

社会保険法判例

島崎 謙治

健康保険法による保険診療の対象となる療法と対象外である療法を併用する混合診療を受けた場合であっても、保険診療の対象となる療法については、同法 63 条 1 項の「療養の給付」を受けることができる権利を有することが認められた事例

東京地方裁判所平成 19 年 11 月 7 日判決（平成 18 年（行ウ）第 124 号，健康保険受給権確認請求事件），判例時報 1996 号 3 頁，判例タイムズ 1261 号 121 頁

I 事案の概要および争点

1 事案の概要

(1) 健康保険法（以下「法」という。平成 18 年法律第 83 号による改正前のものを「旧法」という）は、医師が行う診療のうち特定の診療を、保険者が被保険者に対し行う「療養の給付」と定め（法 63 条 1 項）、被保険者は、「療養の給付」に当たる診療を受けた場合、それに要した費用の一部のみを負担すれば足りる旨を定めている（法 74 条 1 項）。

(2) X（原告）は、K 県立がんセンターにおいて、腎臓がんの治療のため、主治医から、「療養の給付」に該当するインターフェロン療法（以下「INF 療法」という）に加えて、「療養の給付」に該当しない活性化自己リンパ球移入療法（以下「LYM 療法」という）を併用する旨の提案を受け、平成 13 年 9 月からこの併用療法を受けていた。

(3) 厚生労働省は、混合診療が行われた場合には、自由診療はもとより、本来「療養の給付」に該当する保険診療相当分についても、法に基づく給付を受けられなくなる旨解釈している。この解釈によれば、本事案の場合、X は、LYM 療法に要する費用はもとより、INF 療法に要する費用についても、法に基づく給付を受けることができず、費用の全額を負担すべきことになる。

(4) X は、Y（国一被告）に対し、この解釈は法に違反するものであり、また憲法違反であるとして、混合診療を受けた場合であっても、本来法が定める「療養の給付」に当たる診療については、法に基づく「療養の給付」を受けることができる権利を有することの確認を求め出訴（行政事件訴訟法 4 条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」）した。

2 争点

裁判所が摘示した本件の争点は、下記の Y の主張の当否である。なお、憲法 14 条違反も争点

の1つであるが、本判決はこの点について「判断するまでもなく」Xの主張を認容したものであり、この点は論じられていない（本稿でも検討しない）。

Yの主張は、①複数の医療行為が行われる場合には、それらの複数の医療行為を併せて不可分一体の1つの医療行為であるとして「療養の給付」が予定したものに該当するかどうかを検討すべきであり、個別的には保険診療に該当するものであっても、これに保険診療に該当しないものが加わって一体として「療養の給付」に該当しないことになれば、前者についても保険給付は受けられないと解すべきである（争点1）、②保険外併用療養費制度について定めた法86条は、保険診療と自由診療が混在する混合診療のうち、健康保険により給付すべきものを限定的に掲げたものであるから、反対解釈により、混合診療のうち保険外併用療養費制度に該当しないものについては、すべて「療養の給付」に当たらないと解されるべきである（争点2）、というものである。

II 判旨

請求認容

1 争点1について

法63条1項の規定を見る限りYが主張する根拠は見出し難く、また、「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63条1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っても、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がかりは、何ら見出すことができない」。

2 争点2について

(1)「旧法86条に基づく特定療養費制度は、『療養の給付』と截然と区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。」

(2)「旧法63条2項において、法が明示的に『療養の給付』に含まれないとしていた食事療養についてみると、……この規定は、保険診療とこれに該当しない食事療養が併用された混合診療の場合において、保険診療たる『療養の給付』についてはなお給付の対象となることを法が予定していることを暗黙裏に当然の前提として、食事療養についての費用の支給について規定されているものと解されるのであって、このような法の態度は、Yが主張する、混合診療の場合には、旧法86条に該当しない限り、保険診療部分を含めて給付の対象としないという主張とは相容れないものである」。

(3)「旧法86条1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ところ……、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」。「そして、特定療養費の額について定めた同条2項の文言をみても、同項は、同項1号の『当該療養』すなわち高度先進医療等及び選定療養を基礎として算出された額を支給する旨を定めているところ、これらが『療養の給付』とは異なるものであることは前示のとおりであるから、同項により特定療養費支給の対象となるものが、高度先進医療等に係る療養又は選定療養に関する費用ではなく、これらと併用して行われた保険診療である『療養の給付』に関する費用であると解することは、明文に反する解釈であると言えよう。」

(4)「本件の問題の核心は、……X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63条1項の『療養の給付』を受けることができる権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」と解釈することができるのかという点である。「このような法解釈の問題と、差額徴収制度による弊害への対応や混合診療全体の在り方等の問題とは、次元の異なる問題であることは言うまでもない。」

3 小括および結論

「Xは、法及びその委任を受けた告示等によって、『療養の給付』に含まれるINF療法を受けることのできる権利を有する以上、これとLYM療法が併用された場合であっても、INF療法については健康保険法の適用がある」。「Xは、今後とも、INF療法とLYM療法を併用する療法を受ける可能性は高いと認められるところ、仮に、Xが今後ともLYM療法を受けようとするれば、INF療法に要する費用についても全額自己負担とされ、多額の医療費の負担を余儀なくされるおそれがあることに照らすと、Xが、いわゆる公法上の当事者訴訟（略）として、上記権利を有することを確認すべき法律上の利益も十分に肯認することができる」。「よって、Xの請求は理由があるから、これを認容する」。

III 解説

判旨および結論に反対

1 はじめに

いわゆる混合診療については、特定療養費制度およびこれを継承した保険外併用療養費制度（両制度の法的構造は基本的に同じであり、本稿では両者を併せて「特定療養費制度等」という）の対象となる場合を除き、保険適用外の診療分はもとより本来適用対象となる分を含め保険給付の対象とならないという行政解釈が採られてきた。本判

決は、この解釈は法的根拠を有しないものとして否定し、混合診療であっても、本来、保険診療の対象となる部分については法に基づく「療養の給付」を受けることができる権利を有することを認めたものである。

本判決の争点は、この行政解釈の法的根拠の有無であり、これは特定療養費制度等の法的構造をいかに理解するかに関わっている。本稿においても、この点を中心に検討を行う。

2 混合診療禁止の意味、裁判例、特定療養費制度等の法的構造

(1) 混合診療禁止の意味

混合診療禁止には、A：保険医療機関および保険医に対する行為規範としての意味、B：一連の医療サービスに保険外診療のものが一部でも混じれば、本来、保険給付の対象となっている診療も含めすべてが自由診療扱いとなるという意味、の2つがある。両者は密接に関連するが、法的根拠等を論じるに当たっては、両者を分けて考える必要がある。

わが国の医師法は医師に広範な裁量を認めており、医師が特殊な療法を行ったり薬事法上未承認の医薬品を用いても医師法違反にはならない。しかし、公的医療保険制度においてこれを認めるかは別の問題である。被保険者から徴収した保険料を主たる財源として給付を行うものである以上、安全性のほか有効性や普及性等の観点も考慮し、保険給付は「患者の療養上妥当適切なもの」（保険医療機関及び保険医療費担当規則（以下「療担規則」という）2条）とする必要があるとともに、不当な患者負担が生じることを防止する必要があるからである。

このため、法は、保険医が特殊な療法等を行うことや厚生労働大臣が定める医薬品以外の薬物を施用・処方することを禁止している（療担規則18条および19条等）。また、療養に係る費用のうち患者が支払うものは、一部負担金（法74条）のほかは、入院時食事療養費（法85条）、評価療養または選定療養に要する費用（法86条）等に係るもののみとし、保険医療機関が一部負担

金以外に患者から追加的な負担を求めることができる場合を限定列挙している（療担規則5条等）。そして、これらに違反すれば、法80条、81条に基づき保険医療機関の指定取消または保険医の登録取消の処分対象となる¹⁾。

混合診療禁止は一義的には保険医療機関および保険医に対する行為規範（しかも処分対象となる強制規範）であり、Aの意味での混合診療禁止については条文上の根拠も存在することに留意すべきである。

もっとも、仮に混合診療が行われた場合、保険者と被保険者との関係において、そのすべてが自由診療扱いとなる（Bの意味での混合診療禁止）かは、別個の問題である。これについては、直截に禁止する（つまり、すべて保険給付の対象外とする）明文の規定は存在せず行政解釈に拠っている。いうまでもなく、被保険者が保険給付を受ける権利を制約するには法律上の根拠が必要であり、しかも、この行政解釈は、「自由診療を用いたことについて一種の制裁的効果を伴うとも評価しうるもの」（判時1996号6頁の本判決解説）とみえなくもない。その意味では、裁判所がBの意味での混合診療禁止の法的根拠の有無にこだわったことは当然である。

（2）裁判例

混合診療をめぐる裁判例は乏しいが、参考となるものとしては、東京地判平成元年2月23日（訟月36巻12号2179頁）がある²⁾。

事案は、歯科治療において金属床を用いた場合、義歯欠損補綴を構成する治療行為のすべてが「療養の給付」の対象外となるとする厚生大臣の行政指導は違法であるとして、患者が国に対して不当利得の返還請求または損害賠償を請求したものである。裁判所は、厚生大臣の行政指導は適法と認め原告の請求を棄却した。同判決は、「法及び療担規則上、混合診療が明示的に禁止されていないことから、また文理上及び論理上の解釈から、直ちに法及びその委任に基づく療担規則がこれを許容していると解することは相当ではない。……本件において『療養の給付』の範囲、『混合

診療禁止』の考え方の適否を判断するに当たっては、これら法の趣旨及び目的、健康保険制度の沿革、立法の経緯等をも含めて総合的に考察しなければならない」としたうえで、「厚生大臣が『療養の給付』の具体的内容を定めるにつき、『傷病の治癒を目的とした一連の医療行為』をその単位として定めることは、現行健康保険法の趣旨に適合する」と述べる。また、特定療養費制度が新設された趣旨は、「通達等に基づく運用により行われていた従来の差額徴収の取扱いに代えて、特定療養費として給付形態上あえて『療養の給付』の対象から除外し金銭給付の形式をとりつつ、健康保険法上明確に位置づけ、適正な規制の下に運用しようとしたものであった。……右特定療養費制度新設後の健康保険法の解釈としては、……混合診療は、特定療養費の支給の対象となる療養に限られると解するのが相当」とであると判示した。

結論の違いもさることながら、法の解釈に当たり法の趣旨や立法経緯等を重視するか否かという点において、この判決と本判決は対照的である。そして、この先例がありながら本判決がYの主張を斥けた理由は、「法令の文言、構造等に照らし、何故にそのような解釈が導き出されるのかは、同判決の判決文からは必ずしも明確に示されているわけではない」（前掲判時5頁の本判決解説）との判断が働いたものと推察される。

（3）特定療養費制度等の法的構造

特定療養費制度は昭和59年の法改正により創設されたものである。それ以前は、通達により、特定の病室の提供および歯科材料の支給に係る差額徴収については一定の条件の下で容認するという取扱いが行われていた。しかし、不当な差額徴収が頻発し大きな社会問題となっていた。また、公的医療保険制度上、医療技術の革新・高度化に対しどう対応すべきか、という課題も生じていた。すなわち、「続々と医療の場に登場してくる高度先端医療の全てを保険医療のなかに取り入れていくのは、保険財源の面からも限界が出てくるし、また、普及段階に入っておらず特定の一部の患者しか利用できないものを保険給付の中に取り

入れるのは公平性の面からも問題がある。……他方、その全てを保険給付から除外し、自由診療とするのでは、国民のニーズに合致しないし、医療の高度化や発展を妨げることになりかねない」〔厚生省保険局企画課 1985, p. 57〕という問題があった。

特定療養費制度はこうした背景の下に創設された制度であり、その対象としては高度先進医療と選定療養の2つのタイプがある。両者の法律上の構成は若干異なっており、以下では、本件訴訟に直接関係する高度先進医療に即し、その法的構造について検討を行う（なお、療担規則・告示は旧法下のものである）。

旧法 86 条 1 項柱書は、「被保険者が、……次に掲げる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」と規定し、同項 1 号では、「……高度の医療の提供するものとして厚生労働省令で定める要件に該当する病院又は診療所であって厚生労働大臣の承認を受けたもの（……以下「特定承認保険医療機関」という）のうち自己の選定するものから受けた療養」が掲げられ、同条 2 項では、特定療養費の額の算定に関する規定が設けられていた。これが旧法 86 条の基本的な枠組みである。留意を要する点は次の5点である。

第 1 に、特定承認保険医療機関は、通常の保険医療機関とはまったく別個の類型として創設されたものであり、療担規則上、特殊療法等の禁止が解除されるとともに、診療に当たってはその内容・費用につき患者の事前同意を必要とするなど、特別な位置づけがされていた（療担規則 18 条、19 条 3 項、5 条の 4 第 1 項等）。特定承認保険医療機関と保険医療機関が別個の類型であることは、両者を兼ねることはできない旨の規定（旧法 86 条 7 項）に端的に表れている〔法研 2005, p. 654 参照〕。

第 2 に、高度先進医療についても厚生労働大臣の承認に関わらせることとし（療担規則 5 条の 2 第 2 項）、特定承認保険医療機関から承認申請があった場合には、中央社会保険医療協議会（以下「中医協」という）の意見を聴くこととし、その

ため、中医協に高度先進医療に関する専門家会議を置き検討に当たらせることとされた（「特定承認保険医療機関及び特定承認療養取扱機関の取扱いについて」（昭和 60 年 2 月 25 日保発 19 号）参照）。つまり、特定承認保険医療機関が実施する高度先進医療はどのようなものでも特定療養費制度の対象になるわけではなく、有効性、安全性、普及性等につき一定の評価が行われ厚生労働大臣の承認を得なければならないとされていた。

第 3 に、特定療養費は、「療養の給付」ではなく「療養費の支給」という金銭給付の形態とし、さらに、これを実質的に現物給付化するという構成が採られた（旧法 86 条 1 項、3 項から 5 項）。こうした回りくどい構成とした理由について、立案者は、「療養の給付」は現物給付であり一体不可分なので、立法技術として、療養費構成を採ることによって費用の問題として差額徴収等を行えるようにすることにあった旨の説明を行っている³⁾。

第 4 に、特定療養費の額は、旧法 86 条 2 項 1 号により、「旧法 76 条 2 項の定めを勘案して厚生労働大臣が定めるところにより算定した費用の額」から一部負担金を控除した額とされていた。そして、これを受けて定められた「健康保険法第 86 条第 1 項に規定する療養についての費用の額の算定方法」（昭和 59 年厚生省告示 148 号）は、いわゆる診療報酬点数表（「健康保険法の規定による療養に要する費用の額の算定方法」平成 6 年厚生省告示 54 号）の例によることを規定しており、結果として、高度先進医療部分を除く一般の療養の給付に相当する部分（いわゆる「基礎的な診療部分」）が特定療養費として支給されることになる⁴⁾。

第 5 に、旧法 86 条 1 項の柱書中の「その療養」の解釈であるが、本判決は「その療養」は高度先進医療部分を指すと解釈している（判旨 2 (3) 参照）。しかし、「その療養」とは、高度先進医療部分と保険診療に相当部分を組み合わせた療養全体を指すと解すべきである。第 4 で述べたことと併せていえば、高度先進医療部分を含む療養全体について特定療養費の対象の網にいったんか

けたうえで、特定療養費の額の算定に当たっては、「基礎的な診療部分」のみが算定される（保険給付の対象となる）という構成が採られている。ちなみに、仮に「その療養」を本判決のように解釈すると、高度先進医療部分につき保険給付を行うことになるが、これは特定療養費制度を設けた立法趣旨に反するだけでなく、前述した特定療養費の額の算定に関する法令の規定と齟齬することになる。

以上をまとめていえば、旧法 86 条（これに関連する法令を含む。以下同じ）は、①混合診療の中から一定の評価が与えられる高度先進医療を含む療養を取り出し、②当該療養は特定承認医療機関のみで実施できることとし、③特定承認医療機関が行う当該療養については特殊療法等の禁止の解除を行い、④当該療養について「療養の給付」とは異なる特別な給付類型として特定療養費という仕組みを設け、⑤高度先進医療部分を除く基礎的な診療部分について保険給付する、という規定である。換言すれば、旧法 86 条は、特定療養費制度の対象の網にかからない混合診療については「療養の給付」の対象とならないことを前提として構成されている条文であり、旧法 86 条は混合診療禁止の法的根拠になると解すべきである。

なお、現行の法と旧法との関係につき付言する。特定療養費制度は平成 18 年の法改正により保険外併用療養費制度に改められ、その際、特定承認保険医療機関の仕組みを廃止する等の改正が行われている⁵⁾。ただし、先進医療の範囲および施設基準については厚生労働大臣が定めるとともに、その基準に適合することの届出も必要とされていること（「厚生労働大臣の定める先進医療及び施設基準を定める件」（平成 18 年厚生労働省告示 574 号））等を踏まえると、本判決も認めているように、特定療養費制度と保険外併用療養費制度の法的構造は本質的に同じであると解される。

3 本判決の論点とその検討

以上で筆者の考案はほぼ尽きているのであるが、確認の意味を含め裁判所が摘示した 2 つの争点につき検討する。

(1) 争点 1（「療養の給付」の一体不可分性）について

本判決も指摘するように、「診療報酬の算定方法」や「薬価基準」は、個別の医療行為や医薬品を単位として規定している。敷衍すれば、個々の診察行為や医薬品がいわば「ポジティブリスト」としての「診療報酬の算定方法」および「薬価基準」に該当するのであれば、療担規則 20 条の「診療の具体的方針」および医薬品の「使用上の注意」（禁忌など）等の禁止事項に反しない限り、その範囲内でどのように組み合わせ診療を行うかは保険医の裁量に委ねられている。

しかし、それは安全性や有効性等につき一定の評価が行われた後に初めて認められることである。例えば、保険診療で認められている療法（ α とする）と、保険外診療である療法（ β とする）を併用する（この併用療法を γ とする）場合、 γ は単独療法 α に比べ有効性が増さないことがあるだけでなく、禁忌に該当する等の理由により好ましくない反応が生じることがありうる。つまり、 β と併用することによって、 α のいわば「好ましい属性」は別個の属性を有するものになりうる以上、 α を全体から切り離して保険給付の対象とすることは適当ではない。

もっとも、「傷病の治療等を目的とした一連の医療サービス」という場合、何を基準（時間、場所等）として「一連の医療サービス」とみるべきか判断が難しい場合が少なくない⁶⁾。当該治療等の実態を基礎としながらも、医療の安全性の確保および患者の不当な負担増の防止という法の趣旨・目的に即し合目的的に解するよりないと思われる。ただし、本事案は併用療法であり、「傷病の治療等を目的とした一連の医療サービス」の典型的な事例である。

(2) 争点 2（特定療養費制度等を設けた法の規定の反対解釈）について

判旨 2 (1) については、2 で検討したように、旧法 86 条は、混合診療のうちから一定の評価の対象となるものを拾い上げ、厳格なルールの下に特別な給付を行う規定である。本判決は、「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」というが、むしろ、特定療養費制度は保険診療と自由診療の組み合わせに着目しているというべきである。

判旨2(2)については、平成6年の法律改正によって食事療養費が設けられた趣旨は、もともと入院中の食事の費用は「療養の給付」の対象であったのを、入院と在宅との負担の公平を図るため、いったん「療養の給付」から外し、入院時の平均的な費用の額から平均的な家計における食費額(標準負担額)を控除したものを食事療養費として支給することにある。つまり、立法措置によって特別の類型として特定療養費のほかに食事療養費を創設したものであり、食事療養費が存在することを理由に判旨2(2)の論理が導き出されるわけではない。

判旨2(3)については、2の(3)で検討したとおり、「その療養」とは高度先進医療部分と保険診療相当部分を組み合わせた療養全体を指すと解さざるをえない。なお、この解釈は文理としてやや不自然である感は否めないものの、「明文に反する解釈」とまではいえまい〔同旨、笠木2008a, p. 65〕。

判旨2(4)については、法解釈の問題と混合診療全体の在り方等の問題とは「次元の異なる問題」ではない。少なくとも、裁判所は、保険医・保険医療機関に対する混合診療禁止(Aの意味での混合診療禁止)との関係については判示すべきであったと思われる。項を改め述べる。

4 本判決の性格、限界、射程等

平成16年の行政事件訴訟法の改正により、「公法上の法律関係に関する訴訟」の一類型として「公法上の法律関係に関する確認の訴え」が明記された(同法4条)。本事案は、それが「まさに機能した事例である」(前掲判時6頁の本判決解説)と評価するむきもあろう。筆者も確認訴訟の意義やそれを積極的に活用することに異論があるわけではない。問題は、確認訴訟の意義が「処分発動前の法律状態を確認して地位の保全を図ろうとする」〔塩野2005, p. 238〕ことにあるからこ

そ、本件の場合、保険者と被保険者との関係における法律状態の確認のみにとどまってよいのかということである。その意味は次のとおりである。

LYM療法は、「免疫力を高めるためにがん患者の血液からリンパ球を取り出し試験管内で培養・活性化させて患者の体内に戻す療法」⁷⁾であるが、LYM療法にはいくつかのタイプがある。Xの自著によれば、Xが受けていた療養は、インターロイキン2を用いて培養・活性化させる療法(以下「LAK療法」という)である〔清郷2006, p. 10, p. 208等〕。LYM療法は平成8年11月に高度先進医療に指定されたが、その後、平成18年1月25日の中医協において、「LYM療法のうちインターロイキン2を用いたものは有効性が明らかでない」とする旨の高度先進医療専門家会議の報告を受け、高度先進医療から削除することが決定された(削除は同年3月31日)⁸⁾。このため、LYM療法はいわば「枝分かれ」し、平成18年4月以降は、「自己腫瘍(組織)を用いたLYM療法」および「自己腫瘍(組織)及び樹状細胞を用いたLYM療法」のみが高度先進医療とされ、保険外併用療養費制度に再編成された後も、基本的な枠組みは変わっていない⁹⁾。

裏返していうと、仮にK県立がんセンターがLYM療法に関し高度先進医療の承認を受けていれば、Xは平成18年3月末までは特定療養費の支給を受けることができたはずである。しかし実際には、K県立がんセンターは、(理由は不詳であるが)その承認を受けていなかった。そして、平成17年9月にこの併用療法に関し再診料や処方料等を保険請求していたことがマスコミで報道されたことを機に、同センターは同療法を中止することとなったようである〔清郷2006, p. 116, p. 232〕。

本判決ではLYM療法に何ら限定を付していない。仮に、Xの請求の趣旨が、LAK療法以外のLYM療法(例えば、「自己腫瘍(組織)を用いたLYM療法」)でもよいのであれば、Xは現在でも保険外併用療養費を受けられる。ただし、訴訟の経緯等からみれば、Xの請求の趣旨は、LAK療法とINF療法との併用療法を受けること

であると考えられる。しかし、この場合、裁判所は、療担規則18条、19条3項による特殊療法等の禁止の解除等について判示する必要があったと思われる。なぜなら、本判決は、「Xは、今後とも、INF療法とLYM療法を併用する療法を受ける可能性は高いと認められる」と述べているが、LYM療法のうちLAK療法の先進医療から除外されている以上、K県立がんセンターであれ、その他の保険医療機関であれ、LAK療法を行うこと自体が禁じられており、その禁止を解除しない限り、実態上、Xはこの療法を受けることができないからである。

なお、本判決の趣旨をもってAの意味での混合診療禁止をも解除していると考えすることはできない。本判決は、「自由診療が併用された場合にももとの保険診療相当部分についてどのような取扱いがされるかという問題」にもっぱら焦点をあてた判決であり、Aの意味での混合診療禁止の問題については一切言及していないからである。

本判決は、保険診療と自由診療が併用された場合はすべてが「療養の給付」の対象外となるという行政解釈は、法律上の根拠がなく法解釈として採り得ない旨を一般論として述べており、例えば先進医療に限るとか、生死に関わる緊急性の高い医療といった限定を付していない。その限りでは本判決の射程は広いともいえる。しかし、繰り返しになるが、本判決はあくまでBの意味での混合診療禁止に限った判決であり、その意味では本判決の射程は狭いというべきである。

5 おわりに

本判決が行政実務をはじめ社会的に及ぼす影響は大きい。国は平成19年11月16日に東京高裁に控訴しており、控訴審においてどのような判断が下されるか注目される。

混合診療は医療保険制度の基本的枠組みに関わる重要な論点でありながら、これまで法学的考察の蓄積が乏しかったことは否めない¹⁰⁾。その重要性にかんがみれば、本判決を機に、法の保険給付の構造に立ち返った議論を深める必要があるように思われる。なお、混合診療については解釈論の

みならず政策論も非常に重要であるが、判例研究の枠を超える。これについては別稿〔島崎2008〕を参照されたい。

注

- 1) 実際、最近の事例としては、藤枝市立総合病院が歯科（インプラント治療）に関し混合診療を行っていたとして、平成19年10月に保険医療機関の指定取消が行われた例がある。
- 2) 本文で紹介したもの以外の混合診療の裁判例としては、保険医療機関の指定取消の執行停止申立を認容した事案がある（静岡地決昭和59年6月25日（判タ534号157頁））。ただし、これは特定療養費制度が設けられる以前の事案である。
- 3) 昭和59年5月10日衆議院社会労働委員会における吉村保険局長答弁（週刊社会保障1287号、p.54）参照。これはドグマティックな考え方の方であるが、その後の立法等においてもこの考え方が踏襲されている。例えば、介護保険制度では混合介護は認められているが、その条文上の拠り所は、現物給付ではなく療養費構成を採っていることにある（立案者の考え方がうかがえるものとして、和田2007、pp.34-35を参照）。なお、療養費構成を採っているから混合診療が認められることを強調すると、法110条の家族療養費に関しては混合診療が認められるのかという議論が生じうる。しかし、法は「療養の給付」を原則とし家族療養費もこれに準拠した規定となっており、法で認められた保険外併用療養費以外の混合診療はやはり禁止されていると解すべきである。
- 4) ちなみに、例えば家族療養費の診療報酬額の算定は旧法76条2項の「例による」のに対し（旧法110条3項）、特定療養費では「勘案して」と書き分けられている。これも特定療養費制度が通常の保険給付とは異なる類型と設けられたことの1つの証拠である。
- 5) これは、平成16年12月15日に内閣府特命担当大臣と厚生労働大臣との間で取り交わされた「いわゆる『混合診療』問題に係る基本的合意」に基づくものである。
- 6) 一例だけ挙げれば、海外で心臓移植（自由診療）を行い、帰国後も免疫抑制剤を投与する場合、これを「傷病の治療等を目的とした一連の医療サービス」とし混合診療とみるべきか、それともいったん心臓移植という医療行為が完結し、別個の医療行為が開始されているとみるべきかといった問題がある（後者と解すべきであろう）。
- 7) 中医協の平成18年1月25日の総会資料の解

説による。

- 8) 「厚生労働大臣の定める高度先進医療及び施設基準の一部を改正する告示」(平成 18 年 3 月 13 日厚生労働省告示 118 号) 参照。
- 9) 「厚生労働大臣の定める先進医療及び施設基準第 3 項の規定に基づき厚生労働大臣の定める医療及び施設基準を定める件」(平成 18 年 9 月 29 日厚生労働省告示 575 号) の 16 および 17 を参照。
- 10) こうした中で、岩村 2004、笠木 2008b は貴重な文献である。

本判決の評釈

笠木映里(2008a)「混合診療」『別冊ジュリスト社会保障判例百選 [第 4 版]』。

引用・参考文献

岩村正彦(2004)「社会保障入門(第 59 講)」自治

実務セミナー, 43 巻 6 号。

笠木映里(2008b)『公的医療保険の給付範囲』有斐閣。

清郷伸人(2006)『違憲の医療制度』ごま書房。

厚生省保険局企画課監修(1985)『医療保険制度 59 年大改正の軌跡と展望』年金研究所。

塩野宏(2005)『行政法Ⅱ[第四版]行政救済法』有斐閣。

島崎謙治(2008)「混合診療禁止の法理と政策論」社会保険旬報 2363・2364 号。

西村健一郎(2008)「混合診療の可否について」週刊社会保障 2482 号。

法研(2005)『健康保険法の解釈と運用[平成 15 年改訂版]』。

和田勝(2007)『介護保険制度の政策過程』東洋経済新報社。

(しまざき・けんじ 政策研究大学院大学教授)