

医療保険の契約構造

石 畝 剛 士

第一章 はじめに

第一節 問題の所在

医事法は、民法学のみならず、行政法学・社会保障法学・刑法学など様々な学問領域にまたがり、横断的に展開される分野である。このうち、医療ないし医療制度に関する民法学からのアプローチについては、少なくとも以下のような特徴を指摘することが許されよう。

第一に、この分野においては、医療水準論に代表されるように、民法学の諸領域の中でも主に不法行為法領域での議論展開が中心であった。確かに、契約法領域においても議論がなかったわけではなく、一定の蓄積は見られるところではある。しかし、民法学における医療契約（診療契約）の議論はいずれも、保険診療と自由診療とを意識的に区別することなく、両者を包含させて一般的に述べられているものがほとんどである¹。周知のように、今日の医療は医療保険制度を軸として運営されており、その現状に鑑みると、医療に関して法的分析を加える場合、むしろ現行医療保険制度を検討の出発点とすべきであろう。ところが、少なくとも民法学の観点か

1 こうした現状とその問題意識については、原田啓一郎「療養担当規則に関する一考察」駒澤法学5巻1号（2005年）21頁以下にて既に明確に示されている。民法学の教科書レベルでこの点を意識して説明を施しているのは、現在でも近江幸治『契約法〔第3版〕』（成文堂、2006年）334頁以下など、僅かに過ぎない。

ら分析するに際しては、そもそも医療保険制度の枠内にある保険診療とその枠外の自由診療とを区別して論ずる必要がないとの前提、従ってそれぞれの債権債務関係の性質が異なるものではないとの共通理解が水面下に潜んでいるのではないかとさえ感じられる。そのような発想の原因の一つには、医療保険については社会保障法学の管轄であるとして、民法学はその領域への立入りに総じて無関心であったという事情があるのではなかろうか²。

第二に、契約法領域において議論されている個別テーマには一定の偏在が見られた。具体的には、医療契約の法的性質を巡る議論と特定の契約当事者に関するものがその中心を占めていた³。更に、前者の法的性質決定論からは、主たる債務である医師の診療債務の枠付け、ひいては債務不履行の内容・程度を導くものが中心で、不法行為領域における議論とも密接に絡むものである。これに対して、主たる債務以外の債権債務関係の有無・内容については、相対的に十分な検討がなされていない。他方、後者の契約当事者論は、基本的には医療機関・医師と患者との間の法律関係のみに焦点がおかれ、その中でも同意・承諾能力の観点からの未成年者／成年被後見人の扱いなどが中心となる。

このような特徴は、医療に関する民法学の観察視点が、医師・患者間という根幹的な部分に集中していることを再認識させる。しかし、このことが、その外枠部分、とりわけ医療保険制度に内在する法律関係につき、民

2 しかし、社会保障法学においても、契約への関心は薄かったと評価せざるを得ない。この点の背景を分析した論考として、岩村正彦「社会保障と契約の諸問題—総論」季刊・社会保障研究45巻1号（2009年）4頁以下。

3 医療契約に関する従前の議論を整理したものとしては、村山淳子『医療契約論』（日本評論社、2015年）3頁以下、（初出は、村山淳子「医療契約論—その実体的解明—」西南学院大学法学論集38巻2号（2005年）63頁以下〔以下、村山・「実体的解明」と称する〕）が詳しい。本稿の問題関心は保険医療制度における契約構造を検討するという点にあるため、私法内在的なこの議論には、基本的に立ち入らない。

法学からの検討が不要であるとの帰結を導くものではない。というのも、後述するように、医療保険制度内部の法律関係における社会保障法学や行政法学の知見を一瞥すると、契約当事者論あるいは債権債務関係の所在ないし内容など、民法学が主として取り扱ってきた道具概念がそこに内在しているからである⁴。こうした概念が通用している以上、医療保険制度の契約構造や債権債務構造を、民法学の視点からも改めて理論的に検討する必要があるのではなからうか。とりわけ、先述の共通理解自体の妥当性を検証する民法学からの論考は寡聞にして知らない現状に鑑みると、保険診療と自由診療の相違点・共通点を踏まえた分析をここで改めて行うことに一定の意味を持ちうるのではないかと思われる。

以上の問題意識に基づき、本稿は、公法・私法という縦割りの学問関心の隙間に位置し、相対的に議論が手薄な医療保険制度内在的な契約構造ひいては債権債務構造の私法的分析に取り組むことで、とりわけその契約構造について新たな視点を獲得することを目的とするものである。このような基礎作業を行うことにより、現行制度としての医療保険に適合的な法的把握が可能となる一方、より広い問題関心からは、公法・私法という枠を超えた新たな分析視角を構築するための一素材を提供することにつながると思われる。

なお、本稿は「医療保険の契約構造」というタイトルであるものの、本稿の検討の射程は、医療保険制度の中核を担う現物給付原則（第三者払い

4 後に見るように、社会保障法学や行政法学においても、医療保険制度の法的構造について、なお見解の相違がある。そこでは「制度理解が意識的に詰まられないまま、医療の公共性・特殊性の強調と医療費抑制論・財政調整論とがかりうじて折り合いを付けながら、現在のシステムが運営されてきた結果ではないかとさえ思われる」（河上正二「保険診療における診療報酬と患者の一部負担金について」河上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開〔伊藤滋夫先生喜寿記念〕〔青林書院、2009年〕276頁）。その意味で、本稿は、社会保障法学や行政法学の議論に対する民法学からのささやかな応接という側面もある。

方式)に限定されることをお断りしたい。家族療養費等に見られる償還払い方式の契約構造や債権債務構造は、むしろ介護保険における「事実上の現物給付」の局面との親和性が高く、現物給付原則の場面と全く異なることが推測される。従って、償還払い方式については、別稿で予定している「介護保険の契約構造」の中で触れることとする。

第二節 医療保険制度の概観と検討手順

(1) 医療保険制度の概観

医療保険制度⁵においては、自由診療とは異なり、患者（被保険者）、医療機関（保険医療機関）と共に、保険者が当事者として登場する。この三者間関係は、給付の側面から見ると、保険診療としての医療サービスの提供（デリバリー：医療提供制度）と医療費用の調達・決済（ファイナンス：医療財政制度）で構成されるところ、それぞれの領域における法律関係をどのように理解するべきかについてはなお議論が分かれている。その詳細は後述するとして、以下では、本稿に必要な限りで簡単に医療保険制度の概説を行う。

まず、デリバリーに関して。被保険者は保険診療において「療養の給付」⁶を受ける地位を取得するが、これは、通常、保険者に対する保険料

5 周知のように、日本の公的医療保険は、職域保険である健康保険と地域保険である国民健康保険に分けられ、その根拠法も健康保険法（健保）、国民健康保険法（国保）と異なっている。本稿が論述を進める対象に関しては、健康保険法の規定内容と国民健康保険法の規定内容は基本的に同一であり、特に断りがない限り両者を区別して取り扱うことは行わない。また、後期高齢者医療制度にかかる高齢者の医療の確保に関する法律（昭和57年8月17日法律第80号）に関しても同様と解されるため、本稿では特に論じない。

6 具体的には、①診察、②薬剤又は治療材料の支給、③処置、手術その他の治療、④居宅における療養上の管理及びその療養に伴う世話その他の看護、⑤病院又は診療所への入院及びその治療に伴う世話その他の看護を指す（健

支払い（健保155条、国保76条）の対価として理解されている⁷。療養の給付は、厚生労働大臣の指定⁸を受けた病院若しくは診療所（「保険医療機関」⁹と称される）のうち、自己の選定するものから受けることができる（健保65条・63条3項、国保36条3項）¹⁰。医療保険においては、本来的に

保63条1項、国保36条1項・45条）。

- 7 厳密な意味での対価性ないし牽連関係があるかどうかについては、それ自体一つの問題領域を形成している。この点については、台豊『医療保険財政法の研究』（日本評論社、2017年）2頁以下（初出は、台豊「医療保険料（被保険者負担）と保険者による給付の間の『対価性』について」青山法学論集51巻1=2合併号〔2009年〕677頁以下）が詳しい。しかし、本稿はこの点について論ずる用意がない。
- 8 なお、保険医療機関の指定は、従前、都道府県知事の機関委任事務とされていたが、平成11年の「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（平成11年法律第87号）によって、国の直接執行事務とされた。本稿が取り扱う裁判例も改正前の都道府県知事による指定の事案が数多く登場するが、指定権者の変遷・相違は、本稿が対象とする契約構造の把握に関して特段の影響を与えないと考えられるため、以下では区別せずに扱う。
- 9 療養の給付が可能な医療機関としては、他にも、いわゆる保険者指定医療機関（同63条3項2号）・保険者直営医療機関（同63条3項3号）などがあるが、今日の保険医療の多くが保険医療機関によって賄われているという現状に鑑み、その基本構造の究明を第一義的な課題とするため、これらについては差し当たり本稿では取り扱わない。なお、本稿の用語法として、保険診療と自由診療とを共に包含させた一般的な関係を表す場合には、原則として「医療機関」「医師」・「患者」の語を充てる。
- 10 更に、実際に「療養の給付」を担当する医師は、登録を受けた者でなければならないが、この医師は「保険医」と呼ばれる（健保64条、国保40条1項）。いわゆる「二重指定制」である。保険医としての勤務医は、保険医療機関の被用者として現実には重要な役割を演じており、保険診療における当事者関係を考察する場合にも、本来であれば、保険医療機関（開設者）のみならず、保険医としての勤務医と被保険者の関係をも検討しなければならない。しかし、本稿においては、勤務医は保険医療機関の履行補助者としての地位に過ぎないと理解を前提に、この問題については割愛する。医師の独立性・専門性を背景に、勤務医の患者に対する責任を重視する観点から、当事者関係においてもかかる発想を反映させる試みとして、前田泰「診療契約と多角

は保険者が療養の給付を担当するという現物給付の原則が採用されているところ、条文上も実際上も、保険診療を担っているのは保険医療機関である。また、保険医療機関が療養の給付を現実に行うに際しては、「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」という¹¹）などに従うべき義務を負う（健保70条1項・72条、国保40条1項）。

次に、ファイナンスに関しては、社会保険方式か税方式かという議論が典型のように、医療保険財政に関するマクロ的側面がその中心に位置しているが、本稿の関心からは、現実の医療費の支払い局面に絞って述べる。そこでは、大きく①保険医療機関・保険者の関係と②保険医療機関・被保険者の関係との二側面に分けられる。保険医療機関が療養の給付を行った場合、提供したサービスの対価として、保険医療機関は診療報酬を請求することができる。診療報酬の額は、「診療報酬の算定方法¹²」に基づき、1点単価を10円として個別の保険診療行為に付された点数を乗じて算出される¹³¹⁴。ここでの診療報酬は広義と狭義に分けられ、これを定式化する

的法律関係」椿寿夫＝中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社、2012年）429頁以下を参照。

- 11 昭和32年4月30日厚生省令15号。なお、健康保険の調剤に関しては、「保険薬局及び保険薬剤師療養担当規則」（昭和32年4月30日厚生省令第16号）がある。
- 12 平成20年3月5日厚生労働省告示59号。なお、健保76条2項も参照。
- 13 この点数を定めた一覧が「診療報酬点数表」である。診療報酬点数表は、ファイナンス的側面に照らすと、各保険診療行為の「公定料金表」としての意味合いを持つ。他方、デリバリーの側面に照らすと、診療報酬点数表に記載されていない診療行為は原則として保険給付の対象外であることを意味するため、これは、保険給付範囲を画定する機能（「保険診療一覧表」）をも有するとされる。
- 14 本文に示した支払い方式は、「点数単価出来高払い方式」とも称される。他方、特定機能病院における急性期入院医療を対象として2003年4月に導入された、「定額払い方式」（DPC/PDPS：Diagnosis Procedure Combination / Per-Diem Payment System）も存在する。これは、傷病とそれに対する診療行為を基礎とした診断群分類に基づいて診療報酬を定めるという方式であ

と、①「療養の給付に要する費用」（広義の診療報酬）＝②「療養の給付に関する費用」（狭義の診療報酬）＋③「一部負担金」として表される¹⁵。このうち、①保険者は保険医療機関に対し、その請求に基づき②「療養の給付に関する費用」を支払わなければならない（健保76条、国保45条）。他方、②療養の給付を受けた者（被保険者）は、厚生労働大臣が定めるところにより算定した額の原則3割を③「一部負担金」として保険医療機関等に対して支払わなければならない（健保74条1項、国保42条1項）。

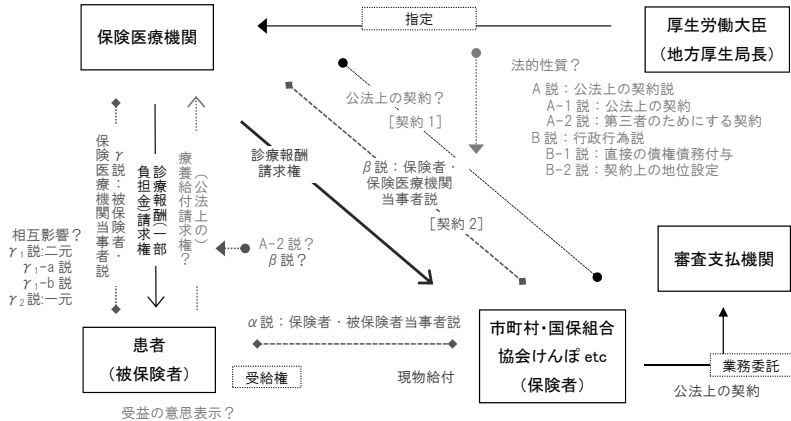
また、医療保険も保険関係の一種として捉えることから、保険医療機関が実際に「療養の給付」を被保険者に対して実施した場合、②「療養の給付に関する費用」の支払義務を負うのは保険者である。しかし、保険医療機関が②「療養の給付に関する費用」を請求するのは、社会保険診療報酬支払基金等である。これらの機関は、保険医療機関から当該費用の請求があった際、保険医療機関によってなされた診療行為が保険診療として適切妥当なものかを審査する。これら機関は保険者からの委託によって以上のような任務を担っており（健保76条5項、国保45条5項）、「審査支払機関」と呼ばれる。

このように、医療保険制度においては、保険者・保険医療機関・被保険者という基本的な三面関係に厚生労働大臣と審査支払機関が加わった五当

り、具体的には、手術料等の出来高部分と入院基本料等の包括評価部分から構成される。この方式は今日では一般的な支払い方法となりつつあるが、本稿との関連で言えば、医療保険の契約当事者論に特段の影響を及ぼさないと考えられるため、この方式を独自に取り上げて検討することは行わない。

- 15 岩村正彦「社会保障法入門 第49講」自治実務セミナー42巻4号（2003年）14頁、岩村正彦「社会保障法入門 第52講」自治実務セミナー42巻7号（2003年）8頁。詳細には、加藤智章「公的医療保険と診療報酬政策」日本社会保障法学会編『新・講座 社会保障法1 これからの医療と年金』（法律文化社、2012年）115頁以下、加藤智章＝菊池馨実＝倉田聡＝前田雅子『社会保障法〔第6版〕』（有斐閣、2015年）168頁以下〔倉田聡〕等が示している定義付けに従う。

事者が、その構成要素とされている。自由診療の場合には、医療機関・医師と患者との二当事者間の契約で完結するところ、保険診療においてはアクターが多岐にわたるため、その法的構造も複雑なものとならざるを得ない。この点を巡る今までの法的議論の状況を単純化したのが、以下の図である。



(2) 本稿の検討手順

本稿の具体的な検討手順としては、保険者・保険医療機関・被保険者という基本的三面関係について、最初に(1) 保険医療機関の指定とその法律関係に関する従前の議論を紹介・検討する(第二章)。次に、(2) 保険診療を念頭に置いた形での医療契約の当事者を巡る議論を紹介・検討する(第三章)。これら基礎作業を踏まえた上で、(3) 従来別個に議論されるきらいがあった(1)(2)における各々の議論につき、その関連性や影響関係を分析し、医療保険の局面における契約構造及び債権債務関係を明らかにすることが目標となる(第四章)。

なお、医療保険制度については、先に示した三面関係とは異なる主体、すなわち診療報酬請求権の現実の支払いの担い手である審査支払機関も重

要な役割を果たしている。従って、本来であれば、(4) 審査支払機関を巡る法律関係をも検討した上で、その全体的な構造把握を提示する必要があるものの、この点については鍵となる最高裁判決¹⁶の分析も含めた別稿を予定している。従って、本稿の検討課題は(1)～(3)に留まる点、ご容赦願いたい。

第二章 保険医療機関の指定

第一節 医療保険における指定の法的性質

保険診療における保険者と保険医療機関との間にいかなる法律関係が存在するかについては、従来、厚生労働大臣による保険医療機関の指定（以下、単に「指定」という）の法的性質をどのように解するかという文脈で、主に議論がなされてきた¹⁷。具体的には、指定の法的性質を公法上の契約と解する説と行政行為と解する説の2つに分かれるものの、各説の内部で

16 最判昭和48年12月20日民集27巻11号1594頁。同判決によると、審査支払機関が保険医療機関に対して診療報酬の支払義務を負う。従って、保険医療機関が有する診療報酬請求権の名宛人は審査支払機関であって、保険者ではないと理解する余地も生ずる。この点は同判決をどのように解するかにかかっており、別途の検討を要する。本稿は、差し当たりこの問題を措き、医療保険制度のモデルとして、保険医療機関と保険者との間の法律関係を念頭に論を進める。

17 医療保険における指定の法的性質に関する議論については、原田・前掲（注1）17頁以下、石田道彦「医療保険制度と契約」季刊・社会保障研究45巻1号（2009年）46頁以下が、明快な整理をしており、本稿もその多くをこれら文献に負う。また、医療保険と介護保険との比較から、指定の性質を詳細に検討する文献としては、大沢光「介護保険法における指定制度の法的意味」神長勲ほか編『公共性の法構造〔室井力古稀記念論集〕』（勁草書房、2004年）606頁以下。従来の裁判例に関しては、番匠谷光晴『医療保障の課題と政策』（晃洋書房、2017年）132頁以下も参照。

も構成上の相違があるため、以下では4つの説に分類して検討を進めたい。

（1）指定＝公法上の契約説（A説）

（a）概要

指定の法的性質は、保険者・保険医療機関を両当事者とする公法上の契約に他ならないと解する説である。もっとも、「公法上の契約」と等しく述べている学説ないし裁判例においても、指定として発生した契約の性質・内容の点から、厳密には、以下の2種類を区分して扱うべきと思われる¹⁸。

（b）公法上の準委任契約説（A-1説）

（i）概要

この理解は、指定の法的性質を、被保険者たる資格を有する者が診療を求めた場合、その者に対し「療養の給付」を保険者に代わって行うよう保険医療機関に委託することを目的とする準委任契約である解する。指定の法的性質を論ずる文脈において、次のA-2説とは異なり、「第三者〔ないしは被保険者〕のためにする」という文言を採り込まない裁判例としては、以下のものがある¹⁹。

18 従来の学説・裁判例においては、このA-1説と後述のA-2説（第三者のためにする公法上の契約説）との区別が、必ずしも意識的に論じられてきていないように見受けられる。しかし、以下で示すように、両説から導かれる債権債務関係は、その帰属や内容が異なる部分もあるため、法律構成上はこの2つを明確に区別して論じなければならないと思われる。裁判例においてその書きぶりの違いを意識しているものとして、加藤智章「大阪地判昭和56年3月23日判批」『社会保障判例百選〔第5版〕』（別冊ジュリ227号）（2016年）47頁。

19 なお、下線は筆者による（以下、判例・裁判例における下線については全て同じ）。その他、健保法65条に関する保険薬局の事案につき、札幌地判平成26年6月6日LEX/DB文献番号25446752。もっとも、これらの裁判例は、

- 大阪高判昭和58年5月27日判時1084号25頁(減点査定)
「健保法に基づく保険診療の状況、及び、健保法の各規定に従えば、開設者である医療機関の申請に対する国の機関としての都道府県知事の指定によつて、右医療機関は保険医療機関とされるが、右指定は、右機関に対する療養の給付という委託を目的とした公法上の準委任契約であり、保健医療期間は、右制度上、命令の定めるところに従い、療養の給付を担当し、その診療に当るべきこととなる(健保法〔旧〕43条の4第1項、同〔旧〕43条の6第1項参照)。」
- 京都地判平成12年1月20日判時1730号68頁(減点査定)
「保険医療機関は、命令の定めに従つて、病院若しくは診療所の開設者の申請に基づき、都道府県知事によって指定され(健保法〔旧〕43条の3)、療養担当規則等の準則を遵守して診療等の療養給付をすべきものとされ、さらに厚生大臣、都道府県知事の指導を受けることとなっており、右指定は、被保険者に対する療養の給付の業務の委託を目的とした公法上の準委任契約と解される。」

(ii) 契約の性質・内容

ここでいう公法上の準委任契約の特徴としては、以下の4点を挙げることができよう。

第一に、双務契約たる準委任契約における保険医療機関と保険者の主な債権債務関係は、次のようになると考えられる。①まず、保険医療機関の債務は、保険者の委託に従った療養給付を行うことである。具体的には、将来的に受け入れるであろう潜在的被保険者集団を想定しつつ、個別被保険者が実際に契約の申込みを行った場合、その者に対し、保険者に代わって、療養担当規則や治療方針等の定めに従い「療養の給付」という事務を行う債務である²⁰。②他方、これと対価関係に位置付けられる保険者の債務は、保険医療機関による療養給付代行債務が履行された後に、保険医療

A-1説を採用するかA-2説を採用するかによって事案の解決に影響を及ぼすわけではない。その意味で、「第三者のためにする」という文言の有無に関しては傍論に過ぎない。

20 この債務のことを、以下では、差し当たり「療養給付代行債務」と称する(保険者から眺めた場合には、「療養給付代行請求権」となる)。また、A-1説にいう契約のことを、本稿では「保険診療委託契約」とも称する。

機関に対し所定の診療報酬を支払うという債務²¹である。これは、保健医療機関から見ると、準委任契約上の委任事務報酬請求権としての診療報酬請求権を意味する²²。

第二に、このような形で「締結」される「保険診療委託契約」は、通常の契約締結過程とは異なり、個別具体的な内容を伴う効果意思が両当事者間に形成されるといったことは想定されていない。デリバリーとしての「療養の給付」の内容、診療方針、またファイナンスとしての診療報酬など、主たる債権債務を構成すると思しき契約内容は、健保法等に規定された各条項や療養担当規則に従うという包括的なものである²³。

第三に、そもそも保険医療機関の指定を契約として評価すること自体が、一定の擬制を伴うことは否めない。この点、本来的な契約と類比すると、保険医療機関の指定を求める医療機関の申請が契約の申込みに準じて取り扱われ、指定がその承諾に準じて扱われることを含意していると考えられる²⁴。こうした発想からは、指定＝契約の効力発生時点は、まさに承

21 このように解することで、保険者は一定水準の医療を現物給付として提供する法的責任を負うものと捉えることができ、換言すると、一定水準の医療を被保険者に享受させることを法的に保障する点に指定の機能があるとされる（山口浩一郎＝小島晴洋『高齢者法』〔有斐閣、2002年〕172頁〔小島晴洋〕参照）。

22 健保法76条1項の規定によれば、「保険者は、療養の給付に関する費用を保険医療機関……に支払うものとし、保険医療機関……が療養の給付に関し保険者に請求することができる費用の額は……」とされ、委任事務処理としての「療養の給付」にかかる費用を保険者に直接に請求できる（保険者への診療報酬請求権を有する）ことを意味する（なお、同76条4項の規定ぶりも参照）。また、国保法45条1項（および同45条4項）においても、同様の定めがある。

23 多くの文献において、これら法令や規則が「法定約款」として契約内容を構成するという説明がなされる所以である。『健康保険法の解釈と運用 平成29年度版』（法研、2017年）509頁以下（以下、『解釈と運用』と称する）にその具体的な内容が示されている。

24 この点に関連して、西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）203頁

諾がなされた時、すなわち指定時点となるであろう。

第四に、以上とも関連するが、「保険診療委託契約」は、その「締結」時点、すなわち指定の時点においては、いまだ包括的抽象的な債権債務関係しか発生しえない。「療養の給付」を行うべき具体的相手方や給付の具体的内容、診療報酬請求権の数額などは、受給資格を有する個別被保険者が保険医療機関に現れた段階以降、徐々に具体化していく。その意味で、当該契約はいわば「枠契約」たる性格を有しており、個別契約とそれに基づく支分的権利の存在を構造的に前提とする²⁵。

以下は、保険医療機関の指定拒否についてのA説の理解を、契約締結義務の不履行の問題と捉えるようである（なお、同書は後述するB説を志向するようである）。そうすると、指定自体は契約締結義務の履行、具体的には、申込みに対して承諾の意思表示を行う義務の履行と捉えることができようか。

25 この点、井原辰雄『医療保障法』（明石書店、2006年）137頁〔以下、井原・『医療保障法』と称する〕は、A-1説に立脚する裁判例について、そこでの「『準委任契約』が『個別』の療養の給付についての契約（『保険者』と『保険医療機関』との契約は、個々の『被保険者』に関する契約の束と解される）とする」と述べる（井原辰雄「社会保険における被保険者の位置付け」社会保障法21号〔2006年〕118頁〔以下、井原・「被保険者」と称する〕もほぼ同旨）。しかし、契約締結＝指定時点においては、個別被保険者は未だ登場し得ず、潜在的被保険者集団が想定されているに過ぎない。従って、ここで成立する契約の内容に、個別被保険者を観念して、これらとの「契約の束」を読み込むのは困難であろう。同書はB-2説に近い考えに立脚しており（井原・『医療保障法』135頁以下、井原・「被保険者」116頁）、そこでの契約内容を論じる文脈では、保険者と保険医療機関との間の契約を「基本契約」と呼び、その内容として、保険医療の枠組み、すなわち「公定価格〔診療報酬〕、対価の支払い、診療基準〔療養担当規則〕等の基本的内容を定め、『被保険者』との間で、この基本的な内容に基づき『保険診療契約』を結ぶことを義務付ける」ことを挙げる。その内容は、B-2説においてのみならず、A-1説やA-2説においても同様に妥当すると考えるべきである。

(c) 第三者のためにする契約説（A-2説）

(i) 概要

この理解は、指定の法的性質につき、「療養の給付」を、被保険者のために保険者に代わって行うよう保険医療機関に委託することを目的とする第三者のための契約であるとする。以下のように、裁判例においても、指定にかかる当事者関係に立たない第三者たる「被保険者のために」という文言を付加しているものが見受けられる²⁶。

■ 大阪地判昭和56年3月23日判時998号11頁（減点査定）

「……健保法の規定にみるとおり、健康保険制度においては、保険者が被保険者に対して療養の給付として診察、薬剤の支給等の現物給付を行うものであるところ、病院等の医療機関は、その開設者の申請に基づいて都道府県知事（引用者注：当時）が行う保険医療機関の指定により、右療養の給付を担当することになるものであるが、右申請及び指定の法的性質は、国の機関としての知事が第三者である被保険者のために保険者に代わって療養の給付、診療方針、診療報酬など健保法に規定されている各条項（いわゆる法定約款）を契約内容として医療機関との間で締結する公法上の双務的付従的契約であり、右契約により、保険医療機関は被保険者に対して前記療養の給付の担当方針に従って療養の給付を行う債務を負い、保険者は保険医療機関が行った療養の給付について診療報酬を支払う債務を負う……。……右契約は、療養の給付という事務の委託を目的とする点において準委任の性質を有し、保険医療機関の診療報酬請求権は委任事務報酬請求権の性質を有すると解される。」

26 その他、福岡高判平成8年10月23日判時1595号73頁。また、行政解釈もこの立場をとると解されている（前掲〔注23〕『解釈と運用』501頁・509頁以下）。この立場によると解される学説としては、野田寛『医事法 中巻〔増補版〕』（青林書院、1994年）412頁、野村好弘「健康保険制度と診療報酬」加藤一郎編『医療と法制』（日本評論社、1996年）94頁以下、品田充儀「東京地判昭和47年1月25日判批」『社会保障判例百選〔第5版〕』（別冊ジュリ227号）（2016年）39頁。なお、原田・前掲（注1）25頁以下は、保険者・保険医療機関間の法律関係としてはこの立場に依拠するが、後述のように、保険医療機関・被保険者間の法律関係と保険者・保険医療機関間の法律関係をと有機的に連関させて把握するため、従来の学説と同列に並んでいるわけではない。

- 東京地判昭和58年12月16日判時1126号56頁(減点査定)
「……健保法上の保険医療機関の申請と指定は、国の機関としての知事が第三者である被保険者のために、保険者に代わつて療養の給付を医療機関に委託することを目的とした公法上の準委任契約の性質を有し、保険医療機関の診療報酬請求権は、委任事務報酬請求権の性質を有するものである。」
- 横浜地判平成15年2月26日判時1828号81頁(減点査定)
「保険医療機関等の指定は、病院又は診療所の開設者の申請に基づき知事が行うものであるが、この申請及び指定は、国の機関としての知事が保険者……に代わつて保険医療機関等との間で締結する契約であり、その内容は、保険医療機関等が、第三者たる被保険者……の疾病に関して療養の給付を担当し、保険者がこれに対して所定の診療報酬を支払うという、第三者のためにする公法上の準委任契約と解すべきものである。」

(ii) 契約の性質・内容

この立場は、必ずしも明確に指摘されているわけではないものの、基本的には、上記A-1説を基礎としつつ、それに「第三者のためにする契約」たる性質を付加するという理解であると思われる²⁷。すなわち、A-1説で挙げた第一から第四までの特徴²⁸と共に、その固有の要素として、第五に、保険者を要約者、保険医療機関を諾約者、被保険者を受益者とする第三者

27 従って、A-1説と区別するために、本稿ではA-2説にいう契約のことを「第三者のためにする保険診療契約」と称することもある。A-1説にいう契約を「保険診療委託契約」と称しているのに対し、A-2説につき「委託」の用語を付していないのは、同説が基礎とする契約の「第三者のためにする」性質に、既に委託の要素が内在されていると解するためであり、それ以上の意味は特にない。なお、A-1説の契約とA-2説の契約との総称として、「公法上の契約」という名称を用いることがある。

28 なお、第二の特徴である契約「締結」のモメントに関しては、A-1説に拠る裁判例は指定のみを挙げている一方で、A-2説に拠る裁判例は、総じて、申請と指定を挙げている。しかしながら、「第三者のためにする」という要素の有無が、契約「締結」のモメントに影響を及ぼすとは考え難く、また、申込みと承諾とのパラレルな関係として位置付ける後者の方が従来の行政契約に関する理解とも整合的である以上、A-1説においても、後者の理解を否定する趣旨ではないであろう。

のためにする契約（民537条参照）という性質が付加されている説と考えられる。この第五の特徴からは、更に以下の3点が導かれると思われる。

一点目として、この立場に拠ると、個別被保険者が医療保険制度の枠内に取り込まれるためには、A-1説と異なり、個別被保険者による受益の意思表示の存在が必要となる²⁹。これを具体的な診療局面に照らしてみると、受益の意思表示として評価されるような、個別被保険者の特定の行為が把握されねばならない。これに該当するのは、通常の場合、保険医療機関での被保険者証の窓口提示（健保則45条、国保36条3項、療養担当規則3条参照）であろう^{30 31}。

29 あくまでも「公法上の」と銘打つ以上、本来であれば、この場面における民法規定の適用・準用可能性やその範囲についての検討が必要となる。しかしながら、仮に民法規定の適用・準用がなされず、その結果として、受益の意思表示の存在とそれに伴う（第三者との間での）債権債務の発生を否定するならば、そこでの「第三者のためにする」という性質決定は、意味内容を全く有さないこととなる。従って、A-2説においては、第三者のためにする契約の本質的要素である、これらの性質（民537条1項・2項）については、適用ないし準用されるのを前提としていると解するのが素直であろう。

30 前掲福岡高判平成8年10月23日は、「被保険者証が保険医に提出されることの意義は、保険者と保険医との間に成立した被保険者のための契約（保険医において被保険者のために療養給付を行い、保険者において保険医に対し右給付に関する費用を支払うことを内容とするもの）に対する被保険者からの受益の意思表示であるから、被保険者が被保険者証を保険医に提出する行為は、通常は右受益の意思表示であると解される」と、この点を明確に判示する。

31 これに対して、A-2説以外の説に拠ると、個別被保険者による被保険者証の提示は、債権債務関係を新たに発生させる行為、すなわち意思表示の徴憑とはならない。そこでは、医療保険制度の枠内に位置付けられた、保険医療機関・被保険者間の法律関係が成立したことを証明する一手段としての扱いになろう。もっとも、結論を先取りするようであるが、私見としては、被保険者証の提示は、受益の意思表示ではなく、かつ、証明手段以上の行為としての意味を有する。すなわち、自由診療契約と保健診療契約とを典型的に区別する立場から、同提示（およびそれに類する行為）を、保険診療契約の

二点目として、個別被保険者による受益の意思表示があった場合、被保険者は保険医療機関に対し、「直接に」「療養の給付」を求める権利（以下では、「療養給付請求権」という）が発生することになる。ここで重要なことは、当該受益の意思表示は「第三者のためにする保険診療契約」を基礎とし、同契約が「公法上の契約」とされる以上、それにより生ずる当該請求権の法的性質は、なお公法的な性質を帯びると解される点である。公法と私法とを峻別する限り、「公法上の契約」に起因した受益の意思表示を行ったときに、これにより生ずる療養給付請求権のみ私法上の権利と性質決定するのは困難であろう。このような構成により、「第三者のためにする保険診療契約」内に法定約款として含まれる療養担当規則等も、受益者の権利内容に反映されることとなる³²。

三点目として、権利が階層的に把握されることとなる。保険者と保険医療機関との関係にとどまる第一から第四までの特徴からは、A-1説と同様、そこで生ずる権利は抽象的包括的なものに過ぎない。しかし、第五の特徴から導かれる権利は、個別被保険者による受益の意思表示後の段階で問題となるものであるため、その主体及び内容に関して、相対的に具体化されたものとなる。もっとも、どのような「療養の給付」を行うべきかという、給付の具体的内容については、被保険者の状態や診療経緯に応じて可変的であり、なお抽象的要素が多いであろう³³。

成立のための要式行為と見る余地があると解する。

32 倉田聡「最判昭和61年2月12日判批」賃社1010号（1989年）57頁以下は、療養の給付を巡る被保険者を加えた三当事者関係の理解を容易にすることと同時に、診療報酬額に関する紛争の訴訟形式を確定するというメリットを見出す。

33 原田・前掲（注1）26頁は、受益の意思表示を行った被保険者は、「『療養の給付の担当に従って療養の給付を行う債務』の範囲内で保険医療機関に療養の給付を請求する権利」を取得し、それは「具体的なものではなく、抽象的な権利である」と述べる。

（2）指定＝行政行為説（B説）

（a）概要

この立場は、保険医療機関の指定を、厚生労働大臣が保険医療機関に対してなす行政処分であると解するものである。その根拠としては、従来、以下の3点が挙げられていた³⁴。

第一に、裁判例³⁵及び行政解釈³⁶によると、保険医療機関の指定の取消についてはその処分性を肯定している以上、指定それ自体に処分性を認めないのは、いわば入口と出口で整合性を失する³⁷。第二に、指定拒否処分が取り消された場合に、取消訴訟の拘束力により指定を強制されるはずであることとの整合性を考えると、指定を契約と解するのは困難とされる。第三に、契約の枠組みで理解することが困難な指定のタイプが存在する³⁸。また、A説のように「公法上の契約」といっても、当事者間で合意すべき事項は法律で規定されており、契約という意味はほとんどないという

34 指定を行政処分と解することの根拠については、主に中野妙子「鹿児島地判平成11年6月14日判批」ジュリ1199号（2001年）110頁、岩村正彦「社会保障法入門 第40講」自治実務セミナー41巻6号（2002年）13頁脚注4の分析に拠る。

35 保険医療機関の指定の取消しが処分であることを前提にしていると解されるのは、大阪高決昭和57年2月23日判タ470号187頁、静岡地決昭和59年6月25日判タ534号157頁、東京高判平成3年9月25日判例地方自治96号44頁。

36 「行政手続法の施行に伴う実施上の留意事項について」（平成6年9月30日・老健第280号・保険発第131号）。

37 A説への批判的見解として、田村和之「大阪地判昭和56年3月23日判批」『社会保障判例百選〔第4版〕』（別冊ジュリ191号）（2008年）50頁は、「保険医療機関の指定の取消しは行政処分であるが指定そのものは契約締結行為である」ことになるが、それは「いかにも不自然」と述べる。また、岩村・前掲（注34）「第40講」13頁脚注4、稲森公嘉「鹿児島地判平成11年6月14日判批」賃社1307号（2001年）73頁なども参照。

38 中野・前掲（注34）110頁は、具体的に、病床の一部指定制（健保65条4項）を挙げる（岩村・前掲〔注34〕「第40講」13頁脚注4、原田・前掲〔注1〕18頁脚注27も同旨）。

点も挙げられている³⁹。

もっとも、指定を行政処分と性質決定しても、それによりどのような効果が想定されているかという観点から、その先の理解が分かれる可能性がある。以下では、2つの理解可能性を示す。

（b）直接の権利義務関係設定説（B-1説）

第一に、指定の結果として、保険者と保険医療機関との間に、法令所定の権利義務関係が直接に設定されると理解する考えがありえよう。この点を明確に述べているものはないものの、後に述べるB-2説が、B-1説のアンチテーゼとして登場し、その特徴として行政処分と契約とを併存させる点に主眼があることに鑑みると、むしろ行政行為による直接の権利義務関係（ないしは権利義務の帰属点たる「地位」）の設定と解することができる。換言すると、この立場は、法令により予定されている請求権の基礎が、指定という行政行為の作用により具現化するという構成により、公法上の契約という性質を排除するところに、その固有の意義があると思われる⁴⁰。

39 西村・前掲（注24）202頁以下。阿部泰隆「医療機関の新規参入規制の違憲・違法性と救済方法（下）」自治研究76巻3号（2000年）11頁も、指定は「拒否事由が限定された行為であり、契約拒否の自由は全く存在しないから、これを契約と解する実益がない」という。しかし、この根拠の妥当性について本稿は疑念を抱いており、むしろ契約であるからこそ幅広い債権債務関係内容を取り込む余地が生ずるため、契約構成を採用する意味は大きいと考える（後述）。

40 稲盛・前掲（注37）73頁は、指定取消しに処分性を認め、指定拒否も処分と解するならば、「指定も処分として解するのが解釈として一貫するものと思われる。その場合、指定は申請に対する処分であり、……法効果の面では特許に似た処分」と述べた上で、「診療報酬請求権の発生の根拠が契約関係でなければならない理由もなく、契約関係という名称にこだわらずとも、指定という行為により法令の規定する権利義務関係が保険者と保険医療機関の間に生ずるとの理解で十分」と解する。同様に、岩村・前掲（注34）「第

もっとも、その上で、どのような権利義務関係が具体的に生ずるかについては、なお検討の余地がある。基本的には、法令で示された権利義務関係がそのままの内容で指定により付与されるということになる。従って、保険医療機関が保険者に対して有する権利は、診療報酬請求権（健保76条1項・4項、国保45条1項・4項）となる。これに対して、保険者が保険医療機関に対して有する権利は、法令を参照しても必ずしも明らかではない。とりわけ療養給付代行請求権が観念しうかがここでは問題となるであろう（健保70条1項、国保40条1項を参照）。

（c）契約関係成立説（B-2説）

第二に、指定が、保険医療機関と保険者との間に契約関係を発生させることを内容とする行政処分であると理解することも可能である。これは、行政処分と行政契約が相互排他的な関係に立つと捉える従来の立場とはスタンスを異にし、両者の併存を認めうるという基本的視座に立脚するものである⁴¹。この理解は、指定の法的性質と指定に基づく法的効果とを分け

40 講」13頁脚注4は、「指定は、保険医療機関等に、すべての医療保険の保険者のために、現物給付の支給を担当し、被保険者等に現物給付を行ったときは、その報酬として、当該被保険者等が加入する保険者から診療報酬の支払いを受ける地位を設定するという効果を持つ処分」と解する。いずれも後述する実益論を踏まえた上での理解と思われ、指定の処分性を認めつつも、それによる法律関係の基礎を契約に求めない趣旨であれば、これら理解と本稿で示したB-1説との距離はほとんどないと思われる。

41 このような視座を先駆的に明示した文献として、小早川光郎「契約と行政行為」芦部信喜ほか編『岩波講座基本法学4 契約』（岩波書店、1983年）126頁以下。また、この点を詳細に述べる社会保障法学の業績としては、原田・前掲（注1）18頁以下。山崎哲男＝片岡直＝桑原一彰＝馬場園明「医療保障の法的構造」医療福祉経営マーケティング研究〔九州大学〕6巻1号（2011年）19頁もこの理解を採る。これに対し、堀勝洋「社会保障の給付」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第1巻 21世紀の社会保障法』（法律文化社、2001年）130頁は、「単独行為・一方的行為である行政行為と双方

て議論するという、新たな着眼点を有する点に意義があろう⁴²。

もっとも、処分と性質決定された指定に基づき契約関係が発生するというメカニズムや⁴³、指定によって成立する契約がどのような内容を伴うの

行為である契約とが併存するとするのも論理的には理解しにくい」と懐疑的である。

42 なお、堀勝洋『社会保障法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2004年）225頁は、行政庁の行為を「処分であると同時に契約締結の意思表示である」と捉える可能性を示す。厳密には、指定（処分）の効果として意思表示を觀念せずに契約関係が生ずることと、指定（処分）の効果とは別に意思表示を觀念することとは、構成が異なるであろう。いずれの理解可能性も存するが、本稿は、前者の構成として理解したい。その理由は、①従来、A-1説やA-2説においても、特段の意思表示を介在させることなく「公法上の契約」が觀念されており、従って、そこでは擬制的な要素がそもそも含まれているところ、指定を処分と扱うときにだけ意思表示を介在させる理由に乏しいためである。また、②それ以上に、指定を処分とすることの意味の一つとして、その瑕疵があった場合には行政行為の瑕疵に関する準則が妥当し、意思表示の瑕疵についての民法は適用がないと考えられるからである。ここで意思表示を介在させることは実益がないばかりでなく、いたずらに議論の混乱を招く恐れがあると思われる。

43 基本的にこの立場に属すると思われる見解も、仔細に観察すると若干のニュアンスの相違がある。【1】その一は、指定の効果として両当事者間に「契約上の地位」が設定されると理解するものである。鹿児島地判平成11年6月14日訴月47巻7号1824頁は、「保険医療機関の指定は、これによって、保険医療機関が被保険者に療養の給付を行う債務を負担し（健保法〔旧〕43条ノ4〔引用者注：現行70条〕）、保険者が右保険医療機関に対して診療報酬を支払う債務を負担する（同法〔旧〕43条ノ9〔引用者注：現行76条〕）こととされており、保険者と保険医療機関の関係は、右条項に従う限り、療養の給付の委託を目的として、国の機関としての知事が、被保険者のために保険者に代わって保険医療機関との間に締結する公法上の双務的付従的契約とみるのが相当である（同法〔旧〕43条ノ9第3項〔引用者注：現行76条3項〕等参照）」として、保険医療機関と保険者との関係を、公法上の「第三者のためにする契約」と捉えつつ、「病院等の開設者は、自らの申請に基づき保険医療機関としての指定を受けると、保険者との間に公法上の双務的付従的契約を成立させ、かつ、療養等の給付を行うことによって診療報酬債権を取得することのできる地位に立つことにな〔り〕……保険医療機関の指定を申

かについては、明確にされているとは言い難い。契約内容に関し、上記A説という公法上の準委任契約と異なる理解をする必要性は見出せないものの、この立場が、「第三者のためにする契約」性（上記A-1説とA-2説との分岐点である）を肯認するの可否かも判然としない。いずれにせよ、指定の結果として発生した契約に基づいて生ずる債権債務の内容・性質は、前述の特徴①～④（⑤）と、異なる所はないであろう。この立場を初めて明確に示したと解される裁判例においても、以下のように、成立する契約の内容に関してはなお開かれたままである。

■ 東京地判平成24年11月1日LEX/DB文献番号25497249（保険薬局指定拒否に対する取消・損害賠償）

「保険医療機関又は保険薬局の指定は、……健康保険の保険者において保険医療機関又は保険薬局との間で当該保険者が管掌する被保険者に対する療養の給付に係る契約を個別的に締結させるのに代えて、厚生労働大臣において保険医療機関又は保険薬局の指定をすることにより、当該申請に係る病院若しくは

請しようとする病院等の開設者の地位は、右指定があれば前記契約上の地位を獲得し得るものとして、健康保険法上、それだけで重大な法的利益を有するとみる」と述べる。この事案は、保険医療機関の指定申請が県知事により拒否されたことの違法性の有無が問われているため、指定自体の法的性質にかかる部分は傍論であるものの、「指定があれば……契約上の地位を獲得し得る」という、それまでの裁判例にない特徴的表現からは、「契約上の地位」を媒介とさせつつ、指定の法的性質と指定の効果とを分断する思考の萌芽を読み取ることができよう。その意味で、同判決は、B-2説の基礎を形成したという意義が認められると思われる。しかし、その後の学説は、【2】指定により直接に契約関係の発生を認め、少なくとも明示的には「契約上の地位」観念を介在させない。この系統に属するのは、阿部・前掲（注39）9頁以下、阿部泰隆「鹿児島地判平成11年6月14日判批」判評502号（2000年）5頁（なお、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ〔補訂〕〕〔有斐閣、2011年〕318頁も同旨）、井原・前掲（注25）『医療保障法』135頁、井原・前掲（注25）「被保険者」116頁以下、田村・前掲（注37）51頁、菊池馨実『社会保障法』（有斐閣、2014年）352頁脚注110。また、後掲東京地判平成24年11月1日も、「契約上の地位」には触れていない。

診療所又は薬局……と全ての保険者との間に被保険者に対する療養の給付に係る契約関係を、健康保険法及びその関係法令等をいわば法定の約款として包括的に成立させ、併せて、その際に、当該申請に係る病院若しくは診療所又は薬局の保険医療機関又は保険薬局としての適格性を審査するものであると解することができるのであって、保険医療機関又は保険薬局の指定は、厚生労働大臣が、病院若しくは診療所又は薬局の開設者の申請により、当該申請に係る病院若しくは診療所又は薬局と全ての健康保険の保険者との間に当該保険者が管掌する被保険者に対する療養の給付に係る契約関係を包括的に成立させる形式的な行政行為である。』

第二節 指定の法的性質論が及ぼす影響

(1) 問題の所在と整理

(a) 起点としての「実益論」

保険医療機関の指定の法的性質について触れる従来の裁判例は、主に減点査定可否を巡るものであった。これらにおいては、保険医療機関が保険者に対して(いかなる範囲での)診療報酬請求権を有するか否かが主たる争点とされている⁴⁴。もっとも、被保険者に対して「療養の給付」を提供した場合に保険医療機関がその対価として保険者から報酬を請求できること、すなわち診療報酬請求権を有すること自体は、法令上明記されているとおりであり(健保76条1項、国保45条1項)⁴⁵、上記A説・B説いずれに立脚しても結論が変わるものではない。また、指定の法的性質に関する

44 加藤智章「医療保険法における減点査定の手続と判例法理」山形大学紀要社会科学18巻1号(1987年)88頁が、裁判例の立場を集約し、「ここで重要なことは、指定の法的性格以上に、契約内容として法的約款あるいは委任の本旨に則った療養の給付が、保険医療機関等に求められる」と述べる。同様の指摘をするのは、稲森・前掲(注37)70頁、原田・前掲(注1)19頁以下。

45 この点については、第一章第二節(1)も参照。なお、前掲(注23)『解釈と運用』578頁も、消滅時効の文脈ではあるが、ここで「請求権」という概念を用いる。

理解の違いが直截に減点査定可否を決するという関係にも立つわけでもない。従って、従来の裁判例で示された指定の法的性質論は、事案の解決に照らすと「傍論」に過ぎないものであった⁴⁶。「保険医療を考える場合、保険医療機関は療養担当規則に基づく保険診療を被保険者に提供し、保険者に対しその診療報酬請求権を有するという関係が明確であればよいのであって、指定の法的性格をめぐって保険診療の契約当事者関係が変更されるものではない」⁴⁷との指摘がなされる所以である。

46 なお、保険医療機関が審査支払機関に対して有する診療報酬請求権が民事執行法152条の2第2項にいう「継続的給付に係る債権」として強制執行しうるかが問題となった事案で、最判平成17年12月6日民集59巻10号2629頁は、「診療担当者として診療報酬を請求し得る地位」が「法律の規定に基づき保険医療機関としての指定を受けることにより発生し、継続的に保持される性質のもの」と判示する。しかし、このような「地位」が発生することを認める前提として、指定の法的性質論の解明が不可避というわけではなく、最高裁もこの問題に立ち入っていない。この点、高橋讓「最判平成17年12月6日判解」『最高裁判所判例解説 民事篇 平成17年度（下）』（法曹会、2008年）893頁は、「当事者間の契約によるものではないとしても、当事者の申請とこれに基づく厚生労働大臣の指定という法律行為により、保険医療機関と支払基金又は連合会との法律関係が設定される」と述べているものの、指定の法的性質論に関する上記いずれの立場であるのかは必ずしも明確ではない。すなわち、当事者間の（直接）契約ではないが申請と指定とを「法律行為」として観念している点を重視すれば、上記A説に親和的であり、他方、「契約によるものではない」点を重視して申請と指定とを「法律行為（的行政行為）」と読むことも不可能ではなく、その場合には上記B説に近づくと思われる。このように、指定の法的性質論に関する最高裁の立場が明らかではない背景には、「実益論」と同様の認識が潜んでいるように思われる。なお、診療報酬について、最高裁が債権レベルとは別に「診療報酬を請求し得る地位」という観念をわざわざ用いた意味については、別稿で検討する予定である。

47 原田・前掲（注1）20頁。また従来の裁判例においても、例えば、岐阜地判昭和59年10月15日判時1169号43頁は、「……〔国保〕法〔旧〕36条1項1号ないし6号〔引用者注：現行36条1項〕所定の療養の給付（現物給付）……が法所定の療養取扱機関によって行われる場合、該機関が被保険者に対してする治療等は、保険者と該療養取扱機関との間に成立・存続する公法上

かくして、指定の法的性質を巡る議論が裁判例における現実の紛争解決にどの程度の寄与をもたらすかという視座からすると、その内容の当否以前に、むしろ議論すること自体の実益に疑問が呈される。こうした指定の法的性質に関する「実益論」は、その強調の程度は様々であるものの、とりわけ近時の学説において有力に主張されている。かかる「実益論」からは、指定それ自体の法律構成を志向するとしても、公法上の契約にこだわる必要はなく、指定という行為により、法令上の権利義務関係が生ずると解すれば足りるという理解がなされている⁴⁸。それらは、総じて、指定の

の準委任契約に基づいて受任者である該療養取扱機関が該契約上の義務の履行としてこれを行うものと解すべき」と述べる。また、浦和地判昭和62年3月25日判時1250号96頁は、「健保法によれば、医療機関は、その申請に基づき、都道府県知事の指定によって保険医療機関とされるが（同法〔旧〕43条3項1号〔引用者注：現行63条3項1号〕、〔旧〕43条の3第1項〔引用者注：都道府県知事による指定を定めた条文である〕）、右の法律関係は、国の機関としての都道府県知事が保険医療機関に対し療養の給付をなすことを委託する旨の公法上の準委任と解される。そして、保険医療機関は、命令の定めるところにより、患者に対する療養の給付を担当し、その診療に当らなければならないと規定されており（同法〔旧〕43条の4第1項〔引用者注：現行70条1項〕、〔旧〕43条の6第1項〔引用者注：現行72条1項〕）、右規定に基づいて療養担当規則が定められ、療養の給付の範囲が決定されているのである（同規則1条）」と判示する。いずれも、保険医療機関と保険者との間に公法上の契約関係を認めるが、文言上は指定の法的性質から演繹された判示ではない。その他の減点査定に関する多くの裁判例は、保険医療機関と保険者（審査支払機関）との間に公法上の契約関係の存在すら認定せず、端的に診療報酬請求権にかかる債権債務関係の帰属を認める。これらに属する裁判例としては、名古屋高判昭和52年3月28日行集28巻3号265頁（岐阜地判昭和50年6月9日行集26巻6号789頁の控訴審）、東京地判昭和53年3月27日判時916号55頁、東京高判昭和54年7月19日判タ397号75頁（前掲東京地判昭和53年3月27日の控訴審）など（また、甲府地判昭和57年2月8日行集33巻1～2号21頁も参照）。

48 稲盛・前掲（注37）70頁。また、原田・前掲（注1）20頁もこれを支持する。

法的性質に関する議論の意義の相対的低下ないしは無力化を志向する学説であると言えよう。

(b) 「実益論」からの示唆

既に述べたように、上記A説・B説いずれも、結論的に、保険者と保険医療機関との間に、療養給付請求権と診療報酬請求権を中心とした債権債務関係が発生することについては、疑う余地はない。その意味で、指定の法的性質に関する「実益論」からの問題提起には、首肯しうるものを含んでいる。

この問題提起に対する反論としてすぐに思い浮かぶのは、実益の不存在を理由に、法律構成上の説明を放棄することが正当化される訳ではないというものであろう。しかし、ここでの問題提起は、指定の法的性質をめぐる議論が、説明手法以上の実践的意味を有するか否かという点を突く点にある以上、この反論は十分な説得力を有さない。むしろ、減点査定を巡る裁判例のみならず、指定の法的性質を巡る見解の相違が、およそいかなる意味においても法的効果の相違をもたらさないのか、或いは、その法律構成が当事者間の債権債務関係に何らかの影響を及ぼすとは言えないのかといった観点からの検討が必要である。こうした検討を踏まえた上で、なお帰結の相違や特段の影響が生じないならば、指定の法的性質を巡る議論の意義は、法理論上の説明を放棄することへの懐疑と、それを回避する意味合いとしての、説明・記述概念としての有用性という点にしか認められないであろう。また、この場合、上記議論を解決する決め手は、現実の制度関係＝条文適合性の観点から、いずれの立場が説明として優れているかを判断すれば済む事柄である。

(c) 具体的な検討素材と分析視角

このように、「指定の法的性質論を巡る見解の相違が、そこから生ずる法律関係の内容・効果などの相違に影響を与えるか否か」という問題とし

て構成する場合、具体的な検討対象として想起される事項は、主に以下の2点になろう。すなわち、(1)指定の法的性質の相違が訴訟類型に与える影響と、(2)指定の法的性質の相違から導かれる債権債務関係の内容とその効果である。また、その検討に際しては、以下の2つに分析視角を分ける必要があると考えられる。

第一は、指定自体の性質論である。これは、保険医療機関の指定という行為形式の法的性質が何かという視点であり、伝統的には、この枠組のもとで議論がなされてきた。具体的には、既に示したA説：「指定＝公法上の契約説」と、B説：「指定＝行政行為説」との対立構図として現れる。

第二は、債権債務関係の基礎論である。これは、保険者と保険医療機関との間に最終的に生ずる債権債務関係の基礎に着眼する。ここでは、債権債務の発生の基礎を何に求めるかが理解の分かれ目であり、換言すると、(公法上の)契約という構成を介在させることに如何なる意義があるのかという点に議論の本質がある。上述の諸学説に当てはめると、具体的には、〈A〉：債権債務関係の発生を(公法上の)契約に求める契約構成(上記A-1・A-2・B-2説)と、〈B〉：その発生の基礎に契約関係を指定しない非契約構成(上記B-1説)との対立という構図が登場する。

従来的な理解では、指定自体の性質論が債権債務関係の基礎論と直結していたこともあり、上記(1)(2)いずれの問題についても「指定の法的性質論」と一括されていたと思われる。しかも、この場合、第二の視角は埋没しており、議論は第一の視角のみで足りていたのであろう。しかしながら、指定の性質を行政行為としつつも、その結果としての法律関係は契約に引き付けて考えるというB-2説の登場は、(1)(2)の問題が同一平面に存しないことを示唆しうる契機となった。かくして、従来のような「公法上の契約か行政行為か」という二項対立図式的な整理ではなく、指定自体の性質論は(1)の問題を、債権債務関係の基礎論は(2)の問題を対象とするという形で整理する方が、議論の錯綜をもたらさないと思われる。以上を簡単に整理すると、次のような表となろう。

指定の法的性質論		債権債務関係の基礎論			
		〈A〉 契約構成		〈B〉 非契約構成	
被保険者との法律関係		なし	あり	なし	あり
指定自体の性質論	A：公法上の契約説	A-1説	A-2説	—	—
	B：行政行為説	B-2説？	B-2説？	B-1説	—

もっとも、(1)の事項に連なる指定自体の性質論については、行政法学プロパーの問題であり、専門外の筆者が十分になしうるところではない⁴⁹。むしろ、本稿は、従来の議論において必ずしも目配りがなされていないと思われる(2)の事項、すなわち債権債務関係の基礎論に焦点を合わせつつ以下で論ずることとしたい。

(2) 当事者間の債権債務の種類・内容

(a) 〈A〉 契約構成⁵⁰

契約構成によると、いずれの立場にせよ、保険者と保険医療機関との間

49 単純には、A説：「指定＝公法上の契約説」においては、指定を公法上の契約と捉えている以上、指定を巡る争いに関しては、実質的当事者訴訟ないしは民事訴訟が念頭に置かれており、他方、B説：「指定＝行政行為説」においては、指定を行政行為と捉えている以上、指定を巡る争いに関しては、抗告訴訟が念頭に置かれていると言えそうである。しかし、そもそも処分性の契機を何に見出すか、また、訴訟形態の相違が及ぼす具体的な影響は何かなどについては、筆者の能力の及ぶところではなく、行政法学の議論の蓄積に委ねたい。

50 なお、A-1説・B-2説との相違として、A-2説によると、保険医療機関は、受益の意思表示を行った被保険者に対し、直接に、療養担当規則等に従った「療養の給付」を行うという債務を負うことが挙げられる。もっとも、この点は保険医療機関・被保険者間の債権債務関係の問題であり、保険者・保険医療機関の債権債務関係という局面では、A-1説・B-2説との相違は存在しないと解される。A-2説の構成が、保険医療機関・被保険者間の債権債務関

には契約関係が基底に存在するため、債権債務の内容・範囲に関しても契約に引き付けて考えることになる。この点、基本的な契約内容が、健保法等所定の各条項に則ること（法定約款）には異論がない。むしろ、当事者間の債権債務の内容・範囲が法定約款に限られるのか、それ以上、特に「契約」に引き付けられた諸準則にも及ぶのかという点が更に問われなければならない。こうした発想からは、以下の2つの考え方がありえよう。

一つには、契約上の債権債務内容が法定約款としての内容と完全に一致するという理解であろう。具体的には、保険者と保険医療機関との間の契約内容は、法定約款の内容に限定して理解されるべきであり、それ以外に如何なる債権債務関係も発生しないというものである。そこでは、補充的な意味であっても、民法上の「契約」関連諸規定が原則として適用されないような「契約」の観念を認める方向が目指される。それは『此の所民法入るへからず』に象徴されるような、「公法上の契約」という発想を素直に理解することに親和的かもしれない。しかしながら、〈A〉契約構成を採用し、〈B〉非契約構成を排除した上で、なおこの理解を採ることの意義がどこにあるのかは疑問である。この点は「公法上の」という修辭にどの程度の重み付けが認められるかについて更なる検討を待たなければならないもの⁵¹、少なくとも、従来の学説において、この理解を正面から明記したものは見受けられない。

もう一つのありうる考え方は、契約上の債権債務内容には法定約款としての内容以外のものも観念するという理解である。この立場は、法定約款としての内容は、いわば法が特に認めた「特別条項」に過ぎず、同契約は契約たる性質をも有する以上、法定約款と抵触しない限りにおいて、民法上の関連諸規定が適用ないし準用されるとするものである。具体的に

係との関係で如何なる影響を及ぼし得るかに関しては、後述する。

51 文脈は異なるものの、「公法上の」という表現の意味を消極に解する見解として、倉田・前掲（注32）57頁。

は、準委任契約に関する民法の規定（善管注意義務やその一内容としての経過報告義務・顛末報告義務など）のほか、場合によっては、契約総則・債権各論・債権総則・民法総則上の規定の適用・準用が考えられよう。〈A〉契約構成を採ることの意味はその内容的な広がりをも認める点にあり、ここでの契約は、「公法上の（制約を伴った）準委任契約」という発想に親和的ともいえる。現在の学説の主流をなす理解⁵²であり、本稿において〈A〉契約構成という場合には、以下ではこの立場を前提とする。

（b）〈B〉非契約構成

以上に対して、〈B〉非契約構成では、契約を介さないこと自体にその意義が存する。この場合、契約との接点が見出せない以上、発生する債権債務関係の種類や内容についても、民法上の関連諸規定の適用・準用可能性を観念する余地がないという帰結に至るであろう。従って、債権債務関係の内容が法定約款にとどまるか否かという、〈A〉契約構成に見られた上記問題提起自体が意味をなさず⁵³、その内容・効果は、健保法を中心と

52 笠木映里「横浜地判平成15年2月26日判批」ジュリ1255号（2003年）153頁は、保険者・保険医療機関間に準委任契約を認める判決につき、「受任者たる医療機関等には診療報酬請求権を取得するために、委任の本旨に従った履行の提供が要求される（民656条・644条）。」と民法の適用を明示的に指摘する。その上で、「委任の本旨」の内容を、療養担当規則・診療報酬点数表・薬価基準等の医療保険法令を遵守した診療行為の実施を意味すると述べる。岩村正彦「大阪高判昭和58年5月27日判批」『社会保障判例百選〔第4版〕』（別冊ジュリ191号）（2008年）58頁も、判決の読み方として、「民法656条が準用する同648条2項を念頭に置きつつ」委任の本旨を療養担当規則等に従った療養の実施であるとする。また、井原・前掲（注25）『医療保障法』138頁、井原・前掲（注25）「被保険者」119頁は、「保険者は民法第645条に基づき、保険医療機関から、療養の給付の状況について報告を求めることができると考えられる」と述べる。

53 なお、契約の契機が存在しない以上、契約の存在を前提とする「約款」という用語を、（たとえ「法定」という修飾を付したとしても）この立場に依

した関連諸法令所定の各条項に依拠すべきであり、かつ、それで足りる。

第三章 医療契約の当事者

第一節 はじめに

保険診療においては、保険医療機関の指定の効果として〈A〉契約構成を採るか否かにかかわらず、基本的にそれとは別次元の問題として、医療契約の存在が語られてきた。同時に、この文脈にいう医療契約を基礎として一定の債権債務関係が発生することについては見解の一致が見られる。しかし、ここでの契約当事者を誰と誰との間で措定すべきか、それに伴い、如何なる内容の債権債務関係が発生しているのかについては、民法学・社会保障法学・医事法学それぞれの立場から議論がなされてきている⁵⁴。従前の裁判例においても、医療過誤の有無が争われたときに、患者側が不法行為責任と共に債務不履行責任を追及するのに対して、保険医療機関が、自身が契約当事者ではないとして争うというパターンが典型として見られるところである。以下では、過去形の議論として捉えられがちな医療保険制度の枠内における医療契約の当事者論について、その到達点を示し、妥当性を改めて検討することとする。

拠しつづ用いることはできないであろう。

54 この問題を整理した近時の文献として、村山・前掲(注3)171頁以下(初出は、村山・前掲〔注3〕「実体的解明」69頁以下)、前田・前掲(注10)435頁以下、米村滋人「公的社会保障給付と私法契約—医療契約の法的構成を契機として」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』(有斐閣、2013年)97頁以下。従前の裁判例に関しては、番匠谷・前掲(注17)152頁以下も参照。

第二節 契約当事者を巡る諸見解

（1）保険者・被保険者当事者説（ α 説）⁵⁵

（a）内容

この説は、医療契約の当事者を、保険者と被保険者との間に措定するものである⁵⁶。

同説は、前提として、保険医療機関・被保険者間の関係に着目する。この関係においては、あらかじめ締結されている保険者・保険医療機関間の双務協定（制限診療その他種々の制約を条件として定められた公法上の協定とされる）の枠内で行われる、いわば間接的診療契約／二次的診療契約があるに過ぎないとし、本来の一次的診療契約はむしろ保険者と被保険者との間になされていると解する⁵⁷。従って、本来は保険者が被保険者に対

55 松倉豊治「医師からみた法律」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971年）9頁以下（以下、『医療と法律』と称する）、石橋信『医療過誤の裁判』（新日本法規出版、1977年）207頁。なお、高田利廣『医家のための診療事故紛争のはなし』（メジカルビュー社、1971年）105頁以下は、保険者・被保険者間において、契約関係ではなく、法律上の保険関係から保険診療を基礎付けるものの、後述 γ 説の構成を否定する意味で、この立場に近い（加藤一郎＝鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』（法曹会、1976年）114頁以下〔高田利廣発言〕における、後述 γ 説も参照）。

56 なお、その派生的構成として、保険者・被保険者間の「第三者のためにする契約」構成の可能性も紹介されている（河上・前掲〔注4〕282頁以下）。これは、保険者を諾約者、被保険者を要約者として、第三者たる患者（受益者）のために療養給付を行うということを内容とする契約であると考えられる。もっとも、家族療養費に関する局面のような例外的場面を除くと、基本的に被保険者＝患者であるため、この理解は α 説とはほぼ同一の帰結に至る（ α 説との相違は、契約締結とは別に、患者による受益の意思表示を要するという点であろう）。

57 従って、看過されがちであるが、 α 説は、保険医療機関と被保険者との間の契約関係を否定するものではない。この視点からは、 α 説が、保険者・被保険者間の（一次的）診療契約、保険医療機関・被保険者間の（二次的）診

し療養の給付の義務を負うところ、先の双務協定に基づき、保険医療機関がその履行補助者ないし被用者（以下、「履行補助者等」と称する）としてこれをなしていることになる。

このように、 α 説では保険者と被保険者との間に直接の契約関係を見て取るが、そのように把握された契約の法的性質は必ずしも明確ではない。保険者を契約の一方当事者として措定し、かつ、後述のように、現物給付の原則を反映させることがこの説の背景に存する点に鑑みると、公法的性質を帯びた契約として理解することに親和的であるように思われる。

(b) 根拠

α 説の根拠は、医療保険制度が現物給付方式を原則形態とする点に求められる。すなわち、保険者は被保険者に対し、様々な制限・指導監査を伴う療養担当規則に基づいた療養の給付を現物給付として行うことが法令上そもそも予定されている（健保1条・63条1項、国保1条・36条1項）。そうである以上、その帰結として、被保険者が給付を求める相手方を保険者とするのが素直な理解である。つまり、この説の主眼は、法令に示された現物給付の原則を正面から法的に構成する点にある。また、このように解することで、保険医療機関に医療過誤があった場合に、保険者に対して直接に債務不履行責任を負わせ、被害者の保護を図ることも可能となる。

更に、学説においては、被保険者が保険者に対して具体的な療養の給付を求める請求権としての受給権を有することを認めるものがある⁵⁸。 α 説

療契約を保険者・保険医療機関間の双務協定という三面契約を認めるものとして構成することも可能であろう。

58 堀・前掲(注42)によると、「社会保障法の権利の中核は、国民(受給主体)が国、地方公共団体、社会保険の保険者等又はこれらの機関(支給主体)に対し給付を求める権利」(同書208頁)であり、「社会保障給付に関する権利は、受給主体が支給主体に対して給付を行うよう求める権利であり、請求権である。……受給に必要な行政庁の行為がなされ、実際に給付を受けること

によると、このような受給権の発生機序と根拠を無理なく説明することができることも、一つの根拠となるであろう。

ができるようになった権利を『受給権』と呼び、行政庁の行為がなされる前の権利を『請求権』と呼んで、区別するのが適切」（同書224頁）と述べる。その上で、医療保険の場合、「医療の現物給付は、保険者による被保険者等の資格確認を経て、被保険者等と保険医療機関との間で医療サービス契約（診療契約）が成立した時点で受給権が発生する。……診療契約が成立する前においては、傷病を有する場合は医療の給付を求める請求権はあるといえるが、傷病を有しない場合は請求権もない。」（同書228頁、下線部は引用者による）という（堀・前掲〔注41〕121頁、堀勝洋『社会保障・社会福祉の原理・法・政策』〔ミネルヴァ書房、2009年〕103頁以下も同旨。なお、西村・前掲（注24）55頁もほぼ同内容であるが、診療契約を締結することにより「療養給付に関する受給権が具体化する」と述べる。）。素直に理解すれば、受給主体たる国民＝被保険者は診療契約を締結することにより、支給主体たる保険者に対し、療養の給付を求める「受給権」があるということになる（但し、同書224頁における定義付けと「受給権」との区別からすると、下線部の「請求権」はむしろ「受給権」と記すべきように思われ、この点も含め、読み方が異なるのかもしれない）。このような理解は、同書229頁脚注21において、「治療方法等が療養担当規則、診療報酬点数表等に適合しないものである場合は、被保険者等の保険者に対する医療の給付の受給権は発生しない（最判昭和61年10月17日判時1219号58頁）。」（下線部は引用者による）と述べられている点とも平仄が合う（もっとも、筆者としては、参照された最判昭和61年判決が下線部の内容までも含んでいるかについては消極的であり、なお検討を要すると考える）。同書は、被保険者等と保険医療機関との間での診療契約の存在を認めており、もとより α 説を採用のものではないが、このような「受給権」の捉え方は α 説による基礎付けが最も障害がないように思われる。しかし、契約締結のモメントに関しては、なお問題が残されるところではある。他方、後述の γ 説に立脚しつつこの意味での「受給権」を基礎付けるならば、①被保険者・保険医療機関間での契約によって保険者に対して具体的な「受給権」が生ずる根拠や、②被保険者が・保険医療機関間での契約に基づく療養給付請求権と被保険者が保険者に対して有する「受給権」との併存関係などにつき、更に踏み込んだ説明が必要であると思われる。

(2) 保険者・保険医療機関当事者説 (β説)⁵⁹

(a) 内容

この説は、医療契約の当事者を、保険者と保険医療機関との間に指定するものである。この立場を明らかにした裁判例は、次のように述べている。

◀裁判例▶

■ 前掲大阪地判昭和60年6月28日(医療過誤)

「後記の如く、保険診療の契約当事者は保険者と医師等であつて、被保険者＝患者は受益者と目され、受益の意思表示を被保険者証の提出により行なわねばならない……。

……国より委任を受けた都道府県知事は、保険者たる市町村及び特別区に代つて、指定がだされ、または、登録申請を受理されることによつて保険医となつた医師等との間に、医師等においては被保険者のために国保法に定められた療養給付を行なう義務を有し、保険者においてはこれに対して保険医に対しその対価を支払う義務を負うことを内容とする、被保険者のためにする契約が成立しているものと解され、従つて、被保険者が現物給付の受給資格を証明する証票としての被保険者証を療養取扱機関に提出する行為は、受益者としての被保険者からする受益の意思表示と解される……。

一般に、保険診療は、……保険者を要約者、医師等を諸約者、被保険者＝患者を受益者とする第三者のためにする契約によるものと解され……」

ここからも明らかなように、両者の間に締結される医療契約は、保険者

59 大阪地判昭和60年6月28日判タ565号170頁。同判決は、保険診療契約と自由診療契約との関係についても判示しているが、この点については後述する。この立場の学説としては、新美育文「診療契約論ではどのような点が未解決か」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第6巻』(日本評論社、1991年)265頁以下(新美新説)、佐藤雄一郎「費用に関する制度」宇都木伸＝塚本泰司『現代医療のスペクトル フォーラム医事法学Ⅰ』(尚学社、2001年)35頁以下。また、加藤一郎「医師の責任」『損害賠償法の研究(上)』(有斐閣、1957年)510頁脚注7もこれに近い(もっとも、加藤一郎＝鈴木潔・前掲〔注55〕113頁以下の加藤一郎発言に照らすと、その立場は明確ではない)。

を要約者、保険医療機関を諾約者、被保険者を受益者とする第三者のためにする契約であると構成される。また、その法的性質は、やはり明確ではないものの、保険者を契約の一方当事者として指定し、かつ、指定の法的性質論での〈A〉契約構成における契約の性質をも考慮すると、それと同一の締結当事者が問題とされている以上、この局面でも同様に公法的性質を帯びた契約と理解できよう⁶⁰。なお、ここで締結された医療契約の内容は、保険者と保健医療機関との間の契約（法定約款）によって定められている保険医療機関が診療方針に則して診療を行った以上、それが当時の医療水準からみて不十分なものであったとしても、保険医療機関はいちおう診療債務を果たしたものとされ⁶¹、これが後述するγ説からの批判の対象となっていた。

（b）根拠

β説の根拠は、その重点は異なるものの、α説と同様、健保法等の条文を比較的素直に解することに求められる。すなわち、保険診療は、保険医療機関の指定を受けた医療機関のみが担当でき、給付内容も療養担当規則に従った療養の給付に制限され（健保70条・国保40条）、保険医療機関は

60 結論を先取りすると、本稿は、β説で説かれている「契約」と、A-2説で説かれている「第三者のためにする保険診療契約」とは、存在する1つの契約実体を異なる視点から述べているに過ぎないと解している（つまり、A-2説＝β説である）。従って、このような理解が正しければ、保険医療機関・保険者間に発生する契約は、従来の理解によれば、公法的な性質を帯びるものとして観念されるであろう。この点については、第四章第三節（2）で論ずる。

61 以上につき、野田寛『医療事故と法』（新有堂、1982年）112頁（以下、野田・『医療事故』と称する）（初出は、野田寛「保険医療と損害賠償訴訟」唄孝一＝有泉亨編『現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』（日本評論社、1974年）148頁〔以下、野田・「保険医療」と称する〕）、平林勝政「医療の契約的構成」奥田昌道ほか編『民法学6 不法行為の重要問題』（有斐閣、1975年）34頁、野田・前掲（注26）389頁以下。

厚生労働大臣・都道府県知事の指導・監督に従う（健保73条・国保41条など）など、数々の公法的規制が予定されており、被保険者・保険医療機関間の法律関係は、これら公法上の規制に枠付けられた形でしか存在しえないことである⁶²。また、法令の規定から「被保険者は、保険者に一定の保険料を支払うことによって、必要に応じ、この『療養の給付』を『受ける』地位を取得し、指定保険医療機関や保険薬局などの選定権を有する。その限りで被保険者が医療機関と直接の契約関係に立つことは前提とされていない。被保険者は、保険者との関係で、いわば給付請求権を有する制度利用者と位置付けられる。」⁶³という解釈も十分に成り立ちうる。

(3) 被保険者・保険医療機関当事者説 (γ説)⁶⁴

(a) 内容

この説は、医療契約の当事者を、保険者と保険医療機関との間に指定す

62 河上・前掲(注4)284頁は、β説のように考えることで、「健康保険法や療養担当規則等によって医療機関等に課された様々な義務や診療基準、診療報酬に関する諸規定の根拠を説明することが比較的容易になることは、事実である」と述べる。また、佐藤・前掲(注59)36頁は、そのほかに「混合診療が禁止されていること、保険医療機関の判断で一部負担金を免除することができないとされていること」も挙げた上で、「保険診療の枠自体を真正面からとらえ、その問題点を把握するためには」β説を採用する方がよいという。

63 河上・前掲(注4)277頁がこのように述べ、理解の余地を認める。

64 現在の裁判例の主流であり、通説とされる。裁判例では、東京地判昭和47年1月25日判タ277号185頁、東京地判昭和49年4月2日下民集25巻1-4合併号226頁、東京地判昭和51年2月9日判時824号83頁、東京高判昭和52年3月28日判タ355号308頁（前掲東京地判昭和51年2月9日の控訴審判決）、東京地判昭和56年2月26日判タ446号157頁、東京地判昭和58年10月20日判時1127号119頁など。学説は枚挙に暇がないが、医療保険制度における医療契約を念頭に置いたものでは、以下のものが挙げられる。中川善之助＝兼子一監修・鈴木潔編『実務法律大系5 医療過誤・国家賠償』（青林書院新社、1973年）16頁以下〔定塚孝司〕、唄孝一「現代医療における事故と

るものである。この立場を採用する裁判例では、概ね以下のような判示がなされている。

過誤訴訟」唄孝一＝有泉亨編『現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』（日本評論社、1974年）8頁、野田・前掲（注61）『医療事故』111頁以下（野田・前掲〔注61〕「保険医療」148頁以下）、平林・前掲（注61）35頁、森島昭夫「東京地判昭和47年1月25日判批」『医事判例百選』（別冊ジュリ50号）（1976年）88頁、加藤一郎＝鈴木潔・前掲（注55）113頁以下〔加藤一郎発言、鈴木潔発言、松野嘉貞発言、高橋清一発言〕、稲垣喬「東京地判昭和51年2月9日判批」判タ338号（1976年）84頁、西原道雄「東京地判昭和47年1月25日判批」『社会保障判例百選〔第1版〕』（別冊ジュリ56号）（1977年）73頁、川上宏二郎「保険医療制度をめぐる法律問題」法学論集（西南学院大学）10巻2=3=4合併号（1978年）19頁、新美育文「診療契約」伊藤進編『契約法』（学陽書房、1984年）232頁（新美旧説）、岩垂正起「診療契約」根本久編『裁判実務大系17 医療過誤訴訟法』（青林書院、1990年）33頁、野田寛「医療をめぐる民法上の諸問題」星野英一編『民法講座 別巻2』（有斐閣、1990年）129頁・131頁、辻伸行「診療契約の当事者について」獨協法学31号（1990年）154頁以下、平川亮一「東京地判昭和47年1月25日判批」『社会保障判例百選〔第2版〕』（別冊ジュリ113号）（1991年）47頁、野田・前掲（注26）390頁、河上正二「診療契約と医療事故」磯村保＝鎌田薫ほか『民法トリアル教室』（有斐閣、1999年）357頁以下（初出は法教167号〔1994年〕65頁以下）、菅野耕毅『〔新版〕医事法の研究Ⅱ 医療契約法の理論〔増補新版〕』（信山社、2001年）116頁、藤本和彦「社会保険医療制度と診療契約の当事者」日本法学67巻1号（2001年）176頁以下、岩村正彦「社会保障法入門 第38講」自治実務セミナー41巻4号（2002年）11頁以下、後藤勝喜「東京地判昭和47年1月25日判批」『社会保障判例百選〔第4版〕』（別冊ジュリ191号）（2008年）41頁、前田・前掲（注10）436頁以下、河上・前掲（注4）285頁以下、前田和彦『医事法講義〔新編第3版〕』（信山社、2016年）228頁以下、米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）103頁、品田・前掲（注26）39頁。また、堀・前掲（注42）228頁以下も同旨と思われる。なお、明示しないものも多いが、これら学説は、医療保険制度とγ説にいう契約とをどのような関係性で把握するかで更に立場が分かれる。この点については後述する。

≪裁判例≫

- 前掲東京地判昭和47年1月25日（医療過誤）
「保険診療において保険者と療養取扱機関との間にどのような公法上の権利義務関係が生ずるかはかかわりなく、保険診療の被保険者である患者と療養取扱機関の間には、診療に関する合意によつて直接診療契約が締結されると見るべきものであつて、それは、被保険者が別途保険者に対しても何らか公法上の法律関係に立つことと相容れないものではない。」
- 前掲東京地判昭和49年4月2日（医療過誤）
「健康保険制度を利用して診療機関の診療を受ける場合においても、医療機関と被診療者との間で私法上の準委任契約が締結されるものと解するのが相当であり、国民健康保険法等に基づく公法上の権利義務関係の存否とはかかわりがなくと解すべきであり、私法上の契約関係が存在しないとする被告の主張は採用できない。」
- 前掲東京地判昭和51年2月9日（医療過誤）
「右療養の給付を受ける被保険者はみずから医療機関を選定することができる（同〔健保〕法〔旧〕43条3項）、当該医療機関に対し医療費の一部を負担して支払う義務を負うものである（同法〔旧〕43条ノ8）から、健康保険制度を利用して医療機関の診療を受ける場合でも医療機関である医師と患者との間には私法上の契約関係が成立するものと解するのが相当である。そして、この点は当該医療機関が保険者に対し公法上の債務を負担することとは関りのないものである。」
- 前掲東京高判昭和52年3月28日（医療過誤）
「健康保険制度を利用して医療機関の診療を受ける場合でも、医療機関である医師と患者との間には、私法上の診療契約が成立しうると解するのが相当である。健康保険制度を利用した場合の医療関係は、そのすべてが公法関係に吸収されてしまうものではなく、当該医療機関が保険者に対し公法上の義務を負担することから、控訴人主張のように医療機関である医師と患者との間に、私法上の診療契約が成立する余地がないと断ずべきではないと考えられる。」
- 前掲東京地判昭和56年2月26日（医療過誤）
「国民健康保険法による保険制度上においても、患者（被保険者）は診療機関を自由に選択でき（国民健康保険法〔旧〕36条5項）、また医療費の一部を自己において負担する（同法〔旧〕42条）等の関係にある以上、医療機関と患者との間では、右の公法上の健康保険制度に基づく関係とは別個に、私法上の契約関係が成立するものと解するのが相当である。」
- 前掲東京地判昭和58年10月20日（医療過誤）
「保険診療の被保険者又はその被扶養者である患者と療養取扱機関との間で直接診療契約が締結されると見るべきである。」

ここからも明らかなように、 γ 説においては、両者の間で締結される契約は、 α 説・ β 説と異なり、私法上の契約であると明記されることが多いのも特徴である。その上で、当該私法上の契約が公法上の法律関係とは別個である点が意識され、強調される。その限りにおいて、公法私法峻別論の貫徹と言えよう。

もっとも、 γ 説においては、その内容が多岐にわたっており、その法構造的な位置付けについては個別に検討しなければならない。その点で、以下の γ 説の内容は概括的なものであり、詳細については γ 説を分説化した上で後述することとする。なお、 γ 説に立つ論者の中には、医療過誤等の事故が生じた場合に、医療保険制度の仕組みに照らし、一定の要件のもとで保険者にも責任を負わせることを志向するものもある⁶⁵。重要なテーマの1つではあると思われるが、それはむしろ「保険者の権限と責任」といったより大きな枠組みで検討されるべき問題であり、かつ、ここでの保険者の責任は保険医療機関との共同不法行為責任（民719条）が想定されている。いずれにせよ本稿が十分に取り扱えるべき内容ではなく、この点については割愛する。

(b) 根拠⁶⁶

従来の議論を整理すると、 γ 説一般に見いだせる根拠としては、概ね以下の点が挙げられている⁶⁷。

65 川上・前掲（注64）18頁、原田・前掲（注1）28頁。

66 主に新美・前掲（注59）263頁以下の整理に従う。また、裁判例としては、前掲東京地判昭和47年1月25日が詳しい。

67 本文掲記の他に、従来、 γ 説の根拠として、保険医療機関は、他の都道府県区域内の患者をも診療しなければならないことも挙げられていた。もっとも、この根拠は、指定権者が都道府県知事であったことに由来するもので（脚注8を参照）、当時においてすら、これを γ 説の積極的根拠とはなしえないという理解があった（新美・前掲〔注59〕264頁）。いわんや、指定権者が厚生労働大臣に変更された今日においては、根拠としての意味はもはや存

①保険診療においても、通常は、受診する保険医療機関は被保険者が自由に選択できるという条文の定め方(健保63条3項、国保36条3項)、②診療の具体的な内容は、医師・患者間で確定されるのが通常であること⁶⁸、③保険診療においても、被保険者は保険医療機関に対し直接に一部負担金(健保74条1項、国保42条1項)を支払う義務を負うこと、④自由診療と保険診療とは、相互に切り替わる可能性があり、両者をほぼ同一の構成に服せしめた方が妥当であること⁶⁹、⑤自主性・裁量性などに代表される医療の本質に鑑みると、患者から生命身体の全てを託されている医師としては、患者に対し、その症状によっては保険診療の枠を超えた医療を提供する義務を負うべきであること⁷⁰。⑥保険関係については、主として医療費の支払方法に関する問題に過ぎないこと、である。

在しないであろう。

68 医師・医療機関に対する患者の主體的地位を承認した上で、「患者の個体差を含めて考えると、実際には、個々の債務内容は極めて個性的な合意で微調整されている」(河上・前掲〔注4〕276頁・288頁)との点が、この根拠を後押しする。

69 この中には、「保険診療で医療を受けていた患者が自由診療へ切り替わると突然契約の当事者が代わってしまうという法律構成はいかにも不自然」(辻・前掲〔注64〕154頁)という主張も含まれよう。

70 野田・前掲(注61)『医療事故』112頁(野田・前掲〔注61〕「保険医療」149頁)、平林・前掲(注61)35頁、野田・前掲(注64)131頁、野田・前掲(注26)390頁・405頁、菅野・前掲(注64)116頁、村山・前掲(注3)31頁以下(初出は、村山淳子「医療契約論—その典型的なるもの—(1)」西南学院大学法学論集42巻3・4号〔2010年〕222頁〔以下、村山・「医療契約論」と称する〕)、前田・前掲(注64)228頁以下。また、中川善之助=兼子一監修・鈴木潔編・前掲(注64)24頁〔定塚孝司〕、後藤・前掲(注64)41頁もこの発想に近い。この発想の表裏として、保険診療の枠内で診療行為を実施することは、医療過誤等の場合に、保険医療機関にとって免責事由とはならない旨も指摘されている。この点の妥当性については、後述する(第四章第四節(3)(b))。

第四章 指定の法的性質論と契約当事者論との関係

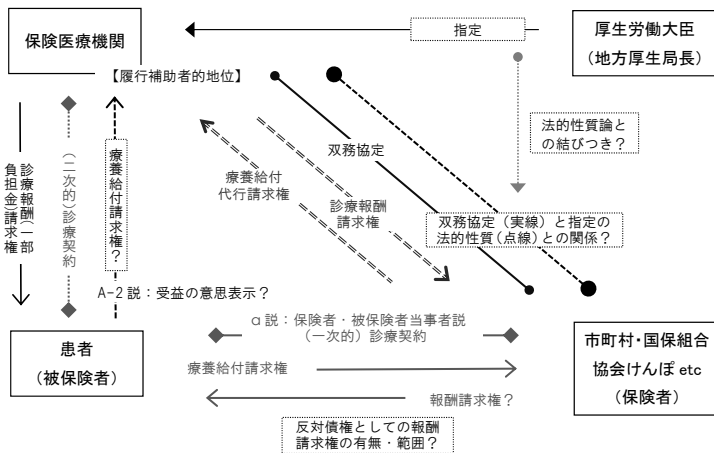
第一節 はじめに

第二章と第三章では、指定の法的性質論と医療契約の当事者論に関して、裁判例・学説で説かれている主な理解を整理した。いずれについても、既に見たように、多岐にわたる議論が積み上げられ、とりわけ契約当事者論に関しては既に一定の収束へと向かっているような感がある。しかしながら、これら2つの問題は、従来、個別の単元として独立に論じられる傾向が強く、各々の議論の相互関連性については十分な注意が必ずしも払われてこなかったように思われる。各所で引用した文献を一瞥すると、前者の問題は主に社会保障法学・行政法学の研究者により、後者の問題は主に民法学・医事法学の研究者により取り組まれてきた点からも、そのような認識を後押しする。医療保険という1つの制度に内在した法律関係である以上、その全体的統合的な視点からの分析が必要にもかかわらず、「分断」されて議論がなされてきた点に、その問題性が既に見出せるのではないだろうか。近時の学説がこの2つ問題を関連させて論じていることも、同様の問題意識に基づいてなされているものと思われる。

以上のような観点からは、医療契約の当事者論に関する上記 α 説/ β 説/ γ 説の対立が、指定の法的性質論（A説/B説）、ひいては医療保険制度全体の構造とどのような位置関係にあるのかという検討枠組が設定される。この点、従来の裁判例・学説においては暗黙裡に特定の結びつきを前提としているようにも見受けられるが、その結びつき自体について十分な考察がなされているとは言い難い。かくして、本稿は、医療契約の当事者論に関する各説を起点としつつ、一方で、理論的にあり得る選択肢を明示した上で、その妥当性につき検討を行う。他方で、この結びつきを意識する近時の学説を参照し、その知見を踏まえながら、保険医療機関と被保険者との間における債権債務関係の有無、その内容についても考察を進めていく。

第二節 α説を起点として

先に紹介したように（第三章第二節（1））、α説からは、保険者と被保険者が契約当事者として登場し、かつ、その前提として保険者と保険医療機関との間に「双務協定」が締結されることが論じられている。しかしながら、α説においては、成立した契約上の債権債務関係の内容や「双務協定」の性質、指定の法的性質論との関係など、その詳細について明確に示されているとは言えない状況にある。以下では、α説にいう契約から導かれるであろう内部構造を検討した上で、指定の法的性質論とも絡めた全体の法律関係がどのように捉えられるかを見ると共に、その妥当性を検証する作業に取り掛かりたい。



(1) 債権債務構造

(a) 契約上の債権債務

α説は、保険者と被保険者との間に第一次的な契約関係を認める以上、当該契約から生ずる債権債務関係も、原則としてこの両当事者間で観念することになる。

まず、医療契約から生ずる権利として、「療養の給付」を求める権利（受給権としての療養給付請求権）を被保険者は有することとなるが、その名宛人はあくまでも保険者となる。しかし、「療養の給付」の履行については、保険者自らが行うことは例外であり、その履行補助者等としての保険医療機関がこれを実施することとなる。当該「療養の給付」が実施された場合、保険者が被保険者に対して負う債務の履行は完了し、保険者・被保険者間には、如何なる債権債務関係も存在しない。

これに対し、保険者が被保険者に対して何らかの契約上の権利を有するかという問題については、十分に検討されていない。この点、他説と同様、医療契約の性質を準委任契約ないしそれに準じた無名契約と解するならば、保険者は被保険者に対して療養給付に対する委任事務報酬請求権（以下、単に「報酬請求権」という）が発生する筈である⁷¹。しかし、このような報酬請求権の存在を観念すると、次の2点において問題が生ずるように思われる。第一に、療養給付請求権の実質的対価として位置付けられるのは、むしろ被保険者等によって支払われる保険料と解すべきであろう。それにもかかわらず、保険料とは別に医療契約に基づく報酬請求権を認めたとすれば、被保険者は少なくとも形式上は二重負担をなすべき地位に立たされることとなる。また、第二に、ここで報酬請求権を認めると、保険医療機関が双務協定に基づき保険者に対して有する診療報酬請求権と当該報酬請求権との関係性をどのように把握するかという複雑な問題を抱え込むことになる。以上を踏まえると、基本的に、保険者は被保険者に対し医療契約上の請求権を有しないと理解すべきと思われる⁷²。このように解する

71 但し、 α 説にいう医療契約は公法上の性質を有していると解される以上、 α 説の論者からは、準委任契約といった民法の発想をここに押し込める理解それ自体が問題とされるのかもしれない。

72 理論的な可能性としては、本文のように報酬請求権がそもそも発生しないと解する他、報酬請求権が発生後消滅する、存続しているものの行使不可能である、行使可能でもあるが保険者が事実上行使しないだけであるなどの選

と、 α 説にいう医療契約は、他説とは異なり、片務契約としての性質を帯びた無名契約として位置付けられる可能性も出てくる。もっとも、一部負担金にかかる部分に関しては、保険料の実質的対価と言えるのが微妙であり、この部分につき観念的には報酬請求権を有すると解することができるかもしれない。

(b)「双務協定」の位置付け

α 説によると、診療報酬請求権は、履行補助者として療養の給付を実施した保険医療機関が保険者に対して取得することになり、その発生根拠は、前提として存在する双務協定に求められると考えられる。しかし、この双務協定それ自体が何に基づいて生ずるのか、とりわけ指定の法的性質論がどのように関わってくるのかについては、更に検討を要する事柄である。この点につき、 α 説の論者は何も述べていない。

最初に取り組むべきは、同説にいう「双務協定」と指定の法的性質論における〈A〉契約構成とは同一性を有するののかという問題である。ここで両者を別個の存在とすると、双務協定と〈A〉契約構成にいう契約との併存を認めることを意味してしまう。その結果、それぞれから生ずる診療報酬請求権もまた二重に存在する結果をもたらすが、そのように理解する実益はほとんどないと思われる。従って、 α 説においては、〈A〉契約構成にいう契約を「双務協定」と表現したにすぎず、両者は同一と理解するのが妥当であろう。以上から、保険医療機関が保険者に対して有する診療報

択肢がありうる。また、報酬請求権が発生すると解する場合にも、その範囲が全額であるのか一部負担金の範囲に限られるのかなどが問題となる。この点、被保険者による月々の保険料支払いの実質的対価として、保険者の当該請求権は消滅すると理解する余地もあろう。しかし、経済的実質はともかく、契約締結前に生じている保険料支払いが契約締結後（かつ「療養の給付」後）に生ずる報酬請求権を消滅させることにつき、法的な平面でどのように構成するかはなお問題があろう。

酬請求権は、指定の法的性質論における〈A〉契約構成を基礎として抽象的に発生し、 α 説にいう医療契約に基づき「療養の給付」が段階的に履行されるにつれ具体化したものと考えられる。

（2）指定の法的性質論との関連

これまでの検討から既に一部を明らかにしたように、 α 説は、指定の法的性質論における〈A〉契約構成を採用し、そこでの契約を「双務協定」と捉えていると考えられる。付言すると、指定の法的性質論における〈B〉非契約構成（B-1説）と α 説との結合可能性に関しては、①双務協定の発生根拠を指定とは別に観念しなければならないこと、②（B-1説由来と双務協定由来の）二重の診療報酬請求権を認めることになる点に鑑みると、現実的には採りえないであろう。

そこで、次なる問題は、 α 説は〈A〉契約構成のうちA-1、A-2、B-2説のいずれと結びつくかである。この点、指定の法的性質論におけるA-2説に拠ると解するならば、被保険者は、一方で α 説に基づき保険者に対して療養給付請求権を有し、他方で受益の意思表示後はA-2説に基づき保険医療機関に対しても療養給付請求権を有する結果となる。しかし、このような理解に対しては、両請求権を併存させる意味およびその関係性が不透明となるばかりでなく、保険者による現物給付性を重視する同説の基本的スタンスと齟齬が生ずることになるのではないかの疑問が生ずる。また、被保険者が保険医療機関に対して療養給付請求権を有する以上、保険医療機関は直接の債務者に当たることとなり、これを履行補助者と位置付ける α 説の前提とも平仄が合わないのではなかろうか。以上より、 α 説とA-2説とを接合させることは困難を伴うと思われる。その結果、 α 説と結びつきがより容易なのは、A-1説ないしB-2説ということになろう⁷³。

73 無論、B-2説が提唱されたのは α 説が登場したはるか後のことである。その意味では、 α 説の論者が少なくとも無理のない形で想定していたのはA-1

(3) α 説の問題点

α 説に対するこれまでの分析が妥当であるならば、同説に対しては、なお以下のような問題点を指摘することができる。

(a) 現物給付原則の捉え方

被保険者が保険料の対価として取得した「療養の給付を受けうる地位」は、具体的な保険事故の発生と医療契約（第一次的診療契約）の締結により、療養給付請求権（受給権）として具体化すると理解しうる。このとき、現物給付の原則を採用した日本の公的医療保険においては、療養給付請求権の相手方を保険者とする α 説は、確かに法令の体裁に合致する面が大きい⁷⁴。しかしながら、純粋な意味での現物給付原則をそのままの形で契約関係に投影させることができるかがまさに問題であり、同原則の存在がその余の構成を排除する理由とはならないことも事実であろう。すなわち、健保法は、保険給付のうちに「療養の給付」を含めているものの（健保52条）、「療養の給付」を行う法的主体は明確に定められておらず、むしろ、現実の主体としては保険医療機関等が念頭に置かれている（健保63条3項各号、70条1項）⁷⁵。また、仮に保険給付を行う主体が（字句通り）保険者であるとしても、このことと保険者が法的な債権債務関係までも直接に負うこととは、別の次元に属する事柄であるとも考えられる。保険者が被保険者に保険給付を保障しながらも、基本的にその実施主体且つ法的責任

説であると推測される。しかし、ここでは、現在における議論の到達点から俯瞰して、ありうる（かつ、より適切な）選択肢を考察するという視点から、本文のように表記した。

74 河上・前掲（注4）282頁以下は、「保険者・被保険者の保険契約を基軸」とした構成は「保険者直営医療機関での診療の場合などには、比較的すわりの良い構成で」あり、「沿革的には、もっとも忠実な構成のように思われる」と一定の理解を示す。もっとも、結論的には、患者による医療機関の主体的選択や支払以外での保険者の診療への不関与などから、この構成を退ける。

75 国保法についてもほぼ同内容の規定がある（国保36条3項、40条1項）。

主体は第三者（保険医療機関）であるとの構成も十分にあり得よう。理解可能性がこのように多岐にわたるのは、現物給付原則という用語の意味内容が曖昧であることに起因する。従って、現物給付原則から特定の結論が演繹的に導けるものではないであろう。なお、保険者に債務不履行責任を負わせることを目的とする点に関しては、 α 説からの帰結に過ぎず、政策提言としてはともかくそれ自体が積極的な法的根拠とはなりえないこと、言うまでもない。

（b）契約締結の契機

以上の点を措くとしても、 α 説を採用する場合、より法技術的な問題として、なお以下の点を詰めなければならないように思われる。そもそも、この説は、被保険者と保険者との間での契約関係を承認しながらも、どの時点（ないしはどのような行為により）で契約締結と見られる行為があったのかについては明らかにしていない。ここでのありうる考え方として、保険医療機関が保険者の代理人として具体的被保険者との間で代理行為をなす（代理権の授与は保険医療機関の指定の中に包括的に含まれている）というものがある。しかし、①保険医療機関の指定を巡る議論では、このような意味での代理権授与が観念されておらず、また、②保険医療機関による顕名がなされている形跡もなく、かつ、当事者意識とも乖離するところに難点がある⁷⁶。

（c）一部負担金に関する債権の帰属根拠

既に述べたように、指定の法的性質論におけるA-1説やB-2説と結びつけた場合、 α 説においては、保険医療機関と被保険者との間に、直接の債権債務関係が発生しない⁷⁷。このような構成を採用すると、医療保険制度

76 岩村・前掲（注64）「第38講」13頁。

77 なお、新美・前掲（注59）263頁は、療養の給付（診療の実施）について、

に内在し、保険医療機関が被保険者に対して有する一部負担金債権をどのように説明するかが問題となる⁷⁸。ここでは、A-2説を排除したことから、保険医療機関と被保険者との間には、一部負担金についても私法上の債権債務関係は観念し難い⁷⁹。それにもかかわらず、被保険者が保険医療機関に対して一部負担金を支払うべき根拠はどこに存するのであろうか。この点について本稿での詳述は控えるが⁸⁰、公法上の徴求金として特別の支払いを法が要求しているという構成以外は、なお難点が多いように解される。

(d) まとめ

α 説については、従前より、診療過程において保険者が介在する余地が

保険医療機関は、被保険者に対して契約上の義務を負うものと解釈すべきところ、 α 説は保険医療機関を履行補助者としてしか捉えない点から、同説を批判する。しかし、保険医療機関が被保険者に契約上の義務まで負わせることを、健保法・国保法の解釈により一義的に導出しうるのは、必ずしも明確ではない。それ故、ここでの「契約上の義務」が何を根拠に認められるかを明らかにしない限り、批判としてはなお不十分であると思われる。

78 岩村・前掲(注64)「第38講」13頁。米村・前掲(注54)103頁脚注24も、 α 説(および次の β 説)について、これらの説が「被保険者に対する医療給付の基礎づけのみを行い、一部負担金債務の発生を契約の効果として取り込めていない」と総括する。また、 α 説につき、「(本来は被保険者が保険者に対して支払うべき)一部負担金を医療機関が『代理受領』する」という法律構成も不可能ではなしつつ、結論的には、保険医療機関・被保険者間の対価関係の明確性および種々の抗弁権の行使可能性の観点から、 α 説(および β 説)を退ける。

79 1つの発想としては、一部負担金を(二次的)診療契約から基礎付ける可能性が挙げられる。しかしながら、そもそも、 α 説においては、(一次的)診療契約と(二次的)診療契約の関係性について踏み込んだ議論がなされていないため、この点も曖昧なままである。この曖昧さは、療養給付請求権の基礎付けについても同様に妥当する。

80 医療保険の契約構造における一部負担金の性質やいわゆる「未収金問題」の取り扱いを巡る一連の問題については別稿を予定しており、 α 説・ β 説・ γ 説における一部負担金の性格や位置付けについてもそこで触れる。

ないという現実との乖離が指摘されており、とりわけ次の2点から批判が出されていた。第一に、診療の提供は被保険者の意思で選択した保険医療機関等で行われるものであること、第二に、診療行為の内容は、被保険者と保険医療機関・保険医等との間で病状等に応じて決まっていくことである。

α 説に対しては、保険者を契約当事者の一方として措定することにより、保険者機能の強化とその責任を根拠付けやすくなるという利点があるのも確かである。しかし、政策論ないし立法論としてはともかく、現行法の解釈からすると、上の批判に加え、その債権債務構造に照らしても、なお問題点を指摘することができよう。以上より、現段階では α 説を支持するのは困難であるように思われる。

第三節 β 説を起点として

(1) 指定の法的性質論との関連

β 説によると、医療契約は保険医療機関と保険者との間で、第三者たる被保険者のための契約として生ずる。他方で、既に見たように、指定の法的性質を巡る議論においても、いかなる構成であれ、その中心的な当事者は保険医療機関と保険者であった。そうであるならば、 β 説においてまず問われるべきは、契約当事者論と指定の法的性質論との関係であろう⁸¹。その前提として、従来のな理解に基づくと、両者は議論のフェーズが異なるとして別々に論じられてきたという経緯があることも指摘されねばならない。従って、素直に解すれば、医療契約に関する法律関係と、指定の法的性質論から導かれる法律関係とは、それぞれ別個に観念しなければなら

81 こうした問題意識は、野田・前掲（注61）『医療事故』111頁（野田・前掲〔注61〕「保険医療」148頁）において、「そもそも、このような公法契約関係を私法契約関係に引き直すことができるか、または両関係が重畳して存在することができるかという基本的な問題がなお残る」との記述で表れている。

定した抽象的包括的な内容を有する前提的存在であるのに対し、『契約2』は、個別的被保険者が特定された段階で前者の内容を具体化する旨の契約であるとの理解であろう。『契約1』が枠契約として前置され、その後に個別契約としての『契約2』が締結されるのとパラレルな構造把握をここに見出すわけである。こうした理解が妥当するならば、契約レベルでの機能的峻別が図られ、発生原因を異にする2個の契約⁸³を別々に措定する意義が出てくるであろう。

しかしながら、結論としては、かかる構成を採用することはできないと考えられる。というのも、 β 説の前提は、保険医療機関・保険者間に第三者のためにする医療契約が存在し、個別的被保険者の受益の意思表示を通じて、被保険者が保険医療機関に（一定の具体化された）療養給付請求権を有することであるところ、その前提に立つと、この構成では以下のような疑問が生ずるからである。

第一に、論理的には、第三者のためにする契約が存在していることを前提にして初めて受益の意思表示が成り立つ。従って、個別的被保険者の登場および受益の意思表示より前の段階で、 β 説では保険医療機関・保険者間に（『契約2』としての）医療契約が締結されている筈である。しかしながら、そのモメントを、どの時点におけるどのような行為に見出すのかは、 β 説は定かではない⁸⁴。ありうるモメントは『契約1』であるが、そう

83 もっとも、このように理解した場合、契約の個数は『契約1』『契約2』の2個となろうが、債権の個数については更に検討を要する。すなわち、『債権1』は『契約1』に基づいて潜在的には発生するものの、あくまでも抽象的なものにすぎず、『契約2』を待って初めて『債権2』という具体的な請求権として顕在化する。従って、債権の本数は1本と解する余地も十分に残されている。

84 念のため付言すると、個別的被保険者の受益の意思表示が契機となって、保険者・保険医療機関の間に『契約2』が成立するという発想は、論理を逆転させた構成となであろう。この場合、個別被保険者による意思表示は（保険者からの代理権の授与を受けたといった法律上の手当てを施した上での）

すると『契約2』と『契約1』とを別物として観念したことと矛盾しかねない⁸⁵。

第二に、上述の内容を踏まえると、ここでいう『契約2』を私法上のものとして観念するとしても、それは個別的被保険者が登場する前の段階で成立している筈であり、従って、『契約2』及びそこから派生する『債権2』の内容は抽象的包括的なものに過ぎないものとなる。その結果、『契約2』と『契約1』、また、『債権2』と『債権1』とはほぼ同じ内容を有するとしか理解できないように思われ、抽象／具体で棲み分けるという前提自体が困難となるのではないだろうか⁸⁶。

第三に、指定の法的性質の理解如何では、保険医療機関と被保険者との間に存在する債権レベルにおいても、その内容的同一性の問題が生じうる。すなわち、〈A〉契約構成の中でも特にA-2説を採るならば、個別的被保険者による受益の意思表示後は、一方では『契約1』に基づく療養給付請求権が、他方では『契約2』に基づく療養給付請求権が発生すること

純然たる医療契約締結の意思表示と理解でき、もはや受益の意思表示と評価することはできない。

85 岩村・前掲（注64）「第38講」13頁は、医療保険の仕組み上「保険者と保険医療機関等との間では直接の接触が生じないため、両者の間で契約関係が生じるという説明は困難である」とβ説を批判する。本稿にいう『契約1』と『契約2』を別存在として観念する前提に立つと解する場合にも、この批判が妥当しよう。

86 前田・前掲（注10）436頁は、指定の法的性質につき「公法上の契約であると解する行政法上の通説を踏まえて、私法上も同様に保険者と保険医療機関とが当事者となる診療契約が成立する」と、β説を評価している。しかしながら、このようなβ説理解には、本文で述べたように、そもそも個別的被保険者が確定していない段階で保険者・保険医療機関間に設定される私法上の医療契約の意義について、疑問が提起されよう。個別被保険者が受益の意思表示を行った場合に、公法上の契約由来ではない、私法上の療養給付請求権（その意味内容も必ずしも明確ではない）を個別被保険者に帰属させるというところに眼目があるのであろうか。

となろう。前者はいわば「公法上の請求権」、後者はいわば「私法上の請求権」と、その性質は異なるのかもしれないが、両請求権の具体的な異同や位相は明らかではない⁸⁷。

以上の検討からすると、契約レベルにおける『契約1』と『契約2』、また債権レベル『債権1』と『債権2』は、そのいずれにおいても、内容的な差異とその実益を認めることが困難であると思われる。そうすると、両者を別物として扱うという前提それ自体が疑わしい。

(b) 〈B〉 非契約構成

この理解は、〈A〉 契約構成よりは相対的に問題が少ない。この場合、保険医療機関・保険者間には、一方で、指定の効果（B-1説）としての抽象的包括的債権債務が発生し、他方で、『契約2』およびそれに基づいた『債権2』が発生する。そうすると、まず、個別的被保険者と保険医療機関と間の債権債務レベルでの個数（前記第三の問題）は生じない。また、契約は1本としてしか観念しえないため、（前記第二の問題にいう）契約レベルでの併存に関する疑問は回避される。

しかしながら、『契約2』の発生機序に関する疑問（前記第一の問題）及び、（前記第二の問題にいう）債権レベルでの併存にかかる問題は、同様に残されたままである。

(2) β 説の本質

(a) 契約当事者論と指定の法的性質論との関係

以上のように、契約当事者論で β 説を採用し、かつ、指定の法的性質論

87 結局のところ、このような構成では、指定の法的性質を巡る議論から導かれる契約構造と、医療契約の当事者論から導かれる契約構造が同一の存在として併存することになるが、そのような複雑な法律関係を認める実益を、筆者には見い出せない。

との理論的な接合を図ろうとすると、指定の性質をいかに解そうとも、その構成に無理が生ずるように思われる。

翻って考えると、そもそも β 説では、個別的被保険者は、受益の意思表示によって療養給付請求権の主体となるに過ぎず、どの時点においても個別的な契約（医療契約）の一方当事者とはならないという点に、その主眼がある。そうすると、 β 説はむしろ、保険者・保険医療機関間の公法上の契約とは別存在として個別的契約関係における当事者論を語るといった、 α 説や γ 説が念頭に置いている文脈とは議論の位相が異なると理解する方がよいのではなかろうか。

すなわち、契約の帰属関係・個数としては、保険医療機関の指定の効果としての公法上の契約が保険者・保険医療機関間に（1本）存在するだけであり、個別的被保険者による受益の意思表示、その後の「療養の給付」を経た段階においても、 α 説や γ 説が言うような意味での個別の契約は生じない。従って、両者の併存可能性や相互影響関係を問題とする余地もない。換言すると、 β 説とは、医療保険の契約構造を、指定の法的性質論から導出された公法上の関係のみと捉える理解であり、指定の法的性質論と契約当事者論との一本化を志向する発想であると言えよう。

（b） β 説から見た債権債務構造

上述のような構造把握からは、 β 説はそれ自身が〈A〉契約構成を包含する。また、その中でも、従來說かれている内容に照らし、本稿の用語で取えて表すならば、 β 説 = A-2説となる。このようにして導かれた β 説 = A-2説の債権債務構造は、以下のように比較的単純なものとなるであろう。

まず、契約レベルにおいては、保険者と保険医療機関との間に、指定の効力として（A-2説に由来する）「第三者のためにする保険診療契約」が成立するが、それは β 説で語られていたところの保険者・保険医療機関当事者説の言い換えに過ぎない。従って、同契約は公法上の性質を帯びるものである。また、指定時点が契約締結時点である以上、この契約により生

ずる債権債務関係の内容は、保険医療機関・保険者間に、潜在的被保険者集団に向けた療養給付代行請求権とその対価としての診療報酬請求権が抽象的包括的な形で発生するととまる（この段階での債権を便宜的に「債権レベル①」と称する）。その後、個別的被保険者による受益の意思表示により、個別的被保険者は保険医療機関に対し療養給付請求権を有する。この段階の債権（便宜上、「債権レベル②」と称する）は、債権レベル①よりは相対的に具体化された債権であるが、被保険者の状態変化に応じてなお抽象性を伴う。保険医療機関は、債権レベル②につき、債務の本旨に従った履行をなすために、被保険者との間でやり取りを交わしながら、適合的な療養の給付を行う。このようなやり取りは、履行実現過程における債務内容の「特定」に類する債権者債務者間の協力行為として位置付けられるのみであり、 β 説では、ここで別途の合意が交わされているわけではない。これらを経て、具体的な療養の給付が実施された段階で、保険医療機関は保険者に対して、具体的な権利としての診療報酬請求権を取得する（便宜上、「債権レベル③」と称する）。

以上のように、 β 説においては、契約はあくまでも1本にすぎず、〈指定段階〉債権レベル①において抽象的包括的内容を伴う潜在的な債権が、〈受益の意思表示段階〉被保険者の行為を契機として債権レベル②としての療養給付請求権に、その後〈履行段階〉保険医療機関の行為を契機として債権レベル③としての診療報酬請求権へと徐々に具体化するプロセスとして理解することができるのではないだろうか。

（3） β 説の問題点

β 説の構造把握がこのようなものであるとすると、 α 説（及び次述 γ 説）で正面から問われるべき指定の法的性質論と医療契約の当事者論との錯綜した関係を回避することができ、法律関係が非常に明確となる。 β 説を支持する論者の意図はともかく、 β 説を採用することの意義は、まさにこの点にあるといっても過言ではなからう。もっとも、 β 説に対しても、なお

以下の点で更に詰めるべき問題が残るように思われる。

(a) β 説の根拠の検討

第一に、 β 説の根拠につき、その説得力が必ずしも強くない点を指摘することができる。 β 説は根拠の1つとして、被保険者が療養の給付を受ける地位を取得することで保険医療機関等の選定権を有するという条文の建付けに求め、そこから、被保険者が医療機関と直接の契約関係に立つことは前提となっていない点を導く。しかし、被保険者による当該「選定」の手段として、契約を観念することも十分可能であると思われる。また、もう1つの根拠は、同様に条文上、被保険者・保険医療機関間の法律関係が種々の公法上の規制に枠付けられた形でしか存在しえないことに求められる。しかし、このような制限内容を伴う契約を導くために、 β 説を必然的に採らなければならないというわけでもない。すなわち、例えば γ 説に立った上で、被保険者・保険医療機関の間で締結される契約が、公法上の規制（その意味で制度内在的な制約）を伴う契約であるとの発想も十分にありうる。このように、その依拠する内容は、 β 説（のみ）を積極的に基礎付けるものではない。

(b) 保険医療機関の指定との関係性

第二に、上で明らかにした保険医療機関の指定との関係でも、なお問題点を孕んでいるように思われる。まず、 β 説 = A-2説では、個別被保険者と保険医療機関との間に一切の契約関係が存在しない結果となるが、それにもかかわらず、両当事者間に一部負担金債権が発生することの根拠が明確ではない⁸⁸。もっとも、この点是一部負担金の性質と範囲の理解次第であ

88 岩村・前掲（注64）「第38講」13頁。米村・前掲（注54）103頁脚注24は、 β 説につき、「被保険者の受益の側面のみに着目しており、保険診療の法律関係を的確に理解したものとは言えない」と批判する。

り、諾約者（保険医療機関）と受益者（被保険者）との間に、受益の意思表示により受益者の負担が付着した債権（療養給付請求権）の存在を認めることで処理されるのかもしれない⁸⁹。次に、β説によると各当事者の法律関係については公法関係の規律が前面に現れるのみとなり、保険診療において私法が介在する余地が大幅に減殺される。すなわち、被保険者と保険医療機関との間には直接の契約関係が存在しないため、被保険者は契約上の権利を有していないこととなる。そうすると、医療機関に求められる説明義務などを基礎付けることが困難となり、せいぜい、保険医療機関が療養給付債務を履行する際、その債務内容を特定するために前提として課せられる信義則上の義務という位置付けになろう。いずれにせよ、従来、契約法学が医療契約の性質決定や債務内容として明らかにしてきた事項、ひいては、医師の裁量との調和を図る趣旨で形作られてきた患者の意思の重視や主体性の尊重といった理念は、原則として自由診療の場合にしか当てはまらなくなってしまう⁹⁰。また、保険診療と自由診療とは全く異なるメカ

89 第三者のためにする契約についての通説的理解は、第三者に取得させる権利に付随的な負担を伴わせることを認める（谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕〕〔有斐閣、2008年〕703頁〔中馬義直＝新堂明子〕を参照）。また、判例も「民法第537条ノ第三者ノ為メニスル契約ニ於テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ノ権利ハ必スシモ単純ナルコトヲ要スルモノニ非スシテ之ニ反対給付ノ伴フコトヲ妨クルモノニ非サル」と述べ、第三者に対し権利のほか付随的な負担を負わせることもできるとする（大判大正8年2月1日民録25輯246頁）。また、河上・前掲（注4）285頁も、一部負担金にかかる「債務負担の意思表示」が医療機関に向けて発せられることで、「医師・患者の間には、受益の意思表示と同時に一定範囲での双務関係も創設されている」と述べる。従って、これら通説・判例に従えば、一部負担金債務を付随的負担と性質付けることを通じて、被保険者が保険医療機関に一部負担金債務を負うことを基礎付けることが可能となる（原田・前掲〔注1〕26頁以下もこの点を指摘する）。

90 岩村・前掲（注64）「第38講」13頁は、患者の症状に応じて診療内容が決まるという診療契約の特徴および実態と合致しないという。もっとも、診療内容の確定という要請への対応だけであれば、契約締結が必然的手段ではな

ニズムとなり、それ自体の妥当性も改めて検討されなければならない。

(c) まとめ

以上、 β 説は、指定の法的性質論と医療契約当事者論の関係を止揚する点で新たな着眼点を有しており、その発想には学ぶべき点も多い。また、 α 説に比べるとその抱える問題点も回避可能であり、今後も一定の有力な立場として存続するであろう。しかし、その反射として、 β 説は公的規制を伴った医療保険制度の枠組みに引きずられすぎのきらいがあり、「医師と患者との望ましい関係形成」という大きな課題に対し、相対的に硬直的な対処しかなしえないという弱点があるように感じられる。この意味で、 β 説を正面から採用することは、なお一定の躊躇を覚えざるを得ない。

第四節 γ 説を起点として

(1) 基本的出発点

γ 説によると、保険医療機関と被保険者との間には、私法上の医療契約(保険診療契約)⁹¹に基づく債権債務関係が発生する⁹²。この立場が登場した

く、既存契約の債務内容実現過程における債務特定問題に位置付けてもよいこととなる。むしろ重要なのは、保険医療機関・被保険者間に契約が存在しないならば、契約の存在を前提として導かれる契約上の(付随的)権利義務関係を基礎付けられず、患者の意思ないし主体性の尊重に悖るという点にあるかと思われる。

91 γ 説に立った場合、検討すべき内容の1つとして、医療保険の枠内で保険医療機関と被保険者との間に締結される私法上の医療契約と自由診療の場面で締結される医療契約(これを「自由診療契約」という)との異同がある。従って、後者と対比を明確にするために、前者の意味における医療契約のことを「保険診療契約」と称する。

92 なお、東京地判平成元年3月14日判タ691号51頁は、自由診療の場合における医師・患者間の診療報酬債権の発生時期につき、「医師が右委任の趣旨に従った事務処理、すなわち適切な診療を行った場合に、これにつき患者に

背景には、 α 説・ β 説と異なり、医療保険に基づく法律関係を保険医療機関・被保険者間に反映させるべきではないという発想が存在していた⁹³。その特徴の要点は、ファイナンスをデリバリーから切り離すことにある。敷衍すると、一方で、ファイナンスを保険医療の特質と捉え、この領域には公法関係を妥当させる。医療保険制度に内在する公法上の規制に関しては、私法上の契約関係とは切り離された「医療費の支払のシステム」に過ぎないとの説明が、このことを端的に表している⁹⁴。他方、デリバリーに関しては、基本的に私法関係の問題に過ぎないという理解を採る。ここから、被保険者と保険医療機関との間で締結される保険診療契約の法的性質は、自由診療契約の場合と変わるところはないとの評価も生ずる。

このように、医療保険制度の法律関係と保険医療機関・被保険者間の契約関係を分離することを、 γ 説はその出発点としている。こうした発想は、公法私法峻別論を所与として指定し、その棲み分けを志向するものと言ってもよいであろう。かくして、 γ 説にいう私法上の医療契約と、公法上の性質を帯びた指定の法的性質論に関する理解とは、特定の必然的な結びつきを見出せるものではなく、理論的にはA-1説～B-2説のいずれの立場からの構成も可能であると思われる。

もっとも、この基本的出发点を詳細な部分にわたり最後まで貫徹しうるかについては、 γ 説を主張する論者のうちでもニュアンスの相違があり、また、伝統的な理解とは異なり、より根本的に公法と私法との相互影響関

対する診療報酬請求権が発生するものと解すべき」と解している。

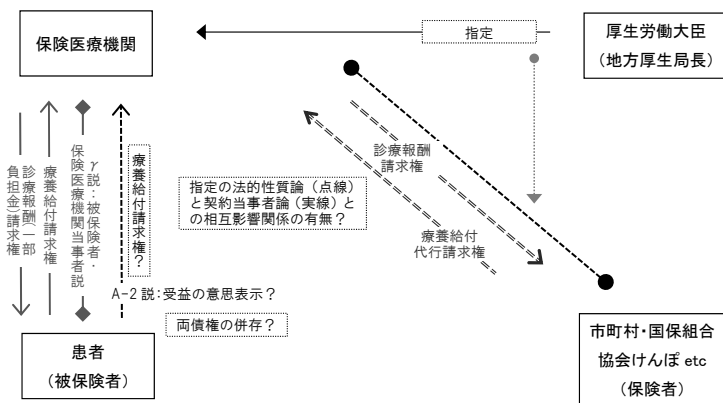
93 米村・前掲（注54）99頁が、従来の議論動向につき、この点を明確に指摘する。

94 辻・前掲（注64）154頁、河上・前掲（注64）358頁、藤本・前掲（注64）177頁、河上・前掲（注4）286頁以下。また、後藤・前掲（注64）41頁も同旨。そのほかにも、例えば、「社会保険は単に医療費の支払い方法に関する特別のアレンジメント」との考えに賛意を表する森島・前掲（注64）89頁を参照。

係をこの場面に見出す見解も今日においては登場している。以下では、相互影響関係の有無という視点を軸に、 γ 説内部での理解の相違を整理した上で、どのような構成がより望ましいかについての検討を進めよう。

(2) 相互影響関係の有無

指定の法的性質論あるいは医療保険制度が γ 説にいう保険診療契約に影響を及ぼすか否かという視点は、同時に、保険医療機関と被保険者との間にどのような性質の法律関係が生ずるかという視点とも密接な関係を持つ。後者の視点は、とりわけ、両当事者間に、保険診療契約（およびそれに基づく債権債務関係）のみが発生するのか、それとは別に、何らかの公法上の法律関係も発生するのかという形で問題となる。そこで、この2つの視点から γ 説を捉えなおすと、概ね以下の3つの理解に整理できると思われる。



(a) 二元説 (γ_1 説)

この立場は、指定の法的性質論における A-2 説を基礎に据え、一方で、公法上の法律関係として、被保険者の保険医療機関に対する（受益の意思

表示後の)療養給付請求権を認める⁹⁵。他方で、 γ 説からの帰結としてこの両当事者に私法上の契約関係の発生をも認める。その結果、保険医療機関・被保険者間に、公法上の契約から生ずる債権債務関係と保険診療契約から生ずる債権債務関係が併存していると解するものである。これは、「各種の公法上の権利義務関係は私法上のそれと切り離して理解する方が、当事者意思にも沿うのではないか」という点に端的に表れる。これを差し当たり「二元説 (γ_1 説)」と呼んでおこう。

γ_1 説は、更に、公法上の法律関係が私法上の保険診療契約に与える影響、とりわけ、保険医療機関・被保険者間に併存している債権債務関係が相互に影響を与えるか否かという観点から2つに分類できる。

(i) 二元・影響関係否定説 (γ_1 -a説)

第一に、発生原因を異にする2つの債権債務関係を独立させて把握し、その影響関係を認めない立場が見られる。公法私法峻別論からの素直な帰結であり、かつ、前述(1)の基本的出発点に忠実な法律構成と言え、明

95 指定の法的性質に関するその他の説(A-1・B-1・B-2説)では、保険医療機関・被保険者間に公法上の債権債務関係は発生せず、私法上の債権債務関係との併存も観念しえない。従って、従来の理解によると、 γ_1 説はA-2説との結び付きしか予定されていない。もっとも、理論的な可能性としては、本文での構成とは別に、A-1・B-1・B-2説に立脚しつつ、保険医療機関・被保険者間に、保険診療契約とは別に、公法的な性格を帯びた契約が独立して締結され、それに基づく公法上の権利義務関係が別個に発生する(従って二元的に把握する)という理解もあり得ないではない(このような整理に収まらないものの、山崎哲男=片岡直=桑原一彰=馬場園明・前掲〔注41〕17頁以下の発想がこれに近い)。その意味では、A-2説以外の説から γ_1 説への結びつきが論理的に不可能という訳ではない。しかし、①A-1・B-1・B-2説いずれにおいても保険医療機関・被保険者間の公法上の契約関係は観念されていないこと、②仮にこれを観念しようとしても、そうした関係が如何なる契機で発生するのか不明なことなど、更なる問題が生じることになるため、以下では取り扱わない。

確ではないものの、このような理解と思しき裁判例・学説も多い⁹⁶。この理解では、保険医療機関・被保険者間の法律関係は、以下のように構成されるであろう。

γ説にいう保険診療契約は、一般的な理解に従うと準委任契約（民656条）たる性質を有し、ここから導出される債権債務関係は、診療請求権（委任事務処理請求権、具体的には、善管注意義務に従って診療を求める権利）と委任報酬請求権となる。この私法上の診療請求権と、「第三者のためにする保険診療契約」（A-2説）に由来する公法上の療養給付請求権とが併存する⁹⁷。その上で、両請求権は相互に影響を与えるものではなく独立しており、その内容・範囲において相違していると理解するものである⁹⁸。すなわち、論者によると、「保険医療機関に対する種々の規制は、基本的

96 既に示したように、保険医療機関・被保険者間に保険診療契約の存在を認める裁判例においても、「公法上の権利義務関係の存否とはかかわりがない」・「公法上の健康保険制度に基づく関係とは別個に」など、文言の相違はあれども、この点について言及するものが多い。

97 西原・前掲（注64）73頁は、保険医療機関と被保険者との間の法律関係を私法上の準委任ないしはこれに類似した契約と解しつつ、「診療契約の有無と別に〔引用者注：保険医療機関と被保険者との間の法律関係を〕第三者のためにする契約の効果として考えても、第三者たる被保障者〔引用者注：被保険者〕には、医療機関等に対して適切な医療を直接に請求する権利が生じている」と述べて、両債権の併存を認めるものの、両者の相互影響関係については言及がない。なお、西原道雄「医療と民法」大阪府医師会編・前掲（注55）『医療と法律』201頁以下も参照。

98 村山・前掲（注3）31頁以下（初出は、村山・前掲〔注70〕「医療契約論」222頁）などは、患者による被保険者証の提示、保険医療機関によるその確認と、患者を診察した上での『療養の給付』の対象範囲との判断により、保険診療に関する公法上の関係が成立するとともに、「これとは別に」（保険医療の枠を超えるという）より広い内容の私法上の医療契約が成立するいい、基本的にこの発想に近い（但し、脚注101も参照）。診療行為そのものに着目する限り、保険診療と自由診療とで差が生ずるものではなく、保険医療機関が被保険者に対して負う責任は、実質的に自由診療の場合と変わらないと説く品田・前掲（注26）39頁も同旨か。この点については、脚注70も参照。

に社会保険医療の適正な運用確保と医療費抑制の観点から加えられた公法上の規制であり、保険医療機関の診療上の義務の性質自体を左右するものではない⁹⁹とされ、保険診療契約に基づく診療債務は、そもそも「医療保険契約」（本稿でいう「公法上の契約」）からの影響を何ら受けないという。

（ii）二元・影響関係肯定説（ γ_1 -b説）

第二に、発生原因を異にする2つ債権債務関係を認めつつも、その相互の影響関係を肯定する立場も考えられる。これは、医療保険制度から導き出される法律関係が、保険診療契約ないしはそこから生ずる債権債務関係に何らかの形で作用するという考え方である。その点で、債権債務関係につき、二当事者関係に還元して把握するのではなく、医療保険制度における三面関係を正面から意識的に法的に反映させようとする¹⁰⁰。

保険医療機関・被保険者間には、準委任契約としての保険診療契約に基づき診療請求権と委任報酬請求権が発生する一方で、「第三者のためにする保険診療契約」（A-2説）に由来する公法上の療養給付請求権も独立して存続する。ここまでは γ_1 -a説と同様である。しかし、 γ_1 -b説は、「第三者のためにする保険診療契約」ないし療養給付請求権が保険診療契約の内容ないしは債権債務関係に影響を及ぼすことを認める結果、両当事者間には、その内容や範囲を基本的に同じくする療養給付請求権と診療請求権の

99 河上・前掲（注4）287頁。

100 原田・前掲（注1）25頁以下は、「被保険者・保険医療機関当事者説か、保険者・保険医療機関当事者説か、という二者択一の議論は、これら三者関係を一つの法関係で説明しようとするものであり、どちらの説を採っても十分に説明できない側面を有する」と述べ、従来の議論の不十分性を指摘し、本稿にいう γ_1 -b説を「『保険者と保険医療機関との間の公法上の権利義務関係』と『私法上の権利義務関係』を有機的に連関させて理解するもの」と整理する。

2本の債権が併存することとなる。もっとも、その影響関係の在り方については、論者によってなおニュアンスが異なるように見受けられる¹⁰¹。

(b) 一元説 (γ_2 説)¹⁰²

この立場は、保険医療機関と被保険者との間に、保険診療契約に基づく

101 原田・前掲(注1)25頁以下は、「第三者のためにする保険診療契約」を基礎とした被保険者の受益の意思表示から生ずる療養給付請求権は抽象的なものにすぎず、保険診療契約によってそれが具体化されると解し、医療費支払に関する規律と共に、「保険医療機関と被保険者との保険診療契約の内容に、第三者のためにする公法上の契約の内容が含まれていると考えるべき」と述べる(菊池・前掲[注43]350頁脚注106もこれに近い)。村山・前掲(注3)31頁以下(初出は、村山・前掲[注70]「医療契約論」222頁以下)は、前提として公法上の関係(A-2説と解される)と私法上の契約とを別々に成立させ、その上で「個々の患者の生命・健康の維持・増進に役に立つ方向で作用する限りにおいて、保険法令上の規律は私法上の契約規範に取り込まれ、契約上の義務の判断の一基準としての役割を担うことになる」との一般論を提示しつつ、具体的には、「特定の疾病についての『治療方針』や特定の薬剤の『使用基準』に医師が違反して、患者に損害が生じた場合、それら保険法令上の通達違反の事実は、医療契約上の義務違反を基礎づける判断基準となる」と解する。これは、直接には公法上の規範と私法上の契約規範との関係性という、規範統合レベルの議論である。しかし、保険法令上の基準に反した行為の保険診療契約上の義務違反性という論理展開において、間に私法規範を挿入する必然性が明確ではない。こうした理解からは、結局のところ、これら保険法令上の基準が私法上の契約内容(債務確定基準)に投影させていることと同視できるのではないと言える。

102 なお、理論的には、 γ_2 説(従って、A-1・B-1・B-2説との結び付き)に立脚した上で、保険者・保険医療機関間の法律関係が保険医療機関・保険者間の法律関係に影響を及ぼすかという問題設定をすることも可能である。ありうる一つの理解としては、医療費支払や療養給付など医療保険制度上の各種仕組みにつき、保険医療機関がその枠に沿って給付する義務ないしは制約を負担しているのは、保険者に対する関係のみであり、被保険者に対する関係には全く及ばないという意味での(影響関係を完全に否定する)一元説があろう。しかし、とりわけ療養担当規則等に則る療養給付請求権に関しては、被保険者に対しても一定の制約となり得ることについては、最判昭

債権債務関係のみが発生すると解するものである。医療保険制度に内在する各種権利義務は、保険診療契約の一内容に投影され、私法上の権利義務として再構成されるという形で、相互の影響関係を認める理解である。その結果、この両当事者間には、公法上の法律関係は、少なくとも独立した形では生じない。以上から明らかなように、この立場は、指定の法的性質論との関係では、保険医療機関と被保険者との間に法律関係を措定しない立場（＝上記A-1・B-1・B-2説）と結びつく。以下、これを「一元説（ γ_2 説）」と呼ぶ。

一元説に関する従前の議論を整理すると、その基本的構造はおおよそ以下になるであろう。第一に、「医療費の支払のシステム」の側面では、私法上の保険診療契約締結に際し、一定の要件を満たせば報酬の支払い（公法上の）医療保険制度の枠組みに則するという特約が含まれている。第二に、この立場は医療費支払面以外にも影響関係を及ぼす点に意義があり、それ故、指定の結果、保険医療機関が保険者に対して負う療養給付にかかる義務内容は、被保険者に対する関係でも、保険診療契約における善管注意義務の内容・程度として取り込まれる。もっとも、第三に、医療費支払面・療養給付面以外の点につき、保険診療契約が自由診療契約と異なる内容を有するかについては、この立場は必ずしも明確ではない。総じて、この立場は、保険医療機関と被保険者との間の債権債務関係を統一的に把握すると共に、被保険者に対する保険診療契約の内容を医療保険制度

和61年10月17日訟月33巻7号1956頁が、「被保険者が保険者から〔引用者注：国保〕法36条所定の療養の給付として受け得る診療の内容も右準則による制約があるものというべき」と判示し、この点について学説でも異論は特に見られない（石川善則「最判昭和61年10月17日判解」ジュリ881号〔1987年〕84頁以下、倉田・前掲〔注32〕56頁、水島郁子「最判昭和61年2月12日判批」『社会保障判例百選〔第3版〕』〔別冊ジュリ153号〕〔2000年〕37頁）。従って、以下では、こうした問題の立て方は行わず、 γ_2 説は、保険者・保険医療機関間の法律関係と保険医療機関・保険者間の法律関係との間に何らかの形での影響関係が認められることを含意するものとする。

に即して(部分的に)組み替えることを主眼としているように思われる。すなわち、公法と私法の協働関係の延長線上で、両者を止揚させる1つの試みと評価することができよう¹⁰³。

(3) γ 説の問題点とありうべき方向性

(a) γ 説一般に説かれる各根拠の検討

γ 説は現在の裁判例・学説において圧倒的に支持されており、その基盤は一見揺らぎがないように思われる。しかしながら、 γ 説が提示してきた様々な根拠に関しては、果たしてどの程度まで説得力を持ちつつ妥当なのか、若干の疑念を抱くところである。そこで、以下では、 γ 説内部の各説を考察する前に、その基礎作業の意味も込めて、 γ 説全体に通有する根拠の検討を行いたい。なお、既に整理したように¹⁰⁴、 γ 説の根拠は概ね6点に及んでいるところ、そのうち、保険関係が医療費支払方法にすぎない点を強調する根拠⑥は、 γ_1 -a説についてのみ妥当する根拠である。従って、根拠⑥は各論的部分で検討することとし、ここではそれ以外の根拠①～⑤を取り扱う。

まず、根拠①は被保険者の選定権の規定に基礎を置くものであるが、上で述べたように(第三章第二節(2)(b)及び第四章第三節(3)(a))、この点はむしろ β 説の根拠としても援用されており、条文上はむしろその方が素直な理解ともいえる。少なくとも、 γ 説(のみ)を積極的に基礎付け

103 米村・前掲(注54)99頁の基本的視座がこれに近い。同論文は、「仮に医療保険の法律関係を契約関係に反映させるべきであるとの前提に立ったとしても、その場合の当事者関係を自由診療の場合と全く異ならせることが論理的に不可欠となるわけではな」と述べ、当事者関係としては γ 説に立脚しても、その「契約の内容につき医療保険法令との影響関係を肯定することは理論的に十分可能である」として、従来学説の問題設定それ自体に疑義を呈する。米村滋人「一般医療行為法 [1] 医療契約」法学セミナー694号(2012年)102頁以下、米村・前掲(注54)103頁も同旨。

104 第三章第二節(3)を参照のこと。

るものではないと言わざるを得ないであろう¹⁰⁵。

次に、根拠②は具体的診療内容の確定主体からの基礎付けである。確かに、診療内容を具体化するのには保険医療機関（その履行補助者としての保険医）と被保険者（患者）である点に異論はない。しかし、事実としての診療内容の決定主体と法的評価としての契約当事者とは同一である必然性はないとする考えも、十分に可能である。保険医療機関は、 α 説でも保険者の履行補助者として診療内容の決定に従事し、 β 説でも療養給付請求権の債務者としてその内容を具体化しなければならない立場に立たされるからである¹⁰⁶。

根拠③は一部負担金の帰属根拠からの基礎付けである。この点、 α 説からこの点を説明することは困難を来し、 β 説においても若干の技巧的な法律構成を採用しなければならない以上、 γ 説を積極的に採用する根拠として一定の意味を持つと思われる¹⁰⁷。もっとも、一部負担金という現物給付

105 この論拠に対しては、加藤一郎＝鈴木潔・前掲（注55）114頁〔高田利廣発言〕が、被保険者が自己の意思で保険医療機関を選択できるのは、国保法等の定めがあるからに過ぎないと解し、また、新美・前掲（注59）263頁以下も、保険者の用意する複数の諾約者（指定医療機関）の中から、被保険者は自己に療養を給付する諾約者を自由に選択できると考えることもできると捉えることもできるとして、被保険者・保険医療機関間に契約関係を認める積極的な根拠とはなりえないと批判する。

106 新美・前掲（注59）264頁以下は、 β 説に立った上でも、保険医療機関等には、具体的診療内容の確定につき、保険者から権限が付与されていると考えることも可能である点を示唆する。

107 もっとも、この論拠に対しては、既に新美・前掲（注59）264頁が、一部負担金の性格（保険者・保険医療機関間で確定される診療報酬額の一定割合を被保険者が負担する）や国保における一部負担金減免制度（国保44条）〔なお、今日では健保75条の2も参照〕に鑑みると、被保険者・保険医療機関間に契約関係を認める根拠としては薄弱であるという。また、台・前掲（注7）232頁以下（初出は、台豊「医療保険法における一部負担金等に関する考察」青山法学論集52巻1号〔2010年〕116頁）も、一部負担金の性格として公法上の徴収金と捉える余地が残っている以上、こうした根拠はやや説

原則の例外とも言える側面を契約当事者論の根拠として正面に据えるのは、若干の違和感を覚えるところではある。いずれにせよ、この論拠に関しては、一部負担金をどのように性質決定するか、その詳細な検討を経ない限りなお可変的であり、現時点では結論を留保したい。

根拠④は、自由診療との相互の接続からの基礎付けであるが、その意味は必ずしも明らかではない。そもそも、保険診療／自由診療が「相互に切り替わる」場面はむしろ例外的局面であり、例外から一般的根拠を導く方法自体の妥当性が問われよう。この点を措くとしても、自由診療契約の契約当事者論が何故に保険診療契約に影響を及ぼす(べき)と解するか¹⁰⁸、その基礎に置かれている価値判断につき説明が必要である。「切替局面における簡便さ」というような、実際上の便宜に価値を置くということであろうか。更に、この根拠は、自由診療の契約内容と保険診療の契約内容が同質であるとの前提が暗黙裡に存在しているように思われる。この前提故に、契約内容の同質性を有するにもかかわらず、「相互に切り替わる」ときに契約当事者の部分のみが異なるのは不自然であるとの発想に繋がるのではないだろうか。しかし、両契約の内容がいかなる意味で同質と評価することができるのか、この点こそが問われるべきであろう。

最後に、根拠⑤に関しては、医師の裁量性と自主性の尊重およびその反面としての医師の責任所在の明確化を重視する理解であり、規範的要請としてγ説を後押しするものと考えられる。契約締結時には具体的債務内容がなお確定しえず、かつ、患者の状態が経時的に変化する中で臨機応変に対応することが求められる医療の特質に鑑みると、医師の行為には「責任を伴う自主裁量」の要素が性質上内在することは確かであろう。この点を

得力に欠け、また、無償を原則とする委任の建前から、金銭支払いの存在は論理的には決定打となりえないと疑問を抱く。

108 この論拠に対しては、新美・前掲(注59)264頁が、ここで問題となっているのは現に保険診療がなされている場合の契約関係であり、切替えの可否には直接には関係がないとして批判する。

最も適合的な形で法的に構成したのが γ 説と言える。換言すれば、 α 説は（履行補助者という立場からの限界が伴うものの）医師の自主裁量性を導くことは一応可能であるが、被保険者に対する責任を直接に基礎付けることはできず、また、 β 説は医師の自主裁量性及び責任を導きうるものの、ここでの責任は、被保険者が有する療養給付請求権に対応するものに原則として限定され、その他の広範な（付随的なものも含む）責任を取り込む余地が少ない。

以上の簡単な検討からは、従來說かれていた γ 説の根拠の中には、積極的根拠として位置付けるのに必ずしも相応しくない要素も含まれていることを示している。結論として、本稿は、 γ 説の根拠として意味があるのは根拠⑤のみであり、検討内容如何では根拠③も付随的に妥当するに過ぎず、その他の根拠は他説を排するほどの説得力を有さないと考える。 γ 説の根拠に対するこうした総論的評価を踏まえつつ、以下、 γ 説内部で分岐する各説の検討に進みたい。

（b）各論的検討

（i） γ_1 説

1）総論

γ_1 説のうち、 γ_1 -a説と γ_1 -b説は、いずれもA-2説を基礎とする一方、保険医療機関と被保険者との間に契約関係を認める立場である。そこでは、被保険者が保険医療機関に対して、その発生原理が異なる2本の請求権が併存することを認める結果となる。このことは、確かに、公法と私法とを切り分ける発想に照らすと自然な帰結かもしれない。しかし、この点を超えて、かかる構成を採用する意義及びその後の法律関係を γ_1 説が明確に素描しているとは言い難い。保険医療機関と被保険者との間に性質の異なる請求権を併存させることの意義は、そもそもどこにあるのであろうか。 γ_1 説が医療保険につき総じてその支払いシステムというファイナンス面を強調しながらも、公法上の療養給付請求権を私法上の医療契約（と

それに基づく診療請求権) から別個独立して認めるといふ、一見不整合に思われるこの構成を取って採用するのは、相応の意味がなければならぬであろう。仮にこの立場が γ_2 説(一元説)を排してまでこの構成を採用するというスタンスであれば尚更であると思われるが、筆者は、現在のところその意味を測りかねている。その上で、これら双方の請求権の内容・範囲や関係性(現実には顕在化しにくい、理論的には単独行使が可能かといった問題も生ずる)も、明確ではない。とりわけ、その内容・範囲に関しては、このような構成を採用する意義に最も関わる問題であると思われるため、以下で(場合によっては各説に対応した形で)詳細に検討を行う。

2) 診療請求権(診療債務)

γ_1 説においては、被保険者が保険医療機関に対して有する(私法上の)診療請求権と、「第三者のためにする保険診療契約」に基づく療養給付請求権が独立して存在するところ、それぞれの内容・範囲はどのような関係に立つのであろうか。この点、自由診療契約における(自由)診療請求権の内容・範囲との偏差も合わせ、一般的には以下の2つの可能性が考えられる。すなわち、図式的に言えば、①(自由)診療請求権=(保険)診療請求権>療養給付請求権、②(自由)診療請求権>(保険)診療請求権=療養給付請求権である¹⁰⁹。以下では、 γ_1 説における診療請求権の範囲を検

109 もとより、理論的には、給付範囲について③(自由)診療請求権=(保険)診療請求権=療養給付請求権、④(自由)診療請求権>(保険)診療請求権>療養給付請求権など、さまざまな可能性が考えられる。しかし、③に関しては、療養給付請求権の範囲を自由診療契約における診療請求権の範囲まで実質的に拡大するというものであるが、療養給付請求権が公法上の権利であり、その枠に制限されていることの意味を没却するもので、このように解する立場はないであろう。他方、④に関しては、(保険)診療請求権の範囲を療養給付請求権と(自由)診療請求権との間に範囲設定するものであり、このような発想自体は検討するに値する。もっとも、それぞれの境界画

討する。

i) γ_1 -a説

まず、 γ_1 -a説においては、一般に、医療保険が医療費の支払いシステムとのみ捉えられており、この点も考慮すると、保険医療機関が被保険者に対して負う（デリバリーとしての）給付義務、すなわち診療債務の内容・範囲は、医療保険から何らの影響も受けないという帰結に至ると考えられる。従って、それは自由診療契約における診療債務の内容・範囲と同一と解するのが素直であり、療養給付請求権のそれよりも広く観念されるものであろう（前述①の把握となる）。保険診療契約においても自由診療契約と同様の義務を要求する理解に連なっており、両者の「契約内容の同質性」を基礎付けているという意味で、 γ 説に言われる根拠④とも平仄が合う。また、 γ 説の論者（ γ_1 -a説が念頭に置かれていると思われる）においては、保険診療契約における保険医療機関の義務として、「保険診療の枠を超えた医療を提供する義務」まで認める理解も見られ、 γ 説の根拠⑤に繋がる点からも、このことは裏付けられよう。

しかしながら、このようなものとして債務内容を観念できるかについては、なお慎重な検討が必要であると思われる。

第一に、この問題を考える際に引き合いに出されるのが、有名な次の下級審裁判例であるが、その読み方は多義的である。

■京都地舞鶴支判昭和26年3月23日下民集2巻3号414頁

「……被告医師は本人訊問の際病院の取扱いとして健康保険による『ペニシリン』の使用は或程度制限せられている旨述べているけれども、かような事実は右処置を正当化する理由とならない。仮に『ペニシリン』の使用が制限せられ

定の基準を観念することは困難であり、本稿は（保険）診療請求権と療養給付請求権との併存をそもそも観念しない立場であるので、この点の検討は差し控える。

ているとしても患者はさようなことは知らず、生命身体のすべてを医師に托して診療行為を委任しているのであるから、若し症状にして制限以上の『ペニシリン』を必要とするときはその旨を患者に告げ自弁の有無を確かめるべきで、そのことなくして医師が患者の知らない左様な事実を理由に一方的に必要な処置を差控えるが如きは強く非難せらるべきである。もし被告医師にむいて『ペニシリン』を多量に注射する等原告の病勢を最少限度に止めるための適当な療法を施したならば『ガスエソ菌』の上昇も或程度阻止し得たものと考えられる。」

論者によると、 β 説では「患者の権利は保険者と保険医療機関との間の契約（治療方針等の法定約款）の範囲内で認められるにすぎないため、保険医療機関もそれに従って診療をなした以上、その診療が当時の医療水準に照らして不十分であったとしても、一応は診療債務を履行したこととなる可能性があるろう」とされ、これは上記裁判例の述べるところと相容れないとして、 γ 説の一根拠とする¹¹⁰。しかし、この判示部分が仮に妥当性を有するとしても、これを、診療債務の内容として「保険診療の枠を超えた医療を提供する義務」を正面から認めたものと直ちに読むのは飛躍があるろう。むしろ、この判決は、「保険診療の枠内での医療提供」では義務を尽くしたことにならない場合がある旨を判示したに過ぎない。その上で、保険診療では制限されている分量の薬剤を使用する場合、すなわち「保険診療の枠を超えた医療を提供」する場合には、その点につき不知の患者に対して、医療機関（医師）は、当該状況及び「自弁の有無」を確かめるべきことを明示したと解すべきであろう。換言すれば、保険診療契約においては、本来的な診療債務としての「保険診療の枠内での医療提供」＝療養給付の枠内の債務を前提とした上で、それを超える医療提供の場合、本来的債務とは別個の付随的債務（とそれに続く責任）が認められた判決と言えるのではないだろうか¹¹¹。かくして、 γ 説に立つとしても、そこでの診療

110 藤本・前掲（注64）176頁。

111 具体的には、保険診療の場合、診療内容（の限界）と自由診療への切

債務の内容は、必ずしも自由診療契約における内容と同一であるという帰結を導かない可能性も十分に考えられる。

第二に、保険診療契約と自由診療契約とを同質のものと捉えるこのような理解からは、両者の境界線がなくなることで、制度として確立している医療保険の枠組みからも外れてしまうことが懸念される。保険診療契約において医療機関は保険医療機関としての地位で給付を行っており、デリバリー面においてもその地位に伴う様々な規制が予定されていることは、自由診療との差異化を認めうる一要素となろう¹¹²。また、そもそも保険診療

替えとを明らかにし、それを説明する義務が付加されたものと構成することができる。保険診療から自由診療へと移行する場合、ともすれば混合診療と評価され、費用支払いの面で被保険者に全体的な負担が及ぶ可能性が高い。新美・前掲（注59）265頁も同様に「保険診療の限界を説明して、自由診療に切り替えるべきことを勧告する義務があるにとどまる」という。このような説明義務ないし勧告義務は、かかるリスクと自由診療（混合診療）のメリットとの情報提供を行い、治療選択に関する被保険者の判断を保障するために認められるものと言え、自由診療契約にはない保険診療契約固有の義務と言えよう。民法の視点からは、保険診療契約の給付内容につき（制度に起因する診療債務の限界という意味での）履行不能が生じた場合に、他の契約（自由診療契約）へと移行させるための特別な義務が課されていると評価することもできるのではなからうか。「履行不能を契機とした他契約への接合」を義務の1つとして観念する点で、この義務は、不法行為及び契約上の義務としても認められうる医師の転医義務と本質的には同じであると解される。但し、転医義務の場合には、別主体（一般的には専門的医療機関）への移行と給付内容の転化であるのに対し、ここでの義務は同一主体での給付内容の転化可能性がある点に差異があるに過ぎない。これに対し、医療保険の基盤が揺るがされかねないことを理由に、自由診療契約への切り替えに慎重な態度を示すのは、岩村正彦「社会保障法入門 第44講」自治実務セミナー41巻11号（2002年）14頁脚注2。

112 従って、そもそも医療保険を医療費の支払いシステムとしてのみ捉える理解自体が、医療保険制度の全体の一部しか捉えていないことになる。こうした捉え方では、医療保険制度の枠内で、療養内容に関して命令等による制約が課されること、療養の給付に関して指導がなされること、診療録の提出が義務付けられることなどを適切に説明することができないからである

契約においては、保険医療機関が療養の給付から外れた給付をなすことは原則として予定されていない。混合診療の観念（及びその禁止）が一般的に認められている以上、その前提として、このように解さなければならないであろう。換言すると、療養の給付から外れた給付がなされた場合、特段の事情がない限りそれは混合診療と評価され、金銭的負担の面で被保険者にも不利益が及ぶことに照らしても、自由診療契約と保険診療契約とを同一視するかような理解を採用することは困難であると思われる¹¹³。

ii) γ_1 -b説

γ_1 -b説に関しては、2つの請求権の間に影響関係を認める以上、診療請求権と療養給付請求権とは、内容・範囲が同一であり、かつ、自由診療契約におけるそれとは異なるという理解にならう（前述②の把握となる）。このような構成は、自由診療契約と保険診療契約との差異化が図られるという意味では、 γ_1 -a説に見られる上記問題点を回避しており、法的構成としてはより優れていると思われる。しかし、「第三者のためにする保険診療契約」に基づき保険医療機関・被保険者の間に債権債務を発生・存置させた上で、それを私法上の保険診療契約に投影し、結果として、同一内容の2本の請求権を発生させるという作業は迂遠であり、前記「総論」で挙げた問題点については、むしろ γ_1 -a説以上にその意義が問われなければならないと考えられる。

（新美・前掲〔注59〕265頁以下、岩村・前掲〔注64〕「第38講」12頁、岩村・前掲〔注111〕「第44講」14頁脚注2、原田・前掲〔注1〕27頁以下脚注46）。なお、この点については、次の診療報酬請求権の部分でも取り扱う。

113 米村・前掲（注54）102頁以下も、保険診療の枠を超えた医療提供は混合診療禁止に抵触することに加え、「医療保険規制と無関係に医療提供義務を課すことは現行の医療制度全体を私契約によって否定ないし改変することになりかねず、問題が多い」と懐疑的な理解を採る。

3) 診療報酬請求権（診療報酬債務）

i) 内容・範囲

診療報酬請求権の内容・範囲に関しては、 γ_1 -a説が主に公的医療保険制度を医療費の支払いシステムとしてのみ把握することの意味が正面から問題となる¹¹⁴。この点に関する代表的な議論を以下に紹介すると、「公的保険は、そこで患者が医療機関に対して本来負うべき診療報酬債務の保険者による肩代わり（第三者弁済）を約したもの（医療費支払いシステム）であると理解される……。……診療契約と医療保険契約は、おのおの独立した契約関係にあり、医療機関と保険者の間で第三者弁済の方法と前提要件に関する合意が加わった形を考えればよい……。」¹¹⁵とされる。

ここで述べられている「医療保険契約」とは、保険医療機関の指定に基づいて発生する「第三者のためにする保険診療契約」を意味すると解される。その上で、当該「医療保険契約」の中に「第三者弁済の方法と前提要件」に関する合意が含まれているという趣旨であろう。これを裏から見れば、私法上の「診療契約」にはこのような合意は存在しておらず、診療報酬債務としては「本来負うべき」債務が観念される¹¹⁶。保険者は、「本来負うべ

114 γ_1 -b説については、このような理解とは異なるように思われる（原田・前掲〔注1〕27頁以下脚注46を参照）。この点、「第三者のためにする保険診療契約」によっては、被保険者と保険医療機関との間に生ずるのは療養給付請求権のみであるため、支払面での債権の併存は認められない。もっとも、とりわけ三面関係として把握する場合、私法上の診療報酬請求権が「第三者のためにする保険診療契約」からどのような影響を受けるのか、この点については必ずしも明確ではない。

115 「システム」の法的構成をこのように意識的に論ずるのは、河上・前掲（注64）357頁以下（河上・前掲〔注4〕286頁以下も参照）。また、このような「診療費の肩代わり支払い」保障としてのシステムに加え、医師が負う「診察治療義務」を国家が「療養の給付」として保障するという、二重の意味で「特別に認められた保障制度」として健康保険制度を理解する近江・前掲（注1）336頁も、その基本線は同一であろう。

116 もっとも、公法と私法の法律関係を「切り離して理解」と述べつつ

き」債務につきその肩代わり（第三者弁済）をしたに過ぎないのである。

以下では、「本来負うべき」債務の内容と第三者弁済との関係につき、更に検討しよう。その前提として、診療報酬に関する定式を再掲すると、**①**「療養の給付に要する費用」（広義の診療報酬）＝**②**「療養の給付に関する費用」（狭義の診療報酬）＋**③**「一部負担金」部分（通例は3割）であった（第一章第二節（1）参照）。このうち、保険医療機関と被保険者との間の「診療契約」に基づき診療報酬請求権として発生する「本来負うべき」債務は、どの範囲を指すかが問われる。第三者弁済という法律構成に拠る場合、保険者による第三者弁済の結果として**③**部分が（残債務として）残存し、これを保険医療機関が被保険者に請求することには異存がない。そうすると、保険者がなす第三者弁済の対象は**②**ということになる。こうした理解からは、診療契約により発生する「本来負うべき」債務というのは**①**（＝**②**＋**③**）になると考えられる¹¹⁷。

も、上述のように、保険医療は私法上の契約関係に「医療費の支払システムとして組み込まれたもの」とも述べており（河上・前掲〔注64〕358頁）、その基本的なスタンスについて若干の不透明さは否めない。言葉を換えると、少なくとも医療費支払に関しては、公法上の「医療保険契約」が私法上の「診療契約」に影響を及ぼしているとする余地もある。そうすると、医療費支払に関する準則や規制については、公法上の関係であるにもかかわらず、それが「診療契約」の一内容として取り込まれる可能性もなお残されている。しかし、このような理解に対しては、そもそも何故に医療費支払に関してのみ相互の影響関係が認められるのかという疑問が即座に想起されよう。それと並び、次に述べる「第三者弁済」という法律構成をも考えると、医療費支払の側面においても影響関係はおおよそ認めない立場と理解すべきであろう。

117 この説明は、第三者弁済の対象から逆推論したものであり、現実の弁済の順番とは異なる。現実の発生消滅機序に照らした説明としては、次のようになろう：診療契約上の「本来負うべき」債務としていったんは**①**（＝**②**＋**③**）が発生するものの、診療時点で保険医療機関は**③**部分のみの請求を行い、被保険者によりその弁済がなされる。その結果、**②**部分は、観念的には被保険者の残債務として存続する。しかし、事後、保険者からの第三者弁済により**②**部分の残債務が消滅する。

以上、診療契約上の債権債務は、ファイナンス面においても「医療保険契約」の存在による直接の変容を受けておらず、両者は原理的には影響関係にないという点が重要である。従って、デリバリー面（上記2）で検討したのと同様、保険診療契約は自由診療契約と内容面において同一であるとの発想が認められる。もっとも、ファイナンス面においては、当初存在していた診療報酬請求権が保険者による第三者弁済を通じて（③の範囲に）縮減するものの、それは結果的な影響があるというに過ぎない。

ii) 問題点

診療報酬請求権の内容に関する γ_1 説の内実が以上であるとする、ここには大きく2つの問題点があると思われる。

第一に、このような理解は、保険者の役割と給付の性格という点で、医療保険制度の性格を過小評価し、また、その中に異質な契機を含むことにつながるように思われる。すなわち、保険診療の内容を支払いシステムという側面のみ焦点を絞る発想は、ウエイトの置き方の問題にも思えるが、保険者は診療報酬請求権の名宛人に過ぎない立場に押しやられることを意味する。しかも、審査支払機関が現実にも法的にもその主体とされている現在においては、保険者として措定する実質的意義が希薄化する。保険者として果たしうる機能を相対的に低下させる危険性を孕むこのような理解が、制度の在り方として妥当と言えるのかが、なお問われなければならないように思われる。また、このような理解からは、医療保険の給付が実質的には金銭給付に接近する可能性が生じ、現物給付原則という医療保険の基本観念にも合致しないのではないかと思われる。

第二に、より法技術的な問題として、第三者弁済構成への妥当性である。確かに、保険者は利害関係ある第三者として、被保険者の同意がなくとも第三者弁済を行うことは認められると理解でき（民474条2項）、要件面での障害はない。しかし、私法上の診療契約に基づく診療報酬請求権の内容・範囲は、先述のように、①（＝②＋③）となる。まず、このこと自体

の是非が問題となろう。というのも、この理解では、現実にはあり得ないことではあるが、理論的には、保険医療機関は被保険者に対し③のみならず②も含めた①全体の請求を行うことができ、仮に給付訴訟となれば被保険者は支払いに応じなければならなくなる危険性を包含する。また、②の部分に関しては、実体上の請求権として、保険医療機関は被保険者と保険者（審査支払機関）との双方を相手方とする診療報酬請求権を有することになる。この2つの請求権は（不真正）連帯債務として位置付けられるのかなど、相互の関係も不透明になる。更に、第三者弁済後の後処理についてもなお不明な点が多い。保険者が（「医療保険契約」に基づく委任事務処理費用＝診療報酬債務の弁済という形で）第三者弁済を行った場合、素直に解すると、保険者は被保険者に対して、第三者弁済にかかる部分につき求償権を取得することとなろう。この点、実質的には保険料との相殺類似の処理によるものと思われるが、法形式上は存在する求償権をどのように消滅させるかについて困難が予想される。

（ii） γ_2 説

1) 基本的位置付け

γ_2 説は、保険医療機関・被保険者間に、療養給付請求権については、A-2説を採らないことにより私法上の債権債務関係のみを成立させる。また、医療契約（保険診療契約）から生ずる診療請求権と診療報酬請求権のいずれについても、保険者・保険医療機関間の法律関係が浸透した内容を有することとなる。かくして、この立場は、上記 γ_1 説から導かれるであろう問題点をほぼ回避しているという点で、理論的にはより洗練された理解であるように思われる。筆者としても、原則としてこの理解を基礎に据えて議論を展開すべきであると考え。但し、この立場の詳細はまだ明らかとはなっていない。例えば、ここで指定の法的性質に関するA-1・B-1・B-2説のいずれを用いるべきか、また、医療契約から生ずる債権債務関係の具体的内容や範囲などにつき、更に詰めていかなければならない。

これらの点について、以下で方向性を示していきたい。

2) 契約構造の把握

第一に、指定の法的性質論について。 γ_2 説に立脚した上でこの問題を考えるならば、基本的には〈A〉契約構成を採用した上で、それぞれの権利義務とその関係性を考察する方向性が望ましいように思われる。というのも、〈B〉非契約構成では、保険者・保険医療機関との間に法定の債権債務関係しか生じないため、契約関係が認められることにより生ずる各種の権利義務を措定できなくなり、その不都合は重大であると考えられるためである¹¹⁸。その上で、〈A〉契約構成の中でいずれの理解が適切かについては、まず、 γ_2 説に拠る以上、A-2説と結び付く余地はない。繰り返しになるが、 γ_1 説とA-2説とを結びつける構成は、法律関係を複雑化させるデメリットを招く一方、それを上回る利点を見出しえない。従って、通説的な理解と異なり、指定の法的性質において、「第三者のためにする」性の付与は否定されるべきであると思われる。次に、A-1説とB-2説のいずれを採るのが適切かについては、問題の所在が処分性の有無という行政法学プロパーの議論になる以上、筆者の能力の及ぶところではなく、本稿での結論は保留せざるを得ない。もっとも、より重要な点として本稿が指摘したいのは、指定により、医療機関には「保険医療機関」という契約上の地位が付与されるという視座である。このことは、2つの意味で重要な帰結をもたらすものと解される。1つには、保険医療機関・保険者では、そのような公法上の契約関係に立つ以上、法定約款としての各種法令に従っ

118 とりわけ、受任者たる保険医療機関は、委任者たる保険者に対して、各種法令の定め以上に、委任事務内容につき報告義務（民645条）を負う可能性を認めるべきであると思われる。この点は、保険者の役割にも関係するものであり、軽々とは論じられないものの、現段階では、 γ_1 説における問題点と同様の問題性を抱え込まないためにも、医療保険制度につき保険者の法的手段を確保すべきであると思われる。

た債権債務関係が発生する他、（準）委任契約にかかる民法の補充規定の内容も、その性質に反さない限り適用される余地がある。もう1つには、そのようにして付与された「保険医療機関」という契約上の地位が被保険者との間の医療契約にも妥当する点である。このことは、指定によって付与された契約上の地位が、保険者との契約関係の存在とその内容を規律する一方で、被保険者との契約関係とその内容をも規律する機能を果たし、両者を媒介する役割を担うと理解することができる。

そこで、第二に、医療契約の当事者論について論を進めよう。この契約の性質は、「保険医療機関」としての契約上の地位と被保険者としての資格を有する者のみが締結できる、公法関係が投影されたという意味での特殊私法的な医療契約と観念され、これを「保険診療契約」と称することができると思われる。このことは、契約締結時点における保険医療機関及び被保険者の意思とも乖離しないであろう¹¹⁹。この場合、被保険者証等の提示は、保険診療契約を締結するという被保険者の具体的意思表示の徴憑であるとともに、保険診療契約を締結するに際して原則として必要な行為と捉えることができる¹²⁰。また、締結された保険診療契約の内容も、当該契約上の地位に枠付けられた形として現れる。すなわち、保険診療契約においては医療保険制度が規定的な影響を及ぼしており、支払い・給付・その他のいずれの面においても、同制度が私法上の契約内容として浸透していると理解できる。従って、保険診療契約に基づいて被保険者が取得する診療請求権の範囲は、「療養の給付」にかかる範囲と一致する。他方、保険医療機関が取得する委任事務処理費用＝診療報酬請求権の範囲は（観念

119 岩村・前掲（注111）「第44講」13頁が、両当事者の合理的な意図をこのように理解する。

120 患者から療養の給付を受けることを内容とする契約の締結に際し、保険医療機関は、相手方が提出する被保険者証によってその者が被保険者たる資格を有することを確認しなければならない旨の規定も、このことを裏付ける（療養担当規則3条参照）。

的にも①「療養の給付に要する費用」全体ではなく）③一部負担金の範囲に収まるというのが、素直な理解であろう¹²¹。この意味で、医療保険を「医療費の支払いシステム」と位置付け、保険診療と自由診療とを連続的に把握する考え方とは大幅に異なっている。なお、本稿のような理解が妥当するのであれば、かかる内容を有する保険診療契約は、もはや自由診療契約と同質性を有しておらず、それぞれをいわば「異なる契約」類型として性質決定した方が議論の混乱をもたらさないのではなからうか。確かに、両契約は「準委任契約」という大枠では共通するものの、その具体的な給付内容や程度、契約締結時の要式性など、相当の隔たりがあると解される。以上をまとめると、いまだ試論に過ぎないものの、両契約の特性は以下のような形で整理できるように思われる。

121 岩村・前掲（注111）「第44講」13頁以下も、医療保険に関する各種法令に基づく「保険診療を提供すること」と「それに対する対価」としての「一部負担金を保険医療機関に対して支払う」ことを契約内容として捉える。

122 河上・前掲（注4）275頁は、保険診療の債務内容につき、「選択されるべき診療内容や水準がある程度までは枠付けて定型化され、当事者には、保険対象となる一定メニューの中からの選択権しかないように見える」と述べつつ、そうであるからと言って「その契約的性質が全く否定されるわけではなく、何が選択されるべきかは、最終的に当事者の意思によって定まり、追加的債務の形成も当事者の自由に委ねられている」と論じ、その契約性を肯定する。その上で、「保険診療を超えた部分が自由診療契約に基づく債務になることに問題がないとすれば、保険対象診療と自由診療は併存する形で債務内容を構成しており、それらは結局のところ当事者の意思に支えられていることになる」という。この行論に関して、「自由診療契約」類型を（「保険診療契約」類型とは）別に観念し、自由診療対象債務と保険診療対象債務とをそれぞれ分けて「併存」させる趣旨であると解するならば、本稿の目指すところと相違はないように思われる。もっとも、ここでいう「併存」の含意するところについては、混合診療を巡る一連の議論との関係も含め、なお詳細に詰めなければならないであろう。

項目		保険診療契約	自由診療契約
1	締結主体	保険医療機関たる契約上の地位 ／被保険者たる契約上の地位	医療機関（医師）／患者
2	診療報酬請求権の範囲	一部負担金債権	原則として制限は存在せず
3	医療給付の範囲	療養の給付にかかる範囲 ¹²²	このような制限は存在せず
4	要式性	被保険者たる資格（主に被保険者証）の提示が契約締結に必要	要式は不要（諾成契約）
5	その他	自由診療に移行する場合における特別な説明義務	—

もっとも、契約の性質決定の問題として「異なる契約」類型と扱えるか否かは、「性質」という用語の問題に過ぎない面もあり、それほど拘泥する必要はないであろう。むしろ肝要なのは、締結主体・給付範囲…といった各項目において、それぞれの契約特性に応じた法的規律の在り方を意識して論ずることであると思われる。

第五章 終わりに

本稿は、医療保険の契約構造を明確化するという目的のもと、以上の検討を通じて、指定の法的性質を巡る議論、医療契約の当事者論、両者の関係性につき整理し、その問題状況を把握することができた。本稿で示した結論は、近時の有力説を基礎としつつも、細部においては異なっている点も存在する。このような構造把握自体が適切か否かについては、民法学・社会保障法学・行政法学の各分野から、更なる検証が求められるのは言うまでもない。現実の医療場面において最も幅を利かせている保険診療については、これを正面から捉えた上で債権債務関係までも視野に入れた構造把握をすることの必要性は疑いが無い。極めて不十分ながら、そのためのたたき台を提示できたのであれば、本稿の目的はほぼ達成したと言えよう。

しかし、たたき台の提示にとどまる故、本稿が積み残した課題は数多い。既に各所で指摘したことも含め、最後に改めてそれを提示しておこう。まず、各当事者間における債権債務の具体的な内容について、更に考察を深めなければならない。そこでは、とりわけ次の2点が重要であると思われる。第一は、ファイナンス面での債権債務の範囲である。すなわち、①保険医療機関と被保険者との間に生ずる一部負担金については、その性質や未収金の扱い、減点査定を巡る法律関係など、なお不透明な問題が山積している。また、②保険医療機関が保険者に対して有する診療報酬請求権についても、その額の増減メカニズムが債権の本数とも絡み、明確とはされていないように思われる。第二に、医療保険制度に登場するもう1つの主体、審査支払機関をも含めた法律関係である。周知のように、判例によると診療報酬請求権は保険医療機関と審査支払機関との間に生ずるとされているところ、（上で書いたのとは異なり）保険医療機関は保険者に対してもはや診療報酬請求権を有していないのか、その法的な基礎付けをどこに求めるか¹²³など、この点についての解明も十分とはいえない。この2点以外にも、混合診療の扱いをも含めた保険診療と自由診療との相互切替の可否や償還払い方式における法律関係の明確化など、民法学の視点からも検討に値する対象は数多い。これら問題点を精緻に整理分析し、各法律関係や契約構造を紐解く基礎的作業を通じて初めて、その制度全体の法的安定性の有無や限界が見出せると思われる。その意味で、医療保険制度に関しては、とかく政策論が脚光を浴びる傾向にあるものの、法的議論の着実な進展こそが今後ますます目指されるべき分野であろう。この重い課題

123 保険者と審査支払機関との間には、支払委託に関する公法上の契約が締結されていると解するのが判例（前掲最判昭和48年12月20日）である。しかし、通常の支払委託であれば、審査支払機関は保険医療機関に対し第三者弁済をなしうるに過ぎず、（保険者に対する）債務の移転という効果は生じない。そこでは債務引受類似の構成が想起されるものの、それと判例にいう「支払委託」文言との距離はなお隔たれているように思われる。

に、社会保障法学はもとより、民法学も正面から取り組まなければならないのではないだろうか。

* 本稿は、科学研究費（基盤研究（A）：研究課題／領域番号15H01920 研究代表者：加藤智章）及び科学研究費（若手研究（B）：研究課題／領域番号25780064 研究代表者：石畝剛士）に基づく研究成果の一部である。