

平成 29 年度厚生労働科学研究補助金
(地域医療基盤開発推進研究事業)
分担研究報告書

医行為について考えるータトゥーの法規制からー

研究分担者 佐藤 雄一郎 (東京学芸大学教育学部 准教授)

研究要旨

タトゥー施術が医行為に当たるかどうかを検討し、医行為・医業類似行為・医薬品の製造販売という、法律により一般的に禁止されている行為の解釈の一助となることを目指した。それぞれの禁止(ないし法律)は、その前提としてのプロフェッション団体の有無が異なるため、禁止の理由も異なるべきだと考えた。

A. 研究目的

本来的には「医療」ではない、タトゥー施術が医行為かどうかを検討し、医師に独占されている行為と一般に自由に行える行為との境界線を示すことで、一方で多様な活動を認めながら、同時に国民の健康と公衆衛生の維持向上を目指すことが本報告の目的である。

B. 研究方法

(倫理面への配慮)

基本的には公知の情報を扱っているから、倫理面での問題は少ないが、調査の過程で偶然に得た個人情報などについては、報告書その他の公表において個人が特定できないようにし、さらに、守秘を尽す。

C. 研究結果

(1) はじめに

医行為の定義に「おそれ」が入っているため、これまでその外延は膨らみ、ややもすると(自動血圧器による)血圧や体温の測定も医行為であるとする見解も見られてきた。しかし、施設において介護職員が行

えない不都合もあり、2005年に厚生労働省は「医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について(通知)」(平成17年7月26日医政発第0726005号)を出し、血圧や体温の測定は原則として医行為には当たらないとする見解を示した。もちろん、痰の吸引を医行為でないと位置づけることはできず、この点は法改正が行われた(2010年4月施行)。

かくして医行為に関する議論は落ち着いたかと思われたが、2015年にタトゥー施術を行っていた「掘り師」が逮捕され、2017年に地裁で有罪判決が出ることで、今度は、医行為の別な側面が問題となることになる。すなわち、(これまで見落とされてきた)医療目的という主観的な要素である。医事法的な観点からは、医師に独占させることの理由が何か、ということと言い換えることができるかもしれない。以下では、医行為(医業類似行為など周辺的なものも含む)についての議論を紹介していく。

(2) 一般に禁止される理由

① 医師法

医師法にいう医業とは医行為を業として行うことであり、この内、医行為の理解は、診療目的や医学の原理原則の応用という要件を課していた時代から、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為という定義へと変遷してきたといわれている(米村滋人『医事法講義』40頁)。しかし、これまで医業独占が問題となってきたのは、古くは薬剤師による処方との関係、その後は、例えば無免許者が行う指圧による交感神経の刺激(最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1097頁)や歯科技工士による型どり(最判昭和56年11月17日最高裁判所裁判集刑事224号45頁)など、その行為が医療の範囲内、さらにいえば医療目的であった場合であったことは看過すべきではあるまい。

② 医業類似行為

一方、いわゆる医業類似行為といわれる、医行為の周辺にある領域においては有名な最高裁判決がある。いわゆるHS式高周波器の使用があん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律(以下「あはき法」とする)および柔道整復師法に反するかが問題となった事案で、最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁(法廷意見)は「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」とし、当該機器の使用によりこのような虞があるかどうかを審理するため原審に差し戻した。これに対して田中・下飯坂裁判官は「有害無害

は一概に判断できない場合がはなはだ多い。この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れ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。」「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。」とし、石坂裁判官は「あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法が、かゝる医業類似行為を資格なくして業として行ふことを禁止して居る所以は、これを自由に放置することは、前述の如く、人の健康、公共衛生に有効無害であるとの保障もなく、正常なる医療を受ける機会を失はしめる虞があつて、正常なる医療行為の普及徹底並に公共衛生の改善向上のため望ましくないので、わが国の保健衛生状態の改善向上をはかると共に、国民各々に正常なる医療を享受する機会を広く与へる目的に出たものと解するのが相当である」とし、いわゆる消極的弊害による規制の側面を主張していた。

③ 薬事法・薬機法

一方、薬事法(現医薬品医療機器等法)ではこの消極的弊害を理由とする規制が正面から認められている。最判昭和57年9月28日刑集36巻8号787頁が「現行薬事法の立法趣旨が、医薬品の使用によつてもたらされる国民の健康への積極・消極の種々の弊害を未然に防止しようとする点にあることなどに照らすと、同法二条一項二号にいう医薬品とは、その物の成分、形状、名称、その物に表示された使用目的・効能効果・用法用量、販売方法、その際の演述・宣伝などを総合して、その物が通常人の理解において「人又は動物の疾病の診断、治療又は予防に使用されることが目的とされている」と認められる物をいい、これが客観的に薬理作用を有するものである

か否かを問わないと解するのが相当であると述べているなどである。よって、「薬」として売られているものが有害のおそれがある場合だけでなく、それが無害な場合であっても、医薬品と間違えやすい形状をしていれば、あるいは効能効果をうたえば、規制の対象となるのである。

D 検討

保健医療上の理由による一定の行為の規制につき概観してきた。それらは決して一律ではない。つまり、誰によって独占されているかという視点を抜きに説明することはできない。

医行為の場合には医師によって独占される。磯崎が指摘するように、(医行為を医療にとどめ保健指導を含めないのは狭すぎるにしても) 基本的には医行為とは「医師が医師として行う行為」(磯崎辰五郎『衛生法』(初版、有斐閣法律学全集 16 卷) 134 頁) であり、つまり、医業独占の反面として医師(集団)が引き受けていることだけが医行為であると解するべきであろう。

Profession の語源は profess であり、専門家集団が外に向けてできること(つまり引き受けていること)を公言していることが前提となっている。医師の場合は、医師集団(詳述は省くが、ヨーロッパにおいては法制化された団体があり、その規定や倫理綱領等がある)が何を引き受けているかを明示しているはずである。

あん摩師・はり師・きゅう師・柔道整復師の場合も業務独占であるが、(西欧流の)プロフェッション性が薄いこと、また、いくつかの職種がまとめて法制化されていることから、何が独占されているかはいくぶん不明確である。それでも、最高裁法廷意見は、消極的弊害は理由とせずに説明して

いる(「正常な医療」に関することは医師法で規定すべきことだからであろう)。

一方で、プロフェッション団体の存在を前提にできない(大企業という意味では限られるが)医薬・医療機器の場合には、様相はまったく異なる。「引き受ける」プロフェッション団体が存在しないのだから、規制の理由は狭義のものは存在せず、それゆえ消極的弊害も入ってくることになる。

逆に見ると、医師法の場合には、その規制目的はプロフェッション団体の存在ゆえ狭義のものがまずは考えられるべきであり、プロフェッション団体によって独占されていないものは、医師法では規制されていない、つまり、「医師によらない」行為による問題は別途法規制が必要ではないか、との結論が導き出せるのではないか。

そうすると、今回の司法対応は、医師法によった点で疑問が残り、もしタトゥーを規制しようとするのなら、一般法である刑法かあるいは特別法の立法によるべきであったと思われる。

E. 結論

上記のように、強固なプロフェッション団体の存在を前提とする医師法、プロフェッション団体の性質がやや弱いあはき法および柔道整復師法、プロフェッション団体の存在を前提にできない薬事法(薬機法)によって、その禁止・独占の意味は違うと思われ、法律の解釈や対応にあたってはこの違いを気にする必要があると思われる。

なお、本稿では、医師との関係で問題になりがちな他の医療職種については検討ができなかった。他日に期したい。

F. 発表

(学会報告)「高齢者医療を支える人と制度」企画・司会・報告(企画の趣旨、高齢者医療と救急搬送)日本医事法学会、2017年11月26日立命館大学朱雀キャンパス

(著書)佐藤雄一郎「イギリスにおける再生医療の現状と課題」甲斐克則編『再生医療と医事法』pp.135-148(2017年、信山社)

G. 知的所有権の取得状況

(予定を含む。)

1. 特許取得 特になし
2. 実用新案登録 特になし
3. その他 特になし

H. 健康情報

特になし

- I. その他 特になし