

判例からみた柔道整復と医業類似行為

中 村 敏 昭

目 次

- I 高齢化社会の進展と柔道整復に対する需要の増加
- II 柔道整復師の民事責任・刑事責任・行政責任
- III 柔道整復師の業務
- IV 柔道整復にかかわる民事判例（損害賠償請求事件）
- V 柔道整復にかかわる刑事判例（業務上過失致死傷事件）
- VI 無資格者の医業類似行為

I 高齢化社会の進展と柔道整復に対する需要の増加

1. 高齢化社会とは

高齢化社会とは総人口中高齢者（満 65 歳以上の者）が 14%以上を占める社会をいう。

主要各国の高齢化率（%）

	日 本	イタリヤ	ギリシャ	アメリカ	イギリス	フランス	ド イ ツ
1880（明治13）年	5.72	5.12	3.53	—	4.62	8.11	4.72
1950（昭和25）年	4.94	8.26	6.79	8.26	8.13	11.38	9.72
1970（昭和45）年	7.07	5.11	3.63	9.84	12.94	12.87	13.69
1995（平成5）年	14.54	16.78	15.87	12.54	15.87	15.01	15.47
2000（平成12）年	17.24	17.92	17.92	12.51	16.03	15.93	16.35
2010（平成22）年	22.04	20.81	15.79	13.20	17.13	16.65	19.81
2020（平成32）年	26.85	24.06	22.67	16.62	19.82	20.15	21.57
2030（平成42）年	27.97	29.10	26.16	20.65	23.07	23.16	26.15
2050（平成52）年	32.29	34.90	34.25	21.73	24.89	25.52	28.37

高齢化率が7%～14%、10%～20%になるのにかった年数は、それぞれ日本は24年と21年、イタリヤは61年と41年、ギリシャは40年と41年、アメリカは71年と56年、イギリスは47年と75年、フランスは115年と77年、ドイツは40年と70年である。

日本の場合は、21世紀の総人口中に占める65歳以上の人口の比率（高齢化率）は、おおよそ25%～30%前後で推移するものと推計されているから、人口の1/4強が高齢者ということとな

る⁽¹⁾。

また高齢化率の進展の速度が問題となるが、フランスが115年で到達した（7%～14%）のを、日本は24年でそうなったわけだから、社会の諸制度の改変や家族制度の対応が困難となってくるのは必然であり、これをどのようにしていくかは、政府の政策と国民の主体的な意識の変革が要請されることになる。

2. 柔道整復に対する需要が高まる理由

上記のように高齢化社会の進展に伴いあん摩、マッサージ、指圧、はり、きゅうに対する需要は当然に増加する。というのも、肩とか腰の痛みなどの症状の場合のように必しも医師による適切で迅速な治療手段があるとはいい難いような慢性的な疾患をかかえる高齢者が多く、現状では患者は医師の対応に必しも満足しているとはいえないので、権威主義的だと患者が考えがちな医師よりも柔道整復師やマッサージ師による治療の方が気軽にかかれるという時間的・心理的安心感があること、柔道整復は打撲と捻挫、医師の同意があれば骨折・脱臼は治療費の2～3割を払えば残りは保険負担になるので（受領委任払い）、この面からもかかりやすい感がある。

日本の医師は伝統的に患者の痛みを軽視してきたきらいがあり、上述のように適切な治療手段をもたず、もっぱら「安静と薬」等を手段としてきた。

痛みは患者の不安・不満で強まり、満足で弱くなる傾向があり、「満足感は明らかに効果と関係があり、手を触れ、医療以外の話をしながらの治療は満足度が高く、効果もあがる」⁽²⁾ともいわれる。こういうところが、マッサージ、指圧、柔道整復に対する需要の高まる原因といえよう。

II 柔道整復師の民事責任・刑事責任・行政責任

1. 民事責任

他人の権利あるいは利益を違法に侵害した者が私法上負う責任であり、普通には不法行為責任をさすが、広く契約（債務）不履行責任をも含めて損害賠償責任一般をさす場合もある。

損害賠償責任 { 不法行為責任（民法709条、714条など）
債務不履行責任（民法415条など）

民事責任は被害者に対する責任であり、現実には被害者に生じた客観的な損害の填補を目的とする。また民事責任が損害の填補を目的とする以上、それが故意によるか過失によるかを問わない。また当然ながら損害がなければ賠償の必要はない。

民事責任と刑事責任はそれぞれ目的を異にする別個独立の制度であるが、民事責任が課せられる違法行為は、同時に犯罪として刑法により処罰（刑事責任）されることがある⁽¹⁾。

2. 刑事責任

犯罪者に対する応報または教育を目的とし、あわせて犯罪を予防し社会の秩序を守ることを目的とする。

刑事責任は社会ないし国家に対する責任であり、民事責任と違って故意か過失かにより責任の軽重を異にし、未遂でも罰する。

このような民事責任と刑事責任との目的との違いから、犯罪類型が厳密に限定されるから故意か過失かの区別が重視され、とくに過失の認定については刑事責任においてはきびしいとされている。

具体的には、例えば車を運転していてわき見運転で人をはねた場合、違法な反社会的行為として刑法の211条前段の業務上過失致死傷罪が適用され、5年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金が予定されている。

業務上過失致死傷罪とは、行為者が業務上必要な注意を怠って人を死傷させた場合であり、過失が業務上のものであるところに重点があるとされる。業務上の過失が通常過失に比較して重く罰せられる理由については、業務を行う者は通常人と異なった特別に高度の注意義務が課せられているから、これに違反すれば重い責任が帰せられると解している（判例・通説）。

ここでいう業務とは「人が社会生活を継続する上で、反復継続してする仕事」（判例）とされるが、この概念は拡大され、危険行為を反復継続する状態を一切業務とし、自家用車の運転時の過失も業務上の過失とされることになっている。

3. 行政責任

上記の例では、自家用車を運転していてわき見運転（過失）で人をはねた場合、被害者に対する損害賠償責任（民事責任）にとどまらず、刑事責任（業務上過失致死傷）をも追及され、その結果運転免許が停止されたり取消されたりすることがある。

また柔道整復師が医師の同意なしに脱臼または骨折の患部に施術をしたり、患者から風邪の治療を依頼されて承諾し、反復継続して誤った治療行為を継続し、患者側の突飛な看護方法もあいまって患者を死亡させたり（後述Vの柔道整復にかかわる刑事判例）、また保健の請求で不正を働いたりすると「柔道整復の業務に関し犯罪又は不正の行為のあった者」（柔道整復師法4条3号）に該当し、「柔道整復師が第4条各号のいずれかに該当するに至ったときは、厚生大臣はその免許を取消し、又は期間を定めてその業務の停止」（同法8条1項）を命ぜられることがあるが、このような行為が行政処分であり、このような場合の運転手や柔道整復師の責任が行政責任である。

Ⅲ 柔道整復師の業務

1. 柔道整復の定義

判例は、柔道整復とは「打撲、捻挫、脱臼、骨折等に対して外科的手術、薬品の投与またはその指示をする等の方法によらない応急的または医療補助的方法により、その回復を図る施術」⁽⁴⁾とする。

行政解釈は、柔道整復師の業務は、脱臼、骨折、打撲、捻挫等に対してその回復を図る施術を業として行うものである⁽⁵⁾とする。

また柔道整復術の現代的意義として「柔道整復術とは、運動器の皮下損傷に対する施術である。すなわち、骨、筋、関節を主体とする運動器に各種の外力が加わり、それによって生ずる骨折、脱臼、打撲、捻挫や軟部組織損傷の患部あるいは受傷部に対し施術するものである（施術とは、柔道整復術を行うことをさす）。

施術目的は、患部の肉体的な苦痛を一刻も早く取り去り、患部の回復を図り、早期に社会復帰させることにある。このためには、適切な施術、治療に努力するのは当然であるが、医師と同様に、患者からの信頼と尊敬を得るような人間性の向上と高度の医学的知識の修得が必須である。今後も、現代医学の成果を十分に取り入れ、時代に遅れないように常に研究し、施術面でも医学的、科学的解明を十分に図りながら進めていくことが必要である」⁽⁶⁾と説かれている。

2. 業務の停止

「医師である場合を除き、柔道整復師でなければ、業として柔道整復を行ってはならない」（柔道整復師法 15 条）。

「次の各号のいずれかに該当する者は、30 万円以下の罰金に処する。…第 15 条の規定に違反した者」（同法 26 条 1 項 2 号）。

この規定により柔道整復師の資格を有する者でなければ柔道整復を業としてはならないことになるが、「医師である場合を除き」とあるから、医師と柔道整復師のみが柔道整復を業とすることができるのである。

3. 外科手術、薬品投与等の禁止

「柔道整復師は、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」（同法 16 条）。

外科手術、薬品の投与とその指示等の行為は、いずれも医行為でありしかも医師の専権事項

(絶対的医行為)であるから、医師以外の者が行えば危険な行為である。

薬品の投与とその指示が禁止されているが、柔道整復師が患部を薬品で湿布するような行為は、理論上は薬品の投与に含まれる。しかしその行為が危険性がなく、かつ柔道整復師の業務に当然に伴う程度の行為であれば許される⁷⁾。

法 15 条, 17 条違反に対しては、それぞれ罰金 (30 万円, 20 万円以下の罰金) があるが、16 条違反に対し罰則規定がない。

16 条が禁止するのは「外科手術, 薬品投与とその指示」であり、もとよりこれらの行為だけではなく他の医行為 (診断や注射の決定や指示など) も、医師以外の者には当然に禁止されている (医師法 17 条)。したがって、柔道整復師がこのような行為 (医師法 17 条によって禁止されている行為) を行えば、柔道整復師法に罰則の規定がなくても、医師法 17 条・31 条で罰則を予定しているのである (懲役 2 年以下, 罰金 2 万円以下)。

ここで医行為につき簡単にふれておくことにする。

「医行為とは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 (公衆衛生上または保険衛生上) に危険を生ずるおそれのある行為をいう」とされる。

したがって、医師のみが行うことができる行為だが、しかし医行為であっても医師の指示等により医療補助者が行うことが法により認められている場合もある。

例えば看護婦 (士) は保健婦・助産婦・看護婦法 5 条により、診療の補助 (と傷病者若しくはじょく婦に対する療養上の世話) を業とすることが認められている。しかし診療の補助はあくまでも医師の指示・同意・立会い等が必要とされている。保助看法 37 条も「医師の指示がなければ診療機械を使用し、医薬品を授与し、又は医薬品について指示をなしその他医師若しくは歯科医師が行うのでなければ衛生上危険を生ずる虞のある行為をしてはならない」と規定している。

また診療放射線技師も「医師又は歯科医師の指示の下に放射線を人体に対して照射することを業とする」(診療放射線技師法 2 条 2 項) と規定されている。

いずれの場合も医師の指示の態様や程度が問題にされることになる。

原則的には医師と医療補助者の関係は対等ではなく、医師の指示を前提として一種の主従関係に立つことが患者に適切な治療を供給するために必要であろう。

したがって、これらの医療補助者は医師の指示に従い適切な行動をとっている限りは、診療の結果につき患者に対して責任を負うのは医師であって医療補助者ではない。

ただし保助看法によれば、看護婦は「診療の補助」については上記のとおりだが、「療養上の世話」については看護婦本来の業務であり、看護婦が主体となる業務である。

いわば医師の指示がなくても保険衛生上危険を生ずるおそれがない行為に限定されるが、具体的には新生児の沐浴, 哺乳, 検温, 体重測定などが該当する。

医行為は { 絶対的医行為①
 { 相対的医行為② } とに分けることができる。

① 医師の専権事項であり、医師自身が行うのでなければ危険を生ずるおそれのある行為だから、看護婦その他の医療補助者は医師の指示や立会い等があっても業とすることを禁止されているのである（医師法 17 条）。

医師の指示や立会い等があっても看護婦等の医療補助者が行うと危険を生ずるおそれがあるからであり、医療補助者が医師の指示や立会い等がなしに勝手にやれば医師法違反になることはいうまでもない。

問診、診断、注射の決定や指示、投薬、処方、手術（美容整形手術、人口妊娠中絶、不妊手術、移植のための臓器摘出手術等の手術を含む）、眼球注射、麻酔、療養方法等の指導、診断書・処方せんなどの作成等である。

診断は絶対的医行為だから、医師でない者が、「貴方は肝臓が悪い」、足の裏を見て「貴方はがんにかかっている」といったり、「貴方の病気は背中が曲っているからで矯正すれば病気は直る」といったりすることはすべて診断行為であり、このような行為を業とすれば医師法 17 条違反となる。

② 医師の指示・立会いあるいは包括的同意があれば、看護婦等の医療補助者もなしうる行為である。

静脈注射を除く皮下・皮内・筋肉注射等（輸液・輸血を含む）、採血、血圧測定、与薬（経口、経鼻、経皮膚、膀胱内）、眼底カメラ撮影、診療放射線の人体への照射、診療機械の取扱い、手術の準備ならびに介補、創傷処置介助、生命維持管理装置の操作、心電図・脳波・呼吸機能・聴力・眼底などの各種検査その他である。

4. 施術の制限

「柔道整復師は、医師の同意を得た場合のほか、脱臼又は骨折の患部に施術してはならない。ただし、応急手当をする場合はこの限りでない」（同法 17 条）。

17 条の反対解釈としてではあるが、判例は「柔道整復師がその知識と技術をもって脱臼、骨折に至らない打撲あるいは捻挫等比較的軽度の身体的障害に対して施術をなすことを容認されているものと解すべく、従って柔道整復師としては本件のような打撲については医師の指示なしに治療行為をなすことを適法といわなければならない」⁽⁸⁾とする。

(1) 医師の同意

この場合の医師の同意は、医師が患者を診察した結果の同意でなければならないが、柔道整復

師が直接医師から得ても、患者が医師から得たものでもどちらでもよい。

ここで医師の同意を必要とする理由は、骨折または脱臼のような重い障害の場合には、まず医師が患者を全身的に診察し、患者の治療につき医師自身が担当しなくても、柔道整復の方法によっても差し支えないという医師の判断が必要だからである。またこの同意は、口頭か書面かを問わない。

しかし医師が患者を診察せず電話で容態を聞いただけで同意をすることは、医師法 20 条にいう無診療治療の禁止に違反すると考えられるから許されないと解すべきであろう。

医師の同意なしに治療を継続すると医師法 17 条違反で 20 万円以下の罰金、さらに柔道整復師法 4 条 3 号および 8 条により「柔道整復の業務に関し犯罪又は不正の行為のあった者」に該当し、業務停止等の行政処分を受ける。

なお社会保険診療上は、マッサージ、はり、きゅう等についての同意の取扱いは、初診から最長 6 か月と解されるが、柔道整復については特に規定はなく、医師が同意した旨の記載が施術録にあればよく、医師の同意書の添付がなくても社会保険関係療養費の請求をすることができる。

また社会保険診療上では、後療科が設定され温罨法などについても認められている。

なお「保険医は、患者の疾病又は負傷が自己の専門外にわたるものであるという理由によって、みだりに施術業者の施術を受けさせることに同意を与えてはならない」（保険医療機関及び保険医療養担当規則 17 条）とされている。

また医師会などの申し合わせ等により、医師が柔道整復師から脱臼、骨折の患部への施術につき同意を求められた場合に、正当の事由なく同意を拒否することのないように指導する、との厚生省の通知もある⁽⁹⁾。

同意を求める医師は医師であればよく、必しも整形外科・外科医に限られない⁽¹⁰⁾。

(2) 応急手当

脱臼又は骨折の患部の施術は医師の同意を必要とすることは上記のとおりである。しかし、17 条ただし書は「応急手当をする場合は、この限りでない」とする。

この場合には、どの程度までを応急手当が必要な場合とするかが問題となる。

本来、患者は医師の診察を受け、その結果のいかんによって柔道整復による治療で差し支えないとの同意を医師から得て、柔道整復師が治療を行うことになる。

しかし骨折又は脱臼の場合に、医師の診察を直ちに受けられないこともあるし、また医師の診察を受けるまで放置すると患者の生命・身体に重大な結果を生ずるおそれがある場合に、柔道整復師がその業務の範囲内において一応整復する程度の行為をいう。

したがって、応急手当であっても、柔道整復師の業務に含まれない止血剤や強心剤の注射や X

線撮影などももちろん許されない。

応急か否かの判定に厳格に解釈すべきであり、応急手当後、医師の同意を受けずに引き続き治療をすることはできない⁽¹¹⁾。

このような場合に、柔道整復師が応急手当として治療をすることができるのは、医師の診察を受けるまでの2~3日、長くても1週間程度を限度とするのが社会通念であろう。

5. 柔道整復とあん摩・指圧・マッサージ

柔道整復を行うに際し、社会通念上当然に柔道整復に付随するとみなされる程度のあん摩・指圧・マッサージをすることは差し支えない。しかし柔道整復の治療が完了後の患者に対し、単にあん摩・指圧・マッサージのみの治療を必要とする患者に対しその行為を行うことは、医師または患者の要請があっても1条（旧法）違反とされている⁽¹²⁾。

6. レントゲン撮影

人体に対する放射線行為は医行為であるから、医師、歯科医師又は診療放射線技師でなければ業として行うことはできない。

ただし人体に対する放射線行為は相対的医行為だから、診療放射線技師が放射線を人体に対して照射する場合には、医師又は歯科医師の指示が必要であり、しかもこの場合の指示は具体的指示とされる（診療放射線技師法24条、2条2項、26条）。

したがって柔道整復師がレントゲン撮影の経験を有していたとしても、（初診の際に初診時以外の場合も当然に）レントゲン撮影をすることは、レントゲンを使用して診察または治療をすることになるので柔道整復業の範囲をこえる⁽¹³⁾。

診療放射線技師の資格を有する柔道整復師であっても、医療法にいう病院又は診療所でない施術所で放射線の照射行為やそれに基づく診断行為をすることは許されない⁽¹⁴⁾（診療放射線技師法26条2項本文）。

したがって柔道整復師が診療放射線技師の資格を有していても、その施術所での放射線の照射行為は許されないし、診断は医師のみに許される絶対的医行為であるから、診療放射線技師には許されず、また柔道整復師の業務にも含まれず、いずれの場合にも医師法17条違反（懲役2年以下、罰金2万円以下同法31条1号）である⁽¹⁵⁾。

柔道整復師が患者に医師を紹介することはしばしば行われるところであるが、その時に医師にX線による写真撮影のみを依頼することは許されるであろうか。

医師からみると、このような柔道整復師の依頼（ひいては患者の依頼）を拒否することか医師法19条1項の診療（応招）義務違反にならないか、ということにもなる。

診療をぬきにして、X線の撮影とその写真の交付のみの依頼であれば、これを拒否することは無診療治療との関係で、診療拒否につき正当事由があることになり、19条1項違反とはならない。

医師がこのような柔道整復師の依頼を引受ければ、柔道整復師は医師から交付された写真により診断と治療をするのを認めることとなり、医師が無診察で柔道整復師の施術に同意を与えるのと同じことになるわけだから、柔道整復師としてはこのような依頼はすべきでないし、医師もこのような依頼があればこれを拒否することが望ましい。

判例も柔道整復師の放射線照射については厳しい態度をとっている（①大審院昭和11・6・16判決，②最高裁判所第1小法廷昭和58・7・14判決，③最高裁判所第1小法廷平成3・2・15など）。

①，②，③ともに被告人である柔道整復師が、免許（医師，歯科医師，診療放射線技師など）がないのに人体に放射線を照射して、医師法あるいは診療放射線技師法などに違反して有罪とされた事例である。

①は柔道整復術業者が、医師の免許を受けていないのに拘らず、手のひらに刺した縫針の一部が体内に残留した患者にレントゲン照射機を用いてその場所を探して診察するなど業としてレントゲン照射機を使用して人の負傷もしくは疾患の部位を透視して骨折の有無，疾患の状態等を診察し，旧医師法11条1項違反で罰金50円を科された事例である。

判旨は「…柔道整復術ヲ営ム者ハ一般医学上ノ知識ヲ有セサルヲ通常トスルカ故ニ医師ノ免許ヲ受ケシテ技上ノ如キ人体ニ危険ナル設備ヲ使用シテ骨折ノ有無等ヲ診察シタルトキハ医師法第11条ノ制裁ヲ免レサルモノトス」とする。

②は同じく医師，歯科医師，診療放射線技師の免許を有しない柔道整復師のYが，昭和46・3・30から同53・9・25までの間476回にわたり合計220名の人体にX線を照射し，これを業として診療放射線技師法違反とされた事例である。

弁護人は，柔道整復師が自己に許容されている範囲内での施術，治療を有効かつ適切に行うために，X線による診断を行うことは有益であり，かつ必要性の高いもので，社会的にも許容されているから，右行為は可罰的違法性はなくあるいは柔道整復師としての正当な業務ないし社会的正当行為⁽¹⁶⁾と解すべきである，などと主張した。

これに対して判決は，診療放射線技師法の立法目的は，X線を含む放射線は危険性が高いから，診療放射線技術者の資格を定め，その業務の適正化を規律することにより医療と公衆衛生の普及，向上に寄与するところであり，24条が医師と診療放射線技師等でなければ放射線の人体照射を業としてはならない旨を規定しているのは，その文理と立法目的からみて，医師等以外のすべての者に，この業務をすることを認めない趣旨であるから，Yのこの行為は違法性を阻却

すべき事情は認められないと判示し（東京高等裁判所昭和56・12・25判決）、上告審である最高裁判所第1小法廷判決もこの判旨をそのまま認めている。

③は②判決とほぼ同旨であり、医師、歯科医師及び診療放射線技師の免許のない柔道整復師のYが、624回にわたり延336名に対し、X線照射器を使用して人体にX線を照射して撮影し、その読影により骨折の有無等疾患の状態を診断しこれを業としたことが、医師法違反、診療放射線技師法違反に問われた事例である。

決定は、第一の医師法違反については、医師法17条の医業をなすとは、原判示のように、医行為を業として行うものであり、かつ医行為とは、主観的には人の疾病治療を目的とし、客観的には医学の専門的知識を基礎とする経験と技能を有する者がこれを用いて診断、処方、投薬、外科手術等の治療行為の一つもしくはそれ以上の行為をすることをいうと解すべきところ、Yの前記所為が右の医業をなすことに当たることに疑いを容れる余地はないものというべきである、とした。

これに対し弁護人は、柔道整復業務も医行為であるが部分的なものにとどまるから、包括的医行為である医業には当たらないと主張する。

しかし前述した医行為の性質、内容からすれば、たとえそれが部分的なものであっても、これを医師以外の者が業として行うことは人の健康ないし身体に危険を及ぼすおそれがあるものとして医師法17条の規制を受けるものというべきであり、問題の人体にX線を照射して撮影し、その読影により骨折の有無等を診断することも、X線の誤った使用方法、拙劣な写真撮影、未熟な読影に基づく判断の過誤等により人の生理上重大な障害を発生しかねないことからみて、これと異なって解すべき理由は全く見当たらない。柔道整復師は医師とは独立に柔道整復の業務を行うことを認められているが、その資格条件及び業務の範囲からみて、これを医師と同視し又は医師に準じて考えることの相当でないことは明らかである、とした。

第二の診療放射線技師法違反については、放射線の誤った使用が人体に対し障害を及ぼすおそれがあることなどにかんがみ、医師、歯科医師、診療放射線技師以外のすべての者に対し放射線を人体に照射することを業とすることを禁止し、これに違反した者を一律に処罰することにしたものであって、柔道整復師が骨折、脱臼等の術前、術後の診断のために業としてX線の照射を行う場合であっても、その規制の対象から除外されるものではないと解するのが相当であり、柔道整復師はその資格要件等からみて、放射線に関する専門的知識、経験、技術等を要求されておらず、柔道整復師が業務として放射線照射行為を行うことは、法の本来予想していないところと考えられるからである、としてYの行為に対し医師法及び診療放射線技師法の罰則を適用した原判決に法令適用の誤り等はないとした。

7. 電気治療器の使用

柔道整復師の電気光線器具の使用は、それ自体、使用方法如何によっても無害であり、柔道整復業務の範囲内で行われるものに限って使用が認められる⁽¹⁷⁾。

ただし、あくまでも、①無害であること、②柔道整復業務の範囲内で行われることが条件である。したがって、電気治療器を使用する療法は、体に異常がある者又は疾病を有する患者については、その異常状態、疾病の種類、程度の如何によっては人体に危害を及ぼすおそれが全くないとはいえない⁽¹⁸⁾ので、この点注意を要する。

なお無資格者の Y が、自宅等で患者 2 名に対しくり返す意思をもって HS 式無熱高周波療法と称する療法を行なったのに対し、差戻し後の控訴審判決（仙台高等裁判所昭和 38・7・22 判決）は、「HS 式高周波器による電気療法は、人の健康に害を及ぼす危険のあることが明らかであるから、この療法をくりかえした被告人の原判示の医業類似行為は人の健康に害を及ぼすおそれのあるものと認めるのが正当」として控訴を棄却し、一審判決（平簡易裁判所昭和 28・4・16 判決）の有罪（罰金千円 3 年間執行猶予）を支持した。

なおこの事案では、差戻し前の上告審判決（最高裁判所大法廷昭和 35・1・27 判決）の多数意見の論理構成が問題となるが、この点は、VI の無資格者の医業類似行為で述べる。

IV 柔道整復にかかわる民事判例（損害賠償請求事件）

「柔道整復師において患者の左足首のアキレス腱断裂についての的確な診断・適切な治療・適時の転医をしなかった過失があると認められた事例」京都地方裁判所平成 3・3・23 判決判例時報 1469 号 135 頁。

1. 事実の概要

X は平成元年 4 月 8 日自分の車の駐車に邪魔な自転車をどけようとしたら足首にパキンと大きな音がして足首にしびれ感があり、すぐに Y 接骨院で治療を受けた。X は左足がしびれ激痛が走り左下腿部の下から 1/3 のアキレス腱と腓復筋の移行部辺りが紫色になり内出血し腫れていた。

Y はカルテに左腿部挫傷（肉ばなれ）と記載し、X に 2 週間位で治るといい低周波とマッサージの治療と冷湿布と包帯をし、風呂に入らないように指示、副木、副子はしなかった。11 日に Y は患部の固定と冷すことが必要であると判断、湿布をしその上に金属製の副子を下腿部の裏のひざの下から足の先まであてて、左足首を尖足位にした圧迫包帯をし左足首の固定のために地面に

足を着かないように指示し松葉杖を貸与した。その後毎日 Y 接骨院に通院同じ治療を続けた。

15日に X は市立病院内科への通院のため（S 状結腸症）副子をはずして欲しいと強く希望し、Y は副子をはずしてひざの下から足関節までやや尖足位になるようテーピングし患部の固定はゆるくなった。

24日 Y はこのままでは治りそうにないと判断し、X に対し副子をするよう説得し、副子をあてた。

5月18日、Y は X にこれ以上治らないといい、この段階で X の患部は内出血が終ったものの圧痛・硬結が取れなかった。

19日 X は大津日赤病院に通院し医師の診察を受け、腫張・圧痛があり腓腹筋からアキレス腱への連続性を確認し病名を腓腹筋の不全断裂であると診断した。

X は大津日赤病院に合計9回通院し、湿布、痛み止めの薬の投与を受け、4～5か月通院した。

この間 X は市立病院にも通院し、医師はアキレス腱不全断裂と診断、4～5か月通院したが症状が固定したので通院は止めた。

X は現在歩くことはできるが、ときどき痛みが走り、つま先立ち、走ること、重い荷物は持てない（つま先立ちができないという機能障害は（労基法施行規則40条1項別表第二による身体障害表の）第13級をもって相当とすると判断されている）。

上記のような事実関係の下で、X は自分の後遺障害は Y の「診断の誤りにより適切な治療をしなかった等の過失」を主張したが、Y はこれを否認し X が指示に従わなかったこと等による過失相殺を主張した。

2. Y の診断上の過失

柔道整復理論によれば、下腿部の肉ばなれはアキレス腱断裂とは区別されていて、それぞれの症状、治療法などがあげられている。Y が当初 X の病名につき疾患相互の鑑別の注意を怠った過失でアキレス腱不全断裂とせず、左下腿部の肉ばなれないし挫傷と不正確かつ不十分な診断であるとした。

3. Y の治療上の過失

X のように筋腱移行部に断裂がある場合、アキレス腱自体の断裂と異なり縫合は困難だから手術は不適である。

したがって手術による観血療法のため整形外科医へ転送せず保存療法（ギブス固定）を行ったこと自体に過失はない。

そして Y の治療上の過失として

- ① 初診当初，Xの負傷程度を軽視し，固定しなかった。
- ② 3日後の金属副子による固定は，ギブス固定と異なりXの負傷に対応するものとしては固定の強度が不十分
- ③ Xの負傷が当初の診断後2週間経過しても容易に治癒しないのに，整形外科医に転送していない
- ④ Xの求めに応じて安易に金属副子の固定をはずし，テーピングに切り替えた

4. Yの注意義務

Yには次のような柔道整復師としての注意義務があるとして

- ① 法により許された範囲で，皮下損傷につき，その範囲，経過，現症等を観察，その症状を的確に把握して，患部に適部に適応した処置をうながし，軟部組織損傷部修復の早期完了を施すべき義務
- ② 業務外のもの又は手術又は医師の治療が必要となる重度の負傷については，整形外科などへ転送すべき義務

Yの3. 認定の治療上の過失はこれらの注意義務をYが怠ったものだ，とした。

5. Xの損害

慰籍料として，精神的苦痛による50万円と後遺症による137万円のみを認め，通院による休業損害，後遺症に伴う逸失利益はXがアキレス腱の本来治療すべき時期及びこれを経過後の休業とこれによる具体的な損害額は不明であるとして認められなかった。

6. 過失相殺

XはYの指示を嚴重に守らず，遅くともYの説明した治療期間2週間を過ぎた時期に自らの判断で整形外科医に受診すべきであったのにこれをしなかったなどの過失の認定を認め，この過失割合を5割とみて損害額の5割にあたる93万5000円を賠償額とした。

上記のように柔道整復師の治療により患者が死亡したり，あるいは症状が悪化した場合には，当該施術者は民事責任や刑事責任場合によってはその両責任を負わなければならない場合がある。さらにまた刑事責任を負う場合には結果として行政責任を負うこともあり得る⁽¹⁹⁾。

どちらの責任を負うにせよ，柔道整復師の施術行為に過失があり，その過失が患者の死亡あるいは症状の悪化の原因であるという因果関係（過失と因果関係の二つの要件）が必要である。以下民事責任の場合を中心に述べる。

(I) 過失

(1) 過失の意義

「過失とは、ある結果の発生が予見できるにもかかわらず、その結果の発生を回避すべき措置をとらなかったこと」であり、いわば予見可能な結果に対する回避義務に違反したことである。簡単にいえば注意義務違反といってもよいであろう。

(2) 結果予見義務と結果回避義務

通常、ここでいう注意義務は結果予見義務と結果回避義務の二段階に分けて考えられる。

施術当時の平均的な柔道整復師としての医療水準に基づく知識・技術からみて予見可能であったか否かが第一の問題である。この時点で結果発生の予見可能性がなければ過失の存在する余地はない。

本件についていえば、YがXの病名につき疾患相互の鑑別の注意を怠ってアキレス腱不全断裂とせず、左下腿部の肉ばなれないし挫傷と不正確・不十分な診断をしたことは、Yが柔道整復師として正確な病名を知るべきであったのに知ることができなかった（予見義務違反）ということになる。

そしてその結果として、アキレス腱断裂ならば温熱療法等を行うべきにもかかわらず、冷湿布を続けたというのは、正確な病名が予見できなかったために（結果予見義務違反）、症状に応じた的確な施術を行うことができなかった（結果回避義務違反）ということになる。

(II) 因果関係

(1) 損害の発生と因果関係

柔道整復の施術に関連して、何らかの形で患者に損害が発生した場合、その損害の穴埋めをしようとするのが民事責任（損害賠償責任）である。

したがって、何らかの事故が発生しても現実に損害が発生しなければ、民事責任の生ずる余地はない⁽²⁰⁾。

ここでいう損害には財産的損害と非財産的損害（精神的損害）の両方を含み、加害行為がなかったならば存在したであろう利益状態と加害後の利益状態の差額であり、積極的損害（既存財産の減少）であろうと消極的損害（逸失利益）であるとを問わないとするのが従来からの判例・通説であった（差額説）。

しかしこのような考え方は、近時の医療事故、薬害、公害、交通事故などの著しい増加によって損害論も急速に理論的な発展を示し、将来の損害に対する賠償請求の可否、包括請求・一律請

求の可否、制裁的慰籍料・慰籍料の定額化および補完的作用、差止請求などにつき新しい理論が構築されつつある⁽²¹⁾。

(2) 事実的因果関係と法的因果関係

民法 709 条はその条文中に、二つの「因リテ」という言葉を用いている。

第一の「因リテ」は損害賠償責任の成立要件としての加害行為と損害発生との因果関係を指すものであり、事実的因果関係（自然的因果関係）と呼ばれる。

第二の「因リテ」は損害賠償の範囲を確定するために因果関係であり、法的因果関係（相当因果関係、保護範囲）と呼ばれる。

加害者に損害賠償責任が認められるためには、まず加害者の行為に過失があり、その過失行為と発生した損害の間に原因と結果の関係（事実的因果関係）の存在が認められなければならない。

しかしそれだけでは不十分で、次にそこに法的価値判断を加え、加害者が被害者に対して損害賠償責任を負わなければならないだけの関係（因果関係）が存在するか否かを問題とし、さらに一歩進めて誰に損害賠償責任を負わせるのがもっとも妥当かを検討する。

またこの因果関係についての立証責任は、過失とともに原告にあるとされている（判例・通説）。

上記民事判例（京都地方裁判所平 4・3・23 判決）によれば、柔道整復師 Y の治療上の過失により、X はつま先立ちができず歩行に若干の困難を生ずるという状態になったが、X のこの損害につき判決は、慰籍料として精神的苦痛に対し 50 万円、後遺症については 137 万円とし、X の過失と相殺して半額の 93.5 万円のみを認めた。しかし X の主張した休業損害、後遺症に伴う逸失利益については、X の「アキレス腱の本来治療すべき時期及びこれを経過後の休業とこれによる具体的な損害額は不明で、これを認めることができず、他にこれを認めるに足る的確な証拠はない」と判示している。判決文からはこれらについての詳細を窺うことはできないが、X は逸失利益につき立証ができなかったものと思われる。

V 柔道整復にかかわる刑事判例（業務上過失致死傷事件）

「医師の資格のない柔道整復師が風邪の症状を訴える患者に対して誤った治療法を繰り返し指示し、これに忠実に従った患者が病状を悪化させて死亡するに至った場合には、患者側に医師の診察治療を受けることなく右指示に従った落度があったとしても、右指示と患者の死亡との間に因果関係があるとされた事例」最高裁判所第一小法廷昭 63・5・11 決定最高裁判所刑事判例集 42 卷 5 号 807 頁

第一審 松江地方裁判所昭 60・7・3 判決最高裁判所刑事判例集 42 卷 5 号 815 頁

第二審 広島高等裁判所松江支部昭 61・7・14 判決最高裁判所刑事判例集 42 卷 5 号 832 頁
事実の概要

医師の資格のない柔道整復師の Y は、日頃から親しい一家の長男が風邪の症状を訴え熱が 38 度位あると聞き、足湯の方法を説明し、さらに「布団を掛け、汗を出し、水分は余り取らないようにして、食事はお粥程度でよい」と話した。その後病状が悪化したにもかかわらず医師の診察を受けるよう勧めないまま、再三往診するなどして同様の指示を繰り返し、患者側もこれに忠実に従ったという事情も手伝って患者は脱水症状に陥って死亡した。

Y は誤った治療方法を繰り返し指示した過失で患者を死亡させたとして医師法 17 条違反と業務上過失致死罪（刑法 211 条）違反で起訴された。

第一審の松江地方裁判所は以下のように判断して、医師法 17 条違反と刑法 211 条の業務上過失致死傷罪の両方につき Y を無罪とした。

1. 医師法 17 条違反について

柔道整復師は打撲、捻挫等の手当としての施術を行う者であって、柔道整復師法によれば骨折、脱臼の応急手当は許されるけれども、外科手術や投薬若しくはその指示を禁じられ、また医師法 17 条により、医師でない者は、医業すなわち医行為を業としてはならない、とした。

そして Y の施術（矯正ないし愉気と称する）は、いずれもごく自然な、かつ、患者に特段の苦痛を与えない手段、程度、態様の行為であって危険な行為ではない、とした。

そしてその際の「発熱はいつからで、何度位とか、熱を出し切れば治るとか、布団を掛けて暖かくし、余り水分とか食物を取らないようにした方がよいとか、足湯がよい」などと話したことも、いずれも患者の年齢、職業等を併せ考えるまでもなく、日常の雑談と認めうる程度、態様の会話である、とした。

これらの会話が医学上危険な発熱促進措置の指示であるとはせず、その行為自体の方法、程度、態様において一般的な介護方法の域は出ないものと認めた。

結局、問診といわれる会話は日常の雑談と認めうる程度、態様、触診といわれるものは矯正術の一部でごく自然な患者に特段の苦痛を与えない手段、程度、態様の行為であって危険な行為ではなく、更に注射器、聴診器、体温計などによる診察でもないとし、医行為とはそれ自体の手段、方法、程度、態様及び効果から見て、医師がその医学的知識と技術を用いて行うのでなければ患者の身体、生命に危険を及ぼすおそれがあると一般的に認められる医療のための行為若しくはその指示をいうと解されるどころ、Y の一連の所為が医行為に該当すると認めるに足る証拠はない、として医師法 17 条違反を否定した。

2. 業務上過失致死傷罪について

患者が発熱等の症状が顕著な場合は、医師の診療を待つのが相当だから、医師の診療を受けるように勧めることが適切かつ期待され、ことに容体が重く一見して医師の診療を要すると認められる場合には、直ちに施術を中止しなければならないとした。その上で、施術中止義務に違反して施術ないし介護を継続したYに、患者の生命に危険を及ぼさないよう治療方法に細心の注意を払うべき業務上の注意義務の有無、及びこれを怠った過失の有無が主たる争点である、とする。

そして患者の妻らが、いかなる事情があったにせよ、適切な療養、看護を誤り、数日にわたって、高熱の続く患者に対し、十分な水分と栄養を補給せず、薬品を投与せず、医師の診療を求めないというような突飛な事情をYが認識し、又は認識し得たとは認め難く、予見すべきであったとはいい難いとし、Yに患者の生命に危険が生ずる結果となることを予見し、これを回避すべき業務上の注意を怠った過失があるとは認め難く、その立証はないとした。

第二審の広島高等裁判所松江支部判決は、医師法違反については検察官の控訴がなく、業務上過失致死罪についてののみ争われた。

判旨は次のとおりである。

「…風邪症候群に対する処置としては、患者の体力の消耗を防ぎ、組織細胞の活力維持に努め、かつ発汗による脱水症状を防止するため、患者の安静を保ち、水分と栄養を十分に補給し、室内の換気を図り、清浄な空気を流通させ、発熱がある場合は、水枕を与えたり、解熱剤を投与するなどして熱を下げ、体力の消耗を防ぎ、肺炎を防止するため、場合によっては抗生物質を投与する等の方法を講じるべきであり、これらの処置を誤ると肺炎等を併発し、生命に危険を及ぼす重篤な症状を惹起し死に至ることもありうることは現代医学の常識とされている」とした。

そしてYは「柔道整復師としての病理学等の知識は一応修得してはいるものの、もとより医師の免許は有しておらず、風邪等の診察、治療についての専門的知識や能力がないので、これらの医行為をしても、患者の病名等を発見することができず、従って患者に対し、適切な治療行為等を行うことができないのであるから、患者から診察の依頼を受けた際、直ちにこれを断るべきであり、しかも柔道整復師という医療業務に従事するものとしては、風邪の症状を訴える患者に対しては専門医の診察を受けるよう指示すべき業務上の注意義務があったのに自己の治療方法を過信する余りこれを怠った過失があると認められ…事実上治療の業務に従事し、診察、治療等の医行為を行う場合は患者の生命に危険を及ぼさないようその方法等に細心の注意を払うべき業務上の注意義務があるのに…」Yは誤った風邪の治療及び指示をし、その結果患者は体力の著しい低下と脱水症状を起こし、気管支肺炎を併発して心不全により死亡したとして、原判決には事実誤認があるとして原判決を破棄した。

上告審 最高裁判所第一小法廷決定は以下のような判断をして原審判断を支持して上告を棄却した。

判 旨 「Yの行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していたものであるから、医師の診察治療を受けることなくYだけに依存した被害者側にも落度があったことは否定できないとしても、Yの行為と被害者の死亡との間に因果関係があるというべきであり、これと同旨の見解のもとに、Yにつき業務上過失致死罪の成立を肯定した原判断は正当である」。

解 説 本件は柔道整復師による治療法の指示が問題となった事案であるが、風邪がかなり重態になった時点でも医師の診察治療を受けようとしなかった患者側の態度もかなり大きな問題とされた。しかし社会通念からいえば、患者は自分の信頼する医療従事者の指示に従うのは当然であり、その指示に反してまで医師の診察治療を受けなかった患者側の態度を、一概に否定してこれを過失ととられることには多少無理があるとはいえないだろうか。

このような患者側の対応を突飛な療養、看護の誤りとまでいきる（第二審判決）ことは、Yの指示どおりに振る舞った結果であることも考慮すべきであったろう。

また柔道整復師が治療上の指導・助言を与えただけでは直ちに医師法違反として法的責任を生ずるとは限らないが、医師の資格のない柔道整復師が風邪の治療を引き受けたのであれば、重大な結果の発生を防止すべき高度の注意義務が課せられる。本件の柔道整復師の場合のように、本来の自分の業務の範囲を超える場合には、速やかに他の医療機関（または他の医師）に転送すべき責任があるというべきであろう。

VI 無資格者の医業類似行為

医療行為は次のように分類される。

- (1) 医行為
 - ① 絶対的医行為
 - ② 相対的医行為
- (2) 医療補助者による医療行為
- (3) 医療類似行為
 - ① 法の認める医業類似行為
 - ② 法の認めない医業類似行為
- (1) 医行為 上述（Ⅲの(3)）
- (2) 医療補助者による医療行為

医師以外で法の規律に服している看護婦、助産婦、保健婦、診療放射線技師、臨床（衛生）検査技師、理学（作業）療法士、歯科衛生士、歯科技工士、視能訓練士、言語聴覚士、臨床工学技

師、義肢装具士、救急救命士などがする医療行為（例えば、看護婦は診療の補助として医師の指示等により相対的な医行為を行う）であり、歯科衛生士は若干違うが、他の補助者はすべて「医療の普及及び向上に寄与」することを目的としている。

(3) 医業類似行為

① 法の認める医業類似行為

- i あん摩・マッサージ・指圧
- ii はり
- iii きゅう
- iv 柔道整復

② 法の認めない医業類似行為

- i 禁止処罰の対象とならない行為（放任行為）
- ii 禁止処罰の対象となる行為

医業類似行為はもともと民間療法として存在したものであり、明治に入って医学の近代化（政府による西洋医学の採用）とともに、国民の保健衛生上種々の弊害を伴うことがあるため、取締りを説く学説も有力であったが、これを直接に規制する法令はなかった。

ただしこれらのうちで医行為に該当するものについては医師法⁽²²⁾（明治39）、あん摩術などと認められるものについては按摩術営業取締規則⁽²³⁾（明治44）など、または場合によっては警察犯処罰令（明治41）によりそれぞれ取締りが行われたが、そのいずれにも該当しないものについては明確な態度が確立されておらず、大正4年（1915年）頃には、医業類似行為者の数は著しく増加しその取締りに各府県は腐心したが、政府としての全国的・統一的な取締り方針はその後示されなかった⁽²⁴⁾。

昭和22年「あん摩・はり・きゅう・柔道整復等営業法」により医業類似行為（狭義）は禁止され、当時それを営業していた者は救済措置が講ぜられ、所定の手続きにより業務の継続が認められ、さらに昭和39年の改正法により救済措置は無期限とされ現在にいたっている。

医業類似行為につき判例は「疾病の治療または保健の目的を以て、光、熱、器械、器具その他の物を使用し若しくは応用しまたは四肢若しくは精神作用を利用してその施術をする行為であって、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内でなす診療又は施術でないもの」⁽²⁵⁾、換言すれば「疾病の治療又は保健の目的とする行為であって医師、歯科医師、あん摩師、はり師、きゅう師又は柔道整復師等他の法令で正式にその資格が認められた者が、その業務としてする行為でないもの」⁽²⁶⁾とされている。

判例に対し学説はこの定義では医行為との区別が明らかでないとして、狭義の医業類似行為とは「いまだ医学上、一般的に、その効果が証明されるに至っていない、疾病もしくは負傷の治療

または保健を目的とした施術行為」⁽²⁷⁾とする。

その具体的内容としては、

- ① 手技によるもの 指圧, 掌圧, 整体術, 精神療法または運動療法を加味したもの, 米国式 (カイロプラクチック) 等
- ② 電気を利用するもの (平流・感伝 [イオン療法等], 高周波 [HS 式等], 超短波)
- ③ 光線を利用するもの (カーボン灯, 水銀灯, 太陽光線, 赤外線灯)
- ④ 温熱を利用するもの
- ⑤ 器具を用いた刺激によるもの (温熱を加味したもの, 無熱のもの, バイブレーション, 物質を応用したもの [紅療法等])
- ⑥ 以上を併用するもの⁽²⁸⁾

実際に行われているものはさまざまであり, 500~600 種類にも及ぶといわれている⁽²⁹⁾ が正確ではない。

あん摩・マッサージ・指圧師, はり師, きゅう師に関する法律に条は「何人も, 第 1 条に掲げるものを除く外, 医業類似行為を業としてはならない。ただし, 柔道整復を業とする場合について, 柔道整復師法の定めるところとする」と規定している。

第 1 条に掲げるものとは「医師以外の者で, あん摩, マッサージ若しくは指圧, はり又はきゅうを業とする者」を指すから, 上記の①~⑥に該当するような放任行為 (狭義の医業類似行為) を業とすることはできないということになるはずである。

しかるに判例 (後記 iii 判決・最高裁判所大法廷昭 35・1・27 判決) は, HS 式無熱高周波療法の施行とあん摩師, はり師, きゅう師及び柔道整復師法違反をめぐる事例で, Y は法律で資格が認められていないのに, 自宅等で患者 3 名 (1 名が喘息, 他が胃病) に対し, くり返す意思をもって HS 式無熱高周波器なる器具を用い治療を行った療術行為につき, それが禁止処罰の対象となるのは人の健康に害を及ぼすおそれがある業務に限局されるとし, 実際に禁止処罰を行うには,

- ① このような行為を業として人に施術を行ったという事実だけでは足りず
- ② その施術が人の健康に害を及ぼすおそれがあるとの認定が必要である, とする。

上記の判決につき以下述べることとする。

- i 一審 平簡易裁判所昭 28・4・16 判決最高裁判所刑事判例集 14 卷 1 号 151 頁
- ii 仙台高等裁判所昭 29・6・29 判決最高裁判所刑事判例集 14 卷 1 号刑集 14 号 1 号 153 頁
- iii 最高裁判所大法廷昭 35・1・27 判決最高裁判所刑事判例集 14 卷 1 号 145 頁
- iv 仙台高等裁判所昭 38・7・22 判決判例時報 345 号 12 頁
- v 最高裁判所第一小法廷昭 39・5・27 決定最高裁判所刑事判例集 18 卷 4 号 144 頁

事例は、Y が法定の除外理由がないにも拘らず、前後 4 回にわたり患者 3 名に対し HS 式無熱高周波療法と称する療法を施し医業類似行為を業としたものである。

i 判決（平簡易裁判所判決）は、「医業類似行為が人体に及ぼす影響並びに効果に照して一定の学識経験を有する者に対してのみかかる行為を業とすることを認めてそれ以外の者については之を禁ずることを以て公衆の保健衛生の向上に合致する所以であるとなした事は明らかであって、斯る制限を設けることは公共の福祉を維持する為必要であると謂わなければならない」として、HS 式無熱高周波療法を業とすることは憲法 22 条に保障されている自由な職業であり且つこの療法は全然無害で何等公共の福祉に反せず、従って Y の行為は処罰の対象とはならないとする弁護人の主張を斥け、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法 12 条、14 条 2 項により Y を有罪（罰金千円、3 年の執行猶予）とした。

ii 判決（仙台高等裁判所判決）は、まず医業類似行為を定義し（前掲）、その上で、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法が医業類似行為を業とすることを禁止している趣旨は、「かかる行為は時に人体に危害を生ぜしめる場合もあり、たとえ積極的にそのような危害を生ぜしめないまでも、人をして正当な医療を受ける機会を失わせ、ひいては疾病の治療回復の時期を遅らせるが如き虞あり、之を自由に放任することは正常な医療の普及徹底並びに公共の保健衛生の改善向上の為望ましくないので、国民に正当な医療を享受する機会を与え、わが国の保健衛生状態の改善向上をはかることを目的とするに在る」とし、Y が正式に資格が認められていないのに医業類似行為を業としたのは前記法 12 条の規定にふれる、として Y の控訴を棄却したのである。

iii 判決（最高裁判所大法廷判決）は、Y の控訴が仙台高裁で棄却されたので上告したものである。

多数意見は「前記法 12 条が何人も同法 1 条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならないと規定し、同条に違反した者を同 14 条が処罰するのは、これらの医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するものと認めたと故にほかならない。ところで、医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであって、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律 12 条、14 条は憲法 22 条に反するものではない」とした。

しかし原判決が「Y の業とした本件 HS 式無熱高周波療法が人の健康に害を及ぼす虞があるか否かの点についてはなんら判示するところがなく、ただ Y が本件 HS 式無熱高周波療法を業として行った事実だけで前記法律 12 条に違反したものと即断したことは、右法律の解釈を誤った違法があるか理由不備の違法があり」として原判決を破棄した。

iv 判決（仙台高等裁判所判決・差戻後の控訴審判決）（iii 判決は ii 判決が人の健康に害を及ぼ

す虞の有無につき判断を示さなかったことを理由に破棄差戻しをしたので)は、鑑定の結果として「HS式高周波器による電気療法は、人の健康に害を及ぼす危険のあることが明らかであるから、この療法をくりかえしたYの原判示の医業類似行為は、人の健康に害を及ぼすおそれのあるものと認めるのが正当」として控訴を棄却した。

v 決定(最高裁判所第一小法廷決定・差戻後の上告審決定)は、差戻後の仙台高裁判決が棄却されたため、Yは最高裁判所に上告したが、「原判決としては、本件療法が公共の福祉に反するものであることを判断するにつき、それが原判示のように人の健康に害を及ぼすおそれのあるものであることを認定すれば必要且つ十分」とし、さらにYは前記法律12条の医業類似行為の内容が明確でないことを前提として憲法31条違反とするが、しかし前記法律12条は「何人も、第1条に掲げるものを除く外、医業類似行為をしてはならない」と規定し、「同法1条に掲げるものとは、あん摩(マッサージおよび指圧を含む)、はり、きゅうおよび柔道整復の四種の行為であるから、これらの行為は、何が同法12条の医業類似行為であるかを定める場合の基準となるものというべく、結局医業類似行為の例示と見ることができないわけではない。それ故、右12条が所論のように犯罪行為の明確性を欠くものとは認められず、違憲の主張は前提を欠く」と判示してYの二度目の上告を棄却した。

この結果Yの有罪が確定したが、本事例における重要な点は、iii判決における多数意見(前述)の理論構成であろう。

本判決中には有力な少数意見(反対意見)もあり、学説も多数意見を強く批判する。

以下、少数意見と学説の批判を紹介する。

① iii判決における少数意見

人の健康に害を及ぼす虞があるかないかは、療治をうける対象たる人の如何によってちがってくる。またそれは療治の方法の如何にもかかってくる。従って有害無害は一概に判断できない場合がはなはだ多い。これ故に法律は医業類似行為が一般的に人の健康に害を及ぼす虞のあるものという想定の下にこの種の行為を画一的に禁止したものである。個々の場合に無害な行為といえども取締の対象となることがあるのは、公共の福祉の要請からして、やむを得ない。かような画一性は法の特徴とするところである。要するに本件のような場合に有害の虞れの有無の認定は不必要である(裁判官田中耕太郎、同下飯坂潤夫の反対意見)。

右禁止の所以は、これを自由に放置すると人の健康、公共衛生に有効無害であるとの保障もなく、正常な医療を受ける機会を失わしめるおそれがあるが、正常な医療行為の普及徹底ならびに公共衛生の改善向上のため望ましくないというところにあり、したがって、単に治療に使用する器具の物理的効果のみに着眼し、その有効無害であることを理由に、これを利用する医業類似行

為を業とすることを放置すべしとする見解には組し得ない（裁判官石坂修一の反対意見）。

② iii 判決（多数意見）に対する学説の批判⁽³⁰⁾

第一に形式的に法律の規定に違反する。前記法律は「何人も第1条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならない」（同法12条）とする。即ち法律の認めた有資格（医師、あん摩〔マッサージを含む〕、はり、きゅう、柔道整復）の施術者だけが医業類似行為を業とすることが認められ、無資格者には禁じられているのである。

もしこの例外を認めるとすれば、「但し（法律の認めた資格を有する）施術者以外の者のする医業類似行為が人の健康に有効無害のときはこの限りではない」といったような例外規定の但書がなければならないが、そのような但書はない。

医療関係の諸法だけを見ても、このような例外を認める場合にはそのような但書があるはずである。

例えば柔道整復師法17条は「柔道整復師は、医師の同意を得た場合のほか、脱臼又は骨折の患部に施術してはならない。ただし、応急手当をする場合にはこの限りでない」と規定し但書をおく。

禁止されるべき行為であっても、場合によっては有効無害であるのは十分予想されるところであるから、そういう場合にはその行為は例外として禁止しない趣旨だとすると、法律は立法時にそういう例外規定として規定していなければならないはずである。

法律の規定にそのような趣旨の例外規定（但書）がない限り、何人も医業類似行為を業とすることは、それが有効無害であったとしても、無条件で禁じられていると解すべきである。

もし前記多数意見のように解すると、有効無害であれば無資格者も医業類似行為を業とすることができることになり、有資格者以外の者は何人も医業類似行為を業とすることができないという法の規定に反することになる。

第二に多数意見は法の精神にはそぐわない解釈である。たしかに無資格者が業として行う医業類似行為が有効無害であることも多いであろう。

しかし一般的には、人の健康にはマイナスのおそれのある場合もあることは否定できないところであり、この危害を防止するために無資格者が業として行う医業類似行為を禁止することが必要であるとともに、反面できる限り有資格者による的確な診療や保健指導を受ける機会を持たせ、それにより公衆衛生の増進を図るためにも、無資格者が医業類似行為を業とすることを絶対的に禁止する必要がある。

法はこのような必要に基づいてこれを禁じたものであるから、その禁止は無条件的なものである。

これと異なり、個々の場合における有効か無効か、有害か無害かを認定して、有効無害のときは禁止しない、無効有害のときにはじめて禁止されるのだとすれば、上記の法の趣旨精神を無視する解釈といわなければならないであろう。

なお本稿は2000年11月25日(日)第9回日本柔道整復接骨医学会総会・社会医療分科会での講演に大幅に加筆したものである。

《注》

- (1) 「人口の動向 日本と世界 人口統計資料集 2000年版」(国立社会保障・人口問題研究所) 38頁以下。
- (2) 朝日新聞平成11・2・28朝刊の記事中より。福島県立医科大学菊地臣一教授(整形外科)談。
- (3) 例えばイスラム刑法典は殺人や傷害に対しては報復(キワース)を認める。しかしキワースだけか両犯罪に対する唯一の刑罰ではなく、血の代金(ティヤ)を支払えば犯罪の償いかできるとする。
キワースとは「目には目を歯には歯を」というように、加害者に対して被害者と同程度の仕返しをする刑罰であり、コーラン第2章173節に「これ信徒のものよ、殺人の場合に返報法が規定であるぞ。つまり自由人には自由人、奴隷には奴隷、女には女…」とあり、無制限の報復ではなく、タリオはすなわち同害報復を指し、無制限に報復することに対して一定の制限を設けるものであった。
またティヤとは同害報復を行うかわりに受取る一種の賠償金を指していたから、単に報復だけでなく被害者の救済にも重点をおいていたことになる。遠山四郎 イスラム法 慶応通信118頁、中田一郎訳 古代オリエント資料集成I 原典訳 ハンムラビ法典 リトン137頁。
- (4) 長野地方裁判所松本支部昭和47・4・3判決判例時報682号56頁
- (5) 「逐条解説 柔道整復師」厚生省健康政策局医事課編著 第2条定義の条文解説
- (6) 「柔道整復学の理論」6頁 南江堂
- (7) 昭和24・6・8医収662
- (8) 仙台高等裁判所昭53・8・2判決判例時報918号87頁
- (9) 昭和31・7・11医発627 各都道府県知事宛 厚生省医務・保険局長連名各通知
- (10) 同上
- (11) 昭和23・6・17医123
- (12) 昭和32・9・18医発799
- (13) 昭和26・7・20医90
- (14) ただし例外として、百万電子ボルト未満のエネルギーを有するX線を照射する場合、① 医師か歯科医師が診察し指示した患者につき出張して照射する場合、② 多数の者の健康診断を一時に行う場合で、医師か歯科医師の立会いがある場合に認められる(診療放射線技師法21条2項1号・2号)。
- (15) 昭和41・8・15医発952
- (16) 刑法35条は「法令又は正当な業務による行為は罰しない」と規定する。医師の手術やボクシングなどは、それぞれ傷害罪・暴行罪として処罰されない。学説はさらに業務者の特権という見地から正当業務行為を不可罰としたのでなく、それが業務行為として行われたか否かを問わず、実質的違法性を欠く行為は正当行為としてすべて違法性が阻却されることを認めたもので、正当業務行為はその例示に過ぎないと解する立場をとる。被害者の承諾による行為、適法な人口妊娠中絶、自救行為などがその例である。
- (17) 昭和39・7・8医事53

(18) 昭和 48・2・20 医事 13

(19) 柔道整復師法 4 条 3 号は「柔道整復の業務に関し犯罪又は不正の行為があった者」は「厚生大臣はその免許を取り消し、又は期間を定めてその業務の停止を命ずることができる」(同法 8 条) と規定しているから、刑事責任を負った場合には柔道整復師はその身分が問題となりうる。しかし民事責任の場合には規定上 8 条は適用できないこととなる。

(20) 英米法では名目上の損害賠償 (nominal damages) を認め、現実に損害が発生しないにもかかわらず少額の損害賠償を命ずる場合がある。しかしわが国の民法は、民事責任と刑事責任の分化 (上述) という近代大陸法の流れにそってこのような名目上の損害賠償を否定し、責任を加害者の行為「ニ因ッテ生シタル損害」の賠償に限定している。

(21) 激増する交通事故による損害賠償請求については、各損害項目ごとに損害額を算定しこれを加算する項目別積み上げ方式により算定がなされるようになってきている。また不法行為を根拠に差止請求ができるかについては、民法が金銭賠償を原則としているから (722 条 1 項)、差止請求を認める条文上の根拠を欠くが、新受忍限度論や 709 条から直接的に差止を認める純粹不法行為説を根拠にこれを積極的に解する方向にある。

判例も空港騒音、ゴミ焼却場、し尿処理問題をめぐって新たな方向へと歩み始めているように思われる。

(22) 江戸時代には、医師の資格要件や業務についてはなんらの国家的規制もなく、そのため医師一般の資質、学識、技能も概して低い水準にあった。明治 7 年 (1888 年) 太政官の指令に基づき、文部省より東京、京都、大阪の三府に医制 76 ヶ条が発せられた。

医制は医療制度を定め、当時の衛生制度全般にわたって規定したが、最も重要な点は医学教育及び医師制度であり、とくに 37 条から 49 条で医師、歯科医師 (口中科と称した) の資格及び業務に関する事項を規定している。

明治 39 年 (1906 年) 医師法が制定され、医師の免許取得資格を定め、免許の絶対的・消極的欠格事項を明らかにし、医師の業務についての規定 (無診察治療等の禁止、カルテの記載事項及び保存期間を定め、医業についての誇大広告の取締り等) を整備し、免許の取消し及び停止処分の規定、無免許医業を禁じて罰則を定めた。厚生省医務局編 医制百年史記述編・資料編 74 頁以下

(23) あんま術、はり術、きゅう術がわが国に取り入れられたのは平安時代以前であり、柔道整復術も接骨術として、江戸時代の中期より独立して施術されていた。これらは明治時代になってもなお国民に広く親しまれていたが、これらの施術に対する取締りは明治 7 年の医制において「鍼治灸治ヲ業トスル者ハ内外科医ノ差図ヲ受ルニ非セレハ施術スヘカラス、若シ私カニ其術ヲ行ヒ或ハ方薬ヲ与フル者ハ其業ヲ禁シ科ノ輕重ニ応シテ処分アルヘシ」(53 条) と規定されたことに始まる。

明治 44 年 (1911 年) 按摩術営業取締規則及び鍼術灸術営業取締規則が制定され、あん摩、はり、きゅうの施術に関する全国的・統一的法制が成立した。

両規則の要旨は、営業をするのに一定の資格を必要とする。一定の欠格事由を定める、営業広告を一定の事項に制限、業務停止・免許取消しなどの行政処分を定める、従来からの免許鑑札を両規則に基づくものとみなす、等である。

なお按摩術営業取締規則では目の見えない人の優遇措置がとられ、鍼術灸術営業取締規則では、施術者に対し瀉血、切開等の外科手術電気烙鉄等の使用及び投薬を禁止し、はりの施術者に対しては、はり手術及び手術の局部の消毒を義務づける等施術を行うにあたっての内容の制限及び注意を規定している。上掲書 97 頁以下。

(24) 上述のように、あん摩、はり、きゅう、柔道整復以外の医業類似行為を業とすることに関しては、直接これを規制する法令がなく、明治 39 年 (1906 年) 以降は、旧医師法に基づき無資格医業として取締まることができ程度のものにつき取締りが行われ、明治 41 年 (1908 年) 以後は、警察犯処罰

令（明41・9・29内務省令16）の「病者ニ対シ禁圧、祈祷、符呪等ヲ為シヌハ神符、神水等ヲ与ヘ医療ヲ妨ケタル者」を科料に処する旨の規定が適用されたが、これらの規定に該当するもの以外の取締りについては、必しも明確な態度は確立されていなかった。上掲書208頁以下。

- (25) 仙台高等裁判所昭29・6・29判決最高裁判所刑事判例集14巻1号43頁
- (26) 同上
- (27) 野田医事法上巻100頁、現代法律学全集58
- (28) 糸井「HS式高周波器を使用した施療と医業類似行為」医事判例百選156頁
- (29) エステティックサロンで肌のシミやしわが取れると大人気のケミカルピーリングやレーザー脱毛による皮膚障害や熱傷の被害が全国的に急増、事態を重視した厚生省は（10月）16日までにこれらを医師しか行えない医行為とする通知を都道府県や日本医師会に出した。違反した場合は医師法違反に問われる（記事中には医療行為とあるが医行為の事であろう）。

上記のエステティックサロンでは、肌や体に影響を与える治療を行いながら、医師はおらず、資格もなく…。

ケミカルピーリングはAHA（アルファヒドロキシ酸）などを皮膚に塗り角質をはかす美顔技法で、肌はつるつるになるが、シミやあざ、しわが完全にとれることはまずなく、高濃度の溶液を使えば皮膚に障害が出ることもある。レーザー脱毛は黒色に反応するレーザーを照射して毛に熱をため、その放熱で毛の発生部分を焼く技法で、宣伝文句に使われる永久脱毛の効果はなく、照射量が多かったり、日焼け後に行ったりすると熱傷などを起こす恐れがある。現在約1万1千軒のサロンのうちそれぞれ1/4、1/6が行っているという。

上記のように、針を刺すような行為はHIVその他ウイルス感染も含めて健康被害の危険性があり、厚生省は1989年皮膚に針を刺して色素を注入するアートメイクについて医行為とする見解を示している。

今日ケミカルピーリングとレーザー脱毛につき同様の判断（「安全性の基準は示しにくいが人体への影響やけがを及ぼしうるものは医行為と考える」（厚生省健康政策局医事課））を示している。

国民健康センターによると、ケミカルピーリングの被害件数は97年度の2件から99年度は46件と急増、レーザー脱毛の被害も97年度の1件が99年度に28件に増え、さらに2000年度は10月末ですでに29件にのぼっている。

「酸を塗った後、唇が裂け、あごの周りや顔面が膨れ、ボコボコになった」（23歳の女性）、「レーザー脱毛をしたわきが真っ赤にはれ、激痛が止まらない」30代の女性などがあり、同センターによると、事故は顧客の皮膚の状態や体質の基本的な診察を怠ったり（注 厳格な意味での診察は医行為として医師以外には禁止されている）、リスクの説明をしないまま施術をしたことが原因で「通報があるケースは氷山の一角」という（2000年11月17日読売新聞朝刊）。

- (30) 磯崎・高島 医事衛生法（新版）196頁以下 法律学全集16-III

《Summary》

Reduction by Judo and the Treatment Similar to
Medical Care in Precedents

By Toshiaki NAKAMURA

Needless to say, as the number of a person advanced in years increases in Japan, most of the aged men are attacked with various illnesses and go to hospital or clinic. But the number of aged patients who not undergo medical care but want to have a massage or have acupuncture, osteopathy and moxibustion is on the increase. Besides a massage, acupuncture, osteopathy and moxibustion, there is reduction by judo, which you know is one of these treatments.

Then, unlike a doctor and a dentist, an osteopath can not be regarded as one of the medical profession. And a nurse, a health visitor, a midwife, a medical radiographer, a dental assistant, a clinical inspector, an eyesight trainer and other medical assistants can assist a doctor or a dentist, but an osteopath can not do so. In a broad sense, what an osteopath treats may be called medical.

It may be said that the details of reduction by osteopathy are to treat the person who suffers a fracture or a dislocation or gets a bruise or sprains. But an osteopath must not perform a surgical operation, give medicine and prescribe medicine. In particular, in treating the person who suffer a fracture or a dislocation, he must obtain a doctor's consent.

The grater part of the details of osteopathy are extremely provided by administrative ruling or order etc. However, because administrative ruling or order is not clear, the problem has arisen that an osteopath and a plastic surgeon quarrel over their sphere of interest. Therefore, from both medical law and civil law, I made up my mind to study this matter, in which anyone except some scholars has not made a scientific researches recently. In future, I hope that I will publish the results of research in the above matter.