

(7)診療結果報告義務としての説明義務、(i)療養指導義務としての説明義務、(ii)転医勧告義務としての説明義務が考えられる〔菅野(2001)124頁〕¹⁵。(c)・(7)診療結果報告義務としての説明義務は、民法第656条により準用される民法第645条に基づく義務である。

(c)・(i)療養指導義務としての説明義務と(d)療養指導義務は、医師法第23条に基づく公法上の義務であり、医師がこれらのことをなさねばならないことは間違いない。しかし、これらの義務が医療契約から生じる義務であるかについては考える余地がある。菅野(2001)は、「患者側は当然に右の療養指導をも含めたよい医療サービスを欲して契約したのであるから、療養指導義務は医療契約上の義務でもあると解すべきである。」〔125頁〕と述べる。医師は「医療及び保健指導を掌る」(医師法第1条)のものであり、患者が医師に療養指導を受けることを期待するのはもっともなことである。しかし、「医師と患者の間に契約関係の存在は認めても、その契約から、診断と治療と説明の義務(債務)が発生するというのは、明らかにフィクションである。(中略)これらは、契約の有無にかかわらず、医師として当然に負う義務を列挙しているに過ぎない。(中略)誰が当事者であっても医師と患者の間に必ず発生する義務は、当事者が契約によって発生させているのではなく、社会が義務として負わせているものである。そのような義務は、(中略)客観的なルールあるいは法であって、当事者が定めたルールではないことを率直に認めるべきである。」〔樋口(1999)108頁〕との指摘もある。

医療契約から生じる診療義務に付随して挙げられる義務のうちどこまでが医療契約から生じる義務なのかを確定することは、困難である。医療の高度化と専門化が進み、かつては助からなかったような患者を助けることができるようになり、かつては発見し治療することができなかったような疾病を治療することができるようになるにつれて、医療契約の内容も複雑化してきているように思う。内田(2004)は、医療契約に限定しているわけではないが、次のように述べている。「信義則のような一般条項を媒介に、下級審裁判例を中心に形成されている新たな契約上の義務のうち、情報提供・助言義務もまた、損害賠償責任の根拠としてしばしば援用されている。(略)もしこれらの拡大した義務を契約責任に取り込もうとすると、契約上の債権・債務の発生根拠を当事者の意思に求める伝統的な契約法理論からはかなりの無理が生じることになる(略)。それは、伝統的な契約観を揺るがすような理論的変革をもたらしかねない」〔137頁〕。医療契約とは何かということは実は非常に難しい問題であり、その限界についての考察は他日を期すほかないが、(c)・(i)療養指

合理的患者説(合理的患者が重要視する情報を説明すべきであるとする説)、具体的患者説(個々の患者が重視する情報であることを医師が予見可能である場合に説明すべきであるとする説)、合理的患者説と具体的患者説の折衷説などに学説が分かれている(野田(1987)441頁、金川(2002)107-108頁)。

¹⁵ 説明義務の類型には、諸説ある。このほか、患者の承諾の前提としての説明義務以外に、(i)療養指導義務としての説明義務と(ii)転医勧告義務としての説明義務の2つを挙げる説〔金川(1988)51頁〕、説明義務を、承諾の有効要件としての説明義務と、結果回避義務としての説明義務に分け、多数説では、結果回避義務としての説明義務の中に(i)療養指導義務としての説明義務と(ii)転医勧告義務としての説明義務の2つが含まれると述べた説〔野田(1987)441頁〕もある。

導義務としての説明義務と(d)療養指導義務については、前田(1999)が医師法第 19 条第 1 項の応招義務の私法上の効果について述べたことが参考になる。「医師法一九条一項は「基本権保護型公序」であり、「医師法一九条一項が保護しようとする利益は単に不特定多数者の一般的公益のみならず個々人の個別的利益でもあり、その個別的利益が医師の本条項違反によって害されたとき、その賠償を必要とするならば、私法も動員され得る」という指摘〔112 頁〕である。(c)・(i)療養指導義務としての説明義務と(d)療養指導義務も、医師法第 19 条第 1 項について述べられたことと同様、「個々人の個別的利益」でもあると考えられる。

(h)診療録の記載・保存義務と(i)証明文書等の交付義務は、これらと同様、医師法「第四章 業務」で規定されており、医療契約から生じる医療機関側の義務の具体的な内容に含まれる余地はあると考えるが、医療契約から生じる義務の限界領域に属するものと思われる。

それでは、(c)－(i)転医勧告義務としての説明義務と(e)転医の義務は、医療契約から生じる医療機関側の義務の具体的な内容に含まれるだろうか。転医については、公法上の義務として、保険医療機関及び保険医療養担当規則第 16 条で「患者の疾病又は負傷が自己の専門外にわたるものであるとき」や、「診療について疑義があるとき」に転医等の措置を講じなければならないことが規定されている。しかし、(a)診療義務のところで述べたとおり、医師は「診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準」で診療を行わなければならないから、専門外であるなどの理由によりこの水準の診療を施せない場合には、医療契約から生じる義務としても、転医に関する義務が生じると考える。

しかし、これまでの転医に関する義務は、劇的な症状がおさまらないまま自分の所でみきれずに転医・転院させる場合のみを想定していたと言える。近年では、これまでの転医に関する義務の枠に収まらない医療資源の有効活用を考えた政策としての転医・転院も行われるようになってきており、これをどのように考えればよいかが問題となるが、これについては節を改めて考える。

医療契約から生じる医療機関側の義務としてほかに挙げられていたのは、(f)安全管理義務と(g)受取物等返還義務である。このうち(g)受取物等返還義務は、民法第 656 条により準用される民法第 646 条に基づく義務である。また、(f)安全管理義務は、医療契約のうち、患者が入院する場合に診療契約とは別に締結されると考えられる入院契約¹⁶に関連して病院開設者に課される義務だと言える¹⁷。

以上が医療契約の法的性質と内容についての概観であるが、次に、継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合について、これらに照らして考察する。

¹⁶ 入院契約の内容については、「患者の病状に応じた治療行為を行うとともに、その入院生活を通して、その病状に注意を払い自殺、自傷等不慮の事故を防止するため、最善の看護行為を行うこと」だとする裁判例がある（福岡地判昭和 51 年 11 月 25 日・判時 859 号 84 頁）。

¹⁷ 患者の安全を配慮すべき義務は、「入院契約上の付随義務ではなくして、その本来の義務と解すべきであろう。」との指摘もある〔野田(1987)402 頁〕。

4. 継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の考察

(1) 継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の連携・引継ぎの重要性

劇的な症状がおさまらないまま自分の所でみきれずに転医・転院させる場合に連携・引継ぎが重要であることは言うまでもない。総合病院内での連携不全が問題になった浦和地判平成4年3月2日・判タ781号196頁（裁判例49）¹⁸は、このような場合の連携・引継ぎの重要性を示す一事例であると言える。金川(2002)は、①患者の疾患が自己の専門外か、自己の臨床経験ないし診療設備によっては、その患者の疾病改善が困難であること、②患者の一般状態が転医のための搬送に耐えうるものであること、③地理的環境的要因として、患者の病状との関連で、搬送可能な地域内に適切な設備・専門医を配置した診療機関があること、④転医により、その患者の疾病改善の見込みがあること、ないし患者に重大な結果回避の見込みがあることの要件を比較考量して転医勧告を行うべきだとするが〔115頁〕、近年では、このような場合に当てはまらない、医療資源の有効活用を考えた政策としての転医・転院も行われるようになってきている¹⁹。

例えば、救急車で搬送されて脳梗塞の診断で入院した後、転院を重ね、最初入院した病院から5ヵ所目の病院で亡くなった東京都在住の79歳の男性の事例〔大和田(2005)30-31頁〕（以下、「本件事例」とする。）は、これに該当するだろう。本件事例の場合、転院に際してケースワーカーは転院先の病院を提示しており、「それぞれの病院はその機能に応じ、十分な治療を施しており、その場所々だけを取り上げればきちんとした医療を行っていた。」〔大和田(2005)36頁〕とされる。本件事例は、最初の入院先である救急病院に2週間程度入院した後、療養型病院（2ヶ月程度入院）、慢性期リハビリテーションが行えないリハビリテーション病院（入院期間不明だが、短期間の入院だと思われる。）、慢性期リハビリテーションが行えるリハビリテーション病院（3ヶ月程度入院）の順に転院し、悪化する可能性のある持病を持っているということで有料老人ホームへの入所を断られた後、リハビリテーシ

¹⁸ 耳鼻科系統の疾患が疑われたのに同一病院内の耳鼻科を紹介されずにいるうちに、蝶形洞のう胞（鼻の奥に膿がたまる病気）により左眼失明に至った患者が、医療法人に対し、債務不履行に基づく損害賠償を請求した事例。総合病院に診療契約上の債務の不完全履行があるとされた。確定。この事例では、同じ総合病院内の脳神経外科医3名、耳鼻咽喉科の医師1名、眼科の医師少なくとも1名が関与したが、各医師が患者の頭部レントゲン写真の映像や患者の症状に強い関心を示すことはなく、昭和60年4月4日の時点で蝶形洞のう胞が発症していたにもかかわらず、同年6月9日に左眼の視力が急速に低下するまで各科の連携がとられることはなかった。3科の担当医師の協議の結果、被告病院では手に負えないということになり、昭和60年6月10日ないしは11日に患者は大学付属病院に転院して手術を受けたが、左眼失明に至った。

¹⁹ この点に関して、これまでも次の指摘があったことを述べておきたい。「医療水準には、医学的側面のみならず、医療制度的側面（各科協力体制などを含めて）もあることに注意しなければならない。（中略）各科協力義務や転医義務が成立する前提として、まずプライマリ・ケアの確立をはじめとして、それぞれの医療施設における組織医療（各科協力体制）のみならず、全国的な組織医療、すなわち診療所、一般病院、大病院さらに専門病院などの有機的連携を必要とするが、わが国においては、この側面は医学的側面に比し遅れていたといえよう。（中略）最近の医療法改正によって設けられた「医療計画」の文字通りの実現を期待したい〔野田(1987)446頁〕。

ョンのない療養型病床群に転院し、そこで衰弱して死亡するという結果に至っている。適時に症状に合ったリハビリテーションを受けられなかったことと、患者とその家族の生活状態に合った入院経過では必ずしもなかったこと²⁰が、満足な結果を得られなかった原因になったと思われる。

救急病院の役割に関しては、初期救急医療「施設の役割は、初期の症状の患者を診察し将来重篤な疾病に発展する可能性があるか否かを判断し、治療を行うか後方病院に迅速に転送するかなどの適切な措置を講ずることにある」と述べた裁判例がある（東京地判昭和 59 年 5 月 8 日・判タ 535 号 285 頁（裁判例 31）²¹）。とりわけ迅速な対応が必要とされる救急病院では、患者の予後や患者とその家族の生活状態を考慮したきめ細やかな対応を行うのは困難だと言えるかもしれない。本件事例の場合、救急病院を退院した後、療養型病院ではなく回復期リハビリテーションを受けられる病院に転院できるか、いったん療養型病院に転院した後、速やかに回復期リハビリテーションを受けられる病院に転院できるなど、早期に、できれば自宅から遠すぎない場所でリハビリテーションを受けられていたら、入院が長期化することもなく、看病にあたった高齢の妻が腰を痛めることもなく、自宅で療養して回復という経路をたどることもできたかもしれない。「それぞれの病院はその機能に応じ、十分な治療を施しており、その場所々だけを取り上げればきちんとした医療を行っていた。」〔大和田(2005)36 頁〕としても、患者の予後や患者とその家族の生活状態を視野に入れた連携・引継ぎが行われなければ、患者にとって満足な結果を得られない。継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の連携不全是、劇的な症状がおさまらないまま自分の所でみきれずに転医・転院させる場合の連携不全に比べて裁判で争われることも少なく²²、その不備が見えにくい。しかし、継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の連携・引継ぎは、劇的な症状がおさまらないまま自分の所でみきれずに転医・転院させる場合の連携・引継ぎと同様に重要である。

²⁰ 最初の入院先の救急病院は自宅から遠く、その後の介護通院も重なって、男性が慢性期リハビリテーション病院に入院している段階で看病していた高齢の妻が腰を痛め、男性が自宅に帰れそうな状態になったときには妻が自宅へ引き取ることができない状態になっていた。

²¹ 脳内血腫等により死亡した患者の両親が、転送元の病院長及び担当医に対して不法行為に基づく損害賠償を請求した事例。必要な検査等のけ怠、転医等の措置の遅延に関する医師の過失は認められたが、死亡との間の因果関係が否定された。控訴（控訴審で和解）。

²² 本件事例とは状況が異なるが、継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の連携不全に関係する事例として、次の裁判例がある。東京地判平成 5 年 7 月 30 日・判タ 870 号 236 頁（裁判例 51）は、脳梗塞等の疑いにより入院し、約 1 ヶ月後にリハビリ専門の分院に転院した身体障害等級 2 級（その後進行して身体障害等級 1 級）の患者とその家族が、病院の医師に対し不法行為に基づく損害賠償を請求した事例で、リハビリ専門病院への転院前に一ヶ月間経過観察をした医師の措置に転医義務違反があったかどうかで争われた。同判決は、「医師には当該転医を行わしめるべきか否かを判断するために経過観察をすることが許されるべきであり、その範囲は、臨床医の実践的な医療水準を前提として当該疾病によって発症する結果の重篤性の有無・程度、当該診療方法の確立の程度、当該医療機関の右疾病に対する人的・物的体制の程度等を相関的に考慮することによって判断されるべきであり、医師の措置に「なんら不当な点は認められない。」と述べた。確定。

(2) 継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の連携・引継ぎの法的根拠

それでは、継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合の連携・引継ぎの法的根拠はどのように考えられるだろうか。先に述べたとおり、これまでの医療サービスの提供に関する規律や、医療保険とそれに基づく療養の給付に関する規律には、継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する場合に引継ぎを行うべきことを明確に定めた規定はない。また、私法上の関係である医療契約の内容について述べた本稿 3(2)に照らして考えても、委任された事務内容に、継続的な治療等を必要とする場合の患者の予後や患者とその家族の生活状態を視野に入れた連携・引継ぎまで含めて考えることは、困難だと言わざるを得ない²³。患者の予後や患者とその家族の生活状態を視野に入れた連携・引継ぎが行われなければ、患者にとって満足な結果を得られないと思われるが、医療法第 1 条の 2 第 1 項の「医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし、(中略) 医療の担い手と医療を受ける者との信頼関係に基づき、及び医療を受ける者の心身の状況に応じて行われるとともに」といった緩やかな規定はあるものの、そのような連携・引継ぎについて明確に定めた規定はなく、現状では、そうした連携・引継ぎは、専ら医療機関の良心に委ねられていると言える。

「良質な医療を提供する体制の確立を図るための医療法等の一部を改正する法律」(平成 18 年法律第 84 号)は、医療機関等の機能分担と連携を強く意識した内容になっている。同法による改正前の医療法第 1 条の 4 第 3 項と同第 4 項の間に、「病院又は診療所の管理者は、当該病院又は診療所を退院する患者が引き続き療養を必要とする場合には、保健医療サービス又は福祉サービスを提供する者との連携を図り、当該患者が適切な環境の下で療養を継続することができるよう配慮しなければならない。」という 1 項を加えることなどが盛り込まれており、継続的な治療等を必要とする患者が転医・転院する際の連携・引継ぎが意識されている。このような規定ができて、患者の予後や患者とその家族の生活状態まで視野に入れた連携・引継ぎが行われるかは、医療機関等の良心に委ねられる部分が大きいと言えるが、連携・引継ぎの配慮が法律に規定されたことは、明確な法的根拠がなかったこれまでの状況からは一歩前進したと言えよう。

²³ なお、入院契約の終了時期について述べた次の裁判例がある。「入院契約の目的は、病院側において、入院患者の症状を診察し、右症状が退院可能な程度まで回復するよう治療をなすことにあり、入院治療の必要の有無は医師の医学的、合理的な判断に委ねられ、(中略) 医師が当該患者に対し入院治療を必要としない旨の診断をなし、右診断に基づき病院から患者に対し退院すべき旨の意思表示があったときは、特段の事由の認められない限り、占有使用に係る病床を病院に返還して病室を退去し退院すべき義務がある」(東京地判昭和 44 年 2 月 20 日・判タ 235 号 235 頁)。

5. さいごに

医療機関等の連携や引継ぎは、近年、医療資源の有効活用を考えた政策としての転医・転院も行われるようになる中で、ますます重要になってきている。それぞれの医療機関がその機能に応じて十分な治療を行ったとしても、連携や引継ぎがうまくいかないことにより治療の効果が損なわれるならば、患者にとって不幸であり、医療供給体制にとっても大いなる無駄である。しかし、継続的な治療等を必要とする場合の患者の予後や患者とその家族の生活状態を視野に入れた連携・引継ぎについて明確に定めた規定はこれまでなく、患者の予後や患者とその家族の生活状態を視野に入れた連携・引継ぎが行われるかは、医療機関等の良心に委ねられる部分が大きいの。医療機関等の連携や引継ぎが求められる場面に変化が生じているにもかかわらず、それに対応する法整備が追いついていないと言える。今後は、患者の予後や患者とその家族の生活状態を視野に入れた連携・引継ぎが行われるような医療供給体制の構築を、法的な整備も含めて行っていくべきである。

参考文献

- 岩村正彦(2001)「社会保障法入門 第25講」自治実務セミナー40巻1号,10-12頁
岩村正彦(2002a)「社会保障法入門 第37講」自治実務セミナー41巻3号,12-15頁
岩村正彦(2002b)「社会保障法入門 第38講」自治実務セミナー41巻4号,11-13頁
岩村正彦(2002c)「社会保障法入門 第40講」自治実務セミナー41巻6号,11-17頁
岩村正彦・菊池馨実(2004)『目で見る社会保障法教材〔第3版〕』有斐閣
内田貴(2004)『民法Ⅲ 債権総論・担保物権[第2版]』東京大学出版会
内田貴(2000)『契約の時代』岩波書店
大和田潔(2005)「医療サービスの改善と医療費抑制効果の両立における「医療生活計画」並びに「医療情報伝達」の重要性」島崎謙治（主任研究者）『医療等の供給体制の総合化・効率化等に関する研究 平成16年度研究報告書』25-51頁
岡本祐三(1988)「「主体性の委託」にどう応える－医師・患者関係の基本構造とは」『モダンメディシン』17巻10号,37-39頁
尾澤恵(2005)「医療機関等の連携に関する法的検討－裁判例からみた転医・転院義務等に関する考察－」島崎謙治（主任研究者）『医療等の供給体制の総合化・効率化等に関する研究 平成16年度研究報告書』107-145頁
尾澤恵(2006)「患者の転医・転院に際する医療機関等の連携・引継ぎに関する一考察」島崎謙治（主任研究者）『医療等の供給体制の総合化・効率化等に関する研究 平成17年度総括・分担研究報告書』209-223頁

金川琢雄(2002)『医療スタッフのための実践 医事法学』金原出版

金川琢雄(1988)『診療における説明と承諾の法理と実情』多賀出版

菅野耕毅(2001)『[新版] 医事法の研究Ⅱ 医療契約法の理論〔増補新版〕』信山社

高嶋英弘(1987)「診療契約の特質と内容（一・二）－西ドイツの議論を中心に－」
民商法雑誌 96 巻 6 号,777-817 頁、97 巻 1 号,76-102 頁

野田寛(1987)『医事法（中）』青林書院

橋口賢一(2001)「診療契約の構造（一・二）－ドイツの議論を手がかりに－」同志
社法学 53 巻 1 号,75-113 頁、53 巻 2 号,156-195 頁

樋口範雄(1999)「医師患者関係と契約－契約と Contract の相違」棚瀬孝雄『契約法
理と契約慣行』弘文堂

藤本知彦(2001)「社会保険医療制度と診療契約の当事者」日本法学 67 巻 1
号,145-182 頁

前田達明(1999)「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会
『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第 3 巻』有斐閣

前田達明・稲垣喬・手嶋豊(2000)『医事法』有斐閣

吉田邦彦(2003)『契約法・医事法の関係的展開』有斐閣

表 1 検討裁判例一覧

No	裁判所名 (略称)及び 判決年月日	出典及び 巻・号・頁	参照条文	結果	医師の注 意義務違 反が認め られたも の	因果関係 が認めら れたもの	連携パター ン
1	神戸地判 昭 30.7.19	下民 6-7 -1519	民法 709 条	一部認容。	○	○	病院（転院 等を行われ ず。）
2	岐阜地判 昭 49.3.25	判タ 307-101	民法 709 条、 民法 710 条、 医師法 23 条	一部認容。 控訴。	○	○	病院→病院
3	長崎地判 昭 49.6.26	判時 748-29	民法 709 条、 医師法 23 条、 母子保健法 19 条	棄却。控訴。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）
4	東京地判 昭 51.2.9	下民 31-9～12 -1011	民法 415 条、 民法 644 条、 民法 656 条、 健康保険法 22 条、健康保 険法 43 条、 健康保険法 43 条の 8	一部認容。 控訴。	○	○	診療所→病 院→病院
5	福岡高判 昭 52.5.17	下民 28-5～8 -500	民法 709 条	控訴棄却。 上告。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）

6	静岡地判 昭 52.6.14	下民 31-9~12 -1052	民法 709 条、 民法 715 条、 医師法 23 条	一部認容。 控訴。	△（昭和 48 年 2 月 出生時の 担当小児 科医の眼 底検査義 務、説明義 務のみ肯 定。）	△（昭和 48 年 2 月 出生時の 担当小児 科医の眼 底検査義 務、説明義 務のみ肯 定。）	病院（転院 等を行われ ず。）
7	神戸地判 昭 54.3.28	判タ 387-128	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	一部認容。 控訴。	○	○	診療所（患 者自ら病院 を受診。）
8	名古屋高判 昭 54.9.21	高民 32-2-165, 下民 31-9~12 -1280	民法 415 条、 民法 709 条、 医師法 23 条	敗訴部分取 消（控訴 人）、請求棄 却（被控訴 人）。上告。	×	×	病院→病院
9	最三小判 昭 54.11.13	裁集民 128-97, 下民 31-9~12 -1543	民法 709 条	上告棄却。	×	×	病院（転院 等を行われ ず）
10	高松地判 昭 55.3.27	下民 31-9~12 -1346	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条、 民法 724 条、 医師法 23 条	一部認容。 控訴。	○	○	病院（転院 等を行われ ず。）
11	福岡地小倉 支判 昭 55.6.5	下民 31-9~12 -1412	民法 709 条	一部認容。 確定。	○	○	診療所⇔診 療所→病院
12	松江地判 昭 55.7.16	下民 31-9~12 -1418	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	一部認容。 控訴。	○	○	診療所→病 院
13	福岡地小倉 支判 昭 55.9.1	判タ 422-62	民法 709 条、 民法 715 条	棄却。控訴。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）
14	大阪地判 昭 55.12.20	判タ 429-72	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条、 医師法 23 条	一部認容。 控訴。	○	○	病院→病院
15	神戸地尼崎 支判 昭 56.6.12	下民 31-9~12 -1478	民法 415 条、 民法 644 条、 民法 709 条	一部認容。 控訴。	△（眼底検 査義務、転 医義務は 否定。説明 義務は肯 定。）	△（眼底検 査義務、転 医義務は 否定。説明 義務は肯 定。）	診療所（転 医等を行わ れず。）
16	東京地判 昭 56.10.27	下民 31-9~12 -1512	民法 709 条	棄却。控訴。	○	×	診療所→病 院

17	浦和地判 昭 57.3.12	判夕 469-230	民法 709 条、 民法 715 条	棄却。	×	×	病院→病院
18	最三小判 昭 57.3.30	裁集民 135-563, 下民 31-9~12 -1547	民法 709 条、 医師法 23 条	上告棄却。	×	×	病院→病院
19	佐賀地判 昭 57.5.14	判夕 477-186	民法 415 条、 民法 709 条	一部認容。 確定。	○	○	診療所→病院
20	和歌山地判 昭 57.5.19	判夕 474-216	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	棄却。控訴。	×	×	病院→病院 → 病院
21	最三小判 昭 57.7.20	裁集民 136-723	民法 709 条、 医師法 23 条	上告棄却。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）
22	岡山地判 昭 57.10.4	判夕 487-140	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条、 自賠法 3 条、 医師法 23 条	一部認容。 控訴。	×	×	病院→病院
23	大阪高判 昭 57.10.29	判夕 486-153	民法 415 条、 民法 709 条	控訴棄却。 確定。	○	○	診療所（患 者自ら病院 を受診。）
24	大阪高判 昭 58.2.9	下民 34-1~4 -83	民法 415 条、 民法 709 条	控訴棄却。 確定。	×	×	診療所→病 院→病院
25	高松高判 昭 58.2.24	判夕 501-217	民法 198 条、 民法 415 条、 民法 416 条、 民法 709 条、 民法 715 条、 医師法 1 条、 医師法 23 条、 旧民事訴訟法 198 条	取消。請求 棄却。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）
26	名古屋地判 昭 58.8.19	判夕 519-230	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条、 救急病院令 1 条、医師法 19 条	棄却。控訴。	×	×	病院→診療 所→病院
27	浦和地判 昭 58.8.29	判夕 516-172	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	棄却。確定。	×	×	病院→病院
28	福岡高判 昭 58.9.27	訟月 30-3-497	民法 415 条、 民法 709 条	控訴棄却。 確定。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）

29	名古屋地判 昭 58.9.30	判タ 519-221	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条、 医師法 19 条	棄却。	×	×	診療所（転 医等は行わ れず。）
30	東京地判 昭 58.12.21	判タ 526-221	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 710 条	一部認容。 控訴。	○	○	病院→病院
31	東京地判 昭 59.5.8	判タ 535-285	民法 709 条、 民法 715 条	棄却。控訴。 和解。	○	×	病院→病院
32	名古屋地判 昭 59.7.12	下民 35-5～8 -498	民法 415 条、 民法 418 条、 民法 643 条、 民法 656 条、 医師法 23 条	一部認容。 控訴。	○	○	診療所→病 院→病院
33	高知地判 昭 59.9.27	判タ 559-267	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	棄却。	×	×	病院→病院
34	新潟地判 昭 59.11.26	判タ 549-314	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	棄却。	×	×	診療所→病 院
35	大阪地判 昭 59.12.20	判タ 550-231, 553-231	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	棄却。	×	×	病院→病院
36	大阪高判 昭 59.12.20	判タ 549-305	民法 415 条、 医師法 23 条	原判決取 消、請求棄 却（甲事 件）、控訴棄 却（乙事件）	×	×	診療所（転 医等は行わ れず。）
37	福岡高判 昭 60.1.24	判タ 553-216	民法 709 条、 民法 715 条、 医師法 23 条	原判決取 消、請求棄 却。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）
38	札幌高判 昭 60.2.27	判タ 555-279	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	一部原判決 変更、一部 控訴棄却。 和解成立。	○	○	診療所⇔臨 床病理セン ター→病院
39	最三小判 昭 60.3.26	民集 39-2 -124	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	上告棄却。	○	○	病院→病院
40	千葉地判 昭 60.3.29	判タ 584-70	民法 415 条	棄却。	×	×	病院（転院 等を行われ ず。）
41	徳島地判 昭 60.7.3	判タ 576-83	民法 415 条、 民法 709 条、 医師法 23 条	棄却。控訴。	×	×	診療所（退 院 2 ヲ月 後、患者自 ら病院を受 診。）

42	千葉地判 昭 61.7.25	判タ 634-196	民法 709 条、 民法 715 条、 医師法 19 条	一部認容。 控訴。	△（病院の 不法行為 責任等が 認められ た。）	△（病院の 不法行為 責任等が 認められ た。）	診療所→病 院（満床を 理由に診療 拒否。）→診 療所
43	大阪地判 昭 62.5.8	判タ 663-178	民法 415 条、 民法 656 条、 民法 709 条	棄却。控訴。	×	×	診療所→病 院→病院→ 病院
44	京都地判 昭 62.12.11	判タ 664-134	民法 709 条、 民法 715 条	一部認容。 控訴。	△（原告 13 名中、昭和 51 年 12 月 出生の未 熟児につ いては医 師の責任 が肯定さ れた。）	△（原告 13 名中、昭和 51 年 12 月 出生の未 熟児につ いては医 師の責任 が肯定さ れた。）	病院（原告 により異な る。）
45	山口地下関 支判 昭 62.12.21	判時 1289 -134	民法 415 条、 民法 709 条	一部認容。 控訴。	○	×	病院→病院
46	東京地判 平 2.12.21	判タ 751-182	民法 415 条、 民法 709 条	認容。控訴。	○	○	診療所→病 院
47	横浜地川崎 支判 平 3.4.25	判時 1406-70	民法 709 条	一部認容。 確定。	○	○	診療所（転 医等は行わ れず。）
48	浦和地熊谷 支判 平 3.5.28	判タ 767-201	民法 709 条、 民法 715 条	一部認容。 控訴。	○	○	診療所→病 院
49	浦和地判 平 4.3.2	判タ 781-196	民法 415 条	一部認容。 確定。	○	○	病院→病院 →病院
50	奈良地判 平 5.6.30	判タ 851-268	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	一部認容。 確定。	○	○	病院→病院
51	東京地判 平 5.7.30	判タ 870-236	民法 709 条	棄却。確定。	×	×	病院→病院 （＊後方連 携）
52	浦和地判 平 5.7.30	判タ 841-201	民法 415 条、 民法 416 条、 民法 709 条	一部認容。 控訴。	○	○	病院→病院
53	広島高判 平 5.12.20	判タ 845-291	民法 415 条、 民法 709 条	変更。一審 原告の請求 棄却。控訴 棄却。確定。	×	×	病院→病院
54	大阪高判 平 6.3.8	判タ 867-211	民法 709 条、 民法 715 条	控訴棄却。 確定。	△（昭和 51 年 12 月出 生の未熟 児につい ては医師 の責任が	△（昭和 51 年 12 月出 生の未熟 児につい ては医師 の責任が	

					肯定された。)	肯定された。)	
55	福岡地判 平 7.1.20	判時 1558-111	民法 415 条、 民法 709 条	一部認容。 確定。	○	○	診療所→診療所
56	広島高判 平 7.2.22	判夕 902-154	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 719 条	控訴棄却。 上告。	△（開業医に注意義務違反の一部が認められ、入院先診療所の医師には注意義務違反は認められなかった。）	×	診療所→診療所→病院
57	横浜地判 平 7.3.14	判夕 893-220	民法 415 条、 民法 656 条、 民法 709 条	一部認容。 控訴。	○	○	診療所→病院→病院
58	最二小判 平 7.6.9	民集 49-6 -1499	民法 415 条、 民法 709 条、 旧民事訴訟法 185 条	破棄差戻。	×	×	病院（転院等は行われず。）
59	神戸地姫路 支判 平 8.9.30	判夕 942-205	民法 709 条	一部認容。 控訴。	○	○	病院→病院
60	東京地判 平 8.10.31	判時 1610 -101	民法 415 条、 民法 709 条	一部認容。 控訴。	○	×（ただし慰謝料は認められた。）	診療所→病院→病院
61	宮崎地判 平 8.11.29	判夕 947-247	民法 415 条、 民法 709 条	一部認容。 控訴。	×	×	診療所→病院
62	最三小判 平 9.2.25	民集 51-2-502	民法 415 条、 民法 709 条、 民事訴訟法 185 条、民事 訴訟法 394 条	破棄差戻。	○	○	診療所→診療所→病院
63	大阪地判 平 9.3.7	判夕 968-217	民法 415 条、 民法 709 条	棄却。確定。	○	×	診療所→病院
64	京都地判 平 9.5.29	判夕 955-203	民法 415 条、 民法 709 条	一部認容。 確定。	△（第 2 の 病院の担当 医のみ）	△（第 2 の 病院の担当 医のみ）	診療所→病院→病院
65	大阪高判 平 9.9.19	判時 1630-66	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 715 条	一部認容。 確定。	○	○	診療所（患者自らが高次の医療機関を受診。）
66	大阪高判 平 9.12.4	判夕 977-204	民法 415 条、 民法 709 条	変更。上告。	○	○	病院（転院等は行われず。）

67	大阪地判 平 10.10.21	判夕 1023-231	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 710 条	一部認容。 確定。	○	○	病院→病院
68	岡山地判 平 11.3.15	交通民 32-2-501	民法 709 条等	一部認容。	○	○	病院→病院 → 病院
69	名古屋地判 平 12.9.18	判夕 1110-186	民法 415 条、 民法 656 条、 民法 709 条	一部認容。 確定。	○	○	診療所→病 院
70	東京高判 平 13.5.30	判夕 1095-225	民法 415 条、 民法 709 条、 民法 711 条	一部認容、 原判決変 更、一部取 消。和解。	○	○	診療所→病 院
71	東京高判 平 13.10.16	判時 1792-74	民法 415 条、 民法 709 条、 民事訴訟法 247 条	一部認容。 確定。	○	×	診療所→病 院
72	最三小判 平 15.11.11	民集 57-10- 1466	民法 709 条	破棄差戻。	○	○	診療所→病 院

厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）

「医療等の供給体制の総合化・効率化等に関する研究」

分担研究報告書

⑮ 医療計画を基礎とする勧告の問題点に関する考察

分担研究者 尾澤恵 国立社会保障・人口問題研究所研究員

（平成 18 年度実施）

研究要旨

平成 17 年に出された医療計画に関する 3 つの最高裁判所の判決（最二小判平成 17 年 7 月 15 日・民集 59 巻 6 号 1661 頁（以下、「富山事件上告審判決」という。）、最一小判平成 17 年 9 月 8 日・裁時 1395 号 3 頁（以下、「山川病院事件上告審判決」という。）、最三小判平成 17 年 10 月 25 日・裁時 1398 号 4 頁）を検討し、医療計画を基礎とする勧告の問題点について考察を行った。その一部は、「判例研究」として『季刊社会保障研究』42 巻 2 号で発表した。

医療計画を基礎とする勧告は、営業の自由によってどこまでのことが保障され、営業の自由にかかる制約はどの範囲で認められるのかという判断が難しい問題を内包している。山川病院事件上告審判決では違憲という判断はくだされなかったが、富山事件上告審判決や、今日ほとんどすべての医療機関が保険医療機関になっており、ほとんどの医療が保険医療として提供されているという現実を想起すると、勧告を用いた医療計画の病床規制的側面は、営業の自由に対する制約の限界事例とも言える。それとともに、これらの事案は、自由開業医制をとりつつ国民皆保険体制をとっているわが国の医療制度のあり方の本質に関わる問題だとも言える。誰もが医療を受けられる体制を維持していくためには、医療費の伸びを抑制することは必要であり、医療計画は、それを実現するための一つの手段である。医療計画を基礎とする勧告が営業の自由を事実上かなり制約するものであることを考えると、病院開設許可申請に係る勧告の適法性と、勧告の基礎となる医療計画の適切性に引き続き留意していくとともに、医療資源の適切な配分のためのより制限的でない手段を模索していくことも必要である。

A. 研究目的

点について考察することを目的とする。

本研究は、医療政策の目標を達成するための主な政策誘導手段の一つである医療計画に関する 3 つの最高裁判所の判決を検討することにより、医療計画を基礎とする勧告の問題

B. 研究方法

平成 18 年度は、医療計画に関する 3 つの最高裁判所の判決（最二小判平成 17 年 7 月 15

日・民集 59 卷 6 号 1661 頁、最一小判平成 17 年 9 月 8 日・裁時 1395 号 3 頁、最三小判平成 17 年 10 月 25 日・裁時 1398 号 4 頁)を 検討し、医療計画を基礎とする勧告の問題点 について考察した。

(倫理面への配慮)

特に注意を要することはなかった。

C. 研究結果

[医療法 30 条の 7 の勧告の処分性]

最二小判平成 17 年 7 月 15 日・民集 59 卷 6 号 1661 頁及び最三小判平成 17 年 10 月 25 日・裁時 1398 号 4 頁では、医療法 30 条の 7 の勧告の処分性が問題になり、いずれも、行政指導と位置づけられる勧告が、終局的とまでは言えないが「相当程度の確実さ」で「保険医療機関の指定を受けることができなくなるという結果」をもたらすことと、保険医療機関の指定の持つ意義の重大性から勧告に処分性を認めたが、それまでの判例等と比べて、法律上の地位に対する影響の認定が極めて緩やかであった。

[保険医療機関指定拒否の適法性と合憲性]

最一小判平成 17 年 9 月 8 日・裁時 1395 号 3 頁では、医療法 30 条の 7 の勧告に従わなかったことを健康保険法第 43 条ノ 3 第 2 項の「著シク不相当ト認ムルモノナルトキ」に該当するとして保険医療機関の指定を拒否したことの適法性と合憲性が問題になり、

適法・合憲と判示された。

D. 考察

医療計画を基礎とする勧告は、医療計画の性質をどのようなものとするのか、病床規制的な勧告は認められるかについても議論がある上、営業の自由によってどこまでのことが保障され、営業の自由にかかる制約はどの範囲で認められるのかという判断が難しい問題を内包している。

3 つの最高裁判所の判決を読み併せると、病院の開設を自由に行えれば(医療法 7 条)本当に営業の自由が保障されたと言えるのか、疑問は残る。

E. 結論

山川病院事件上告審判決では違憲という判断はくだされなかったが、富山事件上告審判決や、今日ほとんどすべての医療機関が保険医療機関になっており、ほとんどの医療が保険医療として提供されているという現実を想起すると、勧告を用いた医療計画の病床規制的側面は、営業の自由に対する制約の限界事例とも言える。それとともに、これらの事案は、自由開業医制をとりつつ国民皆保険体制をとっているわが国の医療制度のあり方の本質に関わる問題だとも言える。誰もが医療を受けられる体制を維持していくためには、医療費の伸びを抑制することは必要であり、医療計画は、それを実現するための一つの手

段である。医療計画は、創設時から現在に至るまで、病床規制のためだけのものだったわけではなく、また、第 5 次医療法改正では、医療連携体制が目指されるようになっているが、医療計画を基礎とする勧告が営業の自由を事実上かなり制約するものであることを考えると、病院開設許可申請に係る勧告の適法性と、勧告の基礎となる医療計画の適切性に引き続き留意していくとともに、医療資源の適切な配分のためのより制限的でない手段を模索していくことも必要である。

3.その他

なし

[この研究は、平成 18 年度に行った研究である。]

F. 健康危険情報

なし

G. 研究発表

1.論文発表

「(社会保障判例) 医療法(平成 9 年法律第 125 号による改正前のもの)30 条の 7 の規定に基づく病院開設中止勧告に行政事件訴訟法 3 条 2 項の処分性を認めた事例」季刊社会保障研究 42 巻 2 号,185-194 頁

2.学会発表

なし

H. 知的所有権の取得状況の出願・登録状況

1.特許取得

なし

2.実用新案登録

なし

第 15 章 医療計画を基礎とする勧告の 問題点に関する考察

尾澤恵（国立社会保障・人口問題研究所）

1. はじめに

医療の質の向上、医療へのアクセスの向上と維持、患者のニーズへの対応の改善、医療費のコントロールは、先進諸国の共通の課題であり〔OECD2005,14 頁等〕、①医療の質、②医療のアクセスの公平性、③医療の効率性は、医療政策の目標だとされる〔島崎 2006,14 頁〕。そして、医療政策の目標を達成するための主な政策誘導手段としては、a 地域医療計画的手法、b 診療報酬点数による誘導、c 医療機関の情報開示と患者による選択の 3 つが挙げられている〔島崎 2006,33 頁〕。このうち、a の医療計画については、参入規制となっているとの問題点が指摘されつつも¹、「現状では直ちに基準病床数制度を廃止するための条件が整っていないことから当面存続することとする」〔医療計画の見直し等に関する検討会 2005,4 頁〕とされ、現在も存続している。

この医療計画を基礎とする勧告をめぐっては、平成 17 年に 3 つの最高裁判所の判決が出された（最二小判平成 17 年 7 月 15 日・民集 59 卷 6 号 1661 頁、最一小判平成 17 年 9 月 8 日・裁時 1395 号 3 頁、最三小判平成 17 年 10 月 25 日・裁時 1398 号 4 頁）。本稿では、これらの最高裁判決を検討し、医療計画を基礎とする勧告の問題点について若干の考察を行う。

2. 医療計画の概要

平成 17 年の最高裁判所の判決の検討を行う前に、医療計画の概要について、簡単に確認しておきたい。（＊巻末表 1「医療計画と関連法令等の変遷」参照。）

(1) 医療計画の概要

医療計画制度は、「医療資源の効率的活用配慮しつつ、医療提供体制の体系化をはかることを目的に」²、昭和 60 年 12 月 27 日法律第 109 号「医療法の一部を改

¹ 「意欲ある質の高い医療機関の医療サービスの拡充や新規参入を制限し、質の劣る医療機関の既存許可病床の既得権化を生んでおり、医療機関間の競争を阻害し、医療の質の向上を妨げている。」〔規制改革・民間開放推進会議 2004,56 頁〕。

² 平成 10 年 6 月 1 日健政発第 689 号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知「医療計画について」。なお、同通知により、医療計画導入直後の通知である昭和 61 年 8 月 30 日健政発第 563 号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知「医療計画について」は廃止された（この通知は、平成 18 年 8 月 2 日現在、厚生労働省ホームページ及び『厚生法規総覧』では入手できない）。昭和 61 年 8 月 30 日健政発第 563 号通知では、勧告の対象となった場合には社会福祉・医療

正する法律」(以下、「第 1 次医療法改正」という。)により創設された。これ以前にも医療供給体制の体系的整備という観点から医療計画的手法が考えられたことはあったが、医療施設の体系を作る財源が国にも地方自治体にもなかったため、なかなか実現しなかったとされる〔郡司 1991,374 頁〕。

医療計画は、都道府県が定める当該都道府県における医療提供体制の確保を図るための計画で³、創設時には、区域の設定と必要病床数に関する事項が必須的記載事項とされ(医療法 30 条の 3 第 2 項)、①病院の機能を考慮した整備の目標、②へき地の医療及び救急医療の確保、③病院等医療に関する施設の機能及び業務の連係、④医師等医療従事者の確保については任意に定めることができるとされ(以上、同法 30 条の 3 第 3 項 1 号～4 号)、5 年ごとに再検討することとされていた(同法 30 条の 3 第 8 項)。第 5 次医療法改正(本稿注 3 参照。)後の現行医療法は、医療計画について第 5 章第 2 節(30 条の 4～30 条の 11)で規定している。現在の医療計画は、必須的記載事項が拡充し、医療連携体制⁴を目指すようになっているが、策定者、見直し期間は創設時と同じである。

(2) 病床規制と医療計画

医療計画は、創設時から現在に至るまで、病床規制のためだけのものだったわけではないが、病床規制の機能を有している。

医療法に病床規制の規定が初めて置かれたのは、医療法の一部を改正する法律(昭和 37 年法律第 159 号)による改正後の医療法 7 条の 2 で、公的性格を有する病院の開設等に際して、都道府県知事が「許可を与えないことができる。」というものであった。「公的性格を有する病院のみを規制の対象としたのは、一般の民間の病院について直接的な規制を行なうことが、わが国の医療制度の現状から適当でないと考えられるから」だとされている〔中村 1967,34 頁〕。

医療計画が創設された第 1 次医療法改正で、医療法に、都道府県知事が病院の開設等に関して「勧告することができる。」という規定が置かれ(医療法 30 条の 7)、公的性格を有する病院の病床規制も、医療計画で定められた区域や必要病床を基準に行われることになった⁵。そして、第 1 次医療法改正後ほどなく出された昭和 62

事業団の融資は行われないとされていたということである〔宇津木 1994,281 頁〕。

³ 「良質な医療を提供する体制の確立を図るための医療法等の一部を改正する法律」(平成 18 年法律第 84 号。以下、「第 5 次医療法改正」という。)より前は医療法 30 条の 3 第 1 項、第 5 次医療法改正後は医療法 30 条の 4 第 1 項。

⁴ 「医療提供施設相互間の機能の分担及び業務の連携を確保するための体制をいう。」とされている(現行医療法 30 条の 4)。

⁵ 医療法 30 条の 7 の勧告に従わなかった場合の対応については、第 1 次医療法改正の改正法制定過程でも議論が行われている〔第百三国会衆議院社会労働委員会議録第二号 31・32 頁〕。例えば、「勧告に従わない場合に保険診療ができるのか」という浦井洋委員の質問に対して、幸田正孝厚生省保険局長は次のように答えている〔第百三国会衆議院社会労働委員会議録第二号 31 頁〕。「保険医療機関の指定は、私どもは契約というふうに考えております。したがって、地域医療計画の中で病院の開設に違反して、先ほどの三十条の七に基づく勧告を受けまして、これに従わないような医療機関について保険医療機関の指定をどうするかという問題につきましては、消極的になるのが原則ではないだろうか、端的に申し上げますならば、指定は行わないという原則的な考え方に立つべきではなかろうかと私は考えておりますが、もう少しこの問題については詰

年 9 月 21 日保発第 69 号各都道府県知事あて厚生省保険局長通知（以下、「昭和 62 年保発第 69 号厚生省保険局長通知」という。）により、「国民に適正な医療を効率的に供給するとの観点から、地域医療計画に定める必要病床数を超える病床についてはこれを契約の対象としないという基本的な考え方」が示され、医療法 30 条の 7 の勧告に従わなかった場合には、健康保険法第 43 条ノ 3 第 2 項に規定する「著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」に該当するものとして、地方社会保険医療協議会に対し、指定拒否又は受理拒否の諮問が行われることとされた。

この行政解釈にもとづき、勧告に従わずに開設した病院に対して行われた保険医療機関指定拒否処分の適法性と合憲性が争われたのが、前掲最一小判平成 17 年 9 月 8 日である。また、前掲最二小判平成 17 年 7 月 15 日では、医療法 30 条の 7 の勧告と保険医療機関の指定とが昭和 62 年保発第 69 号厚生省保険局長通知によって密接に関連する状態において、医療法 30 条の 7 の勧告の処分性が争われた。

その後、国民健康保険法等の一部を改正する法律（平成 10 年法律第 109 号）によって健康保険法が改正され、地域の保険医療機関の病床数が、医療計画に定める必要病床数を超えることになるか既に超えている場合で、当該病院等の開設者等が医療法 30 条の 7 の規定による都道府県知事の勧告に従わないときには、都道府県知事は、申請に係る病床の全部又は一部を除いて指定を行うことができると規定された。医療法 30 条の 7 の勧告と保険医療機関の指定とが行政通知ではなく健康保険法上の明文規定によって密接に関連する状態において、医療法 30 条の 7 の勧告の処分性が争われたのが、前掲最三小判平成 17 年 10 月 25 日である。

3. 医療計画を基礎とする勧告をめぐる最近の判例の検討

(1) 医療法 30 条の 7 の勧告の処分性について

（＊巻末表 2「病院開設関連裁判例の経過」参照。）

病院開設許可申請に係る勧告の処分性については、病床数 400 床の病院開設の中止勧告の取消しが争われた富山県の事例⁶、病床数を 308 床から 60 床に削減するようにという病床数削減勧告の取消しが争われた茨城県の事例⁷、病床数 185 床の病院開設の中止勧告の無効等が争われた熊本県の事例⁸、病床数 419 床（後、310 床に変更。）の病院開設の中止勧告の無効が争われた香川県の事例⁹があり、富山事件控

めてみたいと思っております。」。その後の「自由開業制というものが根本からかなりインパクトを受ける。」という浦井委員の指摘に対して、幸田厚生省保険局長は、「現状において私どもはそういった施策をとる考え方はありませんけれども、十分将来の検討すべき課題だと考えております。」と述べている〔第百三国会衆議院社会労働委員会議録第二号 32 頁〕。

⁶ 富山地判平成 13 年 10 月 31 日・訟月 50 巻 7 号 2028 頁、名古屋高金沢支判平成 14 年 5 月 20 日・訟月 50 巻 7 号 2014 頁、最二小判平成 17 年 7 月 15 日・民集 59 巻 6 号 1661 頁（以下、「富山事件」という。）。)

⁷ 水戸地判平成 15 年 4 月 8 日・判例集未登載、東京高判平成 15 年 9 月 11 日・判例集未登載、最三小判平成 17 年 10 月 25 日・裁時 1398 号 4 頁（以下、「茨城事件」という。）。)

⁸ 熊本地判平成 14 年 11 月 21 日・判例自治 242 号 70 頁、福岡高判平成 15 年 7 月 17 日・判タ 1144 号 173 頁（以下、「熊本事件」という。）。)

⁹ 高松地判平成 15 年 2 月 25 日・判例集未登載、高松高判平成 15 年 11 月 14 日・判例集未登載

訴審判決が処分性を否定する一方で¹⁰、熊本事件控訴審判決が処分性を肯定し、高等裁判所の判断が分かれていた¹¹。このように判断が分かれる中で、富山事件上告審判決は、最高裁判所としては初めて、医療法 30 条の 7 に基づく病院開設中止勧告に行政事件訴訟法 3 条 2 項の処分性を認めた¹²。以下、富山事件上告審判決を中心に、医療法 30 条の 7 の勧告の処分性について述べる。

病院を開設する場合には、開設地の都道府県知事の許可を受けなければならないが（医療法¹³ 7 条 1 項）、都道府県知事は、原則として、一定の要件を満たしている場合には許可を与えなければならない（同法 7 条 4 項）、医療法 30 条の 7 の勧告が行われても、「その勧告は開設等の許可、不許可の処分に直接影響を及ぼさない」（厚生省健康政策局総務課 1994, 69 頁）と解されている。医療法 30 条の 7 に基づく勧告は、単独では、従わなかったとしてもそのことを理由に病院開設の不許可等の不利益処分がされることはない。

しかし、先に述べたとおり、医療法 30 条の 7 に基づく勧告は、健康保険法に基づく保険医療機関の指定と密接に関連している。平成 10 年法律第 109 号による改正前の健康保険法 43 条の 3 第 2 項は、保険医療機関として「著しく不適当と認めルモノナルトキ」は、都道府県知事は保険医療機関の指定を拒むことができると規定し、昭和 62 年保発第 69 号厚生省保険局長通知によって、医療法 30 条の 7 の勧告に従わなかった場合は「著しく不適当と認めルモノナルトキ」に該当するとされていた。平成 10 年法律第 109 号による改正前の健康保険法との関係で、病院開設許可申請に係る勧告の処分性が判示されたのが富山事件上告審判決であり、平成 10 年法律第 109 号による改正後の健康保険法との関係で、病院開設許可申請に係る勧告の処分性が判示されたのが茨城事件上告審判決である¹⁴。

富山事件当時、病院開設許可申請から保険医療機関の指定又は指定拒否までは、およそ次のような経過をたどった。すなわち、(a)病院開設許可申請（医療法 7 条 1 項、同法施行規則 1 条）、(b)本件の場合には勧告（医療法 30 条の 7）と勧告に対する不服従、(c)病院開設許可（医療法 7 条 3 項）、(d)本件の場合には通告、(e)病院設備整備（医療法 21 条、同法施行規則 16 条）と病院使用許可証の取得（医療法 27 条）、病院人員整備（医療法 21 条、同法施行規則 19 条）、(f)保険医療機関の指定申請（保

（以下、「香川事件」という。）。)

¹⁰ このほか、富山事件第一審判決、熊本事件第一審判決、香川事件第一審判決が処分性を否定している。

¹¹ 主たる争点は共通しているものの、本件、茨城事件、熊本事件及び香川事件は、事案の内容が少しずつ異なっている。本件及び茨城事件が勧告取消請求事件であるのに対し、熊本事件及び香川事件は勧告無効確認請求事件である。また、本件、熊本事件及び香川事件では病院開設の中止勧告が行われたのに対し、茨城事件では、病床数の削減勧告が行われている。

¹² 富山事件上告審判決については、『季刊社会保障研究』42 巻 2 号 185・194 頁で判例研究を行った。

¹³ 第 3 次医療法改正前のもの。以下、本稿 3 節では、特に断わらないかぎり同じ。

¹⁴ 現行の健康保険法（最終改正平成 17 年 6 月 29 日法律第 77 号）65 条 4 項 2 号は、保険医療機関等の指定権者が都道府県知事ではなく厚生労働大臣になっているが、病床の全部又は一部を除いて保険医療機関の「指定を行うことができる」場合の一つに医療法 30 条の 7 の規定による都道府県知事の勧告に従わないことを挙げている点は、平成 10 年法律第 109 号による改正後の健康保険法と同じである。