

刑事裁判における、法学研究者の意見の取り扱いについて

——大阪タトゥー裁判を振り返りながら——

川 上 博 之

はじめに

大阪タトゥー裁判の概要

法学研究者という専門家の特殊性

一審での法学研究者意見書の提出方法

法学研究者意見書の内容と特徴

立法事実についての裁判例

法学研究者意見書について、伝聞法則等の観点からの検討

「法解釈」という特殊性についての検討

証人尋問と意見書の関係性の検討

控訴審での法学研究者意見書の利用方法

複数の意見書的重要性

上告審での法学研究者意見書の利用方法

最後に

はじめに

私が本誌の末席に加えていただいているのは、いわゆる大阪タトゥー裁判の⁽¹⁾上告審において、小山剛先生のご協力を賜れたご縁のおかげである。同事件では、一審の大阪地裁での有罪判決のあと、大阪高裁で逆転無罪判決⁽²⁾が言い渡され、同高裁判決では憲法二三条についても言及された。検察官上告を受け、憲法論を盤石にするため

に、小山先生に意見書を作成していただいたのである。後述するが、同意見書は決定中の理由にも反映され、上告棄却決定に大きく寄与することとなった。⁽⁴⁾

同裁判では、多くの専門家の意見が法廷に顕出され、素晴らしい判決につながった。しかし、法学研究者の意見の刑事裁判への提供方法や取り扱いについては、直接判断した裁判例は見当たらない。実務の運用も一定ではないようであり、理論的にも十分整理されていないようである。そこで、本稿では、タトゥー裁判における実践を紹介しつつ、議論を掘り下げてみたい。もっとも、現状の実務が一定でないことからわかるように、事件の内容や争点、意見の内容、審級など、考慮要素は非常に多く、一概に論じられないことを最初にお断りしておかねばならない。

大阪タトゥー裁判の概要

タトゥー裁判とは、大阪で彫り師をしていた男性が、顧客にタトゥーを施術した行為について、無免許の医療行為であるとして医師法一七条違反の罪に問われた事件である。主要な争点は、医師法一七条の解釈と、本件に医師法一七条が適用されるとすると、憲法違反（職業選択の自由、表現の自由等）が生じないかという二点であった。

医師法一七条に関する従来の行政解釈及び通説は、『⁽⁵⁾医業⁽⁶⁾』とは当該行為を行うに当たり、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為（医行為）を、反復継続する意思をもって行うこと」とされており、検察官はこの立場からタトゥー施術行為は医行為に該当すると主張していた。弁護人は、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のうち」とい

刑事裁判における、法学研究者の意見の取り扱いについて

一審			
証拠の標目	内容・立証趣旨	検察官意見	対応
辰井聡子教授 ⁽⁷⁾ 意見書	医師法 17 条の 「医業」の解釈等	不同意	書証撤回 証人尋問請求 尋問実施
高山佳奈子教授 ⁽⁸⁾ 意見書	入れ墨は医師法の 「医行為」でなく無資 格医業罪に該当しないこと	同上	書証撤回 証人尋問請求 尋問実施
控訴審			
辰井聡子教授 意見書	医師法 17 条の 「医業」の解釈等	不必要 伝聞性争わず	事実取調請求 採用
宇都木伸教授 意見書	タトゥーを施術する 行為の医業該当性等	同上	同上
曾我部真裕教授 ⁽⁹⁾ 意見書	医師法 17 条の解釈に 関する憲法上の問題 等	同上	同上
平林勝政教授 意見書	医事法学会における 「医行為」に関する議 論状況等	同上	同上
諸外国における タトゥー規制状況に 関する報告書	諸外国におけるタト ゥー規制状況	同上	同上
上告審			
辰井聡子教授 意見書	医師法 17 条の 「医業」の解釈等		答弁書添付
小山剛教授 ⁽¹⁰⁾ 意見書	職業と資格 彫師に 医師免許を要求する ことの憲法適合性		答弁書添付

う要件、すなわち「医療関連性」という要件が別途必要であるとの主張を行った。この立場からは、タトゥー施術行為は医療関連性を欠くため、医行為に該当しなくなるのである。

それぞれの争点に関して、各審級では概要、別表のような弁護人立証が行われた。このほかにタトゥーの制度や実態をめぐる立証も多岐にわたったが、ここでは法学研究者の意見書に絞って紹介する。

なお、意見書と同内容ではないが、参考となる論文を文末脚注としてあげている。

法学研究者という専門家の特殊性

いわゆる専門家証人の特殊性について、刑訴法の規程から導かれるのは、一般の証人が事実を語ることを予定され、自身の体験に基づかない推測や意見を述べることが許されない(刑訴法一五六条、刑訴規則一九九条の一三第二項三号、四号)のに比べ、専門家証人は意見を述べるものが許され、むしろ予定されている立場にあるということである。特別な学識経験を有している者であり、すぐに想起されるのは、医師などの科学者であるが、その種類に制限はない。学識経験は必ずしも「科学」に基礎を置くものに限られず、「技術」や「経験」に基づくものであってもよいといわれる。⁽¹⁾

こうした専門家の中でも、さらに法学研究者という専門家の特徴は、その専門分野について、裁判官も専門性を有しており、法解釈は裁判官の専権(裁判員法六条)とされているという点である。そのため、弁護人が法学研究者の意見を必要とするのは、必然的に、これまでの判例がない場面(新しい分野、珍しい分野)、判例の見直しが必要となる場面(立法事実の変化がある)に多くなるであろう。そして、当該専門意見の必要性(当該専門家により専門性を補完する必要性)は相当慎重に吟味されることになるだろう。

こうした特徴が、実際の裁判においてどのように影響を及ぼすか、まずは法学研究者の意見の提出方法について検討してみることにする。

一審での法学研究者意見書の提出方法

刑事裁判で法学研究者に協力してもらう方法として最初に想起されるのは、研究者に意見書を作成してもらうことであろう。もっとも、実際の裁判への直接関与は無くとも、弁護人が、研究者に依頼して、意見交換や、弁護活動への助言を受けながら、主張の整理を行う場合もある。この段階で弁護人が研究者から受けたアドバイスは、弁護人の主張としてではあるが、間接的に法廷に顕出されることになるのであり、広義では法学研究者の意見の顕出方法の一つであろう。しかし、この方法は、単なる法律実務家に過ぎない弁護人の意見という形をとるため、立法事実や他の関連法規、裁判例等について日々精緻な研究を重ねている法学研究者の意見書や証人尋問に比べると、その重みも権威付けも不十分とならざるを得ず、自ずとその意見の正当性にも疑問を抱かれやすいことは否定できない。

タトゥー裁判においても、多数の法学研究者への相談を経て、弁護人の主張が組み立てられていった。そして、それに加え、法律の解釈や憲法違反の有無について、弁護人の主張の正当性を裏付けるために、法学研究者の意見書を作成してもらうことになった。もっとも、この意見書をどうやって裁判所に提出するかということが思案のしどころであり、裁判所の判断例もなく、現状の実務も未整理な部分である。

ここで検討の観点となるのは証明の要否である。このテーマに関して、文献は多く見当たらないが、石井正氏の書籍¹²⁾によれば「法規や経験法則の存否及び内容は裁判官が事実を法律にあてはめる際に用いる準則であるか

ら、もともと証明の対象とはならないものである。法規の解釈に関連する事項（判例・学説の存否、内容など）、法規の合憲性に関する事項なども同様である。これらの事項については、裁判官が覚知しているときはその知識を用い、覚知していないときは裁判官が自由に探知してこれを明らかにすることができる。探知の方法および対象に訴訟法上の制限はない」とされている。

更に、同書籍にも紹介されている東京地裁の決定（指紋押捺に関する外国人登録法の規定の合憲性が争点となった事案⁽¹³⁾）の中にも次のようなものがある。

「法解釈や憲法適合性は法の正当な適用を職責とする裁判所が自らの責任において判断すべき事項であり、その資料もまた、裁判所が必要とする範囲で独自に収集・調査すべきものであるから、本来、その資料については刑事訴訟法上の証拠能力の具備も要せず、また、厳格な証拠調べ手続に従って取り調べられなければならない性質のものではない」

この立場を全面的に踏襲すれば、弁護人が依頼して作成された法学研究者の意見書は、証拠調べ手続を経ずとも、法解釈の参考資料として裁判所に提出できることになるようにも思える。意見書が裁判官の目にとまり、裁判官のアイデアの一部になれば、弁護活動としてはある程度成功したといえるだろう。この取り扱いは、意見書を書証として請求したが検察官が不同意意見を述べた場合に、伝聞法則の問題を乗り越えなければ証拠調べが実現しない（証人尋問が必要となる）ことと比べたときに、少なくとも裁判官の目に触れさせるという意味では、簡潔で魅力的にもみえる。しかし一方で、伝聞法則等との関係で常にこのような方法が許容されるとは考えにくい。

法学研究者意見書の内容と特徴

ここで分岐点となるのは意見書の内容だと思われる。法規の解釈に関する事項として、判例・学説の存否や内容紹介に留まるのであれば、伝聞法則の潜脱の問題は生じにくいだろう。しかし、そのような内容に留まる意見書を、そもそも弁護士や裁判所が必要とするかは疑問が残る。

刑事裁判において求められている意見書である以上、一般的な法解釈論等に終始するのではなく、最終的には当該被告人に対する法適用の是非までが求められる結論となる場合が多いだろう。その結論を導く過程では、当該事案の事実関係（司法事実）も踏まえた検討が行われることとなる。これは例えば法医などの専門家証人でも共通するところがある。意見の内容は単なる医学上の法則だけが対象となるのではなく、当該事案においてどのような死因が考えられるかがテーマとなり、それは一般的抽象的な可能性に留まるのか、当該事案での各種検査データとの整合性はどうか、などの点が実際には重要となってくる。また、法解釈に関する意見書が求められる典型例は、これまでの判例がなく学説も未整理の分野（新しい分野や珍しい分野）に関する場面や、判例や通説の見直しが必要となる場面などであり、そうした場合には、意見書の内容は立法事実の有無や評価に踏み込んだものになるだろう。このように、いわゆる司法事実と立法事実の一方あるいは双方の提示と評価を含むことが、法学研究者の意見の特殊性なのである。

立法事実についての裁判例

前述のように、法学研究者の意見書の取り扱いに関する裁判例は見当たらない。この点、「法解釈に関する資

料」という共通点がある立法事実に関しては、立証の必要性や方法に関する裁判所の判断例がいくつか存在する。そこで、本稿ではこれらを参照するが、そもそも立法事実に関する資料といっても、その内容は多岐にわたることに注意が必要となる。国会議事録のような客観性の高い資料もあれば、制度の歴史の変遷や、制度に対する国民の意識等に関するものも含まれるのであり、一概には論じられないのである。これらの裁判例を参照する場合には、どのような事件で、何のためにどのような資料が用いられたかを確認しなければならないだろう。なお、立法事実の証明の必要性和方法については、憲法訴訟における基本的人権の制約原理の解釈と立法裁量、合憲性推定の問題等の観点から検討している田中正人氏（当時大阪地方裁判所判事）の論文が詳しい⁽¹⁴⁾。

まず、立法事実に関して、裁判所がどのような手続で資料を入手し、判断しているか確認しておく。公職選挙法の戸別訪問禁止規定、脱法文書頒布禁止規定の合憲性が争われ、合憲性を認めた原審判断に対して、控訴審弁護士が、原審が証拠に基づかずに観念的に想定した立法事実（戸別訪問が買取等の温床になりやすいこと、文書頒布を放任すると選挙の適正な執行が害されること等）により合憲性を判断したことについて、憲法訴訟における手続面の誤りと不当性を主張した事件の控訴審は次のように判示している⁽¹⁵⁾。

「立法事実とは立法府が立法の資料として収集、認定する事実と同質のものであり、証拠により認定されるべき過去に一回限り起こった特定の事実である司法事実と異なり、法律問題としてその判断の過程で司法認知しうるものであるうえ……いわゆる立法事実に関しては既に類似の判例や諸文献等があり、これらによりいわゆる立法事実とは十分認知しうるから……誤りと不当性があるとはいえない」

裁判所がこのような立法事実を証拠によらず調査・判断できることは理解できるとしても（それでも訴訟当事

者の関与の機会は確保されるべきと考えるが）、当事者から法解釈に関する資料を提出する場面においては、どのように判断されているだろうか。

この点、公職選挙法の規制立法について表現の自由侵害が争点となった事例の判決がある。⁽¹⁶⁾

「弁護人らは、わが国の選挙制度そのものの歴史の変遷、これに関連する社会構造、政治体制などの変化などのいわゆる歴史の流れや、普選法当時のいわゆる選挙干渉の実態、公選法における形式犯処罰の各規定の運用状況、選挙制度に対する国民の意識、社会現象としての戸別訪問と買収の結びつきの強さなどに関する事実主張を前提として、公選法の本件各規定のいわゆる立法事実の不存在を主張立証するというのである。してみると、弁護人らの右主張事實は、まさに右に述べた裁判所の審理の対象とすることできない、すなわち刑事訴訟手続の枠内でその存否ないし真否を確定しえない複合的ないし大量的現象としての事実関係（さらにこれに対する評価を含むもの）にはかならないから、これらについて弁護人らの立証活動を許すことのできないのもとり、これらの事実の存在を前提として公選法の本件各規定の効力を判断することも許されないものといわなければならない」

このように、ここでは弁護人の立証に制限をかけている。このケースは、広範かつ認定が困難な事実に関するものであり、そのまま参考にならないとしても、伝聞法則とは別の観点で、弁護人の立証に制限が生じうる可能性は把握しておくべきであろう。

法学研究者意見書について、伝聞法則等の観点からの検討

改めて法学研究者の意見書等の特徴を踏まえて検討すると、やはり反対当事者の立場は無視できないであろう。反対当事者からすれば、当該意見の前提となる事実関係自体に争いがある場合は当然のこと、当該研究者が必要な事情を把握しているか、見落としや評価の偏りがないか、という点で、通常の専門家と同じような観点での信用性検討（反対尋問）が必要となる場面があろう。また、過去の判例に基づく意見についても、そこで対象とされた判例の選別や各判例の評価の当否といった点に対する弾劾をしたくなることだろう。

思うに、裁判官もそうした視点も含めて当該意見の内容を検討するのではなかろうか。そして、反対当事者による批判的なチェックの過程を経ることは、当該意見の採否について大いに参考になることだろう。このような発想から、実務上は、意見書は自由な証明に委ねるのではなく、厳格な証明が求められ、少なくとも当事者の弁論による評価を受けさせる場合が多いのではないか。実際に、タトゥー裁判においても、一審、控訴審では複数の研究者の意見書を書証として証拠調べ請求をしている。

なお、タトゥー裁判一審の公判前整理手続においては、検察官の証拠意見（不同意）表明後、弁護人は、本来は自由な証明で足りる資料なのだから、検察官の証拠意見にかかわらず採用して取り調べるよう裁判所に申し入れを行っている。これに対して裁判所は、各意見書の内容が、本件の実質的違法性の争点⁽¹⁷⁾にも及ぶことから、自由な証明で足りるとの立場には立てない、との判断を示していた。

先ほどの東京地裁決定（前注13）では、立法事実に関する書証や公務所照会の回答書について次のように処理している。

「厳格な証拠調べ手続に従って取り調べられなければならない性質のものでもないが、右のような趣旨で参考資料にするにあたり、……これを一応法廷に顕出しておくのが適当と認められることもあり、書証として取り調べたという形で記録に編綴することとする」

ここから筆者の発想との答え合わせはできないが、やはり書証としての取り扱いが基本線となることは意識しておいてよいだろう。なお、この東京地裁判決では、書証以外の弁護人意見書や弁論要旨に添付された資料についても、立憲事実の検討の参考資料として考慮されており、書証という方法によらずとも、必ずしも無視されるわけではないようである。ただし、当該事例での添付資料は両院の法務委員会会議録であり、客観性の高い資料であることに注意は必要であろう。

石井氏は前掲書籍で、「裁判官の訴訟外の探知にも事実上制約があることや立憲事実に関する資料を当事者の弁論にさらす必要性から、立憲事実の探知を証拠調べの手続に則って行うことが許されないと考えられない。この方法による場合はもとより厳格な証明は要しない（……もつとも厳格な証拠調べ手続、例えば証人尋問手続によることを妨げないと解される）」⁽¹⁸⁾としている。当事者の弁論にさらす必要性に言及するなど、資料の内容、当事者の意向、裁判所の問題意識等に応じた選択がなされることが示唆されている。私見としては、議事録等の客観性の高い立憲事実に関する資料ではなく、事実の評価やあてはめを含む研究者意見書については、厳格な証拠調べ手続が必要とされる場合が多く、またそれが妥当だろうと考える。

なお、実務では、法学研究者の意見書について、体裁を若干変え、公刊物等に掲載してもらったうえで弁護人の主張書面において引用したり、添付するなどして裁判官の目に触れさせるという方法もとられることがあるようである。タトゥー裁判においては、このような目的での公刊物掲載を依頼したわけではないが、控訴趣意書や

上告審答弁書において、公刊物の判例評釈等⁽¹⁹⁾を引用させて頂いている。

「法解釈」という特殊性についての検討

専門家意見の中における法学研究者の意見の異質性としては、例えば責任能力判断の前提となる生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度について、裁判所が精神科医の意見を尊重する⁽²⁰⁾ような扱いはないことがある。これは裁判所自身が専門性を有しており、また法解釈等が裁判所の評価に委ねられるべき問題であることから当然であろう。

更に、そもそも法解釈という判断対象は、一般通用性が求められることも特徴である。訴訟当事者の争点形成や、当該事案における結論の妥当性だけを確認して完結するわけではない。つまり、当該裁判の中で、一方当事者の主張が他方当事者の主張を圧倒しても、それがそのまま判決の結論となるわけではないのである。そういう意味では、裁判所が当該意見書に「乗る」ためのハードルは非常に高い。当該事案を離れたケースでも耐えうる妥当性が求められることになる。

実は、この点に対する注意や意識が不十分であったことが、タトゥー裁判の一審における反省点である。一審では法学研究者の意見書に対して検察官が不同意意見を述べたため、研究者の証人尋問に進み、意見書自体は撤回することとなった。一審は、有罪判決となり、医師法一七条の解釈についても弁護人の主張が排斥されている。しかし、一審で証拠調べ請求をした法学研究者の意見書でも既に、医師法一七条の解釈に関しては、控訴審、最高裁における無罪判決の骨子が提供できていたはずなのである。では何が良くなかったのか、振り返りながら検討する。

証人尋問と意見書の関係性の検討

一審での証人尋問はパワーポイントを用いたプレゼン形式と質問を併せた方式で行い、研究者からは意見書の内容をわかりやすく説明してもらった。しかし、証人尋問によって専門家の意見は顕出されたものの、それで十分だったとはいえない。検察官の反対尋問によって、意見の説明はやや混乱し、裁判所からの補充尋問もほぼ無く終わってしまった。法学研究者の証人尋問の場は、専門家からの疑問をぶつけ、解消する場として機能することが期待されていたが、そのような展開とはならなかったのである。

まず、検察官の反対尋問では、当該意見の結論となる法解釈（医師法一七条の医行為には医療関連性が要求される）の妥当性を弾劾するため、行為態様や伴う危険が類似する施術行為に対する当該解釈の適用の可否についての質問が行われた。この類の質問の難しいところは、質問に正確に答えようとすれば、その別の施術行為についての知識も要求されるということである。ここにはどうしても限界がある。また、意見書で引用している文献の解釈についても質問がなされたが、質問者の読み違いにより誤導となる質問も混ざり、混乱が生じる原因となってしまった。これらは、反対尋問対策としての弁護人の準備の甘さや、適切な異議が出せなかったことも大きな原因であるが、意見書そのものに裁判所が目を通すことができれば、そのような誤導や混乱を防げたと思われる。また、裁判所の無関心さも非常に印象的であった。本来の期待と異なり、補充質問はほぼ無かったと言ってよい。これは当該裁判官の積極性次第、といえばそれまでではある。しかし、裁判官からの質問が出なかった一つの要因として、事前に裁判体が意見書の内容を検討できていなかったことが大きかったのではないかと現在は考えている。当該意見書を事前に十分に読み込んで検討し、本件の適用場面における疑問点等について調査したうえでなければ、適切な質問のポイントは見つけられなかったのかもしれない。

更に、その後裁判官が判決を起案する段階においても、意見書は裁判官の手元に必要だったように思う。弁護人の立証方法を意見書から証人尋問に切り替えるにあたり、どうしても内容が薄くなってしまうた可能性は否定できないのである。証人尋問においては、判断者が耳で一度聞いて理解できる内容とすることを重視し、枝葉の議論まで立ち入らないことを選択しがちである。これは事実認定のための証人尋問の方法論として一般的である。しかし、法解釈については、先ほど触れたような一般通用性についての配慮が必要なのである。裁判官が判決を起案するにあたり、特に従来の判例や通説を覆すことを検討するような場面であれば、当該解釈に立った場合に、枝葉の部分まで矛盾や誤りが生じないかを確認したくなるのが自然であろう。そうした起案過程で生じた疑問が証人尋問の中で触れられていなければ、疑問は解消されないままになってしまふ。この点は、証人尋問よりも、詳細な検討過程が積み上げられた論文の形式が勝っている部分だと言えるのだろう。法廷における証言よりも、様々な場面を想定し、推敲を重ねられた文章の方が、有効な資料となりうる場面があることは否定できないのである。

なお、事案や裁判体も全く異なるので単純な比較はできないものの、法学研究者の証人尋問と併せて意見書も採用された例がある。いわゆるダンス風営法違反事件⁽²¹⁾である。この事例では、第一審で弁護人が証拠調べ請求した刑法学者及び憲法学者の意見書に対して、検察官は「同意。ただし信用性を争う」との証拠意見を述べている。これを受け、各意見書は証拠採用され、先に意見書を書証として調べたうえで両研究者の証人尋問が行われている。同事件の弁護人に依頼して尋問調書を確認させて頂いたところ、証人尋問では裁判体からの補充質問も活発になされていた。そして、結果としても一審から無罪判決が言い渡されている。

この方法は、先に裁判体による法学研究者の意見の検討を経た上で尋問が実施されることになり、意見書も裁判官の手元に残るのであるから、おそらく最も合理的な方法なのであろう。意見書を前提にした主尋問、反対尋

問、補充尋問が適切になされることは、直接主義の観点からも望ましい。

もつとも、タトゥー裁判に戻って検討すれば、検察官が、研究者意見書に対する証拠意見を同意に変更するとは期待できなかった。また、弁護人の予定主張の中では研究者の意見に基づく主張がある程度提示していたが、やはり細部にまでわたるようなことはなかった。このように、証人尋問前の情報提供としては限界がある展開だったが、せめて、判決起案時の資料として意見書の全容を提供すべきであったように思う。具体的には、証人尋問の実施の際に作成の真正についても証言をしてもらい、刑法法三二一条四項（に準ずる）書面⁽²²⁾として意見書の証拠採用を求めておくのが適当だったかもしれない。また、それまでの経過に鑑みて本件では行わなかったが、他事件では弁論要旨に添付する方法もあり得よう。

実務では、一審では法学研究者の意見書に対して、検察官が信用性を争うという留保付きで同意し、書証として証拠採用されて証人尋問まで進まない場合の方が多いように感じる。⁽²³⁾ 裁判官の介入により検察官の証拠意見がそのように変更される場合もしばしばみられる。ただ、私見としては、証人尋問で裁判官との意見交換が実施されることが、より望ましいと思っている。そして、裁判官は、当該研究者の意見に否定的な場合こそ、同じ専門家として積極的に補充質問をすべきではないだろうか。

控訴審での法学研究者意見書の利用方法

控訴審では意見書の提出方法が一審とは大きく異なる。今日の実務では、控訴趣意書や答弁書の資料として研究者の意見書を添付することや、事実取調べ請求書に当該証拠の写しを添付して提出する運用が一般的である。事実上裁判官の目に触れさせるという目的は、一審よりもはるかに達成が容易となる。また、弁護人が事実取調

べ請求した書証に対する検察官の証拠意見に關しても、裁判所は当該証拠に目を通したうえで介入することが可能となる。近時、控訴審における事実取調べの実施率自体が下降傾向にあり、採用される可能性が高いなどとは言えないが、裁判所が内容を確認して必要性を感じれば、「本⁽²⁴⁾当に伝聞性を争う必要があるのか」という点については、打ち合わせ等の場で裁判所から確認がとられ、検察官が意見を修正する場合もある。

タトゥー裁判においては、第一回公判期日前に打ち合わせ期日はなく、裁判所から検察官に対する何らかの働きかけがあったのかは不明であるが、各意見書等に対する検察官の証拠意見は、いずれも「伝聞性は争わない」というものであった。そして、裁判所はこれらの証拠をいずれも採用した。控訴審の進行は、このような展開をたどったため、第一回公判期日で結審し、次回期日が判決宣告期日となった。判決では、弁護人の主張していた法解釈（提出した研究者意見書の内容）がほぼ全面的に採用され、無事に逆転無罪となった。

複数の意見書的重要性

控訴審では、一審よりも多くの研究者の意見書を提出している。その狙いは、理論的な隙間を完全に埋めるという意図もあったが、裁判所が安心して逆転無罪判決を書けるように、論理面よりも弁護人の主張に「権威付け」をするという意識であった。⁽²⁵⁾

この点を改めて整理してみると、弁護人らの主張（研究者意見書）はかつての通説的立場であったが、タトゥー裁判時の通説とされる検察官の主張とは異なるものであり、学説の議論状況や推移に対する評価についての意見も重要であった。この弁護人の主張とは、具体的には次のとおりである。⁽²⁶⁾

「初期の通説によれば、(イ) 広義の医行為とは、『人に対して医療の目的の下に行われるところの社会通念上この目的到達に資すると認められる行為をいう』と考えられており、(ロ) 狭義の医行為とは、『広義の医行為中、医師の医学的知識と技術を用いてするのでなければ生理上危険を生ずるおそれがある行為をいう』と考えられており、医師法一七条で『医師でなければ、医業をなしてはならない』という場合の医業は、この狭義の医行為を業とすることを意味すると解されていた。その後、『医行為とは医師の医学的判断及び技術をもつ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』とする立場が『現在の通説』とされるようになったが、旧来の通説と『現在の通説』の間に差異を見出すことはできず、学説上、医療関連性のない行為が医行為に当たるか否かは議論となっていないのであり、医療関連性(広義の医行為性)の脱落は意識的に行われたものではない」

こうした学説の推移に関する評価は、ある時点における事実ではなく、連続的な事象の評価であって、裁判所にとっても考慮の程度や判断が容易ではないところだったと思われる。

例えば、立法事実に関する弁護士立証が制限された前掲注(16)事件のほか、前掲注(13)事件判決でも、指紋押捺制度の運用の実態についての弁護士主張に対して、次のように判断されている。

「弁護人らの主張が基礎としているのは、個別的な証拠に基づく個々具体的な事実ではなく、いまだ解明が十分でない社会的な大量現象ないしこれに対する法社会学的考察ないし歴史的評価であると認められる……その余の大部分は刑事訴訟手続の枠内ではその存否や真否を確定できないいわゆる法社会学的事実やこれに基づく推論ないし評価を前提とするものであって、こうした議論が立法府において考慮されるのともかく、司法判断においては考慮に入れる余地がない」

タトゥー裁判において、この学説の推移が直接争点となっていたわけではないし、そうした対象に対する判断ができないことは、これらの判決の示す通りなのであろう。実際に控訴審判決でもこの部分に対する認定が直接されたわけではない。しかし、過去の判例や各学説（とくにタトゥー裁判時の通説や行政解釈）とのつながりをどう考えるかは当然裁判所の悩みどころであったはずである。理屈だけであれば、一審の段階でも準備は整っていたかもしれないが、最終的な裁判所の判断のためには、多数の意見書によって、一致した歴史的評価を提示する「厚い」立証は重要だったのではないかと考えている。なお、この学説の推移に関する主張については、従前の通説を紹介していた立場からも肯定的に評価するものがある⁽²⁷⁾。

上告審での法学研究者意見書の利用方法

上告審では、上告趣意書や答弁書の疎明資料として意見書等の資料を添付して提出する方法が一般的であり、タトゥー裁判でもこれに倣っている。上告審では、これまでもご協力頂き、控訴審判決の基礎となった辰井教授の意見書（主に検察官の上告趣意書に対する反論）のほか、新たに小山剛教授の意見書を提出している。この意見書が絶妙であったので紹介したい。

一審判決は有罪判決の根拠として、弁護人の主張する医師法一七条の解釈では、美容整形外科手術を医師以外のもので行うことが可能となってしまう、という理由を持ち出していた。また、控訴審でもタトゥー施術行為と共通点があるアートメイクとの区別に触れざるを得なかった。このように、本件では施術態様や作用が類似する領域との比較が常に意識されていた。こうした比較は、当該行為に伴う危険性が共通するという「単純なわかり

やすさ」によって、本来重視されるべき程度を越えて、判断に影響を及ぼしていたのである。まさに、本稿でも一審の証人尋問に関する反省点として挙げたところである。

小山意見書では、この部分が最初に毅然と整理された。次の部分である。

「彫師が……独立の職業であるかどうかは、『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』という規制の便宜から判断されてはならない。規準となるのは、禁止の歴史を含む彫師の歴史や社会通念、彫師（タトゥーイスト）として活動する者たちの自己理解等である。……『職業』のレベルで彫師とアートメイク従事者の区別を相対化するならば、すでにそのことによって憲法二十二条一項に反することになる。」

上告棄却決定における「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が異なり得る。」との認定部分は、この意見が強く反映されているのである。

控訴審段階で医師法一七条の解釈については突き詰められたという手ごたえがあったが、特に最高裁において規範化されることを想定したときに、憲法の観点から、太い芯を一本通すことは非常に重要だったと感じている。

最後に

余談となって恐縮だが、不出来な法学部生（そのくせ実務家志望）だった筆者は、刑事裁判実務に対する研究分野からの影響力をあまり感じられずにいた。「研究が実務を変える」ことを、イメージできなかったのである。

それが不勉強の言い訳にすらなっていたかもしれない。

実務家になり、弁護人として感じる刑事裁判実務の不合理さに触れるたび、学生時代に憲法や刑事訴訟法の講義で聞いていた、美しく理想的な言葉が何度も頭を過った。しかし、どこかでそれは建前だと諦めていたように思う。このタトゥー裁判は、研究と実務をどうつなげるか、苦心した裁判でもあり、実務のための研究分野の重要性を再認識した裁判となった。立法事実や学説の変化を追いながら、本当に納得できる結論を追求め、研究者と議論した日々は、他の事件では味わえない充実感に満ちていたのである。協力して下さった研究者の先生方には感謝しかないが、「面白かった」と言ってもらえたことが、同じ感覚を共有できたようで、実は何より一番嬉しかったことを覚えていいる。

さて、裁判所側の姿勢はどうだろうか。閉鎖的という語弊がありそうだが、研究者の意見を実際の裁判の中に取り入れることに対して、裁判所側が積極的だという印象を持つ人は、筆者を含め、あまりいないのではないだろうか。そんな中、裁判所から研究者の意見を積極的に求めた珍しい例について、最後に紹介したい。筆者が調べる限り文献等に掲載はなく、新聞報道⁽²⁸⁾と当時の弁護人に今般質問させて頂いた内容が情報の根拠である。

平成一八年、大阪地裁に係属していた道路交通法違反事件（前年に海外留学から帰国した被告人が、運転試験場で免許の再交付手続きをしたが、窓口の職員が過って道路交通法の特例を適用せずに再交付を不許可とした。被告人はその後、ミニバイクを無免許運転したなどとして罰金の略式命令を受けたものの、正式裁判に移行し、無罪を主張した事案）で、被告人の行為の違法性が争点となっていたところ、担当裁判官である故杉田宗久裁判官は、職権で主導的に、二名の専門家（当時、東京大学大学院法学政治学研究科の山口厚教授、慶應義塾大学大学院法務研究科の井田良教授）に道交法の解釈と違法性について意見を求める鑑定を実施したのである。検察官は「違法性の有無については裁判所が判断するべき」として異議を申し立てたが却下されたようである。

両教授は鑑定書で、「被告人は免許の再交付に必要な手続きをすべてしている」「再交付を怠った試験場のミスは違法」などと指摘しており、「無免許」だった状態を生じさせたのは試験場のミスが原因だとして「被告人の運転に違法性は認められず、有罪とするのは困難」との見解を示したようである。そしてこの件は、両鑑定書が提出された後（証拠採用前に）、検察側が公訴維持は不可能と判断し、公訴取り消しを申し立て、裁判所が公訴棄却を決定したのである。

元不肖の法学部生の感想としても、現刑事弁護人としても、研究分野と刑事裁判実務の間にとっても良い風が通ったケースのように思うが、いかがであろうか。個人的には、今後、研究分野と実務の関係が、より一層活性化することを願っている。

- (1) 最二決令和二・九・一六判時二四九一号一〇五頁等。
- (2) 大阪地判平成二九・九・二七判時二三八四号一二九頁等。
- (3) 大阪高判平成三〇・一・一四判時二三九九号八八頁等。
- (4) 小山剛『新井誠「イレズミと法—大阪タトゥー裁判から考える」(尚学社 二〇二〇)』。
- (5) 警視庁防犯部麻薬課長あて厚生省医務局医事課長回答「医師法一七条の疑義について」昭和三九年六月一日医事第四四号、東京地方検察庁刑事部検事あて厚生省医務局医事課長回答「医師法第一七条における「医業」について」昭和三九年六月一日医事第四四号の二、厚生労働省医政局医事課長「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」平成一三年一月八日医政医発第一〇五号
- (6) 佐伯仁志『「医業」の意義』医事法判例百選【第一版】(二〇〇六) 四頁。
- (7) 辰井聡子「医行為概念の検討—タトゥーを彫る行為は医行為か」立教法学九七号(二〇一八) 一三—四六頁、「タトゥー施術行為と医行為」刑事法ジャーナル六七巻(二〇二一) 四頁。
- (8) 高山佳奈子「タトゥー医師法裁判と罪刑法定主義」文明と哲学二一号(二〇一九) 一三五頁以下。

- (9) 曾我部真裕「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」前掲注(4)収録、曾我部真裕＝亀石倫子＝川上博之「座談会 2 誰もが自分らしく生きられること 憲法学者との協働」季刊刑事弁護一〇七号四九頁。
- (10) 小山剛「職業と資格―彫師に医師免許は必要か」判時二三六〇号(二〇一八)一四一頁、同「職業と資格―彫師に医師免許を要求することの憲法適合性」前掲注(4)収録。
- (11) 高野隆「再現性・検証可能性について 科学的証拠の許容性」季刊刑事弁護一〇八号(二〇二一)一一頁。
- (12) 石井一正『刑事実務証拠法』【第五版】二七五頁(判例タイムズ社 二〇二一)。
- (13) 東京地判昭五九・八・二九判タ五四三号九八頁。
- (14) 田中正人「立法事実の証明の必要性及び証明の方法」判タ八九〇号(一九九五)四頁。
- (15) 福岡高裁昭和六〇年二月五日判タ五五四号三〇一頁。
- (16) 福岡地判昭五〇・三・二四判月七卷三八〇頁。
- (17) 「仮に医療にあたるとしても、本件の保健衛生上の危険は軽微であり、一方でタトゥー施術は社会的に正当な営業活動である」との主張も展開していた。
- (18) 前掲注(12)。
- (19) 控訴趣意補充書において引用したもの
- 前掲注(10)小山剛「職業と資格―彫師に医師免許は必要か」、城下裕二「入れ墨の施術行為に医師法一七条違反の罪の成立を認めた事例」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 刑法 No.127 (二〇一八) (https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-071271602_tkc.pdf)、高田倫子「入れ墨の施術者に医師免許を求めることが合憲とされた事例」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 憲法 No.140 (二〇一八) (https://www.lawlibrary.jp/pdf/z18817009-00-011401601_tkc.pdf)
- 上告審答弁書において引用したもの
- 佐藤雄一郎「タトゥー事件大阪高裁判決に対する医事法学からの検討」季刊刑事弁護九九号(二〇一九)九三頁。
- (20) 最判平成二〇年四月二五日(刑集第六二巻五号一五五九頁)は「専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、こ

れを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、裁判所は、その意見を十分に尊重して認定すべきである」とする。

(21) 大阪地判平成二六・四・二五法時八六卷九号、大阪高判平成二七・一・二一ジュリ増刊一四七九号二二頁、最三決平成二八・六・七法セミ七四六号。

(22) 法学研究者の意見書の要件該当性に関する具体的な判断例は見当たらないが、医師の診断書に關して三二一条四項が準用されるとする最判昭三二・七・二五集一一七—二〇二五、学術経験を有する私人の火災原因に關する調査書面について同条四項が準用されるとする最決平二〇・八・二七集六二—七—二七〇二がある。

(23) 例えば、全日本建設運輸連帯労働組合関西地区生コン支部（いわゆる閑生）の組合員らが恐喝・業務妨害等に問われた一連の事件（多数が無罪）では、労働法研究者の意見書が、検察官が同意意見を述べて採用されている。筆者も弁護人を務めた大津地判令和六・二・六等、「ろくでなし子」さんがわいせつ物陳列罪について無罪となった事件の一番東京地判平成二八・五・九でも検察官が同意して刑法研究者の意見書が採用されている。

(24) 川上博之「控訴審の現状と弁護活動の工夫」季刊刑事弁護一一四号九頁。

(25) 辰井聡子「三上岳」川上博之「座談会 タトゥー施術は医行為か 刑事法・医事法学者との協働」季刊刑事弁護一〇七号五〇頁。

(26) 前掲注(7)が詳しい。

(27) 佐伯仁志「医業の意義」医事法判例百選【第三版】（二〇二二）五頁「本決定の解釈と従来の判例・学説との關係」部分参照。

(28) 「試験場ミスで『無免許』運転『違法性なし』無罪鑑定 地裁が依頼」二〇〇六年九月四日朝日新聞朝刊、「大阪地検、公訴取り消し 試験場ミスで『無免許』運転」二〇〇六年九月七日朝日新聞夕刊（大阪）。