論説

行政法を構成する専門職自主法（二）

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
第一節　専門職自主法の生成と州医師免許法の失敗
一　医療職集団の登場
二　州医師免許法による医療職集団への授権
三　州医師免許法の廃止と医師資格を規律する専門職自主法の生成
第二節　専門職自主法が構成する州医師免許法の「諸権力」統合的仕組みの登場
一　医師資格に対する制定法規制と医療職集団による自主法規制
二　専門職自主法が構成する「諸権力」統合的仕組みとその実効性の確保
三　専門職自主法と州医師免許法との接合の関係性
第三節　州による「行政の決定」の司法審査に関する法の生成
一　州医師免許法制度の合憲性の承認

二　州行政委員会が有する免許付与・取消権限の合憲性の条件
三　州行政委員会の取消決定に対する司法審査（以上、本号）
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
結語

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

本章の目的は、州に行政法が生成しているかを検討するとともに、医療職集団が定立した専門職自主法とはどのようなものか、そしてこの専門職自主法が州の行政法の生成においてどのような役割を果たしたのかを明らかにすることである。本章の検討対象は、植民地時代から一九三〇年代までの、医師資格の法的規律に限定する。(122)

ここでその生成を確認する州の行政法とは、以下の二つを指す。一つは、これまで一般にアメリカ行政法として理解されている、連邦の行政法に対応する州の行政法である。すなわち、州の「行政の決定」に対する司法審査を通して生成した法を指す。この法は、「行政の決定」のコントロールを目的とする。しかし、本稿は、前章で述べたように、「行政の決定」をコントロールするための法の登場に時間的には遡る、「行政の決定」をうみだすための法の登場に、行政法の生成をみる。したがって、本章でその生成を確認するもう一つの行政法は、司法審査を基軸とするのではなく、州の行政機関への「諸権力」統合的仕組みの授権を基軸としてそこに生成する法である。

以下では、医師資格を規律する専門職自主法および州の議会制定法の登場、それらの接合の仕組み、そして、その仕組みと運用に対する司法審査を検討する。

第一節　専門職自主法の生成と州医師免許法の失敗

一　医療職集団の登場

アメリカでは、すでに植民地時代に、医師会や医学校等の医療職集団が登場していた。[123] しかし、医療職集団の定立する専門職自主法、または、植民地議会もしくは植民地政府の定める法が、医師資格を規律していたということはできない。

（一）短命に終わった医師免許法

植民地時代、ほとんどの植民地政府は、医師資格に対する法的規制を行わなかった。例外的になされることもあったが、それは、短命で萌芽的なものにすぎなかった。[124]

医師資格に対する法的規律の萌芽は、一六四九年のマサチューセッツ湾植民地議会（General Court）が制定した法律（the original Massachusetts' Act of 1649）にみることができる。[125] 同法は、医療を提供する前に、裁判所による承認（approval）を要求するものであった。しかし、法律は曖昧であり、資格付与基準、実効性確保に関する規定は存在しなかった。[126] その後、一七六〇年代に至るまで、植民地の政府または議会による規制は事実上存在しなかった。また、ニュー・ヨーク市は、一七六〇年に、医師免許法を制定した。[127] この法令は「何人も、試験および免許を受けることなく、内科または外科またはその両方の医療を行ってはならない」と規定されていた。[128] 医師

免許の申請者は、信頼に足る（reputable）医師によって補佐された公務員（government officials）が実施する試験を受けることが要求された[129]。しかし、同法はほとんど実施されなかった。

植民地時代には、医師資格に関する植民地政府の実効的な法的規律は存在せず、事実上、医療は何人も自由に提供することができたといわれている[130]。

（二）医療職集団の登場

①医師会の創設

最古の医師会は、マサチューセッツ王領植民地で一七三五年に創設されたボストン医師会であった[131]。また、一七六六年には、ニュー・ジャージー医師会が創設された[132]。これらの医師会のいくつかは、医師免許法の制定を要求した。この要求は、様々な経歴をもつ医師のうち[133]、教育を受けた医師（educated physicians）により結成された医師会によるものであった。教育を受けた医師らは、彼ら自身だけが専門知を有すると考えていた。これらの医師会は、医師免許法の制定によって、他の経歴をもつ医師らとの差別化を図り、社会における高い信用、権威、競争力を高めることを目指した[134]。

②医学校の創設

医学校は、教育組織であると同時に医療職集団でもある。最古の医学校は、一七六五年、ペンシルバニア植民地フィラデルフィアに創設された医学校であった。創設当初は、既存のペンシルバニア病院の内部に設置されたが、後に、ペンシルバニア大学附置となった。創設者の John Morgan 医師は、同医学校が、ペンシルバニア植民地全体の医師試験の実施権限および免許付与権限を与えられることを望んだ。しかし、ペンシルバニア植民地政

府は、法人認許状（charter）の付与を拒否した[135]。また、一七六七年には、ニュー・ヨーク市のキングスカレッジ（現コロンビア大学）が医学教育プログラムを設立した[136]。さらに、独立宣言（一七七六年）後の一七八二年に、マサチューセッツのハーバード大学（一六三六年創設）が医学部を設置した[137]。

とはいえ、アメリカの医学校がその数を増やすのは、一八一〇年代をまたねばならなかった[138]。植民地時代の医師のほとんどは、徒弟奉公によって訓練された者、または、教育歴のないまま独自に開業した者であったといわれている[139]。

（三）医師資格を規律する専門職自主法の不在

植民地時代の医師会や医学校は、医師を養成しその資質を評価し医師資格を付与する機能を果たしていたとはいえない。この点は、ヨーロッパの大学やギルドとは異なっていた。ヨーロッパにおいて、医師資格を含む職業資格の認定・付与権限は、中世以降、一八世紀後半から一九世紀に入るまで、国家（国王）ではなく、各大学や各ギルドが掌握していた[140]。しかし、ヨーロッパの大学やギルドによる資格付与制度は、アメリカには継受されなかった[141]。アメリカの植民地時代に登場した医療職集団は、登場はしたものの、そして、場合によっては医師資格付与権限を得ようと志向したものの、その権限を掌握するに至ることはなかった。また、医師を教育しその資質を認定する制度、制度をつくるための自主法は定立されなかった。ただし、医療職集団内部を管理するための法は定立されていた。たとえば、植民地時代に創設され現存する唯一の医師会であるニュー・ジャージー医師会が、その一七六六年創設時、constitution（憲章）および by laws（規約）を定立していた。

したがって、医師資格に関して植民地政府による規制は存在しないに等しく、また、医療職集団が定立した専

門職自主法も実効的でなかったため、医療は、事実上自由に提供された。その結果生じた劣悪な医療は、事後的かつ事案毎に法的紛争として処理された[142]。たとえば、不法行為を主張する患者による損害賠償請求、または、傷害罪や殺人罪による刑事訴追であった[143]。

二　州医師免許法による医療職集団への授権

独立後、免許付与権限は、植民地政府・議会から各州議会に移行した。しかし、各州議会が医師資格を規律しない状況は、独立の前後で変化はなかった[144]。独立直後、医師免許制度を整備するためのイニシアティブをとったのは、医師会、医学校等の医療職集団であった。

（一）州医師免許法による医療職集団への医師免許付与権限の授権

独立戦争終結時の一七八一年、マサチューセッツ医師会（the Massachusetts Medical Society. 以下、「医師会」という。）が、任意加入組織として創設された[145]。医師会は、マサチューセッツ州の法人法に基づき、州議会から法人認許状（charter）を付与された[146]。医師会は、この法人認許状について、州の法人法はその効果において（in effect）医師会に対して医師免許付与権限を授権した、と述べている[147]。マサチューセッツ州では他州に先駆けて、医師会と同様に医学校にも免許を付与する権限があるか否かが問題となった[148]。当時、医師会に医師免許を申請していたのは、試験を行う医師と同様に、もっぱら徒弟制度で訓練を受けた者であった。一七八二年、ハーバード大学に医学校が附置されたとき、この卒業生はさらに医師会の試験に合格しなければならないか否かが議論となった。そして、一八〇三年の医師会の決定によって、当該医師会が定めた免許付与要件としては、当該医師会が課す医師免許試験に合格するか、または、医学の学位を取得するかのいずれかとなった[149]。この二重制度（the

dual system）には、コネティカット州（一八一〇年）、サウス・カロライナ州（一八一七年）等他の州も追随した。[150]

東部一三州では、一八一五年までに、その全ての州で医師会が創設された。[151] そして、一八三〇年までに、ペンシルバニア、バージニア、ノース・カロライナの三州を除く一〇州で、医師免許法が制定された。[152] 当時制定された医師免許法の名称および仕組みは州ごとに異なる。しかし、ニュー・イングランドのほとんどの州と、Old Northwest（オハイオ州、インディアナ州、ミシガン州）は、免許付与権限を州または地方の医師会に付与し、この点では共通の仕組みをもっていた。たとえば、一七九〇年のニュー・ジャージー州の医師免許法は、ニュー・ジャージー医師会に免許付与権限を付与している。ニュー・ヨーク州は一八〇六年に、アラバマ州は一八二三年に、ニュー・ジャージー州と同じ免許制度を採用した。[153]

州が police power の一種として、医師免許規制を行う場合、州議会の定める根拠法律が必要となる。そこで、議会は、法律の中に免許付与権限を盛り込んだが、その規制の内容については医師会に委任した。

各医師会が課す試験、各医学校が付与する学位は、医師の資質の医療職集団による認定である。これら医療職集団が定立した、医師の資質を認定するための法の具体的内容は不明である。Richard H. Shryock は、右に述べた医師免許制度は、自主的なコントロール（voluntary control）というイギリスの伝統を引き継いだものである、と述べる。[154] 自主的に創設された医療職集団に対して州法が実質的に規制権限を授権したこと、また、その医療職集団に対して州政府が監督権限をもたないことから、州の規制制度の中には、医療職集団の自治が保障されていたといえる。したがって、自治のための、すなわち医療職集団内部の管理のための法は定立されていた。また、各医療職集団が定立した免許付与要件は、私人の自主基準であり、当該基準の適用行為は法律に基づく規制であ

ることから、機能的には「行政の決定」と等価のものであるということもできる。

（二）州医師免許法の実効性

しかし、建国直後の各州医師免許法は、いくつかの点で実効性を欠いていた[155]。なぜなら、制度上、医師免許法制定前に医師として開業していた者の既得権保護機能を果たす祖父条項（grand-father clauses）[156]が存在したこと、免許法に従わない者に対する処罰規定（あるいは行政上の強制権限）が存在しなかったからであった。そして、各州裁判所も、mandamus 等の裁判所の裁量によって発することができる大権令状（prerogative writs）を、免許に関する規制権限を行使しない医師会に対して、積極的に発給することはなかった[157]。さらに、多くの場合、医師会は、有料で医療を提供した「似非医者（quacks）」に対して軽微な罰金（moderate fine）を科すために、カウンティの裁判所に告発することができたが、しかし、医師免許法に従うことなく無免許で医師として開業する者は、実際には多かった[158]。したがって、独立後、一部の州には医師免許法が制定されたとはいえ、事実上、医師は自由に開業し営業していたのである。

三　州医師免許法の廃止と医師資格を規律する専門職自主法の生成

（一）州医師免許法の廃止

医療を提供される側である一般の公衆が、当時、医師免許法の制定を要求したという記録は存在していない。公衆は、免許制度を信用しているわけではなかった、といわれる[159]。これには、主として二つの理由があった。一つは、医療の専門性への懐疑である。免許保有医師が専門知を有すると主張したところで、免許保有医師と非保

有医師との間で治療の効果には大差がなかった。これは、当時、近代医学が未発達であったことに因る。[160] もう一つは、免許制度をおいた結果、医療提供市場に医療職集団の独占が生じることへの警戒である。[161] それはアメリカの、特に一八三〇年代のジャクソニアン・デモクラシーの時代の平等主義が、反エリート主義や規制のない市場という考え方を流行らせたことに因る。[162]

この結果、医師免許法制度を有する全ての州で、一八三〇年代および一八四〇年代に、医師免許法は廃止された。[163] 各州は、「教育を受けた医師（physicians）の要求を認め医療行為が限られた専門職の排他的権利であることを保護するのではなく、全ての市民に対して、多様な医療行為を行う権利（right）と、競合する医療従事者（practitioners）の中から選択する権利を保障することを選んだのである」。[164]

資格を認定する制度の一つである免許制度は、質保証の機能と同時に参入規制の機能をはたす。免許制度を要求した医療職集団は、免許制度によって生じる市場独占を当該集団に許してまで、保護しなければならない権利利益をそれらがもつのだという説明に失敗したといえる。

Shryockは、アメリカの医師免許制度の廃止について、「一八五〇年代までに、ドイツ政府が統一の基準を定立し、イギリス政府が国家規制への第一歩を踏み出したこととは、対照的である」と述べる。[165] 医師免許法の廃止により、医師は、法制度上も、再び自由に開業できることとなった。[166]

（二）アメリカ医師会（AMA）による質保証および州境を超えた法の統一

各州医師免許法の廃止を受けて、一八四七年、教育を受けた医師らは、全米レベルの任意加入組織としてアメリカ医師会（The American Medical Association: AMA）を創設した。[167] アメリカ医師会（AMA）の創設意図は、「自

らの権威を構築し、州との結びつきを形成すること」にあったといわれる。[168] アメリカ医師会（AMA）は、教育を受けた医師のみが専門知（expert knowledge）と倫理的崇高性（moral superiority）を有すると主張し、主として以下三点の活動に重点をおいた。すなわち、①州境を超えて、州に代わって自ら医師資格の認定を行うこと、②州刑法の中で、アメリカ医師会（AMA）の影響力を増大させること、③州医師免許法の再制定を働きかけることである。

アメリカ医師会（AMA）自らが行う医師資格の認定は、医師の資質の基準適合性審査である。この認定は、医師資質の評価認定基準の定立とその個別適用に関する専門職自主法をうみだし、そして、この専門職自主法は、州刑法と、のちには州医師免許法とも接合することとなった。

アメリカ医師会（AMA）は、一八五七年、各州議会に対し、刑法上の堕胎罪を制定または改正するよう働きかけた。[169] その結果、一八六〇・一八七〇年代に、全州で刑法堕胎罪の制定または改正が実現した。[170] 一八世紀から一九世紀初めにかけて、堕胎罪は、コモン・ローおよび州刑法上、妊婦が胎動を自覚した後にのみ成立した。したがって、妊婦自身が胎動を知覚しないと主張する時期の堕胎は、堕胎罪とならなかった。[171] これに対し、アメリカ医師会（AMA）のキャンペーンによって制定または改正された刑法上の堕胎罪は、①妊娠初期を含む全ての妊娠期間における堕胎に堕胎罪が成立する、②ただし、「医学上必要（medically necessary）であり倫理上（moral）認められる」場合、堕胎罪は適用されない、③アメリカ医師会（AMA）の認める医師のみが、堕胎罪の違法性阻却事由を判断し、堕胎を行う権限を持つ、という仕組みであった。[172] 刑法堕胎罪の制定または改正は、州が、医療提供行為に対して、立法によってコントロールできることの承認を意味した。[173]

この刑法堕胎罪の制定または改正により、教育を受けた医師（アメリカ医師会（AMA）に属する医師）は、

彼らだけが「専門知」に加えて、「倫理上の崇高性」を有するのだという説得に成功した。そしてこの制定により、堕胎という医療行為は、教育を受けた医師が独占する行為となり、教育を受けていない医師および助産師の排除につながったのであった[174]。

堕胎の刑罰化は、アメリカ医師会（AMA）と州との新たな連携（partnership）を生み出すこととなった[175]。免許制に代わって、医療職集団による資格認定制度が、刑法の枠内におかれることとなったのである。事前の参入段階での行政の規制や質保証をあきらめた医療の専門職集団は、医師の刑事責任を追及することを目指したということができる。

アメリカ医師会（AMA）の医師資格の認定活動は、認定の基準を定立しその基準を個別適用するという基準適合性審査である[176]。したがって基準のレベルまで、医師の資質の水準を保証することができる[177]。同時に、その認定活動が州境を超えてひろがるのに伴い、州毎に多様であった医師資格の法的規律――したがって、州毎に多様な医師の資質――は、州境を超えて認定基準のレベルで統一されることとなる。州境を超えて組織された私的主体であるアメリカ医師会（AMA）の認定活動、すなわち医師の資質に関する基準適合性審査のために定立された専門職自主法は、州境という国家の境を超えて通用するものとなった[178]。

第二節　専門職自主法が構成する州医師免許法の「諸権力」統合的仕組みの登場

医師免許法は、アメリカ医師会（AMA）の主導の下、一八六〇年代から一九〇〇年代にかけて各州で整備されていった。第二節では、州医師免許法制度の整備過程の分析を通して、州に「諸権力」統合的仕組みを有する

行政機関が登場してきたこと、および、専門職自主法と州制定法との接合の関係性を確認する。

一　医師資格に対する制定法規制と医療職集団による自主法規制

（一）医師資格に対する制定法規制

①治安判事による登録制を設ける州

一八六二年、ルイジアナ州議会は他州に先駆けて医師免許法を制定した。[179] この医師免許法は、治安判事による登録制度を採用した。この医師登録の法定の基準は、「信頼に足る欧米の学校の医学の学位を所持していること」であり、当該学位の所持を治安判事の前で宣誓することが要求された。無登録医師に対する罰則規定は、一八六二年の制定時には存在しなかったが、一八七二年の改正により、医学の学位を所持することの宣誓が虚偽であった場合、六月以上五年以下の懲役に処するという規定が設けられた。[180]

治安判事が裁判作用を通じて行政作用を行うことは、植民地時代以降、各タウン、各カウンティの中に存在していた仕組みであった。[181] ルイジアナ州は、医師免許の付与という行政作用を、行政委員会や行政官ではなく、治安判事に委ねたのである。[182]

②公衆衛生機関（public health agency）による登録制を設ける州

公衆衛生機関の登録制を定める州もあった。[183] 公衆衛生に携わる州または地方の機関として公衆衛生官や公衆衛生委員会等を設置した州は、従来、人口統計学者や技術者をその職に任用した。しかし、一八八〇年代までに発展した細菌学等の知見を背景に、教育を受けた医師は、専門知を持つ者とされその職に任用されることとなった。

イリノイ州は、一八七七年に、イリノイ州保健委員会（the Illinois Board of Health. 以下、「委員会」という。）

を設置し、委員会に医師登録権限を授権した。委員会委員の選任方法、免許付与基準、委員会に対する規則制定権の授権が、法定されていたか否かは不明である。Shryock によれば、委員会は、「すでに開業している医師に対して、医学校の学位の登録を命じ、また、州外の医学校であっても『質の保証された（good standing）』カリキュラムをもつ医学校であれば、その学位を所持する医師免許申請者を、イリノイ州の医師として登録した」。一八八三年から一八八九年にかけて、同委員会は、「質の保証された」医学校の基準を公表した。①倫理的な資質、②医学校入学要件としての高等学校卒業、③少なくとも一〇科目の履修を定めるカリキュラム、④二つの解剖学のコースおよび二学期の病院実習、⑤少なくとも合計三年の訓練、である。

委員会が公表したこの基準は、アメリカ医師会（AMA）会長であるイリノイ州シカゴの Nathan Davis 医師らが定めた医学校の認定基準と同じ基準であった。[184] アメリカ医師会（AMA）は、「質の保証された」医学校の基準を公表した。①倫理的な資質、②医学校入学要件としての高等学校卒業、③少なくとも一〇科目の履修を定めるカリキュラム、④二つの解剖学のコースおよび二学期の病院実習、⑤少なくとも合計三年の訓練、である。

アメリカ医師会（AMA）による医学校の認定・格付けは、一八八〇年代には、黙示的に、各州の医師免許に関わる行政委員会の判断基準（criteria）となっていたといわれる。そして一八九〇年代には、公式の判断基準として用いられるようになった。さらに、この基準は、カナダにも普及した。[185] したがって、アメリカ医師会（AMA）という一つの医療職集団が定立した医学校の認定基準は、専門職自主法として、州境を超え、さらには国境を超えて通用していったということができる。

のちに各州の医師免許法は、医学校の学位所持と医師免許試験の合格のいずれかまたは双方を要求するようになった。一九〇〇年頃、医学の学位の登録のみを要求したのはミシガン州とミシシッピ川以西の五州、医学学位

と医師免許試験のいずれかを要求したのは一一州であった。また、医学学位と医師免許試験の双方を要求したのは二二州であり、これが現行制度につながる。[186]

さらに、上述の医師免許付与基準だけでなく、医師免許付与権限をもつ委員会の組織に関する議論もなされた。たとえば、アメリカにおける医学教育の中心地の一つといわれるペンシルバニア州では、医師資格についての公的な規制に反対する医師らが多数存在した。そのため、一二五名の医師が、一八七七年に、自主的に私的な医師試験委員会（unofficial examining body）を創設している。他方、州議会も、一八八一年に、医師の登録制度をつくってこれに対抗した。この結果、ペンシルバニア州に州医師免許試験委員会が設置されたのは、ようやく一八九三年であった。[187] ペンシルバニア州フィラデルフィアの William Keen 医師は、一八九四年に、以下のように述べた。「今や近隣のすべての州は保健委員会（health boards）を設置している。しかし、医師免許付与権限は、医師試験委員会（boards of medical examiners）という独立委員会（independent boards）に与えることが適切である」。他の州でも、一八八〇年代から九〇年代にかけて、保健委員会から医師試験委員会は分離していったといわれる。[188]

したがって、州議会による医師資格の法的規律は、概ねその初期には、以下のような特徴がある。①治安判事という司法、または、公衆衛生機関もしくは医師免許に特化した行政委員会という行政に対し、州議会が医師免許付与権限を授権したこと、②委員会委員は、アメリカ医師会（AMA）所属医師で構成されていること、③委員会の医師免許付与基準の主な要素は、医学校の学位の所持、医師免許試験の合格という二点であること、④医学校の認定は、アメリカ医師会（AMA）が行っていること、⑤医師免許試験は、アメリカ医師会（AMA）が実施していること、である。

（二）教育訓練および試験に関する認定を行う医療職集団の登場

医師資格に関する法的規律をみると、一九世紀末以降は、前述のアメリカ医師会（AMA）の他にも医師の教育訓練や試験に関する認定を行う医療職集団が創設されている。その主なものとして、以下の四つをあげておく。①アメリカ医科大学協会（American Medical College Association: AMCA）これは、一八七六年に、医学教育水準の向上を目的として創設された。一八九〇年の改組で名称変更された、現在のAssociation of American Medical Colleges（AAMC）である。[189]②医学教育評議会（Council on Medical Education: CME）これは、一九〇四年に、医学校を認定するために、アメリカ医師会（AMA）がその内部に設置した評議会である。一九二〇年の改組により名称変更された、現在のCouncil on Medical Education and Hospital（CMEH）である。[190]③州医師資格審査委員会連盟（National Confederation of State Medical Examining and Licensing Boards：NCSMELB）これは、一八九一年創設の各州行政機関の全米レベルの連合体である。一九一二年の改組により、現在のFederation of State Medical Boards（FSMB）に名称変更された。[191]④全米医師試験審議会（National Board of Medical Examiners：NBME）これは、全米で統一された医師の資格試験の一つであるUnited States Medical Licensing Examination（USMLE）にかかわる諸基準の定立を行うため、一九一五年に創設され現在に至る。[192]

以上のように、私的主体である医療職集団が創設され、それらが医学校、医師免許試験、医療職集団の構成員資格を認定・格付けした結果、[193]一九一〇年から一九三〇年の間に、アメリカの医師資格の水準は飛躍的に向上したといわれる。[194]そして、このような医療職集団による認定・格付けのために定立された専門職自主法は、自主法として独自に、それと同時に、州議会定法である医師免許法と接合しながら、洗練されていくこととなる。

二　専門職自主法が構成する「諸権力」統合的仕組みとその実効性の確保

以下本節では、主としてルイジアナ州およびマサチューセッツ州を検討対象とする。[195]

（一）ルイジアナ州医師免許法とルイジアナ州医師会

①医師免許委員会の設置およびその免許付与権限

ルイジアナ州は、治安判事への登録制を定めてから二〇年後の一八八二年に、医師免許法の改正により、免許付与権限を治安判事から州保健委員会（the state board of health）に移した。[196]州保健委員会は、提出された医学学位の有効性を審査し免許を付与する権限を授権された。さらに一二年後の一八九四年、医師免許法改正により、従前の治安判事による登録制を廃止し、医師免許を所管する州行政機関としての医師免許試験委員会（the board of examiners）を設置した。[197]ルイジアナ州の医師免許試験委員会委員は、ルイジアナ州医師会[198]が推薦した者の中から知事が指名する。[199]法定の免許付与基準は、医師免許試験委員会に対する医学の学位の提出、および同委員会が課す医師免許試験の合格、または「祖父条項（grandfather clause）」の該当者である。[200]さらに一九〇八年の同法改正により、医師免許付与の法定基準はひき上げられた。すなわち、「質の保証された（good standing）」医学校の学位を有すること、または、医師免許試験一〇科目に合格することである。医師免許試験委員会は、右の法定基準に適合する者に対して医師免許を付与する権限を有する。

こうして、医師免許法改正に基づいて、免許付与権限が治安判事から行政委員会へ移ったことは、裁判所による行政という古い仕組みから、行政機関による行政という新しい仕組みへ変化したものということができよう。そして、この委員会委員は、ルイジアナ州医師会の推薦を要することから、医師会所属医師の可能性が高く、またそうでなくとも少なくともルイジアナ州医師会の意向が反映されるものと思われる。

②医師免許委員会の規則制定権限

一九〇八年に改正されたルイジアナ州医師免許法は、上記の医師免許付与の法定基準を引上げるとともに、医師免許試験委員会に対して規則制定権限を授権した。

これをうけて、一九〇八年の医師免許試験委員会規則は、免許付与要件の一つである「質の保証された（good standing）」医学校の学位について、以下のように定めた。「一九〇八年一〇月一日以降、医師免許試験委員会は、同委員会によってAクラスと認定された医学校の医学学位を有する医師免許申請者について医師免許試験を免除し、医師免許を付与する」、「同委員会がいうAクラスの医学校とは、アメリカ医師会（AMA）のCouncil of Medical Education（CME）[201]が定めた基準の七〇―一〇〇％を満たす学校である」[202]。

さらに、医師免許試験委員会規則は、医師免許の他州との互恵（reciprocity）について、「ルイジアナ州の医学上の基準と同等かあるいはそれよりも高い基準を有する他の全ての州により発行された医師免許を有効なものとする」と定めた。同規則において、同委員会は、二八州とワシントンD.C.を列記した[203]。また、外国の医学校との互恵については、アメリカ国内のAクラスの医学校の扱いと同様である[204]。

このように、ルイジアナ州では、医師免許委員会に対して規則制定権限が授権された。そしてこの医師免許委員会規則が、アメリカ医師会（AMA）による医学校の認定基準を参照している。

③州医師免許法の実効性確保

医師免許法の実効性確保は、もともと、裁判手続に頼る他なかった。医師免許法の数次の改正を通して徐々に、医師免許法の実効性は、行政手続を通して確保されることとなった。

裁判手続による実効性確保には、刑罰による実効性確保とインジャンクションによる実効性確保がある。刑罰

による実効性確保としては、一八八二年に、ルイジアナ州医師免許法違反に対する罰則として、同法が一〇ドル以上一〇〇ドル以下の罰金または一〇日以上九〇日以下の懲役を定めていた。[205] インジャンクションによる実効性確保に関しては、ルイジアナ州医師免許試験委員会は、もともと、医師免許法に従わない者の訴追権限を授権されていなかった。一八九六年に改正されたルイジアナ州医師免許法によって、各医師免許試験委員会の長は、医師登録手続に服さない者に対して、権限ある裁判所を通じて医師業務差止め（injunctions）を求める権限を授権された。[206] しかし、同委員会は事件を裁判所にほとんど提起しなかった。そこで、一九〇八年改正法によって、医師免許に関する事件については、事件を裁判所に提起しやすくするために手続を簡略化した略式審判（summary trial）を行うという手法が新しく導入された。

また、行政手続による実効性確保として、一九一八年のルイジアナ州医師免許法改正では、医師免許試験委員会に対して、医師が欠格者となった場合、または、飲酒・堕胎等の行為で有罪となる場合に、当該医師の免許を撤回する権限を授権した。[207] ルイジアナ州の医師免許法の仕組みは、刑事罰の賦課を背景とする免許取消しであるといえる。

（二）マサチューセッツ州医師免許法とマサチューセッツ州医師会

①医師免許委員会の設置およびその免許付与権限

マサチューセッツ州は、一八九四年州法四五八章が医師の免許（registration）制度を定め、[208] それを所管する州行政委員会として、医師免許登録委員会（Board of Registration in Medicine. 以下、「委員会」という。）を設置した（一条）。委員会委員は、知事が、上院の助言と同意を経て、州内で適法に学位を付与することを法人認許状

で認められた医学校の学位を所持し、かつ、州内で一〇年以上の臨床実務経験を持つ者七名を指名する（一条）。医師免許の法定基準は、①二一歳以上で倫理的な資質を持つ者（八条）、②州内で適法に学位を付与することを法人認許状で認められた医学校の学位の所持（八条）、③当委員会が課す五科目の記述試験の合格（九条）、の全てを満たすことであった。委員会は、三つの法定基準の適合性を審査し、適合している場合には、マサチューセッツ州内の医師免許を付与する権限を有する（八条）。

②医師免許委員会への不服申立て

一九一七年州法二一八章は、この委員会に対し、医師免許の停止または取消権限を授権した。[209] この一九一七年法は、医師免許保持者が詐欺、医療過誤または著しい違法行為を理由に有罪となった場合に、委員会は、ヒアリング[210]を経て、当該医師免許を停止または取り消すことができると定め（一条）、委員会でのヒアリングの義務付けとヒアリングにおいて証人、弁護人を伴う権利を定めた（二条）。

③州医師免許法の実効性確保

裁判手続による実効性確保としては、刑罰による実効性確保がある。一八九四年法は、無免許での開業に対して、一〇〇ドル以上五〇〇ドル以下の罰金、または、三月以下の懲役を定めた（一〇条）。

また、行政手続による実効性確保として、一八九四年法は、委員会に対し、医師が裁判所において刑罰を科された場合、専門職としての実務における犯罪を理由に、ヒアリングを経て、委員会委員全員一致で、当該医師免許の撤回権限を授権した（四条）。マサチューセッツ州の医師免許法も、刑事罰の賦課を背景とする免許取消しである。

三　専門職自主法と州医師免許法との接合の関係性

これまで検討した専門職自主法と州制定法との接合（articulation）[211]の関係性を総括すると、以下のように特徴づけることができる。

①医療はもともと自由に提供されていた。②その後、各州において医師免許制度がうまれ、州制定法が規制の枠組みだけを定め、内容については、医師会等の民間の医療職集団に対して委任し、医療職集団が専門職自主法によってこれを定め適用することとなった。したがって、州制定法と専門職自主法は同時に登場し、形式を定める州制定法と内容を定める専門職自主法とが接合する関係であった。③しかし、この医師免許制度は破綻し、形式と内容を分担する州制定法と専門職自主法との接合は解消した。すなわち、再び、行政の規制のない自由な空間が登場する。④次に、医療職集団が独自の規制（自主法規制）を行い、州制定法は規制を行わないという状況が登場した。このとき、医師資格を規律する法としての専門職自主法が単独で生成・発展したのである。⑤さらに、この専門職自主法の存在を前提にして州制定法が登場する。州制定法は、既存の専門職自主法を参照し、専門職自主法は州制定法の中に埋め込まれることとなる。すなわち、専門職自主法と州制定法という二つの構成要素が接合する刑法、続いて行政法（医師免許法）という法構造がうまれることとなった。特に行政法（医師免許法）についてみるならば、組織、基準の定立、基準の個別適用という三つの局面で、州行政法の生成をもたらすこととなる。

国家法としての行政法は、それ自体、自律的なものとして存在している。専門職自主法も同様に、それ自体、自律的なものとして存在している。そして、この二つの法・「法」は相互に参照し取り込む関係をもって、接合する。この二つの法・「法」という構成要素は接合することで、一つの法構造をつくる。この二つの法・「法」に

ついて、それぞれのあり方も重要であるが、さらに重要な点は、この法構造を構成する二つの要素の接合における関係性である。その接合の関係性のあり方が、それらの要素によって構成されている全体の法構造の特徴を示すのである。

行政委員会は、規則制定権、それを個別に適用する権限、そして不服申立てを裁決する権限をもつこととなった。すなわち、立法作用、行政作用、司法作用に準じた権限を併せもつ機関であり、この点で、「諸権力」統合的仕組みを持つ行政権がうまれたと解することができる。また、制定法が刑罰を定めた点に注目するならば、これは、制定法上の刑罰による実効性の確保へむかう変化をそこにみることができる。

第三節　州による「行政の決定」の司法審査に関する法の生成

一　州医師免許法制度の合憲性の承認

各州の医師免許法制度について、本節では、連邦の行政法――連邦の「行政の決定」に対する司法審査のための法――に対応する州の行政法が生成しているかを分析する。各州医師免許法制度については、まず、当該制度を置くこと自体の合憲性が問題となった。医師免許法制度の合憲性を認めたアメリカ法上のランドマークは、Dent v. West Virginia, 129 U.S. 114（1889）判決であるとされる。[212]

（一）Dent v. West Virginia 連邦最高裁判決

①ウエスト・バージニア州医師免許法の仕組み

一八八二年に制定されたウエスト・バージニア州の医師免許法[213]（以下、「法」という。）は、州内の全ての医師

（practitioner of medicine）に対し、医師の免許（certificate）取得を要求した。法は、保健委員会（the State Board of Health. 以下「委員会」という。）に対し、医師免許申請者が、法定の三つの免許付与基準――①信頼に足る医学校の学位の所持、②一八八一年三月八日以前の、ウエスト・バージニア州内での一〇年以上の医療の実務経験、③同委員会が課す医師免許試験の合格――のうちのいずれかを満たす場合に、免許を付与する権限を授権した（九条）。そして、無免許で医療を提供した者は、特別な症例を扱うために他州から招聘された場合を除き、裁判所の裁量により、五〇ドル以上五〇〇ドル以下の罰金、または／および、一月以上一二月以下の懲役に処せられると定めた（一五条）。

②事実および争点

Dent 医師は、American Medical Electic College の学位を所持していた。しかし、その医学校は、ウエスト・バージニア州の医師免許法の免許付与基準の一つである「信頼に足る医学校」ではなかった。Dent 医師は、無免許のまま開業し、同法違反で刑事訴追され、原審で五ドルの罰金を科された。

この事件では、州の医師免許をもたない医療行為を禁ずる上記ウエスト・バージニア州医師免許法が、デュー・プロセスを定める合衆国憲法修正一四条[214]に違反しており、したがって医師の既得権（the vested right）を侵害するものにあたるか否かが、争われた。

③法廷意見（Field 判事）

連邦最高裁は、全員一致で、Dent 医師の主張を斥けた。

法廷意見は、以下のように述べ、職業選択の自由を州が制限することを認めた[215]。①合衆国の全人民が自ら選択しうる適法な職業（calling, business, or profession）に就く権利を有することは疑いない。②他方、州は、不正や

詐欺から生じる帰結と同様に無知や無能力から生じる帰結から州民を保護する、という州民の一般福祉（the general welfare）のために諸規則を定める権限を有する。③この州の権限は、職業選択の自由を制限しうる。④ただし、州によって課される条件は、社会の保護（the protection of society）という目的に資する限りで認められるのであり、個々人の職業選択の自由を恣意的に剥奪してはならない。

そして、医療の専門職に対する規制の必要性について、法廷意見は以下のように述べた。「誰もが（医師に）相談の機会をもつことはできるであろう。しかし、医師が保有している知識や技術の資質を判断できる者は比較的少数である。この点で、医師に必要な資質の有無を判断する権限を有する機関が発行した医師免許によって与えられる保証にこそ、信頼（reliance）がおけるのである」[216]。

また、免許付与要件につき、「州医師免許法は、免許申請者が州法の認める医学校の学位を所持しない場合、委員会が申請者に対して試験を課す権限を授権している。……Dent医師は、彼の学位が本法の基準を満たさないと決定された後、委員会が課す医師免許試験を受験すべきであった」[217]。

④判決の評価

Dent判決によって、連邦最高裁は、専門職に対する政府規制（government regulation）を正当化し政府規制の目的への理解を示したのであり、この判決をもって医療専門職に対する現代的な規制の夜明けが訪れた、とTimothy Jostは述べる[218]。そしてJostは、医療が市場を通じて提供されるものと理解し、政府規制の必要性を、専門家と非専門家間、すなわち市場における供給者である専門家と消費者である非専門家間の専門知の多寡から説明する。「政府規制を正当化するのは、市場の失敗であった。消費者である患者は、医療専門職の適格性を評価するために必要な情報をもたず、また仮にそれら情報を入手できたとしても理解することができない。連邦最高

裁は、消費者が医師の適格性を判断するのに必要な専門知をもたないと認めた。したがって、政府による規制的介入は、消費者保護のために必要とされるのである」[219]。「この信念を根拠にして連邦最高裁は、免許制度の目的を、専門職に必要な資質の確認と述べたのである」[220]。

専門家と非専門家との間で情報が均衡しないことは、事実であろう。しかし、このことと市場における消費者保護は直結しない[221]。Jost の構図は、現在の問題関心から、市場を想定し、そこにおける供給者と消費者を想定し、そして、適正な市場活動の維持のために州の役割を置くものである。しかし、医療は、特に当時のそれを考えるならば、市場を通してのみ提供されるわけではない。判決は、ただ、情報の不均衡から非専門職が損害を被る可能性があると述べるだけである。

また、「信頼に足る医学校」の判定基準およびその適用の当否については論じられなかった。医師免許付与基準には、「信頼に足る医学校」の学位の他に、委員会が課す試験の合格等が存在することから、医師免許申請者の権利が保護されている、と裁判所は判断したものと考えられる。

こののち、合衆国および各州の裁判所は、Dent 判決を引用して、各州議会による医師免許法の制定自体を合憲としていった[222]。そして、州医師免許法の制度設計およびその運用――州法による州医師免許委員会の設置、州法による医師免許委員会への規則制定権・認定権・不服申立の裁決権の授権、法定の医師免許付与基準、医師免許委員会の決定――についての司法判断が行われはじめる。以下では、一九三〇年頃までのマサチューセッツ州の医師免許法制度に対する司法審査を検討対象とする。マサチューセッツ州は、東部一三州の中でも革新的な州の一つであり他州からの観察対象となってきた州である。そしてこの州では、前述のように強力な医療職集団が

伝統的に数多く登場したことから、医師資格の法的規律においても、専門職自主法による規律が先進的に登場し、かつ、議会制定法が「諸権力」統合的仕組みを形成する過程において、専門職自主法が果たした役割は大きかった。したがって、本節では、州医師免許委員会による「行政の決定」に関する司法審査の法が生成していたこと、すなわち、州行政法が生成したことを確認すると同時に、ここでは、「行政の決定」を左右する専門職自主法に関する裁判所の判断についてもみることとする。

（二）Lawrence v. Board of Registration マサチューセッツ州最高裁判決

①マサチューセッツ州医師免許法の仕組み

前述のように[223]、マサチューセッツ州は、一八九四年州法四五八章（以下、「一八九四年法」という。）は、医師の免許（registration）制度を定め、医師免許登録委員会（Board of Registration in Medicine. 以下、「委員会」という。）を設置し、委員会に免許付与権限を授権し、免許付与基準を定めた。その後、一九一七年州法二一八章（以下、「一九一七年法」という。）は、この委員会に対し、医師免許停止権限および取消権限を授権した。すなわち、この一九一七年法は、医師免許保持者が詐欺、医療過誤または著しい違法行為（gross misconduct）を理由に有罪となった場合に、委員会は、ヒアリングを経て、当該医師免許を停止または取り消すことができると定め（一条）、停止または取消しに際してヒアリングの義務付けと証人・弁護人を伴う権利を定め（二条）、また、州最高裁は委員会による免許の停止または取消決定を修正または無効とすることができると定めた（四条）。

この一八九四年法および一九一七年法が定める医師免許法制度の合憲性について、最初に論じたのは、Lawrence v. Board of Registration, 239 Mass. 424（1921）判決である。

②事実および争点

Lawrence 医師は、一八九八年に、州内の医師として正当に免許を付与された。その後 Lawrence 医師が行った堕胎手術について、委員会は、この堕胎手術が著しい違法行為（gross misconduct）にあたるとして、免許取消手続に入った。委員会は、一九二〇年九月二八日に、Lawrence 医師を委員会に召喚し、single justice の前でのヒアリングを行った。医師は、委員会の委員に対する禁止令状（writ of prohibition）の発給を求めて提訴した。

主な争点は、「委員会に対して一九一七年法が与えた免許取消権限は、合衆国憲法修正一四条の定める『デュー・プロセス』、および、州憲法一編一条の定める『生命・自由・財産（幸福追求権）』[224]および同一〇条の定める『公共の用のための同意に基づく財産の剥奪』[225]に反しており、したがって、委員会は、医師免許付与および取消の権限（jurisdiction）を持たないのか」であった[226]。そして、この争点に先立ち、州医師免許法による医師資格規制の合憲性が論じられた。

③法廷意見（Rugg 判事）

法廷意見は、以下のように述べ、Lawrence 医師の請求を棄却した。「合法な目的で適法な職業に就く権利は不可侵であり、この権利は合衆国憲法およびマサチューセッツ州憲法によって保護されている。医師がその専門領域で働く権利は、他の職業を選択して就業するその他の全ての市民と同様に、その性質からいって自由であり、かつ、財産権であり、憲法の命令（constitutional mandate）は（この権利を）不当な介入から保護している」[227]。

「しかしこの権利の不可侵性および保護は絶対ではない。この権利は、合理的な手段によって公衆衛生を保護するという政府の最高の権利（the paramount right of government）に譲らなければならない。疑いの余地なく、立法部は、州憲法の welfare 条項[228]の範囲内で、社会構成員の一般的健康の促進のために法を制定することができ

る」[229]。

「試験、登録および認証を要求し、（これらの要求を満たさない）他の全ての者が医療実務に就くことを禁止する法は、いかなる憲法の規定にも違反していないものとして支持される。この有効性は、疾病の治療者……がその目的達成に必要な技術を有することを示すために必要な条件に依拠する。医学的知識の適切な活用を確保しようという倫理的で健全な熱意は、医学的知識それ自体と同様に、公衆衛生にとっても重要である。人格的公正さを伴わない知性（intellectual power）や科学的達成は無知以上に有害といえよう。基本的な徳の軽視と高度に訓練された知性とが結びつくことは、脅威である」[230]。

④判決の評価

マサチューセッツ州の医師免許法制度による医師の職業選択の自由の制限は、州憲法の welfare 条項に基づいて正当化される。welfare 条項は、合理的な手段によって公衆の健康を保護する政府の最も重要な権限の現れである。この権限は一般に police power と呼ばれている。

医師資格を州議会が制限することが正当化される理由は、①専門知はそれ自体として共同体の保健のために必要であること、②しかし同時に、専門知の悪用を阻止することも共同体の保健のために必要であることにある。したがって、州議会は、police power を根拠に、専門知の活用をコントロールするために、医師資格を免許制とすることが憲法上承認される。

医師免許法制度の合憲性は、共同体の保健の観点から医師の職業選択の自由を州が制約できるのかという、権利を制約する根拠の問題として論じられている。すなわち、州議会が州医師免許の付与権限を州委員会に対して委任したことは権力分立に反しないのかという、統治構造の問題としては論じられていない点が指摘できる。本

判決は、この後、マサチューセッツ州医師免許法の合憲性を認めた先例的な判決となっている。

二　州行政委員会が有する免許付与・取消権限の合憲性の条件

（一）Lawrence v. Board of Registration マサチューセッツ州最高裁判決

①法廷意見

右の Lawrence 判決の主たる争点は、委員会の免許取消権限の合憲性であった。法廷意見は以下のように述べる。

「技術的に習熟した医師が、その専門領域において、刑法上の違法とまではいえないまでも詐欺や過誤、著しい違法行為で有罪となった場合、その医師は、共同体の保健（the health of the community）との関係で有害であると考えられるであろう」[231]。

「立法部は、police power を行使する際に、医療実務を継続しうるのに十分な道徳的性質をもつことを決めるテストを、合理的な制限の範囲内で決定する。この制定法には特に異論の余地はない。請求人が医療行為を行うにつき既に免許を付与されていたという状況は、本法で具体化された規制が『将来の立法』という性質をもつものであるとの抗弁に基づく免責を与えない」[232]。

「制定法は、証人および弁護人を伴うヒアリングを要求することにより、そしてまた裁判所でのヒアリングと、裁判官が要求した場合には委員会の事実認定の修正または破棄を定めることにより、医師の権利保護にとって合理的な保障を与えている」[233]。

②判決の評価

医師免許法は、医師の職業選択の自由を制限する一方で、医師の権利を手続的に保護している、として裁判所

は委員会の医師免許取消権限を合憲と判断した。ここでの手続的権利保護とは、すなわち、行政過程における証人および弁護人を伴うヒアリングを意味し、かつ、その後の司法審査が可能であることを意味した。さらに、その司法審査では覆審的審理（de novo review）すなわち裁判所による事実認定の修正または破棄が可能であることを意味した。これは、医師の権利は手続的に手厚く保護されているということができる。

（二）Davis v. Board of Registration in Medicine マサチューセッツ州最高裁判決

①マサチューセッツ州医師免許法の仕組み

マサチューセッツ州の医師の免許制度を定めた前述の一八九四年法は、その一条で、医師免許委員会を設置した。この一条は、マサチューセッツ州法（以下、「州法」という。）一三章一〇条に改正された[234]。一〇条は、「公の委員会（a public board）でのヒアリングには、医師は、弁護人を伴い証人を召喚することができる。それに加え、裁判所はヒアリングを行うことができ、また、裁判官は当該委員会による事実認定を修正および取り消すことができる」と規定されている。

また、一八九四年法四五八章の四条および八条は、州法一一二章二条に改正された[235]。同条は以下のように定める。「マサチューセッツ州医師登録委員会（以下、「委員会」という。）は、ヒアリングのうえ、無免許の者（an unregistered person）が行う医療提供において免許保有医師が主または従として医療提供したことがヒアリングで明らかとなったとき、委員会が発行した医師免許を取り消し、または、一年以下の免許の効力の停止をすることができる」。

この州法一一二章二条の合憲性が争われたのが、Davis v. Board of Registration in Medicine, 251 Mass. 283（1925）

判決であった。

②事実および争点

委員会から免許を付与されていたDavis医師は、免許を保有していない医師とともに医療を提供した。委員会は、州法一三章一〇条に従い、Davis医師に対して、免許取消処分のヒアリングを行う旨の告知を行った。Davis医師は、委員会の取消手続に対して差止め（in equity to enjoin）を求めて提訴した。

争点は、委員会が免許取消手続を進めた場合、Davis医師に財産および個人の権利（his property and personal rights）に回復できない損害が生じるか否か、それゆえに、この手続を定める制定法は違憲であるのか否か、であった。

③法廷意見（Rugg判事）

法廷意見は、Davis医師の請求を棄却した。法廷意見は、まず、Lawrence判決を引用して、医師免許付与権限および取消権限を委員会に対して授権する本件制定法が合憲であることを認め[236]、次に、委員会の決定にヒアリングを要求する制定法規定の合憲性を認めた。すなわち、「公の委員会でのヒアリングについて、この制定法は以下の点を要求している。請求人が弁護人と証人とを伴うこと、さらに、裁判所でのヒアリング、そして裁判所のヒアリングにおいて裁判官が要求した場合には、裁判官は、委員会での事実認定を修正または取り消すこと、である。全ての憲法上の権利は保護されている」[237]。

また、ヒアリングの告知に関して、法廷意見は、告知において理由が付記されていることから、本件告知が州法一一二章二条に反しないと述べたうえで、医師に対するヒアリングの告知は、厳密に解される必要はなく、告知の詳細は、手続の規則性と公正さ（the regularity and fairness）、そしてその委員会の活動の規則性と公正さに資

するように、個別の事案毎に決定されると述べた[238]。

④判決の評価

本判決は、「手続の規則性と公正さ、そして委員会の活動の規則性と公正さ」が満たされるとき、医師の権利は保護されると判示する。

まず、「行政の決定」と司法審査との関係について、本判決は、制定法が、委員会の取消決定の後に司法審査を置いていることから、制定法を合憲とした。「行政の決定」は最終（final）ではないことが、医師の権利を保護すると判断したのである。また、制定法は、後の司法審査が委員会の事実認定を破棄することも認めている。これは、覆審的審査（de novo review）である。「行政の決定」に対して司法権が defer（謙抑）しているとはいえないが、医師の権利保護として手厚いということもできるし、行政手続と裁判手続との間で手続が重複しているということもできる。また、裁判所は、「行政の決定」を重視していないともいえる。

次に、「行政の決定」自体において、適正な手続に関する諸原則が要求される。制定法に定めがなくとも、告知は要求される。告知には理由付記も要求される。ただし、告知は厳密でなくともよいとされた。また、ヒアリングについては、制定法に、ヒアリングの機会、および、弁護人および証人を伴うヒアリングが規定されていることを理由に、制定法による委員会への取消権限の授権を合憲とした。

したがって、すでに付与された医師免許は、新しい理由によって取り消すことができる。その場合、告知とヒアリングは、制定法上の規定の有無に拘らず要求されることになる。裁判所は、覆審的審査によって「行政の決定」を最初から再審理できるが、他方で、裁判所は、「行政の決定」に対して裁判手続に類似の紛争裁断手続、すなわち、告知、対審構造等を要請しており、ここに適正な行政手続の萌芽をみることができる。

三　州行政委員会の取消決定に対する司法審査

続いて、州の「行政の決定」である州医師免許委員会による免許取消決定に対する司法審査を検討する。

（一）医師免許法の仕組み

委員会による医師免許の停止または取消しに対する司法審査を定めた一九一七年法二一八章の四条は、州法一一二章六四条に改正され、六四条は、以下のように規定された。「州最高裁は、認証、登録、免許または授権（certificate、registration、license or authority）を停止または取り消された者の請求について、州医師免許登録委員会（以下、委員会という。）の決定が明らかに不法（clearly wrong）であることが明らかなとき、その委員会の決定を修正または破棄できる」[239]。

また、委員会のヒアリングを定めた一九二一年法四七八章一条[240]は、州法一一二章六一条に改正され、以下のように規定された。「委員会は、ヒアリングのうえ、委員会の委員の過半数の可決を経て、列挙されている正当な理由に基づいて、医師の登録を取り消すことができる」[241]。

州法一一二章六二条は、委員会の告知およびヒアリングにおいて弁護人および証人を伴う権利を定める[242]。

（二）Dugdale v. Board of Registration in Medicine マサチューセッツ州最高裁判決

①事実および争点

Dugdale 医師が死亡した二名の患者に十分な診療を行わなかったことは著しい違法行為（gross misconduct）にあたるとして、委員会は、ヒアリングを経て、Dugdale 医師の医師免許を取り消した。Dugdale 医師は、委員会の医師免許取消決定の取消しを請求し、原審は原告の請求を棄却した。原告が上訴し、州最高裁は、本件

Dugdale v. Board of Registration in Medicine, 270 Mass. 65（1930）判決を下した。

争点は、委員会の決定は明らかに不法であるか否か、である。

②法廷意見（Carroll 裁判官）

州最高裁は、以下のように述べ、原告の請求を棄却した。「委員会による医師免許の取消しは、その取消決定が『明らかに不法（clearly wrong）』でないと、破棄されない」[243]。そして、本件の委員会でのヒアリングについて、「委員会は証言を聴取し、供述書は請求人自身によって作成されている。証拠の信頼性の程度は、委員会に有利（for）である。証拠によれば、専門家にあるまじき行為であるという委員会の決定が『明らかに不法（clearly wrong）』ということはできない。……請求人は、委員会での公正、公平かつ十分なヒアリング（a full, fair and impartial hearing）を享受している」[244]。

（三）Ott v. Board of Registration in Medicine マサチューセッツ州最高裁判決

さらに、委員会の取消決定に関して、制定法がヒアリングの範囲を詳細に定めていないことについて判断した判決として、Ott v. Board of Registration in Medicine, 276 Mass. 566（1931）判決がある。

①事実および争点

Ott 医師は、州医師免許を付与されていた。委員会は、医師が堕胎手術に同意したことが専門職としての違反行為（professional misconduct）に当たるとして、告知およびヒアリングの後、彼の医師免許を取り消した。医師は、免許取消しの差止め（in equity to enjoin）を求めて提訴した。原審は、州法一一二章六四条に基づいて、委員会の取消決定を破棄した。委員会が上訴したが、それを棄却したのが本件である。

争点は、委員会の決定は明らかに不法であるか否か、である。

②法廷意見（Rugg 判事）

「本件決定手続は、全体として、関連法規（州法一一二章六一、六二、六四条）に従っている」[245]。

「ヒアリングの範囲について、制定法（州法一一二章六四条）は詳細を定めていない」[246]。

（A）ヒアリングの範囲に関する判断枠組みについて、法廷意見は、以下のように述べた。「個々人や財産権に影響を与える行政委員会や執行部の下にある委員会およびそれらの公務員の行為に対する司法的監督（judicial supervision）については、種々の制定法が多様な用語で定めている」[247]。「本州の制定法および先例によって認められているのは、『エクイティの権限（管轄）において、裁判所が、州の委員会等の決定（rulings）を再審理、取消しまたは修正すること（review, annul, modify or amend）は、法（law）に関する決定についてのみ認められるのであり、事実認定（finding of fact）には及ばない』ということである」[248]。「裁判所の権限は、委員会による決定が『明らかに不法』であるときのみ、その決定を変更することであるということができる。これ（は）、エクイティの事件で、裁判所が、判事（magistrate）の事実認定を上訴審（appellate）として覆すのに消極的であることと共通している。……請求された裁判所（court on the petition）の管轄権の範囲は、委員会がなした決定の『修正または破棄（revising or reversing）』に限定されるのである。これは、appeal での決定とは区別される。この関係での破棄は、事実上、再審理（review）と同じである。ここでは、appeal で要求されるような全体としての再審理は重要とされない。それは、既になされた訴訟手続の再尋問（reexamination）を意味する。……したがって、訴訟手続には、争点の本案に関する新しい審理が存在するのではない。それは、エクイティ上請求される通常の訴訟、そして、何からも影響を受けず独自に尋問し決定する裁判官によって行われる通常の訴訟と同様のヒアリン

グおよび決定である。……委員会の決定は、全ての合理的な推定を伴う訴えの場合には好意的に審理されることとなる。そして、その委員会の決定は、①その決定をおこなったヒアリング主宰者や裁判官の公正さが損なわれている（vitiate fairness）場合、②委員会の結論が、明らかに真実に基づいたものではなく、過失（error or mistake）によるものであったことを示す、または、法に根拠がないものであったことを示す明白な証拠（plain proof）がない限りは、修正または破棄されない」[249]。

（B）本件へのあてはめ

本件について、法廷意見は、①委員会によるヒアリングの継続および再開拒否には、裁量濫用があったとはいえない、②委員会でのヒアリングの機会があったこと、および、ヒアリング主宰者が一名であったことは、公正、公平かつ十分なヒアリングであると認めることができる、③しかし、証言の真実性や信頼性をテストするための合理的な反対尋問が行われなかったことは、証拠の信頼性を損なっており、ヒアリングが公正、公平かつ十分であったと認めることはできない、と判示した[250]。

そして、「委員会であれ原審であれ、決定（decision）が、公平さに欠ける（wanting in impartiality）行為、偏見を持った態度（biased attitude）、そして、必須であるところの反対尋問を認めないでなされたものである場合には、通常、その決定は、明らかに不法であるとされなければならない。明らかに不法といえるためには、それを示す十分な（heavy）証拠の優越（preponderance of evidence）がなければならない。本件では、重要な（vital）点に関する証言に明らかに矛盾があったため、証拠の優越は欠けていた。原審が行った命令、すなわち委員会による医師免許取消命令の破棄は、認容される」[251]。

③判決の評価

判決は、police power に基づいて州議会が職業選択の自由を制約できることを当然の前提にしている。しかし、その場合においても、判決は、当該自由を有する者に対して、手続的な保護を与えることは憲法上の要請であるとして、手続が適正であることを要求したのであった。特に、この手続的な保護にとって重要な委員会の手続として、ヒアリングの機会、告知、および、「公平さ、偏見のない公正さ、反対尋問」を裁判所は要求した。行政手続は、その出発点で、権利保護のために裁判手続と相似形で要求されていたのである。また、裁判と行政の関係については、行政手続のみで完結するものではなく、行政手続に司法審査が後続していること、そして、判決は、上訴のアナロジーを用いて法律問題と事実問題を区別していることが指摘できる。(252) この判決のこうした特徴をみるとき、後のアメリカ行政法の基本的な構成要素の原型がここで語られていることがわかる。(253)

本章では、州に行政法が生成しているかについて、医師資格の法的規律の構造を通してみてきた。先に述べたように、この構造は、最終的には、専門職自主法とその存在を前提に登場した州制定法によって構成されており、州制定法は、既存の専門職自主法を参照し、専門職自主法は州制定法の中に埋め込まれるという関係性をもったものであった。この関係性の中で、州制定法の方には、規則制定権、医師資格認定権、不服申立ての裁決権という「諸権力」統合的仕組みがうまれており、そこにはこれらの「諸権力」を行政機関に授権する法としての行政法への変化をみてとれる。ここに、アメリカの専門職自主法と州制定法という二つの構成要素が接合する法構造の原型がみいだされる。(254) 裁判判決も、専門職自主法への注目はないものの、州制定法の中にうまれた「諸権力」統合的仕組みについては、承認している。この点では、州における司法審査に関する法としての行政法の生成もみいだすことができよう。ただし、一九三〇年代までの司法審査においては、専門職自主法を用いた制度とその

運用の当否が争われていないことも指摘できる。

注

(122) 医療提供の法的規律には、医師資格に対するものの他に、医療施設や医療行為に対するもの、医療保障に関するもの等がある。この中で最初に登場したのが、医師資格に対する法的規律である。

アメリカでは一九世紀末まで、医師は、法曹とともに、専門職として社会的に承認されていなかったといわれる。これは、ヨーロッパでは中世以降、医師、聖職者、法曹が三大専門職と捉えられてきたことと異なる。Walter Gellhorn, *The Abuse of Occupational Licensing*, 44 U. Chi. L. Rev. 6, 7-10（1976）; Peter Conrad & Joseph W. Schneider, Deviance and Medicalization from Badness to Sickness 9-14 (expanded ed. 1992)（1980）. P・コンラッド、J・W・シュナイダー（進藤雄三監訳、杉田聡・近藤正英訳）『逸脱と医療化　悪から病いへ』（ミネルヴァ書房、二〇〇三年）一六―二八頁。

医師資格に対する法的規律には、専門職自主法によるものと、国家法（議会制定法および裁判判決）によるものとがある。医師資格だけでなくより広い意味での医療提供について、これを法的に規律する際の専門職自主法と国家法との接合の関係性は、本稿第三章で分析する。

(123) Paul Starr, The Transformation of American Medicine 30（1982）.

建国の前後を通じて、国家の関与なしに結社が自然発生するのは、日本と比較したアメリカの特徴の一つである。トクヴィルは、一八四〇年に、以下のように述べている。「アメリカ人は年齢、境遇、考え方の如何を問わず、誰もが絶えず団体をつくる。商工業の団体に誰もが属しているだけではない。ありとあらゆる結社が他にある。宗教団体や道徳向上のための結社、真面目な結社もあればふざけたものもあり、非常に一般的なものもごく特殊なものも、巨大な結社もあれば、ちっぽけな結社もある。アメリ

カ人は祭りの実施や神学校の創設のために結社をつくり、旅籠を建設し、教会を建立し、書物を頒布するため、また僻遠の地に宣教師を派遣するために結社をつくる。病院や刑務所や学校もまた同じようにつくられる。ついには、一つの真理を顕彰し、偉大な手本を示してある感情を世間に広めたいときにも、彼らは結社を作る。新たな事業の先頭に立つのは、フランスならいつも政府であり、イギリスならつねに大領主だが、合衆国ではどんな場合にも間違いなくそこに結社の姿が見い出される」。トクヴィル著（松本礼二訳）『アメリカのデモクラシー（一八四〇年）第二巻・上』（岩波文庫、二〇〇八年）一八八 - 一八九頁。Alexis De Tocqueville, Democracy in America 376 (Henry Steele Commager ed., Henry Reeve trans. 1946) (1840).

この点、明治維新後の日本について、天野郁夫『教育と選抜の社会史』（筑摩書房（ちくま学芸文庫）、二〇〇六年）一五三頁は、「大学や専門職団体、官僚制度の伝統を持たず、そのいずれをも国家自身が上からつくり出さねばならなかった」と述べる。

本稿が検討対象とする医療職集団は、植民地時代に登場した医師会や医学校、二〇世紀初頭に登場した専門医学会、病院、第三者評価認定機関等である。

(124) もっとも、感染症の拡大防止等の公衆衛生（public health）については、各タウン、各カウンティ、独立後には各州政府も、police power に基づき行っていた。Edward P. Richards, *Public Health Law as Administrative Law: example lessons*, 10 J. Health Care L. & Poly 61, 63-64 (2007).

「police power とは、直訳すれば『警察権能、警察権限』となる。この場合の『警察』とはわが国の戦前の内務省が取り仕切った内政全般を指すような意味での『警察』であり、アメリカでは、州民の健康・安全・福祉を図る権能だとされているので、『福祉権能、福祉権限』と訳されることが多い」。樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、二〇一一年）二八頁。これは、伝統的行政法でいう行政警察にあたる。田中二郎『新版行政法（下）』（弘文堂、全訂第二版、一九八三年）三〇頁以下。police power の意義と司法審査について、Thomas R. Powell, *Administrative Exercise of the Police Power* (pts. 1-3), 24 Harv. L. Rev. 268, 333, 441 (1911). 高原

賢治「アメリカにおける『警察権能』の理論の展開――公共の福祉についての一考察 一 - 二・完」国家七四巻九＝一〇号二二頁以下、一一＝一二号二〇頁以下（一九六一年）。

(125) Richard H. Shryock, Medical Licensing in America, 1650-1965 14（1967）. 植民地政府・議会およびのちの州議会が定める医師の免許は、様々な文言が用いられている。たとえば、certificate, registration, license, authority, permission, approval, approbation 等がある。

(126) Shryock, *supra* note 125, at 14. 同様の法は、the Duke of York code of 1665 の下、ニュー・ヨークおよびニュー・ジャージーで採用された。*Id.* さらに、一七二二年には、ニュー・ジャージー植民地医師免許法が制定された。しかし、これらは実効性のないものであったといわれる。John Duffy, From Humors to Medical Science: A History of American Medicine 40（2d ed. 1993）. ジョン・ダフィ（網野豊訳）『アメリカ医学の歴史』（二瓶社、二〇〇二年）四九頁。

(127) Shryock, *supra* note 125, at 17; Duffy, *supra* note 126, at. 40. ダフィ・前掲注(126)四九頁。

(128) Shryock, *supra* note 125, at 17.

(129) Duffy, *supra* note 126, at 40. ダフィ・前掲注(126)四九頁。

(130) Duffy, *supra* note 126, at 47. ダフィ・前掲注(126)一二頁。

(131) Duffy, *supra* note 126, at 41. ダフィ・前掲注(126)五〇頁。この医師会は、当時のニュー・イングランドで大流行した咽頭ジステンバー（ジフテリアと猩紅熱の併発症）への対応を目的として創設され、約二〇年後に廃止された。マサチューセッツ植民地では、一七五五年から一七八一年の間に、ボストン医師会の他に約一〇の医療職集団が創設されたといわれる。*Id.*

(132) ニュー・ジャージー医師会は、アメリカ独立（一七七六年）を経て現在まで残る唯一の医師会である。ニュー・ジャージー医師会の創設史は以下を参照。Medical Society of New Jersey, http://www.msnj.org/Default.aspx（last visited Mar. 15, 2013）.

同医師会は、創設直後から、医師の地位と収入のひき上げを図り、植民地政府に対して免許制度の創設を要求した。ニュー・ジャー

ジー議会およびニュー・ジャージーの William Franklin 知事は、一七七二年に、医師資格を規制する法律を定めた。この一七七二年法は、内科医および外科医について、医療提供を希望する者は全て、州最高裁判所判事二名による試験を受け承認を得なければならず、この手続を経ずに代金を得るために医療を提供した者に対しては罰金を科す、と規定されていた。この一七七二年法の実施に関しても不明であるとされる。

これらの他にも、コネティカット植民地では、一七六七年に、リッチフィールド・カウンティの医師会が創設された。同医師会は、一七六九年に、植民地議会に対して、法人認許状（charter）に基づく医師の試験と免許付与権限を請願した。この要求は、Connecticut Courant（Hartford）の通常議会において、独占を警戒する者との間で論争となり、結果として、医師会に対する法人認許状は付与されなかった。このリッチフィールドのメンバーが中心となって、一七七九年に「アメリカの一三州で最初の医師会」が創設された、といわれる。Sirycock, *supra* note 125, at 17-18.

(133) 一八世紀半頃のアメリカの医師の教育歴は、五つに大別することができた。第一は、教育を受けた医師（educated physicians）である。彼らは、概ね、ヨーロッパの大学で医学の学位を取得した者、教育を受けた医師の下で徒弟奉公した後ヨーロッパの大学に留学した者（アメリカからのヨーロッパへの留学先は、ライデン大学、時代が下がるとエジンバラ大学やグラスゴー大学が中心であった。）、アメリカの医学校を卒業後、定評ある開業医の下で医学を学んだ者である。第二は、アメリカの植民地の中で徒弟奉公を終えた医師、第三は、民間療法師、これには接骨師、薬草研究家、助産師が含まれる。第四に、聖職医、そして第五に、自称医師が加わる。Duffy, *supra* note 126, at 18-19. ダフィ・前掲注(126)二二頁。

(134) Sirycock, *supra* note 125, at 17.

(135) Sirycock, *supra* note 125, at 16-17.

(136) Duffy, *supra* note 126, at 33. ダフィ・前掲注(126)四〇 - 四二頁。

(137) Duffy, *supra* note 126, at 131. ダフィ・前掲注(126)一六〇頁。

(138) Duffy, *supra* note 126, at 134. ダフィ・前掲注(126)一六三頁。

(139) Duffy, *supra* note 126, at 44. ダフィ・前掲注(126)五三頁。

(140) 天野郁夫『教育と選抜の社会史』（筑摩書房（ちくま学芸文庫）、二〇〇六年）八五‐九〇頁。

天野郁夫によれば、ギルド等の職業集団は、「成員を一定の条件を満たすものに限ることによって自分たちの利益を守り、また社会に対するサービスの水準を維持しようとする。つまり同業組合は、資格制度と資格付与という二つの機能」を果たしていた。天野・同五三頁。また、ヨーロッパ中世の大学も、「他のどのギルドにもまして明確に規定された資格の認定と付与の制度を持っていた」。天野・同六〇頁。中世社会では教会、大学、ギルド等が、神職、法曹、医師等の専門職の職業資格を与えていた。しかし、これら専門職集団の職業資格授与権は、各集団が独占していたのではなく共存していた。天野・同八六頁。

そして、この資格の認定制度を整備しそれを運用するために、各大学や各ギルドは自主的に、資格認定のための法を定立したのである。Walter Gellhorn によれば、「中世のギルドは、本来は、その構成員の信用に、関心を持っていたものと考えられる。職人や商人は、『一般に受け入れられた基準を遵守すれば全体の信用が高まるであろう』ということを知っていた」（『』は筆者。）。同時に、各大学や各ギルドは、自らが組織として存続していくために、集団内部を管理するための法も自主的に定立した。これら大学やギルドは、その集団内部において、「立法、司法、財政の性質をもつ事実上完全な統治権力を行使していた」のである。Walter Gellhorn, Individual Freedom and Governmental Restraints 113（1968）. ゲルホーン著（猪俣幸一、鵜飼信成、橋本公亘、和田英夫訳）「生計をたてる権利」『言論の自由と権力の抑圧』（岩波現代叢書、一九五九年）一三六頁。

(141) Duffy, *supra* note 126, at 7-9. ダフィ・前掲注(126)一二頁。

(142) Andrew A. Sandor, *The History of Professional Liability Suits in the United States*, 163 JAMA 459, 459-460（1992）. 山口龍之『米国医療

と快楽主義』（信山社、一九九五年）六九‐一四八頁。

(143) また、医療保障は、私人間の互助が中心であった。私人間の互助は、私保険あるいは慈善事業となって現れていた。

(144) 以下本節で述べるように、一部の州では、一八〇〇年頃から一八三〇〇年代まで、一時的に医師免許法が制定されたことがあった。しかし州によっては、一九二〇年代まで医師資格に対する法的規制が行われなかった。Shryock, *supra* note 125, at 22.

(145) マサチューセッツ州の医師会は、当時のアメリカの中で、最も初期に創設され、構成員数も多かった。Eric H. *Christianson*, *Medicine in New England*, *in* Medicine in the New World: New Spain, New France and New England 127-37（Ronald L. Numbers ed., 1987）.

マサチューセッツ医師会の創設の歴史は、以下も参照。The Massachusetts Medical Society, http://www.massmed.org/Content/NavigationMenu10/AboutMMS/History/History.htm（last visited Mar. 15, 2013）.

また、このマサチューセッツ医師会が創刊した医学誌は、現在では世界最高峰の権威を誇るものとなっている。すなわち、同医師会は、一八一二年、医学誌「The New England Journal of Medicine and Surgery and Collateral Branches of Science」を創刊した。この医学誌は、数次の改編を経て、一九二八年に「The New England Journal of Medicine」と改称され、現在まで継続して発行されている。The New England Journal of Medicine は、厳格な査読制度（レフェリー・システム）を採用しており、現在、医学総合誌としては他の論文に引用される頻度（impact factor）が最も高く、世界五大医学誌の一つ（他の四誌は、The Lancer: イギリス外科学会、Annals of Internal Medicine: アメリカ内科学会、British Medical Journal: イギリス医師会、Journal of the American Medical Association: アメリカ医師会）である。Allan M. Brandt, Ph.D., *A Reader's Guide to 200 Years of the New England Journal of Medicine*, 366 New Eng. J. Med. 1, 6（2012）.

(146) なお、独立戦争終結直後、大西洋沿岸部の他の州でも医師会が登場し始めた。Shryock, *supra* note 125, at 23.

1781 Mass. Acts 15. 州の法人法の規定は以下の通りである。「医師会の長および構成員は、内科医および外科医の全ての申請者に

試験を課し、申請者が専門職としての技術をもち、医師として実務につくことに適している者であることが認められる場合には、申請者に対し当該医師会の免許証（the approbation of the Society）を発行するものとする」。

(147) http://www.massmed.org/Content/NavigationMenu10/AboutMMS/History/History.htm（last visited Mar. 15, 2013）.

(148) *Christianson*, *supra* note 145, at 135. のちに、アメリカの医学校は、大学附置の医学校と、大学とは関係を持たない私立の職業学校（proprietary institutions）に大別できることとなった。

(149) *Id*; Shryock, *supra* note 125, at 25; Duffy, *supra* note 126, at 139-140. ダフィ・前掲注(126)一六九頁。

(150) Duffy は、この二重制度、すなわち、複数の免許付与権限者の存在に、イギリスの伝統の継受をみいだしている。Duffy, *supra* note 126, at 140. ダフィ・前掲注(126)一六九―一七〇頁。

コネティカット州は、州の医師会と Yale 大学に附置された医学校の代表から構成される合同の委員会（joint board）を設立し、申請者の試験を行った。Shryock, *supra* note 125, at 26.

(151) さらに、これに隣接する全ての州では一八三〇年までに医師会が創設された。Shryock, *supra* note 125, at 23.

(152) Shryock, *supra* note 125, at 23.

(153) *Id*. at 24.

(154) *Id*. at 23-25.

(155) *Id*.

(156) 「祖父条項（grandfather clause）」とは、現行法令制定以前に既に医師として開業していた者には、現行法令を適用しないことを定める規定である。Clark C. Havighurst, James F. Blumstein & Tryen A. Brennan, Health Care Law and Policy 839（2d ed. 1998）.

(157) mandamus とは「法律上ある公的職務を行うことを義務付けられている者がその職務を行わないときに、その履行を命ずる令状」

である。田中英夫『英米法総論（下）』（東京大学出版会、一九八〇年）五七七頁。

(158) 「医業の禁止（prohibitions）は、相当具体的であった。たとえば、ニュー・ジャージー州の一八一三年および一八一八年の法律は、「薬草療法（bontanist）、root、インディアンの医師（Indian doctors）、およびその他の似非医師（quacks）等の正規訓練を受けていない免許申請者（irregular bred contenders）」による医療の提供を禁止した。通常、制裁（penalty）は、有料で医療を提供したときのみ科された。Shryock, *supra* note 125, at 25. そして、ほとんどの訴訟では、無免許開業医は単に料金徴収の法的権利を否定されただけであった。Duffy, *supra* note 126, at 139-140. ダフィ・前掲注(126)一六九頁。

(159) Starr, *supra* note 123, at 56; Duffy, *supra* note 126, at 167-202. ダフィ・前掲注(126)二〇一 - 二二四頁。

(160) 一八〇〇年前後、医学はまだ近代化を迎えていない。近代医学は、一九世紀後半、抗生剤や殺菌剤等の医薬品の使用、麻酔や放射線を用いた外科手術等を用いた医学から始まる。「科学の世紀」といわれる一九世紀、特にその後半の麻酔法の発見（一八四五年）、消毒法の発見（一八六七年）、レントゲンによるX線の発見（一八九五年）、細菌学・病理学・生理学・基礎科学の急速な発展（一八九〇 - 一九一〇年）が、医学の近代化の背景にある。Starr, *supra* note 123, at 58.

したがって、医療は、内科的治療が中心であり、医療提供の場は医療施設ではなく家庭であった。Starr, *supra* note 123, at 56-60.

(161) Shryock, *supra* note 125, at 37.

(162) Shryock, *supra* note 125, at 27; Duffy, *supra* note 126, at 141. ダフィ・前掲注(126)一七〇頁。山口・前掲注(142)九二頁。

専門職の資格の付与については、医師だけでなく法曹についても同様の経緯を辿った。田中英夫『アメリカ法の歴史（上）』（東京大学出版会、一九六八年）三八二 - 三八八頁。松浦・前掲注(32)五五 - 七一頁。

(163) たとえば、ニュー・ヨーク州の医師免許法は、一七九二年に公布、一七九七年に施行されたが、一八四四年廃止された。その他の州について、Starr, *supra* note 123, at 58.

(164) Reagan, *supra* note 120, at 238; Shryock, *supra* note 125, at 27.

(165) Shryock, *supra* note 125, at 27.

(166) Reagan, *supra* note 120, at 238; Shryock, *supra* note 125, at 27.

(167) アメリカ医師会（AMA）の創設を強く提唱したのは、ニュー・ヨーク州医師会である。ニュー・ヨーク州医師会は、医学校が、教育機能と免許付与権限を併せもつことを批判していた。Shryock, *supra* note 125, at 33-35.

アメリカ医師会（AMA）は、フィラデルフィアにて設立され、現在はイリノイ州シカゴに本部が置かれている。The American Medical Association, http://www.ama-assn.org/ama/home.page（last visited Mar. 15, 2013）.

現在、アメリカには、全米レベルの任意加入の医師会として、AMA のほかに、The National Medical Association（NMA）、および、The American Osteopathy Association（AOA）がある。National Medical Association（NMA）は、AMA と同じく西洋医学を修めた医師のうち、アフリカ系アメリカ人医師により、一八九五年に、ジョージア州アトランタで創設された。現在、本部はメリーランド州シルバー・スプリングにあり、加入者数は約三万人である。The National Medical Association, http://www.nmanet.org/（last visited Mar. 15, 2013）. また、The American Osteopathy Association（AOA）は、西洋医学を修めた医師から構成される AMA および NMA とは異なり、オステオパシー医学（前掲注⒀参照）を修めた医師により、一八九七年にミズーリ州カークスビルにて創設された。現在、本部はイリノイ州シカゴにあり、加入者数はアメリカの他イギリス等二四か国に八万人以上を擁する。The American Osteopathy Association, http://www.osteopathic.org/Pages/default.aspx（last visited Mar. 15, 2013）.

アメリカ医師会（AMA）は、アメリカ合衆国内で最大の医療職集団であり強力なロビー活動を行うことでも名高く、「アメリカ医師会」という場合、通常、American Medical Association（AMA）を指す。以下本稿では、アメリカ医師会（AMA）と表記する。

Shryock は、同時期のヨーロッパの状況について、以下のように述べる。「ほとんどのヨーロッパ諸国では、一八二〇年から

一八六〇年にかけて、科学の発展とコミュニケーション手段を改善するために、国家レベルで医学および科学の集団（society）を形成し始めていた。これは、一つのギルドというよりは、すべての正規の医師（regular practitioners）の代表から構成される。合衆国でも同様の自発的な集団（society）の必要性は明らかであった」。Shryock, *supra* note 125, at 33.

(168) Reagan, *supra* note 120, at 238.

(169) Leslie J. Reagan, When Abortion Was a Crime: Women, Medicine, and Law in The United States, 1867-1973 10（1997）.

また、アメリカ医師会（AMA）は、各州議会に対して、医師免許法の再制定も働きかけた。Timothy Jost によれば、「アメリカ医師会（AMA）は、西洋医学ではない他の流派（thompsonian 医学、Eclectics 医学等）の医師、程度の低い医学校出身の医師、訓練を受けていない素人の治療者等との競争に勝利することが念頭にあった。したがって、専門職の免許規制は当初、公衆に資すると同時に、専門職を保護するものでもあった。……医師免許法の制定は、素人と専門職との境界線を引くと同時に、専門職間の境界線を引くことを意味した」。Timothy S. Jost, *Introduction—Regulation of the Healthcare Professions, in* Timothy S. Jost ed., Regulation of The Healthcare Professions 2-3（1997）.

アメリカ医師会（AMA）は、医学校が教育機能と免許付与機能の両方を併せもつことを批判した。そこで、アメリカ医師会（AMA）は、主として、①医学教育および医師免許付与の基準を高めること、②医学校修了と同時の医師免許付与をなくすこと、この二点を活動の中心におくこととした。ここで、医療職集団または州議会によって構想される医師教育、医師試験、医師資格認定という流れが、明確に立ち現れることとなる。

医師免許制度については、次節で述べる。

(170) Reagan, *supra* note 169, at 10; Reagan, *supra* note 120, at 238.

(171) Reagan, *supra* note 169, at 8.

(172) *Id.* at 13.

現在の各州刑法は、州の医師免許保有医師のみに堕胎行為を認めている。*E.g.*, Ga. Code Ann. § 16-12-141 (b)(2)(2012).

また、二〇世紀に入り堕胎の場が自宅から病院へ変わると、一部の州の刑法は、一九一〇年代後半以降の改正で、民間の病院機能第三者評価機関が認定した病院だけが適法に堕胎手術を行うことができるという違法性阻却規定を設けた。*E.g.*, Ga. Code Ann. § 26-1202(b)(4)(1968). このような規定に対する司法審査は、本稿第三章で検討する。

(173) *Id.* at 11. これを、Reagan は、ジャクソニアン・デモクラシーの克服であると捉えた。*Id.*

(174) *Id.* at 10; Shryock, *supra* note 125, at 27.

また、アメリカ医師会（AMA）のみが専門知を有するという主張は、一八四〇年代と一八五〇年代に、医療過誤の刑事裁判で、素人で構成される陪審に代わって判事に助言を与える医療専門委員会の設置へと結実した。当時、医療過誤訴訟が急増し、しかし、医療専門職でない素人の陪審は、医療過誤の被害者に対して同情的だったことがその背景にある。Reagan, *supra* note 120, at 237.

(175) Reagan, *supra* note 169, at 14.

(176) Harold I. Abramson, *A Fifth Branch of Government: The Private Regulators and Their Constitutionality*, 16 Hastings Const. L.Q. 165, 168 (1989); Eleanor D. Kinney, *Private Accreditation as A Substitute for Direct Government Regulation in Public Health Insurance Programs: When Is It Appropriate?*, 4 Law & Contemp. Probs 47, 49 (1995).

(177) 他方、医師の資質を基準のレベルに固定してしまうこともある。

(178) Louis L. Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 51 Harv. L. Rev. 201, 228-31 (1937). また、一八七〇年代にハーバード大学ロー・スクールにおいてChristopher C. Langdell の導入したケース・メソッドが、「ハーヴァードの全米的性格」の主張を可能とし、州毎の差異を超えて体系的統一的に法を捉えることを可能としたことは、アメリカ医師会（AMA）による州法の統一と共通の傾向を示して

いると考えることができる。松浦・前掲注(32)七八－七九頁。

(179) John Duffy ed., The Rudolph Matas History of Medicine in Louisiana 403 (v.2 1962).

(180) *Id.* at 404.

(181) 田中・前掲注(162)一九頁以下。治安判事の名称は、magistrate, justice of the peace 等、統治単位ごとに様々である。三ヶ月章「英米における治安判事による裁判の研究――素人による裁判制度の批判的考察」『民事訴訟法研究　第六巻』（有斐閣、一九七二年）三九六頁以下。田中英夫「英米における Private Act（個別法律）――英米の立法権の概念に関する一考察」『法学協会百周年記念論集　第二巻』（有斐閣、一九八三年）九五頁以下のアメリカに関する分析を参照。

(182) しかし、ほとんどの医師は免許の申請をしなかった。これに対して、治安判事も、医師免許法への不服従に対する制裁は行わない等、医師免許法を実施しようとしなかった。Duffy, *supra* note 179, at 403-404. 医療はひき続き自由に提供され、多様な教育歴や経歴をもつ医師間における対立は激しいままであった。また公衆も、受診の際、医師免許の有無に捉われていなかったといわれる。Duffy, *supra* note 179, at 405. そこで、教育を受けた医師らは、一八七八年、ルイジアナ州レベルの医師会を再編し、公衆と州議会の両方に医師免許法の改正を働きかけた。http://www.lsbme.louisiana.gov/History%20of%20the%20Board.htm（last visited Mar. 15, 2013）.

(183) 本節は、Siryock, *supra* note 125, at 52-53 に依拠するものである。

(184) アメリカ医師会（AMA）会長であり Journal of American Medical Association の創刊者でもある Nathan Davis 医師は、州の医師会に対する免許付与権限の授権を望んでいたのではなく、州の立法者が医師会に従うことを構想していた。そのためには、医学校に免許付与権限を与えないことが重要であった。一八七〇年代および八〇年代を通じて、科学の発展を背景に、医学校は、教育の場としての病院との連携をつよめ、その結果、一八八〇年代末ごろから徒弟制が衰退したのであった。Siryock, *supra* note 125,

at 47. この時期、医師免許法の制定を促した背景には、専門性の高度化という新しい事情もあった。

(185) Shryock, *supra* note 125, at 53-54.

医学校の認定活動は、このアメリカ医師会（AMA）のDavis基準に基づくものほかに、カーネギー財団の援助を受けた一九〇五年のFlexner報告がある（注一九〇で後述する。）。

また、一八八九年創設のJohn Hopkins hospitalも、医学教育の全日制化や臨床教育に大きく貢献したといわれる。Michael S. Young & Rachel K. Alexander, *Recognizing The Nature of American Medical Practice: An Argument For Adopting Federal Medical Licensure*, 13 DePaul J. Health Care L. 145, 157-58 (2010).

(186) Shryock, *supra* note 125, at 55.

(187) Shryock, *supra* note 125, at 48. ペンシルバニア州等の東部二州とミシシッピ川以西の多くの州では、二〇世紀に入るまで、医師免許の試験制度が整備されなかった。Shryock, *supra* note 125, at 48.

(188) Shryock, *supra* note 125, at 54.

(189) https://www.aamc.org/（last visited Mar. 15, 2013）. この協会は、医学校の入学試験の質保証を行っている。一八九四年当時、この協会の構成員資格をもつ医学校は、医学校への入学試験の実施、および、四年以上の教育課程の整備が義務付けられていた。この協会は、医学教育のレベルを、徒弟制度や私立の職業学校（proprietary institutions）から大学の学部へ、そしてその後さらに大学院へとひき上げることにも尽力した。Dean F. Smiley, *History of the Association of American Medical Colleges 1876-1956*, 32 J. Med. Educ. 512, 512-14（1957）.

現在、AAMCはアメリカの医科大学院一三七校、カナダの医科大学院一七校、および、教育病院約四〇〇を認定している。また、近年、AAMCは、医療のグローバル化に伴って、医学教育の質が国境を越えて確保される必要性を認識し、合衆国やカナダ以外

の国々に所在する医科大学院および教育病院の認定活動も行っている。https://www.aamc.org/students/medstudents/ghlo/about/（last visited Mar. 15, 2013）.

(190) http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-people/ama-councils/council-medical-education.page（last visited Mar. 15, 2013）. この評議会は医学校の認定を厳格に行っている。Shryock, *supra* note 125, at 55-56.

また、この評議会は、一九一〇年になされた調査報告が Flexner 報告と呼ばれる。Flexner の調査目的の一つは、医学校を高い水準に統一することであった。Young & Alexander, *supra* note 185, at 158; Duffy, *supra* note 126, at. ダフィ・前掲注(126)二四八-二四九頁。Flexner 報告に基づいて、ロックフェラー財団は、水準の高い医学校に助成金を与えた。その結果、一九三〇年までの二〇年間で、アメリカの医学校は一四八校から六六校に減少したといわれる。Shryock, *supra* note 125, at 60-63.

アメリカ医師会（AMA）が、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて開始した医学校の認定活動は、医学校だけでなく医学教育病院や臨床卒後研修のプログラムおよび病院にまでその認定対象を拡大していった。そして、同時に、アメリカ医師会（AMA）による医学校の認定は、組織的には、一九二一年に、アメリカ医師会（AMA）から分離して「CMEH および AAMC による医学校の認定にとりこまれていった」。Young & Alexander, *supra* note 185, at 158.

(191) http://www.fsmb.org/（last visited Mar. 15, 2013）. この連盟は、任意かつ非営利の機関である。この連盟は、州間で異なる医師免許の互恵（reciprocity）の向上を目的として、医師免許試験の統一を図っている。

(192) Young & Alexander, *supra* note 185, at 161. この審議会は任意の私的機関である。医師免許は、各州の医師免許委員会（licensing boards）が付与するが、全ての州医師免許委員会は、免許申請者が資質を有することの証明として統一試験（USMLE）の合格を要求している。この結果として、公衆は、州を超えて、共通の基準に適合した医師による医療をうけることができるようになった。

この審議会（NBME）と前述の連盟（FSMB）は、統一試験（USMLE）を共同提供する。

(193) Shryock, *supra* note 125, at 63-64.

(194) *Id.* at 66-67.

(195) マサチューセッツ州は、アメリカにおいては長い歴史と進取の気質を持つ州であり、「政治・社会・経済・文化・その他あらゆる領域でニュー・イングランドを代表する州として今日に至っている」。小滝敏之『米国自治史論　建国前アメリカ地方自治の歴史と伝統』（公人社、二〇一一年）二二九頁。そして、医師免許法の制定および改正、および医師会に関する記録が多く残されている。

また、医療史研究者であるJohn Duffyは、ルイジアナ州を素材に医療の歴史に関する研究書（前掲注(179)参照）を著しており、当時の医師免許法を知るために不可欠の情報を提供している。彼によれば、ルイジアナ州の医師免許制度について、「一九二〇年代には、一流の（first-rate）医学校、強力な州の機関、執行力のある医師免許試験委員会、専門職の内部で広く統一のとれた医学学位が、ルイジアナ州内で受診可能な医療が改善し続けることを保証した」とされる。Duffy, *supra* note 179, at 416. さらに、医師免許法は、「ルイジアナ流の進展が一番典型的で、ほとんどの州がそれに倣った」とされる。Duffy, *supra* note 126, at. 40. ダフィ・前掲注(126)二六－四九頁。

(196) Duffy, *supra* note 179, at 405-6.

(197) Duffy, *supra* note 179, at 409-10. 医師免許試験委員会は、医師免許の対象となる二種類の医師――西洋医学の医師（the regular physicians）およびオステオパシー医学の医師（the homeopathic physicians）――をそれぞれ所管するために二つの委員会が設置された。

また、医師免許の登録先が、裁判所から医師免許試験委員会に変更されたのは、一九一八年の同法改正による。*Id.*

(198) ルイジアナ州医師会は、アメリカ医師会（AMA）に加盟している。

(199) Duffy, *supra* note 179, at 409.

(200) *Id.* 免許申請者は、いずれかの医師免許試験委員会に対して、医学の学位を提出し、かつ、同委員会が課す医師免許試験に合格しなければならない *Id.* at 409-10.

(201) 前掲注(190)参照。

(202) Duffy, *supra* note 179 at 414.

Aクラスの医学校の医学学位を有する者は、医師免許試験委員会に、その学位および身分証明書、倫理的資質を備えていることの証拠とともに、申請料二五ドルを添えて提出する。

Bクラスの医学校（アメリカ医師会（AMA）Council of Medical Education が定めた基準の五〇‐七〇％を満たす医学校）の医学学位を有する者は、上記に加えて、筆記試験を受験し七五％以上得点しなければならない。

さらに、一九一六年、医師免許試験委員会規則は、全ての医師免許申請者に対して、一九一八年一月一日以降に医学を学び始めた者は、医学校入学前に少なくとも二年間大学での学部教育を受けていることを要求した。また州内の全ての医師は、一九一八年一月一日までに医師免許試験委員会に医師の登録をしなければならない、と定めた。Duffy, *supra* note 179 at 412-414.

(203) Duffy, *supra* note 179, at 414.

(204) *Id.*

(205) Duffy, *supra* note 179, at 413.

(206) *Id.* at 411. なお、一九一二年の改正法は、地区検事が同法違反者を訴追する義務を規定した。

(207) *Id.* at 415. 医師免許法違反に対して刑事罰で臨む場合、一回限りの処罰あるいは累犯であればその都度の処罰で終わる。そのた

め、医師免許はひき続き有効なものとして存続しており、法違反者は、ひき続き医療行為を行えることとなる。そこで、医療行為を行う権利を剥奪するためには、行政手続による撤回が必要となる。すなわち、免許法の目的を実効的に達成するためには、刑事手続による処罰に加えて、行政手続による処分が必要である。ルイジアナ法改正はこれを実現したものである。

(208) 1894 Mass. Acts 458. 条文は以下を参照。http://archive.org/stream/actsresolvespass1894mass#page/458/（last visited Mar. 15, 2013）.

(209) 1917 Mass. Acts 218. 条文は以下を参照。http://archive.org/stream/actsresolvespass1917mass#page/218/（last visited Mar. 15, 2013）.

(210) hearing は通常、聴聞と訳されている。しかし、本稿は、後に制定された連邦および州の行政手続法や個別法が定める hearing だけでなく、裁判所による hearing、行政審判や医療職集団の裁断手続による紛争解決を含むものとして用いる。したがって、ヒアリングという用語を用いる。

(211) Edward Rubin は、「articulation（本稿では、「接合」と訳出する。）」の語には二つの意味があると述べる。一つは、個々の構成要素（elements）が、独立してその固有性（identities）を保つかたちで、可視的に結紮または結合（ligature or joint）することで生じる関係性である。もう一つは、明確な言語形態での事象の表明である。接合（articulation）という用語を、前者の意味で用いるのは、Gilles Deleuze & Félex Guttari, A Thousand Plateaus 39-74（1974）である、と Rubin は述べる。Edward L. Rubin, Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for The Modern State 24-25（2005）.

この点で、ドゥルーズとガタリは、以下のように述べている。「（二つの構成要素の）両極はあたかも〈一なるもの〉の分割を表現するかのように、あるいはそれら自身が至高の統一を構成するかのように、対になって交互に機能するのである」。G・ドゥルーズ、F・ガタリ（宇野邦一他訳）『千のプラトー』（河出書房新社、一九九四年）四〇七頁。なお、こうした「接合理論」は、構造主義・ポスト構造主義に共通するアプローチであるが、もともとアルチュセールが提唱したものである。L・アルチュセール他（今村仁司訳）『資本論を読む（中）』（ちくま学芸文庫、一九九七年）六八頁。

本稿は、「接合（articulation）」の語を前者の意味で用いることとする。

(212) Jost, *supra* note 169, at 1-2; Sara Rosenbaum, David M. Frankford, Sylvia A. Law & Rand E. Rosenblatt, Law and the American Health System 850 (2d ed. 2012); Clark C. Havighurst, James F. Blumstein & Tryen A. Brennan, Health Care Law and Policy 838-43 (2d ed. 1998).

(213) 1882 W. Va. Acts, ch. 93.

(214) U.S.Const. amend. XIV, § 1.

(215) Dent v. West Virginia, 129 U.S. 114, 121-122 (1889).

(216) *Id.* at 122-23.

(217) *Id.* at 124-25.

(218) Jost, *supra* note 169, at 1-2.

(219) *Id.* at 2.

(220) *Id.*

(221) 医療が市場を通してのみ提供されるものではないことについて、ヘンリー・E・ジゲリスト（高山坦三訳）『医学序説』（思文閣出版、一九八一年）三八一－四〇八頁。

(222) *E.g.*, Hawker v. New York, 170 U.S. 189, 192-94 (1898); Reetz v. Michigan, 188 U.S. 505, 506 (1903); Watson v. Maryland, 218 U.S. 173 (1903); Collins v. Texas, 223 U.S. 288, 296-98 (1912).

(223) 本章第二節二（二）参照。

(224) Ma. Const. Pt. 1, art. 1.

(225) Ma. Const. Pt. 1, art. 10.

(226) Lawrence v. Board of Registration, 239 Mass. 424, 428（1921）. 取消権限の合憲性については後述する。

(227) *Id.* at 428.

(228) Ma. Const. Pt. 1, art. 4.

(229) 239 Mass. 424, 428（1921）.

(230) *Id.* at 428-29.

(231) *Id.* at 429.

(232) *Id.*

(233) *Id.*

(234) Mass. Gen. Laws ch. 13, § 10（2012）. なお、この条文は、事件当時も現在も同じものである。後掲注(235)(239)(241)(242)も同じである。

(235) Mass. Gen. Laws ch. 112, § 2（2012）.

(236) Davis v. Board of Registration in Medicine, 251 Mass. 283, 284-85（1925）.

(237) *Id.* at 285.

(238) *Id.*

(239) Mass. Gen. Laws ch. 112, § 64（2012）.

(240) 1921 Mass. Acts 478, § 1.

(241) Mass. Gen. Laws ch. 112, § 61（2012）.

(242) Mass. Gen. Laws ch. 112, § 64（2012）.

(243) Dugdale v. Board of Registration in Medicine, 270 Mass. 65, 67（1930）.

(244) *Id.* at 68-69.

(245) Ott v. Board of Registration in Medicine, 276 Mass. 566, 568（1931）.

(246) *Id.*

(247) *Id.* at 569.

(248) *Id.* at 570.

(249) *Id.* at 571.

(250) *Id.* at 574-75.

(251) *Id.* at 576.

(252) また、「行政の決定」の最終性について、Reetz v. Michigan, 188 U.S. 505（1903）判決は、ミシガン州医師免許法が上訴権のない司法権行使を州医師免許委員会に授権したかについて、「デュー・プロセスは必ずしも司法過程とは限らない」と判示した。*Id.* at 507.

(253) ただし、医師資格の制定法規制については、学術的関心からみると、アメリカでは、主に、行政法ではなくHealth Lawの一部として扱われている。Health Lawには、医療過誤、独占禁止、生命倫理、医療保障等と並んで、医療の質保証があり、質保証の一部として行政法上の論点が語られることになる。Schwartzが、実体問題は環境法など特殊法として発展し、行政法は手続のみを扱うと述べていることが、ここで思い起こされる。なお、日本でも、兼子仁による手続法としての行政法総論および特殊法論も参照。兼子仁『行政法学』（岩波書店、一九九七年）一五－一七頁。

(254) 専門職自主法の方に、規則制定権、医師資格認定権、不服申立ての裁決権という「諸権力」統合的仕組みが、自生的に生成しているかは、次稿にて検討する。