

〔論文〕

法律上の争いのある論点についての 模擬裁判

大久保輝

- 〈目次〉
- 一 はじめに
 - 二 大久保ゼミナールの模擬裁判
 - 三 模擬裁判「入れ墨施術行為は医師法違反か」の参考判例
 - 四 模擬裁判「入れ墨施術行為は医師法違反か」
 - 五 むすびにかえて

一 はじめに

筆者は、2012年以降、本学大久保ゼミナールのゼミ生を中心に、ほぼ毎年、模擬裁判を行っている。

2019年度前期は、「入れ墨施術行為は医師法違反か」というテーマで模擬裁判を行った。参考判例の事件では、被告人は第1審の地方裁判所において有罪となったが、控訴審の高等裁判所においては無罪となった⁽²⁾。その後、最高裁判所に上告されているが、本稿脱稿直前に最高裁判所の決定が出て、被告人の無罪が確定している⁽³⁾。

通常、模擬裁判は、事実関係についての争いを扱う。刑事裁判を例にとってみると、まず、検察官が控訴提起を行う（刑事訴訟法247条）。そして、控訴提起の際、検察官は起訴状を提出するが（刑事訴訟法256条1項）、起訴状には「被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項」（同条2項1号）、「公訴事実」（同条2項2号）、「罪名」（同条2項3号）を記載する。公訴事実には、できる限り日時、場所および方法をもって罪となるべき事実を特定することによって、訴因を明示しなければならないことになっている（同条3項）。この検察官が起訴状に記載した控訴事実に対して、公判中、検察官、被告人および弁護人は、公訴事実の存否や情状について主張・立証することになる。最終的に、裁判官は、法的に問題になる事実関係を確定し、罪となるべき事実が存在するか、情状があるかどうかを判断して、判決をすることになる。この「事実の認定は、証拠による」ことになっているが（刑事訴訟法317条）、「証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ね」られる（刑事訴訟法318条）。通常の模擬裁判は、こうした訴訟当事者の主張・立証に基づき、事実関係の存否等を争うことによって行われる。

ところが、2019年前期に大久保ゼミナールが行った模擬裁判の参考判例の事件は、被告人が入れ墨を施術しているという事実関係にほとんど争いはない。この事件では、入れ墨施術行為は「医師でなければ、医業をなしてはな

らない」とする医師法17条の医業（業として医行為をすること）にあたるかどうか、入れ墨施術行為が医行為にあたるとして犯罪とすることが憲法22条1項の職業選択の自由を侵害しないかどうか等が争われている。すなわち、参考判例の事件は、憲法・法律・判例違反が争われる法律上の争いについての事件である。

刑事裁判についてみると、高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対して、最高裁判所に上告することができるが（刑事訴訟法405条）、上告理由については、「憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること」（同条1号）、「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」（同条2号）、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」（同条3号）に制限される。つまり、高等裁判所までが事実関係についての争いができるいわゆる事実審であり、最高裁判所は憲法・法律・判例違反についてのみ争うことができるいわゆる法律審である。

参考判例の事件は、最高裁判所に上告された事件であり、憲法・法律・判例違反についての争いである。本稿は、法律上の争いを扱った本学大久保ゼミナールの2019年度前期の模擬裁判に対して、学生がどう考えたか紹介する。

二 大久保ゼミナールの模擬裁判

1 筆者が模擬裁判をすることになった経緯

2011年6月の本学法学部教授会で、模擬裁判をどうするかについて議題があがった。様々な議論があり、なかなか結論が出なかった議題であったが、筆者が母校の模擬裁判を傍聴したことが何度かあり、その模擬裁判を行っている教員を知っていることから、筆者が担当を名乗り出て、同年9月の教授会にて筆者が模擬裁判を行う旨の決議がなされている。

この決議に基づき、2012年度、模擬裁判に協力してくれる学生を募集し⁽⁵⁾た。筆者の4年生（専門演習Ⅰ）のゼミ生や、学生研究室のひとつである法制研究室の数名の室員、募集に応じてくれた数名の学生の協力のもと、2012年度のオープンキャンパスで模擬裁判を行った。

2012年度のオープンキャンパスでは、「痴漢冤罪（えんざい）事件」をとりあげた。筆者の母校の後輩から、台本作成や演技指導などの熱心な協力を得て、また、有罪・無罪の判断を、模擬裁判傍聴人の挙手で決めるという発想を得て、オープンキャンパスの模擬裁判を行うことができた。

この模擬裁判は好評で、後の大久保ゼミナールの土台となる模擬裁判となったが、模擬裁判に協力してくれる学生がなかなか集まらないことが課題として残った。

2 基礎演習Ⅱの開講

そもそも、模擬裁判に協力してくれる学生が集まらないのは、その協力に見返りを求めない学生のボランティア活動であることにあろう。

筆者の母校の模擬裁判は、ゼミナールとして行われている。すなわち、3年生と4年生のゼミナールの活動として行われているのであり、模擬裁判を行うことにより、学生には単位が認定される。

ただし、母校のゼミナールは3年生と4年生であり、本学に置き換えると、3年生の「専門演習Ⅰ」と4年生の「専門演習Ⅱ」ということになろう。母校と同じことをするということになれば、「民法判例研究」としている筆者の「専門演習Ⅰ」「専門演習Ⅱ」の演習テーマを変更しなければならない。加えて、契約法をはじめとする民法を専門としている筆者が、「専門演習Ⅰ」「専門演習Ⅱ」で模擬裁判をするということになれば、民事の模擬裁判をするということになろう。

ところが、民事訴訟は、当事者の一方（原告）が相手方（被告）に訴えを提起し、裁判所に紛争解決についての審理・判断を求め、裁判所の判断に基づいて当事者間の紛争を強制的に解決するための制度であり、⁽⁷⁾当事者間の紛

争が、当事者間の交渉、すなわち和解（民法695条など）によって解決できれば、裁判（判決）以外の方法によっても解決できる。一方、刑事訴訟は、刑事訴訟とは、罪を犯したという疑いによって訴追された者について、適正に判断して犯罪事実の有無を認定し、刑罰を言い渡すための手続きのことであ⁽⁸⁾る。民事訴訟では、私人間の紛争を解決する機能が重視され、和解や調停などの訴訟外の解決が認められる。これに対し、刑事訴訟の対象が、国家刑罰権の行使という私的処分になじまない性質のものであり、その実現の過程で関係者の人権を制約するため、刑事訴訟においては、刑事訴訟法所定の厳格な手続（憲法31条）による犯罪事実の認定が必要となる⁽⁹⁾。

こうして見てみると、当事者の主張の違いが明確になりやすい刑事裁判のほうが、模擬裁判になじみやすいということになる。実際、法科大学院の例を除き、民事模擬裁判の例は多くないようである⁽¹⁰⁾。こうしたことを踏まえ、専門にとらわれずに刑事模擬裁判も民事模擬裁判も行いうるゼミナールができないか考えたのが、2年生の「基礎演習Ⅱ」を開講することである。こうして、筆者は2013年度以降、ほぼ継続して安定的に基礎演習Ⅱで模擬裁判を行っている。

3 大久保ゼミナール「基礎演習Ⅱ」の模擬裁判

ここで、大久保ゼミナール「基礎演習Ⅱ」で行ってきたこれまでの模擬裁判を簡単に紹介する。

(1) 2013年度「覚せい剤誤飲事件」⁽¹¹⁾

大久保ゼミナール「基礎演習Ⅱ」を開講して9月のオープンキャンパスで模擬裁判を行うにあたって、まず、4月の間は刑法や裁判制度について簡単に勉強し、5月に図書館で判例時報や判例タイムズといった判例集で参考判例を探し、配役や役名を決め、6月から7月にかけて台本を作成していった。この一連の作業は、基本的にその後も引き継がれている。また、役名を決めるにあたっては、ゼミ生の出身地等を氏とし、法律用語等を名としているが、これもまた基本的に引き継がれている。

参考判例は、夫婦で酒を飲んでいる最中にこっそり覚せい剤を酒に入れた事案である。覚せい剤取締法は、覚せい剤の使用を禁止しており（同法19条）、違反した者は10年以下の懲役に処せられる（同法41条の3第1項第1号）。ただし、覚せい剤使用罪は故意犯であり、たとえ過失であっても処罰できない。参考判例は、この覚せい剤使用の故意の存否が争われたものである。この夫婦の事案を、成人式で再会した旧友同士に置き換えて模擬裁判を行った。

なお、証人の県警察科学捜査研究所研究員役には白衣を着てもらうなど、裁判をわかりやすくするために、実際の裁判とは異なる演出をしている。

（2）2014年度「無自覚低血糖症が原因の交通事故の報告義務違反事件」⁽¹²⁾

理由は不明であるが、この年からは筆者がオープンキャンパスで模擬裁判を行うことはなくなった。しかし、基礎演習Ⅱは引き続き開講しており、ゼミ生もいるので、館山セミナーハウスでの3年生（専門演習Ⅰ）・4年生（専門演習Ⅱ）との合同合宿において、3年生・4年生を傍聴させて、模擬裁判を行うことにした。

参考判例は、自動車を運転中、無自覚低血糖症により物損事故を起こしたが、道路交通法72条に定められている警察官への交通事故報告をせず、そのまま走り去ったというものであり、交通事故報告義務違反の故意や責任能力の有無が争われたものである。

この年度の模擬裁判では、大学近辺に実際に存在する地名から連想される架空の地名を用いるなどの工夫をするようになった。

なお、この年度から、裁判傍聴、他大学ゼミナール模擬裁判傍聴、矯正展（刑務所作業品展示即売会）見学などの行事を積極的に行うようにしている。

（3）2015年度前期「警察官証拠改ざん事件」⁽¹³⁾

2015年度からは、なぜかオープンキャンパスの模擬裁判自体が行われなくなってしまったが、大久保ゼミナールの基礎演習Ⅱは引き続き開講しており、ゼミ生もいるので、前期に関しては前年度同様、館山セミナーハウスでの合同合宿において、3年生・4年生を傍聴させて、模擬裁判を行うことに

した。

参考判例は、いわゆる検察官証拠改ざん事件という著名な事件である。この著名な事件を身近な事件にするため、手賀県沼市という架空の市の市役所で発生したとされる事件を架空の県である手賀県警察の警察官が証拠を改ざんしたことにした。また、ゼミ生の中にコンピュータに詳しい者がいたため、そのゼミ生から着想を得て、証拠改ざんに使われたソフトウェアの名を「刻印遅機」とし、そのソフトウェアが基本ソフトの更新により使えなくなったこととした。

(4) 2015年度後期「配偶者の不貞行為の相手方への損害賠償請求」⁽¹⁴⁾

筆者の模擬裁判も蓄積し、安定して模擬裁判を行うことができるようになったため、後期にも模擬裁判の台本を作成することにした。そのさい、刑事模擬裁判にするか民事模擬裁判にするかという限定を外した結果、「配偶者の不貞行為の相手方への損害賠償請求」という民事模擬裁判を行うことになった。

この模擬裁判では、不貞行為が離婚原因であり（民法770条1項1号）違法行為であるが、配偶者の不貞行為の相手方に対して、不法行為として損害賠償請求（民法709条）ないし慰謝料請求（民法710条）ができるかという民法上の論点を考えるとともに、不貞行為の認定についてもゼミ生とともに考えることになった。

(5) 2016年度前期「ストーカー事件」⁽¹⁵⁾

この模擬裁判は、ストーカー事件についてのものであるが、筆者が被告人の住所を「黒井県暗雲市闇」と仮にしておいたところ、「そのままいきましょう」というゼミ生の意見を反映させた。そのため、ストーカー問題のみならず、いわゆるブラック企業問題、男女共同参画社会など、さまざまな社会問題にまで考察が及ぶことになった。また、被告人の住所から、台本中に、鬼、悪魔、地獄、黄泉国などを連想させる台詞が並ぶことになり、ゼミ生たちと楽しみながら模擬裁判を行うことができた。

(6) 2016年度後期「精神発達障害による常習窃盗」⁽¹⁶⁾

この模擬裁判の事件は、精神発達障害の被告人が窃盗を繰り返し、何度も刑務所で服役したにもかかわらず、軽自動車を盗んだため、常習窃盗罪に問われたものである。この模擬裁判では、責任能力の有無が問題となったが、責任能力がないとして無罪となった。この模擬裁判で、ゼミ生たちは社会の多様性を考えるきっかけをつかむことができた。

(7) 2017年度前期「猟銃暴発事件」⁽¹⁷⁾

参考判例の事件は、自動装てん式の猟銃に入れたまま銃保管庫で保管し、狩猟解禁時刻直前に猟銃が暴発したため、銃砲刀剣類所持等取締法の不法装てん罪に問われた事件である。事案としては単純なものの、背景に猟師の高齢化などの社会問題を考えることができた。

なお、被告人の住所を「猪鍋県牡丹市猪突1丁目4番4号」とするなど、ゼミ生たちと台本作成を楽しみながら模擬裁判をすることができた。

(8) 2017年度後期「ファウルボール事故による損害賠償請求」⁽¹⁸⁾

参考判例の事件は、札幌市が所有する札幌ドームで発生したファウルボール事故であり、国家賠償法が絡む事件である。しかし、模擬裁判では、事案を単純化するために、プロ野球球団が球場を所有していることにしている。それでも、一般的不法行為（民法709条）だけでなく、工作物責任（民法717条）や安全配慮義務などが論点として出てくるため、事案を単純化してもなお、本学学生が3年次に勉強することがらを2年生でとりあげることとなった。

なお、この模擬裁判は、前期の模擬裁判の続編のような台本構成となっており、被告である球団は、「もみじメープルズ」とし、被告の住所は、「鹿鍋県もみじ市鹿笛1-1」としている。そして、ライバルの球団のひとつとして、「ナーベズ」が登場するが、その本拠地である「牡丹の園球場」の所在地は「猪鍋県牡丹市牡丹の園1-44」としている。

(9) 2019年度前期「入れ墨施術行為は医師法違反か」⁽¹⁹⁾

2018年度、大久保ゼミナールの基礎演習Ⅱには入室者がおらず、模擬裁判

も行うことができなかったが、2019年度には入室者がおり、再び大久保ゼミナールの模擬裁判を行うことができた。この2019年度前期の模擬裁判「入れ墨施術行為は医師法違反か」がまさに本稿の模擬裁判であり、後に詳述する。

(10) 2019年度あびこ祭「西町駅ホーム転落死事件」⁽²⁰⁾

筆者の所属する日本法育学会が、本学あびこ祭にて模擬裁判をすることになり、日本法育学会と大久保ゼミナールとの共催で行ったのがこの模擬裁判⁽²¹⁾である。

参考判例は、有名な西船橋駅ホーム転落死事件であり、被告人は傷害致死罪（刑法205条）に問われたが、正当防衛（刑法36条）の主張が認められ、無罪となっている。

現在、傷害致死事件は裁判員裁判であるため、この模擬裁判も裁判員裁判の形式で行われた。もともと大久保ゼミナールは人数が少ないゼミであるが、多くの日本法育学会の会員がこの模擬裁判に参加してくださったため、あびこ祭当日になってなんとか人数がそろうという結果になった。本学にて模擬裁判を行うには、まずは人集めであるということが浮き彫りになった。

(11) 2019年度後期「多重人格者の窃盗」⁽²²⁾

参考判例の事件は、犯行当時、解離性同一性障害となり主人格とは別人格となっていたが、解離性同一性障害の症状や程度が犯行に与えた影響を考慮して限定責任能力としたものである。

模擬裁判の役名を決めるにあたり、ゼミ生が次々とギリシャ神話や北欧神話などの神々の名前を提案してきたので、この模擬裁判では、被告人が別人格ならぬ別神格となってしまった設定とした。そして、ギリシャ神話や北欧神話のみならず、日本の神々、仏教の諸仏、インドの神々、キリスト教の使徒などを調べて、台本に反映させることとした。

結果として、模擬裁判を通じて、刑法や裁判制度のみならず、心理学や歴史学、世界の宗教を学ぶことができた。

三 模擬裁判「入れ墨施術行為は医師法違反か」の参考判例

既に述べたとおり，ほとんどの模擬裁判は，事実関係の争いについて扱う。実際，これまでの筆者の模擬裁判のほとんどは，事実関係の争いを扱っている。しかし，2019年前期の模擬裁判「入れ墨施術行為は医師法違反か」は，事実関係については大きな争いはなく，むしろ法律関係，すなわち憲法違反・法律違反・判例違反についての争いとなっているのが特徴である。

ここで，この模擬裁判の参考判例についてみていくことにする。

1 事実の概要

参考判例は，医師でない被告人が，業として，平成26年7月から平成27年3月までの間，大阪府吹田市内のタトゥーショップで，4回にわたり，3名に対し，針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入する医行為を行い，もって医業をなしたとして，医師法17条違反に問われた事案である。具体的には，平成26年7月6日頃，Aの左上腕部に施術をし，平成26年7月12日頃，Aの左足甲部分に施術をし，平成26年11月20日頃，Bの右耳の後ろ付近に施術をし，平成27年3月8日頃，Cの肩の後ろから背中部分に施術をしている。被告人が行った施術方法は，タトゥーマシンと呼ばれる施術用具を用い，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ことで，色素を真皮内に注入し，定着させるという方法であり，いわゆる入れ墨である。

2 大阪地方裁判所判決⁽²³⁾

大阪地方裁判所は，被告人を15万円の罰金刑としている。

本件の争点として，大阪地方裁判所は，①針を取り付けた施術用具を用いて人の皮膚に色素を注入する行為（以下「本件行為」という。）が医師法17条

の「医業」の内容となる医行為に当たるか否か、②医師法17条が憲法に違反するか否か、③本件行為に実質的違法性があるか否か、を挙げている。

医行為性について大阪地方裁判所は、「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」とし、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」と定義している。

憲法適合性について、弁護人は、罪刑法定主義（憲法31条）違反、職業選択の自由（憲法22条1項）の侵害、表現の自由（憲法21条1項）の侵害、憲法13条の保障する自由の侵害を主張している。これに対し、大阪地方裁判所は、「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。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」として憲法22条1項に違反しないとし、また、その他の憲法違反の主張も認めていない。

実質的違法性の有無について、弁護人は、「仮に入れ墨の施術が医行為に当たるとしても、入れ墨の施術者が他人の身体に入れ墨を施す自由や、被施術者が自己の身体に入れ墨を施す自由は憲法上保障される権利である一方、入れ墨の施術によって生ずる保健衛生上の危害は大きくない上、入れ墨の施

術は社会的に正当な営業活動であることから、被告人の本件行為には実質的違法性がない」と主張している。これに対し、大阪地方裁判所は、「入れ墨の施術によって保健衛生上の危害を生ずるおそれがあることは前記のとおりであって、施術者及び被施術者にも憲法上保障される権利があるとしても、それが保健衛生上の危害の防止に優越する利益であるとまでは認められない。また、我が国では、長年にわたり、入れ墨の施術が医師免許を有しない者によって行われてきたが、医師法違反を理由に摘発された事例が多くないことなどは弁護人の指摘するとおりであるとしても、本件行為が、実質的違法性を阻却するほどの社会的な正当性を有しているとは評価できない。」として、本件行為には実質的違法性が認められるとしている。

3 大阪高等裁判所判決⁽²⁴⁾

大阪高等裁判所は、大阪地方裁判所の判決を破棄して、被告人を無罪としている。

医行為性について、「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（保健衛生上の危険性要件）のほかに、「医療及び保健指導に属する行為」（医療関連性要件）が必要であるとする。その理由として、「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」のであり、「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」としている。

入れ墨（タトゥー）については、「皮膚の真皮に色素を注入するという身体に侵襲を伴うものであるが、その歴史や現代社会における位置づけに照らすと、装飾的ないし象徴的な要素や美術的な意義があり、また、社会的な風俗という実態があって、それが医療を目的とする行為ではないこと、そし

て、医療と何らかの関連を有する行為であるとはおよそ考えられてこなかったことは、いずれも明らかというべきである。彫り師やタトゥー施術業は、医師とは全く独立して存在してきたし、現在においても存在しており、また、社会通念に照らし、入れ墨（タトゥー）の施術が医師によって行われるものというのは、常識的にも考え難いことであるといわざるを得ない」とし、また「入れ墨（タトゥー）の施術において求められる本質的な内容は、その施術の技術や、美的センス、デザインの素養等の習得であり、医学的知識及び技能を基本とする医療従事者の担う業務とは根本的に異なっているというべきである。この点からも、医師免許を取得した者が、入れ墨（タトゥー）の施術に内在する美的要素をも修養し、入れ墨（タトゥー）の施術を業として行うという事態は、現実的に想定し難いし、医師をしてこのような行為を独占的に行わせることが相当とも考えられない」として、医療関連性は認められず、医行為には該当しないとしている。

4 最高裁判所⁽²⁵⁾決定

大阪高等裁判所判決は最高裁判所に上告されたが、本稿執筆中に、最高裁判所決定が出され、大阪高等裁判所の判断は維持されている。

医行為について、「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」として、医療関連性要件が必要であるとしている。そして、「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」としている。

入れ墨施術行為については、「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。」として、被告人の行為は医行為に当たらないとした原判断は正当であるとしている。

5 考察

医師法17条の「医業」について、医師法に明確な定義はないが、「医行為を業として」なすことであると考えられ、医行為は、「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⁽²⁶⁾」と、学説では定義されてきた。大阪地方裁判所もこの定義にしたがい、入れ墨施術行為が医行為であるとし、憲法適合性や実質的違法性の判断を加えて、被告人を有罪としている。

一方、大阪高等裁判所は、「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」という要件（保健衛生上の危険性要件）のほかに、「医療及び保健指導に属する行為」（医療関連性要件）が必要であるとし、入れ墨施術行為は医療関連性要件を欠くため、医行為にはあたらないとし、憲法適合性や実質的違法性の判断を待つまでもなく、被告人を無罪としている。

最高裁判所もまた、基本的に大阪高等裁判所の判断を維持しているとみてよいであろう。

筆者は、罪刑法定主義や刑法の謙抑性からすると、大阪高等裁判所や最高裁判所のように、医行為について限定的な解釈をとらざるを得ないと考えつ

つ、入れ墨施術行為が医行為から外れることに一抹の不安を感じているところではある。すなわち、本件入れ墨施術行為は、「タトゥーマシンと呼ばれる施術用具を用い、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ことで、色素を真皮内に注入し、定着させるという方法」で行われており、アレルギー反応や感染症その他の危険が伴う行為である。本件被告人は、施術用具の滅菌処理や養生シートの設置、施術場所の清掃などを行っているため、危険性はないとも考えられるが、全ての“彫り師”がそうであると断言はできないであろう。

実は、筆者は、最高裁判所決定が出るまでは、「被告人の行為は医行為にあたる」としつつ、「本件に医師法を適用することは、憲法の定める職業選択の自由を極端に制限するものである」と考えていた。

しかし、最高裁判所の草野耕一裁判官が、「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」とし、また、「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。」と補足意見を述べていることをヒントに、筆者の考え方を改めることとする。すなわち、医師法による規制によらなくても、入れ墨施術行為が場合によっては傷害罪などにあたることはありうるし、医師法ではなく消費者法的規制によって入れ墨施術行為の安全性を確保することは可能であろう。なお、諸外国の入れ墨施術行為の規制としては、「アメリカではライセンス制、イギリスは登録制、イタリアはガイドライン、フランスは届出制、オランダ、オーストラリアはライセンス制」があるとされ、医療としているところはないという。⁽²⁷⁾

四 模擬裁判「入れ墨施術行為は医師法違反か」

2019年度前期の大久保ゼミナール基礎演習Ⅱは、上記「入れ墨施術行為は医師法違反か」の判例をもとに模擬裁判をすることとなった。しかし、上記

のように、大阪地方裁判所の判決と大阪高等裁判所の判決とが異なる上、筆者の考え方が固まらなかった。法律専門家ですら意見が分れる問題であるので、後述のとおり、館山セミナーハウスでの大久保ゼミナール合同合宿で、傍聴する4年ゼミ生の投票によって模擬裁判の判決を決めることとした。この手法は、2012年度オープンキャンパス「痴漢冤罪事件」で傍聴人の挙手により有罪無罪を決めたことに着想を得ている。なお、館山セミナーハウスでの大久保ゼミナール合同合宿の日程と、学生研究室である法制研究室内の合宿日程とがたまたま一致したため、法制研究室内の室員にも模擬裁判を傍聴してもらい、投票により判決を決めてもらうこととした。

1 模擬裁判台本作成にあたっての工夫

(1) 役名

裁判長と検察官の役名は、ゼミ生の出身地を氏とし、法律用語を名としたものであるが、その他の役名は、入れ墨にまつわる氏名となっている。

- ・裁判長 千住証（せんじゅ あかし）
- ・検察官 流山正義（ながれやま まさよし）
- ・弁護士 古見純之助（ふるみ じゅんのすけ）
- ・被告人 入墨針尾（いりずみ はりお）
- ・証人（客） 角色男（すみ いろお） 職業 カラーコーディネーター
- ・鑑定人（医師） 住吉健康（すみよし たけやす）

(2) 住所等

住所等についても、入れ墨にまつわるものになっている。

- ・被告人の住所 堀川県堀入市桜吹雪87番地
- ・被告人の入れ墨店 彫墨（ほりずみ）
- ・被告人の出身中学校 堀入市立田等（たとう）中学校
- ・証人（客）角色男の住所 堀川県堀入市般若8丁目2番8号
- ・かつての堀川藩藩主 澄星（すみほし）氏

(3) その他

被告人役の顔にはフェイスマスクをつけてもらった。また、証人(客)役の背中には風神・雷神・龍・虎のタトゥーシールを貼ってもらった。さらには、弁護人の腕には「違憲」「無罪」のタトゥーシールを貼ってもらった。通常の裁判ではありえないことであるが、説得力をもたせるため、模擬裁判中、これらのタトゥーシール等を見せてもらった。

2 模擬裁判の判決とその理由

館山セミナーハウスで模擬裁判を行い、模擬裁判を傍聴した大久保ゼミナール4年生と法制研究室室員に判決とその簡単な理由を投票してもらった。その結果、有罪4名、無罪17名で、被告人は無罪となった。その内訳を以下に示す。

(1) 大久保ゼミナール4名 うち有罪2名 無罪2名

- ・ 4年男子 有罪 医師免許を取得していないにもかかわらず、医療行為を実行したから。
- ・ 4年男子 無罪 自己責任だと思うから。
- ・ 4年男子 有罪 どんな理由であれ医師法に違反していることは明確である。
- ・ 4年女子 無罪 有罪にしてもよいと思ったが、入れ墨の正当性のためにも、これから色々決めていけばいいと思ったから。

(2) 法制研究室17名 うち有罪2名 無罪15名

- ・ 4年男子 無罪 本件に関しては免許制にすることによる実質的妥当性を有していない。
- ・ 3年男子 無罪 職を失ったら生活が大変だから。
- ・ 3年男子 無罪 被告人だけでなく5,000人の職を失わせることになるから。
- ・ 3年男子 無罪 彫り師は長年伝統的に家業として受け継がれており、有罪とすると職を失う人がいる。

- ・ 2年男子 無罪 代々受け継がれてきた職が失われてしまうため。
- ・ 2年女子 無罪 代々受け継いできた技術無くしてしまうのは忍びないから。
- ・ 2年女子 無罪 (医師法の規定を) 元々知らなかった1人だけの問題ではないから。
- ・ 2年男子 無罪 他人の体に針をさしキズをつけてはいるが、医療行為ではないと思うから。
- ・ 2年女子 有罪 皮膚へのダメージが多く、医療知識が必要となるケースもあるから。
- ・ 2年女子 有罪 針等を用い、皮膚にさすというのは医療行為と変わらないと思うため。
- ・ 2年女子 無罪 消毒やケアをきちんとしているし、なにより評価も高く、代々続いているものだから。
- ・ 1年男子 無罪 危険はない。医療行為には当たらない。
- ・ 1年女子 無罪 入れ墨を入れる行為は医療行為ではないと思うから。
- ・ 1年女子 無罪 検察官の主張は主に病気になってしまうという理由だけで説得力はなかったと思う。伝統的な技術は大切だと思う。
- ・ 1年男子 無罪 入れ墨を入れる医師など見ないほど少なく、彫り師たちは今から医師免許を取るにはとても難しいため。
- ・ 1年男子 無罪 今回の場合は事故や事件が起きないようにしていたので。
- ・ 1年男子 無罪 反省しているから。

3 検討

筆者は、被告人の行為は医行為にあたるとしながらも、医師法17条を適用して被告人を有罪とすることは、憲法の保障する職業選択の自由を極端に制限すると考えていた。しかし、模擬裁判を傍聴した大久保ゼミナール4年生や法制研究室の室員には、1人も憲法のことを触れる者がいなかったことは

特筆に値する。中には成り立たない理屈を述べる者もいたが、多くの者が直接的に被告人の入れ墨施術行為が医行為にあたるかどうかを判断している。

この判断の仕方は、最高裁判所決定の理由に近いものがあり、注目すべきである。

五 むすびにかえて

1 法律上の争いについての模擬裁判について

通常、模擬裁判は、事実の存否を争う形で行われる。しかし、本稿のように、憲法違反・法律違反・判例違反といった法律上の争いを扱う形で行う模擬裁判も、やり方によってはありうる。典型論点について学説がいくつかある場合には、模擬裁判を通じて学生とともにその論点を考えるということがあってもよい。むしろ、このような形の模擬裁判のほうが、単に傍観しているだけの学生を生み出さず、模擬裁判への学生の参加を促すことにつながる可能性があるともいえるであろう。

2 模擬裁判傍聴者の裁判への参加について

裁判傍聴や模擬裁判傍聴をすること自体、裁判に関心があると評価できるのであるが、模擬裁判であれば、やり方によっては、模擬裁判傍聴者にも、単なる傍観者ではなく、模擬裁判に積極的に参加してもらうことは十分可能である。他大学ゼミナールの模擬裁判員裁判では、裁判員役を模擬裁判傍聴者からの抽選で選出する例がある。大久保ゼミナールのように模擬裁判員裁判を行うことのできる人数のゼミ生が集まらない場合には、2012年度の本学オープンキャンパス模擬裁判のように傍聴者の挙手により被告人の有罪・無罪を決めたり、本稿のように、傍聴者に被告人の有罪・無罪およびその理由を投票させたりすることで、模擬裁判傍聴者に模擬裁判への参加を促すことができよう。

3 模擬裁判について

筆者の専門は民法であり、刑事法も訴訟法も専門外である。また、2012年度に本学で模擬裁判を始めるまで、模擬裁判について直接指導を受けたことはなかった。そのため、諸先生方の手助けをいただきながらも、手探りのまま模擬裁判を続けてきた。その結果、完成度には疑問があるものの、安定して模擬裁判をすることができる体制にすることができた。

昨今、アクティブラーニングや主権者教育、学生の主体的学修などが叫ばれているが、模擬裁判を教員と学生とで協力して作り上げていくことで、これらの目的を達成することができよう。

もっとも、模擬裁判は、学生募集をはじめ準備に相当な労力を必要とする。そのためか、かつて、本学の教員が、任された模擬裁判を投げ出したり、特定の教員に模擬裁判の担当を押しついたりしたことがあったようである。模擬裁判を担当する教員には、いきなり高い水準を要求するのではなく、継続できるように温かい目で見守ることが必要であろう。

筆者は今後も継続的に模擬裁判を続けたいと思う。

〔注〕

- (1) 後掲大阪地判平成29年9月27日。
- (2) 後掲大阪高判平成30年11月14日。
- (3) 後掲最決令和2年9月16日。
- (4) 日本大学元教授・日本法育学会理事の船山泰範弁護士である。本学の模擬裁判への様々なご指導に改めて感謝の意を述べたい。
- (5) 学生の募集に際して、本学の宇都宮充夫名誉教授、山本雅子元教授、堀毅元教授から、ゼミ生への呼びかけなど様々な協力をいただいた。ここに改めて感謝の意を述べたい。
- (6) 当時日本大学講師であった日本法育学会理事の杉山和之志學館大学准教授である。本学法学部出身である。本学オープンキャンパス模擬裁判への惜しめない協力を改めて感謝の意を述べたい。
- (7) 小田司「民事紛争の解決と民事訴訟」小田編『Next 教科書シリーズ民事

- 訴訟法』(2012年) 2頁.
- (8) 関正晴「刑事訴訟制度の意義と刑事訴訟法」関編『Next 教科書シリーズ 刑事訴訟法』(弘文堂, 2012年) 2頁.
- (9) 関・前掲 2頁.
- (10) 数少ない例として, 小島武司・加藤新太郎・那須弘平編『民事模擬裁判のすすめ』(1998年)がある.
- (11) 参考判例は, 東京地判平成24年4月26日判タ1386号376頁.
- (12) 参考判例は, 横浜地判平成24年3月21日判タ1398号366頁.
- (13) 参考判例は, 大阪地判平成23年4月12日判タ1398号374頁.
- (14) 参考判例は, 東京地判平成26年4月14日判タ1411号312頁.
- (15) 参考判例は, 東京高判平成24年1月18日判タ1399号368頁.
- (16) 参考判例は, 京都地判平成25年8月30日判時2204号142頁.
- (17) 参考判例は, 東京高判平成27年8月12日判時2317号136頁.
- (18) 参考判例は, 札幌高判平成28年5月20日判時2314号40頁.
- (19) 参考判例は, 後掲大阪地判平成29年9月27日と, 後掲大阪高判平成30年11月14日.
- (20) 参考判例は, 千葉地判昭和62年9月17日判時1256号3頁.
- (21) あびこ祭模擬裁判に尽力いただいた日本法学会の平野節子理事長や船山泰範弁護士に改めて感謝の意を述べたい.
- (22) 参考判例は, 東京高判平成30年2月27日判時2409号118頁.
- (23) 大阪地判平成29年9月27日判時2384号129頁, 判タ1451号247頁. 判例解説として, 佐々木雅寿・法学教室449号(2018年)121頁, 小山剛・判時2360号(2018年)141頁, 小山剛・判時2408号臨時増刊憲法訴訟の実践と理論(2019年)249頁, 高田倫子・新・判例 Watch23号(2018年)19頁, 城下裕二・新・判例 Watch23号(2018年)175頁, 新井誠・広島法学42巻3号21頁などがある.
- (24) 大阪高判平成30年11月14日判時2399号88頁. 判例解説として, 笹田栄司・法学教室462号(2019年)152頁, 前田雅英・捜査研究68巻8号(2019年)16頁, 曾我部真裕・判例評論728号(2019年)132頁, 武藤貞朗・東洋法学63巻3号(2020年)145頁, 新井誠・広島法学43巻4号(2020年)77頁などがある.
- (25) 最決令和2年9月16日裁判所 web ページ.
- (26) 米村滋人『医事法講義』40頁.
- (27) 第190回国会衆議院厚生労働委員会の平成28年3月9日議事録6頁初鹿昭博委員発言.