

医師の指示と看護行為

宇都木 伸*

Liability for acts of nurses under the orders of physicians

Shin Utsugi : Tokai University

Reviewing the relevant court-decisions and ministerial circulars in Japan, the author points out several groups in the nurse-doctor relationship according which the assignment of the liability for the adverse results varies.

Upon these analyses the author recommends,

- 1) There should be established some rules on orders in each medical institution.
- 2) Every health professional should recognise precisely when to be held liable under these rules.
- 3) There should be installed certain system to review, adjudicate and sanction the defiance from the rules.
- 4) Complaint system, including conscientious objection, from every staff should be established.

And the author indicates further two points to be increasingly noted in the near future ; liability in maintaining medical apparatus and the professional liability concerning the care for the patients in community.

キーワード

看護業務 診療の補助 指示 専門職 法

* 東海大学法学部・教授

現実の世界において、現にある社会実態を変化させようとする人にとっては、旧来の社会実態を反映する法制度は足枷になることがあるでしょう。しかしそこにいう法制度はしばしば、読み込みがなされており（ある場合には自分の主張の弁護のために故意に、またある場合には法に対する過大な評価のために）、実像以上のハリボテになっていることも多いようです。

まことに乱暴な言い方ですが、医療上の「指示」に関する現行の法制度はそんなに理不尽な構成にはなっていないと私は思っております（実態もそうだ、などと言うつもりは毛頭ありません）。

以下では、判決や法規・例規の中で「指示」がどのように扱われているかを実例を通して見（Ⅰ）、ついで「指示」実態をよりよいものにしようとする努力にあるいは有用かもしれないと思われる論点を若干記してみました（Ⅱ）。

実態をなにも知らない者の妄言です。環境改善のための“手段”として少しでも役に立てば幸いです。どうも邪魔にならなければ上出来という代物になってしまいました。もし邪魔になるようでしたら、存分に御批判ください。

I 指示に関する法的検討の材料

1. 一つの判決例

まずはじめに、だいぶ古い一刑事判決を例にとって、指示に対する法の考え方をみることにする。（仙台高等裁判所判決昭和37年4月10日、判例時報340号33頁以下）（最高裁判所で昭和38年6月20日上告棄却）

【事件】 昭和35年1月東北の県立総合病院産婦人科で、一婦人が妊娠中絶、輸卵管結紮および盲腸手術のために右肘部に静脈注射用全身麻酔薬オイナルを受けることになった。その病院では1年前から同薬の使用を始め、すでに200例ほど経験していたが、「大抵の場合は、看護婦が医師のその都度、都度における格別の指示をまたないでなしてきたのがその実情であった。」被告人（看護婦Y）も十数回の経験があった。

手術担当医が手洗いのために席をはずしている間に、看護婦Yは注射を開始した。ところが本件の患者は「肥満していたため静脈の発見が困難を極め……そのため思案にくれて自信がない旨を口から洩らしたのであったが、傍らにいたY医師（補助医師）が『大丈夫でないか』などと言うので、同医師や執刀医に改めて具体的な指示を求めるとか、または同医師らに代わってオイナール注射をしてもらうとか、あるいは同医師らの指示にもとづいて静脈を確認するとかのことはしない」ままで、なんとか探り当てた静脈と思われる血管に麻酔薬を注入したところそれは実は動脈であつたらしい。結局、患者の右手の肘部から指先までの組織が壊死して、離断手術を受けるに至った、という事件である。

【判決理由】 本件では看護婦のみが被告人であったが（医師の処分については何もわからない。起訴されなかつたらしい。実はここにこそ法制度の「現実の不当さ」があるのかもしれない、論じたいことも多いが、卑怯にもここでは略する）、判決は医師の過失を明確に認定しつつ、同時に看護婦の責任も認めている。

「この種の（肥満体の）患者にオイナールの静脈注射をするにあたっては、医師としては自ら注射の任にあたるか、またはその指示により看護婦を注射にあたらせる場合でも、自らその場に立ち会い随時適切にして詳細な指示を看護婦に与える」べきであり、それらを怠った「右医師らに医師としての過失が存する」。一方「看護婦も、静脈の発見が困難な場合には医師にその旨を報告して、医師に代わって注射をしてもらうか、または医師に具体的な指示を求めて、他の箇所静脈に注射を施すなどの適当な措置を執るか、あるいは医師の指示にもとづいて静脈を誤りなく確認した上で注射を行うかなどして万全の措置を講」ずべきであり、そうしなかった看護婦にもまた「過失の存したことがきわめて明白である。」

量刑にあたって裁判所はこう述べる。「長年看護婦をしてきた被告人としては、右両医師の言動により自己の技術を疑われることをおそれ、かつ新参の看護婦ではないとの矜持から……指示を求める等の措置にでることがその立場上心理的にできにくかつたであろうことを想像するに難くない」し、「オイナール

薬液の如き注射液を、しかも本件被害者の如き肥満体質の患者に注射するのは、医師において自らなすのが望ましいし、かくなすのが医師としての本来の勤めの一であることは、多言を要しない」……「してみると、看護婦たる被告人のみの刑事上の責任を取り上げてこれを強く追求することは、必ずしも社会正義に適うゆえんでないことが自ずから明らかである。」

結局、執行猶予をつけなかった一審判決を覆して、罰金1万5千円、2年間執行を猶予した。(執行猶予の期間を無事経過すると、「刑の言い渡しを受けたことがなかった」ことになる。)

2. 判決と行政通知の例

次に「指示」に関連すると思われる業務と責任の関係について判決や行政通知の類いをみると、いく通りかに分けられるようである。指示者の責任が強いと思われる順に挙げてみよう。

①手足的従属：「いわば医師の手足としてその監督監視の下に、医師の目が現実に届く限度の場所で、患者に危害の及ぶことがなく、かつ判断作用を加える余地に乏しい機械的な作業を行わせる程度であれば、無資格の者を使用してもよいとされる」(富士見産婦人科事件控訴審：東京高等裁判所判決平成1年2月23日、判例タイムズ691号152頁以下、但し、傍論)。この場合には過誤に関する責任は全面的に指示を出した側にのみある。

②代替可能な範囲で医師が監督：「緊急処置を要するとき事態が発生したとしても、術者は直ちに手術を中止しても適切な緊急処置を行うことができる状態」(医事課長通知：昭和42年医事670号)。おそらくこの場合には、緊急処置の遅れは医師の側の責任とされるであろう。

③現場での助言指導：「医師としては自ら注射の任にあたるか、またはその指示により看護婦を注射にあたらせる場合でも、自らその場に立ち会い随時適切にして詳細な指示を看護婦に与える」べきである(先述の仙台高裁判決)。難しいと知りつつ引き受けた看護婦と、指導を怠った医師の両方に過失を認めていることは先述判決のとおり。

④二重チェック：「たとえ看護婦にきわめて単純な行為を行わせる場合であっても、それが人に危害を及ぼす虞のある以上、漫然と看護婦を信頼してこれに委ねないで、看護婦が過誤を犯さないよう十分に注意、監督をして事故の発生を未然に防止するのが当然であり」(千葉大採血ミス事件：東京高等裁判所判決昭和48年5月30日、判例時報713号134頁)、医師と看護婦が共に刑事有罪とされている。

⑤問い合わせに応じうる範囲：「もし自分がやむなく患者の傍らを離れなければならないような場合には……自分に代わって看護婦その他の者に点滴の状態などを観察させ、必要な報告を徴し、応急の措置をとるよう指示するなどして危険の発生を未然に回避すべき」(新潟地方裁判所判決昭和47年7月31日、刑裁月報4巻7号1415頁)。観察・報告に不備があれば、看護婦のみの責任が問われる可能性が高いか？

⑥やり方の事前指導＝個別的・具体的指示。

⑦やり方一般の指令書＝一般的・具体的指示：「事故の反省から……輸液の取扱い方を項目別に点検する書式を作り、入室時の輸液残量……をそれぞれ点検して記入させ……るように指導している」(高圧酸素治療室内輸液中の空気栓塞症事件、千葉地方裁判所判決平成3年6月26日、判例時報1432号118頁)。

⑧開始命令＝一般的、抽象的指示＝包括的指示：「手術部運営要綱第8項によれば、手術部は手術の開始までは手術に必要な器具、器材を整備すべき義務を負担している(下線原文)……。医師が電気メス器を使用して手術を行う場合、そのケーブルの接続は常に間接介助看護婦に任せ……。稀にケーブルの接続に関して看護婦に声をかけるものがいたという趣旨の供述がみえるが、それは点検確認というほどのものではなく、たんに「使ってよいか」という程度の意味のものに過ぎない」(北大電気メス事件：札幌地方裁判所判決昭和49年6月29日、判例時報750号39頁)。医師・看護婦ともに起訴されたが、看護婦のみが有罪とされた。

II 若干の論点

1. 現行の法規定の射程距離——診療の補助と指示

保助看法においては周知のとおり、定義において業務内容を「診療の補助」と表現しており、37条では「医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずる虞のある行為」は、「主治の医師の指示」がある場合に限り看護婦の業務範囲に含まれるものとされている。委任立法（政令、省令）の中にもこれ以上の規定はない。

法文の上からみれば、「補助」である以上、主体の指示監督を受けて業務にあたることは当然であり、指示をする権限とそれに伴う責任、指示を受ける側の義務という関係は論理的には明確であろう。「診療の補助」が「医行為」であるとすると、37条は当然のことを注意書き的に規定したにすぎないとされることになる。なにがその補助行為に含まれるのか、指示の出し方は適切か、指示者が実は指示する実力を備えていないというような問題は、論理の問題でなく事実の問題である。いうまでもなく、それらの問題は法の内容に大きくかかわってくるし、これまでも争いの多い論点ではあるが、ここにいう「権限」の問題とは異なる。

「指揮監督」でなく「協力関係」だ、「指示」ではなく「依頼」だという論議の意図するところはわからなくはないが、「診療の補助」業務であるかぎりは、きちんとした「指揮命令系統」はどうしても必要なことと私には思われる。むしろ、「診療の補助」は看護婦の業務ではなく、療養上の世話に指示は不要であるという主張であれば（では誰が診療の補助をするのかという問題はさておき）筋の通ることと思うが、それは立法論であるし、そもそも看護とは何かという論議にはまだ決着がついているとは思えない。また指示否定論はどうもそういった論議ではないように私には思われる。

むしろ、ここにいう指揮命令はあくまでも業務上のものであり、人的な支配・

従属とか上下・貴賤であるはずはないこと、またしばしば業務上の指揮監督が人的上下に転化しやすいというようなことを否定するつもりはない。この転化を防ぐための論議であると割り切れればそれはそれで有意義であろうが、主作用と副作用の混同は危険を含む。

協議会形式の指示体制という論議も、少なくとも現在の法制度の下では主治医のもつ最終的権限を補佐するものとしては有益であろうが、そのかぎりのものとするべきであろう。このようなとらえ方が不適切であり、協議会自体を責任主体とするという立法論を展開することはむろん可能だが、現在の私にはこれを支持する用意はない。

2. 指示に伴う法的問題

1) 権限と責任：法的には、権限のあるところには責任が伴い、業務上の主体性が弱まるに従って、責任も低下するのを通例とする。

重要なことは、指示は、患者の状況、医師の状況、看護婦の状況などの具体的状況によって、その指示範囲も指示内容も違ってくることである。

「被告医師自身、被告看護婦は全くの新人として集中治療室の担当となったものではないため、指導の漏れがあったかも知れない旨の供述をしている……被告看護婦の認識の甘さに照らし、被告医師の指示は十分であったとはいいい難く」（先述高圧酸素治療室空気栓塞事件124頁）。

そうであるとする、基本的には指示を出す者は、患者の状態だけではなく、その指示行為をどの被指示者がどういう状況の下で行うか、その時自分はどういう状況下にあるであろうか、を予測したうえでなければ指示を出せないことになる。この認識をしっかりしたルールとして確立すべきであろう。その種の判断を適切になしうる者が指示権限をもつべきであるとするならば、それは合同協議会のようなものしかありえないという主張も、あるいはなされうるかもしれない。

おそらく上記分類の①から⑥くらいまでについては、指示を出した者が、「実は状況を知らなかった」ということは、法的には免責事由にはならず、むしろ

知らないまま指示したこと自体が過失とみられるであろう(上述の判決例では、医師の過失が強調されている)。⑦、⑧においては、むしろ看護婦側に医師より高い専門性が認められており、ある業務を「するかどうか」(ob)については指示は出されるにしても、「いかにするか」(wie)については一任されるような性格の業務であることが、あらかじめ予定されているような場合と考えてよいであろう。

2) 行為と責任：本来その行為をなす権限(資格)のない人であっても(たとえば、看護婦の手術行為)、その行為を引き受けてそれが悪い結果に終わった場合には、その人は本来それをなす権限をもっていたと同じように(=必要な技術をもっているべき者として)裁かれる。医師の指示があったことをもって、看護婦は自分の行為の不結果を医師の責任に転嫁してしまうことはできない。先述の判決も「かくなすのが医師としての本来の勤めの一である」と認めつつも、看護婦の「罪は罪として処罰されなければならない」とされている。この点の看護者の側の厳しい認識も、「患者にとって」大切なことであろう。

3) 監視機構：さらに、適正な指示のあり方の認識と、それが現実に全うされていることとは別の問題である。本来のルールからの事実上の逸脱をいかに防ぐかもまた、法的=手続き的に若干関与しうる領域であるらしい。

規範は常に逸脱される危険性を内包するものであるから、そこからの逸脱の有無を「監視する機構」と、逸脱があった場合の「処理機構」(その是非を審理し、否であればそれに制裁を加え、埋め合わせをするという諸段階がある)とが実力を備えて機能する時に、初めて規範としての実質を備えたといえる。

指示者の側からいえば、自己の指示がどのように実施されたかを確認する権限をもつし、義務を負う。先述判決でみれば、普通の婦人にオイナルを5 cc 注入して麻酔が効かない事態でありながら、なおラポナルを追加注射して手術を敢行する行為のうちには、医師の技術上の無知・過ちというだけでなく、おそらくは指示の実施に関する自己の責任についての無関心がみられよう。

4) 指示に対する意見の申述の確保：指示が被指示者の納得を得ていること、その指示が適正なものであるという被指示者の確信こそが指示の十分な遵守を

可能にする。そのためには、指示が不適正である(手続き的に、また内容的に、さらには個人の信条に反するゆえにその個人には聞き従えないものであることもあるかもしれない)と考える場合には、なんら不利益を受けることなしに、その旨を申し出る道が確保されていなければならない。それは場合によっては事後のものであってもよいかもしれない。

先述した判決の事例で、仮に静脈が見つかり患者に実害が生じなかったとしても、当該看護婦としても二度と同じ困難を強いられたくないであろうから、(匿名で?)申し出る道が開かれていればこれを利用した可能性は高いであろう。何よりも患者にとって必要なことである。

5) 看護者自身の責任に対する自覚：指示という制度のもつもう一つのデメリットは、被指示者の側に、指示に従っている限り自分の責任は果された、という誤解を生むことである。

患者宅に往診し点滴注射を開始し、のちの監視を患者の母親にゆだねて看護婦とともに帰院した医師が、点滴実施中に患者の状態が悪化し死に至った責任を認められた判決の評釈において、自身が看護者である評者が、ここにおける看護婦の行為に疑問を呈し「医師と行動をすべて共にするだけの看護ではなく、より自立した看護が要求されてくる」と述べていることは重要であると思う(川村佐和子：患者での輸液監視不十分事件、唄孝一編「医療過誤判例百選」所収、有斐閣、1989,184頁)。看護者の患者に対して負っている責任の自覚である。

6) 本来の看護の圧迫：これについては、ヘンダーソンをいまさら引用するまでもなく指摘は多い。実は筆者はこの点に最も関心をもちながら、なお納得のいかない部分が多く、ここでは私見は差し控えたい。

3. 指示にかかわる新しい問題状況

1) 機器に関する指示

医療においてますます重大な機能を果たすようになってきている医療機器に関しては、その現実の動かし方や保守管理等については医師は決して専門家ではなく、看護婦もまたそうであろう。ところが現在のところ、機器の患者への

適用は、医師の、または医師の業務を包括的に委託される看護婦の独占的業務とされる法制度になっている。機器に関する「無」法制度は大きな問題である。

仮に保守管理が不十分であったために機器の事故が発生した場合には、法的にみるかぎりはその責任の地位にある者に、現実にはその人が必要な能力を備えていたか否かは問わずに責任を問うことになる。能力があってそれを適正に生かさなかった場合はむしろ、能力がないにもかかわらず引き受けた場合にはそのこと自体を過失として、責任を問われうる。(いうまでもないが、ここでは法的可能性を論じているまでのことであり、事件が起こった時に現実に裁判所が有責とするかどうかは個々の状況による。上述の高圧酸素治療室空気栓塞事件の被告は県。)

2) 在宅ケアにおける「指示」

在宅医療・看護という新しい(?)形態は、医療における指示のあり方について基本的なチャレンジをしているようである。

多くの施設からの多様なサービス者がチームをつくって、1人の患者を中心に機能しなければならない在宅医療にあつては、各個病院内の指示に関するルールは役に立たないからである。在宅においては指示が別の様相を帯びるといっただけでなく、実は院内の指示について再検討をなすに有力な手がかりを与えてくれるものでもあるようだが、別稿を期するほかない。
