

入れ墨（タトゥー）施術が医師法 17 条違反の罪に当たらないとされた事例

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

【掲 載 誌】 高刑集 71 卷 3 号 1 頁、判時 2399 号 88 頁

LEX/DB 文献番号 25561598

事実の概要

被告人は、医師でないのに、2014 年 6 月頃から翌年 3 月頃までの間に、タトゥーショップにおいて、4 回にわたり成人女性 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医行為を行い、もって医業をなしたとして、医師法 17 条違反（無免許医業）により罰金 30 万円の略式命令を受けたが、正式裁判を求めた（刑訴 465 条）。なお、施された入れ墨（タトゥー）は、父親の命日や植物の絵柄であった。

第一審判決（大阪地判平 29・9・27 判時 2384 号 129 頁）は、針を取り付けた用具（タトゥーマシン）を用いて人の皮膚に色素を注入する行為は、①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 条に違反するものではなく、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 22 条 1 項、21 条 1 項、13 条に違反しない、③本件行為には実質的違法性が認められるとして、罰金 15 万円の有罪判決を下した。これに対して被告人が控訴した。

判決の要旨

破棄自判、無罪。

「当裁判所は、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、弁護人が主張するように、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 of 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が必要であると解する」。「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ものといえる」。「入れ墨（タトゥー）は……その歴史や現代社会における位置づけに照らすと、装飾的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、いずれも明らかというべきである。彫り師やタトゥー施術業は、医師とは全く独立して存在してきたし、現在においても存在しており、また、社会通念に照らし、入れ墨（タトゥー）の施術が医師によって行われるものというのは、常識的にも考え難い……。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」。

「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……。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……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……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」。

判例の解説

一 本判決の意義と論点

本件は、原判決の審理段階から「タトゥー 医療か芸術か」として社会的に注目され¹⁾、司法の判断が問われた。原判決は、入れ墨(タトゥー)の施術は医師法 17 条の無免許(ないし無資格)医業に当たるとしたが、本判決は原判決を破棄自判して無罪とした。原判決については、刑法学の分野からも憲法学の分野からも多くの評釈があり²⁾、本判決についてもすでにいくつかの評釈が出されている³⁾。

医師法 17 条は「医師でなければ、医業をなしはならない」と規定し、31 条 1 項でその違反を処罰している。ここに医業とは、業として医行為を行うことをいう。この無免許医業の罪は、国民の生命・健康を法益とする抽象的危険犯であって、医師免許を有しない者が適切な治療を行った場合であっても成立する。その処罰の趣旨は、無資格者によって劣悪な医療が行われる危険という積極的弊害の防止と、正常な医療を受ける機会を失わせるという消極的弊害の防止にある⁴⁾。本件の場合、タトゥーを業として行う医師はほぼ皆無であるから、後者の観点はあてはまらない。したがって前者の観点が問題になるが、その前提としてそもそも入れ墨(タトゥー)が医行為に含まれるかが問われた。その背景には、医行為が無制限に拡張されることに対する歯止めが必要ではないか、より緩やかな制限で足りる場合があるのではないか、という問題がある⁵⁾。

本判決は、原判決が検討した上記 3 点のうち、①の入れ墨(タトゥー)の施術は医行為に該当するかという点(構成要件該当性の有無)につき、医行為に該当しないとしたうえ、②の憲法違反の点については、付加的に憲法 22 条 1 項について

のみ判示し、他の点には触れていない。本件は上告中であり改めて他の点が問題になる余地はあるが、以下では、本判決が扱った論点に限って検討する。

二 入れ墨(タトゥー) 施術は医行為か

1 保健衛生上の危険性

従来の判例・通説は、医行為を「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」と解してきた⁶⁾。原判決も、本判決も、入れ墨(タトゥー) 施術はこの保健衛生上の危険性要件を満たしているとしている。原判決は、これだけで医行為とするに足りるとするのに対し、本判決は、これだけでは足りず、その前提として医療関連性がなければならぬとした。

もっとも、入れ墨(タトゥー) 施術における保健衛生上の危険性は、感染症やアレルギー反応、病原菌やウィルス感染の危険といった、外科手術等に比べて格段に低い程度のかつ限られたものであり、施術者が相応の注意を払えば防止できる程度のものである(本件において適切に衛生管理が行われ健康被害が生じていないことは原判決も認めている)。このことは、医行為の定義のうち「医師が行うのでなければ」という部分に関わり、必ずしも医師の関与を要しない危険性に止まるのではないかという疑問がある。

2 医療関連性

医行為であるために、医療および保健指導に属する行為すなわち医療関連性を要するかについては、とくに最高裁判例の評価が問題になった。①最判昭 30・5・24(刑集 9 巻 7 号 1093 頁)は、指頭で患部に触れることにより交感神経等を刺激する治療を行った事件につき、「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」として医行為と認めた。②最判昭 48・9・27(刑集 27 巻 8 号 1403 頁)は、関節痛、腎臓浮腫などの治療と予防のために訪れた患者に断食療法を行わせる前提として症状・病歴等を尋ねた行為が問診に当たるとし、医行為と認めた原判決を是認した。③最決平 9・9・30(刑集 51 巻 8 号 671 頁)は、眼科医療補助者が眼科医の不在中にコンタクトレンズ処法のために検眼、テスト用コンタクトレンズの着脱を行った事件につき、医行為に当たるとした原判決を是認

した⁷⁾。

原判決は、上記各判例の事案では、医行為の要件として疾病の治療ないし予防の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から、疾病の治療ないし予防の目的が不要であると解しても最高裁判例には反しないとした。これに対して本判決は、各判例につきそれぞれの原審の判断内容を確認し「最高裁判例は、医業の内容である医行為について、保健衛生上の危険性要件のみならず、弁護人が主張する医療関連性、すなわち、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という要件も必要としていると解するのが妥当である」とした⁸⁾。

たしかに最高裁判例のみを対象とすれば原判決のような理解もありうるが⁹⁾、本判決のように原審の判断も含めて理解したとしても最高裁判例に反するわけではない。しかも内容的には本判決のように解する方が説得的であると思われる。問題は、さらにその医療関連性の射程にある。とくに問題とされたのは美容整形手術である。

3 美容整形手術

美容整形手術は、傷害罪の違法阻却の関係で問題になり、かつては治療行為に含まれない（同意によって違法阻却される）とする説が有力であった¹⁰⁾。もっとも、刑法上の治療行為と医師法 17 条の医行為とは別の問題であり、美容目的の手術は刑法上の治療行為とはいえないと解する余地はある¹¹⁾。緊急性を有しない点でも他者決定や推定的同意の可能性がない点でも、通常の治療行為とは明らかに異なるからである。医師法 17 条との関係では、原判決も本判決も美容整形手術は医行為に当たるとしている。

原判決は、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、医師が行うのであ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として、医療関連性を医行為の要件とすることに反対する理由とした。これに対し、本判決は、「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

として認められる」として、美容整形手術も医療関連性を有するとした¹²⁾。問題は、本判決のように解した場合、入れ墨（タトゥー）も消極的な医療目的に含まれてしまうのではないかという点にある¹³⁾。

立法論としては、医師法の制定（1948 年）と同時に歯科医師法が設けられたように、新たな分野である美容整形手術については、別に美容整形医師法を制定することによって対処する方が適切であるように思われる。

4 入れ墨（タトゥー）は医行為か

警察犯処罰令（1908 年）2 条 24 号は「自己又ハ他人ノ身体ニ刺文シタル者」に拘留・科料の刑を科していたが、軽犯罪法（1948 年）はこれを引き継がなかった。このことは入れ墨が犯罪ではなくなったことを意味する。現在、青少年に対して「いれずみ」を施すことを禁止・処罰する条例（京都府の青少年健全育成条例など）が存在するが、そのことは、成人に対する入れ墨は禁止されてはいないことを当然の前提とするものである¹⁴⁾。

他方、平成 12 年の厚生省健康政策局医事課長通知「医師法上の疑義について」は、医師免許のないエステサロン従業員が行ったアートメイクにつき、これを業として行えば医業に当たるとした。さらにそれを「再度徹底する」として、平成 13 年の医政医発第 105 号は、医師法 17 条に違反する行為として「針先に色素をつけながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」を挙げた¹⁵⁾。これによれば、入れ墨（タトゥー）は医行為に当たるとするのが行政解釈ということになる。東京地判平 2・3・9（判時 1370 号 159 頁）も、アートメイクを医行為に当たるとした¹⁶⁾。

しかし、アートメイクについて被害が多発したことから出された通知を、唐突に入れ墨（タトゥー）にまで及ぼすのは乱暴であり、行政解釈が裁判所の判断に優先するわけでもない。むしろアートメイクについても、美容整形手術と同様に医師法とは別の対処方法を採用すべきであろう。入れ墨（タトゥー）に医療関連性が認められないとする本判決の判示は十分に説得的である。

三 入れ墨（タトゥー）施術と職業選択の自由

入れ墨（タトゥー）施術と職業選択の自由との関係につき、原判決は、「入れ墨の施術は、医師

の有する医学的知識及び技能を持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……必要かつ合理的な措置というべきである。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はなく、医師免許の取得を求める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」として、本件に医師法 17 条を適用することは憲法 22 条 1 項に反しないとした¹⁷⁾。これに対し、本判決は、前掲のとおり、タトゥー施術業に医師免許を必要とすれば、彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になるとし、他の緩やかな制限の可能性を具体的に示したうえで、入れ墨（タトゥー）の施術は医師のみがなしうるとすれば、「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」とした。

本判決は、入れ墨（タトゥー）施術は医行為に当たらないとしたので、この判示は傍論であるが、原判決に対しては、医療資格者による施術にしておくことで、タトゥーおよびその施術が実質的になくなることを期待する視線で結論を出したのではないかと、そうだとすれば、「医療上の健康被害の問題ではなく、(裁判所を含む) 様々な人々のタトゥーをめぐる社会的、文化的意識に基づいた差別的取扱いの問題として認識される必要が出てこよう」という指摘もあったところであり¹⁸⁾、そうではないことを示した適切な判示であったと考える。

●——注

- 1) 2015 年 11 月 22 日朝日新聞朝刊、2015 年 12 月 25 日東京新聞朝刊など。
- 2) 城下裕二・新・判例解説 Watch(法セ増刊) 23 号(2018 年) 175 頁、高田倫子・同 19 頁、濱口晶子・法セ 763 号(2018 年) 120 頁、佐々木雅寿・法教 449 号(2018 年) 121 頁、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」廣法 42 巻 3 号(2019 年) 21 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」毛利透ほか編『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 年) 749 頁以下。
- 3) 榎透・新・判例解説 Watch(法セ増刊) 24 号(2019 年) 37 頁、堀口悟郎・法セ 771 号(2019 年) 128 頁、笹田栄司・法教 462 号(2019 年) 152 頁、天田悠・刑ジャ 60 号(2019 年) 176 頁以下、前田雅英・捜研 825 号(2019 年) 16

頁以下、城水信成「タトゥー施術は『医行為』ではない」刑弁 99 号(2019 年) 81 頁以下、松宮孝明「タトゥー事件大阪高裁判決に対する刑事法学からの検討」同 87 頁以下、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」同 93 頁以下。

- 4) 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 年) 135 頁以下、142 頁、佐藤・前掲注 3) 95 頁以下。
- 5) 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) 362 頁以下、曾我部・前掲注 2) 751 頁など。
- 6) 佐伯仁志・医事法判例百選(2006 年) 4 頁。これに疑問を呈するものとして、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) 14 頁以下、23 頁以下。
- 7) 辰井・前掲注 6) 18 頁以下、上田健二「診療行為の意義」中山研一＝泉正夫編『医療事故の刑事判例』(成文堂、1983 年) 19 頁以下、32 頁以下、佐伯・前掲注 6) 4 頁、高山佳奈子・医事法判例百選〔2 版〕(2014 年) 4 頁など。
- 8) 榎・前掲注 3) 39 頁は「極めて正当な判断」とし、新井・前掲注 2) 37 頁は「画期的判決」としているのに対し、天田・前掲注 3) 182 頁は、「現在確立している最高裁判例と整合しない疑いがある」とする。
- 9) 松宮・前掲注 3) 89 頁。
- 10) 団藤重光編『注釈刑法(2)の I』(有斐閣、1968 年) 117 頁〔福田平執筆〕、佐伯千仞『刑事法と人権感覚』(法律文化社、1994 年) 194 頁以下など。
- 11) 山中敬一『刑法総論〔第 3 版〕』(成文堂、2015 年) 602 頁、天田悠『治療行為と刑法』(成文堂、2018 年) 421 頁など。
- 12) 堀口・前掲注 3) 128 頁、辰井・前掲注 6) 34 頁、曾我部・前掲注 2) 754 頁、高山・前掲注 4) 148 頁もこれに賛成している。
- 13) 天田・前掲注 3) 181 頁、松宮・前掲注 3) 91 頁。
- 14) 高山・前掲注 4) 137 頁。
- 15) 小山剛「憲法訴訟の実践と理論〔第 11 回〕職業と資格——彫師に医師免許は必要か」判時 2360 号(2018 年) 141 頁以下、144 頁以下(「医師法のはるか以前より営まれてきた彫師の職業に対して医師免許を要求するのは、唐突な印象を禁じ得ない」という)。
- 16) 前田・前掲注 3) 27 頁は「アートメイクの典型である『入れ墨による眉』が医師法違反の可能性があるのに対し、反社会的勢力にしばしば見られる『全身への刺青』が医師法の規制の埒外にあるとするのは、いかにも均衡を失った判断である」とする。
- 17) この点についての批判として、高田・前掲注 2) 21 頁以下。
- 18) 新井・前掲注 2) 36 頁。

大阪市立大学名誉教授 浅田和茂