

タトゥー施術規制をめぐる憲法問題

——大阪地裁平成二九年九月二七日判決を契機として——

新井 誠

はじめに

- 一 大阪地裁平成二九年九月二七日判決
- 二 「医行為」理解をめぐる評価
- 三 タトゥー施術と憲法上の諸権利
- 四 問題の解決方法と裁判所の関わり方
- 五 タトゥー施術規制の背景と動機——その法的評価の可能性
まとめにかえて

はじめに

ある種のコンテクストにおいてタトゥー(彫り物、入れ墨)に一定のステイグマを押ししてきた感のある日本社会では、現在でも、タトゥーをした人の入浴施設等の入場を拒否したり、公務員に対するタトゥー調査が行われたりと、タトゥーの社会的扱いをめぐる問題が顕在化している。法規制としては現在、暴力団員による不当な行為の防止等による法律二四条以下では少年等への入れ墨の強要等の禁止に関する規定が、各都道府県の青少年保護条例では青少年への入れ墨施術の禁止に関する規定が、それぞれ置かれる。他方で、成人がタトゥーを自身の体に入れること自体の処

罰は用意されておらず、そうした人々の需要もあり、これまで医師免許等を持たない彫師が、タトゥー施術を行ってきた実情がある。

ところが、タトゥー施術が医師による「医行為」の一つにあたるとの解釈が取られるきっかけとなった二〇〇一年の行政通達(各都道府県衛生主管部(局)長殿宛厚生労働省医政局医事課長通知、平成一三年一月八日医政医発第一〇五号)^③が示された影響により、医師免許のない彫師によるタトゥー施術を医師法一七条違反とする法運用が見られるようになった。これにより、実際に彫師が刑事摘発される事例が起きている。そして、これまで正式裁判に至る場合がほとんど見られなかったなかで、近年、医師免許のない彫師による施術に関する医師法一七条の適用の合憲性を真正面から争い、無罪を訴える正式裁判が展開されることとなった。

この裁判について、二〇一七年九月二十七日、大阪地裁は、被告人を有罪とする判断をした。^⑤同事件では、被告人側から、タトゥー施術に医師免許を要求する現在の法制度に関するいくつかの憲法上の問題が指摘されていた。しかし、大阪地裁は、以下の分析のように、医行為が該当性や憲法上の権利の制約可能性について一定の検討を試みながらも、その審査密度は緩く、形式的な審査に留まったように感じられる。加えて、医師免許制度とタトゥー施術の実体との関係性を十分考慮しない本判決の論理は、タトゥー及びその施術行為に対するある種の差別について解決不能な状況へと導く可能性を秘めている。本稿では、大阪地裁平成二九年九月二十七日判決(以下、本判決という。)を契機として考えるべきタトゥー施術規制をめぐる憲法問題について検討していく。

一 大阪地裁平成二九年九月二十七日判決

本判決によれば、^⑥本件では、医師免許を持たないタトゥー施術者が、「針を取り付けた施術用具を用いて」数名の

被施術者の「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」ことが、医師法一七条に違反することから、同三一条一項一号を理由として起訴された。これについて大阪地裁は、次のいくつかの視点を示して被告人を有罪とした。⁷⁾

(一)「医行為」理解と実質的違法性

第一の論点は、本件施術には「医行為」としての性質があるか否かという法解釈上の問題である。具体的には、医師の免許がなければできないとされる「医行為」の範囲と、本件行為への適用可能性をめぐるそれである。これについて被告人側は、「(1)「医療及び保健指導に属する行為の中」(あるいは、加えて「疾病の治療、予防を目的」とするものの中)で、(2)「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」を医行為と呼ぶべきだと主張した。これに対し判決は、「(2)のみを医行為の定義とする。これにより、裁判所のほうが医行為に関する広い解釈を採用する。そして、裁判所は、本件タトゥー施術には、「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」、「金属アレルギー反応が生じる可能性」、「アレルギー反応が生じる可能性」、「施術者自身や他の被施術者に感染する危険性」、「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」等があることを踏まえて、「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」にあたるとし、法にいう「医行為」になるとする。なお、「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」としても、「医師法一七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」として、そうした事情が「医行為」該当性の有無の判断を左右することはないとしている。

第二に、本件施術が仮に「医行為」に該当するとしても、本件行為の憲法上の権利・自由との関連から見た場合には、

①「入れ墨の施術によって生ずる保健衛生上の危害は大きくない」ことや、②「入れ墨の施術は社会的に正当な営業活動」であることを理由に、本件行為には実質的違法性がないと被告人側は主張する。これに対して裁判所は、①に関する憲法上の権利性の関連を認めつつ、「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」とし、また「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ことなどは弁護人の指摘するとおりであるとしても、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」として、実質的違法性がないとする被告人の主張を退けた。

(二) 医師法一七条適用をめぐる憲法論

他方、医師法一七条の規定のタトゥー施術への適用の憲法適合性に関しては、次の議論があった。

第一に、医師法一七条の処罰範囲の不明確性をめぐる憲法三二条(罪刑法定主義)違反についてである。これに対し裁判所は、同条の対象となる医行為は「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に限られる」とし、同解釈は「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」として、医師法一七条は、憲法三二条の規定に適合的だとする。

第二に、法適用をめぐる憲法二二条一項への適合性審査である。裁判所は、医師法一七条が「憲法二二条一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」としながら、職業選択の自由も「公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する」とする。そして、最高裁昭和五〇年四月三〇日大法廷判決(民集二九巻四号五七二頁、いわゆる薬事法判決)を参照しながら、「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」との基準を示す。しかし、本件へのあてはめでは、医師法一七条を「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」と評価し、「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」だとする。そして、「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」と判断し、本件行為への医師法一七条の適用は、憲法二二条一項の規定に違反しないとす。

第三に、法適用をめぐる憲法二二条一項への適合性審査である。裁判所は、施術者の権利性は認めない一方、被施術者については「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」とし、「その場合、医師法一七条は、憲法二二条一項で保障される被施術者の表現の自由を制約する」として検討に入る。もともと、表現の自由についても「公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する」として「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」との説明のみにより、本件行為についての医師法一七条の適用が、憲法二二条一項の規定に違反しないとす。

最後に、法適用をめぐる憲法一三条への適合性審査である。裁判所は、憲法二二条一項の場合と同様、非施術者について「人が自己の身体に入れ墨を施すことは、憲法一三条の保障する自由に含まれると考えられ」、「医師法一七条

は入れ墨の被施術者の上記自由を制約する」と示す。しかし、この「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く」、「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、本件行為に医師法一七条を適用することは憲法一三条には違反しない」とする。

二 「医行為」理解をめぐる評価

以上のように本判決は、まず、医師法一七条の解釈と、それを踏まえた本件行為の医行為該当性について検討する。医師法一七条は「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定する。この「医業」とは一般に、「医行為」を業として行うこととされる。そこで、さらに「医行為」概念が問題となる。「医行為」概念をどのように理解すべきかをめぐっては、本件のようなタトゥー施術に限らず、その他の医療関連行為、あるいは他者への身体侵襲行為につき、広く問題とされてきた。⁽⁸⁾ それらの共通的問題意識は、①医行為概念があまりにも広く理解されることへの懸念とともに、②実際に必要性の高い様々な医療関連行為あるいは身体侵襲行為の実施について、全ての場合において医師免許が必要であるか、③医師でないといけないという理解により、かえって当該行為ができなくなり、現実的な弊害が生じる、といったことであった。

他人の身体への侵襲等が考えられる施術行為には、当然、身の安全の確保が重要になる。とはいえ、身体侵襲を伴う施術であっても、侵襲の度合いによって、いくつかの段階に分けた制度設計がされるべきである。医師免許による最大包摂で問題は解決しない（こうした過剰包摂となる解釈は、過度広汎な規制とも認識され、当該規定の文言が文面上違憲等の結論が導かれる可能性も残す）。しかし、本判決は、「医学的知識及び技能が必要不可欠」ということと「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」であることをイコールの関係に結び、医療資格制度のありうる可能性に踏み込んでいない。こうした裁判所の判断に対し、いくつかの解釈論上の観点からの批判が見られることになる⁹⁾。

他方で、医師法一七条の医行為に入るか否かの判断となる場合、医師法の規定における「医業」を拡大解釈した「医行為」概念をそのまま法制化したり、あるいは「医行為」概念を（タトゥー施術をも含む形で）限定解釈したうえで、それに医師免許を求めることを同法内に明示したりすれば、（過度広汎性といった議論を除き）実定法上の問題としては解決する。もつとも本件の本質的問題は、より深層にある。すなわち仮に医師法において、タトゥー施術が医師による「医行為」であることや、（あるいは「医行為」でないとしても）医師免許がなければその施術をできないことが法文で明記されたとしても、そうした本文の存在自体が一定の憲法問題を引き起こすのではないか、ということである。本判決でもタトゥー施術に関する医師法一七条の適用について、憲法の諸権利・自由規定との関係で議論がされるが、タトゥー施術規制には、どのような憲法上の権利の問題が絡むのか。

三 タトゥー施術と憲法上の諸権利

（一）表現の自由や私生活上の人格権（自己決定権）

職業選択の自由に関する議論以外として、まず憲法二二条一項に関する説示が考えられる。この点、裁判所は、施術者の権利ではなく、あくまで被施術者の思想・感情表現の保障について論じる点に注意したい。では、タトゥー施術は、施術者にとつての文化・芸術活動としての意義は全くないのであるか。これについては、たとえば絵画作品とその購入者との関係をめぐっては、「ある作品を購入するのは、作者が〇〇だから」といった理由による場合が多い。

また、特定の彫師によるタトゥーであるがゆえに一定の(芸術的)価値が認められるといった視点に立つ場合、少なくとも彫師がデザインを考えてタトゥーを彫ることを考慮に入れば、彫師自身の表現性も観念され、表現の自由保障の範囲の問題として考えることも可能ではないか。また本件では、施術を受ける人の身体にタトゥー柄が示されることになるから、非施術者本人の問題にすぎないとの考え方をする余地もありうるものの、他方で、他者の持物(例えば建物の壁)などに画家が絵を描いた場合、この壁画は、絵が描かれた建物の持主自身の表現あるいはコミュニケーション問題であると同時に、作者側の表現問題となってくる。そうなるタトゥーについても、施術と被施術両者の表現問題となる可能性は閉じられていない。

他方、本件をめぐっては、表現の自由との関係性を論じられるように外形上見えながらも、職業選択の自由の視点から論じられることを考えたほうがよいのではないかといった見解も見られる。本判決を契機とする、ある論文では、「表現的要素がある行為のすべてについて、その制約を表現の自由の問題として構成することには懐疑的」で「本件の事案のように資格を要求することの合憲性が問われる場合、表現の自由では問題の本質を適切にとらえられないのではないか¹⁰⁾」との評価がなされる。たしかに一定の行為に関する資格制度の当否を論じる場合、(職)業に関するものが多く、憲法論に置き換えれば、職業選択の自由に関わる規制問題に大きな比重が置かれるべきことは想定されよう。ただ、医師法一七条の「医師でなければ、医業をなしてはならない」との規定における「医業」は、「『医行為』(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『業として行う』(反復継続の意思をもって行う)こと¹¹⁾」であるとの説明がされるように、資格制導入と無資格での行為の実施に関し、非営利目的の場合にも規制の網がかかるとの可能性がある。そこで、資格制をめぐる合憲性問題を表現の自由論で処理することの難しさは意識しつつも、少なくとも自己実現(等)のために行ったタトゥー施術にも資格が要求されれば、職業選択の自由には十分に包摂さ

れない憲法上の権利に対する制限と考える道筋を全て閉じてよいかどうかという問題は残るであろう。加えて、医師免許のない人が、医業として（一般的な）治療行為をすること自体、罰則を伴うものの、こうした行為を表現活動であるとする主張は、おそらくされない。これに対し、タトゥー施術をめぐることは、彫師自身の文化的・芸術的活動としての意義を主張する可能性は上記の通り残る。その点で、医師免許を彫師にも要求する法適用について、タトゥーをめぐる固有の特質を踏まえれば、憲法二二条一項との関連性を主張することは十分に考えられる。

もちろん医師法一七条の規定が、一定の表現行為の直接制約を目的とするというよりも、他者の身体侵襲を伴う点で他者の健康被害を防ぐ目的を持つのであり、表現の自由に対する付随規制として論じられる可能性はある。また、芸術活動自体が、常に全ての自由を享受するとは限らないという見方も可能である。例えば、他者の所有物へ勝手にペイントすることは、他者加害原理との関係で規制されることがあるのが当然のように、である。さらに、タトゥー施術を受ける対象者が人であれば、そこでは他者に対する身体侵襲が生じるが、当事者の同意があれば、（表現の自由を理由とした）そうした身体侵襲が常に免責されることになるのだろうかという議論は生じる。この点は特に、他者加害原則に加えて、生命・身体への侵襲に関するパターンリズム的制約の可能性が観念されよう。

（二）職業選択の自由

他方で、医師法が「師」業の一つである医師資格制を設けているのは、他ならぬ職業に関する制度設計である点で、彫師に関する医師法の適用を職業選択の自由をめぐる問題として考えることが最も素直である。そこで憲法二二条一項との関連を検討するが、本件で裁判所は、薬局の距離制限が問題となった最高裁昭和五〇年四月三〇日大法廷判決（民集一九卷四号五七二頁）における憲法二二条一項理解に関する基本枠組みを用いた審査を試みようとし、一見すると最高裁判例に忠実である。しかし、本判決では、比較的厳しい審査基準と認識される同判断枠組みを用い、

タトゥー施術に医師免許を要請することの妥当性に関する具体的審査では、保健衛生上の危害の防止という目的を「必要かつ合理的な措置」とのみ示し、また「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」との手段審査を、具体的実例を示すことなく行う。特に同審査では、タトゥー施術自体が本場に「医師の有する医学的知識及び技能」であるか否か、あるいは不可欠に要請される知識及び技能か否かが問われるはずだが、タトゥー施術を「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」との簡潔な評価をするだけで、それ以上、全く応じていない。この点がまず非難される⁽¹²⁾。

なお、本判決に対しては、薬事法判決における距離制限審査が(本人の努力ではどうしようもない)客観的許可要件に関する議論であったのに対し、本件における資格制審査はそれにあらず、(本人の努力で達成できる)主観的許可要件であることから、その場合の職業規制に関する審査方法を用いるべきでありながら、そうしていない点を指摘する論稿がある⁽¹³⁾。こうした指摘においては、主観的許可要件の場合には、客観的許可要件の場合よりも審査の基準は緩やかになりつつも、「定められた主観的条件が職業活動の秩序ある充足という目的との均衡を失してはならない」という意味での、狭義の比例原則が妥当する⁽¹⁴⁾(ドイツの憲法判例の引用)と示される。そして、本件のような医師資格がないままでのタトゥー施術の禁止が、規制の本来の意味との密接な関連性のある手法であるか否かを審査する必要があったと示している⁽¹⁵⁾。

以上のような判断枠組みに関する指摘は重要である。もつとも、主観的許可要件である点をメルクマールとした審査の規範理解を採用するにせよ、そうしないにせよ、本件では、本来的に必要な手法か否か、あるいは、より制限的である手段がないかという点について、具体的検討を要する事例であることに変わりない。特に、先の医行為解釈の形成にも影響するが、従来、取り立てて注目されるべき健康被害もないなかで、医師資格が必要であるとの認識が薄

いまま、タトゥー施術業務が運営されてきたにも関わらず、突然にタトゥー施術行為に現状の医師資格が必要とした具体的理由が知りたところである。そこで、タトゥー施術による健康被害等の実際を踏まえた上で、その被害を食い止めるために、タトゥー施術に固有の必要な知識がどのような点になるのかを適宜、検証し、健康被害が生じない一定の手法が確保された場合、「医師」免許による包括的的制度設計が過剰包摂になるかどうか、具体的被害が生じるのかどうか、あるいは医師でなければその被害を食い止められないかどうか、などの検討が重要であった。ところが本判決では、そのような審査をしていない。

四 問題の解決方法と裁判所の関わり方

タトゥー施術をめぐることは、そもそも医師法一七条にいう（医師免許がなければできない）医行為であるか否かと同時に、そもそもこの「医行為」概念が広く取られすぎているのではないかとの問題提起が示されることはすでに述べた。そこで実際に制度自体の欠陥による問題が生じる¹⁶。そこで、多くの場合、実際の支障がなくなるよう、新たな通達等を通じて医師免許を持たない人にも一定の行為が行えるよう新たな運用が求められるのが通常である¹⁷。ところが、タトゥー施術の場合、医師免許が必要か否か不明であった行為につき、医師免許の必要性が後の行政文書で追加されるような解釈がされ、それまで医行為と認識されてこなかった彫師に過度な戸惑いを与えることになった。こうした事態は、タトゥー施術に見られる固有の特徴だといえよう。

そうであれば、将来的には次の解決方法が見られてよい。一つには、医行為自体の解釈の振れ幅をなくす法の文言をもつ規定への転換である。もう一つは、先述のように、タトゥー施術に必要な能力と知識とに見合った新たなライセンス制の導入の検討である。もともと裁判所にとっては、本件のような問題では、「考えられ得るより制限的でない

い規制手段が、法制度としてわが国に存在していない場合、どのように判断すべきか」との難問が生じる。すなわち裁判所が、仮に、現行の医師法の適用では、過剰包摂による規制行為であると認識しながら、他方で、規制が全く必要ないとの認識には立てず、何らかの適正な規制を要すると考えた場合、現状の法適用を全く行わないというチョイスができるのか、という問題である。この場合に裁判所は、本件に見られたように、実際の詳細な審査をするより、とりあえず目的と手段との関連性があるかのような外形を繕う物語を形成しながら、現行の適用行為を追認する方向へと判断が動く。しかし、そうなると、資格制に関するあらゆる司法審査において、資格制度及びそれを支える実際の適用に関して違憲判断が一切示されなくなる事態が生じる。

このような場合、裁判所がいかなる判断手法を取るべきか。これについてはまず、適用の違憲判決を出すことが考えられる。そうするならば、あとは立法府や行政府が、あるべき新たな法規制の方法を早急に考えざるをえないからである。そして、こうしたことが、裁判所と法政策機関との間の絶えざる対話を実現化させ、実際の法のありようを豊かにする場合もある。他方で、適用に関する違憲論の展開に躊躇を憶えるとしても、実際の医学的見地からの考慮事項等を踏まえながら、現在の運用であると過剰包摂になる可能性について、裁判所が可能な限りの審査を実施する手法である。この場合に裁判所は、立法や行政による制度設計の不作為状況を明示しながら、他方で司法府が必要以上の立法行為ができない旨を宣言し、立法府や行政府に一定の制度設計を促す説示を行うことが求められる。すなわち、医師法の適用をせざるを得ない状況にあるのは、ほかならぬ立法府や行政府による作為の不在が理由であること宣言する手法である。それは、本判決のように、特に何も審査せずに「必要不可欠」である云々といった物語を繰り返すこととは性格を異にする。

五 タトゥー施術規制の背景と動機―その法的評価の可能性

(一) タトゥーをめぐる世間の眼差し

以上では、医師法一七条のタトゥー施術者への適用につき、衛生目的の視点からの検討に留めて検討してきた。もっとも、仮にタトゥー施術が社会的に見て需要があるにもかかわらず、医師法の適用によって、がんじがらめの規制になつているとすれば、問題が顕在化した以降、立法による制度設計あるいは行政による法解釈による、医師法一七条を適用しない手法でのタトゥー施術規制の設置とその模索という現象の発生が高度に予想されるはずである。ところが現実的には、実際に医師の中でタトゥー施術を行う事例が皆無でありながら、タトゥー施術に医師免許が必要とする法理解が採られ、厳格に適用される事態が近時見られたわけである。このようなものでは、①医師がタトゥー施術をする世の中へと進むか、②医師がタトゥー施術をしないまま、タトゥー施術が減少、あるいは、違法化の中で進められる事態を招くか、どちらかになる。

しかし、おそらく社会的状況からすると、①の方向には進まない。その理由は、医師がそれをする経済的メリットもないことに加え、そもそも日本におけるタトゥーの扱いが、反社会的なもの、あるいは、(そうした反社会的なものとの結びつきがあるとされること)それ自身が他者を威嚇する、あるいは他者を不安にさせる、他者に嫌悪の気持ちを持たせるといった、事実上の空気が、世間を支配しているなかで、(他の医療行為もできる)医師がタトゥー施術の世界に飛び込むことが期待されないからである。他方、タトゥー(施術)に対する世間の評価は、上述の通り、(物理的害悪の発生を超えた)必要以上の社会的害悪のステイグマを押し、「タトゥーはできれば世の中から消えてほしい」という一種の差別的意識の下にある可能性があることをふまえれば、結果的には②の方向へと進む。

この意識下において、タトゥー施術に対する医師法一七条の適用がされるならば、実はこの法解釈の背後にある動

機自体、一定の審査対象にされるべきではないかとの視点が示されることとなる。¹⁹⁾ すなわち、タトゥー施術を医師法における「医行為」内に留めることで、タトゥー施術を日本では実質的にさせないようにする意図がないかどうかを考える視点である。そうした意図を日本社会に読み取る作業は、それほど難しくはない。よく見られるように、公共の入浴施設等における入れ墨者お断りといった現象があることに加えて、公的機関もまた、タトゥー被施術者に対する調査を行うなどしている。さらに、青少年に対する入れ墨の施術に対する罰則を設ける理由の一つには、就職や結婚等への悪影響までもが挙げられている。²⁰⁾ こうしたあからさまな「嫌悪」が公的に示されるほどまでに、タトゥーを理由にした差異取扱いが「合理化」されているのである。

(二) タトゥー規制の利益は何か？

もつとも、タトゥーそれ自体にいかなる内在的害悪があるのかについては、よく分らないのが実情である。比べる対象としてポルノ表現規制を例に出そう。ポルノ表現については、それ自体が公的な場に立ち現れることによる性道徳への挑戦という事態が生じ、これによって伝統的な性道徳維持という社会的法益の保持という理由を前提として、刑法一七五条の規定が正当化されてきた。これに対してタトゥーには、それ自体が何か社会的に保持されるべき道徳や倫理への抵触が見られない。あるとすれば、日本ではとりわけ、タトゥーが反社会的団体(暴力団)の人々を示すアイコンとしての意味を持つことを理由とした利益の維持になる。こうした、ある特定のアイコンが一定の反社会的なもの象徴的存在となる場合に、そのアイコン自体が忌み嫌われるという現象が生じるのは、かつての風営法によるダンス営業規制にも通じるところがある。風営法のダンス営業規制では、性風俗の乱れや麻薬取引の温床、暴力事件の発生にひきつけて議論をされてきたもの²¹⁾、それらと必ずしも直接的に関連のないクラブ自体に光があてられ、規制の対象になる現象があった。これと同じように、タトゥー自体をめぐる特定の見方が社会に蔓延していることか

ら、タトゥーが世の中に広まることを助ける制度設計を、世間、あるいは国が、積極的かつ前向きに示さない状況が生まれているのである。ところが、タトゥー愛好家―しかも、反社会的勢力との関係を持ちたいとも思わず、また、反社会的勢力とタトゥーとの関係とを切り離して考えてほしいという人々にとつて、タトゥーへのこうした視線こそ、一種の社会的ステイグマとなる。そのような人々がいる社会において、①タトゥーの意識をめぐるミスマッチが生じているなかで、世間が同意識を変化させるかどうかという点に加え、②この状況に、国家がいかなる関わり方をすべきなのか問われている。

これに対しては、もちろん、本件がタトゥーに対するステイグマから生じる問題ではなく、あくまでタトゥー施術における衛生的利益の保持のための問題であるとの反論があるかもしれない。しかし、もしそうであるなら、なぜ平成一三年の通達が出る前の段階では（衛生的利益の保持の観点から見た）彫師に対する刑事摘発がほぼ見られなかったのか。あるいは、衛生面から見て医療的ケアが必要であるならば、なぜ早くから彫師に関するライセンス制度の構築が検討されなかったのか。平成一三年通達は、直接的にはアートメイクによる被害から出てきたのであり、広くタトゥーに対する規制のためではなかったはずである。しかし、同通達で、より一般的な文言による規制がされるようになった。それは、それまでにタトゥー施術に関する具体的害悪を把握しきれていなかった証左ともなる。そう見た場合、本件のような適用作業は、形式的には衛生面での害悪防止になるものの、実質面では、社会的には忌み嫌われると公的機関さえも一律に認識するタトゥーを規制するため、間接的―手段として医師免許によるタトゥー施術の承認をあえて入れてきたことになる。そうであるからこそ、本来的にはタトゥー施術固有に必要な適切な制度設計が求められるにも関わらず、その要請に真摯に応える姿勢が見られないのであろう。

そこへ来て本判決である。仮に裁判所が、こうしたステイグマに気づかないのであれば、それは裁判所の怠慢とな

ろう。が、本判決の裁判所がそうであったかといえ、そうではないように感じられる。つまり、医師免許取得者が彫行爲をほとんどしていない事実は裁判所も当然に知りつつ、新たな制度設計を国会や行政に求めることを考えず医師資格者による施術しておくことを、緩い密度の審査という消極的手法を採ることによって、あえて選択したのではないか。そうなると別の推察が働く。すなわち、ならば裁判所もまた、タトゥー及びその施術が実質的になくなることを期待する視線で結論を出したのではないかという見方である。もし、裁判所の判断で、そうした意図を迫認しようとする意識が働いたのだとすれば、もはやこの問題は、医療上の健康被害の問題ではなく、(裁判官を含む)様々な人々の、タトゥーをめぐる社会的、文化的意識に基づいた差別的取扱いの問題として認識される必要が出てこよう。仮に、そのような評価が見当違いだというならば、タトゥー施術を実質的に減らす効果を持つ「真の動機」自体の不当について考えながら、より慎重な審査手法で評価することが、裁判前には求められるはずではないだろうか。

まとめにかえて

以上、タトゥー施術をめぐる憲法問題について、大阪地裁平成二九年九月二七日判決を契機として検討し、本稿では、本判決が、本件問題に関して必ずしも十分な審査を行ったとはいえないことに加え、場合によっては本判決自体が、タトゥー施術に対する一定のステイグマについてふれないもの、そのステイグマの承認を前提として行われているのではないかといった評価を加えてきた。

他方で、裁判所にとつてみれば、身体侵襲を伴う施術に何らかの法的システムが制度化されていないところで、行政府が一定の時期から公的な解釈としてタトゥー施術を医行爲の一種として認識する状況となった現在、本件問題を資格の有無という形式犯の事件であるとまさに形式的にとらえ、それ相応の実質的害悪を検証する法解釈を施そうと

主体的に考えない以上、（裁判所に違憲立法審査権があるにも関わらず、その発動を含めて、自らの判決に立法性格が生じることを過度に恐れる）裁判官に、それ以上の作業を求めるのは酷でもある。裁判では、医師免許の適用が無適用かという二者択一しか見ないが、本件問題の解決には、より軽微な新たなライセンス制度の導入といった手法が考えられる。被告人側も、最終的にはそのあたりを到達点として考えていることが高度に推察される。そうなる、あとは司法判断と並行して、立法府・行政府による新たな制度構築を期待するしかない。こうした施策を進めることで、タトゥーをめぐる一方的な社会的評価の緩和という相乗効果も期待できるかもしれない。

本裁判の大きな意義は、社会的評価が定まらない、社会的には見えないよう蓋をしておもうとする一定の問題に対応する法制度とその運用につき、その問題を世間に提起した点にある。加えて、これを受けた人々―裁判官はもちろん、議員や行政官、市民を含む―が、こうした問題をいかに主題化し、いかに評価し解決していくべきかを自ら考える重要な契機となった点にあるのではないか。

【付記】 本稿脱稿後の校正期間中、本件の控訴審判決が大阪高裁で示され、被告人を有罪とした地裁判決を破棄し、被告人に無罪が言い渡された（二〇一八年一月一四日）。タトゥー施術に医師免許が必要であるとした地裁の判断を覆した画期的判決である。しかし、大阪高検はこの高裁判決を不服として、最高裁に上告した（同月二七日）。高裁判決を含む新しい状況についての詳細な検討は他日を期したい。

（1） もっとも、「全国公衆浴場業生活衛生同業組合連合会（全国浴場組合）」に加盟する、主に物価統制令に基づく料金設定がされる銭湯の場合、入れ墨を理由とする入浴拒否はされておらず、他方、「混浴振興協会」に加盟するスーパー銭湯等の場合、入浴拒否をする

こともあったが、近年は緩和されているという(神庭亮介「銭湯は基本、タトゥー OK って知ってた?」BuzzFeed News 二〇一八年七月十三日付 (<https://www.buzzfeed.com/jp/tyosuk/ekamba/tattoo-bath>)) 参照(最終閲覧日:二〇一八年一月二五日)。

(2) 大阪市職員に対する入れ墨調査とそれに対する回答拒否に対する戒告処分取消を求めた事件で、大阪地裁は違法(大阪地判平成二六年一月一七日判例時報二二六四号一〇三頁)、控訴審は合法(大阪高裁平成二七年一月一五日判例時報二二九二号三〇頁)とし、最高裁は上告に対する棄却決定をした(最決平成二八年一月月九日判例集未登載)。

(3) 本通達のタイトルは、「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」というものである。

(4) 関東弁護士連合会編『自己決定権と現代社会』イレイズミ規制のあり方をめぐって(二〇一四年)一五三頁によれば、「医師でない者が他人にイレイズミを業として行ったとして、医師法違反を理由に逮捕された事案として報道されたものは、平成二二年七月一日の事案(兵庫県の事案)と、同年九月二四日(広島県の事案)の二件であった」が、両事件ともに不起訴処分を終了したとの報道があるとのことである。

(5) 大阪地判平成二九年九月二七日判例タイムズ一四五一号二四七頁。本件地裁判決の評釈として、佐々木雅寿・法学教室四四九号一二二頁、濱口晶子・法学セミナー七六三号二二〇頁、高田倫子・新・判例解説 Watch(速報判例解説二三号)(二〇一八年)一九頁、城下裕二・同一七五頁。

(6) 以下、判決文の引用が続くが、逐一引用頁等を示すことをしない。

(7) なお本判決で裁判所は量刑の理由について「被告人は、医師でないのに、タトゥーショップを開いて、入れ墨の施術を業として行っていたが、入れ墨の施術者に求められる医学的知識や技能を十分に習得していたとは認められず、本件行為によって保健衛生上の危害が生ずるおそれは軽視できないものであった」としながら、「その一方で、施術の際には施術場所を清掃して養生シートを張ったり、施術用具を滅菌処理したりするなど、被告人なりに衛生管理に努めていたと認められ、被告人の行為によって実際に健康被害が生じた者は認められないこと、被告人には前科前歴がないことなど、被告人に有利な事情も存在する」としており、刑の量定では、こうした事情が考慮されることは興味深い。

(8) 医行為理解をめぐる問題提起の例として、樋口範雄・岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』(弘文堂、二〇〇七年)「第一章 医行為概念の再検討」(二頁以下)に見られる諸論文や、平林勝政「医行為をめぐる業務の負担」湯沢雅彦・宇都木伸編『人の法と医の論理』(信山社、二〇〇四年)五七五頁などを参照。

- (9) 主に医行為概念の再考を通じて本件裁判所の立場を批判的にとらえる、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」立教法学九七号（二〇一八年）二八五頁以下や、三重野太郎「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
校紀要四〇号（二〇一八年）一四頁以下等を参照。
- (10) 小山剛「職業と資格―彫師に医師免許は必要か」判例時報三三六〇号一四五一―一四六頁註（2）。
- (11) 平林・前掲註（8）五七五頁。
- (12) この点、曾我部真裕「医師法一七条による医業独占規制と憲法」毛利透・須賀博志・中山茂樹・片桐直人編『比較憲法学の現状と展望―初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、二〇一八年）七五八頁以下参照。
- (13) 小山・前掲註（10）一四三―一四四頁。
- (14) 小山・前掲註（10）一四三頁。
- (15) 小山・前掲註（10）一四三―一四五頁。
- (16) 在宅療養における痰の吸引行為をめぐることは、これが医行為にあたる可能性があるとされ、家族以外が行うことは違法だとする議論が生じるような場合がこれにあたる（樋口・岩田編・前掲註（8）六一―七頁参照）。
- (17) たとえば、樋口・岩田編・前掲註（8）では、青脈注射が絶対的医行為から相対的医行為へと通知により解釈変更された例（同三九頁）や、インシュリンの自己注射が医師法一七条違反とならない行政の通知例（同四一頁）などが紹介されている。
- (18) 佐々木・前掲註（5）一一二頁。
- (19) 動機審査をめぐることは、大林啓吾「動機審査―憲法事実審査の可能性」山本龍彦・大林啓吾編『違憲審査基準―アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂、二〇一八年）一八九頁以下参照。
- (20) 「茨城県青少年の健全育成等に関する条例のしおり」にそうした記述があることを紹介する、関東弁護士連合会編・前掲註（4）一五〇頁。
- (21) 筆者自身、風営法によるダンス営業規制について関心を寄せてきたが、「風俗（あるいはフーズク）」に対する風当たりなどがありながら、最終的には、本来の法の規制目的は関係の遠い、暴力事案の発生や近所迷惑の防止といった理由が示されることについて、新井誠「ダンス」から『特定遊興飲食店』営業規制へ―風営法秩序のこれまでと今後の課題』陶久利彦編『性風俗と法秩序』（尚学社、二〇一七年）二八八頁以下参照。