

## 在宅及び養護学校における日常的な医療の法的整理

在宅及び養護学校における日常的な医療の医学的・法的整理に関する研究会

2004/06/30

樋口範雄

1

## I はじめに—基本的な立場の確認

### 1 出発点の確認

厚生労働省医政局長通知「ALS(筋萎縮性側索硬化症)患者の在宅療養の支援について」医政発0717001号平成15年7月17日、および看護師等によるALS患者の在宅療養支援に関する分科会「看護師等によるALS患者の在宅療養支援に関する分科会報告書」平成15年6月9日(以下、ALS報告書)

4

## 本報告の目的

- 1 法律論のたたき台を提示すること
- 2 出発点・着地点を確認し合意を得ること
- 3 到達する経路(法律論)は複数あること
- 4 その中で、最も波及的効果の少ない法律論を選択すること
  - ①謙抑的な法解釈→想定する事項に限定
  - ②逆に、将来を限定することも避けること

5 以下に提示する法律論はメニュー(選択肢)

## 出発点の確認 重要な2つのポイント

1 ALS報告書と医師法17条の関係  
 医師法17条 医師でなければ、医業をなしてはならない。  
 同31条 (17条違反は)3年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

ALS報告書が17条違反であれば、通知を出した当時の医政局長は17条違反の教唆犯となる

→犯罪の告発へ

5

## 目次

- I はじめに—基本的な立場の確認
- II 法律論の整理
  - 1 医師法17条の再検討
  - 2 医行為概念の相対化・柔軟化
  - 3 憲法論
- III 正当行為としての「日常的な医療」

3

## 出発点の確認 重要な2点(2)

2. 法治主義と法の支配→法のとらえ方
  - 戦前の法治主義→ルールがあるから従え
  - 戦後の法の支配→ルール内容の正当性を問う

法は、法であるから遵守すべきではなく、正当な法であるから遵守すべきだということ  
 誰が正当性を判断するか→究極は国民、手段としては裁判所

6

## 出発点の確認 重要な2点(3)

ALS通知につき、医政局長を犯罪教唆で告発しても、裁判では有罪とならない(おそらく警察も相手にしてくれない)

なぜか? → ALS通知が違法でないから

なぜ違法でないのか?

1つは手続: 行政の独断でなく、医師・看護師・法律家など専門家の検討会を経ての通知

2つ目は内容: 内容も法に反しないから→理屈は後掲したが、本研究会での法的整理は、これらを再確認したうえで、在宅および養護学校での「日常的な医療」が医師法17条にふれない点を明らかにするのが着地点

7

## 1 医師法17条の再検討(2)

### ①医師法1条の手段としての17条

1条目的規定「医師は、医療及び保健指導を掌ることによつて公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとする」。

→17条は、国民の健康・安全(公衆衛生)を確保する手段

逆に、この点が確保されているのに、17条違反とするのは容易でない

10

## II 法律論の整理

### 1 医師法17条の再検討

#### ①医師法1条の手段としての17条

#### ②刑罰を伴う条項 罪刑法定主義と限定解釈

### 2 医行為概念の相対化・柔軟化

メディカル・コントロールの再認識

### 3 憲法論

#### ①憲法26条 教育を受ける権利

#### ②憲法14条 法の下での平等

#### ③憲法31条 罪刑法定主義

→新しい正当行為論へ

8

## 1 医師法17条の再検討(3)

### ②刑罰を伴う条項 罪刑法定主義と限定解釈

a)「電気は物か」事件→法学入門で必須の事件  
刑法第235条 他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役に処する。

\* 電気を盗んだ者を第235条で罪に問えるか。

→問えるとしたものの重大な疑義→刑法改正

刑法第245条この章の罪については、電気は、財物とみなす。

11

## 1 医師法17条の再検討(1)

### ①医師法1条の手段としての17条

### 17条の意義の確認

\* 医業とは、当該行為を行うにあたり、医師の医学的判断及び技術をもつてするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為(医行為)を、反復継続する意思をもって行うこと、と解釈されている。「医師法第17条における医業について」昭和39. 6. 18 医事44の2(医務局会回答)

\* 「医師法一七条にいう医業とは、医行為を業とすることをいい、医行為とは、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をいうものと解される」。東京地方裁判所(第一審)判決平成9年9月17日判例タイムズ983号286頁

9

## 1 医師法17条の再検討(4)

### ②刑罰を伴う条項 罪刑法定主義と限定解釈

#### b) 刑罰法規が広範→限定解釈した例

福岡県青少年保護育成条例事件(最高裁1985年)福岡県青少年保護育成条例10条1項「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない。」について、「淫行」を性行為一般ではなく、青少年の未熟に乗ずるなど不当なものに限るとした(二人の裁判官の反対意見がある)。→このように条文が一見不明確でも、判例によって一定の解釈を加えることにより合憲だとされた。

(限定解釈)。

12

## 1 医師法17条の再検討(5)

医師法17条も、最大3年の懲役刑を含む刑罰規定である限りは、その適用および解釈につき、謙抑的な姿勢が求められる

少なくとも、今回の検討対象である、在宅および養護学校における「日常的な医療」に関しては患者の健康・安全に対する措置がメディカル・コントロールの下でとられている限り、謙抑的な解釈をすることが可能

13

## 3 憲法論 (1)

①憲法26条 教育を受ける権利 (養護学校のケース)

イ)痰の吸引(導尿の補助や、経管栄養も同様)が行われない限り、明らかに養護学校での教育は困難である。

ロ)すべての養護学校に看護師を常に配置するまで児童の教育権の実現を阻むことは、児童の安全が図れないという理由を除いて正当化し得ない。

ハ)しかるに、痰の吸引=一定のメディカル・コントロールを条件とする限り、安全性を確保できる種類の医行為。

ニ)すべての養護学校に看護師が常駐することのない現状においても、家族以外の者による痰の吸引行為を禁止する結果、児童の教育権を侵害することは許されない。

16

## 2 医行為概念の相対化・柔軟化(1)

【問】家族による医行為(痰の吸引行為)はなぜ問題にならないのか

1)行為の危険度

例:父親(非医師)、子どもの盲腸炎手術を行う。

→傷害罪(少なくとも過失傷害罪)。行政も介入可能。

医師が立ち会って細かに指示したとしてもやはり同様。

メディカル・コントロール下でも許されない種類の医行為。

痰の吸引=メディカル・コントロールの下で家族ができる。

医行為の中にも、「医学的技術」の程度が低く、医師でなくても行うことを認めてよい類型のものがある。

14

## 3 憲法論 (2)

②憲法14条 法の下での平等(在宅・養護学校とも)

2003年にALS患者につき家族以外の者による痰の吸引行為を認めておきながら、同じことを他の場合に禁止する。→法の下での平等に反しないという正当化が必要。ALS患者のケース=厚生労働省医政局長通知による実現→政府の介入による以上、紛れもない憲法問題。

ALS患者の場合との合理的区別が可能か?

17

## 2 医行為概念の相対化・柔軟化(2)

2)時間的経過による技術・教育の進歩

医学的技術が進歩し、あるいは教育方法が改善されて、かつてはメディカル・コントロールがあっても認め得なかった医行為が、一定のメディカル・コントロールを条件として家族などに認められるようになった例もある。

例1:インシュリンの自己注射

例2:AED(突然の心臓発作に対しボタンを押すだけ)

これらはいずれも「医行為」という概念が、あるいはその内容が、常に不変というのではなく相対的なものだということを示す。

15

## 3 憲法論(3)

③憲法31条 罪刑法定主義

すでに述べたように、刑罰を含む法律について適用される憲法上の原則。

形式的に法があればよいということではない(パン1つ盗むと死刑と定めてあれば、罪刑法定主義に反しないかといえばそうではない)

→真に刑罰に値するものだけに適用

18

#### IV 正当行為としての「日常的な医療」

##### 1) ALS患者のケースで付された条件6項目

- ①療養環境の管理
- ②在宅患者の適切な医学的管理
- ③家族以外の者に対する教育
- ④患者との関係(患者の自由な意思による同意文書)
- ⑤医師及び看護職員との連携による適正な痰の吸引の実施
- ⑥緊急時の連絡・支援体制の確保

これらの中心＝メディカル・コントロールの確保  
痰の吸引が安全に行われることがまず先決

19

#### 参考文献

- 1 厚生労働省医政局長通知「ALS(筋萎縮性側索硬化症)患者の在宅療養の支援について」  
医政発0717001号平成15年7月17日
- 2 「看護師等によるALS患者の在宅療養支援に関する分科会報告書」平成15年6月9日
- \*3 平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢雅彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』573頁以下(信山社・2004年)(本報告とは逆)

22

#### 医師法17条上も正当行為

##### 2) ALS患者のケースでの6条件

これらを養護学校、ALS患者以外の在宅患者の場合について再検討し、メディカル・コントロールが適切に確保されていれば、あるいは適切に確保されていることを条件として、ALS患者の場合と同様に、家族以外の者による痰の吸引を認める。

→医師法17条の観点からしても正当行為と認める  
→偽医者とは全く異なるケース

20

#### 結びに代えて:法の役割

真の意味における医師法の目的の実現  
医療専門家、行政、法律家が参加して検討した結果として、法律上の疑義がないと宣言すること

最終的な判断は裁判所

しかし、上記手続を踏めば、医師法17条違反の告発・訴追の可能性は少ない

21