

入れ墨の施術者に医師免許を求めることが合憲とされた事例**【文献種別】** 判決／大阪地方裁判所**【裁判年月日】** 平成29年9月27日**【事件番号】** 平成27年(わ)第4360号**【事件名】** 医師法違反被告事件**【裁判結果】** 有罪**【参照法令】** 医師法17条・31条1項1号、日本国憲法13条・21条1項・22条1項・31条**【掲載誌】** 判例集未掲載

LEX/DB 文献番号 25548925

事実の概要

医師法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、同条に違反した者については、同法31条1項において、「3年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」としている。

医師免許のないXは、大阪府吹田市内でタトゥーショップを開き、入れ墨の施術を行っていた。平成26年7月6日頃から平成27年3月8日頃までの間、Xはタトゥーマシンと呼ばれる針を取り付けた施術用具を用いて、3名の客に対し、4回にわたり皮膚に色素を注入する行為（以下「本件行為」という）を行った。Xは、本件行為により医師でないのに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、①本件行為は医行為に当たらず、Xが医師法17条にいう「医業」を行ったとはいえない、②医師法17条は、憲法31条の罪刑法定主義に反する、また同条は、本件行為に適用される限りで、憲法22条1項、21条1項、13条に違反する、③仮にタトゥーの施術が医行為に当たるとしても、本件行為には実質的違法性がないことを理由に挙げ、Xの無罪を主張した。

判決の要旨

有罪。

1 本件行為の医行為該当性

「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。」

「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、被施術者に皮膚障害やアレルギー反応を引き起こす可能性があり、また、血液や体液の管理を確実に行わなければ、病原菌やウイルスへの感染が生じ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。」

それゆえ、入れ墨の施術においては、その危険性を十分に理解し、適切な判断や対応を行わねばならないが、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。」

2 医師法17条の憲法適合性

(1) 憲法31条違反 「医師法17条の規制の対象となる医行為とは、前記のとおり、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限られる。このような解釈は、同条の趣旨から合理的に導かれ、通常判断能力を有する一般人にとっても判断可能であると考えられるから、同条による処罰の範囲が曖昧不明確であると

はいえない。また、医師法 17 条をこのように解釈して、成人に対する入れ墨の施術を処罰することは、体系的にみて他の法令と矛盾しない。」

(2) 憲法 22 条 1 項適合性 「……医師法 17 条は、憲法 22 条 1 項で保障される入れ墨の施術業を営もうとする者の職業選択の自由を制約するものである。」

「もっとも、職業選択の自由といえども絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する。そして、一般に職業の免許制は、職業選択の自由そのものに制約を課する強力な制限であるから、その合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する。また、それが自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措置である場合には、職業の自由に対するより緩やかな制限によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する（最高裁昭和 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁参照。）」

「これを本件についてみると、前記のとおり、医師法 17 条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益の保護を目的とする規定である。そして、入れ墨の施術は、医師の有する医学的知識及び技能をもって行わなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為なのであるから、これを医師免許を得た者にのみ行わせることは、上記の重要な公共の利益を保護するために必要かつ合理的な措置というべきである。また、このような消極的・警察的目的を達成するためには、営業の内容及び態様に関する規制では十分でなく、医師免許の取得を要求すること以外のより緩やかな手段によっては、上記目的を十分に達成できないと認められる。」

「以上から、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 22 条 1 項に違反しない。」

(3) 憲法 21 条 1 項適合性 入れ墨の危険性に鑑みれば、入れ墨を他人の体に彫ることは、「当然に憲法 21 条 1 項で保障された権利であるとは認められない。」

「もっとも、被施術者の側からみれば、入れ墨の中には、被施術者が自己の身体に入れ墨を施すことを通じて、その思想・感情等を表現していると評価できるものもあり、その場合、「医師法

17 条は、憲法 21 条 1 項で保障される被施術者の表現の自由を制約することになる……」。

しかし、「……国民の保健衛生上の危害を防止するという目的は重要であり、その目的を達成するために、医行為である入れ墨の施術をしようとする者に対し医師免許を求めることが、必要かつ合理的な規制であることは前記のとおりである。」

「したがって、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 21 条 1 項に違反しない。」

(4) 憲法 13 条適合性 「人が自己の身体に入れ墨を施すことは、憲法 13 条の保障する自由に含まれると考えられる。そのため、医師法 17 条は入れ墨の被施術者の上記自由を制約するものであるが、……入れ墨の施術に医師免許を求めることは重要な立法目的達成のための必要かつ合理的な手段なのであるから、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 13 条には違反しない。」

3 本件行為の実質的違法性

入れ墨の施術者及び被施術者に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、我が国では長年、医師免許を持たない者による入れ墨の施術が行われ、医師法違反を理由に摘発された事例は多くはないが、「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。」

判例の解説

一 背景

医師法 17 条の規制の対象である「医行為」とは、判例・学説によれば、「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¹⁾。もっとも、具体的に何が医行為に当たるかは必ずしも明らかでなく、以前から医師が独占すべき業務の範囲が問題となってきた²⁾。これに対して、本規定の実際の運用においては、行政解釈が事実上の拘束力を有してきた。すなわち、個々の行為の医行為該当性について疑義が生じた際に、厚生労働省はその都度通知を発し、その解釈に基づいて規制が行われてきた³⁾。しかし、学説においては、医行為の概念が不当に拡大解釈されているとの見方も強く、再検討が求められていた⁴⁾。

入れ墨に関しても、厚生労働省は、平成 12 年

にそれが医行為に該当する旨の通知を発していた⁵⁾。また、アートメイクを医師法 17 条違反とした東京地判平 2・3・9 (判時 1370 号 159 頁) も、傍論において、入れ墨も医行為に当たるとしていた。本判決は、かような解釈を承認し、X を有罪としたが、その際、弁護人の主張に応じて憲法判断を示したことが注目される。以下では、紙幅の都合により、判旨 2 のうち憲法 31 条及び 22 条 1 項適合性に関する部分についてのみ考察を行う。

二 憲法 31 条違反

本判決は、医師法 17 条が刑罰法規として不明確であるとする弁護人の主張に対し、「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」という医行為の解釈は、「同条〔医師法 17 条〕の趣旨から合理的に導かれ、通常の判断能力を有する一般人にとっても判断可能である」とした。厚生労働省は、国民の生命・健康に危害をもたらすおそれのある行為を広く医師法の規制の対象としてきたが⁶⁾、弁護人は、入れ墨の施術のように医療に属さない行為は、これに含まれないとしていた。この点、本判決は、前者の行政解釈を一般に正しいと認めたことになる。確かに、判例によれば、明確性の原則違反により違憲とされるのは、例外的な場合に限られる⁷⁾。しかし、医行為の概念に関しては、行為の危険の程度が処罰範囲に必ずしも連動していないことが問題視されてきたところであり⁸⁾、かような批判を踏まえた判断がなされるべきであったと思われる。

また、本判決によれば、上記の医行為の解釈に従って、成人への入れ墨の施術を処罰することは、他の法令に矛盾しないとされた。すなわち、入れ墨については、青少年保護育成条例等において、18 歳未満の者への施術が処罰されているだけであった。それゆえ、弁護人は、他の法令との体系的解釈によれば、成人への施術の処罰は罪刑法定主義に反すると主張したが⁹⁾、本判決はこれを否定した。確かに、本判決の述べるとおり、医師法 17 条のかような解釈・適用は、他の法令と表面的には「矛盾しない」。しかし、成人への入れ墨は、戦後、警察犯処罰令に代えて軽犯罪法が制定された際に、処罰対象から除外されている¹⁰⁾。この点に鑑みれば、医師法による処罰が、他の法令によって否定された罪を復活させることにならないかは、議論の余地があり得よう。

三 憲法 22 条 1 項適合性

本判決は、入れ墨の施術に医師法 17 条を適用する限りで、同条が「入れ墨の施術業」を営もうとする者の職業選択の自由を制約することを認めた。そのうえで、薬事法判決¹¹⁾を挙げながら、「一般に職業の免許制については、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であること」が必要であり、また、それが消極的・警察的措置である場合には、「より緩やかな制限によってはその目的を十分に達成することができないと認められること」を要するとの基準を示した。薬事法判決の先例としての意義・射程については諸説があるが¹²⁾、本判決は、規制の態様及び目的を考慮して、規制の必要最小限度を要求する LRA の基準を導いたといえよう¹³⁾。

もっとも、続く基準の当てはめにおいて、本判決は、医師法 17 条による規制を合憲とした。すなわち、同条の目的である国民の保健衛生上の危害の防止は、重要な公共の利益に当たり、そのような危害を生ずるおそれのある入れ墨の施術を医師にのみ行わせることは、必要かつ合理的であるとした。また、目的達成のためのより緩やかな手段については、「営業の内容及び態様に関する規制では十分でな」とされた。本判決は、判旨 1 において、入れ墨の危険性及び危険防止のための医学的知識・技能の必要性を詳細に検討しており、ここでもそれに基づいて規制を正当化したものと思われる。

だが、本判決に対しては、次の 2 つの疑問が生じる。まず、本判決は、規制の必要性・合理性のみを強調し、それによって制約される「入れ墨の施術業」の性質、内容及びその制約の程度を考慮していない。すなわち、入れ墨の施術は、身体への侵襲を伴う点で医業と共通するが、弁護人が主張するように、表現活動として文化的・芸術的な職種に分類され得るとすれば、求められる職業の要件は医業と根本的に異なるはずである¹⁴⁾。それにもかかわらず、入れ墨の施術者に医師の資格を求めることは、職業に関連しない知識・技能の習得を課すことになるため、職業の自由に対する制約の程度は極めて大きいといえよう。また、資格は、本人の努力により取得可能であるとしても、医師免許の取得には多大な時間的・金銭的負担を要することも、考慮されるべきであろう¹⁵⁾。

第 2 に、医師でなければ入れ墨の施術による

危険を防止し得ないとする点も、疑問である。諸外国ではライセンス制や登録制が採られているように、アレルギー検査、衛生管理等の危険防止の措置は、医師以外の者であっても、一定の知識を身につければ可能であると思われる¹⁶⁾。我が国ではこれまで入れ墨の施術に関する規制が設けられてこなかったが、とはいえ、それを医師に独占させるのは過剰であろう¹⁷⁾。また、現行法においても、健康被害が生じた場合には（業務上）過失致死傷罪の適用があるため、全く規制がないわけではない¹⁸⁾。さらに、医師であれば、入れ墨を安全に施術できるとは限らないであろう。例えば、タトゥーマシンの使用は、医師免許を取得したからといって直ちに適切に行い得るとは思われない¹⁹⁾。

以上のように、本判決は、医業を過大評価する一方で、入れ墨の施術業の職業像についての理解を欠いているように思われる。今後の審級では、各職業の特徴を踏まえた判決が望まれる。

●—注

- 1) 最判昭30・5・24刑集9巻7号1093頁。学説については、佐伯仁志「判批」宇都木ほか編『医事法判例百選』（有斐閣、2006年）4頁を参照。なお、厚生労働省の通知（平成17年7月26日医政発第0726005号）も同旨。
- 2) 詳細は、樋口範雄『「医行為」概念の再検討』同＝岩田編『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂、2007年）1頁以下を参照。
- 3) 行政内部の規則である厚生労働省の通知が、法律の委任なしに「医業」の解釈という国民の安全に関わる重要な事項を定めていること自体の問題性については、山本隆司「コメント」前掲注2）24頁以下を参照。
- 4) 例えば、樋口・前掲注2）1頁以下、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年）3頁以下など。
- 5) 平成12年7月13日医事第68号。
- 6) 例えば、判旨1が挙げるように、専ら美容を目的とする美容整形外科手術も、医行為に当たるとされてきた。もっとも、反論として、佐伯千仞「法律家からみた医療」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社、1971年）30頁。
- 7) 長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社、2014年）203頁以下。木下智史「明確性の原則について一覚書」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法』（成文堂、2007年）232頁以下も、徳島市公安条例事件判決（最大判昭50・9・10刑集29巻8号489頁）は、単に「法文の意味がわかりやすいか」ではなく、『「正しい解釈」かどうか』に重点を置いているとする。
- 8) 参照、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年）363頁以下。米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016年）44頁以下によれば、医師法17条には「免許制に伴う業務規制」と「医療安全のための一般的行為規制」という2つの異なる役割が与えられてきたために、「あまりに場当たりの無原則」な規制がなされてきたという。

- 9) 同旨の見解として、高山・前掲注8）389頁。
- 10) 伊藤栄樹『軽犯罪法〔再訂版〕』（立花書房、1974年）3頁以下。特に入れ墨が処罰対象から除外された経緯については、第2回国会参議院司法委員会会議録第16号（昭和23年4月26日）を参照。
- 11) 最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁。
- 12) 薬事法判決は、規制目的二分論の下で消極目的規制の事例と見なされてきたが、近年では、「事の性質」を踏まえ、規制の目的のみならず態様をも考慮して、比較的厳しい審査を行ったとされる（例えば、小山剛「職業の自由と規制目的」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法〔第4版〕』（信山社、2011年）268頁以下）。これに対して、同判決がドイツの段階理論を採用したとの説明も有力である（参照、石川健治「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013年）205頁以下）。
- 13) 本件で問題となったのは資格制であり、薬事法判決で争われた許可制と異なるが、本判決は「職業の選択の自由そのもの」への制約として、両者を区別していない。なお、資格制に関する司法書士法違反事件（最判平12・2・8刑集54巻2号1頁）は、薬事法判決を引用しつつも、簡単に合憲判決を出している。
- 14) もっとも、本判決は、施術者の表現の自由を否定しており、このような認識を共有していないと思われる。
- 15) 周知のとおり、一般に医師免許を取得するには、大学の医学部を卒業した後、医師国家試験に合格しなければならない（医師法2条・11条）。
- 16) 諸外国の制度については、関東弁護士会連合会編『自己決定権と現代社会——イレズミ規制のあり方をめぐって』（2014年）160頁以下。佐々木雅寿「判批」法教449号（2018年）121頁も参照。
- 17) 樋口・前掲注2）8頁は、「国が医行為や医業独占という概念を道具にして広く規制を及ぼそう」とする場合があることを指摘するが、まさしく本件に当てはまると思われる。
- 18) 高山「『医業の意義』——コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」甲斐ほか編『医事法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2014年）5頁。
- 19) この点にも、2つの職業の違いの大きさが現れている。医療従事者間には、「万能資格」である医師の業務のうち、危険性の小さいものを看護師等が引き受ける縦型の構造が存在するとされるが（米村・前掲注8）35頁以下、40頁）、かような関係は入れ墨の施術者には当てはまらないであろう。