

要保護法主体像の新たな理論構築に向けて

菅 原 好 秀

一 はじめに

平成20年度版の高齢社会白書によれば、65歳以上の高齢者人口は、過去最高の2,746万人となり、総人口に占める割合（高齢化率）も2割を超えた。5人に1人が高齢者という本格的な高齢社会を迎えた。介護保険法の制定によって、家族介護から特別養護老人ホーム・老人保健施設等の施設介護、訪問介護・ホームヘルプサービス・デイケア・デイサービスなどの在宅介護という介護の社会化が定着し、また措置から契約により、施設と利用者との関係も対等化した。このため、今まで顕在化しにくかった介護事故・介護裁判が増加の一途をたどっている。

近代社会は個人を合理的自律と考え、また近代の法主体概念も合理的自律的主体として措定している。しかし、近代的主体像に批判的視点が投げかけられ新たな法主体像の問いかけが法分野で主張されてきた。つまり、医療過誤の「被害者」や「消費者基本法」の「消費者」、介護事故の「利用者」など、合理的で自律的な主体像、あるいは、自己決定と自己責任を担うことができるだけの近代的な法主体像という主体概念だけではすくい取ることができない「新たな法主体概念」が発現してきた¹⁾。本論文では、その「新たな法主体概念」を「要保護法主体」と同定して研究対象とする。

訴訟における法的三段論法においては、帰結たる命法は法文を基礎として特殊事象を推定する演繹によって必然的に導出するとされている²⁾。裁判官はそのための事実を認定する作業をする。裁判官の直感、経験を踏まえ、類比、帰納などの方法論を駆使し事実を認定しそれを法文の構成要件に包摂し、法文の意味を解釈し帰結との結びつけをする。つまり体系的連関を築きながら法的判断がなされるのである。その体系的連関のなかで裁判官の心理過程などの法外的判断が法的判断に介入しうるのでないかと思う。特に医療過誤、施設の介護事故など現代的裁判といわれるものは法文のみからでは帰結しない傾向がみられる。それらの裁判においては、「要保護法主体概念」という新しい主体概念の創出により、裁判官の心証が法解釈に影響を及ぼしている。そのため保護領域が広がっているのである。

そこで本論文において、「裁判過程の体系的連関のなかで裁判官の法的判断のなかには要保護法主体という主体概念が存在し、すくなくならず帰結に影響を及ぼしている」という仮説を設定した。それを検証するための作業仮説³⁾として判例を分析することとした。そして「要保護法主体」の基底を満たしており、裁判官の帰結文の背景にある「物語」と、「ケア概念」も帰結のための重要な要素であるため分析した。

法分野において、最近、「物語的法主体像」という概念が現れてきている⁴⁾。法律は、厳密な概念化とカテゴリー化を媒介としてその形式性において適切に作動するものと考えられている。普遍的ルールの客観的事実への厳格な適用を理念とする近代法の常識のもとでは、物語やストーリーなど情緒・感情を喚起させる「主観的」エレメントと目されるものは、法の客観性と形式性の秩序を混乱させるものとして、法とまったく無関係か対極にあるものとされていた。しかし、裁判においては、「物語」という新たな主体概念を持ち込まざるを得なくなった。「要保護法主体」と「物語」との関係性について、第一には、法の世界や法の周辺は物語やストーリーであふれている。つまり、原告側では、「要保護法主体」となるために、裁判官に自己の苦痛やトラブルの物語を語る。また、弁護士は、依頼人の物語を可能な限り理解し、訴状や準備書面あるいは口頭弁論の中で裁判官に語りかけ、証人は自己の知る事実について語る。さらに、裁判官は、法廷に提出された様々な物語、通常、相対立する物語に耳を傾け、判決という形で当事者と弁護士に語りかける⁵⁾。

第二に、要保護法主体の主体たる施設利用者は、生活そのものが保護の対象となり、生活そのものが物語であり、その語るすべてが物語である。

第三に、要保護法主体の語りの中に重要な愁訴が非言語的に語られている。

以上のような「語り」は現実の裁判においては法廷に「法的言説」の他に「日常的言説」が現れている。法的言説では、問題の法的定義とそれに連動する専門的言説によって法廷の中に位置づけられようとしている。民事裁判など依頼された弁護士は法的言説という専門的言説を中心に交わされる攻撃防御を経て、早期に和解へ持ち込み、有利な金銭賠償額を獲得していくという方針があり、かつそれが原告本人にとって最善の処理であるとする判断がある。しかしながら、個別的体験に根ざす日常感覚的な日常的言説を法廷に取り込むことによって、日常的語りと法的言説の間に通じた架橋を行い、裁判官は紛争当事者の日常的語りを聞きながら、それを法的に構成し、法的言説の秩序に適合させ「要保護法主体」を具現化していくのである⁶⁾。

以上のように「語り」というナラティブと「要保護法主体」は、裁判過程において関係性をもっているので、検証の方法として、「物語」というナラティブの視点から判例の分析を行った。

「要保護法主体」という概念を研究する意義は①原告・被告の象徴的相互作用論の流れの中で個々の主観的な意味付けを探り、主観的な視点に着目する、②原告・被告の相互行為の形成と進行過程に焦点をあてる、③社会的フィールドや行為の背後にある隠れた意味に着目する、というように、異なった様々な視点を考慮に入れて分析し、多様なアプローチが可能となる点である⁷⁾。

また、統計研究で用いられる厳密かつ操作的に定義される限定概念と視点をずらし、事象をゆるやかに指示するだけで複雑な関連を全体的に捉え、事象の新たな側面を発見できる感受概念を含有できる、という意義を有する。

そもそも介護事故により裁判に発展するということは、介護事故が起きたという事実のみを意

味するのではなく、利用者とその家族が施設側との間で十分な情報共有と相互理解ができないために解決できなかったことを意味する。介護事故の利用者は医療とは異なり、生活そのものがリスクの対象となるという特殊性がある。質的データに重点を置く介護事故の裁判例において、裁判所が新たな「要保護法主体」像を踏まえて提示した事実認定、判旨を通じて、介護事故対策に必要な方法・方策を分野別に抽出し、介護事故の予防を図るとともに、利用者と家族、施設職員と第三者が事故原因の共有化を図り、介護サービスの質の体系化も図る必要がある。介護事故の裁判の過程は、事案ごとの過程が異なるとしても、その要因となる転倒・骨折、誤嚥などの事案ごとにその因子とその配列をいくつかのパターンに分けて、介護リスクの過程モデルを設定し、その過程を踏まえてのサービス提供を体系化すれば、介護リスクを防ぐためのサービス提供が客観化できるのではないかといえる。つまり、介護者社会福祉実践の展開過程においてどのような技術、視点、留意すべき点を介護事故の裁判例の「要保護法主体」概念を通じて明らかにすることにより社会福祉実践の体系化がすすむといえる。

二 新たな「要保護法主体」像から理論体系を示した判例の分析

本章では、裁判過程の体系的連関のなかで裁判官の法的判断のなかに要保護法主体という主体概念が存在し、すくなくならず帰結に影響を及ぼしているという仮説を検証するための作業仮説として判例を分析することとした。訴訟における判例の法的三段論法においては、裁判官の直感、経験を踏まえ、類比、帰納などの方法論を駆使し事実を認定しそれを法文の構成要件に包摂し、法文の意味を解釈し帰結との結びつけをするという体系的連関のなかで裁判官の心理過程などの法外的判断が介在し、裁判官の法的判断のなかに、要保護法主体という主体概念が存在し、帰結に影響を及ぼしている点を下記の裁判例で検討していく。

1 介護老人保健施設入所者の骨折にかかる裁判例（福島地方裁判所白河支部 平成15年6月3日⁸⁾）について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① ポータブルトイレの清掃を施設職員が忘れても、「利用者本人が自ら捨てないように指導していた」「ナースコールを押すように指導していた」にもかかわらず、これを無視して、自ら汚物処理に捨てにいった際に、転倒・骨折した事例に対して、ポータブルトイレの清掃義務違反と転倒・骨折の因果関係を認定した。
- ② 転倒・骨折の原因となった汚物処理場内の仕切りが民法717条にいう土地工作物の設置・保存の瑕疵に該当するかについては、介護職員しか出入りが予定されていない汚物処理場であるにもかかわらず、判例は「本件施設は、身体機能の劣った状態にある要介護老人の入所施設であるから、その特質上、入所者の移動ないし施設利用等に際して、身体上の危険が生じないような建物構造・設備構造が特に求められているというべき」として、土地工作物の設置・保存の瑕疵に該当する、とした。

③ 利用者がナースコールで介護要員に連絡して処理をしてもらうことができたはずであり、被告からそのように指導されていたにもかかわらず、また、自らポータブルトイレの排泄物容器を処理する能力に欠けているにもかかわらず、自ら処理しようとした行動には過失が認められるはずであるが、判例では過失相殺を否定した。

2 デイサービス利用中の行方不明にかかる死亡事故（静岡地方裁判所浜松支部 平成13年9月25日⁹⁾）について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

① 2人の施設職員が、9名の認知症老人を介助し、入浴サービスに連れて行ったり、要トイレ介助の女性をトイレに連れて行ったりするかわり、当該利用者の挙動も注視しなければならぬのは、過大な負担であるにもかかわらず、徘徊を防止するための回避の可能性がないということはなく、サービスに従事している者の注意義務が軽減されるものではない、とした。

② 利用者が多人数でいる場合には、緊張して、冷や汗をかいたり、ほとんどしゃべれなくなったり、何もできなくなったりし、また、不安定になり、帰宅したがったり、廊下をうろろろすることがあれば、徘徊して施設を脱出する可能性があるという予見義務を認定した。

③ 施設の設備構造においては、玄関は、内側からは2つのアルファベットと6、7桁の暗証番号を押さなければ開かないようになっており、裏口は開けると大きなベルとブザーが鳴る仕組みになっていたにもかかわらず、人の出入りが予定されていない窓から施設を出れば、見守りの注意義務違反を認定した。

④ 人の出入りが予定されていない窓から施設の外にできれば、職員の見守り義務違反が認定され、それによる利用者の行方不明と利用者の家族が被った精神的苦痛と相当因果関係があるとした。

3 介護サービス中に見守り義務違反による転倒・骨折事故（福岡地方裁判所 平成15年8月27日¹⁰⁾）について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

① 95歳の利用者（要介護度Ⅳ）が、施設職員が来客対応のための見守りをしなかったわずかな時間の間に、ベッドから立ち上がり転倒・骨折した事案である。判例では施設職員が座っていた位置と静養室の段差まではわずか2メートルであり、利用者が万が一起き出して移動しようとするれば、その変化や物音を十分に感知できる状態であった。そのような状態で見守りをしても、利用者を就寝させている静養室に背を向ける形で隣室のソファに座り、静養室の内部が完全に視線から外れていたこと自体を、見守り義務違反の要因とした。

② 利用者は、昼寝から目を覚ました後、自ら布団を離れて動き出すことはなかった。にもかかわらず、被告施設を利用して52回目にして初めて独力で動き出し、転倒・骨折した。このことを見守り義務違反の要因とした。

③ 施設職員が訪問者対応のために、見守りをすべき位置からわずかな時間、席を離れた場合

に見守りの引き継ぎをしないこと、利用者の状況を確認しなかったこと、利用者に声をかけなかったこと自体に見守り義務違反の要因とした。

- ④ 施設において、尿意を催すと自らトイレを探して歩行することがあったこと、風船バレーのレクリエーションでは張り切って立ち上がることが何度もあったこと、また、昼寝していた布団やベッドで上半身を起こすこともあったこと、いざって移動することもできたこと、食事についても、自ら箸をとるようにもなったという活動性が増していることを介護職員は認識すべきであり、その活動性により、静養室での昼寝の最中に尿意を催すと、自ら起きあがり、移動し、転倒・骨折するおそれがあるという予見可能性を認定した。
- ⑤ 居宅サービス計画書で、当該利用者は95歳と高齢であり、両膝関節変形性関節症を有しており、歩行に困難を来すとともに、転倒の危険があることを知らされていたこと自体に、段差が存在すれば当該利用者は転倒・骨折するという予見可能性を認定した。

4 特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故（横浜地方裁判所川崎支部判決 平成12年2月23日¹¹⁾）について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 本件事故が朝食直後、誤嚥の症状である咳やうめき声がなく、口の中に食べ物が入っていないとしても、誤嚥を疑い、誤嚥を予想した措置をとるべき予見可能性を認定した。
- ② 朝食直後、利用者の反応がなくなってから、11分後施設職員が、利用者の自宅に電話を入れ、利用者の家族に「意識がない状態だがどうするか」と問い合わせると「救急車で病院へ連れて行って下さい」ということであった。利用者の生命の危険性が存する緊急時に、誤嚥の措置をせずに「意識がない状態だがどうするか」という家族への連絡を優先したこと自体に、介護職員の過失認定の要因とした。

5 特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故（名古屋地方裁判所 平成16年7月30日¹²⁾）について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 「施設職員が中腰で利用者をやや見下ろすような姿勢で食事の介助をしていた」こと自体に介護職員の過失認定の要因とした。
- ② 利用者が声かけに応じて口を開けた場合でも、利用者の口の中に食物が残っておらず、嚥下も完了したとは限らない場合が存する。そのため、施設職員は利用者の口の中の確認及び嚥下動作の確認をしないで、食事介助をした場合には、注意義務違反となる、とした。

6 老人保健施設における全盲の利用者の転落死亡事故の裁判例（東京地方裁判所 平成12年6月7日¹³⁾）について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 口論により興奮した全盲の利用者が、「深夜3階の別室に移動させられた部屋に寝具が用意されていない埃がたまった場所で、しかも、介護職員から声もかけられずに数時間放置した」こと自体を施設職員の過失認定の要因とした。
- ② 3階の本件窓のそばに家具があれば、全盲の利用者がこれを踏み台にして本件窓に昇り、施錠してあったとはいえ、本件窓の鍵の開閉操作を防止する二重の施錠装置（いわゆるロッ

ク)を解放したまま一所為で容易に外れる鍵を外し、本件窓を開けて出窓に出てフェンスを乗り越えて転落するという予見可能性を認定した。

7 送迎中の転倒・骨折死亡事故(東京地方裁判所 平成15年3月20日¹⁴⁾)について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 介護職員が通常は当該利用者に手を貸すということではなく、その必要もなかった。また、利用者は、中等度の認知症状態が認められると診断されていたが、簡単な話であれば理解し、判断することができ、例えば、その場に起立しているように指示した場合、その指示を理解し、そのとおりにすることは可能であったにもかかわらず、利用者の転倒・骨折の予見可能性を認めた。
- ② 利用者の生命及び安全を確保すべき義務を果すため、利用者を送迎するにあたっては、他人の移動の際に常時介護士が目を話さずにいることが可能となるような態勢をとるべき契約上の義務を負っていたものとした。

8 ボランティアの見守り義務違反による利用者の転倒・骨折事故(東京地方裁判所 平成10年7月28日¹⁵⁾)について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① ボランティアといえども、障害者の歩行介護を引き受けた以上、右介護を行うに当たっては、善良な管理者としての注意義務を尽くさなければならず(民法第644条)、ボランティアが無償の奉仕活動であるからといって、その故に直ちに責任が軽減されることはないとしてボランティア自体に対しても利用者の転倒・骨折の予見可能性を認めた。
- ② ボランティアの予見可能性の範囲は、歩行介護を行うボランティアには、障害者の身を案ずる身内の人間が行う程度の誠実さをもって通常人であれば尽くすべき注意義務を尽くすことが要求されているとした。

9 本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務(横浜地方裁判所 平成17年3月22日¹⁶⁾)について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 介護義務の範囲について介護拒絶の意思が示された場合であっても、介護の専門知識を有すべき要介護義務者においては、要介護者に対し、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性とを専門的見地から意を尽くして説明し、介護を受けるように説得すべきであり、それでもなお要介護者が真摯な介護拒絶の態度を示したというような場合であれば、介護義務を免れることにならないとして、介護義務の範囲を拡大した。
- ② 介護義務の説明義務と説得義務の内容については、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性を説明し、介護を受けるように説得することが求められるとした。

10 利用者同士のトラブルによる転倒事故に関する裁判例(大阪高等裁判所 平成18年8月29日¹⁷⁾)について、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 以前にトラブルを起こした利用者に対しては、介護職員の説得だけ繰り返しても、その後も同様なトラブルを継続することを予測すべきであった。
- ② 施設職員は、トラブルを起こしている利用者を自室に戻るように説得するというのみならず、さらに、当該利用者を他の部屋や階下に移動させる等して、他の利用者から引き離し、接触できないような措置を講じて、他の利用者の安全を確保し、本件事故を未然に防止すべきという安全配慮義務の範囲を拡充した。

11 エホバの証人事件（最高裁判所判決 平成 12 年 2 月 29 日¹⁸⁾、次の判例の視点で「要保護法主体」の存在を明らかにした。

医師が患者の身体を意図的に傷つける行為であっても違法性が阻却されるための新たな認定基準として、判例は従来の患者側が、医師の医療行為の過失の立証責任を追及するのではなく、医師の患者に対する説明義務違反を新たな過失の認定基準とした。

三 ナラティブからの「要保護法主体」概念の判例の分析

本章では、前述のように「語り」というナラティブと「要保護法主体」は、裁判過程において関係性をもっているため、検証の方法として、「物語」というナラティブの視点から判例の分析を行った。

1 介護老人保健施設入所者の骨折にかかる裁判例（福島地方裁判所白河支部 平成 15 年 6 月 3 日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 利用者の記憶では、夜ポータブルトイレを利用したにもかかわらず、捨ててもらえない状態だった。
- ② 「日中トイレにて排泄して尿取りパットを交換した為、ポータブルトイレを使用していないと思い確認せず、処理しませんでした。」との記載になっていた。

本件事例は、利用者側の汚物処理を頼むこと自体がことさら遠慮がちになりやすいという「生活する人間の現実」というナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

2 デイサービス利用中の行方不明にかかる死亡事故（静岡地方裁判所浜松支部 平成 13 年 9 月 25 日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 利用者を最後に見かけてから失そうに気付くまで 3 分程度であった。
- ② 利用者は、多人数にいる場合には、緊張して、冷や汗をかき、また、ほとんどしゃべれなくなったり、何もできなくなったりすることがある。さらに不安定になった結果、帰宅したが、廊下をうろうろすることもある。介護職員もこのような状態を把握していた。
- ③ 利用者が遊戯室の席に戻ると、他の利用者を意識してだんだん落ち着きがなくなり、席を離

れて遊戯室を出て、他の男性の靴を持って遊戯室に入ってきたところ、当該男性が自分の靴と気付いて注意したため、介護職員とともに靴を下駄箱に返しにいった後、遊戯室に戻ったが、何度も玄関へ行き、その都度介護職員に誘導されて遊戯室に戻った。

本件事例は、「多人数でいる場合には、緊張して、冷や汗をかいたり、ほとんどしゃべれなくなったり、何もできなくなったりし、また、不安定になり、帰宅したがったり、廊下をうろうろする」「失踪直前に靴を取ってこようとしたり、廊下でうろうろしているところを被告施設の職員に目撃された」という利用者の「帰宅願望（つまり、感情・非言語による）のメッセージ」を施設側が把握していたにもかかわらず、職員2名で9名の利用者を介助するという過大な負担が施設側に存在したことを理由に保護をしなかった点にある。このことは、「帰宅願望のメッセージ」というナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

3 介護サービス中の見守り義務違反による転倒・骨折事故（福岡地方裁判所 平成15年8月27日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 当該利用者が尿意を催すと自らトイレを探して歩行することがあったこと、風船バレーのレクリエーションでは張り切って立ち上がることが何度もあったこと、また、昼寝していた布団やベッドで上半身を起こすこともあったこと、いざって移動することもできたこと、次第に介護職員にも話をするようになり、気の合う利用者とも話をするようになっていたこと、食事についても、自ら箸をとるようになったことという身体機能の活動性が増していた。
- ② 介護職員が静養室の隣室で利用者に背を向けてソファー座っていた。静養室の内部は、介護職員からは死角となっていた。訪問者が訪れて席を立ち、その際、原告の状況を確認しなかったこと、Aに声をかけなかったこと。
- ③ 52回目の施設利用ではじめて、自力でベッドから起き上がり、移動したこと。

本件事例では、利用者の身体活動能力が回復しているというメッセージと利用者の生活そのものが物語というナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

4 特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故（横浜地方裁判所川崎支部判決 平成12年2月23日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 朝食直後、利用者の反応がなくなってから、11分後施設職員が、利用者の自宅に電話を入れ、利用者の家族に「意識がない状態だがどうするか」と問い合わせると「救急車で病院へ連れて行って下さい」ということであった。

本件事例では、施設側の家人に緊急時に連絡するというマニュアルにそった会話内容というナ

ラティヴ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

5 特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故(名古屋地方裁判所 平成16年7月3日)について、次の判例の視点でナラティヴの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 施設職員が中腰で利用者をやや見下ろすような姿勢で食事の介助をしていた。
- ② 利用者が声かけに応じて口を開けたため、口の中に何も入っていないと思い込んだ。

本件事例では、利用者が声かけに応じて口を開けたため、口の中になにも食べ物は残っていないだろうと思い、確認しないで食事を提供しても大丈夫であるというナラティヴ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

6 老人保健施設における全盲の利用者の転落死亡事故の裁判例(東京地方裁判所 平成12年6月7日)について、次の判例の視点でナラティヴの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 全盲の利用者は、本件事故当時、口論により興奮し、精神的に不安定な状態にあり、その直前に「家に帰る」と言っており、室内の様子も分からず、ひんやり冷たく、ベッドには布団もなく、雑然と物が置いてある埃のたまった別室に同人を一人置くことは極めて危険である。
- ② 全盲利用者一人で放置せず傍らに付き添い、同人の手を取って目を離すことのないようにしたり、同人を抱きかかえて直ちに止めさせたりしなければならない。
- ③ 入所者の状況等は、刻一刻と変化することも希ではないから、臨機の判断や対応も必要である。
- ④ 介護職員が利用者をなだめようとして声をかければ、一層興奮し、暴力を振るい、他の入居者とのトラブルが再発し、あるいは他の入居者の介護に支障が出るおそれがあった。
- ⑤ 利用者死亡後に病院の医師から初めて電話で本件事故の事実を聞かされ、入院先から病衣のまま右病院にかけつけたものの、既に当該利用者は死亡しており、その最期に付き添うことができなかった。本件事故後、納得のいく説明をせず、誠意ある態度を示さなかった。
- ⑥ 通常であれば睡眠中であると考えられる深夜の時間帯において、寝具が用意されず、また、介護職員からも声を掛けられず情報が途絶したに等しい状況において、数時間が経過すれば、眠気や尿意を催す等心身に何らかの反応が生じたために他の場所へ移動することを試みることは、通常人でも自然な行動として大いにあり得る。
- ⑦ 介護職員は、夜勤担当として相当な繁忙状況にあると認められ、当該利用者へののみ時間と労力を割く余裕はなかったであろうことも推量されるけれども、通常の介護、たとえば、排泄介助やおむつ交換等でも数分間を要すると合理的に推認されることにかんがみると、少なくとも同程度の時間を利用者への対応に当てることができた。
- ⑧ 約13年にわたり実質的夫婦関係を継続してきたこと、当該利用者の失明後は原告がその

介助をしてきたこと、これまで愛情を注ぎ、精神的支えであった当該利用者の突然の死により多大な精神的苦痛を受けた。

本件事例では、利用者が全盲であることから、語りの中に重要な愁訴が非言語的に語られている、というナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

7 送迎中の転倒・骨折死亡事故（東京地方裁判所 平成15年3月20日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 介護職員が通常は当該利用者に手を貸すということではなく、その必要もなかった。また、利用者は、中等度の認知症状態が認められると診断されていたが、簡単な話であれば理解し、判断することができ、例えば、その場に起立しているように指示した場合、その指示を理解し、そのとおりにすることは可能であった。

本件事例では、利用者の自立性が確認できたとしても、利用者の生活そのものがリスクであることを認識すべき、というナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

8 ボランティアの見守り義務違反による利用者の転倒・骨折事故（東京地方裁判所 平成10年7月28日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 玄関の風除室まで来たところ、たまたま、車寄にタクシーが来ていなかったため、ボランティアは、風除室の、外に向かって左側の壁際に原告を連れて行き、「ここで待っていて下さい。タクシーを呼んできますから。」と言い残して、小走りで玄関から外に出たが、すぐドサツという音が聞こえたため振り向いたところ転倒していた。

本件事例では、ボランティアが「タクシーを呼んできますから」という語り、ボランティアの自己都合で持ち場を離れたことではないことを示す、というナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を否定に導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

9 本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務（横浜地方裁判所 平成17年3月22日）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① トイレに行っておこうと思い、杖をついて同ソファから立ち上がろうとした。その動作を見た介護職員は、利用者が前かがみになりそうになったことから転倒の危険を感じ、転倒防止のための原告の介助をしようと考えた。
- ② 利用者に、「ご一緒にしましょう。」と声をかけたが、「一人で大丈夫。」と言ったが、介護職員は、「トイレまでとりあえず、ご一緒にしましょう。」と言い、本件トイレの入口までの数メートルの間、右手で杖をつき利用者の左腕側の直近に付き添って歩き、利用者の左腕を持って歩行の介助をしたり原告を見守ったりして、歩行の介助をした。このときの原告の歩行に不安定さはなかった。

- ③ 利用者が本件トイレに入ろうとしたので、介護職員は本件トイレのスライド式の戸を半分まで開けたところ、原告は本件トイレの中に入っていった。原告は、本件トイレの中に入った段階で、介護職員に対し、「自分一人で大丈夫だから。」と言って、内側から本件トイレの戸を自分で完全に閉めた。
- ④ 利用者は戸の内鍵をかけなかった。このとき、介護職員は、「あ、どうしようかな。」と思い、「戸を開けるべきか、どうするか。」と迷ったが、結局戸を開けることはせず、利用者がトイレから出る際にまた歩行の介護を行おうと考え、同所から数メートル離れたところにある洗濯室に行き、乾燥機からタオルを取り出そうとした

本件事例では、利用者と介護職員の対話において、2回の拒絶でも、利用者の生活そのものがリスクであることを認識すべきというナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

10 利用者同士のトラブルによる転倒事故に関する裁判例（大阪高等裁判所 平成18年8月29日）について、以下の判例の視点でナラティブの考察から「要保護法主体」の存在を明らかにした。

- ① 当該利用者、不機嫌となって介護職員に対し暴言を吐いたり暴力的な行為をしたり、更衣に際し、興奮、立腹し、暴言を吐いたり、職員の手や体を叩いたりして抵抗した、また、大声を出したり、職員に手をあげ、足で蹴ろうとした、職員が着替えをさせようとする、引っかく、叩くなどして抵抗し、着替えをさせることができなかつた等の暴言や暴力行為を行っていた。
- ② 車椅子から転倒した利用者は、身長140センチメートルに満たず、体重約33キログラム程度の小柄な体格であった。身長が低く、体重の軽い利用者でも、車椅子に深く座っていれば、たやすく落下することはないと考えられるが、当該利用者の行動を避けようとして身体をずらしたりすると、前方へ落下することは十分ありうる。

本件事例では、介護職員の説得だけ繰り返しても、その後も同様なトラブルを継続するという利用者の存在自体の危険性を認識すべきというナラティブ的な視点が「要保護法主体概念」を導き、それによって、裁判官の心証に訴え、法解釈に影響を及ぼしていた。

四 考 察

上記の検証結果のように体系的連関のなかで、裁判官が法的判断のなかに要保護法主体という主体概念が存在し、すくなくとも帰結に影響を及ぼしている点が判例の分析によって実証された。本章では、前述の介護事故の裁判例を踏まえて、今後求められる介護サービスの基準を示し、「要保護法主体」像の新たな理論構築について検討する。

1 介護事故の裁判例を踏まえて、今後求められる介護サービスの基準について

介護サービスの提供にあたって、利用者の日々の変動とそれに伴うリスクの程度を分析するにあたってアセスメントの結果をサービスの契約時だけでなく、定期的・継続的に利用者本人や家族に説明し理解を求めていく姿勢が重要である。つまり、施設側として提供できるサービスの考え方、限界、人権尊重のための配慮の必要性などについて、定期的・継続的な理解があれば、リスクが現実化した場合にも、無用な紛争を避けることができるからである。

施設職員の前で危険性が予見された場合には、そのリスクを、本人または家族に説明して、利用者の病状における施設内の問題点、介護サービスの限界などを十分に説明し納得した上で介護事故は施設側が最善を尽くしても生じるものであることを説明することが必要である。そして、リスクの情報提供の継続性が重要である。

介護事故が生じた場合でも、事故の報告書はできるだけ速やかに作成し、時系列的に詳細に具体的事実のみを記入することが必要である、真実の説明が利用者や家族にとって必要であるからである。また、利用者や家族に対する事故の説明は、現場の担当者ではなく、より客観的に冷静に説明できる人物（管理者・責任者・第三者委員など）に依頼することが望ましいといえる。

ただ、明確な介護サービスを確立することは日常的に変動する利用者の状況や常時介助ができる職員体制が乏しい現状の中では難しいといえる。このような現状の中でも、安全な介護サービスを提供するためには、介護事故裁判例が示した個別ケースの積み上げによる経験的蓄積や裁判例などの蓄積、苦情解決制度における集約、ヒヤリ・ハットの分析を通じて、職員の安全に対する意識を高めていくことが重要である。つまり、利用者一人ひとりに対する適切なアセスメントと個別援助計画によって利用者の個別化を図ると同時に施設職員の専門性の向上、職員同士のチームワークによる質の高いサービスの提供を図るための総合的な介護サービスシステムを構築することが今後必要であろう。

2 「要保護法主体」像の新たな理論構築に向けて

「要保護法主体」を判例では、事案の特殊性の中で捉えようとし、また人々自身の表現や行為を立脚点として、それを人々が生きている人生の文脈と結びつけて理解しようとしている。つまり、人間の心と社会に関わるさまざまな学問分野において「要保護法主体」の解釈基準を変容することで、変動する社会に対応する上で必要な柔軟性を保ちながら、既存の理論が当てはまりそうにない領域には探りをいれて、そこに応じた「要保護法主体」という新しい理論を創る。「もし現実から新しい側面が発見されれば、それを優先して理論を更新する」。「理論」という形式がふさわしくなければ、「ナラティブ」「ケア概念」「尊厳」「最善の利益」などを内包し整序した「要保護法主体」基準を原則にして法的思考過程を形成している。

このように、従来の「保護」=「弱者」=「受動的」、 「自立」=「社会システムを担う重要な合理的・

自律的主体」=「能動的」という単線的な結合自体だけでは、法主体のゆらぎという現実の多様な要請に法制度が応答しきれないため、この包摂しきれない問題を独自の意義と多様性を構築した「要保護法主体」概念の理論体系が存在しているのである¹⁹⁾。

判例は、発言機能の行為遂行的側面に重点をあて、被告・原告の主張が真実なのか真実ではないのか、という視点だけではなく、その主張が適切であるのか、不適切であるのか、という当事者間の関係性の中に「ナラティブ」「ケア概念」「尊厳」「最善の利益」などを内包し整理した「要保護法主体」基準で体系的連関を築きながら法的判断がなされているのである。

近代社会においては、合理的知性、理性的判断能力こそが人間の本源性とみてきた。しかし、身体性が捨象された理性的主体が想定された場合、「尊厳」の本源性を発見することは困難である。つまり、「尊厳」を、「人間である」という存在所与性としての個々の人間の卓越した性質概念や「合理的・自律的、理性的」な能力の成果と考えられる実体概念ではないのである。

「尊厳」は社会的承認において相互の尊重要求の肯定的な評価によって構成され、互いに人との等しい交わりの中で、相互的な承認の人格間の諸関係の中で、意義をもちうるのである。尊厳は、実体概念でも性質概念でもなく、「関係概念」なのである²⁰⁾。人は相互に相手を等しいものとして尊重しあう関係が成り立っているとき、尊厳は初めて存在可能になるであろう。この「等しいものとして尊重しあう関係」が崩れたとき、尊厳が侵害されるのである。そのため、関係論的事実に基づく「尊厳」感覚を保護するため、裁判官は「要保護法主体」を構築し、法的・倫理的考慮に値する判断を下しているのである。

各人にとっての個性という唯一性は科学的事実に基づいて形成されるだけでなく、また存在論的事実に基づいて感覚されるだけでもない。関係性のなかで形成され、相互に確認・維持し合うものである。「ケア概念」もケアを受けること・与えること、という相互の「関係性」を有する。「最善の利益」は、医師と患者、介護職員と利用者との互いの求めている利益という「関係性」の中で生じる。「ナラティブ」も当事者同士の語りという関係性の中で生じるのである。

科学的真理や存在論的事実として自己の個性という唯一性を「知る」のではなく、他者との関係を通じて唯一性を「感得する」のである。唯一性・代替不可能性といった「尊厳」感覚の形成が関係性のネットワークのなかで行われるのである。

「要保護法主体」の「尊厳」は、実践的生活者の態度において他者との交渉の中で尊厳を観取することによって、他者の関係性の中で呼び起こされる感覚・欲求を通して経験されるという社会的関係性の中での尊厳である。

「ナラティブ」も語りというリアリティを常に他者との相互関係行為において獲得するという意味での社会性（他者志向性）が関係性の中で存在する。

ただ、「最善の利益」では、この関係性の中に存在するとしても、患者への処置が決定される場合には、患者にとって何が最善であるかを、複数の関係他者が決定することになり、その結果、特定の患者個人にとってではなく、患者一般あるいは普通の一般人にとっての「最善の利益」で

合意される可能性が高くなる。

つまり、本人意思の推定過程に加わる推定者の数が増えれば増えるほど、それに応じて当該推定は、多数推定者の意向を反映し、多数者の合意を得られるものにならざるを得ない。その結果、本人意思の推定という衣の下で、多数推定者の意向に合致した本人意思が形成されるという「強制的な義務的自己決定」²¹⁾が生じる。この場合には、本人の自己決定は、実質的には家族等の多数の関係者の意思決定に代替されることになる。多数当事者が関与した合意が正当性を帯びることになる。「チーム医療」という名称で、種々の決定に多数者が関与することを推奨する現在の傾向において、多数の医療者が集まり、その中で議論された合意が、単に多数が関係したというだけで、必ずしも、その決定の正当性を保障するものではない。多数者による偏見的な決定や横暴が一方の極にリスクを内包しているからである²²⁾。

そのため、「最善の利益」において、判例は「要保護法主体」の観点から「最善の利益」を多数者の関係性の中で、「本人の利益」という「本人」を強調し、新たな法主体像を構築したのである。

次に、ケア概念は、ケアされることへの欲求やケアすることの欲求は人間の本源的な欲求である。ケア概念は、人は、自然本性上、ケアされることを欲し、かつ他者へのケアを望む生きものであるという人間観から出発する。そのため、尊厳の構成諸契機として、ケア概念を読み取ることができる。人は言葉によって、振る舞いによって、場合によっては、わずかな眼差しによってさえ、ケアを受けること・与えることを欲求している。このような「身体知」が「語り」という「ナラティブ」として相互作用を生み出しているのである。

相互のケアリング関係性はあらゆる人間関係の始点であって、「尊厳」としての存在の喜びに由来するものであるという本源性を有している。このような関係論においては、「尊厳」も「ケア概念」「ナラティブ」も共通項を見出せるのである。

人はみずからの占める位置を見出すことによって自己を見出すが、その占める位置とは、ケアを求める他者、ケアすべきだと感じる特定の他者を見出すという「関係性」によって見出されるのである。ケアすること、ケアされることを通じて、存在理由を発見するのである。ケアの本源性がこれまであまり省みられることがなかったのは、ひとえにこの行為が身体性に深く依拠していると思われる。身体性のみでは空腹をいやされること、痛みや苦痛、暑さや寒さをまぬがれること、皮膚接触によって不安を和らげられること等々、ケアの原初的あり方は直接的な身体経験に依拠している。ケアの本質は、それ以上還元不可能な身体知としてのみ知られるものである。

言語による明示化の不可能な場合、例えば、子どもがまさに線路に落ちようとしているとき、他人でも咄嗟にこれを助けようとする。その救助行為がいかなる普遍的規範に依拠しているのか、明示的に言及することが困難である。ケアの身体知に依拠していると言ってよい。それはケアの身体知だからである。その意味において、われわれの理性は善悪を知らないが、身体はそれを知っている。ケアの身体知に基づいて行為する行為者は身体的欲求に従っているのか、あるいは道徳

的義務に従っているのか、明確な区別を持たない。ケアの身体知は存在と当為の結節点に位置しているからである²³⁾。

同様に、ケアリングの技能もまた経験を通じて体得される身体知である。日常生活において相互交渉的に反復するケアリング行為、励ますこと、労わること、慰めること、許すことなどの言葉によるケア、さらには、しぐさや振る舞い、眼差しや顔の表情に至るまで、ケアリングの技能は身体的に体得されている。いかにして慰めるかを知っているのは腕であり、いかにして喜びを分かち合うかを知っているのは手であり、いかにして熱意を表現するかを知っているのは顔である。ケアを示すのは本能的な活動ではなく、習得された（そして習得し続ける）行動である。さらに、身体知に依拠した、ケアすること・されることへの本源的欲求は「人間の尊厳」の感覚と密接に結びついていると言える。人としての最も基本的なケアが受けとれないとき、あるいは他者に与えることができないとき、人間としての尊厳の侵害を感じるからである。他者を尊厳ある存在として扱うとは、他者をケアへの欲求を持った存在として扱うことであると言える。身体ある他者を、身体知を共有し、ケアリング関係の形成可能性を持った存在として、したがって、これを共有しないイスや机とは本質的に異なった存在として認識し、受容するのであり、ここに人間と他存在とを差別化する「人間の尊厳」の直観がある。「人間の尊厳」はケアへの欲求を持った存在として扱われる²⁴⁾。

ケア概念は関係性を不可欠の要素としている。ケアリングは他者の根源的なケア欲求に「没入」することによって成立すると言う。すなわち、他者を理解し、「可能な限り他者の感じるところを感じる」のがケアである。ケアは何らかの共感的な関係性に依拠するというのがケア概念の見方である。換言すれば、共感に依拠した、他者との関係が切断されることは、ただちにケアリング関係の断絶を意味するだろう。そして、それは同時に、「人間の尊厳感覚」の喪失を意味するだろう。なぜなら、他者との関係、とりわけ家族に代表されるような共感的関係を通じて、自己および他者の非道具性・唯一性・代替不可能性を感覚として体得するものだからである。ケアし合うことは互いに相手の尊厳を確認し合うことでもある²⁵⁾。「誰かに対するケア」とは直接的な対他的ケアリングの体験だが、「何かに関するケア」とは他者の置かれた状況に配慮し、その改善を欲するケアリングである。

「要保護法主体」の領野を認知することは、具体的な社会倫理問題の解決にどのような影響を与えるのだろうか。「規範原理としての人間の尊厳」と異なって、「要保護法主体」は、その性質上、必ずしも、言語による定式化になじまないため、ただちに法的問題や制度的問題に具体的指針を与えるものではない。

しかし、裁判官が法的判断のなかに要保護法主体という主体概念が存在し、すくなくとも個々具体的事例に即して帰結に影響を及ぼしていることは判例の分析によって実証された。

今後は裁判官の新たな「要保護法主体」概念に関する言語行為により、従来の裁判の紛争解決的性格や損害の賠償を求めることだけに止まらず、今後の被害・紛争の事前防止の措置を求め

る、判例による新しい権利の承認、政策形成への波及効など関連事例の将来にわたる一般的効力という政策志向的訴訟という現代型訴訟へと移行していくと思われる。

現代型訴訟の典型とされた名古屋新幹線訴訟²⁶⁾では、住民の騒音防止が人格権侵害を伴うことから、人格権に基づく差し止め請求が可能になるとの法的構成をし、係争地区の7キロ区間を減速させたのである。また高速増殖炉「もんじゅ」の建設・運転計画に反対した「もんじゅ事件」²⁷⁾では、周辺住民の原告適格を控訴審では「原子炉から半径20キロメートルの範囲内に居住するもの」から「原子炉から半径58キロメートルの範囲内に居住するもの」へと「原告適格」を拡大した。

また、介護事故裁判例においては、利用者の汚物処理場で転倒・骨折したため、事故後、利用者が本件仕切りに接触するような事故の発生を防止するために仕切りを取り除くための改造工事が施工された（福島地方裁判所白河支部 平成15年6月3日 前述参照）。

現代型の訴訟モデルは、近代型の訴訟モデルのように法律専門家を中核とする「真実発見」と「普遍的ルール適用」という、きわめて機能的、限定的で、かつ特殊的な問題処理メカニズムとしての裁判を理念化した紛争解決方法から脱却化し、新幹線を減速させ、施設の設備構造を改造させる機能をも有しているのである。

さらに、社会福祉士及介護福祉士等の一部を改正する法律（平成19年12月5日公布）では介護福祉士の業務を「入浴、排泄、食事その他の介護」から「心身の状況に応じた介護」に改正されたことは、判例の「要保護法主体」の一般的効力という政策志向的訴訟が法改正にすくなくならず影響を及ぼし、法改正の分野においても判例の「要保護法主体」という主体概念の存在を認識した結果であろうと思われる。

科学哲学者マイケル・ポランニーは、言語によって明示可能な理論知の基底に実践的経験によって獲得される、明示不可能な、あるいは困難な知の領野があることを指摘し、これを「暗黙の知」と呼んだ。ポランニーによれば、「われわれは語りうることに多くのことを知っている」のであり、理論知は、われわれの知識の、水面に表出した氷山の一角にすぎないと言う²⁸⁾。

法規範あるいは道徳規範のように、定式化された規範原理によって説明可能なルールは、社会生活の、ごく一部分を規律するにすぎない。むしろ、社会ルールの大半は明示化不可能な、ないしはきわめて困難な黙示的ルールであって、「尊厳」「ナラティブ」「ケア概念」「最善の利益」を内容した「要保護法主体」もまた、定式化された原理の水面下に、膨大な黙示的ルールの世界を有しているものと考えられることができる。

そのため、「要保護法主体」の基底層の分野を構成する要素として「ナラティブ」「ケア概念」「尊厳」「最善の利益」が存在することを検証したが、社会ルールの大半は明示化不可能な、ないしはきわめて困難な黙示的ルールのもとでは、あるパーツを取り上げ、それを研究対象にせざるを得ないところにある一定の限界が存することも事実である。

今後は、更なる「要保護法主体」の新たな理論構築に向けて、判例分析を通じて「要保護法主

体」の基底層の分野を構成する要素を探求し、実証研究を重ね、研究活動に邁進する所存である。

注・引用文献

- 1) 山本顯治「法主体のゆくえ」日本法社会学会編『法社会学 第64号』有斐閣 p.7 2006年
山本教授は、伝統的な「要保護主体」ではない新たな法主体像が問い直されると指摘している。
- 2) 大屋雄裕『法解釈の言語哲学』勁草書房 p.3 2006年 帰結たる命法は法文を演繹によって必然的に導出するという事は、事実認定が正しかったとすれば、根拠となった法文の規範性が承継され、個別の命法が規範性を持つということを正当化できるのである。
- 3) 米盛裕二『アブダクション 仮説と発見の論理』勁草書房 p.119 2007年
パースの機能概念において、帰納を単純帰納、量的帰納、質的帰納の三種類の帰納に分類している。作業仮説は、数学的確率論に基づく量的帰納に対応するが、判例による事例分析は、質的帰納に対応するため、本来の作業仮説そのものではないが、質的帰納は、仮説や理論を実験的にテストする方法として一般的に広く役立っているため、判例による事例分析において、作業仮説と同定した。
- 4) 山本顯治「法主体のゆくえ」日本法社会学会編『法社会学 第64号』有斐閣 p.2 2006年
- 5) 北村隆憲「法の物語と紛争の語り」日本法社会学会編『法と情動 法社会学 第60号』有斐閣 p.60 2004年
- 6) 和田仁孝「法廷における法言説と日常的言説の交錯」ミネルヴァ書房 棚瀬孝雄編『法の言説分析』ミネルヴァ書房 p.70 2001年
- 7) ウヴェ・クリック『質的研究入門』小田博志他訳 春秋社 p.11 2007年
- 8) 福島地方裁判所白河支部 平成15年6月3日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。拙稿「介護サービスの清掃義務違反に伴う利用者の転倒・骨折事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.1~34 2006年
- 9) 静岡地方裁判所浜松支部 平成13年9月25日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。拙稿「デイサービス利用中の行方不明にかかる死亡事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.35~48 2006年
- 10) 福岡地方裁判所 平成15年8月27日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。拙稿「介護サービス中の見守り義務違反による転倒・骨折事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.35~48 2006年
- 11) 横浜地方裁判所川崎支部判決 平成12年2月23日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。渡辺信英「介護サービス中の見守り義務違反による転倒・骨折事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.155~165 2006年
- 12) 名古屋地方裁判所 平成16年7月30日 平成14年(ワ)第228号 損害賠償請求事件 最高裁ホームページ <http://courtdomino2.courts.go.jp>
- 13) 東京地方裁判所 平成12年6月7日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。拙稿「老人保健施設における転落死亡事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.155~165 2006年
- 14) 東京地方裁判所 平成15年3月20日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。渡辺信英「送迎中の転倒・骨折死亡事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.166~183 2006年
- 15) 東京地方裁判所平成10年7月28日 事案の概要と判旨の紹介については次を参照されたい。渡辺信英「ボランティアの見守り義務違反による利用者の転倒・骨折事故」渡辺信英編『介護事故裁判例から学ぶ福祉リスクマネジメント 高齢者施設編』南窓社 p.166~183 2006年

- 16) 横浜地方裁判所平成17年3月22日 判例時報1895号 p.91
 17) 大阪高等裁判所 平成18年8月29日『賃金と社会保障 1431号』旬報社 p.41~45 2006年
 18) 東京高裁判決 平成10年2月9日(判時1629号 p.34) 東京地裁判決 平成9年3月12日, 判例タイムズNo.964, p.82 最高裁判所判決 平成12年2月29日(第三小法廷)判決 判例タイムズNo.1031, p.158以下

「東京高等裁判所の見解(判決要旨)」(患者の請求の一部認容)

患者の口頭による絶対的無輸血の申し出は文書上不明確であり、その号(特約)は成立していない(合意は相対的無輸血=輸血以外に手段がない事態になったときに輸血するにとどまる)。ただし、患者が医師にその良心に反する治療をすることは強制できないが、人が信念に基づき生命を犠牲にしても守るべき価値を認めて行動することは他者の権利や公共の利益、秩序を害しない限り違法ではない。他者(医師)が、この行動に関与することも同様である。輸血にも危険があること、無輸血で死亡した場合でも医師が刑事訴追された例はないこと、医師会や他の病院でその実施を肯定していること、患者の自己決定尊重の学説が多いことなどから、絶対無輸血での手術の実施も公共の利益秩序を侵害しないと評価されるに至っており、その合意は公序良俗違反で無効とする必要はない。(また)本件手術のような場合、医師は患者に必要な説明をして本人の同意を要する(ただし、自殺の意図での治療拒否などの場合には医師は拘束されない)。それはいずれ死ぬべき身の生き様の患者の自己決定権(尊厳死選択の自由もある)に由来し、患者はその結果を自己の責任として甘受すべきである。そして信者の輸血拒否の態度にも個人差があるから、医師側には輸血拒否の具体的内容の確認と、相対的無輸血の治療方針を採用していることの十分な説明義務があったのにこれを怠った。医師側がその説明をしていれば患者は手術を拒否したであろう本件輸血が患者救命のためであろうとも、それは患者の自己決定権の否定で、その説明義務違反、さらに輸血の違法性は阻却されない。本件輸血は患者の自己決定権、信教上の良心を侵したものであって、患者の精神的損害を賠償すべきである(不法行為成立)。

参考:「第一審東京地方裁判所の見解(判決要旨)」原告患者敗訴 医療の第一の目標が治療であること、人命の崇高性、医師に可能な限りの救命措置義務があることから、絶対無輸血の特約は公序良俗違反である。(また)手術に当たり、医師は説明義務を負うが、それは医学的観点からのものであり、いかなる場合にも輸血をしないかどうかの点は含まれない。一般に医師は可能な限りの救命措置をとり、例外の方法がない場合には輸血の義務がある。患者がエホバの証人の信者である場合で輸血を必要とする場合には輸血の義務がある。患者がエホバの証人の信者の場合で輸血を必要とするときは、それを明言すれば手術を拒否し、死に至らしめることになる。この場合、医師の患者の救命義務から、輸血を明言しない対応をしても直ちに違法と解されない。その違法性は諸般の事情を総合考慮して判断すべきであるが、本件では、輸血は社会的に正当で違法性はなく、不法行為は成立しない。

「最高裁判所の見解(判決要旨)」高等裁判所と同趣旨

医師が、患者が宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有し、輸血を伴わないで腫瘍を摘出する手術を受けることができるものと期待して入院したことを知っており、右手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、ほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血をするとの方針を採っていることを説明しないで右手術を施行し、患者に輸血をしたなど判示の事実関係の下においては、右医師は、患者が右手術を受けるか否かについての意思決定をする権利を奪われたことによって被った精神的苦痛を慰謝すべく不法行為に基づく損害賠償責任を負う。

- 19) 山本顯治「法主体のゆくえ」日本法社会学会編『法社会学 第64号』有斐閣 p.10 2006年
 20) 奥田太郎「特集 人間の尊厳と生命倫理へのコメント」ホセ・ヨンバスト他編『法の理論27』成文堂 p.132~133 2008年
 21) 加藤摩耶「医療行為と被害者の承諾」『広島法学 26巻3号』p.253

- 22) 山崎康仕「死の迎え方と自己決定権」ホセ・ヨンバスト他編『法の理論 26』成文堂 p. 96 2007 年
- 23) 葛生栄二郎「ハビトスとしての人間の尊厳」ホセ・ヨンバルト他編『法の理論 26』成文堂 p. 120 2007 年
- 24) 同上 p. 121
- 25) 同上 p. 122
- 26) 名古屋高等裁判所 昭和 60 年 4 月 12 日 下民集 34 卷 1-4 号 p. 461
- 27) 最高裁判所 平成 4 年 9 月 22 日 第三小法廷判決 民集 35 卷 10 号 p. 1369
- 28) Michael Polanyi, *The Tacit Dimension*, Glouster, Mass, 1983 葛生栄二郎「ハビトスとしての人間の尊厳～人間の尊厳とケア倫理～」ホセ・ヨンバルト他編『法の理論 26』p. 117 2007 年