

# 社会保障に係る租税法・財政法 (二)

手塚 貴大

- 一 本稿の検討の視角
  - (一) 社会保障をめぐる諸問題
  - (二) 社会保障制度の持続可能性―鍵概念の提示―
  - (三) 社会保障政策の意義―その属性から得られる政策的含意―
  - (四) 社会保障政策の公的性格
- 二 社会保障政策の属性と政策的含意
  - (一) 社会保障政策の公的性格
  - (二) 社会保障の制度設計―指針の獲得― (以上、四一巻三号)
- 三 医療・介護政策と法―財政制度との関係―
  - (一) 医療財政の基本構造
  - 1 医療と財政―診療報酬制度の意味するもの―
  - 2 混合診療―医療財政の関連問題①―
    - (1) 混合診療の意義
    - (2) 混合診療の解釈論的問題 (以上、本号)
    - (3) 混合診療の政策論的問題
  - 3 診療報酬改革―医療財政の関連問題②―
  - (二) 医療提供と効率化の可能性―医療財政との関係―
- 四 社会保障と租税法―租税制度は社会保障政策に貢献できるか?―
  - (一) 社会保障政策における租税法と総合政策の視点
  - (二) 所得税
  - (三) 消費税
  - (四) 相続税

五 社会保障と財政法

- (一) 社会保険方式の法構造
- (二) 社会保障政策の体系
  - 六 貧困対策と法—セーフティネットの構築と格差是正—
    - (一) セーフティネットのあり方
    - (二) 格差是正のあり方

三 医療・介護政策と法—財政制度との関係—

本稿の問題意識として、社会保障財政の再構築を企図する租税政策・財政政策のあり方を問うことが挙げられる。そして、社会保障政策の中でも医療政策は重要性が高いが、その医療政策を支える医療財政も重要性が高い。理論的整理によれば、いわゆる医療政策には医療提供と医療財政の二本柱がある<sup>(64)</sup>とされ、後者が前者を支える関係にあると考えられる。勿論、いずれも重要性が高く、本稿は医療財政に関する理論的検討を行うものであるが、医療財政も医療提供を財政的に担保するものであり、医療提供のあり方もそれに密接に関連性を有するため、<sup>(65)</sup>できる限りで医療提供にも本稿は触れるつもりである。<sup>(66)</sup>

(64) 島崎謙治『医療政策を問いなおす』（筑摩書房、二〇一五年）二二—二三頁。

(65) 同旨、府川・前掲注（24）三八頁。

(66) なお、わが国の医療制度の歴史的展開については、例えば、参照、池上直己『日本の医療と介護 歴史と構造、そして改革の方向性』（日本経済新聞出版社、二〇一七年）一三頁以下。

## (一) 医療財政の基本構造

## 1 医療と財政―診療報酬制度の意味するもの―

## (1) 公定価格制としての診療報酬制度

他の公共政策と同様に、医療も財政的基盤がなければ機能しない。その骨格を担うのが診療報酬制度である。これは、医療機関が患者に提供した医療サービスについて、患者が医療機関の窓口で支払うもの他に、診療報酬支払基金から医療機関に対して支払われるものである。要するに、診療報酬とは、医師の診療に対して支払われる報酬である。<sup>(67)</sup> とするならば、一見すると、診療報酬は医療サービス提供の対価としての性質が観念されるようである。学説の整理によると、公的医療保険が提供する保険診療の価格を設定し、被保険者、保険医療機関等の医療提供者側を拘束する効果を持つて公的に設定する価格設定機能、巨視的に見て、公的医療保険制度を通じて医療従事者集団および医療関連業界に一定の資源を配分する資源配分機能、診療報酬の点数表、調剤報酬点数表により、公的保険医療で提供する療養の給付等の具体的内容とその水準を一覧表の形で設定する給付内容・水準設定機能が診療報酬制度には認められる。<sup>(68)</sup> それ故そうした性質は排除されないけれども、むしろ制度的には診療報酬を論ずる際に言及されるのは次のことである。すなわち、診療報酬（制度）には、提供される医療を規制する誘導機能、医療費の抑制に向かつて機能する医療費抑制機能があるとされるのである。<sup>(69)</sup> 前者については、医療の性質上安全性の確保できない医療サービスが患

(67) 加藤智章「公的医療保険と診療報酬」日本社会保障学会編『これからの医療と年金』（法律文化社、二〇二二年）一一五頁。

(68) 岩村正彦「社会保障法入門 第四九講」自治実務セミナー四二巻四号一五頁以下。

(69) 島崎・前掲注（64）四一頁以下。

者に提供されることによる弊害を避けるということである。後者については、医療サービスの価格を予め決定しておくことによって、患者が極めて高額の治療費を負担することのないように仕組んでおくということである。これは（後にも触れるが）情報の非対称性から導かれるとも言えよう。<sup>71)</sup> こうした機能からは、診療報酬制度は国民に対して安全な医療が、廉価で提供されることを担保するものであることが分かる。この点についてさらに言及しておくべきことは、この医療サービスの診療報酬の決定構造である。すなわち、診療報酬制度は公定価格制なのであって（社会保障審議会、中央社会保険医療協議会（以下、原則として「中医協」とする）への厚生労働大臣の諮問と答申に基づく決定。中央社会保険医療協議会法（二条一項）<sup>72)</sup> 医療機関と患者との間に、医療サービスを受給するに際して、市場競争は作用しないということである。これにより、確かに、医療サービスの価格高騰は回避される。とはいえ、診療報酬はそもそも医療の価格であるため、その水準如何に依じては医療財政を圧迫するものはある。そこで医療という財の価格がどのように決定されるか見てみよう。

(2) 医療という財の属性―公定価格制の政策的含意―

また、そもそも、公定価格制を論ずる場合には、医療という財の性質の問題に行き着く。端的には、医療は私的財であるのか、または公共財であるのか、という問いである。学説を見ると、医療は差し当たって、原則としては私的

(70) 畑中綾子「医療技術・制度をめぐる政策システム 診療報酬制度の運営と改革」一城山英明編『科学技術のポリティクス』（東京大学出版会、二〇〇八年）六八頁、七五頁。

(71) 翁百合『国民視点の医療改革 超高齢社会に向けた技術革新と制度』（慶應義塾大学出版会、二〇一七年）三二頁、遠藤久夫「医療改革と市場原理」季刊・社会保障研究三九卷二号一二二頁等。

(72) 真野・前掲注（16）一九七―一九九頁、畑中・前掲注（70）七六頁。

財である<sup>(74)</sup>と考えられそうである。医療という財は、競争性、排除性を有することになるし、それは実態を直視すれば首肯可能である。

ところが、医療の需給関係を市場に委ねると、いくつかの問題が生じるというのである。これは、医療の性質に立ち返って考えると、次のような言われ方がなされる。曰く、医療は人間の基本的ニーズである、医療に関する必要性と費用が予測できない、患者と医師との間に情報の非対称性が存在する<sup>(75)</sup>といった属性が指摘されているのである。つまり、医療は、市場メカニズムを通してだけでは、社会的に見た必要量まで十分に供給されないおそれがあるため、公共の福祉の立場から公的セクターが強制、説得、費用保障によってでも割り当てる財であるということになる<sup>(76)</sup>。これは医療が、公的に供給される私的財<sup>(76)</sup>としての価値財であることを示唆する。

このような医療の性質を価値財と捉えるのか、または私的財と捉えるのか、いずれの言明に与すべきかという問いが提起できる。これは、換言すれば、公定価格制の根拠は何処にあるのか、ということである。ここで、現在の公定価格制を排除した場合を想定すると、解答は導かれよう。資力に応じて購入可能な医療の質・量に差異が生じるは当然のことである。すなわち、公定価格制を排除した場合には、端的に見て、一に、医療の内容によっては医療費が高くなり、患者の自己負担、診療報酬も高くなり、二に、競争原理が働き、淘汰される医療機関も増加し、それらの偏在が生じ、さらに、三に、富裕に応じて受けることのできる医療に差異が生じてくる、という現実上の弊害が指摘可

(73) 例えば、橋本英樹／泉田信行編『医療経済学講義 補訂版』（東京大学出版会、二〇一一年）一四一―一五頁。

(74) 例えば、真野・前掲注（16）七六頁、池上直己「医療・介護問題を読み解く」（日本経済新聞出版社、二〇一四年）二二頁。

(75) 真野俊樹「入門 医療経済学 「いのち」と効率の両立を求めて」（中央公論新社、二〇〇六年）一九頁。

(76) 横山彰／馬場義久／堀場勇夫『現代財政学』（有斐閣、二〇〇九年）二四頁。

能である<sup>(77)</sup>。また、一に、情報の非対称性、二に、患者は医療サービスの対価の一部しか負担しない、医療機関としても公的保険から診療報酬が支払われることで価格の適正性を確保する動機がなくなる、という理由付けも挙げられる<sup>(78)</sup>。こうした弊害を如何に捉えるかは、論者により見解は分かれる可能性はある。差し当たって、本稿が扱って立つ私見によると、特に、後に示す混合診療解禁の是非（およびその背後にある規制緩和論）に関して言えば、これでは医療というサービスの性質に適わないと考えることになる。これは、国家が提供する公共サービスの範囲とも関係するが、要するに、先ほど言及した医療という財の性質を直視すれば、国民がアクセスできる医療サービスの質・量に所得・資産格差があるのは、やや不合理であろうと考えられる。

なお、わが国の医療サービスの提供についてはアクセス面については国際的にも高い評価を与えうるという立場もある<sup>(79)</sup>。一に、そうした高評価の要因は公定価格制を排除する場合には失われると考えられる。また、二に、かような指摘に基づけば、医療の質に対する評価として、医療サービスのアクセスの容易さがその高質性を示しているというところであるため、それをできるだけ維持しつつ、財政面での改善を実施していくという改革路線の合理性が論証可能である。

但し、若干の留意は必要である。すなわち、中医協という機関を通じて診療報酬は決定されることに加え、診療報酬

(77) 鳥崎謙治「医療提供制度を改革する政策手法―診療報酬、結核規制、補助金―」社会保障研究一卷三号五九七頁は、医療分野では市場メカニズムが十分にはうまく機能しないとす。また、橋本／泉田・前掲注(73)一六八頁以下によると、平等の意義には複数あるという。詳細は該当箇所に譲るが、アクセスの平等、等しいニードに対する等しい治療、健康の平等等が挙げられている。

(78) 岩村正彦「社会保障法入門 第四七講」自治実務セミナー四二巻二号一三頁。加藤・前掲注(67)一二二頁以下も、同様である。

(79) 府川・前掲注(24)二九頁。

酬の改定のありよう(改定率)は閣議決定を通じて決定される<sup>(80)</sup>。また、診療報酬改定の基本方針は社会保障審議会医療保険部会および同医療部会において決定され、それに基づいて厚生労働大臣より諮問がなされ、それに対する答申がなされることになる。その点で中医協の決定に伴う裁量の幅は少ない。この点で診療報酬の伸びが財政状況を勘案して不合理になることは大いに防止しうる。ところが、既存の診療報酬のありようの合理性はなお議論の余地があるかもしれない。すなわち、例えば、特定の項目については、原価との関係で不当に高点数が付与されているのか否かが検討に値するかもしれないが、原価の解明は困難であるとされる<sup>(81)</sup>。そもそも、第二次世界大戦後の日本経済の推移を見るに、財政状況に余裕があった時期においては、わが国において医療費の伸びをカバーする税率等があったと見ることができ、最早わが国の財政状況は医療費抑制の必要性を示しているために、(問題はその内容であろうけれども)診療報酬の一層の効率化をかける必要性も同時に示されうる。

さらに敷衍しよう。公定価格制により、わが国では医療費の抑制が可能となったという言明もあるが、それは肯定できるとしても、仔細に見るとなお抑制の余地はあられるかもしれない。中医協の委員構成として、支払側(保険者および被保険者)、診療側、公益委員(それぞれ、七名、七名、六名。中央社会保険医療協議会法二条一項一号から三号。さらに、同法三条五号によると、厚生労働大臣は、第一項第一号に掲げる委員の任命に当たっては医療に要する費用を支払う者の立場を適切に代表し得ると認められる者の意見に、同項第二号に掲げる委員の任命に当たっては地域医療の担い手の立場を適切に代表し得ると認められる者の意見に、それぞれ配慮するものとされる。また、公益委員の

(80) 中医協のあり方等については、参照、中医協の在り方に関する有識者会議「中央社会保険医療協議会の新たな出発のために」(平成十七年七月二〇日)。また、加藤・前掲注(67)一一七頁以下。

(81) 池上直己/J・C・キャンベル『日本の医療―統制とバランス感覚―』(中央公論新社、一九九六年)一五二頁。

任命には国会の同意が必要とされ(同条六号)、公益委員から会長が選任され(同法五条一項)、委員の任期は二年である(同法四条一項)と分かたれている。そもそも、こうした制度は時代とともに変遷を遂げた帰結である。簡単に振り返ると次のようになる。<sup>(82)</sup>一九四二年の健康保険法施行までは団体請負方式という政府が医師会に医療を請け負わせ、一定の方式で算定した診療報酬を政府が医師会に支払い、医師会が各個の医師に配分していた。ところが、医師会への支払額の決定が政治的に紛糾し困難であったため、これを廃し、診療報酬額決定を厚生大臣が行う点数単価方式へ改められた。一九四四年に中医協は実質的に発足し、保険者等と診療側との交渉的図式による組織が出来上がった。ところが、診療報酬の改定のあり方等をめぐって中医協の内部での議論も紛糾することも多くあった。そもそも健康保険法の導入に伴い、診療報酬制度が構築されてきた。<sup>(83)</sup>昭和三年には支払い方式が診療報酬によるものに統一化され、昭和四一年には諮問方式から建議方式への変更されたのであるが、これは中医協が改定幅を独自に決定することができるともであった。そして、昭和四八年には診療報酬の改定幅を一定の経済指標を基準とするスライド方式が導入されたのであるけれども、なお(政治家と医師会長との間で)政治的決着の余地のあるものであった。<sup>(84)</sup>その後、いわゆる自然増控除方式に移行するという経緯をたどった。<sup>(85)</sup>

以上のような決定方式は、<sup>(86)</sup>「当事者自治の発現」とされることもあり、図式的には、支払側(保険者等)と診療側(82) 以下の歴史的側面の叙述は、岩村正彦「社会保障法入門 第四八講」自治実務セミナー四二巻三号一三頁以下、島崎謙治「日本の医療 制度と政策」(東京大学出版会、二〇一一年)六八頁以下による。

(83) 以下、池上／キャンベル・前掲注(81)二三頁以下。

(84) 畑中・前掲注(70)七九頁。所論は、特に日本医師会の影響を強調する(八四頁)。

(85) この経緯につき、参照、広井良典『医療の経済学』(日本経済新聞社、一九九四年)九八頁以下。

(86) 島崎・前掲注(82)三六五頁。

とが交渉、合意を行うというものであり、結果として、医療という財の範囲・価格がいわば当事者間で決定されることに繋がる<sup>(88)</sup>。勿論、中医協という場で公益委員、事務局も関与しているので純然たる交渉ではないが、医療の私的財としての性質が放擲されないとするれば事物の本質に即した形態ではある。単純にこの構成だけ切り出して見ると、特に診療側の政治的圧力による医療費抑制に対する抵抗が顕著に発現する可能性もある。そもそも、予算編成過程には種々の利益が錯綜するであろうから、改定率の決定も政治的な要素により決定されがちであろう。とするならば、この点で公定価格制により医療の完全なる市場を介した供給が排されているとしても、公定価格制による医療費削減の効果はある程度減殺して評価すべき余地もある。すなわち、市場での価格決定は医療へのアクセスに問題が生じるとはいえ、医療の価格が市場で決定されず、医療提供者および診療報酬支払者(保険者)という決定にあたる当事者が対等でないとする<sup>(89)</sup>は、そこで価格の決定は必ずしも客観性を有さない。換言すれば、価格決定は非常に政治性を帯びる。それ故、かかる作業に際しては第三者の関与が必要であろう。目下の第三者の関与は、前叙の公益委員の存在であり、改定率について、診療報酬改定に際しての閣議決定という拘束的基準を发出する内閣によるそれということになる<sup>(91)</sup>。それに加えて、データに基づく医療、費用対効果分析の導入といったエビデンスに基づく診療報酬の決定が

(87) 岩村・前掲注(82)一五頁、笠木映里『公的医療保険の給付範囲 比較法を手がかりとした基礎的考察』(有斐閣、二〇〇八年)二五頁以下。

(88) なお、東京地判平成元年三月一四日判例時報一三〇一号二一頁は、凡そ本文中のような中医協の人的構成に基づく答申は公正妥当であるとする。

(89) 森田朗『会議の政治学Ⅲ 中医協の実像』(慈学社、二〇一六年)六五頁。

(90) 笠木・前掲注(87)二六頁によると、公益委員の役割は、「調整」であるという。

(91) 森田・前掲注(89)四五頁。

必要であるとの指摘もあり、これは医療提供に係る統制を客観的に行い、効率性を実現することを指向するものと言える。例えば、医療技術に係る費用対効果評価の試行的導入がそれに当たる。<sup>(92)</sup> この評価のもとでは、①対象品目の選定、②企業によるデータ提出、③再分析の実施、④総合的評価、⑤費用対効果の評価結果に基づく価格調整という工程が予定されている。<sup>(94)</sup> 尤も、こうした議論には一般論として首肯できるとしても、個別的にはなお検討すべき点がある。

すなわち、費用対効果を追求するという視点それ自体は公共政策の議論において相当程度の政策領域に当てはまることではある。したがって、確かに、制度設計を論ずる際の費用対効果分析の定式化自体には誤りはないと考えられる。これは、おそらくは数値に基づいて判断がなされるため、一見、政策形成の客観性を確保することを可能とする。しかし、実際にかような定式を利用して公共政策の立案が可能か否かは別問題である。すなわち、適切なデータを確保

(92) 森田・前掲注(89)一九〇頁以下。

(93) 例えば、参照、「費用対効果評価の試行的導入についての検討〔評価基準の設定方法について〕」(中医協 費1-2 29、8、9)、「費用対効果評価の試行的導入に係る議論の中間報告」(中医協 費1-1 27、8、26)。

(94) 特に、④の総合評価(アブレイザル)のあり方が直近では議論されている。ここで費用対効果評価は、支払い意思額(総合的評価(アブレイザル)について②)(中医協 費1-2 29、5、31)四頁によると、これは、一定割合の人が1QALYを獲得するために支払うことを許容する額を指す)をベースに、質調整生存年(QALY)これについては、福田敬「医療技術の費用対効果の評価と活用」(中医協 費1-2 24、5、23)一五頁)を一単位増加させるために、既存の医療技術と比較して、どの程度の費用が増加するかという基準を測る増分費用効果比(ICER)について五段階の評価(1. 費用対効果がとても良いから、5. 費用対効果がとても悪いまで)を行う(試行的導入にかかる総合的評価(アブレイザル)の方法について)(中医協 費1-1 29、10、4)二頁)。ただ、こうした評価に際しては、増分費用効果比のみではなく、倫理的・社会的評価も行われるので、ICERの数値のみで評価がなされるわけではない(試行的導入における総合的評価(アブレイザル)の方法(とりまとめ案))(中医協 費1-1 29、10、25)三頁)。

できない場合には、この定式は利用できない。特に、医療の分野にはこの傾向が見られる。例えば、医薬品等の費用対効果を測る際には、データを収集し、適切な方法で評価する必要がある。とはいえ、学説においては、そうしたデータの収集可能性、評価体制の構築可能性について困難である旨指摘するものがある。<sup>(95)</sup>これによれば、費用対効果分析の導入自体が難しい場合、実施不可能な場合があり、さらには実施できるとしても投入可能性が限定的であることもある。この点費用対効果評価につき一般論のレベルで支持可能な議論に止まるとは実践知の獲得には資さない。とするならば、費用対効果分析の効用は実際の公共政策の形成の場面においては限定的である可能性もある。そして、以上の議論は、一般論としては診療報酬決定に係る構造的限界と言え、ひいては、医療提供体制の再構築に係る政治性による制度改正の困難という評価に回収できないものである。この場合、公共政策の高質化を実現する手段を別途投入する必要が出てくる。本稿の文脈で言えば、医薬品の費用対効果を十二分に解明できないことを視野に入れるならば、診療報酬の改定という場面のみで議論するのではなく、医療提供体制の再構築をも強化することがその選択肢となり、地域包括ケアシステムの構築等が具体的なそれである。

また、中医協では、保険適用医療の範囲も実質的に決定されるわけであるが、その医療には診療報酬及び公費の投入がなされる。単純には保険適用医療の範囲を拡大することは医療費の増加の要因となる。保険適用の範囲を広げれば、それだけ医療アクセスの平等は実現できることになり、これがわが国の医療提供体制の立脚点となる。ところが、前叙の医療費増加問題があるために、保険適用の範囲に限定をかける必要もあるという立場もありうる。これは医療アクセスの平等性との間で重要な問題を提起することになる。この問題は直後に見る混合診療の問題と密接に関係する。

(95) 森田・前掲注(89) 一九一頁。

(96) 森田・前掲注(89) 一九四頁、真野俊樹『医療危機―高齢社会とイノベーション』(中央公論新社、二〇一七年) 二五―二六頁。

(3) 情報の非対称性の克服?—医療情報の機能と限界

なお、近時医療情報の提供の必要性が言われる。確かに、情報の非対称性の存在に言及される中で、そうした情報を患者が入手することはかような非対称性を埋める政策的意図が看取されうる。加えてインターネットを通じることにより、かような情報の摂取可能性は実効的に高まる<sup>(98)</sup>。さらに敷衍すると、混合診療の解禁とも無関係ではないが、患者にとって自らの享受する医療という財の取捨選択を行う機会を提供し、その点で医療市場を純然たる市場取引に徐々に接近させていくということである。これは結局情報の非対称性の克服を試みることを通じて医療提供体制の効率化、換言すれば、医療財政の効率化を指向するものとも言いえよう。前叙のごとく医療はその性質上価値財であるので、そもそも市場取引としての要素を強化することは性質上困難である。とはいえ、価値財とは前叙の定義に従えば、あくまでも私的財であるため論理的に問題のある政策選択肢とは必ずしも言いえない。例えば、日本医療機能評価機構による病院機能評価事業がある<sup>(99)</sup>。これは病院を機能に応じて識別し、患者中心の医療の推進、良質な医療の実践の基準を設け、その充足度合いをそれぞれ示している。さらには広告に関する規制緩和である。目下医療法においては、凡そ、広告可能な事項（六条の五）、診療科名の件（六条の六）、立ち入り検査、是正命令等に関する事項（六条の八）等に関する規定がある。そもそも広告規制の根拠は患者・利用者の保護にあるとされており、所論によれば、不当な

(97) 同旨、大道久「医療における情報提供と質の評価」季刊・社会保障研究三九卷二号二一九頁。

(98) 真野・前掲注(96)二〇〇頁。

(99) 詳細は、<https://www.jq-thouka.icqhc.or.jp/accreditation/outline/> (二〇一八年三月二七日確認) で参照可能。

(100) 例えば、『病院機能評価 機能種別評価項目 一般病院1 (3rdG-Ver.1.1) 評価の視点/評価の要素 (二〇一四年九月三〇日版)』。

(101) 理論的問題も含めて、参照、岩村正彦「社会保障法入門 第四二講」自治実務セミナー四一巻九号二一頁以下。

(102) 大道・前掲注(97)一一五頁。

勧誘により、不適当なサービスを享受した場合の弊害があまりに大きいということに基づくという。それ故、利用者保護と患者が適切な医療機関の選択を行うことを可能にするべく、必要な情報を正確に提供し、その選択を支援するという視点との間で調整を行い、広告規制が行われていくことになる。<sup>(103)</sup>

ところが、医療という財の属性からして、安易に市場原理の利点を期待することには無理があると考えざるを得ず、医療における資源配分は、社会保障の理念を踏まえ、医療の必要性に応じて配分されることが適当であるとされるのである。<sup>(104)</sup> これは医療という財に係る極めて高度な専門性を直視した立場であるいえよう。そして、右の必要性の判断の主体としては専門家としての医師が想定されていると理解しうる。加えて、医療という財の性質上、例えば、悪性疾患が疑われる場合、リスクの高い手術が行われる場合には、患者の選択の基準は救命・生存可能性の最大化の一点に集約され、市場原理に基づくものではないという。<sup>(105)</sup> 以上の指摘を踏まえるならば、医療情報の充実に所期の効果が

(103) 「医業若しくは歯科医業又は病院若しくは診療所に関して広告し得る事項等及び広告適正化のための指導等に関する指針(医療広告ガイドライン)」一頁。また、「医業、歯科医業若しくは助産師の業務又は病院、診療所若しくは助産所に関して広告することができ得る事項」(平成十九年厚生労働省告示第百八号)。さらには、インターネットによる広告のあり方について、『医療情報の提供のあり方等に関する検討会報告書』(平成二四年三月)二頁以下、さらに、「医療機関のホームページの内容の適切な在り方に関する指針(医療機関ホームページガイドライン)」。

(104) 大道・前掲注(97)一一〇頁。

(105) この点、田中滋「社会全体の観点から見た医療と市場経済―混合診療と株式会社参入は本質的な問題か?―」社会保険旬報二一五八号二七頁は、情報の非対称性は、情報量の差のみでなく、情報の判断と分析・それに基づく意思決定・決定内容の実行に関わる力を含む概念として理解すべきと言う。この指摘も本文中の医療に係る超高度専門性に関係しよう。

(106) 大道・前掲注(97)一一〇頁。

十分に認められえない可能性が高いため、改めて別の政策手段を以て医療提供および医療財政の効率化を実現するべきであることになろう。

## 2 混合診療—医療財政の関連問題①—

### (1) 混合診療の意義

混合診療は保険適用の医療と保険適用外の医療とを併せて医療サービスを提供することであり、その結果本来保険適用のある医療サービスに相当する分についても保険適用外となり、患者は全額自己負担のもとで医療サービスの提供を受けることになる。したがって、混合診療の問題としては、混合診療を承認すると医療費の高騰を招きかねないということになる。このことは、医療の提供について認められる情報の非対称性に対する対応という意味も持つ。<sup>(107)</sup> なお、この混合診療の禁止は、混合診療自体を実施することが禁止されていること（保険医療機関および保険医に対する行為規範）、さらに、混合診療が実施された場合に、保険診療に該当する療養の給付がなされても、保険外診療部分と同じように、保険給付がなされず、両者を合わせて全額自己負担となることの二つの意味を包含する。<sup>(108)</sup>

わが国の公的保険医療の仕組みとして大まかには以下の構造がある。まず、被保険者に対して「療養の給付」（健康保険法六三条一項）がなされ（診察（二号）、薬剤又は治療材料の支給（二号）、処置、手術その他の治療（三号）等）、それについて、いわゆる療担規則（「保険医療機関及び保険医療養担当規則」）があり、療担規則に基づき、保険医は療養の給付を行う（同規則一条、二条等）。被保険者が療養の給付を受けた際には、一部負担金を保険医療機関等の窓口で負担し（同法六三条三項、七四条一項）、保険医療機関等は保険者に対して、診療報酬点数表（「診療報酬の算

(107) 尾形裕也「ケアの財源調達に関する考察」社会保障研究一巻一号一一一頁。

(108) 島崎謙治「社会保障法判例」季刊・社会保障研究四四巻二号二五四頁。

定方法」に基づいて費用の請求をする(同法七六条一項、二項)。この診療報酬点数表は療養の給付の内容を定めるものでもある。そして、混合診療は療担規則により禁止されている(同規則一八条、一九条一項)。このように療担規則および診療報酬点数表は公的保険医療の給付範囲を画する機能を持つ。<sup>109)</sup>

そもそも、保険診療については公定価格制のもとにある診療報酬により患者は低価格で医療サービスを受用することができ、保険外の医療サービスについては、全額自己負担となる。もし、保険適用外の医療サービスが増加する場合には、患者の経済的負担は相当程度に大きくなり、資力に応じて自己の享受可能な医療サービスに格差が生じることになる。わが国の医療提供体制はこうした格差を生じさせないように構築されてきたわけである。その根拠が前叙の医療の公平性であつて、保険外の自由診療を承認すると、医療サービスを公平に享受できないということになる。それ故、混合診療の解禁はわが国における医療のあり方に大きな影響を与えると考えられる。

ここでわが国の混合診療に係る制度的展開の概要を(後に引用する判文等を手掛かりとして、それに依拠して)見とおそう。わが国において従前混合診療は禁止され、混合診療保険給付外の原則も採用されてきた。その過程で、一九八四年に特定療養費制度が創設されることとなった。これは、厚生労働大臣が省令で指定する特定の医療行為について、自由診療であることを前提に、保険診療に相当する部分の診療費のみを特定療養費の支給という形で償還するものである。<sup>110)</sup> 当時、歯科治療において使用が許されていない材料(当時の療担規則では歯科医師たる保険医は厚生大臣の定める歯科材料以外の歯科材料を歯冠修復及び欠損補綴に用いることはできなかった)を利用して治療が行われており、それに係る(材料費のみ)差額徴収も認められていたが(なお、原則としては、療担規則によると療養の

(109) この指摘について、笠木・前掲注(87)一三二頁。

(110) 加藤／菊池／倉田／前田・前掲注(5)一七六頁。

給付に係る一部負担金を越える金額を被保険者から收受することはできない)、現実には技術料の請求にも及んでいないため、患者に過剰請求がなされていた。同様の問題は入院料についても存在した。それに対応するべく、前叙の特定療養費制度が配備され、法令上の選定療養および高度先進医療等を受けた被保険者については特定療養費を支給するとされた。これは、混合診療が原則として禁止される中、その例外を設けるものであった。

その後、規制緩和の枠組みで混合診療の解禁可能性が探られた。例えば、総合規制改革会議『12の重点検討事項』に関する論点整理等<sup>⑪</sup>(平成二五年七月一五日)では、混合診療の法的根拠、混合診療保険外給付の原則の合理性に疑義が呈され、混合診療が排除されることで医師の創意工夫の可能性が失われているとされた(三三四頁)。その後、厚生労働大臣および内閣府特命担当大臣による「いわゆる「混合診療」問題に係る基本的合意」(平成一六年一二月一五日)の公表があり、特に、「将来的な保険導入のための評価を行うものであるかどうか」の観点から現行制度を抜本的に見直し、「特定療養費制度」を廃止し、「保険導入検討医療(仮称)」(保険導入のための評価を行うもの)と「患者選択同意医療(仮称)」(保険導入を前提としないもの)とに新たな枠組みとして再構成する。」とされた。右の合意を基に、二〇〇六年には、特定療養費制度の拡張的改正がなされ、保険外併用療養費制度が創設された。これは、「高度の医療技術を用いた療養その他の療養」のうち厚生労働大臣が指定する療養(「評価療養」。健康保険法六三条二項三号)および「被保険者の選定に係る特別の病室の提供その他の厚生労働大臣が定める療養」(「選定療養」。同四号)を療養の給付の対象外後、これらの給付を療養の給付と併せて帆家に両機関から被保険者が受けた場合には、療養の給付に相当する部分が保険外併用療養費(同法八六条一項)として支給されるものである<sup>⑫</sup>。これは、特定療養費制度

⑪ なお、同『規制改革推進のためのアクションプラン・12の重点検討事項に関する答申』関係資料も参照。

⑫ 加藤／菊池／倉田／前田・前掲注(5)一七七頁。

の適用範囲を拡張し、その実施についても規制が緩和されたものである。

その後も、例えば、政策提言として、産業構造審議会産業競争力部会による『産業構造ビジョン2010』は「…、全てのサービス供給を医療・介護機関が行い、その財源も公的保険に依存することは、医療・介護機関及び我が国財政の負担が加速的に大きくなることを意味するが、現実としてその持続性を確保していくことは大きな課題である。…そのため、今後は、医療・介護機関と健康関連サービス事業者との連携推進等により保険外のサービスを拡大することで、公的保険依存から脱却する」（一四七頁）として、混合診療もこの中（保険外のサービス）に含める理解もありうる。<sup>(113)</sup>

そして、目下、保険外併用療養費制度のもとでの、いわゆる選定療養、評価療養という部分的な混合診療の解禁に加えて、患者申出療養という制度も構築された。これは、「国において安全性・有効性等を確認すること、保険収載に向けた実施計画の作成を臨床研究中核病院に求め、国において確認すること、及び実施状況等の報告を臨床研究中核病院に求めることとした上で、保険外併用療養費制度の中に位置付けるものである」とされてお<sup>(114)</sup>り、端的には一定の手続で国がその安全性・有効性等を確認した医療については、混合診療として認めるとい<sup>(115)</sup>うものである。

以上を要するに、混合診療の禁止、混合診療保険給付外の原則はいずれも妥当するが、混合診療は一定のルールのもと、いわば部分的に解禁されている。

(113) 日本医師会『国民皆保険の崩壊につながりかねない最近の諸問題について ―混合診療の全面解禁と医療ツーリズム―』一八一―一九頁。

(114) <http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000114800.html>（二〇一八年二月一四日確認）。<sup>1)</sup> <sup>2)</sup> には、患者申出療養の概要について <sup>3)</sup> <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12400000-Hokenkyoku/0000118805.pdf> を確認可能。

(2) 混合診療の解釈論的問題

混合診療については、その根拠をめぐって解釈論上の争いがあった。本稿でもそれについて言及し、政策論的な観点にも示唆を与えうる判示もあるため、若干の検討を行うものである。なお、都合上最高裁および一審・東京地裁の判決の比較を中心とする。

最判平成二三年一〇月二五日判時二一七一号一頁<sup>(115)</sup>(原審・東京高判平成二二年九月二九日判タ二三一〇号六六頁、一審・東京地判平成一九年一月七日判時一九九六号三頁)は次のような事案であった。原告は保険診療に該当するインターフェロン療法と保険外診療に当たる LAK 療法(活性化自己リンパ球移入療法)を神奈川県病院において受けていた。ここで、両者を併せて受けることにより混合診療に該当することになるが、厚生労働省によれば、この場合、混合診療保険給付外の原則が適用され、自由診療に相当する部分のみならず、保険診療に相当する診療についても保険適用外になるとされた。そこで(かような解釈に基づく厚生労働省の行政指導に従い)当該医療機関は原告たる患者に混合診療の継続ができない旨を告げ、原告はそれを断念したが、治療継続を希望している。そこで、原告は実質的当事者訴訟を提起し、混合診療を受ける地位にあることの確認を求めた。<sup>(116)</sup>

次に判旨に移る。この判決は、以下のように述べる。まず、「・・・特定療養費に係る制度の創設の趣旨は、国民の生活水準の向上や価値観の多様化に伴う医療に対する国民のニーズの多様化、医学・医療の進歩に伴う医療サービスの高度化に対応して、必要な医療の確保を図るための保険の給付と患者の選択によることが適当な医療サービスとの間の適切な調整を図るものとされ、この制度により、入院料(室料)や歯科材料費等の差額徴収の取扱いが、法令

(115) 本文中の最高裁と同様の立場に立つものとして、東京地判平成元年二月三日訟務月報三六卷二二号二二七九頁。

(116) 保険給付の受給権と訴訟類型との関係について、笠木映里「判例批評」民商法雑誌一四七卷二号二二八一―二二九頁。

上明確に位置付けられた。昭和五九年改正に係る国会答弁(衆議院社会労働委員会)において、厚生省保険局長は、従前の保険診療においては、保険診療の範囲内の診療と健康保険で認められていない診療とを同時に行つた場合には費用の全額が患者の自己負担となるが、今後高度先進医療が出てくる場合に、保険診療で見られる部分は保険診療で見て、保険診療に取入れられていない部分だけは自己負担とすることとし、保険診療で見られる部分については特定療養費に係る制度を設けることとした旨の説明をした。さらに、同局長は、昭和六〇年二月二五日付けで、都道府県知事宛てに通知を發し、特定療養費の支給対象となる高度先進医療は、質的・量的に高水準の医療基盤を有する医療機関において実施する場合にはその安全性及び有効性が確立されているが、その実施についてはいまだ一般に普及するに至っていないものであり、当該医療が一般に普及して保険に導入されるまでの間、特定療養費に係る制度の対象としたものであると説明した。そして、昭和五九年改正後も、健康保険行政上、高度先進医療に係る混合診療が行われた場合において、それが特定療養費の支給要件を満たすものでないときは、保険診療相当部分についても保険給付の対象外とする取扱いがされていたものであり、この取扱いの基礎とされてきた前記解釈(混合診療保険給付外の原則)は、健康保険法の委任を受けた療担規則において引き続き原則として特殊な療法又は新しい療法等が禁止され、厚生大臣の定める医薬品以外の薬物を患者に施用し又は処方することが禁止されていたこと等とあいまつて、混合診療禁止の原則と称されてきた。」と。これは、混合診療保険給付外の原則が立法者意思として表明された旨を示すものである。続けて、既に直前の(1)で触れた事情および直前の引用判旨を踏まえて、判旨は次のように言う。曰く、「…これ(特定療養費制度・筆者注)は、保険医療における安全性及び有効性の確保、患者と医療機関との間の情報の非対称性によつて生ずる患者側の不当な負担の防止、所得等による医療アクセスの格差の防止、保険財源の限界による保険診療の範囲の縮小の防止等の要請を図りつつ、特別の病室の提供や高額の歯科材料の支給など、本質的な医療サ

ビスの提供の周辺にある付随的な医療サービスについて、患者の取捨選択に委ねることが適当なものを選定療養として法定し、その健康保険上の地位を明確化することにより、その提供と費用の徴収につき適正な運用が図られるようにしたものとして解される。」「・・・質的・量的に高水準の医療基盤を有する医療機関において実施される場合にはその安全性及び有効性が確立されている一方でその実施がまだ一般には普及していない高度先進医療については、当該医療が一般に普及して療養の給付の対象に組み入れられるまでの間、金銭支給たる保険給付の対象とすることを認める趣旨で、混合診療保険給付外の原則を引き続き採ることを前提とした上で、昭和五九年改正によって、特定承認保険医療機関から受けた高度先進医療に係る療養その他の療養に関する特定療養費に係る制度を創設する法改正がされたものといえることができる。これは、前記のような要請を図りつつ、医療に対する国民のニーズの多様化や医学・医療の進歩に伴う医療サービスの高度化に対応して、高度先進医療に係る療養の提供と費用の徴収につき健康保険制度の弾力的な適用が図られるようにしたものとして解される。」と。これは、特定療養費制度のもとにおける選定療養と高度先進医療の制度趣旨を示す箇所である。その上で、判旨は現行の保険外併用療養費制度が特定療養費制度と同趣旨の制度であるとする。以上のような制度の趣旨目的が判決の結論に影響を与えていく。

そして、「立法の経緯等に照らす」としつつ、「・・・旧法における特定療養費に係る制度及びこれを引き継いだ現行法における保険外併用療養費に係る制度のいずれも、国民皆保険の前提の下で、医療の公平性や財源等を含めた健康保険制度全体の運用の在り方を考慮して、混合診療保険給付外の原則を引き続き採ることを前提とした上で、被保険者が所定の要件を満たす評価療養（旧法では特定承認保険医療機関から受ける高度先進医療に係る療養その他の療養）又は選定療養を受けた場合に、これと併せて受けた保険診療相当部分をも含めた被保険者の療養全体を対象とし、基本的にそのうちの保険診療相当部分について実質的に療養の給付と同内容の保険給付が金銭で支給されること

を想定して創設されたものと解される。」とする。ここで、行政法解釈のあり方の観点から若干付言する。このような解釈は目的論的解釈と整理することが許されよう。そして、行政法解釈としてかような解釈手法は理論的にも成立するわけである。<sup>(17)</sup>但し、その際に立法者意思を目的と措定する際には議論がある。すなわち、その概念規定の不明確性、資料の未整備性により、それが参考資料に止まるといふ。<sup>(18)</sup>ここでの参考資料の意義は必ずしも明確ではないが、おそらくは、その都度の立法者意思とされるものが解釈に際して明確かつ具体的な解釈論的帰結を示したり、強い拘束力を持つものではないということであろうか。確かに、立法者意思を客観的に解明することができない場合には、それは解釈者の主観に止まる場合もありうるとは思えるので、その際には前叙の推論のように考えることはできる。とはいえ、客観的にそれを認識できる場合には、<sup>(19)</sup>立法者意思は重要な導きを与えるものである。本判決においても判旨はそのように解していると考えられる。

その前提に立って、「次に、法八六条等の規定の解釈について検討するに、同条において、被保険者が「評価療養又は選定療養を受けたとき」に「その療養に要した費用」について保険外併用療養費を支給するものとされ、同条二項一号において、「当該療養」についての保険外併用療養費算定費用額を「第七六条第二項の定め」すなわち療養の給付に要する費用の額に係る厚生労働大臣の定め(診療報酬の算定方法)を「勘案して厚生労働大臣が定めるところ」<sup>(17)</sup>塩野宏『行政法I「第六版」(有斐閣、二〇一五年)六六頁以下。また、平岡久『行政法解釈の諸問題(勁草書房、二〇〇六年)一頁以下も参考になる。

<sup>(18)</sup>塩野・前掲注(17)六八頁。

<sup>(19)</sup>白川泰之「混合診療に係る規定の明確性、立法者意思と法解釈に関する考察」法政理論四四卷四号二二七頁。所論は、法案の提案者が考える制度の趣旨及び目的・・・が明示され、その考えを前提として法律案が可決された場合には、立法者意思に拠る解釈が可能と考えるようである。

により「算定すべきものとされており、前示の制度の趣旨及び目的に照らせば、法八六条にいう「その療養」及び「当該療養」は、評価療養又は選定療養に相当する診療部分だけでなく、これと併せて被保険者に提供された保険診療相当部分をも含めた療養全体を指し、基本的にそのうちの保険診療相当部分について保険外併用療養費算定費用額、ひいては保険外併用療養費の額を算定することを想定して規定されているものと解するのが相当である。このことは、上記療養全体の中で評価療養又は選定療養の中に含まれない保険診療相当部分と評価療養又は選定療養の中に固有に含まれる基礎的な診療部分とを切り分けることが実際には困難であることや、旧法八六条一項柱書きにいう「その療養」が同項一号との関係において被保険者が特定承認保険医療機関から受けた高度先進医療に係る療養その他の療養をいい、被保険者の受けた療養全体を指すものとして規定されていたこと（昭和五九年法四四四条一項においても同様である。）からも首肯することができらるる。」「法の規定の委任を受けた省令や告示等の定めにおいて、評価療養（旧法では上記高度先進医療に係る療養その他の療養）又は選定療養の要件に該当するものとして診療が行われた場合に支給される保険外併用療養費の金額の算定方法について、特定療養費の場合と同様に、療養の給付に要する費用を算定する場合に適用される診療報酬の算定方法の例によって算定された費用額（保険外併用療養費算定費用額）から、療養の給付に係る一部負担金の算定割合と同じ割合によって算出された被保険者の自己負担額（保険外併用療養費一部負担額）を控除した額とされているのは、前示の制度の趣旨及び目的を踏まえて保険外併用療養費の額を実質的に療養の給付と同内容のものとするものとして定められたものであり、法の委任の範囲内にあるものといえることができる。なお、法八六条一項の「その療養」の意義につき、評価療養又は選定療養に係る診療部分を指すと解する余地も規定の文理の解釈としてあり得るところではあるが、以上に説示した立法の趣旨及び目的並びにその経緯や健康保険法の法体系全体の整合性、療養全体中の診療部分の切り分けの困難性等の観点からすれば、その文理のみに依拠して

このような解釈を採ることにについては消極に解さざるを得ないというべきである」とする。この点、既に引用した特定療養費制度・保険外併用療養費制度の趣旨目的からすれば（これは傍線部の一部でも再び言及されている）、健康保険法の個別条文の解釈が問題となつてゐる。引用判旨に見るように、その内容は後の一番判旨とは異なる判断である。とはいえ、理論的には問題点も指摘されている。すなわち、健康保険法の法体系全体の整合性<sup>(110)</sup>への言及があるが、これは具体的には、健康保険法本体のみではなく、行政立法も含まれているのであり（ここでは、保険外併用療養費の計算として、いわゆる算定方法の例によることとされ、保険診療相当部分に金銭給付することになる）、この場合、行政により制定された行政立法を根拠に法解釈を行うことには批判がある<sup>(111)</sup>。ただ、そうした行政立法の内容が法律に適合すると考えられる場合には、行政立法をも根拠とする解釈論の展開は不合理ではない<sup>(112)</sup>。

では、次に一番判決に移ろう。これは以上の最高裁の判断とは大きく異なる。前掲・東京地判平成一九年一月七日は次のように言う。まず、法六三条の内容に言及した後、「・・・法は、このほかに「療養の給付」の具体的内容について何ら定めていないのであつて、これらの法の条項の規定を見る限りにおいては、個別的にみれば「療養の給付」に該当する医療行為であつても、それに保険診療に該当しない医療行為が併せて行われると、それらを一体とみて、前者についても「療養の給付」が受けられないと解釈すべきであるという根拠はおよそ見出し難いと言わざるを得ない。」という。そして、「・・・「診療報酬の算定方法」は、基本的に、診察、投薬、注射、検査、処置、手術など個々の診療行為に着眼して、各診療行為ごとに予め点数を定め、保険医療機関等が被保険者に提供した医療サービスにつ

(120) 白川・前掲注(119)二一〇―二一一頁。

(121) 笠木・前掲注(116)二三―二四頁。

(122) 平岡・前掲注(117)一四頁は、それを前提とするか。

いて、上記各点数表に記載された点数に1点当たり所定の金額を乗じて算出することによって、診療報酬の額を算定するものであって、ある特定の傷病を基準として、その「傷病の治療等を目的とした一連の医療サービス」を念頭に置いて複数の医療行為を一体として診療報酬が算定される仕組みは採用されていない。」「・：「薬価基準」の別表も、医療用医薬品として承認された医薬品を「内用薬」等に分類し、個々の医薬品名の五十音順に、その規格単位当たりの価格を定めたものであって、ある特定の傷病を基準として、その「治療等を目的とした一連の医療サービス」としての医薬品を体系的に示したものではない。」とした上で、「・：法の規定を受けて定められた「診療報酬の算定方法」及び「薬価基準」は、個別の診察行為や個別の医薬品を単位として規定されており、たとえば同じ「傷病の治療等を目的とした」複数の種類の診察行為や医薬品の投与が行われたからといって、それを不可分一体の「一連の医療サービス」としてとらえて、それによって診療報酬の算定をしたり、利用できる医薬品に当たるかどうかを判断する仕組みとされていない。仮に、被告が主張するように、特定の傷病の治療等を目的として、医療行為Aと別の医療行為Bが行われた場合には、これを個別に見るのではなく不可分一体の医療行為Cが行われたと見るのであれば、医療行為A又はBが「診療報酬の算定方法」のリストに掲載されていても、不可分一体の医療行為であるCが「診療報酬の算定方法」に掲載されていない限り、「療養の給付」に要した費用として計上できないことになり、また、同様に医薬品A及びBが「薬価基準」に掲載されていても、不可分一体で考えるべき医薬品Cが「薬価基準」に掲載されていない限り、それを用いることはできないことになる。しかしながら、「診療報酬の算定方法」及び「薬価基準」はそのような定め方をしていない。」とする。これは最高裁と異なり、文理を重視する解釈手法を示唆するものである。そして、以上を踏まえた上で、「このように、法の委任を受けて設けられた「診療報酬の算定方法」及び「薬価基準」を検討しても、法六三条一項の「療養の給付」が「傷病の治療等を目的とした一連の医療サービス」をいい、個別的

に見れば「療養の給付」に該当する医療行為であつても、それに保険診療として承認されていない医療行為が併せて行われると、それらを一体とみて、前者についても「療養の給付」に該当しないと解釈すべき手掛かりは、何ら見出すことができないばかりか、これらによれば、法は、個別の診療行為ごとに法六三條一項の「療養の給付」に該当するかどうかを判断する仕組みを採用していると言ふべきである。」とする。要するに、関係法令を解釈すれば、療養の給付の意義は、<sup>(123)</sup>「一体不可分のサービス」を意味するのではなく、算定方法に挙げられた個々のサービスを指すのである。<sup>(124)</sup>

続けて、以下のように述べる。「……特定療養費制度は、国民の生活水準の向上や価値観の多様化に伴う医療に対する国民のニーズの多様化、医学医療のめざましい進歩に伴う医療サービスの高度化に対応して、必要な医療の確保を図るための保険の給付と患者の選択によることが適当な医療サービスとの間の適切な調整を図ることを目的として、昭和五九年法律第七七号による健康保険法の改正により導入された制度である」として、特定療養費制度の仕組みに触れた後、「……旧法においても、高度先進医療等に係る療養は、「療養の給付」の対象とは異なる内容であることが前提とされていたと解される」、「……旧法八六条に基づく特定療養費制度は、「療養の給付」と截然と區別をされた制度の下で、高度先進医療告示に個別的、具体的に列記された高度先進医療等についてそれに要した費用を支給する制度であると解され、およそ、保険診療と自由診療の組み合わせを全体的、網羅的に対象として、その中か

(123) 鳥崎謙治「社会保障法判例」季刊・社会保障研究四九卷一号一五〇頁によると、これを、療担規則二条に基づき実施することにより、安全性ある医療がなされるとする。

(124) なお、これについての批判は、鳥崎・前掲注(108)二五六頁、田中伸至「療養の給付、点数表、診療行為の関係と保険外併用療養費」法政理論四一卷一七七八頁以下、衣笠葉子「判例批評」民商法雑誌二一九卷三号一六三頁。

ら保険給付に値する組み合わせを拾い上げて保険給付の対象とした制度であることは窺えない。

すなわち、高度先進医療には、被告の主張するように、その医療行為の内容によっては、性質上、いわゆる基礎的部分として保険診療に該当する診察や麻酔等の部分が存在することがあり得ると考えられるが、それだからといって、被告の主張するように、特定療養費制度が、およそ保険診療と自由診療とを組み合わせた場合を全体的、網羅的に検討して、その中で保険給付に適するものだけを拾い上げたものであるということはできず、かえって、高度先進医療告示に掲げられている高度先進医療を見ても、いずれも当該具体的医療行為に着目して特定療養費制度の対象とする旨が明らかにされたにとどまり、これらの高度先進医療の中に、たとえば、個別的にみれば保険診療行為と自由診療行為であるが、ある特定の組み合わせであれば高度先進医療に該当するとか、あるいは逆に、個別的にみれば高度先進医療に該当する自由診療行為であるが、他の特定の保険診療行為と組み合わせると高度先進医療に該当しなくなるというように、保険診療と自由診療の組み合わせに着目して定めたものは何ら見受けられない。

そして、被告は、特定療養費制度に関し、単に、保険診療と自由診療の組み合わせが列記されているというにとどまらず、これに該当しない場合は、保険診療としても給付をしない趣旨が、旧法八六条から看取できるはずであると主張するが、特定療養費制度に関する定めを鳥瞰しても、特定の保険診療については、およそ全ての保険給付の対象から排除するという趣旨を窺い知ることができる規定はない。すなわち、本件においては、個別的にみれば旧法六三条一項の「療養の給付」に該当し、保険診療の対象となるとされることに争いのないインターフェロン療法が、旧法八六条あるいは関連する法規範の条項によって、保険給付の対象から排除されることを示すものは一切見あたらないと言わざるを得ない。」とする。要するに、関連する法令からは診療の不可分一体性という性質を読み取ることができないことを踏まえ、特定療養費制度のもとで混合診療保険給付外の原則が適用されるとするのではないとし、保険

診療による診療と特定療養費制度のもとでの支給対象たる診療とを切り分け、その上で混合診療保険給付外の原則を規定する明文規定の欠如にも触れるのである。したがって、改めて言うところ、こうした判断は文理を基礎とし、反対に、最高裁のように、(立法過程に現れた)立法者意思は参照の対象とはしていない。<sup>125)</sup>

以上を踏まえて、判旨は次のように言う。曰く、「・・・さらに、被告は、特定療養費制度は、混合診療の中で特定のものについて、その基礎的部分すなわち保険診療部分についての給付をするものであると主張するが、旧法86条の文言を検討してみると、そもそも、旧法八六条一項は、高度先進医療等及び選定療養を掲げた上で、被保険者がこれらの療養を受けたときは、「その療養に要した費用」について特定療養費を支給する旨を定めており、ここにいう「その療養に要した費用」とは、高度先進医療等又は選定療養に要した費用を指すと解されること、前示のとおり、高度先進医療等や選定療養が、「療養の給付」とは全く別の概念として規定していることを考え合わせれば、この「その療養に要した費用」が、保険診療に該当する費用を指すと解することは、困難であると言わざるを得ない。」とする。そして、判旨は、右の議論は、現行の保険外併用療養費制度のもとでも妥当するという。これは、要するに、療養の給付たる診療と特定療養費制度のもとでの支給対象たる診療とを識別し、両者が同時に患者に対してなされたとしても、旧法八六条が特定療養費制度に関する規定であり、その文理に即せば、高度先進医療等あるいは選定療養がなされた場合の費用について定めたものと解釈されているのである。

そして、判旨は、以上のような考え方を展開した根拠に触れる。すなわち、「本件の問題の核心は、・・・原告が、個別的にみれば、法及びその委任を受けた告示等によって、法六三条一項の「療養の給付」を受けることができる権

(125) これについては、立法趣旨を軽視するものであるとの批判が可能である。この点、笠木映里「混合診療」別冊ジュリスト一九一号 六五頁。

利を有すると解されるにもかかわらず、他の自由診療行為が併用されることにより、いかなる法律上の根拠によって、当該「療養の給付」を受ける権利を有しないことになるかという点であるところ、法律上、上記のような解釈を採ることができないことは、縷々述べてきたとおりである。」とする。このように、東京地裁はまさに被保険者が有する保険診療を受けうる権利に着目して、かような権利を制限する明示的規定の存在を解釈的手法によって検索し、それが見出しえないとするのである。それ故、東京地裁は判断全体において法令における文理に着目した旨を縷々述べているということが出来る。つまり、被保険者の混合診療の場面における権利侵害を予定する条文があるか否かという観点からの判断であると解される。<sup>126</sup>とはいえ、これについては立法過程における立法者の意思を解釈に際して如何なる手段で以て、どの程度汲むべきかという問題との整合性という論点が出てくる。確かに、被保険者の受給権に係る保険診療上の扱いは重要であるが、最高裁の立場によっても混合診療保険給付外の原則は論証可能であるし、また、この原則の適用によって受給権が侵害されるとは必ずしも言いえないことは直後の(3)における検討で触れる。

(126) とはいえ、田中・前掲注(124)八九頁は、この帰結は、保険外併用療養費制度の趣旨を没却するという。