

**研究論文**

**はり師、きゅう師の業についての一考察  
—開業権・診断権という語を手掛かりに—**

坂部昌明

公益財団法人 未来工学研究所 客員研究員

**1. はじめに**

権利を主張する場合、その権利の内容を十分に理解しておく必要がある。なぜならば、権利の性質上、主張の相手方あるいは内容と合致しない権利を主張することに意味がないからである。

鍼灸は医療であるのかといった議論は、これまでも行われていた。例えば、鍼灸が半制度下の医療であるという説が述べられるなど<sup>i</sup>、鍼灸の本質に対する研究は進み続けているが、未だ万全とは言えない。

筆者は、加えて議論すべき点として、業としてのはり師、きゅう師を法的にどう考えることができるかということ挙げたい。なぜなら、我が国におけるはり師、きゅう師の本来の姿を明らかにしなければ、必要のない主張による資源の浪費をまねくおそれがあるからだ。

本稿は、特にはり師、きゅう師の権利の一部について検討を加えることを目的としている。本稿が、我が国における業としてのはり師、きゅう師の本来の姿の明確化に貢献するものと期待している。

**2. 問題提起**

今回、はり師、きゅう師の権利として検討を加えるのは、開業権と診断権である。開業権とは、はり師、きゅう師単独で施術所等を開設し業を始められることを指すようである。また、診断権とは、患者を診断する(あるいは診断名を与える)ことを指すようである。「ようである」という表現を用いたが、これは、あくまでも巷間で用いられる開業権、診断権の平均的意味を取り上げたに過ぎないためである。現在、開業権あるいは診断権についての確定した定義はない。

さて、巷間で用いられる開業権と診断権は、権という表現と行為(開業や診断)の組合せの

言葉であり、権とは、行為を行うための専断的な権力ないしは権利を表すものと思われる。すなわち、はり師、きゅう師には、開業をする権利がある、あるいは診断をする権利があるということを表す語として用いられているものと考えられる。

開業権および診断権は、法令には見られない用語である。従って法定の定義はない。そこで、権利それ自体の定義から、開業権および診断権について検討する。

**3. 権利とは**

権利とは、法によって一定の資格者に対して認められる、利益を主張しそれを享受できる力を指す。対置される概念として義務があるが、義務とは、規範の存在を前提とし、それにより人間の意思および行為に与える拘束を指す<sup>ii</sup>。表1は、権利の分類に関するひとつの考え方であるが、一言に権利といっても、多様な分類が可能であることがわかる。

表1 権利の分類<sup>iv</sup>

	分類	例
①	義務と相関関係にある狭義の権利、つまり「請求権」	私法上の契約により成立する法的関係など
②	他人の権利・請求権から免れ、義務がないということにより特徴づけられる「自由」	市場において経済的競争への参加主体が享受・行使する自由など
③	自己の意思により自己および他人の法的地位を変更できる法的能力である「権能」	国会の法律議決権など
④	他人から一定の義務を課されないことに対する法的保障である「免除」	憲法が保障する基本的人権など

表1の分類をもとにした場合、今回の検討対象たる開業権、診断権は概ね②に該当すると考えられる。③については、自己の意思により自己の法的地位を変更できるという点で、開業権との親和性があるように読み取れそうだが、「他者の法的地位を変更できる」という点で該当しない。

<sup>i</sup> 社会鍼灸学研究 2006 (創刊号) より、引き続き議論されている。

<sup>ii</sup> 佐藤純一「現代医学・医療のなかの鍼灸とこれから」社会鍼灸学研究、2009 (通巻4号)、p8-p20。

<sup>iii</sup> 平野仁彦ほか『法哲学』有斐閣、p56-p57、2008、東京。

<sup>iv</sup> 前掲平野ほか p56-p57 の内容を表にした。

では、開業権、診断権が「他人の権利・請求権から免れ、義務がないということにより特徴づけられる自由」であると考えた場合、どのような帰結が導き出されるだろうか。

#### 4. 開業の自由

開業権という語により主張されることは、専ら「自由な開業ができる」ことであると考えられる。では、開業の自由は誰に対して主張するものであろうか。

我が国に限らず、職業選択は、主に統治者が制約を課すことが多かった。我が国においても、江戸期における士農工商（現在では、そこまで厳格ではなかったとする研究も出ているが）など、職業選択に対する制約が存在した。

憲法の役割には、統治者の不当な制約から被統治民を保護することも含まれる<sup>v</sup>。当然、我が国の日本国憲法にも、経済的自由についての条項が存在し（日本国憲法 22 条ほか）、国家権力による職業選択の不当な制約が生じないようにしている。ところで、個人によって職業選択の制約が課される事例はあるのだろうか。結論から言えば、そのような事例はない。

以上を踏まえると、既にはり師、きゅう師は国家あるいは個人からの制約を受けることなく、開業することが出来ることになる。

開業の自由に付随する問題として、きわめて重要な問題がある。それは開業できない医療の専門家が存在することである。ここについては、長らく十分な議論がされていない。近年、特定看護師に関する議論の中で検討がなされかけたが、結局、その内容は「特定行為」という形で決着しており、ここで取り上げる課題の解決にはつながらなかった。

ここで挙げる開業できない医療の専門家とは、診療の補助を業とする者である。看護師や理学療法士、作業療法士がこれにあたる。診療の補助については、保健師助産師環濠司法や理学療法士および作業療法士法などで明確に規定されている。では、なぜ日本国憲法が職業選択の自由を保障している我が国において、これら診療の補助を業とする者が開業できないの

であろうか。最大の理由は、その業が補助を目的とした行為だからである。ここでいう補助を目的とした行為とは、専ら医師または歯科医師が行う医業の補助である。看護師や理学療法士、作業療法士などの診療の補助を業とする者は、医師免許を有する者が居なければ、免許が効力を発揮できないということである。この事実は、極めて重要ながら、十分に熟知されているとは言えない。

実際、一部の理学療法士が整体院などの名称を用いてなにがしかの業態で開業している事態に対して、日本理学療法士協会は注意喚起を行っている<sup>vi</sup>。当該注意喚起については、特に整体院などの名称を用いて何がしかの業態で開業している者等からは批判も上がっている。しかし、本来的には、国民生活センターが示すように<sup>vii</sup>に整体等は無免許行為である。先に述べた通り、診療の補助を業とする者は、診療の補助以外には免許の効果が及ばないため、整体院などの名称を用いて何がしかの業態で開業している者も行っている行為は免許外行為ということになる。それは、リスクを負う覚悟であるかどうかの問題ではなく、厳密に言えば違法行為なのである。

看護師や理学療法士、作業療法士などについては、そもそも開業の自由以前の問題である、「行為の法的完結性」とでも言うべき制度上の条件を創出しなければならない。開業の自由を問うにあたっては、その本質部分に「行為の法的完結性」という課題が横たわっていることを見逃してはならない。

#### 5. 診断の自由

診断権という語が指し示す権利は、ある者が医学的あるいは医療的にその相手方に対して症状や病名を検索し推定する行為を指すものと考えられる。さらに踏み込んで、症状や病名を確定させることを診断と捉えるような意見もある。

診断権という語については、少なくとも2つの重要な問題が内在している。

一つは、権利を主張した結果得られると想定

<sup>v</sup> 芦部信喜ほか『憲法第四版』岩波書店、P4-p13、2007、東京。

<sup>vi</sup> <http://www.japanpt.or.jp/upload/japanpt/obj/files/members/kyuukoku20150130.pdf>。

<sup>vii</sup> 例えば、[http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20120802\\_1.html](http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20120802_1.html) など

される利益が何であるかという問題である。利益と考えられるものの一例として、患者側の診療への協力義務のようなものを想定しよう。患者側の診療への協力義務のようなものから得られる利益は何なのだろうか。診断することにより、無診察治療の違反を回避するといった利益を挙げることもできるが、強引の感を否めない。むしろ、診療契約上のインフォームド・コンセントの考え方に基づけば、このような義務の設定を考えることは難しい<sup>viii</sup>。なぜなら、診療契約は準委任もしくは無名契約の一種であり、純然とした私人間の合意を必要とする(むしろ、合意無き医療を課題と捉える場合の方が多い)。そうなれば、「診療契約を結んだのだから、診断をさせなければならぬ」とする強行的な権利の主張は、契約書への当該内容の明記が無い限り、常に妥当するとは言えない。

問題の2つめは、主張の相手方が誰かということである。患者を相手方とする場合、そもそも、診断は権利を主張しなければならないのかという疑義も生じてくる。学説として、診断は治療行為を構成する要素であるという見方もある<sup>ix</sup>ことを考えれば、患者を権利主張の相手方とするのは困難である。患者以外の場合、もはや主張すべき権利の内容が全く分からなくなる。例えば、医師や国家に対して主張する等考えた場合、医師や国家が診断行為を不当に制限していない現状で、わざわざ診断権を主張する合理的意義があるとは思えない。はり師、きゅう師の診断そのものについて熊本地裁判決(昭和37年2月22日。昭和36年(レ)20号)が「…広義の医行為(狭義のそれを除く)をなすを業とするマッサージ師としては、患者から治療を求められた際は勿論施座中においても、当該疾患がマッサージ療法に適応するものか

どうかを注意し、適応しないことの明らかなものはいうに及ばず適応するか否かにつき充分確信のもてないときや施療によりかえって病状の昂進する徴候を発見した場合においては、速かに施療を中止し専門医による診断治療をうながして、疾患の悪化防止又は患者をして他の適切な治療を受ける機会を失わしめないようにする注意義務が存在する…」との判示していることは無視できない<sup>x</sup>。

一点、診断権について検討しておくことがあるとすれば、それは「診断書の交付」である。診断書の交付は、医師法19条2項等により定められている他、何人からも交付できないことになっている。しかし、診断書の交付はあくまでも「書類の交付」を指し、実際の治療行為の内容を指すものではない。その点で、診断の可否について本条項をもって論じることができない。

## 6. まとめ

本稿では、開業権と診断権について検討を加えた。開業権という権利については、国家に対して主張するという意味においては、日本国憲法により既に認められている権利であることが分かった。ただし、診療の補助を業とする者は行為の完結性を確保できていないため、開業したとしても無免許の罪に問われる可能性があることには注意を要する。診断権については、そもそも、診断権という概念自体が存在しえない可能性があること、そして診断書の交付との混同が起きている可能性があることが分かった。

今後も、このような検討を重ね、はり師、きゅう師の法的位置づけの枠組を明確化していきたい。

<sup>viii</sup> 手嶋豊『医事法入門』有斐閣、p37、2011、東京。

<sup>ix</sup> 植木哲「医師の注意義務」法律時報45巻7号、p207。

<sup>x</sup> 大谷實『医療行為と法新装補正版』弘文堂、p151、1995、東京。

<sup>xi</sup> 熊本地方裁判所判決昭和37年2月22日、下級民集13巻2号261頁。