

医行為規制と安全

——憲法学の視点から——

中山 茂 樹

はじめに

- 1 リスク社会における「安全」
- 2 医療安全と法的対応
- 3 安全確保策としての医行為規制
- 4 リスク管理と権利

おわりに

はじめに

近年、医師法や保健師助産師看護師法などにもとづく医行為業務（医療）の資格制の規制が、合理的なものとなっているのかに関する議論が活発である。そこには、医療職の資格をもたない介護職の者が人工呼吸器を使用する者に痰の吸引を行うことは許されないのかというような、医療職の資格をもつ者しか業として行えないとされる「医行為」の範囲が適切・明確であるのか、医行為規制によってかえって人の生命・健康に危害が及んでいるのではないか、現状は介護職への無理な押しつけになっているのではないかなどといった問題意識⁽¹⁾や、医師のみが行い得るとされる絶対的医行為の範囲が広すぎ、医師に過重な業務負担がかかっているのではないか、看護師等の他の医療職への教育等により医療の安全を確保しつつ、看護師等とのより適切な業務分担を図るべきではないかといった問題意識⁽²⁾などがあるようである。本稿は、このような問題について、医事法の詳細に立ち入って検討することができない⁽³⁾が、憲法学の視点から若干の考察を加えるものである。

註

- (1) 立岩真也『ALS 不動の身体と息する機械』(医学書院、2004) 312頁以下、篠崎良勝編『どこまで許される? ホームヘルパーの医療行為』(一橋出版、2002)、篠崎良勝=塩野谷高司『ホームヘルプと医行為』(萌文社、2007)、大阪看護教育と医療研究会『医療的ケア—あゆみといま、そして未来へ』(クリエイツかもがわ、2006)、日本小児神経学会社会活動委員会ほか編『医療的ケア研修テキスト—重症児者の教育・福祉、社会生活の援助のために』(クリエイツかもがわ、2006) など。
- (2) 看護問題研究会監修『厚生労働省 新たな看護のあり方に関する検討会報告書』(日本看護協会出版会、2004)、厚生労働省「チーム医療の推進について(チーム医療の推進に関する検討会報告書)」(平成22年3月19日)(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2010/03/s0319-9.html>) など。
- (3) さしあたり、日本医事法学会シンポジウム「いま、医行為を問い直す—静注、気管挿管、喀痰吸引……」年報医事法学19号(2004) 41頁以下のほか、小西知世「医療制度改革と看護のゆくえ(第1回)～(第3回・最終回)」看護学雑誌70巻10号938頁、同11号1046頁、同12号1148頁(2006)を参照。

1 リスク社会における「安全」

公法学では、リスク社会といわれる問題把握などをめぐって、安全の確保と自由の確保の両立ないし均衡に関する議論が活発に行われている。その両立・均衡の構図は、やや単純に憲法上の基本権保護義務論を用いれば、国家・潜在的侵害者(被規制者)・潜在的被害者(要保護者)の三極関係として説明され、国家は、一方で、危害の対象となる者(要保護者)の権利自由を保護する義務を負い、その義務を履行すべく危害を生じうる行為の規制を行うなどするが、他方で、危害を生じうる行為を行う者(として規制を受ける者)の権利自由も確保しなければならないとされる。もちろん、潜在的侵害者と潜在的被害者が重なることも多い。医行為規制の合理性を(やや強引かもしれないが)このような構図の中で考察してみよう。

科学技術の発展などにもなるリスク論が公法学に投げかけたのは、ひとつには、明確な危険がなければ公権力を発動できないというのは安全

が確保できないという問題であった。ごく大雑把に述べれば、公法学は伝統的に人々の自由を確保するために公権力の発動を抑制する理論を発達させてきたが、不確実なリスクへの対処は権力発動の必要性の判断を難しくする。環境法における予防原則に典型的に示されるように、従来と比較して規制公権力の発動を促す方向の理論が発展し、公法学は、公権力の法的統制の一環として、しかるべきときにしかるべく公権力が発動されるべきであることもまた語るようになった。医療的行為から生じる危害の不確実性は化学物質管理などと比較して低いものかもしれないが、規制公権力の発動の必要性はやはり問題となる。

リスク論においては、あるリスクを除去しようとして対処するとまた別のリスクが生じるという状況（いわゆるリスク・トレードオフ）が認識されている。たとえば、あるリスクを避けるために医行為規制を緩和すれば、それはそれでまた安全へのリスクが生じるわけである。完全なゼロリスクは不可能であり、（さまざまな利害得失を考慮した上で、であることが望ましいが）社会的にリスクの許容（引き受け）がなされる。人間の知識や未来を見通す能力には限界があり、ある政策がどのような効果をもたらすのかは確実には予測できないまま、暫定的に決断せざるをえない。

また、科学的なリスク評価と人々の安心感がしばしば乖離することも、よく指摘される。たとえば、食品安全や原子力利用などに関して、科学的なリスク評価からすれば他のリスクと同等程度に「安全」であるものが、一般の人々の「安心」の観点からはそうではないものと認知されることがある。科学技術社会論では、それは単に一般の人々の知識欠如による不合理な判断と考えるのではなく、科学とは別の合理性が主張されていると捉えるべきだといわれることがある⁽⁷⁾。他方で、人々の不安をそのまま受容して「安心」を確保しようとする政治が、科学的な観点からの「安全」をもかえって脅かす可能性も指摘される⁽⁸⁾。

結局、「不確実性の問題、安全安心の問題、信頼の問題のいずれの問題も社会的意思決定や合意形成の重要な構成要素であり、相互作用している⁽⁹⁾」とされる。リスク管理に科学の観点だけで合理的な線を描くことはで

きず、何をリスクとして認識し、どのリスクをどの程度低減し、どのリスクをどの程度引き受けるのか、優先して守られるべきは誰のどのような安全・自由なのか、という政策決定の問題となる。そこで、リスク・コミュニケーションやパブリック・エンゲージメントなどによる社会的合意形成のプロセスが重要なものとされ、「双方向」「参加」といったキーワードで手続的手法が語られる。⁽¹⁰⁾ 食品安全などの分野で、科学的なリスク評価と政策的なリスク管理の決定、またリスクに関する社会的フレーミングの把握・構成などが、相互作用を考慮しつつ異なるプロセスとして政策決定過程が構想される（たとえば、科学的評価を行う機関に専門的独立性をもたせる）のも、社会的合意形成の手続的合理性を確保するためである。⁽¹¹⁾

科学技術の発展などにもなうリスク論的問題把握においては、そのような民主的な決定プロセスの（公平な情報の収集や平等な参加、適切な専門性の位置づけなどの）手続的合理性が重要な課題となっており、そこには決定内容の実体的な正当性について民主的決定プロセスの外から統制することは（抽象的に比例原則ということはいえるのだが）なかなか困難であるという状況認識があるように思われる。リスクが遍在する社会において民主的議論にもとづく議会（立法府）の政策選択の範囲（裁量）を憲法的に狭く解することは、人々の安全の確保のために必要な公権力の対応について、いわばその手足を縛ることになる（それが個人の権利というものである）。その対応の合憲性は、個別に個別の権利・制度との関係で検討しなければならないが、一般論としては、表現の自由や人身の自由は民主的議論のためにも憲法的に強く確保される必要があるが、経済活動の自由の制限については民主的決定の役割が大きいと考えられている。医行為業務の規制については、経済活動の自由（職業選択の自由）の制限であると同時に、生命・健康についてのリスクどうしの衡量という側面もあるが、どのように憲法の枠を設定することが適切だろうか。

註

(4) 2006年日本公法学会総会の統一テーマは「現代における安全と自由」であ

- った（公法研究69号（2007）所収）。とくに本稿との関連では、大石眞『『安全』をめぐる憲法理論上の諸問題』同21頁、山田洋「リスク管理と安全」同69頁を参照。リスクへの対処をめぐる行政法学の研究は多いが、とくに、山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明＝山本隆司編『融ける境 超える法5・環境と生命』（東京大学出版会、2005）3頁、下山憲治『リスク行政の法的構造』（敬文堂、2007）、戸部真澄『不確実性の法的制御』（信山社、2009）を参照。また、安全と自由の無造作な対置を戒めるものとして、小山剛「憲法学上の概念としての『安全』」慶応義塾大学法学部編『慶応の法律学 公法Ⅰ』（慶応義塾大学法学部、2008）325頁を参照。
- (5) 「安全」が、集合的な公共的法益であるのか、それを国家によって確保されることが個人の基本権であるものなのか、また、生命・身体に対する権利などと別に語ることに意味があるものなのかが、憲法学上問題である（医療安全の確保を、憲法上も「安全」の観念で説明することが適切なのかという問題があることになろう）が、本稿ではこの問題を捨象する。参照、小山・前掲註（4）。なお、医行為規制の刑事法的保護法益は、個人的法益でなく社会的法益であると解するのがおそらく一般的であろう。
 - (6) 本稿では、危害の内容や生起確率が把握できるものも、それらが不明であるものも含めて「リスク」と称する。
 - (7) 藤垣裕子『専門知と公共性—科学技術社会論の構築へ向けて』（東京大学出版会、2003）、小林傳司『トランス・サイエンスの時代—科学技術と社会をつなぐ』（NTT出版、2007）、平川秀幸「リスクガバナンス—コミュニケーションの観点から」城山英明編『科学技術ガバナンス』（東信堂、2007）73頁など。
 - (8) 中西準子『環境リスク学—不安の海の羅針盤』（日本評論社、2004）、同「環境リスクの考え方」橋木俊詔ほか編『リスク学入門1・リスク学とは何か』（岩波書店、2007）159頁、畝山智香子『ほんとうの「食の安全」を考える—ゼロリスクという幻想』（化学同人、2009）。
 - (9) 吉川肇子ほか「安全安心と合意形成」堀井秀之編『安全安心のための社会技術』（東京大学出版会、2006）287頁の304頁。また参照、中谷内一也『安全。でも、安心できない…—信頼をめぐる心理学』（ちくま新書、2008）。
 - (10) 科学技術のあり方に関して「市民参加」を重視する議論についての憲法学的検討として、中山茂樹「科学技術と民主主義—憲法学から見た『市民参加』論」初宿正典ほか編『佐藤幸治先生古稀記念論文集・国民権と法の支配〔上巻〕』（成文堂、2008）79頁を参照いただければありがたい。
 - (11) 参照、城山英明「リスク評価・管理と法システム」城山英明＝西川洋一編『法の再構築〔Ⅲ〕科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007）89頁、石原孝二「リスク分析と社会—リスク評価・マネジメント・コミュニケーション

ンの倫理学」思想963号82頁（2004）、平川・前掲註（7）。食品安全委員会の性格について、神里達博「新しい食品安全行政—食品安全委員会（仮称）」ジュリスト1245号51頁（2003）、藤田由紀子「行政組織における専門性—食品安全委員会を素材として」季刊行政管理研究108号9頁（2004）、同「食品安全委員会のあり方を問う—『専門性』と『独立性』の再考を」都市問題96巻11号49頁（2005）、平川秀幸ほか「日本の食品安全行政改革と食品安全委員会—残された問題／新たな課題」科学75巻1号93頁（2005）を参照。

2 医療安全と法的対応

医行為業務の資格制は、憲法学の視点からは、まずは職業選択の自由（憲法22条1項）に対する制限であると捉えられる。そして、この権利制限は、人々の生命・健康等を保護するために必要かつ合理的なものとして合憲であると一般に考えられている⁽¹²⁾。このような職業の自由の制限の実体的な憲法的正当性の問題として、医行為規制の合理性の問題を考察することは、憲法学上あるべきアプローチである。ただ、本稿では、基本権論の詳細に立ち入らず、前節で述べたような視点から、医行為規制を、人々の生命・健康を保護するために医療の安全を確保しようとする政策の一環として行われる規制であると捉えた上で、そのような政策の決定における実体的権利と民主制プロセスの役割に着目して考察を加えてみたい。

医療は、それ自体が人々の生命・健康にとって危害を生じさせるとともに、それが供給されないことも人々の生命・健康にとって危害を生じさせるといふ性格をもつ⁽¹⁴⁾。医療は、人の身体に侵襲を加え、生命をも脅かす活動であり、公権力が規制する必要がある（医療活動はそれを行う者にとって職業の自由に含まれるものとして保障されるが、他者の身体への侵襲そのものは憲法的自由として強く保障されているとはいえない）。規制が必要であると抽象的にいえる程度には、危害は不確実ではない。他方で、医療を禁止してしまえば、たしかに医療事故等の医療から生じる危害は起きなくなるが、人々の生命・健康が確保されない。医療者の職業の自由の背後には、医療活動によって生命・健康を支えられる患者が

いる。医療活動の制限は憲法13条が保障する生命・健康に対する権利等の制限として捉えうる場合もあり、医療があまねく国民に供給されることは憲法25条の要請でもあろう。公権力としては、必要な医療の供給を確保しつつ、医療安全を確保する必要がある。

医療の安全を確保するための公権力の法的対応には、さまざまなものがある。たとえば医行為業務の資格制やインシデント情報の報告義務のような医事関係行政法規による一般的・予防的対応もあれば、医療事故について民事・刑事責任を問うような個別的・事後的対応もありうる。また、たとえば医療教育の整備支援のような（法的に資格制に取り込むことも可能であるが）必ずしも法的規制（自由の制限）をとまわらない対応もありうる。これらは相互に関連をもって、全体として医療の安全をはかるものとしての意味をもつ政策である（たとえば損害賠償法が損害の公平な負担を第一次的な目的とするとするれば、安全の確保それ自体のみが唯一の目的ではない、というように他の目的が併存することはありうるとしても）。

ただ、政策には負の効果も付きものであるから、医療安全を確保するための政策が、別の面で医療の供給・安全に関する問題その他のリスクを生じさせることもありうる。⁽¹⁵⁾たとえば、医療事故について損害賠償責任や業務上過失致死傷罪による刑事責任が問われることがあるが、この分野での規制の強くないし介入の恣意性（あるいは、そのように医療者に見えていること）が、事故リスクの高い医療分野から医療者が撤退したり、真実解明に医療者が防御的になったりする一因になっている可能性があるともいわれる。⁽¹⁶⁾他方で、刑事免責や無過失責任保険・補償制度による対応は、いわゆるモラルハザードが生じたり、「当事者がお互い一個の人間として向き合う関係」⁽¹⁷⁾が損なわれるおそれがないとはいえない。ここでやや一面的に挙げた例については、複合的な対応策を含めさまざまな議論があるところであろうが、ここで考えたいのは、この種の医療をめぐるリスクの取捨選択の政策決定について、憲法論上、社会的な合意形成を行う民主制プロセスのあり方からのアプローチと、そのような社会的合意形成の結果に制約をかける実体的権利からのアプローチがありうるということである。

なお、医療安全の確保のためには、危険をもたらす行為への法的対応の前に、問題となるような事柄が生じないようにする工学的対処ないしリスク・マネジメントがもちろん重要である。それは、たとえば手術時の器具等の適切な配置のしかたや間違えやすい薬の名前をつけない、といったことにはじまるプロセス管理や事故防止システムの整備である。このような工学的対処は、（それを法的要請や公的給付の条件に導入することもありうるのだが）民主制プロセスによって決定されるというより、公権力の活動とは別に科学的知見として医療の場に浸透していくものだと思われる（それが、たとえばいわゆる医療水準に影響することはありうる）。法的には、この種の工学的対処を妨害しない、また促進する法政策が求められるようだが、理論的には、いわゆるアーキテクチャによる管理の問題としても捉えられる。

註

- (12) 最大判昭和34年7月8日刑集13巻7号1132頁は、歯科医師法17条および歯科技工士法20条が歯科医師でない歯科技工士に対して印象採得・咬合採得・試適・嵌入を禁止するのは憲法22条・13条に反しないと判断し、第一判昭和58年7月14日刑集37巻6号880頁は、診療放射線技師及び診療エックス線技師法（現・診療放射線技師法）24条が医師・歯科医師・診療放射線技師又は診療エックス線技師以外のすべての者に対し放射線を人体に照射することを業とすることを禁止するのは憲法22条1項・25条に反しないと判断している。また、東京高判昭和36年12月13日下刑集3巻11・12号1016頁および東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁（第一決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁が上告棄却）は、医師でない者の医業を禁止する医師法17条は憲法22条に反しないと判断している。管見の限り、学説上も違憲論は見られない。
- (13) 工藤達朗「医療類似行為の禁止」高橋和之ほか編『憲法判例百選I [第5版]』（有斐閣、2008）200頁は、医業類似行為の資格制の合憲性が問題となった最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁を題材に、いわゆる規制目的二分論の欠陥を論じる。
- (14) 医学研究についても同様の問題があるが、本稿での議論はそれを射程外に置き、狭い意味での医療を念頭に置いて考察を進める。
- (15) マクロレベルでの「生命」保護を追求するために、ミクロレベルでの「生

命」保護の範囲を縮減させる「制度化コスト」に着目する議論として、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 646号28頁（2008）を参照。

- (16) 参照、和田仁孝＝前田正一『医療紛争—メディカル・コンフリクト・マネジメントの提案』（医学書院、2001）、日本医師会医療事故責任問題検討委員会「医療事故に対する刑事責任のあり方について」（平成19年5月）（http://www.med.or.jp/teireikaiken/20070509_1.pdf）、小松秀樹『医療崩壊—「立ち去り型サボタージュ」とは何か』（朝日新聞社、2006）。
- (17) 棚瀬孝雄「不法行為責任の道徳的基礎」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法—法の理念と生活世界』（有斐閣、1994）3頁の17頁

3 安全確保策としての医行為規制

医行為業務の規制の合理性について考えてみると、危険度に対応した規制・管理のあり方が求められ、不必要な規制は行うべきではないということはいえよう。公法学的に言えば、比例原則を満たす必要があるということである。ただ、憲法上の権利の問題として統制することには、なかなか難しいものがある。

現行法は、医師法による「医業」というカテゴリーと、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律による「医業類似行為」というカテゴリーを設け、それぞれ資格制を設けている。「医業」は、医行為を業として行うことであり、医行為は、解釈論上、（やや不正確に大要を述べれば）医師のみが行い得る絶対的医行為と、保健師助産師看護師法などにもとづいて原則として医師の指示の下に他の医療職も行き得る相対的医行為に分類されている⁽¹⁸⁾。これらは、とりあえずは、行為の危険度に応じて資格を異ならせ、比例性を満たそうとするものといえよう。

けれども、「はじめに」で例示したようなさまざまな問題が指摘され、規制の合理性が問われている。そこで、まずは現行法の解釈論による対処が考えられ、従来の過剰規制的な法解釈の見直しが進んできた。厚生労働省の各種の通知による対処は、このような方向のものといえ、（原則として医行為にあたらぬものを示す通知もあるが）基本的には、刑法上の違

法性阻却論であると考えられる。⁽¹⁹⁾ただ、違法性阻却は（憲法上の権利の主張も同様だが）、個別具体的事案での法益衡量の事後的評価の問題となるとすれば、医療・介護関係者は日々行う業務について不安定な状況におかれることになる。

そこで、法律解釈についての行政通知が出され、一般性をもたせようとするのだが、法治主義の観点からは問題のあることが行われている。行政法学の山本隆司は、医療職以外の者による痰の吸引等を許容する旨の通知⁽²⁰⁾の「当面やむをえない」という論理について、「実質的違法性論にもとづく違法性阻却論かもしれない。しかしこれは、違法性の『形式的』基準を設定し具体化する立場にある主体が、（自らの在宅医療の促進により）普通に想定される状況に対して用いるべき論理ではないように思われる」と述べる。また、続けていう。「この通知には、たんの吸引等の措置方法や、医師看護師以外の者が措置をとるための条件が、かなり詳細に書かれている。これらが、国民の安全のために必要な事項だとすると、このような重要な事項を、法律の委任なしに、法的拘束力のない通知に記すだけでは足りないのではないかと⁽²¹⁾」。この分野での通知行政には、法治主義の要請からするとかなり無理のあるものが含まれている。⁽²²⁾

行政通知が違法性阻却の条件を詳細に記述するのは、安全を確保しようとするためであろう。現行法では、刑事法的規制が及ぶ医行為に該当しないと何らの規制もなされないしくみになっているため、安全を確保する施策を行う対象とし、悪質な事業者を封じようとするれば、医行為に該当しないとというわけにいかず、法律もないのに教育訓練等の安全確保策を講じて医療職でない者に医行為を認めるという苦しい解釈論となるのである。また、「医行為」および「業」の構成要件解釈論も、医行為業務規制がいったい何のために行われるのかの検討と関連として進展してきており、これによって解決される問題も多い。ただ、かりに刑事法的対処を離れるとして、「医業」ではないとされる行為の安全をどのように確保するのかという問題⁽²⁴⁾が出てくる。

結局、政策的には、法律による何らかの仕切り直しが必要であろう。そ

ここで立法論になるわけだが、従来の「医行為」のうち相対的に危険度が低いものを外にくくり出し、それを介護職等に認める別カテゴリーを設けるという提案⁽²⁵⁾や、「医行為」の内部で相対的医行為を行いうる資格を拡大する提案⁽²⁶⁾などが⁽²⁷⁾見られる。いずれの見解も、教育訓練カリキュラムの整備など、医療安全の確保のための制度づくりを前提にしている（とくに、後者の見解は、安全性に関する第三者による検証可能性を重視する）。医療安全の確保のために、公権力による法的規制（とりわけ刑事的規制）がどこまで必要・有効であるのかということも、ひとつの論点となっていると思⁽²⁸⁾われる。

では、現行法が違憲なのかということ、個別の事案での不合理な処罰が適用違憲となる可能性はいつでも残るにせよ（通常は違法性阻却の問題となるはずである）、一般的には、現行法は人々の生命・健康を確保するために必要かつ合理的な規制であり、医事法学で努力されているような適切な解釈を前提とすれば違憲であるとはいえない。自動車運転免許が普通・大型の二段階から普通・中型・大型の三段階になったように規制段階を細かくすれば、より比例的になるとはいえるが、それは基本的には立法政策の問題であろう。規制が不明確であるとして全面的に違憲無効となれば、医療安全が確保できないリスクが大きすぎる（もともと、規制されている行為とされていない行為の現実の不均衡はやはり問題である⁽³⁰⁾）。医行為規制の見直しは、諸々のリスクを衡量した上での一般的な対処（制度づくり）が必要なのであり、それは立法府の役割である。

註

(18) 平林勝政「医療スタッフに対する法的規制—医師に対する法的規制を中心に」宇都木伸＝平林勝政編『フォーラム医事法学』（尚学社、追補版、1997）200頁、同書148～149頁註（7）[平林勝政執筆]を参照。今日、「医行為」を「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」（東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁など）と解するのが通説である。医師による診察の機会を奪うという消極的な危険がここに含まれるのかについて議論があることはよく知られている。

(19) 在宅及び養護学校における日常的な医療の医学的・法律学的整理に関する

- 研究会「盲・聾・養護学校におけるたんの吸引等の医学的・法律学的整理に関するとりまとめ」(平成16年9月17日)(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/09/s0917-3.html>)、野口尚『『医行為』概念の解釈運用について』樋口範雄＝岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』(弘文堂、2007) 35頁。
- (20) 「ALS(筋萎縮性側索硬化症)患者の在宅療養の支援について」平成15年7月17日医政発第0717001号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知、「在宅におけるALS以外の療養患者・障害者に対するたんの吸引の取扱いについて」平成17年3月24日医政発第0324006号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知。参照、「看護師等によるALS患者の在宅療養支援に関する分科会報告書」(平成15年6月9日)(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/06/s0609-4a.html>)看護問題研究会監修・前掲書註(2) 167頁、在宅及び養護学校における日常的な医療の医学的・法律学的整理に関する研究会「在宅におけるALS以外の療養患者・障害者に対するたんの吸引の取扱いに関する取りまとめ」(平成17年3月10日)(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/03/s0310-4.html>)。
- (21) 山本隆司「医行為概念の再検討—行政法学の立場からのコメント」樋口＝岩田編・前掲書註(19) 22頁の24～25頁。
- (22) なお、処罰されない場合を示す行政解釈の意義を積極的に認める見解として、佐伯仁志『『医業』の意義』宇都木伸ほか編『医事法判例百選』(有斐閣、2006) 4頁を参照。
- (23) 高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」法学論叢164巻1～6号362頁(2009)は、医師法があくまで抽象的危険を防止するにすぎないことを指摘して「医行為」を限定的に解するとともに、医業独占を害さないことから特定人に対してしか行われぬ行為は「業」でないとする。また、実質的な違法性阻却の根拠を分析する。
- (24) 参照、佐伯仁志「樋口論文に対する若干のコメント」樋口＝岩田編・前掲書註(19) 16頁。
- (25) 樋口範雄『『医行為』概念の再検討』樋口＝岩田編・前掲書註(19) 1頁、同『医療と法を考える—救急車と正義』(有斐閣、2007) 第7章、同『『医行為』概念と医療的ケアの広がり—法と医療の側面』季刊福祉労働111号77頁(2006)。また参照、前掲註(20)「在宅におけるALS以外の療養患者・障害者に対するたんの吸引の取扱いに関する取りまとめ」の「4今後の課題」。
- (26) 平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢雅彦＝宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信山社、2004) 573頁、同「医行為をめぐる法制度論的問題状況」年報医事法学19号68頁(2004)、同「家族以外の非医療職による『痰の吸引』の容認について—制度的な問題点と今後の課題」訪問看護と介護10巻9号712頁(2005)
- (27) この両者が本質的に異なるひとつの点は、安全にとっての医師が医療的行

為に責任を負うしくみの評価であるように思われる。樋口提案は、医師のある種の指導監督は予定されているものの、医師からかなり独立した「医療的ケア」の提供を認める。これに対し、平林提案は、医師の指示と最終的責任の下に行われる「医行為」の中に問題の行為群を含むことを堅持するのである。介護職の専門性との関係の整理も論点となるだろう。

(28) 樋口範雄「医療における法化と規範の役割—法の過小と過剰」城山＝山本編・前掲書註(4)139頁、佐伯・前掲論文註(24)

(29) なお、最三判昭和56年11月17日集刑224号45頁は、歯科医師法17条にいう「歯科医業」の意義が不明であるということとはできないとして、憲法31条違反の主張を退けている。また参照、東京地判平成6年3月30日刑集51巻8号689頁。

(30) 高山・前掲論文註(23)

4 リスク管理と権利

技術の進歩などを考慮に入れると、資格制の対象となる医療的行為は、抽象的・包括的なものにならざるをえないように思われる。⁽³¹⁾政策的には、それをどのように区分し、それぞれのカテゴリーごとにどのような医療安全のための方策をとるのか、またそれらの職種の業務分担と連携をどうするのかといった問題がもちろん重要だが、憲法から具体的政策が導けるわけではない。法律にもとづかない行政による「制度」構築に歯止めをかけることが、この分野で最も意味のある憲法論かもしれない。では、権利論の出番はないのか。

人権の観念は、社会全体におけるリスクの効率的配分という思考に対し、どんなに社会全体の利益になるとしても侵すことのできない個人の領域を確保するものである。リスク管理は、マクロな視点から社会全体の人々(公衆)を対象に安全を確保するものになりがちである。医療の供給と安全の確保についても、医療資源に限界があり、リスクの比較衡量が問題になることはたしかだろう。たとえば、AEDの設置・維持にかけられているコストを別の医療に振り向けることで、限られた医療資源をより有効に利用できるのではないかと、いわれることがあるようである。⁽³²⁾この指

摘が正しいのかここで評価することはできないが、医療の確保だとされる政策に「機会費用」があり、特定の医療に資源を投入しすぎると、別のリスクを生むことはよく理解できることである。医行為規制に関する政策でも、教育カリキュラムを設け、新たな資格制を整備することは、それに投入される資源の機会費用を考慮せざるをえない。何をエンド・ポイントに設定するのかについても、社会の人々は、数値的に長く生存することだけを政策目標とするわけではなく、それと並行して「安心」の感覚をも得たいと思うかもしれない。美馬がいうように、「リスクが意味のネットワークとしての社会のなかにどう位置づけられるかという問題」⁽³³⁾がある。その中で暫定的に社会的意思決定を行うとすれば、第1節で述べたように、何をリスクとして認識し、どのリスクをどの程度低減し、どのリスクをどの程度引き受けるのか、優先して守られるべきは誰のどのような安全・自由なのか、という問題になる。

ここで、民主主義によるアプローチは、さまざまなリスク（また、その社会的布置）に関する情報ができるだけ公開された上で、社会において開かれた民主的な議論を行い、合意形成をして決定すべきだと考えることになる。これに対して、人権のアプローチは、社会的合意ないし民主主義を限界づけ、それに優先して個人に確保されるものは何かと考えることになる。もしAEDの設置が人権にもとづく要求だとするなら、民主的意思決定による資源配分は問題にならず、とにかく人権が確保されなければならない、ということになるわけである。人権が社会的合意により実現されればそれに越したことはなく、（何が人権であるのかを含めて）人権保障についての民主的議論を軽視できないが、人権の観念の本領が発揮されるのはみんなで議論して決める対象にはならない個人の〈私〉の領域を示す点である。

医行為規制に関する政策を考える際には、人権アプローチが有効に機能することは、現実的には少ないように思われる。⁽³⁴⁾憲法上考慮が求められる一定の事項はあるにせよ、前節で瞥見したような医事法学で議論されているさまざまな考慮については、何が社会のみんなにとってよい政策なのか

を民主的に議論し、決定していくことが適切であろう。けれども、社会全体における資源の効率的配分という思考が行き着いた先として、らい予防法や優生保護法の歴史があったことを忘れることはできない（これらの政策が本当に効率的な資源配分になっていたのかという問題もあるのだろう）。個人の人身の自由や生命・身体に対する権利は、公衆衛生（Public Health）の知が発達するリスク社会における医事法政策において、いつでも頭に置いておかねばならないものである。

この観点から、やはり問題にすべきだと思われるのは、人工呼吸器利用の際の痰の吸引について、それを適法に行いうる医療職のサービスが十分に供給されないまま、医療職以外の者がそれを行うことを禁止することは、呼吸器の利用者の生命に直接の危険が及ぶことになることである。現行法上は、先に見た行政通知の苦しい解釈論でいちおうの解決がはかられており、一定の条件のもとで痰の吸引を事実上許容することとされている。社会全体のことを考える行政としては、おそらくは安全上の問題があると判断される行為について誰にでも解禁すると公的に宣言するわけにもいかず、政策的対応に苦労があることは理解できるのだが、呼吸器利用者の個々人にとってみれば、上記禁止は状況によっては「殺される」との違いあるまい。なんとか全面禁止を避けようとする行政解釈は、憲法の観点から見れば、生命に対する権利を侵害しないための憲法適合的解釈の努力といえなくもない。それでも、立法的に解決されることが本筋であることは、前節で述べたとおりである。

註

(31) 参照、磯崎辰五郎＝高島学司『医事・衛生法』（有斐閣、新版、1979）185頁、野田寛『医事法・上巻』（青林書院、1984）59頁。

(32) 参照、美馬達哉『「リスクの医学」の誕生—変容を強いられる身体—今田高俊編『リスク学入門4・社会生活からみたリスク』（岩波書店、2007）55頁。美馬は、本文の見解を述べているのではなく、リスクの客観的評価とその社会的意味が異なってしまう例として、心肺蘇生をめぐる議論を出している。

(33) 美馬・同60頁

(34) なお、憲法26条の教育を受ける権利に着目するものとして、樋口範雄「在宅及び養護学校における日常的な医療の法律的整理」(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/06/dl/s0630-5e.pdf>) 第3回在宅及び養護学校における日常的な医療の医学的・法律学的整理に関する研究会(平成16年6月30日)配布資料を参照。

おわりに

かりに、違法である可能性があるが、それが違法だとしたら不合理な規制だと考えられるような医療関係の行為があるとして、患者のためにはそれを行うことができればよいに決まっていると思ったとしても、裁判所で権利主張をして争う医療関係者は日本では稀であろう。あらかじめ法律や行政解釈によって適法であるとわかっている行為しか、(とくに良心的な方であればあるほど)関係者はとりにくいのが現状であるように思われる。その文化は多少変わってもよいようにも思うが、現状を前提とすれば、医療の現場では、その意味で一般性をもつ明確な法しか(極端にいえば)実効性がない。

本稿が、医行為規制について、民主主義アプローチを重視する背景には、そのような現状認識がある(人権アプローチの重要性を否定するものでないことは、ご理解いただきたい)。一般性ある明確な法を定立するのは、国会(とその委任を受けた行政)の任務であり、立法府は、民主的議論を背景に、何がみんなのためになるのかを考えて、よりよい政策を定立する。もちろん、立法府は、憲法上の権利の侵害が生じないようにできるだけ配慮すべきであり、人々の権利主張は民主的に考慮されるだろう。そのような民主制プロセスに期待しないことには、有効適切な医行為規制は望めないと考えるのである。

本稿は、あるべき決定プロセスについても、あるべき医行為政策についても、示していない。医行為規制論の本体からすれば、ずいぶん周辺的で外枠的なものとなったが、この分野での憲法論のはたらき方(換言すれば、ある種の「役に立たなさ」?)についての考察となっていると思いたい。

＊本稿は、平成19～21年度科学研究費補助金基盤研究（C）「医療、看護及び介護における患者の安全確保を目指した公法的規律のあり方に関する研究」（代表者：磯部哲）による医行為研究会（2008年8月3日）における報告をもとにしたものです。貴重な勉強の場を与えていただいた同研究会の参加者の方々に感謝申し上げます。

＊本稿は科学研究費補助金による研究成果です。