

明治以降 150 年の鍼灸・あん摩関連法の歩みについて

坂部昌明

森ノ宮医療大学兼任講師

1. はじめに

平成 28 (2016) 年度に執り行われた第 10 回の社会鍼灸学研究会において、筆者は明治以降の日本における鍼灸あん摩等に関する法制度の変遷について報告した。当該報告に含まれる時代範囲のうち、明治 7 (1874) 年の医制発布から昭和 50 (1975) 年ごろまでの制度変遷については、既に『社会鍼灸学研究』に投稿している¹⁾。

本稿では、日本国憲法制定以降の、あん摩マッサージ指圧、はり、きゅう、柔道整復の 4 種の業 (以下、「四業」と称する)、またそれに従事する者に対する行政の理解が如何なるものであったかについて報告した。加えて、行政の理解に対する検討を行った。

2. 営業法から身分法へ

本稿が射程とする時代範囲の始点は、日本国憲法 (以下、憲法と称する) の制定時点である。これは、「日本國憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」 (昭和 22 年 4 月 18 日 法律 72) によって、「鍼術、灸術営業取締規則」等が昭和 22 (1947) 年末で効力を失ったこと、また、それに伴って、四業が職業として消滅することなく、新たに「あん摩、はり、きゅう、柔道整復等営業法」 (昭和 22 年 12 月 20 日 法律 217 以降、「あん摩等営業法」と称する) の制定によって維持・継続されたことに由来する。

昭和 22 年 1 月、厚生大臣の諮問機関として設置された医療制度審議会における、四業その他の医業類似行為の取扱いに対する答申内容は次の通りである²⁾。

鍼、灸、マッサージ、柔道整復術、医業類似行為営業の取扱いについて……
…これらの営業については、人体に関するものであるから、本来はすべて医学上の知識の十分な医師をして取り扱わせるのが適当であると考え。しかしながら、

これらの中には、医療の補助手段として効果のあると考えられるものがあり、又科学的に更に究明せられるべき余地のあるものもあるので、これらについて差し当たり左記のごとく取り扱うのが適当であると考え。

- 一 鍼灸、あん摩、マッサージ、柔道整復術営業者は凡て医師の指導の下にあるのでなければ、患者に対してその施術を行わせしめないこととすること。
- 二 鍼、灸営業については、盲人には原則として新規には免許を与えないものとする
- 三 柔道整復術営業については、原則として新規には免許を与えないものとする
- 四 いわゆる医業類似行為は凡てこれを禁止すること。

本答申については、特に一および二について視覚障害者団体からの強い反対、またあん摩等の施術が長い伝統をもち医療に一定の役割をはたしていること等が考慮され、政府において四業について医療制度の外側において制度的に認めるものとし、資質の向上等を図ることとなった²⁾。当時における当該事情については、あん摩等営業法の最初の解説書³⁾に詳しい。なお、あん摩等営業法は、昭和 26 (1951) 年に題名があん摩師、はり師、きゅう師および柔道整復師法に変更されるが、引き続きあん摩等営業法と称する。

あん摩等営業法が従来の「鍼術、灸術営業取締規則」等 (いずれも内務省令) と異なる点は次の 6 つとされる⁴⁾。

- (1) 従来は営業免許であつたものを、資格免許としたこと。
- (2) 公に認定された学校又は養成施設を卒業した上、さらに都道府県知事の

- 行う試験に合格しなければ免許が与えられないこととなつたこと。
- (3) 都道府県知事は、衛生上害を生ずるおそれがあると認めるときは、施術者に対してその業務に必要な指示をあたえることができるとしたこと。
 - (4) 新たに施術所の構造、設備に関する規制を設け、また、都道府県の吏員が立入検査できる旨の規定を設けたこと。
 - (5) 厚生大臣及び都道府県知事の諮問機関として、中央及び治法にあん摩、はり、きゅう、柔道整復営業諮問委員会（昭和24年5月「厚生省設置法の施行に伴う関係法令の整理に関する法律」(昭和24年5月31日法律154)によりあん摩、はり、きゅう、柔道整復中央審議会、同地方審議会に改められた。)をおくことにしたこと。
 - (6) 医業類似行為については、これをすべて禁止することとしたこと。ただし、現にその営業を行っている者については、その既得権ともいえる生活権を奪うことになることを考慮し、所定の届出を行つた者は、昭和30年末までの間営業ができることとされた。

3. 現行法の成立

昭和38年(1963)年12月、あん摩、はり、きゅう、柔道整復中央審議会は、厚生大臣に対して次の3つの点について答申を行つた⁵⁾。

・あん摩業における視覚障害者の保護

あん摩業における視覚障害者保護のため、あん摩師を、慰安を目的とする「保健あん摩師と医師の指示の下に疾病の治療を目的として施術を行う「医療マッサージ師」とに分け、「保健あん摩師」について、視覚障害者のみに開業を認める旨答申がなされた。これは当時、視覚障害者の団体から、あん摩業の専門化に関する要望が出ていたことに対する方策の一つとして出されたものの、「保健あん摩

師」と「医療マッサージ師」の区別が明確化できないこと、関係者間での意見の一致をみなかつたことなどにより実現していない。なお、政府は、昭和34(1959)年よりあん摩師に係る晴眼者の学校、養成施設について定員増を抑制している。

・医業類似行為の取扱い

医業類似行為を業とすることは、従来通り原則的に禁止する方針を踏襲することとするが、疾病の治療を目的とする行為を厳に排除することを前提とした上、資格のない者が行つても有害にはならないものとして厚生大臣が定める電気、光線等に関する器具、機械を使用して施術することを業とすることを認めることとする答申がなされた。医業類似行為を業とする者については、3度にわたって営業継続の期間延長がなされてきたが、この間、いわゆるHS式無熱高周波療法事件についての最高裁判所判示があった。厚生省では、これを受けて医学的にみて人体に少しでも危害を及ぼすおそれのある行為を業とすることは法に依る禁止処罰の対象となるという通知を出し、引き続き取締りを行う方針を明らかにした。

・無免許者の取締り

無免許者の取締りを厳重に行うことについて答申がなされた。無免許者の取締りについては、上記「医業類似行為の取扱い」の項の後段落に示す通りである。

これらは、昭和36年の法改正の際、国会で行われた附帯決議に基づく厚生大臣の諮問に対する答申であつた。結局のところ、昭和38年の答申に関する具体策を含め、あん摩等営業法の改正法案の作成が進んでいなかったが、昭和39(1964)年に法律改正がなされた(議員提案による)。改正内容は次の通り⁵⁾。

- (1) 昭和30年改正によりあん摩師の業務内容に指圧を含むこととするとともに届出医業類似行為者をあん摩師に転換するための特例措置を講じたが、指圧を届出による医業類似行為業として行っている者は「あん摩」という名称の下に指圧業務を行うことに強い不満を示し、あん摩師への転換が

促進されず、また、あん摩師の業務の中に含まれていたマッサージ業者においても「あん摩師」の名称に不満をもっていたことを勘案して「あん摩師」の名称を「あん摩マッサージ指圧師」としたこと。

- (2) 視覚障害者保護のため、あん摩マッサージ指圧師について、晴眼者と視覚障害者の比率等を考慮して、晴眼者を対象とする学校、養成所の認定、定員増の承認を行いことができるとしたこと。
- (3) あん摩マッサージ指圧師の業務内容、免許について中央審議会が審議することとしたこと。
- (4) 届出医業類似行為業者について、その営業継続の期限を撤廃し、その取扱いについて中央審議会における審議を行い、その結果を参しやくして厚生大臣は必要措置を講ずべきこととしたこと。
- (5) 医業類似行為業について、昭和23年にやむを得ない事由によつて届出ができなかつた者について、このたび、改めて届出を行うことができるとしたこと。

昭和45年(1970)年4月14日には、柔道整復師法が成立し、あん摩等営業法から柔道整復師についての条項が省かれた。また、この時、あん摩等営業法から、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律(以下、あん摩師等法と称する)に改題された。

4. 四業を医業類似行為とする説の出現

平成元年(1989)年になり、厚生省平成元年度厚生科学研究「医療行為及び医療関係職種に関する法医学的研究」において、次の通りの解説がなされる。

医業類似行為は医師以外のものが行う行為であつて、あんまマッサージ指圧師、はり師、きゆう師、柔道整復師の4職種については免許制度があり(あんまマッサージ指圧師・はり師・きゆう師等に関する法律、柔道整復師法)、それ以外

の医業類似行為は何人も業としてはならないとされているが(あんまマッサージ指圧師・はり師・きゆう師^{原文ママ}に関する法律第12条)、禁止処罰の対象は、「人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為」に限局されている(最高裁判決昭和35,1,27)。なお、医師は医業類似行為を業としてなし得る(昭和25,2,1医収62)。

ここでは、四業が医業類似行為であるとする根拠について、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律(以下、あん摩師等法と称する)12条、昭和35年最高裁判決(いわゆるHS式無熱高周波療法事件)⁶⁾および昭和25年の通知を挙げている。昭和25年の通知とは、次のものである。

照会

あん摩、は、り、きゆう、柔道整復等営業法第十二条の規定により同法第一条に定めるものを除く外は、何人も医業類似行為を業とすることはできないが、(同法第十九条第一項該当者を除く。)医師が、あ、ん、摩、は、り、き、ゆ、う、柔道整復若しくは浄血療法等の所謂医業類似行為を行うことは、医師法第十七条の医業の範囲として差し支えないと解するが、聊か疑義があるので至急貴局の御意見承知致したく稟伺する。

回答

昭和二十四年七月十九日付医第九四七号で貴県衛生部長から照会の標記の件については、医師は疾病の診察、治療等医行為の総てを業としてなし得るのであり、特にその行為の内容、方法等について法律上の制限は存しない。あん摩、はり、きゆう、柔道整復等営業法第一条においても、医師は、あん摩術、はり術、きゆう術及び柔道整復術による疾病治療行為をそれらの免許を要せずして業としてなし得る旨を規定しているが、これは当然のことを規定したに過ぎない。従って医師が疾病の治療に当たり例えば浄血療法等の治療方法を用いることは法律上は勿論差し支えない。

但し医師の行う診療の方法について疑義がある場合において医師会、医学会等が自治的な措置を講ずることは、医学の進歩、国民の福祉の上から適当と考える。

本通知において、四業は医業類似行為として紹介されているが、その根拠は示されていない。

平成2年(1990)年3月1日には、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および柔道整復師法の『逐条解説』が発刊される。『逐条解説』においては、①医業類似行為には広義・狭義の別があること、②医業類似行為には、免許医業類似行為、届出医業類似行為、無免許医業類似行為の3種があることが示されたものの、それらの理由ないしは論理的枠組は示されなかった。

5. 近年の動向

近年の政府機関における四業に対する法的位置づけは、厚生省平成元年度厚生科学研究「医療行為及び医療関係職種に関する法医学的研究」、あるい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および柔道整復師法の『逐条解説』に近い立場をとっているといえる。一例として、厚生労働省、総務省および国民生活センターの理解について示す。

厚生労働省は、四業を免許のある医業類似行為であるとする理解を示している。例えば、昭和61(1986)年10月16日健政発第655号は、「医業類似行為を行う施術者に対する指導について」と題し、「最近、医業類似行為を業とする施術者が、公然と関係法規によって認められている業務の範囲を逸脱する行為を行っている事例が報告されている。このような事態が、国民の生命、身体に及ぼす影響は大きく、国民の医療に対する信頼を失墜させる原因ともなり極めて遺憾とするところである。

特に、柔道整復師が施術の一環として患部にレントゲン撮影を行うことにより診断又は治療行為を実施することについては、既に本職通知「柔道整復師のレントゲン撮影に対する取扱について」(昭和二十六年七月二十日医第九〇号)及び「柔道整復師の施術に関連する

レントゲンの使用について」(昭和四十一年八月十五日医発第九五二号)で示したとおり当然医師法又は診療放射線技師法違反となるものと解する。

貴職におかれては、この趣旨に基づき関係方面に改めて周知徹底を図るとともに違反行為を行っている施術者の取締りを強化されたく願うする。」との旨通知している。

次に、平成3(1991)年6月28日医事第58号の一部を次に抜粋する。

1 医業類似行為に対する取扱いについて

(1) あん摩マッサージ指圧、はり、きゅう及び柔道整復について

医業類似行為のうち、あん摩マッサージ指圧、はり、きゅう及び柔道整復については、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(昭和二十二年法律第二百十七号)第十二条及び柔道整復師法(昭和四十五年法律第十九号)第十五条により、それぞれあん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師及び柔道整復師の免許を有する者でなければこれを行ってはならないものである。無免許で業としてこれらの行為を行ったものは、それぞれ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第十三条の五及び柔道整復師法第二十六条により処罰の対象になるものであること。

(2) あん摩マッサージ指圧、はり、きゅう及び柔道整復以外の医業類似行為について

あん摩マッサージ指圧、はり、きゅう及び柔道整復以外の医業類似行為については、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第十二条の二により同法公布の際引き続き三か月以上医業類似行為を業としていた者で、届出をした者でなければこれを行ってはならないものであること。したがって、これらの届出をしていない者については、昭和三十三年三月三十日付け医発第二四七号の一

厚生省医務局長通知で示したとおり、当該医業類似行為の施術が医学的観点から人体に危害を及ぼすおそれがあれば禁止処罰の対象となるものであること。

(1)では、明らかに四業が医業類似行為に含まれると認識できる表現がなされている。なお、平成28(2016)年12月1日の段階で、厚生労働省のWEBサイトにおける「医業類似行為に対する取扱いについて」と題されたページ⁷⁾は、この通知の内容がそのまま掲載されている。

次に総務省について見ていきたい。総務省の「日本標準産業分類」において、四業は「療術業」に分類されている。療術業には医業類似行為業も分類されているが、四業について医業類似行為であるとする説明はなされていない。一方、総務大臣所管の日本予防医学行政審議会の分類においては、四業は医業類似行為に分類され、四業以外の行為は、医業類似行為の中の療術業として分類されている(図1)。

国民生活センターは、平成24年8月2日付で、「手技による医業類似行為の危害」と題した報告を行っている。本報告では、「マッサージ」という語が副題に用いられており、また文中においても四業が医業類似行為に属する旨を示している。ところが、本報告では、「医業類似行為とは『疾病の治療又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、その範囲内でなす診療又は施術でないもの、』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を認められた者が、その業務とする行為でないもの』とされている。(仙台高裁昭和29年6月29日判決昭28(う)第275号)」という引用をしており、報告内容に重大な矛盾を含んでいるが、その点について訂正等は未だない状態である。

6. 考察① 四業の位置づけ

昭和22年の医療制度審議会における答申内容から、あん摩等法制定時において、四業は医療の補助手段として認識されており、これらを単に医業類似行為とする考え方とは明らかに異なる考え方に、当時の政府がたっていたであろうことがうかがえる。答申では、「これらの営業については、人体に関するものであるから、本来はすべて医学上の知識の十分な医師をして取り扱わせるのが適当である」と考える。しかしながら、これらの中には、医療の補助手段として効果のあると考えられるものがあり、又科学的に更に究明せられるべき余地のあるものもある」と述べた上で、鍼灸、あん摩、マッサージ、柔道整復術営業者を医師のコントロール下に置くべきとする提言がなされた。そして、四業の扱いとは別に、医業類似行為をすべて禁止すべきという提言もなされた。ここでは、四業と医業類似行為は明確に区別されていた。

昭和22年の答申の後、四業は「医療制度の外側において制度的に認め」られ、独自の免許制度が成立することになる。ここに挙げられた「医療制度」とは、医師による診療を軸とした現在の医療システムを指すものと考えられる。この一節だけを見れば、「鍼灸は医療とは別枠である」と考えることもできよう。そうすると、四業は医療ではない何かなのかという疑義が生じる。この疑義に対しては、昭和22年の答申からいくつかの論点を抽出し検討すべきである。

ひとつ目の論点は、その当時に「文字通り理解されていたか」は不明ながら、既に「日本における伝統的医療として認識」されていたという点である。答申に対し、「あん摩等の施術が長い伝統をもち医療に一定の役割をはたしていること」等について触れたとする記述が残されている。

第二に、四業は医師の行為とみなされているという点である。実際、「医療の補助手段として効果のあると考えられるものがあり、又科学的に更に究明せられるべき余地のあるものもある」と述べられており、また「人体に関するものであるから、本来はすべて医学上の知識の十分な医師をして取り扱わせるのが適当である」とされた。

この他にも論点はあるが、少なくとも四業は、医業類似行為ないしは非医療としての位置づけであるとの結論はつけがたい。むしろ注目すべきは、四業それ自体の妥当性ではなく、医師以外の者が四業を行うという面についてである。そうなってくると、そもそも四業に関する免許制度の目的とは何なのかという点について考える必要が出てくる。

「免許」とは、講学上「許可」と呼ばれる法律行為の行政行為とされる⁸⁾。「許可」の基本的な考え方は、「本来誰でも享受できる個人の自由を、公共の福祉の観点からあらかじめ一般的に禁止しておき、個別の申請に基づいて禁止を解除すること」とされ⁷⁾、警察規制、あるいは消極目的による規制(消極規制)とも呼ばれる。例えば、あん摩業については、本来、営業の自由(憲法22条1項)にかかわるものであるため、誰でも自由に業とできるはずである。ところが、一定の技術や知識のみならず、施術所の衛生管理等が不十分な場合、公衆において生命や健康上の危害を生じる可能性ある。政府としては、これら「国民の生命・健康に対する危害の排除」を目的とし、一般的にこれら業の自由に制約を加え、個々の申請に応じて、その制約を解除しているのである。この制約は「封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために主張された権利」⁹⁾であることを鑑み、恣意的な規制であってはならないとする一方、「職業は性質上、初回の相互関連性がおおきいので、無制限な職業活動を許すと、社会生活に不可欠な公共の安全と秩序の維持を脅かす事態が生じるおそれ大きいこと」¹⁰⁾あるいは「現代社会の要請する社会国家の理念を実現するためには、政策的な配慮(たとえば、中小企業の保護)に基づいて積極的な規制を加えることが必要とされる場面が少なくない」¹⁰⁾ため、公権力による規制の要請が強いとされる。これは、憲法22条の条文中にみられる「公共の福祉に反しない限り」という文言による留保にあらわされている。なお、規制の基準は行政法という警察比例の原則に基づくという考え方が一般的である。本原則は、「規制措置は社会公共に対する障害の大きさに比例したもので、規制の目的を達成する

ために必要な最小限度にとどまらなくてはならない」¹⁰⁾というものである。

免許制度の主旨を鑑みるに、四業を業とするために免許が必要なのは、四業が「無制限な職業活動を許すと、社会生活に不可欠な公共の安全と秩序の維持を脅かす事態が生じるおそれ大きい」業だからである。そうでなければ、本来営業の自由に服すべき人の職業が制約を受けることはないはずなのだ。

7. 考察② 営業免許と資格免許

四業に関する免許制度の目的について検討する上で、あん摩等営業法成立によって営業免許から資格免許への変更が図られた点に注目したい。

まず、「営業免許」と「資格免許」の違いについて整理する。「営業」とは、それが示す通り営業活動それ自体をさすと考えるのが妥当であろう。例えば、飲食業や風俗営業などのように、一定の業態による営業を行う事業者に対し、許可を出すのが「営業免許」と考えられる。一方、「資格」とは、営業活動ではなく、ある行為を行おうとする者の資質それ自体であると考えることができる。これについては、一個の法律として「営業免許」と「資格免許」のいずれについても規定している宅地建物取引業法(以下、宅建業法と称する)を例にとると整理しやすい。すなわち、宅建業法には、宅地建物取引業(以下、宅建業と称する)および、宅地建物取引士(以下、宅建士と称する)についての規定が含まれている。宅建業とは、宅地建物の取引に関する業務であり、宅建士とは、宅地建物取引における適正な手続や流通等に重要な役割を果たす国家資格である。両者は共に免許制度に服しているが、その特徴は全く異なる。宅建業は国家試験等を要せず、申請によって事業者が免許を受けられるものの、条件として宅建士の適正配置(従業員5人あたり1人の割合で成人の専任取引士を設置しなければならない)が必要とされる(宅建業法第31条の3)。他方、宅建士は、国家試験が準備されており、試験の合格と宅建業に関する経験(原則2年以上。例外あり。)の条件を満たしている個人であれば免許を受けられるが、宅建士免許で

は宅建業を行うことはできない。少し強引に整理すれば、宅建業を行うには宅建士が必要だが、宅建士だからといって宅建業はできないという各々の特徴があり、両者は不可分一体的な関係にある。宅建業は「事業者に対する営業許可」であり、宅建士は「資質十分な個人に与えられる資格許可」なのである。

このように営業免許と資格免許の目的の違いを整理すると、次のことが見えてくる。それは、ある事業に従業する個人に注目したとき、営業免許を受けた者よりも資格免許を受けた者の方が、その個人の資質は高いということである。これは、言い換えれば、より個人の資質の高さが求められる業務については、その個人の資質の担保を行うため、より厳格な「ふるい」として資格免許を受けさせるということである。従って、四業に関する免許が、営業免許から資格免許になったということは、四業を業とする個人の資質向上が図られたということであり、同時に四業はそのような資質を求められる業務として認識されているということである。

ところで、あん摩師等法及び柔道整復師法は専ら資格免許についての規定を中心としたものであるかのように見える。資格免許を基軸として、「免許取得者が」事業を行うにあたっての事業形態とそれに伴う衛生措置等ならびに各種届出、そしてその監督についてという形式をとっているようにみえるのである。あん摩師等法及び柔道整復師法に見られるこのような特徴は、あん摩師等法及び柔道整復師法の立法趣旨が「国民の生命・健康に対する危害の排除」であり、具体的に国民の生命・健康が危機にさらされないよう、施術者本人の資質を高めることが優先される必要があったことに起因すると考えられる。すなわち、「現代社会の要請する社会国家の理念を実現するためには、政策的な配慮」という視点に対するものよりも、「無制限な職業活動を許すと、社会生活に不可欠な公共の安全と秩序の維持を脅かす事態が生じるおそれが大きい」という視点を重要視しているのである。だからこそ、免許取得者以外の業務開始が想定されていないような条文構成なのである。ここ

にも、先に挙げた資格免許の特徴が色濃く表れている。

8. 考察③ 四業は医業類似行為か

近年、厚生労働省をはじめ、いくつかの政府機関等では、四業を医業類似行為（特に免許医業類似行為と呼ぶ場合もある）に分類している。四業を医業類似行為であるとする理由の根拠づけとされる判例や通知を時系列的に眺めてみよう。

昭和25年に出された通知（昭和25年2月1日医収第62号）では、「柔道整復等営業法第十二条の規定により同法第一条に定めるものを除く外は、何人も医業類似行為を業とすることはできないが、（同法第十九条第一項該当者を除く。）医師が、あ、ん、摩、は、り、き、ゆ、う、柔道整復若しくは浄血療法等の所謂医業類似行為を行うこと」の是非についての疑義照会に対し、「医師は、あ、ん、摩術、は、り、術、き、ゆ、う、術及び柔道整復術による疾病治療行為をそれらの免許を要せずして業としてなし得る旨を規定しているが、これは当然のことを規定したに過ぎない。従って医師が疾病の治療に当たり例えば浄血療法等の治療方法を用いることは法律上は勿論差し支えない。」と返答している。本通知は、疑義照会者側が四業を医業類似行為であるとしていることには触れず、しかもその根拠も示されていない。あん摩等営業法の制定時の議論では、四業その他行為のうち、医療の補助行為と考えられるもの以外を医業類似行為としてとらえていたにもかかわらず、このようなやり取りがなされたことには注目する必要があるだろう。場合によっては、条文の読み間違いがあった可能性も顧慮される必要があるだろう。

次に、昭和35年の最高裁判所の判決である。この判決については、未だに多様な理解がなされているようである。当該裁判の流れを簡単にまとめると次の通りとなる。

- 1) HS式無熱高周波療法を業として行っていた者（被告人）について、簡易裁判所で刑事裁判があり、被告人に有罪判決が下された。

- 2) 抗告審(高等裁判所)では、被告人の抗告が棄却された。抗告審において、『疾病の治療又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、その範囲内でなす診療又は施術でないもの、』換言すれば『疾病の治療又は保健の目的とする行為であつて医師、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を認められた者が、その業務としてする行為でないもの』という基準が示された。
- 3) 上告審(最高裁判所)では、抗告審においてHS式無熱高周波療法の危険性について議論が不十分であるとし、抗告審を破棄した上で差し戻しとした。
- 4) 差し戻しの裁判において、HS式無熱高周波療法の危険性が立証され、改めて有罪判決がなされた。
- 5) 差し戻し後の最高裁判所への上告は棄却され、有罪判決が確定した。

以上から分かるように、本裁判は結果として有罪判決が出た裁判である。本裁判に対する、調査官解説¹¹⁾では四業を医業類似行為としている。当該解説では、広義の医行為を免許された医業類似行為であるとしているが、医行為を医業類似行為と読み替えている理由は明確に示されていないため、やや強引に議論がすり替えられた感を否めない。

最後に、平成3(1991)年6月28日医事第58号であるが、こちらは、上記通知および判例の内容を踏襲しているのみで、四業を医業類似行為としているが理由は示されていない。

以上から分かるように、四業を医業類似行為とする考え方の根拠は、極めて強固とは言えない。むしろ、かなり曖昧模糊とした状態である。特に、昭和35年の最高裁判決の時には、医業類似行為について明確にする機会であったのだが、調査官をもってしても広義の医行為を免許された医業類似行為とする、理解しがたい解説を行ってしまったため、現在

に至るまで、医業類似行為とはどのようなものを指すのかが不明瞭になってしまっている。

9. まとめ

本稿の目的は、あくまでも四業の位置づけの実情の提示である。そのため、四業がどのようなものと解されるか、あるいは医業類似行為とは何かといった点について結論付けることはしない。これらについては、今後議論が深められるべきところといえる。しかしながら、特にあん摩師等法は、条文が作られてから70年以上が経過しており、また条文の読みにくさ等、現行の条文の不備についても指摘がなされている。このことを考慮すると、抜本的な法律の整理と条文の書き直しが必要であるように思われる。統合医療等新たな医療・健康の枠組が提唱されている昨今にあつて、医療業界自体も医療制度全体の見直しが図られはじめている。そういった点を考慮した四業に関する法律の改正等を真摯に検討しなければならない。

【引用文献】

- 1) 坂部昌明.「鍼灸師とはり灸に係る法制度の変遷—医制成立から現在にいたるまで—」社会鍼灸学研究. 2013.
- 2) 厚生省医務局『医制百年史(記述編)』ぎょうせい. p423-425. 1976. 東京.
- 3) 東龍太郎, 他.『あん摩 はり きゅう 柔道整復等営業法の解説』 第一書林. 東京 1948.
- 4) 『医制百年史』 p425-426.
- 5) 『医制百年史』 p607-610.
- 6) 最高裁判所刑事判例集 14 巻 1 号 33
- 7) <http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/i-anzen/hourei/061115-1a.html>
- 8) 櫻井敬子, 橋本博之『行政法』弘文堂. P78-80. 2008. 東京.
- 9) 芦部信喜, 高橋和之補訂『憲法(第四版)』岩波書店. P210. 2007. 東京.
- 10) 『憲法』 P211.
- 11) 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. No. 197; p65-67. 1960.

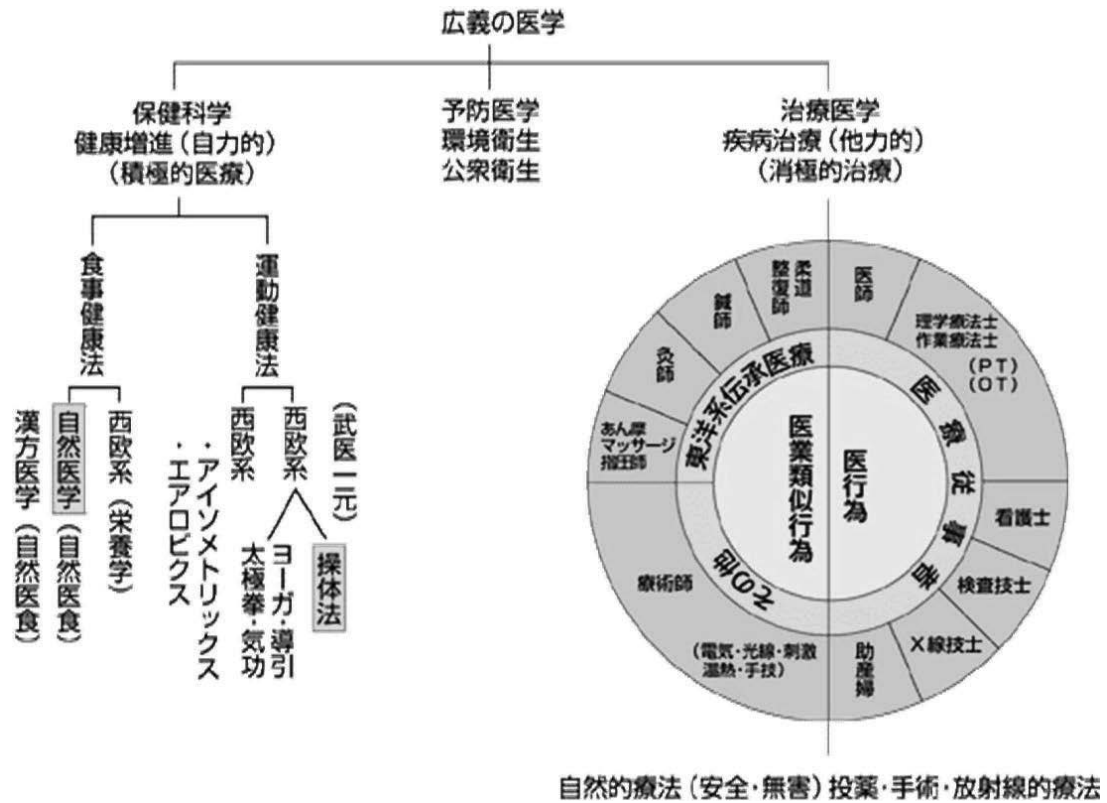


図1 総務大臣所管 日本予防医学行政審議会の分類 (同審議会 WEB ページより引用)