

# 医師法と医学教育

—— 医師法一七条と臨床実習をめぐる ——

菅野耕毅

## 目次

- 一 序文
- 二 無資格医業禁止の趣旨
  - (一) 無資格医業禁止規定の沿革
  - (二) 無資格医業禁止の根拠と性質
  - (三) 無資格者の医業と民事責任
- 三 医師と医業の概念
  - (一) 医師の定義と免許
  - (二) 医業の概念
- 四 臨床教育・研修制度と医師法
  - (一) 初期の医学教育と無資格医業
  - (二) 診療修練の制度
  - (三) 実地修練(インターン)の制度
  - (四) 臨床研修の制度
  - (五) 医学部教育における臨床実習
- 五 結語

## 一 序 文

医学教育の改善において、実習、とりわけ臨床実習の充実が重要であることは、『医学教育の改善に関する調査研究協力者会議・最終まとめ』の指摘するとおりである<sup>(一)</sup>。わが国の大学医学部における臨床実習の現状は、「主として見学に近いものが多い<sup>(二)</sup>」とか、「診断・治療等の介助と見学という内容にとどまらざるを得ない<sup>(三)</sup>」ともいわれている。その背景として、さまざまの原因ないし理由があげられているが、その一つに「診療責任の問題<sup>(四)</sup>」とか「医師法、医療法が医学教育上極めて不備な点が多い<sup>(五)</sup>」ことが指摘されている。

確かに、臨床実習の名のもとに、医師資格のない学生が診療行為を行うことについては、医師法一七条の「医師でなければ、医業をなしてはならない」という規定との関係が問題となろう。医師資格のない者の診療行為は、その行為の目的、態様、指導監督にあたる者との関係、患者の理解、その他種々の要因との関係で、慎重な検討を要する問題である。これから、厚生省は、文部省と共同で、学生が診療行為をするための法律上の問題点を洗い出し、具体的にどのような診療行為を教育に組み込んでいくかを検討するため、医学教育の専門家から成る検討会を発足させるところだ<sup>(六)</sup>という。

こうした現状において、考えなければならないことは、現行医師法の下で臨床実習を行うにはどのような点に留意すべきか、また、臨床実習の改善充実に向けての法制度づくりにおいては何を考慮すべきかである。本稿は、これまでの医師法の規定の沿革、その解釈をめぐる学説・判例の動向、実地修練・臨床研修などの制度の変遷、さらには無資格医業の判例の状況などを検討することによって、そうした課題を考えるための参考に供しようとするものである。

- (一) 文部省高等教育局医学教育課編『医学教育の改善に関する調査研究協力者会議・最終まとめ』（第一法規出版、昭和六二年）二八頁以下。中山健太郎・後掲書一四三頁も同旨。
- (二) 中山健太郎『医学教育の計画と方法』（文光堂、平成二年）一四五頁。
- (三) 文部省高等教育局医学教育課編・前掲書二〇頁。
- (四) 吉岡昭正「医師の生涯教育」ジュリスト〔増刊号〕五四八号（昭和四八年）一四六頁。
- (五) 小野 繁「Multipotential Practitioner」岩手医科大学圭陵会学内支部会報七一号（平成元年）一一頁。
- (六) 朝日新聞・平成二年四月二五日等。

## 二 無資格医業禁止の趣旨

### (一) 無資格医業禁止規定の沿革

医師法は、医師でない者の医業を禁止している（一七条）。このように医師（免許を有する者）以外の者の医業を禁止し、医師に独占的な業務を認める制度は、明治七年の「医制」に始まったといえる。医制は「医学卒業ノ証書」および「内科外科眼科産科等専門ノ科目ニ箇年以上実験ノ証」を所持する者に医師開業の免状を与えることにした（三七条、改正後は一九条）うえで、「開業免状ヲ所持セスシテ病客ニ処方書ヲ与ヘ手術ヲ施ス者ハ科ノ軽重ニ応シテ其処分アルヘシ」（四〇条、改正後は二〇条）と定め、開業免状のない者の医業を禁止し、違反者は処分することにしたのである。

医制四〇条（後に二〇条）においては、その違反者の処分内容は不明であり、これは実施にいたらなかったが、間もなく旧刑法（明治一三年布告、同一五年施行）が「官許ヲ得スシテ医業ヲ為シタル者ハ拾円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」（二五七条）との規定を設けて、無免許医業に対する処罰の内容を明らかにした。やがて、医師法（明治三九年公布、同年施行）が制定され、医師の免許制度が、開業免許制度から身分免許制度に改められることになったが、同法には「免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為シタル者、停止中医業ヲ為シタル者……ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」という無免許医業を処罰する規定（二一条）が設けられたので、改正刑法（明治四〇年公布、同四一年施行）においては、前記の条文は削除された。

その後、昭和八年の医師法改正においては、無免許医業の罰則も改正され、罰金刑のほかに懲役刑も加えられる

ことになり、医師法第一条は、「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」と改められた。さらに、昭和一七年の国民医療法（昭和一七年公布、同年以降逐次施行）は、従来の無免許医業の罰則規定を、無免許医業禁止規定とその罰則規定とに分離して、その禁止の趣旨を明確にし、「医師ニ非ザレバ医業ヲ……為スコトヲ得ズ」（八条一項）と規定したうえで、「第八条第一項ノ規定ニ違反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」（七四条一項）と規定した。これは、やがて、刑罰が加重されたほかは、ほとんどそのままの形式で、つぎに掲げるような現行医師法（昭和二三年七月三〇日公布、同年一〇月二七日施行）一七条および三一条一項一号に受け継がれたのである。

医師法（昭和23・7・30 法律第二〇一号）

第一七条 医師でなければ、医業をなしてはならない。

第三一条 左の各号の一に該当する者は、これを二年以下の懲役又は二万円以下の罰金に処する。

一 第一七条の規定に違反した者

二 虚偽又は不正の事実に基づいて医師免許を受けた者

## (二) 無資格医業禁止の根拠と性質

### (1) 無資格医業禁止の根拠

医師法が、医師でない者の医業を禁止しているのはなぜであろうか。その一般的理由は、医師免許制度自体の目的である「公衆衛生の向上及び増進」により「国民の健康な生活を確保すること（医師法一条）であり、その具

対的理由は、(a)無資格者の医業によって人の生命・健康に危害が及ぶことを防止することであるといえよう。判例も、「患者の保健衛生上危害を生ずるおそれがあるので、国民の保健衛生を保護するという公共の福祉の見地からの当然の制限である」(札幌地判昭和五五年九月一日、判時九八七号一三五頁)とする。

このような生命・健康への危害という積極的弊害のほかに、無資格医業禁止の理由に、(b)それが「人をして正常なる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」があるといった消極的弊害をも含めて考える見解がある(仙台高判昭和二九年六月二九日高裁刑特報三六号八五頁、最判昭和三五年一月二七日〔少数意見〕刑集一四卷一号三三頁<sup>(二)</sup>)。しかし、この見解は、医業・歯科医業以外の医療関係業務や医業類似行為についてはともかく、医業・歯科医業に関しては意味がないといえよう。なぜなら「医師若しくは歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずる虞のある行為」(保健婦助産婦看護婦法三七条、歯科技工法二〇条、歯科衛生士法一三条の二など)を除き、それほど危害のおそれのない医療行為を行うことを認められている医療関係者が多種類存するからである。

ところで、無資格医業の禁止において問題となる「危害」は「一般ノ危険」ないし「公衆衛生上ノ危険」であつて、「実害ヲ生スル危険」ではない(大判昭和元年二月二五日刑集五卷五九七頁)。そもそも「無免許医業ヲ為スラ禁スルノ法意ハ予メ危害ヲ防止セントスルニ在リテ、箇々実害ヲ生シタル場合ヲ処罰セントスルモノニアラス」(大判大正二年一月二五日刑録一九輯一二八八頁)だからである。したがって、医学知識が必要な水準に達している(たとえば、インターン生、最判昭和二八年一月二〇日刑集七卷一〇号二二四九頁)とか、あるいは十分な医療技術・経験をもっている(たとえば、医師免許の取消を受けた者)などのために、具体的に危害が発生しなかつたとしても、なおそれらの者の医業は本条違反となるのである。

## (2) 業務独占の性質

無資格者による医業が禁止されたこと（医師法一七条）により、医師免許を有する者は、医業を独占的に行うことが出来る結果となる。しかし、これは無資格者の医業を禁止したことの結果としてもたらされる反射的利益であつて、決して医療に関する「特権的地位」を医師に認められたものではない<sup>(四)</sup>。医業の独占は医師に認められた排他的権利ではないから、医師が無資格者の医業を発見した場合にも、自己の権利が侵害されたわけではないので、特許権者のような差止請求権・損害賠償請求権や告訴権はなく、一般人に認められている告発権（刑事訴訟法二三九条）をもつだけである。病院や診療所の管理者の場合は、そこに勤務する従事者を監督して業務遂行に欠けるところがないように注意すべき義務がある（医療法一五条）ので、院内において無資格者の医業を発見したときは、それを適切に措置する責任がある。

### (3) 無免許医師を使用した者の責任

病院や診療所の管理者等である医師が、無資格者をそれと知りながら雇い医業を行わせた場合は、刑事責任を問われることがある<sup>(四)</sup>。その刑事責任の根拠については、(a)無免許医業の教唆ないし幫助（刑法六一・六二条）であると<sup>(五)</sup>みる説と、(b)無免許医業を共同して行ったものとして共同正犯（同法六〇・六五条）とみる説とがある。判例は、医師と無資格者との共同正犯を認めている。それには、①医師でありながら専業主婦となっていた妻が、歯科医師である夫の死亡後に、自ら診療所を開設して資格のない者二名を医師として雇入れ、彼らと共謀のうえ一〇名の患者の診療をさせたという事件において、「医師でない」ことも一つの身分とみて刑法六五条一項の身分犯として共同正犯の成立を認めたもの（東京地判昭和四七年四月一五日判時六九二号一一二頁）と、②医師が医師の資格のない者と共謀して医業を行った事件において、「医師の資格があるからといって、他人の無免許医業に協力、加功する

ことまで許されているわけではないのであるから、医師が他人の無免許医業に加功すれば、その加功の程度に応じた責任を負うのは当然である」として刑法六〇条による共同正犯とし、同法六五条一項をもあわせて適用する必要はないとしたもの（東京高判昭和四七年一月二五日判タ二七七号三五七頁）とがある。

#### (4) 医業独占と職業選択の自由

医師法一七条は、医師の資格のない者の医業を禁止するものであり、これは職業選択の自由に対する制限であることは明らかである。それゆえ、無資格者の医業を禁止する医師法一七条は職業選択の自由を基本的人権として保障した憲法二二条に違反しないかが問題となる。これに関して、最高裁は、③歯科技工士が総義歯の作り換えをし、たために歯科医師法一七条違反に問われた事案において、この制限が憲法二二条違反となるかが争われたが、判決は「この制限は、事柄が右のような保健衛生上危害を生ずるのおそれなきを保し難いという理由に基いているのであるから、国民の保健衛生を保護するという公共の福祉のための当然の制限であり、これを以て職業の自由を保障する憲法二二条に違反するものと解するを得ない」としている（最大判昭和三四年七月八日刑集一三卷七号一一三二頁）。その後、④温熱療法・指治療法の医業類似行為を業としていた者（あんま師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法付則一九条による）が、疾病治療の目的でコロイド硫黄（生石灰と硫黄を煮詰めたもの）を患者に塗布するとともに交付した事件の傍論において、東京高裁も「医業は公衆衛生に直接関係し国民の健康な生活を確保するものであるから、法は医師の免許につき絶対的、相対的欠格事由を定めた上国家試験に合格し厚生大臣の免許を要する等嚴重な規定を設けているのであって医師でなければ医業をしてはならないのである。従って、法が医師でない者が医業をなすことを禁止するのは公共の福祉のため必要とするのであって、職業選択の自由を不当に制限したものと認められないから、これを憲法第二二条違反ということはできない」としている（東京高判昭和三六年一



二月一三日判タ一二七号五四頁。

### (三) 無資格者の医業と民事責任

医師免許を有しない無資格者が医業をすることが違法であることは前述のとおりであるが、こうした違法な無資格医業をした者は、その無資格医行為自体につき患者に対して民事責任を負わなければならないかが問題になる。しかし、すでに述べたように、無資格医業を禁止する法の目的は、一般的に公衆衛生上の危険を防止して国民の保健衛生を保護することであり、その方法は懲役または罰金などの刑事責任（医師法三一条一項一号）や、免許取消または医業停止などの行政処分（医師法七条二項）による。これは、当事者間に生じた損害の救済を主眼とする民事責任（民法四一五条、七〇九条等）とは直接つながらない。したがって、無資格者による医行為であっても、その行為者が、診療上の注意義務を怠り、その過失ある違法な行為によって患者に損害が生じたというように、不法行為の要件（民法七〇九条）を充たしていない限り、民事責任が生ずることはないのである。

判例には、入院中に心不全等で死亡した重症肺結核患者の遺族が病院が無資格者に診療をさせたからであるとして病院の不法行為責任を追及した事案において、無免許医業は刑事上または行政上の責任を問われることはあっても、直ちに不法行為となることはなく、無免許医業と患者の死亡との間に因果関係がないとして訴を棄却した〔判例1〕、一酸化炭素中毒事故につきインターン生が往診して治療に当たったが患者が死亡したため、その遺族がこれには医師法一七条違反（無資格医業）だから損害賠償責任も免れないと主張した事案において、医師法違反者には所定の刑罰が科せられることはあるが、その違反が直ちに不法行為にあたることはないとし、その医療行為と死亡との因果関係も否定して請求を棄却した〔判例2〕などがある。なお、〔判例3〕は、無資格者の診療ではなく医

師の専門外の診療の事例であるが、無資格者の医療行為でさえもその行為自体が直ちに不法行為となるわけではないことを例証として、専門外の診療行為をしたこと自体に過失はないとした事例である。

〔判例1〕無免許医局員診療行為事件（佐賀地判昭和三七年一月一八日、田中二郎編『医療関係判例集』〔第一法規出版〕一二〇〇頁） 原告Xの妻Aは被告Y村の設置するK病院において、昭和三四年七月以降診療を受け、同年九月九日に同病院に入院し、その被用者訴外B医局員らの診療を受けていたが、同月三〇日に同病院で死亡した。Xは、Aの死亡はYが免許を有しないBを医師として採用し診療に当らせていたことに起因すると主張して、Yの不法行為責任を追求した。Bは、昭和三二年三月K大学医学部を卒業し同四月から一年間診療および公衆衛生に関する実地修練（インターン）の課程を経て昭和三三年四月の医師国家試験に合格し、医師免許を申請したが、生年月日の記載間違い等のため医師免許証を未だ有しなかったのである。これに対して、佐賀地裁は、つぎのように判示してYの不法行為責任を否定した。

「医師免許を有しない者が医業に従事したことがあっても、これが刑事上又は行政上の責任を問われることのあるのは格別、その者のなした行為が直に不法行為となるものではなく、……。

Aの入院後はF医師、B及び看護婦その他の職員は可能な限りの努力を傾注してAの診療に当たっていた事実が認められ、Aの死亡は重症肺結核による心不全および心臓衰弱を原因とする心臓麻痺によるものであることが認められ、……Aの死因が右Bの診療の不手際によるものとは到底認めることができない。……

右の次第であるから、たとえ被告Y代表者において充分調査をしなかったため医師免許を有しないBをして病院において患者の診療に当らせたことが過失と認められても、上記Aの死亡との間に因果関係がないからその点に関し不法行為は認められず、右Bその他被告の被用者についても不法行為が認められない以上被告に対し使用者責任を問うこともできない。」

〔判例2〕インターン生ガス中毒患者往診事件（千葉地判昭和四六年三月九日、下級民集二二卷三二四号二〇七頁、判時六四二号五一頁） プロパンガス風呂釜の不完全燃焼によりA・B・X<sub>1</sub>の三名が一酸化炭素中毒にかかり、A・Bが死亡した

事故において、原告X<sub>1</sub>と、A・Bの各相続人である原告X<sub>2</sub>・X<sub>3</sub>が、プロパンガス販売会社Y<sub>1</sub>と、往診したインタン生Y<sub>2</sub>および同人を派遣した医師Y<sub>3</sub>に対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した事案において、千葉地裁は、Y<sub>1</sub>会社の責任（総額約一六〇万円）は認めしたが、医師の責任については、つぎのように判示して請求を棄却した（控訴）。

「被告Y<sub>2</sub>（インタン生）は、一回目のガス中毒にかかった原告X<sub>1</sub>・亡A・亡Bを診察し、強心剤などの注射をした。その結果、三名は意識を回復し、そのまま放置しても支障のない状態になった。患者三名が初診時から約一時間後に意識を回復していることや鑑定人某の証言に照らしてみても、被告Y<sub>2</sub>の施した措置が適切でなかったということはできない。……被告Y<sub>2</sub>の診断の結果いかに関連なしに、原告X<sub>1</sub>が風呂釜のバーナーに点火したため二回目のガス中毒がひき起こされたのであって、本件事故は一回目のガス中毒によって発生したものではなく、二回目のガス中毒によって発生したものとみるのが相当であるから、被告Y<sub>2</sub>の診療行為または診断行為と事故との間には因果関係がないといえる。ところで、原告らは被告Y<sub>2</sub>が医師法一七条、二〇条に違反したから責任を免れないと主張するが、医師法は医療と保健指導を通じて公衆衛生の向上と増進に寄与すべき本分を有する医師の資格と業務を規制し、もって国民の健康な生活を確保することを目的とする法律で、いわゆる行政目的を達するために制定された法律であり、それに違反した場合に所定の刑罰が科せられることはあっても、その違反が直ちに民事上の不法行為にあたることになるわけではない。」

〔判例3〕内科医手首切断手術事件（大阪地判昭和三八年三月二六日、判時三四三号一七頁） 原告Xは昭和三二年六月に建築現場で右手首を負傷して、被告Y<sub>1</sub>病院に運ばれた。当直医（産婦人科）が就寝していたので、居合わせた被告内科医長Y<sub>2</sub>が自ら診察したところ、手首の骨はほとんど粉碎され軟部組織もほとんど挫滅していたため、Xの右手首切断の手術をした。これに対し、Xは、内科医が外科診療をしたことおよび右手首を切断したことは過失行為であると主張し、Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>に対して損害賠償を請求した事案について、大阪地裁はY<sub>2</sub>の過失を否定した。その中で、医師が専門外の治療を行ったことについてつぎのように判示した。

「内科専門医である被告Y<sub>2</sub>が、外科患者である原告Xに対し、自ら診察治療した行為自体を目して、過失があると断ずるこ

とは、理由がなく、失当である。この法理は、およそ無資格者が医療行為を行った場合でもそれが医師法違反として処罰されることはあっても、その行為自体が不法行為にいわゆる過失行為とされるわけではなく、そのなした医療行為に一般医師に要求される注意義務の懈怠があつて始めて、無資格者に対し、その点につき不法行為上の責任を問うることからも、容易に首肯されるところである。」

(一) 時國康夫「医業類似行為の禁止」憲法判例百選Ⅰ〔第二版〕一五二頁。

(二) 磯崎辰五郎・高島學司『医事・衛生法』(有斐閣、昭和五四年)一八四頁。

(三) 特許権者の場合は、業として特許発明の実施をする権利を専有し(特許法六八条)、それを侵害する者または侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止または予防を請求することができる(同法一〇〇条)、侵害した者に対してはそれによりて受けた損害の賠償を請求することができる(同法一〇二条)とともに、その侵害の罪について告訴することもできる(同法一九六条、刑事訴訟法二三〇条)。これとは異なり、医業独占は医師に認められた排他的権利ではないから、医師は無資格者が医業をしているのを発見した場合にも、自己の権利が侵害されたわけではないので、特許権者のような差止請求権・損害賠償請求権や告訴権はなく、一般人に認められている告発権(刑事訴訟法二三九条)をもつだけである。

(四) 昭和四七年一月一九日医発七六号医務局長通達「無資格者による医業及び歯科医業の防止について」。

(五) 福田 平『行政刑法〔新版〕』(有斐閣、昭和五三年)一三三頁。

(六) 藤木英雄『行政刑法』(学陽書房、昭和五一年)九七・二六三頁。

## 三 医師と医業の概念

### (一) 医師の定義と免許

#### (1) 医師の定義

医師法には、医師とはなにかを定義した規定はない。しかし、「医師になろうとする者は、医師国家試験に合格し、厚生大臣の免許を受けなければならない」(医師法二条)という規定および無資格医療禁止の規定(同法一七条)を根拠とし、それに他の医療関係者の定義規定を参考にして定義をすれば、「医師とは、厚生大臣の免許を受けて、医行為を行うことを業とする者をいう」とすることができよう。医師たるの要件は、厚生大臣より「医師免許」を受けることである。歯科医師や獣医師の免許は「医師免許」ではないから「医師」ではない。外国で医師免許を受けた者も、わが国の医師法という「医師」ではない。こうした外国医師がわが国で医業を行うには、厚生大臣の免許を受けることを要し(昭和三二年二月二三日医発一二六号医務局長回答)、またその者は、厚生大臣により相当の学力および技能を有して適当と判断されれば、医師国家試験の受験資格が認められる(同法一一三条三号)のである。

#### (2) 医師の免許

医師免許は、厚生大臣が医籍に登録することによって行う(医師法六条一項)が、そのためには、その者が、(a) 医業をする者に必要な知識および技能など一定の資格要件を備えているか(積極的要件)、(b) 医業を行う者として障害となる身体的または精神的な欠格事由はないか(消極的要件)について審査される。また、免許取得の後にお

いても、欠格事由に該当するようになれば、免許の取消または医業の停止などの行政処分がなされる。

(a) 資格要件としての国家試験 医師免許を得るためには、医師国家試験に合格することが必要である（医師法二条）。医師国家試験は「临床上必要な医学及び公衆衛生に関して、医師として具有すべき知識及び技能について」行われる（同法九条）。その受験資格は、「学校教育法に基づく大学において、医学の正規の課程を修めて卒業した者」「医師国家試験予備試験に合格した者で、合格した後一年以上の診療及び公衆衛生に関する実地修練を経たもの」「外国の医学校を卒業し、又は外国で医師免許を得た者で、厚生大臣が前二号に掲げると同等以上の学力及び技能を有し、且つ、適当と認定したもの」のいずれかに該当することである（同法一条）。ただし、「禁治産者、目が見えない者、耳が聞こえない者及び口がきけない者」は医師国家試験を受けることはできず（同法一条、受験の絶対的欠格事由）、「準禁治産者」「精神病患者又は麻薬、大麻若しくはあへんの中毒者」「罰金以上の刑に処せられた者」「医事に関し犯罪又は不正の行為のあった者」なども、医師国家試験を受けさせられないことがある（同法一四條、受験の相対的欠格事由）。

(b) 免許の絶対的欠格事由 医師免許は、「未成年者、禁治産者、準禁治産者、目が見えない者、耳が聞こえない者及び口がきけない者」には与えられない（医師法三条）。未成年者とは、満二〇歳に達しない者をいい（民法三条）、禁治産者とは、心神喪失の常況にあるため家庭裁判所の禁治産宣告を受けた者をいう（民法七条）。また、これらの者に医師免許を与えるか否かについては、行政庁の裁量の余地はないので、これを絶対的欠格事由という。準禁治産者とは、心神耗弱または浪費癖のため家庭裁判所の準禁治産宣告を受けた者をいい（民法一条）、目が見えない者とは、視力を矯正してもメートルの距離において指の数を見分けることができな程度度の視力障害の常況にある者をいう（昭和七年四月二五日衛医一〇六号内務省衛生局長回答）。目が見えない者、耳が聞こえない者及

び口がきけない者であるかどうかは、医師の診断書による（医師法施行規則一条二項三号）。

(c) 免許の相対的欠格事由　医師免許は「精神病患者又は麻薬、大麻若しくはあへんの中毒者」「罰金以上の刑に処せられた者」「医事に関し犯罪又は不正の行為のあった者」の一つに該当する者には、免許を与えないことがある（医師法四条）。これらの者に医師免許を与えるか否かは、その者の病状または罪状およびその後の行状いかんによって決められる。その決定は行政庁の裁量によるので、これを相対的欠格事由という。「精神病患者又は麻薬、大麻若しくはあへんの中毒者」であるかどうかは、医師の診断書による（同法施行規則一条二項三号）。「罪金以上の刑に処せられた者」とは、罰金、禁錮または懲役の刑の言渡しを受け、上訴期間を経過して刑が確定した者をいう。執行猶予期間中の者も含む。執行猶予期間を無事に過ごしたときや、刑の執行を終わった者が罰金以上の刑に処せられることなく一定期間（禁錮以上の刑では一〇年間、罰金以下の刑では五年間）を経過したときは、刑の言渡しの効力がなくなるので、免許の資格が生ずる。「医事に関し犯罪又は不正の行為のあった者」とは、医療法・医師法・歯科医師法・保健婦助産婦看護婦法その他の医事法規に対する違反行為をした者（ただし、罰金以上の刑に処せられた者を除く）をいう。

(d) 免許の取消と医業停止　医師免許の要件を欠くに至ったときは、免許取消または医業停止の行政処分を受ける。すなわち、医師が免許の絶対的欠格事由に該当するに至ったときは、厚生大臣はその免許を取り消すことを要し（医師法七条一項）、相対的欠格事由に該当し、または医師としての品位を損するような行為があったときは、厚生大臣はその免許を取り消し、または期間を定めて医業の停止を命ずることができる（同条二項）。相対的欠格事由等による取消処分を受けた者であっても、疾病がなおあり、または改悛の情が顕著であるときは、再免許を与えることができる（同条三項）。なお、厚生大臣が、こうした処分をするにあたっては、あらかじめ医道審議会

の意見を聴かなければならない（同条四項）。

## (二) 医業の概念

### (1) 医業の意義

医師法には「医業」の定義はない。しかし、医師法は、疾病や犯罪等のため不適格となった医師の「医業の停止」を定め（医師法七条）、医師でない者の「医業」の禁止を定めており（同法一七条）、また医療法も病院や診療所は医師等が「医業」をなす場所であることを定めている（医療法一条の二）ことからしても、「医業」が医師法や医療法における基本的な概念であることは間違いない。明治三十九年に制定された医師法も、犯罪や不正行為のあった医師の「医業ヲ停止スル」処分を定め（旧医師法一〇条）、また「免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為シタル者、停止中医業ヲ為シタル者」の処罰を定める（同法一一條）など、すでに「医業」の概念を用い、昭和一七年の国民医療法も「医業」の概念を用いていた（八条、一三条、一四條、一五條など）。しかれば、「医業」とはなにか。

判例を見ると、旧医師法の無資格医業禁止規定（一一條）の「医業」をめぐって、各事案ごとにさまざまな見解が述べられてきた。まず、医業を「営業ノ目的ヲ以テ医術ヲ行フ」こと（大判明治四〇年一二月五日刑録一三輯一三三八頁）とか「営業ト為スノ目的ヲ以テ医ノ行為ヲ為シタル」ことである（大判明治四四年一〇月二七日刑録一七輯一八〇〇頁）とするものや、もっと詳しく「疾病ヲ診察シテ之ニ依リテ生活資料ヲ得ル行為ヲ反復スル」ことである（大判明治四三年一〇月三十一日刑録一六輯一七九二頁）とするものなどが目立った。ついで、「継続ノ意思ヲ以テ医師ノ業務ニ属スル行為ヲ為ス」こと（大判明治四四年一〇月三十一日新聞七五四号二七頁）とか、「自己ノ意思ニ依リ業トシテ診察治療行為ヲ為スコト」（大判大正三年四月七日新聞九四〇号二三頁）などといったものを



経て、やがて「營業ト為ス目的ヲ以テ医行為ヲ為ス」こと（大判大正四年一〇月九日新聞一〇七三号一六頁、大判大正一二年八月一七日刑集二卷六七七頁、大判大正一四年五月二七日新聞二四二一〇九頁、大判昭和元年一二月二五日刑集五卷意思ヲ以テ医行為ヲ為ス」こと（大判大正五年二月五日刑録二二輯一〇九頁、大判昭和元年一二月二五日刑集五卷五九七頁、大判昭和二年一二月二二日新聞二八五二号一二頁、大判昭和一七年二月一三日評論三一卷諸法三一六頁）といった定義が定着してきたものといえよう。これらを承継して、戦後の判例も、医業をもって「反復継続の意思をもって医療行為をなすこと」と解している（広島高判昭和二五年六月二日高裁判特報九号一〇〇頁、東京高判昭和四二年三月一六日判タ二一〇号二一五頁、名古屋高判昭和四九年一〇月七日判時七七〇号一一一頁）。

こうした議論を踏まえて、医業を簡潔に定義するとすれば、「医業とは、医行為（医療行為）を業とすることである」ということができよう。そこで、つぎに、これを「医行為（医療行為）」とはなにか、「業とする」とはなにかとに分けて、詳しく考察してみよう。

## (2) 「医行為」の意義

医行為の意義については、古くから学説上も判例においても議論があり、一義的に明確なものとして理解されているわけではない。医行為は「広義の医行為」と「狭義の医行為」とに分けて説明されることが多い。<sup>(三)</sup>「広義の医行為」とは、「医師とは法律上医行為を業とすることを認められた者である」<sup>(三)</sup>とか「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」<sup>(四)</sup>（昭和二五年二月一日医収六二号医務局長回答）などという場合の「医行為」のように、医師が医師としてなしうる総ての行為をいい、「狭義の医行為」とは、「医師でなければ、医業をしてはならない」（医師法一七条）という場合のように、広い意味の医行為のなかで、医師の医学知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為をいうものとされている。<sup>(四)</sup>

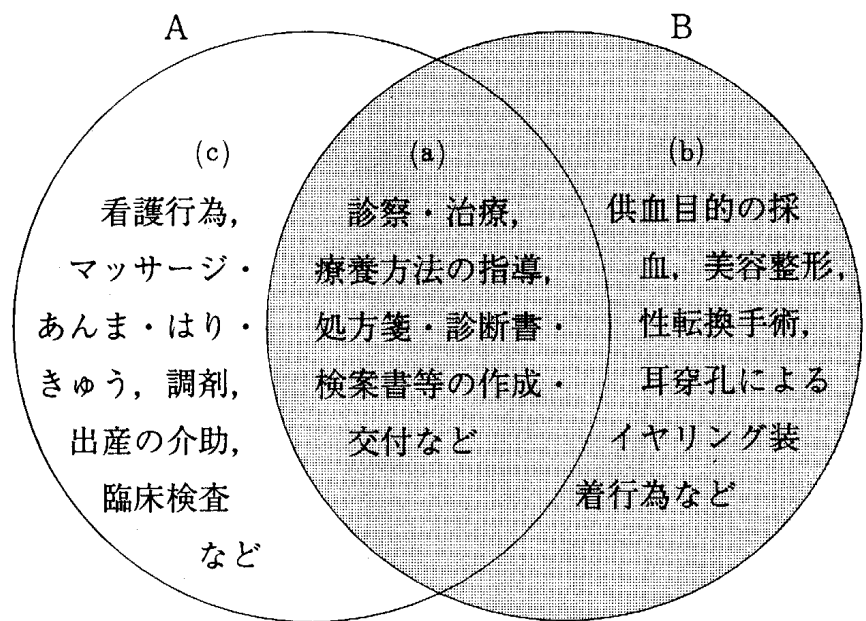
しかし、このように、医行為を「広義」と「狭義」とに分け、単純に後者が前者に含まれる<sup>(五)</sup>と解することには疑問がある。医師の医学知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為は「必ずしも人の疾病の診察、治療又は予防の目的をもって行われる行為のみに限られない<sup>(六)</sup>」。たとえば、「器具を用いて他人の耳に穴をあけイヤリングを装着させる行為」も「医行為」とされている（昭和四七年一〇月三日医事一二三号医務局医事課長回答）。それは、疾病の診察、治療又は予防の目的をもって行われる行為ではないが、医師の医学知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為であるからである。そこで、むしろ、医行為とはなにかが法律的に問題になるのは、つぎの二つの場合であるから、それらに対応して医行為を二つに区分し、それらを総合したものを広義の医行為と解すべきであろう。

その第一は、医療における心身への侵襲行為が何故に、またいかなる範囲で適法とされるかの問題である。そうした侵襲行為が適法とされるのは、それが患者等の疾病の診察・治療・予防等を目的とし、そのために必要かつ有効な行為であるからにほかならないと解されている。こうして、患者等の疾病の診察・治療・予防等を目的とする行為を「医行為」として、社会的に有用なものと認めるのである。ここでの「医行為」は、その目的ないし対象の観点からみた概念であり、その行為の適法性を判断する論理として意味をもっている。

第二は、医師でない者が医療を行うことによって生ずる危険や弊害にかんがみて、それに対しいかなる規制を加えるべきかの問題である。そうした弊害を避けるために、医師の医学知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為をすべて「医行為」として、医師以外の者がこれを行うことを禁止しているのである。ここでの「医行為」は、その方法または作用の観点からみた概念であり、いわゆる無資格者排除の論理として意味をもっている。医師でない者が医行為を業とすることを禁ずる（医師法一七条）という場合の「医行為」がこ

れである。たとえば、器具を用い人の耳に穴をあけてイヤリングを装着させる行為が、診察・治療・予防等を目的とするものではないのに「医行為」であるというのは、その方法や作用の点からみて、医師の医学知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれがあるため医師以外の者には禁止すべき行為だからである。

こうして、医行為を、(A)その行為の目的ないし対象の観点から「医行為」とすべきもの(この医行為は、その目的・対象ゆえに適法とされる)と、(B)その行為の方法ないし作用の観点から「医行為」とすべきもの(この医行為は、その方法・作用の危険性ゆえに医師でない者には禁止される)とを区別するのが有用である。この分類法によれば、AとBとが重複する共通部分が相当広範囲に存在することははいうまでもない。これが固有の意味の医行為である。それらを図示すれば、図1のようになる。これらAとBとを合わせた全体が広義の医行為であり、これは普通「医療行為」といわれているものにあたるであろう。病院をもって、医師が医行為を業とする場所であると定義する(医療法一条の二)場合における医行為



- A : 目的等からみた医行為      B : 方法等からみた医行為  
 (a) : 医師法に定められた医師がなすべき行為  
 (b) : 医師の知識技術をもってしなければ危険な行為  
 (c) : 医師以外の者でも行うことができる行為

図1 医行為(医療行為)の分類

は、この広義の医行為である。それは「はり、きゅう、助産の行為を含む広く疾病の診察または治療の行為<sup>(七)</sup>」であり、医師はそれらすべてを業として行うことができ、それを行う場所が病院または診療所である。

(a) 固有の医行為 医行為のうち典型的な医行為は、患者の疾病の診察・治療・予防等を目的とするもの（治療目的）であつて、かつ現代医学の原理に基づいてなされるべきもの（有効妥当な方法）であり、医師の医学知識と技能を用いて行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為であるといえよう。ここにいう人体への危険は、それが生ずる「おそれ」があれば十分であり「実害」が生ずることを要しない。判例も「免許ヲ受ケスシテ多数ノ患者ヲ診療シ所謂医師ノ業務ニ従事シタル事実明白ナレハ偶々被告ノ執行シタル療法カ患者ノ身体ニ何等ノ実害ヲ生セサリシモノナリトスルモ尚ホ医師法違犯ノ罪責ヲ免ルヘカラス」（大判大正二年一月二五日刑録一九輯一二八八頁）としている。

医師法は、医師の業務として、(イ) 診察・治療、処方せん・診断書（死亡診断書・検案書も含む）の作成交付、療養方法等の指導、(ロ) 出産立会い、出生証明書・死産証明書の作成交付、(ハ) 薬剤の調剤・投与、(ニ) 診療録の作成・保存などを定めている（医師法一九条〜二四条）が、そのうち(イ)の業務が、医師に固有の医行為といえよう。その外のもは、診療に付随する行為であり、(ロ)については助産婦、(ハ)は薬剤師が行うことができるし、(ニ)は看護婦その他の補助者が行つても、医業禁止規定に直接違反するわけではない<sup>(八)</sup>。

この固有の医行為に属すると認められるものを、判例・通達によってみると、つぎのようになる。

(i) 診察・診断 診察・診断として医行為に属するとされたものには、「聴診器ヲ以テ身体各部ヲ聴診シ脈搏舌ヲ検シ病名ヲ診断シタルコト」（大判明治四四年一〇月三十一日新聞七五四号二七頁）、「マッサージ術ノ免許ノミヲ有スル者カ、婦人患者ニ対シ膈内ニ二指ヲ挿入シ子宮ノ位置形状及疾患ノ部位程度ニ付内診ヲ為ス」こと

(大判昭和二年七月六日刑集六卷二四三頁)、「淋病患者ニ対シ問診打診聴診又ハ触診ノ方法ニ依リ疾病ヲ診察シタ」こと(大判昭和八年七月三十一日刑集一二卷一五四三頁)、「灸術ヲ施スニ当リ被術者タル婦人ノ陰部膻内ニ子宮鏡ヲ挿入シテ子宮ヲ内診スル」こと(大判昭和十五年三月十九日刑集一九卷一三四頁)、「売薬の販売を為さんがために患者の病状を診察したこと」(広島高松江支判昭和二五年六月二日高裁判特報九号一〇〇頁)、「聴診、触診、指圧等の方法によるもので、医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行うときは生理上危険がある」ようなマッサージ按摩に似て非なる療法(最判昭和三〇年五月二四日刑集九卷七号一〇九三頁)、「その者等から容態を聞き、更に患部と覚しき部分に手を当て、然る後痼疾だの、小心恐怖症だなどと申し聞けた後、判示液体を温め、雑布にしめして患部と覚しき部位に湿布したこと」(小松簡判昭和三四年一月三十一日下刑集一卷一号二二七頁)、「断食道場の入寮者に対し、いわゆる断食療法を施行するため入寮目的、入寮当時の症状、病歴等を尋ねた行為(診察方法の一種である問診にあたる)」(最決昭和四八年九月二七日刑集二七卷八号一四〇三頁)などがある。

最近の事例では、医師資格のない病院理事長が「患者に対し、担当医師の指示により実施した超音波検査(ME検査)の結果から、同患者らについて、それぞれ子宮筋腫、卵巣のう腫等の疾病があり、入院、手術を要する旨を判定・診断した」行為を医行為とし、医師法一七条違反とした富士見産婦人科病院事件が知られている(浦和地川越支判昭和六三年一月二八日判時一二八二号七頁)。

診察・診断の方法は現時医家の行う診断方法による(問診・視診・聴診・打診・触診その他の各種の科学的方法を用いて検出した結果を総合して診断すること)を要する。したがって、「自己の右示指を患者の眼前に突出しこれを凝視させながら上下左右に動かして病状を診断する」といった方法は医行為とはいえない(広島高岡山支判

昭和二九年四月一三日高裁判特報三二一八七頁)。また、医行為といえないような施術のために必要な程度のもので危険性のない診察行為も、医行為とはならない。たとえば、「掌薫療法ト称シ自己ノ掌ヲ患者ノ前面ニ差出シテ其ノ病氣ノ有無ヲ察知シ、更ニ患者ヨリ自覚症状ヲ聴キテ之ヲ確メ然ル後ニ患部ニ自己ノ掌ヲ当テテ治療ニ従事」すること(大判昭和六年一月三〇日刑集一〇卷六六六頁)や、紅療法(紅を患部に塗布する療法)のために「紅ヲ塗布スヘキ患部ノ部位ヲ察知スル必要上問診触診ヲ為シタル」ことは、医行為とはいえない(大判昭和八年七月八日刑集一二卷一一九〇頁)。灸術営業者による被術者の診察も「禁忌症状ノ有無ヲ知ルト共ニ疾病ノ治療又ハ予防ノ目的達成ノ為最モ適切有効ナル灸点ヲ定ムル限度ニ於テ」認められ、その診察を的確に行うために必要なときは「聴診器、血圧計、体温器、音叉打診器、咽頭鏡、舌圧器、知覚計」など被術者に危害を及ぼすおそれのない器械類を使用することができるのであり、その限度を超えて診察をしない限りは医業の範囲を侵害することにならない(大判昭和一二年五月五日刑集一六卷六三八頁)。

なお、「治療行為ヲ為サシテ診察ノミヲ為ス事モ本来医行為ニ属スルモノ」と解されている(前掲大判昭和八年七月三一日刑集一二卷一五四三頁、大判昭和一三年五月一九日新聞四二八四号一六頁も同旨)。

(ii) 検査行為 医行為であるか否かが問題となった検査には、血圧測定、血液検査、尿検査、エックス線撮影、検眼、眼底検査、聴力測定などがある。

血圧測定については、行政解釈は「握力及び肺活量の検査は、その結果の判定のみでは医行為には属しないが、血圧測定は医行為と考えられる」(昭和二三年八月一二日医三一〇号医務課長回答、昭和四七年五月四日医事七一号医務局医事課長回答および昭和四七年六月一日医事七七号医務局医事課長回答も同旨)とする。ただし「助産婦が妊産婦の保健指導上必要な範囲において血圧測定をなすことは、助産婦の業務に当然付随する行為(保健婦助産

婦看護婦法第三七条但書)として許される」(昭和二六年六月七日医収三〇三号医務局長回答)。判例にも「疾病治療の目的を以て患者に対し血圧計を使用して血圧の高低を診断すると共に患者の症状を診察し、その病状に適應するものと思料した売薬を指示販売した」ことを医行為とした事例(名古屋高金沢支判昭和三三年四月八日高裁判特報五卷五号一五七頁)がある。

血液の検査行為やそのための血液採取については、古くから問題になっているが、「単ニ細菌検査ヲ為スモノハ医業ト認メ難キモ静脈ヨリ血液ヲ採取スルガ如キハ医業ノ範圍ト被認候」(大正一二年一月二七日衛医六五六号内務省衛生局長回答)とされてきた。戦後においても、「血液型の検査、血液検査、糞便検査、淋菌検査、梅毒反応試験」などについて「採取せられた被検物についてその検査をなし、その結果を判定するのみならば、医行為に属しないが、直接人体より採血し、又はその検査の結果に基いてその病名を判断する如きは医行為に属する」(昭和二三年八月一二日医三一二号医務課長回答、昭和四七年五月四日医事七一号医務局医事課長回答および昭和四七年六月一日医事七十七号医務局医事課長回答も同旨)と解している。

尿検査も、「採取せられた検体である尿について検査をなし、その結果を判定するのみであれば、医行為に属さないが、その結果に基づいて診断投薬することを業として行う場合は医師法一七条に違反する」(昭和四七年五月四日医事七一号医務局医事課長回答、昭和四七年六月一日医事七十七号医務局医事課長回答も同旨)とされる。

エックス線撮影については、「当該行為を業として行うことは、医師法第一七条の医業に該当し、医師、歯科医師、診療放射線技師又は診療エックス線技師以外の者が当該行為を業として行うことは、診療放射線技師及び診療エックス線技師法第二四条第一項の規定の違反になる」と解される(昭和四七年六月一日医事七十七号医務局医事課長回答、昭和四七年五月四日医事七一号医務局医事課長回答も同旨)。なお、病院または診療所以外の場所で集

団検診を行う場合には、診療放射線技師またはエックス線技師は、医師の立会いの下に行わなければならない（同  
上回答）。判例にも、柔道整復師によるエックス線撮影診断の違法性を論じた事例が少なくない。すなわち「レン  
トゲン照射機ヲ用ヒテ其ノ負傷若ハ疾患ノ部位ヲ透視シテ骨折ノ有無疾患ノ状態ヲ診察」することは医行為である  
とし、柔道整復業者のレントゲン透視による診察を医師法（旧）一一條違反とした事例（大判昭和一一年六月一  
六日刑集一五卷七九八頁）、診療放射線技師及び診療エックス線技師法二四條一項（医師、歯科医師又は診療放射  
線技師でなければ人体に対する放射線照射を業としてはならない）の規定の趣旨にかんがみて、柔道整復師による  
診断目的のエックス線撮影行為を同法二四條一項違反とした事例（東京高判昭和五六年一月二五日判時一〇五九  
号一五四頁）、柔道整復師が「人体にエックス線を照射して撮影し、その読影により骨折の有無を診断することは、  
エックス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」ことを根拠に医師法一七條違反とするともに、医師、歯科医師または診療放射線技師以外のす  
べての者に対し人体への放射線照射を業とすることを禁止した診療放射線技師及び診療エックス線技師法二四條一  
項にも違反するとした事例（東京高判昭和六二年三月四日判タ六四八号二六一頁）などがある。

超音波検査（ME検査）は、その機器の使用自体が人体に危険を及ぼすことはないにしても、それが患者の病状  
や病名の判定、診断のために使用される場合は「人体の臓器の形状等に関する解剖学的知識と経験が必要であり、  
また各臓器の正常時の状態等予め知悉したうえ多種多様の病変に対応してこれを的確に判断する生理学的、病理  
学的知識と経験が必要である」から、医師が行なうのでなければ衛生上危害を及ぼすおそれのある医行為にあたる  
とされる（前掲浦和地川越支判昭和六三年一月二八日判時一二八二七頁）。

検眼行為についての行政解釈は、検眼機等を用いて度数の測定を行うことを医行為とみる。すなわち、「眼鏡店



において、非医師が、検眼機を使用して検眼を行う（ことは）医師法第一七条違反を構成する……非医師の行い得る範囲は、眼鏡の需要者が自己の眼に適当な眼鏡を選択する場合の補助等人体に害を及ぼすおそれが殆んどない程度に止るべきであり、通常の検眼機等を用いて度数の測定を行うが如きは、許されない」（昭和二九年一月四日医取四二六号医務局長回答）としている。また、非医師が眼鏡販売を目的として店内に検眼機を備えつけ、公衆または特定多数人に対し、機械の使用方法を教示してこれを使用せしめることは、当該非医師が自ら検眼を行うのと同様に解せられる（昭和三二年六月一三日医発五〇二号医務局長回答）。

眼底検査は、「当該行為を業として行なうことは、医師法第一七条の医業に該当する」し、聴力測定については「オーディオ・メータを使用する場合等生理学的検査の範囲に属する行為は医療行為であり、これを業として行なうことは医師法第一七条の医業に該当する」（昭和四七年六月一日医事七七号医務局医事課長回答、昭和四七年五月四日医事七一号医務局医事課長回答も同旨）ものと解される。その他、「整復術ヲ以テ治療シ得ルヤ否ニ付化膿ノ有無ヲ検スル（為ノ）深膿針ノ使用」（大判大正一二年一二月二二日刑集二卷一〇〇九頁）も医行為であるとされる。

(iii) 医薬品の調剤投与 医薬品の調剤投与は医行為とされる。判例に現れた例としては、「患者ノ診察及ヒ投薬ヲ為シタルコト」（大判明治四〇年一〇月三日刑録一三輯一〇四七頁）、「疾病ヲ診断シ之カ投剤ヲ為シタルコト」（大判明治四三年一〇月三十一日刑録一六輯一七九二頁）、「患者ヲ診察シテ投薬ヲ為シタルコト」（大判明治四四年一〇月二七日刑録一七輯一八〇〇頁）、「鍼灸術營業者ノ診療投薬（其売薬トシテ製造販売セル点眼薬ヲ患者ニ与ヘタル）ノ行為」（大判明治四四年一月六日刑録一七輯一八三七頁）、「患者ニ対シ診断投薬ヲ為シタル」こと（大判大正四年一〇月九日新聞一〇七三号一六頁）、「患者ノ病名若クハ其容態ヲ聴キ以テ其病状ヲ判断

シ之ニ適應スル藥品ヲ調合供与スル」こと（大判大正六年二月一〇日刑録二三輯四九頁）、「他人ノ疾患ヲ診斷シタル上免許ヲ受ケタル施術（灸術）ニ關係ナク別途ニ藥品ヲ投与指示スルコト」（大判大正七年二月二七日刑録二四輯一二八頁）、「患者ヲ診察シ治療用トシテ藥物ヲ指示又ハ処方ヲ授クル行為」（大判昭和二年一月一四日刑集六卷四五三頁）、「疾病ヲ診察シ之ニ適應スル投薬ヲ為スコト（其ノ投薬カ売薬ナルト調合薬ナルトヲ問ハス）」（大判昭和七年二月二四日刑集一一卷一一二頁、類似例として、大判昭和七年五月六日刑集一一卷六〇三頁、大判昭和八年九月三〇日新聞三六一六号九頁）、「投薬行為ヲ其ノ薬カ売薬ナルト否ト又其ノ売薬カ自己ノ免許ヲ受ケタルモノナルト否ト（ヲ問ハス）」（大判昭和九年一〇月一三日刑集一三卷一三五七頁）、「月経不順ノ婦女ニ対シ子宮鏡及ピンセットヲ使用シ子宮内ニ通経丸ト称スル薬ヲ充填シテ治療ヲ施シタル行為（仮令売薬ヲ使用シタルモ投薬タルニ妨ケナシ）」（大判昭和一〇年一月一日新聞三九二三頁）、「患者ニ対シ、その疾病の治療を目的として容体を聴き病状を判断して、バスハッピー（生石灰と硫黄）なる水薬を患部に塗布したこと」（東京高判昭和三六年一月一三日下刑集三卷一一一一号一〇一六頁）などがある。

なお、患者の症状を確かめて手当をし投薬する「掌薫療法」と称する療法のうち「患部ニ自己ノ掌ヲ当テテ治療スル」行為は医行為とならないが、「診察ヲ為シ疾病治療ノ為投薬（カンフル散〇二九座薬二箇目薬少量ノ投薬）シタル行為」は医行為にあたるとする事例もある（前掲大判昭和六年一月三〇日刑集一〇卷六六六頁）。

(iv) 注射行為 注射行為の事例としては、「患者ヲ診察シタル上大橋液ト称スル薬液ヲ注射スル」こと（大判大正元年一月二五日刑集五卷五九七頁）、「患者ノ病名若ハ其ノ容態ヲ聴キ其ノ病状ヲ判断シ之カ治療ノ為薬液ヲ注射シ或ハ薬品ヲ塗布シ或ハ之ニ適應スル薬品ヲ供与スル」こと（大判昭和一〇年三月一二日新聞三八三一頁）、「病状ヲ訴ヘ薬品ノ注射ヲ依頼シタル患者数名ニ対シ（診察ヲ為サスシテ）『カルシウム』注射薬又ハ『カ

ソフロール』注射液ノ注射ヲ行フコト」(大判昭和一三年五月一九日新聞四二八四号一六頁)、「火傷に対し直接診断の上患部の化膿を防ぐためズルフアミン剤の動脈注射等」をする行為(仙台高判昭和二六年四月一日高裁判特報二二号二四頁)、「アウトン、ポフトニンの皮下注射、診断、薬物塗布等」(最判昭和二九年八月二〇日刑集八卷八号一二八七頁)、「患者の疾病の治療を目的としてその病状を診断しエルゲン若は細胞元と称する卵黄より精製した一種の薬品を注射し、服用させたこと」(東京高判昭和三一年五月一〇日高裁判集九卷四号三八六頁)などがある。

なお、静脈注射に関しては、「静脈注射は、薬剤の血管注入による身体に及ぼす影響の甚大なること及び技術的に困難であること等の理由により、医師又は歯科医師が自ら行うべきもの」(昭和二六年九月一五日医収五一七号医務局長回答)であり、「看護婦が静脈注射を業として行った場合は、医師法一七条に抵触する」(昭和二六年一月五日医収六一六号医務局長回答)ものと解されている。

(v) 治療行為 治療行為の事例としては、「トラホーム患者ニ対シピンセットヲ使用シ患部ノ顆粒ヲ取去ルコト」(大判大正一一年一月一七日刑集一卷六六六頁)、「逆睫毛ヲ抜取ル行為(眼瞼ヨリ眼球ニ向テ内翻セル細毛ノ眼球ニ及ホス疼痛其ノ他ノ疾患ヲ治療スヘキ手術)」(大判大正二二年八月一七日刑集二卷六七七頁)、「吸角(吸フクベ)ニ蛭ヲ入レ之ヲ患部ニ差当テ吸付カシメテ血液ヲ吸収セシメタル後更ニ右吸角内ニ点火シタル燐寸ヲ入レ之ヲ同患部ニ差当血液を吸出サシメテ治療ヲ為ス」こと(大判昭和九年四月五日刑集一三卷三七七頁)、「トラホーム患者ヲ診察シ其ノ患部顆粒ヲ紙捻ニ燈芯ヲ巻付ケタルモノヲ以テ摩擦シテ破リ血液ヲ之ニ吸収セシメタル後ホーズキノ汁ヲ患部ニ注入」すること(大判昭和九年一月二四日刑集一三卷一八二八頁)、「眼疾患患者ニ対シ自己発売ニ係ル目薬ノ点眼及食塩水ニ依ル眼ノ洗滌等ノ治療行為」(前掲大判昭和九年一月一三日刑集一三卷

一三五七頁)、「高周波電流ニ因ル透熱又ハ紫外線放射ヲ応用スル電気療法」(大判昭和一二年二月九日刑集一六卷一五八七頁)、「淋病患者ニ対シテハ尿道ニ硝子管ヲ挿入シテ電気ヲ通シ、神経痛患者ニ対シテハ湯桶ニ膝ヲ入レシメテ之ニ電気ヲ通スル」こと(前掲大判昭和八年七月三十一日刑集一二卷一五四三頁)などがある。

接骨については、「接骨行為ハ人体ノ創傷ヲ治療スヘキ手術ノ一種ナレハ常業トシテ之ヲ為スコトハ医業ノ範圍ニ属スル」(大判大正三年一月二二日刑録二〇輯五〇頁)ものとしてきた。その後も、柔道整復師の接骨行為について問題となり、判例は「柔道整復とは、打撲・捻挫・脱臼および骨折に対して、外科手段・薬品の投与等の方法によらないで応急的もしくは補助的方法によりその回復をはかることを目的として行ふ施術を指称し、脱臼・骨折については応急手当をする場合以外は、医師の同意がないかぎり患部に対する施術は許されない」(長野地松本支判昭和四七年四月三日判時六八二号五六頁)としている。

麻醉行為に関しては、「麻醉行為は医行為であるので……、看護婦が、診療の補助の範囲を超えて、業として麻醉行為を行うことは、医師法違反になる」(昭和四〇年七月一日医事四八号医事課長回答)ものとしている。

紅療法と称する療法(紅を患部に塗布する療法)を施すことが医行為といえるかについても争われたが、判決は「紅ハ日本薬局方ニ所謂薬品ニ非サレハ勿論売薬部外品取締規則(昭和七年内務省令第二五号)ニ所謂売薬部外品ニモ非ス、而シテ大正一三年七月一日内務省衛医第九二五号衛生局長ノ回答ニ依ルモ紅草ナル野生ノ植物ヨリ採取シタル紅色ヲ帯ヒタル液汁ヲ刷毛ヲ以テ患部ニ塗布シ其ノ上部ヲ円木ニテ摩擦シテ皮膚ニ湿潤セシメテ施術スル所謂紅療法ハ医業ト認メサル所ナリ」として否定した(前掲大判昭和八年七月八日刑集一二卷一一九〇頁)。

なお、診察をせずに治療行為だけの場合は医行為といえるかも問題となった。大正二年当時、医師の指示に基づき医師不在中に調剤生が患者の眼を硫酸銅液または硝酸水銀水にて洗浄したり、横根の切開口を昇汞水で消毒する

などの治療をした事案について、原審は「凡ソ医行為トハ人ノ疾病ヲ診察シ因テ治療ノ方法ヲ施スヲ謂ヒ、医師法違犯ト為ルニハ医師ノ免許ヲ受ケサルモノカ患者ヲ診察シタルコトヲ以テ欠クヘカラサル要件トス。然ルニ本件ノ行為ハ患者ノ診察ヲ欠ケルコト明カナルヲ以テ該行為ヲ以テ医師法上所謂医業ヲ為シタルモノト謂フ能ハサル」ものとした（大分地判大正二年七月二三日刑録一九輯一四五七頁、新聞八九九号一四頁）。しかし、大審院は、原判決を破棄して「人ノ疾病ヲ治療スルハ医ノ行為ニシテ之ヲ常業トスルハ医業ナリ。故ニ診察シテ治療スルハ固ヨリ医ノ行為ニシテ診察セスシテ治療スルモ亦医ノ行為ニアラスト云フヘカラス（医師法第五条参照<sup>九</sup>）」とした（大判大正二年一月一八日刑録一九輯一四五七頁。大判大正三年四月七日刑録二〇輯四八五頁も同旨）。その後の大審院判決も「診察ヲ為サスシテ治療行為ノミヲ為ス事モ本来医行為ニ属スルモノ」としている（前掲大判昭和八年七月三十一日刑集一二卷一五四三頁、前掲大判昭和一三年五月一九日新聞四二八四号一六頁も同旨）。

(vi) 処方せんの作成・交付 処方せんの作成交付については、法令にそれを規制する明文の規定がないため、医師でない者には禁止されるべき医行為であるか否か議論があった。これに対する行政解釈は「処方せんを発行することは治療行為の一種であつて医行為または歯科医行為に属するものであり、之を業として行うことは、医業又は歯科医業となるので、医師又は歯科医師でなければなし得ない」とされる（昭和二四年二月医収二〇八号医務局長回答）。判例にも「数十名ヲ診断シ之等ノ者ニ対シ処方ヲ交付シ又ハ藥物ヲ指示スル行為」は医行為であるとしたもの（前掲大判昭和二年一月一四日刑集六卷四五三頁）がある。

(vii) 療養指導 療養指導の事例としては、コンタクトレンズの装用指導の例がある。これについて、行政解釈は、「コンタクトレンズを使用させるために、検眼し、処方せんを発行し、装用の指導等を行うことは医業と解する」（昭和三三年八月二八日医発六八六号医務局長回答）ものとしている。

(b) 方法上の医行為 つぎに、患者の疾病の診察・治療・予防等を目的とするもの（医療目的）ではないが、そこで用いられる方法ないし作用が医学的なもの（医学的方法）であり、医師の医学知識と技能を用いて行うのであれば人体に危険を生ずるおそれのある行為であるために「医行為」とされるものがある。供血目的の採血行為、移植用臓器の摘出手術、美容整形手術、性転換手術などである。この種の行為は、その医学的方法およびその危険性ゆえに、医師以外の者が行うことを禁止するために「医行為」とされるのであるから、非医師の医業禁止（医師法一七条）以外の面においては、固有の医行為とは区別されることになる。たとえば、これらの行為は、「医療目的」によって適法とされるのではなく、「被害者の承諾」の法理によって初めて適法とされる。また、「被保険者（併せて其ノ被扶養者）ノ疾病、負傷若ハ死亡又ハ分娩」（健康保険法一条）、「被保険者の疾病、負傷、出産又は死亡」（国民健康保険法二条）に關してのみ保険給付をする医療保険制度のもとでは、これらの医行為はその対象からは除外されることになる。

こうした方法上の医行為に属すると認められる具体例（判例・通達）としては、つぎのようなものがある。

(i) 供血目的の採血 患者に輸血する目的で、または血液製剤（保存血液、人赤血球沈層、人赤血球再浮遊液、人血漿、人免疫血清グロブリン、血液型判定用血清など）の原料とする目的で、健康人から採血する行為は、被採血者については、疾病の診察・治療または予防とは何の関係もないことであるけれども、「人体から採血することは十分な医学的な知識を有する者が行うのでないと、血管壁や神経を損傷したり、空気や細菌が侵入したりする等のおそれが多分にあるから、医行為に属する」ものと解される。<sup>(10)</sup> 採血及び供血あつせん業取締法（昭和三一年法律一六〇号）も、「業として人体から採血することは、医療及び歯科医療以外の目的で行われる場合であっても、医師法第一七条に規定する医業に該当するものとする」（一四条）と規定して、この点を明確にしている。

(ii) 美容整形術 判例も指摘するように、「美容整形術は、本来疾病の治療を目的とするものではなく、人々の美しくありたいと願う美に対する憧れとか醜さに対する憂いといった人々の精神的な不満の解消を目的とした消極的な意味での医療行為である」(東京地判昭和四七年五月一九日判タ二八〇号三五五頁)。そして、「美容整形手術が一般に、緊急性及び必要性に乏しい場合が多いのであるから、当該手術の要否及び適否を慎重に判断し、また手術を実施するに当たっては、当該患者の体質、患部の状態等について十分なる事前の検査を行い、医師としての高度の専門的見地から、当該手術の時期、方法、程度、範囲等を十分に検討して、手術を実施する義務がある」(東京地判昭和五二年九月二六日判タ三六五号三八六頁)ものとされるのである。

美容整形術が、治療目的をもたず、緊急性も、必要性もないにもかかわらず、治療目的の手術等と同じような人体への危険性があることからみても、固有の医行為と同様に医師以外の者が業とすることを禁止せざるをえないのである。行政においても、つぎのような事例が問題となった。「二重瞼(瞼にインクで線を引き、ベッドに寝かして瞼に麻酔の注射をなし手術刀で瞼皮膚の一部を切除したあと二重瞼になるように縫合針で縫い合わせる)、口唇縫縮(口唇を消毒し、麻酔注射をしてから手術刀で口唇内側の表皮の下の真皮と肉質の一部を切除したあとを縫合針で縫い合わせる)、隆鼻(鼻腔を消毒し、麻酔注射をしてから手術刀で鼻腔内を切り、切口から剝離子で皮膚と鼻骨の間を剝離しながらシリコンを挿入し、挿入口を縫合針で縫い合わせる)、植皮(きずのある皮膚の局部に麻酔注射をしてからハサミ、ピンセット、手術刀を使って同皮膚を切除し、腕などから移植用皮膚を切除したものを右の切除部にあてて縫合針で縫い合わせる)、植毛(局部に麻酔注射をしてからハサミ、ピンセット、手術刀を使って皮膚を切除し、別の箇所の植毛用の皮膚を切除したものを右の切除用部にあてて縫合針で縫い合わせる)」「ヤニキビ、あざ、しみおよびそばかすの除去(ペタースキン法と称して、トリクロサクサンを蒸留水でうすめて水

溶液にしたものを皮膚に塗りつけ紫外線と赤外線が発生装置により照射して表皮を剝離し、またはラジオナイフを使い焼きとり、トリクロサクサンとリユリンの親水軟膏または白膏と親水軟膏を混ぜ合わせた化膿どめなどの塗り薬を与える」などの行為は、医師法一七条にいう医業の「医行為」に該当するか否かである。行政解釈は、これらはいずれも、「当該行為を行うに当り、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、又は及ぼすおそれのある行為（医行為）であり、これらの行為を反復継続すれば医業に該当する」ものとしている（昭和三九年六月一八日医事四四号の二医事課長回答）。

美容師が業者から有償で器具（耳にイヤリング用の穴をあける器具）を借り受け、客の耳に穴をあけてイヤリングを装着させる行為は、医師法一七条に違反するか。これに対しても、行政解釈は、「美容師が客の耳に穴をあけてイヤリングを装着させる行為は、医師法一七条に違反する」医行為であるとしている（昭和四七年一〇月三日医事一二三号医務局医事課長回答）。

脱毛術が医行為となるかも問題になったが、「毛嚢へ針を挿入して電気を通し、毛乳頭部を破壊する方法による脱毛は、医行為である」（昭和五九年三月二二日医事二一号医事課長回答）とされた。

(c) 医業類似行為等 広義の医療に属する行為のうち、医師また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は、上記の(a)および(b)に述べたとおりで、医師または歯科医師でなければこれを業とすることはできない。それ以外の疾病の治療・予防または保健の目的をもった施術、療術その他の行為などは、医師・歯科医師以外の者も行うことができる。こうした医業・歯科医業以外の医療は「医業類似行為」とよばれている。これを積極的に定義すれば、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的作用を利用して施術する行為」（前掲仙台高判昭和二九年六月二九日



高裁判特報三六号八五頁)であるといえよう。これは、つぎのような三類型に分けることができる。

(i) 免許医業類似行為(施術行為)

法は、医師以外の者で、あん摩、マッサージ、指圧、はり、またはきゅうを業としようとする者は、それぞれ、あん摩マッサージ指圧師免許、はり師免許、またはきゅう師免許を受けなければならないものとし(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一条)、柔道整復をしようとする者は柔道整復師の免許を持たなければならないとする(柔道整復師法三条、一五条)。そして、これらの者以外のものは、医業類似行為をしてはならない(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一二条)と規定する。ここにいう「医業類似行為」は、あん摩・マッサージ・指圧・はり・きゅう・柔道整復などの「免許医業類似行為」をさしているのである。これは「施術行為」ともいわれている。<sup>(二)</sup>

免許医業類似行為の施術の方法は、判例によれば、つぎのように説明される。(イ)あん摩術(マッサージ・指圧を含む)の方法は「漢方医学又ハ其ノ系統ニ属スル学理ニ出タルモノニシテ、各手技ノ組合セ又ハ各手技ノ力度ノ強弱範圍長短遅速等按摩術者ノ患者ニ対スル診断ニ依リ常ニ一定セス千變万化スト雖モ、要スルニ筋肉及神経ノ上ニ経路ニ基キテ主ニ手指ニ依リ力ヲ施スモノ」で、あん摩は「経路ニ対シテ身体ノ中心部ヨリ其ノ末端ニ向ケ揉ムコト」、マッサージは「手足ノ末端ヨリ身体ノ中心部ニ向ケ手技ヲ行フコト」である(大判昭和二年八月一六日刑集六卷二八三頁)とされる。(ロ)はり(鍼術)は「身体ノ神経脈管ノ存スル箇所ニ刺鍼ヲ施シテ神経ノ興奮ヲ促シ……テ病患治癒ノ効果ヲ来サシムルモノ」であり(大判大正五年一月一二日刑録二二輯一七五七頁)、(ハ)きゅう(灸術)は「身体ノ所謂灸即チ神経脈管ノ存スル箇所ニ灸点ヲ施シテ刺激ヲ与ヘ以テ神経ノ興奮ヲ促ス」方法で「艾(モグサ)ヲ使用スルハ其ノ最モ普通ニ行ハルル一方法」である(同大判大正五年一月一二日刑録二二輯一七五七頁)とされる。(ニ)柔道整復術は「柔道ノ教授ヲ為ス者ニ於テ、打撲、捻挫、骨折等ノ患者ニ対シ疾

患治療ノ方法トシテ患部其ノ他ヲ揉ミ撫デ又ハ引伸ス等ノ施術ヲ為ス」ものである（大判昭和七年二月九日刑集一  
一卷七一頁）とされる。

（ii）届出医業類似行為（療術行為） 右のような「施術行為」（あん摩・マッサージ・指圧・はり・きゅう  
・柔道整復）以外の治療を目的とする行為でも、法定の届出によってその業務を行うことが認められる行為があ  
る。これは「届出医業類似行為」<sup>(一三)</sup>または「療術行為」とよばれている。<sup>(二三)</sup>昭和二二年の「あん摩、はり、きゅう、柔  
道整復等営業法」は、本法所定の施術行為以外の医業類似行為を禁止した。その内容効果等について医学的に解明  
されていないものが多く、積極的に人体に有害なものさえあること、その行為が有害でなくとも医学的に見て無効  
無益であるために、正しい医療を受ける機会を失し、消極的に有害であること、などがその理由であった。しか  
し、本法施行以前からこれらの医業類似行為を業としてきた者の生活の保障を考慮して、本法公布の際、引き続き  
三か月以上その医業類似行為を業としていた者であつて、本法施行日から三か月以内に都道府県知事に届け出たも  
のは、昭和三〇年までその業務を行うことができるものとした。その後、数次にわたり業務期限が延長された後、  
昭和三九年には、それが無期限となり、かつ昭和二三年時点でやむをえない事由で届出を行えなかつた者にも六か  
月間の届出の機会が与えられて、現在に至っている。

このようにして「施術行為」以外の治療を目的とする行為でも、法定の届出により「届出医業類似行為」（療術  
行為）としてその業務を行うことが認められている。届出医業類似行為として、届出がなされているものは、つぎ  
のように分類できる。（イ）手技によるもの〔指圧、掌圧、整体術、精神療法を加味したもの、運動療法を加味し  
たもの、米国式（カイロプラクティク等）〕、（ロ）電気を利用するもの〔平流・感電（イオン療法等）、高周波（H  
S式等）、超短波〕、（ハ）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〕、（ニ）温熱を利用

するもの、(ホ)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)」、(ヘ)以上を併用するもの、などである。<sup>(二四)</sup>

こうした届出医業類似行為も、免許医業類似行為に準じた法規制を受け、「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」その他の諸規定が準用される(一二条の二第二項、一二条の三、医師法一八条、医療法三条)。すなわち、外科手術・薬品投与等の禁止(四条)、広告の制限(七条)、秘密保持義務(七条の二)、厚生大臣等による指示(八条)、施術所の規制等(九条の二―二一条)、再審査請求(二一条の二)、業務の停止または禁止(一二条の三)、名称の使用制限(医師法一八条、医療法三条)などの規制を受けるのである。

(iii) 自由医業類似行為 免許医業類似行為業者(施術師)または届出医業類似行為業者でない者は、医業類似行為を業とすることはできないのか。前述のように、医業類似行為の主なものにつき免許制度を採用して免許のない者の医業類似行為を業とすることを原則的に禁止し、例外的にその他の者についても所定の届出をすれば医業類似行為を業とすることを認めたとする行政法規の趣旨からすれば、これら以外の者は医業類似行為を業とすることはできないと解することができる。

しかし、判例は、前述のように、営業自由の原則(憲法二二条)との調和を考慮して、目的論的な解釈をしている。そもそも医業類似行為を規制する目的は、人の健康に害を及ぼすおそれのある行為を禁止することにあると解すれば、害を及ぼすおそれのない行為については、営業自由の原則の下に放任すべきことになるのである。免許も届出もなしにHS式無熱高周波療法を業とした行為が「あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法」にいう医業類似行為として禁止されるものとすれば、同法は憲法二二条(職業選択の自由)に違反して無効ではないかが争われた事案において、最高裁は「あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法一二条が何人も同法一条に掲げる

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一四条が処罰するのは、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が故にほかならない。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ぬのであって、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一二条、一四条は憲法二二条に違反するものではない」としたうえで、人体に危害を与えず、保健衛生上なら悪影響がないような医業類似行為ならば、その施行を業とするのは少しも公共の福祉に反しないので、憲法二二条により保障された職業選択の自由<sup>(一五)</sup>に属するものと解することも可能である旨を判示した(最大判昭和三五年一月二七日刑集一四卷一号三三頁)。こうして、広義の医業類似行為のうち「人体に危害を与えず、保健衛生上なら悪影響がないような行為」は、職業選択の自由の範囲にあるということが明確にされたわけである。この種の医業類似行為は「民間療法」<sup>(一六)</sup>とか「放任行為」<sup>(一七)</sup>などともいわれているが、ここでは「自由医業類似行為」とよぶことにしたい。

(3) 「業とする」ことの意義

無資格者が、「固有の医行為」または「方法上の医行為」など、医師また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行ったからといって、直ちに医師法の無免許医業罪が成立するわけではない。それらを「業とした」ときに初めて右の犯罪が成立するのである。「業とする」とは、その行為の態様を示すものであるが、これをどう解するかについては、種々の見解がみられた。

判例は、当初、医業とは「常業とするの決意」または「営業の目的」をもって医行為をすること、実際に数人に対してまたは数度行うことを要しない(反復継続することを要しない)とするものや、医業とは「医行為によつ

て生活資料を得る行為を反復すること」であり、実際に報酬を受けまたは報酬の約束をしていなくても医業となるとするものなど、その見解が分かれていた。このように「常業」ないし「営業」、または「生活資料獲得」といった観念にこだわるのは、「医業」を一般的常識的に定義しようとするからである。ここで「医業」の意義が問題となるのは、無資格者の医業を禁止するためであり、その理由は、医師との競争を禁止するためではなく、無資格者の医業により人の生命・健康に危害が及ぶことを防止するためである。人の生命・健康への「危険」を防止するためであるから、営利目的ないし報酬の存否は問題ではなく、またその行為が実際に反復または継続されることは要せず、「反復継続する」「意思」ないし「可能性」があれば医業の成立を認めるべきであろう。こうして、「反復継続の意思をもって」医行為を行うことにより医業が成立するとする判例が定着することになった。これは、刑法の業務上過失致死傷罪における「業務」の定義と同様の意味である。<sup>二七</sup>現在においては、学説も一致してこの見解を認めている。<sup>二八</sup>つぎに、以上の判例の動きを四類型に分類してまとめておこう。

(a) 営業目的説　　医業とは「営業の目的で」医行為を行うことであるとする説である。大審院は、「医師法一条ノ犯罪ハ単ニ営業ノ目的ヲ以テ擅ニ医術ヲ行ヒタルニ因リテ成立スルモノニシテ纔ニ一回ノ医術ヲ施シタルモノト雖モ苟モ営業ノ目的ヲ以テ為シタル以上ハ同条ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス」(大判明治四〇年一二月五日刑録一三輯一三三八頁)とする。

(b) 生活資料獲得行為説　　医業とは医行為によって「生活資料を得る行為」を反復することである、とする説である。医師免許のない者が百余名の疾病を診断して投剤をして医師法違反を問われた事案で、大審院は「医業トハ疾病ヲ診察シテ之ニ依リテ生活資料ヲ得ル行為ヲ反覆スルノ謂ニシテ疾病ノ診療ヲ以テ業務ト為スモノニ外ナラス、故ニ其業務ニ対シテ現実ニ報酬ヲ受ケ又ハ之ヲ約セサルモ医業ヲ為シタリト云フヲ妨ケス」とし、「縦令之ニ

因リテ診察料薬価其他ノ名義ヲ以テ利益ヲ取得シタル事実ノ判示ナシト雖モ右(某)ノ医師法違反ノ罪ヲ認ムルニ付理由不備ノ違法ヲ来スモノニ非ス」とした(大判明治四三年一〇月三十一日刑録一六輯一七九二頁)。

(c) 常業目的説 医業とは「常業とする目的で」医行為を行うことであるとす説である。一人に対し一回医術を行っただけで医業をしたとするのは医術と医業を混同するものだとする上告に対し、「常業トスルノ決意ヲ有スルトキハ、必シモ数人ニ対シテ医術ヲ行ヒ又ハ一人ニ対シテ数回医術ヲ行フヲ要セス、単ニ一人ニ対シ一回医術ヲ行ヒタル場合ニ於テモ猶且医業ヲ為シタルモノトス」(大判明治四〇年一〇月三日刑録一三輯一〇四七頁)とする判例を契機とし、ついで、「苟モ自己ノ常業ト為スノ目的ヲ以テ免許ヲ受ケスシテ医ノ行為ヲ為シタルトキハ医師法第一一条ノ犯罪ハ直ニ成立シ、必シモ其行為ヲ反復スルヲ要セス、必シモ營利ノ目的ヲ以テ之ヲ為スヲ要セサルナリ」(大判明治四四年一〇月二七日刑録一七輯一八〇〇頁、大判大正一二年八月一七日刑集二卷六七七頁も同旨)として、前記の営業目的説とは異なることを明確にする判例が現れた。その後も、「医ノ行為ヲ常業トスルハ医業ナリ」(大判大正二年一月一八日刑録一九輯一四五七頁)、「常業トシテ之(手術)ヲ為スハ医業ノ範疇ニ属スル」(大判大正三年一月二三日刑録二〇輯五〇頁)、「医業ハ疾病ヲ診察治療スル医ノ行為ヲ常業ト為スノ謂ナリ」(大判昭和一二二年三月一二日新聞三八三一号一五頁)などとする判例が続く。また、前記の生活資料獲得説を批判して、「医業トハ常業ト為スノ目的ヲ以テ医タル行為ヲ為スヲ云フ、故ニ医業ハ所論ノ如ク必シモ生活資料ヲ得ルノ意思ヲ以テ医タルノ行為ヲ反復シ且之ニ因リテ利益ヲ得タル事実アルコトヲ必要トセス」と論ずる判例(大判大正四年一〇月九日新聞一〇七三号一六頁)もある。

こうして、医行為を医業たらしめるのは、医行為の回数、人数、反復実施、営利目的、生活資料獲得行為などではなく、「常業とする目的ないし意思」であるとす判例が多くなった。もつとも、「常業ト為スノ目的ニ出テタ

リヤ否ヤハ医行為ヲ反覆シタルニ依リテ之ヲ推断シ得ヘキ場合アルヘク、或ハ又医行為ハ一度ナルモ之ト其ノ他ノ事情トヲ綜合シテ被告人ノ意思ヲ推測シ因テ以テ常業ト為ス目的ニ出テタルコトヲ認定シ得ヘキ場合アル」(大判大正一四年五月二七日刑集四卷三四八頁、前掲大判昭和一三年五月一九日新聞四二八四号一六頁も同旨) ことはいうまでもない。

(d) 反復継続意思説 医業とは「反復継続の意思をもって」医行為を行うことであるとする説である。古い判例に、医師法一一条の罪は医師の免許なく「継続ノ意思ヲ以テ医師ノ業務ニ属スル行為ヲ為スニ依リ成立スル」とするもの(大判明治四四年一〇月三一日新聞七五四号二七頁、大判大正六年二月一〇日刑録二三輯四九頁も同旨)がみられたが、その後、大正五年の大審院判例はそれをさらに明確にする。すなわち「医業トハ反覆継続ノ意思ヲ以テ医行為ニ従事スルノ謂ニシテ、生活上ノ資料ヲ得ル目的ノ有無ハ其意義ヲ定ムル標準ト為ルモノニ非ス」と論じて、原判決が被告が医業を行ったのは生活上の資料を得る目的からであるという事情を判示しなかったとしても理由不備とはいえないとした(大判大正五年二月五日刑録二二輯一〇九頁)。その後は、この「反復継続の意思」を医業の成否の判断基準とし(大判昭和元年一二月二五日刑集五卷五九七頁、前掲大判昭和二年一月一四日刑集六卷四五三頁、前掲大判昭和八年七月八日刑集一二卷一一九〇頁、前掲大判昭和九年一〇月一三日刑集一三卷一三五七頁)、生活上の資料を得る目的の有無はその意義を定める基準とはならない(大判昭和二年一二月二二日新聞二八五二号一二頁、前掲大判昭和一五年三月一九日刑集一九卷一三四頁、大判昭和一七年二月一三日評論三一巻諸法三一頁)とする判例が続ぎ、この理論は確立したものと見える。

(一) 保健婦助産婦看護婦法二一六条、歯科衛生士法二条、歯科技工法二条、診療放射線技師法二条、臨床検査技師・衛生検査技師等に関する法律二条、理学療法士及び作業療法士法二条、視能訓練士法二条、臨床工学技士法二条、義肢装具士法

二条、柔道整復師法二条など。

(二) 谷口正孝Ⅱ朝岡智幸Ⅱ牧野利秋『刑罰法Ⅱ』(一粒社、昭和三九年)五頁。

(三) 穴田秀男Ⅱ中村敏昭Ⅱ「医師法」穴田秀男監修『医事法』(自由国民社、昭和五〇年)二二二頁。

(四) 小松 進「医師法」平野龍一編『注解特別刑法第五卷(医事・薬事編)』(青林書院、昭和五八年)三七頁、穴田秀男Ⅱ中村敏昭・前掲書二二三頁など。

(五) 穴田秀男Ⅱ中村敏昭・前掲書二二三頁。

(六) 森 幸男『医療法・医師法(歯科医師法)解』(医学通信社、昭和五四年)三五五頁。

(七) 森 幸男・前掲書二四頁。

(八) 大谷 実『医療行為と法』(弘文堂、昭和五五年)二二頁。

(九) 旧医師法(明治39・5・2法律第四七号)第五条は、つぎのように規定している。

医師法第五条 医師ハ自ら診察セスシテ診断書、処方箋ヲ交付シ若ハ治療ヲ為シ又ハ検案セスシテ検案書若ハ死産証書ヲ交付スルコトヲ得ス。

(一〇) 森 幸男・前掲書三五六頁。

(一一) 穴田秀男監修『医療法律用語事典』(中央法規出版、昭和五七年)一二頁、高木 武『新診察室の法律』(中央法規出版、昭和五二年)一三頁、同「医する行為」東洋法学五卷一号など参照。

(一二) 厚生省健康政策局編集『医療関係法規規集(9)』(第一法規出版、昭和三〇年、その後加除)一七二二頁。

(一三) 穴田秀男監修・前掲書一二頁、高木 武・前掲書一六頁、同・前掲論文など参照。

(一四) 糸井克己「HS式高周波器を使用した治療と医業類似行為」医事判例百選(昭和五一年)一五六頁。

(一五) 厚生省健康政策局編集・前掲書一七二二頁。

(一六) 穴田秀男監修・前掲書一二頁、高木 武・前掲書一九頁、同・前掲論文など参照。

(一七) 大谷 実・前掲書二三頁。

(一八) 小松 進・前掲書四四頁、穴田秀男Ⅱ中村敏昭・前掲書二二八頁、大谷 実・前掲書二三頁、高木 武・前掲書六三頁など。



## 四 臨床教育・研修制度と医師法

### (一) 初期の医学教育と無資格医業

明治七年の「医制」は、医学校の制度を定め、その教科課程は、予科三年（入学資格は一四歳以上一八歳以下の小学校卒業業者）、本科五年制とし、本科卒業後に「大試験」に合格した者に「医学卒業」の証書および「医学士」の称号を与えることにした（一二条―一四条）。そして、「医学卒業」の証書、および「内科外科眼科産科等専門ノ科目二箇年以上実験」の証書（従来所就ノ院長或ハ医師ヨリ出スモノ）を所持する者に対して医師の開業免状を与えることとした（三七条）。すなわち、医学教育の課程を修めたるうえ、さらに二年以上の臨床経験を要件としたのである。なお、従来開業の者については、履歴と治績とを考量して二等に分けて仮免状を授け、医制発布後一〇年以内に試験を行って免許すること（三七条第二段）などの経過措置を定めていた。

明治一五年の「医学校通則」（文達四）により、医学校は甲種（修業年限四年以上、教師のうち医学士三名以上を擁すること）と乙種（修業年限三年以上、教師のうち医学士一名以上を擁すること）の二種類に分けられるとともに、同年の「医学校卒業生試験ヲ要セス医術開業免状下付」との太政官布達により、甲種医学校の卒業生は無試験で医術開業免状が与えられることになった。その要件の第四に、附属病院において「生徒ノ実地演習ヲ為ス事」をあげていることは、当然のことながら注目すべきところである。

医学校卒業生試験ヲ要セス医術開業免状下付（明治15・2・17 太政官布達第四号）

医術開業セントスルモノハ、明治一二年内務省甲第三号布達医師試験規則第三条ニ記載シタルモノノ外ハ総テ開業試験ヲ

遂ケ免状交付シ来リ候処、自今文部卿ノ認可ヲ得左ノ条件ヲ具ヘタル医学校ノ卒業生ハ、詮議ノ上試験ヲ要セス直ニ開業免状ヲ下付スルコトアルヘシ。

但卒業試験ノ節ハ、時機ニ拠リ内務省ヨリ吏員ヲ派出シ臨監セシムルコトアルヘシ。

一 三名以上ノ医学士（欧米ノ大学ニ於テ卒業シタルモノ等其履歴ニヨリ本条ニ準スルコトアルヘシ）ヲ以テ教諭ニ充ツル事

一 生徒ノ員数ニ相当セル助教ヲ置ク事

一 四年以上ノ学期ヲ定メ教則並試験法ノ完備セル事

一 附屬病院アリテ生徒ノ実地演習ヲ為ス事

右布達候事。

その後、明治一九年に、「大学令」、明治二七年に「高等学校令」が公布され、そこに医学部（修業年限四年）が設置された。明治三四年には、各高等学校の医学部が独立して、官立医学専門学校となった。明治三六年からは私立医学専門学校も認可されるようになった。

こうした医学校制度の充実改善の動きに呼応して、医師制度の法的な確立が求められることになる。医師の諸団体の種々の運動の末に、明治三九年、医師法（明治三九年五月二日法律第四七号）が制定された。医師法は、医師の資格等についてつぎのように規定した。一条一項二号の医師試験の受験資格は、一号所定の医学校以外の医学専門学校卒業者または外国医学校の医学課程修了者に限るものとし（一条二項）、その資質の向上を図ることとした。

医師法（明治39・5・2 法律第四七号）

第一条 医師タラムトスル者ハ左ノ資格ヲ有シ内務大臣ノ免許ヲ受クルコトヲ要ス。

一 帝国大学医科大學医学科又ハ官立、公立若ハ文部大臣ノ指定シタル私立医学專門学校医学科ヲ卒業シタル者

二 医師試験ニ合格シタル者

三 外国医学校ヲ卒業シ又ハ外国ニ於テ医師免許ヲ得タル者ニシテ命令ノ規定ニ該当スル者

② 医師試験ハ中学校若ハ修業年限四箇年以上ノ高等女学校ノ卒業者又ハ之ト同等以上ノ学力ヲ有スル者ニシテ医学專門学校ヲ卒業シ若ハ外国医学校ニ於テ四箇年以上ノ医学課程ヲ修了シタル者ニ非サレハ之ヲ受クルコトヲ得ス。

第一条 免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為シタル者、停止中医業ヲ為シタル者又ハ第五条、第六条、第七条、若ハ第一三条第三項但書ニ違背シタル者ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス。

(昭和八年改正)

第一条 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。

第一条ノ二 「以下略」

この医師法は、その後数次にわたり一部改正がなされたが、昭和一七年の国民医療法の制定により、これに吸収されるまで、約四〇年にわたって、わが国の医師制度を規律した。

明治期から大正期において、医師法一一條違反(無免許者の医業)として問題にされたのは、医学校の臨床実習生ではなく、多くは鍼師・灸師・按摩師・柔道整復師・療術師・民間療法師などや、医療補助者としての調剤生・産婆・看護見習生などであることは、前掲の医行為のところすでに述べたとおりである。以下に、これらの中から、医師法一一條違反の要件を知るうえで参考になりそうな事例を若干あげてみよう。

この期の大審院判例をみると、大正二年の「判例4」は、医師が調剤生に指示して患者たちの眼の洗浄や横根切開口の消毒などの処置をさせたことにつき、調剤生の医師法一一條違反および医師の同法条違反の教唆(刑法六一

条)を問われた事例であるが、大審院は、医師が無免許者を指揮監督して危険のない治療行為を補助させ、その補助者が「医師ノ手足トシテ行動スル」ときは、「其治療行為ハ即チ医師ノ行為ニシテ」医師の治療行為以外に無免許医業の行為があるわけではないとした。それは「面前ニ於テ補助者ヲ使役スル」場合に限らず、医師が「一時外出スルニ当リ補助者ヲ指揮監督シテ不在中ニ」自己の従来診療していた患者に危険のない治療を行わせる場合も同じであるとする。大正三年の「判例5」も、医師が診察治療行為を施している患者に対し、医師免許のない者が「医師ノ手足トシテ其指揮監督ノ下ニ」補助的行為をするのならよいが、そうではなく、単独で、自己の意思により業として診察治療行為をするのは医師法一条違反であるとした。

無免許者の行う医療行為の危険の態様も問題となる。医師免許のない者が、一日数名以上の患者を診察して「大橋液」と称する薬液を注射していたという「判例6」においては、その注射行為の危険の態様が議論された。判決は、たとえ医学の知識・技術があるために治療行為により「実害ヲ生スル危険ナシトスルモ」、それを放任すれば「一般公衆ノ衛生ニ危険ヲ生スヘキ」とときには、その医療行為は医師法一条違反となるとした。また、無免許者が花柳病患者に秘薬注射療法を施す医院(非医師の経営)に雇われ、その指示により多数の患者に秘薬注射その他の診療行為を施したという「判例7」においては、その診療行為が代診行為かどうかが問題となった。判決は、診療行為が「医師ノ指揮監督ヲ受ケ其ノ手足トシテ診療ニ従事スル」代診行為であるならば治療上「危険ヲ生セシムル虞ナキカ故ニ」医師法一条違反とはならないが、本件行為は、医院経営者の教唆に基づき、医師の指揮監督を受けることなく全く独立して行われたものだから、代診の範囲には属せず、医師法一条違反であるとした。

こうして、この時期の大審院判例を要約してみると、医師の免許を有しない者が医師の診療行為を補助する行為について、①「医師の指揮監督の下で」、②「医師の手足として」、③「危険を生ずる虞のない行為」を行うのであ

れば、医師法違反とはならないといふことができるであらう。

〔判例4〕調剤生医療行為事件（大判大正二年二月一八日、刑録一九輯一四五七頁） 医師Y<sub>1</sub>が、大正元年一二月に雇い入れた医師免許のない調剤生Y<sub>2</sub>に対し、大正二年一月二九日の外出の際に、簡易な外科の手術や眼の洗浄ぐらいはしておくようにと指示し、Y<sub>2</sub>が右指示に基づき患者A・B・C等の眼を硫酸銅液または硝酸銀水で洗浄し、患者Dの横根の切開口を昇汞水で消毒して包帯をするなどの処置をしたことについて、大分区裁はY<sub>2</sub>の行為を医師法一条違反、Y<sub>1</sub>の行為を同法条違反の教唆（刑法六一条）として刑事責任を肯定した。しかし、大分区裁（大正二年七月二三日）は、医師法違反は医師免許のない者が「患者ヲ診察シタルコトヲ以テ欠クヘカサル要件トス」とし、Y<sub>2</sub>の行為は「患者ノ診察」を欠くので医師法違反とならず、またそれを認容したY<sub>1</sub>の行為も法律違反とならないとして刑事責任を否定した。これに対し、大審院は「診察セスシテ治療スルモ亦医ノ行為ニアラスト云フヘカラス」として原判決を破棄した。もつとも、医師がその指揮監督の下に補助者を自己の手足のごとくに行為せしめ、危険のない事項を行わせることは無免許医業とはならないとした。

「医師カ自ラ治療行為ヲ為スニ当リ医師ノ免許ヲ有セサルモノヲ使役シ其指揮監督ノ下ニ治療行為ヲ補助セシムルコトアリトスルモ、補助者ハ単ニ医師ノ手足トシテ行動スルニ止マリ毫モ患者ニ対シテ危険ヲ生スルノ虞アルコトナク、医師ノ意思ニ因リ治療行為カ行ハルルニ於テ其治療行為ハ即チ医師ノ治療行為ニシテ医師ノ治療行為以外ニ無免許医業ノ行為アルモノト云フヲ得ス。従テ医師カ其面前ニ於テ補助者ヲ使役スル場合ニ限ラス、其他一時外出スルニ当リ補助者ヲ指揮監督シテ不在中自己ノ従来診療セル患者ニ対シ前ニ掲クルカ如ク危険ヲ生スル虞ナキ治療ノ事ニ関与セシメ、補助者カ単ニ医師ノ手足トシテ行為シタルニ止マル場合ノ如キハ、之ヲ面前ニ於テ使役スル場合ト同視シ、其治療行為ハ即チ医師ノ治療行為ニシテ医師ノ治療行為以外ニ無免許医業ノ行為ナキモノト認ムルヲ妨ケス。要スルニ治療ニ関シ一般ノ患者ヲシテ医師ノ指図ニ従ヒ自ラ取扱ハシムルカ又ハ通常ノ人ヲシテ医師ノ指図ニ従ヒ取扱ハシムルニ於テモ毫モ危険ヲ生スルノ虞ナキ事項ニ在テハ、医師カ医師ノ免許ヲ有セサル者ヲ使役シ其指揮監督ノ下ニ之ヲ取扱ハシムルモ、此場合ニハ無免許医業ノ犯罪ヲ構成スルコトナシ。」

〔判例5〕無免許者単独診療行為事件（大判大正三年四月七日、新聞九四〇号二三頁）

医師免許を有しない被告人Y

46

が、医師Aの指揮監督を受けてその手足としてではなく、Aの意思にかかわらず、自己の判断をもって、患者Bに診察治療行為を施したという事例において、大審院は、つぎのように判示して医師法一条違反とした。

「医師ノ免許ヲ受ケサル者カ単独ニテ業トシテ人ノ疾病ヲ診察治療スル行為ハ勿論、医師ニ於テ診察治療行為ヲ施ス患者ニ対シ其免許ヲ受サル者カ医師ノ手足トシテ其指揮監督ノ下ニ補助的ノ行為ヲ為スニアラスシテ自己ノ意思ニ依リ医師ノ意思ニ拘ハラス業トシテ診察治療行為ヲ為スコトモ亦、医師法一条ニ所謂免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為スモノト謂ハサルヘカラス。医師カ無免許者ヲ使用シテ自己ヲ補助セシムルニハアラスシテ之ト離レテ同一患者ニ対シ診察治療行為ヲ為スコトハ右犯罪ノ成立ヲ消長セシムルノ効アルモノニアラス。」

〔判例6〕無免許者注射行為事件（大判昭和元年二月二五日、刑集五卷五九七頁）

被告人Yが、医師の免許を受けず

に、大正一四年三月から同年一二月まで、東京本郷の自宅において一日数名以上の患者を診察したうえ、「大橋液」と称する薬液を注射して料金を徴収して医業をしていた事例について、大審院は、これを医師法一条違反として無免許医業罪の成立を認めた。

「医行為ハ医学ノ原理ヲ応用シ人ノ疾病ヲ診察スルニ必要ナル行為ヲ指称シ、斯ル診療行為ハ一定ノ医学ヲ修習シ又ハ特殊ノ技能経験ヲ有スル者ニ於テハ、必スシモ免許ヲ受ケサルモ自己ノ能力ニヨリ之ヲ能クスルコトヲ得ヘント雖モ、若シ之ヲ免許ヲ有セサル普通人ニ放任センカ、一般公衆ノ衛生ニ危険ヲ生スヘキハ寔ニ賭易キ理ナルヲ以テ、法ハ一般保健ノ為普通人ニ医行為ヲ業トスルコトヲ禁止シ、特ニ学識経験ヲ審査シテ一定ノ資格アル者ニ限之カ免許ヲ与ヘテ医師ト為シ、診療ノ業ニ従事スルコトヲ許容シタルモノトス。然ラハ則チ仮令医術ニ長シ且其ノ治療行為ニ因リ実害ヲ生スル虞ナシトスルモ免許ヲ受ケスシテ其ノ業務ニ従事スルヲ得サルハ当然ナリ。而シテ医行為ハ上叙ノ如ク人ノ疾病治療ヲ目的トシ現時医学ノ是認スルモノタルコトヲ要シ、学理ニ背反スル絶対不能ノ方法ハ素ヨリ医行為ニ入ラサルノミナラス、縦令人ノ疾病治療ヲ目的トスル行為

ナリト雖、按摩鍼灸術ノ如キ医学ノ通念ニ照ラシ特殊ノ治療行為ニ属シ法制上別種ト為スモノハ医行為ニ非サルコト明白ナリトス。」

〔判例7〕代診の独立医行為事件（大判昭和十一年一月六日、刑集一五卷一三七八頁） 花柳病患者に対し特殊（卵黄から抽出した秘薬）の薬液注射により治療を施すことを目的として二か所に医院を開設経営している被告人Y<sub>1</sub>（非医師）は、各医院に医師（責任者）や看護婦を雇い入れて普通の診療を行わせるほか、昭和六年春ころから昭和九年五月ころまでの間に、医師免許のない被告人Y<sub>2</sub>外五名の者を雇い入れて、多数の患者に対して、秘薬の注射、局部の洗浄、側管包莖の手術などの診療行為を行わせた。このことについて、被告人Y<sub>1</sub>は、医師免許のない被告人Y<sub>2</sub>外五名を教唆して医業を行わせたものとして医師法違反教唆の罪に、また、被告人Y<sub>2</sub>は、医師免許がないのに、医師の指揮監督を受けることなく、全く独立して多数の患者に診療行為をしたものとして医師法違反の罪に問われた。大審院は、被告人等の行為を医師法第一条違反および同教唆とした原判決を相当と認めた。そのうち、こうした行為が一般に認められている所謂代診といふべきか否かについては、つぎのように判示した。

「所謂代診トハ医師ノ免許ヲ受ケサル者カ資格アル医師ノ指揮監督ヲ受ケ其ノ手足トシテ診療ニ従事スルコトヲ指称スルモノニシテ、斯クノ如キハ疾病ノ治療上毫モ危険ヲ生セシムルノ虞ナキカ故ニ、医師法第一条ニ依リ禁止セラレタル無免許医業ノ範圍ニ属スル行為ヲ以テ論スルヲ得サルヤ言ヲ俟タス。故ニ本件ニ於テ医師ノ免許ヲ受ケサルY<sub>2</sub>外五名カ多数ノ患者ニ対シテ為シタル診療行為カ、右ノ代診行為ニ該当スル場合ナルニ於テハ、固ヨリ犯罪ノ成立ヲ来ササルヘキコト勿論ナレトモ、原判決援用ノ証拠ヲ綜合スルトキハ前示Y<sub>2</sub>等ノ為シタル診療行為ハ所謂代診行為ノ範圍ニ属スル行為ニアラスシテ、判示ノ如ク被告人Y<sub>1</sub>ノ教唆ニ基キ医師ノ指揮監督ヲ受クルコトナク全ク独立シテ行ハレタル事実ナルコトヲ推認スルニ足ル。」

## (二) 診療修練の制度

大学の医学教育を受けて医師になるまでの、臨床に関する教育ないし研修の制度については、この半世紀の間に種々の変遷をみたが、その前駆をなすものは、戦前の「診療修練」の制度である。

### (1) 医薬制度調査会の「医療制度改善方策」

昭和一五年一〇月二八日に医薬制度調査会が厚生大臣に答申した「医療制度改善方策」は、医術の向上策として①医師免許には一年以上の診療の修練を要件とすべきこと、②修練の効果があがるように、指導医師に対する被指導者数を按配すべきこと、③修練は現在の学校教育期間中に実施すべきこと、という改善案を提示していた。

### 医療制度改善方策（昭和15・10・28 医薬制度調査会答申）

#### 第二 医療内容ノ向上

##### 一 医術ノ向上

##### (一) 医師免許前ノ基礎的診療ニ関スル修練ノ充実

(1) 医師ノ免許ニハ、一年以上、一般診療ニ関シ、必要ナル修練ヲ経ルコトヲ要スルコトニ改ムルコト。

(2) 修練ハ指導医師ヲ置キテ之ヲ行フコトトシ最モ其ノ効果ヲ挙げ得ル様、指導医師ニ対スル被指導者ノ数ヲ按配スルコト。

(3) 修練ハナルベク現在ノ学校教育期間中ニ於テ実施スルコト。

##### (二) 補習教育ノ創設

(1) 医師ニ対スル補習教育ノ制度ヲ創設シ医師会等ヲシテ之ガ実行ニ当ラシムルコト。

(2) 政府ハ必要ナル経費ヲ支出シテ補習教育ノ励行ヲ図ルコト。



(2) 国民医療法における「診療ノ修練」制度

上述の医薬制度調査会の「医療制度改善方策」における医術の向上策に基づいて、昭和一七年の国民医療法施行令（昭和一七年一〇月二八日勅令第六九五号）は、免許要件としての「診療ノ修練」制度を、また国民医療法施行規則（昭和一七年一〇月三〇日厚生省令第四八号）は、その修練の「施設」および「診療科目」を、つぎのように規定した。

国民医療法施行令（昭和17・10・28 勅令第六九五号）

第一条 国民医療法第四条ノ規定ニ依ル医師ノ免許ハ左ノ各号ノ一ニ該当スル者ニ之ヲ与フ。

- 一 大学令ニ依ル大学ニ於テ医学ヲ修メ学士ト称スルコトヲ得ル者又ハ官立、公立若ハ文部大臣ノ指定シタル私立ノ医学専門学校医学科ヲ卒業シタル者ニシテ一年以上診療ノ修練ヲ経タルモノ
- 二 医師試験ニ合格シタル者ニシテ一年以上診療ノ修練ヲ経タルモノ
- 三・四〔省略〕

国民医療法施行規則（昭和17・10・30 厚生省令第四八号）

第一条 国民医療法施行令（以下令ト称ス）第一条ノ規定ニ依ル診療ノ修練ハ左ニ掲グル施設ニ於テ之ヲ為スコトヲ要ス。

- 一 令第一条第一項第一号ニ掲グル学校ノ附属病院（代用附属病院ヲ含ム）
- 二 厚生大臣ノ指定シタル病院

第三条 令第一条ノ規定ニ依ル診療ノ修練ハ内科、精神科、小児科、外科、整形外科、産婦人科、眼科、皮膚泌尿器科、耳鼻咽喉科及理学診療科ニ付之ヲ為スコトヲ要ス。

この制度は、学部内教育を充実するという方針のもとに運用することとし、新しく大学医学部等に入学する者から適用することになっていたけれども、戦時体制の一環として行われた医学教育期間の短縮措置の下で、この制度

により卒業する者が出ないうちに戦後の制度改革を迎えることになってしまった。

### (三) 実地修練（インターン）の制度

#### (1) 戦後医療制度改革の開始

戦後の衛生行政においては、医師等の資質の向上が第一の緊急課題とされた。<sup>(一)</sup>戦時中の医学専門学校の急増や医学教育期間の短縮などの措置によって、教育内容の低下は否定すべくもなかったからである。昭和二十一年八月の国民医療法の一部改正において、実地修練（インターン）制度と国家試験制度を導入することになった。すなわち、無試験で医師等になれる制度を廃止して、（イ）例外なく国家試験を受験することを要することとし、かつ（ロ）その受験資格として大学（医学部）もしくは医学専門学校を卒業しまたは国家試験予備試験に合格した後、一年以上の診療および公衆衛生に関する実地修練を経なければならぬことにしたのである。

#### (2) 改正国民医療法における「実地修練」制度

昭和二十一年の勅令第四〇二号（昭和二十一年八月三十一日）により、国民医療法施行令第一条が、つぎのように改められ、それに伴って厚生省令第三七号（昭和二十一年九月一日）により国民医療法施行規則の第一条および第四条も、つぎのように改められた。

#### 国民医療法施行令（改正、昭和21・8・31 勅令第四〇二号）

第一条 国民医療法第四条ノ規定ニ依ル医師ノ免許ハ医師国家試験ニ合格シタル者ニ之ヲ与フ。

② 医師国家試験ハ左ニ掲グル者ニ非ザレバ之ヲ受クルコトヲ得ズ。

一 大学令ニ依ル大学ニ於テ医学ヲ修メ学士ト称スルコトヲ得ル者又ハ官立、公立若ハ文部大臣ノ指定シタル私立ノ医学

専門学校医学科ヲ卒業シタル者ニシテ学士ト称スルコトヲ得ルニ至リタル後又ハ卒業シタル後命令ノ定ムル所ニ依リ一年以上ノ診療及公衆衛生ニ関スル実地修練ヲ経タルモノ

二 医師国家試験予備試験ニ合格シタル者ニシテ合格シタル後命令ノ定ムル所ニ依リ一年以上ノ診療及公衆衛生ニ関スル実地修練ヲ経タルモノ

三〔省略〕

国民医療法施行規則（改正、昭和21・9・11 厚生省令第三七号）

第一条 国民医療法施行令（以下令ト称ス）第一条第二項ノ規定ニ依ル診療ニ関スル実地修練ハ左ニ掲グル施設ニ於テ之ヲ為スコトヲ要ス。

一 令第一条第二項第一号ニ掲グル学校ノ附属病院（代用附属病院ヲ含ム）

二 厚生大臣ノ指定シタル病院

②令第一条第二項ノ規定ニ依ル公衆衛生ニ関スル実地修練ハ左ニ掲グル施設ニ於テ之ヲ為スコトヲ要ス。

一 厚生大臣ノ指定シタル保健所

二 前号以外ノ公衆衛生ニ関スル施設ニシテ厚生大臣ノ指定シタルモノ

第四条 令第一条第二項ノ規定ニ依ル実地修練ハ内科方面及外科方面ニ付各五ヶ月以上産婦人科及公衆衛生ニ付各一カ月上之ヲ為スコトヲ要ス。

第四条ノ三 令第一条第二項又ハ令第二条第二項ノ規定ニ依ル実地修練ヲ為ス者ハ当該修練施設ニ於ケル諸規則ヲ遵守シ施設ノ長ノ指揮監督ヲ受クベシ。

この国民医療法施行令の改正は、昭和二十二年九月一日から施行され、経過措置を経て、昭和二十二年三月卒業の者から一年の実地修練の制度が適用されることになった。これを契機として、わが国の医師の法制は新しい制度に改

められていくことになる。

### (3) 国民医療法の解体と医師法等の制定

昭和二三年には、国民医療法が解体され、医療施設に関する「医療法」（昭和二三年七月三〇日法律第一一〇五号）と、医療関係者に関する「医師法」（昭和二三年七月三〇日法律第二〇一号）・「歯科医師法」（昭和二三年七月三〇日法律第二〇二号）その他の医療関係者法などに分けられて、それぞれ独立した法律とされた。こうして新しく制定された法律が、現行の医療法や医師法である。

国民医療法における医師の規定と新しい医師法とを比較してみると、医師の業務を「医療および保健指導」としているのは同じであるが、医師の任務について、国民医療法が「国民体力ノ向上ニ寄与スルヲ以テ其ノ本分トス」（三条）としていたのに対して、新しい医師法は「公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保する」（一条）ことであるとしているところに、大きな変化がみられる。これは、当時の新憲法の医療および福祉に関する理念（二二五条）に対応する大きな医療理念の転換を示すものであった。

一方、学校教育制度も、新しい教育理念のもとに制定された「教育基本法」（昭和二三年三月三十一日法律第二五号）および「学校教育法」（昭和二二年三月三十一日法律第二六号）に基づいて改革され、医学教育はすべて大学の教育課程（六年間）において行われることになり、昭和二三年二月から医学専門学校の新制大学への転換が始まった（昭和二七年までに切替えが完了）。こうして、医学専門学校の廃止に伴い、医師法においても、医師の資格等に関する規定の一部が改正された。しかし、そのほかの規定は、昭和二一年に改正されたばかりであったため、従前の規定をほとんどそのまま承継することになった。

実地修練の制度についてみると、医師法施行規則（昭和二三年一〇月二七日厚生省令第四七号）に、実地修練の

施設として、大学附属病院または厚生大臣の指定する病院および厚生大臣の指定する保健所その他の施設が規定された（一一一条）。実地修練の内容である修練すべき診療各科および各科における修練期間等は、同規則には規定されず、従来からの実施要領に委ねられた。なお、その実施要領は、昭和二六年に「診療及び公衆衛生に関する実地修練基準」として明確化された。また、同施行規則一一一条は、昭和二八年に改正され、公衆衛生に関する実地修練の期間が従来の「一カ月以上」から「二週間以上」に短縮され（一一一条一項但書）、また、従来、医学部卒業後外国で一年以上の修練を終えて帰国した者に医師国家試験の受験資格を運用上認めてきたことに鑑み、実地修練は外国の病院等でも行えることが明文化された（同条二項）。

医師法（昭和23・7・30 法律第二〇一号）

第一条 医師国家試験は、左の各号の一に該当する者でなければ、これを受けることができない。

一 文部大臣の認定した大学において正規の医学の課程を修めて卒業した者で、一年以上の診療及び公衆衛生に関する実地修練を経たもの

二 医師国家試験予備試験に合格した者で、合格した後一年以上の診療及び公衆衛生に関する実地修練を経たもの

三 〔省略〕

医師法施行規則（昭和23・10・27 厚生省令第四七号）

第一条 法第一条の規定による診療に関する実地修練は、左に掲げる施設でこれを行わなければならない。

一 法第一条第一号に掲げる大学（法第四三条の規定によって法第一条第一号の大学とみなされたものを含む）の附属病院（代用附属病院を含む）

二 厚生大臣の指定した病院

②法第一一条の規定による公衆衛生に関する実地修練は、左に掲げる施設でこれを行わなければならない。

一 厚生大臣の指定した保健所

二 保健所以外の公衆衛生に関する施設であつて厚生大臣の指定したもの

#### (4) 実地修練者の医業に関する判例

実地修練者（インターン生）の医行為については、一方では、大学医学部の課程を卒業して正規の医学的素養を有するので実際には相当の医行為をなしうるにもかかわらず、他方では、まだ医師免許を有せず医師ではないのでその医行為の範囲には自ずから限界があることから、判例の見解も微妙である。

まず、インターン生のなしうる医行為の範囲について、判例は、正規の医学的素養を有する実地修練者が外科的手術等に関与できる程度は相当広範囲に亘るとする。すなわち、医科大学医学専門部の課程を卒業した医学実地修練者が、指導医の直接指導監督の下に、患者の皮膚軟部の切開、肋骨の一部切除、肋膜癒着部分の剝離などの手術をしたことが問題となった〔判例8〕において、判決は、実地修練制度の目的からみて、正規の医学的素養を有する実地修練者が医師の直接指導監督の下に外科的手術に関与し得べき程度は相当広範囲に亘るものと解すべきだとしたうえで、比較的容易で生命の危険を伴うことの少ない本件手術は、実地修練者が手術行為に関与し得べき範囲を逸脱したものとはいえないとしている。

このように、インターン生が医行為に関与できる程度は、相当広範囲であるとしても、その実地修練はあくまでも指導医の指導監督の下に行われるべきであり、また実地修練の場に相応しいものとして厚生大臣の指定を受けた病院その他の施設において行われなければならない。この点に関して、最高裁は、インターン生が開業医の父のところで通院中の患者を診療したという〔判例9〕において、実地修練は所定（医師法施行規則第一一条）の場所で行

われべきものであり、実父の開業している医院で、代診として自ら医行為をなすことは医師法一七条違反となり許されないとしている。なお、インターン生の場合であれ、その他の無免許者の場合であれ、その医行為により直接利益を得たか否かは医師法一七条（旧医師法一条）違反の成否の要件とはならないことは、すでに述べたとおりである。医師に雇われた無免許者が多数の患者に対し医師の補助又は助手としてでなく自ら診療したことで、医師法一七条違反とされた〔判例10〕において、判決は、無免許医行為者が診察代や治療費などの利益を直接得ていなくとも、継続的に多数人を診療したことで医業をしたことに該当するとした。

〔判例8〕インターン生外科手術事件（高松高判昭和二五年八月三十一日、高裁判特報一三号二〇八頁） 昭和一九年〇医科大学附属医学専門部に入学し、五年の課程を終えて昭和二四年三月に卒業して、医学実地修練者となっていたY<sub>1</sub>が、指導医Y<sub>2</sub>の直接指導監督の下に、患者の皮膚軟部の切開、肋骨の一部切除、肋膜癒着の剥離などの手術をして医師法違反の刑事責任を問われた事案について、高松高裁は、つぎのように判示し刑事責任を否定した。

「医師実地修練に関する通牒中、医療及び公衆衛生に関する実地修練実施要領によれば、〔中略〕医師法第一条の実地修練は修練者に臨床上必要な医学及び公衆衛生に関し、医師として具有すべき知識及び技能を体得せしめることを目的として実施せられることが認められる。よって当審鑑定人〔略〕の鑑定意見をも参酌して考察すると実地修練者が医師の責任においてその直接指導監督の下に外科的手術に関与し得べき程度は、正規の医学的素養を欠く者の場合と異なり、相当広範囲に亘り得るものと解すべきであり、本件において主として被告人Y<sub>1</sub>が相被告人Y<sub>2</sub>の直接指導監督の下に行った原判示皮膚軟部の切開、第二、第三肋骨各一二、三稜の切除及び肋膜癒着の粗で剥離容易な部分の剥離は比較的容易で生命の危険を伴うこと甚だ少なく、未だ実地修練者が手術行為に関与し得べき範囲を逸脱しないものと認めるのを相当とする。」

〔判例9〕インターン生代診行為事件（最決昭和二八年一月二〇日、刑集七卷一一号二二四九頁） 昭和二四年一〇月、

インターンとして診療見習中であったYは、和歌山県某町の医師である実父が開業している医院において、従前から同医師方に通院中の幼児患者AおよびBを診療し、看護婦をして注射をさせるなどした（その結果、Aは一時間後に死亡し、Bも重態に陥り他の医師の治療を受けて一命をとりとめた〔ジュリスト五〇号四九頁〕）ところ、これは無免許医業で医師法一七条違反であるとして起訴された。一審の和歌山地裁は、被告人Yがインターン生の実地修練期間中の半ばを過ぎ医師国家試験を数カ月後に控え、病気で帰省中単に二名の患者を治療したにすぎないから、医行為を業としたものとはいえないとして無罪とした。しかし、二審の大阪高裁は、反復継続の意思をもって医行為をすれば医業となるとする大審院判例を前提とし、開業医においては、対価の帰するところが直接診療者自身でなくとも、また診療が多数回継続的に行われなかったとしても医業にあたると論じ、医師法一七条違反として同法三一条により処罰した（罰金一万円）。

これに対して、被告人側は、①インターン生は実地修練としていかなる種類程度までの診療をしてよいかを明確にしたうえで、②被告人がAおよびBに対してした診療はインターンとしての実地修練として認めるべきかどうかを判定すべきところ、それをせず、単に「被告人は当時インターンとして診療見習中であって医師でなかったにも拘らず実父医師方に通院加療中のAおよびBに対し診療して医業をした云々」と判示したのみで医師法違反を認定したのは審理不尽が甚だしく理由不備であるとして上告した。しかし、最高裁は、つぎのように論じて上告棄却とした。

「原判決の認定は、インターンとしての実地修練の範囲を越えているとしたものであって、右実地修練は、医師法施行規則一一条に規定する場所で行われるべきものであるから、実父の開業している医院で代診として独立して自ら医行為をなす如きが許されないことは明らかであり、原判決に理由の不備は存しない。」

〔判例10〕無免許者単独医療行為事件（名古屋高判昭和二七年二月二五日、高裁判特報三〇号二六頁）

医師免許のな

い被告人Yは医師A方に雇われ、昭和二七年六月から七月にかけて、三一回に二〇名の患者を診察し、これに治療を加えていたという事例について、名古屋地裁は、Yが無免許で医業をしたものであり医師法一七条違反であるとし、名古屋高裁も、つ



ぎのように判示して医師法一七条違反とし、Yの控訴を棄却した。

「すべてこれは被告人Yが自ら診療したもので、医師Aの補助又は助手として為したものでないことが明らかに認められる。もつとも被告人は医師でないのに医師として医師Aに雇われ月給を支給され、薬代又は診察代及び治療費は総てAが取得したのであるが、無免許の医業を禁止したのは、営利方面からでなく、国民の生命、健康に危険のある行為を禁止する趣旨に出でたものと解すべきであるから、被告人が直接の利益を得てないにしても、前記の如く、継続的に多数人を診療したことは、医業を為したものに該当するものである。」

(5) 実地修練（インターン）制度の問題点

(a) インターン制度の改善策 医療制度調査会は、昭和三五年五月以降三年間の審議の結果、「医療制度全般についての改善の基本方策」（昭和三八年三月二三日）を答申したが、その中に、つぎのようなインターン制度の改善策も提起されていた。<sup>(三)</sup>

「インターン制度は、医師免許の与えられる以前に、臨床医学、公衆衛生学等の科目にわたって、その基礎的な修練の充実をはかるために実施されているが、現行のインターン制度は、このような点からいって、その意義が十分發揮されるよう運用されなければならない。しかるに、現状においては、インターン生の身分等が不確定であること、インターン実施施設における指導体制の整備が不十分であることなどのために、当初の目的が十分活かされていない場合も少なくない。

インターン制度の将来については、医学教育および医師資格取得との関連において、そのあり方を根本的に検討するとともに、現行制度の改善について、医学教育、インターン、医師の資格にわたり密接な関連のもとに考慮する必要がある。当面緊急の措置としては、インターン生の身分等を改善し、インターン実施施設に対する国の助成

措置を強化すべきである。

歯科領域においては、現在歯科大学の四カ年の専門課程に、基礎的診療に関する修練を含めて行われているが、さらに専門教育の充実をはかるために、実地修練を教育課程から切り離して実施すべきかどうか、また、国家試験との関連について検討が必要である。

また、医学教育についても、医学の進歩に立脚して、そのあり方について検討することが必要である。」

一方、医師試験審議会実地修練部会も、昭和三七年以来インターン制度の改善策の検討を重ねてきて、昭和三八年七月に、厚生大臣に「実地修練制度の改善方策について」の意見書を提出し、現行実地修練の問題点と原因を分析し、抜本的な改革までの緊急措置として実地修練施設の指定の厳格化等の提言をした。

(b) インターン制度廃止の意見 右の答申に対して、政府は予算面では、昭和三九年度予算において、指導医と指導助手に対する医師実地修練指導経費、実地修練施設指導経費等を計上し、昭和四〇年度には、実地修練用機材機器等の整備経費、指導医研究会の経費等を新たに計上するなどの措置が講ぜられた<sup>(三)</sup>。しかし、この程度の措置によつて、インターン制度の矛盾は解決すべくもなかった。そうした中で、インターン制度をめぐる議論が活発化し、昭和三九年から昭和四一年にかけて、関係各方面からインターン制度の廃止を含む医師法改正の意見が提出された<sup>(四)</sup>。それらに共通する意見は、①実地修練生は、医師法上の医師でもなく学生でもなく、その地位が不明確であり、このことが実地修練生の病院における地位および処遇を不安定なものにしていること、②実地修練病院の指導体制が不備であること、などを理由として、実地修練制度を廃止すべきこととし、その代わりに、③学部内教育を充実させること、④免許取得後の臨床の修練を充実させるべきこと、などを提言するものであった。

これと時期を同じくして、医学生の側からも、厚生大臣に対し、①インターン生に対する給費、②医師法改正に

よる地位の明確化、などに関する要望書が提出され（昭和三八年八月、全国医学生連盟）、さらには、③インターン採用報告書提出（病院から厚生省へ）の拒否、④公衆衛生に関する実地修練拒否、⑤奨学金の拒否などをスローガンとするインターン制度廃止運動が展開された（昭和四〇年三月、医科大学医学部卒業生連合）。

(c) 医師法の一部改正　このような経緯を踏まえて、厚生大臣および文部大臣の委嘱を受けた「大学医学部卒業後における教育研修に関する懇談会」が、昭和四一年六月より翌年五月まで審議を重ねて、①新たに免許を取得した医師は、その職務の特殊性にかんがみ、その後も臨床研修に努めなければならないこと、②国は、臨床研修の実効をあげるため、環境、条件の整備に努めるものとし、このための制度および予算措置に十分配慮すること、などを骨子とする意見書を提出した。

厚生省は、それを基にして医師法の改正案を作成し、医道審議会、医師試験審議会実地修練部会の了承を得るとともに、全国医学部長会議および全国大学病院長会議や、日本医師会医学教育委員会等の要望をも考慮したうえ、昭和四三年の第五八回国会に提出し、改正法は若干の修正がなされたいうえ成立を見た。その主な内容は、①大学の医学部を卒業した者は、直ちに医師国家試験を受験することができること、②医師は、免許を受けた後も、二年以上大学附属病院または厚生大臣の指定する病院において臨床研修を行うよう努めること、③臨床研修病院の長は、その病院において臨床研修を行った者があるときは、その旨を厚生大臣に報告すること、④医師試験審議会を医師試験研修審議会に改め、臨床研修に関する重要事項の調査審議を行わせること、などである。

#### (四) 臨床研修の制度

##### (1) 改正医師法における臨床研修制度

医師法の一部を改正する法律（昭和四三年五月一五五法律第四七号）およびこれに伴う厚生省令の改正（昭和四三年七月一六日厚生省令二九号）により、医師法第一条、第一六条の二、第一六条の三、第一六条の四、医師法施行規則一九条の二、一九条の三は、つぎのように規定された。

医師法（改正昭和43・5・15 法律第四七号）

第一条 医師国家試験は、左の各号の一に該当する者でなければ、これを受けることができない。

一 学校教育法（昭和二二年法律第二六号）に基づく大学（以下単に「大学」という）において医学の正規の課程を修めて卒業した者

二 医師国家試験予備試験に合格した者で、合格した後一年以上の診療及び公衆衛生に関する実地修練を経たもの

三 〔省略〕

第一六条の二 医師は、免許を受けた後も、二年以上大学の医学部若しくは大学附置の研究所の附属施設である病院又は厚生大臣の指定する病院において、臨床研修を行なうように努めるものとする。

2 厚生大臣は、前項の指定をしようとするときは、あらかじめ、医師研修審議会の意見をきかなければならない。

3 第一項の規定の適用については、沖縄地域にある病院又は外国の病院で、厚生大臣が適当と認めたものは、同項の厚生大臣の指定する病院とみなす。

第一六条の三 前条第一項に規定する病院の長は、当該病院において同条同項の規定による臨床研修を行なった者があるときは、当該臨床研修を行なった旨を厚生大臣に報告するものとする。

2 前条第三項の規定により同条第一項の厚生大臣の指定する病院とみなされた病院において同条同項の規定による臨床研修を行なった者は、当該臨床研修を行なった旨を厚生大臣に報告するものとする。

第一六条の四 この章に規定するもののほか、第一六条の二第一項の指定並びに前条第一項及び第二項の報告に関して必要

な事項は、省令で定める。

医師法施行規則（改正、昭和43・7・16 厚生省令第二九号）

第十九条の二 法第一六条の二第一項の規定による病院の指定は、当該病院の開設者（国の開設する病院にあっては、主務大臣）の同意を得て行なうものとする。

第十九条の三 厚生大臣は、法第一六条の二第一項の規定により指定した病院が臨床研修を行なわせるのに必要な条件を欠くに至ったと認めるときは、その指定を取り消すことができる。

2 厚生大臣は、前項の規定により指定の取消しをしようとするときは、あらかじめ、医師試験研修審議会の意見をきかなければならない。

## （五） 医学部教育における臨床実習

医学部教育における「臨床実習」は、①診断学（診察）実習、②外来実習（ポリクリ）、③病棟実習（bedside learning）などをもって編成された内容について、<sup>（五）</sup>五年から六年にかけての学生に対して、四〇数週、総時間千数百時間をかけて実施され、<sup>（六）</sup>実習生は小人数グループに分かれて臨床全科を一定期間ずつローテートして、<sup>（七）</sup>実際の患者にふれながら学習するのが普通であるといわれる。

この臨床実習にあたっては、実習生が診療を含む実習を行うのに必要なだけの医学知識・技能を修得しているか否かが問題となる。制度上は、かつてのインターン生は大学医学部六年間の課程を卒業していたのに対して、現在の臨床実習生は、まだ四年ないし五年の課程を終えたにすぎない卒業前の学生であるという明確な違いがある。この違いをどうみるかは識者により異なる。実質的な比較では、当時のインターン生の実態は診療ができるほどのレ

ベルにはなく、現在の臨床実習生の方がむしろレベルが高いという見方もあるうし、その反対の見解もあるう。

臨床実習の内容のレベルはどうであろうか。インターン制度が廃止されたとき、医学教育においては「従来のインターン制で達成しようとしたものは、医学教育の進歩と改善によってほぼ在学中の課程の中でとり込むことができていた」という認識がその背後にあったといわれる<sup>(九)</sup>。しかし、実際には「学部内での教育内容は変わったとは思えない」とか、「実習内容はかつてのインターンレベルよりかなり低いものである<sup>(一〇)</sup>」ともいわれてきた。現在でも、インターン制の廃止は「学生の臨床実習の改善を伴わなかった<sup>(一一)</sup>」といわれている。

昭和三〇年代、インターン制度の改善や廃止が議論された際に、実地修練ないし臨床実習の課程をどこに位置づけるかが問題であったはずだが、その議論は問題を解決に向かわせるに十分なものであったのか、疑問である。それは、インターン制度を廃止した後になっても、医師養成に不可欠の臨床実習が学部教育で十分に行えるのかどうか、また実際に行っているのかどうかについて、人により認識が分かれていることから推察されよう。臨床実習が学部教育では不十分だとみる立場からは、医師免許取得後の臨床研修を義務づけるべきだとの見解になるうし、学部内で必要な臨床実習ができるのとみる立場からは、臨床研修は義務づける必要がなく倫理規定でよいということになるう。医師法の現行規定が、免許取得後の臨床研修を法的に義務づけようとした原案を修正し「臨床研修を行なうように努めるものとする」(一六条の二第一項)という倫理規定にとどめているからには、卒前の臨床実習を充実させる必要性はインターン制の当時よりも一層大きいといえよう。これは、医学教育の教育課程の上でも、また実際の運営の面でも、改善充実が必要であることを示唆するものである。

(一) 戦後の衛生行政については、厚生省医務局編『医制百年史〔記述編〕』(ぎょうせい、昭和五十一年)三五三頁以下および三九三頁以下参照。

- (二) 厚生省医務局編・右掲書〔資料編〕二〇〇頁。
- (三) 厚生省医務局編・右掲書〔記述編〕五八九頁以下。
- (四) 黒木 延「医師法の一部改正」ジュリスト四〇六号(昭和四三年)六八頁参照。
- (五) 中山健太郎『医学教育の計画と方法』(文光堂、平成二年)八一頁参照。
- (六) 平均実習時間は、国立大学一八三〇時間、私立大学一六〇八時間、公立大学一四二〇時間といわれる。大西義久「医学進学課程と専門課程」阿部正和編『医学教育』(中央法規出版、昭和六〇年)二四七頁参照。
- (七) 吉岡昭正「医師の生涯教育」ジュリスト「臨時増刊」五四八号(昭和四八年)一四六頁。
- (八) 懸田克躬「医育者の反省」ジュリスト四〇六号(昭和四三年)七五頁。
- (九) 吉利 和「医師養成制度の問題」ジュリスト四七八号(昭和四六年)五二頁。
- (一〇) 吉岡昭正・前掲論文一四六頁。
- (一一) 中山健太郎・前掲書一四三頁。

## 五 結 語

これまで、医師法の無資格医業禁止規定との関係において、臨床教育・研修制度の推移、無資格医業に関する判例の状況をみてきた。最後に、それらを要約するとともに、現行医師法の無資格医業禁止規定の下で臨床実習を実施するには、どのような点に留意すべきかについてその要点を述べ、本稿の結論としたい。

### (1) 臨床教育・研修制度の推移の要約

医師免許の要件としての臨床実習制度の沿革を遡ると、明治七年『医制』の「二箇年以上ノ実験」、明治一五年『医学校卒業生試験ヲ要セス医術開業免状下付』の「医学校附属病院」における「生徒ノ実地演習」などが、その前駆といえる。後者においては、その「実地演習」が効果的に行われるように「生徒ノ員数ニ相当セル助教ヲ置ク事」を要件に加えていた点は注目に値する。明治三九年の旧『医師法』は、免許授与資格としての帝国医科大学・指定医学専門学校卒業、医師試験受験資格としての医学校卒業を規定するのみで、臨床実習については規定しなかった。医学校制度の充実改善の結果、臨床実習は当然にその教育内容に含まれると解されたからであろう。

やがて、昭和一五年に、医薬制度調査会が、①医師免許は「一年以上一般診療ニ関シ必要ナル修練」を経ることを要件とすべきこと、②修練の効果があがるよう「指導医師ニ対スル被指導者ノ数」を按配すべきこと、③修練は「現在ノ学校教育期間中」に実施すべきことを答申した（医療制度改善方策）。これを承けて、昭和一七年『国民医療法施行令』は、免許要件として「一年以上診療ノ修練」を規定し、また同法施行規則は、その修練施設を「学校ノ附属病院」および「厚生大臣ノ指定シタル病院」とし、診療科目を「内科、精神科、小児科、外科、整形外科、産婦人科、眼科、皮膚泌尿器科、耳鼻咽喉科及理学診療科」と規定した。これは学部内教育の充実を意図した



ものであったが、戦時中の教育期間の短縮措置等のため、この制度による卒業者が出ないままに終わった。

戦後の衛生行政は、戦時中の医学教育内容の低下を省みて、医師等の資質の向上を緊急課題とした。昭和二一年の改正国民医療法は、実地修練（インターン）と国家試験の制度を導入し、医師になる者はすべて国家試験を受験することとし、その受験資格は大学医学部もしくは医学専門学校を卒業しまたは国家試験予備試験に合格した後「一年以上ノ診療及公衆衛生ニ関スル実地修練」を経ることを要件とした（国民医療法施行令一条）。その実地修練は、「学校ノ附属病院」「厚生大臣ノ指定シタル病院」「厚生大臣ノ指定シタル保健所」において（同法施行規則一条）、「内科方面及外科方面ニ付各五ヶ月以上産婦人科及公衆衛生ニ付各一カ月以上」行い（同四条）、また実地修練生は「当該修練施設ニ於ケル諸規則ヲ遵守シ施設ノ長ノ指揮監督ヲ受ク」べきものとした（同四条の三）。

昭和二三年、国民医療法は解体され『医療法』『医師法』その他に分けられたが、実地修練については従前の規定を承継し、国家試験受験資格は、文部大臣認定の大学で正規の医学の課程を修めて卒業しまたは国家試験予備試験に合格した後「一年以上の診療及び公衆衛生に関する実地修練」を経ることを要件とした（医師法一条）。その実地修練は「大学の附属病院」「厚生大臣の指定した病院」「厚生大臣の指定した保健所」等において行うものとし（同法施行規則一条）、修練すべき診療各科や修練期間等は同規則には規定せず、従来からの実施要領に委ねた。その実施要領は、昭和二六年に『診療及び公衆衛生に関する実地修練基準』として明確化された。

インターン制度は、①実地修練生の地位が不明確で処遇が不安定であり、②実地修練病院の指導体制が不備であることから批判が多く、むしろこれを廃止し、③学部内教育を充実させ、④免許取得後に「臨床修練」を課すべきであるといった提言がなされてきた。これに従って、昭和四三年に医師法が改正され、①大学の「医学の正規の課程を修めて卒業した者」は直ちに医師国家試験を受験できること、②医師免許を受けた後も「二年以上」大学の附

属施設である病院または厚生大臣指定の病院において「臨床研修」を行うように努めること、③臨床研修病院の長は臨床研修を行った者につきその旨を厚生大臣に報告すること、などが規定された。

## (2) 無資格医業に関する判例の概要

大正期の大審院判例は、医師が診療を施している患者に対し、医師免許のない者が「医師ノ手足トシテ其指揮監督ノ下ニ」補助的行為をするのはよいが、単独で自己の意思により業として診療行為をするのは無資格医業（旧医師法一条違反）に当たるとし（〔判例5〕）、補助者が「医師ノ手足トシテ行動スル」ときは、その治療行為はすなわち医師の行為であってそれ以外に無免許医業の行為があるわけではなく、医師が診療してきた患者に対し外出の際「補助者ヲ指揮監督シテ不在中ニ」危険のない治療行為をさせる場合も同じであるとする（〔判例4〕）。昭和期の判例も「医師ノ免許ヲ受ケサル者カ資格アル医師ノ指揮監督ヲ受ケ其ノ手足トシテ診療ニ従事スル」いわゆる代診は、疾病治療上危険を生ぜしめる虞がないので無資格医業とはならないとする（〔判例7〕）。この時期の判例を要約すると、医師の免許をもたない者の診療行為（補助行為）は、①「医師の指揮監督の下で」、②「医師の手足として」、③「危険を生ずる虞のない」範囲で行うのであれば、医師法違反にはならないということができる。

インターン生（実地修練生）の医行為については、一方で、大学医学部の課程を卒業して正規の医学的素養を有し実際には相当の医行為をなしうるにもかかわらず、他方では、まだ医師免許がないためその医行為の範囲に限界があることから、これに関する判例の見解も微妙である。まず、インターン生のなしうる医行為の範囲について、判例は、正規の医学的素養を有するインターン生が外科的手術等に関与できる程度は相当広範囲に亘るとみる。たとえば、インターン生が指導医の直接指導監督の下に、患者の皮膚軟部の切開、肋骨の一部切除、肋膜癒着部分の剝離などの手術をした事案につき、判決は、実地修練制度の目的からみてインターン生が医師の直接指導監督の下

に外科的手術に関与し得べき程度は相当広範囲に亘るとしたうえ、比較的容易で生命の危険を伴うことの少ない本件手術は、インターン生が手術行為に関与し得べき範囲を逸脱したものとはいえないとした（〔判例8〕）。

このように、インターン生が医行為に関与できる程度が相当広範囲であるとしても、その実地修練はあくまでも指導医の指導監督の下に行われるべきであり、実地修練の場に相応しいものと厚生大臣が認めた病院その他の施設において行われなければならない。この点に関して、最高裁は、インターン生が開業医の父のところで通院中の患者を診療して悪結果を生じた事案において、実地修練は所定の場所で行われるべきものであり、実父の開業している医院で代診として自ら医行為をなすことは医師法一七条違反となり許されないとする（〔判例9〕）。なお、インターン生であれ、その他の無免許者であれ、その医行為により直接利益を得たか否かは医師法一七条違反の成否の要件とはならない。医師に雇われた無免許者が医師の補助や助手としてでなく自ら多数の患者を診療して医師法一七条違反の責任を問われた事案において、判決は、無免許医行為者が診察代や治療費などの利益を直接得ていなくとも、継続的に多人数を診療したことで医業をしたことになっている（〔判例10〕）。

### (3) 臨床実習における適法要件

無資格医業禁止の趣旨を考慮し、その原則に反しない範囲内において、医学教育の目的に適った臨床実習をするには、どのような点に留意すべきであろうか。これまでの考察から、つぎのようにいうことができるであろう。

#### (a) 実習生の知識技能水準に相当する診療 臨床実習における診療行為の範囲は、実習生がそれまでの医学教育課程において修得した医学知識および技能をもってして患者に危害の生ずるおそれのない程度において行われるべきである。実習生の有する医学知識および技能は、各大学の教育課程の違いにより、また各学生個人の学力や経験によって異なると思われるので、臨床実習生として必要な一定の基準を設定する必要がある。それが設定され

ば、<sup>(三)</sup>その医学知識および技能の水準に適合するような臨床実習内容（カリキュラム）を策定することができるし、そのカリキュラムにしたがって実施すれば、安全かつ有効に臨床実習をすすめることができる<sup>(三)</sup>。臨床実習で実施できる診療行為の範囲については、インターン生について「実地修練者が医師の責任においてその直接指導監督の下に外科的手術に参与し得べき程度は、正規の医学的素養を欠く者の場合と異なり、相当広範囲に亘り得るものと解すべきである」とした「判例8」の見解が参考になるであろう。

(b) 指導医による適切な指導監督 臨床実習は、診療経験のない実習生が実際に患者に対して診療行為をするのであるから、医師および教育者として適格性のある指導医が、その診療実習の指導にあたるべきである。従来の判例は、無資格者や看護婦などの診療補助行為について、診療を受ける患者の安全と診療を行う病院側の職務事情との両面を考慮して「補助者手足論」や「看護婦手足論」をもってその補助行為の適法性を判断してきた（「判例4」）<sup>(四)</sup>。「判例5」<sup>(五)</sup>「判例7」等）。いわば、指導者なしリーダーとしての医師の重い責任を担保として、かなり広範囲の診療補助行為を許容してきたのである。臨床実習生の診療行為を看護婦等の「診療補助行為」と比較して、どのように位置づけるかは、臨床実習生の医学知識・技能が看護婦のそれに比較してどうであるかにもよるので、一概にはいえない。ただ、臨床実習行為が「診療補助行為」でなく「診療行為」であるからには、診療補助者としてでなく医師見習生としてある程度の責任範囲において診療を行うことになろうから、その指導医の指導責任もまた相<sup>(四)</sup>当に重いものとなる。したがって、指導医については医師としての診療経験や教育研究の実績など一定の「資格基準」が必要であり、<sup>(五)</sup>また臨床実習生に対し一定割合の指導医を配置するという「人員基準」（たとえば、臨床実習生一人に対し指導医一人の割合で配置するなど）も必要となる。こうした基準は、実習効果の面からも、また診療の安全の面からも必要であり、慎重に検討されなければならない<sup>(六)</sup>。この点に関して、すでに明治期に、甲種医学校

は学生数と同数の助教を置くことを要件とされていたことは、大変に興味深い。

(c) 臨床実習の基準に適合する施設 臨床実習の教育効果と診療の安全性は、適格性のある指導医の指導監督を受けることに加えて、その実習の場所も臨床実習の場に相応しい一定の基準に適合する施設でなければ、いい結果は期待できない。したがって、臨床実習は、大学医学部附属病院、その他所定の基準に適合して臨床実習の場に相応しいものと認められた指定病院等の施設において行われることを要する。<sup>(七)</sup>この点については、かつて、インターン生が開業医の父のところでは通院中の患者を診療して悪結果を生じたという〔判例9〕において、最高裁が、実地修練は所定の場所で行われるべきことを重視して、実父の開業している医院で代診として自ら医行為をなすことは医師法一七条違反となり許されないと判断したことが、参考になろう。

(d) 患者等の十分な理解と同意 臨床研修の目的は「診療に関する知識及び技能を実地に錬磨(する)とともに、医療における人間関係、特に医師と患者との関係についての理解を深め、併せて医の倫理を体得し、医師としての資質の向上をはかること」であるといわれる(『臨床研修運用方針』昭和四三年七月一六日医発第八四三号の二参照)。臨床実習の目的は、これと若干レベルは異なるにしても、類似するものと考えられる。すなわち、診療の知識経験の修練と並んで、患者との人間関係についての理解を深めることが重視される。ところで、一般に、臨床実習生は、患者に対する態度ができていないといわれ、<sup>(八)</sup>それでは患者の信頼を得ることが難しい。とくに、医師資格のない実習生が診療行為をするについては、患者に対し診療行為について説明してその同意を得ることが必要であるほか、診療にあたる担当者が実習生であることについても理解と同意を得なければならぬ。<sup>(九)</sup>

(一) 科目によっては基礎知識がないまま臨床実習の場に出ることもあるのが実態であるともいわれる(阿南陽二「医学生の立場からの提言」阿部正和編『医学教育』(中央法規出版、昭和六〇年)六八頁参照)。

(二) その基準に併せて、臨床実習に入る前の段階で十分な準備教育ができることになろう(日野原重明『医療と医学教育の新しい展開』(医学書院、昭和五八年)三〇三頁〔柏木平八郎〕参照)。

(三) わが国の医科大学におけるトレーニングは何一つ基準がなく、大学ごとに異なったトレーニングプログラムを行っているのが実情だという(日野原重明・前掲書二九二頁〔日野原重明〕参照)。

(四) 指導医の下で一定の責任を負わされれば実習にも意欲的になるという(阿南陽二・前掲論文六八頁参照)。

(五) これについては、内科専門医指導医の認定基準(内科臨床経験一〇年以上、過去一〇年間で五以上の研究業績等)などは参考になろう(日野原重明『医療と教育の刷新を求めて』(医学書院、昭和五四年)一六二頁)。

(六) 実態調査によると、臨床実習の学生数は一グループ五ないし七人程度であり、その一グループあたりの指導医数は、平均して、国立大学で五・六人、私立大学で四・三人、公立大学で三・三人であるという(大西義久「医学進学課程と専門課程」阿部正和編・前掲書二四八頁)。実習生对患者の比率も問題である。一人の患者に多数の実習生では実習効果が上がらないであろう(阿南陽二・前掲論文六八頁参照)。

(七) これについては、現行の臨床研修指定病院の指定基準が参考になろう(日野原重明『医療と教育の刷新を求めて』前掲一六二頁参照)。

(八) 中山健太郎『医学教育の計画と方法』(文光堂、平成二年)一四五頁参照。それは「日本の学生は臨床医学の時間では患者に接する機会というのはあまりない」(阿部正和編・前掲書四八頁〔日野原重明〕)ことの結果であろう。

(九) 患者が実習生の診療を受ける場合には、資格と経験のある医師の診療を受ける場合よりも、不安と煩わしさは避けられないのであるから、指導医から、①医科大学の使命と臨床実習の意義、②患者の受ける煩わしさを上回る手厚い診療と看護をするつもりであること、③指導医なし主治医による指導監督によって診療の水準と安全が確保されること、などを説明して、患者の理解と同意を得るべきであろう。

〔付記〕 本稿は『第二回東北・北海道地区医学教育シンポジウム』(平成二年七月二三日、盛岡)「卒前医学教育と臨床実習」の部において、パネラーの一人として報告した原稿に加筆してまとめたものである。こうした機会を賜った主催責任者の小野繁医学部長ならびに懸田克躬医学教育振興財団理事長、司会としてご配慮いただいた伊藤忠一教授および田沢豊教授、またこの報告に対してご発言をくださった谷口繁教授その他の方々に対し、ここに記して謝意を申し上げます。