

犯罪と行為・社会・法益・法的関係（3）

——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、401号）
 - III 法的規制手段の多様性と法的関係の相対性
 - 1 タトゥー事件最高裁令和2年決定の持つ意味の再確認
 - 2 法的規制と法的関係の相対性
 - 3 医行為に対する刑事規制と法的関係の相対性（以上、403号）
 - 4 法政策論・立法論における法的関係相対性論の重要性
 - 5 小 括（以上、本号）
 - IV 行為の社会侵害性の意味とその体系的位置づけ
- おわりに

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

Ⅲ 法的規制手段の多様性と法的関係の相対性

4 法政策論・立法論における法的関係相対性論の重要性

(1) 特定の法的関係に対応する規制方法の構築

関係する主体間の法的関係に着目し、医業独占の理由を公衆衛生への危険の防止というだけでなく医業の質を高めることにより公衆衛生の向上に寄与するためということにも求めるならば、それらの点への手当てがなされさえすれば、特定の医行為をその法的関係の特性に合わせ医師以外の主体が実施できるようにすることを法認することも容易になる。医行為をめぐる最近の政策問題⁹⁸⁾にも法理論的な支えを提供できることであろう。

その法認の形、構造は、一様である必要はない。たとえば、現行医事法制のように医師法を頂点にして医行為の大枠を定め、その枠の中で医師にのみ可能な絶対的医行為とそれ以外の医行為の特定部分を取り出し国家資格化し医師の指導監督の下で行うことのできる相対的医行為へと整序するという形がある。「医療と看護の関係」についていわれた「従属型」である。それ以外に「完全独立型」や「相対的独立型」もありうる⁹⁹⁾。要は、法的関係の相対性という観念を導きの糸とすることによって、それぞれの法的関係の特性にあわせたそれにふさわしい規制方法を構築することが可能になるということである。

法的関係の相対性に目を向けることができれば、古くから問題とされてきた事柄のもつれた糸をほどくことも可能となる。たとえば、医学生による医師指導下での実習を「医業」から除外することができるかという問題である。「医学生の実習」については次のような指摘が参考になる。すなわち、

98) 甲斐克則編『医事法講座第12巻 医行為と医事法』（信山社、2022年）参照のこと。

99) これらの「型」については平林勝政・前掲論文「医行為をめぐる業務の分担」593頁－595頁参照のこと。

「医師や看護師の目の行き届いたところでは、比較的高い安全性が確保されているといえる。さらにいえば、実習を行う学生は『セミプロ』だというのが重要である。すなわち、実習においては、制度全体を維持するための専門職業人の養成という利益が追求されており、この利益は、まさに医業独占の支柱そのものであって、公衆衛生を守るという究極的目的にも合致する。¹⁰⁰⁾」と。

医療に必要な一定水準の知識と技能をすでに身に付けた者（セミプロ）がプロである医師の指導監督の下に実習として狭義の医行為を行う。これは典型的に医師法17条の無免許医業に該当しないものというべきであろう。これは、「業」の限定というよりむしろいかなる主体間の関係による「医行為」という点での限定によるものであるといっていよい。その後、医師法17条に第2項が追加され、医学部学生であって教養試験に合格したものは医師の指導監督の下に、「医業」をすることができることになった（令和5年度より施行）のは当然である。

また、医師と看護師の業務分担についても、医師が間近にいない「訪問看護」において看護師に一定の裁量の余地を認めることが可能となる。そのためには、「専門看護師（たとえば、訪問看護専門看護師）制度を確立し、教育課程を充実させること等により、一定の範囲の医行為を看護師の裁量に委ねることができるようなシステムを構築する必要がある。¹⁰¹⁾」といわれていた。その後、平成26年6月25日法律83号により保助看法の一部改正がなされ、その第37条の2第1項で「特定行為を手順書により行う看護師は、指定研修機関において、当該特定行為の特定行為区分に係る特定行為研修を受けなければならない。」と規定され、その第2項第1号において特定行為とは、「診療の補助であつて、看護師が手順書により行う場合には、実践的な理解力、思考力及び判断力並びに高度かつ専門的な知識及

100) 高山佳奈子・前掲論文「医行為に対する刑事規制」386頁。

101) 平林勝政・前掲論文「医行為をめぐる業務の分担」595頁。

び技能が特に必要とされるものとして厚生労働省令で定めるものをいう。」とされるにいたる。「手順書」は「看護師に診療の補助を行わせる患者の病状の範囲及び診療の補助の内容その他の厚生労働省令で定める事項が定められているもの」（同項2号）をいい、「特定行為区分」は厚生労働省令で定めるもの（同項3号）とされている。「特定行為研修」は「看護師が手順書により特定行為を行う場合に特に必要とされる実践的な理解力、思考力及び判断力並びに高度かつ専門的な知識及び技能の向上を図るための研修であつて、特定行為区分ごとに厚生労働省令で定める基準に適合するものをいう。」（同項4号）とされる¹⁰²⁾。

さらには、訪問看護や在宅医療が拡大することによって、医療と介護との棲み分けと連携という問題が緊要の課題となっている。「社会福祉士及び看護福祉士法」48条の2第1項（平成23年6月22日法律72号で改正）〈介護福祉士は、保助看法31条1項、32条の規定にかかわらず、診療の補助として喀痰吸引等を行うことを業とすることができる。〉が制定されるにいたった。看護と介護の関係についてもそれぞれの相対的独自性を確立した上での連携の在り方が検討されなければなるまい¹⁰³⁾。ここでも、介護の法的関係についての理論的深化が必要になっているといえよう。

(2) 医療的ケアと刑事規制

1) 「医療的ケア」について

「医療的ケア」という観念は新しいものである。その内容についてはさらに検討していかなければならないが、すでに実定法上の用語にもなっている。児童福祉法の2016（平成28）年一部改正（同年施行）で「医療的ケア児」に対する各種支援の連携が規定され、2021（令和3）年には「医療的

102) この特定行為看護師については、和泉澤千恵「看護行為と医行為」甲斐克則編『医事法講座第12巻 医行為と医事法』101頁-125頁および友納理緒「在宅医療・訪問看護と医行為」甲斐克則編・同上書144頁-148頁、参照のこと。

103) 加藤摩耶「介護職と医行為」甲斐克則編『医事法講座第12巻 医行為と医事法』147頁-169頁参照のこと。

ケア児及びその家族に対する支援に関する法律」(令和3年法律81号、令和3年9月18日施行)へと整備された。この医療的ケア児は「日常生活及び社会生活を営むために恒常的に医療的ケア(人工呼吸器による呼吸管理、喀痰吸引その他の医療行為)を受けることが不可欠である児童」とされているのだが、この法律案に対する参議院厚生労働委員会の附帯決議(令和3年6月10日)には「『医療的ケア』に係る『医療行為』の範囲が変更されたかのような誤解を招くことがないように」とあることに注意すべきであろう。いずれにせよ、この法律により、「医療的ケア」の定義が一応示されるとともに、「医療的ケア児及びその家族に対する支援」が社会全体の責務とされ、医療、保健に加え、福祉、教育、労働等における医療、保健への連携が要請されることになった。「社会システム」の広がりであるが、広がれば広がるほどその連携の在り方は関係する各分野の独自性を踏まえたものでなければなるまい。安易に各分野の統一・融解を進めればどっちつかずのものになりがちだからである。ここでも相対的な独自性という視座が重要なのである。

2) 「医療的ケア」を医師法による刑事規制の対象からはずすべきであるとの見解

これを有力に主張してきたのが樋口範雄¹⁰⁴⁾である。

「医行為概念をめぐる現在の状況は、明らかに法の過剰により、肝心の患者や家族の健康や安全が逆に損なわれる危険を生んでいる。」

「医業独占自体は、人々の健康や安全を図る手段として一定の意義を有しているとすれば、この概念が適用される範囲を適正に限定する必要がある。すでに、家族に一定の医療行為を委ねているのであれば、そこでは医業独占はもはや維持されていないのである。そうだとすると、……現実にも適合させて変容させる必要がある。」

最も簡明な方法は、家族に委ねる範囲の医行為につき、医行為の中の

104) 樋口範雄・前掲論文「医行為の再検討」樋口範雄、岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』1頁-15頁参照。

『医療的ケア』という新たなカテゴリーを、別個の規制枠組みを立ち上げることである。たとえば、以下のような原則を作り上げることが考えられる。

- 1) 医療的ケアに属する行為については、家族ばかりでなく患者および家族が、その行為を委任できることとする。
- 2) しかし、……患者・家族の自己決定というだけでは足りない。（以上14頁）……患者・家族が主体となり、他方でそれを医療者と国が支援する体制を作る必要がある。
- 3) ～5) 略。」（以上15頁）

樋口・前掲書『医療と法を考える——救急車と正義』119頁では、「医療的ケアの内容」は「端的に、患者や家族に委ねられている行為と同じとするのが簡明であり、かつ理屈にも勝っている」とされる。この樋口説は、「医療的ケア」を患者・家族による場合だけでなくそれ以外の者による場合にも医師法17条の「医行為」に当たらないとするものである。

しかしながら、「患者や家族に委ねられている行為」には、不特定多数人に向けられた行為ではないということで、相当に危険な行為も含ませることができる。そのような行為まで患者・家族以外の者に患者・家族の委任を理由に医師法17条の医行為に当らないとしてよいのであろうか。「医療的ケア」は行為それ自体としてほとんど危険でない行為とか「医療者と国の支援」によりほとんど危険でないようにされた行為をカバーするにとどまるものとすべきであろう。「患者・家族が主体となり、他方でそれを医療者と国が支援する体制を作る」との提言だけでは、自助強調の公助後退論に道を開けることになりかねない。

次のような主張もある。すなわち、たんの吸引について

「その方法は対象者によってそれぞれ異なり、個性が高い行為である。……特定の個人の介護に対して、その介護に対応した研修を受けた者が、その特定の個人に行う介護を実施する場合について『生活支援行為』とす

べきだということである。個人に特化した介護においては、看護師のような膨大な知識と技術は必要なく、その個人の介護に必要な知識とノウハウで十分安全で快適な生活を送ることができる。在宅生活に関わる『医療的ケア』はホームヘルパーを含め限られた介助者によって行われている。医療機関のように不特定多数人を対象としていない。個人に特化した介護は『医行為』の（以上、91頁）概念から離れるべきであろう。¹⁰⁵⁾」（92頁）

個人に特化した「介護」を「生活支援行為」として「医行為」から除くことはそのとおりでであろう。しかしながら、「ホームヘルパー」による「医療的ケア」はやはり「不特定多数の者に対して開かれており、その意味において本来的に社会性を有する医行為」といわざるをえないであろう。上述したように介護と看護の連携の問題としての位置づけを明確にしたうえで、そのあり方を詰めていくべきであろう。

(3) 介護にも一定の「診療の補助」行為が可能とするもの

平林勝政が主張¹⁰⁶⁾していた。

「ホームヘルパーのサービスが不特定多数の者に対して開かれており、その意味において本来的に社会性を有する以上、ホームヘルパーの業務として『たんの吸引』が認められるか否かという法制度論的議論をふまえた検討が必要であったのではないか。」（603頁）。

『『医行為』については医療職が責任をもって行うことができるような社会システムが考えられるべきである。すなわち、訪問診療・訪問看護が必要なときに必要なだけ受けられるような在宅医療のシステムをどのように構築するかが、まず考えられなければならない。……『在宅』か『病院』かの二者択一的な解決策ではなく、その中間的な『在宅型施設』がもっと積極的に考えられてもよいのではないか。」（604頁）。「次善の策」として、

105) 大塚幸司「『医行為』の問題点——患者家族の視点から」樋口、岩田編『生命倫理と法Ⅱ』91頁-92頁。

106) 平林勝政・前掲論文「医行為をめぐる業務の分担」603頁-608頁。

介護職に一定の「医行為」を分担させることが考えられてよい（605頁）。

（そのうえで、介護職による医行為を合法化するための問題点として次のものを挙げる。）i) 立法的解決の必要性。医業における危険が抽象的危険で足りるとされている以上¹⁰⁷⁾、「技術的難易度がそれほど高くなく、患者に対する危険性の低いもの」についても医師、看護師以外の者に医行為を行わせることは「医行為概念の解釈によるだけでは不可能」。「保助看法三条、三二条の規定にもかかわらず、医師の指示に基づき診療の補助として行うことができる」という趣旨の特別法の制定（立法）が必要（607頁）。ii) 看護師による医行為に関する判断。「吸引、経管栄養、あるいは傷口のガーゼ交換、浣腸等の行為が患者との関係において、医師、看護職等の医療職が行わなければならない危険度の高い『医行為』であるか、あるいは、介護職が行ってもよい危険度の低い『医行為』であるか具体的に判断することが必要になる。……医師よりもより頻回に訪問する看護師が、あらかじめ取り決められた『プロトコル』に基づいて右の点を判断することが適切であると考えられる。ここにおいて、医療と看護との間の業務分担の確立が、介護に医行為を分担させるための必須の前提条件として位置づけられる。」（607頁）。医師が責任をもって作られた『プロトコル』の範囲内で看護師は「自由な判断権」が認められる。そのためには、専門看護師制度を確立し、教育課程を充実させること等により、一定の範囲の医行為を看護師の裁量に委ねることができるようなシステムを構築する必要がある。（594頁－595頁参照のこと）。iii) 介護職のレベルアップ。介護職の位置づけを「福祉の分野」から「医療の分野」にシフトさせる必要がある。「介護職による医行為が可能となるためには、法律の整備（能力アップのみならず、医師・看護師等の医療職との関係を明示することが必要）とそれに対応する教育カリキュラムの整備が必要になる。」（608頁）。

107) この下線部については、従来の医事法理論に見られた「抽象的危険」のとらえ方と同じものであるのならば、極めて低いレベルの「技術的難易度」や「危険」までも「医行為」とするに足りるとしてしまいかねないのではないかという疑問がある。

この提言は、社会福祉士及び看護福祉士法（平成23年6月22日改正）48条の2第1項（介護福祉士は、保助看法31条1項、32条の規定にかかわらず、診療の補助として喀痰吸引等を行うことを業とすることができる。）に生かされる。同法2条2項では「この法律において『介護福祉士』とは、第四十二条第一項の登録を受け、介護福祉士の名称を用いて、専門的知識及び技術をもつて、身体上又は精神上の障害があることにより日常生活を営むのに支障がある者につき心身の状況に応じた介護（^{かくたん}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つて、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。）を含む。）を行い、並びにその者及びその介護者に対して介護に関する指導を行うこと（以下「介護等」という。）を業とする者をいう。」とされている。同法施行規則（平成23年10月3日改正）ではその厚生労働省令で定める行為は①口腔内、鼻腔内および気管カニューレ内の喀痰吸引、②胃ろう又は腸ろうによる経管栄養、経鼻経管栄養とされている。これが「次善の策」ととどまることなく社会権としてのより良い医療を受ける権利に応えるものになるようにしていくには、やはり「介護職の位置づけを『福祉の分野』から『医療の分野』にシフトさせる」ことのできるような社会システムの構築が必要であろう。

(4) 保護すべき医行為の程度、技術・能力の高度さによる限定

——行為の属性による限定

本件大阪高裁平成30年判決は次のように述べていた。

「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。この目的を達成するため、医師法は、臨床上必要な医学及び公衆衛生に関して、医師として具有すべき知識及び技能について医師国家試

験を行い、免許制度等を設けて、医師に高度の医学的知識及び技能を要求するとともに、医師以外の無資格者による医業を禁止している。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。」

2020年タトゥー事件最高裁決定以前の判例・通説は、「業」を広く「反復継続してなす行為」と解した上で、医師法17条における医業の「医行為」を狭義の医行為とし、「医師が行うのであれば公衆衛生に危害を及ぼすおそれのある行為」としてきた。その定義によっても、素人・一般人がやっても危険でない医行為は「医業」に当たらないとすること¹⁰⁸⁾はできたはずである。

また、業務上過失致死傷罪の業務に関連させて上述したように、「業務」の要素である「社会生活上の地位」を「医師資格が必要とすべき行為」と解するならば、その行為は高度の医療知識・技術を要する、一般的に危険な行為でなければならないというふうに限定できるはずである¹⁰⁹⁾。

それらの可能性にもかかわらず、限定できなかったのは医師法の無免許医業罪を社会的法益に対する抽象的危険犯であるとしつつ、その抽象的危険犯という概念を誤って理解してきたからであるといえよう。「抽象的」の対語は「具体的」であり、「実質的」の対語は「形式的」である。抽象的危険は具体的につまり現実に生じた危険でなく一般的にありうる危険で足りるというにすぎない。危険が具体的に生じなくてもよいとはいっても、一般的に小さくても足りるというわけではない¹¹⁰⁾。危険の大小は別

108) 「医行為」でないとするのが、三田村秀雄「AEDの市民使用に関わる問題」樋口、岩田編『生命倫理と法Ⅱ』64頁参照、天野良・前掲論文「医行為概念の再検討」14頁参照。

109) 同旨、「医行為」の危険性は、「医師免許を取得できるほどの専門性がなければ避けられない危険性を意味する」（三重野雄太郎「『医行為』の意義と該当性判断枠組」佛教大学社会学部論集第72号（2021年）98頁）。

110) この点はすでに生田・前掲論文「犯罪と行為・社会・法益・法的関係（1）」139頁－140頁で述べたところである。

の概念なのである。医事法研究者の中にはこの点を誤解している人が多い。無免許医業罪の抽象的危険はその犯罪としての法的性質や可罰性にふさわしい程度の一般的危険でなければならないのである¹¹¹⁾。

さらに、すでに述べたように、特定少数の人にのみ向けられる医行為も狭義の医行為から除くこともできるはずである。

医師でないといけないほど高度な知識・技能を要する医行為に当たるかの判断基準については、他の公衆衛生に関する業法などの規制法における知識・技能の水準・種類との比較が有効であろう。保助看法や歯科医師法の定める知識・技能の水準・種類の医行為については医師法17条の無免許医業でなく保助看法や歯科医師法の無免許医行為としてとらえるなどである¹¹²⁾。業法違反には犯罪類型ごとの可罰性に相対的な質的差異がある。その質的差異に注目することにより各犯罪類型の守備範囲を法律上の形式的明確性を保障しつつ確保する。これが刑事立法だけでなく刑法解釈論の王道であろう。

(5) 間接的・消極的危険論について

1) 抽象的危険犯は犯罪にふさわしいのか

業法である医事法の無免許医業が犯罪とされているが、公衆衛生への抽象的危険をもって犯罪とすることに問題はないのだろうか。

タトゥー事件最決令和2年の草野裁判官補足意見にはタトゥーが無免許医業罪に当たらないとしても、傷害罪が成立しうる場合があるとの指摘がある。すなわち、

「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

111) 同旨、加藤摩耶「介護職と医行為」甲斐克則編『医事法講座第12巻 医行為と医事法』161頁-163頁参照。もっとも、そこにおける危険のとらえ方には疑問がある。

112) 同旨、柔道整復師が業として患者らに放射線を照射して撮影し、骨折の有無等の状態を診断した事案に対する最決平成3年2月15日刑集45巻2号32頁参照。診療放射線技師及び診療エックス線技師法違反の罪になるだけで医師法17条、31条の罪は成立しないとされた。

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。最後に、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。本決定の意義に関して誤解が生じることを慮りこの点を付言する次第である。」と。

「合理的な法規制」がどのようなものかについての言及はない。刑法以外のものによる法規制も検討課題に値するということであろうか。傷害罪は社会侵害行為といえる。これを刑法による規制対象にすることはできるし、それで十分だということもできよう¹¹³⁾。それ以外の「合理的な法規制」は「広範だが緩やかな介入法」によって行うことはできないのであろうか。そのような介入法による規制の可能性・合理性やそのあり方についても法政策論・立法論としてもっと検討すべき時期に来ているのではなかろうか。

2) 間接的・消極的危険性論の問題

無免許医業罪のような抽象的危険犯的構成も取締りの必要性に照らすとやむをえないものとする受け止め方が依然として支配的であるといつてよい。しかも、そこにおける抽象的危険は法益に対する¹¹⁴⁾直接的なものでなくとも間接的・消極的なものでも足りるとする見解が判例・通説とされ

113) 同旨、「被害者の承諾の有無をまったく考慮せずに、しかも抽象的なおそれだけで、ある行為を禁止することは、パターンリスティックにすぎる……。被害者の承諾なく生理的機能を害する行為は傷害罪に該当するであろう。刑事法による対応としてはこれで十分ではないだろうか。」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）97頁。

114) この「法益に対する」ということの意味を正確に理解するには、基本的な概念・専門用語についての正確な理解が不可欠であることに注意する必要がある。すなわち、危険犯か侵害犯かは保護法益との関係で、単純行為犯か結果犯かは行為客体との関係で、区別される。実は単純行為犯にも行為客体は考えられるのだが、それに害を与えることは必要とされていない。また、単純行為犯でも保護法益への危険（少なくとも抽象的危険性）は必要なのであり、そのような危険を一般的・類型的に生じさせるに足りる行為態様により犯罪類型が構成されていなければならないのである。

る。その内容に関する説明の典型例として最高裁平成 9 年 9 月 30 日判決(刑集51巻 8 号671頁)を解説する次のものがある。すなわち、

「行為自体から直接生じる直接的・積極的危険と、行為それ自体は危険でないが、後になされる処置の基礎となって不適切な処置を誘発したり、将来における医師の適切な処置の機会を奪ってしまうことによって生じる間接的・消極的危険が考えられる。……(②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コンタクトレンズの処方誤りと結びつくことにより、保健衛生上の危害を招くおそれという)②の危険は、後の処方行為と結びついて危険が生じるという意味で間接的危険であり、医師による診察の機会を奪うという意味で消極的危険である。……間接的・消極的であるからといって危険が小さいとは限らないので、これを一律に排除するのは妥当でないであろう。¹¹⁵⁾」と。

「それ自体は危険でない」とされる行為まで『医行為』に含めてしまうような見解への誘因はどこにあるのか。その論理内在的な誘因の1つが、「抽象的危険」を〈危険が具体的に生じる必要がないもの〉と解することとどまらず、〈危険が皆無とはいえないのであれば危険あり〉と理解する¹¹⁶⁾ことにあるといつてよい。すでに述べたように、「抽象的」の対語は「具体的」であり、「形式的」の対語は「実質的」、「小」の対語は「大」、「少」の対語は「多」である。抽象的危険は形式的危険つまり一般的・類型的危険であるとはいってもその大小や多少とは別ものなのである。すなわち、犯罪とするに値する行為の抽象的危険性は一般的・類型的に社会侵害性にふさわしいものでなければならないのであって、「小」や「少」では足りないわけである。危険が小さいとはいえない(大きい)がそのような危険が生じることは「皆無とはいえない」程度のものであれば、犯罪とするよ

115) 佐伯仁志・前掲論文「医業の意義」『医事法判例百選』5頁。

116) 例えば、「判断を誤る等の事態が皆無とはいえない」とか間接危険から「最悪の場合は失明に至る危険性もないとはいえない」とするのが、コンタクトレンズ検眼等事件に対する東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁。

りも行政規制の対象とする方がふさわしいし、また、はるかに効果的であろう。侵害が生じれば刑事規制の対象にすればよい。そのことが看過ないし無視されている。そのように抽象的危険概念をゆがめ拡張することにより、刑法は今やウルティマ・ラティオでなく、プリマ・ラティオとされてしまいかねない状況にある。

当然のことながらそれに対する批判もある。すなわち、

「間接的・消極的危険については規制範囲から外すか、規制するとしても、直接的な危険が発生することが明らかでかつそれが重大であるときにのみ規制範囲とするなど限定的な解釈運用をすべきである。……間接的・消極的危険であるからといってその危険の程度が必ずしも低いわけではない。しかし、処罰の外延が不明確であることや直接的危険が生じた時点で規制すれば足りる場合もあることから、規制範囲は限定してもよいと考える。¹¹⁷⁾」と。

また、消極的危険につき「医学知識の普及した現在、医師による適切な治療を受けるチャンスを失う可能性まで考える必要はないし、」実質的に医業プロフェッション自体の保護になることから、それを規制対象にすることに疑問ありとするもの¹¹⁸⁾もある。

少なくとも無免許医業や無免許医業類似行為については「医師による診察の機会を奪うという意味」での消極的危険は刑法の侵害行為原理に照らし可罰性を持たないとすべきであろうが、さらに検討してみよう。

3) 裁判例の分析

消極的危険で足りるとする裁判例は、最高裁大法廷昭和35年1月27日判決（刑集14巻1号33頁）の「反対意見」が始まりといわれる。それは、かつての「あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法」12条が無免許でのそれら医業類似行為を禁止し、その違反を同法14条で処罰していたとこ

117) 天野良・前掲論文「医行為概念の再検討」14頁-15頁。なお、同16頁も参照のこと。

118) 町野朔「判批」警察研究50巻7号（1979年）64頁、69頁参照。

ろ、HS 式無熱高周波療法がそれに当たるかが争われた事件に対するものである。その「多数意見」(法廷意見)は「医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならぬ」としたうえで、原判決はその虞があるか否かの点については何ら判示するところがなかったとして原判決を破棄し差し戻したものであった。侵害原則を認めたものとして有名である。それに対し、裁判官石坂修一による反対意見は、

「かかる治療方法は、健康状態良好なる人にとりては格別、違和ある人、或は疾病患者に、違和情態、疾病の種類、その程度の如何によつては、悪影響のないことを到底保し難い。それのみならず、疾病、その程度、治療、回復期等につき兎角安易なる希望を持ち易い患者の心理傾向上、殊に何等かの影響あるが如く感ぜられる場合、本件の如き治療法に依頼すること甚しきに過ぎ、正常なる医療を受ける機会、ひいては医療の適期を失い、回復時を遅延する等の危険少なしとせざるべく、人の健康、公共衛生に害を及ぼす虞も亦あるものといはねばならぬ。」とするものであった。

HS 式無熱高周波療法はそれを受ける人の状態によっては「悪影響のないことを保し難い」として害の虞の存在(直接的・積極的危険の存在)を認めるとともに、「それのみならず」として消極的危険もあるとしたわけである。ここでは、消極的危険だけで当該犯罪に必要な危険が認められるとしたのではないことに注意しておくべきであろう。

ところがその翌年、同じ「あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法」に関する最高裁大法廷判決に直接的・積極的危険がなくとも当該行為を禁止・処罰してもよいとするかのごときものが現れる。きゆう業を営む者がきゆうの適応症まで示したピラを配布した行為を一定事項以外の広告を禁じた同法7条1項に違反するとして、同法13条の8第1号により処罰

することを認めた最高裁大法廷昭和36年2月15日判決（刑集15巻2号347頁）である。それは、

「本法があん摩、はり、きゆう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け、いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのもの、もしこれを無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするため①ややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、②その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであって、③このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない。」（①、②、③は、生田。）とした。

2人の裁判官の補足意見と3人の裁判官の「少数意見」がついている。裁判官斎藤悠輔の少数意見では、多数意見は最高裁昭和35年1月27日大法廷判決の趣旨に反するとされ、また裁判官藤田八郎の少数意見では、「単なるきゆうの一般的な適応症の広告のごときは、それが虚偽誇大にわたらないかぎり、これを禁止すべき合理的な理由のないこと」が挙げられ、裁判官奥野健一の少数意見では、

「本法は、……きゆう等の施術が何らかの病気の治療に効果のあることを認めて、その業務につき免許制を採用しているのである。従つて、その施術が如何なる病気に効能があるか、真実、正当に世間一般に告知することは当然のことであつて、かかる真実、正当な広告まで全面的に禁止しなければならない保健、衛生上その他一般公共の福祉の観点からもその理由を発見することはできない。……単に広告が虚偽誇大に流れる虞があるからといつて、真実、正当な広告までも一切禁止することは行き過ぎである。……このことは人命、身体にきゆう等より重大な影響を持つ医薬品についてさえ薬事法三四条が虚偽又は誇大な広告のみを禁止しているのと対比して考えても、きゆう等について特に医薬品と区別して正当な広告まで

も一切禁止しなければならない合理的根拠を発見することができない。」とされた。

その「多数意見」によると、広告は医薬類似行為の準備行為であるものの、それには結果として適時適切な医療を回避させて公衆衛生を害してしまうおそれという消極的危険があることから、直接的・積極的危険への間接的危険がなくとも、消極的危険を生じさせるおそれのある虚偽・誇大広告へのおそれという間接的危険、つまり消極的危険への間接的危険でも構わないとされているように思われる。

その後、旧薬事法29条1項の医薬品販売業の登録制に関する最高裁大法院昭和40年7月14日判決(刑集19巻5号554頁)が「登録」により「もつて一般公衆に対する保健衛生上有害な結果の発生を未然に防止しようと配慮している」とするものがでる。さらに、最高裁昭和57年9月28日判決(刑集36巻8号787頁)も、「国民の健康への積極・消極の弊害を未然に防止しようとする」などとしてそれを引き継いでいる。その多数意見は、医薬品の販売業の許可をうけないで「つかれず」等というその名称、形状が一般の医薬品に類似しているものを、高血圧等に良く効く旨陳述・宣伝して販売した場合、その主成分がレモン酢や梅酢のそれと同一であり人体に対し有益無害なものであるとしても、薬事法2条1項2号にいう医薬品に当たるとした。その反対意見も、「国民の健康への積極・消極の弊害を未然に防止しようとする」との根拠論は是認しつつ、当該「つかれず」等には消極的危険も間接的危険も認められないとするものであった。

4) その検討

あん摩師等法は第1条において無免許で業とすることを禁止し、その違反を第13条の7において50万円以下の罰金に処している。第7条では一定事項以外の広告を禁止し、その違反を第18条の8において30万円以下の罰金に処している。両者の犯罪としての軽重は、前者の無免許での業の禁止は直接的な危険を根拠にするものであるのに対し、後者の広告の禁止は間

接的・消極的危険を根拠にするものであることによるものというべきであろう。広告は医行為そのものではなく、その準備行為であるにすぎないが、虚偽・過大広告には治療の機会を逸しさせてしまいかねないという消極的危険がある。しかしながら、少数意見が述べるように、真実、正当な広告にはそのような危険はないのであるから、それまでを禁止することは許されまい。医行為との関係では準備行為であるにすぎない広告に対する規制は立法趣旨（法益）との関係ではその構造の特徴からして消極的危険を根拠にせざるをえないであろう。けれども、その間接危険では遠くてわずかな危険まですくいあげることになってしまう。薬事法34条のように虚偽・過大広告に限るべきである。

コンタクトレンズの検眼やレンズ試着を処方のためであったとして「処方」という「医行為」に当たるとした判例（最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁，その控訴審東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁）は，検査の危険性に対応した業法により解決すべきものを医師法17条により処理してしまったものというべきであろう。本誌403号所収拙稿にて上述した診療放射線技師及び診療エックス線技師法（現行は，診療放射線技師法）の位置づけが参考になる。行為態様がもつ一般的危険性やそれを伴うおそれのある知識・技術の高度さの程度により規定される法的関係の相対性を軽視した例といえよう。医師法17条の医行為を狭義の医行為としそのうちで特定医行為を別個の業法により規制していると解するのが通説判例といえるが，医師法17条の狭義の医行為を高度なものに限定し，広義の医行為の中から技術や危険性の高度さの程度に応じた医行為を特定しその業法として構成していくべきであろう。

そうすると，その規制手段においても，刑罰にこだわる必要はなく，監督官公庁による一般的に危険性のある行為態様（客体の特徴も含む。）の公表による一般への注意喚起，行為者への警告，氏名公表，中止命令，中止命令違反に対する行政罰ないし刑罰といった「広範だが緩やかな介入法」の展開が可能になろう。医事法の中にも例えば「あん摩マッサージ指圧師，

はり師、きゆう師等に関する法律」には、第12条の3で医業類似行為の業務の一時停止や一部禁止を規定し、後者の禁止に違反したのものには第13条の7第1項第5号で50万円以下の罰金に処するとしているものがある。

(6) 医療行為と美容行為の棲み分け

タトゥー事件最高裁決定は、タトゥーの美術的表現性・象徴性とその専門性、伝統性、現在における社会的評価（「社会の受け止め方」）の変化を行為類型のプラスの側面（また暗黙裡に営業の自由）としてとらえタトゥーと美容整形とは別のものとした¹¹⁹⁾といえよう。それに対し、タトゥーと医師法の関係を解明するに当たっては医療関連性でよいし、それで足りる。装飾目的としては同じであるタトゥーと「美容整形」やアートメイクとを区別するには美術性、象徴性などの違いによる社会の受け止め方の違いによる必要がある。

最高裁決定は、「美容整形」やアートメイクとタトゥーとの異同については明言しなかった。

それに対し、大阪高裁判決は美容整形にもアートメイクにも医療関連性がある¹²⁰⁾としつつ、それらとタトゥーは異なりタトゥーには医療関連性がないとした。すなわち、

119) 大阪高裁判決がタトゥー施術行為を「医行為」でないとする基準とした「医療関連性」につき次のように述べるものもある。すなわち、「『医療関連性』の正体は、社会における『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。」「医師の業務と他の、一定の保健衛生上の危険を伴う業務との『歴史的に形成されてきた社会秩序』の中での棲み分けの尊重という発想である。」「この歴史的発想は、時代や社会の変化を尊重するものである。したがって、仮にタトゥー施術業に伴う保健衛生上の危険性が大きくなり医師による対処を要するものとなった場合には、医師法17条の適用もありうると思われる。」(松宮孝明・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」92頁。)そのような「社会の受け止め方」について注意すべきなのは、後述するように、たんなる観念的な評価にとどまらず、評価の対象となる実体が重要なことである。最高裁決定は、その前提として「実情」を挙げ具体的なその検討も行っていることに注意すべきであろう。

120) 学説の多くがこの結論をそのまま受け入れている。明確性原則にとり重要な法的関係の相対性という視座が意識されていないからであろう。

「美容整形は、所論が指摘するとおり、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、上記医療法の改正当時、既に、美容外科の基礎となる知識及び技術が各大学の医学部において教育され、その他大病院においても研修の機会が多々設けられており、現在でも、医学部で美容整形外科に関する教育が行われている。

ところで、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。美容整形外科手術等により、個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいとの願望に医療が応えていくことは社会的に有用であると考えられ、美容整形外科手術等も、このように消極的な意義において、患者の身体上の改善、矯正を目的とし、医師が患者に対して医学的な専門的知識に基づいて判断を下し、技術を施すものである。

以上からすると、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。……

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。」と。

しかしながら、「美容整形」やアートメイクに医療関連性があるとする理由を、「美容整形」が「美容外科」という診療標榜科名に至った経緯に加えてとはいえ、「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」に求めてしまうと、その論理で「美容整形」やアートメイクとタトゥーとを区別することはやはり難しいのではないのか。どちらも「人々の情緒的な劣等感や不満を解消する」ための装飾だといえるからである。また、今日では美容外科は診療科名として法令により認められている¹²¹⁾のであるが、それを「医療及び保健衛生」に含ませるには従来の定義を修正しないと無理なのではないか。それゆえ、大阪高判も「消極的な意義において」と述べざるをえなかったのであろう。身体に対する侵襲行為を伴わずに「情緒的な劣等感や不満を解消すること」自体は心理に関する支援の問題として医療とは別個の法的関係においてとらえるべきように思われる。公益財団法人日本臨床心理士資格認定協会による臨床心理士や公認心理師法（平成27年法律68号）による公認心理師の担当領域である。確かに、医療や保健衛生とはいえないものの、身体・健康への侵襲が大きくその危険性を防止するための知識・技術が医療等と同程度のものである行為も「医行為」とし、それを無免許医業として禁止することも考えるであろう。けれども、そのためには「医療及び保健衛生」を内容とする「医行為」の定義を変えなければならなくなる。

121) このことを理由に美容整形を医行為に含める見解のなかには、美容「目的」という主観により医行為と区別するのは「行為者の主観面を重視することとなって、客観的で公平な処罰ができるか疑問である点からすると、目的を過度に重視するのは妥当ではない。」（三重野雄太郎・前掲論文「『医行為』の意義と該当性判断枠組」98頁。）とするものもあるが、美容整形と医行為の区別は主観的な目的だけでなく客観的な行為における違いによってもなされることを看過するものというべきであろう。主観的要素とされる「目的」についても、単に供述からだけでなく客観的な行為事情に照らして認定されることに注意すべきであろう。たとえば、「その成分、効能、外観および名称からみて、薬事法二条一項二号にいう人の疾病の治療又は予防に使用されることが目的とされている物に当たると認められるから」（最決昭和46年12月17日刑集25巻9号1066頁）としているものなどが参考になる。なお、「医療」とは「医術で病気を治すこと」（『広辞苑』）をいう。

これまでのように行為の公衆衛生に対する危険性要件のみで医師法違反の犯罪としてしまうのでは、前述したようにあまりにも文理を無視するものといわざるをえない。また、「医療及び保健衛生」とは異質のものを同一の「医行為」としてしまうと「医行為」や当該犯罪類型の本質があいまいになり、ひいては安易な類推解釈を許してしまいかねない。医行為と美容行為とではそれらの社会的有用性において質的な差異があるというべきであろう。行為の社会的有用性における相対性と危険性の程度を結び付けた新たな行為類型を策定することが肝要なのである。犯罪規定の明確性は刑法の自由保障原則にとり不可欠である。犯罪規定の明確性は犯罪類型の明確性により支えられる。個々の犯罪類型の明確性は他の犯罪類型との棲み分けが明確でないとでてこない。犯罪類型を構成する個々の要素だけでなくそれらがトータルとして構築している法的関係に着目しその他に比べての相対的独自性を明らかにする。法的関係の相対性という視座が重要な所以である。明確化ということでは美容外科は現行医師法とは別建ての法律による規制にすべきである。同じ医師の範疇に属する歯科医師についても医師法とは別建ての歯科医師法を制定したことに思いを致すべきであろう。アートメイクなどについても同様である¹²²⁾。規制方法は刑事立法によるものだけでなく自主規制から登録制まで多様でありうることはいうまでもない。

タトゥー施術を医療関連性がなく医師法違反にならないとしたことに対し、麻酔の使用はもっぱら医師が行ってきているところタトゥー施術に当たり麻酔剤を使用してもタトゥー目的で相手方が麻酔の使用を許諾しておれば医行為にならず医師法違反に問えなくなるのかとの疑問¹²³⁾がだされている。この場合の麻酔の使用については、現行法上、「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」（薬機法）や重大事

122) 同旨、勝又純俊「医師法17条の解釈と運用をめぐる問題」甲斐克則編『医事法講座第12巻 医行為と医事法』19頁-45頁参照。

123) 勝又・前掲論文「医師法17条の解釈と運用をめぐる問題」42頁参照。

故が生じた場合の業務上過失致死傷罪による対応が考えられよう。けれども、タトゥーの除去施術への対応をどうするのか¹²⁴⁾という問題提起や「医行為」とは区別されるべき「美容整形」への法的対応のあり方については立法論としてさらに詰める必要がある。その際に重要なのが、それぞれの法的関係の相対性を明らかにして臨むという視座なのである。

5 小 括

タトゥー事件最高裁令和 2 年決定には法的規制や法的関係の相対性という観念が影響しているといえるのだが、その背景には上掲したような最近の医事法における法改正の動きがあったというべきであろう。

また、チーム医療の進展による医師とそれ以外の医療従事者の関係、とくに医師を頂点とする縦割りの業務分担関係が、法的関係の相対性により特徴づけられる特定領域医療行為の担い手間におけるパートナー的關係への進化を必要としているのではなかろうか。

さらにより基本的な事柄として、地域医療法に象徴される医療の自動化が高齢者や障害を抱える人の看病や介護を家庭に押し付けることになっているという問題を刑罰による威嚇をもって押し込めようとするのか、それとも、医療や介護の公共化をすすめ患者や介護を必要とする人をそれらの人に必要な医療や介護の知識・技量を身に付けた者や施設・機関により保護・援助するなど社会が支える仕組み・システムを充実していくのか、といった問題もある。

法的規制の相対性、その前提となる法的関係の相対性やこの法的関係の特性に合わせた多様な規制方法の構築という視座が、硬直した一面的な政策論に陥らないようにするために重要になっている。とりわけ医事刑法を論じる際にはその視座が不可欠だといえよう。規制手段は刑罰だけではない。刑罰以外の規制方法の方が適切な場合が多いのではないか。刑罰への

124) 同上・42頁-43頁参照。

視野狭窄現象に陥らないためにも法的関係の相対性に関する上述した視座が重要であるように思われる。

それでは、医事法における規制につき制裁の対象とする違法行為を一定の手続きを経たか否かで決める方法についてはどう考えるべきか。ドイツでの手続化論が参考になる。天田悠による詳細な紹介¹²⁵⁾がある。危険な手術や生命倫理にかかわる医療行為による身体等への侵襲を一定の手続きを踏むことにより違法阻却するという手法である。日本でも、臓器移植法や母体保護法上の人工妊娠中絶などで見られる手法である。

現下の日本では「医行為の担い手の医師以外の者への拡大」現象を受けて、拡大する場合に医師以外の者にどのように必要な知識・技術を身に付けさせるか、それをいかに担保できるかにつき手続きや体制づくりの検討がなされている。本件大阪高裁判決はより制限的でない他の手段の設定につき、「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。」としていた。そこでいわれる事前の研修や医師による包括的な指示書、国による資格認定などは当該行為の社会的有用性を高めその行為による公衆衛生への危険を防止できるものになるとの位置づけがなされている。これは実体的な法的関係を改善するものである。

それに対し、複数の医師の判断とか本人へのカウンセリングによる意思の確認や家族の同意といった手続きは実体にどの程度影響しそれを変えるものなのであろうか。実体を変えない手続きにより実体の違法性を阻却するというのはレベルの異なる実体の問題への回答を棚上げするものである。実体の問題を棚上げできる程度のものであれば、これは社会侵害

125) 天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察（1）～（3・完）」香川法学第39巻第3・4号（令和2年）39頁以下～第40巻第3・4号（令和3年）101頁以下参照。

性の必ずしも明らかでない行為に対する処理方法といわざるをえまい。それゆえ、必要な手法を踏まないでなした行為については手法違反という法的関係をとらえた規制に止めるべきではないか。つまり介入法の問題として位置づけるべきではなかろうか。

医事刑法論では法的関係が犯罪にふさわしいものか、すなわち、その行為類型を個々の構成要素に分解し孤立化させて分析するだけでなくそれら全体を法的関係として捉え、それが犯罪にふさわしいものか、つまり様々な法的関係に比べ犯罪としての相対性を備えているのかということについての検討も必要になる。個対個の関係か個対社会の関係かという法的関係についての検討が最小限必要なのである。個人に危害を生じることを前提にしてそれがさらに多くの人への危害を生じさせるものか、また個人への危害が社会を作った意味を損なうほど重大なものなのかの検討である。この問題については次の「Ⅳ 行為の社会侵害性の意味とその体系的位置づけ」にて考察したい。