

論文

「医行為」の意義と該当性判断枠組

三重野 雄太郎

〔抄 録〕

本稿では、いわゆるタトゥー事件を素材として、医師法17条にいう「医業」の中核をなす「医行為」という概念の意義と「医行為」該当性の判断枠組について若干の検討を加えた。

罪刑法定主義が刑法の大原則である以上、刑罰法規は、どのような行為が処罰されるかを一般人に伝達するものでなければならず、そうした意味で、明確性の原則は堅持されるべきである。そうすると、「医行為」の要件として、医療関連性と保健衛生上の危険性の双方が必要である。

また、タトゥー事件最高裁判決によって示された「医行為」該当性の判断枠組は、方向性として妥当であるが、医療関連性と保健衛生上の危険性の有無のいずれの判断に際しても、本来、医師が行うべきものか否かという観点を取り込むべきである。

キーワード：タトゥー、医業、医行為、医師法17条、

I はじめに

医師法17条では、医師免許を持たない者が「医業」を行うことを禁止しており、これに違反した者は処罰される(31条1項)。ここでいう「医業」とは、「医行為を業とすること」⁽¹⁾であり、「医行為」の定義については、これまで様々な定義がなされてきたが、近時は、「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」⁽²⁾⁽³⁾と解されていた。しかし、従来より、この定義の抽象性・不明確故に、明確化の必要性が指摘されたり⁽⁴⁾、医行為の射程範囲が拡大していく傾向が問題視されたりしてきた⁽⁵⁾。そして、ついに、この定義が、それが生み出された背景から離れて独り歩きし始めたと言わざるを得ない事態が生じてしまった⁽⁶⁾。客に対してタトゥーの施術を行った彫り師が医師法17条違反の罪(無資格医業罪)で摘発されたのである。

一審の大阪地裁は、タトゥー施術行為を医行為であると認定し、被告人を有罪とした。しかし、控訴審の大阪高裁と最高裁は、医行為とは単に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に該当するのみならず、「医療及び保健指導に属する行為であること」も要すると判示し、タトゥー施術行為の医行為該当性を否定した。最高裁が、このような医行為に関する新たな定義を示したのは注目に値する。

本稿では、タトゥー裁判の一審・控訴審判決と最高裁決定を素材として、「医行為」の意義やその該当性判断のあり方について検討したい。

II タトゥー事件

まず、タトゥー事件の事案の概要と一審・控訴審・最高裁の判断の概要を確認しておきたい。

1 事案の概要

被告人は、タトゥーショップを開業し、客の身体にタトゥーを入れることを業としていた。同人は、平成26年7月6日頃から平成27年3月8日頃までの間4回にわたり、Aほか2名に対し、針を取り付けた施術用具を用いてAらの左上腕部等の皮膚に色素を注入してタトゥーを彫ったことについて、医師ではないのに医行為を行い、もって医業をなしたとして医師法17条違反の罪で起訴された。

2 第一審

(1) 弁護人の主張

弁護人は、医行為とは医療及び保健指導に属する行為の中で、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為をいうと解すべきであること、入れ墨の施術によって障害が生じた場合に医師が治療を行えば足り、入れ墨の施術そのものを医師が行う必要はないこと、医療関連性を有しないあらゆる保健衛生上の危険性がある行為を医師法17条で規制しようとするのは、一般人の理解を超えた範囲を禁止の対象とするものであり、刑罰法規として曖昧不明確であるし、他の法令との体系的解釈を前提とすると成人に対する入れ墨の施術は犯罪を構成しないにもかかわらず、これを処罰することは「法律なければ刑罰なし」の原則に反し、同条は憲法31条に違反すること、医師法17条は、施術者及び被施術者の憲法上の権利を不当に制約すること、仮に入れ墨の施術が医行為にあたるとしても、入れ墨の施術は社会的に正当な営業活動であって、被告人の本件行為には実質的違法性がないことから、本件行為に適用する限りにおいて、憲法22条1項、21条1項、13条に違反することなどを指摘し、被告人は無罪であると主張した。

(2) 争点

一審では、「医行為」の意義、針を取り付けた施術用具を用いて人の皮膚に色素を注入する行為の「医行為」該当性、被告人の行為の実質的違法性の有無などが争われた。

(3) 一審判決の概要

大阪地裁は、大要以下のように判示し、被告人に対し、無資格医業罪で罰金15万円の有罪判決⁽⁷⁾を言い渡した。

①「医行為」の意義

「医師法17条は、医師の資格のない者が業として医行為を行うこと（医業）を禁止している。これは、無資格者に医業を自由に行わせると保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることから、これを禁止し、医学的な知識及び技能を習得して医師免許を得た者に医業を独占させることを通じて国民の保健衛生上の危害を防止することを目的とした規定である。そうすると、同条の『医業』の内容である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をいうと解すべきである」。

また、弁護人の主張する医行為の定義によると、「医療及び保健指導に属する行為ではないが、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為（例えば美容整形外科手術等）を医師以外の者が行うことが可能となるが、このような解釈が医師法17条の趣旨に適うものとは考えられない」。

さらに、弁護人は、「最高裁判所の判例（最高裁昭和30年5月24日第3小法廷判決・刑集9巻7号1093頁、最高裁昭和48年9月27日第1小法廷決定・刑集27巻8号1403頁、最高裁平成9年9月30日第1小法廷決定・刑集51巻8号671頁）によれば」、医行為の要件として「疾病の治療、予防を目的とすることが求められているとも主張する。しかしながら、上記各判例の事案は、いずれも被告人が疾病の治療ないし予防の目的で行った行為の医行為性が問題となったもので、医行為の要件として上記目的が必要か否かは争点となっておらず、上記各判例はこの点についての判断を示したものではない」。

よって、「医行為該当性の要件として医療関連性又は『疾病の治療、予防（の）目的』が必要であるとする弁護人」の主張は採用できない。

②本件被告人の行為の「医行為」該当性

「被告人が行った施術方法は、タトゥーマシンと呼ばれる施術用具を用い、先端に色素を付けた針を連続的に多数回皮膚内の真皮部分まで突き刺すことで、色素を真皮内に注入し、定着させるといういわゆる入れ墨である。このような入れ墨は、必然的に皮膚表面の角層のバリア機能を損ない真皮内の血管網を損傷して出血させるものであるため、細菌やウイルス等が侵入

しやすくなり、被施術者が様々な皮膚障害等を引き起こす危険性」があり、また、「入れ墨の施術には必然的に出血を伴うため、被施術者が何らかの病原菌やウイルスを保有していた場合には、血液や体液の飛散を防止したり、針等の施術用具を適切に処分するなどして血液や体液の管理を確実に行わなければ、施術者自身や他の被施術者に感染する危険性があるのみならず、当該施術室や施術器具・廃棄物等に接触する者に対しても感染が拡散する危険性もある」。こうしたことから、「本件行為が保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為であることは明らかである」。

入れ墨の施術者は、例えば施術中に「他人の血液や体液が付着した可能性のある場合には、施術を中断して血液検査をするなど感染防止の措置をとる」など適切な判断や対応を行う必要があり、そのためには、「医学的知識及び技能が必要不可欠である」。

よって、「本件行為は、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であるから、医行為に当たるといふべきである」。

「弁護人は、入れ墨の施術によって障害が生じた場合に医師が治療を行えば足り、入れ墨の施術そのものを医師が行う必要はない」旨主張するが、「入れ墨の施術に伴う危険性や、施術者に求められる医学的知識及び技能の内容に照らせば上記主張は採用できない」。「また、弁護人は、被告人が使用していた色素の安全性に問題はなく、入れ墨の施術の際には施術用具や施術場所の衛生管理に努めていたから、本件行為によって保健衛生上の危害が生じる危険性はなかったとも主張するが、医師法17条が防止しようとする保健衛生上の危害は抽象的危険で足りることから」この点は上記判断を左右しない。

③実質的違法性

「弁護人は、入れ墨の施術によって生ずる保健衛生上の危害は大きくない上、入れ墨の施術は社会的に正当な営業活動であることから、被告人の本件行為には実質的違法性がないと主張する」が、「入れ墨の施術によって保健衛生上の危害を生ずるおそれ」があり、また、「施術者及び被施術者にも憲法上保障される権利があるとしても、それが保健衛生上の危害の防止に優越する利益であるとまでは認められない」。また、「長年にわたり入れ墨の施術が医師免許を有しない者によって行われてきたが医師法違反を理由に摘発された事例が多くないことなどは弁護人の指摘するとおりである」としても「本件行為が実質的違法性を阻却するほどの社会的な正当性を有しているとは評価できない」。

(4) 検討

まず、本判決は、「医行為」を「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」と解しており、これまでの判例の動向に従っている。また、ある行為が「医行為」に該当するための要件として医療関連性または疾病の治療・予防目的は不要であると明言して

いる。そのうえで、本判決は、こうした「医行為」の解釈について通常的判断能力を一般人にも判断可能であって、明確性の原則に反しないとしている。しかし、後に述べるが、医師法17条は、本来医師がやるべき行為を医師免許を有しない者が行うことを規制しているの、ある行為が医行為にあたるか否かについては本来医師がやるべき行為か否かをメルクマールとすべきである。医師の職務とは、医療行為であって、医療とは関係のない行為を医師が職務として行うことは想定されていない。よって、医療関連性は「医行為」の要件ではないとする解釈は適切ではない。

さらに、本件被告人が衛生管理に努めており、被告人による施術によって実際に健康被害が生じた者がいないことを認めて減刑の理由としつつも、タトゥーの施術は保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為であるとして実質的違法性の阻却は認めなかった。

判決全体を通して、裁判所は、タトゥーの施術が保健衛生上危険な行為であるということを前提に判断している。しかし、出血による感染症の拡大のおそれは、例えば理容師が行う顔そりなどでも同様である。タトゥーの施術に実質的違法性を認めるほどの危険性があるか、国民の憲法上の権利を制約してまで規制すべきほどに危険な行為かといった点はなお検討の余地があろう。本判決では、このあたりの検討がなお不十分であるように思われる。また、憲法上の権利の制約について、裁判所はタトゥーの施術に医師免許を必要とすることは、国民の保健衛生上の危害を防止するという目的があるため必要かつ合理的な規制であるとするが、この点もなお検討の余地がある。衛生管理がきちんとなされていればタトゥーの施術による保健衛生上の危害は防止できるものであって、その衛生管理を行う上で医師免許を取るほどの専門性が果たして必要であるか熟慮すべきであらう。

3 控訴審

(1) 判決の概要

大阪高裁は、大要以下のように述べて、被告人の行為の「医行為」該当性を否定し、被告人を無罪とした⁽⁸⁾。

①医行為の意義

A. 医療関連性要件の要否

「医業の内容である医行為については」、「『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』という要件、言い換えれば、『医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行うときは保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為』という要件（以下『保健衛生上の危険性要件』ということがある。）のみならず、当該行為の前提ないし枠組みとなる要件として、弁護人が主張するように、医療及び保健指導に属する行為であること（医療関連性があること）、従来の学説にならった言い方をすれば、医療及び保健指導の目的の下に行われる

行為で、その目的に副うと認められるものであることが必要である」。その理由は、以下のとおりである。

「医師法は、医療関係者の中心である医師の身分・資格や業務等に関する規制を行う法律であるところ、同法1条は、医師の職分として、『医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保するものとする』と規定している。すなわち、「医師法は、『医療及び保健指導』という職分を医師に担わせ、医師が業務としてそのような職分を十分に果たすことにより、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保することを目的として」おり、「医師の免許制度等及び医業独占」はこの目的に副うよう、「国民に提供される医療及び保健指導の質を高度のものに維持することを目指している」。そうすると、同法17条は、「医師が行い得る医療及び保健指導に属する行為を無資格者が行うことによって生ずる国民の生命・健康への危険に着目し、その発生を防止しようとするものである」と解釈でき、「医師は医療及び保健指導を掌るものである以上、保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であっても」、医療関連性のない行為は、「そもそも医師法による規制、処罰の対象の外に位置づけられる」べきである。

また、「現代社会において、保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為は、医療及び保健指導に属する行為に限られるものではなく、これとは無関係な場面で行われる行為の中でも、いろいろと想定される」が、そうした状況下で、保健衛生上の危険性要件のみで医行為に当たるか否かを判断すると、「必要とされる医学的知識及び技能並びに保健衛生上の危害についての捉え方次第で判断が分かれ」てしまうので、医療関連性要件も必要とする方が、「処罰範囲の明確性に資する」。

さらに、「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為を全て医師法の対象とすると、社会通念に照らし、医師が行うとは想定し難い行為まで包摂されかねない」が、医師法の趣旨や目的からすると、そのような解釈は、妥当でないし、「処罰範囲の不当な拡大を招くおそれがある」。「現実的な観点からも、そのような行為を全て医師に担わせるということは、不可能」である。

B. 美容整形手術と医行為

原判決は、医療関連性の要件を医行為の定義に含むと、美容整形外科手術等の医行為該当性を肯定することができないという説示をしている。

しかし、美容整形は、「身体外表の正常部位や老化の現れた部位に対して、外科手術等を施し、より美しくさせ、あるいは若返らせることによって、形態や容姿が原因となる精神的負担を軽減し、個人を社会に適応させる形成外科の一分野といわれ、昭和53年の医療法改正により、診療標榜科名として『美容外科』が追加されている」。

美容整形は、「我が国に根付き始めた当初から医師によって担われ」、「形成外科の一分野を

なして専門分化してきた背景があり」、また、「上記医療法の改正当時、既に、美容外科の基礎となる知識及び技術が各大学の医学部において教育され、その他大病院においても研修の機会が多々設けられており、現在でも、医学部で美容整形外科に関する教育が行われている」。

「医療とは、現在の病気の治療と将来の病気の予防を基本的な目的とするもの」であるが、「健康的ないし身体的な美しさに憧れ、美しくありたいという願いとか醜さに対する憂いといった、人々の情緒的な劣等感や不満を解消することも消極的な医療の目的として認められる」。「美容整形外科手術等も、このように消極的な意義において、患者の身体上の改善、矯正を目的とし、医師が患者に対して医学的な専門的知識に基づいて判断を下し、技術を施すものである」。

以上より、「美容整形外科手術等は、「医療目的の下に行われる行為で、その目的に副うと認められるもの」に含まれ、また、「美容整形外科手術等に伴う保健衛生上の危険性の程度からすれば、狭義の医行為にも該当する」。よって、「医行為について医療関連性の要件が必要であるとの解釈をとっても、美容整形外科手術等は、医行為に該当する」。

C アートメイクと医行為

「検察官は、答弁書において、入れ墨と同様に人の皮膚に針を用いて色素を注入する」アートメイクは、「これまで多数件が医師法違反として処罰されているが、これは、入れ墨と同様、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されているからである」と主張する。

しかし、アートメイクは、「美容目的やあざ・しみ・やけど等を目立ちづらくする目的で、色素を付着させた針で眉、アイライン、唇に色素を注入する施術が主要なものであり、その多くの事例は、上記の美容整形の概念に包摂し得る」。

②タトゥー施術行為の医行為該当性

皮膚に針を刺すことで、「必然的に皮膚表面の角層のバリア機能を損ない、真皮内の血管網を損傷して出血させる」ので、「細菌やウイルス等が侵入しやすくなり」、被施術者が皮膚障害等を引き起こす危険性があること、「色素を真皮内に注入する」ので、アレルギー反応が生じる可能性があること、「入れ墨の施術には必然的に出血を伴うため」、病原菌やウイルスの感染の危険があることなどからすると、保健衛生上の危険性要件を満たす。

一方、入れ墨の歴史や現代社会における位置づけに照らすと、入れ墨には、「装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義」や、「社会的な風俗という実態があって」、「医療を目的とする行為ではない」し、「医療と何らかの関連を有する行為であるとはおよそ考えられてこなかった」。「タトゥー施術業は、医師とは全く独立して存在」するものであるし、社会通念上、入れ墨の施術が「医師によって行われるものというのは、常識的にも考え難い」。

そもそも、入れ墨の施術において求められる本質的な内容は、「施術の技術や、美的センス、

デザインの素養等の習得であり、医学的知識及び技能を基本とする医療従事者の担う業務とは根本的に異なる。

よって、入れ墨施術行為には医療関連性が認められない。

(2) 検討

①医療関連性の要否

大阪高裁は、医行為にあたるには、保健衛生上の危険性要件のみならず、医療関連性要件も満たす必要があると判示し、タトゥー施術行為の医行為該当性を否定した。医療関連性要件が必要であることを裁判所が明言したのはこれが初めてであり、その点で意義深い判決である。先に述べたとおり、医行為の射程範囲が広がっていく傾向が見られたが、医療関連性要件がその歯止めとして機能することが期待される。

一方、医療という概念が社会通念や常識に依拠している以上、その具体化には限界があり、そうした伸縮性の高い概念を医行為該当性判断に取り込むと処罰すべき場合には医療関連性を肯定し、処罰すべきでない場合には否定するということになりかねないという批判がある⁽⁹⁾。確かに、何を以て医療と判断するかは非常に難しく、あいまいさがあるのは間違いないし、社会通念や常識に依拠しているが故に不明確になってしまうことは否定できない。しかしながら、刑罰法規は、どのような行為が処罰されるのかを一般人に伝達するものであって、一般人の予測可能性が担保されなければいけない以上、医療関連性の有無について社会通念や常識に基づいて判断するのはやむを得ないと思われる。

また、医師法 17 条を通常の判断能力を有する一般人が素直に読むと、医師の仕事を素人がやってはいけない、という意味で理解するであろう。そうすると、医師の仕事とは到底考えられないようなものが「医業」に入るとは誰も思わないわけで、医療関連性を要件としなければ一般人の予測可能性を害するだろう。

さらに、仮に医療関連性を不要として保健衛生上の危険性要件のみで医行為該当性を判断するとしても、「医師が行うのでなければ」危険な行為とはどのようなものかの判断は、医学の素人である一般人には難しいであろう。とりわけ、従来は医師が行うものと理解されてきたものであっても看護師や介護職が行うことができるようになったものもあるし、例えば自動体外式除細動器（AED）のように、医療技術が進歩したことで、医師でなければできなかったような行為を素人ができるようになった例もある。このように、保健衛生上の危険性というものは、時代や社会の変化に伴って変わりうるものであって、そうなるとなおさら一般人が判断するのは困難であろう。

一般人が医療だとは到底思わないタトゥー施術行為が医行為に当たるとして摘発されてしまったという現実も踏まえ、医行為の要件として医療関連性を要求することは適切であると思われる。

②美容整形と医行為

一審判決は、医療関連性を医行為の要件とすると美容整形が医行為ではなくなってしまうとして医療関連性は不要であるとした。しかし、控訴審判決では、美容整形手術は、形態や容姿が原因となる個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいという願望を満たすもので、人々の情緒的な劣等感や不満を解消するという消極的な医療の目的があると認められるものであること、医師の手で行われてきたものであること、「美容外科」が医療法上の診療標榜科目となっていることを理由に美容整形の医療関連性を認めている。

この点、アートやファッションとしてのタトゥーであっても、自分を強く美しく見せたいなどといった「個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいという願望」にタトゥーが答えていく場合があり得るので、タトゥーにも医療性を認めることになりかねないという指摘がある⁽¹⁰⁾。確かに、例えばやけどの跡を隠すなど美容整形と類似した目的でタトゥーを入れる者もいることは事実であって、この点は否定しがたい。

③アートメイクと医行為

控訴審判決は、アートメイクは美容目的やあざ・しみ・やけど等を目立ちづらくする目的による施術が主要なものであって、多くの事例が美容整形の概念に包摂しうるので美容整形の範疇としての医行為であると判断できるという。

しかし、タトゥーも容姿を美しくすることを目的とする場合は多く、すなわち美容目的が認められる場合が多い。アートメイクとタトゥーは施術の態様のみならず、目的も非常に類似しているのである。医行為該当性の判断でタトゥーとアートメイクについてなぜ全く異なる判断がなされるのか、より詳細な説明が必要であろう。

④タトゥー施術行為の保健衛生上の危険性

控訴審判決は、タトゥー施術行為が医療関連性は否定したが、原判決と同様のポイントに着目して、保健衛生上の危険性はあると判断した。この点、なお検討を要すると思われる。とりわけ、控訴審判決は、保健衛生上の危険性要件を満たすと判示しつつも、憲法22条1項適合性の判断の中で、タトゥー施術行為に際して必要とされる医学的知識及び技能は、「医学部教育や医師国家試験で要求されるほど広範にわたり、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りる」とも述べており⁽¹¹⁾、この整合性が問題となる。

さらに、控訴審判決は、「海外主要国においては、タトゥー施術業に医師免許を要求している例は見当たらず、医師が行うべき医療行為とは別個の規制がなされている。そうすると、我が国でも、彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によっては届出制や登録制等、医師免許よりは簡易な資格制度等を設けるとか、タトゥー施術業における設備、器具等の衛生管理や被施術者に対する施術前後の説明を含む手順等に関する基準ないし指針を策定することなど

により、保健衛生上の危害の発生を防止することは可能であると思われる」と述べている。そうであるならば、タトゥー施術行為は、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生じるおそれのある行為だとは言い難いと解する方が素直ではなからうか。

4 上告審

(1) 判決の概要

最高裁は、大要以下のように述べて控訴審の判断を支持した⁽¹²⁾。

①「医行為」の意義

「医師法は、医療及び保健指導を医師の職分として定め、医師がこの職分を果たすことにより、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保することを目的とし（1条）、この目的を達成するため、医師国家試験や免許制度等を設けて、高度の医学的知識及び技能を有した医師により医療及び保健指導が実施されることを担保する（2条、6条、9条等）とともに、無資格者による医業を禁止している（17条）。

このような医師法の各規定に鑑みると、同法17条は、医師の職分である医療及び保健指導を、医師ではない無資格者が行うことによって生ずる保健衛生上の危険を防止しようとする規定であると解される。

したがって、医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、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をいうと解するのが相当である。」

②「医行為」該当性の判断枠組

「ある行為が医行為に当たるか否かを判断する際には、当該行為の方法や作用を検討する必要があるが、方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師法17条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある。

そうすると、ある行為が医行為に当たるか否かについては、当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当である。」

③タトゥー施術行為の「医行為」該当性

「タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗とし

て受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったものである」し、「医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難い。このような事情の下では、被告人の行為は、社会通念に照らして、医療及び保健指導に属する行為であるとは認め難く、医行為には当たらないというべきである。」

(2) 検討

最高裁は、控訴審と同様、医師法の規定を踏まえて医行為の要件として医療関連性が必要であると判示し、また、控訴審と同様の理由づけから医療関連性を否定した。医行為の要件としての医療関連性の要否について明言した最高裁判決がこれまでなかったところ、医療関連性が必要であることを最高裁が明言したのは非常に意義深い。

さらに注目すべきなのは、最高裁が、控訴審判決よりも踏み込んで、「医行為」該当性の判断の仕方について言及した点である。結果的には、本事例における「医行為」該当性の判断要素としては、控訴審判決と最高裁判決で違いはなく、両者とも社会通念をメルクマールにしている点で共通している。ただ、控訴審では、「医行為」該当性判断についての手法について明言はしていない。この点について最高裁が立場を明確にしたのは非常に意義深い。

最高裁判決では、まず、「方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る」という点が踏まえられている。次に、「医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する」必要性を踏まえている。そのうえで、「医行為」該当性は、「当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断する」べきであるとしている。

方法や作用が同じ行為であっても医療や保健指導の目的で行われる場合もそうでない場合もある点、行為の具体的状況によって、とりわけ、一般的に危険性が生じるような行為であってもそれを回避するための適切な措置がどの程度講じられているかなどで危険性が異なる点を考えると、こうした点を考慮するのは妥当であろう⁽¹³⁾。しかし、当該行為の際の具体的状況を判断して社会通念に照らして判断するという手法は、不明確であるという批判は想定されよう。とりわけ、当該行為の方法や作用によって一般的に判断すればある程度統一的な判断ができようが、当該行為の際の具体的状況を含めて判断するとなるとどうしても個別な判断であって、個別の事例で医行為になったりならなかったりという不明確さを完全に回避することはできないと思われる。

医師免許制度は、医師が行うべき行為を医師に独占させるものであるから、本来的に医師が行うべきものであるかどうかは「医行為」該当性を判断する際に当然考慮されなければならないであろう。さらに、前述のとおり、罪刑法定主義の自由主義的側面を踏まえると、どのような行為が処罰されるのか一般人に予測可能でなければならないのだから、社会通念によって判断せざるを得ないだろう。

よって、最高裁が医療関連性を「医行為」の要件とした点、「医行為」該当性の判断枠組として上述のような判示をした点は不明確さを残るものの、方向性として妥当であると言えよう。

なお、非常に残念なことに、美容整形やアートメイクの「医行為」該当性について最高裁がどのように考えるのか全く示されなかった。最高裁はあえて言及しなかったと思われるが、「医行為」の要件として医療関連性が必要であると解し、上述のような「医行為」該当性の判断枠組みを示した最高裁の見解によると、美容整形やアートメイクは「医行為」に当たるのか、明らかにされる必要があるだろう。

Ⅲ 「医行為」概念に関する過去の最高裁判決

「医行為」該当性が争われた過去の最高裁判決⁽¹⁴⁾において医療関連性が「医行為」の要件であると理解されていたか否かについて、一審判決と控訴審判決とは見方が分かれている。医療関連性を必要とする解釈は、過去の最高裁判決と整合しないのか、従来の最高裁判決を確認しておきたい。

これまでに最高裁で医行為該当性が問題となったものとしては、患者に対する聴診・触診・指圧行為（最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁）、断食道場に入寮する者の疾病の治療・予防を目的として症状・病歴を尋ねる行為（最決昭和48年9月27日刑集27巻8号1403頁）、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行為（最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁）がある。この3つの事案では、医師の医学的知識と技術を用いてするのでなければ生理上／保健衛生上危険を生ずるおそれがあるか否か、すなわち危険性の程度がメルクマールとなって「医行為」該当性が判断された。そうすると、一見、最高裁は、医行為の要件として、医療関連性要件は不要であると考えているかのように思える。しかし、控訴審判決でも指摘されているとおり、これらの事案で問題となった行為は、医療目的で行われるもので、その目的に副う行為であることに疑問の余地はないことが前提としてあったうえで、これらの行為について保健衛生上の危険性が問題になったと言える。よって、医療関連性要件について言及がないからといってこれらの判決が医療関連性要件は不要であると解しているとは断定できないであろう⁽¹⁵⁾。一方で、医療関連性の要否が争点となっておらず、この点について裁判所が何も判断していない以上、控訴審判決のようにこれらの判例が医療関連性を必要であるとしていると理解するには、積極的な論証が必要である。医療関連性の要否

については、最高裁がどのように考えるかは明らかにされていないのである。その限りで、一審判決で述べられているように、医療関連性は「医行為」の要件として不要であると解釈しても最高裁の判例には反しないであろう⁽¹⁶⁾し、必要であると解しても最高裁の判例に反しないであろう。

IV 医療関連性が問題となる行為に関する過去の裁判例

タトゥー事件控訴審判決では、美容整形や、アートメイクの医療関連性についても言及されている。このような一見すると医療関連性の有無が明確でないと思われる行為⁽¹⁷⁾のうち、過去の裁判例で問題となったものとして、アートメイクと脱毛の裁判例について確認しておきたい。

1 アートメイク

タトゥー施術行為と類似する行為としてアートメイクの施術があり、これは、一時期健康被害などがかなり問題となった。また、アートメイクが「医行為」に該当するとした裁判例や行政通知がある。タトゥー施術行為の「医行為」該当性について検討するには当然踏まえておかなければならないので、確認しておきたい。

(1) アートメイクの「医行為」該当性を肯定した裁判例⁽¹⁸⁾

①事実の概要

被告人は、医師免許がないのに、昭和63年4月7日ころから平成元年4月24日ころまでの間、前後12回にわたり、顧客らに対し、あざ、しみ等を目立ちづらくする目的で、局所麻酔剤キシロカイン注射液を塗布したり、注射したりし、さらには、注射器もしくは針を使用して治療部位に色素を注入する等の行為をなし、もって医業をなしたとして医師法17条違反の罪で起訴された。

弁護人は、局所麻酔剤の塗布・注射と注射器による色素注入が医師法に違反することは争わなかったが、針による色素注入行為は、美容を目的とし、人体に対する危険性が高いとはいえない行為であって、すでに社会内に業種として広まっており、しかも、類似行為といえる入れ墨は社会的に容認ないし黙認されていることからすると、社会的に相当性を有する行為であるから違法性はないと主張した。

②判決の概要

東京地裁は、大要以下のように判示して被告人に懲役1年の有罪判決を言い渡した(確定)。「医師法にいう医業とは、反復継続して医行為を行うことであり、医行為とは、医師の医学的知識及び技能をもって行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為をいい、これ

を行う者の主観的目的が医療であるか否かを問わないものと解される」。

人の皮膚に針を用いて色素を注入する行為（以下、「本件行為」という。）は、「針で皮膚を刺すことにより」、「皮膚組織に損傷を与えて出血させるだけでなく、医学的知識が十分でない者がする場合には、化膿菌、ウイルス等に感染して肝炎等の疾病に罹患する危険があり、また、色素を皮膚内に注入することによっても、色素自体の成分を原因物質とするアレルギーなどの危険があるとともに、色素内に存在する嫌気性細菌等に感染する危険があることが認められ、さらには、多数回皮膚に連続的刺激を与えて傷つけることによりその真皮内に類上皮肉芽腫という病変を生ずることも指摘されていることが認められるのであって、本件行為が医師ではない者がすることによって、人体に対して右のような具体的危険を及ぼすことは明らかである」。

「針で人の皮膚に色素を注入するという行為の面だけをみれば」、「入れ墨もまた本件行為と同様医行為に該当するものと一応は認められる」が、「入れ墨が歴史、習俗にもとづいて身体の装飾など多くの動機、目的からなされてきていることに比較し、本件行為は前記のように美容を目的とし、広告等で積極的に宣伝して客を集めているものであり、その宣伝があたかも十分な美容効果が得られるような内容であるのに、これが本件のような病変した皮膚を目立ちづらくするというにはほとんど効果がないか、乏しいものであるうえ、専ら営利を目的とし、その料金」が「極めて高価であるなどという際立った差異」がある。そうすると、「入れ墨も本件行為もともに違法であるとはいっても、それぞれの違法性の程度は当然異なる」。よって、「入れ墨が違法ではあっても今日社会的に黙認されているからといって、前記のような違法性の程度が異なる本件行為もまた黙認ないし容認されるべきものと認めることはできない」。

③検討

まず、留意しておかなければならないのは、本判決がアートメイクの施術が「医行為」に該当すると判断したのは、本件では施術を受けたいずれの客にも相当の出血があり、施術後は炎症が見られたこと、一方であざ等を目立たなくするというアートメイクの本来の目的はほとんど達成されなかったことを前提とした判断であるということである⁽¹⁹⁾。

また、本判決ではアートメイクと入れ墨が比較されているが、判決文からすると裁判所は、入れ墨も「医行為」にあたりうるとしてもアートメイクと比べて違法性が低いと考えているものと理解できる。とりわけ、アートメイクと入れ墨の違法性が異なる理由を述べる中で、それが決定的理由ではないにしても、入れ墨は歴史、習俗にもとづいて身体の装飾など多くの動機、目的からなされてきていることを明言している。

確かに、タトゥーの施術を無資格医業罪で処罰するか否かを判断するにあたり本判決との整合性は問題になろうが、上述の点を踏まえると本判決の存在を直接的根拠としてタトゥーの施術を無免許医業罪で処罰するのは不当であろう。

また、本判決は、疾病の治療・予防などの医療目的で行われたわけではない行為についても

「医行為」該当性が認められ得ること示したと言えるが、この時点ですでに「医行為」の射程範囲の拡大はすでに始まっていたことも指摘できよう。

(2) 行政通知

平成12年、厚生省は、警察庁からの照会に対する回答として、電動式のアートマシンに縫い針用の針を取りつけたアートメイク器具を使用して、針先に色素をつけながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為を業として行えば「医業に該当する」と回答した⁽²⁰⁾。

また、翌年、厚労省は改めて行政通知を出し、「針先に色素を付けながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」は医師が行うのでなければ保健衛生上危害の生ずるおそれのある行為であり、医師免許を有しない者が業として行えば医師法17条に違反する旨明示した⁽²¹⁾。

なお、これらはアートメイクを念頭に置いた行政通知であって、当時の厚生省ないし厚労省が入れ墨もこれに当てはまると考えていたか否かは不明であるし、このような行政通知が出された背景として、アートメイクによる健康被害に関する相談が消費生活センターに殺到したことがあるという点に留意しておく必要がある。

2 レーザー脱毛⁽²²⁾の「医行為」該当性を肯定した裁判例⁽²³⁾

(1) 裁判例の概要

① 事実の概要

被告人兩名は、脱毛サロンを夫婦で経営し、従業員らと共に謀して、医師でないのに、同店内において、業として、多数の客に対し、多数回にわたり、店内に設置したレーザー脱毛機器を使用して、その手甲、膝、口、脇等の皮膚にレーザー光線を照射して体毛の毛根部を破壊する方法による脱毛を行った。

② 判決の概要

本件被告人らが行った脱毛に際しては、「レーザー照射により真皮、皮下組織等に膠原線維変性等の影響が生じうるもので、火傷等の皮膚障害が発生する危険性」がある。「レーザー脱毛の施術に当たっては、被施術者の体調、皮膚の色、毛の太さ等を考慮して照射量、照射時間等を決定し、施術後に問題が生じれば消炎剤、抗生物質等の薬剤投与が必要となるなど、医学の専門知識及び技能がなければ、保健衛生上人体に危害を及ぼすおそれがあると認められるから、医行為に該当すると解される」。

(2) 検討

本判決では、医療関連性の要否や本件行為の医療関連性の有無は問題とされず、保健衛生上の危険性の程度で医行為該当性が判断された。いわば、「施術にあたり、医学的専門知識と技

能が必要であるが故に、医師にのみ許容されているとしている」判決である⁽²⁴⁾。アートメイクと同様、疾患の治療・予防などの目的ではない行為の「医行為」該当性が認められた事例であり、やはり「医行為」の射程範囲の拡大が見受けられる。

さらに、本判決が先に述べた平成9年最高裁判決の5年後に出されたものであること、「医学の専門知識及び技能がなければ、保健衛生上人体に危害を及ぼすおそれがあると認められるから、医行為に該当する」としていることからすると、平成9年最高裁判決の定義を踏まえて判断をしたものと理解できよう。

なお、タトゥー事件高裁判決における美容整形やアートメイクに関する判示の内容からすると、脱毛も容姿を整えるものなので、美しくありたいという願望を叶え、「情緒的な劣等感や不満を解消する」という消極的な医療の目的があるとして、美容整形と同様に医療関連性が認められる可能性が十分にあるだろう⁽²⁵⁾。

V 「医行為」の意義と該当性判断枠組

以上、タトゥー事件の判決と関連する裁判例を概観・検討してきた。これを踏まえて、「医行為」の意義とその該当性判断枠組について検討したい。

1 「医行為」の意義

前述のとおり、「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」であると解するのが現在では一般的である。古くは、「医行為」該当性の要件として治療目的を必要とする判例・学説もあったが、その理解によると美容整形手術などが「医行為」に該当しないことが懸念されている。

しかしながら、「医業」という言葉から一般人が想定する所としては、やはりある程度医療関連性のある行為であって、タトゥーのように医療との関連性が非常に薄い行為も「医行為」に該当すると一般人が思い至るとは考えにくい。罪刑法定主義からの要請として明確性の原則は堅持されるべきである。判例も刑罰法規が「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうか」を基準とし、読み取れない場合は法規が「不明確のゆえに憲法31条に違反する」⁽²⁶⁾としている。

医師法17条が、医師以外の者の医業を禁止しているのは、無資格者が医業を行うことは国民の生命・健康にとって危険であるという理由によるものであることからすると、保健衛生上の危険性に着目することは妥当であるが、「保健衛生上危害を生ずるおそれ」があるか否かの判断は難しく、保健衛生上の危険性のみを医行為の要件とすると、具体的にどのような行為が医行為に該当するのかが不明確である。

なお、「医行為は複雑多岐であり、かつ医学の進歩に伴って不断に変化していくものであるから（中略）一義的にその範囲を限定することは困難な面がある。個々具体的行為が医行為にあたるや否やは、その時の医学水準、あるいは国民の生活様式の推移や衛生思想の普及をも考慮して判断する必要がある」⁽²⁷⁾との指摘がある。そう考えると、なおさら何をもって「保健衛生上の危害を生ずるおそれ」があるとするのか、一般人が判断するのは困難となろう。

よって、一般人にとって明確な「医行為」の定義と「医行為」該当性の判断基準を模索していく必要があろう。その際、「医行為」という言葉の解釈は、一般人に想定可能な範囲内のものでなければならない。「医行為」という言葉からすると、通常の判断能力を有する一般人は、医者が行うこと、医療と関係のあること、といったところを想定するであろう。また、タトゥー事件控訴審判決や最高裁判決で述べられているように、医師法の趣旨・構造からすると、医師法は医師の職分に属する行為を医師に独占させる法律である。そうすると、そもそも医師の職分に属さない、医師が行うべき行為でないものは、医師法の規制対象にはならないはずである。

以上のことからすると、およそ医療と関係のない行為が「医行為」であると一般人が考えることは想定しがたく、一般人に理解可能な意味として、「医行為」は「医師が担当することが期待される行為」である必要がある⁽²⁸⁾。

よって、「医行為」とは、タトゥー事件の控訴審判決・最高裁判決で述べられているとおり、「医療及び保健指導に属する行為のうち、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」と解すべきである。

2 「医行為」該当性の判断枠組

前述のとおり、最高裁判決で示された「当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断する」のが方向性として妥当であると思われる。社会通念によって判断すると、不明確さを完全に避けることはできないが、一般人の予測可能性を担保するためには、やむを得ないであろう。一方で、不明確さが残る以上、できる限りそれを払拭する努力は必要である。

上述の通り、「医行為」は、「医師が担当することが期待される行為」であるはずである。そうすると、医療関連性の判断においても保健衛生上の危険性の判断においてもこの点はメルクマールとして重要であろう。

医療関連性の判断は、基本的に最高裁判決で示されたような点に着目して判断するのが妥当であるが、こうしたポイントを総合的に判断することが必要であろう。もし、例えば目的に重点を置いて判断するとしたら、身体装飾目的で治療目的がない行為はおよそ医療にはあたらないと解するのが自然である。高裁判決のような考え方で美容整形やアートメイクには消極的な医療目的を認めつつ、タトゥーには認めないというのは恣意的であると思われる。一方で、高

裁判決でも述べられているとおり、美容整形は治療を目的とするものではないが、従来医の領域で行われてきたもので、美容外科が医療法上の診療標榜科名として認められていることからすると、医療関連性があるのは明らかである。こうした点や、目的を重視すると行為者の主観面を重視することとなって、客観的で公平な処罰ができるのか疑問がある点からすると、目的を過度に重視するのは妥当ではない。また、そもそも、目的そのものが捉え方によって、医療関連性があるとも判断できるし、ないとも判断できるような場合も想定されうる。臓器移植のドナーからの臓器摘出行為を医行為に取り込むために、医行為の定義として疾病治療の目的は不要であるとする意見があることに言及しつつ、「移植医療は全体としてみれば治療目的がある以上、この理由付けは決め手とはならない」とする論者もいる⁽²⁹⁾。このように、目的をどのように捉えるかが難しい例もあり、目的を重視するのは妥当でない。最高裁が挙げたポイントのうち、特定のポイントを重視すると、このような問題が生じるため、総合的な判断が必要である。

医療関連性の有無については、最高裁判決で挙げられたようなポイントを総合的に踏まえたうえで、医師が行うことが期待される行為であるか否かをメルクマールとして判断すべきであろう。このように判断すると、公衆衛生上の危険性が発生しうる行為であっても、そもそも医師が行うことが期待されていない、適切でない行為については、医療関連性は認められない。これは、理・美容業において想定される公衆衛生上の危険性は医行為より限りなく低いので、公衆衛生上の危害の防止という点のみで言うと医師が理・美容業を行っても良いことになろうが、日本の現行法制度ではそれは禁止されている点などに鑑みると、適切であろう。理容師・美容師の職に従事するには、美容文化等に関する理解が必要であって、養成施設のカリキュラムや資格試験の科目では、皮膚科学等の保健関係科目や消毒等の衛生管理関係科目に加えて、ヘアスタイルやファッションなどについて学ぶ美容文化関係科目が必修とされている。すなわち、医師の資格があつて衛生管理がきちんとできれば理美容業ができるかというところではない。このようにそもそも医師の職分に属さないことが前提とされているものもあるので、そうしたものを取り込まないためにも医療関連性の要件が必要であるし、その判断に際してそもそも医師が行うことが期待されているか、適切であるかという視点が必要である⁽³⁰⁾。

保健衛生上の危険性の有無についても、医師が行うべきであるか否かという視点で判断すべきである⁽³¹⁾。「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」という文言の素直な解釈や、医師法17条が医行為を医師に独占させる規定であることからすると、ここでいう「医行為」の危険性は、医師以外の者には避けられない、医師免許を取得できるほどの専門性がなければ避けられない危険性を意味するはずである。また、従来は医師にしか認められなかった行為でも、看護師等の医療関係職や介護職が行うことが認められるようになったものが現にあるという事実もある。そうすると、医師以外の者にも避けられる程度の危険性しか想定されない行為であれば、医師に独占させる必要性はないのであって、保健衛生上の危険

性の判断に際しても、その危険性の程度からして医師が対応すべきものかという視点が必要であろう。

3 タトゥー施術行為の「医行為」該当性

以上の点を踏まえて、タトゥー施術行為の「医行為」該当性について検討すると、まず、医療関連性については、タトゥー事件控訴審判決で挙げられている点からして、社会通念上、医師が行うことが期待されている行為とは言い難い。また、保健衛生上の危険性については、同判決が指摘するとおり、タトゥーに特化した資格制度の創設などによって回避できるものであり、医師が対応すべきほどの危険性はないだろう。

VI おわりに

以上で見たように、「医行為」の要件としては、医療関連性と保健衛生上の危険性の双方が必要であり、これらの有無を判断する際には、医師が対応すべきものか否かがメルクマールとされるべきである。そうすると、タトゥー施術行為は、「医行為」であるとは到底言い難い。

なお、控訴審判決と最高裁決定では、タトゥーの文化的・社会的意味合いが認められている。とりわけ、最高裁決定の中で、草野耕一裁判官が補足意見として大要以下のように述べているのは注目に値する。

「タトゥーを身体に施すことは古来我が国の習俗として行われてきたこと」であり、また、「タトゥーに美術的価値や一定の信条ないし情念を象徴する意義を認める者もおり、さらに、昨今では、海外のスポーツ選手等の中にタトゥーを好む者がいることなどに触発されて新たにタトゥーの施術を求める者も少なくない」。このような状況からすると、「タトゥーの施術に対する需要そのものを否定すべき理由はない」。

タトゥー施術行為の医行為該当性を認める解釈は、「タトゥー施術行為に対する需要が満たされることのない社会を強制的に作出しもって国民が享受し得る福利の最大化を妨げるものであるといわざるを得ない」。

確かに、日本においては、タトゥー（入れ墨）＝反社会的勢力に属する者がするものといったような風潮がなおあり、タトゥーに嫌悪感を抱く者も一定程度いる。公共の場ではそうした人へ配慮するようなマナーは必要であるが、一方で、タトゥーを愛好している者も少数派だとしても日本に居るのは事実である。タトゥーは社会的にイメージが悪いものだから摘発されて良い、一部の人々の福利・価値観を否定して良い、そのような社会になりかねないと思われる事態が現に生じてしまったのである。

法は、私たちの行動を制約する性質の強いルールであるが、その究極的な目的は、誰もが幸福に生きることのできる社会を実現することにある。法の名の下に一部の人々の福利を不合理

に否定してはいけない⁽³²⁾。まして、タトゥーに嫌悪感を抱く者が一定程度いるから社会的相当性がなく、摘発されても構わない、タトゥー施術に医師免許が必要な社会、すなわち実質的にはタトゥーを施術できる者が居ない社会になっても構わないというのは論外である。二度とこのような事態が起こらないことを願ってやまない。

〔注〕

- (1) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法〔第八巻〕』（1990年・立花書房）56頁〔河村博執筆〕。
- (2) この定義を最初にオーソライズした判例は、最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁であると言われている（小西知世「医行為論序論」いほうの会編『医と法の邂逅第2集』（2015年・尚学社）65頁）。
- (3) 河村・前掲注（1）56頁、平成13年11月8日医政医発第105号厚生労働省医政局医事課長通知「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取扱いについて」。なお、後の行政解釈では、「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」という言い回しの定義もなされている（平成17年7月26日医政医発第0726005号厚生労働省医政局長通知「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」）。
- (4) 天野良「医行為概念の再検討」東大ロー8号（2013年）12頁、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討 福田平・大塚仁博士古稀祝賀（上）』（1993年・有斐閣）454頁、安富潔「医師法第17条について」産法49巻4号（2016年）237頁、山内憲「刑法における医療行為の意義」名城論25集（1998年）156頁。
- (5) 小西・前掲注（2）71頁、高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」論叢164巻1～5号（2009年）371頁。
- (6) なお、「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」という定義づけについて、「将来、この表現だけがそれをうみ出した具体的事情をはなれて独り歩きする」との指摘が以前からあった（唄幸一『医事法学への歩み』（1970年・岩波書店）264頁以下）。
- (7) 大阪地判平成29年9月27日判時2384号129頁、判タ1451号247頁。同判決の評釈等として、新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」広法42巻3号（2019年）21頁以下、小谷昌子「判批」医事法33号（2018年）239頁以下、小山剛「職業と資格——彫師に医師免許は必要か」判時2360号（2018年）141頁以下、佐々木雅寿「判批」法教449号（2018年）121頁、城下裕二「判批」速判解22号（2018年）175頁以下、曾我部真裕「医師法17条による医業独占規制と憲法」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（2018年・成文堂）749頁以下、高田倫子「判批」速判解23号（2018年）19頁以下、辰井聡子「医行為概念の検討」立教97号（2018年）253頁以下、濱口晶子「判批」法セ763号（2018年）120頁、拙稿「タトゥーを彫る行為の『医行為』該当性」鳥羽商船高専紀要40号（2018年）9頁以下などがある。
- (8) 大阪高判平成30年11月14日裁判所HP。同判決の評釈等として、浅田和茂「判批」速判解26号（2020年）183頁以下、天田悠「判批」刑ジャ60号（2019年）176頁以下、新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題（続）」広法43巻4号（2020年）77頁以下、稲谷龍彦「道徳的問題への刑事法的介入」法セ785号（2020年）102頁以下、榎透「判批」速判解24号（2019年）37頁以下、尾形健「判批」重判解令和元年度（ジュリ臨増1544号）（2020年）22頁以下、小野晃正「非医師による身体装飾目的の侵襲と無免許医業罪——大阪高判平成30年11月14日判時2399号88頁を素材に——」撰南56号（2019年）1頁以下、加藤摩耶「判批」医事法研究2号（2020年）227頁以下、笹田栄司「判批」法教462号（2019年）152頁、佐藤雄一郎「判批」刑弁99号（2019年）93頁以下、城水信成「タトゥー施術は『医行為』ではない」刑弁99号（2019年）81頁以下、神馬幸一「判批」

重判解令和元年度(ジュリ臨増1544号)(2020年)154頁以下,曾我部真裕「判批」判時2415号(2019年)132頁以下,高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学11号(2019年)135頁以下,堀口悟郎「判批」法セ771号(2019年)128頁,前田雅英「判批」捜研825号(2019年)16頁以下,松宮孝明「判批」刑弁99号(2019年)87頁以下,拙稿「判批」医事法35号(2020年)180頁以下,武藤眞朗「医師にのみ許容される行為」洋法63巻3号(2020年)145頁以下,山崎皓介「判批」北法70巻6号(2020年)175頁以下などがある。

- (9) 天田・前掲注(8)182頁。小谷・前掲注(7)も「医療に関連しているか否かや医療目的か否かの境界は,なにより『医療』とは何なのかが必ずしも明確でない以上,自明ではない」という。また,神馬・前掲注(8)155頁でも,医療というものの不明確さが指摘されている。
- (10) 天田・前掲注(8)182頁,松宮・前掲注(8)91頁。また,小野・前掲注(8)12頁は,「刺青の施術は治療ではない」が,「容姿を美しくする美容整形の手段にはかならない」として,医療関連性を肯定する。
- (11) この点について,タトゥー施術行為の「医行為」該当性を否定した判断の背後に,医療関連性のみではなく,タトゥー施術に伴う危険は「医師免許という厳格な資格制限による医師法の規制を及ぼす」必要のあるものではないという判断が潜んでいるという理解も示されている(松宮・前掲注(8)92頁)。
- (12) 最決令和2年9月16日裁判所HP。同判決の解説として,新井誠「タトゥー施術に関する医師法違反事件最高裁決定～最高裁令和2年9月16日決定～」WLJ判例コラム214号(2020年)(<https://www.westlawjapan.com/column-law/2020/201009/>(最終閲覧日2020年11月3日))がある。
- (13) 佐伯仁志「樋口論文に対する若干のコメント」樋口範雄ほか編『生命倫理と法Ⅱ』(2007年・弘文堂)17頁は,「ある行為が医行為かどうかを,行為の状況から切り離して判断することはできない」と述べている。辰井・前掲注(7)257頁も同旨。
- (14) なお,「医行為」概念に関する判例の変遷については,小西・前掲注(2)49頁以下,辰井・前掲注(7)283頁以下など参照。
- (15) 城下・前掲注(7)177頁,武藤・前掲注(8)163頁も,大審院時代以来,医療関連性は当然の前提とされてきたことを指摘したうえで,医療関連性の存否を判断しなかったからといって,積極的にこの要件を取り外したものと理解することはできない旨指摘する。
- (16) 松宮・前掲注(8)89頁。
- (17) なお,東京地裁平成9年9月17日判タ983号286頁は,植毛治療の「医行為」該当性に関わる裁判例であるが,同判決は,「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」をいうと解したうえで,本件では,植毛治療の前に血圧測定,採血,麻酔薬の適否テスト,問診を実施し,植毛治療の後に痛み止めや化膿止めを投薬していたことから,こうした前後の行為も含む一連の行為が全体として医行為にあたると判示した。前後の行為が「医行為」に該当することは明白なので,植毛行為単独での「医行為」該当性について判断する必要がなかった事案であるため,植毛行為単独での「医行為」該当性は明らかにされていない。
- (18) 東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁。
- (19) なお,加藤・前掲注(8)は,この判決では,「針で色素を注入する危険性は,タトゥーであってもアートメイクであっても変わらない」ことを前提に,アートメイクの処罰の妥当性は「宣伝・料金の割に目的とする結果がほとんど得られないという,寧ろ詐欺罪が問題となるような目的と行為態様の悪質性に依拠して判断されていた」と述べたうえで,「この判決の考え方からすると,本件タトゥー施術は,衛生面にも十分配慮し問題なく行われていたことから,処罰の妥当性を説明しづらいようにも思われる」と指摘している。
- (20) 平成12年6月9日医事第59号厚生省健康政策局医事課長通知「医師法上の疑義について(回答)」。

- (21) 平成13年11月8日医政医発第105号厚生労働省医政局医事課長通知「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取扱いについて」。
- (22) なお、レーザー脱毛については、行政解釈で「医行為」に該当するものと理解されている（平成13年11月8日医政医発第105号厚生労働省医政局医事課長通知「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取扱いについて」）。
- (23) 東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁。
- (24) 武藤・前掲注(8)154頁。
- (25) 前掲注(17)で言及した植毛についても同様であろう。
- (26) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。
- (27) 門広繁幸「患者に対する聴診・触診・指圧と医療行為」医事百選（1976年）141頁。
- (28) 高山・前掲注(8)140頁。
- (29) 平沼直人『医師法——逐条解説と判例・通達——』（2019年・民事法研究会）101頁。
- (30) 大谷・前掲注(4)455頁。なお、高山・前掲注(5)372頁でも、「『医行為』の範囲は、『原則として医師に行わせる』ことが適切か否かを定められる必要がある」という主張がなされている。
- (31) なお、天野・前掲注(4)14頁は、「『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』という解釈の「医師が行うのでなければ」という部分をより重視し、多少のリスクは存在する行為であるが医師でない者でも通常の注意を払って行えば安全にできる行為は医行為ではないと解するべきである」と主張する。
- (32) この点、東京高裁に現在係属中の別の事件について言及しておきたい。「ラッシュ（RUSH）」と呼ばれる性的興奮を高めるために使用される物質があるが、ラッシュの主成分である亜硝酸イソブチルが薬機法2条15項にいう指定薬物であり、輸入等が禁止されている。近時、このラッシュの輸入等で摘発され、有罪判決を受ける例が多く見られるが、亜硝酸イソブチルが薬機法2条15項にいう指定薬物の定義に合致しているのか強い疑いがある。現在、ラッシュの個人輸入で摘発されたある男性が処罰の無効を訴えて裁判で争っている（詳細は、ラッシュ（RUSH）の規制を考える会サイト（<https://rushcontrol.jimdofree.com/>（最終閲覧日2020年11月3日））参照）。この男性は、千葉地裁で有罪判決（千葉地判令和2年6月18日公刊物未掲載（事件番号平成29年（わ）第1258号））を受け、控訴した。筆者は、弁護人から依頼を受け、ラッシュ規制の問題点（これについては、別の機会に詳細な論稿を公表したい。）について意見書を執筆し、東京高裁に提出した。タトゥー事件は明らかに罪刑法定主義上無理のある摘発であったが、ラッシュは規制されていることが法律の条文上明らかであるという点では大きな違いがあるが、ラッシュ規制とタトゥーの摘発とは、一部の人の価値観・福利を否定するものであるという点で根は同じであると筆者は考えており、このような不条理が社会で起こっていることを非常に遺憾に思うとともに、それを是としかねない社会になりつつあることに恐ろしさを感じている。

【付記】

校正の段階で、小山剛・新井誠編『イレズミと法』（2020年・尚学社）、河嶋春菜「業としてのタトゥー施術行為が医師法17条違反に当たらないとされた事例」新・判例解説 Watch 憲法 No.180（2020年）に接した。

（みえの ゆうたろう 公共政策学科）

2020年11月16日受理