登録されている住民票（世帯主はAさん）について、自分の性別が男性から女性へ変更したことから、Aさんの「氏名」と「男女の別」の変更を申請したところ、市役所側から、Bさんの世帯主との続柄を「妻」から「縁故者」に変更することを提案された。Aさんは、Bさんとは離婚も死別もしていないのに「妻」の記載を変更しなければならないことが納得できておらず、市役所も法務省民事局に問い合わせているが、なかなか回答が戻ってこない。

5. 公法か私法か

まず、この問題を公法上の問題と考えるなら、甲国法上のAさんの性別はもっぱら甲国法により定められることに、日本法上のAさんの性別はもっぱら日本法により定められることとなる。甲国法上、性別変更に外科的手術を必要としないとすると、日本法に比べて性別変更のハードルはその部分については低いということになる。しかし、日本ではあくまで日本法上の要件を満たさなければ性別変更は認められないと考えるなら、Aさんは、甲国法上は女性、日本法上は男性ということになる。

他方、この問題を私法上の問題と考えると、そこには国際私法の適用可能性が出てくるが、日本の国際私法を適用する場合、人の性別は人格権の一部にかかわる重要な問題だと考えるなら、法の適用に関する通則法4条1項の類推適用、あるいは同法33条の適用により、Aさんの性別はAさんの本国法である甲国法により女性として認められるべきことになろう。ただし、そうやって甲国法を適用した結果が日本の公序に反する場合には、同法42条により甲国法の適用は排除され、Aさんは男性として扱われることになる。そして、外科的手術を要しないという、日本法よりも大幅に緩やかな要件を設定している甲国法により認められた性別変更は、従

来優勢と思われる考え方によれば、日本の公序に反し、日本では認められない可能性が高い。その場合、Aさんは日本では男性として扱われることになる。

6. 跛行的法律関係の回避

以上のような考え方による限り、この問題を公法上のものとして考えるか、私法上のものとして考えるかにかかわらず、甲国法と日本法とが性別変更について大きく考え方を異にする以上、Aさんの性別は甲国と日本とで異なる扱いを受けることになりそうである。

しかし、それでよいのだろうか。先に触れた氏名については、複数の氏名を使い分けるというやり方ができる場合もあろう。では、性別を使い分けるといったことが可能なのだろうか。性別に関する跛行的法律関係の発生について、我々はどのように向き合えばよいのだろうか。

ここで思考のカギとなりそうなのが、性別が個人の同一性識別の重要な基準となっている、という点である。性別を特定することによって初めて個人を特定できる、という前提に立つ限り、個人の性別は常に特定されていなければ個人の特定に支障を来すこととなる。従来のように、人の性別が生涯不変のものという建前がまがりなりにも成り立っていれば、この考えを押し通すことにもそれほど無理はないのかもしれない。しかし、法律上の性別の変更が一定数の国において認められるようになっている現在では、人の性別という属性は、法的評価、しかも国によって異なり得る相対的評価という側面をより強く持つようになりつつある。だとすれば、そもそも個人の識別基準として性別を用いること自体にもはや限界があるとすら言い得るのではなからうか。個人の識別基準から性別を除外することができれば、例えば婚姻の成立など、個別の法律関係ごとに性別を認定することも可能となるし、性別を私法上の問題として把握しやすくなるように思われる。

いささか極論ではあるが、逆にいえば、このくらいまで割り切らなければ、性別に関する跛行的法律関係の回避は成し遂げられないようにも思われる。

7. 外国人住民票の記載

上記4. の設例で、市役所側がBさんの世帯主との続柄を「妻」から「縁故者」に変更するよう提案したと述べたが、この点については、若干の文献に関連すると思われる記述がある。まず、「外国人住民について、世帯主との続柄を証する文書・・・の提出がなく、事実上の親族関係が認められる場合は、「縁故者」と記載される。」との説明が見られる（日本司法書士会連合会「外国人住民票」検討委員会〔編〕『「外国人住民票」その涉外民事事実上の課題と対応』（民事法研究会・2013年）5頁、住基処理要領第2-1-(2)-エ-(オ)参照）。他方、「世帯主との続柄について、同性婚が法的に認められている国の政府機関等が発行した文書により当該者に婚姻関係があることが確認できた場合、「夫」や「妻」と記載することはできませんので、「縁故者」と記載することが適当です。」との記述が複数の類書で見られる（市町村自治研究会編著『窓口業務のすすめ Q&A 外国人住民基本台帳事務』（日本加除出版株式会社・2018年）126頁、同様の記述として、同会編著『Q&A 外国人住民に係る住民基本台帳制度』（日本加除出版株式会社・2014年）52頁、同会編著『自治体担当者のための外国人住民基本台帳事務Q&A集』（日本加除出版株式会社・2016年）96頁）。

「事実上の親族関係」については措くとして、外国法上の（正式な）親族関係に限って言えば、これらの説明に共通するのは、外国法上の親族関係が（国際私法を含めた意味での）日本法上も承認されることを暗黙の前提として、あるいは、少なくとも、日本の（国際私法上の）公序に反しないかを問わずに、なされている点である。もし外国法上の親族関係を日本でも認めることが日本の公序に反するならば、それはそもそも住民票にも記

載すべきではないはずであり、「縁故者」という記載もその場合についていえば無用のものとなるはずである。他方、もし外国法上の親族関係が日本でも承認されるべきものだとするならば、それは日本でも正式なものとして住民票に記載すべきである。

8. 「縁故者」の使い方

ではその場合、「縁故者」という記載は適切といえるだろうか。それは、そもそも「夫」「妻」という概念をいかなるものとして理解するかによる。もし「夫＝男性」「妻＝女性」という前提で「夫」と「妻」を一对のものとして固定的にとらえ、妻のない夫（夫のない妻）はいないと考えるなら、同性婚の場合には「夫」「妻」の記載ができないことになるだろう。しかし、「夫」と「妻」を「夫＝男性たる配偶者」「妻＝女性たる配偶者」という意味だけを持つものとして考えれば、同性婚についても「夫」「妻」という記載をすることが可能になるはずである。

日本ではまだ同性婚は認められていないが、地方自治体（都道府県・市町村）レベルでは同性婚とある意味共通の側面を持つパートナーシップの条例等による制度化が進みつつあり、すでにパートナーシップ制度を有する自治体の人口の合計は全国の人口の4割程度になっている。性別を同じくする者どうしが家族関係を築くことへの社会的な受容は着実に進みつつある。そろそろ、「夫」や「妻」の用語法も、異性婚の束縛から解放してもよい時期が来ているのではなかろうか。

9. おわりに

本稿で行った検討は、現在の社会や法律の状況を前提としたものであるが、将来日本で同性婚が法的に承認されれば、状況は大きく変わるようになるだろう。世界的には同性婚の法的承認の流れが進行しつつあること、国内

でも多くの自治体でパートナーシップ制度化への流れが出てきていること、これらの動きの先には、遠からず同性婚への国としての姿勢が問われることであろう。

筆者としては、性別に関係なく家族関係を築く自由を尊重できるような社会の到来を望みたい。