

性同一性障害と医療保険

大 島 俊 之

はじめに

第1部 ドイツ法

第1章 シュトゥットガルト上級社会裁判所1981年11月27日判決

第2章 連邦社会裁判所1987年8月6日判決

第2部 スイス法

第1章 連邦保険裁判所1979年6月11日判決

H対スイス・グルットリ疾病金庫事件

第2章 連邦保険裁判所1988年6月6日判決

スプラ疾病金庫対X事件

第3章 連邦保険裁判所1988年9月16日判決

X対イントラス疾病金庫事件

第4章 連邦保険裁判所1994年6月7日判決

ヘルヴェティア疾病金庫対H事件

第5章 スイス法の要約

第3部 アメリカ法

第1章 ニューヨーク州の事例

第1節 デニーズ・R対ラヴィン事件

ニューヨーク州高位裁判所(控訴第2部)1975年3月3日判決

第1款 多数意見

第2款 反対意見

第2節 デニーズ・R対ラヴィン事件

ニューヨーク州上告裁判所1976年4月6日判決

- 第1款 多数意見
 - 第2款 反対意見
 - 第2章 ジョージア州の事例
 - 第1節 ラッシュュ対パーハム事件
連邦地方裁判所（アトランタ地区）1977年8月2日判決
 - 第2節 ラッシュュ対パーハム事件
連邦控訴裁判所（第5巡回区）1980年9月15日判決
 - 第3節 ラッシュュ対ジョンソン事件
連邦地方裁判所（アトランタ地区）1983年6月9日判決
 - 第3章 ミネソタ州の事例
 - ドー対社会福祉局事件
ミネソタ州最高裁1977年8月19日判決
 - 第4章 カリフォルニア州の事例
 - 第1節 GB対ラックナー事件
カリフォルニア州控訴裁判所1978年5月1日判決
 - 第1款 多数意見
 - 第2款 反対意見
 - 第2節 JD対ラックナー事件
カリフォルニア州控訴裁判所1978年5月1日判決
 - 第5章 アイオワ州の事例
 - 第1節 ピネケ対プライサー事件
連邦控訴裁判所（第8巡回区）1980年6月27日判決
 - 第2節 スミス対パーマー事件
連邦地方裁判所（アイオワ中央地区）1998年10月13日判決
 - 第6章 民間保険の事例
 - デヴィッドソン対アエトナ生命損害保険会社事件
ニューヨーク州高位裁判所1979年8月9日判決
 - 第7章 アメリカ判例の要約
- 第4部 イギリス法
- 第1章 A他の申立による女王対北西ランカシャー保健局事件
高等法院女王座部1998年12月21日判決
 - 第2章 北西ランカシャー保健局対A他事件
控訴院1999年7月29日判決

性同一性障害と医療保険

第1節 オールド裁判官の意見

第2節 バクスター裁判官の意見

第3節 メイ裁判官の意見

おわりに

はじめに

性再指定手術の費用は高額であるが、現在のわが国においては、性再指定手術は保険の適用を受けていない。このため、實際上、多くのトランスセクシュアルは、性再指定手術を受ける機会を奪われている。このような現実には、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」という憲法25条1項の規定に違反していると考えられる。

筆者は、民法を専攻する者であり、医療保険あるいは社会保障については、全くの門外漢である。そこで、専門の方々に資料を提供するために、本稿では、外国の状況、特に、ドイツ、スイス、アメリカおよびイギリスの判例について紹介することにする。

なお、本稿では、sex reassignment surgery を「性再指定手術」と訳し、gender reassignment surgery を「性別再指定手術」と訳し、sex change surgery を「性転換手術」と訳している。ドイツ語・フランス語の場合についても、これに準じて訳した。

本題に入る前に、ヨーロッパ人権裁判所の判決および同裁判所に提出された「リバティエー」の意見書によって、ヨーロッパ各国における保険による性再指定手術の費用の負担について概観しておこう（大島俊之「性同一性障害とヨーロッパ人権裁判所」神戸学院法学29巻3号を参照）。

1 ベルギー

〔性再指定手術の〕費用の一部は、ヨーロッパ共同体事務局の医療保険によって負担された」（ヨーロッパ人権裁判所1980年11月6日判決

〔ファン・オステルヴェイク対ベルギー事件〕11節)。当事者ファン・オステルヴェイクは、ヨーロッパ共同体事務局に勤務する職員であった。

「ベルギーにおいては、性別再指定手術を行うことは合法的である。性同一性障害について、精神療法、ホルモン療法および手術を受けることができる。満18歳未満の未成年者は、精神療法を受けることができるが、ホルモン療法および手術療法を受けることはできない。ベルギーにおいては、性同一性障害に関する全ての治療は、国家によって負担される。」(リバティー意見書4.5節)

2 デンマーク

「性別再指定手術の許可は、医師の意見を聞いた後に、司法省によって与えられる。性別再指定手術は、年間35例に許可される。実際には、年間、15人から20人が申請をしている。多くの希望者は、デンマーク外で性別再指定手術を受けている。」(リバティー意見書8.9節)

「未成年者は、性同一性障害の治療を受けることができるが、ホルモン療法および手術療法を受けることはできない。国家は、未成年者による性同一性障害の精神療法について資金援助をする。」(リバティー意見書8.10節)

3 フィンランド

「フィンランドにおいては、性別再指定手術は合法的に行われている。そして、精神療法、ホルモン療法および手術療法にアクセスすることができ、その費用は国家によって負担される。」(リバティー意見書10.3節)

4 フランス

「トランスセクシュアルが望む性的な特徴を与えるためのホルモン療法および外科手術を行うためには、何らの法的な手続または許可を必要

性同一性障害と医療保険

とはしない。」

「かつては、外科手術は外国で行われていたが、1979年以降は、医学上の規制の下で、フランス国内において行われている。フランス医師会の審議会は、外科手術に反対していない。また、国民保険 (la sécurité sociale) は、外科手術の費用の一部を負担している。」(ヨーロッパ人権裁判所1992年3月25日判決〔B対フランス事件〕18節)

「フランスにおいては、性同一性障害の治療の費用は償還される。しかし、非常に長いウエイティング・リストがある。これは、トランスセクシュアルの治療が特定のチームによって独占されている結果であると言われている。これらのチームは、誰がトランスセクシュアルであり、誰がトランスセクシュアルでないのか、また、誰が国民健康保険から費用を交付されて手術を受けることができるか否かを決定している。許可される者はごく僅かであり、フランス国内において手術を受けるフランスのトランスセクシュアルはごく僅かである。」(リバティー意見書11.3節)

5 アイルランド

「アイルランドにおいては、性再指定手術は実行されていない。」(リバティー意見書16.1節)

「アイルランドにおいては、性再指定手術は合法的であるが、適切な施設がないため、患者は連合王国に送られている。ただし、性同一性障害のための精神療法およびホルモン療法は、アイルランド国内で行われている。」(リバティー意見書16.2節)

「医療サービスについては、給付を受けることができる。」(リバティー意見書16.3節)

6 ルクセンブルグ

「国家は、手術について費用を負担していない。」(リバティー意見書

21.5節)

7 オランダ

「オランダにおいては、性別再指定手術は、社会健康保険によってカバーされており、電気脱毛についても、7,500ギルダまでは保険によってカバーされる。」(リバティー意見書25.3節)

8 ノルウェー

「ノルウェーにおいては、満18歳以上の者は、性同一性障害のために精神療法、ホルモン療法および手術療法にアクセスすることができ、その費用は国家によって負担される。」(リバティー意見書26.3節)

9 スペイン

「スペインにおいては、性同一性障害のために精神療法、ホルモン療法および手術療法にアクセスすることができるが、その費用は無料ではない。つまり、償還されないのである。」(リバティー意見書34.5節)

10 スウェーデン

「スウェーデンにおいては、性同一性障害のために精神療法、ホルモン療法および手術療法にアクセスすることができる。その費用は、国家によって負担される。」(リバティー意見書35.4節)

11 イギリス

「連合王国においては、性別再指定手術は、なんらの法的な手続を要することなく、許されている。手術および治療の費用は、国民保健サービス (National Health Service) によってカバーされている。」

(ヨーロッパ人権裁判所1990年9月27日判決〔コシー対連合王国事件〕15節)

第1部 ドイツ法

ドイツの医療保険は、1924年12月15日のライヒ保険法（Reichsversicherungsordnung）によって規律されている。山田晟『ドイツ法律用語辞典』（大学書林）により、ドイツの医療保険の概要を紹介する。

疾病保険金庫（Krankenkasse）には、次の4種類がある（ライヒ保険法225条）。一定収入以下の者は、社会保険の1つである疾病保険に加入する義務を負っている。

地区疾病保険金庫（Ortskrankenkasse）

地方疾病保険金庫（Landkrankenkasse）

経営体疾病保険金庫（Betriebskrankenkasse）

同業者疾病保険金庫（Innungskrankenkasse）

任意疾病金庫（Ersatzkasse）＝任意疾病保険金庫（Ersatzkrankenkasse）
疾病保険に任意に加入したときは、義務として加入した保険の保険者は、疾病保険の保険者ではなくなり、任意疾病保険金庫が保険者となる。使用者の分担する保険料は、任意疾病保険金庫に支払わなければならない。任意疾病保険金庫は、公法上の自治団体である。

第1章 シュトゥットガルト上級社会裁判所1981年11月27日判決
(NJW 1982, 718)

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアルである。本件においては、性再指定手術の準備としてホルモン療法の費用を疾病金庫が負担すべきか否かが問題であった。本決定は、ホルモン療法の費用は、疾病保険金庫が負担すべきものとした。（以上、大島）

〔事 実〕

両当事者は、被告が、性転換の手段としての薬剤の費用を負担すべき

か否かについて争っている。原告は、1950年に男児として出生した。しかし、後に、自分は女性に属すると感じるようになり、1979年に種々の手術を受け、自己の性を転換した。その後、出生登録簿において、原告は男性ではなく、女性であると表記されている。そして、原告は女性名を獲得している。1978年に、当時女子学生であった原告は、強制保険に加入していた。ある医師から、Pホルモン剤を処方された。被告は、その費用を負担することを拒否した。

〔主 文〕

当社会裁判所は、被告に給付を命じる。本件控訴を棄却する。

〔理 由〕

被告は、方式および期間の点で正当であり有効な控訴（社会裁判所法150条1号）をしている。しかし、控訴には理由がない。社会裁判所が被告の決定を取り消し、性転換手術の準備として処方された薬剤の費用を負担すべきことを命じたことは適法である。

訴訟の客体は、1978年10月27日の被告の決定、および再申請に関する1978年12月20日の決定である。被告は、これらの決定によって、性転換手術の準備として処方された薬剤Pの費用を負担することを拒絶した。この決定は、性転換のために必要な手術およびそれに関連する入院について、現物給付をするのか、それとも費用を負担するのかについては決定していない。薬剤Pの費用を負担しないことだけを決定したものである。しかし、これは、全体の関係から切り離して決定することができない。性転換手術の準備のために処方されたのか、または1978年11月10日に被告に通知されたトランスセクシュアリズムの診断のために処方されたのか。トランスセクシュアリズムのためには、長期にわたる観察期間が必要であり、その間にホルモン療法が実施される。トランスセクシュアルに対して性転換手術を行うという疾病保険法上の決定は、被告によ

性同一性障害と医療保険

る薬剤Pの費用の負担についても意味がある。

原告は、問題の時期、女子学生として、被告である任意疾病保険金庫に加入していた（ライヒ保険法165条1項5号）。被告金庫は、保険者として、ライヒ保険法507条1項の規定により、疾病保険金庫（Krankenkasse）の現物給付に関して負担すべき義務を負う。これには、病人救済（Krankenhilfe）、薬剤（Arzneimittel）および治療剤（Heilmittel）が含まれる（ライヒ保険法507条4項参照）。ただし、ライヒ保険法368p条による連邦医療疾病金庫委員会のガイドラインによって制限されている場合は、この限りでない（ライヒ保険法182条1項1号b）。被告の保険約款においては、1978年11月15日に新たに制定された薬剤に関するガイドライン（連邦公報30/78の付録）を制限する旨は定められていない。したがって、ガイドラインが適用される。そこで、薬剤Pがライヒ保険法182条1項1号bの意味における薬剤であるか否かが問題となる。本件の場合には、これは肯定される。

薬剤Pは、薬事法の意味における薬剤である。薬剤の流通に関する法律の21条5号および1976年8月24日の薬事法の改正に関する法律の1条の規定によれば、身体に使用することによって身体の機能あるいは精神に影響を与えることを目的とする物質および物質の調合された物が薬剤である。薬剤は、薬事法2条3項3号によれば、食品および必需品法4条の意味における化粧品ではない。したがって、薬剤Pは、化粧品ではない。食品、タバコ、化粧品および類似品の流通に関する法律の4条1項＝食品、タバコ、化粧品および類似品の流通に関する法律の統一に関する法律1条＝1974年8月15日の食品法改正法（BGBlI, 1974）によれば、人間の外部あるいは口腔内において使用することによって、清潔、手入れ、顔面の印象あるいは身体の臭いに影響を与えることを目的とする物質および物質の調合された物が化粧品である。ただし、主として、病気、苦悩、身体の傷害または疾病による痛みを軽減または除去することを目的とする物質を除く。ある物質が、使用および効果の点で、化粧

品に分類することができる場合であっても、ある種の要件の下では（疾病、苦悩、身体の傷害または疾病による苦痛の軽減もしくは除去）、化粧品に分類すべきではなく、薬剤に分類される。食料品および必需品法4条3項の規定によれば、身体の機能に影響を与えることを目的とするある物質または物質の調合された物は、化粧品に分類すべきものではない。したがって、女性的な身体形態を発展させるP剤は、薬剤に分類されるべきである。

原告にとっては、P剤は、診断または疾病のために使用されており、疾病保険の意味における疾病のために使用されている。連邦社会裁判所の判例によれば、疾病とは、身体的または精神的な異常であり、治療が必要な場合、あるいは労働が不可能になる場合をいう（*BSGE* 35, 10[12] = *NJW* 1973, 582 m. w. Nachw.）。連邦社会裁判所のこの決定によれば、健康な人間の像から乖離している場合には、身体的な異常または精神的な異常が存在することになる。被保険者が身体的に健康な人間の像から乖離している場合、精神的に健康な人間の像から乖離している場合だけでなく、精神と身体の関係が、健康な人間における精神と身体の関係から乖離している場合にも、疾病が存在する。この意味において、トランスセクシュアリズムは疾病である（vgl. auch *SG Hildesheim*, in: *Breithaupt* 1980, 636; für das Schweizer Recht: *Eidgenössisches Versicherungsgericht*, in *Entscheidungen des SchweizBG einschließlich Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts - Amtl. Slg. - 105. Bd. - V. Teil; SozialversicherungsR - S. 180, 182/183; in medizinischer Hinsicht; Nevinny = Stichel-Hammerstein*, *NJW* 1967 663 ff. und *Spengler*, *NJW* 1978, 1192f.）。

現代の知見によれば、トランスセクシュアルにおいては、身体的な性とは異なる性に属するという確固とした精神的なアイデンティティーが存在する。トランスセクシュアルは、間性（半陰陽）つまり身体的な間性と同一視してはならない。間性者は、両性の双方に属するのである

(so das *BVerG*, *BVerfGE* 49, 286[287]=NJW 1979, 595)。「トランスセクシュアルは、トランスヴェスタイトとは異なり、異性の服装をすることで満足しない。トランスセクシュアルは、完全に異性に属すると確信している。自分の性器および性徴は、自分の信じている性に合致していないと感じており、自然の誤りであると感じている。この点で、ホモセクシュアル、トランスヴェスタイトあるいはフェティシストとは異なる。そのため、トランスセクシュアルは、あらゆる手段を使って、この誤りを矯正しようとする。つまり、完全な性転換を実現しようとするのである。他の手段で自分の望みが実現できない場合には、危険極まりなく、苦痛に満ちた自己断種さえ行おうとするのである (so *Nevinny* = *Stichel-Hammerstein*, NJW 1967, 665, zit. auch vom *BVerG*, NJW 1979, 595)。このように精神の性と身体の性（性器および性徴）との間に乖離が存在すること自体が、健康な人間の像と乖離している。健康な人間においては、精神の性と身体の性とが乖離せずに調和している。

原告は、以上の意味におけるトランスセクシュアルである。そのことは、A教授の鑑定書でも確認されている。原告は、男児としてこの世に生まれた。しかし、後には、自分自身は女性に属すると感じるようになった。上記の鑑定書が示しているように、原告には治療が必要である。原告は、性転換の強い願望を持っている。性転換手術を遅らせた場合には、自傷行為あるいは自殺に至る危険性がある。

Pホルモン剤で原告を治療することは、疾病の軽減または除去を目的とするものである。それは、女性的な身体形態を作り出すことを目的としている。つまり、生まれ落ちた身体の性の特徴を消し、または弱めることを目的としている。したがって、薬剤が性転換手術の一環として処方されたのか、その準備のために処方されたのか、あるいはトランスセクシュアリズムという疾病の診断のために処方されたかということは重要な意味を持たない。薬剤による治療は、必要性の基準を越えるものではない (vgl. §182 II Halbs. 2 RVO)。それは、不必要なものでもなく、

不経済なものでもない (vgl. §368e S. 2 RVO)。上記の Nevinny=Stickel-Hammerstein の論文および Spengler の論文が示しているように、また、本件においてA教授の鑑定書によって確認されているように、この疾病の場合には身体を精神の性に調和させることが必要なのである。精神を身体に合致させようとするその他の治療の試み、例えば、精神療法、薬物療法、ショック療法、催眠療法あるいはホルモン療法（男性ホルモンによる）は、これまでのところ、全く効果がない。したがって、原告のようなトランスセクシュアルの場合には、性転換が唯一の可能な治療方法なのである。

給付義務を負わないという被告の反論には説得力がない。トランスセクシュアリズムは治療することができないという主張は、ある程度妥当である。しかし、他に治療方法がない以上、その症状の緩和のための手段を、疾病保険の給付範囲から排除することはできない。さらに被告は、次のような主張をした。女性の体型を作り出すことを目的とする薬剤は、治療剤ではない。また、性転換手術は、治療行為ではない。なぜなら、健全な組織を傷つけ、完全な女性にすることはできないからである。したがって、ホルモン療法は単独でも、性転換手術の準備としてであっても、疾病としてのトランスセクシュアリズムに対する適切な治療方法とみなすことはできない。しかし、トランスセクシュアリズムは疾病と考えるべきである。なぜなら、精神の性と身体の性との間の乖離について、被保険者はいかんともしえない。また、治療が形式上重大な侵害をもたらすという反論は、説得的でない。これまで、精神を身体に調和させる治療方法は成功しなかった。したがって、身体を精神に調和させるしかない。たしかに、この方法は完全なものではない。なぜなら、女性としての生殖能力を与えることができないからである。しかし、症状を緩和させる範囲で、治療ということができる。身体的に健全な組織を傷つけるのは、より一層重大な危険、つまり自殺あるいは自傷行為を阻止するためであり、給付の範囲内とすべきである。疾病の発生を直接的に阻止

性同一性障害と医療保険

する場合だけでなく、それを抑制する場合にも、疾病の治療である (vgl. hierzu *SG Hildesheim*, in: Breithaupt 1980, 636[637] und auch das Urteil des erkennenden *Senats* vom 29.9.1978 -L 4 Kr 366- この事例は、顔面に大きな火傷の痕がある子の精神的な傷を回避するために、手術によってそれを除去したものである)。健全な組織を傷つけるといふ点については、他の種類の重大な害を治療または阻止するために行う場合には、理由のあることである。このことは、性転換の場合にも妥当する。したがって、被告は給付を拒絶することができない。ホルモン療法 (男性トランスセクシュアルに対する女性ホルモンの投与) および性転換手術は、上記の文献およびA教授の鑑定書によれば、有効な治療方法である。そして、診断および治療は、適切に行われている。被保険者の深刻な危険を回避するためである。したがって、その購入をすべきである。トランスセクシュアルを長期間待たせることはできない。他の治療の途中であっても、危険がある。被告は、ホルモン療法、手術療法、社会的・法的変更は同時に行うべきであると主張しているが、疾病保険の負担者として、医学的な領域において、負担を拒否することはできない。法的な適応問題については、立法者は、特定の場合における名の変更および性の確認に関する1980年9月10日の法律 (トランスセクシュアル法, BGBl I, 1654) を制定している。これは、連邦憲法裁判所の決定 (*BVerfGE* 49, 286=NJW 1979, 595) に続くものである。

本件では、費用の償還請求がなされているからといって、被告は給付義務を免れない。被告は保険者として、原則として、現物給付を請求すべきである。したがって、原則的には、費用償還の義務を負わない (*BSGE* 42, 117[120])。しかし、本件の場合には、例外的に、給付義務を負うべきである。なぜなら、原告は、適切な時期に被告に薬剤の請求をしたが、被告は、現物給付をしなかった。後になってそのことを主張するのは違法である。したがって、被告は、費用償還義務を負う。

第2章 連邦社会裁判所1987年8月6日判決
(NJW 1988, 1550)

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアルである。本件では、任意疾病保険金庫が性再指定手術の費用を負担すべきか否かが問題となった。本判決は、任意疾病保険金庫は性再指定手術の費用を負担すべきものとした。(以上、大島)

〔事 実〕

A 両当事者の間には、被告である任意疾病保険金庫 (Ersatzkasse) が、原告に対して、いわゆる性転換手術 (geschlechtsumwandelunden Operation) の費用を支払うべきか否かについて、争いがある。原告は、被告金庫に保険加入している。原告は、男性であったが、1982年2月・3月に手術を受け、それによって男性としての性徴を除去し、女性の性徴を与えられた。被告金庫は、〔手術〕費用の負担請求を拒絶した。被告金庫は、その理由として次のように主張した。手術の前には、何ら身体的な異常はなかった。治療を要するような異常、軽減すべきような異常、あるいは悪化を阻止すべきような異常はなかったのである。

社会裁判所は、請求を認容した。州社会裁判所は、被告の控訴を棄却した。

〔主 文〕

本件上告を棄却する。

〔理 由〕

II ……原告は、給付について請求権を有する。原告の当時の精神状態は、ライヒ保険法 (RVO) 182条2項および184条1項の意味における治療を要する疾病 (Krankheit) に該当する。州社会裁判所は、疾病

性同一性障害と医療保険

の法的な概念について誤った解釈をしていない。被告がトランスセクシュアリズムとみられる状態にあったか否かを確認しただけで十分である。この症候は、身体的には男性に属するが、魂は他の性に属しているという内面的な葛藤である。そのような兆候が明白な場合には、上記の規定の意味における疾病であると理解すべきである。州社会裁判所は、これを肯定しており、法律に違反していない。疾病とは、健康な人間の像から乖離した身体的・精神的な状態ということが出来る (*BSGE* 35, 10[12] = *NJW* 1973, 582; *BSGE* 39, 167[168] = *NJW* 1975, 2267; *jeweils m. w. Nachw.*)。苦悩が、上記の規定の意味における疾病とすることができる場合がある。本件の場合には、これに該当する。州社会裁判所が批判の余地なく理解しているように、トランスセクシュアリズムの症状は、性に関する自己認識の破綻である。確かに異常である。しかし、疾病とみなすのが自然である。したがって、州社会裁判所が、本件の場合にトランスセクシュアリズムを疾病と認めているのは正当である。

州社会裁判所は、原告は（上記のトランスセクシュアリズムの苦悩から）困難な状態にある、とした。手術の前には、極めて高度な自殺の危険があった。……控訴審裁判所は、原告の具体的な状態は疾病の概念に含まれるとしており、（法的な）疾病の概念を誤解してはいない。被告も、このことを否定はしていない。被告の上告理由は、適切に考察すれば、州社会裁判所が、原告の状態をライヒ保険法182条および184条の規定の意味における疾病であると認めた点にあるのではない。実施された手術が法的に給付の対象とはならないという点にある。しかし、法規範に違反はしていない。

疾病給付請求権は、以下のことを前提とする。診断、治療、緩和、悪化の予防をすることができる疾病が存在すること（治療の必要性。vgl. *BSGE* 59, 116[117]）。州社会裁判所は、原告にとっては、性を適応させる手術が、苦悩を緩和するための唯一の手段であり、あらゆる精神療法、心理療法は効果がない、としている。被告も、このような事実認定

を攻撃してはいない。したがって、上告審裁判所を拘束する。事実審裁判所の裁判官の過失は、(問題の手術の治療の必要性を認めた点において)存在しない。州社会裁判所は、問題の手術は、治癒を期待させるものではなくても、それによる苦悩の緩和は請求権を根拠づけるに十分である、としている。上告審裁判所においては、基本的に、証拠の再検討はしないが、問題の手段による苦悩の軽減は、おそらく確かである。本件の疾病の場合に、精神科あるいは心理学的な治療が先行しているが、治療の必要性という概念と、治療の合目的性の概念を間違ってはならない。それらの治療はすべて効果がない。被告も、そのことについて争ってはいない。性を適応させる身体的な手術による苦悩の軽減は、可能であり、実際上効果があると考えることができる。被告は、手続法的に見て、証拠の評価を批判していない。

第2部 スイス法

判決が使用している略語についてドイツ語とフランス語の対応関係を紹介しておこう。

独語	仏語
BGE = ATF	連邦裁判所判例集 (第5部は、社会保険法分野)
BSV = OFAS	連邦社会保険事務所
EDI = DFI	連邦内務省
KUVG = LAMA	連邦疾病傷害保険法

第1章 連邦保険裁判所1979年6月11日判決 (ドイツ語) H対スイス・グルットリ疾病金庫事件 (BGE 105 V 180)

本件の当事者は、MT Fトランスセクシュアルである。本判決は、トランスセクシュアリズムは疾病ではあるが、性再指定手術は保険給付の

性同一性障害と医療保険

対象外であるとした。その理由は、連邦内務省が、専門委員会の決定（1976年5月13日）に基づいて、性再指定手術は保険給付の対象外であると決定した（1976年11月24日）ことを尊重したためである。（以上、大島）

〔事 実〕

A 被保険者は、1941年に男児として出生し、身分登録簿にもそのように登録された。性的には男性に属するが、成長するにつれて段々と女性であると感じてきたが、婚姻した。しかし、婚姻は破綻し、離婚した。1974年から1975年に掛けて、チューリッヒ州の大学病院の精神科外来で診察を受け、トランスセクシュアリズム（Transsexualismus）と診断された。その後、チューリッヒ州の大学病院の婦人科でホルモン療法を受け、1976年2月10日にベルンの大学病院の泌尿器科で、性転換手術を受けた。O裁判所は、1976年4月29日の裁判によって、身分登録を変更し、また名をCに変更することを許可した。被保険者は、1975年10月に、スイス・グルットリ疾病金庫に対して、上記の性転換手術の費用を負担するように申請していた。同金庫は、連邦社会保険事務所（Bundesamt für Sozialversicherung）に対して、給付義務の問題を提起した。同事務所は、疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会（Eidgenössische Fachkommission für allgemeine Leistung der Krankversicherung）に問題を委ねた。同委員会は、1976年5月13日に会議を開き、性転換手術については疾病金庫は給付義務を負わないという決定をした。連邦内務省（Eidgenössische Departement des Innern）は、1976年11月24日に、この見解を採用した。これに対して、被保険者は、訴訟代理人を介して、連邦評議会（Bundesrat）に対して、行政訴訟を提起したが、連邦内務省の決定について連邦裁判所に対する抗告手続は断念した。スイス・グルットリは、1977年1月4日の決定によって、連邦内務省の決定を引用して、性転換手術費用の負担を拒絶した。

B 行政訴訟において、被保険者は、金庫の決定の破棄を求め、手術費用の給付義務を認めるように求めた。被保険者は、訴訟代理人を介して、医学的な介入については、医学的な基準を無条件に適用すべきであって、専門委員会の決定および連邦内務省の決定を適用すべきではない、と主張した。連邦内務省の決定は、単なる行政的な指示でしかなく、社会保険裁判所を拘束するものではない、と主張した。

ベルン州保険裁判所は、1978年1月19日の判決において、金庫に給付義務はないとして、請求を棄却した。その理由は次のとおりである。トランスセクシュアリズムは法的な意味における疾病ではない。身体を変更させる本件の手術は、既存の身体的な不具合の治療を目的とするものと見ることはできない。

C 被保険者CHは、本件の行政訴訟において、その主張を繰り返している。つまり、次のように主張したのである。連邦内務省の1976年11月24日の決定には、下部機関を拘束する力はない。長期間にわたる精神科治療を行った点から見て明らかのように、疾病としての性質を否定することはできない。治療の目的性を判断するのは、外科医であって、裁判官ではない。第1次的な効果が存在することで十分である。これに対して、金庫および連邦社会保険事務所は、本件行政訴訟の却下を求めた。

連邦社会保険事務所の見解によれば、法的な構造において、連邦内務省の決定を否定する権能はない。実際的な見地からしても、疾病者には、疾病の概念を云々する権利はない。しかも、問題の手術は、身体の完全性に対する重大な介入であり、長期的な治療効果に関しては議論がある。

〔理由〕

1 1976年2月10日に実施された手術および付随的な治療の費用について、疾病金庫の給付が問題となっている。原審の見解によれば、疾病金庫に対する給付請求権はない、とのことである。なぜなら、議論の余地ある手術を受けた疾病者は、いわゆるトランスセクシュアルであり、

性同一性障害と医療保険

法的な意味における疾病ではないからである。

a) 連邦疾病傷害保険法 (KUVG) は、疾病の概念について定義することなく、この語を使用している。また、第3連邦疾病傷害保険令14条1項も、「疾病の場合に」義務的な給付が保障されると規定しているだけである。

多種多様な疾病の症状および経過から、法的には疾病の狭い定義が導き出される (BGE 101 V 71)。すなわち、病理学的な経過によって生じた異常が存在する場合にのみ、法的な意味における疾病ということができるのである (BGE 101 V 71, EVGE 1968, S. 235)。連邦保険裁判所は、社会的な疾病傷害保険は完全無欠な給付を保障すべきであるという努力をしており、最近の実務において、次のような事故および疾病の概念を採用している。すなわち、疾病とは、身体的および精神的な健康性の侵害であり、事故の直接的な結果に限定されない (BGE 102 V 132 f. mit Hinweisen)。

b) トランスセクシュアリズムとは、(手術によってでも) 他の性に変わりたいという強迫観念をいうと定義される (UWE HERIK PETERS, Wörterbuch der Psychiatrie und medizinischen Psychologie, 2. Aufl., S. 532)。このような基本的な性質は、1976年9月3日の非公表の判決において引用されている精神科医K博士の鑑定意見が述べているように、神経的な異常、あるいは重大な疾病、例えば精神病によって生じる異常であるかもしれない。上告人の精神的な葛藤を否定することは容易ではない。このことは、1974年以来、精神療法が必要であったことによっても確認される。原審の見解とは異なり、本件においては、トランスセクシュアルの本質が存在しており、議論の余地のある概念ではあるが、疾病と認めることができよう。したがって、金庫は、原則として義務を負う。苦悩している者の治療に関しては、制定法上、給付義務を負うからである。

2 a) 連邦疾病傷害保険法12条2項の規定によれば、金庫は、外来

の治療（1号）、精神病院への入院費用（2号）、および学問的に認められた精神療法について義務を負う。同条5項は、連邦評議会に対して、連邦専門委員会の意見を徴した後に（第3連邦疾病傷害保険令26条）、一定の要件の下で、追加的な給付を行う権限を認めている。第3連邦疾病傷害保険令21条1項の規定によれば、法的に給付義務を負う医療行為には、学問的に認められた診断および治療のための医療手段が含まれる。学問的に議論の余地のある手段に関する場合には、それが給付義務の範囲内であるか否かについては、連邦評議会は、その決定を連邦内務省に委任する（第2文）。

疾病金庫の給付義務に関する連邦専門委員会の1976年5月13日の決定を尊重して、連邦内務省は、1976年11月24日に、性転換手術については連邦によって認められた疾病金庫は給付義務を負わない、と決定している（vgl. RSKV 1976, S. 217 f.）。この決定が、本件の問題について判断する社会保険裁判所裁判官を拘束するか否かが問題となる。

b) 上告人は、内務省の決定に拘束力のないことは下部機関に委任していること自体によって明確である、と主張した。しかし、この見解は妥当ではない。

連邦裁判所は、1977年4月18日の判決において、連邦内務省の告知は一般的・抽象的な規範つまり法規範であるのか、という問題について判断している。この判決によれば、法規範を制定する権能を下部機関に委任することは可能である。ただし、技術的な性質のものに限り、根本規範（つまり憲法上の規範）に関するものについては、委任することができない（BGE 101 Ib 74 f. mit Hinweisen; 105 V 23）。このような視点からすれば、連邦評議会が、第3連邦疾病傷害保険令21条1項によって、給付義務を負担する疾患を列挙する権限を連邦内務省に委任している場合については、異論を挟む余地はない。

c) 連邦疾病傷害保険法12条5項に基づいて委任された給付義務に関する連邦内務省の決定は、法規範であり、他の法規範に反しない限りで、

性同一性障害と医療保険

裁判官を拘束する。そして、連邦内務省は、ある医療行為が学問的に認められたものであるか否かの判断を、専門委員会に諮問しなければならない。したがって、ある種の裁量の余地が認められている。社会保険裁判所裁判官は、その決定が法律に違反している場合に限り、その適用を拒絶することができる。例えば、学問的に認められた医療行為であるか否かに関する恣意的な決定がなされた場合がそれである (vgl. das in RSKV 1970 Nr. 59 veröffentlichte Urteil Agnolini vom 29. Dezember 1969)。

3 判例によれば、医療行為は、医学的な知識に合致するか否かによって判断される。すなわち、医学の研究者および実務家によって、広く認められているか否かによって判断されるのである。

ある治療方法に関する経験と効果が重要なのである (BVGE 1962, S. 116, unveröffentlichtes Urteil vom 26. April 1974 in Sachen Flückiger, vgl. auch BGE 102 V 76)。性転換手術による身体の変更は、精神的な苦悩の軽減のみを目的とするものである。しかし、長期的な効果に関しては、懐疑的な見解がある (vgl. z. B. BLEULER, Lehrbuch der Psychiatrie, 12. Aufl., S. 570)。連邦内務省は、連邦疾病傷害保険法12条5項に違反して、権限を委任しているのではないし、また、その権能を恣意的に行使しているのでもない。RSKV 1976, S. 217 f. に定められている理由に基づいて、性転換手術の費用が給付義務に含まれるのか否かについて判断しているに過ぎない。当連邦保険裁判所は、当該決定が法律に違反していると宣言することはできない。したがって、その適用を拒絶することはできない。

4 金庫が負担する制定法上の給付義務は、本件においては、法律の禁止する範囲を逸脱しているとは言えない。したがって、この観点からは、費用の償還を請求する権利はない (給付に関する規則6条1号b)。

〔主 文〕

以上の理由により、当連邦保険裁判所は、次の通り宣言する。
本件上告を棄却する。

第2章 連邦保険裁判所1988年6月6日判決（フランス語）
スプラ疾病金庫対X事件（ATF 114 V 153）

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアルである。本判決は、1979年判決を変更し、性再指定手術を保険給付の対象とした。ただし、元の性（男性）の性器を切除する費用に限定し、新しい性（女性）の性器の形成手術は、保険給付の対象外とした。（以上、大島）

〔事 実〕

A 1944年に生まれたXは、子どもの頃から、性同一性に混乱があり、異性装の傾向を示した。このような精神的な混乱にもかかわらず、学業を終えると、彼は婚姻した。そして、2人の子どもが生まれた。しかし、男性には属しておらず、他の性に属しているという彼の感覚は、強まって行った。そして、上記の人物は、多くの医師の診断を受けた。特に、1983年に大学病院の精神科の医長であるC医師の診察を受けた。同医師は、性同一性障害（*dysphorie de genre*）と診断した。これは、トランスセクシュアリズム（*transsexualisme*）とも呼ばれるものである。この診断を確かめるため、およびXの精神状態を安定させるために、ホルモン療法（*hormonothérapie*）を受けた。その結果、身体的な変化が起こった。その後、Xは、配偶者と離婚した。Xは、1984年11月19日に、形成外科の専門医であるM医師によって性転換手術（*opération de changement de sexe*）を受けた。この手術は、男性器を切除し、女性器に類似したものを形成する手術である。その後、Xは、身分証書の変更を申し立てて、1985年4月30日の判決によって、それが認められた。そして、身分証書には女性であると記載された。

スプラ疾病傷害保険金庫は、1985年3月28日の決定によって、Xに対

性同一性障害と医療保険

して、1984年11月19日の手術に関する費用を負担しない旨を通知した。その理由は、実務および判例によれば、外科手術によって性転換を獲得することは、原則として疾病金庫に給付義務を負わせるものではないということであった。

B 被保険者は、この決定を不服として、ヴォー州保険裁判所 (Tribunal des assurances) に訴え、種々の医学的な証拠を提出した。同保険裁判所は、1985年12月12日の判決において、Xの主張を認めた。スプラ金庫の決定を取り消し、Xの受けられる給付の範囲を定めるために、事件を金庫に差し戻した。保険裁判所の判決は要約すると次のようになる。性同一性障害は疾病であり、その治療費用については、原則として金庫は負担をすべきである。最近の医学および医療現場においては、実際に、外科的な手段で実施される性転換が推奨されている (幾つかの要件があるが、本件では、それらは満たされている)。疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会が1976年に採択し、1979年に連邦裁判所が認めた〔給付を〕否定するための要件は、もはや正当化することはできない。

C スプラ金庫は、この判決を不服として、上告し、判決を破棄することを求めた。Xは、本件上告の棄却を求めた。

連邦社会保険事務所 (OFAS - Office fédéral des assurances sociales) は、問題の手術費用を疾病金庫が負担した場合の問題点を指摘した。そして、保険給付一般に関する連邦委員会に再審査を求めた。本件を担当した裁判官は、1986年9月18日に、連邦社会保険事務所が上記の委員会から決定を受け取るまで、訴訟を中断することを決定した。

疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会は、1987年8月27日に会合を開いた。この連邦委員会から裁判所に通知された意見によれば、トランスセクシュアリズムの場合における性転換のための外科的な介入は、連邦疾病傷害保険法において給付を義務付けられるような性質のものではない、というものであった。委員会は、申請者が比較的稀であり、

当該医師と接触した後に、恩恵的な給付をするか否かを決定する権限は、当該疾病金庫に属するとした。

〔理由〕

1 〔略——大島が省略したのではなく、判例集の編者が省略している〕

2 a) 疾病金庫が給付義務を負うのは、法律によれば、原則として、被保険者が疾病に罹っている場合に限られる（第3連邦疾病傷害保険令14条1項）。疾病の状態および経過の多様性を考慮するとき、この法的な疾病の概念（医学的な疾病の概念と混同してはならない）を厳格に定義することは困難である。それでも疾病について語るとすれば、本件の場合、病理学的には何らのトラブルもない（ATF 113 V 43 *sonsid. 3 et les références*）。

b) 被保険者は、トランスセクシュアリズムに苦悩している（あるいは、苦悩していた）。これは、「正常に成長した人物が、自分は他の性に属しているという感覚を持っているということである。そして、自分自身が属していると考える性と調和した外見で生活するために、性的な状態、解剖学的な構造を変更したいという強迫的な観念を持っていることをいう」（GARNIER / DELAMARE, *Dictionnaire des termes techniques de médecine*, Paris, 20^e éd.）。執筆者達によれば、精神神経症であり、発生学的な解明に向けて研究がなされた。本件の場合には、トランスセクシュアリズムには深い原因があるように思われる。精神的、生物学的つまり発生学的な原因があるように思われる。トランスセクシュアリズムは、青年期から明らかになり、精神的な混乱はますます重くなって行き、医学的な治療が必要となった。したがって、現在、病理学的な現象であることには疑いがない。したがって、疾病とするのが妥当であろう。類似の判例においては、この点が問題になっている（ATF 105 V 183 *consid. 1b*——本稿第2部第1章で紹介した1979年6月11日判決）。

性同一性障害と医療保険

3 a) 連邦疾病傷害保険法12条2項の規定によれば、必要な医療行為に関して、保険給付をすべき義務を負う。医療行為 (traitement médical) とは、医師の行った治療を意味する。さらに、第3連邦疾病傷害保険令21条1項の規定によれば、科学的に認められ、医師が実施した診断および治療のための手段が含まれる。さらに、1986年1月1日以降においては、その手段は、その目的と経済性の観点から見て妥当なものでなければならない。この原則は、病院において実施された場合には、救急治療にも適用される (ATF 113 V 44 consid. 4b, 112 V 305 consid. 2b)。

判例によれば、治療方法は、医学に従って評価される。つまり、科学的に認められているか否かによって評価されるのである。研究者および実務家によって広く認められている場合には、決定的な要因は、経験および一定の治療方法の効果にあるのである (ATF 113 V 45 consid. 4d / aa, et les références citées)。ある手段の科学的な性質、診断上および治療上の価値、または経済的な性質について争いがある場合には、連邦内務省 (Département fédéral de l'intérieur) は、疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会 (Commission fédérale des prestations générales de l'assurance-maladie) の意見を徴した上で、当該手段について金庫が給付義務を負うか否かを判断する (連邦疾病傷害保険法12条5項、第3連邦疾病傷害保険令21条2項)。判例によれば、この専門委員会の意見は、原則として、裁判官を拘束しない。しかし、純粹に医学的な判断に関して、裁判官は、一般に、専門家が到達した結論を尊重している。そして、その意見が望ましくないと判断する場合を除き、その見解に従っている (ATF 113 V 46 consid. 4d /cc, 112 V 306 consid. 2c)。

b) 疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会は、1976年に初めて、性転換手術に関する費用を疾病金庫が負担すべきか否かという問題について検討した。その専門的な意見に基づき、連邦内務省は、原則として、

性転換に関する費用を疾病金庫の給付義務の範囲から排除した (RJAM 1976 p.223)。この決定を支持するために、次のように述べている。

「上記のように性器を変更することは、適切な意味において、身体的な疾患を除去するものではない。性転換を望んでいる当該被保険者は、多くの場合、性行為の能力を欠き、精神的に苦悩している。必要な精神療法は、医療保険の給付の範囲内であるが、失敗している。しかし、精神的な異常が存在するとしても、極めて高価な手術費用を疾病保険で負担しなければならないという理由はない。この手術は、實際上、メスによる精神療法である。また、真の性転換でもない。外性器の外的な変容に過ぎない。したがって、手術の長期にわたる効果については疑問の余地がある。医療の経済性の点からすれば、このような手術が望ましいというだけでは、社会保険によってその費用を負担しなければならないという理由にはならない。手術の後に性転換が達成され、被保険者がこのような外面的な治療が主観的に望ましい (治癒された) と感じるとしても、被保険者は自分でその費用を負担すべきである」。

連邦保険裁判所は、1979年に、具体的なトランスセクシュアリズムの場合について、判断を示した (ATF 105 V 180, déjà cité——本稿の第2部第1章において紹介した1979年6月11日判決)。同判決において、連邦保険裁判所は、ある治療行為について疾病金庫が負担すべき義務を負うか否かに関する連邦内務省の決定は、法規範であり、他の法規範に違反する場合を除き、原則として裁判官を拘束すると判断した。また、ある治療方法が科学的に容認されているか否かに関する決定に際して、(専門委員会の意見を徴した後の) 連邦内務省の決定は、一定の正当性があるとした。そのため、その適用を拒否せず、裁判官は、明白に誤っていると評価すべき場合 (例えば、ある手段が学問的に認められているか否かに関して恣意的な決定をした場合) を除き、法律には違反していない、と判示した。

したがって、連邦保険裁判所は、上記の判決において、外科医による

性同一性障害と医療保険

精神障害の治療の性質に関する連邦専門委員会の判断を尊重し、かつ、外科手術に関する医学の懐疑を重視して、連邦内務省の決定について再検討をしなかった。

c) その数年後に、連邦保険裁判所は、もう1度、性転換手術について検討することになった。この事件においては (RAMA 1985 No K 630, p.147 に掲載されている)、被保険者は、トランスセクシュアリズムに罹っているのではなく、副腎性器症候群 (すなわち、仮性半陰陽) に罹っている。すなわち、ホルモンの異常であり、女性の性器が男性化する症候である。今回は、裁判所は、1976年の連邦内務省の決定に対して否定的な態度を取り、その適用をしなかった。副腎性器症候群の場合には、長年にわたる薬品の投与は効果がなく、治療をすることができなかった。そして、裁判所は、この点を決定的とは判断せず、外科治療の費用を疾病金庫は負担すべきであるとした。一連の手術 (乳房切除 (mastectomie)、子宮切除 (hystérectomie)、男性外性器の形成) は、病理学的な状況を除去する最終手段であると判断した。

d) 連邦社会保険事務所の指示に従い (性転換手術について疾病金庫が給付義務を負担する方向に傾いていた)、連邦専門委員会は、当該給付について決定をすることを余儀なくされた。RAMA 1888, p.63 s. に公表されているその決定は、次のとおりであった。

「トランスセクシュアリズムの場合 (身体的には正常な個人が、他の性に属しているという確信あるいは意思を抱いている重い精神障害) の性転換手術の費用は、連邦疾病傷害保険法の意味において、給付義務を発生させるものではない。しかし、これは比較的稀なものである。各疾病金庫は、そのような治療に対して、医師の意見を徴した後、恩恵的な給付を与えるか否かを決定することができる、と当委員会は判断する」。

4 a) 本件においては、多くの医学鑑定書が、性転換手術の領域における現在の医学の実務を詳細に示している。州および連邦の訴訟の過程において、精神医学、内分泌学、形成手術の領域の多くの専門家が見

解を表明した。これらの医学的な文献から、性転換手術（約15年前からスイスにおいて実施されている）は、真正のトランスセクシュアリズムの場合にのみ行われていることが明らかになった。「極めて重度」の場合には、精神療法およびホルモン療法では効果がない。したがって、診断は、他の類似の精神障害と混同しないように、極めて慎重に行わなければならない。手術の結果は、不可逆的である。手術は、25歳以上の者についてのみ行われる。極めて丹念な（精神科的、内分泌学的な）検査の後に、2年以上の観察期間を経て、上記の専門家達が、種々の要件を満たしていることを確認する。そして、個々の症例ごとに詳細に検討し、手術を推奨すべきか否か、手術の成功の可能性が高いか否かについて判断する。多くの患者は、精神的に重い鬱病に罹っており、自殺の危険性が極めて高い。性同一性を特徴付ける性器から解放されると、満足すべき精神の均衡を確保するが、他の手段では、この効果を達成することができない。

b) したがって、原審の裁判官達によれば、性転換手術は、ある種の器官を切除することによる精神療法とみなすべきであるということになる。そして、現在、医学界において広く実施され、成功している。その学問的な性質は、原則として否定することができない。連邦内務省が1976年11月24日の決定を支持するために表明した否定的な見解は、トランスセクシュアリズムの場合にこの種の手術を行うことが普及し始めた頃から、明らかに時代遅れなものとなっていたのである。1979年の判決についても同様のことが言える。その態度は、新しい現実にもそぐわないものであるし、また、現在の法的な概念にもそぐわない。したがって、判例を変更すべきである（cf. ATF 110 V 124 consid. 2e et les références）。明らかに、連邦専門委員会の委員の多数は、かつての決定を維持すべきものと考えている。同委員会の1987年8月27日の議事録によれば、この意見に従うべきではないことが明らかになる。第1に、同委員会は、問題の手術療法の科学的な側面について確認していない。その議論は、治

性同一性障害と医療保険

療効果および経済性に限られている。しかし、この点について、委員会は、トランスセクシュアリズムの手術療法に関するスイスにおける数年前からの経験の結果から導き出されるはずの明確で、説得力のある議論をしていない。同委員会は、方向性を見失っている。特に、疾患の重大性を見落としている。また、他に有効な治療方法がない点を見落としている。いかなる手術も、常に成功するものではない。治療の経済性については、医学的な治療の目的を想起する必要がある。疾病保険の枠内で、可能な限り、被保険者の健全性に対する身体的・精神的な障害を除去すべきである (ATF 111 V 234 consid. 3b)。したがって、他に治療方法がない場合、あるいは他に経済的な方法がない場合において、比較性の原則に照らしてその手段が受け入れられるものであるときは、高価な治療方法についてもその費用を負担すべきである (ATF 109 V 43 consid. 2b et les références)。本件においては、問題の手術の費用は合計で 15,300 スイスフランである。この金額と、手術によって得られる効果との間に、明白な不均衡はない。したがって、手術の経済性は認められる。

結論として、連邦専門委員会の意見は、純粹に医学的な考慮に基づくものとは言えず、当連邦保険裁判所を拘束するものではない。同委員会の結論は、一般的な評価あるいは法的な性質に関するものであり、それについては、当裁判所は、同委員会の意見に従うか否かについて自由に判断することができる。

c) 性転換手術については、真正のトランスセクシュアルに実施された場合には、原則として疾病金庫は給付義務を負う。すなわち、医学的なすべての検査がなされ、診断が確実であり、個別の事例において、被保険者の精神状態を十分に改善するための治療方法として、他に有効な手段がなく、手術が唯一の手段である場合がそれである。しかし、被保険者に〔新しい性の〕性器を形成することを目的とする外科手術の費用は、疾病金庫の負担とはならない。精神医学的な見地からすれば、そのような手術は、治療目的を達するために不可欠なものではないからであ

る。さらに、一般に、患者が期待するものでもなく、また極めて複雑な過程を経なければならない。また、極めて困難な手術であり、また極めて高額である。電気脱毛についても、被上告人は費用償還を求めているが、付随的な性質のものであり、基本的に美容整形である。したがって、その費用（本件の場合、約6,300スイスフランである）は、その有効性に比して均衡を欠いている。したがって、この手術は、被保険者の個人負担とすべきである。

5 Xの事例の場合、金庫が給付義務を負担すべき全ての要件を満たしている。ただし、上に述べた制限がある。性転換手術の費用は金庫が負担すべきである。この点で、原審判決は正当であり（給付の範囲を定め、新たな決定をさせるために、上告人に差戻しをしている）、これを認めるべきである。したがって、上告は、これを棄却すべきである。

〔主 文〕

以上の理由により、当連邦保険裁判所は、次のとおり判決する。

以上の制限を付けて、本件上告を棄却する。

〔本判決後の事態の推移——大島注〕

本判決後、スプラ金庫は、1988年11月21日に新たな決定をした。その新しい決定は、金庫は被保険者が負担した医療費用および入院費用の50パーセントを負担する、というものであった。その額は、16,130.80フランである。Xは、この決定を不服として訴えた。州保険裁判所は、1989年3月31日の判決において、Xの不服申立を認め、金庫に対して、男性器の切除手術の費用のみならず、（連邦保険裁判所の判例に違反して）女性器の形成手術の費用も負担すべきことを命じた。

その決定を正当化するために、ヴォー州保険裁判所の裁判官は、次のように述べている。連邦憲法4条2項の規定によれば、性同一性障害に苦しむ者も、副腎性症候群（仮性半陰陽）に苦しむ者も、同じ手術を必

性同一性障害と医療保険

要としており、同じように取り扱うべきことを命じている。ところで、後者の場合には、連邦保険裁判所は、乳房切除手術、子宮切除手術、男性器形成手術の全ての費用について、金庫は給付義務があるとしている（RAMA 1985 no K 630）。したがって、精神科医（Bleuler, Benedetti, Benjamin et Breton）、および治療にあたったC医師の見解に依拠して、州裁判所の裁判官は、当事者は真正のトランスセクシュアルであり、トランスヴェスタイトではなく、新しい性器の形成手術は治療としての性質を持つものであって、疾病金庫は給付義務を負う、とした。そして、ヴォー州の裁判官は、その結論を正当化するために、乳房切除後の乳房の再形成手術の費用について金庫が給付義務を負うとした判決（ATF 111 V 229）を引用している。スプラ疾病金庫は、この新たな判決を不服として、上告した。そして、連邦社会保険事務所の支持を得た。しかし、訴訟の途中で、両当事者は和解し、金庫は控訴を取り下げ、事件は解決した。

第3章 連邦保険裁判所1988年9月16日判決（ドイツ語）

X対イントラス疾病金庫事件（BGE 114 V 162）

本件の当事者は、MT Fトランスセクシュアルである。1979年判決を変更し、性再指定手術を保険給付の対象とした。ただし、元の性（男性）の性器を切除する手術の費用に限定し、新しい性（女性）の性器の形成手術は保険給付の対象外とした。（以上、大島）

〔事 実〕

A 1943年に生まれたXは、長年、性同一性に問題を抱えていた。彼は、1982年末に、急性の鬱病に罹り、自殺願望を伴っていた。そこで、医学的な精神療法のクリニックの院長であるDM医師の集中的な治療を受ける必要があった。3年に及ぶ観察期間の後、M医師は、ある精神病院の医長であるC医師と協力して、性同一性障害=真正のトランスセク

シュアリズムとの診断を下した。この診断は、内分泌科のCH医師によっても確認された。M医師の1986年7月29日の診断書は、性転換手術が望ましいとしている。

イントラス疾病金庫は、1987年1月7日の決定によって、Xの請求に関して、性転換手術の費用について保険給付を拒絶した。その理由は、連邦保険裁判所の判例によれば、性転換手術は学問的に認められたものではなく、疾病金庫は給付義務を負わないということであった。

B 被保険者Xは、金庫の決定を不服として訴を提起したが、チューリッヒ州保険裁判所（Versicherungsgericht）は、同様の理由により、1987年5月19日に請求を棄却した。

C この判決について、Xは上告し、当連邦保険裁判所において、次のように主張した。金庫は、実施された性転換手術の「全費用を負担すべきである」。

金庫は、答弁書において、給付義務を否定した。なぜなら、上告人のトランスセクシュアリズムは、精神的な苦悩であり、何ら性の異常はない。連邦社会保険事務所（Bundesamt für Sozialversicherung）は、上告を棄却することを求めた。

〔理由〕

1 a) 疾病金庫は、基本的に、被保険者が疾病（Krankheit）に罹っているときにのみ、医療保険（Krankenpflegeversicherung）という名目で、連邦疾病傷害保険法の意味における給付義務を負担する（BGE 110 V 315 Erw. 3a）。発症過程の多様性を考慮するとき、疾病という概念を定義することは困難である。それゆえ、ある被保険者が、連邦疾病傷害保険法の意味における疾病に苦悩しているか否かを判断する場合には、個々の症例の事情を考慮しなければならない。障害がないところで、疾病について語りうるとすれば、病理学的な経過が存在しなければならない。疾病の法的な概念は、必ずしも、医学的な疾病の概念と同一でな

性同一性障害と医療保険

くてもよいということが重要である (BGE 113 V 43 Erw. 3a mit Hinweisen)。それでも疾病について語るとしても、本件の場合には、病理学的に何らのトラブルもないので困難である (BGE 113 V 43 Erw. 3a mit Hinweisen)。

b) トランスセクシュアリズムとは、(手術によってでも) 他の性に変わりたいという強迫観念をいうと定義される (PETERS, Wörterbuch der Psychiatrie und medizinischen Psychologie, 2. Aufl., S. 532)。その本質は、神経的な欠陥のある発育の副次的な結果である可能性があるし、あるいは、例えば、精神的な重大な異常であるかもしれない。連邦保険裁判所は、真正のトランスセクシュアリズムの場合には、疾病としての性質を認めている (BGE 105 V 183 Erw. 1b——本稿の第 2 部第 1 章で紹介した1979年判決)。この点については、今日もなお、確認すべきことである。長年に及ぶ原告人の観察および治療から得られた医学的な要素から、原告人は、真正のトランスセクシュアリズムに罹っており、このことはいかなる点からも否定することができない。ただ、疾病金庫が性転換手術の費用を負担すべきか否かということだけが争われているのである。

2 a) 連邦疾病傷害保険法12条2項の規定によれば、疾病金庫が給付義務を負うのは、医療行為に関してのみである。第3連邦疾病傷害保険令21条1項の規定によれば、疾病保険によってカバーされる医療行為 (ärztliche Behandlung) には、学問的に認められ、医師が実施した診断および治療のための手段が含まれる。さらに、上記の政令は、1986年1月1日以降においては、その手段は、その目的性と経済性の観点から妥当なものでなければならず、と規定している。この原則は、精神病院において実施された場合には、緊急治療にも適用される (BGE 113 V 44 Erw. 4b und 112 V 305 Erw. 2b)。

判例によれば、治療行為は、学問的に評価される。つまり、医学の研究者および実務家によって広く認められている場合に、認められるので

ある。決定的な要因は、経験の結果および一定の治療方法の効果にある (BGE 113 V 45 Erw. 4d / und 105 V 185 Erw. 3)。ある手段の学問的な性質、診断上および治療上の価値、または経済的な性質について争いがある場合には、連邦内務省 (Eidgenössische Departement des Innern) は、疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会 (Eidgenössischen Fachkommission für allgemeine Leistungen der Krankenversicherung) の意見を徴した上で、当該手段について金庫が給付義務を負うか否かを判断する (連邦疾病傷害保険法12条5項, 第3連邦疾病傷害保険令21条2項)。この専門委員会の意見は、原則として、裁判官を拘束しない。しかし、純粹に医学的な判断に関して、裁判官は、一般に、専門家が到達した結論を尊重している。そして、その結論が望ましくないと判断する場合を除き、その結論に従っている (BGE 113 V 46 Erw. 4d /cc, 112 V 306 Erw. 2c)。

3 a) 疾病保険給付一般に関する連邦専門委員会は、1976年に初めて、性転換手術に関する費用を疾病金庫が負担すべきか否かという問題について検討した。この委員会の意見に基づき、連邦内務省は、1976年11月24日に、原則として、性転換に関する費用を疾病金庫の給付義務の範囲から排除した。連邦内務省は、次のように述べている (RSKV 1976 S.217)。

「……性器を変更することは、適切な意味において、身体的な疾患を除去するものではない。性転換を望んでいる被保険者は、多くの場合、性行為の能力を欠き、精神的に苦悩している。必要な精神療法は医療保険の給付の範囲内である。しかし、精神的な異常が存在するとしても、価値に疑問のある手術の費用を疾病保険で負担しなければならないという理由はない。真の性転換ではない。この手術は、ただ単に外性器の外的な変容をもたらすものに過ぎない。また、手術の長期にわたる効果については疑問の余地がある。医療の経済性の点からすれば、このような手術が望ましいというだけでは、社会保険によってその費用を負担しな

性同一性障害と医療保険

ければならないという理由にはならない。もしも、手術の後に性転換が達成され、被保険者がこのような外面的な治療が主観的に望ましい（治療された）と感じるとしても、被保険者は自分でその費用を負担すべきである」。

b) 連邦保険裁判所は、1979年に、具体的なトランスセクシュアリズムの場合に、手術による性転換の費用を疾病金庫が負担すべき義務を負うか否かについて、判断を示した（BGE 105 V 180——本稿の第2部第1章において紹介した1979年6月11日判決）。同判決において、連邦保険裁判所は、ある治療行為について疾病金庫がその費用を負担する義務を負うか否かに関する第3連邦疾病傷害保険令21条2項に基づく連邦内務省の決定は、法規範であり、他の法規範に反しない限りで裁判官を拘束する、と判断した。また、ある治療方法が科学的に容認されているか否かに関する決定に際して、内務省の決定には広範な裁量の余地が認められている。（専門委員会の意見を徴した後の）連邦内務省の決定には、一定の正当性があるとした。そして、連邦保険裁判所裁判官は、明白に誤っていると評価すべき場合（例えば、ある手段が科学的な認知を受けているか否かに関して恣意的な判断をしている場合）を除き、法律には違反していない、そしてその適用を拒否しない、と判示した。連邦保険裁判所は、この原則を適用して、すでに上記の BGE 105 V 180（本稿の第2部第1章で紹介した1979年6月11日判決）において、次のように判示している（特に Erw. 3）。連邦内務省は、連邦疾病傷害保険法12条5項に違反して権限を委任しているのではないし、また、その権能を恣意的に行使しているのでもない、とした。RSKV 1976 S.217 に定められている理由に基づいて繰り返しているが、性転換手術の費用は給付義務に含まれるのか否かについて判断しているに過ぎない、とした。したがって、裁判所には、連邦内務省の決定を法律違反であるとか、適用しないととか宣言すべき理由は全くない、と判示した。

c) 1984年に、連邦保険裁判所は、もう1度、性転換手術について検

討することになった (RKUV 1985 Nr. K 630, S.147)。この事件においては、被保険者は、精神疾患、特にトランスセクシュアリズムによって性転換手術を望んだのではなく、副腎性器症候群（すなわち、仮性半陰陽）に罹っている。すなわち、ホルモンの異常であり、染色体的には女性である人が男性化する症候である。今回は、精神的な苦悩はなく、裁判所は、1976年11月24日の連邦内務省の決定を適用しなかった。さらに、副腎性器症候群の場合には、長年にわたる薬品の投与は効果がなく、治癒させることができなかった。そして、裁判所は、この点を決定的とは判断しなかった。疾病金庫は外科治療の費用を負担すべきであるとした決定的な理由は、一連の手術（乳房切除 (Mastektomie)、子宮切除 (Hysterektomie)、男性外性器の形成)は病理学的な状況を除去する最終手段である、という点にある (S.152)。

d) 連邦社会保険事務所の指示に従い、連邦専門委員会は、この問題について再度、見解を纏めることを求められた。そして、専門委員会は、次のような結論に達した (RKUV 1888, S.59)。真正のトランスセクシュアリズムの場合の性転換手術の費用は、疾病金庫の給付義務に属するものではない。しかし、これは比較的稀なものであり、各疾病金庫は、そのような治療に対して、信頼しうる医師の意見を徴した後に、任意の給付を与えるか否か、どの範囲で給付をするかということを決定することができる。

4 BGE 114 V 153 (本稿の第2部第2章において紹介した1988年6月6日判決)において、連邦保険裁判所は、トランスセクシュアリズムの場合における疾病金庫の給付義務に関して、新しい立場を表明した。この事件においては、多くの医学鑑定書が、性転換手術に関する現在の医学の実務を詳細に示している。精神医学、内分泌学、形成手術の領域の多くの専門家が見解を表明した。性転換手術（約15年前からスイスにおいて実施されている）は、真正のトランスセクシュアリズムの場合にのみ行われていることが明らかになった。極めて重い場合には、精神療

性同一性障害と医療保険

法およびホルモン療法では効果がない。したがって、診断は、他の類似の精神障害と混同しないように、極めて慎重に行わなければならない。手術の結果は、不可逆的である。手術は、25歳以上の者についてのみ行われる。極めて丹念な（精神的、内分泌学的な）検査の後に、2年以上の観察期間を経て、上記の専門家達が、種々の要件が満たされていることを確認する。そして、個々の症例ごとに詳細に検討し、手術を推奨すべきか否か、手術の成功の可能性が高いか否かについて判断する。多くの患者は、精神的に重い鬱病に罹っており、自殺の危険性が極めて高い。性同一性を特徴付ける性器から解放されると、満足すべき精神の均衡を確保するが、他の手段では、この結果を達成することができない。

したがって、原審の裁判官達によれば、性転換手術は、ある種の器官を切除することによる精神療法とみなすべきであるということになる。そして、現在、医学界において広く実施され、成功している。その学問的な性質は、原則として否定することができない。連邦裁判所は、連邦内務省が1976年に性転換手術は疾病金庫の給付義務を負わせるものではないとした決定は明らかに時代遅れなものとなった、と判断した。連邦専門委員会の1987年8月27日の議事録は、問題の外科手術の科学性を否定しえないことを示している。委員会の異論は、治療効果および経済性に限られている。社会的な疾病保険の枠内で、可能な限り、被保険者の健全性に対する身体的・精神的な障害を除去すべきである（BGE 111 V 234 Erw. 3b und 109 V 43 Erw. 2b）。したがって、他に治療方法がない場合、あるいは他に経済的な方法がない場合において、比較性の原則に照らしてその手段が受け入れられるものであるときは、高価な治療についてもその費用を負担すべきである（BGE 111 V 234 Erw. 3b und BGE 109 V 43 Erw. 2b）。連邦専門委員会の意見は、純粹に医学的な考慮に基づくものとは言えず、当連邦保険裁判所を拘束するものではない。同委員会の結論は、一般的な評価あるいは法的な性質に関するものであり、それについては、裁判所は、同委員会の意見に従うか否かにつ

いて自由に判断することができる。

5 連邦保険裁判所は、上記の判決において (BGE 114 V 153), 1979年の判決は現在の知見と調和しないが故に、もはや維持することができない、という結論に達した。そして、次のように変更した。

性転換手術については、真正のトランスセクシュアルに対して実施された場合には、原則として疾病金庫は給付義務を負う。すなわち、医学的なすべての検査がなされ、診断が確実であり、個別の事例において、被保険者の精神状態を十分に改善するための治療方法として、他に有効な手段がなく、手術が唯一の手段である場合がそれである。しかし、被保険者に〔新しい性の〕性器を形成することを目的とする外科手術の費用は、疾病金庫の負担とはならない。精神医学的な見地からすれば、そのような手術は、治療目的を達するために不可欠なものではないからである。さらに、一般に、患者が期待するものでもなく、また極めて複雑な過程を経なければならない。また、極めて困難な手術であり、また極めて高額である。

6 本件の場合、上告人が真正のトランスセクシュアルであることは明らかである。また、金庫が給付義務を負担すべき全ての要件が満たされている。性転換手術の費用は金庫が負担すべきである。ただし、上に述べた制限がある。

第4章 連邦保険裁判所1994年6月7日判決 (フランス語)

ヘルヴェティア疾病金庫対H事件 (ATF 120 V 463)

本件の当事者は、MTFトランスセクシュアルである。本判決は、1988年の2つの判決による判例を変更し、元の性の性器の切除手術のみならず、新しい性の性器の形成手術の費用も、保険給付の対象とした。さらに、喉仏の形成手術、皮膚の形成手術の費用も保険給付の対象とすることを認めている。しかし、美容師によって行われた電気脱毛の費用は保険給付の対象外とした。(以上、大島)

性同一性障害と医療保険

〔事 実〕

A 被保険者Hは、ヘルヴェティア疾病金庫との契約において、治療費、私立病院への入院費用の保険を掛けていた。1950年に生まれたHは、性同一性に苦悩していた。Hは、1989年末以来、Z市の大学病院精神科のC医師による精神療法を受けてきた。ローザンヌのM医師による性転換手術を受けることを念頭において、被保険者は、1991年1月18日に、2人の外科医の意見書を金庫に提出し、「将来の費用を負担することを確約する書面」を求めた。第1の書面は、1991年2月8日に全身麻酔を掛けて喉仏を形成する手術および口の周囲の皮膚の手術を予定しており、その費用の内訳は次の通りである。医師の報酬（2,000フラン+1,500フラン）、麻酔費用（1,000フラン）およびYクリニックへの入院費用（個室3日間＝約5,500フラン）。第2の書面は、1991年11月5日に予定している同じ病院における性転換手術に関するものである。医師の報酬が12,000フラン、麻酔費用が2,000フラン、個室入院費用が13,000フランである。

被保険者と金庫の間の交渉の後、金庫は、1991年8月5日に、決定を通知した。それによれば、金庫は、連邦保険裁判所によって、類似の場合に義務的とされている給付のみを負担するというものであった。すなわち、女性性器の形成手術、喉仏の形成手術、皮膚の手術および電気脱毛の手術の費用は負担しないというものである。

B Hは、1991年9月4日に、この決定を不服として、ヴォー州保険裁判所に訴を提起した。Hは、金庫は次の費用を負担すべきであると主張した。「性転換手術に関する全費用、喉仏の形成手術費用、皮膚手術および電気脱毛の費用」をすべて負担すべきであると主張したのである。その当時すでに、Hは、1989年以来、208回に及ぶ電気脱毛を受けていた。その合計費用は11,849フランに達していた。さらに、M医師は、1991年2月8日に、被保険者に対して4回にわたる手術を実施していた。上下の唇を豊かにする手術、顎の形成手術、喉仏の形成手術、皮膚手術が

それである。性転換手術は、1991年11月5日に実施された。

1992年3月24日の判決（1992年4月9日に確定し、執行が可能となった）において、ローザンヌの民事裁判所は、身分吏に対して、Hの身分証書に女性と記載することを命じた。

内分泌学の専門家であるCH医師、およびC医師の意見を徴した後、保険裁判所は、1992年12月17日の判決において、請求の一部を認容し、金庫の決定を変更し、女性器の形成手術の費用の償還を受ける権利を被保険者に認めた。

C この判決を不服として、被保険者も金庫も、行政的な救済を求めた。金庫側は、原審判決を「見直し」、「既存の決定の結論に立ち戻る」ことを求めた。このことは、暗に、1991年8月5日の決定の確認を求めていることを意味する。他方、被保険者は、州裁判所の判決を変更し、喉仏切除手術、電気脱毛および皮膚手術の費用の償還を受ける権利を認めることを求めた。

ヴォー州保険裁判所の裁判長は、両者の主張について、かつて1989年3月31日のX対スプラ疾病金庫事件において同裁判所が下した判決および同一の事件に関する連邦保険裁判所の判決（ATF 114 V 153——本稿の第2部第2章において紹介した1988年6月6日判決）を支持した。この後者の判決に関するローランド・シェアー（Roland Schaer）教授の評釈を引用した。

両当事者は、互いに相手の主張を批判した。州保険裁判所は、2度にわたって、連邦社会保険事務所に対して、両当事者の主張および裁判長の見解についての意見表明を求めたが、意見表明を拒否した。

〔理由〕

1 行政法上の2つの上告は、同一の判決に対するものであり、同じ性質のものであり、共通の法的な問題に関するものである。したがって、両者を併合し、同一の判決において解決すべきものである（ATF 116

V 309 consid.1, 110 V 148 consid.1, 108 V 192 consid.1, 105 V 129 consid. 2b; POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, p. 343 s.)。

2 原審判決は、この種の問題に関する疾病金庫の給付義務に関する判例 (ATF 114 V 161 consid. 4c et 168 consid. 5 ——本稿の第 2 部の第 2 章および第 3 章において紹介した1988年 6 月 6 日判決および同年 9 月16日判決) に正確に合致している。

3 a) 1988年 6 月 6 日のスプラ金庫対 X 事件 (ATF 114 V 153 ——本稿第 2 章で紹介した) において、連邦保険裁判所は、給付範囲について新たな決定をさせるために事件を上告人である金庫に差し戻すという原審判決を支持している。そして、金庫は、1988年11月21日に、その新たな決定をした。その新しい決定は、金庫は被保険者が負担した医療費用および入院費用の50パーセントを負担する、というものであった。その額は、16,130.80フランに達した。Xは、この決定を不服として訴え、州保険裁判所は、1989年 3 月31日の判決において、Xの不服申立を認め、金庫に対して、男性器の切除手術の費用のみならず、(連邦保険裁判所の判例に違反して) 女性器の形成手術の費用も負担すべきことを命じた。

その決定を正当化するために、ヴォー州保険裁判所の裁判官は、次のように述べている。連邦憲法 4 条 2 項の規定によれば、性同一性障害に苦しむ者も、副腎性症候群 (仮性半陰陽) に苦しむ者も、同じ手術を必要としており、同じように取り扱うべきことを命じている。ところで、後者の場合には、連邦保険裁判所は、乳房切除手術、子宮切除手術、男性器形成手術の全ての費用について、金庫は給付義務があるとしている

(RAMA 1985 no K 630)。したがって、精神科医 (Bleuler, Benedetti, Benjamin et Breton)、および治療にあたった C 医師の見解に依拠して、州裁判所の裁判官は、当事者は真正のトランスセクシュアルであり、トランスヴェスタイトではなく、新しい性器の形成手術は治療としての性

質を持つものであって、疾病金庫は給付義務を負うとした。そして、ウォー州の裁判官は、その結論を正当化するために、乳房切除後の乳房の再形成手術の費用について金庫が給付義務を負うとした判決（ATF 111 V 229）を引用している。この判決について、スプラ疾病金庫は上告し、連邦保険事務所の支持を得た。しかし、訴訟の途中で、両当事者は和解し、金庫は上告を取り下げ、事件は解決した。

b) 州裁判所は、この判決を引用した後、本件においては、被保険者は男性器の切除手術の費用のみならず、女性器の形成手術の費用をも給付すべきである、と判示した。これに対して、喉仏の形成手術の費用、皮膚手術の費用、電気脱毛の費用は美容整形の性質を持つものであり、金庫はその費用を負担すべきものではない、とした。

4 a) 金庫は、上告理由において、平等性の原則から、性同一性障害者も副腎性症候群の患者も同一に取り扱うべきであり、性同一性障害者の新しい性の性器形成手術の費用も金庫が負担すべきであるとした原審裁判所の判決を批判している。金庫の主張によれば、「副腎性症候群の場合の」切除手術および形成手術の目的は、「発生学的な状態に性的な外見を調和させる」ことを目的としている。これに対して、トランスセクシュアルの場合には、「外見を、患者自身が抱えているイメージに調和させる」ことが目的である。したがって、「自然に反する状態を作り出すものであり、その目的は精神症状を軽減すること」である。さらに、金庫は、次のようにも主張した。性器を切除したからといって、常にその「病気」が治癒するものではなく、したがって、手術ではなく、精神療法に依拠すべきである。最後に、トランスセクシュアルの幸福を増進させるためだけに、形成手術まで認めることは、治療の経済性の原則（連邦疾病傷害保険法23条）に反する、と主張した。

b) これに対して、被保険者は、この議論を却け、トランスセクシュアリズムの精神科的な定義を引用した。他の性の特徴を獲得する必要があるということ自体が、病気であることを示している。したがって、ト

性同一性障害と医療保険

ランスекシュアルは「新しい膣」または「新しい陰茎」を必要としているのである。なぜなら、無性者になることを望んでいるのではなく、他の性の人間になることを望んでいるからである。ジョン・マネー教授によれば、6つの性がある。

染色体の性

解剖学的な性

性器の性

法的な性

内分泌学的な性

心理学的な性（これこそが重要である）

同教授の見解によれば、「トランスセクシュアルは、解剖学的な性および法的な性を、心理学的な性に一致させることを望んでいる。これに対して、副腎性症候群の患者は、解剖学的な性および法的な性を、内分泌学的な性または発生学的な性に一致させることを望んでいる」。したがって、平等性の原則に関しては、両者は、類似した立場にある。なぜなら、「心理学的な性よりも内分泌学的な性を重視すべき理由はないからである」。被保険者は、また、連邦保険裁判所の判例に対するシェアー教授の批判に依拠している（RJB 1991 p. 382）。被保険者は、同教授の主張に従って、次のように反論している。精神医学の観点からすれば、新しい性の性器の形成は、治療目的を達成するために不可欠であり、一般に患者がそれを期待していないとは言えない。被保険者は、性転換手術の2つの局面（元の性器の切除と新しい性器の形成）は、相互に分離することができない。それを分離して、元の性器の切除（陰茎切除または子宮切除）だけを行うと、治療は失敗に終わる。なぜなら、被術者であるトランスセクシュアルが無性者になるからである。それを治療しなければならない。

治療の経済性に関しては、精神療法は報酬表によれば125フランであるが、その期間は長く、新しい性器の形成手術よりも有利であるという

ことに、被保険者は、深刻な疑問を突きつけている。

被保険者は、証言、特に、C博士、P博士、M博士およびD博士の証言を求めた。

c) 連邦社会保険事務所は、州裁判所の判決について、何ら見解を表明しなかった。しかし、X事件の際に、スプラ金庫が連邦保険裁判所で主張した立場を取っているものと思われる。この事務所は、ヴォー州保険裁判所が1989年3月31日の判決で採用した結論を支持している。この判決を支持し、「真正のトランスセクシュアルの場合には、女性器の形成手術は、男性器の切除手術と同様に、治療の一環である」。両手術は、1つの手術の構成部分であり、連邦保険裁判所のいうように両者を分離することは困難である。

5 上記の判決において、連邦保険裁判所は、トランスセクシュアルの新しい性の性器の形成手術の費用については給付義務はないとしている。この立場は、基本的には、K教授の見解に基づいている。この専門家によれば、手術は治療目的にとって不可欠とは言えず、一般に患者が期待するものではなく、特にこの手術は複雑で高額である。この点に関しては、精神科医の見解は一致していない。上記のヴォー州保険裁判所の1989年3月31日判決において述べられている医学専門家の意見によれば、形成手術は、真正のトランスセクシュアリズムの場合には、被保険者に新しい性の性器を与えるものであり、治療としての性質を持つということである。この点で、被保険者は、2つの医学文献を引用している (GARNIER / DELAMARE, Dictionnaire des termes de médecine, 23^e éd., Paris 1992; Diagnostic and statistical manual of mental disorders [DSM / Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux], 3^e éd. révisée, trad. française, Paris/Milan/Barcelone/Mexico 1989, p. 82)。両者は、トランスセクシュアルには性的な外見を変容させ、他の性の性的な特徴を獲得する必要があることを強調している。C医師も、この見解を支持している (1988年12月19日の書面)。そして、このC医

性同一性障害と医療保険

師の見解は、1989年3月31日のヴォー州保険裁判所の判決に引用されている。さらに、医学的な問題について専門家の意見は重要であるが、良識も重要である。自己の身体が自己の真実の性に合致していないと確信している者は、なんとしても「性転換」をしたいと考えており、自然に与えられた性の性器を切除するだけで満足するとは考えられない。他の全ての要件が満たされている場合には、外科手術は正当であり、外科医は、当事者に満足の行く結果を与えることができると考えられる。

さらに、性転換手術の費用を部分的にしか負担しないという制限は、常に紛争を生じさせる。なぜなら、実際には、2つの手術（切除手術と形成手術）は併合して行われているからである。したがって、どこまでが切除手術であり、どこからが形成手術であると正確に分類することは不可能または極めて困難である。したがって、被保険者の要求する意味で追加的な指示がなくとも、連邦疾病傷害保険法12条5項の規定する専門委員会の意見を再度求めることなく、X事件において表明された連邦社会保険事務所の見解を考慮して、ATF 114 V 153, 162（本稿の第2部の第2章および第3章において紹介した1988年6月6日判決および1988年9月16日判決）において表明された判例について再検討するのが妥当である。確かに、州裁判所の裁判官達の議論は、トランスセクシュアルと副腎性症候群の患者を平等に取り扱うものであるが、説得的ではない。しかし、その先例において（RAMA 1985 no K 630 p.147）、裁判所は、切除手術部分と形成手術部分とを分離していない。原則的な問題が解決された場合に、被保険者に男性としての性的な外見を与えるための手術の費用の全部を疾病金庫の負担とした（loc. cit., p.152）。しかし、本件において、その他に道はなかった。金庫の主張は、この点では、明らかに妥当性を欠いている。

したがって、金庫の主張には理由がない。ATF 114 V 153 判決（本稿の第2部第2章において紹介した1988年6月6日判決）は変更すべきである。トランスセクシュアルの治療のために手術が必要である以上、

被保険者に実施された手術の費用は、既存の性器の切除のための手術の費用および他の性の性器の形成のための費用を含め、連邦疾病傷害保険法12条の意味において、金庫が給付義務を負担すると判断すべきである。

6 a) Hは、喉仏形成手術、電気脱毛および皮膚手術の費用の償還を得るために、州裁判所において否定された判決を覆すことを求めている。そして、M医師と、V医師の証言を求めている。そして、原審裁判所および金庫の意見とは異なり、M医師から受けた喉仏形成手術および皮膚手術は、「申請者の喉仏と電気脱毛による傷を形成することの重要性を考慮すれば、それらを美容整形と同視することはできない」と主張した。

b) トランスセクシュアルにとって、第2次性徴は性器の性よりも重要性が低いとは言えない。新しい性の外見を獲得しなければ、治癒されたことにはならず、第2次性徴は、新しいイメージに直結する。したがって、性転換手術とは、すべてを包含するものである。また、手術を正当化する事情がある以上、第2次性徴の変更を目的とする付随的な手術も、原則として、その一部を構成する。したがって、連邦疾病傷害保険法12条の意味において、疾病金庫は給付義務を負う。ただし、医師の明示的な指示がなければならぬ。さらに、連邦疾病傷害保険法23条の意味における治療の経済性の原則を尊重しなければならない。この法規範は、例外的に、美容整形の領域についても、金庫が給付義務を負う場合に適用される。

c) 本件においては、電気脱毛は美容師によって実施されている。美容師は、連邦疾病傷害保険法12条2項および6条、第6連邦疾病傷害保険令1条1項の意味において、金庫が負担すべき医療従事者ではない。したがって、電気脱毛の費用を金庫に負担させようという主張は、明らかに根拠がない。これに対して、州裁判所において証言したCH医師およびC医師の証言を考慮すれば、喉仏の形成手術および皮膚手術においては、医学的要件を満たしていることは明らかである。しかし、書類か

性同一性障害と医療保険

らは、この2つの治療の経済性の要件（ATF 109 V 41）が満たされているか否かは明らかではない。この点について明確にするためにのみ、州裁判所に差し戻すことにする。

7 〔略〕〔大島が省略したのではなく、判例集の編者が省略したものである。裁判費用に関する判断である。——大島注〕

第5章 スイス法の要約

第2部で紹介したスイス法の発展を年表風にまとめると、次のようになる。

①1976年5月13日の連邦専門委員会の決定（性再指定手術を保険給付の対象とせず）。

②1976年11月24日の連邦内務省の決定（性再指定手術を保険給付の対象とせず）

③1979年6月11日判決（性再指定手術を保険給付の対象とせず）。

④1987年8月27日の連邦専門委員会による再検討。

⑤1988年6月6日判決（既存の性器の切除手術を保険給付の対象に含める。ただし、新しい性器の形成手術は保険給付の対象外とする）。

⑥1988年9月16日判決（既存の性器の切除手術を保険給付の対象に含める。ただし、新しい性器の形成手術は保険給付の対象外とする）。

⑦1994年6月7日判決（性再指定手術を保険給付の対象に含める。既存の性器の切除手術、新しい性の性器の形成手術、喉仏の形成手術は、経済性の原則を満たせば、保険給付の対象である。皮膚の整形手術も、経済性の原則を満たせば、保険給付の対象である。ただし、美容師による電気脱毛は、保険給付の対象外とする）。

スイス法においては、かつては、性再指定手術は保険給付の対象外であったが、徐々に保険給付の対象とされてきたことが一目瞭然である。

第3部 アメリカ法

田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会）により、アメリカの医療保険の概要を紹介する。

メディケイド（Medicaid）低所得者層および障害者に医療を供給することを目的として、連邦政府と州政府の拠出資金によって運営されている医療扶助制度。原則として、医療そのものが給付され、支払は供給者に対して直接になされる。

メディケア（Medicare）65歳以上の者および障害者に対して、医療費および入院費を給付する社会保険制度。労働者、使用者、自営業者、および連邦政府からの拠出金によって運営される。

第1章 ニューヨーク州の事例

第1節 デニース・R対ラヴィン事件

ニューヨーク州高位裁判所（控訴第2部）1975年3月3日判決
Denise R. v. Lavine, 364 N. Y. S. 2d 557

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、医療補助の給付をすべきであるという旨を判示した。本件に関する行政機関および裁判所の判断を時系列で並べると、次のとおりである。

- ×1972年5月15日 ニューヨーク市社会サービス局長
医療補助を否定
- ×1973年4月9日 ニューヨーク州社会サービス省長官
医療補助を否定
- ×1974年3月28日 ニューヨーク州高位裁判所（キングス地区）
医療補助を否定

性同一性障害と医療保険

☆○1975年3月3日 ニューヨーク州高位裁判所（控訴第2部）

医療補助を肯定

×1976年4月6日 ニューヨーク州上告裁判所

医療補助を否定

本判決は、後に紹介するニューヨーク州上告裁判所1976年4月6日判決によって破棄された（第1章，第2節参照）。（以上，大島）

第1款 多数意見

控訴人は、被控訴人ニューヨーク市社会サービス局長に対して、トランスセクシュアルの手術についての公的補助を申請した。しかし、局長は、この申請を却下した。被控訴人ニューヨーク州社会サービス省長官は、聴問手続の後、1973年4月9日に、局長の決定を支持した。そこで、控訴人は、裁判所に訴を提起した。高位裁判所（キングス地区）は、1974年3月28日に、控訴人の請求を棄却した。そこで、控訴人は、CPLR 78条に基づいて控訴し、(1)長官の決定の取消、および(2)手術費用の支払、を請求した。

控訴に基づき、原審の判決を破棄する。また、法律に基づき、20ドルの費用の支払を命じ、請求を認め、両被控訴人の決定を破棄する。両被控訴人に対して、社会サービス法356a条2項に基づいて医療補助を求める控訴人の請求を認めるべきことを命じる。

控訴人デニース・Rは、41歳で、発生的には男性であるが、過去16年間、女性として生活し、働いている。控訴人は、性転換手術の費用を得る目的で公的補助を申請した。申請は、局長によって却下された。控訴人は、局長の決定の見直しを求めて、「聴問手続」を請求した。

聴問手続において、局長は、ヘルスケア・サービス部長から控訴人の主治医に宛てた書簡を提出した。この書簡には、「上記の患者に対するトランスセクシュアルの手術に関する貴殿の申請は、医学的な理由に基づき却下されたことをご通知申し上げます」と記載されていた。

控訴人は、手術を希望し、1971年1月以来、医学的なケアを受けながら、女性の特徴を発達させるために、ホルモン療法を受けてきた。証拠によれば、控訴人は、真正のトランスセクシュアルであり、手術を推奨されている。

[1] 控訴人の申請を却下する「医学的な理由」が示されていない。局長は、医学的な証拠を示していない。そして、「聴問手続」において、局長の代理人は、控訴人を一度も医学的に診察していないことを認めた。「医学的な理由」を示すその他の医学的な証拠はない。両被控訴人の決定は、合理性を欠いており、したがって、医療補助を与えないという決定は独断的かつ恣意的である。

[2, 3] 社会サービス法356a条2項は、次のように規定している。

「2 『医療補助』とは、疾病又は障害によって、ある人物が苦悩し、生命の危険に晒されている症状、又は通常の活動を阻害し、若しくは重大なハンディキャップを生じさせる不具合を、予防、診断、矯正又は治療するために必要なケア、サービス及び物品の費用の全部又は一部の支払を意味する」。

精神科的な証拠によれば、控訴人は、「深刻な精神障害」に罹っている。制定法は、医療補助を身体的な問題の場合だけに限定していない。「聴問手続」において提出された証拠によれば、控訴人は、手術について医療補助を受けるための制定法上の基準を十分に満たしている (cf. *Ferro v. Lavine*, 79 Misc.2d 431, 359 N. Y. S. 2d 1012; *Matter of Clink v. Lavine*, 79 Misc.2d 421, 359 N. Y. S. 2d 1018)。

第2款 反対意見

原審判決を支持すべきである。局長の判断は独断的ではなく、合理的な基準に基づいている。法は、裁判所の判断を、行政機関の判断と置き換えることを認めてはいない。

立法者が、本件のような疑わしい性転換手術に対して公的な資金を支

性同一性障害と医療保険

出することを許可することを意図していなかったことは明白である。多数意見によれば、今後、不満を持ち、鬱状態にあり、あるいは美的に優れていない人々からの様々な請求を認めるということに繋がりにかねない。そのような請求は、立法者の意図したものではない。

第2節 デニーズ・R対ラヴィン事件

ニューヨーク州上告裁判所1976年4月6日判決

Denise R. v. Lavine, 383 N. Y. S. 2d 568

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、医療補助の給付をすべきではないという旨を判示した。本件に関する行政機関および裁判所の判断を時系列で並べると、次のとおりである。

×1972年5月15日 ニューヨーク市社会サービス局長

医療補助を否定

×1973年4月9日 ニューヨーク州社会サービス省長官

医療補助を否定

×1974年3月28日 ニューヨーク州高位裁判所（キングス地区）

医療補助を否定

○1975年3月3日 ニューヨーク州高位裁判所（控訴第2部）

医療補助を肯定

☆×1976年4月6日 ニューヨーク州上告裁判所

医療補助を否定

本判決は、すでに紹介した控訴審判決（ニューヨーク州高位裁判所（控訴第2部）1975年3月3日判決）を破棄したものである（第1章、第1節参照）。（以上、大島）

第1款 多数意見

本件は、性転換手術について医療補助を与えることを認めなかった社

会サービス省長官の決定の破棄を求めるものである。記録によれば、次の事実が認められる。デニーズ・Rは、発生的には男性で42歳である。Rは、思い出すことができる限りでは10歳の頃以来、自分自身を男性の身体に囚われた女性であるとみなしている。およそ18年前に、彼は、男性のアイデンティティーを全て捨て、女性として生活し、仕事をしている。被上告人は、女性の服装をし、女性のように振る舞っている。そして、比較的安定した職歴であり、現在は、女性服の店で販売員として働いている。

行政的な聴問手続の際に提出された証拠によれば、次の事実が認められる。被上告人は、1970年7月に初めてコニー・アイランド病院に行った。同病院で、エストロゲン療法および性再指定手術の可能性について検査を受けた。一連の医学的な検査の結果、ホルモンのには、彼は正常な成人男性であった。また、彼は、同病院の精神科医エッティンガー(Ettinger)博士の診察を受けた。同博士の報告書によれば、被上告人は、女性らしい動作、声およびマナーを示しているが、思考に混乱はなく、自殺傾向を示してはいない、とのことである。エッティンガー博士の結論は、次のとおりである。被上告人は重い精神病に罹っており、コニー・アイランド病院で手術が可能であると思ひ込まさないようにすることが重要である。

女性への性転換手術の費用は2,000ドルから15,000ドルであるが、男性患者は、手術の前に、女性としての特徴を発達させるために、ホルモン療法を受ける。ホルモン療法の中止手続は知られておらず、したがって、ホルモン療法は、確実に手術を行うべき場合にのみ開始される。記録から明らかなように、手術を行う目処を立てずにホルモン療法を継続することは、発癌の危険性を高め、精神上の深刻な影響を受ける可能性がある。

エッティンガー博士の判断を受けて、被上告人は、手術を実施してくれる病院を求めて、次に、ニューヨーク病院を訪れた。しかし、ジェン

性同一性障害と医療保険

ダー・アイデンティティー委員会をリードしてきた博士がニューヨークを去ったために、同病院は、もはやこの種の手術を実施していなかった。他にも、手術を実施してくれる機関を探した後、1971年1月に、コニー・アイランド病院の内分泌および代謝の医長であるシャガン (Shagan) 博士が被上告人にホルモン療法を実施してきた。このホルモン療法は、手術をするという確固とした見通しがなく開始された。そして、それは、被上告人がダウンステイト・メディカル・センターに送られる13日前のことであった。しかし、同センターは、資金不足を理由としてプログラムを終了しており、被上告人を受け入れることを拒絶した。しかし、被上告人は、ホルモン療法を継続した。そして、現在もなお継続していることは明らかである。

1972年11月に、シャガン博士は、社会サービス局に対して、手術を実施するための資金援助を申請した。この申請は、社会サービス法 (the Social Services Law) 365a条2項に依拠するものであった。同条は、次のように規定していた。受給資格者 (被上告人が本条において受給資格者である点については、上告人も争っていない——原注) は、「ある人物が苦悩し、生命の危険に晒されている症状、又は通常の活動を阻害し、若しくは重大なハンディキャップを生じさせる不具合を、予防、診断、矯正又は治療するために必要な」医療補助を受けることができる。ニューヨーク市社会サービス局は、医学的な理由に基づいて、この申請を却下した。被上告人は、この決定について、聴問手続を求め、再審査が行われた。ニューヨーク州社会サービス省も、却下決定を支持した。そして、被上告人は医療援助が必要であるという十分な証拠を提出していない、とした。ニューヨーク州長官は、「思考に混乱はなく、自殺傾向を示してはいない」というエッティンガー博士の報告書を引用している。

次に、行政的な決定の破棄を求めて、本件訴訟が提起された。特別法廷 (Special Term) は、請求を棄却した。しかし、控訴部は、その決

定を破棄した（1人の裁判官が反対意見を表明した）。被上告人の主張および控訴部の多数意見は、長官による却下は独断的かつ恣意的である、というものである。なぜなら、医学的な証拠が示されておらず、被上告人を診察していないからである。しかし、われわれは、この判決に同意することができず、これを破棄する。

[1, 2] 上告人が被上告人を診察することが望ましいことではあると信じるが、それをしなかったというだけでは、長官の決定が法的に見て独断的であるということではできない。長官は、聴問手続において提出された医学的な証拠を、自己の決定の理由として適切に考慮することができる。エッティンガー博士の診察は、「思考に混乱はなく、自殺傾向を示してはいない」としている。さらに、エッティンガー博士は、コニー・アイランド病院で手術が可能であると思ひ込まさないようにすることが重要である、と述べている。その他にシャガン博士の証言もある。同博士は、手術は死活問題であるとしているが、同博士は手術を薦めないようにという〔エッティンガー博士の〕勧告を無視している。また、手術を実施するという明確な医学的な決定がなされる前に、危険なホルモン療法を実施している。実際、このホルモン療法は、女性的な特徴を発達させると同時に、被上告人の「病的な」パーソナリティーをも発達させている。このような疑問の余地のある行動から、長官は、シャガン博士の証言を斥け、エッティンガー博士の証言の方を信頼するに至った。

[3, 4] いずれにしても、当裁判所は、行政機関あるいは立法機関の役割を担うことはできない。長官が、争いのある複数の見解のうちのあるものを採用した場合には、その決定が不合理であるとき、あるいは法的な根拠がないときを除き、その判定を覆すのは裁判所の役割ではない（see *Matter of Talamo v. Murphy*, 38 N.Y.2d 637, 382 N.Y.S.2d 3; *Matter of Willcox v. Stern*, 18 N.Y.2d 195, 203, 273 N.Y.S.2d 38, 44, 219 N.E.2d 401, 405）。本件の事情の下においては、長官の決定を覆すべき理由はない。

性同一性障害と医療保険

したがって、控訴部の命令を破棄すべきであり、長官の決定を認め、本件請求を棄却する。

第2款 反対意見

社会サービス法365a条2項の規定によれば、受給資格者は、「ある人物が苦悩し、生命の危険に晒されている症状、又は通常の活動を阻害し、若しくは重大なハンディキャップを生じさせる不具合を、予防、診断、矯正又は治療するために必要な」医療補助を受けることができる。多数意見が指摘しているように、この条文の広い文言は、「医療補助」を与えるのを純粹に身体的な問題のある場合に限定してはいない。性転換手術が「……通常の活動を阻害する……不具合の……矯正又は治療のために必要な」ものであることは、明らかである。

被上告人が長年にわたって苦悩してきた症状については争いが無い。1973年1月の聴問手続において、コニー・アイランド病院の内分泌科の医長であるシャガン博士およびダウンステイト・メディカル・センターの医師は、次のように証言している。被上告人は、前者の病院において、1970年7月13日に診察を受け、真正のトランスセクシュアルと診断された。シャガン博士は、手術を薦め、手術が必要であると述べている。手術をしなかった場合には、被上告人はトランスセクシュアルであるため仕事を継続することが困難となり、社会福祉に頼って生活をせざるを得なくなり、膨大なコストがかかることになるであろうと述べている。

〔手術の〕必要性に関するシャガン博士の見解は、1970年のエッティンガー博士（コニー・アイランド病院精神科医）の報告書において支持されており、何ら矛盾するものではない。同博士は、「この人物が深刻な精神病を病んでいることは否定しがたい」と述べ、性転換手術の実施が可能な病院に送ることを提案している。エッティンガー博士は、〔被上告人の〕精神状態において、思考の混乱あるいは自殺への傾向を発見することができなかった。しかし、このことは、究極の問題に答えるもの

ではなく、エッティンガー博士の結論を否定するものでもない。同博士は、被上告人が深刻な精神病に罹っているため、手術が可能な病院への移送を勧告している。そして、シャガン博士のいる機関に移送され、同博士は、予備的なホルモン療法（癌を併発する危険性がある）を実施したのである。この人物を、給付の対象外に投げ出すべきではない。なぜなら、信義誠実の原則に基づいた医学的なアドバイスに基づいて、医学的な治療を受けているからである。

上告人は、被上告人を診察していない。ヘルスケア・サービス部部長のマゾッラ博士がシャガン博士に宛てた1972年5月15日の書簡の全文は、次の通りである。「上記の患者〔被上告人〕に対するトランスセクシュアルの手術に関する貴殿の申請は、医学的な理由に基づき却下されたことをご通知申し上げます」。この書簡は、本件の問題について訴訟上の価値がない。

被上告人の申請を否定する医学的な証拠が欠けている。そして、聴問手続の後に行われたニューヨーク州社会サービス省長官の決定を支持する実質的な証拠も欠けている（see *Matter of Pell v. Board of Educ. of Union Free School Dist. No. 1 of Towns of Scardale & Mamaroneck, Westchester County*, 34 N. Y. 2d 222, 230-231, 356 N. Y. S. 2d 833, 838-839, 313 N. E. 2d 321, 325）。したがって、長官の決定を無効とした原審控訴部の判決は妥当である。

第2章 ジョージア州の事例

本章で紹介する3つの判決の原告はラッシュであり、同一の事件である。被告は、ジョージア州の公務員であり、交代している。

第1節 ラッシュ対パーハム事件

連邦地方裁判所（アトランタ地区）1977年8月2日判決
Rush v. Parham, 440 F. Supp. 383 (1977)

性同一性障害と医療保険

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきであるという旨を判示した。本件に関する判決を時系列に並べると、次のとおりである。

☆○1977年8月2日 連邦地方裁判所（アトランタ地区）判決

ラッシュ勝訴

×1980年9月15日 連邦控訴裁判所（第5巡回区）判決

ラッシュ敗訴

×1983年6月9日 連邦地方裁判所（アトランタ地区）判決

ラッシュ敗訴

本判決は、後に紹介する連邦控訴裁判所（第5巡回区）1980年9月15日判決（第2章、第2節参照）によって破棄された。（以上、大島）

本件訴訟は、42 U.S.C. §1396 *et seq.* の規定するメディケイド（以下では、「第19編」または「メディケイド」という）の受給資格者である原告キャロリン・ラッシュ〔原注1〕が、ジョージア州メディケイド・サービス局長（以下では、「州被告」という）および合衆国保健教育福祉省長官（以下では、「連邦被告」という）を被告として、提起した事件である。原告は、宣言、差止、職務執行令状による救済および損害賠償を求めた。原告は、予定していたトランスセクシュアルの手術に関して、入院サービスおよび医師のサービスの費用をメディケイドによって負担することを申請したが、州被告は、それを拒絶した。連邦被告は、州のプランを承認した。当裁判所の管轄権は、28 U.S.C. §§1343, 1361の規定、および「付随的管轄権の法理（the doctrine of pendent jurisdiction）」に基づいて主張された。

〔原注1〕 キャロリン・ラッシュというのは偽名であるが、当裁判所は原告の匿名性と秘密を守るために使用を許可した。

当裁判所に対して、原告による請求を変更する申立、原告による略式裁判 (summary judgment) を求める申立 (motion)、および連邦被告による略式裁判を求める反対申立 (cross-motion) が提出された。これらの申立について判断する前に、メディケイド・プログラムの性質および適用範囲、顕著な事実について、簡単に考察するのが適切であろう。

連邦のメディケイド・プログラムの目的は、次のことを可能にすることにある。

「各州が、各州の置かれている状況の中で、可能な限り、扶養すべき子を持つ家庭、老人、盲人若しくは障害者であって、必要な医療サービスの費用を負担することができるだけの収入および資産のないものために、……医療補助を提供することを可能にすることである」(42 U.S.C. §1396)。

このプログラムは、議会における「協力的連邦主義」の枠組みに組み入れられたものの一部であり、社会保障法 (the Social Security Acts, 42 U.S.C. §301 *et seq.*) によって設けられたものである (*King v. Smith*, 892 U.S. 309, 316, 88 S.Ct. 2128, 20 L.Ed.2d 1118 (1968))。メディケイド・プログラムにおいては、法律の定めた枠内で、連邦政府が州政府に対して資金を提供する。法律は、資格基準、医学的な補助および州政府による管理について規定している。このプログラムは州が自発的に参加するものであるが、参加することを決定した場合には、州は、連邦の定める幾つかの要件を満たさなければならない (*Shea v. Vialpando*, 416 U.S. 251, 94 S.Ct. 1746, 40 L.Ed.2d 120 (1974))。

第19編は広い枠組みであり、一般的な文言を使用している。このため、参加する州は、自州の状況に合わせて、独自に自州のメディケイド・プランを作成することができる。その結果、州のプランは、極めて多様なものとなっている。各州は広範な裁量権を有するが、連邦からの資金補助を受けるためには、各州のメディケイド・プランは、一定の要件を満たし、かつ、連邦保健教育福祉省長官の認可を受けなければならない

性同一性障害と医療保険

(U. S. C. §1396a(b))。

メディケイド法およびそれに付随する規則は、最小限度の要件を定める同時に、州に選択の余地を認める規定を用意している。例えば、州は、「絶対に必要な者」(社会保障の受給者)には、医療補助を与えなければならない。しかし、「医学的に必要な者」(絶対に必要な者には分類されないが、すべての医療費を自力で支出することができない者)には、医療補助を与え「ることができる」〔原注2〕。また、州は、サービスおよび手続を5つのカテゴリーに分類し、その内容を定めなければならない。すなわち、「入院サービス」、「通院サービス」、「検査サービスおよびX線検査サービス」、「熟練した看護サービス、早期診断・検診および家族計画サービス」および「医師のサービス」の5つがそれである(U. S. C. §§1396 a (a)(13)(B), 1396d(a)(1)-(5))。しかし、他方で、州は、12の選択的な手続について規定することができる(U. S. C. §§1396a(a)(13)(C))。このように、メディケイド・プログラムは、連邦の最低基準が満たされている場合には、各州に裁量権を認めているのである。

〔原注2〕 ジョージア州のメディケイド・プランは、「絶対に必要な者」のみをカバーする。

ジョージア州は、メディケイド・プログラムに参加することを決定した。そして、その州プランは、連邦保健教育福祉省長官の認可を受けた。ジョージア州のプランの中には、次のような規定がある。

「実験的な手術、例えば……トランスセクシュアルの手術の費用を負担しない」(State Medicaid Plan, Attachment 3.1A, Page 2b, Item 51.)

「下記については、費用を負担しない。

a. 美容整形……

g. 実験的な手術、例えばトランスセクシュアルの手術」(Policy Manual for Physicians Services, §203.5, Item 17.)。

「ジョージア州法によって費用負担が絶対的に禁止されている場合」
(Policy Manual for Physicians Services, §200.)。

原告は、所得補充給付の受給者であり (U.S.C. §1381 *et seq.*)、メディケイドの補助を受ける資格がある (U.S.C. §1396)。そして、原告は、2人以上の医師から、生物学的には男性であるが、精神的には女性の真正のトランスセクシュアルであると診断された。原告は、男性器を持ち、女性の乳房を持っている、5年間にわたって異性装をしている。そして、8年間にわたって、性再指定手術を希望してきた。原告を診察した精神科医および泌尿器外科医〔原注3〕は、徹底的な検査の後、原告、原告の代理人および州被告に対して、診断結果を通知し、治療方法を提案した。

「本件の診断の結果、トランスセクシュアルであることに間違いない。彼女は、熟慮の後、性再指定手術を受ける決意をした。わたくしは、至急この手術を行う必要があると判断する。彼女は現状に絶望し、フラストレーションを感じているからである。彼女の鬱状態を軽減し、自殺衝動を除去するためには、他に治療方法はない」〔原注4〕。

〔原注3〕 ロバート・W・レイドロー (Robert W. Laidlaw) 博士と、ロバート・C・グラナート (Robert C. Granato) 博士である。2人ともトランスセクシュアルの診断と治療に十分な経験を有している。2人ともニューヨーク州で活動している。両医師は、宣誓供述書によって、トランスセクシュアルの手術を行うことができるジョージア州の外科医を知らない、と証言した。

〔原注4〕 グラナート博士宛てのレイドロー博士の1976年6月9日付の書簡 (原告の提出した証拠B)。この書簡は、原告の代理人宛てのグラナート博士の1976年6月15日付けの書簡 (原告の提出した証拠C) に添付されている。そして、手術についてメディケイドの給付を求める原告の申請書とともに、ジョージア州メディケイド・サービス局に提出された。

性同一性障害と医療保険

原告は、提案された性再指定手術に関して、入院サービスと医師のサービスの費用について、メディケイドによる給付を州被告に対して申請した。州被告は、原告の申請を却下した。トランスセクシュアルの手術は、ジョージア州のプランにおいて、明示的に除外されている、というのがその理由であった。

原告は、1976年9月7日に、医療補助を求めて、本件訴訟を提起した。そして、次のように主張した。(1)42 U.S.C. §1396a (a)(13)(B), 1396d (a)(1)-(5) によって、州プランは給付をすべきである。(2)45 C.F.R. §248.10(a)(2)(ii) によって給付が禁止される範疇には入らない。(3)「診断、疾病の種類又は症状だけに基づいて……」給付を否定してはならない (45 C.F.R. §249.10 (a)(5))。(4)受給者の「最善の利益」に合致するものとして給付すべきである (42 U.S.C. §1396a (a)(19))。(5)州のプランによる禁止は違法であり (42 U.S.C. §1396 *et seq.*)、連邦憲法修正14条の平等な保護の規定に違反している〔原注5〕。さらに、州のプランは違法であり、連邦被告はそれを認可すべきではない (42 U.S.C. §1396a (b))。以上の理由により、原告の求める利益は与えられるべきである。

州被告は、次のように答弁した。メディケイドによる費用の給付を申請された本件のトランスセクシュアルの手術は、(1)実験的なものである。(2)美容整形である。(3)本件の当事者には相応しくない。(4)まず、行政上の種々の手続を尽くすべきであった (例えば、サービス供給者の合意 (45 C.F.R. §250.21.)、専門家の費用の制限 (45 C.F.R. §250.30 (b)(3))、生殖不能にする手術を事前に実施すること (45 C.F.R. §250.35)、将来の再検討 (45 C.F.R. §250.18, 250.19) およびインフォームド・コンセントなどである)。(5)不必要な手術である。以上に理由により、州は、トランスセクシュアルの手術についてメディケイドの給付を否定したこと、特に原告に対する給付を否定したことは正当である、と主張した。

連邦被告は、答弁を限定しており、保健教育福祉省長官が州のプランを認可したことが違法であるという原告に主張に対してのみ、答弁をし

た。連邦被告は、原告の主張に反対し、長官の認可はその裁量に委ねられており、本件においては合理性に枠内である、と主張した。さらに、次のように主張した。(1)州のプランは、充分性および合理性という連邦の基準を満たしている (45 C.F.R. §250.30 (a)(5)(i))。(2)保健教育福祉省長官が、ジョージア州のプランを認可したことは妥当である。(3)性再指定手術は、トランスセクシュアルに対して専門家が推薦する唯一の治療方法ではない。連邦被告は、原告の略式裁判の申立に反対し、自己のために略式裁判を求める反対申立をした。

以下では、原告による請求の変更の申立および略式裁判の申立、連邦被告の略式裁判の反対申立について検討する。

請求の変更の申立〔略〕

略式裁判の申立

原告による略式裁判の申立と、連邦被告による略式裁判の反対申立とが交錯し、州被告はそれに反対している。しかし、実体的な争点は、メディケイド・プランに参加する州は、「なんらかの」医療サービスまたは手続を給付することが、法的に求められているか否かという問題に帰着する。この法的な問題を解決することによって、複雑な訴訟を、略式裁判に相応しいものにすることができる〔原注8〕。

〔原注8〕 *Ammons v. Franklin Life Insurance Co.*, 348 F.2d 414, 417 (5th Cir. 1965); C. Wright & A. Miller, *Federal Practice and Procedure*, §2732 at 608 (1976).

メディケイドに関する法律は、具体的なサービスや手続については規定していない (*Coe v. Hooker*, 406 F. Supp. 1972, 1079 (D. N. H. 1976))。

「医療補助 (medical assistance)」は、広く定義されている (42 U.S.C. §1396d (a))。州は、自州の状況に応じた「メディカル・プラン」を

性同一性障害と医療保険

作成しなければならない (42 U.S.C. §1396)。このような柔軟性は、財政状態がますます逼迫している状況では重要である (*District of Columbia Podiatry Society v. District of Columbia*, 407 F. Supp. 1259, 1264 (D.D.C. 1975)) [原注 9]。州のメディケイドがカバーする範囲は、受給者全体の最大の利益を考慮したものでなければならない (*Briarcliff Haven, Inc. v. Department of Human Resources*, 403 F. Supp. 1355 (N.D. Ga. 1975); *Shumate v. Parham*, C. A. No. 76-383A (N.D. Ga., Feb. 22, 1977) (Freeman, J.))。

[原注 9] 「包括的な」医療に向けてメディケイド・プログラムに参加するように州に求める規定である 42 U.S.C. §1396e は、1972年の改正社会保障法 (the Social Security Amendments of 1972, Pub. L. No. 92-603) によって廃止された。立法史は、この廃止の理由として、幾つかの州における財政難と、一般的な理由として脆弱な財政基盤を挙げている (H. Rep. No. 92-231, 92d Cong., 1st Sess. (1971); 1972 U.S. Code Cong. and Admin. News pp. 4989, 5087)。

[5] 制定法の枠組みにおいては州の柔軟性が認められているが、5つの主要なサービスのカテゴリーに関しては、医療補助の利益を給付しなければならない、と原告は主張している。(1)入院サービス、(2)通院サービス、(3)検査およびX線サービス、(4)熟練した看護サービス、早期診断・検診および家族計画サービス、および(5)医師のサービスの5つがそれである (42 U.S.C. §§1396a (a)(13)(B))。しかし、連邦最高裁判所は、最近の事例において、これら5つのカテゴリーすべてのサービスをカバーする必要はない、と判示した (*Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 97 S.Ct. 2366, 53 L.Ed.2d 464 (1977))。この判決においては、ペンシルベニア州のプランは、臨月の分娩、治療目的の中絶については給付を認めているが、治療目的ではない中絶、選択的な中絶については給付を認めていない。このプランは、「合理的」であり、「法律の目的と合致する」と判断され

た (*Id.* at 444, 97 S.Ct. at 2371)。第19編は、治療目的ではない中絶について給付をすることを認めているが、それを要求してはいない (*Id.* at 446, 97 S.Ct. at 2366)。42 U.S.C. §§1396a (a)(13)(B), 1396d (a)(1)-(5) の5つのカテゴリーの枠内において、各州は、州メディケイド・プランを作成する際に、合理的な裁量権を行使することが許される。

[6] しかし、他方で、上記のピール対ドー事件判決は、5つの広範なカテゴリーに含まれるサービスについては、州メディケイド・プランはカバーすべきものとし、また、それらは「医学的に必要な」サービスであると判断したものであると考える。この判決において、連邦最高裁は、次のような注意をしている。

「もしも、ある州が、必要な医療を給付の対象から除外するメディケイド・プランを策定したとすれば、重大な制定法上の問題が生じるであろう。しかし、州が不必要な（望ましくはあっても）医療サービスに対する給付を拒絶することは、法律の目的と合致しないとは言えない」 (*Id.* at 444, 97 S.Ct. at 2371)。

連邦最高裁判所は、治療目的ではない手続・選択的な手続と、必要な医療とを一貫して区別している (See also, *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 97 S.Ct. 2376, 53 L.Ed.2d 484 (1977))。メディケイドの給付は、受給資格者にとって必要な医療については、選択的あるいは裁量的であってはならない、というのがわれわれの結論である。

[7] 第19編および付属法規の文言は、この結論を支持していると考えられる。

「各州が……必要な医療サービスの費用を負担することができるだけの収入および資産のないもの……のために、医療補助を……を提供することを可能にすること」を目的としている (42 U.S.C. §1396)。

「〔医学的に必要な者とは〕必要な医学的および治療的なケアおよびサービスの費用を負担することができるだけの十分な収入および資産のない者をいう」 (42 U.S.C. §1396a (a)(10)(C)(i))。「適切な限界は、医学

的な必要性という基準に置くべきであろう」(45 C.F.R. §249.-10 (a)(5) (i))。

医学的に必要なサービスは、メディケイドによってカバーすべきであるだけでなく、最低限の生活保障としても、給付しなければならないものである。

[8] 医学的に必要な治療であるか否かの判定は、専門的な判断であり、患者を診察している医師が判断すべきことである。「メディケイドの補助における医師の中心的な役割」は、ビール対ドー事件判決 (*Beal v. Doe, supra* at 441 n.3, 442, 97 S.Ct. at 2369, 2370) において強調されている。メディケイド・プログラムにおける担当医の重要な役割は、立法資料にも現れている (the Medicare, 45 U.S.C. §1395 *et seq.*, and the Medicaid, 42 U.S.C. §1396 *et seq.*)。

〔1〕医師の役割

委員会の法案は、健康サービスの利用を決定する場合には、医師が中心人物であると規定している。そして、入院、検査、薬剤および入院期間を決定するのは医師であると規定している」(S.Rep. No. 404, 89th Cong., 1st Sess., 1965 U.S. Code Cong. and Admin. News pp. 1943, 1986)。

さらに、患者に医師を選択する自由を認めなければならないという要件 (42 U.S.C. §1396a (a)(23); 45 C.F.R. §249.20) は、医療サービスを必要とする者に対しても、裕福な人々と同様のサービスを提供したいという議会の意図を反映するものである。メディケアおよびメディケイドにおける医療補助は、私人のためのものであり、州のためのものではない。あるいは、他の国々において見られるような医療を社会化しようとするものでもない〔原注10〕。

〔原注10〕 *See*, 111 Cong. Rec. 6972 (1965) (remarks of W. Mills); 111 Cong. Rec. 15037 (1965) (remarks of R. Long); and 111 Cong. Rec. 17729

(1965) (remarks of W. Mills).

[9] ある治療が医学的に必要か否かの判断に際して、担当の医師は、外部からの干渉を受けるべきではない。ビール対ドー事件判決 (*Beal v. Doe, supra* at 448, 97 S.Ct. 2366) において、中絶が必要か否かの判断について、担当医以外に2人の医師による同意が必要とするペンシルベニア州のプランにおける要件は、控訴裁判所において審理されなかったが、「第19編と矛盾する」可能性が指摘されている (*Id.*)。

「本件の記録によれば、これらの追加的な2人の医師が正確にはどのような役割を果たすのかについて、判断することができない。したがって、この要件が議会の意図に反するような方法で、担当医の医学的な判断に干渉するものであるかどうかについて判断することができない。したがって、控訴裁判所の判決を破棄し、この要件について判断すべきものとする」(*Id. See, Id.* at 441 n.3, 445 n.9, 97 S.Ct. 2376 and *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 192, 93 S.Ct. 739, 35 L.Ed.2d 201 (1973))。

担当医が、患者のインフォームド・コンセントを得て、医学的に必要な医療について判断すべきである〔原注11〕。治療に関する医師の決定は、専門職としての倫理、連邦法および州法によって規律されるべきである〔原注12〕。

〔原注11〕 当裁判所は、ある手続またはサービスが医学的に必要であるということについての担当医の決定を〔他の〕医師が確認することを必要とするジョージア州のプランおよびその付属法規について判断することを求められてはいない。したがって、当裁判所は、このような要件の妥当性について、メディケイドの委託に照らして判断しないことにする。

〔原注12〕 当裁判所は、担当医による診断および治療方法の決定については判断しない。

メディケイドの給付を受けるための申請において必要な医学的な必要性に関する担当医による確認の正確性については、連邦政府および州政府が確保すべきである。メディケイド法である 42 U.S.C. §1396 (a)(1) および (2) は、

性同一性障害と医療保険

メディケイド給付の申請、またはメディケイド権の決定に関して、「知りながら、故意に、……事実について虚偽の申述をした者に対して」、罰金および（または）懲役という罰則を規定している。虚偽の申述に関する類似の罰則が、ジョージア州でも規定されている（Ga. Code §26-2408 (1976)）。このような罰則の不適切さ、および実行性の欠如は、連邦議会および州議会の英知によって改められるべきである。さらに、治療の必要性に関する担当医による確認の正確性は、すべての従事者に影響を与えるものであり、専門家によって確実にモニターすべきである。

[10] 州は、選択しうる手続に関しては、州のメディケイドの給付する範囲について、合理的な範囲内で、認めることも認めないこともできる。しかし、州および裁判所は、医学的に必要な治療に関する担当医の決定に干渉すべきではない〔原注13〕。本件においては、連邦被告は、手術の代わりに精神療法を推薦している。しかし、治療方針を指示するものであってはならない。なぜなら、担当医が、手術が患者にとって医学的に必要であると判断しているからである。

〔原注13〕 このことは、州の責任を否定するものではない。合理的な報酬表については、45 C.F.R. §250.30 (b)(3) 参照。供給契約に関しては 45 C.F.R. §250.21 参照。使用の規制および検討については 45 C.F.R. §§250.18, 250.19 参照。

[11-13] 医学的な必要性に関する判断は、個々の患者ごとに行うべきである。したがって、ある患者にとっては、美容整形であったり、実験的であったり、不必要であっても、他の患者にとっては、重要なものであることもありうる。したがって、州は、州のプランにおいて、5つのカテゴリーに含まれるサービスまたは手続が（42 U.S.C. §§1396a (a)(13)(B), 1396d (a)(1)-(5)）、州内で提供することができない場合であっても、それに関する給付を拒絶することはできない（45 C.F.R. §234.40 (a)(2)(ii)）〔原注14〕。また、「診断、疾病の種類又は症状だけに基づい

て」医療サービスを拒絶することはできない (45 C.F.R. §239.10 (a)(5) (i))。連邦保健教育福祉省長官は、州のプランにおけるそのような制限を認可することができない。なぜなら、そのようなことは、メディケイド・プログラムの目的および規定と調和しないからである。トランスセクシュアルの手術に対する給付を完全に否定するジョージア州のプランは〔原注15〕、連邦の委託に反している。したがって、州は、この種の給付を否定している部分については、適用すべきではない。同様に、同じ限度で、連邦被告も認可すべきではない。手術の費用についてメディケイドによる給付を申請している原告の請求は、これを認めるべきである。

〔原注14〕 州のプランは、中絶あるいは性別再指定手術にメディケイドの給付をすることを全て排除することはできない。ただし、治療的でない中絶、または不必要な、もしくは美容整形的な性別再指定手術への給付は、否定することができる。

〔原注15〕 State Medicaid Plan, Attachment 3.1A, Page 2b, Item 51; Policy Manual for Physicians' Services, §203.5, Item 17(g).

〔14, 15〕 第19編の柔軟性は、各州の状況に応じて、メディケイド・プランを策定し、管理することを、州に対して認めている〔原注16〕。しかし、法律の硬直性から、5つのカテゴリーに含まれるサービスまたは手続のうち、担当医が医学的に必要と判断したものについては、受給権者に給付すべきである。

〔原注16〕 州は、カバーするサービスとカバーしないサービスをリストアップすることができる。しかし、給付および手続に関して明確な指針を与えるべきである。Policy Manual for Physicians' Services, §200 はこの点で不十分である。

性同一性障害と医療保険

(中略)

原告による略式裁判の申立を認める。そして、ジョージア州のメディケイドおよびその付属法規のうち、42 U.S.C. §§1396a (a)(13)(B), 1396d (a)(1)-(5) の5つのカテゴリーに含まれるにもかかわらず、トランスセクシュアルの手術に対する給付を完全に否定する規定は無効であると宣言する。州被告に対して、次のとおり命じる。(1)トランスセクシュアルの手術に対するメディケイドの給付を全面的に否定する州のメディケイド・プランおよびその付属法規を適用してはならない。(2)原告の手術に関して、入院サービスおよび医師のサービスの費用をメディケイド・プランから給付しなければならない。連邦被告に対して、次のように命じる。42 U.S.C. §§1396a (a)(13)(B), 1396d (a)(1)-(5) の規定する5つのカテゴリーに含まれるにもかかわらず、トランスセクシュアルの手術に対するメディケイドの給付を全面的に否定するジョージア州のプランおよび付属法規を認可してはならない。

以上のとおり命令する。

第2節 ラッシュ対パーハム事件

連邦控訴裁判所（第5巡回区）1980年9月15日判決

Rush v. Parham, 625 F.2d 1150 (1980)

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきではないという旨を判示した。本件に関する判決を時系列で並べると、次のとおりである。

○1977年8月2日 連邦地方裁判所（アトランタ地区）判決

ラッシュ勝訴

☆×1980年9月15日 連邦控訴裁判所（第5巡回区）判決

ラッシュ敗訴

×1983年6月9日 連邦地方裁判所（アトランタ地区）判決

ラッシュ敗訴

本判決は、すでに紹介した連邦地方裁判所（アトランタ地区）1977年8月2日判決（第2章，第1節参照）を破棄したものである。（以上，大島）

キャロリン・ラッシュは，トランスセクシュアルの手術の費用を得るために，連邦および州の公務員を被告として訴を提起した。連邦地方裁判所は，ラッシュの略式裁判を求める申立に対して，州被告に対して手術費用の支払を命じた。そして，州のメディケイド・プランは，U.S.C. §1396 (1976) によって，必要な医療サービスを完全に否定することはできないと判示した。また，連邦地方裁判所は，連邦被告に対して，ジョージア州メディケイド・プランのうちの「トランスセクシュアルの手術に対するメディケイドの給付を全面的に否定する」部分を認可しないことを命じた（*Rush v. Parham*, 440 F.Supp. 383 (N.D.Ga.1977)）。

当裁判所は，本件に関する連邦地方裁判所の判断に同意することができない。当裁判所は，州被告が裁判において次のことを証明することを認めるべきである，と判断する。①ジョージア州の医療補助局〔原注1〕は，実験的な医療は医学的に必要ではなく，実験的な治療については給付しない。そして，トランスセクシュアルの手術は実験的である。または②医療補助局は，適切な事例においてはトランスセクシュアルの手術について給付をする。しかし，原告の事例においては，トランスセクシュアルの手術は適切ではない。連邦被告に対しては，連邦地方裁判所は管轄権がないと判断すべきであった，と判断する。したがって，原審判決を破棄し，差し戻す。

〔原注1〕 本件訴訟が提起された当時，ジョージア州メディケイド・プログラムは，人的資源省の1部局であった。本判決においては，その後継組織である医療補助局の名で引用する。

I 背景

本件は、ラッシュが訴を提起した1974年に始まった。ラッシュは、解剖学的には男性であるが、トランスセクシュアルであると診断された。ラッシュは、彼女〔原注2〕の医師から医学的に薦められたトランスセクシュアルの手術について、医療補助局に対して、メディケイド給付を申請した。ラッシュは、社会保障の受給資格者であり、ジョージア州のメディケイド・プログラムの受給資格者であると判断された。給付は、当初、認められた。しかし、手術の予定が立てられる前に、その決定は取り消された。州被告によれば、取消の理由は、トランスセクシュアルの手術は実験的であり、またラッシュには不適切な手術である、というものであった。

〔原注2〕 医学文献においては、生物学的に男性のトランスセクシュアルについては女性の代名詞が使用されている。本判決においても、この慣行に従う。

ラッシュは、拒絶について再審査を求めた。そして、医学的な必要性を証明するために、トランスセクシュアルの治療に関する2人の専門家の宣誓供述書を提出した。両者とも、原告は「真実のトランスセクシュアル」、つまり女性としてのジェンダー・アイデンティティーを持つ解剖学的な男性である、と主張している。そして、効果のある唯一の治療方法は、ラッシュの解剖学的な性を手術によって変更することであると主張している。

しかし、医療補助局は、以前と実質的に同じ理由に基づいて、ラッシュの請求を否定した。2つの決定の唯一の相違点は、先の否定の後に、同局がメディケイド・プランを変更し、「トランスセクシュアルの手術のような実験的な手術」（記録458頁）をメディケイド・プランの給付対象から排除する旨を付加した点だけである。そして、この点が否定のための特別の理由として記録されている。

ラッシュは連邦地方裁判所に訴を提起し、ジョージア州のメディケイド・プランの管理に責任を負う州の公務員と、連邦のメディケイドの管理に責任を負う連邦の公務員を被告とした。原告の主張の要点は、次の通りである。ジョージア州がトランスセクシュアルの手術についての給付を拒否したことは、州のメディケイド・プログラムは医学的に必要な全てのサービスをカバーすべきであるという連邦法の規定に違反している〔原注3〕。また、修正第14条の規定する平等条項にも違反している。なぜなら、トランスセクシュアルと、他の手術を必要とする者との間で差別をすることになるからである。ラッシュは、裁判所に対して、次のことを求めた。(1)トランスセクシュアルの手術に対するジョージア州の給付の禁止は違法であり、州被告に対して、その禁止を実行しないように命じること。(2)原告の手術費用を支払うように、州被告に命じること。(3)現在のジョージア州のメディケイド・プランに対する認可を取り消すように連邦被告に命じる職務執行令状を発行すること〔原注4〕。

〔原注3〕 「医学的に必要なサービス」という文言は、メディケイド法が州に対して規定することを求める5つのカテゴリーに関するものである(42 U.S.C. §1396a (a)(13)(B))。それらのサービスとは、(1)入院サービス、(2)通院サービス、(3)検査サービスおよびX線検査サービス、(4)熟練した看護サービス、早期診断・検診および家族計画サービス、および(5)医師のサービスである(42 U.S.C. §1396d (a)(1)-(5)(1976))。州の制定法においては、これらは選択可能なサービスとして規定されていない。例えば、在宅ケアサービス、私的な看護サービス、理学療法などは、仮に医学的に必要であっても、選択可能なサービスである(42 U.S.C. §1396d (a)(6)-(17))。

〔原注4〕 原告は、42 U.S.C. §1343 (1976) の規定(州法によって原告の公民権を奪う共謀に関する規定)、および「付随的管轄権の法理 (concepts of pendant jurisdiction)」によって、当裁判所が管轄権を有することを当然の前提としている。さらに、連邦被告に対して職務執行令状を発する管轄権については、原告は、28 U.S.C. §1361 (1976) に依拠している。

ラッシュは、略式裁判 (summary judgment) を求める申立 (motion)

性同一性障害と医療保険

をした。その理由は、争点が2点しかなく、そのいずれもが争いのある事実に関するものではない、というものであった。第1の争点は、州のメディケイド・プログラムは医学的に必要なサービスについて給付を完全に拒絶することができるか、という問題である。ラッシュの主張によれば、トランスセクシュアルの手術が医学的に必要であるという事実に関する問題は、彼女が提出した2人の医師の宣誓供述書によって解決されている。これらの宣誓供述書は、トランスセクシュアルの手術は医学的に必要であるとしている（これに対して、被告らは、トランスセクシュアルの手術は効果がなく、危険であるという宣誓供述書を提出している）。第2の争点は、問題の手術はラッシュにとって適切ではないとした点において、医療補助局が裁量権を濫用しているか否か、という問題である。

被告らは、原告に略式裁判を与えることに反対した。そして、州のメディケイド・プランは、医学的に必要な治療であっても、排除が合理的である場合には排除することができる、と主張した。仮に、医学的に必要なサービスについては給付をすべきであるという点についてラッシュに同意するとしても、トランスセクシュアルの手術の医学的な必要性に関する事実上の争点については、ラッシュの申立によって判断することはできない。

連邦地方裁判所は、原告の申立を認めた。そして、次のとおり判断した。(1)ジョージア州のメディケイド・プログラムは、メディケイドの受給権者に対して、医学的に必要な全てのサービスを給付すべきである。(2)「トランスセクシュアルの手術が医学的に必要である」という担当医の判断に対して、「州は干渉することができない」。ラッシュの申し立てた救済を変更したのは、トランスセクシュアルの手術に対する給付を否定する部分についてのみ、連邦被告に対してプランの認可を取り消すことを命じた点だけである。本件控訴は、この略式裁判を与えた連邦地方裁判所に判決に対するものである。

II 連邦被告

連邦被告に対するラッシュの申立は、28 U.S.C. §1361 (1976) に基づく救済を求めるものである。この規定は、アメリカ合衆国の公務員に対する職務執行令状訴訟に関して、連邦地方裁判所に広範な管轄権を付与している。ラッシュは、職務執行令状以外には、管轄権に関する根拠を示していない（そして、實際上、救済を求めている）。「法原則において、職務執行令状が、本件において申し立てられている救済を得るための適切な手段であるか否か……ということが重要な争点である」（*Carter v. Seamans*, 411 F.2d 767, 773 (5th Cir. 1969), cert. denied, 397 U.S. 941, 90 S.Ct. 953, 25 L.Ed.2d 121 (1970))。もしも、そうでない場合には、連邦被告に対しては管轄権がないとして、連邦被告に対する訴訟は却下すべきことになる。

[1, 2] 1361条に基づく職務執行令状による救済は、次の場合にのみ認められる。(1)「被告の公務員が、原告に対して特別の任務を負う場合」(*Kirkland Masonry, Inc. v. Commissioner*, 614 F.2d 532, 534 (5th Cir. 1980))。および(2)他に適切な救済手段が原告にない場合 (*Carter v. Seamans*, *supra*)。連邦被告が原告に対して特別の任務を負うか否かという問題を別にしても〔原注5〕、本件の場合には、職務執行令状による救済が適切でないことは明白である。なぜなら、州被告に対するラッシュの救済が適切だからである。*Ramirez v. Weinberger*, 363 F.Supp. 105 (N.D.Ill. 1973), *aff'd* 415 U.S. 970, 94 S.Ct. 1553, 39 L.Ed.2d 867 (1974) (州の AFDC プログラムが違憲であるからといって、連邦保健教育福祉省長官に対して、資金補助をしてはならないという職務執行令状を発行することはできない。なぜなら、州被告のプログラムを適切なものに変更させることが、適切な救済方法だからである)。かくして、本件訴訟は、1361条に合致していない。本件救済には、他に法的な根拠がない。したがって、連邦被告に対する請求を却下する。

性同一性障害と医療保険

〔原注5〕 仮に、個々のメディケイドの受給者が利益を奪われているとしても、連邦の公務員は、州のメディケイド・プランが不適切であるとして否認すべき義務を負うとすることに、われわれは躊躇せざるをえない。制定法には、そのような義務を明示的に課している文言はないと判断する。連邦政府は、メディケイドの制度について、包括的に監督する義務を負うのみである。

III 州 被 告

連邦地方裁判所は、連邦のメディケイド法の下において、州のプログラムは医師が患者にとって必要と判断したあらゆるサービスについて支払をすべきである、と判示した〔原注6〕。ラッシュの担当医は、トランスセクシュアルの手術が医学的に必要であると判断した。したがって、ジョージア州のメディケイド・プログラムは、その手術費用を支払うべきである。連邦地方裁判所は、このように命じた。しかし、われわれは、連邦地方裁判所に同意することはできない。そして、次のように判示する。州は、医学的な必要性に関する定義をすることができ、医師の裁量権に合理的な制限を加えることができる。手術を否定するジョージア州の主張において、そのような制限が主張されている。すなわち、実験的な形態の治療に対しては、給付を否定するという主張がそれである〔原注7〕。すなわち、医療専門家によって一般に有効とは認められていない治療である〔原注8〕。

また、われわれは、州のメディケイド当局は医師の決定した治療の医学的な必要性について、個々の事例ごとに審査することができる、と判断する。われわれの結論について、以下に詳細に述べる。

〔原注6〕 連邦地方裁判所は、この原則に対する1つの例外を認めている。つまり有効性の例外である。不正確な診断に基づいてある治療が処方されていると判断する場合には、州のメディケイド・プログラムは、その費用を給付すべき義務を負わない。

〔原注7〕 記録からは明らかではないが、ジョージア州は、例外的な場合

性同一性障害と医療保険

には、実験的な手術についても支払をする、という立場をとっているように思われる。われわれは、ジョージア州は全ての実験的な治療についての支払を拒絶することができるかと判断しており、特定の場合を例外とすることもできると判断する。この点については、後のBにおいて述べる。

〔原注8〕 実験的な手術の概念の詳細な定義は、後の注11で述べる。

A

〔3〕 医師が医学的に必要と判断した全ての治療について州は給付をしなければならぬという連邦地方裁判所の判決は、2つの別個の結論を含んでいる。第1は、州のメディケイド・プログラムは、全ての必要な医療サービスについて給付すべきである。第2は、個々の医師が医学的な必要性に関する唯一の判断者である。われわれは、第1の結論の妥当性について判断する必要はないと判断する。なぜなら、当該手術が実験的な治療であり、原告には適切ではないということを理由として、州は手術費用の負担の拒絶を正当化しようとしている。このことは、全ての必要な医療サービスについて給付をしなければならぬという要件に反するものではない〔原注9〕。そこで、連邦地方裁判所の第2の結論について考察することにする。

〔原注9〕 州のプログラムは医学的に必要な全てのサービスについて支払をすべきであるということの根拠は、メディケイドの目的は全ての州で達成されるべきであるというメディケイド法の規定にある。

「必要な医療サービスの費用を負担することができるだけの収入および資産のないものの……ために、医療補助を提供する」ことを可能にすることが目的である (42 U.S.C. §1396)。

連邦地方裁判所は、この規定を、州のプログラムはメディケイドの受給権者に対して、医学的に必要な全てのサービスを提供すべき旨を規定したものであると理解している。この見解は、最近の幾つかの判決においても支持されている。また、最高裁判所は、「もしも、ある州が、必要な医療を給付の対象から除外するメディケイド・プランを策定したとすれば、重大な制定法上の問題が生じるであろう」と判示している (*Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 444; 97 S.Ct. 2366, 2371, 53 L.Ed.2d 464; *Harris v. McRae*,—U.S.—,

性同一性障害と医療保険

—n. 11, 100 S.Ct. 2671, 2683 n. 11, 65 L. Ed. 2d (1980))。しかし、この制定法の規定は、単に、メディケイドを受けることができるグループについて規定したものに過ぎず、カバーすべき範囲を規定したものではないと解釈されている (*Preterm Inc. v. Dukakis*, 591 F.2d 121 (1st Cir. 1979))。かくして、州は、メディケイド資金を節約するために、医学的に必要な入院治療を21日間に制限することができると判決した (*Virginia Hospital Association v. Kenley*, 427 F.Supp. 781 (E.D. Va. 1977))。州のメディケイド・プランは、医学的に必要なサービスについてカバーする範囲を制限することができるのである。しかし、その制限は、州の利益を保護するためであり、かつ、州のメディケイド法において許される場合に限られる。*Virginia Hospital* 事件では、これらの要件が満たされていた。

連邦地方裁判所は、實際上、あるサービスが医学的に必要であるか否かについて判断する権限は州にはない、と判示している。しかし、われわれの見解によれば、メディケイド法および規則は、州が独自のメディケイド・プログラムの要件を定めることによって、医学的な必要性について定義することを認めている。われわれは、制定法の分析から始めることにする。制定法は、次のように規定している。

「医療補助に関する州のプランは、合理的な基準を含んでいなければならない。本法の規定する目的と調和する範囲で、給付する医療補助の範囲を確定するための基準を定めなければならない」(42 U.S.C. §1396 a (a)(17)(1976))。最高裁判所は、この文言を次のように解釈した。「医療補助の範囲を決定する基準を採用することについて、州は広範な裁量権を認められている。ただし、『合理的であること』と法律の『目的に合致すること』が求められているに過ぎない」(*Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 444, 97 S.Ct. 2366, 2371, 53 L. Ed. 2d 464 (1977))。しかし、連邦地方裁判所の判断によれば、州は、いわゆる選択的なサービスとして 1396d (a)(6)-(17) に列挙されているもののなかから、給付の対象外とする裁量権を持つに過ぎないということになる。1396a (a) の文言からすれば、連邦議会が州の裁量の余地を狭くしようとしたようには見えない。

給付の範囲を決定することに関する州の権能を定義する重要な文言は、すでに引用した最高裁判所の *Beal v. Doe* 判決が使用した「基準」である。個々の事例において個々の医師がどのサービスが適切であるかを判断する際に利用しうるような基準を決定する権限が州にはある、という意味であると解釈する。基準を決定するという州の責任は、少なくとも、医学的な必要性の合理的な定義をすることにも及ぶ。保健教育福祉省の規則は、次のように規定している。「州は、医学的な必要性について妥当な制限をすることができる……」(42 C.F.R. §440.-230 (c)(2))。

このことは、個々の事例においてどのサービスが適切であるかについて判断すべき個々の医師の第1次的な責任を排除するものではない。個々の医師は、州が課した合理的な制限の枠内で、行為することが求められているだけである。個々の医師と政府との間のこのような関係は、連邦のメディケア・プログラムにおいても見られる〔原注10〕。いずれも、個々の医師の判断を中心に行っている (See 42 U.S.C. §1396a (a)(23)(1976)——メディケイドの受給者は、医師を選ぶ自由を持つ。42 U.S.C. §1395 a (1976)——メディケアにおける同様の規定)。

〔原注10〕 メディケアは、州を基礎とせずに、連邦政府によって直接に管理される。

〔4〕 次の問題は、医学的に必要なサービスに関するジョージア州の定義(実験的な治療を排除している)は合理的かということである。連邦のメディケア法の解釈の類推によって、われわれの結論を支持することができると思われる。

メディケアを創設した制定法は、メディケイド・プログラムの制定法とは異なり、治療のタイプについて特別の制定法によって制限を規定すべきものとしている。そのような制限に基づき、「疾病もしくは傷害の診断または治療、あるいは身体機能が十分でない者の改善のために合理

性同一性障害と医療保険

的ではない、または必要ではない」医療サービスに対する支払を排除している (42 U.S.C. §1395y (a)(1)(1976))。これは、医学的に必要な全てのサービスを提供すべきであるという連邦地方裁判所の決定とは全く正反対である。メディケア当局は、実験的な治療に対する給付が排除されていると理解している〔原注11〕。See Medicare Intermediary Letters Nos. 77-4 & 77-5, [1976 Transfer Binder] Medicare & Medicaid Guide (CCH) 28,152 (1976). さらに、この制限は、ある種のタイプのサービスに対する支払を禁じるために使用されている。例えば、Medicare Hospital Manual, Medicare & Medicaid Guide (CCH) 27,201 を参照 (生体自己制御 (biofeedback) は、実験的であり、診断および治療のために合理的かつ必要なものとみなすことはできない)。

〔原注11〕 ある具体的なサービスが実験的であるか否かを決定するための最も明確な基準は、メディケアの文言の中にある。これは、あるサービスについて給付を受けられない理由を、患者とサービス提供者の双方に説明したものである。

「このような〔あるサービスについて給付をするか否かについて〕決定をする場合に最も重要なことは、そのサービスが当該事例において有効かつ証明された治療方法として、医療専門家によって広く受け入れられているか否かということである。これが肯定される場合には、メディケアは支払をする。これに対して、あるサービスまたは治療がまだ広く受け入れられていない場合、あまり利用されていない場合、あまり知られていない場合には、メディケイドによる支払の前に、それが安全であり、有効であるということについて権威のある証拠を必要とする」(Enclosure #2 to Intermediary Letters Nos. 77-4 & 77-5, [1976 Transfer Binder] Medicare & Medicaid Guide (CCH) 28,152 (1976))。

このように、実験的な形式の治療は医学的に不必要であるという点において、メディケアの管理者と被告は同じ立場に立っている。本件控訴において、われわれは、医学的な必要性に関するこの様な解釈はメディケイド法の下におけるジョージア州の裁量権の有効な行使であるか、と

ということだけを検討している。なぜなら、実験的な治療も医学的に必要なサービスに含めるべきであるという主張には、検討するメリットはないと考えるからである。実験的な治療も医学的に必要なサービスに含めることは、受給権者全体の利益を危うくする。かくして、われわれは、本件を連邦地方裁判所に差し戻し、次の2点について判断させるべきものとする。①原告の最初の申請を却下した当時、ジョージア州は、事実上、実験的なサービスについての支払を禁じるという方針を採用していたか否か〔原注12〕。そうだとすれば、②トランスセクシュアルの手術は実験的であるという結論が合理的であるか否か〔原注13〕。

〔原注12〕 ジョージア州は、原告の最初の申請を却下するまで、実験的なサービスに対する給付を禁止するという明文の方針を採用してはいなかった。しかし、最初の却下の前に、すでに、ジョージア州が、そのような支払を拒絶するという方針を行政的に発展させていた可能性がある。また、実験的な手術については支払をしないというジョージア州の明文の方針を、遡及的に、原告の申請についても適用することは可能であると考えられる (*General Telephone Co. of the Southwest v. United States*, 449 F.2d 846 (5th Cir. 1971) 参照)。しかし、問題の手術がトランスセクシュアルの手術であるという理由だけで、被告が支払を拒絶したとすれば、ジョージア州は支払をしなければならないという点に留意しなければならない。なぜなら、州は、「申請されたサービスの額、期間および範囲を恣意的に否定または減じてはならない」し、また「診断、疾病の種類又は症状だけに基づいて」制限することができないからである (42 C. F. R. §440.-230 (c)(1), as corrected by 43 Fed. Reg. 57253 (Dec. 7, 1978))。

〔原注13〕 連邦地方裁判所が、原告の申請の当時における圧倒的な見解ではなく、現在の医学的な見解に従うべきであるというのは、単純な論理の問題であるとする。

B

[5] ラッシュの手術について支払をしないという州被告の決定が実験的治療については給付をしないということに基づいているのではない、と連邦地方裁判所が判断したと仮定してみよう。または、トランスセク

シュアルの手術は実験的なものではない、と連邦地方裁判所が判断したと仮定してみよう。この場合には、被告の第2の主張について考察すべきことになる。つまり、トランスセクシュアルの手術はラッシュにとって適切な治療方法ではない、という独自の行政的な判断に到達したという主張である。われわれは、記録を再検討してみた。しかし、被告等がこのような判断をしたのか否かは明らかではない。仮に、そうだとしても、どのような基準に基づいて、ラッシュの担当医の見解と正反対の見解に到達したのか明らかではない。これらは事実問題であり、連邦地方裁判所が略式裁判において判断すべき事項ではない (*Keiser v. Coliseum Properties, Inc.*, 614 F.2d 406 (5th Cir. 1980))。

[6] 医師の決定について被告が再検討する際に用いるべき適切な基準は、ジョージア州が例外的な場合を除き、実験的な手術に対する支払を制限をするという方針を採用しているか否かである（仮に、そうであるならば、次に、トランスセクシュアルの手術は実験的か否かということが問題になる）〔原注14〕。仮に、ジョージア州がそのような方針を採用しており、ラッシュの事例が例外的であるか否かについて判断すべきものであると仮定しよう。この場合には、ラッシュが、自分は例外的な取り扱いを受けるべきであるという特別の止むを得ない事情を証明することに成功した場合を除き、被告の決定を支持すべきことになる。そのような事情を証明するためには、ラッシュは、他の治療方法では症状を改善させることができず、トランスセクシュアルの手術によってのみ可能であることを証明しなければならない。

〔原注14〕 注11で述べたように〔注7が正しいと思われる——大島注〕、記録からは、ジョージア州が、すべての実験的な手術に対する支払を禁止しているのか、それとも特定のものだけを禁じているのかということは明らかでない。

[7] 仮に、ジョージア州が例外的な場合を除き、実験的な手術に対する支払を制限する方針を採用していない（または、トランスセクシュアルの手術は実験的ではない）、と連邦地方裁判所が判断したとすれば、医師の診断を再検討するための唯一の方法は、「ケアおよびサービスの不必要な利用に対する……監視」である（42 U.S.C. §1396a (a)(30)(1976)）。そのような制限された再検討に基づく場合には、メディケイドの下においては、「医師が、健康サービスの使用を決定する中心人物である」（S. Rep. No. 404, 89th Cong., 1st Sess., 46, reprinted in [1965] U.S. Code Cong. & Admin. News, pp.1943, 1986. See also, *Beal v. Doe, supra*）。したがって、この場合には、州の権限は制限され、何らかの事実に基づかない限り、医師の診断あるいは処方した治療が適切である否かについて判断をすることはできない。

C

われわれは、州のメディケイド・プログラムに対して、トランスセクシュアルの手術について支払をすべき旨を命じている幾つかの事例を発見した（例えば、*Pinneke v. Preisser*, 623 F.2d 546, (8th Cir. 1980); *Doe v. Minnesota Department of Public Welfare*, 257 N.W.2d 816 (Minn. 1977)。反対に、例えば *Denise R. v. Lavine*, 39 N.Y.S.2d 279, 347 N.E.2d 893, 383 N.Y.S.2d 568 (1976) をも参照）。しかし、これらの事例においては、州が医学的な必要性について定義する場合に、実験的な手術を排除しうるか否かは問題となっていない。また、これらの事例は、個々の事例における医師の診断が誤っているか否かについて州が再審査する道を閉ざしているものでもない。これらの判決は、医師が必要と判断した治療について州は支払をしなければならないという旨を判示しているに過ぎない。上記の争点を略式裁判において判断することは、適切ではない。したがって、原審判決を破棄し、差し戻すこととする。

性同一性障害と医療保険

第3節 ラッシュ対ジョンソン事件

連邦地方裁判所（アトランタ地区）1983年6月9日判決

Rush v. Johnson, 565 F. Supp. 856 (1983)

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきではないという旨を判示した。本件に関する判決を時系列に並べると、次のとおりである。

○1977年8月2日 連邦地方裁判所（アトランタ地区）判決

ラッシュ勝訴

×1980年9月15日 連邦控訴裁判所（第5巡回区）判決

ラッシュ敗訴

☆×1983年6月9日 連邦地方裁判所（アトランタ地区）判決

ラッシュ敗訴

本判決は、連邦控訴裁判所（第5巡回区）の1980年9月15日判決（第2章，第2節参照）を受けて、MTFトランスセクシュアルのラッシュを勝訴させたかつての判決（第2章，第1節参照）を変更したものである。（以上，大島）

本件訴訟は、42 U.S.C. §1396 *et seq.* の規定するメディケイド（以下では、「第19編」または「メディケイド」という）の受給資格者である原告キャロリン・ラッシュ〔原注1〕が、ジョージア州医療援助局長（以下では、「州」という）を被告として〔原注2〕〔原注3〕、提起した事件である。原告は、宣言、差止、職務執行令状による救済および損害賠償を求めた。原告は予定していた性再指定手術に関して、入院費用および手術費用をメディケイドによって負担することを申請したが、州はそれを拒絶した。当裁判所の管轄権は、28 U.S.C. §§1343 and 1361の規定に基づいて主張された。

〔原注1〕 キャロリン・ラッシュというのは偽名であるが、当裁判所は原告の匿名性と秘密を守るために使用を許可した。

〔原注2〕 原告は、被告としてメディケイド・サービス局長であるサム・サーモンドの名を挙げている。しかし、その後、後任者デイヴィッド・ポイスレスと交代し、さらに後任者アロン・ジョンソンが就任している。公務員の職務上の地位に基づく当事者としての地位はほぼ自動的に交代し、本件においても、当裁判所の命令によって当事者の承継が行われている。

〔原注3〕 本件訴訟が提起された当時、ジョージア州メディケイド・プログラムは人的資源省の1部局であった。しかし、本件訴訟においては、その職務を承継した医療援助局の名で、メディケイド当局を表記する。

当裁判所は、1977年8月2日の判決によって、原告による略式裁判の申立を認め、州に対して、手術費用の支払を命じた。そして、州のメディケイド・プログラムは、42 U.S.C. §1396 によって、医学的に必要な治療サービスについて給付を完全に否定することはできないと判示した。しかし、連邦控訴裁判所（第5巡回区）は、1980年9月15日の判決によって、この判決を破棄し、次の問題について、当裁判所が判断することを求めた。

〔1〕 原告の最初の申請を却下した当時、ジョージア州は、事実上、実験的なサービスについての支払を禁じるという方針を採用していたか否か。そうだとすれば、〔2〕トランスセクシュアルの手術は実験的であるという結論が合理的であるか否か〕（*Rush v. Parham*, 625 F.2d 1150, 1157 (5th Cir. 1980) 〔原注4〕。さらに、連邦控訴裁判所（第5巡回区）は、原告の手術についての支払を拒絶するという州の決定が、実験的な治療に対する給付を禁止する原則に基づいていない場合〔原注5〕、またはトランスセクシュアルの手術は実験的なものでないとすれば、ラッシュの治療手段としてトランスセクシュアルの手術は適切でないという州の行政的な決定について判断しなければならない、と命じた〔原注6〕。

当事者の提起している事実の発見、および法的な結論について注意深く判断した。当裁判所は、次のような事実および法を発見した。

性同一性障害と医療保険

〔原注4〕 連邦控訴裁判所（第5巡回区）は、注において、次のように説明している。

「ジョージア州は、原告の最初の申請を却下するまで、実験的なサービスに対する給付を禁止するという明文の方針を採用してはいなかった。しかし、最初の却下の前に、すでに、ジョージア州が、そのような支払を拒絶するという方針を行政的に発展させていた可能性がある。また、実験的な手術については支払をしないというジョージア州の明文の方針を、遡及的に、原告の申請についても適用することは可能であると考えられる（*General Telephone Co. of the Southwest v. United States*, 449 F.2d 846 (5th Cir.1971) 参照）。しかし、問題の手術がトランスセクシュアルの手術であるという理由だけで、被告が支払を拒絶したとすれば、ジョージア州は支払をしなければならないという点に留意しなければならない。なぜなら、州は、『申請されたサービスの額、期間および範囲を恣意的に否定または減じてはならない』し、また『診断、疾病の種類又は症状だけに基づいて』制限することができないからである（42 C. F. R. §440.-230 (C)(1), as corrected by 43 Fed. Reg. 57253 (Dec. 7, 1978)）」（*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1157, n.12）。

裁判所は、さらに続けて、次のように説明している。「連邦地方裁判所が、原告の申請の当時における圧倒的な見解ではなく、現在の医学的な見解に従うべきであるというのは、単純な論理の問題であると考える」（*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1150, n.13）

〔原注5〕 連邦控訴裁判所（第5巡回区）は、「実験的なサービス」について、ある文書によって説明している。これは、メディケアのプログラムが患者および提供者に対して、なぜ給付をしないのかの説明したものである（*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1156, n.11）。

〔原注6〕 連邦控訴裁判所（第5巡回区）は、次のように述べている。

「医師の決定について被告が再検討する際に用いるべき適切な基準は、ジョージア州が例外的な場合を除き、実験的な手術に対する支払を制限するという方針を採用しているか否かである（仮に、そうであるならば、次に、トランスセクシュアルの手術は実験的か否かということが問題になる）。仮に、ジョージア州がそのような方針を採用しており、ラッシュの事例が例外的であるか否かについて判断すべきものであると仮定しよう。この場合には、ラッシュが、自分は例外的な取扱を受けるべきであるという特別の止むを得ない事情を証明した場合を除き、被告の決定を支持すべきことになる。そのような事情を証明するためには、ラッシュは、他の治療方法では症状を改善させることができず、トランスセクシュアルの手術によってのみ可能であることを証明しなければならない。

仮に、ジョージア州が例外的な場合を除き、実験的な手術に対する支払を制限する方針を採用していない（または、トランスセクシュアルの手術は実験的ではない）、と連邦地方裁判所が判断したとすれば、医師の診断を再検討するための唯一の方法は、『ケアおよびサービスの不必要な利用に対する……監視』である（42 U.S.C. §1396a (a)(30)(1976)）。そのような制限された再検討に基づく場合には、メディケイドの下においては、『医師が、保健サービスの使用を決定する中心人物である』（S. Rep. No. 404, 89th Cong. 1st Sess., 46, *reprinted in* [1965] U.S. Code Cong. & Admin. News, pp. 1943, 1986. See also, *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 97 S. Ct. 2366, 53 L. Ed. 2d. 464 (1977) *supra*）。したがって、この場合には、州の権限は制限され、何らかの事実に基づかない限り、医師の診断あるいあ処方した治療が適切であるか否なについて判断をすることはできない』（*Rush v. Parham*, 625 F. 2d. at 1157）。

1 事実の発見

A 州は〔上記の〕方針を採用しているのか

1974年初め、原告ラッシュは、ジョージア州医療援助局に対して、トランスセクシュアルの手術の費用の支払を申請した。その当時、ジョージア州メディケイド・プログラムには、次のような規定があった。(1)「疾病または傷害の診断または治療にとって不合理または不必要なサービス」に対する支払を禁じる明文の方針〔原注7〕。(2)「事故による傷害から回復する場合、または障害のある身体機能の改善を目的とする場合を除き、美容整形」に対する支払を禁じる明文の方針〔原注8〕。(3)「申請されたサービスの診断上の正当性、および類似の事例において使用される慣習的な手段を考慮する」という明文の方針〔原注9〕。(4)「許可の前に、医学的な必要性を判定し、他のケア方法を考察し、または過剰な利用を避ける」という明文の方針〔原注10〕。(5)州外におけるある種のサービスについては事前の許可を要するという明文の方針〔原注11〕。1975年5月以前には、プログラムは、実験的な手術についての給付を禁じるという方針を含んではいなかった〔原注12〕。局は、1975年5月に、「実験的な手術、例えばトランスセクシュアルの手術」に対

性同一性障害と医療保険

する支払を禁じるという明文の方針を採用した〔原注13〕。この方針は、ジョージア州メディケイド・プランに挿入され、1975年9月18日に、合衆国保健教育福祉省の認可を受けるために提出された。このプランは、1975年12月30日に認可され、1975年8月1日に遡って効力を持った。

〔原注7〕 Defendant's Exh. H.

〔原注8〕 Id.

〔原注9〕 Id.

〔原注10〕 Defendant's Exh. G.

〔原注11〕 Defendant's Exh. A.

〔原注12〕 Stipulation of Parties, 1.

〔原注13〕 Defendant's Exh. N.

トランスセクシュアルの手術の費用の支払を求めるラッシュの申請は、キャシー・ハービン嬢が審査した。同嬢は、州外サービスに関するメディケイド申請を担当していた。受理の時点で、ラッシュの申請には、担当医リー・シェルトン (Lee Shelton) 博士の診断書が添付されていた。同博士は、次のように断定していた。原告は「機能にも、身体的にも女性であるが、男性と性交するのに適切な器官を持っていないことによってハンディキャップ」を負っている〔原注14〕。シェルトン博士は、既存の性器を変更し、膣を形成する手術を薦めていた。

〔原注14〕 Plaintiff's Exh. 3.

ラッシュの申請について審査する際、ハービン嬢は、ジョージア州職業訓練所、2つの地方図書館、トランスセクシュアルの州政府公務員、様々なジェンダー・アイデンティティー・クリニック、およびハービン嬢自身の主治医から、トランスセクシュアルに関する追加的な情報を得た。これらの情報に基づき、ハービン嬢は、ラッシュの申請を認めるべ

きものと判断した〔原注15〕。彼女は、上司である局長アル・ヴィリネス氏に、この旨を上申した。彼は、ハービン嬢の意見に同意し、州外で実施されるトランスセクシュアルの費用の支払を求める申請を認めた〔原注16〕。

〔原注15〕 ハービン嬢は、次のように証言した。彼女の調査によって、次のことが明らかになった。医師がトランスセクシュアルの手術を行う前には、精神科医によって、患者にとってトランスセクシュアルの手術が適切であるか否かについて、3日間にわたって診察する。ハービン嬢は、この検討は手術を行う前の要件であると理解した。

〔原注16〕 ヴィリネス氏が承認していたことは、シェルトン博士から局に提出された報告書に記載されていた。ヴィリネス氏は、次のように記している。「承認は、手術の後に再適応が可能であるという事実に基づいている」(Plaintiff's Exh. 4)。

続いて、1974年末に、ラッシュの治療をしている医師が、ラッシュの手術を実施する前に、保証を求めた。メディケイド部の部長であるジャック・モア氏がこの請求に着目した。彼は、ラッシュの担当医に対して、プログラムは支払の保証をすることはできない旨を通知した。モア氏は、この申請について、ヴィリネス氏の後任者であるサム・サーモンド氏(1974年に局長となった)に報告した。サーモンド氏は、ラッシュの一件書類について検討した。彼は、「多くのレッド・フラッグが挙がっていた」と証言した。一件書類には、医学的な検討が完了したことが示されていなかった。手術がジョージア州で実施されるかどうか明らかでなかった。あるいは、州内の医学部が、この種の手術を実施することができないのかも明らかではなかった。このような不十分さを除くために、サーモンド氏は、モア氏に対して、情報を追加して、一件書類を補充するようにという指示を与えた。

1974年11月に、デウィット・C・アルフレッド・ジュニア (Dewitt C. Alfred Jr.) 博士 (エモリー大学医学部精神科助教授, ジョージア州,

性同一性障害と医療保険

アトランタ)が、原告を診察した。彼は、原告の脳の組織や精神には異常はないと診断している。しかし、「男性役割の反転」という精神状態が認められ、性転換の願望、精神神経的な特徴(鬱病への傾向)および性格神経症(操作的な特徴)が認められるとした。被告側の証人アルフレッド博士は、ジョージア州内においてトランスセクシュアルの手術を実施する外科医または外科医のグループを知らないと言った。彼は、次のように述べている。

「患者にトランスセクシュアルの手術に対する無意識の葛藤があることについては、十分な兆候がある。この患者は、意識的には手術を受けたいと述べているが、わたしは、そのような手術を薦めることはできない。しかし、次のような権威ある文献を考慮すべきである。『知られている限り、精神療法またはその他の形式の治療によって完治したという例は1例もない。……トランスセクシュアルは生物学的にはある性に属しているが、精神的には他の性に属しているという事実は、一般に根深いものであり、適応が困難である。このような場合に、人格の健康的な統合は、極めて困難である。しかし、『性転換』手術を受けた後には、このような個人の適応が改善されるという意見を持つ専門家がいる(The Encyclopedia of Sexual Behavior: Ellis and Abarbanel (Ed.), Hawthorn Books, Inc., New York, 1964, Volume II, “Sex Role Inversion,” pages 1020 and 1021)」。

この権威ある見解に基づいて、アルフレッド博士は、ラッシュに州外の医師グループに診断を受けさせ、手術を受けるべきか否かについて最終決定をさせるべきである、と勧告した。

1975年1月に、モア氏は、ジョージア州医療財団に書簡を送り〔原注17〕、「〔トランスセクシュアルの〕手術が原告〔の症状〕に対する適切な治療であるか否か、またこの手術は治療方法として確立したものであるか否か」について、財団の見解を求めた(原告側証拠10号)。1か月後の1975年2月26日に、財団の事務局長アーネスト・C・アトキンス博

士は、次のように回答した。

〔原注17〕 財団は、公的機関および私人に対して、コンサルティングおよび医学的な鑑定のサービスを提供している。

「再検討委員会は、討議の後に、ある種の症例においてはこの種の手術は個人の能力を改善する上で大きな助けとなる、という見解を表明いたしました。ただし、委員会のメンバーの全ての経験を集めても、この種の症例はごくわずかで、3例または4例しかなく、関与の程度は様々であるという事実にもご留意ください。委員会は、この手術が当州においてメディケイド・プログラムの給付を受けるべきか否かに関して、見解を表明しうるほどの経験を持っておりません。患者に対するこの治療方法の適合性は、患者を直接に治療している者、または承認された後に手術を実施するチームが決定すべきである、というのが委員会の見解であります」(原告側証拠11号)。

この書簡を受領した後、モア氏は、それをメディケイドの医学コンサルタントであるE・J・ギレスピー (E. J. Gillespie) 博士に渡した。モア氏は、ギレスピー博士に対して、財団の書簡は確定的なものではないように思われる、と告げた。ギレスピー博士は、財団の書簡と同様の結論に達した。そして、ラッシュの一件書類を精神科長であるスケルトン (Skelton) 博士に送り、更に検討してもらうべきであると提案した(原告側証拠12号)。しかし、この提案は、実行されなかった。

1975年3月11日に、モア氏は、原告の一件書類に関するメモをサーモンド氏に送った。そのメモは、次のように記していた。

「上記の人物に対するトランスセクシュアルの手術について、全ての情報を添付しております。

数週間前に話し合いましたように、この資料を財団に送りました。しかし、ご覧のように、財団の意見は役に立ちません。

性同一性障害と医療保険

この種の手術についてはメディケイドの給付を否定すべきである、というのがわたしの意見です。この種の手術は、まだ実験的な性質のものです。ジョージア州の医学部では、この種の手術は実施されておられません。エモリー大学医学部のリチャード学部長は、近い将来において、このタイプの手術を実施できる専門家は出てこないであろう、と述べております。財団のアトキンス博士の書簡について、ギレスピー氏に検討するように依頼いたしました。彼は、精神科長スケルトン博士に一件書類の再検討を依頼すべきであるという意見でした。しかし、財団の精神科部会がすでに検討を終えています。そこで、わたしは、結論を出すべき時期に来ていると感じております。

結論の如何にかかわらず、わたし達は非難を受けるであろうと思われまします。しかし、この種の手術に資金を浪費することは、最悪のことであろうと考えます。」(原告側証拠13号)。

モア氏は、次のように証言した〔原注18〕。彼のメモは、この種の手術についての給付を否定するものであった。トランスセクシュアルの手術に対する給付を否定すれば、局は批判を受けるであろう、と彼は予想した。なぜなら、「この種の手術に利益を持つグループ」が局に圧力を掛けてくるであろうからである〔原注19〕。反対に、給付をすれば、連邦保健教育福祉省の監査を受けることになるであろう、とモア氏は考えた。

〔原注18〕 モア氏は、医学的な事情のために、本件に関して、当法廷に出廷することができなかった。彼が1981年3月20日に行った証言は、Fed. R. Evid.804 (b)(1)に基づいて、生の証言としての価値を有する。

〔原注19〕 Deposition of J. Moore at 65.

サーモンド氏は、アルフレッド博士の書面、財団の書面、モア氏のメモおよび原告のメディケイド関係書類について検討し、1975年3月26日

に、トランスセクシュアルの手術の費用の支払を拒絶するという決定をした〔原注20〕。裁判において、サーモンド氏は、その職務に就いていた間に、ヴィリネス氏の決定を覆したと証言した。さらに、サーモンド氏は、幾つかの理由に基づいて原告の申請を却下したと証言した。第1に、サーモンド氏の証言によれば、「彼が意見を求めた専門家すなわちジョージア州の医師達の間において、これまでにこの種の手術がジョージア州において実施されたか否かという点について、明白な見解の一致がなかった」（訴訟記録Ⅰ巻35頁）。第2に、「実行可能性について見解の一致がなかった」（同）。第3に、サーモンド氏は、アルフレッド博士の書簡にある引用を重視した。サーモンド氏は、その引用に基づいて、トランスセクシュアルの手術は実験的であると判断した（同）〔原注21〕。第4に、サーモンド氏は、アルフレッド博士の意見に従い、ラッシュは手術について矛盾する態度を示しているとみなした。この態度、および手術が必要であるという病態学的な文献が存在しないことから、ラッシュはトランスセクシュアルの手術に適さない、と判断した（同36頁、37頁）。最後に、トランスセクシュアルの手術は実験的な性質のものであるというモア氏の結論に、部分的に依拠している、とサーモンド氏は証言した。サーモンド氏は、本件拒絶はトランスセクシュアルに対する個人的な偏見によるものではない、と明確に証言した。

〔原注20〕 Trial Transcript, Vol. I at 65.

〔原注21〕 サーモンド氏は、実験的な手術について、効果がまだ確認されていない手術というように定義している。

サーモンド氏がラッシュの申請を却下した後、ラッシュは、局に対して再審査を求めた。ラッシュは、幾つかの論文〔原注22〕および鑑定書〔原注23〕を追加した。サーモンド氏は、1976年8月に、ラッシュの申請を再び却下した。サーモンド氏は、次のように述べている。

性同一性障害と医療保険

〔原注22〕 これらの論文の中には、次のようなものが含まれている。Block & Tressler, *Transsexualism and Surgical Procedures, Medical Aspects of Human Sexuality* (February 1973); Benjamin & Ihenfeld, *The Nature and Treatment of Transsexualism*, 6 *Medical Opinion and Review* No. 11 (1970).

〔原注23〕 これらの鑑定書の中には、リー・シェルトン (Lee Shelton) 博士の2通の鑑定書、マルシア・E・コットン (Marcia E. Cotton) 夫人 (ジョージア州アトランタ市のグラディ記念病院のソーシャルワーカー) の鑑定書、ロバート・W・レイドロー (Robert W. Laidlaw) 博士およびロベルト・C・グラナート (Roberto C. Granato) 博士の鑑定書が含まれている。〔なお、グラナート博士のファースト・ネームは、本稿第2章第1節で紹介した連邦地方裁判所 (アトランタ地区) 1977年8月2日判決の原注3では Robert と綴られているが、ここでは、Roberto と綴られている——大島注〕。

〔本件の却下は、病態学的な症状に基づいて治療の必要性に関して、申請書および関係書類を慎重に検討した結果である。それによれば、明白な病態学的な症状は存在しない。また、ジョージア州メディケイド・プログラムは、そのような手術についての支払を排除している。したがって、許可は与えられない〕 (原告側証拠24号)。

トランスセクシュアルの手術の費用の支払を求める原告の申請に対する局の決定は、サーモンド氏が、メディケイドの方針全体を見直した際に行ったものである。サーモンド氏は、1974年夏にオハイオ州およびケンタッキー州に出張し、両州のプログラムについて調査した。サーモンド氏は、1974年末に、州の公務員であるトム・スミス氏に対して、メディケイド・プログラムによる手術に関するガイドラインについて検討するという任務を負わせた。サーモンド氏は、ガイドラインは医療提供者と州との間の関係を対等なものにすることに役立つはずである、と確信していた。

サーモンド氏は、次のように証言した。1975年3月26日より前に、新しいガイドラインの草案が完成した。例えば、草案は、事前承認およびサービスの範囲について次のように規定している。

「105 事前承認 局は、ある種の手続については事前承認を要求する権利を留保する。事前承認を要する手続の詳細なリストは、第2章に規定する。事前承認は、メディケイド事務所の所長が与える」。

「106 適用の範囲—原則 医療援助プログラムは、診察所、患者の自宅、病院において提供された医師のサービスおよび看護サービスについて費用の償還を提供するが、第2章の制限を受ける」。

「第2章は、主要な手続段階、すなわち費用の償還、事前承認およびサービスの制限について規定する」。

「第2章は、医療財団の15の特別委員会によって検討中である。第2章は、1975年5月17日までには、完成しないであろう」（被告側証拠1号）。

サーモンド氏は次のように証言した。1975年3月26日より前に、第2章の草案をみたことはない。しかし、彼は、新しいガイドラインの制定に際して、実験的な手術、特にトランスセクシュアルの手術について、指示を与えた。さらに、彼は、確たる証拠を提出することはできないが、実験的な手続に関する草案の作成作業は1975年3月26日以前から行われていた、と証言した（訴訟記録I巻102頁—104頁）。サーモンド氏の努力の結果、新しいガイドラインは、1975年末には正式のものとして承認された。

局の元公務員であるフレッド・フェルト氏は、次のように証言した。ウィリネス氏がメディケイドの局長であった頃には、実験的な手術の費用の支払を拒絶するという方針はなかった。ギレスピー博士も、ハービン嬢も、1975年3月26日以前には、実験的な手術またはトランスセクシュアルの手術の費用の支払を禁じる方針が存在したという記憶はないと証言した。

それ以前には、メディケイド受給資格者がトランスセクシュアルの手術に関する申請をした例はないが、局は、回腸造瘻術 (ileocecal bypass surgery) の費用の支払を求められたことがある。この手術は、肥満に

性同一性障害と医療保険

悩む人が体重を減らすために行われる。この請求と原告の請求との優劣関係・対等性が議論された。サーモンド氏は、ラッシュの申請について検討中に回腸造瘻術の費用の支払の事前承認が求められた、と証言した（訴訟記録 I 巻74頁）。しかし、ハービン嬢は、回腸造瘻術に関する決定は1975年3月26日以降になされた、と証言した（同136頁）。

B トランスセクシュアルの手術は実験的であるという州の決定は合理的か

トランスセクシュアリズムは、精神的な障害として認められている。その基本的な特徴は、解剖学的なアイデンティティーと、ジェンダー・アイデンティティーとの間の不調和である〔原注24〕。トランスセクシュアルは、不快感および自己の性器に対する違和感に悩み、性器を除去し、他の性のメンバーとして生活したいという願望を抱いている（原告側証拠F、アメリカ精神医学会の「精神障害の診断と統計のためのマニュアル」（以下ではDSMとして引用する）の第3版（1980年）の261頁）〔原注25〕。トランスセクシュアリズムという診断は、混乱が2年以上継続している場合にのみ下される。他の精神的な障害がなく、身体的なインターセックスでなく、かつ、発生学的な異常がない場合に限られる（同262頁）〔原注26〕。トランスセクシュアルは、一般に、二重のパーソナリティーの併存に悩み、しばしば深刻な不安と鬱に悩んでいる。これらは、望みの性の役割で生きることが不可能であることによって生じる（同）。治療をしなければ、トランスセクシュアルの症状は、「慢性的になり、間断のない」ものになって行く（同）。トランスセクシュアルの手術の有効性に関しては、DSMは「性再指定手術は最近発達した手術であり、この障害に関する長期の効果は不明である」と記載している（同）。

〔原注24〕 権威のある文献によれば、性同一性とは、「ある者がある性に

属しているという感覚, つまり、『自分は男である』または『自分は女である』という知覚である」と定義されている。性同一性とは、性役割の私的な経験であり、性役割は性同一性の公的な表現である。Plaintiff's Exhibit F, American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 261 (3rd ed. 1980).

〔原注25〕 DSM は精神科医が使用する診断のための標準的なマニュアルである。See *Millard v. Harris*, 406 F.2d 964, 981 n.10 (D.C.Cir. 1968); *Bell v. Wayne County General Hospital*, 384 F.Supp. 1085, 1095 n.10 (E.D.Mich. 1974); *Doe v. Alleyne*, No. 216430, slip op., at 6 (Super. Ct. Conn. June 19, 1981).

〔原注26〕 身体的な間性とは、性器の形態上の異常をいう。Trial Transcript, Vol. III at 48-29.

「トランスセクシュアル」とか「トランスセクシュアリズム」という語は、比較的新しい語である。これらの語は、ヨーロッパの医学文献において、20世紀初頭から中葉にかけて用いられた。そして、合衆国においては、1964年に、ハリー・ベンジャミンの「The Transsexual Phenomenon」の刊行(1964年)によって知られるようになった。この障害は、アメリカ精神医学会の公式文書であるDSMには、1980年までは含まれていなかった。しかし、医学研究者は、この障害の存在について古くから記載している〔原注27〕。

〔原注27〕 Trial Transcript, Vol. III at 74.

トランスセクシュアリズム〔原注28〕と診断された場合には、性再指定手術が治療方法として提供される。MTFの手術は、睾丸切除と陰形成からなる。様々な術式が用いられる。一度に行われることもあるが、数回に分けて行われることもある。手術の結果は、外科医の技量と、トランスセクシュアルの治癒力によって様々である。ポストオペラティブの患者は、新しい性別役割で暮らしている。

性同一性障害と医療保険

〔原注28〕 トランスセクシュアリズムは、一般にトランスヴェスティズムと区別しようと考えられている。トランスセクシュアルも、トランスヴェスタイトも、ともに異性装をする（つまり他の性の服を着る）。しかし、トランスヴェスタイトは、自分自身を男性とみなしている。これに対して、解剖学的に男性であるトランスセクシュアルは、女性としての性的なアイデンティティーを有している（DSM at 269）。

原告は、トランスセクシュアルの手術は実験的であるという州の決定は不合理であると主張している。この主張を補強するために、原告は、2人の専門家すなわちポール・ウォーカー博士（Paul Walker）とシャロン・サッターフィールド（Sharon Satterfield）博士の証言を提出した。ウォーカー博士は、精神科医で、カリフォルニア州サンフランシスコ市で診察をしている。その専門は性同一性障害である。サッターフィールド博士は、精神科医であり、ミネソタ州ミネアポリス市のミネソタ大学の小児精神科の講師である。

ウォーカー博士は、トランスセクシュアリズムに関して非常に広範な治療経験を有する。約1200例の診察経験を有しているのである。そして、高い評価を得ている名門の研究所で活動をしたことがある（原告の訴状付録E参照）。同博士は、トランスセクシュアルの歴史、病因、治療方法について裁判所に教示してくださった。ウォーカー博士は、次のように証言した。トランスセクシュアルの病因は不明である。研究者の間では、一般に、生物学的要因、環境の要因がトランスセクシュアルを生じさせる原因の一部に関係しているのであろうと考えられてはいるが、決定的な役割を果たすものは何かという点についてはコンセンサスはない。ウォーカー博士は、さらに次のように証言した。トランスセクシュアルの治療には様々な方法が用いられている。精神科医は、長年、トランスセクシュアルの治療および症状の緩和のために精神療法を試みてきた。ウォーカー博士によれば、精神療法とは、患者の解剖学的な性に調和するようにジェンダー・アイデンティティーを変更することを目的として

きた。精神療法は、この障害の精神的な症状、つまり鬱と不安を軽減させること、および患者の適応を助けることを目的としている。ウォーカー博士は、トランスセクシュアリズムの治療方法として精神療法は効果的ではない、と信じている。医学専門家は、彼と同意見である。

ウォーカー博士によれば、わが国では、約6000人のトランスセクシュアルが性再指定手術を受けている、と推定している。合衆国においては、最初の性再指定手術は1965年に実施された。この手術は、専門医の間では、慎重に選択され、診断された患者に対する安全で有効な治療方法として、一般に受け入れられている〔原注29〕。彼の経験に基づく結論は、手術によって幾つかの望ましい結果が得られる。精神的に救われたという感覚をもたらせること、社会的な機能を改善すること、不安を弱めること、およびトランスセクシュアルにみられる不快感および不安感を弱めることである。しかし、他方で、ウォーカー博士は、手術には合併症がある、としている。信頼に値する文献によれば、手術の合併症は多数にのぼる。研究の症例とされたものでは、90パーセントから12パーセントまでのばらつきがある。ラウブ (Laub) 博士とフィッシュ (Fish) 博士の行った第2の研究によれば、合併症発生率は47パーセントである。この研究を批判して、ウォーカー博士は、「合併症」の定義が広すぎる、と批判している。それゆえに、彼らの結論は驚くべきものではない、と述べた。

〔原注29〕 ウォーカー博士は、専門医について、トランスセクシュアリズムに関する経験、知識または訓練を備えている専門家というように表現している。Trial Transcript, Vol. III at 126.

サッターフィールド博士も、トランスセクシュアリズムの領域において、広範な経験を有している。彼女は、250人以上のトランスセクシュアルを診断した経験がある。そして、トランスセクシュアリズムに関する

性同一性障害と医療保険

る研究を行っている。1980年に、サッターフィールド博士は、手術を受けた25人のトランスセクシュアルの調査をしている〔原注30〕。彼女の調査によれば、手術の質と、ポストオペラティブのトランスセクシュアルの社会的・精神的な福祉の間には強い相関関係があった。また、プレオペラティブの性同一性障害と、ポストオペラティブにおけるその改善を示している。また、知能指数と職業的な適応との間に、強い相関関係があった。手術による否定的な影響はなかった。

〔原注30〕 サッターフィールド博士の研究においては、すべての患者は、身体的な検査を受け、質問用紙に回答をし、個人的な面接および精神科的な診断を受けている。

サッターフィールド博士は、次のように証言した。彼女の調査の結果は、ジョン・メイヤー (John Meyer) 博士およびD・J・リター (Retter) 博士が行った調査の結果とは大きく異なっている。後者の調査は、50人のトランスセクシュアルをフォローしたものである。そのうちには手術を受けた者も含まれる。この調査によれば、性再指定手術を申請した者は、手術を受けたか否かに係わらず、機能的には常に改善を示していた。そして、両博士は、手術には社会的な適応の面では客観的な有利さはない、と結論づけた。ただし、主観的には、手術を受けたことによる満足の点で改善が認められるとした。サッターフィールド博士は、この調査を信頼することはできないと考えている。彼女の調査とメイヤー博士およびリター博士の調査はトランスセクシュアリズムにおける見方の両極端であるが、手術の結果は良好であるという圧倒的な証拠があると考えている。サッターフィールド博士によれば、患者の手術に対する満足度を尺度とすれば、手術は有効であると考えている〔原注31〕。

〔原注31〕 サッターフィールド博士は、この結論に達する前に、トランス

セクシュアルの手術の有効性は、主観的にも客観的にも測定することができることを認めている。

サッターフィールド博士は、精神療法がトランスセクシュアルの治療として行われてきたことを認めている。彼女も、患者に手術を薦める前には、この治療方法を試みている。しかし、彼女の意見によれば、一般に、精神療法には症状を完治させる効果はないが、症状を軽減させる効果が認められることもある。彼女は、手術は安全で有効であると信じている。手術をしない場合には、高い自殺率を示しており、これは治療方法の選択の問題である。トランスセクシュアルの手術は、専門医の間では広く受け入れられている。

州は、トランスセクシュアルの手術は実験的であるという主張を補強するために、3人の医師の証言を提出した。すなわち、ジョン・メイヤー博士、ヴァミック・ヴォルカン (Vamik Volkan) 博士、シェルドン・コーエン (Sheldon Cohen) 博士の3人である。メイヤー博士は、メリーランド州バルティモアにあるジョン・ホプキンス大学の精神科の助教授である。彼は、元は、ジョン・ホプキンス大学のジェンダー・アイデンティティー・クリニックの所長であった。ヴォルカン博士は、ヴァージニア州シャーロットツヴィルにあるヴァージニア大学の精神科の教授である。コーエン博士は、ジョージア州アトランタで診療をしている精神科医である。

メイヤー博士は、トランスセクシュアリズムの領域における指導的な立場の医師であり、トランスセクシュアリズムの病因および適切な治療方法に関する医学界における見解の相違について証言した。病因に関する主要な仮説は3つである。生物学的な原因、アイデンティティーの混乱および防衛的な精神の混乱である。生物学的な要因を重視するある専門家は、「トランスセクシュアリズムは、生物学的な要因に基づく、精神的なインターセックス」であると考えている。したがって、身体を精

神に合致させるトランスセクシュアルの手術は適切な治療方法であると考えている（J・メイヤーの提出書類25頁）。他方で、精神的な点を重視する専門家は、この障害は精神的な葛藤から生じるものであり、適切な治療方法は精神療法であると信じている。また、「人格の形成過程における葛藤以上のものである」と考える専門家は、手術療法を支持する傾向にある（同26頁）。

メイヤー博士によれば、専門家の間でも、トランスセクシュアルの手術がトランスセクシュアリズムの治療のために有効かつ証明された治療方法であるか否かについては、見解の相違がある。メイヤー博士は、かつての論文においては、「成人の患者に対する有効な唯一の治療方法は、外性器を変更する手術であろう。したがって、性再指定手術が推奨される」と述べた。しかし、メイヤー博士は、その後、性再指定手術の有効性および適切性に関する見解を改めた。そして、医学界は、一般的に、手術を受け入れてはいない、と証言した。メイヤー博士は、現在では、手術が安全であるか否かという点については〔原注32〕、患者の精神的な状態からすれば答えられない、という見解である。現在では、メイヤー博士は、手術はもはや有効ではないと確信するに至っている。この見解は、トランスセクシュアルの診療経験およびトランスセクシュアルに関する調査に依拠している。

〔原注32〕 メイヤー博士は、手術は元々危険である上に、種々の合併症があるとしている。

1971年から1975年に掛けて、メイヤー博士は、トランスセクシュアルの手術の長期的な効果に関する調査を行った。彼は、プレオペラティブのグループとポストオペラティブのグループとを追跡調査をした。手術を行ったトランスセクシュアルのグループも、手術を受けなかったトランスセクシュアルのグループもともに同じ程度に改善が認められた。彼

の発見は、ハント (Hunt) 博士およびハンプソン (Hampson) 博士の発見と同じである。両博士は、17人のポストオペラティブをフォローし、手術は病態のレベルでは変化がなく、経済的に収入は少なく、社会機能は乏しい。

トランスセクシュアリズムの領域におけるヴォルカン博士の経験は、約100人のトランスセクシュアルのファミリーアティーを含む。数年間、ヴァージニア大学のジェンダー・アイデンティティー・クリニックのスタッフ (精神科医) として働いた。ヴォルカン博士は、トランスセクシュアリズムの病因については医学界においては意見の相違がある、と証言した。

ヴォルカン博士は、個人的には心因的な原因を考えている。そして、手術はこの障害を治療することができないとは信じていない。彼の見解によれば、専門家医の世界では、トランスセクシュアルの手術がトランスセクシュアリズムの有効な治療であるか否かは決定されていない。

シエルドン博士も、ヴォルカン博士と類似の見解を表明した。シエルドン博士は、精神科医であるが、トランスセクシュアルの患者を診察した経験はない。科学的文献、医学的な文献を調査して、医学界においては、この手術がトランスセクシュアリズムの有効な治療方法であるか否かについては合意はない、という結論に達した〔原注33〕。さらに、手術による死亡率は高くはないが、合併症が多い、としている。

〔原注33〕 被告は、トランスセクシュアルの手術が医学界において一般的に受け入れられているか否か、つまりトランスセクシュアルの手術が安全かつ有効なものであるか否かに関して、コーエン博士の証言を提出している。コーエン博士は、精神科医であり、23年間にわたって活動している。彼の証言によれば、彼は、医学文献について客観的に調査し、トランスセクシュアルの手術が医学界において一般的に受け入れられているか否かについて研究した。コーエン博士の証言を考慮して、当裁判所は、専門家はある問題についての自己の立場を決定する際には専門家の見解に合理的に依拠している、と判断する (See Rule 703, Fed. R. Evid.; *Nanda v. Ford Motor Co.*, 509 F.

2d 213, 222 (7th Cir. 1974))。当裁判所は、次のように判断する。トランスセクシュアルの手術の有効性および医学界においてどの程度まで受け入れられているかということは、現在の医学文献に反映されており、またトランスセクシュアリズムについて広範な経験を有する専門家の見解に反映されていると判断する。

II 法的な結論

A 制定法に関する原告の主張

第19編によって創設されたメディケイド・プログラムは、州がヘルスケアを提供することを助けるために、連邦政府が財政的に補助するという連邦と州が協力する試みである。第19編は、「医療補助に関する州のプランは、……合理的な基準を含んでいなければならない。本法の規定する目的と調和する範囲で、給付する医療補助の範囲を確定するための基準を定めなければならない」(42 U.S.C. §1396a (a)(17))。

〔連邦〕最高裁は、この文言を解釈し、与える医療補助の範囲を定める基準を採用する場合には、州に広範な裁量権を認め、基準が合理的であり、法の目的と調和することだけを要求している (*Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 444, 97 S.Ct. 2366, 2370-71, 53 L.Ed.2d 464 (1977))。給付の範囲を必要なサービスのみ限定し、実験的な治療を排除することは、州の裁量権の合理的な行使の範囲内であり、有効である (*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1156)。ある特定のサービスが実験的なものであるか否かを決定する要因は、次のとおりである。

「『そのサービスが当該事例において有効かつ証明された治療方法として医療専門家によって広く受け入れられているか否かということである。……あるサービスまたは治療が、まだ広く受け入れられていない場合、あまり使用されていない場合、あまり知られていない場合には、メディケイドによる支払の前に、それが安全であり、有効であるということについて権威のある証拠が必要とする」(同注11)。

1 州は方針を有しているか

当裁判所の判断は、以下のような理由に基づいている。1975年3月26日にラッシュが申請したときに、州は、行政的に発展しつつある方針を持っており、一般的に、実験的なサービスに対する支払を禁じていた〔原注34〕〔原注35〕〔原注36〕。第1に、証拠によれば、ラッシュの申請は、大幅な見直し作業が行われている途中で、却下された。サーモンド氏が局長になった際に、メディケイド・プログラムには多くの例外が設けられていた。サーモンド氏は、ポストオペラティブのための一貫したサービスのガイドラインを制定する責任があると感じた。1975年3月以前には、支払を禁じる方針はなかった。省は、その書類を、この方針を策定すべき義務を負うジョージア州医療財団の特別委員会と共用していた。一件書類の内には、ラッシュの申請書類が含まれていた。そして、その申請に関する財団の書簡も含まれていた。第2に、サーモンド氏の拒絶は、トランスセクシュアリズムに関する個人的な偏見や、嫌悪に基づくものではない。第3に、メディケイド・プログラムに支持を与える場合に、サーモンド氏は、前任者ヴィリネス氏によって下された決定の再評価をした。最後に、ラッシュの申請をヴィリネス氏が承認したことに関する再評価の過程で、最も重要なことは、アルフレッド博士と財団の専門的な意見を徴したことである。1974年12月に、アルフレッド博士は、サーモンド氏に、ある専門的な文献を引用したものを送った。このことによって、サーモンド氏は、トランスセクシュアルが精神療法またはその他の方法で治癒した事例はない、と信じるに至った。1975年2月に、財団は、「幾つかの〔トランスセクシュアルの手術の〕事例では、個人の能力が改善された」という意見書を送った。サーモンド氏は、これらの意見に基づいて、そして、トランスセクシュアルの手術が実験的であるということに関するモア氏の意見に基づいて、この手術が実験的であり、メディケイドはこの種のタイプについて償還をすべきではない、という結論に達したと証言した。

性同一性障害と医療保険

〔原注34〕 連邦控訴裁判所（第5巡回区）は、当裁判所に対して、最初にラッシュの申請を却下した当時、ジョージア州が、実験的な手術については支払をしないという方針を「行政的に発展させていた」か否かについて検討すべきことを命じている（*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1157 n.12）。その際、連邦控訴裁判所は、「行政的に発展させていた方針」という用語の意味を明確にはしていない。発展中の方針とは、まだ方針ではないが、現在および将来の決定の際に指針となるものを意味すると考える。当裁判所は、上級裁判所の決定に従うべき義務がある。

〔原注35〕 ラッシュ事件における連邦控訴裁判所の決定は、州が、実験的なサービスについては支払を禁じるという方針を採用していた可能性を、示唆している（*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1157 n.14）。当裁判所は、州の発展しつつあった方針は、実験的なサービスに対する支払を禁じていたものと判断する。サーモンド氏の証言によれば、この方針には、ただ1つの例外があった。すなわち、「医学的・病理的な症状に苦しんでいる場合」である。この場合には、州は、実験的なサービスであっても、支払を認める（See Trial Transcript, Vol.I at 47; Defendant's Exh. N.）。

〔原注36〕 1975年3月の時点において、州がトランスセクシュアルの手術について支払を禁じるという方針を行政的に発展させつつあったことを認める。したがって、当裁判所は、州が明示的に採用したこの方針が、遡及的に原告の請求についても適用されるか否かについて検討する必要はない（*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1157 n.12）。当裁判所は、1975年8月までしか、その方針を遡及させないという決定をしたことを認識している。

当裁判所は、この証言を信ずる。1975年3月26日以前に、サーモンド氏が、メディケイド・プログラムの濫用について関心を払っていたことの十分な証拠が記録の中にある。さらに、それ以前に、サーモンド氏は、プログラムの給付すべき範囲について慎重に考察していた。そして、プログラムは実験的なサービスについて給付をすべきではない、という結論に達した〔原注37〕。ラッシュの一件書類が回ってきたとき、申請された手術の本質に関する追加情報を集め、ジョージア州における実施例に関する情報を集めるように指示した。これらの情報に基づき、この手術は実験的である、と結論づけた。そして、プログラムは実験的なサービスには給付をしないということで、償還が拒絶された。

〔原注37〕 Trial Transcript, Vol.I at 20, 35, 101-05.

2 トランスセクシュアルの手術は実験的であるという州の決定は合理的か

両当事者の提出した専門家の証言は、相互に矛盾している。証言によれば、病因については、現在もなお、医学界において議論されている。ウォーカー博士は、病因は必ずしも、手術がトランスセクシュアリズムに対する治療として有効か否かという問題とは関係しない、と証言している。しかし、病因に関する様々な仮説と、その推奨する治療方法との間には、実際的な関連がある。さらに、ウォーカー博士およびサッターフィールド博士は、性再指定手術は一般に専門家医の間で、有効かつ証明された治療方法として、受け入れられていると証言している。しかし、メイヤー博士、ヴォルカン博士およびコーエン博士は、それは認められていない、と証言している〔原注38〕。多くの証拠は、性再指定手術が一般に受け入れられる治療方法としての長期にわたる有効性について関心を示していることを、示している。さらに、ウォーカー博士およびサッターフィールド博士は手術は安全かつ有効である、と証言しているが、証拠によれば、この手術には様々な合併症の危険があり、この手術が安全かつ効果的な治療方法であるかということについては、専門医の間でも合意はない。最後に、DSMは、1980年の段階において、精神科医のコンセンサスを表明したものであるが、手術の長期にわたる効果に関しては知られていないと記載している。この言明は、この手術の長期的な効果は証明されていないという結論を支持している。

証拠により、当裁判所は、トランスセクシュアルの手術が実験的であるという州の決定は合理的に行われた、と判断する。この手術は、有効かつ証明された治療方法として受け入れられたとは言えない。また、安全かつ効果があるという証拠はない、と当裁判所は判断する。

性同一性障害と医療保険

〔原注38〕 「実験的」という語は、「結果が不確実であり、有効性がある程度思考の枠内に止まっているもの」を意味すると原告は主張している (Plaintiff's Proposed Finding of Fact No. 35 (c))。原告の見解によれば、ある手続が実験的であるか否かは、病院の評価委員会による判定を待つべきである。ラッシュ対パーハム事件判決における控訴裁判所の判断に基づき (625 F.2d at 1156 n.11), 当裁判所は、原告のこの主張を却下する。

B 原告の憲法上の主張

連邦憲法は、州に対して、医学的な給付をすべきことを命じてはいない (*Maheer v. Roe*, 432 U.S. 464, 470, 97 S.Ct. 2376, 2380, 53 L.Ed.2d 484 (1977))。州が、貧困によって医療を受けることの困難を軽減させることを決定する場合には、その提供する利益には憲法上の制限がある。トランスセクシュアルの手術の費用の負担を禁じる州の方針は、連邦憲法修正14条の平等条項の規定に違反している、と原告は主張している。

「ある者は、入院費用および手術費用の給付を受けることができ、他の者はできないというのでは差別に該当する」(原告側証拠25号)。

「憲法修正14条の規定する平等条項は、実質的な権利または自由の根拠ではなく、法令または政府の行為において差別されないという自由を意味する」(*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 323, 100 S.Ct. 2671, 2691, 65 L.Ed.2d 784 (1980))。そのような請求についての分析枠組みは、次のように表現されている。

「第1に、〔州の立法は〕ある種のグループに不利益を与え、憲法によって明示的または黙示的に保護される基本権について制限をするものであるか否かを決定しなければならない。そして、次に、合理的な目的があるか否か、つまり個人々人を差別していないか否かについて、検討する」(*Maheer v. Roe*, 432 U.S. at 471, 97 S.Ct. at 2381 (quoting *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 17, 93 S.Ct. 1278, 1288, 36 L.Ed.2d 16 (1973)))。この分析を本件に適用して、当裁判所は、州の方針は修正14条の平等条項に違反していない、と判断する。

本件においては、グループに対する差別はない。「あるクラスを暗に分類しているという伝統的な基準については、トランスセクシュアルは『マイノリティー』ではない。また、トランスセクシュアリズムは、人種や民族のような出生の単なる偶然ではない」(*Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F.2d 659, 663, (9th Cir. 1977) (quoting *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 372, 91 S.Ct. 1848, 1852, 29 L.Ed.2d 534 (1971); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 93 S.Ct. 1764, 36 L.Ed.2d 583 (1973)). *Accord Doe v. Alexander*, 510 F.Supp. 900, 904 (D. Minn. 1981); *Kirkpatrick v. Seligman & Latz, Inc.*, 475 F.Supp. 145, 147 (M. D. Fla. 1979), *aff'd*, 636 F.2d 1047 (5th Cir. 1981).

合理的な基準の原則に基づき、実験的な手術に対する給付の禁止は、トランスセクシュアルの手術を含み、合法的な行政上の利益と合理的に関係している。州は、公衆の保健について正当な利益を有する。当裁判所は、トランスセクシュアルの手術は専門医の世界において、証明され、かつ、有効な治療方法としては受け入れられていない、という州の判断は合理的であると判断する。かくして、医学的に必要なサービスは、「合併症の危険のある」(*Rush v. Parham*, 625 F.2d at 1156) 実験的な手術を含まないという州の決定は、司法的審査をパスする。

したがって、当裁判所の書記官は、原告の請求を退け、被告の請求を認める判決を執行するように命じられた。

第3章 ミネソタ州の事例

ドー対社会福祉局事件

ミネソタ州最高裁判所1977年8月19日判決

Doe v. State, Dept. of Public Welfare, 257 N.W.2d 816

本件は、MT Fトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきであるという旨を判示している。

(以上、大島)

ジェーン・ドーは、男性のトランスセクシュアルである。診察の結果、ドーは、ミネソタ大学病院（以下では「大学病院」という）において、同病院独自のトランスセクシュアル・プログラムに従って、性転換手術を受けることとなった。大学病院のプログラムに対する連邦政府の補助は、ドーが手術を受ける前に打ち切られた。そこで、医療補助の受給資格者であるドーは、ヘネピン地方福祉事務所（以下では「地方事務所」という）に対して、手術費用を給付することを申請した。当初この申請は却下されたが、地方事務所の聴問職員の面前において、聴問手続が行われた。そして、聴問職員は、ドーに対する手術費用の給付を決定した。地方事務所は、この決定を不服として、ミネソタ州社会福祉局（以下では「州福祉局」という）に対して不服申立をした。州福祉局は、聴問職員の決定を破棄し、ドーは給付を受けられないと決定した。なぜなら、問題の手術を受ければ自立することができるという証明をしていないからである、とした。ドーは、地方裁判所に訴を提起した。地方裁判所は、州福祉局の決定を支持し、給付を否定した。当裁判所は、この判決を破棄する。

ジェーン・ドーというのは控訴人の仮名である。ドーは、45歳で、発生的には男性のトランスセクシュアルである。ドーは、すでに1950年代から異性装を始めた。これまでの10年間、ドーは、名の変更も含め、全生活を女性として送ることを試みてきた。1968年以来、大学病院でホルモン療法を受けている。このホルモン療法の目的は、女性としての性徴の発達を促進させることであり、また性転換手術の準備としての意味も持つ。

ドーは、多くの患者のなかから、大学病院の独自のトランスセクシュアル・プログラムに従い、性転換手術を行うべき者として選ばれた。性転換つまり性再指定の手術過程は複雑なものであり、男性器を切除し、

女性器の形成を含む (Stoller, Sex and Gender, p. 247)。大学病院のトランスセクシュアル・プログラムを適用することが認められる前に、ドーは徹底的な診察および検査を受け、大学病院のジェンダー委員会において、彼に対する手術の妥当性についての検討を受けた。ドーがこれらの手続を経ていることは明白である。そして、男性器を切除されておらず、女性器の形成を受けていないが、女性的な身体的な特徴を有している。手術は、まだ行われていない。なぜなら、大学病院のトランスセクシュアル・プログラムに対する補助が打ち切られたからである。

大学病院のプログラムが打ち切られた後に、ドーは、医療補助プログラムに基づいて、手術費用を地方事務所が負担するように申請した。ドーは、1972年以来、医療補助プログラムの受給資格者である。その理由は、彼のトランスセクシュアリズムによる精神的な問題から、完全に障害者であるとされているからである。

ドーは、ソーシャル・ワーカーから、彼の医療補助申請が却下されたことを知らされた。ドーは、地方事務所によって医療補助申請が却下されたことに対して、不服申立をした。地区の聴問職員の面前において、聴問手続が行われた。聴問職員は、地方事務所の決定を破棄し、ドーに対する手術費の給付を決定した。

地方事務所は、州福祉局に対して不服申立をした。州福祉局は、聴問職員の決定を破棄し、ドーは当該外科手続の費用について医療補助を受給することができない、とした。その理由は、次のとおりである。

1 社会福祉局の医師向けハンドブックの205章10節は、トランスセクシュアルの手術費用は医療補助プログラムによって給付されない、と述べている。

2 申請者の主張を裏付ける決定的な証拠は提出されていない。つまり、手術を受ければ、精神的な問題が軽減され、障害がなくなり、自立することができるということの証拠が提出されていない。

ドーは、州福祉局の決定を不服として、ミネソタ州法律集1974年版256

性同一性障害と医療保険

B.1条〔原注1〕に基づいて、地方裁判所に訴を提起した。原審は、審理の後、ドーに給付をしないという州社会福祉局の決定を支持した。

〔原注1〕 この訴訟手続規定は、L.1976, c.131, §2 によって廃止された。しかし、本件訴訟は、この規定が廃止される前に提起されたものであり、本件訴訟は適法である。

控訴審における争点は、次のとおりである。

(1) 州福祉局の刊行物である医療補助プログラムの医師向けハンドブックに記載されているが、トランスセクシュアルの手術費用に対する医療補助を完全に排除していることが有効か。

(2) 州福祉局がドーに対して、手術の結果、障害がなくなり、自立することができるという証拠を求めることは法的に許されるか。

(3) 性転換手術の費用についてドーに医療補助をしない旨の州福祉局の決定は、恣意的かつ不合理なものであるか。

最初に、トランスセクシュアリズムに関する一般的な審理が行われた。男性のトランスセクシュアルは、解剖学的には男性であるが、精神的には自分自身は女性であると確信している。医学の専門家達は、トランスセクシュアリズムについて論じる際には、「セックス」と「ジェンダー」を区別することが有益であるとしている。セックスとは、解剖学的な特徴に関するものであって、ある人物を男性または女性に識別する。これに対して、ジェンダーは、行動、感覚および思考に関するものであって、常に身体的な状態と対応するものではない (See, generally, Stoller, *Sex and Gender*)。)

社会の構成員の大多数にとっては、セックスとジェンダーは同義語であるが、両者が別個に発達することがありうる (*Ibid.*)。セックスとジェンダーが別個に発達した場合、トランスセクシュアルは、「ジェンダー役割の不一致、つまり苦痛に満ちた異性ジェンダーのアイデンティティ」

に苦悩することになる (Benjamin, *Should Surgery be Performed on Transsexuals*, 25 Am. J. of Psychotherapy 74, 75. See, also, Pauly, *Adult Manifestations of Male Transsexualism*, *Transsexualism and Sex Reassignment*, p. 37)。ジェンダー役割の不一致の問題は、成人のトランスセクシュアルにとっても、人生の極めて初期の段階で起こる。妊娠期間中の神経的な要素による場合もある (See, Benjamin, *supra*, p. 75; Stoller, *supra*, p. 83; Green, *Childhood Cross-Gender Identification*, *Transsexualism and Sex Reassignment*, p. 23)。

成人の男性のトランスセクシュアル〔原注2〕は、解剖学的には男性であるが、女性としての不可逆的なジェンダー・アイデンティティーを持っている。彼自身は、男性の身体の内閉に閉じ込められたノーマルな女性であると感じている。男性のトランスセクシュアルは、自分自身の男性器を男性の象徴として認識しているが、それは自分の女性としてのアイデンティティーと矛盾していると感じている。男性器の存在が重大な精神的問題の原因であるため、男性のトランスセクシュアルは、それを除去し、女性器を形成することを求める。セックスのアイデンティティーとジェンダーのアイデンティティーを調和させるためである (Stoller, *supra*, p. 269; Pauly, *supra*, p. 58)。

〔原注2〕 トランスセクシュアリズムと、ホモセクシュアリティ（同性愛）あるいはトランスヴェスティズム（異性装症）とは区別しなければならない。「平均的なホモセクシュアルは、真正のトランスヴェスタイト（異性装者）あるいはトランスセクシュアルとは異なる。ホモセクシュアルは、他の2者とは異なり、ジェンダー・アイデンティティーの問題に苦しんでいる。ホモセクシュアルは、男性であれ、女性であれ、自分の解剖学的な状態に満足している。また、彼らは、男性または女性としての役割を受け入れている。たとえ、男性同性愛者が『女役』を果している場合、あるいは女性同性愛者が『男役』を果している場合であっても、同様である」。

「典型的なトランスセクシュアルは、これとは異なる。彼または彼女は、自分の解剖学的な状態および第2次性徴を拒否する」 (Benjamin, *Should*

Surgery be Performed on Transsexuals, 25 Am. J. of Psychotherapy, 74, 75)。

トランスヴェスタイトは、どちらからかと言えば「中間的」である。他の性の服装あるいは服飾品を身につけることで満足を得ている。

トランスセクシュアリズムの原因は、人生の早い段階でインプットされている。医学文献が一致して認めているところによれば、精神分析は成人のトランスセクシュアルに対する有効な治療方法ではない (See, Benjamin, *supra*, p. 78; Stoller, *supra*, p. 249)。トランスセクシュアリズムの問題を治療する唯一の医学的な方法として知られているのは、性転換手術というラディカルな方法であり、本件において、ドーはこの手術を求めている。

「他に方法はない。現在の知見によれば、手術以外にトランスセクシュアリズムに対する治療方法はない。これ以外に、効果の期待できる方法はない。手術は、困難かつ次善の策であることを認めるとしても、ジェンダー・アイデンティティーの反転というこの悲劇的な性同一性障害を治療する方法として、現状では手術が唯一の可能な方法である」(Hastings, *Postsurgical Adjustment of Male Transsexual Patients*, 1 Clinics in Plastic Surgery 335, 344. See, also Benjamin, *supra*, p. 80.)

トランスセクシュアリズムというのは、一般に人生の初期の段階で現れる医学的・精神的な困難な問題である、と結論づけることは不合理なことではあるまい。個人が成人に達する頃、性別役割の違和、つまりトランスセクシュアリズムの症状が深刻になってくる。そして、医学的に知られている唯一の治療方法は、性転換手術である。

1 本件において申請されている医療援助プログラムは、Social Security Act, 42 U.S.C.A. の第19編 §1396 に基づいて〔連邦政府の〕資金援助を受けている。一般には「協調的連邦主義」と呼ばれる試みの1つであり、連邦の法律および規則にしたがい、連邦の資金援助を受けて、州が管理するプログラムである。ミネソタ州は、この医療援助プログラ

ムを策定し、そのプログラムの管理は連邦法に合致していなければならないとしている (Minn. St. 256B. 18)。州のプログラムの文言および規定の多くは、「連邦社会保障法の第19編において定められた連邦のプログラムと合致するように意図されたものである」 (Minn. St. 256B. 22)。

州福祉局は、医療援助プログラムを実施する医師のために、「医療援助プログラム・医師ハンドブック」を発行した。このハンドブックに記載されている規定は、勧告的な性質のものであって、法律としての効力を持つものではない。ハンドブックの中には、トランスセクシュアルに対する手術を医療援助の対象から完全に排除している規定がある。州福祉局は、この規定を、本件においてドーに対して給付をしない根拠とした。行政当局が、勧告的な規定を、特定の事例における給付を否定する根拠とすることは、正式の行政法規としての機能を認めることになる。

「医療援助プログラム・医師ハンドブック」の205条は、以下のような医療サービスを給付の対象外としている。

- 1 薬剤師が行うべき調剤を医師が行った場合
- 2 患者が個人的に購入した医療サービスまたは物品
- 3 検死解剖の費用
- 4 予約の破棄に伴う費用
- 5 医療機関と患者の間の電話料金などの通信費用
- 6 簡易な証明書 (社会福祉給付, 保険給付を得るためのもの)
- 7 検査手術または手続 (例えば, 患者の健康にとって重要ではない検査)
- 8 違法な手術
- 9 人工授精
- 10 トランスセクシュアルの手術

この規定全体を検討すれば、医師が薦め、かつ、患者の健康に関係する手術費用のうち、給付が受けられないのは、トランスセクシュアルの手術だけであることが明らかである。そして、トランスセクシュアルの

性同一性障害と医療保険

手術を完全に排除することは、45 CFR, §249.10 (1976) の規定と衝突することになる。この規定は、社会保障法第19編を州プログラムに導入するものであり、次のように規定している。

〔5(i) 絶対的に必要な者および医学的に必要な者に対して給付する各医療サービスおよび治療・ケアの各アイテムについて、その額及び期間を特定すること。各アイテムは、その目的を達成するために合理的な額、期間及び範囲でなければならない。絶対的に必要な者および医学的に必要な者から申請されたサービスに関して、州は、診断、疾病の種類および症状のみを理由として、恣意的に、その額、期間および範囲を否定あるいは制限してはならない。ただし、医学的な必要性あるいは医学的な検討に基づいて、妥当な制限をすることができる。〕

〔1〕トランスセクシュアルの手術を医療補助の対象から完全に排除することは、治療のタイプと直接に関係しており、従って、上述の規制に違反している。連邦の制定法には、トランスセクシュアルの手術に関する入院費用についての支払を禁じた明文の規定はない (See, 42 U.S.C.A. §1396d (a)(1))。それゆえに、医療補助プログラムの医師ハンドブックにおいて、トランスセクシュアルの手術を医療補助の対象から完全に排除すること、および州福祉局がドナーに対して給付を否定することは、無効である。

〔2〕トランスセクシュアルについての医療補助の申請の事例においては、その手術が「医学的に必要」か否かについて、完全に偏見のない評価がなされるべきである。トランスセクシュアルの手術への給付に関する個々の申請の医学的な必要性は、個別的に判断されるべきである。そして、このように要求することは、第19編の資金援助をする連邦法に合致するものである (See, 42 U.S.C.A. §1396)。このことは、トランスセクシュアリズムに関する特別に複雑な問題を、実際的かつ公平に解決する道であると考えられる。個々の申請者について、純粹に医学的な評価に基づいて医学的な必要性を判断することは、真に性転換手術を必要と

している申請者にはそれを可能にし、そのような必要性のない者には給付を否定することになる。

2 州福祉局は、性転換手術についてドーに対する医療補助を否定する際に、医療補助プログラムの医師ハンドブックに記載されているトランスセクシュアルの手術への給付を完全に禁じている規定に依拠するだけでなく、医学的な必要性に関する独自の基準にも依拠している。州福祉局の決定の第2点を詳しく検討すれば、医療補助が認められるためには、ドーは、手術によって障害を除き、自立することができるようになることを証明しなければならない。しかし、この要件を満たすことは、手術を受ける患者にとって、異常なほど困難である。

[3] 州福祉局がこの基準を用いることは、次の2点で不適切である。第1に、この基準は、医学的な必要性和、手術の成功の保証とを同一視している。医学というものは、ある手術によってある障害が完全に治癒するということを保証することができるようなレベルには達していない。例えば、癌患者は、医療補助を受けるために、手術による癌細胞の除去によって疾病が完治するということを、完全な証拠によって証明することまで要求されない。医療補助の申請者に対して、ある手術によって障害が完全に除去されることの完全な証明を要求することは、多くの場合不可能であり、医療補助を必要とする者から治療の機会を奪うことを意味する。

第2に、州福祉局が採用した基準は、医学的な必要性の要件によって、受給者名簿からある種の申請者を排除することになる。そのような要件は、不適切であり、認められない。個々の申請者に対して医療補助を与えるために、申請した治療によって自立することができるようになることを完全に証明することを求めるような基準は、個々の事例に適用すれば、滑稽な結果を招く。自立することができるようになるという要件は、苦痛から解放されたいと願っている多くの患者から、治療の機会を奪うことになる。このようなことは、望ましいことではなく、われわれは断

性同一性障害と医療保険

固としてこれを否定する。したがって、申請者に対して、申請された治療によって障害が除去され、それによって自立することができるということの完全な証拠を求めるという州福祉局が定めた基準は、無効であり、将来においても適用してはならない。

3 最後に、本件における医療補助の否定について検討しなければならない。両当事者の認めるところによれば、州福祉局は、地方事務所の聴問職員の決定と、代理人の議論に基づいている。地方事務所の聴問手続以前の手続については記録が残されていないので、われわれは、彼の発見に基づかざるをえない。聴問職員は、ドーが手術の必要性を証明するために提出した書類を検討して、手術は医学的に必要であると判断した。

[4] しかし、州福祉局は、この決定を覆した。ドーの申請を却下した理由は2点であり、それについてはすでに検討し、不適切かつ無効であると判断した。当裁判所における口頭弁論において、州福祉局は、医学的な必要性を証明するドーの証拠を覆すために、手続において新しい証拠を請求しなかったという事実を認めた。この手続においては、手術は医学的に必要であるという聴問職員の決定についての批判はなされていない。この事実および記録から、ドーの申請に対して医療補助を否定したことは、恣意的であり、不合理であり、また、無効かつ不適切な基準に基づいている、と判断する。

州福祉局は、ドーに対して医療補助を給付すべきであるという指示を付して、本件を地方裁判所に差し戻す。破棄・差し戻し。

第4章 カリフォルニア州の事例

第1節 GB対ラックナー事件

カリフォルニア州控訴裁判所1978年5月1日判決

G. B. v. Lackner, App., 145 Cal. Rptr. 555

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきであるという旨を判示した。なお、本判決は、後に紹介するJD対ラックナー事件判決と同じ日に下された判決である。(以上、大島)

第1款 多数意見

以下では、控訴人の氏名を、GBと表示する。控訴人は、1975年に、形成外科医であるジョン・ブラウン (John Brown) 博士の診察を受け、性同一性障害つまりトランスセクシュアリズムである、と診断された。同博士は、手術を行うことが医学的に必要であり、合理的であると判断した。この手術は、男性器を切除し、女性器を形成するものである。

ブラウン博士は、メディ・カル (Medi-Cal) のサンフランシスコ地方事務所に対して、治療の承認を申請した。しかし、申請は、メディ・カルのコンサルタントであるウェイン・エルトブリック (Erdbrink) 博士によって拒絶された。同博士の専門は眼科である。保健局は、GBの診察をしていない。

GBは、福祉制度法典 (Welfare and Institutions Code) 10950条に基づいて聴問を請求した。聴問は、1975年10月28日に、カリフォルニア州保健局の聴問職員トーマス・ウィルコックの面前において行われた。彼は、申請された治療に承認を与えた。

しかし、聴問職員の命令は、保健局長 (以下では「局長」という) によって取り消された。申請された手術に対してメディ・カルの支払いを拒絶した理由は、「局長決定」と題し、副局長であるリー・ヘルセルが署名した書面に記載されている。この決定には次のような記載がある。

「申請者を診察した医師が提案している手術は、申請者の性器の外見を変更する美容整形にすぎないものである。そのような目的で、申請された手術が行われる限り、メディ・カル・プログラムがカバーしない美容整形手術であるとみなすべきである」。

性同一性障害と医療保険

聴問職員の面前において、GBは、心理学者W・A・テナント（Tennant）博士、精神科医リチャード・クルーズ（Richard Crews）博士、内科医でありスタンフォード大学性同一性障害プログラムのコンサルタントでもあるジャック・ライブマン博士（Jack Leibman）および外科医ジョン・ブラウン（John Brown）博士から提供された証拠を提出した。眼科医のエルトブリンク博士が、保健局を代表して出席し、メディ・カルの1974年9月付けの書類を提出した。その書類には、次のような記載があった。「トランスセクシュアルの手術に関連する診察、ホルモン療法あるいは精神療法に関する費用は、メディ・カルのプログラムによって支払われない。しかし、メディ・カルは、そのような医学的な治療に伴う合併症については、その合併症が広く一般に発生するものである場合には、その治療の費用をカバーする。例えば、トランスセクシュアルの手術によって形成された膺の合併症がそれである。そのような合併症の治療のためには、それが医学的に必要であることを示す十分な書類を提出しなければならない」。

ライブマン博士は、次のように主張している。GBは「その情緒上の問題を軽減するために、この（性転換）手術を受けなければならない。それによって、この状態がこれ以上悪化することを予防し、ノーマルな人間としての機能を回復し、社会に完全に参加することが可能となろう」。

ブラウン博士は、次のように述べている。GBは「この障害を治療するために、この手術を受けなければならない。それによって、苦しみを和らげ、ノーマルな生活が可能となり、安定した職業を得られるであろう」。

テナント博士は、この種の手術に関する議論を締めくくり、次のように述べている。「この有効な治療方法を拒絶することは、トランスセクシュアルの精神的な健康をさらに悪化させることになる。そして、自傷行為さらには自殺という結果をもたらしかねない」。

リチャード・クルーズ博士は、次のように述べている。「一般的には、

トランスセクシュアルは、手術の後には、心理的、社会的および職業上の適応において、改善が見られる。わたしは、〔GBに対して〕試みられた他の治療方法、すなわち薬物療法および行動療法は、一般にトランスセクシュアルの治療には効果がないと信じている。したがって、〔GBにとって〕手術療法が適切であると認められ、効果があると信じている」。

局長が聴聞職員の決定を覆した唯一の理由は、申請された手術が美容整形であるということである。つまり、それは、GBの性器の外見を変更するだけのものであって、メディ・カル・プログラムによってカバーされない、と判断したのである。しかし、精巣および陰茎の切除を、男性器の外見を変更する手術であるとする局長の決定は、奇妙である。

GBが成人の男性トランスセクシュアルであるということについて争いはない。GBのような成人の男性トランスセクシュアルは、トランスヴェスタイトでもなく、ホモセクシュアルでもなく、自分は女性であるという不可逆的なアイデンティティーを持っている男性である (See generally, Stoller, *Sex and Gender* (1968); Green & Money, *Transsexualism and Sex Reassignment* (1969) p.268)。医学の専門家は、トランスセクシュアリズムの病因は不明であるが、人生の初期の段階で発生し、ジェンダー役割の面で重大な問題に直面する、ということを一貫して認めている (Benjamin, *Should Surgery be Performed on Transsexuals*, 25 Am. J. of Psychotherapy, pp.74-75)。

上に引用したライブマン博士は、トランスセクシュアルについて、次のように述べている。「……は、原因は分からないが……深い性同一性障害に苦しんでいる人々である。ほとんど全ての場合に、付随的な症状、つまり不安神経症あるいは鬱病を伴っている。精神療法は、これらの症状を緩和させることに失敗している。効果のある唯一の治療方法は、女性ホルモンの投与と性転換手術である。これによって、多くの場合に、上述の疾病が完全に治癒する」。

性同一性障害と医療保険

GBの担当医であるブラウン博士は、次のように述べた。手術は「合理的であり、この精神障害の治療のために必要である。この疾病は、多くの場合、手術によってのみ治癒される。……〔手術ができない場合には〕深刻な葛藤をもたらせ、自己断種あるいは自殺に至る。さらに、プレオペラティブのトランスセクシュアルは、わたしの経験によれば、多くの場合、仕事を見つけることが困難である。その原因は、使用者の偏見、採用前の身体検査、あるいは他の性の身体に囚われているという葛藤のために精神が不安定であることなどにある」。

ジョンズ・ホプキンス医学研究所のジェンダー・アイデンティティー・クリニックのジョン・フープス (John Hoopes) 博士は、次のように指摘している。「精神科医は、長年にわたって、手術をしないで、これらの人々を治療しようと試みてきた。しかし、精神療法によっては、この問題を解決することができないという結論に達した。患者達は、精神療法を受けようとする動機を持たず、また決して生物学的な性に帰ろうとはしない。これらの人々の間において自殺や自己断種の率が高いことは、この問題の深刻さを証明している。心を身体に合わせるができないのであれば、身体を心に合わせることを考えなければならない (Green & Money, *Transsexualism and Sex Reassignment, supra*, at p. 268)。

男性トランスセクシュアルが、男性器の存在が重い鬱病の原因であるとして、正常に機能しうる男性器を切除しようとする願望を持っているという事実を認識すれば、トランスセクシュアリズムの問題の深刻さが明らかとなる。トランスセクシュアルは、間違った性器を持っているが異性に属する、と考えている。

ドー対ミネソタ州社会福祉局事件において (*Doe v. State, Dept. of Public Welfare* (1977) 257 N. W. 2d 816, 819), ミネソタ州最高裁判所は、トランスセクシュアリズムの性質について述べた後、次のように述べている。「トランスセクシュアリズムの問題を治療する唯一の医学的な方

法として知られているのは、性転換手術というラディカルな方法である」。控訴人は、この手術を求めている。

リチャーズ対合衆国テニス協会事件において (*Richards v. United States Tennis Ass'n* (Sup. 1977) 400 N. Y. S. 2d 267, 271), 裁判所は次のように述べている。「医学は、トランスセクシュアリズムの原因および治療方法 (性再指定手術とホルモン療法を除く) を見い出していない。また、精神療法は、他の性に属しているというトランスセクシュアルのアイデンティティーを変更すること、あるいは手術による変更への願望を弱めることに成功していない」 (See *Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law* (1970-71) 56 Cornell L. Rev. 963; *Transsexuals in Limbo: The Search for a Legal Definition of Sex* (1971) 31 Md. L. Rev. 236)。

メディ・カルの給付の範囲について、福祉制度法典14059条は、次のように規定している。「本節の規定に基づく医療には、診察、予防、矯正および治療のサービスを含む。ただし、資格を有する医療従事者が認められたものであり、疾病による苦悩、生命の危険、雇用を含む正常な行動能力を阻害するもの、ある程度のハンディキャップをもたらす事情に関するものであることを要する。医療には、医学的ではないケアも含む。例えば、祈禱師による治療や、宗教的な実践による精神的な慰めなども含まれる」。

福祉制度法典14105条は、次のように規定している。「局長は、本節の規定に従って方針を策定し、……上の規定と合致し、必要な範囲で規則を策定する。」

この権限に基づき、局長は、カリフォルニア州行政法典22章51305条8項を制定した。「美容を目的とする治療は、事前の承認がある場合に限りカバーされる。美容を目的とする治療に対する事前の承認は、次の場合に与えられる。(1)疾病または後遺症による重大な形態上の変形を整形する場合。(2)雇用の機会を実質的に阻害する変形を整形する場合。こ

性同一性障害と医療保険

これらの場合には、51014条の規定に従い、意見、評価、管理のために、カリフォルニア州リハビリテーション局に委ねる。(3)障害児サービスの受給資格者に、必要なサービスを提供する。これらの患者は、その管理のために、51013条の規定に基づいて障害児サービスに委ねる」。

カリフォルニア州行政法典22章51301条は、メディ・カルによってカバーされる範囲を、第4節に定められているものに制限する旨を規定している。51303条は、メディ・カルでカバーする範囲を、疾病または傷害の予防、診断および治療のために合理的かつ必要なケア・サービスに限定している。

被控訴人の代理人は、局長は制定法および適法に公布されたカリフォルニア州行政法典22章の規定のみに依拠しており、行政的な聴問手続の際に提出された書面中に記載されている方針には依拠していない、と主張した。

保健局は、カリフォルニア州医学協会 (California Medical Association) の認めた美容整形の定義を採用している。それによれば、美容整形とは「皮膚の組織または形態を変更すること、または皮膚と皮膚に近接する人体の構造もしくは形態との関係を変更することをいう。この変更は、平均的な慎重さの観察者の立場から見た場合に、患者の年齢および民族的な出自からして正常かつ受け入れ可能な外見にし、かつ、医学的な意見によれば、患者の身体または精神に危険を加えることなく、実施しうるものでなければならない。そして、患者が個人的な理由で求める手術のみを意味し、身体的な形態を矯正し、または改善するために必要な手術を意味しない。正常に機能していても、他人からの不必要な注目を集めてしまうもの、馬鹿にされるもの、平均的な人が異様、異常または不快と感じるものを矯正または改善するために必要な手術は含まない。外見が改善される場合であっても、形態上の異常さを除去すること、腫瘍を切除すること、治療のために切除された部分を復元すること、負傷、感染その他の疾病により明白に美的でない部分を修復することは、美容

整形ではない。]

[1] 精巣および陰茎の切除は、皮膚の組織もしくは形態を変更すること、または皮膚と皮膚に近接する人体の構造または形態との関係を変更することとみなすことはできない。男性器は、皮膚以上のものと考えらるべきである。

この手術を美容整形と看做すべきであるという局長の主張の基礎とされた定義は、(皮膚の) 変更が、平均的な慎重さの観察者の立場から見た場合に、患者の年齢および民族的な出自からして正常かつ受け入れ可能な外見にし、かつ、医学的な意見によれば、患者の身体または精神に危険を加えることなく、実施しうるものでなければならない。平均的な慎重さの観察者は、スカートまたはズボンの内側を見て、プレオペラティブかポストオペラティブか、などということを観察したいとは思わないであろう。トランスセクシュアルは、公衆の面前で裸体になる習慣があるなどということは認められていない。すでに引用したフープス博士は、268頁において、次のように述べている。「あなたがトランスセクシュアルに会っても、あるいは非常に良く知っていても、彼がトランスセクシュアルであるということに気がつかないであろう。わたしは、彼らが、異性の役割を完全に果していることを誇張しているのではない。男性トランスセクシュアルの外見、衣服あるいは行動は、完全に女性のそれと同一である。また、女性トランスセクシュアルについても同様である。彼らは、単なるトランスヴェスタイトではない。トランスヴェスタイトは、単に異性の服装をするだけで喜びを感じる。また、ホモセクシュアルでもない。」

[2] 局長が依拠している定義に基づいたとしても、トランスセクシュアルの手術が美容整形であると主張することは不可能である。ライブマン博士も、ブラウン博士も、ウェブスターの辞書も、美容を、「美しくすること、適切にすること」と定義している。

本件において提出された証拠は、手術が必要であり、合理的であるこ

とを示している。

〔3〕申請された手術を恣意的に美容整形に分類することはできない。そして、このことが、局長の決定の唯一の根拠である。したがって、局長の決定を無視すべきである。

職務執行令状の発行を拒絶した判決を破棄する。被控訴人に対して、控訴人の手術を承認することを命じるべきであるという指示を付して差し戻す。

第2款 反対意見

私は、〔多数意見に〕反対である。被控訴人＝ジェローム・ラックナー博士＝保健局長（局長）は、その裁量権の範囲内において、控訴人のトランスセクシュアルの手術に対するメディ・カルのプログラムによる支払を拒絶したと判断する〔原注1〕

〔原注1〕 控訴人の訴訟代理人は、控訴人がすでに申請した手術を受けていることを確認している。したがって、残された争点は、被控訴人がその手術費の支払いをすべき義務を負うか否かである。

多数意見は、保健局による方針決定に介入するという危険な道に踏み込んでしまった。もし、この手術に給付をしなければならないとすれば、メディ・カルは、神経症の「治療」にも給付をしなければならない。立法者は、適切な裁量を局長に与え、メディ・カルの範囲を定める権利を付与した。もしも、立法者が、カリフォルニア州はトランスセクシュアルの手術費用を負担すべきであると考えるならば、そのように規定すればよいのである。このようなことは、裁判所が関与すべき事項ではない。

1 カリフォルニア州法

メディ・カルは、カリフォルニア州が、連邦のメディケイド・プログラムに参加するための州のプランである (42 U.S.C. §1396 *et seq.*)。このプランの詳細は、メディ・カル法に規定されている (Welf. & Inst. Code, §14000 *et seq.*)。局長は、方針を策定する責任を負う (Welf. & Inst. Code, §14105; *California Ass'n of Nursing Homes, etc., Inc. v. Williams* (1970) 4 Cal. App. 3d 800, 806, 84 Cal. Rptr. 590, 85 Cal. Rptr. 735)。プログラムの利益は、「利益表」にリストアップされている (Welf. & Inst. Code, §14132; *Piontkowski v. Geduldig* (1974) 39 Cal. App. 3d 498, 501, 114 Cal. Rptr. 316)。14132条により、医師のサービスを含む入院サービスは、使用制限に服する。使用制限が法律によって認められている場合には、入院患者が医師のサービスを受けるためには、事前の承認を得ることが要件とされている (Welf. & Inst. Code, §14133, subd. (a)) [原注2]。福祉制度法典10554.1条および14124.5条に従って、被控訴人は、一定の規則を公布した。そのうちの1つは、事前承認について、「異なる定めのない限り、医学的、歯学的その他の検討の後に、メディ・カルのコンサタントによって、サービスが与えられる前に与えられる (Cal. Admin. Code, Tit. 22, §51003 (a))。メディ・カルのコンサタントは公務員であり (医師、歯科医師または薬剤師)、州内の12の地方事務所ですべて事前承認を与えるために勤務している (Welf. & Inst. Code, §§14103.6, 14119; *California Medical Ass'n v. Brian* (1973) 30 Cal. App. 3d 637, 644, 106 Cal. Rptr. 555)。

[原注2] 福祉制度法典14133条は、次のように規定している。「使用制限は、14132条の規定するサービスに適用する。使用は、次のように限定される。

(a) 当該サービスが医学的な必要性に基づいて必要とされているという保健局による事前承認を得るものとする。また、すでに行われている治療の時間的な延長および拡大についても事前承認を得るものとする。

性同一性障害と医療保険

本件に適用される2つの規定は、カリフォルニア州行政法典の22章の51305条(g)項と51303条(a)項である。51305条(g)項は、次のように規定している。〔原注3〕

〔(g) 美容の目的のために欠陥を治療するための手続は、事前の承認を得た場合にのみカバーする。美容の目的のために欠陥を治療するための手続に対する事前の承認は、次の場合にのみ与えられる。

(1) 疾病又はトラウマに基づく深刻な醜悪さの修復を完全にする。

(2) 仕事を獲得の機会を実質的に阻害する醜悪さを矯正する。これらの場合には、51014条の規定に基づいて、カリフォルニア州リハビリテーション局の意見、評価又は管理のために、同局に移送する。

(3) 障害児に対するサービスによってカバーされる患者に対しては、必要なサービスを行う。この患者は、51013条の規定に従い、障害児サービス局に移送する。

51303条(a)項は、次のように規定している。「合理的で、疾病又は障害の予防、診断又は治療のために必要な……ヘルスケア・サービスは、特定の範囲で、メディ・カルによってカバーされる」。

〔原注3〕 すべての条文は、カリフォルニア州行政法典第12章のものである。

控訴人は、形成外科医のブラウン博士を通じて、トランスセクシュアルの手術の支払いの承認を求めた。しかし、メディ・カルのコンサルタントであるエルトブリンク博士は、この手術について承認を与えることを拒否した。控訴人は、聴問職員の面前における聴問手続を認められた。聴問職員は、手術について承認を与えるべきであるという意見を付して、局長に上申した。しかし、局長は、この決定に満足せず、副局長リー・ヘルセルの意見を採用した。この後者の見解について、本件で再検討をしているのである〔原注4〕。控訴人は、単なるメディ・カルの申請者

であり、権利はない。したがって、控訴審において検討の対象とすべきことは、局長の決定を支持する実質的な証拠があるか否かということだけである (*Harlow v. Carleson* (1976) 16 Cal. 3d 731, 735, 129 Cal. Rptr. 298, 548 P.2d 698)。

〔原注4〕 本件控訴の理由は、原審における申請の拒絶であるが、行政手続も見直しの対象となる (*Boreta Enterprise, Inc. v. Department of Alcohol Beverage Control* (1970) 2 Cal. 3d 85, 106, 84 Cal. Rptr. 113, 465 P.2d 1.)。

控訴人の手術に対する支払いの承認を拒絶するに際して、局長は、美容整形に対する支払いを拒絶する規定に依拠している (Cal. Admin. Code, §51305(g))。また、51303条(a)項は、次のように規定している。「疾病又は障害の予防、診断又は治療のために必要かつ合理的な」ヘルス・ケア・サービスに限定している規定に依拠している (Cal. Admin. Code, § 51303 (a))。〔原注5〕

〔原注5〕 控訴人は、局長は次のようなガイドラインに従っているとも主張している。診断、手術、ホルモン療法または精神療法に直接に関係するすべての医療サービスは、メディ・カルのプログラムによっては支払われない。しかし、メディ・カルは、当該医療行為から一般に派生する合併症については支払いをする。例えば、トランスセクシュアルの手術の後における人工膣の化膿の治療がそれである。そのような合併症の治療については、医学的な必要性を証明する十分な書面を提出しなければならない。

控訴人は、このガイドラインは行政手続法に付属して公布されていない、と主張している。しかし、このガイドラインは、一般に、トランスセクシュアルの手術についてはメディ・カルによってカバーしないという局長の決定を示しているに過ぎない。局長は、このガイドラインが控訴人に対して手術の承認をしないことの合理的な理由となるとは主張していない。エルトブリック博士はこのガイドラインに従うべきことを求められるように感じているようであるが、決して法的な効力を持つものではない。局長の決定は、このことを述べていない。このガイドラインが法的に無効であったとしても、局

性同一性障害と医療保険

長の主張には影響を与えない。

控訴人は、次のように主張した。トランスセクシュアルの手術が美容整形であるということの実質的な証拠は提出されなかった。控訴人の聴問手続の際に証言したすべての証人は、控訴人を美しくするためにのみ実施されるのではない、と述べている。睾丸と陰茎を切除し、女性の膺の外観をした空洞を形成することは、毛髪の移植や鼻の形の変更のような美容整形ではない、と控訴人は主張した〔原注6〕。

〔原注6〕 トランスセクシュアルの手術は、他の美容整形よりもドラスティックではあるが、鼻を小さくする手術とか、乳房を小さくする手術との類似性がある。これら全ての手術においては、切開がなされたり、器官の一部が切除されたりして、新しい身体部分を形成手術によって整える。

問題の手術が美容整形であるという局長の結論を支える実質的な証拠があるか否かの判断に際しては、局長の規則に関する局長の解釈に重点を置くべきである (*Carmona v. Division of Industrial Safety* (1975) 13 Cal.3d 303, 310, 118 Cal. Rptr. 473, 530 P.2d 161; *Piontkowski v. Geduldig, supra*, 39 Cal. App. 3d 498, 501, 114 Cal. Rptr. 316)。立法者は、当裁判所に対してではなく、局長に対して、メディ・カルのプログラムの方針を策定する任務を委ねた。当裁判所は、トランスセクシュアルの手術は美容整形であるという局長の決定を軽々しく斥けるべきではない。

記録によれば、控訴人の生殖器が異常であるとか、不健康であるという証拠はない。トランスセクシュアルの手術においては、他の美容整形と同様に、不具合のない身体の部分を変更する。この手術は、当事者の自分自身の身体に関する知覚によって生じる精神的な鬱を軽減するために実施される。本件の行政的な記録によれば、ライブマン博士は、「情緒」上の問題を軽減するために手術を受けるべきであると述べている。テナント博士は、トランスセクシュアリズムとは「ある者が解剖学的には明

確にある性に属しておりながら、その社会的な役割および性的な役割において不満であり、自分は他の性に属していると確信しているという複雑な症状をいう」としている。テナント博士は、手術の目的は精神的な苦悩を終わらせ、精神的な障害を除くことである、と述べている。クルーズ博士は、トランスセクシュアルを「他の点では精神的な能力があるが、生物学的・解剖学的事実と異なる性的・社会的な性自認を強く持つ者」と定義している。クルーズ博士は、「精神科的な観点から」、控訴人には手術が「望ましい」と述べている。

控訴人の精神的な状況が、通常的美容整形を求める者の場合よりも深刻であることは認められるが、美容整形であるという局長の決定を裁判所が覆すことまで正当化するものではない。手術の性質から明らかであるが、控訴人の性器が疾病に罹っていたとか、損傷を受けていたという証拠はない。このことは、問題の手術が美容整形であるという局長の決定を支持するものである。

本件において申請されている形成手術は美容整形であるという局長の決定を受け入れ、わたしは、承認の申請に対する局長の拒絶は正当であると判断する。なぜなら、控訴人の情緒上の問題は、カリフォルニア州行政法典51305条(g)項によって支払いが正当化されるような「深刻な障害」あるいは「形態上の不具合」ではないからである。

問題の手術は「疾病又は障害の予防、診断又は治療のために合理的に必要」なものではないという他の理由も十分であり、それだけでも、局長の決定を支持するに十分なものである。すでに述べたように、メディ・カルのプログラムは、この基準に合致するヘルスケア・サービスについてだけ支払いをする (Cal. Admin. Code, §51303 (a))。また、規則の解釈について局長の解釈を尊重し、わたしは、問題の手術はカリフォルニア州行政法典51303条(a)項の規定に基づくプログラムの利益を得ることができない、という局長の結論を支持する証拠があると判断する。

多数意見は、次のような引用をしている。「心を身体に合わせること

性同一性障害と医療保険

ができないのであれば、身体を心に合わせることを考えなければならない」(Green & Money, *Transsexualism and Sex Reassignment*, p.268)。トランスセクシュアルの手術は、他の手術とは大きく異なる。病んでいる身体の部分を切除するのではなく、病んでいるのは心であり、トランスセクシュアルの手術は、正常で健康な身体の部分を、可能な範囲で、患者の自身の誤った自覚に合致させるための外見を作り出そうとするものである。局長は、制定法によって、メディ・カルのプログラムの方針を策定することを委ねられており (Welf. & Inst. Code, §14105)、局長は、この手術が「疾病又は障害の予防、診断又は治療のために合理的に必要」ではない、という合理的な結論を導き出すことができる〔原注7〕。

〔原注7〕 控訴人は、裁判所に提出された全ての証拠が、手術が医学的に必要であることを示している、と主張している。わたしは、局長は全ての証拠を考慮し、医学的な必要性に関する結論を出している、と判断する。局長は、控訴人の主治医の結論を受け入れなければならないものではない (See discussion of *Rush v. Parham* (N.D. Ga. 1977) 440 F.Supp. 383, *infra*)。

局長は州法に従って行為していると判断し、わたしは、控訴人の他の主張について検討することにする。つまり、局長が連邦社会保障法およびカリフォルニア州憲法によって認められている控訴人の権利を奪っているという主張である〔原注8〕。

〔原注8〕 また、控訴人は、禁反言の法理から、局長は拒絶をすることができない、と主張している。さらに、局長は聴問職員の決定を受理してから30日以内に行為をしていない、という主張もしている。しかし、これらの主張を取り上げないことにする。なぜなら、控訴人は、禁反言の法理が適用されるための証拠を提出していないし、局長が聴問職員の決定を受理した日付を示していないからである。

II 連邦の制定法

控訴人は、最近の他州における2つの判決 (*Doe v. State, Dept. of Public Welfare* (Minn.1977) 257 N.W.2d 816 and *Rush v. Parham* (N.D.Ga. 1977) 440 F.Supp. 383) を引用している。これら2つの事例は、州の医療補助プランにおいて、トランスセクシュアルの手術に対する給付を州が拒絶することが、社会保障法第19編 (以下では、「メディケイド法」という) の下において有効か、という問題を提起している。連邦最高裁判所は、メディケイド法において、メディケイド・プログラムに参加するという選択をした州は「医療行為の5つの一般的なカテゴリーについて個人に経済的な援助を与えるべき要件について」(42 U.S.C. §1396a (13)(B), 1396d (a)(1)-(5)) 定めることが求められる、としている (*Beal v. Doe* (1977) 432 U.S. 438, 97 S.Ct. 2366, 2369, 53 L.Ed.2d 464) [原注9]。

[原注9] ビール事件判決は、この点について脚注において、次のように述べている。

医療の一般的なカテゴリーは次のとおりである。

- (1) 入院サービス (結核病院および精神病院におけるサービスを除く)。
- (2) 通院サービス。
- (3) 検査室におけるサービスおよびX線のサービス。
- (4) (A) 満21歳以上の者に対する熟練した看護サービス (結核病院および精神病院におけるサービスを除く)。(B) 1969年7月1日以前において、プランにおいて給付を受けられる身体的・精神的な障害があるという診断を得ており、かつ、満21歳未満である者に対しても、その症状を矯正または緩和するためのケルスケア、治療および他の手段について長官の定める規則に従って給付をするという定めをすることができる。(C) 家族計画サービスおよび妊娠可能な年齢の者 (性交が可能な未成年者を含む) に対する器具の供給。州のプランにおいて給付を受けられる者であり、かつ、そのようなサービスまたは供給を希望する者に対するもの。
- (5) 「医師のサービス」。本編の §1395x(r)(1) の定義する意味における医師の提供するサービス。診療所、患者の自宅、病院、熟練した看護を提供する場所、またはその他の場所において提供されるサービスを含む (42 U.S.C. §1396d (a))。参加する州は、「医学的に」必要な者に対する給付の範囲を

性同一性障害と医療保険

選択することができる。それらの者に対する医療サービスについて異なるカテゴリーを定めることができる (42 U.S.C. §1396d (a)(13)(C))。

さらに、同裁判所は、次のように判示している。「参加する州に対して、医療のカテゴリーに含まれるすべての医学的な手続について補助すべきことを求めている制定法の規定はない。反対に、制定法は、明示的に次のように規定している。『医療補助に関する州のプランは、……合理的な基準を含んでいなければならない。本法の規定する目的と調和する範囲で、給付する医療補助の範囲を確定する基準を定めなければならない』(42 U.S.C. §1396a (a)(17))。この文言は、医療補助の範囲の決定に関して、州に対して広範な裁量権を与えるものである。ただ、『合理的』であることと、法律の『目的に合致する』ことが求められているに過ぎない。……もしも、州のメディケイド・プランが必要な医療行為を給付対象外とした場合には、重大な制定法上の問題が生じる可能性がある。そのようなことは、法律の目的と合致することが極めて困難であるからである。しかし、不必要な（望ましくはあっても）医療サービスを給付対象外とすることは可能である」(*Beal v. Doe, supra*, 97 S.Ct. at p. 2371, fn. omitted)。

このような前提に基づいて、最近の2つの判決について検討してみよう。

ドー対社会福祉局事件においては、ドーは、男性トランスセクシュアルであり、連邦政府からトランスセクシュアルの手術について資金援助を受けている病院において、診察とホルモン療法をすでに受けている。しかし、ドーに対する手術が実施される前に、このプログラムに対する資金援助は終了していた。このプログラムが終了するまでに、ドーは、手術を除いて、女性の身体的な特徴をすでに獲得していた。ドーは、ヘネピン地方（ミネソタ州）社会福祉事務所に医療補助プログラムに基づいて手術費用の補助を申請した。この申請は却下された。しかし、ドー

の申請に基づいて、聴問手続が行われ、聴問職員は手術に対する補助を承認した。これに対して、地方当局が不服申立をし、州の社会福祉局は、聴問職員の決定を破棄した。その理由は、次のとおりである。

1 社会福祉局の医師向けハンドブックの205章10節は、トランスセクシュアルの手術費用は医療補助プログラムによって給付されない、と述べている。

2 申請者の主張を裏付ける決定的な証拠は提出されていない。つまり、手術を受ければ、精神的な問題が軽減され、障害がなくなり、自立することができるということの証拠が提出されていない。(257 N.W. 2d at p.818)

ドーは、ミネソタ州地方裁判所に訴を提起した。同裁判所は、給付を否定するという結論を支持した。そこで、ドーは、ミネソタ州最高裁判所控訴部に控訴した。同裁判所は、州社会福祉局に対して、トランスセクシュアルの手術について給付すべきことを命じた(法廷意見においては、先例は引用されていない)。この判決は、3つの理由に基づいている。しかし、3つの理由とも、本件においては説得的ではない。本件の場合と、ドー対社会福祉局事件の場合とでは、事実が異なるからである。

ドー対社会福祉局事件において、裁判所が依拠している第1の点は、ドーに給付をしないことはメディケイド法に違反している、ということである。同裁判所は、次のような規定に依拠している。

絶対的に必要な者(本項の(1)号)に対するサービス、および医学的に必要な者(本項の(2)号)に対するサービスとして申請されたものについては、州は、「申請されたサービスの額、期間および範囲を恣意的に否定し、又は減じてはならない」し、また「診断、疾病の種類又は症状だけに基づいて」制限することはできない。「ただし、医学的な必要性あるいは医学的な見直しの手続によってのみ、正当な制限をすることがで

性同一性障害と医療保険

きる」(45 C.F.R. §249.10 (5)(i))。

同裁判所は、この規定に違反していると判断した。なぜなら、「この手続においては、手術は医学的に必要であるという聴聞職員の判断は批判されていない」からである (*Doe v. State, Dept. of Public Welfare, supra*, 257 N.W. 2d at p.821)。また、トランスセクシュアルの手術には給付をしないという医師向けのハンドブック中の記載に州福祉局が依拠している点については、連邦の規則に違反しているとした。「診断、疾病の種類又は症状のみを理由として……サービス」を拒絶することは禁止されているというのである。そして、この拒絶は、医学的な必要性に基づいてサービスの範囲を制限することができるという例外に該当しないとした〔原注10〕。すでに述べたように、本件において、局長は、問題の手術は「疾病又は障害の治療のために、合理的かつ必要」なものではない、と判断している。かくして、本件における局長の却下は、ドー事件における社会福祉局の場合とは異なり、連邦の規定に違反するものではない。

〔原注10〕 シェラン裁判長およびピーターソン判事は、賛成意見の中において、次のように述べている。「法廷意見の結論に同意する。なぜなら、手術が『医学的に必要なもの』であるからである」。しかし、同時に、同裁判長は、州がトランスセクシュアルの手術のために公的な資金を使うことに制限を加えることができるかという問題、および医学的な必要性を証明するために必要な証拠の問題があるということを指摘している。

ミネソタ州最高裁控訴部が依拠している第2の理由は、手術の結果として、受給者名簿から抹消されるようになるということの証明を求める要件は無効である、ということである。本件の場合には、そのような要件は課されていない。

同裁判所が依拠している第3点は、ドーに給付を否定するという決定は、恣意的かつ不合理であるということである。この結論は、手術の医

学的な必要性について批判されていないという裁判所の判断に依拠している。すでに述べたように、本件の場合には、そのような事実は存在しない。かくして、本件の場合と、ドー対社会福祉局事件におけるミネソタ州最高裁控訴部の判決とでは、あらゆる点において異なっている。

もう1つの最近の事例は、ラッシュ対パーハム事件 (440 F. Supp. 383) である。ラッシュ事件においては、裁判所は、原告による略式裁判の申立を認め、州の医療補助プランに対して、トランスセクシュアルの手術の費用の支払いを命じている。また、同裁判所は、いくつかの規定を無効と宣言し、また、トランスセクシュアルの手術についてメディケイドの給付を完全に排除するような形で規定を適用することを禁じている。最後に、同裁判所は、連邦保健教育福祉省長官に対して、トランスセクシュアルの手術についてメディケイドの給付を完全に排除するジョージア州のプランを認可しないように命じている。

ラッシュ事件において、原告の主治医は、原告の症状について、次のように述べている。「本件の診断の結果、トランスセクシュアルであることに間違いない。彼女は、熟慮の後、性再指定手術を受ける決意をした。わたくしは、至急この手術を行う必要があると判断する。彼女は現状に絶望し、フラストレーションを感じているからである。彼女の鬱状態を軽減し、自殺衝動を除去するためには、他に治療方法がない」(440 F. Supp. at p. 386)。

医師の供述およびビール対ドー事件に関する解釈、および適用される連邦規定によって、ラッシュ事件判決の基礎が形成されている。

同裁判所は、以下のような理由で、ビール対ドー事件判決をトランスセクシュアルの手術に適用した。「もしも、ある州が、必要な医療を給付の対象から排除……した場合には、重大な制定法上の問題が生じるであろう」というビール事件判決の文言の基づいて、ラッシュ事件判決は、「メディケイドの給付は、受給資格者にとって必要な医療については、選択的あるいは裁量的であってはならない」と判示した (*Rush, supra*,

性同一性障害と医療保険

440 F. Supp. at p.389)。この判決理由のこの部分に、わたしは同意する。同裁判所は、続けて、州のプランの管理者はトランスセクシュアルの手術の医学的な必要性に関する主治医の意見に拘束される、としている。この結論は、ビール事件判決およびメディケイド法を適切に理解していないものであると信じる。

ラッシュ事件判決は、次のように述べている。「メディケイドのプログラムにおける医師の『中心的な』役割は、ビール対ドー事件判決 (*Beal v. Doe, supra*, 432 U.S. 438, at 441, n.3, 442, 97 S.Ct. 2369, 2370) において強調されている」(440 F. Supp. at p.389)。また、同裁判所は、ビール事件判決の次の部分に依拠している。患者の中絶の必要性に関して、主治医の他に2人の医師の同意を必要とするというペンシルベニア州の要件は、メディケイド法の下で認められないような方法で、主治医の医学的な判断に干渉するものであるかどうかについて、判断すべきものとしている (*Rush, supra*, at p.390)。

メディケイド法の下における医師の役割に関する連邦最高裁判所の判決を正しく理解するためには、中絶に対する補助の問題に関する連邦最高裁判所の結論に至る過程を正しく理解することが重要である。連邦控訴裁判所(第3巡回区)の意見を検討することは、この点で重要である。控訴裁判所は、問題を次のように記述している。

制定法および連邦保健教育福祉省の規則の双方において、医師のサービスは、州法に基づいて、法律実務に従って定義される (See §1396 d (a)(5), referring to §1395x (r)(1); 45 C.F.R. §249.10 (b)(5) (Rev. ed., Oct. 1, 1973))。ロー対ウェイド事件判決 (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973)) およびドー対ボルトン事件判決 (*Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 93 S.Ct. 739, 35 L.Ed.2d 201 (1973)) は、各州に対して、妊娠6か月以内における選択的中絶を合法化するように求めた。そこで、原告は、今や、選択的な中絶は「医師のサービス」に含まれる、と主張した。そして、原告

に対して、§1396a (a)(13)(B) and (C) に基づいて給付すべき旨を主張した。さらに、「入院サービス」「通院サービス」および「家族計画サービス」についても、同様の議論を展開した。

しかし、ここでも、議論の行き過ぎがある。例えば、選択的な美容整形は、全ての州においてではないにしろ、多くの州においては、医師の活動として認められる範囲内である。そして、もしも、原告の主張が正しいならば、州は、そのような手術についても支払いの義務を負うことになるはずである。そのことによって、多くの貧しい人々の医学的な需要を犠牲にしなければならないということになろう。旧法の1903条(c)項は、そのような補助をすべきものとしていたが、それが廃止されたことによって、連邦議会が、全ての医療行為を補助するという意図を持っていなかったことは明らかである。各州は、自州の状況に応じて、自州のプログラムを策定するという広範な裁量権を与えられている。そして、必要な医療のみに補助を与えて、資金を節約することが求められている。

当裁判所における問題は、法律および立法資料に現れている種々の方針を調和させることである。参加した州は、自州の状況に応じてプログラムを策定ことができ、メディケイドの出費のレベルを制限することができる。このことは、法律のいう「必要性」に関して、各州がどのような症状の場合に必要なのかについて定める権限を有することを意味する〔原注11〕。しかし、その症状の適切な治療は、医師の判断に委ねられるべきものである (See *Roe v. Norton, supra*, D. C., 380 F. Supp. 726 at 729) (*Doe v. Beal* (3d Cir. 1975) 523 F. 2d 611, 620, rev. 432 U. S. 438, 97 S. Ct. 2366, 53 L. Ed. 2d 464)。

〔原注11〕 同裁判所は、脚注において、次のように述べている。治療の選択ではなく、治療の必要性について判断を求められたのは当裁判所が最初で

性同一性障害と医療保険

はない。See *Roe v. Norton*, *supra* at note 12 [D.C., 347 F.Supp. 496] at 500.

特に重要なことは、連邦控訴裁判所（第3巡回区）が、各州は治療を必要とする医学的な症状について定めることができるという裁量権を与えられている、としている点である。各州が、治療の必要性について決定した後において初めて、個々の患者に対するある医学的な治療が医学的に必要か否かに関する医師の専門的な判断が問題になるのである。

同裁判所は、次のように述べている。「上の分析をペンシルベニア州の規則に適用すれば、同規則は、法律と合致していると判断する。ペンシルベニア州は、臨月における出産および治療目的の中絶について補助をしている。したがって、同州は、その裁量に基づき、妊娠を、19編の意味における医学的な治療が『必要な』症状としているのである」(*Doe v. Beal*, *supra*, 523 F.2d at p.621)。

このような背景の下において、ビール事件において、連邦最高裁判所は、ラッシュ事件判決とか、本事件における多数意見とは、異なる出発点を採用しているのである。連邦最高裁判所の反対意見においては、「妊娠は、疑いもなく、医療サービスの必要な症状である」というのは、全く正当である (*Beal v. Doe*, *supra*, 97 S.Ct. at p.2373)。妊娠中の女性には、中絶するか、臨月に出産するかである (See *Beal*, 97 S.Ct. at p. 2371)。しかし、本件の場合には、トランスセクシュアルの手術によって、他の性の外見に類似させることが、メディケイド法の意味において医学的に必要であるということは明らかではない。さらに、精神療法以外の治療方法が必要か否についても同様である。トランスセクシュアルの手術以外に、トランスセクシュアリズムに伴う鬱状態を軽減させる方法が発見されていないという事実だけでは、そのような手術が医学的に必要であるという結論に結びつけるわけにはいかない。ラッシュ事件判決は、トランスセクシュアルの手術は医学的に必要な治療方法であるという医師の判断に各州のプランの管理者は拘束される、としているが、

これは誤りである。わたしは、ドー対ピール事件判決における次のような指摘に従いたいと考える。「本法の下において、各州は治療が『必要な』症状を定義するという広範な裁量権を有している」(523 F.2d at p. 620)。

医学的な必要性に関する医師の判断が優先されるべきであるというラッシュ事件判決のもう1つの根拠は、メディケア法およびメディケイド法の立法史から導き出されている。同判決は、次のように述べている。

「メディケイド・プログラムにおける担当医の重要な役割は、立法資料にも現れている (the Medicare, 45 U.S.C. §1395 *et seq.*, and the Medicaid, 42 U.S.C. §1396 *et seq.*)。

(1)医師の役割 委員会の法案は、健康サービスの利用を決定する場合には、医師が中心人物であると規定している。そして、入院、検査、薬剤、治療および入院期間を決定するのは医師であると規定している」

(S. Rep. No. 404, 89th Cong., 1st Sess., 1965 U.S. Code Cong. and Admin. News pp.1943, 1986)」(*Rush, supra*, 440 F. Supp. at p. 389)。

しかし、立法史を検討すれば、次のことが明らかとなる。連邦議会は、メディケイド法の下における補助の給付に関して、医学的な必要性の決定について、主治医に管理させるという意図を有してはいなかった。上院の財政委員会の議事録には、上に引用されている部分の数ページ後に、次のような部分がある。

「(b) 委員会の法案は、入院保険または任意の補助的な医療保険において、ある保健アイテムおよびサービスをカバーする範囲から排除している。さらに、法案の他の規定の規定によっても排除している。例えば、……美容整形の費用は、カバーされない。ただし、事故による傷害を修復する場合、あるいは身体の巧く形成されていない部分を除去する場合には、この限りでない。例えば、重大な火傷を負った際の治療の場合には、美容整形の費用が支払われる」(Sen. Rep. No. 404, 89th Cong., 1st Sess., 1965, 1 U.S. Code Cong. & Admin. News, pp.1943, 1989-1990)。

性同一性障害と医療保険

この排除は、メディケアの場合には適用されるが、メディケイドの場合には適用されない (see 42 U.S.C. §1395y)。そして、この両者は、別の目的を持つ別のプログラムである (*Rastetter v. Weinberger* (D. Ariz. 1974) 379 F. Supp. 170, 172, *aff'd*. 419 U.S. 1098, 95 S.Ct. 767, 42 L.Ed. 2d *aff'd*. 419 U.S. 1098, 95 S.Ct. 767, 42 L.Ed. 2d 795; see also *American Medical Ass'n v. Mathews* (M. D. Ill. 1977) 429 F. Supp. 1179, 1192; *Dist. of Col. Pod. Soc. v. District of Columbia* (D. D. C. 1975) 407 F. Supp. 1259, 1264)。この文言は、連邦議会が制定法の排除の枠を医師に決定させるという意図を有していなかったことを示している。例えば、メディケア法から美容整形を排除する場合がそうである。しかし、ラッシュ事件判決 (第2章, 第1節参照) は、「医学的な必要性に関する判断は、個々の患者ごとに行うべきである。したがって、ある患者にとっては、美容整形であったり、実験的であったり、不必要であっても、他の患者にとっては重要なものであることもありうる」と述べている (440 F. Supp. at p. 390)。ラッシュ事件判決が採用している理由づけによれば、ある医療手続を州の医療補助プランによってカバーする範囲から排除することができない、ということになる。何が美容整形であるかは、個々の場合に応じて判断しなければならない。医学的に必要な手術には資金補助をすべきであり、医学的な必要性の判断は、主治医によってなされなければならない。したがって、主治医は、自分の患者について州のプランによってカバーすべきか否かの判断をすべきことになる。しかし、このようなことは、連邦議会の意図を正確に解釈しているものではないように思われる。

さらに、メディケイド法のこの解釈は、1つの問題を提起する。なぜなら、医師達の間において医学的な見解に違いがあるからである。この多様性は、個々の傷害の場合における医師達の争いによっても明らかになる。医師の間に一致がないにもかかわらず、ラッシュ事件判決をカリフォルニア州において受け入れることには躊躇を覚える。メディ・カル

における補助を求める申請者が、そのような治療が医学的に必要と判断する医師を見つけるために、医師から医師へと渡り歩くことになろう。このような懸念は、次のような報告書の内容によっても明らかである。「メディケイドの患者は、一般人に比べて2.5倍も手術を受けている」(*Medical Soc. of State of N. Y. v. Toia* (2d Cir. 1977) 560 F.2d 535, 537)。また、別の情報は、不必要な手術を行っている医師が存在することを示している (*American Medical Association v. Weinberger* (7th Cir. 1975) 522 F.2d 921, 924-925, fn.5 and accompanying text)。

この問題に関するラッシュ事件判決の解決方法は、極めて不適切である。要するに、同判決は、ある手続の医学的な必要性に関する医師の判断の多様性は 42 U.S.C. §1396h (a)(1) および (2) によって保護されている、としている。この規定は、虚偽の申述をした者にペナルティーを課している (*Rush, supra*, 440 F.Supp. at p.390, fn.12)。確かに、この規定は、虚偽の申請を排除することには役に立つ。しかし、このことは、問題の本質に関するものではない。それは、州の医療補助プランの管理者は申請者の選んだ医師の見解によって拘束されるか、というのが本質的な問題である〔原注12〕。

〔原注12〕 本件における控訴人の精神状態に関するスタインマン博士およびクルーズ博士の見解は、大いに食い違っている。クルーズ博士は、控訴人には「神経的な異常、その他の特段の障害はない」と述べている。しかし、治療の承認を求めるスタインマン博士の書面は、控訴人について異なる像を描き出している。「患者は25歳のトランスヴェスタイトであり、現在ホルモン療法を受けており、性転換手術を受けることができるほど精神状態が良好であると外科医に信用させることができ次第、すぐにフロリダにおいて手術を受けることを望んでいる。〔患者は〕完全に女性として生きることができないため、苦悩し、しばしば鬱状態になることがある。さらに、彼は、宇宙人が地球を支配しているという幻想を抱いている。〔後略〕」

トランスセクシュアルの手術に関するニューヨークの事件では、州は、

性同一性障害と医療保険

手術の医学的な必要性に関して主治医の判断に拘束されるとは判示していない (*Denise R. v. Lavine* (1976) 39 N. Y. 2d 279, 383 N. Y. S. 2d 568, 347 N. E. 2d 893; *Matter of Vickers v. Toia* (N. Y. Supp. Ct., May 1977) C. C. H. Medicaid and Medicare Guide, New Developments, 28,507)。デニーズ・R事件において、裁判所は、医学的な必要性に関して証言に食い違いのある場合には、トランスセクシュアルの手術についての支払いをする必要はないと判示した。この事件においては、主治医が、手術は死活問題であると証言したにもかかわらず、同裁判所はこの結論に達している。ヴィッカーズ事件においては、トランスセクシュアルの手術にメディケイドの給付を拒絶した州の決定は、専断的でもなく、不合理でもないと判示した。デニーズ・R事件においては、申請者の精神科医の「死活問題」であるという証言に注目している。しかし、裁判所は、この証言にもかかわらず、デニーズ・Rの申請を却下した。仮に、ラッシュ事件判決の理由を受け入れた場合には、州は、詐欺がない場合には、医学的な必要性に関する主治医の見解を受け入れなければならないということになる。

要するに、ドー対ミネソタ州社会福祉局事件判決は、本件の場合には説得的ではないのである。なぜなら、事実に関する相違があるからである。ラッシュ事件と本件との事実上の区別をしえない部分については、それに従うことを拒絶する。なぜなら、同判決は、適用すべき法について誤った記述をしているからである。局長は、メディケイド法の課している制限の範囲内で活動している、と判断する。

III 憲法上の諸問題

A 平等保護

控訴人は、トランスセクシュアルは他のメディ・カル受給者と異なる取扱を受けており、合衆国憲法およびカリフォルニア州憲法に違反している、と主張した。性に基づく区別は、ある種の状況において、選別の

レベルで使用されている (*Frontiero v. Richardson* (1973) 411 U.S. 677, 93 S.Ct. 1764, 36 L.Ed.2d 583)。しかし、選別におけるレベルでは、トランスセクシュアリズムに基づく区別はなされていない (*Holloway v. Arthur Andersen & Co.* (9th Cir. 1977) 566 F.2d 659; *Powell v. Read's, Inc.* (D.Md. 1977) 436 F.Supp. 369; see also *Voyles v. Ralph K. Davies Medical Center* (N.D.Cal. 1975) 403 F.Supp. 456; *Smith v. Liberty Mutual Insurance Co.* (N.D.Ga. 1975) 395 F.Supp. 1098)。かくして、合理的な関係のテストが適用される。州は、限りのある資金を最も有効な方法で使用することについて、正当な利益を持っている。ある器官が病気に罹っておらず、傷害を受けておらず、変形もしていないにもかかわらず、その器官を手術によって切除したり、形成することについて、メディ・カルの補助を与えるべきであるという証拠を、控訴人は提出していない。そのような手術に対してメディ・カルの給付をしないという被控訴人の拒絶は、合理的である。平等保護に基づく控訴人の主張を受け入れることはできない。

B デュープロセス条項

控訴人は、「カリフォルニア州は、すべてのトランスセクシュアルの手術を拒絶するという方針を確立している」と述べている。控訴人は、この方針はドー対ミネソタ州社会福祉局事件判決、ラッシュ対パーハム事件判決およびロサス対モンゴメリー事件 (*Rosas v. Montgomery* (1970) 10 Cal. App. 3d 77, 88 Cal Rptr. 907) において認められたデュープロセス権を侵害している、と主張している。しかし、ドー対ミネソタ州社会福祉局事件判決も、ラッシュ対パーハム事件判決も、憲法上の主張については論じていない。これら2つの事件は、トランスセクシュアルの手術を州の医療補助プランから完全に排除しているという問題を取り扱ってはいるが、この排除の方針について、メディケイド法の下において考察している。これら両事件におけるメディケイド法の解釈、およびそ

性同一性障害と医療保険

れらと本件との関係については、すでに述べた。

ロサス対モンゴメリー事件もまた、憲法上の問題について取り扱っているのではない。ロサス事件判決は、カリフォルニア州社会福祉局長が、アルコール中毒患者に対して、困窮している者に対する給付を否定する規則を公布したことは正当である、とした。ロサス事件においては、局長が規制を受ける制定法が、本件控訴人のメディ・カルの場合とは異なっている。ロサス事件において公布された規則に関する判決は、本判決とは無関係である。

控訴人は、確定的推定 (conclusive presumption) は憲法上許されないという主張を補強するために多くの判例を引用している。しかし、控訴人は、確定的推定によって、利益が拒絶されたという証明をしていない。メディ・カルのガイドラインは、トランスセクシュアルの手術に対する給付を否定しているが、すでに述べたように、このことが被控訴人の決定の基礎とされているのではない。エルトブリック博士はそれを基礎とするように主張したが、局長はそうしなかった。さらに、被控訴人は、少なくともトランスセクシュアルの手術について給付をすることがある場合に関する証拠を提出している。それは、内分泌学的な疾病であり、生殖腺の機能を奪う生殖腺機能減退症 (hypogonadism) に罹っている場合である。本件においては、局長は、聴問手続において提出された証拠について検討した後に、性再指定手術は性同一性障害に対して医学的に必要ではない、と判断している。この手術が医学的に必要ではないという確定的推定によってではなく、被控訴人の行為は、カリフォルニア州行政法典51303条(a)項の規定する「合理的で、かつ必要」という文言に示されている裁量権を行使しただけである。

ピオントコウスキー対ゲデュルディック事件 (*Piontkowski v. Geduldig* (1974) 39 Cal. App. 3d 498, 504-505, 114 Cal. Rptr. 316) においては、あるメデ・カルの申請者が、矯正用のマットレスの購入費用の給付を局長が拒絶したことについて訴訟を提起している。控訴人の主張は、次の

通りである。

「メディ・カルの給付対象から矯正用のマットレスを特に排除していることは (Cal. Admin. Code, tit. 22, §51321 (e)(8)), そのようなマットレスは控訴人の健康とケアの増進には役立たないという推定に基づいている。しかし、このことは、修正第14条のデュープロセス条項に違反している (*Heiner v. Donnan* (1932) 285 U.S. 312, 329, 52 S.Ct. 358, 76 L.Ed. 772, 780)。

これに対して、裁判所は、次のように答えている。

「当裁判所は、そのような推定は存在しない、と考える。この規定は、単に、矯正用マットレスを、メディ・カルの給付対象とすることは適切でない、ということだけを述べているだけである。われわれは、推定の問題を取り扱っているのではない。制定法の規定を、医学的に、一般に受け入れられた定義に従って、メディ・カルの制定法における定義に見られる立法者の意図と合致するように、この排除の問題を取り扱っているのである。排除されたある物を給付対象に加えるためには、再定義または法律の文言自体に表明された意図を必要とする。そのような再定義または意図〔を表明すること〕は、立法者の任務である」(*Id.*, at pp. 504-505, 114 Cal. Rptr. at p. 320)。

本件の場合には、ピオントコウスキー事件の場合と同様に、被控訴人は、単に、排除をしているだけである。美容整形、疾病または傷害の予防、診断もしくは治療のために合理的でないもの、必要ではないものに対する支払いを排除する規定を適用しているだけである (Cal. Admin. Code, §§51303 (a), 51305 (g))。控訴人のデュープロセス権は侵害されていない。

C プライバシー権

トランスセクシュアルの手術の実施に関する決定が、カリフォルニア州憲法 (第1章, 第1条) の保障するプライバシー権の一部を構成する

とした判決はない。ロー対ウェイド事件 (*Roe v. Wade* (1973) 410 U. S. 113, 153, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147) において、裁判所は、中絶に関するテキサス州の刑法は妊娠初期の6か月以内に妊娠を終了させるという憲法上の保障されている女性の権利に制限を加えているが、州はその制限を正当化するだけの州の利益を証明しなければならない、と判示した。トランスセクシュアルの手術を禁じる刑法の規定が設けられたとして、その規定の憲法上の根拠が薄弱であるということは明白ではない。仮に、この手術を実施するという選択が、妊娠を中絶させる女性の選択権と同等の保護を受けると仮定してみよう。それでも、控訴人は、憲法上の権利を剥奪されていると証明することはできない。

マハー対ロー事件において (*Maher v. Roe* (1977) 432 U. S. 464, 97 S. Ct. 2376, 2383, 53 L.Ed.2d 484), 裁判所は、治療目的ではない中絶に医療補助を与えないというコネティカット州の規則はロー事件において認められたプライバシー権という基本権を侵害するものではない、と判示した。マハー対ロー事件判決に従い、わたしは、トランスセクシュアルの手術を選択するという控訴人の権利（仮にそのような権利が存在するとして）を局長は侵害してはいないと判断する。控訴人は、州は手術の必要性に関する主治医の判断に同意せず、医師と患者の関係に不要な介入をしている、と主張している。しかし、局長は、メディ・カルのプログラムにおける治療費の支払い可能性という意味における「必要性」について見解を表明しているだけである。控訴人および医師は、州の干渉を受けずに、自己の費用で自由に選択をすることができる。明らかに、控訴人は、この自由を行使して、そして手術を受けている。

結論として、局長は自己の裁量権を行使して、トランスセクシュアルの手術についてメディ・カルの給付を求める控訴人の申請を拒絶している。局長の行為は、州または連邦の制定法にも憲法にも違反していない。したがって、わたしは、原審の判決を支持する。

第2節 JD対ラックナー事件

カリフォルニア州控訴裁判所1978年5月1日判決

J. D. v. Lackner, App., 145 Cal. Rptr. 570

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきであるという旨を判示した。なお、本件は、すでに紹介したGB対ラックナー事件と同じ日に下された判決である。(以上、大島)

本件における基本的な事実について争いはない。

控訴人は、JDという仮名を使用することを許された。JDは、1948年1月1日に、身体的には男性として生まれた。成長するにつれて、多くの女性的な特徴が発達してきた。口頭弁論において提出された証拠によれば、控訴人は、勃起したことがなく、性関係を持ったこともなく、髭が生えたり、声が低くなるなどの男性としての第2次性徴も発達しなかった。控訴人の父母は、この事実を受け入れることができなかった。控訴人は子どもの頃、〔精神が〕不安定であった。そして、青春時代の後期には、飲酒の問題を抱えるようになった。家族との間の問題を抱えていた控訴人は、20歳のときにカリフォルニアに移住した。そして、女性名を使用し、完全に女性としての生活を始めた。控訴人は、様々な職業に就いたが、いずれも1か月程度以上には続けられずに解雇された。控訴人は、性器の問題が露顕することを恐れて、医師の診察を受けたことがなかった。そして、重い鬱病に罹り、数回にわたって自殺を試みた。

控訴人は、1969年に、特別病センターのJ・ライプマン (Leibman) 博士の診察を受けた。同博士はホルモン療法を開始し、スタンフォード大学の性同一性障害プログラムに紹介した。この大学で、3年から4年の間、治療を受けた。

スタンフォード大学の同プログラムの共同代表であるドナルド・ラウ

プ (Donald Laub) 博士は、1976年9月14日付けの書簡において、次のように述べている。〔J Dは〕スタンフォード大学性同一性障害プログラムにおいて徹底的な診察を受けた。〔J Dには〕重大な性同一性障害があり、男性としての生活に適応することができないであろう。〔J Dは〕長期間、女性として生活をしてきている（約10年間女性の服装で生活しており、また女性ホルモンであるエストロゲンを投与されてきた）。そして、適応のために驚嘆すべき努力をしてきている。われわれは、〔J Dが〕性再指定手術に適合することを認める。われわれは、この性再指定手術を行うことを決定した。〔J Dは〕この手術が性同一性障害を治療するための医学的な措置であるに『過ぎない』ことを認識している。合衆国の20以上のセンターが、この障害の患者達を慎重に診察している。この手術の技法は、実験的なものではなく、良好な結果を十分に期待することができるほどに進歩している。そして、形成される性器は解剖学的に精密であり、この『治療』は成功すると確信することができる。手術後の患者は、複数のセンターにおいて追跡調査されており、これまでこの治療を受けた約200人の患者に関する結果は、われわれの結論を支持するように思われる。この障害の原因を特定するために多くの研究がなされてきた。しかし、まだ、原因の特定に成功するには至っていない。しかし、現存する多くのデータからすれば、この障害は、おそらく単なる精神的な原因によるものではなくして、胎児期において、ある器官がホルモンの影響を受けたためではないかと推測される。

スタンフォード大学メディカル・センターのノーマン・フィスク (Norman Fisk) 博士も、控訴人を治療したことがある。過去3年間、ジェンダー・アイデンティティーに関するフラストレーションに由来する鬱病の治療をしたのである。フィスク博士は、証言の際に、入院中の控訴人を診察したことが5回以上あると証言した。その内の数回は、自殺未遂のために入院したためであった。フィスク博士は、控訴人に対して有効な精神療法を知らないと言明した。そして、手術は、単なる診察

の観点から必要なだけでなく、自殺の試みから控訴人を救うためにも必要であると証言した。

1976年5月6日に、ラウプ博士は、メディ・カル (Medi-Cal) に対して、上述の手術についての承認を申請した。男性器を切除し、女性器を形成するための手術である。しかし、メディ・カルのコンサルタントであるウェイン・エルトブリンク (Wayne Erdbrink) 博士によって拒絶された。同博士の専門は眼科である。

保健局の誰も、JDの検査をしていない。

JDは、福祉制度法典 (Welfare and Institutions Code) 10950条に基づいて聴問を請求した。聴問は、1976年9月15日に、カリフォルニア州保健局の聴問職員トーマス・ウィルコックの面前において行われた。彼は、申請された治療の承認を与えた。

しかし、聴問職員の命令は、保健局長 (以下では「局長」という) によって取り消された。彼は、申請を却下した。なぜなら、「申請されている手術は、申請者の性器の外見を変更する美容整形にすぎないからである。証拠によれば、申請された手術は、申請者の精神に効果を与える可能性があるが、美容整形であり、症状の予防、または病気もしくは傷害の治療のために、医学的に必要なものではない。本件の美容整形は、申請者の精神と調和させるために、申請者の性器の外見を変更するためのものでしかない」。

聴問職員の面前において、控訴人は、フィスク博士の証言と同様のことを証言した。また、ラウプ博士から提供された証拠を提出した。さらに、デイヴィッド・フェルトマン博士 (控訴人を診察した内分泌学者) およびドナルド・ピアシー氏 (リハビリの専門家) から提供された証拠も提出した。

眼科医のエルトブリンク博士が、保健局のために出席し、メディ・カルの2つの書類を提出した。1つは、1976年付けのものであり、他の1つは1974年9月付けのものである。その他に、保健局側が提出した証拠

性同一性障害と医療保険

はない。1974年9月付けの書類には、次のような記載があった。「トランスセクシュアルの手術に関連する診察、ホルモン療法あるいは精神療法に関する費用は、メディ・カルのプログラムによって支払われない。しかし、メディ・カルは、医学的な治療に伴う合併症については、その合併症が広く一般に発生するものである場合には、その治療の費用をカバーする。例えば、トランスセクシュアルの手術によって形成された膺の合併症がそれである。そのような合併症の治療のためには、それが医学的に必要であることを示す十分な書類を提出しなければならない」。

本日判決を下す別の事件であるGB対ラックナー事件 (*G. B. v. Lackner*, Cal. App. 145 Cal. Rptr. 555) と同様に、JDは、比較的に稀な症状であるトランスセクシュアリズムという疾病 (illness) に罹っている。この疾病については、唯一の知られている治療方法は、性転換というラディカルな治療である。

メディ・カルは、メディカル・アシスタンス・プログラム (メディケイド) の一部を構成する。そして、メディケイドは、社会保障法第19編によって設立されたものである。この制度は、貧しい人々に必要な医学的な治療を提供し、他の人々と同程度の医療サービスを受けられるようにするために設けられたものである。そして、JDは貧しい。

本件訴訟において提出された証拠によれば、JDは疾病に患っている。そして、申請されている手術は、医学的に見て合理的なものであり、必要であり、他に治療方法がない。本件および類似の事例であるGB対ラックナー事件において提出された証拠中には、これに反する証拠はない。われわれは、これら2つの事件について、証拠に基づいて判断すべきであり、局長ラックナー氏の奇妙な結論に依拠すべきではない。

GB対ラックナー事件において述べたように、本件のような手術を美容整形と考えることは論理的ではないし、合理的でもない。申請を拒絶した決定を破棄し、本件を原審に差し戻す。ただし、控訴人の治療の許可を与えるべきであると命令書を被控訴人宛に発行すべきであるという

指示を付する。

第5章 アイオワ州の事例

第1節 ピネケ対プライサー事件

連邦控訴裁判所（第8巡回区）1980年6月27日判決

Pinneke v. Preisser, 623 F.2d 546 (1980)

本判決は、MTFトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきであるという旨を判示した。

（以上、大島）

控訴人らは、アイオワ州においてメディケイド・プログラムを担当している公務員である。原審である連邦地方裁判所〔原注1〕は、原告＝被控訴人であるピネケ（Pinneke）に性再指定手術によって発生した費用3,024ドル52セント、精神的な苦痛に対する賠償、誤った決定による損害の賠償、そして弁護士費用として500ドルを支払うように命じた。適用される法律は、U.S.C. §1291 (1976) である。われわれは、原審判決を支持する。

〔原注1〕 連邦地方裁判所（アイオワ北部）のドンナルド・E・オブライエン裁判官の判決。

ピネケは、男性として人生を始めた。しかし、男性としてのジェンダー・アイデンティティーと調和しえなくなった。慎重な検査の結果、医師達は、彼女がトランスセクシュアルとしての人格を持っているという結論に達した。彼女は、1976年4月20日に、性再指定手術を受けた。補充的社会保障（Supplemental Security Income）の受給者であるピネケは、1976年のメディケイド・プログラムの利益を受ける資格がある。彼

性同一性障害と医療保険

女は、メディケイド・プログラムに従って、性再指定手術の費用の支払いを請求した。しかし、アイオワ州社会福祉局のチェロ・ゴールド地方事務所は、その支払いを拒絶した。アイオワ州社会福祉局の局長の決定は、アイオワ州のメディケイド・プランに基づいている。このプランによれば、性再指定手術の支払いを排除している。そこで、ピネケは、本件訴訟を提起し、憲法上の平等権、デュープロセス権およびメディケイドを受けることができるという制定法上の権利を侵害された、と主張した。

1979年5月11日に、連邦地方裁判所は、トランスセクシュアリズムの治療として医学的に必要な性再指定手術に対してメディケイドの利益を与えないという方針は社会保障法第19編 (Title XIX of the Social Security Act) に違反する、と判決した。そして、合衆国憲法の最高法規性に違反している、と判決した。同判決は、関連するアイオワ州のプランを無効と宣言した。そして、行政府に対して差止命令を発し、性再指定手術およびそれに付随する手術について必要な利益を与えないようにアイオワ州のメディケイド・プログラムを実施することを差し止めた。

まず、控訴人らは、連邦最高裁のチャップマン対ヒューストン福祉機構事件 (*Chapman v. Houston Welfare Rights Organization*, 441 U.S. 600, 99 S.Ct. 1905, 60 L.Ed.2d 508 (1979)) 判決のように、原告の主張には連邦裁判所の管轄権は及ばないとして、これを却下すべきであると主張した。このチャップマン事件判決は、州の福祉規定と〔連邦の〕社会保障法との間に衝突が存在する場合には、U.S.C. §1343 (1976) による〔連邦の〕管轄権は及ばない、と判決した。

ハガンス対ラヴィン事件判決 (*Hagans v. Lavine*, 415 U.S. 528, 536, 94 S.Ct. 1372, 1378, 39 L.Ed.2d 577 (1974)) において、連邦最高裁は、実質的な憲法上の請求がなされている場合には、連邦裁判所は事件を審理することができる、と判示した。チャップマン事件判決の多数意見において、ホワイト裁判官は、チャップマン事件判決の多数意見はハガンス事件判決の継続的な有効性を問題にしているのではない、と述べてい

る。チャップマン事件判決の反対意見は、「連邦の制定法に基づく給付を受ける請求において、実質的な憲法上の主張を含んでいる場合には、連邦裁判所に訴を提起することができる」と述べている。上述のハガンス事件判決による実質性の基準については、そのような憲法上の主張は明白なものでもよいとされた（スチュワート裁判官）。See also *Herweg v. Ray*, 619 F.2d 1265, at 1269 (8th Cir. 1980); *Oldham v. Ehrlich*, 617 F.2d 163, at 166-168 (8th Cir. 1980).

[1] 連邦地方裁判所は、28 U.S.C. §§1331, 1343 (3) および(4)に基づいて、ピネケ事件においては、ピネケの主張は平等権、デュープロセスおよび憲法の最高法規性に関する主張を含んでおり、連邦地方裁判所は管轄権を有する、と判断した。本件訴訟は、チャップマン事件判決の数日前に提起されたものであり、最高法規性の主張を含んでおり、管轄権を有するとした点は不正確であるが、チャップマン事件判決は、1343条に基づいて連邦地方裁判所が平等保護、デュープロセスに関する管轄権を有することを否定するものではない。連邦地方裁判所が、この点に論及しなかったことは無関係である (*Hagans v. Lavine*, 415 U.S. 528, 543, 94 S.Ct. 1372, 1382, 39 L.Ed.2d 577 (1974))。控訴人の管轄権に関する主張を却下する。

請求の利益については、控訴人は、次のように主張している。連邦議会は、第19編の下で医療補助プログラムを策定するに際して、州に一定の裁量権を与えている。そして、アイオワ州は、この裁量権を正当に行使して、健康な細胞に変更を加えるトランスセクシュアルの手術は「医学的に必要」とみなすことはできないとした〔原注2〕。控訴人は、ピネケがトランスセクシュアリズムに苦悩していることを認めている。しかし、控訴人は、性再指定手術がピネケの苦しんでいるトランスセクシュアリズムに対する唯一の治療方法であり、医学的に必要であり、医学証人らが医学的な診断に依拠しているとしても、州はある種の治療を禁じることができる、と主張している。

性同一性障害と医療保険

〔原注2〕 アイオワ州政府は、給付をすべき範囲の判断基準としての「医学的に必要な」という文言の使用について不服を申し立てているようには思われない。性再指定手術は、「医学的に必要な」ものではなく、その性質は美容整形であると主張しているだけのように思われる。医学的な必要性に関するこの基準は、制定法上は明白ではないが、判例上は明白である。特に、連邦最高裁判所においては、そうである (*Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 444-45 & n.9, 97 S.Ct. 2366, 2370-71, 53 L.Ed.2d 464 (1977))。

本件の記録によれば、ラディカルな性転換手術が、真正のトランスセクシュアルの問題を軽減または解決する唯一の医学的な治療方法である。ミネソタ州最高裁は、次のように述べている (*Doe v. Minnesota Department of Public Welfare and Hennepin County Welfare Board*, 257 N.W. 2d 816, 819 (Minn.1977))。

トランスセクシュアリズムの原因は、人生の早い段階でインプットされている。医学文献が一致して認めているところによれば、精神分析は成人のトランスセクシュアルに対する有効な治療方法ではない。……トランスセクシュアリズムの問題に関する唯一の有効な治療方法は、性転換手術というラディカルな方法であり、本件において、ドーはこの手術を求めている。

「他に方法はない。現在の知見によれば、手術以外にトランスセクシュアリズムに対する治療方法はない。これ以外に、効果を期待することができる方法はない。手術は、困難かつ次善の策であることを認めるとしても、ジェンダー・アイデンティティーの反転というこの悲劇的な性同一性障害を治療する方法として、現状では手術が唯一の可能な方法である」 (*Hastings, Post-surgical Adjustment of Male Transsexual Patients*, 1 Clinics in Plastic Surgery 335, 344)。

トランスセクシュアリズムというのは、一般に人生の初期の段階で現れる医学的・精神的な困難な問題である、と結論づけることは不合理なことではあるまい。個人が成人に達する頃、性別役割の違和、

つまりトランスセクシュアリズムの症状が深刻になってくる。そして、医学的に知られている唯一の治療方法は、性転換手術である。アイオワ州は、第19編つまりメディケイド・プログラムに参加することを決定し、医療補助プログラムを制定し、連邦法の規定に拘束されるという道を選択した。第19編 (42 U.S.C. §1396a (13) (B)) は、医学的に必要な者に対して、医学的に必要な場合には、5つの基本的なカテゴリーの医療補助を提供すべきことを規定している。これら5つのカテゴリーは、1396d (a) に列挙されている。その中には、「入院サービス (結核、精神病による入院の場合を除く)」および診察室、患者の自宅、病院または看護施設その他における「医師のサービス」(本編の 1395x (r) (1) に定義されている) が含まれている。

州のプランは、連邦保健教育福祉省が公布した規則によっても制限を受ける。特に、42 C.F.R. 449.10 (a)(5)(i) (1977) がそれであり、現在では、42 C.F.R. §440.-230 (C) (1979) に含まれている。この規定は、次のように規定している。

「州は、診断、疾病の種類又は症状だけに基づいて、サービスの額、期間、範囲を恣意的に否定したり、制限したりすることができない。適切な制限は、医学的な必要性あるいは手続の利用方法あるいは医学的な再検討に基づいてのみ、設定することができる」。

[2] 現在のところ知られている唯一の治療方法を完全に排除する州のプランは、「診断、疾病の種類又は症状」だけに基づく恣意的な拒絶であると判断せざるをえない (*Doe v. Minnesota Department of Public Welfare*, 257 N. W. 2d 816, 820 (Minn. 1977); see *White v. Beal*, 555 F. 2d 146, 1151-52 (3d Cir. 1977). Cf. *G. B. v. Lackner*, 80 C. A. 3d 64, 145 Cal. Rptr. 555 (1978)=性再指定手術を美容整形とすることは恣意的である)。

[3] さらに、アイオワ州の方針は、メディケイドの目的と合致しない。アイオワ州社会福祉局は、正式の手続を踏まずに、トランスセクシ

性同一性障害と医療保険

ユアルに手術が行われ、健康な細胞組織を除去し、器官にダメージを与えた場合には、性再指定手術は医学的に必要とみなすことができない、としている。このアプローチは、申請者が診断された状況、および医学の知識に基づいて医師が判断した治療方法に対する不適切な態度である。連邦最高裁判所は、医師の専門的な判断の重要性を強調している (See *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 445 n.9, 97 S.Ct. 2366, 2371, 53 L.Ed.2d 464 (1977)). また、立法史からしても、連邦議会は、医学的な必要性の判断に関しては、医学的な判断が重要であることを示している〔原注3〕。S.Rep. No. 404, 89th Cong., 1st Sess., *reprinted in* [1965] U.S. Code Cong. & Admin. News, pp.1943, 1986-89. See also *Dodson v. Parham*, 427 F.Supp. 97, 108-09 (N.D.Ga. 1977); *Rush v. Parham*, 440 F.Supp. 383, 389-91 (N.D.Ga. 1977); *White v. Beal*, 555 F.2d 1146, 1150-51 (3d Cir. 1977); Comment, *Public Welfare: Medicaid Funding for Transsexual Surgery*, 63 Minn. L. Rev. 1037-48 & n. 55, 1051-52 & nn. 75 and 76 (1979)).

〔原注3〕 Senate Report No. 404, 89th Congress, 1st session, U.S. Code Cong. & Admin. News 1965, p.1986 は次のように述べている。

3(a) サービスに対する支払いの条件および制限

(1) 医師の役割

委員会の法案は、健康サービスの利用を決定する場合には、医師が中心人物であると規定している。そして、入院、検査、薬剤、治療および入院期間を決定するのは医師であると規定している。この理由から、法案は、医師が当該サービスの医学的な必要性を証明した場合にのみ、支払いがなされるべきことを要求している。

〔4〕ある治療または特定のタイプの手術が「医学的に必要」か否かを判断することは、個々の患者の主治医が判断すべきことであって、事務職員や政府の公務員が判断すべきことではない。そして、ホワイト対ビール事件判決 (*White v. Beal, supra*, 555 F.2d at 1152) は、「医学的

な必要性に基づいて受益に差を設けることは許されるが、人が苦悩している医学的な障害に基づいて差別することは許されない」(注略)。本件のピネケは、自己の症状を軽減するための唯一の医学的なサービスの必要性を証明している。そして、記録によれば、手術後、症状の改善が認められる。

[5] 控訴人は、最後に、42 U.S.C. §1396d(a)の文言から、トランスセクシュアルの手術は排除される、と主張している。この規定は、2つの疾病を除外している。しかし、この排除に関する文言は、次のような制限を設けている。「結核および精神病のための施設内におけるサービス」と規定しているのである。この例外に当てはめようとする控訴人の主張は、手術を要するピネケの症状が精神病であることを示唆するものである。しかし、この制定法上の制限は、精神的な問題全体に適用することはできない。ピネケのトランスセクシュアルの手術は、「入院サービス」であり、「医師のサービス」である。そして、医学的に必要でない場合を除き、州のメディケイド・プランによってカバーされるべきである。

連邦地方裁判所の判決を支持する。

第2節 スミス対パーマー事件

連邦地方裁判所 (アイオワ中央地区) 1998年10月13日判決
Smith v. Palmer, 24 F. Supp. 2d 955 (N. D. Iowa 1998)

本判決は、FTMトランスセクシュアルに対する性再指定手術の費用について、メディケイドの給付をすべきであるという旨を判示した。本件は、本稿で紹介するアメリカの事例の中で唯一のFTMに関する事例である(他の事例は、すべてMTFに関する事例である)。(以上、大島)

I 序および背景

II 事実

- A 争いのない事実
- B 争いのある事実

III 法的な分析

- A 略式裁判のための基準
- B 連邦メディケイド法制定の背景
- C 連邦法上の権利を認定するため基準
- D 規則の解釈という方法による連邦法上の権利の認定
- E メディケイド法および規則の解釈に関する分析
 - 1 42 U. S. C. §1396a (a) (17)
 - 2 42 C. F. R. §440.230
- F 原告スミスの1983条に関する主張の分析
- G 原告スミスのデュープロセスに関する主張の分析

IV 結論

本件は、ニューヨーク・ヤンキースの有名なキャッチャーであったローレンス・ピーター「ヨギ」・ベラの「すべてはすでに見たことがある」という言葉を思い出させる。18年前、当地方の事件について、連邦控訴裁判所（第8巡回区）は、性再指定手術についてのメディケイドの給付を拒絶するアイオワ州の方針について、疾病の種類だけに基づいて一方的に拒否するものであり、メディケイドの目的と両立しえない、という判断を示したことがある（*Pinneke v. Preisser*, 623 F.2d 546, 549 (8th Cir.1980)）。ピネケ事件判決の後に、アイオワ州は、再検討をして、メディケイドに関する行政規則を改正し、明示的に性再指定手術をメディケイドの給付対象としないことを定めた。本件訴訟は、メディケイド受給資格者が提起したものであり、性再指定手術についてメディケイドの給付を求めている。そこで、再び、性再指定手術に対してメディケイドの給付を拒絶するアイオワ州の方針がメディケイド・プランの下で許さ

れるか否かという問題について検討すべきこととなった。

I 序および背景

原告ジョン・スミスは、1997年5月17日に、42 U.S.C. §§1983に基づいて、本件訴訟を提起し、連邦のメディケイド法（42 U.S.C. §1396 *et seq.*）の違反および憲法上の権利が侵害されていると主張した〔原注1〕。スミスの請求は、オイオワ州のヒューマン・サービス局が性再指定手術への〔給付を〕拒絶したことに由来する。特に、訴因第1において、スミスは、性再指定手術の拒絶は連邦のメディケイド法およびそれに付随する規則に違反している、と主張している。訴因第2において、スミスは、性再指定手術の拒絶は、合衆国の連邦憲法修正14条の規定するデュープロセス権を侵害している、と主張した。

〔原注1〕 原告ジョン・スミスは、男性としての仮名を使用して訴訟を追求することを許された。スミスは、生物学的には女性であるが、男性名を使用している。当裁判所は、本人の希望を尊重した。

1998年6月1日に、被告チャールズ・M・パーマーは、連邦民事訴訟規則56条に基づいて、略式裁判の申立を行った。その略式裁判の申立において、パーマーは、連邦メディケイド法および規則に違反するというスミスの主張は 18 U.S.C. §1983 において訴訟原因とされていない、と主張した。また、パーマーは、補充的に、裁判所に提出された争いのない事実によって、そのような訴えは利益がない、と主張した。スミスのデュープロセス権の侵害に関する主張について、パーマーは、スミスが1983条に基づく主張をしていることを認めつつも、争いのない事実から、そのような訴えには利益がないと主張した。1998年9月15日に、その点について答弁する追加的な期限を与えられたスミスは、被告パーマーの略式裁判を求める申立に反論した〔原注2〕。パーマーによる略式裁

性同一性障害と医療保険

判を求める申立の利益について判断する前に、本件についての争いのない事実、および争いのある事実について整理しておこう。

〔原注2〕 被告パーマーは、1998年9月12日に、当裁判所に対して、ファクシミリを使用して、略式裁判を求める被告の申立に関する補充許可の申立、略式裁判を求める被告の申立を補強する書面、および略式裁判を求める被告の申立を補強するための争いのない事実に関する補充的な供述書を送付してきた。これらの書面は、当裁判所の書記官によって受理されなかった (see N.D. Iowa L.R. 5.1.(e)). 当裁判所は、ファクシミリによって提出された書類を受理しないが、当裁判所は、被告パーマーの補充的な書面および略式裁判を求める被告の申立を補強するための争いのない事実に関する補充的な供述書の内容を考慮した。

II 事 実

A 争いのない事実

記録によれば、次の事実が認められ、争いがない。アイオワ州は連邦と州が共同で進めるメディケイド・プログラムに参加した。これは、社会保障法の第19編に基づくものであり、州のプランは合衆国保健社会福祉省の認可を受けている。被告チャールズ・M・パーマーは、アイオワ州ヒューマン・サービス局長であり、アイオワ州メディケイド・プログラムの責任者である。原告ジョン・スミスは、障害者として、アイオワ州メディケイドの「医療を必要とする者」の範疇に入る者として受給資格を有する。

原告スミスは、アイオワ州メディケイド・プログラムから性再指定手術の費用を支払うように申請した。性再指定手術は、個人の生殖器官を除去する手術、および他の性の外見を与えるための美容整形手術・形成手術から構成される。原告スミスは、FTMの性再指定手術を希望した。

性再指定手術は、入院サービス、手術サービスおよび薬の処方をも含む。FTMの性再指定手術は、疑似睾丸および陰茎の形成手術を含む。性再指定手術の候補者の数の全人口に対する割合は、5万人に1人、す

なわち0.002%である。

アイオワ州メディケイド・プログラムによって、「医療を必要とする者」のグループについてカバーされ、給付される医療サービスは、入院サービス、医師のサービスおよび処方された薬、補填器具を含む。スマスの性再指定手術の費用の請求は、拒絶された。アイオワ州メディケイド・プログラムに関する州のプランおよびそれに関する行政規則に従った処分である。アイオワ州のプランは、美容整形、再生手術または形成手術は、カバーされないとしている。ただし、例外があり、性器の異常を矯正する場合、事故による身体損傷を再生する場合、あるいは手術の傷口を隠すための場合が、それである。最も新しいアイオワ州のプランは、1994年1月24日に、連邦保健社会福祉省によって認可された。

アイオワ州メディケイド・プログラムに関する行政規則によって、性再指定手術は排除されている。性再指定手術は、主として精神的な目的のためになされるものであり、身体を矯正したり、あるいは身体機能を改善することを目的とするものではなく、美容整形などと同様に排除されている。一般に、美容整形、再生手術、形成手術は、精神的な症状に対して適切な治療方法ではない。性再指定手術を排除する規定は、1994年に認可された改正によってアイオワ州行政規則に付加された。1994年11月9日に、アイオワ州ヒューマン・サービス局は、予定している改正事項を公示し、州民の意見を求めた。この公示の中には、アイオワ州メディケイド・プログラムから、性再指定手術への給付を排除する理由に関するアイオワ州ヒューマン・サービス局の説明が含まれている。そして、アイオワ州ヒューマン・サービス局がアイオワ州医療財団によって行われた文献調査の結果を引用している (XVII Iowa Admin. Bull. 730 (Nov. 9, 1994))。その結果を次のように記している。

○ 性同一性障害の定義、診断、原因および治療、特に性再指定手術については、論争が続いている。

○ 様々な治療方法があり、精神的な瞑想および精神療法という治療

性同一性障害と医療保険

方法もある。

- 性再指定手術が適切な治療方法であるか否かについては、コンセンサスが欠けている。
- さらなる検討を要する。*Id.* at 734.

提案された改正については、ただ1つの公式的な意見書が寄せられただけである。それは、トーマス・クローズ弁護士からのものである。同弁護士は、本件訴訟における原告スミスの訴訟代理人である。クローズ弁護士は、提案された行政規則の改正に反対した。1994年12月14日に、アイオワ州ヒューマン・サービス局の政策決定機関である社会福祉審議会は、性再指定手術を排除するアイオワ州の行政規則の改正を承認した。

B 争いのある事実

1 性再指定手術は、性同一性障害についての適切な治療方法であるのか〔原注3〕。

〔原注3〕 性同一性障害つまりトランスセクシュアリズムとは、次のようなものである。「トランスセクシュアルは、自分が生物学的な偶然的犠牲者であり、自分の真実の性的なアイデンティティーとは調和しない身体に閉じ込められている、と見做している。多くの男性は、自分は女性としてのジェンダー・アイデンティティーを持ち、自分の性器および男性的な性徴に嫌悪感を持っている。精神科医に援助を求める場合の第1の目的は、精神療法を受けることでなくして、手術を求めためである。手術によって、可能な限り、女性の身体に近似することになる。2年以上症状が継続しており（ストレスを受けている期間だけでなく）、精神分裂病などの他の精神疾患がなく、性器の異常あるいは発生学的な異常が伴っていない場合に限り、診断がなされる。真正の男性トランスセクシュアルの場合には、症状は、子ども時代の初期から生じ、少女の遊びを好み、女性になることを夢に見て、思春期における身体の変化を嫌悪する。そして、女性としてのジェンダー・アイデンティティーを探究する。多くのトランスセクシュアルは、女性としてのジェンダー・アイデンティティーに適應するためのテクニックをマスターしたいと

考える。女性としての外見、雇用および身分証明書を獲得し、女性として働き、社会でも女性として生活することができるようになるだけで満足する患者もいる。しかし、他の患者は、社会的なアイデンティティーを変更するだけでは満足せず、女性ホルモンの服用によって安定し、より一層適応することを求める。多くのトランスセクシュアルは、万難を排して、女性化させるための手術を希望する。手術を行うという決定は、重大な社会的・倫理的問題を生じさせることがある。幾つかの追跡調査によれば、手術の助けによって、真正トランスセクシュアルは幸福で生産的な生活を送っている。したがって、慎重に対象者を選択する必要がある。手術の後には、患者は、行動、仕事、発声などの点で訓練を必要とする。人格上の問題を抱えているホモセクシュアルの男性の中にも、手術を希望する者がいる。しかし、これらの場合には、手術の結果は、医学的にも社会的にも満足すべきものではない」(Merck Manual of Diagnosis and Therapy 1434 (14th ed.1982))。

III 法的な分析

A 略式裁判のための基準 [略]

B 連邦メディケイド法制定の背景

[1] 1965年に、連邦議会が、社会保障法に第19編を追加して、連邦のメディケイド・プログラムが設けられた。その目的は、「医学的な治療を必要としている人々にその費用を負担することを決定した州に対して、連邦が財政的に補助すること」であった (*Harris v. McRae*, 448 U. S. 297, 301, 100 S. Ct. 2671, 65 L. Ed. 2d 784 (1980))。〔メディケイド・プログラムに〕参加するか否かは、全く州の自由であるが、参加する場合には、連邦の規定および条件に従わなければならない (*Id.* at 301, 100 S. Ct. 2671; *Weaver v. Reagen*, 886 F. 2d 194, 197 (8th Cir. 1989))。連邦政府と州政府は、共同して、メディケイド・プログラムの財政負担する。しかし、実際には、州政府がプログラムを管理している (*Wilder v. Virginia Hosp. Ass'n*, 496 U. S. 498, 502, 110 S. Ct. 2510, 110 L. Ed. 2d 455 (1990))。

[2, 3] 第19編によれば、参加する州は、「絶対的に必要とする者」

性同一性障害と医療保険

に対しては、医療サービスの援助を提供しなければならない。この範疇に属する者としては、高齢者、盲人、障害者、扶養すべき子供のいる困窮者が含まれる〔原注4〕(42 U.S.C. §1396a (a)(10)(A); *see Beal v. Doe* 432 U.S. 438, 440 n.1, 97 S.Ct. 2366, 53 L.Ed.2d 464 (1977))。

「医学的に必要とする者」に対しては、援助を与えるべき義務はないが、参加する州は給付をする旨を規定するという選択をすることができる(42 U.S.C. §1396a (a)(10)(C); *see Beal v. Doe* 432 U.S. at 440 n.1, 97 S.Ct. 2366)。「医学的に必要とする者」とは、「連邦の給付基準のいずれにも合致しないが、医療を得るために必要な資産を欠く者」をいう(*Hodgson v. Board of County Com'rs, County of Hennepin*, 614 F.2d 601, 606 (8th Cir.1980))。アイオワ州はメディケイド・プログラムに参加し、「絶対的に必要とする者」および「医学的に必要とする者」の双方に、給付をしている。「もしも、州が医学的に必要とする者にも給付するという選択をした場合には、絶対的に必要とする者に適用される基準とは異なる基準を定めるという選択が可能である」(*Harris*, 448 U.S. at 301 n.1, 100 S.Ct. 2671)。

〔原注4〕絶対的に必要な者は、次の4つのプログラムの給付が受けられる。Old Age Assistance, 42 U.S.C. §301 *et seq.*; Aid to Families with Dependent Children, 42 U.S.C. §601 *et seq.*; Aid to the Blind, 42 U.S.C. §1201 *et seq.*; Aid to the Permanently and Totally Disabled, 42 U.S.C. §1351 *et seq.*

連邦のメディケイド資金の援助を与えるに際し、第19編は、アイオワ州のような参加する州に対して、メディケイド・プランを連邦保健社会福祉省に提出して認可を受けるべきことを要求している(42 U.S.C. §1396)。メディケイド・プランは、「選択の基準、および与える援助の範囲について……合理的な基準を定めなければならない。また、それは、43 U.S.C.A. §1396a (a)(17)〔第19編〕の規定する目的と合致していな

なければならない」(see *Beal v. Doe* 432 U.S. at. 441 n.1, 97 S.Ct. 2366)。

「この規定は、州のメディケイド・プランは『医学的な必要な者』にも給付を与えることによって、立法の目的を達成するように解釈されてきた」(*Weaver*, 886 F.2d at 200)。この判決は、「当事者にメディケイドの受給資格があり、医師がAZT〔エイズ治療薬〕が医学的に必要であると診断した場合には、ミズーリー州のメディケイドは、エイズ患者に対してAZTの費用を給付することを拒絶することができない」と判決した。さらに、「医学的に必要な者」にも給付をするということを決めた州は、給付の対象となる5つ以上の医療サービスの範疇を定めるか、または16の医療サービスの内の7以上を選択しなければならない。42 U.S.C. §1896a (a)(13)(C)。

C 連邦法上の権利を認定するための基準〔略〕

D 規則の解釈という方法による連邦法上の権利の認定〔略〕

E メディケイド法および規則の解釈に関する分析

当裁判所は、原告スミスが1983条に基づいて主張したメディケイド法およびその規則の各々について、順に考察して行く。

1 42 U.S.C. §1396a(a)(17)

[8] 原告スミスは、被告パーマーはメディケイド法に関する § 1396a (a)(17) に違反している、と主張した。原告スミスは、アイオワ州メディケイド・プランは合理的ではない、と主張した。なぜなら、医学的に必要な治療を提供しないからである。被告パーマーは、1983条の規定に基づいて、メディケイド法を強制する個人の権利はない、と主張した。なぜなら、§1396a (a)(17) は、不明確な連邦権限を規定しているのではないからである。

性同一性障害と医療保険

メディケイド法の §1396a (a) は、医療補助についての州のプランは要件を定めなければならないが、前もって、大臣にプランの認可を受けなければならない旨を規定している。§1396a (a)(17) は、次のように規定している。

「医療補助に関する州のプランは、……(17) 医療補助を与えるかどうかについて、また、本条の規定する目的と調和する医療補助の範囲を決定ついで、合理的な基準を含んでいなければならない。」(42 U. S. C. §1396a (a)(17))

1983条に基づく連邦制定法上の権利の強制可能性に関する連邦最高裁判所の判決を適用して、当裁判所は、アイオワ州のプランに基づいて医療補助を受けており、メディケイドの受給資格者である原告スミスは §1396a (a)(17) の規定する「合理的な基準」に基づく受益者である、と判断する (See *West Virginia Univ. Hosp. Inc. v. Casey*, 885 F.2d 11, 20 (3d Cir. 1989))。「もちろん、われわれは、メディケイドの第1の目的は、自分で負担することができない者に対してヘルスケアを給付するという価値のある社会的な目的を達成することであることを認める」。

検討の次の段階は、連邦議会は §1396a (a)(17) を制定することによって、§1983によって強制しうる連邦法上の権利を創設したのか否かという問題である。原告が強制執行を求めている権利は、十分な明確性を持ち、司法的な強制ができるかという問題である。§1396a (a)(17) は、州の医療補助のプランは医療補助を与えるか否か、またその範囲の判断に関して合理的な基準を含んでいなければならない、という要件を課している。連邦議会は、この基準は困窮者、高齢者、盲人、障害のある人に医療サービスを給付するというメディケイドの目的の範囲内に止まらなければならない、ということ命じている。当裁判所は、§1396a (a)(17) によって創設された権利は、曖昧ではなく、司法的に強制しうる権利であると判断する。See *Loschiavo*, 33 F.3d at 552-53 (「規則は許し難いほどに曖昧ではなく、合理性について司法判断が必要なだけである」)

(citing *Wilder*, 496 U.S. at 520, 110 S.Ct. 2510 (メディケイド法に基づいて病院に支払われた割合が合理的であるか否かを探究することは「司法権の枠内の問題である」とした)。 *Cherry v. Tompkins*, No. C-1-94-460, 1995 WL 502403 at 8-10 (S.D. Ohio Mar. 31, 1985).

1983条の規定による強制可能性に関する最後の検討により、州を拘束する効力のある規定の文言は十分に明確である、と判断する。§1396a (a)(17) は、単に示唆しているだけではなく、参加する州に対して、それぞれの医療補助プランにおいて、州のプログラムにおいて給付するサービスの質および範囲を決定することができるだけの「合理的な基準」を用意すべき義務を課している。また、§1396a (a)(17) は、州の基準はメディケイド法の目的と合致するものであることを要求している。See *DeSario v. Thomas*, 139 F.3d 80 88 (2d Cir. 1998), *petition for cert. filed* (July 1, 1998) (No. 98-5070); *Hope Med. Group for Women v. Edwards*, 63 F.3d 418, 425 (5th Cir.1995), *cert. denied sub nom. Foster v. Hope Med. Group for Women*, 517 U.S. 1104, 116 S.Ct. 1319, 134 L.Ed.2d 471 (1996); *Hern v. Beye*, 57 F.3d 906, 910 (10th Cir.), *cert. denied sub nom. Weil v. Hern*, 516 U.S. 1011, 116 S.Ct. 569, 133 L.Ed.2d 494 (1995). 連邦議会は、メディケイド法の目的を明確に示している。それによれば、参加する州が「……高齢者、盲人あるいは障害者で、……必要な医療サービスの費用を負担することができるだけの収入および資産のない者に対して……医療補助を提供すること」を可能にすることが目的である (42 U.S.C. §1396)。また、連邦議会は、参加する州に対して条件を付けており、州の医療補助プランは、大臣の認可を受ける必要がある旨を規定している。1396a条の要件を満たしている場合にのみ、大臣の認可が与えられる。この要件により、州は「合理的な基準」を策定すべき義務を負っている。当裁判所は、§1396a (a)(17) はこの文脈において、メディケイド・プログラムに参加する州に対して拘束力を持つ、と判断する。

性同一性障害と医療保険

連邦最高裁判所は、ワイルダー対ヴァージニア病院協会事件 (*Wilder v. Virginia Hosp. Ass'n*, 496 U.S. 498, 512, 110 S.Ct. 2510, 110 L.Ed. 2d 455 (1990)) 判決において、この結論を支持している。ワイルダー事件において、連邦最高裁判所は、メディケイド法のボーレン改正が、メディケイド・プログラムに参加する州に対して拘束力を持つか否かという問題を検討している。ボーレン改正は、次のように規定している。参加する州は「州が合理的かつ適切と考える割合に従って、病院の費用を支払わなければならない」。連邦最高裁判所は、この規定は州を拘束する、と判断した。なぜなら、命令を含んでおり、「連邦の財産に関する規定は、この規定の改正によって、明示的に大臣に対して、この規定に合致しない支給を撤回する権限を与えているからである」(同)。連邦最高裁判所は、「連邦議会の命令は、単なる示唆や注意としての性質を持たない」(*Wilder*, 496 U.S. at 498, 110 S.Ct. 2510 (quoting *Casey* 885 F.2d at 20))。

かくして、当裁判所は、次のように結論する。連邦議会は、§1396a (a)(17) によって「合理的な基準」という要件を定めており、原告に給付を与える意図を有していた。連邦議会は、司法的に強制しうる権利を創設した。そして、連邦議会は、メディケイド・プログラムに参加する州を拘束する条件を課している。§1396a (a)(17) は、原告スミスに対して1983条によって強制しうる連邦法上の権利を規定している。連邦議会は、メディケイド法のこの規定を私的に強制することを禁止していない。アーカンソー医療会社対レイノルズ事件判決 (*Arkansas Med. Soc'y Inc. v. Reynolds*, 6 F.3d 519, 528 (8th Cir. 1993)) において、連邦控訴裁判所(第8巡回区)は、連邦最高裁判所のワイルダー事件判決に基づいて、メディケイド法の1983条による強制を禁止していない、と判断した。かくして、連邦法上の権利を1983条によって強制しうるかという問題をクリアすることができた。原告スミスは、1983条によって §1396a (a)(17) の執行をすることができるのである。

2 42 C. F. R. §440.230

[9] 原告ミスは、被告パーマーによる性再指定手術の給付の拒絶は42 C. F. R. §440.230 の要件に違反している、と主張している。この規定は、次のようなものである。

「(a) プランは、給付する各サービスの額、期間および範囲を特定しなければならない。

(1) 絶対的に必要なカテゴリー

(2) 医学的に必要なカテゴリー

(b) 各サービスは、額、期間および範囲において、目的を達成するために合理的なものでなければならない。

(c) メディケイド機関は、§§440.210および440.220 に基づいて申請されたサービスの額、期間および範囲を恣意的に否定または減じてはならない。また、診断、疾病の種類又は症状だけに基づいて受給者を選択してはならない

(d)機関は、医学的な必要性または制限手続によって、サービスに合理的な制限を加えることができる。」42 C. F. R. §440.230

[10] 上に述べたように、法が強制しうる権利を創設し、そして、その法に基づいて規則を制定したとすれば、強制しうる権利について定義することができる (*Harris*, 127 F.3d at 1009)。当裁判所は、すでに、§1396a (a)(17) は強制しうる権利を創設した、と判断した。したがって、連邦の規則が1983条の下において、強制しうる権利を創設したとすることが、連邦最高裁判所のテストと合致するかという点について、§440.230に基づいて検討すべきことになる。第1に、当裁判所は、この規則は原告の利益を意図したものである、と判断する。この規則は、州のメディケイド・プログラムにおいて給付すべきサービスの基準について規定している。原告は、アイオワ州のメディケイド・プログラムにおいてこれらのサービスを受ける権利を有する。したがって、連邦の規則の利益を受けることができることは明らかである。

性同一性障害と医療保険

次の問題は、§440.230は明確な権利を創設しているか、という点である。すなわち、不明確であって、司法権によって強制しえないようなものではないかという点である。当裁判所は、ソブキー対ソムレー事件 (*Sobky v. Somley*, 855 F. Supp. 1123, 1145 (E. D. Cal.1994)) において、§440.230(b) は強制しうる権利を創設するために必要な要件に従っているかということは不明確であると判断した。当裁判所は、次のように述べた。

「個々のメディケイド・サービスは、『その目的を達するために……十分に合理的でなければならない』。しかし、何が合理的であるかについて定義されていない。正確な定義は、「個々の事例の状況ごとに変化する」ものであろう。Suter によれば、特徴は1983条において強制しうる権利とは結びつかない」 (*Id.*)

当裁判所は、「合理性」の要件自体が、何が合理的であるかという正確な定義は個々の事例の特徴によって変化することを認めている、ということに同意する。しかし、この要件は、強制できないような不明確なものではない。

440.230条の他の項は、あるサービスがその目的を達成するために合理的に必要であるか否かについて判断するに際して、州にとって指針となる。440.230条(c)項は、州が専断的に「診断、疾病の種類、又は症状のみに基づいて、……必要な額、期間又は範囲を否定、若しくは制限すること」を禁じている (42 C. F. R. §440.230 (c))。440.230条(d)項は、州がある状況の下ではあるサービスに適切な制限を加えることを認めている。ただし、制限が医学的に必要な場合、または制限が使用のコントロールの一部である場合に限る (42 C. F. R. §440.230 (d); see *DeSario*, 139 F.3d at 93)。これらの規定によれば、メディケイドの受給者の状況に応じて給付するサービスについて、州は不合理な否定をしたり、制限をしたりすることはできない。しかし、これらの規定は、医学的な必要性または使用の見直しに基づいて制限することを認めている (see

DeSario, 139 F.3d at 93)。このことは、州が、どのようにサービスの額、期間または範囲を制限することができるかについて示し、合理性の要件について指示を与えている。さらに、440.230条(b)項において定義されている権利は、その額、期間および範囲の点で、目的を十分に達することができるようなものでなければならず、強制できないような曖昧なものでないことを示している。

最後の問題は、規則の文言によって、メディケイド・プログラムに参加することを決定した州に拘束力のある義務を課することができるかという問題である。この問題は、規則の文言は単なる推奨なのか、それとも拘束力を持つものなのか、という問題である。州がメディケイド・プログラムの下において提供する個々のサービスは、「額、期間および範囲において、目的を達するために合理的なものでなければならない」(42 C.F.R. §440.230 (b))。この文言は、この規則を公布することによって、メディケイド・プログラムに参加する州が受給者に適切なサービスを提供することを合衆国保健教育省が確保する意図であることを明確に示している。この規則は、州に対して、選択の余地を与えないことを意図している。州が提供するサービスは、その目的を達成するために十分なものでなければならない。裁判所は、440.230条(b)項の文言がメディケイド・プログラムに参加する州に対して拘束力を持つ、と判断している。かくして、当裁判所は、42 C.F.R. §440.230(b) は強制しうる連邦法上の権利を定めたものである、と判断する。連邦控訴裁判所(第8巡回区)は、連邦議会はメディケイド法によって個人が強制することを排除する意図を持っていなかった、と判断している。同裁判所は、この権利は1983条によって強制しうる、としている。

かくして、当裁判所は、§13996a (a)(17) は連邦法上の権利を創設したものである、と判断する。そして、この権利は、さらに、42 C.F.R. §440.230 (b) において定義されており、1983条によって強制することができる、と判断する。なぜなら、議会は、メディケイド法の私的な強制を

性同一性障害と医療保険

排除する意図を有してはいなかったからである。当裁判所は、原告スミスは1983条に基づく訴訟において、§13996a (a)(17) 違反を理由としている、と判断する。それゆえに、被告パーマーの主張のうち、略式裁判を求める主張を却下する。

F 原告スミスの1983条に関する主張の分析

[11] 被告パーマーは、選択的に次のように主張している。仮に、原告スミスが制定法上の権利の侵害について、1983条に基づく訴訟を提起することができるとしても、スミスの請求は、争いのない事実に基づくものではない。被告パーマーの主張の要点は、次のとおりである。アイオワ州は、メディケイド法によって、原告スミスに対して、医学的に必要なすべての治療を提供すべき義務を負わない。メディケイドの受給者に適用する治療のタイプについて制限をすることができる。これに対して、原告スミスは、アイオワ州はメディケイドの受給者に対して、「医学的に必要な」治療を提供すべき義務がある、と主張した。原告スミスは、さらに、性再指定手術は医学的に必要であり、したがってメディケイドによってカバーされる、と主張した。

[12] 第19編は、メディケイド・プログラムによって、「医療補助の範囲を定める基準を採用する際に、州に広範な裁量権」を与えている (*Beal v. Doe*, 432 U.S. 438, 444, 97 S.Ct. 2366, 53 L.Ed.2d 464 (1977); see *Meusberger v. Palmer*, 900 F.2d 1280, 1282 (8th Cir.1990)). (「州は、メディケイド・プログラムによって与える医学的なサービスの範囲を定めることにつき、ある程度の裁量権を有する」)。しかし、メディケイド・プログラムにおいて、医学的なサービスの範囲を制限することができるという州の裁量権には、重大な制限がある。すでに述べたように、第19編は、参加する州は「合理的な基準」を定めなければならない、それはメディケイド法の「目的と調和」するものでなければならない、と規定している (42 U.S.C. §1396a (a)(17))。連邦控訴裁判所 (第8巡

回区) は、この規定について解釈し、明確に次のように述べている。州は、受給者の医師が「医学的に必要」と判断した全ての医学的な手続を給付しなければならない (see *Meusberger*, 900 F.2d at 1282)。[§ 1396d (a)(1)-(5) に規定されている医学的なサービスは、それが『医学的に必要な』場合には、提供しなければならない] (*Weaver v. Reagen*, 886 F.2d 194, 198 (8th Cir.1989) (same); *Ellis v. Patterson*, 859 F.2d 52 (8th Cir.1988) (same); *Pinneke v. Preisser*, 623 F.2d 546, 548 n.2 (8th Cir.1980) (same); see also *Hern v. Beye*, 57 F.3d 906, 911 (10th cir.1995) = 「当巡回裁判所は、他の裁判所と同様に、第19編および付属法規について解釈し、医学的に必要なサービスを給付すべき義務を州に課したものであると判断する」。cert. denied sub nom. *Weil v. Hern*, 516 U.S. 1011, 116 S.Ct. 569, 133 L.Ed. 2d 1113, 1117 (9th Cir.1992)=参加する州は、受給資格者に対して、医学的に必要な入院費および医師のサービスについて給付をしなければならない。 *Hope Med. Group for Women v. Edwards*, 860 F.Supp. 149, 1151 (E.D.La. 1994)=[メディケイド・プランに参加する個々の州は、医師が『医学的に必要』であると証明したサービスを提供すべき義務を負う]。 *Planned Parenthood of Missoula, Inc. v. Blouke*, 858 F.Supp. 137, 141 (D.Mont.1994)=参加する州は、医学的に必要な中絶費用を提供しなければならない。 *Allen v. Mansour*, 681 F.Supp. 1232, 1239 (E.D.Mich.1986)=医学的に必要な治療を州が拒絶することは専断的である。 *Simpson v. Wilson*, 480 F.Supp. 97, 101 (D.Vt.1979)=連邦のメディケイド「規則は、ヴァーモント州が、医学的に必要なサービスを拒絶することを認めない。〔原注6〕。しかし、メディケイド法においては、連邦控訴裁判所(第8巡回区)は、次のように判示した。州は「医学的に必要ではないという理由で、合理的にある種の治療を排除することができる」(*Hodgson*, 614 F.2d at 607)。連邦控訴裁判所(第8巡回区)は、さらに、「ある治療またはあるタイプの手術が『医学的に必要』か否かを判断することは、個々の患者の主治医

174 (1056)

性同一性障害と医療保険

が判断すべきことであって、事務職員や政府の公務員が判断すべきことではない」 (*Pinneke*, 623 F.2d at 550) と述べている。

〔原注6〕 被告パーマーが他の巡回区の控訴裁判所の判決 (see *Preterm, Inc. v. Dukakis*, 591 F.2d 121, 125 (1st Cir.1979)) に依拠しているのは誤りである。この事件においては、ある州のメディケイド・プログラムは医師が医学的に必要と判断した全ての手続について給付しなければならない、という主張を裁判所は斥けている。控訴裁判所 (第1巡回区) は、州は「ある種の医療補助は、プランの給付を受けるだけ十分に医学的に必要であるという推定をする……というような大まかな決定をすることができる」と判示している (*Id.* at 125)。当裁判所は、他の裁判所が、どのメディケイド・サービスを給付するか否かを決定する際の州の裁量権に「医学的な必要性」という制限を課すことを拒否していることを認識しているが、本件に適用される控訴裁判所 (第8巡回区) の先例に拘束される。したがって、ウィーバー事件判決が第8巡回区によって明示的に破棄されない限り、控訴裁判所および第8巡回区に属する全ての連邦地方裁判所は、ウィーバー事件判決に拘束されることは明らかである。See *Drake v. Scott*, 812 F.2d 395 (8th Cir.1987) = 当裁判所の1つの部は、他の部の先例を無視することはできない。 *United States v. Lewellyn*, 723 F.2d 615, 616 (8th Cir.1983) = 当部には、当巡回区において確立された基準を変更するだけの権限はない。大法廷のみが、既存の法規範を改める力を持つ。

本件において、原告スミスは、証拠に基づいて、次のように主張している。性再指定手術は、実験的な治療方法ではなく、「世界中で実施されている」 (*Satterfield Aff.* at p.1)。サッターフィールド (*Satterfield*) 博士は、その宣誓供述書において、諸研究によれば、原告スミスのように性同一性障害に苦悩している者の症状は精神療法によってではなく、性再指定手術によって改善される、と述べている (*Id.*)。また、サッターフィールド博士は、自分自身で原告スミスを診察し、「その性同一性障害の程度は、医学的に必要な治療としての性再指定手術を必要とするほどのものである」と述べている (*Satterfield Letter* at p.1)。

当裁判所は、原告スミスは性同一性障害を治療するために性再指定手

術が医学的に必要であるという十分な事実上の証拠を提出している、と判断する。したがって、被告パーマーの主張のうち、略式裁判を求める部分を却下する。

G 原告スミスのデュープロセスの主張に関する分析

[13] 原告スミスの第2の主張は、次のとおりである。アイオワ州のヒューマン・サービス局による性再指定手術の拒絶は、修正第14条の規定するデュープロセス条項に違反している。被告パーマーは、原告スミスの主張はデュープロセス条項の違反を理由として、1983条に基づく訴訟であることを認めてはいるが、原告スミスのデュープロセスの主張は、争いのない事実には基づいていない、と主張している。

ピネケ対プライサー事件は、性再指定手術を受けたメディケイド受給者が提起した訴訟である。この訴訟において、原告は、差止請求および宣言的な救済を求めている。そして、デュープロセスおよび平等保護に違反していると主張している。そして、さらに、手術の費用をカバーしないことは、アイオワ州メディケイド・プログラムに基づくメディケイド権が侵害しているとも主張している (*Id.* at 547)。連邦控訴裁判所(第8巡回区)は、「ラディカルな性転換手術が、真正のトランスセクシュアルの問題を軽減または解決する唯一の医学的な治療方法である」(*Id.* at 548)とした後、性再指定手術についての補助を拒絶しているアイオワ州の決定について検討した。そして、州の拒絶は、メディケイド法に違反していると判断した。

「現在のところ知られている唯一の治療方法を完全に排除する州のプランは、『診断、疾病の種類又は症状』だけに基づく恣意的な拒絶であると判断せざるをえない」(*Id.* at p.549)。

ピネケ事件に関する連邦控訴裁判所(第8巡回区)の判決の後、アイオワ州ヒューマン・サービス局が、1994年にアイオワ州行政法を改正して、性再指定手術を明示的に排除したことは、争いのない事実である。

性同一性障害と医療保険

1994年11月9日に、アイオワ州ヒューマン・サービス局は、予定している改正事項を公示し、州民の意見を求めた。この公示の中には、アイオワ州メディケイド・プログラムから、性再指定手術への給付を排除する理由に関するアイオワ州ヒューマン・サービス局の説明が含まれている。そして、アイオワ州ヒューマンサービス局がアイオワ州医療財団によって行われた文献調査の結果を引用している (XVII Iowa Admin. Bull. 730 (Nov. 9, 1994))。その結果を次のように記している (*Id.* at 734)。

○ 性同一性障害の定義、診断、原因および治療、特に性再指定手術については、論争が続いている。

○ 様々な治療方法があり、精神的な瞑想および精神療法という治療方法もある。

○ 性再指定手術が適切な治療方法であるか否かについては、コンセンサスが欠けている。

○ さらに検討を要する

1994年12月14日に、アイオワ州ヒューマン・サービス局の方針決定機関であるヒューマン・サービス審議会は、提案されたアイオワ州行政法の改正（性再指定手術への給付を排除することを明示）を採択した。

[14] デュープロセス条項は、連邦社会保障法の枠内で、明白に独断的で、合理的な理由のないものだけを排除している (*Flemming v. Nestor*, 363 U. S. 603, 611, 80 S.Ct. 1367, 4 L. Ed. 2d 1435 (1960); *Williams v. Chater*, 98 F.3d 490, 491 (9th Cir. 1996); *Dotson v. Shalala*, 1 F.3d 571, 580 (7th Cir. 1993); *Baker v. City of Concord*, 916 F.2d 744, 755 (1st Cir. 1990); *Schannel v. Anderson*, 708 F.2d 316, 319 (7th Cir. 1983); *Rasulis v. Weinberger*, 502 F.2d 1006, 1010 (7th Cir. 1974))。本件においては、原告スミスは、次のように主張している。性再指定手術への給付を排除している規定は、例えば、原告スミスの担当医（性同一性障害を性再指定手術によって治療している）などのような医学界の見解を適切に考慮することなく決定された。この主張を補強するために、原告ス

ミスは、担当医であるサッターフィールド博士の宣誓供述書を提出している。サッターフィールド博士は、その宣誓供述書において、次のように述べている。「アイオワ州医療財団の報告書は、極めて不十分なものであり、この領域における指導的な立場にあり、実際に患者達を治療している医師らの見解を無視している (Satterfield Aff. at p.2)。アイオワ州医療財団のアイオワ州ヒューマン・サービス局に対する報告書は、記録に含まれているが、その事実を証明する事項を含んでいない。被告パーマーは、性再指定手術に関して、アイオワ州ヒューマン・サービス局が行った歴史的な文献調査の部分を提供している。そして、アイオワ州ヒューマン・サービス局がアイオワ州メディケイド・プログラムから性再指定手術を排除したことの理由を示している。原告ミスは、アイオワ州ヒューマン・サービス局がアイオワ州医療財団の報告書に依拠したことは裁量権の合理的な行使であるか否かという真の問題を提起している。それゆえに、被告パーマーの主張のうち、略式裁判の申立の部分を却下する。

IV 結 論

まず、当裁判所は、42 U.S.C. §1396a (a)(17) は連邦法上の権利を創設している、と判断する。そして、それは、42 C.F.R. 440.230 (b) によってさらに定義されている。したがって、1983条に基づく強制をすることができるほど十分に定義されている。なぜなら、連邦議会は、メディケイド法の私的な執行を禁止する意図を有していなかったからである。原告ミスは、1983条による請求の理由として、§1396a (a)(17) の違反を主張している。また、事実の問題として、性再指定手術は原告ミスの性同一性障害にとって医学的に必要な治療方法であるか否かという問題を提起している。最後に、原告ミスは、アイオワ州ヒューマン・サービス局がアイオワ州医療財団の報告書に依拠していることが裁量権の合理的な行使であるか否かという問題を提起している。それゆえに、被告

性同一性障害と医療保険

パーマーの略式裁判の申立を却下する。

以上のとおり命じる。

第6章 民間保険の事例

デイヴィッドソン対アエトナ生命損害保険会社事件

ニューヨーク州高位裁判所1979年8月9日判決

Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co., 420 N. Y. S. 2d 450.

当裁判所の取り扱う本件は、きわめて衝撃的な事例の1つである。基本的な事実には争いはない。原告ヴィクトリア・リー・デイヴィッドソンは、元の氏名をヘンリー・ディー・サンプラーといい、オックスフォード化学社に雇用されていた。この会社は、ジョージア州の会社であり、コンソリデイトド・フーズ社の関連会社である。彼が雇用されていた1975年～76年の間に、トランスセクシュアルであるサンプラーは、性同一性障害の治療を求めた。この障害は、一般にはトランスセクシュアリズムとして知られている精神的な症状である。このような人物は、出生の時の自己の性に不満を示す。

1976年2月2日に、マイケル・S・バギッシュ (Michael S. Baggish) 博士は、原告を診察し、原告の使用者オックスフォード化学社に対して診察費を請求した。そして、原告の症状から、最終的には性再指定手術を行わなければならないと判断した。原告は、法的に名を変更し、性転換手術のために必要な準備としてのホルモン療法を受けた。

原告の使用者であるコンソリデイトド・フーズ社は、本件訴訟の当事者ではないが、原告を採用した当時、アエトナ生命損害保険会社の管理する従業員福祉制度を持っていた。原告はこの制度により、医療保険の利益が受けられたのである。その保険証券は、次のように規定していた。「美容整形——美容整形に関する費用は、仕事に基づかない傷害を修復するために必要な場合に限り、医療保険によってカバーされる。家

族についても同様とする」。

アエトナ社の生命健康部門の幹部であるジョン・G・マクティークの宣誓供述書は、この条項に基づいて、医療費の支払いの負担の拒絶を正当化して、次のように主張した。

- 1 性同一性障害は、傷害ではない。
- 2 トランスセクシュアルの手術は、その性質上、美容整形である。
- 3 アエトナ生命損害保険会社の医務部長であるウィリアム・ギレット (William Guillette) 博士の宣誓供述書を引用して、「手術は不必要であり、不合理である」。

原告は、次のような核心的な問題について宣言判決を求めた。すなわち、手術療法は原告の医師によって推奨されたものであり、そのための費用は、被告アエトナ社の従業員福祉制度によってカバーされるべき医学的に必要な出費であるのか、それとも純粹に美容整形でありカバーされないものであるのか、という問題である。

当裁判所が判決を下す前に、関係する先例を広範に調査することが必要であった。ドー対社会福祉局事件判決 (*Doe v. State Dept. of Public Welfare* (257 NW2d 816, 818, 819))、およびMT対JT事件判決 (*MT v. JT* (A-1669-74)) において、ニュージャージー州最高裁控訴部は、トランスセクシュアルについて、身体的・解剖学的な性のアイデンティティーと、精神的な性のアイデンティティーの間に不調和が存する者と定義している。この障害の医学的な用語は、性同一性障害である。精神科と内分泌学の両部門の専門家であり、トランスセクシュアリズムの専門家でもあるチャールズ・イーレンフェルト (Charles Ihlenfeld) 博士の宣誓供述書においてそのように述べられている。ハリー・ベンジャミン国際ジェンダー障害協会 (The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association) は、1979年2月に性同一性障害の患者の標準治療マニュアルを刊行した。このマニュアルでは、性同一性障害について、出生の時の性、およびその性に基づいて社会的に定められている

性同一性障害と医療保険

性役割に不満足であり、その結果としてホルモン療法および手術による性再指定を望む者と定義している。

ニューイングランドのジェンダー・アイデンティティー・クリニックの院長であり、コネティカット州ハートフォード市のマウント・サイナイ病院の産婦人科医長でもあるマイケル・S・バギッシュ (Michael S. Baggish) 博士によれば、「トランスセクシュアリズムは、これまで純粹に精神的な異常とされてきた。しかし、最近の理論によれば、ジェンダーの元になる脳のある部分と、性器の形態とが逆になっている者と考えられるようになってきている。この理論によれば、性器の分化と同じ頃に、脳のこの部分も分化するのである。トランスセクシュアリズムにおいては、この時期に、逆転が起こるのである。その結果、精神的な性と、性染色体の性および性器の性とが、異なる性になるのである」

(Michael S. Baggish, M.D., Testing and treating sex change candidates, Contemporary OB/GYN, vol 12, 9/78, pp 83-97)。

性再指定手術の過程は、長くかつ困難なものである。ジョン・ホプキンス病院は、性再指定手術を実施しており、ジェンダー・アイデンティティー・クリニックを持っている。このクリニックは、精神科、心理学、形成外科、内分泌学、泌尿器科、婦人科、産科などで様々な専門の医師によって運営されている。ジョン・ホプキンス・クリニックの承認を受けるための要件は次のとおりである。患者が女性の役割で少なくとも1年以上生活していること。そして、女性としての役割を社会において果たすことに、患者が満足と能力を示すこと。可能であればエストロゲンの投与を受けつつ、情緒的、職業的、社会的に、臆のない女性として受け入れられていること。さらに、患者が婚姻していないこと。可能であれば、家族が事情を完全に知り、性再指定手術の可能性についても認識していること。

同クリニックは、この手術は性転換手術と見做すことはできない、と述べている。この手術は、すでに心理的・社会的には達成されている同

化のための最終的なステップでしかない。試験期間内における他の措置は可逆的であるが、性再指定手術は不可逆的である。

手術の手術自体は、明白である。精巣が切除され、陰嚢と陰茎の組織を使って、膣を形成する。このような手術によって、女性は、快感を得ることが可能となる。しかし、子を妊娠することはできない。トランスセクシュアルの中には、その他の手術を受ける者もいる。乳房を豊かにするとか、鼻の整形をするとか、喉仏を小さくするとか、腰回り大きくするなどという手術である。

被告アエトナ生命損害保険会社は、原告の主張に反対をしているが、強硬なものではない。同社の医務部長ウィリアム・ギレット博士の宣誓供述書が提出された。同氏は、医療について豊富な経験を有しているが、性同一性障害つまりトランスセクシュアリズムの問題については経験を欠いている。彼は、トランスセクシュアルの身体には何も異常はなく、問題は純粹に精神的なものである、と主張している。心を身体に合致させることができないうために、身体を心に合致させるために手術を実施するのである。

治療方法の選択の問題は、医学の専門家による専門的な判断によるものであり、当裁判所の判断の域を越えている。美容整形は、選択的なものである。これに対して、原告のために提出された文献によれば、原告がノーマルな生活をするために性再指定手術が必要であることが示されている。

この手術は、人間の身体の根本的な変更を目的とするものである。それほど頻繁に行われるものではない。それは、精神的な障害を除去するために行われるものであり、身体的な外見を美しくすることを目的とするものではない。

この手術は、多くの人々を驚かすものであろうが、患者にとっては、精神的な効果がある。

上に述べた諸点から、性転換の治療および手術は、医学的なものであ

性同一性障害と医療保険

り、原告の健康および福祉のために必要である、と判断する。

また、厳密な意味において美容整形とは言えない。

したがって、被告アエトナ生命損害保険会社は、原告が性再指定手術を受けたことによって負担した医療費の全額について義務を負う、と当裁判所は判断する。

上述の手術は、上述の保険証券のいう美容整形とはいえない、と判断する。

したがって、原告の請求を認める。

第7章 アメリカ判例の要約

(1) ニューヨーク州の事例

R対ラヴィン事件

ニューヨーク州高位裁判所（控訴第2部）1975年3月3日判決

MT F勝訴○

ニューヨーク州控訴裁判所1976年4月6日判決

MT F敗訴×

(2) ジョージア州の事例

ラッシュ事件

連邦地方裁判所（アトランタ地区）1977年8月2日判決

MT F勝訴○

連邦控訴裁判所（第5巡回区）1980年9月15日判決

MT F敗訴×

連邦地方裁判所（アトランタ地区）1983年6月9日判決

MT F敗訴×

(3) ミネソタ州の事例

ドー対社会福祉局事件

ミネソタ州最高裁1977年8月19日判決

MT F勝訴○

(4) カリフォルニア州の事例

- ① GB対ラックナー事件
カリフォルニア州控訴裁判所1978年5月1日判決
MTF勝訴○
- ② JD対ラックナー事件
カリフォルニア州控訴裁判所1978年5月1日判決
MTF勝訴○
- (5) アイオワ州の事例
 - ① ピネケ対プライサー事件
連邦控訴裁判所（第8巡回区）1980年6月27日判決
MTF勝訴○
 - ② スミス対パーマー事件
連邦地方裁判所（アイオワ中央地区）1998年10月13日判決
FTM勝訴○
- (6) 民間保険の事例
デヴィッドソン対アエトナ生命損害保険会社事件
ニューヨーク州高位裁判所1979年8月9日判決 MTF勝訴○

こうして、一連の判決を眺めて見ると、トランスセクシュアルの当事者が勝訴している事例が多いが、ニューヨーク州およびジョージア州で、上級審において下級審の判決が覆されていることが注目される。特に、連邦控訴裁判所（第5巡回区）1980年9月15日判決において、MTFトランスセクシュアルであるラッシュが敗訴していることが注目される。

しかし、同じ1980年の連邦控訴裁判所（第8巡回区）1980年6月27日判決においては、MTFトランスセクシュアルであるピネケは勝訴している。このように、連邦控訴裁判所レベルにおいても、判断は分かれているのである。また、その後の判決においても、当事者が勝訴している事例が多い。本稿で紹介した判決の中で最も新しい連邦地方裁判所（アイオワ中央地区）1998年10月13日判決においては、FTMトランスセク

シュアルのスミスは勝訴している。

内容的に最も注目されるのは、MTFトランスセクシュアルのラッシュが敗訴したラッシュ対ジョンソン事件判決（第2章第3節で紹介した事例）である。この事件においては、特に、ジョン・メイヤー博士の証言に着目すべきであろう。メイヤー博士は、アメリカ合衆国における性同一性障害の治療をリードしてきた指導的な立場にある高名な医師の1人である。同博士は、かつてジョン・ホプキンス大学（メリーランド州バルティモア）医学部精神科の助教授で、同大学のジェンダー・アイデンティティー・クリニックの所長でもあった。このように指導的な立場にあったメイヤー博士が、性再指定手術の有効性に関する見解を変更したのである。

判決文から引用してみよう。「メイヤー博士は、かつての論文においては、『成人の患者に対する有効な唯一の治療方法は、外性器の手術であろう。したがって、性再指定手術が推奨される』と述べた。しかし、メイヤー博士は、その後、性再指定手術の有効性および適切性に関する見解を改めた。……現在では、メイヤー博士は、手術はもはや有効ではないと確信するに至っている。この見解は、トランスセクシュアルの診療経験およびトランスセクシュアルの関する調査に依拠している」。

指導的な立場にあったメイヤー博士による性再指定手術の有効性・効果に関する否定的な証言が、ラッシュ事件の判決に重大な影響を与えたのであろうと推測される。

第4部 イギリス法

第1章 A他の申立による女王対北西カンカシャー保健局事件
高等法院女王座部1998年12月21日判決
(LexisNexis で入手したが、出典が記されていない)

申立人は、A嬢、D嬢およびG嬢の3人である。これらの申立を併合した。これらの申立人の氏名、住所など、申立人のアイデンティティーの全てまたは一部を示す部分を開示することを禁じる。

各申立人に対する性別再指定手術〔の費用負担〕を拒絶するという北西ランカシャー保健局 (North West Lancashire Health Authority) の決定を破棄することが求められている。申立人らは、トランスセクシュアルであり、男性の器官を持って生まれたが、期間の長短はあれ、女性として生活している。そして、現在、手術を受けて男性器を切除し、身体を女性の外見にすることを求めている。

人の性器のこのような変更は、性別再指定 (gender re-assignment) として知られている。この治療は、カウンセリング、ホルモン療法および手術からなり、「性別再指定治療 (gender re-assignment treatment)」として知られている。ある性の性器を持って生まれた者が、自分は本当は他の性に属しているという確信を持ち、そのことに苦悩している。この状態は、「性同一性障害 (gender identity dysphoria)」として知られている。

すべての当事者が認めているように、この状態は「疾病 (illness)」であり、その治療は、1977年の国民保健サービス法 (National Health Service Act 1977) に従って考察すべきものである。すべての申立人は、被告の保健局に対して、性別再指定治療を申請をしたが拒絶された。

被告局は、重大な必要性がある例外的な事情がある場合を除き、この

性同一性障害と医療保険

種の手術を拒絶するという方針を採用している。各申立人は、被告の決定および方針を破棄するための移送令状（order of certiorari）を求めており、被告局が各申請について再検討することを求めている。

制定法

1977年の国民保健サービス法（以下では、「1977年法」と言う）の1条1項は、次のように規定している。

「下記の事項について、イングランドおよびウェールズにおける包括的な保健サービスを促進し続けることは、国務大臣の職責である。

a) これら両地域における国民の身体的・精神的な健康。

b) 疾病の予防、診断および治療。その目的のために本法に従って有効な措置を実施すること。」

また、同法3条1項は、次のように規定している。

「下記の事項について、イングランドおよびウェールズにおける合理的な申請に対して、必要と判断する範囲で応じることは、国務大臣の職責である。

e) 疾病の予防、疾病に苦しんでいる者の治療、および疾病に苦しんだ者のアフターケアのための措置のうち、国民保健サービスの対象とするのが適切であると判断する事項。

f) 疾病の診断および治療に必要なその他のサービス。」

また、同法13条によれば、国務大臣は、〔地方〕保健局に対して命令を発することができ、特定の保健サービスに関する事項について、自己に代わって保健局に行為させることができる。そして、「その命令に従って行為することは、当該機関の任務である」。

このようにして委託された任務については、保健局は、疾病の診断と治療に関してサービスを申請された場合には、「合理的な申請に必要と判断する範囲」で応じなければならない。保健局は、委託された任務の遂行に当たっては、1977年法の目的を実行しなければならない。そし

て、イングランドおよびウェールズにおける疾病の予防、診断および治療に関する包括的なサービスを提供するという原則に従わなければならない。

「疾病」については、法律に定義はない。本件の審理の過程における当初の段階で、保健局の代理人クラーク氏は、性同一性障害（以下では、「G I D」という）が、1977年法1条1項b)号の意味における疾病の範囲に含まれることを認めた。したがって、保健局は、G I Dについて、「その予防、診断および治療について、……保健サービスを促進し続ける」べき職責を負う。

トランスセクシュアリズム

この症状について、欧州審議会は、次のように定義している（1989年9月29日の勧告1117号）。「この症状の特徴は、二重の人格であり、一方は身体的なものであり、他方は精神的なものである。その相互が異なる性に属しているという深い確信を抱いており、その結果、トランスセクシュアルは身体を『矯正』することを求めるようになる」。医学的には、次のように述べられている（Moesler and Vassheim）。

「最も極端な人格の混乱である。苦悩者は、自分自身は完全に他の性に属していると確信している。多くの場合、他の性になりたいという錯覚あるいは願望から、自傷行為あるいは自殺を行う危険性がある。現在では、近代的な医学の進歩によりその願望を実現することが可能となった。現在では、多くのトランスセクシュアルは、ホルモン療法および手術による性転換を希望している。複雑で危険な性転換手術を終えた後に患者が満足していることは、様々な方法で観察されている。最近、元の生物学的な性を維持しつつ行うトランスセクシュアルに対する精神療法の成功例が報告されている」。

1995年3月7日に、被告当局は、「保健上の効果のない、または証明された効果のない医療」と題する方針を採用した。この方針は、購入プ

性同一性障害と医療保険

ランを準備する過程で、効果的なヘルスケアを購入し、購入するケアまたは手続のレベルを制限し、または「重大な医療上の必要」がある場合を除き購入しないということを正式に定めた。方針は、資金の制約から、ある種の医療サービスについて、医学的な理由というよりも、社会的な理由から制限を加えたのである。

方針の2.5節において、多くの保健局が購入予定のサービスを制限していると述べている。3節において、保健局は寄せられた意見を纏め、4.0節において、結論として提案を纏めている。「重大な医療上の必要がある場合を除き購入しない」多くの手続をリストアップしている。そのリストの中に、性別再指定が含まれている（その他に、美容整形、不妊手術の修復手術など）。

約3年後の1998年1月13日に、保健局は「ヘルスケアの妥当性、効果およびコスト・パフォーマンスに関する方針」を策定した。この方針は、その策定の過程で、種々の治療の効果および妥当性を考慮するとしている。2.1節は、次のように述べている。

「身体に対する侵襲は、常に疾病と関係しているわけではなく、時には、現在実現されていない理想の身体イメージあるいは身体機能を達成するためにも行われることがある。そして、この願望を医学的な用語で記述するという事実によって事態が複雑になる。しかし、健康上の完全な福祉が欠落していること自体が問題であるということを指摘しなければならない。合理的な保健当局は、給付をする侵襲の限界を画したい欲する。そうすることによって、資金を適切に使用することができる。」

そして、3.11節は性別再指定を取り上げている。同節は、次のように述べている。

「他のジェンダーの役割を採用したいと望む者は（男性から女性へ、あるいは女性から男性へ）、一般に、地域内で、精神科医にアクセスする。そして、精神科のサービスは給付の対象である。しかし、地域外では給付をすることができない。保健局は、患者に他の性の身体的な特徴

を与えるための薬物治療およびは手術療法の給付をしない。」

「性同一性障害という診断があることは、ある人物が他の性別の役割を果たすことに成功していることの証拠である。しかし、その人物が手術に適合するという医学的なアドバイスだけでは（これらの1つでも、あるいは両者を併合しても）、重大な医療上の必要があること、つまり例外的事由があるとは考えられない。」

以下の議論を理解するために、ここで述べて置くと、美容整形に関する3.6節は、傷痕に悩むあらゆる年齢の成人および子どもについて述べた後、「その他の美容整形については、通常、負担をしない」。そして、美容整形とみなす治療およびみなさない治療について、リストアップしている。男性の乳房形成手術は、一般には「美容整形とはみなさない」。

申立人らの代理人であるブレイク（Blake）氏は、次のように主張した。第1の問題は、性別再指定について給付をしないという被告の方針（「重大な医療上の必要がある場合を除く」）は、不合理な考察に基づいており、また関係する事情を考慮しておらず、違法あるいは不合理であるか否かである。第2の問題は、「その方針が医学的な裁量に対する違法な拘束であるのか」ということである。第3の問題は、「この方針およびその適用が、社会保障の平等原則に関する指令（EEC 指令79年7号）、あるいは1975年性差別法の29条に違反するか」という問題である。

ブレイク氏は、次のように述べた。3人の申立人は北西ランカシャー地区に住んでおり、精神科医によって、G I D（一般には、「トランスセクシュアリズム」と呼ばれている）と診断された。そして、専門家は、申立人らには性別再指定が必要であると診断した。

ブレイク氏は、次のように述べた。被告局は、1995年3月に採用した方針によって、「効果的な医療」を購入するために、「保健上の効果のない、または証明された効果のない医療」を購入しない、または制限するとした。このことは、保健局の外部の専門家の診断によって、性別再指定が必要な治療であると判断された場合であっても、ホルモン治療およ

性同一性障害と医療保険

び手術療法は、重大な医療上の必要がある場合を除き、排除されることを意味する。

被告局は、性別再指定手術を「疾病と関係しているのではなく、現在実現されていない理想の身体イメージあるいは身体機能を達成するためにも行われる」ものに分類した。そして、G I Dの患者に対する適切な治療は精神療法であると結論づけている。これは、当事者に「生物学的な性を受け入れさせるものであって」、この地方保健局は給付に適する治療であるとみなしている。

ブレイク氏は、次のように述べた。被告局は、どのような「重大な医療上の必要」があれば、例外に該当するかについて明らかにすることができていない。そして、重大な精神的な病態を要求している。すなわち、この治療に例外的に給付するために理由として、精神疾患を要求しているのである。精神病あるいは深刻な鬱病を意味する。

申立人らについて、専門医はホルモン療法および精神療法が必要であると判断している。しかし、被告局の方針によって給付を受けることができない。3人とも、すでに長年、女性として生活している。3人はすでにホルモン療法およびその他の治療を受けており、性別再指定の治療の一部をすでに受けていることを意味する。そのため、3人は、両性の身体的な特徴を持っている。しかし、性別再指定治療を完了するための給付が受けられず、このことが彼女らの生活に深刻な影響を与えている。

さらに、証拠によれば、事態は複雑である。トランスセクシュアルである他に、重大な精神的な病態があれば、方針の例外に該当することになるが、性別再指定手術を受けるためには、人格が安定していることが要件とされている。

ブレイク氏は、次のように述べた。イングランドおよびウェールズにおけるトランスセクシュアルの治療のための基準によれば、トランスセクシュアルであるというためには、G I Dクリニックにおいて適切な診断および治療を受けなければならない。適切な治療とは、ブレイク氏の

主張によれば、ホルモン療法および手術である。しかし、チェアリング・クロス病院のG I Dクリニックにおいて受けられる治療は、被告局の管轄地域内では受けられない。したがって、G I Dの診断および治療の特別な性質に鑑み、被告の管轄地域外において診断と治療を受ける必要がある。

ブレイク氏は、次のように述べた。本件申請に関する法的な問題は、このような治療が「すべての合理的な要件を満たす」か否かについて被告局は合理的に判断することができるか否かという点にある。被告局は、方針を策定する際、およびそれを具体的な事例に適用する際に、問題の治療の「医学的な必要性」にまず関心を示すべきである。この領域の専門医は、この症状を治療しうることを認めている。

ブレイク氏は、次のように述べた。治療のための財政的な支援を制限する必要性があるとしても、単に住所を定めた地理的な位置に基づく不運によって、治療の必要がある者から、効果的な治療を受ける機会を奪ってしまってはならない。疾病の優先順位および範囲に関する地域間格差は、全国的に包括的なサービスを提供しなければならないという原則から乖離するものであってはならない。したがって、ある地域では給付が受けられ、他の地域では給付が受けられないというようなことは認められない。

ブレイク氏は、次のように述べた。ある保健局が、どのような場合に、どの程度の範囲で、どのようにして、地域外診療を認めるかについて決定する場合には、基本的な出発点は、責任ある専門家によって診断された患者の医療上の必要性を理解することでなければならない。これがなければ、資金の分配についての妥当な評価をすることはできない (See the *R v. Cambridge Health Authority ex parte B* [1995] 1 WLR 898 at 901 to 905)。緊縮財政の下で乏しい資金を分配することは、裁判所が解決すべき問題ではなく、また、理由について検討することは裁判所にとっては實際上、困難であることを同氏は認めている。しかしながら、

保健局は、方針を採用する前に、または方針を適用する前に、正しい問題を提起すべきである。そして、優先順位に関する被告局の決定が、関係する事情を考慮したものであるか否か、また、見落としている事情がないか否かについて審理することは、裁判所にとっても可能である。

ブレイク氏は、次のように述べた。本件決定は人権に関するものであり、欧州人権保護条約8条に関係する。個人の性は、個人のアイデンティティーの基本であり、尊重されるべきものであり、条約8条のいう私生活に含まれる。また、非人道的もしくは品位を傷つける取扱いを禁止している条約3条にも関係する。行政当局の決定が人権に関係する場合には、高い基準が要求される。団体に関する場合も同様である (See *R v. Ministry of Defence ex parte Smith* [1996] QB 517)。

ブレイク氏は、次のように述べた。欧州人権保護条約上の連合王国の義務に違反するような形で1977年法を制定することを、議会在意図したはずはない (See *R v. the Secretary of State for the Home Department ex parte Thompson Venables* [1998] AC 407 at 499)。

ブレイク氏は、本件決定に関係する3人の申立人の生活史を描写している。3人は、かつてのブラックプール保健局の管轄地域に居住している。同保健局は、1995年まで、トランスセクシュアルの手術を含む再指定治療を無料で提供していた。また、地域内の精神科医が薦めた場合には、G I Dの診断および治療に関して管轄地域外で治療を受けることも可能であった。被告局は、[ブラックプール保健局を併合した]新しい保健局である。そして、1995年3月に、すでに述べたように「効果のない、または証明された効果のない医療」と題する新しい方針を策定したのである。この方針は、「効果のないヘルスケアではなく、より効果のあるヘルスケアまたは医療を購入」すべきことを命じている。この方針は、「重大な医療上の必要がある場合」を除き、性別再指定を「購入しない」ように提案している。この方針のために、申立人らは、精神科医によって薦められた地域外診療および性別再指定治療を受けられなくな

ったのである。方針の3.11節は、「性別再指定」について、「保健局は、患者に他の性の身体的な特徴を与えるための薬剤療法または手術療法の給付をしない」と規定している。

公衆衛生の領域に関する被告局の助言者であるサデル (Sudell) 博士は、その宣誓供述書において、被告がこの方針を採用した理由、および申立人らに性別再指定手術の費用を給付しないという決定に深く関与した事実を述べている。同博士は、「保健局の限りある資金のなかから給付しなければならないような重大な医療上の理由を見い出すことができなかった」と結論づけている。同博士の宣誓供述書は、被告局が、性別再指定を証明された効果のあるサービスと認めなかったことを、暗に示している。

ブレイク氏は、次のように述べた。サデル博士は、性別再指定手術の効果に関するカナダの数字を引用している。それによれば、87.8パーセントの患者は満足すべき結果を得ている。しかし、手術が成功しなかった患者は、健全な器官に不可逆的な傷害を受けたことになる。

ブレイク氏は、次のように述べた。診断は治療が効果的であるという前提に立っているにもかかわらず、給付に関する決定は治療は効果的であっても、妥当ではないという前提に立っている。性別再指定手続を、不妊手術の修復手術や、美容整形その他の優先度の低い医療と同視するのは重大な誤りである。トランスセクシュアリズムは精神的な障害であり、自己のイメージに関する不満、かつての不妊手術に関する不満や、自己の身体形態に関する不満と比較するのは誤りである。このような比較は、トランスセクシュアリズムに関して医学界で広く受け入れられている見解に反する。そして、グリーン (Green) 博士やゴーレン (Gooren) 博士などの宣誓供述書から引用している。サデル博士の宣誓供述書、1995年の方針および1998年の方針は、トランスセクシュアルと診断された者に関して給付を行うべき適切な治療方法は、生物学的な性と調和させるための精神療法である、としている。しかし、このような結論

は、文献や証拠に基づくものではなく、この治療方法に効果がないことについては、多くの確固とした証拠がある。これは時代遅れの見解であり、治療方法に関する医学界のコンセンサスに反するものである (See *Corbett v. Corbett* [1970] 2 All ER 33 at 42)。性転換手術に関する部分で、オームロッド判事は次のように述べている。

「彼らは、当然多くの困難に遭遇することになり、その結果、極度の不安や強迫観念にとらわれた心理状態になることもある。今日まで知られている全ての心理学的な治療は、彼らには効果がない。そこで、真摯で責任感の強い医師達は、手術こそが心理的な苦悩を和らげる唯一の方法である、と考える傾向にある」。

ブレイク氏は、次の事実を強調している。1995年の方針は、性別再指定に関する専門家による検討を経たという証拠がない。イングランドおよびウェールズの41の保健局のうち、34の保健局は給付をしている。残りの7つの保健局においても、少なくとも5つの保健局においては、カウンセリング、診断のための手術、ホルモン療法は認められている。性別再指定手術は、アルバニアとアンドラを除いて、全ヨーロッパにおいて実施されている。

ブレイク氏は、次のように主張した。すべての形態の性別再指定治療を、「購入しない」医療のリストに挙げているのは違法な決定である。その理由は6つである。第1に、被告の管轄地域内に住み、重大な症状に苦しんでおり、症状を軽減するためのものとして認められている適切な治療方法があるにもかかわらず、医学上の正当な理由もなく、それを受ける機会が奪われている。第2に、〔被告局の〕決定は、トランスセクシュアリズムの本質およびその治療について、適切な検討をすることなく下されている。第3に、トランスセクシュアリズムを、美容整形や、良い身体イメージを作り出す他の医療と同視するという重大な誤りを犯している。第4に、他の疾病、例えば男性の乳房の形成手術や、精神分裂病については給付が制限されていないが、それとは同視していない。

第5に、G I Dクリニックは少数の患者に対してのみ手術を薦めているという事実を無視している。第6に、苦悩にする者に対して治療をせず
に放置し、これらの者の生命権が侵害されている。

ブレイク氏は、次のように付加している。「重大な医療上の必要性」というのは、実際には意味がない。なぜなら、トランスセクシュアルと診断された者にとっては性別再指定手術が唯一の効果的な手段であるという事実を、被告局は見落としているからである。これらの者は、「リアルライフ・テスト」を受け、手術が適切であると診断されている。医学的な判断がなされた場合には、方針によって、それを無視したり、否定することはできない。さらに、重い鬱状態あるいは自殺願望の状態が、治療を認めるための正当な事情に該当するというのかもしれないが、これは医学的な証拠に関する誤解に基づいている。精神が安定しており、明晰である患者のみが、手術に適合すると判断される。したがって、鬱状態にある者は、手術に適さないと判断されるのである。G I Dの他に、別の疾病に罹っていないなければならないという要件は、實際上、そのような例外に該当する例がないということを意味する。他の疾病に罹るまでは治療をせず放置するということは、さらに症状を悪化させ、疾病を予防しなければならないという保健局の責任を放棄するものである。性別再指定における診断と評価のための費用を給付しないという被告局の決定は、医療上の重大な必要性を証明することを不可能にする。この方針を適用した場合には、患者は、性別再指定治療に必要な要件を満たすことができない。

ブレイク氏は、次のように主張した。特定の治療について経験を有する医学専門家の間で見解が異なる場合に、それを解決するのは裁判所の職務ではない (See *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582 at 586)。サデル博士の専門領域は公衆衛生学であって、トランスセクシュアリズムではない。証拠によれば、被告局の見解を支持する医学的な証拠はない。また、被告が依拠している事実は不

完全である。医学界においては支持されていないか、または極端な少数派の見解である。

他方において、一定のトランスセクシュアルにとっては手術が適切な治療方法であるということは、医学専門家によって認められている。そして、コーベット対コーベット事件において、裁判所によっても認められている。また、ヨーロッパ人権裁判所のリーズ対連合王国事件において、イギリス政府も認めている。「政府が必要な手術を認めていることは、条約8条1項の保障する私生活の尊重の権利を確保するために重要な要素である」。

生物学的な性を受け入れるようにカウンセリングすることは、G I Dの症状を緩和するための有効な手段ではない。長期間にわたって適切な治療を拒否された場合に見られる高い自殺率および自傷率がそのことを示している。「リアルライフ」テストの後に手術を行うという最近の手術は、疾病の除去に高い成功率を示している。メイト・コールの研究によれば、71パーセントから90パーセントの成功率である。これは、成功率に関する印象的な数字である。技術に関する責任ある見解によれば、性別再指定手術が実験的であるとか、証明されていないとか、失敗の危険性が高いということは証明されていない。性別再指定手術は、適切な場合における手術を含む。それによって、精神的な症状を除去することができるからである。組織学的に健全な器官を除去しても、疾病は治らないという結論は誤っている。最後に、ブレイク氏は、反対の証拠はなく、サデル博士が引用している文献はそれを証明していない、と強調している。

ブレイク氏は、次のように主張した。被告局の方針は、性別再指定手術を制限しているだけではない。G I Dに苦しみ、手術に適合する少数の者に対して、實際上、手術を禁止しているのである。理論的には、制限しているとしても、実際には広範な裁量権を認めることを意味し、この方針は違法であると言わざるをえない (see *R v. Warwickshire Coun-*

ty Council ex parte Collymore [1995] ELR 217 at 224 to 226)。

被告局の方針は、診断を受けた全てのトランスセクシュアルに例外なく適用され、治療の必要なトランスセクシュアルを区別することができない。若いトランスセクシュアルと、高齢のトランスセクシュアルとを区別していない。重大な医療上の必要がある場合という基準は、合法的なものではない。それは、無関係な事情を考慮するものであり、関係のある事情を考慮しないものである。さらに、不適切な治療、すなわち生物学的な性と調和させるためのカウンセリングについての財政的な評価はなされていない。そして、性別再指定手続の機会を奪っている。被告局の決定は破棄すべきであり、被告局の1998年の方針から、G I Dに関する部分を削除すべきである。

最後の議論に関しては、ブレイク氏は、性を理由として疾病の治療に差別をしてはならないという〔欧州〕共同体法上の義務があると主張している (*R v. Secretary of State for Health ex parte Richardson* [1996] ICR 471 at 492)。また、1975年の性差別法29条も、性を理由とする差別を禁止している。トランスセクシュアルを他の疾病と区別して取り扱うことは、疾病の治療に関して医学的に正当化しえず、差別的である。

被告局の代理人であるクラーク氏は、本件申立には、7つの問題があると主張した。

- 1 被告局の決定の基礎となった被告局の方針は、権限を逸脱しているか。
- 2 方針は、違法または恣意的か。
- 3 方針は、不合理か。
- 4 方針に対する攻撃が失敗したとして、個々の事例における決定は不合理か。
- 5 裁判所は、性差別であるという申立人の主張について判断する権限があるか。

性同一性障害と医療保険

6 ヘルスケアは、平等原則に関する〔欧州共同体の〕指令の意味において、「社会保障」か。

7 仮に6を肯定したとして、当該決定は指令に違反しているか。

被告側の主な回答は、次のとおりである。限りあるヘルスケアの資金をどのように配分するかという問題に関する決定であり、申立人らの主張は、被告局の権限内の決定に対して、裁判所が介入するように求めるものである。クラーク氏は、Bの申立による女王対ケンブリッジ保健局事件判決 (*R v. Cambridge Health Authority ex parte B* [1995] 1 WLR at 898) を引用し、保健局の予算配分に関する決定は、当局の権限内の問題であると主張している。

クラーク氏は、次のように主張した。申立人らは、被告局が恣意的に方針を決定したと主張しているが、それは誤りである。証拠から明らかのように、被告局は、効果と優先順位について考慮して、ヘルスケアについて給付すべき義務を適切に果している。例外的な場合にのみ性別再指定手続を購入するという決定をし、申立人らの個々の事例の利益を考察し、申請された治療に対する給付を正当化することはできないと決定したことは合理的である。

クラーク氏は、次のように主張した。医師達が、原告に治療を薦めたことは意味を持たない。医師達の決定があるからといって、被告局の決定について裁判所が審理すべきことを意味しない。司法的な手続によって、医師の間に見解の相違が存する問題を解決することはできない。申立人らが提出した詳細な医学的な証拠は、裁判所の判断すべき事項ではない。申立人らは、被告局の決定について〔裁判所が〕審理することを求めているが、このことは、自分達が診察を受けた医師のみが正しく、その診断に同意しない他の医師達は誤っている旨を主張することを意味する。そして、申立人らは、社会の負担において治療を受けることができると主張している。このような社会的な決定に対する裁判所の介入が求められているが、裁判所が審理すべき事項ではない。

クラーク氏は、次のように主張した。「Bの申立による」事件は、ヘルスケアの資金の配分に関するリーディング・ケースであり、この種の問題に裁判所が介入すべきではないことを示している。控訴院は、生命の危険がある場合であっても、限りある資金の配分について考慮することは妥当であるとしている。保健サービスの資金が不足していることは、今や常識であり、裁判所は、その配分を保健局に委ね、限りある資金を最大多数の患者の最大の福祉のために配分する任務を裁判所が負担するのでないことを認めている。記録長官〔Master of Rolls 控訴院の最上位の裁判官を意味する。大法官の補佐役であったためにこの名称がある——大島注〕であるトーマス・ビンガム（Thomas Bingham）卿は、906Cにおいて、次のように述べている。

「もしも完全な世界というものがあれば、医師が施したいと考え、患者および患者の家族が望むあらゆる治療は、それがどれほど高価であっても、実施されるべきであろう。生命の危険がある場合には、特にそうである。しかし、わたしの見解によれば、現実の世界を見れば、われわれはそのような理想の世界に住んでいないということを前提として、裁判所は判断しなければならない。あらゆる保健当局は常に困難な決定をしなければならない状態に追い込まれていることは周知の事実である。当局は、すべての看護サービスを提供することはできない。すべての治療を提供することもできない。すべての高額な医療機械を購入することもできない。すべての研究を行うこともできない。希望するだけの病院や専門機関を設立することもできない。最大多数の患者の最大の福祉を達成するために限りある資金をいかに配分するかという困難かつ悩ましい決断をしなければならない。それは、裁判所のなしうることではない。」

クラーク氏は、次のように主張した。保健局は本件だけを単独で考察することはできない。全ての人々のことを考慮して判断しなければならない。本件においては、「Bの申立による」事件判決と同視するのが適切である。

性同一性障害と医療保険

クラーク氏は、Bの申立による女王対東ランカシャー保健局事件判決 (*R v. East Lancashire Health Authority ex parte B* [1997] COD 267) におけるジョウィット (Jowitt) 裁判官の判決文から引用している。この学識深い裁判官は、保健局は「打出の小槌 (bottomless pockets)」を持っているわけではない、と述べている。競合する利益のうちのどれに資金を使うべきか決定しなければならない」と述べている。

また、クラーク氏は、Bの申立による女王対ロンドン・ブレント区事件判決 (*R v. London Borough of Brent ex parte B* [1994] ELR 357) からも引用している。子どもに関するこの事件において、公共の資金を給付することに裁判所は介入しないとした事例である。オールド (Auld) 裁判官は、次のように述べている (377E)。

「地方保健局が、子の一般的な事情を考慮し、逼迫した財政の中から、ある子のデイケアに給付をするか否かを決定しなければならない。……その決定には経験が必要である。そのような決定が不合理であるという理由で裁判所が介入しうる能力を持っていることは稀である」。

クラーク氏は、被告局がバランスを取らなければならない点に注意するように促している。サデル博士およびハリソン博士の宣誓供述書において、このことが述べられている (サデル博士の宣誓供述書の15節から20節, 53節から55節, 4節から7節。ハリソン博士の宣誓供述書の3節から10節)。

クラーク氏は、次のように主張した。被告局の方針は、「効果のない、または証明された効果のない医療」に関する1995年方針、購入政策の例外、および「ヘルスケアの妥当性、効果およびコスト・パフォーマンス」に関する1997年の方針^(ママ)のなかで示されている。クラーク氏は、被告局の方針は権限を逸脱しているという申立人側の主張を否定している。また、違法で恣意的な決定であるという批判および不合理であるという批判を否定している。

クラーク氏は、権限逸脱の点について、次のように主張した。限りあ

る資金をどのように配分するか、あるいは優先順位をどのように付けるかということは、まさに保健局の政策決定権能に基づくものである。クラーク氏は、ベイリーおよびベイリーの申立によるブリストル市参事会事件判決 (*Bristol City Council ex parte Bailey and Bailey* 27 HLR 307) を引用している。この事件は、家屋の修理に関する事件であり、わたし〔ヒデン裁判官〕自身が、かつて担当した事件である。わたしは、次のように述べた (320頁)。

「バリー氏は、次のように述べている。……参事会は、限りある資金をどのように配分するかについて優先順位を付ける方針を決定することができる。参事会も裁判所も、財政の現実を直視する必要がある。……本件において参事会の採用した方針は、個々の申請についてそのメリットを考慮し、方針の原則を越えた申請も可能である旨の裁量の余地を明確に留保したものである。……わたしは、バリー氏の主張が正当であると断言する。……参事会は方針を決定する権能を有し、提供しうる資金に限りがあるという現実から生じる困難な問題に対処しうるのである」。

権限の逸脱および恣意的な決定であるという点について、被告局は次のように主張した。保健局のような機関が、方針を定め、また方針の例外を明示することは妥当であり、かつ、合理的である。クラーク氏は、ブリティッシュ酸素株式会社対貿易審議会事件判決 (*British Oxygen Company Limited v. Board of Trade* [1971] AC 610 at 625 D) におけるライド (Reid) 裁判官の判決文から引用している。ライド卿は、次のように述べている。

「当局が行ってはならないことは、意見を聞くことを拒否することである。しかし、省および当局は、すでに類似の事件を処理したことがある場合には、その事例を規範として持ち出すことができる。そうすることができないという理由はない。当局は、常に意見を聞くことが必要である。もちろん、口頭による意見表明のみに関するものではない」 (See also *R v. Law Society ex parte Reigate Properties* [1993] WLR 1531)。

性同一性障害と医療保険

クラーク氏は、次のように主張した。これらの事例の要件を、被告局のヘルスケア資金の配分に関する方針に当てはめれば、被告局がこれらの要件を満たしていることは明らかである。

クラーク氏は、恣意的な決定であるという点について、ハンブル水産株式会社の上申による女王対農水産食料省事件判決 (*R v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food ex Parte Hamble Fisheries (Offshore) Limited* [1995] 2 AER 714 at 722A) を引用した。この事件において、セドレー (Sedley) 裁判官は、次のように述べている。

「公法には、相反する2つの命題がある。第1は、裁量権の行使のために方針が策定されている場合であっても、個々の事例の事情を考慮することを完全に排除してはならないということである。……第2は、公法上の裁量権は、恣意的であってはならず、また、その行使によって影響を受ける個人またはグループを不公平に取り扱ってはならないということである。……個別的な考慮と、一貫性の欠如との間の違いは、実際上目に見えないほどのものであっても、少なくとも理論上は存在しうる。」

また、同じ事件において、学識のあるこの裁判官は、次のように述べている。例外を含む方針の策定は、2つの命題の間の葛藤を解決するための妥当な手段である。このような方法によって、個々の事例を一貫して処理することができる。個々の事例は、方針に照らして判断されるべきであるが、方針から結論が自動的に出てくるものではない。

クラーク氏は、次のように主張した。被告局は、広範な方針を明示し、個々の事例については、その方針に照らして、個別的な事情を考慮している。

クラーク氏は、不合理であるという批判については、次のように主張した。医療上の必要性に依拠することは、資源の配分の問題である。あらゆる申請には、ある程度の医療上の必要性がある。そうでなければ、その申請に給付すべきか否かという保健局の問題とはならない。個々の事例における保健局の問題は、医療上の必要性が公的な支出を正当化す

るものであるかどうかについて判断することである。被告局は必要なすべての医療について対応することができないので、ある治療について支出することは、他の治療に対して支出しうる額を減少させることになる。このような状況において、妥当性、効果および優先性に基づく方針を策定することは、被告局にとって極めて合理的なことである。被告局のアプローチは、保健省の報告書（申立人らの申立書の4.9節において引用されている）において命じられていることと合致する。主として考慮するのは、妥当性と優先性であり、両者は、通常、一致する。公的な機関にとって資金を支出することが妥当であるのは、優先順位が高いからである。この文脈における「妥当性」は、資金不足を無視した場合の「妥当性」とは一致しない。

クラーク氏は、次のように主張した。申立人らは、資金の配分の問題を考慮せずに、申請の妥当性のみを主張している。医学的な証拠の多くは、争点ではない問題、つまり性同一性障害が医学的な症状であるのか否かという問題に関するものである。性同一性障害が医学的な症状であることは、クラーク氏も認めており、争いはない。申立人側の医学的な証人は、自己の専門分野に基づいて、理想社会における個々の事例の治療上の対応の観点のみに基づいて論じている。彼らは、治療方法が保障されるべきであると考えており、申請された治療について被告局が公的な補助を拒絶したことは違法であると論じている。申立人らの提出した医学的な証拠は、〔限りある〕資金の配分という問題を考慮しておらず、本件の核心的な問題を無視している。

クラーク氏は、個々の事例における決定に対する批判（これは、被告局の方針に関する申立人らの主張が認められなかった場合に備える選択的な主張である）に関しては、次のように主張した。個々の事例に関する決定は、資金の配分に関するものであり、Bの申立による事件判決を引用して主張した理由によって、〔裁判所が〕審理することはできない。

次に、クラーク氏は、被告局が性差別をしているという批判に対して、

性同一性障害と医療保険

反論した。被告局が市民へのサービスの提供の際に性を理由として差別しているという主張であれば、1975年の性差別法65条の規定に従って、地方裁判所に訴えなかったことは理解することができない。

クラーク氏は、次のように主張した。仮に、社会保障における平等原則に関する欧州経済共同体指令79年7号(Directive 79/7/EEC)が適用されるとすれば、差別に基づく主張が成功することがあるかもしれない。申立人らは、医療は社会保障であるという主張を補強するために、リチャードソンの申立による女王対保健省事件判決(*R v. Secretary of State for Health ex parte Richardson* [1996] ICR 471)に依拠している。しかし、このリチャードソン事件判決は、申立人らの主張を裏付けるものではない。この判決は、単に、処方箋の費用を例外とすることが指令の適用を受けるということを示したに過ぎない。申立人らは、本件における決定が指令の適用範囲内であると判示した英国の先例も、ヨーロッパ司法裁判所の先例も引用していない。ヨーロッパ司法裁判所に移送すべきであるという〔欧州共同体設立条約〕177条に基づく主張もしていない。

クラーク氏は、特に、次のように主張した。被告局が、申立人らのジェンダー、またはトランスセクシュアルであるという事情に基づいて差別したということを証明する証拠はない。被告局の決定は、申立人らがトランスセクシュアルであるという理由でなされたものではない。ただ、申立人らから申請された治療に資金を配分することは医学的に正当化することができないとしているだけである。

欧州人権保護条約に依拠する申立人らの主張に関して、クラーク氏は、次のように主張した。法が不明確である場合には、欧州人権保護条約はイギリス法の解釈について助けとなる(see *Ex parte Brind* [1991] 1 AC 696)。しかし、本件においては、法は明確であり、欧州人権保護条約上の権利は侵害されていない。欧州人権保護条約8条は、法律に基づき、かつ、民主的社会において必要である場合を除き、公権力が私生活に干

渉することを禁じている。

ヨーロッパ人権裁判所は、性別再指定を受けた人の出生証明書を変更しないことは〔欧州人権保護条約〕8条に違反していない、と繰り返し判示している (see *Cossey v. United Kingdom* [1990] 13 ECHR 622; *X; Y and Z v. United Kingdom* [1997] TLR 208; *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, European Court of Human Rights 30th July 1998)。

クラーク氏は、ヨーロッパ人権裁判所が最後の2つの事件において、次のように述べていることを指摘している。

「トランスセクシュアリズムは、複雑な科学的、法的、道徳的および社会的な問題を提起しており、締約国の間に共通する対処方法はない」。

また、同裁判所は、私生活の「尊重」という概念が、積極的な義務を負わせるものであるか否かについては留保をしている。

本件において、被告局は申立人らの私生活に干渉はしていない。〔欧州人権保護〕条約は、一般的に、申立人らに無料のヘルスケアを受ける権利を保障するものではない。特に性別再指定手術を無料で受ける権利を保障してはいない。仮に、申立人らにそのような権利があると仮定しても、資金に限りがある以上、ヘルスケアに優先順位を付ける権利が被告局にはある。

クラーク氏は、次のように主張した。被告局の決定は「非人道的若しくは品位を傷つける」ものであって、〔欧州人権保護〕条約3条に違反しているという〔申立人らの〕主張は、〔被告の〕決定を拷問などと同視するものであり、支持し得るものではない。3条は、医療について公的な補助を受ける権利を認めたものではない。

最後に、差別について、条約は、いかなる差別からも保護される権利を認めてはいない。条約で保護される具体的な権利については差別を受けないと規定しているだけである。本件においては性差別はない。クラーク氏は、このように述べた。

性差別に関する欧州人権保護条約、〔欧州共同体〕指令およびヨーロ

性同一性障害と医療保険

ッパ司法裁判所の判決については、わたしはクラーク氏と見解を同じくする旨をここで表明しておくのが適切であろう。これらの点について、クラーク氏の主張は正当であり、わたしは、申立人らの主張について、これ以上検討しないことにする。これらの点については、被告局の主張によって否定されたと考える。

ブレイク氏は、次のように反論した。当裁判所は、Child B 事件において、資金をどのように配分すべきかについて裁判所の見解を押しつけることはできない、と述べている。しかし、当裁判所は、当局が問題を注意深く検討したか否か、また関係する全ての事情を適切に考慮したか否か、について判断することができないと述べているのではない。当局の決定に至る過程に対する監視こそ、裁判所の職責である。

ブレイク氏は、次のように主張した。申立人らは、疾病を治すために、治療が必要であるという医療上の必要性について十分に証明しており、合併症がなければ給付をしないという方針を排斥するに十分である。必要がある場合にはすべての治療を受ける権利があるとか、必要性があるにもかかわらず、ある治療を排除する方針を採用することはできない、と主張しているのではない。他の支出とのバランスを取る必要があるとしても、G I D に苦悩する者はいかなる場合にも治療を受けることはできない、というのでは不当である。

専門家が、治療が必要であると判断しているにもかかわらず、国民保健サービスを受ける可能性が完全に否定されている。症状を軽減する必要がない場合には、性別再指定治療を勧められることはない。精神科医は、被告局が給付する代替的な治療のうちには、効果的な治療方法はない、と述べている。被告局は、広範な裁量権を有しており、類似の事例において平等な取扱いをするという制定法の目的を達成するために、合法的な指針を適用することができる。しかし、被告局は、過度に制限的な方針を採用することはできない。また、被告局は、次のことを行うことができない。①制定法の購入方針と調和しないこと。②個々の事例を適

切に考慮しないこと。指針は合法的なものでなければならず、また制定法に合致するものでなければならない。

ブレイク氏は、次のように主張した。本件の方針は、すでに主張したように、上に述べた基準に合致していない。ある治療に効果があり、それを必要としているにもかかわらず、疾病に罹っている者にそれを提供することを完全に否定している。最後に、方針は制限的なものであり、制定法の目的と調和していない。治療が必要であるという専門家の判断を排除すれば、重大な医療上の必要性ということを理解することはできない。合併症が顕れるまでは給付をしないとしていることは、馬鹿げている。重大な精神的な病態を要求することは、結果として、治療しないことと同義であり、馬鹿げている。實際上、トランスセクシュアルの手術を排除するものである。

本件の申立に関するわたし〔ヒデン裁判官〕の見解を述べるべき時が来た。Bの申立による女王対ケンブリッジ保健局事件判決（*R v. Cambridge Health Authority ex parte B*）を想起することから始めよう。この判決は、最大多数の患者の最大の福祉を達成するために限りある資金をいかに配分するかということは、保健局の職責であって、裁判所の職責ではないとしている。しかし、方針を策定する場合、あるいは個々の事例にその方針を適用する場合には、当局は、問題の治療に関する医療上の必要性を考慮しなければならない。財政上の理由で厳しく制限された資金を、裁判所が配分しようとするのでない。しかし、保健局は、問題を正しく検討しなければならない。妥当な結論に達する前に、正しい問題を提起しなければならない。当局は、トランスセクシュアリズムという困難な問題に立ち向かわなければならなかった。その上で、性別再指定手術を「購入しない」という決定を下した。確かに、重大な医療上の必要性がある場合には留保をしている。しかし、それを定義することも、例を上げることもできていない。したがって、この留保は、当局の裁量に何かを付け加えるものではない。結果として、カウンセリング

性同一性障害と医療保険

については給付をし、ホルモン療法あるいは手術には結論として給付をしていない。

ブレイク氏が申立人らのために展開した主張は、ヨーロッパ法の問題に関する部分を除き、満足すべきものであり、正当であるという結論に達した。ブレイク氏の主張は、クラーク氏を主張を圧倒した、と判断する。

申立人らが批判している被告局の決定は違法であり、不合理であると判断する。被告局の決定は、関連する事実を考慮していない。何が適切な治療であるのか、G I Dすなわちトランスセクシュアリズムはいかなる障害であるのか、ということについて考慮していない。方針それ自体が違法である。なぜなら、被告局は、裁量権を濫用して、疾病の予防措置を講じ、あるいは疾病に苦しむ者に医療を提供するという自己の職責に違反しているからである。

第2章 北西ランカシャー保健局対A他事件

控訴院1999年7月29日判決

(LexisNexis で入手したが、出典が記されていない)

第1節 オールド (Auld) 裁判官の意見

本件は、北西ランカシャー保健局が、1998年12月21日のヒデン裁判官の判決に対して控訴した事件である。この原審判決は、A、DおよびGに対して性別再指定手術〔の費用負担〕を拒絶した決定を破棄し、この決定の基礎になった方針を無効とした。

A、DおよびGは、「性同一性障害」、すなわち、一般には「トランスセクシュアリズム」として知られている疾病に苦悩している。各人は男性の身体的な特徴を持って生まれたにもかかわらず、精神的には女性としての性的なアイデンティティーを持っている。各人は、女性として数

年間暮らしている。申立の当時、AおよびGは、すでに専門医から、男性の特徴を女性の特徴に置き換える手術が必要であるという診断を得ていた。この手術は、「性別再指定手術」として知られている。申立の当時、Dは、手術の適合性に関する診断を待っていた。彼女達は、当局が国民保健サービスによって治療費を負担することを拒絶したことを不服として、本件訴訟を提起した。拒絶の理由は、「重大な医療上の必要」つまり例外的な事情がなければならぬ、というものであった。彼女達は、自分達は病気であり、その治療のための費用の給付を当局が拒絶したことは不合理である、と主張した。当局側は、その方針および拒絶を正当化し、管轄地域内のすべての人々に治療を提供すべき義務があり、財政的な基盤に制約があり、幾つかの医学的な症状については、他の症状よりも優先順位を下げたのである、と主張した。そして、トランスセクシュアリズムの優先順位を下げたことは正当である、と主張した。

当局の方針について検討し、その管轄地域内のすべての人々に医療を提供すべき制定法上の義務について検討する前に、この種の治療を求め人に対する治療体制について述べておこう。それは、被控訴人らが〔原審裁判所の〕ヒデン裁判官に提出した証拠によって明らかであり、トランスセクシュアルの治療に関する指導的な立場の専門家達の間で争いがない。わが国で、この種の治療を行っているのは、ロンドンのチェアリング・クロス病院のジェンダー・アイデンティティー・クリニックだけである〔「だけ」という部分は不正確である——大島注〕。トランスセクシュアリズムに苦悩している国中の患者は、診断および適切な治療を受けるために、このクリニックに送られている。治療を受けたいと望む者がまず受けるのは、専門家によるカウンセリングである。そして、治療に適合するか否かについて評価を受ける。適合すると判定された場合には、ホルモン療法と精神科医の「モニタリング」が続く。そして、女性として生活し、働くことになる（リアルライフ・テスト）。そして、適合する場合には、最後に手術を受ける。それまでに、2年以上の期間

性同一性障害と医療保険

を要する。

本件の保健当局は、これに類する施設や専門家を持たない。管轄地域内の患者にこのような治療を供給すべき義務があると認めるならば、チェアリング・クロス病院に「域外移送」をするしかない。この病院は、当局がその手術費用を負担する旨を表明した場合にしか、治療を行わない。1995年において、手術費用は8,000ポンド以上である。トランスセクシュアリズムは稀な症状であり、チェアリング・クロス病院がカウンセリング、ホルモン療法およびモニタリングのために受け入れた患者の数は多くない。

1995年に、控訴人である当局は、ブラックプール保健局を吸収した。ブラックプール保健局は、それまで、性別再指定手術の費用を給付していた。この地域の精神科医は、この手術が必要であると勧告していた。そして、1993年/94年には、13人の患者がチェアリング・クロス病院に送られた。ところが、当局は、1995年に、新しく、非常に制限的な方針を決定し、それ以降、患者を移送していない。

当局の制定法上の義務

1977年の国民保健サービス法の1条1項は、大臣に次のような義務を課している。

「下記の事項について、イングランドおよびウェールズにおける包括的な保健サービスを促進し続けることは、国務大臣の職責である。

- a) これら両地域における国民の身体的・精神的な健康。
- b) 疾病の予防、診断および治療。その目的のために、本法に従って有効な措置を実施すること。」

また、同法3条1項は、国務大臣に次のような義務を課している。

「下記の事項について、合理的な請求に必要と判断する範囲で応じること。

- e) 疾病の予防、疾病に苦しんでいる者の治療、および疾病に苦しん

だ者のアフターケアのための措置のうち、保健サービスの対象とするのが適切であると判断する事項。

f) 疾病の診断および治療に必要なその他のサービス。」

これらの規定が重要であることについて、当裁判所は、クグランの申立による女王対北東デヴォン保健局事件判決 (*R v. North & East Devon Health Authority, ex p. Coughlan* 16th July 1999 (unreported), at page 8 of the transcript) において次のように述べている。第1に、1条1項は、大臣に対して、包括的な保健サービスを提供すべき義務を課してはいない。そのようなサービスを「促進し続ける」べき義務を課しているだけである。第2および第3に、第3条は「合理的な請求に必要と判断する範囲で」サービスを提供すべき義務に制限を課している。e)号は、保健サービスの対象として適切なものに限定している。

1977年法の13条は、大臣は地方保健局に対して命令を発することができるとし、当局はその命令に従うべき旨を規定している。国務大臣は、1999年国民保健サービス令（保健当局の機能および管理）によって、控訴人当局および他の保健局に対して、1条および3条の規定する機能を果たす場合に、次のような義務を課している。

「疾病の診断および治療のために必要なサービスについては、合理的な請求に必要と判断する範囲で」〔給付すべき義務を課している〕。

法律の128条は、「疾病」の定義をしており、「1983年精神衛生法の意味における精神障害……および治療・看護を必要とする障害」を含ませている。本件の申請においては、トランスセクシュアリズムは法律1条および3条の目的に関して、精神障害の症状という意味での疾病であると主張されている。

わたしは、1977年法によって課されている制定法上の義務について述べた。それによれば、合理的な範囲で、どのようなサービスを給付すべきであるかについて判断するのは当局の任務である。クグラン事件において、裁判所は、国務大臣の義務に関して9頁において次のように述べ

ている。

〔25 第1条は、当局に対して、包括的なサービスを行うように留意すべきである、としている。しかし、この任務について留意する限り、サービスが包括的でないということだけでは、第1条または第3条の規定に違反しているということの意味しない。当局は、包括的な無料の保健サービスを促進し続けるべき義務を負っているが、人的、財政的、あるいはその他の理由によって、包括的な保健サービスを提供することができない場合が、それに該当する。最近の事態においては、医療の進展および公衆の期待の増大により、国民保健サービスの資金は予見しうる将来において、すべての申請に応じるには不十分な状態が続くであろう〕。

〔26 国務大臣は、提供しうる資金を考慮することができる。ヒンクスの申立による女王対社会保障省事件判決 (*R v. Secretary of State for Social Services and Ors ex parte Hincks* [1980] 1 BMLR 93) において、控訴院は、保健法典の3条1項が特定のサービスを給付すべき絶対的な義務を課していないことを認めている。国務大臣は、現在の財政政策の下で得ることができる資金について考慮することができる〕。

当局の方針

1995年に、当局は、医学的に効果ない、あるいは効果が少ないと判断する医療について公的な給付をすることについて、優先順位を低くするという方針を採用した。「効果のない、または効果の証明されていない医療」と題する1.1節において、……「効果のないヘルスケア」ではなく、「より効果のあるヘルスケアを提供し、効果的に健康を増進し」、「購入するケアについて制限をする。そして、重大な医療上の必要がある場合にのみ購入する」としている。また、「背景」と題する2節において、「効果的な」ヘルスケアとして一般に認められているものについて述べている……。

〔2.1 ……医師達は、僅かな健康の増進にしか関係しない医療を広

範囲に実施してきた。』

「2.2 国民保健サービスの範囲内で一般に行われている医療の中には、効果がないと判断せざるを得ないものもある。それゆえ、国民保健サービスの管理者は、地方保健局に対して、効果の証明されていない治療をやめて、より効果的な治療を優先するように求めている。」

2節は、資金が制限されているにもかかわらず、競合する申請があることについて論及している。医師達は医学的な判断をすることができるが、当局は、「医学的な判断よりも社会的な」判断をする道を残している。

当局は、4.1節において、優先順位の低い10パーセントの治療を列挙している。そして、これらについては、「重大な医療上の必要がある場合を除いて」、給付しないとしている。そして、性別再指定手術の他に、美容整形、パイプカットの修復手術、近視の矯正手術、国民保健サービスの枠外で行われたすべての代替的な医療、およびホルモン療法を、これに含めている。「ただし、治療の効果が科学的に証明されており、医学界の多数が認めている場合を除く」。さらに、性別再指定手術の場合には、4.3節において、地域内および地域外で提供されたものを区別している。そして、「地域外における性別再指定（手術療法および（または）カウンセリング）は購入しない」。

当局は、1998年に、「経験と保健サービスの発展を考慮して」、1995年の方針を改訂した。そして、「効果的であること (effectiveness)」の他に、治療の「妥当性 (appropriateness)」を強調している。「ヘルスケアの妥当性、効果およびコスト・パフォーマンス」と題して、次のように規定している。

「2.1 身体に対する侵襲は、常に疾病と関係しているわけではなく、時には、現在実現されていない理想の身体のイメージあるいは身体機能を達成するためにも行われることがある。そして、この願望を医学的な用語で記述するという事実によって事態が複雑になる。しかし、健康上

性同一性障害と医療保険

の完全な福祉が欠落していること自体が問題であるということを描きなければならない。合理的な保健当局は、給付をする侵襲の限界を画したいと欲する。そうすることによって、資金を適切に使用することができる。」

さらに、2.2節は、ヘルスケアを4つのカテゴリーに分けている。その1つは、科学的な研究によってテストされていないものである。そのため、侵襲に効果があるのか、効果がないのか、有害であるのかがわからないものである。当局は、ヒデン裁判官に提出した証拠において、性別再指定手術をこのカテゴリーに分類している。当局は、このカテゴリーについて次のように規定している。「この治療は、注意深い評価によって」その「効果」を確認した場合にのみ、給付する。そして、さらに、次のような制限をしている。

「2.3 あるサービスに効果があって、かつ、妥当であるというだけでは、国民保健サービスの資金を使用すべきことを意味しない。それが、わずかな健康上の改善しかもたらさない場合があるからである。あるいは、ごく少数の人間にしか利益をもたらさない場合があるからである。資金を無制限に使用すれば、他の患者に対して適切に使用すべき資金を浪費してしまうことになる。このような状況においては、サービスは、最大の利益を実現することを期待することができる患者のために提供すべきものである。多数の優先すべき者のために使用すべき資金を過度に消費しないようにしなければならない。つまり、資金は効果的に使用すべきなのである」。

3節は、「購入しないヘルスケア、購入に制限のあるヘルスケア」と題して、性別再指定手術を挙げている。静脈瘤の手術、様々な美容のための形成手術、入れ墨の除去、皺の除去、パイプカットの修復などがこれに含まれる。3.11節は、性別再指定手術に対する特別の制限を規定している。そして、実質上、性別再指定手術をほぼ完全に排除している。

「他のジェンダーの役割を果たしたいと望む者は、……一般に精神科

医にアクセスする。そして、精神科のサービスは給付の対象である。しかし、地域外では給付をすることができない。保健局は、患者に他の性の身体的な特徴を与えるための薬物療法および手術療法の給付をしない」。

「性同一性障害という診断があるということは、ある人物が他の性別の役割を果たすことに成功していることの証拠である。……しかし、その人物が手術に適合するという医学的なアドバイスだけでは、重大な医療上の必要があること、つまり例外事由があるとは考えない……」。

前者は、ほとんど全面的な禁止であり、後者はそれに対する例外を規定している。そして、5.1節は、「例外」と題し、当局の意図する制限を強調している。

「保健局長は、重大な医療上の必要がある場合には、例外を設けることができる。このような例外は、極めて稀である。方針を策定した時点では予想できなかったような事情に基づくものである。したがって、前もって定義することができない。しかし、以下の場合に、例外的に給付をする。1) 深刻な精神病の原因になるという証拠がある場合において、例外的に給付をすれば、それが十分に改善されることを期待することができる（これは、治療を受けたことから生じる鬱と区別しなければならない。これは、例外とみなすことはできない。）」

重大な医療上の必要性に関するこの唯一の説明によれば、例外として認められるのは、治療によって改善されることが期待される深刻な精神病でなければならない、ということになる。

当局は、この種のタイプのヘルスケアについて例外的に給付する制度を設けているが、制限されている。それは、1997年に採用された方針に記載されている。そして、一般に、当該患者の「特別の治療を正当化する事情および方針の例外に該当するという情報を提供する」責任を、医療従事者側に負わせている。そして、個々の事例について決定する権限を保健局長に与えている。患者または「関係する医療従事者」が局長の決定に不服を持つ場合には、局長、管理官、非管理官および一般医から

性同一性障害と医療保険

構成される委員会を構成し、そこに問題を送ることになる。この委員会は、事例について審理し、「すべての必要な情報を考慮して、結論を下す」。

当局の決定

3人の被控訴人らの申請は1996年および1997年に却下された。性別再指定のために、チェアリング・クロス・クリニックに移送する費用の申請は却下されたのである。個々の事例に1995年の方針に適用して、このように判断されたのである。そして、性同一性障害の治療に適合するという精神科医の意見、国民保健サービスによってそれが得られないことによる患者本人の落胆は無視された。そして、Aの事例においては、その結果、ストレスから癲癇が起きている。1998年初めに委員会が開かれ、1997年の方針に従って被控訴人らの「不服申立」について審理している。そして、これらすべての事例について、類似した文言で、申請を却下すべきことを答申した。当局に対する報告書は、委員会が、1995年および1998年の方針、事情の概要、被控訴人ら、一般医・精神科医および事務弁護士らが提供した情報について検討したことを示している。しかし、委員会の記録は、治療の費用および当局の方針の妥当性については検討していない旨を示している。これらの事例における結論は、次のとおりである。1) 例外的な事情はない（Aの事例では、癲癇の主張には医学的な証拠がない。当局の医学アドバイザーは、トランスセクシュアリズムが癲癇の原因となることはないと主張している）。2) したがって、性別再指定に関する給付の拒絶という原則に対する例外を認めるべき事情はない。当局は、個々の事例において、委員会の答申に基づいて、当該治療に対する給付を拒絶した。

証 拠

当局は、ヒデン裁判官〔原審の裁判官——大島注〕に対して証拠を提

出した。当局の方針および被控訴人らの事例に対する方針の適用を支持するために、アンソニー・サデル（Anthony Sudell）博士の宣誓供述書を提出した。同博士は、当局の公衆衛生のコンサルタントである（1998年の方針の起草者でもある）。さらに、保健局長であるクリトファー・ハリソン（Christopher Harrison）博士の宣誓供述書を提出した。

サデル博士は、次のように述べている。当局の資金には限りがあるにもかかわらず、多くの申請がなされている。そこで、当局は、地域内のすべての人にサービスを提供すべきであるという制定法上の職責を果たすために、資金の最善の使用をしなければならない。当局は、患者全体の利益と個々の患者の利益の双方を考慮しなければならない。そのために、可能な限り、資金を節約しなければならない。当局は、効果の証明された治療のすべてに給付をすることができず、困難な決定をしなければならない。ある治療を完全には排除しない。例外的な場合における治療の申請は、治療費用に基づかずに、医療上の利益に基づき、個別的に判断しなければならない。そして、同博士は、被控訴人の個々の事例を個別的に検討したことを強調している。1998年の方針において、性別再指定は他の治療とともに、「妥当性の点で優先しない」ものとして、原則として給付しない治療に含まれている。後に、同博士は、その「効果」について留保している。

「妥当性」に関しては、当局の方針およびサデル博士の草案は、この治療が効果的であっても、原則的には給付をしないとしている。つまり、サデル博士は、性別再指定に関する重大な医療上の必要性という例外的な事情を証明しなければならないものとしているのである。

「31 サービスが必要な重大な医療上の必要性ということを想像することは困難な場合があろう。以下に示す理由により、性別再指定がその1つである。しかし、個々の場合にその利益を考慮することを排除するものではない」。

3人の被控訴人による性別再指定の申請だけが、当局の方針の例外と

性同一性障害と医療保険

して給付を申請したものであり、サデル博士は、何が例外なのかを示そうとした。同博士は、「深刻な精神的な状態」とした。それは、患者が現実との関係を失っている精神病ではなく、また「疾病」と言いえるような深刻な鬱病であることを意味するものではない。また「落胆に基づく鬱病」を排除した。後に、被控訴人の個々の事例を取り扱い、1998年方針の5.1節の i) に基づいて、「深刻な精神病」としたのである。「したがって、……当局は、『性同一性障害』は深刻な精神的な病態とみなさない」。そして、第2の宣誓供述書では「障害」としている。

本件訴訟においては当局がトランスセクシュアリズムを疾病であるとして認めていることは明らかであるが、サデル博士によれば、それは深刻な疾病ではなく、方針の例外に該当しないとしたのである。わたし〔オールド裁判官〕は、当局が疾病であるとして認めていることは「明らかである」と述べた。しかし、1995年の方針においても、1998年の方針においても、トランスセクシュアリズムは、入れ墨の除去、皺の除去、毛髪の移植、パイプカットの修復などと同じに分類されている。そして、サデル博士は、第1の宣誓供述書の次の部分において、この症状の医学的な性質について次のような懐疑を表明している。

「42 当局の見解（1998年方針の2節）によれば、『身体に対する侵襲は、常に疾病と関係しているわけではない。時には、現在達成されていない理想の身体のイメージあるいは身体能力を達成するために行われることがある。そして、この願望を医学的な用語で記述するという事実によって事態が複雑になる。』」

「43 その結果、医療従事者のあるグループが病気として認めていても、……当局は必ずしもそれを疾病として認める必要はない。」

「44 上記の当局の見解は、性同一性障害に適用される。したがって、性同一性障害の治療は、当局が給付をすべき妥当なものではない。しかしながら、鬱（ジェンダー・アイデンティティーに関する困難から生じる）が深刻である場合には、その治療に給付をすべきである。契約の範

囲内でそのような個々の事例に給付をするであろう」。つまり、一定の制限の下で、それを疾病として受け入れているのである。

サデル博士の第2の立場は、トランスセクシュアリズムは治療することが妥当な症状であると認めつつも、それによる治療（手術を含め）には給付をしないというものである。なぜなら、手術の効果が次の2点で不確実であるからである。第1点は、1998年方針の5.1節 i) の規定する例外に関して、「当局は、精神的な状況が十分に改善されるということの証拠を要求する」。そして、性別再指定手術は、他の多くの疾病の場合とは異なり、健全な器官を破壊するものである、と指摘している。そして、正しい方向は、「生物学的な性別を受け入れるように患者を導くことである」と述べている。第2点は、MTFトランスセクシュアルの性別再指定手術の成功率が88パーセントであるという数字を示している医学文献の正確性に対する疑問である。そして、手術を受けた患者と受けていない患者の状態を比較する研究がないことを指摘している。同博士は、これらの医学的な文献の執筆者にバイアスが掛かっている可能性を示唆している。そして、手術の長期的な効果に関しては文献がないという立場を維持している。

これらの事項に関するサデル博士の留保は、被控訴人側の指導的な立場の専門家の宣誓供述書や文献によって攻撃されている。オランダのルドヴィクス・ゴーレン (Ludovicus Gooren) 博士、ヒリンドン病院のラッセル・ライド (Russell Reid) 教授、チェアリング・クロス病院のリチャード・グリーン (Richard Green) 教授および多くの精神科医がそうである。第1に、性別再指定手術を単に健全な器官を除去するものと見ることを批判し、当局の見方は表面的であり、トランスセクシュアルは疾病であり、器官を切除しなければ、疾病状態のままである。第2に、トランスセクシュアルを生物学的な性と調和させようとする試みは、「リアルライフ・テスト」から満足すべき結果を得ている患者にとって、不適切であり、効果がない。そのような状況の下では、専門的には無視

性同一性障害と医療保険

すべきものである。彼らは、ホルモン療法および手術療法は、妥当かつ効果のある治療方法であると認めている。

サデル博士は、最後に、優先順位の問題について述べている。多くの申請の中で、限りある資金をどのように配分するかという困難な決定を当局はしなければならない、と述べている。それゆえに、給付の優先性の問題について決定しなければならないのである。同博士は、第2の宣誓供述書において、広く公衆に給付をすべきであるという当局の義務に関して、述べている。同博士は、1995年方針および1998年方針によれば、「性別再指定手術は、当局によって、低い優先順位を与えられている」と述べている。

ハリソン博士は、次のように述べている。当局は生命の危険のある他の深刻な疾病について給付をしなければならない。例えば、心臓病、癌、透析の必要な腎臓病、HIVつまりエイズ、関節炎などである。そして、このような明らかに緊急を要する治療と、性別再指定治療や、インポテンツのためのバイアグラの処方とを比較している。その宣誓供述書の終わり近くで次のように述べている。

「9 他の疾病に苦しんでいる人々と同様に、申請者達に対する同情を禁じえないが、当局は、どのサービスを優先すべきかという判断をしなければならない。優先性の低い治療には給付をすることができない。当局は、どのような場合を例外的と判断するかという権限をわたしに与えている。当局がその方針において明確に述べている枠組みに従って、その判断をした」。

ヒデン裁判官の判決

ヒデン裁判官は、トランスセクシュアルは疾病であり、当局は地域内の「包括的な保健サービスを促進し続ける」べき義務を負うと規定する1997年法1条の規定に基づき、それに対する給付をすべき義務を負っていると判示した。両当事者の代理人の主張について慎重に検討した後、

Bの申立による女王対ケンブリッジ保健局事件 (*R v. Cambridge Health Authority ex parte B* [1995] 1 WLR at 898 at 906D-H) におけるトーマス・ピングム (Thomas Bingam) 卿の判決を引用し、限りある資金を多数の患者達にいかにか配分するかは、保健当局の職責であって、裁判所の職責ではないとした。しかし、次のように述べて申請者達の主張を認めた。

「……方針を策定する場合、あるいは個々の事例にその方針を適用する場合には、当局は、問題の治療に関する医療上の必要性を考慮しなければならない。財政上の理由で厳しく制限された資金を、裁判所が配分しようとするのでない。しかし、保健局は、問題を正しく検討しなければならない。妥当な結論に達する前に、正しい問題を提起しなければならない。当局は、トランスセクシュアリズムという困難な問題に立ち向かわなければならなかった。その上で、性別再指定手術を『購入しない』という決定を下した。確かに、重大な医療上の必要性がある場合には留保をしている。しかし、それを定義することも、例を上げることもしていない。したがって、この留保は、当局の裁量に何かを付け加えるものではない。結論として、カウンセリングには給付をし、ホルモン療法あるいは手術には結果として給付をしていない。」

「申立人らが批判している被告局の決定は違法であり、不合理であると判断する。被告局の決定は、関連する事実を考慮していない。何が適切な治療であるのか、G I Dすなわちトランスセクシュアリズムはいかなる障害であるのか、ということについて考慮していない。方針それ自体が違法である。なぜなら、被告局は、裁量権を濫用して、疾病の予防の措置を講じ、あるいは疾病に苦しむ者に治療を提供するという自己の職責に違反しているからである。」ヒデン裁判官は、単純明快に、当局の決定および方針を無効とした。

争点と証拠

性同一性障害と医療保険

ヒデン裁判官が述べているように、出発点は、保健当局は、限りある資金をどのように配分すべきかについて裁量権を持っている、ということである。ケンブリッジ保健局事件判決（906D-H）において、トーマス・ビンガム卿は、次のように述べている。

「あらゆる保健当局は常に困難な決定をしなければならない状態に追い込まれていることは周知の事実である。当局は、すべての看護サービスを提供することはできない。すべての治療を提供することもできない。すべての高額な医療機械を購入することもできない。すべての研究を行うこともできない。希望するだけの病院や専門機関を設立することもできない。最大多数の患者の最大の福祉を達成するために限りある資金をいかに配分するかという困難かつ悩ましい決断をしなければならない。それは、裁判所のなしうることではない。」

このような一般的な考察は、わたしがすでに引用したクグラン事件判決においても明らかである。

当局側の代理人であるデイヴィッド・パニック（David Pannick）弁護士は、このような一般的な考察を前面に押し出している。同弁護士は、当局の資金に限りがあり、そして、申請が多数あり、そこで、優先順位を決め、個々の事例ごとにそれを適用し、決定するという困難な問題がある、と主張している。同氏は、性別再指定治療に低い優先順位を与える権限を当局は有している、と主張している。給付をする疾病の重要性（「妥当性」）およびホルモン療法・手術療法の効果に関する不確実性を主張している。当局がトランスセクシュアリズムを疾病として認めても、資金に限りがあり、その優先順位を低くすることは合理的であると主張している。

また、同氏は、次のように主張した。当局の方針は、個々の事例を考慮して、例外的な場合には給付することを認めている。そして、どのような場合が例外的かについては述べることなく、被控訴人らの個々の事例に関して考察することは合理的である。そして、キノック株式会社

の申立による女王対ロンドン港湾局事件判決 (*Rex v. Port of London Authority, ex p. Kynoch Ltd.* [1919] 1 KB 176, CA, at 184) におけるバンクス (Bankes) 裁判官の考察, およびブリティッシュ酸素株式会社対貿易審議会事件判決 (*British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade* [1971] AC 610, at 625D-E) におけるライド (Reid) 卿の判決を引用している。サデル博士およびハリソン博士の宣誓供述書, ヒデン裁判官に提出された証拠を引用して, 個々の事例について考察し, 方針の例外に該当するか否かについて当局が考察したことは明白である。

被控訴人側の代理人であるニコラス・ブレイク (Nicholas Blake) 弁護士は, 当局の方針は不合理であり, その裁量権を違法に行使している, と主張した。難解な法律用語を除けば, 同氏の主張は次のとおりである。当局は, その方針を策定するに当たり, トランスセクシュアリズムの性質を正当に理解していない。そして, 当局は, 1977年法の1条および3条の規定によって, 国務大臣から認められた権限を行使するに際して, 1条の規定する目的を実行しなければならない。その目的とは, イングランドおよびウェールズにおいて, 疾病の予防, 診断および治療に関して包括的なサービスを促進し続けなければならない, ということである。同氏は, 各保健局が, 種々の疾病に優先順位を付ける権限を有することを認めている。しかし, 同氏は, 方針は柔軟なものでなければならず, 治療の必要性がある個々の場合に, ある治療を「完全に」排除するようのものであってはならないと主張している。そうでなければ, ある患者は, 優先順位によって, 治療を受けられるか否かを判断されることになり, 1977年法に違反することになる, と主張している。

ブレイク氏は, 次のように主張した。限りある資金を「配分する」優先順位を決定する際の出発点は, 患者の必要性和提供可能な治療の効果に関する理解でなければならない。当局の方針およびヒデン裁判官に提出した証拠は, トランスセクシュアリズムの性質, その治療可能性またはそれを治療しない場合の結果について, 当局が理解していないことを

示している。

ブレイク氏は、治療の妥当性について、次のように主張した。当局は、医学界の一致した見解を採用していないので、優先順位に関する妥当な判断をすることができない。その理解が欠けているので、トランスセクシュアリズムが精神的な障害であることを無視して、美容整形や疾病でない単なるライフスタイルの選択と同等の低い優先順位しか与えていない。1995年の方針および1998年の方針において、重大な医療上の必要がある場合を除いて、地域外での購入をしないとしていることは不合理である。

ブレイク氏は、治療の効果に関して、トランスセクシュアルに対する精神的療法はホルモン療法および（または）手術よりも有効であるというサテル博士の述べている当局の立場を批判している。このようなアプローチは不合理であり、医学界の広範なコンセンサスおよび文献（ヒデン裁判官に対して膨大な文献が提出されている）は反対のことを示している。唯一の効果的な方法は、個々の事例に応じて、精神的な診断とモニタリング、リアルライフ・テスト、ホルモン療法および手術である。このことは広く認められている医学的な見解であり、かつ、わが国の裁判所においても認められている（see e.g. *Corbett v Corbett* [1970] 2 All ER, per Ormrod J at 42C-43A）。そして、多くのヨーロッパ人権裁判所の判決においても認められている（see e.g. *Cossey v. UK* [1991] 13 EHRR 622）。また、同氏は、1999年の性差別（性別再指定）法（Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulation）に関する教育雇用省の指針（1999/1102）をも引用している。これは、1999年2月に公表されたものであり、この治療の成功率を97パーセントとしている。したがって、本件は、ボラム対フライアーン・バーネット病院管理委員会事件判決（*Bolam v. Friern Barnet Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582）を引用して、紛争を解決すべき場合ではないのである（この事件においては、問題の治療について経験を有する2つの団

体が見解を異にしている)。サデル博士は、トランスセクシュアルの治療に関する専門家ではなく、この問題に関する医学界の見解を示していない。

また、ブレイク氏は、イングランドおよびウェールズにおける他の保健当局が制限的ではない方針を採用していることを引用して、控訴人当局の方針を批判している。サデル博士がヒデン裁判官に提出した証拠によれば、41の保健局のうち、少なくとも34の保健局は、手術を含む治療に対して給付をしている。13の保健局は、適切である場合には、個々の事例について考察することなく給付をしている。14の保健局は、個々の事例ごとに考慮し、あるいは地域外給付の場合には、考慮している。低い優先順位を与えているが、ほとんどの事例においては、適切な治療の給付をしている。7つの保健局は、年間に給付する最大事例数を制限している。7つの保健局は、控訴人保健局と類似した方針を採用している。

一般原則

ケンブリッジ保健局事件およびクグラン事件において示されているように、地方保健局は、限りある資金を異なる治療に給付するに当たって、残念ではあるが、優先順位を決めている。個々の保健局は、独自の優先順位を決定するに際して、生命に危険のある疾病を優先し、医学的な侵襲の必要性が低いものには、低い優先順位を与えている。優先順位は個々の保健局が判断すべきことである。法律上の義務を履行する上で、担当地域内における申請に対して合理的な要件を定めることは当然である。そのために、方針を策定するのである。個々の方針を策定するに際して、トランスセクシュアリズムの治療については、例えば、癌、心臓病、腎臓病などよりも低い優先順位を与えている。当局は、トランスセクシュアリズムの個々の事例ごとに、治療の必要性および妥当性を判断する基準を合理的に定めるべきである。

当局が「例外的な場合」に例外的な取り扱いをすることは、例外的な

性同一性障害と医療保険

場合について規定していなくても、妥当なことである (see *In re Findlay* [1985] 1 AC 318, HL, per Lord Scarman at 335H-336F)。わたし〔オールド裁判官〕の見解によれば、トランスセクシュアリズムの治療について低い優先順位を与え、重大な医療上の必要がある例外的な場合を除き、その治療を拒絶するという方針は、不合理ではない。ただし、方針は、重大な医療上の必要性がある場合について、適切な規定をし、個々の事例の利益を考慮するための要件を定めておくべきである。

異なる疾病に苦しむ患者の必要性を比較して優先順位を決定する場合、および治療の申請の優劣を決定する場合には、当局は、①各疾病の性質、深刻さを正確に評価すべきである。②種々の治療方法の効果について判断し、決定すべきである。③方針を個々の事例に適用する場合には、適切な評価を行うべきである。

結 論

上に述べたように、ヒデン裁判官に提出した証拠においても、本件控訴においても、当局は、トランスセクシュアリズムが疾病であることを認めている。しかし2つの方針においては、そのことが欠けている。実際、2つの方針を併せて考慮し、かつ、サデル博士の証言を考慮すると、当局は、実際にはそのことを信じていないということを強く示唆している。1995年の方針におけるトランスセクシュアリズムの位置づけにおいて、当局が、「保健上の利益、治療上の利益」が証明されていないとして、美容整形と同じように分類していることが、それを物語っている。1998年の方針においても同様であり、「ヘルスケアの妥当性、効果およびコスト・パフォーマンス」と題する2節の冒頭において、「身体に対する侵襲は常に疾病と関係しているわけではない」と述べている。そして、美容整形と同じ分類をし、「例外的な場合を除き、給付をしない」としている。当局の真実の態度について疑う者は、サデル博士の宣誓供述書の42節から44節を参照するがよい。サデル博士は、トランスセクシ

デュアリズムは疾病であり、精神療法以外の治療を要するという考え方に疑問を呈している。方針策定者の供述は、方針の真の性質を判断するための証拠である (cf. *R v. Westminster City Council, ex p. Ermakov* [1996] 2 All ER 302, CA. この事件においては、裁判所は、瑕疵のある決定から救済するという目的に関して、例外的な証拠としている)。

たしかに、このような懐疑にも、多少の医学的な証拠がある。しかし、ヒデン裁判官に提出された証拠のうち、圧倒的な見解によれば、トランスセクシュアリズムは、治療を要する疾病であると認められている。わたしには、この問題に関する医学的な論争に介入しようという意図はない。また、本件においては、当局がトランスセクシュアリズムを疾病として認めているのであるから、その必要はない。方針は、医学的な判断を正当に反映するものでなければならない。また、優先順位の決定に際しても同様である。

根本的な誤りは、トランスセクシュアリズムは治療を要する疾病であることを正当に評価していないことである。この誤りは、2つの方針が重大な医療上の必要がある場合に、例外的に給付するとしていることによっては、治癒されない。すでに述べたように、そのような規定は客観的でない。そして、例外的な事情を正当に規定しなければならない

(see: per Bankes LJ in *R v. Port of London Authority, ex p. Kynoch Ltd.*, at 184; per Lord Reid in *British Oxygen Co. v. Board of Trade*, at 624G-625A; and per Lord Scarman in *re Findlay*, at 335H-336F)。全国的に疾病として認められている症状を控訴人当局は低く評価しており、治療の申請者に重大な医療上の必要性の証明を要求することは、被控訴人らを非常に重大な危険に晒すものである。

1995年の方針は、どのような場合に重大な医療上の必要があるのか、あるいはその他どのような場合が例外的なのかについて規定していない。また、1998年の方針も同様である。ただし、5.1節は、トランスセクシュアリズムが稀なものであり、「この問題」が重大な疾病の原因となる

性同一性障害と医療保険

可能性を指摘している。患者の治療を要するという専門家の判断だけでは不十分であり、他の疾病が存在することが治療のための要件とされている。当局は、Aの事例においては、治療されないトランスセクシュアリズムによって癲癇が起きたことを暗示している。そして、このことが確認されれば、給付をする可能性を示唆している。しかし、当局は、トランスセクシュアリズムの効果的な治療としての性別再指定を受け入れることに躊躇している。したがって、「重大な医療上の必要」がある場合というのは、ブレイク氏が主張するように、實際上無意味ということになる。したがって、客観的には、当局は個々の事例を考察することを実際には排除するという方針を採用していることになる (cf. *R v. Secretary of State, ex p. Pfizer Ltd.* 26th May 1999 (unreported), per Collins J at page 10 the transcript of his Judgement)。したがって、サデル博士の第1宣誓供述書の31節に述べられている同博士の考察によれば、性別再指定について、医療上の例外的な必要がある場合というのは想像できないことになるという〔ブレイク氏の〕主張は理解することができる。

もちろん、わたしは、トランスセクシュアリズムに関して効果的な治療方法があるか否かという医学的な判断をすべきなのは当局であって、裁判所ではないことを承知している。このことは、上述のケンブリッジ保健局事件において、トーマス・ビンガム卿が述べているとおりである (905A-B)。

「……この種の事例の利益について判断すべきなのは、裁判所ではない。医学的な判断の効果についてわれわれが意見を表明するとすれば、われわれの制度がわれわれに与えた権限を大きく逸脱することになる。われわれは、ただ1つの任務を負っているだけである。それは、判断の合法性について判断することである。われわれは厳しく自制すべきである」。

しかし、地方保健局が、重大な医療上の必要がある場合を除き治療を

提供しないという方針を採用し、重大な医療上の必要があると医学的に判断されている患者に対して効果的な医療を提供しない場合には、方針は無意味なものとなる。このことは、サデル博士が言うように深刻な精神疾患としてのトランスセクシュアリズムについても適用すべきである。当局がトランスセクシュアリズムはホルモン療法あるいは手術によっては治療しえないと判断するならば、その治療について重大な医療上の必要がある場合というのは想定することができなくなる。

わたしの見解によれば、すべての被控訴人に対する拒絶理由が類似しており、当局は、フィンドレー事件においてスカーマン卿が受け入れ可能性を示唆しているように、方針を個々の事例に適用したのではない。コリモアーの申立による女王対ウォリックシャー地区参事会事件判決 (*R v. Warwickshire County Council, ex p. Collymore* [1995] ELR 217, at 224-226) において、J裁判官が「見せ掛けの規定」の過度に厳格な適用としているのと同様である。

「理論的には例外を認めるものであっても、実際には、個々の事例を適切に考慮しえないものになっている」。

この事件においては、方針自体は無効とされておらず、その適用だけが破棄されている。方針の適用の事例においては、J裁判官が言うように、方針それ自体を違法であるとする必要はなく、その適用を違法とすればよいのである。本件の方針それ自体は、ジョンズの申立による女王対ロンドン・ベクスリー区事件判決 (*R v. London Borough of Bexley, ex p. Jones* [1995] ELR 42) と同様に、違法であるということは明白ではない。なぜなら、例外に論及しているからである。しかし、その形式および適用において、レガット (Legatt) 裁判官が55頁で述べていることが妥当する。

「ある機関が、……制定法上認められた裁量権を個々の事例において行使するために、方針を策定し、合理的かつ一貫したアプローチをしようとすることは……正当である。しかし、方針が、例外を正当に認めて

性同一性障害と医療保険

いる場合にのみ、妥当する。わたしの判断によれば、被告は、実際には、個々の事例を正当に考慮することができない。そして、その名に値する例外的な手続を規定しているという証拠がない。個々の事例を個別的に真摯に考慮しようとする意欲を示すものが何もない。

わたしの見解によれば、当局はトランスセクシュアリズムを疾病として認めてはいるが、その方針には、次の2つの点で瑕疵がある。第1に、方針が実際にはトランスセクシュアリズムを疾病として認めておらず、治療の必要な症状とは考えていない。第2に、個々の事例における例外を規定する見せ掛けの規定は、そのような治療を信頼しておらず、治療に対する給付を拒絶するという機能を果たしている。

次に、パニック氏の選択的な主張について判断する。当局がトランスセクシュアリズムについて正当に考慮していないとしても、当局は、限りある資金を合法的に配分しており、被控訴人らの治療を例外として認めなかったことは正当である、という主張である。同氏は、当局が将来において方針を改正するとしても、異なる結果にはなりそうにない、と示唆している。そして、同氏は、裁判所はこのような決定に介入すべきではない、と主張している。同氏は、治療に関する給付を拒絶する理由として、ケンブリッジ保健局事件判決におけるトーマス・ギンガム卿の追加的な理由を引用している。「すべての関連する事実を見直しても、同じ結論になる」

また、パニック氏は、個々の被控訴人に治療の必要性があるとしても、「重大な医療上の必要性」を示さない限り、適切に策定された方針を適用し、治療を拒絶することは違法ではない、と主張した。しかし、わたしの見解によれば、当局は、被控訴人の個々の状況を考慮するという正しい出発点に立っていない。つまり、治療を要する症状であるという出発点に立っていないのである。ただし、裁判所が当局の任務を果たそうとすることは誤りである。このことは、優先順位の決定およびその優先順位に従って不十分な資金を配分することの両方について妥当する。そ

して、例外についても妥当する。

以上の理由により、わたしは、1995年の方針および1998年の方針は性別再指定治療に関する限りにおいて違法である、と判断する。そして、本件申請に関する当局の決定を破棄する。当局に対して、その方針を見直すべきことと、個々の当事者に関する決定を見直すべきことを命じる。当局は、トランスセクシュアリズムを疾病として認めるという点を重視して、方針を改正すべきである。また、治療の優先順位についても見直すべきである。この治療に対する給付を包括的に否定するのではなくして、有効性のある個々の例外について規定すべきである。

人権、ヨーロッパ法および差別

上のように判断したので、ブレイク氏が行った欧州人権保護条約に基づく選択的な主張、差別について判断する必要はない。しかし、同氏の主張に対して応えるために、簡単に述べて置こう。

欧州人権保護条約は、わが国の国内法とはされていない。妥当な場合には、ヨーロッパ人権裁判所の合理性の判断だけが関係する。ブレイク氏は、このストラスブールの裁判所の判例について詳細に引用しているが、それによれば、トランスセクシュアリズムは深刻な「人権問題を惹起する」ものであることが認められている。しかし、このような焦点の定まらない引用は、イングランドおよびウェールズにおいて欧州人権保護条約が国内法になる前にも、なった後にも、当裁判所にとって助けとはならない。関係する国内法の原則や先例について、適切な考察をしなければならない。性的なアイデンティティーは欧州人権保護条約8条の規定する私生活および家族生活の尊重を受ける権利の保護に含まれるとか、あるいは治療の拒絶が深刻な場合には3条の規定する「非人道的若しくは品位を傷つける取扱い」に該当するというヨーロッパ人権裁判所の判決を引用することは、本件の問題の解決には何ら役立たない (see e.g. *Rees v. United Kingdom* (1988) 9 EHRR 56; *Cossey v. United King-*

性同一性障害と医療保険

dom (1991)13 EHHR 622; and the dissenting opinion of Judge Pettiti in *B v. France* (1992)16 EHRR 1, at 40-41)。本件においては、トランスセクシュアリズムは疾病であるという点で共通の理解がある。本件の問題は、当局の治療に対する給付の方針が、正しく考慮されているか、あるいは個々の事例において治療の利益について適切に判断をしているか、ということである。

条約8条は、治療を提供すべき積極的な義務について規定していない。そして、ヨーロッパ人権裁判所のシェフィールドおよびホーシャム対連合王国事件判決 (*Sheffield and Horsham v. UK* (1998) 27 EHRR 163) においては、ポストオペラティブの当事者に女性としての法的な身分を認めることを拒絶したことの妥当性が問題となっている。

同判決の52節は次のように述べている。

「当裁判所は、『尊重』という概念は明確ではない、と繰り返し述べてきた。特に、積極的な義務に関係する場合に、そうである。締約国において行われている実務および状況の多様性を考慮すれば、この概念の内容は事例ごとに大きく異なることになる。積極的な義務があるか否かについては、社会全体の利益と個人の利益の間のバランスを取らなければならない。そして、そのようなバランスを取ることは、条約の全体についていえることである。」

特に興味深いのは、同裁判所が58節において、次のように述べていることである。

「当裁判所の判断によれば、トランスセクシュアリズムは、相変わず、複雑な科学的、法的、道徳的および社会的な問題を提起しており、締約国の間に共通する対処方法はないと判断する。」

パニック氏が主張しているように、被控訴人らは、8条の意味において私生活の尊重を受けていないのではない。また、3条の意味において非人道的若しくは品位を傷つける取扱いを受けているのでもない (see *Olsson v. Sweden* (1988)11 EHRR 259, at 292, paras. 85-87)。また、

同氏が述べているように、条約の違反はその深刻さが「ある程度のレベル」に達していることを必要とする。このことは、当然、個々の事例に状況による。わたしの見解によれば、3条は、本件において、限りある資金を、競合する申請の間で保健当局がどのように分配すべきか、などという問題を想定して規定されたものではない。ヒデン裁判官も、同様の理由によって、この主張を退けている。

「条約は、一般的に、申立人らに無料のヘルスケアを受ける権利を保障するものではない。特に、性別再指定手術を無料で受ける権利を保障しているものでもない。仮に、申立人らにそのような権利があると仮定しても、資金に限りがある以上、ヘルスケアに優先順位を付ける権利が被告局にはある。」

また、ブレイク氏は、条約や〔欧州〕共同体法の意味における差別に該当すると主張しているが、これまた妥当ではない。トランスセクシュアリズムに苦悩する者どうしの間で差別するとか、他の疾病に苦悩する者との間で差別をすることは、条約14条に違反する。同条は、「性」を理由とする差別を禁じている。また、社会保障における平等を規定した欧州共同体指令（EEC1997年7号）の3条1項の規定に違反する。同氏は、リチャードソンの申立による国王対保健省事件判決（*R v. Secretary of State for Health, ex p. Richardson* [1996] ICR 471）を引用して、医療は社会保障の一部分であると主張している。しかし、実際には、当局は、極めて狭い権能しか持っておらず、指令の適用除外に該当する。パニック氏が指摘しているように、医療に関する規定が、公衆衛生に関する政策の一局面であり、社会保障の規定であるとは考えられない。また、欧州共同体条約129条は、公衆衛生については、構成国の権限としている。

また、ブレイク氏は、〔ヨーロッパ司法裁判所の〕P対S事件判決（*P v. S* [1996] ICR 795 at 808）における法務官の意見書から引用をしている。この意見書では、「性転換」に基づく差別は性を理由とする

性同一性障害と医療保険

差別であり、違法であるとしている。しかし、このような曖昧な一般化は、本件の問題解決に役立たない。本件における問題は、限りある資金を競合する申請の間でどのように配分するかということである。差別に関してどのような意見を持つにしろ、ブレイク氏は、FTMトランスセクシュアルとMTFトランスセクシュアルの間に差別がないこと、あるいはトランスセクシュアルと他の患者の間に差別がないことを認めている。したがって、法律が保護すべき性またはその他の理由に基づく差別ではない。異なる疾病間における優先順位の問題であり、医学的な判断に関する問題なのである。

以上の理由により、わたしは、本件控訴を棄却し、すでに述べたことを命じる。

第2節 バクストン (Buxton) 裁判官の意見

わたしは、同僚裁判官〔オールド裁判官〕の事実に関する記述および関連する法を引用する。しかし、事案の重要性を考慮して、賛成意見を敢えて付加することにする。

多くの点が明確にされた。主として、当裁判所のBの申立による女王対ケンブリッジシャー保健局事件判決 (*R v Cambridgeshire Health Authority ex p. B* [1995] 1 WLR 898) の引用による。

それらは、次の諸点である。

1 保健当局は、種々の申請の間で合法的に選択をすることがきる(實際上、しなければならない)。一般に、すべての申請を満たすだけの資金がないからである。

2 このような決定をする場合には、当局は、広範な考慮をすることができる。提案された治療方法の成功の見通し、治療によって改善を意図している症状の深刻さ、および治療費を含む。

3 裁判所は、当局が行った医学的な判断について、あるいは優先順位の決定について、当局に代わって自己の決定を押しつけることはでき

ない。

また、当局はこれらの機能を果たす場合に、ある症状を疾病と考え、単なる美容整形あるいはライフスタイルの選択ではなく、それに基づく侵襲を医療行為および治療行為とみなすことができるとしたとしても、特定の場合には給付をしないということを決定することができるというパニック氏の主張にわたしは同意する。

裁判所の唯一の機能は、このような決定が公法の周知の諸原則と合致するものでなければならない、ということを要求することである。それらの原則から、決定は、事実について適切に考察し、合理的に行わなければならない。決定が影響を与える市民の利益が重大であればあるほど、慎重にそれらを考慮しなければならない。本件の決定は、市民の健康に重大な影響を与えるものであり、実質的な考慮を要する。そして、裁判所は、その合理性について注意深く審査をする。本判決の前節で述べたように、ある症状について治療を拒絶する場合には、特にそうである。

わたしは、本件における当局の決定はこのような要件を満たしているとはいえないと考える。これらの決定の過程について検討してみたが、まず第1に、保健当局の決定であるという事実を想起しなければならない。それは単なる形式的な決定ではない。われわれが考察すべきことは、実質的なことであり、当局の決定が依拠している助言や推定に関するものである。少なくとも、保健当局のアドバイザーによる決定の後の正当化のための議論や情報ではない。

次に、1995年3月の方針と1998年1月の方針の2つの記述について考察する。パニック氏は、1995年の方針の「保健上の効果のない、または証明された効果のない医療」と題する部分について、治療の効果が重要であるとしている。特定の医療について、保健当局にはいかなる助言も与えられていない。ただし、一般に行われている医療のなかには、効果がないと判断せざるをえないものもあるという一般的な警告がなされているだけである。しかし、本件の証拠が示しているように、第1に、医

性同一性障害と医療保険

学界の多数意見によれば、性別再指定は、適切に選ばれた事例においては効果的である。第2に、そのような見解を、保健当局の調査対象とすることは現実的ではない。医学界の見解がこの治療を支持しているという事実だけで、その手続に関する給付をすべき法的義務を保健当局に負わせるべきではないということを強調したい。本件における基準は、ポラン事件のような医療過誤の場合とは異なるのである。しかし、そのような医学界の見解が存在するのであるから、私見によれば、保健当局は、効果が証明された治療方法はないというべきではなかったと考えられる。

1998年1月の方針は、1995年3月の方針に取って代わったものであり、本件において問題となっている方針である。1998年1月の方針は、1995年の方針よりも理由が詳細になっている。しかし、対象としている医療は同じである。方針は、証明された効果のない医療について定義をしていない。しかし、効果が証明されていないということが理由の重要な部分を占めている。方針の2.3節は、次のように述べている。

「あるサービスに効果があって、かつ、妥当であるというだけでは、国民保健サービスの資金を使用すべきことを意味しない。それが、わずかな健康上の改善しかもたらさない場合もあるからである。あるいは、ごく少数の人間にしか利益をもたらさない場合があるからである。資金を無制限に使用すれば、他の患者に対して適切に使用すべき資金を浪費してしまうことになる。このような状況においては、サービスは、最大の利益を実現することを期待することができる患者のために提供すべきものである。多数の優先すべき者のために使用すべき資金を過度に浪費しないようにしなければならない。」

しかし、この原則は、それだけでは予想し得ないが、結果的には、主として性別再指定に適用されるのである。性別再指定については、文献が詳細に引用されている。この方針自体は、手術に適合するという医学的な助言があっても、重大な医療上の必要があることの証拠、つまり例外的に給付をするための十分な証拠とはみなされない。結局、このサー

ビスには全く給付されないのである。1998年の方針には性別再指定が含まれていると言うことは、困難または不可能である。1995年の方針においても同様であった。

方針についてさらに説明するために、当局は、ハリソン博士とサデル博士の宣誓供述書を提出した。前者は、効果が明白な種々の医療の間で資金を分配することの困難さを強調している。たしかに、そのような事情を保健当局が考察することは正当である。しかし、一般的な考察だけでは、個別的な決定を正当化することはできない。なぜなら、性別再指定に関して当局が結論に達する前に、性別再指定の医学的な必要性、費用および利益について、その概要だけでも他の医療と比較して考慮したという証拠がない。また、サデル博士の説明を正当化するような他の医療に対する申請が示されていない。

サデル博士は、第1の宣誓供述書の42節および44節において、その立場を次のように説明している。

「当局の見解（1998年方針の第2節）によれば、『身体に対する侵襲は、常に疾病と関係しているわけではなく、時には、現在実現されていない理想の身体イメージあるいは身体機能を達成するためにも行われることがある』。保健当局の見解は、性同一性障害にも適用される。したがって、性同一性障害の治療は、当局が給付すべき妥当なものではない』。

このような理由づけは、1998年の方針から自然に出てくるものではない。この文書の冒頭で述べられている身体イメージを矯正する手術とは、静脈瘤の切除や、美容整形を意味すると解するのが自然である。このようなものには、当局は給付をしない。

この短い節には、性別再指定について特に検討したという証拠はない。1998年の方針に関するサデル博士の見解は、同僚裁判官がすでに指摘しているように、この医療の効果が証明されていないという過去の決定を正当化しようとするものに過ぎない。サデル博士自身は、多くの文献を

性同一性障害と医療保険

引用しているが、それらの文献は反対のことを示している。サデル博士は諸文献の結論について留保している。しかし、保健当局がその方針を採用した際に、これらの文献の見解を参照したという証拠、あるいは性別再指定の現状について考慮したという証拠はない。

それゆえに、わたしは、次のような結論に達せざるを得ない。保健当局は、精神科医が推薦する治療方法について給付をしないという決定をした際に、合理的な検討をしていない。この治療方法は、ある場合には、極度の精神的な不快さから解放するために必要なものである。それゆえに、この決定を支持することはできず、当局は再検討をすべきである。パニック氏は、Bの申立による事件 (*Ex p. B* [1995] 1 WLR at p 908 B) における当裁判所のアプローチを採用することを求め、保健当局に差し戻すことに反対している。保健当局は、適切な結論に達しているというのである。しかし、これら2つの事例は全く異なる。Bの申立による事件では、裁判官は、種々の要素に適切な重要性を与えていないと考え、保健当局の決定を破棄している。保健当局がこれらの要素について適切に考慮していないことを〔原審裁判官は〕妥当であるとしているが、控訴院は、それに同意していない。したがって、それを理由として、差し戻すことは妥当ではないし、ギンガム裁判官が述べているように、残酷なことである。これに対して、本件においては、保健当局は、行うべきことを行っていないのである。

保健当局は、再検討をするに当たって、種々の事情を考察することができる。そして、元の決定と同じ結論に達することもあろう。例えば、治療費の問題がそれである。専門家が証言しているように、この治療は、カウンセリングから始まり、手術に至る。また、性別再指定治療を必要とする患者の数は比較的に見て少ない。ハリソン博士が述べているように、他の治療方法の費用や申請とも関係する。保健当局がこれらの事情を考慮しても、性別再指定治療について以前と同じ結論に達するであろうとまで言うことは、当裁判所の見解を押しつけることになる。

したがって、保健当局の決定を破棄し、さらに検討させるために保健当局に差し戻す。性別再指定治療の性質や必要性に関する医学的な証拠について再検討すべきである。そして、他の申請に対してどの程度の資金を使うべきかも示すべきである。結局、一般的に言えば、保健当局の決定の理由を開示すべきである。

本件控訴を棄却するには、これだけで十分であると考え、同僚裁判官と同様に、欧州人権保護条約およびヨーロッパ共同体法に基づく被控訴人の補充的な主張についてもコメントしておくべきであろうと考える。〔後略〕

第3節 メイ (May) 裁判官の意見

オールド卿およびバクストン卿が示した理由に基づいて、本件控訴を棄却すべきであるという点に同意する。また、その命令についても同意する。被控訴人の批判する保健当局の本件決定は、当局の1995年の方針および1998年の方針を適用してなされた。そして、オールド裁判官がすでに示しているように、これらの方針は、トランスセクシュアリズムは疾病ではなく、手術療法は治療上の効果がないという前提に基づいて策定されたものである。しかし、当局は、ヒデン裁判官の面前および当裁判所においては、トランスセクシュアリズムを疾病として認めている。

「障害」あるいは「疾病」という語に異なる意味がありうるとしても、1977年の国民保健サービス法3条によって保健当局に課された任務にとっては重要でないということを、パニック弁護士は暗黙のうちに承認している。この規定は、疾病に対して合理的な治療の手段を提供すべき義務を課している。したがって、方針の最初の前提は誤っている。当裁判所に提出された証拠によれば、第2の前提も誤っている。しかし、この議論について当裁判所が判断することは、必要でないし、妥当でもない。

保健当局は、限りある資金を分配するという苦悩に満ちた決定を行わなければならない。しかし、その決定は、治療を必要とする症状に関す

性同一性障害と医療保険

る適切な評価に基づいたものでなければならない。本件の決定は、そのようにして下されていない。したがって、トランスセクシュアリズムに関する本件の決定および方針について再検討をすべきであるという点に同意する。

欧州人権保護条約は本件とは無関係であるということにも同意する。条約に関する判例を論争のために引用することは不適切であり、本件における助けとはならない。

おわりに

英語諸国の判決が極めて長文であるため、長い紹介になってしまった。本稿の冒頭で述べたように、筆者は、医療保険に関する専門家ではなく、本稿は、外国における判例の現状を紹介することを目的とするものである。

各国独自の制定法の解釈それ自体は、わが国の患者、医師、法律家にとって、特に関心のある問題ではなかろう。そこで、制定法の解釈を離れて、根本的な争点だけを要約してみよう。根本的な争点は、次の10点に要約することができるように思われる。なお、消極的な立場というのは、性再指定手術への保険適用に消極的な立場を意味し、積極的な立場というのは、性再指定手術への保険適用に積極的な立場を意味する。

1 性同一性障害は疾病か？

〔消極的な立場〕 性同一性障害は疾病ではない。

〔積極的な立場〕 精神と身体の関係が健康な人間における精神と身体の関係から乖離している場合にも、疾病が存在する。この意味において、トランスセクシュアリズムは疾病である。

2 性同一性障害は治療可能か？

〔消極的な立場〕 性同一性障害は治療することができない。

〔積極的な立場〕 性再指定手術を受けた後の当事者の社会的な適応に改善が見られ、精神的な安定にも貢献している。

3 性再指定手術は美容整形〔類似〕か？

(1) 健全な組織にメスを入れる点

〔消極的な立場〕 性再指定手術は治療行為ではない。健全な組織を傷つけるものである。また、性再指定手術によって、完全な男性または女性を作り出すことはできず、単なる外的な変容でしかない。

〔積極的な立場〕 健全な組織を傷つけるのは、より重大な危険、つまり自殺あるいは自傷行為を阻止するためである。

(2) 理想のイメージに近づけるものである点

〔消極的な立場〕 性再指定手術は、当事者が自己の身体について抱いている理想のイメージに近づけるものに過ぎず、美容整形である。

〔積極的な立場〕 性再指定手術は、苦悩の軽減または除去を目的とするものであり、治療行為である。また、外性器は人に見せるものでなく、美容整形と同視することはできない。

(3) 第2次性徴に関係する点

〔消極的な立場〕 性再指定手術は、当事者が自己の身体について抱いている理想のイメージに近づけるものに過ぎず、美容整形である。

〔積極的な立場〕 当事者にとって、第2次性徴も重要である。

4 性再指定手術は実験的・試験的か？

〔消極的な立場〕 性再指定手術は、実験的・試験的なものである。

〔積極的な立場〕 性再指定手術は、世界中で広く実施されており、もはや実験的・試験的なものではない。

5 性再指定手術は危険か？

性同一性障害と医療保険

〔消極的な立場〕 性再指定手術は、危険であり、合併症の危険がある。

〔積極的な立場〕 性再指定手術は、危険ではない。仮に危険があるとしても、あらゆる手術には危険がつきものである。

6 性再指定手術は効果的か？

〔消極的な立場〕 性再指定手術には、効果がない。あるいは、効果に関して医学界の見解は一致していない。特に、性再指定手術の長期的な効果が確認されていない。

〔積極的な立場〕 専門家の間では効果的な治療方法として受け入れられている。

7 性再指定手術の費用

〔消極的な立場〕 性再指定手術の費用が極めて高価であり、保険では負担しえない。患者自身が負担すべきである。

〔積極的な立場〕 性再指定手術が効果のある唯一の治療方法であり、他に安価な方法がない。

8 他の疾病との比較における優先順位

〔消極的な立場〕 厳しい財政状況の下において、他に優先すべき重大な疾病があり、性再指定手術の優先順位は低い。

〔積極的な立場〕 性再指定手術の優先順位が低いとすることは、トランスセクシュアルに対する差別である。

9 主治医の判断と保険当局の介入

〔消極的な立場〕 主治医が性再指定手術が必要であると判断した場合であっても、保険当局は、その判断に介入しうる。

〔積極的な立場〕 主治医の判断に保険当局は介入すべきではない。

10 保険当局の判断と裁判所の介入

〔消極的な立場〕 保険当局が性再指定手術に保険給付をしないという判断をした場合には、裁判所は、その判断に介入すべきではない。

〔積極的な立場〕 保険当局が性再指定手術に保険給付をしないという判断をした場合であっても、その判断が恣意的・不合理であるときは、裁判所は介入すべきである。

性再指定手術は、現在までに、埼玉医科大学において7例、岡山大学医学部において1例実施されている。しかし、いずれの場合にも、医療保険は適用されていない。

ところで、わが国の憲法25条1項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と規定している。性同一性障害の治療、特に性再指定手術は高額である。それにもかかわらず、保険の適用がないことは、實際上、多くの性同一性障害者から、治療の機会を奪うことを意味する。このことは、憲法25条1項に違反すると考えられる。