

刑事判例研究

看護師が入院患者二名の足の爪を剥離させたとして起訴された傷害二件の事案について、捜査段階の自白の信用性を否定し、一部は傷害の故意がない、一部は正当業務行為として違法性が阻却されるとの理由により、無罪が言い渡された事例

山川 秀道

—福岡高裁平成二二年九月一六日第三刑事部判決
平二一（う）二二八号 傷害被告事件 破棄自判・無罪・確定
判例タイムズ一三四八号二四六頁—

事実の概要

本判決の認定によれば、本件の事実関係は以下のとおりである。

被告人は、北九州市所在の医療法人C病院で看護師として勤務していたものであるが、

①平成一九年六月一日午前一〇時一五分ころ、同病院において脳梗塞症等の治療のため入院中のB（当時八九年）に対し、その右足親指が鉤彎爪で人差し指方向へ爪が曲がって伸びていたことから、爪切り用ニッパーで指先よりも深く爪の三分の二ないし四分の三を切除し、間もなく、爪床ににじむ程度の微小な出血を生じさせ、また、

②同月一五日午前七時四五分ころ、同病院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（当時七〇年）に対し、その右足中指の爪を覆うように縦横に貼られていた絆創膏を剥がし（その際、爪が取れたものと認められる）、爪の根元に極めて微小の出血を生じさせ、さらに、Aの右足親指が肥厚爪であったことから、爪切り用ニッパーを用いて徐々に切り進み、指先よりも深く爪の八割方を切除し、間もなく、爪の根元付近に内出血のような状況を生じさせた。

以上の事実につき、被告人は、AおよびBの各爪を「剥離」させる傷害を負わせたものとして起訴された。

第一審判決（福岡地裁小倉支判平二一・三・三〇）は、被告人の捜査段階の供述調書につき、「剥離」「剥いだ」などの文言が殊更に使用され、被告人の内心についても誇張がうかがわれる箇所があるとして、検察官主張の被告人の行為態様について、爪の「剥離」を否定し、被告人の行為を爪切り行為であると認定しつつも、その動機・目的等に関する捜査段階の供述調書の信用性を肯定したうえで、次の如く判示して被告人を懲役六月、

執行猶予三年に処した。

看護師が、患者のためのフットケアとして、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、傷害罪は成立しないが、本件では、「被告人は、患者のためのケアであることを忘れて爪切り行為に熱中し、自由に身体を動かすことも話すこともできない患者であることをよいに、痛みや出血を避けるなど患者のための配慮をすることなく、自らが楽しみとする爪切り行為を行い、患者に無用の痛みと出血を伴う傷害を負わせて」おり、また、患者の家族や上司から説明を求められても、フットケアであるとの説明をすることなく、自己の関与を否定し続けたこと、上司からフットケアをしないように告げられた後に A への行為に及んでいることなどに照らすと、「被告人は、本件の各行為を、ケア目的ではなく行つたものとみざるを得ず、看護行為として行つたものではない」から、正当業務行為に該当しない。

原判決に対して、被告人側が控訴したところ、福岡高裁は、弁護人の控訴理由のうち、訴訟手続の法令違反についての主張はこれを排斥したが、事実誤認および法令適用の誤りの主張を容れて、原判決を破棄したうえで、次の如く自判した。

判旨

一 審判決を破棄する。被告人は無罪。

被告人の自白調書は、本件の核心部分である行為態様について、一般的には爪床と生着している爪甲を無理に取り去つたという意味に理解される「剥離」ないし「剥いだ」という表現が多用されている点で、自白調書を除く関係証拠により認定できる被告人の行為態様にそぐわない内容であり、被告人が爪ケアであると説明しても、「警察官から、爪の剥離行為であると決め付けられ、その旨の供述を押し付けられ、これを認める供述をしたという疑いを容れざるを得ず」、「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」るので、被告人の捜査段階での供述調書の信用性を否定し、これを除く関係証拠によつて、被告人の行為及び結果について検討する。「本件各公訴事実中、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。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、①生理的機能障害説、②身体の完全性侵害説、③折衷説の見解のいずれによっても傷害行為に当たり、傷害の故意もあるので傷害罪の構成要件に該当する。そこで、B及びAの各右足親指の爪を切つて爪床を露出させた行為が、正当業務行為として、その違法性が阻却されるか否か検討するに、「正当業務行為性の判断枠組としては、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ところ、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）。なお、患者本人又はその保護者の承諾又は推定の承諾も必要であり、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（略）、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。また、被告人の行為が正当業務行為に該当しないとした一審判決の判断は、「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たものであり、是認できない。「そうすると、被告人がB及びAの各右足親指の爪切りを行つ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たこと、事後的に患者家族に（自己の関与を否定する旨の：筆者注）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」。

研究

一、本件は、看護師による爪切り等の行為が、看護業務の正当な範囲内にあるかどうかが争われた事案であり、事件の発生当初、「爪剥ぎ事件」として注目を集めた事件でもあり、また、本判決は、看護師による看護行為の適法性について判断

した、おそらく初の刑事裁判例である。本判決の論点として、
 自白の信用性といった証拠法上の問題もあるが、本研究におい
 ては、看護行為が正当業務行為として適法と看做されるための
 要件と判断基準を検討し、これに関連する限りで前者の問題に
 言及することとしたい。

二、正当な業務による行為とは、法令に直接の規定がなくても、
 社会観念上正当と認められる業務行為のことをいう（大判昭五・
 七・四評論一九卷諸法五四四頁、東京地判昭二五・四・一四裁時五八号四
 頁。その典型例は、弁護活動、医療行為、報道業務などであ
 る。さらに、通説的理解によれば、刑法三五条後段は、正当業
 務行為に限らず、正当行為一般を違法性阻却事由とする趣旨を
 含むと解されている（大阪高判昭五二・二・七判時八六三号二〇頁）^②。

したがって、正当業務行為の適法性が問題となる場合にも、実
 際に決定的なのは、行為が法秩序全体の見地からみて許容され
 るかどうかであるから、「業務性」自体に大した意味はなく、
 この条項は削除すべきであるという見解もある^③。確かに、「正
 当な業務行為として違法性を阻却するためには、業務そのもの
 が正当であるとともに、行為そのものが正当な範囲に属するこ
 とを要する」（神戸簡判昭五〇・二・二〇刑七卷七号一〇四）^④（一一二
 頁）以上、単に、行為がある業務に適合するように見えるだけ
 でなく、進んで、当該行為が、正当な業務の正当な範囲に属す
 ることが必要である^⑤。それ故、結局は、業務上「正当」な行為

であるかどうかを判定しなければならず、これは、実質的違法
 性の有無の判断であるともいえよう^⑤。しかしながら、ある行為
 が業務上「正当」な範囲に属するか否かの判断が実質的違法性
 の問題であるとしても、その判断は、業務活動の性質・内容に
 大きく依存するはずである。たとえば、後述する治療行為の適
 法要件は、他でもなく、治療という目的の正当性、社会的必要
 性・有用性、医的侵襲などに鑑みて導かれる要件であり、これ
 は治療行為に固有の要件である。そして、業務行為の適法性を
 判断する際には、治療行為における医術の正当性のような、業
 務上の行為準則が大きな役割を担うことは疑いない^⑥。また、社
 会的必要性・有用性が大きく、なおかつ、法益侵害のリスクの
 小さい業務活動は、適法要件が緩やかに設定されるはずである
 し、社会的必要性・有用性とともに、法益侵害のリスクも大き
 い業務については、正当化要件が比較的厳格にならざるを得な
 い。弁護活動、治療行為、報道業務などは、社会的必要性・有
 用性が大きく、その目的も一般的には正当であるが、法益侵害
 のリスクも決して小さくはないという業務の典型であり、そう
 した業務上の性質に応じて適法性が判断されることになる。し
 たがって、三五条後段が業務行為に限らず正当行為一般を含む
 趣旨であるとはいえ、業務の内容・性質は、行為の適法性を判
 断するにあたって重要な基準を提供するのであり、「正当業務
 行為性」には意義があると解すべきである。

三、そこで、本件では、まず、爪白癬（爪の水虫）に罹患している疑いの強い肥厚爪、鉤彎爪への処置が、果たして、看護業務に属するのか、それとも医業に属するのかが問題となる。それというのも、看護行為と医行為では想定される侵襲の程度が異なるのであり、このことは、適法性の判断に大きく影響する事情だからである。

看護師の業務は、保健師助産師看護師法（以下、保助看法という）五条を根拠に、療養上の世話と診療の補助から成るとい理解が確立している。療養上の世話は、患者の日常生活を援助するという、看護師の本来的業務であり、原則として、看護師独自の裁量で行われ得るのに対して、診療の補助は、医師の包括的ないし具体的指示の下で、比較的危険性の低い医行為を看護師が分担または代行することであると理解されている。これに対して、医業の概念は、複雑多岐であるが、現在では、「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」〔最判昭三〇・五・二四刑集九卷七号一〇九三頁〕を反復継続の意思をもって行うこと（大判大五・二・五刑録三輯一〇九頁）を意味すると解するのが支配的である。

ところで、平成一七年七月二六日厚生労働省医政局長通知（医政発第〇七二六〇〇五号）によれば、特に異常のない爪の爪切り、やすりがけについては、医師法一七条、歯科医師法一七条及び保助看法三二条に規定される業務独占の対象外であり、（歯科）医師、看護師の資格をもたない者（介護者）も行うこ

とができることされている。裏返せば、本件のように、爪白癬に罹患している疑いの強い肥厚爪、鉤彎爪のような病変爪については、医師または看護師の独占業務に属すると解される。しかし、本件のような病変爪への処置が、果たして医業または看護業務のいずれに属するのかが明らかでない。それ故、本件では、この点が争点の一つとなり、証人である専門家の間でも意見が分かれているところである。「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」との証言もあるが、反対に、「被告人の行為は爪ケアとして適切である」との証言も少なくなく、原判決も、被告人の行為は療養上の世話に含まれると解している。これに対し、本判決の立場は判文上必ずしも明らかではないが、本判決が、「肥厚爪や鉤彎爪は、そのリスク（病変等により肥厚、変形している爪が、布団に引っかかり、剥がれたり出血したりするなどのリスク；筆者注）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手法である」と証言する証人N医師の鑑定書及び供述を、本件関係証拠上、最も信用性が高いと評価していることに照らせば、おそらく、本判決も、本件爪ケアを「療養上の世話」に位置づけていると思われる。フットケアは、未だ必ずしも看護業務として確立した領域ではないようであるが、この分野の専門家の間では、爪ケアを療養上の世話として説明する見解が多いようである。また、現実問題として、医師には医療的フットケアのための十分な時間が取れないため、看

護師が最も適任であろうとの指摘もある。¹⁰⁾ 加えて、本件被害者の爪は、高齢者の病変爪とはいえ、比較的軽症であり、介護者の行う爪切りと比較しても危険性はそれほど高くないと考えられることからすれば、本件爪ケアが「療養上の世話」にあたるという判断は妥当であろう。

四、そこで、本件で問題となるのは、看護業務としての正当業務行為の当否である。看護自体の適法要件を詳細に検討した刑事裁判例および学説は見あたらないので、治療行為を中心とした医療行為の適法要件を参照することとする。

まず、学説上、医療行為は、医師・看護師等の医療関係者が、人の傷病を治療または予防する目的で、その承諾のもとに、医学上認められた学理および技術にしたがって行う診察、検査、投薬、注射、麻酔、手術などを行い、治療行為は、「治療の目的で、傷病者本人、またはその保護者の承諾もしくは推定的承諾のもとに、医学上一般に承認されている方法によって、人の身体を傷つける行為」であると定義される。¹¹⁾ これらの定義は、正当な治療（医療）行為を想定したものと見える。したがって、この定義によれば、治療行為の適法要件は、治療目的、本人またはその保護者の（推定的）同意、医学上承認された方法によることとなる。また、治療は、医学的適応性、医術の正当性、患者またはその保護者の同意を備えた処置であるときに適法であるとされる場合にも、その含意に細かな違いはあるものの、

概ね同じ内容を意味するといつて良いであろう。¹³⁾

次に、医療行為に関する刑事裁判例は、医療過誤事件がその大半を占めており、適法性が争われた事例は余り多くない。そのため、医療行為の適法要件は、判例上、未だ確立しているとはいえない状況にあるが、主に、治療の必要性、手段の相当性が検討されており（大判昭一・四・二八判決全集三輯五号三頁、大判昭一〇・五・二五〔大〕刑集一四卷八號五七〇頁、釧路地判昭四七・四・五刑月四卷四号七・七頁、大阪高判昭五二・一二・二三判時八九七号二四頁等）、さらに患者の同意、緊急性などの要素が事案ごとに考慮されているといえよう（東京高判平九・八・四高刑集五〇卷二号一三〇頁、最決平一七・七・一九刑集五九卷六号六〇〇頁等。また、看護行為を適法とした民事判例に、最判平三二・一・二六民集六四卷一号二一九頁がある）。特に、いわゆるブルーボーイ事件についての東京高裁昭和四五年一月一日判決（高刑集二三卷四号七五九頁）が性転換手術の適法性について検討している内容は、学説上の適法要件と整合的である。すなわち、同判決は、産婦人科医である被告人が、三名の性転向症者から、いわゆる性転換手術を求められるがまま睾丸摘出手術を施した事案につき、性転換手術の医学的意義、行為者の施術能力、患者の同意の存在を一応認めつつも、さらに、当該手術が正当な医療行為であるといえるための要件として、性転向症治療の目的、治療手段としての手術の必要性、治療方法の医学的承認の有無について検討した上で、当該手術を正当な医療行為と断定するに足らないと判断してい

る。以上のように、判例・学説の大勢は、医療または治療行為の適法性につき、主として、①医療（治療）目的、②医学上の必要性・相当性、③患者の同意）などの要素を必要とする傾向にあり、本判決も、この流れに沿うものといえる。

五、本判決は正当業務行為性の判断枠組として、「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」と解しながら、「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）」と判示している。

前述の如く、刑法三五条後段は、正当行為一般を含むと理解されており、本判決が提示する正当業務行為性の判断枠組もまた、実質的違法性の判断枠組であるといえる。判例は、正当行為の実質的違法性の判断について、「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している」と解されている（最決昭五三・五・三二刑集三三巻三号四五七頁、最決昭五五・一

一・三三刑集三四巻六号三九六頁、最決平一五・三・一八刑集五七巻三三三

七一頁、最決平一七・一二・六刑集五九巻一〇号一九〇二頁等¹⁶⁾。本判決も、このような判例理論の流れの上に位置づけられよう。しかしながら、重要なのは、諸般の事情を考慮して法秩序全体の見地から為される抽象的な判断ではなくて、看護行為が如何なる要件の下に適法と判断されるのかという点である。そもそも、看護業務は少なからず法益侵害のリスクを伴うものであるが、看護活動が社会的に受け容れられている以上、これに不可避的に付随する侵襲は社会的に相当な活動の範囲内にあり、原則として適法である。しかし、法益侵害が、意図的にまたは不注意に、看護活動に通常伴う侵襲の範疇から逸脱して惹起された場合には、当然、違法となる。したがって、ある看護行為が、看護業務の正当な範囲内に属するか否かを決するには、本判決の摘示する、①看護の目的、②看護行為としての必要性、手段・方法の相当性（③患者本人又はその保護者の包括的承諾）が重要な判断要素となる。本件のような病変爪のケアは、看護業務に含まれるといえども、治療的性質が強く、行為後に微少なながらも出血があったことからすれば、本判決が、治療行為の適法要件に準じたかたちで本件看護行為の適法性を検討しているのは妥当であろう。もつとも、看護行為に伴う侵襲は、手術等を中心とする治療行為の侵襲よりもはるかに小さい¹⁷⁾。それ故、看護行為の適法要件は、治療行為よりも緩やかに解されるべきことに注意を要する。本判決において、この点は、特に、①看護目的および③患者の同意の面に反映されていると思われる。以

下、本件行為の看護業務としての適法性につき、具体的に、①看護の目的、②看護行為としての必要性、手段・方法の相当性、③患者の同意を検討する。

ところで、本件における最大の争点は①の要件であるところ、
「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」と判示されているので、②の要件から検討することとする。

六、本件患者A及びBの各爪が肥厚爪または鉤彎爪の病変爪であった点に争いはなく、また、Aの爪については、爪白癬の罹患が強く疑われることが証言等から明らかにされている。それ故、これらの爪は、看護はもちろん、治療をも必要とする状態にあった。そして、前述のとおり、肥厚、変形している爪が布団に引っかかり、剥がれたりするなどのリスクを回避するため、爪を部分的に切り取ることは、療養上の世話に含まれ得る。また、これらの病変爪に対する爪切りという処置の当否についても、本判決が最も信用性が高いと評価するN医師の鑑定によれば、Bの鉤彎爪は、隣の指への当たり具合によってその皮膚の損傷を生じる危険性があることから、爪切りの必要と適応があるとされる。そこで、療養上の世話として爪切りを行う必要性・適応性があるとして、さらに検討されるべきは、本件爪切り行為が看護領域において標準的な手法に則していたかどうかであるが、この点についても、N医師によれば、被告人の爪切

りの態様は「標準的な手法」の範囲内であるとされている。¹⁸⁾したがって、本件爪切り行為には、客観的に、②看護行為としての必要性、手段・方法の相当性が認められることになる。

七、以上のように、看護としての必要性が認められる上、その方法においても正当である行為が違法たり得るかどうかの判断は、行為の目的にかなり依存することとなる。原判決が、本件爪切り行為を違法と判断した主な根拠は、「爪を剥ぐこと自体を楽しみとし、目的としていた」という被告人の主観面にあるであろう。もつとも、原判決によれば、被告人は「痛みや出血を避けるなど患者のための配慮をすることなく、自らが楽しみとする爪切り行為を行い」、患者に傷害を負わせたと認定されており、その口吻からすれば、本件では、行為の客観面である看護の必要性・相当性にも欠ける部分があると判断されたと読むこともできる。しかし、原判決によっても、患者の肥厚した爪を指先よりも深く切る行為は、療養上の世話に含まれ、仮に、その際に出血等を生じさせ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性質の行為であり、本件爪切り行為の客観的不必要性・不相当性は直接的に説示されていない。また、本件爪切り行為が違法である根拠として原判決が摘示する事情のうち、患者の家族や上司から説明を求められてもフットケアであるとの説明をせずに自己の関与を否定し続けたこと、上司からフットケアをしないように告げられた

後にAへの行為に及んでいることなどの事情は、被告人の加害目的を補強するものといえよう。以上のことから、本件爪切り行為の適法性につき、原判決および本判決における評価の分水嶺は、①看護目的の如何にあったといえる。

ところで、ここにいる、主観的な意味での看護目的を必要とするかどうかは、おそらく争いのあるところであろう。治療行為の適法要件の一つである治療目的についても、これを主観的目的として必要とする見解と主観的には不要とする見解に分かれるからである。主観的な治療目的を不要とする見解によれば、治療としての必要性と相当性（医学的適応性、医術の正当性）が認められる場合、残る問題は、患者の同意（インフォームドコンセント）の有無のみとなる。したがって、原判決が認定するように、被告人がもっぱら加害目的に基づいて爪切り行為に出たとされる場合であっても、看護としての必要性と相当性が認められる限り、当該行為が適法と評価される余地は広く認められることになる。しかし、このような結論が適当であるとは思われない。法益侵害が、看護として是認されている範疇から逸脱して惹起された場合には、被害者の同意を根拠に正当化され得ることは格別、看護として社会的に受容されているとは考えられないからである。本件において、仮に、原判決の事実認定が正当であったならば、被告人の行為は、「爪を剥ぐこと自体を楽しみとし、目的としていた」ものであり、そのような行為は、たとえ看護業務の外観を呈していても、もはや、看護業務の正当な範

疇に属するものではないであろう。しかしながら、このことは、看護行為が、もっぱら看護目的に基づくのでなければ正当化されないということの意味するのではない。看護業務を遂行する際は、当該看護行為に伴う侵襲についての認識が不可欠であるから、単に法益侵害の認識・認容があるというだけでは、看護の適法性は否定されないと解すべきである。したがって、社会的相当の看護活動にあつては、看護についての主観的目的を積極的に必要とするわけではなく、むしろ、看護の意思が否定されない限り、つまり、もっぱら加害目的に基づくのでない限り、適法であると理解すべきである。もつとも、看護業務の外観を備える行為であっても、それがもっぱら加害目的に基づくものである場合には、客観的にも看護の必要性・相当性が欠ける場合が大半であろう。反対に、看護行為の必要性・相当性に欠けるところがなければ、看護の意思を完全に否定する事情がない限り、正当な看護目的が推定され得るであろう。それ故、本判決が、「②の要件（看護としての必要性、手段・方法の相当性）を満たす場合、特段の事情がない限り①の要件（看護の目的）も満たすと考えられる（括弧内は筆者注）」と判示するところは、至極もつともであり、今後、医療行為に関する主観的目的の有無が問われる事案において参考となるであろう。

なお、本件においては、看護の意思を否定する特段の事情として、被告人が「爪を剥ぐこと自体を楽しみとし、目的としていた」のかどうかの認定が大きな争点となっている。この点に

関して、原判決は、被告人の捜査段階における自白の信用性を認め、原判決は、被告の看護目的を否定したのに対して、本判決は、かかる自白の信用性を否定し、看護の目的を否定する十分な証拠があるとはいえないと認定している。ところが、原判決も、自白調査記載の、爪を「剥いだ」という表現と、自白を除く客観的証拠から認定できる被告人の行為態様とが相容れないことについては認めている。その上で、原判決は、自白と客観的証拠との不整合性よりも、自白調査中、被告人に有利な事情の記載があること、被告人の申出による訂正があることを重視している。しかしながら、その具体的内容は、Aの右足中指については出血が確認されていないことが被告人に有利な事情として挙げられ、また、「痴呆」よりも「認知症」の方が表現上適切であるなどの訂正が認められているに過ぎない。これらは、事件の核心とは余り関係がないとみるべきであろう。これに対して、爪を切ったのか、剥いだのかという点は、本件行為態様、就中、行為の目的との関係において核心的な部分であり、この点に関する自白調査の信用性が疑わしい以上、「爪を剥ぐこと自体を楽しみとし、目的としていた」という旨の供述内容についても信用性が否定されるべきであろう。したがって、本判決の認定は妥当である。

八、以上のことから、本件爪切り行為は、①看護目的でなされ、②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ないと判断されるが、本判決は、看護行為の適法要件として③患者の同意も必要としている。しかし、爪ケアについての同意は、入院時の入院診療計画を患者本人又は患者家族が承諾することによる包括的な承諾があれば足りるのであつて、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が否定されないと判断されており、妥当である。治療行為については、患者の同意（インフォームドコンセント）を必要と解するのが一般的であるが、医療現場において、全ての行為に、患者の同意を逐一要求することは現実的に困難であろう。このことは、身の周りの世話を行う看護業務において一層顕著である。したがって、個別的な同意は、身体・生命に対するリスクの大きな手術等に限り必要であると理解し、比較的小さな侵襲を伴うに過ぎない看護業務については、包括的な同意で十分であろう。さらにいえば、侵襲の小さな看護については、包括的同意さえ必要ないと考えることもできる。しかし、看護業務のなかにも静脈注射など比較的大きな侵襲を伴う行為も存在することに加え、患者の同意が不要であると判断されてしまうと、看護業務の遂行にあたって説明が十分に為されなくなるといふ弊害が起り得ないともいえない点に鑑みれば、本判決の判断は妥当といえる。

九、最後に、構成要件該当性の判断について二点付言しておきたい。まず、爪ケアの構成要件該当性に関して、原判決は違法

類型としての個別具体的な価値判断を行っているのに対して、本判決は、抽象的・類型的な判断枠組を採用している。学説上、適切な治療行為の構成要件該当性を否定する見解もあるが、構成要件該当性を認めた上で違法性が阻却されるという見解が一般的である。本判決は、明確に後者の立場を採用したのであり、本判決の評釈においても評価されている。本判決の立場が特に不当なわけではないが、人の健康に資する治療行為が真に保護法益を侵害するといえるのかを追究する構成要件不該当説の考察を看過すべきではないであろう。次に、被告人がAの右足中指の爪に貼られていた絆創膏を剥がした行為につき、「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」とされている点にも簡単に言及しておく。傷害罪は、傷害の故意ある場合のみならず、暴行の故意によって傷害結果を生じさせた場合も含むと解するのが判例・通説の立場である。本判決が、括弧書きで暴行の故意についても判示しているのは、判例・通説の立場を考慮した趣旨であろう。しかしながら、絆創膏を剥がす行為につき、果たして暴行の故意が無いといえるか疑問がないではない。爪の切除の認識が傷害の故意にあたるならば、意図的に絆創膏を剥がす行為に暴行の故意は認められるのではなからうか。むしろ、本判決の立場からすれば、この行為も違法でないと説く方が率直であったように思われる。

十、以上を要するに、看護師が③包括的な同意を得た上で行う爪ケアは、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、特段の事情がない限り、①看護の目的でなされたものとして違法性が阻却されるというべきであるから、本件被告人の行為は、看護業務上、正当な行為としてその違法性が阻却されるとした判旨は、至極妥当である。本判決は、看護師による爪ケアについての判断ではあるが、看護行為の正当業務行為性につき、一定の基準を示した点に意義がある。特に、看護としての必要性・相当性を備える行為は、特段の事情がない限り、看護目的の下に行なわれたものであるとの考えが示された点、爪ケアについては包括的同意で足りると判示された点は、看護活動が正当に遂行されている実情に即しており、なおかつ、看護活動が広く保障されることを示唆するものとして、非常に有益であろう。また、看護業務に伴う侵襲は、本件爪ケアの侵襲と同程度かそれ以下の場合が大半であるとすれば、本判決が参考となる範囲は広いであろう。

(1) 本件に関する事件報道と日本看護協会の広報活動については、『爪のケア』に関する刑事事件 経緯と支援の実態（日本看護協会出版会、二〇一一）二四頁以下参照。以下、本書を『爪のケア』として引用する。

- (2) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第二版〕二卷』（官野彬）（青林書院、一九九九）二二九頁、西田典之ほか編『注釈刑法 第一卷』（今井猛嘉）（有斐閣、二〇一〇）三七八頁参照。
- (3) 町野朔「違法阻却事由としての業務行為―スイス刑法三二条を中心として―」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第一卷』（有斐閣、一九八三）二二四頁以下参照。
- (4) 団藤重光『刑法綱要総論』（第三版、創文社、一九九〇）二〇八頁、宮野・前掲注（2）二二九頁参照。
- (5) 内藤謙『刑法講義総論（中）』（有斐閣、一九八六）四六七頁、今井・前掲注（2）三八二頁参照。
- (6) 上田健二「法令または正当な業務による行為―西原春夫ほか編『判例刑法研究二』（有斐閣、一九八二）二八頁以下、大谷實『刑法講義総論』（新版第三版、成文堂、二〇〇九）二五七頁、岡野光雄『刑法要説総論』（第二版、成文堂、二〇〇九）一三二頁参照。
- (7) 石井トク『医療事故』（第二版、医学書院、一九九九）八頁以下、野田寛『医事法上巻』（青林書院、一九八四）七九頁以下、高木繁子『看護師の法的責任の研究』（朝日大学法制研究所、二〇一〇）三七頁以下、山崎美貴子・瀧澤利行編『看護のための最新医学講座三五 医療と社会』（平林勝政）（中山書店、二〇〇二）二〇二頁以下参照。
- (8) 門広繁幸「判批」『医事判例百選』（一九七六）一四〇頁、野田・前掲注（7）五九頁以下、伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第八卷』（河村博）（立花書房、一九九〇）五六頁、佐伯仁志
- 「判批」『医事法判例百選』（二〇〇六）四頁参照。
- (9) 日本糖尿病教育・看護学会編『糖尿病看護フットケア技術』（日本看護協会出版会、二〇〇五）一頁以下、長崎修二「爪のケア」に関する刑事事件についての考察 鑑定医として」看護六三巻三号（二〇一）七九頁参照。
- (10) 日本フットケア学会編『フットケア』（西田壽代）（医学書院、二〇〇六）二頁以下参照。
- (11) 大塚仁「医療行為と社会的相当性・許された危険」福田平・大塚仁『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、一九七九）二一〇頁、小松進「医療と刑罰」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系三巻』（日本評論社、一九八二）七四頁、佐々木養二『医療と刑法』（南窓社、一九九四）九頁参照。
- (12) Vgl.: Karl Engisch, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, in: Stich / Bauer (Hrsg.) Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Aufl., Bd. 2, 1958, S. 1523. なお、町野朔「患者の自己決定権と法」（東京大学出版会、一九八六）三頁、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』（多賀出版、一九九七）一五頁以下も参照。
- また、治療行為の適法要件につき、医学的適応性、医術的正当性、インフォームドコンセントの三つを掲げる代表的見解として、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ（新版）』（イウス出版、二〇〇六）三二頁以下参照。
- (13) 表現は異なるものの、判断内容は概ね共通しているからである（小松・前掲注（11）七四頁以下、佐々木・前掲注（11）一五頁以下参照）。また、いずれにせよ、細かな違いは、論者ご

61— 看護師が入院患者二名の足の爪を剥離させたとして起訴された傷害二件の事案について、捜査段階の自白の信用性を否定し、一部は傷害の故意がない、一部は正当業務行為として違法性が阻却されるとの理由により、無罪が言い渡された事例（山川

- とに存在するからである。
- (14) 学説上、治療行為を包摂する広い概念としての医療行為の適法性を論じる見解については、大谷實『医療行為と法』（新版補正第二版）（弘文堂、一九九七）五頁、一九四頁、青木清相・武田茂樹『医療行為の適法性について』日本法学会四八巻三号（一九八三）一一八頁参照。
- (15) 川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法第一巻』（佐久間修）（立花書房、二〇〇六）二二三頁
- (16) 堀籠幸男『判解』『最高裁判所判例解説刑事事篇（昭和五三年度）』（法曹会、一九八二）一七〇頁以下、神作良二『判解』『最高裁判所判例解説刑事事篇（昭和五五年度）』（法曹会、一九八五）二四二頁以下、福崎伸一郎『判解』『最高裁判所判例解説刑事事篇（平成一五年度）』（法曹会、二〇〇六）一八〇頁、前田巖『判解』『最高裁判所判例解説刑事事篇（平成一七年度）』（法曹会、二〇〇八）六八四頁以下、六九三頁参照。また、下級審裁判例につき、前掲注（2）『大コンメンタール刑法（第二版）二巻』（古田佑紀）二四二頁以下参照。
- (17) 高平奇恵『判研』（九州）法政研究七八巻二号（二〇一一）二四五頁参照。
- (18) フットケアの手法については、宮川晴妃編『メディカルフットケアの技術』（日本看護協会出版会、二〇〇三）一頁以下、前掲注（10）『フットケア』（今井亜希子・高山かおる・加藤卓朗）八八頁参照。
- (19) 同旨、榊清隆『判批』研修七五一号（二〇一一）二五五頁参照。
- (20) 今井・前掲注（2）三九五頁参照。
- (21) この点、正当防衛において防衛の意思と加害意図が併存する場合に類似するが、看護行為の方がより緩やかに解されるべきであろう。その理由の一つとして「正当防衛の場合は、対立する法益が異なる主体に帰属しているが、治療行為、看護行為は同一の法益主体にむしろ利益が生じるという性質を有する」（高平・前掲注（17）二四七頁）ことが挙げられる。
- (22) 同旨、中島宏『判批』『刑事弁護』六五号（二〇一一）一五五頁参照。なお、供述証拠と客観的証拠の符合性判断について、石井二正『刑事事実認定入門』（第二版、判例タイムズ社、二〇一一）五九頁以下、司法研修所編『自白の信用性』（田崎文夫・龍岡資晃・田尾健二郎）（法曹会、一九九二）五一頁以下参照。
- (23) 町野・前掲注（12）一七五頁、高平・前掲注（17）二四八頁以下参照。同趣旨の理由から、看護の正当業務行為の要件に患者の承諾は不要であるとする見解として、上田國廣『解説』前掲注（1）『爪のケア』一五頁参照。
- (24) 荒井俊行『解説』前掲注（1）『爪のケア』一二頁参照。
- (25) 今井・前掲注（2）三九四頁以下参照。
- (26) 高平・前掲注（17）二四四頁、榊・前掲注（19）二三五頁参照。
- (27) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第二版）一〇巻』（渡辺咲子）（青林書院、二〇〇六）四〇七頁参照。