

〈 論 説 〉

医師にのみ許容される行為

——タトゥー施術事件控訴審判決を契機として——

武藤 眞朗

1. 問題の所在

現代社会において医療が重要で不可欠なことは異議を挟む余地がない。日常生活において、程度の差はあれ、けがや疾病を避けることはできず、安静にする、売薬を飲むなどで対応するが、それでもなお症状が治まらず、治癒しない場合には、医療機関に委ねることになる。医療機関において中心的役割を果たすのはいうまでもなく医師であり、医師による診察を受け、治療を受けることになる。もっとも、診察の過程において、医師の指示によって検査を受け、薬剤投与、注射などの措置を受けることがあり、それは、検査技師、看護師等の医師以外によって担われることがある。医師法17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定しており、医業が医師に独占的に行わせることとなっており、医師以外が医業を行えば処罰される。そこで、医師が独占する医業が何を意味するのかが問われなければならない。従来、「医業」とは、業として「医行為」を行うこととされている⁽¹⁾。医学および医療技術は日々進歩しており、それに伴って内容も変化することがあるため、固定的な定義を行うことは困難であるが、無資格者による医業が処罰対象とされる以上、その内容は明らかにしなければならない。医業の内容を解明するためには、「医行為⁽²⁾」の内容を明らかにしなければならない。

医業は医師に独占的に許容されており、それ以外の者には禁止されているが、医業の範囲を明確にすることは、2つの観点から重要な意味をもつ。第1に、現代社会では、多くの人々が医療の恩恵を受けてより健康的な生活をする

ことが可能となっているが、求められる医療がすべて医師によって担われることは困難である。十分な医療サポートを享受することができるようにするためには、医療機関における医師以外の医療従事者・補助者の活動の他、自宅における家族などによる介護によって支えられることが不可欠である。その際に、医師以外には何が許容されるのかが明確にされなければならない⁽³⁾。第2に、身体への介入が、必ずしも健康回復や生命維持などと関わらないものがあり、そのような行為が医行為、医業として医師の独占的許容の対象となるかどうか問われなければならない。周知のように、医師でないタトゥー彫り師が、依頼に基づいてタトゥー施術をしたことが医行為に、そして医業にあたるかどうか裁判上争われ（本稿では、以下、「タトゥー施術事件」という）、それを肯定した第1審判決が、控訴審によって破棄され、無罪とされた。本事案は上告中でもあり、その判断を分析し、医師に独占させるべき医業を明確化することによって、医師以外にも許容される行為を明らかにし、その中で、何らかの資格に基づいて許容される行為と、特に資格を前提とせずに許容される行為との限界づけを行うことは意義あることと思われる。本稿では、タトゥー施術事件の分析を中心に据えつつ、第2の点を中心に医業ないしは医行為をめぐる判例の分析しつつ、そのあるべき姿を提示することを試みる。

-
- (1) 医業が「業として医行為を行うこと」であることは、一致がみられているが（たとえば、磯崎辰一郎＝高島學司『医事・衛生法〔新版〕（有斐閣・1979年）184頁以下、平野龍一他編『注解特別刑法5—1 医事・薬事編（1）〔第2版〕』39頁〔小松進執筆〕）、医行為については、後述のように広義と狭義に分類され、医師法17条にいう医行為は、「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」とされるのが通説であるが、医療関連性を前提としているかどうか争われるわけである。なお、厚生労働省による行政解釈は、「『医業』とは、当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」（医行為）を、反復継続する意思をもって行うこと」としている（厚生労働省「医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について（通知）」平成17年7月26日医政発726005）。なお、法解釈における行政解釈（通知）の意義については、辰井聡子「医行為概念の検討」立教法学97巻1号285頁、267頁を参照。
 - (2) 医行為は、「医療行為」と通常は同義で用いられるが、本稿ではより一般的な「医行為」を用いる（米村滋人『医事法講義』（日本評論社・2016年）39頁（脚注12））。
 - (3) 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362頁以下を参照。

2. 医師法17条の制度趣旨

医師法は、第1条に「医師は、医療およ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、社会における医師の果たすべき役割を明らかにし、17条で医師による医業独占を規定している。医師に独占的に許容される「医業」は、1条に示された医師の果たすべき役割に照らしてその内容が解釈されなければならない。

後述のように、日常生活において、直接的に医療と関わり、医師による措置を受ける典型的な機会は、疾病やけがの際の診察、検査、診断、治療であり、また、それを必ずしも前提としない健康診断、さらに、特に感染症における予防措置である。これらの場における診察では、問診、視診、聴診、触診など、医師の五感を通して対象者（患者）の症状の概要を認識する。そして、必要に応じて、内視鏡、放射線、超音波、磁気などを用いて、患者の身体内部の状況についてより精密な情報を得る。これらの情報に基づいて、健康状態維持・改善のための措置、そして、患者の苦痛緩和のための措置を施す。

これらの一連の過程の中で、放射線照射、注射、外科手術のように、対象者の身体に直接侵襲を伴うもの⁽⁴⁾と、問診、視診など、それ自体としては、直接的な侵襲は伴わないものが存在するが、両者とも医行為に含まれ、それを業として行うことは医業として、医師にのみ独占的に許容されると考えられている。

3. 医業の内容をめぐる判例

医業を医師に独占的に許容し、無資格者に対してはこれを禁止して、違反行為を処罰対象とすることは、旧医師法11条に規定されていた⁽⁵⁾。現行医師法17

(4) 米村・前掲書（注2）167頁（脚注14）は、診断過程における侵襲行為を含めて「医的侵襲行為」とよぶ。

(5) 旧医師法（明治39年＝1906年施行）11条1項は、「免許ヲ受ケスシテ醫業ヲ爲シタル者ハ六月以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金ニ處ス」と規定していた。

条も、これを引き継ぎ、医業を医師のみに許容し、これに違反した場合の処罰規定を設けている。本稿では、現行法における最高裁判例と、タトゥー施術事件と関連のある下級審判例を紹介する。

（１）最高裁判例

まず、現行医師法17条違反罪（以下、「無資格医業罪」という）に関する最高裁判決について紹介する。

①指圧事件

本件は、医師免許をもたない被告人が、複数回にわたり、医師またはこれに類似した名称を用いて、聴診器による患部の診断ならびに自己の指頭を患部に触れ交感神経等を刺激してその興奮状態を調整する方法によって治療を行った事案である。第1審が、この点について、医師法17条（無資格医業）、18条（医師に類似する名称の使用）に違反し、それぞれ、同法31条および33条の2の罪が成立するとした⁽⁶⁾のに対し、控訴審は原判決を破棄して、31条2項の罪にあたるとし⁽⁷⁾、最高裁は上告を棄却した⁽⁸⁾。

本件では、最高裁は明示的に確認しているわけではないが、医師でない者が、医師またはそれに類似する名称を用いて、医業を行ったことについて、医師法31条1項（同法17条違反＝無資格医業）と同法33条の2第1号（18条違反）が成立するのではなく、31条2項（医師類似名称使用無資格医業）が成立する点に特色がある⁽⁹⁾。最高裁は、被告人の行為は、「聴診、触診、指圧等の方法によるもので」、「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」おり、「これを医行為と認める

（6） 大阪地判昭和27年5月15日刑集9巻7号1097頁（参照）。

（7） 大阪高判昭和28年5月21日刑集9巻7号1098頁（参照）。

（8） 最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁。

（9） 医師でない者が、医師またはこれに類似した名称を用いて、医業を行うときは、たんなる無免許医業よりもその害が大きく、悪質であるために、加重され、結合犯として規定されていると理解されている（平野他編・前掲書（注1）102頁）。

のを相当としなければならない」と判示している。なお、控訴審判決は、被告人の行為は、「外科手術の範囲に属する」医行為としている⁽¹⁰⁾のに対し、最高裁は、「外科手術の範囲に属する医行為であるとした説明および引用した大審院判例⁽¹¹⁾の適否は別として」としており、「外科手術の範囲」に属することが医行為であるための必要条件とはしていない。また、控訴審判決の「罪となるべき事実」には、「聴診器（……）による患部の診断並びに自己の指頭を患部に融れ交感神経等を刺激してその興奮状態を調整する方法による治療を行」ったことが挙げられており、前述のとおり、最高裁判決でも、「聴診、触診、指圧等」を医行為としているが、控訴審判決では、鳩尾や眼球等に対する指圧などによる「治療方法」は「医師でない、医学上の知識と技能とを有しない者がみだりにこれを行うときは生理上の危険がある」と認定しているのであり、治療の前提としての診察について、無資格者が行うと生理上の危険があることは明示的に述べてはいない。最高裁も、診察の部分（聴診、触診）について、無資格者が行うと生理上危険を生じさせることは積極的に論証していない⁽¹²⁾。

②断食療法事件

本件は、医師でない被告人が、断食道場を訪れた者に対して、疾病の治療と予防を目的とする断食療法を行わせる前提として、入寮目的、症状、病歴などを尋ね、医薬品である下剤を投与した行為について、これらが医行為にあたるとした第1審判決⁽¹³⁾を、控訴審が支持し⁽¹⁴⁾、最高裁も、「被告人が断食療法の入寮者に対し、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、上告を棄却したものである⁽¹⁵⁾。

(10) 大阪高判昭和28年5月21日前掲（注7）刑集9巻7号1100頁。

(11) 大判昭和9年4月5日大判13巻377頁。

(12) 寺尾正二「最判解」刑事篇昭和30年度177頁は、「治療方法そのものが、……医学上の知識と技能を必要とし、そうでない者がみだりにこれを行うときは生理上危険ある性質のものであるとして正に医行為に当たる」としているが、診察の危険性については言及していない。

(13) 東京簡裁昭和47年4月19日刑集27巻8号1407頁（参照）。

(14) 東京高判昭和47年12月6日刑集27巻8号1411頁（参照）。

本最高裁決定では医業および医行為の定義は示されていないが、原判決は、前記指圧事件最高裁判決を内容的に踏襲し、「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」ことが医業にあたるとしており⁽¹⁶⁾、最高裁も、それを前提として、被告人の行為が「疾病の治療、予防を目的としてした診察方法の一種である問診にあたる」として、問診という形式での診察に焦点を当てて医行為であると判示したものである。

③コンタクトレンズ処方事件

本件は、コンタクトレンズ販売会社を実質的に経営するとともに眼科を管理する医師である被告人Aが、医師資格のないBと共謀して、検眼、コンタクトレンズ着脱、コンタクトレンズ処方等の診療行為をし、医業を行ったとされた事案である。第1審は、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」⁽¹⁷⁾としたうえで、検眼とコンタクトレンズ着脱は、それ自身が保健衛生上危害を生ずるおそれがある行為にあたるとは直ちには言いがたいが、患者の眼に適合しないコンタクトレンズを装着すると頭痛、吐き気、充血、眼痛、視力の低下などをもたらしたり、角膜を傷つけたりする危険があり、コンタクトレンズの適否および適合するコンタクトレンズの判断であるコンタクトレンズ処方は（圏丸は筆者による。以下同じ）、これを誤れば保健衛生上危害を生ずるおそれがある行為に当たり、医行為に当たるので、コンタクトレンズ処方のための検眼、コンタクトレンズ着脱も、コンタクトレンズ処方の一部をなす行為として医行為に当たると判示している⁽¹⁸⁾。控訴審

(15) 最決昭和48年9月27日刑集27巻8号1403頁。

(16) 東京高判昭和47年12月6日前掲（注14）刑集27巻8号1412頁。

(17) 保健師助産師看護師法37条において、保健師、助産師、看護師または准看護師に、原則として禁じられる行為として、例示に続けて「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」と規定しており、飯田喜信「最判解」刑事篇平成9年度171頁は、医行為の要件の実定法上の根拠をこの規定に求めている。

(18) 東京地判平成6年3月30日刑集51巻8号689頁（参照）。

も、「医業の内容をなす医行為とは、……『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』」と定義し、「処方のために行われる検眼およびコンタクトレンズの着脱の各行為については、……、コンタクトレンズの処方の一部かどうかはともかくとしても、……行為の性質上すべて医行為に当たるというべきである。」として、控訴を棄却⁽¹⁹⁾、最高裁は、「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。」として、上告を棄却している⁽²⁰⁾。

本件では、コンタクトレンズ処方のための検眼およびテスト用コンタクトレンズの着脱を行うことが医行為にあたり、これを業として行うことが医師法17条にいう医業にあたるのかどうか争われた。第1審では、コンタクトレンズが装着されることによる患者の（眼を中心とする）身体に対する影響、危険性を考慮して、コンタクトレンズ装着自体の適否と、適合するコンタクトレンズの選択という判断が、「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」として、コンタクトレンズの処方が医行為であることが判決の基礎にある。これに対して、検眼およびテスト用コンタクトレンズの着脱自体は、「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」とは直ちには言えないことが出発点となっている。そのうえで、医行為でない検眼およびコンタクトレンズ着脱が、医行為であるコンタクトレンズの処方のために行われることによって、全体として医行為性を帯びるという理論構成をしている。これに対して、控訴審判決は、無資格者による医業における危険が「抽象的危険」で足りるとし、検眼については、検眼機の操作、データの分析を誤る可能性を根拠に、また、テスト用コンタクトレンズの着脱については細菌感染を招く危険性、コンタクトレンズ適合性の判断を誤る危険性などを根拠に、コンタクトレンズの「処方」とは独立して、医行為性を肯定しており、最

(19) 東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁。

(20) 最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁。

高裁決定も、「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』に当たるとした原判決の判断は、正当である」として、この判断を容認している。

もっとも、控訴審において、医師でない者が検眼をすることが保健衛生上危害を生ずるおそれがあるとするのは、検眼行為それ自体の危険性というよりは、むしろ、検眼によって得られたデータの分析を誤る可能性に重点が置かれており、それによってコンタクトレンズの適応および適合するコンタクトレンズについて、適切な判断が行われず、その結果として、コンタクトレンズ装着の適応のない患者がこれを装着し、または、適合しないコンタクトレンズを装着することにより、頭痛や視力低下など患者の身体に危害を生じる抽象的危険を問題にしていると理解することができるだろう⁽²¹⁾。そうすると、やはり、第1審の判示と同様に、検眼がコンタクトレンズの処方に至る過程として位置づけられていることになるだろう。ただし、テスト用コンタクトレンズの着脱による細菌感染の危険性については、「着脱行為」自体に付随する危険性という側面があるとすれば、保健衛生上の直接的・積極的危険を生じさせることになる⁽²²⁾が、この危険が、無資格者がこれ行う場合に、医師が行う場合と比べて、本罪の可罰性を基礎づけるのに十分なほど高められるのかは、別途考察が必要であろう。そうすると、コンタクトレンズの処方⁽²²⁾は医学的判断を必要とし、その判断に誤りがあると「身体に危害が生ずるおそれがある」として医行為性を肯定する可能性は否定できないとしても、その判断の材料を収集する行為（検眼）も、判断行為としての「処方」の一部として評価すべきかどうかは、なお検討の余地があるといつてよいだろう。

(21) 佐伯仁志「判批」医事法判例百選（初版）（2006年）5頁は、その行為自体は危険でないが、後になってされる処置の基礎となって不適切な処置を誘発したり、将来における医師の適切な処置の機会を奪ったりしてしまうことによって生じる間接的・消極的危険として位置づけている。

(22) 佐伯（仁）・前掲「判批」（注21）5頁。

（2）下級審判例

次に、「医療関連性」の要否という点でタトゥー施術事件と関連性をもつ下級審判例を紹介する。

④アートメイク事件⁽²³⁾

本件は、医師免許のない被告人が、経営する美容室において、複数の客に対して、あざ、しみ等を目立ちづらくする目的で、局所麻酔剤キシロカイン注射液を身体各部位に塗布したり、注射したりし、注射器もしくは針を使用して各治療部位に色素を注入する等の行為が医業にあたるとしたものである。弁護人は、被告人の針による色素注入は、人体に対する危険性が高いとはいえ、社会的相当行為であり違法性がないと主張した。これに対して、東京地裁は、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」とする定義を前提として、針で皮膚を刺すことにより皮膚組織に損傷を与えて出血させるだけではなく、医学的知識が十分でない者がする場合には、肝炎等の疾病に罹患する危険性、真皮内に色素を注入することによって類上皮肉芽腫という病変を生ずることがあり、「本件により、……人体に対する具体的危険を及ぼすことが判明した以上、医師でないものが本件行為をなすことに違法性がある」としている。また、入れ墨を彫る行為と比較し、両者とも医行為に該当するものの、本件行為が、美容目的でありそのような宣伝をしているにもかかわらずそのような効果がほとんどないか乏しく、高価な対価による客の期待が達成されることはないといった点で、歴史、風習等に基づく入れ墨と比較しても違法性が異なり、入れ墨と同様には黙認ないし容認されるべきではないとしている。

本判決は、アートメイクが「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」として、入れ墨と同様に医行為性を肯定したうえで、実質的には、もっぱら営利目的であること、客の期待に沿う美容効果が得られていないことを根拠に、違法性阻却も否定している。そ

(23) 東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁。

の際に、入れ墨についても医行為性については同様に肯定し、両者とも実質的にも違法としつつも、違法性の程度が異なるとして、本件アートメイクの違法性阻却を否定している。

⑤永久脱毛事件⁽²⁴⁾

本件は、脱毛サロンを経営する（医師の資格がない）被告人夫婦が、従業員と共謀して、レーザー脱毛機器を使用して、複数の客の手甲、膝、口、脇等の皮膚にレーザー光線を照射して体毛の毛根を破壊する方法による脱毛をした行為が医行為に該当し、医師の資格がないのに医業を行ったと判示したものである。東京地裁は、本件レーザー脱毛機器による「レーザー照射により真皮、皮下組織等の膠原線維変性等の影響が生じうるもので、火傷等の皮膚障害が発生する危険性を発生する危険性を有」するので、「レーザー脱毛の施術にあたっては、被施術者の体調、皮膚の色、毛の太さ等を考慮して照射量、照射時間等を決定し、施術後に問題が生じれば消炎剤、抗生物質等の薬剤投与が必要となるなど、医学の専門知識及び技能がなければ、保健衛生上人体に危害を及ぼすおそれがあると認められるから、医行為に該当する」とし、本件行為が医師法17条（無免許医業罪）に該当し、違法性の意識を欠くこともないとした。

本件も、当該行為が「保健衛生上人体に危害を及ぼすおそれがある⁽²⁵⁾」ことの認定で医行為性を認め、医療関連性については言及していない。施術にあたり、医学的専門知識と技能が必要であるが故に、医師にのみ許容されている⁽²⁶⁾。

(24) 東京地判平成14年10月30日判時1816号164頁。

(25) 隆鼻、植毛などについて、厚生省「医師法第十七条における『医業』について」昭和39年6月18日医事44-2号は、「いずれも、当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は及ぼすおそれのある行為（医行為）であり、これらの行為を反復継続すれば、医業に該当するものと解される。」としている。

(26) 厚生省「いわゆる『永久脱毛』について」昭和59年11月13日医事69号、「医師法上の疑義について（回答）」平成12年6月9日医事59号に対応している。

4. タトゥー施術事件判決

（1）タトゥー施術事件第1審判決⁽²⁷⁾

このような中で、タトゥー彫り師による施術が医師法17条違反に問われた事件が起こった。本件は、医師免許をもたない被告人が、タトゥーショップにおいて、2名に対し、4回にわたり、針をつけた施術用具を用いて、被施術者の上腕部等に色素を注入したものである。第1審の大阪地裁は、本件行為が医師法17条に違反するとして有罪とし、罰金15万円を言い渡した。

第1審判決は、i) 本件行為が医業の内容をなす医行為にあたるか、ii) 医師以外に医業を禁止した医師法17条が憲法31条、22条1項、21条1項、13条に違反するか、iii) 本件行為が、医業にあたるとしても、実質的違法性があるかどうかという論点について本件行為を評価している。

前記3つの論点のうち、理論的にも最も争いがあるのは、第1の論点、すなわち、医行為の内容である。医行為が、「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をいう」ことについては、現在の判例、学説上争いがない。問題は、医療及び保健指導に属する行為であること（以下、「医療関連性」という）が前提とされるかどうかである。大阪地裁は、医師法17条が、「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り、『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の危害を生ずるおそれのある行為をいう」と定義し、医療関連性を医行為の前提とすることを明示的に否定する。さらに、疾病の治療、予防を目的としていることが医行為の要件であるとして弁護人が援用した前述の判例（指圧事件、断食療法事件）は、いずれも治療または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あり、その目的が争点となったわけではなく、この目的の要否について最高裁が判断したものではないので、これらの目的を医行為

(27) 大阪地判平成29年9月27日判時2384号129頁、判タ1451号247頁。

の要件としなくても判例に違反しないとしている。

これを前提として、本件におけるタトゥーマシンを使用した施術は、被施術者に皮膚障害等を引き起こす危険性、アレルギー反応を生ずる可能性、被施術者の有する病原菌やウイルスが、被施術者自身、他の被施術者、施術室・器具、廃棄物等に接触する者に感染させる危険性があり、これらの施術に伴う危険性を十分に認識・理解し、保健衛生上の危害を防止する方法・環境を検討し、判断するためには、医学的知識および技能が不可欠であることから、これが医行為にあたるとして、被告人に無資格医業罪の成立を肯定した。

また、医師法17条の合憲性については、本条の規制対象が「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」という解釈は本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り、刑罰法規の明確性に違反することなく（31条）、また、職業選択の自由（22条1項）、表現の自由（21条1項）、さらに13条の保障する自由についても、公共の福祉による合理的な制限の範囲にとどまり、憲法に違反することはないとする。

さらに、入れ墨の施術者および被施術者の権利が憲法上保障されていたとしても、保健衛生上の危害の防止に優越するものではなく、実質的違法性を阻却するほどの社会的な正当性を有するものではないとする。

以上のように、本件第1審判決は、タトゥーマシンを用いた入れ墨の施術が医行為にあたり、これを医師にのみ独占的に許容し、医師以外の者には禁止した医師法17条が憲法に反するものではなく、本件施術が実質的違法性を阻却するものではないとしている。

これに対して、弁護人は、医師法17条の医業の内容をなす医行為が、社会通念上医療関連性を外枠とされなければならないことのほか、タトゥー施術を医師法17条によって医師以外に禁止することは、職業選択の自由を定めた憲法22条1項および表現の自由を保障した憲法21条に違反することなどを理由として、控訴した。

（2）タトゥー施術事件控訴審判決⁽²⁸⁾

控訴審において、大阪高裁は、医事法17条にいう「医業」の内容をなす「医行為」は医療関連性を外枠とするという弁護人の主張を容れ、タトゥー施術について医師法17条を適用したのは誤りだとして、原判決を破棄し、無罪を言い渡した。

（i）医業（医行為）を医師に限定する根拠と医業の範囲

大阪高裁は、医業の内容について学説を分析し、医療関連性と保健衛生上の危険性の両方を医行為の要件であるとしている。

「医師法は、『医療及び保健指導』という職分を医師に担わせ、医師が業務としてそのような職分を十分に果たすことにより、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ことを目的として」おり、「医師の免許制度及び医業独占は、……国民に提供される医療及び保健指導の質を高度のものに維持することを目指している」ので、「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、……無資格者による医業が国民の生命・健康にとって危険であるからであるが、その大きな前提として、同条は、医業独占による公共的な医師の業務の保護を通じて国民の生命・健康を保護するものであり、「医師が行いう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である」とする。さらに、「現代社会において保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為は、医療及び保健指導に限られるものではなく、これとは無関係な場面で行われる行為の中でも、いろいろと想定される」とし、「『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』という要件のみで判断する場合、その危害防止に医学的知識および技能が求められるか否かの判断が決定的に重要な意味を持つことになる」が、「必要とされる医学的知識及び技能並びに保健衛生上の危害についての捉え方次第で判断が分かれ得るという意味で、一定の曖昧さを残していることは否定

(28) 大阪高判平成30年11月14日高刑集71巻3号1頁。

でき」ず、「保健衛生上の危険性要件の他に、大きな枠組みとして医療関連性という要件も必要であるとする解釈の方が、処罰範囲の明確性に資するものというべきである」とする。さらに、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為を全部医師法の対象とすると、社会通念に照らし、医師が行うとは想定し難い行為まで包摂されかねないのであって、そのような解釈の仕方は、……医師法が医師の身分・資格や業務等に関する規制を行う法律であることや、同法1条が、「医師」に期待する業務に照らして、「妥当とはいえないし、処罰範囲の不当な拡大を招くおそれがある」こと、「さらに、現実的な観点からも、そのような行為を全て医師に担わせることは、不可能といわざるを得ない」ことから、「医療及び保健指導という場면을想定して、当該行為の医行為該当性について判断を下すのが相当というべきである」と判示する。

(ii) 美容整形外科手術との比較

他方、原判決で比較されている美容整形外科手術については、「医療とは、現在の病気の治療と将来の病気の予防を基本的な目的とするものではあるが、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ものというべきであり」、「美容整形外科手術等は、従来の学説がいう広義の医行為、すなわち、『医療目的の下に行われた行為で、その目的に沿うと認められるもの』に含まれ、その上で、美容整形外科手術等に伴う保健衛生上の危険性の程度からすれば、狭義の医行為にも該当すべきである。従って、医業の内容である医行為について医療関連性の要件が必要であるとの解釈をとっても、美容整形外科手術等は、医行為に該当するということができる」として、本件タトゥー施術との間に境界線を引くことは可能であるとしている。

(iii) 医業に関する従来判例との関係

また、医業の内容となる医行為に関する従来判例との関係については、次のように述べている。指圧事件では、「疾病の治療は問題なく認められるため争点とならず」、断食道場事件およびコンタクトレンズ処方事件の各事案で

は、「いずれも医療目的で行われた行為で、その目的に副うと認められるものであることが肯定し得る中で、保健衛生上の危険性が問題となった事案ということができ」、「大審院時代の判例をみると、医行為について、疾病の治療、予防等の目的の下で行われ、その目的に副う行為であること、すなわち医療関連性に加え、保健衛生上の危険性が一定程度に達していることを要すると解釈されていたものと考えられ、最高裁の上記各判例もこれと立場を同じくしているものと解される」としており、「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、……、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」とまとめている。

(iv) 本件行為（タトゥー施術）の医行為該当性

医業の内容をなす医行為について、前記の解釈に基づき、本件行為の医行為該当性について、「本件行為に伴って、原判決が指摘するような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否定できず、……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」とする。他方、「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つて、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」り、「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」こと、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、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、医学的知識及び技術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というべきである。」とする。そして、「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」と結論づける。

(v) タトゥー施術を医行為として医師に独占させることの違憲性

控訴審判決は、弁護人によるに関する主張に答えて、タトゥー施術が医師法

17条の医業にあたと解釈することの合憲性について、付言している。控訴審判決は、薬事法違憲判決⁽²⁹⁾を引用しつつ、「上記目的（保健衛生上の危害の発生を防止すること＝引用者注）を十分に達成するため、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をもたらす医師法による規制が、必要不可欠であるといえるか甚だ疑問であり、医師法の規制対象にするのではなく、より緩やかな規制の下でも社会的に許容できる水準の安全性を確保することは可能と考えられ」、「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」ず、「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り」、「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」としている。なお、表現の自由および自己決定権侵害であるとする弁護人の主張については、本判決は検討していない。

5. タトゥー施術事件判決の論点の整理と学説の対応

（1）総説

タトゥー施術事件の争点は、タトゥーマシンを使用したタトゥー施術が、医師法17条にいう医業に該当するかどうかという点であることはいうまでもなく、医業が業として医行為を行うこととされていることから、医行為の内容が正面から問われた事案である。「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」（本件控訴審判決では、「保健衛生上の危険性要件」とよぶ）は、争いのない医行為の要件であるが、「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）」または、「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」がその前提となるかどうか争われている。

(29) 最判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

第1審は、医業の内容である医行為の要件として、医療関連性または「疾病の治療、予防（の）目的」が必要であるとする弁護人の主張を退けている。これに対して、控訴審は、「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、……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）、従来の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」として、医療関連性が医行為の要件であることを端的に認めている⁽³⁰⁾。

（2）無資格医業罪の目的、保護法益

本罪の目的、保護法益に関して、第1審判決は、「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⁽³¹⁾」とするのに対し、控訴審判決は、「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である」り、「医師は医療及び保健指導を掌るものである以上、保健衛生上危害を生ずるおそれのあるものであっても、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⁽³²⁾」とする。

第1審判決および控訴審判決ともに、医業を医師に限定する根拠を国民の保健衛生上の危害を防止することと捉えている点は共通であるが、控訴審では、医療および保健指導と関連しない行為は医業独占（無資格医業禁止）の規制対象外としている点で、第1審と判断が分かれている。

本罪の保護法益、さらに遡れば、医師法の規制目的がその解決の実質的根拠を与えるはずである。医師以外による施術が禁止される業としての医行為が、

(30) 大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号17頁。

(31) 大阪地判平成29年9月27日前掲（注27）判時2384号131頁、判夕1451号249頁。

(32) 大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号18頁。

医療関連性を前提とするかどうかは、本論点の中心となる問題であるので、6.(2)「医療関連性」において検討する。

(3) 従来判例との関係

第1審判決は、医療関連性を医行為の前提にしないことについて、積極的に論証するというよりも、これを前提としないことが従来判例とは矛盾しないという、消極的な論証にとどめている。すなわち、前述の指圧事件判決、断食道場事件判決およびコンタクトレンズ処方事件決定の各事案においては、「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、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」ことから、「医行為の要件として『疾病の治療、予防(の)目的』が不要であると解しても、最高裁判所の判例には反しない⁽³³⁾」とする結論を導いている。

これに対し、控訴審判決は、第1審判決が参照した最高裁判例を挙げながら、「いずれも医療目的で行われた行為で、その目的に副うと認められるものであることが肯定し得る中で、保健衛生上の危険性が問題となった事案」であることを共通理解として、大審院時代の判例が、「医行為について、疾病の治療、予防等の目的の下に行われ、その目的に副う行為であること、すなわち医療関連性に加え、保健衛生上の危険性が一定程度に達していることを要すると解釈されていたものと考えられ、上記各判例もこれと立場を同じくしているものと解される⁽³⁴⁾」とする。すなわち、大審院判例では、医行為性について医療関連性を前提としたうえで、保健衛生上の危険性によって「医行為性」が判断されていたが、最高裁判例の事案では、医療関連性について争いがない事案だったために、取り立てて判断しなかっただけであり⁽³⁵⁾、医療関連性による限定を取り外す判例変更を行ったものではないとしているのである。

(33) 大阪地判平成29年9月27日前掲(注27)判時2384号131頁、判夕1451号250頁。

(34) 大阪高判平成30年11月14日前掲(注28)高刑集71巻3号21頁。

医師法17条で医師に独占させている医業の内容をなす医行為については、旧医師法が適用されていた大審院時代は医療関連性を当然の前提としたうえで、「医師が行うのでなければ人体に危害を生じるおそれがあるもの」としてきた⁽³⁶⁾。現行医師法17条も、旧法11条と比較しても、医療関連性を要件から取り除く条文の変更はみられず、前述の最高裁判例も施術対象者の生理的機能障害の存在が前提とされ、また、アートメイク事件などにおいても、生命侵害や身体的機能障害に至るものではないにせよ、精神的な劣等感が前提とされ、それを改善するための措置の医行為性が問題とされたのであり、人体に対する危害可能性は肯定されるものの医療関連性が欠ける事例を取り扱って医行為性を肯定したものではない。医業性、医行為性の認定にあたって、医療関連性の存否をあえて判断していないからといって、積極的にこの要件を取り外したものと理解することはできない⁽³⁷⁾。少なくとも、これらの判例が医療関連性の存否を

(35) 本件第1審判決および控訴審判決が参照した最高裁判例の原審は、それぞれ大審院判例を踏襲し、「医行為とは、人の疾病の治療を目的とし医学の専門的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ものを指称する（大阪高判昭和28年5月21日前掲（注7）刑集9巻7号1098頁）」、「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（東京高判昭和47年12月6日前掲（注14）刑集27巻8号1411頁）」とした原判決を上告審が支持していることが、大審院判例が踏襲されていることの根拠となしている（大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号22頁、24頁）。

(36) 大判昭和8年7月31日刑集12巻1543頁（1549頁）は「醫行為トシテハ通常疾病ノ診察ト治療トヲ併セ行フト雖診察ヲ為サスシテ治療行為ノミヲ為シ又ハ治療行為ヲ為サスシテ診察ノミヲ為スコトモ本来醫行為ニ属スルモノトス」、大判昭和9年10月13日刑集13巻1357頁（1361頁）は「凡ソ醫業トハ反覆繼續ノ意思ヲ以テ醫行為ニ従事スルヲ謂ヒ其ノ醫行為スト謂フハ疾病治療ノ目的ヲ以テ診察投薬等ノ行為ヲ為スコト」、大判昭和15年3月19日刑集19巻134頁（156頁）は「疾病ノ治療又ハ豫防ヲ目的トスルモノ……其ノ施術ニ必要ナル限度ノ診察行為ヲ許容スベキ要アルコト勿論ナルモ人體ニ危険ヲ招來スベキ虞レアル診察方法ハ獨リ醫師ニノミ許サルベキモノ」としている。このほか、大判昭和12年5月5日刑集16巻638頁、大判昭和12年12月9日刑集16巻1587頁、大判昭和9年4月5日刑集13巻377頁なども、医行為が診察および治療に属するものであることを前提としている。旧法における大審院判例について、詳細は辰井・前掲論文（注1）283頁以下を参照。

判断していなかったからといっても、本件において医療関連性を要件として判断することが判例違反になるわけではない。かつて、積極的安楽死については名古屋高裁判決が、「医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえない首肯するのに足る特別な事情があること⁽³⁸⁾」を許容要件とし、その後の下級審もこれに従って、医師以外による積極的安楽死措置を許容してこなかった⁽³⁹⁾が、下級審ではあるが東海大学病院事件判決⁽⁴⁰⁾において積極的安楽死の許容要件として挙げた4要件には、「原則として医師の手によること」は含まれていない。「患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと」がこれに代わる要件とされているが⁽⁴¹⁾、この事案においては医師が施術の主体となっていたために、「原則として医師の手によること」を取り立てて要件として挙げなかったにすぎず、本判決によって医師以外による積極的安楽死が解禁されたことを意味するわけではないと思われる⁽⁴²⁾。もっとも、医師法17条は医療関連性を医行為要件から削除することで、

(37) 城下裕二「判批」速報判例解説23号・新判例 watch (2018年) 177頁。指圧事件についての寺尾・前掲「最判解」（注12）177頁は、「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とを用いて診断、処方、投薬、外科手術等の治療行為の一つもしくはそれ以上を行うことをいうであろう」と解説している。この点について、天田悠「判批」刑事法ジャーナル60号（2019年）179頁は、医療関連性をも医行為の要件とした本件控訴審判決が従来の最高裁判例と整合しない疑いがあるとしているが、従来の最高裁判例では、後述のように、いずれも医療関連性が肯定されうる事案であり、医療関連性がない事案において、医療関連性を要件から外すことによって医行為性を肯定しているわけではない。

(38) 名古屋高判昭和37年12月22日高刑集15巻9号674頁、677頁。

(39) 神戸地判昭和50年10月29日判時808号113頁、大阪地判昭和52年11月30日判タ357号210頁、高知地判平成2年9月17日判時1263号160頁。

(40) 横浜地判平成7年3月28日判時1530号28頁、判タ877号148頁。

(41) 甲斐克則『安楽死と刑法』（成文堂・2003年）162頁、佐伯仁志「判批」刑法判例百選Ⅰ（第6版）（2008年）45頁。

(42) 辰井聡子「判批」刑法判例百選Ⅰ（第7版）43頁は、東海大学病院事件判決が「『医師の手によること』を要件としていないのは、課題が最初から『医療従事者として許される行為の限界』に限定されているためであり、ここから直ちに『医師の手によらない積極的安楽死も許容されうる』といった結論を導き出すことができない」としている。

医師以外には禁止される医行為の範囲が拡張されるという意味をもつのに対し、積極的安楽死の主体から「原則として医師の手によること」という要件を外すことによって、積極的安楽死許容の範囲が拡張されることになることを考慮すると、方向性は逆方向であるともいえる。ただし、従来の判例で要求されてきた要件が充足されている事例について、その充足された要件をあえて挙げて確認していないからといって、その要件を外したとする解釈が必然的となるわけではない。

（４）タトゥー施術の医行為性

前述のとおり、本件第1審判決では、医行為は医療関連性を前提としないために、タトゥー施術の医行為性は、もっぱら、「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（保健衛生上の危険性）」を基準とするため、本件のタトゥーマシンによる施術は、被施術者に様々な皮膚障害等を引き起こす危険性、出血による施術者および他の被施術者に対する病原菌等の感染・拡散の危険性などから、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り、医行為にあたる⁽⁴³⁾。

これに対し、控訴審判決は、本件行為が「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」ことから、「保健衛生上の危険性」要件は充足するとしつつ⁽⁴⁴⁾、「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性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、いずれも明らかであり、「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」く、「入れ墨（タトゥー）

(43) 大阪地判平成29年9月27日前掲（注27）判時2384号131頁、判タ1451号250頁。

(44) 大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号25頁。

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⁽⁴⁵⁾」として、医行為性を否定する。

第1審および控訴審ともに、本件のタトゥーマシンによる施術の保健衛生上の危険性は肯定しており、結論を分けているのは、端的に医療関連性を前提としているか否かである。本件のような方法によるタトゥー施術は、それ自体身体への侵襲的要素を含み、その結果として感染症やアレルギー反応によって生理的障害をもたらしたとすれば、二重の意味（施術自体と、施術の結果としての生理的機能障害）で傷害罪の構成要件該当性が肯定されることになろう。その傷害構成要件該当行為を正当化する余地があるかどうかとは別に、医師以外による施術については、医師法の無免許医業罪の成否が問われることになる。純粋な個人法益である傷害罪については、「治療行為」としての正当業務行為が認められないとしても、「被害者の同意」の法理によって正当化の余地がある⁽⁴⁶⁾。もっとも、被施術者の要請によって行われたタトゥー施術が、予定された結果にとどまらずそれを超えた生理的機能障害が発生した場合にも「被害者の同意」によってカバーされるかという問題は残り、また、同意傷害の違法性は社会的相当性の観点から決せられるべきとする判例の立場⁽⁴⁷⁾からすれば、タトゥー施術について同意による正当化可能性が否定される余地はある⁽⁴⁸⁾。

タトゥー施術による生理的機能障害については、実害が発生した場合には、傷害罪（場合によっては過失致傷罪）として評価されるが、なお別の犯罪として捕捉しなければならないとすれば、生理的機能障害という法益とは別の要素が考慮されなければならないはずである。その点において、控訴審判決は、保健衛生上の危険性という、人々が適切に医療を受けられる制度の維持という観

(45) 大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号26頁。

(46) 「被害者の同意」と、「治療行為」の一要素としての「患者の同意」は、対象者の自己決定権の行使であるという共通点はあるが、前者が法益保護の放棄であるのに対して、後者は、同一法益主体の中の客観的利益（身体利益）の対立における選択という側面がある点において、区別されるべきである。両者の相違については、町野朔『患者の自己決定権と法』（東大出版・1986年）172頁、内藤謙『刑法講義（中）』（有斐閣・1986年）532頁他を参照。

(47) 最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁。

点から、医療関連性を前提としたものと思われるが、第1審判決は、これを前提とせずに「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」の存在をもって無免許医業罪の成立を肯定している。この点の妥当性についても、本罪の保護法益との関係で検討する。

（5）美容整形外科手術との対比

本件は、タトゥー施術について、はじめて司法判断がなされた事案であるが、第1審および控訴審ともに、美容整形手術の医行為性と対比している。第1審判決は、医療関連性のある行為の中で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が医行為であるとする弁護人の主張⁽⁴⁹⁾に対して、「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」ではあるが医療関連性が否定される例として、美容整形外科手術等を挙げている⁽⁵⁰⁾。これに対し、控訴審判決は、「美容整形は、……当初から医師によって担われ、形成外科医を中心に発展し、形成外科の一分野をなして専門分化してきた背景があり、……医学部で美容整形外科に関する教育が行われている⁽⁵¹⁾」点などから、「美容整形手術等は、医療関連性を有し、相応の保健衛生上の危険性を伴う行為であるから、『医行為』に該当する⁽⁵²⁾」としている。すなわち、第1審も控訴審も、美容整形手術が医行為にあたるという結論は同じにし

(48) 学説の中にも、判例と同様に社会的相当性によって同意傷害の違法性を決しようとするものもあるが（団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社・1990年）222頁、大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版）（有斐閣・2008年）421頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂・2009年）197頁）、法益主体の自己決定に基づく傷害への同意である以上、可罰的な同意殺人との関係で、傷害の程度によってのみ正当化の余地が制限されるとする見解も有力に主張されている（平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1976年）254頁、内藤・前掲書（注46）329頁、西田典之＝橋爪隆補訂『刑法総論（第3版）』（弘文堂・2019年）202頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013年）225頁、高橋則夫『刑法総論（第4版）』（成文堂・2018年）329頁）。

(49) 東京地判平成2年3月9日前掲（注23）判時1370号160頁。

(50) 大阪地判平成29年9月27日前掲（注27）判時2384号131頁、判タ1451号160頁。

(51) 大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号10頁。

(52) 大阪高判平成30年11月14日前掲（注28）高刑集71巻3号11頁。

つつ、前者は医療関連性を否定し、後者は医療関連性を肯定している。また、前掲アートメイク事件判決では、「医師法にいう医業とは、反復継続して医行為を行うことであり、医行為とは、医師の医学的知識およ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」としつつ、「本件は、正常な皮膚ではなく、いずれも皮膚が病変しているあざ、しみ、火傷跡に本件行為を施したものであって、……相当の出血があり行為後は炎症がみられるという正常な皮膚に対するものよりいっそう深刻な損傷を与えた反面、……行為前とそれほどの相違がない状態に復してしまったり、……かえって見苦しくなるという結果に終わっており、……アートメイク本来の目的はほとんど達成されていないものである⁽⁵³⁾」としている。そのうえで、「本件と……入れ墨を彫る行為とは、針で人の皮膚に色素を注入するという行為の面だけをみれば、大差ないものと認められるので、入れ墨もまた本件行為と同様医行為に該当するものと一応は認められる」としながら、「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、目的からなされてきていることに比較し、本件行為は……あたかも十分な美容効果が得られるような内容であるのに、これが本件のような病変した皮膚を目立ちづらくするというにはほとんど効果がないか、乏しいものであり、「際立った差異が認められ、……ともに違法ではあるといっても、それぞれの違法性の程度は当然異なる」と認め、入れ墨が違法ではあっても今日社会的に黙認されているからといって、前記のような違法性の程度が異なる本件行為もまた黙認ないし容認されるべきものと認めることはできない」としている。

アートメイク事件判決では、人体への危険性（危害可能性）によって医行為性を認定すべきであるとして、入れ墨（タトゥー）についても医行為性を肯定しながら、実質的違法性の程度の点で両者が区別されるとしている。医行為性の認定においては、タトゥー施術事件第1審判決と共通であるが、タトゥー施

(53) 東京地判平成2年3月9日前掲（注23）判時1370号160頁。

術事件第1審判決では認定しなかった実質的違法性の程度に言及することで、アートメイクとタトゥー施術の差別化を図ろうとするものであり、結果として医行為性を否定した控訴審判決と同様の結論に至ることになると思われる。もっとも、アートメイク事件判決においては、顧客（施術対象者）の皮膚に疾患が存在していること、身体への侵襲によって、顧客の期待した効果をもたらさず、かえって悪化させていることを認定しているが、仮にアートメイク施術によって顧客の期待通りの改善結果をもたらしていた場合には、医療関連性を前提とすればかえって医行為性が肯定されることになり、アートメイクの成否は、理論的には医行為性とは関わらないことになるはずであろう。

（6）入れ墨施術に関するその他の法規制との関係

両判決では直接言及されていないが、「入れ墨禁止」についての他の法規制との関係について、学説から指摘がある。旧刑法428条9号（1880年）は「身體ニ刺文ヲ爲シ及ヒ之ヲ業トスル者」を1日の拘留に処し、又は80銭以上1円以下の科料に処する旨を規定しており、また、警察犯処罰令2条24号（1908年）は「自己又ハ他人ノ身體ニ刺文シタル者」を30日以下の拘留または20円以下の科料に処することが規定されていたが、警察犯処罰令を引き継いだ軽犯罪法では、入れ墨を入れる行為の処罰は廃止された⁽⁵⁴⁾。この両法令の処罰は自己の身体への入れ墨も対象とされており、身体に対する危害可能性を保護法益とするというよりも、むしろ、非文明的な風習の排除にその規制根拠はあったと考えられていたようである。

戦後、前述のように法律による入れ墨の処罰は廃止されたものの、2019年現在では39道府県において青少年に対して入れ墨を入れることが禁止され、処罰対象とされている⁽⁵⁵⁾。たとえば、熊本県青少年保護育成条例では、「何人も、正当な理由がある場合のほか、少年に対し、入れ墨を施し、受けさせ、又は周

(54) 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）137頁以下において、警察犯処罰令から現行の条例による入れ墨に対する法規制が紹介されている。

旋してはならない」とし、この違反に対して、21条3号において、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金が定められている⁽⁵⁶⁾が、これは、地方自治法14条3項に規定される条例違反に対する上限の刑である。

これに対し、医師法17条の無資格医業罪については、31条1項1号において3年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科すると規定している。そうすると、もし、入れ墨（タトゥー）施術が医行為にあたり、医師以外による施術が処罰対象となるとすれば、警察犯処罰令から軽犯罪法への引き継ぎの段階で当該法律による処罰対象から外されたこととの整合性のほか、各道府県条例における、主体を問わず、かつ、客体を限定して、しかも医師法の無資格医業罪よりも軽く処罰していることとの整合性が問われなければならない⁽⁵⁷⁾。医師以外が各条例で禁止されている青少年（各自治体により表現は異なることがあり得るが、概ね6歳以上18歳未満）に対して施術をした場合には両罪が成立し、法条競合または観念的競合となり、罪数処理をすれば、医師以外が青少年以外に施術した場合には無資格医業罪のみ成立し、また、医師が青少年に対して施術をした場合には条例違反罪のみ成立することになるはずである（もっとも、例示した熊本県条例のように「正当な理由なく」という限定によって、医師が正当な理由の下で青少年に入れ墨を行えば、不可罰になる可能性はある）。そうすると、医師以外によるタトゥー施術について各条例で処罰規定を設けることに実質的意味はなくなってしまい、行為者を限定しない各条例は、実質的には医師による青少年に対する入れ墨施術を標的にしていることになってしまう。条例との整合性を考えても、入れ墨（タトゥー）施術を医行為として捉え、無資格医業罪を成立させることには問題がある。

(55) 内閣府「平成24年版 子ども・若者白書」272頁によれば38道府県で処罰を伴った規制が行われ、埼玉県青少年健全育成条例は2013（平成25）年2月に入れ墨禁止・処罰規定が施行された（19条の2、28条の4）（<https://www.pref.saitama.lg.jp/a0307/jourei/documents/h301016joureikaisei.pdf>（2020年1月6日閲覧））。本件でタトゥーが施術された大阪府においては行為当時条例による入れ墨の禁止は規定されていない。

(56) <https://www.1.g-reiki.net/kumamoto/act/frame/frame110000786.htm>（2020年1月6日閲覧）。

(57) 高山・前掲論文（注54）139頁。

(7) 入れ墨の(積極的)社会的意義からのアプローチとタトゥー施術のあり得べき姿

入れ墨(タトゥー)を入れることは、古来より様々な意味合いをもっており、日本においては刑罰(入れ墨刑)として用いられたこともあり、近現代では、反社会的勢力の象徴としてみられ、公衆浴場などの入場が制限されている実態がある。他方では、一部地域における風習となっていたり、ファッションの一部として施術を受けるなど、文化の一部として捉えられ、また、この施術を表現活動として、その積極的価値が評価されるべきとする方向性もみられる⁽⁵⁸⁾。また、前述のアートメイク事件判決⁽⁵⁹⁾においても、入れ墨施術については、医行為性を肯定しつつ、歴史、習俗に由来する動機、目的からなされていることから、実質的違法判断で、それ以外の美容整形手術と区別する可能性を示唆している。タトゥー施術事件において、弁護側は、各国・地域におけるタトゥー実態の調査を行い、タトゥー施術者の職業選択の自由(憲法22条)、表現の自由(21条)、また、被施術者の側からの自己決定権(憲法13条)について主張し、弁護活動が行われてきた⁽⁶⁰⁾。

第1審判決は、弁護側の憲法22条、21条および13条に対する主張を退け、実質的違法性についても、「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とまでは認められない⁽⁶¹⁾」とした。これに対して、控訴審判決では、「タトゥー(入れ墨)は、……、その歴史や現代社会の位置づけに照らすと、装飾的ないし象徴的な要素が美術的な意義があり、また、社会的な風俗という実態があつて、それが医療を目的とする行為ではないこと、そして、医療とは何らかの関連性を有するとは考えてこられなかったこと⁽⁶²⁾」として、入れ墨の社会的実態を医療関連性否

(58) 辰井・前掲論文(注1)254頁。

(59) 東京地判平成2年3月9日前掲(注23)判時1370号161頁。

(60) 城水信成「タトゥー施術は医行為ではない」季刊刑事弁護99号(2019年)81頁、84頁。

(61) 大阪地判平成29年9月27日前掲(注27)判時2384号133頁、判タ1451号252頁。

(62) 大阪高判平成30年11月14日前掲(注28)高刑集71巻3号26頁。

定の論証に用いている。

本件第1審判決は、保健衛生上の危害の防止が入れ墨を受ける権利に優越すると指摘する。しかし、被施術者本人自身の身体に対する危険性については、「被害者の同意」の理論によって解決されるべきであり、本罪が保護すべき保健衛生上の安全性を、傷害罪の保護法益と切り離し、単独で自己決定権等の憲法上の権利と衡量した場合に、直ちに優越するとはいえないのではないだろうか。

もっとも、タトゥー施術に社会上積極的な意義を見出し、タトゥー施術の医行為性を否定し、あるいは、医行為性を肯定しつつ、実質的違法阻却の可能性を探ることによって、医師以外によるタトゥーの施術の適法化を試みる論者も、医師以外による施術を無規制のままにおくのではなく、医師とは別の資格や登録などの制度を整えることによって人体に対する危害を防止すべき必要性は認識している⁽⁶³⁾。ただし、入れ墨の社会的価値を肯定することによって医師以外による施術を不可罰にする結論を導き、安全性を確保するための制度設計をすること（公的にお墨付きを与えること）は、社会一般の入れ墨受容に照らし合わせて慎重に考慮する必要はあるかもしれない。医師以外によるタトゥー施術を処罰対象としても完全に禁圧することはできず、闇で行われることによって、実質的にはかえって保健衛生上の危害を生じさせることになってはいけないが⁽⁶⁴⁾、タトゥーの積極的価値を強調して実質的違法阻却という構成をとるよりも、端的に医療関連性を医行為の前提とすることによって医行為性を否定する構成要件レベルでの解決が適切であるかもしれない。

6. 医行為性の要件のまとめ

（1）「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が生ずるおそれ」（危険性要件）

医業の実質的内容をなす医行為の要素として「医師が行うのでなければ保健

(63) 辰井・前掲論文（注1）253頁、城下・前掲「判批」（注37）178頁。

(64) 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」季刊刑事弁護99号（2019年）91頁、92頁。

衛生上の危害が生ずるおそれ」が挙げられているのは、判例・学説ともに一致しており、本件第1審でも控訴審でも争われていない。そこで、危険性要件について確認しておくことにする。

①医療の場面における危険性

「2. 医師法17条の制度趣旨」で述べたように、人々が医療機関を訪れる典型的な場合は、病気やけがなどの身体的に疾患が生じ、その症状を緩和し、その治癒を期待する場合である。この他、予防注射のような予防措置、必ずしも自覚症状のない疾患を発見し、適切な治癒を行うための健康診断などが、通常、医療機関との関わりをもつ場合である。これらは、原則的に患者本人の身体的利益（生理的機能）を維持・改善するための措置を受けることが目的である。さらに、献血や、骨髄の提供や移植用の臓器提供のように、他人の身体的利益維持・改善のために、医療機関と関わることもある⁽⁶⁵⁾。

医師法は、医療および保健指導によって国民の健康な生活を確保する役割を果たすが、これを達成するにあたり、医療の対象者に危険が生じる可能性があるために、医師資格を有する者にこれを掌らせ、医業の主体を医師に限定している。医療に関わる場面では、外科手術が典型であるように、生命・身体にとっての利益を得る過程において、危険が伴うことになる。医療を受けることによって、身体的利益維持・増進が得られるからこそ、危険を伴う措置を医師に委ねるのである。もし、当該措置が何らの危険性も伴わないものであれば、その主体を医師に限定する必要はなく、また、医師の指示・監督の下で行えば危険性が回避可能なものは、医師以外の医療関係有資格者に委ねられる。

②積極的危険性と消極的危険性

通常、この危険は、積極的危険と消極的危険に分類される⁽⁶⁶⁾。前述の医療機関との関わりのうち、たとえば、治療の場面では、i) 診察、診断、ii) (侵襲的) 検査、iii) 治療行為が想定される。このうち、ii) (侵襲的) 検査とiii)

(65) 平野他編・前掲書（注1）40頁、山中敬一『医事刑法概論Ⅰ 序論・医療過誤』（成文堂・2014年）84頁、平沼直人『医師法』（民事法研究会・2019年）101頁。

(66) 山中・前掲書（注65）87頁、佐伯（仁）・前掲「判批」（注21）5頁。

治療行為（注射、手術、薬剤処方）は、身体的利益維持・増進または疾患状態の確認のために、対象者（患者）の身体への物理的または化学的介入であるために、暴行罪や傷害罪の構成要件該当性が肯定される。これらの措置によって患者の身体的利益にもたらされる危険は「積極的危険」に分類されるが、それによって得られる身体的利益の優越によって、違法性が阻却されることになる。

しかし、治療の場面における身体への危険性はこれにとどまらなるとされている。診察は、触診などにおいては、前述の侵襲的な検査と同様に、身体への有形力行使の部分については積極的危険を生じさせることはあるが、問診、視診など自体は、身体への積極的危険を伴うものではない⁽⁶⁷⁾。診察は、状況によっては、各種の検査と併せて、疾患の状況を診断し、治療方針が決定される。この決定は患者に対するインフォームド・コンセントに基づくとしても、疾患およびその治療方法に関する専門的な知識・技術が前提とされる。すなわち、適切な診断とそれに対応する治療方法・方針の決定が行われることによって、疾患が改善され、患者の身体的利益が維持・増進されることになるが、適切な診断と治療方針の決定が行われなければ、疾患は改善されず、悪化する危険性が生じる。このような危険性は消極的危険⁽⁶⁸⁾とされ、それを回避するためにも、診察・診断も、医学的な専門知識・技術をもった者に担われなければならない。診察行為・診断自体は身体への有形力の行使でなく、生理的機能障害をもたらすものではない限りにおいて、暴行罪や傷害罪の構成要件該当性は肯定されず、不適切な診察・診断によって消極的危険が身体的利益侵害に現実化した場合にはじめて、（業務上）過失致死傷罪の構成要件該当性が問題とされ

(67) 医療行為が、治療行為のほか、診察や、さらには、移植のための臓器摘出などを含めたより広い概念であり、両者が区別されるべき事はいうまでもない（大塚仁他編『大コンメンタール第2巻（第3版）』（青林書院・2016年）452頁（古田佑紀＝古河原明子執筆）、天田悠『治療行為と刑法』（成文堂・2018年）3頁）。

(68) 飯田・前掲「最判解」（注17）174頁、佐伯（仁）・前掲「判批」（注21）5頁。なお、消極的危険を考慮することに否定的なものとして、平野他編・前掲書（注1）37頁がある。

る点でも、積極的危険と区別される。

予防のための措置や健康診断などについても、対象者自身の身体的利益維持・増進という点において、治療と同様の積極的危険および消極的危険が存在しうると考えられる。また、献血や臓器提供などにおいては、提供者自身の身体的利益維持・増進は欠けるという点では、これと区別されるが、提供者の身体的利益をできる限り維持し、また、輸血に使用される血液や移植に使用される臓器の質を確保する点において、医学的専門知識・技術のある医師によらなければ、提供者にとっても受容者にとっても、同様の積極的・消極的危険性が生じるといっていいだろう⁽⁶⁹⁾。

③広義の医行為と狭義の医行為（絶対的医行為と相対的医行為）

もっとも、②で述べた積極的危険も消極的危険も、それぞれ危険性の程度には幅がある。たとえば、身体への直接介入による危険性（検査、手術など）においては、医療技術の要求水準に差があり、また、診察・診断における判断自体の容易さ、誤った判断による身体への危険性、その危険から脱する容易性などにおいて、程度の差がある。これらの危険の程度を考慮して、広義の医行為と狭義の医行為が区別される⁽⁷⁰⁾。「医師が自ら行うのでなければ保健衛生上（積極的・消極的）危害が生ずるおそれ」のある「狭義の医行為」が、医師法17条の医業を構成する医行為となり、必ずしも医師による必要がない措置を含めて「広義の医行為」として、医師の指示・監督の下で、看護師、放射線技師などの有資格者に委ねられることが許され、これらの医療専門職に関する法律（保健師助産師看護師法、放射線技師法など）によって規制される⁽⁷¹⁾。

(69) この他、診断書作成や死体検案などにおいては、とりわけ、消極的危険は想定されるだろう。

(70) 平野他編・前掲書（注1）39頁、辰井・前掲論文（注1）277頁、天田・前掲（注37）「判批」178頁。また、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田雅章他編『福田平・大塚仁博士古稀祝賀 刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣・1993年）439頁以下は、「医療行為（医行為）」という用語を用いたうえで、医師法17条の医療行為を広義と狭義に区別している（同論文445頁）。なお、平沼・前掲書（注65）101頁は、「本法の解釈としては必要性に乏しい」とするが、「広義の医行為」という呼称の適否は別として、無資格医業罪の対象となるのは「狭義の医行為」に限定されるのだから、この区別は有意義であると思われる。

（２）医療関連性

①保護法益からみた無資格医業罪の射程

医業を構成する医行為が、前述のように「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が生ずるおそれがある行為」である前提として、医療関連性が要件とされるかどうかについて検討を行う。

医療関連性を医行為の前提とすべきかどうかは、本罪の保護法益の観点から考察すべきことが適切である。タトゥー施術事件第1審も、「医学的な知識およ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」としており、これに対して、控訴審判決は、「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であり、「医師法17条は、……、医療及び保健指導に伴う生命・健康に対する危険を防止することを目的としている」と判示する。控訴審判決では、無免許医業罪の処罰根拠となる生命・健康に対する危険が、医療及び保健指導⁽⁷¹⁾に由来する場合に限定しているのに対し、第1審判決は、「保健衛生上の危害」が何に由来するのかが明確ではない。

医師法1条は、「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

(71) 保健師助産師看護師法5条は、看護師は傷病者またはじょく婦の療養上の世話及び診療の補助を業とすることを規定し、同法37条によって、医師の指示がなければ診療機械の使用などが禁止されること、同法44条の2によって、その違反に対する罰則（6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金、またはその併科）を規定し、また、診療放射線技師法2条2項は、医師又は歯科医師の指示の下に、放射線を人体に対して照射することを業とすると規定し、同法26条1項は医師又は歯科医師による具体的な指示を受けなければその業務が禁止されること、同法34条はその違反に対する罰則（6月以下の懲役または30万円以下の罰金、またはその併科）を規定している。また、狭義の医行為は「絶対的医行為」、広義の医行為は「相対的医行為」とよばれることもある（米村・前掲書（注2）40頁）。

(72) 平野他編・前掲書（注1）83頁は、「医師の指導すべき事項には、治療目的促進のために患者がとるべき態度（たとえば、安静の保持、適当な運動をすることなど）と治療目的に反するため禁止すべき行為（たとえば、外出禁止、禁食など）とが含まれるであろう。」としている。

定しており、医師の役割を、国民の健康な生活を確保するという任務を規定しているが、「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」することでこの任務を果たすべきとしているのであって、その任務を果たすべき場面は限定されているはずである。そうすると、本法によって防止しようとしているのは、非医師による医療および保健指導に伴う生命・健康に対する危険であって、非医師が生じさせる生命・健康に対する危険すべてが含まれるわけではない⁽⁷³⁾。もちろん、医療および保健指導以外の場面で他人の生命・健康に対して危険を生じさせることが許されるわけではないが、それは、たとえば、暴行罪や傷害罪や（業務上）過失致死傷罪として捉えるべきであり、その（積極的）危険性については、インフォームド・コンセントを前提として、「被害者の同意」でカバーされるべきであり⁽⁷⁴⁾、無資格医業罪の保護範囲を逸脱するものである。もし、医療関連性を前提とせずに医行為性を肯定するとすれば、「医師が行っても保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為」は医行為性が否定されるために無資格医業罪が否定されるが、「医師が行えば保健衛生上の危害が生ずるおそれのない傷害行為」を業として行えば、傷害罪が成立するのに加えて、常に無資格医業罪が成立することになってしまう。

②医師に対する期待からみた無資格医業罪の射程

次に、医師法は、医師による医療および保健指導によって、生命・身体に対する危険から免れたいという国民の期待に応えることをその立法目的としていると考えられる。人々は医療機関にかかることによって、自分の生命や健康が維持され、増進することを期待しているために、誤った診断や治療によって、適切な治療を受ける機会が失われることが、医療における消極的危険なのである。この点、同じ措置でも医師として行えば医行為にあたるが、非医師として行えば医行為にあたらない場合があるという指摘は重要である⁽⁷⁵⁾。医師以外か

(73) 城下・前掲（注37）「判批」177頁。

(74) インフォームド・コンセントは、必ずしも医療の場面に限られるわけではなく、「被害者の同意」一般に適用されるべき正当化要件である。

ら自分や家族の疾患について助言を得たとしても、それを一応の参考にすることがあっても、それによって適切な医療措置が得られると期待することはないので、適切な医療措置を受ける機会を逸するという消極的危険が生じないからである。そのような意味において、消極的危険性は医療関連性の存否に関わるといっていいだろう。無資格医業罪がそのような消極的危険をも防止しようとするものであったとしても、医療関連性のない行為においては、被施術者のそのような期待は存在しないのであるから、処罰根拠としての消極的危険は存在しないことになる。この点からも、無資格医業罪の対象としての医行為は医療関連性を前提とすべきである。

③医療関連性の意義——タトゥー施術と美容整形外科手術との区別——

前述のように、身体に疾患がある者に対する治療（その前提としての診察、検査、診断を含む）、疾患の予防、健康診断など、本人の生命・健康（生理的機能）を維持・増進させる措置が医療行為の典型であるが、この健康（身体利益）が肉体的なものに限定されるのか、心理的なものを含むかが問われる。前述のように、治療行為は、医学的適応性、医術的正当性、インフォームド・コンセントによって傷害罪の違法性が阻却される⁽⁷⁶⁾が、医学的適応性は、対象者（患者）の生理的機能疾患の存在が前提とされる。この生理的機能疾患には肉体的な疾患のみならず、精神的・心理的疾患も含まれ、さらに、自己の身体に対する劣等感を回避するための措置についても治療行為性（医学的適応性）を肯定するのが、最近の判例・学説の傾向であるといえるだろう⁽⁷⁷⁾。その論理によれば、美容整形手術についても、医師が実施した場合には治療行為として正当化のハードルが下がることになる一方で、医療関連性が肯定されることに

(75) 佐伯（仁）・前掲「判批」〔注21〕5頁。辰井・前掲論文〔注1〕257頁が、「医療および保健指導（広義の医行為性）を要件とした場合、ある行為が医行為に当たるか否かは、目的や客観的状況等を総合して判断され」、「同じ行為であっても、目的や状況に応じて、医行為に当たる場合もあれば、当たらない場合もある」としているのも、同旨と思われる。

(76) 町野・前掲書〔注46〕3頁、甲斐克則『医事刑法への旅（新版）』（イウス出版・2006年）32頁、山中・前掲書〔注65〕189頁、天田・前掲書〔注67〕3頁。

よって、医師以外による施術が無資格医業罪にあたることになる。この場合、タトゥーの施術が被施術者の劣等感解消のための措置と区別されるかどうか⁽⁷⁸⁾問われる。すなわち、アートメイクの他、美容整形手術が医療関連性をもった医行為であり、同様な意味でタトゥー施術にも医療関連性が肯定されるのであれば、「保健衛生上の危害可能性」が肯定される以上、無資格医業罪の成立が肯定されることになる。医療関連性の正体が、社会において「医師の仕事」と受け止められているという指摘⁽⁷⁹⁾は、前述のように、医師に対する人々の期待という意味であるならば適切であると思われる。肉体的な疾患による（と本人が考える）精神的・心理的疾患（劣等感）を解消すべき措置であり形成外科の一部として採り入れられ、人々から「医師の仕事」と期待されている美容整形手術⁽⁸⁰⁾と比較し、タトゥー施術は「医師の仕事」として期待されていないという意味で医療関連性欠如を理由に医行為性を否定することが可能だと思われる。なお、理容師によるひげ剃りの技術および当該行為による積極的危険性の程度が医行為とは異なるのと同様に、タトゥー施術の技術が医師による医療における技術とは異なるという点⁽⁸¹⁾も考慮に値する。その意味では、「医師が行うのでなければ、保健衛生上の危害が生ずるおそれ」を否定することによって

(77) 豊胸手術について、東京地判昭和47年5月19日刑月4巻5号1007頁（1028頁）は、「美容整形術も人々の持つ精神面の不安を解消するものを目的としたもので、社会的に有用なものとしてその存在価値が認められるべき広義の医療行為に属すると解される」としている。また、性別違和者に対するいわゆる性別適合手術について、東京高判昭和45年11月11日高刑集23巻4号759頁は、当時の優生保護法（現母体保護法）28条違反で有罪判決を言い渡しているが、その後の埼玉医科大学倫理委員会の『「性転換治療の臨床的研究」に関する審議経過と答申』（1996年）が発表され、2003年の『性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律』3条における性別の取扱いの変更の要件として「その身体について他の性別の身体に係る性器に係る部分に近似する外観を備えていること」（5号）を挙げており、性別違和者に対する外観変更（のための手術）容認を前提としている。なお、天田・前掲書（注67）397頁は、医学的適応性を存否だけではなく程度（高低）の問題とし、美容整形術についても、状況に応じて高低差を区別し、治療行為に組み入れることを提案しているが、適切な方向性であると思われる。

(78) この問題を指摘するのは、天田・前掲「判批」（注37）181頁、松宮・前掲論文（注64）91頁。

(79) 松宮・前掲論文（注64）92頁。

(80) 辰井・前掲論文（注1）265頁。

(81) 高山・前掲論文（注3）371頁、辰井・前掲論文（注1）259頁。

医行為性を否定する理論構成もあり得るだろう。

7. 結語

これまで検討してきたように、医師法17条違反罪としての無資格医業罪、さらには医師法全体が、同法1条の規定するように、専門知識・技術をもった医師による医療および保健指導の独占を通して公衆衛生を確保することにその核心がある。換言すれば、医師による医療・保健指導の独占によって、人々がよりよい医療を受ける機会が与えられ、可能な限り健康な生活を保障することが医師法の目指すところであろう。

生命および身体という法益が個人的法益の中で最も重要なものであることは疑う余地がない。これらの法益の保護について、医師法をはじめ医療関連法は、医療に関連する場面のカバーに留めるべきであり、そのためには、医療関連性という場面設定が必要となるであろう。生命および身体という法益全体については、医療の場面も含めて、傷害罪や業務上過失致死傷罪によって保護されるべきである。

他方、医療資源、とりわけ人的資源は有限であり、医師に独占させるべき措置を拡大しすぎると、結果として、十分な医療および保健指導を受ける機会が保障されないことになってしまい⁽⁸²⁾、医師法が目指す方向と反対方向に進む危険性がある。それを避けるためには、十分な訓練を確保したうえでパラメディカル（コメディカル）に許容される措置の範囲を拡大し、また、自宅での介護にも適した制度設計をすることが求められる⁽⁸³⁾。この問題については、今後の検討課題としたい。

医師法、とりわけ、無資格医業罪の保護法益を、個人の生命・身体にとどまらず、医師の医業独占による公衆衛生という社会的法益に求めるのは、判例、学説とも共通理解であるが、社会的法益の内容を制度自体の保護のように抽象

(82) 高山佳奈子「判批」(コンタクトレンズ検眼事件に対する) 医事法判例百選(第2版) 5頁。

(83) 高山・前掲論文(注3) 381頁以下が、たとえば、医行為性だけではなく、医業性の要件に焦点を当てた解決を示しているのは、重要な指摘である。

化しすぎると、その分だけ、措置を受ける者の自己決定の保護は後退する傾向があるので、保護法益のよりいっそうの具体化、明確化が求められる⁽⁸⁴⁾。

—むとう まさあき・東洋大学法学部教授—

(84) 高山・前掲論文（注3）369頁。