

## 在宅医療にける法的問題

山内 義 廣

### 1. 序

在宅医療においては患者は家にいながらにして治療を受けることができ、そういう意味では患者にとっては大変メリットがあるわけであるが、反面医療を施す側からすれば大きなリスクを負うことになる。それは十分な医療機器・設備が整った医療施設で治療を施すのと違い、ほとんど医療機器・設備のない患者の自宅での治療だからである。法的責任についても、往診のように医師が直接患者に接して治療を施す場合はその行為から生ずる法的責任の判断は比較的容易であるが、訪問看護のような場合には、看護師が医師の包括的な指示にしたがって行う看護独自の行為については問題がないが、そうでない場合、つまり、看護師が事前に医師の指示を得なければならない行為であるのにそれを得ることができない場合には、患者の自宅でどの程度の医療補助行為ができるのか、また、どの程度の法的責任を負わなければならないのか、その判断は大変難しいのである。特に、医療機関に所属していない看護職者やボランティアの場合には医師の指示を得ている場合は少ないので、かれらの医療補助行為から生じた結果に対する法的責任の判断は大変難しい問題である。

このように、医師の指示を十分に得られない状態および十分な医療機器・設備のない患者の自宅での在宅医療は、医療を施す看護師および医療関係者の患者に対する法的責任など多くの問題を含んでいる。

看護師の医療行為については、法律上、医師の指示が必要であるが（医師法第17条、保健師助産師看護師法第37条）、それをあまりにも厳しく要求すれば、場所的にも時間的にも医師の指示を直接受けにくい状況の中での在宅医療の場合には、柔軟性のある十分な医療が出来ない恐れが生じる。それゆえ、在宅医療に携わる看護師および医療関係者の医療行為については、医師の指示がなくても緊急な場合には彼らの自由な判断にまかせる余地を残しておかなければならないことはいうまでもない。例えば、バルーンカテーテルの交換や膀胱内への薬剤の注入、検尿、採血、点滴、注射など患者の容態によって看護師の

判断に任せられる部分もあっていいように思われる。特に、訪問看護の場合、患者の急激な容態の変化に対して緊急処置が必要な場合はなおさらである。医師の指示のない患者への対応は看護師としてはリスクも大きいですが、法的には「許された危険の法理」の適用によって在宅医療における看護師の法的責任を軽減することは可能ではないかと考えられる。この法理の適用によって、多様性に富む、在宅医療における医師の指示のない医療行為について、法的に許容される範囲を画一的に決めることは難しいが、具体的事例にしたがって検討していくことはそれほど難しいものではない。今後、在宅医療が普及する状況の中、柔軟な対応が望まれることは確かである。以下、実際に医療現場で活躍している看護師およびその他の医療関係者の疑問に答える形で問題点をQ and Aの方式を用いて浮き彫りにしていく。

## 2. 具体的法律問題 Q and A

Q1. 在宅で医療的処置を実施する際、医師の指示書が必要であるがそれに関して

(Q1-1) 指示の内容はどのくらい具体的であったほうがよいか

**Ans:** 看護師の業務に関して保健師助産師看護師法（以下、保助看法とする）第5条では看護師は「疾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なすこと」とされている。したがって、看護師の業務は療養上の世話（狭義の看護）と医師の診療の補助である。前者については、看護師の職務としての独自性を認める観点から、基本的には医師の指示は必要ないと思われるが、後者については、法律上医師の指示は必要である（保助看法第37条）。もちろん、前者の場合でも、入浴の許可や水分の摂取量など医学的判断を伴う療養の方法については医師の指示に従うべきであるが（医師法第23条の準用）、具体的な処置方法については看護師の主体的判断に任せるべきである。それゆえ、医師の指示内容は具体的な処置方法まで指示する必要はなく、当該医療的処置の目的遂行に必要な内容程度で、しかも、看護師であれば誰でも理解できる程度であればよいのではないと思われる。ただし、指示内容についてはどの程度の内容が必要か、客観的な指示基準が必要であることはいうまでもない。指示が理解できない場合や指示が曖昧な場合には、看護師独自の責任において指示を与えた医師に問いただすことが必要である。指示内容の誤った理解によって事故が生じた場合は、看護師の

過失責任が追及される可能性があるからである。医師による看護師への指示については、口頭指示、書面指示、約束指示などがあるが、基本的には書面指示が適当である。

(Q1-2) 期限指定のない医師の指示は指示内容に変更がなければ指示の書き替えは必要ないか

**Ans:** 期限指定のない医師の指示については、看護師は医師の指示内容が患者の現在の容態に適切かどうか訪問する都度、確認する必要がある。基本的には、期限指定のない指示は、医療行為の適正性（治療行為の要件の考慮）の観点から望ましいものではない。それゆえ、看護師は医師に指示内容の期限指定を要求すべきである。また、医師も期限指定のない指示を看護師に与えるべきではない。これは、医師および看護師自身の法的責任を回避する上でも留意すべきことである。

指定期限の切れた指示の場合には、看護師は指示内容について医師に継続指示であるかどうかを確認し、その確認した日時をもって新たなる指示があったもの（契約における無効行為の転換の応用）として相互の承認を確認しあうべきである。指示の内容について患者または家族から説明要求があった場合には、指示書を見せるなどして分かりやすく説明する必要がある。このことは看護師の患者に対する一種のインホームド・コンセントの実施でもある。

(Q1-3) 指示書は家族に確認してもらう必要があるか

**Ans:** 在宅医療は患者、その家族および看護師その他の医療関係者が協力して成り立つ総合医療である。家族による医師の指示書の確認はどのような治療が患者に施されているかの説明をするきっかけでもある。患者側からの指示内容の確認によって、看護師は患者側から他の質問を引き出しやすくすることが出来、また、当該治療の目的および効果、さらに、副作用などを説明することによってインホームド・コンセントにつながる大事なきっかけを作ることにもなる。確認の申し出に答えることは患者およびその家族の医療関係者への信頼を深めることができると同時に、その治療行為が正当な治療行為であれば、仮に、その行為から患者に障害などが発生したとしても、その行為の違法性あるいは責任が阻却される可能性が多いため、看護師は法的責任を回避することができることになる（刑事的に

は犯罪成立要件の一部が欠ける。民事的には債務不履行の成立要件や不法行為の成立要件の一部が欠ける)。それゆえ、確認は絶対必要条件ではないけれども、納得づくの医療（おまかせ医療から契約医療への意識転換またはおまかせ医療からの脱却）を行うためには必要なことであると思われる。

**Q2.** 在宅で起こる医療事故を予測して実施する訪問看護師が（自分達の身を守るという側面から）準備しておかなければならないことはどのようなことか

**Ans:** 医療事故とは医療担当者が医療を行うに際し、当初予想していた結果が得られず、予想外の悪い結果が発生した場合をいう。医療事故は、一般に、医師の診察・診断や治療行為・手術や医療関係者による検査の際におこる事故のような診療事故と看護師等による看護の際におこる事故のような看護事故にわけられる。これらの事故が各セクションの医療担当者の過失によって引き起こされた場合に、医療過誤、診療過誤、看護過誤といわれている。その他にも院内感染や精神病棟における精神病患者の自殺などの事故のような医療事故や保育器内で治療を受けている未熟児が網膜異常を起こす事故のような医療過誤がある。

このような医療事故は医事紛争として最近では増加の傾向をたどっている（医事紛争の増加については厚生白書を参照）。それは医療関係者と患者の関係が、日本の精神風土の特徴の一つとして考えられる従来の家族共同体型医療から近代的な人権思想に裏づけられた契約型医療に移行したことにも原因がある（契約型医療への転換および人権に関する人々の意識の高揚等が原因と思われる）。医療事故が増えるにつれて、患者側は医療事故が発生すると、医療関係者に債務不履行または不法行為に基づく損害賠償（民法415条、民法709条）を求めて民事訴訟をためらう事なく提起するようになってきた。訴訟は、民事裁判ばかりでなく、医療関係者の倫理観の腐朽や医療関係者に対する社会の目による厳しい監視等から、刑事裁判になるケースも多い。

さてそのような裁判沙汰にならないようにするため、または、なったとしても法的責任を回避するためには訪問看護師として法律上要求される万全の注意義務を果たさなければならないことは言うまでもない。訪問看護師の場合、過失責任が認定される基準はいろいろな場合が考えられる（学説では、過失認定の基準については一般人標準説が通説である。具体的な過失認定については職業、年齢、

経験等が加味され、過失の有無が判断される)。その認定の判断基準としてまず第一に、看護に関して看護師として一般に必要な注意義務を果たしたかどうかを考慮される。例えば、医師の指示に従った医療補助行為がきちんとできたかどうか、また、患者の容態を適確に把握し、適正かつ必要な看護ができたかどうかである。第二に、緊急の場合に備えて、担当医師との連絡網が確保されているかどうか、そして、それによって医師から直接に指示が得られるか、もしくは、担当医師が不在で連絡が不可能な場合、それに変わりうる方法が確保されているかが考慮される。第三に、医師の指示に基づいて看護する場合、看護師はその指示を時間的、能力的にも遂行出来るかどうか判断し、出来ない場合には医師に速やかに連絡するなど行ったかが考慮される。これは在宅医療が多様性に富んでいる関係上、過失認定を判断する基準の一例に過ぎない。訪問看護師としては看護をする際に起こる事故について、自己の過失責任が問われないよう十分配慮することが必要である。

**Q3.** 在宅医療に関する裁判では、訪問看護師として必要な注意義務の程度とはどの程度であるか

**Ans:** 在宅医療で裁判になった事例として「患家での輸液監視不十分事件」がある(東京高裁昭和57年4月28日判決、判時1050号82頁、判タ476号167頁)。

事実の概要は次のごとくである。当時14才の男子が流行性感冒に罹患し、開業医の診療を得て自宅で点滴注射を受けた。その際、開業医および看護師は点滴状況の監視もせずに帰宅した。その結果、患者の容態が急変し、患者は死亡するに至った。それに対して患者の父母が開業医に対して慰謝料等請求した。判旨は「医師が点滴を患家で行うことは医療設備および監視体制の両面から…原則として避けるべきであるが、やむを得ずこれを行う場合には…医師は起こりうる副作用の危険を避けるため注射の量、温度、速度を観察し、…患者の身体の微妙な変化をチェックするため、輸液完了までこれに立ち会い、または、看護師などこれに準じた医学的知識を有する者をしてこれに立ち会わしめる義務があるものと解するのが相当である。…しかるに医師は患者に点滴をはじめて間もなく、点滴中の患者の症状の観察および点滴方法の適否に対する監視を挙げて患者の母親に委ねて、看護師とともに帰院したものであるから、医師としての…過失があるもの

といわなければならない。」とし、医師の過失責任を肯定した。

本判決では、事件当時在宅医療制度が確立・普及されていない状態だったので看護師の法的責任には触れられていないが、現在では在宅医療が普及しつつある状況であるゆえ、当然看護師としての法的責任も問われるであろう。つまり、本件でも看護師は医師から独立した医療関係者であるという社会的見方からすると、看護師は独自の判断で点滴の監視をするため患者に滞在すべきであることが要求される（看護師の立ち会い義務）と思われる。また、訪問看護師は緊急な場合に備えて、医師と連絡する方法を整え、いつでも緊急な変化に対応できるような新たな処置や行為の実施について医師との間で取り決めをしておくことが必要であろう。訪問看護の場合には予測できない様々な事故が起こり得る確率が高いことから、医療関係機関は訪問看護制度を推し進めて行くためには最小限度医療関係者間の情報伝達機構の整備・充実をはかるよう医療体制を整えるべきである。

**Q 4.** 家庭訪問時、介護者も気付かぬうちに患者が死亡していた時、脈・心音・瞳孔の確認を一応した後どのように対応したらよいか

**Ans:** 訪問看護師としてまずやらなければならないことは、担当医師に速やかに連絡することである。この場合は医師は死体を検案して異状があった場合には速やかに（24時間以内）所轄警察署に届け出なければならない（医師法第21条）。死亡が外因死あるいは内因死にしろ死因が明確でないもの、または、死亡時の状況がはっきりしなかったり、あるいは、死亡状況が不自然である場合はすべて異状死体として扱わなければならない。本質問のように既に死亡していた場合には、医師は家族または関係者から死亡時の状況を詳しく事情聴取し、死亡と疾病の因果関係を明らかにしなければならない。

訪問看護師は担当医師と連絡がつかない場合には、速やかに所轄警察署に連絡し、監察医によって検案してもらうことが必要である（死体解剖保存法第8条）。もし、監察医の検案によって死因が判明しない場合には、死体を解剖し、その結果犯罪の嫌疑がある場合には、死体を解剖した者が24時間以内に解剖した他の警察署長に届け出ることになる（死体解剖保存法第11条）。異状死体の場合には、医師および看護師等の医療関係者は速やかに対応し、警察に協力しなければならないことはいうまでもない。

Q5. 家庭訪問時、患者の容態が急変し、介護者および近くの家族も不在である。適切な対処方法はどのようにしたらよいか。

Ans：訪問看護の場合このようなケースはよくあることである。普段近くにはいるはずの家族がいざという時には不在であり、しかも、状況は一刻一秒を争う事態にあり、訪問看護師の判断が患者の生死をきめる重要な決めてになる場合はよくあることである。このような場合、医療関係者間の情報伝達機構および担当医との新たな処置などに対する取り決めが整えられていれば問題はないが、現実には在宅医療の実態は必ずしもそうではない。訪問看護師としての日頃の経験と機転が生かされるケースである。対処の仕方によっては医療関係者として看護師の過失責任が問われる場合があり得る。

このような場合、まず第一に、訪問看護師は患者の医師（できれば担当医）に連絡し、医師から適切な指示を得なければならない。そして、救急車を依頼し患者を医療施設に運び込むかわら、医師から指示された医療補助行為を速やかに実行しなければならない。患者の家族には、患者および家族の隣人に依頼するなど現在の患者の状況を知らせるなんらかの方法をとらなければならない。これは患者を医療施設に運び込んだ後でも遅くはない。もし、医師に連絡がつかない場合には、緊急な場合に看護師として一般的にしなければならないことを実行し、救急車を依頼する等速やかに患者を病院に搬送しなければならない。その際、看護師は患者に付き添って状況の把握をしておかなければならないことはいうまでもない。看護師には訪問という先行行為に基づいた法的な保護看護義務が発生していると考えられるからである。出来れば、緊急時を予測してあらかじめ担当医との間で多少リスクのある行為でも取り決めされていれば、看護師はそれにしたがって行為をすべきである。第二に、患者を医療施設に運び込んだ後は出来るだけ速やかに家族に患者の現状を医師等を通して説明しておかなければならない。

患者のことについては、担当医及び搬送先の医療施設の医師に看護師独自の責任として患者の日頃の状況および搬送に至った経緯について説明しなければならない。

Q6. 訪問時、散歩など家族の同意を得て外へ連れ出した際に患者がころんでケガをした。事故にあった場合、どのような責任を負わなければならないか

**Ans:** このような事故については法的には看護師に指示を与えた医師および彼らの使用者としての医療施設の経営者が使用者責任を負う可能性がある。しかし、患者自身の不注意によっても引き起こされる可能性もあり、法的責任は過失相殺される可能性もある。患者は不法行為にもとづく損害賠償を請求するか（民法第709条）、または、債務不履行に基づく損害賠償を請求するか（民法第415条）、いずれかの方法をとることができる。

不法行為による損害賠償請求については、看護師が患者と散歩する際に患者の状態を考慮して十分な注意をしたかどうかが重要である。本質問の場合には、患者の状態を考慮しながら看護師として通常要求される注意（結果発生の子見可能性への注意および結果回避義務の履行）をしていさえすれば看護師には過失がないことになる。過失があった場合には、使用者責任の問題が生じ、民法上は使用者が看護師の選定および看護師の業務監督に十分な注意を払ったときを除いて、使用者が責任を負うことになる（民法第715条）。看護師が国公立の医療施設に所属する場合には、国または地方公共団体が責任を負うことになる（国家賠償法第1条）。但し、看護師に重過失（看護師としてのうっかりミス）があるときは看護師は独自の責任を負うことになる。これは民間の医療施設の場合でも同じである。家族の同意はそれほど問題にはならないが、過失相殺の原因になりうる可能性がある。刑事責任については過失を犯した看護師自身が責任を負うことになる。

過去の裁判例では、患者の自殺事件に関して医師や看護師および病院側の責任を否定した例が多い。例えば、入院中の患者が無断外出して溺死した事件（大阪地裁判決昭和50・6・17、判時803号102頁、二審も同様）、火傷の治療を受けた帰りに医師と看護師の制止にもかかわらず窓から飛び降り自殺した事件（福岡地裁判決昭和51・11・25、判時859号84頁）等である。逆に、看護師および病院側の責任を肯定した例もある。例えば、鬱病患者がパジャマ用のひもで自殺した事件について、看護師は患者の異常に気づいて常時監視をすべきであったとして看護師の過失を認め、病院側の責任を肯定したものがある（福岡地裁小倉支部判決昭和49・10・22、判タ320号252頁、二審の福岡高裁判決昭和54・3・27、判タ388号143頁は病院側の責任を否定）。

**Q7.** 創傷被覆剤のサンプルを看護師が主治医の了解を得ないで患者および家族の了

解のみで使用し、褥瘡が悪化した場合の法的責任はどうか

**Ans：**看護師の業務は「疾病者若しくはじょく婦に対する療養上の世話」（狭義の看護）と「診療の補助」である（保助看法第5条）。療養上の世話については看護師の業務の独自性が認められているが、診療の補助については看護師は原則として医師の指示がなければ行うことが出来ないとされている（保助看法第37条）。

本質問では、創傷被覆剤のサンプルの使用が療養上の世話に該当するのか、または、診療の補助に該当するのかということである。サンプルの使用が前者であるならば、適切な使用に対する看護師の注意義務違反が考えられるので不法行為責任は免がれない。患者に対する法的責任については民事上は、看護師の重過失以外は看護師の所属している医療施設が不法行為における使用者責任として法的責任を負うことになる（民法第715条、国賠法第1条）。刑事上は、看護師に業務上過失傷害罪（刑法第211条）が成立する可能性がある。サンプルの使用が後者であるならば、看護師の使用行為は保助看法第37条違反であり、看護師は「六月以下の懲役又は五千円以下の罰金」に処せられる（保助看法第44条）。そして、患者に対しては、前者と同様に、看護師の所属している医療施設が不法行為における使用者責任として法的責任を負うことになる。本質問においては薬剤の使用に関する事故であるゆえ、看護師の行為は診療の補助行為として考えるのが妥当であろう。

**Q8.** 褥瘡の壊死組織の切除を主治医の了解を得て行ったが、その後感染を起こし、全身状態が悪化した場合、看護師の法的責任はどうか

**Ans：**褥瘡に関することは看護師の療養上の看護として典型的な業務である。発生した褥瘡治療の責任は医師にあるが、その処置は現実には看護師の療養上の看護業務として看護師に任せられる場合が多い。過去の裁判例では、看護業務の典型的な例として有名な褥瘡裁判がある（名古屋地裁判決昭和59・2・23、判例集未登載）。

事実の概要は次のごとくである。意識不明のまま脳卒中で入院した患者が入院中に褥瘡を起こし、看護師がその褥瘡部の壊死組織を除去した。しかし、その後も褥瘡は広がり、それについては特別な治療はしなかった。その結果、患者の病状回復に大きな影響を与えた。それに対して、患者の家族が医師および看護師等

の医療担当者の褥瘡治療およびその予防に積極的でなかったことを理由に慰謝料を請求した。この請求に対して、裁判所は以下の理由によって請求を棄却した（患者の家族の控訴による審理では和解が成立した）。「まず第一に、事件発生当時（昭和49年～50年）、褥瘡発生率が高かったにもかかわらず褥瘡予防について病院では積極的な姿勢が十分ではなく、各医療機関および医療担当者は苦慮していた。当該患者についても適切な看護により褥瘡の発生予防が可能であった。そのようなことからすると医療担当者等の一層の工夫や努力が必要であった。第二に、当時の病院における看護基準に照らしあわせると、内科病棟ベット98床はほぼ満床の状態であり、看護業務は相当多忙であった。第三に、褥瘡予防には体位の交換および清拭が効果的であるゆえ看護師が患者の付添人に協力を仰ぎ、これにある程度その看護を委ねることはやむをえないものである。看護師記録には二回の体位交換しか記載されていないが、記載されないことが多い証言から、全く付添人に任せっきりではなかった。第四に、円座等褥瘡発生の予防用具を使用していなかったことは事実であるが、予防具そのものは体位交換を補助する程度であり、予防を期待出来るものではないゆえ、予防具を使用しなかったことをもって医師および看護師の落度があつたとはいえない。第五に、どの程度の看護により患者に対する褥瘡を完全に防止できたかの判断は難しいが、諸般の事情を考えると予防のための必要な看護レベルはかなり高度なものであると考えられるので努力目標としては格別、そこまで法的義務を課するのは妥当ではない。」（医療過誤判例百選No.102、190頁以下、No.140、122頁以下）。

このような事件は高齢化社会に突入している現在多々起こりうることであり、それゆえ、看護の内容および看護体制の在り方等患者に対す誠実な取り組みが要求される。本質問では、壊死組織の切除後の看護の方法および手当の方法いかんによっては看護師独自の不法行為責任が生ずる可能性がある。看護師は褥瘡の状態についてポロライド撮影をするなどの方法により、きちんと患者の状況を医師に報告し、その診断によって指示内容を確認しなければならない。もし、看護師が医師に対して指示内容に関する新たな指示を請求したにもかかわらず指示の変更がなく、放置して悪化した場合には、その法的責任は医師が負うべきであるが、看護師の責任が全くないかという判断は難しい。とにかく、看護師は看護師として現代の看護水準に照らし合わせて最善の看護をしていれば、仮に褥瘡から感

染症を起こしたとしても不可抗力として責任を負うことはない。

**Q9.** 訪問開始前の主治医との話し合いで、月一回のバルーンカテーテルの交換を訪問看護師がおこなっている。処置中に尿道を傷つけ出血させてしまった。この場合の法的責任はどうか

**Ans:** バルーンカテーテルの交換は治療行為の補助行為として考えられる。それゆえ、交換についての医療技術は看護師として当然熟知しているはずである。したがって、通常の処置における尿道出血については看護師は不法行為責任または債務不履行責任（患者に対する信頼を欠いたことおよび安全に行うことに対する患者の期待に反した責任）を負うことになる。前立線肥大など患者の状況によっては通常の方法ではバルーンカテーテルの交換が出来ず、特別な技術が必要な場合がある。そのような場合は看護師はその旨医師に連絡し、適切な方法をとらなければならない。処置中、患者の行為が原因で出血を起こしてしまった場合には過失相殺されることになる。

**Q10.** 在宅中心静脈栄養法の自己管理をめざして、訪問看護師より教育を受けていた患者が、夜間一人で作業中に滴下量を誤って設定し、通常の子倍の早さで終了後、状態が悪化して緊急入院となった。この場合の法的責任はどうか

**Ans:** 在宅医療の場合には、静脈栄養法の実施以外にも糖尿病患者の自宅でのインシュリン注射の実施等このような事故は多数起こり得る。本質問では、訪問看護師の患者に対する指導が適切であったかが問題である。例えば、患者に在宅中心静脈栄養法の自己管理をさせるという判断が適切であったかどうか、また、点滴の滴下速度の早さが当該患者にどのような結果を引き起こすのか十分な説明と点滴器具等の取り扱い等に関する十分な指導があったかどうか等、指導と説明、さらに、患者の点滴技術に問題はないかの判断に看護師として過失がなかったかどうかである。もしも、看護師に指導上の過失が認定されれば、看護師は不法行為責任または債務不履行責任の法的責任を負う可能性がある。その場合、患者に過失があれば、過失相殺されることになる。看護師に在宅中心静脈栄養法の自己管理を指示した医師の責任も考えられる。看護師に過失がなければ看護師および看護師の所属している医療施設には法的責任はない。刑罰的には、看護師および

医師に指導上の過失がある場合には業務上過失致傷罪の成立が考えられる。

**Q 11.** 定期訪問すると患者が癌性疼痛で苦しんでいた。主治医に病状を報告すると持続皮下注入の鎮痛剤の設定を通常量の二倍にするように指示があり当初の設定を変更した。その後、状態が悪化し緊急入院となった。この場合の法的責任はどうか

**Ans：**本質問における看護師の持続皮下注入の鎮痛剤の設定変更行為は医療の補助行為に該当する。医療の補助行為については法は医師の指示がなければすることが出来ないとされている（保助看法第37条）。本質問では、看護師は訪問した際、医師に患者の病状報告をし、それに基づく医師の指示により設定変更をしたわけである。したがって、看護師の設定変更は指示に基づくものであり、法に反するものではない。それゆえ、看護師の法的責任はない。しかし、看護師の医療における独自性が強調される昨近、看護師が看護師独自の考えで指示された医師の設定変更が適切ではないと考えるのであれば、一人の医療担当者としての法的責任は全くないとはいえない。設定変更に関する医師の判断に過失が認定されれば、医師は不法行為責任を負うことになる。ただ、患者の緊急入院だけでは法的責任を課するのは難しいと思うが、死期を早めたとか、あるいは、医師に対する患者の信頼が薄らぎ、それにより患者が精神的ショックを蒙ったということであれば法的責任を追及するのは可能であろう。

**Q 12.** 定期的受診が義務づけられている在宅酸素療法を受けている患者が呼吸器機能身体障害の一級に属する障害のため、定期的受診が困難である。患者は食事や排泄などはセットしてあれば自分ですることができる。また、患者は毎日療養日誌をつけている。家族は月一度それを持参して代診を受けている。当病院では訪問看護を実施し、患者の病状等について医師に連絡をしている。緊急時の対応については往診制度がないため往診医と連携をとっている。このようなケースの場合、法的にはどのような問題があるか

**Ans：**このような場合、①家族による代診、②訪問看護師、③往診医による往診、④病院の医師による患者に対する管理、これらの関係において連絡が相互に十分になされているか、そして、その連絡が実際に機能しているかが問題である。患者管理の法的問題については、「患者および家族－看護師－病院所属の医師」の情

報連絡網の整備、および、「患者および家族－往診医－看護師－病院所属の医師」の情報連絡網の整備が十分になされているかどうかは医療担当者に法的責任が課せられるかどうかの重要なポイントである。問題点はたくさんある。まず第一に、患者の療養日誌および家族の問答による家族の代診も患者が精神的に正常であれば可能であるが（療養日誌の信憑性の問題）、そうでない場合には医師の診断に誤謬が生じやすい。不確実な患者の療養日誌に基づいて医師が診断するのは問題がありはしないか。第二に、「患者－訪問看護師－病院所属の医師」の関係では、事故が発生した場合、訪問看護師の注意義務の程度により医師への報告が正確であるかどうか、そして、それに対する医師からの看護師への適切な指示がなされたかどうか等により医療担当者の不法行為責任および債務不履行責任の問題が生ずる。第三に、往診医による往診の結果が正確に病院の医師に連絡されるかどうかである。往診医の診断とそれに基づく病院の医師の判断、そして、病院の医師の看護師への指示、この三者の内容に食い違いがあって事故が発生した場合、医療担当者の法的責任は複雑にからみあうことになる。

**Q13.** 酸素濃縮装置で在宅酸素療法をしていた患者が近所からの出火で携帯用酸素ボンベをもって非難した。患者宅は放水を受けた結果、酸素濃縮装置は使用出来なくなってしまう。そこで患者は業者に連絡して酸素濃縮装置の交換と携帯用酸素ボンベの補充を依頼し、業者もこの要望に応じた。翌々日、患者の定期受診で病院側ははじめて火事のことを知った。このような災害時の対応について業者と医療機関の責任の範囲はどのようなものか。また在宅医療を指示した医療機関の責任はどうか

**Ans:** 緊急の場合に、患者と業者、業者と病院、患者と病院の連絡網がどのようになっているかが問題である。特に、本質問のような場合には患者の要望に対して業者と病院とがどのような対応をしたらよいか、細かい取り決めがなされているかにより責任の範囲は決定される。例えば、患者の要望に対して業者がいち早く病院に連絡し、指示を仰ぐか、緊急の場合には業者の判断でまずは患者の要望を満たし、その後病院に連絡する等連絡方法の取り決めが必要であろう。しかし、災害時という緊迫した状況の中では、連絡方法が取り決めされていたとしても、現実には必ずしも取り決めの手順をとることが可能であるとは限らない。そのよう

な場合には医療担当者は緊急避難の法理により法的責任を回避することが可能である。いずれにしろ、「業者－患者－病院」の情報伝達機構を整備しておくことが必要である。

在宅医療を指示した医療機関の責任については、災害のような緊急時における対応を明確にしておくことにより、出来る範囲内の最大限の医療的努力をすれば発生した損害については「緊急避難の法理」により、または、災害という一種の不可抗力によって法的責任は回避することが出来る。患者に在宅医療を実施するという医療機関の指示については、その指示が、患者を取り巻く状況が在宅医療をする要件を満たしていることを前提に患者の承諾を得てなされているものと思われるので、指示そのものに対する法的責任は基本的にはないであろう。ただ、患者と医療機関との在宅治療に関するインフォームド・コンセントが十分に行われていない場合は問題が生ずる。

**Q 14.** 在宅人工呼吸療法中の患者は妻と二人暮らしで妻が日中仕事で不在のため、介護を訪問看護師と有償ボランティアに依頼している。在宅に必要な吸引、経管栄養、人工呼吸器の管理等に関しては、指導を受けた妻が確実に出来るようになっていく。有償ボランティアには妻が指導し、必要な介護を依頼している。このような場合、有償ボランティアが行う介護技術に関連した責任は誰が負うのか

**Ans：**本来在宅医療では在宅に必要な吸引、経管栄養、人工呼吸器の管理等は定期的に患者宅を訪問する訪問看護師の業務である。在宅治療の場合にはそれを一部患者の妻またはボランティアに業務依頼をしていると考えることができる。病院と有償ボランティアとの関係では、在宅医療機器の管理に関する委任契約などの法的行為がある、ないは別にしても、医療機器の取り扱いおよびその管理は、医療の補助行為として考えられることから、患者の妻が有償ボランティアを十分に指導し得たとして最終的には看護師に直接にボランティアを指導すべき法的責任があると考えられる。また、患者および妻とボランティアとの間に介護の委任契約がされていたとしても、素人である妻に介護技術に関する責任を帰せしめるのは酷である。なぜなら、妻がボランティアに指導する内容をどの程度理解しているかその判断は難しいし、ましては、危険度の高い医療機器の取り扱いの責任を素人の妻に帰せしめるのはまさに法の精神に反することになる。やはり、ボランテ

イアが行う介護技術に関する法的責任はボランティアに故意や重大な過失がない限り、看護師および医療担当者が負うべきである。

**Q15.** 脊髄小脳変性の女性患者は夫と二人暮らしである。夫は日中は仕事で不在である。患者は不随運動が激しく、言語不明瞭、痴呆症等の状態である。日中の介護はホームヘルパーに依頼している。訪問看護師はヘルパーがいる時刻に訪問することになっている。そのような場合に訪問看護師が家に入らずに帰った後に、患者に容態の変化や死亡等の異変があった時、看護師はどのような責任を負うか

**Ans:** 訪問看護の目的は看護師が患者宅を訪問して患者の状態を確認し、それに相応した介護、又は、医師の指示された医療行為の補助をすることである。したがって、本質問のような場合には、訪問看護師として初歩的なミス（うっかりミス）を犯したことになり、看護師に重過失が認定される可能性は高い。訪問看護師が家に入り患者の容態を窺い、観察し適切な処置をしなかったこと、例えば、看護師が医師に状況を説明し、医師の指示を仰ぐか、もしくは、緊急の場合であれば病院に搬送する等のような処置をしなかったことが原因で患者に事故がおきたのであれば、看護師および所属する医療機関の不法行為責任または債務不履行責任は免れないであろう。

**Q16.** 訪問看護師が車で訪問した際、訪問先の患者に緊急に処置が必要になった。そこで、患者を車（車は救急車両として登録していない）に乗せて病院に移送した。

**(Q16-1)** 車で移送中に患者の容態が急変した場合、看護師の責任はどうか

**Ans:** 訪問看護師が医師に連絡して医師の指示を仰ぐ暇がないまたは救急車を要求する暇がないほどほど緊急な場合であれば、法的には看護師の行為は緊急避難行為（刑法第37条、民法第720条）として考えられる。従って、患者の容態が急変し、患者に事故が生じたとしても看護師の法的責任はないと考えられる。このような場合、できれば自己所有の車で搬送するよりも救急車両で搬送したほうが望ましいことは確かである。

**(Q16-2)** 途中交通事故にあつて患者の容態が急変した場合、看護師の責任はどうか

**Ans：**患者搬送中の交通事故は誰が運転しようとして起こり得る確率が多い。交通事故が搬送者である看護師の過失に基づいて引き起こされた場合には、看護師の法的責任を回避するのは難しい。しかし、事故直後の緊迫した事情の中で、当該看護師が搬送を第三者に依頼する等適切な処置を講じた場合には結果回避義務を履行したことになり、必ずしも看護師に法的責任が帰せしめられるわけではない。第三者の過失によって交通事故が引き起こされた場合には、不可抗力として看護師は責任を免れるが、その場合でも患者の容態悪化に対する結果回避義務の履行は必要であろう。

**Q 17.** 在宅医療に移行するに当たって行われる患者教育の指導内容と到達度の確認表（チェックリスト）は、患者や家族が機器操作を誤った場合、問われる事故責任の証拠として活用できるか

**Ans：**在宅医療を始めるにあたって、介護に関しては介護が患者と家族の話し合いで行われる場合が多いので、それに関する患者教育から生じる事故についてはそれほど大きな問題を引き起こすことはない。しかし、医療行為については素人である患者および家族に医療補助行為を行わせること自体法律上問題があることから、患者教育から生じる事故についての法的責任の帰責については看護師の指導上の観点と患者側の機器操作の理解および技術的習熟度の観点から考慮する必要がある。

医療補助行為について、看護師が指導したように患者側が機器操作をした結果、事故が発生した場合、看護師の指導上の責任が問われる可能性は大であるが、指導通りに機器操作しなかったことから事故が発生した場合は、患者および家族の責任の帰責は大である。その場合に、患者および家族の機器操作に関する理解と技術の習熟度を証明する確認票は機器操作について看護師がきちんと指導し、患者側もその内容を理解し技術的にも一応マスターしたという証拠となりうるので、看護師の法的責任の回避を証明できる重要な証拠になりうる。特に、糖尿病患者のインシュリン注射やその他の静脈注射などの場合には在宅医療をする期間が長くなればなるほど、患者の容態変化にともなう注意能力の減少や家族の慣れから事故の発生率は高くなり、そのようなことから確認表の確認は重要であり、かつ、必要である。看護師は定期的にこの確認をすべきである。

**Q18.** 医師は患者が診療を受けることで医師と患者間に診療契約が成立（不文律）するが、訪問看護師の場合、何も規定がないので契約書の取り交わしが必要となるか（民間の在宅看護サービスの場合は、契約書の取り交わしが存在する）

**Ans：** 医療施設における医師と患者の関係は医療契約に基づくものであり、そこでの看護師の行為はその当然の帰結として契約の中に包含されているものと思われる。しかし、訪問看護の場合は在宅医療に切り替えるという医師と患者側の新たな契約によってなされるものと思われる。したがって、医療施設外における看護師の行為は医療施設内におけるものと異なり、医療契約から生じる当然のものとして考えることは無理のように思われる。また、事故が生じた場合に、契約行為それ自体は不要式行為であるが、責任の所在を証明、確認するためにも、訪問看護の目的、内容など記した契約書の取り交わしは必要であると思われる。特に医療補助行為に関する行為については必要であることはいうまでもない。

**Q19.** 要介護者が介護契約を締結するについて平成12年4月からスタートした高齢者の権利を守るとされる成年後見制度とはどのような制度なのか

**Ans：** 本制度は高齢者が痴呆状態あるいは惚け状態になって自分で介護契約ができなくなった場合や介護事業者が痴呆状態あるいは惚け状態の高齢者と介護契約をする場合に、その契約締結をスムーズにはこんだり、契約内容を問題なく遂行することができるようにするための制度である。従来は民法上、心神喪失者や心身耗弱者など判断能力が十分でない人の財産を守るための禁治産および準禁治産制度が設けられていたが、禁治産者や準禁治産者の宣告について裁判所の判断に時間がかかったり、その宣告が戸籍に記載されるなどの理由から、利用者がほとんどないのが実状であった。その上、宣告までの間に痴呆症の患者の財産が親族などに勝手に使われてしまい、彼らに対する法的保護が十分でなかった。このような欠陥を克服するために手続きを早めたり、戸籍への記載を廃止したりして利用しやすいようにしたのがこの制度である。この制度の利用については具体的には要介護者の理解・判断能力の程度にしたがって多少の違いがある。第1に、理解・判断したりする能力が全くない人については、後見人が本人に代わって契約を締結することになる。この後見人は正常な時に本人の意思であらかじめ決められている場合と本人が正常でなくなった後に裁判所が選任する場合がある。後者の場

合は、後見人決定までに本人が締結した法的関係は本人に判断能力がないことから基本的には無効になるが、後見人がそれを追認した場合には有効にすることもできる。第2に理解・判断したりする能力が不十分であるが、後見人をつけるまでにいたらない人は自分自身で契約など法的行為をすることができるが、それを保佐する人（保佐人）が選任されている場合は保佐人は本人の利益のために契約を取り消すことができる。第3に、本人は自分の意思で健康な時に後見人を選定しておき、将来に備えることもできる。この制度は任意後見制度と呼ばれ、将来的に期待されている制度である。本人の自己決定権を尊重する制度でもある。いずれにしろ、この成年後見制度は本人の財産関係はじめ、すべての法的問題に対して、本人の利益のために貢献する制度であることは確かである。

**Q20.** 介護サービス契約をするに際して、成年後見制度はどのように利用したらよいのだろうか

**(Q20-1)** 要介護者側が利用する場合どのような手続きをしたらよいのだろうか

**Ans:** 本人に正常な理解・判断能力がある場合は自己の意思で後見人をあらかじめ選定することができる（任意後見）。この場合は問題ないが、本人に理解・判断能力がない場合は、親族が家庭裁判所に後見人選定を申し立てることになる。この場合、申し立て人の範囲は4親等内の親族であるから、夫、妻、子、兄弟、甥、姪、従兄弟が申し立て人である。親族が申し立てをしない場合、本人の関係者は市町村の担当部署に相談すべきである。親族がない場合は、本人の住所地のある市町村長が申し立てることになる。この場合、介護事業者は市町村の担当部署に申し立て手続きを依頼しなければならない。申し立てが可能になり後見人決定までの間に本人が契約をしなければならない場合は、本人の関係者は本人名義で契約し、決定された後見人に追認してもらうよう要求することになる。この場合契約代行と後見人選定手続きとは平行しておこなうべきであり、できれば契約代行者と後に決定される後見人は同一人物であることが望ましい。

**(Q20-2)** 介護事業者が要介護者と介護サービス契約を締結する場合どのようにしたらよいのだろうか

**Ans:** 第1に、理解・判断能力が十分な要介護者と契約する場合は、任意後見制度を

利用してもらい、本人にあらかじめ後見人を選定してもらうよう要求すべきである。この場合、後見の開始は本人の理解・判断能力が喪失し、本人による財産管理ができなくなった時である。第2に、理解・判断能力は十分ではないが、後見人をつけるにいたらない場合の要介護者との契約の場合は、契約内容の理解や契約締結のトラブルを防止するため本人を保佐する人を早急に決定してもらうことが必要である。任意後見制度の利用を勧めるべきである。第3に、介護サービス契約締結に立ち会う後見人やその後に現れた後見人については、その者が法的に確かであるか確認する必要がある。その方法は後見人と称する者に対してそれを証明する登記簿謄本を提示するよう要求すればよい。

### 3. 結び

以上、実際に現場で医療行為を行う関係者が現実と法の狭間の中で疑問に感ずる点を中心に解説してきたが、今後患者やその家族の意思を尊重する医療の型としての在宅医療が普及する現状においては、本事例研究で掲げた以外の多くの問題が考えられることは言うまでもない。例えば、医療体制や医師や看護師はじめその他の医療関係者および福祉関係者への教育問題等様々な問題等が検討されなければならない。今後の課題としたい。

(本事例研究では、本稿構成の形式上、注にすべきことは本文章中に挿入した)