

＜判例研究＞

歯科医師の医科救命救急研修と医師法 17 条

札幌高裁平成 20 年 3 月 6 日判決

(平成 15 年 (う) 第 179 号, 医師法違反被告事件)

判例集未搭載 (LEX / DB 文献番号 28145248)

大野 正博

【事実の概要】

被告人は、札幌市立札幌病院に勤務する医師であり、平成 6 年 4 月、後記救命救急センターの前身である同病院救急医療部の医長となったが、同部には実質的に被告人以上の地位の者がいなかったため、その頃から同部の実質的な責任者となり、同部の責任者という立場で同病院長の諮問機関であるレジデント教育委員会の委員にも就任していた。平成 9 年 4 月の組織改編により、同病院救急医療部が救命救急センターに名称変更され、被告人は同月 1 日から平成 11 年 3 月 31 日までの間、同病院救命救急センター副部長、同 11 年 4 月 1 日から同センター部長として同センターの業務全般を管理していたのであるが、歯科医師である B、C、および D がいずれも医師の免許を取得していないことを知りながら、平成 10 年 8 月から平成 11 年 3 月までの間、同年 8 月から平成 12 年 3 月までの間、および同年 8 月から平成 13 年 3 月までの間、それぞれ B から 3 名を、順次、医師の資格を持つ研修医と同様の研修を行わせることとして同センターに受け入れ、当直医、または担当医として配置した。

B、および同センターの医師らと共謀の上、B においては、平成 10

歯科医師の医科救命救急研修と医師法 17 条

年 8 月 26 日から平成 11 年 2 月 13 日までの間、前後 4 回にわたり、同市道路に停止した救急自動車内等で、歯科に属さない疾病に関わる患者である E 外 2 名に対し、気管内挿管等の医行為を行い、C、および同センターの医師らと共謀の上、C においては、同年 9 月 28 日から同年 10 月 6 日までの間、前後 5 回にわたり、前記病院で、前同様の患者である F 外 1 名に対し、右大腿静脈からのカテーテル抜去等の医行為を行い、D、および同センターの医師らと共謀の上、D においては、平成 12 年 8 月 14 日、および平成 13 年 2 月 4 日の前後 2 回にわたり、前記病院等で、前同様の患者である G 外 1 名に対し、腹部の触診等の医行為を行い、もって、医師でないのに医業をなしたとして、医師法 17 条違反罪で起訴された。

本件は、救命救急センターの責任者である被告人が、研修医として同センターに配置された歯科医師に医師の資格を持つ研修医と同様の医療行為をさせたという医師法違反の事案であるが、本件各行為は、そもそも歯科の患者の急変状態等に適切に対応する能力、全身管理の能力等を身に付けたいという歯科医師側の要望に端を発したものであり、平成 9 年 1 月より行われていたものである。本件各行為を行った歯科医師らは、いずれも歯科口腔外科という医科と重なる領域の専門分野で相応の経験を積んでおり、本件各行為を実施するについて、医師の資格を持つ研修医と比較して能力的に劣るところはなかったと認められる。実際にも、本件各行為によって、その対象となった患者の生命、身体等に具体的な危険が及んだという事実は認められなかった。

第 1 審の札幌地裁は、「本件各行為は、いずれも医師法 17 条が禁止する医行為に該当し、医師の資格を持たない B ら本件歯科医師らは、これらの行為を医師として行ったものであるから、医師法 17 条に違反して医業を行ったものと認められる。弁護人らは、本件歯科医師らは歯科医師の資格を持つ研修医として指導医の指導監督の下で、指導医の手足として本件各行為を行ったにすぎないから、本件各行為は医師である指導

医が行ったものというべきであり、医師法 17 条に違反しないと主張する。しかし、そもそも、医師の資格を持つ研修医が研修として行う行為は、指導医の指導監督を受けていても、その研修医自身の行為と見るべきである。本件歯科医師らは、医師の資格を持つ研修医と区別されることなく、これと同様の立場で本件各行為を行ったのであるから、指導医の指導監督を受けていたとしても、その行為は本件歯科医師ら自身の行為と見るべきである。したがって、本件各行為は、医師の資格を持たない歯科医師が行ったものと見るほかはない。また、本件歯科医師らは、歯科医師としての資格と経験を有し、本件各行為で用いられた各手技についても歯科口腔外科の分野で相応の経験を積んでいたと認められるが、歯科医師が歯科に属さない疾病に関わる患者に対してそのような手技を行うことは、歯科医師がその手技にどんなに熟達していても、明らかに医師法 17 条に違反する。本件各行為は、いずれも歯科に属さない疾病に関わる患者に対して行われたことは明らかであるから、医師法 17 条に違反する」。

また、違法性が阻却されないことについては、「弁護人らは、仮に本件各行為が医師法 17 条に違反するとしても違法性がないと主張するが、本件各行為について違法性を阻却するような事由は認められない。すなわち、弁護人らは、歯科の患者の全身管理等に関する技術を歯科医師に修得させる必要があり、そのためには、医科の麻酔科や救急部において研修をする以外に方法がないところ、本件各行為はそのような研修の一環として行われたものであるから、社会的に正当な行為として違法性が阻却されると主張する。しかし、本件歯科医師らのような歯科口腔外科に属する歯科医師にとって、そのような技術の修得が求められるとしても、その技術を修得するために、突発的な事態に緊急に対応することが強く要求される救急医療の現場で、医師の資格を持つ者と全く同様の研修を行わせるという方法をとることは、そこで行われる個々の具体的行為の実質的危険性の有無及び程度にかかわらず、医師と歯科医師の

歯科医師の医科救命救急研修と医師法 17 条

資格を峻別する法体系の下では、許されない。本件各行為は、このような方法で行われた研修の一環として行われたものであるから、社会的に見て許容される範囲を逸脱しており、正当行為と評価することはできない。また、本件各行為は、反復継続して行われた行為の一環であり、いずれも処罰するに足りる実質的な違法性がある。なお、本件歯科医師らは、本件各行為が歯科に属さない疾病に関わる患者を対象としていることを十分承知していたのであるから、本件各行為が違法であることを認識することができたと認められる」。

さらに、被告人が共同正犯の責任を負うことについては、「被告人は、本件歯科医師らが行った本件各行為について個別に認識していたとは認められないが、センターの責任者として、研修内容について上記のような指示をし、その指示に従って研修が行われ、その結果本件歯科医師らが本件各行為を行ったのであるから、本件歯科医師らが研修医として本件各行為を行うについて、欠くことのできない決定的な役割を果たしたものと認められる。したがって、被告人は、本件歯科医師らが本件各行為を業として行ったことについて、単にその機会を与えこれを容易にしたというにとどまらず、同人らを直接指導監督する立場にあった上級医らと共に、共同正犯としての責任を負う。なお、被告人は、歯科医師を研修医として受け入れるに当たって議論があったにもかかわらず、本件歯科医師らに歯科に属さない疾病に関わる患者を対象とする行為を行わせたものであるから、本件各行為が違法であることを認識していたと認められる」として、被告人を有罪（罰金 6 万円）とした⁽¹⁾。

これに対し、弁護側は、本件歯科医師らが行った本件各行為は、いずれも実質的には背後で指揮をとっている指導医らの行為そのものと評価できるから、医師法 17 条の構成要件に該当しないこと、被告人と本件歯科医師らとの間には、同人らが本件各行為を行うことにつき、明示の意思の合致も合意もなかったから「共謀」の事実は認められず、共謀共同正犯は成立せず、仮に被告人が救命救急センターにおける歯科医師の

研修制度を作ったとしても、本件各行為の数年も前の話であり、被告人は、原判決も認定しているように本件歯科医師らが行った本件各行為について個別に認識していたわけではなく、本件各行為の共同正犯とはなり得ないこと、本件各行為が医師法 31 条 1 項 1 号、17 条に該当するとしても、行政犯においては、法定の義務者のみが犯罪の主体たり得るのだから医師の免許を受けている被告人は義務者ではなく、これに加功しても共犯は成立しないこと、本件歯科医師らによる本件各行為は、研修としての必要性があり、その目的が正当で、手段も相当なものであったから社会的相当性が認められ、刑法 35 条により違法性が阻却されること等を理由に控訴した。

【判旨】 公訴棄却

(1) 医師法 17 条の構成要件該当性について

「医師法 17 条は、『医師でなければ、医業をなしてはならない。』と規定しているが、同条にいう『医業』とは『医行為を業とすること』であり、『医行為』とは『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』、『業とすること』とは『反覆継続の意思で医行為を行うこと』と解すべきところ、本件各行為は、気管挿管及び抜管、大腿静脈路確保及びカテーテルの抜去、腹部触診、手術の説明及び同意の取付け、大腿動脈血栓除去等手術における筋鉤使用等による手術補助等であり、いずれも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える。そして、歯科医師の研修が、医師の行う医行為の純然たる見学にとどまるときは、歯科医師が医行為をしたとは認められないから医師法 17 条の構成要件該当性を欠くといえるが、歯科医師が自ら患者に対する医療行為に関与する場合、それが医行為と判断される以上、関与の程度を問わず、歯科医師自身が医師法 17 条の医行為を行ったとみるべきである。このことは、例えば、外科手術の実施主体は術者（執刀医）であり、第一助手は術者を補助

する立場にあるから第一助手の行為は手術全体からみれば補助行為といえても、被告人も外科手術における第一助手の重要性を認めるとおり、手術における第一助手の役割の重要性及びその手技が患者に向けてられていることに鑑みると、医師法上、第一助手の行為は術者の医行為（執刀行為）とは別個独立に評価されるべきであって、まさにそれ自体が医行為というべきであることから明らかである。所論は、歯科口腔外科に属する診療行為は、悪性腫瘍等の外科手術やこれに伴う全身麻酔等の全身管理に及んでおり、本件各行為も歯科口腔外科医である本件歯科医師らが、研修として歯科口腔外科に属する診療行為を行ったまでである。そして、歯科口腔外科医が、歯科口腔外科領域に必要な不可欠な研修を行うことは、研修場所が歯科であるか医科であるかを問わず、歯科医学の進歩と国民に対する安全な歯科医療の提供という観点から、社会的に認められている行為であって、目的・範囲・方法において相当な研修と認められる歯科口腔外科医による本件各行為は、医師法 17 条の医業には該当しない、という。しかし、本件各行為は、歯科口腔外科に属する診療行為ではなく、医科に属する診療行為であったことは明らかであるから、所論は前提において採用できない。また、そもそも、歯科口腔外科医による歯科口腔外科領域に属する行為の研修は、本来、歯科口腔外科や歯科大学・歯学部・付属病院等における歯科及び歯科口腔外科疾患の患者に対する診療行為の中で行われるべきものであり、歯科医師が、医科の病院等において、歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に医療行為を行うことは、それが歯科口腔外科で日常的に行われている手技であり、かつ、研修を目的として行われたものであったとしても、医師法 17 条の構成要件該当性を阻却することにはならない。以上によれば、本件各行為は、医師法 17 条の医業に当たり、同条及びその違反行為の処罰規定である同法 31 条 1 項 1 号の構成要件に該当することは明らかである。」

(2) 違法性阻却事由について

「歯肉疾患の治療等外科的手術等を行う歯科口腔外科はもとよりいわゆる一般の歯科であっても、日常の歯科診療において患者が急変し、生命や機能的予後に係わる緊急を要する事態に至る可能性があり、高齢化社会を迎え、高齢者や有病者等に対する歯科診療の必要性がますます高まっている現状に鑑みると、歯科医師がそのような緊急事態に直面する可能性は今後ますます増加すると思われるが、より安全な歯科医療を国民に提供するためには、歯科医師（歯科口腔外科医を含む。）が上記のような緊急事態に適切に対処できる判断力や技術力を身に付ける必要があり、そのための研修を受ける必要性が認められる。もっとも、その研修は、歯科医師が歯科医行為を行うに当たって直面する患者の急変等の緊急事態に適切に対処できるようにするためのものであるから、本来、歯科口腔外科や歯科大学・歯学部の付属病院等における歯科及び歯科口腔外科疾患の患者に対する症例の中になされるべきであるが、所論もいうように歯科（歯科口腔外科を含む。）における緊急事態の症例数に鑑みると、医科において救命救急研修を受けることにも相応の理由があり、〔1〕研修施設は、研修を実施できる人的・物的規模の整った医療機関であること、〔2〕当該医療機関には相応の臨床経験等を有する医師が指導に当たることを内容とする指導体制が整っていること、〔3〕当該医療機関によって歯科医師が研修を受けるにふさわしい資質及び能力を有すると認められた者であること、などの条件を満たせば、歯科医師が医科救命救急部門において救命救急研修を受けることも許容されるというべきである。」

「とはいえ、歯科医師に無制限の研修が許されるわけではなく、その研修が社会的相当行為として違法性が阻却されるためには、研修の必要性が認められるほか、研修の目的が正当であり、かつ、研修の内容や方法がその目的を達成する手段として相当なものでなければならない。そして、ここでいう研修の目的とは、歯科医師（歯科口腔外科

医を含む。)) が歯科医行為を行う過程で患者が急変し、生命や機能的予後に係わるような緊急事態に直面した際、専門医に引き継ぐまでの間になされる救命救急処置を習得させ、もって、歯科医療の安全性及び質の向上を図ることにある。そうすると、研修の内容や方法は、このような研修目的を達成するのに相当といえる範囲内にあることを要する。所論、歯科口腔外科医が歯科口腔外科領域に属する技術を習得することも研修の目的に含まれる、という。しかし、本来、歯科口腔外科領域に属する技術の習得のための研修は、歯科口腔外科や歯科大学・歯学部の付属病院等で行われるべきである。医科救命救急部門における救命救急研修は、通常、歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に対する医行為に関与する形でなされるものであり、しかも、その医行為の対象者の多くは、緊急の対応を要する重篤患者で、生命の危機に瀕した者も含まれるから、このような場にかかる患者を対象に、救命救急処置の習得とは何ら関係のない歯科口腔外科領域に属する技術の習得のみを目的に歯科医師が医行為を行うことは、たとえ、それが研修としてであったとしても許されないというべきである。もっとも、所論もいうように歯科口腔外科領域に属する歯科医行為は、医科救命救急部門においてなされる医行為と手技としては共通ないし類似のものがあるのも事実であり、患者の急変による緊急事態に対応するための救命救急処置を習得するという正当な目的に基づいて現に医科救命救急部門で研修を受けている歯科医師（歯科口腔外科医を含む。）については、歯科（歯科口腔外科を含む。）診療の現場で歯科医行為として行うであろう行為が現に研修先の医科救命救急部門で実施されているのに、その行為に研修として関与することは目的外研修として一切許されないとすることは硬直に過ぎ、むしろ、例外的にこのような研修を許容することが歯科医療の安全性及び質の向上につながるともいえる。したがって、一定の範囲内でこれらの研修も許容される場合もあるというべきであるが、これは、あくまで救命救急研修の例外

として認められるものであり、その要件を厳格に画さないとなし崩し的に際限のない研修に至ることが懸念され、患者の権利保護の観点からも問題があることなどに照らすと、その研修の内容及び方法は、侵襲度、難易度、歯科診療の現場で歯科医行為として実施される頻度、歯科医師に当該技術を習得させる重要度、患者の権利等を総合考慮した上で認められる合理的な範囲に限られるべきであって、例えば、そのような観点から策定された後述のガイドラインに従ってなされたような場合、研修として許容されるというべきである。」

救命救急研修の内容は、「患者が急変し、生命や機能的予後に係わる緊急事態に適切に対処できる判断力や技術力を習得させることを目的になされるものであるから、視診・触診等の診察、気管挿管等の気道確保、人工呼吸や呼吸管理、除細動・静脈路確保等の循環補助等通常救命救急処置ないしこれに類する行為としてなされる行為」であり、「研修の目的を達成するためには、見学にとどまら、研修歯科医師自身の手で研修の内容となる行為を行う必要が認められるから、一定の行為については、研修歯科医師が自ら医行為を行うことも許されるというべきである。もっとも、その場合には、慎重な上にも慎重な取扱いを期すべきであって、患者の権利保護の観点からいっても、それは、医科救命救急部門の医師による診療が行われているのと同視できる状況になければならない。そのためには、〔2〕（介助）の場合よりもより〔1〕（指導・監督）の場合であっても、指導医は、研修歯科医師が当該医行為を実施していることを現に認識し、かつ、必要があれば、当該医行為を直ちに制止し、あるいはこれに介入できる状況にあることを要するというべきである。……研修方法が研修目的を達成する手段として相当なものといえるためには、以上の点に加えて、患者の権利・利益を害しないことが不可欠である。そして、この観点からは、インフォームド・コンセントに代表される医療機関による説明と患者の同意が重要であって、この趣旨からすると、少なくとも当該

医療機関は、研修歯科医師が歯科及び歯科口腔外科疾患以外の症例に関する医療行為に関与する場合には、研修歯科医師の身分等を患者、その家族、代諾者等（以下「患者等」という。）に説明し、原則として、自由な意思に基づく承諾を得ることを要するというべきである。」

「本件各行為は、いずれも医師の資格を持たない本件歯科医師らが、救命救急センターにおいて、研修として歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に対し、医行為を行ったものである。本件歯科医師らが救命救急センターにおいて救命救急研修を受ける必要性が認められること、市立病院は医師法に基づく臨床研修指定病院であり同病院副院長を長とするレジデント教育委員会の設置及び臨床経験豊富な指導医による指導体制等研修を実施できる人的・物的規模が整っていること、本件歯科医師らは研修を受けるにふさわしい資質と能力を有する者らであると市立病院において判断されていたことが認められるから、本件歯科医師らが、救命救急センターにおいて救命救急研修を受けること自体は正当な理由があるといえる。しかしながら、本件歯科医師らが行った研修の内容や方法をみると、本件歯科医師らは、突発的な事態に緊急に対応することが強く要請される救命救急センターにおいて、歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に対し、医師の資格を持つ研修医と何ら区別されることなく、これと同様の立場で医行為を行っていたものであって、このこと自体、三次救急医療機関である救命救急センターにおける歯科医師の研修方法としては極めてずさんであり、研修の体をなしていないといわざるを得ない。……〔また、〕本件各行為は、いずれも本件歯科医師らが自ら実施主体となって医行為を行った場合であるが、例えば、大腿動脈血栓除去等手術の補助、チューブ抜管及びカテーテル抜去は、そもそも研修の目的を逸脱しており、手術内容等の説明や同意の取付けは、患者の権利保護の観点から研修歯科医師が自ら行うことができず、見学にとどめるべき行為であり、気管挿管、静脈路確保及び腹部触診は、指導医が必要に応じて

本件歯科医師らによる医行為を直ちに制止し、あるいはこれに介入できる状況の下でなされていなかったことに加え、本件各行為のほとんどは患者等に対する歯科医師であることの説明及び承諾がなされていなかったものである。したがって、本件各行為は、いずれも社会的相当行為ということとはできず、違法性は阻却されない。」

(3) 共謀共同正犯について

被告人は、「本件歯科医師らが行った本件各行為について個別に認識していたとは認められない。しかし、……被告人は同センターにおける実質的な責任者として同センターで行われる歯科医師の研修の内容、方法等を決定するとともに、診断書等を作成する場合は医師との連名にすると注意をした以外は特段の留保を付けず、医師の資格を持つ研修医と区別せずに取り扱う旨の指示をし、その決定・指示に従って研修が行われてきたものであり、もとより、救命救急センターにおいては、被告人の決定・指示に反するような研修を行うことはできなかった。現に、被告人は、……歯科医師の研修の内容、方法等の決定及びその監督は事実上被告人が掌握しており、歯科医師の個々の研修ももちろん、被告人の指示ないし意思に背くような内容、方法等で行うことは不可能であった。したがって、被告人は、本件歯科医師らが行った本件各行為について、個別に指示を与えたり、個別に認識していたとは認められないが、……本件歯科医師らが研修歯科医師として本件各行為を行うに当たって不可欠の決定的な役割を果たしたものである。そうすると、被告人は、本件歯科医師らが医行為である本件各行為を業として行ったことにつき、単にその機会を与え、これを容易にしたということにとどまらず、同人らを直接指導監督する立場にあった上級医らと共に刑法 60 条の共同正犯としての責任を負うというべきである。」

(4) 刑法 65 条 1 項における身分犯について

「医師の免許は、免許のある者が自ら医業を行うことを許容するに

過ぎないから、医師が医師免許のない者と共謀の上、免許のない者が医業を行ったときは、医師も医師法 31 条 1 項 1 号にいう無免許医業罪の共同正犯になるというべきである。また、医師法 31 条 1 項 1 号、17 条における医師の資格がないことは刑法 65 条 1 項にいう身分には当たらない。」

【研究】

1. 医師法 17 条における「医業」について

(1) 医師法 17 条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」と定め、同法 31 条 1 項において、これに違反した場合には、「3 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定している。つまり、医師法 17 条、および 31 条は、「医業独占」の制度を定め、非医師による医業を処罰するのである。

ここにいう「医師」とは、医師国家試験に合格し、厚生労働大臣の免許を受けた者と明確に定義されているのに対し、「医業」については、当該内容を明確にする規定されていない。しかし、ここにいう「医業」とは、「『医行為』を『業』として行うもの」を意味し、「業」とは、反復継続の意思をもって行うことであることについては、一般に争いはない⁽²⁾。そのため、問題となるのは、「医行為」の概念についてである。

(2) 「医行為」の概念については、広義と狭義の概念を区別して論ずるのが一般的であるが、医師法 17 条違反の問題を論じるにあたっては、広義の「医行為」概念を論じる重要性はなく、狭義の「医行為」、つまり医師法 17 条違反を構成するところの「医師が行わなければならない行為」とは如何なるものであるかとの解釈こそが重要である。

この狭義の「医行為」概念については、①「人の疾病を診療する行為」とする見解⁽³⁾、②「人の疾病治療を目的とし現時医学の是認する方法によ

り診察、治療（手術、投薬等）をなすこと」とする見解⁽⁴⁾、③「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」とする見解⁽⁵⁾に大別することができる。

しかし、①の見解に対しては、美容整形、輸血・血液製剤製造のための採血等、疾病の予防を目的とする行為は、「医行為」に含まれず、また医業類似行為も治療を目的とする行為として「医行為」に含まれてしまい、②の見解に対しては、疾病の予防の行為が排除され、またあん摩・鍼灸等の医業類似行為も治療傾向を有することは否めないため、いずれも「医行為」を限定することができないと批判を免れない⁽⁶⁾。これに対し、③の見解は、非医師に自由に医業を行わせることにより公衆衛生上危害が生じるおそれがあるとの見地から「医行為」を定義するならば、当然に公衆衛生上の危害の有無によって判断すべきであるとの見解である。「医行為」は、医学の進歩に伴い、日々新しい療法や医薬品が開発・変化を遂げることは避けられず、国民の生命、および健康に対する危険を防止するため、医師法17条が非医師が医行為を業として行うことを禁止している立法趣旨に鑑みるならば、医師の医学的知識、および技能をもって行うのでなければ人身に危険が生ずるおそれのある行為を「医行為」と解する③の見解が妥当であり⁽⁷⁾、現在、判例が当該見解で一致しているのみならず、学説においても概ねこのような理解が一般的であると評価しても良からう。

但し、③の見解に対しては、「保健衛生上危害を生ずるおそれ」の有無は、行為主体が医師であるかというよりは、むしろその習熟度で判断すべきではないか、また仮に医師が行ったとしても危険な行為が、当該定義に基づくならば排除されるのではないかとの疑問が生じないわけではない。しかし、前者については、「一般性」概念を用いることにより行為類型を観念化することは不可能ではなく、後者に対しては、医師と非医師を比較した場合に、医師が行う危険性は非医師が行う危険性に比べれば、... 一般的、に遥かに低いといえる以上、このような批判は妥

当しないといわざるを得ない。

では、③の見解が示す「危害」とは如何なるものであるか。この点については、(a) 行為それ自体から直接的・積極的に生じる危険と (b) 行為それ自体は必ずしも危険ではないが、後になされる処置の基礎となって不適切な処置を誘発する、あるいは将来における医師の適切な処置の機会を結果的に奪うことによって生じる間接的・消極的危険の2種類が考えられる。この点につき、(b) を効力することにつき、否定的な見解も存在するが、⁽⁹⁾ 危険の形態として間接的・消極的に生じるということであるだけで、その大きさが常に小さいとは断言できない以上、否定的な見解の主張は必ずしも妥当ではなく、一律に排除すべきではなからう。⁽¹⁰⁾ この点につき、従来、最高裁判所は、(a) の危険を要求していたものの、その後、立場を実質的に変更し、(b) が考慮されることを明らかにしている。⁽¹¹⁾

そうであるならば、平成 17 年 7 月 26 日医政局長通知で示されている「1. 水銀体温計・電子体温計により腋下で体温を計測すること、及び耳式電子体温計により外耳道で体温を測定すること、2. 自動血圧測定器により血圧を測定すること、3. 新生児以外の者であって入院治療の必要がないものに対して、動脈血酸素飽和度を測定するため、パルスオキシメータを装着すること、4. 軽微な切り傷、擦り傷、やけど等について、専門的な判断や技術を必要としない処置をすること（汚物で汚れたガーゼの交換を含む。）、5. 患者の状態が以下の3条件を満たしていることを医師、歯科医師又は看護職員が確認し、これらの免許を有しない者による医薬品の使用の介助ができることを本人又は家族に伝えている場合に、事前の本人又は家族の具体的な依頼に基づき、医師の処方を受け、あらかじめ薬袋等により患者ごとに区分し授与された医薬品について、医師又は歯科医師の処方及び薬剤師の服薬指導の上、看護職員の保健指導・助言を遵守した医薬品の使用を介助すること。具体的には、皮膚への軟膏の塗布（褥瘡の処置を除く。）、皮膚への湿布の貼付、点眼

薬の点眼、一包化された内用薬の内服（舌下錠の使用も含む）、肛門からの坐薬挿入又は鼻腔粘膜への薬剤噴霧を介助すること。①患者が入院・入所して治療する必要がなく容態が安定していること、②副作用の危険性や投薬量の調整等のため、医師又は看護職員による連続的な容態の経過観察が必要である場合ではないこと、③内用薬については誤嚥の可能性、坐薬については肛門からの出血の可能性など、当該医薬品の使用の方法そのものについて専門的な配慮が必要な場合ではないこと」等の行為を「非医師」が「非医師」として行う限り「医行為」には該当しないものの、医師がこれらの行為を「治療行為」として行えば、間接的・消極的危険が通常は伴っていると解されるため、原則として「医行為」に該当することになろう。そのため、「非医師」が「治療行為」としてこれを行った場合にも、無免許医業罪に問われることになると考えられる。

(3) 本判決も、医師法17条の解釈につき、「『医業』とは『医行為を業とすること』であり、『医行為』とは『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』、『業とする』とは『反覆継続の意思で医行為を行うこと』と解すべき」としていることから、上記の解釈を是認しているものと考えられる。

また、本件では、弁護人より、「本件歯科医師らが行った本件各行為は、いずれも実質的には背後で指揮をとっている指導医らの行為そのものと評価できるから、医師法17条の構成要件に該当しない」との主張がなされている。確かに、医行為のうち医師が常に自ら行わなければならないほど高度に危険な「医行為」（これを「絶対的医行為」という）以外の「医行為」（これを「相対的医行為」という）が、医師による医療従事者の能力を勘案したうえで、医師の指示・監督下で行われることにより、「保健衛生上の危害が生じるおそれ」が否定され、非医師がこれを行うことが許容される場合も存在する⁽¹²⁾。しかし、「本件各行為は、気管挿管及び抜管、大腿静脈路確保及びカテーテルの抜去、腹部触診、手術

の説明及び同意の取付け、大腿動脈血栓除去等手術における筋鉤使用等による手術補助等であり、いずれも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える」とし、また「歯科医師の研修が、医師の行う医行為の純然たる見学にとどまるときは、歯科医師が医行為をしたとは認められないから医師法 17 条の構成要件該当性を欠くといえるが、歯科医師が自ら患者に対する医療行為に関与する場合、それが医行為と判断される以上、関与の程度を問わず、歯科医師自身が医師法 17 条の医行為を行ったとみるべきである」として、これを斥けている。

本件歯科医の行為は、指導医の指導監督を受けていたとしても、当該行為は歯科医ら自身の行為として評価すべきものであり、指導医らの行為であったとすることはできない。また、歯科医師らが、歯科医師としての資格・経験を有し、仮に本件各行為で用いられた各手技についても歯科口腔外科の分野で相応の経験を積んでいたとしても、「本件各行為は、歯科口腔外科に属する診療行為ではなく、医科に属する診療行為であったことは明らか⁽¹³⁾」であり、歯科口腔外科医による歯科口腔外科領域に属する行為の研修は、本来、歯科口腔外科や歯科大学・歯学部の付属病院等における歯科、および歯科口腔外科疾患の患者に対する診療行為の中で行われるべきものであって、歯科医師が医科の病院等において、歯科、および歯科口腔外科疾患以外の患者に医療行為を行うことは、それが仮に歯科口腔外科で日常的に行われている手技であり、かつ研修を目的として行われたものであったとしても医師法 17 条に違反すると解すべきであり、構成要件該当性を阻却することにはならないとした札幌高等裁判所の判断は、妥当であると思われる⁽¹⁴⁾。

2. 違法性阻却について

(1) 非医師が「医業」を行えば、無免許医業罪の構成要件に該当するが、一定の要件を充足すれば、違法性が阻却され、処罰されない場合もあり

得る。たとえば、糖尿病患者によるインシュリンの自己注射、在宅ALS（筋委縮性側索硬化症）患者に対する家族以外の者による痰の吸引行為、看護師による静脈注射、救急救命士による気管挿管や一定の薬剤投与等が挙げられる。つまり、「医行為」であり、業として行えば「医業」となる行為を、通知等により指示された一定の要件を充足することにより、医師法 17 条違反罪の違法性を阻却するのである。1. で検討したように、医師法 17 条は、「保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」を非医師が業として行うことを禁止する趣旨である以上、一定の条件下で危険性を回避できるのであれば、これを許容するとの解釈と整合するものである。

なお、「医行為」であっても、患者、あるいはその家族が行う場合には、医師法 17 条違反の罪に問われることはない。この点につき、平林教授は、患者自身が行う自己医療は、社会性を持たない行為であり、医師法 17 条の規制範囲外の行為であり、また家族による当該患者に限定した行為も、患者自身によるものと同様であって、いずれの行為も、「国家の干渉の外にある一種の「放任行為」であるといえる」と解される⁽¹⁵⁾。しかし、このような「抜け道的」にこれを肯定するとの解釈は妥当ではあるまい⁽¹⁶⁾。この点については、医行為性の否定、責任の否定、自己医療ならびに自己医療の類推解釈、実質的違法性が阻却されることなどを理由に、自己、および家族による「医行為」が許容されるとの解釈もあり得よう。しかしながら、「医業独占」を医師法が要求しているのは、上述の通り、医療の質の一般的な確保のためである。そうであるならば、患者自身、または家族による当該患者に限定した行為は、社会的な広がりを見せることは事実上考えにくく、「業」には該当しないと考えるべきである。医師法 17 条における「業」につき、このような解釈を採用するのであれば、患者自身、および家族による当該患者に対する「医行為」は、規制の対象から外し、これを許容することが可能になろう⁽¹⁷⁾。

(2) 本件で、弁護士は、「本件歯科医師らによる本件各行為は、研修と

しての必要性があり、その目的が正当で、手段も相当なものであったから、社会的相当性が認められ、刑法 35 条により違法性が阻却される」と主張する。これに対し、札幌高等裁判所は、「歯科医師に対する医科救命救急部門における研修は、一定の要件を満たせば、社会的相当性が認められ、正当行為として刑法 35 条により違法性が阻却される場合があるといえる」とその余地を示唆しているものの、結果的には、以下の理由に基づき、違法性阻却は認められないと判断した。

まず、救命救急研修の必要性と目的についてであるが、「歯肉疾患の治療等外科的手術等を行う歯科口腔外科はもとよりいわゆる一般の歯科であっても、日常の歯科診療において患者が急変し、生命や機能的予後に係わる緊急を要する事態に至る可能性があり、高齢化社会を迎え、… …歯科医師がそのような緊急事態に直面する可能性は今後ますます増加する」ことから、より安全な歯科医療を国民に提供するために歯科医（歯科口腔外科医を含む）が緊急事態に適切に対処できる判断力や技術力を身に付ける必要がある、その前提として研修を受ける必要性が認められるため、当該研修の目的に照らし、一定の条件を充足しさえすれば、歯科医師が医科救命救急部門において救命救急研修を受けることも許容されるというべきであるとしながらも、歯科医師に無制限の研修が許されるわけではなく、当該研修が社会的相当行為として違法性が阻却されるためには、研修の必要性が認められ、研修の目的が正当であり、研修の内容・方法がその目的を達成する手段として相当なものであることを要求する。しかし、歯科口腔外科領域に属する技術の習得のための研修は、本来、歯科口腔外科や歯科大学・歯学部付属病院等で行われるべきであり、医科救命救急部門における救命救急研修は、通常、歯科、および歯科口腔外科疾患以外の患者に対する医行為に関与する形でなされるものであり、しかも、このような場で緊急の対応を要する重篤患者を対象に、救命救急処置の習得とは何ら関係のない歯科口腔外科領域に属する技術の習得のみを目的に歯科医師が医行為を行うことは、研修としてで

あったとしても許されないと解する。また、救命救急研修の例外としてこれを許容するとしても、「その要件を厳格に画さないとなし崩し的に際限のない研修に至ることが懸念され、患者の権利保護の観点からも問題があることなどに照らすと、その研修の内容及び方法は、侵襲度、難易度、歯科診療の現場で歯科医行為として実施される頻度、歯科医師に当該技術を習得させる重要度、患者の権利等を総合考慮した上で認められる合理的な範囲に限られるべきであって、例えば、そのような観点から策定された後述のガイドラインに従ってなされたような場合」に限り、救命救急研修として許容されるというべきであるという非常に厳格な要件を設定している。

次に、救命救急研修の内容、および方法が研修目的を達成する手段として相当なものといえるかについてであるが、患者の権利・利益を害しないことが不可欠であり、この観点から、インフォームド・コンセントに代表される医療機関による説明と患者の同意の重要性を強調する。つまり、如何に研修の必要性を強調したとしても、医科救命救急部門に搬送される患者やその家族が資格を有する医師による救命救急処置を受けられるとの信頼を医師・歯科医師側の一方的都合により裏切られることは許されるものではないと解する。

そのうえで、本件歯科医師らが行った研修の内容や方法につき、札幌高等裁判所は検討を加えるが、「本件歯科医師らが救命救急センターにおいて救命救急研修を受ける必要性が認められること、市立病院は医師法に基づく臨床研修指定病院であり同病院副院長を長とするレジデント教育委員会の設置及び臨床経験豊富な指導医による指導体制等研修を実施できる人的・物的規模が整っていること、本件歯科医師らは研修を受けるにふさわしい資質と能力を有する者らであると市立病院において判断されていたことが認められるから、本件歯科医師らが、救命救急センターにおいて救命救急研修を受けること自体は正当な理由があるといえる」としながらも、「本件歯科医師らは、突発的な事態に緊急に対応す

ることが強く要請される救命救急センターにおいて、歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に対し、医師の資格を持つ研修医と何ら区別されることなく、これと同様の立場で医行為を行っていたものであって、このこと自体、三次救急医療機関である救命救急センターにおける歯科医師の研修方法としては極めてずさんであり、研修の体をなしていないといわざるを得ない。その意味で、本件各行為の実質的危険性の有無及び程度を検討するまでもなく社会的に見て許容される範囲を逸脱しており、正当行為と評価できないとした原判決の認定・示しは首肯しうるものである」とする。但し、本件各行為は個別にみれば研修といえ、研修の目的を達するために必要不可欠なものであり、また実質的危険性もなかったということから、念のため検討するものの、大腿動脈血栓除去等手術の補助・チューブ抜管・カテーテル抜去等の行為は研修目的の逸脱しており、手術内容等の説明や同意の取付けは、研修歯科医師が自ら行うことが許容されず、気管挿管、静脈路確保、および腹部触診行為に至っては、指導医が必要に応じて本件歯科医師らによる医行為を直ちに制止し、あるいはこれに介入できる状況の下でなされていなかったことに加え、本件各行為のほとんどは患者等に対する歯科医師であることの説明及び承諾がなされていなかったものであり、いずれも社会的相当行為ということはできず、違法性は阻却されないとの結論に至っている。

なお、「仮に違法性が認められるとしても軽微であって、目的及び手段の正当性を勘案すれば到底処罰に値せず、可罰的違法性がない」との主張に対しては、「本件各行為は、医師の資格を持たない本件歯科医師らが救命救急の現場で歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に医行為をなしたものであり、3人の歯科医師により長期間にわたって反覆継続的に行われていた行為の一環であることに鑑みると処罰に値しないとは到底いえず、可罰的違法性が認められる」として、これを斥けている。

まず、「本件歯科医師らは、突発的な事態に緊急に対応することが強く要請される救命救急センターにおいて、歯科及び歯科口腔外科疾患以

外の患者に対し、医師の資格を持つ研修医と何ら区別されることなく、これと同様の立場で医行為を行っていたものであって、このこと自体、三次救急医療機関である救命救急センターにおける歯科医師の研修方法としては極めてずさんであり、研修の体をなしていないといわざるを得ない」としている点についてであるが、この点につき、佐久間准教授は、「顎骨骨折や歯肉腫など航空外科疾患のための手術や全身麻酔は、医業であると同時に歯科医業である。歯学部では口腔外科手術やその全身麻酔は、多くは歯科医が担当している。ところで、手術が口腔であろうが口腔以外であろうが、全身麻酔に要求される手技や知識に大差はない。鎮痛薬などの薬物アレルギーに対する二次救命処置も同様である。……歯科医師の医業研修は、もはや医療現場では日常的に定着したシステムといえよう。研修内容は、気管挿管、呼吸循環管理や救急処置などであるが、患者が歯科領域であれば歯科医業とされるものばかりであり、歯学部では日常的に歯科医師が行っている行為である。歯科医師は歯科疾患の治療目的であれば手段に制限はなく全身に対する治療を行うことができ、口腔内のみが触れるわけではない。歯科疾患の治療上の必要性があれば、血液検査、放射線治療は言うに及ばず全身麻酔も行うことができ、歯学部⁽¹⁸⁾の教育カリキュラムはこのような業務を前提として策定されている」。また、「たとえば抜歯は医行為であると同時に歯科医行為であり、医行為に該当する行為であっても歯科医行為と解する余地はある。歯科医行為を『歯科医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼす恐れのある行為』と解釈すれば、歯科医師法17条をもって歯科医師の医業研修を合法化できるのではなかろうか⁽¹⁹⁾」と解される。

しかし、救命救急研修を受ける歯科医師が本件各行為で用いられた各手技につき、仮に歯科口腔外科の分野で相応の経験を積み、その手技にどんなに熟達していたとしても、歯科に属さない疾病に関わる患者に対して、医師の資格を有する研修医と何ら区別されることなく、これと同

歯科医師の医科救命救急研修と医師法 17 条

様の立場で医行為を行わせていたことは、少なくとも医師と歯科医師の資格を峻別する現在の法体系下において、三次救急医療機関である救命救急センターにおける歯科医師の研修方法としての在り方は極めてずさんであり、研修の体をなしていないといわざるを得ず、違法性が阻却されることにはなるまい。なぜならば、判例は、「医師法 17 条がその取締りの根拠としている無資格者の行う医業における危険は、抽象的危険犯で足り、被診療者の生命、健康が現実⁽²⁰⁾に危険にさらされることまでは必要としない」としており、処罰根拠を非医師が「本来、医師でなければ行ってはならない行為」を行うことにより発生する一般的な危険であると解されていることに鑑み、通説の見解が抽象的危険犯で足りると解することは合理的であるといえるからである⁽²¹⁾。

なお、抽象的危険犯と解するとしても、構成要件に該当する行為を行えば危険が擬制されるとの見解によれば、常に無免許医業罪が成立し、極めて低いもので足りるとはいえども、あくまで結果としての危険の発生が個別具体的事例において認定されなければならないとの見解によるならば、それが認められない場合には、無免許医業罪は成立しないことになる⁽²²⁾。とはいえ、医師の手足として行為をする場合のように実質的にみて医師自らが行うのと同視できるような状態でなければ、危険が生じることは否定できず、これを許容することは困難であろう⁽²³⁾。

但し、辰井教授が指摘されるように、救命救急研修が「一定の経験を有する歯科医師のみを対象とし」、かつ「医師資格を持つ者による適切な指導・管理の下で行う」といった条件下でなされるのであれば、歯科医師が研修医として医行為を行うことより発生する危険性は格段に低いことから、医師法 17 条違反罪は成立しないと解する余地は存在するかもしれない⁽²⁴⁾。

しかし、いずれにしても、本件で示された救命救急研修の必要性と目的が正当であり、さらに救命救急研修の内容、および方法が当該目的を達成する手段として相当なものであることを基準として考えるのであれ

ば、違法性阻却が現実的に肯定されるケースは、現実的には非常に限定された場合のみになろう。とはいえ、日進月歩で医療技術が進み、またその方法も多様化する現代において、「医行為」のすべてを医師の手に委ねることには限界があると思われる。常態化した医師不足の問題、あるいは救急医療現場や在宅医療においても非医師による役割の重要性が増しているなかで、当該基準に基づくのであれば妥当な解決が今後、導き出せない危険性すらある。法の整備が医療現場の変化に対応できていない現状においては、まずは行政解釈によって対応する方策を講じることが妥当であろう。

(3) この点につき、原判決後、⁽²⁵⁾「歯科医師の救命救急研修ガイドライン」が都道府県衛生主管部（局）長宛てに発出され、歯科医師の救命救急研修の在り方が示されたことに伴い、弁護士は、「ガイドラインは、そこに示された基準を一応の目安として研修を行っていれば行為の違法性が阻却されると思われる標準的なものを示した目安と解すべきであり、本件各行為は、そのような性格を有するガイドラインに照らしてみてもその基準を実質的に充足しており、社会的相当行為として違法性が阻却される」ことを主張されているため、検討を加えておく。

これまで、平成13年9月10日厚生労働省医政局医事課長回答〔医政医発第87号〕によると、「一般に、歯科医師が、歯科に属さない疾病に関わる医行為を業として行うことは医師法第17条に違反する。したがって、歯科医師による行為が、単純な補助的行為（診察の補助に至らない程度のものに限る。）とみなし得る程度を越えており、かつ、当該行為が、客観的に歯科に属さない疾病に関わる医行為に及んでいるのであれば、医師の指示の有無を問わず、医師法の第17条に違反する」としており、歯科医師による「医行為」は、診療の補助に至らない程度のものに限定されており、また、歯科医師の救命研修に関しては、平成14年4月23日厚生労働省医政局医事課長・厚生労働省医政局歯科保健課長通知〔医政医発0423002号・医政歯発0423004号〕において、「歯科医師が、救

急救命処置に関する対応能力の向上を図るために医科の診療分野において研修することは、一般的に医師法に違反するものではない。ただし、当該研修が診療行為を伴う場合においては、診療範囲等に関する法律上の制限が遵守される必要がある」として、救急研修の合法性は肯定したものの、「診療範囲等に関する法律上の制限の遵守」を要求していた。しかし、厚生労働科学特別研究事業において、「医科麻酔と救急に関する研修ガイドライン⁽²⁶⁾」が策定されると、当該研修ガイドラインを容認する形で、歯科医師の医科麻酔科研修のガイドラインについては平成 14 年 7 月 10 日厚生労働省区政局医事課長・厚生労働省区政局歯科保健課長通知〔医政医発第 0710001 号・医政歯発第 0710001 号〕が、また歯科医師の救急救命研修のガイドラインについては、平成 15 年 9 月 19 日厚生労働省医政局医事課長・厚生労働省医政局歯科保健課長通知〔医政医発第 0919001 号・医政歯発第 0919001 号〕が出され、歯科医師の研修ガイドラインに従い、研修が実施されることになった。これらを総合的に検討すると、原則として歯科医師の医業研修を否定しておき、例外的に歯科医師の麻酔研修、および救急研修を許容することになったと解し得よう。

これに対し、札幌高等裁判所は、「医師法と歯科医師法によって医師と歯科医師の資格を厳格に峻別している現行の法体系がいわば行政指導ともいべきガイドラインによって変容されることはあり得ない」とし、当該ガイドライン自体に「研修といえども医療行為を伴う場合には、法令を遵守しながら適切に実施する必要がある。特に歯科及び歯科口腔外科疾患以外の患者に対する行為では、慎重な取扱いを期すべきである」と規定されていることから、この点は明らかであるとする。そのため、当該ガイドラインの策定の有無に関わらず、本件各行為は社会的相当性が認められず、また違法性も阻却されないとした。また、札幌高等裁判所は、仮に当該ガイドラインの基準に本件各行為が適合するかについても念のため検討しているが、いずれの行為も当該基準を逸脱した違法な

ものであると認定している。

確かに、行政解釈により、法体系が変容すべきではないことは事実である。とはいえ、現在の医療実務においては、一定の条件下においてでしか非医師による「医行為」は許容されないという厚生労働省の行政解釈により途が開けることが慣例となっていることから、上述の通り、まずは行政解釈によって対応する方策を講じることが妥当であろう⁽²⁷⁾。とはいえ、本件事案における各行為は、仮に当該ガイドラインの基準に照らしても、逸脱しているものと評価せざるを得ないように思われる。

3. 共謀共同正犯について

弁護人は、被告人と本件歯科医師らとの間には、同人らが本件各行為を行うことにつき、明示の意思の合致・合意の不存在を理由に「共謀」の事実は認められないことから、共謀共同正犯は成立せず、仮に被告人が救命救急センターにおける歯科医師の研修制度を作ったとしても、本件各行為の数年も前の話であり、被告人は本件歯科医師らが行った本件各行為について個別に認識していたわけではないことを理由に本件各行為の共同正犯とはなり得ないことを主張する。これに対し、札幌高等裁判所は、「被告人は、本件歯科医師らが医行為である本件各行為を業として行ったことにつき、単にその機会を与え、これを容易にしたということとどまらず、同人らを直接指導監督する立場にあった上級医らと共に刑法 60 条の共同正犯としての責任を負うというべきである」との判断を示している。

確かに、被告人は、本件歯科医師らが行った本件各行為について、個別に指示を与える、あるいは個別に認識していたとは認められないものの、一部の行為を除き、特段の留保を付することなく医師の資格を持つ研修医と区別せずに取り扱うように救命救急センターにおける上級医に指示し、被告人の定めた研修の内容・方法等に従い研修が行われ、その結果として本件歯科医師らによる本件各行為がなされたことに照らすな

らば、被告人は本件歯科医師らが研修歯科医師として本件各行為を行うに当たって不可欠の決定的な役割を果たしているものと考えらるべきであろう。したがって、本件歯科医師らが医行為である本件各行為を業として行ったことにつき、「単にその機会を与え、これを容易にしたというにとどまらず、同人らを直接指導監督する立場にあった上級医らと共に刑法 60 条の共同正犯としての責任を負うというべきである」とした結論は妥当であるといえよう。

4. 刑法 65 条 1 項における身分犯について

刑法 65 条 1 項における身分犯についてであるが、一定の身分を有することが可罰性を阻却する場合があります、このような身分を消極的身分という。無免許医業罪における「免許を有しない者」がこれに該当するが、このような身分のない者の行為により成立する消極的身分犯に対し、身分のある者が加功した場合に、刑法 65 条 1 項の適用の有無が問題となる。

この点につき、判例は、医師法 31 条 1 項 1 号、同法 17 条における医師の資格がないことは刑法 65 条 1 項にいう身分には当たらないため、被告人の無免許医業に協力・加功しても、身分により構成すべき犯罪行為に加功したことにはならず、刑法 60 条を適用すれば足りると解している。⁽²⁸⁾

そのため、札幌高等裁判所も、当該判例に従い、「医師の免許は、免許のある者が自ら医業を行うことを許容するに過ぎないから、医師が医師免許のない者と共謀の上、免許のない者が医業を行ったときは、医師も医師法 31 条 1 項 1 号にいう無免許医業罪の共同正犯になるというべきである」と解していると思われるが、妥当であろう。

5. さいごに

以上の検討により、本判決は結論的には現時点においては、支持することができると考えられる。しかしながら、現在、本稿で主に検討して

きた「医行為」の解釈が広範に及び過ぎ、目的である公衆衛生の保持と統制手段との間のバランスが崩れていることも否定できない⁽²⁹⁾。また、罪刑法定主義の観点からも、規制されている行為と明確でない行為との間に不均衡が生じていれば、やはり問題があるといわざるを得ない。そこで、この点につき、最後に若干だけ検討を加えておく。

予め処罰されない行為を法律によって規定しておくことが、罪刑法定主義の観点からは望ましいが、立法によることが困難であるならば、行政解釈によって処罰されない範囲をアドホックに明らかにしていくほかないであろう。但し、必要性の観点のみから、なし崩し的に事実上の慣行としてこれを肯定すべきではなかろうし、また個々の事案に応じて事後的に違法性阻却事由が存在するか否かを検討対象とすべきも妥当ではない⁽³⁰⁾。

今後のあるべき解釈としては、医師法17条は、あくまでもその立法趣旨からするならば、公衆衛生のため観点から個別の事案に対する事故防止もその目的に含まれていると解されようが、むしろ基本的には抽象的な危険を防止するものであると解し、すべてを医師法による規制対象としなくとも、実害の大きいものについては、刑法犯として対応することにより足りるのではないかと考えられる⁽³¹⁾。これまでは、医師法における構成要件該当性を広範に認め、そのうえで違法性阻却事由の範囲を広くすることにより処罰範囲を限定する解釈が主流であったように思われるが、今後はむしろ高山教授が指摘されるように、構成要件該当性の枠を限定的に解釈し、さらに実質的違法性阻却事由についても類型的に考察し、これを判断すべきことを実質的に検討すべき時代を迎えているのかもしれない。

(1) 本件の解説・評釈として、佐久間泰司「歯科医師の医業研修」古村節男＝野田寛＝今井貴編集代表「医事法の方法と課題－植木哲先生還暦記念－」（信山社・2004年）529頁以下、同「歯科医師の医業研修（医科研修）に関する法

的検討」年報医事法学 19 号（2004 年）25 頁以下、辰井聡子「歯科医師による気管挿管研修」宇都木伸＝町野朔＝平林勝政＝甲斐克則編『医事法判例百選』（有斐閣・2006 年）6 頁・7 頁等。なお、山中敬一「医事刑法の序論的考察（2・完）」関西大学法学論集 61 巻 4 号（2011 年）36 頁以下も併せて参照のこと。

- (2) 大判大正 5 年 2 月 5 日刑録 22 輯 109 頁、大判昭和元年 12 月 25 日刑集 5 巻 597 頁、大判昭和 8 年 7 月 8 日刑集 12 巻 1190 頁、大判昭和 9 年 10 月 13 日刑集 13 巻 1357 頁、最（2 小）決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 巻 11 号 2249 頁。最（2 小）決昭和 28 年 11 月 20 日の解説・評釈として、村上武則「インターン生の実地修練」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』（有斐閣・1976 年）148 頁・149 頁等。この点の詳細につき、上田健二「診療行為の意義」中山研一＝泉正夫編『医療事故の刑事判例〔第 2 版〕』（成文堂・1983 年）49 頁以下。

なお、「業」に関する解釈については、この間、営業の目的をもって行うことであるとする見解（大判明治 40 年 12 月 5 日刑録 13 輯 1337 頁）、生活上の資料を得る目的をもって行うこととする見解（大判明治 43 年 10 月 3 日刑録 16 輯 1792 頁）、常業とすることであるとする見解（大判大正 14 年 5 月 2 日刑集 4 巻 349 頁）等、解釈上の争いがあったものの、現在、判例、および通説は、反復継続の意思をもって行うこととの見解で一致している。

- (3) 大判昭和 2 年 11 月 14 日刑集 6 巻 453 頁、大判昭和 8 年 7 月 31 日刑集 12 巻 1543 頁等。
- (4) 大判大 3 年 4 月 7 日刑録 20 輯 485 頁、広島高岡山支部判昭和 29 年 4 月 13 日判特 31 号 87 頁、小松簡判昭和 34 年 1 月 31 日下刑集 1 巻 1 号 227 頁等。
- (5) 最（3 小）判昭和 30 年 5 月 24 日刑集 9 巻 7 号 1093 頁。本件の解説・評釈として、桂正昭「医師法上医行為にあたる事例」警研 30 巻 11 号（1959 年）92 頁以下、寺尾正二「医師法上、医行為に当る事例」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和 30 年度〕』（法曹会・1956 年）174 頁、津田秀夫「判例にあらわれた医業の観念について」順天堂医学雑誌 626 号（1961 年）785 頁、穴田秀男監修『医事法』（自由国民社・1974 年）213 頁、門広繁幸「患者に対する聴診・触診・指圧と医行為」唄ほか・前掲注（2）140 頁・141 頁、山内豊徳『医療法・医師法（医師・歯科医師法）解』（医学通信社・1981 年）355 頁等。
- (6) 津田・前掲注（5）783 頁、高木武「新 診察室の法律」（中央法規出版・1977 年）7 頁。なお、下山英一「医事法学会の現状と課題」ジュリ 655 号（1978 年）276 頁以下も併せて参照のこと。
- (7) 野田寛『医事法〔上巻〕』（青林書院・1984 年）60 頁。なお、加藤摩耶「診

療行為の意義」中山研一＝甲斐克則編著『新版 医療事故の刑事判例』（成文堂・2010年）38頁も併せて参照のこと。医師法17条が、憲法22条1項における「職業選択の自由」に反しないと解されるのも、同様の根拠に基づくものと解される（小林・後掲注（11）128頁、佐伯・後掲注（11）4頁）。

（8）平成17年7月26日厚生労働省医政局長通知〔医政発0726005号〕「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」において、「ここにいる『医業』とは、当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為（医行為）を反復継続する意思をもって行うこと」としている。なお、平成15年1月28日政府見解〔内閣参質155第14号〕も、「厚生労働省としては、ある行為が医師が常に自ら行わなければならない『絶対的医行為』に該当するか否かについては、当該行為が単純な補助的行為の範囲を超えているか否か及び医師が常に自ら行わなければならないほどに高度に危険な行為であるか否かに応じて判断する必要がある」としている。このような解釈は、保健師助産師看護師法37条、歯科技工士法20条、歯科衛生士法、歯科衛生士法13条の2等の規定とも整合性がとれる。

（9）平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編『注釈特別刑法5-1巻 医事・薬事編（1）〔第2版〕』（青林書院・1992年）37頁〔小松進〕は、「医行為」の概念があまりに漠然としたものになるとし、また町野・後掲注（11）69頁も、医業というプロフェッション自体を保護する立場と実質的にまったく変わらないことになると批判される。

（10）小林・後掲注（11）128頁、佐伯・後掲注（11）5頁等。

（11）最（1小）決昭和48年9月27日刑集27巻8号1403頁、最（小）決平成3年2月15日刑集45巻2号32頁、最（1小）決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁。最（1小）決昭和48年9月27日の解説・評釈として、高木武「断食道場入寮希望者に対する問診」唄ほか編・前掲注（2）142頁・143頁、町野朔「医師法17条の『医業』の意義－薬事24条1項の『販売』の意義」警研50巻7号（1979年）64頁以下、「1. 医師法上診察にあたる事例2. 薬事法24条1項にいう販売の意義」法時46巻2号（1974年）129頁・130頁、向井哲次郎「1. 医師法上診察にあたる事例2. 薬事法24条1項にいう販売の意義」『最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和48年度〕』（法曹会・1975年）240頁、最（小）決平成3年2月15日の解説・評釈として、「診療放射線技師及び診療エックス線技師法24条による規制の範囲と憲法22条1項、25条」判時1088号（1983年）

146 頁・147 頁、高橋省吾「診療放射線技師及び診療エックス線技師法 24 条による規制の範囲と憲法 22 条 1 項、25 条」ジュリ 805 号 (1984 年) 130 頁・131 頁、町野朔「診療放射線技師及び診療エックス線技師法 24 条による規制の範囲と憲法 22 条 1 項、25 条」警研 56 巻 8 号 (1985 年) 53 頁以下、佐々木史朗「診療放射線技師及び診療エックス線技師法 (昭和 58 年法律第 83 号による改正前のもの) 24 条 1 項、3 項の法意」判タ 43 巻 23 号 (1992 年) 43 頁以下、只木誠「診療放射線技師及び診療エックス線技師法 (昭和 58 年法律第 83 号による改正前のもの) 24 条 1 項、3 項の法意」判時 1433 号 (1992 年) 197 頁以下、田村章雄「診療放射線技師及び診療エックス線技師法 (昭和 58 年法律第 83 号による改正前のもの) 24 条 1 項、3 項の法意」法学新報 100 巻 3 = 4 号 (1994 年) 401 頁以下、最 (1 小) 決平成 9 年 9 月 30 日の解説・評釈として、「診療放射線技師及び診療エックス線技師法 24 条による規制の範囲と憲法 22 条 1 項、25 条」判タ 34 巻 27 号 (1983 年) 92 頁・93 頁、「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼およびテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法 17 条にいう「医業」の内容となる医行為」法時 70 巻 2 号 (1998 年) 128 頁・129 頁、飯田喜信「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法 17 条にいう「医業」の内容となる医行為」ジュリ 1129 号 (1998 年) 114 頁以下、小林憲太郎「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法 17 条にいう「医業」の内容となる医行為」ジュリ 1167 号 (1999 年) 127 頁以下、飯田喜信「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法 17 条にいう「医業」の内容となる医行為」【最高裁判所判例解説刑事篇〔平成 9 年度〕】(法曹会・2000 年) 166 頁以下、同「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為と医師法 17 条にいう「医業」の内容となる医行為」ジュリスト編集室編【最高裁時の判例Ⅲ私法編 2 平成元年～平成 14 年】(有斐閣・2004 年) 393 頁以下、佐伯仁志「「医業」の意義－コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」宇都木ほか・前掲注 (1) 5 頁等。本件控訴審判決 (東京高判平成 6 年 11 月 15 日高刑集 47 巻 3 号 299 頁) では、(b) 間接的・消極的危険につき、前者は後の処方行為と結びついて危険が生じるという意味で、また後者については医師による診察の機会を奪うという意味で、それぞれこれを認めている。

なお、最 (3 小) 判昭和 57 年 9 月 28 日刑集 36 巻 8 号 787 頁も、「積極的な

危険を及ぼすおそれはなくとも、客観的に薬効の保障のないものが、これを有するものごとく薬効を標榜して自由に売買されるときは、その標榜された薬効に対する過度の信頼から、国民をして適切な医療を受ける機会を失わせるおそれがあると考えられるのであって、薬事法が「医薬品」の使用によるかかる消極的な意味での弊害の防止をも目的としたものであると考えることは、不合理ではない」とし、間接的・消極的危険を考慮した判断を示している。本件の解説・評釈として、木谷明「1. 薬事法2条1項2号にいう「医薬品」の意義と憲法31条、21条1項、22条1項 2. 薬事法2条1項2号にいう「医薬品」にあたることされた事例」ジュリ780号(1982年)102頁以下、「1. 薬事法2条1項2号にいう「医薬品」の意義と憲法31条、21条1項、22条1項 2. 薬事法2条1項2号にいう「医薬品」にあたることされた事例」法時54巻12号(1982年)221頁以下、前田雅英「薬事法2条1項にいう「医薬品」の意義」[昭和57年度重判解](1983年)175頁以下、川端博「薬事法2条1項2号にいう「医薬品」の意義と憲法31条、21条1項、22条1項」警研57巻3号(1986年)69頁以下、木谷明「1. 薬事法2条1項2号にいう「医薬品」の意義と憲法31条、21条1項、22条1項 2. 薬事法2条1項2号にいう「医薬品」にあたることされた事例」[最高裁判所判例解説刑事篇〔昭和57年度〕](法曹会・1986年)276頁以下等。

(12) たとえば、保健師助産師看護師法5条は、看護師の業務を「傷病者若しくはよく婦に対する療養上の世話又は診療の補助」としたうえで、同法31条により「看護師でない者は、第5条に規定する業をしてはならない」とし、これに違反した場合には、2年以下の懲役もしくは50万円以下の罰金、またはその併科(同法43条1項1号)とすることを規定することによって、看護師は、「療養上の世話」に加え、医師の指示の下で診療機械の使用や医薬品の授与・指示等、その他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独占的に行うことが許されている(同法37条)。なお、石井トク『医療事故－看護の法と倫理の視点から〔第2版〕』(医学書院・1999年)10頁以下は、医師の指示によらず看護師独自の判断と責任においてなされる「絶対的看護行為」と行為の決定についてのみ、医師の指示を受け、看護学の専門的知識に基づく看護判断と看護方法の選択については看護婦自身においてなされる「相対的看護行為」とをさらにわけて説明する。

(13) 平成13年9月10日厚生労働省医政局医事課長回答〔医政医発第87号〕に忠実に沿った判断であるといえよう。

歯科医師の医科救命救急研修と医師法 17 条

- (14) なお、東京地判平成 9 年 9 月 17 日判タ 983 号 286 頁は、植毛治療を行うクリニックの開設・管理医師である被告人が、クリニックを実質的に吸収して経営するようになったカツラ販売等の業務を営む会社の代表取締役らと共謀の上、医師である被告人不在のまま、問診、採血、血圧測定、植毛実施の適否診断並びに麻酔薬注射、毛髪刺入による植毛、投薬などの診療行為等をさせた事案に対し、完全な無資格者による行為は当然のことながら、准看護師の行為についても、無免許医業罪が成立するとしている。本件の解説・評釈として、野田寛「植毛治療行為と医師法違反」年報医事法学 14 号(1999 年) 127 頁以下等。
- (15) 平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢雍彦＝宇津木伸＝今井貴編集代表『人の方と医の倫理－咽孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて－』（信山社・2004 年）601 頁・602 頁。
- (16) 辰井・前掲注 (1) 7 頁。
- (17) 高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」法學論叢 164 卷 1～6 号(2009 年) 376 頁以下。もちろん、過失により事故が起きた場合には、重過失致死罪等の適用がなされることはいうまでもない(同・389 頁・390 頁)。
- (18) 佐久間・前掲注 (1) 529 頁・530 頁。
- (19) 佐久間・前掲注 (1) 27 頁。もちろん、佐久間准教授も、「一定要件下の研修に限るべきである」との条件は付している(同・32 頁注 (7))。
- (20) 前掲東京高判平成 6 年 11 月 15 日。
- (21) 平林・前掲注 (15) 596 頁、辰井・前掲注 (1) 7 頁等。なお、佐久間准教授は、無資格者の医業類似行為の禁止に関する最(大)判昭和 35 年 1 月 27 日刑集 14 卷 1 号 33 頁が、「人の健康に害を及ぼす虞のある業務に限局する趣旨」として個別具体的な危険性の認定が必要としていることから、医師の業務独占についても、同様に個別具体的な危険性の認定が必要と解すべきであると主張する(佐久間・前掲注 (1) 533 頁)。
- (22) 小林・前掲注 (11) 130 頁。
- (23) 東京高判平成元年 2 月 23 日判タ 691 号 152 頁は、医師が非医師を助手として使える診療の範囲について「法が一定の有資格者に限って診療の補助を業とすることを許していることからすると(保助看法 5 条, 6 条, 31 条, 32 条, 60 条, 臨床検査技師, 衛生検査技師等に関する法律 20 条の 2, 理学療法士及び作業療法士法 15 条, 視能訓練士法 17 条等), 医師が無資格者を助手として使える診療の範囲は、おのずから狭く限定されざるをえず、いわば医師の手足としてその監督監視の下に、医師の目が現実に届く限度の場所で、患者に危害

の及ぶことがなく、かつ、判断作用を加える余地に乏しい機械的な作業を行わせる程度にとどめられるべきものと解される」としている。このような場合には、消極的危険、および患者の容態急変等に即座に対応できることから、抽象的危険が否定されることになるのであろう。本件の解説・評釈として、加藤摩耶「保助看法違反事件－富士見産婦人科病院事件控訴審判決－」宇都木ほか編・前掲注(1)14頁・15頁。

(24) 辰井・前掲注(1)7頁。

(25) 平成15年9月19日厚生労働省医政局医事課長・厚生労働省医政局歯科保健課長通知〔医政医発第0919001号・医政歯発第0919001号〕。

(26) 金子譲＝平川方久＝海野雅浩＝住友雅人＝花岡一雄＝澄川耕二「歯科医師の麻酔科研修のガイドライン策定に関する研究」日本歯科麻酔学会雑誌30巻5号(2002年)598頁以下、前川剛志＝石原晋＝小村健＝金子譲＝小林国男＝花岡一雄＝堀進悟＝行岡哲男＝大槻学「歯科医師の救命救急研修のガイドライン策定に関する研究」日本歯科麻酔学会雑誌32巻1号(2004年)72頁以下等参照のこと。なお、「歯科医師の医科麻酔科研修のガイドライン」が通知されてから6年が経過したので、この間の実績を検証・評価して、研修における指導者の役割の明確化や患者への説明と同意、記録の整備等、現行の研修で指摘された問題点を改善すべく、「歯科医師の医科麻酔科研修のガイドライン」を改訂することとした(平成20年6月9日厚生労働省医政局医事課長・歯科保健課長〔医政医発06090002・医政歯発06090001〕)。この改訂では、①研修症例における麻酔の責任担当者は研修指導者であり、麻酔記録上の筆頭者となること、②歯科医師が研修の目的で麻酔行為に参加することを説明し、同意を得ること、③研修を受ける歯科医師と研修施設の麻酔科の長は、当該歯科医師の研修開始時、および研修終了時に所定の方式によって必要な事項の登録または報告等を行うこと等を義務づけた。この点につき、一戸達也「『歯科医師の医科麻酔科研修のガイドライン改訂に関する研究』研究報告」日本歯科麻酔学会雑誌36巻4号(2008年)424頁・425頁も併せて参照のこと。

(27) なお、辰井・前掲注(1)7頁は、「よりよい医療を実現していくためには、医療者の自立に基礎を置いたかたちでのシステムの発展を促すことが不可欠である。行政機関の解釈がかくも大きな影響力を持っている現在の状況は、少なくとも健全なものとはいえない」と指摘する。

(28) 東京高判昭和47年1月25日判タ277号357頁、前掲東京地判平成9年9月17日。なお、この点につき、高橋教授は、医師の行為の適法性を考慮しな

歯科医師の医科救命救急研修と医師法 17 条

いことは疑問であるとする（高橋則夫『刑法総論』（成文堂・2010年）464頁）。

(29) この点につき、高山教授は、「現在の一般的な解釈では、『医行為』の外延が極めて大きくなっているため、医行為とそれ以外の行為との区別が、必ずしも危害やそのおそれの程度には連動しなくなっている。これは、広範すぎる規制や不明確な規制を禁止する罪刑法定主義の観点からは疑問視する余地がある事態である」と指摘される（高山・前掲注（17）371頁）。

(30) 加藤・前掲注（7）41頁・42頁。

(31) 高山・前掲注（17）339頁。

なお、本件に関する解説・評釈として、三重野雄太郎「歯科医師の医科救命級研修と医師法 17 条」高橋則夫＝松原芳博『判例特別刑法』（日本評論社・2012年）244頁以下等がある。