

《論 説》

医業概念の再定位

——いわゆる「タトゥー事件」を契機として——

神 馬 幸 一

I はじめに

本稿は、タトゥー施術が医師法上の「無免許医業罪」に問われた刑事事件（以下、「タトゥー事件」と省略）を素材として、同罪の本質部分である「医業」概念の再定位を試論するものである（なお、本文中で、本稿筆者以外の論者に言及する場合、その敬称を省略している点は、予め御容赦頂きたい¹⁾）。

-
- 1) 本稿は、2021年11月21日に開催された日本医事法学会第51回大会におけるミニシンポジウム「『医行為』と刑罰による『医業』独占の意味」での本稿筆者による報告「医業概念における『医療関連性』要件の正体は何か」の内容を大幅に追加・補充するものである。当該報告の記録・要約自体は、年報医事法学37号（2022年9月頃発刊準備中）に掲載される予定である。かかる記録・要約では、紙幅の都合上、当該報告の際に使用した図表等を割愛した。しかし、本稿では、それを部分的に、修正・改変した上で組み込んでいる。また、当該シンポジウムにおける質疑応答を経て、私見が改められた部分も本稿では反映されている。そもそも、この「タトゥー事件」に関して、本稿筆者が興味を抱いた契機は、安部哲夫先生が主催されてきた「獨協刑事法研究会」にある。本稿筆者は、2018年7月4日に開催された第2回獨協刑事法研究会で、同事件第一審を論評した。また、安部先生が編著者を務めた守山正＝安部哲夫『ビギナーズ犯罪法』成文堂（2020）において、本稿筆者が共著者として「医療に関する犯罪」（409頁以下）という拙稿を寄せた際にも、同事件控訴審に触れる機会が与えられた（なお、本稿筆者による同事件控訴審の評釈は、後掲注〔10〕にもある）。今や、最高裁判所による最終的な判断が示されたという段階に至り、本稿筆者としては、この獨協法学「安部哲夫先生退職記念号」において、相変わらず稚拙ながらも、その総括を試みることで、安部先生より受けた学恩の幾ばくかでも、

医師法第17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定しており、これに違反した者は、同法第31条により刑罰が科される。ここでいう「医業」とは、判例及び学説上、一般的には「医行為を業とすること」として説明されてきた経緯があり、かかる「医行為」の定義を巡っては、従前から、様々な議論が行われている²⁾。

しかし、そもそも、「医行為」という用語自体は、どの法令においても、文言として採用されていない³⁾。それは、講学上の概念にすぎない⁴⁾。すなわち、

お返しできれば幸甚である。

- 2) 特に、タトゥー事件に関連した議論の経緯に関しては、辰井聡子「医行為概念の検討 — タトゥーを彫る行為は医行為か —」立教法学97号(2018)285(横14)頁以下が詳細なものであり、多くの論考でも参照されている。また、タトゥー事件以前においては、様々な医療専門職における多職種連携という観点から、「医行為」概念が論じられてきた。この点に関しては、日本医事法学会第33回大会におけるシンポジウム「いま、医行為を問い直す」に関する年報医事法学19号(2004)41頁以下に掲載されている各種の記録原稿、天野良「医行為概念の再検討」東京大学法科大学院ローレビュー8号(2013)3頁以下、小西知世「医行為論序論 — これからの検討の礎石として」いほうの会〔編〕『医と法の邂逅〔第2集〕』尚学社(2015)5頁以下、高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」法学論叢164巻1=6号(2009)362頁以下、中山茂樹「医行為規制と安全 — 憲法学の視点から —」産大法学44巻1号(2010)120頁以下が有意義である。
- 3) 少なくとも、電子政府の総合窓口である「e-Gov」の法令検索サイト(<https://elaws.e-gov.go.jp>)によれば、「医行為」という用語自体は、登録法令上、1件も採用されていない。平沼直人『医師法(第2版) — 逐条解説と判例・通達 —』民事法研究会(2021)2頁においても、同様の指摘があり、平沼によれば、この特徴は、医療の進歩性やプロフェッションとしての医師の独立に求められると評されている。
- 4) この法令用語としての「医業」に関して、講学上、「業」概念と「医行為」概念に分けて考察されるように至った経緯は、現在のところ、本稿筆者の調査からは詳らかにできていない。ただし、いわゆる「旧刑法(明治13〔1880〕年)」第256条「私ニ醫業ヲ爲ス罪(私為医業罪)」時代から、そのような分析的考察が慣例的に行われていたことは確認できている。例えば、同罪に関する大判明治39年11月9日刑録12輯24巻1219頁においては、「私為医業ノ犯罪ハ患者ノ診察投薬施術並ニ薬価ノ徴収等ヲ以テ業ト為スニ因リ成立スル」として、医業概念を「医術ないし医行為」と「業」

法令用語上は、むしろ、「医業」というかたちで表現される方が通例である⁵⁾。

とに構造的に分解し、各々に検討を加えていこうとする姿勢が垣間見える。同旨の見解として、小西・前掲注(2)49頁以下参照。ちなみに、「医制(明治7〔1874〕年)」第40条は、「開業免状ヲ所持セスシテ病客ニ處方書ヲ與ヘ手術ヲ施ス者ハ科ノ輕重ニ應シテ其處分アルヘシ」と定めてあるだけで、「医業」という用語は使われていない(更には言えば、その部分の草稿とされる相良知安起草の「醫制畧則〔相良家資料、相九三九、佐賀県立図書館所蔵〕」第39章も同様である)。また、当該条文では、違反者に対する処分の具体的内容は明示されていない。これに対して、当該条文における構想を継承したものと考えられる上記の旧刑法第256条は、「官許ヲ得スシテ醫業ヲ爲シタル者ハ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス」と定めており、ここに「醫業(医業)」という法令用語が登場してくる。同条を巡る議論状況に関しては、小西・前掲注(2)35頁以下が詳しい。この小西・前掲注(2) 公刊後に見出された旧刑法関連の新資料(特に、いわゆる「貴族院旧蔵本」)も加味して、私為医業罪の制定過程を確認してみると、司法省による草案作成段階では、最終的に、第289条として「官許ヲ得スシテ平常醫術ヲ行ヒタル者ハ其謝料ヲ受(ク)ルト否トヲ分タス十一日以上二月以下ノ輕禁錮ニ處シ又ハ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處ス」と起案されていた(この審議過程を記録した「日本刑法草案会議筆記」に関しては、西原春夫=吉井蒼生夫=藤田正=新倉修(編)『旧刑法〔明治13年〕(3)-II』信山社〔1997〕392頁以下参照)。しかし、次の太政官刑法草案審査局による草案審査段階では、「官許ヲ得スシテ平常醫業ヲ爲シタル者ハ十一日以上二月以下ノ輕禁錮ニ處シ又ハ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處ス」と修正され(この途中段階の「刑法審査修正案」〔貴族院旧蔵本：刑法草案審査局一回刑法草案稿本〕における該当箇所は、西原春夫=吉井蒼生夫=藤田正=新倉修(編)『旧刑法〔明治13年〕(4)-I』信山社〔2016〕190頁参照)、最終的に、それは、第256条の成案というかたちで起草されている(この該当箇所は、西原春夫=吉井蒼生夫=藤田正=新倉修(編)『旧刑法〔明治13年〕(4)-II』信山社〔2016〕261頁参照)。更に、元老院における審査修正案審議段階で、刑罰部分に修正が加えられ、上記のような文言で確定された(この該当箇所は、西原ほか・前掲『旧刑法〔明治13年〕(4)-II』408頁参照)。

- 5) 少なくとも、電子政府の総合窓口である「e-Gov」の法令検索サイト(<https://elaws.e-gov.go.jp>)によれば、「医業」という用語は、医療分野を中心として、48件の法令において採用されている。しかし、どの法令においても、当該概念に関する定義規定は見出せない。

そこで、本稿では、従前からの「医行為」という一般的行為規制概念に関する議論（医行為論）を推し進めるといふよりかは、むしろ、「医業」という業務規制概念に着目した検討（医業論）を試みることで、私見の独自性を示したい⁶⁾。そのような試論を展開する上で、タトゥー事件は、刑事法的な業務規制の在り方という問題提起も含有しており、恰好の素材になるものと本稿筆者自身は考えている。

ただし、このような業務規制の在り方は、「職業選択の自由（憲法第22条第1項）」にも関わる憲法学的な争点を含んでおり、実際、多くの憲法学者がタトゥー事件に関して論評を加えている⁷⁾。本稿筆者の専攻及び能力的な問題から、そのような憲法学的検討は控えることにして、ここでは、専ら刑事法学的考察に留める。

II タトゥー事件の経緯

先ずは、タトゥー事件の第一審判決（有罪）から、控訴審判決（無罪）を経て、上告審決定（無罪）に至るまでの経緯を分析しながら、そこで、どのような論理により、「医行為」概念が解釈されてきたのかを確認する。

1. 事実の概要

被告人は、いわゆる「彫り師⁸⁾」である。同人は、大阪府吹田市内で、タトゥー

-
- 6) ただし、全く新規の着想というわけではなく、むしろ、後掲注(10)にある佐藤、高山及び松宮によるタトゥー事件控訴審評釈に依拠するところが大きい。また、医行為論を医業論に解消する見解への批判として、小西・前掲注(2)33頁参照。しかし、そのような批判的姿勢の小西による論考と本稿筆者の私見は、種々の表現的差異は見出されるものの、そこで描出された結論において、同様の方向性を示しているようにも思われる。
- 7) 憲法学者による本件評釈は、後掲注(9)～(11)において、多数、見出せる。また、小山剛＝新井誠（編）『イレズミと法』尚学社（2020）においても、タトゥー事件の裁判過程で意見書を提出した憲法学者による論考が参照できる。
- 8) そもそも「彫り師」に職業性が認められるかに関しては、小山剛「職業と資格」小

ショップを経営しており、平成26(2014)年7月頃から、平成27(2015)年3月頃までの間、4回にわたり、3名の客に対し、針が取り付けられた施術用具を用いて、その皮膚に色素を注入し、タトゥーを彫った(以下、本件行為)。そのような施術が医師法第17条の「医業」の一内容である「医行為」に該当し、医師資格を有していない被告人は、同条違反の罰則(無免許医業罪：同法第31条第1項第1号)により、罰金30万円の略式命令を受けた。これを不服として、被告人は、正式裁判を求めた。

2. 第一審(大阪地方裁判所平成29年9月27日判決)⁹⁾

第一審は、以下のように判示した上で、被告人に対し、医師法における無資格医業罪を理由として、罰金15万円の有罪判決を言い渡した。

(1) 規範定立部分

先ず、医行為の意義に関しては、次のように述べている。すなわち、「医師

山＝新井・前掲注(7)149頁以下参照。そこでは、一般論として、国家による資格付与等は一定の目安とはなりうるものの、職業自体は、国家が最終的に定義するものではないと述べられている。

- 9) 刑集74巻6号629頁、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 — 大阪地裁平成29年9月27日判決を契機として —」廣島法學42巻3号(2019)21頁以下、小谷昌子「判批」年報医事法学33号(2018)239頁以下、小山剛「職業と資格 — 彫師に医師免許は必要か」毛利透＝木下智史＝小山剛＝棟居快行『憲法訴訟の實踐と理論』判例時報社(2019)249頁以下(初出は、判例時報2360号〔2018〕141頁以下)、佐々木雅寿「判批」法学教室449号(2018)121頁、城下裕二「判批」速報判例解説23号(2018)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 — タトゥー彫師訴追事件に即した検討」毛利透＝須賀博志＝中山茂樹＝片桐直人(編)『比較憲法学の現状と展望：初宿正典先生古稀祝賀』成文堂(2018)749頁以下、高田倫子「判批」速報判例解説23号(2018)19頁以下、辰井・前掲注(2)285(横14)頁以下、濱口晶子「判批」法学セミナー763号(2018)120頁、三重野雄太郎「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)9頁以下参照。

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」という規範を定立している。

これに対して、弁護人は、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が「医行為」であると主張していた。この点に関しても、「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」と述べている。

更に、「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」と弁護人が主張した点に対しても、「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」と述べた。

以上から、医行為該当性の要件として、医療関連性を必要とする弁護人の主張は、採用されなかった。

(2) 当てはめ部分

このような規範定立を前提として、本件行為は、「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、定着させるといいうわゆる入れ墨である」とし、「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」とした。更に、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」等の適切な判断又は対応を行う必要があるため、「医学的知識及び技能が必要不可欠である」と述べている。

これに対して、弁護人が「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」と主張した点に関しては、「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、そのような主張は採用できないとした。更に、弁護人が「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つた」と主張した点に対しても、「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、これも上記の判断を左右しないものと述べた。

以上から、「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」と判示された。

3. 控訴審（大阪高等裁判所平成30年11月14日判決）¹⁰⁾

以上の第一審に対して、控訴審は、以下のように判示した上で、本件行為の

10) 刑集74巻6号637頁、高刑集71巻3号1頁、判時2399号88頁。同判決の評釈として、

「医行為」該当性を否定して、被告人に無罪判決を言い渡した。

(1) 規範定立部分

先ず、医師法第17条が想定する医行為に関しては、「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」という要件のみならず、「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」をも要件とするという規範が控訴審により定立されている。

その理由は、次の通りである。すなわち、「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

浅田和茂「判批」速報判例解説26号（2020）183頁以下、天田悠「判批」刑事法ジャーナル60号（2019）176頁以下、新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題（続）—大阪高裁平成30年11月14日判決を契機として」広島法学43巻4号（2020）77頁以下、稲葉一人「判批」ナーシングビジネス13巻3号（2019）248頁以下、榎透「判批」速報判例解説24号（2019）37頁以下、尾形健「判批」『令和元年度重要判例解説』有斐閣（2020）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—」撰南法学56号（2019）1頁以下、加藤摩耶「判批」医事法研究2号（2020）227頁以下、笹田栄司「判批」法学教室462号（2019）152頁、佐藤雄一郎「判批」季刊刑事弁護99号（2019）93頁以下、拙稿「判批」『令和元年度重要判例解説』有斐閣（2020）154頁以下、曾我部真裕「判批」判例時報2415号（2019）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）135頁以下、堀口悟郎「判批」法学セミナー64巻4号（2019）128頁、前田雅英「判批」捜査研究68巻8号（2019）16頁以下、松宮孝明「判批」季刊刑事弁護99号（2019）87頁以下、三重野雄太郎「判批」年報医事法学35号（2020）180頁以下、武藤真朗「医師にのみ許容される行為—タトゥー施術事件控訴審判決を契機として—」東洋法学63巻3号（2020）145頁以下、山崎皓介「判批」北海道大学法学論集70巻6号（2020）175頁以下参照。

る』と規定」しており、そのような「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、「この目的を達成するため、医師法は、臨床上に必要な医学及び公衆衛生に関して、医師として具有すべき知識及び技能について医師国家試験を行い、免許制度等を設けて、医師に高度の医学的知識及び技能を要求するとともに、医師以外の無資格者による医業を禁止している。医師の免許制度等及び医業独占は、いずれも、上記の目的に副うよう、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というべきである」と述べた。

以上のような医師法の構造に照らすと、医師法第17条における医業独占の趣旨は、「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」であり、同条は、「生命・健康に対して一定程度以上の危険性のある行為について、高度な専門的知識・技能を有する者に委ねることを担保し、医療及び保健指導に伴う生命・健康に対する危険を防止することを目的」としている。したがって、「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、医療及び保健指導と関連性を有しない行為は、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」と判示している。

(2) 当てはめ部分

以上を本件行為に当てはめるならば、そこにおいて「保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることは否定できず、これに応じて、本件行為の施術者には、施術によって生じるおそれがある感染症やアレルギー反応等、血液や体液の管理、衛生管理等を中心とする一定の医学的知識及び技能が必要とされること」は、確かに肯定される一方で、本件行為は、「その歴史や現代社会における位置づけに照らすと、装飾のないし象徴的な要素や美術的な意義があり、また、社会的な風俗という実態があって、それが医療を目的とする行為ではないこと、

そして、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こと」は、明らかであるとして、その医療関連性が否定された。

以上から、本件行為は、医師法第17条により医師以外の者に禁止されている医業に該当するものではなく、これに同法第17条を適用することは、解釈上の誤りがあると判断された。

(3) 美容整形外科手術等に関する補論

また、控訴審判決においては、美容整形外科手術等と医行為の関係性に関しても言及されており、注目に値する。この点に関して、第一審判決では、前述の通り、医療関連性の要件を医行為の定義に含むならば、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くなると説示されていた。

これに対して、控訴審判決は、美容整形外科手術等が「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」とし、また、そのような施術は、「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」ことを指摘した上で、「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」、「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」と述べた。

以上より、「美容整形外科手術等は、従来の学説がいう広義の医行為、すなわち、『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、その上で、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」として、「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」と説示した。

更に、この説示内容に関連して、従前、「入れ墨と同様に人の皮膚に針を用いて色素を注入する行為態様であるアートメイクの事案は、これまで多数件が医師法違反として問題なく処罰されているが、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り、このことは既に確立された法解釈といえ、原判決の法解釈・処理と整合するものである」という検察官の主張に対しても、控訴審判決は、「アートメイクの概念は、必ずしも一様ではないが、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ものと考えられ、アートメイクは、美容整形の範疇としての医行為という判断が可能であるというべき」として、医療関連性が全く認められない本件行為とアートメイクを同一に論じることはできないと述べている。

4. 上告審（最高裁判所令和2年9月16日決定）¹¹⁾

以上の控訴審に対する検察官側の上告を退けて、最高裁判所は、以下のよう

11) 刑集74巻6号581頁。本件評釈として、新井誠「判批」WJL判例コラム臨時号214号(2020)1頁以下、池田知史「判批」ジュリスト1561号97頁以下、和泉澤千恵「判批」年報医事法学36号(2021)175頁以下、大野正博「医行為概念(1) — タトゥー施術事件最高裁決定を素材に —」朝日法学論集53号(2021)193頁以下、甲斐克則「判批」『令和2年度重要判例解説』(2021)130頁以下、河嶋春菜「判批」速報判例解説28号(2021)31頁以下、小谷昌子「判批」民事判例22号(2021)122頁以下、島田美小妃「判批」(2021)法学新報128巻3=4号343頁以下、常森裕介「判批」早稲田法学97巻1号(2021)79頁以下、三重野雄太郎「『医行為』の意義と該当性判断枠組」佛教大学社会学部論集72号(2021)81頁以下、山中純子「タトゥー彫り師に対する医師法裁判最高裁決定に関する一考察」東海法学60号(2021)49頁以下参照(また、本稿脱稿後に、武藤眞朗「判批」医事法研究4号〔2022〕125頁以下に触れた)。

に判示した上で、控訴審の判断を支持し、被告人の無罪が確定した。

なお、本決定には、草野耕一裁判官による補足意見が付されている。そこでは、タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険を防止するための合理的な法規制が必要であるならば、それは、新規の立法により対処されるべきということが付言されている。

(1) 規範定立部分

先ず、医行為の意義に関しては、次のように述べている。すなわち、「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具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）」として、「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」と述べた。その上で、「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」という控訴審で示された内容と同様の規範が定立されている。

更に、「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」として、「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」という医行為該当性の判断枠組が示されている。

(2) 当てはめ部分

このような規範定立及び判断枠組を前提とすれば、「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」として、「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」と判示した。

以上から、本件行為は、終局的な司法判断として、医師法第17条で医師以外の者に禁止される医業に該当するものではないということが示された。

Ⅲ 問題提起

上記の経緯を確認すると、このタトゥー事件とは、「行政解釈による医師法の運用上、『保健衛生的危害性』という観点から拡大化傾向¹²⁾にあった無免許医業罪の適用範囲に関して、『医療関連性』という一定の限界を見極めたもの」といえる。その意味では画期的な内容を有するものであろう。

ただし、その帰結として、医療関連性の有無という観点から、保健衛生的危害性が認められる領域も二分化し、そこにおいて法的規制の濃淡が生じるに至った(図表1)。

12) この点に関しては、小西・前掲注(2)45頁以下、辰井・前掲注(2)269(横30)頁以下が詳しい。

「医行為とは、①医療及び保健指導に属する行為のうち、②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」

①医療関連性

②保健衛生的危害性
医業独占

タトゥー施術

「保健衛生的危害性」が二分化 ⇒ 法的規制の乏しい領域が発生

図表1：保健衛生的危害性の二分化¹³⁾

そこで、以下では、このタトゥー事件上告審決定で採用された（又は控訴審判決から採用されるに至った）医療関連性要件に関して、幾つかの疑問を指摘する。

1. 両要素の区別に関する疑問

まず、上告審決定文を精読すると、医療関連性と保健衛生的危害性の考慮要素に関して、実際上、それらは同じであるかのように読める部分がある。すなわち、前掲したように、当該決定文によれば、「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

13) この図表では、決定文における「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【傍線部分筆者付加】」という表現に着目し、①医療関連性を外枠として、②保健衛生的危害性が内枠になるように描いている。ただし、そのような両者の関係性は、そもそも自明なものではない。すなわち、①医療関連性は、②保健衛生的危害性に包含されるかたちで（すなわち、②保健衛生的危害性を外枠にして、①医療関連性を内枠になるかたちで）描くことも可能なはずである。しかし、そのような描き方を上告審決定が採用しなかった（あるいは、決定文で述べている両者の配置こそが自明のものであるかのように扱われている）点で、「結論先取りの解釈」と批評するものとして、河嶋・前掲注（11）34頁参照。

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【傍線部分筆者付加】¹⁴⁾と判示されている。

この抜粋部分において示されるように、何が医療関連性であって、何が保健衛生的危害性なのかに関する考慮要素は、「や」という並列助詞で結ばれており、そこに明確な区別は設定されていない。したがって、そこでは、各々、判然としない考慮要素が列挙されているだけである。このことを考慮すれば、上告審決定は、明確な基準を示したものではなく、言わば「事例判断」である¹⁵⁾。実務的にも、これらの考慮要素自体が判断枠組として使い勝手のいいものであるのかは疑問が残る。

2. 現行法との整合性に関する疑問

更に、従前、医療関連性が乏しい（あるいは認められない）にもかかわらず、医師法上の「医業」に当たるとされてきた現行法領域との整合性の問題が未解決のままである。例えば、その典型的な法令として、「安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律（いわゆる血液法）」第31条¹⁶⁾が挙げられる。それによれば、「業として人体から採血することは、医療及び歯科医療以外の目的で行われる場合であつても、医師法（昭和23年法律第201号）第17条に規定する医業に該当するもの【傍線部分筆者付加】と規定されている。かかる法令は、医行為に関して、医療関連性を不要とし、保健衛生的危害性要件により一元的

14) 刑集74巻6号584頁参照。

15) 同旨の意見として、池田・前掲注（11）100頁も、「事例判断」と位置付けている。

16) これは、前身である旧「採血及び供血あつせん業取締法」（昭和31年法律第160号）の第14条に相当する。同法は、医療（治療行為、輸血、医学的検査）、学術研究、血液製剤・医薬品等の原料とする目的以外の採血を禁止し、血液製剤の原料とする目的で業として採血する行為を許可制とすることにより、血液製剤の安全性の向上等のために必要な措置を講じ、人の血液の利用の適正及び献血者の保護を図るための法律である。

に把握してきた理解(=従前の通説:以下、「保健衛生的危害性一元説」とする)の文脈で引用され¹⁷⁾、また、タトゥー事件においても、検察側から提出された上告趣意書で、このような法令との整合性が疑問視されている¹⁸⁾。

しかし、上告審決定では、この点に関する判断が回避されている。したがって、この矛盾は、最終的な司法判断として医療関連性が導入された結果、より先鋭化したかたちで、残存している状況にある¹⁹⁾。各種医療関連法規の体系的な法解釈の統一性及び整合性に鑑み、このような問題は、早急に解消されるべきかと思われる。

3. 現行行政解釈との整合性に関する疑問

平成12(2000)年において、旧厚生省は、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が取り付けられたアートメイク器具を使用して、針先に色素を付着させながら、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、医師法上の「医業」に該当すると回答した²⁰⁾。更に、翌年の平成13(2001)年において、厚生労働省は、再度、行政通知を出し、「針

17) 例えば、野田寛『医事法(上巻)』青林書院(1984)66頁の脚注22番。ただし、同書が保健衛生的危害性一元説を後押ししたとする見立ては、辰井・前掲注(2)274(横25)頁に依拠するものである。しかし、同271(横28)頁以下でも指摘されているように、医療関連性要件の脱落が当該要件の排除を意味しているのかは、なおも検討を要する。

18) 刑集74巻6号622頁以下参照。そこでは、当該条項に触れるのみならず、臓器移植のための健康体からの臓器摘出行為、「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律(薬機法)」における医薬品の定義において、医療関連性が求められていない点も併せて指摘されている。

19) この点の不整合に関して、辰井・前掲注(2)259(横40)頁以下は、「少なくとも立法の当時においては、医療以外の目的で行われる採血には、医行為、歯科医行為としての規制が及ばないことが前提とされていたことが分かる【傍線部分筆者付加】」と述べるに留まる。したがって、現時点での状況下で、どのように、法体系的な整合性が図られるべきかは、そこにおいて何らの見解も得られていない。

20) 医事第59号厚生省健康政策局医事課長通知(平成12年6月9日)「医師法上の疑義について(回答)」参照。

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、これも医師法第17条に違反する旨を明示した²¹⁾。これらの行政通知を巡る運用上の問題として、かかるアートメイクを巡る規制状況は、そもそもタトゥー事件の発端になったとされている²²⁾。このアートメイクとタトゥーとの間における限界又は整合性も、上告審決定は、全く触れておらず、未解決の課題として残されたままである²³⁾。

この論点の解消に関して、第一審判決及び控訴審判決の批評段階から、美容整形外科手術を医師法上の医業独占に含め、その範疇で、アートメイクに医師法の規制を及ぼすことが可能という見解は、多くの論者により言及されてきた²⁴⁾。特に、控訴審判決文においては、前掲したように、この論点に関する直接的な言及も見出せる。

しかし、純然たる美容整形外科手術・脱毛・アートメイクの医療関連性を肯

21) 医政医発第105号(平成13年11月8日)「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」参照。

22) この経緯に関しては、亀石倫子=川上博之「タトゥー掘り師医師法違反事件の弁護活動」小山=新井・前掲注(7)243頁以下参照。特に、下級審裁判例を概観すると、東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁によれば、「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」という前提から、アートメイク(色素を付着させた針で眉やアイライン等に当該色素を注入する施術)の医行為該当性が認められていた。タトゥー事件第一審判決も、このような先例による理解を踏襲している。

23) なお、ドイツの裁判例(VG München, Beschluss vom 19. 4. 2002, Az: M 16 S 02.306)では、アートメイクに資格が不要と解される根拠として、そのような行為とタトゥー施術の類似性が挙げられており、平たく言えば、我が国とは真逆の論理が展開されている。この比較法的に興味深い裁判例の紹介として、栗島智明「ドイツ一職業の自由の憲法的保障の観点から」小山=新井・前掲注(7)232頁以下参照。

24) その多くの論者により引用されている代表的主張として、辰井・前掲注(2)257(横42)頁以下参照。

定的に把握しようとする理由付けの中で、そのような解釈論が「情緒的な劣等感や不満を解消すること」を消極的な医療目的に含めてしまうことに対しては、そこでいう医療関連性要件が漠然としたものになるのではないかという批判がある²⁵⁾。

また、同じく行政解釈上の問題として、イヤリング装着行為（ないしは「ピアッシング」）も、医業に当たるとして同様に規制されている²⁶⁾。このことも、医療関連性という観点からは、従前より、その説明が困難な領域として認識されている²⁷⁾。ちなみに、当該行為自体も、一定程度の健康被害が懸念されている領域である²⁸⁾。それにもかかわらず、タトゥー施術と同様に、このような行為も、今後において「医業」の範疇から外し、一律に民間業者の参入を許可すべきかどうかは、慎重な制度設計が必要なのにも思われる²⁹⁾。

IV 批判的検討

以上のように、タトゥー事件上告審決定には、様々な疑問を示すことができる。その中でも、先頭に掲げた「両要素の区別に関する疑問」に関連して、そもそも「保健衛生的危害性とは区別されるべき医療関連性という要件の実態は

25) 同様の批判として、天田・前掲注(10)181頁、松宮・前掲注(10)91頁、小谷昌子「医事法学的観点からみたタトゥー施術」小山=新井・前掲注(7)122頁以下参照。

26) 医事第123号医務局長医事課長発兵庫県衛生部長宛（昭和47年10月3日）「医師法第17条の疑義について」参照。

27) 同趣旨の指摘として、天田・前掲注(10)182頁以下、加藤・前掲注(10)236頁以下、拙稿・前掲注(10)155頁、辰井聡子「タトゥー施術行為と医行為」刑事法ジャーナル67号(2021)8頁参照。

28) 一例を挙げると、厚生労働省告示第278号（平成28年6月30日）「肝炎対策の推進に関する基本的な指針」によれば、「ピアスの穴開け」は、タトゥー施術と併せて列挙されるかたちで、肝炎感染の危険性が指摘されている。

29) 辰井・前掲注(27)8頁によれば、「諸外国のように、医師ではない業者がより安価に安全な施術を提供する状況が一般化することが望ましい」と述べられている。しかし、この「諸外国の制度の方が安全である」という前提に関しては疑問を覚える。

何か」という論点に絞りながら、批判的に検討を続けたい。

1. 「医療関連性」要件の実態

まず、上告審決定文を再確認すると、前掲したように、「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具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)【傍線部分筆者付加】³⁰⁾」と述べられている。すなわち、「医療及び保健指導」という医療関連性要件は、「医師の職分」から導入されている。

しかし、そもそも、ここで用いられる「職分³¹⁾」という言葉自体は、素直な意味として、端的に一回性の行為を表現しているというよりかは、むしろ、業としての態様を含む概念であるようにも思われる³²⁾。すなわち、従前の通説的理解(=保健衛生的危害性一元説)に沿うならば、医行為という一回性の行為要素が論じられるべき前提の部分で、既に業という反復継続性を有する異質の要素が含まれてしまっている。このような重層的構造が従前の医行為概念における分かりにくさを生じさせているようにも考えられる。

この点に関しては、松宮孝明による控訴審判決批評の中でも、既に同様の言及が確認できる³³⁾。すなわち、医療関連性の正体は、社会において「医師の仕事³⁴⁾」として把握されていることであり、それは、医師が対応すべき危険性

30) 刑集74巻6号583頁参照。

31) 我が国における「職分」観念の成立過程に関しては、種村剛「近代以前の日本の責任 — 『職分としての責任』についての考察—」中央大学文学部紀要：社会学・社会情報学23号(2013)140頁以下参照。

32) 例えば、種村・前掲注(31)140頁以下においては、「過去から未来へ永続するものと観念された、生産・生活の単位」という家業との関係性ひいては「業(なりわい)」的性格が指摘されている。

33) 松宮・前掲注(10)90頁以下参照。

とは、別個に把握されるべき要素なのではないかとの確に指摘されている。そこにおいて、医療関連性は、危険性という量的発想ではなく、職分という質的発想により判断されるべきことも併せて提唱されている（以降、松宮自身の控訴審批評の表現に従って、「業務の棲み分け」説とする）³⁵⁾。

少なくとも、無免許医業罪は、単に反復継続意思をもって³⁶⁾保健衛生的危害

- 34) 松宮・前掲注(10)92頁参照。ただし、上告審決定の表現は、前掲したように、「医師の職分」であるので、厳密な意味自体は異なる可能性がある。また、この点に関連して、武藤・前掲注(10)179頁は、医療関連性の正体が社会において「医師の仕事」と受け止められているという指摘を「医師に対する人々の期待という意味であるならば適切である」と評価している。
- 35) ただし、松宮・前掲注(10)92頁における「業務の棲み分け」説は、医業独占の「基準」ではなく、「発想」にすぎないものとされている。このような発想自体は、同頁脚注12番によれば、H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., De Gruyter, (1969), S. 57が引用されながら、そこで、Welzelのいう「社会的相当性」に通底しているものとも考察されている。ただし、松宮自身は、松宮孝明『刑法総論講義(第5版補訂版)』成文堂(2018)102頁において、Welzelによる「社会的相当性」が「少しでも危険のある行為をすべて違法とすることはできない、と述べるのは正しい。しかしながら、危険のある行為をすべてひとまとめにし、危険の量や質、あるいは因果における寄与度の相違などを無視して『社会的に相当だ』と結論づけるのは、論理の飛躍である」という評価を下している。したがって、このようなWelzelに対する自身の評価にも沿うかたちで、松宮・前掲注(10)92頁においては、タトゥー施術の保健衛生的危害性が大きくなれば、医師による対処も必要という結論が示されている。すなわち、この論証部分では、危険性という量的発想と職業という質的発想が関連付けられている。また、小谷・前掲注(25)124頁においても、医業独占の趣旨は、保健衛生的危害性の大小に関連付けて理解されている。このような保健衛生的危害性の大小に関連付けた論証に対する本稿筆者の疑問は、後掲注(47)に関わる本文部分を参照されたい。
- 36) このような医師法上の「業」概念の通説的理解と判例上の変遷に関しては、真田秀夫「判例にあらわれた『医業』の観念について」順天堂医学雑誌7巻1号(1961)776頁以下、山中敬一『医事刑法概論I(序論・医療過誤)』成文堂(2014)81頁以下参照。ただし、これが刑法上の「業務」概念における通説的理解と異なる点に関しては、後掲注(37)を参照されたい。また、医事法上、単に反復継続の意思のみで、

性を有する一回性の行為が惹起されるだけでは足りない。それは、「医師の職分(仕事)」により裏打ちされなければならない³⁷⁾。このことが上告審決定により判示された医療関連性要件により、再認識されたように思われる。

2. 「医療関連性」要件の限界

また、タトゥー事件の経緯から明らかであるように、この医療関連性要件は、そもそも、医行為の範囲を限界付ける概念として導入された。そうであるならば、どのように、その輪郭ないし限界が描けるのかということも更に問題となる。

この点に関して、前掲上告審決定文の抜粋部分によれば、その傍線部で強調したように、医師法第1条の立法目的ないしは趣旨が大いに参照されている³⁸⁾。しかし、当該条文自体は、論理必然的に、医行為の限界付けを設定したものであるとして把握できるわけではないように思われる³⁹⁾。なぜなら、この医療関

「業」に当たるとする判例・通説的理解への批判として、高山・前掲注(2) 381頁参照。

37) この点に関連して、松宮・前掲注(10) 90頁によれば、医師法上の「業」概念には、「何らかの意味で職業性・営業性が必要」と指摘されている。一般的に、刑法上の「業務」概念は、「社会生活上の地位」という解釈論を介して「職業性・営利性」を求めている(例えば、井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』有斐閣〔2020〕43頁以下参照)。しかし、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』成文堂(2004) 71頁以下によれば、その沿革を遡ると、本来、ドイツ刑法上の「業務」概念(現在は、廃止)は、「公務(Amt)、職業(Beruf)又は営業(Gewerbe)」に限定されており、それが、これらの仕事に付随する危険活動等に拡大化していった(我が国の刑法学は、その拡大傾向を無反省に受容した)過程が明らかにされている。したがって、このような経緯も参照すれば、「業(務)」概念自体を固定化して理解する必要はなく、タトゥー事件は、従前における医師法上の「業」概念を巡る理解にも、一定の影響を与えうるものではないかと本稿筆者は考えている。

38) 辰井・前掲注(2) 262(横37)頁以下も同旨。

39) 例えば、元内閣法制局長官である真田秀夫が執筆した真田・前掲注(36) 774頁によれば、医師法第1条に医業の限界を画する機能はないものと理解されている。

連性の根拠として引用されている「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」という医師法第1条にある文言は、歯科医師法第1条や薬剤師法第1条でも同様に採用されているものであり、したがって、法令上は、医師以外の業種においても掲げられている一般的な目的だからである。そのような意味における医療関連性という要件は、医師による医業独占という領域から見れば、必要条件であっても、十分条件とはならない。すなわち、これは、要件設定として、不要なものを含みうる。その意味で、未だ不十分なものである。

また、前掲決定文の抜粋部分によれば、かかる立法目的ないしは趣旨を達成するために、「医師国家試験や免許制度等」が設けられているとして、医師法第2条、第6条、第9条等も併せて引用されている。このような試験・免許制度自体は、確かに、医師以外の業務には関わり合いが見出せない。その意味で、十分条件とはなりうる。しかし、特に、医師国家試験の内容自体は、實際上、臨床現場の医師における全ての業務を網羅しているわけではない⁴⁰⁾。したがっ

40) 医師免許制度から医業概念を画する見解に関しては、旧刑法第256条「私為医業罪」時代から批判されている。例えば、勝本勘三郎「催眠術ヲ以テ疾病ヲ治療スルコトヲ業トスルハ刑法第二百五十六條私為醫業ニ該當スヘキヤ」内外論叢第3巻第5号(1904)14頁以下参照。そもそも、このような見解は、宮崎地方裁判所明治36年10月30日判決(判例集未搭載。ただし、判決文自体は、岡田朝太郎「催眠術ヲ以テ私ニ治療ヲ施スラ業ト為スハ刑法私為醫業ノ罪カ」内外論叢第3巻第3号〔1904〕7頁以下及び国家医学会(編)『催眠術及ズグゲスチオン論集〔下〕』南江堂〔1904〕135頁以下で確認可能)において採用されたものである。当該事件は、明治36(1903)年、宮崎県で休職中の小学校教員が心理学を応用した「息救術」という療法を提唱し、新聞に患者治療の広告を掲載した上で、実際に、施術していたところ、これを宮崎郡医師会が告発し、刑事事件化したものである。このような事案は、明治後半期の「催眠術」大流行に対する警察の規制強化を社会背景にしている。当時の状況に関しては、一柳廣孝『催眠術の日本近代』(1997)64頁以下が詳しい。この事件の第一審である宮崎区裁判所明治36年10月21日判決(判例集未搭載。ただし、判決文自体は、岡田・前掲6頁以下及び国家医学会(編)・前掲131頁以下で確認可能)は、「医師ニ限り為スコトヲ得ヘキ医療方法ヲ列記セル法規ノ存セサル所以ノモノハ畢竟現在広く医療

て、必要条件としては狭すぎる。

このような条文上の根拠に対して、上告審決定文中における「医師の職分」という概念自体は、用語法上（又は形式論理的に）、医師以外の業務を含みえないし、医業独占という観点から過不足がない。そのような意味で、当該概念は、医業独占の必要十分条件を端的に表現したものと成りうる⁴¹⁾。

以上から、タトゥー事件上告審決定により導入された医療関連性要件自体は、各種条文に依拠して、その限界を描くことが困難な概念である。それにもかかわらず、上告審決定は、かかる医療関連性要件を外枠とし、更には、保健衛生的危害性要件を内枠として、両者を重ね合わせることで、医業独占の領域を限界付けようとしている。この点に関連して、タトゥー事件を巡る弁護方針⁴²⁾に

方法トシテ確認セラルルモノハ勿論将来文明ノ進運ニ依リ新タニ発見セラル可キ諸種ノ理法ニ基ツク吾人ノ意表外ニ出ツ可キ医療ノ術ヲモ当然刑法上（其当時刑法ノ効力アルモノトシテ立論ス）医師ニ限ル医術ニ属セシムルノ律意ナラズンバアラズ【傍線部分筆者付加】と述べて、非常に広範な「医業」概念を示した上で、被告人は有罪（罰金50円）とされた。これに対して、前掲宮崎地方裁判所明治36年10月30日判決は、「刑法ニ所謂医術トハ疾病治療ノ方法全体ヲ総称セシモノニアラズシテ医術開業試験規則所定ノ学科ヲ応用シテ以テ疾病ヲ治療スルノ方法ニ限ラレタルモノト論定スルヲ至当トス【傍線部分筆者付加】」と述べて、医師資格制度により医業概念を画した上で、「催眠術」は、医術開業試験規則第5条・第6条に含まれないとして、被告人を無罪とした。この「催眠術における私為医業罪該当性」という論点は、かかる施術の目的・学的方法が医学的な意味合いを有するならば、その限界は曖昧であり、おそらくタトゥー施術以上に結論を見出すことが困難な事案であったように思われる。学説上も、岡田朝太郎は、前掲論文1頁以下で、催眠術は、医業に含まれるとして可罰説を主張している一方で、古賀廉造は、前掲『催眠術及ブグゲスチオン論集〔下〕』94頁以下で、心身二元論的理解から、不可罰説を主張している。その一方で、勝本勘三郎は、前掲論文1頁以下で、危険性の有無で医業該当性を区別するべきとして、可罰か不可罰かの判断自体は保留している。

41) その意味で、私見としては、上告審決定における法廷意見の論旨よりも、松宮・前掲注(10)90頁以下で提唱された前掲「業務の棲み分け」説の方が業務独占に関する要件の実質ないし正体を明らかにしているように思われる。

42) 季刊刑事弁護107号(2021)49頁以下に収載されている「タトゥー事件を振り返る」

多大な影響を与えたと推察される辰井聡子の解釈論を参照すると、医療関連性の領域は、「広義の医行為」として、「危険性の小さい行為を含め、あらゆる行為が含まれる⁴³⁾」とされる一方で、医業独占の領域は、「狭義の医行為」として、「一定の保健衛生上の危険性が発生する行為に限定されなければならない」と述べられている⁴⁴⁾。

ただし、そもそも、そのような「広義の医行為」という領域内で、「(医療に関連する)あらゆる行為が含まれる」とされた本来の趣旨は、そこで医師以外の業種(特に、医業類似行為に関する職種)における「一定の保健衛生上の危険性が発生する行為」を必ずしも排除しているわけではないように思われる⁴⁵⁾。なぜなら、そのような医師以外の業種において一定の危険性が認められる行為は、その職分という観点から、医業独占の領域としての「狭義の医行為」に含みようがない一方で、かといって、「広義の医行為」が危険性の小さいものだけを対象としているのであれば、かかる行為は、危険性が大きいにもか

と題された一連の特集記事を参照。

43) 特に、辰井・前掲注(27)6頁参照。

44) 辰井・前掲注(2)277(横22)頁以下、同・前掲注(27)6頁参照。

45) 辰井・前掲注(2)277(横22)頁以下で、辰井自身の論拠として大いに参照されている谷口正孝=朝岡智幸=牧野利秋『刑罰法Ⅱ:「犯罪事実」の書き方とその理論』一粒社(1964)5頁を精読すれば、そこでいう「広義の医行為」は、各種の医業類似行為を規制する法律が含まれる概念として紹介されており、すなわち、医師法の範疇を超えたものとして、それを把握する趣旨であるように思われる。したがって、辰井が述べる「広義の医行為」を医師法第1条と密接に関連付けてしまう見解は、独自の(狭すぎる)解釈論であるようにも思われる。また、谷口ほか・前掲13頁では、「医行為の概念内容は、非医行為の領域を規定することにより消極的に明確にされるわけであるが、後者について判例の示す基準は必ずしも明らかとはいえない。いちおう目的、方法、結果の危険性ということ、その認定の基準としてあげようであるが、結局社会通念によって決するほかはない。なお、医行為の概念の外延を画するについては、医師、歯科医師、あんま師等、あるいは医薬品販売業者、薬剤師等の生活利益と密接に関係するものがあるわけであるが、その場合にも、『国民の健康な生活の確保』という理念にかからしめて、概念の目的論的構成の必要なることはもちろんである」として、かかる概念自体の曖昧さが示唆されている。

ならず、その領域による規制も及ばないという不当な結論が生じることになるからである。

したがって、そのような意味で、危険性の大小という観点に依拠しても、医業独占の領域を明確に切り分けることはできないように思われる。平たく言えば、広狭の医行為における両者の差異は、医師以外の者も含めるか（広義）、医師に限るか（狭義）の差異であろう。これを敢えて明治期における医療提供体制に置き換えて考えれば、沿革上、広義の医行為とは、「東洋医学も含めた医療」であり、狭義の医行為とは、「西洋医学に限定する医療」として表現し直すことも可能であろう⁴⁶⁾。すなわち、両者の主たる差異は、そのような当時の「職分」に由来があり、それは、保健衛生的危害性の大小という観点から設けられたものではない。要は、「どちらも一定程度に危ないから規制されている」と考えるべきではなかろうか。

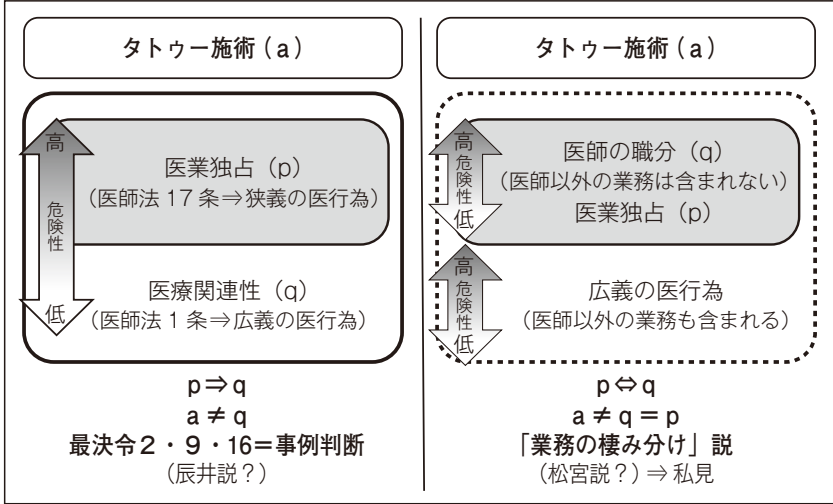
以上から、このような保健衛生的危害性という危険性の量に着目した限界付けも決定的な論証ではないと考える。そもそも、医業独占の必要十分条件であるべき「医師の職分」は、あくまで危険性の大小とは別個の質的要素として把握するべきであろう⁴⁷⁾。すなわち、「医師の職分」において担われる行為は、その保健衛生的危害性が大きい場合はともかく、小さいとされる場合であっても（ひいては「無害である」という言い訳が可能であっても）、医業独占の範疇に含まれるべきものが見出しうる⁴⁸⁾。また、その逆として、私見によれば、タトゥー施術自体も、その保健衛生的危害性の大小にかかわらず、彫り師という

46) この点に関しては、小西・前掲注(2) 34頁以下が的確に指摘している。

47) ここでいう「量的」又は「質的」という表現は、社会学的な意味ではない。「量的」とは、法益侵害の危険性に関する程度を表し、「質的」とは、かかる危険性とは別個の考慮（ここでは「職業性」）により棲み分けられることを表すものとする。

48) 保健衛生的危害性が小さい領域は、特に、「医師の職分」にも含まれるとされた「保健指導」の場面に見出されるであろう。また、医師法は、「医業停止」中の者による医業も罰則をもって規制している（医師法第32条）。すなわち、そのような者による医業も、たとえ医学的裏付けが確保され、無害であっても、規制の対象とされている。また、医業規制の在り方において、「消極的弊害」という抽象度の高い危険性の導入が検討されてきた点に関しては、本文「V 2.」以降を参照されたい。

職業像に「医師の職分」が見出されないならば、それは、医業独占の範疇に含まれないという結論になる⁴⁹⁾。ここにおける批判的検討を図式化するならば、次のように示すことができる(図表2)。



図表2：「医療関連性」要件の限界

V 考察：行政刑法による医業規制の在り方

それでは、結局のところ、「医師の職分」の正体は何であるのかという問題に関連付けながら、医業規制の在り方を検討していきたい。

そもそも、医師法罰則部分は、形式的にも、実質的にも、行政刑法に位置付けられるものである⁵⁰⁾。すなわち、形式的には、構成要件部分と罰則部分が分

49) この点で、私見は、松宮・前掲注(10)90頁以下で提唱された「業務の棲み分け」説を基調としながらも、職分ないし業務に関する理解の仕方又は具体的な結論において、意見を異にしている。

50) 行政刑法の特徴に関しては、今村暢好『行政刑法論序説』成文堂(2020)3頁以下、小谷利恵『行政刑法』成文堂(2021)1頁以下参照。

離して記述されているという特徴に加えて、実質的には、医師法の立法目的ないしは趣旨にあるような特殊な目的の下で、刑罰が運用されているという特徴を指摘できる⁵¹⁾。このような行政刑法としての位置付けから、一般刑法とは異なる性質が明らかにされるべきであろう⁵²⁾。その意味で、行為規制という一般

-
- 51) 特に、小谷・前掲注(50)208頁以下は、明治初期の行政法令における罰則に関して、一般刑法とは異なる処分法則の適用が認められていた事実を明らかにするものであり、この点は、沿革上、明治初期から始まる医療関連(行政)法規における罰則の在り方を考察する際にも、重要な指摘であるように思われる。
- 52) 現行医師法第17条の沿革を遡ると、前掲注(4)でも述べたように、旧刑法第256条「私為医業罪」というかたちで、我が国では、医師という業務を一般刑法典の中で規制している時期も確かに存在した。しかし、かかる規定自体も、その実態は、行政刑法犯として理解可能であると本稿筆者は考えている。なぜなら、本稿筆者の調査によれば、かかる規定の母法は、フランスの一般刑法典にはなく、公衆衛生に関わる行政法令に見出せるからである。「日本刑法草案会議筆記(西原ほか・前掲注[4]『旧刑法〔明治13年〕(3) - II』392頁)」によれば、同条の素案は「佛國ニテハ免許ヲ受ケシテ醫師又ハ産姥(婆)ヲ爲シタル者ハ千フランク迄ノ罰金ニ處セリ。又其免許ヲ受ケシテ一縣内限り醫師ヲ爲シタル者ハ五百フランク迄ノ罰金ニ處セリ又産姥(婆)ノ之ヲ再犯シタル時ハ六月以上ノ實決刑ニ處セリ故ニ日本ニテモ之ヲ罰セサルヲ得サルヘシト思考スル」という理由から起草されている。ここでいう「佛國(フランス)」の法律とは、その時期及び内容の観点から、「Loi relative à l'exercice de la médecine(医学の実践に関する法律)Du 19 ventose an XI(革命暦11年ヴァントーズ月19日=1803年3月10日相当)」のことを指すものと思われる。同法は、後継の法律であるLoi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecineが制定されるまで、要は、1803年から1892年まで、有効とされていた。この点に関しては、R. Roland, Les Médecins et la loi du 30 novembre 1892, étude historique et juridique sur l'organisation de la profession médicale et sur ses conditions d'exercice, Marchal et Billard, (1893), pp. 1 ff. この「Loi relative à l'exercice de la médecine. Du 19 ventose an XI」の「罰則規定(Dispositions pénales)」にある第36条は、「Ce délit sera dénoncé aux tribunaux de police correctionnelle, à la diligence du commissaire du Gouvernement près ces tribunaux. L'amende pourra être portée jusqu'à mille francs, pour ceux qui prendraient le titre et exerceraient la profession de docteur; A cinq cents francs, pour ceux qui se qualifieraient d'officiers de santé, et verraient des

刑法的な捉え方だけでは、本稿における問題領域の検討として不十分であり、業務規制という行政刑法的な特殊性も併せて考慮されるべきと本稿筆者は考えている。

1. 医業概念の実質化

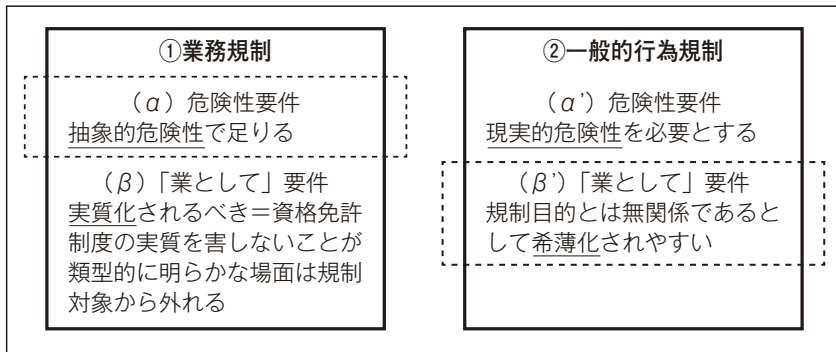
前述したように、医療関連性要件の導入自体は、かかる行為の危険性という量的発想とは別個に、「医師の職分」という新たな質的発想を介して、医業概念の実質化が生じる契機と成りうるように思われる。この医業概念の実質化に関しては、タトゥー事件上告審決定以前から、米村滋人が示唆的なことを述べ

malades en celte qualité; A cent francs, pour les femmes qui pratiqueraient illicitement l'art des accouchemens. L'amende sera double en cas de récidive; et les délinquans pourront, en outre, être condamnés à un emprisonnement qui n'excédera pas six mois.(この犯罪は、政府委員〔≒検察官〕の要求により、刑事裁判所に告発されなければならない。罰金は、医師の称号をもって職業を實踐している者に対しては、1,000フランまで引き上げることができる。保健医と称して患者を診ている者には500フラン。違法に産科術を實踐した女性には100フラン。再犯の場合は罰金が2倍になり、更に6月以下の拘禁を科すことができる。)とされており、すなわち、上記の「日本刑法草案会議筆記」における起草理由と同内容であることが確かめられる。そして、この「Loi relative a l'exercice de la medecine. Du 19 ventose an XI」自体は、沿革上、現行における「Code de la santé publique(公衆衛生法典)」の起源として位置付けられる行政法令である。このフランスにおける医療職規制の沿革に関しては、D. Tabuteau, Pouvoirs publics et professions de santé, Les Tribunes de la santé n° 26, (2010), pp. 103 ff. また、フランスにおける現行の立法状況に関しては、磯部哲「フランス — 公衆保健法典の仕組みを中心に —」小山=新井・前掲注(7) 209頁以下参照。結局のところ、いわゆる「旧医師法(明治39〔1906〕年制定)」第11条において「免許ヲ受ケスシテ醫業ヲ為シタル者停止中医業ヲ為シタル者又ハ第五條第六條第七條若ハ第十三條第三項但書ニ違背シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス」というかたちで、行政刑法犯としての「無免許医業罪」が規定されたことを受けて、旧刑法第256条「私為医業罪」は、現行刑法典(明治40〔1907〕年制定)上の一般刑法犯として引き継がれなかった。同様の指摘として、市村光恵『改版 医師ノ権利義務』宝文館(1928) 244頁、真田・前掲注(36) 777頁参照。

ている⁵³⁾。その主張を要約すると、次のようになる。

先ず、医師法第17条が定める医業独占には、①業務規制と②一般的行為規制の両面があるものと指摘されている。そして、①業務規制の側面を重視するならば、(a) その対象行為は、抽象的危険性を有していれば足り、行為の外形的のみをもって広範な規制がなされる一方で、(β) その「業として」の要件は、資格免許制度の実質を害しないことが類型的に明らかな場面では規制対象から外れるとされる。これに対して、②一般的行為規制の側面を重視するならば、(a') その対象行為は、現実的危険性を有している場合に限定される一方で、(β') そこでいう「業として」の要件は、規制目的とは無関係であるとして希薄化されやすいと指摘されている。

その上で、米村は、我が国において医業規制の拡大化傾向が生じてきた理由を次のように分析している。すなわち、我が国の伝統的解釈は、①業務規制という側面から、抽象的危険性により医業を把握してきた上で、②一般的行為規制という側面から、「業として」の要件を希薄化してきたものと述べられている。このことを以下の「図表3」を用いて表現するならば、そこで点線四角により囲われてきた部分が我が国では重視されてきたということになる。



図表3：医業独占の（我が国における）捉え方

本稿筆者自身も、このような米村による現状分析自体は、妥当であると考え

53) 米村滋人『医事法講義』日本評論社（2016）44頁以下参照。

る⁵⁴⁾。いずれにせよ、医療関連性要件の導入により、「医師の職分」という新たな質的発想を介して、医業概念の実質化が図られるのであれば、上記で示したところの①業務規制としての在り方が更に強調化される方向性で、かかる概念は、再定位されるべきように思われる。

2. 消極的弊害の防止

したがって、「医師の職分」という概念は、業務規制の適正化という観点からも、中核的な意義を有するものである。ただし、前述で検討したように、それが従前のような（一般的行為規制に偏重した）保健衛生的危害性要件と区別して把握されなければならないのであれば、その実質は、どのようなものとして説明可能であろうか。

この点に関しては、高山佳奈子による論考⁵⁵⁾及び佐藤雄一郎による控訴審批評⁵⁶⁾が示唆的なことを述べている。すなわち、先例を子細に分析するならば、医療関連の行政刑法における危険性とは、その行為がもたらす生命・身体に対する現実的危険性ないし積極的侵害性（以下、「積極的弊害」）を意味するだけでなく、正常な医療を受ける機会の逸失という「消極的弊害⁵⁷⁾」も想定可能であると主張されている。

確かに、この消極的弊害という概念は、積極的弊害を要しないという意味で、医師法第17条による無資格医業罪が抽象的危険犯として説明されてきたこと⁵⁸⁾

54) ただし、米村・前掲注(53)44頁以下では、一般的行為規制をも加味して、医業独占の制度を多層的に捉え、その類型化を試みている。

55) 高山・前掲注(10)142頁以下参照。

56) 佐藤・前掲注(10)95頁以下参照。

57) そのような概念は、医業類似行為（広義の医行為）に関するものとして、「HS式高周波」事件控訴審判決（仙台高判昭和29年6月29日刑集14巻1号43頁）、同事件上告審判決（最判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁）石坂反対意見（同37頁以下）又は医薬品に関するものとして、「つかれず」事件上告審判決（最判昭和57年9月28日刑集36巻8号787頁）においても同様の発想が見出せる。これらの裁判例及び判例への言及に関しては、佐藤・前掲注(10)95頁以下参照。

58) 例えば、大判昭和元年12月25日刑集5巻597頁。また、学説として、小松進「医師法」

とも整合的である⁵⁹⁾。

また、この点に関連して、タトゥー事件においては、前掲したように、最高裁昭和30年5月24日第3小法廷判決⁶⁰⁾、最高裁昭和48年9月27日第1小法廷決定⁶¹⁾及び最高裁平成9年9月30日第1小法廷決定⁶²⁾という3件の判例を巡る理解が争われている⁶³⁾。私見によれば、これら3件の判例は、次のような理由から、消極的弊害が確認されたものとしても、説明可能なように思われる。

先ず、前掲最高裁昭和30年判決は、「患者に対し聴診、触診、指圧等を行い、その方法がマッサージ按摩の類に似てこれと異なり、交感神経等を刺激してその興奮状態を調整するもので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生理上危険ある程度に達しているときは、医行為と認めるのが相当」としたことから、一見すると積極的弊害を理由としたものであるように読める。しかし、同事件控訴審判決⁶⁴⁾に遡って確認すると、被告人は、医師ではないにもかかわらず、主として医師又はこれに類似した名称を用いながら当該施術に及んだことが非難されており、そこでは、単純な無免許医業罪としての医師法第31条第1項による罪責が問われたわけではなく、同条第2項、すなわち「前項第1号の罪を犯した者(第17条の規定に違反した者)が、医師又はこれに類似した名称を用いたものであるときは、3年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する【傍線部分筆者付加】」という規定が適用されている⁶⁵⁾。この医師法第31条第2項を適用すること自体は、前掲最

平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治(編)『注釈特別刑法第5-I巻:医事・薬事編(1)(第2版)』青林書院(1992)37頁参照。

59) 高山・前掲注(10)142頁は、医師法の規制目的を「社会的法益」の保護に据えた上で、この点を説明する。

60) 刑集9巻7号1093頁。

61) 刑集27巻8号1403頁。

62) 刑集51巻8号671頁。

63) タトゥー事件検察官上告趣意書における該当部分は、刑集74巻6号600頁以下参照。

64) 大阪高判昭和28年5月21日刑集9巻7号1093頁。

65) 更に、その詐欺的手法をもって、刑法上の詐欺罪も併せて適用されている。

高裁昭和30年判決においても、否定されていない（むしろ、それは、医師法第17条の医業ないし医行為に当たるかどうかのみを争点としている）。したがって、この事件の経緯自体は、そもそも、医師であるか紛らわしい者が関与したことにより、正常な医療を受ける機会が逸失されたという消極的弊害が認められた事案としても理解可能である。

次に、前掲最高裁昭和48年決定は、「いわゆる断食療法を施行するため入寮の目的、入寮当時の症状、病歴等を尋ねた行為は、それらの者の疾病の治療、予防を目的とした診察方法の一種である問診にあたる」として、その行為自体は、直接的な危険性が認められないことから、消極的弊害を理由とした判断を下しているものと理解可能である⁶⁶⁾。この点に関しては、実際のところ、タトゥー事件上告趣意書においても、「他人に対して既往症や体調を尋ねること自体は保健衛生上の危害があるものではないが、それが断食療法を試行するための診察の一環の問診として行われたのであれば、不適切な問診によりその後の治療を誤るという意味で間接的な保健衛生上の危険がある【傍線部分筆者付加】⁶⁷⁾」と問診行為が理解されている⁶⁸⁾。この「間接的な保健衛生上の危険性」という表現自体は、端的に「消極的弊害」と置き換えることが可能であろう。

更に、前掲最高裁平成9決定は、一読すると、医師資格を有しない者による検眼、テスト用コンタクトレンズの着脱及びコンタクトレンズの処方という各行為において、これらの判断を誤ると角膜の損傷や視力の低下といった積極的弊害が認められることから、無免許医業罪に該当するものと判断したようにも読める⁶⁹⁾。しかし、同決定の調査官解説によれば、特に、同事件控訴審判決⁷⁰⁾は、

66) 同旨の理解として、佐藤・前掲注(10)96頁参照。

67) 刑集74巻6号604頁以下参照。

68) この最高裁昭和48年決定は、最高裁判所調査官室(編)『最高裁判所判例解説：刑事編(平成9年度)』法曹会(2000)174頁においても「問診につき、それ自体の直接的な危険性はないが、不適切な問診により治療の誤りが招来される危険があるとして、医行為該当性を肯定したものと理解することができ、間接的な危険性の考え方を採用した先例【傍線部分筆者付加】」として紹介されている。

69) 佐藤・前掲注(10)96頁によれば、当該決定は、積極的弊害を理由にするものと

「検眼及び（コンタクトレンズの）着脱の各行為自体の危険性よりも、各行為の際の判断の誤りが処方との誤りと結び付くことにより危害をもたらすおそれには、重点を置いている⁷¹⁾」とし、それを受けて、タトゥー事件上告趣意書も、当該決定を「検眼及びコンタクトレンズの着脱はそれ自体が医療活動なのかどうかを問題にすることなく、それらの行為がコンタクトレンズの処方の誤りを招来することによって間接的に保健衛生上の危害を生じるおそれがあると判断した【傍線部分筆者付加】⁷²⁾」ものと位置付けている。この「間接的な保健衛生上の危険性」が認められたという意味で、前掲最高裁昭和48年決定と同様に、消極的弊害が認められた事件としても理解可能である。また、そもそも、当該事件の経緯は、眼科医院を経営する医師である被告人が医師資格を有しない相被告人と共謀した上で、業として、前述のような処方等の診療行為を実施していたというものであり、医師であるか紛らわしい者が関与していたという事実関係からも、前掲最高裁昭和30年判決と同様の意味で、消極的弊害が認められた事件として理解可能であろう。

以上を踏まえた上で、再度、タトゥー事件に関する私見を敷衍するならば、この消極的弊害の有無という観点からも、タトゥー施術は、正常な医療と紛らわしい外観を有するものではない限りで、積極的弊害の大小を問わず、「医師の職分」には含まれないと説明しうる⁷³⁾。タトゥー施術が「正常な医療と紛らわしい外観を具備している」という論証は、本来的に、無理が大きいものと本稿筆者は考えている⁷⁴⁾。したがって、たとえ、そのような施術が積極的弊害を

評されている。

70) 東京高判平成6年11月15日高等裁判所刑事判例集47巻3号299頁。

71) 最高裁判所調査官室・前掲注(68)173頁参照。佐伯仁志「判批」宇都木伸＝町野朔＝平林勝政＝甲斐克則(編)『医事法判例百選(初版)』有斐閣(2006)5頁においても、かかる行為自体は危険性が認められない一方で、事後的に不適切な処置を誘発したり、将来における医師の適切な処置の機会を奪うことにより生じる間接的・消極的危険が認められるものと述べられている。

72) 刑集74巻6号606頁以下参照。

73) 基本的に、拙稿・前掲注(10)154頁以下は、このような方向性を模索するものとして、タトゥー事件控訴審判決を論評したものである。

有するものであったとしても、それ自体を医師法という業務規制の中で統御する未来は描き難い。

更に付言するならば、そのような意味で、医師法の範疇外に置かれるタトゥー施術は、現行刑法上の一般的行為規制に服するということになる。すなわち、当該施術に伴う積極的弊害が説明された上で、かかる同意を介して、傷害罪の違法性阻却が成立しうるか否か（場合によっては、かかる違法性阻却も、良俗違反という観点から認められないか⁷⁵⁾）という現行刑法による対応を検討するだけで十分なように思われる⁷⁶⁾。ただし、未成年者に対するタトゥー施術に関

- 74) この点に関しては、既に、前掲注(47)に関わる本文部分で検討した。そもそも、タトゥー（ないし「イレズミ」）に見出しうる原始回帰的な文化の一面を進歩的な現代医療が担うべきであるかは、私見として疑問を抱いている。また、美容整形外科手術において目指される美の基準は、「一般的・客観的な美」であるのに対して、タトゥー施術において目指される美の基準は、「個人的・主観的な美」であるように思われる（ただし、そのような審美的基準は、常に、個人的・主観的なものかもしれない。敢えて文学的表現を借りれば、谷崎潤一郎『金色の死』〔1914〕にもあるように「美は考えるものではない。一見して直に感ずる事の出来る、極めて簡単な手続きのもの」であるともいえる）。この点に関連する文化人類学的考察として、山本芳美「日本のイレズミの歴史と現在 —『規制の時代』をふりかえる」小山＝新井・前掲注(7) 30頁以下参照。
- 75) 例えば、ドイツ刑法第228条は、「被害者の同意に基づき傷害を行った者は、行為がその同意にもかかわらず良俗に反するときに限り、違法に行為したものである」と定めている。ドイツにおいて、タトゥー施術に傷害罪が適用された事案に関しては、山中・前掲注(11) 68頁以下参照。また、そのような刑事法的対応自体は、医学的適応性のない施術に対する障壁を下げてしまうものでもない。この点に関するドイツの議論を紹介するものとして、島田美小妃「医学的適応（medizinische Indikation）の意義について」流経法学19巻2号（2020）37頁以下参照。
- 76) 同旨の意見として、佐藤・前掲注(10) 97頁参照。確かに、従前、我が国でも、入れ墨は、刑事規制の直接的な対象とされていた。この点に関しては、宮川基「入れ墨をめぐる刑事規制の歴史」小山＝新井・前掲注(7) 62頁以下参照。しかし、現行刑法では、本文で述べたように、同意による違法性阻却の範疇で把握すれば十分であるように思われる。その一方で、このような論理は、彫り師が職業団体を形成し、

しては、ここにおける同意能力が未熟であるという意味で、別途、一律の規制を敷くという立法政策も採りうるであろう⁷⁷⁾。

また、ここでいう消極的弊害の防止という観点は、前掲決定文の抜粋部分においても、医師国家試験及び医師免許制度等に関連する条文が引用・参照されているように、行政取締目的の中核を支える資格免許制度の在り方からも、補充的な説明が可能であろう(ただし、医師免許制度から医業概念における全ての限界が示されるわけではないことは前述した⁷⁸⁾)。すなわち、資格免許制度自体は、行政法学上、危険性を有する行為を一般的に禁止するという許可的側面だけではなく、ある業務における質保証という側面をも見出しうる法的枠組みである⁷⁹⁾。この質保証という観点から、「医師の職分」という概念を消極的弊

その自主的な活動により、タトゥー施術の技術力と安全性が高められていくこと自体を否定するものではない。そのような活動に関して、吉田泉「日本タトゥーイスト協会設立と活動について」季刊刑事弁護107号(2021)71頁以下参照。むしろ、彫り師の法的規制化ないし資格化は、そこにおいて違法なタトゥー施術の潜脱化をも招来しうる。このことから、私見として、かかる安全性向上活動自体は、自主的(ないしは自助努力的)に行われるべきと考える。

77) 我が国では、幾つかの自治体が青少年保護条例において、未成年者へのタトゥー施術禁止規定を設けている。この点に関しては、新井誠「総説 — イレズミをめぐる法的諸問題」小山＝新井・前掲注(7)4頁以下、宮川・前掲注(76)71頁以下参照。また、比較法的にも、そのような未成年者に対する規制態様が見られる。例えば、アメリカにおける未成年者へのタトゥー施術禁止規制に関しては、小谷順子「アメリカ — タトゥー施術の医療系資格要件とゾーニング規制の合憲性」小山＝新井・前掲注(7)187頁以下参照。また、ドイツにおける同様の規制状況に関しては、L. Hennig, *Tattos Piercings Schoenheitsoperationen: Zur rechtlichen Problematik nicht indizierter Eingriffe bei Minderjährigen*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, (2012), S. 52 ff.

78) 前掲注(40)に関わる本文部分を参照されたい。

79) 同旨の見解として、辰井・前掲注(2)261(横38)頁参照。また、曾我部真裕「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」小山＝新井・前掲注(7)96頁において、「資格制は、当該業務から生じうる直接的な弊害又はそのおそれだけが理由なのではなく、業務監督の必要性等、別の理由にも支えられている」と述べられている部分も、同

害の防止という文脈において洗練化して把握することも十分に可能であるように思われる⁸⁰⁾。

VI おわりに

以上で展開された私見としての「医業論」を総括すれば、次のようになる。

我が国において、いわゆる「タトゥー事件」は、行政解釈上、保健衛生的危害性一元説という観点から拡大化傾向⁸¹⁾にあった無免許医業罪の適用範囲に関して、「医療関連性」という一定の限界を見極めようとした。

様の意味合いで理解可能なように思われる。

- 80) この点を突き詰めれば、医業独占という制度は、本文中に前掲した医師法第31条第2項のような形式へと洗練化するか、医療法における広告規制のような規制形態へと統合化していくような道筋もありうるように本稿筆者は考えている。
- 81) 関連する動向として、最近の報道（上毛新聞2019年5月30日及び2021年9月11日）によれば、2020年3月時点で、草津温泉（群馬県草津町）で長い伝統を有する高温入浴法「時間湯」を指導してきた「湯長」制度が廃止された（「時間湯」という呼称も、2021年10月時点で、草津町条例により「伝統湯」に変更され、同町の直接管理に移行した）。「時間湯」とは、草津温泉の源泉の特性（高温・強酸性）を生かした湯治であり、これを適切に運営する重要な存在が「湯長」とされる。湯長は、療養目的に訪れた客に対して温泉療法等に関する助言や入浴に際しての健康管理を担当していた。特に資格等はなく、先代湯長の推薦により務める。この湯治客の健康状態等を把握するために行われていた湯長の「問診」が医師法における医行為に該当し、違法状態にある可能性が高く、そのことが当該制度の廃止理由とされている。この経緯に関しては、上原善広「湯けむり事件簿 草津温泉でにわかにも巻き起こった『湯長』廃止騒動：改革か、伝統文化の破壊か」文春オンライン2019年6月19日付けウェブ配信記事参照（2022年1月31日閲覧）。また、湯長業務の医行為該当性を否定する見解として、日本温泉地域学会「草津温泉の歴史文化資産『時間湯と湯長』廃止について（2019年8月）」<<https://onsenchiiki.web.fc2.com/ikenhyomei.pdf>>参照（2022年1月31日閲覧）。かかる制度廃止自体に対して司法判断は下されていないものの、医行為概念の拡大化傾向による「萎縮効果」がもたらした延長線上にある出来事として説明することは可能であろう。

しかし、かかる判断において、医療関連性と保健衛生的危害性の区別は、曖昧である。更に、現実問題として、医療関連性が乏しいにもかかわらず、医業該当性が肯定されてきた現行法及び行政解釈との整合性も課題として残された。

この医療関連性と保健衛生的危害性の区別を明確化するために、医療関連性の実態を本稿では批判的に検討した。タトゥー事件上告審決定によると、かかる医療関連性要件は、医療及び保健指導が「医師の職分」として位置付けられることにより導入されたものである。ただし、「医師の職分」自体は、一回性の行為を表現しているというよりも、その正体は、むしろ、「業」としての態様である。少なくとも、無免許医業罪は、単に反復継続意思をもって保健衛生的危害性を有する一回性の行為が惹起されるだけでは足りない。それは、「医師の職分」により裏打ちされなければならない。かかる観点は、従前、医師法上、「医行為」概念のみならず、「(医)業」概念に関する議論においても忘れられてきたことが再認識された。

そのような意味で、医療関連性要件は、危険性という量的発想とは別個に、「医師の職分」という質的発想を介して、「医業」概念の実質化をも生じさせることが示された。この「医業」概念の実質化は、医師法上の医業独占規定において、一般的行為規制（医行為論）の偏重化を脱して、業務規制（医業論）としての側面を強調化しうるものであると考察した。したがって、ここでは、一般刑法のような行為（危険性ないし積極的弊害）規制の観点だけではなく、行政刑法特有の業務規制（適正な医療を受ける機会の逸失という抽象的危険ないし消極的弊害の防止）としての特殊性にも改めて着目されるべきと主張した（また、このような発想自体は、無資格医業罪が一般刑法犯から行政刑法犯として継受されてきた沿革的な意味からも妥当であることを傍論として示した）。なぜなら、本罪は、一般刑法犯のように、それ自体、生命・身体に対する直接的な侵害性・不法性を含有しているというよりかは、行政取締目的を前提としなければ、その不法性を説明することが困難な場面（特に、問題となる行為の危険性ないし積極的弊害が小さい場面）も、判例上、散見されるからである。このような主張は、資格免許制度自体が危険な行為を一般的に禁止するという許可的側面を有しているだけでなく、その業態における質保証という側面を

併有していることから補的に説明しうる。

以上のようなかたちで、無免許医業罪を行政刑法犯として捉え直し、それに対して、どのような規制形態が妥当であるのかを描出した。この点に関しては、そもそも「行政刑法」という特殊な分野の在り方も含めて、引き続き大局的な検討を要する課題であろう。

また、現在、様々な形態で生じている医療業務分担の現状も⁸²⁾、私見としては、それ自体に正常な医療を受ける機会の逸失が見出せないならば、消極的弊害が乏しいという意味で、許容可能な範囲内にあるものと考えている。しかし、我が国では、その議論が十分に尽くされているわけではなく、本稿も素描に留まるものであることから、かかる論点に関する詳細な検討は、今後の宿題としたい。

いずれにせよ、タトゥー事件を契機として、そのような議論が我が国で進展していくことを期待したい。ただし、この事件における問題の本質は、以上のような些々たる「医業論」ではなく、「異形論（異質なものに対する寛容さの醸成）」にあったのかもしれない⁸³⁾。タトゥー事件第一審の弁護士冒頭陳述では、（果敢にも！）谷崎潤一郎の『刺青』（1910）の一節が引用され、話題となった⁸⁴⁾。法的議論という所為の限界を感じながら、本稿も、同じく谷崎の瑞々しい言葉を借りることで、締め括りとしたい。

「恐ろしい物は凡べて美しい。悪魔は神様と同じように美しい。」
谷崎潤一郎『白昼鬼語』（1918）

82) その法的議論状況に関しては、前掲注（2）で列挙した論考及び米村・前掲注（53）41頁以下参照。

83) 同旨の見解として、新井・前掲注（9）36頁、浅田・前掲注（10）186頁参照。

84) この経緯に関しては、亀石＝川上・前掲注（22）248頁以下参照。