

## 職業と資格——彫師に医師免許は必要か

小山 剛\*

### 目録

---

- |                  |                 |
|------------------|-----------------|
| 一.はじめに           | 四. 資格制度の基本的な考え方 |
| 二. 大阪地判平成29・9・27 | 五. 彫師と医師免許      |
| 三. 二つの薬事法(薬局)判決  | 六. むすびにかえて      |
- 

### Ⅰ 要旨

本論文は、彫師(タトゥーイスト)としての活動に医師法17条を適用し、これに医師免許を要求することが、職業選択の自由を保障する憲法22条1項に反しないかということについて検討するものである。

彫師に医師免許を要求することは、彫師の職業選択の自由に対して、強力な制限を加えるものである。もとより、そのような強い制限も、法律上の根拠があり(形式的正当化)、かつ、その制限が内容において比例原則を充足していれば(実質的正当化)、憲法22条1項に反するものではない。本論文は、《ある職業活動に対して過剰な資格を要求することは、比例原則(特に、狭義の比例性)を充足せず、憲法22条1項に違反する》との理解から、職業活動の内容と要求される資格との間に不均衡がないかどうか、慎重な審査を求めるものである。

結論的に、入墨施術に医師の資格を要求することは、彫師という職業を否定し、医師という職業の一部にそれを組み入れることにほかならない。立法者は、資格の創設および改変を通じて、その職業の職業像を固定し、あるいはこれを

---

\* 慶応大学 教授

논문접수일 : 2019. 7. 25., 심사게시일: 2019. 8. 1., 게재확정일 : 2019. 8. 23.

修正することが許される。さらには、ドイツ法律補助人決定が示すように、ある資格を廃止し、別の資格に統合する(ある職業を別の職業に統合する)ことも許されないわけではない。

주제어 : 職業選択の自由, 資格制度, タトゥー, 薬局判決, 入れ墨

## 一.はじめに

魏志倭人伝の伝えるところによれば、我々の祖先は「男子皆黥面文身」であった<sup>1)</sup>。我々が連想する図柄鮮やかな彫物は、江戸時代に発展したが、明治政府は1872(明治5)年3月に市中風俗取締令で「ホリモノ」を禁止し、同年11月の違式註違条例(東京)は「身体に刺繡をなせし者」を違式罪の対象とした。1880(明治13)年7月に布告された旧刑法中の違警罪(旧刑法第4編 425~429条)の428条は、「身体に刺文を為」す者に加え、施術者(「之を業とする者」)も違警罪の対象とした。彫物および施術の禁止は、警察犯処罰例を経て、1948(昭和23)年の軽犯罪法により解除されるまで続いた。近年では、タトゥーが広がり、彫の技法も多様化している。

入墨の施術が再び禁止されたのは、後述する、平成13年の医政医発第105号によってである。この通知は、「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」を医師以外の者が業として行えば医師法17条に違反するとし、「違反行為に関する情報に接した際には、実態を調査した上、行為の速やかな停止を勧告するなど必要な指

---

1) 本稿において彫物(規制を含む)の歴史についての記述は、山本芳美『イレズミの世界』(河出書房新社、2005年)に依拠している。なお、表記は適宜現代文に改めてある。

導を行うほか、指導を行っても改善がみられないなど、悪質な場合においては、……警察と適切な連携を図られたい」としている。

本稿で扱うのは、次のような事案である。Xは、タトゥーマシンを用い、先端に色素を付けた針を連続的に多数回皮膚内の真皮部分まで突き刺す方法で色素を真皮内に注入・定着させるという、いわゆる入れ墨を施術したとして、医師法17条違反で起訴された。これに対し、Xは、医師法17条が憲法31条に違反し、また、本件行為に適用する限りにおいて憲法22条1項、21条1項、13条に違反する等と主張したが、大阪地判平成29・9・27LEX/DB 25548925(以下、本判決と呼ぶ)は、違憲の主張には理由がないとし、Xを罰金15万円に処した。

## 二. 大阪地判平成29・9・27

憲法21条1項違反の主張およびこれに対する説示にも興味深い点が含まれているが<sup>2)</sup>、本稿では、職業選択の自由と資格制度という関心から、22条1項違反にかかわる部分のみを引用する。

---

2) 入墨施術禁止を表現の自由に対する制約とするか職業の自由に対する制約とするかは、いわゆる基本権の競合の問題である(詳しくは、杉原周治「基本権競合論(1)——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として」*広島法学*29巻3号(2006年)27頁以下、同「基本権競合論(2・完)——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として」*広島法学*29巻4号(2006年)129頁以下、同「職業の自由と表現の自由——ドイツにおける職業の自由と意見表明・プレスの基本権競合をめぐる議論」*東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究*73号(2008年)1頁以下。また、簡単には、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』(尚学社、2016年)30頁以下)。私自身は、表現的要素がある行為のすべてについて、その制約を表現の自由の問題として構成することには懐疑的である(谷崎潤一郎『刺青』の清吉については別に考える余地があるが)。とりわけ、本件の事案のように資格を要求することの合憲性が問われる場合、表現の自由では問題の本質を適切にとらえられないのではないかと。

〔前略〕

「医師法は、2条において、医師になろうとする者は医師国家試験に合格して厚生労働大臣の免許を受けなければならないと定め、17条において、医師の医業独占を認めていることから、医業を営もうとする者は医師免許を取得しなければならない。そのため、医師法17条は、憲法22条1項で保障される入れ墨の施術業を営もうとする者の職業選択の自由を制約するものである。

もっとも、職業選択の自由といえども絶対無制約に保障されるものではなく、公共の福祉のための必要かつ合理的な制限に服する。そして、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(薬事法違憲判決＝最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁参照)。

これを本件についてみると、前記のとおり、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。そして、入れ墨の施術は、医師の有する医学的知識及び技能をもって行わなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為なのであるから、これを医師免許を得た者にのみ行わせることは、上記の重要な公共の利益を保護するために必要かつ合理的な措置というべきである。また、このような消極的・警察的目的を達成するためには、営業の内容及び態様に関する規制では十分でなく 医師免許の取得を求めること以外のより緩やかな手段によっては、上記目的を

十分に達成できないと認められる。

以上から、本件行為に医師法 17条を適用することは憲法 22条 1項に違反しない。」

〔後略〕

### 三. 二つの薬事法(薬局)判決

#### 1. 最高裁薬事法違憲判決

(a) 最高裁薬事法違憲判決は、職業の自由の制約に際して基本的に立法府の広い裁量を認める一方、合理的裁量の範囲には「事の性質上おのずから広狭がありうる」とした。事案の「事の性質」として、同判決は、①「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」こと、②「自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的、警察的措置である」ことを挙げ、学説において厳格な合理性と呼ばれる審査基準を定立した。それは、①「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては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を要する」ものでなければならない、②「許可制の採用自体が是認される場合であっても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならない」というものである。

そのうえで、同判決は、①薬局の許可制自体は、不良医薬品・不良調剤から「国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制の

みならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができ」、また、②許可条件のうち、薬局の構造設備や薬剤師の数、許可申請者の人的欠格事由について定めたものは「いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性と合理性を肯定しうる」が、③いわゆる距離制限については、そのような「直接的関連性」が認められないところ、「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」等として、これを違憲とした。

(b) 本判決が、この最大判を忠実になぞろうとしていることは明らかである。本判決は、本件が消極目的の強力な制限の事案であるとして厳格な合理性の基準を採用したうえで、①入れ墨の施術を医師のみに行わせることは「重要な公共の利益を保護するために必要かつ合理的な措置」であり、②目的達成のためには「営業の内容及び態様に関する規制では十分でなく 医師免許の取得を求めること以外のより緩やかな手段によっては、上記目的を十分に達成できない」と説いている。

しかし、最高裁薬事法違憲判決と本件の事案との間には、決定的な差異がある。それは、薬事法判決の事案が本人の資格・能力等にかかわらない、いわゆる許可の客観条件による規制であったのに対し、本判決の事案は、医師免許の要求という、施術者の資格・能力にかかわる事案であったことである。そして、最高裁薬事法判決では控えめにしか反映されていないが、同判決が参照したと思われるドイツのバイ

エルン薬局法違憲判決(BVerfGE 7, 377)<sup>3)</sup>では、許可の客観条件による規制と主観条件による規制は、全くの別物として扱われている。

## 2. ドイツ連邦憲法裁判所薬局判決

(a) ドイツの薬局判決では、薬局開設を許可する条件として、開設者の資格・職歴のほか、薬局新設により近隣薬局の経済的基盤を毀損しないことを求めた、バイエルン州薬局法の規定が問題となった。この規定は、薬局の適正配置を促すためでもあるとされていた。連邦憲法裁判所は、職業の自由に対する規制を、緩やかな順から①職業遂行に対する規制、②職業開始に対して特定の資格等を要求する許可の「主観的」条件による制限、③当人の資格・能力と関わりのない「客観的」条件による制限の三段階に区別する。基本権制限を正当化するための比例性は、まず、どの「段階」の規制手段を選択すべきかについて要求される。すなわち、前段階における手段を用いたのでは、危惧される危険に効果的に対抗できないことが高い蓋然性をもって証明できる場合に初めて、より強力な次の段階の手段をとることが許される。続いて、比例性は、それぞれの「段階」における具体的規制手段について要求される。要約すると、次のような要請である。

——職業遂行の自由は、合理的な公共の福祉の考慮によりそれが合目的的とみなされる限り、制限できる。基本権保障は、たとえば過度の負担を課したり、不適切であるような、それ自体違憲の負担の防止に限定される。

3) 評釈として、山田晟編『ドイツ判例百選』(有斐閣、1969年)66頁以下[覚道豊治]、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 I〔第2版〕』(信山社、2003年)272頁以下[野中俊彦]を参照。

——職業選擇の自由は、とくに重要な共同体の利益の保護のためにどうしても必要とされる場合にしか制限できない。そのような制限が不可避である場合でも立法府は基本権を最小限にしか制限しない形態を選ばなければならない。職業選擇の自由の制限手段として許可条件を定める場合には、主観的条件と客観的条件とが区別されなければならない。主観的条件には、職業活動の秩序ある充足という目的との均衡を失ってはならないという意味での狭義の比例原則が妥当する。他方、許可の客観的条件による制限は、それを充たすかどうかは、個人の力の及ばないところであるから、基本権の意味と鋭く対立する。客観的な許可条件の必要性の証明にはとくに厳格な要件が設定されなければならない。一般的には、きわめて重要な共同体の利益に対して証明可能なあるいは高度に蓋然性の高い重大な危険力、及ぶことの防止ということだけが、この手段を正当化できる。……

(b) このように、連邦憲法裁判所は、職業に一定の資格を要求する主観的許可条件については客観条件の場合に比して制限の程度は緩やかであると解し、制限の正当化の要件も、これより緩やかに定式化した。とはいえ、次に見るように、主観的条件が比較的容易に正当化されるのは、職業活動の固有の論理——事の性質、秩序ある職業活動——によるものであり、それは同時に、客観的条件とは異なる観点からの正当化を要求する。

## 四. 資格制度の基本的な考え方

### 1. 主観的条件

連邦憲法裁判所薬局判決(おそらくは、最高裁薬事法違憲判決も<sup>4)</sup>)

に照らせば、ある業務について一定の資格を要求し、あるいは有資格者に業務を独占させることは、職業の選択に対する制限であっても、比較的容易に正当化されうる。長くなるが、その基本理解を同判決から抜粋しておきたい<sup>5)</sup>。

「職業開始の主観的条件についての規律は、職業像の法的秩序の一部分である。それは、職業への参入を、一定の——多くの場合、定式的な——方法で資格付与された志願者に限って認めるものである。そのような制約は、事の本質から正当化される。すなわち、制約は、多くの職業が一定の、理論的・実践的な習得Schulung によつてのみ獲得される技術的知識や(広義の)技能を必要とし、また、そのような知識なしに行う職業の遂行は不可能もしくは事態に反するか、損害、さらには公衆に対する危険をもたらすであろうことに基づいている。立法者は、所与の生活事態(Lebensverhältnis)から生ずる必要条件を具体化し、『形式化(formalisiert)』したにすぎない。各人は、あらかじめ定められた形式上の職業教育によつて、事の性質上、その職業を秩序だつて遂行しようとするれば、原則としてどのみち引き受けなければならないことが要求されるだけである。……このような自由の制約が不当ではないのは、さらに次の理由にもよる。この制約は、すべての職業候補者に対して平等で、また、事前に周知されており、各人は、要求された条件の充足が自分に可能であるか否かを、職業選択の前に判断することができるのである。ここでは、定められた主観的条件が職業活動の秩序ある充足という目的との均衡を失してはならないという意味での、狭義の比例原則が妥当する」。

4) 最高裁薬事法違憲判決は、「開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有する」とし、一方、主観的要件である薬局の構造設備、薬剤師の数等については「いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性及合理性を肯定しうる」が、適正配置については「このような直接の関連性」をもっていないと説示している。

5) BVerfGE 7, 377 (406 f.).

## 2. 資格と違憲審査

このような基本理解の下、資格制度の合憲性はどのような枠組みで判断されるべきか。「資格」の合理性が自明の前提となっていた最高裁薬事法違憲判決とは異なり、本判決の事案では、国が彫師に対して「医師免許」という資格を要求することの合憲性が問われている。

職業の自由ではなく、一般的行為自由の事案であるが、ドイツには、ある行為に対して過剰な資格を要求した法律が違憲とされた判例がある。

連邦憲法裁判所の鷹狩り決定(BVerfGE 55, 159)で問題となったのは、1977年改正の連邦狩猟法の規定である。旧法では、鷹狩りを行う者は、狩猟許可証または鷹狩り許可証の交付を受ける必要があった。狩猟許可証を新規に取得するためには、銃器取扱いの知識および技能を含む狩猟試験に合格する必要があったが、鷹狩り許可証は、新規申請者についても特段の審査なしに交付されていた。ところが、法改正により、鷹狩りには、狩猟許可証と鷹狩り許可証の両方が必要となり、鷹狩りのみを行う者も、銃器取扱いの知識および技能が審査されることになった。

連邦憲法裁判所は、次のように説示して、この法改正を違憲であるとした。立法目的は、猟鳥の種の存続を保護し、猛禽類の飼育の際に生じる弊害に対処することである。この目的を達成するために、鷹狩り許可の要件を厳しくすることは、鷹狩りの完全な禁止よりも緩やかな手段であるため、許容される。しかし、猛禽の飼育および鷹狩りでは、銃器は一切使用しない。そのため、鷹狩りに対しては、銃器取扱いの知識・技能は必要ではない。にもかかわらず、許可に際して、規制の対象となる活動となんらの関連もない知識および技能が要求され

るとすれば、それは、比例原則に違反することになる。

その際、同判決は、次のように説示している。「いずれにせよ、鷹狩りに際して銃器が用いられることはないという事実は、鷹狩りと一般の狩猟とを区別する『わずかな例外』である。それはしかし、顧慮しなくてよい瑣事ではなく、鷹狩りを決定的に刻印する事情なのである。それゆえ、この事実は、狩猟の許可を規律する際に看過されてはならないのである」。

## 五. 彫師と医師免許

ここで、本判決の事案に戻り、入墨の施術に医師免許を要求することが憲法22条1項に反しないかを、上述の視点から検討することにした。

### 1. 要求される資格とのズレ

(a) まず、本判決はいかなる理由で、入墨施術に医師免許が必要であるとしたのであろうか。判決によれば、

被告人が施術した入墨は「必然的に皮膚表面の角層のバリア機能を損ない真皮内の血管網を損傷して出血させるものであるため、細菌やウイルス等が侵入しやすくなり、被施術者が様々な皮膚障害等を引き起こす危険性を有している。……また、前記のとおり、入れ墨は色素を真皮内に注入するものであることから、施術に使用される色素に重金属類が含まれていた場合には(……)、金属アレルギー反応が生じる可能性があるし、重金属類が含まれていなくとも、色素が人体にとって異物であるこ

とに変わりはないためアレルギー反応が生じる可能性がある。さらに、入れ墨の施術には必然的に出血を伴うため、被施術者が何らかの病原菌やウィルスを保有していた場合には、血液や体液の飛散を防止したり、針等の施術用具を適切に処分するなどして血液や体液の管理を確実に行わなければ、施術者自身や他の被施術者に感染する危険性があるのみならず、当該施術室や施術器具・廃棄物等に接触する者に対しても感染が拡散する危険性もある。以上のとおり、本件行為が保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為であることは明らかである。

そのため、入れ墨の施術者は、まず、施術に伴う危険性を十分に認識・理解した上で、保健衛生上の危害発生防止のためにどのような方法・環境で施術を行うかを検討し、選択しなければならない。そして、施術前には、被施術者に対し、入れ墨の危険性を説明することが求められるであろうし、アレルギーや感染症等に関する検査又は診断を行う必要もある。施術中は、被施術者の身体に常に注意を払い、異変が生じた場合には、直ちに施術を中断してその原因を探り、いかなる対処が求められるかを判断し適切な措置をとらなければならない。また、針先が誤って施術者自身の身体に刺さるなど他人の血液や体液が付着した可能性のある場合には、施術を中断して血液検査をするなど感染防止の措置をとる必要がある。施術後も、ウィルス等の感染を予防するため、施術に使用した針等血液や体液が付着した用具や廃棄物を適正に処理することが求められる。このように、入れ墨の施術に当たり、その危険性を十分に理解し、適切な判断や対応を行うためには、医学的知識及び技能が必要不可欠である。」

入れ墨施術が「保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為」であることは、本判決が言うように、「明らか」であろう。また、俗語の意味で、「医学的知識及び技能」が必要不可欠であるというのであれば、そのとおりであろう。しかし、そこから、入れ墨施術に医師免許を要求す

るのは、明らかな論理の飛躍である。

(b) まず、医師の資格を取得するための教育内容は、どのようなものであろうか。『医学教育モデル・コア・カリキュラム〔平成28年度改訂版〕』<sup>6)</sup>では、「D 人体各器官の正常構造と機能、病態、診断、治療」において15にわたる様々な項目が挙げられているが<sup>7)</sup>、「D-1 血液・造血器・リンパ系」および「D-3 皮膚系」以外の知識は、彫師には必要とされないであろう(もちろん、どの程度の知識が必要かという、別の問題もある)。

また、「E 全身に及ぶ生理的变化、病態、診断、治療」についても<sup>8)</sup>、「E-1 遺伝医療・ゲノム医療」、「E-6 放射線の生体影響と放射線障害」、「E-7 成長と発達」、「E-8 加齢と老化」などは、入墨施術に関連する内容ではないと思われる。

さらに、診療科臨床実習のうち、必ず経験すべき診療科として、(1)内科、(2)外科、(3)小児科、(4)産婦人科、(5)精神科、(6)総合診療科、(7)救急科、が挙げられている<sup>9)</sup>。他方で、皮膚科は必須とはされてい

6) モデル・コア・カリキュラム改訂に関する連絡調整委員会 / モデル・コア・カリキュラム改訂に関する専門研究委員会 『医学教育モデル・コア・カリキュラム〔平成28年度改訂版〕』(2017年)。下記アドレスからダウンロード可能である：  
[http://www.mext.go.jp/component/b\\_menu/shingi/toushin/\\_icsFiles/afieldfile/2017/06/28/1383961\\_01.pdf](http://www.mext.go.jp/component/b_menu/shingi/toushin/_icsFiles/afieldfile/2017/06/28/1383961_01.pdf)

7) 挙げられているのは、D-1 血液・造血器・リンパ系、D-2 神経系、D-3 皮膚系、D-4 運動器(筋骨格)系、D-5 循環器系、D-6 呼吸器系、D-7 消化器系、D-8 腎・尿路系(体液・電解質バランスを含む)、D-9 生殖機能、D-10 妊娠と分娩、D-11 乳房、D-12 内分泌・栄養・代謝系、D-13 眼・視覚系、D-14 耳鼻・咽喉・口腔系、D-15 精神系、である。

8) E 全身に及ぶ生理的变化、病態、診断、治療、E-1 遺伝医療・ゲノム医療、E-2 感染症、E-3 腫瘍、E-4 免疫・アレルギー、E-5 物理・化学的因子による疾患、E-6 放射線の生体影響と放射線障害、E-7 成長と発達(E-7-1) 胎児・新生児、E-7-2) 乳幼児、E-7-3) 小児期全般、E-7-4) 思春期、E-8 加齢と老化(E-8-1) 老化と高齢者の特徴)、E-9 人の死(E-9-1) 生物的死と社会的死)。

9) 前掲注(6) 『モデル・コア・カリキュラム』88頁以下。

ない<sup>10)</sup>。小児科、産婦人科等の臨床実習が、彫師に必要なのであろうか。

(c) そもそも、明治初期に始まる医師資格の制度化<sup>11)</sup>は、入墨施術とは何の接点もないものであった。1875(明治8)年の医制37条に定められた医術開業試験制度は、解剖学大意、生理学大意、病理学大意、薬剤学大意、内外科大意、病状処方並手術、を試験科目としていた。そこからわかるように、「政府は、今後の日本の医学は西洋医学に徹し、漢方は廃止したいという考えに基づ」く制度であり、「漢洋闘争時代」と呼ばれる闘争の時代が始まったとされる。1883(明治16)年に医術開業試験規則ならびに医師免許規則が布告され、さらに、明治39年法律第47号として医師法が発布される。医術開業試験は、これにより廃止された(実際の廃止は1916〔大正5〕年)。その後は、医学教育機関からのみ医師が供給されることになる。

いずれにせよ、医術開業試験の導入と入墨禁止は時期的に近いが、それぞれの目的は全く異なる。入墨禁止の目的は、野蛮な風俗の廃止であり、入墨施術も、それと結びついて禁止されたものと解される。医師資格の制度化と共通点があるとすれば、文明開化や近代化という、大大目的のレベルにとどまろう。

## 2. 平成13年医政医発第105号

(a) 現在の医師法は、1948年に施行された。しかし、入墨施術が医師法17条に違反するとの運用は、平成13年11月8日付けで厚生労働省医政局医事課長が各都道府県衛生主管部(局)長宛に発した文書(医政医

---

10) 前掲注(6)『モデル・コア・カリキュラム』90頁以下。

11) 以下につき、酒井シズ『日本の医療史』(東京書籍、1982年)418頁以下を参照。

発第105号)に始まるようである。

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

最近、医師免許を有しない者が行った脱毛行為等が原因となって身体に被害を受けたという事例が報告されており、保健衛生上看過し得ない状況となっている。

これらの行為については、「医師法上の疑義について」(平成12年7月13日付け医事第68号厚生省健康政策局医事課長通知)において、医師法の適用に関する見解を示しているところであるが、国民への危害発生を未然に防止するべく、下記のとおり、再度徹底することとしたので、御了知の上、管内の市町村並びに関係機関及び関係団体等にその周知を図られるようお願いする。

記

#### 第1 脱毛行為等に対する医師法の適用

以下に示す行為は、医師が行うのでなければ保健衛生上危害の生ずるおそれのある行為であり、医師免許を有しない者が業として行えば医師法第17条に違反すること。

(1) 用いる機器が医療用であるか否かを問わず、レーザー光線又はその他の強力なエネルギーを有する光線を毛根部分に照射し、毛乳頭、皮脂腺開口部等を破壊する行為

(2) 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

(3) 酸等の化学薬品を皮膚に塗布して、しわ、しみ等に対して表皮剥離を行う行為

#### 第2 違反行為に対する指導等〔略〕

(b) ところで、この文書で引用されている「平成12年7月13日付け医事第68号厚生省健康政策局医事課長通知」とは、どのような文書であったか。これは、警察庁生活安全局生活環境課長による照会に対す

る回答であり、「医師免許のないエステサロン従業員が、来店した患者に問診する等して眉、アイラインの形をアイブローペンシルで整えた後、患者を施術台に寝かせ、電動式のアートマシンに縫い針用の針を取りつけたアートメイク器具を使用して、針先に色素をつけながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為をした後、患部をアイスゲルで冷やし、更に鎮静効果のあるキシロカイン等の薬剤、化膿止め薬剤を患部に塗布している」という行為が医師法に違反しないかという問いに対し、「御照会の行為を業として行えば医業に該当する」と答えたものである。

このように、もともとの文書は、当時社会問題化していたエステサロンについて回答したものであり、入墨施術は全く念頭になかったように思われる。医政医発第105号は、エステサロン(従業員)という場所および人の限定を外しており、形式的にも実質的にも、規制対象が入墨施術に拡張された。新しく生じた活動に対する規制であればともかく、医師法のはるか以前より営まれてきた彫師の職業に対して医師免許を要求するのは、唐突な印象を禁じ得ない<sup>12)</sup>。

### 3. 小括

入墨施術に医師の資格を要求することは、彫師という職業を否定し、医師という職業の一部にそれを組み入れることに他ならない。本判決が説くように、入墨施術には種々の専門知識や技能が必要であ

---

12) ちなみに、1992年に刊行された特別刑法の解説書における医師法17条の章にも、入墨施術への言及はない(エステサロンにおけるいわゆるアートメイク行為には言及がある〔後掲書44-45頁を参照〕)。小松進 「医師法」平野龍一＝藤永幸治＝佐々木史朗編 『注解特別刑法51巻 医事・薬事編(1)〔第2版〕』(青林書院、1992年)1頁以下の、とりわけ33頁以下を参照。

り、これを全くの自由にできず、規制が必要であるというのは、首肯できることである。しかし、ある職業活動について(禁止を含め)どのような規制が必要にして合理的かを第一次的に判断するのは、ひとり立法者である。ある職業活動に一定の知識と技術が要求されるとして、それに対する規制手段には、届出制や資格の創設を含め、種々のものが考えられる。どの手段を選択するかは、それこそ立法裁量に委ねられた事柄であるが、その裁量は、憲法が定める一定の枠に服する。連綿と受け継がれてきた職業としての彫師に対して、唐突に過剰な資格を要求し、あるいは漫然とその状態を放置することは、憲法22条1項に反すると解さざるをえない。

繰り返しとなるが、資格制によって各人は「事の性質上、その職業を秩序だって遂行しようとするれば、原則としてどのみち引き受けなければならないことが要求されるだけである」(ドイツ薬局判決)。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。鷹狩りと一般の狩猟とを区別する「わずかな例外」といえども、それが鷹狩りを決定的に刻印する事情なのであれば、「狩猟の許可を規律する際に看過されてはならない」のである(ドイツ鷹狩り決定)。

## 六. むすびにかえて

最後に、ある資格への業務独占の合憲性が争われた日本の裁判例を紹介しておく。登記業務を司法書士にほぼ独占させ、行政書士を登記業務から締め出している司法書士法の規定の合憲性が争われた事案である。福島地郡山支判平成8・4・25(刑集54巻2号23頁)は、「公共性の

強い登記業務を適正円滑に遂行せしめ、国民の登記に対する信頼性を高めるといふ立法目的を実現するために、原則として非司法書士が登記申請代理行為を業務とすることを規制したものであるが、右立法目的は、正当かつ合理的であることはいうまでもない上、その立法目的を実現する手段も不合理なものとはいえない」と結論付けた。もちろん、立法目的実現の手段として合理性があるかどうかは、登記制度を知らなければ判断できない。この判決は、登記制度の沿革、司法書士、行政書士資格の沿革に立ち入って検討を加えていることに特徴がある<sup>13)</sup>。

同判決は、次のように説示している。

「沿革上、登記に関する業務は、行政書士ではなく、司法書士に集中されたものとみられるが、その理由について考えるに、そもそも登記業務は、その公共性や技術性等からして、相当の法律の専門知識を有する者が取扱うことが公共性の強い登記業務を適正円滑に行わしめ、登記に対する国民の信頼を高めるといふ登記制度に内在する要請であるところ、司法書士は、資格取得に不動産登記法や商業登記法といった登記の専門知識の修得を必須とするなど登記に関し相当の専門知識を持つために登記業務を扱う十分な適格性を有する。これに対して、行政書士は、前身こそ司法書士と同じくするものの、行政書士制度の沿革等に照らし、主に行政官庁への提出書類の作成、私人間の権利義務関係や事実証明文書の作成等を専門とすること、行政書士としての業務を行うに当たっては、不動産登記法、商業登記法の知識が必ずしも必要的ではないこと、行政書士は、社会通念上、必ずしも登記等の専門家とはみなされ

13) 同じような手法は、弁護士による登記業務が問題となった事案でも用いられている。「弁護士法は、……司法書士法一九条一項但し書の『他の法律』に当たる」とし、弁護士による登記業務を認めた浦和地判平成6・5・13判時 1501号52頁を参照。

ていないこと等に照らせば、行政書士に対し登記業務を許さないことが不合理とはいえないのである」。

資格の要求が問題となる限り、求められるのは、このような審査であろう<sup>14)</sup><sup>15)</sup>。

## 【補記】

I. その後、大阪高裁(大阪高判平成30・11・14判時二二九九号八八頁)は、次のように説示して、被告人を無罪とした。

### 1. 医師法17条にいう医業の意義について

(1) 医師法17条の医業の内容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

---

14) なお、本判決では、実質的違法性の有無も争点となった。しかし、国が資格制度を創設し、各資格の業務の範囲を定める場合には、画一的処理を行わざるを得ず、また画一的に処理することが許されると考えるべきであろう。資格の有無とは別に各人の実際の能力や行為の害悪性を考慮したのでは、資格制度は機能しない。小山・前掲注(2)、192頁参照。もちろんそれは、要求される資格自体に合理性があることが前提となる。

15) 蛇足であるが、医師法17条が適用されることになると、彫物を生業とする者は事実上、いなくなるであろう。しかしそれは、政策的にも望ましい結果をもたらさないと思われる。日本と同じく入墨施術の資格制度を設けていない韓国の新聞によると、同国では年20000件の入墨がおこなわれているが、施術を行う医者は10人とのことであり、大部分は闇で行われているという(マネートゥデー紙2017年12月9日。同記事については、慶応大学法学部学生のシン・ジョンミン君から情報を得た)。

は、検察官と弁護人との間で解釈の相違はな [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、医業の内容である医行為については、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、弁護人が主張するように、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。……

「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。」

(3) (4) 原判決は、医療関連性を要件とすべきであるという弁護人の主張に対し、そのような解釈では、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。

① 美容整形は、一般に、身体外表の正常部位や老化の現れた部位に対して、外科手術等を施し、より美しくさせ、あるいは若返らせることによって、形態や容姿が原因となる精神的負担を軽減し、個人を社会に適応させる形成外科の一分野といわれ、昭和53年の医療法改正により、

診療標榜科名として「美容外科」が追加されている。

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。

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。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。

## 2. 医師法17条の解釈を巡る最高裁判例について(略)

### 3. 本件行為(タトゥー施術)が医師法17条で禁止される医行為に該当するかについて

#### (1) (2)

(3) しかしながら、翻ってみると、以下に述べるとおり、本件行為は、

そもそも医行為における医療関連性の要件を欠いているというべきである。

……略

(4) 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。

ア 原判決のように、入れ墨(タトゥー)の施術を、医師法17条の医行為に該当すると解釈した場合、医師以外の者が行うことが禁止され、これに違反した者は処罰されて、医師のみが入れ墨(タトゥー)の施術を行うことを許容されるという結果になる。

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ものであり、原判決も、これを前提として判断している。

イ そして、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。

続いて、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。

ウ そこで、上記目的を達成するための規制の手段についてみる。

まず、医師を目指す者は、一般的に、大学の医学部で6年間の教育を受け、医師国家試験に合格しなければならず、医師として医療行為等に従事するには医師免許を取得する必要があるなど、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。

そして、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。

エ 原判決は, 国民の保健衛生上の危害の防止という目的を達成するためには, 「営業の内容及び態様に関する規制では十分ではない」という。

しかしながら, 以上にみたように, 上記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, 医師法の規制対象にするのではなく, より緩やかな規制の下でも社会的に許容できる水準の安全性を確保することは可能と考えられる。タトゥー施術業に伴う保健衛生上の危害を防止するためには, 何らかの規制は必要ではあるが, 原判決のように, 医師法17条で規制の対象となる医行為を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と解釈して, タトゥー施術業が, 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を伴うものであることを理由に, これを医師法17条の規制対象とする, すなわち, 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ことは, 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。

オ 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。

また、所論は、原判決の解釈適用によれば、職業選択の自由の他にも、タトゥー施術業を行う者の表現の自由、さらに、現実には入れ墨(タトゥー)の施術を行う医師などいないことになり、入れ墨(タトゥー)を自己の身体に施すこと自体を実質的に禁止するに等しいことから、タトゥーを自らの身体に入れる者の表現の自由及び自己決定権を侵害すると主張しているが、これらの点を検討するまでもなく、上記のとおり、タトゥー施術業は、医師法にいう医業に該当しないとの前記解釈適用が妥当である。

(5) なお、当裁判所のように、タトゥー施術業に医師法17条が適用されないという解釈をとると、現状においては、入れ墨(タトゥー)の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれに着目したタトゥー施術業自体に対する規制は、存在しないことになる。

しかしながら、入れ墨(タトゥー)の施術に伴う保健衛生上の危害のおそれという問題に対しては、医師法の医行為を拡張的に解釈してこれを処罰対象として取り込むのではなく、必要に応じて、業界による自主規制、行政による指導、立法上の措置等の規制手段を検討し、対処するのが相当というべきである。

結局、医師に入れ墨(タトゥー)の施術を独占させ、医師でない者のタトゥー施術業を医師法で禁止することは、非現実的な対処方法というべきであり、そのような医師法の解釈は合理性、妥当性を有しないとわざるを得ない。

(6) 以上のとおり、結論として、原判決の判断は維持し難く、原判決は破棄を免れない。

II. 地裁判決と高裁判決の相違は、医師法17条にいう「医業」の意義についての解釈である。地裁は、これを「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」であると解したのに対し、高裁は、この要件(「保健衛生上の危険性要件」)に加えて、「医療及び保健指導に属する行為」という要件(「医療関連性」要件)が必要であるとした。

1. この解釈を導くにあたり、高裁は、医師法の構造、処罰範囲の明確性、先例となる最高裁判例の検討等を行っており、憲法22条1項の職業の自由との関係が検討されるのは、当てはめの段階においてである。もっとも、「付言すると」という言葉で始まる文章であることからわかるように、職業の自由に対する制約の問題は、上述の医師法17条の解釈を補強する材料として論じられている。高裁判決の手法は、いわゆるブランダイス・ルール第7準則の意味での合憲限定解釈ではなく、むしろ、堀越事件判決(最判平成平成24・12・7刑集66巻12号1337頁)の手法に類似したものとなっている。

2. ところで、高裁判決は、医師法17条の「医業」について医療関連性要件を要求することによって、入れ墨の施術を規制対象から除外したものであるが(その結果、憲法22条1項違反の問題も生じない)、地裁と高裁の最も大きな違いは、職業の自由あるいは薬事法違憲判決(最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁)に対する理解度にあるといえよう。薬事法違憲判決は、許可制自体は合憲であるとしたのち、個々の許可条件について審査している。その中で、「薬局の構造設備」、「薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数」、「許可申請者の人的欠格事由」については「いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性和合理性を肯定しうる」とされてい

るが、ではなぜ、必要性・合理性が比較的容易に肯定されたのであろうか。それは、要求される資格・設備等と規制される職業活動(によって生じうる危険)とが直接的に結びついていないためではないのか。資格が要求される場合、要求される資格試験は、その後の職業活動で必要不可欠な範囲を超えているのが普通である(例えば、弁護士と憲法)。しかし、そのことの合理性と、本来的に全く無関係な資格を要求することとの間には、天地の違いがある。成年被後見人から選挙権をばく奪した事案(これは、立法の問題であるが)がよい例であるが、本来結びついていないものを安易に借用することは、憲法上の権利との鋭い対立を惹起する場合がある。本件も、その一つであるといえよう。

3. 憲法22条1項が保障する職業選択の自由が「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するもの」(薬事法違憲判決)であることを真摯に受け止めれば、——相応の規模の企業の活動であればともかく——個人の職業選択の自由に対して、禁止に等しい制約を加えるのは簡単に正当化できることではない。本稿の立場からは、医師法17条を地裁判決のように解釈するのであれば(つまり、高裁判決のように解釈しないのであれば)、適用違憲という別の憲法問題が発生することになり、医師法17条は、本件で問題の彫師にとどまらない、広範な職業活動との関係でその合憲性が(適用レベルにおいて)問われることになるだろう。

## 참 고 문 헌

- 小松進 「医師法」平野龍一＝藤永幸治＝佐々木史朗編 『注解特別刑法5-I卷 医  
事・薬事編(1)(第2版)』(青林書院、1992年)
- 小山剛 『「憲法上の権利」の作法(第3版)』(尚学社、2016年)
- 酒井シズ 『日本の医療史』(東京書籍、1982年)
- 杉原周治 「基本権競合論(1)——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材と  
して」広島法学29巻3号 (2006年)
- 杉原周治 「基本権競合論(2・完)——意見表明の自由と芸術の自由の競合を素  
材として」広島法学29巻4号 (2006年)
- 杉原周治 「職業の自由と表現の自由——ドイツにおける職業の自由と意見表  
明・プレスの自由の基本権競合をめぐる議論」東京大学大学院情報学  
環紀要 情報学研究73号 (2008年)
- ドイツ憲法判例研究会編 『ドイツの憲法判例 I〔第2版)』(信山社、2003年)
- モデル・コア・カリキュラム改訂に関する連絡調整委員会 / モデル・コア・  
カリキュラム改訂に関する専門研究委員会 『医学教育モデル・コア・  
カリキュラム〔平成28年度改訂版)』(2017年)
- 山本芳美 『イレズミの世界』(河出書房新社、2005年)
- 山田晟編 『ドイツ判例百選』(有斐閣、1969年)

<초록>

## 직업과 자격 - 타투이스트에게 의사면허는 필요한가?

고야마 고\*

의료면허를 가지고 문신 시술을 하는 의사가 극소수에 불과함에도 한국에서 연간 문신 시술 건수가 300만 건을 넘고 있다. 즉 대부분이 의사 면허가 없는 타투이스트에 의한 불법시술이다. 전 세계에서 일본과 한국 두 나라만이 타투를 의료행위로 규정해왔지만, 2017년 9월 일본 오사가 고등법원이 의사 면허가 없는 문신 시술을 했다가 의사법 위반으로 기소된 타투이스트의 항소심 선고에서 타투는 '의료행위로 볼 수 없다'고 하여 '무죄'를 선고했다. 이로써 이제 타투를 불법으로 하고 있는 나라는 한국만이 유일무이해진 것이다.

본고에서는 오사가 지방법원과 고등법원의 판결을 중심으로 원판결의 문제점과 고등법원 판결의 의의를 헌법상 직업선택의 자유의 관점에서 검토·분석하고자 한다. 원판결은 의료법에서 규정하고 있는 '국민의 보건위생상의 위해를 방지'한다는 중요한 공공의 이익보호를 목적으로 의사 면허를 취득한 자에게만 문신 시술을 허용하는 것은 필요하면서 합리적인 조치라 판시하였다. 그러나 고등법원은 타투 행위에서 필요로 하는 의학 지식과 기능은 의사국가시험에서 요구되는 정도로 광범위하고 높은 수준의 것이 아닌 보다 한정된 범위의 기본적인 것이라면 충분함에도, 의사 면허라는 엄격한 자격 제한을 요구하는 의사법의 해석은 합리성과 타당성이 결여되어 무죄라 판시하였다.

**주제어** : 직업선택의 자유, 자격제도, 타투, 문신, 약국판결

---

\* 게이오대학 교수

