

市民病院の泌尿器科の看護婦が誤って静脈注射の際に
橈骨神経を傷つけて橈骨神経不全麻痺の障害を
負わせたとして、市に対して求めた慰謝料支払請求が
認容された事例

—— 名古屋地判平成14年3月15日判時1796号133頁 ——

A case to which the solatium payment claim for which the city
was asked was admitted noting that the nurse
of the urology department of a citizen hospital
damaged the radius nerve and burdened with the obstacle
of radius nerve insufficient paralysis accidentally
on the occasion of an intravenous injection

—— Nagoya District Court March 15, 2002 ——

驛 場 恵 子
Keiko Ekiba
松 川 実
Minoru Matsukawa

目 次

- 〈事実の概要〉
- 〈判 旨〉
- 〈検 討〉

〈事実の概要〉

Y市民病院泌尿器科の看護婦Aが、受診者Xの右腕の肘部に点滴をする際に、誤って注射針を神経幹内に刺し注入したため、右橈骨神経不全麻痺の障害を被ったとして、Xが、Y市に対して損害賠償を求めたものである。

Xは腎結石のため、平成2年末頃からY市民病院泌尿器科にて通院治療をしていたが、平成4年4月4日、脇腹痛の痛みを訴えたため、同病院の担当医師は、Xの痛みを取るために座薬を処方し、さらに自排石を促すための薬剤を点滴することにした。そこで、看護婦Aが、Xの右腕の肘部外側の部位から注射針を刺入して点滴を開始した。ところが、点滴開始後すぐにXは、その刺入部位付

近から右腕の指先にかけて痛みを感じ、点滴終了直後には、手足が痺れたこと、翌日に右手肘部が腫れ上がり、手に力が入らず、箸を落としたり、字が書けない症状が生じた。そこで、Xは、点滴後の3日後から、同年4月には延べ8回ほど、Y病院の泌尿器科で点滴の指示をした医師とは別の医師の診察や同病院内科さらに他の2病院で検査診断を受けた。その後も病状は回復することなく悪化したので、数回これらの病院で検査受診した後、同年12月17日、Xは県立病院脳神経外科において診察を受け、右橈骨神経不全麻痺の障害があることが判明した。看護婦Aが注射針を刺入した部位の付近には橈骨神経が走行しており、Xの障害は、注射部位よりも末梢に認められることから、

少なくとも点滴のための注射針自体が橈骨神経を損傷したか、あるいは点滴液が橈骨神経に悪影響を与えたと考えられ、Aの注射行為によりXの右障害が生じたものと推認された。以上の事実からXは、Y市が、Aの注射行為から生じた自らの障害につき診療契約の債務不履行あるいは不法行為（民法第715条1項）に基づく損害賠償責任があると主張した。

本判決は、市民病院泌尿器科の看護婦が、患者の肘部に点滴をする際に過失により橈骨神経を傷つけ、患者に橈骨神経不全麻痺の障害を負わせたとして、市に対して損害賠償責任を認めたが、Xは、右障害発生後も中学の教員として勤務し、現実の収入は減少していないことから、Xの後遺障害による逸失利益としての損害の算定はできないが、その被る不利益を慰謝料算定の一事情として考慮すると、Y市に対し、Xへ300万円の慰謝料支払義務を認めた。

〈判旨〉 一部認容、一部棄却（確定）

「橈骨神経は、肘関節部外側では静脈の付近を走行しているから、看護婦は、橈骨神経走行部位付近である肘関節上部外側の部位に点滴をする場合には、付近の橈骨神経走行部位等不適切な部分に注射針を刺入することのないように十分に注意する義務があるというべきである。

本件において、原告の右橈骨神経不全麻痺が本件注射行為によって生じたものと推認できることは前記のとおりである。そうすると、平成4年4月4日に原告に対する点滴を担当した被告病院の看護婦（被告病院の被用者であり、履行補助者の関係にもある。）は、上記の義務を怠って、本来注射針を刺入してはいけない橈骨神経走行部位に点滴のための注射針を刺入した過失があることは否定できないところであり、被告は本件注射行為から生じた原告の損害について診療契約の債務不履行あるいは不法行為に基づく賠償責任をまぬがれない。」

〈検討〉

1. 診療契約の債務不履行責任

本件は、判決理由では診療契約の債務不履行あるいは不法行為に基づく賠償責任と両責任が併記されているが、腎結石の治療と脇腹痛の快方ある

いは改善を主たる内容とする医療・診療契約の債務不履行が問われた事件である（請求権競合については、前田達明・稲垣喬・手嶋豊「医事法」有斐閣（2000年）241頁以下参照）。医療・診療契約は、わが国では準委任契約と解されている（東京地判昭和46年4月14日判時642号33頁）。準委任契約とは、法律行為に当たらない事務を委託する契約である（民法656条）。診察治療などの医療行為は、法律行為にあたらぬ事務であるから準委任契約と解することができる（前田・稲垣・手嶋・前掲216頁、筋立明・中井美雄「医療過誤法」青林書院（1994年）60頁〔高嶋英弘執筆担当〕、小堺堅吾「ナースの知っておきたい看護事故の法律常識」学習研究社（1984年）108頁参照）。本件医療契約の委任者は受診者Xであり、受任者は、Y市民病院（医療法4条参照）である。看護婦A（尚、平成14年3月1日から名称変更のための法改正により、看護婦は看護師と称されることになったため、本稿でも以下、看護師と表記することとする。）は市民病院あるいは医師の医療行為の一翼を担う者であるが、医療契約の契約当事者ではなく、市民病院の履行補助者にすぎない（菅野耕毅「看護事故判例の理論」信山社（1997年）48頁参照）。

受任者は、「委任ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ」（民法644条）。本件医療契約の本旨とは、腎結石の治療と脇腹痛の快方あるいは改善である（尚、請負契約との差につき、筋・中井・前掲128頁参照〔川村フク子執筆担当〕参照）。そのために受任者側は、診断、治療、手術などの医療行為を行う義務がある。点滴は注射の一種であり、治療の一環にあたる。しかし、自排石を促すために点滴をなしたが、その仕方が適切でなかったために、かえって痛みが悪化したり、新たな病状が発生してしまった場合には、これらの既存の病状の悪化の点では債務不履行が問題となる。その場合には、本件は不完全履行の一形態である。さらに、仮に新たな病状が発生した場合には、拡大された損害として不法行為責任が問題となろう（筋・中井・前掲89頁〔中井美雄執筆担当〕参照）。

不完全履行によって、債務者（本件では受任者）が債務不履行責任を負うには、①履行はなされたが、その履行が不完全なこと、②履行の不完全が

債務者の帰責事由に基づくこと、③不完全な履行がなされたことが違法であること、④損害の発生、⑤損害の発生と不完全な履行との間に因果関係があることが必要となる（筋・中井・前掲103頁以下参照〔中井美雄執筆担当〕）。以下では、これらの要件について順次、検討することにする。同時に、看護師による静脈注射の合法性についても検討することとする。

2. 履行の不完全性

不完全履行とは、履行はあったが、履行が不完全なために債権者を害した場合をいう（林良平・石田喜久夫・高木多喜男「債権総論（改訂版）」青林書院新社（1982年）93頁）。つまり、給付の目的物あるいは給付行為に瑕疵があるため、または履行の際の過失から債務の本旨に従った履行とはならないために、債権者に損害を与えた場合をいう（水辺芳郎「債権総論」法律文化社（1991年）88頁以下）。不完全履行には、履行の方法の不完全、履行に際しての注意の不完全、履行の目的物の不完全がある。本件の場合には、看護師Aは、橈骨神経走行部位付近である肘関節上部外側の部位に注射をした場合に、付近の橈骨神経走行部位等不適切な部分に注射針を刺入したのであるから、履行の方法の不完全ないしは履行に際して注意が不完全であったと認められる。

3. 債務者の帰責事由

不完全履行の責任が成立するには、過失責任主義から債務者の帰責事由が存在することが必要である（判例・通説）。債務者の帰責事由とは、債務者の故意ないしは過失及び信義則上それと同視できる事由と解せられている（我妻栄「新訂債権総論」岩波書店（1964年）106頁）。信義則上、債務者の故意ないしは過失と同視できるものとして看護師などの履行補助者の故意ないしは過失がある（大判昭和4年3月30日民集8巻363頁）。過失とは、善良なる管理者の注意を欠いたために、債務不履行を生ずべきことを認識しないこと（抽象的過失）である。抽象的過失とは一般人、通常人ないし合理的人間がその地位、職業、立場等において、当然払うことが期待される程度の注意である。医療過誤における抽象的過失とは、医師ないしは看護師として当然払うべき注意義務をいう

（前田和彦「医事法講義改訂第5版」信山社（2001年）209頁参照）。

医療過誤における医師の具体的過失は、医師として当然払うべき注意義務違反の有無に置き換えられ、さらにその注意義務違反はいわゆる医療水準を基準として判断されてきた（リーディングケースは、最判昭和57年3月30日判時1039号66頁〔未熟児網膜症事件〕）。つまり、「ひとの生命及び健康を管理すべき業務に従事する者は、その業務の性質に照らし危険防止のための実験上必要とされる最善の注意義務を要求されるが、…右注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践の場における医療水準である（傍点筆者）」と判示し、昭和44年の段階では未熟児網膜症の先進的な治療法であった光凝固法を採用することは医療水準には達していなかったと判示した。本最高裁判決では、医師ではなく、「ひとの生命及び健康を管理すべき業務に従事する者」と書かれ、「管理」という概念も医療法1条がいう「病院、診療所及び助産所の開設及び管理」の「管理」とは異なる概念である。判例によれば、「ひとの生命及び健康を管理すべき業務に従事する者」には医療機関も含まれている（例えば、最判平成7年5月30日判時1553号78頁〔新生児核黄疸事件〕）。そうすると、看護師を含め、医療従事者も「ひとの生命及び健康を管理すべき業務に従事する者」に主体的ないしは補助的に関与しているため、看護師にも医療水準に類した基準が適用される可能性がある。「医師の指示なくしてなされた医療行為において…（中略筆者）看護婦の注意義務の程度は、専門医と同等であるとされる」という見解もある（筋・中井・前掲177頁〔川村フク子執筆担当〕参照、さらに医療水準論が提唱される以前の判決であるが、広島地裁呉支判昭和36年4月8日判時259号32頁〔イルガピリン注射事故事件〕は、看護師にも医師と同レベルの注意義務を認めていた）。さらに「看護水準」という概念を用いる者も出ている（石井トク「医療事故：看護の法と倫理の視点から」医学書院（1992年）20頁）。

しかし、一般論として看護師に、医師ないしは医療機関と同様の高いレベルの水準論による注意義務を課してよいかどうかは問題となる。確かに、医療水準論においては、絶対説から相対説への緩

和が見られる（この点については、西野喜一「医療水準と医療慣行」太田幸夫編「新・裁判実務体系1 医療過誤訴訟法」青林書院（2000年）103～117頁参照）。従って、看護水準論を採用する際にも、少なくとも看護教育水準の低さ、地域性、医療機関の性質や規模、労働環境などの具体的な要因を加味して判断されなければならないと考える。

本件の看護師Aは、都市の市民病院という大病院に勤務しているが、Aの経験年数や、静脈注射技術に習熟していたか否か、労働環境はどうであったか等の個別具体的事情が全く検討されていない。そもそも当時の教育体制においては、静脈注射の実施は正規のカリキュラムに含まれておらず、知識や技術の習熟度を問うことが妥当であるかは疑問である。労働環境にしても注意力を阻害される要因や観察の時間もままならないような運営体制であったか否かを、人的、機能的に検討することも必要であったはずである。

本件判決では、注意義務を不適切な部分に注射針を刺入しないことに置いている。これは、恐らく不適切な部分に注射針を刺入すれば、何らかの障害が生じることを予見すべきであったことを前提にしていると思われる。しかし、本件では、点滴用の注射針を腕に刺した途端に、受診者Xは針の刺入部付近から右腕の指先にかけて電流が走るような鋭い痛みを感じ、痛いと呼んだが、看護師は針を刺せば痛みがあるのは当然であると言って、本件注射部位にテープを貼って点滴針を固定したという。そうであれば、その時点で、AないしはAの行為を指示すべき担当医師は点滴の浸潤の有無を確認するか、点滴を中止して抜針するなどの方策をとるべきであった。その点で、Aは病状の悪化を防止すべきという義務（結果回避義務）に違反していると解することができる。従って、本件判決が結果としてAの過失を認め、さらにそれを債務者Yの過失と同視し、Yに帰責事由が存在すると判断した点は妥当である。

4. 違法性

不完全履行が成立するには、不完全な履行がなされたことが違法であることが必要である（我妻・前掲153頁）。もっとも、緊急避難のようなまれな事態を除いて、この要件は問題にならないという（遠藤浩・打田峻一編「新版民法（債権）講義」

青林書院新社（1981年）52頁参照〔佐々木金三執筆担当〕）。

しかし、本件のように、医療行為の多くは患者の身体への侵襲を伴うから、そもそも履行は違法であるとも考えることもできる。しかし、契約上、被害者の承諾があるものとしてその違法性は阻却される。これはインフォームド・コンセントに関わる点であるが、被害者の承諾を越えて、身体への侵襲がなされた場合には、たとえ結果がよくとも、違法になる場合もある（菅野耕毅「新版医事法の研究I 医療過誤責任の理論・増補新版」信山社（2001年）181頁以下参照）。

さらに、医師でない看護師が注射という医療行為をなした場合には、医事法に違反し、違法な行為をなしたと解される可能性もある（高田利廣「事例別医事法のQ&A」日本医事新報社（1995年）178頁）。なぜなら、医師でなければ医業をなしてはならない（医師法17条）からである。さらに医師でない者が医業をなした場合には、刑事罰が科される（医師法31条1項）。ここで、医業とは法律上明確な定義はないが、反復継続の意思をもって医行為を行うこと解すことができ、営利目的ないしは報酬を受ける目的を有しなくとも、1回だけの行為でもそれを繰り返す意思があれば、反復継続の意思が認められる。また、医行為とは医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ、衛生上危険を生ずるおそれのある行為をいう。保健師助産師看護師法（以下では保助看法と称する。）37条が規定する衛生上危険を生ずるおそれのある行為には、診療機械の使用、医薬品の授与、医薬品について指示があるが、これらを含めて具体的に列挙すれば医行為には、診断、手術、治療、採血輸血、注射、投薬、麻酔、放射線照射などがある（菅野耕毅「医療過誤責任の理論－医事法の研究I－」信山社（1996年）159頁参照）。

看護師とは、傷病者若しくはじょく婦に対する療養上の世話又は診療の補助を行うことを業とする者をいう（保助看法5条）。診療の補助とは、医師の医行為を補助する行為である。確かに、この診療の補助は「看護職の独自業務として、医師の指示を得ることなく、主体的に果たさなければならない法的役割である」という見解（能條多恵子「法と看護実践－臨床現場における看護者の責務

とは一」看護教育41/11(2000年)994~1000頁(994頁)もあるが、診療を補助する行為にも、医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ、衛生上危険を生ずるおそれのある行為を含んでいるものと思われる。それ故、仮に、看護師が衛生上危険を生ずるおそれのある行為をなせば、それは医師法17条及び31条1項に違反することになろう。点滴という注射も、一般的には衛生上危害を生ずるおそれのある行為であるから医行為である。この点につき、昭和26年に国立鯖江病院で起きた注射禍事件(ブドウ糖静脈注射中毒死事件一尚、後掲7を参照)が発生した際、福井県知事からの看護婦による静脈注射の実施の是非に関する疑義照会に対して、当時の厚生省は「静脈注射は、薬剤の血管注入による身体に及ぼす影響の甚大なること及び技術的に困難であること等の理由により、医師又は歯科医師が自ら行うべき業務で、保健婦助産婦看護婦法第5条に規定する看護婦の業務の範囲を超えるものであると解する。従って静脈注射は法第37条の適用の範囲外の事項である」との回答を行っている(昭和26年9月15日医取第517号)。しかし、保助看法37条は、看護師等は医師の指示があつた場合を除くほか、診療機械を使用し、医薬品を授与し、医薬品について指示をし、その他医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならないと定めている。従って、医師の指示があれば、医行為、つまり医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為を看護師等がなすことも許されることになる。さらに臨機応急の手当てであれば、看護師等は医師の指示がなくとも医行為をなしてもよい(保助看法37条但書)。これら2つの特例は、もともと医師法17条及び31条の例外であるから、医師の指示に関しても、その存否とその的確さは厳格に判断しなければならないし、また臨機応急の手当てでも限定的に解さなければならない。従って、個々の医行為につき、医師が看護婦にどのような指示をなすべきかについては、各医行為の危険性に差があるため、個別具体的に担当医師が判断しなければならない(石井・前掲10~12頁参照)が、注射も医師から適切な指示があれば、看護師が行ってよいことになる。

本件では、判決書からは、担当医師が看護師Aに対して、本件点滴につき指示をなしたかどうか、

またどのような指示をなしたかについては明らかでない。これは、原告がその点で全く争っていないこと、さらには裁判所も担当医師から指示が存在したものと判断したためであるかも知れない。しかし、医師は一般的には「異常があれば直ちに連絡し、指示を仰ぐように」と指示するはずである。本件では、点滴針を刺した直後に受診者Xが鋭い痛みを感じて右手の異常を訴えたのであるから、その段階で看護師Aは直ちに薬剤の注入を中止し、一般的な指示に従い、担当医師の指示を仰ぐべきであった。このような指示に反して、独断で薬剤の注入を継続したのであれば、それは医師の指示に違反し、保助看法31条の要件を充足せず、究極的には、医師法17条及び31条1項に違反し、刑事罰の適用対象となろう。

仮に本件においても、看護師Aにおいて医師法17条及び31条1項に違反する事実が認められるとすれば、それは違法な行為である。医師法は行政法上の規制法であり(昉・中井・前掲105頁〔中井美雄執筆担当〕)、医師法17条及び31条は取締法規である。つまり、その取締法規に違反した者には刑罰上の制裁が科されるが、その私法上の効力を否定されない(松坂佐一「民法提要総則第3版」有斐閣(1974年)199頁参照)法規である。従って、看護師Aの取締法規に違反する行為(事実行為)は、私法上債務の履行としての効力は否定されないが、取締法規に反することは、民法上も違法になるものと思われる(尚、昉・中井・前掲106頁も参照〔中井美雄執筆担当〕)。

5. 損害の発生

損害とは、債務不履行により債務者の法益について被った一切の不利益をいう(松坂佐一「民法提要債権総論第4版」有斐閣(1982年)87頁)。損害は財産的損害と非財産的損害に分けることができる。債務不履行によって生じた非財産的損害も賠償されるかどうかに関しては、不法行為の場合のように明文規定(民法710条以下)がないが、法益について被った一切の不利益が損害であるから、非財産的な法益についても損害に含めることができる(尚、大判大正5年1月20日民録4頁、最判昭和32年2月7日最判集民25号383頁参照)。財産的損害費には積極的損害と消極的損害がある。つまり、既存の利益が失われたことによる損害を

積極的損害といい、将来得べかりし利益の損失を消極的損害という。積極的損害には、治療費、入院費、薬品代、通院交通費、弁護士費用などがあり、消極的損害には、休業補償、逸失利益などがある。

本件では、Xは点滴後から提訴までの間に、Y病院をはじめ、5病院に少なくとも18回通院し、検査診療を受けているが、これらの治療費、通院交通費などの積極的損害の賠償を請求していないが、弁護士費用については200万円を請求したのに対し、裁判所によって30万円が認められている。Xは後遺障害による逸失利益として1847万円余の請求をしている。これは、点滴の不完全履行により橈骨神経不全麻痺の障害を被り、それによって教師としての労働能力が低下し、その低下の程度（労働能力喪失率）に応じて将来得べかりし利益の賠償を求めたものである。それに対し、裁判所は障害発生後も中学の教員として勤務し、現実の収入は減少していないことから、具体的な逸失利益を算定することができないとして、原則としてこの請求を退けた。しかし、現実の収入減少の如何にかかわらず労働能力喪失率を認定して賠償を認めるべきである。なぜなら、将来の生じうる損害を予測することは困難であり、人間の労働力自体が交換価値を持つ財産的価値があり、そのような財産的価値自体の喪失あるいは低下を財産的損害と解して賠償を認めることが、損害の公平な分担の理念にも合致するからである（筋・中井・前掲201頁以下参照〔矢野修執筆担当〕）。

とはいえ、本判決は、後遺障害による逸失利益を慰謝料算定の一事情として考慮すると言及した上で、Xの250万円の慰謝料請求に対して、後遺障害の症状等に係わる事情、点滴後に種々の病院での診察を余儀なくされたことなどを考慮して、請求額を上回る300万円を慰謝料として認容した。これは新潟水俣病訴訟、熊本水俣病訴訟などで主張された一括請求方式に近い判断手法であり、本件でも逸失利益と精神的損害を包括して慰謝料として認めた。しかし、一括請求方式は、民事訴訟法に損害賠償額を認定するための裁判官の自由裁量権が認められなかった時代に生み出された便法であり（松川実「損害賠償額の算定の手続」法学新報第105巻2・3号（1998年）179～240頁（225頁以下）、現行民事訴訟法には248条（損害額の認

定）にそれに相当する規定が創設されているため、あえて一括請求方式をとる必要性もなく、また後遺障害による逸失利益の算定根拠を明示するべきであったと思われる。

6. 因果関係

因果関係とは、原因たる事実がなければ結果が生じなかったはずであるという結びつきである（事実的因果関係）。しかし、このような事実関係における原因結果の関係は無限に進展するから、そのままこれを適用したのでは、債務者が賠償すべき負担が過酷となるため、一定の制限を画する必要がある。そのために主張されたのが相当因果関係である（橋本英史「医療過誤訴訟における因果関係の問題」太田編・前掲181頁以下参照）。これは、債務不履行によって現実が生じた損害のうち、特有な損害を除き、このような債務不履行があれば一般に生ずるであろうと認められる損害だけに限定する理論である（我妻・前掲118頁）。

本件判決は、①人の右腕の肘関節上部外側の付近には橈骨神経が走行していること、②看護師AはXの右腕の肘関節上部外側に注射針を刺入した、③そのため、注射針が橈骨神経を損傷したのか、あるいは点滴液が橈骨神経に影響を与えたのかのいずれかであると考えられ、両者が競合した可能性もある、④注射後まもなくXの右腕の痺れや痛み、脱力感等を訴え、右前腕の運動、知覚障害、握力低下といった症状が出た、⑤これらの症状は、橈骨神経不全麻痺の症状と同一である、⑥それ故、Aは注射によって、Xの橈骨神経不全麻痺を来したと認定して事実的因果関係を肯定した。

しかし、橈骨神経が肘部付近の静脈に接して皮下から浅いところを走行しているか否かの距離を問題とする場合、各人の体格等個性があるだけでなく、注射針の長さは使用物によっては相当の差異があり、十分到達可能な場合も考えられ、一律には判断できないはずであり、自排石を促すための薬剤ソリタ T3 は体液に近い性状の液体であり、神経や周囲の組織に障害を与えると必ずしも断定できない。万一、点滴針が橈骨神経を穿刺したとしても、数年にわたる麻痺が継続するような後遺症を残すとも断定できない。さらに通常、抹消神経障害が外的原因に起因する場合、その原因が取り除かれれば自己修復過程が働き、末梢神経は再

生し、神経障害は徐々に改善する可能性もある。そして、③における注射針が橈骨神経を損傷したのか、あるいは点滴液が橈骨神経に影響を与えたのか（あるいはその両方の可能性もある）という判断も推測の度合いが高い。このような推測を相当因果関係によって根拠づけることはできない。なぜなら、相当因果関係は事実的因果関係の無限の連鎖を遮断するための理論であって、不確定な要素が存在するものを積極的に肯定するために用いる理論ではないからである。

仮に、本件Xが、点滴によって手足の先が痺れ、頭がぼろっとした感じを覚え、右手の肘部が腫れ上がり、手に力が入らず、食事中に箸を落としたり、字も書けない状態になったという事実に基づき、精神的な苦痛に対する慰謝料を請求する（その場合には慰謝料額も低額にならざるを得ないであろう）のであれば、この因果関係は容易に認められるであろうが、橈骨神経不全麻痺という後遺障害までの因果関係を認めた本判決には疑問がある。

7. 看護師による静脈注射の合法性

(1) 行政解釈

前述（上記4.「違法性」参照）したように、看護師が注射という医療行為をなした場合には、医事法17条に違反し、刑事罰（医師法31条1項）が科されるおそれがある。昭和26年のブドウ糖静脈注射中毒死事件を契機として三重県知事から提出された医師法第17条に関する疑義照会に対し、厚生省は、静脈注射は医師が自ら行うべき業務であって、保助看法5条にいう看護婦の業務の範囲外であり、「看護婦が静脈注射を業として行った場合は、医師法第17条に抵触するものと解する」と断言している（厚生省医務局長、昭和26年11月5日医収616号）。しかしこの通知は続けて「但し、実際の指導取締りに当たっては、本年9月15日医収第517号通謀末項の趣旨によらねたい」と記している。つまり、医収第517号の末項には、医師数の不足等により大部分の病院では看護婦が静脈注射をしているのが実情であり、「今直ちに全般的に法の解釈通りの実行を期待することは困難な事情もある」という。つまり、看護師による静脈注射を医師法17条違反で摘発すれば、多数の看護婦が刑事被告人となり、医療機関では医療に支障を

きたすから、医師法17条の適用には「手心」を加えるようにという趣旨である。

しかし、医師法17条の例外として、保助看法において看護師等が医療行為をなすことが許されるのは以下のような場合である。つまり、①（医療行為に該当しても）診療の補助（同5条）として、②医師の指示に基づけば、医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある医療行為（同37条本文）、そしてその反対解釈として、③医師が行わなくとも衛生上危害を生ずるおそれのない行為は、医師の指示がなくとも、さらに④医師の指示がなくとも、臨機応急の手当て（同37条但書）の場合である。

静脈注射は①診療の補助でなく、診療そのものであるから、保助看法5条の適用を受けない。この点、昭和26年9月15日付の厚生省医務局長通知（医収第517号）も、静脈注射は保助看法5条にいう看護婦の業務ではないことを明らかにしていた。また、④静脈注射はその危険性から臨機応急の手当て（同37条但書）には含まれない。さらに、③静脈注射は、衛生上危害を生ずるおそれのある医療行為であるから、医師の指示がなければ許されない。そうすると、理論上、看護師が静脈注射をなすことが許されるのは、②医師の指示に基づき、衛生上危害を生ずるおそれのある医療行為（同37条本文）として行う場合であろう。もっとも、昭和26年9月15日付の厚生省医務局長通知（医収第517号）は、「静脈注射は法第37条の適用の範囲外の事項である」と述べているが、これは同37条本文の解釈を誤るものである。この解釈の誤りに厚生省も気づいたのか、昭和38年になると、看護師による静脈注射が保助看法37条の適用外であるとした解釈の再検討に着手した。しかし、本通知によって看護師による静脈注射が医療現場で現実に減少してきたのに、この通知が撤回されては再び静脈注射が増加してしまうとして看護関係者が大反対したため再検討が見送られたという。

(2) 司法解釈

この点について裁判所の見解は統一されていない。つまり、①医師の指示に基づけば、看護師の注射行為は診療の補助業務（保助看法5条）であるとする立場、②看護師による静脈注射は医師の指示があっても、保助看法37条に違反する行為と解する立場、③静脈注射は医師が指示をすれば看

看護師に実施させることも許されるとする立場に分かれる。前述のように、最後の③の立場が妥当である。順次、これらの立場に該当する裁判例を検討する。

①医師の指示に基づく看護師の注射行為は診療の補助業務であるとする立場を採用する裁判例としては、最判昭和28年12月22日刑集7巻13号2608頁（ブドウ糖静脈注射中毒死事件判決）がある。この事件で最高裁は、原審たる名古屋高裁金沢支判昭和27年6月13日高刑集5巻9号1432頁の判断を全面的に支持した。つまり、「看護婦は保助看法第5条、6条、37条の各規定により主治の医師の指示する範囲においてその診療の補助者として、傷病者に対し診療機械を使用し、医薬品を授与し、または医薬品について指示し及びその他の医師の行うことのできる行為をすることが許されているものと解すべきであるから、看護師が医師の指示により静脈注射をすることは当然その業務上の行為であるといわなければならない（傍点筆者）」としている。本ブドウ糖静脈注射中毒死事件は、前述した昭和26年9月15日付の厚生省医務局長通知を引き出したが、裁判所の判断は厚生省の行政解釈とは全く異なっている。つまり、静脈注射は、保助看法37条本文にいう医師の指示に基づけば、看護師に許される衛生上危害を生ずるおそれのある医療行為と解している。これは妥当な解釈であるが、看護師の静脈注射を、看護師の業務上の行為、つまり、保助看法5条の「診療の補助」と考えているようであるが、この点は妥当でない。

②静脈注射は医師の指示があっても、保助看法37条に違反する行為と解する立場には、神戸地判昭和43年9月30日判時544号18頁（サクソグレン静脈注射ショック死事件）と、大阪高判昭和59年8月16日判タ540号272頁（複合ブスコパン静脈注射ショック死事件）がある。サクソグレン静脈注射ショック死事件において、神戸地裁は「サクソグレン静脈注射により患者Hがショックを起こして死亡するおそれのあることを某鉄道病院外科医長Yには予知し得なかったと判断するとともに、看護婦に命じて静脈注射をさせたことも、法律の趣旨および行政指導に抵触する点はあるが、Y本人が行ったとしてもショック死の結果は避けえなかったから、この点はYの過失には関係がなく、静脈注射を看護婦Iが行ったことは保助看法

第37条につき有権的解釈がなされている以上これに抵触するものとのそしりは免れないかもしれないが、そのことから直ちにYがIに指示して静脈注射をさせた点につきYに過失があるとの結論を引き出すことはできない（傍点筆者）」とした。これは、厚生省の行政指導（通知）及び有権的（行政）解釈に一定の配慮をしている。しかし、医師が指示して看護師に静脈注射をさせることは保助看法37条に違反すると判断していることは、前述のように同条の解釈を誤っている。なぜなら、ブドウ糖静脈注射中毒死事件最高裁判決が適切に判示したように、医師の指示があれば、看護師による静脈注射は保助看法37条に違反しないと解されるからである。

また、複合ブスコパン静脈注射ショック死事件で大阪高裁は「看護婦は医師の指示を受け傷病者等に療養上の世話又は診療の補助をなすことを業とする者であるから、主治医の指示を受け患者に医薬品を注射することは、医師が行うのでなければ衛生上危害が生ずるおそれがあるような場合でない限り違法ではない（傍点筆者）」と判断した。この判断では、まず前段において、保助看法5条の「療養上の世話又は診療の補助」に医師の指示を要求しているが、これはそれらの行為が、衛生上危害を生ずるおそれがあるような医行為であれば妥当であるが、療養上の世話や診療の補助がすべて衛生上危害を生ずるおそれがあるとはいえない。このように一般的には医師の指示を要求することは、看護の独自の裁量権を否定し、いわゆる看護師手足論（大判大正2年12月18日刑録19輯1457頁、さらに菅野耕毅「看護事故判例の理論—医事法の研究IV」信山社（1997年）37頁参照）と同じ立場になってしまう（尚、保助看法5条の診療の補助にも医師の指揮監督を要すると主張するものとして、鈴木峯三郎「医療従事者のための医事法の知識第2版」医学書院（1996年）155頁参照。しかし、この医師の指揮監督と保助看法37条の医師の指示との異同が問題になる）。次に後段によれば、昭和26年9月15日付の厚生省医務局長通知（医収第517号）と同様に、医師の指示があっても看護師による静脈注射は保助看法37条違反となるという誤った解釈をとっている。

③静脈注射は医師自らが行うか、あるいは指示をすれば看護師に実施させることもできるとする

立場をとるものには、静岡簡判昭和33年12月高田利廣「看護の安全性と法的責任第1集」日本看護協会出版会（1976年）72頁（ベナルカイン静脈注射のアンブルと間違えレスタミンコーワ油による急死事件）と、宇部簡判昭和31年7月4日法務総合研究所「医療過誤に関する研究」176頁（オーロバンソーダ静脈注射中毒死事件）がある。ベナルカイン静脈注射のアンブルと間違えレスタミンコーワ油による急死事件で静岡簡裁は「医師として静脈注射は技術的にも困難である上、往々にして薬品名類似による誤用の危険性も認められるから、自ら注射するか、または注射液を確認のうえ厳重なる監督のもとに看護婦に注射させ、危害の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務がある」として、看護婦が医師の指示の下で静脈注射をなし、患者が死亡した場合には、看護婦だけでなく、医師もともに業務上過失致死罪の罪責を負うとした。この立場によれば、厳重な指示及び監視のもとであれば、看護婦に静脈注射をさせることも許されることになり、保助看法37条の妥当な解釈である。また、オーロバンソーダ静脈注射中毒死事件で宇都宮簡裁は「医師の指示によりその監視のもとに代行することにより初めて業務上の行為となるものと解すべく、看護婦は医師と共に業務上の責任を負うべく、看護婦のみの責任で医師には責任なしとは解せられない」とした。これは、医師の指示と監視があれば看護婦の静脈注射が許されると解している。しかし、「業務上の行為」の業務とは、保助看法5条にいう「診療の補助」などの「看護婦の業務」を指すのか、あるいは業務上過失致死傷罪の「業務」を意味しているのかは不明である。

(3) 学説

次に、この点に関して明確な見解を表示している学説は少ないが、いくつかの学説を検討する。

①看護婦が医師の指示の下に診療の補助として行うことができるのは、皮下注射・皮内注射・筋肉注射などであり、その他の注射は医師の注射行為の介助にあたるものと解する立場（例えば、日本看護協会編「看護事故事例研究ノート」日本看護協会出版会（1975年）57頁）がある。これは講学上主張されている絶対的医療行為と相対的医療行為の区別に対応する見解である（石井・前掲9頁参照）。絶対的医療行為とは、例えば、胃チュー-

ブ、静脈注射、動脈採血、医学的検査の診断等のように、衛生上危害が生ずるおそれが高いか、あるいは医学的知識が要求される行為であるから、医師自らが行わなければならない医療行為である。それに対し、相対的医療行為とは、静脈採血、心電図、与薬、皮下・筋肉注射、点滴の交換などのように、医師がおこなうのでなければ、衛生上危害が生ずるおそれがあるが、医師の指示のもとであれば看護婦も行ってよい医療行為である。従って、この見解では、皮下注射・皮内注射・筋肉注射は相対的医療行為で、医師の指示の下であれば、看護婦も診療の補助として行うことできるが、それ以外の注射、つまり、絶対的医療行為に該当する静脈注射は医師が自ら行わなければならない、看護婦はしてならないというものである。これは、結論としては、昭和26年9月15日付の厚生省医務局長通知（医取第517号）と同じ見解である。しかし、皮下注射・皮内注射・筋肉注射も、保助看法5条にいう診療の補助ではなくして、診療そのものであり、保助看法37条のいう衛生上危害を生じるおそれのある医療行為もある。さらに、静脈注射も、絶対的医療行為に分類されても、医師自らが必ず行わなければならない医療行為ではなく、医師の指示があれば看護婦も行うことができる医療行為と解するべきである。それ故、確かに、皮下注射・皮内注射・筋肉注射と静脈注射では、臨床的には危険度に差があるかも知れないが、法律上は、いずれも医師の指示が必要な衛生上危害を生じるおそれのある医療行為（保助看法37条）となろう。

②静脈注射が看護婦による診療行為として許されるか否かは、個別的に各注射行為の危険性の程度と補助者の技能に即して、患者の安全が保証される程度の適切な医師の指示があるかどうかによって決まると解されるとする見解（小堺・前掲26頁）もある。ここでいう看護婦による診療行為とは、保助看法37条のいう医療行為を意味するものと思われるが、保助看法37条によれば、そこで要求されているのは、医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれが存在することである。この見解が注射自体の危険性と注射を行う技能のレベルという二面性から、衛生上危害を生ずるおそれを判断しようとしている点は妥当であろう。しかし、この見解では、確かに危険度の高い注射を技能レ-

レベルの低い看護師に実施させる場合には、医師に厳格な指示を要求することになるだろうが、逆に危険度の低い注射を技能レベルの高い看護師に実施させる場合には、医師は指示をしなくともよいという解釈がなされるおそれがある。さらには③静脈注射はケースバイケースにおいて具体的に患者の病態、薬剤の種類、量、副作用、看護婦能力、緊急事態への対応体制などを総合して判断されるべきで、一般の一義的に解釈されるべきものではないとする見解（高田利廣「看護婦と医療行為—その法的解釈」日本看護協会出版会（2001年）21頁）がある。これは治療行為の対象である患者側の事情、治療行為者である看護師の事情、治療の客体である薬剤の危険度さらにバックアップをする病院の体制などを総合的に判断することになるが、個別具体的な基準は明らかでない。

(4) 行政解釈の変更

ある調査では、94%の医師が看護師・准看護師に静脈注射を指示しているという（厚生科学特別研究事業・静脈注射実施における教育プログラムの開発〔H13〕<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/05/dl/s0531-3b.pdf>）。医療現場では、この調査結果が示すように、すでに看護師等が医師の代わりに静脈注射の大半を実施しているようである。このような現状を追認するかのようになり、平成14年9月30日、厚生労働省は「看護師等による静脈注射の実施について」（医政発第0930002号）という通知によって、昭和26年9月15日付「厚生省医務局長通知」（医取第517号）を改訂した。これは平成14年9月6日に取りまとめられた「新たな看護のあり方に関する検討会」中間まとめの趣旨を踏まえ、以下のような内容である。つまり「医師又は歯科医師の指示の下に保健師、助産師、看護師及び准看護師（以下「看護師等」という。）が行う静脈注射は、保健師助産師看護師法第5条に規定する診療の補助行為の範疇として取り扱うものとする」というものである。さらに、「薬剤の血管注入による身体への影響が大きいことに変わりはなく、医師又は歯科医師の指示に基づいて、看護師

等が静脈注射を安全に実施できるよう」、医療機関と看護師等学校養成所は研修と教育を実施するように要請している。

しかし、そもそも看護師等が行う静脈注射を「診療の補助行為」（保助看法5条）に含めることには疑問がある。なぜなら、静脈注射は診療の補助行為どころか、診療それ自身に該当するからである。また、診療の補助行為であれば、医師の指示がなくとも、看護師の裁量権の範囲内で独自に注射ができることになろう。さらに、この新通知では、薬剤の血管注入による身体への影響が大きいことから、看護師等が静脈注射を安全に実施するには医師の指示を要求されるとしているのは矛盾するものと思われる。

このように厚生労働省が看護師に静脈注射を許容することは、医療現場では大きな意味があろうが、これはあくまでも行政解釈であって、裁判所を拘束するものではない（高田・前掲Q&A178頁）。現行法上は、現在でも看護師による静脈注射は、医師法17条及び31条に反する犯罪行為であることには何ら変わりがない。もちろん、刑事訴追には国家訴追主義（刑事訴訟法247条）が採用され、刑事事件と民事事件は別個の手続であるため、民事事件で医師法違反を審理することはできない。本件判決も、Aによる点滴行為の民事責任の存否を審理する手続であるが、判決書を読む限り、刑事上違法な犯罪行為であっても、民事事件では恰も合法的な行為かのように扱われている。これは刑事手続と民事手続の峻別を前提としながらも、法全体の統一という観点からは疑問のあるところである。

さらに、医療現場は、医師法や保助看法が制定された当時とは質量ともに大きく変わっている。それを所轄官庁の行政解釈という「小手先」の手段によって、法の欠缺を補充するのではなく、国会が医師法、保助看法の該当条文を改正する必要がある。

（2004年1月8日受付）