

実質的違法性阻却論について

○医師法等の医療の資格に関する法律は、免許を持たない者が医行為を行うことを禁止。

*医師法第17条：医師でなければ医業をなしてはならない。

○たんの吸引及び経管栄養は、原則として医行為（医師の医学的判断及び技術をもっ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）であると整理。

《参考》

～実質的違法性阻却論とは～

○ある行為が処罰に値するだけの法益侵害がある（構成要件に該当する）場合に、その行為が正当化されるだけの事情が存在するか否かの判断を実質的に行い、正当化されるときには、違法性が阻却されるという考え方。

○形式的に法律に定められている違法性阻却事由を超えて、条文の直接の根拠なしに実質的違法性阻却を認める。

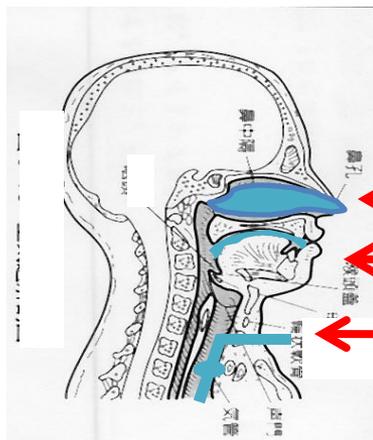
○具体的には、生じた法益侵害を上回るだけの利益を当該行為が担っているか否かを判別する作業を行う。

※「当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否か」（最判昭50・8・27 刑集29・7・442他）

(参考) 実質的違法性阻却における取扱い

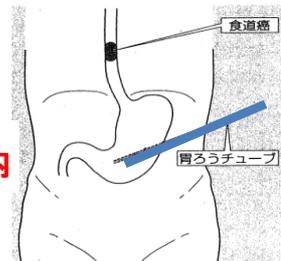
- たんの吸引・経管栄養は、医行為に該当し、医師法等により、医師、看護職員のみが実施可能

たんの吸引

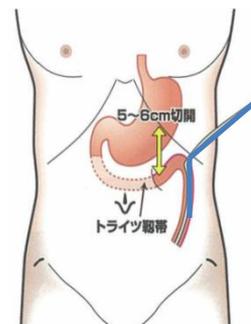


経管栄養

④胃ろう



⑤腸ろう(空腸ろう)



⑥経鼻経管栄養



- 例外として、一定の条件下(本人の文書による同意、適切な医学的管理等)でヘルパー等による実施を容認 (実質的違法性阻却論)

- ◆在宅の患者・障害者・・・①②③
- ◆特別支援学校の児童生徒・・・①②+④⑤⑥
- ◆特別養護老人ホームの利用者・・・②+④

※ ①～⑥のそれぞれの行為の中に、部分的にヘルパー等が行えない行為がある。
(例: 特養での胃ろうにおけるチューブ等の接続と注入開始は×)

(参考) 実質的違法性阻却の範囲の比較

※対象範囲、要件等が、対象者や提供場所によって、異なっている。

		在宅(療養患者・障害者)	特別支援学校(児童生徒)	特別養護老人ホーム(高齢者)	
対象範囲	たんの吸引	口腔内	○ (咽頭の手前までを限度)	○ (咽頭の手前までを限度)	
		鼻腔	○	×	
		気管カニューレ内部	○	×	
	経管栄養	胃ろう	×	○ (胃ろうの状態確認は看護師)	○ (胃ろうの状態確認・チューブ接続・注入開始は看護師)
		腸ろう	×	○ (腸ろうの状態確認は看護師)	×
		経鼻	×	○ (チューブ挿入状態の確認は看護師)	×
要件等	①本人との同意	<ul style="list-style-type: none"> 患者が、方法を習得した家族以外の者に依頼し、当該者が行うことについて文書による同意(ヘルパー個人が同意) ホームヘルパー業務と位置づけられていない 	<ul style="list-style-type: none"> 保護者が、学校に依頼し、学校の組織的対応を理解の上、教員が行うことについて書面による同意 主治医が、学校の組織的対応を理解の上、書面による同意 	<ul style="list-style-type: none"> 入所者(入所者に同意する能力がない場合にはその家族等)が、施設に依頼し、施設の組織的対応を施設長から説明を受け、それを理解の上、介護職員が行うことについて書面による同意 	
	②医療関係者による確な医学的管理	<ul style="list-style-type: none"> かかりつけ医、訪問看護職員による定期的な診療、訪問看護 	<ul style="list-style-type: none"> 主治医から看護師に対する書面による指示 看護師の具体的指示の下で実施 在校時は看護師が校内に常駐 保護者、主治医、看護師、教員の参加下で、個別具体的な計画の整備 	<ul style="list-style-type: none"> 配置医から看護職員に対する書面による指示 看護職員の指示の下で実施 配置医、看護職員、介護職員の参加の下、個別具体的な計画の整備 	
	③医行為の水準の確保	<ul style="list-style-type: none"> かかりつけ医、訪問看護職員による家族以外の者への技術指導 かかりつけ医、訪問看護職員との間において同行訪問や連絡・相談・報告などにより手技を確認 	<ul style="list-style-type: none"> 看護師及び教員が研修を受講 主治医による担当教員、実施範囲の特定 マニュアルの整備 	<ul style="list-style-type: none"> 看護師及び介護職員が研修を受講 配置医による担当介護職員・実施範囲の特定 マニュアルの整備 	
	④施設・地域の体制整備	<ul style="list-style-type: none"> 緊急時の家族、かかりつけ医、訪問看護職員、家族以外の者等の間の連絡・支援体制の確保 	<ul style="list-style-type: none"> 学校長の統括の下、関係者からなる校内委員会の設置 指示書、実施記録の作成・保管 緊急時対応の手順、訓練の実施 等 	<ul style="list-style-type: none"> 施設長の統括の下、関係者からなる施設内委員会の設置 指示書、実施記録の作成・保管 緊急時対応の手順、訓練の実施 等 	