

医行為概念の再検討

2012年4月入学

天野 良

- I. 序
 - (3) AEDの一般解禁
- II. 現行の医行為概念
 - 1 現行解釈
 - 2 医行為概念の特徴
 - (1) 抽象的危険
 - (2) 間接的・消極的危険
 - (3) 広範性
 - 3 想定する制度
- III. 医行為の担い手が拡張されている最近の事例
 - 1 検討の視座
 - 2 看護師による静脈注射
 - (1) 看護師の業務範囲
 - (2) 静脈注射に関する変遷
 - 3 歯科医師による医業研修
 - (1) 札幌事件
 - (2) 第一審
 - (3) 控訴審
 - (4) 行政による対応
 - 4 AEDの一般使用
 - (1) AEDの登場経緯とその有用性
 - (2) 航空機搭載問題と適法化のロジック
- 5 非医療職・介護福祉士による痰の吸引
 - (1) 2003年通知とその背景
 - (2) 介護福祉士法の改正
- IV. 小括
- V. 現行解釈の問題点
 - 1 広範性の問題
 - 2 抽象性の問題
 - (1) 検討の観点
 - (2) 罪刑法定主義の観点から
 - (3) 安全体制確立の観点から
- VI. 再検討の方向性
 - 1 再検討の必要性
 - 2 医行為概念の再検討——広範性への対処
 - 3 医行為概念の再検討——抽象性への対処
 - 4 適用範囲を狭めることに問題はないか
- VII. 結び

I. 序

医師法 17 条は「医師でなければ、医業をなしてはならない。」と規定し違反者に 3 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金を科している（同法 31 条 1 項）。この規定は医業独占規定と呼ばれ、医師に医業を独占させることで国民の生命や健康の安全を確保するための規定である。また同時に、この規定は医師と他の医療従事者との業務分担に関する中心的な規定でもある。すなわち、医師法及び関連する資格法規は、第一次的に医師に広い業務独占を認め、その上で個々の医療従事者に個別制限的に列挙された範囲での業務を医師の下で行うことを認めるという形をとっており、医療従事者の業務分担は現行法上医師を頂点とする縦型の構造となっている¹⁾。

このような法制は、医師を保健衛生上の責任主体とする政策や医療行為について医師一人が責任を持ち他の医療従事者はその手足であるという医療観を前提にしていると考えられる。

しかし今日では、医療の専門分化が進み医師以外の医療専門職が多岐にわたって設けられ、医療行為は各種医療従事者の分担協力によって担われるようになってきている。

また医療技術の進歩発展に伴い、従来医師が行わなければ保健衛生上危険が生じると考えられてきた行為であっても、医師以外の者が安全に行えるようになり、さらには医師以外の者に解放した方がより公益に資するという状況も生じてきた。

このように医師法や関連する資格法規が想定する前提が動揺する中で、医療従事者に関する法制について現行の解釈や運用を見直す必要も出てきたのではないであろうか。

本稿はこのような問題意識の下、医業独占規定を特に取り上げ、その医行為概念について現行規定や解釈の問題点を検討し、再検討の方向性を示そうとするものである。

検討するにあたっては、まず前提として、現行法の医行為概念について確認し（Ⅱ）、ついで従来医師にしか許されていなかった行為の担い手が医師以外に拡張されていった事例をみる（Ⅲ）。そのうえで、こうした事例を踏まえて現行規定の解釈の問題点を指摘し（Ⅳ）、より規制範囲を限定し、さらには個別的な解釈ができるようにするための再検討の方向性を示す（Ⅴ）。

Ⅱ. 現行の医行為概念

1 現行解釈

医師法 17 条は医師による医業独占を規定したものであるが、この医業とは「医行為を業として行うこと」である。そこで、「医行為」概念と「業務」概念の解釈が問題となる。このうち「業務」概念については「反復継続の意思を持って行うこと」と解されている²⁾。他方、医行為の概念についても種々の見解があったが、現在では「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という解釈が判例及び通説であり³⁾、また行政においても「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」といった解釈が示されている⁴⁾。

この解釈は医師法 17 条の目的から導かれている。すなわち、医師法 17 条の趣旨目的は医師に業務独占を認めることで国民の生命及び健康に対する危険を防止することにある⁵⁾。この目的から医師以外の者に禁止する

1) 宇都木伸＝平林勝政編『フォーラム医事法学（追捕版）』205-208 頁〔平林勝政〕（尚学社，1997）。

2) 最決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 卷 11 号 2249 頁。判旨は「反復継続の意思を以てて医行為をすることを『医業』と解」する、としている。

3) 学説については佐伯仁志「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』4 頁（2006）、平林勝政「医行為をめぐる法制度論的問題状況」年報医事法学 19 号 68 頁（2004）参照。

判例については最判昭和 30 年 5 月 24 日刑集 9 卷 7 号 1093 頁、最決平成 9 年 9 月 30 日刑集 51 卷 8 号 671 頁参照。

4) 平成 17 年 7 月 26 日医政発第 0726005 号。

行為の範囲として国民の生命及び健康への危険が生じる行為という概念が導かれるのである。

本稿の課題はこの医行為概念の再検討にあり、まずその特徴についてこれまでいわれてきたことを概観する。

2 医行為概念の特徴

(1) 抽象的危険

医行為概念の特徴としてまず挙げられるのは、医行為の「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為」という解釈における危険性は抽象的なもので足り、当該行為によって具体的な危険が発生していなくても構成要件に該当するという点である⁶⁾。これは国民の生命及び健康の安全を図ろうとする医師法の趣旨目的から、医師法17条は危険性のある行為（医行為）を一般に禁止して免許を有する者にのみ解除する規定であると解されるからである⁷⁾。

(2) 間接的・消極的危険

二つ目の特徴として、医行為の解釈における危険には間接的・消極的な危険も含まれるという点である。すなわち当該行為自体が危険のないものであっても、その行為が後に保健衛生上の危害を生じさせる不適切な処置を誘発するものであったり、また将来における医師の適切な処置の機会を奪うようなものである場合には、医行為該当性が認められる⁸⁾。

(3) 広範性

三つ目の特徴として規制範囲の広範性が挙

げられる。すなわち国民の生命及び健康に対する危険防止という趣旨目的と、抽象的危険及び間接的・消極的危険をも規制範囲に含めていることとの帰結として、規制範囲に関して非常に広範な解釈運用がなされている。

例えば2005年に出された厚生労働省による解釈指針では医行為として疑義が多々生じている行為のうち原則として医行為に当たらない行為として、体温測定、自動血圧測定器による血圧測定、軽微な傷・やけど等に処置をすること、一定の条件の下での湿布の貼付・点眼・服薬の介助、爪切り、歯磨き、耳掃除といった行為を挙げているが⁹⁾、こういったリスクのほとんどなさそうな行為についてすら疑義が生じていることから、医行為概念の広範性が窺われる¹⁰⁾。

また次章で取り上げるAED（自動除細動器）の使用についても、操作に医学的な専門知識を要さず使用によるリスクも極めて低いにもかかわらず、当然医行為に該当すると解釈されている。

3 想定する制度

このような医行為解釈はIで述べたような現行法制度の前提を反映している。すなわち、非医師が医行為を行えばたとえ具体的な危険が生じていなくても保健衛生上の危険が生じるとすることは、保健衛生上の危険の管理を全て医師に委ねるという政策に依拠している¹¹⁾。また医師に広く業務独占を認め、非医師による医療行為を一律に排除することで、医師以外の医療従事者が医療行為を行え

5) 大谷實「医師法一七条における『医業』の意義」福田平＝大塚仁古稀『刑事法学の総合的検討(上)』439頁、446頁(有斐閣、1993)。

6) 樋口雄雄「医行為・医業独占と業務の縦割り——医師法17条他」法教314号89頁、91頁(2006)〔同『医療と法を考える』111頁(有斐閣、2007)所収〕、大谷實『医療行為と法(新版補正第2版)』23頁(弘文堂、1997)。

7) 平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」唄孝一賀寿『人の法と医の倫理』573頁、596-597頁(信山社、2004)。

8) 最決平成9年9月30日前掲注3)が支持した原審(東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁)は、コンタクトレンズの処方を行うための検眼及びコンタクトレンズの着脱というそれ自体は危険性のない行為について「検眼またはテスト用コンタクトレンズ着脱時の判断の誤りがひいてコンタクトレンズの処方の誤りと結び付くことにより」保健衛生上の危険が生じうることを根拠に危険性を認定している。なおこの判決の意義につき佐伯・前掲注3)4頁参照。

9) 前掲注4)。

10) 樋口・前掲注6)93頁。

11) 辰井聡子「判批」宇都木ほか編・前掲注3)6頁。

るのは医師の下で、特別法によって規定された限度に限られることになる。

しかし I でも述べたように医療の専門分化や医療技術の進歩発展によって現行医師法的前提は動揺しつつある。

そこで次章では、医行為を医師以外の者に担わせる必要が出てきた事例をいくつか取り上げ、具体的な場面で医師法の現行解釈の妥当性に問題が生じてきたことを示していく。

Ⅲ. 医行為の担い手が拡張されて いる最近の事例

1 検討の視座

医行為概念を検討していくにあたり、まず医行為とされてきた行為の他業種等への拡張事例を検討し、その上でその様な事例を踏まえて現行法の問題点を指摘していく。

医行為の担い手を医師以外のものに拡張すべき必要性が問題となった事例は多々ある。本稿では、その中でも看護師による静脈注射、歯科医師による医業研修、AED の一般使用、非医業職及び介護福祉士による痰の吸引の四つの事例を取り上げる。

2 看護師による静脈注射

(1) 看護師の業務範囲

看護師（准看護師も含む。以下同じ。）の業務範囲について、保健師助産師看護師法（以下「保助看法」という。）では「傷病者若しくはじよく婦に対する療養上の世話又は診療の補助を行うことを業とする」（保助看法 5 条）とされており、その業務は看護師の独占業務とされている（同法 31 条）。一方、「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない」（同法 37 条）とされ、医行為をすることは原則として禁止されている。

しかしその禁止には例外があり、「医師又

は歯科医師の指示があつた場合」及び「臨時応急の手当を」する場合（同法 37 条）については医行為をすることが許される。ただし看護師が行えるのは診療上の世話又は診療の補助の範囲内の行為に限られるので、全ての医行為を行うことができるわけではない。すなわち、医師の指示があれば行うことができる医行為（相対的医行為）と看護師が業として行うことは許されない医行為（絶対的医行為）の二種類に医行為は分類されることになる。そして、看護師が医師の指示の下で行える相対的医行為の範囲について保助看法はなんら規定しておらず、その解釈が問題となってきた。

(2) 静脈注射に関する変遷

静脈注射が相対的医行為にあたるかどうかについて、旧厚生省は 1951 年の通知により①薬剤の血管注入により身体に及ぼす影響が甚大であることと、②技術的に困難であること、の二点を理由に「静脈注射は、医師又は歯科医師が自ら行うべき業務であつて」「看護師の業務の範囲を超えるものである」とする解釈を示した¹²⁾。この通知は 1951 年に起きた看護師による誤薬静脈注射死亡事故において看護師の業務上過失致死罪（刑法 211 条）の責任が問われた事件¹³⁾に際して、福井県知事が照会したことに対する回答である。

その後 50 年以上当該解釈が維持されていたが、多くの病院で看護師が静脈注射を実施していた。

そのような中、厚生労働省は看護業務を見直すために 2002 年に「新たな看護のあり方に関する検討会」を設置した。そして検討会の「中間まとめ」では、94%の病院で医師が看護師に静脈注射を指示しており、また 90%の病院の看護師が日常業務として静脈注射を実施しているという調査結果が示された¹⁴⁾。これを受けて厚生労働省は 2002 年、①多くの病院等で看護師が静脈注射をしている実態と、②看護教育水準の向上や医療用器材の進歩、を理由に静脈注射に関する解釈を

12) 昭和 26 年 9 月 15 日医収 517 号。なお通知の内容については平林・前掲注 7)577 頁を参照した。

13) 最判昭和 28 年 12 月 22 日刑集 7 卷 13 号 2608 頁（国立鯖江病院事件。病院の薬局にブドウ糖の請求に来た看護師に 3%ヌペルカインが劇薬表示のないまま手渡され、看護師がそれを静脈注射して 2 名の患者を死亡させた事件）。

改訂して「静脈注射は、保健師助産師看護師法第5条に規定する診療の補助行為の範疇として取り扱うものとする」とし、前記1951年通知を廃止した¹⁵⁾。

3 歯科医師による医業研修

(1) 札幌事件

歯科医師が研修として医業研修を行うことが医師法17条に違反するか争われたのが札幌事件である¹⁶⁾。この事件では、歯科医師（当然医師免許は持っていない。）に対して医業研修をさせた医師が医師法違反の共同正犯に問われた（実際に研修を行った歯科医師は不起訴となった。）。具体的には気管挿管及び抜管、大腿静脈路確保及びカテーテルの抜去、触診、手術の説明及び同意の取付け、手術の補助等が問題となった。以下この事件の争点とこれに対する裁判所の判断、行政の対応を紹介する。

(2) 第一審¹⁷⁾

裁判で争われた点はいくつかあるが、医行為との関係では、本件研修が医師法17条の適用される行為を構成するとしても、それが研修として行われていることから正当業務行為（刑法35条）として違法性が阻却されないかが争われた。この点について第一審は、医業研修は「そこで行われる個々の具体的な行為の実質的危険性の有無及び程度にかかわらず、医師と歯科医師の資格を峻別する法体系の下では、許されない」として違法性阻却の主張を退けた。

(3) 控訴審¹⁸⁾

他方控訴審は、第一審とは異なり歯科医師が救命救急研修を受ける必要性を認め、「歯科医師に対する医科救命救急部門における研修は、一定の要件を満たせば、社会的相当性

が認められ、正当行為として刑法35条により違法性が阻却される場合がある」と判示した。そのうえで、違法性が阻却されるための要件として研修の必要性、目的の正当性、内容や方法の相当性の三要件を提示した。

そして具体的な判断では必要性の要件は満たしているとした。しかし、目的の正当性の要件については、目的が正当と評価できるのは、歯科医師に「歯科医行為を行う過程で患者が急変し、生命や機能的予後に係わるような緊急事態に直面した際、専門医に引き継ぐまでの間になされる救命救急処置を習得させ」る場合に限られると厳格に解したうえで、本件研修の目的には歯科口腔外科領域の技術を習得するという本来歯科大学等で行われるべき事項が含まれていることを理由に、目的の正当性を否定した。また、指導医の関与の程度や患者への同意及び承諾が不十分であったことを理由に、相当性も否定した。

さらに一審判決前に出された後述のガイドラインに照らしても基準を満たしているか検討したうえで、その基準は満たしていないと「念のため」判示している。

(4) 行政による対応

厚生省は歯科医師の医業研修に関する行政指導は行ってこなかったが、事件の前の2001年に、単純な補助的行為を超え歯科に属さない疾病に関わる医行為を業としてなすことは医師法17条違反であるとする通知を札幌保健所の照会に応じる形で出した¹⁹⁾。

しかし、2002年に厚生労働科学特別研究事業で歯科医師に一定の要件のもと救命救急研修を認めるガイドライン²⁰⁾が策定されたのを受け、札幌事件の第一審判決が出たあと厚生労働省はそれを容認する通知を出した²¹⁾。

14) 「新たな看護のあり方に関する検討会」中間まとめ（2002年9月6日）（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/09/s0906-4.html>, 2013年7月17日最終閲覧）。

15) 平成14年9月30日医政発第0930002号。

16) 2009年7月23日に最高裁は上告を棄却し、第一審及び控訴審で出された罰金6万円の有罪判決が確定した（三重野雄太郎「判批」法時83巻8号120頁, 123頁（2011）参照）。

17) 札幌地判平成15年3月28日（LEX/DB文献番号28085437）。

18) 札幌高判平成20年3月6日裁判所HP参照（平成15年（う）179号）。

19) 平成13年9月10日医政医発第87号。

20) 平成15年9月19日医政医発第0919001号の別添資料参照。

4 AED の一般使用

(1) AED の登場経緯とその有用性

AED (Automated External Defibrillator) とは体外式自動除細動器と訳され、電気ショックを与えて心臓突然死の原因の一つである心室細動を取り除くための機械である。

除細動器自体は 1960 年代から使われていたが、心電図を読むなど使用するためには専門的な知識が必要であった。しかし心臓突然死は病院内よりも病院外で起こることの方が多く、また心室細動が起きた際に救命するためには一分一秒を争う²²⁾。したがって倒れた人を目撃した人がその場で除細動処置をすることが救命のためには必要であり、そこで登場した機械が AED である。心電図が読めない人でも倒れている人に電極を貼りさえすれば、AED が電気ショックの要否を判断し、必要な場合は音声指示の下ボタンを押すことによって除細動処置を行ってくれる。

AED は 1980 年代にアメリカで開発され、90 年代に普及していった。

(2) 航空機搭載問題と適法化のロジック

AED は医学の素人が扱えるように設計された機械であるにもかかわらず、それを扱うことは医行為とされたため、医師のいない所に設置できるかが問題となった。具体的にはまず航空機に搭載できるかが問題となった。

従来日本では AED を扱うことは医行為と

され、医師にしかその使用は認められていなかった²³⁾ (もっとも救急救命士制度ができるにあたり、1991 年、救急救命士については救急現場で AED を使うことが許可されていた²⁴⁾)。そのような中で 2000 年にアメリカで AED を推進する法律が議会を通過しアメリカの航空機に搭載されるようになると、日本の航空機に搭載することができないかという問題が表面化した²⁵⁾。同じ航空機であるにもかかわらず日本の航空機にのみ AED を搭載できず、救えるはずの命を救えないというのは非合理である。しかしそのためには医師法 17 条の適用という問題を乗り越えなければならない。

では医師法 17 条違反を構成するかという問題はどのように対処されたのであろうか。この点について厚生労働省は AED の使用が医行為であることは否定できないことから、AED の一人当たりの使用頻度を計算し、医業のうちの業務性を否定したのである。すなわち、過去の統計データから客室乗務員一人当たりの心肺停止患者に遭遇する割合を計算し、それが 123 年に 1 回という非常に稀な事象であったため反復継続の意思は持ちえないと考えたのである²⁶⁾。

このように解釈することで「医業」該当性を克服し、厚生労働省は 2001 年 12 月、航空機における客室乗務員による AED の使用を認めるに至った²⁷⁾。しかしいかにも技巧的な解釈であるし、リスクが極めて低いことか

21) 前掲注 20)。

22) 心室細動から除細動が一分遅れるごとに救命確率は 10%ずつ減少していく (三田村秀雄「AED の市民使用に関わる問題」樋口範雄=岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』55 頁, 58 頁 (弘文堂, 2007))。

23) 平成 16 年 7 月 1 日医政発第 0701001 号においてもまず「AED の使用については、医行為に該当するものであり、医師でない者が反復継続する意思をもって行えば、基本的には医師法 (昭和 23 年法律第 201 号) 第 17 条違反となる」としている。

24) もっとも当初は医師の具体的指示を要する特定行為 (救急救命士法 44 条 1 項) とされていた。2003 年に救急救命士法施行規則 21 条が改正され、現在では包括的指示で足りる。

25) 三田村秀雄ほか「自動体外式除細動器 (AED) 検討委員会報告書日本における非医師への AED 導入実施に向けた検討報告」Circulation Journal 66 巻 11 号 1419 頁, 1420 頁 (2002)。

26) 樋口範雄ほか「救命と法——除細動器航空機搭載問題を例にとりて」ジュリ 1231 号 104 頁, 114 頁 [大原光博発言] (2002)。

27) 定期航空協会からの「ドクターコールを実施してもなお、医師等による速やかな対応を得ることが困難な場合等においては、客室乗務員が緊急やむを得ない措置として当該行為を行っても、医師法違反とらないと考えるがどうか」という質問に対して「貴見のとおり」という回答を示す形でなされた (「第 1 回非医療従事者による自動体外式除細動器 (AED) の使用のあり方検討会議事録」(2003 年 11 月 18 日) (<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/11/txt/s1118-1.txt>, 2013 年 7 月 17 日最終閲覧) 参照)。

ら医行為該当性自体を否定したほうが素朴な感覚に合うように思われる²⁸⁾。

(3) AEDの一般解禁

その後数年は、客室乗務員は（また同様の論理を用いれば一般人も）AEDを使用できるのに、救急救命士の資格を持たない救急救命隊員は業として行いするので使用できないという不自然な状態が続いた。

そしてようやく2004年7月になって厚生労働省はAEDの使用を一般解禁する通知を出した²⁹⁾。その内容はまず一般市民についてはAEDの使用について一般的に反復継続性が認められず、医師法違反にはならないとし、一方、「業務の内容や活動領域の性格から一定の頻度で心停止者に対し応急の対応をすることが期待、想定されている者」については、①医師等による速やかな対応を得ることが困難であること②対象者の意識、呼吸がないことを確認していること③AED使用に必要な講習を受けていること④使用されるAEDが医療用具として薬事法上の承認を得ていることの四つの条件を満たす場合に医師法違反にならないとする。

この通知を契機に日本ではAEDの設置が急速に進み、また一般人による除細動の実施も増加している³⁰⁾。

以上みてきたように現在では広く普及しているAEDであるが、その使用可能者の拡大及び普及には医師法の壁が存在していたといえる。

5 非医療職・介護福祉士による痰の吸引

(1) 2003年通知とその背景

様々な理由により自ら痰を排出することができない状態になっている人がいるが、そのような状態の人については痰の排除を介助することが必要となる。とりわけ病気などによって恒常的に痰の排出ができなくなった場合にはその介助が24時間必要となることもある。本節では、ALS（筋萎縮性側索硬化症）患者の在宅での痰の吸引を巡って医師法17条の適用が問題となった事例を取り上げる。

痰の吸引は医行為、その中でもいわゆる相対的医行為とされ、医師もしくは看護師しか行うことができない³¹⁾。そこで、ALS患者を自宅でケアする場合に誰が痰の吸引を行うかが問題となる。

ALS患者は1時間おき程度の割合で痰の吸引を必要とするが、それがいつ必要かという正確な予測を立てることは困難である³²⁾。もちろん常に医師又は看護師が側にいるという状況は在宅では現実的にありえない。そのため例外的に患者の家族が在宅で痰の吸引を行うことが許されてきた³³⁾。ただ前述のように24時間目を離すことができないことから、ALS患者の痰の吸引は家族にとって大きな負担であり、ホームヘルパー等にも認められないかといった問題が表面化してきた³⁴⁾。

28) リスクについて厚生労働省はAEDについても電気器具であることから一定のリスクは存在するとしている（厚生労働省「非医療従事者による自動体外式除細動器（AED）の使用のあり方検討会報告書」（2004年7月1日）（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/07/s0701-3.html>, 2013年7月17日最終閲覧）。ただし同じ救急現場においてもいわゆる心臓マッサージや人工呼吸の方が骨折や誤嚥性肺炎等身体に与える影響は大きいとも言われるが、心臓マッサージは医行為とは考えられておらず（樋口ほか・前掲注26）114頁〔三田村秀雄発言〕〔大原光博発言〕参照）、実際のリスク評価と運用との乖離が存在するように考えられる。

29) 前掲注23)。

30) 三田村秀雄「AEDの効果と使用方法」治療93巻8号1708頁、1708頁（2011）。

31) 平成15年7月17日医政発第0717001号では「たんの吸引については、その危険性を考慮すれば、医師又は看護職員が行うことが原則」であるとされている（以下、この通知を「2003年通知」とする。）。

32) 吉野英「介護職の行う在宅での医療行為——ALS患者のたんの吸引について」訪問看護と介護13巻7号552頁、554頁（2008）。

33) 家族にだけ許容されるための正当化の理論は、目的の正当性、手段の相当性、法益衡量、法益侵害の相対的軽微性、必要性・緊急性の各要件を満たすことで実質的に違法性が阻却されるというものである（平林・前掲注3）82頁）。

34) この問題の表面化の背景には、在宅での療養を重視する国の医療政策のもと、介護環境の整備の有無にかかわらず自宅療養を余儀なくされるALS患者が増えたことがある（吉野・前掲注32）552頁）。

このような状況の中、2002年、日本ALS協会は厚生労働大臣に対し医師の指導を受けたホームヘルパーに日常生活の場での痰吸引を認めるよう要望書を提出し、これを受けて厚生労働省は2003年通知により、一定の条件のもと痰吸引を許容する行政解釈を出した³⁵⁾。この2003年通知では具体的な要件として、①医師による療養環境の管理、②医師や看護師による吸引方法の指導と定期的な確認、③患者の自由な意思に基づく文書による同意、④口鼻腔内吸引及び気管カニューレ内部までの気管内吸引に限定、⑤緊急時の連絡・支援体制の確保を挙げている。

またこのような解釈は「当面のやむを得ない措置」とされ、3年間で見直すこととされた。

(2) 介護福祉士法の改正

2003年通知が出されて以降2004年には盲・聾・養護学校等でも痰の吸引が認められ³⁶⁾、さらに、2005年にはALS患者以外の者に対する在宅での痰の吸引もALS患者に対するのと同様の条件の下で容認された³⁷⁾。

その後2010年には「介護職員等によるたんの吸引等の実施のための制度の在り方に関する検討会」が設置され、試行事業が実施され、社会福祉士及び介護福祉士法が改正されるに至った(2011年成立、2012年4月施行)。

改正によって創設された新制度は以下の通りである。まず介護福祉士の養成カリキュラムが新しくなり、新しいカリキュラムで養成された者については資格取得後、痰の吸引を含む一定の医行為を業として行うことができるようになる(実際に有資格者が誕生するのは2016年以降)。またこの養成と並行して介護職員等を対象に①研修の受講と②都道府県からの認定とを要件に一定の医行為を業として行えるプロセスが用意されている(行えるようになる医行為及びその対象に応じて研修内容や時間が異なる。)

なお前述の通知によって当面の処置として痰の吸引が認められていた者はこうした研修

を受けなくても「経過措置対象者」としての認定を受ければ従来のように医行為の実施が可能である³⁸⁾。

このようにして痰の吸引問題は立法的解決が図られるに至った。

IV. 小括

IIIでは医師に独占されていた行為が他業種へと拡張された事例をいくつか紹介してきた。これらの事例はそれぞれ異なる原因によって生起し、主体や状況が様々であるが、Iで述べたような医療を取り巻く環境の変化及びそれに伴う法解釈との緊張が表層に出てきた問題であるといえる。

すなわち、看護師による静脈注射の事例や歯科医師による医業研修の事例、介護福祉士による痰の吸引の事例は、チーム医療の進展や新しい医療スタッフの登場による医療従事者間での役割の変化の問題という側面を有する。

またAEDの事例や介護福祉士による痰の吸引の事例は、技術の発達により従来医行為とされていた行為の危険性が低下し、また医師以外の者に担わせた方がより患者や公益に資するという側面を有する。

そして紹介してきたいずれの事例からも、医行為の拡張の必要性がある場面において、医師法の規定がその障害となっていることがうかがえる。このような現状に鑑みるに、医師法の規定の仕方や現行解釈に問題があるということはいえないだろうか。V以下ではこの点について詳述していきたい。まず前章で挙げた事例を踏まえて現行法及び現行解釈の問題点を指摘し(V)、次に改正の必要性及び方向性を示していく(VI)。

35) 前掲注31)。

36) 平成16年10月20日医政発第1020008号。

37) 平成17年3月24日医政発第0324006号。

38) 新制度の概要については、翁川純尚＝高木憲司「『介護職員等による喀痰吸引等の実施についての法改正』の概要と訪問看護師の役割」訪問看護と介護17巻8号660頁、660-670頁(2012)参照。

V. 現行解釈の問題点

1 広範性の問題

医行為の担い手が拡張されてきた事例をみてきたが、その中ではまず医行為概念が広すぎるのが問題となって表れていることがうかがえる。

看護師の静脈注射の事例では多くの病院で看護師が静脈注射を行っていて、必要性が高かったにもかかわらず、医師にのみ許される行為であるとされてきた。このことは後述のように病院での安全対策の不備や適切な看護基礎教育の阻害という事態を招いた。

AEDの事例ではその普及にとって医師法が無用な障害となっていた。すなわち、日本循環器学会がAEDの一般解禁を厚生労働省に対して進言したのは2002年であったが、一般解禁までにはその後一年半余りの時間を要した³⁹⁾。また現在のように一般的にAED使用が解禁されるにいたってもなお、その使用は医行為であり業として行えば医師法違反として違法となる余地を残している。

さらに痰吸引の事例においては、ホームヘルパー等に認められるまでの間、家族に過度の負担を強いる状況が続いていた。

歯科医師の事例においても、第一審⁴⁰⁾の量刑判断の部分で「本件各行為を行った歯科医師らは、いずれも歯科口腔外科という医科と重なる領域の専門分野で相応の経験を積んでおり、本件各行為を実施するについて、医師の資格を持つ研修医と比較して能力的に劣るところはなかった」と認定しており、この判示からは具体的危険どころか抽象的危険の存在すら認められるか怪しく、可罰性に疑問が残る。

このように医行為概念の広範性は問題が大きいといえよう。

2 抽象性の問題

(1) 検討の観点

次に現行解釈として広範性の問題とも重なる部分もあるが、規制の範囲が抽象的で曖昧であることが問題となっているように考えられる。この点について罪刑法定主義の観点と業務の安全体制の確立という観点の二つの方向から検討していく。

(2) 罪刑法定主義の観点から

医師法17条は同法31条で違反者に刑罰を科しており刑罰の構成要件を定めた中心的な規定である。したがって刑法上の原則である罪刑法定主義の要請を受けることになる。しかし、「医業」の意義・範囲が不明確であり、この点で問題となりうる。

罪刑法定主義を定める直接の規定は現行法には存在しないが、国民の予測可能性の確保と刑罰権の濫用防止の観点から刑法上の大原則であるとされる⁴¹⁾。そして罪刑法定主義の実質的内容として「あらかじめ明確な条文により犯罪行為を国民に明示する」という明確性の原則が主張されている⁴²⁾。判例もこの明確性の原則を採用し、刑罰法規が「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」という基準を立て、読み取れない場合は法規が「不明確のゆえに憲法三一条に違反する」としている⁴³⁾。

この明確性の原則に照らして医師法17条を検討する。まず医師法17条は単に無免許者による「医業」の禁止だけを規定しているが、法規が抽象的であることや他の条文に定義規定のような解釈の指針が存在しないことから、その意義はもっぱら解釈によって明らかにしなければならない⁴⁴⁾。そして通説及び判例の現行解釈はⅡで示したように「医師

39) 三田村・前掲注22)61頁。

40) 札幌地判平成15年3月28日前掲注17)。

41) 前田雅英『刑法総論講義(第5版)』54頁(東京大学出版会, 2011)。

42) 前田・前掲注41)63頁。

43) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁(徳島市公安条例事件)。

44) 真田秀夫「判例にあらわれた『医業』の観念について」順天堂医学雑誌7巻特別号(1)774頁,775頁(1961)。

が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」というものであるが、そこから具体的にどのような行為が医行為に該当するのか一義的に明らかになっているわけではない。すなわち、Ⅱ 2(3)で述べたように、体温測定や血圧測定、湿布の貼付・点眼・服薬の介助、爪切り、歯磨き、耳掃除といった日常的に行われうる行為についてまで医行為該当性に疑義が生じている状況であった⁴⁵⁾。また、逆さまつげの抜き取りは医行為であるが⁴⁶⁾、それよりも危険の高そうな顔そり行為は理容師に認められており（すなわち医行為ではない）、医行為の外延がどのような基準によって定められているのか判然としない⁴⁷⁾。

このような法解釈の下、法の運用の場面ではⅢで取り上げた事例でみてきたように疑義が生じた際にその都度行政の解釈を仰いでいるのが実情である。

さらにその行政解釈も具体的な場面において明確で合理的な判断が示しているとは必ずしもいえない。すなわち、静脈注射の事例では実態に合わない解釈が維持され続けた。また歯科医師の事例では短期間に行政解釈が変遷して、どのような態様による研修であれば適法なのか不明確な状態が続き、また行政によって出された解釈とその後に出された判決の示した基準との関係はなお不明である⁴⁸⁾。

以上から、一般人が具体的な行為について

「医業」該当性を判断できる基準が読み取れるとはいえず、明確性の原則に反する可能性が高いと考えられる⁴⁹⁾。

確かに医行為はその性質上明確化させるのが困難であり、「医行為は複雑多岐であり、かつ医学の進歩に伴って不断に変化していくものだから(中略)一義的にその範囲を限定することは困難な面がある」と指摘される⁵⁰⁾。

しかし刑罰法規の中核概念を不明確のままにしておくことは許されず⁵¹⁾、せめて政令や行政解釈によってより一般的な解釈指針を示すべきではないだろうか⁵²⁾。

(3) 安全体制確立の観点から

次に医行為概念の抽象性について、業務の安全体制の確立という観点から問題点を検討していく。この点について具体的には、Ⅲ 2で紹介した看護師による静脈注射の事例を取り上げて論じていく。

静脈注射は50年以上の間、「(法的には業務範囲ではないが)看護師が静脈注射を行っているのが実情であり、今直ちに全般的に法の解釈通りの実行を期待することは困難」である⁵³⁾という中途半端な状態が続いていた。このような法律上は認められていないが、事実上黙認されているという曖昧な状態から様々な問題が派生して生じた。

まず静脈注射が看護師の業務範囲外とされてきたことで、多くの病院で安全対策やマニュアルの作成が疎かにされてきた問題があ

45) 前掲注 4)。

46) 大判大正 12 年 8 月 17 日刑集 2 卷 677 頁。

47) 高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」論叢 164 卷 1-6 号 362 頁, 371 頁 (2009)。

48) Ⅲ 3(3)で取り上げた歯科医師の医業研修に関する札幌高判平成 20 年 3 月 6 日前掲注 18) では「ガイドラインに従ってなされたような場合、研修として許容されるというべき」とされているが、それ以外にも許容される余地があるのかは定かではない。

また同様のことは救急救命士の病院研修でもいえる。すなわち、救急救命士は救急用自動車等でしか業務を行ってはならないが(救急救命士法 44 条 2 項)、旧厚生省等が作成した「救急救命士病院実習ガイドライン」では病院での研修を認めており、法と国の指針の関係ははっきりとはしていない。

49) 明確性に疑義を示すものとして、大谷・前掲注 5)445 頁、高山・前掲注 47)371 頁、樋口範雄『『医行為』概念の再検討』樋口範雄＝岩田編『生命倫理と法Ⅱ』11 頁(弘文堂、2007)がある。

50) 門久繁幸「判批」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』140 頁, 141 頁 (1976)。

51) 大谷・前掲注 5)454 頁。

52) 佐伯・前掲注 3)5 頁においても、罪刑法定主義の観点から法律による明確化が望ましいとしつつ、そのような立法が困難であるなら問題となった事例やなりそうな事例について「厚生労働省は積極的に行政解釈を示していくべき」としている。

53) 前掲注 12)。

54) 日本看護協会「静脈注射の実施に関する指針」2 頁 (2003)、迫田綾子ほか「安全な静脈注射には何が必要か——看護職の静脈注射実施の現状から考える」看護学雑誌 67 卷 4 号 331 頁, 343 頁 (2003)。

る⁵⁴⁾。

静脈注射が長らく絶対的医行為であるとされてきたのはリスクや難易度が高いためであった。また、「静脈注射」といってもその過程は刺入だけではなく、医師の指示受け、アセスメント、患者への説明、薬剤混合、経過観察、抜針、緊急時の対応など多岐にわたり⁵⁵⁾、さらに水分補給や栄養調整等の輸液から抗がん剤の投与まで様々と与薬する薬剤によってもリスクや難易度が大きく異なる⁵⁶⁾。このようにリスクがあり、また様々な手技を伴う行為を業務とする場合には、医療の安全を確保するためにマニュアルやガイドラインが必要であり、業務範囲に疑義が生じていたことがこのような安全対策にも支障を生じさせていたとすれば大きな問題であったといえる。

次に看護基礎教育の段階で注射業務について基本的な教育、研修が疎かにされてきたという問題がある⁵⁷⁾。静脈注射の実施には単に刺入の手技だけではなく、解剖学、生理学、薬理学、内科学などの基礎知識が必要である⁵⁸⁾。実際、Ⅲ 2(2)で紹介した厚生労働省2002年通知においても、静脈注射を看護師の業務として認めるにあたり、看護師養成機関に対して薬理作用やその他の知識等の静脈注射実施に対応した教育内容を強化するよう要請している。このように、静脈注射を安全に行える看護師を養成するためには、看護基礎教育段階から臨床研修、卒後教育と継続的かつ計画的に教育していくべきである⁵⁹⁾。長い間、業務範囲であるかどうか曖昧であったことが、積極的な教育を阻害してきたといえよう。

以上のように安全体制を確立し、専門性を身に付けた人材を養成するためにも、業務範囲に疑義が生じている状態を放置しておくべきではない。

VI. 再検討の方向性

1 再検討の必要性

Vでは医行為概念が広範で抽象的であることに問題があると述べた。では医行為の現行解釈は再検討すべきであろうか。この点について、現在のように広い医行為概念を採用したうえで医師法17条に抵触するような行為を個別に正当化する手法には限界があり、医行為概念の再検討は必要であると考えられる。以下必要性について詳述する。

まずある行為を医師法上適法と解するための正当化の方法として、医業のうち業務性を否定する手法が採られることがある。しかし、業務概念は「反復継続の意思を持って当該行為を行うこと」というものであり、反復継続の意思さえあれば一回の行為でも該当しうるうえ、営利性や有償性は要求されていないという非常に広い概念である。またこの解釈は、刑法等他の法令との関係上狭くできる余地は小さい。

AEDの事例でこの手法が採られたが、技巧的な印象は拭えず、また「業務の内容や活動領域の性格から一定の頻度で心停止者に対し応急の対応をすることが期待、想定されている者」という曖昧な類型を生むことになった⁶⁰⁾。したがって医行為とされた行為について業務性を認めずに医師法17条の構成要

55) 迫田・前掲注54)342頁、川島みどり「急ぐのはなぜ?『静脈注射は看護師の仕事』」看護教育44巻1号27頁、30頁(2003)。

56) 川島・前掲注55)30頁。実際、日本看護協会・前掲注54)「静脈注射の実施に関する指針」6頁では、静脈注射を「看護基礎教育の現状や看護業務の内容・質・量等」を踏まえて4つにレベル分けし、看護師が実施すべきではないというカテゴリーも設けている。

57) 日本看護協会・前掲注54)「静脈注射の実施に関する指針」2頁、宗正みゆきほか「静脈注射実施における教育プログラムの開発」看護教育44巻1号58頁、67頁(2003)。

58) 菊岡祥子ほか「4年制看護大学を卒業した臨床看護師の静脈注射技術の実践——とまどいながらも学ぶこと」日本赤十字看護大学紀要19巻11頁、17頁(2005)、薬理学について山口悦子「静脈注射実施に関する現場の対応①——医療安全の視点からこまかな検討を」看護学雑誌67巻4号349頁、350頁(2003)。

59) 石本傳江「看護師の静脈注射事故判例に見る業務上・教育上の課題」山陽論叢16巻109頁、119頁(2009)。

60) 前掲注23)。

件該当性を否定することには限界があるといえる⁶¹⁾。

次に医業にあたるとしたうえで、正当業務行為や実質的違法性阻却等の論理を用いて違法性阻却をするという手法もあるが、これにも限界がある。なぜなら違法性阻却は、ある行為が犯罪の構成要件に該当し原則として違法としたうえで、例外的に違法性を否定する論理であるので⁶²⁾、事前に類型的な要件を設定しておき、その様な行為を一括して違法性阻却できる行為とすることには困難さがある⁶³⁾。また要件を立てたとしても、違法な行為を例外的に許容するという論理上、その範囲は狭く解される。

実際、歯科医師の事例における控訴審⁶⁴⁾は、歯科医師の医業研修も正当業務行為に該当しうる場合があったとしたが、その要件は極めて厳格なものであった。また痰吸引の事例で家族以外の者に吸引を認める根拠として違法性阻却理論が用いられたが、十分正当化されたとは評価できない。すなわち注 33) で示したように、実質的に違法性が阻却されるための要件は、目的の正当性、手段の相当性、法益衡量、法益侵害の相対的軽微性、必要性・緊急性の各要件を満たすことだが、法益の衡量については医師法の保護法益である「国家的・社会的法益」と違法性阻却によって利益を受ける患者の「個人的利益」とは性質が異なり衡量の対象になりうるか疑問がある。また法益侵害の相対的軽微性については、行為者が患者との間に「家族」という特別な関係がある場合にのみ相対的に軽微になりうるが、この議論は家族以外の者には当てはまりえないと考えられる⁶⁵⁾。

このように広い医行為概念を採用したうえ

で個別に正当化する手法には限界がある。また I・II で述べたように、医師法が前提としている医療観が変容し、そのことによる齟齬が法解釈の場面においても表れてきている現状に鑑みるに、やはりここで医師が独占すべき医行為とは何かをもう一度検討する必要があるのではないだろうか。

以上から、医行為概念自体に検討を加える必要があると考え、以下再検討の方向性を示す。

2 医行為概念の再検討——広範性への対処

では医行為概念を再検討するとして、どのような規定の仕方や解釈が妥当であろうか。前章で規制の広範性と抽象性が問題であると指摘した。そこで規制の範囲が広すぎるという問題を解消するために規制範囲を現行解釈よりも狭くすることが考えられる。具体的には現行の「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という解釈の「医師が行うのでなければ」という部分をより重視し、多少のリスクは存在する行為であるが医師でない者でも通常の注意を払って行えば安全にできる行為は医行為ではないと解するべきである。

さらに広い医行為概念の要因の一つとなっている間接的・消極的危険については規制範囲から外すか、規制するとしても、直接的な危険が発生することが明らかでかつそれが重大であるときにのみ規制範囲とするなど限定的な解釈運用をすべきである。そもそも間接的・消極的危険の規制については、その処罰の必要性について疑問がある⁶⁶⁾。もちろん

61) なお業務概念から医業該当性を制限しようとする試みとして高山・前掲注 47)381 頁がある。

62) 前田・前掲注 41)322 頁。

63) 樋口ほか・前掲注 26)113 頁〔大原光博発言〕においても、「行為が行われる前に事前にこういう要件であれば正当業務に当たりますとか、緊急避難に当たりますということはちょっと言いにくいという限界が」と述べている。

また平林・前掲注 7)603 頁においても痰の吸引の違法阻却の考え方に触れ、本来事後の評価である違法性阻却の考え方を事前の評価に用いていることの問題点を指摘している。

64) 札幌高判平成 20 年 3 月 6 日前掲注 18)。

65) 平林・前掲注 7)601 頁。

66) 町野朔「判批」警研 50 卷 7 号 64 頁、69 頁 (1979) は医学知識の普及と実質的に医業プロフェッション自体の保護になることを理由に間接的危険性を規制対象とすることに疑問を呈している。

間接的・消極的危険であるからといってその危険の程度が必ずしも低いわけではない。しかし処罰の外縁が不明確であることや直接的危険が生じた時点で規制すれば足りる場合もあることから、規制範囲は限定してもよいと考える。

以上のように解釈すればAEDの使用のように、生命身体に対する危険を防止するために医師の専門的判断や技術が不要である行為について医行為該当性が否定され、また痰吸引のような問題が生じた際にも、より早期に柔軟な対応が採れるようになる。

3 医行為概念の再検討——抽象性への対処

次に規定が抽象的すぎるという問題への対応を考える。医師法17条は医療従事者だけではなく広く無資格者の医業を規制する規定であり、前節で検討したように一律に規制範囲を狭くすることだけで妥当な規制範囲を導くことには限界がある。そこでより具体的な解釈をすることが必要になってくる。

Ⅲでいくつかの事例を紹介したが、いずれも医行為とされてきた行為を担う主体、状況、場所等が異なる。また本稿では取り上げていないが、医師法17条の規制が問題となりうる事例は他にも、薬剤師の調剤、救急救命士の気管挿管、糖尿病患者によるインシュリンの自己注射等多々挙げられるが、やはり具体的態様は様々である。このように医師法17条が登場する場面は非常に多様であり、判例上でも詐欺目的で患者を診察し独自の治療をした事案⁶⁷⁾から、コンタクトレンズ処方のために検眼及びレンズを着脱した事案⁶⁸⁾まで、様々な事案が存在する。このように多種多様な事案に対して個別の事情を全く考慮せず、一律に規制することには無理があるのではないだろうか⁶⁹⁾。

そこで、医師法17条の解釈運用において

もある程度類型化して解釈することが妥当なのではないかと考える。

具体的には以下のように行為を類型化し、それぞれについてどの程度の危険性のある行為まで許容されるか、許容されるための考慮要素は何か、といった事項を危険性の判断基準として設定することが考えられる。

- 場所によって、病院（医師がそばにいる）、在宅、救急現場
- 主体によって、業法上の資格保持者、家族、一般人
- 目的によって、治療、介護、研修、緊急

例えば、「在宅で介護のために傷病者をケアする者については、①医師による包括的指示②当該行為に要する技術の習得度③患者若しくは家族の同意等のプロセスの存在により医行為該当性を判断する」といった解釈規定を設けることが考えられる。また業法上の資格保持者については、後述するように行政的制裁が可能であるので刑法上の威嚇はより限定的に解するよう規定する。このように規定すれば、在宅で介護をするような者と詐欺目的で健康診断をするような者とを同一に規制するという現行法の不合理を回避できる。また、どのような要件を満たしていれば当該行為ができるのか判断しやすくなる。

もちろん、このような解釈規定を設けたからといって具体的な行為が医行為に当たるか否かが条文から直ちに導かれるようになるわけではない。しかし、現行法のように極めて抽象的な条文からあらゆる解釈を導きだしている現状よりも、類型化された行為の中で解釈を積み上げていく方が、より明確な基準を立てていくことができるだろう。

これに対して、このように解釈を類型化する規定を設けると医師法がその趣旨目的から抽象的危険を規制の対象としていることと矛

67) 最判昭和30年5月24日前掲注3)。

68) 最決平成9年9月30日前掲注3)。

69) 最決平成9年9月30日前掲注3)の事例では日本眼科医会が実施する眼科業務に関するOMAと呼ばれる資格を被告人が有していたことはコンタクトレンズ着脱という医行為の危険性の判断において何ら考慮されなかった。

盾しないかという批判が出てくるかもしれない。しかし抽象的危険犯といっても、具体的な事例において（抽象的であるにはしても）一定の危険が発生することが、犯罪の成立に必要なである。そして当該事例における具体的な事情により法文が想定している危険が発生するに至らなかった場合には、犯罪の成立を認めるべきではない⁷⁰⁾。

そして医行為についても、その行為の危険性を判断するにはある程度具体的な事情を勘案しなければ判断できない⁷¹⁾。例えば痰の吸引は通常であれば容易な処置であるが、まれに極めて固い痰がからみ除去に高度の技術を要する場合があるから抽象的に見れば危険な行為であるとされる⁷²⁾。では、そのような高度な技術を要する事例に出会った際に医師に連絡する等適切に対処ができる者が行う痰の吸引にまで抽象的危険とはいえ危険が存在しているといえるであろうか。

このように法文が想定する危険がどのような場合に発生するのかを明らかにし、妥当な規制範囲を導くためには、上記のような解釈規定を政令や規則に（できることなら条文に）置くことが必要なのである⁷³⁾。

4 適用範囲を狭めることに問題はないか

上記のように規制範囲を限定し医師法17条の適用範囲を狭めてしまうと、その目的すなわち国民の生命及び健康に対する危険の防

止という目的を十分に達成させられなくてはならないかといった疑問も生じうる。しかし上記目的を達成する手段は医師による業務独占に限られないと考える。そこで他の方法を提示することで規制範囲を限定することの弊害は小さいことを示す。

まず、過失傷害致死傷罪や傷害罪、殺人罪等の刑法上の処罰を用いることが考えられる。すなわち、公衆衛生のための規制は個別のケースにおける事故の防止をも目的としているといえ、事故になった場合には刑法の適用の余地があるのだから、全てを医師法で規制しなくても、刑法の適用で足りる部分もあるのではないだろうか⁷⁴⁾。

また、刑罰法規によらなくても民事賠償による事後的制裁によっても安全性は担保されると考える。民法上の制裁も刑法上の制裁も、どの要素を重視するかは異なるとしても①加害者の処罰、②被害者の満足、③被侵害利益の填補、④社会秩序の回復、⑤反社会的行為の予防といったことを目的としており⁷⁵⁾、ある行為に対する抑止効果は不法行為法によっても担保される。また、不法行為による一般的な抑止効果だけでは不十分であるとするならば、医師法17条の適用範囲を狭めたことによって医行為から外された従来医行為とされてきた行為について、そのような行為から損害が発生した場合には、過失を推定するといった規定を設ければ、抑止効果を高めることができる。

次に、行政上の手段を用いることも有効で

70) 山口厚『危険犯の研究』233頁（東京大学出版会、1982）。なおこのような具体的な事情とは「例外的な特別の場合にしか認めることはできない」（山口・同234頁）とも述べられているが、これは法文上規定された行為が行われたときには処罰根拠をなす抽象的危険の発生が一応認められると考えられることを前提にしており、そのことはつまり抽象的危険を生ぜしめる行為が法文上明確に規定されていることをも前提としている（山口・同226頁）。したがって、医師法17条のようにその構成要件が不明確な場合には、具体的な事情をより広く勘案してもよいと考える。

さらに抽象的危険犯においても危険が全くない場合には犯罪を構成しないとした判例として最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁がある。この事例も医業類似行為という明確性の程度が低い構成要件該当性が問題になっていることが限定解釈を導いた要因になっているのではないだろうか。

71) 佐伯・前掲注3)5頁においても、「医行為の概念も、当該行為が行われた態様・状況を総合的に考慮して判断されるべき」としている。

72) 平林・前掲注7)596頁。

73) 大谷・前掲注5)456頁においても「在宅医療に特有の基準を設けて、医師がなすべき行為か否かの具体的決定をしておくべきであろう。」と述べているが、それをより一般化して考えたのが本稿の提案である。

74) 高山・前掲注47)372頁。

75) 我妻榮ほか『民法2（第3版）』424-425頁（勁草書房、2009）。

ある。この方法について、看護師等医師以外の医療従事者についてはその資格の停止や剥奪といった業法上の処分をすることが考えられる。医療従事者にとって、医行為は身近であり医師法違反を犯しやすい反面、一般人よりも当該行為を行うことによって生じる危険性は低い。したがってそのような者については刑罰による威嚇よりも資格に対する行政上の処分の方が柔軟かつ効果的に規制しうる。また医療従事者ではない一般人については行政上の秩序罰を課すことが考えられる。

さらに名称独占の規定を活用することも効果があると考えられる。医師法 18 条は「医師でなければ、医師又はこれに紛らわしい名称を用いてはならない。」として名称独占を定めているが、名称独占の目的は一般に当該名称に寄せた一般人の信頼を保護し不測の損害を防止することである⁷⁶⁾。したがって業務独占の目的と重なる部分もあり、しかも名称独占による規制のほうがより緩やかであるといえる⁷⁷⁾。

最後に、独占から解放しても市場原理によってサービスの質が保たれるとも考える。

市場原理の活用について、一般に医療サービスの市場は需給の間に情報の非対称性が存在することから市場原理が働きづらいと考えられる。しかし、情報の非対称性を解消させる手段はいくつか考えられ、例えば「第三者による情報の提供」や「サービスの標準化」といった手段が存在する⁷⁸⁾。これを医療に当てはめてみると、前者は当該医療サービスに対する医師の監督や指示の有無を明示させる、後者は一定の行為については資格化させ

るといった方法によって実現できそうである。もちろん、市場原理に全てを委ねて安全性を確保するというのは非現実的であると思われるが、刑罰によらずとも行政による市場への一定の介入で安全性を確保できる部分はあると考えられる。

医業独占による規制の必要性を否定しようとは考えていない。しかし危険が生じそうな行為を全て刑罰法規で規制するという方法が妥当かどうか再検討していく必要はあるだろう⁷⁹⁾。

VII. 結び

本稿では、医師法 17 条、とりわけ医行為概念について事例を通して問題点を論じてきた。医業独占の規定は旧医師法制定時（1906 年）から今日まで文言・解釈ともに基本的に変わっていない⁸⁰⁾。規制は守られる利益と失われる利益がバランスを得ているからこそ正当化しうるものである。医師法が前提とする医療観や医師の役割が変化している中で 100 年もの間、同一の解釈を維持し続けて、果たしてこのバランスは保たれているのだろうか。もしバランスを保つ支点がずれてきているのならば、それに合わせて解釈を変更する必要があるだろう。

もちろん明治時代から解釈運用が不変などという事態は法律の世界では珍しくないだろう。ただ、旧医師法は日本が近代的な医療制度を整えていく中で制定されたものである。さらに遡って、日本に初めて西洋医学教育を前提とした医師開業免許制度が設けられたの

76) 技術士の名称独占が争われた判例（最判昭和 40 年 3 月 5 日民集 19 卷 2 号 213 頁）の控訴審（東京高判昭和 36 年 12 月 19 日民集 19 卷 2 号 227 頁）では技術士の名称独占の目的として「技術士に權威と信用を与えて技術士というものに対する社会的認識と信頼とを深め」ることを挙げている。

77) 佐伯・前掲注 3)5 頁でも、「非医師が非医師として行えば医行為とされない行為であっても、医師による治療行為として行えば、原則として医行為と解することができる」と述べているが、このような場合については行為そのものの危険性よりも「医師」として行っていることが保健衛生上の危険を生じさせていると考えられるので、名称独占規定でも対応できる。

78) 伊藤元重『入門経済学（第 3 版）』229 頁（日本評論社、2009）。商品品質についての情報に非対称性がある場合、例えば鑑定士による鑑定結果を商品に付与すること（第三者による情報提供）や、当該商品について商品規格を設ける（サービスの標準化）といった方法を用いることで情報の非対称性の問題を解消することができる。

79) 医行為概念の再検討を主張するものとして、平林・前掲注 3)86 頁、樋口・前掲注 49)14 頁、辰井・前掲注 11)7 頁が挙げられる。

80) 「免許ヲ受ケズ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」旧医師法（明治 39 年法律第 47 号）11 条 1 項。

は、公衆衛生制度の総合規定である医制が発布された1874年のことであるが⁸¹⁾、その当時はなお旧来の漢方医が多数を占める状況であった⁸²⁾（そこで医制の実施は条件が整ったものから順次施行するというかたちがとられた⁸³⁾）。したがって従来開業の「医師」との摩擦を避けつつ近代医学に立脚した医師制度を確立することは難事業であり、漸次医師制度の充実を図る方針がとられた⁸⁴⁾。

そのような背景の中、医学教育が発達して近代医学教育を受けた医師の数がしだいに増加し、各種医師団体が生まれてきて、医師に関する総合規定を設ける必要性が生じてきたことによってようやく制定することができたのが旧医師法である⁸⁵⁾。

したがって、医業独占規定も公衆衛生目的だけではなく、医療提供者について西洋近代医学教育を受けた者に限定して、西洋近代型の医療制度を確立しようとする政策目的をも有していたことは否定できないだろう⁸⁶⁾。

しかしその様な政策目的は一応達成され、時が経過し、医療を取り巻く環境が医師法制定時から大きく変わった現在において、従来の解釈を維持し続ける合理的理由は未だに存在しているであろうか。

さらに、医行為概念を再検討する際には、医療関連業法全体の見直しも視野に入れるべきである。すなわち医行為概念の再検討や医行為の担い手の拡張の必要性が生じてきたのは、専門業種間の役割分担や関係性が変化し

ていることを一つの背景にしている。今日では医療の専門分化やチーム医療、在宅でのケアの推進といったことが医師と他の医療従事者との関係を変えつつあり、そのことが法解釈にも影響を及ぼしている。このように考えると医師法17条を再検討するだけでは不十分であり、Iでも述べたような縦型の医療法制全体について検討を加えることが必要になる。すなわち医師の下にいる医療従事者が医師の指示を一方的に受ける関係を前提とした法制度を見直し、医師の指示に対し疑義があればそれを指摘し、また医師に対して提案し、協力して患者の治療にあたっていく双方向の関係を構築できるよう、法制度を形作っていくべきである。法律論として具体的には薬剤師における疑義確認義務⁸⁷⁾を他の業種にも設けることや、一部の業法に規定されている「他の医療従事者との連携義務」⁸⁸⁾をより具体化することが考えられる⁸⁹⁾。

ただ、留意すべきことは患者や傷病者のためには誰が当該行為を行うのが最善であるかという視点を忘れないことである。医師不足や医療費の削減といった目先の課題に対して対処療法的に安易に職掌を変更させるようなことがあっては、それこそ国民の生命及び健康に重大な危険が生じうるだろう。

医師法及び関連法規は公衆衛生の観点から最善な役割分担を実現するために、時代に合った再検討・再解釈がなされていくべきである。

81) 厚生省医務局編『医制百年史記述編』13-14頁（ぎょうせい、1976）。

82) 厚生省医務局・前掲注81)7頁。

83) 厚生省医務局・前掲注81)17頁。

84) 厚生省医務局・前掲注81)31-34頁。

85) 厚生省医務局・前掲注81)71-73頁。

86) 無資格者による医業を広く規制し、それと呼応するかたちで医師に応召義務を課すこと（応召義務は旧法下では旧刑法等に規定され（「左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ一日以上三日以下ノ拘留ニ処シ又ハ二十銭以上一円二十五銭以下ノ科料ニ処ス 九 医師穩婆事故ナクシテ急病人ノ招キニ応セサル者」旧刑法（明治13年太政官布告第36号）427条9号、「診療ニ従事スル医師又ハ歯科医師ハ診療治療ノ需アル場合ニ於テ正当ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」国民医療法（昭和17年法律第70号。現行医療法の制定に伴い廃止）9条、同法76条1号ノ2に罰則規定）罰則が付されていた。）は、国家が認めた「近代的医師」による医療制度を確立する観点からは合理的な施策であろう。

87) 薬剤師法24条は「薬剤師は、処方せんに疑わしい点があるときは、その処方せんを交付した医師、歯科医師又は獣医師に問い合わせ、その疑わしい点を確かめた後でなければ、これによって調剤してはならない。」と定め、同法32条6号で違反者に罰金を科している。

88) 例えば救急救命士法45条では「救急救命士は、その業務を行うに当たっては、医師その他の医療関係者との緊密な連携を図り、適正な医療の確保に努めなければならない。」とされている。ただし罰則規定はない。

89) 山田雅之「真のチーム医療実現に向けた現行資格法制の再考」年報医事法学19号34頁、38-40頁（2004）。

* 最後に本稿の元となったりサーチペーパーの執筆にあたり，論文の書き方のいろはからご教授していただき，また内容について多くのご示唆をくださった樋口範雄先生にこの場を借りて厚く御礼申し上げます。

(あまの・りょう)