

令和7年（行コ）第17号

オンライン資格確認義務不存在確認等請求控訴事件

（原審：東京地方裁判所令和5年（行ウ）第81号、同第162号、同第372号）

控訴人 須田 昭 夫 外

被控訴人 国（所管行政庁 厚生労働省）

準 備 書 面 1

2025（令和7）年11月12日

東京高等裁判所第11民事部1係 御中

控訴人（原告）ら訴訟代理人

弁護士 喜 田 村 洋 一

同 二 関 辰 郎

同 牧 田 潤 一 朗

同 小 野 高 広

目 次

第 1	はじめに.....	1
第 2	最高裁判例は委任命令の適法性判断で法律の文言を重視してきた.....	2
第 3	資格確認はあくまでも被保険者の義務であること	5
1	はじめに	5
2	診療報酬請求権の法的性質	6
3	償還払い方式との対比を踏まえた検討	7
4	規則によって資格確認を保険医療機関等の義務にすることはできない	9
第 4	答弁書に対する個別の反論	11
1	はじめに	11
2	法文の文理.....	11
3	法 70 条 1 項の委任の趣旨（20 頁）	19
4	健康保険法の趣旨目的及び仕組みとの整合性	21
5	制約される権利ないし利益の性質等（33 頁）	27
6	平成 25 年最判の基準等に照らし委任する授權の趣旨が明確に読み取れることを要すること	27
第 5	憲法違反.....	29
1	憲法 41 条違反	29
2	憲法 22 条 1 項違反	29
	（1）規制手段が規制目的と合理的に関連するとはいえない（38 頁）	29
	（2）規制手段が規制目的の達成にとって必要最小限とはいえない（39 頁）	30
	（3）得られる利益と失われる利益のバランスがとれていない（40 頁）	31
別紙 1	最高裁判例の検討.....	32
別紙 2	判示及び反論のない事項まとめ.....	72

被控訴人の答弁書について、控訴人は以下のとおり反論する。なお、カッコ内の頁数は特に断らない限り答弁書の頁数を意味する。

第1 はじめに

本準備書面では、まず、委任命令の適法性ないし違法性判断をおこなった従来の最高裁判例を検討し、そこから抽出できることとして、最高裁判例は、法律の条文の文言を重視しており、委任の趣旨を探求するにあっても条文の文言を手がかりに判断してきたことを指摘する（後記第2¹）。

次に、日本における保険診療制度における診療報酬請求権の法的性質や制度の基本構造に立ち返ったうえで、保険医療機関による義務は「療養の給付」という現物給付であり、資格確認はあくまでも被保険者側の義務であること、及び、健康保険法を改正することなく、規則によって資格確認を保険医療機関の義務にすることは認められないことを論じる（後記第3）。

そのうえで、被控訴人の答弁書に対する個々の反論を行う（後記第4）。ただし、被控訴人の答弁書は、原審における自己の主張箇所や原判決の該当箇所に単に触れただけの場合が多く、新たな主張に乏しい。そのため、本準備書面では、必要な範囲で反論を行う。なお、原判決及び被控訴人は、「担当」という文言に「療養の給付」の概念を広げる意味合いを持たせようとしているが、そのような解釈は誤りである。そのことを、被控訴人が証拠提出した健康保険法の解説書に基づいて指摘する（後記第4、2（1））。

¹ 最高裁判例ごとの個別の詳細な検討は、本準備書面末尾別紙1で別途おこなった。その際、各判例につき、〔参照条文〕、〔判決からの抜粋〕及び〔控訴人による説明〕という3項目に分けて検討した。

第2 最高裁判例は委任命令の適法性判断で法律の文言を重視してきた

委任命令の適法性ないし違法性については、本準備書面末尾**別紙1**に掲げるとおり、これまで①～⑪の最高裁での判断事例が蓄積されている。

これらの最高裁判例の流れを見れば、以下のことが看取できる。

すなわち、いずれの判例でも、法律の文言・趣旨と規則の定めそのものを詳細に点検・比較して結論を導いており、法律と規則の関係について、抽象的に述べたものは見当たらない。判例は、法律の文言を最も重視しており、委任の趣旨を判断するにあたっては、法律上の明文による手がかりに基づいて趣旨を導いている^{2,3}。

そのうち、比較的近時の判例である平成18年最判(**別紙1**後掲⑦)は、「法18条1項が・・・旨を定めているのは、貸金業者の業務の適正な運営を確保し、資金需要者等の利益の保護を図るためであるから、同項の解釈にあたっては、文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されないというべきである。」として、法律の解釈がどうであるべきかについてのあり方を示した。

² 銃砲刀剣類所持等取締法に関する判例(**別紙1**後掲②及び③)は、法律上、「鑑定の基準」や「その他登録に関し必要な細目」についても「文部省令で定める」とし、委任対象に含めていることなどを指摘しており、**別紙1**で検討したとおり、いずれも法律上の明文による手がかりを重視した判断をしている。

³ 本件と直接の関係はないが、法律による委任の有無・範囲については、近時、米国の連邦最高裁でも大きな争点となっており、連邦最高裁は、「重要問題の法理」(Major Questions Doctrine)と呼ばれる法解釈の原則を発展させてきた。これは、「政治的ないし経済的に重要な問題については、明白かつ明示的な認可(clear and explicit authorization)がない限り、議会が行政庁に委任したと見ることはできない」というものである。連邦最高裁は、2022年のWest Virginia v. EPA 597 U.S. 697 判決で、「重要問題の法理の下では、行政庁は、その主張する権限について、『議会による明白な認可(clear congressional authorization)』があることを指摘しなければならない」と判示した(ロバーツ長官執筆)。

日米両国に法制度、法文化の差異があるとしても、行政庁に対する法律の委任が認められるのはどのような場合かという問題について、日米の最高裁が共に取り組み、類似する判断基準を打ち出しているのは興味深いと言えよう。

そして、平成25年最判（二小）（**別紙1**後掲⑨）は、「これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法38条1項）であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法36条の5及び36条の6を始めとする新薬事法中の規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。」と、「省令の制定を委任する授權の意思が明確に読み取れることを要する」という解釈規範を定立した。

さらに、令和2年最判（三小）（**別紙1**後掲⑩）も、「本件告示2条3号が地方税法37条の2第2項の委任の範囲を逸脱したものでないというためには、前記（ア）のような趣旨の基準の策定を委任する授權の趣旨が、同法の規定等から明確に読み取れることを要するものというべきである」と判示して、平成25年最判で示された「明確に読み取れることを要する」という解釈規範と同一のものを採用することを明らかにした。

このように、2013年（平成25年）と2020年（令和2年）に、2つの小法廷が同一の解釈規範を採ることを宣明したのであるから、現在の最高裁は、「規則で、ある規制の策定を委任する授權の趣旨が、根拠となる法律の規定等から明確に読み取れることを要する」という考え方を採っていると理解することができる⁴。

⁴ 令和3年最判（一小）（**別紙1**後掲⑪）の事案では、「金額の計算の方法その他…規定の適用に関して必要な事項は、政令で定める」とされており、政令に委任された範囲は文言上広いようも思えるが、最高裁は、法人税法や関連する会社法の規定を、改正経緯を含めて詳細に検討したうえで、委任されているのはあくまでも法律の「規定の適用」であることから、法律の趣旨に反する結果を生じさせる金額の計算方法を定めた政令を、その限度で委任の趣旨を逸脱するものとして違法と判断した。令和3年最判は、法律から明確に読み取れない結果をもたらす計算式は委任の範囲を逸脱すると判断した

その理由は、只野意見書（甲 9 7）にあるとおり、国会を「国の唯一の立法機関」と定める憲法 4 1 条に基づき、「実体的に新たな権利義務を創出する法規命令の場合には、本来的に法律が定めるべき事項を命令で規律することとなるので、国会の立法権を侵害することがないように、個別具体の事項ごとに法律による授權（委任）が必要となる」（甲 9 7・3 頁）、そして、原判決も採用した 4 要素の判断枠組みについては、文理をもっとも重視し、他の要素ゆえに文理を逸することはできない（同 4 頁）。また、4 要素のいずれの要素を検討する場合にも、「新たな権利義務を創出する法規命令の場合」には厳格な判断を要するとして、例えば、授權規定が下位法令に委任した趣旨を検討する際には専門技術的判断の必要性を安易に認定すべきではない（同 7 頁）。さらに、制限される権利・利益の性質を検討する際には、権利利益や制約態様の軽重にかかわらず、「結果的に授權規定の文理よりも国民の権利を制限的に解する」ことは許されない（同 8 頁）、ということに他ならない。

したがって、本件においても、憲法及びこれに基づく最高裁判例の先例に従い、法律の規定を最も重視して解釈する必要があり、法律の規定上授權の趣旨が明確に読み取れることを要する⁵。

ものと読み替えることもでき、2013 年と 2020 年の各判断と軌を一にする判断とすることができよう。

したがって、現在では、最高裁の 3 つの小法廷は、いずれも「規則で、ある規制の策定を委任する授權の趣旨が、根拠となる法律の規定等から明確に読み取れることを要する」という考え方を採っていると考えられる。

⁵ 「法律の規定上授權の趣旨が明確に読み取れることを要する」という要件と、原審で出ていた 4 要素（①授權規定の文理、②授權規定が下位法令に委任した趣旨、③授權法の趣旨、④委任命令によって制限される権利ないし利益の性質）による分析との関係が問題になりうるので、ここで検討する。

注意すべきは、ここでいう 4 要素とは、平成 25 年最判の調査官解説で挙げられたものであり、同最高裁の判文は、「法律の規定上授權の趣旨が明確に読み取れることを要する」というものである。4 要素自体は最高裁の判文ではないのであり、現に、最高裁自体、たとえば令和 2 年判決では、4 要素ではなく、3 つの要素（①法文の法理、②委任の趣旨、③立法過程における議論）から法と告示を分析し、結論（告示は無効）を導

第3 資格確認はあくまでも被保険者の義務であること

1 はじめに

日本における保険診療制度の基本構造に立ち返って検討すると、保険医療機関は適正な診療を現物給付として行う義務を負い、その義務を果たせば、その対価である診療報酬を受領する権利を有する。一方、被保険者（患者）は、資格確認を受けることによって、診療を受けた時点では、診療報酬の一部のみを負担すれば、全額を支払うべき義務は免れることができる。

このように資格確認は、被保険者の観点からいえば、本来であれば診療時点で診療報酬の全額を支払う義務を、被保険者としての資格があることの確認を受けることによって、一部負担金を除く支払義務を免れられるという利益享受のための仕組みである。保険医療機関は、現物給付としての診療を行うことで自らの義務の履行は終えることになり、診療の完了により直ちに発生する診療報酬については、請求を審査支払機関に行い、その後、診療報酬を審査支払機関から受ける（甲102・447頁の図10—2参照）ことになる。

すなわち、資格確認は、患者を上記のような保険制度にのせるための手続であり、保険医療機関のためのものではない。

いている（民集74巻4号814～817頁）。このように、法律と下位法令の関係を分析するにあたって必要なのは、「法律の規定上授権の趣旨が明確に読み取れる」か否かであり、4要素による分析はあくまでも個別の事案について用いられたもので、他の事案では別の要素が用いられている場合もあるのである。

他の事件（最高裁平成22年1月20日大法廷判決・民集64巻1号1頁）での調査官解説の言葉を借用すれば、「法律の規定上授権の趣旨が明確に読み取れることを要する」は「基底的判断枠組部分」であり、4要素（あるいは3要素）による分析は、「着眼点提示部分」（最高裁判所判例解説民事篇平成22年度40頁）と理解することができるといえよう。法律と下位法令の関係をみるにあたって重要なのは、この基底的判断枠組部分に従った判断である。もっとも、検討過程における「着眼的提示部分」の有用性を控訴人として否定するわけではなく、これまでの議論に即して本件では4要素による検討は引き続き行う。

そうであるからこそ、健康保険法では、資格確認の定義及び資格確認にかかわる規定を、いずれも被保険者（患者）を主体として定めているのである。

法律で明確に被保険者の義務として位置づけられている資格確認について、その基本的な性質を下位の規則によって変更し、保険医療機関の義務に転換することなど許されない。

以下、この点を、診療報酬請求権の法的性質について判断した裁判例及び厚生労働省出身の学者が著した文献に基づいて説明する。

2 診療報酬請求権の法的性質

診療報酬請求権の法的性質について判断した裁判例として、名古屋高裁昭和52年3月28日判決がある。同高裁判決は、「医療機関は、都道府県知事に対し、保険医療機関となるべき指定の申請をなし、これに基づきなされた都道府県知事の指定により、保険医療機関となり、保険医療機関として、被保険者に対し、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。）に従い、保険診療に当たり、診療給付をしたときは、保険者に対して、診療報酬を請求し得る（健康保険法43条の3、同条の6、同条の9）。」、「元来診療報酬請求権は、診療行為の対価であって、診療の都度その時点で客観的に発生するものであるから、診療報酬請求が法制上診療機関から基金に対して請求される形態をとるとはいえ、その性質自体は私法上の法律関係、例えば請負、委任等におけるのと別異に解すべき理由はない」と判示する⁶。

⁶ 行集 28 卷 3 号 265 頁。第 1 審（岐阜地裁昭和 50 年 6 月 9 日判決）も同旨。この事件は、社会保険診療報酬支払基金が保険医療機関からの診療報酬請求に対して行う減点措置が抗告訴訟の対象となる行政処分当たるか否かが争点となった事案である（判断は消極）。その判断の前提として、診療報酬請求権の法的性質について本文のとおり判断した。この判断は、同事件の上告審でも是認されている（最高裁昭和 53 年 4 月 4 日第三小法廷判決・集民 123 号 501 頁）。

保険制度の仕組み上、この名古屋高裁が指摘するとおり「診療方針〔は〕法制上診療機関から基金に対して請求される形態をとるとはいえ」、保険医療機関と被保険者（患者）との契約の「性質自体」（あるいは「本質」と言い換えてもよいであろう。）は、保険医療機関の患者に対する診療行為提供義務と患者の保険医療機関に対する診療報酬支払義務が、相互に対価関係にある双務有償契約である。したがって、保険医療機関による診療報酬請求権は、元来、診療行為の対価として、診療の都度、その時点で客観的に発生し、本来であれば、全額の支払を診療の時点で受けることができる権利である。

3 償還払い方式との対比を踏まえた検討

保険診療の基本的な仕組みに基づいた考察は、日本の制度と異なる「償還払い方式」と対比することで、より明確になる。厚生労働省出身の学者が著した島崎謙治『日本の医療 制度と政策 [増補改訂版]』には、次の記述がある（同書446、447、449頁。甲102。原文中の脚注は省略。強調は控訴人代理人）。

医療機関は指定を受けることによって、本来ならば被保険者のために保険者が行うべき療養の給付の義務を保険者に代わって行い、その対価として保険者から診療報酬の支払いを受けるという公法上の契約関係が成立するということである。保険者は保険給付の財源に充てるため保険料を賦課・徴収することとされており、被保険者は保険者に賦課された保険料を支払う（健保法155条等：図②）。そして、被保険者（患者）は傷病が生じた場合は自ら選択した保険医療機関で受療し、保険医療機関は患者（被保険者）に保険診療サービスを提供する（健保法63条3項・70条等：図③）。ここで留意すべきことは、わが国

の公的医療保険制度では、保険者は「療養の給付」（現物給付）の形で給付するのが原則であり（健保法 52 条、63 条 1 項、76 条 1 項等）、被保険者は、保険医療機関で受療する際、一定割合の一部負担金（窓口一部負担金）のみを支払えば済む（健保法 74 条 1 項：図④）。違う
いい方をすれば、日本の公的医療保険における給付の方式は、被保険者が受療時にいったん費用の全額を支払い、後日、保険者に請求し払い戻しを受ける方式（償還払い方式）ではない。（中略）保険医療機関は診療報酬を受け取る権利を得る反面、保険診療ルールに則り適正な診療を行う義務を負う（健保法 70 条 1 項 72 条等）。このルールを定めたのが「保険医療機関及び保険医療養担当規則」（昭和 32・4・30 厚生労働省令 15 号以下「療養担当規則」という）である。療養担当規則は訓示的な規定も少なくないが、特殊な療法や薬物使用の禁止（これらは混合診療禁止の根拠となる）など重要な規定も含まれている（中略）要するに強調したいことは、①わが国の公的医療保険制度は現物給付方式を採っており、診療報酬の法的性格は現物給付である「療養の給付」の対価であること、②診療報酬制度は医療財政制度（医療保険制度）のサブシステムであるが、以上のメカニズムを通じ医療供給制度とも密接に関わっていることである。ちなみに、公的医療保険制度では現物給付が必然だというわけではない。実際フランスの外来診療では伝統的に患者は医師に全額を支払った後に保険者に診療費用の償還を請求する形態が採られてきた。そして、2016 年の医療制度現代化法により第三者払い（日本でいう現物給付）方式に変更することとされたが、医師組合から猛烈な反発を招き、結局、第三者払いの義務化は頓挫している。フランスの医師組合の危惧は故なきことではない。償還払い方式の下では診療は医師と患者の契約関係で完結するため、医師は保険者から直接的な統制や診療内容に対する干渉

を受けないが、第三者払い方式では医師は保険制度のフレームに組み込まれ診療の独立・自由を奪われかねないからである。

このように、フランスで導入されている「償還払い方式」であれば、医師（ないし保険医療機関）と患者の二者間で契約関係が完結しており、医師による現物給付としての療養の給付と、患者による診療報酬全額の支払という対価関係が明瞭である。

この「償還払い方式」は、上記 2 で検討した診療報酬請求権の法的性質、すなわち、保険医療機関による診療報酬請求権は、元来、保険医療機関にとっての義務である現物給付（診療行為）の対価であって、診療の都度客観的に発生し、本来であれば全額の支払を診療の時点で受けられる権利である、という法的性質と整合的である。日本の制度はこれを修正し、被保険者の便宜のため、保険医療機関の負担の下、全額の支払をせずとも診療を受けられるようにした仕組みである、と位置づけることができる⁷。

4 規則によって資格確認を保険医療機関等の義務にすることはできない

すでに控訴理由書 8～9 頁で論じたとおり、健康保険法において、「電子資格確認」の定義は、保険医療機関等の立場から患者の資格を確認する用い方を想定しておらず、あくまでも患者側の立場から資格確認を受

⁷ 健康保険法 63 条の解説書は、「療養の給付」が現行健康保険法において現物給付とされたことについて、「現物給付にすべきか現金給付にすべきかは、社会保険における基本問題の一つであるが、現在では次の理由から疾病保険における疾病または負傷に対する保険給付は原則として現物給付方式がとられている。第一に、現金給付として被保険者に療養費用を前払いするときは、これを療養の費用に充てずに他の用途に流用するおそれがあり、第二に療養費用を後払いとすれば、被保険者は一時医師に支払う金を立て替えておかねばならず、その結果安全な療養を受けることができないばかりでなく、場合によっては療養をなすことができないようになるかもしれないからである。」と説明している（同書 478～479 頁、甲 103）。

ける方法として規定されている（法３条１３号）。また、健康保険法では、法６３条３項その他の条文において、被保険者側の立場から「資格確認を受け、療養の給付を受ける」という場面でのみ「電子資格確認等」の文言を用いている⁸。

法律の条文の文言が、このように被保険者の側からのみ規定されているのは故なきことではなく、上述した診療報酬請求権の法的性質を踏まえているためである。つまり、資格確認は、あくまでも被保険者が診療報酬の一部を支払うだけで残額の支払義務を免れられるという便益を得るための手続、すなわち、被保険者を保険診療の仕組みにのせるための手続である。換言すれば、診療報酬請求権の根底にある契約関係の本質を踏まえると、資格確認は、患者側の診療報酬支払義務の領域に属するとともに、保険医療機関の診療報酬請求権という権利の領域に属するものと位置づけられる。法律もそのように資格確認を位置づけているからこそ、「資格確認」の定義を患者側を基準として規定し、また、資格確認を受ける行為についても、患者を主語とする規定にしているのである。

それにもかかわらず、規則において、突然、資格確認の性質を１８０度転換し、保険医療機関側の義務に転化することなど許されるはずはない⁹。

⁸ 控訴人によるこの指摘（の一部）について、被控訴人は答弁書１０頁において㊦として整理し、同１３頁において、㊦とともにまとめて反論したことになっているが、㊦を正面からとりあげた反論は全くなされていない。

⁹ 島崎前掲書（甲１０２）は、本文中で引用したように、「療養担当規則は訓示的な規定も少なくない」と指摘する。同書は、資格確認を保険医療機関等に義務づけた本件各規定について個別に論じているわけではないが、同書の立場からは、本件各規定は訓示規定と位置づけることになるであろう。そのような捉え方は、稲葉意見書（甲９８）の見解とも共通する。

第4 答弁書に対する個別の反論

1 はじめに

被控訴人の答弁書は、原審における自己の主張箇所や原判決の該当箇所に言及しただけの箇所が多く、新たな主張に乏しい。控訴人は、控訴理由書において、原判決は原告が行った主張にほとんど答えていないと指摘したが、その批判は、被控訴人の答弁書にも基本的にそのまま妥当する¹⁰。したがって、以下では、必要な範囲でのみ反論を行う。ここでは、従来の議論の枠組みにしたがって、4要素に分けた検討を行い（後記2～5）、その後、平成25年最判の基準等に照らして委任する授權の趣旨が明確に読み取れることを要することについて論じる（後記6）。

2 法文の文理

（1）厚生労働省の発行した条文解説の文献も「担当」の文言を辞書的意味でとらえていること

被控訴人は、原判決の判示と同じく、法70条1項が「担当」の文言を用いていることを重視し、『担当』との文言が用いられていることからすれば、同項は、療養のために提供される医療サービスそのものに限って厚生労働省令に委任したのではなく、保険医療機関が療養の給付を『担当』をするに当たって遵守することが必要な事項の定めを厚生労働省令に委任していると解するのが自然である」と主張する（11～12頁）。

しかし、控訴人が控訴理由書5頁で主張したとおり、「担当」という文言の辞書的意味は、「受け持ってその事に当たること。引き受けるこ

¹⁰ 原告の主張に対して原判決の明確な判示がない事項（被控訴人からも反論がない事項）及び原判決の判示に対する控訴人の主張に対し被控訴人から明確な反論がない事項は合計で16箇所に及ぶ。その点を末尾別紙2として整理した。

と」、「うけもつこと。ひきうけること」である。「担当」の文言に、受け持つ対象を広げる効果は無い。この点について、被控訴人は、何ら正面から反論できていない。

次に説明するとおり、被控訴人が「健康保険法の趣旨等」を立証趣旨として提出した文献である『健康保険法の解釈と運用』¹¹は、健康保険法で用いられている「担当」の文言が、控訴人の主張するように辞書的意味で用いられていることを示している。すなわち、同文献には、次の説明がある（甲103、原文中の漢数字を算用数字に変更。強調は控訴人代理人）。

さらに、昭和32年3月に保険医療組織について抜本的な改正が行われた。（中略）この改正が画期的改正といわれる理由は、従来、「保険者ノ指定スルモノ」は別として、療養の給付を担当するのは、医師、歯科医師または薬剤師を保険医または保険薬剤師として指定し、この個人が担当するという方式がとられていたところ、昭和32年3月の改正は、この個人方式を改め、病院、診療所または薬局という機関が療養の給付を担当することとしたからである。すなわち、右に掲げた3種類の療養の給付の担当機関のいずれも機関としてとらえられている。このうち、最も注目すべきものは、第1号の保険医療機関または保険薬局で、これが従来の保険医、保険薬剤師にかわる役割を果たすものであり、また、その性格からしてもその数からしても、療養の給付を担当する機関の中核をなすものである。（中略）このような制度に転換したのは、従来の個人指定方式が、今日の医療組織の実態に即応せず社会保険医療の運用の面から種々の不合

¹¹ 控訴人は、乙44としてこの文献の抜粋を提出している。

理な問題を生ずるに至ったからである。なお、機関による方式のみでは療養の給付担当の責任体制が不十分な面も残るので、保険医、保険薬剤師の制度も存置させた。しかし、新しい制度における保険医、保険薬剤師は、従来と名称は同一であるが性格はまったく異なったものである。すなわち、従来のように療養の給付を担当する機関ではなく、療養の給付を担当すべき保険医療機関または保険薬局において、診療または調剤に従事すべきものの資格要件にすぎず、しかも、医師、歯科医師、薬剤師であれば、原則としてすべて登録され保険医または保険薬剤師になれるのである。

(甲 1 0 3、同書 4 7 3～4 7 5 頁)

「昭和 3 2 年 3 月の法改正によって、保険医および保険薬剤師については、同一の名称こそ存置されているがその実態は全く異なったものになったことは、前条の【要旨】において説明したとおりである。すなわち、従来は、保険医または保険薬剤師自体療養の給付を担当する責任を負っており、したがって、保険医または保険薬剤師は診療または調剤を行い、診療または調剤の報酬を請求していたのである。それが昭和 3 2 年 3 月の改正で、療養の給付を担当する責任は、すべて病院、診療所、薬局という機関が負うことに改められ、したがって、医師、歯科医師、薬剤師は、有機的に組織された機関の一部として、診療または調剤に従事する者となった。」

(甲 1 0 3、同書 5 0 0 頁)

ここで説明されているように、療養の給付を「担当」する責任主体が、昭和 3 2 年(1 9 5 7 年) 3 月の法改正によって個人から機関に転換された。この経過が明確に示すとおり、「担当」の語は「引き受ける」という責任の所在を示す意味で用いられているのである。現に、この点に

対応して、「保険医療機関又は保険薬局」を主語とする健康保険法 70 条 1 項及び同 2 項では、「療養の給付を担当（する）」という文言が用いられている一方、個人である「保険医療機関において診療に従事する保険医又は保険薬局において調剤に従事する保険薬剤師」を主語とする同法 72 条 1 項及び 2 項では、「担当」の語は用いられていない。同条では、「担当」という文言の代わりに「診療又は調剤に当た（る）」という文言が用いられており、明確に区別されている¹²。

つまり、健康保険法で用いられている「担当」の文言は、「引き受ける」という辞書どおりの意味であり、責任の所在ないし主体を示すことに主眼がある。原判決や被控訴人が述べるように、「引き受ける対象」を広げるような用い方などされていないのである。

¹² 健康保険法で「担当」の語が用いられているのは、70 条 1 項及び 2 項の 2 箇所のみである。なお、『健康保険法の解釈と運用』72 条の解説（甲 104、強調は控訴人代理人）は、「この条は、保険医療機関または保険薬局において診療または調剤に従事する保険医または保険薬剤師は、一定の診療方針、調剤方針等に従って診療または調剤にあたらなければならないことを規定している。保険医または保険薬剤師の制度は、保険医療機関または保険薬局において、医師、歯科医師または薬剤師が一定の診療方針または調剤方針等に従って診療または調剤に従事することを保障すべく設けられたものであることは、前に説明したとおりであるが、この一定の診療方針、調剤方針等を定める根拠規定がこの条の第一項である。第二項は、保険医療機関または保険薬局が健康保険法以外の医療保険各法の療養の給付および被扶養者の療養を担当することと対応して、保険医療機関または保険薬局において診療または調剤に従事する保険医または保険薬剤師も、健康保険法以外の医療保険各法または高齢者の医療の確保に関する法律による診療または調剤に従事することを規定したものである。」と解説する。健康法権法の条文が、「担当」という表現を用いている場面にあわせて、主体が「保険医療機関または保険薬局」という機関の場合には「担当」の語を用いる一方、主体が「保険医または保険薬剤師」という個人の場合には、「あた（る）」、「従事する」という表現を用い、「担当」の語は用いていない。このように、健康保険法は、責任の主体を示す主語が誰であるかによって、「担当」の語の有無を明確に使い分けている。

(2) 類似の委任立法例は根拠とならないこと

被控訴人は、厚生労働省所管のいくつかの法令について、健康保険法 70 条 1 項と同様に「担当」という文言により、「医療の受給資格の確認といった、医療機関が医療サービスを提供するに当たって遵守することが必要な事項の定めを省令等に委任している」とし、これを「一般的に行われている実務」であるとする（12 頁）。

しかし、被控訴人が挙げる法律は、「医療を担当しなければならない」とする文言の主体が、「指定医療機関」（児童福祉法 21 条）、「指定医療機関」（生活保護法 50 条 1 項）及び「感染症指定医療機関」（感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律 38 条 3 項）といういずれも「機関」であり、「担当」の責任主体が個人から「機関」に転換されたという健康保険法について上述した法改正の結果と同様の状況を示しているにすぎない。すでに指摘したとおり、島崎前掲書において、「療養担当規則は訓示的な規定も少なくない」と指摘されている。これら他法令における下位の規則等が資格確認について保険医療機関等による義務とするような規定を置いていたとしても、それは、同様に訓示規定と解されるべきものである。

(3) 療養担当規則 1 条の見出し

被控訴人は、療担規則 1 条の見出しが「療養の給付の担当の範囲」となっていることについて、保険医療機関が担当する「療養の給付の範囲」を定める規定であることからかかる見出しが設けられていると弁明する（12 頁）が、「療養の給付」と「範囲」の間に挟まれている「担当」の語を意図的に無視してなされた強弁でしかない。その見出しから明らかなおおり、療担規則 1 条は「療養の給付の担当」の範囲を定めたものであるにもかかわらず、その範囲は健康保険法 63 条 1 項に規

定する「療養の給付」と異ならない。つまり、療担規則1条には「担当」の文言があるにもかかわらず、その「範囲」は、「担当」の文言がない「療養の給付」の範囲から広げられていないのである。

このように、「担当」の文字に「引き受ける対象」を広げる意味合いがないことは、被控訴人自身が定めた規則の規定そのものから明らかである。

(4) 反論がなく積極的理由づけもないこと

前述のとおり、原告の主張に対して被控訴人から反論のない事項を別紙2にまとめた。そのような事項は合計で16箇所に及ぶが、そのうち、4要素に分けて検討した場合に「法文の文理」に関するものが1～6の6項目ある。これらについて被控訴人は反論をしていないが、その具体的内容は別紙2に譲る。

また、控訴人は控訴理由書6頁以下において、健康保険法は、「療養の給付」に関する委任規定を法70条1項以外に多数置き、その際に委任先や委任範囲を区別していると主張した。同様に、控訴理由書7頁以下において、健康保険法では、療養の「給付」と給付を受けるための「方法」を分けて規定していることなどを主張した。これに対して、被控訴人は、「必要な事項の定めが委任されていることが否定されるものではない」と主張するのみで(13頁)、積極的な根拠は主張できていない。

このように、被控訴人の主張は、控訴人の主張に正面から答えないか、あるいは、被控訴人の主張を支える前提がそもそもないのに、その点を措いて、被控訴人の立場が「否定されるものではない」と消極的に述べるにとどまっており、授權規定の文言が被控訴人の立場を支えることについて積極的な根拠を何ら示せていない。

只野意見書（甲 9 7）は『療養の給付』の『担当』にのみ言及する同項の文言を厳格に解するならば、そこに新たな義務づけの個別具体的な授權根拠を読み取ることはできない」（10 頁）とし、「さらに、健康保険法全体を見ても、新たな義務づけの授權の直接的根拠となる規定を見出すことはできない」（同頁）としており、法 70 条 1 項の文理から資格確認の義務づけを読み取ることはできない。

（5）原判決の判断は文理を離れて緩やかな解釈をするものであり許されないこと

本件において、健康保険法 70 条 1 項が規定するのは「療養の給付」の担当だけである。資格確認などの方法についての義務づけをする根拠となるような文言はない。また、所管行政庁の専門技術的観点から一定の裁量権が認められるとする解釈を引き出す根拠となるような文言も法律の条文には一切ない。

控訴人は控訴理由書 3 頁以下において、原判決の判断は平成 18 年最判に照らしても文理を離れて緩やかな解釈をするものであり許されないことを主張した。

これに対し、被控訴人は、「委任命令が授權規定による委任の範囲内といえるか否かについて『授權規定の文理は重要であるが、その解釈に当たっては授權法全体の趣旨をも勘案すべきであるなど、それだけでは決定的な考慮要素とまでいえない』（岡田幸人・最高裁判所判例解説民事篇平成 25 年度 21 ページ）と解されている」旨主張する（17 頁）。

しかし、被控訴人が指摘する最高裁判所判例解説の部分は、授權規定の文理に厳格な解釈をして委任命令を違法とした平成 18 年最判（別紙 1 後掲⑦）及び平成 21 年最判（同⑧）を紹介した上で、授權規

定の文理以外の法文の規定も考慮して委任命令を適法とした平成2年最判（同③）を紹介した直後に、「このように」との文言に続けて記載されているのであり、平成2年最判を強く意識して記載されたものである。同解説は、平成2年最判について「銃砲刀剣類登録制度が、危害予防の観点からあらかじめ全面的に所持を禁止された銃砲刀剣類について、美術品・骨董品としての鑑賞のために必要であるとの観点から、例外的な所持の余地を認めようとするものであって、登録による銃砲刀剣類の所持が一種の特権としての性格を有する（したがって、これをいかなる場合に認めるかについて行政機関の広範な裁量を認めても構わない。）との価値判断が背景にあるものと考えられる」としている。そのため、平成2年最判は、特権的性格を有する事項の制約に関する事案であり、医療機関及び国民に重大な影響が生じ、行政裁量が広範に認められることのない本件と同視できず、本件に適用できる事案ではない。しかも平成2年最判は、**別紙1**の該当箇所（後掲②③の〔控訴人の説明〕）で述べたとおり、「鑑定の基準」や「その他登録に関し必要な細目」についても「文部省令で定める」とし、法が明示的に委任対象に含めている事案である。また、法が「古式銃砲」という用語を用いていることから、「古式」に該当する「鑑定の基準」を規則により年代をもって画したなどといった事案であって、**別紙1**で述べたとおり、あくまでも法律上の明文による手がかりを重視した判断なのである。

他方、平成18年最判は、貸金業法18条1項に関し、「貸金業者の業務の適正な運営を確保し、資金需要者等の利益の保護を図るためであるから、同項の解釈にあたっては、文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されない」と判示している（同判決7頁）。法70条1項の規定する保険医療機関等の責務も、国民が受ける医療の質の向上という国民の利益保護を図るためである。したがって、規則による規制に

よって国民に与える影響という意味では、平成18年最判は、本件と同様と言いうる事案である。

また、本書面の第2で主張したとおり、これまでの委任命令の適法性ないし違法性について判断した最高裁判決は、事案の違いにかかわらず、原則として法律の規定に沿った厳格な解釈を示しており、法律の規定を最も重視している。さらに、只野意見書（甲97）は、「法規命令のうち、特に新たに「義務を課し、若しくは国民の権利を制限」するようなものについては、立法権の侵害とならないよう、個別具体の事項ごとに法律による授權（委任）が必要であることを、ここでは確認しておきたい。」（4頁）と指摘している。これらのことから、本件において、委任の範囲にあるか否かを判断するにあたって法文の文理に忠実に解釈されるべきことは当然である。

3 法70条1項の委任の趣旨（20頁）

前述のとおり、原告の主張に対して被控訴人から反論のない事項を別紙2にまとめた。そのような事項は合計で16箇所にあぶが、そのうち、法70条1項の委任の趣旨に関するものは、7～9の3項目である。これらについて被控訴人は反論をしていないが、その具体的内容は、以下で述べる点を除き、別紙2に譲る。

法70条1項が厚生労働省令に委任した趣旨については、控訴人が控訴理由書16頁以下で述べたとおりである。法70条1項が委任の対象とする診察等の「療養の給付」（法63条1項各号）は、いずれも医師等の資格を要する行為であり、医学的知見等の専門技術を踏まえたルール化が必要である。そのために、「療養の給付」に該当する事項について、細目のルール化を法70条1項は厚生労働大臣に委任したと解される。これに対し、オンライン資格確認を含む「（医療提供）に

伴って発生する事務等の実情や利用可能なインフラの技術的進展」といった原判決が指摘する事項は、医師等の資格を要しない、科学技術の分野に属する事務的な行為に関する事項であって、法70条1項の委任の趣旨とは異質のものである。

監獄法施行規則が監獄法の委任の範囲にあるか否かが問題になった平成3年最判（別紙1後掲④）の事案では、法律の目的とは異なる目的を持つ規則によって、在監者と14歳未満の者との接見を禁止することが問題とされ、そのことも一因となって規則は委任の範囲を超えるものとして違法と判断された。

本件でも同様のことが妥当し、授權規定である法70条1項の委任の趣旨とは異なる趣旨を療担規則によってあらたに設定し、そのような異質の趣旨に基づいて保険医療機関等に新たに義務を課すことが許されるはずはない。

さらに、ふるさと納税制度に関連した告示の効力が問題となった令和2年最判（別紙1後掲⑩）では、総務大臣の技術的専門性に委ねるのが妥当な事項（寄附金の募集の態様や提供される返礼品等の内容を規律する具体的な基準の策定）と、「立法者において主として政治的、政策的観点から判断すべき性質の事柄」（指定制度の導入に当たり、その導入前にふるさと納税制度の趣旨に反する方法により著しく多額の寄附金を受領していた地方団体について、他の地方団体との公平性を確保しその納得を得るという観点から、特例控除の対象としないものとする基準を設けるか否か）とを区別する判断をしている。

本件でも、控訴人が控訴理由書20頁以下で主張したとおり、特にオンライン資格確認は、健康保険証（被保険者証）による資格確認のように、誰でも簡単にできるものではなく、保険医療機関にとって大きな負担となり、職業活動の自由の制約になるにとどまらず、医療法が

控訴人らを通じて確保を予定している、患者の生命・健康及び秘密の保持（個人の尊厳の保持及び信頼関係の維持）という憲法上の生存権及びプライバシー権に重大な影響を与える。そのため、オンライン資格確認を保険医療機関等に義務づけるか否かは、国会が、国民全体の生存権やプライバシー権などを考慮して、政治的、政策的観点から判断すべき性質の事柄である。社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上を所管する（厚生労働省設置法３条１項参照）厚生労働大臣の専門技術的な裁量に委ねるのが適当な事柄とはいいい難く、国会において十分な議論を経る必要がある。

以上のとおり、法７０条１項が、オンライン資格確認を保険医療機関等に義務づけるか否かを行政の裁量に委ねる趣旨と解することはできない。

４ 健康保険法の趣旨目的及び仕組みとの整合性

（１）反論がないこと

前述のとおり、原告の主張に対して被控訴人から反論のない事項を別紙２にまとめた。そのような事項は合計で１６箇所に及ぶが、そのうち、健康保険法の趣旨目的及び仕組みとの整合性に関するものは、１０～１３の４項目である。これらについて被控訴人は反論をしていないが、その具体的内容は、次項以下で述べる点を除き、別紙２に譲る。

（２）資格確認の方法について規定の仕方

被控訴人は原判決の判示と同じく、健康保険制度が適切に運用されるためには、保険医療機関等からの保険者に対する診療報酬の請求が正確にされることが必要となるところ、これを十全に担保するためには、資格確認の方法についても法令で規定しておく必要性が高いとし、

健康保険法の仕組みからすれば、保険医療機関等が療養の給付を担当するに当たって遵守することが必要な事項の中身には、資格確認の方法が含まれるものと解すべきであると主張する（23頁）。

しかし、資格確認の方法を法令で規定しておく必要性が高いという指摘自体、控訴趣意書で指摘したとおり誤りである¹³。

次に、仮にその必要性があると仮定したとしても、それを「保険医療機関等が療養の給付を担当するに当たって遵守することが必要な事項」、すなわち、資格確認の方法を保険医療機関の義務として規定すべきとする主張は筋違いである。本書面の第3ですでに論じたとおり、保険医療機関等は適正な診療を現物給付として行う義務を負う一方、その義務を果たせば、その対価である診療報酬を受領する権利を有することになる。診療報酬を受領する権利にかかわる付随的な行為を、保険医療機関等にとっての義務と位置づけること、しかもそれを法律ではなく、資格確認を受けることを被保険者の義務と位置づけている法律自体を改正するのではなく、規則によって行うことは、健康保険法の趣旨目的及び仕組みとは、およそ整合しない。

稲葉意見書（甲98）は、被保険者を主語とする健康保険法63条と、保険医療機関を主語とする70条の関係を整理し、「健康保険法は、被保険者による『療養』の『給付を受ける』行為に対応する語句として、保険医療機関による『療養』の『給付』の『担当』行為を定めている」（2頁）とし、「ここには、『療養』の『給付』を『受ける』行為とこれ

¹³ 控訴理由書24頁以下で指摘したとおり、健康保険制度の基本的仕組みは、健康保険法が制定された大正11年（1922年）当初から変わらないのに、制定から100年近く経過するまで法律が制定されていない。また、診察や薬剤の支給を保険給付として行うために付随的な一連の事項が必要になるとしても、それらの事項を法令によって規制する必要があるかは別問題であり、特段の法令によるルールがなくても、患者の資格確認は、診療報酬を受け取るために保険医療機関等によって自ずと適切に行われることが期待できる。

を『担当』する行為との対応関係（強いていえば、権利と義務の対応関係）が明確に定められている」と述べる。そのうえで、「この明確な対応関係と比較すれば、被保険者による『被保険者であることの確認を受け』る行為に対応する保険医療機関による確認行為は、同法第70条第1項において定められていない」（同頁）とする。その理由として、稲葉意見書2頁は、被保険者資格の確認行為は、法律で義務づけるような性質の行為ではなくて、被保険者と現場で接する保険医療機関の判断（強いていえば、保険医療機関の自治）に委ねられるべき行為と指摘している。

（３）２０１９年改正時の法案審議

控訴人は、控訴理由書27頁以下において、健康保険法の2019年改正時における法案審議の議論は、いずれも「保険医療機関等」がオンライン資格確認を任意で行うことを前提としたもので、行為の主体を「被保険者等」に置き換えた原判決の読み方は、明らかな誤りであると指摘した。

しかし、被控訴人は、単に原判決の判示と同じ主張を繰り返してはぐらかそうとするだけで、控訴人が具体的に指摘する国会審議録について正面から反論等を行わない。

そのうえで、控訴人が控訴理由書において、国会想定問答集（甲65）の記載を指摘したところ、被控訴人は、「想定集は、厚生労働省が国会審議に向けた準備として、あらかじめ国会において質問されることが想定される間及びこれに対する答弁集を記載したものであり、厚労省内部で作成されたにすぎない問答集を根拠に立法府の意思について論ずることはできない」と主張する（25頁）。

しかし、この国会想定問答集は、閣法として提出された法案を所管する官庁の立法担当者の考えが記載されており、国会での法案審議の際に該当する質問があれば、同問答集に沿って政府参考人によって読み上げるなどの方法で国会議員に伝えられ、それを前提に議決が行われる重要資料である。そのような重要資料を厚労省内部で作成されたにすぎないと述べるのは、被控訴人として、本訴訟の局面において同資料の証拠価値をできるだけ下げたいという思惑があるにせよ、あまりに立法府（と法案の起草にあたった行政府）を軽視した無責任な言説と言わざるをえない。

そして、想定問答集は、控訴理由書 31～32 頁で示したとおり、2019 年改正において、オンライン資格確認を導入するか否かは、あくまでも「保険医療機関等」の任意の判断とされていたことを示している。

（４）オンライン資格確認が原則であるとの主張について

被控訴人は、「電子資格確認」と「その他厚生労働省令で定める方法」が並列関係にあることは認めたとうえで、「改正の難易は、法律と省令とは大きく異なる」ということから、「健康保険法 63 条 3 項は、オンライン資格確認を原則的な資格確認方法として定めたものと解するのが相当である」と主張する。

しかし、控訴人が控訴理由書 36 頁以下において主張したとおり、マイナンバー法に照らすならば、法制度上マイナ保険証以外を用いた資格確認も併存させる必要がある。したがって、仮に「その他厚生労働省令を定める方法」をなくそうとすれば、あわせてマイナンバー法を改正する必要がある。被控訴人のように、その点に目をつぶって、「改

正の難易は、法律と省令とでは大きく異なる」という一般論を述べても意味はない。

また、仮にオンライン資格確認が原則であるとしても、そのことから保険医療機関等にオンライン資格確認を義務づけることを直ちに導けるものではない。本書面の第3で述べたとおり、資格確認はあくまでも被保険者の義務であり、健康保険法も、資格確認を、一方的に被保険者の側から受けなければならないものと位置づけて規定している。

仮にオンライン資格確認を保険医療機関等の義務にするよう変更をするとすれば、それを法律改正によって行うとしても、なぜ診療報酬請求権という保険医療機関の権利行使について、しかも権利行使時期を一部について後に延ばすという保険医療機関にとって言わば不利な取扱いにするための手続に関連して、保険医療機関に義務づけができるのか、その正当性・合理性が問われることになるだろう。その点を国会で十分に審議し、立法府の納得が得られて初めて法改正がなしえるというべきである。ましてや、規則によって保険医療機関の義務にすることなどが認められることになるものではない。

(5) オンライン資格確認導入のメリット・デメリットについて

原判決は、「正確な被保険者等の資格情報を電子的に即時に確認することができる… 薬剤情報等を共有することができる… など、より適切な医療の提供が期待し得る」と判示する。

これに対し、控訴人は控訴理由書38頁以下において、健康保険証により、被保険者等の資格情報を確認することはできており、オンライン資格確認のメリットを過大に評価することはできないこと等を具体的事例や数値に基づいて主張した。

これに対し、被控訴人は、健康保険証の実際の不正利用の件数が50件にとどまらないとか、お薬手帳のタイムラグは将来的に解消されるとか、タイムラグを考慮しても患者と保険医療機関等との間で薬剤情報等を共有する利点は十分認められるとか、トラブルがあっても対策をしているなど主張する（27頁以下）。

しかし、そもそも健康保険証の不正利用の件数については把握できていない以上、オンライン資格確認導入の立法事実として考慮すべきではない。また、電子処方箋管理サービスについてタイムラグがあることについて、将来的に解消できるとしてもいつ実現するか不明であり、既に行われた義務づけのメリットとして挙げられるものではない。現時点では紙のお薬手帳により情報共有の方が簡便である。さらに、オンライン資格確認における各種トラブル事例の多発は、医療機関の負担を増大させるものであり、いかに対策をしてもデメリットであることは明らかである。

これらの事情に照らすならば、オンライン資格確認を保険医療機関等に任意の制度として導入し、トラブルを削減し、メリットが実現できる段階になるのを待つ方が合理的である。

したがって、上記トラブルが多発し、十分にメリットが実現できていない段階で、保険医療機関等にオンライン資格確認の義務づけをする合理性・必要性は認められない。

（6）廃業の増加

原判決は、全国保険医団体連合会の調査結果（甲5）のみによって多数の廃業の事実を認めるに足りないとか、原告らが主張する開業医等の退会会員数等（甲29、30）とオンライン資格確認の義務化との因果関係も証拠上明らかとはいえないとする（原判決23頁）。

これに対し、控訴人は控訴理由書 43 頁以下で、各種データを踏まえて廃業が増加していることを改めて主張した。

これに対して、被控訴人は、財政支援の補助事業があり、経済的な負担が生じても事業継続を困難にするとは直ちにはいうことができない等主張する（32 頁）。

しかし、廃業を決断する事由が複合的であり、オンライン資格確認の義務化のみでなくとも、少なくとも、理由の 1 つとして廃業を促進するものであることは、東京都保険医協会の「オンライン資格確認義務化を理由に含む退会者数とその割合」に題するヒアリング結果（甲 55）や報道（甲 83、甲 84）から裏付けられている。

5 制約される権利ないし利益の性質等（33 頁）

前述のとおり、原告の主張に対して被控訴人から反論のない事項を別紙2にまとめた。そのうち、制約される権利ないし利益の性質等に関するものは、14 である。これらについて被控訴人は反論をしていないが、その具体的内容は、次に述べる点を除き、別紙2に譲る。

6 平成 25 年最判の基準等に照らし委任する授権の趣旨が明確に読み取れることを要すること

原判決は、「平成 25 年最判は、事業者の事業そのものを規制する内容で制約の程度が大きい事案であったのに対し、本件は、患者からオンライン資格確認の方法によることを求められた場合にこれに対応し得る体制を整備することを義務づけるという事案であり、保険医ないし保険医療機関の診療行為そのものを規制するといった事案ではない」などと判断したうえで、平成 25 年最判の射程は本件には及ばないと結論付けた（原判決 21 頁）。

これに対し、控訴人は控訴理由書 55 頁以下で、一般論としても、民主主義国家における法律による行政の原理に照らすならば、法文の文理を重視すべきは当然であり、法律に拘束されない行政機関の活動を抑止する観点からも、この点の確認は重要であることを指摘し、平成 25 年最判との類似性を個別具体的に主張し、また、同様に文理を離れて緩やかな解釈を認めなかった平成 18 年最判及び令和 2 年最判を指摘した。

これに対して、被控訴人は、平成 25 年最判との類似性についての個別具体的な反論はせず、原判決の判示と同趣旨の主張を繰り返したうえ、平成 18 年最判は本件には当てはまらないと主張し、加えて、令和 2 年最判については、国の関与に関する一般原則との抵触が問題となるような態様で一定の地方団体を不利益に取り扱う基準を委任命令として定めるのであれば、そのような趣旨の基準の策定を委任する授權の趣旨が、授權法の規定等において明確にされていなければならないとしたものと解されるから、本件にそのまま妥当しないと主張する（35 頁以下）。

しかし、令和 2 年最判は、国民と国との法律関係を規律する行政法一般の法理を示した平成 25 年最判を、国と地方公共団体との関係でも拡張し、法文に厳格に解釈する姿勢を示したものと解される（稲葉意見書（甲 98）5 頁）。何よりも、令和 2 年最判は、「（ある）趣旨の基準の策定を委任する授權の趣旨が、（）法の規定等から明確に読み取れることを要する」と平成 25 年最判と同一の言いまわしを用いて、平成 25 年最判の考え方を採用することを宣明したのである。

本件では私人である保険医療機関を対象にし、憲法 41 条及び 22 条との抵触が問題となるのであるから、なおさら厳格に解釈されるのは当然であって、文理を離れた緩やかな解釈は認められないという平成 18 年最判や平成 25 年最判の考え方は本件にも妥当する。

さらに、①マイナ保険証を資格確認の方法として用いる割合はまだ少なく、これを保険医療機関に義務づける必要性は低く、②当該義務づけには反対意見が少なからず存在し、③規制によって制約される権利の重要性と制約の程度が相当程度に及ぶこと、という点において、本件と平成25年最判との類似性は十分認められる。

また、仮に平成25年最判との事案の類似性が肯定されないとしても、本書面冒頭で主張したとおり、委任命令の違法性に関して判断した従前の各種最高裁判例や只野意見書（甲97）に照らしても、「文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されない」という一般原則は妥当するといふべきである。

したがって、本件において文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されない。

第5 憲法違反

1 憲法41条違反

既に主張したとおり、法70条1項を、本件各規定の授權規定と捉えることはできず、したがって、本件各規定は、法律によらず控訴人らに義務づけをするものとして、憲法41条に違反し、違法・無効である。

2 憲法22条1項違反

（1）規制手段が規制目的と合理的に関連するとはいえない（38頁）

控訴人は、控訴理由書67頁以下で、オンライン資格確認のトラブルの多発やそのメリットが小さいことを指摘し、規制手段が規制目的と合理的に関連するとはいえないことを主張した。

これに対し、被控訴人は、トラブルは運用上の問題にすぎず、オンライン資格確認の原則義務化が健康保険法の目的に合致することは何ら否定

されるものではないし、被控訴人においては、トラブル等を減少させ、患者及び医療機関等に不利益が及ばないような取組をしているから、上記事象の発生があったことをもって、直ちにオンライン資格確認による利点等が否定されるものとはいえないなどと主張する。

しかし、トラブルの多発は、オンライン資格確認の原則義務化の目的が「確実な資格確認による保険給付の適正化及び制度運営の効率化の実現、国民に対する正確なデータに基づいたより良い医療の提供」とそぐわない。被控訴人が取り組みをしてもトラブルが減少しているとは言えないことも控訴理由書及び控訴理由書補充書で主張したとおりである。

そもそも、健康保険証による資格確認が不確実ということではなく、不適正な保険給付に用いられる不正利用の事例が多いわけでもない。また、オンライン資格確認の場合でも、暗証番号を用いることで他人に成りすますことなどは可能である

したがって、規制手段が規制目的と合理的に関連するとはいえない。

(2) 規制手段が規制目的の達成にとって必要最小限とはいえない(39頁)

控訴人は、控訴理由書68頁以下で、被保険者のだれもが健康保険証を持っており、2024年12月以降、新規発行がなくなったとしても、今後は資格確認書の交付を受けることが可能である。したがって、健康保険証ないし資格確認書、いずれの方法による資格確認でも、簡易迅速な方法による確実な資格確認のために支障があるとはいえない状況にある。このことに照らすと、規制目的を達成するために保険医療機関にオンライン資格確認を義務づける必要性はまったくない。オンライン資格確認が本当に規制目的達成のために有益なのであれば、採用を任意にしておいても自ずと保険医療機関にも受け入れられ広がるはずであるから、義務づけは到底必要最小限とは言えないと主張した。

これに対して被控訴人は何ら反論していない。

また、控訴人がオンライン資格確認の体制整備の義務に違反した場合、保険医療機関等の指定が取り消されるという重大な結果を招く可能性を指摘したのに対して、被控訴人は、オンライン資格確認の体制整備の義務に違反した場合にあっても、直ちに保険医療機関等の指定を取り消すのではなく、まずは、地労厚生局により同法 73 条 1 項に基づく指導を行うと主張する。

しかし、結局義務づけに向けた一方的手続をするものであって、保険医療機関の個別の事情に合わせて義務を免除するといった柔軟な対応がなされるわけではなく、取消の可能性が軽減されるものではなく、目的達成に向けた必要最小限の規制ということとはできない。

(3) 得られる利益と失われる利益のバランスがとれていない (40 頁)

控訴人は、控訴理由書 70 頁以下において、オンライン資格確認は、オンラインではない資格確認との比較において、特段メリットと言えるほどでもなく、すでに指摘したトラブル事例などのデメリットや、保険医療機関に対する大きな負担があるから、メリットとデメリットが均衡を保っているとはいえないと主張した。

これに対し、被控訴人は、従前のメリットの主張とデメリットを解消する取り組みをしていることなどを繰り返している。しかし、メリットは既に主張したとおり限定的であり、デメリットを解消する種々の取り組みの実効性について具体的にどのような効果を上げているのかという主張はない。

したがって、得られる利益と失われる利益のバランスが均衡を保っているとはいえない。

以 上

最高裁判例の検討

規則等が授権規定の委任の枠内にとどまるか否かを検討した最高裁判例を検討した結果をまとめた。それぞれの判例について、

〔参照条文〕

〔判決からの抜粋〕

〔控訴人による説明〕

の3項目に分けて記載した。

① 最高裁昭和46年1月20日民集25巻1号1頁	32
② 最高裁昭和62年11月20日集民152号209頁	35
③ 最高裁平成2年2月1日民集44巻2号369頁	35
④ 最高裁平成3年7月9日民集45巻6号1049頁	41
⑤ 最高裁平成14年1月31日民集56巻1号246頁	45
⑥ 最高裁平成15年12月25日民集57巻11号2562頁	48
⑦ 最高裁平成18年1月13日民集60巻1号1頁	50
⑧ 最高裁平成21年11月18日民集63巻9号2033頁	53
⑨ 最高裁平成25年1月11日民集67巻1号1頁	56
⑩ 最高裁令和2年6月30日民集74巻4号800頁	61
⑪ 最高裁令和3年3月11日民集75巻3号418頁	66

① 最高裁昭和46年1月20日民集25巻1号1頁

〔参照条文〕¹⁴

農地法80条

- 1 農林大臣は、第78条第1項の規定により管理する土地、立木、工作物又は権利について、政令で定めるところにより、自作農の創設又は土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当と認めた

¹⁴ 参照条文は、該当する民集の【参照】欄からの抜粋を基本としている。漢数字を算用数字に変更したことがある。以下同じ。

ときは、省令で定めるところにより、これを売り払い、又はその所管換若しくは所属替をすることができる。

- 2 農林大臣は、前項の規定により売り払い、又は所管換若しくは所属替をすることができる土地、立木、工作物又は権利が第9条、第14条又は第44条の規定により買収したものであるときは、政令で定める場合を除き、その土地、立木、工作物又は権利を、その買収前の所有者又はその一般承継人に売り払わなければならない。（以下略）

農地法施行令16条

農林大臣は、左に掲げる土地等に限り法第80条第1項〔売払又は所管換、所属替〕の認定をすることができる。

（中略）

- 4 公用、公共用又は国民生活の安定上必要な施設の用に供する緊急の必要があり、且つ、その用に供されることが確実な土地等

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

法80条1項には、農林大臣がその管理する土地を「売り払うことができる。」とあるので、同項は単に農林大臣に右売払いの権限を与えたにとどまり、売払いの義務を負わせていないかの観があるが、同条二項は農林大臣の管理する土地が買収農地であるときは、「売り払わなければならない。」と定めているのであるから、右両規定と前示売払制度の趣旨とを合わせ考えると、当該土地が買収農地であるかぎり、これを自作農の創設等の目的に供しないことが相当であるという事実が客観的に存すれば、農林大臣は内部的にその認定を行ない旧所有者に売り払わなければならないという拘束を受け、旧所有者は農林大臣に対し買受けに応ずべきことを求める権利を有する〔中略〕

令16条4号が、前記のように、買収農地のうち法80条1項の認定の対象となるべき土地を買収後新たに生じた公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実なものに制限していることは、その規定上明らかである。その趣旨は、買収の目的を重視し、その目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実な場合にかぎり売り払うべきこととしたものと考えられる。同項は、その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法80条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されないところであるといわなければならない。農地改革のための臨時立法であつた自創法とは異なり、法は、恒久立法であるから、同条（引用者注：農地法80条）による売払いの

要件も、当然、長期にわたる社会、経済状況の変化にも対処できるものとして規定されているはずのものである。したがって、農地買収の目的に優先する公用等の目的に供する緊急の必要があり、かつ、その用に供されることが確実であるという場合ではなくても、当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたって維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもの（法7条1項4号参照）として、買収の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるといいうるものが生ずるであろうことは、当然に予測されるところであり、法80条は、もとよりこのような買収農地についても旧所有者への売払いを義務付けているものと解されなければならないのである。したがって、同条の認定をすることができる場合につき、令16条が、自創法3条による買収農地については令16条4号の場合にかぎることとし、それ以外の前記のような場合につき法80条の認定をすることができないとしたことは、法の委任の範囲を越えた無効のものというのほかはない。

〔控訴人による説明〕

農地法施行令16条の委任規定である農地法80条の1項を見ると、「農林大臣は、…政令で定めるところにより、…相当と認めたときは…することができる」と規定しているため、同条項は、農林大臣に政令で定める権限を付与し、しかも農林大臣に主観的な判断の裁量を広く認めているかのようにもみえる。しかし、同2項が「売り払わなければならない」と定めていることから、最高裁は、土地が買収農地である場合には、「相当であるという事実が客観的に存す〔る〕」場合には、旧所有者に売り払わなければならないという義務を課していると捉え、その義務に対応して「旧所有者は農林大臣に対し買受けに応ずべきことを求める権利を有する」と解釈した。

また、最高裁は、「同項は、その規定の体裁からみて、売払いの対象を定める基準を政令に委任しているものと解されるが、委任の範囲にはおのずから限度があり、明らかに法が売払いの対象として予定しているものを除外することは、前記法80条に基づく売払制度の趣旨に照らし、許されないところであるといわなければならない」と判示する。この事件の調査官解説は、「政令に対する委任であることおよび同時に手続については省令に委任していることから考えて、法80条1項は、売払いの対象を定める具体的基準を政令に委任するものである

と解されるが、法 80 条 1 項は、それ自体が、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とすることという枠を示しているのであり、右委任による政令は、その枠内にとどまるべきものである」と述べている（最高裁判所判例解説民事篇昭和 46 年度 311 頁）。ここで言う「枠」は条文の文言「自作農の創設又は土地の農業上の利用の増進の目的に供しないことを相当と認めたとき」から導かれるものである。

そのうえで最高裁は、「法は、恒久立法であるから、…当該買収農地自体、社会的、経済的にみて、すでにその農地としての現況を将来にわたって維持すべき意義を失い、近く農地以外のものとするを相当とするもの…として、買収の目的である自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする状況にあるといいうるものが生ずるであろうことは、当然に予測される」のに、施行令 16 条が定める場合は狭すぎるとして、法の委任の範囲を越えるものとして無効と結論づけている。前掲調査官解説は「社会的、経済的にみた場合、農地といえども、当該土地または周囲の土地について生ずる事情の変化により、それ自体、自作農の創設等の目的に供することが、著しく不適当または困難となる場合がありうるのであり、法 80 条 1 項の文理からみても、認定すべき場合を、積極的に買収の目的に優先する他の目的が存在する場合のみに限定しなければならないものとは解されない」とし（前掲書 312 頁、強調は控訴人）、やはり最高裁が条文の文理を重視していると解説している。

この最高裁判決は、農地法 80 条について、農地法の趣旨を踏まえつつ、同条の文言に即して解釈し、同条文が想定する場面を委任立法によって制限することを認めないとするものである。国民の権利を制限する規定を政省令によって定める場合には、一定の行為を規制する内容の〔政省令〕の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するとする平成 25 年最判や令和 2 年最判と軌を一にするものと位置づけられる。

② 最高裁昭和 62 年 11 月 20 日集民 152 号 209 頁

③ 最高裁平成 2 年 2 月 1 日民集 44 巻 2 号 369 頁¹⁵

〔参照条文〕

銃砲刀剣類所持等取締法 14 条

¹⁵ ②③は、いずれも銃砲刀剣類登録規則が問題になっているため、まとめて検討する。

- 1 文化庁長官は、美術品若しくは骨とう品として価値のある火なわ式銃砲等の古式銃砲又は美術品として価値のある刀剣類の登録をするものとする。
- 2 銃砲又は刀剣類の所有者（所有者が明らかでない場合にあっては、現に所持する者。以下同じ。）で前項の登録を受けようとするものは、文部省令で定める手続により、登録の申請をしなければならない。
- 3 第1項の登録は、登録審査委員の鑑定に基いてしなければならない。
- 4 文化庁長官は、第一項の規定による登録をした場合においては、すみやかにその旨を登録を受けた銃砲又は刀剣類の所有者の住所地を管轄する都道府県公安委員会に通知しなければならない。
- 5 第1項の登録の方法、第3項の登録審査委員の任命及び職務、同項の鑑定の基準及び手続その他登録に関し必要な細目は、文部省令で定める。

銃砲刀剣類登録規則 4 条

- 1¹⁶ 火なわ式銃砲等の古式銃砲の鑑定は、日本製銃砲にあつてはおおむね慶応三年以前に製造されたもの、外国製銃砲にあつてはおおむね同年以前に我が国に伝来したものであつて、次の各号の一に該当するものであるか否かについて行うものとする。
 - 一 火なわ式、火打ち石式、管打ち式、紙薬包式又はピン打ち式（かに目式）の銃砲で、形状、象嵌、彫物等に美しさが認められるもの又は資料として価値のあるもの
 - 二 前号に掲げるものに準ずる銃砲で骨とう品として価値のあるもの
- 2 刀剣類の鑑定は、日本刀であつて次の各号の一に該当するものであるか否かについて行うものとする。
 - 一 姿、鍛え、刃文、彫り物等に美しさが認められ、又は各派の伝統的特色が明らかに示されているもの
 - 二 銘文が資料として価値のあるもの
 - 三 ゆい緒、伝来が史料価値のあるもの
- 4 前各号に掲げるものに準ずる刀剣類で、その外装が工芸品として価値のあるもの

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

- ② 銃砲刀剣類所持等取締法（以下「法」という。）14条1項の規定による登録を受けた古式銃砲（変装銃砲刀剣類を除く。）が、法3条1項6号により銃砲、刀剣類の同条本文による所持禁止の除外対象とされているのは、（中略）美術品又は骨とう品として文化財的価値を有するものがあるから、これらの銃砲について登録の途を開くことによつて所持を許し、これらを文化財として保存活用を図ることは、文化財保護の

¹⁶ 規則4条1項は③事件の民集に掲載が無いため、②事件の最高裁判決から抜粋した。

観点からみて有益であり、また、これらの古い型の銃砲はその所持を許しても危害の予防上重大な支障が生ずるものではないとの趣旨によるものと解される。このことは、法4条による銃砲、刀剣類の所持の許可の場合は、危害予防の観点から、これを所持する者が法5条1項各号に該当しない者でなければ許可を受けることができないものとされているのに対し、法14条1項による登録の場合は、登録を受けようとする者について右のような定めはなく、当該銃砲それ自体が同項所定の「美術品若しくは骨とう品として価値のある火なわ式銃砲等の古式銃砲」に該当すると認められるときは、その登録を受けることができ、登録を受ければ何人もこれを所持できるものとされており、しかもその登録事務は文化庁長官が所掌していることに照らしても明らかである。

（中略）古式銃砲の登録の手続に関しては、法14条3項が「第一項の登録は登録審査委員の鑑定に基いてしなければならない。」と定めるほか、同条5項が「第一項の登録の方法、第三項の登録審査委員の任命及び職務、同項の鑑定の基準及び手続その他登録に関し必要な細目は文部省令で定める。」としており、これらの規定を受けて銃砲刀剣類登録規則（中略、以下「規則」という。）が制定されている。その趣旨は、どのような古式銃砲を我が国において文化財的価値を有するものとして登録の対象とするのが相当であるかの判断には、専門的技術的な検討を必要とすることから、登録に際しては、専門的知識経験を有する登録審査委員の鑑定に基づくことを要するものとするとともに、その鑑定の基準を設定すること自体も専門的技術的な領域に属するものとしてこれを規則に委任したものというべきであり、したがって、規則においていかなる鑑定の基準を定めるかについては、法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、所管行政庁に専門的技術的な観点からの一定の裁量権が認められているものと解するのが相当である。（中略）

原審の適法に確定するところによると、（中略）我が国の銃砲史上においては、現代式銃砲と区別しての古式銃砲とは、その点火機構において、指火式から火縄式、火打ち石式、管打ち式、弾薬筒式の中のピン打ち式、紙薬包式に至るまでのもの、年代でいえば、おおむね慶応三年（一八六七年）以前の考案になる銃砲をいい、明治元年以後の考案になるものを現代式銃砲とするのが最も常識的な考え方である、というのであり、これらの認定事実に照らすと、規則が文化財的価値のある古式銃砲の鑑定基準として、前記のとおりその製造時期ないし伝来時期を「おおむね慶応三年以前」と定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、

法 14 条 1 項の趣旨にそう合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもつて法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできない。(中略)

規則が文化財的価値のある古式銃砲の鑑定基準として、前記のとおりその製造時期ないし伝来時期を「おおむね慶応三年以前」と定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法 14 条 1 項の趣旨にそう合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもつて法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできない。

③ 銃砲刀剣類所持等取締法（以下「法」という。） 14 条 1 項による登録を受けた刀剣類が、法 3 条 1 項 6 号により、刀剣類の同条本文による所持禁止の除外対象とされているのは、刀剣類には美術品として文化財的価値を有するものがあるから、このような刀剣類について登録の途を開くことによって所持を許し、文化財として保存活用を図ることは、文化財保護の観点からみて有益であり、また、このような美術品として文化財的価値を有する刀剣類に限って所持を許しても危害の予防上重大な支障が生ずるものではないとの趣旨によるものと解される。このことは、法 4 条による刀剣類の所持の許可の場合は、危害予防の観点から、これを所持する者が法 5 条 1 項各号に該当しない者でなければ許可を受けることができないものとされているのに対し、法 14 条 1 項による登録の場合は、登録を受けようとする者について右のような定めはなく、当該刀剣類それ自体が同項所定の「美術品として価値のある刀剣類」に該当すると認められるときは、その登録を受けることができ、登録を受ければ何人もこれを所持できるものとされており、しかもその登録事務は文化庁長官が所掌している（中略）そして、このような刀剣類の登録の手続に関しては、法 14 条 3 項が「第一項の登録は、登録審査委員の鑑定に基いてしなければならない。」と定めるほか、同条 5 項が「第一項の登録の方法、第三項の登録審査委員の任命及び職務、同項の鑑定の基準及び手続その他登録に関し必要な細目は、文部省令で定める。」としており、これらの規定を受けて銃砲刀剣類登録規則（中略）が制定されている。その趣旨は、どのような刀剣類を我が国において文化財的価値を有するものとして登録の対象とするのが相当であるかの判断には、専門技術的な検討を必要とすることから、登録に際しては、専門的知識経験を有する登録審査委員の鑑定に基づくことを要す

るものとするとともに、その鑑定の基準を設定すること自体も専門技術的な領域に属するものとしてこれを規則に委任したものというべきであり、したがって、規則においていかなる鑑定の基準を定めるかについては、法の委任の趣旨を逸脱しない範囲内において、所管行政庁に専門技術的な観点からの一定の裁量権が認められているものと解するのが相当である（中略）

規則が文化財的価値のある刀剣類の鑑定基準として、前記のとおり美術品として文化財的価値を有する日本刀に限る旨を定め、この基準に合致するもののみを我が国において前記の価値を有するものとして登録の対象にすべきものとしたことは、法（引用者注：銃砲刀剣類所持等取締法）14条1項の趣旨に沿う合理性を有する鑑定基準を定めたものというべきであるから、これをもって法の委任の趣旨を逸脱する無効のものということとはできない。

〔控訴人による説明〕

最高裁判所判例解説民事篇平成25年度25頁は、銃砲刀剣類所持等取締法に関するこれら②及び③の判例について「昭和62年最判及び平成2年最判は、判文中には明示していないが、いずれも、銃砲刀剣類登録制度が、危害予防の観点からあらかじめ全面的に所持を禁止された銃砲刀剣類について、美術品・骨董品としての鑑賞のために必要であるとの観点から、例外的な所持の余地を認めようとするものであって、登録による銃砲刀剣類の所持が一種の特権としての性格を有する（したがって、これをいかなる場合に認めるかについて行政機関の広範な裁量を認めても構わない。）との価値判断が背景にあるものと考えられる」としている。さらに、同判例解説は、（注17）として、「中川丈久（神戸大学教授）・法学協会雑誌109巻8号（平成4年）120頁以下は、平成2年最判を支持する評釈において、銃砲刀剣類の登録制度は麻薬の所持等が例外的にのみ許されるのと似た側面を有しているといえることができる上、文化財的価値を有するものを私人が所持する権利なるものが憲法上認められているわけでもない」という見解を紹介している（前掲判例解説35頁）。

同判例解説が述べるように、昭和62年最判（②）及び平成2年最判（③）は、「特権」といった言葉は使っていないものの、銃刀法3条1項の原則禁止、同項6号による14条による例外的な所持の許容という関係性について条文に触れて言及している。

さらにこれらの最判は、法律に何ら文理上の手がかりがないのに行政機関の専門技術的知見を理由として行政機関による裁量の範囲を広く認めるものではない。これら最判は、銃砲刀剣類所持等取締法14条による登録の対象は、条文上、「美術品として価値のある刀剣類」とされており、登録事務は文化庁長官が所掌することとされていること（同条1項）、刀剣類の登録の手続に関しては、「登録は、登録審査委員の鑑定に基づいてしなければならない」と規定されていること（同法14条3項）、同条5項は、「鑑定の基準」や「その他登録に関し必要な細目」についても「文部省令で定める」とし、委任対象に含めていることなどを指摘している。

昭和62年最判（②）では、規則によって登録対象を「おおむね慶応三年以前に製造されたもの」と規定することが法律の委任の範囲にあるか否かが争われた。法14条1項が「古式銃砲」と規定していることから、登録のための「鑑定の基準」を設けるにあたって、何が「古式」にあたるかを年代に応じて規則で定めることは合理的であり、法律上もそのことを予定していると解される。そのうえで、62年最判が認定するとおり、「現代式銃砲と区別しての古式銃砲とは（中略）年代でいえば、おおむね慶応三年（一八六七年）以前の考案になる銃砲をいい、明治元年以後の考案になるものを現代式銃砲とするのが最も常識的な考え方」であった。そうすると、これら法律上の文理を手がかりとして、同事案で問題となった規則が法律の委任の趣旨に沿うという結論を導くのも、条文を重視した妥当な判断と言いうる。

また、平成2年最判（③）では、銃刀法上は「刀剣類」という文言が使われており、特に外国の刀剣類が除かれていないのに、規則によって日本刀に限定していることが委任の範囲内にあるか否かが争われた。最高裁判例では触れていないものの、同事案の原審は、銃刀法3条1項10号が、「文化庁長官の承認を受けて刀剣類の製作をする者がその製作したものを製作の目的に従って所持する場合」を刀剣類の所持禁止の除外事由と定めていることを指摘している。そのうえで同原審は、日本刀の製作については文化財として広く承認される域に達している一方で、日本刀以外の刀剣類の製作について、日本ではみるべき何らの実績もないこと等に照らし、同号が製作承認制度を設けた趣旨は、日本の伝統的な日本刀製作技法を無形文化財として保護することにあるものと解したうえで、同条項にいう製作承認を受けることのできる刀剣類は、日本刀に限られるとし、あわせて銃刀法14条1項で「美術品として価値のある刀剣類」という「刀剣類」は「日本刀」を意味すると結論

づけた（民集44巻3号407～408頁）。これに対し、平成2年最高裁判は、「同項の解釈として日本刀に限られるものと断定してはいない」（最高裁判所判例解説民事篇平成2年度85頁）。しかしながら、同最高裁判例は、「本件登録制度の制定の経緯及びその沿革を踏まえた同項の条文解釈のみによって結論を導かず、鑑定基準（登録規則）を定立する上での行政庁の専門技術的な観点からの裁量論をも用いて結論を導いている」（同判例解説86頁）。すなわち、最高裁は、条文の文理を重く見て、法解釈そのもののレベルでは「刀剣類」から外国の刀剣類が除かれるとの解釈はしなかったものの、規則レベルで「日本刀」に限定することは、「銃刀法における立法者意思としては、日本の歴史、文化と深いつながりを有する日本刀について、その文化財的価値を認めて登録の途を開いた」（同判例解説85頁）という登録制度の経緯や沿革に沿うものとして、規則は法の委任の範囲にあると判断したのである。

最高裁判例②及び③は、規則によって登録対象となる「古式銃砲」を「おおむね慶応三年以前に製造されたもの」とし、「刀剣類」を「日本刀」に限った登録基準を定めたことを委任の範囲内にあるとしている。両判例は、いずれも法律上の明文による手がかりを重視した判断であると言いうる。

④ 最高裁平成3年7月9日民集45巻6号1049頁

〔参照条文〕

監獄法45条在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス

受刑者及び監置ニ処セラレタル者ニハ其親族ニ非サル者ト接見ヲ為
サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ムル場合ハ此限ニ在ラス

同法50条 接見ノ立会、信書ノ検閲其他接見及ヒ信書ニ関スル制限
ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

監獄法施行規則（平成3年法務省令第22号による改正前のもの）

120条 14歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

- 1 未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものである。そして、未決勾留により拘禁された者（以下「被勾留者」という。）は、（ア）逃亡又は罪証隠滅の防止という未決勾留の目的のために必要かつ合理的な範囲において身体の自由及びそれ以外の行為の自由に制限を受け、また（イ）監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのでき

ない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生防止のために必要な限度で身体自由及びそれ以外の行為の自由に合理的な制限を受けるが、他方、(ウ)当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障される(引用最高裁判例略)。

2 被勾留者の接見に関する法律の定めは、次のとおりである。

(一) 刑事訴訟法80条は、勾留されている被告人は弁護人等同法39条1項に規定する者以外の者と法令の範囲内で接見することができるとしている。

(二) そして、監獄法(以下「法」という。)45条1項は、「在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス」と規定し、同条2項は、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者ニハ其親族ニ非サル者ト接見ヲ為サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ムル場合ハ此限ニ在ラス」と規定し、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者」以外の在監者である被勾留者の接見につき許可制度を採用することを明らかにした上、広く被勾留者との接見を許すこととしている。右に前記1で説示したところを併せ考えると、被勾留者には一般市民としての自由が保障されるので、法45条は、被勾留者と外部の者との接見は原則としてこれを許すものとし、例外的に、これを許すと支障を来す場合があることを考慮して、(ア)逃亡又は罪証隠滅のおそれが生ずる場合にはこれを防止するために必要かつ合理的な範囲において右の接見に制限を加えることができ、また、(イ)これを許すと監獄内の規律又は秩序の維持上放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が認められる場合には、右の障害発生防止のために必要な限度で右の接見に合理的な制限を加えることができる、としているにすぎないと解される。この理は、被勾留者との接見を求める者が幼年者であっても異なるところはない。

(三) これを受けて、法50条は、「接見ノ立会……其他接見……ニ関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、命令(法務省令)をもって、面会の立会、場所、時間、回数等、面会の態様についてのみ必要な制限をすることができる旨を定めているが、もとより命令によって右の許可基準そのものを変更することは許されないのである。

3 ところが、規則120条は、規則121条ないし128条の接見の態様に関する規定と異なり、「14歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定し、規則124条は「所長ニ於テ処遇上其他必要アリト認ムルトキハ前4条ノ制限ニ

依ラサルコトヲ得」と規定している。右によれば、規則 120 条が原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととする一方で、規則 124 条がその例外として限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていることが明らかである。しかし、これらの規定は、たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被勾留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法 50 条の委任の範囲を超えるものといわなければならない。

〔控訴人による説明〕

平成 3 年最判 (③) の判例解説は、次のように述べている (最高裁判所判例解説民事篇 (平成 3 年度) 358～359 頁、強調は控訴人)。

(3) 法 45 条 1 項は、「在監者ニ接見センコトヲ請フ者アルトキハ之ヲ許ス」と規定しているが、法は、「之ヲ許ス」(たとえば、法 31 条 1 項、45 条 1 項) という文言と「之ヲ許スコトヲ得」(たとえば、法 29 条、35 条、53 条 1 項) という文言とを使い分けているようである。そして、両者の文言の相違点がいずれの点にあるのか、必ずしも明確ではないが、法は、「之ヲ許ス」という文言には羈束行為的なニュアンスをもたせ、「之ヲ許スコトヲ得」という文言には裁量行為的なニュアンスをもたせていると思われる。

(4) 法 45 条 2 項は「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者ニハ其親族ニ非サル者ト接見ヲ為サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ムル場合ハ此限ニ在ラス」と規定している。したがって、法は、「受刑者及ビ監置ニ処セラレタル者」と被勾留者とを区別した上、「受刑者及び監置ニ処セラレタル者」の接見については厳しい態度で臨む (45 条 2 項) 反面、被勾留者の接見については緩やかな態度で臨む (45 条 1 項) こととしている。

これらの点にかんがみると、法は、(中略) 在監者の接見につき、許可制度を採用するとともに、原則としてこれを許可する (例外的に逃亡又は罪証隠滅の防止並びに監獄内の規律及び秩序の維持という要請に基づく必要かつ合理的な制限が加えられる。) という許可の基準をも示している (45 条)、と解すべきであろう。

そして、命令 (法務省令) には、法律の委任がなければ、国民の権利を制限する規定を設けることができない (国家行政組織法 12 条 3 項参照) ところ、法 50 条は、委任する事項として、「接見ノ立会... 其他

接見…ニ関スル制限」をあげているが、右に例示としてあげられた「接見ノ立会」とは接見の態様に関する事項であり、接見の許可の基準ではない。そうすると、法は、命令（法務省令）をもって、接見の立会、場所、時間、回数等接見の態様についてのみ必要な制限をすることができることとしている（50条）、と解される。

(二) これに対し、規則120条は、「14歳未満ノ者ニハ在監者ト接見ヲ為スコトヲ許サス」と規定して接見の許可基準そのものを定めているから、接見の時限、度数、手続、場所、立会、外国語の使用等接見の態様について定める規則121条ないし123条、125条ないし128条とは異質のものといわざるを得ない。そして、規則120条は、文理に即して、かつ、規則124条と併せて解釈すると、原則として被勾留者と幼年者との接見を許さないこととしている（規則124条は、その例外として、限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしている。）、と解される。このような規則120条及び124条は、事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害さないという目的のために設けられたものである（小野ほか「改訂監獄法」341頁）が、右の目的は、法によって定められた目的ではなく、規則によって定められた目的である。しかも、幼年者の心情の保護は、元来、その監護に当たる親権者等が配慮すべき事柄であるから、その目的の当否自体疑わしい。

この最高裁判例解説の指摘するとおり、最高裁は、監獄法が「之ヲ許ス」という文言と「之ヲ許スコトヲ得」という文言を区別していることや、刑事訴訟法の規定上認められる拘禁制度の目的などに照らし、被勾留者の接見については緩やかな態度で臨み、接見を原則として許可することとしているものと解している。そのうえで、監獄法50条は、接見の態様について規則に委任する規定であるのに対し、監獄法規則120条は、接見の許可基準そのものを定め¹⁷、14歳未満の者については、原則として接見を許さないこととしていることから、委任の範囲を超えるものと判断している。このように、最高裁は、法律の条文の文言を重視して委任の範囲を画している。

また、この事案において最高裁は、規則120条が定められた目的は、法律の目的とは異なっている点を指摘しており重要である。

¹⁷ 銃刀法が「鑑定基準」自体を明文で文部省令に委任している上記②③の判例とは異なっている。

⑤ 最高裁平成 14 年 1 月 31 日民集 56 卷 1 号 246 頁

〔参照条文〕

児童扶養手当法 4 条 1 項 都道府県知事は、次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又は母がないか若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育する（その児童と同居して、これを監護し、かつ、その生計を維持することをいう。以下同じ。）ときは、その母又はその養育者に対し、児童扶養手当（以下「手当」という。）を支給する。

- 1 父母が婚姻を解消した児童
- 2 父が死亡した児童
- 3 父が政令で定める程度の障害の状態にある児童
- 4 父の生死が明らかでない児童
- 5 その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの

児童扶養手当法施行令（平成 10 年政令第 22 4 号による改正前のもの）

- 1 条の 2 第 3 号 法第 4 条第 1 項第 5 号に規定する政令で定める児童は、次の各号のいずれかに該当する児童とする。
- 3 母が婚姻（婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

法は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的としている（法 1 条）が、父と生計を同じくしていない児童すべてを児童扶養手当の支給対象児童とする旨を規定することなく、その 4 条 1 項 1 号ないし 4 号において一定の類型の児童を掲げて支給対象児童とし、同項 5 号で「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」を支給対象児童としている。同号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の類型の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである。

法は、いわゆる死別母子世帯を対象として国民年金法による母子福祉年金が支給されていたこととの均衡上、いわゆる生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずべきであるとの議論を契機として制定され

たものであるが、法が4条1項各号で規定する類型の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。母が婚姻によらずに懐胎、出産した婚姻外懐胎児童は、世帯の生計維持者としての父がいない児童であり、父による現実の扶養を期待することができない類型の児童に当たり、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において婚姻外懐胎児童を法4条1項1号ないし4号に準ずる児童としていることは、法の委任の趣旨に合致するところである。一方で、施行令1条の2第3号は、本件括弧書を設けて、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外することとしている。確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いているものというべきである。そうすると、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。

原判決は、法（引用者注：児童扶養手当法）4条1項2号の「父が死亡した児童」及び4号の「父の生死が明らかでない児童」は、父が存在しないため父による扶養を受けることができない類型を定めたものであり、施行令（引用者注：児童扶養手当法施行令）1条の2第3号は、本件括弧書を含めてこれに準ずるものとして規定されたものであるとし、父の認知によって受給資格が失われるのは、法4条1項2号及び4号により支給対象とされた児童について養父の出現や父の生存の確認によって父の不存在という事実がなくなれば父が扶養

義務を尽くすか否かにかかわらず児童扶養手当の支給が打ち切られるのと同様であるとする。しかしながら、上記各号に定める父の死亡や父の生死不明も、単なる法律上の不存在ではなく、世帯の生計維持者としての父の不存在の場合を類型化したものといえるのであり、上記各号の場合に養父の出現や父の生存の確認によって世帯の生計維持者としての父の不存在の状態が解消されたとしてその受給資格を喪失させることと、認知により法律上の父が存在するに至ったとの一事をもって受給資格を喪失させることとを同一視することはできないというべきである。

そして、このように解することは、事実上の婚姻関係にある父母の間に出生した児童が、事実上の婚姻関係の解消によって法4条1項1号の支給対象児童となった場合において、その後に父の認知があったとしても、その受給資格に消長を来さないと解されていることとも整合する。

5 以上のとおりであるから、施行令1条の2第3号が父から認知された婚姻外懐胎児童を本件括弧書により児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである。

〔控訴人による説明〕

平成14年最判(⑤)は、「委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の類型の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべき」と指摘する。そのうえで、「法の趣旨や目的」、あるいは「同項が一定の類型の児童を支給対象児童として掲げた趣旨」を、児童扶養手当法1条や4条1項1号から4号の規定といった法律の文言を重視して、それらに基づいて確定し、「生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているもの」と捉えている。

そのうえで、父からの認知があれば法律上の父が存在する状態になることを指摘したうえで、再び法4条1項1号ないし4号の規定を検

討し、それらに照らし、同項が法律上の父の存否のみによって支給対象児童を類型化する趣旨でないと指摘したうえで、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない等と指摘し、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いている等と指摘し、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の委任の趣旨に反するものと結論づけている¹⁸。

⑥ 最高裁平成15年12月25日民集57巻11号2562頁

〔参照条文〕

戸籍法50条 子の名には、常用平易な文字を用いなければならない。

2 常用平易な文字の範囲は、法務省令でこれを定める。

戸籍法施行規則60条 戸籍法第50条第2項の常用平易な文字は、次に掲げるものとする。

一 常用漢字表（昭和56年内閣告示第1号）に掲げる漢字（括弧書きが添えられているものについては、括弧の外のものに限る。）

二 別表第二に掲げる漢字

三 片仮名又は平仮名（変体仮名を除く。）

同規則別表第二

麟馨酉袞蒼芹綾稔眉玲渥欣梨朔旺悌嶺堯勁伽丑
磨駒醇詢蓉苑緋稜眸琢湧欽棕李昂惇巖奈匡佑丞
黎駿采誼蓮茱翔穰睦琉滉毅椎杏昌惟已奎卯侃乃
黛魁錦諄蔦茄翠竣瞭琳漱毬椰杜昂惣巴媛叡侑之
龜鮎鎌諒蕉茅耀笙瞳瑚濤汀椿柊晃慧巽嬉只倅也
鯉阿赳蓆茜耶笹矩瑛熙汐楊柚晋懂庄孟叶倭亘
鯛隼輔藍莉聡紗碧瑞熊汰楓枉晏拳弘宏吾偲亥
鳩雛辰藤莞肇紘碩瑠療沙楠栗晟捷弥宥呂允亦
鳳霞迪蘭菖胡紬磯瑤燦洲榛茱晨彗寅哉冢亨
鴻靖遙虎堇胤絃祐瑳燿洵楨桂智敦彦峻唄冶亮
鵬鞠遼虹萌脩絢祿璃爽洸槻桐暉斐彪峻啄凌伊
鶴須邑蝶萩舜綜禎甫爾浩樺梓暢於彬嵐喬凜伍
鷹頌那衿葵艷綸秦皐猪淳橘梢曙旦怜嵩嘉風伎
鹿颯郁袈蒔芙綺稀皓玖渚檀梧朋旭怨嗟圭凱伶

¹⁸ 最高裁平成14年2月22日判決・集民205号505頁は本判決と同旨

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

法50条2項は、常用平易な文字の範囲は法務省令でこれを定めると規定し、施行規則60条が法50条2項の常用平易な文字の範囲を定めている。同項による委任の趣旨は、当該文字が常用平易な文字であるか否かは、社会通念に基づいて判断されるべきものであるが、その範囲は、必ずしも一義的に明らかではなく、時代の推移、国民意識の変化等の事情によっても変わり得るものであり、専門的な観点からの検討を必要とする上、上記の事情の変化に適切に対応する必要があることなどから、その範囲の確定を法務省令にゆだねたものである。施行規則60条は、上記委任に基づき、常用平易な文字を限定列挙したものと解すべきであるが、法50条2項は、子の名には常用平易な文字を用いなければならないとの同条1項による制限の具体化を施行規則60条に委任したものであるから、同条が、社会通念上、常用平易であることが明らかな文字を子の名に用いることのできる文字として定めなかった場合には、法50条1項が許容していない文字使用の範囲の制限を加えたことになり、その限りにおいて、施行規則60条は、法による委任の趣旨を逸脱するものとして違法、無効と解すべきである。そして、法50条1項は、単に、子の名に用いることのできる文字を常用平易な文字に限定する趣旨にとどまらず、常用平易な文字は子の名に用いることができる旨を定めたものというべきであるから、上記の場合には、戸籍事務管掌者は、当該文字が施行規則60条に定める文字以外の文字であることを理由として、当該文字を用いて子の名を記載した出生届を受理しないことは許されないというべきである。（中略）

上記の見地に立って本件をみるに、「曾」の字が古くから用いられており、平仮名の「そ」や片仮名の「ソ」は、いずれも「曾」の字から生まれたものであること、「曾」の字を構成要素とする常用漢字が5字もあり、いずれも常用平易な文字として施行規則60条に定められていること、「曾」の字を使う氏や地名が多く、国民に広く知られていることなど原審の判示した諸点にかんがみると、「曾」の字は、社会通念上明らかに常用平易な文字であるとした原審の判断は相当である。

〔控訴人による説明〕

戸籍法50条2項は、子の名に用いることができる文字の特定を法務省令に委任している。白紙委任しているわけではなく、同条1項は、「子の名には、常用平易な文字を用いなければならない」と規定し、「常用平易な文字」の範囲を定めることを法務省令に委任している。「常用平易な文字」は抽象的概念であるが、社会通念上その範囲にあるか否かは判断することができる（少なくとも判断できる場合がある）。換言すれば、同範囲は法務省令の定めが創設するものではなく、法務省令に先立って実体的に存在する概念として措定できる。したがって、社会通念上、常用平易であることが明らかな文字を子の名に用いることのできる文字として法務省令が定めなかった場合には、法50条1項が許容していない文字使用の範囲の制限を加えたことになり、その限りにおいて、法による委任の趣旨を逸脱するものとして違法、無効となる。

平成15年最判（⑥）は、このような判断のうえ、「曾」の字が古くから知られており、それを用いた氏や地名が多く、国民に知られていることなどから、社会通念上常用平易と認められることは明らかとした原審の判断を是認したもので、法の委任規定の文言を重視したものと位置づけられる。

⑦ 最高裁平成18年1月13日民集60巻1号1頁

〔参照条文〕

利息制限法1条1項 金銭を目的とする消費貸借上の利息の契約は、その利息が左の利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分につき無効とする。

元本が10万円未満の場合	年2割
元本が10万円以上100万円未満の場合	年1割8分
元本が100万円以上の場合	年1割5分

貸金業の規制等に関する法律18条1項 貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、その都度、直ちに、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない。

- 一 貸金業者の商号、名称又は氏名及び住所
- 二 契約年月日
- 三 貸付けの金額（保証契約にあっては、保証に係る貸付けの金額。次条、第20条及び第21条第2項において同じ。）
- 四 受領金額及びその利息、賠償額の予定に基づく賠償金又は元本への充当額

五 受領年月日

六 前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項

貸金業の規制等に関する法律施行規則 15 条 法第 18 条第 1 項第 6 号に規定する内閣府令で定める事項は、次に掲げる事項（金銭の貸借の媒介手数料を受領したときにあつては、第 5 号に掲げる事項を除く。）とする。

一 弁済を受けた旨を示す文字

二 貸金業者の登録番号

三 債務者の商号、名称又は氏名

四 債務者（貸付けに係る契約について保証契約を締結したときにあつては、主たる債務者）以外の者が債務の弁済をした場合においては、その者の商号、名称又は氏名

五 当該弁済後の残存債務の額

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

法 18 条 1 項が、貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、同項各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない旨を定めているのは、貸金業者の業務の適正な運営を確保し、資金需要者等の利益の保護を図るためであるから、同項の解釈にあたっては、文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されないというべきである。

同項柱書きは、「貸金業者は、貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときは、その都度、直ちに、内閣府令で定めるところにより、次の各号に掲げる事項を記載した書面を当該弁済をした者に交付しなければならない。」と規定している。そして、同項 6 号に、「前各号に掲げるもののほか、内閣府令で定める事項」が掲げられている。

同項は、その文理に照らすと、同項の規定に基づき貸金業者が貸付けの契約に基づく債権の全部又は一部について弁済を受けたときに当該弁済をした者に対して交付すべき書面（以下「18 条書面」という。）の記載事項は、同項 1 号から 5 号までに掲げる事項（以下「法定事項」という。）及び法定事項に追加して内閣府令（中略）で定める事項であることを規定するとともに、18 条書面の交付方法の定めについて内閣府令に委任することを規定したものと解される。したがって、18 条書面の記載事項について、内閣府令により他の事項の記

載をもって法定事項の記載に代えることは許されないものというべきである。」

〔控訴人による説明〕

平成18年最判(⑦)は、「文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されない」としたが、それは貸金業法18条1項の趣旨が、「貸金業者の業務の適正な運営を確保し、資金需要者等の利益の保護を図るためであるから」である。

この点、控訴理由書4頁及び62頁で論じたとおり、健康保険法70条1項は保険医療機関等の責務を明らかにしているが、この責務は、国民が受ける医療の質の向上という国民の利益保護を図るためのものである。したがって、法70条1項の解釈にあたり、平成18年最判の場合と同様、文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されない。

また、控訴理由書4頁脚注8で論じたとおり、平成18年最判が対象とした貸金業法の規制等に関する法律18条1項は、事業者の事業そのものに影響を及ぼすような規定ではなかったが、最高裁は、文理を離れて緩やかな解釈をすることは許されないとしたのである。したがって、文理を離れて緩やかな解釈をすることができないのは、平成25年最判のような事情(事業者の事業そのものを規制する内容で制約の程度が大きい事案)がある場合だけであると解することはできない。

さらに、同脚注9で述べたとおり、平成18年最判は、貸金業法18条1項が規定する貸金業者による交付書面(受取証書)の記載事項(契約年月日)を、同施行規則が他の記載事項(契約番号)に代替させてよいか争われた事案である。その意味では、平成18年最判は、法律上の事業者に対する義務づけを規則が緩和しており、その点に着目すれば、本件訴訟とは事案が異なる面もある。しかし、規則によって法律上の規定と異なる状況が作出される結果、国民の権利利益の保護に影響を与える点では両事案は共通する。

平成18年最判の調査官解説は、「本判決は、貸金業法18条1項による内閣府令への委任の範囲に関する文理解釈から結論を導いたものであって、実質論を根拠にしているわけではない」と指摘する。平成18年最判が、法律解釈にあたっては条文の文理を離れて緩やかな解釈をしてはいけないという「形式論」の重要性を当然の前提にして結論を導いている点に留意する必要がある(「最高裁判所判例解説 民事篇 平成18年度(上)」37頁(注13))。

⑧ 最高裁平成 21 年 11 月 18 日民集 63 巻 9 号 2033 頁

〔参照条文〕

地方自治法 80 条 1 項 選挙権を有する者は、政令の定めるところにより、所属の選挙区におけるその総数の 3 分の 1（その総数が 40 万を超える場合にあっては、その超える数に 6 分の 1 を乗じて得た数と 40 万に 3 分の 1 を乗じて得た数とを合算して得た数）以上の者の連署をもつて、その代表者から、普通地方公共団体の選挙管理委員会に対し、当該選挙区に属する普通地方公共団体の議会の議員の解職の請求をすることができる。

（中略）

- 3 第 1 項の請求があったときは、委員会は、これを当該選挙区の選挙人の投票に付さなければならない。この場合において選挙区がないときは、すべての選挙人の投票に付さなければならない。

地方自治法 85 条 1 項 政令で特別の定をするものを除く外、公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定は、第 76 条第 3 項の規定による解散の投票並びに第 80 条第 3 項及び第 81 条第 2 項の規定による解職の投票にこれを準用する。

地方自治法施行令 108 条 2 項 地方自治法第 85 条第 1 項の規定により、普通地方公共団体の議会の解散の投票に公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を準用する場合においては、同法の規定中地方公共団体の議会の議員及び長の選挙に関する部分は普通地方公共団体の議会の解散の投票に関する規定、公職の候補者又は推薦届出者に関する部分は当該普通地方公共団体の議会又はその解散請求代表者に関する規定とみなす。

同施行令 109 条 地方自治法第 85 条第 1 項の規定により、普通地方公共団体の議会の解散の投票に公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を準用する場合においては、同法（中略）第 89 条第 1 項ただし書（同項第 2 号に関する部分を除く。）、第 2 項及び第 3 項、（中略）までの規定は、普通地方公共団体の議会の解散の投票には、準用しない。

同施行令 113 条 第 100 条の 2、第 103 条から第 105 条まで、第 107 条、第 108 条第 2 項、第 109 条（公職選挙法第 12 条第 1 項及び第 4 項、第 15 条、第 15 条の 2 第 4 項、第 68 条第 1 項第 2 号及び第 6 号ただし書並びに第 271 条に関する部分を除く。）、第 109 条の 2 及び第 109 条の 3 の規定は、普通地方公共団体の議会の議員の解

職の投票について準用する。この場合において、第 100 条の 2 第 1 項中「前条」とあり、及び第 104 条第 1 項中「第 100 条」とあるのは、「第 110 条」と読み替えるものとする。

同施行令 115 条 地方自治法第 85 条第 1 項の規定により、普通地方公共団体の議会の議員の解職の投票に公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を準用する場合においては、次の表の上欄に掲げる同法の規定中同表の中欄に掲げる字句は、それぞれ同表の下欄に掲げる字句に読み替えるものとする。

(注：表の抜粋——実際の表は縦だが横に置き換え。左（中央）が上欄、右が下欄に相当)

第 89 条第 1 項	公職の候補者	普通地方公共団体の議会の議員の解職請求代表者
-------------	--------	------------------------

公職選挙法 89 条 1 項 国若しくは地方公共団体の公務員又は特定独立行政法人（独立行政法人通則法（平成 11 年法律第 103 号）第 2 条第 2 項に規定する特定独立行政法人をいう。以下同じ。）若しくは特定地方独立行政法人（地方独立行政法人法（平成 15 年法律第 118 号）第 2 条第 2 項に規定する特定地方独立行政法人をいう。以下同じ。）の役員若しくは職員は、在職中、公職の候補者となることができない。（以下略）

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

普通地方公共団体の議会の議員の選挙権を有する者は、法定の数以上の連署をもって、解職請求代表者から、当該普通地方公共団体の選挙管理委員会に対し、当該議会の議員の解職の請求をすることができ（地自法 80 条 1 項）、選挙管理委員会は、その請求があったときは、直ちに請求の要旨を関係区域内に公表するとともに（同条 2 項）、これを選挙人の投票に付さなければならないこととされている（同条 3 項）。このように、地自法は、議員の解職請求について、解職の請求と解職の投票という二つの段階に区分して規定しているところ、同法 85 条 1 項は、公選法中の普通地方公共団体の選挙に関する規定（以下「選挙関係規定」という。）を地自法 80 条 3 項による解職の投票に準用する旨定めているのであるから、その準用がされるのも、請求手続とは区分された投票手続についてであると解される。このことは、その文理からのみでなく、

①解職の投票手続が、選挙人による公の投票手続であるという点において選挙手続と同質性を有しており、公選法中の選挙関係規定を準用するのにふさわしい実質を備えていること、②他方、請求手続は、選挙権を有する者の側から当該投票手続を開始させる手続であって、これに相当する制度は公選法中には存在せず、その選挙関係規定を準用するだけの手続的な類似性ないし同質性があるとはいえないこと、③それゆえ、地自法80条1項及び4項は、請求手続について、公選法中の選挙関係規定を準用することによってではなく、地自法において独自の定めを置き又は地自令の定めを委任することによってその具体的内容を定めていることから、うかがわれるところである。

したがって、地自法85条1項は、専ら解職の投票に関する規定であり、これに基づき政令で定めることができるのもその範囲に限られるものであって、解職の請求についてまで政令で規定することを許容するものということとはできない。

〔控訴人による説明〕

平成21年最判(⑧)の事案では、問題となった地方自治法施行令の規定の授權規定は、地方自治法85条1項であった。同項は、「政令で特別の定をするものを除く外、公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定は、…第80条第3項…の規定による解職の投票にこれを準用する」と定めており、ここで言及のある80条は、同条1項が「議会の議員の解職の請求」について規定し、同3項が「選挙人の投票」について規定している。したがって、85条1項は80条3項のみに言及しており同1項に言及していないから、委任の規定の文理上、「政令で特別の定をする」ことができるのは、「選挙人の投票」に限られる。さらに、地方自治法の規定は解職の請求と解職の投票という二つの段階に区分して規定していることを踏まえ、最高裁は、施行令が、「解職の請求」についても制限を課していることは、委任の範囲を超えるものとして違法無効としたのである。

平成21年最判の判例解説が分析するとおり、平成21年最判の多数意見は、「公選法89条1項並びに公選令90条2項及び別表第2に列举されている公職の候補者の公務員について、資格制限の可否を立法事実になでさかのぼって実質的に検討したものではなく、上記6(1)のとおり、解職請求に関する地自法の文理ないし構造に関する法論理的な理解を前提として、上記の結論を導いたものと解される」(最高裁判例解説民事篇(平成21年度)846頁)のである。同最判の涌井紀夫裁判官補

足意見も、「多数意見は、専ら法文の文理からして、この地自法 85 条 1 項の規定が解職の投票に関する規定であって、解職の請求についてまで政令で規定することを許容する規定とは解し得ないものとし、このことを理由に、解職請求代表者の資格について定めた本件各規定が法の委任の範囲を超える定めをしたものであって、その効力を認めることができないとしているのである。すなわち、それは純粋な法理の問題であり、それ以上に、解職請求代表者の資格について本件各規定が定めるような制限を加えることが立法政策として相当であるか否かといった実体について判断しているものではない」と述べている。

このように、平成 21 年最判は、法律が解職の請求と解職の投票を区別していること及び委任規定の文理を重視して委任の範囲内にあるか否かを判断している。

⑨ 最高裁平成 25 年 1 月 11 日民集 67 卷 1 号 1 頁

〔参照条文〕

薬事法 36 条の 5 薬局開設者、店舗販売業者又は配置販売業者は、厚生労働省令で定めるところにより、一般用医薬品につき、次の各号に掲げる区分に応じ、当該各号に定める者に販売させ、又は授与させなければならない。

一 第 1 類医薬品 薬剤師

二 第 2 類医薬品及び第 3 類医薬品 薬剤師又は登録販売者

同法 36 条の 6 薬局開設者又は店舗販売業者は、その薬局又は店舗において第 1 類医薬品を販売し、又は授与する場合には、厚生労働省令で定めるところにより、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師をして、厚生労働省令で定める事項を記載した書面を用いて、その適正な使用のために必要な情報を提供させなければならない。

2 薬局開設者又は店舗販売業者はその薬局又は店舗において第 2 類医薬品を販売し、又は授与する場合には、厚生労働省令で定めるところにより、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師又は登録販売者をして、その適正な使用のために必要な情報を提供させるよう努めなければならない。

3 薬局開設者又は店舗販売業者は、その薬局若しくは店舗において一般用医薬品を購入し、若しくは譲り受けようとする者又はその薬局若しくは店舗において一般用医薬品を購入し、若しくは譲り受けた者若しくはこれらの者によつて購入され、若しくは譲り受けられた一般用医薬品を使用する者から相談があった場合には、厚生労働省

令で定めるところにより、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師又は登録販売者をして、その適正な使用のために必要な情報を提供させなければならない。

- 4 第1項の規定は、医薬品を購入し、又は譲り受ける者から説明を要しない旨の意思の表明があった場合には、適用しない。
- 5 配置販売業者については、前各項の規定を準用する。この場合において、第1項及び第2項中「薬局又は店舗」とあるのは「業務に係る都道府県の区域」と、「販売し、又は授与する場合」とあるのは「配置する場合」と、第1項から第3項までの規定中「医薬品の販売又は授与」とあるのは「医薬品の配置販売」と同項中「その薬局若しくは店舗において一般用医薬品を購入し、若しくは譲り受けようとする者又はその薬局若しくは店舗において一般用医薬品を購入し、若しくは譲り受けた者若しくはこれらの者によつて購入され、若しくは譲り受けられた一般用医薬品を使用する者」とあるのは「配置販売によって一般用医薬品を購入し、若しくは譲り受けようとする者又は配置した一般用医薬品を使用する者」と読み替えるものとする。

薬事法施行規則 15 条の 4 第 1 項 1 号 薬局開設者は、郵便等販売を行う場合は、次に掲げるところにより行わなければならない。

一 第3類医薬品以外の医薬品を販売し、又は授与しないこと。

同規則 142 条 店舗販売業者については（中略）、第 12 条から第 15 条の 4 まで（中略）の規定を準用する。（以下略）

同規則 159 条の 14 薬局開設者、店舗販売業者又は配置販売業者は、法第 36 条の 5 の規定により、第 1 類医薬品については、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師に、自ら又はその管理及び指導の下で登録販売者若しくは一般従事者をして、当該薬局若しくは店舗又は当該区域における販薬品を配置する場所（医薬品を配置する居宅その他の場所をいう。以下この条及び第 159 条の 18 において準用する次条から第 159 条の 17 までにおいて同じ。）（以下「当該薬局等」という。）において、対面で販売させ、又は授与させなければならない。

- 2 薬局開設者、店舗販売業者又は配置販売業者は、法第 36 条の 5 の規定により、第 2 類医薬品又は第 3 類医薬品については、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師又は登録販売者に、自ら又はその管理及び指導の下で一般従事者をして、当該薬局等において、対面で販売させ、又は授与させなければならない。

同規則 159 条の 15 薬局開設者又は店舗販売業者は、法第 36 条の 6 第 1 項の規定による情報の提供を、次に掲げる方法により、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師に行わせなければならない。

一 当該薬局又は店舗内の情報提供を行う場所(薬局等構造設備規則第 1 条第 1 項第 10 号若しくは第 2 条第 9 号に規定する情報を提供するための設備がある場所又は同令第 1 条第 1 項第 4 号若しくは第 2 条第 4 号に規定する医薬品を通常陳列し、若しくは交付する場所をいう。次条及び第 159 条の 17 において同じ。)において、対面で行わせること。

同規則 159 条の 16 薬局開設者又は店舗販売業者は、法第 36 条の 6 第 2 項の規定による情報の提供を、次に掲げる方法により、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師又は登録販売者に行わせるよう努めなければならない。

一 該薬局又は店舗内の情報提供を行う場所において、対面で行わせること。

同規則 159 条の 17 薬局開設者又は店舗販売業者は、法第 36 条の 6 第 3 項の規定による情報の提供を、次に掲げる方法により、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師又は登録販売者に行わせなければならない。

一 第 1 類医薬品の情報の提供については、当該薬局又は店舗内の情報提供を行う場所において、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師に対面で行わせること。

二 第 2 類医薬品又は第 3 類医薬品の情報の提供については、当該薬局又は店舗内の情報提供を行う場所において、医薬品の販売又は授与に従事する薬剤師又は登録販売者に対面で行わせること。

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

4 薬事法が医薬品の製造、販売等について各種の規制を設けているのは、医薬品が国民の生命及び健康を保持する上での必需品であることから、医薬品の安全性を確保し、不良医薬品による国民の生命、健康に対する侵害を防止するためである（最高裁平成元年（オ）第 1260 号同 7 年 6 月 23 日第二小法廷判決・民集 49 卷 6 号 1600 頁参照）。このような規制の具体化に当たっては、医薬品の安全性や有用性に関する厚生労働大臣の医学的ないし薬学的知見に相当程度依拠する必要があるところである。なお、上記事実関係等からは、新薬事法の立案に当たった厚生労働省内では、医薬品の販売及び授与を対面によって行うべきであり、郵

便等販売については慎重な対応が必要であるとの意見で一致していたことがうかがわれる。

そこで検討するに、上記事実関係等によれば、新薬事法成立の前後を通じてインターネットを通じた郵便等販売に対する需要は現実に相当程度存在していた上、郵便等販売を広範に制限することに反対する意見は一般の消費者のみならず専門家・有識者等の間にも少なからず見られ、また、政府部内においてすら、一般用医薬品の販売又は授与の方法として安全面で郵便等販売が対面販売より劣るとの知見は確立されておらず、薬剤師が配置されていない事実直接起因する一般用医薬品の副作用等による事故も報告されていないとの認識を前提に、消費者の利便性の見地からも、一般用医薬品の販売又は授与の方法を店舗における対面によるものに限定すべき理由には乏しいとの趣旨の見解が根強く存在していたものといえる。しかも、憲法 22 条 1 項による保障は、狭義における職業選択の自由のみならず職業活動の自由の保障をも包含しているものと解されるところ（最高裁昭和 43 年（行ツ）第 12 0 号同 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁参照）、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法 38 条 1 項）であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。

しかるところ、新施行規則による規制は、前記 2（1）のとおり一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する内容のものである。これに対し、新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 は、いずれもその文理上は郵便等販売の規制並びに店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販売又は授与の方法等の制限について定める新薬事法 37 条 1 項も、郵便等販売が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から実質的に改正されていない。また、新薬事法の他の規定中にも、店舗販売業者による一般用医薬品の販売又は授与やその際

の情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきであるとか、郵便等販売を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。なお、検討部会における議論及びその成果である検討部会報告書並びにこれらを踏まえた新薬事法に係る法案の国会審議等において、郵便等販売の安全性に懐疑的な意見が多く出されたのは上記事実関係等のおりであるが、それにもかかわらず郵便等販売に対する新薬事法の立場は上記のように不分明であり、その理由が立法過程での議論を含む上記事実関係等からも全くうかがわれないことからすれば、そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいえない。そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難であるというべきである。

したがって、新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、①当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない（159条の14第1項、2項本文）ものとし、②当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない（159条の15第1項1号、159条の17第1号、2号）ものとし、③郵便等販売をしてはならない（142条、15条の4第1項1号）ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものであるとして無効というべきである。」

〔控訴人による説明〕

本件で問題となった規則が言及する薬事法36条の5、36条の6は、「厚生労働省令で定めるところにより」、一般用医薬品の分類に応じて、「薬剤師」あるいは「薬剤師又は登録販売者」に販売等を「させなければならない」と規定する。いずれの条文も、「対面販売によらなければならない」とは明記していない。

平成25年最判（⑨）は、条文の文言のみならず、薬事法が医薬品について各種規制を設けている目的や、規則による規制が職業活動の自由を相当程度制約するものであることなどを指摘している。ただし、その後の経緯をみると、平成25年最判の後、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（薬事法等の一部を改正する法

律〔平成25年法律第84号〕により、薬事法の名称を変更）の条文（36条の6第1項、3項）が、要指導医薬品の販売等に当たっては、薬剤師に対面販売により必要な情報の提供等を行わせなければならない、これができないときは要指導医薬品の販売等してはならないと規定した。その結果、「規則が法律に違反しているか」という⑨事件の問題から、「法律が憲法に違反しているか」という令和3年最判¹⁹の問題に争点が移行した。

法律が対面販売以外の販売方法を明文で禁止していないとき、法律を施行する規則がこれを禁止する規定を置くならば、法律の委任の範囲を逸脱するかという問題が生じる。これに対し、法律で対面販売以外の販売方法を禁止していれば、規則が法律の委任の範囲を逸脱するかという問題は生じない。

規則が法律の委任の範囲を逸脱するかという問題を考えるにあたっては、法律がどのような規定となっているかが重要であり、立法における国会の判断を重視すべきことを、平成25年最判及びその後の経緯（法律の修正とこの修正についての最高裁の判断）は教えていると言えよう。

⑩ 最高裁令和2年6月30日民集74巻4号800頁

〔参照条文〕

地方自治法 245 条の2 普通地方公共団体は、その事務の処理に関し、法律又はこれに基づく政令によらなければ、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとされることはない。

地方自治法 247 条

3 国又は都道府県の職員は、普通地方公共団体が国の行政機関又は都道府県の機関が行った助言等に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。

地方税法 37 条の2

2 前項の特例控除対象寄附金とは、同項第一号に掲げる寄附金（以下この条において「第一号寄附金」という。）であって、都道府県等による第一号寄附金の募集の適正な実施に係る基準として

¹⁹ 最高裁令和3年3月18日民集75巻3号552頁（同判決では、医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律36条の6第1項及び3項は、憲法22条1項に違反しないとされた）

総務大臣が定める基準（都道府県等が返礼品等（都道府県等が第一号寄附金の受領に伴い当該第一号寄附金を支出した者に対して提供する物品、役務その他これらに類するものとして総務大臣が定めるものをいう。以下この項において同じ。）を提供する場合には、当該基準及び次に掲げる基準）に適合する都道府県等として総務大臣が指定するものに対するものをいう。

- 一 都道府県等が個別の第一号寄附金の受領に伴い提供する返礼品等の調達に要する費用の額として総務大臣が定めるところにより算定した額が、いずれも当該都道府県等が受領する当該第一号寄附金の額の 100 分の 30 に相当する金額以下であること。
- 二 都道府県等が提供する返礼品等が当該都道府県等の区域内において生産された物品又は提供される役務その他これらに類するものであって、総務大臣が定める基準に適合するものであること。

地方税法 314 条の 7

- 2 前項の特例控除対象寄附金とは、同項第一号に掲げる寄附金（以下この条において「第一号寄附金」という。）であって、都道府県等による第一号寄附金の募集の適正な実施に係る基準として総務大臣が定める基準（都道府県等が返礼品等（都道府県等が第一号寄附金の受領に伴い当該第一号寄附金を支出した者に対して提供する物品、役務その他これらに類するものとして総務大臣が定めるものをいう。以下この項において同じ。）を提供する場合には、当該基準及び次に掲げる基準）に適合する都道府県等として総務大臣が指定するものに対するものをいう。

- 一 都道府県等が個別の第一号寄附金の受領に伴い提供する返礼品等の調達に要する費用の額として総務大臣が定めるところにより算定した額が、いずれも当該都道府県等が受領する当該第一号寄附金の額の 100 分の 30 に相当する金額以下であること。
- 二 都道府県等が提供する返礼品等が当該都道府県等の区域内において生産された物品又は提供される役務その他これらに類するものであって、総務大臣が定める基準に適合するものであること。

平成 31 年総務省告示第 179 号 1 条

この告示は、ふるさと納税制度（個人が法第 37 条の 2 第 2 項及び第 31 4 条の 7 第 2 項の規定による指定を受けた都道府県、市町村又は特別区（以下「地方団体」という。）に対する寄附金を支出した場合に、当該寄附金について法第 37 条の 2 第 1 項及び第 31 4 条の 7 第 1 項の規定による寄附金税額控除を適用する制度をいう。以下同じ。）が、ふるさとやお世話になった地方団体に感謝し、若しくは応援する気持ちを伝え、又は税の使い途を自らの意思で決めることを可能とすることを趣旨として創設された制度であることを踏まえ、ふるさと納税制度の適切な運用に資するため、ふるさと納税制度の対象となる地方団体の指定に係る基準等を定めるものとする。平成 31 年総務省告示第 179 号 2 条

法第 37 条の 2 第 2 項及び第 31 4 条の 7 第 2 項に規定する第一号寄附金の募集の適正な実施に係る基準は、次の各号のいずれにも該当することとする。

三 平成 30 年 11 月 1 日から法第 37 条の 2 第 3 項及び第 31 4 条の 7 第 3 項に規定する申出書を提出する日までの間に、前条に規定する趣旨に反する方法により他の地方団体に多大な影響を及ぼすような第一号寄附金の募集を行い、当該趣旨に沿った方法による第一号寄附金の募集を行う他の地方団体に比して著しく多額の第一号寄附金を受領した地方団体でないこと。

〔判決からの抜粋〕（強調は控訴人）

ところで、本件改正規定の施行前においては、返礼品の提供について特に定める法令上の規制は存在せず、総務大臣により地方自治法 2 4 5 条の 4 第 1 項の技術的な助言である本件各通知が発せられていたにとどまる。同法 2 4 7 条 3 項は、国の職員は普通地方公共団体が国の行政機関が行った助言等に従わなかったことを理由として不利益な取扱いをしてはならないと規定するところ、その趣旨は、普通地方公共団体は助言等に従って事務を処理すべき法律上の義務を負わず、これに従わなくても不利益な取扱いを受ける法律上の根拠がないため、その不利益な取扱いを禁止することにあると解される。しかるに、本件告示 2 条 3 号は、上記のとおり地方団体が本件改正規定の施行前における返礼品の提供の態様を理由に指定の対象外とされる場合があることを定めるものであるから、実質的には、同大臣による技術的な助言に従わなかったこ

とを理由とする不利益な取扱いを定める側面があることは否定し難い。そのような取扱いであっても、それが法律上の根拠に基づくものである場合、すなわち、同号が地方税法の委任の範囲内で定められたものである場合には、直ちに地方自治法 247 条 3 項に違反するとまではいえないものの、同項の趣旨も考慮すると、本件告示 2 条 3 号が地方税法 37 条の 2 第 2 項の委任の範囲を逸脱したものではないというためには、前記（ア）のような趣旨の基準の策定を委任する授權の趣旨が、同法の規定等から明確に読み取れることを要するものというべきである。

（2）そこで、このような観点から、本件告示 2 条 3 号の効力について検討する。

ア まず、法文の文理をみると、地方税法 37 条の 2 第 1 項及び 2 項柱書きは、「都道府県等による第 1 号寄附金の募集の適正な実施に係る基準」として総務大臣が定める基準に適合する地方団体として同大臣が指定するものに対する寄附金が、特例控除対象寄附金として特例控除の対象となるものと規定しており、上記の「都道府県等による第 1 号寄附金の募集」とは、指定を受けることによって特例控除の対象となる寄附金の募集（すなわち、指定対象期間における寄附金の募集）を意味し、また、「募集の適正な実施に係る基準」とは、その寄附金の募集の実施の態様が適正か否かについての基準を意味するものと解するのが自然である。これによれば、募集適正基準とは、文理上、指定対象期間における寄附金の募集の態様に係る基準であって、指定対象期間において寄附金の募集を適正に実施する地方団体か否かを判定するためのものであると解するのが自然である。このような解釈は、①同条 2 項 1 号及び 2 号において募集適正基準と並ぶ指定の基準として規定されている法定返礼品基準が、その文理上、いずれも指定対象期間における返礼品等の提供に関する基準であると解されることや、②同条 6 項では、同大臣は指定をした地方団体が同条 2 項に規定する基準のいずれかに適合しなくなったと認めるときは指定を取り消すことができると規定されており、同項に規定する基準が、指定の際にはこれに適合すると認められても指定対象期間中に適合しなくなることがあるという内容のものとして想定されていると解されることとも整合的である。他方、地方税法 37 条の 2 第 2 項柱書きの募集適正基準について、同項の文理上、他の地方団体との公平性を確保しその納得を得るという観点から、本件改正規定の施行前における募集実績自体をもって指定を受ける適格性を欠くものとするを予定していると解するのは困難であり、同法の他の規定中にも、そのように解する根拠となるべきものは存在しない。かえって、

上記募集実績自体をもって指定を受ける適格性を欠くものとする
ことは、地方団体が本件改正規定の施行後の行為を理由に指定を取り消され
ても、その取消しの日から2年を経過すれば指定を受けられるようになる
こと（同条4項、6項）と、均衡を欠くものといわざるを得ない。
（以下略）

〔控訴人による説明〕

令和2年最判（⑩）は、本件改正規定の施行前においては、返礼品の
提供について特に定める法令上の規制は存在しないことを指摘したう
えで、この事案で問題となった本件告示2条3号の授權規定である地方
税法37条の2第2項などの条項について、上記のとおり詳細に文理を
検討するなどしたうえで結論を導いている。また、令和2年最判は、本
件告示のように、本件改正規定の施行前における募集実績自体をもって
指定を受ける適格性を欠くものとすることは、地方団体が本件改正規定
の施行後の行為を理由に指定を取り消されても、その取消しの日から2
年を経過すれば指定を受けられるようになることと均衡を欠くとの指
摘をしている。この指摘は、そのような2年の経過の効果について規定
した地方税法37条の2第4項、6項を根拠とするものであり、価値判断
の根拠は法律の条文に基づいている。

また、委任の趣旨について、上記抜粋では省略したが、「寄附金の募集
の態様や提供される返礼品等の内容を規律する具体的な基準の策定に
ついては、地方行政・地方財政・地方税制や地方団体の実情等に通じた
同大臣の専門技術的な裁量に委ねるのが適当であることに加え、そのよ
うな具体的な基準は状況の変化に対応した柔軟性を確保する必要があ
り、法律で全て詳細に定めるのは適当ではない」という判断をする一方、
「本件指定制度の導入に当たり、その導入前にふるさと納税制度の趣旨
に反する方法により著しく多額の寄附金を受領していた地方団体につ
いて、他の地方団体との公平性を確保しその納得を得るという観点から、
特例控除の対象としないものとする基準を設けるか否かは、立法者にお
いて主として政治的、政策的観点から判断すべき性質の事柄である」（強
調は控訴人）等と指摘して区別している点に留意する必要がある。

なお、控訴理由書56～57頁でも指摘したが、令和2年最判の事案
で問題となったのは、国民の権利利益に対する制約ではなく、地方団体
の地位ないし利益であって、しかもその地位ないし利益は、地方自治の
本旨等に基づいて地方団体が本来的に有しているものとはいいい難く、そ
れゆえ、要保護性は相対的に低いといってよい事案であった。令和2年

最判の判例解説も「本件告示については、法規命令についていわれる『国民の権利・義務に関する規律を定めるものであるため法律の授權（委任）が必要である』という準則は、直ちに当てはまらないものと解される。」と指摘している（「最高裁判所判例解説 民事篇 令和2年度」304頁）。しかし、令和2年最判は、地方自治法247条3項によって、その点を要保護性の相対的な低さを補ったうえで、委任する授權の趣旨が、授權法の規定等から明確に読み取れることを要すると判示したのである。

⑪ 最高裁令和3年3月11日民集75巻3号418頁

〔参照条文〕

法人税法（平成27年法律第9号による改正前のもの）23条

内国法人が次に掲げる金額（第一号に掲げる金額にあつては、外国法人若しくは公益法人等又は人格のない社団等から受けるもの及び適格現物分配に係るものを除く。以下この条において「配当等の額」という。）を受けるときは、その配当等の額（完全子法人株式等及び関係法人株式等のいずれにも該当しない株式等（株式、出資又は受益権をいう。以下この条において同じ。）に係る配当等の額にあつては、当該配当等の額の100分の50に相当する金額）は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入しない。

一 剰余金の配当（株式又は出資に係るものに限るものとし、資本剰余金の額の減少に伴うもの及び分割型分割によるものを除く。）若しくは利益の配当（分割型分割によるものを除く。）又は剰余金の分配（出資に係るものに限る。）の額

法人税法（平成27年法律第9号による改正前のもの）23条の2

内国法人が外国子会社（当該内国法人が保有しているその株式又は出資の数又は金額がその発行済株式又は出資（その有する自己の株式又は出資を除く。）の総数又は総額の100分の25以上に相当する数又は金額となつていることその他の政令で定める要件を備えている外国法人をいう。）から受ける前条第1項第一号に掲げる金額（以下第3項までにおいて「剰余金の配当等の額」という。）がある場合には、当該剰余金の配当等の額から当該剰余金の配当等の額に係る費用の額に相当するものとして政令で定めるところにより計算した金額を控除した金額は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入しない。

法人税法(平成 27 年法律第 9 号による改正前のもの) 24 条

法人(公益法人等及び人格のない社団等を除く。以下この条において同じ。)の株主等である内国法人が当該法人の次に掲げる事由により金銭その他の資産の交付を受けた場合において、その金銭の額及び金銭以外の資産の価額(適格現物分配に係る資産にあつては、当該法人のその交付の直前の当該資産の帳簿価額に相当する金額)の合計額が当該法人の資本金等の額又は連結個別資本金等の額のうちその交付の基因となった当該法人の株式又は出資に対応する部分の金額を超えるときは、この法律の規定の適用については、その超える部分の金額は、第 23 条第 1 項第一号(受取配当等の益金不算入)に掲げる金額とみなす。

一・二(略)

三 資本の払戻し(剰余金の配当(資本剰余金の額の減少に伴うものに限る。)のうち、分割型分割によるもの以外のものをいう。)又は解散による残余財産の分配

法人税法(平成 30 年法律第 7 号による改正前のもの) 24 条

3 第 1 項に規定する株式又は出資に対応する部分の金額の計算の方法その他前 2 項の規定の適用に関し必要な事項は、政令で定める。

法人税法施行令(平成 27 年政令第 142 号による改正前のもの) 23 条

法第 24 条第 1 項(配当等の額とみなす金額)に規定する株式又は出資に対応する部分の金額は、同項に規定する事由の次の各号に掲げる区分に応じ、当該各号に定める金額とする。

一・二(略)

三 法第 24 条第 1 項第三号に掲げる資本の払戻し又は解散による残余財産の分配

当該資本の払戻し又は当該解散による残余財産の分配(以下この号において「払戻し等」という。)を行つた法人(以下この号において「払戻法人」という。)の当該払戻し等の直前の払戻等対応資本金額等(当該直前の資本金等の額又は連結個別資本金等の額(以下この号において「直前資本金額等」という。))にイに掲げる金額のうちにロに掲げる金額の占める割合(直前資本金額等が零以下である場合には零と、直前資本金額等が零を

超え、かつ、イに掲げる金額が零以下である場合又は直前資本金額等が零を超え、かつ、残余財産の全部の分配を行う場合には 1 とし、当該割合に小数点以下 3 位未満の端数があるときはこれを切り上げる。)を乗じて計算した金額をいう。)を当該払戻法人の当該払戻し等に係る株式の総数で除し、これに同項に規定する内国法人が当該直前に有していた当該払戻法人の当該払戻し等に係る株式の数を乗じて計算した金額

イ 当該払戻法人の前期期末時(当該払戻法人の当該払戻し等の日の属する事業年度の前事業年度(当該払戻し等の日以前 6 月以内に法第 72 条第 1 項又は第 81 条の 20 第 1 項に規定する期間についてこれらの規定に掲げる事項を記載した中間申告書又は連結中間申告書を提出し、かつ、当該提出の日から当該払戻し等の日までの間に確定申告書又は連結確定申告書を提出していなかった場合には、当該中間申告書又は連結中間申告書に係るこれらの規定に規定する期間とする。)終了の時をいう。)の資産の帳簿価額から負債(新株予約権に係る義務を含む。)の帳簿価額を減算した金額(当該前期期末時から当該払戻し等の直前の時までの間に資本金等の額等が増加し、又は減少した場合には、その増加した金額を加算し、又はその減少した金額を減算した金額)

ロ 当該資本の払戻しにより減少した資本剰余金の額又は当該解散による残余財産の分配により交付した金銭の額及び金銭以外の資産の価額(適格現物分配に係る資産にあつては、その交付の直前の帳簿価額)の合計額(当該減少した資本剰余金の額又は当該合計額がイに掲げる金額を超える場合には、イに掲げる金額)

〔判決からの抜粋〕(強調は控訴人)

(3) 法人税法 24 条 1 項 3 号は、法人の株主等である内国法人が当該法人から資本の払戻しにより金銭の交付を受けた場合において、株式対応部分金額を超える部分をみなし配当金額とする。また、資本の払戻しを行った払戻法人においては、当該資本の払戻しの額のうち、直前払戻等対応資本金額等に相当する額が資本金等の額から減算され(法人税法施行令 8 条 1 項 16 号)、直前払戻等対応資本金額等を超える部分の金額(みなし配当金額)が利益積立金額から減算されることとされている(同令 9 条 1 項 11 号)。これらの規定は、資本剰余金のみを原資とする

配当であっても実質的観点からは利益部分の分配が含まれているものと評価し得ることから、その全部又は一部を受取配当とみなすことにより、配当に係る課税の回避を防止し、適正な課税を実現することをその趣旨とするものであると解される。

他方において、利益剰余金にも資本部分が含まれている可能性は否定できないところである。しかし、旧商法上の利益の配当に関する税務上の扱いを定めていた平成 18 年改正前の法人税法 23 条 1 項 1 号は、旧商法の平成 13 年法律第 79 号による改正により資本準備金の取崩しをした上で資本剰余金を原資として利益の配当をすることが可能となった後も改正されることはなく、それが旧商法上の利益の配当の手續に基づいて行われる以上、実質的に資本部分の払戻しであっても通常の利益の配当と同様に受取配当として扱っていた。そして、会社法施行に伴う平成 18 年改正後の法人税法 23 条 1 項 1 号においても、利益剰余金のみを原資とする剰余金の配当については、これが全額課税の対象となり得ることを前提に、その全部又は一部を益金の額に算入しないこととし、また、法人税法施行令 9 条 1 項 8 号は、同法 23 条 1 項 1 号の剰余金の配当が行われた場合には、その配当に係る金額を当該配当を行った法人の利益積立金額から減算することとしており、その一部を資本部分の払戻しとして扱うこととはしていない。

(4) 以上によれば、法人税法は、資本部分と利益部分とをしゅん別するという基本的な考え方に立ちつつも、会社財産の株主への払戻しについて、その原資の会社法上の違いにより 23 条 1 項 1 号と 24 条 1 項 3 号の適用を区別することとし、利益剰余金のみを原資とする払戻しは、23 条 1 項 1 号により、資本部分が含まれているか否かを問わずに一律に利益部分の分配と扱った上でその全部又は一部を益金の額に算入しないこととする一方で、資本剰余金のみを原資とする払戻しは、24 条 1 項 3 号により、資本部分の払戻しと利益部分の分配とに分け、後者の金額を 23 条 1 項 1 号の配当とみなすこととするという仕組みを採っているものといえることができる。

上記の仕組みに照らしてみれば、法人税法 24 条 1 項 3 号は、利益剰余金及び資本剰余金の双方を原資として行われた剰余金の配当の場合には、そのうち利益剰余金を原資とする部分については、その全額を利益部分の分配として扱う一方で、資本剰余金を原資とする部分については、利益部分の分配と資本部分の払戻しとに分けることを想定した規定であり、利益剰余金を原資とする部分を資本部分の払戻しとして扱うことは予定していないものと解される。

(5) 法人税法 24 条 3 項の委任を受けて株式対応部分金額の計算方法について規定する法人税法施行令 23 条 1 項 3 号は、会社財産の払戻しについて、資本部分と利益部分の双方から純資産に占めるそれぞれの比率に従って比例的にされたものと捉えて株式対応部分金額を計算しようとするものであるところ、直前払戻等対応資本金額等の計算に用いる施行令規定割合を算出する際に分子となる金額（前記 2(2)イ（ア）②）を当該資本の払戻しにより交付した金銭の額ではなく減少資本剰余金額とし、資本剰余金を原資とする部分のみについて上記の比例的な計算を行うこととするものであるから、この計算方法の枠組みは、前記の同法の趣旨に適合するものであるといえることができる。しかしながら、簿価純資産価額が直前資本金額より少額である場合に限り、上記の計算方法では減少資本剰余金額を超える直前払戻等対応資本金額等が算出されることとなり、利益剰余金及び資本剰余金の双方を原資として行われた剰余金の配当において上記のような直前払戻等対応資本金額等が算出されると、利益剰余金を原資とする部分が資本部分の払戻しとして扱われることとなる。

そうすると、株式対応部分金額の計算方法について定める法人税法施行令 23 条 1 項 3 号の規定のうち資本の払戻しがされた場合の直前払戻等対応資本金額等の計算方法を定める部分は、利益剰余金及び資本剰余金の双方を原資として行われた剰余金の配当につき減少資本剰余金額を超える直前払戻等対応資本金額等が算出される結果となる限度において法人税法の趣旨に適合するものではなく同法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。

（以下略）

〔控訴人による説明〕

令和 3 年最判（⑪）の事案で問題となった法人税法上の授權規定（上記 24 条 3 項）は「（引用者注：法人税法 24 条）第 1 項に規定する株式又は出資に対応する部分の金額の計算の方法その他前 2 項の規定の適用に関し必要な事項は、政令で定める」としており、金額の計算方法を含めて必要な事項が政令に委任されていることは明確であった。それゆえ、委任された範囲は法律の文言上広範に思えるが、委任されているのは、あくまでも「（法律の）規定の適用に関して必要な事項」である。最高裁は、法人税法や関連する会社法の規定を、その改正経緯を含めて詳細に検討し「（法律の）規定」の趣旨を「利益剰余金を原資とする部分につい

ては、その全額を利益部分の分配として扱う」ものである等と導き出したうえで、この趣旨に反する結果を生じさせる金額の計算方法（利益剰余金を原資とする部分が資本部分の払戻しとして扱われることとなる）を定めた政令を、その限度で委任の趣旨を逸脱するものとして違法と判断した。

このように、令和３年最判は、法律の各種規定や改正経緯を重視して法律の規定の趣旨を探究し、一見すると法律の授權規定上は広範な委任がなされていると思える場合でも、法律の「規定の適用」とは言い難い結果をもたらす政令を委任の範囲を逸脱したものと結論づけ、行政による委任命令の制定の範囲に歯止めをかけたのである。

本件では、令和３年最判の事案とは異なり、そもそも「必要な事項」の規則への委任はなされておらず、保険医療機関に資格確認を義務づけることを健康保険法が授權していることが読み取れない。本文中で述べたとおり、２０１９年改正において、はじめて被保険者側の義務として資格確認が健康保険法で定められた。それ以前において、医療機関側の義務として資格確認が同法で定められていたことはなく、それ以降も、健康保険法本体で医療機関側の義務として資格確認が定められたことはない。健康保険法の改正の沿革を重視すれば、健康保険法７０条は、医療機関側に資格確認を義務づけることは予定していないものと解すべきである。

判示及び反論のない事項まとめ

原告の主張に対して原判決の明確な判示がない事項（同様に被控訴人からも反論のない事項）及び原判決の判示に対する控訴人の主張に対し被控訴人から明確な反論がない事項は、次の１６箇所に及ぶ。

１ 「担当」（法７０条）という文言の一般的用法

- ・ 原審原告準備書面（１）９頁、控訴理由書５頁

『「担当」という文言に『療養の給付』を行うことを超えた特別な意味はない』、「担当」という文言の辞書的意味は、「受け持つこと。引き受けること」、「うけもつこと。ひきうけること」である。「担当」の文言に受け持つ対象を広げる効果はない。

- ・ 原判決１５頁

「「担当」との文言が用いられていることからすれば、同項は、療養のために提供される医療サービスそのものに限って厚生労働省令に委任したのではなく、保険医療機関等が療養の給付を「担当」をするに当たって遵守することが必要な事項の定めを厚生労働省令に委任していると解するのが自然である」

→ 「担当」の文言を根拠と挙げながら、その一般的用法（意味）を示していない。

「担当」に辞書的な意味を超えた特別な意味が認められるとする根拠を示していない。被控訴人もそのような主張はしていない。

２ 法７０条を委任規定と解する積極的な根拠

- ・ 原審原告準備書面（１）５頁、控訴理由書５頁

「（３）健康保険法は委任先や委任範囲を区別している」の中で法７０条１項は、同法中の他の多くの委任規定（例えば法７６条６項）のような場合と異なり、「必要な事項」まで委任していると解する手がかりとなる文言を含んでおらず、また、同法の他の条項との関係でも法７０条を委任規定と解する積極的な根拠もないことを主張

- ・ 原判決

→原告の主張に対する判示はない。被控訴人も積極的な根拠を示しての反論はしていない（控訴答弁書１２～１３頁）。

３ 健康保険法では、療養の「給付」と給付を受けるための「方法」を分けて規定していること

- ・原告準備書面（３）３頁、控訴理由書７頁

「④健康保険法では、「被保険者の資格確認に関する事項」を「療養の給付」とは区別して給付を受けるための「方法」（健康保険法６３条３項）と位置づけている。健康保険法６３条３項は、資格確認を保険医療機関側の義務ではなく被保険者の義務として委任する規定である。このような法文の区別にもかかわらず、「方法」に関する規定も同法７０条１項の「療養の給付」の委任規定（保険医療機関に義務を課す規定）に含まれるとするためには、特段の理由付けが必要なはずである。」

- ・原判決１６頁

「見出しを「療養の給付」としている同法６３条が、その３項で療養の給付を受ける方法である被保険者の資格確認に関する事項についても規定しているなど、同法上「療養の給付」の文言が療養のために提供される医療サービスの内容そのものに限定して用いられてはならず、当該医療サービスを受ける際の資格確認の方法を含んだものとして用いられていることも整合的ではないものといわざるを得ない。」

→ 「給付」と「方法」の違いに関する原告の主張に対する積極的な解釈は示されていない。被控訴人も同様である（控訴答弁書１２～１３頁）。

４ 法６３条３項その他の条文で被保険者側の立場から資格確認を定める規定にのみ「電子資格確認」の文言を用いており、保健医療機関等側の立場からの規定である法７０条１項に「電子資格確認」の委任を読み込むのは誤っていること

- ・原審原告準備書面（１）８頁、控訴理由書８頁

資格確認に関しては、健康保険法６３条３項が受給者を主語として「受け」と定めている反面、保険医療機関の義務を定める法７０条１項では、資格確認について一切言及していない。

- ・原判決１６頁

「なお、原告らは、被保険者の資格確認に関する事項は給付を受けるための方法に位置付けられるから同法７０条１項ではなく専ら同法６３条３項で規律されているとの趣旨をもいうが、後者は「療養の給付」を受けるために必要な資格確認の方法について被保険者等の立場から定める趣旨のものであって、保険医療機関が療養の給付を行うに際してどのように被保険者等の資格確認を行うべきか等については「療養の給付を担当しなければならない」との文言で前者が規律しているものと解されるから、原告らの上記主張を採用することはできない」

→ 法７０条１項で保険医療機関に資格確認が義務付けられていると解されることの根拠は言及されていない。被控訴人も同様である（控訴答弁書１３頁）。

５ 類似の委任立法例をもって、法７０条１項の委任が適法だといえる根拠

- ・原判決１５頁

「このような解釈は、同様に「省令（又は告示）の定めるところにより」、「医療を担当しなければならない」との規定を設けている児童福祉法 21 条、生活保護法 50 条 1 項及び感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律 38 条 3 項が、いずれも「担当」という文言により、医療の受給資格の確認といった、医療機関が医療サービスを提供するに当たって遵守することが必要な事項の定めを省令等に委任しているなど、健康保険法 70 条 1 項と同様の文言でかかる事項に関する定めを下位法令に委任することが一般的に行われている実務とも整合的である」

・控訴理由書 9 頁

「原判決は、一般的に行われている実務との整合的という理由付けで文理を判断しているが、当該「実務」が適法であることの判断根拠を示していない。類似の委任立法例がいくつかあるとしても、それらの委任立法が違法である可能性もあるのであるから、そのような委任立法の存在から、本件を適法と見ることはできない。しかも、原判決が挙げる例は、いずれも厚生労働省所管の法律に限られている」

・控訴答弁書 1 4 頁

「なお、原判決は、その判示から明らかであるように、他の法令に健康保険法 70 条 1 項と類似の委任立法例があることから直ちに上記の解釈を示したのではなく、同項の文言から上記の解釈を示したものであり、当該解釈が相当であることの裏付けとして、同項と同様の文言で医療機関が医療サービスを提供するに当たって遵守することが必要な事項の定めを下位法令に委任することが一般的実務と整合することを述べたものである」

→ 被控訴人は、類似の委任立法例が適法であることを主張することなく、原判決と同趣旨の内容を繰り返して主張しており、類似の委任立法例をもって、法 70 条 1 項の委任が適法だと言える根拠は示されていない。

6 法 70 条と法 72 条の関係

・原判決 1 5 頁

「健康保険法上の「療養の給付」（70 条 1 項）は 63 条 1 項各号に列举されているもの（前記第 2 の 1(1)）のみを指すから同法 70 条 1 項が厚生労働省令に委任した内容も診察等の医療サービスの提供に係る細目に限られると解することは、同項が「第 72 条第 1 項の厚生労働省令で、定めるところにより、診療又は調剤に当たらせるほか」として、医療サービスの提供そのものは保険医等が同法 72 条 1 項によって委任された厚生労働省令（療担規則の第 2 章（保険医の診療方針等）であり、診療の一般の方針及び具体的方針、施術の同意、使用医薬品及び歯科材料、診療録の記載等について規定している。）に従って行うという前提に立っていることとそぐわない」

・控訴理由書 1 2 頁

法 70 条は保険医療機関等を対象とするのに対し、法 72 条は保険医等を対象として異なっている上、法 70 条は法 63 条 1 項各号の 5 項目（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療養に伴う世話その他の看護）の医療サービスが対象であるのに対し、同法 72 条はその一部（①診察、②調剤）の医療サービスを対象としていることからすると、同法 70 条の方がもともと広い医療サービスを対象としているから、72 条とは別個に医療サービスに関する規則への委任をしてもなんら不整合や不都合はない

・ 控訴答弁書 15 頁

健康保険法 70 条 1 項が、保健医療機関等は、当該保健医療機関等において従事する保険医等に、「第 72 条第 1 項の厚生労働省令で定めるところにより、診療又は調剤に当たらせるほか」として、保健医療機関等に対し、当該保健医療機関等において従事する保険医等が提供する医療サービスそのものについては同法 72 条 1 項に基づいて委任される厚生労働省令に従って行われなければならないと規定していること、すなわち、同項が、医療サービスそのものの遵守事項を定めた上で当該医療サービス等に当たらせるとしていることに照らすと、上記引用文言に続く「厚生労働省令で定めるところにより、療養の給付を担当しなければならない」（同法 70 条 1 項）という委任事項を医療サービスの提供の細目に限定して解釈することは不合理といわざるを得ない。

→ 原判決の判示を繰り返すだけで、保険医療機関等（法 70 条 1 項）と保険医等（法 72 条 1 項）とで対象とする医療サービスが異なっていることから別の規定となっているとの控訴人の主張について反論ができていない。

7 法 70 条 1 項の委任の趣旨の検討に当たっての結論の先取り

・ 控訴理由書 15 頁

法 70 条 1 項が「療養の給付を担当」させることについて厚生労働省令に委任している趣旨が何かを探究することが検討の出発点になり、そのうえで、原判決の言う「必要な事項」まで委任の趣旨に含まれると言えるか、が問題となる。しかし、原判決はそういった点を検討せず、「必要な事項」を「含む」という結論を先取りする過ちを犯している

・ 控訴答弁書 20 頁以下

→ 控訴人主張に対して何ら反論しない。

8 個別の授權規定の趣旨と法律全体の趣旨とを分けずに検討したこと

・ 控訴理由書 16 頁

原判決は、授權規定ではない法 2 条に着目した理由付けを述べているところ、このような判断手法は、個別の授權規定の趣旨と、法律全体の趣旨とを明確に分けずに検討している。

- ・ 控訴答弁書 20 頁以下

→ 控訴人主張に対して何ら反論しない。

9 医師の資格がなくてもなしうる被保険者の資格確認のような事務的な行為まで厚生大臣に委ねる直接的根拠（法的文言）

- ・ 原判決 16 頁

「次に、委任の趣旨についてみると、保険医療機関等が療養の給付を担当するに当たって遵守することが必要な事項については、健康保険法の理念である医療保険の運営の効率化、給付の内容及び費用の負担の適正化並びに国民が受ける医療の質の向上を総合的に図る見地から健康保険制度が適切に実施される（2 条）ように決定する必要があり、その判断に当たっては、保険医療機関等における医療の提供内容及びそれに伴って発生する事務等の実情や利用可能なインフラの技術的進展といった観点を踏まえた時宜を得た柔軟な検討が必要であって、必ずしも国会での審議になじむものとはいえず、同法 70 条 1 項は、保険医療機関等が療養の給付を担当するに当たって遵守することが必要な事項についても、その定めを厚生労働大臣の専門技術的な裁量に一定程度委ねているものと解するのが相当である」

- ・ 控訴理由書 16 頁

平成 23 年最判を踏まえ、法 70 条 1 項が委任の対象とする診察等の「療養の給付」（法 63 条 1 項各号）は、いずれも医師等の資格を要する行為であり、医学的知見等の専門技術を踏まえたルール化が必要である。そのために、「療養の給付」に該当する事項について、細目のルール化を法 70 条 1 項は厚生労働大臣に委任したと解される。そして、オンライン資格確認を含む「（医療提供）に伴って発生する事務等の実情や利用可能なインフラの技術的進展」といった原判決が指摘する事項は、医師等の資格を要しない、科学技術の分野に属する事務的な行為に関する異質な問題であるから、法律による委任の範囲を広げる解釈はとりえない。

- ・ 控訴答弁書 20 頁

→ 原判決の判示と同様の主張を繰り返すにとどまり、医師の資格がなくてもなしうる被保険者の資格確認のような事務的な行為まで厚生大臣に委ねる直接的根拠（法的文言）は説明しない。また、被控訴人は平成 23 年最判が判示した同法 70 条 1 項の趣旨は療担規則 18 条及び 19 条についての判断にとどまると主張するが、なぜ、平成 23 年最判の判示する同項の趣旨を超えて、医師等の資格を要しない、科学技術の分野に属する事務的な行為に関する異質なもののについても拡張できるのかという根拠は主張していない。

10 資格確認の必要性和保険医療機関への義務づけは別問題であること

- ・原審原告準備書面（2）5頁、控訴理由書26頁

診察や薬剤の支給を保険給付として行うために付随的な一連の事項が必要になるとしても、それらの事項を法令によって規制する必要があるかは別問題である。特段の法令によるルールがなくても、患者の資格確認は、診療報酬を受け取るために保険医療機関等によって自ずと適切に行われることが期待できる。

- ・原判決17頁

「健康保険制度は、国民の生活の安定と福祉の向上に寄与することを目的として、被保険者の疾病、負傷若しくは死亡又は出産に関して保険給付を行うものであり（1条）、その中心的なものが療養の給付であるところ、同法は、被保険者等の資格を有する者を対象に療養の給付がされることを前提としている（35条、63条）から、保険医療機関等が療養の給付をする際には、患者が被保険者等の資格を有することを適切に確認する作業が必要となる。そして、健康保険制度が適切に運用されるためには、保険医療機関等からの保険者に対する診療報酬の請求が正確にされることが必要となるところ、これを十全に担保するためには、資格確認の方法についても法令で規定しておく必要性が高いものといえる」

→ 特段の法令によるルールがなくても、患者の資格確認は、診療報酬を受け取るために保険医療機関等によって自ずと適切に行われることが期待できるとの原告の主張に対し判示をしていない。被控訴人も反論をしていない（控訴答弁書24頁）。

11 2019年改正時の国会における議論の理解の誤り

- ・原判決20頁

「（原告らが健康保険法の改正時における国会における議論として挙げる例の多くは、被保険者等がオンライン資格確認以外の方法によって資格確認を行うことは引き続き可能であることを指摘する趣旨のものである。）」

- ・控訴理由書27頁

原告が挙げた議論は、いずれも「保険医療機関等」がオンライン資格確認を任意で行うことを前提としたものである。行為の主体を「被保険者等」に置き換えた原判決の読み方は、明らかな誤りである。

- ・控訴答弁書24頁

「控訴人らが原審において健康保険法の改正時における国会における議論として挙げる例の多くは、被保険者等がオンライン資格確認以外の方法によって資格確認を行うことは引き続き可能であることを指摘する趣旨のものにすぎず、オンライン資

格確認の原則義務化を定めた本件各規定が令和元年健康保険法改正の立法趣旨に反するものではない」

→ 控訴人が指摘した国会審議録について正面から反論していない。

1 2 2019年改正時の想定問答集の記載

・控訴理由書30頁

想定問答集（甲65）によれば、2019年改正において、オンライン資格確認を導入するか否かは、あくまでも「保険医療機関等」の任意の判断とされていた

・控訴答弁書25頁

「控訴人らの引用する想定集の記載内容は、いずれも、前同様に被保険者等がオンライン資格確認以外の方法によって資格確認を行うことは引き続き可能であることを指摘する趣旨のものにすぎないから、立法府において、厚生労働省令によってオンライン資格確認の原則義務化を規定することを許容していたことと何ら矛盾する内容ではない」

→ 行為の主体を「被保険者等」に置き換えて誤った主張に終始している。

1 3 2019年改正時にオンライン資格確認を保険医療機関に対して義務付ける条文はなく、立法資料も存在しないこと

・控訴理由書33頁

少なくともオンライン資格確認を保険医療機関に対して義務づける条文は一切なく、規則に委任することを想定した条文もない。健康保険法の所管省庁である厚生労働省における立法資料でも、そのような委任を想定していたことを示す資料は一切存在しない。

・控訴答弁書24頁以下

→ 控訴人の主張に対し何らの反論もない

1 4 制約される権利ないし利益の性質

・原判決18頁

大要、①一定程度の経済的負担にとどまり、療養の給付そのものの内容や態様に係る制限ではない、②個別の保険医療機関等の実情に応じて一定の適用除外がある、③経済的負担が一定程度生ずるとしても事業継続を困難にするようなものと直ちにいうことはできない。したがって、本件各規定によって制限される原告らの職業活動の自由の制約の程度が大きいということとはできない

・控訴理由書45頁以下

本件各規定は、控訴人らの職業活動の自由にとどまらず、廃業せざるを得ない場合も生じさせるものとして職業選択の自由に影響する場合もある。加えて、医療

法が控訴人ら（医療の担い手）を通じて確保を予定している患者の生命・健康及び秘密の保持にも影響し、市民の生存権やプライバシー権の確保にもかかわる憲法上の重要な権利の制約となり、かつ、その程度は大きい。

個別具体的な医療現場の実情を踏まえ、原判決判示①については、保険医療機関は、オンライン資格確認の導入のために、経済的負担のみならず、労力や時間を割かれ、その分、療養の給付に割くための労力や時間が減じられる。また、仮に、保険医療機関等が改正後の療養担当規則３条に従わない場合、保険医療機関等の指定の取消事由となりうる。また、同②については、適用除外がされるのはごく一部に過ぎず、制約の重大性を緩和するものたりえない。そして③については、セキュリティを確保するための専門人員の確保、施設の拡充の必要性など経済的補填では賄いきれない不利益がある。

- ・ 控訴答弁書 ３３頁以下

- 原判決の判示の繰り返し。制約される権利の重要性についての反論はせず、また、控訴人の主張①～③に対し、個別具体的な医療現場における事実関係を踏まえた個別の反論をしない。

１５ 平成２５年最判との類似性

- ・ 原判決 ２０頁

「平成２５年最判は、事業者の事業そのものを規制する内容で制約の程度が大きい事案であったのに対し、本件は、患者からオンライン資格確認の方法によることを求められた場合にこれに対応し得る体制を整備することを義務づけるという事案であり、保険医ないし保険医療機関の診療行為そのものを規制するといった事案ではない」

- ・ 控訴理由書 ５５頁以下

一般論としても、民主主義国家における法律による行政の原理に照らすならば、法文の文理を重視すべきは当然であり、法律に拘束されない行政機関の活動を抑止する観点からも、この点の確認は重要であることを指摘し、平成２５年最判との類似性（① 省令による規制対象となる行為の需要が現実には相当程度存在したこと、② 規制に反対する意見が根強く存在したこと、③ 規制によって制約される権利の重要性と制約の程度が相当程度に及ぶこと）を個別具体的に主張し、また、同様に文理を離れて緩やかな解釈を認めなかった平成１８年最判及び令和２年最判を指摘

- ・ 控訴答弁書 ３５頁

- 原判決の判示と同じ主張を繰り返し、平成２５年最判との類似性①～③について個別具体的な反論をしない。

16 保険医療機関にオンライン資格確認を義務づける必要性

- ・ 控訴理由書 68 頁以下

健康保険証ないし資格確認書、いずれの方法による資格確認でも、簡易迅速な方法による確実な資格確認のために支障があるとはいえない状況にある。このことに照らすと、規制目的を達成するために保険医療機関にオンライン資格確認を義務づける必要性はまったくない。オンライン資格確認が本当に規制目的達成のために有益なのであれば、採用を任意にしておいても自ずと保険医療機関にも受け入れられ広がるはずであるから、義務づけは到底必要最小限とは言えない

- ・ 控訴答弁書 38 頁以下

→ 控訴人の主張に対する反論はない。

以 上