

犯罪と行為・社会・法益・法的関係（1）

——タトゥー事件最高裁決定を受けて犯罪類型の相対性を考える——

生 田 勝 義*

目 次

問題提起

- I タトゥー事件最高裁決定の持つ刑法理論的意味
 - その前進面と残された問題性
 - 1 最高裁新判例の検討
 - 2 辰井論文の趣旨とその持つ意味
 - 3 小 括
 - 最高裁決定と辰井論文から見える理論的課題
 - II 社会的有用行為態様をも類型化することの重要性
 - 1 医療関連性を医行為の要素とすることの意味
 - 2 従来の理解との異同
 - 犯罪類型（構成要件）論と行為や行為態様の位置づけ
 - 3 行為類型の個別的な特定性が必要——明確性の原則
 - 4 行政通知でなく法令による個別性・特定性の明確化が必要（以上、本号）
 - III 法的規制手段の多様性と法的関係の相対性
 - IV 行為の社会侵害性の意味とその体系的な位置づけ
- おわりに

問題提起

(1) あらためて刑法の基礎を考える

今日、犯罪とは単に悪いことではない。また、社会的逸脱行為がそのまま犯罪になるのではない。刑法に犯罪になると規定されていなければなら

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

ない。もっとも、「社会的逸脱行為は犯罪である」と刑法に規定されればよいのかというだけでは足りない。社会的逸脱行為には広範囲にわたり種々なものが含まれるからである。

刑法で犯罪とされるには、① 犯罪とするにふさわしい行為でなければならず、しかも② 犯罪となる要件が明確に示されなければならない。それでないとなんが何時、犯罪を行ったとして逮捕され処罰されるかもしれない。それでは安心して生活できない。自由に行動できない。この自由を保障するためにあるのが罪刑法定主義という刑法原則である。それは、行為に先立ってそれが犯罪となることとそれに対しいかなる刑罰が科されるかが国民代表議会の定める法律に明確に規定されていなければならないという原則である。明確に規定するには行為態様が個性をもって示される必要がある¹⁾。

この点につき注意を要するのは、フランス市民革命期における人権宣言である。1789年「人および市民の権利宣言」第8条には「法律は、厳格かつ明白に必要な刑罰（des peines strictement et évidemment nécessaires）のみを定めなければならない、何人も犯罪に先立って制定公布され、かつ適法に適用された法律によらなければ、処罰されえない。²⁾」とあった。1793年「ジロンド憲法草案における権利宣言」第17条、同年の「山岳党憲法における権利宣言」第15条、などにも同様の規定がある。

そこにある「厳格かつ明白に必要な刑罰のみを定める」とは、刑罰の最終手段性（ultima ratio）ないし「謙抑主義」ひいては刑法の補充性・断片性を意味する。罪刑法定主義はそのような近代的刑法原則に随伴するものとして宣言されていたのである。

1) 今次の土地規制法案につき2021年6月14日参議院内閣委員会の参考人質疑において、馬奈木巖太郎弁護士が条文の曖昧さを批判する中で「戦前の『要塞地帯法』でさえ『測量』や『撮影』など、違法行為が法律に具体的に明記されていたのに、今回の法案では規制の対象となる行為が明確になっていない点を指摘。」（朝日新聞2021年6月15日朝刊大阪本社13版S4面）。

2) 高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、昭和38年）132頁。

(2) 今日における刑事立法の特徴

それでは今日、刑事立法のあり方はどうなっているか。

現在では刑法の予防主義化にともなって刑法が警察法の役割領域にまで拡張しつつある。つまり、「犯罪にふさわしい」との基準があいまいにされ、「警察犯にふさわしい」というものにまで拡散されてしまっている。この現象を現在は18世紀と違うという理由でもって合理化しようとする言説も見受けられる。

しかしながら、今日でも刑罰が最も峻厳な合法的強制力(暴力)であることに変わりはない。物理的強制で無理やり秩序を維持できると考えるからこそ、刑罰による抑止に依存しようとするのであろう。けれども、これこそ18世紀以前の威嚇主義という前近代的発想の残存物³⁾であり、「危険社会」論で有名なウルリッヒ・ベックの言うような「近代の産業社会」が克服できなかった残された問題・課題なのだということに気付くべきであろう。「近代の産業社会」は何とか「残虐な刑罰の禁止」や「罪刑の均衡原則」に市民権を与えることができた。しかし、今日問われているのは刑罰と「人間の尊厳」が両立できるのかという問題である。つまり、「厳格かつ明白に必要な刑罰」であるかの判定基準は近代が本来めざしたというべき人権の基本をなす「人間の尊厳」なのである。これは未解決のままだといわざるをえない。

それに加え、日本では近代的な刑法原則や法原則が未確立のまま現代を迎えているのではないかという重大問題が存在する。この基礎にあるのが「自由」という人権を「国家からの自由」とか「個人の自律」とかのレベルでしかとらえないという問題である。近代的な「生来的人権」としての自由は、「他人を害しないすべてをなしうることにある」というものであ

3) フーコーは、前近代の刑罰は「肉体に苦痛を与える刑」であったが近代の刑罰は監獄に収容して矯正するという「魂に対する刑」に変わったとするが、近代でも死刑や懲役刑が残存したことにも注意する必要がある。ミシェル・フーコー著、田村俣訳『監獄の誕生 監視と処罰』(新潮社、1977年)、同・新装版(2020年)、参照。

り、日本国憲法13条の「自由に対する権利」はそれを保障するものなのである。憲法学ではこれを「一般的行為の自由」と呼んでいるのだが、日本ではそれらについての理解がまだ十分でない⁴⁾。この弱点は「(侵害) 行為原理」についての位置づけの弱さに端的に表れ、刑法の予防主義化に手をこまねかせてしまっている。新自由主義に影響されて「感情」や「感覚」に振り回される⁵⁾のではなく、理性を働かせてより人間的な法や刑法のあり方を考究するのが学問の今日的役割なのではなからうか。

(3) 刑法の執行や適用ではどうか。

犯罪として訴追されもしていなかった行為と同じ行為をただけなのにある日突然検挙される（本稿がとりあげるタトゥー事件はその典型例である。）。せいぜい軽い犯罪だと考えていたのに急に重い犯罪に当たるとされてしまう。このような不意打ちは許されない。そのような事態を避けるためにあるのが刑罰法規の明確性という原則である。国家が刑罰権を根拠にして国民に不意打ちをかけることができないように刑罰権の発動を法律により拘束する。この法律は国民代表議会の定める法律でなければならない。この法律を「執行」するのが行政権であり、この法律に違反すると考えられる事件が起きた場合に法律を「適用」するのが司法権である。行政権や司法権は法律を作ることはできない。とりわけ刑法については、被告人・被疑者に不利益な方向に類推解釈して「執行」するとか「適用」するとかすることは許されない。これが罪刑法定主義であり、刑法版の法治国家原則である。

4) この問題については、生田勝義「一般的行為の自由権と侵害行為原理——実体的デュー・プロセス論による共謀罪法批判序説——」立命館法学第381・382号（2019年）70頁-105頁参照のこと。

5) この問題状況についてはつとに指摘してきたところである。生田勝義「死刑と生命権再論——死刑憲法13条違憲論は死刑廃止に役立つか——」立命館法学第365号（2016年）134頁-139頁、同「『終身刑』論と刑法のあり方（1）——国家的統制法の縮減と社会的調整（規整）法の展開 Control から Regulation へ」立命館法学第391号（2020年）142頁-153頁、参照のこと。

このことは刑法の在り方として当然のこととされてきたはずである。多くの刑法教科書も最初にそのような原則を高らかに唱っている。

ところが日本では、具体的に刑法を執行するとか適用するとかする場面において、それとは異なった言説や実務の見られることが多い。そこに見られるのは現実主義という名による合理化であろう。それは次のような形で主張されることもある⁶⁾。すなわち、「日本の罪刑法定主義機能は弱い」としつつ、「適正な実務が確保される方策」の一つとして「検察官の訴追裁量が、日本の罪刑法定主義の維持に貢献していることを正面から認め、検察官にその自覚を求めるとともに、刑法学の検討対象としていくこと」を挙げるものである。しかしながら、果たして今の検察実務が罪刑法定主義の維持に貢献しているといえるのか、また自覚を求めにしても明確な法的基準を提起することでもってするのでなければ実効性も意味もないのではなかろうか。

(4) 無免許医業罪に関する最近の判例が提起する理論問題

そのような言説や実務が最近では、詐欺罪の運用場面で目につく⁷⁾のだが、以前から放置されてきたと言ってよい問題領域が公衆衛生に関する刑罰法規の運用である。とりわけ問題の多いのが医師法上の無免許医業罪(医師法31条、17条)の運用である。

しかも、ここでは行政解釈への判例・学説の依存という三権分立にかかわる重大問題も顕著になっている。次の指摘はこの問題に関係するものである。すなわち、「医行為とそうでない行為との線引きについては、行政通知による解決が採られることが多かった。こうした手法では、医行為概念の確定がいつまでも行政任せとなってしまう。しかし、医師法17条違反

6) 辰井聡子「タトゥー施術行為と医行為」刑事法ジャーナル No. 67 (2021年) 9頁参照。
なお、引用文中の下線は、特にことわりのない限り、生田が付したものである。以下、同じ。

7) これについては、生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義——法的関係の相対性からする検証——」立命館法学第369・370号(2017年)1頁-29頁参照のこと。

には刑罰が適用される以上、本来的には、法律による、より詳細で明確な行為ごとの制度設計が求められるべきである。⁸⁾」と。そのような行政通知への依存は次のような理由で合理化されてきた。すなわち、医療の技術や環境が目まぐるしく進化・発展することを鑑みると、医療の定義を明確に規定することは難しいとして、現行医師法の包括的で抽象的な規定ぶりもやむを得ないものとするものである。しかしながら、例えばフランスの医事法に見られるようにかなり個別的な行為態様を法定することも可能なことを示す例のあること⁹⁾にも注意すべきであろう。

医師法17条違反の無免許医業が同法31条により犯罪とされ、3年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれらを併科する、とされている。懲役3年に当たるほど重い犯罪であるにもかかわらず、①公衆衛生に対する危険という点では些細な診療行為や②そのような危険という点では必ずしも些細でないものや些細なものをも含め「診療」といえない行為までがその罪に当たるとされてきた。そのような状況については、とりわけ前者である①の「些細な診療行為」までその罪に当たるとすることにつき、患者家族や医療従事者、研究者などから批判がなされてきたところである。

前者①の問題は、刑法上の犯罪とそれ以外の行為との量や程度における区別に、後者②の問題は公衆衛生に関する他の犯罪や法規制との質や相対性における区別に、かかわるものである。いずれも、個々の犯罪類型（構成要件）の他との区別、つまり各犯罪類型（構成要件）の相対的独自性の解明をどうするかという問題、換言すれば、刑罰法規の明確性を確保するという課題、さらには刑法の正統性を問う課題にかかわるものなのである。

そのような中、最近、「診療行為」と言えないタトゥーを彫る行為は医

8) 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～最高裁令和2年9月16日決定～」《WLJ 判例コラム 臨時号》第214号（Westlaw Japan K.K., 2020年）4頁。

9) 磯部哲「フランス——公衆保健法典の仕組みを中心に」小山剛・新井誠編『イレズミと法』（尚学社、2020年）209頁-225頁参照。

師法17条の医業に当たらないのであって、それに対する規制が必要なのであれば別の方法によるべきだ(「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。」)とする最高裁決定が出るに至った。最高裁令和2年9月16日決定(刑集第74巻6号581頁)である。これは、従来必ずしも注目されてこなかった上記②の問題に対し一つの回答を示したものであり、新しい判例の動きである¹⁰⁾。しかも、上記①の問題に対しても具体的な判断にあたり考慮すべき事情を示している。それらは、刑法理論に対して社会侵害行為原理に関係する新たな犯罪論体系上の課題、さらには日本特有の刑事立法のあり方についての課題をも提起している¹¹⁾とあってよい。

本稿は、タトゥー事件最高裁決定に触発され、改めて刑法と社会侵害行為原理や「法的関係の相対性」との関係性を「犯罪類型・行為・法益・法的関係」というキーワードに依りつつ検討しようとするものである。

I タトゥー事件最高裁決定の持つ刑法理論的意味 ——その前進面と残された問題性

1 最高裁新判例の検討

(1) 最高裁令和2年9月16日決定の要旨

タトゥー事件に対する最高裁令和2年9月16日決定は医師法17条・31条の無資格医業罪の成立要件(構成要件)とされる「医行為」につき次のように述べた。

「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

10) この点につき、「問題の本質を捉えた画期的なものである。」とか、本決定は「問題領域と解決の窓口を明確化したもの」と評価するものとして甲斐克則「医師でない彫り師によるタトゥー施術行為と医師法17条にいう『医業』の内容となる医行為」ジュリスト令和2年度重要判例解説(2021年)131頁参照。

11) 生田勝義「刑事法学の動き」法律時報2021年93巻3号126頁, 130頁参照。

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するのが相当である。」

「ある行為が医行為に当たるか否かを判断する際には、当該行為の方法や作用を検討する必要があるが、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や、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師法17条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある。

そうすると、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。」

「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。」

(2) 同最高裁決定の特徴

この最高裁決定は、① 同事件控訴審判決である大阪高裁平成30年11月14日判決（判時2399号88頁）の示した医師法17条無免許医業の要件である医行為には医療関連性が必要との見解¹²⁾を「医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、……」として追認したものであるが、加えて② その医行為に当たるかの判断基準についても整理して示した¹³⁾ものである。

12) この見解に示される論証は、後述する辰井聡子論文「医行為概念の検討」の影響を受けたものと思われるので、その紹介・検討は辰井論文を紹介・検討することにより済ませたい。

13) 上記決定文の「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、……保健衛生上危害を生ずるおそれがあ

特に注目すべきなのは、最終的には「社会通念に照らして判断するのが相当」としつつ、その際に当該行為についての「実情や社会における受け止め方等をも考慮」という基準を示し、それを補足する草野耕一裁判官の補足意見が付されたことである。これが社会侵害性論とどのように関係するのか、検討しておく必要があるだろう。

この最高裁決定前の実務¹⁴⁾は本件第一審判決である大阪地裁平成29年9月27日判決(判時2384号129頁)と同じ見解に立っていた。大阪地裁判決は次のように述べていた。すなわち、

「医師法17条は、医師の資格のない者が業として医行為を行うこと(医業)を禁止している。これは、無資格者に医業を自由に行わせると保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることから、これを禁止し、医学的な知識及び技能を習得して医師免許を得た者に医業を独占させることを通じて、国民の保健衛生上の危害を防止することを目的とした規定である。そうすると、同条の『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すべきである。

これに対し、弁護士は、医師法17条及び1条の趣旨や法体系からすれば、医行為とは、①医療及び保健指導に属する行為の中で(以下、①の要件を「医療関連性」ということがある。)、②医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為をいうと解すべきであると主張する。しかしながら、弁護人の主張によれば、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(例えば美容整形外科手術等)を医師以外の者が行うことが可能となるが、このような解釈が医師法17条の趣旨に適うものとは考えられない。また、弁護人の前記主張は、法体系についての独自の理解を前提とするものであり、採用できない。」と。

ゝるか否かが異なり得る。」という部分は、医行為の「質」と「量」の両方に関係するものといえよう。

14) 例えば、アートメイクに対する東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁は、「主観的目的が医療であるか否かを問わない」として医療関連性を不要としていた。

そのように医師法17条該当の医行為についての定義、つまり「医師が行うのでなければ国民の保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為」をもって「医療関連性」を不要とする見解は、行政解釈でもあるとされ、長らく「通説・判例」であると解されてきた。まさに「定義中の『医師が行うのでなければ』という部分は、危険性の大きさを示すための修飾語であるにすぎないと理解され、基本的には、保健衛生上の危険性が一定程度に達する行為はすべて医行為であると考えられていたのである。¹⁵⁾」との批評があてはまる状況にあったといつてよい。

そのもつとで、ピアス装着のための耳への侵襲などの装飾のための身体への軽微な侵襲なども医師法17条の医行為に当たるとされてきた。また、その見解によればタトゥー施術も医師法17条違反の医行為になってしまう¹⁶⁾。

しかしながら、「医行為」と言いながら医療に関連しない行為を公衆衛生に危害を及ぼすおそれがあるというだけで「医行為」だというのは言葉の可能な意味の範囲を超える類推解釈といわざるをえないのではないか¹⁷⁾。

それにもかかわらず、多くの論者が医療関連性を不要とする見解に組みしてきたのはなぜなのであろうか。

医師法の歴史をたどることにより「通説・判例」なるものが誤って理解

15) 辰井聡子・前掲論文「タトゥー施術行為と医行為」5頁。

16) もっとも、医療関連性不要説に立ちながらも、タトゥーを医師が行う現実性は日本にはないことを理由にタトゥーを無免許医業罪に問うことに疑問を呈するものに、小谷昌子「医師免許なく業としてタトゥー施術を行なった被告人に医師法17条違反として罰金15万円が言い渡された事例」年報医事法学33（2018年）242頁-244頁参照、があった。

17) 同旨、「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、保健衛生上の危害が及ぶおそれがある（…何らかの規制が必要である）というだけの理由で『医行為』とみなすとすれば、それは類推解釈にはかならず、罪刑法定主義に違反する。」辰井聡子「医行為概念の検討——タトゥーを彫る行為は医行為か——」立教法学第97号（2018年）42頁。さらにより詳細にかつ全面的に論証しているものとして高山佳奈子「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）138頁-142頁、とくに140頁-141頁参照のこと。

されていることを明らかにするとともに、医師法の法的性質や構造さらには法体系上の地位にまで立ち入って「医行為」概念を明らかにしようとする研究が、タトゥー事件の弁護活動への取組の中から示されるにいたった。それが辰井聡子論文¹⁸⁾である。この論文は今次タトゥー事件最高裁決定やその原審である大阪高裁判決に大きな影響を与えたといつてよい。最高裁決定の意味を探るうえでこの論文を分析しておくことは有益であろう。

2 辰井論文の趣旨とその持つ意味

(1) 「通説・判例」についての再検討

明治期以降の医事法制や判例・学説の形成過程を検証し、「医行為」には医療関連性を必要とするというのがかつての通説・判例であったのだが、最高裁昭和30年5月24日判決（刑集9巻7号1093頁）を「不正確に理解した」行政官僚による解説書（熊崎正夫＝横田陽吉『医療法・医師法（歯科医師法）解』昭和32年版258頁）の見解によりゆがめられ、それが学説にも影響していき「通説・判例」と理解されるに至ったこと¹⁹⁾を明らかにした²⁰⁾。

18) 辰井・前掲論文「医行為概念の検討」14頁－46頁参照のこと。

19) 同旨、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, vol 23 (2018年) 176頁－177頁、大野正博「医行為概念 (1) ——タトゥー施術事件最高裁決定を素材に——」朝日法学論集第53号 (2021年) 216頁－232頁参照。

20) ところで、辰井による「通説・判例」の形成過程の分析については次の3点の補足が必要であろう。その第1点目は、平野龍一＝佐々木史郎＝藤永幸治『特別刑法注解5-1 医事・薬事編 (1) [第2版]』(青林書院, 1992年, 初版は1983年) 39頁－41頁の小松執筆部分についての理解を再度検討してみる必要があるのではないか、つまりその部分のあいまいさに影響されて野田寛『医事法 上巻』(現代法律学全集58) (青林書院新社, 1984年) 59頁以下の叙述があるのではないか、ということである。第2点目は、それまでの学説なるものが、判例とは何かということについての理解が曖昧のまま展開されていたのではないか、ということの検討も必要だということである。判例とは、特定の類型的行為・事実に対する特定の類型的価値判断である。判決の文言でなく、判断対象となった事案・事実が析出されなければならない。傍論や法解釈における法の「中間命題」と判例との区別が重要である。これが丁寧に行為されておれば最高裁判例をめぐる今回見られたような混乱はなかったのではないか。第3点目は、構成要件を違法行為類型とか違法・有責行為類型

（2）「医行為」には医療関連性が必要なことの論証

辰井論文がもつ法理論的な重要性は、「医行為」の意味を医師法の構造や法的性質にまでさかのぼって先行研究に言及しつつ論証したことにあ

1) 広義の医行為と狭義の医行為

辰井は無免許医業を禁止する医師法17条につき、まず、その「医業」にあたる医行為には①『医療及び保健指導』、②『保健衛生上の危害のおそれ』の両要素が必要なこと、そして「これが標準的な解釈」であることは、谷口正孝・朝岡智幸・牧野利秋『刑罰法Ⅱ「犯罪事実」の書き方とその理論』（1964年）の広義の医行為と狭義の医行為に分ける整理からも裏付けられるとする。すなわち、

「医師法の構造に照らして整理する」と、「広義の医行為」は、「医師資格によって医師が行いうる行為の範囲を指していると解され、その中にはいわゆる医業類似行為が含まれる。医師法1条が『医療及び保健指導』として医師にその実施を認めている行為である」。これに対し、「狭義の医行為」は、「医師法17条によって禁止されている行為を指す。したがって、単に医師法が医師にその実施を認めているというだけでは足りず、医師以外による実施の禁止を基礎づけるだけの危険性を有するものでなければならぬ。」（以上、同上書『刑罰法Ⅱ』23頁）との整理である。

ㄨとか解する学説が支配することにより、「行為」類型には免許制により保護される社会的有益行為があわせ含まれる場合のあることが看過されたのではないかということである。このことは、次のような理解にも現れている。すなわち、医師法17条により「結果として医師とその業務が保護される側面もあるといえるが、あくまで医療の受け手となる人の安全を守ることを目的とし、そのための手段として医師以外の者による医業を制限する条文である。」（小谷・前掲論文、年報医事法学33、240頁-241頁）との理解である。そこでは、「医師とその業務が保護される側面もあること」を認識しながらも、その点を犯罪類型の1要素として取り入れることなく、「医療の受け手となる人の安全」だけを保護法益とする、つまり侵害の対象としている。そのように考える基礎には、後述するように、構成要件は違法行為類型なのであって、社会的有用行為の類型を含まないとの理解があるのではなからうか。

2) 医療関係業務の有用性による資格制の正当化

また、医師法などの医療関係者関係の法律の特質につき、先行研究を参考にして次のように述べる。すなわち、

「磯崎辰五郎・高島學司『医事・衛生法』(1963年)」によると、< 医療は医の業。ここで医というのは、医師が医師としてなす行為をいう。医行為といってもよい。それは医療及び保健指導をなすことである。医師法などの医療関係者関係の法律は、医療関係業務に携わる者を人的に規制することを通じて、間接的に人の健康を保持増進するためのものである (人的間接規制衛生行政)。同時に、医療関係業務は、公衆衛生上の危険を伴い、「国民の生命、安全、健康に及ぼす危険性は極めて大」であることから、その無資格者による実施が処罰の対象とされる>と。

「この理解のように、間接規制としての資格制度を正当化する基盤を、医療関係業務の保健衛生上の有用性に求める以上、無資格医療の範囲が、『医』の行為、すなわち、医師法 1 条が医師の職責として規定している『医療及び保健指導』によって枠づけられるのは、論理的な必然といえる。²¹⁾」とする²²⁾。

3) 免許制には「禁止の解除」だけでなく「積極的な保護の側面」もある

それらを踏まえさらに、免許制の意義に照らして両要素の必要性を根拠づける。すなわち、

21) 辰井・前掲論文「医行為概念の検討」24頁。

22) 医療関連性を不要とする天田悠「医師法17条にいう『医療』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 No. 60 (2019年) 179頁は、「広義の医行為は、医師以外の特定の資格者(あんま師等)にも認められる行為を含む概念であるから、無免許医業罪の正否を論じる上では重要ではない。そのため、……狭義の医行為、すなわち、医師が行うのでなければ無免許医業罪を構成する行為の意義が問われることになる。」とするのだが、そこには、医行為の広義・狭義の区別の意味するところは狭義の医行為には広義の医行為に当たるだけではならず、さらに犯罪とするだけの重大性がなければならないということなのだということについての見落としがあるように思われる。これは、刑法のウルティマ・ラティオ性や補充性という刑法原則にかかわる問題なのである。

「医師法2条における免許は、行政行為としての許可に相当するものとされている。許可は『法律が一律に禁止した活動について、市民の申請に基づいて審査し、個別に禁止を解除する行政活動である』等とされることが多く、『禁止の解除』という側面を強調すると、制度の理解において、危険性という要素のみが前面に出やすい²³⁾。しかし、免許制度の第1の目的が、国民の健康にとって有益な『医療及び保健指導』について、高度の能力を有する者による実施を担保する点にあることを考慮すると、『禁止の解除』の要素のみによる説明は十分とはいえない。

……『医療及び保健指導』には、より危険性の低い医業類似行為や、医業類似行為としての規制にも値しないより一般的な行為が含まれる。患者のひざを軽く叩くことや、背中を優しくさすることでさえ、治療のためであれば当然に『医療及び保健指導』に含まれる。このような行為まで『医療及び保健指導』に含められているのは、禁止の対象であるか否かに関わらず、『医療及び保健指導』一般を医師の職掌とすることによって、より安全で質の高い『医療及び保健指導』を実現するためである。

『禁止の解除』にとどまらず、対象領域の積極的な保護という側面があるのは、あらゆる免許制度に共通である。たとえば、自動車運転は、危険性が高い一方で保護に値する有用性を備えているから、単なる禁止ではなく免許制度が採用されているといえる。……²⁴⁾」とする。

4) 現行法の体系との関係

加えて辰井は、現行法の体系からの論証も行う。すなわち、

「理容師法は、『理容師の免許を受けた者でなければ、理容を業としてはならない』（6条）とする業務独占の規定を持っている。そこでは、保健師助産師看護師法30条（助産業務）、31条但書（看護業務）、32条但書（准看

23) この指摘どおりに「禁止の解除」の側面を捉えて医行為を危険性要件だけで定義し医療関連性を不要とするのが小谷昌子「医事法学的観点からみたタトゥー施術」小山剛，新井誠編『イレズミと法』（尚学社，2020年）115頁参照。

24) 辰井・前掲論文「医行為概念の検討」38頁－39頁。

護業務)、あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゅう師等に関する法律1条、柔道整復師法15条が、医師が行う場合を各免許制度の例外としているのとは異なり、医師資格を有する者もその例外とはされていない。それは、……理容業はいかなる意味でも『医療及び保健指導』には当たらず、医師の任務との重なりが認められないためであろう。理容には『顔そり』等皮膚にカミソリを当てる行為が含まれる(1条の2)。また、理容師法の目的規定(1条)は『公衆衛生の向上』に言及しており、理容師法6条の規制根拠は保健衛生上の危険性の管理にあるものと解される。それでも、同法が医師にその実施を認めていない……²⁵⁾」などとするのである。

5) 法政策上の問題と課題

辰井は、保健衛生上の危害のおそれ=医行為とすることのもつ法政策上の問題性をも指摘する。すなわち、

『『保健衛生上の危害のおそれ=医行為』という解釈が前提とするのは、『世の中に存在するあらゆる保健衛生上の危険性はすべて医師に管理させるべきである』という法政策である。しかし、子細に検討するまでもなく、医師法がこのような政策を採用していると解することはできないであろう。

保健衛生上の危険性が一定程度を超える行為は、世の中に多数ある。食品を調理して客に提供する行為も、理容行為も、美容行為も、格闘技等の危険なスポーツもそうである。教育業の中にもその種の行為は多数見いだされよう。²⁶⁾」とする。

また、法解釈・適用の限界を明らかにするにとどまらず、他の多様な制裁法や規制法の可能性を示しその検討を行っている。最後の「第4章 イレズミ規制のあり方」では、日本での規制の歴史的経緯や諸外国での日本とは異なる規制方法を紹介しつつ、「イレズミ規制のあり方」につき提言する。すなわち、＜過渡的な手段としては、業界団体の自主的な資格・自

25) 辰井・同上40頁。

26) 辰井・同上41頁。

主基準に委ねる方法も考えられるが、身体への侵襲性、衛生上の危険性の程度に鑑みると、立法により公的な制度が設けられるのがより適切であろう。あわせて、改めて社会的に包摂するための措置、例えばイレズミを理由にした入浴施設等の利用拒否は不当な差別と位置づけ、その抑制が図られること、が必要であろう。²⁷⁾>と。

3 小 括——最高裁決定と辰井論文から見える理論的課題

以上のことから、最高裁令和2年決定と辰井論文が提起した理論問題は、次の3つに整理できよう。すなわち、

(1) 第1の理論問題

これは、次のことから顕在化する。すなわち、①磯崎辰五郎・高島學司『医事・衛生法』（1963年）から、「医師法などの医療関係者関係の法律は、医療関係業務に携わる者を人的に規制することを通じて、間接的に人の健康を保持増進するためのものである（人的間接規制衛生行政）」という側面ももつことを明らかにしたうえ、「この理解のように、間接規制としての資格制度を正当化する基盤を、医療関係業務の保健衛生上の有用性に求める以上、無資格医業の範囲が、『医』の行為、すなわち、医師法1条が医師の職責として規定している『医療及び保健指導』によって枠づけられるのは、論理的な必然といえる。²⁸⁾」としたこと²⁹⁾、また、②それらを踏まえさらに、免許制の意義に照らして両要素の必要性を根拠づける、す

27) 辰井・同上46頁参照。

28) 辰井・同上24頁。

29) 医療関係性を要件としても、大阪高裁判決が美容整形手術をもすでに診療科目になるとか、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」として認めるべきなどとして「医行為」に当たるとしたことを取り上げ、それでは医行為の基準があいまいになってしまうと批判するものが多く見られる。たとえば、小谷昌子・前掲論文「医事法学的観点からみたタトゥー施術」122頁-123頁参照。さらに、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）91頁参照、など。しかし、この問題はむしろ、美容整形やアートメイクを医行為に含めない方向で解決すべきであろう。

なわち、「医師法 2 条における免許は、行政行為としての許可に相当するものとされている。許可は『法律が一律に禁止した活動について、市民の申請に基づいて審査し、個別に禁止を解除する行政活動である』等とされることが多く、『禁止の解除』という側面を強調すると、制度の理解において、危険性という要素のみが前面に出やすい。しかし、免許制度の第 1 の目的が、国民の健康にとって有益な『医療及び保健指導』について、高度の能力を有する者による実施を担保する点にあることを考慮すると、『禁止の解除』の要素のみによる説明は十分とはいえない。」としたこと、である³⁰⁾。つまり、犯罪類型（構成要件）における構成要素としての類型的行為が違法（あるいは違法・有責）という性質においてとらえられる行為に止まらず、違法とは逆の類型的に社会的に有用なという性質においてとらえられる行為と統一されている場合があるのかという問題である。

そのような行為には社会的有用行為という態様も含まれることがあるということは、従来の構成要件論では十分に自覚されていなかったのである。

(2) 第 2 の理論問題

これは、次のものである。すなわち、まず①犯罪の相対的独自性は、「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、……によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生

30) 医師免許制にこの側面のあることを認識すれば、医行為に医療関連性の必要なことは自明のこととなる。その側面を認識していなかったであろう時期には医療関連性に言及していなかった（高山佳奈子「医療行為に対する刑事規制」法学論叢164巻1-6号（2009年）373頁注⑤参照、および同「『医業』の意義」医事法判例百選〔第2版〕（2014年）4頁参照）のであるが、その側面を認識したであろう後には、「医師免許制度は、……とりわけ秘密漏示罪を処罰して医師に対する信頼を確保することによって、適切な医療を施すのに不可欠な、患者からのセンシティブ情報の開示を担保しようとしている。」（高山佳奈子・前掲論文「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」137頁）とか、「医師法一条は『医師は、医療及び保健指導を掌る』としているのであり、医師免許をもって行うべき医行為も、医療又は保健指導と無関係な行為は、一般人にとり、およそ医師が独占的に担当するものとは考えられない。これを『医』行為の中にも含ませることは、医師免許制度に関する一般的な理解からは不可能である。」（同上140頁）とするに至っている。

ずるおそれがあるか否かが異なり得る。」（最決令和2年）ということに示されているように、行為や法益による差別化にとどまらず、その目的や関係する主体によって築かれる法的関係によっても差別化されるのではないかという点である。加えて、②それらの社会的有用行為の客体となる法益の性質が共通でもそれらの行為の種類・内容によって犯罪類型が違ってくる、つまり相対的に独自性を持つ場合があるということ、である。

主たる保護法益が同じでも行為態様やそれに関係づけられた結果（窃取か損壊か）の違いによって犯罪類型が区別されることは従来から知られてきた。窃盗罪は財産犯であり、生命に対する罪である殺人罪とは財産か生命かという保護法益により区別される。殺人罪と窃盗罪は保護法益レベルでの法的関係の相対性により区別される。窃盗罪と詐欺罪とはどちらも財産が主たる保護法益であることにより共通するが、窃盗罪は静止的な財産状態に対する一方的な行為主体による侵害であるのに対し、詐欺罪は動的な財産取引関係にある対応する複数の主体間における他方の財産に対する侵害である。横領罪は物の委託関係にある複数主体間における一方主体による他方主体の財産への侵害である。背任罪は事務の委任ないし委託関係におけるそのような侵害である。財産犯とされるそれらの財産犯の区別は、様々な財産取引行為という様々な社会的有用行為に伴う財産侵害行為として社会的有用行為の違いと法主体間の法的関係の違い、つまりそれらの相対性により行われている。それらの社会的有用行為では財産取引関係、物の委託関係などの法益が付随的に保護されているのである。

この第2の理論問題に関しては、美容目的による身体への侵襲は医師法の医行為と区別して別建ての法律によるべきだと主張³¹⁾も視野に入る。また、医師や歯科医師と看護師や救命救急士などの医療スタッフによる医療行為の棲み分けの整序、さらには、患者の家族や介護士による医行為の許容条件、加えて、法的規制の多様なあり方などの検討も射程に収まるこ

31) 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, vol. 26（2020年）◇刑法 No. 4, 185頁参照。

とになる。

(3) 第3の理論問題

これは、犯罪成立要件該当性を判断するにあたり、「行為の実情や社会の受け止め方等」を「社会通念」としてどのように考慮に入れるのかという問題である。「医師法17条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある。」(最決令和2年)ということにかかわる³²⁾。とりわけ検討すべきなのは、そこに示される「当該行為の実情や社会における受け止め方等」が「行為の社会侵害性」と如何にかかわるのかということである。その際、「行為の実情や社会における受け止め方等」の「等」とかかわっては、少なくとも職業選択の自由にかかわることを認めた本件大阪高裁判決のように、人権の裏打ちをもつものにすべきではないかということも検討すべきであろう。

これら3つの理論問題は相互に関連し合っているのであるが、問題の所在をわかりやすくするためにそれらを一応区別し、まず第1の問題から検討することとしたい。

32) 本件大阪高裁判決が「医療関連性」によりタトゥー施術の「医行為」性を否定したのだと理解することに対し、同判決はむしろ、「入れ墨の施術に伴う保健衛生上の危険性は『医師免許という厳格な資格制限による医師法の規制を及ぼす』ほどのものではないという判断なの」だと理解すべきであるとしたうえで、「このような実質判断の前提となる危険性を量で表現し、それによって『医行為』性の有無を直接に判断することは困難を伴うであろう」と述べ、「『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。」と指摘するもの(松宮・前掲論文「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」91頁-92頁参照)があった。「ヴェルツェルが『社会的相当性』により構成要件該当性を否定しようとした観点に通じるものであろう。」(同上、92頁脚注12)との指摘と合わせ、本件最高裁決定の検討に当たっても考慮すべきものであろう。

II 社会的有用行為態様をも類型化することの重要性

1 医療関連性を医行為の要素とすることの意味

(1) 医療のための行為かが重要になる

辰井は、「アートメイクとタトゥーの相違を説明しておきたい。」として次のように述べる。

『『医療及び保健指導』（広義の医行為）を要件とした場合、ある行為が医行為に当たるか否かは、目的や客観的状況等を総合して判断される。したがって、同じ行為であっても、目的や状況に応じて、医行為に当たる場合もあれば、当たらない場合もある。』

たとえば、医師が患者に対して『最近具合はどうですか』等と尋ねる問診は、医療であり、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があるから、医行為である。³³⁾』

『『電動式……器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる』行為は、医療として行われる場合³⁴⁾には、医行為であり、医師以外の者による実施は医師法により禁止されている。しかし、身体装飾のために、タトゥーとして行われる場合には、これを医師に独占させる法的な根拠は存在せず、非医行為と解するほかはない。危険性の観点から規制が必要であ

33) 辰井・前掲論文「医行為概念の検討」42頁。

34) 美容整形手術はこの場合に当たるとされるのであろう。美容整形手術につき辰井は、病院の診療科目・標榜科として形成外科に加え美容外科が掲げられるようになるにいたっていること、「火傷等の傷跡の修復も、美容のための容姿の「修復」も、等しく外観の修復を行なうための医療として、まず医師の間でその必要性・有用性が認められ、それが社会的な受容につながっていった」、つまり、「医学の進歩および社会的受容を通じ……新たに『医行為』性を獲得した格好の一例」とする（辰井・前掲論文「医行為概念の検討」33頁-34頁参照）。これは、本件大阪高裁判決のように美容整形手術につき「情緒的な劣等感や不満を解消すること」を「消極的な医療目的」として「医行為」とするのではなく、「医行為」とすることについての「社会的受容」の面を強調する点において、「医行為」についての本件最高裁決定の論理に近いと言えよう。

ることは、立法措置を正当化する理由にはなっても、医師法違反罪を認める理由にはならない。³⁵⁾」。

上記した辰井見解を簡潔にまとめれば、医療として行われるか、装飾として行われるかが、広義の医行為か否かを分ける基準になるといえよう。

以上のことから、公衆衛生という保護法益の侵害・危険だけでなく医療のための行為であることが「狭義の医行為」の要素であり、それ（医療のための行為）が17条の「医業」に当たるのは医師が行うのでなければ危険な行為を非医師が反復継続して行う場合であるということになる。

それゆえ、医師法31条の無免許医業罪の犯罪類型は、客観的要素のレベルでは、まず①客観的に医療のための（＝医療に向けられた）行為であること³⁶⁾、②医師が行うのでなければ生命や健康に危険な行為であること、③それを医師でない者が行うこと、および④そのような行為を反復継続³⁷⁾してなすことになろう。主観的要素のレベルでは、医療の目的（これは客観的に医療のための行為であることについての認識と意思である（つまり未必の故意では足りない。）ともいえる。）と上記②～④についての故意であるということになろう。

すなわち、その犯罪類型では、単に法益侵害危険行為の類型にとどまることなく、医療行為であるという社会的有益行為の類型も取り込んでいるのである。両類型を結合するのが「医療行為を必要とする、ないし必要と思う状態にある者」（＝「患者」）と「医師資格を持たない者」（＝非医師）

35) 辰井・前掲論文「医行為概念の検討」43頁。

36) 客観的に医療のためでない行為を医療のためであると考えて行（おこな）っても、無免許医業罪の客観的構成要件に該当しないことから同罪は成立しない。もともと、「生命や健康への危害のおそれ」の内容として積極的弊害だけでなく消極的弊害をも含むと解する立場からは、「客観的に」の内容を「一般人にとってそう見える、ないしそう思える」という場合をも含むと解することになろう。

37) 医業というには「反復継続」に加え「不特定多数人に向けた」行為でなければならないかという問題がある（高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」法學論叢第164巻1～6号（2009年）362頁－392頁参照のこと）のだが、ここでは辰井論文も前提にする今日の通説・判例の立場にあわせて整理しておく。

という法主体間の関係である。それらの諸要素の統一体であることにおいて無免許医業罪の犯罪類型の他の犯罪類型との相対的独自性が確保されている。タトゥー彫師とタトゥー依頼者の間にはそのような医療行為ではなく「患者」と非医師という関係も存在しない。タトゥーを彫る行為に医療関連性はなく、医行為には当たらない。

（2）従前の「医行為」定義で対応できたか

確かに、医行為の定義「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」には「医師が行うのでなければ」という要素³⁸⁾により、広義の医行為＝医療関連性の要素を代替できるのではないかという問題がある。

まず、「医師が行うのでなくとも（相当な）危険のない行為」は狭義の医行為ではない。これは、「通説・判例」からも認めることのできるものであろう。

次に、「医師が行っても（相当な）危険のある行為」も上述した定義に照らすと狭義の医行為とすることはできないであろう。

これをフグの調理を例に考えてみよう。「食品衛生法6条1項2号および同法施行規則1条1項に関連して各都道府県が定めるフグの取り扱いに関する条例は、医師法17条の特別法に当たるという解釈は、法の解釈として採用可能なものであろうか。」として、この注記61)で「これに対して、フグの調理は『医師が行うのでなければ保健衛生上の危害のおそれのある行為とはいえない』と回答するのなら、その定義は暗に『「医」領域性』を前提にしていることになり、イレズミを彫る行為も定義に当てはまらな

38) この点につき、美容整形手術を「医行為」とするには「『医師によって対処すべき保健衛生上の危険を伴う行為だから、医行為に属する』という論理も、ありうるように思われる」との見解（松宮・前掲論文「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」91頁参照）があるのだが、これも結局のところ「危険性」により「医行為」性を判断するものといえよう。ただし、その定式だと「危険性の程度」の問題を「医行為」要件に取り込むことができるようになる。

いことになるはずである。」とするもの³⁹⁾がある。

この論証についてはよくわからないのであるが、「医師が行うのでなければ危険」ということには「医師が行っても危険」なもの含まれないという理由だけで直ちに、フグ調理やイレズミも医行為に含まれないという理由のかという問題は否定できまい。すなわち、フグ調理は「医師が行っても危険」であるので「医行為」ではないのだが、イレズミは相当な衛生管理を行えば危険でないところ医師だと衛生管理を万全に行えるので「医師が行っても危険」とはいえない。つまり、「医行為」になってしまう。それゆえ、「医師がやっても危険」とはいえないイレズミを「医行為」から除外するためには、イレズミには医療関連性がないとする必要があるわけである。

(3) 「医療関連性」のとらえ方にみる問題

「医療関連性」は必要だとしながらその内容を別物にしてしまう見解もある。すなわち、無免許医業罪の保護法益は公衆の健康であり、罪質は公共危険罪であるとしたうえで、医師法1条の医師の定義を踏まえ、「医行為」を「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」とであると解するもの⁴⁰⁾である。しかしながら、それは「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ」という行政解釈基準と同様、医療関連性を医師の定義にかからせるだけであるため、「医療及び保健指導」が独立した要素として位置づけられないことから「医師が行うのでなければ」ということ以上の制限にはなりえず、結局のところ公衆衛生に対する抽象的危険行為の類型においてとらえるにとどまり、タトゥー施術も医行為だとしてしまうことになる。

39) 辰井・前掲論文「医行為概念の検討」41頁。

40) 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——」撰南法学第56号（2019年）10頁参照。

また、医療関連性要件については、それを医師法17条の保護法益から論証するのが適切とするのだが、保護法益のとらえ方において医師法1条は「医師の役割を、国民の健康な生活を確保するという任務を規定しているが、『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』することでこの任務を果たすべきとしているのであって、その任務を果たすべき場面は限定されているはずである。」とするにとどまるもの⁴¹⁾もある。しかしながら、それだと医師法の規制目的を論じるにとどまり、医師法の目的や免許制による医業独占の持つ意味から導き出される医師の職務の保護という側面を明確にしないままになってしまう。

さらに、医療関連性要件を必要だとしつつ、その理由を「およそ医療と関係のない行為が『医行為』であると一般人が考えることは想定しがたく、一般人に理解可能な意味として、『医師が担当することが期待される行為』である必要がある。」ことに求めるもの⁴²⁾がある。これだと、美容整形手術も「医行為」に含めることができるというわけである。これは、「明確性の原則」を論じる高山佳奈子・前掲論文「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」140頁を受けてのものであるが、「期待される行為であること」は明確性にとっての必要条件なのであってそれだけで「医行為」の十分条件でもあるとすることにはならないのではなからうか。本件最高裁決定にある「社会の受け止め方等」が持つ規準としての不安定さを克服するためにも、さらにそこに残された「十分条件」如何の検討が付け加えられなければならないように思われる。

(4) 理・美容師法との関係で見えてくるもの

それでは、理容師や美容師の行為を医行為に含めていない現行法体系を

41) 武藤眞朗「医師にのみ許容される行為——タトゥー施術事件控訴審判決を契機として——」東洋法学63巻3号（2020年）176頁－180頁参照。

42) 三重野雄太郎「『医行為』の意義と該当性判断」佛教大学社会学部論集第72号（2021年）97頁参照。なお、同「判決紹介」年報医事法学35号（2020年）184頁も参照のこと。

どう考えればよいか。危険性ということでそれらにおいて最も問題になるのは「顔そり」であろう。手術のためにカミソリで体毛をそる行為は医行為としても行われる。理容師や美容師が他人に対して行う「顔そり」は、「医師が行うのでなければ危険」といえるのであろうか。普通の素人が不特定多数人に顔そりをする行為は公衆衛生への抽象的危険を認めることができよう。

しかし、そのために必要な技術を身に付けた人を養成し保護することにより安全に顔そりをしてもらえるようにすることはできるし、また社会的に有用なことである。そのために必要な資格を有する人が行うのであれば一般的に危険でないといってよい。美容師の行うパーマメントや薬剤を使用する染髪はどうか。それらは医師が行うのでなければ危険なものなのかどうか。すくなくとも、美容師が行えば一般的に危険ではないといってよい。それゆえ、美容師法による規制に委ねることで足りるし、またそうすべきであろう。

いずれにせよ、「医師が行うのでなければ公衆衛生に危害を及ぼすおそれのある行為」という「医行為」判断基準はそれだけでは不十分といわざるをえない。「医師が行うのでなくとも、他に相当な技術・能力資格を有する者が行うのであれば公衆衛生に危害を及ぼすおそれはない」という場合にまで、無免許医業罪の「医行為」に当たるとすることはできないから⁴³⁾である。「他に相当な技術・能力を有する者」には①「広義の医行為」従事資格者だが医師でない「診療の補助」従事資格者などにとどまらず、②理容師・美容師やフグ調理師のように「医療関連性」のない業務従事資格者も、含まれる。従前の定義の不十分さを補うためには、少なくとも『「広義の医行為」に含まれる行為のうち」という要素、つまり「医療関連性」要素を従前の定義に付加する必要があるといふべきであろう。

43) この論理を、無免許医業の「固有の危険」がタトゥー施術に存在するのかという形でタトゥー施術にも及ぼすのが、山中純子「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」東海法学第60号(2021年)57頁参照。

上記①の従事資格に合わせた規制方法については法的関係の相対性の問題として後述したい。

類型的な危険行為の質と量および類型的な社会的有用行為の質と量の組み合わせの違いにより無免許医業とか無免許理容業などといった異なった犯罪類型が構成される。当然のことながら、その社会的有用行為には対応する保護法益がある。たとえば、無免許医業罪については、「医師の職務の保護を通じて国民の健康を保護するもの」（本件大阪高裁での弁護人主張）とか「同条は、医業独占による公共的な医師の業務の保護を通じて、国民の生命・健康を保護するもの」（本件大阪高裁判決における裁判所の判断）とくに見られるように、公共的な医師の職務や業務が、公衆衛生と並び、保護法益の一つとされているのである。無免許医業罪の保護法益が「公衆衛生及び国民の健康という社会的法益」だけであるかのような理解⁴⁴⁾がしばしば見られるが一面的であろう。

換言すれば、社会侵害行為の類型が犯罪であるところ、医療のような社会的有用行為がそのはらむ危険性ゆえに社会侵害行為の1要素とされているのだということもできよう。

今日支配的な見解では言及されていないことなのだが、ここには法益侵害原理、危害原理では汲みつくせないものがある。それをカバーするには（侵害）行為原理が必要なのである。しかも、そのように統一的な行為が類型的に社会侵害的であることによって犯罪類型となることもあるのである。

2 従来の理解との異同

——犯罪類型（構成要件）論と行為や行為態様の位置づけ

公衆衛生に関する法の領域では各種の業法が制定されており、それらではその業法違反行為を犯罪とすることが多い。それぞれの犯罪の異同を整理するには、それぞれにある「法的関係の相対性」を明らかにする必要がある

44) 例えば、山中純子・前掲論文「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」56頁参照。

ある。その際、公衆衛生への危険性やそれを引き起こす行為という要素だけでなく、それぞれの業行為の社会的有用性をも体现する「行為類型」が、重要な役割を果たしている。

犯罪類型論を詳細に展開した佐伯千仞説（その概要を示すのが、同『刑法講義（総論）』（有斐閣，昭和43年）である。）における行為の位置づけを見ると、犯罪類型は「可罰的違法と可罰的責任を帯びた行為の類型」（同123頁）であるとされ、「犯罪類型の中心的要素としての行為」（同132頁）と「その他の行為の態様」（同133頁）が説明されているにすぎない。

理論的にもこれまで、構成要件要素としての「行為態様」については、それを行為無価値論的に構成する立場と結果無価値論的に構成する立場があったのだが、いずれも「無価値」に焦点が合わされていた。前者の立場からは、社会倫理規範に反する行為類型として位置づけるとか、後者の立場からは、客観的・外部的な行為が特定法益に対して有する一般的危険性を行為類型として示すという位置づけとか、がなされてきたわけである。

ところが、業法には、社会倫理規範に違反する行為態様の類型としてであるとか、法益への一般的危険性を体现する行為類型としてとかに加え、その業行為の社会的有用性をも体现する「行為類型」も合わせて規定されることがある。つまり、一般的に業法では、その違反に対する罰則に規定される犯罪の行為類型が社会的に有用な行為の側面と保護法益に危険な側面の両者を類型として結合し統一した形で構成されているということである。

このような行為類型により構成される犯罪類型（構成要件と同義）は、従来言われてきたような犯罪類型（構成要件）論、すなわち（可罰的）違法（行為）類型説あるいは（可罰的）違法・有責（行為）類型説ではカバーしきれないものというべきであろう。当然のことながら、従来の犯罪類型（構成要件）論に社会的有用行為タイプの側面が加わることにより、各犯罪類型（個別構成要件）それぞれの形式的な本質的要素による特徴、つまり犯罪としての類型的な質の違いがより明らかにできることになる。犯罪

類型（構成要件）ごとの「棲み分け」が明確にできるというわけである。

このことは罪刑法定主義や刑罰法規明確性原則の要請にかなうものであるが、それに止まらない。さらに、危害原理を包み超えた（侵害）行為原理（これは最近、行為主義と称されることも多い。）の実在性・必要性を示すのみならず、さらには社会侵害行為原理と犯罪類型（構成要件）との関係性にまで目を向けさせることになる。

これまで、犯罪類型は「可罰的」行為類型だとする有力説があった。その可罰的という性質は、単に個別の法益への侵害・危険にとどまらず、個々の法益全体を包摂する「社会」を侵害・危険にするものであることによるものといわなければならないのではなからうか。行為のそのような社会侵害性を判断するにあたっては、行為の法益侵害性と行為の社会的有益性を社会全体の観点から評価する必要がある。これを具体的かつ実質的に行うのは違法性の有無を判断する段階においてであるが、それだけでは事前に予測することが難しく法的安定性を欠きがちになる。そのような事態を避けるためにまずは抽象的・一般的に形式化して示しておく必要がある。そのためには、社会侵害行為類型として犯罪類型（構成要件）を位置づけ構成しておくことが必要なのではなからうか。

行為は特定法益への侵害の危険性という側面と同時に特定の増進されるべき利益・法益の保護・増進に役立つ方向で作用するという側面を有する。この後者の側面を軸にし、それにプラスして危険性を考慮に入れた行為類型、つまり（侵害）行為類型を作る。これが業法に見られる特定「業」の保護と危険回避を理由にする業法違反の犯罪化である。

以上述べたことは、危害原理の一面性や狭さを克服した社会（侵害）行為原理（行為原理と略すこともある。）の延長線上にある理論である。そこにもその原理の長所が見られる。そのような行為原理にたつことにより特定行為が法益侵害・危険に向かう側面を類型化した構成要件とその行為が他面において担った法益との具体的衡量による違法阻却という構成、さらには行為を社会侵害行為のレベルでとらえその類型を構成要件とする構成、

が可能になる⁴⁵⁾。これは、行為の社会侵害性は犯罪論体系のどこに位置づけられるべきかという問題に関係するものなのである。

3 行為類型の個別的な特定性が必要——明確性の原則

(1) 抽象的・一般的要件の問題と個別化の課題

もっとも、行為の社会的有用性を行為類型に取り込むというだけでは、当該犯罪類型の明確性が確保できるわけではない。医師法17条に関するように、「医行為」が抽象的・一般的にしか定義されないままそれを「医業」の重要な構成要素とする場合、医行為でないことが明確な行為との棲み分けは明確に行えるが、たとえば、美容目的が主だが標準的な美意識からでは美しくないとされる身体の部位を美しくするための身体への侵襲行為が医行為といえるかという問題には対応が分かれることになる。

この問題は業法として免許制度を定める理容師法と美容師法とにおいて顕著になる。理容師法2条1項では「美容とは、パーマメントウェーブ、結髪、化粧等の方法により容姿を美しくすることをいう。」と規定されている。理容師法1条の2第1項では「理容とは、頭髮の刈込み、顔そり等の方法により容姿を整えることをいう。」と規定されている。それでは、例えば、美容師が化粧に付随して顔そりをするのはどうか。理容や美容のための行為が医行為でないことは明確になるが、理容行為と美容行為とを具体的に区別することは困難になっている⁴⁶⁾。理容行為と美容行為の違いを明らかにできる個別的要素をさらに示す必要がある。

個別要素まで示している例として、司法書士法の規定ぶりを見てみよう。

司法書士会に入会していない者が司法書士の業務を行うことは第78条にて「一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。」とされているのだ

45) そのことはすでに生田が指摘してきたこと（生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）53頁－103頁、とくに54頁－55頁参照。）である。

46) この問題につき詳しくは、谷脇真渡「美容師法における『美容の業』と『無免許営業罪』の検討」桐蔭論叢第42号（2020年）7頁－16頁参照。

が、同法では司法書士の業務がより個別化・具体化されて示されている。

まずその第1条には、（司法書士の使命）として、「司法書士は、この法律の定めるところによりその業務とする登記、供託、訴訟その他の法律事務の専門家として、国民の権利を擁護し、もつて自由かつ公正な社会の形成に寄与することを使命とする。」、第2条に（職責）として、「司法書士は、常に品位を保持し、業務に関する法令及び実務に精通して、公正かつ、誠実にその業務を行わなければならない。」と規定する。業法である司法書士法が、登記、供託、訴訟その他の法律事務の専門家の社会的有用性を明らかにしそれを保護するためのものであることを示している。業務の独占性は法律専門業務の専門性を保護し市民に法的事務の安全を保護するためであることが窺える。

問題は、その業務の定義、要件が明確かどうかである。

第3条に（業務）につき、「司法書士は、この法律の定めるところにより、他人の依頼を受けて、次に掲げる事務を行うことを業とする。」として、次のように規定している。すなわち、

- 「一 登記又は供託に関する手続について代理すること。
- 二 法務局又は地方法務局に提出し、又は提供する書類又は電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。第四号において同じ。）を作成すること。ただし、同号に掲げる事務を除く。
- 三 法務局又は地方法務局長に対する登記又は供託に関する審査請求の手続について代理すること。
- 四 裁判所若しくは検察庁に提出する書類又は筆界特定の手続（不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）第六章第二節の規定による筆界特定の手続又は筆界特定の申請の却下に関する審査請求の手続をいう。第八号において同じ。）において法務局若しくは地方法務局に提出し若しくは提供する書類若しくは電磁的記録を作成すること。

五 前各号の事務について相談に応ずること。

六 簡易裁判所における次に掲げる手続について代理すること。」などと規定されている。

以上の規定よりは、医師法とはかなり異なってより個別具体的である。法規定が個別性をもって明確化されていないと、今次タトゥー事件最高裁決定におけるように、具体的な事件ごとに多様な事情を取り上げ判断せざるをえなくなってしまう。

(2) タトゥー事件最高裁決定が示す判断基準の問題性

たとえば、同決定が示した判断基準では何が禁止され何が許されているのか事前に判断することができるのであろうか。すなわち、「判断する際には、当該行為の方法や作用を検討する必要があるが、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や、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師法17条は、医師に医行為を独占させるという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある。」との基準である。つまり、医行為に当たるかどうかは、個別具体的な事情を取り上げて「社会通念に照らして判断」というわけである。しかしこれでは、犯罪類型の形式的な明確さは出てこない。「医師による独占の範囲に含まれるかどうかを画する概念である医行為の意義をこのように具体的な状況に依存させて判断することの是非については、医事法学等の議論に委ねたい。⁴⁷⁾」と控えめだが重要な批判が憲法学者より提起されている。上記した最高裁決定が示した判断基準は、具体的

47) 曾我部真裕「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」小山剛、新井誠編『イレズミと法』(尚学社、2020年)109頁。

な行為がなされた後に法適用機関である司法機関がその可罰性を判断するための基準としてではなく、むしろ立法にあたり立法機関がその妥当性を判断する基準としてこそふさわしいものなのだというべきではなからうか。この問題は、後述する「社会侵害行為」やその類型の犯罪論体系における位置づけにも関わるものなのである。

また、医療の技術や環境が目まぐるしく進化・発展することを鑑みると、医療の定義を明確に規定することは難しいとして、現行医師法の包括的で抽象的な規定ぶりもやむを得ないものとする見解が見られるが、例えばフランスの医事法に見られるようにかなり個別的な行為態様を法定する例のあること⁴⁸⁾にも注意すべきであろう。これによると、非医師による医療への従事を禁じるフランスの公衆保健法典（Code de la Santé Publique）L.4111-1条第1項では「誰であっても、……病気の診断又は治療の確立に参与している場合か、または、国立医学アカデミーの意見を聴いた健康担当大臣のアレテによって定められた一覧表に掲げる職業的行為の1つを実施した場合であって、それにつき医師の資格を有しない者は違法に医療に従事している、とされている。ここで注目すべきなのは、「アレテによって定められた一覧表」が個別的な行為態様を示すことができることに加え、それが法律の委任によるべきことが明記されていることである。

4 行政通知でなく法令による個別性・特定性の明確化が必要

(1) 行政通知による事前の明確化論について

行政通知によって、在宅 ALS 患者やそれ以外の療養患者・障害者に対するたん吸引の実施が一定の条件の下で「当面のやむを得ない措置として許容されるもの」とされたことを受け、「罪刑法定主義の観点からは、処罰されない場合をあらかじめ法律で規定しておくことが望ましいが、そのような立法が困難だとすれば、行政解釈によって処罰されない場合を個別

48) 磯部哲・前掲論文「フランス——公衆保健法典の仕組みを中心に」209頁-225頁、特に210頁-213頁参照。

に明らかにしていくしかない。厚生労働省は、問題となった(なりそうな)事例について、積極的に行政解釈を示して行くべきであろう。⁴⁹⁾」とするものがある。

しかし、そこにいう「行政解釈」が今日行われている「行政通知」を意味するのであれば、それは筋が違う立論ではなかろうか。

たんの吸引を広義の医行為に当たるとすることはできよう。けれども、たんの吸引一般を可罰性のあるほど危険なもの(狭義の医行為)としてよいのであろうか。刑法のあり方としては、たんの吸引につき処罰する特定の行為類型をあらかじめ法定し、それ以外は不可罰とするのが筋ではないか。そのうえで、喉の奥にある硬く固まったたんの吸引のように一般的には可罰性のあるほど危険な吸引行為ではあるが、医師ではないが相当な資格・能力を有する者、あるいは可罰性のないほど社会的広がりをもたない人的範囲での一定の技術・能力を有するものによる相当な行為、を類型化し、それらの場合を犯罪類型から除外する規定を設ける。そのやり方には、「……を除き」とか「ただし、……を除く。」などいくつかの方法があろう。

たんの吸引という社会的有用行為である医行為のいかなる類型がどのような資格・能力を有する者により行われる場合、当該法令の予定する相当な公衆衛生上の危険を一般的に回避できるのか。その問題を検討したうえ事前に行為類型として法規範化する必要がある⁵⁰⁾。

49) 佐伯仁志「医業の意義」宇津木、町野、平林、甲斐編『医事法判例百選』(別冊ジュリスト No. 183, 2006年) 5頁。

50) 狭義の医行為に当たらないとするために「違法性阻却の議論」に依拠し、「構成要件に該当する個々の事案をその個別事情に応じて事後的に評価する」ものとする見解がある。またそれに対し、問題とすべきは一定の行為一般が「合法化されるか否かの事前の評価の問題であると」批判するものもある。この問題については立法化についての具体的な提案も行っている平林勝政「医行為をめぐる法制度論の問題状況」年報医事法学19号(2004年)68頁以下参照。違法性阻却事由に当たるかの判断基準は行為が実際に行われた後にその具体的行為を実質的に判断する際のものだと一般に解されているが、自由保障の基準として重要なのは当該事由が一般化され形式化された行為類型として行為前に法令上に示されていることである。そのように示されるのであれば、法的性質が違法性阻却事由であっても犯罪類型不該当事由であってもかまわないのである。この点は実質的違法性阻却と

いずれにせよ、行政通知でなく個別に法定することを追求すべきではないか。法定化する前に実害が生じてしまった場合は、過失傷害罪等で処罰できる。それで手当てをしながら法律か法律の委任をうけた政令ないし省令による規制を検討実施することで十分に対応できるはずだからである。

（2）抽象的危険犯のとらえ方の問題

判例は、「医師法一七条がその取締りの根拠としている無資格者の行う医業における危険は、抽象的危険で足り、被診療者の生命、健康が現実危険にさらされることまでは必要としない⁵¹⁾」としているとされている。つまり、無免許医業罪は抽象的危険犯だというわけである。このような抽象的危険犯であると、万が一の可能性の低い些細な危険性であっても「危険」であると理解される結果、たとえば「たんの吸引」一般までが狭義の医行為になると解されることがある。しかし、そのような理解でよいのであろうか。

本件大阪高裁判決における「保健衛生上の危険性の程度」についての判示にはそのような理解とは異なったものが見られるように思われる。次のような指摘に注目すべきであろう。すなわち、「入れ墨の施術で『必要とされる医学的知識及び技術は、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』ると述べている」点をとらえて、これは「入れ墨の施術に伴う保健衛生上の危険性は『医師免許という厳格な資格制限による医師法の規制を及ぼす』ほどのものではないという判断なのである。」との指摘⁵²⁾である。抽象的危険性にも「程度」があり、個々の犯

↘正当行為の犯罪類型要件化との違いとして改めて後述したい。

51) 東京高判平成6年11月15日高裁判集47巻3号299頁（なお、その上告審決定である最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁も参照）。

52) 松宮・前掲論文「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」91頁-92頁参照。

罪にふさわしい「程度」の危険性がなければ当該犯罪としては不可罰になるということである。

それは近代的な刑法原則（本稿冒頭の「問題提起」参照のこと。）を踏まえた刑法理論としては当然のことであろう。抽象的危険犯は、個別の事案において具体的に危険が生じる必要はないというだけなのであって、それが犯罪とされるからには犯罪にふさわしい社会侵害性がなければならないのである。その「抽象的」とは、一般的・類型的に危険であればよいということであるが、その「危険」には一般的・類型的には犯罪にふさわしい社会侵害性がなければならない。つまり、一般的・類型的に危険の少ない行為は犯罪にできないのである。このことを担保するためには、一般的・類型的に危険であることが明確な行為態様を特定してそれを犯罪類型（構成要件）の要素にする必要がある。この点についてはすでに述べたところである。

ここで付言すべきなのは次の点である。すなわち、医師法における抽象的危険犯の危険性の程度は「保健衛生上の危険性」の程度にとどまらず、その「程度」の判断の前に、「診療および保健指導」に当たる行為が医師行為に「必要とされる医学的知識及び技術は、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」であるかどうかの評価が必要だということである。

(3) 公共危険犯における個人の同意の位置づけ

さらに、社会的法益に対する罪である公共危険犯において特定個人の同意をどう位置づけるかという問題がある。

次のような理解が一般的といえよう。「3 特別法上の罪における違法性判断 これらの法律で処罰されるのは、公衆衛生や国民の健康といった社会的法益に対する罪であるから、個人が同意を与えたからと言って違法性が否定されることにはならない。……刑事規制は、具体的な行為において個人の生命・身体に対する危険がない場合であっても、これを放置して

おくとにセブラック・ジャックによる危険な行為が蔓延するおそれや医療機会の平等を害することとなるおそれがあるために、設けられているのである。⁵³⁾」

この点につき、法令に不可罰となる事由を特定して類型化し形式化して規定する場合、対象となる人の「同意」「自己決定」を必要とすることも多くなろう。例えば、「看護師等による ALS 患者の在宅療養支援に関する分科会」報告書（平成15年6月9日）の立法提言を参照のこと。社会的法益といえども人々の生命や健康に関するものであればその「人々」には当該その人も含まれるのであるから、その人の同意を考慮に入れることは当然あってしかるべきである。放火罪でも原則的に抽象的危険犯である非現住建造物放火罪については自己所有物件と他人所有物件とで区別し、前者の場合、具体的危険の発生を必要としている。社会的法益に対する罪において被害を受ける個人の同意は違法を阻却しないまでも違法の程度を軽減することはできるのである。そのように犯罪類型不該当事由を典型的に規定するにあたり「同意」をその一要素に加えることは当然であろう。

（続く）

53) 高山佳奈子・前掲論文「医療行為に対する刑事規制」369頁。同旨、平林勝政「医行為をめぐる法制度論的問題状況」年報医事法学19号（2004年）82頁は「違法阻却に関しては、十分に機能しえないのではないか。」とする。