

# 医療の非営利性の要請の根拠

新  
田  
秀  
樹

## 目次

### 序　——本稿の目的——

第一章　医療法における「医療の非営利性」に関する規定

第二章　医療の非営利性の要請に関する規定の歴史的由来

第三章　医療の非営利性の要請の根拠についての学説・判例等

第四章　医療の特性及びそれから導かれる要請

一 医療の特性

二 医療の特性から導かれる要請

三 我が国における前記要請の担保方法

四 小括

第五章　医療の非営利性の要請の根拠の考察

一 医療の公営化についての議論——考察の前に——

二 考察

第六章 応招義務と医療の非営利性の要請

- 一 医療の非営利性の要請の理念的根拠
- 二 応招義務の意義
- 三 応招義務は営利性と両立するか？

結語

## 序——本稿の目的——

近年、我が国における規制緩和推進の流れの中で、医療分野においても、多様な経営主体が参入し競争的市場の下での経営革新を医業経営にもたらすことが、経営の近代化やサービスの改善に大きく役立つとの観点から、経済界を中心に株式会社等の営利法人による病院経営を認めるべきとの声が出てきている。<sup>[1]</sup>

しかし、我が国の医療提供体制の基本を定める医療法（昭和二三年法律第一〇五号）にはいわゆる「医療の非営利性」を定めた規定があり、厳格な運用と相俟つて営利法人による病院或いは診療所（以下「病院等」という。）の開設・運営は現在のところ事実上不可能になつてゐる。

そこで、本稿においては、医療法における医療の非営利性がいかなる根拠に基づくものなのかを検討し、今後とも営利法人による病院等の経営を原則として認めないだけの合理性を有するもののか否かを考察したい。

本稿は、第一章において医療法における医療の非営利性に関する規定の意味を確認した上で、第二章で同規定の歴史的由来を一瞥し、第三章で学説・判例の検討、そして、第四章で医療の特性等についての検討を行った後、第五章の考察を経て、第六章において医療の非営利性の要請の根拠についてこれを医師の応招義務と関連づける私見を提示するという構成になつている。

### 注

- (1) 経済団体連合会「国民の信頼が得られる医療保障制度の再構築（一九九六年一月一九日公表）」、経済同友会「——安心して生活できる社会を求めて——社会保障改革の基本的考え方（中間発表）（一九九六年一月二三日公表）」等。

## 第一章 医療法における「医療の非営利性」に関する規定

現行の医療法は、七条一項において、①病院を開設しようとするとき及び②医師・歯科医師でない者が診療所を開設しようとするときは、開設地の都道府県知事（②については、保健所設置市又は特別区）においては当該市長又は区長。以下同じ。の許可を受けなければならないとし、同条四項において、当該病院等の構造設備及びその有する人員が法定の基準に適合するときは、都道府県知事は開設許可を与えなければならないと定めている。<sup>(2)</sup>その上で、

同条五項において、いわゆる「医療の非営利性」を示すものとして、営利を目的として病院等を開設しようとすると、者に対する対応は、四項の規定にかかわらず開設許可を与えることができると規定している。<sup>(3)</sup>

そして、行政当局は「営利を目的とする法人が病院等を開設することは、専ら当該法人の職員の福利厚生を目的とするものを除き、認められない」との解釈を示し、<sup>(4)</sup> 営利法人による病院等の開設を事実上禁止している。<sup>(5)</sup>

その上で、医療法は医療法人に関する規定（三九条—六八条の三）を設けている。医療法人は、医療法七条五項にいう医療の非営利性を前提とした上で、医療事業の経営主体が医療の非営利性を損なうことなく法人格を取得する途を開き、資金の集積を容易にするとともに、医療機関の経営に永続性を付与することで、私人による医療機関の経営の困難を緩和することをねらいとして、一九五〇（昭和二五）年の医療法改正により制度が創設されたものであり、その性格は「病院又は一定規模以上の診療所の経営を主たる目的とするものでなければならないが、それ以外に積極的な公益性は要求されず、この点で民法上の公益法人と区別され、又その営利性については剩余金の配当を禁止することにより、営利法人たることを否定されており、この点で商法上の会社と区別される（昭和二五年八月二日厚生省発医第九八号各都道府県知事宛厚生事務次官通知。以下「次官通知」という。）」と説明されている。このように、医療法人は剩余金の配当を禁止され（医療法五四条）、したがって、「営利法人たることは、医療法人の本質上許されない（前掲次官通知）」。

以上が医療法における「医療の非営利性」及びそれを前提とした医療法人制度に関する規定であるが、それではこの医療法七条五項が否定しようとする「営利を目的とすること」とは、より具体的にはどのような意味であろうか。

病院等の開設主体が法人である場合には、前述の次官通知の規定等からみても、これを一般に営利法人について

いわれているメルクマール<sup>(7)</sup>、すなわち、

① 法人（典型的には株式会社）がその対外的な事業活動によつて利潤（＝収入と支出の差である剩余利益）を獲得することを目的とすること、かつ、

② 獲得した利潤を何らかの方法で法人の個々の構成員（株式会社であれば株主）に分配することを目的することと解しても問題はないようと思われる<sup>(8)</sup>。そうすると、病院等において行われる事業活動は「医業又は歯科医業」である（医療法一条の五・一項及び二項）から、病院等の開設主体が法人の場合には、医療法七条五項にいう営利目的とは「法人が対外的に医業又は歯科医業を行うことによつて利潤を獲得し、それを何らかの方法で法人の個々の構成員に分配することを目的すること」であり、そうした目的で病院等を開設することは認めるべきではないといふのが医療の非営利性の意味ということになる。

ただし、医療法七条五項にいう「営利を目的として病院等を開設しようとする者」には法人だけでなく自然人も含まれると解されることから、病院等の開設主体が個人である場合には、同項で規定する営利目的は、営利法人概念の要素としての営利性ではなく商人概念の要素としての営利性として、すなわち、対外的な事業活動によつて利潤を獲得することを目的とすること（前記メルクマール①）のみを指すものとして理解しなければならない。そして、次章で述べる同項の歴史的由来からすれば、少なくとも当初は、医療法で想定されている営利性においては、利潤の構成員への分配という要素（前記メルクマール②）よりも、利潤を上げようとする目的をもつて活動するといふ要素（前記メルクマール①）にむしろ重点があつたことに注意する必要がある<sup>(12)</sup>。

しかし、本稿においては、現代の企業中心の経済活動の中で、具体的には会社による病院等の経営の是非が問題となつてゐることから、主として営利法人（特に株式会社）を念頭に置きつつ議論を進めていくこととしたいたい。

医療法七条五項については、もう一点、開設許可を与えないことができるという都道府県知事の裁量が認められるような規定ぶりとなつていてることにも注意する必要がある。現行の運用では、前述のとおり當利法人による病院等の開設は全面的に禁止されているが<sup>(14)</sup>、本項が「できる」規定になつていてこと及び次章で述べるような歴史的経緯を考慮すれば、「當利を目的とする場合であつても、[病院等が]施設の使命を達成できる」<sup>(15)</sup>ような一定の条件が整えば、當利法人による病院等の開設がある程度定型的に許可される可能性を医療法自身が認めていると解される。この点からみて、「医療の非當利性」は、一部の関係者が考えているようなア・ブリオリで絶対的なものとはいえず、一定の理念乃至価値判断に基づく政策的要請に基づくところが大きいといえよう。以下の記述では、その点を明確にするため、医療法七条五項の規定内容を「医療の非當利性の要請」というように表現したい。

## 注

- (1) 医師・歯科医師が診療所を開設するときは、都道府県知事への事後届出で足りる（医療法八条）。
- (2) 病院については医師・歯科医師が開設しようとする場合であつても都道府県知事の許可にかかるしめることとしたのは、病院の構造設備等についての要件が詳細かつ厳格であるため、その要件を具備しているかどうかを予め厳格に審査する必要があるためであるとされている（磯崎辰五郎・高島學司『医事衛生法新版』、有斐閣、一九七九年、二三九一—三〇頁、厚生省健康政策局総務課編『医療法・医師法（歯科医師法）解〔第一六版〕』、医学通信社、一九九四年、一二六頁）。
- (3) なお、一九八六（昭和六一）年に老人保健法（昭和五七年法律第八〇号）が改正され老人保健施設が創設された際も同様の規定（老人保健法四六条の六・四項）が置かれ、それは先般成立した介護保険法（平成九年法律第二二三号）九四条四項に引き継がれている。

## 医療の非営利性の要請の根拠（新田）

- (12) (11) (10) (9) (8) (7) (6) (5) (4)
- (12) (11) (10) (9) (8) (7) (6) (5) (4)
- 厚生省健康政策局総務課編・前掲(2)二八頁。
- 厚生省大臣官房統計情報部『平成七年医療施設調査』によれば、一九九五（平成七）年一〇月一日現在、職員の福利厚生を目的として会社が運営している病院は八三病院（全病院数の〇・九%）、一般診療所は二九九九診療所（全診療所数の三・四%）存在する。
- 厚生省健康政策局総務課編・前掲(2)七四頁。
- 林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)』、有斐閣、一九九一年、一八七頁及び一九一頁（林良平稿）、大森忠夫＝矢沢惇編『注釈会社法(1)』有斐閣、一九七一年、一二〇－一二二頁（谷川久稿）、鈴木竹雄『新版会社法全訂第五版』、弘文堂、一九九四年、一三一－一五頁、岩崎稜他『セミナー商法』、日本評論社、一九九六年、九六－九七頁等。
- 一九九四（平成六）年一二月一日にまとめられた医療法人制度検討委員会（厚生省健康政策局長の私的諮問機関）の報告においては、「営利性」とは、法人の対外的活動による収益性を前提としてその利益を構成員に分配することを目的とする」とされている。同報告書の概要については、『日本医事新報』三六八六号、一九九四年、一〇九頁等を参照。
- 判例・通説によれば、「医業」とは「医行為を業とすること」であり、「医行為」とは「当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもつてするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼす恐れのある行為」と、「業とすること」とは「反復継続する意思をもつて行う」とと解されている（磯崎＝高島・前掲(2)一八四－一八五頁、厚生省健康政策局総務課編・前掲(2)四二八頁、下野省三『医師法』七条に「医業」の意義、畠孝一＝成田頼明編『医事判例百選』、有斐閣、一九七六年、一三六－一三七頁、野田寛『医事法上巻』、青林書院、一九八四年、五九一六〇頁等）。歯科医業も医業に準じて解される。
- 厚生省健康政策局総務課編・前掲(2)二七頁。
- 鈴木・前掲(7)一五頁。
- したがって、医療法七条五項における営利目的の意味を同項よりも後に条文化された同法五四条（医療法人における剩余金の

配当禁止)の規定から逆に類推して、同項の當利目的は、獲得した利潤を何らかの方法で法人の個々の構成員に分配することを目的すること(本文で述べたメルクマール②)のみを指すと解することは適當ではない。同法五四是医療の非當利性を明白にしたものと説明されることもあるが、正確には、同条は、利潤の追求・分配という目的を有しないにもかかわらず結果的に剩余利益が生じてしまった場合に、その処分の仕方を同法七条五項にいう医療の非當利性の要請に沿うよう制限するために設けられ、翻つてそれが同項にいう医療の非當利性の意味のうちの一部、すなわち利潤分配を目的とすることに係る部分を客観的・外形的に明白にした規定として説明されるようになったと理解すべきであろう。

(13) 医療法制定当時の規定は「与えないことがある」というものであった。

(14) 法人の職員の福利厚生を目的とする病院等の開設は、そもそも同項にいう當利を目的とする開設に当たらないであろう。

(15) 磯崎＝高島・前掲(2)二三〇頁。

## 第二章 医療の非當利性の要請に関する規定の歴史的由来

前章では、医療法七条五項が規定する内容を、法人については、法人が対外的に医業又は歯科医業を行うことによって利潤を獲得し、それを何らかの方法で法人の個々の構成員に分配することを目的として病院等を開設することとは認められないという意味であると、また、個人については、個人が対外的に医業又は歯科医業を行うことによつて利潤を獲得することを目的として病院等を開設することは認められないという意味であると理解し、これを「医療の非當利性の要請」ということとした。本章においては、こうした医療の非當利性の要請がどのような歴史的経

緯に由来するものなのかを探り、その根拠として何を見い出し得るかを検討してみたい。なお、以下の記述では、医師及び歯科医師に係るものについては、法令上の両者の取り扱いは基本的に同様であるので、主として医師について述べることとし、歯科医師については、医師と特に異なった取扱いや特記すべき事項があれば触れることとしたい。

我が国における医療施設に対する監督取締は、一八八七（明治二〇）年に「公私立病院設立伺願書式（明治九年内務省達乙第四三号）」が廃止されて以降都道府県に委ねられていたが、大正期に入り「医療施設は漸次発達し、病院施設も増加の傾向を辿り、又その経営者についても國、地方公共団体を始め、医師、歯科医師以外のもので病院、診療所を開設するものも次第に増加し<sup>(1)</sup>、大資本の投下による医業の企業化という傾向も現われるに及んで、医療施設に関する統一的取締規則の制定への要請が高まつて来た」とされる。<sup>(2)</sup>

このため、一九三三（昭和八）年に医師法（明治三九年法律第四七号）が改正され、医師法四条の二として、①医師以外の者（公共団体を除く）が診療所を開設しようとするとときは地方長官（東京府にあっては警視総監）の許可を受けるべきこと及び②診療所に関し必要な事項は命令により定めることが規定された。そして、医師法の規定の委任を受けて、同年診療所取締規則（昭和八年内務省令第三〇号）が制定された。

同規則は、公衆又は特定多数人のため医業をなす場所を診療所と、さらに診療所のうち患者十人以上の収容施設を有するものを病院と定義した（一条）上で、病院の開設については全て許可制とし（一〇、一一条）、医師又は公共団体による診療所（病院に該当しないもの）の開設については届出制とし（六、八条）、医師及び公共団体以外の者による診療所（病院に該当しないもの）の開設については許可制とした（九条）。そして、医師以外の者が開設許可を受ける場合には、開設の目的、医業報酬額、定款又は寄附行為（法人の場合）も申請に付すよう求めている

## (同規則九一一条)。

以上のとおり、医師法及びこれを受けた診療所取締規則には、現行医療法七条五項のような當利目的の場合開設許可を与えないことができるという趣旨を明文で定めた規定が置かれたわけではない。しかし、この時点において、當利目的による医療機関の開設を制限しようとの行政当局の方針が固まっていたことは、当時の帝国議会における改正医師法案の審議の模様から見ても明らかである。

但し次のようない点に注意する必要がある。

①行政当局は、非医師が診療所を開設しようとする場合には、開設者の人格、信用、資産、経歴等を十分調べる旨の説明を行つていて<sup>(5)</sup>いることから見て、當利目的の判断に当たっては、配当を行ふか否か以前の、利潤を上げることを目的として診療所の経営を行おうとしているかどうかという点、すなわち、第一章で述べた當利目的についての二つのメルクマールの内の①に重点を置いていたものと考えられること。

②當利の意味がはつきりしないことは行政当局も認めており、診療所の経営者が正当な医療行為により相当の利益を期待することは容認していたこと<sup>(6)</sup>。

③行政当局は、医業と診療所の経営を分けて考えており、医業を医師が独占するのは当然としつつ、診療所の経営を医師に独占させることについては終始消極的であったこと<sup>(7)</sup>。

それでは、診療所取締規則を制定し當利目的による医療機関開設を制限することで防止しなければならないような事態として具体的にどのようなことが念頭に置かれていたのであろうか。

考えられるものの一つとしては、実費診療所の活動がある。この当時の医療提供面における動きとして、医療費の負担に悩む一般庶民に対し低廉な診療費で治療を行うことをモットーとして、一九一一（明治四四）年に鈴木梅

四郎により社団法人実費診療所が開設されて以来、大正年間を通じて実費診療を標榜する病院、診療所が全国的に拡大し、これに脅威を感じた開業医、そして医師会との間に様々な摩擦が生じるようになつていた。<sup>(8)</sup>

また、もう一つには、医療利用組合の増加がある。一九〇〇（明治三三）年に制定された産業組合法（明治三三年法律第三四号）による利用事業として一九二二（大正一一）年に岡山、長野両県に医療組合が設立され、その後曲折はあつたものの一九三二（昭和七）年の産業組合法の改正を契機にその数は急増し、開業医との軋轢が目立つようになつていった。<sup>(9)</sup>

当時のこうした状況から見て、一九三三（昭和八）年の医師法改正及びそれに基づく診療所取締規則の制定が、医師会の意向を受け、実費診療所及び医療利用組合を規制の主たるターゲットとしていたことは明らかと思われる。<sup>(10)</sup>しかし、実費診療所は、医師以外の者が診療所を開設し経営に当たつた点と診療費を一般的な開業医よりもむしろ低廉にした点に特徴があり、その名が示すとおり医業による利潤追求を直接の目的とせず、実費診療による患者の医療費の負担軽減を目的とするものであつた。また、医療利用組合も、「組合員の零細な資金の拠出によって組織された、非営利主義の協同利用機関であつて、この国医療制度が営利主義の上に立てる開業医制度を根幹として進められてきた結果起つた、医療機関の極端な地理的・社会的偏在より来る勤労階級の受療難に対する自己防衛乃至保身のための医療機関」という性格を有しており、いずれも殊更に営利性が問題になるようなものではなかつたといえる。<sup>(11)</sup>

そして、他方では、営利性という点ではむしろ開業医の方が問題であり、開業医が営利主義に走つた結果、農村地区の無医村化や低所得者層の医療からの排除といった弊害が生じたとする指摘も當時多かつた。その幾つかを例示すれば、「多くの医師、多くの医業の門戸は、ただひたすらに、私経済に対する営利的観念によつてのみ活動し、経営されている」、「医療機関が大機構化する必然の結果として——中略——その実質において営利の念に駆られ又実に、

利を計るの思考が濃厚となつて來た」、「医業が医師個人の営利的職業でありますから——中略——疲弊せる寒村僻地には医師が居ないのであり——中略——其の資力なき人は之れ「[医師の診察治療]を受け得ません」等があり、また、一九三六（昭和一一）年に農林省が公表した「医療利用組合の情勢と特色」の中でも「我國医療制度の中心をなすものはもちろん開業医制度であるが、——中略——国民の経済力と医療の企業化による医療報酬の調和を如何にするかは、今時的重要焦眉の問題となつてゐるのである。開業医制度も固より資本主義經濟組織の一形態である以上、医業經營の営利化は、医師をして經營上採算可能なる都市に集中することを必然的に招來したのである。斯のごとき医師の都市偏在も都市に居住する勤労中小産者並に無産者にとつてはその実極めて薄く——後略——（傍点筆者）との見解が表明されている。<sup>(17)</sup>

こうしたことを踏まえると、一九三三（昭和八）年の医師法改正及び診療所取締規則制定の原動力は、我が国独特の自由開業医制度の下で開業医自身が資本主義經濟の進展に伴い經營の企業化・営利化を進めた結果、都市部における過当競争、地方における無医地区の増加という弊害が激化する状況の中で、こうした開業医のあり方に對する批判勢力として現われた非医師經營の実費診療所や医療利用組合が發展していくことに対する開業医・医師会サインの危機感にあつたといえよう。<sup>(18)</sup>

以上述べたような三者の動向以外に、診療所取締規則を制定しなければならないような「大資本の投下による医療の企業化」の目立つた動きは特に見当らないことから、結局のところ、一九三三（昭和八）年の医師法改正及び診療所取締規則の制定は、営利目的による医療機関の開設禁止を大義名分に、非医師による診療所の開設を制限することでの、開業医の権益保護に貢献するという役割を果たすこととなつた。

そして、こうして導入された医療の非営利性の要請が、戦時中の国民医療法（昭和一七年法律第七〇号）を経て、

一九四八（昭和二三）年の現行医療法制定時において、七条二項として「営利を目的として、病院、診療所又は助産所を開設しようとする者に対しても、前項の許可〔〔都道府県知事の開設許可〕〕は、これを与えないことがある。」のように明文化され、さらに、これが、一九六二（昭和三七）年の医療法改正の際に、現在のような規定に改められて同条四項に繰り下げられ、また、昨年（一九九七年）の医療法改正により同条五項に繰り下げられたというのが、医療の非営利性の要請に関する規定を巡る大まかな経緯である。

以上、本章においては、医療における非営利性の要請がどのような歴史的経緯を経て主張されるようになつてきたかを検討し、

①昭和初期の段階において、医業の企業化・営利化傾向は、医療機関の都市集中、低所得者層の受療困難化等の問題の深刻化を生みだしていたこと、

②こうした問題は、営利法人の医療への参入によってではなく、我が国資本主義の発展に伴い、主として開業医自身が事实上営利を目的として医業を行う傾向を有したことで生じたこと、

③実費診療所や医療利用組合は、営利法人とはいえず、むしろこうした開業医の営利化傾向への批判としての意義をもつていたこと、

④それにもかかわらず、こうした実費診療所等の活動に危機感を抱いた開業医・医師会サイドの運動を受ける形で医師法の改正及び診療所取締規則の制定がなされ、医療の非営利性の名目の下、医師以外の者の医療機関の開設が許可に係らしめられることとされたこと、

⑤改正法案を提出した政府側は、医業が利潤を生じ得ることを前提としつつ、営利目的の判断に当たっては、医業により利潤を上げることを目的としているかどうかに重点を置いていたと考えられること

を見た。

このように、医療の非営利性の要請が明確に意識されたと考えられる一九三三（昭和八）年の医師法改正及び診療所取締規則制定に際しては、医療の営利化が、医は仁術との観念を破壊する恐れがあること（＝すなわち医の倫理との関係で問題を生じ得ること）や医療機関の都市集中、低所得者層の受療困難化等をもたらすことが問題視されていたことが、当時の議会における審議等から窺える。しかし、その内容は、実際には開業医自身の営利的傾向が問題でありながら開業医以外の者について営利目的の有無を判断するために診療所の開設を許可に係らしめるというかなり政治的なものであり、そして、この実態と法文上の規定とのギャップが、営利の意味と判断基準の曖昧さと相俟つて、医療の非営利性の要請の根拠を理論的に説明することを難しくしていることは否定できない。

## 注

- (1) 診療所取締規則が制定された一九三三（昭和八）年における病院数は、国公立病院が一七二八病院（但し、その大部分が伝染病院、精神病院、結核病院等であり、一般病院は一〇〇病院程度）、私立病院が二四五二病院であった（厚生省医務局『医制八十年史』、印刷局朝陽会、一九五五年、八一九頁及び八二三二一八三頁、内閣統計局編纂『第五四回日本帝国統計年鑑』、一九三五年、三〇五頁より推定）。この私立病院のうち営利法人が開設するものの数は不明であるが、一九三三（昭和八）年三月一八日の衆議院医師法中改正法律案外一件委員会において、大島辰次郎内務省衛生局長は、会社組織により診療所を経営しているものが相当あるとの答弁を行っている。ちなみに営利法人に関する判例としてしばしば引用される大判昭和元年一二月二七日民集五卷一一号九〇六頁の原告（控訴人・上告人）は、株式会社太田原病院であった。

- (2) 厚生省医務局・前掲(1)二五三頁。

## 医療の非営利性の要請の根拠（新田）

- (3) 土井十二『医事法制学の理論と其実際』、凡進社、一九三四年、二二八・二二六二頁では、診療所の開設主体に制限を加えなかつた弊害として、診療の商品化、經營難による診療所の転売、虚偽誇大な広告を挙げている。
- (4) 一九三三（昭和八）年三月八日の貴族院本会議において医師法中改正法律案特別委員会の東園基光委員長が行つた報告では、「政府ノ答弁（筆者注：答弁者は大島辰次郎内務省衛生局長）ニ依リマストー中略—[診療所の開設につき許可制を設けようとするのは]當利ノ目的ノミニ走ツテ居ルト云フヨウナモノデアツテ、公衆衛生保健等ニ障害ノアルモノハ、嚴重ニ取締ルト云フ精神カラ出テ居ルノデアルト云フヤウナ説明デアリマシタ」とされ、また、同月三日の同特別委員会において大島局長は、今回の改正により医業を統制し医風を向上することは十数年来の懸案であつた旨の答弁を行つてゐる。
- (5) 一九三三（昭和八）年三月一四日の衆議院医師法中改正法律案外一件委員会における大島内務省衛生局長の答弁参考。
- (6) 一九三三（昭和八）年三月一三日の衆議院医師法中改正法律案外一件委員会における大島内務省衛生局長の答弁参考。
- (7) 前掲(6)の委員会における大島局長の答弁参考。なお、医療機関の開設者を医師のみに限定すべきとの医師法改正案の修正を巡る経緯については、厚生省医務局・前掲(1)二五四頁、佐口卓『医療の社会化』、勁草書房、一九六四年、八三一八四頁、全国厚生農業協同組合連合会編『協同組合を中心とする日本農民医療運動史——前編・通史——』、一九六八年、一九七一〇〇頁等を参照。
- (8) 実費診療所につき詳しくは、佐口・前掲(7)五八一六三頁、川上武『現代日本医療史』、勁草書房、一九六五年、三三五一三四八頁、菅谷章『日本医療制度史』、原書房、一九七六年、一八二一一九四頁等を参考。
- (9) 産業組合法が医療利用事業に適用されるようになったのは一九二二（大正一〇）年の改正以降であるが、一九一九（大正八）年には島根県鹿足郡青原村の無限責任青原村信用購買販先生産組合が医療事業を開始していた（全国厚生農業協同組合連合会編・前掲(7)九九一—一〇五頁）。
- (10) 医療利用組合につき詳しくは、全国厚生農業協同組合連合会編・前掲(7)九三頁以下その他、佐口・前掲(7)六二一七〇頁、川上・

前掲(8)四一二一四一八頁、菅谷・前掲(8)一九五一二二一頁等を参照。

(11) 同年三月八日の貴族院本会議においては、土方寧議員が実費診療所を念頭に置つつ「名ヲ慈善ニ借りテ一種ノ営利的事業ヲヤツテ居ル所ガ沢山アル」ので厳格に取り締まる必要があるという趣旨の発言を、また、同月一〇日の衆議院本会議においては、杉山元治郎議員が医療利用組合をやりたいと申し出ても内務省が医者の方の圧力によってそれは困るというようなことになります

しないかとの趣旨の質問を行つてゐる。

(12) そもそも鈴木が設立した実費診療所は内務大臣の設立認可を受けた公益社団法人であつた。もつとも、「[実費診療所は]本質的には医療の薄利多売によつて、当時における医師会の報酬規程ハ診療報酬の独占価格を切りくずし、医業経営の合理化を企図したものにはかならない」(菅谷・前掲(8)一九二頁)と評価されている。

(13) 村山重忠『社会政策と協同組合』、三笠書房、一九四〇年、一〇四頁。

(14) 輝峻義等『医療国営の考察(一九三三年)』、社会保障研究所編『日本社会保障前史資料第一巻』、至誠堂、一九八一年、六一頁。

(15) 池田清志『医療制度の理論及び其の実行(一九三四四年)』、社会保障研究所編・前掲(14)六二〇頁。

(16) 佐田秀臣『医療制度の改革に就て(一九三七年)』、社会保障研究所編・前掲(14)七一五頁。

(17) 菅谷・前掲(8)一〇八頁による。この他、黒川泰一『保健政策と産業組合』、三笠書房、一九三九年、五一一七頁及び八九一〇七頁、厚生省『二十年史編集委員会編厚生省二十年史』、厚生問題研究会、一九六〇年、一七五一一七六頁等を参照。

(18) このことは、同年三月一〇日の衆議院本会議において、深澤豊太郎議員が、「営利ヲ目的トスル医業ノ経営者が跋扈致ス結果トシテハ一中略一勢ヒ是等ノ医師〔＝開業医〕モ営利ヲ目的トスル非医師トノ対抗上、自ラ医業ノ墮落ヲ見ルコトハ当然ノ結果デ」あり、医業において営利目的が重要な位置を占めれば、医は仁術であつて営業ではないという観念によつて保たれてゐる医師の高い社会的地位が低下する恐れがあるので、診療所の開設は医師の独占とすべきであるとの質問をしていることからも窺える。

### 第三章 医療の非営利性の要請の根拠についての学説・判例等

前章までの検討において見たとおり、医療の非営利性の要請は、医療法の規定の文言及び規定の歴史的由来からみて、絶対的・必然的なものでは必ずしもなく、一つの政策的要請であると考えられる。それでは、そうした要請を正当化する根拠は何か。本章においては、医療の非営利性の要請の根拠について触れたこれまでの主要な学説・判例等を検討してみたい。

第一に医療の公共性からみて医療の非営利性は当然とする見解がある。<sup>(1)</sup>しかし、公共性という概念はあまりにも漠然としており、例えば交通運輸事業や電気事業、ガス事業等の営利法人が運営している事業も公共性を有する事業とされる以上、医療事業についても一定の規制を行えば営利法人が提供して問題はないということにもなり得るのではないか。<sup>(2)</sup>したがって、非営利性の要請を導き出す根拠として公共性をいうのであれば、その中身をより具体的に明らかにした上で、それを非営利性に結びつける論理を明確にする必要がある。

次に、営利を目的として病院等を開設すると、とかく収益を得るということが重要視され、その後の管理、業務の遂行の上において、施設の本来の使命の達成に欠けることになり易いが故に、医療の非営利性が要請されるところの見解がある。<sup>(3)</sup>これは、一般論としては頷けるところがあるが、病院等の本来の使命が何であって、それは営利法人であっても一定の条件が整えば達成できるのか、それとも、そもそも営利法人が使命を達成することには本質的な困難があるのかについては、営利法人と医療法人の経営実態の比較も踏まえたより詳細な検討が必要と思われる。第三に、医療内容について患者は正当な評価能力を持つておらず、その内容は基本的に医師によつて決められる

が故に、医師には倫理性が要求されるが、これらのことから医療の非営利性の要請が生まれるとする見解がある。<sup>(4)</sup>これは医療の専門性と倫理性と非営利性とを関連づけようとする鋭い指摘ではあるが、具体的にどのような倫理がどのような筋道で医療の非営利性を要請することになるのかを明らかにしていない憾みがある。

また、判例では、東京地判昭和三七年五月二三日（行裁例集二三巻五号八五六頁）が、医療法人の法的性格に関するして、「そもそも医療事業は、国民の健康保持のために不可欠なものであり、その業務は直接国民の生命の保全、身心の健康等公衆衛生に深いかかわり合いをもち、全体として国自身がこれに責任をもつものであつて、その故にこの事業は多くの点において国の監督規制を受け、事の性質上利益の追求を第一義とするものではないことは多言を要しない」、また、「医療法人が、法律上非営利的な特殊法人として設立を認められたのは、医療に対する国民の伝統的な感情から医療事業を営利法人とすることが好ましくないのみでなく、前記のように医療事業が国民の保健衛生上欠くことのできない公共性をおびていて、その性質上非営利的であるべきことに基づく」と判示している<sup>(5)</sup>。医療の非営利性の要請の背後に医療に対する国民の伝統的感情があるのはそのとおりであろう。また、医療が直接国民の生命の保全や心身の健康に深く関わるものであることは確かに医療の大きな特性であるが、そのことと非営利性とを結びつける「事の性質」とはどのような論理なのか、そして、それは営利法人による病院等の経営を基本的に認めないほど強い合理性を有するのかについては、さらに立ち入った考察が必要と考えられる。

以上見たとおり、学説・判例は、医療の非営利性の要請の根拠を、医療の公共性、医療施設の本来の使命、医療の専門性、生命・健康との深い関わりといった通常の他のサービスとは異なる医療乃至医療事業の特性に求めていく。しかし、そうした特性がどのような論理で営利法人による医療機関の開設を排除することにまで至るのか、逆にいえば、営利法人が医療に係る監督規制に基本的に服した上で、その枠内で利潤を追求したいと希望してきたと

きになおそれを拒む論理はあるのか、あるとしてそれは何なのかという点についての検討は、医療の非営利性は「当然」であり「多言を要しない」ことであるとされたこともあり、必ずしも十分に行われてきていよいように思われる。しかし、本稿の冒頭で述べたとおり、会社による病院等の開設の是非が具体的な検討課題となつている現時点においては、医療の特性が何であり、それからどのような要請が導かれ、それは営利法人による病院等の経営を排除するほど強いものなのか否かにつき、改めて考える必要があるう。

こうした検討がなされた最近の例として、企業による病院経営の是非が議論された中心的舞台である政府の行政改革委員会規制緩和小委員会が一九九六（平成八）年七月二五日に公表した「規制緩和に関する論点公開（第四次）」がある。そこにおける現行規制を維持し企業による病院経営を認めるべきでないとの意見及びそれに対する反論を筆者なりに要約整理したものが別表である。これについては、次のような点に留意する必要がある。

- ①第一章で見たとおり、医療法七条五項の医療の非営利性の要請は企業による病院経営を認めないことと同義ではないが、現在の運用においては、それが同項の主たる効果となつていていることからすると、別表に掲げられた意見を踏まえ、医療の非営利性の要請の根拠を検討する必要がある。
- ②企業による病院経営を認めるべきでないとする根拠とそれへの反論が項目としてはかなり網羅的に掲げられていてるが、公表資料においては、個々の項目ごとの主張が簡単にまとめられすぎている嫌いがあり、論旨の展開は必ずしも十分ではないところがある。

- ③いざれの意見においても、理論的理由と事実上の理由とが混在している。総じて、企業による病院経営を認めるべきでないとする意見が、医療のあるべき理念や企業による病院経営を認めたときに起きたと予想される問題点を主張しているのに対し、それに対する反論は、現在の医療の実態における問題点を主張している。<sup>(7)</sup>したがつ

## (別 表)

企業による病院経営を認めるべきでないとする意見	企業による病院経営を認めるべきとする意見
○医療は、医師の応招義務があり、患者の公平な取り扱いが求められる等、極めて公益性が高い。	○企業の参入により医療サービスの向上が期待できる。 ○医療法人であれば、公益性が担保され、不適切な医療は行わず、営利も追求しないという議論は正当性がない。
○医療サービスは、以下の理由から市場の競争原理が必ずしも有効に働くとはいえない。 ・患者がサービス内容を完全に把握できない。 ・地域的配置から患者が病院を自由に選択する余地の乏しいケースがある。	○企業による病院経営が成功するか否かは良質な医療サービスを提供できるかどうかにかかっており、よい意味での競争原理が働くはずである。
○医療の公益性確保の観点からは、個別事業主体の常時監視よりも、適正な医療が確保できる仕組みの中で自由な活動を行えるようにした方が適当である。	○適切な医療の確保は、企業の排除ではなく、医師や医療機関へのチェック体制の強化等により担保すべきである。
○医師が企業に雇用されると、医学的判断よりも利潤を優先した判断が重視される恐れがある。	○医師の適性は医師免許により担保されているはず。企業経営であれば、経営者が利潤優先の判断からの治療行為を指示する可能性があるというのは、あまりにも短絡的である。
○企業が病院を経営した場合は利潤追求に走り、以下のとおり、利益の出る医療を手がけ、利益の出ない医療を手がけない恐れがある。 ・無理な合理化による医療の質の低下 ・薬や検査の過剰投与 ・コストのかかる患者の切り捨て	○非営利法人の病院でも利潤動機は当然に働いている。医療法人であれば営利追求がなされないという見解には無理が多い。現行制度の下でも医療過疎地域が存在している。
○企業は利潤の有無で経営を行うため、病院事業の継続性が担保されにくい。 ○企業経営の病院は利潤を求めて自由診療等を行い、結果的に経済力の差により医療の質や受療機会に差が出る恐れがある。	○医療は法人税法上は収益事業とされている。 ○医師個人が開設・経営している病院は、営利を目的としていると言いつけるのか。 ○診療報酬が改定されるたびに、病院の医療体制も高報酬部門にシフトし、低報酬部門から撤退している現実をどう考えるのか。 ○医療法人経営の病院でも、不採算や赤字により病院事業から撤退しているケースはある。
○企業の場合、不採算医療を行うことが期待できない。 ○企業の参入により医療供給が増加した場合、現在以上に医療費が膨張し、国民負担がますます増大することは必至である。	○同一の医療保険制度下では、同一のサービスであれば、病院により患者の経済的負担が異なることはない。 ○自由診療も含めサービスの選択肢が多様であることはむしろ好ましい。 ○企業が経営するとすべて利益のみを追求するようには考えるのは一面的な見方である。 ○医療費の膨張の歟止めについては、企業が参入するか否かが本質ではなく、医療保険制度全体の在り方を是正する中で検討されるべきものである。 ○現在の非効率な病院経営による医療保険財源の無駄遣いこそが問題である。
○保険料や国庫負担等の公的財源を用いる医療保険制度から、利潤を上げ個人に配当することを目的とする企業経営の病院にまで支払いがなされることは適当ではない。株式会社の場合、配当まで公的医療保険でカバーされることとなり、国民の合意を得がたい。	○公共事業のように企業を通じて公的な財源が使われる例はいくらでもある。医療の一部たる医薬品の分野には現に企業が参入している。

て、両者の主張は噛み合っていない点も多く、このことが議論をわかりにくくものにしていることは否めない。そこで、次章以降においては、以上の学説・判例等を参考にしつつ、医療の非営利性の根拠として、現時点でどのような主張が成り立ち得るのかを検討してみたい。

注

- (1) 野田寛『医事法中巻（増補版）』、青林書院、一九九四年、二五〇頁。
- (2) 厚生省健康政策局指導課監修『医療法人制度の解説（三訂初版）』、日本法令、一九九六年、一〇頁参照。
- (3) 磯崎＝高島 前掲第一章(2)二三〇頁。
- (4) 穴田秀男監修『口語医事法』、自由国民社、一九七四年、四一五頁（江間時彦稿）。
- (5) 同旨・東京地判昭和四六年七月一五日（行裁例集二一巻七号九六三頁）、東京高判昭和四九年一〇月一七日（行裁例集一五卷一〇号一二五四頁）。
- (6) 判例はこれを医療の公共性として理解しているようである。
- (7) 同様のことは、一九三三（昭和八）年の医師法改正及び診療所取締規則制定の際の議論においても見られた。

## 第四章 医療の特性及びそれから導かれる要請

本章においては、医療の非営利性の要請の根拠を探るため、医療が他のサービスや財と比べた場合にどのような特性をもつており、そこからどのような要請が導かれるのかについて、検討する<sup>(1)</sup>。

### 一 医療の特性

#### ①私的財としての性格

まず第一に、医療はそのサービスの経済的性格から見れば基本的に私的財であり、したがって、市場において私的主体が供給し利潤を上げることが可能な財であることに留意する必要がある。すなわち、医療が経済学でいうところの公共財<sup>(2)</sup>にあたるかどうかという観点から見ると、予防接種等は別として少なくとも我々が通常病院等で受ける傷病の診断・治療という意味での医療は、公共財のメルクマールとされる消費の排除不可能性（その財・サービスを享受することから個人を排除することが、財・サービスの本質からして、一般的に困難又は不可能であること）及び消費の非排他性（もう一人追加的にその財・サービスの便益を受けさせるための費用が全くかからないこと）のいずれも十分には充たしていない。医者がAさんとだけ診療契約を結んでBさんを診ないということは論理的には十分可能であるし、また、AさんだけでなくBさんにも注射を打てばその分注射代がかかる。したがって、医療は、公共財のメルクマールからすれば、その財の性格は私的財に極めて近く、それが準公共財といわれることがあるの

は、それを公共的に供給すると定めた「制度」に依存しているものと考えられる。このことは、第二章で触れたとおり戦前は営利法人による病院等の経営が行われていたことや現在のアメリカやフランスにおいて営利法人経営の病院が存在することからも窺えよう。<sup>(4)</sup> 以上述べたような医療の性格は、医療を他の財やサービスと比べた場合の特徴性ではなく共通性を示すものといえる。医療は儲けようと思えば儲けることのできるサービスなのである。

## ②専門性

第二に、医療は極めて高度の専門的知識や技能を必要とする活動であるという特性がある。<sup>(5)</sup> このため、患者は、病気の診断や薬の処方、手術の必要性等については、そのコストは幾らくらいが妥当なのかということも含めて、基本的に医師の知識や判断に頼らなければならず、しかも医師の能力の優劣を評価することは「いろいろなテレビを評価するよりもずっと難しい」。<sup>(6)</sup> このことは、経済学的に見れば、医療の分野には、医療サービスの生産者たる医師と消費者たる患者との間に大きな情報の非対称性が存在することを意味し、結果的に患者が医師や医療機関を適切に選択することを難しくさせ、医療の分野における競争を不完全なものとさせる効果をもつことになる。<sup>(7)</sup>

## ③侵襲性

第三に、医療が人間の生命や健康に深く関わるサービスであることの一つの側面として、手術を考えれば明らかのように、医療においては人の身体生理や心理への侵襲が常態的に行われ得るという特性がある。<sup>(8)</sup> このことは、言い換えれば医学的知識・技術をもたない者が医療を行えば相手方の生命・健康に不可逆的な被害を直接的にもたらす危険性が大きいということを意味する。

## ④必需性

第四に、医療が人間の生命や健康に深く関わるサービスであることのもう一つの側面として、誰もが怪我をした

り病気にかかったりする以上、医療は全ての人に不可欠のサービスであるということは多言を要しないであろう。このことは、医療の提供が確保されることについては極めて強い社会的要請が生じることを意味する。

### ⑤個別性

第五に、医療は、医師と患者との間で、個々の患者の病状に応じ、医師がその場で生み出す個別的なサービスであるという特性がある。もちろん対人サービスであれば多かれ少なかれこうした特性をもつわけであるが、医療の場合にはその個別性が極めて大きいことが特徴的といえよう。すなわち、医療は、患者の注文を待つて患者の病状等に応じその場で生産され、保存も運搬も殆どできない。このことは、個々の医師の提供する医療サービスが地域的に限定を有することを意味する。また、生産された個々の医療内容は千差万別であり、このことは、前述の医療の専門性（＝情報の非対称性）と相俟つて、他の定型的な財やサービスに比べ、医療の質や価格の評価をいつそう困難にすることになる。

## 一 医療の特性から導かれる要請

以上が医療の特性と考えられるが、それでは、こうした医療の特性からはどのような要請が導かれるのであろうか。

まず、医療が基本的には私的財の性格をもつことからは、その提供は市場に任せてもよいという考え方がでてこよう。これは、市場がもし完全に機能するのであれば、医療という貴重な資源をいわゆるパレート効率的という意味で最も効率的に配分することができ、そして効率的であること自体がよいことであるという価値判断に基づく。し

かし、医療は前述の②～⑤のような特性をもつてゐるため、この考え方は次に述べるような要請により一定の修正を受けざるを得ない。

第一に、医療の専門性という特性からは、非専門家にもその内容ができる限り、最低限でも誰が専門家であるかということはわかるようすべきとの要請が出てこよう。経済学的には、情報の非対称性が存在する以上市場は完全には機能しないので、情報格差を是正する対策が採られるべきことになる。

第二に、医療の侵襲性という特性からは、その危険性の程度が生命を救い健康を回復させる上で必要最小限のものに留められるべきとの要請が導かれる。

第三に、医療の必需性という特性からは、誰でも必要に応じ適切な医療が受けられるようすべきとの要請が出てくる。市場は、仮に十分効率的に機能したとしても、すべての人に必要な財やサービスが適切に配分されるとは限らないので、市場とは別の手段でこの要請が担保されなければならない部分が出てくることになる。

最後に医療の個別性という特性についてであるが、この特性は、新たな要請を産み出すというよりは、例えば医療サービス提供の地域的限定が前記第三の要請を一層強めるというように、第一から第三の要請を強める形で、逆にいえば、これらの要請を市場の働きのみで実現することをより難しくするという形で作用していると考えられる。

### 三 我が国における前記要請の担保方法

医療については二で挙げたような要請が生じることから、これらの要請を担保するための何らかの方法が必要となつてくる。

要請の担保方法としては、まず、医療担当者の自律的規制がある。ヒポクラテスの誓いにまで遡るとされる救命・救助義務をはじめとする医の倫理はこれに他ならない。もちろん、ある程度専門的な職業であれば一定の職業倫理を有するのは医師に限つたことではないが、医療の場合には、次に述べる公的関与以前に医師自身の倫理的な規制によつてこれらの要請が充たされなければならないとされる部分が、他の分野に比べて極めて大きいとされることに注意する必要がある。<sup>[12]</sup>

次に、他律的規制として、市場以外のもの、すなわち、通常は政府という公的主体が市場に何らかの形で関与して要請を担保しようとすることが考えられる。具体的な担保方法としては、①政府自身がその財やサービスを生産し提供する、②政府が望む財やサービスを生産・提供させるため、私的生産部門に補助金や税制上の措置を講じる、③政府が望む財やサービスを生産・提供させるため、私的生産部門に公的規制をかけるといった方法がある。<sup>[13]</sup>

以上の①～③の整理は概念的なものであり、実際には、それぞれの国の実情に即し様々な担保方法が組み合わせられて用いられるわけであるが、我が国においては、医療のサービス提供面と費用負担面とを一応区分した上で、前者については私的部門による医療提供を中心としつつこれに対し種々の公的規制を加え、後者については社会保険制度を中心とする公的なシステムによりこれを保障するという形になつてゐる点が特徴といえよう。公的関与の代表的な例を前記二に掲げた要請に対応する担保方法という観点から挙げると次のようなものがある。

- ①非専門家にも医療の内容ができる限りわかるようにすべきとの要請の担保方法としては、医師免許制度（＝誰が専門家であるかの明示）、診療報酬及び薬価基準制度（＝保険の給付内容と医療の公定価格の明示）等がある。
- ②医療の危険性の程度は必要最小限のものに留めるべきとの要請の担保方法としては、医師免許制度及びそれとセットでの無資格者の医業の禁止、医療施設の設備・人員基準の設定と結びついた病院の開設許可等がある。

③誰でも必要に応じ適切な医療が受けられるようすべきとの要請の担保方法としては、医療提供面では、地域医療計画、公的医療機関等が、医療費負担面では、公的医療保険制度<sup>(14)</sup>、公費負担医療制度、医療扶助等がある。

#### 四 小 括

ここで本章における検討を整理してみたい。医療はそのサービスの経済的性格から見れば基本的に私的財であり、その限りでは市場で提供することが可能な財であるが、他方で、専門性、侵襲性、必需性等の特性を有するため、不完全競争による効率性の是正、安全性の確保（或いは危険性の最小化）、適切な医療提供の保障等、市場では必ずしも十分に対応できない要請に応えるための公的関与が必要となってくる。そして我が国においては、私的部門が中心となつて医療を提供しその費用を公的システムで保障するという形の中で、前記要請を担保するために規制を含む種々の方策を講じてきた。医師免許をはじめとする医療従事者に対する規制や病院の開設許可、診療報酬の設定や診療報酬請求内容の審査等がこうした規制に他ならない。問題は、こうした規制の枠組を構成する論理の中に、医療の非営利性の要請（実際的には當利法人による医療機関の開設を認めないこと）を正当化するものを見いだせるかどうかということである。

そこで、次章においては、医療の非営利性の要請についてこれまでの歴史や学説・判例等においてその理由として主張されてきた主なものにつき、現時点においてどの程度の合理性があるかを考察することとしたい。

- (1) したがって、本文中で挙げた特性は医療の非営利性の要請と関連すると考えられるものに限つており、網羅的なものではない。)に留意されたい。
- (2) 経済学の教科書においては、典型的な公共財の例として、国防と灯台が挙げられることが多い (J·E·スティグリツ、數下史郎訳『公共経済学(上)』、マグロウヒル出版、一九八九年(原著は一九七八年)、四三一四四頁等)。
- (3) 佐々木實雄「準公共財と準市場：医療・教育提供のあり方」、植草益編『社会的規制の経済学』、NTT出版、一九九七年、三〇〇頁。
- (4) 前出の一九五〇(昭和二五)年の次官通知は、このことを踏まえ、従来株式会社等商法上の会社組織により医療事業を行つていた者については、やさるだけ医療法人に組織を変更せしめるよう都道府県知事に対し指示を行つてある。
- (5) アメリカについては、社会保障研究所編『アメリカの社会保障』、東京大学出版会、一九八九年、二〇二頁を、フランスについては、厚生省保険局企画課監修『歐米諸国の医療保障(第六版)』、法研、一九九七年、一〇二頁を参照。ただし、いずれの国においても医療の主たる担い手は国公立乃至非常利法人立の病院である。
- (6) 助立明・中井美雄編『医療過誤法』、青林書院、一九九四年、二二六一三七頁(山本隆司稿) 参照。
- (7) スティグリツ・前掲(2)二七〇頁。
- (8) 経済学者のアローは、医療に関しては、医療の有効性(ある医療行為の結果がどのようなものとなるか)について、医師と患者の間に大きな情報格差が存在する、或いは少なくとも医師・患者双方にそう信じられていて、しかも、そのことを両者が認識してふねといふ点が、他の多くの商品との大きな違いであると述べてゐる。cf.Kenneth J.Arrow, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care," in *Collected Papers Vol.6 : Applied Economics*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1985, p.26 (originally appeared in *American Economic Review* 53, 1963).

- (9) 茅井・中井編・前掲(6)三六頁（山本隆司稿）参照。
- (10) 詳しくは植草益『公的規制の経済学』、筑摩書房、一九九一年、六一八頁参照。
- (11) スティグリツ・前掲(2)五〇頁、植草・前掲(10)八一九頁。
- (12) 堀孝一『医事法学への歩み』、岩波書店、一九七〇年、二九九一三〇〇頁参照。
- (13) スティグリツ・前掲(2)二一八頁。また、植草・前掲(10)三三頁では、ほぼ同様のものとして、公的提供政策、公的誘導政策、公的規制政策の三つを挙げている。
- (14) 公的医療保険制度等は制度を創ること自体が担保方法といえるが、もう少し細かな例を挙げれば、高額療養費制度や診療報酬請求内容の審査制度等がある。

## 第五章 医療の非営利性の要請の根拠の考察

### 一 医療の公営化についての議論——考察の前に——

本章における考察は、我が国の現行の医療システムを前提とした上で、医療の非営利性の要請についてどのように根拠があるのかを検討しようとするものであるが、その前に、そもそも論として、我が国の医療システムがもつ私的部門による医療サービス提供と公的な医療費保障との間のギャップを問題視する立場から、医療サービス提供部門の公営化乃至非公営化を指向する議論もあるので、これについて一言触れておきたい<sup>(1)</sup>。

論者によりニュアンスの差が相當あるが、あえて単純化すれば、こうした議論においては、医療が経済的には私的財としての性格をもち、したがつて営利性の契機を内在させてのこと、就中、我が国独特の歴史をもつ自由開業医制度が第二章でも触れたような強い営利性をもつことが問題視され、すべての国民がどこにおいても必要に応じ適切な医療を受けられるようなサービス提供体制を構築するためには、自由開業医制度を修正し、イギリスのNHS（国民保健サービス）制度のように公的主体が自ら予防やリハビリも含む幅広い医療サービスを提供することを中心とする方向がめざさるべきとされる<sup>(3)</sup>。

こうした考え方からすれば、株式会社による病院経営等は、本稿におけるような検討を待つまでもなく、めざすべき方向と全くの逆方向で認められないということになる。しかし、そもそもこうした考え方は、現行の自由開業医制度自体を原理的には否定しようとするものである<sup>(4)</sup>ので、本稿のように自由開業医制度を含む現行の医療システムを前提とした議論においては、営利法人の医療機関経営だけを否定する論拠として援用することはできない。本稿の関心は、自由開業医制度を歴史的所与とした上で、なお、医療の非営利性の要請を正当化する根拠があるのか否かという点にある。

なお、こうした考え方のそもそもその妥当性を論ずるためには、医療のもつ私的財的性格の現実における強さや医療の特性から導かれる前述の要請の度合いの強さだけでなく、市場と政府のそれぞれをどの程度信頼し何を期待するのかという大問題についても検討しなければならず、それは本稿のような小論で到底論じ得るところではない。したがつて、次の点の指摘のみに留めておきたい。

①理論的には、誰が医療サービスを提供するかという問題と誰が医療サービスの費用を支払うかという問題とは区別し得るし、また、区別してその望ましい在り方を検討することが適當である<sup>(5)</sup>。

②そして、包括的な医療サービスの提供は、公的主体による提供、私的主体による提供＋社会扶助（租税）方式による費用負担、私的主体による提供＋社会保険方式と社会扶助方式とを組合せた費用負担のいずれによつても理論的には可能であり、実際にどれを選択するかは、各国の歴史的・政治的・経済的状況等を踏まえた政策判断の問題である。

③判断の妥当性を検討するに当たつては、我が国が現在市場を中心とした経済体制をとつており、医療の分野においても、少なくとも予見し得る将来において医療サービスの提供が公営医療機関を中心に担われる可能性はあまり大きくないうといふ現実を踏まえる必要がある。

## 二 考 察

私的部門が中心となつて医療を提供しその費用を公的システムで保障するという我が国の医療システムにおいて、会社による病院経営を認めるか否かの問題は、理論的には、医療がもつ前章で述べたような要請を担保するための方策として、経営主体を余り制限せずそれ以外の規制で対応することで足りるとするか、経営主体の制限にまで踏み込む必要があるとするかの政策判断の問題である。<sup>(6)</sup>そして、その判断を決するのは、医療のもつ私的財的性格（＝他の財との共通性）の強さと医療の特性から導かれる要請の度合い（＝他の財との異質性）の強さのいずれを重視するかということになる。

しかし、私的部門による医療サービス提供と公的費用による医療費の保障という我が国の現実の医療システムの下、医療が私的財としての性格、したがつて営利性の契機を内在させているにもかかわらず、営利法人による病院

等の経営を否定しようとするという立場は、論理的に突き詰めれば、医療サービスの提供を基本的に政府ではなく市場を委ねるという前提に立ちながら、その市場における典型的プレイヤーたる株式会社の市場への参入を拒否しようとするという点で、矛盾を生じる可能性が高い。

したがつて、我が国の現行の医療システムを基本的に前提としつつ、當利法人による病院等の開設を認めないという主張をするのであれば、医療の特性から導かれる要請の度合い（＝他の財との異質性）の強さが、政府に対するという意味では同じ私的部門であつても、医師個人や医療法人による医業経営は認めるが、株式会社による病院経営を認める程までには當利目的に傾くことを許さないとする説得力のある理由を示して矛盾を回避する必要があるが、そうしたことは可能であろうか。以下では、こうした観点から、従来医療の非當利性の要請の根拠とされた主なものについて、どの程度の合理性があるかを検討してみたい。

### ①根拠一：医療提供体制への悪影響

第一に、當利法人による病院等の開設を認めれば、當利法人は利潤を上げるために患者（＝顧客）の多い都市部に病院等を開設するであろうから、医療機関が都市部に集中し医療提供体制に歪みが生じるので問題である、だから當利法人による病院等の開設を認めるべきではない、という理由が考えられる。

しかし、こうした問題は既にみたとおり戦前においては主として開業医によつて引き起こされたものであり、また、當利法人による病院等の開設を認めていない現在においても、医療機関の地域的偏在は存在している。これは、基本的にはどこにでも自由に病院等を開設できるとしていたいわゆる自由開業医制度に起因する問題であり、開設主体が當利法人であることによつて新たに発生する問題とはいえない。したがつて、この問題は、開設主体の如何を問わず医療機関の適正配置や病床数の適正化を促す規制をかけることによつて是正すべき問題であり、医療法に

おける医療計画（三〇条の三—三〇条の七）等による規制が行なわれている現在においては、営利法人等特定の者を開設主体から排除するほどの合理性がある理由とは言いにくいであろう。

②根拠一：低所得者を医療から排除する恐れ

第一に、営利法人は利潤を上げることを目的とする以上、支払能力に応じたサービス提供をする可能性があり、極端な場合、支払能力のない低所得者については診療を行わないであろうから、低所得者が医療サービスから排除されることになりかねず問題である、だから営利法人による病院等の開設を認めるべきではない、という理由が考えられる。

これに対しても、現在の我が国においてそうした医療費を支払えないような低所得者がどれだけ存在するのかということが問題になる。現在の我が国の医療保障の内容・水準について種々の議論があることは事実であるが、少なくとも制度的には、国民皆保険体制の下、患者負担については高額療養費制度が設けられ、さらに生活保護における医療扶助がその下支えを行っている。また、医療保険等による公的給付の範囲も、健康権の保障等の観点からの批判はあるが、医療のコアである傷病の治療にかかる部分はほぼカバーしていると考えられる。そうだとすると、医療費が支払えないが故に低所得者が有効な医療サービスから排除される現実的 possibility は、国民皆保険と医療扶助を中心とする現在の我が国の医療費保障制度を前提とする限り、甚だ小さいといわねばならない。また、仮にそうしたケースが発生したとしても、その者は営利法人経営でない他の医療機関においても支払いを行うことができなかつたはずであり、そのことは我が国の医療費保障制度に改善すべき問題があることは意味しても、営利法人による病院経営に問題がある理由とは直ちにはならないであろう。

しかし、次の段階として、以上の話は、営利法人が開設した医療機関が保険指定を受けた場合の話であって、こ

の医療機関は、何らかの理由で保険指定を受けられないかもしれない、或いは、自ら選択して保険指定を受けず自由診療を行うかもしれない、その場合には問題は生じないのかということは議論となり得よう。これに対しても、そのような自由診療を行う株式会社立の病院が存在することが、それが存在しない場合に比べてどのようなマイナスの影響を及ぼすのかということが検討されなければならない。低所得者にとっては、自身が受療できる医療機関が増えるわけではないが、これまで保障されていた受療機会が減少するわけでもない。他方、当該医療機関に対して支払いを行う意思と能力のある患者にとっては、受療の機会が増大することになる。このように考えると、當利法人による病院等の開設を患者の受療機会の保障という観点から問題があるとして否定するのはなかなか困難である。

### ③根拠三：不当或いは違法な利潤を追求する恐れ

第三に、當利法人による病院等の開設を認めれば、當利法人は患者が医療についての知識がないことをよいことに、耳触りのいい宣伝文句で患者を集め、その患者に不必要的検査や投薬、処置を行なつたり、或いは逆に手抜き診療をしたりして、不当或いは違法に利潤を上げようとするかもしれない、だから當利法人による病院等の開設を認めるべきではない、という理由が考えられる。

これは、一種の當利法人性悪説に立つた論拠であるが、これに対しても、まず、経済界から、企業の當利活動といえども法令に則つてかつ社会的公正の枠内で行われるべきことは当然との反論が聞こえてきそうである。確かに医療に関しては、サービスの提供者たる医師と消費者たる患者との間に他の一般の財・サービスに比して大きな情報の格差があり、したがって、患者の利益を保護する見地からの規制が必要なことはまちがいない。現在の我が国についていえば、医療サービスの質については、医師免許をはじめとする医療従事者の資格要件の設定及びこれと

表裏をなす無資格者の医療行為の禁止・制限、医療施設の設備・人員基準の設定、さらに保険診療における診療方針（保険医療機関及び保険医療養担当規則（昭和三二年厚生省令第一五号）等）の設定等により担保されており、また、医療サービスの価格については、保険診療における公定価格（診療報酬及び薬価基準）の設定と保険医療機関からの請求内容の社会保険診療報酬支払基金等による審査が行われている。もし、これらの規制が、医療の質と価格を適正に担保するものとして必要十分なものであるといえるのであれば、営利法人が開設する医療機関についてもこうした規制に服せしめれば足り、開設を拒むまでの合理的な理由はなくなるわけである。しかし、必要十分な規制が本当になし得るのかどうか、次章でさらに検討することとしたい。

#### ④根拠四：公的財源の個人財産化

第四に、我が国は公的医療保険制度による医療費保障というシステムをとっているので、株式会社が病院等を開設した場合、公的性格を有する保険料財源が株主への配当という形で最終的に個人財産になるが、そのことには問題があるから、営利法人による医療機関の開設は認めるべきではないとの理由が考えられる。しかし、適正な医療行為の正当な対価として診療報酬を受け取るのであれば、経営の合理化によって生じた利潤を株主に配当することまでとやかく言うのは過干渉で適当ではないと思われる。また、仮に医療保険の保険料財源や公費補助が株主への配当に回ることを問題にするにしても、その場合は、論理的には医療機関の開設許可の段階ではなく保険指定の段階で営利性の有無が問われるべきであろう。

#### ⑤根拠五：医療保険財政への悪影響

第五に、同じく公的医療保険制度による医療費保障というシステムをとっているが故の問題として、営利法人が医療機関を開設した場合には利潤を追求するため、医療費がさらに高騰し、医療保険財政に悪影響を及ぼすので、そ

うしたことは認めるべきではないとの理由が考えられる。確かに、出来高払い方式をとる公的医療保険制度の下で医療サービスの提供主体が増えるのであれば、いわば供給が需要を生み出す形で医療費が増大するのは事実であるが、これは医療機関の開設主体が営利法人であるか否かを問わず生ずる問題であろう。したがって、医療保険財政への影響から医療分野への企業参入を認めないというのは、保険政策上の理由とはいっても、医療の非営利性の要請の理論的根拠とはいえない。すなわち、前記第四と同じく、保険指定の段階で指定の可否・妥当性が問われるべき問題とは言えても、医療法における開設許可を拒む理由とは論理的にはならないであろう。

このように見てくると、営利法人による病院開設を認めない根拠としては医療提供体制の歪みや医療費の高騰といつた現実的な懸念が中心となるような印象を受ける。しかし、これらは、以上の検討から見ても、必ずしも十分な説得力をもつものとは言い難く、しかも、最終的には実際に開設を認めてその結果を見てみないとわからないところがある。<sup>(7)</sup> 当然のことながら、社会経済情勢の変化に伴つて現実に起きる問題も変化していくわけであるから、診療所取締規則が制定された一九三三（昭和八）年当時の国民皆保険体制はおろか旧国民健康保険法（昭和一三年法律第六〇号）すら制定されておらず、また、医師の絶対数も不足していた状況と、第四章の三で述べたような種々の公的関与の下、医師数や病床数の過剰が問題となつている現在の状況との違いを考慮すれば、医療の提供主体の規制の在り方も、一九三三年当時とは異なつたものとなつてくる可能性が高い。従来非営利であることが当然とされてきた医療の分野において、現在企業による病院経営の可否が問題となつてきているのも、こうした状況の変化に負うところが大きい。

注

- (1) この議論は、古くから「医療の社会化」を巡る議論の一環として行われてきているが、ここで取り上げようとする議論は、その中でもかなり狭い部分的なものを念頭に置いていることをお断わりしておく。なお、医療の社会化の意味については、佐口卓『現代の医療保障』、東洋経済新報社、一九七七年、一九五一―一九七頁を参照。
- (2) 医療公営化論を探るか否かに関わりなく、自由開業医制度がそもそも営利性と結び付いているとする論者は多い（例えば、佐口・前掲第二章(7)一五一―一九頁）。なお、商法学の立場から、医師の「ごとき自由職業がすべて営利のために行われているものではないとは簡単にはいえないとの指摘をするものとして、鴻常夫『商法総則（全訂第四版補正二版）』、弘文堂、一九九四年、九頁。
- (3) 佐口卓『社会保障概説（三版）』、光生館、一九七七年、七九一―八二頁、高藤昭『社会保障法の基本原理と構造』、法政大学出版局、一九九四年、一八七一―一九五頁等。
- (4) 自由開業医制の廃止を明言するものとして、横山和彦『社会保障論』、有斐閣、一九七八年、一五一二頁。
- (5) スティグリツツ・前掲第四章(2)一五六頁及び二七四頁。
- (6) 一般論としては、他の条件が変化しないのであれば、主体についての規制（この場合企業の医療分野への参入制限）はそれ以外の規制とトレードオフの関係にあると考えられるから、他の面における規制が従前よりも強化されれば、主体の参入制限の必要性はそれだけ弱まることになる。
- (7) アメリカについては、営利的な病院の利潤動機によつてもたらされるインセンティブが質の高い医療サービスの供給と両立しないのではないかとの懸念は現実のものとはならなかつたとの指摘がある（スティグリツツ・前掲第四章(2)二七四頁）。

## 第六章 応招義務と医療の非営利性の要請

### 一 医療の非営利性の要請の理念的根拠

前章における考察の限りでは、我が国の現行の医療システムを基本的に前提としつつ営利法人による病院等の開設を全面的に拒み続けることは、現実的な懸念を主張するのみではなかなか難しいようと思われた。しかし、そうだとすると、会社が営利事業として病院を経営することに対しで我々が多かれ少なかれもつ違和感は、全く理論的根拠がない感情的なものにすぎないのだろうか。また、医療は金儲けのために行われるべきではないとの意識が、医療サービス提供体制や医療費保障システムの違いにかかわらず、時代や国を超えてかなり広範に浸透していることをどう考えるべきだろうか。やはり、他の財やサービスとは異なる医療の不变的な特性から導かれた医の倫理（例えれば、患者の救命のために最善を尽くすこと）と営利を一義的な目的として医業を行うこととは相容れない部分があり、そのことが営利法人による医療機関経営を認めないとする方向に政策判断を傾斜させる大きな要素となつていることは否定できないのではないか。

すなわち、医療というサービスは、仮に一切の規制がないとすれば、利潤を、それも、専門性と必需性という特性故に大きな利潤を獲得し得るサービスである。人は通常自分の生命を救うためや心身の健康を回復するための費用は支払能力がある限り惜しまないし、しかもその費用が医療サービスの対価として適正かどうかは判断できないのだから、もし医師が儲ける気になれば、いくらでも儲けることができる。しかし「その弊害は計り知れない」<sup>(1)</sup>故

に医療の非営利性が要請されるのである。その場合、ここでいう「弊害」<sup>(2)</sup>とは具体的には何かということが問題になる。それは、心理的には医師と患者との信頼関係を破壊することであろうが、理念的には、医療が生命や身体といった個人の人格的生を展開するための不可欠の基盤<sup>(3)</sup>の維持・回復を目的とするサービスであるが故に、それを逆手にとつて儲けようとすることは、個人の人格的生の基盤を営利追求の手段に貶めることとなるため認められないのだといえるのではないか。そして、その背後には、個人の人格とその基盤たる生命・身体とそれを維持・回復するための医療とは不可分一体のものであるという国民の理解があるものと考えられる。<sup>(4)</sup>このことが、医師は、医療の提供に当たり営利追求を第一義としてはならないという倫理的要請を導くのである。

しかし、これについては、次の二つの反論が考えられる。

第一の反論は、前章で見たとおり、政府による十分な規制を行えば、医の倫理による自律的規制に頼らなければならぬ部分は殆どなくなり、医の倫理と営利性が対立するという局面は生じなくなる、したがって、営利法人による医療機関開設を認めても差し支えないのではないかというものである。

これについては、医療の専門性と侵襲性（危険性）に関し、政府による外からの規制ではどうしてもカバーできない面があり、したがって、そこは医師の自律的規制（倫理）に委ねざるを得ない部分が残るものと考えられる。すなわち、医療サービスの提供者たる医師と消費者たる患者との間には他の一般の財・サービスに比して大きな情報の格差があり、これはその格差を縮める努力（例えば、適切な広告規制の緩和、インフォームドコンセントの推進等）をしてもなお医療のコアの部分については残らざるを得ないし、また、どのように施設の設備・人員配置基準や医薬品の安全基準を定めようとも、医療がその本質上侵襲性を有する行為である以上個々の医療行為の安全性を百パーセント保証することはできない。しかも、現時点においては、情報格差を縮小するための努力は、例えばイ

ンフォームドコンセントや病院機能評価の状況を見ても明らかなどおり、理論的になし得る限界まで十分に行われているとは未だ言いがたい。したがつて、こうした状況下で、営利法人による病院等の開設を認めるることは適当ではない、或いは少なくとも時期尚早ということは言えるのではないか。<sup>(5)</sup>

第二の反論は、仮に、医の倫理と営利性が、現在或いは将来とも対立することがあつたとしても、それは医師の倫理上乃至心理上の問題であり、法的レベルにおいて當利法人による医療機関経営を拒む根拠とはなり得ないのではないかというものである。

これについては、まず、こうした心理的葛藤をしなければならないような状態に医師を置くこと自体が問題との反論が可能であろう。しかし、法的レベルの議論に限るとすれば、医の倫理から導きだされる要請が、事実のレベルではなく法的義務のレベルにおいて、企業の営利性と本質的に、すなわち営利追求を一義的な目的とする主体の医療への参入を認めない程度に強く、対立・矛盾するようなことがあり得るということが示せなければなるまい。そして、それは、我が国の現行法制上は、医師の応招義務に関わることではないかと考えられる。以下、本章において、医師の応招義務が医療の非営利性を要請する有力な根拠となり得るとの立場からの説明を試みてみたい。

## 一 応招義務の意義

既述のとおり、医療は他の財やサービスとは異なる特性を有し、そのことからいくつかの要請が導きだされ、この要請を担保するために、国は多くの規制を含む様々な施策を講じてきている。こうした規制の一つとして、診療に従事する医師には、患者から診察・治療の求めがあつた場合には、正当な事由がなければこれを拒んではならな

いとする、いわゆる応招義務<sup>(7)</sup>が医師法上課せられている（医師法（昭和二三年法律第二〇一号）一九条一項）。

歴史的にみれば、この医師の応招義務の由来は古く、一八八〇（明治一二）年に公布された旧刑法（明治二三年太政官布告第三六号）にその原型ともいうべき規定が設けられたのに始まる。<sup>(8)</sup>その後、同規定は、一九〇八（明治四一年）の現行刑法施行の際制定された警察犯処罰令（明治四一年内務省令第一六号）に継受され、さらに、一九一九（大正八）年に当時の医師法施行規則（明治三九年内務省令第二七号）の改正により同規則に移され、ほぼ現行法の規定に近い形となった。これが国民医療法を経て、現行の医師法制定時に罰則が削除されて引き継がれ、現在に至っている。<sup>(10)</sup>

応招義務は、医師が国家に対して負う公法上の義務であり、患者に対して負う私法上の義務ではないとすることは戦前からの通説になつていて<sup>(11)</sup>いる。しかし、現行医師法においては罰則が削除された結果、その義務付けの度合いはそれ以前の規定よりも弱まつていて解され、したがつて、現在の通説的見解は、医師の応招義務を、本来法律的強制によるべきでなく医師の自覚・良心にまつべき医師の職業倫理上の義務を、医師の職務の公共性や独占性を考慮し、罰則による強制を伴わない公法上の義務として規定したものと理解しているようである。これを第四章で述べた医療の特性から導かれる要請と関連づけて整理すれば、まず、医療の危険性を最小限度のものに留めるべきとの要請から医師免許制度と無資格者の医業の禁止、すなわち外形的に明示された専門家による医療業務の独占が導かれ、次いで、医療の必需性という特性故に誰でも医療が受けられるようにすべきという要請から、業務を独占した専門家が患者に対し恣意的に医療を提供したりしなかつたりすることのないようにするため、応招義務、すなわち診療の強制<sup>(14)</sup>が課せられるということになろう。

応招義務規定の歴史的経緯を踏まえれば、通説的見解によるこうした理解は誤りとはいえない。現行医師法にお

いて罰則が削除され義務の程度が緩和されたことも、戦前、特に旧刑法に規定された当初においては、医師に対し貧困者保護や伝染病予防といった役割も強く要請されていたという事情が実態として変化してきたという観点から理解できることはないし、諸外国では必ずしも応招義務が法定されているわけではないとされる<sup>(15)</sup>ことも、通説的見解を支持するものといえよう。

しかし、私見によれば、以上のような通説的見解は、応招義務の根拠たる誰でも医療が受けられるようにすべきという要請が現行憲法二五条によつて強化されたという意義を軽視し過ぎている嫌いがあるようと思われる。

周知のとおり、日本国憲法二五条一項は国民が健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有することを規定し、同条二項では国が社会福祉等とともに公衆衛生の向上及び増進に努めなければならないと規定している。この二項の公衆衛生に医療が含まれれるかどうかは一考を要するが、公衆衛生が一項に規定する国民の健康な生活を確保するための施策であるとすれば、健康確保に医療は不可欠である以上、医療は当然に含まれると解すべきである<sup>(16)</sup>。医師の任務を定めた医師法一条や、一九八五（昭和六〇）年に追加された規定ではあるが、医療提供体制の確保を図ることで国民の健康の保持に寄与するという医療法一条の目的規定も同様の理解に立つていてものと考えられる。したがって、医師の応招義務は、罰則こそ削除されたが、新憲法の下では、従来からの医師の職業倫理上の義務の法定<sup>(17)</sup>ということに加えて、国が国民に必要な医療を提供することにより憲法二五条二項に規定された國の公衆衛生の向上及び増進の責務を果たすための制度的担保の一つという別のより重要な意味合いを新たに付与されたものと理解すべきであろう。<sup>(20)</sup>

また、罰則が削除されたといつても、医師法上の法的義務であることに変わりはなく、仮に、医師が正当の事由なくして診察、治療の求めに応じないことが度重なるようなことがあれば、医師法七条二項の医師としての品位を

損するような行為に当たり、免許の取消し又は医業の停止を命ぜられることもあり得ると解される。<sup>(21)</sup> したがって、医師法一九条一項を医師の職業倫理を単に法的に訓示した道義的・訓示的規定にすぎないと解するのは、義務の程度を弱く解しそぎるものと思われる。<sup>(22)</sup>

さらに、そもそも論をいえば、医療の必需性からの要請から導かれるこの応招義務を、医師の義務としての優先度という観点から捉えれば、応招義務は、人の病気や怪我を治し生命を救うという医師という職業の存在意味そのものに関わる、その意味では各種証明文書の交付義務（医師法一九条二項）や異常死体等の届出義務（医師法二一条）といった医師法に規定する他の義務と異なり、医の倫理の中核をなす救命・救助義務の一つの表現形態といえる。<sup>(23)</sup> したがって、罰則がないからといって、その義務を軽微なものと解するのは妥当ではないし、応招義務が解除される正当事由の範囲もあまり広く解すべきではない。<sup>(24)</sup> 少なくとも、本稿のテーマである医療の非営利性との関係で問題となる患者の支払能力の有無に関するいえば、医師の応招義務は、その時患者がまさに医療を必要とするならば、患者の支払能力の有無の考慮に優先すると解すべきである。<sup>(25)</sup>

### 三 応招義務は営利性と両立するか？

前記二においては、医師の応招義務が、医師という職業の存在意味そのものに関わる救命・救助義務の表れであり、さらに現行憲法の下では、国が国民に対し公衆衛生の向上及び増進の責務を果たすための制度的担保の一つといいう新たな意義付けも付与された、かなり重い法的義務であることを述べた。<sup>(26)</sup>

一方、株式会社をはじめとする企業の目的は、株主等の社員のために最大利潤を追求するための組織たることに

ある。<sup>(29)</sup>すなわち、社員に分配すべき利潤を最大化することをめざす営利性こそが、企業の本質的性格であり、その基礎といえる。<sup>(30)</sup>そして、以下代表的企業形態たる株式会社について述べれば、取締役は、会社との関係では、委任・準委任関係に立ち（商法二五四条三項）、合法的な範囲内で最大限の利潤を追求する経営義務（民法六四四条、商法二五四条ノ三）を負い、義務を怠れば損害賠償責任を問われる（商法二六六条一項五号）ことになる。したがって、取締役は会社に対する義務を介して、株主のために利潤を最大化すべき義務を負っているものと解せよう。<sup>(31)</sup>さらに、場合によつては、取締役は、株主代表訴訟（商法二六七条）等により株主から直接責任を追及されることもあり得る。また、会社の従業員たる労働者は、使用者（代表取締役）の指揮命令に従つて誠実に労働を給付する義務を負うことになるが、使用者は前述のような最大限の利潤を追求する義務を負つてゐる以上それに反する指揮命令を発することができず、したがつて、結果的に従業員も最大限の利潤追求に資するような形で労働を給付すべき義務を負わされることにならう。<sup>(32)</sup>以上のようない理解が成り立つとするならば、会社の経営者及び従業員は、直接的か間接的かの違いや程度の差こそあれ、会社さらには社員たる株主に対し、利潤の最大化を追求するべく業務を遂行しなければならない義務を負うことになるものと解される。

そうだとすると、仮に株式会社が病院等を開設した場合には、会社の取締役或いは従業員として病院等で医療を提供することになる医師は、医師としては応招義務に服しつつ、當利法人の取締役或いは従業員としては利潤の最大化を追求しければならないという義務（以下「利潤最大化義務」と称する。）を負うことになる。そして、私は、この国家に対する応招義務と会社乃至社員（株主等）に対する利潤最大化義務という相対立・矛盾する義務に医師が二重拘束（double bind）されてしまふ」とこそが、法的レベルにおける理由としては、當利法人による病院等の開設が認められない大きな理由になるのではないかと考えている。

だが、この二つの義務の対立を當利法人による病院等の開設が認められない理由とすることについては、応招義務を、医療施設についての設備・人員についての基準や保険診療における診療方針や公定価格の設定といった、医療に係るその他の規制と同様のものとして捉えれば、その制約の範囲内で、當利法人が適法に利潤の最大化を追求することには問題がないのではないかという反論が想定されよう。

しかし、私見によれば、この応招義務と利潤最大化義務による医師の二重拘束は、次に述べるような理由からその調整を行うことには理論的に馴染まない或いは不可能なところがあり、他の規制と同列に論じることは適當ではない。

第一に、応招義務は、既述のとおり救命・救助義務という医師という職業の本質に関する義務であることに加えて国による憲法二五条具体化のための制度的担保という重い意義付けが付与されている一方で、利潤最大化義務は、これを行わなければ當利法人として活動する意味が失われるようなこれまでた企業の本質に関する義務であることから、両者に優劣の順位を付けることは、劣位に置かれた方の本質を損なうことになりかねず、極めて困難であること。

第二に、他の規制は當利法人の活動を、いわば活動の前提条件として外部から規制するもので、これについては法人は対外的には一体となつて対応することが可能なのに対し、この応招義務は、

- ①医師の外形的行為だけでなく、内面の職業倫理についてまで拘束するものであること、
- ②法人の取締役乃至従業員として法人の内部にいる医師<sup>(30)</sup>を拘束してしまうこと

という二重の意味において、當利法人の活動をその内部から制約するものとして機能すること。言い換えれば、応招義務と利潤最大化義務の二重拘束は、その拘束を会社ではなく会社内部の医師が受けてしまい、しかも応招義務

が医師にとってその職業倫理の中核に関わる内在的制約であるだけに、会社が受ける他の外在的制約と異なり、割り切って調整することができないのである。

第三に、応招義務は、診療に従事する医師という、行為ではなく、地位・身分に関わる義務であり、また、利潤最大化義務も當利法人の取締役乃至従業員という地位・身分に関わる義務であるため、個別の行為類型毎にこれらの義務を使い分けることが困難であること。

第四に、応招義務は、診療の求めに応ずるか拒むかの二者択一であるため、その中間段階を採つて他の義務との調整を行うことができないこと。

以上、応招義務と利潤最大化義務による医師の二重拘束が、医療の非當利性の要請の法的レベルにおける理論的根拠と考えられる所以を述べた。もちろん、国民皆保険体制を採る現在の我が国においては、患者が医療費を支払えないという事態は殆ど想定されず、したがって、二つの義務の矛盾が現実に顕在化する可能性は少ないとの政策的判断の下、法実証主義的立場に立つて二つの義務の間の優先順位を法律上定め、法人による病院等の開設を原則としては全面的に認めることが法技術的には可能であろう。しかし、その場合は、劣後に置かれた義務に関わるいづれか（医師又は當利法人）の本質が、前記第一から第四で述べたような理由から損なわれることになるので、当該規定は二つの義務の緊張関係を孕んだ不安定な状態に理念的には絶えず置かれ続けることになる。すなわち、利潤最大化義務を応招義務に優先させた場合には、会社の取締役乃至従業員たる医師を、費用支払能力のない者が来診した場合には、会社に損失を与えることが明らかでありながらこれに応じなければならないという状況に直面させるリスクに絶えずさらし続けることになる。また、逆に応招義務を利潤最大化義務に優先させた場合には、利潤を得ることを目的として医業を行おうとするにもかかわらず、それを否定するような別の原則を認めることで、自

らが営利法人であることを否定することになりかねない。したがつて、そうした立法のそもそもの妥当性が問われるうことになろう。

言い換えるば、我が国の現行の医療制度は、情報格差や必需性といった医療の特性を利用して利潤をあげようと、いのう営利性への誘惑を医師の倫理により減殺・防止するという制度的ファイクションにより、営利性をもち得る医療の現実と非営利であるべき医療の理念・建前との微妙な均衡を維持しているため、そこに営利性を制度として体現した株式会社の参入を認めることは、医療制度という舞台におけるアクター（提供者）が一人増えるというだけにとどまらず、舞台の前提そのものを否定することにつながりかねないが故に、方向性は完全自由化であれ社会化であれ自由開業医制度を抜本的に見直すという決断をすることなしには、営利法人による医療機関の開設を認めるか否かという決断もできない構造になつてゐるのである。そして、応招義務は、その制度的ファイクションのいわば象徴として位置付けられることになる。

さらに付言すれば、先の第一四二回国会において、「国民健康保険法等の一部を改正する法律（平成一〇年法律第一〇九号）」が成立し、病床過剰地域において医療法三〇条の七の都道府県知事の勧告に従わなかつた等適正な医療の効率的提供を図る観点から著しく不適当と認められる病院等については、知事は保険医療機関の指定を行わないことができるという規定（同法による改正後の健康保険法（大正一一年法律第七〇号）四三条ノ三・四項）が盛り込まれたことで、今後都市部においては病院を開設しても保険医療機関の指定を受けられずに自由診療を行わざるを得ないケースが増えてくる可能性もある。そうすると、患者が医療費を支払えないために、営利法人立の病院であつたとしたならば、応招義務と利潤最大化義務の衝突が生じるようなケースが増加するかもしれないことにも留意すべきであろう。<sup>(35)</sup>

以上応招義務に関し医師について述べたことは、歯科医師についても同様に当てはまるものと考えらる。<sup>(37)</sup>

なお、調剤に従事する薬剤師については、調剤の求めに応ずる義務が課される（薬剤師法（昭和三五年法律第一四六号）二二条）一方で、當利法人による薬局の開設は禁止されていない（薬事法（昭和三五年法律第一四五号）六条二号）。これは、当初薬局を開設できる者は原則として薬剤師に限るとしていた（当時の薬剤師法（大正一四年法律第四四号）六条）ものを、第二次大戦時において薬事衛生に関する人的・物的要素に係る制度を有機的に統合することを目的とした立法である一九四三（昭和一八）年の薬事法（昭和一八年法律第四八号）を制定した際に、薬局の開設者を薬剤師に限定するのは経営の実情に即さず、また薬局の適正配置の観点等からも適當ではないなどと<sup>(38)</sup>して、その限定をはずしてしまい、それが戦後の薬事法（昭和二三年法律第一九七号）、そして現在の薬事法へと受け継がれたものである。戦時中の立法に起源をもつものであり、また、當利法人が薬局を開設しても患者が薬剤の給付を受けられないような状態に陥る実際の可能性は病院等よりもさらに小さいとは思われるが、理論的には病院等とのバランスを失するのではないかとの疑念は残る。

## 注

- (1) 園部逸夫他編『社会保障行政法』、有斐閣、一九八〇年、四二一頁（石本忠義稿）。
- (2) cf. Arrow, *op.cit.*, p.41.
- (3) 長谷川晃「公正な市場」の法」、『法哲学年報』、一九九四年、一二〇頁参照。
- (4) 少なくとも道徳意識のレベルでは、現在においても、医療の非當利性の要請は、生命や心身の健康に関するサービスの提供は當利追求を目的とする市場の論理のみに支配されはならないという国民の強い意識（確信といつてもよいかもしない）に支

## 医療の非営利性の要請の根拠（新田）

- (5) もつとも、このことは企業による病院等の経営の排除を永久に正当化するものではなく、将来医療の質の公平で客観的な評価システムが構築されるようなことがあれば、状況は変わり得ることに留意する必要がある。
- (6) 「診療に従事する医師」とは、自宅開業であるか、病院等の勤務医であるかを問わず、診療に従事する者であることを明確に打ち出している医師をいう（磯崎＝高島・前掲第一章(2)二〇〇頁、厚生省健康政策局総務課編・前掲第一章(2)四三〇頁）。
- (7) この義務の呼び方には議論があり、応需義務（磯崎＝高島・前掲第一章(2)二〇〇—二〇一頁）、診療義務（野田・前掲第一章(2)一一八一一九頁）などともいわれるが、本稿では最も一般的と思われる呼称に従つた。
- (8) 医師の応招義務に係る規定は、司法省に設けられた日本刑法草案会議において日本人委員が作成した当初案（違警条例）には含まれておらず、かのボアソナードの意見により人の身体に関する違法罪の一つとして加えられた経緯があるが、応招義務を規定したこととした具体的な理由は記録には残っていないようである（早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』第IV分冊、早稲田大学出版部一九七七年、一七六九一一七七三頁及び一八五六一一八五七頁）。
- (9) 医師法施行規則に規定することとしたのは、警察犯処罰令に規定しておくと、ややもすればその運用が警察官の不注意や医師との感情的軋轢により専断に流れる恐れがある等の理由とされる（池松重行『医事法制論』、巖海堂書店、一九三〇年、一九〇頁、土井・前掲第二章(3)一八三頁、野田・前掲第一章(9)一一〇頁）。
- (10) 現行医師法の規定を除く各規定の制定時における条文は次のとおりである。なお、傍点は比較の上で留意すべきとの趣旨で筆者が付した。
- ・旧刑法四二七条 左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ一日以上三日以下トノ拘留ニ処シ又ハ二十銭以上一円一十五銭以下ノ科料ニ処ス  
九号 医師穢瘞事故ナクシテ急病人ノ招キニ応セサル者

◁

△

- ・警察犯処罰令三条 左ノ各号ノ一二該當スル者ハ二十円未満ノ科料ニ処ス  
 七号 開業ノ医師、産婆故ナク病者又ハ妊婦、産婦ノ招キニ応セサル者

- ・医師法施行規則九条ノ二・二項 開業ノ医師ハ診療治療ノ需アル場合ニ於テ正当ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス  
 同規則一六条 第九条、第九条ノ二・中略ニニ違背シタル者ハ二十五円以下ノ罰金ニ処ス

- ・国民医療法九条一項 診療ニ從事スル医師又ハ歯科医師ハ診療治療ノ需アル場合ニ於テ正当ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス

- 同法七六条 左ノ各号ノ一二該當スル者ハ五百円以下ノ罰金又ハ科料ニ処ス

- 一号 第八条第二項、第九条一中略ノ規定ニ違反シタル者

- (11) 美濃部達吉「行政上より見たる医師不応招問題(一)」『法律新聞』一〇四七号、一九一五年、六一七頁、磯崎・高島・前掲第一章(2)二〇〇頁、野田・前掲第一章(9)一一一頁等。

- (12) 現行医師法制定時に、こうした義務は、法律をもつて強制すべきものではなく、すべからく医師の自覚にまつべきものであるとの意見(厚生省健康政策局総務課編・前掲第一章(2)四三〇頁)が強かつたためと考えられる。

- (13) 沖永莊一・中村敏昭「医師の応招義務」、「帝京法学」第二卷第一号、一九七〇年、六一八頁、加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』、有斐閣、一九八四年、六二一六三頁(平林勝政稿)等。

- (14) 診療契約の承諾強制ではなく、患者に対する診療という事実行為を医師に命じたものと解する(野田・前掲第一章(9)一一六頁参照)。

- (15) 美濃部・前掲(1)六頁。

## 医療の非営利性の要請の根拠（新田）

- (16) イギリス・アメリカ・カナダにつき野田寛「歯科領域における診療過誤」、「民商法雑誌」第五四卷第五号、一九六六年、五九九頁、ドイツにつき金沢文雄「医師の応招義務と刑事責任」、「法律時報」第四七卷第一〇号、一九七五年、三七頁、大谷實「医療行為と法〔新版補正第二版〕」、弘文堂、一九九七年、四〇頁。
- (17) 宮沢俊義『憲法〔改訂初版〕』、有斐閣、一九六二年、一四七頁では、「公衆衛生とは、国民の健康を保全し、増進することをいう」とされている。
- (18) 噴・前掲第四章(12)一九七一一九八頁。
- (19) 噴・前掲第四章(12)三〇七頁、厚生省健康政策局総務課編・前掲第一章(2)四一七頁。
- (20) 菅野耕毅「医療契約法の理論」、信山社、一九九七年、九七頁。また、「健康権」の保障という観点からではあるが、憲法二五条と応招義務との関連を強調するものとして、金沢・前掲(16)三九頁、大谷・前掲(16)四一頁。
- (21) 磯崎・高島・前掲第一章(2)二〇一頁、厚生省健康政策局総務課編・前掲第一章(2)四三〇頁等参照。なお、応招義務違反の結果、患者の死亡や病状の悪化という結果を招いた場合には、医師法上の責任（＝行政法上の責任）とは別に、不法行為責任等の民事上の責任や、業務上過失致死傷罪等の刑事上の責任の有無が問題となり得るが、これらについては、野田・前掲第一章(9)一一五一七八頁、沖永・中村前掲(13)一七一一八頁、金沢・前掲(16)三九一四二二頁、大谷・前掲(16)四四一五一頁等における議論を参照。
- (22) 噴・前掲第四章(12)三七五頁。
- (23) 強制の有無を法と道德を区分するマルクマールとすれば、応招義務は法的義務ではなく倫理的義務の確認と解されようが、すべての法に必ず強制が伴うわけではない。応招義務については、立法者は応招義務を法的義務とした上で、罰則による強制を行ふか否かについては判断を留保している状態にあると見るべきではないか。これに關し、ホセ・ヨンパルト・金沢文雄『法と道德』、成文堂、一九七三年、八一一九〇頁参照。
- (24) ヨンパルト・金沢・前掲(23)一〇三二一二〇四頁。

- (25) なお、現行の医師法一九条一項が罰則規定を欠くことに疑問を呈するものとして、佐藤進「医療受給権と現行医療関係法制、政策上の問題点」、『ジユリスト』第六一九号、一九七六年、三六頁。
- (26) 行政当局は、正当事由が認められる場合を、医師の病気により診療が不可能な場合、休日・夜間診療所等により急患の診療が確保されている地域で通常の診療時間以外に来院した患者に対し、休日・夜間診療所等での受診を指示する場合などかなり厳格に解している（厚生省健康政策局総務課編「前掲第一章(2)四三〇頁」）。
- (27) 医療費の支払いが直ちにはなされないことを理由として患者に対し必要な医療を拒むことは認められないとの判例（大判昭和一〇年五月二日刑集一四巻七号四七八頁（開業医がジフテリア血清の注射料金の即時払いを受けることができないという理由で注射を拒むことは正当事由にならないとする事例）及び医業報酬が不払いであつても、直ちにこれを理由として診療を拒むことはできないとする行政解釈（昭和二十四年九月一〇日医発第七五二号各都道府県知事宛厚生省医務局長通知）があり、多数説もこれを支持している。
- (28) 倫理的義務でもあることは言うまでもない。
- (29) 岩崎他・前掲第一章(7)九九頁。
- (30) 鴻・前掲第五章(2)一三頁。
- (31) なお、いわゆる大規模公開会社に考察の対象を限定し、また、契約モデル的立場からのものであるが、取締役は株主に対する利益最大化につき直接的に法的義務を負うと解するものとして、落合誠「企業法の目的」、岩波講座「現代の法7 企業と法」、岩波書店、一九九八年、一三三頁を参照。
- (32) 本文においては観念的に論理の筋を述べるに留めたが、具体的な労働者の義務内容は、当然のことながら、労働協約、就業規則、労働契約等により定まるところとなる。この問題に関しては、取り敢えず、菅野和夫「労働法（第四版）」、弘文堂、一九九五年、六八一七二頁及び三四三一三六三頁、三島宗彦「労働者・使用者の権利義務」、日本労働法学会編「新労働法講座第七巻（再

## 医療の非営利性の要請の根拠（新田）

版』、有斐閣、一九六八年、一二二一一四九頁等を参照されたい。

(33) 病院等の管理者たる医師（医療法一〇条一項）は取締役になる場合も多いであろう。前掲第二章(1)大審院判決の被上告人は、上告人である会社の取締役たる医師であった。

(34) 医師以外に医業ができない（医師法一七条）以上、医師を雇用しなければ病院等の経営はできない。

(35) その場合に、利潤最大化のための企業活動に資する範囲内で応招義務の方を優先させるというような器用な使い分けは、本文の第三及び第四の理由で挙げたような応招義務の性質からして難しいのではないかと思われる。

(36) そうしたケースが仮に生じるにしても、それは当該地域がそもそも病床過剰地域なのだから、患者の医療を受ける権利は損なわれないという反論があるかもしれない。しかし、医師法における医師の応招義務は、本文で述べたような趣旨から、原則として、当該医療機関が保険指定を受けているか否かとか、その地域に当該医療機関以外の医療機関があるか否かといった事情を問うことなく、患者から診療の求めがあった場合にはこれに応じなければならぬ旨を定めたものと解されるべきであるから、病床過剰地域であることを理由として直ちにこの義務が解除されるとは考えにくい。

(37) この他助産婦についても同様の応招義務があり（保健婦助産婦看護婦法（昭和二三年法律第二〇三号）三九条一項）、また、助産所については営利目的の開設が制限されている（医療法七条五項）。

(38) 一九四三（昭和一八）年二月一六日の衆議院薬事法案外二件委員会における灘尾弘吉厚生省衛生局長の説明。なお、同月一九日の同委員会において、大島寅吉議員から営利を目的として薬局を開設しようとするような場合でも開設許可を与えるのかとの質問を受けた灘尾局長は、「薬局の開設者について法律上の制限はないが、非常に営利的な薬局が出てくることは望ましい事態ではないので、開設者についても十分検討し、適当な者が開設する場合には許可するようにしたい。なお、調剤報酬の適正を期するので、必ずしも営利的にのみ動くことはないと考える」という趣旨の答弁を行っている。

## 結 語

以上、本稿においては、医療の非営利性の要請に係る規定の歴史的由来を瞥見した上で、その根柢として現在においてもなお合理的なものがあるのかどうかについて考察を行い、営利法人による医療機関の開設を認めると営利法人の取締役乃至従業員たる医師が応招義務と利潤最大化義務という本質的に相容れない義務の一重拘束を受けてしまうことが有力な理由となり得るのではないかとの指摘を行つた。企業も法令の枠内で適正に利潤を追及しなければならず、また、医療法人も従前よりも経営の合理化を考えなければならない時代となり、両者の運営の実態や経済的な行動パターンが接近してきてることは事実であるが、法的レベルで見れば、この点において、会社が医業経営をすることには、理念的に馴染まないものが最後まで残るのではないかと思われる。

なお、当然のことながら、医療保険を中心とする公的医療費保障制度と自由開業医制を原則とする医療提供体制の組合せという我が国独特的の医療制度がすべての国民に必要なときにどこにおいても適切な医療の提供を保障しているかどうか、また問題があるとすればどのように改善すべきかについては、本稿とは別途の検討が行われなければならない。