

看護行為の正当業務行為性

— 福岡高判平成 22 年 9 月 16 日 (爪ケア事件)¹⁾ —

古川原明子

はじめに

平成 22 年 9 月 16 日、福岡高等裁判所は傷害罪で起訴され一審で有罪となった看護師に対し無罪判決を言い渡し、この判決が確定した。本稿では本判決をもとに、看護行為の正当業務行為性について検討する²⁾。

一、本件の経過

1. 事件の概要

本判決によれば、公訴事実は「被告人は、北九州市 a 区 b 町 c 丁目 d 番 e 号所在の医療法人 C 病院で看護師として勤務していたものであるが、平成 19 年 6 月 15 日午前 7 時 45 分ころ、同病院 f 階病棟 g 号室において、クモ膜下出血後遺症等の治療のため入院中の A (当時 70 年) に対し、その右第 1 趾及び右第 3 趾の各爪を爪切り用ニッパーを使用するなどして剝離させ、よって、同人に全治まで約 10 日間を要する右第 1 趾及び右第 3 趾の機械性爪甲剝離の傷害を負わせた (平成 19 年 7 月 23 日付け起訴状記載の公訴事実)」というもの及び、「被告人は、北九州市 a 区 b 町 c 丁目 d 番 e 号所在の医療法人 C 病院で看護師として勤務していたものであるが、平成 19 年 6 月 11 日午前 10 時 15 分ころ、同病院 f 階病棟 h 号室において、脳梗塞症等の治療のため入院中の B (当時 89 年) に対し、その右第 1 趾

の爪を爪切り用ニッパーを使用するなどして剥離させ、よって、同人に加療約10日間を要する右第1趾の外的要因による爪切除及び軽度出血の傷害を負わせた（平成19年10月31日付け起訴状記載の公訴事実）」というものである。

また、一審判決では以下の事実経過が認められた。①被告人が勤務していた病院は、療養型医療施設と呼ばれる、高齢者を対象とした一般内科病院である。②被告人は、平成2年に本病院に就職し、平成14年に看護課長に昇進し、東4階病棟、西5階病棟の勤務を経て、平成19年6月1日、東6階病棟の看護課長に配置された。③被告人は、患者の爪がシーツに引っかかり取れて出血しているのを見た経験から、入院患者の爪を切るようになった。被告人は、当初は指先から先に伸びた爪を切っていたが、高齢の入院患者の爪の中には、肥厚して、爪が爪床から浮くなどしており、爪切りニッパーで切るとぼろぼろと切り崩れるものもあり、平成16年か17年ころからは、入院患者のそうした爪を、指先よりも深く切るようになった。④被害者の一人であるAについては医師から爪に関する指示があった。すなわち、入院中のAの右足中指の爪がはがれかかり、主治医が、平成19年6月11日にその状態を診察し、爪部分の先端部は浮いているものの、すぐにははがれない状態だと判断し、医師指示表に、爪は自然経過（落下）にまかせると記載して指示したというものである。被告人は、同日、午前11時前後、チームステーションでAの医師指示表の上記記載を確認し、看護師欄にサインをした。⑤平成19年6月12日、足の指の爪がなくなっているとの患者家族からの苦情や看護主任からの訴えにより、看護部長が被告人に事情を聴いた上で、「今はフットケアをする時期ではない、人のいないところでケアをしているからいろいろわさを立てられても仕方ない、今はスタッフや患者のご家族との信頼関係を築くことに力を入れるようにしなさい、患者の足はもう触らないようにしなさい」と指示し、被告人は、分かりましたと答えたと供述している。⑥平成19年6月15日に被

告人の行為をかねてから不審に思っていた他看護師からの報告により被告人は看護部長の追及を受けたが、自己の行為を一部しか認めず、その後院長の判断をへて被告人は謹慎処分を受けた。

また、この事件は、当初報道では看護師による「虐待」として報じられた³⁾。

2. 一審判決（福岡地裁小倉支部平成21年3月30日）

福岡地方裁判所は被告人を有罪とし、懲役6月執行猶予3年を言い渡した。認定された事実は、「被告人は、北九州市所在のα病院に、看護師として勤務していたものであるが、第1平成19年6月11日午前10時15分ころ、同病院東6階病棟615号室において、脳梗塞症等で入院中のB⁴⁾（当時89歳）に対し、その右足親指の肥厚した爪を、爪切りニッパーを用いて指先よりも深く爪の4分の3ないし3分の2を切除し、爪床部分から軽度出血を生じさせる傷害を負わせた。第2平成19年6月15日午前7時45分ころ、同病院東6階病棟616号室において、クモ膜下出血後遺症等で入院中のA（当時70歳）に対し、その右足中指のはがれかかり根元部分のみが生着していた爪を、同爪を覆うように貼られていたばんそうこうごとつまんで取り去り、同指に軽度出血を生じさせるとともに、右足親指の肥厚した爪を、爪切りニッパーを用いて指先よりも深く爪の8割方を切除し、同指の爪の根元付近に内出血を、爪床部分に軽度出血を生じさせる傷害を負わせた」というものである。

被告人の行為態様、行為の結果、自白調書の信用性、違法性阻却の可能性が争われたが、剥がしたのか切ったのかという行為態様が主な争点となった。この点について一審は、検察側の「剥離」「剥いだ」との表現は不自然であり使用しないとして表現の誇張を指摘しつつも、被告人に有利な状況の記載や被告人の申立てに添った訂正があることを理由に、自白調書を採用した⁵⁾。

看護行為の正当業務行為性

被告人の行為と傷害罪の関係については、看護師が、事故の危険防止や衛生上の必要から、看護行為として患者の爪を指先より深い箇所まで切って爪床を露出させることのみでは、人の生理的機能を害するような違法行為の定型には当てはまらず、傷害罪の構成要件に直ちに該当するものではないとした点が注目される。その上で、仮に傷害行為であったとしても、違法性が阻却される可能性については、看護師が患者である「高齢者等の爪床から浮いている肥厚した爪を指先よりも深い箇所まで切ること」は、看護師の業務である療養上の世話に含まれ、仮に、その際に「出血等の傷害を生じさせてしまった場合であっても、看護行為としてしたものであれば、正当業務行為として違法性が阻却される、通常看護師が職務上行う爪切り行為は、「看護行為と推定されるが、特段の事情がある場合には、その推定が働かなくなる」とした上で、関連する証拠によれば被告人の行為は自らの楽しみのためのものであってケア目的を有さないため、「患者の苦痛や出血を避けるなど患者への配慮をして行う看護行為として行ったものではなく、傷害行為に該当する」と述べた。

これに対し、被告人は争点整理手続きにおける釈明義務違反による防御権侵害が法令違反にあたる、被告人の行為は傷害の構成要件に該当しないか、少なくとも正当業務行為にあたり違法性が阻却される等を主張して控訴した。

3. 判決要旨

控訴審にあたる福岡高等裁判所は、事実誤認を理由に一審判決を破棄し、無罪を言い渡した。判示においては、被告人が挙げた控訴理由のうち上記防御権侵害の主張は退け、被告人の行為の正当業務行為性を論じた⁶⁾。まず自白調書については、被告人の捜査段階の供述調書を信用することはできないと結論付け、その理由として「被告人の捜査段階の供述は、爪の剥離行為を認める供述部分はもとより、その動機・目的等を含むその余の部

分も含め、被告人の真意を反映せず、捜査官の意図する内容になるよう押し付けられ、あるいは誘導されたものとの疑いが残り、その疑念を払拭できるだけの特段の事情も見当たらない」ことを挙げ、「被告人の捜査段階の供述調書を除く関係証拠によって、被告人の行為及び結果について検討する」と述べた。

Aの右足中指については「Aの右足中指の爪を剥離させたという点は、被告人が、経過観察のために、浮いていた爪を覆うように縦横に貼られていた絆創膏を剥がした際、爪が取れてしまったものであり、爪床と若干生着ないし接着していた爪甲が取れて爪床を露出させている以上、傷害行為には当たるが、被告人には傷害（又は暴行）の故意が認められないから、傷害罪の構成要件に該当しない」とした。また、「B及びAの各右足親指の爪を剥離させたという点は、被告人が、爪切り用ニッパーで指先よりも深く爪を切除し、本来、爪によって保護されている爪床部分を露出させて皮膚の一部である爪床を無防備な状態にさらしたものであるから、傷害行為に当たり、傷害の故意もあるので、傷害罪の構成要件には該当するが、看護目的でなされ、看護行為として必要性があり、手段、方法も相当といえる範囲を逸脱するものとはいえないから、いずれも正当業務行為として違法性が阻却される」とした。そして、「被告人がB及びAの各右足親指の爪切りを行ってその爪床を露出させた行為は、医師との連携が十分とはいえなかったこと、結果的に微小ながら出血が生じていること、Bの右足親指についてはアルコールを含んだ綿花を応急処置として当てたままにして事後の観察もせず放置してしまっていたこと、事後的に患者家族に虚偽の説明をしたことなど、多少なりとも不適切さを指摘されてもやむを得ない側面もあるが、これらの事情を踏まえても、被告人の行為は、看護目的でなされ、看護行為として、必要性があり、手段、方法も相当といえる範囲を逸脱するものとはいえず、正当業務行為として、違法性が阻却されるというべきである」と判示した。

二、検討

一審が採用した供述調書の信用性を本判決が否定したことが、事実誤認に基づく破棄の大きな要因となったことは明らかである。供述調書の不採用により、被告人の行為時の目的をどう認定するかが大きく異なることとなったためである。しかし、それ以外にも、被告人の行為態様や行為の結果については一審と異なる認定がいくつかなされている。以下では、その違いを整理した後に、被告人の行為が傷害罪として可罰的なものであるか否かという実体法上の論点に絞って検討する。

1. 傷害罪の構成要件該当性

(ア) 傷害行為

被告人の行為態様および行為の結果について、本判決と一審判決の認定には以下のような違いがある。すなわち、本判決は、「B及びAの各右足親指の爪については、概ね1審判決が認定したところと同様と認められ（ただし、Aの右足親指の爪床部分に軽度出血を生じさせたとする点は除く）」としてAの右足親指の軽度出血はなかったものと判断し、Aの右足中指の爪が失われた経緯についても経過観察に伴って取れたにすぎず、故意の除去ではないとした。被告人の行為態様及び結果を、公訴事実、一審認定事実、控訴審認定事実で比較したものが表1である。一審は検察官の主張よりも軽度の行為態様・結果を認め、控訴審は一審よりもさらに軽い態様と結果を認定している。

このような認定に基づいて、本判決はまず傷害の意義について以下のような確認をしている。

「傷害の意義について、学説としては、概ね〔1〕生理機能障害説、〔2〕身体の完全性侵害説、〔3〕折衷説（生理機能の障害又は身体の外貌への著しい変化）に分類できるところ、その違いは、皮膚等を損傷することのな

【表1】

		行為前の状況 (控訴審判決より)	行為日	公訴事実	一審	控訴審
A (70歳) くも膜下 出血後遺 症等、認 知症	右足 中指	はがれかか りの爪を絆 創膏で縦横 に止めていた	6月15日	機械性爪 甲剥離 点状出血 浸出液	粗雑な除 去 点状出血 (ティッシ ュをあて れば附着 する程度)	脱落(剥 落) 内出血
	右足 親指	肥厚、変色	6月15日		切除 内出血 軽度出血	切除 内出血
B (89歳) 脳梗塞症 等、認知 症	右足 親指	肥厚、黒 ずみ、変 形	6月11日	剥離 軽度出血	切除 軽度出血 (綿花外側 に血がし み出ていた。)	切除 軽度出血

い、毛髪、爪等の切除といった外貌の変更を傷害と認めるか否かにあるといえる。

本件では、B及びAの各右足親指の爪について、本来、爪によって保護されている爪床部分を露出させて皮膚の一部である爪床を無防備な状態にさらすのであるから、上記〔1〕ないし〔3〕の見解のいずれによっても傷害行為といえる。

また、Aの右足中指についても、被告人が絆創膏を剥いだ当時、その行為によって、爪床と若干生着ないし接着していた爪甲が取れて爪床が露出させられたとみられ、上記同様に、一応、傷害行為であるといえる。」

傷害の意義についてのこのような理解は、判例・通説ともおおむね合致する。判例は生理機能障害説であり⁷⁾、通説は折衷説であるとも言われる

が、結論に大きな差は生じない。また、身体の完全性侵害説は、生理機能障害説と対立するものではなく、これを含み、補完するものといえる⁸⁾。そこで各説の差は、単に外貌を変更させるにすぎない行為や軽微な傷害が傷害にあたるかに限られるわけだが、本件で被害者の被った結果は傷害に含まれるのだろうか。この点について、本件は限界的で、判断が難しいと指摘するものもあるが、本件は傷害と暴行の限界事例としてよく挙げられるいわゆる頭髪、ひげ、爪の切断切除とは異なることに注意すべきである。限界事例にある爪の切断切除は、皮膚の保護に不要である伸びた部分を切除するという、日常的な爪切りのイメージでとらえられている。一方、本件被告人の行為のように爪床を露出させたり、爪全体を失わせたりすることは、本来露出すべきでない皮膚が露出することにより痛みを感じさせるようなものであって（爪床の露出は表皮のない状態となる）、日常的な用語としては深爪のイメージに近い。これは単なる外貌の変更を超えているし、「日常生活において一般に看過される程度の極めて軽微な」傷害ということもできないと思われる。軽微な傷害と暴行を区別する基準についての下級審判決は、①日常生活に支障をきたさないこと、②傷害として意識されないか、日常生活上看過される程度であること、③医療行為を特別に必要としないことを挙げており⁹⁾、同様の基準によって傷害を否定した判決がいくつか見られるが、本件のごとき爪床の露出は、軽度出血の手当てなどが必要とされたのであるから（手当ての際に被害者は痛みを訴えている）、これらの要件を満たすものではない。本判決も爪床がデリケートな部位であり、爪床の露出は専門的知識と技量の必要な行為であることを指摘しており、一般的な爪の切断切除とは区別して本件行為を捉えている。したがって、本判決の射程はおよそ爪の切断切除一般を対象とするほどに広いものではない。とはいいながら、本判決は傷害を認めるにあたって出血や疼痛を要件とはしておらず、爪床が露出されること自体が傷害であると述べた点は、今後の関連する判断の参考となるだろう。

(イ) 傷害罪の構成要件該当性

一審は、看護師による爪床の露出自体は、傷害罪の構成要件に該当しないことを、「およそ看護師が看護の現場において看護行為の一環として患者の爪のケアをするに際し、患者の爪を指先より深い箇所まで切って爪床を露出させることがあったとしても、そのことをもって直ちに傷害罪の構成要件に該当するものではない」、「看護師が事故の危険防止や衛生上の必要から、フットケアの一環として、高齢者の肥厚した爪などを指先より深い箇所まで切って爪床を露出させることがあったとしても、その行為は、人の生理的機能を害するような違法な行為の定型にはあてはまらず、傷害罪の構成要件に該当する傷害行為とはいえない」、「検察官の主張が、肥厚した爪についても健康な爪と同様に、単に爪を深く切って爪床を露出させることのみをもっても傷害に該当するというのであれば、その主張は採用できない」と繰り返し述べた。これは爪床の露出自体が傷害にあたるかという、傷害の意義に関する問題ではなく、看護師による爪床の露出は傷害罪の構成要件に該当しないとの理解を示したものである。すなわち、傷害罪の構成要件にあたるか否かの判断において、行為者の目的や方法を考慮したものといえる。この点を本判決は以下のように述べて批判した。「1審の判断枠組みは、看護師が看護行為として、患者の爪を切って爪床を露出させる行為は直ちに傷害罪の構成要件に該当しないというもので、一見すると類型的判断が可能とも考えられるが、1審判決がその「看護行為」性を検討するに当たり、被告人の主観的意図を考慮し、その他種々の非類型的な判断要素を考慮していることから明らかなとおり、形式的、類型的判断が重視されるべき構成要件該当性の判断として相当とはいえない。」また、弁護人も、被告人の行為は傷害罪の構成要件にはそもそも該当しないと、一審判決と同様の主張を行ったところ¹⁰⁾、本判決は「爪床は傷付きやすく、爪を切って爪床を露出させる過程で出血を生じさせてしまったり疼痛を与えたりするなどの危険性もあること、そして、このよ

看護行為の正当業務行為性

うな行為は、看護師が、その有する専門的知識・技量を踏まえて、また、個々の患者の状態、爪の状態に応じて行われる行為でもあることから、その手段、方法の相当性は、個別具体的な事情を踏まえなければ判断が困難であり、類型的判断になじまないことから、傷害罪の構成要件にすら該当しない行為とはいえない」として弁護人の主張を退けた。構成要件該当性は個別的、主観的要素をいれずに明確に判断されるべきであるから、客観的な行為態様および結果から被告人の行為に傷害罪の構成要件該当性を認めた本判決は妥当である。

(ウ) 傷害の故意

本判決は、B及びAの各右足親指については、「肥厚した爪を切って爪床を露出させたことは、被告人がその行為を認識して行わなければなし得ないものであるから、当然に自己の行為を認識しつつ行ったものであり、傷害の故意があると認められる」とした一方で、Aの右足中指については、「その指に貼られていた絆創膏を剥がした態様は、被告人の公判供述によるしかないところ、被告人は、公判で、医師が落下を待つとしていたが、その経過観察をしようと思った、絆創膏の貼替えが必要ではないかとも思った、そして、まず最初に横向きに巻かれている絆創膏を取って、その後、縦向きに貼られている絆創膏を足の付け根の方から爪の方に向かってゆっくりと剥いだ、その際に、特に抵抗もなくスムーズに絆創膏を剥ぐことができた、その際に爪が取れたと思う、出血は認識しなかった、と供述しているのであって、その供述から、Aの右足中指の爪甲について、その下の組織と若干生着ないし接着している部分があるにもかかわらず、取ってしまうことを被告人が認識していたとは認定できない。被告人の捜査段階の供述調書の信用性が認められない本件では、Aの右足中指の爪を剥がしたとされる行為について、被告人に傷害の故意があったと認定することはできない」と述べた。

また、「Hからフットケアはしないように指示されていたこととの関係では、被告人が自らこの爪の観察等をしようとしたことは、フットケアではなく、診療の補助行為の範疇に属するものであって、そのことから被告人があえて爪を取り去ったという故意（その前提としての行為も含め）を認定することは困難である」とも判示するが、この点に関しては被告人の行為が療養の世話の範囲を逸脱しないのかという問題が生じるため、後述する（2（ウ）②）。

2. 正当業務行為性の判断

看護行為は、医療従事者による患者の身体への侵襲行為という点で、医師による医療行為に類似した性質を有する。看護行為の刑法的評価が議論される機会はこれまでにほとんどなかったが、医師の行為の刑法的評価に関しては議論の蓄積がある。そこで、看護行為の正当業務行為性を判断するに先立って、医師による行為の正当化について判例及び学説の状況を整理する。

（ア） 医師による身体への侵襲行為の正当化

医師の医療行為・医的侵襲行為は、刑法上正当化されるか否かという文脈では治療行為とも呼ばれる。正当化のためには、一般に当該行為に医学的適応性、医術的正当性¹¹⁾、患者の同意があることという三つの要件が必要とされ、主観的な治療目的を要件に加える見解もある。問題とされる医的侵襲行為は、外科手術に代表される傷害行為であるが、そもそも医師による医療行為が傷害罪の構成要件に該当するか否かで、治療行為非傷害説と治療行為傷害説という二つの見解に分けることができる。

治療行為非傷害説は、医学上一般に承認されている方法で行う医療は、典型的に人の身体に危険をもたらす行為とはいえ、そもそも健康の回復・維持・増進にとって必要なものであるから、社会通念上傷害の概念に

当てはまらないというべきであると主張する¹²⁾。

通説は治療行為傷害説であり、傷害罪の構成要件該当性を認めた上で、医療行為は「正当な業務による行為」（刑法 35 条）にあたり、違法性阻却事由の典型例であるとする。そこでは、患者の承諾により身体という法益の要保護性が減弱もしくは否定される点と、当該医的侵襲行為により結果として健康の維持ないし回復という積極的利益の実現がはかられることから優越的利益保護の要素が付加される点が、正当化の根拠として挙げられる¹³⁾。どちらをより重視するかによって、①治療行為が被害者の承諾に基づいて行われることから正当化されるとする考え方と、②治療行為は、治療の目的で、医学上一般に承認された手段・方法により行われる点に社会的相当性を認めることができるため正当化されるとする考え方に大別される。ただし、患者の自己決定権を正当化にとって重要なものと位置づける①の見解のうち、患者の承諾に推定的承諾を含めて正当化を認める場合には、本質的には①と異なる見解であると理解すべきである。行為時点での患者の真摯な承諾を正当化にあたって不可欠としない点では、②の見解にむしろ近いと言えよう。②の見解も、患者の承諾を正当化にあたって不要とするものではないためである¹⁴⁾。そこで両者の違いは、承諾ないし推定的承諾なく行われたいわゆる専断的治療行為について顕在化するとも言われ¹⁵⁾、専断的治療行為については、治療として医療上適正なものである以上、実質的な違法性を欠くとする見解や、優越的利益の存在により正当化を認める見解がある一方、違法な行為として傷害罪が成立する可能性を認める見解¹⁶⁾がある。違法とする見解が通説であるといわれているが、実際には、「患者の個人的選択に反することが明らかな治療行為に限って違法である¹⁷⁾」との結論をとるものが多く、結論に大きな違いはない。この問題に関して、宗教上の理由による輸血拒否事件がある¹⁸⁾。最高裁は、輸血拒否の固い意思を再三表明した患者に対して、十分な説明なく輸血をした場合には、患者の人格権侵害を理由として不法行為責任が発生することを

認めている。ただし、当該行為がただちに刑法上の傷害罪にあたるわけではない。また、緊急状況下においては患者の意思に反した行為であっても、正当化される余地はある。関連する判例として、覚せい剤事犯における被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力に関し、「医師は、救急患者に対する治療の目的で、被告人から尿を採取し、採取した尿について薬物検査を行ったものであって、医療上の必要があったと認められるから、たとえ同医師がこれにつき被告人から承諾を得ていたと認められないとしても、同医師のした上記行為は、医療行為として違法であるとはいえない¹⁹⁾」としたものがある。

なお、行為が医師資格を有する者によることは、医的侵襲行為の正当化にあたって直接には要求されない（無免許医業にはあたる）。したがって医師資格のない者による医療行為がただちに傷害罪として可罰的違法性をもつかは問題であり、むしろ別個の問題として検討すべきである²⁰⁾。その場合には、行為者が医学的適応性の判断を適切になしうるか、行為が医術的正当性を有するものであったかを、個別具体的に判断することが考えられる²¹⁾。ただし、患者は承諾の際に、行為者が医師資格を有している、すなわち当然に医術的正当性を有する者であると思って承諾するのが通常であるから、その点に錯誤があったとして承諾の有効性が問題となる場合も考えられるだろう。最近の判例として、歯科研修医による気管挿管行為の違法性が問われた事例も参考となる²²⁾。

治療目的という主観的正当化要素が必要かについては、これを要件とすべきとする見解²³⁾と、客観的な治療傾向と解することにより、主観的な目的を独立の要件とすべきではないとの見解²⁴⁾があるが、後者が妥当である。治療目的が医的侵襲の正当化にあたって必要だとなれば、「実験目的による行為、美容整形、公衆衛生上の消毒などは治療行為ということはできず、被害者の承諾による行為など別途の違法性阻却事由に該当して違法性が阻却されることがあるのは別論として、治療行為として違法性を阻却するも

看護行為の正当業務行為性

のではない²⁵⁾」ため、多様な医業が存在する現代社会では問題となりうる²⁶⁾。また、医師に治療目的がない場合については、例えばわいせつ目的であったならば、診療行為が強制わいせつ罪にあたるとの議論がある。しかし、医学的適応性と医術的正当性という客観的な要件を満たした行為であり、患者の承諾があれば正当化されるべきである。医師が治療目的以外の目的を同時に抱くことはあり得るし、行為の違法性が行為者の主観により左右されることはなるべく避けるべきである。ただし、患者がおよそ許容しえない目的を医師が有していることが明らかであった場合、患者の承諾の有効性が問題となる可能性はある²⁷⁾。

(イ) 看護師による身体への侵襲行為の正当化

本判決は、被告人の行為は傷害罪の構成要件に該当するが、正当業務行為として違法性が阻却されることを認めた。これは、医師による医的侵襲行為に対する治療行為傷害説の違法性阻却の判断と同様の判断である。

本判決は、「正当業務行為性の判断枠組みとしては、一般に、行為の目的だけでなく、手段・方法の相当性を含む行為の態様も考慮しつつ、全体的な見地から、当該行為の社会的相当性を決定すべきと解される（下線は筆者による。以下同じ）」として、正当業務行為の一般的な判断枠組みを提示した。その上で、「これを本件のような看護師が患者の爪を切り、爪床を露出させる行為について具体化すると、当該行為が、①看護の目的でなされ、②看護行為として必要であり、手段、方法においても相当な行為であれば、正当業務行為として違法性が阻却されるというべきである（②の要件を満たす場合、特段の事情がない限り①の要件も満たすと考えられる）」としている。医師の医的侵襲行為の正当化において、治療目的という主観的要件が必要か否かという問題に対応させて考えると、本判決は、そのような主観的要件は不要であるとの見解に近い。本判決が一審と結論を正反対にしたのも、行為者の目的を正当業務行為性の判断でどこまで重

視するかという点に関わっている。本判決は一審の判断に対して、「正当業務行為に該当しないとした1審判決の判断は、「爪を剥ぐこと自体を楽しみとし、目的としていた」などという信用できない被告人の捜査段階の供述を前提としている上、被告人の行為は職場内で爪ケアと理解されていなかったことを指摘する点は、正当業務行為性の判断は一般的な見地から行われるべきである」し、「患者家族やHに虚偽の説明をしたことや、Hの指示に従っていないことを指摘する点は、行為の客観的な相当性を左右する事情ではなく、看護目的の有無に影響する事情である」と批判し、このような目的の存否は「看護行為として、必要性があり、手段、方法が相当であれば、特段の事情がない限り、看護の目的がある」ものとして判断されると述べた。そして、確かに被告人には一定の理解に苦しむ行動や言動があるものの、それは看護目的を否定するには不十分であるとして、正当業務行為として被告人の行為の違法性が阻却されることを認めた。

また、本判決では、被害者である患者の承諾がどの程度必要かについても興味深い判断が下された。正当業務行為性の判断にあたっては、「患者本人又はその保護者の承諾又は推定的承諾も必要であり、本件でもトラブル回避のためには個別的に爪ケアの必要性等を説明して承諾を得ることが望ましかったといえるが、一般に入院患者の場合は、入院時に示される入院診療計画を患者本人又は患者家族が承認することによって、爪ケアも含めて包括的に承諾しているものとみることができ、本件でもその承諾があるから、本件行為についての個別的な承諾がないことをもって正当業務行為性は否定されない」と述べた点である。看護目的と同様、医師による医的侵襲行為の正当化の問題に対応させてみよう。患者の承諾が推定的なものでも正当化には問題ないとする点は従来通説に沿うものであるが、入院契約を包括的承諾とみて、個々の行為に対する個別的承諾は不要であると述べた点は、今後の議論が必要である。その場合、医師による行為と看護師による行為をどこまで同じものとして捉えるかが重要となるだろう。

看護行為の正当業務行為性

一般に、医師による患者の身体への侵襲よりも、看護師による侵襲の方が軽いことが、必要な承諾の範囲や程度にどう関係するかがポイントとなる。

(ウ) 医療行為と看護行為の関係

では、医師の行為と看護師の行為は現行法上どのような関係にあるのだろうか。

① 看護師の業務

医師が行わなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為 (= 医行為) を業として行うことは、医師のみに許されており (医師法 17 条)、医師が、第一次的に医業を包括的に独占している。その上で、その業務の一部を一定の資格を有するもの、具体的には薬剤師、診療放射線技師、看護師に独占的に分担させている。このうち看護師は、保健師助産師看護師法 (以下、保助看法とする) 5 条、31 条によって、「療養上の世話」と「診療の補助」を分担しており、具体的には褥瘡の予防、処置、体位変換、気道確保、食事介助、呼吸器の操作等がある。「療養の世話」は、医師の指導は受けるが、行為のすべてに指示を必要とせずに看護師の業務として独立して行える業務であり、看護師の知識・技術において看護師の主体的判断で行うことのできる行為である。他方、「診療の補助」は、医師の指示を受けねばならないと定められている²⁸⁾。「診療の補助」としても看護師が行いえず、医師のみが行いうる行為としては、診断、処方、治療方針の決定、高度の知識や技術を要する行為があるが、両者の限界は明確ではない。

これまで看護行為の限界が刑法上問題となった事例としては、看護師等による静脈注射が保助看法 37 条の「医師の指示による診療機械の使用」にあたるかが争われた国立鯖江病院事件²⁹⁾がある。この事件を契機として、看護師の行うことができる「診療の補助」にいかなる医行為が含まれるかについて議論が重ねられ、それに伴って行政解釈の変更があった。全体としては、看護師の行いうる医行為の範囲は徐々に拡大されてきていると言

える。その理由としては、看護教育水準の向上、医療用器材の進歩、医療現場における行政解釈と実態の乖離が挙げられている³⁰⁾。また、看護師・準看護師の免許を有しない者に診療の補助をさせたとして、医師が保助看法違反に問われた富士見産婦人科病院事件³¹⁾があるが、在宅医療が増大する一方で人的資源が不足する現在、無資格者による「療養上の世話」「診療の補助」のあり方は大きな問題となっている³²⁾。

② 看護行為に本件フットケアは含まれるか

日常的に行われる通常の爪切りから検討しよう。これが看護行為のうち「療養の世話」にあたることについては、問題はないと思われる。本件一審判決も、肥厚して爪床から浮くなどし、脆くなっている高齢者等の爪の場合、何かにひっかけるなどして無理にはがれる事故の危険性や、爪と爪床の間に垢などが溜まって不衛生になること等に鑑みれば、むしろその爪を指先より深い箇所まで切って除去することが健康に資することもあるとの考えに依拠して、爪を可能な箇所まで深く切るというフットケアは望ましく、実際に看護の現場では、そうしたフットケアの例も見られると述べており、通常の爪切りは、保助看法5条の「療養の世話」にあたるとした。本判決も同様の立場をとっている。したがって、通常の爪切りの範囲内であれば、先に検討した傷害の意義に照らせば、傷害罪ではなく暴行罪の構成要件に該当した上で正当業務行為として正当化される。

しかし、本件のように高齢者の肥厚、変形した爪のケアが対象の場合は、問題が異なる。なぜなら、高齢者の変形したもろい爪を切除する行為は、一定の技術と、爪の状態に対する知識とを必要とし、看護ケアという専門領域の中でも、さらに高度の専門領域に属する行為であるからだ³³⁾。日本看護協会は被告人のケアが適切であったとの見解を公表しているが³⁴⁾、本件で専門家の鑑定や証言が様々に分かれたことから判断すると、統一的な見解が確立しているとはいいがたい状況のように思われる。本判決がその証言の信用性を最も高く評価した医師が、「日本ではフットケアに特化し

看護行為の正当業務行為性

た専門資格の創設はなされておらず、多くの病院では、一般の看護師による療養上の世話として担われており、十分なフットケアの質が担保されにくい状況にある」と述べたことから、この分野が発展途上であることが窺われる。

被告人の行為がケアの範囲内（つまり「療養の世話」）におさまるか否かについて、本件での専門家証言は実に多様であった。Aの右足親指の爪について爪白癬の罹患の疑いがあるとした医師は、「皮膚科学的には、その治療としては抗真菌剤の内服や外用が主流であり、爪切除は、出血、疼痛、2次感染の危険があることから、爪白癬の治療としても、また、爪ケアとしても、被告人の行為は妥当ではない」と述べ、別の医師も、「衛生上の危険があることから、本件のごとき爪切除は医師が行うべき行為である」とした。この医師らにとって、被告人のなしたフットケアは、看護師が独自の判断によって行うことのできる「療養の世話」ではなく、医師の指示が必要な「診療の補助」、もしくは医師によってしか行えない行為である。

他方、「肥厚した爪に、衣類等が引っかかったりするようであれば、削ったり、切ったりすることを看護師が実施してもケアの範囲である」と数名の医師が述べた。また、「爪切りについては、医師が病変爪やその周囲に外科的処置や薬物処方をする治療行為は、医師の独占業務であるが、看護師は、医師の指示下で診療の補助業務をするほか、療養上の世話として爪切りをする、爪切りはフットケアの一環であり、病変等により肥厚、変形している爪は、布団に引っかけて剥がれ出血したりするなどリスクがあることから、切ったり削ったりしてそのリスクを減じる目的で行われる、肥厚爪や鉤彎爪は、そのリスク回避のため、容易に切り取れる部分まで切り取ることは、療養上の世話としての看護行為として許容できる標準的な手法である」とした上で、本件被告人の爪切り態様は一般的に妥当で、個別的にも適切で、微小な出血は医学的には問題がなく、標準的な手法の範

圈内である旨の証言もあった。

本判決は、「被告人は、医師と相談し、医師の判断を踏まえ、爪切りの可否ないしその程度を検討することがより適切な対応であった」としながらも、「これらの爪の状態は以前から継続していたとみられるところ、BもAも本件当時既に長期間入院していたが、主治医らが爪についての治療を行うような行動に出ていないことからすると、爪の治療行為が優先して行われるべき状況であったとみるのは困難であるし、今後爪の治療行為が実施される可能性が想定できたにせよ、爪を切って爪床を露出させても、治療の妨げになるとはいえず、かえって爪白癬の治療においては外用薬の効果が得られやすくなるとの指摘もあることからすると、被告人が医師に相談せずに行ったことを取上げ、あるいは、爪白癬等の治療行為が行われるべきとの前提に立って、被告人の行為が医療上の禁忌に該当する、あるいは、不必要または不相当であったとするのは適切とはいえない」と判断したが、この点に看護行為に独自の問題がある。医師の行為については、当該行為が暴行罪もしくは傷害罪の構成要件に該当するか否かの判断と、構成要件該当性が認められた上での違法性判断という判断過程があり、後者では医学的適応性、医術的正当性、患者の承諾という要件が満たされていたかが判断される。しかし、看護行為の場合は、問題となる行為が「療養の世話」か「診療の補助」かという判断を、どこに位置づけるべきかが不明確である。私見では、看護行為の必要性、手段の相当性の判断に含まれるべきものと思われるが、保助看法違反がただちに刑法上の違法行為を招くものではなかろう。逸脱した看護行為が、個別具体的にどこまで正当化されるのかを判断する基準については、さらなる検討が必要である³⁵⁾。

また、上述したように、行為の正当化にあたって必要な患者もしくは保護者の承諾の範囲と程度が、看護行為の場合には包括的な承諾で足りるのか、それは「療養の世話」に限定されるのかという問題も生じる。

さらに、それ自体は適切な看護行為の結果、意図せぬ傷害が生じた場合

看護行為の正当業務行為性

が問題となる。本件では爪床の露出という結果をどう評価するかが問われ、微少な出血があったことが、被告人の行為の違法性判断にどのように影響するか議論は少なかった。この問題は、失敗した医行為がいかにして正当化されるかという問題と平行して考えねばならない。優越的利益の原則に基づいて医行為の正当化を論じる立場からは、失敗により優越的利益が存在しない以上、当該行為の正当化は困難となるはずである。一方、実現した具体的な失敗の可能性を事前に考慮した上で、患者が当該行為に承諾をしていたかを問題とする見解もある。医師の説明義務の限界、意図せぬ結果と故意との関係も検討しながら、医師による行為と看護師による行為について一貫した判断基準が求められよう。いずれにしても裁判所が適切な判断をするためには、業務の性質についての専門的知識が必要であり、医学的専門領域への司法の介入が問題視されていることも含めて検討しなければならない。

3. 本判決の意義

本判決の意義は、まず看護行為を含む医療行為が、傷害罪の構成要件に該当することを認めた点が挙げられる。その上で、これまで看護行為が正当業務行為となる場合の要件について述べた判例はないところ、看護目的でなされ、看護行為として必要性があり、手段、方法も相当といえる範囲を逸脱するものではない行為で、患者の承諾がある場合は、違法性が阻却されたとした点が重要である。さらに、その際の患者本人またはその保護者の承諾について、入院診療計画の承認によって包括的承諾があれば、個別的承諾がなくとも違法性阻却が可能であるとした点も、医師による医的侵襲行為の正当化に関連して、今後の議論の素材となるだろう。また、看護行為に限らず、傷害の意義についての判断を蓄積したといえる。

おわりに

看護師は患者に最も身近な医療従事者である。医師には時間的・心理的に訴えづらい事柄も、看護師になら話せるという経験は珍しくない。看護師は、そのような要望に対しきめ細やかにしかも素早く対応してくれる専門家として、人々の信頼を集めてきた。日常的で些細な不安や不快が解消されることにより、あるいは患者が無視されていないと感じることにより、患者は安心して治療に参加することができ、それがひいては医師による治療の効果を促進することにもつながるものと思われる。看護行為の正当化を検討する際には、こうした看護の意義を考慮することが必要であり、司法の介入により現場の看護師が萎縮すれば、結果的には患者がその負担をおうことに留意せねばならない。医師による行為と連続させつつも、看護行為の独自性を反映した正当化要件が求められる。

註

- 1) 判タ 1348 号 246 頁。
- 2) 本判決の評釈として、榑清隆〈新判例解説〉研修 751 号 17 頁以下がある。
- 3) 朝日新聞は当初「つめはがし事件」として報じ、読売新聞は「虐待」という表現を度々用いていた（朝日新聞 2010 年 10 月 8 日、読売新聞 2007 年 6 月 26 日、同 7 月 3 日など）。控訴審判決確定後、被告人の行為を「虐待」と認定した北九州市は、認定の取り消しを求められ、尊厳擁護分科会（旧尊厳擁護専門委員会）にて認定経緯の検証を開始し、委員会は見解をまとめた（朝日新聞 2011 年 8 月 25 日）。
- 4) 一審では 70 歳の患者を B、89 歳の患者を A としているが、控訴審の表現に従って著者が書き換えた。
- 5) 控訴審での弁護活動について、高平奇恵・季刊刑事弁護 65 号 138 頁以下

看護行為の正当業務行為性

参照。一審は「剥がしたか、切ったか」という本質的ではない部分についての争いで時間切れになったと述べる。また、中島宏・季刊刑事弁護 65号 153頁以下。

- 6) なお、裁判所は事前協議において正当業務行為性の成否に争点を絞る考えを明らかにした（前掲・高平・142頁）。
- 7) 大判明治42年12月7日刑録15輯1749頁、大判43年4月4日刑録16輯516頁、婦女の頭髪を切断した事例（大判明治45年6月20日刑録18輯896頁）等がある。最高裁判例では、最判昭和32年4月23日刑集11巻4号1393頁がある。
- 8) 大コンメンタール刑法〔第二版〕第10巻390頁（渡辺）。
- 9) 名古屋高裁金沢支部判昭和40年10月14日（高集18巻6号691頁）。
- 10) 人体への侵襲を伴う治療行為であっても、医学的適応性を有し、かつ、医療技術上正当な行為であれば、構成要件該当性が阻却されるとの見解があり、看護行為の場合、その判断基準は一層緩やかに解されるべきであるし、看護師の看護行為を萎縮させるなどとして、本件のごとき、看護師が看護行為として爪切りを行い、爪床を露出させる場合については、傷害罪の構成要件該当性を否定すべきである旨主張した。
- 11) たとえば臨床試験は医学的適応性、医術的正当性的一方または双方が欠けるかまたは低いという問題がある。関連する判例として、名古屋地判平成12年3月24日判時1733号70頁（損害賠償請求事件）がある。
- 12) 大谷實『新版刑法講義総論〔追補版〕』（成文堂、2000年）279頁。
- 13) 井田『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008）328頁。
- 14) たとえば、治療行為は契約に基づくことが基本であるから、行為の社会的相当性を判断する上で患者の承諾が重要となるとの見解は、患者の承諾の有無を正当化のための独立した要件としてではなく、行為の社会的相当性判断に組み込むものといえよう。大コンメンタール刑法〔第二版〕第二巻255頁（古田）。
- 15) 例えば条解刑法99頁。
- 16) 西田典之『刑法総論〔第二版〕』（弘文堂、2010）197頁。
- 17) 町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986）236頁。
- 18) 最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁（損害賠償請求上告、同附

带上告事件)。

- 19) 最一小決平 17 年 7 月 19 日刑集 59 卷 6 号 600 頁。
- 20) 中山研一『新版概説刑法 I』(成文堂、2011) 108 頁。
- 21) 関連するものとして、無資格医師による豊胸手術につき被害者の承諾があっても違法性が阻却されないとした事例がある。東京高判平 9 年 8 月 4 日判タ 960 号 287 頁。
- 22) 札幌高判平成 20 年 3 月 6 日。
- 23) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版〕』(有斐閣、1997) 405 頁。
- 24) 前掲・中山 108 頁。
- 25) 大コンメンタール〔第二版〕256 頁(古田)。
- 26) 美容整形は、医学的適応性の問題として論じられることが多い。民事判例として、陥没乳頭手術事件(福岡地判平成 5 年 10 月 7 日判時 1509 号 123 頁、鼻美容整形術に関する損害賠償請求事件(広島地裁平成 6 年 3 月 30 日判時 1530 号 89 頁)などがある。刑事判例では豊胸術を受けた患者が死亡した事件で、美容整形術が広義の医療行為に属すると述べたものがある(東京地判昭和 47 年 5 月 19 日刑月 4 卷 5 号 1007 頁)。性転換手術に関しては、これを正当な医療行為とは認めないとした東京高判昭和 45 年 11 月 11 日高刑集 23 卷 4 号 759 頁(麻薬取締法違反、優生保護法違反被告事件)があるが、現在では性同一性障害は疾患として認められ、正当な医療行為と認められる性転換手術も存在する。また、第三者に臓器を提供するために生前もしくは死後に臓器を摘出する行為の正当性も問題であり、傷害罪もしくは死体損壊罪の違法性が阻却される根拠については議論がある。
- 27) 同意のない臨床試験に対する損害賠償請求事件において、治療以外の他の目的が随伴する場合には、特別の説明義務が生じるとしたものとして、名古屋高裁金沢支部判平成 17 年 4 月 13 日(判例集未搭載、医事法判例百選 108 頁)。
- 28) 「診療の補助」における看護師の役割を医師の手足にすぎないと見るか、最終決定権は医師にあるものの医師と看護師との共同行為として見るかについては議論がある。看護師が自らの良心を理由として医師からの指示を拒絶することが可能かという問題を扱ったものとして、「看護師の良心」ジュリスト増刊『ケース・スタディ生命倫理と法』(2004) 152 頁以下がある。

看護行為の正当業務行為性

- 29) 最判昭和 28 年 12 月 22 日刑集 7 卷 13 号 2608 頁。
- 30) 平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢・宇都木編『人の法と医の倫理』（信山社、2004 年）573 頁以下、586 頁。
- 31) 東京高判平成元年 2 月 23 日判タ 691 号 152 頁。
- 32) ALS 患者の在宅療養において家族以外の者がたんの吸引をすることが許されるかという問題など。
- 33) 前掲・高平・139 頁。
- 34) 2007 年 10 月 4 日「虐待ではなくケアである」との見解を公表し、控訴審判決後にも同旨の見解を公表している。<https://www.nurse.or.jp/home/opinion/newsrelease/2010pdf/20100916.pdf> や <http://www.nurse.or.jp/nursing/practice/rinri/pdf/tumecare.pdf> など参照。
- 35) なお、前掲・国立鯖江病院事件では、被告人の一人である看護師が当時診療の補助にはあたらないとされていた静脈注射を行い、その際に誤って劇薬を注射したために患者が死亡したことに対し、業務上過失致死罪の成立が認められた。違法な業務であつても刑法 211 条にいう業務には含まれるとするのが判例・通説であるから、逸脱した看護行為が保助看法上違法であつても、同条の成立は妨げられない。