

医行為概念の検討

——タトゥーを彫る行為は医行為か——

辰井 聡 子

はじめに

第1章 医行為をめぐる判例と学説

第2章 行政解釈

第3章 タトゥーを彫る行為は医行為か

第4章 イレズミ規制のあり方

おわりに

はじめに

大阪地裁は、彫師である被告人が「針を取り付けた施術用具を用いて前記Aらの左上腕部等の皮膚に色素を注入する」行為を「医行為」とし、これを業として行った被告人に医師法 17 条違反罪の成立を認めた¹⁾。この判断は、一見すると、従来「通説」とされてきた医行為の定義（「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」）を採用した順当なものであるように見える。しかし、無資格医業が犯罪とされてからの長い歴史の中で、医療と全く関係のない行為が訴追され、その医行為性が正式裁判で争われたのは初めてのことである。判断を確定させる前に、「通説」は本当に医療と無関係に行うイレズミの施術を無資格医業の罪に包摂することを許すようなものなのか、医行為をそのように広く解釈するのが妥当なことなのか、改めて検討しておくこと

1) 大阪地判平成 29 年 9 月 27 日。なお、医師法 17 条は医師でない者による「医業」を禁止するが、医業は形式的に「医行為を業とすること」と理解され（磯崎辰五郎・高島學司『医事・衛生法』（1963 年）184 頁、平野龍一＝佐々木史郎＝藤永幸治『注解特別刑法 5-I 医事・薬事編(1)〔第二版〕』（以下『注解特別刑法 5-I 』）39 頁以下〔小松進執筆部分〕39 頁等）、医行為の内容が議論されてきた。本稿の検討対象もこの「医行為」の理解である。

は有意義と思われる。

本稿は、概略、つぎのように議論を進める。

「第1章 医行為をめぐる判例と学説」では、判例・学説の推移を追い、「通説」として言及されることが少なくないにもかかわらず、実際には、医療と無関係の行為を「医行為」とする（また、理論的にその余地を認める）立場が、実務および学説において自覚的に主張されたことはなかったこと、わが国の判例・通説は、むしろ、一貫して、①「医療及び保健指導」性（以下「医領域性」ということがある）、②保健衛生上の危害のおそれの2要件を要求してきたことを明らかにする。

「第2章 行政解釈」では、行政解釈の位置づけを検討する。まず、旧厚生省が医療外の行為も医行為に含むとする解釈を採用するに至ったのは最高裁判例の不正確な理解に基づくものであったことを明らかにし、その上で、後に同解釈に依拠して「医行為」とされた美容整形手術は（医師法1条にいう）「医療」に当たること、したがってこれに医行為性を認めるために「医療及び保健指導」の枠を外す必要はないことを示す。また、医師免許の付与権限を有するのは厚生労働大臣であることから、医師の責務としての「医療及び保健指導」の範囲の画定（例えば、美容整形手術が医師の責務である「医療」に当たるか否か）について厚生労働省が意見を述べるのは適切である一方で、「医療及び保健指導」に属さない行為を、危険性を根拠に「医行為」として規制する権限は与えられていないことを確認する。

「第3章 タトゥーを彫る行為は医行為か」では、医師法の構造、免許制度の意義を踏まえ、医師法17条にいう「医行為」は、旧来の通説的見解のとおり、①「医療及び保健指導」に該当する行為の中で、②医師が行うのでなければ保健衛生上の危害のおそれがある行為である、と解するほかないこと、また現行法体系も同様の理解を前提としていることを確認し、結論として、タトゥーの施術は、危険性の程度に関わらず、医行為には該当しないことを述べる。

最終章では、わが国におけるイレズミ²⁾規制の歴史、イレズミを取り巻く状況を概観し、あるべきイレズミ規制の方向性を検討する。諸外国の取り組みとの比較は、法を曲げることも厭わず、タトゥー等の施術を医師法違反罪で事実上禁止しようとする態度の反時代性を際立たせる。諸外国に学び、届出、認証等を通じて、衛生基準の遵守や研修を義務づけ、被施術者の身体を保護し、安全かつ健全な営業を確保することが、現在の課題であることを示す。

第1章 医行為をめぐる判例と学説

1 判例

(1) 医師法と旧医師法の連続性

現行の医師法は1948年（昭和23年）に制定されたものであるが、旧医師法（明治39年5月2日法律47号）11条1項は、現行法と同様に、医師免許を受けずに行う「医業」を禁止していた³⁾。現行法への移行に伴い趣旨の変更があったとは理解されておらず、医業禁止規定に関する判例としては、旧法下のものと現行法下のものを同様に扱うのが通例である。以下でも、通例に倣い、旧医師法下での判例を併せて、医行為に関する判例の立場を検証する。

近年の文献には、かつての判例は「医行為」を人の疾病の診察治療と定義していたが、戦後になって保健衛生上の危険性を基準に医行為性を判断する立場に移行したと述べているものが多い⁴⁾。しかし、子細に検討してみると、大審院時代の判例においても、危険性の多寡によって医行為性を限定する視点はすでに一般化しており、現在の議論はこの延長線上にあることが分かる。本項では、現在の判例の立場を正確に理解するために、大審院以来の議論の推移を跡づける。

(2) 大審院

大審院は、旧医師法の施行当初より、医業とは「患者の診察其投薬施術並び

2) 身体に図柄を彫る行為は、「彫り物」「入（れ）墨」「刺青」「タトゥー」「文身」「黥」と様々の呼び名を持つ。口頭では「イレズミ」と呼ぶのがもっとも一般的と思われるが、「入墨」は江戸時代に刑罰として行われたものを指す語でもあり、一般名称として必ずしも適切ではない。本稿では、一般名称としては「イレズミ」を用い、本事件に言及する際にのみ「タトゥー」を用いる。「イレズミ」の語の選択を含め、山本芳美『イレズミと日本人』（2016年）24頁参照。

3) 旧医師法11条1項は「免許を受けずして医業を為したる者は6月以下の懲役又は500円以下の罰金に処す」とする（昭和8年の改正以前は第11条に「医業を為したる者、停止中医業を為したる者又は第5条、第6条、第7条若しくは第13条第3項但書に違背したる者は…」と列举され、刑罰は罰金のみであった。なお、第5条は診察せずに診断書、処方箋を交付し又は治療を為すこと、検案せずに検案書、死産書を交付することの禁止、第6条はカルテの保存義務、第7条は虚偽広告等の禁止の規定である）。なお、旧医師法制定以前は旧刑法が無免許医業を犯罪としていたが、同法下の判例を見出すことはできなかった。

4) 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]』（2014年）4頁、米村滋人『医事法講義』（2016年）40頁等。

に薬価の徴収等」を業と為すものであると述べていた⁵⁾。その後も、非医師により診察、治療、投薬等の通常の医療行為が行われた事例では、「医業は疾病を診察治療する医の行為を常業と為すの謂」とのみ述べて医行為性を肯定していくが⁶⁾、診察治療のための行為ではあるが公衆衛生上の危険性が小さい事例の検討を通じて、大審院は、禁止の対象としての「医行為」は、診察治療のすべてをいうのではなく、一定の危険性を有する行為に限られるとする立場を明確にしていく。

まず、大判大正2年12月18日刑録19輯1457頁は、調剤生として雇用されていた者が医師の指揮監督下で治療行為を補助した行為につき、危険性が低いことを理由に医行為性を否定した判例である。大審院は、「人の疾病を治療するは医の行為にして之を常業とするは医業なり」と述べ、診断を行わずに治療だけに従事した被告人の行為が医行為に該当しうることを明示したが⁷⁾、「医師法に於て無免許医業を禁止し之に違反する者を処罰する所以は之に依って一般の危険を防止するを趣旨とするもの」であることを根拠に、ある行為が無免許医業となるか否かは危険性の有無を基準に判断すべきであるとして、医師の指揮監督の下で治療行為を補助したとしても「補助者は単に医師の手足として行動するに止まり毫も患者に対して危険を生ずるの虞」がないとして、無免許医業の罪の成立を否定した。

掌をかざして病気の有無を察知し患部に掌を当てて治療する「掌薫療法」の医行為性を否定した大判昭和6年11月30日刑集10巻666頁も、実質的には、危険性の低さを根拠に医行為性を否定した判例と解することができる。大審院は、いわゆる医業類似行為に関する法令⁸⁾は同行為に医師法の適用がないこと

5) 大判明治39年11月9日刑録12輯24巻1219頁。大判明治43年10月31日刑録16輯22巻1792頁は「医業とは疾病を診察して之によりて生活資料を得る行為を反復するの謂」とするが、違反行為は投薬や薬価の徴収を含んでおり、これらを含んで「診察」の語を用いたものと解される。

6) 大判大正3年1月22日刑録20輯50頁（接骨行為につき、「接骨行為は人体の創傷を治療すべき手術の一種」であることを理由に医行為性を肯定）、大判大正6年2月10日刑録23輯49頁、大判大正12年8月17日刑集2巻677頁、大判昭和元年12月25日刑集5巻597頁、大判昭和2年11月14日刑集6巻453頁、大判昭和8年7月31日刑集12巻1543頁ほか。

7) この当時、診察を伴わない治療の医行為性が争われる例があったのは、旧医師法5条が、医師が診察をせずに治療を行う行為を禁じていたことと関係があるようである。

8) 例として、鍼灸術按摩術及柔道整復術等に関する取締規則（明治44年内務省令第10号及び第11号）、療術行為に関する取締規則（昭和5年11月29日警視庁令）が挙げられている。

を前提としていると指摘した上で、そこから、疾病の治療であっても、診断の上薬剤を処方したり外科的手術を行う以外の療術行為は医行為には当たらないという結論を導いている。文言上は「疾病を診断し薬剤の処方を為し又は外科的手術を行うことを実質」とするか否かが基準とされているが、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。

大判昭和8年7月8日刑集12巻1190頁も、危険性が小さい行為であることにより、医行為性を否定した判例と解される。大審院は、診察の上患部に紅を塗布して血液の循環をよくするという「紅療法」につき、紅は薬品ではないこと等を理由に医行為性を否定した上、高知県には療術行為に関する取締規則がないことを挙げて無罪としている。この種の治療法は、実質的な危険性の観点から医行為性が否定され、医業類似行為としての規制が別途存在しない場合には処罰の対象とならないことを前提とした解釈と考えられる。

大判昭和9年4月5日刑集13巻377頁は、蛭に吸わせることで疾病を治療する「蛭療法」につき医行為性が肯定された事案であるが、弁護側が、蛭療法は太古より各国で家庭療法として行われてきたものであり、誰が行っても何ら危険が発生しないから医師法違反には当たらないと主張したのに対し、大審院は、「斯る治療方法は蛭の吸孔より細菌が体内に侵入する危険あるのみならず血液は人体に最必要なるものにして之を排出することを要する疾患の場合に於ても其の分量排出すべき部位等に関し医学上の知識技能を有せざるものが濫りに之を為すに於ては生理上危険あること勿論なるが故に之を外科的手術の範囲に属する医行為なりと認むるを相当なりと」述べた。このやりとりからは、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ほぼ確立していたことが見てとれる。

(3) 最高裁判例

医行為に関する初の最高裁判例である最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁では、患者に対し聴診、触診、指圧等を行った被告人の行為の医行為性が争われた。被告人の行為は、医業類似行為の範疇にあり、医行為には当たらないのではないかと主張されたが、原判決は、治療を受けた者が「死んでもよいからやめてくれと苦痛を訴えた」事実、「眼球を指圧せられて異様な疼痛を覚え」医師の治療を受けると眼球結膜出血等の傷害を負っていた事実等のほか、「被告人の考察した方法はマッサージ按摩の類に似て非なる独特な方法で、

交感神経を刺激してその興奮状態を調整するものであ」という証人の証言などを根拠に、「被告人の治療方法は医師国家試験に合格し、厚生大臣の免許を受けた医師でない、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り、所論掌薫療法…や紅療法…の如きものとはその趣を異にするものであって、むしろ蛭療法…同様外科手術の範囲に属する医行為であると認めるのが相当である」として、医行為性を肯定していた。原判決は、医行為の定義に関しては、「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とを用いて、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し、等しく人の疾病の治療を目的とするものであって、たとえば按摩、鍼、灸等の如き療術は医業類似行為の範疇に属し、あん摩、はり、きゆう、柔道整復等営業法（昭和22年法律217号）による取締の対象となるが前示医行為とはならないものと解するを相当とする」と述べており、明示的に、生理上の危険性を定義に組み込んではいない（危険性の高い行為を「疾病を診断し薬剤の処方を為し又は外科的手術を行うこと」と表現していた大判昭和6年11月30日刑集10巻666頁に則し、診断、薬剤の処方又は外科的手術といえるか否かを基準としている）。しかし、大審院時代の判例にならって、疾病の治療であることだけでなく、生理上の危険性をも要件として判断を行っていることは、判示全体からは明らかに読み取ることができる。

被告人の行為は「単に患部につき指にて押え又は押すのみ」であるから医行為に当たらないとする弁護人の主張に対し、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」と述べて、上告を棄却した。最高裁は、医行為に関する定義を明確に示してはいないが、判示内容は、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。最高裁が、「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」と述べたのは、「外科手術」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と思われる⁹⁾。

この後、現在までに、医行為性を判断した最高裁判例は2件ある。まず、最決昭和48年9月27日刑集27巻8号1403頁は、断食道場の入寮者に断食療法を施行するため、入寮の目的、入寮当時の症状、病歴等をたずねる行為につき、診察方法の一種である問診にあたるとして医行為性を認めた原判断を是認した¹⁰⁾。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¹¹⁾。

最決平成9年9月30日刑集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を医行為として原判決を正当とした。原判決（東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁）は、「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」としていたが、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。

（4）下級審裁判例

医師法17条違反罪に関する下級審裁判例は少なくないが、医行為の定義には言及がないものが多い。一定の説明がなされているものをいくつか挙げると、広島高岡山支判昭和29年4月13日高判判特31号87頁は、「医行為とは人の疾病治療を目的とし現時医学の是認する方法により診察、治療（手術、投薬等）をなすこと、換言すれば主観的には疾病治療を目的とし客観的にはその方法が現代医学に基くもので診断治療可能のものたることを要する」として、

9) 調査官解説は、「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、外科的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のであろう。」としている。寺尾正二「判解」最判解刑事篇昭和30年度177頁。

10) 最決昭和48年9月27日刑集27巻8号1403頁。

11) 東京高判昭和47年12月6日刑集27巻8号1411頁。

何ら薬効のない焼骨粉を売りつけて金銭を詐取するためになした非科学的な診断類似行為の医行為性を否定している。「疾病治療」等をもって医行為とする傾向は、最判昭和30年5月24日の後も継続し、東京高判昭和32年6月9日東高刑時報8巻6号145頁は、「医業とは、反復継続の意思で、病気の治療を目的に、人の病名若しくはその容態を聞き病状を判断して、これに適当な薬品を与え又はある種の薬液を注射する等の行為をなすことをい」と述べ、また、東京高判昭和42年3月16日判タ210号215頁は「医師法第17条にいわゆる医業とは反復継続の意思をもつて医療行為をなすことをいうものと解すべき」と述べる¹²⁾。断食療法のための問診を医行為とした東京高判昭和47年12月6日が、「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、投与または外科の手術を行なうこと」を医行為としていたことは、すでに見た。

その後、後述する学説における表現の変化と呼応して、文言としては、疾病の診断の治療といった「医療」性を表す要素に言及せず「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」とするものが見られるようになったが¹³⁾、いずれも医療的な行為であることは前提と解される事案であった。

こうした中で、唯一、「主観的目的が医療であるか否かを問わない」と明言しているのが、東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁である。同判決は、アートメイクと称して、あざ、しみ等を目立ちづらくする目的で同部位に針などを用いて色素を注入する等の行為の医行為性を肯定するにあたり、「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」と述べたものである。上記行為については、この直前に、これを医行為とする旧厚生省の通知¹⁴⁾が出されており、東京地判の医行為の定義および具体的な判断は、いずれも、行政解釈に従ったものと解される¹⁵⁾。この解釈の妥当性は後に検討するが、ここでは、「医」領域性を問わないと明言

12) 名古屋高金沢支判昭和33年4月8日高刑裁特5巻5号157頁は、前掲の広島高岡山支判昭和29年4月13日とはほぼ同様の表現で、医行為とは「医療」である旨を述べている。

13) 前掲東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁、東京地判平成9年9月17日判タ983号286頁(植毛治療のための診断、麻酔薬注射、毛髪刺入、投薬等)。

14) 「医師法上の疑義について」平成元年6月7日医事第35号。

する判決は、これが唯一のものであり、また全体の流れからみると突出したものであることを確認しておきたい。

(5) 小 括

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、穏当な解釈であろう。これが標準的な解釈であることは、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』（1964年）（以下『刑罰法Ⅱ』）¹⁶⁾が「判例、学説、通達等で明らかにされている点を述べる」とした上で、次のように記載していることにも裏付けられる。やや長くなるが、まとめて相応しい整理された内容があるので、そのまま引用させていただきたい。

「医行為には、広狭二つの意味があり、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医収第62号福井県知事宛厚生省医務局長回答）。

狭義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。医師法第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

15) 定義は、「必ずしも人の疾病の診察、治療又は予防の目的をもって行われる行為のみに限られない」とするようになった昭和32年以降の行政解釈によるものと解される。行政解釈の変遷につき、本稿第2章参照。

16) 同書は「犯罪事実の記載方法を中心として、各種刑罰法規の規定する犯罪を図式化して示し、これに各種犯罪の成立要件について簡潔な説明を加える方法」で、「ハンディな実務の手引」となることを目指して書かれたものである（谷口正孝＝朝岡智幸＝牧野利秋『刑罰法Ⅰ「犯罪事実」の書き方とその理論』（1962年）序言）。執筆に当たっては、極力独自の立場を排し、標準的な解釈を示す努力がなされたことが推測されよう。

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。」(傍点筆者)

医師法の構造に照らして整理すると、ここで「広義の医行為」とされているのは、医師資格によって医師が行いうる行為の範囲を指していると解され、その中にはいわゆる医業類似行為¹⁷⁾が含まれる。医師法1条が「医療及び保健指導」として、医師にその実施を認めている行為である。これに対し、「狭義の医行為」は、医師法17条によって禁止されている行為を指す。したがって、単に医師法が医師にその実施を認めているというだけでは足りず、医師以外による実施の禁止を基礎づけるだけの危険性を有するものでなければならない。『刑罰法Ⅱ』の示す通説は、医師法という法律の構造的な理解に支えられた堅実な解釈であったといえる。

なお、判例において医行為性が争われた事案の多くは、広義の医行為と狭義の医行為の区別、とりわけ医業類似行為との区別を争点としていることから、同書が「特に医業類似行為とまぎらわしい療法の医行為に該当するとする場合には、その行為の具体的な態様を摘示して、医師でないものがこれを行う時は生理上危険を生ずるおそれがあることが判文上明らかであるようにしなければならない。」と述べていることを、参考までに付記しておきたい。

2 学 説

(1) 伝統的な理解

学説においても、出発点が、診断、治療といった医師の本来的な業務に置かれている点には違いがない。旧医師法に関する文献を確認することはできなかったが、比較的古い文献である磯崎辰五郎・高島學司『医事・衛生法』(1963年)は、医業について次のように述べている。

「これは医の業ということである。… (一) ここで医というのは、いうまでもなく医師が医師としてなす行為をいう。医行為といってもよい。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過ぎ

17) 医業類似行為は、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法12条に用いられている語で「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医行為、歯科医行為でないもの」(仙台高判昭和29年6月29日高裁刑特36号85頁)をいうとされる。

る。」

ここに挙げられている「医療及び保健指導」という概念は、医師法1条¹⁸⁾から来るものである。磯崎・高島によれば、医師法を初めとする医療関係者に関する法律は、医療関係業務に携わる者を人的に規制することを通じて、間接的に人の健康を保持増進するためのものである（「人的間接規制衛生行政」に分類される）。医療関係者は、「直接人々に接触して診察、治療、調剤、看護、助産、保健指導、施術等を行ない又はこれらの補助をなすことによって、人々の健康の回復乃至増進に努める者」であるから、国は、その「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」ることによって、「これらの者の活動によって人々の健康が十分確保され、更には向上されるよう」配慮する。同時に、医療関係業務は、公衆衛生上の危険を伴い、「国民の生命、安全、健康に及ぼす危険性は極めて大」¹⁹⁾であることから、その無資格者による実施が処罰の対象とされることになる。この理解のように、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、無資格医業の範囲が、「医」の行為、すなわち、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」によって枠づけられるのは、論理的な必然といえる。

なお、ここでは「比較的古い文献」として紹介したが、上記見解も、最高裁昭和30年判決よりも後に示されたものであることは注意を要する。磯崎・高島は、医業の範囲についての判例として、大審院時代の判例から戦後の下級審、最高裁判例まで広く紹介しているが、同判決への言及はない。同判決に特段の新規性を見出していない証左であろう。

（2）危険性を取り込んだ理論化の進展

一方で、無免許医業の罪は単に医師の職責を侵す罪ではなく、無資格者の医業に公衆衛生上の危険性が認められることが処罰根拠であると解するならば、医師の職責の範囲を示す「医療及び保健指導」の概念だけで医行為性を定義することはできない²⁰⁾。そこで、学説においても、判例が考慮していた行為の実質的危険性を組み込んだ理論化が進められることになる。

18) 医師法1条の条文は以下のとおりである。「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、もつて国民の健康な生活を確保するものとする。」

19) 磯崎＝高島・前出注1) 184頁。

20) 磯崎＝高島・前出注1) 184頁。

判例の立場の明確な理論化を最初に行ったのは、おそらく、先述の『刑罰法Ⅱ』である。その後、刑法学の文献である『注解特別刑法』²¹⁾が、『刑罰法Ⅱ』の理論を受け継ぎ、医行為について広狭の二義を区別した上で²²⁾、医師法17条が規制する医行為は、「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と解される。」とする立場を明記している。

この立場は、理論的には、つぎのように基礎づけられている。医師法は、医師の資格、業務を定める法律であり、「医療・保健指導」の領域を資格を有する医師のみに委ね、「医療・保健指導」の質を確保することを通じて、国民の健康な生活を保護しようとするものである。したがって、無免許医業の罪が、資格なしの「医療・保健指導」の実施を内容とすることは前提となる。一方で、無資格医業の処罰は、医師の特権の保護という理由のみで正当化することはできず、「無資格者が医業を行うことは国民の生命・健康にとって危険であるという理由」²³⁾が加わって初めて基礎づけられる。したがって、「医療・保健指導」であることに加え、「医師が行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれ」が具体的に肯定された場合に初めて、処罰が許されることになる。

こうした道理にしたがって、学説も、この時点では、判例と同様に、①疾患の診察、治療、保健指導という「医」の領域にある行為であること、②医師のみに委ねなければならない程度に高い危険性があること、の二つが医行為性を基礎づけるとする立場を、明確に述べていたのである。

(3) 「医療・保健指導」要件の脱落

しかし、この少し後から、文献の中に、これと異なる理解を示すものが現れる。とくにこれ以降の学説に大きな影響を与えたと思われるのは、野田寛『医事法 上巻』²⁴⁾である。

野田は、「医行為の概念についての判例・学説には変遷ないし争いがあるが、

21) 『注解特別刑法 5-I』39頁以下〔小松〕。

22) 医行為を広義と狭義に分ける説明は一般的なものと考えられ、『注解特別刑法 5-I』〔小松〕が引用する谷口ほか『刑罰法Ⅱ』5頁のほか、穴田秀男『新編 医事法制概説』(1975年)7頁以下にも同様の記載がある。

23) 『注解特別刑法 5-I』〔小松〕36頁。磯崎=高島・前出注1)184頁にも同趣旨の記載がある。

24) 野田寛『医事法 上巻』(現代法律学全集58)(1984年)59頁以下。

以下それらを整理してみよう」と述べ、5種類の見解を挙げた上で、そのうちの「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である」とする見解を「現在の通説」と述べる。すなわち、先の見解に見られた「医療及び保健指導」（広義の医行為性）の要件を脱落させ、保健衛生上の危害のおそれのみをもって「医行為」とする定義を示しているのである。

この見解は、「医行為とは人の疾病の診療を目的とする行為である」といった見解と並列して紹介されているから、一見すると、「医」領域性を不要としているようにも読める。しかし、以下の事情に鑑みると、この段階で、野田が実質的に「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。

野田は、通説とされるこの見解を取る裁判例を3つ紹介しているが、そのうちの一つは、鍼灸師が女性の膣内に子宮鏡を入れて内診を行った行為について「鍼灸術は……疾病の治療又は予防を目的とするもの」であるから施術に必要な限度での診察行為は許されるとした上で「人体に危険を招来すべき虞ある診察方法は独り医師にのみ許される」としたものであり²⁵⁾、行為が「医」の領域にあることは前提とされている。もう一つは、歯科医師法17条の歯科医業について、「歯科医行為とは、歯科医療に関する一定範囲の行為であつて、我が国において国民一般に受入れられ、確立している「医」ひいては「歯科医」の観念によれば、結局、「歯科医師が行うのでなければ国民の保健衛生上危害を生ずるおそれがある行為」を指すものであることが明らかである、と述べたものであり、定義上も「歯科医療に関する一定範囲の行為である」ことが歯科医行為の要件として明記されている²⁶⁾。最後の一つは、いわゆる国立鯖江病院事件の控訴審判決²⁷⁾であり、旧厚生省が、医行為に関し「静脈注射は、薬剤の血管注入による身体に及ぼす影響の甚大なること及び技術的に困難であること等の理由により医師又は歯科医師が自ら行うべきもの」とする見解を示す契機となったという事情はあるものの²⁸⁾、判決自体は医行為性を論じたものではない。何より、野田が挙げている他の4つの見解の中には、それまでの

25) 大判昭和15年3月19日刑集19巻134頁。

26) 札幌高判昭和56年2月5日刑裁月報13巻1・2号63頁。

27) 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。

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」を要求する立場は含まれておらず、その立場に立つ文献は、野田のいう通説（「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である」）を採用するものとして引用されているのである²⁹⁾。これは、野田が「医師が行うのでなければ」という文言の下に暗黙に「医」領域性を読み取っているか³⁰⁾、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。

(4) 「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」の通説化

以上のように、野田による「通説」の叙述は、それまでの通説的見解を精確に、誤解の余地なく表現したものではなかったが、「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害を及ぼすおそれのある行為」という定義は、これ以降の医事法関連文献を席卷していくことになる。

これには、現在に至るまで、「医事法」と題する信頼できる概説書の数が非常に少ないという事情が関係していると思われる。野田の著書は貴重な一書であり、後の学説が同書に記載された「通説」を、その内容や意義について十分に批判的な検討を行うことなく、定説として受け容れたのはやむを得ないことであったかもしれない。さらに、厚生労働省が、一貫して「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立場をとり、解説書にもそのように明記してきたこと³¹⁾、また前述の最判昭和30年5月24日が文面だけを見ると正にこの定義を採用したように読めることが相まって、これ以降は、ほとんどの文

28) 「医師法第17条等の疑義」昭和26年9月15日医取517号旧厚生省医務局長発三重県知事宛。なお、この立場は「看護師等による静脈注射の実施について」平成14年9月30日医政発第0930002号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知によって変更されている。

29) 野田・前出注24) 65頁注(19)。

30) 歯科医業に関する前掲の札幌高判昭和56年2月5日もそのような立場と解することが可能である。

31) 詳しくは後述するが、旧厚生省、厚生労働省の担当官による解説は、昭和32年以降、一貫してこの立場を採用している。熊崎正夫＝横田陽吉『医療法・医師法（歯科医師法）解』（昭和32年版、昭和32年）258頁、厚生省健康政策局総務課編『医療法・医師法（歯科医師法）解（16版）』（1994年）428頁等参照。

献がこれを「通説」として記載するようになる³²⁾。

(5) 学説の真意——文言上の脱落は、医領域性の排除を意味するのか

以上に見たように、「医療及び保健指導」の要件（広義の医行為性）を脱落させた医行為の定義は、少なくともそれ以前においては、判例でも通説でもなかった。しかしながら、旧来の立場を正確に受け継いでいるとはいえないにせよ、このように表現された医行為の定義が、すでに相当の期間、学界において「通説」として受け容れられてきた事実には、一定の重みがあることも否定できない。そこで、検討されなければならないのは、これを通説として支持してきた論者が、この定義にどのような意味づけをし、どのような機能を持たせてきたかであろう。医領域性を脱落させた医行為概念は、どのような文脈で、どのような立場として理解されてきたのであろうか。

法学において、医行為をめぐる議論が活発化した契機は、概ね、①チーム医療、在宅医療の普及に伴い、医師以外の医療職や一般人が医行為を担う必要性が認識された場合、②比較的危険性の小さい行為を医行為と認める判例が出たり、行政通知が出された場合、のいずれかであった。

①に属する例を挙げると、日本医事法学会は、第33回研究大会で、「いま、医行為を問い直す——静注、気管挿管、喀痰吸引……」と題するシンポジウムを開催している³³⁾。登壇者たちは、医師法17条が厳格に解釈されれば「参加型実習に切り替わりつつある医歯看護学生の臨床実習」に支障を来すおそれが

32) 宇都木伸＝平林勝政編『フォーラム医事法学〔追補版〕』（1997年）132頁、221頁〔平林執筆部分〕、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ〔新版〕』（2006年）17頁、米村滋人『医事法講義』（2016年）40頁ほか多数。筆者自身も、批判的な立場からではあるが、同様の立場を「通説的な解釈」として紹介している（辰井聡子「歯科医師による気管挿管研修」『医事法判例百選』（2006年）4頁）。

33) 年報医事法学19号（2004年）25頁以下にその記録がある。同様の関心から医行為性を論じる主な文献として、大谷實「医師法17条にいう『医業』の意義」福田平＝大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（上）』（1993年）439頁、宇都木伸＝平林勝政編『フォーラム医事法学』〔追補版〕211頁（1997年）〔平林勝政執筆部分〕121頁以下および200頁以下、平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」唄孝一先生賀寿『人の法と医の倫理』（2004年）573頁以下、樋口範雄・岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』（2007年）第1章、樋口範雄『医療と法を考える』（2007年）107頁以下等。このうち大谷・前出注33)は、「医師法17条における医療行為は、単に治療目的に副う行為をいうのではなく、医療行為のうち特に医師にのみ認められる行為を意味すると解するほかない」と述べた上で、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虞のある行為とする見解」を妥当としており、「医」領域性を定義に含める立場を明確にしている。

あることや、厚労省の通知³⁴⁾が(医行為ではなく)保助看法5条の範疇とした静脈注射に関し、行政解釈の変更があってもなお現場には様々な問題が残っていること、チーム医療や在宅医療の進展下で、「医行為については、医師が最終的責任を負うという〔現行法の〕枠組み」が機能しなくなっている疑いがあることなどを指摘し、問題を討議している。こうした検討は、いずれも「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」が医行為であるという前提の下で行われているが、現行の規制体系を疑う声は出ていても、現行法の解釈としての医行為の理解に対する異論はみられない。しかし、討議されているのは、すべて、医の領域にある行為の規制の在り方であるから、これをもって、「広義の医行為性」の脱落を積極的に肯定する趣旨を読み取ることはできないであろう。

②の例としては、最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁を契機とする議論が挙げられる。佐伯仁志教授による評釈³⁵⁾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」とする立場を判例・通説として紹介し、これを前提とした議論を展開している。この事案は、一般に、コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱という行為に、医師法17条違反罪を肯定するだけの危険性を見出せるかが争点となった事案と解されているが、「医療及び保健指導」性を医行為の要件とする立場から見ると、同要件についても疑問の余地がまったくないわけではない。裁判の過程でこの点が争われることはなく、また同評釈も上記の立場を確立した通説として扱っていることから、具体的な検討はなされていないが、同評釈が検討の対象としている過去の事例がすべて、検査、診察、問診等の典型的な医療に関する事例であることからすれば、コンタクトレンズ処方のための検眼とレンズ着脱に「医」領域性を肯定しうることは前提とされていると解するべきであろう。また、医行為の概念は「当該行為が行われた態様・状況も総合的に考慮して判断されるべきであり、例えば、非医師が非医師として行えば医行為とされない行為であっても、医師による治療行為として行えば、原則として医行為と解することができるで

34) 「看護師等による静脈注射の実施について」平成14年9月30日医政発第0930002号各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知。

35) 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』別冊ジュリスト183号(2006年)4頁以下。

あろう」という記述には、医行為性が行為そのものの危険性の多寡だけでなく、治療として行われるか否かによっても左右されるという理解が読みとれる。こうした事情からすると、論者が述べる「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」という定義の中には、暗黙のうちに、行為の「医」領域性が読み込まれていると解するのが妥当であるように思われる。

第2章 行政解釈

1 美容整形に関する行政通知

すでに述べたように、「医」領域性（広義の医行為性）を脱落させた「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」という定義を示し、これを「通説」化するのに与って力があつたものの一つは、旧厚生省の通知である³⁶⁾。美容整形の医行為性について通知が出された当初、これが「医」領域性と保健衛生上の危害のおそれの2つを要件とする旧来の判例に反するものと捉えられていなかったことは、その立場を取る文献が同通知を好意的に引用していることに見てとれる³⁷⁾。しかし、当の旧厚生省は、この定義をどのように理解していたのであろうか。

文献を遡ってみると、旧厚生省の解釈は、「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」と述べて医行為性を肯定した最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁を、そのまま採用したものであったことが推測できる。医師法については、担当官による解説書が継続的に出版されているが、解説は、医師法制定直後から昭和29年

36) 「医師法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、「医師法第17条における「医業」について」昭和39年6月18日医事第44号の2東京地方検察庁刑事部検事あて厚生省医務局医事課長回答。

37) 磯崎＝高島前出注1)188頁注7。平野ほか『注解特別刑法5-I』〔小松〕39頁以下、谷口ほか『刑罰法Ⅱ』1頁以下が多数の行政通知に言及・引用する一方で昭和39年通知に言及していないことも、同通知に新規性を見出していないことを示すものといえるであろう。谷口ほか『刑罰法Ⅱ』は医行為の定義として判例が言及する「疾病の治療」には、「厳密な意味での疾病の治療のほか疾病の予防、前記のごとき出産の処置、整形手術等も含まれると解すべきである」と述べており、同通知は特別なものとは受け取られなかったかもしれない(6頁)。

までは、「医業の定義については、……等種類の説があるが、何れも十分でなく、而もその内容は医学の進歩につれて変化するものであるので、定義を明文化することは困難であり、本条においてもこれを一般の社会通念に任せて法文化することを避けている。」と述べるに止まっていた³⁸⁾。変化が表れるのは、最高裁判決直後の昭和 32 年版である³⁹⁾。同版は、「医学の定義については、……」と上と同趣旨を繰り返した上で、つぎの文言を足している。「強いて大まかな定義を下すとすれば、『医業』とは、『当該行為を行うにあたり、医師の医学的判断及び技術をもつ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一切の行為』であると解される。」時期に鑑みれば、これが上記最高裁判例を典拠とするものであることは明らかであろう。

興味深いのは、同版が、続けてつぎのように述べている点である。「従って、必ずしも人の疾病の診察、治療又は予防の目的をもって行われる行為のみに限られないのであるが、具体的な事例については、個々につき、一般の社会通念に照らして判断されるべきものであろう。」

「必ずしも人の疾病の診察、治療又は予防の目的をもって行われる行為のみに限られない」という記述が、「医療及び保健指導」の枠を前提とした上で、保健指導等が含まれる趣旨を述べているのが⁴⁰⁾、それともその枠さえも不要とするものかは、明らかとはいえない。もし、この時点で後者を意図していたのだとすれば、昭和 30 年判決の理解としては、端的に誤りといえよう。しかし、どちらが意図されていたかに関わらず、「人の疾病の診察、治療又は予防の目的をもって行われる行為のみに限られない」とするこの記述は、その後、「〔器具を用いて〕美容師が客の耳に穴をあけイヤリングを装着させる行為」（昭和 47 年⁴¹⁾、シミ・ホクロ・あざなどの部分に肌色の色素を注入する行為（平成元年⁴²⁾、アートメイク（平成 12 年⁴³⁾、永久脱毛行為⁴⁴⁾（平成 13 年）等

38) 鈴木信吾＝松下康蔵『簡明医療法・医師法解 附・昭和 23 年改正医事衛生法規集』（昭和 23 年）64 頁、熊崎正夫＝中村一成『医療法・医師法（歯科医師法）解』（改訂第 6 版、昭和 29 年）159 頁。

39) 熊崎＝横田・前出注 31) 258 頁。

40) 医行為が、疾病の診察、治療、予防に限られるものでないことは、「医療及び保健指導」（広義の医行為性）を要求する論者も強調していたことである。磯崎＝高島・前出注 1) 187 頁注（二）、穴田・前出注 22) 7 頁、谷口ほか『刑罰法Ⅱ』6 頁。

41) 「医師法第 17 条の疑義について」昭和 47 年 10 月 3 日医事第 123 号医務局長医事課長発兵庫県衛生部長宛。

を「医行為」とする際に、その理論的な裏付けを提供していくことになる。

はたして、医療と無関係の行為を「医行為」に含めるところまで踏み込んだ行政解釈は、医師法の解釈として正当なものなのであろうか。本項では、医師法解釈における行政通知の意義と役割を確認した上で、行政による医行為解釈の限界を探っていきたい。

2 医師法解釈における行政通知の意義と役割

医行為の内容を法律で具体的に定めるのは困難であり、判例や行政通知によって具体化する運用が必要であることは、多くの論者により指摘されている。「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」⁴⁵⁾からである。前項で見たように、旧厚生省・厚生労働省も一貫して「その内容は医学の進歩につれて変化するものであるので、定義を明文化することは困難である」ことを述べている。近年、過度に柔軟な（とくに広すぎる）解釈がなされることや、行政通知の影響力が過大であることについては、法学からの批判が集まりつつあるが⁴⁶⁾、医師に許される行為の範囲（広義の医行為）および医師以外の者に禁止される行為（狭義の医行為）の範囲を、一義的に定めるのが困難であることは、一般論としては承認されているといえる。ただし、確認のために繰り返すが、それは、医学および医療技術が、学問の発展や社会状況に応じ

42) 「医師法上の疑義について」平成元年6月7日医事第35号。この後、医師免許なしにあざ、シミを目立ちづらくするために色素を注入する行為を行った者が医師法17条違反の容疑で起訴され、東京地判平成2年3月9日判時1379号159頁により有罪とされた。

43) 「医師法上の疑義について」平成12年6月9日医事第59号警察庁生活安全局生活環境課長あて厚生省健康政策局医事課長通知。

44) 「いわゆる「永久脱毛」行為について」昭和59年11月13日医事第69号各都道府県知事あて厚生省健康政策局医事課長通知。

45) 穴田・前出注22)7頁。同趣旨のものとして、磯崎＝高島・前出注1)185頁、谷口ほか『刑罰法Ⅱ』5頁、平野ほか『注解特別刑法5-I』39頁〔小松〕、宇都木＝平林・前出注33)221頁以下〔平林執筆部分〕。

46) 樋口＝岩田編前出注33)5頁以下〔樋口執筆部分〕、同23頁以下〔山本隆司執筆部分〕、辰井・前出注32)7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〕』（2014年）4頁以下等。

で変化するものであり、つねに、時代に則した枠付けを要求するものだからである。

したがって、その範囲の確定にあたって、判例だけでなく、行政解釈が一定の役割を担っている事実も、以下のように正当化することが可能であろう。医師法は、医師の資格を規制し、医師に高い水準の専門的知識・技能を確保することで、国民の健康な生活を確保しようとするものである。医師免許の付与権限者は厚生労働大臣であるから（医師法2条）、とりわけ医師の業務の範囲（「医療及び保健指導」）については、厚生労働省が意見を述べることに合理性がある。他方、広義の医行為中の狭義の医行為性については、医師法17条による処罰範囲をダイレクトに画する要件であり、その内容は実質的な危険性であるから、最終的な判断は司法に委ねられなければならない。しかし、医療関係者に対して厚生労働省がそのめやすを示すことには、積極的な意義が認められよう⁴⁷⁾。

3 変化する「医行為」概念——美容整形の医療性

美容整形手術は、医学の進歩及び社会的受容を通じ「医療及び保健指導」の内容が変化したことで、新たに「医行為」性を獲得した格好の一例といえる。

外観を修復する技術が、近代医学として確立されたのは比較的新しく、第1次世界大戦後のことである。大戦では、近代兵器が大量に投入された総力戦の結果手足を失い、顔面を激しく負傷した兵士が大量に帰還し、彼らの外観を修復するための技術開発が形成外科の確立をもたらしたとされる⁴⁸⁾。

戦争がきっかけとなるのは日本も同様である。日本では、外科、整形外科、口腔外科、耳鼻科、眼科といった各分野で機能回復のための治療に伴う外観の修復が実践されていたが、外観の修復だけを専門に行う診療科は存在せず、原爆投下による被害者の治療をアメリカに任せなければならなかった。その口惜しさが一因となって、形成外科確立に向けた動きが活発化したという⁴⁹⁾。

形成外科確立の動きには、美容整形も関わっている。美容整形技術は、19

47) 佐伯・前出注35) 5頁。

48) エリザベス・ハイケン『プラスチック・ビューティー』（平凡社、1999年）35頁以下。伊藤盈爾＝丹下一郎＝伊藤仁＝野上昭三＝斎藤諭＝綿貫喆「形成外科について（座談会）」医科器械学雑誌37巻3号（1967年）190頁参照。

49) 以下、日本における形成外科の歴史について、伊藤他・前出注48) 188-194頁参照。

世紀後半に日本に伝わったが、正式の医学としては認められず、民間の医師が研究・実践するにとどまっていた。美容整形への関心が大いに高まった第2次大戦後、医療事故の弊害も顕著に表れるようになり、形成外科を、美容外科を取り込んだ形で診療科として確立させ、専門技術を高めていこうという気運に一役買ったとされる。

わが国で形成外科が標榜科として正式に病院の診療科目に加えられたのは1972年であるが、その時には、明示的に美容外科が排除されていた。これには、当時の医師会や政治家の意向が関わっていたことが指摘されており、形成外科医側の意思ではなかったようである⁵⁰⁾。その後、美容外科の社会的受容が進み、1978年という早期に、美容外科も標榜科として認められることになる。こうした経緯からは、火傷等の傷跡の修復も、美容のための容姿の修復も、等しく外観の修復を行うための医療として、まず医師の間でその必要性・有用性が認められ、それが社会的な受容にもつながっていったことが分かる。現在では、多くの大学病院が（形成外科の一部門として、あるいは独立診療科として）美容外科を標榜している。医師を目指す学生が習得すべき事項を記載する標準的な形成外科の教科書にも、美容外科の項目が設けられており⁵¹⁾、医学部の講座として、美容外科学講座が設けられている例もある。美容外科は、医師法1条にいう「医療及び保健指導」の一部として、確固たる地位を築いているのである⁵²⁾。

以上のように、美容外科が、現在、医師資格を有する者に実施が認められる行為（広義の医行為）、すなわち医師法1条にいう「医療」の一部をなしていることに、疑問を容れる余地はない。タトゥー事件第1審判決は、医師法17条の医行為に「医療及び保健指導」性を要求する弁護人の立場を退ける根拠とし

50) 宮田成章（みやた形成外科・皮膚クリニック）のウェブサイト「美容外科大事典」（コラム「日本の美容外科の歴史」）の記載による。<http://www.dr-miya.jp/rekisi.html>（2017年10月25日閲覧）。この直前に行われた形成外科医等による座談会（前出注48）を読むと、美容外科は形成外科の一部として扱われ、特別扱いはされていないことが伺える。

51) 平林慎一＝鈴木茂彦『標準形成外科学 第6版』（2011年）等。

52) この流れと連動し、法学上の議論も変遷を遂げている。傷害罪の構成要件に該当する治療行為の正当化に関する議論では、かつては整形手術の正当化可能性を否定する立場も有力に主張されていたが（大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀『大コンメンタル刑法第2版第2巻』（1999年）256頁〔古田執筆部分〕等）、近年は治療行為性を肯定し、正当化可能性を認めるものが一般的になっている（加藤摩耶「診療行為の意義」中山研一＝甲斐克則編『新版 医療事故の刑事判例』（2010年）30頁、米村・前出注32）170頁等）。

て、「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」と述べた。しかし、通知の出された昭和 39 年時点であれば格別、現在では、美容整形外科手術が「医療及び保健指導」に属しないという認識は、端的に誤りといえる。したがって、美容整形手術が「医行為」と解すべきことは、医行為の要件から広義の医行為性（医療及び保健指導）を排除すべき理由にはならない。

4 医行為の限界

本章第 2 項で検討したように、行政通知の主たる役割は、その時代の医療水準および社会通念にしたがって、医師の任務である「医療・保健指導」の範囲を明らかにすることにあると考えられる。

したがって、美容整形外科手術を医行為であるとする厚生労働省の意見は、適切なものと評価できる。同手術は、形成外科の一部をなすものとして、医師の責務である「医療及び保健医療」に含まれると解すべき行為であり、その医行為性について行政の意見が求められた理由も、主としてその「医」領域性への疑義にあったと解されるからである。すでに見たように、美容整形に関する同通知の後、シミ・ホクロ・あざなどの部分に肌色の色素を注入する行為、永久脱毛行為、アートメイク（非医師である従業員が、電動式アートメイク器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為）について、医行為に当たるとする意見が述べられたが、これらも、その「医」領域性への疑義に対し、これが「医療及び保健指導」に属する行為であり、かつ、保健衛生上の危害が肯定されることを理由に医行為性が肯定されたものと解することが可能であり、少なくともその結論は妥当といえるものであった。

しかし、「耳に穴を開けてイヤリングを装着する行為」について、同省がこれを医行為としたのは、担当官庁としての役割を逸脱した事例であったと思われる。美容外科に属する各種の措置とは異なり、イヤリング装着は純然たる「装飾」であり、いかなる意味でも、心身の健康を維持・増進・回復するためのものとはいえない⁵³⁾。いかに医療が「一定不変のものではな」としても、イヤリング装着を医師の責務とし、例えばその習得を医師免許の取得要件とするといったことは、適切ではないであろう。

イヤリング装着のための穴開けを医行為としたことで、さほど大きな混乱が発生しなかったのは、それが技術的に容易であり、医師はもちろん、希望者が自分自身で行うことも可能であったためと考えられる⁵⁴⁾。しかし、美しいタトゥーを彫ることは、そのための訓練を積んだ者にのみできる技であり、これを「医師の任務」として囲い込んでしまえば、誰もこれを適法に実施することはできなくなる。タトゥー事件の弁護団が、職業選択の自由（憲法22条1項）、表現の自由（憲法21条1項）、幸福追求権（憲法13条）といった憲法上の価値を主張して争うに至ったのはこうした事情のためであり、主張には合理性がある。

5 小 括

本稿では、医師の責務である「医療及び保健医療」の具体的内容は、医学の進歩や社会的受容によって変化し、一律に定めるのは困難であることから、医師免許を管轄する厚生労働省が具体的行為の医行為性を判断する役割を担うのは妥当であること、一方で、同省がその職責に基づいて意見を述べるのが相応しいのは、医師免許を有する者が業として行うことができる行為としての「医療及び保健指導」（広義の医行為）の範囲であり、「医療及び保健指導」に属さない行為を、危険性を根拠に「医行為」として規制する権限は与えられていないことを確認した。また、こうした観点から見ると、美容整形手術を「医行為」とする意見は、同行為の「医療及び保健指導」該当性を確認するものと理解することで、正当化が可能であることを述べた。

大阪地裁は美容整形が「医行為」であることを実質的な根拠の1つとしてタ

53) イヤリングの装着で元気が出たり自信が回復することがあっても、それは、きれいな服を着ることで自信が回復するとか、おいしいご飯を食べて元気が出るのと同じことである。美容整形についても、その精神的な効果が強調されることがあるが、外観の修復・改善を通じて精神的な効果が得られるから「医療」なのであり、単に精神的な効果が得られるから「医療」であるわけではない。

54) 医師による穴あけは保険適用外であり7000～10000円程度（両耳）の料金がかかるのに対し、器具を購入して自分で行えば1000～3000円程度で済むことから、後者が選択されることも少なくないようである。後者の選択には、穴あけを医師に委ねなければならないという政策への納得感の薄さも関係していると思われる。登録や認証制度を通じて研修・衛生基準の順守等を義務付け、医師以外の者（アクセサリ販売業者など）がより安価な料金で実施できるようにした場合と比較して、穴あけを医行為としたことで安全性が高まったといえるかは疑問の余地がある。

トウの施術を「医行為」と判断したが、「医療」である美容整形についての判断を、医療でないタトゥーの施術に及ぼすことはできないはずである。次章では、ここまでの検討内容を整理し、医師法の構造を確認しつつ、改めて、タトゥーを彫る行為が医行為に該当しないことを示したい。

第3章 タトゥーを彫る行為は医行為か

1 医師法17条の趣旨——医師法の構造から

無免許医業の処罰は、免許制度と対をなし、「国民の健康な生活の確保」（医師法1条）という目的を支えている⁵⁵⁾。したがって、医師法17条の解釈は、同条を医師法の構造の中に正しく位置づけるところから始めなければならない。

諸文献により一般に認められているところによれば、医師法は、医師の資格、業務等を規制する法律である⁵⁶⁾。同法は、「医療及び保健指導」を医師の任務として定め（医師法1条）、免許制度等を通じて医療・保健指導を高いレベルに維持することによって、公衆衛生の向上・増進に寄与し、ひいては国民の健康な生活を確保することを目的としている⁵⁷⁾。

医師でない者の医業の禁止（医師法17条）は、免許制度と並んで、医師法の中核をなす規定といえる。わが国における「医療及び保健指導」を高いレベルに保つという法の目的は、医師に高度の適性、資質を要求するとともに、医師以外の者による「医療及び保健指導」を禁止することによって初めて達成されるからである。

こうして、医師法17条の構成要件は、まず、医師の責務である「医療及び保健指導」を侵す行為でなければならないことになる。ただし、「医療及び保健指導」であれば、直ちに「医行為」であるとすることはできない。医師法17条は、単に「医療及び保健指導」を守るためのものではなく、医師の職務の保護を通じて、国民の健康を保護するためのものだからである。とりわけ、同条違反は犯罪として処罰されるものであるから、その処罰を基礎づけるに

55) 平野ほか『注解特別刑法5-I』33頁〔小松〕。

56) 谷口ほか『刑罰法Ⅱ』1頁、平野ほか『注解特別刑法5-I』1頁〔小松〕、樋口ほか・前出注33)22頁〔山本〕。

57) 磯崎=高島・前出注1)178頁、谷口ほか『刑罰法Ⅱ』1頁。

は、行為によって国民の健康を害するおそれがあることが具体的に認められなければならない。これは刑法の役割に関する法益保護主義の帰結である。その故に、医行為の要件には、「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」が付加されるのである。

従来、医師でない者の医業を禁止する根拠としては、行為の保健衛生上の危険性のみが挙げられるのが一般的であった。誤りとはいえないが、処罰根拠が単なる保健衛生上の危険性にあるわけではないことは、改めて確認しておく必要がある。旧来の学説において、処罰根拠としての「危険性」が強調されていたのは、医業禁止規定の目的が、医師の業務独占権それ自体の保護ではなく、業務独占を通じた国民の生命・健康の保護にあることを強調するためである⁵⁸⁾。「危険性」の言説は、その危険性が「医療及び保健指導」という医師の責務を侵すことを通じて発生する危険性であることを所与の前提としつつ、処罰を正当化するには、「医療及び保健指導」に属する行為というだけでは足りず、それに加えて、保健衛生上の危険性が認められることが必要である、ということ述べたものであり、決して、保健衛生上の危険性がありさえすれば「医行為」になると主張したものではない。

2 医業における免許制度の意義と医行為性

「保健衛生上の危害のおそれ＝医行為」という解釈が妥当でなく、医行為には①「医療及び保健指導」、②「保健衛生上の危害のおそれ」の両要素が必要であることをより明確にするため、ここでは免許制度というものの趣旨を検討、確認しておきたい。

医師法2条における免許は、行政行為としての許可に相当するものとされている⁵⁹⁾。許可は「法律が一律に禁止した活動について、市民の申請に基づいて審査し、個別に禁止を解除する行政活動である」等とされることが多く、「禁止の解除」という側面を強調すると、制度の理解において、危険性という要素のみが前面に出やすい。しかし、免許制度の第1の目的が、国民の健康にとって有益な「医療及び保健指導」について、高度の能力を有する者による実施を担保する点にあることを考慮すると、「禁止の解除」の要素のみによる説

58) 平野ほか『注解特別刑法5-1』36頁〔小松〕、磯崎＝高島・前出注1)184頁。

59) 高橋和之ほか編集代表『法律学小辞典 第5版』（2016年）1272頁。

明は十分とはいえない。

医師が業として実施することが許される「医療及び保健指導」は、非医師に対しては禁止されるのが当然といえるような危険な行為のみから構成されているわけではない。「医療及び保健指導」には、より危険性の低い医業類似行為や、医業類似行為としての規制にも値しないより一般的な行為が含まれる。患者のひざを軽く叩くことや、背中を優しくさすることでさえ、治療のためであれば当然に「医療及び保健指導」に含まれる。このような行為まで「医療及び保健指導」に含められているのは、禁止の対象であるか否かに関わらず、「医療及び保健指導」一般を医師の職掌とすることによって、より安全で質の高い「医療及び保健指導」を実現するためである。

「禁止の解除」にとどまらず、対象領域の積極的な保護という側面があるのは、あらゆる免許制度に共通である。たとえば、自動車運転は、危険性が高い一方で保護に値する有用性を備えているから、単なる禁止ではなく免許制度が採用されているといえる。自動車運転免許の場合には、免許によって許される行為の範囲と、免許を有しない者に禁止される範囲がほぼ一致しているため、「禁止の解除」という説明が妥当しやすい。しかし、単に危険だからではなく、当該領域を保護し、安全で質の高い「自動車運転」を実現するために免許制度が選択されているという構造には違いがない。

医行為の概念が、「医療・保健指導」、保健衛生上の危害のおそれという二段階によって構成されるのは、免許制度のこのような性質と関係している。医師法は、「医療・保健指導」の質と安全性を確保するために、免許制度を通じて、有資格者による実施を担保している。そして、医師法17条は、免許制度の実効性を確保し、かつ、無免許医業による公衆衛生上の危険を防止するために、医療・保健指導として医師に委ねられた行為のうち、とくに危険性の高いものについて、無資格者による実施を禁止している（すなわち、免許制度の対象行為と、禁止対象行為は一致していない）。こうして、医師法17条の禁止する医行為は、医師の任務である「医療・保健指導」の枠内にある行為のうち、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ある、ということになり、旧来の通説的見解の妥当性が確認されるのである。

3 現行法体系

医師法17条のこのような解釈は、法律の中にも、その妥当性を裏付け、あ

るいは示唆するものを見出すことができる。

理容師法は、「理容師の免許を受けた者でなければ、理容を業としてはならない」（6条）とする業務独占の規定を持っている。保健師助産師看護師法30条（助産業務）、31条但書（看護業務）、32条但書（准看護業務）、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律1条、柔道整復師法15条が、医師が行う場合を各免許制度の例外としているのとは異なり、医師資格を有する者もその例外とはされていない。それは、助産、看護業務や医業類似行為とは異なり、理容業はいかなる意味でも「医療及び保健指導」には当たらず、医師の任務との重なりが認められないためであろう。理容には「顔そり」等皮膚にカミソリを当てる行為が含まれる（1条の2）。また、理容師法の目的規定（1条）は「公衆衛生の向上」に言及しており、理容師法6条の規制根拠は保健衛生上の危険性の管理にあるものと解される。それでも、同法が医師にその実施を認めていないのは、現行法が、医師の任務を「医療・保健指導」に限定しており、その枠を超えるものは、保健衛生上の危害のおそれがあったとしても、医師による実施が認められ、また要請される行為には当たらないという前提に立っていることの証左といえる。

また、安全な血液製剤の安定供給の確保等に関する法律（昭和31年法律160号）（旧採血及び供血あつせん業取締法）30条は、「業として人体から採血することは、医療及び歯科医療以外の目的で行われる場合であっても、医師法第17条に規定する医業に該当するものとする」という規定を置いている。同法は、医療（治療行為、輸血、医学的検査）、学術研究、血液製剤・医薬品等の原料とする目的以外の採血を禁止し（12条）、血液製剤の原料とする目的で業として採血する行為を許可制にすることにより（13条1項）、血液製剤の安全性の向上等のために必要な措置を講じ、「人の血液の利用の適正及び献血者の保護」を図るための法律であるが、立法趣旨の説明に際しては、「患者に対して輸血を行う場合の保健衛生上の危害防止につきましては、これを行う医師、歯科医師の責任において行うよう、医師法、歯科医師法に基づいて指導がなされているところ、それ以外の採血については規制がないことが指摘されている⁶⁰⁾。少なくとも立法の当時においては、医療以外の目的で行われる採血には、医行為、歯科医行為としての規制が及ばないことが前提とされていたことが分か

60) 参議院会議録第49号。

る。

4 保健衛生上の危害のおそれ＝医行為とすることの問題性

最後に、「医療及び保健指導」の要件を否定し、保健衛生上の危害のおそれのみによって医行為性を判断する立場それ自体の問題性を確認しておきたい。

「保健衛生上の危害のおそれ＝医行為」という解釈が前提とするのは、「世の中に存在するあらゆる保健衛生上の危険性はすべて医師に管理させるべきである」という法政策である。しかし、子細に検討するまでもなく、医師法がこのような政策を採用していると解することはできないであろう。

保健衛生上の危険性が一定程度を超える行為は、世の中に多数ある。食品を調理して客に提供する行為も、理容行為も、美容行為も、格闘技等の危険なスポーツもそうである。教育業の中にも、その種の行為は多数見出されよう。上記の立場に立つと、医師法は、こうした行為をすべて医師に委ねると同時に、医師以外の者の業としての実施を禁止していることになるが、そのような解釈は端的に「ナンセンス」である。

飲食に供することを前提としたふぐの調理は、相当の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であるが、これを医師が行わなければならないとする立場をわが法は採用しているのであろうか。食品衛生法6条1項2号および同法施行規則1条1項に関連して各都道府県が定めるふぐの取扱いに関する条例は、医師法17条の特別法に当たるという解釈は、法の解釈として採用可能なものであろうか⁶¹⁾。

医師の業務独占の保護を通じて「医療及び保健指導」のレベルを保つことを目的とする医師法が、こうした「医療及び保健指導」とまったく関係のない行為を禁止の対象としているとする解釈は、およそ常識的でなく、合理的に可能な解釈の範囲を超えている。

5 結論——美容外科における行為とタトゥー

以上により、医師法17条にいう医行為とは、旧来の通説に従い、「医療及び

61) これに対して、ふぐの調理は「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害のおそれのある行為とはいえない」と回答するなら、その定義は暗に「[医]領域性」を前提としていることになり、イレズミを彫る行為も定義には当てはまらないことになるはずである。

保健指導」に属する行為（広義の医行為）の中で、医師が行うのでなければ保健衛生上の危害が及ぶおそれのある行為（狭義の医行為）であると解するのが相当である。これを本事案についてみると、タトゥーを彫る行為は、そもそも「医療及び保健指導」に当たらないから、これを医行為と解することはできない。したがって、医療及び保健指導に該当せず、医師の責務に含まれない行為を、保健衛生上の危害が及ぶおそれがある（∴何らかの規制が必要である）というだけの理由で「医行為」とみなすとすれば、それは類推解釈にほかならず、罪刑法定主義に違反する。

なお、捜査機関が彫り師業を営む被告人を医師法違反容疑で摘発した際、捜査機関に理論的な根拠を与えたのが、「非医師である従業員が、電動式アートメイク器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」を医行為とした行政通知⁶²⁾であり、またアートメイクを医行為とした裁判例（東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁）であったことは疑いない。とりわけ、東京地裁判決は、実質的違法性を留保しつつも「本件行為と古来から行われてきている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」と述べていた。そこで、蛇足ではあるが、アートメイクとタトゥーの相違を説明しておきたい。

「医療及び保健指導」（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る。したがって、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⁶³⁾。

たとえば、医師が患者に対して「最近具合はどうですか」等と尋ねる問診は、医療であり、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があるから、医行為である⁶⁴⁾。しかし、だからといって、世間話の一環として、他人に対して同じ質問をし、病状を事細かく聞き出す行為が、禁止の対象となるわけではない。

62) 「医師法上の疑義について」平成12年6月9日医事第59号警察庁生活安全局生活環境課長あて厚生省健康政策局医事課長通知。

63) 佐伯・前出注35)5頁、樋口ほか・前出注33)17頁〔佐伯仁志執筆部分〕参照。

64) 大判昭和8年7月31日刑集12巻1543頁（治療行為をせずに問診打診聴診触診等の方法により疾病の診察をした行為を医行為とした）参照。

アートメイクとタトゥーもこれと同じ関係にある。「電動式……器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」は、美容外科における治療として行われる場合には、医行為であり、医師以外の実施は禁止される。しかし、そのことから、装飾としてのタトゥーを彫るために「器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」が医行為に当たるという結論がただちに導かれるわけではない。

保健衛生上の危害の程度が同程度である行為に関しては、それが「医療及び保健指導」といえるかが、医行為性を分けることになる。「電動式……器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる」行為は、医療として行われる場合には、医行為であり、医師以外の者による実施は医師法により禁止されている。しかし、身体装飾のために、タトゥーとして行われる場合には、これを医師に独占させる法的な根拠は存在せず、非医行為と解するほかはない。危険性の観点から規制が必要であることは、立法措置を正当化する理由にはなっても、医師法違反罪を認める理由にはならない。

第4章 イレズミ規制のあり方

1 イレズミの法規制

イレズミは、1872年(明治5年)の違式註違条例⁶⁵⁾により彫師をすること、彫師の客になることの両方が禁じられ、両行為の禁止は旧刑法(1880年)の違警罪、警察犯処罰令(1908年)に引き継がれた。明治期になってイレズミが取締を受けた理由は、明治政府が外国人による評判を気にしたためとされている⁶⁶⁾。規制に実質的な根拠がないことが意識されたためか、警察犯処罰令の後身である軽犯罪法(1948年)には、イレズミ禁止規定は置かれなかった。

日本で初めて非医師による医業が禁止されたのは、イレズミが違式註違条例

65) 1872(明治5)年11月8日の東京府達により、同月13日から施行された東京違式註違条例が嚆矢である。五人組法や東京府達として出されていたもろもろの禁令をもとに制定され、庶民生活に関わる様々の事項を規制した。翌73年7月19日の太政官布告により各地方違式註違条例が制定され、これをモデルに、全国の各府県が同様の条例を制定、1882年の刑法施行まで効力を有した。同条例の意義と内容につき、春田国男「違式註違条例の研究—文明開化と庶民生活の相克—」別府大学短期大学部紀要13号33頁以下(1994年)参照。

66) 山本・前出注2)49頁。

により禁止された2年後に成立した「医制」であるが⁶⁷⁾、当時、イレズミが「医業」に該当しうると考え、イレズミ禁止規定と医制違反の関係に思いをめぐらせた者は、おそらくひとりもいなかったであろう。「彫り物」として江戸の職人文化を象徴し、「入墨」としては1872年（明治5年）まで刑罰として用いられたイレズミと、日本の近代化のために構築が急がれた医師制度とは、水と油のようなものであったからである。こうした基本的な事情は、旧医師法、現行医師法になってからも変わりがなかったと考えられる。

その後、医療・保健指導（広義の医行為）には含まれないが、保健衛生の観点から一定の規制が求められた領域には、資格制度が整備されていった（理容師法（昭和22年法律234号）、美容師法（昭和32年法律163号））。しかし、現在に至るまで、彫師業について、免許制度や、届出による管理などが行われたことはない。イレズミは諸外国でかなり普及しており、多くの国は、その安全性を確保するため、イレズミの業としての施術につき届出制ないし登録制を採用し、監督機関が各種の啓発・研修を行ったり、衛生管理や衛生環境基準の遵守を求めるなどの措置を取っている⁶⁸⁾。とくにヨーロッパでは、イレズミに用いられる薬剤の安全性に関する調査研究が進められ、薬品の「ネガティブ・リスト」が示されるなど、非常に具体的で実効性のある措置が取られている印象を受ける。医師法の拡大解釈による端的な「禁止」が選択肢に上りうるわが国

67) 開業免許を所持しない者の医業を禁止していた（40条）（罰則なし）。

68) 欧州委員会は2003年と2008年にイレズミ等の安全性に関する決議を公表しており、いずれも安全性確保の観点から、加盟国に、イレズミやアートメイクに用いる薬品等の規制、衛生基準の標準化、施術者への啓発・研修、被施術者への情報提供等の措置を勧告している。施術者への教育とスタジオの監督のための認証機関の設置も求めており、多くの加盟国がこれに則した仕組みを採用するようになっている（Council of Europe, Resolution (2003)2 on tattoos and permanent make-up, 2003, Council of Europe, Resolution (2008)1 on requirements and criteria for the safety of tattoos and permanent make-up, 2008. 各国の規制の状況につき、Paola Piccinini, Sazan Pakalin, Laura Contor, Ivana Bianchi, Chiara Senaldi, JRC Science for Policy Report, Safety of Tattoos and permanent make-up, Final report, 2016, 第4章を参照）。アメリカでは州単位で同様の規制を行っている例がある。各州の規制状況につき、<http://www.ncsl.org/research/health/tattooing-and-body-piercing.aspx> (National Conference of State Legislatures のウェブサイト, 2017年1月8日付記事より [2017年11月2日確認]) 参照。なお、偶々接した例であるが、デンマークは、立法により、業界団体への自主的な登録を促し、「registered tatooiist（登録イレズミ師）」の標榜を認める方法を取っている。The Council on Health and Disease Prevention, Tattoos-Health, Risks and Culture, With an Introduction to the “Seamless Prevention” strategy, 2015, 112頁。

と、状況はずいぶん異なっている⁶⁹⁾。

技術においてはイレズミ先進国であるはずの日本で、こうした取り組みが遅れているのは、イレズミを反社会的なものと捉える社会通念が根強く存在した(する)ためと考えられる。すでに述べたように、免許制度には、危険性を伴うが有益である行為を保護するための制度という側面がある。イレズミが、比較的最近まで、前近代の遺物ないし排除されるべき反社会的勢力の象徴とみなされていたとすれば、免許制度その他の仕組みによって「保護」という発想も浮かぶことはなかったであろう。しかし、その間に、イレズミを取り巻く状況は大きく変わっていった。

イレズミは、第二次大戦後に非犯罪化こそされたものの、イレズミをめぐる保健衛生の向上と被施術者の保護が国によって構想されることはなかった。その結果、イレズミによって発生しうる公衆衛生上の危険は、すべて施術者、被施術者双方の自己責任の下に置かれてきたのである。

2 イレズミ規制の方向性

現代において、イレズミは、反社会的勢力の専有物ではない。アートとしてのイレズミ、ファッションとしてのイレズミは、国内外で、広く一般の人が楽しむものとなり、先住民族の文化復興運動の高まりに伴って、伝統文化としてのイレズミの価値にも脚光があたっている。日本国内でも、比較的最近まで風習としてイレズミを保持していたアイヌ文化、琉球・奄美文化の伝統を、明治以降の日本が不当に取り扱ってきた歴史が認識されつつある。日本にとって、イレズミは、排除されるべき対象から、改めてその価値を認め、社会的に包摂されるべき対象に変わっていることを、まずは率直に認めなければならないであろう。

一方で、イレズミの施術は、身体に対する有意の侵襲であり、安全性を保つための社会的仕組みがあることが望ましい。本稿で検討してきたように、医師法は当然のこととしてこれを禁止の対象に含めておらず、ほかにイレズミを規制する法律も存在しない。すでに述べたように、イレズミの危険が「自己責任」の下におかれてきたのは、イレズミが反社会的なものとして位置づけられてき

69) 日本にイレズミに用いる薬剤やイレズミ業の規制が一切ない状況は、ヨーロッパでも奇異な印象を与えているようである。Piccinniほか・前出注68)第4章4.2。

たためと考えられるが、こうした評価は、現状に則したものでなくなっている。

したがって、今後まず行われるべきことは、イレズミの安全性を確保するための方途を検討し、実施に移すことであろう。諸外国の取り組みを参考に、イレズミを施術する行為について、届出や認証の制度を設け、衛生基準の明確化や研修の確保、消費者への情報提供等を通じ、被施術者、施術者双方の保護がなされることが望ましい。過渡的な手段としては、業界団体の自主的な資格・自主基準に委ねる方法も考えられるが、身体への侵襲性、衛生上の危険性の程度に鑑みると、立法を通じて、公的な制度が設けられるのがより適切と思われる。

その際にはあわせて、江戸末期以降、十分な根拠なく「反社会的」なものとして扱ってきたイレズミを、改めて社会的に包摂するための措置が取られるべきであろう。たとえば、イレズミを理由とした入浴施設等の利用拒否については、不当な差別と位置づけ、その抑制が図られる必要があると思われる。

おわりに

イレズミは、禁止の対象ではなくなった後も、その安全性を保つための公的な取り組みによる保護や恩恵を受けることなく放置され、施術者・被施術者の自己責任の下に置かれてきた。今回の取締りは、そうした状況の中で、もっとも真摯にイレズミに取り組み、高い安全性を保った施術を行ってきた被告人を突然おそったものである。イレズミ規制の歴史に対する配慮も、医師法の趣旨への理解もなく、医師法17条の不当な拡大解釈によって気まぐれに行われたこのような取締りを司法が追認するようなことがあれば、わが国が法の支配する社会であるという事実すら危ういものとなる。「安全性」の標語の下に安易な拡大傾向が認められてきた「医行為」の概念について、本稿が投じた一石が、妥当な判断を求める社会の動きにつながることを期待したい。