

諸種の「医する行為」--判例による

著者	高木 武
雑誌名	東洋法学
巻	5
号	1
ページ	1-22
発行年	1961-10
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00007802/



諸種の「医する行為」

—判例による—

高 木 武

はしがき

われわれが、家庭、職場又はその他の場所において、疾病に対し行ういろいろの手当も、「医する行為」⁽¹⁾であるが、この「医する行為」を業とする者は、医師、歯科医師、あん摩師、マッサージ師、指圧師、はり師、きゅう師、柔道整復師及び医業類似行為業者であり、医師の「医する行為」は、いわゆる医行為とされ、歯科医師のそれは、歯科医行為であり、—一般的でないかもしれないが—あん摩師・マッサージ師、指圧師、はり師、きゅう師及び柔道整復師のそれは、施術行為とされ又医業類似行為業者のそれは、療術行為といわれるものである。こうして「医する行為」を業とするには、夫々免許を受けるか（医師法第二条、歯医師法第三条、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法（以下あん摩師等法とする）第二条）届出をしなければならぬ（あん摩師等（あんま）法第十九条）。もしこれをして「医する行為」を業として行った場合は、その「医する行為」がどのようなも

諸種の「医する行為」

のであるかによって、処罰されなければならない。しかし実際には必ずしもそうではないようである。⁽⁴⁾ 又われわれにとつても「医する行為」の夫々を知ることが、より適切な診察—治療をうけるためにも、あなたがち意味のないことではないであろう。そこで、「医する行為」のうちいろいろのいゆる医行為、歯科医行為、あん摩、マッサージ、指圧、はりきゅう及び柔道整復（以下あん摩等とする）の施術行為及び医業類似業者の療術行為の意義—特徴を明らかにしようというのである。そのためには、いろいろの方法が考えられるが、抽象的な法規と具体的事案を結ぶ判例によって、この作業を進めることにする。その理由とするところは、とりわけ具体的実際のなかに、それらの意義なり特徴なりをみて理解を助けたいからである。判例は、いうまでもなく個々の事案に対して法規が解釈—適用されたものであるから、判例を綴合する方法は、不適であり、予期しない失敗が待っているかもしれないが、取扱い方によって、それは、それなりに夫々の「医する行為」を、素描することぐらひはできそうである。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

(1) 「医する行為」という言葉は、一般的でなく、疾病の予防や保健のための行為を含むかもしれないが、疾病を治療し又は体の調子の悪いのに対して何らかの方法をもって、その状態を緩和しするとうふうな手段は、これを行う人のいかにかわらず、その方法のいかなる種類にかかわらず、これを一つの医行為、つまり医する行為とうふうに解釈できる」(第一回国会衆議院委員会会議録(一)第一類第七号厚生委員会会議録第三七号) というような意味において、適当な言葉がないままに用いる。

(2) 医師法第一七条、同法第三二条、歯科医師法第一七条、同法第二九条、あん摩師等法第一四條、同法第一二条。

(3) 医業類似行為は、原則として禁止されている(あん摩師等法第一二条)が、あん摩師等法の公布の際、これを業としていた者で、同法施行日から三カ月以内に都道府県知事に届出た者は、本年の二月三十一日まで、医業類似行為を業として行う

ことが許されている（同法第十九条）。

(4) 療法そのものは、医業類似行為に療術行為であると思われるのに、医行為の範囲に属するとされ又、あん摩等の施術と似て非なる医業類似行為に属する療術をあん摩等の施術と同視しようとする判例も見られる。

(5) こうした作業には、いわゆる比較法的又は比較研究ということも考えられるが、わが国の医療制度は、特目的色彩が過ぎるようであり、又筆者の準備はそこまで行ってもおらず、法規のみの比較に終る可能性もあり、まず、その足下からという意味においてこれを試みようとするものである。

(6) 引用する判例の本稿における略称は、つぎのようにする。

大集	大審院刑事判例集	大録	大審院刑事判決録
最集	最高裁判所刑事判例集	高集	高等裁判所刑事判例集
大抄	大審院刑事判決抄録	高持	高等裁判所刑事裁判特報
新聞	法律新聞	評論	法律学説評論全集

一 いわゆる医行為

医師法によれば、「医師でなければ、医業をしてはならない」とその第一七条は規定している。⁽¹⁾判例は、医業につ

いて、
「医業とは常業⁽²⁾として医行為を為すことをいう」⁽¹⁾（卷九号一五三一頁、高集五）とする。

これによれば、医業とは、医行為（医の行為）を常業とすることである。常業とするということは、ある一定の行

諸種の「医する行為」

為を反覆継続することであるから、医業は、医行為を反覆継続することであり、医行為と、医行為を継続することを要素的なものとする⁽³⁾ことができる。

医行為について判例は、「医ノ行為ハ疾病ノ治療ヲ目的ト為ス」(〇輯九卷四八五頁) [1]、「医行為ト謂フハ疾病治療ノ目的ヲ以テ投薬ノ行為ヲ為スコトニアリ」(卷一八号一八五七頁、大集一三)、「医行為とは人の疾病治療を目的とし現時医学の是認する方法により診察治療(手術投薬等)をなすこと」(一三一頁、高特) [2]であるとする。これらによれば、医行為とは、人の疾病の治療を目的とし、現在の医学の認める方法によって(医学と医行為との關係について後出)、疾病を診察—治療することである。

診察—治療について判例は、「医行為トシテハ通常疾病ノ診察ト治療トヲ併セ行フト雖診察ヲ為サステ治療行為ノミヲ為シ又治療行為ヲ為サステ診察ノミヲ為スコトモ本来ノ医行為ニ屬スルモノトス」(一三五頁、大集一二) [4]とし、通常医行為には、診察と治療が併行される。しかし、診察又は治療のいずれかが行われ(欠い)ても、本来の医行為が、そこに存在するというのである。⁽⁵⁾診察は、概して聴診、打診、問診、触診、視診、検査等の方法によって行われる。診察について判例は、「患者ノ病名若ハ其ノ容態ヲ聴キ其ノ病状ヲ判断ヲスルガ如キハ診察……タル医ノ行為ニ外ナラス」(九六頁、新聞三)、「外部疾患ニ在テハ聴診ノ方法ニ依ルコトヲ要セス見診若クハ問診ニ因リ病症ヲ診断シ得ヘキヲ以テ病症ヲ確認シタル事実ヲ判シアルニ於テハ当然診察ヲ為シタル事実ヲ認定シタルモノト推定シ得ヘケレハナリ」 [1]、「疾病ノ診察ハ必スシモ聴診打診等ノ方法ニ依ルコトヲ要セス問診ニ依ルモ亦之ヲ為シ得ヘキモノ」(卷一四九頁、評論二〇)とし、そうした方法のすべてが行われなくとも、そのうちの(一)も、とも簡単なものでも)でも行わ

れば、診察が行われたことになるとする。治療は、手術⁽⁶⁾、投薬、注射、処置、学理療法等よって行われるが、疾病によって、これらの方法が併行されたり、又単独に行われる場合もあるが、診察に属する方法と同様に、そのうちの一が行われれば、治療が行われたことになる。したがって、これらの診察―治療のいづれかに属する方法が一でも行われれば、診察又は治療が行われたことになり、医行為がそこに存在するとすることができるとする。

医行為の種類・程度について判例は、「患者に聴診、触診、指圧等を行う方法がマッサージあん摩の類に似てこれと異なり、交換神経を刺戟してその興奮状態を調整するもので、医学上の知識・技能を有しない者のみだりにこれを行うときは、生理上危険ある程度に達している場合には、これを医行為と認めるのが相当である」(四五三頁、最集九)とする。これによれば、医行為とは医師が行うのでなければ、公衆の保険衛生上危害を生ずるおそれのあるものとする⁽⁸⁾。又、判例は、投薬についてはあるが、「売薬トシテ一般ニ行ハルル薬剤ヲ使用スルモ医師カ患者ニ投薬シタリト謂フヲ妨ケアルコトナシ」(一四一頁、大録一七)、「藥品ヲ塗付又貼付シタル患部ノ上ニ繃帶ヲ施スハ広義ニ於ケル投薬行行ニ外ナラサレハ……」(1)とする。売薬を他人や家族に服用させること、繃帶する等の行為は、われわれが日常の生活において、よくするところであり、医行為とは、一般通常人が行うようなものから、医師が行うでなければ、公衆の保険衛生のうえに危害を生ずるおそれのある行為まで含むものとする⁽⁸⁾ことができる。

医行為と医学の關係について判例は、「医ノ行為ハ……苟モ学理ニ背反セル絶対不能ノ方法ニ非サル限り治療ノ目的ヲ達スル可能性ヲ有スルモノハ従令現今医学界ニ於テ一般ニ承認応用セラレサル新療法ト雖モ医ノ治療方法トシテ之ヲ採用スルニ妨ナシ」(1)、「医学ノ原理ヲ応用シ人ノ疾病ヲ診療スルニ必要ナル行ヲ指称シ……医行為ハ医学ノ是

認スルモノタルコトヲ要シ学理ニ背反スル絶対不能ノ方法ハ素ヨリ医行為ニ入ラサル……〔卷一二七頁、大集五〕〔4〕とする。これらによれば、まず医行為は、現代の医学（原理）に基き現在の医学からは認められ医学原理の応用によるものでなければならぬ。したがって学理に背反する絶対不能の方法は、診察—治療の方法ではなく、医行為のなかに入らないのである。つぎに、そうした絶対不能の方法でない限りは、今日の医学の世界において一般的に承認・応用されていない新しい療法でも採用されることは妨げないとする。人体に対する危険という点からは問題があるかもしれないが、医学の進歩に対応した治療の方法の自由を認めている点は注目すべきであらう。なお、附言が許されれば治療の方法の自由のみでなく、診察の方法にもこうした自由は認めるべきであらう。

(1) 旧医師法（明治三十九年・昭和八年改正）第一条 免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為シタル者ハ六月以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス。旧国民医療法（昭和一七年）第八条 医師ニ非ザレバ医業ヲ……為スヲ得ズ。

(2) 「常業」という言葉は、この種の判例にはよく見られるが、判例では、その意義は明確にされていない。「常業」と同義に例外的に「業」という言葉が用いられているようである（九〇頁、大録一二輯二四卷二二—一九頁等）。ここでは、一応、「常業」と「業」とを同義のように解する。なおこれらにかえ「営業」という言葉を用いたものもある（五〇—一頁、大録一二輯二六卷一—三三頁）。

(3) 常業とすることについて判例は、「常業トスル決意ヲ有スルトキハ必シモ数人ニ対シ數回医術ヲ行フヲ要セス単ニ一人ニ対シ一回医術ヲ行ヒタル場合ニ於モ猶且医業ヲ為シタルモノトス」（九〇頁、大録一三輯二〇卷一〇—四七頁）とし又「常業ト為スノ目的ヲ以テ免許ヲ受ケスシテ医ノ行為ヲ為シタルトキハ医師法第一条ハ直チニ成立シ……」（九一頁、大録一七輯二四卷一八〇〇頁）①とし、反覆継続については「医業トハ反覆継続ノ意思ヲ以テ医行為ニ従事スルノ謂ニシテ」（九六頁、大録二二輯二卷一〇九頁）とする。又営利—非営利について判例は、医業とは「生活資料ヲ得ル行為ヲ反覆スルノ謂」

としたが、間もなく「医ノ行為ヲ為シタルトキハ……営利ノ目的ヲ以テ之ヲ為スヲ要セサル」(前出①)、「生活ノ資料ヲ得ル目的アルコトヲ要スルモノニ非サル」(九九頁、新聞三八五三号一二頁)とし、営利ノ非営利性は、医業の要素と關係がないとしている。なお医業には、医師法上、(歯科医業も概して同様である(歯科医師法第一九条―二〇条)が)出産立会、診断書、処方せん、出生証明書、死産証書、検察書、死亡診断書の交付―作成等の行為(医師法第一九―二〇条)も含まれるが、その中心的なのは「医する行為」である。

(4) 医師法は、医師が自ら診察しないで治療・診断又は処方せんの交付を禁じられている(第二〇条)。

(5) 同じ趣旨の判例は、(九六頁、新聞四二八四号一六頁)、(一二六頁、新聞八九九頁一四頁)(これは上告審で破棄された(上告審も同じ趣旨)(一二四頁、大録一九輯三〇卷一四五七頁))。

(6) 判例は、トラホーム患者に対しピンセットで、その患部の顆粒を取去ったこと(一四〇頁、大集一卷一〇号六六頁)、トラホーム患者に対しその患部の顆粒を、紙捻に灯芯を巻きつけたもので摩擦して破って、血液を吸収し、ほおぎの汁を患部に注入したこと(一四〇頁、大集一三卷五号三七七頁)、吸角に蛭を入れ患部に吸付かし血液を吸出し、点火したマッチを吸角に入れ、これを患部に当て血液を吸収したこと(一四〇頁、大集一三卷二四号一八二八頁)、逆睫毛の抜取(一四一頁、大集一卷九号六七七頁)等を、手術に当るとしている。

(7) 診察―治療に属する方法について、新医療体系資料、保険医療機関及び保険医療担当規則等・参照。

(8) これに対し行為者が免許がないにもかかわらず、たまたま医学上の知識・技能をもち又使用した薬品が有効無害である場合には、そうした危害が生ずるおそれがないとして、その無免許医業罪が成立しないと主張がなされる例がある(4)、(一五頁、最集八卷八号一二八七頁)等)が、そうした危害のおそれの有無は、診察治療をする者を含めての方法又はそれを行う人によって異なるものであり、一概に判断できないものである。そこで一般的に医師以外に医業を禁止しているのであり、個々の場合たまたま危害の生ずるおそれがなくとも、禁止されることはやむえないところであろう。

(9) 同じような趣旨の判例は前出[2]にも見られるが、[2]は、「換言すれば……客観的にはその方法が現代の医学に基くもので診察治療の可能なものたること要する」と附言する。「客観的」という言葉の意味に左右されるかもしれないが、医師又は疾病によって、診断又は治療の不可能な場合も考えられないことのないから疑問である。

二 齒科医行為

齒科醫師法によれば、「齒科醫師でなければ。齒科医業をしてはならない」と、その第一七条は規定する。⁽¹⁾ 判例は、「齒科医業ノ觀念ニハ營利ノ目的アルコトヲ必要トセス唯常業トシテ齒科ニ関スル医ノ行為ヲ為スヲ以テ足ル」^(二五六頁、大録二)とす。齒科医業とは、常業として齒科医行為を為すことであり、医行為と齒科医行為とのちがいがあるが、医業と同様に、齒科医行為と、これを反覆継続することを要素的なものとする。齒科医行為について直接ふれないようであるが、判例は、「齒科醫師ハ齒牙齒根ノ疾病治療ノ外、金属充填、讓嵌義齒、齒冠継続及加工、齒別矯正並口蓋補綴ノ技術ヲ其ノ主タル目的トスルモノナルコト疑ナク其目的ヲ達スル為ニ口腔内ニ於ケル他ノ疾病ノ治療若クハ手術ヲモ施スコトノ必要アルヘキハ理ノ見易キトコニシテ……左レハ齒牙齒根ノ疾病以外ノ口腔内ニ於ケル他ノ疾病ノ治療若クハ手術ヲ為スコトモ亦齒科醫師ノ業ノ従タル目的ノ一二属スルモノト解スルヲ相当トス」^(二六六頁、新三〇)とす。齒科医業は、齒科医行為を反覆継続することを要素とするが、これによれば、一応、齒科医行為とは、主として齒牙齒根の疾病の(診察)治療、金属充填、讓嵌義齒、齒冠継続—加工、齒列矯正、口蓋補綴等の技術行為さらに齒牙齒根の疾病でない口腔内の疾の(診察)治療をなすことを目的とする行為とすることができよう。判例は、「齒牙ニ金冠ヲ施シタル以上ハ従令齒牙ニ疾患アルト否トヲ問ハス之ヲ齒科行為ヲ為シタルモノト認メサルヲ得ス」^(七二〇頁、新聞二六)とし、疾病の存在を、齒科医行為の前提としない。これは、とりわけ技術行為を目的とするようなどこ

ろから由来するものであり、歯科医行為の特徴の一ということができよう。さらに判例は、「歯牙ニ疾患ナキ拘ラス
単ニ裝飾ノ目的ヲ以テ金冠ヲ施シ若ハ金隙歯ヲ嵌入スルカ如キ行為ト雖モ……此等ノ行為モ亦歯科医術ノ範圍ニ屬
ス」(二七一頁、新聞三)〔6〕として、より積極的に、単に裝飾の目的でなす歯科医行為のあることを示している。裝飾
を目的として歯科医行為が行われるということも、特徴的なものである。又判例は、「下歯の金冠が……抜け……たの
で、被告人方に行って診て貰ったら、これは金冠がうすくなっているから金を足して造ってやるというので……翌日
行ったら被告人は金冠にセメントをつめて……紙を渡しこれであて上歯でぐっと押しなさいといったのでその通りし
たら入ったというのである。……右行為を原審が金冠嵌装と認定したのは相当である」(二七五頁、高集六)〔7〕、「金
冠を装着することは為さなかったが、歯型を採得し……義歯合金冠を製作し、試適の上交付することは、やがて患者
をして義歯或は合金冠をその用途に従って使用させることになり、「これ」(「)及びそのなかの字は筆者、以下同じ)
について、歯牙はぐき、その他口ぐうの状態を観察して、その使用が適当であるか否かを歯科医学の知識経験にもと
づいて診断することを要し、場合によっては歯牙その他に手術を施し薬剤を用いる必要があり、単に義歯或は合金冠
を製作するの技術に止まらないから、かくの如きは、歯科……医業の範圍に属する」(二七六頁、高特一)とし、こうし
た技術的行為も、その指示によって患者の行った行為を含めて歯科医行為(技術行為)になるとしているのである。
この場合施術者の技術的行為と患者(患者以外の場合)の施術者の指示による行為との間には、その技術行為を完成させ
る関係がなければならないが、歯科医行為には施術者以外の者すなわち患者の、施術者の指示による行為の介入する
場合のあることも、歯科医行為の特徴ともいえるであらう。

診察—治療について判例は、「他人人口ノ腔内特ニ歯牙ヲ診察シ且ツ治療ヲナス場合ハ勿論診察セスシテ治療ヲナスニ止マル場合ト雖モ……歯科医師法第一条ニ該当ス」^(二六九頁、大録二五) [8] とする。これによれば、歯科医行為においても、診察と治療が併行することを原則的とするが、⁽³⁾診察しないで治療のみを行う場合にも、本来的に歯科医行為が行われると解される。診察のみ行われ、治療の行われない場合について、積極的な判例はないようであり、歯科医行為においては診察より、治療がどちらかといえば中心的であるようであるが、⁽⁴⁾この場合も、本来的な歯科医行為があるとすべきである。

歯科医行為において診察に属する方法は、問診、視診、打診、触診、検査等であり、治療に属する方法は、投薬、注射、手術、処置、充てん、インレー、補てつ、齒列矯正、学理的療法等である。⁽⁵⁾⁽⁶⁾したがって、こうした診察又は治療のいずれかに属する方法が、一でも行われれば、そこに本来的な歯科医行為があるとすべきである。

歯科医行為の種類・程度について判例は、⁽⁶⁾に示し、又技術行為に限られ、多数あるが、「他人ノ歯牙ヲ拔除スル行為ハ勿論其他齒牙ノ欠損セル一部若クハ全部ノ模型ヲ作り之ヲ齒部ニ嵌入スル行為ノ如キ其功拙如何ニ依リ受術者ノ健康ニ影響ヲ及スヘキコトモ亦洵ニ明白ナルカ故ニ右ハ孰レモ齒科治療行為ノ範圍ニ屬ス」^[8]、「齒牙、脱落部ニ義齒ヲ嵌入スルカ如キ行為ト雖モ其ノ施術方法ノ当ヲ得ルト否トニ依リ齒牙ノ健全ニ影響ヲ及スヘキハ当然ナルヲ以テ此等ノ行為モ亦齒科技術ノ範圍ニ屬ス」^(二七三頁、新聞)、「患者……の健康上重大な影響を及ぼす虞のある歯型の採得、試適、鉗入の諸行為は……歯科医業の範圍に属する……補綴物が有床義歯であるからといって右の認定を左右するものではない」^(三三〇頁、最集八) ⁽⁶⁾とす。こうして単純な技術行為を行うことも、患者（受術者）

の健康又はその歯牙の健全に、作用する意味で、歯科医行為であるとしようである。これによって歯科医行為が技術行為でない歯牙歯根疾病の診察—治療及びそれ以外の口腔内の疾病の診察—治療をも目的とする行為をも含むから、医行為における医師でなければ公衆の保険衛生上危害を生ずるおそれのあるものにかえられて、歯科医行為とは、歯科医師でなければ公衆の保険衛生に危害を生ずるおそれのある行為とすることができよう。又医行為と同様に歯科医行為は、歯牙歯根の疾病、技術行為又は口腔内の疾病に対してわれわれが日常生活について行うことができ(又は)行うようなものから、こうした歯科医師でなければ公衆の保険衛生上危害を生ずるおそれのある行為までも含むとすべきであろう。

歯科医行為と歯科医学との関係については判例はないようであるが、歯科医行為も、歯科医学の原理に基き、歯科医学によっては認められた方法でなければならず、学理に背反する絶対不能の診察—治療の方法は、歯科医行為に属せず、又一般的に承認・応用されない方法でも、その目的達成の可能性があれば、新しい方法(診察—治療の)の採用は妨げないであろう。

歯科医行為と医行為との関係についても、判例は直接明確にしていないようである。^[5]においてみたように、歯科医行為は歯牙歯根の診察—治療及び技術行為のみを目的とするものでなく、口腔内の疾病の診察—治療を目的とする点において、医行為との限界は不明確であり、医行為と歯科医行為と重複する部分もあるわけである。

(1) 旧歯科医師法(明治三十九年・大正五年改正)第一条 免許ヲ受ケスシテ歯科医業ヲ為シタル者……ハ三百円以下の罰金ニ処ス、医師ニシテ特ニ内務大臣ノ許可ヲ受ケスシテ歯科専門ヲ標榜シ又ハ歯科医業中金属充填、鑲嵌義歯、齒冠継続及ヒ

加工、齒列矯正並口蓋補綴ノ技術ニ屬スル行為ヲ為シタル者亦前項ニ同シ○(大正一四年改正) 第一一條 第一項ヲ左ノ如ク改ム 一 免許ヲ受ケスシテ齒科醫業ヲ為シタル者……○(昭和八年改正) 第一一條 免許ヲ受ケスシテ齒科醫業ヲ為シタル者ハ六月以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス○旧國民医療法(昭和七年) 第八條 齒科醫師ニ非サレハ齒科醫業ヲ為スコトヲ得ス、醫師ハ命令ノ定ムル所ニ依リ主務大臣ノ許可ヲ受クルニ非サレハ齒科専門ヲ標榜シ又ハ齒科醫業中命令ヲ以テ定ムル行為ヲ為スコトヲ得ス。

(2) 同じ趣旨の判決は、大正五年(二六八頁、大録二二輯二三卷一四七九頁)にすでにあるが、医業において、美容外科又は整形外科も近時さかんな傾向にあり、医行為においても、疾病の存在を前提としない傾向の可能性もあるであろう。

(3) 口腔内を診察(診察)して、歯牙歯根又は口腔内の疾病を治療をせず技術行為をなしたことが齒科医行為に属するという判例もある(二七一頁、新聞三三三六号一六頁)。

(4) 療法その他の指導について齒科醫師法第二二條は「治療をしたときは……」とするが、醫師法第二三條は「診療したときは……」とする。なお齒科醫師法にも、齒科醫師が自ら診察しないで、治療し、診断書又は処方せんの交付を禁じている(第二〇條)。

(5) 新医療体系資料、保険医療機関及び保険医療担当規則等・参照。

(6) 技術について、注射、機具、消毒等の医学的操作を用いない場合でも人体から歯牙を人工的に離腹させる行為を抜歯とし、齒科醫業(齒科医行為)に属するとする判例もある^[7]。

(7) この判例は昭和四年のものであるが、齒科醫業の医業からの分離―独立的傾向を示すものである。齒科醫師法は、醫師法と同じく明治三九年一〇月一日に施行され、一応齒科醫業醫師と医業―醫師は別個のもののようにされ、大正五年の改正によって醫師が齒科醫業中の金属充填その他の行為をするには、内務大臣の許可を必要とし、昭和一七年の醫師法、齒科醫師法等を吸収した國民医療法も、その趣旨をうけつしたが、この國民医療法の解体―醫師法、齒科醫師法等の分離―制定によって、齒科醫業と医業とは、独立・対等的なものになった。はじめの判例には、齒科醫師は、医業はできないが、醫師は、当然齒科醫業ができるという判例もあった(明治四〇年)(二五七頁、大録第一三輯第一六号七八頁)。

三 あん摩等の施術行為

あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法（以下あん摩師等法という）は、「医師以外の者で、あん摩（マッサージ及び指圧を含む。以下同じ）はり、きゅう又は柔道整復を業としようとする者は、夫々あん摩師免許、はり師免許、きゅう師免許又は柔道整復師免許（以下免許という）を受けなければならない」と第一条に規定する。⁽¹⁾あん摩等の施術行為について判例は、夫々つぎのようである。

A あん摩（マッサージ・指圧）

「所謂按摩（マッサージヲ含ム以下同じ）術ハ……医療又ハ衛生ノ目的ニ用キラレ……其ノ方法ハ各手技ノ組合セ又ハ各手技ノ力度ノ強弱範圍長短遲速等按摩術者ノ患者ニ対スル診断ニ依リ常ニ一定セス千変万化スト雖モ要スルニ筋肉及神経ノ上ニ経絡ニ基キ主ニ手指ニ依リ力ヲ施スモノニシテ古来振盪屈曲伸内転外転内翻廻旋索引切打押圧等ノ名目ヲ附シタリ」（四三〇頁、大集六）⁽²⁾、「マッサージ術ハ輕擦法強擦法揉捏法叩打法庄迫等ノ方式ヨリ成リ此等ノ技術ハ本来汎ク人ノ身体ニ対シ専ラ其ノ外表ヨク其作用ヲ透達セシムル趣旨トスル」（四四九頁、大集六）⁽²⁾

B はり

鍼術は、鍼砭の方法によって疾病を治療又は予防する術である。

C きゅう

諸種の「医する行為」

「灸術ハ艾ヲ人体ノ皮膚ニ附著セシメ之ニ点火シ以テ疾病治愈ノ方法ト為スモノニシテ……」(四三四頁、大録四)〔10〕、
「灸術ハ直接又ハ間接ニ艾ヲ皮膚ニ貼シ之ヲ灼キ因テ皮膚ニ火傷ヲ生ゼシメ若ハ単ニ身体ニ温熱ヲ与エテ疾病ヲ治療
スル術ヲ指稱ス」(四三四頁、大集八)。(卷三頁一三一頁)

D 柔道整復

「打撲捻挫折骨等ノ患者ニ対シ疾患治療ノ方法トシテ患部其他ヲ揉ミ撫テ又ハ引伸ス等ノ施術ヲ為スコトハ……所
謂柔道整復術ニ該当シ……」(四三八頁、大集二)。(一巻二頁七一頁)。(3)

これらによれば、あん摩師等の施術行為とは、人の疾病の治療又は予防のため、人体の外表より特種の器具、又は
物を用い若くは用いないで手技により為す特殊の施術行為であるとする事ができよう。判例は、あん摩等に類似す
るような方法でもこれと異なるものは、他の療術方法として区別する。すなわち、

「所謂按摩術中ニハ自疆術ヲ包含セス」〔9〕、「鍼術灸術営業……取締規則制定前ニ於ケル鍼術ヲ討究スレハ三稜鍼ヲ
用ヒ瘰血……ヲ取去ルコトカ明ニ鍼術ノ一法ニ属スルコトハ毫モ之ヲ禁止シタル法規ノ解釈ヲ左右スニ足ラサルモノ
トス」(四五九頁、大集一)〔11〕、「身体ノ灸所ニ玻璃棒ヲ以テ硝酸ヲ点滴スルカ如キハ灸術ノ範圍ニ属スルモノト云フヲ
得ス」(四三七頁、大録二)、「身体ノ灸所ニ生漆ヲ塗布シ以テ疾病ヲ治療スルノ方法即チ漆灸ナルモノハ灸術ト稱ス
ヲ得ス」(四三八頁、大録二) (輯三巻一二八頁) 等とする。

あん摩等の施術において、診察は、治療の前提的要件であるから、診察と治療は併行されるべきであるが、治療
は、施術行為の特徴的主要部分であるから、診察を欠き治療のみ行われる場合は、⁽⁴⁾ 施術行為があるべきであり、

治療を欠き診察のみ行われる場合には消極的に施術行為がないと解すべきであろう。あん摩等の施術行為の診察―治療には許容されたものと禁止されたものがある。

診察について判例は、「鍼術営業者ハ……鍼砭ヲ施スヲ禁忌スヘキモノナルヤ否ヤヲ檢スル限度ニ於テ患者ヲ診察スルヲ得ヘキモノニシテ……」(三六〇頁、大集一)〔一〕、「一巻二号一―二頁」(12)、「鍼灸術営業者ニ対シテハ其ノ施術ニ必要ナル限度ノ診察行為ヲ許容スヘキ要アルコト勿論ナルモ、禁忌疾病ノ有無ヲ知ルト共ニ其ノ疾病ノ治療又ハ予防ノ目的達成ノ為最モ適切有効ナル経穴ヲ定ムル限度ニ限ラレ豪モ人体ニ危険ヲ招来スヘキ虞ナキ方法ニ依ルコトヲ要スル」(四五七頁、大集一)〔14〕、「……診察ニ当リテハ的確ヲ期スルカ為必要ニ応シ、聴診器、血圧計、体温計、音又打診器、咽頭鏡、舌圧器、知覚計ノ如キ其ノ使用上被術者ニ危害ヲ及ス虞ナキ器械ヲ使用スルハ敢テ防クルトコロニ非サル……」(四六三頁、大集一)〔15〕とし判例は、鍼―灸術に限られているが―これらによれば、禁忌を検する限度は、鍼―灸術のように人体に対して傷害的なことのあることが当然施術行為に含まれ特徴的であるけれど、概して施術行為の目的達成の必要限度において、あん摩等の施術行為に診察が許され、しかも、その限度においては無害な器具―器械の使用は許容されている。したがって、その限度範囲においては医師のなすような問診、視診等の診察に属する方法が許容されると解すべきである。そして判例は、「鍼術営業者ハ……鍼術ニ關係ナク又ハ其ノ範囲〔限度〕ヲ超越シテ診察シ、適応スル投薬ヲ為スニ於テハ其ノ診察ニ際リ使用シタル器具カ聴診器検温器ノ如キ何等危害ヲ生スル虞ナキモノナリトスルモ其ノ行為ハ医療ノ範囲ヲ犯シ」〔13〕、「鍼灸術……営業者ハ……其ノ範囲ヲ越ヘ又ハ其ノ術ニ關係ナク診察ヲ為スカ如キハ、全ク医師ノ行為ニ属スル」(四六二頁、評論二)〔二〕(二卷諸法八一五頁)〔15〕とし、その施術行為の目的達成に必要な範囲をこえ又は施術に關係

なく診察することは、許されないとし、その範圍をこえ又は施術に関係なく診察した場合においては、その使用した器具―器械が無害なものであつても、医行為の範圍を犯すとす。

危険な器具―器械の用について判例は、「探膿針、使用ハ仮令……整復術ヲ以テ治療シ得ルヤ否ヤニ付化膿ノ有無ヲ檢スルニ過キサリシモノトスルモ其ノ事自体既ニ柔道整復術ニスシテ……医行為ノ範圍に屬する」(四七〇頁、大集〇九)、
「レントゲン照射機ヲ用ヒ〔体内に入つた縫針の一部〕ノ所在ヲ檢シテ診察シ……骨折ノ有無疾患ノ状態ヲ診察」する行為は、医行為に屬する(四七一頁、大集一五)とし、危険な器具―器械の使用は医行為の範圍に屬するとする。

治療についてあん摩師等法は、あん摩師等「は、外科手術を行い、又は薬品を投与し、若しくはその指示をする等の行為をしてはならない」とその第四条は規定する。⁽⁶⁾判例には、「鍼砭術タルヤ鍼灸又ハ灼灸ノ方法以外ニ出ツヘカラス若シ外科的手術ヲ施シ若クハ薬剤ヲ用ウルカ如キハ医術ノ範圍ヲ犯シ……医師ノ行為ヲ為スモノニ外ナラス」(四五九頁、大抄五)〔16〕、「漆灸營業ヲ許可セラレタリトスルモ灸術營業ノ免許ヲ受ケタルモノナルカ故ニ、灸術營業ト云ハサルヲ得ス從ツテ施術ヲ補フ手段トシテ之ト關聯シ藥品ヲ投与シタルトキハ……其ノ藥品カ売薬ナルト否トヲ問ハス医業ニ外ナラス」(四四六頁、大録二)とするものもある(一の注(6))。⁽⁷⁾

又あん摩師等法は、あん摩師及び柔道整復師に限る(応急手当の場合には後者は例外)が、「医師の同意を得た場合の外、脱臼又は骨折の患者に対して施術してはならない」とその第五条に規定する。⁽⁶⁾判例には、「接骨行為ハ人体ノ創傷ヲ治療スヘキ手術ノ一種ナレハ常業トシ之ヲ為スコトカ医業ノ範圍ニ屬スハ勿論」(四七〇頁、大録二)とするものが

ある。

こうしてあん摩等の施術行為については、判例又は法規によって制限がつけられている（とりわけ診察には医行為に属するような方法が許されてはいるが）。こうした制限は、規定のうえから（わけでも第二条、第四条及び第五条）も又医師の免許の基準とあん摩等の施術者のそれと比べても、夫々の施術の故ではなく、むしろ施術者の故（医師に比して医学上の知識、経験の貧弱）に設けられたものであろう。

あん摩等の施術行為の種類・程度については、判例は、「按摩鍼灸術ノ如キハ医学ノ通念ニ照ラシ特殊ノ治療行為ニ属シ法制上別種ト為スモノハ医行為ニ非サルコト明白ナリ」（卷二二号五九七頁）とある。これによればあん摩等の施術を医学の通念から別個のものであり、法制上別のものとするから、あん摩等の施術行為は医行為ではないとするようである。

あん摩等の施行行為と医学との関係について判例はないようであるが、すくなくとも医学原理より認められないものではなく、学理に背反する絶対不能のものでもなく、とりわけ医学的效果の認められたものであるといえよう。⁽¹⁾

あん摩等の施術行為と医行為の関係については、とりわけその治療―診察についての判例でみたように、その許容さ⁽²⁾れている行為は、本来的には医行為に属すべきものであるが医行為とせず、禁止されている行為は、医行為に属するものである（これに関する判例は多い）。判例には、「特別ノ法規ニ於テ医師以外ノ者カ業トシテ特定ノ治療又ハ之ニ伴フ診察ノ行為ヲ為スコトヲ認容シタリト解スヘキ場合ニ其ノ認容ノ範圍内ニ於テ行フ治療又診察ノ行為ハ之ヲ業トスルモ医師法違反トシテ処断スヘキモノニ非サルヤ言フ後タス」⁽³⁾とするものもある。

- (1) 旧按摩術取締規則(明治四四年・大正九年改正)第一条 按摩術(マッサージ術)ヲ含ム以下之ニ做フ)營業ヲ為サントスル者ハ試験合格證書又ハ地方長官ノ指定シタル学校若ハ講習所ノ卒業証明書ヲ添ヘ住所地ノ地方官(東京府ニ於テハ警視總監以下之ニ做フ)ニ願出テ免許ヲ受クヘシ、第一〇条 免許鑑札ヲ受ケシテ營業ヲ為シ……タル者ハ五拾円以下ノ罰金ニ処ス、附則 本令ノ規定ハ柔道ノ教授ヲ為ス者ニ於テ打撲、捻挫、脱臼及骨折ニ對シテ行フ柔道整復師ニ之ヲ準用ス〇旧鍼・灸術營業取締規則(明治四四年)第一条 鍼術又灸術營業ヲ為サムトスル者ハ試験合格證書又ハ地方長官ノ指定シタル学校又ハ講習所ノ卒業證書ヲ添ヘ住所地ノ地方長官(東京府ニ於テハ警視總監以下之ニ做フ)ニ願出テ免許鑑札ヲ受クヘシ第一二条 免許鑑札ヲ受スシテ營業ヲ為シタル者ハ五拾円以下ノ罰金ニ処ス。
- (2) 医療に應用されるものを治療的マッサージ術といい、これは、いわゆる医行為に入る。マッサージ術のうち、治療的マッサージ術を除いたものが、あん摩術中に入る。なおあん摩術は身の中心部から末端にむかつて揉むが、マッサージ術は、手足の末端から、身体を中心に向つて手技を行う(四三一頁、大集六卷八号二八二頁、鷺山半之助「特別法処罰適用総鑑」五四頁)又指圧については判例はないようである。
- (3) 「はり」のみの意義を示した判例はないようであり、はりときゅうにふれた判例[11]、[12]、[14]、[15]、[16]等から、はりに関する部分を摘示した。
- (4) [10]において、艾等附著する「部分ノ適否ハ疾病治療ノ効果ニ影響スル所大ナルヘクハ論ヲ竣タス從ツテ其ノ部位ヲ示スコトハ灸術ノ主要行為ニ屬スルモノナルコト毫モ疑ヲ容ルルノ余地ナシ故ニ其部位ヲ示ス以上ハ灸術ヲ行ヒタルモノト云ハサル可ラス」とする。
- (5) 旧鍼術灸術營業取締規則(明治四四年)第七条 鍼術又ハ灸術營業者ハ瀉血、切開其ノ他外科手術ヲ行ヒ若ハ電気、烙鉄ノ類ヲ用キ又ハ藥品ヲ投与シ若ハ之カ指示ヲ為スコトヲ得ス。
- (6) 旧按摩術營業取締規則(明治四四年・大正九年改正)第五条ノ二 營業者ハ脱臼又ハ骨折ノ患者ニ施術ヲ為スコトヲ得ス但シ医師ノ同意ヲ得タル病者ニ就イテハ此ノ限ニ有ラス、附則 本令ノ規定ハ柔道ノ教授ヲ為ス者ニ於テ打撲、捻挫、脱臼及骨折ニ對シテ行フ柔道整復術ニ之ヲ準用ス。
- (7) 指圧は、あん摩師等法第一条に掲げておらず、従来營業の者を除いて一切禁止されていたが、昭和三〇年同法の改正によ

り第一条に掲げられた。これについて、医業類似行為として禁止されても、学理的究明がされ、医学的効が確認され、保健衛生上積極的に役立つことが認められるに至ったものは、国家が改めて公認する態度をとっているとされている(田原義衛「あん摩師・はり師・きゅう師及び柔道整復師法の禁止する医業類似行為」ジュリスト一九七号六六頁)。

四 療 術 行 為

あん摩師等法は、「何人も第一条に掲げるもの除く外、医業類似行為を業としてはならない」と第二二条に規定し、その第一条は、医師以外の者で、あん摩等の垢術行為を業とするには、夫々免許が必要であるとしているが、「第一条に掲げるもの以外」といえば、医師及びあん摩等以外のものとなるであろう。医業類似行為について判例は、医業類似行為とは、「疾病の治療又は保健の目的を以って光熱器・器具・その他の物を使用し若しくは応用し又は四肢若しくは精神作用を利用して施術する行為であって他の法令において認められた資格を有する者がその範囲でなす診療又は施術でないもの」(四八一頁、刑特三六号六八五頁)とする。(よって、歯科医師のなす診療(歯科医行為)も施術行為に入らない)。これによれば、医業類似行為とは、疾病の治療又は保健を目的とし、器具―器械、物、四肢又は精神力をもって、なす療術行為であり、医師、歯科医師の医療(医行為・歯科医行為)及びあん摩等の施術行為に属さない療術行為であるとすることができよう。しかしあん摩師等法第十九条の規定する資格があり、(届出)をした者が、この療術行為を業とすることができる(但し本年の一二日三一日まで)。

療術行為においても、診察は、治療の前提的要件であるから、診察と治療は併行するのが通常とすべきであろうが、あん摩等の施術行為と同様に、治療は、療術の特徴——主要部分であるから、診察を欠く治療である場合は、治療行為があるときであり、診察のみ行われ治療を欠く場合は、消極的に療術行為がないときとすべきであろう。

診察についても、あん摩等の施術行為と同様の許容されるものと禁止されるものがある。診察について判例は、「医療法ヲ施行スニ当リ患部ノ部位ヲ察知スルコトハ必要欠クヘカラサル事ニ属スルヲ以テ……必要上問診触診ヲ為シタレハトテ之ヲ目シテ直チニ医行為ヲ為シタルモノト解モサル……」(四八六頁、大集第一二)とし、療術行為をなすための必要上問診触診を療術行為に許容している。判例はないようであるが、危害のない器具—器械の使用は、療術行為の必要の限度において許されるべきときであり、その限度をこえ又は療術に関係なく診察をすることは許されず、勿論危険な器具—器械の使用は禁止されるべきであろう。治療については、あん摩師等法第四条が準用されている(同法第一九)。判例には注射投薬等を行ったことが医行為—医師法第一七条に触れるとされた例がある(高集九卷四)(条第二項)。療術行為の種類・程度についても判例はないようであるが、医学の通念から又は特種のものであり法制上も別種のものであり、さらにあん摩等の施術行為と区別され、法制上別の取扱いをうける。療術行為と医学の関係については判例はないが、その秀れたものは、すくなくとも何等かの意味で、医学原理から否認されず学理に背反しないものでなければならず、療術行為と医行為の関係も、判例はないようであるが、あん摩等の施術行為と同様、診察—治療に許容されている行為は本来的に医行為であるが、医行為とされず、反対に禁止されている行為は、すべて医行為に入るものであろう。

(1) 最高裁判所は、あん摩等法が「医業類似行為を業とすることを禁止するものも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局す趣旨と解しなければならぬ」とし……原判決がある療法について、「人の健康に害を及ぼす虞があるか否か判旨しなかつたことをもつて破棄差戻の判決をした(昭和三五年一月二十七日大法廷)が、小生は、この判断は一概にはできないことを以つてこの判示に反対した(高木武「いわゆる療術行為を医業類似行為と認定するには『人の健康に害を及ぼす虞があるか否か』を判示しなければならぬか」(法学新法第六七卷第二号))。その虞のある療法が医業類似行為となり、その虞のない療法は、衛生行政上問題であるが、放任行為として業としても行われることになるであろう。かつて医師法其の他の取締規則・規程の適用をうけない限り療術行為は科学的知識普及の不完なることをもつて、適当な医療をうける機会を失わせる虞があり奨励すべきではないが、取締処罰することができずと放任させられていた時代の再出現を、この判例は許しているようであろう。

む す び

医行為は、歯科医行為が主として歯牙歯根の疾病及び診察―治療及び技術行為に関するものである意味において、歯科医行為を除き、すべての「医する行為」に関するものである。医業類似行為の療術行為、とりわけあん摩等の施術行為には、一定の治療施術方法による(夫々制限された範囲において「医行為」とは別種のものとしてされているけれど)特殊の医行為が許されており、その行為がその許容範囲を侵犯した場合には、それが医行為になる(この意味においてはこれらは、本来的に医師が行うべきである)。医師はこれらのあん摩等の施術行為又は療術行為を業として行うことは禁止されておらず、行おうとすれば法制的にもでき能力的にも可能である(医師が行えば、その施術―療

術行為は(医行為になるが)。歯科医行為は、その主とする歯牙歯根の疾病の診察—治療及び技術行為に関する限り、医行為と相互に分離—独立的であるが、口腔内の疾病の診察—治療に関するものである意味においては、医行為と競合し重復し又、疾病存在を前提しない意味において整形—美容外科における医行為は、歯科医行為と競合し類似するところもあろうし、歯科医行為と医行為の限界は不明確であるといえよう。又歯科医行為と施術行為—療術行為との関係は、これらが歯牙歯根の疾病の治療技術行為とりわけ口腔内の疾病の治療(歯科)に関する限り、医行為と施術—療術行為と同様なものであろう。施術行為と療術行為は、本来的には医行為ありながら、医学的通念—法制のうえから、特殊のものとされ医行為と區別され(この意味で、両者とも医業類似行為といえる)、又外表からするものであることから概して相互に類似するものであるが、前者はさらに後者と社会的通念—法制の上又はその医学的效果から區別され、又後者は、前者に対する医師と同様に—歯科医師も同様であろうが—免許されたあん摩師等によって業として行われることもできる点で區別される。したがって、歯科に関するものは別として医師はすべての「医する行為」(あん摩等の施術行為—療術行為さらにわれわれのできる手当をも含む)、歯科医師は歯科に関する「医する行為」のすべてを、あん摩師等は、あん摩等の施術行為及び療術行為である「医する行為」を、医業類似行為業者は、その療術行為としての「医する行為」をすることができ。

<p>五 // // // // // // // // // //</p>	<p>四 // // // //</p>
<p>一 // // // // // // // // //</p>	<p>二 // // // //</p>
<p>二 一 二 一 〇 // 一 九 一 六 一 四 一 二 二</p>	<p>二 二 〇 // 二 二 二 二 二 二 二 二 二 二 五</p>
<p>一 一 一 三 // 一 // 六 四 九 一 七 一 一</p>	<p>一 〇 二 〇 八 二 二 三</p>
<p> (名母) 体の調子 医学、医師と医薬 とし、 ニスシテ 垢術 あん摩師等 治療 (1) 不充 す </p>	<p> なで孤立し 評日 注意シ 動播も混乱 政府とななっており </p>
<p> (名南) 体の調子 医学、医師と医薬 とし、 ニ非スシテ 施術 あん摩師等 療術 * 不充分 </p>	<p> なかで孤立し 評日 注意シ 動播と混乱 政府とななっており </p>