

**2021年 予備試験スタンダード論文答練（第1クール）****第1回（憲法1）第2問 解説**

辰巳専任講師・弁護士  
松永 健一先生御担当  
辰巳法律研究所

**【問題】**

次の文章を読んで、後記の【設問】に答えなさい。

近年、入れ墨（タトゥー）の彫師には医師免許は不要か、別の資格を設けるべきではないかなどの問題について議論されている。入れ墨は、歴史的には、江戸時代に発展したものの、明治時代には「ホリモノ」として禁止され、旧刑法下では施術者も刑罰の対象とされ、1948年の軽犯罪法により解除されるまで、彫り物及び施術の禁止が続いていた。

入れ墨の施術方法には、手彫りや機械彫り等いくつかの方法が存在するが、いずれの方法にしても、入れ墨は、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、定着させるという過程を経るものである。そのため、入れ墨は、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から、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、入れ墨は、色素を真皮内に注入するものであるから、色素が人体にとって異物である以上、アレルギー反応が生じる可能性がある。さらには、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イ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、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。

以上の危険性に照らして、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、選択する必要があるのではないかと、また、施術中には、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、適切な措置をとる必要があるのではないかと、さらに、施術後も、ウイ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のではないかとの指摘がされている。

そこで、A省では、医師法第17条の「医師でなければ、医業をなしてはならない。」との規定につき、入れ墨の施術者による施術行為は、「医業」に該当するとして、医師免許を要するとの解釈指針を示すこと（以下「本件措置」という。）を検討している。本件措置に係る指針に従った場合、一般的に、入れ墨の施術を行おうとする者は、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、医師免許を取得しなければならない。なお、海外主要国において、入れ墨の施術に医師免許を要求している例は見られない。

本件措置については、施術者との関係において、入れ墨の施術に医師免許を要求することは、当該業界への参入を禁止し得るような強大な制約となるのではないか、入れ墨による危険性があるとしても、その施術者に医師免許を要求することは過度な規制ではないか、諸外国で見受けられるような許可制（米国ニューヨーク州）や届出制（ドイツやフランス）でも十分に対処し得るのではないかといった主張も見受けられた。また、現代では、入れ墨は、ファッション感覚で施すものから思想・宗教といったより真摯な動機に基づくものまで、様々な理由で施されているところ、入れ墨の施術者に要求されている本質的な業務内容は、医師の業務とは異なるのではないかと疑問視された。

しかし、入れ墨の施術者に対する法規制が現行法上存在せず、その施術の上記危険性に照らして、本件措置を講じる方向で議論が進んでいる。

#### 〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、本件措置に含まれる憲法上の問題を論じなさい。

なお、表現の自由（憲法第21条第1項）について論じる必要はない。

**【資料】 医師法（昭和23年法律第201号）（抄録）**

第1条 医師は、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。

第1条の2 国、都道府県、病院又は診療所の管理者、学校教育法（昭和22年法律第26号）に基づく大学（以下単に「大学」という。）、医学医術に関する学術団体、診療に関する学識経験者の団体その他の関係者は、公衆衛生の向上及び増進を図り、国民の健康な生活を確保するため、医師がその資質の向上を図ることができるよう、適切な役割分担を行うとともに、相互に連携を図りながら協力するよう努めなければならない。

第2条 医師になろうとする者は、医師国家試験に合格し、厚生労働大臣の免許を受けなければならない。

第17条 医師でなければ、医業をなしてはならない。

第31条 次の各号のいずれかに該当する者は、3年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 第17条の規定に違反した者

二 （略）

2 前項第一号の罪を犯した者が、医師又はこれに類似した名称を用いたものであるときは、3年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

**【出題の狙い】**

職業選択・営業の自由は、予備試験では平成26年に出題されており、平成29年には財産権が出題されている。周期的に本年度での出題が十分に予想されると考え、出題した。

なお、入れ墨（タトゥー）施術者が医師免許を有さずに施術したとして医師法違反を理由に起訴された事件については、大阪で平成29年から争われている。施術者に医師免許を要求することは、第1審では憲法22条1項・21条1項・13条に反しないとして有罪とされた。控訴審では構成要件非該当を理由に無罪の判決が下されているが、その際、傍論として、施術者に医師免許を要求することは、職業選択の自由との関係で疑義が生じるとしている。最高裁の判決ははまだ出されていないものの、医師免許の要否は、過去の最高裁判例である薬事法違憲判決等を参考として考えることができ、受験生にとって有益な素材となると考え、出題した。

【MEMO】

## 【配点表】

		配点
1	問題の所在 ・本件措置が入れ墨の施術者の職業選択・営業の自由（憲法22条1項）を侵害するのではないかとの指摘	1
2	保護範囲 ・営業の自由が憲法上保障されていることの指摘 ・入れ墨を施す行為が職業選択・営業の自由に含まれることの指摘	2
3	制約 ・入れ墨の施術者には医師免許を要するという点で職業選択・営業の自由に対する制約がある旨の指摘	1
4	正当化	
	(1) 違憲審査基準の定立	
	ア 職業選択・営業の自由の性質 ・自己実現の価値，社会相互関連性の大きいこと	3
	イ 規制態様 ・免許制，医師免許取得の困難性，規制目的二分論による積極・消極目的規制の認定，A省の裁量	3
	ウ 薬事法違憲判決との類似性への言及	
	(ア) 対立する見解への言及	2
	(イ) 入れ墨の施術者に医師免許を要求することは，医師免許の取得の困難性から，実質的には本人の資格・能力等に関わらない客観的条件による規制に等しいこと	3
	エ 判断基準の定立	2
	(2) 目的審査	
	ア 立法事実の指摘 ・細菌やウイルス等の侵入，皮膚障害やアレルギー反応のおそれ，他者への感染のおそれといった施術行為の危険性	2
	イ 医師法1条の目的の指摘	1
	ウ 本件措置の規制目的の認定	1
	エ 規制目的が憲法上正当といえるかの評価	1
	(3) 手段審査	
	ア 関連性（必要性）	
	(ア) 施術行為の危険性の程度	1
	(イ) 入れ墨の現代社会的意義	1
	(ウ) 施術者に対して要求される技術の中身（医療従事者と比較して）	2
	(エ) 入れ墨に伴い障害が生じた場合の医師による事後的対処	2
	(オ) (ア)から(エ)までを踏まえた目的と手段との関連性の評価	3
	イ 手段自体の合理性	
	(ア) 現行法上入れ墨の施術者に対する規制がないことの指摘	2
	(イ) 海外主要国における入れ墨の施術者に対する法的規制	1
	(ウ) 日本国内での届出制や研修等による規制での危険発生防止の実効性	2
	(エ) 入れ墨に伴い障害が生じた場合の医師による事後的対処	1
	(オ) (ア)から(エ)までを踏まえた手段自体の合理性の評価	2
5	結論	1

基本配点分	合計	40点
加点评価点 (論述の流れがよいもの、条文を丁寧に挙げているもの、等には加点する。)	合計	5点
基礎力評価点 (①事例解析能力、②論理的思考力、③法解釈・適用能力、④全体的な論理的構成力、⑤文章表現力、各1点)	合計	5点
総合得点	合計	50点

**【論 点】**

- ・ 営業の自由の規制の違憲審査基準

**【参考文献】**

- ・ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店，第7版，2019）P. 233～9
- ・ 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』（有斐閣，第5版，2012）P. 470～481
- ・ 渡辺康之ほか『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社，2016）P. 323～337
- ・ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣，第5版，2020）P. 275， 279～286
- ・ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣，第4版，2017）P. 261， 265～272
- ・ 新井誠ほか『憲法Ⅱ 人権』（日本評論社，2016）P. 178～185
- ・ 憲法判例百選Ⅰ（第6版）96， 97， 99， 100事件
- ・ 憲法判例百選Ⅰ（第7版）91， 92， 94， 95事件
- ・ 『平成30年度版 趣旨・規範ハンドブック1 公法系』（辰巳法律研究所，2019）  
P. 78～80
- ・ 『条文・判例スタンダード1 公法系憲法』（辰巳法律研究所，2016）P. 283～293



## ● 答案の全体の流れ ●

### 1 総論

本問では、入れ墨の施術者に対して医師免許を要求することの適否が問われている。これは、本件措置（A省の解釈指針）の合憲性を問う問題である。

本件措置については、施術者の営業の自由、職業選択の自由に対する制約として、医師免許を要求することが合憲であるかを、過去に存在する薬事法違憲判決や司法書士法違反事件判決等に照らして、結論付けることが求められる。

本問は、設問のとおり、あくまで問われているのは自己の見解であるから、主張→反論→私見という流れで書く必要はない。

### 2 本件措置について

まず、本件措置については、入れ墨の施術者による施術行為が保護範囲として職業選択・営業の自由に含まれ、それが制限されていることは、明らかであるため、受験生としては、書くとしても短めに論じることが望ましい。そして、問題となるのは、本件措置の正当化である。正当化については、基本的に権利の重要性と規制態様から考える必要がある。本問では、職業選択・営業の自由という経済的自由権であるとしても、規制目的二分論に立脚し、積極目的であるのか、消極目的であるのかの認定を行い、違憲審査基準の定立を行うことも考えられる。他方で、本件措置では、あくまで、入れ墨の施術者に対する医師免許の要否という資格制が問題となっていることから、司法書士法違反事件判決を参照して論じることが考えられる。いずれの判決にならぬ、ないしは自己の見解に従い、違憲審査基準を定立するとしても、説得的な論述が求められる。

そして、目的については、入れ墨の施術における危険性という立法事実を照らして、憲法上正当といえるかを検討する必要がある。

次に、手段については、入れ墨の施術者に医師免許を要求することは、過度な規制とならないか、代替手段はないのかといった事項について、問題文の事実を抽出し、それを評価して論じていく必要がある。その際には、自己の見解と異なる事情を考慮することが求められる。

## 2021 予備試験スタンダード論文答練（第1クール）憲法1 講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一講師

..... サンプル版のため中略.....

## 2020 予備スタ論（第1クール）憲法1 第2問

### 1 保護範囲

入れ墨を施術する自由⇨営業の自由⇨職業選択の自由（22条1項）

（∵入れ墨を施術することで生計を立てている。）

### 2 制約

医師免許を要するとし、無免許者による施術を禁止している。

→制約あり

### 3 正当化

・権利の重要性：自己の生計+自己の技術や美的センスに基づく施術

・規制態様の厳しさ：規制目的二分論の指摘…消極目的規制

免許制…施術がそもそもできなくなる。

懲役という刑罰…萎縮効果が大きい。

厳格な基準の採用

### 4 あてはめ

#### ①目的

入れ墨の施術により生じ得る被施術者への保健衛生上の危険の発生の防止

#### ②手段

危害が生じたときに病院に行き、対処することも可能である。

海外との比較

## 模範答案

予備試験スタンダード論文答練（第1クール）  
第1回（憲法1）第2問

## 辰巳法律研究所

## 解答例（作成：辰巳法律研究所）

## P.1 1 問題の所在

2 本件措置は、入れ墨の施術者に対し、医師免許を要求していることから、この資格を有しない入れ墨  
3 の施術者の営業の自由ひいては職業選択の自由（憲法22条1項）を侵害し、違憲ではないか。

## 4 2 保護範囲

5 憲法22条1項は職業選択の自由を保障している。そして、自ら選択した職業を遂行できなければ無  
6 意味であるから、同項は営業の自由についても保障しているといえる。

7 本件において、施術者は、被施術者に対し、入れ墨を施すことにより、自己の生計を立てているので  
8 あるから、施術者の入れ墨を施す自由は、営業の自由に含まれ、憲法22条1項によって保障される。

## 9 3 制約

10 本件措置は、入れ墨の施術者が入れ墨を施すためには医師免許を要すると解しており（医師法17  
11 条）、これに違反すると、3年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金（医師法31条1項1号）と  
12 いう制裁を伴って、無免許による施術を禁止している。したがって、施術者は、医師免許を有しない限  
13 り、入れ墨を施すことができず、施術者の上記自由に対する制約がある。

## 14 4 正当化

## 15 (1) 違憲審査基準の定立

16 ア 施術者による入れ墨の施術という営業の自由は、自己の生計を立てるのみならず、自己の技術や  
17 美的センスに基づき施術行為をし、個人の人格・個性の発展を図るという自己実現の価値を持つ重  
18 要な権利である。

19 他方で、営業の自由は、社会相互関連性が大きく、公権力による規制の要請が強い面がある。

20 もっとも、本件措置は、医師の免許制という、各種の資格制の中で極めて強大な制限であり、  
21 規制態様の強度は強い。そして、医師法は、「国民の健康な生活を確保する」ことを目的としてお  
22 り（医師法1条）、この目的は、医療行為という国民の生命・身体に密接に関連する事項について、  
23 資格のある者による行為を認め、国民の生命・身体を保護しようとするに於けるものだから、消  
24 極目的規制である。そうすると、営業の自由という経済的自由権といえども、民主的基盤を持た  
25 ない裁判所が審査能力に乏しいとはいえない。

## P.2

26 そこで、本件措置の合憲性については、薬事法違憲判決にならない、厳格な合理性の基準によ  
27 って判断すべきであり、本件措置の合憲性については、①当該措置が重要な公共の利益のために必  
28 要かつ合理的であるか否か、②より緩やかな制限によってその目的を達成できるかどうかによ  
29 って判断する。

30 イ これに対し、本件措置は、施術者に対し、入れ墨を施すには医師免許が必要であるという本人の  
31 資格・能力に関するいわば主観的条件を要求したものにすぎず、本人の資格・能力に関わらない客  
32 観的条件による規制とは自ずから異なるから、薬事法違憲判決にならうのではなく、むしろ、本件  
33 は、施術者の医師免許の要否という資格制が争点であるのだから、司法書士法違反事件判決になら  
34 い、本件措置の合憲性については緩やかに判断されるべきであるとの反論が考えられる。

35 しかし、医師免許を取得するには、大学の医学部において6年間修学した後、医師国家試験に  
36 合格する必要がある、免許取得までの労力・経済的負担を考慮すると、実質的には客観的条件と  
37 も言える強大な規制である。

38 そうすると、医師免許という主観的条件を要求しているといっても、本件措置は、施術者に対  
39 する強力な制限であるといえるから、薬事法違憲判決にならない、厳格に判断すべきである。

## 40 (2) 目的審査

41 本件措置は、入れ墨の施術において、細菌やウイルス等が侵入しやすくなり、被施術者に様々な皮  
42 膚障害、アレルギー反応等が生じる可能性及び施術者が血液や体液の管理を確実に行わなければ、施  
43 術者自身や他の被施術者に感染する危険性が存在することから、入れ墨の施術行為が医師法17条の  
44 「医業」に該当し、免許を要するものである。

P. 3 そうすると、本件措置の目的は、入れ墨の施術により生じ得る被施術者への保健衛生上の危険の  
46 発生を防止することであるといえる。この目的は、医師法1条に定められた目的に資するものである  
47 上、ひいては国民の生命・身体を保護しようとするものであるから、重要な公共の利益を保護しよう  
48 とするものである。

49 (3) 手段審査

50 ア 関連性（必要性）

51 入れ墨の施術には前述した危険性があることに照らすと、入れ墨の施術者は、どのような方  
52 法・環境で施術を行うかを検討し、選択する必要がある。また、施術中には、状況を適切に把握  
53 して臨機応変な対応が求められ、さらに、施術後も、施術に使用した針等、血液や体液が付着し  
54 た用具や廃棄物を適正に処理することが求められる。そうすると、施術者に医師免許を要求する  
55 ことについては、前記目的との間に実質的関連性が認められ、必要性が認められるとの見解があ  
56 り得る。

57 確かに、入れ墨の施術は、皮膚の真皮内に色素を注入するという身体への侵襲を伴うものであり、  
58 その性格上、前述のとおり、感染症やアレルギー反応などについての保健衛生上の知識・技能が  
59 要求される。しかし、それは、医師免許の取得に当たって要求されるほどの高水準のものでは  
60 なく、限られた範囲の基本的なものである。また、仮に、入れ墨の施術に伴い被施術者に上記  
61 危害が生じた場合には、その後、病院へ行き、医師に適切に処置してもらうことで対処可能であ  
62 るともいい得る。

63 そうすると、入れ墨の施術者に医師免許を要求することは、施術業に参入することに対する強い  
64 制約となる一方で、医師免許を要求しなくても、社会的に許容できるほどの安全性を確保する  
65 ことは可能である。

66 他方で、入れ墨は、その現代社会的意義に照らすと、装飾的ないし象徴的な要素や美術的意義  
P. 4 があり、施術者において本質的に要求される内容は、その施術の技術や美的センス、デザインの  
68 素養等の修得であり、医療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る。  
69

70 したがって、本件措置には、目的との間に実質的関連性が認められないから、必要性が認めら  
71 れない。

72 イ 手段の合理性

73 確かに、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  
74 の危害を生じるおそれのある行為なのであるから、現行法上、入れ墨の施術者に対する規制が存在  
75 しないことからすると、これを行うには医師免許を求めるという規制以外の他の緩やかな手段  
76 が考えられないともいい得る。

77 しかし、海外主要国では、入れ墨の施術者に対し、医師免許を要求している国は存在せず、あ  
78 くまでも医師の行うべき医療行為とは別個の規制を課している。そうすると、我が国においても、  
79 施術者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医師免許よりは簡易な資格制  
80 度を設けるといった規制であっても、十分に保健衛生上の危害の発生を防止することは可能である。  
81 そして、入れ墨の施術によって障害が生じた場合には、医師が治療をすれば足り、これらに  
82 より、入れ墨の施術による前記危険性は除去し得るといえ、実効性のある規制となる。そうすると、  
83 本件措置は、規制手段として過度な制約であるといえる。

84 したがって、より緩やかな制限によって目的を達成できるといえるから、手段の合理性が認め  
85 られない。

86 5 結論

87 本件措置は、入れ墨の施術者の職業選択・営業の自由を侵害し、違憲である。

88 以上