

## タトゥー施術規制をめぐる憲法問題 (続)

——大阪高裁平成三〇年一月一四日判決を契機として——

新井 誠

はじめに

- 一 大阪高裁平成三〇年判決の概要
  - 二 タトゥー施術の「医行為」該当性——医師法一七条の解釈
  - 三 タトゥーと美容整形・アートメイクを区別する実践的意味
  - 四 継続的な職業秩序の下での資格制のあり方
  - 五 原判決の法解釈に基づく運用の合憲性審査
- まとめにかえて——今後の制度構想にとつての本判決の意義

### はじめに

医師免許がない者がタトゥー施術を行ったとして医師法一七条違反が問われた事件で、二〇一七年九月二七日に大阪地裁は、同施術者の有罪を宣告した（以下、大阪地裁平成二九年判決、または原判決<sup>①</sup>）。これについて被告人が控訴し、改めて無罪を主張していた控訴審で、二〇一八年一月一四日、大阪高裁は、原判決を破棄して被告人を無罪とする判決を言い渡した（以下、大阪高裁平成三〇年判決、または本判決<sup>②</sup>という。その後、検察側が上告）。

本稿筆者はかつて、大阪地裁平成二九年判決を検討し、同判決の論理展開と結論に対して問題を提起していた。<sup>③</sup>もつとも、同論稿の脱稿後、校正段階で本判決が示されたことから、筆者は、高裁判決に関する検討を追って行いたいと考えていた。このたび、それを実現すべく続編として検討にあたったのが本稿である。本稿では、本判決で示された論理を概観した後、本判決をめぐって考えた若干の私見を述べることとしたい。

## 一 大阪高裁平成三〇年判決の概要

被告人により控訴された本判決では、以下の理由により、控訴人（被告人）に対する原審の有罪判決を破棄して自判し、無罪の結論が示されている。ここでは、本判決と原判決との法解釈の違いが、大きな差となって表れている。

### （一）医師法一七条における「医業」の要件——二つの見方をめぐって

まずは、医師法一七条における「医業」の意義をめぐる原判決との違いである。このことについて本判決は、「<sup>④</sup>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」という要件が必要なのは当事者間で争いが無いとしても、「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、弁護士が主張するように、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）」とし、「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」とする。そして、「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」としており、単に「保健衛生上の危険性」のみを要件とする原判決との大きな違いが生じる。

（二）「医業」の解釈と処罰範囲の明確性

また、本判決は、「現代社会において、保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為は、医療及び保健指導に属する行為に限られるものではない」との前提理解から、保健衛生上の危害のみを要件とする解釈は、「一定の曖昧さを残していることは否定できない」として、「保健衛生上の危険性要件の他に、大きな枠組みとして医療関連性という要件も必要であるとする解釈の方が、処罰範囲の明確性に資する」とする。さらに、「保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為が、医療及び保健指導とは無関係な場面で行われる行為であるときは、必要に応じて、個別に刑法によって処罰し、場合によっては、異なる観点からの法的な規制を及ぼすことも考えられる」とし、医師法一七条における「医業」に該当しない場合の規制手法の多様性に言及する。

（三）タトゥー施術とそれ以外の類似施術との判別

一方で本判決は、美容整形外科やアートメイクの場合とタトゥー施術の場合との間において医行為該当性に関する異なる見解を示す。いわく、「美容整形外科手術等は、従来の学説がいう広義の医行為、すなわち、『医療目的の下に行われる行為で、その目的に副うと認められるもの』に含まれ、その上で、美容整形外科手術等に伴う保健衛生上の危険性の程度からすれば、狭義の医行為にも該当」し、「医業の内容である医行為について医療関連性の要件が必要であるとの解釈をとつても、美容整形外科手術等は、医行為に該当する」と示す。さらに、「アートメイクの概念は、必ずしも一様ではないが、美容目的やあざ・しみ・やけど等を目立ちづらくする目的で、色素を付着させた針で眉、アイライン、唇に色素を注入する施術が主要なものであり、その多くの事例は、上記の美容整形の概念に包摂し得るものと考えられ、アートメイクは、美容整形の範疇としての医行為という判断が可能であるというべきである」とし、「医療関連性が全く認められない入れ墨（タトゥー）の施術とアートメイクを同一に論じることができない」とする。

(四) タトゥー施術行為の「医行為」該当性

では本判決は、いかにして、(本件の) タトゥー施術が「医行為」に該当しないと述べているのか。これについては本判決は、「医師法一七条で禁止される医行為とは、医療及び保健指導に属する行為(医療関連性がある行為)、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の中で、医師が行うのであれば、言い換えれば、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解する」とし、「この解釈に基づき、本件行為(タトゥー施術)が医師法一七条で禁止される医行為に該当するかについて検討する」とする。

この点、本判決はまず、「本件行為に伴って…保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることは否定できず、これに応じて、本件行為の施術者には、施術によって生じるおそれがある感染症やアレルギー反応等、血液や体液の管理、衛生管理等を中心とする一定の医学的知識及び技能が必要とされることも事実であるから、本件行為は保健衛生上の危険性要件を満たす」とする。他方で本判決は、「本件行為は、そもそも医行為における医療関連性の要件を欠いている」とし、その説明において入れ墨をめぐる日本や世界における位置づけに関して言及する。いわく、

「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、一八四〇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つて、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。そのような中で、入れ墨（タトゥー）を自己の身体に施すことを希望する人々の需要に応えるものとして、タトゥー施術業がそれ相応に存在している」。

「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つて、それが医療を目的とする行為ではない」し、「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」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」。

といった具合である。

そして、本判決は、「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」とし、「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」とする。その結果、「入れ墨（タトゥー）の施術は、医療及び保健指導に属する行為とは到底いえず、医療関連性は認められない」として、「本件行為は、医師法一七条が禁止する医業の内容である医行為に該当しない」とする。

（五） 職業選択の自由の制約可能性——原判決の解釈をめぐる問題点の提示

本件では、憲法上の権利としての職業選択の自由の制約可能性にも言及する。この点で本判決は、「タトゥー施術

業は、反社会的職業ではなく、正当な職業活動であつて、憲法上、職業選択の自由の保障を受けるものと解されるから、タトゥー施術業を営むために医師免許を取得しなければならぬということ、職業選択の自由を制約する」(原判決もこれを前提に判断)と示す。これを受けて本判決は、職業選択の自由の違憲審査基準として、最高裁昭和五〇年(薬事法違憲)大法廷判決(以下、薬事法違憲判決という<sup>5)</sup>)を参照した原判決の「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つ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。」との説示を正当であるとする。

以上の基準の下で本判決は、医師法一七条の解釈として、「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」との理解を正当とする。その点、そもそも原判決の場合とは異なるが、そうした目的を達成するための規制の手段の正当性の評価に進み、本判決は、「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)の彫り師にとつては禁止的ともいえる制約になることは明らか」であるとし、「我が国でも、彫り師に対して一定の教育・研修を行い、場合によつ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」として、より制限的でない他の手段の設定を求めた。そして、「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ふべきであ

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締めくくっている。

## 二 タトゥー施術の「医行為」 該当性——医師法一七条の解釈

本判決が原判決との間で大きな違いを見せ、本判決の帰趨を決定づけるように見えるのが、医師免許がなければ実施できないと理解される「医行為」（医師法一七条）をめぐる理解の部分である。

控訴人（被告人）側は、「医行為」の理解として、①「医療及び保健指導に属する行為」（あるいは「疾病の治療、予防を目的」とする行為や「医療関連性」といった要件とともに）、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」という要件を示した。そして、①、②の両者をも満たす解釈を採用して本件問題に臨む。これについて原判決は、②の要件のみを医行為の定義として考えていることから、タトゥー施術は、ここにいう「医行為」に該当するとしていた。これに対して本判決は、②に加えて、①もその要件であるとし、本件タトゥー施術は、①を満たしていないことから「医行為」からは除外されると判示している。本判決によれば、こうした理解は大審院以来の判例にも沿っているとした点も興味深い<sup>6)</sup>。もつとも、医行為の要件として、①、②両方を要請するのか、あるいは、②のみとするのかといった解釈論の展開をめぐっては、さまざまな見解がすでに多く示されており、本稿では深く分析しない。それに代わって注目したいのは、法の適用の場面に關する次の二点である。

第一に、本判決が、本件タトゥー施術につき、「本件行為は保健衛生上の危険性を満たす」とし、②の行為にあたる可能性を否定していない点である。すなわち、本判決の説示は、保健衛生上の危険性があるような場合、医師免許保有者以外による「保健衛生上の危険性」の生じる行為となる可能性を残しているのだが、この点の意義につい

ては、本稿の後半でもう少し踏み込んで考えたい。

第二に、美容整形やアートメイクには医療関連性があるとして医師法による統制対象に含みながら、タトゥー施術にはそれがないとする点である。この点についてはここで若干コメントするが、端的にこのロジックは、必ずしも説得力が十分ではないように感じられる。本判決は、美容整形とそれに含有されるとするアートメイクの場合、「健康的ないし身体的な美しさに憧れ、美しくありたいという願いとか醜さに対する憂いといった、人々の情緒的な劣等感や不満を解消することも消極的な医療の目的として認められる」と判示する。しかし、その観点から美容整形やアートメイクの医療関連性を認めたとすると、ファクションとしての美容整形を求める場合とタトゥー施術を求める場合との差は見えなくなるか。これにより、本判決とは別の何等かの訴訟の中で、美容整形やアートメイクの施術利用者、「情緒的な劣等感や不安を解消する」目的とは別の理由でそれらを利用しているといった主張をした場合、当事者は、医療関連性がないので美容整形やアートメイクには医師免許が不要であると主張することになる。それらの施術の主観的目的が議論の対象となった場合に、今後、裁判所はどのような態度を採るべきか、という懸念が残る。

### 三 タトゥーと美容整形・アートメイクを区別する実践的意味

タトゥーと美容整形・アートメイクをそのようなロジックで区別することについては、美容整形やアートメイクの施術者によっては納得されない可能性があることを否めず、これにより前者（タトゥー施術者）と後二者との間での業者間の関係性の分断が起きることが考えられなくもない。とはいえ、そうした危惧をおいたとしても、本判決が、同ロジックを用いて判断したことを肯定できる要素は全くないのかといえは、そうでもない。



その根拠となるのは、第一に、このロジックを用いて本件で直接救済しようとしているのが、タトゥー施術に関する医師法違反だけであるにすぎない（美容整形やアートメイクが直接の救済対象になっていない）という視点である。すなわち、仮に美容整形やアートメイクが直接の問題となった場合には、裁判所が、本件タトゥー裁判の場合と同じ判断枠組みを用いず、それらに固有の救済手法（論証）を考える可能性があることが閉じられていないということである。このように、ある一つの事例問題に固有の結論を導くために類似の論理展開を見せたと考えられるのが、ダンス営業規制が問題となった大阪高裁平成二七年判決<sup>9)</sup>である。同判決では、客に酒を提供するなどしながらDJが曲をかけるなどして客に踊らせる場を提供する、いわゆる「クラブ」について、風営法の許可営業対象（三号営業としての「ダンス飲食店業」となるか否かを検証するにあたり、許可が必要な風営法の三号営業とは、「男女が組になり、かつ、身体を接触して踊るのが通常の形態とされているダンスを指し、風営法が三号営業として規制する営業は、設備を設け、このようなダンスを客にさせ、かつ、客に飲食をさせる営業」であると示し、当該事件におけるクラブ経営者に関する風営法無許可営業に関して無罪判断をしている。

この定義を用いた場合にはペアダンスをさせる業種は判決のロジックから規制対象となってしまう可能性がある。そこで、見方によってはペアダンスをさせる営業形態とそれをさせない営業形態との間で分断が生じることになる。もともと同事件では、その事例において固有に問題となっている現代的意味のクラブという業態につき、風営法による一律の許可規制をしてよいのだろうかという疑問を出発点とする判断が求められていた。そこで同判決は、目の前に示された特定の事例（本件被告人の経営するクラブに関する問題）を解決するだけのために、このロジックを展開したにすぎないと読むことができる。おそらく同判決は、本気でペアダンス営業の無許可営業を一般的に取り締まることを目的としていなかったのではないか。

美容整形については整形外科を中心とする医師による実施が実際に行われていることから考えた場合、美容整形に医師免許を必要か否かの判断をめぐっては必要と判断されるのかもしれない。他方で、アートメイクは、それほどまでの危険性がなく、医師による実施対象では一般的にはなかったという事情を踏まえたとなると、アートメイクが固有に問題となる事例では、その施術者を守るロジックが、美容整形とは切り離されて展開される可能性も十分考えられるのではないか。

#### 四 継続的な職業秩序の下での資格制のあり方

本判決のようなロジックが採用される第二の理由としては、結局、上記に見た「医行為」の理解をめぐる①、②の要件が満たされるのか否かという問題よりも、ある種の専門職に関して、長年にわたって形成されてきた職業秩序との間での、現実的なフィット感が実質的にあったかどうかという視点が重視されたからではないかと考えられる。すなわちタトゥー施術者は、医師でなくてもよいはずだという常識的議論の支えがあったということである。<sup>11)</sup>

職業をめぐっては、一般的に、各職業における技能等の必要性にあわせて一定の(公的あるいは私的)ライセンスが形成されてきたはずである。医療等に関することだけでも、医師の他、歯科医師、看護婦、助産婦といったふうな段階的資格制度が形成されている。この他、たとえば教員免許制などは、小中高校における教員に就く資格として機能する一方で、私塾で小中高校生を教える者にも教員免許を必要とするといった議論は現在、あまり議論が起きていない。では仮に、教育実践行為については教員免許を取った教師のみが実施し得るとされ、私塾で教える者も教員免許を必要とする解釈がなされた場合、こうした解釈は、学校教育法上の教育とその他の教育との間での教員職を

ぐる(長年継続されてきた)社会秩序に対する新たなハザードとなつて機能する可能性がある。その場合、私塾の教員が、教員免許がなくても私塾で教育することの実害をめぐる議論はそれほど生じないように感じられるし、また、当事者の双方もそれを主要な理由とする対立を見せないように思われる。ここでは単に、伝統的には教員免許を不要としてきた私塾の教員に対して新たに資格を要求すること自体(あるいは解釈)への反発が出てくる事態が起きることが考えられよう。

本件のタトゥー施術者に対する医師免許の要求は、身体への侵襲があることへの対応という課題があるとしても、従来の運用では、必ずしも要請されてこなかった資格が突如として要求されたことに端を発している問題である。しかも、上記の教員資格の例とは異なるか、あるいはそれ以上に、医師がタトゥー施術を行うこと自体、従来の職業秩序の中では皆無であつたはずである。また、医師免許の取得は、かなり難易度の高い資格と認識されているのが実情であるなかで、医師がタトゥー施術を担うとする法運用が実施された場合、おそらくタトゥー施術自体が、実質的に行われなくなる事態が発生することが容易に想像できる。

各職業が実質的に禁止されることのないよう、一般的に国は、一定の資格を要すると考えられる職業に関して、各職業における適正資格が設定されるよう努力を試みる。あるいは、歴史的に形成されてきた制度に不備がない場合、法令による規制手法を取らないまでも、その歴史的な秩序を尊重して職業の円滑な実施を踏はずである。たとえば、ふぐの調理師免許は、一定の職業上の資格が必要だというコンセンサスはあるながらも、国法レベルの統一規制があるわけではなく、歴史的に各都道府県が定めるきまりに基づいた運用がされている<sup>12)</sup>。また、衛生面や具体的危険面に見合った制度設計として理容業のような免許制度が設定される。しかし、タトゥー施術については長年、それ自体の免許制度等が国家レベルでも、地方レベルでも、議論、形成されてこなかったのが実情である。そうした国の制度

設計に関する「不作為」状況のなかで、一定の身体的危害を発生させる行為であると考えられるアートメイクを医行為対象とするにあたり、類似すると安易に考えられたタトゥーが巻き込まれるに至ったのだといえよう。

そのような状況下では本来、国や地方レベルにおいて、タトゥー施術に関する新たな資格制度等が設けられてよいはずである。しかし、とりわけタトゥーをめぐるのは、現在でも日本では、それが反社会的勢力のアイコンとしての機能を持たされた状況にあり、実際に公衆浴場等で「タトゥー（入れ墨）お断り」の表示などが見られ、タトゥー自体への偏見が残っている。そうなると、そうしたタトゥー施術に関する制度設計を国家が積極的に後押しすることが躊躇される状況にあることが推察できる。これに加えて、タトゥーやアートメイクの施術者は必ずしも大きな職業集団を持つわけではなく、仮に各職能団体が存在したとしても国等に対するロビイストとしての機能を十分に果たすわけでもないことから、新たな資格制度の設計に困難が伴う状況になっていると考えられる。そうしたなかで裁判所が、タトゥー施術に固有の法制度の不在の状態をいかなる視線から評価するのが問題となってくるのが本件である。

原判決は、タトゥー施術に固有の法制度の不在の状態につき、タトゥー施術が社会的に承認されるべきひとつの職業としての位置づけを与えようとする意識は低く、その法制度の「不存在」という「不正義」状態に関して、その職業としての固有性を軽視した判断をしたように思える。他方で本判決は、身体的危害を与える可能性のある職業があまた存在するなかで、「医療関連性」という要件をひとつの切り口とし、タトゥー施術者に関するこれまでの職業秩序のなかの位置づけを確認しながら、現代の職業秩序におけるタトゥー施術者の職業としての継続的承認を求める。そこで、具体的な身体侵襲が生じる可能性のある施術であっても、医療関連性がなく、かつ、より制限的でない制度設計が可能であるならば、それを積極的に制度化しうることを求めることを通じて、現段階における固有の資格制度の「不存在」という「不正義」状態に関して、厳しい判断をしたと考えられる。

## 五 原判決の法解釈に基づく運用の合憲性審査

上記のように本判決は、タトゥー施術が、「医行為」には該当しないという解釈を示し、医師法違反からの無罪を引き出している。そこで、その解釈によるならば、そもそも医師法自体の憲法上の制限を語る必要はない。しかし、原判決のように医師法が仮にタトゥー施術が医師法に抵触するという理解を採用する場合、同解釈に基づいた医師法適用が、憲法に保障する職業選択の自由に違反しないかどうかが問題となる。本来、判決の主文を導くためには必要ではない説示である可能性があるが、本判決はそのことをあえて示している。

この判示の部分で本判決は、原判決と同様、本件規制が職業選択の自由を制約することともに、最高裁薬事法違憲判決で示された免許制に関する消極的、警察的措施に係る違憲審査基準を踏襲し、その枠組みを正当とみる。この辺りは特にそれ以上の詳細な考察がされていないことから、深い意味でその枠組みを選択しているともいえなそうである。それに続き本判決では、原判決が示した「医師法一七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」という「医療関連性」要件を不要とする解釈論にしたがって、本件における具体的適用の審査を行うものの、ここでは目的自体の正当化についてあえて論証していない。それは、本判決は、すでに法目的の捉え方が原判決とは違うことを示しており、原判決による目的自体の正当化に疑義を持っていることは事前に十分述べているからであろう。また、本判決の目的理解に立てばもちろん、原判決の目的理解に立った場合にも、手段に合理性がないことを特に積極的に述べるためだと推察される。

そこで本判決は、医師免許という資格が職業選択に関する相当程度の厳しい制限であり、この資格をタトゥー施術

者に要請することになれば、それは実質的な「禁止的」制約になるとする。この点は、従来の医師がタトゥー施術を行っているとはいえない現状に鑑みると、タトゥー施術者との関係をふまえた事実認識として至極当然の判断であったといえる。他方、原判決の考える法目的に関連する「保健衛生上危害を生じるおそれのある行為」か否かということについては、その「おそれ」を否定しないまでも、諸外国の例などを挙げて、より制限的でない規制手法によって目的が達成できるとしている。こうした理解もまた、タトゥー施術に関する危害の実際を見た場合、一般的に妥当な理解だと考えられる。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れなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為」とし、「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、保健衛生上の危害の防止という「目的を十分に達成できない」としながら、その達成できないとする具体的実例を示していない原判決と比較して検討すると、本判決の考えるロジックのほうが、より詳細かつ慎重な場合分けをしたと評価できる。

### まとめにかえて——今後の制度構想にとつての本判決の意義

他方で重要なことは、前述のように本判決が、タトゥー施術につき一貫して、危険が生じないとしているわけではない点である。また、本判決は、あくまで「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」とする点も注目したい。さらに、「当裁判所のように、タトゥー施術業に医師法一七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」が、「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。」と示すように、裁判所は、保健衛生上の危害のおそれを防ぐためには、医師の関与や医療関連性とは別の、いくつかの法的ないしは業界規制の制度化に新たな期待を抱いている点が注目される。

このような判断手法を肯定すると、一時的には規制のない状況を生み出すことになり、これに対する批判が生じる可能性はある。そこで、裁判所が、一定の危害が生じるおそれがあることを承知する手前、「無制約状態」を法的に招くことを忌避しようとする考え方を採用した場合に、原判決のような判断を選択する可能性は残されているのかもされない。それに付随して裁判所が、従来の制度や法運用に関する見直しが必要だといった傍論を示すことも大いに考えられる。しかし、そうした現状維持的な判断を続けた場合、本件のごとき事例ではおおよそ解決の道筋が見えなく事態も生じる。本件の場合、タトゥー自体への反社会的ステイグマが押されたままで、タトゥー施術を積極的に認容する考え方が多数派になることはほぼ考えられず、立法等による新制度の設置もなく、さらに訴訟でも救済を得ることが難しい状況が続く可能性がある（仮に、本来的には法的な制度設計が求められるにもかかわらず、それを行わなかったために制度の不存在が違憲であるといった「立法不作為」の違憲、違法を訴訟で確保するには、時間の経過などを含めて、相当程度の国の懈怠が認定されなければならないことは、従来の立法不作為違憲・違法訴訟を見るとよい）。そうになると、本判決のように裁判所が、法解釈等に基づく規制の過剰包摂を批判しながら、新たな制度設計が必要であると明言することの意義が見出されてよい。

では、一定期間の「無制約」状態を裁判所の判決自体が「承認」する事態はこれまでなかったのか。これについてはそうでもない。たとえば、上述のダンス営業規制をめぐる一連の経過は興味深い。ダンス営業規制をめぐることは、上記の大阪高裁平成二七年判決が、事件当事者に関する風営法の適用はできないとして無罪とした。これに対して検

察側が上告したものの、二〇一六年六月七日に最高裁は上告棄却決定をし、当時者の無罪が確定した。<sup>13)</sup>これにより、風営法の(旧)三号営業に該当しないとされた店舗は、その規制から外れたことになる。他方で、同事件をひとつの契機として、訴訟と同時並行的に風営法改正運動が盛り上がり、不十分ではあるが、従来の法規制とは異なる立法解決がなされている。

ここで注目したいのは、最高裁の上告棄却決定の時期である。それは改正風営法の施行日である二〇一六年六月二三日の約二週間前である(最高裁の上告棄却決定は、高裁判決から一年四カ月以上も経過しているにも関わらずである)。仮に最高裁の棄却決定が、同改正法施行にあわせて遅らせて示されたのであれば、それ自体の妥当性が分析の対象となる。しかし、そのことはおいたとして、立法や行政による新たな解決が目指されていたなかで、最高裁が、その成り行きを見守りながら一定の立法上の結論が示されたことをもって、現状の社会には合わない法適用につき、高裁判決の結論の追認を理由に受け入れないことにしたと仮定する。そのことは、法規制をめぐる立法院と司法院との関係について動態的な視点から観察した場合、法の制定者と裁定者とは、それぞれの動きを見ながら法規制の新たな緩和を目指したという点から、一定の評価をできる点もあるのではないか。タトゥー施術をめぐる本判決についても、裁判所による今後のそうした展開の期待という意図が読めるのではないか。裁判所は、規制の具体的手法を立法・行政府へ投げかけるにあたり、医師免許という過剰な手法ではない一定の制度の早急な形成を要請しているわけである。こうした対話による「法」の実現は、法秩序形式をめぐる一種のダイナミズムだと捉えることもできる。これらを踏まえて考えると、本判決は、十分な理由もなく形式的な法の追認をしようとした原判決の手法に比べて注目できる「画期的判決」<sup>14)</sup>であったと改めて評価することができよう。



【付記】本稿筆者は、鳥谷部茂先生には、とりわけ大学外で現在でも大変お世話になっていることから、民法研究者ではないものの、この度、拙稿を先生のご退職記念号に献呈させていただいた。

(1) 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。地裁評釈として、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一二〇頁、高田倫子・新・判例解説W a t c h 二三号一九頁、城下裕二・同一七五頁。その他、関連する論説として、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」立教法学九七号二八五頁、三重野雄太郎「タトゥーを彫る行為の『医行為』該当性」鳥羽商船高専紀要四〇号九頁、小山剛「職業と資格―彫師に医師免許は必要か」判例時報二二六〇号一四一頁、曾我部真裕「医師法一七条による医業独占規制と憲法」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』(成文堂)七四九頁など(以上すべて二〇一八年刊)。

(2) 大阪高判平成三〇年一月一日判例時報三三九九号八八頁。高裁評釈として、笹田栄司・法学教室四六二号一五二頁、堀口悟郎・法学セミナー七七一号二二八頁、榎透・新・判例解説W a t c h 二四号三七頁、佐藤雄一郎・季刊刑事弁護九九号九三頁、松宮孝明・同八七頁、天田悠・刑事法ジャーナル六〇号一七六頁、前田雅英・捜査研究六八巻八号一六頁、浅田和茂・新・判例解説W a t c h (T K C R o l l a i b l a r i e r ・ 刑 法 N o . 1 4 4 ) ( w e b 版 : 二 〇 一 九 年 二 月 二 三 日 掲 載 ) 。 そ の 他 、 弁 護 団 の 弁 護 士 に よ る 解 説 と し て 、 城 水 信 成「タトゥー施術は『医行為』ではない」季刊刑事弁護九九号八一頁など(以上すべて二〇一九年刊)。

(3) 新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題―大阪地裁平成二九年九月二七日判決を契機として―」広島法学四二巻三号(二〇一八年)二二頁。

(4) 本判決の記述については「(カッコ)」で引用するが、該当箇所引用標記を個別に行うことは控える。

(5) 最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁。

(6) もっとも、この点について「保健衛生上の危険性に加えて、医療関連性をも医行為の要件とする本判決の立場は、現在確立している最高裁判例と整合しない疑いがある」(天田・前掲註(2)一八二頁)との評価もある。

(7) 前掲註(1)・(2)における各論説・評釈のほとんどが、そのことについて一定の分析をしていると考えられる。

(8) この点、私の懸念と同様であるものの、逆の問題を指摘しているのが、前掲註(2)の松宮や天田による各論稿である。松宮・前

掲註(2) 九一頁は、「タトゥー施術もまた、それを受ける人々の中に『情緒的な劣等感や不満を解消すること』を目的として認められる」ことになりはしないかという懸念」を示す。また、天田・前掲註(2) 一八一頁は、そうした結果、「本判決は、その意図に反して、美容整形だけでなくタトゥーにも『医療』性を認めることになりはしないか」とする。

(9) 大阪高判平成二七年一月二二日判例集未登載。筆者自身による評釈として、新井誠・広島法学三九卷一号(二〇一五年) 六七頁。

(10) 小山・前掲註(1) 一四五頁は、「医師法のはるか以前より営まれてきた彫師の職業に対して医師免許を要求するのは、唐突な印象を禁じ得ない」としている。

(11) 松宮・前掲註(2) 九二頁は、「医療関連性」の正体は、社会において『医師の仕事』と受け止められているということなのである」としている。そして、そこで重視されているのが、「医師の業務と他の、一定の保健衛生上の危険を伴う業務との『歴史的に形成されてきた社会秩序』の中での棲み分けの尊重という発想」であると述べている。

(12) この点、ふく調理師界では、全国統一の同調理師免許の実現を求める声があるなかで、その法制化は実現していない状況である。もっとも、二〇一九年一〇月三二日には、厚生労働省医薬・生活衛生局食品監視安全課が、「ふく処理者の認定基準について」(生食発一〇三二第六号)を發出し、各都道府県知事等に通知された。これにつき、一般社団法人全日本ふく協会HP (<http://www.zenturen.jp/>) 二〇一九年十二月二二日閲覧) 参照。

(13) 最決平成二八年六月七日判例集未登載。

(14) そこでの風営法の改正が不十分であったという筆者自身の認識については、新井誠「ダンス飲食営業をめぐる改正風営法の意義・問題点・課題・憲法学の見地から」東北学院法学七六号(二〇一五年) 一七三頁参照。

(15) 新井・前掲註(3) 三七頁。なお、浅田・前掲註(2) 四頁では、新井の同「画期的判決」という評価の対極に、天田・前掲註(2) 一八二頁に書かれている「現在確立している最高裁判例と整合しない疑いがある」との評価が挙げられている。もっとも、私(新井)自身は、「医療関連性」をめぐる問題の軸をめぐって「画期的」だとの評価をするわけではないことを示しておきたい。