

厚生労働行政推進調査事業費補助金
(厚生労働科学特別研究事業)
分担研究報告書

タトゥー行為をめぐる最高裁判決を踏まえた医師法17条の運用等に関する検討

分担代表者 佐伯 仁志
中央大学大学院法務研究科教授
分担研究者 米村 滋人
東京大学大学院法学政治学教授

研究要旨

タトゥー施術行為については従来医師法第 17 条に規定する医行為に該当するものとの行政解釈であったが、令和 2 年最高裁決定により、医行為該当性が否定されたのを受け、学説や従来判例を検討したうえで、タトゥー行為について医行為に該当しないと整理に関する根拠を検討するとともに、特にアートメイクについて、改めて医行為該当性に関する検討を行い、医行為に該当するものであるとの整理を行った。

具体的には、令和 2 年最高裁決定を踏まえた判断基準として、タトゥー施術行為についての決定は、医療従事者がまったく関与せず行われてきた歴史的な経緯に基づく社会通念を根拠とし、アートメイクについては、実態を踏まえると医療の一環であり医行為であるとする社会通念があると考えられることも可能であり、かつ、令和 2 年最高裁決定でも従来通説でも認めていた危険性の医療関連性が肯定され、いずれにせよ医行為該当性が肯定できるものとした。

A. 研究目的

最高裁令和 2 年 9 月 16 日決定（最高裁判所刑事判例集 74 卷 6 号 581 頁；以下「令和 2 年最高裁決定」という）は、タトゥー施術行為につき、医師法 17 条違反とならない旨を判示した。従来行政解釈においては、タトゥーを彫る行為を同条の定める医行為規制に反するものとして扱ってきたが、令和 2 年最高裁決定は医師法 17 条の規制対象となる「医行為」は医療関連性のある行為を指すものとし、タトゥー施術行為には医療関連性が欠けるため同条違反にならないとされたものである。最高裁のこの判断により、従来行政解釈の少なくとも一部は修正を余儀なくされることになる。

もっとも、令和 2 年最高裁決定の射程がどの範囲にまで及ぶかは必ずしも明確でない。医療関連性の有無が問題となり得る行為は、タトゥーのほかにもアートメイクなどを含め多数に及び、これらにつき今後も医行為規制の対象となるか否かは直ちに検討の必要がある。加えて、これらの行為以外にも医療関連性の微妙な行為類型が今後新たに出現することが十分に想定されるため、いかなる行為に医療関連性が認められるか、医師法 17 条の適用対象につき可能な限り一般的な判断基準を定立することは、今後の同条の安定的運用にとってきわめて重要である。

そこで、従来医師法 17 条に関する学説・判例等の概要を整理し、また令和 2 年最高裁決定の内容を詳細に検討した上で、今後の同条の運用のあり方につき検討を行う。

B. 研究方法

医師法第17条に係る学説・判例等についてレビューの上分析を行うとともに、令和2年最高裁決定及び下級審における判決に対し詳細な検討を加え、その上で今後の医行為規制のあり方について考察を加えた。

C. 研究結果、D. 考察、及びE. 結論

1 医師法17条に関する基本的趣旨・解釈

医師法17条は、「医師でなければ、医業をなしてはならない。」と定める。本規定は、一般的に医師の業務独占すなわち医業独占を定めたものとされ、医師資格を有しない者による医業を禁止することにより、資格免許制の実質を担保し医療の安全性を確保することを基本的趣旨とするものである。

同条の定める「医業」は、(i)「医行為」を(ii)「業として」行うことをいう、と解するのが一般的である。(i)の「医行為」要件については次項で詳細に検討するため、ここでは(ii)の「業として」要件につき概説する。

「業として」要件に関しては、古い大審院においては「常業の決意」や営業目的などを必要とする判例が存在したものの、その後、大判大正 5 年 2 月 5 日刑録22輯109頁は「反復継続の意思」があれば当該要件が満たされるものとし、最判昭和28年11月20日刑集 7 卷11号2249頁もこの立場を踏襲した。現在では、学説上も「反復継続の意思」によって判断する立場が通説となっていると言ってよい(野田寛『医事法(上)』(青林書院、

1984) 59頁、小松進「医師法」平野龍一ほか編『注解特別刑法〔第2版〕5-1』（青林書院、1992）47頁、磯崎辰五郎＝高島學司『医事・衛生法〔新版〕』（有斐閣、1979）185頁など）。

この見解によれば、反復継続の意思を有して医行為を行えば営利性や営業の意思の有無などは問題とされず、一回的行為でも同条の規制対象となる。その結果、きわめて広い範囲の行為が「業として」要件を充足することになり、「医行為」要件が同条の適用対象を画する上できわめて重要な役割を果たすことになった。

2 医行為規制に関する従来判例・学説

医行為概念については、判例・学説に変遷があり、その内容理解や評価にも論者による差異があるため、慎重な検討を要する。

(1) 判例

・大審院判決

大審院は、医師法17条の前身となる旧医師法11条に関し、医行為の一般的定義を明示したことはないものの、複数の判決において医行為該当性に関する判断を行っている。①大判大正2年12月18日刑録19輯1457頁は、医師の指揮監督下で治療の補助行為をなした者に関し、「補助者ハ單ニ醫師ノ手足トシテ行動スルニ止マリ毫モ患者ニ對シテ危険ヲ生スルノ虞アルコトナク醫師ノ意思ニ因リ治療行為が行ハルルニ於テ其治療行為は即チ醫師ノ治療行為ニシテ……無免許医業ノ行為アルモノト云フヲ得ス」として医業規制違反に当たらないとした。ここでは医師の指揮監督下にあることを理由に実質的な危険性がないとの判断を行ったものと考えられる。また、②大判昭和6年11月30日刑集10巻666頁は、手掌を当てて患部を治療する「掌薫療法」につき、「疾病ヲ診断シ薬剤ノ處方ヲ爲シ又ハ外科的手術ヲ行フコトヲ實質トセサル療術行為ヲ業トスルコトアルモノヲ以テ醫業ナリト解スルハ現行療病法規全般ノ精神ニ適セサルモノ」とであると述べ、医業規制違反は成立しないとの判断を行っていた。これらの判決は、医行為の範囲を何かしら限定する意図であったと考えられるものの、今日的な医行為の捉え方との乖離が大きく、あまり参考になるものではない。

他方で、③大判昭和9年4月5日刑集13巻377頁は、蛭に血液を吸わせることで治療を行うとする「蛭療法」につき、「斯ル治療方法ハ蛭ノ吸孔ヨリ細菌カ体内ニ侵入スル危険アルノミナラス血液ハ人體ニ最必要ナルモノニシテ之ヲ排出スルコトヲ要スル疾患ノ場合ニ於テモ其ノ分量排出スヘキ部位等ニ關シ醫學上ノ知識技能ヲ有セサルモノカ濫リニ之ヲ爲スニ於テハ生理上危険アルコト勿論ナルカ故ニ之ヲ外科的手術ノ範圍ニ屬スル醫行為ナリト認ムル」と述べ、医行為該当性を肯定した。ここでは、医学専門的知見に基づかない場合に危険が生ずることに着目した判断がされたものと考えられる。

・最高裁判決

現行医師法の制定後、医行為に関する判断を行った最高裁判決は2件存在する。④最判昭和30年5月24日刑集9巻7号1093頁は、交感神経を刺激するとして眼球を指で強く圧迫し、眼球結膜出血等の傷害を惹起した被告人の行為につき、「被告人の行為は、……聴診、触診、指圧等の方法によるもので、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生理上危険がある程度に達していることがうかがわれ、このような場合にはこれを医行為と認める」べきであるとして、医行為該当性を肯定した。この判決は、必ずしも判断基準が明確でないが、上記の大審院判決にも言及しており、それらと同様に行為の危険性に着目した判断を行ったものと整理することができよう。

また、⑤最決平成9年9月30日刑集51巻8号671頁は、コンタクトレンズの処方のために行われる検眼およびテスト用コンタクトレンズの着脱を医師以外の者が行った事例につき、「コンタクトレンズの処方のために行われる検眼及びテスト用コンタクトレンズの着脱の各行為が、いずれも医師法一七条にいう『医業』の内容となる医行為に当たるとした原判決の判断は、正当である」として原審の判断を是認した。本件原審の東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁は、医師法は「医学の専門的知識、技能を習得して国家試験に合格し厚生大臣の免許を得た医師のみが医業を行うことができる」との基本的立場に立っているものと考えられる。そうすると、同条の医業の内容をなす医行為とは、原判決が説示するように『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』と理解するのが正当というべきである」と述べ、医行為該当性を肯定した。この判決は、医行為を「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」と定義したものと見える点できわめて重要であると言える。

・判例の検討

これらの判例については、大きく異なる2つの見方が存在した。第1に、①～⑤の各判例は、いずれも行為の危険性のみに着目しているかのように見えるが、単に問題となった事例がいずれも治療目的を有するなど医療関連性が容易に肯定される場面であったためその点が問題とされなかったに過ぎず、明示的には言及されていないが医療関連性を医行為の前提要件としていた、とする理解である（辰井聡子「医行為概念の検討」立教法学97号283頁以下はこの立場をとる。令和2年最高裁決定の調査官解説である、池田知史「判例解説」曹時74巻6号1420頁以下も同旨）。これに対して、第2に、これらの判決は医療関連性に全く言及しておらず、これをもって「医療関連性」が判例上前提とされていたとすることはできないとする理解である（天田悠「判批」刑事法ジャーナル60号179頁以下）。

この点、④判決の原判決は「医行為とは人の疾病の治療を目的とし医学の専門知識を基礎とする経験と技能とを用いて、診断、薬剤の処方又は外科的手術を行うことを内容とするものを指称し」と判示しており、②③の大審院判決と同様の立場を示していた。④判決も、同様の立場を前提としていたと理解することができる。このことから、従来判例は、医療関連性を医行為の前提要件とする立場をとっていたと考えられる。

(2) 学説

学説では、従来、医行為概念の詳細が活発に論じられてきたとは言えず、特に「医療関連性」の要否についてはタトゥーの医行為該当性が問題となる以前にはほとんど論じられていなかった。しかし、過去の医事法

学説においては、一定の言及をするものも見られていた。

磯崎＝高島『医事・衛生法』においては、医行為につき「医療及び保健指導をなすことである」とされており（磯崎＝高島・前掲書184頁）、このことから辰井聡子は、磯崎＝高島の見解では医行為に医療関連性が要求されていたとの整理を行う（辰井・前掲275頁）。もっとも、磯崎＝高島の概説書が刊行された当時は、医行為概念の厳密な適用範囲が問題となる事例は出現しておらず、この記述に積極的な意義を見いだすのは困難であろう。既述の通り、医師法17条の基本的趣旨が免許制の実質を担保し医療の安全性を確保することにあることは疑いがなく、その範囲で医行為が一義的に医療・保健指導に関連する行為を意味することは確かである。磯崎＝高島の記述はそのことを言うものと考えられ、それ以上に、医行為概念の厳密な外延を画することを目的とするものではないと考えられる。

他方、野田寛『医事法（上）』においては、「医行為とは医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼすおそれのある行為である」とする見解が「通説」として扱われており、辰井はこれをもって「『医療・保健指導』要件の脱落」が生じたとする。もっとも、辰井自身が留保するとおり、野田の記述中の「医師の……をもってするのでなければ」という部分で医療関連性が要求されていると見ることも不可能ではなく、その一方で、そもそも医療関連性が要求されていないと見ることも可能である。この部分は、やはり、タトゥー等の事例を念頭に医行為の外延を厳密に画することを目的に書かれたものではなく、野田の記述をいずれかの立場に分類することは正確性を欠くものと考えられる。

その後の学説は、一般的に野田の定義を踏襲し、「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ保健衛生上危害を及ぼすおそれのある行為」などの定義（厳密な表現は異なるものもあるが、内容的にはほぼ同一と考えられる）を用いるものが圧倒的多数を占める状況が存在した。もっとも、これらも医行為概念の外延を明確にする目的で書かれたものであったと言えるかは疑わしい。

3 令和2年最高裁決定の概要と分析

(1) 事案の概要

本件は、医師でない被告人が大阪府内のタトゥーショップで3名に対して皮膚に色素を注入する施術を行ったものとして、医師法17条違反の罪により起訴されたものである。一審判決（大阪地判平成29年9月27日判タ1451号247頁）は同条違反を認め有罪と判断したのに対し、二審判決（大阪高判平成30年11月14日高刑集71巻3号1頁）はタトゥー施術行為の医行為該当性を否定し被告人を無罪としたため、検察官から上告がなされた。

(2) 決定要旨

最高裁は、以下のように判断し上告を棄却した。

[A]「医師法は、医療及び保健指導を医師の職分として定め、医師がこの職分を果たすことにより、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（1条）、この目的を達成するため、医師国家試験や免許制度等を設けて、高度の医学的知識及び技能を具有した医師により医療及び保健指導が実施されることを担保する（2条、6条、9条等）とともに、無資格者による医業を禁止している（17条）。」「このような医師法の各規定に鑑みると、同法17条は、医師の職分である医療及び保健指導を、医師ではない無資格者が行うことによって生ずる保健衛生上の危険を防止しようとする規定であると解される。」「したがって、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。」

[B]「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。」

[C]「上に基づき本件について検討すると、被告人の行為は、彫り師である被告人が相手方の依頼に基づいて行ったタトゥー施術行為であるところ、タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったものである。また、タトゥー施術行為は、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されておらず、歴史的にも、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難い。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。」

(3) 決定要旨の検討

(a) 序論

以上の令和2年最高裁決定の内容につき、検討を加える。本決定は、[A]の部分で医行為の一般的定義を掲げており、その中では、近時の学説の多数が掲げていた医行為の定義に「医療及び保健指導に属する行為のうち」という部分が付け加えられていることが最も重要である。これは、前掲辰井論文を中心とする近時のいくつかの文献において医行為の要件と主張された「医療関連性」要件を意味するものと考えられる。そして、[B]の部分で医行為該当性の一般的な判断方法に関する判示がされており、その中では社会通念に基づく判断

が強調されている。その上で、[C]の部分で本件タトゥー施術行為に関する具体的判断がされており、結論として医行為該当性を否定する判断が示されている。

以下では、「医療関連性」要件の内容を中心に、本決定がどのような一般論を述べたものであるか、検討を行うこととする。

(b) 「医療関連性」要件の根拠と基本的意義

決定要旨[A]では、「医療関連性」要件を含む医行為の定義を導く際に、医師法のいくつかの条文が引用されるにとどまり、詳細な根拠は明らかにされていない。しかし、1条において「医療及び保健指導」が医師の職分として定められていること、また医師に関しては免許制の定めが存在することへの言及があることを踏まえると、2で述べた一般的な理解と同様に、資格免許制の実質を担保し医療・保健指導の安全性を根拠としていることがうかがわれる。すなわち、医師法が医師資格につき免許制を実施している以上は、無資格者が医師の職分に含まれる医療・保健指導をなすことによる弊害を防止することが求められ、同法17条はそのために一定の業務範囲につき医師に独占させることを定めたものであるとする理解である。この点に関しては、一般論としてそのようにいうことが合理的であると考えられ、異論の余地は少ないものと思われる。

もっとも、以上のような根拠論を承認したとしても、本決定のような「医療関連性」要件を付加することが当然に導かれるわけではない。3(2)で言及したとおり、従来の多数説の定義においても、「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ」という限定がついており、医師によっても危険性を低減できないような行為については医業独占の対象とならないことが示唆されていたと言える。本決定要旨の医行為の定義は、従来の定義に、あえて「医療及び保健指導に属する行為のうち」という限定を上乗せで要求した点に特徴があり、本来、その点の根拠付けは別途必要であったものと考えられる。この点の根拠が本決定中に一切示されていないことが、本決定で要求される「医療関連性」の内容の不明確性を増幅させている側面が否めない。しかし少なくとも、本決定は、「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ」という限定があっても、タトゥーを医行為に含める行政解釈が通用していたことを踏まえ、規制対象の危険性の医療関連性を要求するのみならず、規制対象の行為自体の医療関連性を要求する必要があると考えたものと推測される。

(c) 「医療関連性」要件の内容

中心的な問題は、本決定にいう「医療及び保健指導に属する行為」がどのような行為を指すものであるか、すなわち「医療関連性」要件の内容の問題である。この点については、決定要旨[B]において社会通念による判断を行うとされているものの、決定要旨[B]自体の不明確性もあり、全体として問題が多い。

まず、既述の通り、ここでの「医療関連性」は行為自体の医療関連性、すなわち当該行為が「医療」または「保健指導」というカテゴリに属するものであることを要求する。これは、行為の個別的・主観的な目的とは異なり、当該行為の客観的属性として、典型的に医療または保健指導に属する行為であることを要求する趣旨であると考えられる。しかし、行為の客観的属性を検討するとしても、「医療」「保健指導」の概念は本来的に不明確性を払拭できない上に、医学的知見の進展や社会環境の変化等により変動しうるものであり、いかなる行為がこれらに含まれるかの明確な基準を設定することは容易でない。そして、この問題は、直後で述べるとおり医行為該当性を「社会通念」によって判断とする本決定の判断枠組みにおいてはさらに深刻となる（「社会通念」による判断の曖昧さを問題視するものとして、小谷昌子「判批」民事判例22号122頁参照）。もっとも、本決定には、一定程度判断の手がかりも存在するため、それらを考慮に入れつつ検討を行うこととする。

決定要旨[B]は、医行為該当性を「社会通念」によって決定するものとする。その上で、決定要旨[C]のあてはめにおいて、タトゥーが医行為に該当しないと判断が示されているが、そこで挙げられた根拠事情として、以下の4点が存在する。

- ①タトゥー施術行為は、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたこと
- ②タトゥー施術行為は、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であること
- ③医師免許取得過程等でタトゥーの知識及び技能を習得することは予定されていないこと
- ④タトゥーは、歴史的に、長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があること

これら4点の位置づけを明確化する必要があると考えられるが、まず①は、タトゥーに関する社会一般の受け止めを指摘するものであり、「社会通念」として表現される内容を最も端的に示したものと考えられる。もっとも、①は根拠というよりもある種の結論を提示したものであり、②～④を根拠として最終的に導かれるものと位置づけるべきではなかろうか。少なくとも、②～④と無関係にタトゥーの社会的な受け止めが決定されているとは考えにくく、①が単独で根拠事情になると位置づけることは適切でないと思われる。

そうすると、実質的な根拠は②～④のいずれかであると考えべきことになる。②はタトゥーが医学と異質の行為であることをいうものであり、それ自体は正しい指摘である。もっとも、医療は患者のケアに関する種々の営みの総体をいうものであり、医学と異質の行為が医療に含まれる場面も一定程度想定される（たとえば医学的に予測される効果の同等な複数の治療法等が存在する場合には、治療法の選択自体が、社会経済的な要因や患者・家族の生活状況等を考慮した社会的判断の色彩を強くし、「医学と異質の行為」であるとも表現しうる）。そうすると、タトゥーが医学と異質の行為であるからといって、それが当然に医療の範囲から除外されるとは言えない。また、③もそれ自体は正しい指摘であるが、医療・保健指導分野のあらゆる行為を医師免許取得過程すなわち医学部教育の中で扱っているわけではない。特に、講学上「相対的医行為」とされ

る、医師以外の医療従事者（看護師・薬剤師・診療放射線技師・臨床検査技師など）が実施することが予定される行為に関しては、一旦すべて医行為に含まれるものとして医業独占の対象としつつ、医師の個別的な指示等により他の医療従事者に実施権限が委譲される規制構造となっているが、これらの行為を医学部で教えるということは、通常ないといってよい。③を強調すると、医師が自ら行うべき医行為（絶対的医行為）以外はすべて医行為規制の対象外ともなりかねず、適切でないと考えられる。このように、②③は、いずれも医行為規制の外延を画するのに適切な考慮事情ではない。

④は、タトゥーが歴史的に医師資格を有しない者によって担われてきたことを指摘するものであり、これは、タトゥーの位置づけを明らかにする上で最も重要かつ本質的な点であると考えられる。すなわち、タトゥーの担い手は歴史的に医療の外に置かれてきたものであり、そのこと自体が、タトゥーの社会的な位置づけを示すものとして理解されうる。もっとも、上記決定要旨では「医師免許」のみに言及されているが、およそ医療の外にあるというためには、医師以外の医療従事者を含め、一切の医療資格を有する者が関与してこなかったことが必要であると考えられる。前記の通り、医師以外の医療従事者の行為についても医師のコントロールを及ぼすのが現行法の規制構造であり、また、一部でも医療従事者が関与してきた事実があるとすると、医療としての質保証が当該行為の安全性に大きく寄与する状況があるとも考えられ、当該行為全体が医療の外にあるとは言いにいくからである。以上の留保を付した上で、④の要素は①の社会的な受け止めの根拠となっていると考えられる。

以上の検討を総合すると、最高裁は医行為該当性につき社会通念によって判断する枠組みを提示しており、それ自体は曖昧さを免れないものの、本件のタトゥーに関しては、歴史的に医療従事者が関与せず実施されてきたことが決め手となり、タトゥーは社会通念上医行為に該当しないと判断がされていると考えられる（同じく歴史的なタトゥーの位置づけが重要である旨の理解を示すものとして、松宮孝明「『タトゥー事件』からみる『医行為』と刑罰による『医業』独占の意味」年報医事法学37号27頁以下参照）。

4 今後の医行為規制のあり方

(1) 従来学説・判例の評価

前項までで検討した、従来判例・学説や令和2年最高裁決定の内容分析を踏まえて、今後の医行為規制のあり方を検討する必要がある。

まず、従来判例に関しては、大審院以来、行為の危険性に着目した判断が積み重ねられてきてはいるものの、多くは治療の一環として行われた行為に関するものであり、医療の範囲外の行為にも医行為規制が及ぶかどうかを判断したものであったとは言えない。やや問題となるのは、コンタクトレンズの着脱行為に関する⑤決定であるが、これも最高裁により明確な理由が述べられてはならず、一般的な医行為該当性を検討するに当たっての手がかりが乏しい。従来判例において、医行為の前提要件として医療関連性を要求する立場はとられてきたと考えられるものの、医療関連性の内容、さらに医行為該当性の具体的判断基準について積極的な内容を見いだすことは困難というほかはない。

また、従来学説に関しては、タトゥーの問題が発生する以前に多数の論者により採用されてきた見解は、必ずしもこの点を考慮した上で論じられてきたものではなく、積極的に何らかの立場をとってきたとは言えない。もっとも、「医師の医学的判断および技術をもってするのでなければ」という部分があることから、従来多数説においても医師により制御可能な危険性が存在すること、すなわち「危険性の医療関連性」が医行為該当性の要件となっていたと考えられ、この点は改めて確認しておく必要があろう。

(2) 医行為該当性に関する判断基準の方向性

それでは、医行為該当性につきどのように判断すべきだろうか。まず、令和2年最高裁決定を踏まえた判断基準として、規制対象行為には、社会通念によって判断される医療関連性が要求されることは疑いがない。そして、タトゥーに関しては、歴史的に医療資格を有する者が担い手となったことがなく、医療の外に置かれてきた行為であったことが主たる考慮要素となり、医療関連性が否定されたものと考えられる。そうすると、タトゥー以外の行為に関しては、歴史的に医療従事者が全く関与せず行われてきた行為については、社会通念上、当該行為は類型的に医療の外にあるものとして医療関連性が否定されることが考えられる。

もっとも、このような事情がない場合については、別途の検討が必要である。具体的には、部分的に医療資格を有する者が担い手となる場合がある行為類型や、全く新たに登場した行為類型など、医療ないし保健指導に含まれるか否かに関する社会通念が明確でない場合や、そもそも既存の社会通念が存在しないと考えられる場合がこれに該当する。このような場合に関しては、社会通念のみによって判断することはできず、令和2年最高裁決定の判断基準を用いることはできない。ここで考慮すべきは、既に述べたとおり、従来多数説の立場においても「危険性の医療関連性」は要求されていたと考えることができる点である。ある行為に、類型的に医師を中心とする医療従事者によってコントロールすべき危険性が存在する場合には、「医師の医学的判断および技術」によって低減可能な危険性が存在し、言い換えれば、当該行為に危険性の医療関連性が肯定されると考えられる。その場合について医行為該当性を肯定することは、参照可能な社会通念が存在しない以上、令和2年最高裁決定の下でも可能と考えられる。

そのように考えた場合には、以下の方向性で判断することが考えられる。アートメイクに関しては、既に部分的にせよ医師・看護師等の医療従事者が関与している実態があり、医療の一環として実施されている例も少なくない。このような場合に関しては、アートメイクを医療の一環と捉える社会通念があるとも考えることも可能であると考えられる。しかし、仮にアートメイクに関する社会通念が不明確ないし不存在であったとしても、アートメイクに関しては一定の侵襲性が認められることや、医療従事者による安全性水準の確保がきわめて重要と考えられることから、危険性の医療関連性も肯定されうると

考えられ、いずれにせよ医行為該当性が肯定できるものと考えられる。

F. 健康危険情報
なし

G. 研究発表
なし

H. 知的財産権の出願・登録状況（予定を含む。）
なし