

【判例研究】

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

山中 純子

[目次]

概要

1. はじめに
2. タトゥー彫り師に対する医師法裁判の概要及び決定要旨
 - 2-1 事案の概要
 - 2-2 決定要旨
3. 医行為概念と医行為該当性の判断
 - 3-1 争点及び判断枠組み
 - 3-2 医行為概念
 - 3-3 目的論的解釈
 - 3-4 明確性の原則
 - 3-5 医行為該当性の判断
4. タトゥー施術をめぐる刑事処罰
 - 4-1 LRA の基準と刑法の謙抑性の原則
 - 4-2 傷害罪による処罰の可能性
5. ドイツにおけるタトゥー施術に関連する規制
 - 5-1 タトゥー施術に関連する規制
 - 5-2 傷害罪による処罰が問題となった裁判例
6. おわりに

概要

本稿は、タトゥー彫り師のタトゥー施術行為が医師法 17 条違反（無免許医業罪）に問われた刑事裁判の最高裁令和 2 年 9 月 16 日決定について考察するものである。まず、第一審（有罪）から最高裁決定（無罪）に至るまでの事案の概要及び決定要旨を紹介し、本決定が医師法 17 条における医行為概念をどのような論理でどのように解釈したのかを分析する。本決定は、医行為概念につき、「保健衛生上の危害のおそれ」があるだけでは足りず、争点となっていた「医療関連性」の要件についても必要であるとした。本稿では、医師法 17 条の保護法益とその法益に対する危険の観点から改めて目的論的解釈によって、タトゥー施術行為が医行為に該当しないことを論じる。また、本決定のように医行為を解釈することが、罪刑法定主義の要請する明確性の原則にも適うことを確認する。その上で、本決定の示した医行為該当性の判断方法に沿って、アートメイクや美容整形手術等も比較対象としながら、タトゥー施術行為の方法、目的、実情、社会の受け止め方等の様々な事情を総合考慮し、本件行為が医行為に該当しないことを確認する。

さらに、本稿では、タトゥー施術行為が傷害罪で処罰される可能性についても論じる。希望していたデザインや色とは異なるタトゥーを施された場合など、同意した内容に錯誤がある場合、同意が無効となり、傷害罪として処罰されることがあるのかなどについて、法益関係的錯誤説の立場から検討する。

最後に、ドイツにおけるタトゥー施術をめぐる規制状況及び裁判例を紹介する。ドイツでは、刑務所内におけるタトゥー施術について、被施術者の同意があっても善良な風俗に反して違法性阻却が否定されるため、傷害罪が成立するのではないかが問題となった事例があり、善良な風俗違反を認めず傷害罪の成立を否定した同事例は、日本におけるタトゥー施術の傷害罪による処罰に対して示唆を与えるものである。

1. はじめに

現代の日本社会において、タトゥーを身体に入れることについて、入れ墨をした暴力団員が多いという漠然としたイメージで「悪」あるいは「反社会的」とみなす風潮がある中、令和 2 年 9 月 16 日のタトゥー彫り師に対する医師法裁判最高裁決定には、安堵を覚えた。タトゥー彫り師が医師免許を有していなかったがために刑事罰を科されるということは、一般人には予測困難なことであると思われるのであるが、本件の第一審判決は、医師法違反でタトゥー彫り師を有罪とした。刑法は、国民にとっての行動規範であり、どのような行為が行われたとき、どのような刑罰が科されるかをあらかじめ明示している。また、

刑法は、罪刑法定主義の下、国民に処罰されるか否かの予測可能性を与え、刑罰から自由に行動する権利を保障している。医師法も、行政刑法として、国民や医師に対し、どのような行為が行われたとき、どのような刑罰が科されるかを明示しているのである。では、本件で被告人となった彫り師は、タトゥーを彫ることによって医師法違反で処罰され得ることを予測することができたのだろうか。本稿では、争点となった医師法 17 条の医行為概念を中心に考察するものであるが、今一度、刑法における罪刑法定主義、明確性の原則、刑法の補充性、謙抑性の原則といった基本原理に立ち返り、医師法 17 条の解釈適用、タトゥー施術行為に対する刑事処罰の可能性について論じる。また、海外のタトゥーをめぐる法制度として、ドイツにおける規制状況及び裁判例を紹介する。

2. タトゥー彫り師に対する医師法裁判の概要及び決定要旨

2-1 事案の概要

被告人は、医師でないのに、業として、タトゥーショップで、4回にわたり3名の客に対し、針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入するタトゥー施術（以下「本件行為」という。）を行い、もって医師法 17 条にいう「医業」をなしたとして、同条違反で罰金 30 万円の略式命令を受けたが、これに対して正式裁判の請求を行った。第一審¹⁾は、「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をいうと解し、本件行為に伴う危険性を認定し、本件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医行為に当たるとした。憲法違反の点については、憲法 31 条（罪刑法定主義）、憲法 22 条 1 項（職業の自由）、憲法 21 条 1 項（表現の自由）、憲法 13 条（自己決定権）のいずれにも違反しないとし、その他の弁護人の主張も全て退けたが、衛生管理に努めていたことなどを考慮し、罰金 15 万円とした。

控訴審²⁾は、医業の概念について、「保健衛生上の危険性要件」が必要であることに加え、「医療及び保健指導に属する行為」すなわち「医療関連性」という要件が別途必要であると判断した。その理由については、「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、…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」から、医師法 17 条が医師以外の者の医業を禁止するのは、「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

¹ 大阪地判平成 29 年 9 月 27 日判時 2384 号 129 頁。

² 大阪高判平成 30 年 11 月 14 日高刑集 71 卷 3 号 1 頁。

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」。したがって、「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付けられる」と述べた。その上で、本件行為は保健衛生上の危険性要件を満たすものの、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、本件行為は医師法 17 条が禁止している医行為には該当しないと判断した。これに対し、検察官が上告した。

2-2 決定要旨

最高裁決定³（以下、「本決定」という。）は、上告趣意についていずれの主張も上告理由に当たらないとした上で、職権で、争点となった医行為該当性について、次のように述べた。「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。「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。」

「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。」

裁判官草野耕一の補足意見は、本件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した場合に生ずる妥当とはいえない難い帰結につき、以下のように述べた。「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。…もとよりこれを

³ 最決令和 2 年 9 月 16 日裁判所時報 1752 号 3 頁。

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、…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。」「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。」

3. 医行為概念と医行為該当性の判断

3-1 争点及び判断枠組み

本決定は、職権で、争点であるタトゥー施術行為の医行為該当性について判断した。本決定はまず、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がある行為をいう」と解して医療関連性を要件とした。そして、医行為該当性の判断方法について、「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」方法を示した。その上で、本件行為に関する具体的な事情を考慮した結果、タトゥー施術行為は、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して、本件行為の医師法 17 条違反を否定した。以下では、本決定の判断枠組みに沿って、本決定が解釈を示した医行為概念とは何か、その解釈をどのように導き出したのかを確認した上で (3-2)、医師法 17 条の保護法益とその法益に対する危険の観点から改めて目的論的解釈によって、タトゥー施術行為が医行為に該当しないことを論じる (3-3)。次に、本決定のように医行為を解釈することが、罪刑法定主義の要請する明確性の原則に反しないことを確認する (3-4)。その上で、本決定の提示した医行為該当性の判断方法に従ってタトゥー施術行為に関する様々な事情を総合考慮して、本件行為が医行為に該当しないことを論じる。また、美容整形手術等の医行為該当性についても検討することで、本決定の示した医行為該当性の判断方法の妥当性を確認する (3-5)。

3-2 医行為概念

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、これに違反した者には同法 31 条 1 項 1 号で 3 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科することを規定している。ここでいう「医業」の内容は、医学・医術の進歩にもなって流動的であり、多岐にわたっていて、一般的抽象的にその定義を法文上明示することが困難かつ妥当でないと考えられており、個々の具体的行為についての判断は、判例、医事関係法令や通達類の中に求められてきた⁴。一般には、医業とは、医行為を業として行うことであると解されている⁵。業として行うとは、医行為を反復継続する意思をもって行うことである⁶。本件では、被告人がタトゥーショップにおいて、本決定理由から分かる限りにおいて約 8 か月の間に 4 回にわたり他人に対してタトゥーを施術していたのであるから、反復継続の意思をもってタトゥー施術行為を行っていたと認定することができ、問題なく業務性が認められる。争点となったのは、タトゥー施術行為が「医行為」に該当するかであった。「医行為」については、広義の医行為と狭義の医行為に分けられ、医師法 17 条にいう狭義の医行為とは「医師の医学的判断をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、または危険を及ぼす恐れのある行為」とする見解が有力とされてきた⁷。判例法理が展開される中で⁸、厚生労働省医政局長通知⁹においても「医師の医学的判断・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」されており、この解釈が定着していた。しかし、控訴審は、医師法の目的から、医行為には医療関連性が必要であるとし、タトゥー施術行為は

⁴ 磯崎辰五郎=高島學司『医事・衛生法 [新版]』(1979 年)185 頁、平野龍一ほか編『注解特別刑法 第 5・I 卷 [第 2 版]』(1992 年)39 頁 [小松進]。

⁵ 平沼直人『医師法 逐条解説と判例・通達』(2019 年)101 頁、加藤良夫『実務 医事法 [第 2 版]』(2014 年)515 頁、山口悟『実践医療法 医療の法システム』(2012 年)135 頁。

⁶ 大判大正 5 年 2 月 5 日刑録 22 輯 109 頁、最決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 卷 11 号 2249 頁等。

⁷ 大谷實「医師法一七条にいう『医業』の意義」福田平=大塚仁古稀『刑事法学の総合的検討(上)』(1993 年) 452 頁、山中敬一『医事刑法概説 I (序論・医療過誤)』(2014 年)83 頁、加藤前掲 516 頁。

⁸ 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」刑事法ジャーナル 60 号(2019 年)179 頁以下。

⁹ 「医師法第 17 条、歯科医師法第 17 条及び保健師助産師看護師法第 31 条の解釈について(通知)」(平成 17 年 7 月 26 日医政発第 0726005 号、各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知)。

https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tb2895&dataType=1&pageNo=1 (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日)。

医療及び保健指導に属する行為ではないから、医行為に当たらないと判断した¹⁰。

本決定は、控訴審と同様に、医行為に医療関連性を求める医行為の範囲を従来よりも限定する解釈を示した。本決定は、まず医師法が、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ていること（医師法 1 条）を示し、その立法目的を達成するため、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（同法 2 条、6 条及び 9 条等）とともに、無資格者による医業を禁止している（同法 17 条）という医師法の体系・構造を示した。そして、このような医師法の趣旨・目的に照らせば、医師法 17 条の規制対象は、「医師の職分である医療及び保健指導」であることを前提としているとして、医療関連性を必要とする医行為概念を導き出した。本決定では、医師法の目的から医療関連性の要件を必要とする解釈に至る詳細な論理は展開されていないが、控訴審が、医師の職分、その職分を果たすことで国民の健康を保護するという医師法の目的、この目的を達成するために医師の免許制度、医業独占があることを順に論じ、医師法 17 条について「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」という解釈を「素直な解釈」として示したのと同じ論理をたどっていると言える。また、医業における免許制度の趣旨から、医行為概念が「医療・保健指導（医療関連性）」と「保健衛生上の危害のおそれ」という二段階の枠組みによって構成される¹¹ことについては、弁護士が主張していたところであり、弁護士立証の意見書を作成した学者の論文¹²において、詳細に説得的に述べられている。そこで、次に、保護法益に即した目的論的解釈から医行為概念について改めて考察する。

3-3 目的論的解釈

医師法 17 条は、無免許者による医業を禁止するものであり、刑事罰を伴う禁止規定である。タトゥー施術行為が無免許医業の規制対象となる医行為に該当するかを判断するには、当該行為が無免許医業罪（医師法 31 条 1 項 3 号、17 条）の保護法益を危殆化するかどうかという観点から検討する必要があるた

¹⁰ 従来判例との整合性を問題にする評釈として、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（臨増ジュリスト 1544 号）23 頁、天田前掲 182 頁参照。

¹¹ 控訴審は、「医療関連性の要件は、従来の学説が狭義の医行為について『広義の医行為の中で』という枠組みを設定していたのと同趣旨に帰着する」としている。

¹² 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—」立教法学第 97 号（2018 年）261 頁以下。

め、同罪の保護法益に即した目的論的解釈を試みる。無免許医業罪の規制目的、すなわち刑法における保護法益は何であるか。まず、医師法 17 条が直接保護の対象としているのは、個別の医行為による健康被害という個人的法益ではなく¹³、公衆衛生及び国民の健康という社会的法益である¹⁴。それは、医師法 1 条において、医師が医療及び保健指導の業務を行うことによって、憲法の是認する公衆衛生の向上及び増進に寄与し、国民の健康な生活を確保するという公共的な任務を有することを宣明している¹⁵ことからもうかがえる。このような公共的な任務を課せられた医師に医業を独占させることによって保護される法益は、公衆衛生や国民の健康という社会的法益である。そして、医師免許制度自体が、無資格者や質の悪い医師がサービスを提供することによって生まれる健康被害という抽象的危険を防止するものであると解されていることから¹⁶、医師免許を持たない者による医行為を禁止している無免許医業罪についても、無免許医業によって健康被害をもたらすおそれがあるときに成立する抽象的危険犯である¹⁷。そこで、無免許医業罪の保護法益である公衆衛生及び国民の健康に対する抽象的危険について、具体的にどのような危険が想定されるのかを検討すると、積極的な危険と消極的な危険に分けられる¹⁸。積極的な危険は、無免許医業によって、不適切なサービスが提供され、公衆衛生・国民の健康に危険をもたらされることであり、消極的な危険は、それ自体は無害な行為であっても、それによって本来受けられたはずの適切な医療や保健指導の機会を失うことをいうと解される¹⁹。

では、タトゥー施術行為は、このような積極的又は消極的な危険を生じさせる医行為なのであろうか。タトゥー施術行為は、たしかに原審も認めるように、

¹³ 医行為に伴う公衆衛生上の危険が現実化し人身被害が生じたときは、個人法益に対する罪である殺人罪（刑法 199 条）、傷害罪（刑法 204 条）、傷害致死罪（刑法 205 条）、過失致死傷罪（刑法 209 条、210 条）が成立し得ることとどまることにつき、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」季刊刑事弁護 99 号（2019 年）90 頁参照。

¹⁴ 高山前掲 142 頁。

¹⁵ 前掲『注解特別刑法 第 5-I 卷 [第 2 版]』7 頁。

¹⁶ 高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学第 11 号（2019 年）137 頁。

¹⁷ 前掲『注解特別刑法 第 5-I 卷 [第 2 版]』37 頁。

¹⁸ 武藤眞朗「医師にのみ許される行為—タトゥー施術事件控訴審判決を契機として—」東洋法学第 63 巻第 3 号（2020 年）173 頁以下、高山前掲 142 頁以下。

¹⁹ 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」季刊刑事弁護 99 号（2019 年）95 頁以降、高山前掲 143 頁。なお、山中前掲『医事刑法概論 I（序論・医療過誤）』88 頁は、直接的危険行為、間接的危険行為、消極的危険誘発行為といった「行為」に着目した分析をしているが、人体に直接的に及ぼされる積極的な危険と、その行為によって適切な治療を受ける機会が奪われ、存在する危険を防止することができないといった消極的な危険について述べていると解することができる。

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、アレルギー反応が生じる可能性もあり、また、施術者自身や他の被施術者等が何らかの病原菌やウイルスに感染する危険性があるのであり、積極的な危険をはらんでいそうである。しかし、このような危険があるとしても、医師法 17 条は「無免許」医業の禁止であるから、免許制度の目的に照らし、この危険は医師免許を有していれば防止することができるが、医師免許を有していないがゆえに惹起される危険である必要がある²⁰。タトゥー施術をめぐる積極的な危険は、タトゥー彫り師への研修・教育や保健衛生への自主的取組み等により防ぐことが可能であり、現実的にタトゥー施術による健康被害が頻発しているわけではないことに照らせば²¹、医師免許を有さないことに起因する固有の危険ではない。したがって、タトゥー施術行為は、積極的な危険を生じさせるおそれがあっても、無免許で行われるがために法益が危殆化されるのではなく、無免許医業罪の規制対象にはならないと解される。

また、消極的な危険については、それ自体医療と結び付かないタトゥー施術を受けることによって、医師による医療や保健指導を受けなくなることは考えられない。タトゥー施術に関する知識と技術を持つ者はタトゥー彫り師であるから、タトゥー施術に関することで医療や保健指導を受ける機会を失うことは想定できないことに加え、仮に皮膚障害が発生したり、タトゥー除去のためのレーザー治療を受けたりする場合には、別途医師や保健指導を受ける機会はある。したがって、タトゥー施術行為には、消極的な危険は見出せない。

結局、タトゥー施術行為には無免許医業罪の保護法益に対する積極的危険も消極的危険も存在しないことになり、タトゥー施術行為は医師法 17 条の規制

²⁰ なお、無免許者に固有の危険とは何かに着目することで、医行為に医療関連性の要件を求める解釈も導き出すことができると考える。医師免許を有している者は、「医療及び保健指導を掌る」ことによって公衆衛生に寄与し、国民の健康を確保する任務を負うのであるが（医師法 1 条）、無免許者は「医療及び保健指導を掌る」ことができないがために、公衆衛生や国民の健康に危険をもたらすのである。したがって、規制対象となる医行為は、単に健康被害の危険のある行為というだけでなく、医師免許を有する者が担うべき「医療及び保健指導に属する行為」であって、医師であれば危険を防止することができるが、無免許者には危険を防止できない行為であると解することで、医療関連性の要件を必要とすることができる。

²¹ 高山前掲 143 頁は、NOON 事件最高裁決定（最決平成 28 年 6 月 7 日 LEX/DB 文献番号 25543348）でも維持された判断枠組みである、「刑事規制の対象たりうるのは、保護法益を行うおそれが、『観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの』に限られる」との解釈から、タトゥー施術行為では、「技術的ミスや不衛生な方法による施術が健康被害を惹起することが想定可能であるが、少なくとも日本では、そのような被害が社会問題化したことがなく、『民間レベルで技術や衛生環境が保たれてきた』ことから、保護法益を損なうおそれは『『観念的なもの』としては想定可能であっても、『現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの』ではない」として、タトゥー行為を規制対象とすることを否定する。

の対象外である。

3-4 明確性の原則

本決定が示した医師法 17 条の対象となる医行為概念については、前記 3-2 のとおり、医師法の体系・構造、趣旨・目的に照らして合理的に導かれたものであるが、同法 17 条が「医師でなければ、医業をしてはならない。」としか規定していないことから、タトゥー施術行為の医行為該当性が問題となった際、医行為を、保健衛生上の危険性のある行為のうち医療関連性のある行為に限定して解釈することが、通常の判断能力を有する一般人にとっても可能かどうかを念のため検討する²²。本決定では、タトゥー施術行為が医行為に該当しないとして医師法 17 条の規制の対象外とされたため、結果的に「法律なければ刑罰なし」との罪刑法定主義に反する処罰は問題にならなかったが、罪刑法定主義は、国民に対し、処罰される行為はどのような行為であることを予告することにより、国民に萎縮効果を生じさせないようにすることを目的としているから、刑罰法規を読んで禁止の内容が明確に理解できなければならないという明確性の原則を要請している²³。刑罰法規の内容が不明確で漠然としており、一般人からして客観的に理解できない場合には、国民は萎縮してしまうことから、明確性の原則に反し、憲法 31 条の適正手続に違反するのである。

そこで、医師法 17 条の規定が明確かどうかを徳島市公安条例事件判例²⁴が示した「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうか」という基準に従って検討する。ここでは、本決定が示した、タトゥー施術行為が医師法 17 条の適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめる基準、すなわち医行為概念のうち、保健衛生上の危害の要件のみならず、医療関連性要件を通常の判断能力を有する一般人の理解において読み取れるかどうかの問題となる。一般人にとっては、「医」行為とは、その字義からして、医師によって行われる行為であり、医師が行うのは医療や保健指導であるということは容易に理解できるだろう²⁵。したがって、ある行為が無免許医業で規

²² 大谷前掲 453 頁以下参照。なお、第一審においては、弁護人が、医療関連性を有しないあらゆる保健衛生上の危険性がある行為を規制しようとすることは、一般人の理解を超えた範囲を禁止の対象とするものであり、刑罰法規としてあいまい不明確であるがゆえに憲法 31 条の規定する罪刑法定主義に違反するとの主張をしたところ、判決は、医師法 17 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た。

²³ 山中敬一『刑法概説 I [総論]』39 頁。

²⁴ 最大判昭和 50 年 9 月 10 日刑集 29 卷 8 号 489 頁。

²⁵ 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）82 頁参照。

制対象となるかを判断する際には、その行為が医療や保健指導に該当する医療関連行為であるかという基準も自然に導き出されるものと思われる。「保健衛生上の危害を生じさせる行為」というだけでは、理容師や鍼灸師・あん摩マッサージ指圧師の業務、身体のぶつかり合うスポーツ、食品衛生上の危害の大きい食材や刃物を取り扱う調理などあらゆる活動が規制対象になってしまうのであり²⁶、人々は自然とそのような日常の活動を医師法の規制対象から除外して理解している。その除外の過程において、一般人は、医行為概念に医療関連性を自然と読み込んでいるのである。また、医師法が免許制を規定することで医師に独占的に担わせる行為は、医療及び保健指導に関する行為であるとの理解は一般人にとって何ら困難なものではない。医療及び保健指導とは無関係な行為を専門外の医師に独占させることを一般人が期待し、望んでいるとは通常考えられない。医師に対しては、医療関連行為においてその職分を全うすることを期待しており、タトゥー施術をすることは期待していないはずであるから、医療関連行為でないタトゥー施術は医師に独占させるべき医行為ではないとの理解は自ずから受け入れられるだろう。よって、通常的判断能力を有する一般人の理解において、医療関連性の要件を読み取ることは可能であり、医師法 17 条は明確性の原則の要請を満たしている。

3-5 医行為該当性の判断

本決定は、医行為に医療関連性を要求した上で、医行為性の判断に際して考慮すべき事項を種々掲げた。これらの考慮事項については、「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」などが「異なり得る」ことが指摘されている。これは、「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」であるアートメイクが、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、医師法 17 条違反であることが通知されている²⁷ことを念頭に、タトゥーとアートメイクの施術方法や作用が同様であることを踏まえて、それでもタトゥーについては医行為に該当しないと解することが可能であることを示したものと推察される。

本決定の各考慮事項についての認定をみると、まずタトゥーの目的や社会に

²⁶ 辰井前掲 259 頁、高山前掲 140 頁以下参照。

²⁷ 「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）あて厚生労働省医政局医事課長通知）、https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00ta6731&dataType=1&pageNo=1（最終閲覧 2021 年 1 月 15 日）、「アートメイクの危害」（平成 23 年 10 月 27 日独立行政法人国民生活センター）、http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20111027_1.pdf（最終閲覧 2021 年 1 月 15 日）参照。

おける受け止め方については、タトゥーに装飾的ないし象徴的な要素を認め、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ことを述べている。他方で、アートメイクについては、控訴審において、「美容目的やあざ・しみ・やけど等を目立ちづらくする目的」で行われるとされ、「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」美容整形の概念に包括し得るとされていた。本決定は、タトゥーに歴史的・民俗的な背景があること、芸術としての側面があることを踏まえ、美容整形の範疇におさまるアートメイクとは異なることを強調していると言えよう²⁸。

次に、タトゥー施術行為が行われる際の具体的な状況、実情については、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、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきたこと、そのため医師が独占して行う事態は想定し難いことが述べられている。無免許医業罪の沿革に照らしても、医師でない者が医行為を行うことを禁止するには、医療を行う基礎となる医学が医師を専門的科学的な知識・技能の所有者として医師でない者から区別し得る程度に発達していることが前提となる²⁹。医師は、医師免許取得にあたってタトゥー施術についての知識や技術を習得するわけではないから、タトゥー施術を医師に独占させるべき前提を欠いている。控訴審においても、「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言わざるを得ない」³⁰と述べられているとおり、現状、医師がタトゥー施術を行うような実態はなく、タトゥーを入れたい人は医師ではなくタトゥーショップに行つて彫り師に施術を依頼するのである。

以上のような事情を考慮した上で、社会通念に照らして判断すれば³¹、タトゥー施術行為は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判断された³²。

²⁸ なお、アートメイクの医行為性を認めた事案として、東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁。

²⁹ 前掲『注解特別刑法 第5-1巻 [第2版]』34頁。

³⁰ なお、控訴審が「社会通念」、「常識」に依拠して医療関連性を判断していることにつき、その判断の境界が不明確であると批判するものとして、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」令和元年度重要判例解説（臨増ジュリスト1544号）155頁参照。

³¹ 本決定の判断枠組みにつき、一応の合理性を認めるものとして、河嶋春菜「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 Watsch Web版(2020年)文献番号z18817009-00-011801967参照。

³² 前田雅英「最新刑事判例研究第56回 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」22頁は、「社会通念に照らし、入れ墨（タトゥー）の施術が医師によつ

なお、本決定では、美容整形外科手術等について言及していないが、第一審は、医療関連性を必要とする解釈をした場合について、美容整形外科手術等のように、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を医師以外の者が行うことが可能となると述べた³³。控訴審は、美容整形外科手術に医療関連性を認め、第一審の考えを否定したものであるが、念のため、本決定の示した医行為該当性の判断方法に従って美容整形外科手術の医行為該当性を検討する。美容整形の方法や作用は、医師が医学的な専門知識と技術をもって身体上の改善、矯正を行うことであり、その目的は、外見に対する不満など人々の精神的な情緒的な劣等感や不満を解消するといった消極的な医療目的である³⁴。また、医学部でも美容整形外科に関する教育が行われ、専門分野として確立していること、さらに、美容整形外科クリニック等の専門病院も存在し、人々が美容整形手術を受けるにあたっては、病院で医師が医学的な専門的知識に基づいて判断し、医師によって手術されることを想定し、またそれを望むのが通常である。したがって、美容整形外科手術の実情や社会における受け止め方等も含め、社会通念に照らして判断すると、美容整形外科手術に医療関連性を認めて医行為該当性を肯定することができる。本決定が示した判断手法は、保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為であるが、医療関連性が一見不明な行為の医行為該当性を判断する際にも、利用することができる。

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」ということは「実質的な理由」であり、タトゥー施術行為が「医師法 17 条に該当するものであり、刑罰の対象となりうる」と解することは、全く別であると控訴審を批判するが、本決定は、タトゥー施術を医師が行っていないという現状から直ちに医療及び保健指導に属する行為とは認められないという結論を導き出しているわけではなく、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきたという歴史的な経緯も踏まえた実情及びタトゥー施術の目的などを総合して、社会通念に照らして医療関連性を否定しており、妥当である。むしろ、控訴審で業界による自主規制、行政による指導の制度、立法上の措置という他の手段が示唆されているにもかかわらず、現状ではそのような規制がないことをもって「野放し」と批判するのは、タトゥー施術行為を禁止することを実質的な目的としているからのように思われてならない。

³³ これに対し、美容整形外科手術は、「現在では社会医学的な適応性を肯定され、これが医療行為に属することは裁判例及び学説によって認められており、医療法施行規則 20 条 2 号・7 号も『診療科名』に『美容外科』を掲げている」ことから、この判示に疑問を呈するものとして、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」新・判例解説 Watch 23 号 (2018 年) 177 頁参照。

³⁴ 本決定の控訴審判決 (大阪高裁平成 30 年 11 月 14 日高刑集 71 卷 3 号 1 頁)、秋吉仁美編「医療訴訟」(2009 年) [坂田大吾] 383 頁参照。なお、消極的な医療目的を医療関連性の一つの判断要素とするのならば、タトゥーにも消極的な医療目的が含まれるのではないかという懸念を示すものとして、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 Watch 26 号(2020 年)185 頁、松宮前掲 91 頁、天田前掲 181 頁以下参照。

以上より、本決定が示した判断方法は、医療関連性の判断として、本件行為の方法や作用といった形式面のみならず、多様な考慮要素を加えた判断枠組みであり、本決定ではタトゥー施術の背景も踏まえた多角的・現実的な検討がなされた結果、タトゥー施術行為は医師法 17 条が対象とする医行為に該当しないとされた。本決定は、タトゥー施術に関する事例判断であるが、アートメイクや美容整形手術等の身体への侵襲を伴うもののアートや美容の要素が強い行為についても適用することのできる判断方法を示したものと言える。

4. タトゥー施術をめぐる刑事処罰

4-1 LRA の基準と刑法の謙抑性の原則

本決定の補足意見では、「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」となり、「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」ことが述べられている³⁵。本決定の多数意見では論じられていないが、控訴審においては、第一審では否定された憲法 22 条 1 項違反の点³⁶に関し、仮に医療関連性という要件を不要とした場合には憲法が保障する職業選択の自由との関連で疑義が生じ得るとして、医師法 17 条でタトゥー施術行為を禁止することを職業選択の自由に関する違憲審査基準に当てはめて審査し、医療関連性を欠くためにタトゥー施術の医行為性を肯定することができないという解釈適用の妥当性を説示している。そこで、違憲審査基準と刑法の関係についても、簡潔に述べる。

職業は、「分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するもの」である³⁷。個人の人格的価値とも不可分の関連を有するタトゥー彫り師という職業を選択することは、元来、個人の人格的自己決定に委ねるべきものである。しかし、職業は、「社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し」、「社会的相互関連性が大きいもの」である。この社会的相互関連性が大きいゆえに、公権

³⁵ 補足意見の意義につき、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」、WLJ 判例コラム 214 号(2020WLJCC026)参照。

³⁶ なお、第一審の行ったタトゥー施術に医師免許を要請することに関する職業選択の自由をめぐる憲法審査に対する批判につき、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 42 巻 3 号（2019 年）29 頁以下、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 Watsch 23 号(2018 年)21 頁参照。

³⁷ 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 巻 4 号 572 頁。

力による規制の要請も強くなり、職業選択の自由に対する規制が正当化されることとなる³⁸。一般に許可制は、「職業の自由に対する強力な制限」であるから、「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。タトゥー施術の場合、保健衛生上の危険の防止という消極的、警察的目的のための規制であるから、「職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制」によっては、「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」。そこで、タトゥー施術に医師免許を要求することについて、よりゆるやかな制限では目的を十分に達成することができないのかを検討する必要がある³⁹。控訴審判決では、「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」などの事前規制のほか、「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」の職業活動の内容及び態様に対する規制の可能性が示されている。また、「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」を検討することも言及されている。これを受けて、一般社会法人日本タトゥーイスト協会⁴⁰では、医師の監修のもと、衛生管理に関するガイドライン⁴¹を設け、講習を主催し、これを受講して能力を身につけた彫り師にライセンスを付与することで安全面を確保しようとする取り組みが現になされている⁴²。最高裁決定の補足意見においても新たな立法によって規制を行う可能性が示されており、これらの多種多様なよりゆるやかな規制の可能性があるのであれば、職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によって、保健衛生上の危険の防止とい

³⁸ 職業の自由とその規制に関する解説として、石川健治「薬事法違憲判決」憲法判例百選Ⅰ第7版199頁参照。

³⁹ なお、タトゥー施術に医師免許を求めることに関する審査基準として、LRAの基準を採用したことの妥当性を含め、憲法の観点からの考察については、憲法学者の判例評釈に譲る。濱口晶子「タトゥー施術行為と職業選択の自由」法学セミナー763号(2018年)120頁、堀口悟郎「タトゥー医師法事件控訴審判決」法学セミナー771号(2019年)128頁、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Watch24号(2019年)37頁、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巻6号175頁、笹田栄司『「医業独占」(医師法17条)とタトゥー施術業』法学教室462号152頁参照。

⁴⁰ 一般社会法人日本タトゥーイスト協会、<https://tattooist.or.jp/> (最終閲覧2021年1月15日)。

⁴¹ 「タトゥースタジオにおける衛生管理に関するガイドライン」、<https://tattooist.or.jp/wp-content/uploads/2020/06/eisei2019.pdf> (最終閲覧2021年1月15日)。

⁴² 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』(2020年)261頁〔弁護団寄稿〕。

う目的を十分に達成することができる。

しかし、仮にタトゥー施術行為に医師免許を必要とした場合、我が国においてタトゥー施術行為を業として行う者が消失してしまうことになり、その結果、「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」ことになる。これでは、「分業社会」において、「自己のもつ個性を全う」することによって「社会の存続と発展に寄与する」ことはできず、医師免許制によるタトゥー施術行為の規制は、必要かつ合理的な措置とは到底言えない。したがって、タトゥー施術に医師免許制を強いるのは妥当でない。

このように、よりゆるやかな規制手段がないかを判断するいわゆる LRA の基準によって審査すれば、タトゥー施術行為に医師免許を必要とし、無免許でタトゥー施術行為をした者に刑事罰を科すことは、よりゆるやかな規制手段によって目的を十分に達成することができるのにもかかわらず極めて強力な制限を課すものであり、必要性も合理性も見出せない。刑事罰を科してまで医師免許を要求することができるのは、よりゆるやかな規制手段によって目的を十分に達成することができない場合の最後の手段としてのみである。規制手段について審査する際、刑法は、その他の手段の背後に控える補充的な手段であるべきであり、刑法の補充性が要請される⁴³。タトゥー彫り師に対する医師法裁判は、その背景に、タトゥー彫り師の職業の自由やタトゥー施術自体に対する規制のあり方をめぐることがあり、その中で、刑法の謙抑性の原則(*ultima-ratio-Prinzip*)を再確認することのできる事案でもある⁴⁴。

4-2 傷害罪による処罰の可能性

本決定の補足意見は、「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」ことに言及している。前記4-1で述べた刑法の謙抑性の観点から、医師法違反による規制をしないにしても、具体的な健康被害が生じた場合には、刑法の処罰対象となる可能性がある⁴⁵。本決定は、「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」と述べており、タトゥー施術行為によって保健衛生上の危険が伴うことは争いが無い。控訴審においては、タトゥー施術により細菌やウイルス等が侵入しやす

⁴³ 山中敬一『刑法総論 [第3版]』54頁参照。

⁴⁴ 高山前掲148頁は、「刑事罰以外の規制方法があるとして、実質的に『より制限的でない他の選ぶうる手段の基準』が無罪の理由の一つとされたことは画期的である」と評している。

⁴⁵ 松宮前掲90頁参照。

くなって被施術者が様々な皮膚障害等を引き起こす危険性や、入れ墨が色素を真皮内に注入するものであることからアレルギー反応が生じる可能性、被施術者がなんらかの病原菌やウイルスを保有していた場合に施術者自身や他の被施術者等が感染する危険性等が示されており、本決定もこれらの危険があることを前提にしていると思われる。

そこで、傷害罪の適用可能性を検討すると、施術方法に起因する健康被害に関しては、衛生管理を怠った状況での施術、例えば不衛生な針の使い回しによる施術により感染症を招いた場合や必要なアレルギーテストを怠ったためにアレルギー反応を引き起こした場合等であれば、傷害罪（刑法 204 条）又は業務上過失傷害罪（刑法 211 条）を適用することができるだろう⁴⁶。

次に、施術内容に関連する被害については、希望していたデザインや色とは異なるタトゥーを施された場合や希望していた身体の部位とは異なる箇所にもタトゥーを施された場合等が考えられる。これらの場合、タトゥーを施術すること、すなわち身体を傷つける傷害自体には同意していると思われることから、可罰性が否定されるのではないかが問題となる。同意傷害の可罰性の有無・要件については諸説あるが⁴⁷、タトゥー施術に有効な同意があれば、基本的に違法性が阻却され、不可罰となるだろう。問題は、錯誤に基づいて同意した場合など、同意に瑕疵がある場合である。例えば、自らの信条ないし情念を表す象徴的な意味をもつそのデザイン・絵柄だから承諾したのに別のデザインにされた場合、息子の名前をレタリングタトゥーとして彫ることを依頼したがスペルを間違えて彫られた場合等に有効な同意があると言えるかが問題となり、同意が無効と解される場合には、傷害罪や業務上過失傷害罪による処罰対象となる可能性がある。同意の有効性を判断する考え方には本質的錯誤説等もあるが、タトゥー施術の場合、医師が行うのでなければ直接生命の危険が生じるような美容整形手術（例えば、判例で問題となった豊胸手術⁴⁸）とは異なり、保健衛生上の危害が生ずるに過ぎないので、基本的に身体を傷つけるという法益侵害に同意している点を重視するべきであり、法益関係の錯誤説から判断するのが相当である。すると、タトゥー施術については、身体への傷害自体は同意していることから、多少のデザイン変更や色味の違いなどは法益関係的な錯誤でないとして同意は有効となり、刑事罰を科すのではなく、債務不履行に基づく損害賠償請求や不法行為による損害賠償請求といった民事上の解決を図ることになるだろう。しかし、意図的に被施術者が希望しない絵柄を彫った場合、明らか

⁴⁶ 高山前掲 136 頁参照。

⁴⁷ 公序良俗説、重大傷害説、不可罰説等の諸説につき、山口厚『刑法総論 [第 3 版]』174 頁以下、同『クローズアップ刑法各論』6 頁以下参照。

⁴⁸ 東京高判平成 9 年 8 月 4 日高刑集 50 卷 2 号 130 頁。

に失敗作を彫ってしまった場合などは、そのように身体を傷つけることには同意していなかったと言うことができ、法益侵害の内容、範囲、程度に関する錯誤である。タトゥー施術の場合、被施術者が、錯誤による結果ゆえにそのタトゥーすなわち法益侵害を取り除くことを望んだとしても、一度彫られたタトゥーを除去するには、レーザー治療を受ける必要があるなど、困難が伴う。このような実態に照らせば、法益侵害の内容、範囲、程度についての錯誤は、法益関係的な要素についての錯誤であると解され、同意は無効であり、傷害罪又は業務上過失傷害罪に該当する余地がある。

ところで、同意傷害の事案につき判例は、「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決すべきものである」としている⁴⁹。このように同意を違法性阻却判断の一要素であるとしてその意義を相対化する判例の考え方⁵⁰によれば、タトゥー施術に同意があっても公序良俗に反するとして違法性阻却が否定されることも考え得る。これまでタトゥーの彫り師の医師法違反による摘発については、彫り師自身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り師であり、暴力団対策の一環として行われていたとも指摘されており⁵¹、入れ墨を契機として暴力団を取り締まろうとする可能性は否定できない。暴力団に関連する同意傷害の事例として、やくざの指つめが公序良俗に反するものとして違法性阻却を否定された例が思い当たるが⁵²、暴力団組員が入れ墨を入れるためにした承諾について、公序良俗に反するものとして違法性阻却を否定するような解釈はすべきでない。たとえ、タトゥーを反社会的勢力がその存在を誇示するためにするものであるとか、反道徳的な自傷行為であるとか考える者がいるとしても、承諾があればそれ自体は処罰の対象とならないものを、反社会的勢力が入れ墨を入れる行為の社会的不相当性を根拠として、承諾を無効として傷害罪で処罰すれば、結局はタトゥー施術行為の処罰を実質的に肯定することになり、妥当でない。反社会的勢力に対する取締りを目的に、刑法を恣意的に適用するようなことは断じて許されない。

5. ドイツにおけるタトゥー施術に関連する規制

⁴⁹ 最決昭和55年11月13日刑集34巻6号396頁。

⁵⁰ 山口厚『刑法総論〔第3版〕』174頁、同『クローズアップ刑法各論』5頁参照。

⁵¹ 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』（2020年）244頁〔弁護士寄稿〕。

⁵² 仙台地石巻支判昭和62年2月18日判事1249号145頁。

5-1 タトゥー施術に関連する規制

ドイツでは、タトゥー施術者に対して職業上の資格を要求する法令はない。アートメイクの施術にハイルプラクティカー（医療師）の資格が必要かどうか争われた事案におけるミュンヘン行政裁判所の決定⁵³では、唇と眉に対するアートメイク施術によってわずかに健康上の危険が生じる程度では、ハイルプラクティカーの資格を要しないとしたのであるが、その判決文の中で、アートメイク施術がタトゥー施術に類似していることを示した上で、行政実務上、タトゥー施術がハイルプラクティカー法1条の資格義務に服するとされたことはない旨述べられている⁵⁴。

また、タトゥー施術そのものではないが、タトゥーを除去するためのレーザー治療につき、2020年12月31日より、人体に対する使用における非電離放射線の有害作用から保護するための命令⁵⁵が施行され、同法5条2項において、教育・研修を受けて許可された医師でなければ、タトゥー除去のためのレーザー治療を実施してはならないことが規定された。この規定が新設されたことから、医師による施術が要請されないタトゥー施術と、教育・研修を受けて許可された医師によらなければならないタトゥー除去治療が明確に区別されていることが明らかである。

その他のタトゥーに関連する規制としては、感染予防法36条2項⁵⁶により、人体に対して血液を介して病原体を感染させる可能性のある施設や事業所について、保健所による感染衛生に関する監督を受け得ることが規定されていることから、タトゥースタジオに対しても保健所の監督が可能であること、タトゥー染料命令⁵⁷により、タトゥー施術に使用することが禁止される色素などが規定されていることが挙げられる。

⁵³ VG München, Beschluss vom 19.4.2002, M 16 S 02.306, Juris.

⁵⁴ 前掲 VG München, Rn. 53, 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』(2020年)233頁以下 [栗島智明] 参照。

⁵⁵ Verordnung zum Schutz vor schädlichen Wirkungen nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSV), Verordnung zur weiteren Modernisierung des Strahlenschutzrechts vom 29. November 2018, Artikel 4 (BGBl. 2018, Teil I Nr. 41, S. 2187),

http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl118s2034.pdf (最終閲覧 2021年1月15日)。

⁵⁶ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz-IfSG), <http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/index.html#BJNR104510000BJNE003202310> (最終閲覧 2021年1月15日)。

⁵⁷ Verordnung über Mittel zum Tätowieren einschließlich bestimmter vergleichbarer Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen (Tätowiermittel-Verordnung), https://www.gesetze-im-internet.de/t_tov/BJNR221500008.html (最終閲覧 2021年1月15日)。

なお、現在、タトゥーを身体に彫ること自体を禁止する法律は存在しないが、ナチスの絶命収容所の建築物をモチーフにしたタトゥーや強制収容所の門に刻まれた文字のタトゥーを広く背中に入れていた軍人を、公共の場でそのタトゥーを見せたことにより民衆煽動罪（ドイツ刑法 130 条 3 項）に処す決定⁵⁸が出るなどし、ドイツの警察官と軍人がタトゥーを身体に入れることを禁止する法律を制定しようとする動きが報じられている⁵⁹。

5-2 傷害罪による処罰が問題となった裁判例

タトゥー施術行為が刑事事件として争われた事例として、刑務所において、受刑者が他の受刑者に対し、決められたタトゥー施術器具を使用せず、然るべき教育を受けずに行ったタトゥー施術が、被施術者の同意があるとしても、善良な風俗に反することから可罰的な重傷害罪⁶⁰に当たるかどうか争われたものがある⁶¹。ドイツ刑法 228 条は、被害者の同意を得て傷害した者は、被害者の同意があるとしても、その行為が善良な風俗（良俗）に反している場合には違法になると規定している。ローゼンハイム簡易裁判所は、同意のあるタトゥー施術行為は可罰的でないとして本審理を却下したが⁶²、検察官は、タトゥーについての同房者の同意が善良な風俗に反することから傷害罪として処罰されるべきであるとして抗告した。抗告審であるトラウンシュタイン地方裁判所決定は、連邦裁判所の判例⁶³を引用し、ドイツ刑法 228 条の善良な風俗（良俗）違反について、「一般的に妥当する、合理的に疑いを容れることのできない倫理規範に基づいて、明白な良俗違反という瑕疵がある場合にのみ、認めることができる。この意味で、被害者の同意があるにもかかわらず傷害が良俗違反になるのは、それがあらゆる正当で公正な考えをする人の礼儀心に反する場合である。したがって、個々の社会的グループ又は事件を取り扱う刑事裁判所の価値観に反するだけでは不十分である。」「ある行為が善良な風俗に反するかどうか

⁵⁸ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 12.4.2017, (1) 53 Ss 17/17 (13/17), juris.

⁵⁹ „Tattoo-Verbot für Polizei und Soldaten!“, <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/tattoo-verbot-fuer-polizei-und-soldaten-wenn-amtliche-funktion-leidet-74488456.bild.html> (最終閲覧 2020 年 1 月 15 日)。なお、一般のドイツ国民には広くタトゥーが広がっているとされており、筆者は、2016 年 8 月にドイツの司法修習生と共にドイツ・ベルリンのテーゲル刑務所に見学に行った際、一人の女性修習生が新しく腕に入れたばかりのタトゥーを見せてくれ、他の修習生や引率の検事とそのタトゥーを誉めていたことが強く印象に残っている。

⁶⁰ ドイツ刑法 224 条は、危険な道具を使用した場合（同条 1 項 2 号）の傷害を重傷害罪として、傷害罪（ドイツ刑法 223 条）よりも重く処罰している。

⁶¹ LG Traunstein, Beschluss vom 11.12.2008, 1 Qs 140/08, juris.

⁶² AG Rosenheim, Beschluss vom 17.10.2008, 7 Ds 201 Js 18444/08, juris.

⁶³ BGH, 3. Strafsenat, Urteil vom 11.12.2003, 3 StR 120/03).

を判断する際には、各構成要件の法益侵害の重大さ、すなわち被害者に与えた身体的虐待又は健康被害の大きさ、それに伴うさらなる身体又は生命の危険の程度が善良な風俗と相容れないと認められるかを常に考慮しなければならない。」と述べた上で、タトゥー施術行為について、「今日一般に承認されている疑念のない価値観に照らして、一般的に今なお善良な風俗と相容れないと判断されると認定することはできない」と判示した。同決定は、刑事施設内におけるタトゥー施術が、刑執行法 103 条⁶⁴の意味において、重大な違反行為に当たるとを詳細に述べているが⁶⁵、そのことは善良な風俗違反の判断に影響を与えないとした。

トラウンシュタイン地裁決定が引用した善良な風俗違反の基準は、「各構成要件の法益侵害の重大さ、すなわち被害者に与えた身体的虐待又は健康被害の大きさ、それに伴うさらなる身体又は生命の危険の程度が善良な風俗と相容れないと認められるか」であり、着目すべき点は、あくまで傷害罪の法益侵害との関係で同意が善良な風俗に反さずに有効かどうかを判断していることである。原決定によれば、検察官は、狭い居室内の受刑者の共同生活においては、高い感染リスクがあること、受刑者間で、汚染された針を介して簡単に伝染する可能性のある肝炎が広がるかもしれないこと、当該受刑者らが刑事施設内のパン工場において職業訓練を修了する予定であったため、刑事施設内の食品安全に具体的危険をもたらすおそれがあったことを主張していた。検察官による善良な風俗違反の主張は退けられたものの、これらの良俗違反を基礎付けるものとして挙げられた考慮事項は、全て、当該受刑者らや他の受刑者への感染リスクに関する事情であり、身体の不可侵性というドイツにおける傷害罪の法益侵害⁶⁶をもたらすおそれのある事情である。また、トラウンシュタイン地裁決定は、

⁶⁴ Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz – StVollzG), <https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/> (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日)。

⁶⁵ トラウンシュタイン地裁決定は、「刑事施設における秩序ある共同生活に相当程度危険を及ぼすことから、許可されていないタトゥー施術行為は刑執行法 4 条 2 項の意味において重大な規則違反である。素人が殺菌されていないタトゥー施術器具を使用することによって惹き起こされる、とりわけ肝炎、破傷風、エイズといった病気への感染リスクは、刑執行法 56 条 1 項により施設に課された受刑者の健康に配慮しなければならないという義務に違反する。同房者が身体への不可侵性への侵害に同意していたこと又はむしろ本人の自発的な希望により結果発生がもたらされたという事情があったとしても、規則違反が正当化されることはなく、受刑者は、刑執行法 56 条 2 項によって刑事施設における一般的な衛生及び健康についての規則を遵守し、これに従うことが義務付けられており、この規則に従って一般的自己決定権が制限されることもあり得る」と説している。

⁶⁶ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, §223, Rn. 1, Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2020, §223, Rn. 2.

「タトゥー施術行為が、施設の規則や受刑者の健康に配慮しなければならないという施設における義務に違反したのみでは、善良な風俗に違反したものとみなすことはできない」と結論付けたが、最後に、どの器具でタトゥー施術がなされたかも明らかでない状況で被告人の行為の抽象的危険があるのみでは、「あらゆる正当で公正な考えをする人の礼儀心」に反するというには十分でないと述べた。どの器具でタトゥー施術がなされたかの特定は、感染リスクの危険が具体的にどの程度あったのかを明らかにすることに資するものであり、傷害罪の法益侵害との関係において、善良な風俗違反の有無の判断をしていることが読み取れる。ドイツ刑法 228 条は善良な風俗違反の場合に同意による違法性阻却を否定するが、それは善良な風俗違反に可罰性を認めるのではなく、あくまでたとえ同意があったとしても傷害罪の法益侵害があることに不法を認め、傷害罪によって処罰するのである。

日本で今後、タトゥー施術に関する事案について傷害罪等の刑法犯の成否が問題になる場合においても、保護されるべき法益が何であるかという基本に立ち返って判断することが重要である。保護法益は、医師法 17 条違反であれば、公衆衛生や国民の健康であり、傷害罪であれば、人の身体の安全であり、具体的には身体の生理機能ないし完全性である。タトゥーに不快感や嫌悪感を示す人がいるからタトゥーを彫るべきではないといった価値観や反社会的勢力にその存在を誇示するための入れ墨を入れさせないといった暴力団対策など、その犯罪によって考慮すべきでない事情が考慮されることがないように、改めて罪刑法定主義及び刑法の謙抑性の観点から法を解釈・適用することが望まれる。

6. おわりに

本決定は、医師法の目的に適った医行為該当性の解釈が示されたこと、タトゥー彫り師の職業の自由が守られたことに意義があり、タトゥー彫り師や様々な個人的な動機でタトゥーを入りたい者に希望を与える決定となった。しかし、本決定後も、社会では依然としてタトゥーをめぐる論争⁶⁷がある。本決定の示した解釈についても、そもそもタトゥーを許容するか否かが、肯定的に捉えるか否定的に捉えるかに影響しているように思われる。タトゥーに対する考え方にかかわらず、罪刑法定主義、刑法の謙抑性といった刑法の基本原則から、タ

67 一般財団法人日本ボクシングコミッションルール 86 条 2 号 (https://www.jbc.or.jp/info/jbc_rulebook2016.pdf (最終閲覧 2021 年 1 月 15 日))において、ボクサーが試合に出場することができない欠格事由として「入れ墨など観客に不快の念を与える風体の者」との事由が規定されているところ、井岡一翔選手が 2020 年 12 月 31 日の試合中にタトゥーを露呈させたことについて、賛否両論が巻き起こった。

トウーをめぐる取締りや刑事司法のあり方を今一度考え直す必要がある。

* * *

やまなか じゅんこ (本学法学部講師)