

入れ墨の施術行為に医師法 17 条違反の罪の成立を認めた事例

【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 31 条 1 項 1 号・17 条、憲法 31 条・22 条 1 項・21 条 1 項・13 条

【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25548925

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、大阪府吹田市のタトゥーショップにおいて、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する行為を行ったことについて、医行為を行い、もって医業をなしたものとして、医師法 17 条違反の罪で罰金 30 万円の略式命令を受けた。X は、正式裁判を求め、①本件施術は、医師法 17 条の「医業」の内容である「医行為」に当たらない、②医師法 17 条は憲法 31 条、22 条 1 項、21 条 1 項、13 条に違反する、③仮に入れ墨の施術が「医行為」に当たるとしても、X の本件施術には実質的違法性がない、と主張した。

判決の要旨

「……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。」「これに対し、弁護人は、医師法 17 条及び 1 条の趣旨や法体系からすれば、医行為とは、〔1〕医療及び保健指導に属する行為の中で（以下、〔1〕の要件を「医療関

連性」ということがある。）、〔2〕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と主張する。しかしながら、弁護人の主張によれば、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。」「……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を有している。……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。」「……入れ墨の施術に当たり、その危険性を十分に理解し、適切な判断や対応を行うためには、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。」「……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ることは前記のとおりであって、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、我が国では、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。」

判例の解説

一 問題の所在

本判決では(1)本件施術行為が医師法17条の「医業」の内容となる「医行為」に該当するか否か、(2)医師法17条の合憲性、(3)本件行為に実質的違法性があるか否か、が争われた。以下、紙幅の関係から(1)及び(3)を中心に検討し、(2)は(3)と関連する限りで言及する¹⁾。

二 「医行為」の概念

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、いわゆる無免許医業を禁止している(罰則は31条1項1号により3年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金、又はこれを併科)。「医師」については、2条が「医師国家試験に合格し、厚生労働大臣の免許を受け」た者と定義している一方で、「医業」の意義を明確にした規定は本法にも医療法にも置かれていない。一般的には医業とは「医行為を業として行うこと」と解されていることから²⁾、さらに「医行為」とは何かが問題となる。

「医行為」については、従来の学説上、広狭二義が区別されてきた。広義の医行為とは、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(疾病の治療・予防、出産の際の処置、あん摩、マッサージ、はり、きゅうなど)であり、狭義の医行為とは、広義の医行為のなかで、医師が医学的知識と技能を用い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(診察及び治療、輸血用の血液の採取、予防接種など)を意味するとされる³⁾。そして、医師法1条が「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」と規定していることを踏まえるならば、同法17条の趣旨は、無資格者が医業を行うことが国民の生命・健康にとって危険である⁴⁾という点に求められることから、同条にいう「医行為」は、狭義の医行為、すなわち「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生じるお

それのある行為」を指しているという理解が一般的となり、こうした解釈が他の関係法令とも整合的であり⁵⁾、厚生労働省の行政解釈⁶⁾とも一致するとされてきた⁷⁾。

ここで留意すべきことは、狭義の医行為についての「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生じるおそれのある行為」(以下、「危険性」の要件という)との定義には、上述のように、本来は「広義の医行為のなかで」、すなわち「医療目的に副う行為のなかで」という前提が付されている点である。したがって、医療目的の下に(医師法1条を敷衍するならば、「医療及び保健指導の目的の下に」。以下、「医療関連性」の要件という)実施されるものではない行為は、例え医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生じるおそれがあるとしても、狭義の医行為には該当しないことになる。

このように、医師法上の処罰の対象となる狭義の医行為について、医療関連性と危険性とを共に要件とする立場は、従来の判例においても基本的に踏まえられてきたものと思われる。すでに旧医事法の下での大審院判例は、「医行為トハ汎ク人ノ疾病ヲ診療治療スル行為ヲ指称スルモノ」(大判昭2・11・14刑集6巻453頁)と判示する一方で、治療行為であっても「毫モ患者ニ対シテ危険ヲ生ズルノ虞」がない場合、すなわち医療関連性があっても危険性が伴わない場合には医行為性を否定していた(例えば大判大2・12・18刑録19輯1457頁)。医行為性の有無が争点となった最高裁判例には3例があるが、嚆矢とされる①最判昭30・5・24(刑集9巻7号1093頁)では、医師ではない被告人の行った聴診、触診、指圧等の行為が医行為に該当するか否かが争われた。原判決は、「医行為とは人の疾病の治療を目的とし医学の専門知識を基礎とする経験と技能を用いて、診断、薬剤の処方又は外科的手術を行うことを内容とする」としていた。最高裁は、「被告人の行為は……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生理上危険がある程度に達していることがわかれ、このような場合にはこれを医行為と認めるのを相当と」すべきであり、「原審が被告人の行為をもつて、外科手術の範囲に属する医行為であるとした説明の当否及び引用した大審院判例の適否は別として、その判断は結論において誤りはない」と判示した。ここでは、原判決が被告人の行為を外科手術の範疇にあると解したことの

適否を留保しつつも、原判決が医療関連性を前提として医行為性を判断したこと自体は是認されており、それに危険性の要件を併せ考慮して結論に至っているということができよう⁸⁾。続く②最決昭48・9・27(刑集27巻8号1403頁)は、「被告人が断食道場の入寮者に対し、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、被告人の行為につき医行為性を肯定した原判決を維持している。原判決(東京高判昭47・12・6刑集27巻8号1411頁参照)は判例①及びその原判決を引用しつつ、「医業をなすとは、人の疾病の治療、予防等を目的とし、医学の専門的知識を必要とする診断、薬剤の処方、投与または外科的手術を行なうことを内容とするいわゆる医行為に従事することを業とすることを意味するものと解される」と判示していた。さらに③最決平9・9・30(刑集51巻8号671頁)は、「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の各行為が、いずれも医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為に当たるとした原判決の判断は、正当である」とした。ここでは「医行為」の明示的な定義はないが、原判決は「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』と理解するのが正当」であるとしていた。この定義では医療関連性の要件が示されていないものの、判例①及び②を前提とするならば、コンタクトレンズの処方という明らかに医療に関する事案であったために、敢えて言及がなかったとみるべきであろう。

上記原審を含めて、下級審裁判例にも同様の傾向がみられるが⁹⁾、例外的に東京地判平2・3・9(判時1370号159頁)は、「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」として、「主観的目的」という形での医療関連性の要件を明示的に不要としている。しかし、その根拠は明らかではない。

三 本件行為の「医行為」該当性

本判決は、医行為の要件として医療関連性が必要であるとする「弁護人の主張によれば、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条の趣旨に適合するものとは考えられない」と論難している。しかし、ここで例に挙げられている美容整形外科手術は、現在では社会医学的な適応性を肯定され、これが医療行為に属することは裁判例及び学説によって認められており¹⁰⁾、医療法施行規則20条2号・7号も「診療科名」に「美容外科」を掲げている。したがって、この判示には疑問がある。

また本判決は、上記判例①～③に関して「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……この点についての判断を示したものではない」としている。しかしすでにみたように、これらの判例は明らかに疾病の治療ないし予防の目的で行われた事案であるからこそ、医療関連性の有無を争点にする必要がなかったのであり、それが医行為の要件となることはむしろ当然の前提とされていたと解するべきである。

医師法の趣旨からみても、無免許医業の罪は、医師による業務独占を通じて国民の生命・健康を保護しようとするものである。単に「保健衛生上危害を生じるおそれ」をもって処罰根拠とするのではなく、医師が行う行為、すなわち医療関連性のある行為が無資格者によって行われることに起因する危険性の発生防止を意図したものと解される。以上のことから、医行為の定義としての「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」は、本判決の判示とは異なり、医療関連性をも要件とすべきである。

事実関係からみて、本件行為に医療関連性は認められず、広義・狭義いずれの医行為にも該当しないと考えられる¹¹⁾。

四 実質的違法性阻却

実質的違法性阻却に関して、本判決は(1)「施術者及び被施術者の憲法上の権利」と「保健衛生上の危害の防止」との法益衡量、及び(2)社会的正当性(相当性)の不存在、によって否定的な結論を導いている。(1)については、「保健衛生上の危害の防止」が重要な利益であるとしても、

本判決が参照を求める薬事法違憲判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁）の趣旨に照らして、本件施術につき医師免許を有する者のみに行わせることが必要かつ合理的な措置であるといえるか、また、より緩やかな手段によっては「保健衛生上の危害の防止」が達成できないのかについて、諸外国における入れ墨の免許制・届出制・登録制などの規制¹²⁾と比較しつつさらに検討すべきである¹³⁾。(2)に関しては、前掲東京地判平2・3・9との関連性が問題となる。同判決は、弁護人からの「入れ墨が社会的に容認あるいは黙認されている状況にあり……これに類似する本件行為は……何らの取締りを受けていないことからすると、すでに……社会的相当行為である」との主張に対して、入れ墨は「医行為に該当するものと一応は認められる」としながらも「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、目的からなされていることに比較し、本件行為は……美容を目的とし……ともに違法ではあるといっても、それぞれの違法性は当然異なるといわざるをえない」として、入れ墨に類似した美容術であるアートメイクについて、美容効果の乏しさ・営利性・料金の高価さなどを指摘しつつ医行為としての違法性を肯定した。そこでは言外に、本来の入れ墨については社会的相当性が認められ、実質的違法性が高いとはいえないとの評価が前提とされていたように思われる。これに対して本判決は、特段の理由を示さずに本件行為の社会的相当性を否定している。仮に本件行為が医行為に該当し、本判決が指摘する通り「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」としても¹⁴⁾、「量刑の理由」で言及されているように、「施術の際には施術場所を清掃して養生シートを張ったり、施術用具を滅菌処理したりするなど、被告人なりに衛生管理に努めて」おり「被告人の行為によって実際に健康被害が生じた者は認められない」本件について、いかなる事情から社会的相当性が否定されるのかを具体的に明示する必要があったと思われる。

●—注

1) 本稿執筆にあたって、辰井聡子教授（立教大学）から、本件第一審及び第二審に提出された意見書、ならびに公刊前の御論稿（「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（14）頁以下）を拜見させていただいた。記して謝意を表したい。

2) 「医というのは行為の内容を示し、業というのは行為の行われ方を示す」との説明がなされている（磯崎辰五郎＝高島學司『医事・衛生法（新版）』（有斐閣、1979年）184頁）。

3) 谷口正孝＝朝岡智幸＝牧野利秋『刑罰法Ⅱ』（一粒社、1964年）5頁、小松進「医事法」平野龍一ほか（編）『注解特別刑法第5-1巻 医事・薬事編(1)〔第2版〕』（青林書院、1992年）39～40頁、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田雅章ほか（編）『福田平博士＝大塚仁博士古稀祝賀 刑法学の総合的検討(上)』（有斐閣、1993年）445頁参照。

4) 平野ほか編・前掲注3）36頁、磯崎＝高島・前掲注2）184頁。いずれも、医師が業務を独占的に行うことができるという点は、当該規定の反射的利益を示しているにとどまるとされている。

5) 例えば保健師助産師看護師法37条は、「保健師、助産師、看護師又は准看護師は、……医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない」と規定している。

6) 例えば、平成17年7月26日医政発0726005号参照。

7) 佐伯仁志「判批」別ジュリ『医事法判例百選』（2006年）4頁は、「このような医行為概念は、すでに確立したものとイえる」とされる。さらに、米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2017年）40頁参照。

8) 判例①の調査官解説も、「一般に医行為とは判例もいうように、主観的には人の疾病治療を目的とすること、客観的には医学の専門知識を基礎とする経験と技能を用いて診断、処方、投薬、外科的手術などの治療行為の1つもしくはそれ以上を行うことをいう」としていた（最判解昭和30年177頁〔寺尾正二〕）。

9) 例えば、広島高岡山支判昭29・4・13高刑判特31号87頁、東京高判昭32・6・9東高刑時報8巻6号145頁、東京高判昭42・3・16判タ210号215頁など。

10) 例えば、東京地判昭47・5・19判タ280号355頁。さらに、上田元和「美容整形医療をめぐる諸問題」福田剛久ほか『最新裁判実務大系第2巻・医療訴訟』（青林書院、2014年）562頁以下を参照。

11) 高山佳奈子「判批」別ジュリ『医事法判例百選〔第2版〕』（2014年）5頁は、「違法性阻却以前に、『医行為』に関するこれまでの解釈が、医師に独占させることが適切な行為の範囲と一致していたのかも検討を要する」とされる。

12) 例えば、アメリカにおける各州の規制状況について、<http://www.ncsl.org/research/health/tattooing-and-body-piercing.aspx>（2018年4月2日閲覧）を参照。

13) 憲法学者による本判決の解説として、佐々木雅寿「判解」法教449号（2018年）121頁参照。

14) 前掲東京地判平2・3・9は、アートメイクによる、人体に対する「具体的危険」を認定している。