HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ疾病保険制度の形成と発展（上）
Author(s)	倉田, 聡
Citation	北大法学論集, 40(3), 271-322
Issue Date	1990-02-01
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16691
Type	bulletin (article)
File Information	40(3)_p271-322.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

ドイツ疾病保険制度の形成と発展（上）

倉田聡

目次

序
第一章　保険診療をめぐる法的諸問題
　第一節　現行疾病保険制度の概観
　第二節　療養給付と金庫医師法
　第三節　金庫医師法をめぐる法的問題
第二章　疾病保険法と現物給付原則の採用
　第一節　疾病保険法成立以前の制度状況

第二節　一八八三年疾病保険法の成立
第三節　現物給付原則と金庫医師法（以上本号）
第三章　ライヒ保険法とベルリン協定
第四章　共同自主運営制度の確立
結語

序

昭和三六年に確立した医療保険の国民皆保険体制は、様々な改正を重ねながらも今日に至るまで維持されてきている。この間、医療保険制度をめぐる種々の紛争が発生し、その結果、同制度における法的な問題点が次第に明確化してきている。これらの紛争はいくつかの類型に分けられるが、なかでも医療保険制度の特殊性や事件数の点で目をひくのは、保険診療の実施にかかわる一連の紛争である。

医療保険制度は、労災もしくは年金保険といった他の社会保険と同様に、保険原理を採用することによって、疾病という社会的な危険から国民を保護する制度である。しかし、この制度が目的としている給付の内容に着目した場合、つぎのような特殊性がある。すなわち、医療保険制度は疾病に起因する様々な生活阻害要因の排除とりわけ減退した生活能力の回復を目的とし、最終的には医療サービスを国民に保障するという点である。そのため、医療保険制度の運営にあたっては、常に医師をはじめとする医療技術者集団の存在が前提ないし必要とされているということである。

これらの医療技術者は、各国によって多少異なるものの、その国の社会的歴史的諸事情にあった社会的ないしは経済的地位を有し、これらの地位はわが国でいうところの医事法制[1]により規定されている。そして、わが国の医療関係法規の発展経過からも理解されるように、医事法制が常に医療保険法に先行しているという歴史的事情[2]から、医療保険法の立法は医療技術者の有する既存の地位に何らかの影響を及ぼすものということができる。ここで、医療保険制度を国民に対する医療サービスの保障という側面から見た場合、その制度運営については常につぎ

のような問題を考慮する必要に迫られる。すなわち、医事法制により何らかの法的地位ないし権利を付与された医療技術者集団がどのように医療保険制度の中に位置づけられ、また同制度の保障する医療サービスの給付過程においてどのような役割を果たしているかという問題である。

わが国の医療保険各法は、大正一一年に施行された健康保険法以来、医療サービスの給付方式として、現物でこれを被保険者に給付する「現物給付方式」を採用している。[3] これらの規定によれば、医療サービスの給付主体は保険者になっているが、多くの場合保険者は医療サービスの給付能力を有していないため、その実施を医療機関等に委託することになっている。このように、現物給付方式が採用された結果、医療機関ないし医療技術者は同給付の実施主体として医療保険制度の中に組み込まれ、保険診療の実施をめぐる法関係は保険者、被保険者および医療機関の関与する三当事者関係になったのである。

このような三当事者構造を採用するわが国医療保険制度では、法所定の医療サービス受給権を有する被保険者、適法な保険運営を求められる保険者、保険診療の取扱いによって経済上の利益を得る医師または医療機関の三者が保険診療の実施をめぐって密接な関係を有している。そのため、保険診療につき紛争が発生するたびに三者の利害が錯綜し、その統一的な解決が求められている。近年、保険診療をめぐる訴訟が相当数提起され、少しづつではあるが、この種の紛争解決に有効な判例理論が形成されつつある。[4] しかし、これらの紛争における実際の解決は、紛争当事者たる二当事者間の解決に限られ、三当事者間全体の利益調整を視野に入れたかたちでなされないことが多く、[5] 判例理論の穴を埋めるべき統一的な法解釈論の展開も困難というのが現状である。

このような状況を産み出した原因の多くは社会保障法学自体の歴史の浅さによるものと思われるが、その主たる要因として、わが国医療保険制度における三当事者構造およびその運営に対する共通認識の欠如を挙げることができる。なかでも、三当事者構造の原因である現物給付方式の採用の趣旨、それによって生じる基本的な法律関係およびその中での利害対立の構造についての基本的な理解は、現行制度の体系的把握にとって必要不可欠なものといえる。しかしながら、この種の基本的な問題についてすら、現段階では十分に研究されているとはいい難い状況にあると思われる。

本稿は、以上のような現状認識から、わが国医療保険制度の母国[6]ともいうべき西ドイツの疾病保険（Krankenversicherung）

制度がいかにして形成・発展してきたかということを研究の対象とする。西ドイツの疾病保険は、わが国と同様に、医療サービス給付の方式として現物給付方式を採用しており、保険診療をめぐる法的構造もその基本的な部分についてはほぼ同じである。本稿では、同国の疾病保険制度を、現物給付原則の採用とそれに伴う利害対立の発生およびその調整システムの確立という視点から紹介していくことにしたい。なぜなら、西ドイツの疾病保険制度をこのような視点から理解することは、現物給付方式を採用するわが国医療保険制度の理解に役立つだけではなく、その調整システム確立以前における利害状況の把握が現行制度における法解釈理論のヒントになりうると思われるからである。

わが国における保険診療をめぐる紛争にみられるように、現物給付方式の下で生じる一番先鋭な利害対立は、保険診療といえども医療における医師の自主性を主張する医療機関側と、限界のある保険財源の中からできる限り公平な保険運営を求める保険者側との対立である。[7] この両者の対立は保険診療の具体的な内容を左右するものであるため、被保険者にとっても重要な問題であると同時に、医療費の増大とそれに対応する保険運営のあり方という今日的な問題の解決とも密接な関係を有するものということができる。そのため、本稿では、ドイツにおける疾病保険制度の歴史的発展経過のなかでも、現物給付原則の採用により生じた医療技術者側と保険者側の利害対立とこれを解消するために採用された制度がどのように形成されてきたか、という点に重点をおいて紹介することにする。

最後に、本稿の構成について、若干ふれておくことにしよう。本稿は、現物給付原則を採用する疾病保険と自由開業医制とが併存する西ドイツにおいて、医療機関と保険者との間に生じた利害対立の調整システムの成立過程を紹介する(第四章)ものである。そして、その前段階の説明として必要と思われる、利害対立の直接の原因になった現物給付原則が採用された経過(第二章)と利害対立の具体的な発展状況(第三章)について述べることとする。また、本稿は、西ドイツの現行疾病保険制度でも、医療機関と保険者との法律関係を規律する「金庫医師法(Kassenarztrecht)」というやや特殊な領域を、主としてとりあげるものである。そのため、冒頭に簡単ながら現行制度の全体像と金庫医師法について紹介し、現状の問題をもあわせて検討する(第一章)ことにしたい。

(1) ひとくちに医事法制といっても、その内容は、論者に

よりかなり異なっている。ここでは、伝統的な理解に従い、医療施設および医療関係者に関する諸法規を指すものとして用いることにする。なお、この点については、野田寛『医事法上巻（現代法律学全集58）』（一九八四年、青林書院）三頁以下参照。

（2）わが国の医療関係法制の発展史については、佐口卓『日本社会保険制度史』（一九七七年、勁草書房）の健康保険法に関する部分、川上武『現代日本医療史』（一九六五年、勁草書房）などが詳しい。

（3）健保法四三条、国保法三六条など。

（4）とりわけ、保険医療機関が保険診療にかかる費用報酬等を請求した際になされる、保険者ないしは保険者の業務委託に基づく診療報酬の審査支払機関（社会保険診療報酬支払基金または国保連合会）の減点査定に関する紛争が多い。なお、これらの紛争につき、整理検討したものに、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）』一八巻一号（一九八七年）七五頁、川上宏二郎「保険医療制度をめぐる法律問題」西南学院大学『法学論集』一〇巻二・三・四号（一九七八年）一三頁がある。

（5）保険医療機関の請求した診療報酬額が減点査定により減額された場合、わが国では保険診療につき被保険者（患者）は一部負担金を支払わねばならないため、被保険者の側に一部負担金の過払が発生する。それゆえ、減点査定の問題は、保険者と医療機関の間だけのものではなく、被保険者にも直接関係のある問題であるということができる。この一部負担金の過払いが問題になった事例として、土岐市高額療養費請求事件最高裁判決（最二小判昭和六一年一〇月一七日・判時一二一九号五八頁）があるが、この判決は高額療養費による過払い分の返還を否定しただけで、過払い分の返還ルールを明示していない。この点については、前掲注（4）加藤論文一一三頁、拙稿「療養担当規則に適合しない診療と高額療養費」『賃金と社会保障』一〇一〇号（一九八九年）五三頁（五八頁以下）参照。

（6）前掲注（2）佐口論文九三頁以下、川上論文三四八頁以下参照。

（7）前掲注（4）川上論文一五頁以下、加藤論文一〇二頁以下参照。

第一章　保険診療をめぐる法的諸問題

医療保険における現物給付方式の導入は、医師による治療や薬剤投与などのサービス(以下これらを一括して療養給付とする)を通常の保険給付にすることを意味する。そのため、この方式の導入は、業務委託等の手段により医師等を制度内に組み込んだ給付システムの形成を必要とするのである。西ドイツでは、この給付システム全般を規律する法を疾病保険制度の中でも特に金庫医師法と呼称し、やや特殊な領域として取り扱っている。

本稿は、西ドイツの疾病保険制度を素材に、現物給付方式の導入によって生じた利害対立の構造とこれを調整するシステムとして成立した金庫医師法を歴史的な側面から理解することを目的としている。ただ、この金庫医師法は疾病保険制度の中の一部を構成するものでしかなく、その内容もかなり複雑であることから、これのみを取り出して紹介するには論述上不都合が生じると思われる。そのため、ここではまず、本論の発展史に入るまえにごく簡単に現行制度を概観し、その後やや詳しく金庫医師法の内容を紹介する。

これと同時に本章では、西ドイツの金庫医師法と、わが国の医療保険制度のうちでこれに相当する部分との比較対照をこころみる。この作業は、日本の制度と西ドイツの制度との相違点を明らかにし、かつドイツの制度理解を容易にする。しかし、単に制度上の対比からだけでは、ドイツ法の歴史研究を素材として保険診療の背後にある利益状況を解明しようとした本稿の意図が明らかにならないと思われる。そのため、この部分ではさらに、金庫医師法に関する西ドイツの判例傾向を紹介し、そこでどのような紛争当事者の利益が議論されているかを検討する。

第一節　現行疾病保険制度の概観

第一款　被保険者の範囲

ここでは、西ドイツの療養給付に関する制度を紹介するまえに、用語説明をかねて、現行疾病保険制度の概観をする。西ドイツの疾病保険制度は、わが国の医療保険制度と同様に、単一の制度ではなく複数の制度により構成されている。(1) しかし、これらの制度の基本構造はどれも同じであるため、以下、現行法のなかでも一般的な「ライヒ保険法(Reichsversicherungsordnung・以下RVOと略)(2)」に沿って紹介する。

西ドイツにおいて「疾病保険(Krankenversicherung)」とい

う場合、いわゆる社会保険としての保律上の疾病保険(gesetzliche Krankenversicherung)と民間の疾病保険(Privatkrankenversicherung)とに分けられる。[3] これらの各保険に加入する者およびその家族の全人口に対する割合は、一九八八年一〇月現在で前者が約九二%であり、後者は約七%である。[4] このことから明らかなように、西ドイツにおいては、国民全員を社会保険としての疾病保険に強制加入させるという意味での「国民皆保険体制」はとられていない。本稿では、社会保険としての疾病保険のみをとりあげるので、民間の疾病保険については、これを紹介の対象からはずすことになる。

法律上の疾病保険（以下これを単に疾病保険とする）は、その被保険者について、つぎの二つを規定している。ひとつは、法律上または規約上当然に保険加入を義務づけられる強制被保険者(Pflichtversicherte)であり、いまひとつは、任意の保険加入が可能とされる保険加入資格者(Versicherungsberechtigte)である。[5] 前者の範疇に含まれるのは、使用者と使用関係(Beschäftigungsverhältnis)にある労働者(Arbeiter)の全員と保険料算定報酬限度額(Jahresarbeitsverdienstgrenze)の七五%を超えない収入を得ている職員(Angestellte)であり、後者に含まれるのはこれを超える収入を得る職員である。[6] ここでいう労働者と職員の両概念は歴史的なものである。ただ、近年この両概念は事実上相対化してきているため、両者の区別は非常に難しいとされている。[7] あえていえば、労働者は主として肉体的な労務を提供するものであり、職員は知的な労務を提供するものであると考えられているようである。

第二款　保険者と監督行政庁

疾病保険の運営を担当する保険担当機関（Versicherungsträger）は、「疾病金庫(Krankenkasse)」といわれる保険組合である。[8] この疾病金庫は非常に数が多く（一九八八年八月現在で一一三九）、その種類も多様である。RVOだけでも、つぎの四つの種類がある。第一は、地区行政区域ごとに設立される地区疾病金庫（Ortskrankenkasse）であり、[9] これが加入者全体の四五%を対象としている。第二は、一定以上の事業規模を有する企業ごとに設立され、当該企業の全従業員を対象とする経営体疾病金庫（Betriebskrankenkasse）である。[10] 第三は、これも一定数以上の組合員の存在を要件とする同業組合ごとに設立される同業組合疾病金庫（Innungskrankenkasse）である。[11] 最後に、これらの金庫とは別に組織される補充金庫（Ersatzkasse）が存在する。[12]

これらの疾病金庫は権利能力を有する公法上の社団法人(Körperschaften des öffentlichen Rechts)であり、保険運営に必要な内部組織によって自主的にその運営を行う(自主運営=Selbstverwaltung)ものである。[13] その内部組織は、通常の場合、[14] 被保険者側と使用者側の同数の代表で構成される代議員総会(Vertretersammlung)と理事会(Vorstand)である。代議員総会の構成員はあらかじめ用意された推薦名簿(Vorschlagensliste)から選挙により選出され、これは六年ごとに改選される。[15] また、理事会の構成員は、代議員総会の構成員から被保険者側と使用者側とに分けて選出される。[16] さらに、フルタイムで金庫の業務を遂行する事務長(Geschäftsführer)が理事会の推薦に基づき、代議員総会の構成員から選出される。[17]

疾病金庫における自主運営組織の最も重要な事務は、疾病保険運営の細則を規定する規約(Satzung)の作成・変更である。[18] 規約の内容を規定するRVO三二一条によれば、給付の種類および範囲(一号)や保険料の額および支払期日(三号)など、被保険者の権利義務に直接関係する事項についても、この金庫規約により規定されることになっている。規約は、当該疾病金庫につき管轄を有する監督行政庁の認可を必要とし、公示されなければならない。[19]

いままでみてきたように、西ドイツでは、疾病保険が被保険者および使用者の代表による自主的な活動によって運営されていることがわかる。ただ、疾病金庫の自主運営にも、RVOなどの法律上の規定に適合することが要求されるため、適法な保険運営の確保に必要な監督行政庁(Aufsichtsbehörde)がおかれている。[20] この監督行政庁は、つぎの三種類に分けられる。第一は直接疾病金庫の監督にあたる保険局(Versicherungsamt)であり、第二は各ラントの法律に基づき設置される上級保険局(Oberversicherungsamt)であり、第三は連邦労働社会秩序大臣(Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung・以下連邦労働大臣と略)のもとにある連邦保険局(Bundesversicherungsamt)である。[21]

これらの監督行政庁の権限ならびに組織構造に関して留意しなければならないのは、連邦保険局は他の二つの保険局の上級行政庁ではないということである。[22] なぜなら、社会保険に対する監督は連邦直轄のもの(例えば連邦鉱山労働者組合)を除き、原則としてラント法律に委ねられているからである。つまり、連邦保険局は一般の疾病金庫に対する監督権限も、上級保険局等に対する指揮命令権も有していないのである。

保険局をはじめとする監督行政庁は主に業務と経理の監督を

行い、場合によっては疾病金庫に対して当該金庫のなした違法な状態の排除を義務づけることができる。[23] なお、監督行政庁より発せられた命令に対しては、社会裁判所（Sozialgericht）[24]への出訴が許される。[25] また、監督行政庁は、被保険者等が疾病保険に関し訴えを提起する場合に必要な前置手続（Vorverfahren・日本でいう不服審査）も行う。[26]

第三款　給付と拠出

最後に、西ドイツ疾病保険制度が被保険者に対して保障している給付の内容と、給付を支える財源について簡単にみていくことにしよう。給付内容という面から、西ドイツの疾病保険制度とわが国の医療保険とを比較してみた場合、西ドイツの方がはるかに優っているということができる。とりわけ、わが国において通常給付とされていない、健康診断や出産扶助が通常給付とされている点で、その優劣が明らかであるといえよう。療養給付については次節で詳細に検討するため、それ以外の給付について簡単に紹介する。

疾病保険による給付は、法律により規定された基本的な給付としての通常給付（Regelleistung）と、あくまでも法律が許容する範囲でのみ許される付加給付（Mehrleistung）とに分けられる。[27] 後者は本節第二款で紹介したように、各疾病金庫の規約に基づいて給付されるものであり、これには監督行政庁の認可を必要とする。RVOにより通常給付として規定されているものは、つぎのようなものである。

まず最初に挙げられるのは、一九七一年のRVO改正により新たに通常給付に加えられた疾病の早期発見措置（Maßnahmen zur Früherkennung von Krankenheiten）である。[28] これには、四歳児の予防検診、男性四五歳、女性三〇歳から認められる癌検診が含まれ、その他に連邦労働大臣が法規命令（Rechtsverordnung）で定める検診もこれに加えられるのである。[29]

つぎに、疾病時の稼得保障として位置づけられる疾病手当金（Krankengeld）を紹介することにしよう。RVO一八二条は、被保険者の疾病時における給付として、後述する療養の給付（Krankenpflege）と疾病手当金を規定している。この疾病手当金請求権は、通常、疾病時における賃金継続支払期間である六週間[30]が経過した後に発生し、労働不能の状態にあることを医師が確定することをその要件としている。[31] なお、疾病手当金の額は、当該被保険者の通常賃金（Regellohne）、すなわちRVO一八〇条の規定に基づき算出された賃金額、の八〇%である。[32]

疾病に対するこれらの保障の他に、つぎのような給付も通常給付とされている。まず、出産時における稼得保障と治療および薬剤等の保障とを含んだ出産扶助給付(Mutterschaftshilfe)[33]、妊娠中絶に関する刑法の改正と関連して一九七五年に新たに加えられた特別扶助給付(Sonstige Hilfe)[34]、そして被保険者の死亡につき支給される死亡手当金(Sterbegeld)[35]などが存在している。

最後に、これらの給付を支える財源について、みていこう。ドイツの場合、疾病保険財源は労使折半による拠出金によりほぼ全額が(九六%)まかなわれており、国庫補助金の占める割合は非常に少ない(三%)[36]。また、拠出金率は、先に述べたように、各疾病金庫の規約により独自に設定されるしくみが採用されているため、多少ばらつきがみられるものの、その平均は一二・九%である[37]。このように、ドイツでは、財源がほぼ全額拠出金にまかなわれており、また決算や拠出金率の決定も各疾病金庫に委ねられていることがわかる。そのため、近年では、金庫間の拠出金率の格差[38]と、医療費の増大に伴う負担増による保険財源の圧迫が問題化しており、政策的にはこれらの問題に対処する必要に迫られている[39]。

(1) 疾病保険に限らず、西ドイツの社会保険制度は保険の対象者ごとに存在する複数の制度により構成されている。因みに、疾病保険に関しては、ここで取り上げたRVOの他に、自営農家疾病保険法(Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte, BGBl I 1972 S. 1433.)、ライヒ鉱山労働者組合法(Reichsknappschaftsgesetz, BGBl I 1926 S. 369.)、芸術家社会保険法(Künstlersozialversicherungsgesetz, BGBl I 1981 S. 705.)などがある。社会保障法関係法規のこのような散在によって生じる受給権者のとまどいをなくすために、いわゆる社会法典(Sozialgesetzbuch・以下SBGと略)による統一法典化が現在進行中である。このSBGに関しては、上村学「西ドイツ社会保障法の動向」『創価法学』四巻三号(一九七五年)一頁、ヴォルフガング・ギッター(佐藤昭夫／滝沢仁唱訳)「ドイツ連邦共和国における社会法の法典化」早稲田大学『比較法学』一四巻二号(一九八〇年)一三一頁等を参照。

(2) RVOの各条文については、少々古いが、有泉亨監修・健康保険連合会編・海外社会保障法制研究会訳『ヨーロッパの社会保障法』(一九七七年、東洋経済新報社)一五七

頁以下に邦訳がある。なお、本稿では、Hrsg. v. Dieter Krauskopf / Günther Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung Komm. 2.Aufl.,(C. H. Beck, 1986) に掲載されている条文を参照した。

(3) Wolfgang Gitter, Sozialrecht 2. Aufl., (C. H. Beck, 1986), S. 41ff.

(4) 健康保険組合連合会編『社会保障年鑑一九八八年版』（一九八八年、東洋経済新報社）二四五頁。なお、社会保障研究所編『西ドイツの社会保障』（一九八九年、東大出版会）一九七頁以下（石本忠義執筆部分）によれば、近年、民間疾病保険への加入者が増加する傾向にあるということである。

(5) Vgl. Gitter, a.a.O., S. 58ff.

(6) Gitter, a.a.O., S. 61. なお、RVO一六五条一項二号参照。

(7) Vgl. Gitter, a.a.O., S. 61f.

(8) 社会保障研究所編前掲注(4)一九四頁参照。

(9) RVO二二五条一項、二二六条以下参照。

(10) RVO二二五条一項、二四五条以下参照。

(11) RVO二二五条一項、二五〇条以下参照。なお、この疾病金庫については、以下インヌング疾病金庫と呼称することにしたい。理由は以下の通りである。すなわち、インヌング(Innung)とは、一九世紀におけるシュタイン・ハルデンベルグ改革にはじまる一連の営業政策の結果生まれたものであり、これは同業組合的な側面を有するものの、わが国における同業組合組織と必ずしも性質的に一致するものではないからである。なお、インヌングにつき紹介した邦語文献として、八林秀一「一八七〇年代ドイツにおける徒弟制度の再編」岡田与好編『一九世紀の諸改革』（一九七九年、木鐸社）一九九頁以下所収、同「ドイツ帝政期における手工業者「保護」とインヌング「復活」について」岡田与好編『現代国家の歴史的源流』（一九八二年、東大出版会）一一三頁以下所収があるので、そちらを参照されたい。

(12) RVO五〇四条以下参照。

(13) Helmar Bley, Sozialrecht 5. Aufl., (Alfred Metzner, 1986), S. 178 ; Krauskopf, a.a.O., S. 63f. なお、SGBⅣ二九条一項を参照。

(14) いわゆるRVO金庫、すなわち地区、経営体およびインヌング疾病金庫以外の金庫については、異なった取扱

いがなされる（SGBⅣ四四条参照）。Vgl. Gitter, a.a.O., S. 82.

(15) Bley, a.a.O., S. 178. 一番最近の選挙は一九八六年に行われた。

(16) SGBⅣ四六条、五二条を参照。なお、金庫理事会、代議員総会の構成員は、いわゆる名誉職として（ehrenamtlich）取り扱われる（SGBⅣ四〇条）。

(17) SGBⅣ三六条参照。

(18) Bley, a.a.O., S. 179.

(19) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 72ff. なお、SGBⅣ三四条を参照。

(20) SGBⅣ八七条以下を参照。

(21) SGBⅣ九一条。Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 200ff.

(22) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 210. このことは、社会保険立法がボン基本法（以下GGと略）七四条にいういわゆる連邦の競合的立法権限（das konkurrierende Gesetzgebungsrecht）に属していることのあらわれである。この連邦の競合的立法権限とは、連邦法による統一的な規律が必要となる限りで連邦が有する立法権のことであり、それ以外の場合にはラント法律が優先する。そのため、疾病金庫の自主運営に対する監督組織については、各ラントの立法に委ねられているということになる。

(23) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 191ff. SGBⅣ八八条および八九条。

(24) なお、社会裁判所については、清野幾久子「西ドイツ社会裁判所」『明治大学大学院紀要（法学）』二三巻一号（一九八六年）一二三頁を参照されたい。

(25) 社会裁判法（Sozialgerichtsgesetz・以下SGGと略）一条および社会裁判権（Sozialgerichtsbarkeit）への出訴の途（Rechtsweg）につき規定するSGG五一条等を参照。Vgl. Jens Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz Komm. 3. Aufl., (C. H. Beck 1987), S. 1ff., S. 93ff.

(26) SGG七八条以下、ならびにSGBX六二条および六三条を参照。

(27) Vgl. Gitter, a.a.O., S. 68.

(28) RVO一八一条以下を参照。

(29) Gitter, a.a.O., S. 69.

(30) Gitter, a.a.O., S. 72. この六週間という期間は、使用者に対し被用者の疾病時における賃金の継続支払義務を規定した賃金継続支払法（Lohnfortzahlungsgesetz）一条

一項、BGB六一六条、HGB六三条、GewO一三三条cの支払期間に対応している。

(31) RVO一八二条を参照。Vgl. Gitter, a.a.O., S. 69ff.; Krauskopf, a.a.O., S. 113ff.

(32) RVO一八二条四項を参照。Vgl. Gitter, a.a.O., S. 73.

(33) Vgl. Gitter, a.a.O., S. 73ff. RVO一九五条以下。このうち、稼得保障に資する出産手当金は出産前六週間から出産後八週間まで給付される。

(34) Vgl. Gitter, a.a.O., S. 75ff. RVO二〇〇条e。これは、刑法改正により合法とされた措置に関するものである。すなわち、妊娠中絶または産児制限に関する医師の助言等に要する費用が新たに疾病保険給付の対象となったのである。

(35) Vgl. Gitter, a.a.O., S. 76ff. RVO二〇一条以下。

(36) 社会保障研究所編前掲注(4)一九一頁以下。Vgl. Gitter, a.a.O., S. 82. なお、被保険者の月収が年金保険にいうところの保険料算定報酬限度額の一〇分の一以下である場合には、全額使用者拠出となる（RVO三八一条一項参照）。

(37) 社会保障研究所編前掲注(4)一九二頁。

(38) Vgl. Wolfgang Gitter, 100 Jahre gegliederte Krankenversicherung, in: KrV 1981 S. 262ff.

(39) 西ドイツにおける近年の疾病保険制度改革等については、社会保障研究所編前掲注(4)二〇二頁以下を参照。

第二節　療養給付と金庫医師法

第一款　わが国における療養給付の仕組み

西ドイツ疾病保険は、わが国と同様に、被保険者に対して保険者が現物の医療サービスを給付する義務を直接負う、いわゆる「現物給付原則（Naturalleistungsprinzip）」[1]を採用している（RVO一八二条一項一号）。しかし、この原則の採用は直接、外部委託による医療サービス給付の実施に結びつくというわけではない。なぜなら、保険者が医療技術ないし施設を保有するのであれば、保険者が直接被保険者に対して給付義務を履行することが可能だからである。ただ、わが国においても西ドイツにおいても、保険者が通常このような能力を有することはないという事情があるため、療養給付の実施は開業医その他の医療機関に委託されるということになる。

ここで、わが国の法制を概観してみることにしよう。健康保険法（以下健保法と略）をはじめとするわが国の医療保険制

度は、[2]法所定の手続を経た医療機関および医師に療養給付の実施を委託している。すなわち、療養給付の取扱いを希望する医療機関ないし医師が直接保険者にではなく、保険者を監督する都道府県知事に対してその旨を申請し、知事の申請の受理または指定処分によって療養給付の実施委託が成立するのである。このようにして、療養給付の取扱いを許された医療機関ないし医師を保険医療機関または保険医といい、これらは知事による処分の時点から知事の監督に服することになる。[3]

知事の処分により成立する、保険者と医療機関ないし医師との法律関係は、判例上「医療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」[4]と理解されており、そこから発生する具体的な法律問題もほぼこの理解をベースにして処理されているようである。[5]つまり、保険医療機関ないし保険医はこの委託契約に基づき被保険者に対して治療行為すなわち療養給付をなし、それに要する費用および報酬を保険者から受けるのである。[6]ただ、療養給付といっても保険給付のひとつとしてなされる以上、その内容には一定の制限があるため、[7]保険者が保険医療機関等に費用報酬を支払う際には、医療機関側の請求が真にこの制限の中にあるか否かを審査する必要が生じる。

しかし、医療の大部分が医療保険によりカバーされているわが国では、医療機関側からの費用報酬請求が大量に発生し、その迅速かつ統一的な処理の必要性から、これらの事務処理は個々の保険者ではなく、別個の組織が行うことになっている。[8]この組織が、社会保険診療報酬支払基金[9]であり、国民健康保険団体連合会[10]である。これらの基金ないし連合会は、報酬請求にかかる審査支払事務を、保険者からの審査支払委託に関する「公法上の契約」[11]に基づき実施する。その主要な事務の内容は、医療機関から送付される診療報酬請求明細書(レセプト)が療養給付の内容に関する基準、すなわち「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略)」[12]に適合するか否かを審査し、審査を通過した請求につき報酬を支払うことである。

この審査の結果、療養担当規則に適合しないとされた請求については、医療保険各法に基づく療養給付と認められず、請求の全部または一部を減額するという減点措置がとられる。[13]そのため、これらの基金ないし連合会が実際の保険運営において有するウェイトは非常に大きいものということができる。つぎに、今まで紹介してきたわが国の療養給付の実施に関する制度を念頭におきながら、西ドイツではどのような制度が採用されているかをみていくことにしよう。

第二款　西ドイツにおける療養給付の仕組み（組織）

西ドイツにおいても、RVO一八二条一項一号所定の療養給付(Krankenpflege)の実施について、保険者である疾病金庫が医療機関にではなく、医師、病院ならびに薬剤師のそれぞれに委託するという点以外、原則的にはわが国と異ならない。ここでは、病院と薬剤師に対する委託の方式が医師に対するそれとほぼ同じであることから[14]、医師についてのみ紹介する。

疾病金庫と医師との間に存する、療養給付の実施にかかる委託関係を規律する法制度一般を、西ドイツでは特に「金庫医師法(Kassenarztrecht)」[15]と呼称し、独自の法領域として取り扱っている。これは、後に紹介するような歴史的沿革[16]に由来しているのであるが、日本と同様にかなり複雑である。

日本の場合、療養給付の実施にかかる業務委託は、間に社会保険診療報酬支払基金もしくは国民健康保険団体連合会を介在させるものの、基本的には保険者と個々の保険医療機関との間でなされている。しかし、西ドイツにおいて保険者と委託関係にあるのは、個別の医師ではなく、医師の組織である。この組織を金庫医師協会（Kassenärztliche Vereinigung）といい（RVO三六八条k）、RVO一八二条所定の療養給付の取扱いを許可されたいわゆる金庫医師（Kassenärzte）は許可と同時に同協会の構成員になる[17]。

この金庫医師協会は、わが国の医師会に相当するÄrztekammerとは別個に[18]、被保険者に対する療養給付の保障と実施を目的とした公法上の社団法人として、金庫医師により各ラントごとに結成されるものである[19]。この協会の主な業務は、業務委託の相手方である保険者団体との契約締結およびその内容に関する協議、保険者団体からの診療報酬の受取および報酬の医師たちへの分配、ならびに金庫医師任用の許可への関与等である[20]。そして、金庫医師協会はこれらの業務を遂行するのに必要な内部組織、すなわち代議員総会（Vertreterversammlung）や理事会（Vorstand）を構成員たる金庫医師の中から選出し、業務を遂行するのである。

この金庫医師協会の相手方となるのは、個々の疾病金庫ではなく、各ラントごとに結成される疾病金庫のラント連合会(Landesverband der Krankenkassen)である[21]。ラント連合会もまた、金庫医師協会と同様に、公法上の社団法人であり、業務執行に必要な内部組織を有している。連合会の主たる業務は、金庫医師任用の許可への関与、金庫医師協会との間の療養給付実施にかかる契約締結およびその準備、ならびに金庫医師協会への診療報酬の支払い等である[22]。

この他、金庫医師協会およびラント連合会双方の連邦レベルでの組織である、連邦金庫医師協会（Kassenärztliche Bundesvereinigung）と、疾病金庫連邦連合会（Bundesverband der Krankenkassen）が存在し[23]、これらの団体はラントレベルで締結される療養給付実施委託契約の外枠を設定する。なお、今述べた四種の団体に対する監督は、金庫医師協会とラント連合会については社会保険を所管する各ラントの最上級行政官庁が、連邦金庫医師協会と連邦連合会については連邦労働大臣が行っている[24]。

第三款　西ドイツにおける療養給付の仕組み（運営）

今までみてきたように、西ドイツの金庫医師法は、疾病金庫と金庫医師との間に双方を代表する二つの団体を介在させるという仕組みをとっていることがわかる。つぎに、これを運営の面すなわち委託という法関係の面からみていくことにしよう。

まず、日本でいう保険医の指定にあたる金庫医師の許可（Zulassung）について紹介しよう。RVO三六八条aによれば、療養給付の取扱いを希望する医師は各ラントの金庫医師協会が作成する登録簿（Arzteregister）に登録された後に、金庫医師の許可につき権限を有する許可委員会（Zulassungsausschuß）にその旨を申請しなければならない。この許可委員会は金庫医師協会およびラント連合会から任命された同数の委員により構成され、金庫医師の許可を多数決で決定する[25]。なお、この委員会は二審制で、許可委員会の決定に不服がある場合には、上訴委員会（Berufungsausschuß）に不服申立ができ[26]、さらに不服のある場合には社会裁判所に出訴することができる[27]。

つぎに、委託契約の締結についてであるが、これには連邦のレベルで締結される連邦基本契約（Bundesmantelvertrag）と各ラントのレベルで締結される総契約（Gesamtvertrag）とが存在する[28]。前者は、連邦金庫医師協会と疾病金庫の連邦連合会との間で締結される契約であり、その内容は主に金庫医師と被保険者との間の義務（例えば金庫医師の診断書の開示義務や被保険者の疾病票表示義務など）についてである[29]。他方、後者の総契約は金庫医師協会とラント連合会との間で締結され、その内容は診療報酬の具体的な算定方式[30]や支払い額等である[31]。

これらの契約は公法上の契約（öffentlich-rechtlichen Vertrag）であり[32]、その効果として労働法にいう賃金協約（Tarifvertrag）類似の規範的効力（normative Wirkung）を有する。そのため、契約当事者たる団体とその構成員はこれらの契約規範に拘束され、総契約の具体的内容もまたその上位規範である

連邦基本契約の内容に拘束される。(33)

このように、西ドイツにおける療養給付の実施委託の法関係は、原則的に疾病金庫側と医師側の合意を基礎とした諸契約によって規律されている。そのため、金庫医師法におけるこのような運営形態は、疾病金庫の業務運営が被保険者および使用者という関係当事者により直接運営されるという意味での自主運営（Selbstverwaltung）(34)が医師側との共同で行われているということから、「共同自主運営（gemeisame Selbstverwaltung）」(35)といわれている。しかし、この運営形態における当事者間の合意は完全な自由ではなく、社会保険としての疾病保険制度の性格に由来するつぎのような制限に服するのである。

その制限の具体的なものにRVOの諸規定が含まれるのは当然であるが、これら法律上の規定以上に重要な意義を有するものとして、さらに連邦委員会（Bundesausschuß）の設定する契約規則（Vertragsrichtlinien）が存在する（RVO三六八条o）。連邦委員会は、非党派の公益委員（unparteiischen Mitglieder）、連邦金庫医師協会の代表、ならび各金庫種別ごとの連邦連合会の代表者で構成され、(36)療養給付の大枠としての契約規則等を設定する。この規則は、いわゆる法規範（Rechtsnorm）としての性格を有するものではないと一般的に理解されているが、(37)RVO三六八条p三項が連邦委員会に代表を出している連邦金庫医師協会と各疾病金庫の連邦連合会に対し、規則を遵守する旨の規約設定を義務づけているため、すべての団体がこれらの規則に拘束されるのである。(38)

また、総契約および連邦基本契約の全部または一部につき当事者の合意が成立しない場合、RVO三六八条i所定の仲裁機関（Schiedsamt）が仲裁を行う。(39)仲裁機関は金庫医師協会および疾病金庫の連合会双方の代表者、ならびに判事職もしくは高級行政官の資格を有する委員および公益委員により構成され、仲裁が不調のまま終了した場合には契約内容を確定させるのである。(40)なお、仲裁機関の決定に関する不服については、社会裁判所への出訴が許されている。

第四款　日本と西独の相違点

ここまでみてきたように、西ドイツでは、療養給付の実施にかかる疾病金庫と医師との法関係は、種々の制限はあるものの、基本的には当事者間の合意に基づく公法上の契約により規律されているといえる。

このことを先に紹介したわが国の法制と比較した場合、つぎのような違いが存在すると考えられる。それは、西ドイツにお

いては制度的に疾病金庫と医師の合意が直接委託関係に反映されるのに対して、日本では主に監督行政庁がこれを規律しているということである。このことは、日本では保険者を監督する地位にある都道府県知事ないしは厚生大臣の判断に委ねられている保険医の指定や療養給付の具体的内容の決定が、ドイツでは疾病金庫と医師の代表機関の決定に委ねられている点に顕著である。

そのため、このような制度上の相違点から日独両法制をみた場合、現物給付原則の採用の点にのみ共通点があるように思われるかもしれない。しかし、次節で述べるような、判例の状況をみるならば、その背景にある関係当事者間の利益関係という点でかなり類似の状況にあるといえる。つぎに、判例を概観してみることにしよう。

(1) Naturalleistung に類する語として、Sachleistung という語がある。この語は前者と同じ意味で用いられることもあるが、通常は Dienstleistung という語と対にして用いられることが多い。すなわち、Sachleistung とは、療養給付のうちでもレントゲン写真や輸血などまさに物として提供されることを示す語である。したがって、本文で用いるような、費用償還 (Kostenerstattung) の対概念としての現物給付という場合にも、この語が用いられるという点に留意すべきである。Vgl. Dieter Klette, Die Kassenverträge der sozialen Krankenversicherung, Diss., Tübingen 1965, S. 9 ; Dieter Krauskopf / Günther Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung Komm. 2. Aufl., (C. H. Beck, 1986) S. 32f.

(2) 周知のように、わが国の医療保険法には、健保法のほかに、国民健康保険法や船員保険法など複数存在するが、ここでは健保法についてのみ紹介することにする。なぜなら、他の医療保険法も療養給付について同じ構造のシステムを採用していると考えられるからである。

(3) 保険医療機関の指定および保険医の登録等については、健保法四三条の三、四三条の四および四三条の五、またこれらに対する監督指導等については、同法四三条の七、四三条の一〇、四三条の一二、四三条の一三を参照。

(4) 岐阜地判昭和五九年一〇年一五日（判時一一六九号四三頁）四八頁、大阪高判昭和五八年五月二七日（判時一〇八四号二五頁）三〇頁、大阪地判昭和五二年三月二三

日（判時九九八号一一頁）二〇頁。

（5） わが国の医療保険法における療養給付にかかる診療報酬をめぐる判例につき整理分析したものとして、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〕』一八巻一号（一九八七年）七五頁、川上宏二郎「保険医療制度をめぐる法律問題」西南学院大学『法学論集』一〇巻二・三・四号（一九七八年）一三頁参照。

（6） 健保法四三条の九。

（7） この点につき、神戸地判昭和五六年六月三〇日（判時一〇一一号二〇頁）三一頁は、診療報酬の支払に国庫負担金、労使双方の保険料などの「いわば国民から拠出された貴重な財源」が充てられることを理由に、「診療報酬についても社会的に容認し得る支払の根拠を持つ」必要があるとしている。また、これとほぼ同旨と思われるものに、東京地判昭和五八年一二月一六日（判時一一二六号五六頁）六二頁がある。

（8） 加藤前掲注（5）八九頁。

（9） 社会保険報酬支払基金法の各条文を参照。

（10） 国民健康保険法八三条以下。

（11） 最一小判昭和四八年一二月二〇日（民集二七巻一一号一五九四頁）。

（12） 昭和三二年厚生省令一五。

（13） 減点措置等の詳細な手続に関しては、加藤前掲注（5）九〇頁以下参照。

（14） Vgl. Wolfgang Gitter, Sozialrecht 2. Aufl., (C. H. Beck, 1986), S. 79ff. ; Helmar Bley, Sozialreche 5. Aufl., (Alfred Metzner, 1986), S. 271ff.

（15） ここでいうKassenarztは日本でいう保険医に該当するが、Kassenarztrechtという語はそもそも金庫(Kasse)と医師(Arzt)との間を規律する法(Recht)という意味であったので、これを「保険医法」と訳さず、あえて「金庫医師法」と訳することにした。詳細は、第二章第三節を参照。

（16） 第二章以下とりわけ第三章および第四章を参照。

（17） RVO三六八条a四項。

（18） ここでいうÄrztekammerは、日本でいうところの医師会にあたる。その法的根拠は、連邦医師法(Bundesärzteordnung, BGBl I 1961 S. 1857)が医師免許の取得・取消・撤回・停止等以外に規定しなかった部分を、補充

的に定めた各ラントの立法である。これらのラント立法は、医師会の組織および機能、ならびにその構成員に対する制裁等に関わる規定を有するのが通常である。なお、これらの点については、宇都木伸「西ドイツ医師職業裁判所」『東海法学』一号（一九八七年）一二七頁以下に詳細な紹介があるので、そちらを参照されたい。

(19) RVO三六八条k三項第一文。

(20) Bertram Schulin / Wolfgang Düe, Zur Einführung ——Kassenarztrecht, JuS 1984 S. 920, S. 922.

(21) Schulin / Düe, a.a.O., S. 923 ; Gitter, a.a.O., S. 78.

(22) Schulin / Düe, a.a.O., S. 923.

(23) Ebenda.

(24) RVO三六八条k三項、四一四条四頁。

(25) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 438ff. ; Bley, a.a.O., S. 267 ff.

(26) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 444ff. なお、上訴委員会への不服申立は、社会裁判所への出訴要件である前置手続（SGG七八条以下）とみなされる（RVO三六八条b七項）。

(27) SGG五一条二項。Vgl. Jens Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz Komm. 3. Aufl., (C. H. Beck, 1987), S. 128.

(28) Schulin / Düe, a.a.O., S. 924f. ; Gitter, a.a.O., S. 78f.

(29) Gitter, a.a.O., S. 78 ; Franz Ruland, "Sozialrecht", in : Peter Badura, Rüdiger Breuer, Karl Heinrich Friauf et al. (hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht 8. Aufl., (Walter de Gruyter, 1988), S. 427ff.

(30) なお、ラント連合会から金庫医師協会へ支払われる、協会加入医師全員分のいわゆる総報酬（Gesamtvergütung）の算定方法等については、つぎの通りに規定されている。すなわち、RVO三六八条f二項によれば、総契約により、出来高方式（Einzelleistung）、人頭割方式（Kopfpauschale）、件数割方式（Fallpauschale）もしくはこれらの方式を結合させた方式のどれかが選択されることになっている。このうち、わが国の医療保険の採用しているものに近いのは、最初の出来高方式で、これは具体的な療養給付に要する費用報酬に応じて算出されるものである。なお、この方式が総契約で採用された場合、金庫医師協会が診療報酬の算定審査を行う。Vgl. Gitter, a.a.O., S. 79 ; Krauskopf, a.a.O., S. 459.

(31) Gitter, a.a.O., S. 79 ; Ruland, a.a.O., S. 428.

(32) Schulin / Düe, a.a.O., S. 924 ; Gitter, a.a.O., S. 78f. なお、社会保障法にいう公法上の契約も、行政手続法（Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl I 1976 S. 1253.）五四条第一文でいうそれと同じく、公法領域における法律関係を形成、変更または廃止する契約である（SGB X五三条一項第一文）とされている。そして、これは、つぎの二通りのものに分けられる。すなわち、契約当事者が対等である対等法的契約（koordinationsrechtlicher Vertrag）と、契約当事者が通常の場合に相互に優越・従属の関係にある従属法的契約（subordinationsrechtlicher Vertrag）とである。ここで取り扱う、総契約や連邦基本契約は、対等な地位にある疾病金庫の連合会と金庫医師協会との契約であることから、対等法的契約であると位置づけられている。Vgl. Günther Schroeder-Printzen, Sozialgesetzbuch Verwaltungsverfahren—SGB X Komm., (C. H. Beck, 1981), S. 248 ff.

(33) Vgl. Schulin / Düe, a.a.O., S. 924f.

(34) Vgl. Bley, a.a.O., S. 178 ; Krauskopf, a.a.O., S. 63f.

(35) Günther Schneider, Die Entwicklung der Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen, DOK 1981 S. 866, S. 873.

(36) RVO三六八条。Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 506f.

(37) Schulin / Düe, a.a.O., S. 924 ; Krauskopf, a. a. O., S. 511.

(38) Ebenda. なお、この契約規則が憲法に適合しているか否か（Verfassungsmäßigkeit）につき論じたものとして、Hermann Hill, Zur Verweisung auf Richtlinien im Kassenarztrecht, NJW 1982 S. 2104ff. がある。

(39) Krauskopf, a.a.O., S. 482f.

(40) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 477ff.

第三節　金庫医師法をめぐる法的問題

第一款　概観

ここでは、前節で紹介した金庫医師法のシステムにおいて、どのような紛争が発生し、どのような解決がなされているかについて、連邦社会裁判所（Bundessozialgericht・以下BSGと略）の裁判例を中心に紹介する。

本稿が参考にした文献[1]によれば、金庫医師法にかかわる紛争

は、つぎの二つに分けられる。ひとつは、医師に療養給付の取扱いを認める金庫医師の許可(Zulassung・RVO三六八条a)に関するものであり、いまひとつは、疾病金庫のラント連合会が金庫医師協会に支払う総報酬(Gesamtvergütung・RVO三六八条f)の支払・算定等に関するものである。[2] これらを日本法にあてはめて考えるならば、前者は保険医の登録もしくは保険医療機関の指定に関する紛争に、後者は診療報酬支払・審査(すなわち減点措置等)に関する紛争にそれぞれ対応するということになると思われる。

以下、この分け方にしたがって、金庫医師の許可に関する判例の傾向と総報酬の支払算定に関する判例の傾向について、ごく簡単に紹介することにしよう。

第二款　金庫医師判決と許可に関する判例

金庫医師の許可に関する最も重要な判例としては、連邦憲法裁判所一九六〇年三月二三日判決、いわゆる「金庫医師」判決(Kassenarzturteil)[3]がある。この判決は、許可委員会が金庫医師許可の際に基準としていたRVO三六八条a一項の制限がGG一二条一項にいう職業選択の自由に反する違憲なものである、としている。[4] この判決は、金庫医師の許可に関する重要な判例であると思われるので、以下やや詳しく事案と判旨について紹介することにしよう。

この当時、金庫医師の許可については、被保険者六〇〇人(家族も保険の対象になっている場合には五〇〇人)あたりに医師一名の割合でこれを許可するという、いわゆる「比例数(Verhältniszahl)」制度が採用されていた。[5] 憲法訴願の申立人である開業医Xは、許可委員会の登録簿に登録され、比例数以外の要件を満たしているにもかかわらず、許可委員会および上訴委員会から比例数に違反することを理由に金庫医師の許可を受けることができなかった。そのため、Xは、つぎのような主張をして、連邦憲法裁判所に対し憲法訴願を申し立てた。[6] すなわち、法律上の疾病保険が国民の八〇%をその対象としている状況下でかかる比例数制度を採用することは、本来医師免許の取得により理論的には何時でも自由に開業医として職業活動を行えるというXの職業活動の自由を不当に制限するものであり、またこのような制限を加えること自体につき正当な理由を欠く、ということであった。[7]

連邦憲法裁判所は、まず金庫医師の法的な地位および性質について、つぎのように判断している。まず、疾病保険は自由業としての医師の存在を事実的にも法的にも前提としながら、疾

病保険の事務を実施するために、医師の自由業としての性格を変えることなく彼らをそのシステムの中にとりこんでいる。つまり、金庫医師は公立の施療施設に勤務する医師（Amtsarzt）と異なり、それ自体開業医と対置される特別な職業ではなく、またその活動も通常の開業医と何ら異なるところはない。しかしながら、国民のほぼ八〇%が疾病保険による保護の対象となっている今日の状況の下では、金庫医師の許可によってはじめて、開業医としての十全な職の遂行（die sinnvolle Ausübung des Berufs）が可能になるため、この許可にかかる制限はGG一二条一項後段にいうところの「職業活動に関する規律（Berufsausübungsregelung）」[8]として審査される、としている。

そこで、連邦憲法裁判所は、この点についての先例として有名な一九五八年六月一一日の薬事法判決[9]の枠組みにしたがって、比例数規定につき憲法判断している。つまり、比例数による許可制限の必要性が共同の福祉の保護（Schutz der Allgemeinheit）との関係で厳格に衡量されねばならない。そして、ここでいう比例数に基づく許可の制限は、個人の能力の及ばない「客観的許可要件（objektiven Zulassungsvoraussetzungen）」[10]であるから、他の手段では保護されえない共同体の特に重大な利益にとって必要とされる場合にのみ正当とされるのである。

ところが、連邦およびラント政府の主張するつぎのような比例数制度採用の理由は、鑑定人の提出した資料等の全証拠に照らして考慮するならば、これを正当なものとすることはできないとされた[11]。すなわち、その理由とは、すべての開業医に許可を行えば従前からの金庫医師の平均収入が低下し、その結果、金庫医師間の過当競争、職業モラルの低下、過剰診療の増加等が発生するため、疾病金庫に対して非常に大きな財政負担を課す可能性がある、ということである。

結局、この金庫医師判決は、許可につき比例数というかたちで客観的な要件を課すことを医師の職業活動の自由を不当に制限するものとしている。そして、この判決中に示された金庫医師に対する捉え方は、許可委員会による金庫医師の許可・不許可および許可の取消しに関するBSGの判例に反映されているのである[12]。

とりわけ、金庫医師としての義務を著しく懈怠したことや許可要件が消滅したことを理由になされる許可取消しは（RVO三六八条a六項）、先に述べた医師の職業活動の自由という基本権と適正な保険運営という公益に影響を与えることから、BSGはこれを極めて厳格に解釈している[13]。確かに、RVO三六八条a六項は、許可の取消しにつき具体的な基準を示していない。

しかし、個別の取消基準は、許可取消しの目的すなわち金庫医師として不適格な医師を排除することにより疾病保険制度を支障なく機能させるという目的との関係で、より限定的に解釈されべきなのである。[14] その結果、BSGは、本来取り消すことが「できる」というRVO三六八条a六項の規定（"Kann"-Vorschrift）を「ねばならない」という規定（"Muß"-Vorschrift）として取り扱っているのである。例えば、麻薬中毒の医師については当然許可の取消しはなされねばならないし、[15] また取消し後に金庫医師としての適格性を回復した医師については再許可（Wiederzulassung）の請求権が発生するとされているのである。[16]

以上みてきたように、金庫医師の許可に関する西ドイツの判例は、医師の有する職業活動の自由という基本権に対して慎重な配慮を加えつつ、適正な保険運営の確保という目的との関連で許可および許可取消しについて審査しているということができよう。

第三款　総報酬の支払いに関する判例

つぎに、総報酬の支払い等に関する判例について、概観することにしよう。[17] 前節ですでに紹介したように、西ドイツでは療養給付に要する費用および報酬は疾病金庫のラント連合会から金庫医師協会へ総報酬というまとまったかたちで支払われ、金庫医師協会の内部で各金庫医師に対して配分されることになっている。そして、このような総報酬の支払いおよび報酬分配に関しては、ラント連合会と金庫医師協会との間でとりきめられた総契約ないしは配分基準等がこれを規律しているのである。

この総報酬の支払い等に関するBSGの判例は数も多く、また論点も多岐にわたっているのであるが、[18] ここでは紙幅の関係上、日本法と最も対比しやすいと思われるつぎの点にしぼって紹介することにする。すなわち、RVOや続契約などが療養給付の具体的な内容につき規律していることとの関係で生じる、金庫医師に対する報酬の減額や治療行為に対してなされる審査に関する判例である。

まず、療養給付の具体的内容に関する規律についてであるが、これはRVO三六八条eがつぎのように規定している。すなわち、被保険者は「医師の水準に沿った治療もしくは鎮痛にとって合目的的でかつ十分な医師による治療行為(die ärztliche Versorgung, die zur Heilung oder Linderung nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßig und ausreichend ist)」を請求することができ、また医師および疾病金庫は「不必

要もしくは非効率的な（nicht notwendig oder unwirtschaftlich）」な給付を行うことはできないのである。[19] そのため、金庫医師は同条にいう治療行為の基準を考慮しなければならず、また金庫医師協会はその遵守につき努力しなければならない。[20]

RVO一八二条所定の療養給付に求められる、このような要請を「効率性の要請（Wirtschaftlichkeitsgebot）」[21]といい、これに対するBSGの解釈はつぎのようになっている。すなわち、ここでいう「合目的的（zweckmäßig）」と「十分な（ausreichend）」とは同じ意味のことばの繰り返しであり、両者は同じものとして取り扱われる。[22] そして、これは可能な限り速やかに[23]健康を回復するために必要な措置がすべてなされること、と理解されているのである。

では、具体的にどのような治療行為が非効率的な（unwirtschaftlich）治療とされるのであろうか。BSGの判例[24]によれば、療養給付としてなされた治療もしくは処方が、その専門領域における平均的な価格からみて明白に調和していない場合（wenn Behandlungs- oder Verordnungsweise in einem offensichtlichen Mißverhältnis zu den Durchschnittswerten steht）に、非効率的なものとされるのである。ただし、そのときそのときの疾病が医師による費用等の超過支出を全部もしくは一部を正当化するような場合、またはその治療における部分的な超過支出がそれとともに主としてなされた他の治療による支出の減少によって全部もしくは部分的に補塡されるような場合は、この限りではない、[25]とされている。なお、ここで用いられているその専門領域における平均的な価格とは、療養給付にあたっている医師の属する専門において認められているものをいう。

ここで、ある療養給付が効率的なものであるか否かを審査する機関について、紹介することにしよう。金庫医師協会の業務につき規定するRVO三六八条nは、その五項において、同協会が療養給付の効率性審査のために必要な審査機関（Prüfungsinstanzen）を設置することができると規定している。[26] この規定によれば、金庫医師協会は審査機関の構成員（ただし医師側と金庫側の同数の代表者で構成しなければならない）[27]、任期、任務の遂行等について、協会の規約で定めることができる。この審査機関を審査委員会（Prüfungsausschuß）といい、通常は査定方式（im Wege der Schätzung）で、個別の療養給付が効率的であるか否かについて、そして非効率とされた場合にはその程度・範囲について審査する。[28]

この審査の結果、ある療養給付が非効率であることが判明した場合、当該金庫医師にその部分の費用等の償還を命じ、医師

に対し注意を与えることができる。[29] 金庫医師がこの決定につき不服を有する場合には、金庫医師協会の規約により設置される不服申立委員会（Beschwerdeausschuß）に審査請求をし、不服申立委員会の決定に対しては社会裁判所に出訴することができる。[30] この他、金庫医師の治療行為により疾病金庫の被ったその他の損害（sonstige Schaden）が認められた場合には、審査委員会は疾病金庫の申請に基づき損害の額を確定し、その償還を当該金庫医師に命じる決定をなす。この損害塡補決定に関するBSGの判例によれば、これは法的確定力あるもの（rechtswirksam）とされており、[31] その要件として当該金庫医師の過失を必要とするのである。[32]

さらに、効率的に提供された金庫医師による療養給付もまた、協会に所属する医師が将来的に過剰な診療を行う危険がある場合に限り、報酬制限（Honorarabgrenzung）に服することがある（RVO三六八条f一項第五文）。[33] これは、西ドイツ法が療養給付に対する費用報酬等の支払いを総報酬というかたちで金庫医師協会に行っていることに由来している。なぜなら、過剰診療の予防手段として協会の内部で総報酬を各医師に配分する際に用いられる基準（Honorarverteilungsmaßstab）の中に配分報酬額の上限を設けることが可能だからである。[34]

この報酬制限に対しては、医師の側から、GG一二条一項後段にいう職業活動の自由を不当に害するものであるとの訴えが提起されていたが、BSGも連邦憲法裁判所[35][36]もつぎのような理由からこれを合憲としている。すなわち、ここでいう報酬配分基準は疾病金庫のラント連合会と金庫医師協会との協議に基づいて作成される（RVO三六八条f一項第三文）ため、同基準は医師の自律的な社団の自主運営権から（aus dem Recht der Selbstverwaltung einer autonomen Körperschaft der Ärzte）形成されているという[37]点を合憲判断の決め手としているのである。つまり、BSGも憲法裁判所も配分基準における報酬制限の設定を金庫医師らによる自主的な規律という点を重視し、その限りで憲法判断の基準をゆるやかに解しているのである。それゆえ、この点が、前節で紹介した「金庫医師判決」と結論を異にする重要なポイントであるといえよう。

第四款　本稿の視点

いままでみてきたように、西ドイツの金庫医師法をめぐる判例は、医師の「職業活動の自由」という基本権を念頭におきながら、それと対立する公益目的、すなわち疾病保険の適正な運営ひいては被保険者に対する療養給付の確保という疾病保険の

制度目的に沿った事案の解決を指向していることがわかる。つまり、西ドイツの判例は、前述の「金庫医師判決」にみられるように、療養給付のための活動を医師の職業活動として営業の側面から理解し、これに対する制限を「職業活動」に対する規制と理解しているのである。(38)

これを日本法と対比してみた場合、判例でも同様の議論が展開されているということができる。わが国においても、ここで紹介した判例に対応する諸判例、すなわち保険医の指定等および療養給付に対する報酬額の多寡をめぐる判例は相当数に達しており、(39)医療保険制度をめぐる重要な問題群を形成している。前者のうちでも、指定取消処分の執行停止申請事件では、行政事件訴訟法二五条にいう執行停止の要件(40)が主たる論点になっているため、取消処分により被ることになろう医師等の営業上の利益が回復しがたいものであるか否かが問題になっている。(41)また、後者の場合には、保険医療機関の提供した医療サービスが療養担当規則に合致するか否かが主に争われ、ここでは診療時における医師の判断の自律性と保険給付としての画一性との関係が問題になっている。(42)そのため、わが国においても、少なくとも判例上は、療養給付における医師の権利利益が潜在的にであれ、意識されているといえよう。

このことは、わが国の法制度において、医療保険制度が国民皆保険を採用していながらなおも医師法等が医業について自由開業制を建前としていることとの関係で、理解されうるであろう。なぜなら、医療保険制度は国民の健康の維持増進を目的とするものの、当然に自由診療の存在を否定するものではないし、また医師法や医療法も営業という側面で自由開業制を原則としていることから、医業にはなお営業としての側面が残っているといえるからである。結局、金庫医師法に対する西ドイツの先の理解は、医業の自由開業を建前としつつ保険医に療養給付の実施を委託しているわが国の医療保険制度の理解に有益な示唆を与えるものということができよう。

以上のことから、日本においても西ドイツにおいても、制度上の相違はあるにせよ、療養給付の実施にかかる法的紛争の背景に医師と保険者との利益対立が存在しているということがわかる。そして、このことは、両国の保険制度が医業の自由開業を前提として医療サービス給付につき現物給付方式を採用したという共通点に由来しているのである。それゆえ、療養給付に関していうならば、日独両法制はつぎのような共通の問題を有しているということができよう。すなわち、政策的には自由開業を保障された医師達をどのようなかたちで療養給付の給付過

程にとりこむのが合理的であるかということであり、法的には実際に採用された制度における関係当事者間の権利利益がどのようにして保障もしくは調整されるべきかということである。これが、本稿の分析視点である。

なお、本稿は、このような問題を考察するにあたって、制度の歴史的分析という手法を用いることにした。その理由は、つぎの二点にある。ひとつは、西ドイツの金庫医師法で採用されている制度が必要とされた歴史的背景を理解することによって、この制度が念頭においている当事者の利益状況を適切に把握できると思われるからである。そして、いまひとつは、ドイツ疾病保険制度の経験した二度の財政的な危機(第一次大戦後のインフレと世界恐慌)において、金庫医師法がどのように対応したかを知ることにより、現在の両国が抱えている医療保険制度の財政問題の対応策を考慮する際のてがかりを提供できるのではないかと思われるからである。

(1) Günter Spielmeyer / Ruth Schimmelpfung-Schütte, "Rechtsfortbildung durch Richterrecht im Kassenarztrecht", in : Deutschen Sozialrechtsverband e. V. (hrsg.), Entwicklung des Sozialrechts, Aufgabe der Rechtsprechung, (Carl Heymann, 1984), S. 343ff.

(2) Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 343.

(3) BVerfG v. 23. 3. 1960, E 11, 30.

(4) GG一二条一項は、「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択できる権利を有することができる。職業活動(Berufsausübung)は法律によって、または法律の根拠に基づいて、これを規律することができる。」と定めている。なお、GG一二条に関する邦語の解説として、コンラート・ヘッセ(阿部照哉ほか訳)『西ドイツ憲法綱要』(日本評論社、一九八三年)二〇九頁以下があるので、参照されたい。

(5) 比例数制度採用の経過等については、第三章第三節以下を参照。

(6) BVerfG v. 23. 3. 1960, E 11, 30 (35ff.).

(7) その根拠として、Xはつぎのことを主張している。まず第一点は、金庫医師の数の増加は総報酬の増加を直接もたらすわけではないから、疾病金庫の財源に直接の影響を与えないということ。第二点は、過剰な診療等による報酬額の増大、医師の非違行為の増加については、報酬算定にかかる審査や保険審査医(Vertrauensarzt)に

よる診療券のコントロール（RVO三六八条b）などで十分に対応できること。第三点は、医師の職業モラルの低下の防止およびそれに対する懲罰等に対しては、医師職業裁判所（die ärztliche Berufsgerichtsbarkeit）で十分であることである。なお、医師職業裁判所の詳細については、前節注（18）の宇都木論文を参照。

（8） BVerfG v. 23. 3. 1960, E 11, 42. なお、ここでいう規律（Regelung）とは、基本権の内容をより具体的に形成し、また二次的に制限するという立法作用のことである。この点につき、ヘッセ前掲注（4）一五八頁以下を参照。

（9） BVerfG v. 11. 6. 1958, E 7, 377. 邦語の紹介文献として、覚道豊治「22 薬局開設拒否事件」別冊ジュリスト二三号（一九六九年）六六頁がある。

（10） BVerfG v. 23. 3. 1960, E 11, 44f.

（11） その実質的な理由は、つぎの点にあった。まず一九五七年における統計によれば、金庫業務すなわち療養給付によって金庫医師の得る純収入が平均で一七、七〇〇DMである。しかしながら、ドイツの全医師のうち金庫医師ではないのは全体の約一二%でしかないこと、およびその後の人口増加に伴う金庫構成員の増加をあわせて考慮するならば、仮に残りを金庫医師にしたとしても、医師の収入は一六、〇〇〇DMにしか低下しない。そのため、連邦政府が憂慮するような、金庫医師間の過当競争やそれに伴う医療費の高騰、疾病金庫財源の圧迫という事態が発生する可能性は非常に少ない。なお、ここで採用された統計は、連邦医師会（Bundesärztekammer）のものを中心に、連邦統計局（Statistischen Bundesamt）や開業医協会（Verband der niedergelassenen Ärzte）および地区疾病金庫連合会（Verband der Ortskrankenkassen）の統計を加味したものである。Vgl. BVerfG v. 23. 3. 1960, E 11, 45ff.

（12） Vgl. Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 344ff.

（13） Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 344.

（14） BSG v. 30. 10. 1959, E 10, 292 (298) ; BSG v. 30 3. 1977, E 43, 250 (252) ; BSG v. 9. 6. 1982, E 53, 291 (292).

（15） BSG v. 28. 5. 1968, E 28, 80ff.

（16） BSG v. 11. 6. 1958, E 7, 129ff. なお、このことは、つぎの二つの場合に意義を有する。すなわち、許可委員会による許可の取消しを医師が争っている場合、通常は執

行停止が原則(訴えの停止的効力＝aufschiebene Wirkung・SGG八六条一項)なので問題は少ない。しかしながら、許可取消処分に公益性の存在することを理由に、上訴委員会(RVO三六八条b五項)または社会裁判所(SGG九七条三項)が執行不停止を命令した場合、原告の権利救済という点で再許可請求権の存在は意義を有するのである。Vgl. Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 345.

(17) 本章第二節第三款。

(18) Vgl. Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a. a. O., S. 349ff.

(19) Vgl. Bertram Schulin / Wolfgang Düe, Zur Einführung —— Kassenarztrecht, JuS 1984 S. 920., S. 925ff.; Dieter Krauskopf / Günther Schroeder-Prinzten, Soziale Krankenversicherung Komm. 2. Aufl., (C. H. Beck, 1986) S. 454f.

(20) Schlin / Düe, a.a.O., S. 925ff.

(21) BSG v. 29. 5. 1962, E 17, 79 (84f.) ; BSG v. 15. 5. 1963, E 19, 123 (127ff.).

(22) Krauskopf, a.a.O., S. 454.

(23) Schlin / Düe, a.a.O., S. 925.

(24) Vgl. BSG v. 29. 5. 1962, E 17, 79 (84f.) ; Krauskopf, a.a.O., S. 455ff.

(25) BSG v. 26. 4. 1978, E 46, 136 (137ff.)

(26) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 502f. ; Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 351ff.

(27) RVO三六八条a第五文。なお、金庫医師協会には、金庫側の代表委員を任命する権限はないとされている。Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 502. ; Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 352.

(28) Krauskopf, a.a.O., S. 502f.

(29) Ebenda.

(30) Krauskopf, a.a.O., S. 502a.

(31) BSG v. 22. 4. 1983, E 55, 144 (146ff.)

(32) BSG v. 18. 8. 1972, E 34, 248 (251).

(33) Vgl. Krauskopf, a.a.O., S. 460f. ; Spielmeyer / Schimmelpfung-Schütte, a.a.O., S. 353.

(34) 例えば、BSG v. 27. 1. 1965, E 22, 218. の事案で採用された報酬制限は、一一、〇〇〇DMを上限として、これを越える部分の報酬については一、〇〇〇DMと

に一〇〇DMづつ報酬を減じるというのである。この事件の原告は、この配分規定により本来なら二一、八〇六DMであった報酬を一六、五八〇DMに減じられている。

(35) BSG v. 27. 1. 1965, E 22, 218 (219ff.).

(36) BVerfG v. 10. 3. 1972, E 33, 171 (185ff.).

(37) BSG v. 27. 1. 1965, E 22. 218 (233ff.).

(38) BVerfG v. 23. 3. 1960, E 11. 30 (41ff.).

(39) 下級審をも含めて、保険医指定処分に関する判例は一五件、診療報酬額の多寡に関する判例は一六件にのぼる（筆者調べ）。なお、後者の判例につき分析整理したものに、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〕』一八巻一号（一九八七年）七五頁、川上宏二郎「保険医療制度をめぐる法律問題」西南学院大学『法学論集』一〇巻二・三・四号（一九七八年）一三頁がある。

(40) 保険医指定取消処分が争われたものの多くは、執行停止事件である。その例としては、以下の判例がある。①浦和地決昭和二九年四月二〇日（行集五巻四号九一七頁）、②東京高決昭和五四年七月三一日（判時九三八号二五頁）、③東京地決昭和五四年八月一〇日（判時九四三号四七頁）、④東京高決昭和五五年二月一九日（判時九五九号六〇頁）、⑤浦和地決昭和五六年一月一二日（判タ四三五号八〇頁）、⑥宇都宮地決昭和五六年九月二五日（判時一〇二六号八三頁）、⑦神戸地決昭和五六年一〇月一四日（判タ四七〇号一八七頁）、⑧東京高決昭和五六年一〇月三〇日（訟月二八巻一号一四五頁）、⑨大阪高決昭和五七年二月二三日（判タ四七〇号一八七頁）、⑩静岡地決昭和五九年六月二五日（判タ五三四号一五七頁）、⑪東京高決昭和五九年一二月四日（判例自治一一号八九頁）である。なお、執行停止の申立が認容されたのは、①、②、⑦、⑩および⑪である。

(41) 前掲注(40)の判例の中で、保険医指定取消処分の執行停止を認容した⑤判決はつぎのように判示している。すなわち、同判決は、健保法による「保険医の登録が取消されても医師免許が取消されるわけではないから健康保険以外の活動が理論上可能である」ことを認めつつ、健保が実際の医療の大部分を占めている実状から、「保険医登録の取消しは実際上医療行為の殆どを禁止されるに等しく、そのことにより被るべき損害は」収入面等からみて、行訴法二五条二項にいう「回復困難な損害を避ける

ため緊急の必要があるとき」に該当するとしている。これと同旨と思われるものに、前掲注(40)の⑦および⑩があり、反対の趣旨と思われるものに⑧がある。

(42) 判例の分析整理については、前掲注(39)の二論文を参照されたい。

第二章　疾病保険法と現物給付原則の採用

西ドイツの現行疾病保険制度では、金庫・医師双方の団体間で療養給付の実施を委託する契約を締結し、医師がこの契約に基づき療養給付を実施している。このような金庫と医師との間の委託関係を規律するのが金庫医師法であり、これはさまざまな変遷を経て今日に至っている。この金庫医師法を制度史の側面からみた場合、まずその形成を促した要因が考慮さけねばならない。つまり、疾病金庫と医師との間に直接の法律関係を必要とした要因は、何かということである。

その要因としては、つぎの二つが考えられる。ひとつは疾病保険制度における現物給付原則の導入であり、いまひとつは開業医の存在である。これらは、一九世紀になされた救貧扶助から共済金庫制度への転換と密接に関連しているので、本章ではまず疾病保険制度の前身ともいうべき制度のうちでも特に共済金庫制度を中心に紹介する。

加えて、ここでは、ドイツの疾病保険制度において最初に現物給付原則を採用した一八八三年の疾病保険法(Gesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883, RGBl S.73・以下KVGと略)が、どのような意図で現物給付原則を採用したかについて検討する。このKVGは、ビスマルクの主導により成立した世界初の社会保険立法としてよく知られており、またドイツ疾病保険制度の基礎を形成したといわれている。そのため、本章の主題である現物給付原則の採用について検討するまえに、ごく簡単にKVGの成立過程とその具体的内容もあわせて紹介することにしたい。

第一節　疾病保険法成立以前の制度状況

第一款　概観

一八八三年に成立したKVGを紹介するためには、中世以来発展してきたさまざまな形態の相互扶助制度についてみていく必要がある。なぜなら、これらの社会保険の前身ともいうべき諸制度は、KVGの成立以前に工場労働者、鉱夫、手工業者等に対して、疾病、廃疾または死亡時における扶助を実施してお

り、また種々の変遷を遂げた後にKVGの中にくみこまれたからである。[1] ここでは、KVGの成立過程を紹介するのが主な目的であるため、これらの制度の中でもKVGと時期的に近接し、また制度的にも直結していると思われるものを中心に論述をすすめていく。

さて、KVG成立以前における医療の担い手は、いうまでもなく医師達であった。医師は、ドイツにおいても古くから自由業(der freie Beruf)と理解されていたものの、その大部分は雇われかつ経済的にも従属的な関係におかれていた。[2] いわゆる都市医(Stadtarzt, Stadtphysikus)である。かれらは都市に雇われ、主に都市の行っていた救貧医療に従事していた。

このような状態は一九世紀のはじめごろまで続いていたが、近代医学が発展し、普及するにつれて開業医(der praktische Arzt)が医師の多数を占めるようになってきた。そうして、一八六九年には、北ドイツ連邦営業法(die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, RGBl S. 245)が医師の営業に対して、資格証明に基づく医師の免許（Approbation）制を採用し、[3] 医師は免許の取得をもってドイツ国内で自由に開業することを許されるようになったのである。[4] しかし、開業医の増加は、国民の多くを占める低所得者層への医療に直接寄与することはなかった。[5] なぜなら、これらの者は開業医に対する費用や報酬の支払能力を有していなかったからである。

そのため、これらの者に対する医療の担い手は開業医ではなく、ゲマインデや都市が実施していた公的な救貧扶助(die öffentliche Armenpflege)[6]に従事していた救貧医(Armenarzt)であった。[7] しかし、この公的な救貧扶助は、農村部から都市部への大規模な人口流入を可能にした一連の諸政策[8]により、一九世紀半ばから、とりわけ都市部のゲマインデに過剰な財政負担を課すようになってきた。[9] その結果、プロイセンをはじめとするドイツ諸邦では、次第に救貧扶助に代わる金庫制度の整備を営業政策の一環として、すすめていくようになったのである。[10]

以下、各ラントで行われた金庫制度の整備について、プロイセンを中心に紹介することにしよう。

第二款　営業法に基づく金庫制度の再編

プロイセンを中心とした北ドイツでは、教会等による救貧制度とは別に、中世からツンフトを基盤とするさまざまな相互扶助制度[11]が存在していた。このような組織に関する規定は、一七九四年のプロイセン一般ラント法(das Preußische Allgemeine Landrecht・以下ALRと略)の中にみることができ、[12] 組織その

ものは以下で紹介する金庫制度へと吸収・再編されることになる。

さて、従来から存在していた都市部の職人・徒弟等を対象とする相互扶助組織を、再編し、その発展を促進することを目的としたものとして、まず一八四五年のプロイセン一般営業法(preußische Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, PrGS S. 41.)がある。この営業法は、職人、徒弟および工場労働者に対して、救済金庫の保持と新設を承認し[13]、ゲマインデに対して地方条令(Ortsstatut)による強制金庫(Zwangskasse)の設立権限を付与した[14]。しかし、この強制金庫は、ある地区で就業している職人と徒弟しか対象にしなかったため、工場労働者に適用されなかった[15]。これに加えて、同法は組織、給付および拠出金の徴収に関する規定を含んでいないという欠陥も有していたのである[16]。

その後、一八四九年二月のプロイセン法規命令[17]により工場労働者に対しても強制金庫が導入された。つまり、この命令は、地方条令による強制金庫の設立およびそれへの強制加入を工場労働者に拡張したのである[18]。また、ゲマインデには、自営商工業者に保険団体の結社またはインヌングに金庫の設立を強制する権限が付与された[19]。その他、この命令は使用者に拠出義務を課していた[20]。しかし、ゲマインデは地方条令による強制金庫の設立・加入権限を謙抑的にしか利用しなかったため[21]、新たな立法措置がとられることになった。これが、一八五四年四月三日の救済金庫法(Unterstützungskassengesetz)[22]である。この法律はゲマインデの強制金庫設置権限に加えて、必要な場合には県庁(Bezirksregierung)にもその権限を付与した[23]。また、この法律に基づく地方条令により、賃金を得ている見習者を含めたすべての被用者を対象とする新たな金庫設立義務を導入することも可能になった。このように、特定の被用者に対し金庫の設立およびそれへの加入を強制する制度を「強制金庫制度(System der Zwangskassen)」といい、この制度はプロイセンの他に、ハノーファー、ヘッセン、シュレスヴィヒ・ホルシュタインおよびオルデンベルグで採用されていたのである[24]。

その後、一八六九年の北ドイツ連邦営業法は、先の「強制金庫制度」に代えて、金庫への加入を強制するが金庫の選択を自由にする「金庫強制制度(System des Kassenzwanges)」を採用した[25]。つまり、一八六九年営業法は、設立強制に基づいた強制金庫への加入強制を任意共済金庫の加入者に対して免除したのである[26]。その結果、強制共済金庫と任意共済金庫との間に被保険者の加入をめぐる競争状態が生じ[27]、これを解決しようと意

図したのが、つぎに紹介する一八七六年共済金庫法である。

第三款　一八七六年共済金庫法

一八四五年以来設立されてきたさまざまな形態の金庫組織を統一的なものにするため、一八七六年に共済金庫法が成立した。同法成立の具体的な理由としては、つぎの二つが考えられいてる。ひとつは、従来の営業法が採用したゲマインデの地方条令によるさまざまな形態の強制金庫の設立が制度を雑多なものにしてしまうことである。[28] そして、いまひとつは、一八六九年営業法において強制金庫への加入強制が免除される際の要件である「その他の金庫」[29]に加入する者の解釈に争いがあったことである。[30] この点につき、行政庁は「その他の金庫」を「国家による承認を得た金庫」のみであると解し、裁判所はこれと反対の解釈を採用していた。これには、つぎのような事情が存在していた。つまり、当時のライヒ政府が、社会民主党系ないしはヒルシェ・ドゥンカー系(Hirsch-Dunckerschen)労働組合による任意金庫がストライキのための「闘争金庫(Kriegskassen)」化するという危惧感を有していたという事情である。[31]

共済金庫法は、従来の任意もしくは強制により設立された種々の金庫につき一定の要件の下で行政庁の認可を取得させ、これらの金庫を「登録済み共済金庫(eingeschriebenen Hilfskasse)」としての法的地位を付与した。[32] そして、従来の金庫組織をすべて「登録済み共済金庫」にすることによって、先の問題の解決を図ろうとしたのである。つぎに、この法律が規定している具体的な内容について概観することにしよう。

給付は、加入後遅くとも一四週間の待機期間の後に支給される。[33] そして、疾病による労働不能の場合、少なくとも一三週間までは「疾病扶助(Krankenunterstützung)」が支給される。[34] この疾病扶助の日額は、少なくとも男子については地区平均日給(ortsübliche Tagelohn)の三分の二、女子についてはその二分の一である。これに加えて、疾病扶助額の三分の二を限度として治療・薬剤の給付(ärztliche Behandlung und Arznei)も支給される。さらに、金庫構成員の家族に対する扶助や埋葬料の給付(Familienfürsorge und Gewährung von Sterbegeld)も許可されていた。一方、金庫運営に必要な拠出は労使の折半であり、使用者は拠出金の支出をもって代議員総会ならびに理事会にその代表者を送りこみ、金庫運営に参加することができた。金庫を運営する組織としては、代議員総会(Generalversammlung)および理事会(Vorstand)ならびにその他の委員会が規定されていた。[35] また、金庫運営は、これらの組織により決議された規

約(Statut)ならびに法律の規定にしたがってなされ、規約はゲマインデ官庁の認可を必要とする。[36] さらに、金庫運営に対する監督は、ゲマインデ官庁がこれを実施することになっており、ゲマインデ官庁は金庫の設立および規約の認可、財政の監査・監督などを行うのである。[37] 最後に、金庫の解散についてであるが、これは当該金庫が金庫強制により設立されたものでなく、かつ代議員総会において解散につき五分の四以上の賛成が得られた場合に限り、許されることになっていた。[38]

ここで、共済金庫の法的性質を概観することにしよう。まず、共済金庫の法的地位であるが、これは純然たる民事法上の法人格(rein privatrechtliche Korporationen)を有しているとされていた。[39] そして、疾病扶助のうち治療や薬剤の給付にかかわる法律関係については、費用償還原則(Prinzip der Kostenerstattung)が採用されていたため、[40] 医師と疾病金庫の間には直接の法関係は存在していなかった。つまり、療養給付にかかる法律関係は、医師と金庫構成員との間で締結される雇用契約(Dienstvertrag)[41]しか存在していなかったのである。そのため、診療費の額は、医師が患者である金庫構成員の財産状態を基準に決定し、[42] 診療費は直接患者である金庫構成員から医師に支払われていた。そして、金庫構成員はいったん支払った診療費の償還を疾病金庫に申請し、金庫はその全部または一部を金庫規約に基づいて金庫構成員に支払っていたのである。

第四款　ゲマインデ疾病保険

最後に、今まで紹介してきた共済金庫制度とはまったく別に、南ドイツにおいて発展していたゲマインデ疾病保険[43]についても概観することにしよう。

バイエルンでは、救貧扶助(Armenfürsorge)と疾病保険とをかけあわせた制度がとられていた。つまり、ゲマインデがその地域内に居住する職人、徒弟および工場労働者に対する救貧扶助と疾病保険運営を実施するという制度である。[44] このうち、疾病保険の部分をゲマインデ疾病保険という。この制度は一八六九年四月二九日のバイエルン救貧法により導入された。この法律によれば、本籍地(Heimat)以外で就業している労働者の疾病に際して、就業地のゲマインデが当該労働者に対して疾病扶助を給付する義務を負うことになっていた。その際、ゲマインデにはこれらの労働者から一定額の拠出金を強制的に拠出させる権限が付与され、[45] この拠出強制は当該ゲマインデに本籍地を有する労働者にも及んでいた。拠出を強制された者は救貧扶助要件に関係なく疾病のみを要件として扶助を受けることができ

た。つまり、ここでは拠出金の反対給付として疾病扶助が受けられるという疾病保険制度がとられていたといえよう。[46] ちなみに、この疾病扶助が給付される期間は最高で一三週間であり、拠出金は四半期ごとに徴収されていた。

また、バーデンでは一八七〇年五月五日の法律により、ヴュルテンブルグでは一八七三年四月二三日の法律により同様の制度がとられていたとされている。[47]

（1） 一八八〇年代に成立した、ビスマルク主導による社会保険立法以前の相互扶助制度ならびに金庫制度について紹介・検討した邦語文献としては、以下のものがある。土田武史「救済金庫とプロイセン一般ラント法」国士館大学『法経論叢』五一号（一九八五年）一八七頁、栃本一三郎「プロイセン近代化と社会行政」小山路男編著『福祉国家の生成と変容』（一九八三年、光生館）九六頁以下所収、近藤文二『社会保険』（一九六三年、岩波書店）九四頁以下、箸方幹逸「ドイツにおける『共済金庫』Hilfskasse」東京経済大学『東経大会誌』四七・四七号（一九六五年）三五五頁、同「一九世紀における『救済金庫』」東京経済大学『東経大会誌』四六号（一九六五年）四六頁、同「ドイツの社会政策――ビルマルク社会保険の成立と展開」小川喜一編『社会政策の歴史』（一九七七年、有斐閣）一七八頁以下所収、上村学「ドイツ社会保険法史(1)」『東北福祉大学』七号（一九六八年）五五頁、藤瀬浩司「プロシア・ドイツにおける救貧法と労働者保険制度の展開」名古屋大学『経済科学』二〇巻四号（一九七四年）八五頁など。

（2） Georg Albrecht, Über den Ausgangspunkt der Beziehungen der Ärzte zu den Krankenkassen (1. Teil), ZfS 1975 S. 102.

（3） Albrecht, a.a.O., S. 103.

（4） 一八六九年営業法二九条三項。

（5） Albrecht, a.a.O., S. 103.

（6） この当時の救貧制度については、前掲注（1）藤瀬論文および栃本論文を参照。

（7） Albrecht, a.a.O., S. 103.

（8） この政策の具体的な内容およびその社会経済的背景については、前掲注（1）藤瀬論文八七頁以下。または前掲注（1）栃本論文一六六頁以下を参照。

（9） Albrecht, a.a.O., S. 104.

(10) 前掲注(1)藤瀬論文九四頁以下、および前掲注(1)栃本論文一六九頁以下。

(11) これに関しては、前掲注(1)土田論文一九六頁以下が詳しい。

(12) 前掲注(1)土田論文二一七頁以下、および前掲注(1)栃本論文一三一頁以下。

(13) 一八四五年営業法一四四条。

(14) 一八四五年営業法一六九条。

(15) Stier-Somlo, Sozialgesetzgebung, Geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht, (Gustav Fischer, 1906), S. 45 ; Horst Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung 3. Aufl., (Asgard-Verlag, 1978), S. 33 ; Georg Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts 1. Band, (J. C. B. Mohr, 1965), S. 49 ; Friedrich Kleeis, Die Geschichte der sozialen Versicherungen Deutschland, (Arbeiter-Versorgung, 1928), S. 67 ; Paul Peschke, Geschichte der deutschen Sozialversicherung, (Tribüne, 1962), S. 87ff. なお、一八四五年営業法のうち、金庫の維持および新設を承認した一四四条は工場労働者への適用があった（一四五条）。しかし、ゲマインデによる強制金庫の設立を規定した一六九条の適用はなかったのである。

(16) Peters, a.a.O., S. 34 ; Wannagat, a.a.O., S. 49 ; Gitter, a.a.O., S. 261.

(17) Preußische VO betr. die Errichtung von Gewerberäthen und verschiedene Abänderungen der allgemeinen Gewerbeordnung vom 9. Februar 1849, PrGS S. 93.

(18) Stier-Somlo, a.a.O., S. 46 ; Peters, a.a.O., S. 34 ; Kleeis, a.a.O., S. 67 ; Wannagat, a.a.O., S. 49 ; Peschke, a.a.O., S. 115. この法規命令の五八条は、一八四五年営業法の一六九条（ゲマインデによる強制金庫設立の規定）を工場労働者に適用するとしている。Peters, a.a.O., S. 35. によれば、この時点でつぎに挙げる六種類の金庫が存在していたとされる。①職人金庫（Gesellenladen）、②兄弟団（Bruderladen）、③個々の地区で新たに設立された自営業者達のための金庫、④手工業者および工場労働者のためにつくられた混成の金庫、⑤個々の工場ごとに設立される工場金庫、⑥一つのゲマインデにおける産業部門全体もしくはすべての工場の労働者を対象とした工場金

庫、である。

(19) 一九四九年法規命令五六条および五七条。

(20) 一九四九年法規命令五七条二項および五八条二項。Peschke, a.a.O., S. 116. によれば、この法規命令の中に後年の疾病保険におけるつぎの五つの主要原則が認められるとされている。①被用者拠出金の賃金からの控除、②使用者の拠出強制、③被用者三分の二・使用者三分の一の拠出割合、④拠出金徴収におけるゲマインデの関与、⑤国家（ゲマインデ）監督下における自主運営の存在、である。

(21) Gitter, a.a.O., S. 261 ; Peters, a.a.O., S. 34 ; Wannagat, a.a.O., S. 49.

(22) Gesetz betr. die gewerblichen Unterstützungskassen vom 3. April 1854, PrGS S. 138.

(23) Stier-Somlo, a.a.O., S. 46 ; Peters, a.a.O., S. 36 ; Kleeis, a.a.O., S. 68 ; Wannagat, a.a.O., S. 49 ; Peschke, a.a.O., S. 119ff. 一九五四年救済金庫法三条は、一九四五年営業法以来ゲマインデにのみ付与されていた権限を必要な場合に県庁が行使できるとしている。

(24) Stier-Somlo, a.a.O., S. 46 ; Peters, a.a.O., S. 36 ; Kleeis, a.a.O., S. 68.

(25) Vgl. Stier-Somlo, a.a.O., S. 46 ; Kleeis, a.a.O., S. 68 ; Joachim Umlauf, Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung 1880–1890, Diss., Kiel 1979, S. 28 ; Peters, a.a.O., S. 41ff. これ以前から、ザクセン、チューピンゲン侯国およびブラウンシュヴァイクでは、すでに金庫強制制度が採用されていた。

(26) 一八六九年営業法一四一条。

(27) Stier-Somlo, a.a.O., S. 46 ; Peters, a.a.O., S. 45 ; Kleeis, a.a.O., S. 69 ; Wannagat, a.a.O., S. 49.

(28) Stier-Somlo, a.a.O., S. 47 ; Peters, a.a.O., S. 45 ; Kleeis, a.a.O., S. 69 ; Wannagat, a.a.O., S. 49. この法律においては、任意金庫・強制金庫の如何を問わず、一八八四年までにすべてを登録済み共済金庫に改組する予定であった。

(29) つまり、一八六九年営業法一四一条にいう「その他の疾病、共済または埋葬金庫（anderen Kranken—, Hilfs—oder Sterbekassen）」にどのような金庫が含まれるか、という問題である。

(30) Stier-Somlo, a.a.O., S. 46 ; Peters, a.a.O., S. 45 ;

Kleeis, a.a.O., S. 69; Peschke, a.a.O., S. 266ff.

(31) Stier-Somlo, a.a.O., S. 47; Wannagat, a.a.O., S. 50; Kleeis, a.a.O., S. 50. 一八七六年営業法改正による金庫強制はつぎのような内容である。①新たな強制金庫の設立は登録済み共済金庫の形式によること(一四一条)、②生年満一六歳以上の職人、徒弟および工場労働者に対しては金庫加入義務を課すことができる(一四一条a・一項)、③使用者に対する届出義務の賦課と拠出金立替払いの賦課(一四一条c・三号)、④工場主に対する労働者拠出分の五〇%まで拠出義務の賦課(一四一条c・二号)である。

(32) Stier-Somlo, a.a.O., S. 47; Peters, a.a.O., S. 46; Kleeis, a.a.O., S. 69; Wannagat, a.a.O., S. 49.

(33) 共済金庫法七条一項。

(34) 共済金庫法一一条。

(35) 共済金庫法一六条から二三条。

(36) 共済金庫法三条、四条。

(37) 共済金庫法二五条から二七条までの規定によれば、金庫は監督官庁に対して、金庫構成員の数、疾病事故および死亡事故の状況、ならびに拠出日および給付日を報告するほか、決算書類を提出しなければならない。また、金庫は、五年ごとに専門家による監査も受けなければならない。さらに、監督官庁が必要と判断した場合には、監督官庁が金庫に対して解散を命令することができる。

(38) 共済金庫法三〇条以下。

(39) Stier-Somlo, a.a.O., S. 49; Wannagat, a.a.O., S. 49; Gitter, a.a.O., S. 261. しかし、この法人格には制限がつけられており、それは金庫財産の処分だけが自由であるというものである。

(40) Günther Schneider, Die Entwicklung der Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen, DOK 1981 S. 866; Albert Niggeman, Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Aerzten und Krankenkassen? Diss., Erlangen 1933, S. 1; Dieter Klette, Die Kassenverträge der sozialen Krankenversicherung, Diss., Tübingen 1965, S. 8.

(41) ここでいうDienstvertragとは、診療契約のことである。ドイツ法の場合、有償の委任契約は認められないため、診療契約はBGBの起草時に労務の対価性に着目して雇用契約に位置づけられたといわれている。この点に

つき、高嶌英弘「診療契約の特質と内容（一）」『民商法雑誌』九七巻六号（一九八七年）七五頁以下を参照。

(42) Schneider, a.a.O., S. 867 ; Albrecht, a.a.O., S. 102.

(43) 一八八三年KVG四条から一五条までの中にゲマインデ疾病保険としてとりこまれている。一八八三年KVGでは、このゲマインデ疾病保険をその他の疾病金庫（つまり、地区、経営体、インヌングなどのKVG担当機関としての金庫）に加入していない保険加入義務者の疾病保険担当機関としている。なお、これは、他の疾病金庫とは異なり、独立の法人格を有しておらず、ゲマインデの一行政部門(Verwaltungszweig)とされている。Vgl. Stier-Somlo, a.a.O., S. 240ff.

(44) Stier-Somlo, a.a.O., S. 60 ; Kleeis, a.a.O., S. 74ff.

(45) 一八六九年のバイエルン法律二〇条によれば、週一五ペニヒを上限として疾病扶助を受ける労働者から徴収することができた。

(46) Stier-Somlo, a.a.O., S. 60 ; Kleeis, a.a.O., S. 74ff.

(47) バーデンでの救済期間は八週間、ヴュルテンブルグでは六週間であった。

第二節　一八八三年疾病保険法の成立

第一款　概観

ここでは、疾病保険においてはじめて現物給付を導入した、一八八三年KVGの成立過程とその具体的な内容について、おおまかに紹介する。前節でみてきたように、ドイツでは、強制加入および労使双方からの拠出金徴収等を内容とする共済金庫制度が一九世紀半ばから存在しており、疾病保険に関していえば制度的な下地が相当程度形成されていたといえる。(1) そのため、このような状況下で登場した一八八三年KVGは、同時期に成立した災害保険法(Gesetz betr. die Unfallversicherung der Arbeiter vom 6. Juni 1884, RGBl S. 97. ・以下UVGと略)や老齢および廃疾保険法(Gesetz betr. die Invaliditäts-und Altersversicherung vom 22. Juni 1889, RGBl S. 97)とは異なり、従来の制度をなるべく生かしたかたちで立法されることとなったのである。(2)

一八八三年と八四年にあいついで成立したKVGとUVGに、一八八九年の老齢および廃疾保険を加えた三つの社会保険立法は、その成立の過程にビスマルクの意図が強く影響したことから、「ビスマルク社会保険」といわれている。これらの立法は、それを促進した要因が一八七八年の社会主義鎮圧法や一八

七九年の保護関税政策に対する労働者の不満を緩和解消させるというところにあることから、「鞭」に対する「飴」の政策、すなわち労働者福祉の色合いをもつ労働運動対策であると一般に理解されている。[3] ただ、ここでは、ビスマルク社会保険の政策的な背景を検討することを目的としないため、その背景にある政策的な意図や社会状況等につき詳論を加えず、どのような経緯からKVGが立法されたかを簡単に論じるにとどめたい。

さて、一八三年KVGをその成立過程という点からみた場合、これに対する独自の議論があまりみられないことに気がつく。[4] このことは、つぎのような立法事情に起因している。すなわち、先の三つの社会保険立法のうち、立法がまっさきに意図されたのがUVGであり、[5] KVGはこれを補完するものとして成立したという事情である。つまり、立法時における議論の多くは、労働災害の補償につき社会保険を導入することの当否やUVGの具体的内容の当否に費やされたため、KVGそのものについての議論はあまりなされなかったのである。[6]

第二款　KVGの成立過程

KVGの成立過程を紹介するためには、これに先行するUVGの成立過程についてふれなければならないので、以下簡単にみていくことにしよう。一八七〇年代のドイツにおける労災補償、とりわけ労働災害に起因する経済的損害の補償は、一八七一年に成立した雇主賠償責任法（Haftpflichtgesetz）[7]により実施されていた。雇主賠償責任法は、同法の列挙した事業の使用者に、無過失責任ないしは従来の民事法上の責任を拡大するかたちで損害賠償義務を課していた。[8] しかし、この法律は、労災補償制度としては、はなはだ不完全なものであった。なぜなら、同法により使用者が賠償義務を負うべき「経営災害（Betriebsunfall）」の範囲が非常に限定されており、また使用者の責任が拡大される場合であってもその立証責任は最終的に被用者が負うことになっていたからである。[9]

そこで、一八八〇年に、労災補償制度の改善に関するさまざまな試みがライヒ議会およびライヒ政府でなされ、つぎの二つの改善案が示された。[10] ひとつは、従来の賠償責任法における被用者側の挙証責任を使用者側へ転換させ、使用者責任を拡大させるという案であり、いまひとつは、社会保険としての災害保険を導入するという案であった。前者の案は、使用者に過大な産業負担を課し、また労使の階級対立を激化させるとの理由で[11]採用されず、国家による労働者階級への扶助としての色彩をもたせうると考えられた後者の案がライヒ政府より議会へ法案と

して提出されたのである。

しかしながら、この災害保険法案は、ライヒ政府が災害保険の運営につき強力な国家管理の思想をもりこんでいたため、なかなか成立するにいたらなかった。とりわけ、三回にわたり提出された法案[12]のうち最初の二回の法案審議において、保険財源に国庫補助を入れるという点と保険の運営主体を国家とする点で激しい議論がかわされていた。[13]結局、補助金の導入を廃止し、同一業種の事業者団体を保険者とし、これを監督官庁の監督下におくという内容の第三法案が、一八八四年七月に可決成立したのである。[14]

このような災害保険法の成立過程において、疾病保険法案が災害保険制度を補完するものとして、一八八二年のライヒ議会に提出された。その具体的な提出理由は、つぎの通りである。すなわち、災害保険法案が一四週間以上の労働不能を給付の要件とし、これを超えない期間の事業災害を保護の対象にしなかったため、このような短期の災害に対処するための制度が別途必要とされたからである。[15]ただ、短期災害のための保障制度を新たに構築するという余裕が当時のライヒ政府になかったため、従来から存在していた共済金庫制度をこれにあてることになった。この点での議会内の合意は一八八二年の段階で成立していた[16]ため、疾病保険法案の審議はことのほか順調に進み、各種の審議を経た後、一八八三年三月三一日に賛成二一六、反対九九で可決成立したのである。[17]

第三款　一八八三年KVGの概要

最後に、以上のような経過で成立した一八八三年KVGが、どのような内容のものであったかをここでみていくことにしよう。まず、被保険者の範囲についてであるが、これは従来の共済金庫法が採用していたゲマインデ等の条令による加入強制から、KVGの規定による全国一律の加入強制に改められている。[18]

保険を運営する組織に関しては、KVGは強制金庫としての地区疾病金庫(Ortskrankenkasse)を保険担当機関にすることにより、既存の強制金庫をとりこんでいる。[19]地区疾病金庫とならんで、法律により確定された要件の下で工場、建設業およびインヌング疾病金庫は従前のまま維持された。[20]また、既存の任意共済金庫は法律により規定された条件に合致する限りでその存続が認められることになった。[21]

金庫の運営組織についてはゲマインデ疾病保険を除き、[22]KVGは一八七六年の共済金庫法をそれを引き継いでいた。[23]すなわ

ち、金庫の種別により組織構成が異なっていたものの[24]、基本的には、拠出を負担する被保険者・使用者双方の代表により構成された理事会および代議員総会が金庫運営にあたることになっていたのである。

給付内容はつぎの通りである。稼得無能力状態(Erwerbsunfähigkeit)の場合にのみ与えられる給付として、KVGは疾病の開始の四日後から最高一三週間までの疾病扶助請求権(Anspruch auf die Krankenunterstützung)を被保険者に保障していた[25]。また、医師による治療行為および薬剤の給付に関しては、従来の共済金庫が採用していた費用償還原則に代わって現物給付原則(Naturleistungsprinzip)が採用されることになった[26]。つぎに、拠出金の割合は、KVGの被保険者が同時にUVGの被保険者である場合に限り、被保険者三分の二、使用者が三分の一とされていた[27]。その他、使用者には、労働者の届出(Anmeldung)および拠出金支払の義務がKVGにより課されていたのである[28]。

疾病金庫に対する監督は、原則的に各ラントに委ねられていた[29]。より具体的にいえば、金庫構成員がゲマインデの範囲に居住している者のみである場合にはゲマインデ官庁が、その他の場合には各ラント政府が指定した官庁が監督にあたり[30]、これら監督官庁の上級官庁には各ラント政府の指定した官庁があたるのである[31]。また、これらの官庁の最上級官庁には、各ラントの省大臣があたることになっていた[32]。

不服申立手続については、上述の監督官庁が三審制のかたちで疾病扶助請求権に関する裁決手続を実施していた[33]。また、裁判は、原則として民事裁判手続により処理されていたが[34]、各ラント政府の定めにしたがい例外的に行政裁判所により処理される場合もあった[35]。つまり、KVGは、監督官庁と不服審査についてライヒの統一的な制度を予定していなかったのである。

(1) これは、前節で紹介した一八七六年共済金庫法のことである。しかし、この法律の実効性は低かった。Horst Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung 3. Aufl., (Asgard-Verlag, 1978), S. 46 ; Friedrich Kleeis, Die Geschichte der sozialen Versicherung in Deutschland, (Arbeiter-Versorgung, 1928), S. 71 によれば、一八七六年に八六九、二〇四名の構成員・五、二三九の共済金庫であったのが、一八八〇年には七一六、七三八名の構成員・四、三四二の共済金庫へと減少している。この減少の原因は、ゲマインデ等が新たな共済金庫の設立

に消極的であったことと、労働組合系列の任意共済金庫が登録に対して敬遠の態度をとっていたことが挙げられている。

(2) Vgl. Wolfgang Gitter, 100 Jahre gegliederte Krankenversicherung, KrV 1981 S. 261.

(3) ビスマルク社会保険に関する邦語文献としては、つぎの諸文献が存在する。西村健一郎「ドイツ労働災害補償法の生成に関する一考察（一）・（二）」『民商法雑誌』六五巻四号（一九七二年）三六頁、同五号六五頁、箸方幹逸「雇主賠償責任法から災害保険立法へ――ビスマルク社会保険の成立過程の一局面（生命保険文化研究所『所報』六号（一九五九年）五六三頁、近藤文二「社会保険の理論と技術――ビスマルク社会保険を中心として」生命保険文化研究所『所報』六号（一九五九年）二三頁、藤田伍一「ビスマルク社会保険研究の一視角――経済的必然性論(1)・(2)」『一橋論叢』六五巻五号（一九七一年）一二四頁、六六巻一号（一九七一年）一一九頁、押尾直志「社会保険と保険理論――帝政ドイツ社会保険を中心として」『保険学雑誌』五〇七号（一九八四年）一頁、菅谷章「ビスマルク社会保険成立への系譜」東海大学『政治経済学部紀要』一八号（一九八六年）一五頁などがある。

(4) 本稿各章で引用した諸文献（例えば、Petersや Kleeis等）は、このことについてはごく簡単にふれるのみである。また、Theo Siebeck, Versicherung statt Armenpflege, DOK 1981 S. 854ff. も、疾病保険の政策的意図を説明する際に、専ら災害保険での議論を紹介するのみであった。

(5) 前掲注(3)箸方論文五六三頁。

(6) 以下、災害保険制度の立法過程については、専ら前掲注(3)の西村論文と箸方論文によっている。

(7) 雇主賠償責任法全般については、前掲注(3)西村論文五三四頁以下参照。

(8) 前掲注(3)西村論文五三四頁。

(9) 立証責任については、とくに前掲注(3)西村論文五四〇頁以下および箸方論文五六四頁以下を参照。

(10) 前掲注(3)箸方論文五七六頁以下参照。

(11) 前掲注(3)西村論文五五〇頁、箸方論文五八〇頁の注(11)を参照。

(12) 災害保険法案は、一八八一年、一八八二年そして一八

八四年の三度にわたってライヒ議会に提出されている。

(13) 議論の具体的な内容については、前掲注(3)箸方論文五八二頁以下。

(14) 前掲注(3)箸方論文六〇〇頁。

(15) Peters, a.a.O., S. 54 ; Kleeis, a.a.O., S. 104ff. ; Stier-Somlo, Sozialgesetzgebung, Geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht, (Gustav Fischer, 1906), S. 65 ; Joachim Umlauf, Die deutsche Arbeiterschutsgesetzgebung 1880-1890, (Duncker Hunblot, 1980), S. 56.

(16) 前掲注(3)箸方論文五九一頁。

(17) Stier-Somlo, a.a.O., S. 65 ; Peters, a.a.O., S. 54 ; Umlauf, a.a.O, S. 56 ; Kleeis, a.a.O., S. 106.

(18) 一八八三年KVG一条および三条参照。

(19) 従来の地方条令による金庫への加入強制は廃止された。

(20) 一八八三年KVG五三条以下。

(21) 一八八三年KVG六九条。

(22) 一八八三年KVG四条から一五条。

(23) 地区疾病金庫の運営組織はほぼ共済金庫法と同じである。一八八三年KVG三四条以下参照。

(24) 例えば、経営体疾病金庫の場合、一八八三年KVG六四条一項二号に基づき代議員総会もしくは金庫理事会の長を規約により経営者に委託することができるとしている。

(25) 一八八三年KVG五条。

(26) Stier-Somlo, a.a.O., S. 275 ; Günther Schneider, Die Entwicklung der Beziehungen zwischen Ärzte und Krankenkasse, DOK 1981 S. 867 ; Dieter Klette, Kassenverträge der sozialen Krankenversicherung, Diss., Tübingen 1965, S. 7ff. ; Georg Albrecht, Über Ausgangspunkt der Beziehungen der Ärzte zu den Krankenkassen (2. Teil), ZfS 1975 S. 139. 一八八三年KVG六条一項。詳細は本章第三節を参照。

(27) Umlauf, a.a.O., S. 57 ; Peters, a.a.O., S. 59 ; Stier-Somlo, a.a.O., S. 301ff. 一八八三年KVG四七条。その他、場合に応じてこの拠出割合が変わることがある。なお、拠出金の最高限度額は、ゲマインデ疾病保険の場合で地区平均日給の3%、その他の金庫の場合で6%であった。

(28) Umlauf, a.a.O., S. 57 ; Stier-Somlo, a.a.O., S. 176ff.
(29) Stier-Somlo, a.a.O., S. 251ff.
(30) 一八八三年KVG四四条、六六条一項、七二条三項。
(31) 一八八三年KVG八四条一項。
(32) プロイセンでは商工務省、バイエルン、ヴュルテンベルグでは内務省、ヘッセンでは内務省と司法省であった。
(33) Stier-Somlo, a.a.O., S. 260ff. ; Peters, a.a.O., S. 59ff.
(34) プロイセンでは行政裁判所が利用されていた。

第三節　現物給付原則と金庫医師法

第一款　現物給付原則の導入

前節で述べたような経過を経て、一八八三年KVGは成立した。ここでは、本論文の主要な関心である医師による療養の給付がこの時点でどのような内容を有し、またどのような問題を内包していたかについて見ていくことにしたい。一八八三年KVGを医師による療養の給付という視点から見た場合、この法律は画期的な意義を有するといえる。なぜなら、保険者が被保険者に対して直接医療給付を実施する義務を負う「現物給付(Naturalleistung)」を採用したからである。[1] この原則の採用により、[2] 被保険者が医療給付を受ける際の医師への診療費支払は不要となり、代わりに保険者たる疾病金庫と医師との間に診療費支払・診療内容に関する契約関係が必要になった。[3] つまり、費用償還原則の場合には発生しない金庫・医師間の法律関係、すなわち金庫医師法(Kassen-Arzt-Recht)が、現物給付原則を採用したことにより新たに発生したわけである。ここで、まず、一八八三年KVGが何故に現物給付原則を採用したのかについてみていくことにしよう。

一八八三年KVG立法者であったローマン[4]は、急速な工業化により旧来の人的拘束関係から脱したが実際にはすべての保護を失った労働者を疾病時の経済的なリスクから保護することを、疾病保険の目的としていた。[5] ところが、彼の認識によれば、当時の労働者層は治療費を一時的に立替えるだけの資力すら有していなかった。[6] つまり、ローマンは、被保険者(労働者)に一時的な立替え払いを要求する費用償還原則の採用は充分な療養給付を困難にし、上述の立法目的に合致しないであろうと、考えたのである。[7] そのため、KVGは、被保険者の立替え払いを必要としない現物給付原則を導入したのである。また、この原則の採用は、老齢等の危険ではなく疾病という危険に対してのみ保護を与えるという疾病保険の性格を際立たせることに役だつとも考えられていた。[8] このほか、保険強制の全国的な導入に

より旧来の共済金庫のように金庫構成員が散在するという事態が少なくなったことも、現物給付原則の導入にとって有利な条件だったのである。[9] つぎに、この原則にしたがって、どのような内容の医療給付がどのようにして実施されていたかを紹介することにしよう。

第二款　医師による療養給付の内容

KVG六条一項一号は医師による療養給付を疾病金庫の義務としていたが、その義務の履行については詳細な規定をおいていなかった。つまり、医師による療養給付の実施手段は、現物給付原則の枠内で各疾病金庫の自主運営に委ねられていたのである。しかし、疾病金庫それ自体は現物で療養を給付できないため、疾病金庫は医師との間で診療に関する契約を締結しなければならなくなった。[10] この委託契約は基本的には民事法上の契約自由の原則に基づいていたものの、その内容には社会保険としてのKVGの性質に由来する制約が存在していた。そこでまず、KVG六条一項一号の「医師による療養給付」がどのような内容であったかをみていくことにしよう。

「医師による療養給付（ärztlichen Behandlung）」とは、ドイツ国において開業認可を受けた医師（approbierte Arzt）による充分な治療活動、すなわち疾病の状態を緩和しもしくは治癒させることを目的とした活動と理解されていた。[11] つまり、この療養給付は開業認可された医師によりなされねばならない、というのである。しかし、開業認可された医師が不在の場合もしくはその居所が非常に遠い場合には、つぎの条件を充足している限りで例外が認められていた。すなわち、開業認可されていないが治療に役立つ者により経験則上たいてい成功が予測されるような簡単な治療行為の場合[12]である。その他、規約によりラント法上の医師に準じる者[13]の治療行為をKVGにいう「医師による療養給付」とすることができた。さらに、医師に準じた者の活動が開業認可された医師の指揮下にある限りで、その活動は「医師による療養給付」の一部とされていたのである。[14]

療養給付の内容については、疾病保険財源の限界から一定の限界があるとされていた。[15] しかし、療養給付は被保険者の疾病の程度、すなわち治療の必要性に対応するものであるため、その限界は曖昧であり、ただ公平で合目的的であればよい[16]とされていた。また、疾病金庫の療養給付義務はその管轄区域内に限定されていたが[17]、これは金庫相互間の協力を規定した条文[18]により調整されていたのである。その他、原則である現物給付にも例外規定[19]が存在しており、被保険者は常に何らかのかたちで「医

師による療養給付」を受けることができるようになっていたのである。

第三款　金庫医師契約

最後に、疾病金庫が療養給付義務を履行する際の金庫医師契約について紹介することにしよう。疾病金庫は療養給付義務を負っているため、この義務の履行はゲマインデ官庁による監督の対象になっていた。[20] ＫＶＧ四五条[21]によれば、監督行政庁であるゲマインデ官庁は必要な場合に疾病金庫に対して医師との契約締結を命令もしくは強制することができた。[22] つまり、疾病金庫は六条一項一号の義務履行のために医師との契約締結を強制されていたのである。しかし、この強制は通常の場合、金庫が任用する医師の数、報酬支払方式[23]および契約内容に及ぶことはなく、これらは金庫理事会を中心とした金庫の自主運営に委ねられていたのである。

金庫と医師との間で締結される契約は私法上の契約であると[24]されていたが、この契約がＢＧＢとの関係でどのような法的性質を有するかについては争いがあった。一つは、金庫医師と被保険者との間に存する診療契約を本契約（Hauptvertrag）とし、金庫医師と疾病金庫との間に締結される契約をこの本契約の予約（Vorvertrag）と解する考え方[25]である。そして、いま一つは、金庫医師と疾病金庫が第三者である被保険者のためになす診療契約、すなわち「第三者のためにする契約（Vertrag zugunsten Dritter）」とする考え方である。[26] 当時の通説的な見解[27]によれば、被保険者に療給給付の請求権を取得させることになるため、後者の考え方が支持されていた。また、その契約類型についても、疾病金庫と医師との間の雇用契約（Dienstvertrag）であるという見解でほぼ一致していたのである。[28] 結局、この時点での金庫医師間の法律関係は、両者の合意に基づく自由で平等な契約当事者の関係であるということができよう。

ところが、法的には自由で平等な両者の関係は、実際には医師が一方的に不利であるという関係であった。これは、疾病金庫が使用者としての経済的優位を利用して金庫それ自体の利益を追求したために、[29] 生じたのである。つまり、金庫が医師への診療報酬額を低く抑えることにより、収入に限りある金庫財政の収支をプラスにしようとしていたからである。金庫医師関係における医師の不利は、ＫＶＧ成立当初ではさほど問題になっていなかった。しかし、この不利はＫＶＧが改正されることによりますます増大し、大きな問題に発展していくのである。

(1) 厳密にいえば、現物給付原則を採用したのは、一八八三年KVGが初めてではない。これ以前に、ゲマインデ疾病保険において採用されていたとの主張がある。また、一八七六年共済金庫法は、疾病時の扶助として、現金給付の他に医師による現物の療養給付を金庫の規約により実施することができるとしていた(同法一一条二項、一二条三項)。一八八三年KVGは、現物給付原則を通常給付の中で全面的に採用した点で画期的といえよう。Vgl. Dieter Klette, Die Kassenverträge der sozialen Krankenversicherung, Diss., Tübingen 1965, S. 8.

(2) KVG六条一項一号は、「疾病扶助として、疾病の開始から自由な医師による治療行為(freie ärztliche Behandlung)、薬剤(Arznei)、ならびに眼鏡(Brillen)、脱腸帯(Bruchbänder)およびこれに類する治療器具が給付されねばならない」、と規定していた。この条文はゲマインデ疾病保険に関するものであるが、同法二〇条一項一号、六四条、七二条三項第一文、七三条一項、七五条により、その他の保険担当機関にも同様に適用されていた。Vgl. Klette, a.a.O., S. 7.; Günther Schneider, Die Entwicklung der Beziehungen zwischen Ärzte und Krankenkasse, DOK 1981, S. 867; Stier-Somlo, Sozialgesetzgebung, Geschichtliche Grundlagen und Krankenversicherungsrecht, (Gustav Fischer, 1906), S. 270f.

(3) Klette, a.a.O., S. 7ff.; Schneider, a.a.O., S. 867; Albert Niggmann, Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Aerzten und Krankenkassen? Diss., Erlangen 1933, S. 1; Georg Albrecht, Über den Ausgangspunktder Beziehungen Ärzte zu den Krankenkassen (1. Teil), ZfS 1975 S. 103.

(4) Vgl. Klette, a.a.O., S. 10. 一般的に、ビスマルクはKVGの立法作業にあまり関与しなかったため、KVG法案は主としてローマンの作品であるといわれている。

(5) Klette, a.a.O., S. 10; Vgl. Walter Vogel, Bismarks Arbeiterversicherung, (Georg Westermann, 1951), S. 11.

(6) Klette, a.a.O., S. 10.

(7) Klette, a.a.O., S. 11; Vgl. Vogel, a.a.O., S. 151.

(8) Klette, a.a.O., S. 11.

(9) これは、一八八三年KVGが地区疾病金庫やゲマインデ疾病保険を保険担当機関の中心にしたことによる。

(10) Schneider, a.a.O., S. 867 ; Albrecht, a.a.O., S. 139 ; Stier-Somlo, a.a.O., S. 270ff.

(11) Stier-Somlo, a.a.O., S. 271.

(12) 例として、歯科技工士による歯科手術がある。

(13) 具体的には、薬師、産婆、看護婦、按摩などである。

(14) Stier-Somlo, a.a.O., S. 271.

(15) Stier-Somlo, a.a.O., S. 272.

(16) Vgl. Georg Joachimsthal, Die Bedeutung des Röntgenverfahrens für die Unfallheilkunde, ZVersWiss 1905 S. 542ff. 例えば、レントゲン撮影は、撮影それ自体が病気になっている部位または骨折部分の確定、治療または疾病の緩和に必要な限りで「医師による療養給付」に含まれる、とされる。また、医師のところへ行くまでもしくは医師が患者のところへ行くまでの交通費もまた、交通費扶助によりはじめて医師による治療行為が可能になる場合に、可能なかぎりで同伴者に対しても支給される。さらに、必要とあれば、電話料金をも償還されえたのである。

(17) Stier-Somlo, a.a.O., S. 274.

(18) KVG五七条aは、つぎのように規定している。被保険者が金庫の管轄区域外で発病した場合には、その管轄区域を担当する疾病金庫が、当該被保険者を保険している金庫の求めに基づき、疾病にかかった被保険者がその金庫に対して請求できるのと同様の扶助を与えなければならない。扶助を実施した金庫は、もともとその被保険者への扶助実施義務を負っていた金庫に対して費用の償還を請求することができる。

(19) Stier-Somlo, a.a.O., S. 275. 例外はつぎのような場合である。(a)KVG一七条三項の場合。この規定によれば、地区疾病金庫は規約により、その法律上の構成員資格を根拠づける就業から脱した後にもなお疾病金庫に任意に加入し金庫の管轄区域外に居住しているような構成員に対して発病の際に現物給付の代わりに金銭補償を行う旨を規定することができる。(b)疾病金庫とゲマインデおよび救貧連合会との関係において、疾病金庫の代わりにこれらの機関が被保険者への給付を実施し疾病金庫相互間で金銭給付を命じる場合である（KVG五七条および五七条a）。最後に、(c)ゲマインデ疾病保険もしくはKVGに基づき設立された疾病金庫と同程度の給付をなす登録済み共済金庫の構成員は、自由な医師による治療行為お

よび薬剤給付の代わりに疾病手当金の額をその共済金庫の管轄対象地域である地域の平均日給額の四分の一まで増額したものを受けることができる。（KVG七五条三項）。

(20) Stier-Somlo, a.a.O., S. 277ff. ; Albrecht, a.a.O., S. 139 ; Klette, a.a.O., S. 11ff.

(21) KVG四五条五項は、「金庫理事会もしくは代議員総会が成立しない場合、または金庫の機関がその法律上もしくは規約上の義務の履行を拒絶した場合に限り、監督行政庁は行政庁自身もしくは行政庁の任命した代理人により金庫の費用で金庫機関の権限を行使し、義務を履行することができる」と規定している。

(22) Stier-Somlo, a.a.O., S. 277ff. ; Albrecht, a.a.O., S. 139 ; Klette, a.a.O., S. 11ff.

(23) 医師に対する報酬支払は、出来高方式または人頭割方式のどちらでもよかった。Vgl. Schneider, a.a.O., S. 867 ; Albrecht, a.a.O., S. 139f.

(24) Klette, a.a.O., S. 27 ; Schneider, a.a.O., S. 867 ; Niggemann, a.a.O., S. 5.

(25) Klette, a.a.O., S. 27 ; Niggemann, a.a.O., S. 5ff.

(26) Vgl. Klette, a.a.O., S. 30ff. ; Niggemann, a.a.O., S. 7 ff. ; Hellwig, Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben, (Georg Böhme, 1905), S. 28. BGB三一八条以下。

(27) Vgl. Niggemann, a.a.O., S. 7ff.

(28) Vgl. Klette, a.a.O., S. 28ff. ; Niggemann, a. a. O., S. 10ff.

(29) Schneider, a.a.O., S. 867 ; Vgl. Wengler, Die Kämpfe der Aerzte mit den Krankenkassen, AöR 1904 S. 388ff.; Paul Modenhauer, Krankenkassen und Ärzte, ZVers-Wiss 1905 S. 44ff.

Die Ausgestaltung und Entwicklung des Krankenversicherungsrechtes (1)

Satoshi KURATA*

Einleitung
I. Die Rechtsfragen über die Krankenpflege durch die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung
1. Übersicht über das geltende Krankenversicherungsrecht
2. Ärztliche Behandlung und Kassenarztrecht
3. Rechtsfragen über das Kassenarztrecht
II. Die Einführung des Naturalleistungsprinzips durch das Krankenversicherungsgesetz vom 1883
1. Ausgangssituation vor Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes
2. Entstehung des Krankenversicherungsgesetzes vom 1883
3. Naturalleistungsprenzip und Kassen－Arzt－Recht

(In diesem Heft ; Fortsetzung im nächsten Heft)

*Doktorand an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido