

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

【文献種別】 決定／最高裁判所第二小法廷
【裁判年月日】 令和 2 年 9 月 16 日
【事件番号】 平成 30 年（あ）第 1790 号
【事件名】 医師法違反被告事件
【裁判結果】 上告棄却
【参照法令】 医師法 17 条・31 条 1 項
【掲載誌】 裁時 1752 号 3 頁、裁判所ウェブサイト
◆ LEX/DB 文献番号 25571066

帝京大学助教 河嶋春菜

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、同法 31 条 1 項は、違反者に対し「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」と定めている。

被告人である Y は、医師ではないのに、大阪市内のタトゥー店において 4 回にわたり「針を取り付けた施術器具を用いて人の皮膚に色素を注入する行為」（本件行為）を行った。この行為が医師法 17 条に違反するとして起訴された。

一審（大阪地判平 29・9・27 判時 2384 号 129 頁）は、本件行為は医行為に当たり、かつ、医師法 17 条は憲法 31 条、22 条 1 項、21 条 1 項、13 条に反しないと判断し、Y を罰金 15 万円に処した。原判決（大阪高判平 30・11・14 判時 2399 号 88 頁）は、原審を破棄し、本件行為は医行為に当たらないとした上で、「付言すると」として、医師法 17 条をタトゥー施術行為を医師のみに独占させるものとして解釈適用した場合には、職業選択の自由との関係で疑義が生じると判断した。これに対して検察側が上告した。

判決の要旨

上告棄却。上告趣意は、「刑訴法 405 条の上告理由に当たらない」。「なお、所論に鑑み、職権で判断する」。

(i) 「医師法 17 条にいう『医業』とは、医行

為を業として行うことであると解されるところ、本件では、被告人の行為の医行為該当性が争点となっている。」

医師法 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。」

(ii) 「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。」

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」。また、「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、本件行為は「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」。

なお、本判決には、草野耕一裁判官の補足意見

が付されている。

判例の解説

一 本判決の意義

本件は、非医師によるタトゥー施術行為の医師法 17 条違反が最高裁で争われた初めての事件である。一審および原判決では、憲法上の論点として、本件に同条を適用することは、タトゥー施術行為に医師免許を要することになり、とりわけ彫り師の職業選択の自由を侵害するかという点が議論されたが、最高裁は憲法論に立ち入っていない。本決定では、専ら本件行為が同法 17 条にいう医業を構成する医行為に該当するかという点が争われた。したがって、最高裁は同法 17 条の合憲性を前提に、あくまで医師法の解釈によって事案を解決したことになる。

ただし、医行為の外延については医事法学においてさかんに議論されてきたところ、これに下級審判決を含め本事件において蓄積された憲法上の議論が影響を及ぼす可能性もある。そこで、刑事上の論点を除いて争点を示し(二)、本決定におけるタトゥー施術行為の医行為該当性の判断、および憲法判断の潜在的な可能性をみた後(三・四)、従来の医行為概念への影響を考察する(五)。

二 争点

医師法 17 条は医師に医業を独占させること(「医業独占」)を定める。ただし、同法は医業の定義を置いていないところ、判例・通説では、医業とは、「医行為を業として行うこと」であり、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」であると理解されてきた¹⁾。争点となったのは、タトゥー施術行為が医行為に当たるか否かという点である。

判例・通説では、医行為該当性要件として行為の危険性が重視されてきた。多くの事件では、危険性の有無や程度こそが主な争点であったからである。「保健衛生上(の)危害」には、非医師による医行為によって生じる積極的弊害(直接的に発生する健康被害の危険)のみならず消極的弊害(正常な医療を受ける機会が失われてしまうことによる公衆衛生上の危険)もが含まれると考えられてきた点にもみられるように、「危険性」を広く捉えることにより、多様な行為の医行為該当性が認め

られてきた²⁾。本件行為と類似する行為として、針等を用いてあざ等のある部位に色素を注入するいわゆる「アートメイク」については、これを医行為とした行政解釈³⁾につづき、裁判所もこれを非医師が行う場合には「人体に対して……具体的危険を及ぼすことは明らかである」とし、医行為に該当すると判断している⁴⁾。本件起訴の背景には、アートメイクとの類似性にもとづく判断があったものと考えられる。

三 「医行為」の解釈

一審は、こうした「危険性」要件を重視する理解にもとづき、タトゥー施術行為によって生じうる保健衛生上の危険を検討・認定し、医行為該当性を肯定した。一方、原判決は、保健衛生上危害を生じさせるおそれのある行為であっても、医療および保健指導と関連性を有しない行為は医行為に該当しないと判断した。医師法 1 条が「医師は、医療及び保健指導を掌ることによつて公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保する」と規定していることから、同法 17 条にもとづき医師の独占する行為を「医療及び保健指導に属する行為」に限定したのである。そして、タトゥーの身体装飾性と社会的風俗性や、施術行為の美術的側面が考慮され、「医療関連性」は否定された。アートメイクは美容整形の範疇にあるとし、タトゥーとは区別されたことも注目される。

これに対し最高裁は、判示(i)において、医師法 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つて生ずる保健衛生上の危険を防止しようとする規定」と解し、原判決と同様に医行為の定義に「医療及び保健指導に属する行為のうち」という限定を付した。このように医師法の構造的理解にもとづき「医療関連性」を要請する考え方は従来みられた⁵⁾。しかし、医行為に「医療関連性」を求めることは、保健衛生上の危険が生じうる行為であるものの医療に当たらない行為を医行為から排除する効果を生むので、何が医療かを画定する必要が生じるが、医療該当性の一般的判断基準が示されたことはなかった。この点、判示(ii)は、諸要素の総合考慮にもとづく社会通念を基準として医行為該当性を確定する考え方を示した。医療は生々発展でありこれを限定的に定義することは

きないから、総合考慮により判断することには一応合理性がある⁶⁾。では、タトゥー施術行為については、いかなる要素が考慮されたのか。

最高裁は、非医師によるタトゥー施術行為によって皮膚障害等を生じるおそれのあることを認定した原判決の判断を認めており、当該行為が「危険性」要件を満たすことを前提としているとも考えられる。一方、明示的かつ重点的に検討されているのは、タトゥー施術行為が①身体装飾としての意義をもつ社会的風俗として受け止められてきたという社会的実体と、②歴史的に美術的知識と技術を要する行為として彫り師が行ってきたという実績であり、最高裁はこれらを理由に「医療関連性」を否定した。①は医療とは区別されるタトゥーの「身体装飾性」、②は彫り師業の「歴史性」を認めたものと解することができ、原判決の判断を継承している。一見して医療とは区別されそうな行為について、①②が医行為該当性を否定する決定打となった前例は見当たらず、その点において本決定に判例としての新規性がある。

四 本決定における憲法論

最高裁は憲法論を展開しておらず、「憲法判例とは言い難い」⁷⁾。まず、最高裁は医師法17条の合憲性を前提としている。医師法は「公衆衛生の向上及び増進」（憲法25条2項）を実現するための法律であり（医師法1条）、その具体的内容については広範な立法裁量が認められる。医師をして医業を独占させることにより公衆衛生の向上及び増進を図ることを定めた同条が法令違憲であるという理由はないであろう。

次に、本決定は、原判決が「憲法適合的解釈」を行ったと評価される点⁸⁾との比較において注目される。憲法適合的解釈とは、「法令の規定それ自体は合憲であると同時に、憲法論を前提とした解釈を行うことで、規定の適用に際して開かれていた解釈の余地を充填し、その適用の違法・合法を決定するというもの」であり、このことは、裁判所が真正面から憲法判断を行わないときにも、「法令解釈の段階で憲法解釈が働く」場合があることを示している⁹⁾。

原判決は、「付言」において、薬事法違憲判決を参照しいわゆるLRA（必要性）審査を行い、彫り師業を医師免許に服さしめることは、「彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になる」ところ、

医師免許より緩やかな規制によっても危害の発生を防止しうるため、「職業選択の自由を侵害するおそれがある」とした。この「付言」をおくことで、医行為からタトゥー施術行為を除くという憲法適合的解釈を示したのである。医療関連性の要請によって医行為概念を狭めるという医師法17条解釈との関連性は弱そうであるが¹⁰⁾、同法の体系的解釈の段階で憲法判断を示すものであろう。

本判決は、こうした憲法論を全く展開していない。一方、草野裁判長の補足意見は、法廷意見が彫り師業の歴史性を重視していることを敷衍して、「医療関連性を要件としない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」と述べる。ここにも憲法に対する言及はないが、あたかも「国民が享受し得る福利」に職業選択の自由の価値を包含することによって、彫り師業の保護を志向しているようである。同様に、タトゥーの身体装飾性につき、その芸術性や被施術者の信条との深い関わりを指摘し、彫り師の表現の自由や被施術者の信条に関する自由に配慮しているようにもみえる¹¹⁾。仮に法廷意見も憲法上の人権価値を取り込んだ医師法解釈を行っているとするれば、にもかかわらず判決文中ではそれを顕在化させていない。本件は医師法解釈のみで解決できる事案ではあったが、憲法価値への隠れた配慮をいかに抽出し、憲法秩序形成や立法作用に取り込むかという課題は残ろう¹²⁾。

五 憲法と医事法との邂逅

医行為に「医療関連性」を求めることによって医師法17条の適用から除外される行為は少なくない。たとえば、非医師によるアートメイクやピアスの穴開け、美容脱毛、宗教的理由にもとづく割礼などである。この点、最高裁が身体装飾性や歴史性を重視したのは、とくにタトゥー施術については、社会通念上、彫り師は「医療及び保健指導」の実施を企図せず、被施術者もそれを期待しないであろうことをもって医療関連性を否定する趣旨ではないか。このことは、最高裁が「方法や作用が同じ行為でも」諸々の考慮要素の評価によっては、医療関連性や危険性の有無の判断が異なりうるとしている点とも整合的である。「針を用いて皮膚に色素を沈着させる行為」も、それが装飾目的でタトゥーとして行われる場合と美容整

形目的でアートメイクとして行われる場合とで、法的評価を異にした原判決とも親和的である。

このように考えると、そもそも「医療関連性」の要件は、「危険性」要件と別個に存在するのではなく、後者に包含される形で存在してきたという理解も成り立つ。上述の通り、医行為該当性要件のうち「危険性」要件は、積極的弊害または消極的弊害が成立するときに充足されるところ、そもそも「医療及び保健指導」を期待しない行為では、消極的弊害は生じることがない（たとえば、ネイルサロンでの施術に爪水虫の治療を期待しないから、当該施術を受けることによって皮膚科受診の機会を失うことにはならず、間接的な健康被害は生じない）。しかし、このように「危険性」要件の枠内で医療関連性を否定しても、積極的弊害がある限り当該行為は医行為に該当することになる。タトゥー施術行為はまさにこのケースに当たり、「医療関連性」要件が「危険性」要件とは独立しておかれたことによってこそ、医行為該当性が否定されたといえる。タトゥー施術行為を医師法17条の対象から外すための結論先取りのな解釈であったとのよみ方も不可能ではない¹³⁾。

そもそも、タトゥー施術行為の身体装飾性と歴史性を重視することが合理的であるとしても¹⁴⁾、本決定では医行為該当性の検討が不十分であるとの指摘も首肯できる¹⁵⁾。彫り師が被施術者に対し施術前に皮膚の状態を問い、施術後に術部の管理について注意することはタトゥー施術行為に付随して期待されるように思われるが、これが医師の知識と技術をもってすべき（あるいは、医師の監督下で行われるべき）「医療及び保健指導」に当たるかどうか——したがって、「医療関連性」を有するか——という点は一考の余地があったように思われる¹⁶⁾。無論、ある程度の「医療関連性」が認められても、総合考慮の結果、タトゥー施術行為の医行為該当性が認定されるとは限らない。なお、草野補足意見も念押しするように、タトゥー施術行為に医師法の規制が及ばないとしても、傷害罪の適用可能性は免れない。また、立法政策として彫り師業に免許制や届出制を新設することはできよう。

仮に職業選択の自由や表現の自由等の人権が彫り師業の歴史性やタトゥーの身体装飾性への考慮を下支えしているとすれば、これらの考慮要素が重視された理由を説明できる。今後、医行為該当

性は、行政通知によってそれを画定せざるをえない場合も含め、当該行為の性質と人権とのかわりあいも考慮して検討される可能性もあろう¹⁷⁾。

●—注

- 1) 野田寛『医事法（上）』（青林書院、1984年）59～61頁。最決平9・9・30刑集51巻8号671頁。および同事件に関する飯田喜信「判例解説」刑事篇平9年度166頁。
- 2) 参照、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ』（成文堂、2014年）87～88頁。佐藤雄一郎「タトゥー事件大阪高裁判決に対する医事法学からの検討」刑弁99号（2019年）95頁。
- 3) 平成13・11・8医政医発第105号。
- 4) 東京地判平2・3・9判時1370号159頁。
- 5) 辰井聡子「医行為概念の検討」立教97巻14号（2018年）37～39頁。
- 6) ただし、社会通念を基準とすることには批判がある（天田悠「判批」刑ジャ60号（2019年）182頁）。
- 7) 曾我部真裕「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」小山剛＝新井誠編『イレズミと法』（尚学社、2020年）109頁。
- 8) 笹田栄司「原審判批」法教462号（2019年）152頁。
- 9) 穴戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）64頁、68頁、72頁。「〈座談会〉憲法と刑事法の交錯」穴戸常寿ほか編著『憲法学のゆくえ』（日本評論社、2016年）43～44頁〔穴戸発言〕。
- 10) 山崎皓介「公法判例研究」北大70巻6号（2020年）1203頁。
- 11) 参照、新井誠「判批」WLJ判例コラム臨号214号（2020年）。
- 12) 憲法適合的解釈についてはあるが、参照、土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法」『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）272頁。山田哲史「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」同22頁。曾我部真裕「憲法判断の方法」法教479号（2020年）79頁。
- 13) 天田・前掲注6）182頁。
- 14) 参照、小山剛「職業と資格」判時臨増2408号（2018年）141～146頁。
- 15) 文脈は異なるが、小谷昌子「医事法学的観点からみたタトゥー施術」前掲注7）書129頁。
- 16) この点は「危険性」要件とも密接に関連するという限りで、同要件と「医療関連性」要件の境界ははっきりしない。なお、非医師による「問診」につき、参照、最判昭48・9・27刑集27巻8号1403頁。
- 17) 参照、尾形健「判批」ジュリ1544号（2020年）23頁。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。