

「医行為」について

○ 医師法(昭和23年法律第201号)

第17条 医師でなければ、医業をなしてはならない。

第31条 次の各号のいずれかに該当する者は、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。

一 第17条の規定に違反した者

二 (略)

2 (略)

【解釈】

医師法第17条に規定する「医業」とは、当該行為を行うに当たり、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であると解している。

○ 保健師助産師看護師法(昭和23年法律第203号)

第5条 この法律において「看護師」とは、厚生労働大臣の免許を受けて、傷病者若しくはじよく婦に対する療養上の世話又は診療の補助を行うことを業とする者をいう。

第31条 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。ただし、医師法又は歯科医師法の規定に基づいて行う場合は、この限りでない。

2 (略)

第43条 次の各号のいずれかに該当する者は、2年以下の懲役若しくは50万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 第29条から第32条までの規定に違反した者

二 (略)

2 (略)

刑罰関連規定の適用について

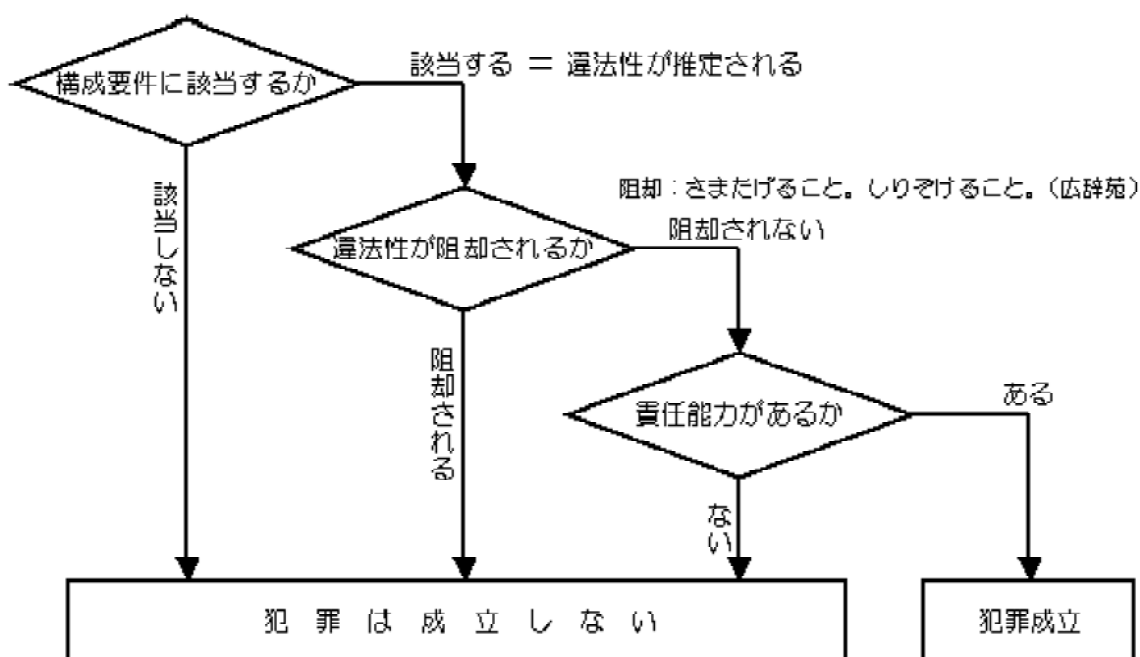
1. 医師法第17条について

○ 医業を医師に独占させ、一般人に対してこれを禁止することを規定したもの。本条の規定に違反し無免許で医業をなした者に対する罰則は、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金。

○ 医業とは、(1)当該行為を行うに当たり、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」)を、(2)反復継続し、またはその意思をもって行うこと(「業として行うこと」)。【医師法第17条違反の“構成要件”】

2. 刑法が適用される手順について

※学説による差異を捨象したイメージ図



(1) 構成要件

犯罪定型として法律に規定された違法・有責な行為の定型。これを充足する違法・有責な行為が犯罪ということになる。 ※ 構成要件該当性: 構成要件に該当すること。構成要件に該当する行為が違法性、有責性の判断を受ける。

(2) 違法性阻却事由

刑法上、構成要件に該当し、違法と推定される行為について、特別の事由のため、違法性の推定を破る事由。違法阻却原因ともいう。刑法は、正当防衛、緊急避難、正当行為の3つを明記する(第35条～第37条)が、このほかにも法秩序全体の精神からみて違法性の阻却が認められるとの見解も有力である。

(3) 責任能力

刑事責任を負担し得る能力。 ※責任阻却事由: 責任の成立を妨げる事由のこと。責任無能力、錯誤及び期待可能性の欠如がこれに当たる。

出典:「法律用語辞典」内閣法制局法令用語研究会編、有斐閣、1993

実質的違法論について

1. 基本的な考え方

- ある行為が処罰に値するだけの法益侵害がある(構成要件に該当する)場合に、その行為が正当化されるだけの事情が存在するか否かの判断を実質的に行い、正当化されるときには、違法性が阻却されるという考え方
- 形式的に法律に定められている違法性阻却事由を超えて、条文の直接の根拠なしに実質的違法性阻却を認める
- 具体的には、生じた法益侵害を上回るだけの利益を当該行為が担っているか否かを判別する作業を行うこととなる ※ 「当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否か」(最判昭50・8・27 刑集29・7・442他)

2. 正当化されるための要件

(1) 目的の正当性

- 行為者の心情・動機そのものを問題にするのではなく、「行為が客観的な価値を担っている」という意味で解すべき

(2) 手段の相当性

- 最も重要な要件
- 具体的事情を基に「どの程度の行為まで許容されるか」を検討
- 犯罪類型ごと、事案の類型ごとに、「このような目的のためには、この程度の行為まで正当化される」という類型的基準を設定すること

(3) 法益衡量

- 特定の行為による法益侵害と、その行為を行うことにより達成されることとなる法益(その行為を行わないことによる法益侵害)とを、比較衡量
- 「手段の相当性」の判断の過程で、合わせて行われることとなる

(4) 法益侵害の相対的軽微性

- 特定の行為による法益侵害が相対的に軽微であること
- その行為による法益侵害の程度が大きければ、正当防衛や緊急避難といった違法性阻却事由に該当することが求められる

(=補充性など、さらに要件が付加される)

(5) 必要性・緊急性

- 法益侵害の程度に応じた必要性・緊急性が存在するか否かを検討

家族が行う「たんの吸引」に関する違法性阻却の考え方

家族が行う「たんの吸引」について、当該行為の違法性が阻却される場合の要件としては、下記のようなことが考えられるのではないか。

(家族が行うことについて患者が同意していることが前提)

(1) 目的の正当性

- 患者の療養目的のために行うものであること

(2) 手段の相当性

- 次のような条件の下で、「たんの吸引」を実施 ・ 医師・看護師による患者の病状の把握
 - ・ 医師・看護師による療養環境の管理
 - ・ 「たんの吸引」に関する家族への教育
 - ・ 適正な「たんの吸引」の実施と医師・看護師による確認
 - ・ 緊急時の連絡・支援体制の確保

(3) 法益衡量

- 「たんの吸引」が家族により行われた場合の法益侵害と、在宅療養を行うことによる患者の日常生活の質の向上を比較衡量

(4) 法益侵害の相対的軽微性

- 侵襲性が比較的低い行為であること
- 行為者は、患者との間において「家族」という特別な関係(自然的、所与的、原則として解消されない)にある者に限られていること(公衆衛生の向上・増進を目的とする医師法の目的に照らして、法益侵害は相対的に軽微であること)

(5) 必要性・緊急性

- 早急に「たんの吸引」を行わなければならない状況が不定期に訪れるが、医療資格者がすべてに対応することが困難な現状にあり、「たんの吸引」を家族が行う必要性が認められること