

社会保 障 法 判 例

尾 澤 恵

医療法(平成9年法律第125号による改正前のもの)30条の7の規定に基づく病院開設中止勧告に行政事件訴訟法3条2項の処分性を認めた事例(富山県病院開設中止勧告取消訴訟事件上告審判決)

最高裁判所平成17年7月15日第二小法廷判決(平成14年(行ヒ)第207号, 勧告取消等請求事件)『最高裁判所民事判例集』59巻6号1661頁

I 事実の概要

1 X(原告, 控訴人, 上告人。医師。)は, 富山県高岡市内で病院の開設を計画し, Y(被告, 被控訴人, 被上告人。県知事。)に対し, 平成9年3月6日付けで, 病床数を400床とする医療法(平成9年法律第125号による改正前のもの。以下同じ。)7条1項に基づく病院開設の許可申請(以下, 「本件申請」という。)をした。

2 Yは, Xに対し, 平成9年10月1日付けで, 医療法30条の7の規定に基づき, 「高岡医療圏における病院の病床数が, 富山県地域医療計画に定める当該医療圏の必要病床数に達しているため」という理由で, 本件申請に係る病院の開設を中止するよう勧告した(以下, 「本件勧告」という。)

3 Xは, Yに対し, 平成9年10月3日付けで, 本件勧告を拒否し, 本件申請の速やかな許可を求める文書を送付した。

4(1) Yは, Xに対し, 平成9年12月16日付

けで, 本件申請を許可した(以下, 「本件許可処分」という。)

(2) 同日付けで, 富山県厚生部長名で, Xに対し, 中止勧告にもかかわらず病院を開設した場合には, 厚生省通知(昭和62年9月21日保発第69号厚生省保険局長通知。以下, 「昭和62年保険局長通知」という。)で「保険医療機関の指定を拒否することとされているので, 念のため申し添える。」と記載(以下, 「本件通告部分」という。)した文書が送付された。

5 Xは, Yに対し, 本件勧告の取消し又は「本件許可処分中の中止勧告部分」とXが主張する本件通告部分の取消しを求めて訴えを提起した。

6(1) 富山地方裁判所は, 平成13年10月31日, 本件勧告及び本件通告部分は, 行政事件訴訟法3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たらないとして, Xの訴えを却下した(以下, 「本件第一審判決」という。X控訴。

(2) 名古屋高等裁判所金沢支部は, 平成14年5月20日, 本件通告部分は「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に「該当しないことは

明らか」だとして本件勧告の処分性に限って判断し、本件勧告は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たらないとして、Xの訴えを棄却した(以下、「本件控訴審判決」という。)。X上告。

II 判 旨

一部上告棄却，一部破棄差戻。

1(1) 「都道府県知事は、一定の要件に適合する限り、病院開設の許可を与えなければならない(医療法7条3項)が、「医療計画の達成の推進のために特に必要がある場合には、都道府県医療審議会の意見を聴いて、病院開設申請者等に対し、病院の開設、病床数の増加等に関し勧告することができる(同法30条の7)。医療法上は、同勧告に「従わない場合にも、そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。」

(2) 健康保険法(平成10年法律第109号による改正前のもの。以下同じ。)43条の3第2項が規定する都道府県知事の保険医療機関等の指定拒否事由には、「〔保険医療機関等トシテ著シク不適当ト認ムルモノナルトキ〕との定めがあり」、昭和62年保険局長通知では、医療法30条の7の勧告が行われたにもかかわらず病院を開設し、保険医療機関の指定申請を行った場合は、「健康保険法四十三条ノ三第二項に規定する『著シク不適当ト認ムルモノナルトキ』に該当する」として、地方社会保険医療協議会に指定拒否の諮問を行うこととされていた。

2(1) 「医療法及び健康保険法の規定の内容やその運用の実情に照らすと、医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告は、医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められているけれども、当該勧告を受けた者に対し、これに従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらすものということができる。」

(2) 「いわゆる国民皆保険制度が採用されている我が国においては」、「保険医療機関の指定を受けることができない場合には、實際上病院の開設自体を断念せざるを得ないことになる。」

(3) 「このような医療法30条の7の規定に基づく病院開設中止の勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考えると、この勧告は、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たると解するのが相当である。」

(4) 「後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても、そのことは上記の結論を左右するものではない。」

III 解 説

判旨に賛成

1 はじめに一問題の所在と関連事案における本判決の位置づけ

病院を開設する場合には、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならないが(医療法7条1項。以下、特に断らないかぎり、平成9年法律第125号による改正前のもの。)、都道府県知事は、原則として、一定の要件を満たしている場合には許可を与えなければならない(同法7条3項)、医療法30条の7の勧告が行われても、「その勧告は開設等の許可、不許可の処分に直接影響を及ぼさない」[厚生省健康政策局総務課1994, 69頁]と解されている。判旨1(1)が述べるように、医療法30条の7に基づく勧告は、単独では、従わなかったとしても「そのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。」

しかし、医療法30条の7に基づく勧告は、健康保険法に基づく保険医療機関の指定と密接に関連している。国民健康保険法等の一部を改正する法律(平成10年法律第109号)による改正前の健康保険法43条の3第2項は、保険医療機関として「著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」は、都道府県知事は保険医療機関の指定を拒むことができる

と規定し、厚生省保険局長通知¹⁾によって、医療法30条の7の勧告に従わなかった場合は「著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」に該当するとされていた。平成10年法律第109号による改正前の健康保険法との関係で、病院開設許可申請に係る勧告の処分性が判示されたのが本判決である²⁾。

本件当時、病院開設許可申請から保険医療機関の指定又は指定拒否までは、およそ次のような経過をたどった。すなわち、(a)病院開設許可申請(医療法7条1項、同法施行規則1条)、(b)本件の場合には勧告(医療法30条の7)と勧告に対する不服従、(c)病院開設許可(医療法7条3項)、(d)本件の場合には通告、(e)病院設備整備(医療法21条、同法施行規則16条)と病院使用許可証の取得(医療法27条)、病院人員整備(医療法21条、同法施行規則19条)、(f)保険医療機関の指定申請(保険医療機関及び保険薬局の指定並びに特定承認保険医療機関の承認並びに保険医及び保険薬剤師の登録に関する省令1条)、(g)保険医療機関の指定(健康保険法43条の3第1項)又は(h)地方社会保険医療協議会の議(健康保険法43条の3第3項)と保険医療機関の指定拒否(同法43条の3第2項)である。(b)の勧告が必ず(h)の保険医療機関の指定拒否につながると規定されていたわけではないが、判旨1(2)が述べるように、(b)の病院開設中止勧告が行われたにもかかわらず病院を開設し、保険医療機関の指定申請が行われた場合には、地方社会保険医療協議会の議を経て保険医療機関の指定を拒否することができる³⁾とされており、判旨2(1)が述べるように、(b)の勧告と(h)の保険医療機関の指定拒否の間には、勧告に「従わない場合には、相当程度の確実さをもって、病院を開設しても保険医療機関の指定を受けることができなくなる」という関係があった。このような状況で、(b)の勧告に取消訴訟の主たる訴訟要件の一つである処分性が認められるかが問題になった。衛生規制である医療法と、医療費用について規律する健康保険法という別の法体系の法律の連動性が問題になった点は、本件の特徴である。

病院開設許可申請に係る勧告の処分性につい

ては、本件のほかにも、病院の病床数を308床から60床に削減するよにという病床数削減勧告の取消しが争われた前掲茨城事件、病床数185床の病院開設の中止勧告の無効等が争われた熊本県の事例³⁾、病床数419床(後、310床に変更。)の病院開設の中止勧告の無効が争われた香川県の事例⁴⁾があり、名古屋高金沢裁判平成14年5月20日・訟月50巻7号2014頁(本件控訴審判決)が処分性を否定する一方で⁵⁾、福岡高判平成15年7月17日・判タ1144号173頁(熊本事件控訴審判決)が処分性を肯定し、高等裁判所の判断が分かれていた⁶⁾。本判決は、このように判断が分かれる中で、医療法30条の7に基づく勧告に行政事件訴訟法3条2項の処分性を認めた初めての最高裁判決である。

本判決は、判旨1で医療法30条の7に基づく勧告と健康保険法との関係について述べた後、判旨2(1)で病院開設中止勧告が保険医療機関の指定に及ぼす効果、判旨2(2)で病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義について述べ、判旨2(3)で両者を「併せ考え」た結果、当該病院開設中止勧告が行政事件訴訟法3条2項の「[行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為]」に当たる」と結論している。この判断枠組みは、本判決の後に出示された前掲最三小判平成17年10月25日(茨城事件上告審判決)でも踏襲されている⁷⁾。

本判決では、本件通告部分と本件勧告が行政事件訴訟法3条2項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たるかが問題になり、前者が否定され、後者が肯定された。判旨は、本件勧告の処分性について述べたものである。以下、本件勧告の処分性に限定して検討する。

2 行政指導と処分性

処分性とは、「ある行政の行為が行政事件訴訟法三条に定める行政庁の処分その他公権力の行使に当たることをいう」[塩野2005 II, 95頁]。そして、ごみ焼却場設置行為の処分性を否定した最一小判昭和39年10月29日・民集18巻8号1809頁(東京都ごみ焼却場事件)の「行政事件訴訟特別法一条にいう行政庁の処分とは、(略)行政庁の

法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成したはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」という判示が、処分性の定式とされ〔塩野 2005 I, 193 頁等〕⁸⁾、裁判実務もこの考え方に立って行政庁の行為の処分性の判断を行ってきたとされる〔司法研修所 2000, 14 頁〕。この処分性の定式に則れば、処分性が認められるためには、① 当該行政庁の行為が公権力性を有するものであること(行為の公権力性)と、② その行為によって生ずる効果が原告の法律上の地位に対して影響を与えるものであること(法律上の地位に対する影響)の 2 つの要件に該当する必要がある〔司法研修所 2000, 15-17 頁〕⁹⁾。

行政通知では、処分性を有すると解される特別の理由があるものを除き、「勧告する」と規定されるものは処分性を有しない行政指導だと解されてきた¹⁰⁾。行政指導の処分性を認める余地があるとする学説はあるものの¹¹⁾、行政指導は直接の法的効果がないことから原則として処分性は認められないとされ〔塩野 2005 I, 193 頁〕、最高裁判所もこれまで行政指導の処分性を否定し、取消訴訟の提起を認めていなかった¹²⁾。本判決は、判旨 2(1)で本件勧告が医療法上は「行政指導」であることを明言した上で、判旨 2(3)でその処分性を認めており、行政指導であっても処分性が認められる場合があることを明確に認めた初めての最高裁判決である点で「画期的」〔藤田 2005, 377 頁〕だと言える。

3 精神的表示行為と処分性

もっとも、行政指導に限定しなければ、本件より前に、事実行為である精神的表示行為のいくつかは最高裁判所は処分性を認めている¹³⁾。このうち、私人の能動的行為を行政庁が規制する型の事案としては、関税定率法に基づく税関長の通知に処分性を認めた前掲最三小判昭和 54 年 12 月 25 日と前掲最大判昭和 59 年 12 月 12 日、検疫所長の食品衛生法違反通知に処分性を認めた前掲最一小判平成 16 年 4 月 26 日がある。

前掲最三小判昭和 54 年 12 月 25 日は、関税定率

法に基づく税関長の通知は「観念の通知である」が、当該通知を受け取った者に「貨物を適法に輸入することができなくなるという法律上の効果を及ぼすもの」であるとしてその処分性を認めた。また、同事案と類似事案の前掲最大判昭和 59 年 12 月 12 日は、税関長の通知に処分性を認めた点は同判決と同じであるが、その理由付けを変更し、「およそ輸入手続において、貨物の輸入申告に対し許可が与えられない場合にも、不許可処分がされることはない(略)」というのが確立した実務の取扱いである」と行政実務について述べ、税関長の通知が「実質的な拒否処分(不許可処分)として機能している」ことから処分性を認めた。

これら 2 つの判決は、関税定率法だけでなく関税法も踏まえて処分性の判断を行っており(後者は行政実務も含めて判断を行っている。)、関係法令等の手続的仕組み全体から処分性の判断を行っている点は本判決と同じであるが、前者が「法律上の効果」に言及している点(後者は「実質的な拒否処分(不許可処分)」という文言を使った。)は、本判決と異なる。通知を受け取った者は「貨物を適法に輸入する道を閉ざされるに至ったものといわなければならない。」(前掲最三小判昭和 54 年 12 月 25 日)、「通知は、当該物件につき輸入が許されないとする税関長の意見が初めて公にされるもので、しかも以後不許可処分がされることはなく、その意味において輸入申告に対する行政庁側の最終的な拒否の態度を表明するものとみて妨げない」(前掲最大判昭和 59 年 12 月 12 日)など、通知に処分性を認めるに際して結果の終局性が重視されている。これら 2 つの事案では同じ法体系の法令等の連動性が問題になっており、本件よりも処分性が認められやすい事案の特徴もあった。

また、検疫所長の食品衛生法違反通知が問題になった前掲最一小判平成 16 年 4 月 26 日は、直接的には通達¹⁴⁾に基づく食品衛生法違反通知を食品衛生法「16 条が定める輸入届出をした者に対する応答」の具体化だとし、関税法、関税法基本通達、通関実務を検討した上で、同通知が「法的効力を有するもの」だとしてその処分性を認めた。関係法令だけでなく行政実務を含めて手続的仕組み

全体から処分性の判断を行っている点、別の法体系の法律の連動性について判示した点は本判決と同じである。同事案は、税関長が検疫所長の通知と異なる判断をする可能性が法的仕組みの上では皆無というわけではなかったが¹⁵⁾、本判決と異なり「法的効力」に言及し、従来の定式の形式を維持した。

以上検討した精神的表示行為に処分性を認めた最高裁判決は、従来の定式で処分性が認められるための要件のうち、法律上の地位に対する影響について、「法律上の効果」(前掲最三小判昭和54年12月25日)、「実質的な拒否処分(不許可処分)」(前掲最大判昭和59年12月12日)、「法的効力」(前掲最一小判平成16年4月26日)という文言を使ったが、本判決はこれらの文言を用いなかった。これは、本判決の特徴である¹⁶⁾。

本件では、勧告と保険医療機関の指定拒否という最終的な結果との間に地方社会保険医療協議会の議の経由が織り込まれている(健康保険法43条の3第3項)。これは、これまでの事案よりも処分性が認められにくい事案の特徴である¹⁷⁾。また、最終的な結果までの間に病院の施設と人員の整備などを行わなければならない(医療法21条等)、相当な額の新たな投資が必要という事情もあった。そこで、次に、病院開設許可申請に係る勧告が問題になった関連裁判例と比較しつつ、法律上の地位に対する影響を中心に本判決の判断枠組みについて検討する。

4 法律上の地位に対する影響と本判決の判断枠組み

本件第一審判決、本件控訴審判決及び香川事件第一審判決では、医療法30条の7に基づく病院開設中止勧告が、私人の法的利益に直接変動を及ぼさず、法的に必然的に保険医療機関の指定の拒否に結びつくわけではないことが、処分性を否定する決め手になった。

また、同じく勧告の処分性を認めなかった熊本事件第一審判決は、本判決と同様、医療法30条の7に基づく病院開設中止勧告を「行政指導」と位置づけた上で、「行政指導の不服従が後続の侵

害処分の要件として組み込まれている場合」で、「行政指導と後続の不利益処分との間に法的な直接性があり、後続の処分を待って争ったのでは、国民の権利利益の救済として十分でない」場合には処分性が認められると述べ、医療法30条の7に基づく病院開設中止勧告はこれに該当しないとした。

本判決は、「相当程度の確実さ」で「保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果をもたらす」(以上判旨2(1))ことを「保険医療機関の指定に及ぼす効果」(判旨2(3))だと判示した。これが法的効果について述べたものなのかは不明確である。また、勧告と結果の連動性の程度についても、関連裁判例が要求したような法的な必然性や法的な直接性ではなく、「相当程度の確実さ」という文言を使っており、法律上の地位に対する影響の認定が非常に緩やかである。

これを従来の定式の例外と考えるのか¹⁸⁾、あくまでも従来の定式に則しつつ処分性の認定を極めて柔軟に行ったものだと考えるのかの判断は難しい¹⁹⁾。本判決より前に病院開設中止勧告に処分性を認めた熊本事件控訴審判決は、勧告が「それで完結する限りは、(略)個人の権利義務に影響を及ぼさない行政指導にすぎない」と述べつつ、「地方社会保険医療協議会が保険医療機関の指定拒否等を諮問されながら、この諮問と異なる議決をなした事例が過去にあったことは全く窺えないこと」などを挙げて「保険医療機関の指定申請の拒否処分を受ける現実的かつ具体的な危険がある」と認定し、保険医療機関の指定を受ける利益が「病院経営の自由を背景とした法律上の地位ないし権利に基づいた利益である」として処分性を肯定した。「多額の費用を投下」しなければ保険医療機関の指定拒否の是非を争えないのでは「救済の方途として、誠に非現実的かつ不十分」だということが繰り返し述べられており、勧告段階での救済の必要性を重視した判示であると言えるが、同判決は従来の定式の形式を維持している。本判決は大法廷判決ではなく、従来の定式を変更したものではないと言えるが(裁判所法10条3号)、判旨のこの部分の位置づけは微妙である²⁰⁾。

本判決は、法律上の地位に対する影響の認定が困難だったためか、判旨2(3)で処分性の判断要素として「勧告の保険医療機関の指定に及ぼす効果」と並べて「病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義」を挙げている。本判決の調査官解説は、保険医療機関の指定の意義の重大さと並べて、保険医療機関の指定拒否の段階で争ったのでは「極めて高額」な「投資」が必要となり、「事実上病院の開設を断念せざるを得ない地位に置かれることになる」ことを処分性を認める要素として挙げている〔杉原 2006a, 1103(307)-1104(308)頁〕が、判旨は多額の費用については何も述べておらず、その位置づけはよく分からない。しかし、保険医療機関の指定が、憲法上の営業の自由に関わるような重大な意義を有していることは、処分性を肯定する重要な判断要素になっている。

本判決の調査官解説も述べるように、本件は「法的直結性」が認められないことから処分性を否定する「余地もないではなかった」〔杉原 2006a, 1103(307)頁〕。そして、病院開設許可申請に係る勧告が問題になった関連裁判例の多くもそのように解していた。本判決は、行政指導と位置づけられる勧告が、終局的とまでは言えないが「相当程度の確実さ」で「保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果」をもたらすこと(判旨2(1))と、保険医療機関の指定の持つ意義の重大性から処分性を認めており、無制限に行政指導に処分性を認めたものではないが、これまでに精神的表示行為に処分性が認められた判例や病院開設許可申請に係る勧告が問題になった関連裁判例と比べて、法律上の地位に対する影響の認定が極めて緩やかである。しかし、本件では、Xが本件申請をした後に他の病院の開設申請や増床申請があり、X以外の病院開設申請者や増床申請者に残存病床数が割り当てられ²¹⁾、また、Xが提出した病院開設許可申請書が6回にわたり返戻される²²⁾など勧告の適法性が疑われる事情もあり²³⁾、原告の請求趣旨もこの点にあった²⁴⁾。相当程度の確実さで保険医療機関の指定を受けることができないう状況の中で、多額の費用を新たに投資しなければ本件勧告の違法性が争えないというのは

適切な救済方法とは言えず、勧告の段階での救済の途が認められるべきだと考える。本件のように勧告の段階で救済の必要性が認められる事案において、法的直結性にこだわりすぎるのではなく、「相当程度の確実さ」程度の成熟性と、相当程度の確実さで受けることができなくなるものの「意義」の重大性から処分性を認定した本判決は、妥当であると考ええる。この点について、「具体的な紛争状況において、行政決定の事後的司法審査によって救済を求めることが一応合理的であると考えられる場合には、処分性の有無につき行政手続的にみた原告の利益保護の必要性という観点から仕組み解釈を行って判定することが望ましいと考える。」とする橋本説〔橋本 2006a, 318頁〕に賛成である。

5 本判決の射程と取消訴訟の排他性について

本判決は、「相当程度の確実さ」程度の成熟性と、相当程度の確実さで受けることができなくなるものが憲法上の営業の自由に関わるような重大な「意義」を有しており、多額の費用を新たに投資することなく勧告の段階で救済の途を認めることが必要であるということが認められるという、事案の特殊性に着目して処分性を認めたものだと解すべきだと考える。行政指導であっても処分性が認められる場合があることを明確に認めた初めての最高裁判決である点では画期的だと言えるが、無制限に行政指導に処分性を認めたものでもとよりなく、処分性が認められるためには①「相当程度の確実さ」程度の成熟性、②相当程度の確実さで受けることができなくなるものの「意義」の重大性、③行政指導の段階で救済を認める必要性の3つの要件を充たす必要があると考える。したがって、本判決の射程はそれほど広くないと考える。

その上で、今後病院開設許可申請に係る勧告の違法性については、勧告の段階で取消訴訟によってしか争えなくなるのかという、取消訴訟の排他性の問題について検討する²⁵⁾。この点については見解が分かれている。本判決の調査官解説は、後で述べる「形式的行政行為(行政処分)」を示唆する理由を挙げて、「保険医療機関指定申請に対

する拒否処分を取消訴訟の対象として争うみちを閉ざすものではないと考えられる。」と述べている〔杉原 2006a, 1106(310)頁〕²⁶⁾。また、「形式的行政行為(行政処分)」を示唆する立場から、保険医療機関指定拒否処分取消訴訟等だけでなく、勧告の段階での「公法上の当事者訴訟としての勧告違法(無効)確認訴訟」の途も塞がれないとする説もある〔人見 2006, 137頁〕。

これに対して、茨城事件上告審判決の藤田宙靖裁判官の補足意見は、「行政事件訴訟法の定めるところに従い取消訴訟の対象とする以上は、この行為を取消訴訟外において争うことはやはりできない」のであり、「取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効」は否定できないと述べている²⁷⁾。また、事前・事後の行政手続の整備という趣旨で処分性概念の純化を主張する説もある〔橋本 2006a, 319頁, 同 322頁〕。

「形式的行政行為(行政処分)」²⁸⁾は、「かなり一般的に処分性の拡張」を図る「学説上の試み」〔芝池 2006, 29頁〕であり、現状では、処分性が肯定された場合には「処分につき要求される行政手続上の仕組み、教示義務、取消訴訟の利用強制」も「当然に付着する」〔橋本 2006a, 319頁〕と解さざるを得ないと考える。本件は、勧告の性質と事案の特殊性から取消訴訟による救済を求めることが適当だと判断された個別的な事案であり、取消訴訟の排他性が及ぶのは病院開設許可申請に係る勧告に限定され则认为。その結果、病院開設許可申請に係る勧告の段階での「勧告に処分性がないことを前提とした公法上の当事者訴訟としての勧告違法(無効)確認訴訟」の途は塞がれることになっても²⁹⁾、教示義務等が併せて適用されれば国民の救済に不利になるということにはならないと思われる。また、違法性承継論により、保険医療機関指定拒否処分の段階で中止勧告の違法性を主張する途は塞がれないと考える³⁰⁾。

本件については以上のように考えるが、取消訴訟と当事者訴訟(あるいは民事訴訟)のいずれの訴えも可能であるような他の事案については、取消訴訟と当事者訴訟等との関係を、平成16年の行政事件訴訟法の改正を踏まえ、取消訴訟のメ

リットとデメリット〔芝池 2006, 30-31頁, 同 172頁〕などを勘案して考えていく必要があると考える³¹⁾。

6 さいごに

本判決は、病院開設許可申請に係る勧告に初めて処分性を認め、勧告の段階で取消訴訟による救済の途が認められた初めての最高裁判決であり、かつ、行政指導であっても処分性が認められる場合があることを明確に認めた初めての最高裁判決である点で、画期的な意義を有する。また、本判決は、平成16年の行政事件訴訟法の改正と相俟って、取消訴訟の本質についても考えさせる判決である。しかし、本判決は、病院開設許可申請に係る勧告の違法性を、勧告の段階で取消訴訟によって争う途を開いたものにすぎない。「病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義」(判旨2(3))と、第一小判平成17年9月8日・裁時1395号3頁³²⁾が、医療法30条の7に基づく病院開設中止勧告に従わなかったことを理由とする保険医療機関の指定の拒否は適法であり、憲法22条1項の営業の自由に違反しないと判示したことなどを考え併せると、勧告の適法性についての実体判断がきちんと行われることが重要である。差戻し後の富山地方裁判所の判決とその後の対応が注目される。また、病院開設許可申請に係る勧告が適法に行われるとともに、勧告の基礎となる医療計画³³⁾の適切性にも留意していく必要があると考える³⁴⁾。

注

- 1) 「医療計画公示後における病院開設等の取扱いについて」(昭和62年9月21日保発第69号各都道府県知事あて厚生省保険局長通知)。
- 2) 平成10年法律第109号により、健康保険法43条の3第4項で、地域の保険医療機関の病床数が、医療計画に定める必要病床数を超えることになるか既に超えている場合で、当該病院等の開設者等が医療法30条の7の規定による都道府県知事の勧告に従わないときには、都道府県知事は、申請に係る病床の全部又は一部を除いて指定を行うことができると規定された。平成10年法律第109号による改正後の健康保険法との関係で、病院開設許可申請に係る勧告の処分性が判示されたのが、第三小判平成17年10月25

- 日・裁時 1398 号 4 頁(破棄差戻)である(水戸地判平成 15 年 4 月 8 日・判例集未登載,東京高判平成 15 年 9 月 11 日・判例集未登載。以下、「茨城事件」という。)。現行の健康保険法(最終改正平成 17 年 6 月 29 日法律第 77 号)65 条 4 項は、保険医療機関等の指定権者が都道府県知事ではなく厚生労働大臣になっているが、病床の全部又は一部を除いて保険医療機関の「指定を行うことができる」場合の一つに医療法 30 条の 7 の規定による都道府県知事の勧告に従わないことを挙げている点は、平成 10 年法律第 109 号による改正後の健康保険法と同じである。
- 3) 熊本地判平成 14 年 11 月 21 日・判例自治 242 号 70 頁,福岡高判平成 15 年 7 月 17 日・判タ 1144 号 173 頁(以下、「熊本事件」という。)
 - 4) 高松地判平成 15 年 2 月 25 日・判例集未登載,高松高判平成 15 年 11 月 14 日・判例集未登載(以下、「香川事件」という。)
 - 5) このほか、富山地判平成 13 年 10 月 31 日・訟月 50 卷 7 号 2028 頁(本件第一審判決),熊本地判平成 14 年 11 月 21 日・判例自治 242 号 70 頁(熊本事件第一審判決),高松地判平成 15 年 2 月 25 日・判例集未登載(香川事件第一審判決)が処分性を否定している。
 - 6) 主たる争点は共通しているものの、本件、茨城事件、熊本事件及び香川事件は、事案の内容が少しずつ異なっている。本件及び茨城事件が勧告取消請求事件であるのに対し、熊本事件及び香川事件は勧告無効確認請求事件である。また、本件、熊本事件及び香川事件では病院開設の中止勧告が行われたのに対し、茨城事件では、病床数の削減勧告が行われている。
 - 7) ただし、病院開設の中止勧告ではなく病床数の削減勧告の処分性が争点となった点、保険医療機関の病床数が医療計画における必要病床数を超えるか既に超えている場合で、病院の開設者等が医療法 30 条の 7 の規定に基づく都道府県知事の勧告に従わないときに、病院開設申請に係る病床の全部又は一部を除いて指定を行うことができることを健康保険法 43 条の 3 第 4 項に規定した平成 10 年法律第 109 号の改正後の事案である点、藤田宙靖裁判官による補足意見が付されている点は、本件と異なる。
 - 8) 同判決は、「行政事件訴訟特例法時代の判決であるが、行政事件訴訟法の下でも妥当する」とされている[塩野 2005 II, 96 頁]。なお、同判決より前に、農業委員会がした農地の境界に関する通知の処分性を否定した最一小判昭和 30 年 2 月 24 日・民集 9 卷 2 号 217 頁も参照。
 - 9) 司法研修所 2000、25-26 頁は、法律上の地位に対する影響についての記述部分で紛争の成熟性について述べているが、紛争の成熟性を独立した要件として掲げるものもある[原田 2005, 375 頁]。
 - 10) 「行政手続法の施行に当たって(平成 6 年 9 月 13 日総管第 211 号各省庁事務次官等を経て総務事務次官通知)」中、「第 1 — 行政処分と行政指導との区分の考え方」。
 - 11) 行政指導に「争訟上の解釈上は(略)“形式的行政処分”論として処分性を肯定される余地」があるとする説[兼子 1997, 173 頁]、「行政指導に対する不服従が次の侵害的処分の要件として法律上仕組まれている場合には、一種の段階的行為として、最高裁判所の定式の下でも処分性が認められてもよい」とする説[塩野 2005 II, 104 頁]、行政指導が行われたことにより社会的評価が下がり、営業等に不利益が生じた場合などに「行政指導を「処分」に準じて扱い、取消訴訟を利用して不利益な効果の排除を求めることが許されるべき」だとする説[原田 2005, 201 頁]など。
 - 12) 例えば、最三小判昭和 38 年 6 月 4 日・民集 17 卷 5 号 670 頁は、社会保険医療担当者監査要綱に基づき都道府県知事が保険医に対して行った戒告を「行政上の指導監督措置」と位置づけて処分性を否定している。原田 2005, 201 頁,藤田 2005, 335 頁参照。
 - 13) 最三小判昭和 54 年 12 月 25 日・民集 33 卷 7 号 753 頁,最大判昭和 59 年 12 月 12 日・民集 38 卷 12 号 1308 頁(札幌税関検閲違憲訴訟上告審判決),最一小判平成 14 年 1 月 17 日・民集 56 卷 1 号 1 頁(みなし道路指定処分不存在確認訴訟上告審判決),最一小判平成 15 年 9 月 4 日・訟月 50 卷 5 号 1526 頁(労災就学援護費不支給処分取消請求事件上告審判決),最一小判平成 16 年 4 月 26 日・民集 58 卷 4 号 989 頁(食品衛生法違反処分取消請求事件上告審判決)など。塩野 2005 II, 105-106 頁,橋本 2006b, 29-31 頁参照。なお、大久保 2006, 19-24 頁,橋本 2006a, 298-307 頁は、最近の最高裁判例をもとに処分性拡大の傾向について分析している。
 - 14) 「輸入食品等監視指導業務基準」(平成 8 年 1 月 29 日付け衛検第 26 号厚生省生活衛生局長通知)。
 - 15) 橋本 2006a, 302 頁は、この点を指摘して「同判決の仕組み解釈は、事実上高い蓋然性で輸入不能となることを「法的効果」へと解釈技術的に変換し、抗告訴訟として紛争の成熟性を認めるテクニックであった」と述べている。
 - 16) 大久保 2006, 23 頁,角松 2006, 345 頁もこの点を指摘している。
 - 17) これに対して、前掲最一小判平成 16 年 4 月 26 日には、問題となった通知の主体と輸入許可の権限を有する主体が異なり、通知が直接的には通達に基づくものであったという本件よりも処分性が認められにくい事案の特徴がある。
 - 18) 本判決の判断枠組みを踏襲した茨城事件上告審判決の補足意見で、藤田宙靖裁判官は、「「従

来の公式」は、必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難いのであって、従って、本件においてこれを採用するのは、適当でないものというべきである。」と述べている。大久保 2006, 23 頁は、この考え方を示唆する。

- 19) 下井 2006, 49 頁もこの点を指摘する。
- 20) 橋本 2006a, 304 頁は、「最高裁が処分性に係る従来の判例を変更していないことからすると、行政指導が有する事実上の効果を解釈論的に法的効果に変換したという位置づけになるのであるが、判決文を素直に読む限り、事実上の効果の発生からストレートに処分性を肯定したものと理解することも可能とも思われるような書きぶりとなっている。」と述べている。
- 21) 民集 59 卷 6 号 1722 頁(本件第一審判決「原告の主張」部分)。
- 22) 同上 1696 頁(本件「弁護人宇佐見方宏ほかの上告受理申立て理由」部分)。
- 23) 本判決より前に控訴審判決で勧告に処分性を認めた熊本事件では、原告が開設しようとした救急医療主体の病院と訴外療養型病院の開設が同一医療圏で競合し、原告にのみ病院開設中止勧告が行われており、関連して、同じ原告が国、県及び県職員に対して損害賠償請求を行った裁判例(東京地判平成 16 年 4 月 23 日・判時 1878 号 110 頁。棄却、控訴(控訴後不明))、訴外療養型病院建設支援のために町長が融資を行ったことに対して、町民が支出命令差止等の請求を行った裁判例(熊本地判平成 16 年 8 月 5 日・判例集未掲載。棄却(棄却後不明))などがある。また、香川事件にも、地元医師会の活動が独占禁止法に違反するとされた関連裁判例(東京高裁平成 13 年 2 月 16 日・判時 1740 号 13 頁)がある。
- 24) 民集 59 卷 6 号 1721-1722 頁(本件第一審判決「原告の主張」部分)。
- 25) 判旨 2(4) は、「後に保険医療機関の指定拒否処分の効力を抗告訴訟によって争うことができるとしても」と述べるが、これは、本件勧告に処分性を認めた後にこのような争い方が可能かについて述べたものではない。
- 26) 亘理 2006, 9 頁は、形式的行政処分論の立場を明確に支持した上で、保険医療機関指定拒否処分において中止勧告の違法性を主張し得るとする。
- 27) そして、「従来の判例学説上、一般に行政指導は「処分」ではないとされて来たから、これを専ら取消訴訟で争うべきものとするのは、国民に不測の不利益をもたらしかねない」が、この問題は行政庁の教示義務(行政事件訴訟法 46 条)、出訴期間等徒過についての「正当な理由」条項等の活用により対処可能だとする。
- 28) 「形式的行政行為(行政処分)」は、「その性質上実体的な行政処分(略)に当たらないが、訴訟

上の取扱いとして、行政処分性を認められる行為」[芝池 2006, 29 頁]などと定義されるが、その定義は一義的ではない[塩野 2005 II, 112-113 頁(注 4) 参照]。なお、形式的行政行為についての原田説は、塩野 2005 II, 112 頁(注 4) では、「取消訴訟以外の方法では適切な救済が与えられない場合に処分性を認めるときに、その処分性を認められた行為を形式的行政処分と名付ける例がある」と紹介されているが、原田 2005, 376 頁では、「本来の行政行為ではないが、処分性が認められる行為」という定義になっている。「形式的行政行為(行政処分)」論は、処分性の承認と取消訴訟の排他性や出訴期間の制限の適用等とを切り離す意味で主張されることが多いが[原田 2005, 376 頁、亘理 2006, 9 頁など]、本判決について「少なくとも結果的には、先に見た「形式的行政処分」(筆者注:「伝統的な理論の枠組みでは「処分」の観念に該当しないようなものでありながら、国民の利益の実効的な救済という見地から法解釈論上行政事件訴訟法三条二項でいう「処分」として扱うべき行為」[藤田 2005, 372-373 頁]) の存在を認めることとなるものであることは、否定できない。」と述べた藤田説[藤田 2005, 377 頁] は、茨城事件上告審判決の補足意見から考えると、このような意味で「形式的行政処分」という文言を使っているわけではない点に留意する必要がある。

- 29) 病院開設許可申請に係る勧告の段階での救済の途は、勧告の取消訴訟しかなかったわけではない。熊本事件では、「抗告訴訟としての勧告無効確認等請求とは別訴で、(第一審判決で処分性が否定された後) 公法上の当事者訴訟としての勧告無効確認請求を行っていた」ということである[牛嶋 2006, 76 頁(注 6)。宮崎 2004, 273 頁も参照]。本件については、当事者訴訟としての勧告違法又は無効確認訴訟の活用を指摘する学説[牛嶋 2006, 76 頁、角松 2006, 345 頁、人見 2006, 137 頁] や、さらに踏み込んで「医療法の勧告を争う手段は、勧告の違法確認訴訟や、勧告を許否(ママ)しても不利益を受けないことの確認訴訟が適切である」と述べる学説[下井 2006, 49 頁] がある。
- 30) 牛嶋 2006, 76 頁(注 5) の塩野宏教授の見解参照。
- 31) なお、橋本 2006a, 321 頁は、「処分性を前提とする抗告訴訟と、そうでない当事者訴訟・民事訴訟とを相互排他的に振り分けなければならないとする考え方そのもの」の「転換」に言及している。
- 32) 第一審鹿児島地判平成 11 年 6 月 14 日・訟月 47 卷 7 号 1824 頁(棄却)、控訴審福岡高宮崎支判平成 13 年 10 月 30 日・判例集未掲載(棄却)。
- 33) 「良質な医療を提供する体制の確立を図るための医療法等の一部を改正する法律」(平成 18

年法律第84号)により、医療計画は、第5章第2節(30条の4～30条の11)で規定されることになり、医療法上の勧告についての規定は、30条の7から30条の11に変わった(条文内容は変わらず)。なお、医療計画を医療法に規定した医療法改正(昭和60年法律第109号)について、前掲東京地判平成16年4月23日(本稿注23)は、「本件医療法改正に係る厚生大臣等の行為は病院開設希望者等の営業の自由を侵害するものでなく、また本件医療法改正により新規に病院を開設しようとする者を既存の医療機関等との間で不平等に取り扱うものとも認められないから、憲法二二条一項及び一四條に反しない。」と判示している。

- 34) 本判決の判例評釈の域を超えるが、医療計画については、次のような問題点の指摘がある。「昭和60年の制度導入当時の目的であった医療資源の効率的活用としての量的な整備目標の意義が薄れつつある一方で、意欲ある質の高い医療機関の医療サービスの拡充や新規参入を制限し、質の劣る医療機関の既存許可病床の既得権化を生んでおり、医療機関間の競争を阻害し、医療の質の向上を妨げている。」「規制改革・民間開放推進会議2004, 56頁」。この指摘に対して、医療計画の見直し等に関する検討会2005, 4頁は、「本検討会における検討の結果、現状では直ちに基準病床数制度を廃止するための条件が整っていないことから当面存続することとするが、今後の医療計画の見直しの成果を踏まえて、医療の質の向上と効率化に関して求められる課題を整理し、現状における評価と、将来どのように課題に対応していくかの検討がなされるべきである。」と述べている。この問題は、医療計画のみならず、例えば、介護保険法118条1項に基づく都道府県介護保険事業支援計画などについても考えていく必要があると考える。

本判決の評釈等(平成18年8月10日現在)

- 牛嶋 仁(2006)「医療法に基づく病院開設中止勧告取消等請求事件最高裁判決」法令解説資料総覧289号, 73-76頁。
角松生史(2006)「病院開設中止勧告」別冊ジュリスト182号, 344-345頁。
下井康史(2006)「病院開設中止勧告・病床削減勧告の処分性」ジュリスト1313号(平成17年度重要判例解説), 47-49頁。
杉原則彦(2006a)最高裁判所判例解説, 法曹時報58巻3号, 1098(302)-1109(313)頁。
——(2006b)「時の判例」ジュリスト1307号, 169-171頁。
西村健一郎(2006)「病院開設の許可と保険医療機関の指定拒否」週刊社会保障2380号, 18-19頁。
人見 剛(2006)「演習 行政法」法学教室309号,

136-137頁。

参考文献

- 阿部泰隆(2000)「地域医療計画に基づく医療機関の新規参入規制の違憲・違法性と救済方法(上・下)」自治研究76巻2号, 3-19頁, 76巻3号, 3-21頁。
石田道彦(2005)「医療供給体制と競争政策」週刊社会保障2315号, 50-53頁。
医療計画の見直し等に関する検討会(2005)「平成18年の医療制度改革を念頭においた医療計画制度の見直しの方向性」(中間まとめ)(平成17年7月27日)。
岩村正彦(2002)「社会保障法入門 第四〇講」自治実務セミナー41巻6号, 11-17頁。
大久保規子(2006)「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト1310号, 18-24頁。
加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子(2003)『社会保障法〔第2版〕』有斐閣。
兼子 仁(1997)『行政法学』岩波書店。
規制改革・民間開放推進会議(2004)「規制改革・民間開放の推進に関する第1次答申—官製市場の民間開放による「民主導の経済社会の実現」—」(平成16年12月24日)。
倉田 聡(2001)「医療保険法の現状と課題」『講座社会保障法 第4巻 医療保障法・介護保障法』法律文化社, 44-69頁。
厚生省健康政策局総務課編(1994)『医療法・医師法(歯科医師法)解〔第16版〕』医学通信社。
塩野 宏(2005)『行政法I〔第四版〕行政法総論』有斐閣。
——(2005)『行政法II〔第四版〕行政救済法』有斐閣。
芝池義一(2006)『行政救済法講義〔第3版〕』有斐閣。
司法研修所編(2000)『一改訂—行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』法曹会。
西村健一郎(2003)『社会保障法』有斐閣。
西村健一郎・岩村正彦・菊池馨実(2005)『社会保障法 Cases and Materials』有斐閣。
橋本博之(2006a)「処分性論のゆくえ」『立教法学』70号, 295-323頁。
——(2006b)『要説 行政訴訟』弘文堂。
原田尚彦(2005)『行政法要論(全訂第六版)』学陽書房。
藤田宙靖(2005)『現代法律学講座6 第四版行政法I(総論)【改訂版】』青林書院。
宮崎良夫(2004)「行政指導と取消訴訟の対象適格性」『法治国家と行政訴訟(原田尚彦先生古稀記念)』有斐閣。
巨理 格(2006)「行訴法改正と裁判実務」ジュリスト1310号, 2-9頁。
(おざわ・めぐみ 国立社会保障・人口問題研究所 社会保障応用分析研究部研究員)