

# 犯罪と行為・社会・法益・法的関係（2）

——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、本号）
    - 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
  - 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

#### 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

##### (1) 課題の方向性

すでに前号までのところで、犯罪類型を明確に法定することの重要性とそのためには各犯罪類型における行為態様やそれに対応する法益を個別的に特定して示す必要のあることを明らかにした。換言すればそれは、犯罪類型ごとの相対的独自性（以下では、相対性と略す。）を確定することであるといってよい。

ところで、タトゥー事件最高裁決定には、そのような相対性という課題を検討するにあたって手掛かりとなるような方向性が2つ含まれているように思われる。すなわち、1つは、法的関係の相対性の解明という方向であり、2つ目は、法的規制手段の多様性という方向である。

それら2つの方向性は法における刑法の位置を解明するうえで極めて重要であるのだが、従来の刑法理論は前者の方向にあまり目を向けず、理論的関心はほとんど後者に向けられていたといつてよい。例えば、可罰的違法性の根拠づけに当たっても、犯罪にある法的関係の相対性によってでなく、刑罰という法的効果（=法的規制手段）を持ち出しそれにふさわしい違法でなければならぬと説明されるのが一般であった。この点を考慮し、本稿ではこれまで慣れ親しんできた後者の方向についての検討から始めたい。

上記最高裁決定の法廷意見には、「タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険については、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止するほかない。」とあり、また、裁判官草野耕一の補足意見には「タトゥー施術行為に伴う保健衛生上の危険を防止するため合理的な法規制を加えることが相当であるとするならば、新たな立法によってこれを行うべきである。」とある。これらは、同控訴審大阪高裁平成30年11月14日判決（判時2399号88頁）の判旨を一応踏まえたものといえるが、大阪高裁判決との異

同についても検討しておく必要がある。

## (2) 大阪高判平成30年11月14日の内容

大阪高裁判決では、タトゥー施術を医師法の無免許医業罪に問うことは職業選択の自由を保障する憲法22条に反するか否かを検討するなかでLRA (Less Restrictive Alternatives) の基準が登場した。これは最高裁決定にはない。

### 1) LRA の基準による検討

大阪高裁の控訴審にて弁護人は薬事法違憲判決(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)にいう「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」か否かの検討を求めた。

それに対する大阪高裁の判断は次のとおりであった。

「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、……<sup>54)</sup>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

---

54) 実は、この「まず」から「また」までの間には法的関係の特徴についての指摘があったことに注意すべきである。

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。」と。

ここでは、医師法による規制対象にするのでなく、より緩やかな規制の下でも可能とされており、LRAの基準によっているといえよう。

## 2) LRA基準とは別の基準によることもできるのか

大阪高裁判決は、その前に他方において、社会通念からしても医行為には医療関連性が必要だとする理由として次のように述べる。

「現代社会において、保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為は……いろいろと想定される。……そうすると、保健衛生上の危険性要件の他に、大きな枠組みとして医療関連性という要件も必要であるとする解釈の方が、処罰範囲の明確性に資するものというべきである。

そして、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のであって、そのような解釈の仕方は、前記のとおり、医師法が医師の身分・資格や業務等に関する規制を行う法律であることや、同法1条が、医師には前記のような目的（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）の下に業務を行うことが期待される旨宣明していることに照らして、妥当とはいえないし、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。さらに、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。やはり、医療及び保健指導という場면을想定して、当該行為の医行為該当性について判断を下すのが相当というべきである。保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為が、医療及び保健指導とは無関係な場面で行われる行為であるときは、必要に応じて、個別に刑法によって処罰し、場合によっては、異なる観点からの法的な規制を及ぼすことも考えられるのである。」と。

ここでは、①「処罰範囲の明確性」や②「処罰範囲の不当な拡大を招

くおそれ」という規準により具体的な事実の検討がなされている。加えて、「保健衛生上の危害が生ずるおそれのある行為」が「医療及び保健指導」とは無関係な場面で行われるときは、両者は相対的に独自のものであり、扱いを異にすべきだということであろう。これは③「法的規制の相対性」ないし「多様性」ということであり、LRA ではない。

判決文全体の最後の部分でも次のように述べている。すなわち、

「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。」と。

ここでは、「立法上の措置等の規制手段」にも言及されておりそれは必ずしも「より制限的でないもの」といえなくてもよいわけだから、この点を捉えると LRA ではなく法的規制手段の多様性への言及であるといえるように思われる。

### (3) LRA 基準と刑法原則との関係

大阪高裁判決はタトゥー施術を医師法の無免許医業罪に問うことが憲法22条の職業選択の自由保障に違反するかどうかの判断基準として薬事法違憲最高裁判決の採用した LRA 基準を用い、「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。」とした。それに対し、最高裁決定は、憲法判断に踏み込まないまま、「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。」として無罪判決を

維持した。これは、「法的規制手段の相対性」を指摘するものといえよう。それでは、LRA 基準は合憲性の判断基準であるにとどまり、法律の解釈基準として、あるいは法律にある政策の合理性、妥当性の検討規準として法解釈、法適用の当否・可否の判断基準にはならないのであろうか。LRA 基準と刑法原則との関係はいかなるものなのであろうか。

この点につき、山中純子は高山佳奈子論文に言及しつつ、「違憲審査基準と刑法の関係」という論点に注目し、刑法の補充性や謙抑性の原則をLRAの基準にかかわるものとして位置づけている<sup>55)</sup>。

高山論文によると、大阪高裁判決は罪刑法定主義との関係では特に①明確性の原則、②過度の広汎性、③刑法の謙抑性の問題に込んでいる点が注目されるとしたうえで、とりわけその③については、「諸外国の法制に見られるように、彫り師の教育・研修や、届出制・登録制等……により、保健衛生上の危害を防止しうるから、『業界による自主規制、行政による指導、立法上の措置等』を検討して対処すべきだとした」ものであり、「従来の裁判例にはほとんどなかった、踏み込んだ判断として注目される。……刑事罰以外の規制方法があるとして、実質的に『より制限的でない他の選びうる手段の基準』が無罪の理由の一つとされたことは画期的であると思われる。<sup>56)</sup>」とされている。「届出制・登録制等」により危害の防止が可能なところでは「刑事罰以外の規制方法」によるべきとするわけであるから、刑法の謙抑性の原則はLRAに「実質的に」対応できるということであろう。

また、LRA原則はより制限的でない規制方法を問題にするわけであるが、「比例原則の必要性審査に類似し又はそれと同じものだと考えられる学説上の基準として、LRA基準がある。<sup>57)</sup>」と解するものもある。

55) 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」62頁－64頁参照。

56) 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」148頁。

57) 曾我部真裕「タトゥー施術行為に医師法17条を適用して処罰することは、職業選択の自由を侵害するおそれがあり、憲法上の疑義があるとされた事例」判例時報2415号（判例評論728号5頁）135頁。

これらのとらえ方は法的規制レベルにおけるものといえよう。

それに対し法的関係レベルにまで踏み込んだと思われるものもある。「一般的行為自由の事案である」としてドイツ連邦憲法裁判所の鷹狩り決定 (BVerfGE 55, 159) (すなわち、鷹狩りに鷹狩り許可証に加え鷹狩りには一切使用しないのに銃器取扱いの知識・技能を含む狩猟試験に合格する必要がある狩猟許可証が必要とする法改正につき、その立法目的を達するために規制の対象となる活動と何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、比例原則に反することになるとしたもの) を紹介し、彫師と医師では要求される資格にズレがあることを指摘するものである<sup>58)</sup>。そこに見られる規制目的の相対性は目的を構成する保護法益の相対性であり、それに対応する行為の相対性である。複数の異なった法益に対応する行為の関係、つまり法益の違いによる法的関係の相対性の一例である。このように理解すると、それは結局のところ、規制対象の相対性とどまらず、その前提をなす法的関係の相対性なのではなかろうか。

比例原則の狭義の比例性審査は法的規制のあり方を超え、法的関係の相対性にも及ぶものだといえよう。そのことを分析して提示することにより法規の意味を明確にできる。法的関係の相対性を示すことは明確性の原則にもかなうものなのである。さらに言えば、犯罪類型ごとの棲み分けが明確になると、類型を無視して他の類似の類型該当性を認めてしまうという往々にして見られる法適用は類推解釈の禁止に抵触するものだと理解も進むことになろう。

#### (4) 刑法と「介入法」との棲み分け

本件大阪高裁判決は LRA に関係する部分において、「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」る理由として、「彫り師に対して

---

58) 小山剛「職業と資格——彫師に医師免許は必要か」『憲法訴訟の実践と理論』(判例時報 2408号臨時増刊、令和元年) 255頁-256頁参照。

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」とした。この意味するところは、「核心刑法」と「広範だが緩やかな介入法」に分ける刑法構想における後者たる「介入法」にほぼ当たるといってよい。

この大阪高裁判決につき、イレズミを医師法17条・31条による無資格医療として処罰するのでもなければ公衆衛生に危害を及ぼすおそれのある行為を野放しにすることになるという理由で批判する論調<sup>59)</sup>もあった。しかしながらそれだと、法的規制には多様な方法・手段があることとか、より緩やかな介入の仕方を追求してみるという謙抑主義とかを踏まえた検討を棚上げしてしまうことにつながってしまう。しかもそれ以上に問題なのは、規制方法を適正なものにしてこなかったという公権力の怠慢を国民の犠牲により取り繕うものだということである。そのように取り繕うことを禁止するのが法治国家原則なのではなかろうか。

怠慢な公権力とは対照的に、本件弁護士は外国の法事情についての比較法研究に取り組む<sup>60)</sup>とともに、業者による自主規制を実現すべく業者の組織づくりへの援助をおこない最高裁決定までにそれを実現させている<sup>61)</sup>。

「お上による取締り」よりも直接の関係者たちが自分たちの職業に誇り

59) たとえば、前田雅英「最新刑事判例研究」捜査研究 No. 825（2019年）22頁、25頁-26頁参照。その他、当該大阪高裁判決に批判的な論考には多かれ少なかれ同様の傾向が見られる。同様のものとして、より制限的でない規制手段が法制度として存在していない場合、「どのように判断すべきか」（佐々木雅寿・法学教室449号121頁）という「難問が生じる。」とするもの（新井誠「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」広島法学42巻3号（2019年）32頁、新井はこの場合に裁判所が取るべき判断方法を提言する）。

60) その研究対象は韓国、アメリカ、フランスおよびドイツなどにおよび、その成果は、小山剛・新井誠編『イレズミと法』（尚学社、2020年）170頁-240頁に詳述されている。

61) 亀石倫子=川上博之「タトゥー彫り師医師法違反事件の弁護活動」小山剛・新井誠編『イレズミと法』（尚学社、2020年）261頁参照。



をもって自主的に規律を確立していくことの方が、より民主的であり、かつ効果的なものではなからうか。

このような「広範だが緩やかな介入法」(これには権威主義的抑圧型と民主主義的人権型<sup>62)</sup>の2つがある。)への提言<sup>63)</sup>に対し、次のように批判するもの<sup>64)</sup>がある。すなわち、「事前的な予防措置(ここでは『行政法』と呼ばれる法分野が主役となる)は、膨大なコストがかかるというばかりでなく、広範囲の一般市民の自由や権利を広く制約・侵害するものである。」(131頁)。それ(事前的な予防措置)に替え、より適切で不可欠な手段は「刑法による規範意識への訴えかけ」(130頁および132頁)だ、と主張するわけである。

この主張は上記した「広範だが緩やかな介入法」などについての誤解に基づくものといわざるをえないのだが、それ以上に問題なのは、象徴刑法論<sup>65)</sup>であるとともに、刑法による規範意識の維持だけでなく「形成」をも主張するところに規範という名において新しい価値観を刑罰威嚇で抱かせようとする権威主義が見られることである。思想・信条の自由などの自由をどのように考えているのであろうか。「規範保護型の応報刑論」なるものが「公益のために個人を犠牲にすることを本質とする制度としてとらえられる」(167頁)としつつ、(さすがにそれだけでは行き過ぎだと思うのであろう)、加えて個人主義による修正を外在的に要請する。

しかしながら、人権の基本をなす「個人として尊重される」という憲法規範を内在化していない刑法規範が果たして刑罰による保護に値するので

---

62) この民主主義的人権型は「相互信頼による包容型のコミュニティづくり」とも関連していく。

63) 生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社、2010年)10頁、42頁-44頁参照。

64) 井田良『死刑制度と刑罰理論 死刑はなぜ問題なのか』(岩波書店、2022年)130頁-144頁参照。

65) 現代刑法現象の一特徴としての象徴立法の問題性については予てより指摘してきたところである。生田勝義・前掲書『行為原理と刑事違法論』の「序論」15頁-52頁、とくに17頁、39頁および49頁参照のこと。最近では生田勝義「共謀罪法と実体的デュー・プロセス——個人(侵害)行為原則を中心に——」立命館法学第386号(2020年)43頁以下参照のこと。

あろうか。個人の尊重を刑法規範に内在化するためには刑法の対象とする「個対社会」の法的関係における「社会」には被害者や加害者という個が包容されているとの構造把握が少なくとも必要なのではなからうか<sup>66)</sup>。

さらに、憲法13条の「自由に対する権利」の「自由」と憲法12条における「自由と権利」の「自由」とは内容を異にする。前者はフランス革命時の人権宣言で定式化されたように「自由は他人を害しないすべてをなすことにある」という「一般的行為の自由権」を意味する<sup>67)</sup>。この自由を基礎にして国家が国民の自由を制約するには国民代表議会の定める法律によらなければならない、国家は法律に拘束されるという法治国家原則がある。日本ではそのような意味の近代的な法治国家原則が未確立だといわざるをえない<sup>68)</sup>。このような状況を踏まえないで「合法的暴力」である刑法を論じることができないはずである。人権を内在化させた刑罰理論、刑法理論が必要な所以である。

「核心刑法」と「広範だが緩やかな介入法」に分ける刑法構想は、「国家的統制法の縮減と社会的調整法の拡大」という21世紀法のあるべき方向<sup>69)</sup>にも沿うものといってよい。医事法についても、「制裁型の法」と「支援型の法」に整理し、後者の拡大を主張するもの<sup>70)</sup>とか、「医療的ケア」を

66) 生田勝義「『終身刑』論と刑法のあり方（2・完）」立命館法学第392号（2021年）26頁参照。

67) 「一般的行為自由の事案である」としてドイツ連邦憲法裁判所の鷹狩り決定（BVerfGE 55, 159）を紹介し、彫師と医師では要求される資格にズレがあることを指摘するのが、小山剛・前掲論文「職業と資格——彫師に医師免許は必要か」255頁-256頁参照。これを憲法13条の自由に対する権利として使うのではなく憲法22条の職業選択の自由に援用するところに日本憲法理論のゆがみが見られるといえよう。

68) この問題について詳述しているのが、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。

69) この方向については、生田勝義・前掲論文「『終身刑』論と刑法のあり方（2・完）」43頁-50頁参照のこと。

70) 樋口範雄『続・医療と法を考える——終末期医療ガイドライン』（有斐閣、2008年）233頁-258頁参照。なお、同『医療と法を考える——救急車と正義』（有斐閣、2007年）↗

医師法17条の「医業」から除く見解<sup>71)</sup>とかが、厳罰主義の風潮に対抗して「社会的調整法の拡大」を追求する動きとして注目に値する。

日本タトゥーイスト協会が大阪高裁判決を機に立ち上げられていく。1名の弁護士と3名の彫り師によるその呼びかけ文「彫師、タトゥースタジオオーナーの皆様へ 日本タトゥーイスト協会の発足に向けて」の一部を掲げておこう<sup>72)</sup>。

「今回、大阪高等裁判所は、彫師は芸術にたずさわるものである、と真正面から認め、その職業に対して最大限のリスペクトを示しました。その裁判所が『保健衛生についてはきちんとやってくれ』とのメッセージを発しているのです。今度は、彫師の方々がこのメッセージに応える番です。

私たち呼びかけ人は、裁判での闘いとは別に、彫師自らが業界団体を立ち上げ、自分たちが守るべき一定の衛生基準を設けて、入れ墨の安全性を広く訴えかけていく必要があると考えて、協会の設立準備を進めてきました。

今般、大阪高等裁判所における逆転無罪判決を経て、業界団体はむしろその必要性が増しているのです。

今回の無罪判決を受けて、行政も医師法以外の規制について考え始めることでしょう。彫師が職業としてこれからも認められ、リスペクトされるために、適切なルールについて行政や立法と話し合いをしていくことが必須となります。そのルールの内容については、彫師の意見を反映させなければなりません。業界団体がなければ、現場を知らない役人や学者による的外れな規制が一人歩きしてしまう可能性があります。これを防ぐためにも、業界団体は必要不可欠なのです。

彫師の方々の協会への参加を心からお待ちしております。

---

↘128頁では「なんでも警察を頼りにする傾向がある。」と批判していた。

71) 樋口範雄「医行為の再検討」樋口範雄、岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂、平成19年）1頁-15頁参照。

72) 一般社団法人日本タトゥーイスト協会については、Webで検索できる。<https://tattooist.or.jp> (Retrieved on February 8, 2022)。呼びかけの全文もそこに掲げられている。

2018年11月15日 弁護士 吉田泉, WizardTS・Eru. ANTENNA.  
文身堂.]

その後、一般社団法人日本タトゥーイスト協会が令和元年5月14日に設立された。その定款には

〔目的〕第3条 当法人は、タトゥー施術に関する安全・衛生管理の徹底を通じタトゥー施術業に対する社会的信頼を確保し、タトゥー産業を健全に発展させることを目的し（ママ）、その目的に資するために次の事業を行う。

- 1 タトゥー施術に関する安全・衛生管理基準の策定
- 2 タトゥー施術に関する安全・衛生管理の指導
- 3 タトゥー施術者に対する必要な情報の提供
- 4 タトゥー産業の健全な発展に向けた情報発信、市場調査、企画提案
- 5 主管行政庁に対する協力及び連携
- 6 上記各号に付帯関連する一切の事業]

と規定されている。2名の医師を含む3名の専門家による監修のもと「2019年 一般社団法人 日本タトゥーイスト協会 タトゥースタジオにおける衛生管理に関するガイドライン」が作成され、講習会も開催されている。大阪高裁判決がいう「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」については、「医行為」の限界事例を示す「行政通知」だけでなく各業者団体による自主的な手順書の作成も見られる。それにより、「保健衛生上の危害の発生を防止することは可能」なのであれば、それに任せるべきであろう。もしも重大な人身事故が発生して処罰が必要になるのであれば刑法上の傷害の罪が控えていることに思いを致すべきである。

医師法の法文を捻じ曲げてまでタトゥー施術を無免許医業罪で処罰するのと、タトゥーイストをリスベクトしその自主的な取り組みを支援する法

を用意してゆくのど、どちらが人々の享受できる福利を増すことになるのか。改めて考えてみるべきように思われる。

## 2 法的規制と法的関係の相対性

### (1) 「相対性」の意味

法的規制手段の多様性は法的規制の相対性によりもたらされる。法的規制の相対性に対応しその前提となるのが法的関係の相対性である。

ここにいう「相対性」とは相対的独自性のことである。法的関係の相対性についていえば、法には法の全体（法秩序全体）つまり「一般法」と、それを多層的に構成する個別の法域つまり「個別法」が存在する。「相対性」には①「一般法を多層的（上下左右）に構成する個別の法域」が持つ「一般法との関係での相対性」と②「他の個別法域との関係での個別法域間における相対性」、さらには③「個別法域内における個別法的関係に対応する相対性」がある。いずれも「一般法を多層的に構成する」ものの相対性であるから、それぞれが別個独立したものでなく、一般法による規整をうける独自性、つまり相対的独自性というものである。本稿では、それを簡明に表現するため単に「相対性」という言葉を用いたい。

そのように「相対性」につきわざわざ断り書きを加えたのはなぜか。実は、上述したことは従来から問題とされてきた規範理論における2つの重要論点に関係しているからである。第1は、「違法の観念」につき「個別違法」か「一般違法」かのどちらかしか認めないのか、それとも両者の存在を認めるのかという論点。第2は、違法は個別法規により宣言されたもの（違法個別宣言説）なのか、違法は全法秩序の一般規範に反する統一的で単一なもの（違法一般規範説）なのか、それとも両者の存在を認めるのか、という論点である。違法につき相対的独自性を語るのは、上記2つの論点において両者の存在を認めるからである。

確かに、違法性に関する規範論には違法を単一性ないし統一性においてとらえるだけで個別性を認めないものもある。しかしながら、違法には憲

法レベルの違法，法律レベルの違法，政令レベルの違法などのように上下の関係における個別性が認められ，また，刑法上の違法と民法上の違法，行政法上の違法など左右の関係における個別性が認められる。つまり，違法には「上下左右の関係」がある。またその反面として法にも「上下左右の関係」がある。このような関係性において法をとらえれば，法は個別性と一般性の統一であることが明らかになる。

その問題は可罰的違法性論における重要論点として議論されてきた。可罰的違法性論は日本が世界に誇るべき刑法理論である。それは，刑事政策や治安政策という単なる政策論でなく，いわんや単なるイデオロギーでもなく，上記したような規範理論にもかかわるものであることに注意する必要がある<sup>73)</sup>。

## （2）法的規制と法的関係の相対性に関する諸見解

### 1）法的規制（手段）のみに関する相対性論とその問題点

LRA 原則は法的規制（手段）の相対性論に属するものといえよう。機能主義法学理論の多くはこの種類に属する。

法的規制（手段）のみに関する相対性論では，法的規制と法的関係の区別が自覚的に認識されていないことが多い。

例えば，今日の医事法があまりにも刑事制裁に頼りすぎていることを批判しそれ以外の制裁によるべきだとして，「刑罰法規によらなくても民事賠償による事後的制裁によっても安全性は担保されると考える」（16頁）と述べるもの<sup>74)</sup>がある。

これはありうる指摘であり，また重要な提言であらう。民事・刑事を問わず法的制裁の威嚇によって，具体的な生命や財産の安全を確保すること

---

73) 違法の観念や可罰的違法性については生田勝義・前掲書『行為原理と刑事違法論』299頁-333頁参照のこと。

74) 天野良「医行為概念の再検討」東京大学法科大学院ローレビュー第8巻（2013年）3頁-19頁参照。

ができると考える人は多い。加えて、それにより法規範そのものの權威をも維持・強化できると考える人もいるほどだからである。

しかし、その理由には疑問がある。すなわち、「民法上の制裁も刑法上の制裁も、どの要素を重視するかは異なるとしても①加害者の処罰、②被害者の満足、③被侵害利益の填補、④社会秩序の回復、⑤反社会的行為の予防といったことを目的としており<脚注75) 我妻栄ほか『民法2(第3版)』424-425頁(勁草書房, 2009)>、ある行為に対する抑止効果は不法行為法によっても担保されうる。」とされるところの下線部分と①～⑤の位置づけである。

そこでは刑罰がもつ特異な性質、つまりウルティマ・ラティオとされることに体现されている性質が考慮されていないという問題性に加えて、法的効果の前提となる法的要件における質的な違い、すなわち不法行為や債務不履行と犯罪との質的な違いが軽視ないし看過されているといわざるをえないからである。刑罰法規への過剰な依存という問題性は、法的要件レベルでの犯罪規定への過剰な期待により惹起されている。すなわち、本来的に犯罪とするに値しない、当罰性や要罰性のない行為まで犯罪として処罰の対象とされてしまっているという問題性にこそまずメスを入れなければならないのである。

法的規制の相対性が法的関係の相対性に対応する例は、イレズミに対する法規制<sup>75)</sup>でも見られたところである。すなわち、

日本において近代的な法制度が整備されていくなかで、明治13年制定の旧刑法はその第4編で違警罪を定め第428条第9号に「身体に刺文を為し及び之を業とする者」は1日の拘留に処し又は10銭以上1円以下の科料に処すと規定した。その処罰根拠は、それが<身体を玩具と為し恥ずべきの甚だしきものなのに、下賤の人民はそれをもって榮譽として人に誇るの悪

---

75) 日本における法規制につきその歴史的経緯を含め要領よく整理しているものとして参考になるのが、宮川基「入れ墨をめぐる刑事規制の歴史」小山剛・新井誠編『イレズミと法』(尚学社, 2020年)62頁-90頁。

弊あり」ということに求められていた。

明治40年制定の現行刑法は違警罪を設けず、警察犯処罰令として独立させる。同法第2条第24号は「自己又は他人の身体に刺文したる者」を30日未満の拘留又は20円以下の科料に処すとした。その処罰理由は善良なる風俗を維持することにあつた。

戦後になると昭和23年、それは軽犯罪法に改められたのだが、同様の規定は設けられず、不可罰になる。その理由は、＜一回刺文をすれば消し難いのでこれに軽い刑罰を加えても無意味であり、また、同一の犯罪に対し数回処罰に及ぶおそれがある。文化の向上につれ廃絶される風習と考えられるので、「自然に放置しておいても別段の弊害はあるまい。」＞というものであつた。

他方で、条例で青少年にイレズミをすることを禁止し、違反した者を1年以下の懲役や罰金に処するものが出てくる。その理由は一般的に、＜イレズミをすると青少年の健全な成長を阻害するおそれがあり、その将来に予想される様々な弊害や悪影響を防止する＞ことに求められているといつてよい。

平成3年公布の「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」は、平成5年の改正により、指定暴力団員が少年に対し入れ墨を強要する等の行為を禁止し、違反した者には中止命令や再発防止命令を出し、その命令違反に1年以下の懲役または50万円以下の罰金を科すとするに至る。平成24年同法改正により、3年以下の懲役若しくは50万円以下の罰金、又はこれを併科すると重罰化される。その理由は、＜少年については、無思慮に入れ墨を入れ、暴力団との関わりをたつことができなくなるなど将来にわたり禍根を残すことも少なくない＞ということに求められている。

それらにおける保護法益は、旧刑法において犯罪であることが明らかなる重罪や軽罪とは区別されて違警罪にすぎないとされたことを引き継いで、健全な風俗とか、青少年の健全な成長ないし将来の弊害の防止であつた。これは、医師法の保護しようとする公衆衛生などとは別個のものである。



歴史的にも、医師法にイレズミが違反するとはされてこなかった。保護法益を異にすることによる法的関係の相対性である。法律要件の明確性という点ではイレズミと医業は全く別のものであり、扱われなければならないものなのである。規制の棲み分けは法的関係の相対性に対応するものだったのである。

## 2) 法的規制手段と法的関係を区別しての相対性論

法的効果としての法的規制手段における違いだけでなく法的要件レベルにおける質の違いにまで解き及んでいる研究<sup>76)</sup>がすでに半世紀以上前の日本で公表されていた。刑法学ではこの先駆的な研究に言及されることが少ない。そのことが民法上の不法行為と刑法上の犯罪とで法的関係に違いのあることを明らかにできないなど、刑法理論を歪んだ一面的なものにし<sup>77)</sup>、厳罰主義化に対抗できなくしていることに注意すべきであろう。

その研究では次のように述べられていた。

「民法上の不法行為制度は、違法の行為による損害の発生という事実を契機として生じた汝と我といったような個対個の関係を全体の法秩序の上から調整しようとするものであり、刑法上の刑事責任制度は、違法の行為による全体の利益（法秩序）の侵害を契機として生じた全体対個の関係を全体の立場で規律しようとするものであるから制度において違法というもののうちには、全体の法秩序からすれば共通の評価をふくみながらも、なお、そこにはそれぞれの制度の特異性に基づく制約があることを知らなければならない。従ってまた、不法行為の成否は、犯罪の成否とは切り離して別に判断せられることを要するのである。そしてこういうことは、……ひとしく民法上の違法行為であっても、不法行為と債務不履行とは違法の種別にちがうところがあるのに徴するも、明らかであろう。<sup>78)</sup>」と。

---

76) 末川博「不法行為の違法と犯罪の違法」民商法雑誌第28巻第4号(昭和28年)、同『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、昭和45年)573頁-581頁収録、参照。

77) 生田勝義・前掲論文「『終身刑』論と刑法のあり方(2・完)」19頁-30頁参照のこと。

78) 末川博・前掲書『権利侵害と権利濫用』580頁。

ここでは、違法の種類つまり個別違法の存在が語られ、刑事責任における犯罪の違法の内容が「全体の利益（法秩序）の侵害」、つまり「全体対個の関係」という法的関係においてとらえられている<sup>79)</sup>。また、「全体の法秩序からすれば共通の評価をふくみながらも、なお、そこにはそれぞれの制度の特異性に基づく制約があることを知らなければならない。」として上記した一般違法と個別違法の関係についても言及されている。

しかしながら、「全体の利益（法秩序）の侵害」とは何を意味するのかという問題についてはさらなる検討が必要になる。私法上の不法行為や債務不履行と刑法上の犯罪とにおける法的関係の区別はかなり明瞭だが、犯罪と行政法や経済法上の違法行為とにおける法的関係の区別についてはさらに「全体の利益」の種類や重要さの程度、「侵害」の程度が問題になるからである。それに加えて犯罪についても、重罪と軽罪における違い、それらと違警罪の違い、また各犯罪類型の違いなどが検討されなければならない。それらの問題は個別に各論的に検討されなければならない課題である。本稿では、医行為に対する刑事規制に見られる法的関係の相対性について検討してみたい。

### 3 医行為に対する刑事規制と法的関係の相対性

#### (1) 医行為に対する刑事規制の重層構造

医行為に対する刑事規制に限ってみても、多様な規制が見られる。それらにある規制の相対性は当然のことながら対象となる法的関係の相対性に

---

79) 「法的関係」の違いにまでは考え及んでいないものの、最近では刑法学者の中にも、不法行為と犯罪との違いを「私益」か「公益」という侵害対象の違いに求めるものが出始めている。例えば、井田良・前掲書『死刑制度と刑罰理論』166頁などにも見られる。もっとも、そこでいわれる「公益」が犯罪により動揺させられる刑法規範とされていることについては、刑法規範が「公益」とされる根拠の説明やヘーゲル法哲学についての理解を含めなお検討が必要であろう。この点については、生田勝義・前掲論文『『終身刑』論と刑法のあり方（2・完）』19頁-32頁参照のこと。なお、私益か公益かとの区別だと旧刑法が「身体財産に対する重罪軽罪」と「公益に関する重罪軽罪」に区別していたことに鑑みると用語としては再考の余地があろう。

対応している。

### 1) 刑法による規制

まず刑罰法規の基本法である刑法による規制がある。医行為に関連して生じる生命、身体の安全に対する侵害に対しては、故意による殺人の罪(心臓移植や末期医療などの場合。)や傷害の罪など、過失による場合は業務上過失致死傷罪や単純過失致死傷罪が問題になりうる。これらは個人的法益に対する侵害行為を「全体対個の関係」において「全体の利益(法秩序)の侵害」、つまり社会侵害性のあるものとして犯罪とするものである。

### 2) 特別法である業法による規制

さらに医行為を規制する特別法として医師法や歯科医師法、保健師助産師看護師法(保助看法)、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(あんまマッサージ指圧師等法)、柔道整復師法などがあり、ここでは医師法を頂点に医行為の特定部分に対応する業法が医師法の特別規定として位置づけられている<sup>80)</sup>。

そのような医行為の特定部分に対応する業法でも、その医行為が有する公衆衛生上の社会的有用性を保護し増進させるとともに、その医行為から公衆衛生への危険が生じないようにするために、国家試験を課しその合格者に免許を与え登録させ公的に管理する制度を設けつつ、その医行為を免許のない者が業として行うことを禁止することにより業務独占を法的に保護している。それらの無免許による業行為を処罰するのは公衆衛生という社会的有用性の向上増進を図りかつ公衆衛生への危険を防止するという趣旨から規定された社会的法益に対する罪であり、それらに対する抽象的危

---

80) このような状態を、「業務の分担」としてその構造、問題点、課題にわたり検討するのが平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』(信山社、2004年)573頁-619頁。「医業の分担・業務の縦割り」として検討するのが樋口範雄・前掲書『医療と法を考える——救急車と正義』119頁。そのような現行法の上下関係の層構造がチーム医療の発展に照らし遅れているとして2 way コミュニケーションの構造に変えるべき段階にきていると指摘するものとして山田雅之「真のチーム医療実現に向けた現行資格法制の再考」年報医事法学19号(2004年)34頁-40頁がある。

険でもって犯罪となる抽象的危険犯だとされているからである。（このように広般に「犯罪」とすることの問題性については後述する。）。「特定部分」は当該医行為に必要な程度の知識・技能が有する社会的有用性と非免許者による行為の公衆衛生への危険性の内容によって相対化されている。そのような法的関係が各類型に必要とされているのである。

医師法の「医業に当たる行為」に対比して、それらは「医業類似行為」と称されている。医行為類似行為ではないことに注意する必要があるだろう。

### 3) 歯科医師に対する規制

戦後、医師法と同時に制定された歯科医師法は、第1条で「歯科医師は、歯科医療及び保健指導を掌ることによつて、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとする。」と規定しており、歯科医師は医師に比べ「歯科医療」に特化されているのだが、第17条で「歯科医師でなければ、歯科医業をなしてはならない。」とあるので、歯科医師免許をもっていないと医師免許だけでは「歯科診療」を業とすることはできなくなっている。第29条第1項第1号は無免許歯科医業をした者に「三年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」と規定している。「歯科医業」と「医業」は棲み分けられており、歯科医師が医業をすれば医師法17条違反として同法31条により、また医師が歯科医業をすれば歯科医師法17条違反として同法29条により処罰される。歯科医療を業とする行為かそれ以外の医療を業とする行為かにより規制対象となる法的関係が区別されている。規制の相対性はそのような法的関係の相対性に対応しているわけである。

### 4) 看護師に対する規制

看護師については、保助看法第5条により「看護師」とは、「厚生労働大臣の免許を受けて、傷病者若しくはじよく婦に対する療養上の世話又は診療の補助を行うことを業とする者をいう。」とされ、第31条で「看護師でない者は、第五条に規定する業をしてはならない。ただし、医師法又は歯科医師法（昭和二十三年法律第二百二号）の規定に基づいて行う場合は、

この限りでない。」とあるので、医師や歯科医師はその医行為に対応する看護師の業務を自ら行うことができる。さらに、第37条では、看護師は、「主治の医師又は歯科医師の指示があつた場合を除くほか、診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をしその他医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない。ただし、臨時応急の手当を……する場合は、この限りでない。」と規定されているので、「臨時応急の手当」や「療養上の世話」以外は「医師又は歯科医師の指示」がなければ「衛生上危害を生ずるおそれのある行為」をすることはできない。第43条第1項第1号により第31条に違反（無免許看護業）した者には、「二年以下の懲役若しくは五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」とされている。また、第44条の3第2号では相対的医行為規定である第37条に違反した者は「六月以下の懲役若しくは五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」とされている。医師の指示なしに狭義の医行為をなした看護師には保助看法第44条の3第2号が適用されることから、医師法31条の適用はないと解することができる。医師資格に対応する知識・技能まではないが看護師に必要なそれらを有することが行為の社会的有用性と公衆衛生への危険性の量と質に影響するとされているわけである。

#### 5) その他の規制

あん摩マッサージ指圧師等法では、第1条で「医師以外の者で、あん摩、マッサージ若しくは指圧、はり又はきゆうを業としようとする者は、それぞれ、あん摩マッサージ指圧師免許、はり師免許又はきゆう師免許（以下免許という。）を受けなければならない。」とされており、医師はそれらを行えるが、看護師は行えない。第13条の7第1項第1号は、「第一条の規定に違反して、あん摩、マッサージ若しくは指圧、はり又はきゆうを業とした者」を「五十万円以下の罰金に処する。」としている。

柔道整復師法では、第15条で「医師である場合を除き、柔道整復師でなければ、業として柔道整復を行なつてはならない。」とあり、医師は業と

して柔道整復を行える。第16条で「柔道整復師は、外科手術を行ない、又は薬品を投与し、若しくはその指示をする等の行為をしてはならない。」、第17条で「柔道整復師は、医師の同意を得た場合のほか、脱臼又は骨折の患部に施術をしてはならない。ただし、応急手当をする場合は、この限りでない。」とされている。第29条第1項第1号で、第15条の規定に違反した者、（すなわち柔道整復師や医師でない者が業として柔道整復を行えば、）「五十万円以下の罰金に処する。」とされ、第30条第2号で、第17条の規定に違反した柔道整復師、すなわち医師の同意なしに脱臼又は骨折の患部に施術した柔道整復師は、「三十万円以下の罰金に処する。」とされている。以上の規定ぶりからすると、柔道整復師が同法16条に違反して外科手術等をした場合は、医師法17条違反として同法31条により処罰される、と解すべきであろう。

## （2） 医師法とその他の業法間など業法間の棲み分けをめぐる問題

上述した柔道整復師法の構造からも窺われるのであるが、各種の医業類似行為を他の種類の免許資格者が行った場合とか、特定の医業類似行為について免許を有する者が医業類似行為として法定されていない狭義の医行為を行った場合とか、免許資格者が当該医業類似行為を医師の指示や同意によることなく行った場合、医師法17条違反になるのか、医業類似行為の業法違反になるのかが、問題となる。これについては次の裁判例<sup>81)</sup>がある。

「昭和58年法律第83号による改正前の診療放射線技師及び診療エックス線技師法24条1項、3項は、それぞれ医師法17条、31条1項1号の特別規定として、医師、歯科医師、診療放射線技師又は診療エックス線技師以外の者に対し、放射線を人体に照射することを業とすることを禁止し、これに違反したものを処罰する規定であると解するのが相当である（最判昭和

---

81) 最決平成3年2月15日刑集45巻2号32頁。

58年7月14日刑集37巻6号880頁)から、柔道整復師が放射線を人体に照射することを業とした場合には、技師法24条1項に違反し、同条3項の罪が成立するにとどまり、医師法17条に違反したものを処罰する同法31条1項1号の罪は成立しないものというべきである。……被告人は、エックス線写真の読影により骨折の有無等の状態を診断することを業としたものであって、この行為については同法31条1項1号の罪が成立する」と。

そこでは、昭和58年改正前の診療放射線技師及び診療エックス線技師法(現在は、診療放射線技師法である。)につき、柔道整復師が放射線を照射等した事件で医師法と医業類似行為を規定する業法との関係が問題になった。法的規制の相対性が問題になったわけである。

上記最高裁判平成3年2月15日決定については、それが示す「柔道整復師が放射線を人体に照射することを業とした場合には、技師法24条1項に違反し、同条3項の罪が成立するにとどまり、医師法17条に違反したものを処罰する同法31条1項1号の罪は成立しないものというべきである。」との判示は妥当であるが、「エックス線写真の読影により骨折の有無等の状態を診断することを業としたものであって、この行為については同法31条1項1号の罪が成立する」との点については疑問がある<sup>82)</sup>。「診断」が医師の業務に当たると解したからであろうが、骨折の患部への施術は柔道整復師に認められているのであるから、医師の同意なしに骨折の患部への施術を行うことは、医師の読影・診断によることなく自ら読影・診断して患部へ施術することをも含むと解すべきであろう。同法によれば、柔道整復師が免許制度により備えるべきとされる専門知識・技能の内容と程度は、骨折への施術などの場合、医師の同意によりカバーされることにより当該医行為を安全に遂行するに必要な知識・技能の内容・程度に達するとされている。外科手術に必要な専門知識・技能は柔道整復師に要請されて

---

82) 結論同旨、斎藤信治「柔道整復師のX線照射事件」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)17頁参照。



いないのだが、骨折の患部への施術（手術をしない「非観血的療法」）そのものについての専門知識・技能は十分にあるとされている。同法12条1項では国家試験受験の条件として「解剖学、生理学、病理学、衛生学その他柔道整復師となるのに必要な知識及び技能を修得したもの」と規定されていることも参考になろう。足りないのはその施術の必要性や適切性についての判断力である。この判断力の弱さをカバーしないまま施術することの危険性に対処しているのが柔道整復師法17条である。それゆえ、柔道整復師が自分だけの判断で読影・診断した事案については、柔道整復師法17条違反で同法30条第2号により処罰されるにとどまることになるというべきであらう。

「人体に放射線を照射する行為」やそれを「業とすること」には公衆衛生上の社会的有用性があるとともに危険性がともなう。そこで、その社会的有用性を優位に実現させるために、国家試験を課しその合格者を登録させ免許を付与して管理するという制度を作る。そのうえで、無免許者によるその業を禁止することにより、その社会的有用性の実現を支えつつ、危険性が具体化することを防ごうとする。その行為にある公衆衛生上の社会的有用性や危険性と柔道整復行為にある公衆衛生上の社会的有用性や危険性とは異なるものなのである。つまり両者には行為にある法的関係の相対性が認められるというべきであらう。それに対し、骨折の患部への施術（非観血的療法）の準備のためにする読影・診断は、医師の同意によらない骨折の患部への施術と同様のものと解することができるのであって、そこに行為における法的関係の相対性は認められないのである。

### (3) 法的関係の相対性を明確にする必要性

柔道整復師による放射線照射、読影が問題となった上記最決平成3年の事案でも業法による規制の相対性に関する認識が問われているのであるが、規制の相対性を正確に理解するには実は規制の対象となっている法的関係の相対性を正確に理解することが必要なのである。



各医業類似行為の特別規定はその免許を有する者に当該医業類似行為をなすことを認めるものであり、また、医業や他の医業類似行為に該当しない広義の医行為は当該医業類似行為に付随するものとして認めるが、その者が他の医業類似行為に当たるものを行った場合は医師法でなくその医業類似行為を定める業法により処罰される。ここに見られる法的規制の相対性は、各業法が業務独占という形で保護する社会的有用行為の類型的相対性によってもたらされているといえる。すなわち、公衆衛生上の社会的有用行為として免許制により要請されている医行為の内容、それに必要な専門知識・技能の内容・程度が異なるものか、そしてそれは実際に患者等に対して行われている医行為に必要な専門知識・技能の内容・程度に相応なものなのか、両者にズレがあるのであればそのズレをカバーする手立てはいかなるものとされているのか。それらの諸問題を解明することにより各行為類型の相対性が明らかとなり、明確性が満たされる。

タトゥー事件最決の言葉を借りれば、その各行為類型該当性は、「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……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」される<sup>83)</sup>ということになる。上記柔道整復師事件を例にとると、①人に放射線を照射し、読影し、骨折患部に施術する行為は「当該行為の方法や作用」、②医療のためという医療関連性は「その目的」、③診療放射線技師免許を有しない柔道整復師と骨折した患者という関係は「行為者と相手方との関係」、④柔道整復師が骨折患部に施術（非観血療法）する準備として放射線照射や読影がなされたという状況は「当該行為が行われる際の具体的な状況」、⑤そのようなことが実際にどの程度なされており社会がどう受け止めているかということ「実情や社会における受け止め方等」にそれぞれ対応するといえよう。

そのような判断において、上記①から⑤の各々のあり様により特定の犯

---

83) これは、広義の医行為とそれに当たらないものとの区別基準であるとともに、広義の医行為の中での各業法における「医行為」の区別基準でもある。

罪類型に該当するか否かが決まってくる。その意味では、それらの各々が特定行為類型の法的関係の相対性にかかわるものであるといえよう。「違法性判断の重層的構造」をとらえ分析するもの<sup>84)</sup>も、実は法的関係の相対性に着目するものなのだといえよう。問題は、この相対性を類型的基準として明示し、行為のための事前的判断基準にすることができるかにある。

そのなかで医行為における分担、つまり医行為における類型的相対性に関し特に検討しておくべきなのはタトゥー事件最決にある「行為者と相手方の関係」という要素であろう。「行為者と相手方の関係」につき、例えば、一般人による心肺停止傷病者に対する胸骨圧迫の場合、「傷病者との関係は、家族、勤務先の同僚、高齢者施設・商業施設等での職員と利用者、全く偶然のバイスタンダー、という関係が考えられる。<sup>85)</sup>」としてそれぞれにつき検討するものもあらわれてきている。これは、ある法主体とある法主体の関係、つまり法主体間の法的関係の問題である。

#### (4) 医行為に見る法主体間の法的関係について

この点については、「医行為をめぐる業務の分担」として行為主体である医師、看護師、救急救命士、家族以外の非医療者それぞれとその相手方である患者との関係毎にそのあり方を論じる<sup>86)</sup>とか、医行為という「行為の属性」というよりも「主体の属性」、「主体の類型」の問題として論じるべきだ<sup>87)</sup>とする見解が主張されてきた。それらは、医師法17条の守備範囲の広さと現実の医療体制の整備状況との矛盾をいかに解決するかという問題意識から展開されたものといえる。

---

84) 高山佳奈子・前掲論文「医行為に対する刑事規制」365頁-376頁参照。

85) 山崎祥光「救急行為と医行為」甲斐克則編『医事法講座第12巻 医行為と医事法』（信山社、2022年）86頁。

86) 平林勝政・前掲論文「医行為をめぐる業務の分担」573頁-619頁、など同氏による一連の論説参照。

87) 高山佳奈子・前掲論文「医行為に対する刑事規制」362頁-390頁、とりわけ376頁以下参照。

この問題は医事刑法の過剰性を克服するための提案とも関係する。医師法17条の医業は、医行為を業とすることであるとされている。しかし、その医行為を「広義の医行為」とすると、患者の爪を切るとか、体温を測るとか、操作の簡便になった AED の使用までそれに当たることになってしまう。ところが、同法17条は医業独占を保護するにとどまらず、その違反は31条で犯罪とされ刑罰の対象にされるものなのである。患者の爪を切るなどの行為が一般的に犯罪に値するのであろうか。広義の医行為というだけではその対象としてはさすがに広すぎる。このような広がりすぎに対する批判へのまともな対応としてまずなされたのが平成17年(2005年)7月26日厚生労働省医政局長通知<sup>88)</sup>であった。それは「医療機関以外の高齢者介護・障害者介護の現場等において判断に疑義が生じることの多い行為であって原則として医行為でないと考えられるものを別紙の通り列举した」ものである。

この問題を打開するには行政通知によるのではなく新たな立法が必要<sup>89)</sup>であるというべきだが、法解釈論においても刑罰が法的効果とされている犯罪であるという趣旨に合わせて法的要件を限定することが必要となる。その限定を「医業」を構成する、「医行為」で行うのか、「業」で行うのか、が問題となる。

「人の属性」「主体の属性」に注目すべきとするものと、医行為という行為の内容に制限を加えることでその課題に答えようとするものがありうる。法主体間の関係の相対性という問題関心からすると、ここではまず前

---

88) 「医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について(通知)」

89) 現行医師法17条により「狭義の医行為」を広くカバーし、医師資格を頂点にしてその枠内で特定医行為毎に資格制度を設け医師の指揮下で分担させるという構造が制度疲労を起こしているのではないか。「チーム医療」という今日の医療技術や今日のケアを支える介護技術の発展段階にふさわしいシステムを構築する(これは平林勝政の言葉を借りれば「社会システム」として構想されるべきであろう。)ための立法作業が必要になっているといえよう。

者の主張についての検討が必要になろう。

1) 「人の属性」, 「主体による行為の制限・許容性」を検討すべきとするもの

この代表例が高山佳奈子説<sup>90)</sup>である。次のように述べる。

「現在の一般的な解釈では「医行為」の外延が極めて大きくなっているため、医行為とそれ以外との区別が、必ずしも危害やその恐れの程度には連動しなくなっている。」(371頁)。「……特に裁判例に現れた議論においては、刑法典の罪の成立に必要な個人的法益の侵害の有無や、医行為性が認められるかという、行為の属性が主たる争点となっていた。しかし、実際に現場で問われてきたのはむしろ、『看護師に点滴ができるか』『学校の先生に注射ができるか』『ホームヘルパーにたんの吸引ができるか』といった、主体による行為の制限・許容性であったといえる。……具体的には、家族、学校の教員、介護スタッフ、実習中の学生などが、主体の類型として問題になり得る。」(376頁)。「構成要件要素としての『医業』に関し、『医行為』であるか否かは行為の属性の問題であるとしても、人の属性の問題は『業』に当たるか否かの判断に影響するからである。さらに、実質的違法性阻却の場面でも、主体の属性によって異なる考慮が妥当しうる。」(377頁)

まず、家族の行為が例外とされることにつき、次のように述べる。すなわち、「医業独占の制度趣旨から説明するほうがよい。……『偽医者』がはびこることによって医療の質が低下して公衆衛生に危険が生じたり、医療機会の平等が害されたりするのを防止するのが『医療独占』の趣旨だとすれば、特定的一名に対してしか実施されない行為はこれに反しない。家族の行為については、『不特定または多数の者』を対象とするのではないという理由によって、『医業』性を否定すべきである。」(380頁)と。

同様の考え方は、理容師法（6条、15条1号）・美容師法（6条、18条1号）にも及ぼすことができ、「本人の頼みに応じて無免許の家族や恋人が

---

90) 高山佳奈子・前掲論文「医行為に対する刑事規制」371頁-386頁参照。

反復継続して髪を切ってやっても、犯罪ではない]。「特定の児童に対する学校の教員の一回的行為についても、この延長」。「ホームヘルパーなどでは、まず一定の医療的ケアを提供することがサービスの内容として前提とされており、申込みのあった人の中から対象が決まるという仕組みがとられているとすれば、不特定人が対象だといえる。」[医行為が学校業務の重要な部分を占める養護学校のような場合を除いて、教師の行為については『医業』性を否定してよい……。](382頁)

それに対し、「介護スタッフの行為」については、「最も重要な考慮要素は、行為を必要としている本人の保護であり、これは緊急避難類似の状況として理解できる。……救急救命士の行為も同様である。」(385頁)

また、「学生の実習」については、「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。したがって、見方を変えれば、そもそもこうした実習が無免許医業の構成要件に該当するとすべきかも問題である。」(386頁)と。

## 2) それについての検討

高山は患者本人や患者の家族による医行為を医師法17条の「業」に当たらないとする結論を導き出す。すなわち、医師法17条における「業」の定義は判例・通説によると「反復継続してなされる行為」とされるのだが、偽医師の横行による公衆衛生への危険を防止し医療の平等を確保するためという医業独占の理由からするとその定義に「不特定多数人に対し」という要件を付加すべきだという。そうした上で、患者や家族による行為は「不特定多数人」でなく特定個人に向けられたものであるから、「業」に当たらないというわけである。この説によると、家族による医行為は一般的・類型的にはかなり高度の医療技術を必要とし危険なものであっても医師法17条違反にはならず不可罰になる。残るは刑法上の傷害罪や過失致死傷罪の成否ということになろう。

しかしながら、無免許医業の犯罪化は、公衆衛生という社会的法益に対

する抽象的危険犯としてなされていることを考えると、不特定多数人に対する医行為が規制の対象になっていることは明らかであり、それを「業」の定義に持ち込まなくても、医行為の限定によることも十分に可能であるというべきであろう。

医師が業としてなす医行為である狭義の医行為に止まらず医師の行う広義の医行為についてもそれを医師法により規制し保護するのは公衆衛生を向上・増進するためである。公衆とは不特定多数人のことであり、衛生とは心身の安全を守ることである。公衆衛生は不特定多数人の心身の安全を守ることであるから、公共の安全を保護するもの、つまり社会的法益を保護するものである。医師法17条が医業独占を認めるのは社会的法益を維持・増進させるためであり、その違反を犯罪とするのはそれに加え社会的法益を害する危険が大きいからである。判例にも、放火罪に関する刑法110条1項にいう「公共の危険」は、「必ずしも同法108条及び109条1項に規定する建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命・身体又は前記建造物等以外の財産に対する危険も含まれると解するのが相当である。」（最高裁第三小法廷決定平成15年4月14日）とするものがある。そうすると、その医行為は不特定多数人に向けられたものでなければならないわけである。

ところで「業」の定義につき、業務上過失致死傷罪などの「業務」概念では「社会生活上の地位にもとづき」という要件が必要とされているのに対し、判例・通説によると無免許医業罪の「業」概念ではこの要件が不要とされている。高山は、「業」についてのこの判例の立場を、医師資格を持たない者による行為も無免許「医業」として「医業」に当たるとするために必要であるとして是認する<sup>91)</sup>。しかしながら、行為者の属性が「業」に関係するとしながら、「社会生活上の地位」という行為者の属性、つまり社会的な人的属性、つまり「身分」の一種が「業」に関係しないという

---

91) 高山佳奈子・前掲論文「医行為に対する刑事規制」386頁参照。

論理は分かりにくい。そうではなく、「業務」を「特定の資格を必要とする行為<sup>92)</sup>」を反復継続してなすことと定義すれば、医師でなければできない行為を非医師が行う場合も「医業」に当たるとすることは可能である。社会生活上の地位に「もとづき」を「もとづくべき」としたうえ、医師法17条における「社会生活上の地位」とは「医師資格」なのだがそれは持つべきものであるにすぎず現実に持っている必要はないとするわけである。判例も業務上過失致死傷罪の業務については「本来人が社会生活上の地位に基き反復継続して行う行為であって」「かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とする」(最判昭和33年4月18日刑集12巻6号1090頁)としている。その「本来」は「なすべき」の意味だと解することができる。また、刑法211条は「業務上必要な注意」と規定しているにすぎず、現にその業務者でなければならぬとはしていない。医師法17条についても、「医師でなければ、医業をなしてはならない。」と規定していることからすると、その「医業」は医師という社会的地位を現に有していない者による行為も「業」に当たるとを認めているのではないか。「社会的地位にもとづくべき行為」つまり「医師資格を有すべき医行為」をもって「医業」該当の必要条件と解すべきように思われる。

もっとも、それと異なるのが業務上横領罪の「業務」である。それは、現に他人の物の占有を反復継続して行う事務に限定される。「業務上自己

---

92) 業務上過失致死傷罪の業務につき同様の理解の可能性を認めるものに、藤木英雄『過失犯の理論』(有信堂、昭和44年)127頁-129頁がある。また、「社会生活上の地位」を「許可・認可・免許取得の対象たりうるかこれに準ずる程度に類型化されたもの」にすべきだとの見解(下村康正、八木國之編『刑法各論：重要問題と解説』(法学書院、1971年)247頁〔西原春夫〕)もある。この見解に対しては、「少なくとも純粋に個人の私生活上の行為は除外すべき」なののでできなくなるとの批判(浅田和茂『刑法各論』(成文堂、2020年)73頁)がある。しかしながら、家族間の行為でも「家族の個人化」現象により他害性を持ちうるとの認識が広がりつつあることを考えると、「純粋に個人の私生活上の行為」は他の家族に害を及ぼさない範囲のものに限られていくことになろう。家族というコミュニティの新しい自治のあり方をどのように法的に構成していくかが今後の課題なのである。



の占有する他人の物」(刑法253条)という限定がかかっているからである。(親族相盗例の「準用」がある。家族だと「刑の必要的免除」になる。)この場合の業務では「現実に」占有することが必要であろう。

「社会生活上の地位」は、行為主体とその相手方となるべき主体との関係や、行為の社会的有用性ないし危険性の性質により相対的に独自なものとなり、異なってくる。家族による「狭義の医行為」は医師法17条に規定された上述した意味での「業」には該当しうる。しかし、家族による医行為には犯罪とするに値する「社会性」が足りず、社会的法益保護のための「医業独占」という趣旨を損なうことはないので、医師法17条に違反することはない。家族という行為者の属性は、「社会生活上の地位にもとづくべき」という業務概念の要件との関係においてではなく、患者との法的関係において保護にあたいする医行為に当たるかということとの関係において医師法17条に反するものにはならないというべきなのではなかろうか。医師法17条が医業独占を認めるのは資格制度により公衆衛生という社会的法益を維持・増進させるためであり、その違反を犯罪とするのはそれに加え重要な社会的法益を害する危険が大きいからである。そうすると、その医行為は不特定多数人の衛生を害するおそれのあるものでなければならぬとともに、「業」はそれに加え特定の社会的地位に基づくべき行為を反復継続してなすものでなければならぬのである。

### 3) 法的関係の「社会性」に注目する見解

次のような指摘が以前からあった。平林勝政によるもの<sup>93)</sup>である。すなわち、

「看護師等による ALS 患者の在宅療養支援に関する分科会」における「たんの吸引」を「家族以外の非医療者」も行えるかの検討のなかで、実質的違法性阻却の各要件（① 目的の正当性、② 手段の相当性、③ 法益衡量、④ 法益侵害の相対的軽微性、⑤ 必要性・緊急性）を満たしているがゆえに

---

93) 平林勝政・前掲論文「医行為をめぐる業務の分担」595頁-603頁参照のこと。



違法性が阻却され、医師法17条に違反しないという見解が示された。その際、在宅医療において家族が行う「たんの吸引」を違法性阻却とする考え方が参考にされているのだが、そこでは、法益侵害の相対的軽微性につき、侵襲性が比較的低い行為であり、行為者は、患者との間において『家族』という特別な関係（自然的、所与的、原則として解消されない）にある者に限られていて、公衆衛生の向上・増進を目的とする医師法の目的に照らして、法益侵害は相対的に軽微であるということが示されていた。この見解に対し平林は、医師法違反の罪は「国家的・社会的法益」に対する「偽医者」による「抽象的危険犯」であることから個人的利益との衡量を取り込む「実質的違法論」にそもそもなじまないものであると批判しつつ、患者あるいはその家族が行う医行為が医師法違反にならない理由を患者や家族という関係のもつ特質に求め、次のように述べた。

「医師法第一七条において規制の対象とされているのは、不特定の者又は多数の者に対し反復継続して行われるところの『社会性』をもった『偽医者』の行為である。しかしながら、患者自身が行う自己医療は、このような社会性を持たない行為である。したがって、自己医療は、そもそも同法の規制の範囲の外にあるものであると解することができる。また、自然的、所与的で原則として解消されない関係にある家族による当該患者に限定して行われる医療も、社会性を有しないという点において自己医療と共通している。したがって、この限りにおいて……いわば例外的に、同法の規制の範囲外にあり、医師法違反は問題とならないと解釈することができる。」(601頁-602頁)と<sup>94)</sup>。

それは、看護師による「静脈注射」や家族以外の者による「たんの吸

---

94) これに対しては、「現在では、家庭内の暴力も犯罪として扱われる」のであって「家庭内の行為には社会性がないとするのはややミスリーディングである。」(高山・前掲論文「医行為に対する刑事規制」380頁)との批判がある。しかしながら、個人的法益に対する侵害が社会侵害性を持つことから犯罪とされるように、社会的法益に対する危険は不特定多数人の法益を危険にすることから社会侵害性ありとして犯罪とされるわけである。家庭内暴力の犯罪化は、ベックのいう「家庭の個人化」という新しい危険社会の一現象だというべきであろう。

引」を素材に「医療と看護」及び「医療と介護」という行為における『医行為をめぐる業務の分担』について、若干の法制度論的考察を加えようとしたものであるが、それは同時に「医師」と「看護師」や「介護職」という主体による医行為の分担の在り方を論じるもの、つまり行為を主体との関係において統一的に扱うものであったといえよう。

また、そこではさらに、在宅医療のあるべき姿からは「専門家である医師または看護師が行うというシステムが構築されるべきである。」（602頁）との考えに立って、医師法23条にいう「療養指導義務」の具体的内容を受け、「患者の家族による『医行為』のみが、特定のその患者に対する個別的なものとして、『医師の責任とその指導監督の下』に、例外的に是認される。」（603頁）ともされている。特に下線部分（生田が付したもの。）に注意すべきである。不可罰だとしてもなお外に法的な手当てが必要だということであろう。そこには法的規制ないし法的関係の相対性という考えが見てとれる。

「行為者の社会的属性」は社会的地位や一種の「身分」ともいえよう。しかしながら、「行為者の社会的属性」はそれとして重要なのではなく、そのような社会的属性を持つ行為者が他の法主体との関係においてなす行為が重要なのではないか。賄賂罪についても身分刑法から職務刑法としての理解が進んでいる。高山も、家族以外の者の患者に対する行為や医学生の患者に対する行為などを実質的違法性阻却による検討の対象としている。たんの吸引についても一方の法主体である行為者の技量・能力と他方の主体である患者の状態を取り上げなければならない。患者の状態につき、例えば、次のような指摘が重要であろう。「この場合において、気管カニューレ下端より肺側の気管内吸引については、迷走神経そうを刺激することにより、呼吸停止や心停止を引き起こす可能性があるなど、危険性が高いことから、家族以外の者が行うたんの吸引の範囲は、口鼻腔内吸引及び気管カニューレ内部までの気管内吸引を限度とする。特に、人工呼吸器を装着している場合には、気管カニューレ内部までの気管内吸引を行う

間、人工呼吸器を外す必要があるため、安全かつ適切な取扱いが必要である」(「看護師等による ALS 患者の在宅療養支援に関する分科会」平成15年6月9日報告)と。患者自身や家族がそれを行なうのであれば、不特定多数人への行為という「社会性」がないので社会的法益に対する罪である無免許医療罪は成立しないことになる。けれども、家族以外の者による場合は患者の状態との関係でその行為が同罪としての違法性が阻却されるかどうかの判断をすることになる。

たんの吸引問題でも、患者の安全を考えるのであれば専門の医療者が行うのが本来のあり方なのに社会的条件が未整備なためそれができなくされており、やむなく家族等に代替させざるをえないのであれば<sup>95)</sup>、そのような社会関係をも判断構造に取り込むことが必要になる。法的考察にはそのような「社会」のあり方との関係をも取り込むことが重要であろう。

#### 4) 相手方の同意の必要性について

「行為者と相手方の関係」が犯罪の成否に関係することを認めるとすれば、「相手方」の「同意」がそれに関係することも認めなければならないのでないか。

その場合、社会的法益に対する抽象的危険犯につ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。これについてはすでに本誌第401号に掲載した本稿の「II 4(3)」で述べたところである。法令に不可罰となる

---

95) 家族以外の者によるたんの吸引については上記分科会報告書も次のように述べている。  
(1) たんの吸引は、その危険性を考慮すれば、医師又は看護職員が行うことが原則であり、ALS 患者に対する家族以外の者(医師及び看護職員を除く。以下「家族以外の者」という。)によるたんの吸引については、医師及び看護職員により十分にサービスが提供されるならば、実施する必要はないと考えられる。(2) しかしながら、たんの吸引は頻繁に行う必要があることから、大部分の在宅 ALS 患者において、医師や看護職員によるたんの吸引に加えて、家族が行っているのが現状であり、家族の負担軽減が求められている。このような在宅療養の現状にかんがみれば、家族以外の者によるたんの吸引の実施についても、一定の条件の下では、当面の措置として行うこともやむを得ないものと考えられる。この場合においても、医療サービスを受ける機会が閉ざされることのないよう、医師及び看護職員が積極的に関わっていくべきである。

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）は，ALS 患者に対する家族以外の者によるたん吸引につき，「患者との関係」として，「患者は，必要な知識及びたんの吸引の方法を習得した家族以外の者に対してたんの吸引について依頼するとともに，当該家族以外の者が自己のたんの吸引を実施することについて，文書により同意する。なお，この際，患者の自由意思に基づいて同意がなされるよう配慮が必要である。」としている<sup>96)</sup>。

また，無免許医業罪との関係で，「社会的法益の内容を制度自体の保護のように抽象化しすぎると，その分だけ，措置を受ける者の自己決定の保護は後退する傾向があるので，保護法益のよりいっそうの具体化，明確化が求められる<sup>97)</sup>」との指摘も重要である。「自己決定」ということではさらに，「自由」という人権からする他害性原則をも踏まえるべきであろう。

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なのである。

（続く）

---

96) その報告を受けて出された各都道府県知事あて厚生労働省医政局長通知（医政発第0717001号）「ALS（筋萎縮性側索硬化症）患者の在宅療養の支援について」（平成15年7月17日）も参照のこと。

97) 武藤眞朗・前掲論文「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——」181頁。