

＜論説＞

## 医行為概念（1）

### —タトゥー施術事件最高裁決定を素材に—

大野 正博

1. はじめに
2. 最（2小）決令和2年9月16日
  - (1) 事実の概要
  - (2) 大阪地判平成29年9月27日
  - (3) 大阪高判平成30年11月14日
  - (4) 決定要旨
3. 医師法17条における「医行為」に関する判例
  - (1) 医師に関する法制と医業
  - (2) 「医行為」に関する判例
  - (3) 「医行為」に関する学説（以上、本号）

### 1. はじめに

近年、わが国においても、タトゥー等に対し、就業の関係、あるいは公衆浴場や海水浴場における利用拒否の可否等、法的に様々な検討すべき事項が発生してきている。<sup>(1)</sup>

このような問題が発生する背景には、タトゥーに関する鈴木准教授等の調査によるならば、タトゥー等を入れていない者にとって、「社会に<sup>(2)</sup>

おける受容」につき、「まったく受け入れられない」が38.6%、「あまり受け入れられない」が49.3%であり、また、関東弁護士連合会『平成26年度関東弁護士連合会シンポジウム 自己決定権と現代社会—イレズミ規制のあり方を考える』におけるアンケートにおいても、「入れ墨やタトゥーと聞いて連想するもの（複数回答）」につき、「アウトロー」が55.7%、「犯罪」が47.5%であったことから、わが国において、タトゥー等は、いわゆる「やくざ文化」等を想起させるものであるとの印象が強かったからであると考えられる<sup>(4)</sup>。但し、近年においては、若者層を中心として、ファッションや芸術のひとつとして、浸透する傾向がみられるように変化してきてたとも感じられる<sup>(5)</sup>。

このようななか、注目すべき判断が示されたのが、タトゥー施術事件である。従来、タトゥー施術者に関する資格等については、法制度化がなされてこなかった。しかし、2001年に、エステサロンにおけるアートメイク規制を行う趣旨で発せられた「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日医政医発第105号各都道府県衛生主管部（局）長あて厚生労働省医政局医事課長通知<sup>(6)</sup>）により、医師免許を有しない彫師によるタトゥー施術に対しても、医師法17条違反とする法解釈がみられるようになってきた。なぜなら、上記「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」第1 脱毛行為等に対する医師法の適用は、「以下に示す行為は、医師が行うのでなければ保健衛生上危害の生ずるおそれのある行為であり、医師免許を有しない者が業として行えば医師法第17条に違反すること」とし、「(2) 針先に色素を付けながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」としているためである。そのため、まず、2010年に兵庫県において初めて彫師が医師法違反で逮捕され<sup>(7)</sup>、同年、広島県において、また2015年に熊本県においても、同様の検挙がなされた。但し、そのいずれもが、暴力団組員ないし幹部、あるいは、主に暴力団組員を顧客とする彫師であつたようである<sup>(8)</sup>。しかし、2015年に入ると大阪府において、「Chop

Stick Tattoo」の彫師5名が、また、愛知県においては、「8BALL TATTOO STUDIO」の彫師4名が逮捕されるなど、従来のような暴力団関係者の彫師から、その他の彫師に対しても、逮捕が及ぶようになってきた<sup>(10)</sup>。

つまり、暴力団対策とは異なった視点から、若者を中心とするファッションタトゥーを施術する彫師に対象が変化していったものと思われ、大阪府吹田市における「CUSTOM TATTOO TAIKI」の彫師であるTAIKI氏に対しても、2015年6月から在宅捜査を受け、「被告人は、医師でないのに、業として別表記載のとおり、平成26年7月から平成27年3月までの間、大阪府内のタトゥーショップ『CUSTOM TATTOO TAIKI』において、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、前記3名らの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ものである」として、略式起訴され、吹田簡易裁は、罰金30万円の略式命令を発した。当該判断に対し、不服であるとして、正式裁判請求がなされたものの、第1審の大阪地裁は、罰金15万円を言い渡したのに対して、原審は、無罪の判断を示し<sup>(11)</sup>、その判断がわかれた。そして、2020年9月16日、最高裁は、上告を棄却し、彫師TAIKI氏に対しては、無罪が確定している<sup>(12)</sup>。

そこで、本稿においては、本件を素材として、医師法17条における「医行為概念」につき、若干の検討を加えたいと思う。

なお、身体に図柄や文字を彫る行為につき、「入れ墨（入墨・イレズミ・いれずみ）」、「刺青」、「文身」、「黥」、「彫り物」、「紋々」等の用語で示すが、これらはその歴史的背景や用いる意味合いによって異なる場合がある。そのため、本稿においては、特定の意味を指す場合を除き、以下では、「タトゥー」との表現で統一することにする。また、タトゥー施術事件は、憲法的な論点も含むが、本稿においては、この点に関する検討は最低限に止め、基本的には、刑事法の視点から検討を加えることにしたい。

## 医行為概念 (1)

(1) たとえば、交通局の運転手に対するタトゥー調査につき、大阪地判平成 26 年 12 月 17 日判時 2264 号 103 頁、大阪高判平成 27 年 10 月 15 日判時 2292 号 30 頁、最 (1 小) 決平成 28 年 11 月 24 日文献番号 2016WLJPCA11246010。地裁判例の解説・評釈として、山下竜一「大阪市入れ墨調査事件」法セミ 724 号 (2015 年) 117 頁、大林啓吾「入れ墨調査訴訟大阪地裁判決—入れ墨調査とプライバシーの関係」季報情報公開・個人情報保護 57 号 (2015 年) 24 頁以下等、高裁判例の解説・評釈として、「入れ墨の有無等に関する調査に回答することを職員に義務付ける職務命令は憲法 13 条等に反するものではなく、当該職務命令に違反して回答をしなかった職員に対する戒告処分に裁量権の逸脱・濫用はないとされた事例—戒告処分取消等請求 (大阪市入れ墨調査) 事件」季刊公務員関係最新判決と実務問答 4 号 (2016 年) 69 頁以下、野呂充「入れ墨の有無に関する調査を拒否した市の職員に対する戒告処分と調査の適法性」『平成 27 年度重要判例解説』(有斐閣・2016 年) 43 頁以下、小谷成美「行政訴訟における人権条項の活用—大阪市入れ墨調査事件等を例として」自由と正義 67 巻 6 号 (2016 年) 27 頁以下、佐々木幸寿「入れ墨調査に関する職務命令が憲法 13 条等に違反しないとされた事例」週刊教育資料 1428 号 (2016 年) 15 頁以下、富岡俊介「大阪市・市交通局長 (入れ墨調査) 事件—入れ墨の有無等を尋ねる調査に回答することを義務付ける地方公営企業の管理者の職務命令が憲法 13 条、憲法 21 条、大阪市個人情報保護条例に違反しないとされた例」経営法曹 193 号 (2017 年) 92 頁以下、松本和彦「市職員に対する入れ墨調査の適法性」判評 700 号 (2017 年) 8 頁以下、在間秀和「入れ墨調査拒否・懲戒処分事件」労働法律旬報 1896 号 (2017 年) 31 以下等。また、市民病院の看護師に対するタトゥー調査につき、大阪地判平成 27 年 2 月 16 日文献番号 2015WLJPCA02168001、大阪高判平成 27 年 10 月 15 日文献番号 2015WLJPCA10156002、最 (2 小) 決平成 28 年 11 月 9 日文献番号 2016WLJPCA11096003。地裁判例の解説・評釈として、「大阪市 (入れ墨調査) 事件」労働判例ジャーナル 43 号 (2015 年) 51 頁以下、前田定孝「議会が求めた職員の入れ墨調査を市が実施するについて、調査の必要性および職務命令への服従の必要性を認めつつ、その調査の目的に適合しないとされた事例」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol.23』(日本評論社・2018 年) 69 頁以下等、高裁判例の解説・評釈として、橋本基弘「大阪市入れ墨調査事件—自己決定と情報調査拒否権—」法學新報 122 巻 11 = 12 号 (2016 年) 31 頁以下、野呂・前掲 (1) 43 頁以下等。

なお、公衆浴場につき、初鹿明博衆議院議員による「入れ墨がある人の公衆浴場での入浴に関する質問」に対し、政府は、「御質問は、入れ墨がある者（以下「対象者」という。）が入れ墨があることのみをもって、公衆浴場法（昭和23年法律第139号）第4条に規定する伝染性の疾病にかかっている者と認められる者（以下「り患者」という。）に該当するか否か、又は入れ墨があることのみをもって、対象者による公衆浴場における入浴が同法第5条第1項に規定する浴槽内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼすおそれのある行為に該当するか否かというものであると考えると、入れ墨があることのみをもって、対象者がり患者に該当し、又は当該入浴が当該行為に該当すると解することは困難である」との答弁書を送付している（[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_shitsumon.nsf/html/shitsumon/193069.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/193069.htm)）ことから明らかなように、積極的に入浴拒否を一般化しているわけではない。

- (2) 鈴木公啓＝大久保智生「いれずみ（タトゥー・彫り物）の経験の実態および経験者の特徴」対人社会心理学研究18号（2018年）31頁。
- (3) 同・28頁。なお、田中孝＝水津幸恵＝大久保智生＝鈴木公啓「身体装飾としてのピアス・いれずみの実態とそのイメージの検討—賞賛獲得欲求と拒否回避欲求との関連から—」香川大学教育学部研究報告142巻（2014年）53頁以下も併せて参照のこと。
- (4) 新井誠「総説—イレズミをめぐる法的諸問題」小山剛＝新井誠編『イレズミと法—大阪タトゥー裁判から考える』（尚学社・2020年）2頁・3頁。
- (5) 山本芳美『イレズミと日本人』（平凡社・2016年）52頁。また、鈴木ほか・前掲注（2）31頁は、タトゥー等を入れている者の割合は2.3%であり、「とても入れたいと思う」、「入れたいと思う」を合わせると興味がある者が、2.29%であることから、「もし、これらの者すべてが今後いれずみを入れた場合、経験の割合はおおよそ倍になる。今後、興味をもつ者が少しでも増えていけば、最終的には、入れる者の割合は次第に増加していくこともありうる」と分析される。なお、近年では、「彫師」と呼ばれていた者等が、「tattoo artist」へ変化しつつあることも、その表れのひとつかもしれない（Matthew C. Lodder, *Body Art : Body Modification as Artistic Practice*, University of Reading, 2010.）。もちろん、わが国においては、「彫師」の名称にこだわられる方が多いことも事実である。
- (6) [https://www.mhlw.go.jp/web/t\\_doc?dataId=00ta6731&dataType=1&pageNo=1](https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00ta6731&dataType=1&pageNo=1)

## 医行為概念 (1)

- (7) 2010年7月9日付読売新聞〔朝刊〕。
- (8) 2015年12月8日付朝日新聞〔朝刊〕。なお、いずれの彫師も、不起訴処分となっている。
- (9) 2015年11月26日付朝日新聞〔朝刊〕。
- (10) <https://lite-ra.com/2016/06/post-2321.html>

その他、在宅捜査を経て、略式起訴された彫師も複数いたようであり、すべての彫師が30万円から50万円の罰金を支払い、釈放されたようである(亀石倫子=川上博之「タトゥー彫り師医師法違反事件の弁護活動」小山ほか編・前掲注(5)242頁。なお、その後も、兵庫県内において、彫師が逮捕されるに至っている(2018年10月27日付朝日新聞〔朝刊〕)。

- (11) 大阪地判平成29年9月27日判時2384号129頁。なお、本判決における解説・評釈として、佐々木雅寿「入れ墨の施術行為と憲法22条1項」法教449号(2018年)121頁、三重野雄太郎「タトゥーを彫る行為の『医行為』該当性」鳥羽商船高等専門学校紀要40号(2018年)9頁以下、濱口晶子「彫り師のタトゥー施術行為と職業選択の自由」法セミ763号(2018年)120頁、高田倫子「入れ墨の施術者に医師免許を求めることが合憲とされた事例」新・判例解説編集委員会編・前掲注(1)19頁以下、城下裕二「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」同・175頁以下、小谷昌子「医師免許なく業としてタトゥー施術を行った被告人に医師法17条違反として罰金15万円が言い渡された事例」年報医事法学33号(2018年)239頁以下、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—」廣島法學42巻3号(2019年)21頁以下等。
- (12) 大阪高判平成30年11月14日高刑集71巻3号1頁。本判決の解説・評釈として、田邊昇「タトゥー裁判で逆転判決『医師法に違反せず』」日経メディカル48巻1号(2019年)86頁以下、笹田栄司「『医業独占』(医師法17条)とタトゥー施術業」法教462号(2019年)152頁、堀口悟郎「タトゥー医師法事件控訴審判決」法セミ771号(2019年)128頁、天田悠「医師法17条にいう『医業』の内容をなす医行為の意義—タトゥー事件控訴審判決」刑ジャ60号(2019年)176頁以下、榎透「入れ墨の施術者に医師免許を求めることと憲法22条1項」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol.24』(日本評論社・2019年)37頁以下、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、前田雅英「入れ墨の施術と医師法 17 条にいう『医業』の内容となる医行為」捜研 825 号（2019 年）16 頁以下、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—大阪高判平成 30 年 11 月 14 日判時 2399 号 88 頁を素材に一」撰南法学 56 号（2019 年）1 頁以下、曾我部真裕「タトゥー施術行為に医師法 17 条を適用して処罰することは、職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義があるとされた事例」判評 728 号（2019 年）2 頁以下、武藤眞朗「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 63 卷 3 号（2020 年）145 頁以下、山崎皓介「医師法 17 条に基づくタトゥー施術規制と職業選択の自由」北大法学論集 70 卷 6 号（2020 年）1183 頁以下、尾形健「タトゥー施術業医師法違反事件控訴審判決」『令和元年度重要判例解説』（有斐閣・2020 年）22 頁・23 頁、神馬幸一「入れ墨（タトゥー）の施術と医師法 17 条にいう『医業』の内容となる医行為」同 154 頁・155 頁、浅田和茂「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」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol.26』（日本評論社・2020 年）183 頁以下、新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題（続）—大阪高裁平成 30 年 11 月 14 日判決を契機として—」広島法学 43 卷 4 号（2020 年）77 頁以下、松本和彦「法律の解釈と憲法の解釈の交差—タトゥー施術無免許医業罪事件」関西大学大学院法務研究科法科大学院ジャーナル 15 号（2020 年）15 頁以下等。

- (13) 最（2 小）決令和 2 年 9 月 16 日刑集 74 卷 6 号 581 頁。本判決の解説・評釈として、新井誠「タトゥー施術に関する医師法違反事件最高裁決定～最高裁令和 2 年 9 月 16 日決定～」WLJ 判例コラム 214 号（文献番号 2020WLJCC026）1 頁以下、小山ほか編・前掲注（5）、辰井聡子「タトゥー施術行為と医行為」刑ジャ 67 号（2021 年）4 頁以下、山中純子「タトゥー彫り師に対する医師法裁判最高裁決定に関する一考察」東海法学 60 号（2021 年）49 頁以下、河嶋春葉「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」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol.28』（日本評論社・2021 年）31 頁以下、甲斐克則「医師でない彫り師によるタトゥー施術行為と医師法 17 条にいう『医業』の内容となる医行為」『令和 2 年度重要判例解説』（有斐閣・2021 年）130 頁・131 頁等。その他、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 97 号（2018 年）285 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

## 医行為概念 (1)

に即した検討—」毛利透＝須賀博志＝中山茂樹＝片桐直人編集員『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、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、亀石倫子「刑事弁護が社会を変える—」青山法務研究論集15号（2018年）99頁以下、同「刑事弁護が社会を変える—GPS捜査違法事件を中心に—」沖縄法政研究22号（2020年）110頁以下、生田勝義「刑事法学の動き 辰井聡子『医行為概念の検討—タトゥーを彫る行為は意向以下』」法時93巻3号（2021年）126頁以下等も、併せて参照のこと。なお、医行為概念を網羅的に検討したものと、高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」法学論叢164巻1号＝6号（2009年）362頁以下、天野良「医行為概念の再検討」東京大学法科大学院ローレビュー8号（2013年）3頁以下等。

## 2. 最（2小）決令和2年9月16日

### (1) 事実の概要

彫師である被告人は、医師でないのに、業として、2014年7月6日頃から2015年3月8日頃までの間、大阪府吹田市において、自らの経営するタトゥーショップ「CUSTOM TATTOO TAIKI」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（いわゆるタトゥーマシン）を用いて上記Aらの左上腕部等の皮膚に色素を注入する医行為（以下、「本件行為」という。）を行い、もって医業をなしたものである。なお、施されたタトゥーは、父親の命日や植物の絵柄であった。

医師法17条は、「医師でなければ、医業をしてはならない」と規定しており、ここにいう「医業」とは、形式的には、「医行為を業とすること」と解されている。検察官は、本件行為が、当該医行為に該当するとして、被告人を医師法31条1項1号違反の罪で略式起訴し、被告人は、罰金30万円の略式命令を受けた。これを不服として、被告人が正式裁判を申し立てたものである。

(2) 大阪地判平成 29 年 9 月 27 日

本件においては、① 針を取り付けた施術用具を用いて人の皮膚に指揮を注入する行為が医師法 17 条の「医業」の内容となる医行為に当たるか否か、② 医師法 17 条が憲法に違反するか否か、③ 本件行為に実質的違法性があるか否か、等が争点とされた。

まず、① 医行為性についてであるが、(a) 医行為の意義につき、「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という解釈すべきである。……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 条の趣旨に適合するものとは考えられない。また、弁護人の前記主張は、法体系についての独自の理解を前提とするものであり、採用できない。また、弁護人は、最高裁判所の判例（最高裁昭和 30 年 5 月 24 日第 3 小法廷判決・刑集 9 卷 7 号 1093 頁、最高裁昭和 48 年 9 月 27 日第 1 小法廷決定・刑集 27 卷 8 号 1403 頁、最高裁平成 9 年 9 月 30 日第 1 小法廷決定・刑集 51 卷 8 号 671 頁）によれば、医行為の要件として、『疾病の治療、予防を目的』とすることが求められているとも主張する。しかしながら、上記各判例の事案は、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のではない。よって、本件において、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。したがって、医行為該当性の要件として医療関連性又は『疾病の治療、予防（の）目的』が必要であるとする弁護人の前記主張は採用できない」。

(b) 本件行為の医行為該当性につき、「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。具体的には、入れ墨の施術を原因として、急性炎症性反応、慢性円板状エリテマトーデス、乾癬、扁平苔癬、皮膚サルコイド反応や肉芽腫等が発生する危険性が認められる。また、前記のとおり、入れ墨は色素を真皮内に注入するものであることから、施術に使用される色素に重金属類が含まれていた場合には（ただし、現在流通している色素に重金属類が含まれていることは少ないとされている。）、金属アレルギー反応が生じる可能性があるし、重金属が含まれていなくとも、色素が人体にとって異物であることに変わりはないため、アレルギー反応が生じる可能性がある。さらに、入れ墨の施術には必然的に出血を伴うため、被施術者が何らかの病原菌やウイルスを保有していた場合には、血液や体液の飛散を防止したり、針等の施術用具を適切に処分するなどして、血液や体液の管理を確実に行わなければ、施術者自身や他の被施術者に感染する危険性があるのみならず、当該施術室や施術器具・廃棄物等に接触する者に対しても感染が拡散する危険性もある。以上のとおり、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。そのため、入れ墨の施術者は、まず、施術に伴う危険性を十分に認識・理解した上で、保健衛生上の危害発生防止のために、どのような方法・環

境で施術を行うかを検討し、選択しなければならない。そして、施術前には、被施術者に対し、入れ墨の危険性を説明することが求められるであろうし、アレルギーや感染症等に関する検査又は診断を行う必要もある。施術中は、被施術者の身体に常に注意を払い、異変が生じた場合には、直ちに施術を中断してその原因を探り、いかなる対処が求められるかを判断し適切な措置をとらなければならない。また、針先が誤って施術者自身の身体に刺さるなど他人の血液や体液が付着した可能性のある場合には、施術を中断して血液検査をするなど感染防止の措置をとる必要がある。施術後も、ウイルス等の感染を予防するため、施術に使用した針等血液や体液が付着した用具や廃棄物を適正に処理することが求められる。このように、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。これに対し、弁護人は、入れ墨の施術によって障害が生じた場合に医師が治療を行えば足り、入れ墨の施術そのものを医師が行う必要はない旨主張する。しかしながら、入れ墨の施術に伴う危険性や、施術者に求められる医学的知識及び技能の内容に照らせば、上記主張は採用できない。また、弁護人は、被告人が使用していた色素の安全性に問題はなく、入れ墨の施術の際には施術用具や施術場所の衛生管理に努めていたから、本件行為によって保健衛生上の危害が生じる危険性はなかったとも主張するが、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ことから、弁護人の指摘する事情は上記判断を左右しない。」

次に、② 医師法17条の憲法適合性についてであるが、(a) 憲法31条(罪刑法定主義)違反につき、「医師法17条の規制の対象となる医行為とは、前記のとおり、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。このような解釈は、同条の趣旨から合理

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ると考えられるから、同条による処罰の範囲が曖昧不明確であるとはいえない。また、医師法 17 条をこのように解釈して、成人に対する入れ墨の施術を処罰することは、体系的にみて他の法令と矛盾しない。以上より、医師法 17 条は憲法 31 条に違反しない」。 (b) 憲法 22 条 1 項適合性につき、「医師法は、2 条において、医師になろうとする者は医師国家試験に合格して厚生労働大臣の免許を受けなければならないと定め、17 条において、医師の医業独占を認めていることから、医業を営もうとする者は医師免許を取得しなければならない。そのため、医師法 17 条は、憲法 22 条 1 項で保障される入れ墨の施術業を営もうとする者の職業選択の自由を制約するものである。もっとも、職業選択の自由といえども絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する。そして、一般に職業の免許制は、職業選択の自由そのものに制約を課する強力な制限であるから、その合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する。また、それが自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的・警察的措置である場合には、職業の自由に対するより緩やかな制限によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する（最高裁昭和 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁参照）。これを本件についてみると、前記のとおり、医師法 17 条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益の保護を目的とする規定である。そして、入れ墨の施術は、医師の有する医学的知識及び技能をも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、上記の重要な公共の利益を保護するために必要かつ合理的な措置というべきである。また、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なく、医師免許の取得を求めること以外のより緩

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認められる。以上から、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 22 条 1 項に違反しない」。(c) 憲法 21 条 1 項適合性につき、「弁護士は、入れ墨を他人の体に彫ることも表現の自由として保障される旨主張するが、前記のとおりに入れ墨の危険性に鑑みれば、これが当然に憲法 21 条 1 項で保障された権利であるとは認められない。もっとも、被施術者の側からみれば、入れ墨の中には、被施術者が自己の身体に入れ墨を施すことを通じて、その思想・感情等を表現していると評価できるものもあり、その範囲では表現の自由として保障され得る。その場合、医師法 17 条は、憲法 21 条 1 項で保障される被施術者の表現の自由を制約することになるので、念のため検討する。表現の自由といえども絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する。そして、国民の保健衛生上の危害を防止するという目的は重要であり、その目的を達成するために、医行為である入れ墨の施術をしようとする者に対し医師免許を求めることが、必要かつ合理的な規制であることは前記のとおりである。したがって、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 21 条 1 項に違反しない」。(d) 憲法 13 条適合性につき、「人が自己の身体に入れ墨を施すことは、憲法 13 条の保障する自由に含まれると考えられる。そのため、医師法 17 条は入れ墨の被施術者の上記自由を制約するものであるが、上記自由も絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のため必要かつ合理的な制限を受けることはいうまでもない。そして、前記のとおり、入れ墨の施術に医師免許を求めることは重要な立法目的達成のための必要かつ合理的な手段なのであるから、本件行為に医師法 17 条を適用することは憲法 13 条には違反しない」。

最後に③ 本件行為の実質的違法性の有無についてであるが、「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、

## 医行為概念 (1)

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……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。したがって、……本件行為には実質的違法性が認められる」。

これに対し、被告人が「原判決が、医師法 17 条の医業の内容である『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をいう』と解釈し、本件行為、すなわちタトゥー施術行為に本条を適用して、被告人を有罪とした原判決の法解釈ないし判断は、刑事裁判の原則である罪刑法定主義に反し、また、憲法が保障する被告人の権利を侵害するものであって、このような解釈に基づく法の適用は許されないのであるから、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがある」として、控訴した。

### (3) 大阪高判平成 30 年 11 月 14 日

① 本件行為の医行為該当性につき、「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解する。その理由は、以下のとおりである。医師法は、医療関係者の中心である医師の身分・資格や業務等に関する規制を行う法律であるところ、同法 1 条は、医師の職分として、『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。すなわち、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いるのである。この目的を達成するため、医師法は、臨床上必要な医学及び公衆衛生に関して、医師として具有すべき知識及び技能について医師国家試験を行い、免許制度等を設けて、医師に高度の医学的知識及び技能を要求するとともに、医師以外の無資格者による医業を禁止している。医師の免許制度等及び医業独占は、いずれも、上記の目的に副うよう、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というべきである。以上のような医師法の構造に照らすと、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、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る、言い換えれば、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、と理解するのが、医師法の素直な解釈であると思われる。そうすると、医師法17条は、生命・健康に対して一定程度以上の危険性のある行為について、高度な専門的知識・技能を有する者に委ねることを担保し、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する所論の指摘は、正当である。したがって、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行為であっても、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。このように最高裁判例は、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。原判決は、上記最高裁判例の各事案が、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のではないとし、本件において、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、最高裁の判例に反しないと説示している。また、検察官も、答弁書において、同様に、上記最高裁判例の各事案では、いずれも、弁護人のいう『医療関連性』が争点となったものではないから、最高裁の各判例が、これを要求しているとはまでは結論づけられないと主張する。しかしながら、疾病の治療、予防等の目的、ひいては、弁護人の主張する医療関連性の要否が争点となっていないからといって、これが医行為の要件として不要であるという解釈が直ちに是認されるものではなく、むしろ大審院以来の判例の流れをみれば、最高裁判例は医療関連性を必要とする立場であると理解するのが妥当であることは、前述のとおりである。」

本件行為（タトゥー施術）が医師法 17 条で禁止される医行為に該当するかにつき、「入れ墨（タトゥー）は、地域の風習や歴史的ないし風俗的な土壌の下で、古来行われてきており、我が国においても、それなりに歴史的な背景を有するものであり、1840 年代頃には彫り師という職業が社会的に確立したといわれている。我が国では、ある時期以降、反社会的勢力の構成員が入れ墨を入れるというイメージが社会に定着したことなどに由来すると思われるが、世間一般に入れ墨に対する否定的な見方が少なからず存在することは否定できない。他方で、外国での流行等の影響もあって、昨今では、若者を中心にファッション感覚から、あるいは、個々人の様々な心情の象徴として、タトゥーの名の下に入れ墨の施術を受ける者が以前より増加している状況もうかがわれる。このように、入れ墨（タトゥー）は、皮膚の真皮に色素を注入するという身体に侵襲を伴うものであるが、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ことであるといわざるを得ない。そして、そもそも、入れ墨（タトゥー）の施術については、その性格上、前記のとおり、感染症やアレルギー反応等、血液や体液の管理、衛生管理等に関する医学的知識や技能は、当然に一定程度必要となろうが、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、その施術の技術や、美的センス、デザインの素養等の習得であり、医学的知識及び技能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。この点からも、医師免許を取得した者が、入れ墨（タトゥー）の施術に内在する美的要素をも修養し、入れ墨（タトゥー）の施術を業として行うという事態は、現実的に想定し難いし、医師をしてこのような行為を独占的に行わせることが相当とも考えられない。以上によれば、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。

次に、② 本件行為の医行為該当性を認めた場合の憲法 22 条 1 項適合性につき、「付言すると、仮に、原判決のように、医療関連性という要件を不要とし、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという解釈をとれば、本件行為は医行為に該当し、タトゥー施術業に医師法 17 条を適用することになる。しかしながら、このような医師法 17 条の解釈適用によると、以下に述べるとおり、憲法が保障する職業選択の自由との関係で疑義が生じるのであり、このことからしても、医療関連性を欠くためタトゥー施術の医行為性を肯定することはできないという前記解釈適用の妥当性が支えられているというべきである。ア 原判決のように、入れ墨（タトゥー）の施術を、医師法 17 条の医行為に該当すると解釈し

た場合、医師以外の者が行うことが禁止され、これに違反した者は処罰されて、医師のみが入れ墨（タトゥー）の施術を行うことを許容されるという結果になる。イ そして、原判決は、職業選択の自由の違憲審査基準について、薬事法違憲判決（最高裁昭和50年4月30日大法廷判決（民集29巻4号572頁））を参照して、『一般に職業の免許制は、職業選択の自由そのものに制約を課する強力な制限であるから、その合憲性を肯定するためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する。また、それが自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的・警察的措置である場合には、職業の自由に対するより緩やかな制限によってはその目的を十分に達成することができないと認められることを要する。』と説示しているところ、この説示は正当である。続いて、原判決は、『医師法17条は国民の保健衛生上の危害を防止するという重要な公共の利益の保護を目的とする規定である。』と説示しており、医療関連性という要件を不要とする原判決の立場によれば、医師法17条の目的について、『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』ではなく、上記のように捉えることになろう。ウ そこで、上記目的を達成するための規制の手段についてみる。まず、医師を目指す者は、一般的に、大学の医学部で6年間の教育を受け、医師国家試験に合格しなければならず、医師として医療行為等に従事するには医師免許を取得する必要があるなど、医師法が規定する医師の免許制は、各種の資格制の中でも相当に厳しい制限といえる。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ことは明らかというべきである。そして、入れ墨（タトゥー）の施術は、……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、保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であるとはいえ、厳密にみると、そこで必要とされる医学的知識及び技能は、医学部教育や医師国家試験で要求されるほど広範にわた

り、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りると考えられる。また、所論が指摘するように、海外主要国においては、タトゥー施術業に医師免許を要求している例は見当たらず、医師が行うべき医療行為とは別個の規制がなされている。そうすると、我が国でも、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と思われる。エ 原判決は、国民の保健衛生上の危害の防止という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い』という。しかしながら、……上記目的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る。タトゥー施術業に伴う保健衛生上の危害を防止するためには、何らかの規制は必要ではあるが、原判決のように、医師法 17 条で規制の対象となる医行為を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と解釈して、タトゥー施術業が、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伴うものであることを理由に、これを医師法 17 条の規制対象とする、すなわち、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ない。その意味で、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る。オ 以上のとおり、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といわざるを得ない。また、所論は、原判決の解釈適用によれば、職業選択の自由の他にも、タトゥー施術業を行う者の表現の自由、さらに、現実には入れ墨（タトゥー）の施術を行う医師などいないことになり、入れ墨（タトゥー）を自己の身体に施すこと自体を実質的に禁止するに等しいことから、タトゥーを自らの身体に入れる者の表現の自由及び自己決定権を侵害すると主張しているが、これらの点を検討するまでもなく、……タトゥー施術業は、医師法にいう医業に該当しないとの前記解釈適用が妥当である」とする。

「なお、当裁判所のように、タトゥー施術業に医師法 17 条が適用されないという解釈をとると、現状においては、入れ墨（タトゥー）の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれに着目したタトゥー施術業自体に対する規制は、存在しないことになる。しかしながら、入れ墨（タトゥー）の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれという問題に対しては、医師法の医行為を拡張的に解釈してこれを処罰対象として取り込むのではなく、必要に応じて、業界による自主規制、行政による指導、立法上の措置等の規制手段を検討し、対処するのが相当というべきである。結局、医師に入れ墨（タトゥー）の施術を独占させ、医師でない者のタトゥー施術業を医師法で禁止することは、非現実的な対処方法というべきであり、そのような医師法の解釈は合理性、妥当性を有しないといわざるを得ない」として、原判決を破棄し、無罪とした。

これに対し、検察官は、「かかる原判決は、医師法に関する最高裁昭和 30 年 5 月 24 日第 3 小法廷決定・刑集 9 卷 7 号 1093 頁、同昭和 48 年 9 月 27 日第 1 小法廷決定・刑集 27 卷 8 号 1403 頁、及び同平成 9 年 9 月 30 日第 1 小法廷決定・刑集 51 卷 8 号 671 頁に相反する（刑訴法 405 条 2 項）とともに、憲法 22 条 1 項の解釈適用を誤り、その法解釈は憲法 31 条に反するものである（刑訴法 405 条 1 号）。また、原判決が、本件の主たる争点である『医行為』の解釈に関して医療関連性を要求したことは、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破棄しなけ

れば著しく正義に反する（刑訴法 411 条 1 号）」として、上告した。

#### (4) 決定要旨

「① 医師法は、医療及び保健指導を医師の職分として定め、医師がこの職分を果たすことにより、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（1 条）、この目的を達成するため、医師国家試験や免許制度等を設けて、高度の医学的知識及び技能を具有した医師により医療及び保健指導が実施されることを担保する（2 条、6 条、9 条等）とともに、無資格者による医業を禁止している（17 条）。このような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。

② 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。

③ 以上にに基づ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。したがって、被告人の行為は医行為に当たらないとした原判断は正当である」とし、無罪とした。

なお、本決定においては、草野耕一裁判官による補足意見が付されている。

「医師法 17 条の解釈に関する法廷意見の結論を換言すれば、医業とは『医療及び保健指導に属する行為』であって、かつ、『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（以下『保健衛生上危険な行為』という。）」を業として行うことである。法廷意見は医師法の制度趣旨をしんしゃくすることによってこの結論を導き出したのであるが、『保健衛生上危険な行為』を業として行うことだけで医業たり得ると解する者がいることも事実である（以下、そのような解釈を『医療関連性を要件としない解釈』という。）。しかしながら、本件で訴追の対象とされているタトゥー施術行為に対して医療関連性を要件としない解釈を適用すると妥当とはいえない帰結が生じてしまう。……タトゥー施術行為は保健衛生上危険な行為であり、したがって医療関連性を要件とし

ない解釈をとった場合、医師でない者がタトゥー施術行為を業として行うことは原則として医師法上の禁止行為となる。……医師免許取得過程等でタトゥー施術行為に必要とされる知識及び技能を習得することは予定されておらず、タトゥー施術行為の歴史に照らして考えてもタトゥー施術行為を業として行う医師が近い将来において輩出されるとは考え難い。したがって、医療関連性を要件としない解釈をとれば、我が国においてタトゥー施術行為を業として行う者は消失する可能性が高い。しかしながら、タトゥーを身体に施すことは古来我が国の習俗として行われてきたことである。もとよりこれを反道徳的な自傷行為と考える者もあり、同時に、一部の反社会的勢力が自らの存在を誇示するための手段としてタトゥーを利用してきたことも事実である。しかしながら、他方において、タトゥーに美術的価値や一定の信条ないし情念を象徴する意義を認める者もあり、さらに、昨今では、海外のスポーツ選手等の中にタトゥーを好む者がいることなどに触発されて新たにタトゥーの施術を求める者も少なくない。このような状況を踏まえて考えると、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しても、タトゥーの施術に対する需要そのものを否定すべき理由はない。以上の点に鑑みれば、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ものであるといわざるを得ない。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合理的な法規制を加えることが相当であるとするならば、新たな立法によってこれを行うべきである。最後に、タトゥー施術行為は、被施術者の身体を傷つける行為であるから、施術の内容や方法等によっては傷害罪が成立し得る。本決定の意義に関して誤解が生じることを慮りこの点を付言する次第である」。

### 3. 医師法 17 条における「医行為」に関する判例

#### (1) 医師に関する法制と医業

「医行為」をめぐる判例・学説については、すでに辰井教授により詳細に論証がなされているため、本稿においても、辰井教授の分析・整理を範としたい。<sup>(14)</sup>

周知の通り、医師に関する法制は、「医制」(明治 7 年 8 月 18 日文部省ヨリ東京京都大阪三府へ達)、「旧医師法」(明治 39 年 5 月 2 日法律 47 号)、「国民医療法」(昭和 17 年法律 70 号)、「医師法」(昭和 23 年法律 201 号)に区分される。<sup>(15)</sup>

まず、従来、漢方が中心であったわが国の医学に対し、近代的な西洋医学を導入することと同時に、医師の資格、業務等についても、統一の基準に基づく規制を図るため、明治 12 年に「医師試験規則」(明治 12 年内務省達甲 3 号)を定め、全国的に統一して医師試験を実施することとし、明治 16 年に「医師免許規則」(明治 16 年太政官布告第 35 号)、および「医術開業試験規則」(明治 16 年太政官布告第 34 号)が整備され、近代医学に立脚した医師制度が確立されていくことになる。

その後、医師団体の法的な承認、および医師に対する総合的な法律制定が要求され、「旧医師法」が制定されるに至り、併せて歯科部門を独立させ、「旧歯科医師法」(明治 39 年法律 48 号)も制定された。旧医師法 11 条 1 項は、「免許ヲ受ケスシテ醫業ヲ爲シタル者ハ 6 月以下の懲役又ハ 5 百圓以下ノ罰金ニ處ス」とし、同条 2 項は、「前項ノ罪ヲ犯シタル者醫師又ハ之ニ類スル名稱シタルモノナルトキハ 1 年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス」と規定し、無免許医業を禁止することとした。<sup>(16)</sup>

なお、昭和に入ると、「旧医師法」、「旧歯科医師法」が統合され、「国民医療法」となったが、戦後、「国民医療法」の全面改正がなされ、「医師、歯科医師の身分、業務に関する法制及び医療施設に関する法制がそれぞれ分離され」、<sup>(17)</sup>「医師法」、「歯科医師法」(昭和 23 年法律 202 号)、

「医療法」(昭和23年法律205号)として、各制定がなされた。医師法17条は、旧医師法11条1項と趣旨を変更せず、「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定した。

## (2) 「医行為」に関する判例

(1)では、この医業に関し、判例は如何なる解釈を採っていたか。大判明治39年11月9日は、「私爲醫業ノ犯罪ハ患者ノ診察其投薬施術竝ニ薬價ノ徴收等ヲ以テ業ト爲スニ因リ成立スルモノ」としている。また、大判明治43年10月31日も、「醫業トハ疾病ヲ診察シテ之ニ依リテ生活資料ヲ得ル行爲ヲ反復スルノ謂ニシテ疾病ノ診療ヲ以テ業ト爲スモノニ外ナラス」としているが、違反行為には、投薬や薬価の徴収は含まれており、これらを含んで、「診察」を意味するものであると解している<sup>(20)</sup>。

その後、大判大正2年12月18日は、「人ノ疾病ヲ治療スルハ醫ノ行爲ニシテ之ヲ常業トスルハ醫業ナリ故ニ診察シテ治療スルハ固ヨリ醫ノ行爲ニシテ診察セシテ治療スルモ亦醫ノ行爲ニアラスト云フヘカラス」とし、続けて、「然リ而シテ醫師法ニ於テ無免許醫業ヲ禁止シ之ニ違反スル者ヲ處罰スル所以ハ之ニ依ツテ一般ノ危険ヲ防止スルヲ趣旨トスルモノナレハ一ノ行爲カ無免許醫業ナルヤ否ヤヲ定ムルニハ又之ヲ標準トスルヲ至當トス蓋シ患者ニ對シ處方ヲ授ケ又ハ切開ヲ行フカ如キ治療行爲ハ醫師自ラ之ヲ爲スヘキモノニシテ醫師ニアラサル他人ヲシテ代之ヲ爲サシムルヲ得サルハ論ヲ竣タスト雖モ醫師カ自ラ治療行爲ヲ爲スニ當リ醫師ノ免許ヲ有セサルモノヲ使役シ其指揮監督ノ下ニ治療行爲ヲ補助セシムルコトアリトスルモ補助者ハ單ニ醫師ノ手足トシテ行動スルニ止マリ毫モ患者ニ對シテ危険ヲ生スルノ虞アルコトナク醫師ノ意思ニ因リ治療行爲カ行ハルルニ於テ其治療行爲ハ即チ醫師ノ治療行爲ニシテ醫師ノ治療行爲以外ニ無免許醫業ノ行爲アルモノト云フヲ得ス」とし、無免許医業罪の成立を否定している。その後の大判大正3年1月

医行為概念 (1)

<sup>(22)</sup>22日は、「接骨行為ハ人體ノ創傷ヲ治療スヘキ手術ノ一種ナレハ常業トシテ之ヲ爲スコトカ醫業ノ範圍ニ屬スル」とし、大判大正6年2月10日<sup>(23)</sup>も、「患者ノ病名若クハ其容態ヲ聽キ以テ其病狀ヲ判斷シ之ニ適應スル藥品ヲ調合供與スルハ醫ノ行為ニ外ナラスシテ繼續ノ意思ニ出テタルモノナルトキハ之ヲ以テ醫業ヲ爲シタルモノト認ムヘキコト論ヲ竣タス」として、<sup>(24)</sup>医業に該当することを肯定している。

これに対し、<sup>(25)</sup>医業に該当しないと判断したものとして、大判昭和6年11月30日は、「疾病ヲ診斷シ藥劑ノ處方ヲ爲シ又ハ外科的手術ヲ行フコトヲ實質トセサル療術行為ヲ業トスルコトアルモ之ヲ以テ醫業ナリト解スルハ現行療病法規全般ノ精神ニ適セサルモノト認メサルヘカラス」としている。この点につき、辰井教授は、「文言上は、『疾病を診断し薬剤の処方をして又は外科の手術を行なうことを実質』とするか否かが基準とされているが、<sup>(26)</sup>要点は禁止を基礎づけるだけの危険性の有無にあるといえる」と解される。

同様に大判昭和8年7月8日<sup>(27)</sup>も、「仍テ按スルニ醫師法第11條ニ所謂醫業トハ反復繼續ノ意思ヲ以テ疾病ノ診察、手術、投薬等ノ醫行為ヲ爲スコト」であるため、「醫師ノ免許ヲ受ケサル者カ業トシテ人ノ患部ヲ察知シ之ニ紅ヲ塗布スル療法ヲ施スモ醫師法第11條ニ該當セス」とし、また、大判昭和12年5月5日<sup>(28)</sup>も、「灸術營業者ハ禁忌症狀ノ有無ヲ知ルト共ニ疾病ノ治療又ハ豫防ノ目的達成ノ爲最モ適切有效ナル灸點ヲ定ムル限度ニ於テノミ診察行為ヲ爲スヲ得ルモノトス」としている。

なお、辰井教授は、いわゆる「蛭療法」につき、「吸角（俗ニ吸フクヘ稱スル玻璃器）ニ蛭ヲ入レ患部ノ血液ヲ吸收セシメタル後更ニ點火シタル燐子ヲ右吸角ニ入レ之ヲ患部ニ差當テ血液ヲ吸出スル行為ハ外科的手術ノ範圍ニ屬スル醫行為ナリトス」として医業に該当することを肯定した大判昭和9年4月5日<sup>(29)</sup>における「斯ル治療方法ハ蛭ノ吸孔ヨリ黴菌カ體內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險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爲ナリト認ムルヲ相當ナリトシ從テ免許ヲ受スシテ之ヲ業トストキハ醫師法第 11 条ニ該當スルモノト解スルヲ正當ナリトス」との点に着目し、「医行為性を肯定するには、疾病の治療等の要素に加え、医学上の知識技能を有しない者が行えば保健衛生上危害を生じるおそれが認定されなければならないという理解が、この時期の実務においては<sup>(30)</sup>ほぼ確立していたことが見てとれる」と指摘される。

(2) 最高裁において、「医行為性」の有無が争点となった判例は、これまで<sup>(31)</sup>3件存在した。まず1つ目が、最<sup>(32)</sup>(3小)判昭和30年5月24日である。本件事案は、被告人は、医師でないのに、大阪市内で医院を開業している医学博士 A、または A 医院副院長という医師、またはこれに類似した名称を用いて、前後5回にわたり数名の患者に対し、聴診器による幹部の診察、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る治療を行い、患者が名医であると誤信したのに乗じて治療費名義、または借金名義の下に金銭を騙取し、または騙取しようと企てたことにつき、「被告人の行為は、前示主張のような程度に止まらず、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。原審が被告人の行為をもって、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。所論引用の各判例はいずれも本件被告人の行為とその態様又は程度を異にする事案であるから本件に適切でない」として、上告を棄却した。当該判決については、「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を用いて診断、処方、投薬、外科の手術の治療行為

の1つもしくはそれ以上を行なうことをいうのであろう<sup>(33)</sup>」との解説がなされており、辰井教授も、「① 疾病の治療であること、② 医学上の知識技能を有しない者が行うことによる一定の危険性、を要件としてきたそれまでの判例と整合的なもの」であるとし、『原審が被告人の行為をもって、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』と述べたのは、『外科的手術』か否かという枠で判断を行うことの妥当性について留保を付けただけであり、原審および大審院判例の実質的な判断内容を否定する趣旨でないことは明らか<sup>(34)</sup>と思われる」とされる。

次に2つ目は、最(1小)決昭和48年9月27日<sup>(35)</sup>である。本件事案は、被告人が医師でないのに、疾病の治療、予防を目的として訪れた6名の者に対し、疾病の治療、予防を目的とする断食療法を行なわせるために、断食道場への入寮の目的、捕食と断食日数を指示し、当該6名を含む11名の者に対し、法定の除外事由がないにも関わらず、業として下剤ミルマグを1瓶につき、200円で14瓶を販売したことにつき、「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。また、薬事法24条1項にいう販売とは、反覆継続して不特定または多数の者に対してなす意思のもとに医薬品を有償譲渡することを意味し、必ずしも営利の目的があることを要しない」として、上告を棄却した。当該決定についても、「患者の病名もしくはその容態を聴き、その病状を判断し、これに適応する薬品を調合供与すること、あるいは、患者に対し聴診・触診・指圧等を行い、交感神経等を刺激してその興奮状態を調整するもので、医学上の知識と技能を有しない者がみだりに行うときは、生理上の危険ある程度に達しているものは、医行為と認めるとするものが、古くから判例の立場であり、……むろん人の疾病の治療・予防等

を目的としてなされることを要するとされる」との解説がなされてい<sup>(36)</sup>る。なお、辰井教授は、「最高裁自身はとくに医行為に関する判示を付け加えていないが、原判決は、出典として最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁およびその原判決である大阪高判昭和28年5月21日刑集9巻7号1098頁を示した上で『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』と述べていた<sup>(37)</sup>」点を指摘される。

最後に3つ目は、最（1小）決平成9年9月30日<sup>(38)</sup>である。本件事案は、視能訓練士である被告人Xは、社団法人日本眼科医会の実施する「眼科医療補助者（オフサルミック・メディカル・アシスタント：OMA）<sup>(39)</sup>」試験に合格していたものであるが、コンタクトレンズ販売店を経営する眼科医である被告人Yが管理する眼科医院の従業員として、被告人Yの不在中に複数の者に対して、業として検眼、コンタクトレンズの着脱、処方等を行なったことにつき、「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。なお、原判決は、医師法17条における「医業の内容をなす医行為とは、原判決が説示するように『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いうべき」であるとしている。この点につき、辰井教授は、「判示の対象事項は『医』の領域にある行為であるから、『疾病の治療、予防等』の要件の欠落に特別な意味を見出すことはできないであろう<sup>(40)</sup>」とされる。

さらに、辰井教授は、「医行為」の定義に言及した下級審判例にも触れられる<sup>(41)</sup>。そのなかで、東京都港区東麻布、もしくは東京都渋谷区において、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

## 医行為概念 (1)

注射液を身体に塗布したり、注射したりし、さらには、注射器、もしくは針を使用して右治療部位に色素を注入する等の行為につき、東京地判平成2年3月9日<sup>(42)</sup>が、「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ものと解される」と判示したのは、この直前に「医師法上の疑義について」（平成12年6月9日付医事第59号厚生省健康政策局医事課長通知）が示されており、当該判断は、行政解釈によるものであって、当該判決は、「『医』領域性を問わないと明言」した「唯一のものであり、また全体の流れからみると突出したものである<sup>(43)</sup>」と指摘される。

これら判例を通じ、辰井教授は、「現在の判例の立場は、大審院以来の議論の流れの中で見れば、① 疾病の治療、予防等の目的に資する行為であること、② 医学上の知識と技能を有しない者がみだりにこれを行なうときは生理上危険がある程度に達していること、の2点をもって医行為とするものと解するのが、<sup>(44)</sup> 穏当な解釈であろう」と小括されるが、妥当であると思われる。

### (3) 「医行為」に関する学説

(1) 旧医師法下における「医業」に関する判例の理解としては、「醫業に就いての大審院の判例を挙げれば、……(1) 診察せずして治療を爲すも醫業であるし。(2) 現實に報酬を受けなくとも、又報酬を受ける事を約束しなくとも醫業になるし。(3) 榮利の目的でなくとも醫業であるし。(4) 醫術を反復して行なわなくとも榮業を爲す目的を以て爲した時は醫業であると云う事になる<sup>(45)</sup>」とし、また、「醫師法は醫業に關しては何等の定義を與へて居ないが、……大審院判例によれば醫業とは醫行為即ち人の疾病の治療行為を當業とするの謂である。然し乍ら疾病の治療行為を業とすること必ずしも總て第11條に謂ふ醫業ではないのであつ

て、醫師に非ずして人の疾病の治療行為を業とする者が他にもあるからである<sup>(46)</sup>とし、さらに、「無免許醫業と所謂醫業類似業との區別」については、医師法「第11條によって處罰せらるべき醫行為であるかは結局個々の具體的事例について決定しなければならない問題であるが、これを決定する標準は醫師法第11條の立法理由に之を求めなければならない。即ち、醫師法第11條は無免許者が醫行為を爲すことに依って生ずる虞ある公衆衛生上の危険を防止するにあるかであるから、或種の疾病の治療行為が醫行為であるか醫業類似行為であるかは其行為が公衆衛生上危険の虞ある行為であるか否かによって決せられるべきである<sup>(47)</sup>」と解されていた。

その後、土井博士は、「醫業とは常業をなす意思を以て醫術を行ふ事を云ふ」のであり、「醫術とは、現時の醫學を基本として、其理論を實際臨床上に應用する術であつて、而もそれが人の疾病を診察治療をなす事を目的とするもの<sup>(48)</sup>」であると解される。よつて、「現在醫學の是認せない絶対不能の診療は元より醫術の範圍には入らない。假令人の疾病を治療する事を目的とする行為であつても、按摩、鍼灸術等の様な醫學の概念から觀て法制上別種とする特殊な治療行為は、廣義の醫術とは云へるが、醫師法の云ふ醫術とは云ひ得ないものと思はれる<sup>(49)</sup>」とされた。

また、磯崎博士らも、医業とは、「医の業ということ」であり、「ここで医というのは、いいうまでもなく医師が医師としてなす行為をいう。医行為といつてもよい。それは医療及び保健指導をなすことである。医療だけが医行為ではない。保健指導も医行為に属する。だから医行為を医療に限るかの如くに定義するのは狭きにすぎる<sup>(50)</sup>」とされる。そのうえで、「医療関係者とは、……直接人々に接触して診察、治療、調剤、看護、助産、保健指導、施術等を行い又はこれらの補助をなすことによつて、人々の健康の回復乃至増進に努める者」であり、「これらの者の知識、技能、経験をそれぞれできるだけレベルの高いものに引き上げ、これらの者の活動によつて人々の健康が十分に確保され、更には向上さ

れるような配慮が必要である。医療関係者に関する衛生行政は、そうした配慮の現れということが出来る<sup>(51)</sup>。そして、医療関係者のなす同種の業務をなすことを禁ずる規定は、「一見、これら医療関係者に特権的地位を認めただけに見えるが」、そうではなく、これは、「全く公衆衛生上の見地に立って設けられたもの」であり、「医療関係業務は、免許を受けた医療関係者につかさどらせるときは安全であるが、これらの者以外の者がこれを行なうときは安全であるという保障はなく、むしろ国民の生命、健康に及ぼす危険」が極めて大きいことから、禁じられたのであると解される<sup>(52)</sup>。

この点につき、辰井教授は、「間接規制としての資格制度を正当化する基盤を、医療関係業務の保健衛生上の有用性に求める以上」、医行為が、「医師法1条が医師の職責として規定している『医療及び保健指導』によって枠付けられるのは、理論的な必然」であると述べられる<sup>(53)</sup>。

(2) 上述のように、医師法において、無免許医業罪が規定されているのは、医療関係者に特権的な地位を与えるだけでなく、無資格者に医療関係業務を司らせた場合、国民の生命・健康に被害を及ぼす危険性が認められる点にあるとするならば、必ずしも「医療及び保健指導」概念のみで「医行為性」を説明することは不可能であろう。そのため、谷口博士らは、医行為の実質的危険性を意識し、「『医行為』、『業とする』の意味につき、判例、学説、通達等で明らかにされている点」につき、以下のように説明をなされる。

「医行為には、広狭2つの意味があり、広義の医行為とは、『人に対して医療の目的の下に行われるところの社会通念上この目的到達に資すると認められる行為をいう』と考えられる。ここには疾病の治療行為、予防行為、妊娠、出産のごとき生理的作用の処置、美容目的からする整形手術やあん摩、はり、きゅう、柔道整復、浄血療法等広く医療に資する行為が含まれる。『医師とは、医業を行なうことを法律上認められている

者である』という時の医業とは、この広義の医行為を業とすることを意味し、医師は当然にあん摩等の治療方法を用いることが許されているのである（あん摩、はり、きゅう、柔道整復等営業法1条、昭25・2・1医取第62号福井県知事宛厚生省医務局長回答）。

協議において医行為とは、『広義の医行為中医師の医学的知識と技術を用いてするのでなければ生理上危険を生ずるおそれがある行為をいう』と考えられる。医師法17条で『医師でなければ医業をしてはならない』という場合の医業は、この狭義の医行為を業とすることを意味する（広義の医行為については、それぞれ当該の医行為を規制する法律において、無資格者のする該当の行為を処罰している<sup>(54)</sup>）。

つまり、当該見解は、何も新しいことを示しているわけではなく、上述のように「広義の医行為」を医師法1条における「医療及び保健指導」を指すものであることを再確認し、そのなかには、仙台高判昭和29年6月29日<sup>(55)</sup>が示すところの『『疾病の治療又は保健の目的を以て光熱器械、器具その他の物を使用し若しくは応用し又は四肢若しくは精神作用を利用して施術する行為であって他の法令において認められた資格を有する者が、その範囲内でなす診療又は施術でないもの、』換言すれば『疾病の治療又は保健の目的とする行為であって医師、歯科医師、あん摩師、はり師、きゅう師又は柔道整復師等他の法令で正式にその資格を認められた者が、その業務としてする行為でないもの』』である医業類似行為が含まれることを示したのである。よって、医師法17条によって禁止されている「医行為」とは、大審院時代より示されているように、疾病の治療等の要素のみならず、医学上の知識技能を有しない者が行えば保健衛生上危害を生じるおそれが生じるであろう狭義の医行為を指すものであることは明らかなのである<sup>(56)</sup>。

当該解釈は、その後も以下のような形で継承される。

## 医行為概念 (1)

「医術 (physic, Heilkunst) に広狭2義がある。広義の医術は、疾病の治療行為とみなされる一切の行為をいい、通常医師の行なう診療のほか、疾病の予防、助産、看護および生計はもちろん、あん摩、はり、きゅう、柔道整復、電気療法などのいわゆる医療類似行為をも含めた総称である。

狭義の医術は、医師だけに許されている診療行為をいい、其の範囲は医学上の見解によって定めるべきものであって、其の当時の医学上、診察の範囲と是認されるものであれば、これがすなわち医術であって、あえて法規などによって定めるべきものではない。医学および医術は一定不変のものではなく、科学の進歩発達によってその止まるところを知らない。故に過去において適切と考えられた手術や手段も、今日においては非なりとされ、また今日において適切なりと認められている方法も、近い将来において誤ったものとして放棄されることもあり得るのである。

もしいたずらに診療の方法を制限するときは、医術の進歩発達は期し難く、また反対にみだりにこれを推奨するときは、患者の生命、身体は、非常に危険にさらされることもあり得る。したがって学術上意見の対立する場合、ある医師がたまたま他と異なった治療方法を採用したとしても、直ちにその可否を論じ、責任を追及することはできない。しかし、その反面、一般に認められた原理原則の存することを見過すこともできない。まして公衆衛生上特別の危険が予測されるということで方法などを指示したものについては、これを守らなければならないことは当然である (例、医師法第24条の2、優生保護法第2条、優生保護法施行規則第1条)。

医術は、法律上では普通これを医行為あるいは医療と呼んでいる。

診療行為は、医師のみに認められた診察および治療に関する一切の行為をいうのである。<sup>(57)</sup>」

「医行為の意味これについては、広狭2義を区別しうる。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

のということができよう。疾病の治療・予防、出産の際の処置、あん摩、マッサージ、はり、きゅうなど医療目的にかなう行為がここに含まれることになる。医師は当然にこれらの行為を業として行うことが認められるが、医師以外にも特定の行為についてその資格を有するものが行うことを認めるものも含まれる（あん摩1条、整復15条など）。これに対して、狭義の医行為は、広義の医行為の中で、医師が医学的知識と技能を用いて行な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解される。診察及び治療がその中心をなすことはいうまでもないが、診療行為に限らず、輸血用の血液の採取、美容整形、予防接種など医師が行なうのでなければ、危険を生ずるおそれのある行為が含まれる。<sup>(58)</sup>

(3) では、いつから、解釈に変化がみられるようになったのか。この点につき、辰井教授は、野田寛『医事法<sup>(59)</sup>』が、「特にこれ以降の学説に大きな影響を与えたものと思われる」と指摘される。<sup>(60)</sup> 同書では、「医行為に内容は、複雑多岐であり、また医学の進歩にもなって常に変化し発展するものであるから、法律で医行為を定義することは困難であり、また妥当でもないから、医師法はその定義的規定を設けていない」としたうえで、学説を整理し、「医行為とは医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼすおそれのある行為」を現在の通説であると記されている。<sup>(61)</sup>

この点につき、辰井教授は、「一見すると、『医』領域性を不要としていようにも読める。しかし、……実質的に『医』領域性を排除する趣旨で記述していたと解するのは困難である」と指摘される。<sup>(62)</sup> つまり、当該「通説」とされる見解を採る判例として挙げられている大判昭和15年3月19日<sup>(63)</sup>、名古屋高金沢支判昭和27年6月13日<sup>(64)</sup>、札幌高判昭和56年2月5日<sup>(65)</sup>を検討をうえ、同書で取り上げられている他の見解中、「それまでの判例・通説であるはずの、『医』領域性を前提として付加的に『人体に危害を及ぼすおそれ』を要求する立場」が含まれておらず、当

該立場による文献が、当該「通説」を採用するものとして引用されていることを根拠とするのである。<sup>(66)</sup>そのため、同書は、「『医師が行なうのでなければ』という文言の下に暗黙に『医』領域性を読み取っているか、あるいは、広義の医行為に含まれる行為であることを前提に狭義の医行為の選択基準だけを論じていることを示唆するものといえるであろう」と解するのである。<sup>(67)</sup>

このように、従来の通説を「正確に、誤解の余地なく表現したものではなかった」同書における「通説」とされる見解の叙述が、それ以後の医事法関連文献において殷盛することになったのであろう。<sup>(68)</sup>

もちろん、辰井教授も指摘されるように、従来、主に議論されてきたのは、医の領域にある行為の規制の在り方であり、積極的に「広義の医行為性」の脱落を首肯してきたものではなく、また、「医師が行な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」との定義中に、「暗黙のうちに、行為の『医』領域性が読み込まれている」と解されてきたと考えることが適切であろう。<sup>(69)</sup>

(14) 辰井・前掲注 (13) 283 頁以下、同・前掲注 (12) 6 頁以下。

(15) 小松進「医師法」平野龍一編集代表『医事・薬事編 (1) [第2版]』(青林書院・1992年) 1 頁以下。なお、平沼直人『医師法 [第2版]』(民事法研究会・2021年) 2 頁以下等。

(16) なお、旧医師法 11 条制定までの間、無免許医業の禁止につき、旧刑法 256 条は、「官許ヲ得スシテ醫業ヲ爲シタル者ハ 10 圓以上 100 圓以下ノ罰金ニ處ス」とし、同法 257 条は、「前條ノ犯人治療ノ方法ヲ誤リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル時ハ過失殺傷ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」との規定をおいていた。

(17) 小松・前掲注 (15) 6 頁。

(18) 大判明治 39 年 11 月 9 日刑録 12 輯 1219 頁。

(19) 大判明治 43 年 10 月 31 日刑録 16 輯 1792 頁。

(20) 辰井・前掲注 (13) 282 頁。

(21) 大判大正 2 年 12 月 18 日刑録 19 輯 1457 頁。

- (22) 大判大正3年1月22日刑録20輯50頁。
- (23) 大判大正6年2月10日刑録23輯49頁。
- (24) その他、医業に該当すると判断した判例として、大判大正6年3月19日刑録23輯214頁、大判大正11年3月17日刑集1巻153頁、大判大正11年11月17日刑集1巻666頁、大判大正12年8月17日刑集2巻677頁、大判大正12年12月22日刑集2巻1009頁、大判昭和2年7月6日刑集6巻243頁、大判昭和6年7月9日新聞3301号12頁、大判昭和7年2月24日刑集11巻112頁、大判昭和8年7月31日刑集12巻1543頁、大判昭和9年10月13日刑集13巻1357頁、大判昭和9年12月24日刑集13巻1828頁、大判昭和10年11月11日新聞3923号18頁、大判昭和11年6月16日刑集15巻798頁、大判昭和12年12月9日刑集16巻1587頁、大判昭和13年5月19日新聞4284号16頁、大判昭和15年3月19日刑集19巻134頁等。
- (25) 大判昭和6年11月30日刑集10巻666頁。
- (26) 辰井・前掲注(13)281頁。
- (27) 大判昭和8年7月8日刑集12巻1190頁。
- (28) 大判昭和12年5月5日刑集16巻638頁。
- (29) 大判昭和9年4月5日刑集13巻377頁。
- (30) 辰井・前掲注(13)281頁。
- (31) 城下・前掲注(11)176頁。
- (32) 最(3小)判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁。本判決の解説・評釈として、寺尾正二「医師法上、医行為に当る事例」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和30年度)』(法曹会・1956年)174頁以下、桂正昭「医師法上医行為にあたる事例」警研30巻11号(1959年)92頁以下、門広繁幸「患者に対する聴診・触診・指圧と医行為」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』(有斐閣・1976年)140頁・141頁等。
- (33) 寺尾・前掲注(32)177頁。
- (34) 辰井・前掲注(13)280頁。なお、辰井・前掲注(13)6頁は、当該判例が医療関連性不要説を明言したものではなく、「判例は、大審時代から一貫して医療関連性必要説を採用していた」ことを指摘される。
- (35) 最(1小)決昭和48年9月27日刑集27巻8号1403頁。本決定の解説・評釈として、向井哲次郎「1. 医師法上診察にあたる事例 2. 薬事法24条1項にいう販売の意義」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和48年度)』(法曹会・1975年)240頁以下、高木武「断食道場入寮希望者に対する問診」唄

## 医行為概念 (1)

- か編・前掲注 (32) 142 頁・143 頁等。
- (36) 向井・前掲注 (35) 244 頁。
- (37) 辰井・前掲注 (13) 279 頁。
- (38) 最 (1 小) 決平成 9 年 9 月 30 日刑集 51 卷 8 号 671 頁。本決定の解説・評釈として、小林憲太郎「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行為と医師法 17 条にいう『医業』の内容となる医行為」ジュリ 1167 号 (1999 年) 127 頁以下、飯田喜信「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と医師法 17 条にいう『医業』の内容となる医行為」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事事篇 (平成 9 年度)』(法曹会・2000 年) 166 頁以下、佐伯仁志「『医業』の意義—コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」宇都木伸＝町野朔＝平林勝政＝甲斐克則編『医事法判例百選』(有斐閣・2006 年) 4 頁・5 頁、高山佳奈子「『医業』の意義—コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱」甲斐克則＝手嶋豊編『医事法判例百選〔第 2 版)』(有斐閣・2014 年) 4 頁・5 頁等。
- (39) 現在の「眼科コメディカル」に相当する。
- (40) 辰井・前掲注 (13) 279 頁。
- (41) 辰井・前掲注 (13) 279 頁以下。
- (42) 東京地判平成 2 年 3 月 9 日判時 1370 号 159 頁。
- (43) 辰井・前掲注 (13) 277 頁。
- (44) 辰井・前掲注 (13) 277 頁。
- (45) 會田俊一『改正医師法詳解』(日本醫政會・1933 年) 215 頁。
- (46) 龜山孝一＝稻川柳一『注解醫事關係法令要覽—参照法令・判例及行政實判例一』(巖松堂書店・1934 年) 62 頁。
- (47) 龜山ほか・前掲注 (46) 63 頁。
- (48) 土井十二『醫事法制學の理論と其實際』(教育圖書・1941 年) 31 頁・32 頁。
- (49) 土井・前掲注 (48) 32 頁。引き続き、「所が一般に醫術として行はれて居る種々な方法は、果たして眞の醫術であるか否やを認定するには、決して法律上から云ふものではなくて、現時の醫學の立場から論せられるものである。それ故之を決定するには少なくとも醫學者の鑑定によって始めて茲に確定されるべきものである」とされる (同・32 頁)。なお、同書では、「疾病とは人體の生理的障礙であつて、その疾病の輕減恢復を計る爲になす一切の醫術行為を治

- 療と云ふのである」とする（同・32頁）。
- (50) 磯崎辰五郎＝高島學司『医事・衛生法〔新版〕〔補訂〕』（有斐閣・1986年）184頁・185頁。辰井教授は、磯崎辰五郎＝高島學司『医事・衛生法』（有斐閣・1963年）を「比較的古い文献」として引用されている（辰井・前掲注（13）276頁）。それを踏まえ、本稿では、新版・補訂版で該当頁を示している。なお、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」と規定する。
- (51) 磯崎ほか・前掲注（50）178頁。
- (52) 磯崎ほか・前掲注（50）183頁・184頁。
- (53) 辰井・前掲注（13）275頁。なお、辰井教授は、磯崎ほか・前掲注（50）が「最高裁昭和30年判決よりも後に示されたもの」であるにも関わらず、医療の範囲に関する判例として、同判決への言及はないには、「同判決に特段の新規性を見出していない証左であろう」と主張される（同・275頁）。
- (54) 谷口正孝＝朝岡智幸＝牧野利秋『刑罰法Ⅱ「犯罪事実」の書き方とその理論』（一粒社・1964年）5頁。
- (55) 仙台高判昭和29年6月29日判特36号85頁。
- (56) そのため、辰井教授は、「『刑罰法Ⅱ』の示す通説は、医師法という法律の構造的理解に支えられた堅実な解釈であった」と評される（辰井・前掲注（13）276頁）。
- (57) 穴田秀男『新編医事法制概説』（金原出版・1975年）7頁・8頁。なお、「医療とは、業として、狭義のいわゆる医術、すなわち医療行為を行うことをいう」とする（同・8頁）。
- (58) 平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編『注釈特別刑法5-1巻 医事・薬事編（1）〔第2版〕』（青林書院・1992年）39頁・40頁〔小松進〕。
- (59) 野田寛『医事法（上）』（青林書院・1984年）。
- (60) 辰井・前掲注（13）274頁。
- (61) 野田・前掲注（59）59頁・60頁。
- (62) 辰井・前掲注（13）273頁。
- (63) 上掲・大判昭和15年3月19日。
- (64) 名古屋高金沢支判昭和27年6月13日高刑集5巻9号1432頁。
- (65) 札幌高判昭和56年2月5日刑月13巻1＝2号63頁。
- (66) 辰井・前掲注（13）273頁・272頁。

## 医行為概念 (1)

- (67) 辰井・前掲注 (13) 272 頁。
- (68) 辰井・前掲注 (13) 272 頁。その理由として、辰井教授は、現在に至るまで、医事法に関し、信頼できる概説書の数が非常に少なかったが故に、同書における「通説」とされる見解を十分に批判的に検討することなく、定説として受け入れてきたこと、また、厚生労働省が「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ人体に危険を及ぼし、又は及ぼすおそれのある」行為をもって「医行為」とするの立場を採用し、当該見解を概説書において明記してきたこと、さらには、上掲・最 (3小) 判昭和 30 年 5 月 24 日が、当該定義を採用したかのごとく読み取ることが可能であったこと等が相俟ったのではないかとされる (同・272 頁・271 頁)。
- (69) 辰井・前掲注 (13) 271 頁以下。