

地域医療に対する法的統制の可能性

永 石 尚 也

はじめに 法的統制の機能不全？

地域医療をめぐる状況は刻々と変わりつつある。2013年11月には、団塊の世代が後期高齢者となる2025年を見据えた対応として社会保障プログラム法（持続可能な社会保障制度の確立を図るための改革の推進に関する法律）が制定され、以後、医療、介護にかかわる数々の施策が導入されている。とりわけ、地域医療については、2014年に施行された医療介護総合確保推進法（地域における医療および介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律）に基づく地域医療構想の策定により、今後、中長期を見据えた医療圏ごとの医療提供体制にかかる評価・改善が順次なされていくこととなる。加えて、これらを地域において実現する具体的なあり方として、地域包括ケアシステムの具体的な形（地域包括ケア病床などのハード面から、住環境・生活支援などのソフト面での対応）も必須の課題となっている⁽¹⁾。

一方で、このような動きについて、法的なコントロールが十分な機能を果たしてきたとはいいがたい。主として医療事故を筆頭に医療への法的統制を果たしてきた法については、「医療過誤訴訟は医療事故防止・医療の質の向上に役立っているか」⁽²⁾ という問題提起が繰り返しなされているように、長らくその機能や統制の限界が医療に従事する専門職から指摘されているところとなってきたためである。この理由としては、医療を個別的な法律関係⁽³⁾として捉えた上で、その解決をリスク・コストの分担問題として捉えてきたという、法的統制の自己抑制にもその一端があると考えられる。

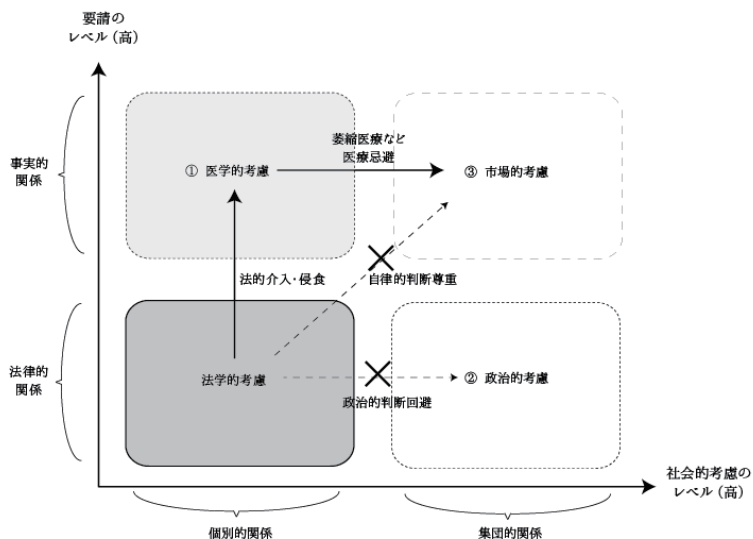
もちろん、法学的知見が医療を個別的な関係として限定的に把握してきたことには、理由がないわけではない。なぜなら、(a)医療給付主体は私人たる医師・医療機関であり、(b)医療提供行為は個別の準委任として観念されてきた。こ

れに加え、(c)医療給付は社会保険システムにより制度化され、一応は公権力とは切り離されていることから、私的自治を基本とした個別の關係に委ねられるべき要請が働いたためである。

しかし、そのような自己抑制が政府の放縦、市場の放縦を助長させた点是否めない。とりわけ、医療提供については、憲法による立憲的統制からも行政裁量への統制からも逃れた独自領域とされてきた経緯がある。このため、「憲法理念に基づきながら、憲法規範とは無関係という矛盾した存在」⁽⁴⁾ という福祉国家に向けられる批判が直接に妥当するようと思われる。

そこで、本稿では地域医療に焦点を当て、その法的統制のあり方を検討する。地方消滅論が叫ばれ、安定的で持続的な医療提供そのものの地盤が危ぶまれる今日においてこそ、地方の財政的、医学的、ひいては市場的な安定性・持続性を踏まえた法的統制のあり方を探ることは必須の課題といえる。本稿では、下図のとおり個別の關係—集团的關係、法律の關係—事実的關係という二項の組み合わせとしての諸考慮を基礎に、これら諸考慮の調和を果たす法的統制の可能性を、法哲学的観点から検討していきたい。

【図1：個別化された法的統制】



1. 医療に対する法的介入の諸様相

(1) 医療を取り巻く諸規範・諸原則

医療を取り巻く法自体は既に数多くある。その機能不全が叫ばれるとしても、これまで法的介入が不在であったわけではない。以下、その介入の方法を具体的に見ていこう。

(a) 民事の医療過誤事件

民事医療過誤事件、とりわけ医療技術上の過誤が顕在化した場合については、裁判所は一貫して、医学的知見に還元されない法学的判断を積極的になしてきた⁽⁵⁾。よく知られているように、ルンバール事件⁽⁶⁾の判示において、裁判所は法的因果関係の立証につき「一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく」「結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明すること」とし、その判定にあたっては「通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるもの」で足りるとした。この判断は作為と不作為の場合で変わりはないとされる⁽⁷⁾。このように法的因果関係を医学的因果関係から分離し、医学的観点を超えて積極的に認定をする判示について、医療従事者の反応は概して否定的である。その理由は、時間や判断能力の制約を抱えた医療従事者の医学的判断場面において、事後の法的判断が医学判断と対応しなければ、医療従事者の予測可能性を失わせてしまうことにある。

また、提供されるべき医療水準についても、裁判所は同様に実質に立ち入った判断をなしている。医療従事者は、人の生命および健康を管理すべき業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意を求められる。この最善の注意とは、単に臨床医学の医療水準を指すのではなく、それを前提とした医師の専門性・医療機関の環境的・地理的要因を加味しつつ、医療環境の特性に応じた個別的な判断（医療提供義務または転送義務の判断⁽⁸⁾）がなされることになる⁽⁹⁾。ただし、医学的に一般的とされる医療慣行に従ったとしても必ずしも上記判断を左右しないとされる⁽¹⁰⁾ことから、このような踏み込みも上記同様に、個別の医師の裁量を限定すると懸念されるところとなっている。

さて、このような厳しい追及姿勢は、常に当該状況下における最高度の要求を求めるものといえ、判断および賠償のコストを医療機関側へと転嫁させることとなる。しかし、このような個別化された責任追及が奏功するかは、医療提

供側に課される人的物的な資源や経営維持等の諸コストとの調整にかかっている。また、そのような個別的な責任追及は、現行の医療提供においてより重要となってきた。チーム医療行為の集団性・組織性という性質に沿うものでもない。医療行為の集団性・組織性が高まれば、事故が顕在化した理由は医療安全対策の観点から見た組織体制・管理体制上の不備に求められる。それにもかかわらず、特定の制度改善提案をすることのない法的サンクションを質的・量的に増大させることは、医学的な組織体制・管理体制における改善提案に必ずしも繋がらず、却って医療の過少提供・萎縮医療を招きく構造を消極的にせよ是認するものとなってしまう。

(b) 刑事の業務上過失致死傷事件

裁判における医療過誤にかかる刑事事件（立件送致件数）は、平成11年の横浜市立大学病院事件以降において急激に増加し、現在でも概ね80件前後で横ばいに推移している⁹⁰。

これは、例えばアメリカにおける刑事事件の少なさと明らかなギャップがある。アメリカでは、民事法上の過失と刑事法上の過失に明確な線引きがされ、過失の認定は、注意の基準からの単なる逸脱では足りず、「危険を認識しながらこれを無視したこと」「認識すべき危険を認識しなかったこと」が合理的な注意の基準からの重大な逸脱（a gross deviation）に当たるかが基準とされることに求められる⁹¹。とりわけ、医療にはほぼすべての場面で危険が潜在していることから、行為の危険の認識可能性に関わる「兆候」を見逃したか否かが、「重要な逸脱」の判断上重視されることになり、日本のように単純ミスに対して刑事責任を問うことは原則としてない。このことは、医療従事者の身体拘束・失職、その他評判低下等に直結する法的リスクの軽減を図ったものとして評価できるだろう。

同様に、ドイツにおいても医師の刑事責任限定を求める見解が一部で有力となっている。即ち、医師の業務は性質上、いかに注意深い労働者であっても偶発的な過誤を生じさせる蓋然性がある。そのため、一定確率で発生する過誤が経験則上計算に入れられるべきだとする見解である。事実、日本では、医学的には区別される合併症と過失とが法的には十分な区別なく用いられるなど、医師が基づいている医学的なディシプリンに裁判所が十分な考慮を払ってきたとは言えない。このことから、医学の性質をつぶさに観察し「危険傾向」を析出

する上記の見解は、法における医療の位置付けを医療の側から捉え返す見解として注目される¹¹³。

このような見解に対し、日本においても事実上起訴される事案は過失の程度の大きな事件に限定して起訴がなされていることから、過失判断における日米の差異は低いとする反論もある¹¹⁴。ただし、このような便宜的な起訴裁量の行使によっても、医療機関の評判等が毀損されることは避けられないため、客観的な過失の峻別を求める声も医療従事者からは大きい。このため、刑法理論的には刑事過失を加罰的過失として民事上の過失と峻別した上で、自動車事故や公害のような被害者救済とは別個の考慮を要するとする見解も、有力に主張されるところとなっている¹¹⁵。

(c) 憲法的統制の可能性

憲法においては、医療は幸福追求権（13条）、平等権（14条）、生存権（25条）などにかかわるものとして整理されてきた一方で、医療提供を受ける利益・地位についての明確な整理はなされていない。本稿ではこれを25条の趣旨が及ぶか否かの問題として検討する。

憲法25条1項は「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を明文で保障する。ここでいう「生活を営む権利」の意味するところは、通説的には裁判規範性を持つ抽象的権利ではあるとされ、国家に対する直接請求、立法不作為の違憲確認訴訟の提起などは許されないものと考えられている。この理由としては「健康で文化的な最低限度の生活」の水準は社会的・経済的・文化的状況によって様々に異なりうること（概念の不確定性）、実現する具体的方法が多様であること（作為方法の多様性）、高度の政策的判断が求められること（審査不適合性）、財政的制約があること（予算随伴性）等の理由から立法裁量の余地が大きい点¹¹⁶が挙げられる¹¹⁷。政府の第一次的判断権が強調されるのはこの理由からである。

そこで、本条にかかる統制のあり方としては、専ら立法裁量が、①立法府がなした別の第一次的判断との関係で縮減されるか否か、②他の憲法的諸原則（平等原則）との関係で限定されるか否か、そして③裁量過程の統制が可能か否か、という点から論じられてきた¹¹⁸。最高裁判例もまた、立法裁量の逸脱・濫用の場合には「違憲」を判断できるとする立場を近時の老齢加算廃止の事件¹¹⁹に至るまで一貫して認め、上記の解釈と基本的な軸を同じくしているもの

といえる⁸⁹。

では、医療一般を超えて、医療提供体制については憲法 25 条の趣旨は及ぶといえるか。医療に特殊な性質として、例えば生活保護受給権が付与されることなどとは異なり、単に受給の地位が保障されるのみならず、現実の給付を受けることではじめて権利が実現されるという性質を持つ。典型的には、緊急医療等生命維持のための十分な時間が確保しがたい疾病については、医療提供が不十分な場合には事実上その保護が受けられないこととなる。このような観点からは、医療については、疾病の性質との関係で現実給付を受けうることを含めて、国民の健康的な生活の不可欠の部分となすものとも考えうるだろう⁹⁰。このような観点からは、医療提供体制についても憲法 25 条の趣旨は及ぶと言える。

ただし、具体的にどのような医療提供体制を敷くかについては、まさしく提供体制制度の形成と切り離すことはできない。つまり、医療提供を受ける利益は「制度的フォーラムにおいてのみ行使される権利」⁹¹であるために、専門性を欠く裁判所の審査がその具体的内容を確定することには慎重でなければならないことにかわりはない。

（２）「権利のディススクール」の限界

さて、これまで見てきたように医療提供についてはこれまでの法学的検討は「皆無に等しい」と評されるように⁹²、きわめて消極的なものに止まってきた。この理由としては、①医療提供体制は「制度的」事項であり、個々の医療従事者・医療機関の自律的判断に委ねられるべきであるという理由⁹³に加え、②医療提供体制は「政治的」事項であり、立法府が第一次的判断権を有するという二点の理由があげられる。言い換えれば、医療提供体制についての法的介入は「権利のディススクール」において十全に発揮され、それを越えたところでは、①医師の自由保障、②政府の裁量を限界として、立ち入った検討が回避されてきたといえる。

もちろん、このような「権利のディススクール」への定位それ自体が問題であるわけではない。しかし、上記のような法的判断の踏み込みと踏み込みの拒否のもたらす問題については、一定の対応が要されるように思われる。

まず、踏み込みの問題として、医師・医療機関という医療提供全体における

一アクターへと負担が集中するという問題があげられる。そして、法的サンクションによって医師・医療機関に個別化された負担は、適正な医療提供、医療水準の確保に結びつくというよりも、将来的に患者がもつこととなる医療環境の悪化というしわ寄せを生じさせる。特に、医師の活動への影響の大きな民事上、刑事上、行政上の法的紛争が増加してきたことは、益々の医療機関の萎縮医療を促すと懸念されている⁸⁹。法学者の間でさえ、法的サンクションが上記のデメリットに見合うだけのメリットを生じさせるか、つまり将来にわたっての医療事故防止効果を生じさせるかどうかについては、実際にはほとんど望めないという指摘が少なくない。それは抽象的なリーガリズムの弊害⁹⁰を超え、典型的には刑事事件について「医療事故の刑事事件化傾向は、医療の質を向上させることには結びつかず、萎縮医療と防衛医療を蔓延させ、一部地域における救急医療・周産期医療科・耳鼻咽喉科の激減、患者のたらいまわし等、却って医療制度の機能不全という禍根を残した」⁹¹とも評される。典型的には、医師法 21 条に反する情報隠蔽等もなく、高度な技術が要される手術についての過失が問われた大野病院事件は、医師に対する逮捕・起訴を契機に診療科目自体の閉鎖という医療現場からの撤退を招いたともいわれる⁹²。その他、医療環境悪化へのしわ寄せ、自律的な倫理性向上の鈍磨、などが弊害としてあげられるだろう。

次に、踏み込み拒否の問題としては、政府の放縦、市場の放縦を招くという問題があげられる。市場の放縦の問題としては、診療科閉鎖などのリスク回避行動やコスト回避行動があげられるが、ここでは政府の放縦についてのみ言及しよう。憲法学者の中島徹は、去る 2011 年の東日本大震災後の政府対応についての「憲法の沈黙」について、ある対談で否定的に述べていた。そこで中島は、これまでの憲法学が裁判規範機能への関心を高めてきた一方で、政府に対する立憲的統制については、憲法学は民主的正当性・最低限の人権保障という抽象論を語るのみにとどまり、政府の機能的欠如・政府の内在的空洞化という事態に対し、暗黙のうちに承認を与えてきた事態をこそ問題視していた。そこで中島は、大震災といういわば「例外状態」を前に、政府に対する法的コントロールを失調した事態においてこそ、立憲的統制が重要であると主張し、公権力担当者に対する裁量羈束を介して政府へのコントロールを果たす道筋を示唆していた⁹³。原則として憲法学は政治的決定の代替物であってはならないもの

の、政治のリアリズムが欠如した場面における法学的謙抑が政治状態の放置をしか帰結しない。その時の統制原理として憲法が機能しなければならないという危機感に、中島の主張は裏付けられている。中島の「立憲の統制を語るものがしかるべき抵抗」となりうるという立場は、このような「例外状態」における法的統制の一つの立場を示している。

以上のように、法的判断が踏み込む領域を個別的な権利関係に局限する法的謙抑は、「統治のディスクール」⁹⁹ に対する過剰な忌避によって、むしろ個別の関係の基礎すら掘り崩しかねない危険を負っているとまとめることができる¹⁰⁰。しかし、個別関係の成立・維持にすら統治が欠かせないのだとすれば、法学的知見は統治機構の構成について踏み込み、「権利」が実効的な保障のためのモデルを積極的に提示するべきではないか。

このように、地域医療というトピックを介して、法的統制の可能性を検討していくことで、旧来の「権利のディスクール」の限界と、そこから漏れ出る法的統制のあり方としての「統治のディスクール」へのコミットメントが要請されることとなる。問題はその「統治のディスクール」の具体的な形である。次節ではこのことを敷衍したい。

（３）「権利のディスクール」から「統治のディスクール」へ

さて、以上に述べてきたような踏み込みの問題と踏み込みの拒否の問題への対処としては、次の二点が考えられる。第一に、踏み込みについて医学実践におけるガバナンスに寄り添った個別的判断を追求すること、第二に踏み込みの拒否についていわば「例外状態」における法的統制として立憲の統制、裁量統制を実効化する方向である。

まず、第一の医療実践におけるガバナンスについて述べる。現状、法的サンクションが注目する注意義務違反の判断と医師・医療機関が注目する医療の質の判断とは、極めて異なったディシプリンに依拠している。後者の医学的観点から問題視される医療の質評価の基準は、構造、過程、結果を包含する、通時的かつ持続的な改善に向けられた基準である。これは、法的サンクションが重要視する結果から遡求した公平な解決のための基準とは大きく隔たっている¹⁰¹。医療提供側は、あくまでも対象、評価、介入方法においてマクロ的な視座に立ち、その医学的、社会的、法的な課題を総合的に乗り越えることを目指してお

り、単にミクロな個別関係における処理を求めるものではない。そのため、医療機関側の最善の改善プロセスと、法的処理としての個別的解決のプロセスの間に一定の断絶が生じることは、近時においては避けられないこととなっている。

ただし、既に公衆衛生にかかわる分野では、後者のような医学的かつマクロ的な観点に由来する法的介入の必要は前提とされている⁸⁹。このことから見ても、個別化された健康管理と国際的なテロや新興再興感染症対策の両面が必要とされる今日の医療提供の必要からすれば、後者の観点に基づく医療実践についてのガバナンスへの法的統制の必要は高いと言える。

次に、第二の立憲的統制、裁量統制の実効化について述べよう。こちらについては、(a)直接統制、(b)専門職を介した間接統制の二つの可能性が考えうる。

(a)直接統制とは、医学の特徴に応じてガバナンスの内容を特定する見解として整理できる。そのバリエーションとしては、メディカルデュープロセスの保障を要求する見解、有事と平時を分けつつ立憲的統制を加える見解、法体系の統一性を確保するという限度において政府の裁量が縮減されるとする見解、基本権保護義務を梃子として統制を加える見解、医療の地域化・公平な医療の提供という目的から統一性を求める見解などが、この(a)直接統制に含まれるだろう⁹⁰。

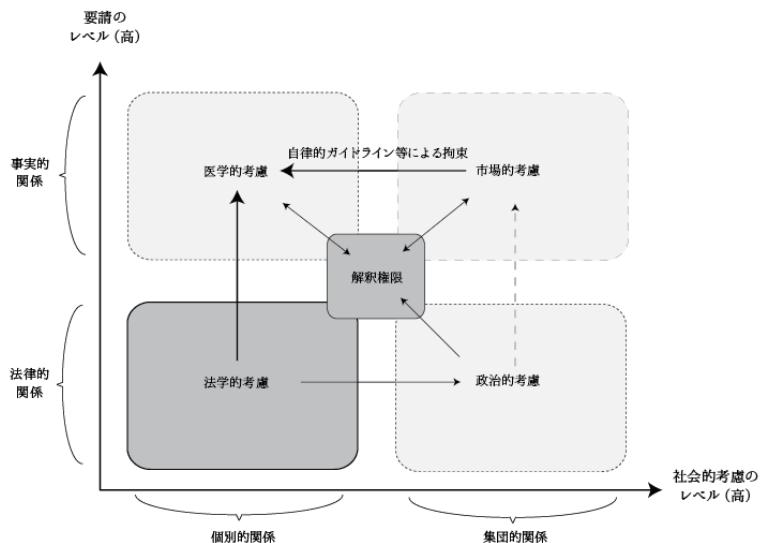
本稿で、より積極的に擁護したい見解は、(b)専門職を介した間接統制のほうにある。こちらは、便宜的に、給付行政一般にかかわる専門職の自律的決定と義務の調和を通じた統制、即ちガバナンスの形態を特定する見解として整理できる。この点については、憲法学者である蟻川恒正の議論が参考になる。蟻川は、「国家と文化」(『現代国家と法』岩波書店、1997年)において、妊娠中絶を行う医師に課された助言禁止という規則にかかる連邦最高裁判決⁹¹を例に、当該判決内容の前提となった「規制と給付の二分論」を抽出し、その問題点を指摘する。当該規則においては、妊娠中絶を希望する妊婦が医院を訪れた場合、医師はその妊婦が分娩に絶えられない身体的危険があることを察知した場合においても別医院への紹介・教示が許されないために、医療倫理に基づいて求められるはずの医師の職責を完うする途が断たれてしまう点に憲法上の問題があった。つまり、医師という専門職を介して行われる公益的事業の限界こそが問題であった。蟻川によれば、国家は、独立の非-法的な要請を伴う専門職を介し

て公益的事業を行う場面においては、当該専門職に対してフリーハンドの裁量を持ち得ない。なぜなら、専門職は、その職務性質に応じて求められる諸要請のせめぎ合いの中で、専門職としての自律性が発揮されることが、公益上、尊重されなければならないためである。蟻川はこの専門職の職責を「メディカル・フリーダム」と呼び、憲法 21 条に裏付けられた自由として構成するとともに、職責の不履行を義務違反としても構成する。つまり、専門職の職責は〈義務=自由〉という両義的な性格をあわせもつものとして構成される。

蟻川の言を引きつつまとめれば次のとおりである。給付行政については、「政府は、公的資源を投入して、一定の価値を振興・奨励するプログラムの「基本方針」を策定することができるが、プログラムの具体化が、当該価値についての専門職の関与を俟って実現されるものである場合には、右専門職は、その職責を全うするために、当該「基本方針」を「解釈」する自律的権能を付与されるべきであるという構造」をもつ。つまり、国家が給付行政を行うにあたっては、その第一次的判断は国家の側にあるものの、助成の打ち切り、廃止、解雇等については、専門職の判断を妥当ならしめる自律的権能を担う場、主体に、その判断を委ねなければならないこととなる。

大規模化・組織化・構造化されることが求められる給付については、国家の発言力が自然と大きくなり、結果として裁判的統制も立憲的統制も免れた政府言論の放縦を招いてしまう。これに対して、国家の資金力・企画力を前提にしつつも、国家の意思の貫徹を途絶させ、専門職の自律的権能との緊張関係に置き、国家の裁量に全面的に委ねられる事態を回避しなければならない。

【図2：専門職を介した法的統制】



2. 地域にかかわる法的介入の諸様相

（1）地域固有の問題

第1章では「医療」にかかわる法的統制のあり方を検討した。本章では、さらに「地域」にかかわる法的統制のあり方を検討する。地域医療は、いわゆる「2025年問題」を前に、その再構築の必要に迫られ、目下の地域医療構想においては、病院完結型から地域完結型への構造転換、病床機能の分離、在宅復帰の促進、入院期間短縮などといった対応が求められている。

では、その「地域」についての法的な課題はどのように現れるか。この点については、地方自治についての憲法92条・地方自治法1条における「地方自治の本旨」をどのように解するかが問題となる⁹⁹。「地方自治の本旨」とは、団体自治および住民自治からなるとされ¹⁰⁰、それぞれ中央政府からの独立と地域住民の意思に基づく統治と言い換えることができる。これは制度的な枠組の設定にすぎず、具体的な区域の現状を保護するものではない。さらに、憲法は地方自治の領域を明示しておらず、通説的にも、基礎・広域の二層を維持する

ことのほかには特段領域に関する限定はしていない⁹⁹。そのため、上記で見たような統治機構に関わる法的統制の不在、裁量への一任による国と地方の構造的利害対立の放置という問題が、地方においても同様に生じることが予想される。

以下では、医療提供において求められる自治体の区域を超える広域連携の手法に焦点を当てる。とりわけ、2014年改正地方自治法を踏まえ、地方分権改革の中における「地方自治の本旨」の位置づけとその実現手法を明確化することで、地方公共団体に期待される事項を確認しつつ、その法的統制のあり方を検討する。

まず、平成26年の改正地方自治法では、地方財政と一体となって付与される公的サービスの過度な負担の回避を促す政策として、合併等とは異なる広域連携協約（地方自治法252条の2第1項）および事務の代替執行（252条の16の2第1項）が新たに導入された。本法改正以前にも広域行政をなす仕組みは存在しており、その趣旨は、小規模自治体の能力補完（ごみ処理、医療提供、消防等）、大規模施設稼働事務の共同処理（上下水道、用排水等）、社会的ニュースサンスの縮減（火葬場、し尿処理等）、低確率高需要の事務（職員研修、交通災害共済、公衆衛生管理等）、ほか専門性や広域企画等に求められていた。この趣旨に基づき、行政コストの低減に向け、1953年の市町村合併促進法制定以来、順次、合併といった行財政能力強化のための統合手法、広域連合・事務組合等の法人設立の仕組み（地方自治法284条、291条の2等）、法人を設立しない事務の共同管理、組織の共同設置等の手法が整備されてきたところである。その一方で、このような仕組みが運用されることで、連携の手法の洗練・制度化が求められたり、制度変更の固定化を除去したりする必要が生じたことから、協働をより時宜に合わせて変更できる簡素で機動的な連携の仕組みへと転換する必要が生じてきた。

本改正もまた、従来採用されてきた広域行政の仕組みの簡素化・弾力化を進めるものといえる。ただし、その趣旨には、人口減と市町村合併等の社会的背景の変化を経て導入された定住自立圏構想が追加されている。定住自立圏構想とは、人口減少かつ少子高齢化が進む社会において、もはやフルセットの生活機能を整備することが困難になったという認識に基づいて、「中心市と周辺市町村が圏域を形成し、中心市が圏域全体の暮らしに必要な都市機能を集約的に

整備し、周辺地域と連携・交流する圏を整備」⁹⁹するものといえる。すなわち、各自治体が独立を前提として、その機能的効率化・総合的地域政策推進のために共同するというよりは、小地域に対する扶助の意味合いを高めつつ、制度の動的な可変性を追加する形で構想されている制度といえる。

（２）広域連携を求める背後の権利

以上で見てきた連携のあり方は、連携する事務の協定のみならず、圏域全体の方向性を盛り込むこと、具体的な連携の仕組みの基本方針を定めることや、連携手法の自由化を組み込むことで、柔軟な相互扶助を可能とする制度として、一方では積極的に評価できる。他方、医療を含めた相互扶助が地方公共団体の裁量に委ねられる以上、地方の独立性を重視するあまりに、住民へと医療アクセス等の負担を課しつつ連携を拒む自治体のみならず、機動的連携が取れない自治体が残る可能性も否定できない¹⁰⁰。判例上も「経済的文化的に密接な共同生活」という実態を想定しつつ、国民主権原理の重要性を説いていたことからすれば、地方公共団体の非効率な運営に住民が取り残されるという危険は払しょくできてはいない。

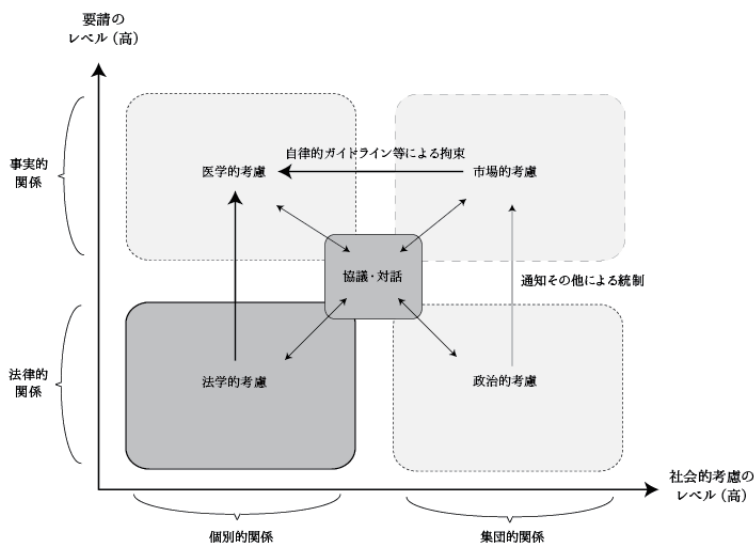
このようなマクロ的で通時的な政策決定・政策評価に関し、法学的知見は基本的に積極的介入を避けてきた。しかし、医療制度について国家の制度形成が必要であり、医療の提供のためには個々の地域に運用が委ねられることで自律が保障されねばならない以上、運用の安定的保障なくしては医療提供の実質は骨抜きになる。

本稿における「地方」における法的問題とは、この連携不備にこそある。もとより、地方における国民主権原理とは、地方の「共同生活」が存続することを暗黙の前提としていた。反面から言えば、地方の「共同生活」の基礎が危ぶまれる「例外状態」においては、地方における最低限のサービスを供給できない自治体については、国民主権原理の一定の後退を余儀なくされるのではないか。言い換えれば、財政的にも住民としても地方が存続することは自明ではない以上、必要なサービスを提供できない自治体には連携をするべき法的要請が働く余地を見いださう。この意味で、広域連携というオプションは、結果志向的かつ機動的な連携についての法的要請の余地を与える点で、団体自治概念の転換を示すものと評価さう¹⁰¹。

医療という生存権と密接に関連したサービスの性質上、継続的な住民参加手

続の保障を経た上での連携方針の策定は、不可避的に求められる¹⁰⁾。そのため
 の法的統制のあり方としては、住民によるコントロールの実効化があげられる。
 その例としては、自治の理念と利益（生存権）の間での緊張関係が生じている
 以上、住民自治の表れとして、広域連携を求める背後の権利を観念する形があ
 るだろう。即ち、医療提供が、第一義的には市場で供給される財・サービスで
 ありつつも、同時に必要な時点で供給されるべきナショナルミニマムでもある
 という両義性により、その実現主体であるところの地方公共団体との関係にお
 いて、採用すべき広域連携の仕組みを協議する場を設け、協議を経たうえでの
 政策決定を求めることが、この背後の権利の内容となりうる。

【図3：住民による法的統制】



3. おわりに

本稿では、事故調査制度や補償制度といった個別の制度への言及というよりは、法的統制をいかに医療提供という自律的かつ政策的なガバナンスにかかわる点に及ぼしうるかという点に注力して論じてきた。そして、その「統治」に

かかわる法的統制の方法がありうるとすれば、医学実践におけるガバナンスに寄り添った個別的判断に加え、立憲的統制・裁量統制の実効化としての専門職集団を通じた統制、住民自治の発露としての手続参加の可能性を提示した。

国家以外の対象に対する法的統制を認めるこのような統制の可能性は、一見すると法的謙抑をなきものとし、政府の裁量、市場等における自由への制約を構成するように見える。しかし、本稿の見立てではそうではない。自由主義の祖である J.S.ミル以来、国家のみならず社会・市場を両睨みしながら展開される「多数者の暴虐」への抵抗としての自由という側面は、重ねて強調されてきた点でもある。その「多数者の暴虐」への抵抗は、単に裁量の協調や統制による害悪という理由づけによって除去されてはならない。ミルの言葉を借りれば、「外的な保護を得られない他の人々の利益を進んで擁護しなければならない」という要請が、統治機構に対する統制の必要を裏付けているのである⁴³⁾。

ミルを引き継いで、憲法学者であるレッシングは「私的な活動が公共的な帰結を持つ場合」⁴⁴⁾の法的介入の余地を見出している。その介入の限界は、介入をしないことによって「悪しき介入」が強まる場合である。例としては「近視眼的な行動が長期にわたる害を引き起こす恐れがある場合」に加え、「介入に失敗すれば重要な憲法上の価値と、大切な人権の土台を崩すような場合」などがあげられる。自由を論じるにあたり、自由を行使する環境についての考察を欠いたままで法による制約のみを除去することは、自由を行使する環境の縮小という「人災」を消極的に是認することにしかない。

本稿で論じてきた医療提供体制の悪化は法的統制の不備が招いた「人災」としてとらえ直される必要がある。法的謙抑が自由の拡大をもたらすという主張は、自由を行使する領域が事実として破壊されたり、他者による干渉を受けたりしないという前提に裏付けられている以上、地域と資源に即応した医療提供体制の恒常的な実現のためには、別の考慮を要する。即ち、現状の環境がどのような医療提供を可能にしているか、経済的な医療機関の苦境をどのように公共財たる医療提供という目的と調和させるか、医療倫理的な規範をいかにして現実に適する形で受容していけるかを問い、一定の答えを民主的に成立した統治が与えなければならないはずである。つまり、マクロ的な生産・調整についての考慮を配した法の過剰、法の不在という両義的な事態として、法的統制を及ぼすことが求められるといえよう。この意味で、地域における医療提供とは、

国家と個人の間に置かれた法的統制の必要を浮き彫りにし、その法的統制のあり方を問う喫緊の課題といえる。

-
- (1) 猪飼周平『病院の世紀の理論』2010年および「地域包括ケアであるべき“根拠”とはなにか」『医療白書2012』2012年。
 - (2) 我妻堯「医療過誤訴訟は医療事故防止・医療の質の向上に役立っているか」『年報 医事法学 11号』1995年。
 - (3) 米村滋人「医療に関する基本権規範と私法規範」『法学セミナー no.646』2008年 p.30
 - (4) 中島徹「福祉国家の公序」『自由への問い3 公共性』2010年、「憲法学における「公共財」」西原博史編『岩波講座 憲法2』2007年を併せて参照されたい。
 - (5) 塩崎勤 編『医療過誤判例の研究』2005年、吉田謙一『事例に学ぶ法医学・医事法』2010年、樋口範雄『医療と法を考える』2007年。
 - (6) 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁。
 - (7) 最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁、また重度後遺症について最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁。
 - (8) 最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁。
 - (9) 最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁。
 - (10) 最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁。
 - (11) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』2012年。
 - (12) 佐伯仁志「英米における医療過誤への刑法上の対応」『刑事法ジャーナル No.28』2011年。
 - (13) 古川信彦「ドイツにおける事故と過失」『刑事法ジャーナル No.28』2011年
 - (14) 飯田英男『刑事医療過誤Ⅲ』p.39 等
 - (15) 中山研一・甲斐克彦 編『新版 医療事故の刑事判例』p.14。また、大塚裕史「チーム医療と過失犯論」『刑事法ジャーナル 2006年 no.3』における組織安全学との調和としての刑法学の理解をも参照。
 - (16) LS 憲法研究会編『プロセス憲法（第4版）』信山社、2011年、小山剛 p.374以下、棟居快行『憲法学再論』2001年、p.348
 - (17) このような峻別に反対する解釈として以下を参照。「生存権と制度後退禁止原則をめぐって」棟居快行『国民主権と法の支配・下巻』2008年、p.369以下。
 - (18) このような整理につき、小山剛『「憲法上の権利」の作法』2011年、第6章。なお、朝日訴訟（最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁）もあわせて参照。
 - (19) 最三小判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁。さらに、本判決の第一審（東京地裁平成20年6月26日判決判例時報2014 剛48頁）においては、「被保護者の生活実態にかかる調査を行うことが極めて強く要請される」としている。
 - (20) 朝日訴訟（最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁）、堀木訴訟（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）。
 - (21) 米村前掲、太田匡彦「社会保障受給権の基本権保障」『法学教室 242号 116頁』も参照。
 - (22) 山本龍彦「生殖補助医療と憲法13条」0『法律時報 81巻11号』2009年。山本説は、国家による自由についての直接の介入を注意深く避けながらも、「第一次機関を決定し、その過程をモニタリングする義務」を正当なものとして抽出している。
 - (23) 米村前掲 p.29
 - (24) 最高裁平成20年11月25日決定（判例集未登載）では、生殖補助医療に関して「法律上の争訟」

に当たらないという理由で原審の判断を維持している。

- (25) 恩田裕之「医療事故の現状と課題」『調査と情報』第 433 号, また佐伯仁志「医療安全に関する刑事司法の現状」『ジュリスト 1323 号』2006 年, p.27。
- (26) 田中成明「法曹倫理と生命倫理」『生命倫理と法』2005 年, p.285。
- (27) 根本晋一「医療関連死における死因究明制度の現状と展望」『横浜国際経済法学第 19 巻第 3 号』2011 年, p.169
- (28) 平岩敬一「刑事弁護レポート 医療の専門的知識を有しない捜査機関による不当な逮捕・起訴」『季刊刑事弁護 57 号』p.115, 富澤達弥「「ベヴァレッジ報告」から日本の国民皆保険制度へ」『社会的共通資本としての医療』2010 年, p.94。
- (29) 駒村圭吾・中島徹「3.11 大震災と憲法の役割」『3.11 で考える 日本社会と国家の現在』2012 年。
- (30) 山本龍彦「生殖補助医療と憲法 13 条」。
- (31) 駒村圭吾・中島徹前掲。そこで中島は裁判的統制のみを念頭に置いた憲法学の自己限定こそが政治の劣化を招くとし、「立憲的統制を語ることがしかるべき抵抗」となりうるという立場を採用していた。
- (32) A.Donabedian『医療の質の定義と評価方法』2007 年。
- (33) 鶴澤剛「日本の感染症対策」『法学セミナー 2015 年 4 月号』2015 年。
- (34) 2014 年に策定されたコーポレートガバナンス・コードについての議論を参照。
- (35) Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173(1991)。具体的には、本事件においては、連邦法において公金助成を受けた医院において、中絶の実施のみならず、中絶のための紹介・中絶についての助言の一切を禁じる行政規則について、本件が医療提供・施設提供という給付拒否の一環にすぎないとして合憲判断を導いた。
- (36) 杉原泰雄『地方自治の憲法論』2002 年。
- (37) 最大判昭和 38 年 3 月 27 日刑集 17 巻 2 号 265 頁。「住民の日常生活と密接な関連を持つ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となって処理する政治形態を保障せんとする趣旨」にあるものとされている。
- (38) 小林 直樹ほか編『憲法と地方自治』2007 年。
- (39) 木村俊介『広域連携の仕組み 一部事務組合と広域連合の機動的な運営』2015 年, p.74, p.402
- (40) 大津浩「国民主権と「対話」する地方自治」『岩波講座 憲法 3』2007 年における「討議プロセス」論を参照。
- (41) 石川賢治「承認と自己拘束」『現代と法 1 現代国家と法』1997 年における「ネットワーク型の公共圏形成」論を参照。
- (42) 近時の市民参加条例等を参照。
- (43) J.S.MILL『自由論』第 1 章, 岩波書店, 1971 年
- (44) L.Lessig『CODE VERSION 2.0』p.473。