

摂南法学第 56 号抜刷

August 2019.

## 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 —

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<sup>1</sup>を素材に —

小野 晃正

- 一 はじめに
- 二 裁判例および衛生実務の概観
- 三 無免許医業構成要件の構造
- 四 おわりに

### — はじめに

古今東西老若男女を問わず、人は容姿を美しくするという美容に余念がない。たとえば、鋭利な器具を用いて、人体に穴を開け人工物を装着し、あるいは、皮膚真皮層を染色することで身体を装飾することが古来行われている。わが国とて例外ではない<sup>2</sup>。現代でも、装身具（ピアス）、刺青（刺文、入れ墨、タトゥー）、「消えない化粧」（アートメイク）<sup>3</sup>、および、植毛等の施術として

<sup>1</sup> なお、本件は令和元年5月時点で大阪高検が判決内容に不服があるとして上告中である。

<sup>2</sup> わが国における身体装飾の歩みは中国の正史に垣間見ることができる。3世紀末、わが国は事実上の先史時代であるが、中華帝国の晋朝（西晋）で編纂された正史（陳寿『三国志』「魏書」東夷伝倭人条）には、倭人の風俗に関する一節で「男子無大小皆黥面文身」という一節がある。すなわち、倭人男性は顔面を含む身体全体に刺青を施していたことがうかがわれる。この記述を信じる限り、刺青の施術はわが国において1800年弱の歴史を有するといっていよいであろう。なお、刺青の施術それ自体は、戦前において旧刑法典（明治13年太政官布告36号）第四編違警罪428条9号を経た警察犯処罰令（明治41年内務省令16号）において身体刺文犯と呼ばれ、自然犯の一つとして刑事規制を受けた時期がある。これに関しては「三 無免許医業構成要件の構造」の箇所でも後述する。

<sup>3</sup> 「消えない化粧」（アートメイク）とは、アザ、ホクロおよびシミを目立ちにくくするため、あるいは、眉、目および唇の縁取りを明瞭にするため、皮膚に針を刺して施術部位に染料を注入することで、あたかも化粧をしたようにみせる美容術である。その手法は事前事後のケアを含めて、染料を浸透させる深さを除き、刺青と変わるところがない。

存続している<sup>4</sup>。この種の施術は、衛生職という観念が確立する以前の太古から行われていたこともあり、公衆衛生（＝保健衛生）の知見を有しない者により半ば黙認的に行われてきた社会的実態がある。

もっとも、装飾目的であれ、身体への侵襲を伴う行為は鋭利な器具を用いて皮膚組織を傷つける以上、必然的に出血を伴う。かような皮膚に傷を伴わせる身体への侵襲は、その関与者が病原体の保菌者であった場合、これらの者を通じて公衆の健康を脅かしかねない。また、こうした施術の実施施設を適切に管理しなければ感染症の温床となりうる懸念も生じる。

かような現状にあって、非医師による刺青の施術が医師法における無免許医業罪（医師法31条1項1号、同17条）の罪責を負うか、をめぐり争われたのが大阪地判平成29年9月29日である<sup>5</sup>。同地裁はこれを有罪とする一方、続く控訴審の大阪高判平成30年11月14日<sup>6</sup>では無罪と判断が分かれた。このように原審と控訴審で異なる判断がなされる背景には、医師法が「医師でなければ、医業をなしてはならない」（法17条）と定め、同条違反を無免許医業罪（法31条1項1号）として禁圧するも、その中核たる「医業」（同17条）、すなわち、業として行われる「医行為」の意義が解釈に任されている事情がある<sup>7</sup>。

この医師法17条めぐっては、「医行為」の意義につき伝統的な解釈として広狭二義がある。広義のそれは、マッサージ、鍼および灸等を含めた医療目的でなされる一切の行為で医師以外の医療職による行為も含まれる。支配的見解によれば、狭義の医行為は広義の医行為のうち、医師が行うのでなければ公衆衛生上危害を生ずるおそれのある行為とされる<sup>8</sup>。本稿が対象とする行為は身体に対する出血を伴う侵襲であるため、医師が業務独占する狭義の医行為に当たるかがしばしば問題となる。

もっとも、現代社会における医療機器の向上、さらには人体構造学や消毒

<sup>4</sup> このほか、現代では美容目的でレーザー照射による永久脱毛、針により毛髪を頭皮に刺し入れる植毛、皺やシミを除去するため酸をはじめとする化学薬品を皮膚に塗布することで皮膚表皮を剥離するケミカルピーリングも美容術として行われている。

<sup>5</sup> 判タ1451号247頁。

<sup>6</sup> 判時2399号88頁。

<sup>7</sup> 医業の内容は、医学の日進月歩により変化を生じるため、その定義規定を置くこと自体が困難かつ妥当でないためである。平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編・注解特別刑法5 医事・薬事編Ⅰ「医師法」（昭58）37頁 [小松進]。

<sup>8</sup> 平野ほか編・前掲注解特別刑法5 医事・薬事編Ⅰ「医師法」37頁 [小松]。

学などの公衆衛生の知見を有する資格職（保健師、助産師、看護師、薬剤師および理美容師など）が増加した結果、「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」の範囲は流動化しつつあり、「医業」概念は絶対化から相対化への方向にあることも見逃せない<sup>9</sup>。

そこで本稿は、非医師により業として行われてきた身体を装飾するための侵襲行為が、医師法上の無免許医業罪に当たるかについて検討する。なお、検討にあたっては、先行事例や衛生行政における実務状況を概観したのち、無免許医業構成要件の構造について考察することにした。

## 二 裁判例および衛生実務の概観

### （１）裁判例の動向

1 前述した大阪地判平成 29 年 9 月 29 日判タ 1451 号 247 頁の概要は次のとおりである。医師免許を持たない刺青の彫り師である被告人 X は、大阪府内でタトゥー施術店を構え、業として刺青の施術を行っていた。X は、平成 26 年 7 月 6 日頃から平成 27 年 3 月 8 日頃までの間 4 回にわたり、3 名の客に対し針を取り付けた施術用具（タトゥーマシン）を用いて、皮膚に色素を注入する施術を行った。X は医師ではないのに、本件行為で「医行為」を行ったとして医師法 17 条違反の罪（法 31 条 1 項 1 号）で起訴された。

大阪地裁は、医師法 17 条の「医業（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とし、伝統的な見解によった。そのうえで、本件行為は①「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。さらに、同行為は②「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、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」とした。したがって、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であることは明らかである」と述べて有罪とした。

<sup>9</sup> 米村滋人・医事法講義（平 28）41 頁以下。

上記大阪地裁の判断は、刺青の施術に必然的に伴う出血を重視した上で、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、当該血液および体液の管理を公衆衛生上の知見をふまえて確実に行わなければ、感染症が施術者を介して第三者にも罹患するという点に、公衆衛生（保健衛生）上の危険を見いだしているといえよう。

2 この原審に対して、被告人側は、医師法17条により禁止される無免許医業は、医師の責務である「医療及び保健指導」をも侵す行為であるとして控訴した事案が、大阪高判平成30年11月14日判時2399号88頁である。

大阪高裁は、刺青（入れ墨）施術行為は、医師法17条の「医業」の内容たる医行為に該当せずとして、同法の無免許医業罪の成立を認めた一審判決を破棄し無罪とした。その理由は以下の通りである。

大阪高裁は、医行為の要件として次の2点を挙げる。医師法17条における医業、すなわち、医行為とは、①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」があること（「保健衛生上の危険性」要件）、という伝統的な理解に立脚した。しかしながら、前述の大阪地裁と異なるのは②「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」行為であること（「医療関連性」要件）という要件を付加したことである。この要件②を付け加えた論拠として大阪高裁は次の2点を挙げる。すなわち、医師法17条の医行為を「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」という要件のみで判断すると、必要とされる医学的知識及び技能並びに保健衛生上の危害についての捉え方如何で判断が分かれるため、さらなる文言の限定が必要である。そうであるとすれば、「保健衛生上の危険性」要件に加えて、「医療関連性」要件を設けて処罰範囲を限定する必要があるという。

その上で、大阪高裁は、本件における非医師による刺青施術を医行為における「医療関連性」の要件を欠くとして、その医行為性を否定した。本件行為が「医療関連性」を欠く理由としては、(i) 刺青施術業は医師とは全く独立して存在し、社会通念上、医師によって行われるのは常識的にも考え難いこと、(ii) 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ではないこと、(iii) したがって、医師免許を取得した者が、刺青の施術に内在する美的要素をも修養し業として行うことは、現実的に想定し難いし、医師にこのような行為を業務独

占させることが相当とも考えられないことを挙げている。

3 刺青のほか、非医師による装飾目的の身体侵襲が無免許医業罪に問われた事案としては、刺青とその施術法を同じくする「消えない化粧品」(アートメイク)の事例がある。

東京地判平成 2 年 3 月 9 日判時 1370 号 159 頁によれば、本件の概要は次の通りである。被告人は、医師の免許を有せずに昭和 63 年 4 月ころから平成元年 4 月ころまでの間、東京都港区所在の店内もしくは東京都渋谷区所在の店内において、前後 12 回にわたり、顧客 9 名に対し、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ン注射液を施術部位に塗布したり、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をした。

東京地裁は、医学的知識が十分でない者が「消えない化粧品」(アートメイク)を施す際、針で皮膚を刺すことで①「皮膚組織に損傷を与えて出血させるだけでなく、医学的知識が十分でない者がする場合には、化膿菌、ウイルス等に感染して肝炎等の疾病に罹患する危険がある」。また、②「色素を皮膚内に注入することによっても、色素自体の成分を原因物質とするアレルギーなどの危険があるとともに、色素内に存在する嫌気性細菌等に感染する危険があることが認められる」。さらには、③「多数回皮膚に連続的刺激を与えて傷つけることによりその真皮内に類上皮肉芽腫という病変を生ずることも指摘されていることが認められる」。そうである以上「本件行為が医師ではない者がすることによって、人体に対して右のような具体的危険を及ぼすことは明らかである」として無免許医業罪の成立を認めた。

本件も先に触れた大阪地裁の判断と同様に、非医師による当該施術に対する公衆衛生上の危険性を重視するものといえよう。

4 さらに、刺青やアートメイクと同様に、皮膚に針を刺して施術する植毛についての裁判例も参照しよう。本件は東京地判平成 9 年 9 月 17 日判タ 983 号 286 頁の事案で、非医師による植毛行為が医師法の無免許医業罪にあたるか、について判断を示したものである。

東京地裁は、傍論ではあるが、植毛治療を受けるために来院した者に対して、植毛針の先に人工毛や人毛をつけ、植毛針を頭皮の帽状腱膜に突き刺し、出血した血を脱脂綿等で拭き取りつつ植毛を行い、植毛終了後には、痛み止め、化膿止めの薬および胃薬を投薬し、傷口に排膿や化膿止めの薬の塗布などした一連の植毛治療は、全体として医行為に当たるものと解される、とし

た。その上で、非医師が行う植毛施術は、医師法 17 条に違反するとしている。

この事案では、被施術者が肝炎をはじめとする感染症に罹患していた場合、施術担当者らに肝炎等が感染する危険性があるなどの理由から、施術前に採血検査を行っている。こうした状況からも、病気治療目的ではないにせよ、出血を伴う施術は感染症をはじめとする公衆衛生上の危険があると現場で予見されていたことがわかる。

5 以上に見たように、裁判例の動向は、大阪高裁の判断を含めて、非医師による身体の装飾を目的とする出血を伴う侵襲行為の無免許医業性を判断するにあたり、公衆衛生上の危険が判断基準として採用されていると指摘できる。しかしながら、前述した大阪高裁の判断は、こうした危険性に加えて、問責行為が医療及び保健指導という医療関連性があるかも加味して判断すべきであるとしている点で注目される。

なるほど、無免許医業罪は医師法の罰条である以上、医師の定義(法1条)に含まれる医療関連性を加味することで、医行為の範囲をさらに限界付けようとする試みは理解でき、妥当であろう。しかしながら、大阪高裁の判断は、非医師による刺青施術行為そのものを積極的に検討したといえるかは疑問である。同高裁は、刺青そのものや施術業者の社会的受容度や風俗性を重視し、医師により執り行われるのは「常識的でない」、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ではない」、および、医師にこのような行為を「業務独占させることが相当とも考えられない」などといった周辺事情を消極的に検討したにすぎず、非医師による刺青施術を正面から検討した様子が見えがわれない。その限りにおいて、行為そのものよりも刺青の社会風俗性に重きをおいて刺青の医行為性を検討した大阪高裁の判断は、その異質性が際立っていると評価することができよう。

## (2) 衛生実務の動向

なお、非医師による人体に穴を開けて装着する装身具(ピアス)についての裁判例は確認できなかった。しかし、こうした施術は司法警察上無免許医業罪で検挙されている。たとえば、平成 18 年 10 月に警視庁が医師の資格が無いにも関わらず、顧客に対して舌や耳の軟骨にピアスを開けたとして無免許医業罪で 2 名の被疑者を逮捕している<sup>10</sup>。本件では、被施術者が施術した右

<sup>10</sup> 平成 18 年 11 月 1 日読売新聞東京朝刊 31 面。

耳部から出血が止まらなくなり救急車で病院に搬送されている。また、平成 20 年 11 月に大阪府警も、公衆衛生の知見を有しない者によるメスや鉗子<sup>11</sup>を使った顧客の耳、胸および舌にピアスなどの装飾品を着ける手術に対して無免許医業罪で 2 名を検挙している<sup>12</sup>。

こうした装身具（ピアス）の施術については、医師法の運用上、疑義が生じうる事項とされ、旧厚生省および厚生労働省から発せられる行政文書（行政解釈）<sup>13</sup>において、医業とされている。たとえば、非医師が耳朶に器具で穴を開け、イヤリングを装着する行為について、旧厚生省医務局が兵庫県衛生部長宛に発した文書<sup>14</sup>によれば、医師でない者が他人の耳に穴を開けてイヤリングを装着する行為は、医師法違反にあたとされている。

また、「永久脱毛」についても、旧厚生省医務局医事課長が警察庁保安部公害課長に回答した内容として、①直流を通电して、水酸化ナトリウムを発生させて毛根部を破壊する（電気分解法）や②高周波電流を通电して抵抗熱により毛根部を破壊する（高周波法）を用い、あるいは、毛のうに対して針を挿入し通电して毛乳頭部を破壊する方法で永久脱毛する行為は、医業に該当するとしている<sup>15</sup>。さらに、先に裁判例で見たアートメイクについては、平成元年 6 月 7 日医事第 35 号「医師法上の疑義について」において、顔面にあるシミ、ホクロおよびアザ部分の皮膚に肌色等の色素を注入する行為は医業にあたとしている。

もっともこうした行政解釈は、公衆衛生の知見を有しない者による装飾を目的とする身体侵襲行為が、なぜ無免許医業罪に該当しうるのかについて、

<sup>11</sup> ハサミのような形状で、手術の際に患部周辺を持ち上げるためにつかみ、または、牽引するために用いる器具。

<sup>12</sup> 平成 20 年 11 月 20 日読売新聞大阪夕刊 18 面。

<sup>13</sup> 一般的には通達、通知、内翰などを指すがそれ自体は法源ではない。しかし、事実上、疑義が生じうる医師法における条文解釈の指針となっており、市民に事実上の義務を課す影響力をもつことから司法における紛争においても参照されている。もっとも、佐伯教授は、罪刑法定主義の観点から、非処罰行為を法律であらかじめ明示し、国民の行動の自由を担保することがのぞましいとされる。佐伯仁志「『医業』の意義」医事法判例百選（平 18）5 頁。

<sup>14</sup> 「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。平野ほか編・前掲注解特別刑法 5 医事・薬事編 I 「医師法」41 頁【小松】。

<sup>15</sup> 「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 号各都道府県知事宛厚生省健康政策局医事課長通知。伊藤栄樹＝小野慶二＝莊子邦雄編・注釈特別刑法第 8 巻医事・薬事法・風俗営業法編（平 2）58 頁【河村博】。



必ずしもその根拠を明らかにしていないという難点がある。

### 三 無免許医業構成要件の構造

1 上述した司法判断および行政実務をみたくて、非医師による身体装飾を目的とする侵襲が無免許医業罪にあたるか、について以下考察しよう。

学説の中には、無免許医業行為について医師法違反を問う必要性はないとする見解もみられる。その趣旨は、非医師による当該行為で生理機能障害が生じた時点で、刑法典上の故意または過失の傷害罪に問擬すればよいということであろう<sup>16</sup>。しかし、医師法の無免許医業罪は特別刑法である。それを顧みずに一般刑法で対処すればよいという見解は、なぜ医師法違反の罪を検討しないのかについて何ら説明がない<sup>17</sup>。

したがって、そもそも医師法がなぜ存在し、無免許医業を処罰しているのかを明らかにしたうえで、無免許医業罪の保護法益および罪質を特定し、医業すなわち医行為の内容を特定していかなければならない。

2 医師法は、日本国憲法 25 条 2 項を背景に制定された衛生法規の一つである。すなわち、憲法 25 条 1 項において国民には健康で文化的な生活を営む権利が保障された。これを受けて同条 2 項は、国に対して、すべての生活部面について公衆衛生の向上及び増進を図る義務を課したのである。この憲法 25 条 2 項を具体化するため、国は医師法を含む様々な衛生法規を制定している<sup>18</sup>。こうして、医師法は社会公共の立場から国民の健康を保持ないし増進を図ることを目的とする衛生法規の一つであるといえる。ゆえに、医師法はいわば修正された人権である社会権を基盤とした法令である以上、その根幹である医師免許に基づく種々の規制については、規制の目的および目的を達成する手段が（厳格に判断した上で）合理的なものであるかぎり、たとえば刺青の施術が自由権の行使だとしても一定の制約を受ける余地はあ

<sup>16</sup> 平野ほか編・前掲注解特別刑法 5 医事・薬事編 I 「医師法」（昭和 58 年）44 頁 [小松] を参照されたい。

<sup>17</sup> なお、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 40 号（平 29）15 頁は、刺青の施術についてその医行為性を完全に否定したうえで、身体の安全という保護法益が侵害されたとき、すなわち、生理機能障害の発生まで待つて業務上過失傷害罪で処罰すれば足りるという。

<sup>18</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）・憲法（第 7 版・平 31）278 頁。

る<sup>19</sup>。

かような衛生法規としての医師法を前提に、無免許医業罪を解釈すれば、その保護法益は社会的法益に分類される。たとえば、医師でない者が出血を誘発する施術を行うことで、その関与者が病原体の保菌者である場合に予見される感染症発生から「公衆の健康」を保護することである。すなわち、公衆における身体の安全が侵害される前段階の危殆化時点で保護を与えようという趣旨になる。こうして、無免許医業罪の保護法益は公衆の健康である以上、その罪質は公共危険罪（危険犯）となる。したがって、無免許医業罪が公共危険犯であるとすれば、非医師による出血を誘発する施術が社会的に黙認されてきた実態があろうとも、これを許容すべき理由を見出すのは困難である。むしろ、現行の医師法が制定された昭和 23 年をもって、かような侵襲行為は法定犯化されたと考えるのが素直である<sup>20</sup>。

3 なお、医師法の無免許医業罪には未遂処罰規定がない。上述したように、無免許医業罪を公共危険犯であると考えた場合、無免許医業罪は実行の着手時点で既遂となる挙動犯である。したがって、その罪質は危険犯のうち抽象的危険犯であるのか、あるいは、具体的危険犯であるかがさらに問題となる。おもうに、国際的な人や物の往来が活発化したことで、わが国では珍しい病原体が海外から流入してくることが十分に想定されることはもとより、感染症の原因たる細菌やウイルスはそもそも目視できない。そうである以上、公共の危険が具体的に切迫しているか否かを判断するのはきわめて困難である。したがって、無免許医業が行われた時点で危険が生じていると擬制するほかない。ゆえに、医師法における無免許医業罪の罪質は抽象的危険犯であり、また未遂処罰規定が存在しない以上、挙動犯としての実行の着手（既遂）時期は出血を伴う施術よりも以前となろう。

もっとも、無免許医業構成要件に該当したとしても、違法阻却の余地を検討しておく必要がある。この点、先にみたように本罪の保護法益が公衆の健康という社会的法益である以上、被施術者の同意があることを理由に、その違法性が減少することはありえても阻却されることはない<sup>21</sup>。また、国家な

<sup>19</sup> こうした問題に対する近年の憲法学における代表的な見解として、高田倫子「判解」新判例解説 Watch 23 号（平 30）21 頁以下参照。

<sup>20</sup> 戦前期におけるわが国の刺青施術規制、および、海外におけるそれについては、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（平 30）45 頁以下に詳しい。

<sup>21</sup> 大塚仁・刑法概説（総論）（第 4 版・平 20）419 頁、および、佐久間修・刑法総論（平 21）192 頁以下参照。

いし社会規範に照らし「許された危険」として超法規的に違法阻却される余地もほぼないであろう。たとえば、本稿で問題としている出血を伴う身体の装飾を目的とする侵襲に、公衆の健康を保護するよりも優越する利益が存在するとはおよそ考えられない<sup>22</sup>。

こうして、無免許医業罪の保護法益や罪質を考慮し、「医業」すなわち「医行為を業として行うこと」の内実である「医行為」を判断する必要がある。もっとも医師法罰則の解釈である以上、「医師」の定義（法1条）を離れて医行為を解釈するのは正当でない。その意味で、大阪高裁が医師法1条における医師の定義をその要件として加味したことは妥当である。

したがって、医師は「医療及び保健指導を掌ることによつ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」者（法1条）であることをふまえ、前述した無免許医業罪の保護法益、および、その罪質を顧慮すれば、医行為とは「国民の健康な生活を確保する目的のため、医療及び保健指導を掌る医師が行うのでなければ公衆衛生上危害を生ずるおそれのある行為」と導くことができよう。それゆえ、「無免許医業」とは、「①医療及び保健指導を掌る医師の免許を持たない者が②公衆衛生上危険を生ずるおそれのある行為を社会的地位に基づいて反復継続して行うこと」と定義できる。非医師によりなされた身体侵襲が「無免許医業」に該当するか否かは、①「医療関連性」および②「公衆衛生上の危険性」の要件を充足するかを念頭に検討したうえで、個々の施術目的やその行態性に照らして判断する必要がある。

4 以上から、非医師による身体を装飾するためになされる出血を随伴する侵襲行為（刺青、ピアスおよびアートメイク）は医師法の定める無免許医業罪に当たるであろうか。装飾を目的とする身体侵襲は鋭利な器具を用いて皮膚組織を傷つける以上、すでに冒頭で指摘したとおり必然的に出血を伴う。また、被施術者が自覚をしていないだけで血友病に罹患し、出血が止まりにくい体質である可能性も排除できないであろう。

このような意味において、装飾目的にせよ出血を前提とする施術においては、施術者側で術前の体調聴取を行うのみならず、血液を含む各種検査が可能な体制を整わせておかなければならない。さらに、施術者は直接に被施術者の身体に触れる以上、人体に安全な知識と技能を公的な裏付けのある養成施設で学修している必要がある。

<sup>22</sup> なお、刺青の施術に違法性阻却の余地を肯定的にとらえる見解として、城下裕二「判解」前掲新判例解説 Watch 23号178頁。

こうして、被施術者に対して適切な保健指導、すなわち、被施術者に対して術前術後の療養方法、その他健康状態の保持や向上に資する必要な指導を行える医師が、装飾を目的とする身体侵襲の施術者としても相応しいということになる（医療関連性）<sup>23</sup>。非医師において経験豊富で熟練していることをもって保健指導を裏付ける担保とすることはできない。

また、かような身体への侵襲において、施術者または被施術者が病原体の保菌者であった場合、器具や施術部位の入念な消毒、施術で生じた血液の処理、および、術後のケアなどを確実に行わなければ、関与者を通じた感染症が生じ公衆の健康を脅かしかねない（公衆衛生上の危険）。さらに、こうした施術を行う施設が感染症の温床とならぬよう衛生管理の知見も要する。したがって、医師でない者は人体構造、皮膚科学、消毒および衛生管理などの知見を欠く以上、公衆の健康の危殆化をまねく身体侵襲を行うことはできないと解される<sup>24</sup>。

なお、公衆の健康を危殆化してまで、公衆衛生の知見を有しない者によりこの種の行為がなされなければならない社会的に優越する利益（社会的相当性）がないことはもとより、その必要性や緊急性もない。また、非医師による刺青やピアス等の施術は、表現ないし営業の自由として社会上黙認されてきたとしても、前述したように医師法制定をもって、かような行為は法定犯化されたと考えるべきである<sup>25</sup>。

こうして、身体を装飾するための出血を伴う侵襲行為（刺青、ピアスおよびアートメイク）は、医師が行うのでなければ公衆衛生上危険を生ずるおそれのある行為であるということができる以上、公衆衛生の知見を有しない者により業として行われてきた身体を装飾するための侵襲行為は、医師法上の無免許医業罪（医師法 31 条 1 項 1 号および同 17 条）にあたる。

5 かような考えに対しては、とりわけ非医師による刺青の施術について次のような反論がありうる。すなわち、刺青の施術とその施術依頼は、前述

<sup>23</sup> 三重野・前掲鳥羽商船高専紀要 40 号 15 頁は、刺青の施術を「医師が行うのでなければ公衆衛生上危害を生ずるおそれのある行為」ではないとし、その医行為性を否定する。しかし、器具を介してわずかでも出血を生じる施術である以上、刺青施術を医師が行うべきでない行為と断言することはできない。むしろ、血液に触れる行為を素人が行うことで生じる公共に対する危険性に目を向けるべきであろう。

<sup>24</sup> 単に熟練という理由で高度な安全性を客観的に担保することもまたできないであろう。

<sup>25</sup> 戦前期におけるわが国の刺青施術規制、および、海外におけるそれについては、辰井・前掲立教 97 号（平 30）45 頁以下に詳しい。

したように大日本帝国下の省令である警察犯処罰令（明治41年内務省令16号）において（身体）刺文犯（令2条24号）として禁圧されたものの、日本国憲法施行後に定められた同令の後継法令にあたる軽犯罪法（昭和23年）で、その処罰対象行為から除外された沿革がある。そうである以上、これを他の刑罰法規で処罰することは、国民の自由に対する予測可能性を奪うものであって罪刑法定主義に反する、という批判である。

しかし、その沿革を根拠に刺青の施術が全法秩序から非犯罪化されたと結論づけるのは早計であろう。その内容の是非は措くとしても警察犯処罰令はもとより軽犯罪法は自然犯を規定した刑罰法規である。刺文犯が軽犯罪法に規定されなかったことは、自然犯から解き放たれた事実を伝えるものにすぎない。他方で、自然犯を規定した軽犯罪法とは対照的に、医師法上の無免許医業罪は法定犯である点で、両法令はその立法理由ならびに規制目的をそれぞれ異にする。さらに、警察犯処罰令から軽犯罪法へと引き継がれなかったものの他の特別刑法<sup>26</sup>で別途処罰対象とされた行為は枚挙に暇ない<sup>27</sup>。したがって、医師法の無免許医業罪で非医師による刺青施術を処罰することは、国民の自由に対する予測可能性を奪うものである、という批判は失当であると考えられる。

さらに、次の批判もある。すなわち、「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」ため、刺青の施術は「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おり、合理的に可能な解釈の範囲を超えている。そうである以上、非医師による刺青の施術は「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公衆衛生上の危害が及ぶおそれが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、というのである<sup>28</sup>。

非医師が行う刺青の施術に医療関連性は認められない、とはいえない。なるほど、刺青の施術は治療ではない。そうだとすると、刺青の施術は、被施術者にしてみれば容姿を美しくする美容整形の一手段にほかならない。施術部位が目元や口元なのか（アートメイク）、胸元か（豊胸）、あるいは、肌か（刺

<sup>26</sup> 道交法、食品衛生法および保健師助産師看護師法など。

<sup>27</sup> 井坂博・実務のための軽犯罪法解説（平30）9頁。

<sup>28</sup> 辰井・前掲立教97号37頁以下。三重野・前掲鳥羽商船高専紀要40号15頁もほぼ同旨。

青)の違いにすぎないのである<sup>29</sup>。論者は施術に際して必然的に随伴する炎症反応や出血をはじめとした血液にまつわる諸問題から目を背けるが、これらに起因する危険は、施術者や被施術者間のみならず、前述したように公衆の健康に対しても生じうる。そうであるからこそ、術前後のケアや検査を含めて医師による公衆衛生上の保健指導が必要となる。以上から、非医師による装飾を目的とする身体侵襲は、医師法上の無免許医業罪(31条1項1号、同17条)を構成すると考えなければならず、罪刑法定主義違反を主張する見解に与することはできない。

なお、非医師による刺青の施術を医師法違反の罪で規制したからといって、刺青文化がわが国から根絶されると一概にはいうこともできない。非医師による刺青の施術を医師法違反の罪とすること自体は、刺青そのものを禁圧するものではなく、非医師による刺青施術を規制するにすぎない。医療はもともと疾病治療を目的に発展してきた分野である。しかし、のちに疾病治療を目的としない分野、すなわち美容整形や審美歯科へも自由主義経済のもとで展開してきた。非医師による刺青の施術を医師法違反で規制したとしても、刺青へのおお根強い需要が市場にあれば、医師が刺青施術業に進出することは、健康保険が適用されない美容整形や審美歯科の興隆を見るかぎり、十分にあり得るだろう。

6 なお、冒頭でも述べたように医業の範囲は流動化している。かつて医師のみに認められていた諸行為が、特定の者に限定したうえで、その必要性、緊急性、および相当性から無免許医業から除外されるケースが増えつつある。たとえば、医師からの指導を受けた上でなされる糖尿病患者に対する家族によるインシュリン注射、介護職による寝たきりの者に対する痰の吸引、および、心房細動を発症した者に対する AED(自動体外式除細動器)の使用など

<sup>29</sup> なお、辰井・前掲立教 97 号 42 頁以下は、針先端に色素を付着し、当該針を皮膚表皮から真皮層へ繰り返し突き刺すことで色素を定着させる施術手法が同一である刺青とアートメイク(「消えない化粧」)を区別する。すなわち、前者は身体装飾行為であって医師に業務独占させる根拠を見だし難いとする一方、後者をあたかも美容外科における治療であるかのごとくいう。しかしながら、アートメイクは瞼や口元の輪郭を明確にさせることで、顔面の見映えを美しく見せる美容整形であって、その手法を含めて実体は刺青と変わらない。そればかりでなく両者は出血や炎症を伴いうる身体「侵襲」装飾行為でもがゆえ、医師による保健指導は必須であると思われる。単に刺青風のシールを皮膚に添付する程度の装飾行為であるならば格別、刺青とアートメイクの工程を見る限り、両者を強いて区別しなければならない合理的な理由を見いだすことは困難である。

である<sup>30</sup>。また、救急救命士による生死を彷徨う傷病者に対して行われる気管挿管や薬剤投与等の救急救命措置もこれにあたる<sup>31</sup>。これらの行為は犯罪論上において無免許医業構成要件に該当するが、その社会的相当性、必要性および緊急性から「許された危険」として違法阻却されたと考えることもできる。

かような情勢を鑑みれば、医師の免許を有しない者であっても、皮膚科学、人体構造および消毒学の学修を免許の前提とする職<sup>32</sup>には、施術が人体に与える作用を理解し、器具や消毒方法に習熟していることから、装飾を目的とする身体侵襲行為を解禁する方向性を模索してよい時期にさしかかってきているといえよう<sup>33</sup>。

#### 四 おわりに

本稿は、非医師による身体装飾を目的とする侵襲(刺青、ピアスおよび「消えない化粧(アートメイク)」)が、医師法上の無免許医業罪(医師法31条1項1号、同17条)にあたるかを検討してきた。

そこでは、医師法の衛生法規としての性格から、罰則に規定される犯罪は公共危険犯であって、無免許医業罪も公共危険犯かつ抽象的危険犯である以上、非医師による刺青、ピアスおよび「消えない化粧(アートメイク)」の施術それ自体が、①医療関連性を有することはもちろん、②公衆衛生上の危険を伴うことから、無免許医業罪にあたる、という結論を得た。

なお、医師でない者によるかような侵襲は、その施術までに多くの工程を経る。たとえば、刺青の現状においては、術前における体調の聴取および刺青デザインの打ち合わせ、施術部位の剃毛および消毒、デザインの肌への書き込み、そして器具を用いた施術という一連の行為を経る。無免許医業罪が

<sup>30</sup> 米村・前掲医事法講義41頁以下。

<sup>31</sup> 救急救命士法2条参照。

<sup>32</sup> たとえば、歯科医師、看護師および理美容師など。

<sup>33</sup> もっとも現行の衛生行政を概観するかぎり、こうした運用に行政は慎重である。たとえば、理・美容師は、ハサミを他人の頭部に対し道具として用いることから、その養成施設で皮膚科学、人体構造学および消毒学などが教授されている。顔面における剃毛は、理美容師双方に認められ(美容師の場合は化粧に附随する範囲内)、とくに美容師には眼部に接着剤を用いる睫毛エクステンション(マツエク)が認められている。しかし、「消えない化粧」(アートメイク)の施術は、理美容師ほか医師を除く他の医療職にも認められておらず、その解禁の動きも現在のところみられない。

抽象的危険犯である以上、挙動犯として実行の着手時期（すなわち既遂時期）をかような一連の行為のうちどこに特定すべきか、については今回検討できなかった。この点については別の機会に検討することにした。

**【付記】** ①本稿は、令和元年 6 月 15 日に神戸大学で開催された第 160 回判例刑事法研究会における個別報告原稿に加筆・修正したものである。報告の機会と貴重なご質問やご意見をくださった諸先生および裁判官の方々にはこの場を借りて改めて感謝を申し上げます。

②再校の段階で、天田悠「判批」刑事法ジャーナル 60 号（令 1）176 頁に接した。



