

看護業務の性格と法律構造に関する社会法的考察

鹿児島市立高等看護学校 教務主任 有村京子

はじめに

高齢化社会の到来や医学の進歩，医療技術の発達および疾病構造の変化は，医療の高度化・専門化をもたらし，その反面これからの医療は，ますます多職種間のチームワークが要求されるようになってきた。患者の良い医療，良い看護を受ける権利を保障するためには，チーム医療における各職種の業務分担と協働関係を図ることが必定となってきた。チーム医療において看護業務を効率的に遂行していくために，看護労働の法的位置づけ及び看護業務の法律構造を明らかにし，看護労働の今日的意義を考察してきた。

まず，看護業務の法律構造を，診療契約の法的性格及び看護業務の法的性格を明らかにし，その後，看護業務と労働契約の視点に立脚して看護業務をめぐる労働契約の当事者・内容を分析し，最後に労働契約上の指揮命令権と保健婦助産婦看護婦法（以下保助看法と略す）上の指示との関係を解明していった。

1. 診療契約の法的性格・視点とその接近方法

従来，診療をめぐる法律問題，たとえば医師・看護婦などと患者間の問題は主として，医療過誤での損害賠償論の視点から述べられていた。しかし，医学の発展，医療技術の進歩により延命が図られ，人々は様々の恩恵を受けてきたが同時に，臓器移植や新薬の開発は人々に生命・身体に対する新たな脅威・侵襲をもたらした。そのことによって，医療と人権についての関心が高まり，「健康権¹⁾」という概念の確立の必要性を提唱する者も現れている。また，1972年に，アメリカ病院協会から「患者の権利章典に関する宣言」が出され，その頃から，「インフォームド・コンセント²⁾」という概念が生まれ徐々に国内にも浸透してきた。日本では一般に，十分説明され情報を与えられたうえでの同意，もしくは，医師が十分に情報を提供したうえで患者から同意を得ること，などと訳されている。

医師の治療とくに患者の身体への侵襲行為をなす場合には，原則として患者の承諾がいる。医師側は患者側に対して治療方針，特に患者の身体への侵襲行為の内容及び程度，危険性等を説明する必要性が生じる。手術などの身体への侵襲行為を受けるかどうかを最終

的に決定する権利を有するのは、原則として患者本人である。患者の承諾は、民事上も刑事上も違法性を阻却する要素として重要であり、その承諾が医師により十分に説明された上での承諾でなければ、違法性を阻却する承諾にあたらぬとされるところにインフォームド・コンセントの意味がある。医療におけるインフォームド・コンセントが確立することにより、患者と医療従事者との信頼関係を高め、また、患者が治療および看護計画に主体的に参加することにつながり、それは、患者の知る権利や自己決定権という法律上の権利となって表される。以下、従来の診療契約を概観しながら、憲法第25条の生存権の視点から考察していきたい。

今日、医師が行う業務は、医療法では「単に治療のみならず、疾病の予防のための措置及びリハビリテーションを含む良質かつ適切なもの（同法第1条の2号）」医師法では医療（同法第17条）、療養方法等の指導（同法第23条）が規定されている。これらの医行為は、生きている人間の身体に対してなされる行為であり、医学的な専門知識・技術を要し、医師でなければ行ってはならないとされている。これらを医療という広い概念で捉えれば、それは必ずしも、患者を対象とする診療に限られるものではない。しかし通常は、診療行為は、心身に何らかの病的異常を感じる者や負傷者等³⁾の患者に対して行われるものである。診療行為はまず、患者から診療の申込みがあり、これを医師または医療機関が承諾することによって、診療契約という法律関係が、患者と医師ないし医療機関間に発生することになる。この診療契約によって、医師ないし医療機関の側には診療を行う義務を生じさせ、患者には報酬を支払う義務を生じさせる。つまり、両者には診療と報酬支払を要素とする双務有償契約が成立すると、通常は解されている。

診療を契約としてみるとき問題になるのはその成立要件、時期と内容・性質であるが、そもそも、診療の契約時には合意に時間をかけることも少なく、内容も明瞭でない場合が多く、しかも、契約の締結に当たっては契約書を取り交わすこともない。

以下、医療をめぐる態様を概観していく。まず、第1に基本的といわれている診療契約が上げられる。これは、人々が自分の心身に異常を感じたとき、医師に診察、場合によっては入院を申込み、これに対し医師が承諾した場合である。患者が入院する場合には、本来の診療契約のほかに病室の使用と入院中の食事の提供などを内容とする入院契約も締結されることになる。また、保険診療の中で患者と契約関係にたつのは医療供給者か保険者かという問題もあるが、これに関しては「保険者と療養取扱機関との公法上の権利義務関係の成否にかかわらず被保険者たる患者と療養取扱機関との間には直接診療契約が締結される」とする下級審判決⁴⁾がある。

第2に健康診断をあげることができ、その中には職場あるいは学校における健康診断、生命保険加入時の健康診断、人間ドッグでの健康診断その他入社試験・入学試験時の健康診断が含まれる。ただし、健康診断は診察だけで治療は含まれない。

第3に予防接種（予防接種法第3条、第10条）の義務、結核や伝染病に罹患した場合結

核予防法（第4条、第7条、第13条）や伝染病予防法（第7条）など、法律の規定による疾病の予防、診療・治療がある。医師側と受診者側の間に契約関係が認められるためにはその関係が当事者の自由意思によって成立したものと認められることが必要であり、法的に診療受診を義務づけ、あるいは、強制入院における担当医師ないしは医療機関と患者との間に診療契約の成立を認めるのは問題と思われる。

第4に意識不明患者が救急搬入され、医師が診察・治療を行った場合には、一般に事務管理（民法第697条）の問題として取り上げられ、あるいは救急患者搬入時、医師が不在で看護婦が救急処置を行った場合は、緊急事務管理（同法第698条）として扱うことができよう。

第5に特殊な診療契約として、健康上の障害は認められないが医師の医療行為をうける場合として、正常分娩、美容整形がある。また、臓器移植の場合は腎臓移植あるいは肝臓移植のために、健常者から移植臓器の摘出を行うわけであるが、臓器提供者は診療を受けるというわけではない。次に、妊娠中絶の場合を見てみると、母体になんらかの異常があり、妊娠を続行することが、母体の生命に危険が及ぶ場合の妊娠中絶は医療行為に相当するが、母体及び胎児に異常を認めず、親の一方的な理由で中絶する場合には医療とは言いがたい。また、不妊手術にしても、妊娠すること自体が母体の生命を脅かす恐れがある場合の不妊手術は医療行為に相当する。妊娠中絶と同様、妊娠したくないという理由による不妊手術は医療行為に相当しない。輸血についてみてみると、献血に関しても臓器提供者と同様のことがいえる。以上述べた1から5が診療契約の大まかな形態といえる。

次に診療契約の当事者について述べる。まず、患者の側からみてみると、患者の中にも患者本人が行為能力を有する場合と有しない場合とがある。患者が行為能力を有するときは、患者自身が契約を締結し当事者となることができる。また、自らが代理権限を与えたものによって契約する事もできる。一方患者が乳児や高度の精神障害者で行為能力を有しない場合は、自分で契約をする事が出来ない。その場合は、親権者やその他の法定代理人ないしこれに準ずる者が契約を締結し、当事者となる。この場合の診療契約は第三者の患者のためにする契約（民法第537条）と解されている。以上の締結者の行為は、患者に対しては互助義務（同法第730条）、扶助義務（同法第752条）、ないし扶養義務（同法第877条）の遂行と考えるのが相当であり患者との間にそのような関係を見い出せないときには、前述したように事務管理と考えられる。

次に無能力者との関係を考察すると以下のようなことが考えられる。精神障害を有する患者（心神喪失者）でも、意思能力を認められる限りは患者自身が契約の当事者であり、ましては、心神耗弱者の場合でも該当することは言うまでもない。そのことは入院する場合（精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第22条の3号）も同じである。民法第7条の禁治産者の場合及び同法第11条の準禁治産者に関しては、財産権の保護を取り扱う制度であり、この点では本稿にいう診療の場合とは法の趣旨を異にすると解されるので、診療

契約の場合は本人の意思があるかぎり、本人の意思を尊重すべきものとする。精神保健及び精神障害者福祉に関する法律では、精神障害者が精神病院に入院して診療を受けることを必要とする場合は、その保護義務者（同法第20条）に、本人に治療を受けさせ医師に協力し、本人に医師の指示に従わせ（同法第22条）、退院の際には本人を引き取る（同法第41条）事などが義務づけられている。そして、同法は精神病院に対しては、本人の同意に基づいて入院が行われるよう努力義務（同法第22条2号）を課している。その一方で、必要のある場合は本人をその意思に反して、保護義務者の同意（同法第33条）又は都道府県知事の判断（同法第29条の1号、2号）によって保護入院させることができるとしている。私法上の関係で見れば、入院が本人の任意によるものであれば、患者本人を診療契約の当事者とする診療契約が成立する。しかし、保護義務者が本人の同意を得て行ったものかあるいは、保護義務者の同意ないし都道府県知事の判断による、強制的なものであるときには申込人としての当事者を、保護義務者ないし都道府県知事とする診療契約が成立したものとし、これを第三者のためにする契約と解するのが相当である。

次に、未成年者の場合、患者が意思能力を有しても、行為能力を有しない場合、親権者その他の法定代理人により、又はその同意を得てもしくは自ら処分を許された財産の範囲内（民法第5条）で契約を締結し、その当事者となることとなる。未成年者の場合において診療契約が成立した事例として「15歳の子の疾病につき、その両親と医師との間に、第三者のためにする準委任契約として診療契約が成立し、子が診断を受けることにより、黙示に受益の意思表示をした⁵⁾。」と認められた判決例がある。

このように、法定代理人による契約を、第三者の患者のための契約と解する考え方もある。しかし、診療が患者自身のかけがえのない命、身体にかかわるものである以上、診療過程の中では、患者の意思が尊重されることが必要である。そのために、患者に意思能力を認めるときは、診療契約を考える場合、できるだけ自分の身体・生命の安全を護るためにも、本人の意思を尊重し、患者本人を当事者とすることが望ましい。

これに対し、患者が平生は行為能力を有していても、何らかの理由で意識を失ったときは、自ら診療契約を締結する事はできない。その場合、配偶者や同居の親族などで患者に対して、扶助義務や扶養義務を負っている者が診療を要請した時は、これを日常生活の中で、その患者から与えられていた代理権に基づいて行ったものと見るのが相当な事例もありうる。この契約も第三者の患者のためにする契約と解される。しかし、以上のような状況に患者がありながら、身近に家族や法定代理人などの保護者がいないで、全くの他人が診療を要請する場合がある。その他人が患者のために、診療上の費用や入院生活に必要なものの便宜をはかる意思があれば、その者と医師との間に、診療契約が成立することになり、この契約も第三者の患者のためにする契約と解される。一方、その他人が患者のために診療上の費用や、入院生活に必要なものの便宜をはかる意思がなければ、事務管理と考えることができる。しかし、ほとんどの場合、家族や法定代理人などの保護者以外の第三

者は、病院を受診するまでの手配はしても病院の費用まで便宜を図ることはないために、このような場合においても事務管理として解釈する方が妥当といえる。

次に、診療契約について当事者の一方である医師側より見てみる。

患者が個人開業医に診療を求める場合その医師が契約の当事者となり、その相手方が病院または診療所（医療法第1条）の場合にはその開設者（同法第7条）で、それが公的医療機関である時はその開設者の国（同法第6条）または地方公共団体（同法第31条）が、また、医療法人である時はその法人がそれぞれの契約の当事者となる。そして、患者を実際に担当する医師は、その医療機関に雇用されている履行補助者という考え方であり一般的には、損害賠償の観点から捉えた見方である。そのために、意識不明の患者が他人の手によって、病院に運ばれた場合、前述したようにその他人が患者のために、診療上の費用や入院生活に必要なものの便宜をはかる意思があれば別であるが、その意思がなければ第三者の患者のための契約がなされないため、医師側は診療契約の当事者といえないことになる。同時に担当した医師を雇用している医療機関も契約の当事者とはいえない。契約によらないこのような診療形態は、当事者を患者側から見たときと同様事務管理と考えることができる。

医療の現場では今日、医師をはじめとして看護婦、臨床検査技師、薬剤師、放射線技師などさまざまな職種がかかわって診療は遂行される。診療を行う場合、医師はこれらの職種の補助や協力を必要とする。これらの者は、従来の考え方として契約上、医師の履行補助者と見なされている⁶⁾。一方では、雇用関係にあつては医師も看護婦もその他コ・メディカルスタッフも医療機関に対しては履行補助者という立場にある。

以下、診療契約の特徴を概観してみると公法上の義務として、医師は患者から診療の申込みがあれば正当な事由がないかぎり、診療を拒むことができない（医師法第19条1項）とされている。しかし、患者の診療申込みに対して医師の承諾がなければ、民事上は契約が成立することはない。が、前述したように、医師は正当な事由がないかぎり診療を拒むことができないため、患者による診療申込みを承諾すれば私法上の診療契約が成立することになる。この点で契約自由の原則が制限されるのが大きな特徴といえる。次の特徴として、診療契約が目的とする診療行為は、高度に専門的な知識、技術を必要とするものであり、契約の当事者が一方は専門家であり、片方は一般的にその知識に乏しいという特徴がある。そのため、医師は患者に対して医学的知識、技術を駆使して患者の訴える症状や負傷の実態や原因を、早急に診断し、適切な治療を行うことが義務づけられている。この事は、診療契約の上にも反映され、医師の債務となるべきものといえる。一般的に患者は、何らかの異常を訴えて外来受診し、あるいは入院となり、そして、退院していく一連の過程の中では、診察、検査、診断、治療、評価ということが反復してなされている。疾病が治癒に向かうかどうかは、程度の差はあれ常に未必的であり、患者自身の状況にもよる。従って、診療契約において、医師が患者に対して負う債務は、契約当初は医学的に適切な

治療を行うという抽象的なものになりがちである。その過程の中で診療内容は具体化していくものと思われる。そのため、医師の債務は、通常の契約における債務と異なり、特定の結果を達成する結果債務ではなく、債権者である患者によって、希望された疾病の治癒などの結果に向かって入念な注意をなし、適切な診療行為を実施すること自体を内容とする手段債務⁷⁾にほかならない。すなわち、診療債務は疾病の治癒・軽減の結果を目的に、適切な診療行為を、十分に注意を払いながら実施すること自体を内容としている。そのように履行しても、疾病が治癒または軽減するかは、患者の身体的・精神的状況にも左右される。つまり、医師は患者の状況に応じ、善良な管理者の注意をもって医学的に適切と思われる措置をとるよう努力するというものである。

また、診療は患者自身の心身を対象に、行われるものであることから、適切な診療が行われるためには、患者自身の理解や協力を要することが多い。そのため、診療契約においては、医師と患者は契約の当事者であると同時に、お互いの協力と信頼を必要とする協働関係でもある。しかも、診療は患者自身の生命・身体および精神を対象に実施されるものであり、その過程においてはしばしば、身体への侵襲や苦痛を伴いやすく、また、生命を脅かすことさえあり得る。このような診療の特徴をふまえて、その過程において患者自身の意思が尊重され、治療方針に対する自己決定が尊重されるべきである。このことは、当然診療契約の内容と解されている⁸⁾。以上の内容は信義則（民法第1条）に類似するが、診療契約の内容に含まれている債務とすることが相当と解される。

以下、前述したことをもとに、診療契約の法的性格について考察していきたい。

診療契約の法的性格については、これまで手術について特に治癒しなければ、報酬を払わないという趣旨の契約がなされたときは請負契約という見解⁹⁾や、請負または準委任あるいは両者の混合した混合契約¹⁰⁾、降鼻術等の美容整形、義歯の補綴等歯科治療の一部については請負契約、または単なる無名契約¹¹⁾と解する説が出されているが、準委任契約と解する説が多数を占め、判例の多数もこれに沿い、今日に至っている。

例えば「病的症状を訴えて医師を訪れる患者は通常、右症状の医学的解明とこれに対する治療行為という、事務処理を目的とした準委任契約の申込みをするものであり、医師が診察を始め治療行為を行う以上右申込みを承諾し両者間に準委任契約が成立する¹²⁾。」とした事例や、「15歳の子の疾病につき、その両親と医師との間に、第三者のためにする準委任契約として診療契約が成立し、子が診断を受けることにより、黙示に受益の意思表示をした¹³⁾。」と認めた事例、「初老期うつ病患者に対し精神医学の知識と技術を駆使し、有効な診療行為と自殺防止を含む適切な看護行為をすることを内容とする準委任契約が、患者の妻と精神科医師との間に成立した¹⁴⁾。」とされた事例等がそうである。診療の性格上医師が患者に対して一定の結果を約束しうるものではなく、手段として適切な診療を行う債務を負っていることから、診療契約については、患者が医師に対して事務としての適切な診療を委託したものとして捉え、これを準委任契約の一種と解する考え方が広く見られ

る説であり、一定の仕事の完成を約束する請負契約の構成には馴染まないと思われる。診療契約を準委任とする見解には「医療の高度の専門性・特殊性にかこつけて、治癒を診療の努力目標から排除することにより医師の注意義務を軽減させようとする意図があるように思われないでもない¹⁵⁾。」という指摘も見られる。

しかし、診療契約には、以上述べてきたようにいろいろな特徴があり、その法的性格を準委任契約として解するとしても問題がある。そのため、患者側の診療申込みの時の意思表示は、治してほしいという請負契約的要素が強く、一方、医師側は最善の手を尽くしましょうという準委任契約的要素が強く、診療契約は成立しないことになる。また、診療契約を準委任契約とすると、医師は患者の要求がある時は診断の結果を報告する義務がある(民法第645条、第656条)。たとえば医師が癌と診断した場合は、その事を患者に告げることになり、患者によっては混乱を招くことになり、場合によっては敢えて告知しない方が望ましいこともあり、その時は、民法第645条及び第656条を機能させない方が良くも考えられ、診療契約を典型契約に当てはめようとすると無理が生じてくる。そもそも、医療は診療をめぐる医師＝患者の関係の上に成り立っている。問題はこの医師＝患者関係の実態をどうみるかである。診療行為は継続的契約関係にあり、診療契約の法的性格は財産行為を念頭において規定されている準委任や請負に当てはめることが無理であり、無名契約と解するのが妥当といえる。そうすることで、診療契約の解釈からして、診療の内容に応じて類型化し、その類型に適した妥当な契約上の注意義務や保護義務を導き出せると思われる。あるいは診療という事物の本質に適した法的構成を構築する事が必要と思われる。

以上、診療契約について概観してきた。診療契約は患者と医師を当事者として法律構成されてきている。しかし、今日、一部の診療所を除いて、医療機関には医師以外にも多くの職種が医療に携わっている。中でも、患者の看護の部分を担当する看護婦は、数的に見ても、かかわる時間数から見ても、医療従事者の中でも筆頭に位置づけられている。医療は診療の部分からだけで成り立っているわけではない。本節の冒頭にも述べたように、今日、医療は広い概念で捉えられている。

今まで、診療契約という視点から患者と医師という関係を見てきたが、当然、医療機関において関わりをもつその他の医療従事者、例えば、患者対看護婦、対臨床検査技師、対放射線技師、対理学療法士および作業療法士の関係をどう法律構成するかが問題となる。中でも、看護婦の義務として保助看法第5条に規定されている「診療の補助業務」に関しては、診療契約の法律構造で説明できるとしても、「療養上の世話」業務に関してはどのような法的性格を有しているのか、次項で述べていきたい。

以上の医療をめぐる診療契約の法律構造の分析は、損害賠償論を中心として構成されており、前述の論議はほとんどが、損害賠償の民事責任の視点から、諸問題が取り上げられてきている。診療契約の債務構造も前述したように、診療契約の種類・態様、診療契約の当事者、診療契約の内容といった債務構造の分析として構築されてきた。診療契約におい

て、患者が医師に委任した事務は医学上の技術基準に従って適正な診療行為をする事である。適正な診療行為とは現代の医療水準において、一般的に医学的に是認された方法で行うことであるといわれるが、医学的知識に関して素人に近い患者は、その判断を専門家である医師に任せる以外にない。医療は生命を救う技術である。しかし、診療行為は身体的侵襲を受けることが多く、常に生死隣り合わせの状況の中で医療行為は行われている。そのために、「インフォームド・コンセント」という概念が浮上し、患者側も治療計画、看護計画に参画することが重要視されてきている。

<注>

- (1) 下山暎二, 健康権・その概念確立の必要性と可能性, ジュリスト538巻19頁「健康権という概念が、現在の法学界において公認されているとはいいがたい。むしろ医学界あるいは公衆衛生学界の中から、使用されだした概念である。その法的根拠を憲法第25条の健康な生活を営む権利が健康権であるかどうか疑問の余地があるが、憲法第13条に立って人間の生存を生命を中心にして、健康→生活→環境と外延をのばしていくならば、健康を保持する権利が、人間の生命保持と同じ次元であらわれうると思考することも可能である。しかし、法的権利として構成されるには具体的な権利として構成される必要があり、そのためには権利の保障が請求権として構成されうるものでなければならない。」という指摘があるが、ここでは憲法第25条の健康で文化的な最低限度の生活を営む権利に代表される生存権的基本権として健康権をみている。
- (2) インフォームド・コンセントは、米国式の裁裁上の法理であり法的概念である。第二次世界大戦中に、ドイツのナチの医師達がユダヤ人を対象におこなった残虐な人体実験に対する国際軍事裁判がニュールンベルクで開かれ医師たちは処刑された(1946年)。この裁判で得られた事実から、このようなヒトを対象とする人体実験が二度と起こらないための倫理的歯止めについて検討され、10カ条にまとめて採択されたのが「ニュールンベルク倫理要綱」であり、この要綱をたたき台として確立されたのが、インフォームド・コンセントである。
- (3) 定塚孝司, 医師と患者の法律関係, 実務法律体系5 医療過誤・国家賠償5頁, 健康診断や特殊の医療契約にあつては、医学上の疾患がないことがある場合もあるので、正確な意味では患者ではないこともあるかもしれないが、受診者も含めて広義の意味で患者という表現をする」という意味で用いている。
- (4) 東京地判昭47・1・25, 判夕277・185。
- (5) 旭川地判昭45・11・25, 下民21・11-12・1451, 判時623・52。
- (6) 岩垂正起, 「診療契約・医師と患者の法律関係」, 裁判実務体系17巻, 医療過誤訴訟法33頁。
- (7) 中野貞一郎, 「診療債務の不完全履行と証明責任」, 現代損害賠償法講座4巻92頁。
- (8) 前掲(6)35頁参照。
- (9) 加藤一郎, 不法行為法の研究5頁。
- (10) 定塚孝司, 実務法律大系五巻11頁。
- (11) 清水兼男, 診療過誤と医師の民事責任, 民商52巻6号4頁。
- (12) 神戸地竜野支判昭42・1・25下民, 18・1・58, 判時481・119。
- (13) 前掲(5)参照。
- (14) 福岡地小倉支判昭49・10・22, 判時780・90, 判夕320・252。
- (15) 並木茂, 「医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成」, 裁判実務体系17巻医療過誤訴訟法7頁。

2. 看護業務の法的性格

1) 看護業務としての診療の補助

診療の概念は「診断と治療だけを意味するものであったが、20世紀の後半になると予防的な検診、健康教育という意味が含まれるようになった¹⁾。」という指摘があり、それらを総称して、医療という言葉が一般的に用いられる傾向にある。「診療に従事する医師は診察・治療の求があった場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない（医師法第19条）」にもみられるように、診療とは診察・治療の意のことである。しかし、診療行為というときは診察、治療の個々の行為を意味することもあるし、主として、傷病を治療するための一連の行為を指すときもある²⁾。保助看法においては、同法第5条及び第6条に規定されている診療の補助の「診療」の概念は従来、「ここでいう診療とは狭義の疾病の診察、治療のほか、疾病の軽減、予防、助産、整形治療、避妊、試験など、医師の医学的知識と技術を以てするのでなければ、人体に危害をおよぼし、またはおよぼすおそれのある一切の行為である。診療の補助とは、右にいう診療についての補助である³⁾。」とする解釈がある。もっとも、実務上、診療行為も医療行為もその内容については深く吟味することなく、ほぼ同義語として用いられている。ここで、診療契約という概念の診療という定義を、前述した診察・治療という範囲で捉えるならば、保助看法第5条及び第6条にいう診療の補助業務の遂行は、診療契約に基づいて医師の履行補助者として実施することになる。

① 診療の補助の範囲

損害賠償論での診療債務の責任主体の問題は別として、実際に診療を行う者は医師又は歯科医師である。医師の業務内容を医師法の条文から概観してみる。医師の業務内容は診察・治療（医師法第19条）、各診断書の交付（同法第20条）、死体の検案（同法第21条）、処方箋の交付（同法第22条）、療養方法等の指導（同法第23条）、診療録の記載および保存（同法第24条）、医療又は保健指導に関する指示（同法第24条2）である。

今日、基礎看護教育の中では診療に伴う技術として、滅菌と消毒、診察の介助、身体各部の計測、検査の介助、薬物療法の援助、栄養療法の援助、包帯法の援助、罨法の援助、吸入の援助、吸引の援助、導尿、膀胱洗浄、浣腸が取り扱われている⁴⁾。実際、病院などで行われている具体的な診療の補助業務⁵⁾には、静脈（点滴静脈注射を含む）注射の実施、気管カニューレの交換、栄養チューブの挿入、術創の包帯交換、検査（PSP）試薬の注入、胃ゾンデの挿入、予防注射、導尿、輸血、胃液採取、治療食の決定、心電図をとる、膀胱洗浄の実施、採血をする、留置カテーテルの挿入、テストテープ（血糖、尿糖）による判定、

褥瘡の包帯交換，皮下・筋肉注射，高圧浣腸，剃毛をする，酸素吸入をする，経口与薬をする，などが挙げられる。

しかし，今日では診療の全ての範囲を，医師又は歯科医師が実際に自分で行うことは，患者の診療上不便を伴うことになる。医学の進歩，医療の発展に伴って，それぞれの特定の分野につき，医師の補助を行うことを目的とする職種が法律化されていった。例えば，保健婦，助産婦，看護婦，診療放射線技師，理学療法士，作業療法士，臨床検査技師，衛生検査技師，視能訓練士，臨床工学技士，義肢装具士，歯科衛生士，歯科技工士である。これらのコ・メディカルスタッフは医師の指示により，診療の補助行為として一定の業務をすることとされている。以上の医療関係者の業務分野を厚生省健康政策局は表1-1,1-2のように分類している。また理学療法士，作業療法士，臨床検査技師，視能訓練士，衛生検査技師，臨床工学技士，義肢装具士として法律化されたことで，看護婦が行うことができる相対的医行為⁶⁾としての診療の補助を担えることになった。但し，以上の職種がない医療機関では，場合によっては看護職が当然担うことになる。看護婦は保助看法第5条において療養上の世話と診療の補助業務をなす職種と規定されており，看護婦はすべての診療の補助行為を法律上はできることになっている。ただし，放射線の照射は診療の補助行為ではないため行うことはできない。これに対し，臨床検査技師であれば，診療の補助行為の一部である生理学的検査ができるのみであり，理学療法士であれば理学療法ができるのみであると解釈できる。保健婦，助産婦，看護婦が行うことができる診療の補助業務を前述した7職種の業務の概念を厚生省健康政策局は図1のように考えている。本論文ではコ・メディカルスタッフとの周辺業務について論じているわけではないので，詳述は避ける。

次に，判例においては診療の補助の範囲について以下のように解釈している。つまり，介助・代行について，補助者の役割を述べ，代行による診療の補助を「醫師カ自ラ治療行為ヲ爲スニ當リ醫師ノ免許ヲ有セサルモノヲ使役シ其指導監督ノ下ニ治療行為ヲ補助セシムルコトアリトスルモ補助者ハ單ニ醫師ノ手足トシテ行動スルニ止マリ毫モ患者ニ對シテ危険ヲ生スル虞アルコトナク醫師ノ意思ニ因リ治療行為カ行ハルルニ其治療行為ハ即チ醫師ノ治療行為ニシテ醫師ノ治療行為以外ニ無免許醫業ノ行為アルモノト云フヲ得ス從テ醫師カ其面前ニ於テ補助者ヲ使役スル場合ニ限ラス其他一時外出スルニ當リ補助者ヲ指揮監督シテ不在中自己ノ從來診察セル患者ニ對シ前ニ掲クルカ如ク危険ヲ生スル虞ナキ治療ノ事ニ関與セシメ補助者カ單ニ醫師ノ手足トシテ行為シタルニ止マル場合ノ如キハ之ヲ面前ニ於テ使役スル場合ト同視シ其治療行為ハ即チ醫師ノ治療行為ニシテ醫師ノ治療行為以外ニ無免許医業ノ行為ナキモノト認ムルヲ妨ケス⁷⁾。」といている。すなわち，履行補助者としての看護婦手足論であるとしている。すなわち，看護婦が行った業務はすべて医師が施行した診療であるとし，看護婦は医師の手足のようなものであるから，医師が看護婦を指揮してどのような仕事もさせうるが，同時に，看護婦のした仕事はすべて医師の診療で

あるため、その結果について医師は、すべて責任を負わなければならないという考えである。そして、医師若しくは歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生じる虞のある行為は主治の医師または歯科医師の指示のもと、すなわち診療主体者の指導監督下で行うことを条件に補助させている。また、診療の補助の行為を遂行する過程のなかでは、保健婦・助産婦・看護婦・准看護婦の医学的知識と技術に相当する範囲で、医師若しくは歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生じる虞のない行為にあつては、医師の直接の指導監督は受けずに補助するということになる。

保助看法において「看護婦でなければ、第5条に規定する業をしてはならない。但し、医師法又は歯科医師法の規定に基づいてなす場合はこの限りでない（第31条1項）。」「保健婦及び助産婦は、前項の規定にかかわらず、第5条に規定する業をなすことができる（第31条2項）。」とし、また「准看護婦でなければ、第6条（准看護婦の定義）に規定する業をしてはならない。但し、医師又は歯科医師法の規定に基づいてなす場合はこの限りでない（第32条）。」と規定している。同法第5条、第6条に規定する業とは、傷病者若しくはじょく婦の療養上の世話また診療の補助である。また、「保健婦、助産婦、看護婦又は准看護婦は、主治の医師又は歯科医師の指示があつた場合の外、診療機械を使用し、医薬品を授与し、又は医薬品について指示をなしその他医師若しくは歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生じる虞のある行為をしてはならない。但し、臨時応急の手当てをなし又は助産婦がへそのおを切りかん腸を施し、その他助産婦の業務に当然付随する行為をなすことは差し支えない（保助看法第37条）。」と規定し、医師の指示がなければ診療の補助業務をしてはならないと規定している。ここで、診療の補助業務は看護婦の業務であるから、医師の指示があればどのような医行為でもできるのか、また、しなければならないのか疑問が生じる。看護婦の業務は診療行為そのものではなく、診療の補助行為であるので、この診療の補助を越える医療行為はできない。診療のうち、医師が自ら行わなければならない医行為と、看護婦に指示して行わせることを許された医行為とがあることになる。前者が絶対的医行為⁸⁾であり、後者が相対的医行為であるという医行為の分類は可能である。医行為は、医師が行うのでなければ衛生上危害を生じるおそれのある行為であるが、看護婦は、それ相当の医学的知識と技術を持っているので、診療の補助としてこれらの医行為を行うことが認められていることになる。従って看護婦の能力に見合つて認められた医行為の限界は、患者に危害を生じるおそれのない限度ということになる。つまり、看護婦が行うのであれば、患者の安全性を損なうことがない医行為ということができる。そして、通常一般の看護婦の能力に見合つた相対的医行為は、医師の指示により適法とされる。診療の補助の内容をなすものということになる。看護婦の能力は看護行為をなす、それぞれの時点における看護水準に相当するということにもなる。また、看護水準は医学、看護学の進歩とともに進展していくため、診療の補助業務の内容も漸次変化していくものである。

② 医師の指示の内容・方法・程度

医師の指示の内容および方法の視点は、従来ほとんど全てといってよいほど損害賠償論の中で論じられてきたが、ここであげる事案もまたその例である。しかし、医師の指示の範囲、内容、方法等を法律的に判断する素材として検討することは、有益であるとすべきであり、その具体的事案をながめてみる。

保助看法第37条の規定において看護婦は、主治の医師の指示のもとで医療行為をなすことが認められている。このことは、「医師でなければ、医業をしてはならない（医師法第17条）」と規定して、医師以外の者が医行為をなすことを禁止しているのに対し、看護婦は診療の補助として医師の指示のもとに医行為をすることを許されるという医師の業務独占の例外を規定するものである。つまり、同法第37条は、医療の補助に関する看護婦と医師の業務の接点を規定したものであり、その具体的内容は、「医師の指示」である。

1915年（大4・6・30）に内務省令として定められた「看護婦規則」でも、業務について「看護婦ハ主治医師ノ指示アリタル場合ノ外被看護者ニ対シ治療機械ヲ使用シ又ハ薬品ヲ授与シ若ハ之カ指示ヲ為スコトヲ得ス但シ臨時応急ノ手当ハ此ノ限ニ在ラス（同法第6条）」と定めて、看護業務に医療行為の補助をなすことを含むことを示している。判例においては「十二指腸虫駆除剤ネマトール球1個（誤って12個）投与死亡事件⁹⁾」で、医師が見習看護婦等に調剤・投与などの補助をさせることの行為をめぐって「己カ当然ニ為スヘキ職務行為ノ一部ヲ自ラノ手足ニ於ケルト同一ノ関係ニ於テ担当セシムルモノ」とし、この場合の注意義務として、「周到ナル注意ヲ以テ之ヲ指揮監督スヘキ義務」とした事例や、「クロールカルシウム（誤ってヌペルカミン）静脈注射中毒事件¹⁰⁾」の判例においては、「眼前ニ於テ具体的指示監督ノ下ニ之ヲ為サシムルヘキ義務」があるとし、また「駆虫剤チモール（誤って睡眠薬ジアール）調剤投与中毒事件¹¹⁾」の判例では、「該薬品ヲ指示スルコトナク漫然ト之ニ処方箋ヲ交付シテ薬剤投与ヲ命シタル」として、医師の過失とした事案がある。1948年（昭23・7・30）に制定された保助看法においても、同法第37条に前述したように同様の規定において、医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生じる虞のある行為は、主治の医師又は歯科医師の指示の下に補助させることができ、危害を生じる虞のない行為は、医師又は歯科医師の指示なしに、補助させることができるとした。

保助看法第37条にいう「指示」について、地方行政レベルでの「医師の指示の範囲は文書であると口頭であるとを問わず医師が看護婦に対して意思表示をすればよく、また、指示した事項が実行される現場で推移を目撃している必要はないものと考えがどうか」の疑義に対して、厚生省は「その指示とは、必ずしも文書によることを要しないが、いかなる程度の指示を同条による指示と解すべきかは、具体的な場合について個々に判断する外ない¹²⁾。」と回答している。ここでいう指示について「①診療の補助行為を行うべきこと

を命ずる指示と、②その診療の補助行為を行う過程における指導監督としての指示とに分けられる。看護業務としての診療の補助はすべて、医師・歯科医師の行う診療行為の補助行為であることからして、当然に①の指示に従ってなされるべきものであり、この指示なしに行う行為は診療の補助行為とは言えず保助看法第37条違反になる。しかし、①の指示を受けて診療の補助行為を開始した後に、それを行う過程における②の指示の要否は、診療補助行為の性質により異なる。すなわち、その診療補助行為が、(a) 医師又は歯科医師が行うのでなければ、衛生上危害を生じる虞のある行為である時は②の指示を要し、(b) のそうした虞のない診療行為である時は、②の指示を要しないことになる。(a) の場合に②の指示を受けずに診療の補助行為を行えば保助看法第37条違反になるが、(b) の場合は、②の指示を受けなくても保助看法第37条違反にならない。②の指示は、実体上の指揮監督を意味するものであり、電話等による指示などのように場所的に離れていて実際に指揮監督の効果を期待しえない場合は、原則としてここにいう指示の要件を欠くであろう¹³⁾。」とする解釈がある。また、このような解釈は一般的に支持されていると思われる¹⁴⁾。

判例「ストレプトマイシン・グリケン混合筋肉注射ショック事件¹⁵⁾」では、看護婦が、医師が往診で不在中に来院した患者に対し、主治医師の指示を受けることなく、また、安全を確認することなく、漫然とストレプトマイシン・グリケン混合注射液を臀部に注射し、ショック死させたことを看護婦自身の過失とした。一方では、「かつて腰痛の治療を受けに来ていた患者が、医師不在中に知人をお見舞いに来たついでに、腰痛の治療を強く求めるので、准看護婦が従前の経験により、イルガピリン3mlを臀部上外方四分の一区内に注射したところ、左座骨神経麻痺を生じ歩行障害をきたした¹⁶⁾」事案では、准看護婦の過失を否定した。注(14, 15)の事例における看護婦の診療行為は、前述した診療補助行為を行うべきことを命ずる指示がないものであり、いわゆる医師無指示治療行為ではあるので、保助看法第37条違反となる。しかし、その診療行為の内容が、看護婦または准看護婦の医学的知識および経験によって行いうる程度のものであり、しかも、その診療行為が業務上要求されている注意義務を尽くして適切になされる限り、医療過誤責任の問題とならないとされた。つまり、注(14)の判例では看護婦の過失を認め、注(15)の事例では准看護婦の過失を否定したのである。

今日、診療補助行為を行うべき指示を受けた後、医師が不在である状況で、看護婦がその指示通りの診療補助行為を続行している実態は多い、例えば、夜間とか休日とかで医師も休みであったり、あるいは同じ病院内にいても医師が手術中であったりする場合などである。このような状況の中で、指示のあった診療補助行為を続行することに問題はないか。「破傷風患者の医師不在中の死亡事件¹⁷⁾」では、「すでに病名が確定してこれに対する応急の処置もいちおう講じられ、事後の薬剤投与の方法、あるいはその治療方法が決定されていて、あとは単にこれを機械的かつ確実に実行すればよいとき、あるいは病状の短時間毎

の変化に即応して診察することを要しないときのような場合にあっては、医師は必ずしも終始その患者の身辺に付き添っておるなどのことは要しないのであって、一時他出しても、その間万一にそなえて他の医師に後事を託し、あるいは看護婦に治療方法を指示して、これに必要な措置を講じさせたときは、必ずしもこれをもって医師としての注意義務を怠ったものと断定することはできない」として医師の過失を否定している。また主治医の立会いなく看護婦に注射させたことは、医師の過失であるとする患者側の主張に対して、「保助看法第37条によれば、医師の指示に基づくものである以上、かかることの許されることは疑いのないところである」と判示している。

次に、「麻酔薬オイナール静脈注射（誤って動脈に注射）障害事件¹⁸⁾」の事例では、「静脈の発見が困難であったのに、医師に報告してその指示を求めるなどの措置をとらなかったことに、看護婦の過失を認め、また、単に注射を行うように命じただけで他に格別の指示や注意を与えなかった医師にも医師としての過失がある」ことを認めている。そして、「医師が、その指示により看護婦をしてかかる肥満体質の患者に対し、オイナール注射を行わしめる場合には、自らその場に立会い随時適切にして詳細な指示を看護婦に与えるとともに、その注射施行の状況、これに対する患者の徴候などに絶えず留意しながら該注射を誤りなく完遂せしめ、もって同注射による危害の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務が生じることも医師としては、極めて当然のことである」と判示している。

これまで、医療過誤訴訟になった相対的医行為のなかで、医師の指示をめぐって、特に問題になっている診療の補助行為は、看護婦による静脈注射の適法性、麻酔行為の補助の適法性等である。行政レベルの麻酔行為補助の適法性について、「医師、看護婦又は准看護婦でないものが、医師の指示の下に業として麻酔行為の全過程に従事すること、看護婦が業としての麻酔行為を行うこと、吸入法による麻酔の下に患者を手術する場合、手術実施中の医師の指示の下にと称して医師でない者が当該麻酔行為を行うこと、などは許されるか」という疑義に対して、厚生省は「麻酔行為は医行為であるので医師、歯科医師、看護婦、准看護婦又は歯科衛生士でない者が、医師又は歯科医師の指示のもとに、業として麻酔行為の全過程に従事することは医師法、歯科医師法、保助看法又は歯科衛生士法に違反する、看護婦が、診療の補助の範囲を越えて、業として麻酔行為を行うことは、医師法違反になる、実態上医師の指示がないか、または、医師が指示することが通常不可能と考えられる状態において、医師でない者が麻酔行為を行うことは医師法又は保助看法に違反する¹⁹⁾。」との解釈をした。つまり、看護婦等が医師又は歯科医師の適切な指導監督の下に麻酔行為の補助を行うことは違法ではないが、麻酔行為は、麻酔の導入、術中管理、術後管理にわたって危険性の大きい医療行為であるので、看護婦に指示して麻酔行為の補助をさせる医師又は歯科医師にしても、麻酔行為の補助をする看護婦にとっても、相当に慎重な注意を要する業務であるから、吸入麻酔法による手術の場合のように、手術実施中の医師又は歯科医師が麻酔につき指揮監督することが実態上不可能と考えられるときは、他

に看護婦を指揮監督できる医師または歯科医師がいない限り、看護婦等による麻酔行為の補助は適法な診療の補助の範囲を越えるものと解することができる。

このことから、一応、診療の補助業務の指示の内容、程度等の判断は、損害賠償論での判断様式を、それ以外の法律関係に応用しても、さほど支障を来すものではないと考えられる。

2) 看護業務としての療養上の世話

傷病者若しくはじょく婦に対する療養上の世話（保助看法第5条）の具体的な内容は、看護学の決めるところである。看護基礎教育²⁰⁾の中では看護技術の基本的要素として観察・健康状態の評価、記録・報告、コミュニケーション、カウンセリング、安全、安楽、患者教育・指導、生活環境を整える、活動と休息の援助、衣生活を整える、身体の清潔、栄養と食生活、排泄の援助について教授している。また、現在、看護婦が病院で行っている業務内容は、大まかには身体の清潔、入退院時の世話、食事の世話、患者の搬送、排泄の世話、安全の確保、身の回りの世話、患者との対話、巡視・観察、自立への援助及びの患者及び家族教育、環境の整備等が含まれている。

療養上の世話の業務内容の範囲は広くまた多岐に渡っているが、保助看法第5条及び第6条に規定されている療養上の世話について、日本看護協会看護婦部会は、「療養上の世話業務は、看護婦の主体性をもってなされる業務であって、医師の診療の補助として行われる業務ではない。法律的にいうならば、看護婦の『療養上の世話』業務は、医師法第17条でいう医業、歯科医師法第17条でいう歯科医業の中に含まれていないのである。先に述べたように、医師は、『療養上の世話』業務を医師法第17条によっては行えないのであり、保助看法第31条但し書き、同法第32条但し書きによってのみなしえるのである。仮にこの但し書きがないならば、医師は『療養上の世話』業務は、これをおこなうことはできないことになると思われる。この除外規定は、看護婦が保助看法により、『診療の補助』業務はこれを行いうるが、医師法第17条の医業はこれを単独ではなしえないのと同じような一般法と特別法の関係である。但し、准看護婦は、『療養上の世話』業務にあっても、医師、歯科医師、看護婦の指示を受けなければならない。指示者に看護婦のみならず医師、歯科医師をも含まれるのは、これらの者は、先に述べた但し書きにより、『療養上の世話』業務を行うことができるからである。『療養上の世話』業務については、医師の指示を必要としない。法文上は保助看法第5条と第6条を比較してみると、このことが明確である。即ち、准看護婦は『療養上の世話』業務についても、看護婦の指示を受けなければならない（同法第16条）であるに対し、看護婦にはこのような定めにはなっていない（同法第5条）。また、同法第37条は医療行為の禁止の規定と解され、その他、『療養上の世話』について医師の指示を必要とするといった規定はないのである。それどころか本来が『療養上の世

話』業務は、医師法第17条（歯科医師法第17条）の医業（歯科医師業）に当然含まれていないというのが建前である。『療養上の世話』業務の主体者は、看護婦である。医師法、歯科医師法、保助看法3法が医療（広義）を行う人に関する法律として同時に制定・施行され、医業は医師に、歯科医師業は歯科医師に、『療養上の世話』業務は看護婦に、とした意義もそこにあるのである。看護婦は『療養上の世話』業務の遂行にあたっては、その専門的知識や技術を用いて、主体的に判断し、実践しなければならない。そして、准看護婦に対して指示を与えなければならない。保助看法が『療養上の世話』業務を看護婦の独占業務にしているのは、言うまでもなく、看護学、その実践である臨床看護の専門性を期待しているのである。もっとも、『療養上の世話』業務といえども、患者の治療目的のために行われるものであり、患者の診断と治療は医師の専門職であるから、看護婦が当然医師の行う診断と治療にそって、『療養上の世話』業務を行うことはいうまでもない。『療養上の世話』業務は、医師の診断と治療を前提にしながら治療目的のために、看護婦の専門的判断により主体的に実践なされるのである²¹⁾。」としている。また、厚生省は、療養上の世話業務について、「この業務は、看護婦の本質をなすものであり、看護婦自身が主体者である。それだからこそ、看護婦に対しては、保助看法第37条にいう、『医師若しくは歯科医師が行うのでなければ、衛生上危害を生じる虞』のない行為として法認されているものである。すなわち、療養上の世話業務は、看護婦の医学（看護学）の知識と技術に相当する行為として、看護婦に任された業務である。従って、准看護婦は、看護婦の能力に達していないので、『医師・歯科医師または看護婦の指示を受け』なければならない（保助看法第6条）。」とし、看護婦が主体者であり、看護婦の任された業務であるとしている。従って責任についても、「看護婦の行う療養上の世話の法的責任中刑事責任は、自己責任であるから、自分に任されている範囲内の過失については、看護婦のみが負うことになる。療養上の世話は、診療の補助のように補助行為ではなく、看護婦にあっては主体性をもった業務であるから、看護婦に対しては、法的責任も又主体的なものとして課せられるのである²²⁾。」と述べている。

療養上の世話業務に関する考え方として、以上述べたような考え方が一般的であるが、そのなかでも療養の方法などの指導に関して、「『医師は診療をしたときは、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならない（医師法第23条）』と同法に規定しており、ここでいう医師の『療養の方法などの指導』と看護婦の療養上の世話業務の主体性とがどのような関係に立つかが必ずしも明らかでないからである。この関係の調整は、医師は、医学的判断を伴う療養の方法等について患者等を指導することを要し、看護婦もまたこの指導には服さなければならないだろう。しかし、この場合でも、看護婦は個々の療養上の世話業務については、医師の指示を待つまでもなく、その自主的判断においてなすべき義務と責任があり、また、医師の療養などについての指導がない場合にも、看護婦は自らの専門的知識技能により療養上の世話業務を適切に

遂行すべきであろう²³⁾。」とする見解もある。

筆者自身は、療養上の世話については看護婦独自の判断で主体性をもってなされる業務であって、医師の指示を必要としないと解する。療養上の世話業務をなすにあたっては、診療の補助をなす時に必要な保助看法第37条のような規定がないことによる。また、実務上も、医師に相談することはあり得るが、指示を受けることはないことにもよる。

一方においては、「病院内で療養上の世話を看護婦が行う場合に、医師の指示と切り離せるか疑問であり、やはり、医療活動の一環である以上は、医師の指示に従わなければならない²⁴⁾。」という説は、診療に関する医師優位の現場からの視点のみに立つこの説は疑問である。看護婦が病院で働く場合、病院設置主体者（使用者）と労働契約の締結が行われ、当然そこには病院設置主体者（使用者）の指揮命令権が生じる。前記の医師の指示ということは、その指揮命令下での業務命令と混合して解釈していると思われる。これに関しては次項で詳述する。

判例には、療養上の世話において医師の指示に従うべきであることを直接的に述べたものはないが、医師に連絡してその指示を仰ぐべきであったと述べた事案はある。たとえば「扁桃腺手術後の小児患者の浸潤性出血につき、付添いの親から医師の診察を求められたのに、看護婦は医師が就寝中のためそれを伝えることを控えて、医師の指示を得ないでいたところ容態が悪化して死亡した事例²⁵⁾。」で、医師の刑事事件につき看護婦の過失が考慮されている例である。また、「重症の肺結核患者の安静保持につき医師から格別の指示がないため、看護婦がその患者を他の患者と同様に食事運搬、食器洗い、便器の後始末等をさせていたところ、症状が悪化し死期が早まったことについて、絶対安静の指示をとらなかった医師の過失を認めて、その雇い主の使用者責任を認定したが、医師の指示を受けなかった看護婦らに過失はない²⁶⁾。」とした判例は、医師の指示に従って看護していたので過失はないとされた事例である。医師の指示が誤っていた場合の看護婦の対応はその指示の誤りが看護婦にも分かるほど明白なとき以外は、看護婦が医師の指示を信頼して実施したために悪い結果を生じたとしても、看護婦には責任がないとするのが普通である。この事は診療の補助業務に関しては問題がないとしても、本事例の場合においては、医師の指示のみに従うとすれば、単に医師の手足としての補助者に過ぎない事になり、看護業務の独自性を認めていないことになる。この判決に対して、「患者が再転入してきた病舎が重症個室である以上保母はともかく、看護学を身につけた看護婦としては、上記のようなあり方での患者の行動を是認または黙認放置していたのにはやはり問題があり、少なくともそのことに気付かない医師（その不当なことはもちろんであるが）に対し、積極的に意見具申をなすべきではなかったか、つまりこの辺のところに、法的にはともかく「患者の療養上の世話をするという看護婦の業務定義の基本にたつて人間的に、あるいは医倫理的に処理すべきものがあつたのではないか²⁷⁾。」というコメントがある。当医師は診療現場からきわめて情情的な見方をしているが、しかし、この問題は看護婦の人間性とか医倫理

的面だけから解決する問題であろうか。

看護婦の医学的知識をもって観察・判断し、当然この事案の患者には安静保持が必要であり、食事運搬、食器洗い、便器の後始末等は保母にするように指示しなかった看護婦にも責任がある。また、療養上の世話業務も医師の指示が必要であると判断したこの事案は看護婦の独自性を否定しており、依然として、看護婦を医師の手足としての存在と認識していると言わざるを得ない。

次に、「看護婦は医師と異なり、24時間継続的に患者に接し、その状態の変化を最もよく観察できる立場にあるのであり、看護婦の観察、判断、意見は医師が安静度を決定する際の重要な要素となるべきであろう²⁸⁾。」という批判的な意見を看護婦自身がよせている。この意見は、もったもである。かつて、看護婦の業務が医師の手足論で論じられてきた時代と異なり、保助看法の制定で看護業務は看護婦が行うという立法趣旨に沿い、中でも療養上の世話業務は看護婦独自の判断で主体性をもってなす業務であって医師の指示を要しないという観点に立って看護の専門性を確立していくことが急務である。

今日、医療政策は在宅医療、訪問看護の方向性を更に進めている。また、尊厳死の問題を含めてホスピスケアの分野での看護業務の領域はさらに拡大しており、なかでも療養上の世話業務の拡大は必定であり、今後ますます期待される分野といえる。

<注>

- (1) 日野原重明，医学概論 8 頁。
- (2) 医療法・医師法（歯科医師法）解367頁，厚生省健康政策局総務課編。
- (3) 高田利広，保健婦助産婦看護婦准看護婦の業務と法的責任 9 頁。
- (4) 氏家幸子，基礎看護技術Ⅱ。
- (5) 中平健吉，「看護婦の診療補助業務の実態調査」，看護専門職・その法的基盤と職業倫理126頁。
- (6) 高田利広，看護の安全性と法的責任第 4 集 9 頁。
- (7) 大審院判決大 2・2・18，刑録 9 卷30号1457頁。
- (8) 前掲（6）参照。
- (9) 大判昭13・10・14，刑集17卷759頁。
- (10) 大判昭11・11・9，大審院裁判例10卷刑76頁。
- (11) 高松地判昭 2・12・3。
- (12) 「医師法第 7 等の疑義について医務局長回答」，昭26・11・5 厚生省医取第616号。
- (13) 菅野耕毅，「診療補助業務の法的責任」，看護事故判例の研究157頁。
- (14) たとえば，「医師の指示には，一般的な指示，具体的な指示あるいは直接の指導といった程度の差がある。要するに医療行為は，本来は医師自らがこれを行うのが建前であるから，ときに看護婦，准看護婦をして医療行為をなさしめる場合であっても，医師自らこれを行うのと同じように，慎重になさしめなければならない，医師の指示は，医師自らこれを行うのと同じ程度にするために，看護婦，准看護婦の補助行為を補い，完全にするために必要とされるものである。したがって，補助者の能力あるいは補助行為の危険性によって，指示の仕方，あり方に相違がでるのである。能力の低い補助者や，危険の高い補助行為の指示にあっては，能力の高い補助者や危険の少ない補助行為の指示より，さらに嚴重でなければならないことになる。

すなわち、看護婦、准看護婦の診療の補助は①医師又は歯科医師の意思によって、始められ行わなければならない。②医師又は歯科医師の指導監督のもとで行われなければならない。③補助する医療行為は看護婦、准看護婦の能力にみあって、患者の生命、健康に危険を生じるおそれのないものでなければならない。医師が指示をすれば、補助の名において、すべての医療行為を看護婦、准看護婦に行わせることができるとか、その場合、看護婦、准看護婦はその医療行為をなさなければならないということは許さない。」高田利広、看護の安全性と法的責任、第1集67頁。

- (15) 熊本簡略昭46・4・8, 法務総合研究所・医療過誤に関する研究203頁。
- (16) 千葉地判昭56・9・25, 高田利広, 看護の安全性と法的責任第5集91頁。
- (17) 福島地判昭34・5・1, 医療過誤民事裁判例集3001頁。
- (18) 最判昭38・6・20, 判例時報340号32頁。
- (19) 「麻酔行為について医務課長回答」, 昭和40年7月1日, 厚生省医事, 第48号。
- (20) 杉野佳恵, 基礎看護学2, 基礎看護技術20頁。
- (21) 看護婦業務指針17頁, 日本看護協会出版会。
- (22) 前掲(2)31頁。
- (23) 前掲(5)115頁。
- (24) 三藤邦彦, 「病院における医療事故と病院管理との関連について」, 日本医師会雑誌67巻10号1365頁。
- (25) 京都地判昭49・12・10, 判例タイムズ319号306頁。
- (26) 大阪高判昭40・8・17, 判例時報428号61頁。
- (27) 板倉豊春, 「看護業務と医事紛争(IX)・療養上の世話」, 外科治療31巻1号101頁。
- (28) 井上幸子, 看護業務・その法的責任43頁。

表 1-1 医療関係職種の業務分野

資格名	業務分野（横線は無資格者に対する業務禁止規定のある分野）
医師	<u>医業</u> （歯科医業，歯科技工業を除き下記の全ての業務が可能である）
保健婦	保健指導， <u>診療の補助及び療養上の世話</u> （保健指導は類似名称を用いて行うことを制限）
助産婦	<u>助産，妊婦，じょく婦又は新生児の保健指導，診療の補助及び療養上の世話</u>
看護婦	<u>傷病者又はじょく婦に対する療養上の世話及び診療の補助</u>
診療放射線技師	医師又は歯科医師の指示の下に <u>放射線を人体に照射</u> （撮影を含み，照射機器又は放射性同位元素（その化合物及び放射性同位元素又はその化合物の含有物を含む。）を人体内にそう入して行うものを除く。）すること。
理学療法士	医師の指示の下に，身体に障害のある者に対し，主としてその基本的動作能力の回復を図るため，治療体操その他の運動を行わせ，及び電気刺激，マッサージ，温熱その他の物理的手段を加えること（診療の補助の場合に制限あり）
作業療法士	医師の指示の下に，身体又は精神に障害のある者に対し，主としてその応用的動作能力又は社会的適応能力回復を図るため，手芸，工作その他の作業を行わせること（診療の補助の場合に制限有り）
臨床検査技師	医師の指導監督の下に，微生物学的検査，血清学的検査，血液学的検査，病理学的検査，寄生虫学的検査，生化学的検査及び <u>政令で定める生理学的検査（注1）</u> を行うこと
衛生検査技師	医師の指導監督の下に，微生物学的検査，血清学的検査，血液学的検査，病理学的検査，寄生虫学的検査及び生化学的検査を行うこと。 （業務の禁止規定はない）
視能訓練士	医師の指示の下に，両眼視機能に障害のある者に対するその <u>両眼視機能の回復のための矯正訓練及びこれに必要な検査(注2)</u> を行うこと

表 1 - 2 医療関係職種の業務分野

臨床工学技士	医師の指示の下に、 <u>生命維持管理装置の操作（生命維持管理装置の先端部の身体への接続又は身体からの除去であって政令で定めるもの（注3）を含む）及び保守点検を行うこと</u>
義肢装具士	医師の指示の下に、 <u>義肢及び装具の装着部位の採型並びに義肢及び装具の製作及び身体への適合を行うこと</u>
歯科医師	<u>歯科医業（放射線の照射及び歯科技工業務を行うことは可能である）</u>
歯科衛生士	<u>歯牙及び口腔疾患の予防措置、歯科診療の補助及び歯科保健指導（保健婦助産婦看護婦は予防措置の部分は許されていない）</u>
歯科技工士	<u>特定の人に対する歯科医療の用に供する補てつ物、充てん物又は矯正措置を作成し、修理し、又は加工すること</u>

注1) 政令で定める生理学的検査…①心電図検査（体表誘導によるものに限る）、②心音図検査、③脳波検査（頭皮誘導によるものに限る）、④筋電図検査（針電極による場合の穿刺を除く）、⑤基礎代謝検査、⑥呼吸機能検査（マウスピース及びノーズクリップ以外の装置器具によるものを除く）、⑦脈波検査、⑧超音波検査

注2) 省令で定める矯正訓練又は検査…1. 強制訓練 ①抑制序除去訓練法、②異常対応矯正法、③眩惑刺激法、④残像法
2. 検査…①散瞳の為の点眼薬使用、②眼底写真撮影、③網膜動作電流測定検査、④電気眼しん測定検査、⑤視覚誘導脳波検査

注3) ①人工呼吸器のマウスピース、鼻カニューレその他の先端部の身体への接続又は身体からの除去（気管への接続又は除去にあたっては、あらかじめ接続用に形成された気管への接続又は当該部分からの除去に限る。）
②血液浄化装置の穿刺針その他の先端部シャントへの接続又はシャントからの除去
③生命維持管理装置の導出電極の皮膚への接続又は皮膚からの除去

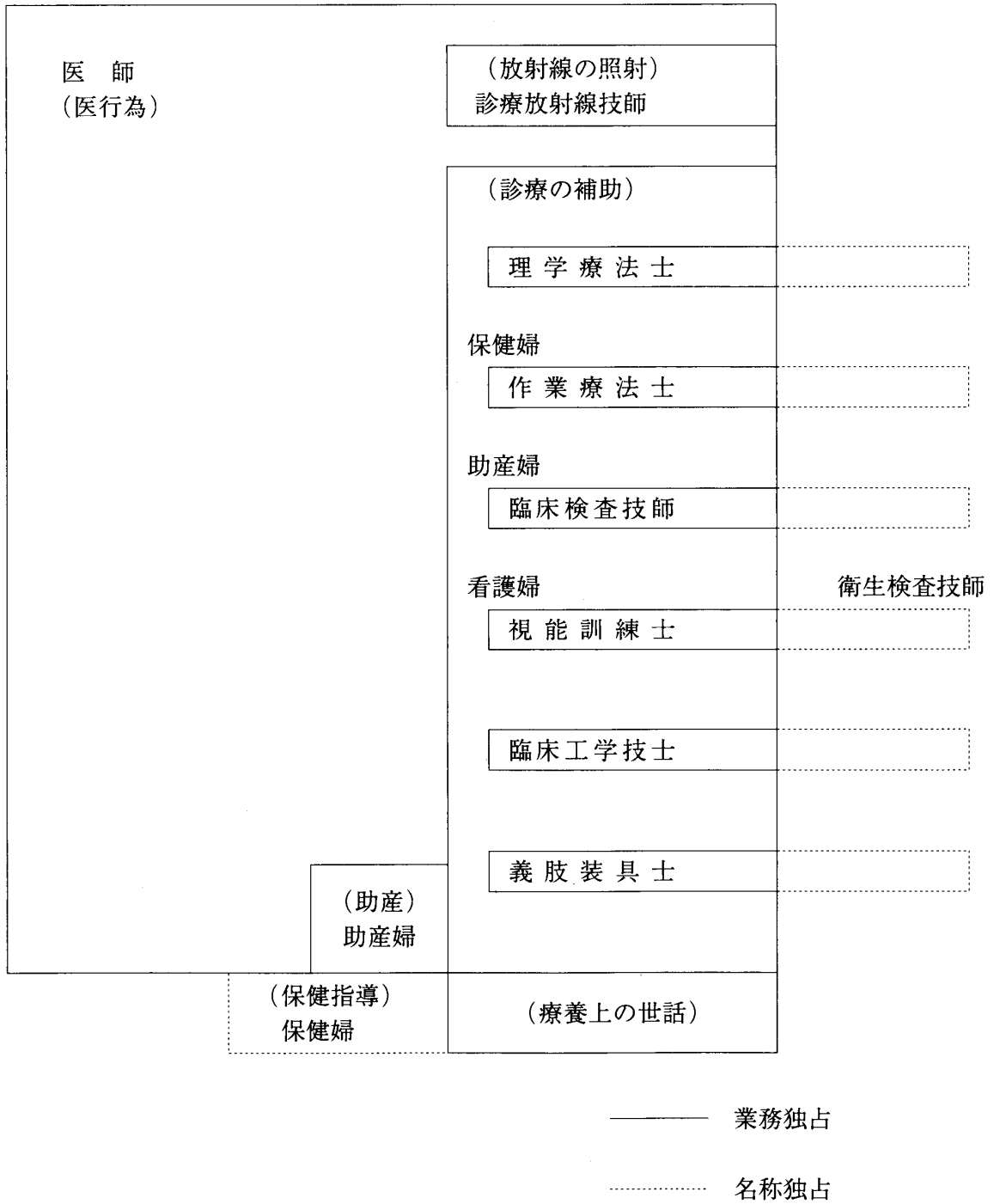


図1 業務の概念図 (厚生省健康政策局)

3. 看護業務と労働契約

1) 看護業務をめぐる労働契約の当事者

看護業務をめぐる労働契約について論ずる前に、病院組織機構を概観してみる。従来、看護婦を始めとして、医師と他の職種の関係は主従の関係を強いられてきた経緯があり、未だに封建的要素が強い。第二次世界大戦前のわが国においては、病院は医師の診療機能を中心にして発展してきた。その中で、医師は診療をするために診療設備と助手を必要とし、その最たる者が看護婦であった。一方、患者の身の回りの世話は家族などの付添いによって行われ、寝具は自宅から持ち寄り、食事は自炊に頼っていた時代であった。その頃から、医師は病院内で唯一の専門職として独占的な地位と権威を保持しており、およそ、看護の独立性は望むべくもなかった。

戦後、GHQの指導と併せて医学の発展、医療技術の進歩に伴い新職種が誕生し、チーム医療を目指して、病院組織そのものが構造的に再編成¹⁾²⁾³⁾されていった。そのため、看護婦を始めとして他のコ・メディカルが専門職として認められるようになった。結果的に医師以外の職種の専門職性が向上し、医師との隔たりが相対的に縮小したことは否めない。そのことは病院の組織の形が、医師を頂点とする診療科別の縦型の構造から、部門別の横型構造に変わったことにもよる。第二次世界大戦前のわが国の病院では、看護婦及びコ・メディカルの諸職種は、現在のように部門に統括されておらず、各診療科別に細分化されてその診療科の医師の統制下におかれていた。病院の組織という概念も明確でなく、実態はほとんど絶対的な統制権をもつ医師を頂点とする縦型組織の診療チームが、診療科の数だけ並列し、それらの上に、形式的な総括者としての院長職が置かれていたといえよう。各チームの内部では、医師は他のすべての職種の上位に立つ命令者であり、他の職種は医師の診療の補助の為にあるものとされていた。つまり、現在の標榜科を異にする個人病院が集合して一つの病院組織を形成していたことができる。あるいは、現在でも総合の大型病院でありながら、この科はA(医師の個人名)病院である、という見方がされていることも、戦前の病院における職種間の力関係を残していることが窺える。図2⁴⁾は診療科別縦型組織(日本型組織)から職能部門横型組織(欧米型組織)への転換を示したものである。

これらの組織機構は昭和20年代から30年代にかけて、分業の原理によって、各診療科に分散していた同職種を一つにまとめて独立の部門とし、それぞれに新たに部門の統括管理者をおいて管理させようとしたものである。看護婦の場合、従来、各診療科に分散配属されていた看護婦は、すべて医師の監督から切り離されて看護部に一括され総婦長(看護部長)の職位が新設され看護部門として独立していった。医師が上司であった時代から職階制度として看護婦の長が直属の上司となり、今日に至っている。

一方、医師の場合、診療科を越えて一つの部門としてまとまるのに難渋しており、実態としても、診療科を縦割りとしたテリトリー意識が高い。このような中で、診療の補助としての指示・命令系統と職制の指示・命令系統がどう交錯するのかが問題といえよう。その解明が筆者の課題でもある。

さて、一方においては、1947年（昭22・4・7）に労基法が公布され、看護婦も労働者として保護されるようになった。以下、看護婦業務の法律構造を概観してみる。

今日、一般的に就業している看護婦の約84%⁵⁾は病院・診療所などの医療機関で働いており、その医療機関とは雇用の関係にある。医療機関における看護婦の雇用は、一方の当事者である看護婦が、他方の当事者である医療機関に看護労働力を提供することを目的としている。その結果、当該看護婦を適宜に配置できる権限を持っている使用者は、相手方である医療機関の一定の目的である診療活動を達成するために、適宜にその看護労働力を配置することになる。原則として、その看護労働力を適宜に配置することは、利用する者（使用者）の権限とされ、そこに使用者の指揮命令権が生ずると考えられる。

労基法においては、労働契約の一方の当事者である看護婦を、同法第8条13号の事業に使用されるもので、賃金を支払われる者（同法第9条）と定義している。このことから、看護婦の労働契約はその一方の当事者である医療機関の設置主体者、又は病院経営者（診療所などの場合、医師自体）が、他方の当事者である看護婦に対して指揮命令権を発生させる契約と考えられている。一方、国公立の医療機関における勤務関係は、形式上労働契約ではないが、民間の総合病院の場合を考えてみればわかるように、その労働関係の実質は民間の医療機関における雇用関係となんら変わるところはない。この意味で、国家公務員法、地方公務員法での勤務関係について古くは特別権力関係とみる立場も多かったが、今日ではそれに対して批判する説も強く、更に、一步進んで公法上の特殊勤務関係とか実質的労働契約関係とする立場が主流になってきた。従って、国公立の医療機関であろうと私立の医療機関であるとを問わず、これらの勤務関係を労働力提供関係の実質から統一的に考察して、国公立医療関係の勤務関係においても実質的な労働契約関係の存在を考えても何ら差し支えないものである。また、医師が勤務医である場合も、雇用関係に関しては看護婦と同様なことがいえる。医師が個人開業医として直接の使用者である場合でも、当該前記医療機関と合体しただけであって理論上、何らの差異はないものである。

2) 看護業務をめぐる労働契約の内容

① 看護婦の義務

労働契約が締結されると、これによって看護婦と使用者は、それぞれ相手方に対して一定の義務を負うことになるが、看護婦の負う義務は基本的義務と付随的義務に大別され、

その基本的なものは看護労働力提供義務であり、所定の労働条件のもとに使用者の指揮命令に従って、看護労働力を提供する義務ということになる。看護婦の基本的義務は看護労働力の提供であり、その内容はこれまでしばしば述べてきた保助看法第5条に規定されている業、すなわち療養上の世話業務と診療の補助業務及び以下に述べるそれらの周辺業務とすることができる。例えば記録、看護計画、環境の整備、準備・後始末、患者の用事、研修及び学会、人事管理、教育、機械・器具・材料の取扱い、一般事務、電話連絡等がある。その他待ち時間、業者との対応、会議、講義、見学者の対応である。これらの業務は保助看法第5条にいう業には含まれないが、患者を対象として仕事をしていく上で必要な業務内容になっている。つまり、使用者の指揮命令下にある看護婦の基本的義務である看護労働力には、保助看法第5条における「業」と、それらを遂行する上で必要な周辺業務が含まれるということになる。

就業規則⁶⁾のない診療所等においては労働契約上の看護労働に関する指揮命令権を、一方の当事者である看護婦が相手方たる診療所等に委ねたものと解することができる。また就業規則のある場合は、私見としては就業規則の法的性質を契約的に理解しているが、この立場からすれば、就業規則がある場合には特別の指揮命令がなくても当該就業規則の内容には、労働契約の一方の当事者である看護婦の看護労働力の利用を、他方の契約の当事者である病院等に委ねた具体的内容が明示されていると見るべきである。故に看護婦は、その他看護婦労働の遂行に際し、その範囲内での定めに従わなくてはならない。さらに本来なすべき看護労働とはいえなくても、使用者が治療及び看護活動を遂行するための目的に添う業務に関する行事や、教育のための諸会議等に出席を命じたような場合にはその指揮命令に服することになる。

次に労働契約の結果、看護婦には基本的義務に付随する義務があり、その中には誠実義務と守秘義務が含まれる。看護婦は就業規則や労働契約の内容などに従って看護労働力を提供し、さらにこれを誠実に履行しなければならないとされる。医療法では医療提供の理念として「医療は、生命の尊重と個人の尊厳の保持を旨とし、医師、歯科医師、薬剤師、看護婦その他の医療の担い手と医療を受ける者との信頼関係に基づき、良質かつ適切なものでなければならない（同法第1条の2）。」とうたわれており、さらに、医療関係者の責務として「医師、歯科医師、薬剤師、看護婦その他の医療の担い手は、第1条の2に規定する理念に基づき、医療を受けるものに対し、良質かつ適切な医療を行うよう努めなければならない（同法同条の4）。」と規定されている。つまり、医療従事者として看護婦が、誠実に看護労働力を提供しなければならないことは、行政法上の良質かつ適切な看護を行うよう努めることと類似する内容であるが法律構造上は全く別な概念である。医療法上、良質かつ適切な看護を行わなければならないとする規定は、公法上の義務を定めているものであり、民事上は労働契約の債務内容のうち付随的義務として内在する誠実義務から生じるものである。そのため、労働契約上の付随的義務である誠実義務に違反する時は、民

事上の法的効果として債務不履行から導かれる諸責任が発生する。看護婦はその債務内容に従って、所定の労働日には誠実に看護労働力を提供する義務を負い、法令、労働協約および就業規則などに基づく正当な場合を除き、看護婦の責に帰すべき欠勤、遅刻、職場離脱、早退などの場合は労働力提供義務違反となる。この場合、看護労働をおこなわなかった時間に対する賃金部分の問題や懲戒権の行使、その対象、程度等は労働契約や労働協約、就業規則等によって決定されることになる。

もう一つの付随的義務である秘密保持義務も重要な債務となる。そのため、患者の秘密は看護婦のみならず医療チーム全員が守るべきものである。人の秘密とは一般の人が知らない事実であって、これを他人に知られないことに本人が利益を有するものである。(患者の側から言えば、プライバシーの権利を守るということになる。) また、症状として認識されていない身体的・精神的疾患も秘密になり得る。要するに通常人ならば他人に知られることを欲しないと思われる事実ということになる。つまり、看護婦は正当な理由なしに患者の利益、名誉及び信用を害する行為をしてはならないし、業務上知りえた患者の情報を他にもらすなどの行為をしてはならない。同時に使用者の利益、名誉、信用を害する行為をしてはならない。また、業務上知りえた病院の秘密を他にもらしてはならないのは当然のことである。

他方、刑事法上の面から見れば刑法典では「医師、薬剤師、薬種商、産婆、弁護士、弁護人、公証人又は此等ノ職ニ在リシ者故ナク其業務上取扱ヒタルコトニ付キ知得タル人ノ秘密ヲ漏泄シタルトキハ六月以下ノ懲役又ハ10万円以下ノ罰金ニ処ス(同法第134条)」と規定されている。この文言の中には医師、薬剤師、助産婦の職種は明示されているが看護婦は含まれていない。この法律が制定されたのは明治40年であり、この時期には看護職に関する法律は、明治32年に制定された産婆規則があったのみであり、看護婦の身分が明らかでなかったことにもよろう。しかし、保助看護以外の他の医療従事者の地位に関連した法⁷⁾には「……は正当な理由がある場合を除き、その業務上知りえた人の秘密を漏らしてはならない。……でなくなった後においても、同様とする。」とする秘密を守る義務が規定されている。それに比して、24時間患者を経時的に看護している看護婦は、患者の身体的・精神的・社会的側面から家族関係、経済的な面、宗教的な側面に渡って直接的に多くの情報を知りえる立場に在りながら、立法上の規則がないのは疑問である⁸⁾。もっとも診療の補助業務は医行為であるから、診療の補助業務に関して知り得た患者の秘密を漏泄してはならないことはいうまでもないことである。このほか医療関係法規の中に、それぞれ患者の秘密を守ることを義務づけ罰則規定をもうけているものもある⁹⁾。看護倫理の側面からはナイチンゲール誓詞に「わが任務にあたりて、取り扱いたる人々の私事の全て、わが知りえたる一家の内事のすべて、われは人にもらさざるべし」とあり、また国際看護婦協会の「看護婦の規律－看護に適用される倫理的概念(1973・5・1採択)及び日本看護協会の「看護婦の倫理規定(1987・5・14策定)の中にも個人に関する情報の秘密を守ること

が明示されている。

しかし、行政取締法上あるいは刑事法上、規制があるかということと、私人間において守秘義務が発生するか否かは、一般労使関係でも公務員勤務関係でも同様に、別問題である。したがって、以上見たように、保助看法上および刑法上においても看護婦には守秘義務はないが、労働契約上、基本的義務とは別に付随的義務としてその守秘義務が内在しており、業務上知りえた病院の実情や患者等の秘密を、他に漏らしてはならない義務はこの債務から発生するものである。

②使用者の義務

次に、労働契約の成立によって生じる使用者の義務のうちで、基本的なものは賃金支払義務であり、この義務は看護労働力の提供と直接牽連関係に立つ義務である。そして、賃金支払義務が完全に履行されることが、看護婦の生活を維持、発展させていく大前提になることは言うまでもなく、このことは賃金支払義務として労基法がこれを定める。今日、看護婦の賃金は国家公務員の場合、医療職俸給表（三）が用いられ、国立病院の看護婦の初任給は同表の2級3号俸が該当し、自治体立病院の看護婦の場合は国立病院を参考にして決定される¹⁰⁾。また、民間の比較的大きい総合病院、診療施設においては医療職俸給表（三）に準ずる給与表を採用している病医院が多く、個人病院になると各県の医師会の規定による給与表を参考にして賃金額を定めている。平成4年度の新卒看護婦の税込給与額¹¹⁾を病院の種類、設置主体、許可病床数別にみるとわずかではあるが、それぞれ大学病院、公的医療機関、900床以上の病院が高い傾向を示しているが、その格差はさほど大きくはない。もっとも、勤続10年看護婦の給与総額を先の病院の種類、設置主体、許可病床数別にみるとその格差は次第に広がってきてはいるが、大きな差異はない。また、都道府県別の新卒看護婦の税込給与総額をみると、最も高いのは東京都であり最も低い県の1.35倍となっている。概して地方にいくほど低い。その上勤務年数が永くなると、その格差は1.45倍とわずかにひろがってきている¹²⁾。ちなみに、全国の全産業における短大卒で22歳の女子（事務担当）の場合のモデル賃金¹³⁾を、看護婦の初任給とを比較してみても大きな開きはない。一方平成5年4月における看護婦と准看護婦の年齢別平均給与¹⁴⁾をみてみると、各年齢とも2万5000円から3万円看護婦の方が高い状況にある。

しかし、実際は次に述べるような実態も依然として存在している。例えば、看護婦110番¹⁵⁾に寄せられた内容で賃金に関する相談は、「婦長をしています、賃金は18万3000円、国立や他の病院は同じ年齢で賃金がいくらなのかお聞きしたい。医師会の基準で支払っていることのことですが基準はあるのでしょうか（58歳、看護婦）。」というのや「勤続10年になります、給料が上がりにません。基本給は13万8000円（38歳、准看護婦）。」「経験20年で賃金は手取り12万円（40代、准看護婦）。」などがあり、相談件数1096件中賃金などの

労働条件に関するものは、457件（41.7%）を占めている（1992年11月5・6日の2日間の調査による）。

相談内容は労働条件、待遇等が低水準といわれるなかでも、例えばお礼奉公といわれる前近代的な慣行がある。お礼奉公とは病医院の経営者が生徒に奨学金（貸付金とか立替金と呼ぶ場合もある）を出して准看護婦、看護婦（進学コース）養成所に通わせ、生徒が免許取得後一定の期間を、当該病医院で働くことを義務づけることである。前記の相談の中に「准看護婦学校卒業後、お礼奉公があります。中途退職すると違約金200万円と奨学金の返済を強制されます（20歳代、准看護婦）」、「就職した病院から奨学金を受け午前勤務で午後学校に行っていました。辞める時、立て替えていたお金を返せといわれ、200万円払わされました（20歳、看護学生）」など多数の類似した内容が見られる。この場合、問題となるのは上記の養成所に入学する際に、特定の病医院への就労を条件としたり奨学金を受けることを義務づけたり、また、労働力の提供の対価として正当な賃金を支払わず、その一部を奨学金という名目で生徒に貸付け、途中で退職する場合奨学金の返済を求めたり、お礼奉公を終了するまで他の医療機関への就職や進学などを許さないケースである。奨学資金の性質について判決例として「奨学手当は賃金の一部¹⁶⁾」と認めるものや、行政解釈として「奨学金は賃金である¹⁷⁾」と判断した事例がある。この奨学金についてであるが、医師会立の准看護婦養成機関には奨学金制度¹⁸⁾が設けられ、生徒の在学期間中の授業料及び入学諸経費は、委託生制度会から生徒全員に奨学金という名目で貸与されている。そして、この奨学金は、准看護婦の免許取得後当該委託病院に2カ年勤務することによって、返済義務が免除される制度である。生徒は委託医療機関に委託され、委託医療機関において実習に従事して教育をうけ、また、委託医療機関においては一般職員と同様の取扱を受け就業規則に従うこととされている。

お礼奉公と同様の相談内容から問題となる点として憲法第22条「職業選択の自由」、労基法第5条「強制労働の禁止」、同法第14条「契約期間」、同法第15条「労働条件の明示」、同法第16条「賠償予定の禁止」、同法第17条「前借金相殺の禁止」等をあげることができる。ここでは強制労働の禁止、契約期間、賠償予定の禁止についてみることにする。

准看護婦学校卒業後2年間勤務することにより、奨学資金の返済義務を免除するという名目で、2年から3年を義務年限として労働契約の期間を約定させている事例は多い。これが契約期間の定めなき契約を締結し、2年あるいは3年という所定の年月以内に退職することがあれば一定の金員を返還せよ、とする意味であれば直接には労基法第14条違反の問題は生じない。ただし、返済の金員の額が妥当であるか否かは別の問題である。他方労働契約は契約期間につき期間の定めのないものを除き、原則として1年を越える期間について締結してはならない（労基法第14条）としているのにもかかわらず、もし、この2年あるいは3年が当該看護婦の勤務期間を定めるものであれば、同法第14条との関係を考えなければならぬ問題が生じる。この場合には1年を越える期間を定めて労働契約を締

結すると解釈することも可能であり、その場合は同法第14条違反とすべきである。また、3年と期間を定めた場合（この場合2年が准看護婦学校通学期間といえども当該委託病院とは明らかに雇用契約関係にあるがその2年と、准看護婦免許取得後1年勤務をするということになる）でも、契約期間が3年であっても労働契約が1年での更新による通算期間が3年であるときは適法性を有する。労働期間が例えば2年とか3年とかを約定すれば、たとえその期間中は労働者の側から何時でも解約できるという特約があっても違法性を免れない。実態として安価な看護労働力を確保しようとする病院の経営者が、准看護婦の養成だけに協力して、資格取得後は本人の就労の意思を尊重するという方法をとらないで、良好な看護労働力を育成し、安定した労働契約が可能なような労働条件を設定すれば、お礼奉公の問題を始めとして雇用関係に関する紛争は起こりにくいと思われる。

次に、「使用者は、労働契約の不履行についての違約金を定め、又は損害賠償額を予定する契約をしてはならない（同法第16条）。」とし退職を希望する准看護婦の自由意思を不当に拘束して、労使関係の継続を強いることを防止している。従って、義務年限の途中で退職した場合に、違約金〇〇円を払うというような誓約書を提出させることは同法同条に違反することになる。また、退職を申し出た職員に対して、「退職するなら奨学金を返済せよ。返済できなければ働いてもらう」など、勤務を強要したような場合は、同法第5条は身体的のみならず精神的にも労働を強制することを禁止しているので同法同条違反になる。

違約金の一括返済規定は2年以内に退職した場合、本人の支払能力からみても、事実上退職を困難にしている。看護婦110番に寄せられた実態は、マスコミでも取り上げられそれを契機にして、1993年5月11日に日本医師会は、都道府県医師会宛に「看護婦、准看護婦養成における奨学金制度等の運用について」とする通知¹⁹⁾を出した。その内容は奨学金契約と雇用契約は別の契約として締結すること、雇用契約に際しては1年を越える期間の定めをしない、違約金の定めをしない、奨学金の対象となる内容と返済方法を明示することなどであり、労基法第14条、第16条違反の問題が出て来ないような手段が講じられた。その後、看護婦110番は2回実施され、相談内容は変わらないが相談件数は若干減少傾向がみられている。

次に、使用者は賃金支払義務のほかに、付随的義務として安全配慮義務が課せられている。つまり、看護婦を自己の管理する医療施設内において、自己の指揮監督の下に労働力を提供させるのであるから、医療施設内の建物、設備、備品、医療機械やその運営の安全衛生に注意し、看護婦の生命や健康の安全を保護する義務すなわち安全配慮義務を負うとされている。もっとも、この安全配慮義務の法的性質としては付随的義務としての保護義務とする見解²⁰⁾、給付義務とする見解²¹⁾、労働者の生存権に由来する労働契約上の本質的義務とする見解²²⁾等があるが、筆者は労働契約上の付随的義務としての保護義務とする見解を支持する。安全配慮の内容については前述したように、使用者が業務遂行のために必

要な施設もしくは器具・器械等を配置管理し、または労働者の勤務条件などを支配管理することに由来するものであるから、業務の遂行が安全になされるように業務管理者として、あらかじめ予測しうる危険などを排除しうるにたる人的物的諸条件を整えることとされ、最高裁²³⁾もこの立場を支持している。その具体的な内容は当該労働契約の趣旨・内容、事業の種類、労働力提供の方法、労務給付の場所、施設の具体的状況などの諸事情を総合的に考慮して決定することになる。したがって、施設、器械、器具等の欠陥、安全教育の不備、さらに、安全確保のための事前調査の欠如、懈怠等は一般的に使用者の安全配慮義務違反の事実を構成することになる。

今日まで、看護業務を遂行する上で、安全配慮義務を問われた裁判例を見いだすことはできない。ただ、初老期うつ病患者に対し、精神医学の知識と技術を駆使し、有効な診療行為と自殺防止を含む適切な看護行為をすることを内容とする準委任契約が、患者の妻と精神科医師との間に成立したとされた事案では「被告は受任者として善良な管理者の注意をもってその債務、とりわけ自殺の危険に鑑み、その予防のために必要十分な看護を与える義務がある²⁴⁾。」として、精神病院入院患者の事故につき、病院は治療にあたりると共に患者の生命・身体の安全を確保すべき看護義務があることを指摘するものである。しかし、この事案は診療契約を締結している医療機関が一方の当事者である患者に対して、安全配慮義務を課しているのであり、その医療機関に対して看護労働力を提供している看護婦が看護業務を遂行する上で、看護婦の生命・身体の安全を保障する事案とは異なる。

前述したように、これらに関する裁判例は見いだせないものの、医療器械の高度化に伴いそれらをめぐり医療器械を使用する医療従事者の安全性、およびそれを受ける患者の安全性は問われていくものと思われる。また、針刺し事故等の医療事故に伴う HIV(ヒト免疫不全ウイルス) や、B型肝炎ウイルスなどの病院内での感染の問題、あるいは MRSA(メチシリン耐性黄色ブドウ球菌) など院内感染の問題が表面化しつつあり、感染防止対策のマニュアルの作成、職員教育が急務と言える。そのことが患者はもちろんのこと医療従事者の生命・身体の安全を保護することにつながる。

3) 労働契約上の指揮命令権と保助看法上の指示との関係

指示・指揮等の用語は種々の法分野で用いられる。労働契約を締結すると、使用者は労働者に対する指揮命令権を取得することについては前述したが、行政法としての保助看法はその第37条に、診療の補助業務をなす場合は、医師の指示を必要とすることを定めている。これは労働契約上の使用者の指揮命令権をそのまま明文化したものとはいえない。しかし、前述したように、保助看法第37条には、医師の指示という文言が定められているので、一応、行政上の指示の意義についてながめてみる。

行政上における「指示」とは、ある機関が他の機関又は人に対して、ある事項について

方針、基準、計画等を示し、実施させることである。この場合、指示に従わなければならないことが明示されていないかぎり、被指示者がその内容に必ずしも法律上は拘束されないとする場合に用いられる。一方、「指示」と類似する語として「指揮」があるが、「指揮」とは上級機関が下級機関に対して、なすべきことを明示的に命令し、被指揮者はそれに拘束させるものであると解する。

以上のことから、行政関係一般に考えられている指揮あるいは指示の概念を、保助看法第37条の医師の指示の概念に、そのまま当てはめて考えることはできない。同法の医師の指示は行政法上の文言であるが、看護婦が診療の補助業務をなすための医師の指示を、法律上の指揮命令権の作用と結び付けて考えるためには、労働契約上、使用者が取得した指揮命令権と、連結させる何らかの理論的媒介を考える必要がある。労働契約が締結されると、使用者の指揮命令下にある看護婦の基本的義務である看護労働力の提供には、保助看法第5条における「業」とそれを遂行する上で必要な周辺業務が含まれることは前項で述べた。保助看法第5条における「業」の中で医師の指示を必要とするものは診療の補助業務であり、療養上の世話業務及び周辺業務は含まれないことになる。すなわち、医師の指示が必要な看護業務の一部分ということになる。つまり、労働契約上では看護婦の業務全てが使用者の指揮命令下におかれることになり、保助看法第37条の医師の指示による看護業務はその中に内包されている一部分ということである。

一般的に、病院経営においては、病院が一方の労働契約の主体になるが、この場合医師も看護婦も他のコ・メディカルスタッフのいずれも、使用者たる病院と労働契約を結び他方の契約当事者となる。この労働契約を締結することにより前述したように、使用者は各々の前記労働者に対して、（ここでは医師、看護婦あるいはコ・メディカルスタッフ一人一人ということになるが）指揮命令権を取得する。看護の領域では労働契約が締結されると、使用者には看護婦に対して看護婦の業務をなすための指揮命令権が発生し、当該看護婦はそれに従って看護労働力を提供するということになる。このことは、看護婦に看護婦の業務の実施を委ねられたということになる。同じように医師は医業を中心にその周辺業務を、臨床検査技師であれば諸検査を中心にその周辺業務をなすための指揮命令権を、使用者は取得することになる。その他の職種の場合も同様であることはいうまでもない。一方、個人病院、診療所の場合には前記のような雇用構造を取らないが、医師＝使用者（経営者）であるということだけであり、両者には基本的な相違はない。

看護婦の場合、看護労働力提供開始日が決定した時点で、まず、しかるべきところに配置されることになる。この時点で、偶然にその部署に欠員があれば、運良く希望する部署に配置されることになる。また、希望する部署でなかったとしても当該看護婦が承諾すれば、配置に関しては問題がないということになる。ここで、当該看護婦はその部署への配置が不本意であれば拒否できるかという問題が生じる。一般に、指揮命令権は労働者の労働力提供義務の内容である労働の種類、場所、時間、態様、方法を詳細に決定・変更し経

営秩序を規律することを内容とする使用者の権利と解される。国公立病院における職員
法律上の地位は国家公務員又は地方公務員であり、この場合、公務員における当局の配置
命令は形式的には行政命令の一種であるが、病院経営においては、勤務関係は実質的労働
契約関係と見ることが妥当である。国・地方公共団体と国民、住民間の行政一般論で考
えることは適切でなく、行政不服審査法も人事に関する紛争については国家公務員法、地方
公務員法によって同法第2章の適用が除外され、公務員人事関係も実質的に労働契約関係
と同質に取り扱っている。その意味では、国公立の病院とかを民間の病院とか問わず、勤
務関係を実質的労働契約関係とみることが相応しいとする考え方に立てば、労働契約や就
業規則あるいは労働協約等によって、定まる範囲内における適法な指揮命令権の行使であ
れば、当該看護婦は指定された部署への配置を拒否することはできないと考える。すなわ
ち労働契約を締結したこと自体が、診療契約の目的・内容にそった適切な看護労働力の配
置であれば、これを容認するという暗黙の承認が含まれていると解される。こうして、指
揮命令権は当該看護婦に対し法的拘束力を持つことになる。

看護婦の配置に関する指揮命令権は、病院組織が職能部門別に機能している病院では、
看護部長にある。看護部長は看護婦の人事異動に関する指揮命令権を、使用者から委ねら
れたことになる。日本看護協会看護婦部会は、看護部長の業務を、「施設長の命を受け、
管理者として施設の運営に参画し、看護業務を総括、看護職員の掌握、指導監督をおこな
う。なお、看護業務遂行にあたり、必要な権限の内規について病院長の承認をうけ実施す
る²⁵⁾。」としている。もっとも、個人病院あるいは法人立病院等の場合、使用者多くの場
合は院長である医師に人事異動に関する権限をも含めてすべてが、労働契約上の指揮命令
権の中に含まれている。

次に、勤務医である医師に、診療領域に関して看護婦を始めてとして他の職種に、指揮
命令権が発生するかということである。病院及び診療所の定義は、医師が公衆又は特定多
数のため医業を行う場所（医療法第1条の5）となっている。患者と使用者（病院設置主
体者）との間に診療契約が成立し、初めて診療行為は実施される。医療機関における診療
行為は、労働契約を締結した一方の当事者である使用者（病院設置主体者）が他方の当事
者である医師に委譲した業務ということが出来る。医療の担い手は医師、歯科医師、薬剤
師、看護婦その他医療の担い手（同条の2）と規定されており、また、患者が病院で受け
るサービスは、治療のみならず疾病の予防のための措置およびリハビリテーションを含む
もの（医療法第1条の2）となっている。診療を広義の意味で解釈するとこれらは、病院
で行われる全ての業務ということになる。この中で診療の補助業務に相当する業務が勤務
医である医師の指揮命令すなわち医師の指示を必要とすることは前述した通りである。

以上、労働契約の締結をめぐる看護業務の法律構造を概観してきた。次に保助看法第37
条における医師の指示と診療の補助業務の遂行について考察する。診療の補助業務の中
で最も一般的なものとして注射の指示をめぐる判例²⁶⁾は多い。たとえば、県立病院の産婦人

科の看護婦である被告人が、優性手術を受ける患者に対し、医師に命じられて右肘部に静脈注射用全身麻酔薬オイナル 5 ml の注射を行った際、静脈の発見が困難であったのに医師に報告して、その指示を求めるなどの措置をとらなかったため、誤って薬液を動脈血管内に注射し、その結果動脈の収縮に基づく血行障害を起こし、患者の右腕の肘部より指先までの組織を壊死させ、結局、その部分を切断するのやむなきに至らせた事案²⁷⁾である。最高裁は「看護婦が医師の指示にもとづいて静脈注射をなすことは、保助看法第 5 条にいう診療の補助の範囲に入る²⁸⁾。」と判示した。また、静脈注射用全身麻酔薬の実施は医師本来の業務であると考えが、この病院では慣行として看護婦が実施してきた経緯がある。しかし、「看護婦が医師又は歯科医師の適切な指導監督のもとに麻酔行為の補助を行うことは違法ではない。」と厚生省は見解を出している。この静脈注射用全身麻酔薬の指示には、一つには実施することの指示と、二つには看護婦が実施するにあたり、医師が指導監督すべき注意義務が含まれる。そして、施行中患者の身体及び生命に危害を生じるおそれのある場合は、直ちに中止させ医師自らとって変わるべき性質のものである。つまり、医師は起こりうる危害の発生を、未然に防止する周到な注意をなすべき業務上の義務がある。また、看護婦も自分の知識・技術をもってしても困難な時は、判決理由にもあるように、再度医師に具体的な指示を求めるとか、医師に替わって注射をしてもらうとか、医師の指示にもとづいて静脈を確認するとかしなかったことが過失とされた。

この場合、看護婦が静脈注射を拒否したわけではない。しかし、実施の段階で看護婦の知識・技術をもってしても患者の身体及び生命に危害を生じるおそれのある時は、その理由を明らかにして医師に返すのが妥当である。このことにより、医師の指示には法的拘束力があるけれども、患者の身体及び生命の安全性の保持の観点に立ち、また看護婦の知識・技術をもってしても危害を生じるおそれのある診療の補助行為の実施を拒否しうると考える。さらに、診療の補助に関する指示がでた場合、看護婦にはその指示が患者にとって必要な指示か、それを看護婦が実施しても安全かどうか判断する能力が要求され、疑問が生じた時は確認すべきことは当然である。

前記事案は刑事事件であるが、看護婦の看護業務内容に関しては、刑事事件や損害賠償請求事件等で構築された看護業務の範囲の概念と合致することが多い。しかし、組織体の規律上の観点からすると看護業務の内容・その履行のあり方がこれと全く合致するわけではないことは、しばしば述べてきた通りである。

<注>

- (1) たとえば、GHQにより公衆衛生福祉部に看護課が設置され看護の独立が図られ看護は看護職が管理運営すべきであり、それは国の行政レベルにその体制を整える必要があるとされた。
- (2) 1945年(昭23・7・30)医療法、医師法、歯科医師法、保健婦助産婦看護婦法、歯科衛生士法の公布。
- (3) 1955年(昭33・4・23)臨床検査技師、衛生検査技師等に関する法律、1962年(昭40・6・29)

理学療法士及び作業療法士法の公布。

- (4) 杉政孝, 病院経営と人事管理181頁。
- (5) 平成6年度看護白書128頁, 日本看護協会編。
- (6) 就業規則の法的性質に関する理論は契約説〔就業規則が使用者の一方的作成によるものであるから、これを法的範囲とみることが困難であり事実規範に過ぎないとする説（吾妻光俊・労働法の基本問題134頁・昭和22年, 三宅正男・就業規則80頁・昭和27年）〕と法規範説〔就業規則が事業所内の労働条件を事実上形成している現実を直視し、これを法規範であるための効力とする立場（沼田稲次郎・就業規則の法的性質・学会誌労働法4号16頁・昭和29年）〕, 二分説〔労働条件を賃金・労働時間等狭義の労働条件と就業にあたっての行為準則とに分け、前者については当事者の合意を根拠に後者については労働契約における使用者の労働指揮権を根拠に法的拘束力を肯定する立場（有泉亨・労働基準法193頁・昭和39年）, 集团的同意説（労働者の集团的同意を得た時に法規範的効力を持つとする立場（浅井清信・就業規則の再検討・学会誌労働法6号4頁・昭和30, 宮島尚史・就業規則の規範性・法時31巻3号50頁・昭和34）〕がある。
- (7) 歯科衛生士法第13条の5, 臨床検査技師, 衛生検査技師等に関する法律第19条, 理学療法士及び作業療法士法第16条, 視能訓練士法19条, 臨床工学技士法第40条, 義肢装具士法第40条。
- (8) 但し, 医療業務等, 依頼者との信頼関係に基づいて人の秘密を知ることになる業務に従事する者は, その業務に関して知ることができた人の秘密を漏らした時には罰則規定が設けられ, 看護婦にも秘密保持義務を負わせる方向にある（改正刑法草案第317条）。
- (9) 性病予防法第29条, らい予防法第26条, 結核予防法第62条, 優性保護法第27条・第33条, 精神保健法第53条, 後天性免疫不全症候群の予防に関する法律第14条・15条。
- (10) ちなみに, 平成5年度の医療職俸給表（三）2級3号俸による国立病院の看護婦の初任給は16万4210円であり, 民間で比較的大きな病院での初任給は15万230円となっている。また, 東京における千床規模の大病院での初任給は22万~24万円と国立病院と比較しても高く, 病院間における賃金の格差は大きい。
- (11) 看護学校3年課程養成所卒業, 個人契約賃貸住居, 夜勤8回, 超勤手当なしの設定条件での税込給与所得。
- (12) たとえば, 最も高い学校法人などの勤続10年目の看護婦の給与総額は28万1710円であり, 最も低い法人のそれは26万790円とその差は2万円となっており設置主体間での給与総額の差は大きな開きがあるとはいえない。ちなみに看護婦の勤続10年モデル賃金の設置主体間格差を見てみると, 国立系を100とした場合, 最も高いその他の法人（学校法人, 会社等）で103.9であり以下自治体立, 公的機関（日赤病院, 済生会病院等）, 社会保険関係団体, 個人の順で最も低い設置主体は医療法人の96.1となっている。病院の種類別では大学病院を100とした場合精神病院83, 老人病院82, 総合病院90, その他の病院86である。また, 許可病床数別に見た場合50~100床を100として50床未満は103,300~499床106,500~799床110で900床以上では116である。また, 都道府県別にみても東京都の給与総額が32万2736円と最も高く, それを100とした場合最も低い青森県で69となっている。ちなみに鹿児島県は80である。「病院看護婦の実態と診療報酬」1994年日本看護協会調査研究報告106頁, 日本看護協会。
- (13) たとえば, 労働省「賃金構造基本統計調査書」によれば, 平成6年度の22歳短大卒業の女子事務職の初任給は15万5600円である。
- (14) 時間外手当を除いた看護婦の給与は20~24歳代で25万2988円, 40~44歳代で31万8539円, 56歳以上で33万2901円となっており, 同じく准看護婦の場合はそれぞれ20万3576円, 27万2904円, 30万639円となっている。平成6年度看護白書139頁, 日本看護協会編。
- (15) 江尻尚子, 看護婦100番報告3頁, 医療労働359号。
- (16) この事例は准看護婦の資格取得後退職した職員に対して病院が奨学金等の返還を請求したもの

である。准看護婦学校通学の2年間基本給として5万円、奨学手当として4万7000円、公的奨学金を受けられなかったための奨学手当として1万3000円が支払われていた。判旨は4万7000円の奨学手当では求人票には奨学手当が賃金の一部として記載されていること、病院は採用の際に奨学手当は貸付金であると説明していないこと、基本給5万円は当時の高校卒業者の給料としては著しく低額であること、病院は労働契約の内容として准看護婦学校に通学させる義務を負っていたことからすると、賃金の一部と認められるものである。

- (17) この事例は、基本給約9万7000円のうち5万2000円とボーナスは奨学金という名目になっており、准看護婦資格取得後2年間はその病院に勤め違反した場合は、奨学金全額と利息を返還するという契約書を使用時に提出させていたものである。当該准看護婦は途中で退学したため、病院から奨学金188万円の返還を求められ、高知労働基準局に相談するまでに、分割払いで56万円払っていた。基準局は、社会保険料の額が奨学金も含めた額で計算してあったことから、奨学金を含めた9万7000円を賃金と判断した。すでに支払われていた金も当該准看護婦に返済するよう病院に勧告し、奨学金の返還を求める契約書を作成していた医療機関に対して労働基準法第16条（違約金の禁止）違反で是正勧告を行った事例である。（1992・9高知労働基準局）。
- (18) ちなみに、鹿児島市医師会看護婦専門学校高等部課程における平成5年度の奨学金の内訳は、入学諸経費7万5000円程度であり（被服費5万円、教科書2万5000円）授業料1万3900円（月額）となっている。
- (19) その要旨は①契約のあり方として奨学金契約と雇用契約は別個の契約として取り交わす・奨学金と雇用契約を誓約書と一緒に締結しない。②雇用契約について、契約は1年を越える期間の定めを行わない。契約が破棄された場合の違約金は定めない。③奨学金契約について、奨学金の対象となる内容と返済方法を明示する（必ず合理的期間を見込んだ分割払いを原則とする）。一定期間の一部を勤務した場合の減額返済の方法を定める。④准看護婦課程終了後の進学を制限することがないように配慮するとなっている。また、最低賃金法に定めるその地域の最低賃金を下回る場合は違法であり、同職種一般的な水準を大幅に下回る場合は問題であることや、前借金と労働賃金の相殺は禁止されていること、雇用契約に際し奨学金契約を強要するような内容の誓約書を書かせることは不当な労働の強制につながる恐れがあることなどが通知された。
- (20) 我妻栄，民法講義各論中2・586頁。
- (21) 奥田昌道，債権総論上20頁。
- (22) 本田淳亮，労働契約・就業規則61頁。
- (23) 最二小判昭58・5・27，民集37巻4号477頁。
- (24) 福岡地小倉支判昭49・10・22，判例時報780号90頁。
- (25) 看護婦業務指針 155頁，日本看護協会看護婦部会編。
- (26) 大判昭13・10・14，刑集17巻759頁「十二指腸駆除剤ネマトール球1個（誤って12個）投与事件，大判昭11・11・9，大審院裁判例10巻刑76頁「クロールカルシウム（誤ってヌベルカミン）静脈注射中毒事件」，最判昭38・6・20，判例時報34032頁「麻酔薬オイナル静脈注射（誤って動脈に注射）障害事件，神戸地判昭43・9・30，判例時報544号18頁「サルソグレラン静脈注射ショック事件」東京地判昭53・2・1，判例時報905号81頁「ブドウ糖静脈点滴注射全身痙攣死亡事件」等。
- (27) 最判昭38・6・20，判例時報34032頁。
- (28) 最三小判昭和28・12・22，刑集第7巻13号2608頁。

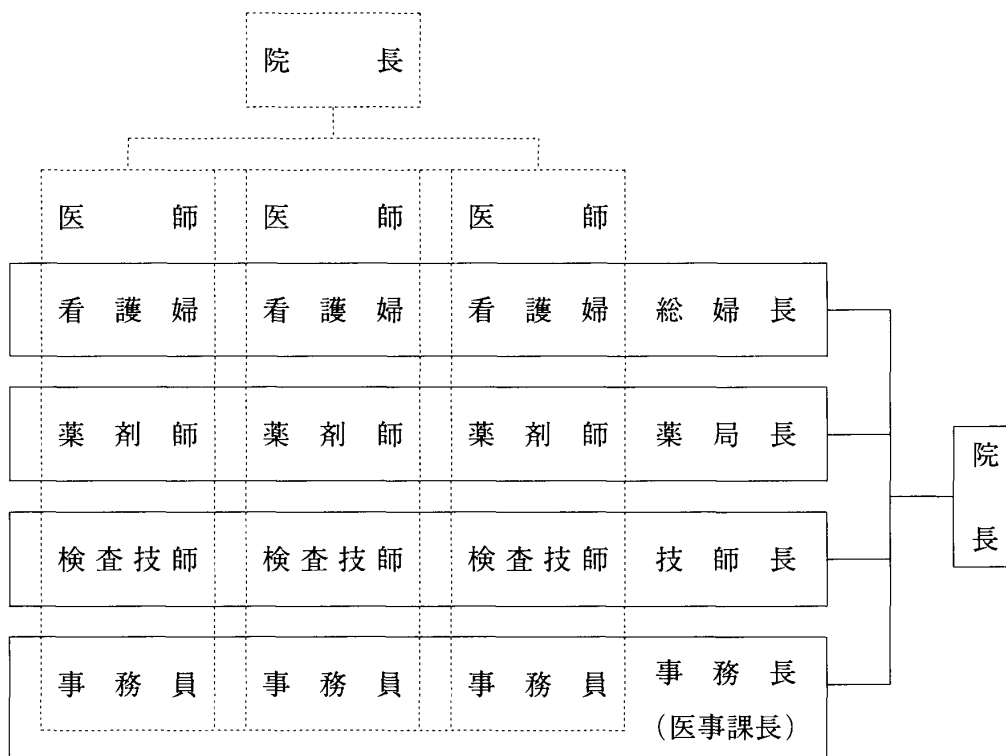


図2 診療科別縦型組織（日本型組織）から職能部門別横型組織（欧米型組織）への転換

おわりに

今日、診療の補助として看護婦が行っている業務は診療の補助の具体的範囲・内容が詳細に明示してあるわけではなく、しかも、医師と看護婦の業務分担は明確ではないのが現状である。また、診療の補助業務は医行為であるから当然医師が行い得る行為であり、医師の指示があれば看護婦も行い得る行為である。その意味においては、医師・看護婦間における業務分担が明確化しているわけではない。また、同じ種類の診療の補助業務であっても、施設や同施設においても部署が異なったり、状況によっては、医師が行うこともあれば、看護婦が行うこともありその実態は様々である。しかも、医療が高度化、専門化すればするほど診療の補助の部分も拡大し、その責任の所在も複雑化する。そもそも、看護婦の業務は保助看法第5条における療養上の世話と医療の補助業務、そしてその周辺業務であるが、それらの業務の内容・範囲・程度が明確に規定されているわけではない。

しかし、今後、チーム医療を行っていくには各チーム内の相互信頼、協働関係は患者の生命・健康の安全性を期する上からいっても、重要性がある。そのために、各々の職種はチーム内での本来、課せられた職分を安全にまた誠実に遂行することを法律上の義務として、なんらかの面に位置づけることは必要である。この義務は労働契約締結の結果、労働

契約の基本的債務に付随する債務である誠実義務に結びつけて理解することで説明ができる。当然、医師も看護婦も労働契約や労働協約および就業規則の内容に従って、医師労働力及び看護労働力を提供し、これを誠実に履行しなければならないことになる。医師労働力や看護労働力の提供を誠実に果たさなかった場合は、債務不履行としての責任あるいは規律上の懲戒責任の発生を問題にすることになる。

わが国の医療制度の変遷を見てみると、常に医師を頂点におきながら発展してきており看護制度は、いつも追従する形で取り扱われてきた。また、保助看法上診療の補助業務は医師の指示を必要とすることや、中小病院においては雇用関係においては医師が経営者で使用者になることが多く、看護婦と医師の関係はパートナー関係にあるというより、指示する者と指示される者、使用者と被使用者という形での上下の関係が根強く残っている。今までしばしば取り上げてきた看護婦110番に寄せられている相談内容にその関係が端的にあらわれているのがわかる。

しかし、今日では、看護婦を初めとして他職種の専門性が高まり、また、医師のなかにも他職種のスタッフをパートナーとして認識し、協働して治療効果を挙げようとする機運が高まってきていることは、国民の健康の保持・増進、疾病からの回復のためにも評価すべきことである。ひいては、国民が求める看護を提供することが看護職に課せられた責務である。その責務を果たすことが、チーム医療におけるパートナーシップの発揮に他ならない。