

はり術、きゅう術とは何か —法律の視点から—

森ノ宮医療大学非常勤講師
坂部 昌明

I. はじめに

本稿の目的は、日本におけるはり術、きゅう術の“行為に限定した”「法的位置付け」を確認することである¹⁾。“行為に限定した”とは、はり師、きゅう師という資格制度に踏み込まず、単純に“はり術、きゅう術とは何か”という視点に限局するということである。また、本稿で取り上げる「法的位置付け」とは、法律上はり術、きゅう術が医行為（医師が業となす事ができる行為）²⁾であるか医業類似行為であるか、或いはその他の新たな概念に区分されるものであるかという点に注目した位置付けである。

はり術、きゅう術の「法的位置付け」については、これまでも議論されてきた³⁾。何故ならば、はり術、きゅう術はあん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律（以下、あはき法）によって、資格を有することが絶対条件とされている行為だからである。資格の所有が求められるような、厳格な法規定がなされている行為であり、当該行為の「法的位置付け」については、明確かつ正確な理解が求められる。しかも、はり術、きゅう術の「法的位置付け」は、はり術、きゅう術が現在の日本の医療システムの内側に包摂し得るものであるか、それとも外側にあって現在の医療システムと相容れない関係にあるかという大きな問題をその内部に抱えている。従って、はり術、きゅう術の「法的位置付け」を確認することは、当該行為の明確かつ正確な理解にとって必要であるばかりでなく、現在の日本の医療システムそのものについての新たな視点を提示する基盤となり得るものと思料される。本稿では、こういった問題意識を根底におき、なるべく簡潔に、はり術、きゅう術の「法的位置付け」を確認していきたい。

II. 議論の転換

はじめに、本稿の骨子である“行為に限定した”議論を行うために、1つの視点を提案する。それは、はり術、きゅう術に関する議論に際し、資格と行為を分けて考えるということである。

従来の議論は、資格と行為、例えばはり師とはり術が混同されていたため、はり術、の法律的な検討に際して検討要素が多くなりすぎ、検討が煩雑を極めていた。そもそも、免許とは講学上、法律行為的行政行為の許可にあたり⁴⁾、「一般に禁止される特定の行為を、一定の条件の下にその禁止を解除する」行政行為である。「一般に禁止される」とは、国の政策的目的により本来なら誰もが行える行為を禁止することで、医療の場合、国民の生命・健康に害が及ぶ場合などがその禁止理由となる。医療行為には、免許が設定されており、当該免許について定めた法律に従って特定の行為を行うことができる。たとえば、「医師で

あれば医行為ができる」、「看護師であれば診療の補助ができる」等である。しかし、免許について規定している法律は「どのような行為が医行為であるか」という点について具体的に規定していない。行為の具体的規定が置かれていない理由については、医行為を規定してしまうと、医行為に硬直性が生まれ、本来の目的である人の生命・健康を守れないからである。そのため、多くの場合、判例や医師会のガイドライン、行政通達等で一定の基準を示すにとどまっている（相当程度の留保がある）。

医療の抱える特殊性は、他に類するものが少ない。とはいえ、免許という制度そのものの性質上、行為と資格（を持っている者）は全く別の次元で議論しなければならない。

Ⅲ. 従来の「法的位置付け」の議論

「法的位置付け」については、従来から医行為であるか医業類似行為であるか、或いはその他の新たな概念に区分されるものであるかという議論がなされてきた。

現在通説的に扱われているのは、はり術、きゅう術を医業類似行為であるとして、限定的に免許によって禁止を解除したものと解釈する立場である。本稿では、当該立場及び近接する考え方を医業類似行為説と名付ける。医業類似行為説からの解説の例としては、手嶋の「人の傷病の治療行為から医療行為を除いたものとして、はり・あん摩マッサージなどの医業類似行為がある。」という記述が挙げられる⁵⁾。医業類似行為説には、法律的解釈が判然としていない（と論者が考えている）ことからはり術、きゅう術がどのような行為であるかを明確に叙述しない立場もある。この様な立場であっても、はり術、きゅう術を医業類似行為ではないと明確に示す事が殆どないため、その根底にははり術、きゅう術を医業類似行為の一部であるとする見方が包摂されていると考えられる。

はり術、きゅう術が医行為のひとつであると主張する立場（本稿ではこれを医行為説と名付ける）は少数意見である。医行為説からの解説の例として、芦野の「これらの免許行為が特殊な医行為に該当することを示したものです。」という記述が挙げられる⁶⁾。

医行為、医業類似行為の何れにも属さない、新たな概念としてははり術、きゅう術を捉える立場もある。例えば、補完・代替医療（CAM）や統合医療（IM）といった概念から導きだされるはり術、きゅう術の在り方である。CAMやIMでは、現代西洋医学のカウンターパートナーとして、はり術やきゅう術を捉えている⁷⁾。従って、その行為は、純粋に医行為に類されるものではなく、また医業類似行為の如く、国家によって禁止される行為でもない（そうであってもCAMやIMが成立しない）。筆者は過去に、CAMと医業類似行為の関係性について示した⁸⁾が、そこから見出されるはり術、きゅう術の在り方は、ここで示している医行為説、医業類似行為説に単純になじまない。CAMやIMの導入を推進する立場からは、CAMやIMで利用される療法について新規の法制度化が求められているが、新規の法制度化に際しては、医行為との関係、医業類似行為との関係、そしてはり術、きゅう術等との関係など多くの問題が解決されなければならない。そのため、現時点でCAMやIMに関する議論を始めることはできない。むしろ、CAMやIMに包含されるはり術、きゅう

術の「法的位置付け」を明確にすることで、CAMやIMの法制度化の議論が円滑になるものと思われる。

以上から、本稿では新たな概念を持ち出すよりも、従来議論されている医行為説、医業類似行為説について十分確認することが重要であると考えられるため、新たな概念については検討しない。

以下、医業類似行為説及び医行為説それぞれについて述べる。

1. 医業類似行為説

現在、通説的に扱われているのは医業類似行為説である。医業類似行為説の根拠となっているのは、いわゆるHS式無熱高周波療法事件に関する仙台高等裁判所（裁昭和29年6月29日第2刑事部判決、以下、「仙台高裁判決」と称する）や最高裁判所（昭和35年1月27日最高裁大法廷判決、以下、「昭和35年判決」と称する）⁹⁾の判決である。当該判決は、医業類似行為の具体的内容に踏み込んだ裁判とされ、医業類似行為説に関する記述の多くは、当該判決を根拠にしている場合が多い（例えば前掲の手嶋³⁾など）。現在最新のあはき法の逐条解説¹⁰⁾も、これら一連の裁判の判決を根拠に作成されていることから、医業類似行為説が現在通説であることは間違いない。

「仙台高裁判決」や「昭和35年判決」は、HS無熱高周波療法があはき法第12条の医業類似行為に当たるか否かについて争われた裁判である。あはき法第12条は「何人も、第1条を除くものの外、医業類似行為を業としてはならない（以下略）。」と定めている。本稿は判例評釈を目的としないので裁判の内容は省略するが、結果として被告人の行為は医業類似行為を行ったものと認定され、罰金刑が科された逐条解説はこの判決に基づく形で編纂されている。逐条解説はあはき法第12条について「医業類似行為は、広義の医業類似行為と狭義の医業類似行為とに分けられる。広義の医業類似行為は、狭義の医業類似行為とあん摩、マッサージ、指圧、はり、きゅう、柔道整復など法律により公認されたものとのあわせた概念である。本条は、狭義の医業類似行為を行うことを禁止した規定である。」と説示している。逐条解説における狭義の医業類似行為とは、「腰痛、肩こり、疲労等の症状のある者に対して、温熱器械、器具その他の物を使用し、又は四肢若しくは精神作用を利用して施術を行うものであって、医師法、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律等に基づく免許資格を有する者がその範囲内で行うものでないもの」を指す。当該部分は、仙台高裁判決の文言を一部変えているものの、内容はほぼ同じである。逐条解説では狭義の医業類似行為は民間療法と同義のものとされる。

ところで、医業類似行為に関する錯誤としてしばしば見られるのが、届出医業類似行為との混同である。届出医業類似行為は、第二次世界大戦後の特別な対策¹¹⁾に基づき、期間を定めて届出を出した医業類似行為業者にのみ許された行為を指す。従って、狭義、広義の医業類似行為の概念とは全く異質の概念である。

2. 医行為説

医行為説の立場を取る論者は極めて少ない。医行為説を明確に示した論者としては前掲の芦野が挙げられる。芦野は厳密なあはき法の条文解釈、あはき法制定の経緯、立案担当者による解説書¹²⁾の記載等に基づき、はり術、きゅう術を医行為であると主張している(前掲の芦野の参考論文など)。ここでは、条文解釈と立案担当者による解説書の中身について検討する。

まず、あはき法第 12 条について芦野は、「第 1 条に掲げるものを除く外」の部分挙げ、「もの」＝「物」と説明する。その上で、第 12 条は第 1 条に掲げられるもの、すなわちはり術、きゅう術(あん摩等含む)という行為を除く外の全ての行為が医業類似行為であり、これを業とすることは禁止されると説明する。はり術、きゅう術については、第 1 条冒頭の「医師以外の者で」という部分を挙げ、はり術、きゅう術は医師によって行うことができる行為であり、医師が行う医行為の一部であるとする。

立案担当者による解説書『あん摩 はり きゅう 柔道整復等営業法の解説』(以下、営業法の解説)では、はり術、きゅう術が医行為の 1 つであること、そして、はり術、きゅう術が医業類似行為ではないことが明確に述べられている。芦野は、この解説書の内容を根本として、条文解釈を行うべきとしている。現在の医行為説は、概ね芦野説に従っている。

IV. 医業類似行為説の検討

医業類似行為説は、その根拠を HS 式無熱高周波療法事件に関連する一連の裁判に求めていることは既に述べた。従って、はじめに HS 式無熱高周波療法事件に関連する一連の裁判の内容について検討する。

当該裁判の最高裁判決である「昭和 35 年判決」は、一般に医業類似行為についての判決として認識されているが、事実は一般的な「昭和 35 年判決」に対する認識と微妙に異なっている。何故ならば、実際の「昭和 35 年判決」は、単に医業類似行為の禁止が憲法上の職業選択の自由と抵触しないという点について判示したものであり、医業類似行為については何ら具体的に述べてはいないからである。むしろ、医業類似行為について具体的に述べているのは「昭和 35 年判決」の前審たる「仙台高裁判決」であり、HS 式無熱高周波療法事件に関連する一連の裁判について理解するためには、「仙台高裁判決」を理解したうえで「昭和 35 年判決」を読まなければならない。

「仙台高裁判決」では、医業類似行為として禁止される行為について「疾病の治療又は保健の目的を以て光線器械、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つ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」としている。「仙台高裁判決」は一見すると、はり術、きゅう術が医業類似行為でないとして述べている様に思われる。しかし、前掲の逐条解説が示すように、現在の医業類似行為説は当該部分について、はり術、きゅう術が狭義の医業類似行為でないとして判示したものと解釈している。実際はどうか。「仙台高裁判決」

の内容で注目に値するのは、「仙台高裁判決」が示した医業類似行為についての記述が営業法の解説に記された医業類似行為の定義とほぼ同様の記述だということである。営業法の解説では、はり術、きゅう術を医行為の一部と看做している。ということは、「仙台高裁判決」は営業法の解説に準じた考え方、すなわち、はり術、きゅう術が医業類似行為ではないとする考え方を基本として読まなければならないはずである。であるならば、逐条解説が示すような広義、狭義の医業類似行為という考え方は妥当ではない。

「昭和 35 年判決」は「何人も、公共の福祉に反しない限り、(中略) …職業選択の自由を有することを保証して」おり、「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局限する」としている。当該裁判で議論されたのは、医業類似行為の禁止が職業選択の自由を不当に制限するか否かであり、判決では医業類似行為の規制は憲法に抵触しないと述べただけで医業類似行為が如何なるものであるかという点は議論されていないのである。これは言い方を変えれば、「仙台高裁判決」で示された医業類似行為の基準が「昭和 35 年判決」においても医業類似行為の基底概念だったということであり、「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」こそが医業類似行為であって、はり術、きゅう術は当然ここに含まれないと解するべきである。

「昭和 35 年判決」は、医業類似行為について他にも視点を与えてくれる。当該判決は、医業類似行為を禁止する目的を「人の健康」の保護であるとしている。これは、医行為にも通じる概念である。医行為そのものは、法律によって具体的行為について定義されていないが、一般には「医学上の知識と技能を有しないものがみだりに行うときは生理上危険があると認められるもの」である¹³⁾と解されている。従って、医行為と看做されるためには、当該疾患に対し、行おうとしている又は行った診断・治療行為が医学的に妥当かどうか(医学的適応性)、また、行おうとしている又は行った診断・治療行為が適切な技術と方法だったか(医療技術の正当性)が求められる(通常はここにインフォームド・コンセントが加わる)¹⁴⁾。医師の行う医行為に対して、この様に厳格な制約を課すのは、当該行為が場合によっては人の生命・健康を脅かす虞があるからである。「昭和 35 年判決」の示す「人の健康」という保護法益の考え方は、医行為におけるそれとほとんど変わらないのである。それにも関わらず、医業類似行為説をとった場合、医師がはり術、きゅう術を行った場合と、鍼灸師がはり術、きゅう術を行った場合で、行為自体の重みが変わることになるが、それは妥当ではないだろう。他にも、あはき法第 1 条及び第 12 条には、それぞれ罰則規定があることに医業類似行為説は何の説明もしていないが、罪刑法定主義に基づくならば、第 1 条及び第 12 条で取り扱っている内容は異なるものであると考えるべきであろう。以上の諸点を考慮すると、HS 式無熱高周波療法事件に関連する一連の裁判に根拠を置く医業類似行為説は妥当ではないと考えられる。

V. 医行為説の検討

従来の医行為説は、歴史の解釈と法令の解釈が織り交ざっており、理解が難しくなっていた。何よりも、判例や他の法令との関連などの取扱いが極めて少なく、論理的に非常に脆弱であった。とりわけ、鍼灸師という「資格」と、はり術、きゅう術という「行為」とが混同されて議論されることが多かったため、結果的に「資格」の判断なのか、「行為」の判断なのか明確には分からないままであった¹⁵⁾。本稿が“行為に限定して”議論すべきと主張したのは、まさにこの点を考慮してのことである。では、“行為に限定”したときのはり術、きゅう術とはどのような行為か。筆者はこれを医行為のひとつであると考え。但し、ここで主張する医行為の概念は従来の医行為説に基づくものではない。

営業法の解説は、はり術、きゅう術の具体的行為内容について次のように定義している。はり術とは「病氣に應じ一定の經穴又は皮膚の一定點にはりを以て刺戟を加える施術」を指し、きゅう術とは「病氣に應じ一定の經穴又は皮膚の一定點に灼きゆうすべき部位を指示し又はその部位にもぐさを點じて焦灼する施術」を指す。要するに、はり術は、人体に金属その他の成分から構成されるはりを身体内に刺入する行為であり、きゅう術は、人体の皮膚上で艾を燃やし、熱を与え或いは経度の火傷を生じさせる行為である。両者共に明らかなのは、当該行為が施行されなければ生じるはずのない損傷を人体に与えている点である。しかも、視覚的にも明らかに傷害を伴う行為であることが確認し得る行為である。はり術、きゅう術の具体的行為から検討するに、これらの行為は一定の知識と技術を有しない者が行う場合、患者に不利益を与える可能性がある。刑法上、傷害罪を構成し得る当該行為を正当行為と看做すためには、医行為同様、はり術、きゅう術を行う上で必要となる知識と技術を有する者が行わなければならないだろう。従って、当該行為は免許がない場合でも一般に禁止される行為である。

そもそも、判例は医業類似行為が禁止される理由として、「人の生命・身体に害を及ぼす虞」を挙げ、さらに「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」と説示している。判例は、診療と施術が人の生命・健康に対し同程度の危険性を有していると明示しているのである。医行為は「医学上の知識と技能を有しないものがみだりに行うときは生理上危険があると認められるもの」と判示されているが、当該部分は、まさにはり術、きゅう術にも該当する概念である。裁判においても、例えばはり師は「鍼術営業者は、鍼砭を施すことを禁忌とすべきか否かを検査する限度においてのみ患者を診察することができる」とする判決（大審院昭和7年2月24日刑事三判決）¹⁶⁾が出ている。当該判決は、はり術が相当程度の注意を払うべき、言い換えるならば十分な知識と技術が求められる行為であることを示している。その他の裁判でも、きゅう師の診察に関する判決（大審院昭和12年5月5日刑事五判決）¹⁷⁾などが出されていることもこの説を支持するものであろう。

VI. 結語

今回の検討によって、従来通説とされてきた医業類似行為説が妥当ではないことが分かった。しかし、ここに示した「資格行為二分論」とはり術、きゅう術を医行為と捉える説は、あくまでも筆者の説であり、今後も当該領域については議論が必要である。

はり術、きゅう術の法律的な検討を行う上で最も重要なことは、患者を主体とした検討を行うことである。本稿でも述べた通り、はり術、きゅう術を無資格者が業とできないのは、それが人の生命や健康に害を及ぼす虞があるからであり、国家が法令によってこれらを管理する最大の理由は、国民の生命と健康を保護するためである。従って、医療に関する議論は、患者という利益享受主体にとって、どれだけ適切且つ必要であるかという論点を忘れるべきではない。そして、患者を主体とした議論が構築されることで、はり術、きゅう術の「法的位置付け」は患者にとって真に必要な法律の姿を示すのである。

研究費について

本研究は、(社) 全日本鍼灸学会研究部公募研究として行われたものである。

脚注・参考文献

- 1) 今回は、はり術、きゅう術に限った検討である。従って文中に、あん摩マッサージ指圧術、柔道整復術にも関連する部分があっても特に必要がなければ明記しない。
- 2) 最高裁判所昭和 30 年 5 月 24 日、最高裁判所刑事判例集 9 卷 7 号 1093 頁。
- 3) 例えば、芦野純夫「鍼灸師の地位向上を目指して①」日本鍼灸新報 503 号、2004、7-8 頁など。
- 4) 尾崎哲夫『はじめての行政法 第 2 版』自由国民社、2007、54-55 頁。
- 5) 手嶋豊『医事法入門』有斐閣、2005、27 頁。
- 6) 芦野純夫「鍼灸師の地位向上を目指して②」(日本鍼灸新報 504 号、2004)
- 7) 例えば、日本統合医療学会『統合医療 基礎と臨床 part1 基礎篇』ゾディアック、2007。日本統合医療学会『統合医療 基礎と臨床 part2 臨床篇』ゾディアック、2007。
- 8) 坂部昌明、池谷博「補完・代替医療と医行為の比較—安心で安全な補完・代替医療の実現に求められる免許制度の在り方—」日本統合医療学会誌、第 2 巻第 2 号、2009、45(118)-52(125)。
- 9) 最高裁判所刑事判例集 14 卷 1 号 33 頁。
- 10) 厚生省健康政策局医事課『逐条解説 あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律・柔道整復師法』ぎょうせい、1990。
- 11) 田原によれば、昭和 22 年のあはき法制定当初において、それまで業としていた医業類似行為について届出をすることで時限的に医業類似行為を継続して業とすることを認める特別措置が取られた。届出は昭和 39 年までに終了したが、戦後の混乱もあいまって業務継続期間は延長され、後に届出のあった業者については特別措置期間が無期限となったとされる(田原義衛「最高裁判所判例解説〔刑事篇〕昭和 35 年度」15 頁)。
- 12) 鈴村信吾・芦田定蔵『あん摩 はり きゅう 柔道整復等営業法の解説』第一書林、1947。
- 13) 最高裁判決昭和 30 年 5 月 24 日、最高裁判所刑事判例集 9 卷 7 号 1093 頁。
- 14) 大谷實『医療行為と法 新版補正版』弘文堂、1995、2-14 頁。

- 15) 芦野純夫「あはき施術の法的誤解をめぐって」日本鍼灸新報 503号、2004、6頁。
- 16) 最高裁判所刑事判例集 11巻 112頁。
- 17) 最高裁判所刑事判例集 16巻 638頁。
- 18) 西田典之『刑法総論』弘文堂、2007。
- 19) 佐久間毅『民法の基礎1 総則』有斐閣、2009。
- 20) 西岡光太郎『醫事法令釋義』光星社、1940。
- 21) 生命倫理と法編集委員会『資料集 生命倫理と法 ダイジェスト版』太陽出版、2004。
- 22) 西田典之『刑法各論 第4版』弘文堂、2008。
- 23) 小野幸二・高岡信男『法律用語辞典 第3版』法学書院、2008。
- 24) 潮見佳男『債権各論II 不法行為法』新世社、2005。
- 25) 北川善太郎『民法総則 第2版』有斐閣、2001。
- 26) 山田卓生ら『民法I 総則 第3版補訂』有斐閣、2009。
- 27) 芦部信喜・高橋和之『憲法 第4版』岩波書店、2007。
- 28) 社団法人 東洋療法学校協会『関係法規』医歯薬出版、1999。
- 29) 社団法人 東洋療法学校協会・前田和彦『関係法規 第7版』医歯薬出版、2010。
- 30) 社会保険研究所『平成21年度版 療養費の支給基準』社会保険研究所、2009。
- 31) 関係法規学習会『関係法規合格プラン』源草社、2009。
- 32) 井原辰雄『医療保障法』明石書店、2006。
- 33) 前田和彦『医事法講義 全訂第6版』信山社、2004。
- 34) 石川敏行『はじめて学ぶプロゼミ行政法 改訂版』実務教育出版、2005。
- 35) 尾崎昭弘・坂本歩『鍼灸医療安全ガイドライン』医歯薬出版、2007。
- 36) 山崎佐『醫師法 醫師会法釋義』奨進醫會、1915。
- 37) 厚生研究會『國民醫療法と醫療團』研進社、1941。
- 38) 福永有利・井上治典『アクチュアル民事の訴訟』有斐閣、2008。
- 39) 尾崎哲夫『法律用語が分かる辞典 第5版』自由国民社、2009。
- 40) 船山泰範『図解雑学刑法 改訂新版』ナツメ社、2005。