2010年度医事法

http://ocw.u-tokyo.ac.jp/

第5回　2010年5月11日火10時20分

22番教室

樋口範雄・児玉安司

nhiguchi@j.u-tokyo.ac.jp

jj106009@mail.ecc.u-tokyo.ac.jp

ハーバードで楽しいという話

- 2010年度医事法予定表

毎週火曜10時20分から12時まで　22番教室

4月　6日　授業の進め方と判例1（医業の意義）板持

13日　判例2（歯科医と気管挿管）天野　判例3（異状死体の警察届出）藤澤

- 20日　判例4（無診察治療の禁止）縄田　判例5（業務停止処分）織田
- 27日　判例6（保助看法違反）趙・高橋　判例7（柔道整復師のX線）本間

5月11日判例8（医業類似行為）張・堀川　判例9（医療計画行政処分性）菊池

18日　判例10（医療法人）江口・矢内　判例11（医師会による開業制限）大塚

25日　判例12（診療報酬）杉原・韓　判例13（医員派遣と汚職）吉田・鈴木

6月1日　判例14（保険と除名）秋山・佐藤　判例15（診療録閲覧請求）土岐

8日　判例16（カルテ改ざん）寺尾・中川　判例17（改ざんと証拠隠滅）山本

15日　判例18（診断書交付拒否）長谷川・周　判例19（証明妨害）平田

22日　判例20（事故報告書）小西・国方　判例21（報道への情報）舛谷

29日　判例22（HIV無断検査）中嶋・太田　判例23（HIVの情報開示）小林

7月6日　判例24（名誉毀損）北岡・出向　判例25（種痘後遺障害）藤野

13日　判例26（予防接種）井脇浩之・岩垣　判例27（ハンセン病国賠）山中

-

判例7　柔道整復師のX線照射

- 本間さんの報告

- 参考：樋口範雄「続・医療と法を考える」211頁（有斐閣・2008年）

第7事件　柔道整復師のX線照射事件　柔道整復師の被告人はX線技師の免許も医師の指示もなしに、昭和57年から翌年にかけ、延べ624回にわたりX線を照射し、読影して骨折の有無等を診断したため医師法違反と（現在名では）診療放射線技師法違反（以下技師法と略す）で起訴された。

【争点】

- **X線照射は技師法違反のみでなく医師法違反にもなるのか？**
- 旧技師法2条2項に規定する業とは①「放射線を人体に対して照射」する業を指すのか、②「医師又は歯科医師の指示の下に、放射線を人体に対して照射」する業を言うのか見解がわかれていた。①と解すると、被告人は放射線を人体に対して照射している以上旧技師法違反になる。しかし、②と解すると被告人は医師又は歯科医師の指示を受けていない以上、軽い技師法ではなく、重い医師法で裁かれることになる。

＊地裁

- X線を放射した行為に対して、技師法24条1項、3項、2条2項及び医師法31条、17条に反するとして2年間の執行猶予付きで懲役四ヶ月の刑に処した。（→②説を取っている）
- まず、X線照射は診断のために必要であるので、技師法に反しないという被告人の主張を技師法はX線を照射した者を一律に取り締まるものであるとして退けた。次に、柔道整復師にも一定程度医業を行うことが許されていて、柔道整復のためであるなら、医師法には反しないという被告人の主張を、医師と柔道整復師では専門的知識の程度に差があるとして退けた。さらに、柔道整復の施術に必要であるからX線照射は社会的相当性があるという被告人の主張を、患者に医師の診察を受けさせたり被告人自身が放射線技師の資格を取得したりすることで対処できるとして退けた。

＊最高裁

- X線照射は技師法24条1項、3項、2条2項に反するが医師法31条、17条には反しない。この点で地裁の判断は修正されるべきだとした。（→①説を取っている。）しかし、X線写真を読影した行為が結局は医師法に反するので、地裁の判決を維持するとした。

【参照条文】

旧技師法2条2項 「この法律で『診療放射線技師』とは厚生大臣の免許を受けて、医師又は歯科医師の指示の下に、放射線を人体に対して照射（略）することを業とする者をいう。」

旧技師法24条1項 「医師、歯科医師、診療放射線技師でなければ、第二条第二項に規定する業をしてはならない。」 →違反した場合　1年以下の懲役もしくは1万円以下の罰金（旧技師法24条3項）

医師法17条 「医師でなければ医業をしてはならない」

- →違反した場合　2年以下の懲役又は2万円以下の罰金（医師法旧31条）

柔道整復師とレントゲン

○ブログから

- 「自民党は従来のマニフェスト以外にも地方版と業界向けのマニフェストを5月上旬までに作成するとしているが、業界向け版には柔道整復師にX線レントゲン撮影を認めさせますということを柔整業界を意識して盛り込む予定だという。すでに、民主党の議連でも柔道整復師のX線使用を認めさせる取組みが議論されているが、私としてはこれはよく分からない。診療放射線技師でさえ、医師の指導監督のもとでなければ業務自体ができないし、レントゲン撮影画像を見て診断することもできないのに、柔道整復師がどのようなプロセスのもとにX線が使用できるようになるというのか不明です。
- ちなみに、医療法、医師法、診療放射線技師法、柔道整復師法の法改正が必要なものを（通知では運用できないので、関係各法の一部改正が必要となる）、誰が医師会の了解を取り付けるのでしょうか？私にはハードルが高いと言うよりも、ありえない話としか思えないのですが・・・。
-

〇前項のブログへの書き込み

私は…XPの単純撮影であれば、骨折が疑われる時にのみ撮影可能であるような法案の作成をしてほしい。
柔道整復の業務の中で…骨折でさえも曖昧にしか鑑別できないのでは、色々と間違いや不正が起こりうるのかも～と思います。
業界が一つとなって、認定講習会等でレ線の講習や認定試験等を技師レベルでおこなって行けば間違いはないと思いますが、いかがでしょうね～
エコーも…勉強し読影する柔整師もいる時代ですから…

-
-

別のブログから

- **レントゲン写真は患者のもの**
  ―― 柔整師が施術を行っているとき、悪性の内科的疾患などを察して、医師を紹介する能力を養うためにも、レントゲンを認める方向で考えられないでしょうか？ 施術ミスも少なくなって、患者のためになるのではないかと思うのですが。

これはある意味で正論ですが、法律的には難しい点が多いです。アメリカではレントゲン写真は患者のものだという認識で、もし患者が希望すれば渡すことができます。つまり、患者自身が持ち帰ることができるんです。

また、撮ったものを筒の中に入れて医師自身や病院がアメリカ全土に送ることもできます。これは、余計なレントゲンを撮りなおす必要がなくなるのでとてもよい制度です。

しかし、日本は医療施設が5年間保管しなければいけないという法律があるのです。ただもともと患者の財産ですから、これはフイルムのコピーを渡してあげるなど将来議論される可能性はあります。

Public health のためには

1　白紙の状態なら、各種の医療従事者が垣根を越えて関連技術の習得に励むのは奨励すべきこと

2　ところが、資格制度と一定の業務独占を認めた後では、既得権が生じているため、そのような方向性に対し抵抗が起きる

3　法もまた、抵抗勢力の味方をして、単に現状のままが最善だとする根拠のない前提だけを維持する

たとえば、これらの資格がほぼ3年の修行と400万円の授業料だとすると、全体として官製談合、カルテルともいえる

少し柔軟な制度設計、制度変更の可能な法制度が望ましいのではないか

臨床工学技士になるには

●基礎科目
・社会学・心理学・倫理学・英語・ドイツ語・物理学・数学・化学・保健体育
・物理学実習・化学実習

●専門基礎科目
医学系　・医学概論・公衆衛生学・解剖生理学・病理学・生化学・生理学・薬理学
・免疫学・看護学・臨床検査学・基礎医学実習

- 工学系　・医用工学・システム工学・応用数学・電気工学・電子工学・機械工学・物性工学・材料工学・計測工学・電磁気学・情報処理・放射線工学・電気、電子工学実習・情報処理実習

●専門科目　・人工透析・人工心肺・人工呼吸器・治療機器学・生体計測装置・医用機器学・医用電子工学・医用機器安全管理学・生体機能代行装置実習
・医用治療機器学実習・生体計測装置学実習・医用機器安全管理学実習

- 医学系　・循環器学・呼吸器学・腎、泌尿器学・消化器学・神経学・内科学
・外科学・麻酔学

●病院実習　・人工透析・医療機器管理・人工呼吸器、人工心肺、集中治療・その他

- これらを3年間、もしくは4年間で。3年間なら結構過密カリキュラムといえる。

- 安静時の血流量が最も多い器官はどれか。

1. 脳
2. 肺
3. 肝臓
4. 腎臓
5. 皮膚

1. 2. 3. 4. 5.

- 病気の治療について正しいものはどれか。

1. 対症療法は病気の原因を取り除くことを目標とする。
2. 物理療法は患者自身の運動による心身機能の回復を目標とする。
3. 精神療法とは向精神薬を用いる治療のことである。
4. 薬物療法とは内科的治療の一つである。
5. リハビリテーションとは外科的治療の一つである。

1．　2．　3．　4．　5．

- 血圧上昇の原因となるのはどれか。

1. 心拍出量の減少
2. 血管抵抗の減少
3. 尿量の減少
4. 交感神経活動の低下
5. 循環血液量の減少

1. 2. 3. 4. 5.

- 環境問題について正しいのはどれか。

  a. オゾン層の破壊によって皮膚癌発生の危険が増す。
  b. PCB（ポリ塩化ビフェニル）は体内に蓄積される有害物質である。
  c. 二酸化炭素濃度の増加は地球温暖化の原因となる。
  d. 地球環境の変化を継続的に測定・監視することを環境アセスメントという。
  e. ダイオキシンの発生源は農薬散布である。

- 一次予防に含まれるのはどれか。

  a. 健康教育
  b. ポリオの予防接種
  c. デイサービス
  d. 胃がん検診
  e. 心筋梗塞後のリハビリテーション

  1. a,b 2. a,e 3. b,c 4. c,d 5. d,e
- 重要な点は、競争試験でなく資格試験であること。（落とすための試験ではない）
- 合格率は80％以上。一定の点数を取れば合格。
- なぜ弁護士の試験はそうでないのか？

判例8　医業類似行為の規制

- 張さん、堀川さんの報告

- 1）抽象的危険論と最高裁判決
- 　　どこが違うのか？　あはき法だけ？
- 2）消極的機会の喪失という理屈
- 　　（機会の喪失）　→　誘導機能
- 　　正統派の医療だけ
- 新しいもの，異国のものへの参入規制
- 漢方の扱い、アメリカでの代替的医療の扱い

第8事件　医療類似行為の規制　　法学部3年　張　博然

【事実概要】被告人は、HS式高周波療法と称して行った行為が「あはき法」12条本文で禁止される医療類似行為に当たるとして昭和26年9月に逮捕される。昭和28年福岡県平簡易裁判所にて、有罪（罰金1000円で執行猶予3年、昭和26年の銀行員大卒初任給が3000円だった）。被告人は、①あはき法12条が憲法22条の定める職業選択の自由に反して違憲、②この療法が無害有効で公共の福祉に反しないと主張し争う。

- 仙台高裁：①について、医業類似行為が「公共の福祉」に反するとして、職業選択の自由に優先するとした。②については、「右法律が之を業とすることを禁止している趣旨は・・・国民に正当な医療を享受する機会を与え、我が国の保健衛生状態の改善向上をはかることを目的とするに在る」として、積極的被害のみならず、被害者の機会喪失など消極的被害をも含めて医業類似行為に当たるとした（その時の鑑定人はHS式高周波療法を無害と認定）。被告人は最高裁に上告。

【判決】最高裁：①について、控訴審判決を維持。②について、医業類似行為の範囲について、人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局するとして、差し戻し。

【その後】

- 差戻し後の高裁審で、積極的被害があると認定され（複数の専門家間で意見が分かれるも、東北大で実験を重ねた結果、使い方によっては、人の健康に害を及ぼす危険性もあるとの結論）、有罪。再上告審で判決確定。

【重要点】

①消極的被害を、処罰すべきか。

抽象的危険犯。保護法益は、あくまで患者の受けるかもしれない直接危害ということだが、危害を与えるかもしれないことは加害者にとって、予見不可能なのではないか。パブリック＝ヘルスのためだとしても、処罰範囲を拡張しすぎているのではないか。しかし、この判決後しばらくは、安全無害であれば、免許は必要ないとの誤った認識が広がった。厚生省は医業類似の治療法の免許制を整備してきた。ただし、行政は危険性の立証が困難であるため、立件に尻込みするようになったことからもわかるように、具体的危険性をいちいち立証しないと罰せないというのでは、取り締まりができない。

②積極的被害と消極的被害の線引きをどこでするのか。（分からなかった点）

- 「医業類似行為については、医学的観点から**少しでも**人体に危害を及ぼす**おそれ**があれば、禁止処罰の対象」（厚生労働省医務局から各都道府県知事宛の通達　昭和35年3月30日）
- この基準だと、患者に危害を及ぼしうるかどうかは、精密な実験を行わなければできない。この基準に基づいた案例はまだない。

③按摩・はり・きゅうのいずれでもないのに、なぜ、あはき法での処罰なのか。

- 明治期から、近代医療を浸透させる目的から、ほかの治療行為は内務省によって規制された。GHQの駐留軍衛生部より、医業以外の治療行為すべての廃止を勧告され、47年1月の厚生省医療制度審議会も、医業類似行為＝非免許制の治療行為として禁止する勧告。同年12月、「あん摩、はり、きゅう、柔道整復等営業法」が成立、医療以外の治療行為は国家資格となり、医業類似行為ではなくなる。ただし、それまでこれらを業として行った者は、国家資格がなくても、自治体首長の認可等によって営業可能であった。

【参考文献・資料】医業類似行為と近代鍼灸史、鍼灸師の地位向上をめざして

- http://cam-come.com/cam/kannkeihouki/ruijikoui.pdf

判例8　医業類似行為の規制　最高裁昭和35年1月27日大法廷判決

- 発表日：5月11日　発表者：堀川勇

1.はじめに

- ○「医業類似行為」とは？――p.19左列12行目
- ○あはき法による規制――あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法（当時）
- *第一条　医師以外の者で、あん摩（マッサージを含む。以下同じ。）、はり、きゆう又は柔道整復を業としようとする者は、夫々あん摩師免許、はり師免許、きゆう師免許又は柔道整復師免許（以下免許という。）を受けなければならない。*

第十二条　何人も、第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。

第十四条　左の各号の一に該当する者は、これを五千円以下の罰金に処する。

- *二　・・・若しくは第十二条の規定又は・・・の規定による指示に違反した者*
- ○現行のあはき法――p.18〈解説〉2行目

2.事案

- 被告人Xは昭和26年、Aら3名に対し、HS式無熱高周波器という器具を使い、電気療法を施した。

3.争点

- ①あはき法が規制する「医業類似行為」に、HS式無熱高周波療法は含まれるか？
- ・医業類似行為を禁止する趣旨は？
- ・あはき法12条における「医業類似行為」には、害のない行為も含まれるのか？
- ・HS式高周波療法は害のある行為か？

- ②含まれるなら、あはき法14、12条は憲法22条1項の職業選択の自由を侵し、違憲ではないか？

4.裁判の経過

- 昭和28年4月16日　**第一審：平簡裁　有罪**（罰金1000円、執行猶予3年）
- **趣旨：直接的損害のみ**
- 昭和29年6月29日　**控訴審：**仙台高裁　**控訴棄却**
- **趣旨：直接的損害＋間接的損害**
- **昭和35年1月27日　上告審：最高裁（本判例）　破棄、差戻し**
- **趣旨：直接的損害のみ　　害のある行為、害のない行為の峻別を要請**
- **昭和38年7月22日　差戻し後控訴審：仙台高裁　控訴棄却**
- **昭和39年5月7日　差戻し後上告審：最高裁　上告棄却**（有罪確定）

5.検討

- ○あはき法12条の趣旨はどう解すべきか？
- ○この判例が現代にもたらす意味

6.参考文献：・大谷實「医療行為と法（新版補正第二版）」、弘文堂1997年
- ・前田和彦「医事法講義（改訂第5版）」、信山社、2001年

判例9　医療計画に基づく中止勧告と行政処分

- 菊池さんの報告

- 第2層（医療法の層）と第3層（健康保険法の層）が交錯した事件　実際には第3層の重要性を示す事件でもある

- 問題はこの後
- 　行政処分性が認められても、行政庁の裁量性が広く認められるなら結果は同一
- 　裁判所はいかなる審査をするのか

第9事件　医療計画に基づく中止勧告の行政処分性（最判H17.10.25）　菊池沙織

事案

- Xは病院開設の計画をし、茨城県知事Yに医療法7条1項の許可申請を行った。(本件申請)
- これに対しYは、医療法30条の7に基づき、申請された病床数を許可すると当該区域における必要病床数を超えることから、病床数を308床から60床に削減するよう勧告した。(本件勧告)
- Xが本件勧告に従わないまま、Yは本件申請につき許可した。Xは、本件勧告に従わないと病床数を308床として保健医療機関の指定を受けることができなくなることから、**本件勧告の取消を請求**。

条文の内容

- **医療法7条1項**　病院を開設しようとするときは、都道府県知事の許可が必要。
- **7条4項**　知事は、一定の要件に適合する限り、許可を与えなければならない。
- **医療法(H12改正前)30条の7**　医療計画の推進のために特に必要がある場合は、病院の開設・病床数の増加に関し勧告することができる。(**医療法上は勧告に従わなくても不利益なし**。)
- **健康保険法(H11改正前)43条の3第4項2号**(現在の65条と同旨)＋同号に関する厚生省告知
- →医療計画に定める必要病床数のうちの保険医療機関の病床数を超える場合に、当該病院の病床数の全部または一部を除いて保健医療機関の指定をすることができるという趣旨。(**健康保険法上は勧告に従わないと保健医療機関の指定を受けられないおそれ。**)

前提知識

取消訴訟とは？(行政事件訴訟法3条1項、2項)

抗告訴訟の一形態として、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為の取消を求める訴訟」

- つまり、本件勧告に処分性が認められないと、本件勧告の取消訴訟はできない。

争点　本件勧告に処分性が認められるか？＝取消訴訟の対象となりえるか？

原審請求棄却。

- 本件勧告は**行政指導にすぎず、処分性はない。**
- 行政庁には健康保険法43条の3に基づき病床数を制限して指定するか否かの裁量があり、勧告に従わない場合には**法律上**当然に病床数を制限して指定を行うという仕組みにはなっていない。

本判決　破棄、第1審に差戻し。

本件勧告に**処分性を認めた**。→抗告訴訟(取消訴訟)の対象となる。

∵医療法30条の7の勧告は、医療法上の**行政指導にすぎないが**、それに従わないと相当程度の確実さをもって健康保険法による保険医療機関の指定拒否処分を受け、**実際上**病院経営が成り立たなくなる。

そのような関係にあるのに、指定拒否処分を争うには、予め病院の開設に必要な施設と人員を整えてその使用許可を得ていなければならないとする法令の諸規定に照らして、**同勧告の処分性を認めて救済の道を認めるべき。**

- (藤田裁判官の補足意見)本件勧告に処分性を認める理論的根拠について述べる。
- 今日の行政主体と国民との相互関係は、行政指導その他行政行為としての性質を持たない行為が相互に組み合させることによって、1つのメカニズムが作りあげられ、その中でその1つ1つを見たのでは把握しきれない新たな意味と昨日を持つようになっている。本件勧告についてもその新しい機能を持つ。

差戻審差戻第1審・控訴審ともに棄却。

- **関連判例最判**H17.7.15　病院開設中止の勧告の処分性につき、本件に先立ち、肯定する判断を示した。