

Title	〔刑法六〕あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法第一二條、第一四條と憲法第二二條 (昭和三五年一月二七日最高裁大法廷判決、破棄差戻)
Sub Title	
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.9 (1960. 9) ,p.93- 104
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600915-0093

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

う點であろう。兩審における當事者の主張の間に實質的な變更が認められない以上、その理由は必ずしも判然としない。假りに臆測が許されるとすれば、訴訟當事者間の紛争の國家機關による解決を骨子とする司法制度にあつては、説得力のある具體的な法判断は必要かつ十分な要件だからであろうか。ちなみに、本判旨の如き理論構成については、類似の事件につき、本判旨も引用している大審院昭和八年五月五日の判決（昭和八年（オ）三〇號、大審院民事判例集一二卷一一號一〇七四頁、鈴木・伊澤・升本各前掲評釋参照）による先例があるが、これを踏襲しかかる理論構成をここに再び支持した點に本判旨の意味を認めることも、あなたがち誤りではなからう。

〔刑法 六〕 あんま摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法第一二條、

第一四條と憲法第二二條

昭和三五年一月二七日最高裁大法廷判決、破棄差戻
及及び柔道整復師法違反被告事件
最高裁刑集一四卷一號三三頁

しかしいずれにしても、戻裏書人に對する遡求權行使の問題に關しては、判例は、數的にはさほど多くはないが、要するに、いずれも正當な解決を示し正しい方向をたどつてゐることは、これを認めねばならないと思われる。

なお、その他本件に關し検討を要すべき種々の問題點、例えば、先行裏書のないところに後行裏書がなされたこと、また先行裏書が後に補充された場合の後行裏書人の責任の基礎を如何にみるべきか等々については、原審についての前掲松岡「判例研究」の適切かつ明解な評釋を参照されたい。

——一九六〇・六——（大賀 祥充）

【判示事項】 一、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法

第二二條・第一四條により禁止處罰される醫業類似行爲

二、右第一二條・第一四條の合憲性

【參照條文】 あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法第一

二條、第一四條、憲法第二二條

【事實】 被告人は法定の除外事由がないのに、昭和二六年九月一日から同月四日までの間前後四回に亙り、自宅等においてT外二名に對し、H S式無熱高周波療法(註)と稱する療法を一回百圓の料金を徴して施し、以て醫業類似行爲を業としたものである。

(註) 本事案に對する田原最高裁調査官の解説(法曹時報一二卷三號九〇頁以下)によれば、H S式無熱高周波療法というのは、H S式高周波器という器具を使用し、疾病治療の目的を以て行う施術であり、その方法は、患部を二枚の誘導板ではさみ、電氣を通じて誘導板間にH S式高周波電界を形成せしめ、その患部に振動刺戟作用を起させて治療するものであるという。

なお右被施術者T外二名というは、一名が喘息、他の二名が胃病患者であつたとの事である。(同じく田原調査官の解説による。判例集では右二點について必ずしも明らかではない)。

第一審は右の事實を認定して、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法(以下あん摩師等法と略稱する)第二二條、同第一四條を適用して、被告人を罰金千圓(但し三年間執行猶豫)に處した。

被告人は右第一審の有罪判決に對し、控訴を申し立て、被告人の施した療法は、いささかも人體に危害を興えず、保健衛生上にも何等の悪影響も及ぼさず、しかも相當の治療効果をあげ得るものであるから、これを業とすることは毫も公共の福祉に反するいわれがな

く、憲法二三條の保障する職業選擇の自由の範圍内に屬するものであつて、いわゆる醫業類似行爲を業としたものに該當しない旨主張した。

控訴審判決はまずあん摩師等法一二條にいわゆる禁止された醫業類似行爲の概念を「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應用し又は四肢若しくは精神作用を利用して施術する行爲であつて他の法令において認められた資格を有する者が、その範圍内でなす診療又は施術でないもの」、換言すれば「疾病の治療又は保健の目的とする行爲であつて醫師、齒科醫師、あん摩師、はり師、きゆう師又は柔道整復師等法令で正式にその資格を認められた者が、その業務としてする行爲でないもの」と定義づけた上で、被告人の施した本件療法はこれに該當し、従つてあん摩師等法一二條に違反することは疑いないとし、更に「右法律が之(醫業類似行爲；筆者註)を業とすることを禁止している趣旨は、かかる行爲は時に人體に危害を生ぜしめる場合もあり、たとえ積極的にそのような危害を生ぜしめないまでも、人をして正當な醫察を受ける機会を失わせ、ひいては疾病の治療恢復の時期を遅らせる如き虞あり、これを自由に放任することは、正常な醫察の普及徹底並びに公共の保健衛生の改善向上の爲望ましくないので、國民に正當な醫察を享受する機会を興え、わが國の保健衛生狀態の改善向

上をはかることを目的とするに在ると解される。……論旨は被告人の本件行爲は憲法第二二條によつて保障された職業の自由の範圍内に屬するものであるというが所論職業の自由は公共の福祉に反しない範圍においてのみ認められることで、前記法律が醫業類似行爲を業とすることを禁止した趣旨に鑑み論旨の右主張もまた理由がない」とし、次いで第二に、あん摩師等法第一九條第一項に規定された既得權保護の規定を根據として被告人は今日でも一定の屈出をしさえすれば適法に營業し得るものであるという主張に對し、被告人が同法條の既得權者に該當しない旨を明らかにし、従つてこの點でも右「所論は當らない」。又あん摩師等法が醫業類似行爲を業とすることを取締つてゐるのは、「あん摩師、はり師、きゆう師、柔道整復師のみを對象としているもので本件H S式無熱高周波療法の場合は取締對象に屬しないとの所論の見解も……到底採用し得ない。」又「論旨は最後に本件の場合には刑法第六條……に該當するのであるから被告人に刑責を負わせるべきではないとの主張をしているが……理由がない」。

以上のように控訴趣意はすべての點で理由がない旨判示して控訴を棄却した。

上告理由 右控訴審判決に對し、被告人は、その業とした本件H S式無熱高周波療法は有効無害の療法であつて公共の福祉に反する

ものではないから、かかる職業に對しても、あん摩師等法の禁止規定が適用されるものであるとすれば、右法律は憲法二二條に違反する無効な法律である。故に被告人の所爲は罪とならないものであるとの理由で上告した。

【判旨】 右に對して最高裁大法廷は一、あん摩師等法二二條・一四條が醫業類似行爲を業とすることを禁止處罰するのは、人の健康に害を及ぼす虞のある業務行爲に限局する趣旨と解しなければならぬ（要旨第一）。又二、右のような禁止處罰は公共の福祉上必要であるから前記第一二條・第一四條は憲法第二二條に反するものではない（要旨第二）ことを明らかにした後「しかるに、原審辯護人の本件H S式無熱高周波療法はいささかも人體に危害を與えず、また保健衛生上なら悪影響がないのであるから、これが施行を業とするのは少しも公共の福祉に反せず従つて憲法二二條によつて保障された職業選擇の自由に屬するとの控訴趣意に對し、原判決は被告人の業とした本件H S式無熱高周波療法を業として行つた事實だけで前記法律一二條に違反したものと即斷したことは、右法律の解釋を誤つた違法があるか理由不備の違法があり、右の違法は判決に影響を及ぼすものと認められるので、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものといふべきである」として破棄差戻の判決を云ひ渡した。

しかし、以上は大法廷の多數意見であつて、これに對しては田中、下飯坂、石坂三裁判官の反對意見が付されている。即ち、田中、下飯坂兩裁判官は「われわれは、醫業類似行爲を業とすることの法律による處罰が、『人の健康に害を及ぼす虞のある業務行爲に限局する趣旨』のものとする多數意見の解釋に賛成することができない。人の健康に害を及ぼす虞れがあるかないかは、療治をうける對象たる『人』の如何によつてちがつてくる。またそれは療治の實施の『方法』の如何にもかかつている。従つて有害無害は一概に判斷できない場合がはなはだ多い。この故に法律は醫業類似行爲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爲を畫一的に禁止したものである。個々の場合に無害な行爲といえども取締の對象になることがあるのは、公共の福祉の要請からして、やむを得ない。かような畫一性は法の特色とするところである。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。いわんや法律の趣旨は原判決や石坂裁判官の反對意見にのべられていような、他の理由もふくんでいような、つまり無害の行爲についても他の弊害が存するに於ておや。」と論じ、石坂裁判官は「……(前略) H S 式無熱高周波療法を、健康の維持増進に止まらないで、疾病治療のために使用するが如きことは、何事にも利弊相伴う實情よりして、人體、及びその疾病、これに對する診

斷並に治療についての知識と、これを使用する技術が十分でなければ、人の保健、公共衛生上必ずしも良好なる結果を招くものとはいえない。したがつて、前記高周波器を使用する右無熱高周波療法を業とする行爲は、遽に所論の如く、公共の福祉に貢獻こそすれ、決してこれに反しないものであるとなし得ない。而してあん摩師等法がかかる醫業類似行爲を資格なくして業として行ふことを禁止している所以は、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、正常なる醫業を受ける機會を失はしめる虞があつて、正常なる醫業行爲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、わが國の保健衛生狀態の改善向上をはかると共に、國民各々に正常なる醫業を享受する機會を廣く與へる目的に出たものと解するのが相當である。したがつて原判示の如き器具を使用して、原判示の如き醫業類似行爲を業とすることを禁止する本法は、公共の福祉のため、必要とするのであつて、職業選擇の自由を不當に制限したとはいえないのであるから、これを憲法違反であるとは斷じ得ない。單に治療に使用する器具の物理的效果のみに着眼し、その有効無害であることを理由として、これを利用する醫業類似の行爲を業とすることを放置すべしとする見解には組し得ない。」と述べておられる。

【評釋】 判決要旨第一（多數意見）について反對、要旨第二について賛成、結論的には少數意見（とくに石坂裁判官）に賛成。

あん摩師等法違反事件に對する最高裁の判決としてはおそらく最初のものであり、しかも同法一二條、一四條が禁止、處罰する醫業類似行爲は人の健康に害を及ぼすおそれのある業務行爲に限局される旨の注目すべき新判例である。

本件において最も基本的な問題とされた點は、醫業類似行爲を業とすることを禁止、處罰するあん摩師等法一二條、一四條の規定が職業選擇の自由を保障する憲法二二條に違反するかどうかの點であり、判示は右の點に關するものであつたが、本件に關してはあん摩師等法に禁止された「醫業類似行爲」という概念が重要な意味をもつと思われるので、まずこの點についての検討を経た上で多數意見、少數意見のそれぞれについて検討したいと考える。

醫業類似行爲の概念については、右に見たように第二審判決中に一應の定義づけが與えられており、上告審判決においてはこの點については原審においてすでに確認済みの當然のこととしてとくに論ぜられていない。第二審判決によれば、あん摩師等法一二條に禁止された「醫業類似行爲」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應用し又は四肢若しくは精神作用を利用して施術する行爲であつて他の法令において

認められた資格を有する者が、この範圍内ですず診療又は施術でないもの』、換言すれば『疾病の治療又は保健の目的とする行爲であつて醫師、齒科醫師、あん摩師、はり師、きゆう師又は柔道整復師等他の法令で正式にその資格を認められた者が、その業務としてする行爲でないもの』ということになるのである」という。この定義中前半の部分は昭和五年一月二十九日東京警視廳令第四三號療術行爲取締規則第一條^(註)の療術行爲の定義の一部を殆んどそのまま借用したものである。

（註） 療術行爲取締規則第一條 本令ニ於テ療術行爲ト稱スルハ他ノ法令ニ於テ認メラレタル資格ヲ有シ其ノ範圍内ニ於テ爲ス診療又ハ施術ヲ除クノ外疾病ノ治療又ハ保健ノ目的ヲ以テ光、熱、器械器具其ノ他ノ物ヲ使用シ若ハ應用シ又ハ四肢ヲ運用シテ他人ニ施術ヲ爲スヲ謂フ

ところがあん摩師等法の中にはこのような定義規定は見當らない。あん摩師等法第一條は「醫師以外の者で、あん摩（マッサージ及び指壓を含む。以下同じ）、はり、きゆう又は柔道整復を業としてしようとする者は、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」とし、問題の同法一二條は「何人も第一條に掲げるものを除く外、醫業類似行爲を業としてはならない」と規定し、同一四條二號はこれに違反した者を五千圓以下の罰金に處する旨規定しているのみであ

る。従つてこれだけから「醫業類似行爲」の概念を規定することはおよそ不可能である。日常用語法上醫業類似行爲と云えば、要するに「醫業ではないがその外邊にあつてこれに類似する行爲である」(前記田原調査官解説参照)といつてよいであらうが、そもそも「醫業」の概念自體醫師法上の規定もなく、判例によれば、例えば「所謂醫業トハ反覆繼續ノ意思ヲ以テ疾病ノ診察、手術、投薬等ノ醫行為ヲ爲スコトヲ指稱スルハ言フ俟タサル所ニシテ診察中ニ聽診觸診視診問診ヲ含ミ又投薬中ニ藥品ヲ患部ニ塗布スルコトヲ含ム」(大判昭和八年七月八日・刑集一)とされている。しかし、診察、手術、注射のようは一見醫行為として明瞭なものは別として、太陽燈、赤外線の照射、超短波療法等になると醫行為なのかそれとも醫業類似行爲なのかまことに判然としない。ただ第一國會衆議院委員會會議録(第一類第七號厚生委員會議錄第三七號によると、あん摩師等法案の審議に際して政府委員が「いやしくも人體の疾病、あるいは疾病とまでいかなくても、體の調子の悪いのに對して、何等かの方法をもつてその状態を緩和し、もしくは病を軽くする」というふうな手段は、これを行う人のいかにかかわらず、これを一つの醫行為、つまり醫する行爲というふうに解釋できると思ふのであります。そういういたしますと、はりとかきゆうとかあんまとかいうものが、そういうふうな人體の今申したような状態に應用せられて、そしてそれが軽くな

る場合には、これはだれが行いまして一つの醫行為であるという見方はできると思ひます。家庭において子供が親の肩をもみますこともこれも醫行為と考えられるのであります。しかしながらこれは醫師が當然行ふべき、また醫師によつてのみ行われるべきいわゆる醫療行爲であるところの醫業とは、もちろん異つておるのであります。つまりそういう考え方で醫業というものに二つあると申しますよりも醫行為というものは非常に廣汎なものであるが、その中で特に醫業と稱せらるべき醫行為の範圍がある——」と答辯しているところからも明らかなように、醫行為には廣狹二義があるが、ここでいわれる「醫業類似行爲」の「醫業」は狹義のそれ、即ち醫師法一七條に規定された、もつぱら醫師のみが行いうる「醫業」に限定される。従つてあんま、はり、きゆう、柔道整復等の施術も概念的には醫業類似行爲の中に含まれることになるが、これ等は前述の通りあん摩師等法一條によつてそれぞれ免許を受けることによつて、業としてこれを行うことができるものとして、法律上公認されているのであるから、あん摩師等法一二條によつて禁止された醫業類似行爲からはこれら四種の行爲は除外されることになるわけである。

ともあれ本件HS式無熱高周波療法が禁止される醫業類似行爲の概念にあてはまる點については疑がなく争もない。しかし乍らそうはいふものの、前述のように一應の概念規定はしてみても、醫業類

似行爲の概念はなお漠然としたものであり、その概念規定に際して最も重要なより所とされた警視廳令第四三號のような定義規定すら存在しないのであるから、そのような極めて漠然たる内容の行爲を禁止、處罰する點については田原調査官も指摘されるように（前述解説参照）、罪刑法定主義の原則との關係上かなり問題があるようである。従つて被告としては、上告理由としてむしろこの點を強く主張すべきであつたように思われる。

さて上告審判決の多數意見は、再三見たようにあん摩師等法一二條、一四條が醫業類似行爲を禁止、處罰するのは人の健康に害を及ぼす虞のある行爲に限局する趣旨と解すべきであり、その意味で右規定は公共の福祉上必要な規定として憲法二二條に違反しないと判示したのである。つまり換言すればあん摩師等法一二條違反は形式犯ないしは抽象的危殆犯ではなく、具體的危殆犯として、あん摩師等法一二條・一四條を適用して有罪とするためには、當該醫業類似行爲が（一般に）人の健康に害を及ぼす虞のあるものである旨の判示を必要とするのに、本件原判決はその點の判示を缺くものとして破棄差戻をしたのである。二審迄の判決が、同條を形式犯ないし抽象的危殆犯という前提の下に論じているのと極めて對照的である。

上告審で主として争われた問題はあん摩師等法一二條、一四條の合憲性であつたことはすでに指摘した。職業選擇の自由について、

憲法學者の説くところを參考にするならば、例えば宮澤俊義教授は『職業選擇の自由』とは、自分の従事すべき職業を決定する自由をいう。その職業を行う自由（營業の自由）をも含む。封建時代には、人の職業はしばしばその身分によつて決定され、たとえば、明治以前の日本でいえば、武士は農商業を營むことができず、農民は軍務に従事することができなかつた。そういう制限を否認するのが、職業選擇の自由である」（宮澤・日本國憲法、コンメンタール二五一頁、同・憲法Ⅱ——法律學全集——三七九頁）。職業選擇の自由が基本的人權として保障される歴史的由來はまさにそこにある。従つて右の要請と基本的に矛盾しない限りある程度の制限は認められるわけで、憲法二二條自體「何人も、公共の福祉に反しない限り、——職業選擇の自由を有する。」と規定している。「公共の福祉」の意味については各種の見解が對立するが、ここではこの點についてとくに論ずる必要もないので割愛することとして、基本的人權の保障が公共の福祉の範圍内においてのみ認められることについてはすでに憲法一三條に包括的な規定があるのに三二條が更に重ねて「公共の福祉に反しない限り」という枠づけをしているのは本来無意味のようにも解されるが、結局二二條に定められた自由權はその性質上他の場合よりも公共の福祉にもとづいて制限される可能性が多いため特にこのような規定となつたと解するのが妥當であろう。この

ようにして職業選擇の自由に對する制限として、(イ)ある種の職業に一定の資格を有することが要求され(醫師・辯護士・あん摩師等)、(ロ)あるものは許可が必要とされ(風俗營業・古物營業等)、(ハ)あるものは公益的見地から國によつて獨占される(專賣制、郵便等)場合があげられる(前掲官澤・日本國憲法二五二頁、憲法Ⅱ三八〇頁)。

以上の三場合の中(ハ)は前二者にくらべて多少事由を異にするから一應除外することとして、(イ)(ロ)の場合は誰でもその資格を得、又は許可を受けることによつて希望の職業につくことが可能なのであるから、職業決定の自由がないわけではなく、むしろ營業の自由の制限と解せられるが、その合理的根據さえ認められれば、この種の制限は、それがために直ちに職業選擇の自由を侵害するものとは云えないであらう。

そこであん摩師等法が醫業類似行爲を資格なくして業として行うことを禁止・處罰する理由について考察してみると、石坂裁判官の少數意見の中に見られるように「……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、正常なる醫業を受ける機會を失はしめる虞があつて、正常なる醫業行爲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、わが國の保健衛生狀態の改善向上をはかると共に、國民各々に正常なる醫業を享受する機會を廣く與へる目的に出たものと解するのが

相當」であらう。そして醫師の場合とはより、前述のように廣く醫業類似行爲の中に包含されるあんま、はり、きゆう、柔道整復の施術もそれぞれかなり嚴密な知識の養成を前提とし(あん摩師等法一條によれば、あん摩については二年以上、はり、きゆう、又は柔道整復については四年〔學校教育法(昭和二年法律二六號)五六條一項(入學資格)の規定により大學に入學することのできる者にあつては、二年〕以上、解剖學、生理學、病理學、衛生學その他あん摩師、はり師、きゆう師又は柔道整復師となるのに必要な知識及び技術を修得した者であることが要求されている)、免許試験(例えば四種の中で最も輕易とされるあん摩師試験科目を例にあげれば、學科試験として解剖學、生理學、病理學、衛生學(消毒法を含む)、症候概論、治療一般、あん摩理論、醫事法規、實地試験としてあん摩實技の各科目について行われ(あん摩師等法施行規則一五條)、はり師、きゆう師、柔道整復師についても大同小異の試験(この試験は都道府縣知事が行う。あん摩師等法二條一項)を受け(同規則一六條ないし一八條)、これに合格した時に始めて免許を得るのであり(法二條一項)、更に營業方法についても種々届出義務を課せられる(規則二四—二六條)等、かなり詳細、嚴密な法の規制の下におかれているが、これも要するにこれら醫業類似行爲の人體に及ぼす直接、間接的影響を考慮して萬全を期する爲であり、このような制限はまさ

に公共の福祉上必要な制限と解すべきであろう。従つてこの種の制限、禁止違反については、その違反の事實があつたというだけで、實際に人體に害を及ぼす虞があつたかどうかの認定をするまでもなく、當然に處罰の對象となるもの（つまり形式犯ないし抽象的危険犯）と解すべきこと、醫師法違反の場合と同様である（無免許醫業行爲の違法性が個々の醫業行爲の適法性も失わせるかどうかについて問題がないではないが、たとえ無免許醫業行爲であつて、その治療行爲が緊急避難の要件を具備しない場合であつても、それだけで刑法上違法な犯罪を構成せしめるものではないと解され、このような實質的に刑法上適法視される行爲についても醫師法違反の罪に問われると解されている。同旨宮本・刑法大綱九〇頁、木村・新刑法讀本〔全訂版〕二一〇頁、勝本・刑法第三五條ト醫業トノ關係——刑法の理論及び政策二三一頁以下）。本判決も法一條に掲げられたあん摩等四種との關係では右の趣旨を否定してゐるのではない。田原調査官の前記解説もこの點につき次のように論じておられる。「本判決は、あん摩師等法一二條にいわゆる醫業類似行爲に關する判決であつて、同條が除外した『第一條に掲げるもの』即ちあん摩（マッサージ及び指壓を含む）、はり、きゆう、柔道整復の四種に關するものではない。従つて、本判決の多數意見の趣旨を右四種にも及ぼし、人の健康に害を及ぼす虞がなければ、あん摩、はり、きゆう

う、柔道整復も免許を受けなくてもこれを業としても處罰は受けないうこととなるわけではないこと勿論である」と。なるほど判決の直接的な趣旨はそうかもしれないが、その實質を考へてみると、私には法一條違反と一二條違反とについて右のような區別をする積極的な理由を見出し難い。例えばあん摩など、異常に極端な場合は例外として一般的にはおそらく有効無害な醫業類似行爲と解されるのではないかと思われるが、それすらも無免許者が業としてこれを行へば當然法一條違反として、法一四條で處罰されるのに、無資格者が他の醫業類似行爲を業として行つた場合には、實際にそれが人體に害を及ぼす虞のある事が認定されて始めて有罪として處罰されるといふのでは、あまりにもアンバランスといふべきではなからうか。法一條の行爲と法一二條に禁止された醫業類似行爲とは、前述のように同じ醫業類似行爲であり、ただ前者は法によつて公認されているが、免許によらないあん摩等四種の行爲は結局法一二條に包括されること、又法一條の行爲と法一二條に禁止された行爲との間に、前者はとくに有害無害の認定を必要としない程高度の危険性を含み、後者にはそれが無いというように一般的にはわり切れない——例えば醫業類似行爲と解されている超短波療法とあん摩とを比較考察すれば論旨は明らかであろう——から、これらの禁止、處罰は、具體的な危険發生の虞（もつともここで具體的といふのは當該療法

の被術者との関係での個々具體的ケースごとの危険性をいうのではなく、當該療法として一般的な危険性で足りると考える」というよりは、一般的抽象的な見地からする前述のような規制趣旨と解するのが妥當といわなければならない。そして又そう解するのが法文の表現形式とも一致するようと思われる。即ち法一四條の罰則規定を見ると、「左の各號の一に該當する者は、これを五千圓以下の罰金に處する。一、第一條「免許」の規定に違反して、あん摩、はり、きゆう又は柔道整復を業とした者、二、第五條乃至第七條「脱臼又は骨折患部に對する施術の制限・消毒及び廣告の制限」若しくは第一二條「醫業類似行爲の制限」の規定又は第八條第一項「施術者に對する指示」の規定による指示に違反した者、(三一五號省略)」ここで判決趣旨のように一條違反については人體に害を及ぼす虞のあることの認定を必要とせず二條違反についてはそれを必要と解することは規定上も號を異にするとして説明不能ではないが、二號に一二條と一緒に規定された五一七條、八條一項についても一二條の場合同様、人體に害を及ぼす虞のある場合に限局すると解することは適當ではない。もつとも法一二條は憲法二二條の職業選擇の自由の制限として問題となるからで、他のものはこれと關係がないから別論だといひ切つてしまえば別だが、例えば法五條の「あん摩師及び柔道整復師は、醫師の同意を得た場合の外、脱臼又は骨折の患部

に施術をしてはならない。但し、柔道整復師が應急手當をする場合は、この限りではない」という規定も、營業の自由の制限と見られる。しかしこの場合も人體に害を及ぼす虞の有無を問うまでもなくその事實だけで處罰されるべきものと解すべきであろう。その他ここでは説明を省略したが法一四條に規定されたものはすべて形式犯(ないし抽象的危殆犯)として理解されるもので多數意見のように一二條だけを例外的に取扱おうとすることは不可能ではなくとも、何かバランスがとれないという印象は拭えないようである。従つて、多數意見はこの點についても納得のいくような理由を示すべきであり、これが缺けている點で少くとも理由不備のそしりを免れないように思われる。

又、よしんば百歩を譲つて、法一二條、一四條の禁止、處罰の對象が人の健康に害を及ぼす虞のある業務行爲に限局される趣旨であるとしても、本件H S式無熱高周波療法そのものは「少くとも之を使用してゐる者の間では、疾病治療に著大の効果ありと信ぜられてゐるものである」(二審判決)との事であり、更に石坂裁判官によれば「殆んど凡ての疾病に顯著な治療効果がある」との事であるが、およそ萬病に著大な治療効果がある治療法などは考えられないから、そのことから逆にこの療法は精神的な効果を別としては殆んど効果のない療法と解せざるを得ないものようにさえ思われる。こ

のような器具を個人がみずから使用する場合は別としていかにも効能のある療法のように信じ、又は信じこませてこれを業として行ふ場合には、しかも単に健康の維持増進の限度に止まらず、本件のように明らかに疾病治療の目的で使用する場合には少くとも正常な治療を受ける機会を失う虞のあることは充分認めうるし、このような電機器具は、たとえその操作自體は極めて容易であつたとしても、疾病の治療として効果のあるように使用することは必ずしも容易とはいえず、電機的知識と技能又は醫學的知識等に不十分な者がこれを使用する場合には、一般には豫測し得ない危険を招来しないとの保障も與えられないのであつて、單に一般的に有効無害であるとの理由でこれの使用を放任する場合には、これに伴う副次的な悪効果を全く看過したものとして正當な判断とは云い得ないのである。その意味で「何事にも利弊相伴う實情よりして、人體及びその疾病これに對する診斷並に治療についての知識と、これを使用する技術が十分でなければ、人の保健、公共衛生上必ずしも良好なる結果を招くものとはいえない。したがつて、前記高周波器を使用する右無熱高周波療法を業とする行爲は、遽に所論の如く、公共の福祉に貢獻こそすれ、決してこれに反しないものであるとなし得ない」とする石坂裁判官の少數意見は正當である。

但し、もとより上告審判決は、本件H S式無熱高周波療法が全く

有効無害なものであるから、これの施行を業とすることは少しも公共の福祉に反せず、従つてあん摩師等法一二條に禁止された醫業類似行爲とは云えない、と積極的に断じているのではなく、單に「原判決は被告人の業とした本件H S式無熱高周波療法を業として行つた事實だけで前記法律一二條に違反したものと即断したことは、右法律の解釋を誤つた違法があるか理由不備の違法」があるから破棄されなければならないとしたにすぎない。たしかに原審は醫業類似行爲の概念規定と法一二條の立法趣旨の解明に追われて本件被告の業とした療法について多くを語つていない嫌いはあるが、しかし、すでに前述の通り、その醫業類似行爲が人の健康に害を及ぼす虞のあるものである點の判示を必要とする點について贅成できず（とくにその危険判断は常に専門家の鑑定にまたなければならぬ）であるうし、具體的な認定の基準如何の問題を考へても、この點について常に裁判官の認定を必要と解する多數意見は疑問、もし百歩を譲つて多數意見に従つて法一二條及び一四條を限定的に解釋しなければならぬという原則は承認し得たとしても、本件の場合、すでに論じたように少くとも被告の業とした行爲を放任した場合の副次的効果は認め得るのであるから、結論としては原審を維持し、棄却すべきであつたように思われる。

又、少數意見は結論的には同一に歸着するが、田中・下飯坂説は

些か形式論にすぎず説得力に乏しく、石坂説に聞くべきものが多いように思われるが、あん摩師等法一四條についての今一步つこんだ解釋がほしかつたし、更に全體として、前にも一言したように、本件に關連して實は醫業類似行爲の概念規定があつさり片づけられているが、實はこれがむしろ主要問題と解せられるから、上告人が主張しなかつたのだから當然とは云え、この點につき何ら觸れるところのなかつたのは遺憾であつたといわなければならぬ。

附記 本文にも明示してあるが本評釋を執筆するに當り、とくに「醫業類似行爲」の概念につき、最高裁調査官田原氏の解説(法曹時報一二卷三號九〇頁以下)に負うところが多かつたことを特記する。なお、本判例については北大神谷昭助教授が憲法解釋との關連を中心として多數意見に賛成の判例批評をしておられる(判例評論二七號一四頁以下)ことを追記しよう。

(中谷 蓮子)