論　説

株式会社による病院参入についての覚書

藤　田　真　樹

Ⅰ　はじめに

わが国の医療費は、OECD 加盟国中、GDP に占める国民医療費の割合が相対的に低いにも関わらず、世界的に高い評価を受けてきた。これは、生存権を保障する日本国憲法 25 条を受け、各種社会保障制度が充実していたからであるといわれる [(1)]。

もっとも、わが国の医療保障は、低経済成長、少子高齢化社会の進行、医療技術の高度化に伴って、国民医療費が GDP の伸びを上回るという問題を抱えている。そのため、経済界を中心に、医療・福祉の分野における規制改革の必要性が主張されている。特に近年は、多様な経営主体が参入し、競争的な市場の下で経営改革を行うことが、病院経営の近代化やサービスの向上、資金調達ルートの多様化等に役立つとの観点から、株式会社による病院経営を認めるべきとの主張がある [(2)]。

2002 年に構造改革特別区域法が制定されたが [(3)]、2004 年の改正では、このような要請を受け、神奈川県の構造改革特区において、高度先進医療を自由診療により提供する場合に限定して、株式会社による医療機関の設置が認められた（特区法 18 条）。また 2011 年には、地域主権改革を掲げた内閣による「新成長戦略」の下、総合特別区域法に基づいて国家戦略総合特区と地域活性化特区からなる総合特区が設けられた [(4)]。関西の国際戦略総合特区からは、外国人向けの医療サービス等、多様な医療サービスの提供を促進するため、株式会社によって運営される海外の医療機関や他業種の株式会社等が病院経営に参入できるよう医療法の規制緩和を求める申請があった [(5)]。

このように、近年、医療を取り巻く法制については、特区を中心として、株式会社による病院経営の参入を認めようとする動きがある [(6)]。しかし、わが国の医療提供体制の基本となる医療法には、医療の非営利性について定めた規

定がある。一般に株式会社は営利法人であるといわれるが、株式会社の病院経営の参入については、株式会社の営利性と医療の非営利性の関係をどのように解釈すべきか課題があることが先行研究において指摘されている[(7)]。本稿は、先行研究に屋上屋を架す感もあるが、近年の医療法の改正を踏まえ、株式会社が病院の経営に参入した場合にどのような課題が生ずるかについて検討し、若干の私見を提示することを目的とする。なお、本稿は会社法の見地から論ずるものであるが、民法、行政法、刑法等の業際領域で手探りの状態にあり、試論の域を出ないものであることを予め御断りしておく。

以下、「Ⅱ.」では、会社の性格を明らかにした上で、「Ⅲ.」では、医療法人、MS 法人、社会医療法人に関する法制と比較検討し、「Ⅳ.」では、会社法における取締役、従業員の行為規範と医師法における医師の行為規範を比較検討し、株式会社が病院参入した場合にどのような課題が生ずるか確認する。一方、近年、国家・地方財政の悪化に伴い、伝統的な営利・非営利の二分法では分類できない社会的企業への期待が世界的に高まっているが、イギリスは諸外国に先駆けて社会的企業に対する法整備を行った。また、国民保健サービス（NHS: National Health Insurance) を管轄する保健省は、2006 年に社会的企業を扱う専門部署を設け、社会的企業による医療システムへの参入を促進しており、プライマリー・ケアへの参入も見られる。そこで、「Ⅳ.」では、イギリスの社会的企業の概要をまとめ、わが国においても、同制度類似の制度を導入することにより、会社法上の課題を克服しつつも、株式会社による病院経営を認める余地はないか検討し、「Ⅴ.」若干の私見を述べ結びに代える。

Ⅱ．会社の性格

2005 年、規制緩和と私的自治の拡大を目指して、旧商法第 2 編を中心に、会社に関係する法律を統合・再編成するかたちで会社法典が制定された[(8)]。また、2006 年には公益法人改革関連三法が成立し、法人法制に大きな変更が加えられた。以下では、旧商法下と 2005 年改正会社法以降における会社の性格について比較検討する。

1．旧商法下の議論

2006 年の公益法人改革前は、①公益に関する社団又は財団で、営利を目的

とせず、主務官庁の許可を得た公益法人 (改正前民 34 条)、②農業・漁業・鉱業など、商行為以外の営利を業とする民事会社（改正前民 35 条）、③商行為（商 501 条・502 条）を業とする商事会社に分類されていた（改正前商 52 条 1 項）[9]

旧商法下において、商事会社については、営利法人であることが条文上明記されていなかった。しかし、商行為を「業とする」ことから、一般に、商事会社は民事会社と同様に営利を目的としたものであると解されていた（改正前商 52 条 1 項）[10]。また、商事会社は、商法会社編および旧有限会社法の会社設立に関する規定により法人格を取得するのに対し、民事会社は、商事会社の設立の条件に従って法人格が付与され（改正前民 35 条 1 項）、商事会社の規定を準用することによって設立され（改正前民 35 条 2 項）、商事会社とみなされていたため（改正前商 52 条 2 項）、民事会社と商事会社を区別する実益はないと解されていた[11]。ただし、何をもって「営利」とするかの解釈をめぐって、議論があった。

これについて通説は、社団が対外的な営利活動により利益を得て、その利益を構成員に分配することであると解釈していた（利益分配説）[12]。通説の根拠としては、営利事業によって得た利益の全てを公益事業に用いる法人を認めると、営利法人が濫用的に用いられることとなり、公益法人の設立を主務官庁による許可制とした法の趣旨が蹂躙されてしまうことが挙げられる[13]。もっとも、通説においても、会社は公営的事業を全くなし得ないと解してはいなかった[14]。営利事業から生じた利益の一部を社員に分配し、その残部で公益事業を行う社団は、公益法人にはなれない。しかし、会社は営利を唯一の目的とすることを必要とせず、営利が他の目的の手段である以外に目的として独立性を有する以上は、営利法人となることが出来、その際目的の主従を問わないと解されていた[15]。登記実務においては、定款の会社の目的事項に関して、営利事業であることが必要とされていたものの[16]、営利事業と同時に、付属の学校または病院の経営など、それ以外の行為をすることができる旨を明示する見解もあった[17]。

通説に対して、営利目的とは、社団自体の対外的な利益獲得目的であると解し、その得た利益を個人的に利用するか（私益）、社会一般に利用するか（公益）を問わないとする見解があった（事業目的基準説）[18]。この見解の根拠としては、社団の利潤獲得の目的の有無の観点から行う営利・非営利の分類と、自

己の有する経済的・知的要素を社会一般に還元するか、個人的に利用するかの公益・私益の分類は次元が異なる。営利社団が公益事業を濫用的に行うことによる弊害よりも、むしろ問題となるのは、公益に名をかりた法人内部の不正・乱脈により出資者、利害関係のある第三者が被る不利益である。出資者及び債権者等の保護は、行政による許可主義による裁量的干渉よりも、私法の中でも強硬法規を多く備え、頻繁に改正される会社法による干渉の方が政策的に妥当であることが挙げられる[19]。

また、この見解を発展させたものとして、営利を社団の対外的な利益獲得と、団体構成員に対する分配の、どちらか一方があれば良いとする折衷的な見解も主張されていた（両基準併用説）[20]。この見解の実質的な根拠としては、団体の目的が非公益・非営利であるとして、法人格取得の途がない場面をできるだけ狭く解すべきことが挙げられる[21]。

さらに、民法立案者が営利法人の営利について社員への利益分配と解釈した趣旨は、許可主義ではなく準則主義によって設立される営利法人において社員による法人経営の監督のために認めたものであり、社員が法人の実質的な所有者として法人財産に対する持分を有することで足り、利益分配の目的まで要求されないとして、両基準併用説と同様の結論を導く見解もあった[22]。

以上のように、通説によれば、社団の対外的な利益獲得のみならず、構成員への利益分配も本質的な要素であると解釈されていた[23]。通説によれば、構成員への利益の分配は、剰余金の配当によるか、残余財産の分配の方法によるかは問わないが[24]、利益分配をしない旨を定めることは許されない。そのため通説によれば、同窓会や管理組合のような社団について、公益法人としても営利法人としても法人格取得の途が閉ざされていた。そこでこのような社団に対応するため、会社として認められる範囲を広げようとする政策的な観点からも、営利性の解釈をめぐって学説が展開されてきた。通説によって法人格が認められない社団については、2002年に中間法人法の制定によって立法的な対応がされた。

2．2005年改正会社法以降の営利性についての議論

前述のように2005年、規制緩和と私的自治の拡大を目指して、旧商法第2編を中心に、会社に関係する法律を統合・再編成するかたちで会社法典が制定

され、また、2006年には公益法人改革関連三法が成立し[25]、法人法制に大きな変更が加えられた。

従来の法人法制によれば、公益法人の設立と公益性の認定、税制上の優遇措置は主務官庁の許可によるもとして一体化されていたが[26]、法人の設立が簡単でないこと、主務官庁による指導監督が縦割りで煩雑であること、公益性の判断基準が不明確であるとの指摘があった[27]。そのため、2006年の法人法制改革によって両者は分離され、収益事業・公益事業を問わず、準則主義によって一般法人（一般社団法人・一般財団法人）として設立が認められることとなった。一般法人は、事業目的は問われないが、社員、設立者へ利益の分配が禁止される点（一般11条2項・153条3項2号）、一社員一議決権（一般48条1項）である点において、株式会社とは異なる。一般法人のうち、公益事業を主たる目的とする等の一定の要件を充足したものは公益認定の申請をし、主務官庁の認定を受けて公益法人となり（公益認定4条・5条）、税制上の優遇措置等を受けられる[28]。これに伴い、民法の公益法人に関する規定は削除され（改正前民38条）、中間法人法による中間法人も一般法人に包摂されるため、2008年の整備法の施行と同時に廃止され、それまでに設立された中間法人は一般法人に移行することとなった（整備法40条以下）。

一方で、2005年改正会社法においては、「会社は、法人とする」（会社3条）とのみ規定され、営利法人である旨が条文上明記されなかった。そのため、そもそも会社には営利性が要求されるのか、新たに導入された。一般法人との相違とも関連し、その根拠と解釈に関して議論の余地が残された。

これについて、ある立案担当者は、旧商法52条の規定の廃止は、会社の目的に営利性を要求しないこととし、環境保全や病院、学校法人の経営等も可能にするところにあるとする。この見解の実質的理由としては、構造改革特別区域法において、会社の活動範囲が大幅に拡大されたが、従来の法人法制のように、事業を営利事業と公益事業その他非営利事業に二分し、会社は営利事業のみを行うことができると解釈した場合、特区法との整合性から、会社の活動領域に制限が設けられてしまうことが挙げられる[29]。

これに対し、2005年改正会社法以降も旧商法同様に、会社に営利性は要求されるとしつつも、営利目的は会社自身について決すれば足り、社員への分配までは要求されないとする見解が主張されている。この見解の根拠としては、

会社法５条は、会社がその事業としてする行為は商行為とする旨規定するが、商人の事業は、構成員である社員に対する利益の分配までを、その本質的な要素としておらず（商４条１項）、非公開会社、持分会社においては、社員に対して剰余金の配当・残余財産の分配を付与するか否かは自由であることが挙げられる（会社 109 条２項、621 条２項、624 条２項、666 条）[30]。

この他、社団法人が営利法人と非営利目的の一般社団法人とに区別されていることを前提として、会社の営利性には、事業から生じた利益を社員へ分配することまで必要とされず、会社の管理・運営に携わることができる社員の会社に対する経済的持分を意味し、社員持分の経済的価値の維持・向上が図られる限り会社の営利性は認められるとする見解も主張されている[31]。

しかし、別の立案担当者によれば、会社法上、会社の構成員である株主には、利益配当請求権・残余財産分配請求権が認められるのは、会社法の他の条文の規定から明らかであり、会社が対外的活動を通じて上げた利益を株主・社員に分配することを意味する「営利を目的とする」という用語を敢えて用いる必要がないからであるとする[32]。通説においても、営利性の根拠や、そのニュアンスについて相違があるが、営利事業を行い、それによって得た利益を社員に分配するという意味での会社の営利性は維持されていると解されている (会社５条、105 条２項)[33]。公益法人改革関連三法と関連して、一般法人は剰余金の配当・残余財産の分配が禁止されるのに対し（一般法人 11 条２項・153 条３項２号）、株式会社は、その権利の全部を与えない旨の定款の規定は無効とされることから（会社 105 条２項）、会社と一般法人との区別が明確化されたとする見解もある[34]。

Ⅲ．医療法人等をめぐる法制

以上、2005 年改正会社法においても、通説的な見解によれば、依然として会社の営利性は維持されており、営利とは対外的な利益獲得のみならず、構成員である社員への分配も、その本質的な要素とされる。以下では、「Ⅰ」で明らかとなった株式会社の特徴に照ら合わせ、医療法人、MS 法人、社会医療法人との比較検討を行い、株式会社が病院経営に参入した場合の課題を明らかにする。

１．医療法人の性格

医療法人は、医療法によって規律される。医療法によれば、医療法人は、「医師若しくは歯科医師が常時勤務する診療所又は介護老人保健施設を開設しようとする社団又は財団」と定義される(医療39条)。病院等を開設しようとする者は、開設地の都道府県知事の許可を受ける必要があり(医療7条1項)、開設許可の申請があった場合、施設の構造設備および人員が法の要求する一定の条件を満たしていれば、都道府県知事は許可を与えなければならない(医療7条4項)。ただし、営利を目的として、病院等を開設しようとする者に対しては、許可を与えないことができるとされる(医療7条6項)。

厚生労働省は、営利を目的とするか否かは、医療施設の開設主体、設立目的、運営方針及び資金計画等を総合的に勘案して判定するものとしていたが[35]、開設者が実質的に病院の開設・経営の責任主体でなくなったにもかかわらず、病院の廃止届を提出しなかったため、当該病院が開設者以外の者によって開設・経営されていた事例を受け、医療法の根幹に関わるものであるとして、開設許可の際の医療の非営利性について、より詳細な確認事項を設けた[36]。また、医療法において、医療法人は、剰余金の配当をしてはならない旨規定し(医療54条)、これに違反した医療法人の理事、監事または清算人は20万円の過料に処せられる(医療93条7号)[37]。このような医療法の規定および行政解釈によって、株式会社による病院等の開設は一般に禁止されている。

医療の非営利性を要請する現在の規定は、1933年の医師法の改正、それに伴う診療所取締役規則の制定にまで遡ることが出来るといわれる。非営利性の規定は、戦時中の国民医療法を経て、1948年の現行医療法制定時に明文化され、条項の変更が加えられつつも、医療法7条6項に受け継がれた[38]。

医療の非営利性に関する根拠については、①医療行為の公共性からみて、当然であること[39]、②病院等の施設が営利を目的として開設されると、収益を得ることが重要視され、その後の管理、業務の遂行上、施設本来の使命の達成に欠くこととなり易いこと[40]、③医療内容について患者は正当な評価能力を有しておらず、専門的な知識を有する医師と患者の間には情報の非対称性が存在すること[41]、④医療は基本的に私的財であるが公共財としての性質も有するため、不完全競争による非効率性の是正、安全性の確保、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ず、公的関与が必要であること等が挙げられる[42]。

もっとも、医療法７条６項を反対解釈すれば、営利を目的とする場合でも、一定の条件が整えば、都道府県知事は病院開設の許可を与えると解する余地もある。1950年の医療法の改正によって、医療法人が導入されるまで、多くの企業立病院が設立され、バブル崩壊以降の企業の経営難による事業の選択と集中の結果、その数は減少傾向にあるが、現在も地域の基幹病院を担っているものも多い[43]。

医療法人の導入の背景には、経営の実態は、「私企業的な経営」のままで[44]、医療事業の経営主体に対し、法人格取得の途を拓き、「資金集積の方途を容易に講ぜしめる」ところにあったといわれる[45]。すなわち、①戦後、新憲法で生存権が保障され（憲25条）、私的医療機関拡充の要請があったが、当時の逼迫した経済情勢の中、一定の基準を充たす医療施設を設立・維持するには、資金調達手段を確保する必要があった。また、②相続法の改正により均等相続が要請され、開設者の死亡に伴う病院等の分散解消のおそれが生じたが、医療事業の永続性の見地から、個人経営の病院等に法人格を付与する必要もあった。しかし、③医療法においては、医療の非営利性が規定され、商法上の会社が病院等の経営主体となることは期待されない一方、全ての病院等が公益法人としての許可を受けることも期待できず、容易に法人格を取得する途を設ける必要があった[46]。医療法人は、戦後の逼迫した経済状況において、医療事業へ資金を拠出させるには、何らかのリターンが必要であり、非同族の医師３名以上が集まって、互いに資金を拠出させ、死亡等の事情により脱退するときに拠出額に応じた分配を受けられる制度を、前年に創設された中小企業組合を参考に構築したものであると推測する見解もある[47]。

このような背景で導入された医療法人であるが、その性格として、病院等の経営を主たる目的とする以外に積極的な公益性は要求されない点で民法上の公益法人と区別される一方、剰余金の配当が禁止される点において、営利性がなく商法上の会社と区別される[48]。医療法人は、①2006年改正前公益法人法の公益法人の設立許可よりも緩やかな条件で開設が認められ、②社団医療法人においては、社員の持分が認められ、持分の払戻しにより実質的に経済的利益を得ることが可能であり、③私立学校法のように同族役員の禁止規定がなく、公益法人と営利法人の両者の性格を兼有するもの、両者の中間に位置するものと解されていた[49]。裁判例には、「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、心身の健康等公衆衛生に深いかかわり合いを持ち……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……私人による病院又は診療所の建設、設備の改善等は資金難から多くの障害をともなう例がみられることから、資金の集積を容易ならしめるとともに、事業の永続性を確保するため私人の病院等に法人格を与える必要性が認められていたところ、医療事業に法人格を附与するに当たり、これを商法上の会社とすることは、前記医療の非営利性という点から望ましいものではなく（(旧）医療法７条２項)、他方すべての病院が（旧）民法第34条による公益法人たる資格を取得することも期待しがたいので……医療法人制度が設けられたと解される……したがって医療法人はいわゆる営利法人ではなく、さりとていわゆる公益法人そのものでもなく、いわば両者の中間に位し、むしろ公益法人に類似した法人というべき」であると判示したものがある[50]。

２．医療法人をめぐる近年の法改正

以上のように、医療法人は、公益法人と営利法人の中間に位置するものと解されていたが、医療法の改正によって[51]、そのガバナンスは強化される一方で、医療法人の非営利性は徹底される傾向にある。一般法人法は、剰余金の配当を目的としない社団・財団についての一般的な法人制度について定めた法であるが、一般法人と、その他の営利を目的としない法人との関係は相並ぶ制度であり、一般法人法が既存の法人制度に与える影響はないといわれる[52]。しかし、近年の医療法の改正によって、医療法人は、一般法人に接近する傾向が伺える。

前述のように医療法において、医療法人は、剰余金の配当は禁止されるが（医療54条)、従来は、社団医療法人において、社員は持分の払い戻しによって、実質的に経済的利益を得ることが可能であった。しかし、社団医療法人は、出資額を限度として払戻しを請求できる出資額限度法人への移行が促進された。2006年の医療法の改正では、社団医療法人が解散した場合、残余財産の帰属権者は、国・地方公共団体・医療法人その他の医療を提供する者で、厚生労働省令で定めるものから選定しなければならないものとされ(医療44条５項・施行規則31条の2)、2007年の医療法の改正では、新たに医療法人を設立認可申請する場合、財団医療法人または持分の定めのない社団医療法人に限定され

た[53]。ただし、持分の定めのある社団医療法人から、持分の定めのない社団医療法人への移行は、財産権保護の見地から、経過措置が設けられている（2006年改正法附則10条2項）。

2016年改正前医療法においては、理事を選任する機関や義務に関する規定、理事会に関する規定も存在しなかったため、社員総会と理事会の関係についても不明確であった。しかし、2016年の医療法の改正によって、社団医療法人の役員は社員総会、財団医療法人の役員は評議員会の決議によって選任されることが明確化された（医療46条の5第2項・3項）。株式会社とは異なり社員総会においては、資本の多寡にかかわりなく、社員は各一個の議決権を有し、出席者の過半数で決し、可否同数のときは、議長の決するところとなる（医療46条の3の3）。

理事、監事および評議員は、医療法人に対して善管注意義務を負い（46条の5第4項）、これに加え、理事は、一般法人法の規定が準用され、医療法人に対する忠実義務、競業避止義務、利益相反回避義務、報告義務等を負うこととなった（医療46条の6の4）。医療法人社団の役員が善管注意義務や忠実義務に違反し医療法人社団に損害を与えた場合は、医療法人はその損害の賠償を求めることができ（医療47条）、一定の場合には、社員が医療法人社団に代わって役員に対して損害賠償を求める社員代表訴訟も認められた（医療49条）。また、任務懈怠によって第三者に損害が生じた場合の特別責任制度も設けられた（医療48条）。

3．MS法人・社会医療法人をめぐる法制

MS法人とは、メディカル・サービス(Medical Service)法人の略称である。法律的に明確な定義はないが、厚生労働省等の資料においても用いられる一般的な用語であり、医療法人の親族が務める株式会社など、医療施設を開設する個人や医療法人などと密接な関係がある株式会社等をいう[54]。

医療法人は、その開設する病院、診療所又は介護老人保健施設の経営のために創設されるものであり、その業務に支障がない限り、定款又は寄付行為の定めるところにより、一定の業務を行うことが出来るが、その範囲は限定されている(医療42条1-8号)[55]。そのため、医療法人が行えない事業を、MS法人を用いて、幅広く事業展開することが実務上広く行われている[56]。しかし、

MS 法人に関して、非営利法人である医療法人が保険診療報酬として受け取った費用を、営利法人である MS 法人に業務委託手数料等の名目で支払い、その利益を、医療法人の理事や近親者が MS 法人から役員報酬や株主としての剰余金の配当を受け取ることは、実質的に、医療の非営利性に反するのではないかとの指摘がなされていた[57]。

これについて、公費である保険診療報酬が、医薬品の仕入れを通して、株式会社徳洲会に支払われ、その資金が、理事長一族への役員報酬や、理事長一族から立候補した国会議員の選挙資金として用いられており、多額の所得隠しが発覚した徳洲会事件が起き[58]、厚生労働委員会においても取り上げられることとなった[59]。これを受け、2016 年医療法改正において、一定の関係者との取引については、毎事業年度終了の日から 3 か月以内に提出する事業報告書や財産目録とともに、「関係事業者との取引の状況に関する報告書」を都道府県知事に提出しなければならなくなった（医療 52 条・同法施行規則 33 条の 2 の 12）[60]。また、医療法人の透明性を確保するため、一定規模以上の医療法人は会計帳簿の作成および公認会計士または監査法人による監査が義務付けられた (医療 50 条・50 条の 2・51 条)。

このように、医療法において医療法人の非営利性は徹底され、そのガバナンスは強化される傾向にある。一方で、その業務範囲は拡大され、資金調達手段は多様化される流れにある。1997 年の医療法の改正により、公益性が高い法人として一定の要件を満たした場合には、収益事業を行うことができる特別医療法人制度が創設された。特別医療法人は、2007 年の医療法の改正で 5 年間の経過措置を設けて廃止されたが、同制度を発展させたものとして、新たに社会医療法人が導入された。社会医療法人は、本業である病院等の運営に支障がない限り、収益業務を行うことが出来る（医療 42 条の 2）[61]。また、救急医療等確保事業の実施に資するため社会医療法人債を発行することも認められる（医療 54 条の 2)。社会医療法人債の発行にあたっては都道府県知事の許可は不要とされるが、医療法で準用される会社法の規定に基づいて実施されなければならず、不正行為に対しては、罰則をもって対処される（医療 77 条参照)。

4．医療法人等の法制をめぐる課題

これまで見てきたように、2005 年会社法の制定によって、会社は営利社団

である旨が明示されなかったため、会社に営利性が求められるか解釈上の余地が生じたものの、通説的な見解によれば、旧商法同様に、株式会社は営利法人であるとされ、営利とは、会社がその対外的な活動によって利益を得て、その利益を構成員である株主に分配することにある。

これに対し、医療法においては、医療法人は医療の非営利性が要求され(医療7条6項)、行政解釈によって、営利目的の病院等に開設許可を与えないとする実務がとられている。また、医療法人は、剰余金の配当をしてはならないと規定する一方で(医療54条)、近年は医療の非営利性が強化され、残余財産の分配についても禁止する傾向にある。さらに、MS法人についても、医療の非営利性を強化する見地から、一定の関係者との取引については、定期的に都道府県知事に報告書を提出しなければならなくなった（医療52条・同法施行規則33条の2の12)。

このように、医療法においては医療法人の社員への利益の分配という観点から非営利性を徹底する一方で、株式会社同様に、ガバナンスを強化しつつも、社会医療法人制度を導入し、業務範囲を拡大し資金調達手段を多様化しようとする流れにある。

2004年の構造改革特区法の改正によって、株式会社から高度な医療を提供する病院等開設の申請があり、一定の条件を満たした場合[(62)]、医療法の規定にかかわらず、許可を与えるものとされた(特区18条)[(63)]。しかし、2005年会社法改正以降も、通説的な見解によれば会社の営利性は維持されており、営利性の本質的な要素として、対外的な利益の獲得のみならず、社員への分配も要求される。これに対し、医療法においては、逆に、医療法人の非営利性が徹底される傾向にあり、特区法との整合性から課題が残る。なお、2013年の国家戦略特別区域法によって設けられた国家戦略特別区域においては、厚生労働省は、営利を目的とする医療機関の開設および、医療法人の剰余金の配当は認められず、医療における非営利性の確保は、医療の一般原則として当然に要請されるとの見解を示している[(64)]。

Ⅳ．取締役等の行為規範と医師の応招義務

以上、「Ⅱ.」では、近年の法人法制をめぐる改革について確認した上で、株式会社、医療法人、MS法人、社会医療法人について比較検討することによって、

法人法制の整合性の観点から課題が残ることを確認した。以下では、このように法人法制上の問題を抱える株式会社によって運営される病院で業務に従事することとなる医師について、株式会社における役員・従業員としての規範と医師法における医師の規範と比較し、会社法上どのような課題があるか検討する[65]。

1．株式会社における取締役等の行為規範

株式会社とその取締役との関係は、一般に、委任に関する規定に従い（会社330条）。取締役は、その職務を遂行するにつき、善良な管理者としての注意義務を負う（民644条）。また、取締役は、法令・定款および株主総会の決議を遵守し、会社のための忠実にその職務を行う忠実義務を負う（会社355条）。伝統的な学説では、善管注意義務と忠実義務とは同内容の義務であることを前提とし、取締役がこれらの義務を負っているのは会社に対してであるとする。この見解は、会社法の規定上、取締役が忠実義務を負うべき対象は「株主」とは明示されず「株式会社」であるとされていることを条文上の論拠とする[66]。

もっとも、このような従来の取締役の忠実義務に対して、近年の通説的見解によれば、会社が債務超過でない場合においては[67]、経営者は「株主」の利益を他の会社関係者の利益に優先させてその最大化を目指した経営決定を行う法的義務であるとされる[68]。この見解は、株主とステークホルダーの利益が対立したときにどちらを優先させるべきか[69]、誰に経営決定権を任せるのが会社の利益を最大化するかの観点から検討し、剰余権の最大化にインセンティブを有する株主が最適であるとの結論をとる[70]。解釈上の根拠としては、①旧商法下では、会社は営利を目的とする法人とされ（旧商法52条）、会社の目的は利益をあげて株主に分配することにあるが、この解釈は現行法においても当てはまること、②忠実義務（会社355条）の規定は、取締役は「会社」に対して義務を負うとするが、会社の目的は株主利益を最大化することであるから、「会社」は株主を意味すると解釈できることが挙げられる[71]。

ただし、通説においても、構成員への利益の確保があれば、公益的事業をすることできると解釈されており、株主利益最大化原則は、他の利害調整原理を排除してどこまでも貫かれる性質のものではなく法規範としては緩いといわれる[72]。もっとも近年、上場会社を中心として、我が国の企業文化を特徴の一

つとされた株式の相互保有が解消され、外国人投資家の持ち株比率が上昇するといった、わが国を取り巻く情勢の中で、株主利益最大化原則の立場は推し進められる傾向にあるともいわれる[73]。そのため、同原則に違反した場合には、理論的には、取締役等は、善管注意義務・忠実義務違反として、損害賠償責任が問われる余地がある (会社 423 条)。また、場合によっては、取締役等は、株主代表訴訟によって、株主から直接責任を追及されるこすることもあり得るように思われる (会社 423・847 条)[74]。

2．医師の応召義務

医師法において、医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとされる (医師 1 条)[75]。医師でなければ医業をしてはならないとされ (医師 17 条･31 条)、業務独占の下、診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならないとする、応召義務が課せられている (医師 19 条 1 項)[76]。

応召義務の原型について諸説あるが、1874 年の医制にあるとされ、旧刑法の違警罪の中で定められ、警察犯処罰令、旧医師法施行規則、国民医療法へ移され、現行医師法に引き継がれる際に罰則が削除されて引き継がれ、その義務の性質も変化してきたといわれる[77]。

現在、応召義務の法的性質は、第一義的には医師が国家に対して負う公法上の義務であると一般に解されており、罰則はない[78]。また、民事上の効力を有しないとするのが通説であり、下級審においてもその旨を判示したものがある[79]。

しかし、「医師が診療拒否によって患者に損害を与えた場合には、医師に過失があると一応の推定がなされ、診療拒否に正当な事由があるとの反証がない限り、医師に民事責任が認められるべきと解すべきである」として、公法上の応召義務違反を民事上の過失として取り扱うとした裁判例もある[80]。また、旧厚生省の見解では、義務違反を繰り返した場合、「医師として品位を損する行為」(医師法 7 条) に該当し、医師免許の取消または停止の行政処分を受ける可能性があり[81]、業務上致死罪の注意義務違反を構成するとした裁判例もある[82]。

なお、具体的に、どのような場合に「正当な事由」が認められるかについて、旧厚生省の見解によれば、それぞれの具体的な場合において社会通念上健全と認められる道徳的な判断によるべきとしつつ、①医療費が不払いであっ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、②診療時間を制限している場合であっても、これを理由として急施を要する拒むことはできない、③特定の場所に勤務するもののみの診療に従事する医師でも、緊急の治療を要する場合で附近に病院等がないときは診療のもとめに応じなければならない、④天候の不良なども事実上の往診の不可能な場合を除き正当な事由には該当しない、⑤自己の標榜する診療科以外の診療科に属する疾病について診療を求められた場合も、依然として患者が診療を求める場合は、応急の処置その他出来るだけの範囲のことをしなければならないと示したものがある[(83)]。

以上のように、医師の応召義務は訓示的規定であり、法的効果も限定的であるが、医師の行為規範として現実に機能している側面もある[(84)]。もっとも、近年、個人による医療提供体制から、法人による医療提供体制へと変化してきたこと、医師の過剰労働に対する働き方改革の影響、保険未加入者の増加による自由診療の増加等の影響を受け、診療時間外・勤務時間外における緊急対応が不要なケースを中心に、正当な理由が認められる範囲は、学説や行政解釈によれば拡大される傾向にある[(85)]。このように、応召義務は、いまだ医師の基本的な行為規範として機能している側面があるものの、緩和される傾向にある。

3．医師の応招義務と株主利益最大化原則をめぐる課題

株式会社において、役員は会社に対して、善管注意義務、忠実義務を負い、この義務は、通説的見解によれば、会社が債務超過でない場合においては、経営者は「株主」の利益を他の会社関係者の利益に優先させてその最大化を目指した経営決定を行う法的義務であるとされる。一方で医師法において医師は応召義務を負う。応召義務の法的性質は、第一義的には医師が国家に対して負う公法上の義務であり、罰則によって担保されていないが、医師の基本的な行為規範として維持されているものの、近年は緩和される傾向にある。

株式会社が病院等を開設した場合に、会社の取締役として病院等で医療を提供する医師は、医師としては応召義務に服する一方で、株式会社の取締役としては株主利益の最大化に向けた行為規範に服することになる。株式会社が運営

する病院で勤務する医師については、使用者の指揮命令に従って誠実に労働を給付する義務を負うこととなるが(労契法３条４項)、使用者は株主利益の最大化を目指した経営を行い、それにしたがった指揮命令を労働者である医師に発する。そうなると、結果として、労働者である医師も株主利益最大化に向けた労働を提供する義務を負うこととなる。医師法における医師の応召義務および株式会社における株主利益最大化原則は、どちらも法規範としては緩いが基本的な行為規範である。そのため、医師は二つの行為規範の間で、板挟みになるという課題が生ずる[(86)]。

また、近年は応召義務については学説や行政解釈によれば、緩和される傾向にある一方で、株主利益最大化原則の立場は推し進められる傾向にあるといわれる。仮に、株式会社としての側面を重視し、株主利益の最大化を徹底すれば、例えば、支払い能力のない患者に対する治療排除の徹底、産科や小児科、利益の見込めない特殊な診療部門の廃止、所得の低い地域からの医療の撤退[(87)]、患者にとって最適な治療ではなく保険点数が可能な限り高くなる治療方法の選択など[(88)]、患者の利益保護の観点から弊害が考えられる。以上の点から、現行会社法の通説的見解を維持したまま、株式会社による病院の経営を認めることは、法的課題が残り、無条件には賛成できない。

これに日本医師会は、株式会社による病院経営の参入を認めようとする動きに対して、医療法人の利益はすべて再生産のために活用されるが、株式会社は配当を行うため、再生産費用以上の剰余金が必要となる。この場合、①地域医療の継続性を確保できなくなる、②所得によって受けられる医療に格差が生じ医療費が高騰する、③混合診療全面解禁への布石、ひいては国民皆保険の崩壊につながる懸念があるとして、反対の立場をとる[(89)]。

Ⅴ．社会的企業

以上のように、現行会社法の通説的な見解を維持したまま、株式会社による病院経営の参入を認める方向で考えた場合、法人法制との整合性、患者の利益保護の観点から、課題が残る。もっとも、株式会社は、一般法人等と比較した場合、株式による資金調達ルートがあり大規模な事業形態を可能とし、私法の中でも強硬法規を多く備えガバナンスや情報開示制度が充実しており、頻繁な改正があるといった特徴を有する。そのため、資金調達ルートの多様化、ガバ

ナンスの強化といった見地から、株式会社制度の枠組みを一定程度利用しつつ、病院経営を認めるメリットも完全には否定できないように思われる。

近年、国家・地方財政の悪化や社会福祉政策の変化に伴って、社会的課題の解決に取り組む主体として、諸外国で、民間セクターへの期待が高まっている。特に、伝統的な営利・非営利という二分法では分類できない、社会的企業(Social Enterprise) が注目を集めている。イギリスは、1990 年代後半以降、諸外国に先駆け社会的企業に関する法整備を行った [(90)]。また、国民保健サービス（NHS: National Health Insurance) を管轄する保健省は、医療提供体制を見直し、深刻な待機時間の削減し、患者に多様な選択肢を提供することを目的として、2006 年に社会的企業を扱う専門部署を設け [(91)]、2007 年に『社会的企業による医療福祉の促進に関するガイドライン』を策定し、社会的企業による医療システムへの参入を促進しており [(92)]、プライマリー・ケアへの参入も見られる [(93)]。以下では、イギリスの社会的企業制度の概要をまとめ、同様の制度の活用により、これらの会社法上の課題に対応しつつ株式会社による病院経営の参入を認める余地はないか検討する。

1．社会的企業の概要

イギリスの貿易産業省が公表した『社会的企業・成功のための戦略』によれば、社会的企業とは、「株主や所有者の利益の最大化の必要のために運用されるのではなく、主に社会的な目的を有するものであり、剰余金は、社会的な目的を有する事業や共同体に再投資される事業」であると定義される [(94)]。

イギリスでは、社会的企業を法的に認めるものとして、「2004 年会社（監査・検査およびコミュニティ利益会社）法 (CAICE 法)」[(95)] および「2005 年コミュニティ利益会社規則 (CIC 規則)」[(96)] を制定し、コミュニティ利益会社 (Community Interest Company: CIC) を導入した [(97)]。また、「2006 年会社法」には、新たに CIC に関する条項が設けられた（2006 年会社法 6 条）[(98)]。CIC の特徴として、新たな法人類型を創設するものではなく、会社法に基づいて設立する会社、既に設立された会社をコミュニティ利益会社として認定・登録するものであることが挙げられる [(99)]。

CIC を新たに設立するには、有限責任株式会社 (Company Limited by Shares)、または、保証有限責任会社 (Company Limited by Guarantee) であ

ることが必要である (CAICE 法 26 条 2 項)。また、既存の会社も、一定事項について、社員の特別決議を得て CIC へ移行することができる（同法 37 条）。

CIC を設立するには、通常の会社設立の際の登記申請書に加え、CIC 規則で要求される書類を加え申請し（同法 36 条 (1)(2)）、会社登記官は、申請書の写しを CIC 監督官に送達する（同法 37(3)）。CIC 監督官（Regulator of Community Interest Companies）は CAISE 法で新たに導入された機関であるが、国務大臣によって任命され、CIC の監視監督を行う権限を有する（同法 27 条）。CIC 監督官は、不適格団体に該当せず（同法 35 条 (6) 項）、合理的な者（reasonable person）であれば、事業等がコミュニティの利益のため運営されと考慮されるか審査し（同法同条 (2)-(5)）、登記官へ審査結果を通知する（同法 36 条 (6)）。登記官は、会社法の規定に基づいて登記し、コミュニティ利益会社として設立された証明書を発行し、その記録を保存する (同法 36 条 (8)(9))。

CIC には、「資産の固定」(Asset Lock) が求められ、CIC は規則で認めたものを除き、資産を社員に分配してはならず (同法 30 条 (1))、規則によって認められた場合でも、その範囲を限定できる (同条 (2))。有限責任株式会社である CIC は、規則の範囲内で、株主総会の普通決議または特別決議の承認を得て、剰余金を配当できる (CIC 規則 17 条)。コミュニティ利益会社は、残余財産を分配することも可能であるが、持分を超えて分配することはできない (CAICE 法 31 条・CIC 規則 23 条 (3))。また、これらの規定の潜脱を防止するため、CIC に対する債権の利息の利率についても制限が設けられている（CAICE 法 30 条 (3)）。

CIC の取締役は、毎事業年度、計算書類、取締役報告書、年次報告書に加え、CIC 報告書を作成し、その写しを登記所に提出しなければならない (CAICE 法 34 条)。CAICE 法に規定がないものについては、会社法が準用される（2006 年会社法 6 条 (2)）。

2006 年英国会社法は、強固な株主利益最大化原則を採用せず、いわゆる洗練された株主価値モデル（Enlightened Share Value）を採用した [(100)]。取締役の義務を規定する 172 条は、従来判例法によって認められてきた信任義務と忠実義務を「一般義務」とし、取締役は、株主の利益のために会社の成功を促進する義務を負うとし、この義務の履行にあたっては、従業員を含めたステー

クホルダーの利益を考慮しなければならないものとする[101]。小規模会社以外の会社は、会社の事業が環境や従業員、地域社会に与える影響の項目は取締役会報告書の事業評価として開示義務の対象とされ、開示義務違反については罰則がある (415 条・417 条 (5)(b))[102]。

2．社会的企業による病院参入の検討

わが国の旧商法下の通説においても、会社は、営利を唯一の目的とすることを必要とせず、営利が他の目的の手段である以外に目的として独立の存在を有する以上は、営利法人となることが出来き、その際、目的の主従を問わないとしていた。また、現行会社法においても、定款に公益目的の条項をいれ、種類株式を利用して、剰余金の配当および残余財産の分配に一定の制限を設けることで､イギリスの社会的企業に近い株式会社の設計をする余地もある。しかし、株主への利益の分配を主たる目的とした会社と公益的な事業を主たる目的とした会社を同一の法典のもとに置くことは、患者の利益や、株主をはじめとする利害関係者に不測の損害を被らせるおそれがあり、その保護の見地から妥当であるか疑問が残る。一方で、社員への利益配当を目的としない場合、一般法人の利用も考えられるが、一般法人は株式会社同様、準則主義によって容易に設立できるものの、資金調達手段が限られ、大規模な事業を行うために適した企業形態ではなく､ガバナンスや情報開示制度も株式会社程充実していない[103]。これらの事情を考慮した場合、一つの方向性として、現行の株式会社の規定の多くを準用しつつも、イギリスの社会的企業を参考に、新たな法制度を設けることも考えられよう[104]。

ただし、イギリスにおいては、社会的企業による病院参入は、患者の待機時間の解消への一定の貢献が推測されるものの、社会的企業への補助金の支出に伴い、医療予算の削減には結びついておらず、医療従事者の福利厚生という観点からも課題が生じているとする指摘がある[105]。また、わが国においては、医療法の改正により、医療法人の非営利性を徹底し、ガバナンスを強化し、社会医療法人を導入し業務範囲を拡大させ、医療法人債による資金調達手段を認めてきた経緯がある。バブル崩壊以降の事業の選択と集中に伴い、医療法の改正前に設立された企業立病院が、社会医療法人等へ移行する流れもみられ

る[106]。そのため、わが国において、社会的企業を導入する方向で考える場合には、少なくとも病院経営の文脈においては、既存の法人法制との整合性に加え、社会的企業類似の制度を導入するメリットが、それに伴うデメリットを上回るのか、持続可能な医療保障といった観点からも慎重な検討が必要となろう。

Ⅵ．結びに代えて

以上、本稿では、株式会社に病院経営を認める余地はないか検討した。2005年会社法の制定によって、会社法は営利法人である旨が明示されなかったため、営利性が必要とされるか解釈上の余地が生じた。これについて、通説的見解によれば、株式会社の目的は、旧商法同様に、営利法人であると解されており、剰余金または残余財産の分配はその本質的な要素とされる。これに対して、医療法人については、医療法によって医療の非営利性を要求され(医療7条6項)、行政解釈によって、営利目的で、病院等の開設認可を与えないとする実務がとられてきた。また、医療法によって、医療法人は、剰余金の配当をしてはならないと規定される一方で(医療54条)、近年医療法は、残余財産の分配についても規制し、MS法人との取引についても透明化することで、医療の非営利性は徹底する向にある。

2004年の構造改革特区法の改正によって、構造改革特区においては、株式会社から高度な医療を提供する病院、診療所の開設許可の申請があった場合には、一定の条件を満たした場合、医療法の規定にかかわらず、許可を与えるものとされた（特区18条）。しかし一方で、2005年改正会社法以降も、通説的な見解によれば、会社は営利法人であるとされ、対外的な利益獲得のみならず、社員への利益の分配が本質的な要素として残されている。株式会社の目的は株主利益の最大化にあると解した場合、株式会社による病院の運営を認めようとする流れは、医療法において、医療の非営利性を強化してきた一連の法改正、特区における事業活動の範囲の観点から課題が残る。

また、株式会社が病院等を開設した場合に、会社の取締役等役員として病院等で医療を提供する医師は、医師の行為規範としては応召義務に服する一方、株式会社の役員や従業員としては株主利益の最大化原則といった行為規範に服する。そうすると、株式会社による病院経営を認めた場合、医師は、応召義務と株主利益最大化原則の二つの法規範の間で、板挟みとなる。また、株主利益

最大化原則が推し進められる一方で、医師の応召義務は規範として緩和される傾向にあるが、この場合、資力のない患者が治療から排除される等患者の利益保護の観点から課題が残る。

現行会社法においても、定款の目的に公益的事項を設定し、種類株式を利用して、剰余金の配当等に制限を設ければ、これらの課題に対応しつつ、一定程度の社会的需要に対応できるようにも思われる。しかし、構成員への利益の分配を目的とした会社と公益的な事業を行うことを目的とした会社を同一の法のもとに置くのは、株主のみならず、患者をはじめとする利害関係者の保護の見地から適切であるか疑問が残る。株式会社による病院参入を認める方向で考える場合には、一つの方向性として、イギリス等の社会的企業を参考に、現行の株式会社の規定の多くを準用しつつも、独自の制度を設けることも考えられる。

ただし、社会的企業による医療参入について、イギリスにおいては医療従事者の福利厚生等の観点から、課題が指摘されている。また、わが国においては、医療法の改正によって、医療法人の非営利性を徹底しつつ、ガバナンスを強化し、社会医療法人の制度を導入し、その業務範囲を拡大させ、医療法人債の発行を認めることによって、資金調達手段を多様化してきた経緯がある。医療法の改正前に設立された企業立病院が社会医療法人等へ移行する流れもみられる。そのため、少なくとも病院経営の文脈においては、既存の法人制度との整合性に加えて、新たにイギリスの社会的企業類似の制度を設け、病院の参入を認めるメリットが、それに伴うデメリットを上回るのか、会社法のみならず、持続可能な医療保障といった観点からも慎重な検討が必要とろう。また、本稿では比較法的な観点からも、十分な検討を行うことは出来なかったが、これらについては今後の検討課題としたい。

【付記】本稿は、「株式会社による病院経営の会社法上の課題」（企業経営研究22号）に紙幅の都合上掲載できなかった部分を加え、加筆修正したものである。

(1)　角瀬保雄「わが国の医療制度と医療法人制度の改革」経営志林 43 巻 4 号 (2007 年 1 月)1 頁。

(2)　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』(1996 年 11 月)、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 (中間報告)』(1996 年 11 月)、経済同友会『「医療先進国ニッポン」を目指して－医療改革のビジョンと医療サービス提供体制の改革―』(2004 年 4 月)。

(3)　構造改革特別区域とは、地方公共団体が当該地域の活性化を図るために自発的に設定する区域であって、当該地域の特性に応じた特定事業を実施し又はその実施を促進するものをいう (構造改革特別区域法 2 条)。

(4)　総合特別区域は、産業の国際競争力の強化及び地域活性化に関する施策の総合的かつ集中的な推進を図ることを目的として、総合特別区域法に基づいて創設されたものであるが、我が国の経済成長のエンジンとなる産業・機能の集積拠点の形成を目的とした国家戦略総合特区と地域資源を最大限活用した地域活性化の取組による地域力の向上を目的とする地域活性化特区に分けられる。

(5)　京都府・大阪府・兵庫県・京都市・大阪市・神戸市「関西イノベーション国際戦略総合特区申請書」10 頁：同「国際戦略総合特別区域計画」35 頁、155 頁：内閣官房地域活性化統合事務局「関西イノベーション国際戦略総合特区（申請書別表・規制の特例措置等の提案書等）への各府省からの意見について」7 頁。

(6)　構造改革特区制度の概要は、①地方が国に対し地域活動の阻害要因となり得る規制の特例措置を提案し、②国が関係省庁と協議の上、合意したものを規制緩和項目として地方に提示し、③地方は特定事業を活用する具体的な特区計画を国に申請し、認定を受け特定事業を実施する。④特区設置後、一定期間が経過したものは、社会的効果について政策評価が行われ、特段の弊害が生じないと評価されたものについては、規制元の法律が改正され国全体の規制改革につながる仕組みである。特区制度の概要について、大澤秀一「特区制度：地域活性化への取り組み」大和総研（2014 年 7 月 7 日）参照。

(7)　例えば、名島利喜「株式会社による病院経営―営利と非営利の間」三重大学法経論叢 27 巻 2 号 (2010 年 3 月)19 頁以下、新田秀樹「医療の非営利性の要請の根拠」『社会保障改革の視座』（信山社・2000 年）64 頁以下。本稿は、これらの先行研究に負うところが大きい。

(8)　会社法は、2016 年、2019 年にも改正されているが、本稿との関係では、論ずる意味があまりないと思われるので触れない。

(9)　林良平他編筆『新版･注釈会社法（2）総則（2)』（有斐閣･1991 年）〔林良平〕191 頁。

(10)　石井照久編筆『註解株式会社法　第 1 巻　設立』（勁草書房・1953 年）65-66 頁。上柳克郎他編『新版・注釈会社法 (1)』(谷川久)(有斐閣・1985 年)38 頁。

(11)　前掲註 9 林)191 頁。

(12)　松本烝治「公益法人､営利法人の類別」法学協会雑誌 22 巻 1 号 (1904 年)57 頁。「営利法人の観念」法学協会雑誌 28 巻 3 号（1910 年）366 頁以下。営利社団に関する

分類については、稲庭恒一「会社の「営利性」について」『現代企業法の理論』（信山社出版・1998 年）122 頁以下、松井秀樹「新・会社法における会社の営利性」中央学院大学法学論叢 21 巻 1 号（2007 年）30 頁以下、稲庭恒一「会社の「営利性」について－再考－」『会社法学の省察』（中央経済社・2012 年）27 頁以下を参考とした。

(13) 前掲註松本 (1910 年)367-368。

(14) 前掲註 12 松本 (1910 年)373 頁。今井宏他編筆『注釈 株式会社法 (上)』〔今井宏〕（有斐閣・1984 年）4 頁。利益分配説に立ちつつも、営利法人と商事会社を区別し、営利法人は商業を兼ねることができず、会社は商業の他に非商業を兼ねることはできないとする見解もあったが（松波仁一郎『日本会社法 終』（有斐閣・1890 年）48 頁以下）、一般的には営利事業説において、定款に営利事業を標榜すれば実質公益事業ないし非営利事業の経営もなしうると解されていた。これに対し、事業目的基準説からは、対外的に獲得した利益のすべてを公益事業に寄附しても営利目的に反しないとする見解のほか、営利性と公益性は別次元であり学校や病院の経営といった公益に関する営利事業を営むことができるとする見解等があったが、収益のない公益事業を遂行することは許容されるかといった観点から理論的な問題が指摘されていた。前掲註 12 稲庭 (2012 年）31-33。

(15) 前掲註 12 松本 (1910 年)373 頁。

(16) 例えば「社会福祉への出資並びに永勤退職従業員への扶助、会社及び業界利益のための出費並びに政治献金」という目的は、営利目的を欠くため、登記できないものとされていた。前掲註 12 松井）42 頁。もっとも、改正前会社法においても、予備校の経営、病院経営等をする会社の設立登記申請は認められると解されていた。江頭憲治郎編『会社法コンメンタール 1』（商事法務・2008 年）〔江頭憲治郎〕86 頁。

(17) 前掲註 14 今井)4 頁、大隅健一郎『全訂 会社法論 上巻』（有斐閣・1954 年）17 頁。定款に営利事業をその目的として標榜する限り、実質上は非営利事業または社員の経済的協力を行っていても会社たることを妨げないとする。

(18) 倉沢康一郎「営利社団法人の意義」『会社法の理論』（中央経済社・1979 年）5 頁。初出は、慶應義塾大学法学研究 44 巻 2 号 (1971 年)207 頁以下。倉沢康一郎『会社法以前』（慶応義塾大学法学研究会・2003 年）26 頁以下。

(19) 前掲倉沢 (1979 年）23-24 頁。

(20) 能見善久「公益的団体における公益性と非営利性」ジュリスト 1105 号（有斐閣・1997 年 2 月）53 頁。

(21) 前掲能見）53 頁。

(22) 来住野究「法人の営利性」『商法の歴史と理論』（新青出版・2005 年）228 頁。

(23) 2005 年会社法改正以前に、松本説と同様に営利分配説を採用していたものとして、例えば、田中耕太郎『会社法概説』（岩波書店・1926 年）5-6 頁、鈴木竹雄『新版・会社法　全訂第 1 版』（弘文堂・1954 年）14 頁、前掲註 17 大隅）4-5 頁、前掲註

14 今井)4 頁他。

(24) 石井照久編筆『注釈 株式会社法 第 1 巻 設立』（勁草書房・1953 年）65-66 頁。

(25) 公益法人改革関連三法とは、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（平成 18 年法律第 48 号）「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（平成 18 年法律第 49 号）「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成 18 年法律第 50 号）の総称である。

(26) 営利法人である会社は準則主義で設立されるのに対し、公益法人の設立は許可が必要であり、中間法人については個別の立法による承認が必要とされた背景には、資本主義の初期段階の国家においては、前近代的共同体や封建反動の政治連合を排除する必要がり営利法人以外の法人を認めたがらなかったためであるといわれる。しかし、戦後の日本国憲法の下、資本主義下の体制的弱者による協同体活動が盛んになってきていることが指摘されていた。岩崎稜「商法の適用範囲と商人概念」『戦後日本商法学史所感』（新青出版・1996 年）106-107 頁。また、営利法人によってもたらされる弊害は経験上明らかであり、これを防ぐには、規定を作っておけば官庁の干渉を必要としないとしつつも、何が公益かについては、事前に国の判断を必要とするのは「公益法人国家独占主義」であるとする批判があった。星野英一『民法のすすめ』（岩波書店・1998 年）96 頁。

(27) 公益法人制度改革に関する有識者会議『報告書』(2004 年)3 頁。

(28) 「民間が担う公益」をわが国社会・経済システムの中で積極的に位置づけ、その活動を促進するとともに、公益法人について指摘される諸問題に適切に対処する観点から、公益法人制度を抜本的に見直すことにしたものである。新公益法人制度改革研究会編筆『一問一答公益法人関連三法』(商事法務・2006 年)3 頁。

(29) 江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法体系 1 会社法性・会社概論・設立』(葉玉匡美)110-111 頁。

(30) 宮島司『新会社法エッセンス〔第 4 版補正版〕』(弘文堂・2015 年)7 頁。

(31) 前掲註 12 松井）38-39 頁。

(32) 相澤哲編筆『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』(商事法務・2009 年)23 頁。

(33) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール 1』（商事法務･2008 年）〔江頭憲治郎〕85 頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第 7 版〕(有斐閣・2017 年)22 頁、落合誠一「会社の営利性について」『企業法の理論 (上)(江頭憲治郎先生還暦記念)』(有斐閣･2007 年)21 頁。弥永真生『演習会社法〔第 2 版〕』（有斐閣・2006 年）2-3。神作裕之「一般社団法人と会社」ジュリスト 1328 号（有斐閣・2007 年）38-40。ただし、2005 年改正会社法によって営利性の内容が変化し、利益分配要素が大幅に希薄化されたとする見解もある。前田重行「株式会社法における会社の営利性とその機能」『企業法の変遷』（有斐閣・2009 年）418 以下。

(34) 前掲註落合)23 頁。前掲註 28 新公益法人制度改革研究会)31 頁。前掲註 7 名島)21 頁。もっとも、このような見解に対して、一般法人の事業目的に制限はなく、株式会

社においても営利性の概念を広く解することができ、そもそも主たる事業目的に非営利事業を掲げることを禁止すべき決定的根拠は乏しいことから、非営利事業を定款記載の事業目的とすることで、会社制度と一般社団法人制度とが完全に重複・競合する事業領域が相当程度拡大していることから「一般社団法人とは会社である」とする見解もある。内田千秋「会社法としての一般社団（財団）法人法」『民法理論と企業法制』（日本評論社・2009 年）59 頁以下。

(35) 昭和 45 年 6 月 15 日医発第 693 号福岡県知事あて厚生省医務局長回答。

(36) 平成 5 年 2 月 3 日総第 5 号･指第 9 号（平成 24 年 3 月 30 日医政総発 0330 第 4 号･医政指発 0330 第 4 号最終改正）各都道府県衛生主管部 (局) 長あて通知。

(37) 剰余金の配当の可否は、株式会社と医療法人の根本的な違いである。川口恭弘「医療法人と株式会社」同志社法学 60 巻 7 号 883 頁。

(38) 前掲註 7 新田 (2000 年)64-65 頁。もっとも、この規定は当初は、営利目的の病院による質の悪い医療から患者を保護するためのものではなかったといわれる。我が国独自の自由開業医制度の下、開業医自身が経営の合理化を進めた結果、都市部における病院の過当競争、地方の無医地区の増加という弊害が生じ、これに対する批判勢力として、非医師経営の実費診療所や医療利用組合が発展した。これに対して、開業医・医師側は、既得権益を保持するという政治的目的で、この規定を設けたといわれる。同)68-69 頁。

(39) 逆に、施設の使命を達成することができると認められる場合は、許可が与えられる場合があるとする。野田寛『医事法中巻〔増補版〕』(青林書院･1994 年)250 頁。医療の非営利性の根拠の整理については、前掲註 7 新田 (2000 年)72 頁以下を参考とした。

(40) 磯崎辰五郎＝高島學司『医事・衛生法〔補訂新版〕』(有斐閣・1985 年)230 頁。

(41) 遠藤久夫「医療と非営利性」田中滋他編筆『医療制度改革の国際比較』（勁草書房･2007 年）52 頁以下。

(42) 前掲註 7 新田 (2000 年)76-91 頁。

(43) 北川豊「2025 年に向けたき企業立病院の経営戦略に関する一考察」商大ビジネスレビュー 4(2)(2014 年 9 月)105 頁。1990 年には全国に 85 病院あったが、2012 年 10 月 1 日には 62 病院に減少している。

(44) 前掲註 9 林)〔川村俊雄〕500 頁。

(45) 昭和 25 年 8 月 2 日厚生省発医第 98 号各都道府県知事あて厚生事務次官通達。

(46) 前掲註 51 野田)338-340 頁。

(47) 佐々木克典他編筆『医療法人の法務と税務〔第 4 版〕』（法令出版・2019）2 頁。

(48) 昭和 25 年 8 月 2 日厚生省発医第 98 号各都道府県知事あて厚生事務次官通達。

(49) 前掲註 39 野田)340-342 頁。

(50) 東京地裁判決昭和 37 年 5 月 23 日 (行裁例集 13 巻 5 号 856 頁)。（旧）は著者が加筆した。

(51) 医療法人制度についての医療法の改正の沿革について詳しくは、前掲註 47 佐々木)

２頁以下。

(52) 前掲註 28 新公益法人制度改革研究会)18 頁。

(53) 前掲註 7 名島)26-27 頁。

(54) 詳しくは、佐々木克典著『メディカルサービス法人をめぐる法務と税務』(清文社・2018 年)。

(55) ①医療関係者の養成又は再教育、②医学または歯学に関する研究所の設置、③診療所 (医療法 39 条 1 項) 以外の診療所の開設、④疾病予防のために有酸素運動を行わせる施設の設置、⑤疾病予防のために温泉を利用させる施設の設置、⑥①～⑤に掲げるほかの保健衛生に関する業務、⑦厚生労働大臣が定める第一種・第二種社会福祉事業、⑧有料老人ホームの設置。詳しくは下記 URL 参照〔https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000207159.pdf〕。

(56) MS 法人によって実施されている事業の例としては、医薬品卸売業、医療用機械器具卸売業、配達飲食サービス業、認知症老人グループホーム・老人福祉・介護事業、各種物品賃貸業、不動産賃貸借・管理業、リネンサプライ業、食堂・レストラン、経営コンサルタント業、各種商品小売業、清掃業、一般常用旅客自動車運送業、労働者派遣業、理容業・美容業、生命保険媒介行・損害保険業が挙げられる。前掲註 54)4 頁参照。

(57) 内閣府総合規制改革会議「アクションプラン実行 WG 第 6 回議事録」(2003 年 4 月 22 日)〔下記 URL 参照：https://www8.cao.go.jp/kisei/giji/03/wg/action/06/gaiyo1.html〕。

(58) 東京地判平成 26 年 10 月 12 日。東京地裁は徳洲会グループの元事務総長に懲役 3 年執行猶予 4 年（求刑 : 懲役 3 年）の有罪判決を言い渡した。なお、控訴するも棄却されている。東京高判平成 27 年 9 月 28 日。

(59) 第 185 回国会衆議院厚生労働委員会第 11 号 (2013 年 11 月 29 日)。

(60) 平成 24 年 3 月 30 日医政発 0330 第 4 4 号厚生省健康政策局総務課長各都道府県衛生主管部 (局) 長あて通知。

(61) 厚生労働大臣の定める社会医療法人が行うことができる収益業務として、下記 URL 参照〔https://www.mhlw.go.jp/content/000307413.pdf〕。

(62) ①高度医療を提供する病院又は診療所の構造設備及びその有する人員が、医療法の規定に基づく厚生労働省令、都道府県の条例で定める要件に適合すること、②申請に係る範囲の高度医療を提供するために必要な厚生労働省令で定める基準に適合すること、③株式会社の営む病院又は診療所事業の経理が、他の事業の経理と区分して整理されていることが必要である（18 条 1 号－ 3 号）。

(63) 開設の許可を受けた株式会社が開設する病院・診療所については、健康保険法 65 条の規定にかかわらず、保険医療機関の指定は行わず自由診療のみとされる (特区 18 条)。高度な医療かつ自由診療の適正な提供を担保するため、開設者・管理者に対する規制・監督のみならず、病院開設会社には、医療法人に関する監督規定のうち、事業報告書の届出、報告徴収・立入検査、法令等の違反に対する措置、

弁明の機会の付与、罰金の規定が準用される（同条 4 項）。医療法では、患者と医療機関との情報の不均衡が大きいことから、広告できる事項を客観的で検証可能な事項に限定することとされるが（医療法 6 条の 5）、病院等開設会社が開設する病院又は診療所に関しては、厚生労働省令で定めるところにより高度医療を提供している旨を広告することができるとされる（特区法 18 条 5 項）。

(64) 平成 27 年 8 月 28 日医政発 0828 第 11 号都道府県知事あて通知。

(65) この問題について指摘した先行研究として、前掲註 7 新田参照。

(66) 例えば、近藤光男他、神戸大学企業立法研究会「信頼理論モデルによる株主主権パラダイムの再検討〔Ⅰ〕」商事法務 1866 号 (2009 年)7-8 頁。

(67) 落合誠一「新会社法講義第 5 回 第 2 章 株式会社法の基本的特色 (2)」法学教室 311 号（2006）30 頁。

(68) 落合誠一「企業法の目的―株主利益最大化原則の検討―」岩村正彦ほか編『岩波講座・現代の法 7・企業と法』岩波書店 (1998 年) 5 頁。

(69) 落合誠一「敵対的買収における株主とステークホルダー利益の対立問題」経営戦略研究 7 巻 (2006 年)11 頁。

(70) 前掲註落合)12-14 頁。

(71) 前掲註落合)13-15 頁。

(72) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール 1』（商事法務･2008 年）〔江頭憲治郎〕86 頁。江頭憲治郎『株式会社法〔第 7 版〕』(有斐閣・2017 年)23 頁。

(73) 畠田公明「会社の目的と社会的責任の法理論に関する総論的考察」『会社の取締役の義務・責任 − CSR をめぐる法的考察―』（中央経済社・2014 年）52 頁。このような流れに対して、著者は、米国の利害関係医者制定法を参考として、忠実義務の規定に利害関係者に対する考慮を義務付けるべきであると主張する。同 57 頁。

(74) 会社の業績が悪化している状況において、社会貢献として寄付行為を行った会社の役員が、裁量権を逸脱して、善管注意義務・忠実義務に違反するとして、会社に対する損害賠償が認められた事件として、熊谷組政治献金事件。名古屋高金沢支判平成 18 年 1 月 11 日。なお、最決平成 18 年 11 月 14 日は上告を棄却した。

(75) 条文の「公衆衛生の向上及び増進」「国民の健康な生活を確保」の文言は、憲法 25 条の文言と連動しており、戦後における医師の任務を読み取れる。唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店・1970 年）307 頁。

(76) 詳しくは、三上八郎「診療契約強制（応召義務の）系譜的・機能的再検討」北大法学論集 52 巻 4 号 133 頁以下；岩田太他『医療を取り巻く状況の変化等を踏まえた医師法の応召義務の解釈に関する研究について』厚生労働行政推進事業費補助金研究報告書。

(77) 前掲註三上）136-149 頁。前掲註 7 新田 (2000)94-95 頁。

(78) 菊池馨実『社会保障法』（有斐閣・2014 年）308-309 頁。

(79) 平沼直人『医師法―逐条開設と判例・通達』（民事法研究会・2019 年）123 頁。東京地判昭和 56 年 10 月 27 日判タ 460 号 142 頁、名古屋地判昭和 58 年 8 月 19 日〔判

時 1104 号 107 頁；判タ 519 号 230 頁〕。

(80) 千葉地裁判昭和 61 年 7 月 25 日。同様の見解に立つものとして、神戸地裁平成 4 年 6 月 30 日。

(81) 昭和 30 年 8 月 12 日医収第 755 号厚生省医務局医務課長回答。

(82) 東京高判昭和 47 年 11 月 30 日。

(83) 昭和 24 年 9 月 10 日医政発第 725 号各都道府県知事あて厚生労働省医務局長通知。

(84) 前掲註 63 岩田）3 頁。

(85) 令和元年 12 月 25 日医政発第 4 号各都道府県知事あて厚生労働省医務局長通知。

(86) 前掲註 7 新田（2000 年）96-107 頁。

(87) 米国の営利企業によって運営される病院においては、既に同様の弊害が見られる。遠藤久雄「医療と非営利性」田中滋他編著『保健・医療提供制度』（勁草書房・2006 年）68 頁以下。米国の民間部門による医療提供の弊害について指摘した文献として、李啓充『市場原理に揺れるアメリカの医療』（医学書院・1998 年 10 月）他。

(88) 株式会社病院について直接言及したものではないが、過剰診療等の問題について扱ったものとして、NHK 取材班『病院ビジネスの闇』（宝島社・2012 年）。

(89) 「医療における株式会社参入に対する日本医師会の見解」(2009 年 12 月)、日本医師会「特区の現状と課題および対応について」(2014 年 3 月)10 頁以下。日本医師会によれば、株式会社による病院経営の参入を認めた場合、利益確保を主目的として安全性、有効性が十分に担保されない自由診療を行うことによる国民の不利益や、高額な自由診療を受診できるものとできない者が生じ医療格差が生ずる。自由診療部分が高額に設定されれば、患者は負担を少しでも減らそうと混合診療の解禁を要望し、混合診療が解禁されると自由診療部門は民間医療保険によって担われるが、国民医療費削減の要請もあり、公的医療保険の範囲が縮小に繋がるとする。

(90) 塚本一郎「イギリスにおけるソーシャル・エンタープライズの動向」塚本一郎他編筆『ソーシャル・エンタープライズ』（丸善・2008 年）38 頁。

(91) 西村万里子 = 山下智佳「医療・社会福祉分野のソーシャル・エンタープライズ－日英の事例を通じて－」（丸善・2008 年）108 頁。

(92) DH, Welcoming social enterprise into health and social care: A resource pack for social enterprise provide and commissioners” 下記 URL 参照〔file:///C:/Users/fujit/Downloads/DH_072927%20(1).pdf〕

(93) 小島愛「先進的病院経営による社会的企業への志向－イギリス・プライマリーケア市場の拡大」立命館経営学 47 巻 3 号 (2008 年 9 月)85 頁以下。

(94) DT, “Social Enterprise: A strategy for Success” (Jul.2002) at 7. 下記 URL 参照〔https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20050301215355/http://www.sbs.gov.uk/content/socialenterprise/documenta.pdf〕
13 頁において、社会的企業による医療システムへの参入について言及される。

(95) 下記 URL 参照

〔http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/pdfs/ukpga_20040027_en.pdf〕

(96) 下記 URL 参照
〔http://www.legislation.gov.uk/uksi/2005/1788/pdfs/uksi_20051788_en.pdf〕なお CIC 規則は 2014 年に一部改正された。

(97) 高橋真弓「営利社団法人形態における社会的企業の法的課題 (2・完): 英米によるハイブリッド型法人の検討と日本法への示唆」一橋法学 15 巻 3 号 (2016 年 11 月)19-73 頁。

(98) 2006 年会社法については下記 URL 参照
〔http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf〕。邦語訳として、イギリス会社法制度研究会『イギリス会社法－解説と条文－』（成文堂・2017 年）参照。

(99) 石村耕治「イギリスのチャリティと非営利団体制度改革に伴う法制の変容」白鷗法学 21 巻 2 号 (2015 年 3 月)199 頁。

(100) 杉浦保友「イギリス新会社法の下での取締役によるステークホルダー利益考慮義務」『EU スタディーズ 4　企業の社会的責任』(勁草書房・2007 年)197 頁以下。ESV アプローチは、株主利益最大化論の（微）修正を目指すものか、ステークホルダー論へと繋がるものかは、イギリスにおいて、理解が解れる。大杉謙一「会社は誰のものか―株主利益最大化と短期主義批判、会社の社会的責任 (CSR) に関する覚書」『商事法の新しい礎石－落合誠一先生古稀記念』(有斐閣･2014 年)14 頁。

(101) 172 条は、取締役は会社の事業の成功をもたらす可能性の最も高いと誠実に判断する方法で行動しなければならないとした上で、その目的実現のために、一定の意思決定がもたらす可能性のある長期的な影響 (a)、労働者の利益 (b)、供給業者・顧客その他の事業上の関係を強化する必要性 (c)、会社の事業が地域社会および環境に与える影響 (d)、高い事業活動上の評価を維持することの妥当性 (e)、構成員 (members) を平等に扱う必要を考慮しなければならないと規定する。

(102) なお、米国においても、LLC 等の既存の営利法人形式をベースにして、社会的に企業に特化した組織形態が摸索されており、①低利益有限責任会社 (low-profit limited liability company) 、②ベネフィット・コーポレーション (benefit corporation) 、③社会目的会社 (Social Purpose Corporation) 、④公益会社 (public benefit corporation) 等がある。

(103) 銀行等は、株式会社形態で参入することが義務付けられているのは、株式会社は公共性の高い業務を安定的・継続的に行うための最も適切な企業形態であるからといわれる（銀行 4 条の 2 参照）。前掲註 49 川口)875 頁。

(104) イギリスの会社 (company) が非営利事業を行いうるのは当然とされているが、社会的企業制度を導入し、その旨を明示することで、ブランディングするとともに、株主や利害関係者の保護を図っている。

(105) 柏木恵『英国の国営医療改革』（日本評論社・2014 年）133 頁。これについては、わが国においても、一定の範囲内で利益の分配を認めた場合、その部分について

も公的保険でカバーすべきか、結果として、かえって国民医療費の増大に繋がらないか検討する余地があろう。

（106）前掲註 43 北川)105 頁。