

行政法を構成する専門職自主法（四・完）

安田理恵

序章

第一章 アメリカ行政法の生成とそれが軽視した観点（以上、二四八号）

第二章 医療職集団の専門職自主法から構成される州行政法（以上、二四九号）

第三章 医療職集団の専門職自主法と行政法との接合・浸透

第一節 組織および法定要件における接合

第二節 組織および法定要件における接合に対する司法審査（以上、二五一号）

第三節 専門職自主法と行政法との接合・浸透

一 専門職自主法と行政法がつくる接合の関係性

二 権力・権限 (power) に焦点をあてる行政法——司法的救済の思考方法

三 権能 (authorization) に焦点をあてる行政法——専門職自主法による構成

四 専門職自主法の二機能と国家法

五 専門職自主法の中に生成する「行政法」の徴候

結語

- 一 行政法の生成——「諸権力」統合的仕組み
- 二 専門職自主法を構成する行政法
- 三 行政法を構成する専門職自主法
- 四 専門職自主法の中に生成する「行政法」の徴候

第三節 専門職自主法と行政法との接合・浸透

一 専門職自主法と制定法令がつくる接合の関係性

医療提供の空間には、この空間を規律する法として、専門職自主法と制定法令とがある。これらの法はそれぞれ単独で、あるいは、相互に接合し一体となつて、医療提供を規律することができる。

(一) 専門職自主法または制定法令による単独の規制

① 専門職自主法による単独の規制・非国家法による規制

医療提供の法的規律には、第一に、専門職自主法単独で行う場合がある。たとえば、医師資格や医療の質を保証する要件について、医療職集団は、専門職自主法に定めを置き、医療職集団自らが要件審査を行う。そして、この要件を充足する場合、医療職集団は、たとえば医療提供資格を有することの認定を行う。

専門職自主法に基づくこの認定の効果は、その専門職自主法を定立した医療職集団という「社会」の内部に限まることなくこの集団の外部へと広がる。そして、同時に、当該専門領域の関係者が属する「空間」の内部に限

定される。したがって、医療職集団によって定立された専門職自主法による規制は、国家法である制定法令が適用される空間とは異なる空間——国家内部に存在する部分社会、あるいは、国境を超えて広がる空間——の中に存在する。

②制定法令による単独の規制・国家法による規制

医療提供の法的規律は、第二に、制定法令単独で行う場合もある。そこには、医師資格や医療の質を保証する要件について、議会が制定法に定めを置き、行政機関がその委任を受けて法令を制定しそこに基準を設け、それに基づいて行政機関が個別事案に適用するという過程がある。この過程において制定法は、「行政の決定」権限を、行政機関に対して授權している。また、組織に着目すると、全ての行政の活動は、議会の授權を受けて行政機関が単独で行っている。したがってこの場合、医療提供の空間には、制定法とその委任立法による規制である行政法規制だけがあり、専門職自主法による規制はなく、当然、両者の接合もない。

制定法令に基づく認定の効果は、国家法の通用範囲、すなわち国境で区切られた一国家の領土の内部に原則として限定される。

（二）専門職自主法と制定法令との接合

医療提供の空間において、その法的規律は、これまで本稿が検討してきたように、専門職自主法と制定法令とが接合して行うことも可能である。本章第一節で述べたように、制定法令は、まず、組織のレベルで、①医療職集団を指定する、②医療職集団を設置する、または、③行政機関による医療職集団との委託契約の根拠を置く、という三つの型の組織的接合をつくる。次に、制定法令は、要件および法効果について、一定の定めをおく。制

定法令は、専門職自主法と制定法令とを要件審査のレベルで接合させるのである。

上記組織的接合のどの型においても、制定法令がつくる空間と専門職自主法がつくる空間がそれぞれに存在する。ここでは、制定法令がつくる空間と専門職自主法がつくる空間との接合、すなわち、その関係性という視点から医療提供の法的規律を検討する。

①制定法令に基づく医療職集団の指定…指定型接合

制定法令の空間では、制定法は、まず、医療職集団を指定することを一般的に定め、かつ、医療提供資格等の法定要件（「医療職集団による認定」、「行政機関による認定」等）についても定める。そして、この制定法の規定を受けて、制定法令は、特定の医療職集団を指定する。この指定された組織を媒介にして、制定法令の空間は、専門職自主法の空間と接合する。これにより、行政法の視野の中に、専門職自主法の空間がみえてくることとなる。そこには、制定法令と専門職自主法という二つの空間から構成される一つの空間が登場している。

専門職自主法の空間では、医療職集団は、たとえば医療提供資格を認定するための基準を定立し、この基準を個別事案に適用し、医療提供資格を認定する。この医療職集団による基準適合性認定行為は、制定法令による指定を通じて、行政法の空間に取り込まれ内面化する。すなわち、組織的に、この医療職集団は、制定法令による指定を通じて、制定法令単独の空間では「行政機関」とみなされるが、しかし、制定法令と専門職自主法から構成される空間では「行政機関」である。また、規範的に、指定医療職集団により定立された基準は、制定法令単独の空間では「行政立法」とみなされるが、しかし、専門職自主法と制定法令が接合している空間では「行政立法」である。個別事案への基準適用行為は、制定法令単独の空間においては、行政機関が名あて人に対して行う「行政処分」とみなされるが、しかし、専門職自主法と制定法令が接合している空間においては、医療職

集団が名あて人に対して行う「『行政』処分」ということになる。したがって、医療職集団および行政機関による「『行政』の決定」が、法定要件審査のレベルに登場する。すなわち、専門職自主法の空間と制定法令の空間という二つの空間が一つとなったこの空間では、名あて人に対して、一つの法・「法」効果を及ぼす仕組みをみることができ⁽³⁵⁾る。

したがって、ここでは、指定された組織を媒介にして、接合が生じている。医療提供を規律する法という一つの法構造（構成体）において、制定法令と専門職自主法とは、それぞれ自律的な構成要素でありつつ一つの構成体として、接合・浸透し、統一された法構造をつくっているのである。

②制定法令に基づく医療職集団の設置…法定設置型接合

制定法令に基づく医療職集団の設置を通じた接合の場合、制定法令がつくる空間では、制定法は、医療扶助給付の法定要件（「医学上必要」等）を定める。また、制定法令は、行政機関に対して、医療扶助給付の大綱的指針を定立する権限、および、法定要件適合者への医療扶助の給付権（効果）を授権する。そして、法定要件審査については、制定法令が、医療職集団を設置しこれを行うものと定める。したがって、制定法令は、専門職自主法の空間に、大綱的要件である法定要件の具体化を委ねることとなる。他方、専門職自主法がつくる空間では、法定設置された医療職集団は、法定要件の審査基準を定立し、その基準に適合しているかを個別に審査する。したがって、医療職集団の法定設置を通して、制定法令の空間には、専門職自主法の空間が接合している。ただし、この場合の専門職自主法の空間は、制定法令によって新たに作られたものである。一旦、専門職自主法の空間が作られると、医療職集団は、たとえば医療行為が「医学上必要」か否かの審査基準を定立し、基準の個別適用行為も行う。その限りでは、民間医療保険会社の活動等と同じであるということが出来る。

このような専門職自主法の空間は、医療職集団の法定設置を通して、まず、組織のレベルで接合し、続いて、法定要件審査のレベルで接合する。すなわち、法定要件該当性の審査基準の定立権と審査権が、医療職集団に対して、制定法令から授権される。したがって、この接合を通じて、医療職集団が定立した自主基準は、法定要件の審査基準となり、すなわち「『行政』の決定」となる。そして、医療職集団による個別事案への基準適用行為は、制定法令単独の空間においては、行政機関が名あて人に対して行う「行政処分」であるが、専門職自主法と制定法令が接合している空間においては、医療職集団が名あて人に対して行う「『行政』処分」となる。

③制定法令に基づく医療職集団と行政機関との委託契約・委託契約型接合

委託契約に基づく医療職集団による要件審査を定める制定法令の空間では、①連邦制定法令に基づいて、連邦行政機関が大綱的基準の定立権および金銭給付権を有し、②州制定法令に基づいて、州の行政機関が設置され、この行政機関が審査基準の定立権および個別基準適用権を有する。連邦法も州法も、医療扶助給付を行うための組織を設置し、かつ、これら組織に権限を授権している。この限りにおいては、連邦法と州法との間で役割分担はあるものの、医療扶助給付のための制定法構造は、連邦および州の制定法令によって完結している。

そのうえで、州の制定法令は、連邦の大綱的指針を具体化した基準の定立とその適合性審査を、契約に基づいて、医療職集団に委託している。委託契約を通じて、州法および連邦法という二つの要素からなる制定法令の空間には、専門職自主法の空間が接合することとなる。専門職自主法の空間には、複数の医療職集団が存在し、それぞれそれぞれの医療職集団の中に、専門職自主法がある。これら医療職集団の一つが、医療扶助の要件審査業務を、契約形式で委託されるのである。この場合、形式的には、制定法令は行政機関を設置し、同時に、行政機関に対して給付要件該当性の審査権限を与えている。そして、要件審査の形式的な枠組みは制定法令がつくつてい

る。しかし、その内容は、委託契約の相手方である医療職集団がつくる専門職自主法である。専門職自主法と制定法令とは、形式を制定法令が定め、内容は専門職自主法が充填していることとなり、ここに接合がみられる。そして、一旦要件審査のレベルで接合がみられれば、医療職集団の決定が『行政』の決定』として通用することとは、指定型および法定設置型と同様である。

（三）制定法令を構成する専門職自主法

上記三つの型の接合に共通している点は以下の通りである。これらの三つの型の接合においては、まず、制定法令が、医療提供を規律する枠組みをつくっている。すなわち、制定法令が、行政機関を設置し、規制の要件および効果を定める。次に、制定法令は、専門職自主法に対して、法定要件の審査を委ねる。したがって、制定法令が定める行政法規制は、専門職自主法を構成要素としているということが出来る。三つの型の接合について、上記のように説明することは、制定法令が医療提供の法的規律を主導している姿を描くことになる。すなわち、ここには制定法令から専門職自主法をみる視点がある。制定法令がつくった仕組みの中に、どのような形式で、そしてどのような内容において、専門職自主法に基づく決定が取り込まれるか、すなわち内面化するかという問いがここに存在するのである。

このように、制定法令の中への専門職自主法の内面化という点で共通する三つの型の接合は、しかし、それぞれに特有の内面化の形式と内容をもっている。

指定という形式における専門職自主法と制定法令との接合では、法効果は制定法に基づいて付与されるが、その法効果が付与されるまでのプロセスにおいては、二つの法が一つのプロセスの中で連続的にそれぞれにそれぞ

れの役割を果たすのであり、すなわち、その関係性は分節的である。⁽³⁶⁾なかでも、専門職自主法に基づく認定がそれ自体単独で法定要件となる単独型接合の場合、専門職自主法は、制定法が定める要件審査の段階においてこれを完全に実施し、その結論に対して次に行政機関が法効果を付与している。また、専門職自主法に基づく認定が制定法令に基づく認定と併用または選択されて法定要件となる併用型接合または選択型接合の場合には、まず、法定要件審査の段階で、その一部を専門職自主法が実施する。この場合、一つのプロセスの中で専門職自主法が行う部分が単独型接合に比べて少ないとはいえ、そこにもやはり、専門職自主法と制定法令との分節的關係性が存在している。

法定設置、および、委託契約の形式における専門職自主法と制定法令との接合においては、専門職自主法に基づく認定自体は、法定要件とはならない。法定要件充足の判断および法効果の付与に関しては、行政機関が権限をもつ。この制定法令が定める要件の審査の段階で初めて、そして、法定要件審査の段階のみ、専門職自主法が登場する。法定要件審査の中で、すなわち、制定法令に基づいた行政機関による認定の中に、専門職自主法に基づく認定は、内面化されている。

そのうえで、法定設置型接合と委託契約型接合との異なる点は、医療職集団が、制定法令に基づいて外生的につくられたか、または自生的なものであったか、という医療職集団の組織法上の生成のあり方である。法定設置型接合における医療職集団は、制定法令に基づいて、私的主体として設置されたものであった。⁽³⁷⁾他方、委託契約型接合における医療職集団は、制定法令がつくる市場に動機づけられるとはいえず、その成立は自生的である。

法定設置型接合および委託契約型接合は、法定要件審査についてみるならば、形式からいえば全て、政府が行うものとなっている。しかし、法定設置または委託契約によって、法定要件審査における基準の内容の定立および

びその適用は、専門職自主法に委ねられている。この点において、法定設置型接合と委託契約型接合は、形式と内容の両面で、制定法令と専門職自主法とが最も相互に浸透している接合であるといえる。

以上、医療提供における法的規律をみると、制定法令である行政法が主体となり、そして専門職自主法が客体となるといふ両者の関係性を有する法構造がそこには存在しているということが出来る。制定法令である行政法は、専門職自主法を行政法目的実現のための要素として、行政法の枠の中で再構成している。専門職自主法は、制定法令を介して行政法となるのである。ただし、接合の型の違いによって、制定法令である行政法が専門職自主法を構成するあり方は異なっている。

二 権力・権限 (power) に焦点をあてる行政法——司法的救済の思考方法

制定法令である行政法と専門職自主法との接合は、上述のような型に分類することができる。このそれぞれの型の接合について、最終的に法的コントロールを及ぼすことができるのは、伝統的には裁判所である。しかし、裁判所は、その接合のあり方（型）の種差について十分に関心を払っているとはいえない。制定法令と専門職自主法との接合の型如何に拘らず、裁判所は、画一的かつ一律に、まず、専門職自主法に基づく決定が、委任禁止法理に反するか否か、または／および、ステイト・アクションに該当するか否かという二つの判例法理を用いて、専門職自主法に基づく決定に対する審査を行うことが通例である。⁽³³⁸⁾

(二) 委任禁止法理およびステイト・アクション法理において裁判所が有する視点：権力・権限 (power)
裁判所が委任禁止法理または／およびステイト・アクション法理を用いるとき、裁判所は、国家の権力・権限

(power)の所在、定義、効果(一方的法効果)を問うている、ということが出来る。⁽³³⁹⁾

委任禁止法理は、国家の権限をどの組織に分配するかを問う判例法理である。その根拠は、たとえば国家の権力分立原理から導かれる。⁽³⁴⁰⁾委任禁止法理においてそもそも議論されたのは、行政機関に対して、国家の権限(裁判所が有する司法権、議会が有する立法権)を委任することの該当性および合憲性であった。そしてその派生として、私的主体に対する国家権限の委任についても併せて議論された。したがって、委任禁止法理は、公私に関わりなくどの機関(または組織)が国家の権限を有するかを問うものである。この点で、裁判所は、国家の権限の所在に視点を置いているということが出来る。これは、本稿でいう組織のレベルでの接合を問題としてしていることができる。

一方、ステイト・アクション法理とは、国家の行為と同視できる私的主体の行為とは何かに関する判例法理である。ステイト・アクション該当性を判断するために、裁判所は、多くの判断基準を示してきた。⁽³⁴¹⁾これらの判断基準を本稿との関連で大きく分類するとすれば、①「国家の行為」自体を特定しこれとの同一性を抽出するアプローチと、②「国家の行為」自体を特定することなく国と私的主体との関係性の密度を分析するアプローチに分けることができる。

①のアプローチをとる場合には、まず「国家の行為」の定義が必要となる。「国家の行為」が成立するためには、(a)行為主体である国家機関が憲法または制定法に基づいて設置されていること、(b)この機関が当該行為をなすための「権限」が憲法または制定法によって授權されていることという要件を、二つとも満たす必要がある。しかし、私的主体のステイト・アクション該当性が問題となる状況では、(a)の条件は満たされない。そこで、

「国家の行為」との同一性を問うアプローチにおいて核心となる要素は、私的主体の行為が国家から国家機関に授権された場合における「権限」と同質・等価であるかである。すなわち、ここで問われているのは、国家の権限とは何かという、国家権限の定義である。

②のアプローチをとる場合には、国家の権限を定義する必要はない。ここでは、政府と私的主体の距離・一体性が問われている。この判断基準として、裁判所は、たとえば密接な関係性等を挙げる。これらの判断基準は、政府と私的主体の距離を問いつつ、それと同時に、私的主体の行為が、政府の行為と同様に、名あて人に対して一方的な法効果を与えるか、を問うている。ステイト・アクション法理の中で、「行政の決定」の名あて人に対する法効果の一方性、すなわち、権力性が語られているのである。

このように、裁判所は、専門職自主法と制定法令である行政法との接合形式の種差にはほとんど関心を払わず、一律かつ画一的に、委任禁止法理に違反するか否かということ、または／および、ステイト・アクションに該当するか否かということを審査する。これらの審査を通して、裁判所は、国家の権力・権限の所在、定義、効果（一方的法効果）を問いかけている。すなわち、委任禁止法理およびステイト・アクション法理は、国家の権力・権限の所在等に関心をもつものである。したがって、裁判所は、その思考方法という点で、国家・行政中心のアプローチをとっているということができる。

（二）委任禁止法理およびステイト・アクション法理の射程・公法による救済

このような委任禁止法理およびステイト・アクション法理という二つの判例法理は、「権力・権限の所在、定義、

効果」を確定することによって、救済のあり方を決めることを目指している。この二つの法理を用いることにより、医療職集団の決定の合理性またはその決定手続の適正さを審査する前段階において、裁判所は、「医療職集団を行政機関と位置付け、専門職自主法を行政立法（＝行政法）と位置付けることができ、したがって、公法——憲法・行政機関および公務員に適用される制定法（情報公開法、行政手続法、公務員の不法行為による損害賠償法等）——によるコントロールを及ぼすことができるか」を問うのであった。したがって、このアプローチは、アメリカ法の文脈において公法と私法とを分けるとするならば、私法ではなく公法のアプローチをとることで、裁判所が救済するか否かを決定するものである。

委任禁止法理に違反しない、または、ステイト・アクションに該当すると判断された場合、多くの判例では、次に、手続的な適正さの問題を審査する。裁判所が、医療職集団の定立した基準またはその個別適用について、*de novo* 審理を行った判例は今のところみいだせず、本稿で検討した *J.K. v. Dillenber* 判決では、この基準を行政決定における裁量基準であると位置づけ、裁量濫用の該当性については専断的恣意的テストを用いることを示唆している。⁽³⁴⁾

公法によるコントロールを及ぼすことができるか否かというこのアプローチについては、委任することのできない政府の機能が存在することを理論的前提としてその機能を特定することが必要となるが、その作業は論理的にも事実上も困難であるとの批判⁽³⁵⁾、また、ステイト・アクションに該当しないと判断されれば、公法的コントロールの途が全く絶たれるという意味で、全か無かであるとの批判⁽³⁴⁾がある。そして、これらの批判に対しては、委任禁止法理を前提とするステイト・アクション法理を用いてステイト・アクション該当性を判断し憲法上のデュー・プロセス条項を適用すること、⁽³⁵⁾ 行政機関および公務員に適用される制定法の医療職集団などの私的主体に対して

適用拡大すること等が主張されている。⁽³⁴⁶⁾

しかし、上記のようなアプローチ、すなわち、私的主体に対しても公法によるコントロールを及ぼすというアプローチは、私的主体がこうした公法上のコントロールを受けないからこそ有しえた経験、情報、能力を損ってしまふ、とされる。⁽³⁴⁷⁾そしてまた、裁判所が与えることのできる救済は、公法——憲法・行政機関および公務員に適用される制定法——による救済だけではない。たとえば、裁判所は、前述の *St. Agnes Hospital v. ACGME* で判示したように、⁽³⁴⁸⁾ステイト・アクションに該当しない場合であっても、医療職集団の認定が専門職としての活動の事実上の前提条件となる場合であれば、当該認定には、*コモン・ロー*上の公正に扱われる権利から導かれる公正な手続が要求される、と判示することがある。⁽³⁴⁹⁾この点では、委任禁止法理やステイト・アクション該当性判断は、司法的救済を、公法を根拠とした救済へと方向づけるにすぎないものである。

さらに、救済は、行政手続に後続するか否かにかかわらず裁判所が最終的に救済する、という司法的救済に限られる必要もない。当然、行政過程における救済が存在する。これら司法的救済および行政過程における救済に加えて、専門職自主法と行政法が接合している空間においては、救済が、専門職自主法の空間で、専門職自主法が定立した基準の適合性審査の時点において、すなわち、行政法という法定要件審査の時点においてなされるとすれば、それもまた救済である。⁽³⁵⁰⁾

(三) 権力・権限 (power) に焦点をあわせることによって、みえなくなるもの…多様な救済の途

権力・権限概念について、アメリカの行政法学者 Edward E. Rubin は、*実体的な領有 (tangible possession)*⁽³⁵¹⁾ または、相手の意思に拘らず自らの意思に従わせるという関係性⁽³⁵²⁾という二つの観点からこれを理解することができ

る、と述べる。⁽³⁵³⁾

そして、Rubin は、これら二つの観点からみた権力・権限概念が、今日の行政国家の分析にはうまくなじまないと述べている。すなわち、第一の実体的領有という観点からみた権力は、国家の機関とその公務員との接合（換言すれば、国家の機関とその公務員との分離）を特徴とする現代の政府において、国家の機関と公務員とのどちらにこの権力が所属するのかを説明することができない。また、第二の関係性という観点からみた権力は、単一の主体を想定し、その単一主体の意思が、他の主体の意思如何にかかわらず貫徹するという関係性に、権力をみいだすものとして権力を捉えるものである。ここでは、貫徹される「意思」が特定されなければならない。しかし、現代の政府においては、その意思を発するはずの、単一の主体を特定することができない。⁽³⁵⁴⁾

上記の権力・権限の捉え方は二つとも、政府の組織および活動について、これを一体としてみているということができる。権力に焦点をあてることよって、政府の組織および活動には、本来分離して存在しているものがあるにもかかわらず、その分離して存在しているという姿がみえなくなる。このことは、本稿が注目する専門職自主法と制定法令である行政法との接合についてみる場合もあてはまる。すなわち、専門職自主法と行政法とは本来分離しているにもかかわらず、委任禁止法理やステイト・アクション法理を用いる裁判所からは、その分離した姿はみえなくなっているのである。

公法に基づいた司法的救済のあり方を決定するという観点からは、もちろん、二つの法の分離する姿をみる必要はない。しかし、たとえばアメリカ法の文脈における私法、コモン・ローに基づく司法的救済、または、司法によらない救済を考えるとときには、この分離する姿こそ、みる必要がある。

専門職自主法と行政法とが接合した構造の中で、それぞれの法に基づいて行われる「『行政』の決定」または「行

政の決定」に関して救済を求める者にとって必要不可欠な条件は、①これらの決定に専門知が実質的に反映していること、そして、②決定手続が公正であること、である。この二つの条件が満たされるならば、救済される場合は、行政過程のなかでもよいし、それに加えて裁判過程のなかでもよい。そして、裁判所による救済の場合、公法に基づく救済があり、また、コモン・ローに基づく救済もある。さらには、裁判所によらない、すなわち、専門職自主法に基づく専門職集団のなかの過程における救済もあるのである。

救済をこのように多元的なものとして考えるとき、制定法令である行政法が専門職自主法を再構成してそれらが接合する姿を一体のものとしてみるアプローチではなく、接合しつつもそれぞれは独立して存在している姿をみるアプローチも必要であると考ええる。

三 権能 (authorization) に焦点をあてる行政法——専門職自主法による構成

権力・権限という視点にたち、専門職自主法と行政法との接合を行政法の側から一体のものとしてみるのが、両者の接合に関する裁判所の従来の見方であった。この行政法と専門職自主法との接合を、従来の見方とは逆に専門職自主法の側からみると、どのような姿が明らかになるだろうか。

この試みにとって、Rubinのいう権能 (authorization) 概念は極めて示唆的である。Rubinは、統治システムを権力・権限ではなく権能からみることの新規性・重要性を主張している。そこで以下では、まず、Rubinが述べる権能の理論枠組を紹介し、続いて、権能という理論枠組を用いて、医療提供の法的規律における行政法と専門職自主法の接合のありようを分析する。

(一) 権能 (authorization) が専門職自主法に与える専門的正統性

① 権能 (authorization) 概念

Rubin は、統治システムを、権能という視点から捉えることを主張する。すなわち、従来、政府は階層的組織であり、国家の権力・権限は各政府組織に分配されるものと捉えられてきた。このような統治システムの捉え方は、権力・権限という視点にたっている。しかし、統治システムは、権能という視点にたつて捉えることもできる。権能とは、他者に対するシグナルを発信、受信または変換するという機能・作用である。⁽³⁵⁵⁾ この権能という視点からみると、政府は、統治のために他者に対してシグナルを発する複数のユニットが、そのシグナルのやり取りを通じてネットワーク状に関連付けられたものであると捉えることができる。これらシグナルには、「遂行を促すための意思表示 (遂行発話) (performative statements)」、⁽³⁵⁷⁾ 「発話」 (locutionary statements) および「情報」 (information) がある。「遂行を促すための意思表示」には「命令」 (commands) のほか、「要求」 (requests) や「約束」 (promises) が含まれる。⁽³⁵⁸⁾ 統治のための多数のユニットは、相互に、シグナルをやり取りする。このシグナルのやり取りを通じて、統治のためのそれぞれのユニットはネットワーク状に結び付いているのである。⁽³⁵⁹⁾

このような統治のためのそれぞれのユニットがもつ権能は、政府機関だけでなく非政府部門を含む、多様な源泉 (sources) に由来している。すなわち、多様な源泉には、憲法、革命時の宣言、伝統に加え、学者や実務弁護士 (practicing attorneys) も含まれる。⁽³⁶⁰⁾ 学者や実務弁護士のような非政府部門のユニットが発するシグナルは、彼らが有する個人の知識ないし専門性 (his personal knowledge or expertise) のゆえに、調査されることなく人々に受け入れられる。統治のために必要なことは、統治される側が、その事案において、統治のためのそれぞれのユニットがもつ権能を受容することである。⁽³⁶¹⁾

以上、Rubin が述べるように統治システムを捉える際に権能という視点にたつならば、非政府部門であり専門

性を有するユニットを、統治のためのユニットとして捉えることが可能となるのである。

②権能 (authorization) 概念が専門職自主法に与える専門的正統性

右のような権能概念を、医療提供に対する法的規律の空間において用いて考えるならば、以下のような法的規律の世界がみえてくる。すなわち、医療提供の法的規律は、政府が一体として階等的に行うものではなく、医療職集団と行政機関というそれぞれ固有の独立性を持っている二つのユニットが、シグナルによって相互に関連づけられ全体として一つの構造をつくることで、行われる。医療職集団は、専門職自主法を定立しこれに基づいた決定（以下、「医療職集団の決定」という。）を行う。この医療職集団の決定は、Rubinのいうシグナルである。医療職集団の決定は、専門知によって正統化された権能のあらわれである。医療職集団の決定は、その源泉において、それが有する専門知によって正統化されるのであり、その専門知ゆえに、シグナルの受け手（行政機関）に受け入れられるのである。この専門的に正統化されたシグナルの発信と受信とを通じて、医療職集団と行政機関という二つのユニットは接合している。

このような医療職集団と行政機関との接合を、従来のように、権力・権限ではなく権能という視点からみると、医療職集団の決定を中心においてこれを正面から捉えることができる。すなわち、権力・権限という視点にたつとき、その視野に入るのは、行政機関の発する命令すなわち「行政の決定」のみである。行政法が従来その検討対象としてきたのは、「行政の決定」であった。しかし、権能という視点から見ると、医療職集団の決定は、命令、要求、約束という「遂行を促すための意思表示（遂行発話）」、「発話」および「情報」といったシグナルとして把握することができる。医療職集団が、たとえば、基準の定立およびその適合性審査を行うとき、それをシグナルとして行政機関は受け取るのである。そしてこのシグナルは、医療職集団から行政機関へと向かうのであるが、

階等構造（またはその逆の階等構造）を前提として上意下達の方向で伝えられるのではなく、Rubinがいうように、ユニットのネットワーク構造を前提として専門職自主法と行政法との間を何度でもどのようなルートでも行き来するものである。したがって、従来、他者への一方的行為であると考えられてきた「命令」でさえも、複数のユニット間の複数回のやり取りの中で命令の内容が形成され、最終的になされた命令はユニット間の交渉の結果にすぎないものであるということができる。

(二) 行政法が構成する専門職自主法と、専門職自主法が構成する行政法

医療提供を法的に規律する空間において、この空間に存在する専門職自主法と制定法令としての行政法との接合は、したがって、権力・権限という視点からみることができると同時に、権能という視点からみることができると同時に、権力・権限という視点と、権能という視点からみた二つの法の接合を比較する。

① 権力・権限 (power) … 行政法が専門職自主法を構成する

権力・権限という視点から専門職自主法と制定法令である行政法との接合をみると、行政法は専門職自主法を構成していることができる。制定法令である行政法は、専門職自主法に、民主的正統性を与える。

前述のように、⁽³⁶⁾ 裁判判決は、専門職自主法と行政法との接合を、権力・権限という視点から捉えていた。委任禁止法理は、国家の権限をどの組織に分配するかを問題とし、ステイト・アクション法理は、国家の権限とは何か、あるいは、法効果の一方性（すなわち、権力性）を問題としていた。このような問題意識にたつとき、医療職集団の専門職自主法に基づく決定は、国家の権限が委任されたと解されるのか、国家の権限行使と同視できるか、名あて人に対して一方的な法効果をもたらしたか、といった文脈において捉えられ、語られることとなる。

専門職自主法は、制定法令である行政法と、組織および法定要件審査のところを接合している。この接合を通して、接合の型の種差によって程度の差はあれ、制定法令である行政法は専門職自主法に、国家の権力・権限を流し込んでいるのである。また、制定法令である行政法は、専門職自主法との接合を通して、専門職自主法に行政法が有する民主的正統性を与えてもいる。これを敷衍すると、以下のようにいうことができる。まず、制定法令である行政法は、行政機関の設置およびその「行政の決定」を民主的に正統化する。行政機関は、国家を形成する人民の意思の表れである議会を通じ、制定法に基づいて設置されているという点で、その存在が民主的に正統化される。行政機関が発する「行政の決定」もまた、「行政の決定」権限を行政機関に授権する議会制定法に根拠づけられているという点で、民主的正統性を有する。他方、本稿にいう医療職集団³⁶³の設立およびその決定は、結社の自由によって正当化されている。³⁶⁴次に、制定法令である行政法は、組織および法定要件審査のところでの専門職自主法との接合を通じて、医療職集団の存在およびその決定を民主的に正統化する。³⁶⁵制定法令である行政法は、専門職自主法がもたない民主的正統性を補完することになる。

したがって、権力・権限という視点は、専門職自主法と行政法との接合について、行政法を起点とした見方を与える。この視点からは、専門職自主法は行政法と一体化している、すなわち、行政法は専門職自主法を構成していることと捉えることができる。

②権能 (authorization)：専門職自主法が行政法を構成する

権能という視点から専門職自主法と制定法令である行政法との接合をみると、専門職自主法が行政法を構成しているということが出来る。専門職自主法は、制定法令である行政法に、専門的正統性を与える。

前述のように、³⁶⁶権能という視点をうけると、医療提供を法的に規律する空間の中で、医療職集団は、行政機関

と並列・対等の地位にあるものとして把握できる。⁽³⁶⁷⁾ 医療職集団の設立およびその決定は、結社の自由によって正当化されている。この医療職集団は、個々の医療専門職から構成されている。個々の医療専門職は、医療の専門知を有している。したがって、医療職集団の決定は、この構成員の有する専門知を反映することになる。

専門職自主法は、制定法令である行政法と、組織および法定要件審査のところ接合している。この接合を通して、専門職自主法は制定法令である行政法に、その権能を流し込んでいるのである。また、専門職自主法は、制定法令である行政法との接合を通して、行政法に専門職自主法が有する専門的正統性を与えてもいる。権能という視点にたつとき、医療提供を法的に規律する空間の中で、医療職集団と行政機関とは並列・対等の地位にある。医療の専門知という点からみると、医療職集団はシグナルの発信源であり、行政機関はシグナルの受け手である。医療職集団の決定が専門知に裏打ちされている、と行政機関が認めるとき、医療職集団の決定は行政機関によって受け入れられる。この時、医療提供は、専門職自主法と制定法令である行政法という二つの法によって規律されることになる。専門職自主法は、制定法令である行政法がもたない専門的正統性を補完することになるのである。すなわち、専門職自主法は、制定法令である行政法をその専門知によって正統化する。

したがって、権能という視点は、専門職自主法と行政法との接合について、専門職自主法を起点とした見方を与える。この視点からは、行政法は専門職自主法によって一体化されたものとなっている、すなわち、専門職自主法は行政法を構成していると捉えることができる。

以上、専門職自主法と制定法令である行政法とが接合する空間においては、専門的正統性と民主的正統性とは相互に補完することができる。そして、この空間では、専門職自主法からは専門知を根拠とした正統性という伝

導ベルト、また、制定法令である行政法からは民主的な正統性という伝導ベルトに乗って、名あて人に対する法効果が登場する。この接合を権力・権限という視点からみたととき、行政法が専門職自主法を構成している。この接合を権能という視点からみたととき、専門職自主法が行政法を構成しているのである。

（三）接合点としての基準適合性審査

右のように、専門職自主法と行政法（制定法令および裁判判決）が分離しつつ接合する姿に着目するとき、この両者が接合する点は基準適合性審査である。

①専門職自主法と行政法との接合点としての基準適合性審査

基準適合性審査は、専門職自主法の空間にも、そして、行政法（制定法令および裁判判決）の空間にも、それぞれ存在する。専門職自主法の空間においては、たとえば医師資格や病院の質等を認定するために、医療職集団が基準適合性審査を行う。このとき医療職集団が定立した基準は、自主基準である。制定法令の空間においては、医師免許、病院設置許可、医療保障給付等の許否を判断するために、行政機関が基準適合性審査を行う。このとき議会および行政機関が定めた基準は、許可基準・審査基準である。裁判判決においては、許可基準・審査基準に基づく行政決定の適法性を判断するために、裁判所が基準適合性審査を行う。このとき裁判所は、許可基準・審査基準を裁量基準として捉え、これを裁量コントロールの問題として司法審査を行う。専門職自主法と行政法（制定法令および裁判判決）が接合する空間では、自主基準、許可基準・審査基準、裁量基準という三つの基準が一致する。本来分離して存在する専門職自主法と行政法（制定法令および裁判判決）とは、基準適合性審査の一点で接合するのである。

基準適合性審査は、基準を定立し、個別事案に対して当該基準を適用するという過程を有する。基準の個別適用は、事実を認定し、基準を適用し、基準適合性を認定するという過程を有する。⁽³⁶⁸⁾ Schwartz は、行政機関による「基準定立機能は、一般に適用可能な将来に向けての政策形成にかかわる立法機能であり、基準適合決定は、特定の主体が現実にも基準に適合しているかを確定する裁決機能である」と述べた。⁽³⁶⁹⁾ このことは、医療職集団による基準適合性審査にも該当する。医療職集団による自主基準の定立は、当該医療職集団内部に通用する「法」の定立行為であり、また、当該集団による自主基準の個別適用は、当該集団内部における「裁決」行為である。立法、行政および裁判の作用は、一つの国家の内部に存在すると同時に、行政の中では規則制定、行政決定および裁決として、そして、医療職集団の中では自主基準の定立、その個別適用およびそれを用いた紛争解決作用として、それぞれ存在している。国家・行政機関および医療職集団は、それぞれ、法の定立、法の適用および法による紛争解決を自律的に行っているのである。

本稿が検討する医療提供の法的規律においても、国家・行政および医療職集団は、それぞれ、法・「法」の定立、法・「法」の適用および法・「法」による紛争解決を自律的に行っている。専門職自主法の空間で行われる基準適合性審査という実体が、制定法の空間へ、それに基づく「行政の決定」の空間へ、そして、その適法性を審査する裁判判決の空間へと浸透し、それらの空間にも存在するという特徴がある。すなわち、医療職集団が行う基準適合性審査という実体は、それぞれの空間の中で変様し、それぞれにふさわしい様態となるのであるが、しかし、基準適合性審査という実体は、変様後のそれぞれの様態の中にあっても、その本質として存続している。

② 専門職自主法からみた基準適合性審査の本性としての専門知、行政法からみた基準適合性審査の本性としての
民主性

専門職自主法における基準適合性審査は、専門知を反映することができる。たとえば、医師の資質を判断するための専門職自主法は、医師として必要な教育・訓練、知識とは何かという視点から、基準適合性審査を行う。しかし、専門職自主法における基準適合性審査は、基準定立・適用者の恣意が反映することもある。たとえば、医師の資質を判断するための基準適合性審査が、専門職としての資質の判断という名のもと、実際には人種や信仰等を理由に申請者を当該医療職集団から恣意的に排除するためになされることがありうる。⁽⁶⁷¹⁾

行政法における基準適合性審査は、民主性を反映することができる。たとえば、医師免許付与の可否判断を行うための医師免許法は、「個人の職業選択の自由」と「公衆の衛生、安全及び福祉」とを衡量し、この衡量について民意が判断を下した結果として、基準適合性審査を行っている。⁽⁶⁷²⁾しかし、行政法における基準適合性審査においては、公共の利益を保護するのではなく特殊利益を保護することがある。たとえば、医師免許法における基準適合性審査が、「公衆が被害を受けないようにと意図する予防的手段」ではなく、「免許者を有利にするための経済的武器」、すなわち、市場における名称独占・職業独占を実現するためになされることがある。⁽⁶⁷³⁾

したがって、専門職自主法における基準適合性審査は専門知を反映することができ、行政法における基準適合性審査は民主性を反映することができるが、基準適合性審査の基準には、専門知または民主性とは関連性のないものが侵入してくるがあるのである。

専門職自主法と制定法令である行政法とが接合するとき、両者の基準適合性審査は一致する。この一致により、専門職自主法単独の時には専門知のみを反映させていた基準適合性審査に、民主性が付加され、行政法単独の時には民主性のみを反映させていた基準適合性審査に、専門知が付加されたのである。しかし、これら二つの法が接合してもなお、排除しえない恣意性は残る。

四 専門職自主法の二機能と国家法

そこで、医療職集団が定立する専門職自主法それ自身のさらに内部に焦点をあわせると、専門職自主法には、医療職集団の内部で果たす機能によって、基準適合性審査のための「法」と、医療職集団における共同事務の管理のための「法」という二つの「法」があることがわかる。⁽³⁷⁴⁾

(一) 基準適合性審査のための「法」

基準適合性審査のための「法」とは、医療の質（医師の資質、病院の質、医学上必要な医療行為等）を評価するための法である。医療の質を評価するためには、医療の専門知が必要である。評価される者と評価する者と同じ専門知をもっているとき、医療の質は内在的実体的に評価されうる。したがって、医療職集団が医療の質を評価するために行う基準適合性審査は、同僚審査（peer review）でもある。⁽³⁷⁵⁾ 同僚には、たとえば医師資格等の認定結果について利害関係を有する当事者と、認定結果について利害関係を有しない第三者とがある。当事者による同僚審査としては、たとえば、病院のスタッフ・プリビレッジがあげられる。病院のスタッフ・プリビレッジ、すなわち「同僚審査とは、病院の医療スタッフの構成員が、他の医師・その病院の医療スタッフになることを希望する者について、その資格や医療実務を審査し、当該病院で医療を行ってよいかどうかを決定する過程である。病院は、最も日常的に同僚審査が行われる場所である」。⁽³⁷⁶⁾ 第三者である同僚審査には、たとえば、前述の *Joint Commission* による医療施設の評価認定がある。⁽³⁷⁷⁾

基準適合性審査は、当該基準のレベルまで質を保証する機能を果たすが、他方で、当該基準のレベルに質を固定してしまうという機能も果たす。たとえば医師資格の認定基準の場合、当該医師の資質等医療の質は、当該基準の水準において保証されることとなる。すなわち、ある時点で定立された基準は、その時点でその基準に満た

ない者に対して、達成すべき目標を明示する。他方、一度、認定基準が設定されると、医療の質は、当該基準の水準で固定されることにもなる。すなわち、ある時点で定立された基準は、その時点でその基準を満たした者に対して、その基準を超える質を求めないし、また、基準を満たした者はその基準を超える質を目標とする必要もない。しかし、*learned profession*とも称される医師等は、急速に進歩し続ける医学を常に自らの知識としておくことが、公衆からは要求される。そこで、医療の質を維持するだけでなく、持続的にこれを向上させていくためには、専門知に基づき定立された基準が、たとえば新知見に基づいて、不断に見直されなければならない。この過程においては、専門知を更新するための医療職集団による学習とその成果の基準へのフィードバックが不可欠である。医療職集団が行う基準適合性審査は、新たに学習した（*learning*）知識や技術、経験を取り込み、基準の改定を通じてその新知見をフィードバックすることができる。この学習とフィードバックは、不断の過程であり繰り返すことができる。医療職集団による学習とその成果の基準へのフィードバックを繰り返すことによつて、基準が不断に更新されることを保証するものは、医療の専門職集団が、その時代にふさわしい専門知を有することである。すなわち、ここでは医療職集団が、不断に専門知の獲得を追求する認知共同体という社会であることが求められている。

このような基準適合性審査を行うために、医療職集団は、基準を定立するための組織および手続、基準を適用するための組織および手続、そして、個別の基準適用についての紛争を解決するための組織および手続を定める「法」をつくるのである。

(二) 医療職集団における共同事務の管理のための「法」

医療職集団が定立する専門職自主法の中には、上述した医療の専門知に基づく基準適合性審査のための「法」と並んで、医療の専門知に基づくことなく定立される「法」もある。医療職集団という社会の内部秩序を維持・管理するための「法」がそれである。この「法」は、医療職集団の結成と同時に、その集団内部の共同事務を管理する必要性から自然発生的に生じる「法」である。この「法」は、通常、各医療職集団の *constitution*（以下では、「憲法」と訳出する。）、およびその下位の法として *by-laws, rules, regulations*（以下、文脈に応じて、「規約」または「規則」と訳出する。）の形式をとって定立されている。各医療職集団が定立した「憲法」は、通常、当該集団の創設目的、集団内部を管理する組織の構成の概要、その組織の権限およびその権限行使手続の概要が規定されている。他方、基準適合性審査のための法は、各医療職集団が定立した「規則」のレベルで定められている。

(三) 基準適合性審査のための「法」、医療職集団における共同事務の管理のための「法」および国家法…通用範囲の交錯

専門職自主法に含まれる、基準適合性審査のための「法」と医療職集団における共同事務の管理のための「法」とは、それが通用する範囲が異なる。医療職集団における共同事務の管理のための「法」は、管理対象となる社会、すなわち一つの医療職集団の内部でのみ用いられる。他方、基準適合性審査のための「法」は、当該集団内部だけでなく、その外部においても通用しうる。同僚審査である基準適合性審査は、審査対象の質を保証すると同時に、基準を満たさないそれを排除する効果を持つ。医療職集団の基準適合性審査によって、医療職集団は、

その基準に適合しない専門家を、医療職集団の内部から外部へ放逸し、または外部から内部への参入を拒否することができ⁽³⁸⁾。したがって、基準適合性審査のための法は、医療職集団という一つの社会の内部で定立されたにもかかわらず、その社会の外部にいる者に対してその社会の内部への参加を拒否したり、あるいはその社会の内部にいる者に対してその社会から外部へと排除したりするという点で、その社会の外部に対しても効果を及ぼすものである。

さらに、基準適合性審査に関する「法」は、それを定立した集団の外部へと広がっていくだけでなく、国家法であれば超えることのできない国家の境（州境および国境）を超えることさえできる。前述のように、一八九〇年から一九三〇年頃のアメリカ医師会（AMA）による医学校の認定に関する「法」は州境を超えて広がっていた。また、一九五〇年代以降の the Joint Commission による医療施設の認定に関する「法」は、現在、州境さらにはアメリカの国境を超えて通用している。全米レベルで存在し、かつ、民間組織である医療職集団が定立する専門職自主法は、州・連邦という統治単位を超えてグローバルに通用するのである。

このような医療職集団の基準適合性審査は、統治単位である州・連邦（state）の境に捉われることなくこれらの国境を超えて、統一的基準を用いた基準適合性審査がなされることを可能とする。医学校の質保証や公衆衛生事業は、各州政府に責任と権限があり、連邦政府は、合衆国憲法上直接の規制権限をもたない。連邦レベルで統一が望ましい事項に関して、裁判所は、diversity case（訴訟当事者の州籍相違）や州際私法の事件の中で判例法を積み上げることが可能ではある⁽³⁹⁾。しかし、裁判所の判断は、個々の紛争毎の事後的解決に限定されてしまう。そこで、連邦の制定法令の中には、合衆国憲法の定める財政権限を根拠とする場合にみられるように、州境を超

える医療職団体の自主法規制を取り込むことによって、連邦レベルにおいても統一的で効果的な規制を事実上、行うものがある。州の制定法令もまた、医療の質保証や公衆衛生事業において、この自主法規制を取り込むことで、他の州と同一の規制を事実上行うことができる。⁽³⁸³⁾

このように伝播する力能を持つ基準適合性審査に関する「法」は、他方で、時に濫用される。すなわち、専門知に基づく基準適合性審査の名を借りた差別的、恣意的な排除に用いられることもあるのである。この点において、基準適合性審査に関する「法」は、恣意を抑制し、公正に用いられることが要請される。基準適合性審査の「法」は、これまで述べてきたように専門知に基づくことだけでなく、恣意を抑制し公正さが保証されることも必要である。この二つが満たされるときはじめて、医療職集団の内外において「信用」を得ることとなる。

この「信用」を得るためには、まず、専門知について、前述したように、学習とその成果を基準にフィードバックさせる力能を有する医療職集団が存在すること、そしてそれと並んで、医療職集団が、その法を用いる際に、恣意を抑制し公正さを確保しうる集団であることの保証が求められるのである。

五 専門職自主法の中に生成する「行政法」の徴候

行政法は、社会管理機能（共同事務の創設と実施）と、私人の権利保護機能（国家権力の抑制）が期待されている。⁽³⁸⁴⁾

前述のように、⁽³⁸⁵⁾行政法は、行政権の内部に、「諸権力」統合的仕組み——規則制定権・決定権・裁決権という三つの権限——が登場したとき生成する。⁽³⁸⁶⁾「諸権力」統合的仕組みを、専門職自主法を定立する医療職集団の中にみいだすことができるとき、非国家法である専門職自主法それ自体の中に、「行政法」（“administrative law”

avant la lettre) —— 国家法である行政法と機能的に等価の原理、実体法および手続法——というべき「法」の生成をみいだすことは可能であろう。非国家法である専門職自主法は、国家法である行政法（制定法令および裁判判決）から直接命じられ、または、国家法である行政法をみながら自らそれに倣って、専門職自主法の中に「行政法」を形成するだろう。⁽³⁸⁷⁾

医療職集団が定立する専門職自主法の中に「行政法」をみいだすことができれば、専門職自主法が行う基準適合性審査は、非国家法のまま、医療提供の空間に存在する個々人の権利保護と社会管理機能の実現という公共目的に資する途が拓かれる。すなわち、「行政法」は、専門職自主法の定立主体である医療職集団という社会の内部を管理し、かつ、医療職集団内部における権力（事実上の権力）を抑制する機能を有するものとなる。「行政法」は、私的自治を行っている一つの社会の中に、構成員に共通の価値（公共的価値）を実現することができる。この「行政法」は、一つの医療職集団という社会内部だけでなく、その社会の外部に、そしてさらに国家の境を超えて、複数の医療職集団（associations）や国家（states）で構成されるグローバルな医療空間全体に、通用する。

結語

一 行政法の生成——「諸権力」統合的仕組み

行政法が生成するとは、「行政の決定」に必要な「諸権力」統合的仕組みを行政機関に授権する法の生成を指す。

すなわち、①分立されない国家権力が存在する。②この国家権力を立法権、行政権（または執行権）、司法権に分立することによって、行政権が、国家権力の一つとして創出される。③国家権力の分立を前提として定位する行政権は、その内部に再び、国家権力の諸作用——立法作用、行政作用、司法作用——が統合された仕組みをもつ。すなわち、憲法および／または議会制定法が行政機関を設置し、これに規則制定権・決定権・裁決権という三つの権限（「諸権力」統合的仕組み）を授権するのである。ここに、「諸権力」統合的仕組みを行政機関に授権する法が登場する。④この授権法を根拠に、（行政裁判所を含む）行政機関は、「行政の決定」（行政立法、行政処分および裁決）を行う。こうした行政権の行使は自律的に行われる。⑤そして、これらの「行政の決定」を裁判所（または行政機関自身）がコントロールする法も登場するのである。

大陸法系の行政法は、上記③の段階、すなわち行政権内部における「諸権力」統合的仕組みに関する授権法の登場を重視してきた。これに対し、アメリカにおいては、州ではなく連邦に焦点をあわせ、かつ、上記⑤の段階、すなわち連邦の「行政の決定」を裁判所がコントロールするための法の生成をもって、行政法が生成したと捉えるのが主流である。この思考の結果、行政法の生成期、連邦および州の「行政の決定」に必要な「諸権力」統合的仕組みを行政機関に授権する法、および、州の「行政の決定」を裁判所がコントロールするための法は重視されなかったのである。

しかし、連邦においても、上記③の段階、すなわち行政権内部の「諸権力」統合的仕組みの授権法は登場しており、この登場をもって行政法は生成したといえることができる。次に、アメリカの州レベルにおいて——本稿が扱う医療提供の国家法による規律は、連邦制をとるアメリカにおいては、州の権限に属する——、アメリカ建国期から一九三〇年代までの医師資格の法的規律をみると、州においても、行政法——「行政の決定」に必要な

「諸権力」統合的仕組みを行政機関に授権する法、および、州の「行政の決定」を裁判所がコントロールするための法——が生成していた。そして、この行政法のうち、「行政の決定」に必要な「諸権力」統合的仕組みを行政機関に授権する法は、民間の医療専門職を構成員とする医療職集団が自主的に定立した専門職自主法によって形成されたことも指摘できる。

二 専門職自主法を構成する行政法

このように、医療提供に対する法的規律の空間においては、州および連邦の制定法令と専門職自主法とが、並列的に生成し接合するという法的規律の歴史がある。そこで、州および連邦の制定法令と専門職自主法との接合のあり方、および、それに対する司法審査を、一九三〇年代から現在まで、医療保障を含む医療提供の法的規律において分析した結果、以下の点が明らかとなった。

専門職自主法と州および連邦の制定法令とは、まず、医療職集団という組織を通して接合する。組織を通じた接合の形式としては、①制定法令に基づく医療職集団の指定（指定型接合）、②制定法令に基づく医療職集団の設置（法定設置型接合）、③行政機関と医療職集団との制定法令に基づく委託契約（委託契約型接合）の三つがある。

医療職集団は、専門職自主法を定立し、この自主法に基づいて基準適合性審査を行っている。医療職集団は、自主的に、たとえば医師の資質、病院の質、医学上必要な医療行為等を判断するための基準を定立し、この基準適合性を認定し、この認定に関する紛争を裁断している。

このような医療職集団が、上記三つのいずれかの型で制定法令と組織的に接合すると、医療職集団の決定であ

る基準定立およびその適用行為（以下、「医療職集団の決定」という。）は、「行政の決定」と要件審査のレベルで接合することになる。要件審査のレベルでの接合は、大きく分けると、医療職集団の決定が法定要件それ自体となる場合と、医療職集団の決定が行政機関によってなされる法定要件充足性審査を補完する場合とがある。医療職集団の決定が議会の決定である法定要件となる場合、行政の決定は、法定要件審査段階ではなく法効果の発生段階でのみなされる。法定要件審査段階において、「行政の決定」は存在せず、医療職集団の決定は、「行政の決定」に代わる。また、医療職集団の決定が法定要件充足性審査を補完する場合は、法定要件審査段階において、医療職集団の決定がまず存在し、そしてこの決定を受けて「行政の決定」も行われるのである。

以上から、現在、非国家法である専門職自主法と国家法（州および連邦の制定法令）である行政法は、形式においてはそれぞれ独立した法様式として並存するとともに、内容においては専門職自主法が行政法を補完・浸透する関係を結ぶことをとおして接合し、一つの法構成体である医療に関する行政法を編成している、ということがわかる。したがって、医療に関する行政法は、権力分立原則に基づく国家法として専ら一元的に編成された型を有する行政法とは異なり、議会や裁判所が創造する行政法としてだけではなく、専門職自主法が創造する法としても生成したという姿がみえてくる。

上記のような専門職自主法と制定法令である行政法との接合を、裁判所は、国家の権力・権限（power）という視点にたち、国家・行政からみて一体のものとして捉え、司法的救済を試みた。すなわち、裁判所は、画一的かつ一律に、委任禁止法理または／およびステイト・アクション該当性を審査することを通じて、国家の権力・権限の所在、定義、効果（一面的法効果）を問うのであった。そして、委任禁止法理に違反しない、または、ス

テイト・アクションに該当すると判断された場合、多くの裁判所は、次に、手続的な適正さの問題を審査している。その結果、裁判所が与える救済は、公法を根拠とした救済へと方向づけられる。

このように裁判所は、権力・権限に焦点をあわせる思考方法をとっているが、その結果、制定法令と専門職自主法が分離し相互に補完しあう姿がみえなくなるという問題も明らかとなった。

三 行政法を構成する専門職自主法

そこで、本稿は、権力・権限ではなく、権能（authorization）という視点にたち、医療提供を法的に規律する空間において、専門職自主法と制定法令である行政法とが接合する姿を分析した。権能とは、他者に対するシグナル（命令、約束、情報等）を発信、受信または変換するという機能・作用である。この分析の結果、以下の点が明らかとなった。

権能という視点からみると、この空間において、医療職集団、州・連邦の行政機関は、それぞれ固有の独立性をもち並列・対等な組織として存在している。そしてこれら各組織は、相互に、シグナルの送信と受信を通じてネットワーク状に関連付けられている。医療職集団に焦点をあわせると、医療職集団は、専門職自主法に基づき、基準定立やその適用等、医療職集団の決定を行う。行政機関は、医療職集団の決定が専門的に裏付けられていることを認め、この決定を受け入れて、「行政の決定」を行う。行政法の側からみると、もともと民主的正統性を有していた「行政の決定」は、専門職自主法によって専門的正統性を補完されることになる。これを、専門職自主法の側からみると、もともと専門的正統性を有していた医療職集団の決定は、行政法によって民主的正統性を補完されることになる。

したがって、権力・権限からみたとき、行政法が専門職自主法を構成している姿があらわれる。すなわち、実体は行政法、その様態は専門職自主法である。逆に、権能からみると、専門職自主法が行政法を構成している姿があらわれる。この場合、実体は専門職自主法、様態は行政法である。

四 専門職自主法の中に生成する「行政法」の徴候

このように専門職自主法と行政法が接合するなかで、結接点となっているものは、基準適合性審査である。専門職自主法の空間において、医療職集団が定立した基準は自主基準である。この自主基準は、制定法令である行政法の空間においては、許可等の審査基準となる。そして、この審査基準は、裁判判決においては、裁量基準として捉えられるものとなる。したがって、本来分離して存在する専門職自主法と行政法（制定法令および裁判判決）とは、基準適合性審査の一点で接合し、もともと自主基準にすぎないものが、一連のプロセスの各段階において相応の法的役割を果たすものへと転換しているのである。

また、基準適合性審査は、専門職自主法においては専門知を反映することができ、制定法である行政法においては民主性を反映することができる。専門職自主法と行政法との基準適合性審査における接合は、相互にないものを補完しあうことができるのである。しかし、これらの基準には、専門知または民主性の充填という積極面の他に、たとえば、申請者の恣意的排除や市場における独占等の否定面があらわれることもある。こうした負の事例に対しては、裁判所は、司法審査において、権利保護の視点から介入することもある。ただ、専門職自主法の基準そのものについては、司法審査は *deter*（謙抑）する傾向にあることも看過すべきではない。

そこで、本稿では、非国家法である専門職自主法それ自体の中にも、国家法である行政法と機能的に等価の原理、実体法および手続法を有する「行政法」(“administrative law” *avant la lettre*: 名を与えられる前の行政法)の生成がおこっていることに注目したい。なぜなら、専門職自主法を定立している医療職集団の中に、「諸権力」統合的仕組み——規則制定権・決定権・裁決権という三つの権限——をみいだすことができるからである。「行政法」は、行政法と同様に生成しうる。また、行政法は、社会管理機能（共同事務の創設と実施）および私人の権利保護機能（国家権力の抑制）が期待されると、しばしば語られている。この視点からみるならば、医療職集団が定立する専門職自主法の中に「行政法」をみいだすとき、この専門職自主法が行う基準適合性審査の中に、権利保護と公共目的に資する仕組みをつくる途が拓けるだろう。

非国家法である専門職自主法は、国家法である行政法（制定法令および裁判判決）から直接命じられ、または、国家法である行政法をみながら、自らその姿に倣って、専門職自主法の中に「行政法」を創造してゆく。そして、そこには、行政法、専門職自主法、そして、「行政法」を有する専門職自主法の三要素からなる広義の行政法モデルの輪郭がみえてくるのである。

注

(335) 医療職集団の認定のみで行政機関による法律上の資格の付与という法効果が発生するという単独型接合の場合、これは顕著な特徴である。

(336) したがって、(332)でいう接合 (articulation) は、前掲注(21)で述べた後者の意味での接合、すなわち、明確な言語形態による事象の説明である。

- (337) 制定法令による設置という点では、制定法令が行政機関を設ける場合と形式上は似ている。
- (338) そしてこれらに該当する場合には、次に、医療職集団の決定における手続の適正さが審査されている。
- (339) 通常、権力と権限とは分けて説明され、本稿でもこれらを区別して用いる。ただ、本稿は、この両者を一つのものとして捉えた特質を明らかにしたい。このことは、非国家法である専門職自主法が、法的な意味における権力も権限も欠いているが、それにも拘わらず、専門職自主法が有する権力なき「法」、権限なき「決定」の特質を解明する前提作業となる。
- (340) 日本において委任禁止法理の根拠について述べるものとして、水野豊志「委任立法の研究」(有斐閣、一九六〇年)二五八・二六四頁、駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開——合衆国最高裁判例の動向と法理の実態が意味するもの——」法研六七卷三・四号(一九九四年)二七・三二頁。
- (341) 日本においてこの問題を検討するものとして、芹部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、一九八一年)三六一・三七八頁、木下・前掲注⁽³²²⁾第二章、君塚・前掲注⁽³²²⁾第五章、榎透『憲法の現代的意義 アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに』(花書院、二〇〇八年)第一章、宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一法七卷二号(二〇〇八年)二四七・二七〇頁、また、州憲法における「ステイト・アクション」を論じるものとして、安部圭介「州憲法の現代的意義・ウォーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方 四、五」法協二二二巻八号(二〇〇四年)一〇七一・一一三四頁、一一号(二〇〇四年)一八三一・一九二五頁、およびこれらに挙げられている文献を参照。
- (342) 本章第二節三を参照。
- (343) See, e.g., Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U.L. Rev. 543, 584-85 (2000).
- (344) See, e.g., *Id.* at 580.
- (345) See, e.g., David Schoenbrod, *The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?*, 83 Mich. L. Rev. 1223, 1249-74 (1985); Abrams, *supra* note

- 176, at 208-16; Lawrence, *supra* note 332, at 676-94; Gillian E. Metzger, *Privatization As Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1456-86 (2003).
 また、スナイート・アクシヨン該当性の拡大を主張するものについては、See, e.g., Ronald J. Krotoszynski, *Back to Bripatch: An Argument in Favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determinations*, 94 MICH. L. REV. 302, 335-46 (1995).
- (346) See, e.g., Paul R. Verkuil, *Privatizing Due Process*, 57 ADMIN. L. REV. 963, 990-92 (2005).
- (347) Jody Freeman, *supra* note 342, at 586-87. Verkuil, Freeman は「ガバナンスの主体を公私に区分することよりもむしろ両者の間に存在する「一連の交渉する関係」(a set of negotiated relationships)に焦点をあわせ、この関係を特に「契約」概念を用いることにより、手続的または実体的に、法的な規律(メタファーとしての契約を含む。)を及ぼすことを主張する。Id. at 592-664. また、「私人の活動である自主規制を規制の手法として認めたくなくて、この自主規制に対して政府の監督を及ぼす」(audited self-regulation)を主張するものとして、Douglas C. Michael, *Federal Agency Use of Audited Self-Regulation As A Regulatory Technique*, 47 ADMIN. L. REV. 171 (1995).
- 「私的主体が、かつて公的主体が行っていた業務を行う」という言説——すなわち、「公的主体が、かつて私的主体が行っていた業務を行う」という語り方ではない——は、「民営化(privatization)」、「外部委託(government outsourcing)」、「公私協働(public private partnership)」等として語られている。そしてこの現象に対して、主として憲法および行政法の立場から、司法審査に限られない法的規律を検討するものとして、See, e.g., PAUL R. VERKUIL, OUTSOURCING SOVEREIGNTY: WHY PRIVATIZATION OF GOVERNMENT FUNCTIONS DEMOCRACY AND WHAT WE CAN DO ABOUT IT (2007); JODY FREEMAN & MARTHA MINOW eds., GOVERNMENT BY CONTRACT: OUTSOURCING AND AMERICAN DEMOCRACY (2009).
- (348) 本章第二節二(三)を参照。
- (349) コモン・ロー上の公正な手続については次稿で検討する。
- (350) この点は次稿で検討する。

- (351) これは、ただ事実として力を有するという意味である。Rubin, *supra* note 211, at 76.
- (352) *Id.* at 77.
- (353) 「権限・権力 (power) という用語は、中世以前から用いられており、また、現代の思想 (contemporary thought) においても論者毎にその意味するところが異なっていることから、論者毎の意味を確定し論者間の関係を整理することの益は少ない」と、Rubin は述べている。 *Id.* at 76.
- (354) *Id.* at 77-78. 「行政国家における命令のほとんどは、多くの構成員から成る複数の制度 (議会や規制行政機関等) から発せられる。しかも、この命令が発せられる前には、ロビーイング、立証、交渉、事務 (staff work)、戦略上の和解等がなされている。制定法や規則には個々人のどの意思が反映されているのだろうか。一方、命令の受け手の意思も、命令の発信者の意思と同様に特定しがたい。上記諸制度は、命令を発信するばかりではなく、公私を問わず他の諸制度の意思の受け手でもある」。 *Id.* at 78.
- (355) 「権能 (authorization) とは、(統治システムのなかの) 一つのユニットが作用する最大の範囲を指し、そのユニットのデザインによって特定される活動——シグナルの受信、送信、変換にかかわらず、シグナルのネットワークの中での活動——の総体を指す」。 Rubin, *supra* note 211, at 97.
- (356) 「ユニットには、政府内の個人 (individuals) および制度 (institution) がある」。「権能は、政府の生き生きとした構造をミクロな視点から分析することができる。権能は、ネットワーク・モデルを基礎とすることができる」。 *Id.* at 97.
- (357) *Id.* at 98.
- (358) *Id.* at 97. 権力・権限概念を用いて、他に対するシグナルをみるとときには、「遂行を促すための意思表示 (遂行発話)」のうちの「命令」が主たる分析対象となる。 *Id.* at 99. すなわち、権力・権限概念を念頭においたとき問題となるのは、他者がその命令に服従するか否か、または、その命令が倫理上正当であるか否かである。他方、権能概念はこれらを問題としない。 *Id.* at 92.

- (359) *Id.* at 97-98.
- (360) *Id.* at 92. 「権力に焦点をあわせると、政府三部門や権力分立概念を用いて分析することとなる」。 *Id.* at 91.
- (361) *Id.* at 98-99.
- (362) 本節二を参照。
- (363) 個々の医療専門職の自由意思による結社である。
- (364) 法定設置の場合もある。法定設置の医療職集団は、その設置法によって民主的に正統化される。この医療職集団の決定もまた、その根拠法によって民主的に正統化されるといえるが、この民主的正統性の前段階で、法定設置の医療職集団の決定は専門知によって正統化されてもいる。
- (365) とはいえ、アメリカの連邦行政機関は、合衆国憲法ではなく制定法令によって設置されており、憲法に根拠をもたないという点では、その設置および「行政の決定」について民主的正統性が不足している。Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1669, 1674-76 (1975). 本稿で扱う医療職集団の決定は、さらに民主的正統性が不足しているという点がある。
- (366) 本節三（一）参照。
- (367) 「このネットワークは事実上ことに、当該事案に最適なユニットによって構成される。このネットワークにおいては、行政機関も医療職集団も並列・対等のユニットの一つにすぎない」。RUBIN, *supra* note 211, at 97.
- (368) 北島周作「基準認証制度―その構造と改革―」本郷法政紀要二〇号（二〇〇一年）二六二・一六三頁。
- (369) Bernard Schwartz, *Administrative Terminology and the Administrative Procedure Act*, 48 MICH. L. REV. 57, 80-89 (1949).
- (370) Eleanor D. Kinney, *Private Accreditation as a Substitute for Direct Government Regulation in Public Health Insurance Programs: When Is It*

- Appropriate?*, 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 47, 49 (1994).
- (371) ELIOT FRIEDSON, PROFESSIONALISM DOMINANCE: THE SOCIAL STRUCTURE OF MEDICAL CARE 94 (1970). エリオット・フリードソン著(進藤雄三・宝月誠訳)『医療と専門家支配』(恒星社厚生閣、一九九二年)八八頁。GELHORN, *supra* note 140, at 109, 113. ゲルホーン・前掲注(140)一三〇・一三二・一三五・一三六頁。
- (372) GELHORN, *supra* note 140, at 119, 145. ゲルホーン・前掲注(140)一四二・一七四頁。「免許制をとれば、公衆は、不適格者あるいは不謹慎者に対して保護される」。 *Id.* at 109, 同二二頁。
- (373) *Id.* at 125-29, 145; 同右一五〇・一五五・一七四頁。免許制の導入には、表向きの理由「の他にも必ず、余り強調されない二、三の目的がある」。「競争上の利益あるいは収入の増加を得ること」そして、「良心的な実務家に要求される知識、熟練、廉直さを公に承認してもらうこと」である。 *Id.* at 109, 同二二頁。FRIEDSON, *supra* note 370, at 83. フリードソン・前掲注(370)七七頁。
- (374) これらの法は非国家法であることから、法に「」をつける。
- (375) FRIEDSON, *supra* note 370, at 93. フリードソン・前掲注(370)八七頁。医療の専門知の核心は、同僚評価の評価基準、すなわち審査基準の定立のなかに現れる。なお、専門主義の源泉はジャーナル共同体であると述べるものとして、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、二〇〇三年)一三・三〇頁。
- (376) Susan O. Schetzow, *State Medical Peer Review: High Cost But No Benefit: Is It Time for a Change?*, 25 AM. J. L. & MED. 7, 7 (1999).
- (377) 前掲注(36)参照。
- (378) Gellhorn, *supra* note 122, at 9. 専門知について、それを有する者とそうでない者との間に情報の格差が生ずる。この格差が、医療専門職に対する行政法規制を正当化するのである。情報格差が生じてもなお、医療専門職に対する行政法規制である医師免許制度は不要であると述べるものと「MILTON FRIEDMAN, CAPITALISM AND FREEDOM 149-60 (1962). ミルトン・フリードマン(熊谷尚夫、西

山千明、白井孝晶訳）『資本主義と自由』（マクローウヒルブック、一九七五年）一六九・一八〇頁。

(370) Louise G. Trubek, *New Governance and Soft Law in Health Care Reform*, Univ. of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series, No. 1018, 14 (2006), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=908674 (last visited Dec. 6, 2013).

(380) たとえば、一七六六年（植民地時代）に創設され独立革命後も唯一現存するニュー・ジャージー医師会（現在の Medical Society of New Jersey）は、constitution および by-laws を定立している。 <http://www.msny.org/p/cm/ld/fid=27> (last visited Dec. 6, 2013).

このように constitution は、各医療職集団の内部でそれぞれ定立される constitution であり、職種（としてのたとえば医師）全体を貫く constitution ではない。したがって、Teubner のいう societal constitution ではない。Teubner のいう societal constitution とは、宗教・経済・科学といった、他の機能的社会システムと並立する一システムとしての法システムの枠を超えて、各機能システムのメタ・レベルにおいて創発し、それらのシステムすべてに関わる、新しい hybrid meta-code を指す。トイブナー（綾部六郎・尾崎一郎訳）「二値編成複合性の立憲化：国民国家を超えた社会的立憲主義について」新世代法政策学研究一〇巻（二〇一一年）一八一頁。

Teubner が societal constitution を構想する理由を、綾部六郎・尾崎一郎は以下のように説明する。「トイブナー教授がこのような emerging hybrid meta-coding（としての constitution）というものを、近代社会において分出した、法、経済、宗教、政治、科学といった相互に自律的な機能システムのメタ・レベルにおいて構想するのは、……各システム（とりわけ経済システム）の拡大・暴走・自己破壊に対して、ほかのシステム（とりわけ法システム）が直接的に介入・統御できないからである」。同一八二頁訳注二。また、トイブナー・前掲注(14)三・六頁。

(381) とはいえ、この排除機能は、職業免許制や中世のギルド制度がその職業を排他的に独占していたこととは異なり、当該医療職集団との関係で排除されるにすぎない。

(382) 「連邦の立法権の枠からいって、連邦の法律によって全国一律の法規制をするということが憲法上不可能」な分野である。「また、連邦の裁判権の枠からいって、全ての事件が少なくとも最終的には連邦裁判所の審査の対象となるといって体制をとりえない以上、連邦裁判所の判決を通して判例法の統一を図るということもできない。」「アメリカ法の統一」とは、連邦の立法で一律に規制できない分野については、国際的な法の統一と同様の性質のものにとどまらざるをえない」。田中英夫『英米法総論(下)』(東京大学出版会、一九八〇年) 六四一頁。

(383) また、州政府や連邦政府ではなく医療職集団が単独で、連邦レベルで統一的に公衆衛生事業を行った例として、アメリカ医師会(AAMA)による活動がある。アメリカ医師会(AAMA)は、「公衆衛生の改善」を創設目的の一つに掲げ、創設当時急速に発展しつつあった近代医学の知見を駆使した基準認定活動を通して、様々な公衆衛生や予防医学の事業に大きく貢献した。その一例として、牛乳の質の改善があげられる。一九世紀の極めて高い乳児死亡率の原因は、細菌が混入した牛乳や水で薄めた牛乳にあった。本来、このような公衆衛生事業は、各州のもつ *police power* に含まれる。しかし、民間の医療職集団であるアメリカ医師会(AAMA)は、一八九二年以降、牛乳の検査基準を定め、その基準に適合した牛乳を、「認証牛乳(certified milk)」としてアメリカ医師会(AAMA)の承認票(*seal of approval*)を付した。この認証牛乳が全米レベルで普及したことによって、乳児死亡率は低下した。Duffy, *supra* note 126, at 226-27. ダフィー・前掲注(126)二六八・二六九頁。

(384) 行政および行政法が有する社会管理機能については、たとえば、遠藤博也『行政法Ⅱ各論』(青林書院新社、一九七七年) 一七七頁。行政については、公的諸問題を管理し、方向づけ、指揮する活動すなわち公務の管理と捉え、かつ、歴史的かつ論理的にみるとその遂行主体は政府その他公共団体に限定されるものではなく、とりわけ、近代国家が、共同体成員の自主管理から当該事務を横領、吸収した結果、国家事務になった、と把握するものとして、田口富久治『行政学要論』(有斐閣、一九八一年) 一二頁。

本稿が検討したように、社会管理機能は、行政および行政法のみが担うものではない。

(385) 本稿第一章第二節一を参照。

(386) ただし、行政権は、国家権力の分立を前提として定位しているのに対し、医療職集団は、その創設当初から、その内部に内部を統治するための統合的な「諸権力」を有している。

(387) 次稿の課題として検討する。

