

## 第2章

---

# 混合診療禁止の法的根拠

## I. 混合診療は日常的に行われている

保険診療の過程に保険外診療が部分的に入り込む原因に医療技術の急速な進歩があることは明らかである。問題は、部分的に混在した保険外診療を一律に排したり、差額徴収といった現物給付の原則を踏み外した方法で解決するのではなく、その調和を図ることである。もう一度図2に戻って考えてみると、保険給付は治療の終了までに行われるすべての医療サービスを含むとすれば、大阪に着いた後の最終目的地までの移動手段をも含んだものでなければならない。仮に現行の保険制度では新大阪駅からJRを乗り継いで目的地へ向かうまでのサービスが給付されるとしよう。ところが、最終目的地まで行くのにはこのほかに地下鉄や私鉄、バス、さらにタクシーといったさまざまな移動手段がある。これらのいずれも治療の終了までのサービスであるとするならば、保険給付をJRの乗り継ぎだけに限定し、それ以外の手段を選択した場合は混合診療となるから全額自己負担だとするのは説得力に欠ける。

医療現場でもこれと同様のケースが日常的に起こっている。混合診療の典型例として、東京女子医科大学第二外科講師の滝口進氏は次のようなケースを挙げている。

心窩部痛を訴えて来院した患者に、胃潰瘍を疑い内視鏡検査を行ったとする。結果は急性びらん性胃炎であったためH2 Blocker(H2B)を処方して数日様子を見たが、症状が思ったほど改善をみない。Proton pump inhibitor(PPI)を使用したいが、胃炎に対する保険適応がない。そこで医師は次のいずれかの方法をとることになる。

①残念であるがPPIの使用をあきらめ、健康保険で認められている他の方法を検討する。(中略) ②本人に説明して、すべての治療を自費に切り替える。これは制度にはかなっていないが、現実にはほとんどなされていない。③「胃潰瘍」の病名を追加して(本当は違う)、PPIを保険で使う。これは建前をいえば虚偽の保険請求ということになるが、患者の側も「コストがかかればい」と考えて保険の建前に無関心だし、医師の側にもこれが重大な不正であるという認識がほとんどないため、かなりの症例でこの方法がとられる可能性が高い。1)

保険制度の建前からいえば①と②の選択肢しか与えられていないのであるが、現実には③のいわゆる「レセプト病名」の追加という選択肢が「有力候補」として挙げられている。こうした医療機関側の方便を厳しく取り締まるのも一つの解決方法ではあるが、病名と療法が一致するレセプトから方便を見抜くのは至難の技ともいわれているし、そのために費やすコストも計算に入れなければならない。それならばむしろ、上記のような症例の場合、H2Bまでを保険適応とし、PPIを次なる手段として混合診療を容認した方が近道だとは考えられないだろうか。第1章でみたように、歯科では現在も部分的に混合診療が行われている。1976年7月29日付け保険局歯科医療管理官通知によって、基礎的部分を保険診療した後、修復・補綴治療を保険外診療に引き継ぐこと(混合診療)を認めている。混合診療は「特定療養費として厚生大臣が定めたものだけが認められる」とされているにもかかわらず、管理官通知1枚でつくられた例外が23年後のいまでも有効なのだとなれば、ことさらに「混合診療」を排斥する理由はどこにもないという結論に落ち着くのである。

## Ⅱ. 混合診療の定義における混乱

しかし厚生省は、保険診療と保険外診療を一連の診療行為の中で混在させることは混合診療であり認めないとの建前を打ち出している。その根拠とされているのが1957年（昭和32年）4月に定められた厚生省令「保険医療機関及び保険医療養担当規則」（以下「療養担当規則」）であり、その中では次のように保険医が行える診療の範囲を制限することによって間接的に保険診療と保険外診療の混合を禁止している、と理解されている。

〔療養担当規則〕（平成10年9月29日改正）

（特殊療法等の禁止）

第18条 保険医は、特殊な療法又は新しい療法等については、厚生大臣の定めるもののほか行ってはならない。

ただし、特定承認保険医療機関において行う第5条の2第2項に規定する厚生大臣の承認を受けた療養については、この限りでない。

（使用医薬品及び歯科材料）

第19条 保険医は、厚生大臣の定める医薬品以外の医薬品を患者に施用し、又は処方してはならない。

ただし、薬事法（昭和35年法律第145号）第2条第7項に規定する治験に係る診療において、当該治験の対象とされる薬物を使用する場合には、この限りでない。

2 歯科医師である保険医は、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おいて使用してはならない。ただし、別に厚生大臣が定める場合には、この限りではない。

3 保険医が特定承認保険医療機関において行う第5条の2第2項に規定する厚生大臣の承認を受けた療養については、前2項の規定は適用しない。

しかし、混合診療の定義について厚生省保険局医療課では、「明確な定義はない」としており、その内容について問い合わせても、「特定療養費のほかは禁止となっている」との回答しか得られない。健康保険法、療養担当規則などにも混合診療に関する規定はどこにもない。つまり、「定義」も「禁止規定」も明文化されていないのである。

混合診療について書かれた文献も極めて少ないが、千葉大学法経学部助教授の広井良典氏（元厚生省保険局医療課）は著書の中で以下のように述べている。

「混合診療の禁止」緩和について

「混合診療の禁止」とは、医療保険になじみのない方には聞き慣れない言葉だと思うが、簡単にいうと、「初診から治療の終了に至る『一連の診療行為』のなかに、保険がきく診療行為（保険診療）と、保険がきかない診療（つまり患者の負担）を混在させてはならない」という

ルールをいう（「一連の診療行為の法理」と呼ばれることもある）。<sup>2)</sup>

広井氏がいう「一連の診療行為の法理」とは、厚生省保険局内部で確認されている事項で、「保険の給付は療養の給付であり、治療を目的とした一連の不可分の医療サービスの現物給付である」ととらえ、一連の保険診療の中に自由契約に基づく保険適応外の療法や医薬品の投与といった保険給付外の診療を混在させることは混合診療であり、その場合は医療費全額が患者負担となるというもの。この「一連の診療行為の法理」は、混合診療は違法か適法かをめぐって係争中の裁判で、厚生省が「禁止されており違法」だとする論拠としている重要な拠り所である。

一方、岡光序治氏が保険局長時に出版された『社会保障行政入門』には以下のような記述がある。

療養の給付の範囲と価格は、具体的には診療報酬点数と薬価基準で公定しており、点数化されていない医療行為を行った場合や薬価基準に記載されていない医薬品を使用した場合は、関連するすべての診療は保険給付の対象外としている（「混合診療の禁止」）。<sup>3)</sup>

混合診療となる要件として、広井氏は、保険診療と「保険がきかない診療（つまり患者の負担）」の混在という表現、岡光氏は「点数化されていない医療行為」と薬価基準未記載医薬品の「使用」と述べている。双方に共通しているのは、保険診療のなかに診療報酬点数表にない（点数化されていない、保険がきかない）診療や医薬品の使用を混在させることを混合診療だとしている点であり、ベースとなっているのはやはり療養担当規則第18条、第19条であると推測できる。

両者とも元厚生官僚であるが、言及している内容には大きな違いがあることに留意する必要がある。広井氏の場合、「保険がきかない診療（つまり患者の負担）」としていることから、保険給付と（保険外診療に基づく）保険外負担が重なった場合を混合診療としている。しかし岡光氏の場合は、患者に負担を求めたか否かにかかわらず、保険給付外の療法や医薬品を用いた場合は即「関連する診療はすべて保険給付の対象外」だと規定している。実は、こうした見解の不統一に原因があるのか、医療現場では混合診療に関するさまざまな解釈が行われているのである（医療現場での混乱については第3章で詳しく述べる）。

その一例として、社会保険診療研究会編著の『医師のための保険診療入門』には次のように書かれている。

### 混合診療の禁止

療養の給付では、医療に直接かかわる部分は保険によってすべてをカバーすることが基本的な考え方となっています。したがって、保険診療を行いながら、併せて診療報酬点数の定められていない手術や検査、薬価の定められていない薬剤に係る薬剤料等を患者から徴収したり、基金等の審査で減額査定される部分の負担を患者から求めることは、保険診療と自費診療の混合となることから認められません。<sup>4)</sup>

保険診療と保険外診療を併せて行うのは混合診療そのものであるが、「基金等の審査で減額査定される部分の負担を患者から求めること」も混合診療であり認められない、という見解である。仮にこの見解が正しいとすると、減額査定分を患者から徴収した一連の診療行為はすべて保険外診療とみなされ、保険請求して支払われた診療報酬は基金に全額返還したうえで、あらためて患者に医療費の全額負担を求めることになる。

減額査定分を患者負担として徴収していた事例が1999（平成11）年7月29日付朝日新聞朝刊に掲載されていたのでその一部を紹介してみたい。

### 超過医療費不当に請求、厚生省と都 禁止の「保険外」と指摘

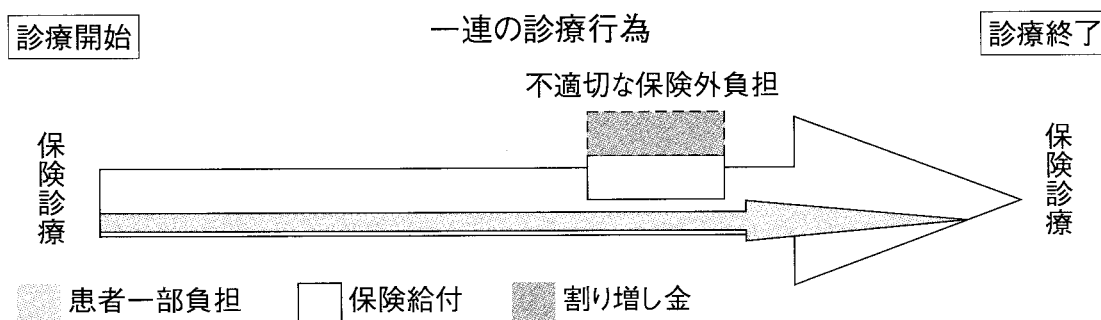
東京都済生会中央病院が、厚生省が定めた診療報酬点数の範囲を超える分の医療費を患者に請求していたことがわかった。差額ベッド代などを除き、患者に保険外負担を求めることは禁止されている。厚生省と東京都から指摘を受けた同病院は患者への請求を中止し、過去にさかのぼって不適切な徴収分を患者に返還することを決めた。（中略）

医療機関が患者に負担を求めることができるのは一部負担金のほかは、差額ベッド代や食事代、診断書料などに限られる。医療器具が規定を超えた場合、超過分は医療機関の持ち出しとなる。5)

この記事で朝日新聞が、保険で認められている数以上の治療材料を使用した場合、「医療機関の持ち出しとなる」との注釈を加えている点を厚生省に問い合わせたところ、「こうした事例はいくらでもある。超過材料費の患者負担は混合診療とはいえないが、不適切な保険外負担であり、判明した場合は患者に返還するよう指導している」（保険局医療課）との回答であった。超過した医療材料は保険点数表で認められているものであるから、それを使用すること自体は保険外診療とはいえないが、患者に負担を求めるのはいわば「割り増し金」の徴収にあたるから不当だとの見解である。この事例を図で表すと図4のようになる。

済生会中央病院のケースのように、診療報酬点数表で定められた数量をオーバーした医療材料や医薬品の投与分を、減額査定されることを予測したうえで患者にその費用負担を転嫁するケース（割り増し金の徴収）は不適切な保険外負担の徴収にあたり、患者への返還（医療機関の負担）を指

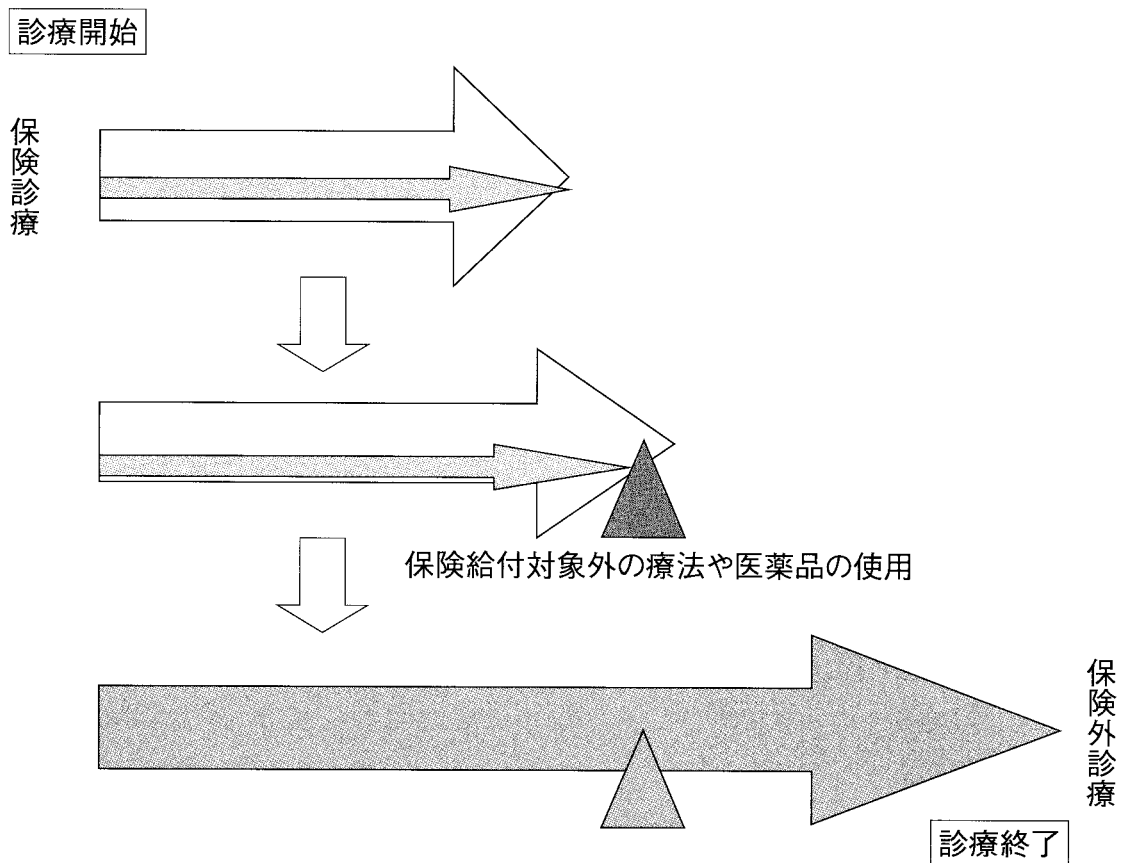
図4 済生会中央病院のケース



導される。

一方、厚生省が説明する混合診療のイメージを表したのが図5である。診療のスタートの時点では保険診療であるが、その過程で保険給付対象外の療法や薬価収載されていない医薬品の投与があった場合であり、結果的に一連の診療はすべて保険外診療、つまり患者負担となってしまう。

図5 混合診療の概念図



以上のことから、混合診療については次のようにまとめることができる。

- ①混合診療とは保険診療の過程に保険外診療が混在することであり、健康保険法等の運用上認められていない。
- ②診療に密接なサービスや物で保険給付の範囲を超える部分を保険外負担として患者から徴収することは混合診療とはいえないが、「不適切な保険外負担」であり認められない。

しかし、いずれも運用上の解釈にとどまるものであり、混合診療自体の概念規定も明文化されていないため、さまざまな解釈が行われているのが実態だといわざるを得ない。

### Ⅲ. 特定療養費と混合診療

混合診療は原則として認められていないが、例外として、特定療養費制度に基づく混合診療だけは認められているというのが厚生省の見解である。本章2ページに引用した療養担当規則第18条但書き、第19条但書き及び同3項がその例外規定である。但書きでいう「厚生大臣の承認を受けた療養」とは、特定承認保険医療機関における高度先進医療と下記8項目の選定療養を指している。

#### 〔療養担当規則〕

##### (一部負担金の受領)

第5条の2 (略)

2 特定承認保険医療機関は、食事療養及び当該特定承認保険医療機関において高度先進医療として厚生大臣の承認を受けた療養その他厚生大臣の定める療養に関し、当該療養に要する費用の範囲内において法第44条第2項又は第59条ノ2第4項の規定により算定した費用の額を超える金額の支払を受けることができる。

#### 療養を受ける者の選定に係る次に掲げる療養

- 1 特別の療養環境の提供
- 2 前歯部の鑄造歯冠修復又は歯冠継続歯に使用する金合金又は白金加金の支給
- 3 病床数が200床以上の病院について受けた初診
- 4 予約に基づく診察
- 5 保険医療機関が表示する診療時間以外の時間における診察
- 6 金属床による総義歯の提供>
- 7 薬事法第80条の2第1項に規定する治験に係る診療
- 8 齲蝕に罹患している患者であって継続的な指導管理を要するものに対する指導管理

(告示27、平9.3.14)

特定療養費制度では、高度先進医療と上記8項目だけは例外的に保険診療と保険外診療の併用を認めている(差額徴収が認められているものという意味では、入院時食事療養費制度の特別メニュー食を含めると10項目)。特定療養費と混合診療の関係については『国民の福祉の動向』に以下の記述がみられる。

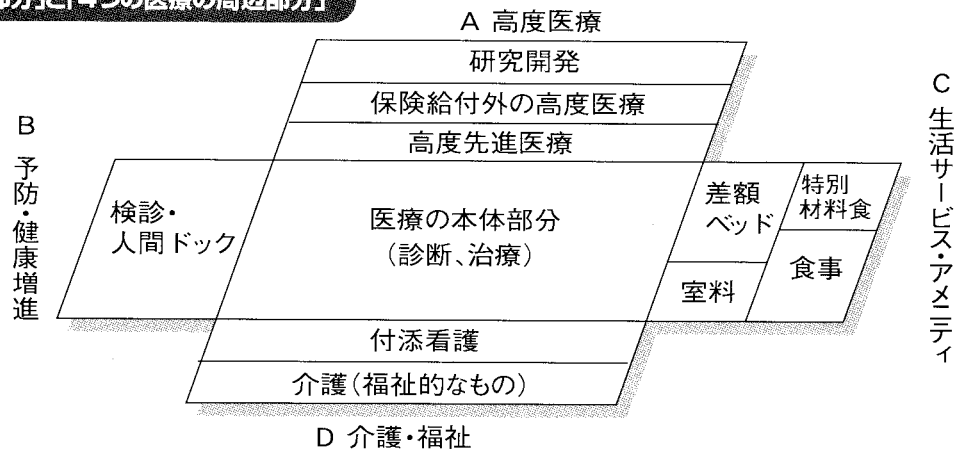
従来保険診療においては保険診療と自費診療が同時に行われる、いわゆる混合診療は認められていなかったが、保険各法において室料差額又は歯科材料差額との混合診療及び高度先進医療との混合診療を、特定療養費として制度化した…。<sup>7)</sup>

つまり、特定療養費制度は、保険診療と高度先進医療、保険診療と選定療養といった混合診療を制度化したものということである。厚生省も「特定療養費以外の混合診療は禁止されている」(保険

局医療課)との表現を使っていることから、これらは混合診療でありながら制度上認められている「例外」だということになる。

しかし、特定療養費制度の誕生によって合法化された差額徴収の範囲は、第1章で検証したように「医療の周辺部分」に限定されたものではなく、医療の根幹にまで及ぶものだった。図6は広井氏が『医療保険改革の構想』の中で用いている図である。

図6 「医療の本体部分」と「4つの医療の周辺部分」



現在、差額徴収が認められ特定療養費が保険給付されているのは図でいうと「A 高度医療」と「C 生活サービス・アメニティ」の2つの「周辺部分」であるといわれているが、「高度先進医療」というまでもなく「200床以上病院の初診料」や「齧蝕患者の指導管理」、そして二木氏が指摘するように差額ベッド5割以上病院の要件にある「手厚い看護体制」も、差額徴収がすでに医療の根幹(「医療の本体部分」)にまで及んでいることを示している。

いずれにしても、特定療養費制度の誕生によって差額徴収のルールが法律レベルでも確立したとするのが厚生省の見解である。この点について広井氏は次のように述べている。

1984年に健康保険法の改正(本人1割負担導入が主な内容)が行われたときに、こうした差額徴収を法律レベルではっきりルール化すべきとの趣旨から、特定療養費という制度が設けられたのである。これにより、差額徴収が認められるのは厚生大臣が定める場合(告示)に、かつ、そこで定めたルールに従うかたちでのみ認められる、という方式が確立した。ということは、逆にいえば、こうした特定療養費の場合以外は一切差額徴収は認められないということであり、まさに特定療養費制度の反対解釈として「混合診療禁止」ルールが浮かび上がるのである。9)

ところが、このところの特定療養費の適用範囲拡大傾向をみると、「特定療養費の場合以外は一切差額徴収は認められない」というよりも、「特定療養費の形態をとれば差額徴収はいくらでも認められる」とも受け取れるほどの勢いであり、まさに「混合診療禁止」ルールの形骸化は進む一方である。しかも、厚生省は特定療養費導入時にすでに医療の本体部分に差額徴収を持ち込むところまで踏み込んでしまっていた。



## IV. 「混合診療禁止」の法的根拠

特定療養費制度は厚生省によれば「混合診療禁止の法的根拠」だとされている。しかし、「混合診療の禁止」という規定が法律上では全く使われていないため、本当に根拠たり得るのだろうかという疑問が湧くのは当然である。次にこの点を掘り下げて考えてみたい。

まず、1984（昭和59）年の健保法改正の内容確認である。このときの改正で健康保険法および療養担当規則に盛り込まれた規定のうち主なものは、次のとおりである（太字部分が同改正によって設けられた規定である）。

### 【健康保険法】

●第43条 被保険者（老人保健法（昭和57年法律第80号）ノ規定ニ依ル医療ヲ受クルコトヲ得べき者ヲ除ク）ノ疾病又ハ負傷に関シテハ左ニ掲グル療養ノ給付（其ノ者ノ選定ニ係ル特別ノ病室ノ提供其ノ他ノ厚生大臣ノ定ムル療養ニ係ルモノヲ除ク）ヲ為ス

- 1 診察
  - 2 薬剤又ハ治療材料ノ支給
  - 3 処置、手術其ノ他ノ治療
  - 4 病院又ハ診療所ヘノ収容
  - 5 看護
  - 6 移送
- …（中略）…

●第44条 被保険者（老人保健法ノ規定ニ依ル医療ヲ受クルコトヲ得べき者ヲ除ク）ガ命令ノ定ムル所ニ依リ学校教育法（昭和22年法律第26号）ニ基ク大学ノ附属施設タル病院其ノ他ノ高度ノ医療ヲ提供スルモノトシテ命令ヲ以テ定ムル要件ニ該当スル病院若ハ診療所ニシテ都道府県知事ノ承認を受ケタルモノ（以下特定承認保険医療機関ト称ス）ノ中自己ノ選定スルモノニ就キ療養ヲ受ケタルトキ又ハ第43条3項各号ニ掲グル病院若ハ診療所（特定承認保険医療機関ヲ除ク）若ハ薬局（以下保険医療機関等ト称ス）ノ中自己ノ選定スルモノニ就キ同条第1項ニ規定スル厚生大臣ノ定ムル療養ヲ受ケタルトキハ特定療養費トシテ其ノ療養ニ要シタル費用ニ付之ヲ支給ス…

### 【療養担当規則】

●第5条 保険医療機関は、被保険者又は被保険者であったものについては法第43条ノ8の規定による一部負担金及び第44条の規定による療養についての費用の額の100分の20に相当する金額の支払を、被扶養者については法第59条ノ2の規定による療養についての費用の額の100分の30（同条第2項第2号、第4号及び第6号に掲げる場合にあっては、100分の20）に相当する金額の支払いを受けるものとする。

2 保険医療機関は、法第43条第1項に規定する厚生大臣の定める療養に関し、当該療

養に要する費用の範囲内において法第44条第2項又は第59条ノ2第3項の規定により算定した額を超える金額の支払いを受けることができる。

●第5条の2 特定承認保険医療機関は、被保険者又は被保険者であった者については法第44条の規定による療養についての費用の額の100分の10に相当する金額の支払を、被扶養者については法第59条ノ2の規定による療養についての費用の額の100分の30（同条第2項第4号に掲げる場合にあっては、100分の20）に相当する金額の支払を受けるものとする。

2 特定承認保険医療機関は、当該特定承認保険医療機関において高度先進医療として厚生大臣の承認を受けた療養その他厚生大臣が定める療養に関し、当該療養に要する費用の範囲内において法第44条第2項又は第59条ノ2第3項の規定により算定した費用の額を超える金額の支払を受けることができる。

●第5条の3 保険医療機関又は特定承認保険医療機関は、法第43条第1項に規定する厚生大臣の定める療養に関して第5条第2項の規定による支払を受けようとする場合又は前条第2項の厚生大臣の承認を受けた療養その他厚生大臣の定める療養に関して同項の規定による支払を受けようとする場合は、当該療養を行うに当たり、あらかじめ、患者に対しその内容および費用に関して説明を行い、その同意を得なければならない。

2 保険医療機関又は特定承認保険医療機関は、その病院又は診療所の見やすい場所に、前項の療養の内容及び費用に関する事項を掲示しなければならない。

●第18条 保険医は、特殊な療法又は新しい療法等については、厚生大臣の定めるもののほか行ってならない。ただし、特定承認保険医療機関において行う第5条の2第2項に規定する厚生大臣の承認を受けた療養については、この限りでない。

●第19条 保険医は、厚生大臣の定める医薬品以外の医薬品を患者に施用し、又は処方してはならない。

2 歯科医師である保険医は、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おいて使用してはならない。ただし、別に厚生大臣が定める場合においては、この限りでない。

3 保険医が特定承認保険医療機関において行う第5条の2第2項に規定する厚生大臣の承認を受けた療養については、前2項の規定は適用しない。

健保法第44条の条文に記されているように、1984年のこの改正によって、①「高度ノ医療ヲ提供スルモノトシテ…都道府県知事ノ承認ヲ受ケタルモノノ中自己ノ選定スルモノニ就キ療養ヲ受ケタルトキ」、つまり「患者の選択に基づいて高度先進医療を受けた場合」と、②「自己ノ選定スルモノニ就キ…厚生大臣ノ定ムル療養ヲ受ケタルトキ」、つまり「患者の選択に基づいて『厚生大臣の定める療養』を受けた場合」に「特定療養費」を支給することになった。そして、療養担当規則第5条にあるように、「(健保)法第43条第1項に規定する厚生大臣の定める療養に関し」ては、一部負担金を超える金額の支払いを患者に求めてもよいことになったのである。

1984年改正のあとも、「厚生大臣の定める療養」を示した政省令等が順次出されており、特定療養費の種類も「治験に係る診療」などが追加されているが、制度の基本的なルールは変わっておらず、法律レベルの規定は上記に示した各条文にはほぼ集約される。

それでは、果たして上記の各条文が「混合診療の禁止」の法的根拠になるのかという点を考えてみたい。その素材として、「混合診療の禁止」の法的根拠の有無をめぐって争われた2つの判例があるので、その内容を検討しながら論を進めていくことにする。

## ■ 1. [判例1] 混合診療を行ったことを理由とする保険指定取消処分が「執行停止」された例

(1984年6月25日・静岡地裁決定)<sup>10)</sup>

この判例は、1984年8月の健保法改正の前、つまり特定療養費制度創設前のものであるが、行政側（被申立人）の主張や裁判所の述べていることに重要な点が含まれているので取り上げた。

まず、「事実の概要」と「判旨」は次のとおりである（これらは裁判資料をもとに簡潔にエッセンスをまとめたものである。[判例2]も同様）

### 【事実の概要】

申立人X（歯科医師）は1984年5月4日、患者に対してブラッシング指導等5項目の行為を行い、一部負担金以外に相当額の金員を徴収していたことが療養担当規則第5条に違反するとして、被申立人Y（静岡県知事）により保険医療機関の指定取消処分を受けた。これに対しXは、5項目はすべて保険給付外の診療行為であり、保険診療中に保険外診療が入り込むことを禁止する法規は存在しないと主張し、Yを被告として処分の停止を申し立てた。

### 【判旨】

申立認容（保険指定取消処分は、本案判決が確定するまで執行停止）。被申立人が主張するのは、「保険診療を続けながら、患者との自由な契約に基づいて医療サービスを提供した場合に療養担当規則第5条所定の一部負担金以外の金員を受領することは許されない。この例外は、上級の病室を使用した場合と、貴金属を使用して歯科治療を行った場合の2つのみ」といった見解であるが、これらはいずれも健康保険法・療養担当規則等関係法令の文言上明定されていないのみならず、療養の給付とは、制度の趣旨から考えて、疾病・負傷に関して行われる諸々の医療サービスのうち、治癒のために通常必要とされるものに限られるのではないかと（それ以外の医療サービスについては、保険医療機関と被保険者との間の自由診療契約の対象となしうる余地があるのではないかと）との疑問が残る等々のことから、いま直ちに被申立人の主張に賛同するには躊躇が感じられ、その当否についてさらに本案で審理を遂げる必要がある。

裁判資料には「混合診療」という言葉こそ使われていないが、申立人の歯科医師がブラッシング指導等5項目の行為を行い、一部負担金を超えて相当額の金員を徴収していたことは、紛れもなく

「混合診療」である。そして、この行為を被申立人（県）は「同条所定の一部負担金を超えて金員を受領することは許されない」、つまり「療養担当規則第5条に違反する」と主張したが、裁判所は「法令の文言上明定されていない」としてこれを容れず、「療養の給付は通常必要とされるものに限られるのではないか」と疑問が残るとの判断を示している。さらに、「それ以外の医療サービスについては…自由診療契約の対象となしうる余地があるのではないか」、つまり保険診療と自由診療を組み合わせても（混合診療となっても）認められるのではないかと、と言及している。

[判例1] からわかることを整理すると、まず①裁判所は当時（1984年6月）、「混合診療を禁止することを明定した法令はない」という判断を示した（療養担当規則第5条の規定は「混合診療」をも禁止するものではないという点を含む）。そして、②裁判所は事実上、「混合診療は法的に認められるのではないか」という点を提起したのである。

## ■ 2. [判例2] 混合診療禁止の行政指導が「適法」と判断された例

（1989年1月23日・東京地裁判決）<sup>11)12)</sup>

まず、「事実の概要」と「判旨」は次のとおりである。

### 【事実の概要】

原告X（患者）は1985年10月頃から訴外A（歯科診療所）で、自由診療として、金属床を用いた義歯の作成を含めた「欠損補綴治療」を受け、その費用として20万円を支払った。この20万円は、補綴時診断、印象採得等10の治療行為に対する報酬と金属床の材料費からなっていた。しかしXは、金属床の材料費は保険給付の対象外であるとしても、治療行為部分については全て保険給付の対象となるものであるのに、被告Y（厚生省）は何ら適正な根拠もないのに「混合診療禁止」の行政指導を行っていたため、給付を免れたとして、Yに対して不当利得の返還あるいは本件行政指導の違法を理由とする損害賠償を求める訴えを提起した。

### 【判旨】

請求棄却。被告は、本件行政指導の根拠として、療養の給付として給付される療養は一連のものであるとか混合診療の禁止ということを主張しているが、このようなことを直接に定めた規定は健保法にも療担規則にも存しないし、差額徴収を認めていた時代もあること等からすれば、このような考え方は必ずしも絶対的なものとはいえない。しかし、1984年の健康保険法等の改正で特定療養費制度が設けられた趣旨は、1955年に始まった歯科領域における差額徴収の取り扱いを法上に明確に位置づけ、適正な規制の下に運用しようとしたものである。したがって、同制度が新設された後は、保険診療と自由診療とが混在する混合診療として法が許容するもの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であるから、本件治療が行われた1985年10月当時の健保法、療担規則、点数表等に基づく健康保険制度の下では本件行政指導は適法なものであると解される。

被告である厚生省はもちろん、「混合診療禁止の行政指導」には法的根拠がある旨主張している。それは、①「療養の給付」と「健康保険の診療」、②現物給付としての「療養の給付」の不可分性、

③健康保険法の趣旨及び委任規定、④療担規則の定め、の4つのポイントに分けて論理構成がなされている。

このうち、②と④のなかで、法律等には明記されていない「混合診療禁止の法的根拠」が次のように説明されている（この厚生省の主張と、そのあとの裁判所の理由説明はやや長い引用となるが、重要な点を多々含んでいるので、削除箇所は最小限にとどめた）。

## ②現物給付としての「療養の給付」の不可分性

健康保険法の定める保険給付の原則は、法43条で定める「療養の給付」であり、「特定療養費の支給」（法44条）及び「療養費の支給」（同条の2）は、「療養の給付」を補充するものと位置づけられる。そして、右「療養の給付」とは、傷病の治癒を目的とした一連の医療サービスの給付であり、不可分のものとしての現物給付なのである。

「療養の給付」の制度とは、被保険者がその疾病、負傷等の保険事故につき、定められた「一部負担金」さえ支払えば、それ以外の負担を必要とせずに、傷病の治癒のために必要な一連の医療サービスの給付を保障されるというものであり、その一連の医療サービスを構成する個々の医療行為を個別に取り出して、それぞれ独立に給付することは予定されていない。仮に、これが認められるとすれば、本来保険給付される一連の医療サービスの中から、それを構成する医療行為の一部のみを取り出して自由診療（保険給付外診療）の対象とすること、すなわち、原告主張のように、健康保険の診療と自由診療とを混在させることが可能となるのであるが、このような混在は、療養の給付の制度上認められない。なぜなら、これを認めるとすれば、被保険者は、定められた「一部負担金」のほかに自由診療についての費用の負担を余儀なくされ、自己の傷病についての診療に関し医療機関と対等な立場において合意することが困難な患者として、極めて不安定な状況に置かれることになるのであり、定められた「一部負担金」さえ支払えば、それ以外の負担を必要とせずに、傷病の治癒のために必要な医療サービスの給付が保障されるという制度の趣旨が没却されることとなるからである。したがって、「療養の給付」を担当した保険医療機関に対して保険者が支払う報酬の額は、右一連の医療サービス全体に対する報酬額であり、その報酬額を算定するために定められている点数表も、右一連の医療サービスを全体として評価することを目的としており、一連の医療サービスを構成する個々の医療行為に対する報酬を個別に規定しているものではない。

## ④療担規則の定め …略…

### (3)保険給付外診療の位置づけ

療担規則は、保険医として健康保険の診療を開始した者が、自由診療として療養担当規則18条及び19条の禁止する療法等（以下「特殊療法等」という。）をなすこと、すなわち、保険医の当該患者に対する診療（傷病の治癒を目的とする一連の医療行為）に健康保険の診療と保険給付外診療である自由診療とを混在させること（以下「混合診療」という。）を禁止していると解すべきである。なぜなら、療担規則18条及び19条は、療担規則が療養の給付を健

健康保険の診療という傷病の治癒を目的とした一連の医療行為として据えていることを前提にして、右一連の医療行為の過程において特殊療法等がなされることを禁止しているところ、右一連の医療行為のうちから特殊療法等の部分のみを取り出して自由診療としたとしても、全体として眺めれば健康保険の診療の過程に特殊療法等がなされていることに変わりはないのであり、かかる便法を認めたのでは右禁止の趣旨が潜脱されることになるからである。療担規則18条及び19条における禁止の趣旨が右のとおりであることは、昭和59年の改正により明確にされた。すなわち、昭和59年に「特定療養費」の制度が導入されたことに伴い、療担規則18条但書、19条2項但書及び3項が新たに付け加えられたのであるが、右改正は、「療養の給付」としては支給されない診療行為（保険給付外診療）のうちの一部が、健康保険の診療との混在を前提として「特定療養費」の対象とされたことに伴い、右「特定療養費」の対象となる保険給付外診療行為について療担規則18条及び19条の禁止を解除する必要があったためになされたのである。仮に、改正前の療担規則18条及び19条の禁止の趣旨が自由診療として保険給付外診療行為をなす場合に及んでいなかった（すなわち右の混在を許容するものであった）ならば、「特定療養費」の制度が新設されたからといって療担規則18条及び19条を改正する必要はなかったのであり、右改正がなされたということは改正前の療担規則18条及び19条が自由診療としてであっても保険給付外診療を健康保険の診療と混在させることを禁止していたことを意味するものである。

こうした被告の主張に対して原告側は、「被告は、かつて昭和30年から同51年までの間、歯科材料の差額徴収を認めていた。従前このような運用をしながら、なぜ現時点において、保険診療と保険給付外診療との混在は法によって禁止されていると主張するのか、極めて不可解である。混合診療禁止に根拠がないことは明らか」と反論している。付け加えれば、厚生省は、「混合診療は、昭和59年の改正前から、療担規則18条及び19条によって禁止されている」と主張しているが、そうであるならば、昭和32年に療担規則が制定されたことによって混合診療は禁止されたことになるので、この昭和32年から歯科の差額徴収が通知によって廃止された昭和51年までの間、療担規則で「混合診療は禁止」しながら、行政指導では混合診療を認めていたことになる。つまり矛盾が生じるのである。

しかし裁判所は、混合診療禁止の行政指導を「適法」と判断した。なぜ適法と判断したのかについて、裁判所は次のように説明している。

…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。…

…当裁判所は、原告が本件歯科治療を受けた昭和60年10月当時の法、療担規則、点数表等に基づく健康保険制度の下では、欠損補綴の治療行為に保険給付外の金属床を用いた以上、欠損補綴を構成する治療行為はすべて「療養の給付」の対象とならず、その理由としてとられている「混合診療禁止」の解釈は、健康保険法及び療担規則の解釈として正当なもの

であり、かつ、法の委任を受けて厚生大臣が「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ものであり、厚生大臣において前記混合診療禁止の解釈及び「一連の医療行為」という考え方に基づいてした本件行政指導は適法なものであると判断する。

その理由は、以下のとおりである。

#### (1)特定療養費制度の新設と混合診療の禁止>

…従前の差額徴収制度及び現行の特定療養費制度は、実質的に見れば、一種の保険診療と自由診療とが混在する形態ということができるところ、前記認定の差額徴収治療の沿革及び特定療養費制度新設の趣旨、特に、現行の特定療養費制度は、その対象が健康保険法上、中医協に諮問の上で厚生大臣が定める療養に限定され、健康保険法、療担規則に基づき従前の差額徴収制度の弊害が生じないように適正な運用が図られるようになったことに鑑みれば、右特定療養費制度新設後の健康保険法の解釈としては、保険診療と自由診療との混在する混合診療は、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であり、混合診療を、従前の差額徴収制度の弊害を生じさせないような仕組みのない、一般の「療養の給付」の対象となる療養についてまで広く認めてはいないと解すべきである。…

#### (2)健康保険制度の目的と混合診療の禁止>

…現行健康保険法が採用した原則的給付形態は「療養の給付」であり、医療サービスそのものの現物給付であるから、これを前提として給付水準の維持、向上と給付の公平を図るためには、「療養の給付」の対象となる療養を規格化、標準化、定型化してこれをあまねく実施し、健康保険財政の安定を図りつつ「療養の給付」そのものの水準を上げてゆくとともに、右の標準的な給付の対象とすることはできないが国民的需要の高い医療については、別途、特定療養費制度等により補充してゆくほかはない。その場合、混合診療は、それ自体健康保険制度の目的と絶対に相容れないものとまではいえず、施策の選択の問題であるが、少なくとも特定療養費制度新設後は、それが法の目的を実現するために適當ではないものとして、法は、「療養の給付」の中での保険給付外診療との混在は認めないとの方針を明確にして採用したものと解せられる。

本件において、金属床を使用する限り、レジン床の場合とその外形上もしくは範疇上大差ないものと認められる医療行為を、すべて保険給付外とする本件行政指導に基づく取扱いは不公平であるとする原告の主張は理解できなくはないが、これを認めるとすれば、その限りで右の不公平感は解消されるとしても、前認定の差額徴収時代に見られたより大きい弊害を再び招く危険があり得る上、それによる費用の増加は、結局健康保険の財源に影響せざるを得ないことが明らかである。現行法は、これらを総合考量の上、法が自ら差額徴収の取扱いに代えて特定療養費制度を導入し、その対象範囲を行政庁の適切な裁量判断に委ねたものと解せられ、そうである以上、原告指摘のような局部的に不公平感を伴う扱いが生ずるとしてもやむを得ないといわざるを得ない。のみならず、法の委任を受けた行政庁（具体的には厚生大臣）は、健康保険行政を運用し、統括する行政主体として、前記中

医協の審議、答申を踏まえつつ、法の趣旨、目的に則り、「療養の給付」の範囲、内容、更には混合診療が禁止される「療養の給付」の対象となる療養の単位についての具体的な定めをなす権限を有するものと解すべきである。したがって、行政庁の前記法の趣旨、目的を実現するために有効な方策として、規格化、標準化、定型化された「療養の給付」の内容を具体的に示すに当たり、「傷病の治癒を目的とした一連の医療行為」が一つのユニットとして分断されることなく保険給付されるべきものとし、「混合診療」排除の法の解釈を具体的に示した本件行政指導は、法の目的に反するものとはいえず、むしろ、被保険者に一定水準の標準的な内容の医療を保障するという法の趣旨に沿うものと解すべきである。

判例2でも裁判所は、「(健保)法及び療担規則上、混合診療の禁止が明示されていない」、つまり「明文上の法的根拠は存在しない」と言っている。しかし、だからといって混合診療は認められているということではなく、これまで問題とされてきた差額徴収を規制する趣旨で特定療養費制度が設けられたことから、少なくとも特定療養費制度新設後はそれ以外の保険給付外診療との混在は認めないとの方針を明確にした、という見方を示している。

つまり、「混合診療の法的根拠」についての解釈は、被告である厚生省と裁判所とで違うのである。厚生省は、1957(昭和32)年に制定された療養担当規則第18条・第19条の「特殊療法等の禁止」がその法的根拠であるとしているが、裁判所は、1984(昭和59)年に改正された健康保険法第43条・第44条等の「特定療養費制度」をその根拠だとしているのである。

判例2からわかることを整理すると次のようになる。

①厚生省は、1957年に制定された療養担当規則第18条・第19条の「特殊療法等の禁止」によって混合診療は禁止されたと主張した。

一方、②裁判所は「混合診療の禁止についての明文上の法的根拠は存在しない」という判断を示した。

しかし、③裁判所は「混合診療の禁止は法的に明示されていなくても、1984年の特定療養費制度によって実質的に禁止されることになった」との判断を示した。



## V. 新しい費用負担ルールの可能性

2つの判例から導き出される答えは以下のようなものである。

まず、判例1・判例2とも、厚生省がいう「療担規則第18条・第19条の特殊療法等の禁止が混合診療の禁止の法的根拠」だとする主張を、「法上明定されていない」として退けていることから、法的根拠が「あるか・ないか」という点では、裁判所が言っているように、明確でないと理解するのが自然である。

次に、判例2では、特定療養費制度創設後の、「一連の医療行為をユニットとして混合診療を排除する」とした厚生省の行政指導の有効性について、差額問題適正化と一定の医療水準担保の観点から妥当であるとの判断が下されたことである。

そして最後に重要なことは、判例2で、「混合診療は、それ自体健康保険制度の目的と絶対に相容れないものとはまではいえず、施策の選択の問題である」とし、「国民的需要の高い医療については、別途、特定療養費制度等により補充してゆくほかはない」と、混合診療の可能性に道を閉ざしていないことである。とくに、「局部的に不公平感を伴う扱いが生ずるとしてもやむを得ない」という苦しい判断は、「健康保険財政の安定」と「国民の不公平感」をハカリにかけながら、少しずつ「水準を上げてゆく」作業を厚生省に課しているともとれる点は注目すべきである。原告には気の毒だが、判決が出ておよそ7年後には金属床の総義歯が特定療養費の給付対象に追加されており、裁判で争う価値は十分にあった事例ということができる。

「一連の診療行為の法理」を拠り所とした「混合診療の禁止」という原則は、皮肉にも特定療養費制度という「混合診療の一形態」によって形骸化しつつあるといっても過言ではないのかもしれない。この点について、弁護士近藤恵嗣氏が、「患者に別個に費用を負担させることは現物給付制度においても可能である」「現物給付制度のもとでは保険外診療は認められないとする考えは誤りである」<sup>13)</sup>という見解を示している。「規格化、標準化、定型化」された療養の給付が多様化し高度化した患者ニーズに答えきれていないのだとしたら、近藤氏が言う「別個の費用負担」ルールを保険制度に組み込むことによって解決の糸口を見出すのも有力な選択肢とはいえないだろうか。

[第2章 引用文献]

- 1) 広井良典編著『医療改革とマネジドケア』東洋経済新報社、1999.6.24 P.174
- 2) 広井良典『医療保険改革の構想』日本経済新聞社、1997.1.20 P.116-119
- 3) 岡光序治編著『社会保障行政入門』有斐閣、1994.9.20 P.77-78
- 4) 社会保険診療研究会『医師のための保険診療入門'99』薬業時報社、1999.8.10 P.34
- 5) 朝日新聞、1999.7.29朝刊>
- 6) 厚生統計協会編『国民の福祉の動向 1998年』厚生統計協会、1998.10.16 P.213
- 7) 広井良典『医療保険改革の構想』日本経済新聞社、1997.1.20 P.23
- 8) 広井良典『医療保険改革の構想』日本経済新聞社、1997.1.20 P.116-119
- 9) 『判例タイムズ』No.534 1984.11.1 P.157-160
- 10) 近藤恵嗣「保険診療と保険外負担の可否」『社会保険旬報』No.1483 1984.10.21 P.31-33
- 11) 『訟務月報』36巻12号 1990.12 P.2179-2210
- 12) 判例大系刊行委員会編『社会保障・社会福祉判例大系第2巻 医療保障・医療問題』労働旬報社、1996.12.20 P.66-69,102-113
- 13) 近藤恵嗣「特定療養費制度の概要と問題点(中)」『社会保険旬報』No.1512 1985.8.1 P.36

[第2章：参考文献]

1. 二木立『「世界一」の医療費抑制政策を見直す時期』勁草書房、1994.11.25
2. 二木立『医療経済学』医学書院、1985.8.1
3. 二木立『90年代の医療と診療報酬』勁草書房、1992.10.15
4. 二木立『日本の医療費』医学書院、1995.11.15
5. 広井良典『日本の社会保障』岩波書店、1999.1.20
6. 厚生統計協会編『国民衛生の動向 1998年』厚生統計協会、1998.8.31
7. 厚生統計協会編『保険と年金の動向 1998年』厚生統計協会、1998.11.16
8. 二木立、西村周三「対談 日本の医療と経済」『からだの科学』日本評論社、1992年5月号 P.7-17
9. 田中滋「混合診療に強く反対する理由(インタビュー)」『日経ヘルスケア』、1996年10月号 P.36-38
10. 田中耕太郎「ドイツ第3次医療保険改革に見る医療費負担の方向性(下)」  
『社会保険旬報』No.1975 1998.2.21 P.26-30
11. 菅野良司「低用量ピル解禁 医療保険は適用除外 患者に医師選ぶ責任」読売新聞、  
1999.6.4 朝刊19面