

入れ墨の施術者に医師免許を求めることと憲法 22 条 1 項

【文 献 種 別】 判決／大阪高等裁判所
【裁判年月日】 平成 30 年 11 月 14 日
【事 件 番 号】 平成 29 年（う）第 1117 号
【事 件 名】 医師法違反被告事件
【裁 判 結 果】 原判決破棄、無罪
【参 照 法 令】 医師法 17 条、日本国憲法 22 条 1 項
【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25561598

事実の概要

X は、医師でないのに、業として、平成 26 年 7 月 6 日頃から平成 27 年 3 月 8 日頃までの間、大阪府吹田市市内のタトゥーショップにて、4 回にわたり、3 名に対し、針を取り付けた施術用具を用いて左上腕部等の皮膚に色素を注入する行為を行った。この行為が医師でないにもかかわらず、医行為を行い、医業をなしたとして医師法 17 条（「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定する）違反の罪に問われた。

原審（大阪地判平 29・9・27 判時 2384 号 129 頁）は、①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（以下「本件行為」という）は医師法 17 条にいう「医業」の内容となる医行為に該当する、②医師法 17 条は憲法 31 条に違反しない、また、本件行為に同条を適用することは憲法 22 条 1 項等に違反しない、③本件行為には実質的違法性が認められるとして、本件行為に医師法 31 条 1 項 1 号（同 17 条の違反者に刑事罰を科す）、17 条を適用して X を罰金 15 万円に処した。これに対して X が控訴した。

判決の要旨

無罪。

1 本件行為（タトゥー施術）の医行為該当性**(1) 医行為の意義**

医師法 17 条は「医師でない者の医業を禁止し

たものであり、その結果、医師は医業を独占して行うことができる」。「医業の内容である医行為については、保健衛生上の危険性要件のみならず、当該行為の前提ないし枠組みとなる要件として、……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）……が必要であると解する」。

というのも、「医師法の構造に照らすと、医師法 17 条が医師以外の者の医業を禁止し、医業独占を規定している根拠は、……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」だからである。したがって、「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いうべきである」。そして、保健衛生上の危険性要件の他に、医療関連性という要件も必要とする解釈の方が「処罰範囲の明確性に資する」。

また、「大審院以来の判例の流れをみれば」、最高裁判例（最判昭 30・5・24 刑集 9 巻 7 号 1093 頁、最決昭 48・9・27 刑集 27 巻 8 号 1403 頁、最決平 9・9・30 刑集 51 巻 8 号 671 頁）は「医療関連性を必要とする立場であると理解するのが妥当である」。

(2) 本件行為の医行為該当性

「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も事実であるから、本件行為は保健衛生上の危険性要件を満たす。しかし、入れ墨（タトゥー）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、それが医療を目的とする行為、そして、医療と何らかの関連を有する行為であるとは、考えられてこなかった。また、「入れ墨（タトゥー）の施術において求められる本質的な内容は、その施術の技術や、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っている」。

「以上によれば、入れ墨（タトゥー）の施術は、医療及び保健指導に属する行為とは到底いえず、医療関連性は認められない。したがって、本件行為は、医師法 17 条が禁止している医業の内容である医行為には該当しない」。

2 医師法 17 条の解釈適用の憲法適合性

付言すると、「医療関連性という要件を不要とし、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという解釈をとれば、本件行為は医行為に該当し、タトゥー施術業に医師法 17 条を適用することになる」。しかし、この解釈適用は「憲法が保障する職業選択の自由との関係で疑義が生じる」。「タトゥー施術業は、反社会的職業ではなく、正当な職業活動であって、憲法上、職業選択の自由の保障を受けるものと解されるから、タトゥー施術業を営むために医師免許を取得しなければならないということは、職業選択の自由を制約する」。

原判決は、薬事法違憲判決（最大判昭 50・4・30 民集 29 卷 4 号 572 頁）を参照して、『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。』と説示しているところ、この説示は正当である。

そして原判決は、医療関連性の要件を不要とす

るから、「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」と捉える。

次に規制手段を検討する。医師を目指す者は、大学医学部で 6 年間の教育を受け、医師国家試験に合格し、医師免許を取得する必要があるなど、「医師法が規定する医師の免許制は、各種の資格制の中でも相当に厳しい制限といえる。タトゥー施術業が、医業に含まれ、医師免許を必要とする職業であるとしたならば、入れ墨（タトゥー）の彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になることは明らか」である。そして、タトゥーの施術に「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考えられる」。そうすると「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」。ゆえにタトゥー施術業に「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ことは、他により緩やかな制限が可能であることからすれば、規制の範囲が必要な限度を超えているものといわざるを得ない。その意味で、タトゥー施術業を医師法で規制することには、目的と手段との関連において合理性がないというべきである」。

「以上のとおり、入れ墨（タトゥー）の施術は医師のみがなし得るとする原判決の解釈適用によれば、タトゥー施術業を営む被告人の職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義が生じるといわざるを得ない」。

判例の解説

一 本判決の意義

本判決は、医師法 17 条の「医業」の内容である「医行為」の意義を明確にした上で、入れ墨（タトゥー）の施術が「医行為」に該当しないことを明らかにした初の判決である。憲法との関係では、

タトゥー施術業に医師法 17 条を適用することが「憲法が保障する職業選択の自由との関係で疑義が生じる」とした点に、本判決の意義がある。

二 タトゥーの施術の医行為該当性

行政解釈では、入れ墨（タトゥー）の施術、すなわち「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第 17 条に違反する」¹⁾。また、裁判所もいわゆるアートメイク判決²⁾の傍論で「入れ墨も……医行為に該当するものと一応は認められる」としていた。原審は、こうした立場と同じくタトゥーの施術を「医行為」としたのである。

問題はこの「医行為」概念である。医師法 17 条の「医業」の内容である「医行為」について、通説・判例・行政解釈は「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」と理解してきたとされる。しかし、この概念については、従来からその不明確性・広範性に批判が存在し、「医師が独占すべき業務の範囲が問題となってきた」³⁾。近年では、看護師による静脈注射、歯科医師による医業研修、非医業職・介護福祉士による痰の吸引というような、医行為の担い手が医師以外の者に拡張するような状況がある中で、「一般人が具体的な行為について『医業』該当性を判断できる基準が読み取れるとはいえず、明確性の原則に反する可能性が高いと考えられる」という批判があった⁴⁾。

本判決は、「支配的」な見解と異なり、医師法が医師に医業を独占させる根拠を「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」の発生の防止とした上で、医行為に、保健衛生上の危険性要件に加えて、医療関連性の要件も必要とすることを明らかにした。注目すべきは、先例とされる判決（判決の要旨 1 (I) 最終段落で示されている判決）でも医療関連性の要件が判断の前提にあったとして、判例も同様の立場にあると捉えたことである。近年、通説・判例が「医行為」を「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」としてきたという理解に異論を唱える見

解⁵⁾もあるが、下級審とはいえ裁判所が同様の立場を示したことの意味は大きい。これによって、本判決は、判例と整合的な理解を前提に、明確性に疑義があった「医行為」「医業」概念について、一定の明確化を図ったものと評価できる。

その上で、本判決は、タトゥーの歴史や現代社会における位置づけ、その施術に求められる本質的内容を示し、その施術が「医療関連性の要件を欠く」として、医師法 17 条の「医業」の内容である「医行為」に該当しないことを明らかにした。タトゥー施術業に求められている内容等からすれば、タトゥーの施術を医師に独占させる理由はなく、極めて正当な判断といえる⁶⁾。「医行為」の理解についても、タトゥーの施術を「医行為」と理解することについても、行政解釈は再検討を迫られよう。

三 本判決の憲法判断

本判決は医師法 17 条の解釈によって X を無罪としたのであるから、憲法判断をする必要はないともいえる。しかし、本判決は、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという「医行為」解釈を前提に、タトゥー施術業に医師法 17 条を適用することは「職業選択の自由との関係で疑義が生じる」として、タトゥー施術業に同条を適用することの憲法 22 条 1 項適合性審査を行った。この「付言」は、「医療関連性を欠くタトゥー施術の医行為性を肯定することはできないという……解釈適用の妥当性」を示すためになされたのである。

職業の自由に対する規制の憲法 22 条 1 項適合性審査の先例は、小売場合憲判決⁷⁾と薬事法違憲判決⁸⁾である。従来、当該規制については、通説・判例ともに規制目的を消極目的と積極目的とに分け、前者には厳格な合理性の基準、後者には明白の原則を適用して、その憲法適合性を審査すると理解されてきた。もっとも、学説は、規制の目的だけではなく、規制の態様等も考慮して審査基準を設定すべきであると指摘してきた⁹⁾。

本判決は、原審と同様に薬事法違憲判決を先例として引用し、しかし、原審と異なる結論を導いた。原審は、入れ墨の施術に医師免許を求めることが「国民の保健衛生上の危害を防止する」という「重要な公共の利益を保護するために必要かつ

合理的な措置」であり、それ以外のより緩やかな手段では上記目的を十分に達成できないとしていた。原審と本判決は、目的達成のために医師免許を必要と考えるか否かで結論を分けたといえる。

原審が薬事法違憲判決を引用したことについては、「許可制の適正配置要件（本人の努力によらない客観的要件）に関する薬事法事件と、本人の能力を問題とする資格制に関する本件とを区別せず、単純に規制の目的にのみ着目し判例法理を当てはめることには疑問を感じる」¹⁰⁾という批判がある。この批判は、同判決を引用した本判決にも向けられる。

もっとも、こうした批判は、判例法理への批判としては成立しないと思われる。薬事法違憲判決は、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である」ことから、それが消極的規制である場合には厳格な合理性の基準で審査することを示している。しかも判例は、職業を行う者の能力によるか否かで審査基準を明示的に変えてはいない¹¹⁾。しかし最高裁は、登記申請手続の代理を司法書士に限定する司法書士法の規定を簡単に合憲とする際にも、薬事法違憲判決を引用する¹²⁾。

医師になるには、高い学力と多くの時間、そして高額な学費を支払うだけの資力が必要になる。これらを兼ね備えていない者が医師になることは困難である。ゆえに本判決が示すように、「タトゥー施術業が、医業に含まれ、医師免許を必要とする職業であるとしたならば、入れ墨（タトゥー）の彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になる」。したがって、本判決のように、タトゥー施術業に医師法 17 条を適用することの憲法適合性審査に、薬事法違憲判決を引用することは不当ではないといえよう。もっとも、本判決は、より緩やかな手段の有無の検討を行うことから厳しい審査基準を用いているようにも読めるが、「目的と手段との関連において合理性がない」と結論づけていることから、形式上は緩やかな基準を用いていると理解できよう。

もちろん、入れ墨（タトゥー）の彫り師に対する制約が不要というわけではない。しかし、保健

衛生上の危害の発生を防止することが目的であるならば、本判決が指摘するように、彫り師に対する教育・研修、届出制や登録制の導入、衛生管理や施術の手順等に関する基準・指針の策定等によって、当該目的を達成できると考える余地がある。そうだとすれば、施術の技術や美的センス、デザインの素養を求められる彫り師に対して、感染症やアレルギー、衛生管理等に関する一定の医学的知識が求められるとしても、医師と同様の医療に対する高度な知識と技能を要求する必要はない¹³⁾。こうした要求は、彫り師に過度な制約を課するものである。本判決は、タトゥー施術業に対する適切な見方を前提に、施術者に医師免許を求めることに憲法上の疑義を示したものとして、高く評価されるべきである。

●——注

- 1) 平 13・11・8 医政医発第 105 号。
- 2) 東京地判平 2・3・9 判時 1370 号 159 頁。
- 3) 高田倫子「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」新・判例解説 Watch（法セ増刊）23 号（2018 年）20 頁。
- 4) 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 巻（2013 年）4～12 頁。「医行為とそれ以外の行為との区別が、必ずしも危害やそのおそれの程度には連動しなくなっている」として、その明確性に疑義を示す論稿に、高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」論叢 164 巻 1＝6 号（2009 年）371 頁。樋口範雄『『医行為』概念の再検討』同＝岩田太『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂、2007 年）1 頁以下等も参照。
- 5) 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 97 号（2018 年）285 頁以下。
- 6) 辰井・前掲注 5) 277～278 頁参照。
- 7) 最大判昭 47・11・22 刑集 26 巻 9 号 586 頁。
- 8) 最大判昭 50・4・30 民集 29 巻 4 号 572 頁。
- 9) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第 6 版〕』（岩波書店、2015 年）228 頁。
- 10) 濱口晶子「判批」法セ 763 号（2018 年）120 頁。なお、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）142 頁も参照。
- 11) 松本哲治「経済的自由権に関する判例と立法の展開」近畿ロー 4 号（2008 年）61～62 頁。
- 12) 最判平 12・2・8 刑集 54 巻 2 号 1 頁。
- 13) 高田・前掲注 3) 22 頁、濱口・前掲注 10) 120 頁、小山・前掲注 10) 145 頁等。