

# 刑事判例研究(3)

## 中央大学刑事判例研究会

医師でない彫り師によるタトゥー施術行為が、医師法17条にいう「医業」の内容となる医行為に当たらないとされた事例

島田 美小妃

〔 医師法違反被告事件，最高裁平成30年（あ）第1790号，令和2年9月16日第二小法廷決定，上告棄却，刑集74巻6号581頁 〕

### 【事実の概要】

#### 一 公訴事実

本件は、医師でない被告人が、業として、平成26年7月から平成27年3月までの間、大阪府吹田市内のタトゥーショップで、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ものである。

#### 二 訴訟の経緯

第一審大阪地裁（平成29年9月27日判決刑集74巻6号629頁）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をいうと解した上で、被告人の行為は医行為に当たる旨判示して、被告人を罰金15万円に処した。弁護人の控訴を受けて第二審大阪高裁（平成30年11月14日判決刑集74巻6号637頁）は、被告人の行為は、医師が行うのでなければ皮膚障害等を生ずるおそれはあるが、医療及び保健指導に属する行為ではな

いから、医行為に当たらない旨判示して、第一審判決を破棄し、無罪を言い渡した。そこで、検察官は医療及び保健指導に属する行為か否かを問わず、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れば医行為に当たると解すべきであり、被告人の行為は医行為に当たると述べて上告した。本決定はなお書きで、原判決が正当である理由について次のような職権判断を示して上告を棄却した。

### 【決定要旨】

上告棄却。

「(一) ……医師法の各規定に鑑みると、同法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。

(二) ある行為が医行為に当たるか否かを判断する際には、当該行為の方法や作用を検討する必要があるが、方法や作用が同じ行為でも、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等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師法17条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある。

そうすると、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。

(三) 以上に基つき本件について検討すると、被告人の行為は、彫り師

である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為であるところ、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ものである。また、タトゥー施術行為は、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、被告人の行為は、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というべきである。タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険については、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止するほかない。」

なお、本決定には草野耕一裁判官の補足意見がついている。

## 【研究】

### 一 本件における問題点と医師法について

医師法17条は「医師でなければ医業をなしてはならない」と規定し医師免許のない者による医業を禁止しているが、ここにいう「医業」とは、一般に「医行為を業としてなすこと」とされてきた<sup>1)</sup>。本件では、医師ではない被告人が行ったタトゥー施術が「医行為」に該当し、被告人に無免許医業罪が成立するかが問題となっている。そこでは特に、タトゥー施術の「医行為性」を認めるために、医療関連性が必要か、すなわち、タトゥー施術が医療及び保健指導に属する行為といえるかが争点になっている。第一審判決、第二審判決ではタトゥー施術を医行為と解した場合に生じる憲法上の権利（職業選択の自由、表現の自由、被施術者の自己決定権）を制約する可能性との関係で憲法判断も示されているが、本決定においては憲法判

1) 平野龍一他編『注解特別刑法5-1 医事・薬事編（一）[第二版]』（小松進執筆）（1992年）39頁。

断はなされていないため<sup>2)</sup>、医行為の意義の論点にしぼって、以下まずは判例・学説を確認していく。

## 二 裁判例

医師ではない者の行為が医行為に当たるかが争われたものとして、①大審院大正2年12月18日判決(刑録19輯1457頁)がある。これは、調剤生として雇われていた者が医師の指揮監督の下で治療行為を補助したケースで、大審院は診察を行わずに治療行為のみにかかわることも医行為に当たる旨示したが、医師の補助者は医師の手足として行動するだけで、患者に対する危険性が低いことを理由に医行為には当たらず、無免許医業罪は成立しないとしたものである。次に、②大審院昭和9年4月5日判決(大刑集13巻377頁)がある。これは、蛭に膿血を吸わせて治療する「蛭療法」について、大審院は「斯ル治療方法ハ蛭ノ吸孔ヨリ黴菌カ体内ニ侵入スル危険アルノミナラス血液ハ人體ニ最必要ナルモノニシテ之ヲ排出スルコトヲ要スル疾患ノ場合ニ於テモ其ノ分量排出スヘキ部位等ニ關シ醫學上ノ知識技能ヲ有セサルモノカ濫リニ之ヲ爲スニ於テハ生理上危険アルコト勿論ナルカ故ニ之ヲ外科の手術ノ範圍ニ屬スル醫行為ナリト認ムルヲ相當ナリトシ」と述べて、医行為性を認めたものである。以上より、大正2年判決では疾病の治療が医行為であるとされ、昭和9年判決では蛭療法は医師が行う治療の典型とも考えられる外科の手術を例に挙げてこの範囲に含まれる行為

---

2) 憲法学者からは控訴審の時点で、医行為に当たらず無罪なのだから、憲法判断をする必要性がなかったが、原判決の目的理解に立った場合でも手段に合理性がないことを述べたかった(新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題(続)」*広島法学*43巻4号(2020年)89頁)。憲法判断の必要性については許容されるが最高裁では憲法判断には踏み込まずに、医行為の解釈によって処理を行う可能性が高い(曾我部真裕「判評」728号(2019年)134, 137頁)とも評価されていたが、そもその検討の必要性がなく、控訴審で丁寧検討されているため、上告審では言及されなかったともいえよう。ただし、控訴審も付言で述べるにとどめている。

とされていること、両者ともに危険性の有無を医行為性の基準としており、これ以外の大審院判例をみても、大審院判例では医行為は医療に関連する行為であることは当然の理解とされているように思われ、医行為性は危険性の大小から判断されている<sup>3)</sup>。

その他、第一審、第二審も言及している三つの最高裁判例がある。順にその内容を確認していくと、③最高裁昭和30年5月24日判決(刑集9巻7号1093頁)は患者に対し聴診・触診・指圧等を行い、その施術方法は交感神経等を刺激してその興奮状態を調整する独特なもので、投薬や注射等は行わないケースであったが、被告人の行為は弁護人が指摘するような単に患部を押さえる又は押すだけにすぎないものではなく、「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うかがわれ、このような場合にはこれを医行為と認めるのを相当としなければならない」とした。なお、ここにおいて被告人が行った指圧方法については被害者が「死んでもよいからやめてくれ」と苦痛を訴える者や眼球を押されて却って身体が悪くなったように感じる者もいるようなものであった。最高裁は医行為に関する定義をしていないが、原判決の医行為の定義を是認しているといえるので、医行為とは疾病の治療であり、医学上の知識と技能を有しない者が行うことによる危険性を要件としているものと考えられる。

続いて、④最高裁昭和48年9月27日決定(刑集27巻8号1403頁)がある。これは、断食道場において入寮を申し込んできた患者に対し、被告人が断食療法を行うため「(……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、予防を目的としてした診察方法の一種である問診にあたる。……)」としたもので、最高裁自体は医行為を定義づけしていないが、

3) 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——」立教法学第97号(2018年)16頁以下。医行為性が否定された判例としては、大判昭和6年11月30日大刑集10巻666頁(掌薫療法)や大判昭和8年7月8日大刑集12巻1190頁(紅療法)がある。

原判決は前述の最高裁昭和30年判決とその原判決を引用して同旨の定義をしている。なお、本決定にいう断食は精神修養としての断食道場を問題にしたケースではなく、問診とともに下剤を投与していることもあわせて「医行為」とみている。このことからすると、それ自体は危険性がない検査行為であっても医行為になりうることを明確に認めたのが⑤最高裁平成9年9月30日決定(刑集51巻8号671頁)ということになる。これは、医師と共謀の上で、医師資格をもたない被告人が検眼、コンタクトレンズの着脱・処方等を行ったものであるが、最高裁はなお書きで「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。また、原判決は医業の内容となる医行為は一審判決の説示と同様に「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としており、特に当該行為が疾病の治療や予防のためのものであることは医行為の要件とされていない。

### 三 学説

医行為は広狭二つの意味で用いられ、広義の医行為とは、医療目的の下に行われる行為で、その目的にかなうと認められるものであり、医師以外であっても資格を有する場合には行うことが認められるものも含まれている。これに対して、医師法17条にいう「医業」の「医行為」は狭義の医行為と解されている。この狭義の医行為の意義について三つの見解が主張されてきた。第一に、主観的な観点から①診療の目的をもって、人の疾病を診察治療する行為をいうとする見解、第二に、主観的には②診療を目的とし、客観的には現代医学が是認する方法で診療を行うことをいうとする見解がある。この二つの見解においては医師が行うものとして典型的な、人を診察治療する行為が念頭に置かれていたと思われ、医行為は医療に属する行為であることが前提とされているように考えられる。そして、前述し

た昭和30年の最高裁判決が採用した医行為概念がその後の判例にも引き継がれ、この医行為概念に沿うような形で、厚生省が医行為とは「当該行為を行なうに当り、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、又は危害を及ぼすおそれのある行為」<sup>4)</sup>と定義したこともあり、その後③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する見解が通説と呼ばれるようになった<sup>5)</sup>。

#### 四 検討

本件の原判決および本決定が採用した医療関連性を要する法解釈の仕方<sup>6)</sup>に対しては、先で紹介した三つの最高裁判例では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ているので、医行為の要件として疾病の治療、予防の目的が必要か否かは争点となっていないことからこの要件を不要と解することが許されるのではないかと、との第一審判決が述べていた批判ができよう。この点については、第二審判決も述べているように、医療関連性に言及されていないからといって、この要件を取り外すことにしたと考えるのは必然性がないように思われる<sup>7)</sup>。ただし、医療関連性の具体的内容について、「医療」の内容を「疾病の治療

4) 「医師法第17条の疑義について」昭和39年6月18日医事第44号警視庁防犯部麻薬課長あて厚生省医務局医事課長回答。

5) 大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田雅章他編『刑事法学の総合的検討(上)』(1993年)449頁以下、辰井・前掲注3)23頁以下、匿名解説・東京地判平2年3月9日判時1370号(1991年)160頁、平沼直人『医師法——逐条解説と判例・通達——』(2019年)100頁以下。

6) なお、補足意見と異なり、法廷意見は医療関連性という言葉を直接は用いていない。

7) 控訴審判決についての評釈であるが、武藤真朗「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——」東洋法学第63巻第3号(2020年)162頁以下。これに対して、同様に控訴審判決についての判批であるが、医療関連性を医行為の要件とする立場は従来の判例との齟齬があるとするのは天田悠「判批」刑ジ第60号(2019年)182頁。

と予防」を目的とするものと解せば医行為の内容は比較的明確になるものの、このような観点からは第一審判決も指摘するように美容整形手術には医療関連性が認められなくなってしまう。そこで、第二審判決は医療の消極目的として「人々の情緒的な劣等感や不満を解消すること」を挙げているが、これを突き詰めてみれば医療の目的は単なる個人的な精神的満足感を得ることで足りるとしてしまうとタトゥー施術も医療関連性があることになってしまわないかとの反論もなされている<sup>8)</sup>。しかし、我が国の刑法解釈論に大きな影響を与えているドイツでは、法学の領域でも医学の領域でも、美的適応 (ästhetische Indikation) と呼ばれ、美容手術の適応も存在することが認められ、限定的に用いられる傾向にあることは注目されよう<sup>9)</sup>。

この点に関連して、下級審判例ではあるが、本件タトゥー施術と行為自体の類似性があるものとして、アートメイク術の医行為性が争われた<sup>⑥</sup>東京地裁平成2年3月9日判決(判時1370号159頁)がある。これはあざ、しみ等を目立ちづらくする目的で、これらの部位に局所麻酔剤の注射液を塗布又は注射し、あるいは注射器又は針を使用して色素を注入する被告人の行為が医師法違反に問われたもので、東京地裁は「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」とし、「本件行為が医師ではない者がすることによって人体に対して」具体的危険があるとした。この裁判例によれば、医行為であるかはその目的を問わない

---

8) 天田・前掲注7) 181頁以下。

9) 例えば、「目的に合った適切なもので、かつ、患者にとって心理学的観点上の重要な利益となる高度の蓋然性が」なければならぬと限定されている (vgl. Richter, Isabell: Indikation und nicht-indizierte Eingriffe als Gegenstand des Medizinrechts, Berlin 2018, S. 150.; 拙稿「医学的適応 (medizinische Indikation) の意義について」流経法學第19巻第2号 (2020年) 37頁以下)。



ことが示されたことになる。すでにこの裁判例よりも前に、本件のようなアートメイク術は医行為に当たるとした行政解釈<sup>10)</sup>も出されており、本決定のタトゥー施術はこれらを受けての起訴である。

これらの背景には、医師法17条が医業の免許制に伴う業務規制としての役割を担うため、無免許医業の取締の面から規制対象となる行為は被診療者の生命・健康に影響が及ぶ抽象的危険を有していればよいとされる一方、「業として」の要件も「反復継続の意思をもって医行為に従事すること」とする立場でほぼ固まっていることから、医師法17条による処罰範囲が極めて広くなる結果を生み出したことにあると考えられる<sup>11)</sup>。そこで、医行為を「保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という要件だけではなく、医療関連性の要件を加えることによって医師法17条の処罰の明確性がこれまでよりも担保されるかが問題となろう。「医療性」の具体的な判断方法について、最高裁は本決定で、ある行為が医行為に当たるか否かは諸事情を総合考慮の上で、社会通念に照らして判断されるとしており、本件で特に重視された要素としては、歴史的な実情や社会における受容性が述べられている。すなわち、判決理由(二)において、本決定が一段落目と二段落目では同様の事柄を述べているが、後者では「社会通念に照らして判断する」とあえて言葉を替えて述べているところに、「社会通念」が重要視されている面が伺われるように思われる。このような形で医療性が判断されるとすれば、その明確性としては一定の曖昧さが残るといわざるを得ない。しかし、医業の具体的内容は、医学の進歩に伴い変化するもので

---

10) 「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取扱いについて」平成13年11月8日医政医局発第105号。アートメイクとファッションとしての入れ墨とて医師法の適用が異なるのは均衡を失するとするのは前田雅英「判研」捜研第825号(2019年)27頁。

11) 米村滋人『医事法講義』(2016年)40頁以下。この点につき、今回の最高裁判例に鑑みた医師法17条の法改正の必要性を説くのは甲斐克則「判評」令和二年度重要判例解説ジュリスト1557号(2021年)131頁。

あるから、定義的規定をおくことは困難でありまた妥当でないという特徴もすでに約30年前から指摘されている<sup>12)</sup>。本決定の意義は保健衛生上の危険を医療及び保健指導に由来する場合に明確に限定したことにあろう。

また、草野耕一裁判官が指摘する「タトゥーに対する反道徳的な自傷行為及び暴力団員による威圧的誇示手段としてのイメージ」から、我が国ではタトゥーの受け止め方が良くないことについても、確かに、我が国の国民の中にはタトゥーをしている者に関して否定的評価をしている者が多数いることは事実であろう<sup>13)</sup>。しかし、それはタトゥーが暴力団関係者であることを強く想像させたり、同時に、暴力団関係者と推定されることから当該タトゥー被施術者が脅迫行為であったり、強要行為であったり、犯罪行為をするというイメージが強いからであろうと思われ、国民は暴力団関係者による犯罪の被害に遭うことに恐怖を感じているのであり、タトゥーそれ自体には美術的・宗教的・思想的価値を認める者も一定数いる<sup>14)</sup>。特に、タトゥーをしているのが外国人であったり、スポーツ選手、芸能人であったりすればこれに対するタトゥーのイメージは日本（の一般）人に対するそれとは異なってくるように思われるし<sup>15)</sup>、入れ墨が民族文化や信仰

---

12) 小松・前掲注1) 40頁。

13) 入れ墨を施している人を見たときに「怖い」、「不快」と感じる者は約88%にも及ぶ（関東弁護士会連合会編『自己決定権と現代社会 イレズミ規制のあり方をめぐって 平成26年度関東弁護士会連合会シンポジウム』（2014年）76頁、88頁以下）。

14) 入れ墨やタトゥーという言葉から「アウトロー」、「犯罪」を連想するという回答が100%を超えており（複数選択可）、否定的なイメージを抱いているといえよう。なお、「強そう」や「個性的（格好良い・お洒落）」といった好意的な回答も約17%あった。また、宗教的伝統文化としてとらえる又はそういったことに理解を示す者も13%いた（関東弁護士会連合会編・前掲注13）76頁、88頁以下）。

15) 入れ墨を施すことについて、家族や友人がする場合よりも、外国人や芸能人やスポーツ選手がする場合には許容度が高く、逆に公務員がする場合には家族と友人がする場合におけるそれらとの中間的許容度となっている（関東弁護士

する宗教を理由として施されたものである場合にもそうであらうと思われ  
 る。すなわち、現在の日本人の多くはタトゥー・入れ墨に対して恐怖感・  
 嫌悪感を強く持っている可能性が高いが、実際に入れ墨を施した者から犯  
 罪被害に遭った者は少なく<sup>16)</sup>、とりわけ、外国人観光客を受け入れるため  
 の幅広い価値観を持つにはタトゥー施術に対する需要も受け入れる必要が  
 あるのではないだろうか。

さらに、控訴審ではタトゥー施術業自体に対する医師法以外での規制方  
 法について具体的な提言がなされたが、本決定も草野裁判官もタトゥー施  
 術行為に伴う保健衛生上の危険を防止するための対策については医師の手  
 以外の方法(立法)によるべきとするにとどめている。そこでは、入れ墨  
 を施術する際の保健衛生上の危険をより小さく抑えられるに越したことは  
 ないことから、彫り師の自主団体組織又は国会議員が免許制度、資格制度  
 を立案することも考えられ、それは望ましいことであろう。しかし、その  
 必要性があるからといって、このことが彫り師に医師法の罰則を適用する  
 根拠にはならないと思われる<sup>17)</sup>。また、立法化にあたっては、すでに長年  
 にわたり彫り師の資格を有して営業してきた者への過度の制約にならない  
 よう配慮する必要性もある。法制度が整備されるのが一番であろうが現実  
 的な可能性の一つとしては、食品衛生責任者<sup>18)</sup>のように一日で講習が済み、  
 必要な知識に触れ、基本的には受講生全てが資格を取得できることを参考

---

会連合会編・前掲注13) 61～66頁, 77頁, 87頁, 89頁。)

16) 入れ墨を施した者から実際に暴行・脅迫・強要などの犯罪被害に遭ったこと  
 がある者は4.5%にとどまっている(関東弁護士会連合会編・前掲注13) 75頁,  
 88頁以下)。

17) 高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学第11号(2019  
 年) 143頁。

18) 例えば、東京都での食品衛生責任者の養成講習会についての受講要領  
 (toshoku.or.jp)を参照(最終閲覧日2021年5月14日)。もっとも、食品衛生法  
 と医師法とは全く異なる内容を規定した法律であることは当然だが、規制の在  
 り方として参考になるものがあると考えらる。

に、いわば一種の研修制度を一定期間ごとに行うことも考えられるのではないだろうか。

## 五 本決定の意義・射程

本決定は、医行為の意義について、従来医行為の定義としてよく用いられてきた「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」から導かれる保健衛生上の危険性の要件に加えて、医療及び保健指導に属する行為であるという医療関連性の要件も必要とすることを明示的に述べ、タトゥー施術行為の医行為性を否定した最高裁判例として重要である<sup>19)</sup>。なお、補足意見で「公共的空間においてタトゥーを露出することの可否について議論を深めるべき余地はある」とタトゥーの公共的空間における露出事案があえて例示されているのは、本件では温泉やスパでの入れ墨の露出については判断の対象から外れる、場合によっては制約される可能性があること(タトゥー部分を覆うシールの貼付や入浴着の着用を求めたり、入浴する時間帯や場所を分けたりなど)、同時に暴力団員の全身入れ墨施術は社会通念に従えば医行為でなくなる可能性も想定しうる。前者については規制の仕方による細やかな検討が必要となろうがここでは憲法判断は割愛する。とはいえ、後者については医行為性が認められるとすれば、社会通念による医行為性の画定はかなり曖昧なものになるといわざるを得ないであろう。

【追記】脱稿後、池田知史「判評」ジュリスト1561号(2021年)97頁、川上博之他「特集」季刊刑事弁護107号(2021年)49頁、小谷昌子「判例研究」民事判例22号(2021年)122頁に接した。

(流通経済大学法学部准教授)

---

19) これに対して、入れ墨施術は医師によるべきと説くのは小野晃正「非医師による身体装飾目的の侵襲と無免許医業罪」撰南法学第56号(2019年)11頁、前田・前掲注10)27頁。