HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究
Author(s)	山﨑, 皓介
Citation	北大法学論集, 70(6), 175-217
Issue Date	2020-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/77201
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_6_06_Yamazaki.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

公法判例研究

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

大阪高裁平成30年11月14日判決
（平成29年（う）第1117号：医師法違反被告事件）
（判時2399号88頁）

【事実の概要】

大阪府吹田市内でタトゥーショップを経営する彫り師Xは、平成26年７月６日頃から平成27年３月８日頃までの間に、自身のタトゥーショップにて、４回にわたり３名に対して、針を取り付けた施術用具（いわゆるタトゥーマシン）を用いて左上腕部等の皮膚に色素を注入する行為（以下、「本件行為」という。）を行なった。Xは医師でない。

医師法17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない」と規定しており、ここでいう「医業」とは、形式的には、「医行為を業とすること」と解されている[1]。検察は、本件行為が「医行為」にあたるとして、Xを同条違反の罪（同法31条１項１号）で略式起訴した。これに対して、Xは正式裁判を申し立てた。本件においては、①本件行為は「医行為」にあたるか、②本件行為に医師法17条を適用することは憲法22条１項に違反するか、③本件行為に医師法17条を適用することは憲法21条１項に違反するか、④本件行為に医師法17条を適用する

[1] 野田寛『医事法（上）』（青林書院、1984）59頁。

ことは憲法13条に違反するか、⑤医師法17条は憲法31条に違反するか、⑥本件行為に実質的違法性が認められるかが争点となった。

原審（大阪地判平成29年９月27日判時2384号129頁）は、①本件行為が「医行為」にあたるとした上で、②③④医師法17条を本件行為に適用することは憲法22条１項、21条１項、および13条のいずれにも違反しない、⑤医師法17条は憲法31条に違反しない、⑥本件行為に実質的違法性を阻却するほどの社会的な正当性は認められないとして、X を罰金15万円に処した。これに対して X が控訴した。

本稿は、上記争点のうち特に①および②について検討を加えるものである。

【判旨】

破棄自判、無罪。

１．医行為の意義[2]

（１）問題の所在

「医業の具体的内容」は、「医学の進歩に伴い変化するものであるから、定義的規定を置くことが困難であり、また妥当でない」。したがって、「医師法の立法目的等により、医業の内容や限界を見極めながら、医行為を合理的に解釈するのが相当である」。

「医行為の意義について、『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、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』という要件（以下『保健衛生上の危険性要件』ということがある。）が必要であること」に争いはない。「争いがあるのは、上記要件のほか、上記行為の前提ないし枠組みとして、『医療及び保健指導に属する行為』、すなわち弁護人の主張する『医療関連性』という要件が別途、必要であるか否かである」。

「当裁判所は、……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、……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）、従来の学説にならった言い方を

[2] 以下の見出しは、筆者が評釈内容を踏まえて付したものであり、判決文のものとは異なる。

すれば、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解する」。

（2）医療関連性が必要であると解される理由

「医療関係者の中心である医師の身分・資格や業務等」について定める医師法は、その１条において、「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、もって国民の健康な生活を確保するものとする」と規定している。すなわち、「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、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のである」。「医師の免許制度等及び医業独占は、いずれも、上記の目的に副うよう、国民に提供される医療及び保健指導の質を高度のものに維持することを目指しているというべきである」。

「以上のような医師法の構造に照らすと、医師法17条が医師以外の者の医業を禁止し、医業独占を規定している根拠は、もとより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からであるが、その大きな前提として、同条は、……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、と理解するのが、医師法の素直な解釈であると思われる。そうすると、医師法17条は、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する所論の指摘は、正当である。したがって、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いうべきである」。

「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のある行為を全て医師法の対象とすると、社会通念に照らし、医師が行うとは想定し難い行為まで包摂されかねない」し、「処罰範囲の不当な拡大を招くおそれがあるという意味においても、難点がある」。「現実的な観点からも、そのような行為を全て医師に担わせるということは、不可能といわざるを得ない」。

（3）医療関連性を要求することと実務・判例との整合性

（a）美容整形外科手術等

原判決は、医療関連性が要求されているとする「解釈では、例えば美容整形外科手術等の医行為性を肯定することができない旨説示するが、以下のとおり、首肯し難い」。

「美容整形は、……我が国に根付き始めた当初から医師によって担われ、形成外科医を中心に発展し、形成外科の一分野をなして専門分化してきた背景があり、また、……医学部で美容整形外科に関する教育が行われている」。さらに、「医療とは、現在の病気の治療と将来の病気の予防を基本的な目的とするものではあるが、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ものというべきである」。

以上より、「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するというべきである。したがって、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っても、美容整形外科手術等は、医行為に該当するということができる」。

（b）アートメイク

「検察官は、答弁書において、入れ墨と同様に人の皮膚に針を用いて色素を注入する行為態様であるアートメイクの事案は、これまで多数件が医師法違反として問題なく処罰されているが、これは、入れ墨と同様、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されているからであり、このことは既に確立された法解釈といえ、原判決の法解釈・処理と整合するものであると主張する」。

「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。後にみるように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

論じることはできないというべきである」。

（c）判例

「最高裁判例は、……医療関連性、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であることという要件も必要としていると解するのが妥当である」。「医療関連性の要否が争点となっていないからといって、これが医行為の要件として不要であるという解釈が直ちに是認されるものではなく、むしろ大審院以来の判例の流れをみれば、最高裁判例は医療関連性を必要とする立場であると理解するのが妥当である」。

2．本件行為（タトゥー施術）の医行為該当性

「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ものといえる」。

しかしながら、本件行為に医療関連性は認められない。「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って、それが医療を目的とする行為ではないこと、そして、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、いずれも明らかというべきである。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ことであるといわざるを得ない」。「そもそも、入れ墨（タトゥー）の施術については、その性格上、前記のとおり、感染症やアレルギー反応等、血液や体液の管理、衛生管理等に関する医学的知識や技能は、当然に一定程度必要となろうが、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いうべきである」。

「本件行為は、医師法17条が禁止している医業の内容である医行為には該当しない」。

３．彫り師に医師免許を求めることの憲法22条１項適合性

（１）憲法論の「付言」

「付言すると、仮に、原判決のように、医療関連性という要件を不要とし、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという解釈をとれば、本件行為は医行為に該当し、タトゥー施術業に医師法17条を適用することになる。しかしながら、このような医師法17条の解釈適用によると、以下に述べるとおり、憲法が保障する職業選択の自由との関係で疑義が生じるのであり、このことからしても、医療関連性を欠くためタトゥー施術の医行為性を肯定することはできないという前記解釈適用の妥当性が支えられているというべきである」。

（２）判断枠組み

「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って、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ないということは、職業選択の自由を制約する」。「原判決は、職業選択の自由の違憲審査基準について、薬事法違憲判決（最高裁昭和50年４月30日大法廷判決（民集29巻４号572頁））を参照して、『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。』と説示しているところ、この説示は正当である」。

（３）目的

「原判決は、『医師法17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。』と説示しており、医療関連性という要件を不要とする原判決の立場によれば、医師法17条の目的について、『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』ではなく、上記のように捉えることになろう」。

（4）手段

「医師法が規定する医師の免許制は、各種の資格制の中でも相当に厳しい制限といえる。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）の彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になることは明らかというべきである」。

その一方で、「入れ墨（タトゥー）の施術は、医師が行うのでなければ、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はいえ、厳密にみると、そこで必要とされる医学的知識及び技能は、医学部教育や医師国家試験で要求されるほど広範にわたり、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りると考えられる。また、所論が指摘するように、海外主要国においては、タトゥー施術業に医師免許を要求している例は見当たらず、医師が行うべき医療行為とは別個の規制がなされている。そうすると、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思われる」。したがって、国民の保健衛生上の危害防止という「目的を十分に達成するため、入れ墨（タトゥー）の彫り師にとっては禁止的ともいえる制約をもたらす医師法による規制が、必要不可欠であるといえるか甚だ疑問であり」、「他により緩やかな制限が可能であることからすれば、規制の範囲が必要な限度を超えているものといわざるを得ない。その意味で、タトゥー施術業を医師法で規制することには、目的と手段との関連において合理性がないというべきである」。

「以上のとおり、入れ墨（タトゥー）の施術は医師のみがなし得るとする原判決の解釈適用によれば、タトゥー施術業を営む被告人の職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義が生じるといわざるを得ない」。

【評釈】

Ⅰ．はじめに

医師法17条に基づくタトゥー施術の規制については、厚生労働省が、既に平成13年に、「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」が「医行為」にあたるとの解釈を通達で示していた[3]。しかしながら、この通達以降も、彫り師が医師法違反の疑いで逮捕された例はなく、黙認状態にあった[4]。ところが、平成22年に兵庫県警により暴力団関係者の彫り師が逮捕され、これが全国で初めての例となったとされている[5]。その後も、暴力団関係者が逮捕された例が数例、報道により確認できる[6]。このような流れの中で、2015年頃より、関西を中心に非暴力団関係者にも規制が及び始め、現在も取締りが続いている[7]。本件もその一環であるが、正式裁判で医師法違反が争われたのはこれが初めてである。

---

[3]「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。この通達は、アートメイクが医行為にあたるとした「医師法上の疑義について（回答）」平成12年６月９日医事第59号を直接のきっかけとしているが、より一般的な文言（「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」）で定式化されており、厚生労働省医政局医事課もタトゥー施術がここに含まれることを意図していたようである（「タトゥー、ご注意　Ｃ型肝炎感染　女性に人気、ワンポイント入れ墨」朝日新聞夕刊2005年１月11日15頁）。

[4] 山本芳美『イレズミの世界』（河出書房新社、2005）311頁。

[5]「彫り師　医師法違反で兵庫県警逮捕へ　元組員らに入れ墨」読売新聞朝刊2010年７月９日大阪本社版37頁。

[6]「無資格で入れ墨　容疑の男再逮捕　広島南署」読売新聞朝刊2010年９月25日広島版29頁、「医師法違反容疑、『彫り師』を逮捕　県内初の検挙」朝日新聞朝刊2015年２月５日熊本版23頁、「入れ墨の『彫り師』、医師法違反の疑い」朝日新聞朝刊2016年７月14日筑後版35頁。前二者については、その後不起訴処分となったことが分かっている。

[7]「入れ墨　無資格施術」読売新聞朝刊2015年８月26日大阪市内版35頁、「医師免許なくタトゥー施術　経営者ら容疑で逮捕」読売新聞朝刊2015年11月26日大阪本社版38頁、「入れ墨の彫り師、医師法違反容疑で逮捕」朝日新聞朝刊2017年10月６日京都市内版27頁、「医師免許持たず、刺青施した疑い　姫路の男逮捕」朝日新聞朝刊2018年10月27日神戸版27頁等。なお、本稿に暴力団関係者と非暴力団関係者とを法的に区別する意図は、さしあたりない。

以上のように、行政解釈としては以前から違法とされてきたものの、実際には黙認状態となっていたところから――おそらくは、タトゥーショップの増加を一つの契機として――取締りが強化されてきているため、本判決が医師法17条に基づいてタトゥー施術を規制することはできないとしたことの社会的な意義は大きい。

このような本判決の法的な意義については、以下の通りである。第一に、医師法17条にいう「医業」にあたるとされるためには、業として行われる行為に「医療及び保健指導に属する」という意味での医療関連性が必要であることが示された点に意義がある。「医業」の内実である「医行為」の定義については、「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」[8]とする見解が「通説・判例」とされている[9]。この定義においては、本判決にいう「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」があるという意味での「保健衛生上の危険性要件」（以下、単に「危険性要件」という。）のみで「医行為」性が判断されるようにもみえるところ、上記行政解釈もこのように考えてタトゥー施術が「医行為」にあたるとしたものと考えらえる。これに対して、本判決は、あくまで判例に整合的な解釈として、医療関連性が求められるとした。

第二に、危険性要件のみで「医行為」性を判断する原審の医師法17条解釈を前提に、タトゥー施術業に同条が適用されるとすると、憲法22条１項との関係で「憲法上の疑義」が生じるとした点に意義がある。「タトゥー施術業を医師法で規制することには、目的と手段との関連において合理性がないというべきである」と断じているので、実質的には違憲判断であるといってよいであろう。後述するように、この違憲判断の射程は、他の医師法17条の適用を受ける行為、例えば、アートメイク施術等にも及ぶ可能性があると考えられる。

第三に、上記二点とも関連するが、上記「憲法上の疑義」からも、医療関連性が求められるとする医師法17条解釈の「妥当性が支えられている」とした点

---

[8] 野田・前掲注（１）60頁。

[9] 小松進「医師法」平野龍一ほか編『注解特別刑法５－Ⅰ 医事・薬事編（１）〔第２版〕』39頁（青林書院、1992）41頁、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ〔新版〕』（イウス出版、2006）17頁、前田和彦『医事法講義〔新編第２版〕』（信山社、2014）32頁、米村滋人『医事法講義』（日本評論社、2016）40頁等。

に意義がある。本判決においては、正面から憲法適合性判断を行うのではなく、原審の解釈・適用を否定するための材料として憲法論が「付言」されているにとどまるが、裏を返せば、憲法論の用い方を広げるものともいえよう。判例時報匿名コメントが指摘しているように、本判決は、「特別刑法の解釈と憲法判断の交錯という点で、法律実務上も参考となるものである」[10]。なお、後述するように、本判決においては、この「交錯」の仕方が、憲法論の射程に大きく関わっていると考えられる。

本稿では、本判決を憲法学の観点から分析・考察することとし、主に第二、第三の意義について詳述することを試みる。その順序としては、まず、本判決において憲法論と医師法17条解釈がどのように「交錯」しているかを分析し（Ⅱ）、それを踏まえて、本判決の憲法論の潜在的な射程について考察する（Ⅲ）。

Ⅱ．医師法と憲法の「交錯」

笹田栄司教授は、本判決について、「『医業』については『職業選択の自由との関係で疑義』を生じさせないため、『付言』という方法で『医業』の絞り込みを志向する憲法解釈を行なっている点が注目される（広範な『医業』概念の解釈に際し、職業選択の自由を『充填』する『憲法適合的解釈』である）」と評している[11]。ここで「憲法適合的解釈」とは、「法令の規定それ自体は合憲であると同時に、憲法論を前提とした解釈を行うことで、規定の適用に際して開かれていた解釈の余地を充填し、その適用の違法・合法を決定するというもの」をいい、「合憲限定解釈」（「通常の解釈によるならば法令の規定が違憲の瑕疵を含むという憲法判断に至った場合に、法令の適用範囲等をより限定する解釈を採用することで、法令の規定を合憲とする」方法）とは区別されたものとして、近時、有力に説かれるようになった概念である[12]。

本稿では、憲法適合的解釈や合憲限定解釈といった判断方法それ自体に立ち入って検討することはしない。むしろ、ここで問題とされるべきは、本判決に

---

[10] 判時2399号89頁。

[11] 笹田栄司「判批」法教462号152頁（2019）152頁。

[12] 宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』64頁（有斐閣、2012）68、72頁。

おいて、どのような意味で「医業」概念に職業選択の自由が「充填」されているのか、あるいは、そもそも「充填」されているといえるのかということである。このことを明らかにするために、以下では、まず、本判決が示した医師法17条解釈および憲法論の内容をそれぞれ確認し（**1**、**2**）、それを踏まえて、両者の「交錯」の模様を分析する（**3**）。

1．医師法17条解釈

本判決は、「医行為」とされるためには、保健衛生上の危険性のみならず、医療関連性が必要であると解しているが、そこでの主たる根拠は、「医師法の構造」である。本判決は、大要、次のような論理を展開する。医師法１条は「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、もって国民の健康な生活を確保するものとする」と規定しているところ、これは要するに、同法が規律するのは専ら「医療及び保健指導」の領域であることを意味する。したがって、「医師の免許制度等及び医業独占は、いずれも、……医療及び保健指導の質を高度のものに維持することを目指している〔傍点筆者。以下同じ。〕」と解されることとなる。これを同法17条についてみれば、医業独占の根拠は、「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」ことにあるとみなければならない。したがって、無資格者が行うと処罰される「医行為」には医療関連性が要求される、というわけである。

このような体系的・目的論的解釈には、十分な説得力がある[13]。医療関連性を要求する解釈の事実上の天王山はむしろ、危険性要件のみで「医行為」性が判断されるとしてきた（ようにみえる）通説・判例との整合性にあったといえよう[14]。先に指摘したように、原審が全面的に依拠したとみられる行政解釈も通説・判例に則ったものであった。この点については、辰井聡子教授の意見

[13] 参照、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14頁（2018）37-39頁。

[14] 本件を担当している弁護士は、「医行為」解釈について、「検察官が主張する定義が長く通説として存在感を示していた現実があり、理論的整理だけでその存在感を覆すことは困難であると考えられた」としている（城水信成「タトゥー施術は『医行為』ではない」刑事弁護99号81頁（2019）84頁）。

書[15]および論攷[16]が、医療関連性要件は通説・判例においても維持されている、あるいは前提とされているということについて、大審院時代の判例や初期の学説に遡って検証しており、これらが本判決に大きな影響を与えたものと考えられる。

とはいえ、医療関連性要件は、あくまで上記の体系的・目的論的解釈から導出されている。そして、注意すべきは、この段階では憲法論は登場しておらず、「医師法の構造」レベルで解釈が完結しているということである。

2.「付言」された憲法論

以上のような医師法17条解釈を前提に、本判決は、タトゥー施術の医療関連性を否定した。したがって、この段階で、タトゥー施術業は同条の構成要件に該当しないことが帰結されるのであって、もはやタトゥー施術業への適用に対する憲法判断は不要のはずである。にもかかわらず、本判決は、わざわざ原審の立場を仮定してまで、憲法論を「付言」し、自身の解釈・適用の「妥当性」を強調したのであった。これは、一般的な通説・判例理解を覆すことはそれほどに難しいと考えたか、本件が本質的に憲法事件を構成していると考えたか[17]、あるいはその両方であろう[18]。以下では、そのような憲法論について詳しくみ

---

[15] 辰井教授のTwitterアカウント上で公開されている（https://twitter.com/tatswi/status/1063299449412235264〔最終閲覧2020年２月26日〕）。

[16] 辰井・前掲注（13）16-30頁。城下裕二「判批」速判解23号175頁（2018）176-177頁も参照。だだし、参照、天田悠「判批」刑事法ジャーナル60号176頁（2019）180-181頁、前田雅英「判批」捜査研究825号16頁（2019）24-25頁。

[17] 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29年９月27日判決を契機として――」広島法学42巻３号21頁（2019）27頁は、「本件の本質的問題」として、「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」と指摘する。また、本件被告人側に人権侵害の意識が強かったことも重要であろう（参照、「タトゥー、医業か芸術か　略式起訴の彫り師、無罪求め裁判へ」朝日新聞朝刊2015年11月22日35頁、城水・前掲注（14）86頁）。

[18] これは、いわゆる憲法判断回避（constitutional avoidance）にかかる問題である。この問題は、大きく、憲法判断それ自体を回避する狭義の憲法判断回避と、合憲限定解釈等により違憲の判断を回避する違憲判断回避とに分けることができるが（参照、

ていく。

まず、本判決の憲法論は、「仮に、原判決のように、医療関連性という要件を不要とし、保健衛生上の危険性要件のみで足りるという解釈をとれば、本件行為は医行為に該当し、タトゥー施術業に医師法17条を適用することになる」という仮定から始まる。本判決の立場からすれば、タトゥー施術業は同条構成要件に該当せず、憲法論を論じる前提（憲法上の権利に対する制約）がないのだから、このような仮定は、ある意味、必然である。その上で、本判決は、原審の解釈・適用によると職業選択の自由との関係で問題になるとして憲法適合性判断へと進み、その際、薬事法違憲判決[19]を参照した原審の判断枠組みを是認する[20]。すなわち、当該規制が合憲であるといえるためには、①「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」、②それが「消極的・警察的措置である場合」には、「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」（以下、便宜上、「LRA 要件」という。）がそれぞれ要求されているとするのである。①要件にかかる「規制措置の必要性と合理性の審査」については、「職業の自由事案における調査官解説のなか

高橋和之『憲法訴訟』（岩波書店、2017）192-193頁）、ここでは前者の意味での回避可能性が浮上してくる。しかしながら、わが国においては、判例上、回避「準則」といえるほどのものが形成されているわけではない（戸松秀典『憲法訴訟〔第２版〕』（有斐閣、2008）229頁）。また、そのような準則を考えるとしても、学説上、必ずしも厳格なものとして捉えられていない。例えば、芦部信喜「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ〔第７版〕』358頁（有斐閣、2019）359頁は、「事件の重大性、違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題とされている権利の性質、憲法判断で解決するのと法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違うかという判決の効果など、総合的に検討した結果十分の理由があると判断した場合、憲法判断に踏み切ることができる」としている（同旨、戸松・前掲書233頁、高橋・前掲書196頁）。仮にこの考えを受け入れた上で本件についていえば、本文および前出注（17）において指摘したような意味で、本件は本質的には憲法事件であると考えられるから、憲法論を「付言」したことも許されるものと思われる。

[19] 最大判昭和50年４月30日民集29巻４号572頁。

[20] 本件における薬事法違憲判決の判断枠組みの妥当性については、後に詳述する（**Ⅲ１（１）**）。

でも特に今日影響力が大きい」[21]とされる酒類販売免許制事件判決[22]の調査官解説によれば、（ⅰ）「当該規制の必要性と合理性を基礎付ける立法事実の存否の審査」と、（ⅱ）「当該規制によって得られる利益と制約される利益との価値評価、利益衡量という立法府の法的判断の適否の審査」に分析することができる[23]。

同調査官解説は、薬事法違憲判決においては、実は②LRA 要件に至るまでもなく、①（ⅰ）「立法事実の存否の審査」段階で距離制限規定が違憲とされたとするが[24]、これに対して、本判決では、まさに②LRA 要件の審査が機能しているといえよう。というのも、「各種の資格制の中でも相当に厳しい制限」である医師免許の要求は、「彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になることは明らかというべきである」としつつ、その一方で、届出制等のより簡易な資格制度や施術に関する指針策定等の「より緩やかな制限」によって「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思われる」としているからである。実際、本判決は、まさにこの点を捉えて、「原判決の解釈適用によれば、タトゥー施術業を営む被告人の職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義が生じるといわざるを得ない」と結論づけている。

しかしながら、裁判官の心証レベルでは、薬事法違憲判決と同様に、①（ⅰ）「立法事実の存否の審査」段階で違憲性を確信していたかもしれない。本判決の立場においては、医師法17条の目的は、「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」、あるいは「国民に提供される医療及び保健指導の質を高度のものに維持すること」にあるとされる。そして、そのような

---

[21] 木下昌彦「職業の自由事案における憲法判断の枠組み――平成４年酒類販売免許制判決調査官解説を読む」法時91巻５号76頁（2019）76頁。

[22] 最判平成４年12月15日民集46巻９号2829頁。

[23] 綿引万里子「判解」最判解民事篇平成４年度569頁（1995）587頁注３。ただし、本判決が同調査官解説の見解を受け入れているかどうかは、必ずしも明らかではない。

[24] 同上581-582頁。LRA の有無というよりも、「競争の激化―経営の不安定―法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない」という立法事実の不存在が違憲判断の決め手となっているというわけである。石川健治「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第７版〕』198頁（有斐閣、2019）200頁も同旨。

目的に対して、彫り師に医師免許を求めることには、――その規制内容の緩厳を問うまでもなく――最低限の関連性も認められない。なぜなら、タトゥー施術の医療関連性は否定されているからである[25]。本判決は、タトゥー施術の医行為該当性について、次のように説示していた。曰く、「入れ墨（タトゥー）は、……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って、……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」。「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いうべきである」。このようなタトゥー施術を規制することと「国民に提供される医療及び保健指導の質」との間に因果関係、すなわち立法事実の存在は認められないだろう。

ところが、以上のような判断は、「付言」された憲法論において表に出てくることはない。なぜなら、先程来指摘しているように、「付言」は、危険性要件のみで「医行為」性を判断する原審の立場を前提としているからである。すなわち、この場合、医師法17条の立法目的は単に「国民の保健衛生上の危害を防止する」ことというように広くとられるために、タトゥー施術規制と当該立法目的との間に一定の関連性が認められるのである[26]。この点、本判決は、原審同様、タトゥー施術が「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、すなわち危険性要件の充足を認めていたところ

[25] 曽我部真裕「医師法17条による医業独占と憲法」初宿正典『比較憲法学の現状と展望』749頁（成文堂、2018）758頁は、「立法目的の中に医療の安全が含まれている」場合には、当該目的と医師法17条によりタトゥー施術業を規制することとの間における目的・手段の関連性と、タトゥー施術業が医業に含まれるか否か（＝医療関連性）は、「表裏の関係」にあると指摘している。

[26] この点、原審と本判決とでは立法目的の認定が異なることに注意が促されている。曰く、「原判決は、『医師法17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。』と説示しており、医療関連性という要件を不要とする原判決の立場によれば、医師法17条の目的について、『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』ではなく、上記のように捉えることになろう」。

である[27]。かくして、「付言」においては、①（ⅰ）「立法事実の存否の審査」から②LRA 審査へと歩を進めざるをえない[28]。

とはいえ、本判決の LRA 審査が無理を抱えているわけではない。むしろ、医師免許の要求という禁止的な制約でなくとも、より簡易な資格制や指針策定で保健衛生上の危険を防止できるとする判断は、十分に説得的であろう。また、確かに、このような判断の背後に、「医療及び保健指導の質を高度のものに維持すること」を目的とする医師法17条でタトゥー施術業を規制することの不合理性（立法事実の不存在）という、いわば隠れた憲法判断があり[29]、それが LRA 審査に対する裁判官の心裡的抵抗を低減した可能性はある。しかし、①（ⅰ）立法事実の存否と②LRA の有無はやはり別の事柄であるし、心裡的にはともかく、少なくとも論理的には LRA 要件が中心的な役割を担っているのである。

さて、ここまでみてきた本判決の憲法論について、「特別刑法の解釈と憲法判断の交錯」という本稿の関心からは、次の点を確認しておきたい。すなわち、憲法論は、医療関連性を要求しない原審の立場を仮定するために、あくまで危

---

[27] 曰く、「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ものといえる」。もちろん厳密には、憲法論としての目的・手段の関連性と法律適用としての事実認定とは別の事柄であるが、医師法17条に関する限り、やはりここでも両者は「表裏の関係」（前出注（25）参照）にあると考えられる。

[28] ①（ⅱ）「当該規制によって得られる利益と制約される利益との価値評価、利益衡量という立法府の法的判断の適否の審査」は、立法事実がまったく存在しないわけではないという最低限の合理性（①（ⅰ））を前提に、立法府の利益衡量を審査するものであるが、千葉勝美「判解」最判解民事篇平成４年度220頁（1995）239-241頁によれば、②LRA 要件は、まさにそのような利益衡量の審査をする際の「判断の指標として」位置づけられる。

[29] やや穿ちすぎた見方ではあるが、結論において、「規制の範囲が必要な限度を超えている」ことを、「目的と手段との関連において合理性がない」と、一般的には緩やかな審査をイメージさせる言葉で言い換えているのは、本稿にいう隠れた憲法判断が滲み出た表現なのかもしれない。この点、榎透「判批」速判解24号37頁（2019）40頁は、「本判決は、より緩やかな手段の有無の検討を行うことから厳しい審査基準を用いているようにも読めるが、『目的と手段の関連において合理性がない』と結論づけていることから、形式上は緩やかな基準を用いていると理解できよう」としている。

険性要件との関係で展開されているということである。「医行為」の危険性要件については、抽象的危険で足りるとされ、しかも、「少しでも人体に損傷を与えそうな行為はすべて抽象的危険ありとされてきた」[30]。例えば、AED は非医療従事者でも使えるように設計されているにもかかわらず、その使用は「医行為」にあたると解されている[31]。それとの比較でいえば、身体への侵襲を伴うタトゥー施術が「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」にあたるとされるのも当然といえよう[32]。これに対して、本判決の LRA 審査においては、タトゥー施術は「保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であるとはいえ、厳密にみると、そこで必要とされる医学的知識及び技能は、医学部教育や医師国家試験で要求されるほど広範にわたり、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りると考えられる」とされている。ここでは、危険性要件の認定におけるよりも――「より緩やかな制限」を仮定することで――はるかに「厳密に」、医師でない者が保健衛生上の危害を回避できる可能性が問われている。要するに、タトゥー施術に伴う危害発生の蓋然性は、職業選択の自由の重要性や医師免許制の制約強度と均衡のとれたものとなっているかということが、LRA の有無を通じてチェックされているのである[33]。このような意味で、本判決の憲法論（LRA 審査）は、タトゥー

---

[30] 樋口範雄「『医行為概念』の再検討」同・岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』１頁（弘文堂、2007）６頁。

[31]「非医療従事者による自動体外式除細動器（AED）の使用について」各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知平成16年７月１日医政発第0701001号。なお、「救命の現場に居合わせた一般市民」による使用には、一般的に反復継続性が認められないから「医業」にはあたらないとされている。

[32] これを否定する見解として、佐藤雄一郎「判批」刑事弁護99号93頁（2019）97頁は、保健衛生上の危険性について、「ニセ医師やニセ薬」等によって「正常な医療を受ける機会が失われてしまうことによる公衆衛生上の問題」という意味での消極的弊害に限定して解するべきであるとして、判例を批判している。

[33] 薬事法違憲判決は、職業の自由に対する「規制措置が憲法22条１項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、……具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」としている。LRA 要件は、このような立法府の利益衡量を審査する際の「指標」として位置づけられている（千葉・前掲注（28）241頁）。

施術に伴う保健衛生上の危険性に着目して行われているのである。

3.「交錯」

以上を踏まえて、本判決における憲法論と医師法17条解釈の「交錯」模様を分析していく。ただし、その前に、本判決の分析に有用な限りで、合憲限定解釈および憲法適合的解釈という概念について振り返っておく必要があろう。

（1）合憲限定解釈・憲法適合的解釈

一般に、法体系の統一性等の観点から、法令の解釈・適用は憲法に適合的に行われなければならない（「合憲解釈の原則」）、ということは広く認められているところである[34]。つまり、合憲解釈とは、まず何よりも、法令の違憲判断（または違憲の疑い）を回避する解釈をいう[35]。もっとも、問題となっている憲法の規定、法令の規定、および両者の関係は、具体的事案ごとに様々であるから、どのような意味で適合的に解釈・適用されるかについても様々な形がありうる。その中でも、「通常の合憲解釈」としてイメージされるのは、当該規定の意味を「合憲的なものへと画定する」というものであろう[36]。すなわち、合憲（限定）解釈の多くは、合憲・違憲を画する憲法判断が法律解釈に取り込まれ、それがそのまま合法・違法を画するという特徴を持つ[37]。それゆえ、「法令の意味内容の一部を違憲とする判断は、実践的な意味合いでは、法令の合憲的な解釈とほ

---

[34] 赤坂幸一「法令の合憲解釈」大石眞・石川健治編『憲法の争点』340頁（有斐閣、2008）340頁。合憲解釈の根拠として、法体系の統一性の他に、合憲性推定の原則や法的混乱の回避があげられることが多い（同上）。

[35] 高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995）77頁、芦部信喜『憲法〔第７版〕』（有斐閣、2019）394頁。

[36] 高橋・前掲注（35）63、78頁。「合憲的なものへと画定する」とは、要するに、当該法令の全適用（またはその大部分）が合憲となるようにすることである。

[37] 例えば、代表的な判例として、札幌税関検査事件判決（最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁）は、輸入禁止の対象を定めた「関税定率法21条１項３号の『風俗を害すべき書籍、図画』等の中に猥褻物以外のものを含めて解釈するときは、規制の対象となる書籍、図画等の範囲が広汎、不明確となることを免れず、憲法21条１項の規定の法意に照らして、かかる法律の規定は違憲無効となるものというべく、前記のような〔性的風俗を害するものへの〕限定解釈によって初めて合憲なものとして是認し得るのである」と判示している。

とんど径庭ない」と評されることもある[38]。

この点は、合憲限定解釈とは区別された概念としての「憲法適合的解釈」についても、ほとんど同様である。この議論をリードする宍戸常寿教授によれば、両者の違いは、解釈者が前提とする当該規定の理解の違いにある[39]。すなわち、合憲限定解釈が、字義どおりに解釈したのでは違憲的適用部分を含むと理解された規定を限定解釈し、当該部分を除去するものであるのに対して、憲法適合的解釈は、抽象的・開放的規定を解釈するにあたって、憲法判断を、いわばビルトインする[40][41]。したがって、憲法適合的解釈においても、やはり合憲・違憲

---

[38] 長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」同『憲法の境界』61頁（羽鳥書店、2009）71頁注28。宍戸常寿「憲法適合的解釈についての比較法的検討 1．日本」比較法研究78号４頁（2016）6-7頁（「合憲限定解釈は、規定に違憲の瑕疵が存在することを前提にする点で部分違憲の手法と共通するが、違憲的適用部分を解釈の手続で規定から除去する点において、差異がある」）も参照。

[39] 宍戸・前掲注（38）16頁は、合憲限定解釈と憲法適合的解釈を区別することについて、「裁判所が法令の規定の構造をどのように理解したのか、そこでどのような憲法的考慮を行なったのかを明らかにし、進んで必要があればそれを批判する出発点となる限りで、意味がある」としている。

[40] 同上5-6、９、11-12頁。前出注（12）およびその本文も参照。

[41] 例えば、泉佐野市会館事件判決（最大判平成７年３月７日民集49巻３号687頁）は、憲法適合的解釈と合憲限定解釈が同時になされた例とされる（宍戸・前掲注（38）16-17頁）。この判決では、「地方自治法244条にいう普通地方公共団体の公の施設として……集会の用に供する施設が設けられている場合」について、設備上の理由や利用の競合の他は、「基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等」の比較較量によって「必要かつ合理的なものとして肯認される限り」、その使用不許可は憲法21条に違反しないという憲法判断がまず示される。その上で、「公の秩序をみだすおそれがある場合」という不許可事由を定める市立泉佐野市民会館条例７条１号について、「広義の表現を採っているとはいえ、右のような趣旨からして、本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、……単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」としている。ここでは、「公の秩序をみだす」について合憲限定解釈が行

を画する憲法判断が法律解釈に取り込まれているのである[42]。

このようにしてみると、多くの合憲限定解釈および憲法適合的解釈には、①違憲判断の回避と②憲法判断の法律解釈への取込み（＝合憲的なものへの画定）という、次元の異なる二つの要素を見て取れる[43]。これに対して、②合憲的なものへと画定することなく、①違憲判断を回避する解釈もありうる。それは、②'「『違憲の疑いのある部分』の少なくとも一部分（本件に適用可能に見える部分）を切り捨て」る解釈である[44]。こうした解釈を合憲解釈と呼ぶか否かは用語法の問題にすぎない[45]。それよりも、「注意すべきは、後者の場合、違憲的意味の一つは法文の意味から除去されるが、残された可能な解釈〔・適用〕のすべ

われる一方、「おそれ」については憲法適合的解釈がなされているとされるのである。

[42] ただし、憲法適合的解釈には、ここでみたような「当該規定の意義を明らかにするもの」の他、「違法性阻却ないし免責に関する規定の解釈に関するもの」や「行政裁量の統制に関するもの」もある（宍戸・前掲注（12）69-71頁）。

[43] ただし、憲法適合的解釈は、違憲的適用部分が含まれていないことを前提にするから、その意味では、①違憲判断回避ではない。とはいえ、何らかの意味での憲法上の疑義を前提としている――それ故、憲法が参照されている――こともまた事実であろう。

[44] 高橋・前掲注（35）63頁。同78頁も参照。このような類型の代表例として、United States v. CIO, 335 U.S. 106（1948）があげられている（同62-63頁）。この事件は、CIO（Congress of Industrial Organization、産業別労働組合会議）の定期刊行物に特定の候補者への投票を呼びかける記事が掲載されたことについて、当該刊行物の経費支出が「いかなる会社も労働組合も……選挙に関して、寄付または支出をすることは違法である」旨定める連邦腐敗行為防止法313条に違反するとして、CIO 会長が起訴されたものである。これに対して、合衆国最高裁は、そのような適用は「合憲性に関する重大な疑い」を生ぜしめるとして（335 U.S. at 122）、右のような経費支出は同条にいう「支出」にあたらないとした（Id. at 123）。その上で、「当裁判所は、異なる状況における同条の適用範囲や同条の合憲性について、一切意見しない」と付け加えている（Id. at 124）。同判決については、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973）303-305頁も参照。

[45] 例えば、芦部・前掲注（35）394頁は、「法律の違憲判断の回避」（②相当）と「法律の合憲性に対する疑いの回避」（②' 相当）とを区別した上で、前者のみを「合憲解釈」とするのに対して、高橋・前掲注（35）63頁は、後者も「合憲解釈の一種」であるという。なお、芦部・前掲注（35）394頁は、恵庭事件判決（札幌地判昭和42年３月29日判時476号25頁）を後者の例であるとしているが、高橋・前掲注（35）63頁は、それを否定している。

てが合憲とは限らないことである」[46]。すなわち、この場合、「残された可能な」適用に対する憲法判断は回避されているのである[47]。

（2）本判決の分析

それでは、本判決における医師法17条解釈は、憲法22条１項の保障する職業選択の自由とどのような関係にあるか。まず、危険性要件のみで「医行為」性を判断する原審の解釈では「職業選択の自由との関係で疑義が生じるのであり、このことからしても、医療関連性を欠くためタトゥー施術の医行為性を肯定することはできないという……解釈適用の妥当性が支えられているというべきである」と強調されているから、本判決の医師法17条解釈が①違憲判断の回避という要素を持ち合わせていることは明白である。そして、同条にいう「医業」は、具体的な適用のあり方が解釈に委ねられているというべき、開かれた規定であるから、合憲限定解釈というよりは、憲法適合的解釈が行われうる局面であるといってよい。これらの点をもって、笹田教授は本判決を憲法適合的解釈が行われたものと評価していると考えられる[48]。

しかし、その一方で、本判決の医師法17条解釈において、「付言」された憲法論が取り込まれ、同条が②合憲的なものへと画定されているとはいえない。先にみたように、医療関連性を求めることで適用範囲を限定する解釈は、憲法を参照することなく、「医師法の構造」レベルで完結しているのに対して、憲法論、すなわちLRA審査は、危険性要件の認定よりも「厳密に」、医師でない者が保健衛生上の危害を回避できる可能性を問うているという意味で、危険性要件に着目している。つまり、医療関連性要件による合法・違法の画定は、憲法論における合憲・違憲の画定とは一致していないのである。確かに、本件においては、LRA審査により違憲とされるタトゥー施術業への適用が、医療関連性要件により除外されている。しかしながら、それは、結果としてそうなったにすぎず、論理的には、憲法論による危険性の「厳密」な線引きと、法律解釈による医療関連性の線引きとでは、それぞれ次元が異なっているのである[49]。

---

[46] 高橋・前掲注（35）78頁。

[47] 同上63、78頁。芦部・前掲注（35）394頁は、この場合、当該法令に対する「合憲判断は原則として前提されていない」としている。

[48] 笹田・前掲注（11）152頁。

[49] すぐ後にみるように、ここに、――タトゥー施術業にかかる適用違憲を包含する、

さらに、より根本的には、本判決は、タトゥー施術業に適用される限りで（as-applied）[50]、医師法17条と職業選択の自由との関係を問題としているため、同条に憲法論を取り込むことは、そもそも許されないと考えられる。なぜなら、LRA 審査を導くような職業選択の自由の保障は、後にみるように医師法17条の一部の適用に対してのみ及ぶが、これに対して、法律解釈として危険性要件の該当範囲を縮減するということは、同条の全適用においてそうすることを意味するからである。このことを、もう少し詳しく、刑法解釈論の側からみれば、次のようになる。構成要件とは、立法者の当罰性評価を表す違法行為の類型であるから、そのような事前的・類型的評価に働く憲法上の規範的要請があるとすれば、それもやはり事前的・類型的でなければならない[51]。すなわち、構成要件が憲法上の要請に基づいて限定されうるのは、「憲法上の権利の行使が、ある刑法規定が処罰しようとする典型的な行為に当たるような場合」である[52]。この点、医師法17条にいう「医業」の「業」とは、単に「反復継続の意思を以って」行うことと解されており[53]、報酬の有無は問われていない[54]ため、例えば、家族による在宅療養や医学生の臨床実習等についても同条は適用されうる。これらの行為が「人が自己の生計を維持するためにする継続的活動」という意味での「職業」[55]にあたらないことは明らかであるから、憲法22条１項が保障する職業の選択は、医師法17条の、少なくとも典型的な処罰対象とはいえないだろう。

より広い先例規範が見出されるのであれば――本判決の憲法論の射程を論じる余地がでてくる。

[50] 曽我部・前掲注（25）755頁。ただし、適用審査／違憲は、通例、面前の適用類型に対してのみ審査・判断することで、全適用に対する憲法判断、すなわち文面審査／違憲を回避するという特徴がある（参照、土井真一「憲法判断の在り方――違憲審査の範囲及び違憲判断の方法を中心に」ジュリ1400号51頁（2010）54頁）。これに対して、本件においては、後にみるように、そもそも狭義における職業選択の自由に抵触する適用類型が医師法17条の一部にすぎない。この場合、適用審査／違憲の持つ「違憲審査の範囲を抑制する」（同56頁）という消極主義的な意味合いは弱いといえよう。

[51] 上田正基「憲法適合的解釈は刑法解釈論に適合するのか？」法時91巻５号51頁（2019）53頁。

[52] 同上。

[53] 最決昭和28年11月20日刑集７巻11号2249頁。

[54] 樋口・前掲注（30）６頁。

[55] 民集29巻４号575頁（薬事法違憲判決）。

したがって、LRA 審査の内容が構成要件該当行為の類型的危険性を限定するという形[56]で医師法17条に取り込まれることはない[57]。また、同じ理由で、「医療及び保健指導の質を高度のものに維持すること」を目的とする医師法17条でタトゥー施術業を規制することの不合理性（立法事実の不存在）という隠れた憲法判断を措定するとしても、それが医療関連性要件という形[58]で同条に取り込まれたと評価することもできない。

ここまでの分析をまとめると、以下のようになる。第一に、本判決は、医療関連性を要求する解釈により「憲法上の疑義」を回避している。第二に、この「憲法上の疑義」は、医師法17条によるタトゥー施術の危険性評価――国民の生命・健康という保護法益を危殆化するとの立法上の評価――に向けられている。精確には、同条の危険性評価は、職業選択の自由の重要性および医師免許制の制約強度との関係で均衡のとれたものとなっているかが、LRA 審査という形で厳しくチェックされている。したがって、第三に、医療関連性要件による合法・違法の画定は、「付言」された LRA 審査を取り込んだものとはいえない。第四に、この LRA 審査は、適用上の審査であるから、危険性要件に取り込まれる

---

[56] 上田・前掲注（51）54頁。堀越事件判決（最判平成24年12月７日刑集66巻12号1337頁）が国家公務員法102条１項にいう「政治的行為」を「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものに止まらず、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」に限定したのは、この形である（同55頁）。

[57] そうすると、次に違法性阻却の段階で憲法論を取り込む可能性が考えられるが、これも否定的に解さざるをえないのではないか。違法性阻却とは、構成要件という類型的違法性の評価に対する例外的な阻却であるから、「憲法の要請からの違法性阻却が問題となるのは、……憲法上の権利の制約が、刑法の適用段階で偶然的、例外的に生じる場合となる」（同54-55頁）。これに対して、タトゥー施術業という適用類型は、まさに類型的な制約なのであって、これを「偶然的、例外的」な制約とまでいってよいかは疑問である。このことは、政治的ビラの配布を目的とする立ち入りが住居侵入罪の構成要件に該当するとされた例（立川自衛隊宿舎立入り事件、最判平成20年４月11日刑集62巻５号1217頁）の偶然性・例外性との比較からもいえよう。結局、「付言」された憲法論は、刑法解釈論上に居場所はなく、適用違憲の判断として噴出するほかないと考えられる。

[58] 刑法解釈論上は、立法者が想定する構成要件該当行為・保護法益間の因果関係という意味での抽象的危険を限定するものとして表現されることになる（上田・前掲注（51）54頁）。

こともない。

以上のような本判決の医師法17条解釈を憲法適合的解釈と呼ぶのか、あるいは合憲限定解釈と呼ぶのかは論者の用語法によろう。ただ、少なくとも、憲法判断を取り込むことで合憲的なものへと画定するタイプの解釈に比して、憲法論が間接的・反射的にしか作用していないと評価することはできる。

ここで、先に立てた問いに答えるならば、職業選択の自由は、「医業」概念に対して間接的には影響しているが、それに「充填」されているとまでは言い難いように思われる。

（3）射程の問題へ

それでは、上記の結論は何を含意しているか。この点、筆者の見立てでは、間接的にしか作用しなかった憲法論が、タトゥー施術業への適用を超えて、なおも医師法17条に「憲法上の疑義」を突きつけている可能性がある。

本判決に「付言」された憲法論では、本件行為、すなわちタトゥー施術業に医師法17条を適用することに対する「憲法上の疑義」が呈されている。したがって、医療関連性を要求する同条解釈により、この「憲法上の疑義」は解消されたとみるのが穏当なのかもしれない。しかしながら、この「付言」された憲法論は、――裁判官の意図はともかくとして[59]――タトゥー施術業への適用に対する判断にとどまるものなのだろうか。この問題は、憲法論における先例規範の切り出し方にかかっている[60]。そして、仮に、タトゥー施術業への適用を超える憲法論が示されているとすれば、この憲法論（LRA 審査）は医師法17条解釈に取り込まれていない以上、「憲法上の疑義」は、医療関連性を要求する解釈では解消し尽くされずに、他の適用においても生じる可能性がでてくる。なぜなら、医療関連性を有する行為であっても、医師免許まで要求せずとも、より緩やかな規制をもってすれば当該行為の保険衛生上の危害を防げる場合があ

[59] 判決文も、制定法と同じように、作成者の主観的意図とは一定程度「独立の客観的存在」として捉えられるべきであろう（参照、大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』（有斐閣、2000）326-327頁）。

[60] 同上342頁は、「判旨それ自体においては、限定的な判示の仕方で法命題が展開されている場合」であっても、「その理由づけ部分とあわせて理解されるところの判旨の論理から推していけば、判旨に示された場合以外についても同様の趣旨が妥当するのではないか、と考えられるときにも、判旨の射程が問題となろう」としている。

りうるからである。ここに、「付言」された憲法論の射程という次なる問題が浮上してくるのである。そこで、この点について、節を改めて検討していくこととしたい。

なお、以上のことを先の分析軸にあてはめていえば、次のようになる。すなわち、医療関連性を要求する本判決の医師法17条解釈は、実は②'「『違憲の疑いのある部分』の少なくとも一部分(本件に適用可能に見える部分)を切り捨て」るタイプの解釈ではないかという見立てである。もっとも、このタイプは、通常、他の適用に対する憲法判断を回避するものであるが、これに対して本判決においては、その回避されうる憲法論が「付言」されている点に特徴がある。そして、そのような憲法論から「残りの可能な」適用に対する「違憲の疑い」を見出す作業を、以下で行うということとなる。

Ⅲ.「付言」の潜在的射程

本判決は下級審裁判例であり、しかも、その憲法論は「付言」された傍論にすぎない。したがって、その先例的価値は比較的小さいと言わざるをえない。しかしながら、本判決は、医師法17条について職業選択の自由との関係で「憲法上の疑義」が生じうることを指摘した、初めての例であり、また、本件について、最高裁が憲法判断回避を行う可能性は十分にある。そうすると、本判決は医師法17条にかかる憲法問題を考える上での一つの重要な出発点となりうるから、その憲法論が及ぶ射程範囲について検討しておくことにも、意義がないとまではいえないだろう。そこで、以上のような留保付きではあるが、「付言」された憲法論の射程を以下に検討していく。

ここで、そのような射程を論じる前提として、本判決の憲法論はタトゥー施術に医師法17条を適用することについて論じているにもかかわらず、他の適用への射程を考えることができるのかという点について、まずは確認しておく必要があろう。

この点、確かに、本判決は「タトゥー施術業を医師法で規制することには、目的と手段との関連において合理性がない」と結論づけているが、その理由づけの中で、タトゥー施術について、「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はいえ、厳密にみると、そこで必要とされる医学的知識及び技能は、医学部教育

や医師国家試験で要求されるほど広範にわたり、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りると考えられる」としている部分が注目される。先に指摘したように、ここでは、保健衛生上の危険性に着目したLRA審査が行われており、医師免許まで要求せずとも、より緩やかな規制をもってすれば当該行為による保健衛生上の危害は防げるとの認定が違憲判断の決め手となっている。そうすると、大掴みにいえば、医師法17条の適用を受ける行為のうちで、LRA審査を導く強い憲法上の保障を受け、かつ「必要とされる医学的知識及び技能」が「基本的なもので足りる」ものについては、本判決の趣旨が及ぶものと解される。このような意味で、本判決は適用審査を行うものであるが、その射程を論じうるのである。ただし、医療関連性のない行為については、そもそも医師法17条が適用されないため、射程を論じる前提を欠く[61]。

以上のことを踏まえて、本判決の射程を探るために、検討内容を次のように分節化する。第一に、タトゥー施術以外の医師法17条が適用されうる行為に、本判決の判断枠組み、特にLRA要件が妥当するか。ここでは、原審と本判決で同条の目的認定に差異がある点に注意が必要である。というのも、それが判断枠組みに影響しうるからである。第二に、LRA要件が妥当するとして、そのような行為につき、「必要とされる医学的知識及び技能」が「基本的なもので足りる」ものといえるか。ここでは、当該行為とタトゥー施術との比較が有益であろう。以下、順に検討していく（**1**、**2**）。

1．判断枠組み

本判決の憲法論においては、LRA要件が中核をなしている。薬事法違憲判決で示されたLRA要件は、判例上、非常に厳格な要件であるから、こうした要件がタトゥー施術以外の医師法17条の適用受ける行為に妥当するかについては、丁寧に検討していく必要があろう。以下では、まず、本判決における判断枠組みの導出のされ方を確認しつつ、職業の自由事案にかかる判例理論を概観し、それを踏まえて、医師法17条の適用を受ける行為へのLRA要件の妥当性をみていく。

[61] 本判決の趣旨が及ぶ範囲を考える以上、本判決の同条解釈を前提とするためである。

（1）判例理論

学説における判例理論の再構成は様々あるが、ここでは、最近の学説における内在的理解の試みを参照しつつ[62]、「実務上、他の判例評釈とは異次元の重要性をもつ」[63]調査官解説を拠り所にして、その概観を試みる[64]。

かつて、職業の自由に関する事案については、「判例としては例外的に確固とした解釈学」[65]である、いわゆる規制目的二分論が妥当しているとの理解が有力であった。しかしながら、それでは説明のつかない判例も現に登場しており[66]、近年では、むしろ事案ごとに、「憲法上の保護や制約の分析を斟酌したり、裁量論を打ち分けたりしながら、審査の厳格度を柔軟に決定して」いるとの理解が有力である[67]。そこで、以下では、判例における判断枠組みの導出プロセスについて、①職業の性質、②制約の強度、③立法裁量の尊重という３つの観点から整理する。

まず、①制約される職業の性質が審査の厳格度に影響するという考え方がありうる。すなわち、弱い憲法上の保障しか及ばない職業については、具体的な

---

[62] 小山剛「『憲法上の権利』各論12 集会・結社の自由（３） 職業の自由・移動の自由（１）」法セ719号65頁（2014）、同「『憲法上の権利』各論13 職業の自由・移動の自由（２・完）」法セ720号78頁（2015）、赤坂幸一「職業の自由」横大道聡編著『憲法判例の射程』132頁（弘文堂、2017）、木下・前掲注（21）。

[63] 木下昌彦「最高裁における憲法判断の現況――調査官解説を踏まえた内在的分析の試み」論ジュリ23号165頁（2017）165頁。

[64] 特に、職業の自由事案について「特に今日影響力が大きい」（木下・前掲注（21）76頁）とされている酒類販売免許制事件判決の調査官解説（綿引・前掲注（23））を基本とする。

[65] 小山・前掲注（62）「各論13」82頁。

[66] 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016）332-334頁。

[67] 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〔第２版〕』（日本評論社、2014）66頁。小山・前掲注（62）「各論13」78-82頁も同旨。しばしば指摘されているように、奇しくも、規制目的二分論の出発点となった薬事法違憲判決自身がそのような複眼的で柔軟な厳格度の設定を示唆していた。曰く、「職業は、……その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、……千差万別で、その重要性も区々にわた」り、「これに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、……それぞれの事情に応じて各種各様の形をとる」。「それ故、これらの規制措置が憲法22条１項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができ」ない。

比較衡量（あてはめ）を先取りする形で、その判断枠組みが緩やかなものになるという理である[68]。この点、判例において、職業の性質を判断枠組み導出の考慮要素とする向きは、はっきりとはみられない。例えば、酒類販売免許制事件判決は、「規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまる」としているが、これは具体的な衡量の中で述べられたものである[69]。しかしながら、低価値表現の概念が表現内容の価値というより、それに伴う社会的害悪に着目していると捉えられているように[70]、職業それ自体に価値的優劣をつけることは認め難いとしても、当該職業の社会的害悪の大きさに着目することで、保障の弱い職業が観念される可能性はある[71]。もっとも、これは、当該職業が反対利益に対して劣位にあるとの評価を一定程度、普遍化・固定化することを意味するから、慎重な検討を要するというべきである。

本件についていえば、タトゥー施術業がそのような職業にあたるとは言えない[72]。実際、本判決も、「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って、憲法上、職業選択の自由の保障を受けるものと解される」としている。確かに、暴力団関係者と「入れ墨」との社会通念上の結びつきもあり、タトゥーには、一定程度、他者に恐怖の念を抱かせたり、不快な思いをさせたりする側面があることは否めない。しかし、そのような主観的感情レベルの問題が、「人格的価値」[73]に強く関連するタトゥー施術業の自由を劣位に置くほど

---

[68] 憲法上の保障がまったく及ばない職業も観念されうる。例えば、渡辺ほか・前掲注(66) 324頁は、「殺人請負業、麻薬・覚醒剤の密売業等のように、公共の福祉に明らかに反する『職業』は憲法の保障の対象ではな〔い〕」としている。

[69] 綿引・前掲注（23）586頁。

[70] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第４版〕』（有斐閣、2017）228頁、宍戸・前掲注（67）30頁。

[71] 参照、小山・前掲注（62）「各論13」81頁。例えば、管理売春を禁止する売春防止法12条は、「結局人の尊厳を保ち、性道徳を維持し、社会を健全ならしめるために必要なことであって、公共の福祉に適うことは、言を俟たない」とする最判昭和36年７月14日刑集15巻７号1079頁は、そのような例として再解釈される可能性がある。

[72] 曽我部・前掲注（25）757-758頁。

[73] 薬事法違憲判決は、「職業は、……各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個

の社会的害悪であるとは、およそ認められないだろう。さらにいえば、医師法17条に基づく規制においては、同条の目的が医療の質や保健衛生にある以上、このようなタトゥーの性質を比較衡量にかけることは、他事考慮となるのではないだろうか[74]。

次に、②職業の自由に対する制約の程度が強い場合には、より厳格な審査がなされる。この点、薬事法違憲判決においては、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である」とされており、このことがLRA要件を導く鍵となっている[75]。

ただし、上記の説示は、「許可制が設けられる理由は多種多様で、それが憲法上是認されるかどうかも一律の基準をもって論じがたい」との留保が付された一般論にすぎない。問題となっている規制が「職業の自由に対する強力な制限である」かどうかは、当該規制を具体的に分析した上で、実質的に判断していこうとする態度が、そこにはみられる。実際、同判決は、旧薬事法６条の薬局開設許可条件を個々に審査していく中で、適正配置規制（同条２項、４項）

人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」としている。なお、同判決については、権利主体が法人であったため、「人格的価値」の説示を強調することには議論がある（芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011）200頁〔棟居快行〕）。これに対して、本件では、まさに「個人の生き方にかかわる人格的な要素」（樋口陽一『憲法〔第３版〕』（創文社、2007）249頁）が問題となっているというべきであろう。

[74] 暴力団関係者に対する「入れ墨」施術業という職業を観念することができるとして、そのような職業は、その反社会性ゆえに、憲法上の保障の程度が弱い、あるいは保障されないものであると考えられる可能性はある。しかしながら、そのような暴力団関係者の「入れ墨」施術業の反社会性も、やはり医師法17条に基づく規制においては、他事考慮事項とならざるをえないのではないだろうか。

[75] すなわち、同判決は、憲法22条１項にいう「職業選択の自由」を狭義における職業選択の自由（「職業の開始、継続、廃止」の自由）と職業活動の自由（「職業活動の内容、態様」の自由）とに区別した上で、前者に対する制約については、それが「強力な制限である」ことを理由に、「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」、また、当該規制が「消極的、警察的措置である場合」には、「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右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」がそれぞれ要求されるとしている。

について、その制約の強さを個別具体的に確認している[76]。曰く、「適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない」が、「開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、……実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有する」。以上要するに、薬事法違憲判決は、「開業そのものの断念にもつながりうる」ような「強力な制限である」ことをLRA要件導出のきっかけとしており、また、そのような制約強度の判断にあたっては、許可制という形式にとどまらず、規制の実質的な効果まで考慮しているのである[77]。

ところで、本件にも関係するが、制約強度の考え方について、狭義における職業選択の自由に対する制約であれば必ず審査が厳格化されるわけではないとする議論がある。すなわち、個人の資質や能力を要求する主観的条件と、そのような資質・能力とは無関係に、本人の力の及ばないところで充足の有無が判断される客観的条件とを区別した上で、後者に比して前者はより緩やかに審査されるとする、いわゆる段階説である[78]。これによれば、本件の医師免許制のような資格制には、薬事法違憲判決の判断枠組み（LRA要件）は妥当しないこととなろう[79]。実際にも、司法書士法事件判決[80]は、司法書士に登記申請代理業

---

[76] 参照、富澤達「判解」最判解民事篇昭和50年度199頁（1986）210頁。

[77] この点に関連して、憲法適合性判断ではなく委任命令の違法性判断の文脈ではあるが、市販薬の多くについて対面販売を義務付ける施行規則が問題となった医薬品ネット販売事件判決（最判平成25年１月11日民集67巻１号１頁）は、「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである」として、規制の実質的効果を考慮して違法性の判断枠組みを厳格化している。

[78] 石川・前掲注（24）207頁。ドイツにおける段階説については、淡路智典「憲法上の比例原則の構造と段階説――ドイツにおける職業の自由の議論を参考にして――」社学研論集17号118頁（2011）、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所の『三段階説（Drei-Stufen-Lehre）』――『比例原則』・『機能法的アプローチ』との結びつきを中心に――」一橋法学17巻３号321頁（2018）353-356頁を参照。

[79] 濱口晶子「判批」法セ763号120頁（2018）120頁は、本件第一審判決について、「許可制の適正配置要件（本人の努力に寄らない客観的要件）に関する薬事法事件と、本人の能力を問題とする資格制に関する本件とを区別せず、単純に規制の目的にのみ着

務を独占させる規定について、薬事法違憲判決等を参照しつつ、「公共の福祉に合致した合理的なもの」であるとして、極めて簡単に合憲判断をしており、同判決の調査官解説も、「本規制は専ら資格制度によるものであるから、その合憲性の判断基準は、……〔消極目的の許可制〕の場合よりはゆるやかであることが許されるものと考えられる」としている[81]。これに対して、本判決および原審は、特段の議論なく、「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」として、上記の薬事法違憲判決の判断枠組みを導出している。この点をどう考えるか。

まず、薬事法違憲判決は、許可制一般につき、その制約の強さを認めているのであって、そこに主観的条件／客観的条件の区別は、少なくとも明示的には表れていない。むしろ、先にみたように、資格制や許可制といった形式ではなく、規制の実質的効果をみて制約強度を計ろうとしているのである。そして、本判決がいうように、医師免許制は、「各種の資格制の中でも相当に厳しい制限」であり、「彫り師にとっては禁止的ともいえる制約になる」[82]。また、司法書士法事件判決は、行政書士と司法書士との間の業際問題が憲法上の論点となったものである。したがって、そこで問題となっている「職業」は、「登記申請代理業」というよりも、「行政書士」および「司法書士」とみることができよう[83]。

目し判例法理を当てはめることには疑問を感じる」としている。小山剛「職業と資格――彫師に医師免許は必要か」判時2360号141頁（2018）142頁も、薬事法違憲判決と本件とでは、客観的条件か主観的条件かという「決定的な差異」があるとしている。ただし、小山教授は、比較的緩やかな判断枠組みにおいても、「彫師に対して医師免許を要求するのは、資格制本来の姿とかけ離れたものであり、まさにプロクルステスの寝台である」として、その合憲性を否定している（同143-145頁）。

[80] 最判平成12年２月８日刑集54巻２号１頁。

[81] 福崎伸一郎「判解」最判解刑事篇平成12年度１頁（2003）８頁。松本哲治「薬事法距離制限違憲判決――職業選択の自由と距離制限をともなう開設許可制」論ジュリ17号48頁（2016）52頁は、同判決について、「段階理論によって日本の判例を説明しようとする際に、好都合かもしれない」としている。

[82] 曽我部真裕「判批」判評728号１頁（2019）４頁は、「主観的な条件による制約と客観的な条件による制約との区別が、制約の強度と対応しているかは疑問である」とした上で、本判決による薬事法違憲判決判断枠組みの採用は「妥当だと考える」としている。

[83] もっぱら登記申請代理業務を扱う司法書士事務所も現実にはあろうが、社会的また

そうすると、そのような業際問題が、そもそも狭義における職業選択の自由に対する制約の事案といえるかは疑問である。同判決および調査官解説が緩やかな審査で事足りるとしているのは、当該業務独占が実質的には「職業の自由に対する強力な制限」ではないとみたからに他ならないが、その背景には上記のような理解があったのではないだろうか。これに対して、タトゥー施術業（彫り師）が独立一個の職業であることは明らかである。以上のようにして、本判決による薬事法違憲判決の判断枠組みの引用は理解可能である[84]。要するに、医師法17条に基づくタトゥー施術規制は、「実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有する」のである[85]。

最後に、いわば優先的考慮要素として、③立法裁量を尊重すべき事情がある場合には、緩やかな審査がなされる。例えば、小売市場事件判決[86]や、たばこ小売販売業事件判決[87]においては、薬事法違憲判決の趣旨からすれば「強力な制限」であると思われる距離制限規定について、「著しく不合理であることの（が）明白である」ものでない限り合憲とする判断枠組みが用いられている[88]。

は法的に確立した職業像としては、そのような切出し方はなされないのではないか。憲法22条１項にいう「職業」をどのような単位で捉えるべきかは、なお開かれた問題である（参照、小山・前掲注（62）「各論12」70頁）。

[84] さらにいえば、本件で問題となっているのは、医師免許制という資格制そのものではなく、タトゥー施術業を医師免許制に服せしめることの合憲性であって、段階説を前提としても、ここではうまく噛み合わないのではないか。というのも、主観的条件について審査密度が緩和される理由が自らの努力で充足できるという意味での予測可能性にあるのだとすれば、本件のように法規範の周縁部分が問題となっている場合には、そのような予測可能性は成り立たないからである。

[85] ただし、以上のように解するとしても、本判決および原審が薬事法違憲判決の説示を流用して、「一般に免許制は……」と制約強度の判断の射程を不用意に広げている部分には疑問が残る。

[86] 最大判昭和47年11月22日刑集26巻９号586頁。

[87] 最判平成５年６月25日判時1475号59頁。

[88] 酒類販売免許制事件判決も、酒類販売業等の免許制を規定する酒税法７条ないし10条を審査するにあたって、薬事法違憲判決の「一般に許可制は……強力な制限である」とする部分を引用しているが、結局、サラリーマン税金訴訟判決（最大判昭和60年３月27日民集39巻２号247頁）を参照し、広範な立法裁量を認めた上で、「著しく不合理なものでない限り」合憲とする判断枠組みを導出している。

なぜこうしたことが起こるかといえば、立法裁量を尊重すべき事情とは、要するに、裁判所において「規制を支える立法事実の確実な把握の可能性」(＝審査能力)が非常に低いことを意味するからである[89]。小売市場事件判決と薬事法違憲判決とでは、「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とする立法府の判断が、その合理的裁量の範囲を超えているかどうか」という実体的要件は共有されているが、そのような審査をするにあたって「どこまで立法事実に踏み込んだ司法判断がされるべきか」という点で決定的な差異が生じているのである[90]。

かつて、規制目的二分論において重要視された規制目的は、立法裁量をどの程度尊重すべきかを判断する際の一考慮要素として再定位されることになる[91]。その限りでは、判断枠組みを考えるに際して規制目的に着目すべきことに変わりない。もっとも、いかにして立法裁量を尊重すべき程度を計るかについては、判例および調査官解説からは必ずしも明らかではない。例えば、「経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」[92]を含む「社会経済政策」には広範な立法裁量が認められているが[93]、何がそれにあたるかは明確とまでは言い難

---

[89] 民集46巻９号2838頁（酒類販売免許制事件判決園部逸夫裁判官補足意見)。園部逸夫「経済規制立法に関する違憲審査覚書」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開 下』187頁（有斐閣、1993）206頁も参照。木下・前掲注（21）78頁によれば、「従来、あまり意識されてこなかったこと」として、立法事実の把握可能性の欠如には、「客観的な事実を正確に把握するための専門的技術的能力」および「主観的に判断が分かれ得る価値判断を下す民主的正当性」という異なる二つの根拠があり得る。

[90] 綿引・前掲注（23）581-583頁。なお、LRA 要件が小売市場事件等のように立法裁量を尊重すべしとされた場面で用いられないのは、「立法事実に踏み込んだ司法判断」をする際の「指標」として位置づけられるためである（前出注（28）参照)。

[91] 参照、綿引・前掲注（23）587頁注３。

[92] 刑集26巻９号591頁（小売市場事件判決)。たばこ小売販売業事件判決は、たばこ事業法の小売販売業許可制を「たばこ専売制度の廃止に伴う激変を回避することによって」、零細経営者や身体障害者等が多かった「小売人の保護を図るため」のものとしている。

[93] 最判平成元年１月20日刑集43巻１号１頁（公衆浴場法事件第二小法廷判決)、最判平成２年２月６日訟月36巻12号2242頁（西陣織ネクタイ事件判決)。規制目的二分論にいわゆる「積極目的」規制が何を指すかについては議論がある。例えば、樋口・前掲注(73)258頁は、「社会経済政策上の目的をもつ規制一般にひろげて理解する」ことを批判し、

い[94]。結局、立法裁量の広狭については、事案ごとに判断していくほかないということになろう[95]。

そこで本件についてみるに、まず、原審およびその立場を前提とする「付言」においては、医師法17条の目的は、「国民の保健衛生上の危害を防止する」ことと解されている。これが、薬事法違憲判決にいわゆる「消極的、警察的措置」にあたることは明らかであり、その点では本判決と原審は一致しているところである。もっとも、本判決の憲法論の射程を論じるにあたっては、本判決の医師法17条解釈、すなわち医療関連性要件を必要とする立場を前提としなければならない。そこでは、同条の目的は、「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」と解されている。しかしながら、このような目的理解の違いは、立法裁量を尊重すべき程度に影響しないものと考えられる。なぜなら、「医療及び保健指導に伴う」という限定がついても、そこでの立法事実が、「生命・健康」という保護法益に対する構成要件該当行為の危険性という、刑事訴訟を生業とする裁判所の判断になじみやすいものであることに変わりないからである[96]。

「憲法上の根拠（25条、13条）による説明が可能な弱者保護という視点にしぼる」べきであるとしている。

[94] 安念潤司「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第７版〕』194頁（有斐閣、2019）195頁。なお、財産権に関する事案で、証券取引法事件判決（最判平成14年２月13日民集56巻２号331頁）は、上場会社等の役員等の短期売買差益提供義務を規定する証券取引法164条１項について、「国民経済上重要な役割を果たしている証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともに、これに対する一般投資家の信頼を確保するという経済政策に基づく目的を達成するためのもの」としているが、立法裁量には言及していない。ただし、杉原則彦「判解」最判解民事篇平成14年度上184頁（2005）194頁は、「規制手段が必要性又は合理性に欠けることが明らか」なものでない限り合憲とする判断枠組みが用いられていることについて、「相当の立法裁量が認められるべき分野に属すると考えられたことによるものと解される」としている。

[95] 職業の自由事案に限らず、立法裁量の統制については、学説上、様々に議論されているところではあるが、ここでは立ち入らない。

[96] 本判決は、医師法17条のより抽象的な（あるいは医師法全体の）目的として、「国民に提供される医療及び保健指導の質を高度のものに維持すること」をあげており、そのような医療政策分野には立法府（実質的には厚生労働省）に広範な裁量が認められうるものと考えられる。しかしながら、特別刑法としての同条に焦点を絞るなら、本

（2）医師法17条と職業の自由

以上のような判例理論[97]を踏まえて、本判決の判断枠組み（LRA 要件）が妥当する領域を画定するべく、職業の自由という観点から、医師法17条の適用事例を分析していく。ただし、「医行為」とみなされうるものは極めて多種多様であり[98]、その全てを網羅することはできないから、ここでは例示的に列挙するにとどまる。

まず、「職業」ではないものに対する適用がありうる。例えば、医学部の臨床実習における学生による「医行為」については、違法性が阻却されない限り同条が適用されることになる[99]。このような「職業」としてなされない行為については、そもそも職業選択の自由の保障は及ばない。

次に、「職業」の活動内容の一部に対する適用がありうる。例えば、ピアスやアクセサリーの販売店におけるピアシング行為について、同条が適用された

文に述べたように、裁判所による「立法事実の確実な把握」は可能であろう。そもそも、抽象的・開放的な規定をする同条については、その運用が司法解釈に委ねられている以上、立法裁量を尊重すべき事情は認められないというべきであろう。

[97] ただし、このような判例理論からは直ちに説明のつかない例もある。例えば、風俗案内所規制条例事件判決（最判平成28年12月15日判時1666号６頁）は、学校等の施設から200m 以内の範囲で風俗案内所を営むことを禁止する京都府条例について、職業選択の自由に対する規制で、かつ立法裁量を尊重すべき事情も明確にはみられなかったにもかかわらず、小売市場事件判決を引用し、極めて簡単に合憲としている。これについては、利益衡量の結果が明らかであると判断されたために、利益衡量論を基礎とする一般的な判断枠組み（必要性・合理性要件）としての小売市場事件判決が引用されているとみる見解（小川亮「判批」自研95巻１号121頁（2019）130-132頁、松本哲二「判批」平成29年度重判解22頁（2018）23頁）が説得的であるように思われる（参照、千葉勝美『違憲審査――その焦点の定め方』（有斐閣、2017）54頁）。

[98] 参照、野田・前掲注（１）61-64頁。

[99]「医学部の臨床実習において実施可能な医行為の研究」厚生労働省報道発表資料平成30年７月31日（https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_00754.html〔最終閲覧2020年２月26日〕）10-11頁は、「①侵襲性のそれほど高くない一定のものに限られること」、「②医学部教育の一環として一定の要件を満たす指導医によるきめ細かな指導・監督の下に行われること」、「③臨床実習を行わせるに当たって事前に医学生の評価を行うこと」、および「④患者等の同意を得て実施すること」を条件とするならば、違法性が阻却されるとの見解に立っている。

例がある[100]。その他、この適用タイプにおいて、よく問題となるのは、医師と、医師以外の医療従事者、病院関係者、または介護従事者等との間（「職業」間）における役割分担にかかる適用である。例えば、看護師による診断、診断書・処方箋の交付、手術、眼圧測定、および眼球注射等[101]や、眼科医院の従業員による「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の各行為」[102]は、「医行為」として同条違反となる。また、介護福祉士は、一定の範囲で「医行為」（喀痰吸引・経管栄養）を行うことができるが、それを超えるものについては同条違反となる[103]。以上のような適用については、

---

[100]「医師免許なくピアス穴開け 容疑の業者、警視庁逮捕へ」朝日新聞朝刊2006年10月31日38頁、「医師免許なくピアスの穴開けた疑い 高松」朝日新聞朝刊2007年２月６日香川全県版24頁。ただし、販売よりもピアシングを専門的に業とする形態もあり、その場合は、職業選択の自由に対する制約へと近づいていくものと考えられる。なお、ピアシングを「医行為」とみることに対する批判として、辰井・前掲注（13）35頁。

[101] 小沼敦「看護師の業務範囲についての一考察――静脈注射と産婦に対する内診を例に――」レファレンス680号195頁（2007）200-202頁、203頁表３。これらは、医師による具体的な指示があっても許されない、いわゆる「絶対的医行為」である。

[102] 最判平成９年９月30日刑集51巻８号671頁。検眼等それ自体には「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」が認められないかもしれないが、ここでは、より大局的な視点からその危険性が判断されているものと考えられる。この点、同判決の原審（東京高判平成６年11月15日判時1531号143頁）は、「最終的にコンタクトレンズの処方をすることを目的としてこれらの行為が行われる本件のような事案においては、検眼またはテスト用コンタクトレンズ着脱時の判断の誤りがひいてコンタクトレンズの処方の誤りと結び付くことにより、コンタクトレンズを装着した者に頭痛、吐き気、充血、眼痛、視力の低下等の結果をもたらし、最悪の場合は失明に至る危険性もないとはいえないことが認められる」としている。

[103] 社会福祉士及び介護福祉士法２条２項は、介護福祉士の業務として、「喀痰吸引その他のその者が日常生活を営むのに必要な行為であって、医師の指示の下に行われるもの（厚生労働省令で定めるものに限る。以下「喀痰吸引等」という。）」をあげており、これを受けて社会福祉士及び介護福祉士法施行規則１条１ないし５号は、「口腔内の喀痰吸引」、「鼻腔内の喀痰吸引」、「カニューレ内部の喀痰吸引」、「胃ろう又は腸ろうによる経管栄養」、「経鼻経管栄養」をそれぞれあげている。また、「社会福祉士及び介護福祉士法の一部を改正する法律の施行について（喀痰吸引等関係）」平成25年３月12日社援312第24号は、「喀痰吸引等の範囲」として、同規則１号および２号については、「咽頭の手前までを限度とすること」、４号および５号については、実施に際して、ろうや

それぞれ「職業活動の内容、態様」を制約するものであるから、「職業選択の自由そのものに制約を課する強力な制限」を前提とする本判決の判断枠組みは妥当しないものと考えられる。

最後に、「職業」の全体ないし中核部分に対する適用がありうる。例えば、ある通達[104]において同条の適用を受けるとされた、レーザー脱毛、アートメイク、およびケミカルピーリングは、個人または店舗レベルでそれを専門とする「職業」（アートメイク師、脱毛サロン等）を観念しうる。その場合、これらの行為に医師免許を要求することは、「狭義における職業選択の自由そのもの」に対する「相当に厳しい」制約となる。そして、これらが「正当な職業」であることは明らかであり、また、同条の違憲審査に際して立法裁量を尊重すべき事情がないことは先に述べたとおりである。したがって、これらの適用に対する審査においては、本判決の判断枠組みが妥当するものと考えられる。

それでは、上記のような「職業」の全体ないし中核を構成する「医行為」のうち、LRA 要件の下、本判決の趣旨が妥当するもの（「必要とされる医学的知識及び技能」が「基本的なもので足りる」行為）はあるか。この点、レーザー脱毛、ケミカルピーリング、その他の行為ついて、その保健衛生上の危険性を一から詳述する余裕は本稿にはない。そこで、以下では、本判決の射程がより直接的に及びうるものとして、夙にタトゥーとの類似性あるいは同一性が指摘されてきたアートメイクに絞って検討していくこととしたい[105]。

チューブの「確認を医師又は看護職員……が行うこと」としている。

[104] 「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。

[105] 報道によれば、上記の通達もあり、医師免許なしになされるアートメイク施術業の摘発は、近年、全国的に増えている（「『アートメイク』無資格40件摘発 昨年倍増、健康被害も」朝日新聞夕刊2015年２月26日19頁、「アートメイクは『医療行為』無資格業者 昨年40件摘発 医師免許確認を」読売新聞朝刊2015年４月８日22頁）。この摘発は現在も続いているようである（「無資格で医療行為疑い」読売新聞朝刊2018年６月15日北海道支社版29頁、「無資格でアートメイクなどをした疑いで書類送検」朝日新聞朝刊2017年12月５日広島版32頁、「『アートメイク』無資格施術容疑 エステ店経営者逮捕」朝日新聞朝刊2016年５月27日神戸版25頁等）。

２．医師法17条に基づくアートメイク施術規制

具体的な検討に入る前に、アートメイク施術との関係で本判決の射程を論ずることの可否について、一言しておきたい。本判決は、医療関連性を要求する解釈に基づいてタトゥー施術の「医行為」性を否定する一方で、アートメイク施術については、「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」として、ごく簡単に肯定している[106]。ここでは、タトゥー施術の「医行為」性を否定しても、「これまで多数件が医師法違反として問題なく処罰されている」アートメイク施術とは、医療関連性の有無という点で異なるため、後者の適用がひっくり返ってしまうような事態にはならないことが強調されている[107]。すなわち、これまでの実務との整合性という形で、本判決の解釈・適用の妥当性が補強されているのである。そうすると、本判決は、アートメイク施術業に対する医師法17条の適用を是認しているのではないか。ひいては、同適用の合憲性をも前提としているのではないか。もしそうであれば、本判決の憲法論の射程が及ぶかという問いを立てる前提を欠くこととなる。しかし、本判決で示されているのは、法律解釈としてのアートメイク施術業への適用可能性であって、その憲法適合性については、未だ判断されていないとみるべきであろう。なぜなら、直接論じられておらず、しかも本件における結論に全く影響しない憲法判断を措定することは、判例の読み方としては適切ではないと考えられるからである。したがって、アートメイク施術業に対する本判決の趣旨の妥当性を論じることは可能であると考えられる。

さて、国民生活センターの報道発表資料によれば、「いわゆるアートメイクとは、人の皮膚に針を用いて色素を注入することにより、化粧をしなくても眉・唇等の色合いを美しく見せようとする施術である。……一種の入れ墨であるが、最近は、皮膚にごく浅く色を入れることで自然に見え、また数年たつと薄くな

[106] なお、アートメイク施術の「医行為」性を肯定する裁判例として、東京地判平成２年３月９日判時1370号159頁があるが、同判決では危険性要件のみで「医行為」性が判断されている。

[107] 曰く、「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はできないというべきである」。

るようにしてあるものが主流となっている」[108]。このような「一種の入れ墨」であるアートメイク施術は、憲法論（危険性と制約強度の均衡）の視座からは、タトゥー施術と同一視されるべきものであるか。以下では、両者を比較し、その異同をみていくことで、本判決の射程が前者に及ぶ可能性を検討する。

（1）共通点

まず、アートメイク施術とタトゥー施術とでは、その技術において共通しているとみてよいだろう。この点、通達においても、両者は「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」として同じ言葉で定式化されている[109]。

札幌市でタトゥースタジオを経営する、ある彫り師夫婦は、タトゥー施術とアートメイク施術の両方を生業としていたが、摘発強化の流れの中で、無資格アートメイク施術業の疑いで逮捕された[110]。その彼ら曰く、「刺青師がアートメイクの施術をおこなうことは、それまでの業界慣習として、ごくありふれて」おり、「目の周囲と、その他という部位の違いはあれども、行為自体はタトゥーもアートメイクも全く同じ」である。「むしろアートメイクはタトゥーの”基本技術”とさえ言っても良い」[111]。

このことを例証するものとして、海外の規制状況が参考となろう。アメリカにおいては、州や自治体ごとに規制内容は異なるが、一般的に、アートメイク[112]施術とタトゥー施術は、同じ規制の下に置かれている。例えば、カリフォルニア州のボディアート安全法（the Safe Body Art Act）は、タトゥー、アートメイク（permanent cosmetics）、ボディピアシング、およびブランディング（branding、焼き印によるボディアートのこと。）をまとめて「ボディアート

---

[108]「アートメイクの危害」独立行政法人国民生活センター報道発表資料平成23年10月27日（http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20111027_1.html〔最終閲覧2020年２月26日〕）１頁。

[109] 前出注（３）参照。

[110]「違法アートメイク横行 医師関与の悪質例も」読売新聞朝刊2015年12月22日北海道支社版35頁。

[111] https://mountainhightattooworks.net/ マウンテンハイ・タトゥーワークス /〔最終閲覧2020年２月26日〕

[112] アメリカにおいては、permanent cosmetics、permanent makeup 等と呼ばれている。

(Body Art)」と定義し[113]、「ボディアート」の施術者の登録や、設備の条件等を細かく規定している[114]。もっとも、アメリカにおいては、このような定義規定が置かれることはまれで、むしろ、単に tattoo または tattooing といえば、そこにアートメイクが含まれるものと解されている。例えば、フロリダ州では、施術者の免許や設備条件等の規定[115]における「タトゥー (tattoo)」は、「顔料、染料その他のインクを皮膚に刺して染み込ませることにより、人体の皮膚上または皮膚下に作成された印またはデザイン」と定義されている[116]が、同州の保健省は、この定義に関して、「伝統的な」ものと「美容目的の」ものとに大きく二つに分けることができるとし、後者の例としてアートメイクをあげている[117]。同様に、ニューヨーク市のタトゥー規制法 (Tattoo Regulation Act)[118]においても、「タトゥー (Tattoo)」の定義[119]にアートメイクが含まれると解されている[120]。また、連邦食品薬品局 (FDA) は、タトゥーやアートメイクについての注意喚起等をする記事の中で、「タトゥーの一般的なタイプ」として、アートメイクをあげている[121]。アメリカ以外にも、例えば、日本と同様にタトゥーやアートメイクの施術に医師免許が必要とされている韓国では、美容サロン等でもアートメイク施術が可能となるよう資格要件を緩和する方針がとられたようである[122]。

以上のことから、アートメイク施術とタトゥー施術は、その技術的内容において遜庭なく、同じレベルの規制で十分に安全は確保されるということが推察

---

[113] Cal Health & Saf Code § 119301 (c).

[114] Cal Health & Saf Code § 119302-119318.

[115] Fla. Stat. § 381.00771-381.00791.

[116] Fla. Stat. § 381.00771.

[117] http://www.floridahealth.gov/ENVIRONMENTAL-HEALTH/tattooing/index.html〔最終閲覧2020年２月26日〕

[118] NYC Administrative Code § 17-355-17-363.

[119] NYC Administrative Code § 17-356.

[120] https://www1.nyc.gov/site/doh/business/health-academy/infection-control-training-for-tattoo-artists.page〔最終閲覧2020年２月26日〕を参照。

[121] https://www.fda.gov/cosmetics/cosmetic-products/tattoos-temporary-tattoos-permanent-makeup〔最終閲覧2020年２月26日〕

[122] https://news.v.daum.net/v/20191010141854955〔最終閲覧2020年２月26日〕

される。そうすると、「そこで必要とされる医学的知識及び技能は、医学部教育や医師国家試験で要求されるほど広範にわたり、かつ、高水準のものではなく、より限られた範囲の基本的なもので足りる」、あるいは「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とか、……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」といった本判決がタトゥー施術について述べた部分は、そのままアートメイク施術にも当てはまるといえそうである。

（2）相違点

もっとも、以上のような共通点がある一方で、特にわが国においては、アートメイク施術による被害が社会問題化しているという相違点がある。国民生活センターによれば、アートメイク施術に関わる被害相談件数は2006年から2011年にかけて121件にのぼり、このうちの95% は医療機関以外での施術であったという[123]。これに対して、タトゥー施術の被害が、少なくとも社会問題として顕在化したことはない。

このような相違点が生じた理由は、必ずしも明らかではない。数年で薄くなる美容サロン的サービスであるアートメイクと、半永久的に消えず、「根源的にはアンファッショナブル」[124]なタトゥーとでは、施術者の意識に差があるのかもしれない[125]。あるいは、客の側に、消費生活センターに被害相談をするべきものと考えているか否かという点で意識に違いがあるのかもしれない。そもそも、施術者や客の母数が違うという可能性もある。

ただ、アートメイク施術には、その施術部位が顔面に集中するという性質が

---

[123] 前掲注（108）「アートメイクの危害」３頁。前出注（105）も参照。

[124] 山本・前掲注（４）347頁。

[125] 山本・前掲注（４）354-358頁によれば、彫り師の多くは、「『封建的』『閉鎖的』と評される」ような厳しい師弟関係において技術を習得する。この点、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11号135頁（2019）143頁は、タトゥー施術による「被害が大きな社会問題化したことはない」とした上で、その理由については、「彫り師らの自主的な取組みによって、民間レベルで技術や衛生環境が保たれてきたからであると推測される」としている。

あり、それが上記相違点を生み出す一つの要因となっている可能性はある。国民生活センターの資料においても、危害部位について、「事例を見ると眉とアイラインへの施術が大半を占めていることから、具体的な危害部位は、眼及び眼の周り（64件）、眉（43件）が多い」とされている[126]。そうすると、全身を対象とするタトゥー施術に比して、特に眼の周辺といったデリケートな部位を対象とする場合には、アートメイク施術の方が危険性は比較的高いのかもしれないのである。

しかしながら、問題は、上記の相違点が憲法上どう評価されるかである。先にみたように、本判決において医師法17条に基づくタトゥー施術規制が違憲とされるのは、施術の「生命・健康」という保護法益に対する危険性と、職業選択の自由の重要性および医師免許制の制約強度との間の不均衡による。そして、その均衡・不均衡を計る「指標」として、LRA 要件が導出されているのである[127]。そうすると、アートメイク施術においても、無規制あるいは違法な態様における施術の危険性が問題なのではなく、一般的な施術内容に照らして、職業選択の自由を制約する形で医師免許を求めることが、果たして均衡のとれたものとなっているかが問われなければならない。このような意味で、非医師による施術被害の多寡という相違点は、LRA 審査上、必ずしもレレヴァントであるとは限らない。そして、先にみたように、アートメイク施術についても、タトゥー施術と同様に、「医師免許よりは簡易な資格制度」や「基準ないし指針」の策定等の LRA で十分に「生命・健康」が保護されうることが推察されるのである。

以上の検討から、結論としては、少なくともアートメイク施術業に対する医師法17条の適用については、本判決の趣旨が及び、違憲と判断されるものと考えられる。もっとも、裁判所が同適用を違憲と判断した場合には、アートメイク施術業に対する規制は存在しないこととなってしまうため、その被害が社会問題化している現状においては、違憲判断に対する裁判官の心裡的抵抗はより大きい可能性がある。この点については、いわゆる違憲確認といった方法[128]も考えられなくはないが、何よりも速やかな立法的対応が求められているという

[126] 前掲注（108）「アートメイクの危害」4頁。
[127] 前出注（28）および（33）参照。
[128] 参照、新井・前掲注（17）32頁。

べきであろう。

Ⅳ．おわりに

本件で問題となった医師法17条は、極めて抽象的な規定である。そのため、その運用は、解釈者（この場合、特に影響力を持っている厚生労働省医政局医事課）に大きく委ねられざるをえない。もちろん、本判決がいうように、「医業の具体的内容」は、「医学の進歩に伴い変化するものであるから、定義的規定を置くことが困難であり、また妥当でない」。そのために、合理的な解釈が要求されること自体は是認されてしかるべきである。しかしながら、本件において露呈したのは、同条が使い勝手の良い規制装置となっているという実態である。何か危険性があれば「医行為」にしておくというような態度には、法治国家という観点からも問題があるし[129]、少数者の自由にコストを押しつけて公益を図ろうとするものとして、憲法学的に禍根が残る。比較的規模の小さい事象にリソースを割くことは難しいという事情はあろうが、憲法上の限界を超えるものについては、きめ細かい対応が求められる。

＊ 本判決に関する論攷として、天田悠「判批」刑事法ジャーナル60号176頁（2019）、榎透「判批」速判解24号37頁（2019）、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頁を素材に――」摂南法学56号１頁（2019）、小山剛「職業と資格――彫師に医師免許は必要か」判時2360号141頁（2018）、笹田栄司「判批」法教462号152頁（2019）、佐藤雄一郎「判批」刑事弁護99号93頁（2019）、城水信成「タトゥー施術は『医行為』ではない」刑事弁護99号81頁（2019）、曽我部真裕「判批」判評728号１頁（2019）、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11号135頁（2019）、堀口悟郎「判批」法セ771号128頁（2019）前田雅英「判批」捜査研究825号16頁（2019）、松宮孝明「判批」刑事弁護99号87頁（2019）がある。

[129] 曽我部・前掲注（82）137頁。