

るのか、その機能的側面を検討してみようと思う。

## 2、自己規制モデルとその機能

オーストラリアの Braithwaite やカナダの Priest といった学者等は、多くの国々が、商業や貿易だけでなく、環境や高齢者の介護・福祉、職業上の安全・衛生といった従来政府が有していた分野に対する規制の責任を、立法や監査、執行も含めて、産業や会社・職業集団といった民間部門に委譲してきていることに着目し、アングロサクソン系の様々な国々の様々な産業に対する行政規制のあり方を包括的に調査している<sup>9</sup>。政府が産業や会社・職業集団に対して政府の有する権限を委譲するための方法や程度は様々であり、政府と産業や会社・職業集団が、その活動に対して負う規制上の責任の程度も様々であるが、Priest は、職業集団に対する行政規制において、立法や監督、執行、サンクションも含めた広範囲の権限が委譲される制定法上の自己規制モデルは、プロフェッションといわれる職業に限定されていると指摘する<sup>10</sup>。また、彼は、医師や弁護士のような伝統的なプロフェッションの場合は、プロフェッションに対し特別な独立性を認める司法の歴史的判断が、立法者が取締の形態を選択するにあたっての意思に大きく影響してきたと指摘する<sup>11</sup>。

Thohy と Wolfson は、「国家がその職業集団に対して、プロフェッションの地位を認めるということは、プロフェッションによる自己規制を国家が許容することである<sup>12</sup>」と指摘する。そして、政府がプロフェッションに対して自己規制による取締の手法を選択する最大の理由は、「消費者のように国家は、プロフェッションの行動を評価するための専門性に欠けているからである。国家は、プロフェッションの規制にある程度の役割を演じることができけれども（たとえば、医師としての資格を得るための水準の設定）、プロフェッションにのみ、同僚の能力や行為を判断する能力があると考えられている<sup>13</sup>」からだと述べる。

政府が指揮監督規制よりも自己規制を選択するその他の一般的理由、すなわち長所としては、つぎのようなことがいわれている。第一に、財源や人材そして専門性故に、政府が実際に規制することが困難なことまでも可能にする。そして、規制される側の産業の財

9 See, e.g., Braithwaite, To Punish or Persuade: Enforcement of Code Mine Safety (1985); Braithwaite & P. Pettit, Not just deserts: A Republication Theory of Criminal Justice (1990); IAN AYRES & JOHN BRAITHWAITE, RESPONSIBLE REGULATIONS; TRANSCENDING THE DELEGATION DEBATE (1995); Priest, *supra* note 3.

10 Priest, *Id.* at 251. ただし、Ayres と Braithwaite は、いわゆるプロフェッションだけでなく、公共の福祉にかかわる職業に対して国家は自己規制を選択しているという見解を示している。

11 *Id.* at 284. 18 世紀の半ば頃から、アメリカの医師は医療過誤訴訟に曝されていた。アメリカの医師は被用者ではなく、独立契約者として位置付けられているが、Priest の指摘は的を得ているように思われる。

12 See C.J Thohy & A.D. Wolfson, Self-Regulation: Who Qualifies? In P. Slayton & M. Trebilcock, eds., THE PROFESSIONS AND PUBLIC POLICY 111(1978).

13 See C.J Thohy & A.D. Wolfson, Self-Regulation: Who Qualifies? In P. Slayton & M. Trebilcock, eds., THE PROFESSIONS AND PUBLIC POLICY 111(1978).

源や人材を活用することによって、国家の財源を高めることができる。第二に、政治的利益がある。多くの場合、自己規制は、政府によって委任された責任を果たすために、政府によって委任された権限を用いて実行されている。政府がこれらの権力を直接的に行使する場合には、行政上の責任や司法審査、オンブズマンによる監視、立法に関する情報公開によって意思決定過程の透明性をはかるといった多くの公的責任のレジームに服する。自己規制によって行政規制が実施される場合には、自己規制の機関は独立しており、規制の統治体制に対しては政府そのものに直接的な責任がないために、自己規制集団が規制している領域について批判をなすことができる。さらに、政治的責任を自己規制集団に移すことができる。第三に、政府の立法過程は相対的に遅いが、自己規制集団は準則や規則を状況の変化に合うように、迅速かつ容易に調節できる柔軟性がある。第四に、自己規制は、政府が自己規制集団を監督するかどうかに関わらず、政府が同じようなレベルの規制を行うよりも安価であるといわれている。第五に、規制に対するコンプライアンスが高い。その理由の 1 つは、規制を自らの手で発展させる以上、それに対して責任があるという心理的な側面から生じているといわれている。さらに、自分達を規制する準則や規則の合理性を理解しているとコンプライアンスはもっと高まる。第六に、自己規制は、その集団が確立した倫理観を獲得していない場合には、うまくいかないが、他方で、自己規制の経験によって、倫理観を育むことも指摘されている<sup>14</sup>。

自己規制モデルは長所だけでなく多くの欠点も有している。行政規制が公共の利益を護ることを予定している場合には、公共は害悪から護られるし、規制は効果的である。しかし、自己規制はこれらの原理を確実にすることが不可能であり、「鶏小屋を護るために狐を見張りに置くに等しい」といった懸念を表明する者すらいる<sup>15</sup>。現在もそうであるが、とりわけ 1980 年代から 1990 年代にかけて、国民や消費者団体やオンブズマンは、医師免許委員会がプラクティショナーに対する適切な監視を怠っているとして、医師免許委員会と医師集団を攻撃した。実際に、たとえばニュージャージー州における研究では、州で医業を行うための免許を有する 26,965 人の医師のうち、3～5%が、無能力 (incompetent) <sup>16</sup>か心身を害していた。しかし、まさに一握り、およそ 0.5%しか、医師免許委員会から懲戒を受けていなかった<sup>17</sup>。多くの論者は、自己規制モデルにおいて監視が不十分になるのは、

14 Priest, supra note 3, at 268-70; Willem J. Witteveen, A Self-Regulation Paradox: Notes towards the Social Logic of regulation, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.9.1 (2005), at 2-3 [<http://www.ejcl.org/>].

15 Priest, Id. at 271, Witteveen, Ibid.

16 無能力 (incompetent) とは、一般に医師としての技術や判断能力が日常的に欠如している状態をいう。

17 Paul R. Van Grunsven, *Medical Malpractice or Criminal Mistake? – An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Clinical Mistakes and Fatal Errors*, 2 DePaul J. Health Care L. 1, 45(1997).

自己の利益を護らせ、集団や会員を偏愛する傾向があることに原因があると指摘する<sup>18</sup>。政府の行政規制は公平で公正であるべきである。しかし、医師に限ることなく、自己規制を行う集団は、次第に「自己の利益」を護るようになり、規制に対する意気込みに欠け、能力的に不十分な会員の排除を怠ったり、処罰を遅滞させる傾向にある<sup>19</sup>。

監視の不充分さはまた、免許委員会や医師集団が取締に寄せる「関心の狭さ」に由来することも指摘されている。免許委員会による自己規制は、能力のないプラクティショナーや不誠実なプラクティショナーから公共を護ることが終局的な目的である。したがって、規制する側の直接的な関心事以上のことを考慮しなければならないが、免許委員会は自分たちの利益や医師集団が関心を寄せていることのみを取り締る傾向にあり、規制の範囲が狭められる。たとえば、アメリカの社会は医師と患者との性的関係を、不誠実であり、非倫理的であると考えるが、多くの免許委員会は、この問題に対してあまり関心を寄せておらず、十分な取締りを行ってこなかった。したがって後に、社会から多大な批判を受けた<sup>20</sup>。

このように、自己規制は、自己規制する医師側の利益を護らせたり、関心を寄せている事項のみを取り締る傾向にあり、医師に対する規制が不十分になる、という欠点がある。しかし、逆に、規制が過剰になるという弊害も指摘されている。すなわち、自己規制は、規制の役割を担うという専門職業の意識の高揚によって、過剰な規制を行い、職業に就こうとする志願者やプラクティショナーの数を減らし、公共に有益なサービスができなくなったり、サービスの価格を上昇させたりするといった欠点がある<sup>21</sup>。たとえば、歯科医の免許規制と価格の相互関係を調べた研究では、質を向上させるために規制を厳しくした州では、歯科医療サービスの価格が 14%から 16%に上昇した。また、規制が緩やかな州に比べて、歯科医のサービス料は 10%も高かった<sup>22</sup>。

以上、見てきたように自己規制モデルには数々の長所や欠点がある。ある者は「免許は、医療の質にとって望ましい利益を生み出さない。というのは、プロフェッションそのものが、自己の利益になるように免許のメカニズムの大部分をコントロールしているからである<sup>23</sup>」と批判する。またある者は、「自己規制は終局的には、最も効果的で効率的な質の高いサービスを保障し、それによって公共を保護することを意図したものではあるが、事実

18 後掲注(94)(95)に示した文献を参照。

19 Priest, *supra* note 3, at 268-69.

20 Student Article: Sexual Conduct Within the Physician-Patient Relationship: A Statutory Framework for Disciplining This Breach of Fiduciary Duty, 1 *Wid. L. Symp. J.* 501, 527-28 (1996).

21 Priest, *supra* note 3, at 273.

22 Carroll & Gaston, Occupational Licensing and the Quality of Service: An Overview, 7 *Law & Human Behavior* 139 (1983); Clark C. Havighurst et. al., *HEALTH CARE AND POLICY* 810 (2nd ed.1998).

23 Charles H. Baron, Licensure of Health Care Professionals: The Consumer's Case for Abolition, 9 *Am. J. L. and Med.* 335, 338 (1983).

上プロフェッションは、自らのメンバーを保護し、外的サンクションから逃れて特権的立場を護っている<sup>24</sup>」と大いに自己規制モデルを批判する。

けれども、行政規制に関する研究者等は、医療の質を確保するという見地から、自己規制による行政規制は適切であると述べる。たとえば、Priest は、「自己規制の構造は、利害の衝突やカルテルの形成を増大させる可能性があるので、小規模な多大な数の会社を有する産業においては望ましくない（たとえば、銀行を挙げている）。しかし、プロフェッションのように高度に確立した倫理と教育規範がある場合、あるいは、その集団に高度の専門的レベルを見出す場合には、国家が規制するよりも、規制を行うための効果的なルールを発展させることができ、自己規制が適切である<sup>25</sup>、と主張する。Jost もまた、同様の観点から、「プロフェッションは、その教育や集団の下で倫理を獲得している、そして、生産品（医療サービス）を改善したいと願い、強制をしなくとも自ら生産品の質を改善しようと努力する。プロフェッションの持つ専門性とプロフェッショナリズムは、有効に使われるべきである<sup>26</sup>」という。Ayres と Braithwaite もまた、「公共の利益のために献身するプロフェッションは、共同で紛争解決する潜在性や公共の利益という目的に向けて、集団で取り組むという潜在性を有している。規制されるべき水準への遵守を促進する権限をプロフェッションに与えることは、規制に対する決定への選択や無干渉主義の資本主義に対し、特別な利益を与え<sup>27</sup>、として自己規制モデルが適切であるという。

このように、「自己規制」という規制のあり方については賛否両論の見解があるが、アメリカにおいては、今日もなお医師に対する規制の形態として、基本的に自己規制モデルを採用している。ただし、医療に対する不信と医師プロフェッションは十分な自己規制を行っていないという社会の批判が高まる中で、医療の質を国民に保障するために、立法を通して新たな行政委員会を設立し、様々な方面から医師の自己規制に介入を加えるようになっている<sup>28</sup>。例えば、連邦議会は、Peer Review Improvement Act of 1982 の下で、同朋審査組織（Peer Review Organization: PRO）を設立し、これにメディケアを受領している入院患者への質を監督させるようになった。同様に、各州も立法を通して同朋審査組織を設立し、メディケイド・プログラムに対し類似した監査を開始した。また、1986 年に連邦議

24 Criton A. Constantinides, Professional Ethics Codes in Court: Redefining the Social Contract Between the Public and the Professions, 25 Ga.L.Rev.1327, 1346-47(1991).

25 Priest, supra note 3, at 256.

26 Timothy Stoltzfus Jost, Quality of Care, 25 Hous. Law. Rev. 525, 536 -39 (1988).

27 See AYRES & BRAITHWAITE, supra note 9, at 158-59.

28 本文に述べたことを含め、質の確保を目的とした立法等については、See generally Kathleen L. Blander, Physician, Heal Thyself: Because The Cure, The Health Care Quality Improvement Act, May Be Worse Than the Disease, 37 Cath. U. L. Rev. 1073 (1988); Robert S. Adler, Stalking the Rouge physician: An Analysis of the Health Care Quality Improvement Act, 28 American Business Law Journal 683 (1991).

会は、総体的な医療の質の改善や医療施設における同朋審査の促進、および過去に行ったことを開示したり、調査されることがないまま、無能力（incompetent）な医師が州から州へ移動して医療に従事することの制限等を目的として、Health Care Quality Improvement Act of 1986 を制定した。その目的を遂行するために、同法はデータバンクを設立し、医師および医業に類似した業務を行う Physician Extenders（上級看護師、フィジシャンズ・アシスタント等をいう）に対して執行された、医療施設による懲戒手続、免許委員会による懲戒手続、医療過誤訴訟、刑事手続についての情報をデータ・バンクに報告するように、免許委員会、医療施設、保険会社に対して義務づけた。さらに、各州は効果的な懲戒手続を行うための法整備や体制整備に継続的に取り組みはじめ、免許委員会の構造や懲戒手続のプロセスについても頻繁に改革を行うようになっていく<sup>29</sup>。

以下では、免許委員会の構造や機能等についてももう少し具体的に検討することで、アメリカにおける医師に対する規制の現状について明らかにしてみたい。

## II 免許委員会の構造と懲戒手続

### 1、免許委員会の構造

#### （1）今日的規制のあり方

上述したように、アメリカにおいては医師に対する規制のあり方として、「自己規制（self-regulation）」モデルと呼ばれる規制形態が歴史的に選択されてきた。自己規制（self-regulation）」モデルにはいくつかのバリエーションがあるが、全米の免許委員会<sup>30</sup>で構成される Federation of State Medical Board の報告によると、今日のアメリカにおいては、主務官庁の継続的な監督に服することなく医師の免許と懲戒に関する独立した権限を有する「完全に独立した（independent）免許委員会」と、保健省や職業省のような大きな行政官庁の傘下で免許と懲戒に関する権限を委任された「準独立的な（semi-independent）免許委員会」があるとされる。そして、全米の3分の2の免許委員会が「完全に独立した免許委員会」として設立されており、残りの3分の1が「準独立的な免許委員会」の構造をとっているという<sup>31</sup>。

29 例えば、カリフォルニア州では、過去 15 年の間に 5 回も（1990 年、1993 年、1995 年、1997 年、2002 年）免許法を改正し、重要な立法を行っている。

30 州によっては、免許の交付と懲戒手続の機能を分離して、2つの免許委員会を設置している州や Osteopathic Physician を規制する免許委員会を別立てとしている州もあり、全米に 65 の医師免許委員会がある。

31 U.S. Department of Health and Human Services Assistant Secretary for Planning and Evaluation Office of Disability, Aging and Long-Term Care Policy, State Discipline of Physicians: Assessing State Medical Boards Through Case Studies,13 (2006)[hereinafter cited as Assessing State Medical Boards Through Case Studies] より引用。また、助言的な機能しか有しない免許委員会が3つみられるというが、これまで調べたところでは、いわゆる一般的な医師免許委員会としては、ミシガン州免許委員会のみしか確認できていない。See also, View Full Version: Comprehensive list of Licensing Authorities in the US with e [Archive] (<http://www.valuemd.com/archive/index.php/t-9662.html>) .

「完全に独立した免許委員会」と他の機関の傘下に置かれている「準独立的な免許委員会」との最も大きな相違点は政府（主務官庁）との係り、つまり独立性の問題である。準独立的な構造をとる州の中には、免許委員会に免許の付与や懲戒手続という権限が与えられていても主務官庁の完全な監督、コントロールに服する州もあるが、多くの場合、免許委員会の主要な職責である免許の付与や懲戒手続に関しては、主務官庁の監督に服することなく、その任務を遂行することが委任されている。この場合、機能的観点から見た場合の実質的な相違点は、免許委員会に委ねられた任務を遂行するにあたっての予算の採択や配分、スタッフの人選の問題も含めた事務的・管理的事項を免許委員会自らが自由に決定することができるかどうかにあるようである<sup>32</sup>。

たとえば「準独立的な（semi-independent）免許委員会」であるカリフォルニア州の医師免許委員会（Medical Board of California）は、医師や看護師、自動車整備施設等の被免許者が支払う登録費用で運営されている専門職とビジネスの免許を管轄する行政機関である「消費者問題局（Department of Consumer Affairs）」の傘下に置かれている。免許委員会には、実務法によって委任された免許の付与と懲戒手続を執行するために、必要な規則や準則を制定する立法権限や医師に対する懲戒を指揮し執行する権限を付与されており<sup>33</sup>、これらの権限を用いて医師を規制する責任が課せられている。他方、消費者問題局が医師免許委員会も含めた準独立的な委員会の予算の採択や配分、事務的・管理的事項について決定する権限を有している<sup>34</sup>。

同様に、アイオワ州の医師免許委員会（Iowa Board of Medical Examiners）は、公衆衛生省（Department of Public Health）の傘下に置かれている「準独立的な（semi-independent）免許委員会」であるが、準立法（準則・規則の制定）、準執行（免許の付与、調査や訴追等）、準司法（違反がなされたかどうかを決定するために聴聞を開く、制裁を科す等）、といった政府の有する権限の全てが付与されており<sup>35</sup>、公衆衛生省の担当局が各免許委員会の連絡や調整等の管理的事項に責任を有している<sup>36</sup>。

32 See supra note 31, Assessing State Medical Boards Through Case Studies, at 13-14. もっとも、いずれの形態を取ろうとも、免許委員会に付与された権限は実務法が委任する内容によって州によって異なることには注意が必要である。

33 See Business and Professions Code Section § 2000-2029. なお、同州においては行政聴聞を専門に行う機関である Office of Administrative Hearing に、医師のための聴聞を専門に行うための Medical Quality Healing Panel があり、それが聴聞を行っている。

34 California Department of Consumer Affairs[<http://www.dca.cagov/aboutdca/morabout.htm>].

35 Iowa Board of Medical Examiners Administrative Code; See also, Iowa Board of Medical Examiners, Board Overview [ [http://www.docboard.org/ia/Board\\_overview.htm](http://www.docboard.org/ia/Board_overview.htm)]. なお、同州においては免許委員会が雇用する executive officer がスタッフを任命する権限を有している。

36 Iowa Department of Public Health Promoting and Protecting the Health of Iowans, Director's Office [ <http://www.idph.state.ia.us/do/>].

独立した免許委員会であろうと準独立的な免許委員会であろうと、多くの医師免許委員会には、医師の外、フィジアン・アシスタント（Physician Assistant）や足治療医（Podiatrist）、鍼療法士（Acupuncturist）といった、医師の補助者、関連職種、あるいは医業類似職種と考えられている専門職についての規制の責任が実務法によって委任されている。規制を委任された職種に対して、医師免許委員会は、教育内容の決定や学校の認可、免許の付与や資格の認定、懲戒手続といった規制ないし監督を行っている<sup>37</sup>。

## （２）免許委員会の構成員・スタッフ

免許委員会の委員がどのように構成されているかは、誰に、医療の質を統制する実質的権限が委任されているのかを示すひとつの指標として、重要である。先述したように、医師免許委員会の構成員は、医師のみに制限されていたが、今日ではほとんどの州が医師のほか市民の代表を加えている。この理由は、非医師は誤りを犯した医師の公的責任をより追及する、という理論に基づくものである、と説明されているが<sup>38</sup>、消費者のニーズをすばやく認知することができるという利点を有している。

委員の数は州によって様々であるが、10 人から 20 人の非常勤の委員で構成されるのが一般的であり、そのうち 3 割程度が市民の委員である。たとえば、テキサス州免許委員会（Texas State Board of Medical Examiners）は 19 人の委員で構成されるが、このうち、12 人が医師であり 7 人が市民の代表者である<sup>39</sup>。カリフォルニア州の免許委員会（Medical Board of California）は 21 人で構成されるが、このうち、12 人が医師であり 9 人が市民の代表者である<sup>40</sup>。もっとも、医師の委員の選出方法は、通常医師実務法により、あるいは伝統によって、医師会や専門医の団体が選抜した者の中から州知事によって指名されている。

在任期間は、4 年（再選可能、最長 8 年まで）というのが最も一般的である<sup>41</sup>。

各州の免許委員会には事務所が置かれており、executive officer を含め、委員会の運営や管理を行う職員と弁護士および懲戒手続のために医師に対する資料や情報を現地に赴

37 例えば、テキサス州医師免許委員会は、医師（medical doctor）の外、鍼療法士（Acupuncturist）、フィジアン・アシスタント（Physician Assistant）、手術助手（Surgical Assistant）の資格や実務についての取締りをなすことが委任されている。また、オハイオ州においては、医師（medical doctor）の外、整骨医（doctors of osteopathic medicine）、足治療医（doctors of podiatric medicine）、フィジアン・アシスタント（Physician Assistant）、マッサージ師（massage therapists）、美顔療法士（cosmetic therapists）、麻酔医アシスタント（anesthesiology assistants）、鍼灸師（acupuncturists）といった専門職種に対する規制の責任が委任されている。See also, Assessing State Medical Boards Through Case Studies, supra note 30, at 13.

38 See supra note 30, Assessing State Medical Boards Through Case Studies, at 11.

39 Texas Occupation Code, § 152.002.

40 Business and Professional Code, § 2001.

41 Assessing State Medical Boards Through Case Studies, supra note 30, at 12.

いて収集する調査官等や専門医の問題について助言を与えるアドバイザー等が雇用されている。

職員の人数は登録医師数の数や予算、委員会の機能と深く関係するが、たとえば、中程度の規模とされているテキサス州（2004 年度医師数 55,073 人）においては 133 人のスタッフがフルタイムで雇用されており、オハイオ州（2004 年度医師数 36,622 人）においては、80 人のフルタイムのスタッフと 1 人のパートタイムのスタッフが雇用されている。

小規模な医師免許委員会であるアイオワ州（2004 年度医師数 7320 人）においては、23 人のスタッフが雇用されている。

### （3）財源・予算

独立した免許委員会であろうと準独立的な免許委員会であろうと、各州の免許委員会は、当初の免許申請時や毎年の免許更新時に医師から徴収する登録等諸費用、免許委員会が行う訓練等に際し医師から徴収する諸費用および懲戒手続によって課した罰金等によって運営されている。免許委員会が徴収するこれらの費用が、州の国庫あるいは医師免許委員会信託基金（Medical Board Trust Fund）に入り、免許委員会の目的のために用いられる<sup>42</sup>。

独立した免許委員会の場合は通常自らで年間の予算を決定し、立法府の承認を得て国庫あるいは信託基金から財源を受け取る権限が与えられている。また、実務法に定められた上限を超えない範囲で、免許の申請費用や更新料、訓練費用等を決定することができる<sup>43</sup>。したがって、財源が不足し、十分に任務が遂行されないと免許委員会が判断した場合には、医師が支払う免許の申請費用や更新料を増加させることによって財源の充実をはかり、これに対応することが可能である。たとえば、テキサス州医師免許委員会の 2004 年度の予算は、8,324,346 円（1 ドル 120 円換算で、9 億 9892 万円）であり、2003 年度の予算と比べて約 50%増大した。これは医師一人当たりの年間の登録費用 \$ 334（免許申請時・更新時に支払う費用）を一人当たり \$ 414 にして、信託基金から受け取る金額を前年度より倍増させて財源の拡大を図ったものである<sup>44</sup>。

免許の申請や更新に係る金額は、\$ 51～\$ 450 と州によって差があり<sup>45</sup>、登録医師数も州によって異なることから、各州の免許委員会の年間の予算には幅がある。たとえば、医師数が 6,000 人のアイオワ州の 2003 年度予算は \$ 1,500,000（日本円で、1 億 8,000 万円）

<sup>42</sup> See Id. at 15.

<sup>43</sup> See, e.g., Texas Occupation Code, § 153.051.

<sup>44</sup> Texas State Board of Examiners, Texas State Board of Physicians Assistant Examiners, Texas State Board of Acupuncture Examiners, Commission Decisions [[http://www.sunset.state.tx.us/79threports/tsbme/dec\\_html04.htm](http://www.sunset.state.tx.us/79threports/tsbme/dec_html04.htm)].

<sup>45</sup> See supra note 31, Assessing State Medical Boards Through Case Studies, at 15.

であるのに対し、およそ 90,000 人の医師を抱えるカリフォルニア州の同年の予算は \$ 38,200,000（日本円で、45 億 8,400 万円）と、アイオア州の 25 倍である<sup>46</sup>。

なお、予算配分は、懲戒手続における調査費用に 49%、管理に 27%、免許に 21%というのが、全免許委員会の平均であり、懲戒手続の調査のために相当の金額が投じられている<sup>47</sup>。調査に対する予算配分の大きさは、免許委員会が懲戒手続を重視している証拠でもあるが、次に、どのように懲戒手続が実施されているのかについて概観してみよう。

### 3、懲戒手続の概要

理想的には、一度免許が付与されれば、免許委員会が決定し、かつ規則や準則・ガイドライン等を通して公表する実務の水準や倫理規範等による質の統制を通して、患者の安全を脅かすことのない安全な医療が提供されることが望ましい。しかし結果的に、医師が免許委員会の設定している実務の水準や倫理に違反した場合には、違反者に対して懲戒がなされている。免許委員会は、実務法の規定のみならず、デュー・プロセスや行政手続法を遵守して懲戒手続を執行しなければならない。

内容や表現については州によって幾らか異なるが、懲戒手続の根拠は医師実務法に規定されている。一般に、①犯罪行為、②詐欺(deceit)・虚偽(fraud)、③非倫理的行為、④他の免許委員会や行政機関によって執られた懲戒、⑤医師実務法・準則・規則の規定に対する違反、⑥権限のない医療業務への無資格者に対する教唆および帮助、⑦非専門的行為・水準以下のケア・無能力(incompetent)・過失(negligence) ⑧薬物やアルコールの常習や依存、患者や公共に傷害を生じさせる可能性のある身体的・精神的無能力(incompetent)、といった行為が規定されている<sup>48</sup>。多くの懲戒根拠理由のうち、懲戒手続きの本命を占めるのは、「非専門的行為・水準以下のケア・無能力(incompetent)・過失」や「非倫理的行為」といった免許委員会が設定する専門的水準や職業倫理を含む行為からの逸脱である。通常、免許委員会には、専門的水準の違反に関する申立ての真偽、および、証拠を評価することにおいて広範囲の裁量が付与されている。

医師に対する懲戒手続は、①苦情の申立て、②調査、③非公式な事前聴聞(Pre-Hearing Process)、④正式聴聞(Formal Hearing)、⑤ペナルティの賦課の 5 段階に分けられる。

#### ① 苦情の申立て

懲戒手続きの端緒は様々であるが、各州の医師実務法は、医師の不適切な行為やサービ

46 Id.at 6.

47 Id.at 18.

48 See e.g.,Federation of State Medical Board ,A Guide to the Essentials of Modern Practice Act,Sec.IV (2003) .

スについて、国民に対し苦情の申立てを認めている。また苦情の申立てがなかった場合についても、懲戒手続に着手することができることを免許委員会に認めている。免許委員会は患者や家族、病院、保険会社等から申し立てられた苦情を審査し、申し立てられた医師の行為が、要求される水準に違反したと判断した場合には、調査に着手する。

## ② 調査

調査は、医師の実務の継続がクライアントや他の者を危険に曝すかどうか、医師の行為が、実務法あるいは他の法において規定されている懲戒手続きの根拠となるかどうかを判断するために行われる。免許委員会の委員長は、要求に基づいて、罰則付召喚令状(subpoena)を発行することができ、証人の召喚や記録や文書といった調査に必要なものの提出を命じることができる。調査が終了すると免許委員会は申し立てられた苦情を終結させるか、あるいは非公式の事前聴聞(Pre-Hearing Process)を実施するかを決定する。調査によって、懲戒手続きに至るであろうと判断したとき、免許委員会による非公式な事前聴聞を実施する。

## ③ 非公式な事前聴聞 (Pre-Hearing Process)

事前聴聞においては、免許委員会の委員、委員会のスタッフたる executive officer、雇用されている弁護士等が問題の医師と面接を行い、収集された証拠を審査したり、正式な聴聞をなすための証拠の収集が行われる。この段階で、厳しいペナルティを科したりあるいは正式に訴追する代わりに、免許委員会が呈示する事実を認め免許委員会が提示するペナルティを受け入れるかどうか、といった非公式の話し合いも医師との間で持つ州もある。ここで医師が責任を認めた場合には、それが懲戒手続としての公的な記録となる。

## ④ 公式聴聞 (Formal Hearing)

事前聴聞で正式な訴追をなすだけの証拠が得られた場合には公式聴聞に移行する。公式聴聞のあり方は州によって様々であるが、大きく、免許委員会が聴聞を行う州と行政法審判官を委員長とする行政裁判所によって聴聞をする州の2つがある。免許委員会が行う州においては聴聞官(State Officer of Administrative Hearings)がしばしば委員長を務める。

免許委員会は、しばしば準則や規則、ガイドラインによって、ある特定の実務に対する行為の水準を義務づけるが、医師が専門的実務の水準から逸脱したという事実については、免許委員会が立証する責任を負う。免許委員会によって実務の水準が明らかにされていない場合や曖昧な場合、あるいは、州によっては非医師たる免許委員会の委員が聴聞に参加

する場合には、デュー・プロセスの手続的保護を保障するために専門家証人によって専門的行為の水準を明らかにすることが要求されている。

#### ⑤ ペナルティの賦課

免許委員会や審判官の前での正式聴聞を実施し、必要とされる証拠が認められる場合には違反の程度に応じて、免許委員会や行政裁判所はペナルティを決定することができる。

ペナルティの種類は多様であり、①戒告、②譴責、③保護観察、④実務の制限（例えば、一定期間、監督者の指導の下でのみ業務を行うことができるといった条件付免許・保護観察付免許）、⑤叱責、⑥免許の停止（テキサス州：5 年を超えない）、⑦免許の取消、⑧免許の返還（Surrender）、⑨罰金（administrative fine）⑩公共奉仕、⑪教育、訓練、治療プログラムへの参加<sup>49</sup>のような処分が 1 つあるいは 2 つ以上組み合わせられて発動されている。さほど重要ではない違反に対しては、警告や叱責をうける。継続的な違反の場合は、保護観察や免許の一時停止の原因となる可能性がある。大きな違反は、免許の取消や再免許発行の拒否として処理されている。

#### 4、懲戒手続の実態

消費者団体やオンブズマンは、プラクティショナーに対する適切な監視を怠っていると見て、医師免許委員会を度々批判しているが、今日医師免許委員会は医療の質の問題に関して最も早く介入する機関の 1 つであるといわれており<sup>50</sup>、多数の懲戒手続を行うようになっている。とりわけ興味深いのは、今日我が国でも問題となっている、医療上の過失や水準以下のケアといった臨床能力に疑義があるような行為に対しても、相当程度の懲戒が執行されていることである。

たとえば、連邦政府や各州の医師免許委員会から懲戒に関するデータを収集・分析している市民団体の Public Citizen の報告<sup>51</sup>によると、1990 年から 1999 年の 10 年間で全州の免許委員会および連邦政府によってなされた懲戒手続の件数は 38,589 件（連邦政府 5721 件、免許委員会 32,868 件）であった。このうち、20,042 件につき懲戒の根拠が明らかになっているが、「水準以下のケア・無能力・過失」のカテゴリーが 3184 件と 13.2%を占め

49 Ibid.

50 See supra note 31, Assessing State Medical Boards Through Case Studies, at 2.

51 Public Citizen National Ranking of State Disciplinary Actions [<http://www.docboard.org/hrg/qdsite/findings.html>]. 各州免許委員会や Federation of State Medical Board はめったに懲戒の根拠の詳細を公表しない（たとえば、医師としての非行（professional misconduct）や非倫理的な行為（unethical conduct）といった大きなカテゴリーで公表する州もあるが、これには過失や水準以下のケア等のほか性的非行などの倫理上の問題も含まれる）ので、若干古くなるが Public Citizen が包括的な調査を行った上で公表したデータを用いた。後述するように、懲戒手続の件数のみならず、「水準以下のケアや無能力、過失」といった医師の臨床能力にかかわる懲戒の状況は州によって差があるので注意が必要だが、近年の状況を示す 1 つの指標として、たとえば、カリフォルニア州では 2004 年度に 7,503 件の苦情を受諾し、361 件の懲戒手続を執行した。このうち、「過失（negligence）」を根拠に懲戒手続が執行された件数は、180 件と半数を占める。See Medical Board of California, 2004-2005 Annual Report at 7.

る。これに対して課されたペナルティは、多い順から、保護観察 1181 件、罰金 809 件、譴責 491 件、実務の制限 359 件、免許の停止 338 件、免許の取消 315 件、免許の返上 244 件、免許の緊急停止 90 件である。

【表－１】 懲戒の根拠事由

| 懲戒の根拠（1990 年-1999 年）                            | 数              |
|-------------------------------------------------|----------------|
| 有罪の刑事判決                                         | 2901 件（12.15%） |
| 他州や他の行政機関によってとられた懲戒手続                           | 7132 件（29.7%）  |
| 水準以下のケア・無能力（incompetent）・過失                     | 3184 件（13.2%）  |
| 薬物の処方ミス・過剰な薬物の処方                                | 1302 件（5.4%）   |
| 薬物の濫用                                           | 1683 件（7.0%）   |
| 医師としての非行（Professional Misconduct）               | 2182 件（9.1%）   |
| 免許委員会の命令の不遵守                                    | 2075 件（5.3%）   |
| 職業規則（Professional Rule）の不遵守                     | 1274 件（8.6%）   |
| 免許のない実務                                         | 420 件（1.7%）    |
| 効力のない免許による実務の実施                                 | 70 件（0.3%）     |
| 免許委員会や他の保健行政機関に対する虚偽の情報の提供                      | 417 件（1.7%）    |
| 患者に対する性的虐待・性的非行                                 | 536 件（2.2%）    |
| 心身の健康上の障害                                       | 472 件（2.0%）    |
| 病院特権の喪失・制限                                      | 236 件（1.0%）    |
| 保険詐欺・メディケア・メディケイド詐欺                             | 72 件（0.3%）     |
| 診療記録への虚偽の記載・診療記録の変更                             | 38 件（0.2%）     |
| 診療費の過剰請求                                        | 34 件（0.1%）     |
| 専門に対する制限の逸脱（Exceeding Professional Limitations） | 14 件（0.1%）     |
| 合計                                              | 24042 件（100%）  |

【表－２】「水準以下のケア・無能力・過失」に対して課されたペナルティ

| 「水準以下のケア・無能力・過失」に対して<br>課されたペナルティ | 件数             |
|-----------------------------------|----------------|
| 保護観察 (Probation)                  | 1181 件 (25.6%) |
| 罰金 (Fine)                         | 809 件 (17.6%)  |
| 譴責 (Reprimand)                    | 491 件 (10.7%)  |
| 実務の制限 (Practice Restriction)      | 359 件 (7.8%)   |
| 免許の停止 (Suspension)                | 338 件 (7.3%)   |
| 免許の取消 (Revocation)                | 315 件 (6.8%)   |
| 免許の返還 (Surrender)                 | 244 件 (5.3%)   |
| 免許の緊急停止 (Emergency Suspension)    | 90 件 (2.0%)    |
| その他 (Other Actions)               | 779 件 (16.9%)  |
| 合計                                | 4606 件 (100%)  |

1999 年の日本の届け出医師数は 248,611 人であり、アメリカのおよそ 3 分の 1 であることからすると、単純計算して、少なくとも年間およそ 100 件程度（10 年間で 1,000 件）が過失や医療上の能力が不十分であるとして行政処分を受けることになる。2002 年に医道審議会が刑事処分に至らなかった医師に対しても行政処分を行うことを明らかにしてからのこの 5 年間で、実際になされた件数は 2 件であることからすると、如何にこの基準が高いかを思い知らされる。

さて、上に述べたようにアメリカでは相当数の懲戒手続が執行されているが、州によって格差があることが指摘されている。Public Citizen は、毎年、医師 1000 人あたりになされた厳重な懲戒件数<sup>52</sup>によって、各州の順位を公表している。それによると、1999 年のトップはアラスカ州であり、医師 1000 人あたり 10.34 件の深刻な懲戒が執行されている。最も悪かったのは、デラウェア州であり、医師 1000 人あたりの深刻な懲戒件数は 0.96 件であり、アラスカ州の 10 分の 1 である（なお、全州の平均は医師 1000 人につき 3.50 件である）<sup>53</sup>。

Public Citizen は、こうした格差を生じさせるのは、免許委員会の規制構造や財源とい

52 Public Citizen は (a)免許の取消、(b)停止、(c)免許の返上、(d)譴責、(e)制限付免許（業務の制限）の 5 つを「厳重な懲戒 (Serious Actions)」として分類している。

53 Public Citizen National Ranking of State Disciplinary Actions, *supra* note 51.

った構造上の問題が大きく関係している<sup>54</sup>とするが、近年の研究によれば、以下のようなファクターが免許委員会の活動を支援し、かつ効果的な懲戒のプロセスを促すとされており、免許委員会の構造を見直すことが推奨されている<sup>55</sup>。

- ① 市民や非医師たる委員の貢献度が高いこと
- ② 医師会や政府からの独立性が高いこと
- ③ より広い権限が付与されていること
- ④ 十分な財源
- ⑤ 専門的なスタッフが幅広くかつより多くそろっていること
- ⑥ 医師の問題に関する情報量が多いこと
- ⑦ 聴聞手続における証明の水準が緩和されていること
- ⑧ サンクションの範囲が広いこと

逆に、効果的な懲戒を妨げるファクターとして次のようなものが指摘されている。

- ① 少ない財源、少ないスタッフ
- ② 医師の利益を護ることによって免許委員会の機能を奪うこと
- ③ 市民・非医師の委員

#### D. 考察

本稿で紹介してきたように、アメリカでは自己規制モデルという規制形態が採られており、医師実務法によって設立された免許委員会が、患者の苦情を基に事実認定や聴聞等を行った上で、医療上の過失や注意義務水準違反した医師に対して相当数の懲戒手続を執行している。このように、アメリカと我が国とでは医師に対する規制の構造が大きく異なっているけれども、(重大な)医療過誤を犯した医師や医療過誤を繰り返すような危険な医師を取締ろう、としている点では、日本もアメリカも共通する。以下では、アメリカから得た示唆をもとに、我が国の行政処分のある方について若干の検討を行う。

上述したように、アメリカでは医療上の過失や注意義務水準違反等に対しても相当数の懲戒手続が執行されているが、日本において、医道審議会が 2002 年に刑事処分に至らなか

54、Federation of State Medical Board の副理事もまた、助言的な機能しか有しない免許委員会(See supra note 31)は、独立した免許委員会や準独立的な免許委員会に比べ、自らの職務を遂行するために必要な財源や予算配分等を自由に決定できないので、十分な規制ができていない、と指摘する。See Public Citizen National Ranking of State Disciplinary Actions, supra note 51.

55 See supra note 31, Assessing State Medical Boards Through Case Studies, at 9.

った医師に対しても行政処分を執行するという方針を決定してからの 5 年間で、刑事の確定判決を得ずに実際に処分がなされたのは、富士見産婦人科の医師らに対する処分と麻酔管理の不充分により患者を植物状態にさせた外、診療録や麻酔記録を改ざんしたことが民事判決で認定された医師に対する処分の 2 件にとどまっており（ただし、慈恵医大青戸病院事件においては刑事判決がたされる前の公判中の段階で医師等に対する処分がなされている）十分な取締りがなされていない状況にある。この理由として、現行法の下では処分の類型が少ない上に、法律上厚生労働大臣に強制的な調査権限がなく、また担当する職員数が少ないこと等が挙げられている。こうした問題を改善するために、これまで任意で行ってきた医師への聴取やカルテなどの提出、医療機関への立ち入りを強制的にできるようにし、また、戒告という処分類型を設け、さらに職員を増員して今後より迅速かつ厳重な規制がはかられていく予定である。

先に紹介したように、アメリカの研究では、懲戒手続の成果を高めるためには、十分な財源や専門的なスタッフが幅広くかつより多くそろっていること、医師会や政府からの独立性が高いこと、より広い権限が付与されていること、サンクションの幅が広いこと、といったファクターがあげられている。今回予定されている我が国の法整備・体制整備にもこれらのファクターのいくつかが少なくとも考慮されており、整備の充実に伴いいくらかの成果が得られてくるのではないかと思われる。

他方で、我が国の法制の下では、医師の専門的能力や行為に対して責任を有するのは免許を付与し、行政処分を行う権限を有する厚生労働大臣である。厚生労働大臣は、医師に対する行政処分をなすにあたっては、あらかじめ医師を中心に構成される医道審議会医道分科会の意見を聴かなければならない。けれども、医道審議会の制度的位置付けは諮問機関にすぎず、専任の事務局を有しないし、実務の水準を決定したり自らイニシアティブをとって必要な事実関係を調査したり、行政処分に対する最終的権限も有しない。

アメリカ各州の免許委員会に投じられている何億・何十億という予算や数十人・数百人という専任のスタッフの数のみならず、医師の能力を判断するための執行者の専門性やこれに費やすことのできる時間から考えてみても、厚生労働大臣や官僚は、アメリカのように、独自に事実認定を行うために必要な情報を収集し、問題となっている医師の行為が注意義務水準に違反したかどうか、医師としての能力に欠けているかどうかといったことを判断できる場合は極めて少ないのではないかと思われる。また、現行の体制のままでは医道審議会にこれを期待することも無理であろう。

したがって、今回の改正も結局のところ民事判決の後追い、になるのではないかと懸念される。平成 17 年度の民事事件の平均審理期間は、26.8 ヶ月であり、複雑な事案になると審理期間はもっと長期化することからすると、民事判決の結果を待つて処分に着手するのでは、必ずしも、迅速な処分は行われるということとはできないであろう。また、医師の不適切な行為によって損害を受けた全ての患者や家族が訴訟や告訴に踏み切れるわけではなく、加えて、明らかなミスがあったと医師自身が密かに認める場合には示談で紛争を解決しようとする、といったことを考えると、司法の判断に頼ったのでは、不適格者を公の場から排し、現在および将来の危険を除去するための予防措置であるはずの行政処分の目的は達成されず、厚生労働大臣は国民の健康・福祉を十分に護ることはできないのではないと思われる。

#### E. 結論

本稿で紹介してきたように、アメリカにおいては、医師に対する規制の形態として、自己規制モデルが採用されている。医師に対する取締りを委任された免許委員会の委員は、その大部分が現役の医師で構成されるが、委員会は医療の水準を維持するための準則や規則・ガイドラインを決定する権限を有する外、医師に関する苦情を受領し、事実関係を明らかにするための調査を指揮し、申し立てられた医師の行為が注意義務水準に違反したかどうか、といった認定を行う権限と能力とを有している。Thohy と Wolfson は、政府がプロフェッションに対して自己規制による取締りの手法を選択する最大の理由として、「消費者のように国家は、プロフェッションの行動を評価するための専門性に欠けているからである<sup>56</sup>」と述べている。現在わが国では行政処分を強化するための体制が整備されつつあり、様子を見守る必要があるが、厚生労働大臣が、医師の能力を判断するための専門性が欠ける故に不適切な医療を行う医師から国民を護ることができないのだとすれば、アメリカが採るような自己規制モデルとまではいかなくとも、民事判決の結果を待たなくとも独自に事実認定を行い医師の違背の有無を判断できるような第三者的な専門機関を創設する、などというように、現行の体制というものを抜本的に見直すことによって制度的充実を図り、事故のない安全な医療を国民に保障していく必要があるのではないかと考える。

---

56 See C.J Thohy & A.D. Wolfson, *supra* note 12, at 111.

F. 研究発表

1. 論文発表

岩田太・峯川浩子「オーストラリアにおける医師の自律規制（1）－懲戒手続に焦点をあてて－」上智法学論集第 49 巻第 2 号 262 頁以下（2005 年）。

岩田太・峯川浩子「オーストラリアにおける医師の自律規制（2・完）－懲戒手続に焦点をあてて－」上智法学論集第 49 巻第 3・4 号 262 頁以下（2006 年）。

2. 学会発表

該当なし

G. 知的財産権の出願・登録状況（予定を含む）

該当なし

平成 17 年度厚生労働科学研究費補助金

(医療技術評価総合研究事業)

国内外諸領域における医療事故・医事紛争処理に関する法制的研究

総括・分担研究報告書

主任研究者 藤澤 由和

発行日 平成 18 年 3 月