

「要保護法主体像の新たな理論構築 に向けて」

東北福祉大学

総合マネジメント学部

准教授 菅原好秀

<目次>

序章 研究の背景・方法と目的・意義

第1節 研究の背景・方法	……5
第2節 研究の目的と意義	……8
第3節 作業仮説の全体の概観	……9
1 新たな「要保護的法主体」像から理論体系を示した判例	……9
2 ナラティブからの「要保護的法主体」概念の考察	……13
3 ケア概念からの要保護的法主体概念の考察	……17

第1章 「要保護的法主体」と日常的言説におけるナラティブとの関係論

第1節 「要保護的法主体」と日常的言説におけるナラティブとの関係論	……26
1 原告側が弁護士を解任し、本人訴訟で勝訴した「医療過誤訴訟」	……29
2 本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務	……38
(横浜地方裁判所 平成17年3月22日)	
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	……40
(福岡地方裁判所 平成15年8月27日)	
第2節 「要保護的法主体」と「感情性」におけるケア概念の関係論	……41

第2章 「要保護的法主体」と「心身の状況に応じた介護」における

ナラティブとの関係論

第1節 裁判官の「心身の状況」における判断基準	……47
1 控訴審における「心身の状況」の新たな判断基準	……47
①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）との比較検討	……49
②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）との比較検討	……50
③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）との比較検討	……50
2 「要保護的法主体」の「心身の状況」と安全配慮義務との関係論からの施設運営のあり方	……51

(1) 見守りについて	……52
(2) 「要保護的法主体」における施設側の今後の対応策	……53
① 「ヒヤリ・ハット」した情報の共有化	……53
② 事故後の連絡体制の充実	……55
③ 研修制度の充実	……55
第2節 「要保護的法主体」の背景としてのリスク論	……58
1 「要保護的法主体」におけるリスク論	……58
2 ベックのリスク論	……59
3 ルーマンのリスク論	……65
4 リスクの構造的要因の分析	……66
5 介護サービスのシステム論	……71
第3章 「要保護的法主体」における「最善の利益」論	
1. エホバの証人事件（最高裁判所判決平成12年2月29日）	……76
①介護老人保健施設入所者の骨折にかかる裁判例	……78
（福島地方裁判所白河支部 平成15年6月3日）	
②デイサービス利用中の行方不明にかかる死亡事故	……78
（静岡地方裁判所浜松支部 平成13年9月25日）	
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	……79
（福岡地方裁判所 平成15年8月27日）	
第4章 介護事故裁判事例の施設側の勝訴判決の意義と「要保護的法主体」	
第1節 施設側を勝訴判決に導いた背景	……80
1 「要保護的法主体」における「ケア概念」「ナラティブ」	
「最善の利益」「尊厳」からの考察	……80
(1) こんにゃくの食材の提供について	……80
(2) 「保護的ケア」における食事における監視体制および監視状況	
についての考察	……82
(3) 救急救命措置についての考察	……83
第2節 誤嚥事故防止による今後の施設運営のあり方について	……86
1 介護サービスに求められるサービスの基準の確立	……86
2 サービス内容の説明と理解の徹底	……86
3 苦情解決制度によるリスクの防止策	……87
4 リスクマネジメントと利用者の人権尊重との調和	……92

終章 要保護的法主体像の新たな理論構築に向けて	……101
-------------------------	-------

(1) 作業仮説のための補助資料（介護事故裁判事例集）

①介護老人保健施設入所者の骨折にかかる裁判例	……107
（福島地方裁判所白河支部 平成15年6月3日）	
②デイサービス利用中の行方不明にかかる死亡事故	……112
（静岡地方裁判所浜松支部 平成13年9月25日）	
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	……118
（福岡地方裁判所 平成15年8月27日）	
④老人保健施設における誤嚥による介護事故	……125
（横浜地方裁判所 平成12年6月13日）	
⑤特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故	……138
（横浜地方裁判所川崎支部判決 平成12年2月23日）	
⑥特別養護老人ホームに入所中の高齢男性が朝食中に食事をのどに詰まらせて窒息死した事案につき、損害賠償請求が棄却された例	……144
（神戸地方裁判所 平成16年4月15日）	
⑦特別養護老人ホームにおける誤嚥死亡事故	……153
（名古屋地方裁判所 平成16年7月30日）	
⑧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	……161
（東京地方裁判所 平成12年6月7日）	
⑨送迎中の転倒・骨折死亡事故	……172
（東京地方裁判所 平成15年3月20日）	
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	……181
（大阪高等裁判所 平成18年8月29日）	
⑪ボランティアの見守り義務違反による転倒・骨折事故	……186
（東京地方裁判所 平成10年7月28日）	
⑫本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務の裁判例	……192
（横浜地方裁判所 平成17年3月22日）	

(2) 作業仮説における補助資料

要保護的法主体における裁判官の法的手法と意義

……200

参考文献

……204

序章

研究の背景・方法と目的・意義

第1節 研究の背景・方法

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2746万人となり、総人口に占める割合（高齢化率）も21.5%となっている。5人に1人が高齢者という本格的な高齢社会を迎えている。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「要保護的法主体」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在しうるのではないかと思う。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に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、「要保護的法主体概念」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が法的判断のなかで要保護的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「要保護的法主体」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。「要保護的法主体」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。原告側が、「要保護的法主体」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。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。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、要保護的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、要保護的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」に現れている。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「要保護的法主体」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「要保護的法主体」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。

次に「ケア概念」の視点について論じる。前述のように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ため、「理性的判断能力という理性知」が人間の本源性とみなされてきた。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主体像の問いかけとして、それを「要保護的法主体」と同定した。この「要保護的法主体」の基底層の分野を構成する要素として、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という人間観から出発し、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」に依拠したケアをすること・ケアをされることへの本源的欲求はあらゆる人間関係の始点であって、この欲求が人間の存在の喜びに由来するのである⁷⁾。このように「要

保護的法主体」の基底層の分野を構成する要素としてケア倫理が存在する。このケア概念には、現実的には、「介護のケア」、「看護のケアリング」「医療のケアリング」「保護的ケア」「自立的ケア」として具現化されている。

以上が 研究の背景・方法である。

<脚注・引用文献>

- 1) 山本顯治 (2006)「法主体のゆくえ」日本法社会学会編 『法主体のゆくえ』法社会学第 64 号 有斐閣 7 頁 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 (2006)『法解釈の言語哲学』 勁草書房 3頁 帰結たる命法において、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 (2007)『アブダクション 仮説と発見の論理』 勁草書房 119頁
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・前掲1) 2頁
- 5) 北村隆憲 (2004) 「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 60頁
- 6) 和田仁孝 (2001) 「法廷における法言説と日常的言説の交錯」 棚瀬孝雄編『法の言説分析』ミネルヴァ書房 70頁
- 7) 葛生栄二郎 (2007) 「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 119頁

第2節 研究の目的と意義

「要保護的法主体」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人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¹⁾。

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。

そもそも介護事故が裁判に発展するという事は、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十分な情報共有と相互理解ができないために問題を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「要保護的法主体」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、留意すべき点があるのかを介護事故の裁判例の「要保護的法主体」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。

以上のように利用者の生活そのものがリスクの対象となるという特殊性から、介護事故裁判過程を通じて示した、利用者の広い「要保護的法主体」概念に通底する部分を抽出、理論化、体系化し、新たな「法主体概念」像を浮かびあがらせ、現代的な「要保護的法主体」概念を立証することを目的とする。

<脚注・引用文献>

1) ウヴェ・クリック (2007)『質的研究入門』 小田博志他訳 春秋社 11頁

第3節 作業仮説の全体の概観

1 新たな「要保護法的主体」像から理論体系を示した判例

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結びつけ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、要保護的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が明らかにした。

(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¹⁾ 補助資料①）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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、自ら汚物処理場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の不備が民法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²⁾ 補助資料②）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」の存在を明らかにした。

①2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、廊下をうろう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施設の設定構造においては、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利用者が施設を出た場合であっても、見守りの注意義務違反を認定した。また、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³⁾ 補助資料③）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」の存在を明らかにした。

①95歳の利用者（要介護度Ⅳ）は、施設職員が来客対応のために見守りをしなかったわずかな時間の中に、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いたとしても、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野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施設職員が来客対応のために、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があるとした。

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、静養室で昼寝の最中に尿意を催せば、自ら起き上がり、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 平成12年2月23日⁴⁾ 補助資料⑤）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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を、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⁵⁾ 補助資料⑦）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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」こと自体を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⁶⁾ 補助資料⑧）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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、「深夜移動させられた3階の別室には部屋に寝具が用意されておらず、埃がたまっており、しかも、介護職員から声もかけられずに数時間放置された」こと自体を施設職員の過失認定の要因とした。

②3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⁷⁾ 補助資料⑨）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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、同人の移動の際に常時介護士が目を見守りながら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転倒・骨折事故（東京地方裁判所 平成10年7月28日⁸⁾ 補助資料⑩）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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、右介護を行うにあたっては、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44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の裁判例（横浜地方裁判所 平成17年3月22日⁹⁾ 補助資料⑪）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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の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っても、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¹⁰⁾ 補助資料⑫）について、次の判例の視点で「要保護的法主体」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、介護職員が説得だけを繰り返しても、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るとした。

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¹¹⁾）について次の判例の視点で「要保護的法主体」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。

2 ナラティブからの「要保護的法主体」概念の考察

(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 補助資料①）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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被告記載の調査表によれば「日中トイレにて排泄して尿と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「要保護的法主体概念」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 補助資料②）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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踪に気づくまで3分程度であった。

②利用者は、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ことがあり、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過失の原因がある。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「要保護的法主体概念」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 補助資料③）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も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。

③52回目の施設利用で初めて、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「要保護的法主体概念」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 平成12年2月23日 補助資料⑤）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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ブ的な視点が「要保護的法主体概念」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死亡事故（名古屋地方裁判所 平成16年7月3日 補助資料⑦）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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、施設職員は、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考えたナラティブ的な視点が「要保護的法主体概念」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 補助資料⑧）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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」と言っていたにもかかわらず、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原告は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、施設側は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か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原告は約13年にわたり当該利用者とは実質的夫婦関係を継続してきた。当該利用者の失明後は原告がその介助を行い、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「要保護的法主体概念」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 補助資料⑨）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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「要保護的法主体概念」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転倒・骨折事故（東京地方裁判所 平成10年7月28日 補助資料⑩）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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」という語りが、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「要保護的法主体概念」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 補助資料⑪）について、次の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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、転倒防止のため原告の介助をしようと考えた。

②利用者に、「ご一緒しましょう」と声をかけると、「一人で大丈夫」と言われたが、介護職員は、「トイレまでとりあえず、ご一緒しましょう」と言い、本件トイレの入口までの数メートルの間、右手で杖をつく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、歩行の介護をした。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回の拒絶があっても、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「要保護的法主体概念」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 補助資料⑩）について、以下の判例の視点でナラティブの考察から「要保護的法主体」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と、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得る。

本件事例では、介護職員が説得だけを繰り返しても、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「要保護的法主体概念」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 ケア概念からの要保護的法主体概念の考察

(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 補助資料①）について、以下の判例の「介護ケア」の考察により、「要保護的法主体」の存在を明らかにした。

判旨では「ポータブルトイレの清掃に関する介護マニュアルの定めが遵守されていなかった施設の現状においては、当該利用者ら入所者がポータブルトイレの清掃を頼んだ場合に、施設職員が、直ちにかつやく、その求めに応じて処理していたかどうかは、不明であるといわなければならない。したがって、入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務に違反したと本件事故との間の相当因果関係を否定することはできない」とした。この「施設職員が、直ちにかつやく、その求めに応じて処理していたかどうかは、

不明である」ということから利用者と施設職員の介護ケアにおける「ケアすること・ケアされること」への本源的欲求の不一致により「要保護的法主体」を明らかにした。

次に本件事案の「ケアすること・ケアされること」という、この本源的欲求の不一致の背景を分析した。施設側から利用者へのサービスに関しては、「依然として介護保険法施行以前の『介護は措置であり、入所者は介護の客体である』という認識」¹²⁾が施設側に存在している。

その背景には「排泄物の処理を忘れても、ナースコールを押してくるだろう。たとえ、利用者が勝手に処理場に捨てにいった転倒しても、介護要員に任せ、自ら行わないように、との指導をしていたのであるから責任は問われないだろう」という価値判断が施設側の過失を認定する裁判官の「下位命題」を形成したと思われる。排泄物の処理という「人間の尊厳」¹³⁾に関わる行為に対する施設側での認識の甘さが露呈されたといえる。また、「毎日定時にポータブルトイレの処理を行っていたわけではない当該施設では、損害賠償請求の可否以前の問題として、入所者一人ひとりの目線に立った介護だったといえるか、との疑問を禁じ得ない。またそもそも、定時に処理すべき契約上の義務の存在を前提とした場合、施設職員の行った行為の正当化は契約論としては難しい」¹⁴⁾といえる。

入所者はかかる後始末等についてことさら遠慮がちになりやすい、施設職員に頼みにくいという当然の前提を施設側が十分に理解し、「自らサービスの質の評価を行い、サービスは常に入所者の立場に立って提供すべきという介護の基本理念が忠実に実行されていれば、上記の施設側の主張も存在しない」¹⁵⁾といえる。利用者にとっては残存能力を活用し、自分でできることは自分で行き自己実現を図っていくことは自然の流れといえる。忘れられた排泄物の後始末をどのようにするか、という根本的な問題は、利用者に決定権があるといえる。特に、女性にとっては、日常欠かせない排泄物の後始末を担当者に頼むことはことさら遠慮がちになりやすく、担当者がポータブルトイレの清掃を忘れた場合には、むしろ利用者としては自分で捨てに行くことは当然の帰結といえる。しかも、「入所者は高齢者であるだけに、介護サービスの提供をいわば恩恵であると受け止め、遠慮がちになりやすい傾向がある」¹⁶⁾ことを施設側では十分に認識する必要がある。

本件事例では、ポータブルトイレの清掃を利用者が、危険を冒してまで捨てにいった事実を分析すると、施設側としては事前に、当該利用者が排泄の処理を行う場合に、自分で行う意志がどの程度あるのか、ナースコールなどで処理を頼む場合の心理的な負担はどの程度あるのか。ナースコールで呼んだ場合に、処理にかかる時間を利用者はどの程度予定していたのか、どの時間帯の排泄処理を一番気にしていたのか、という具体的な利用者の心理状態を予見し、当該利用者の態度・行動様式を因子分解するという「介護ケア」の本質を理解する必要が求められている。このような利用者の心理状態を予見することは、「人間そのものにかかわる臨床心理領域の事例であるため、臨床心理の領域に関する研修制度の充実」¹⁷⁾が施設職員には必要である。

(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 補助資料②）について、以下の判例の「保護的ケア」の考察により、「要保護的法主体」の存在を明らかにした。

判旨では「保護的ケア」において、出入り口は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。このように、最善の設備を整えたにも関わらず、たまたま、1階廊下の窓の網戸が開かれたままの状態となっていることが、失踪の構造上の原因となった。この窓が開いていたという「保護的ケア」の不十分さが、「要保護的法主体」を明らかにした。

次にこの事案において、職員が窓を開けていた背景や今後の対応について考察する。徘徊者がいるにも関わらず窓を閉めなかったのは、出入り口は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という最新の設備を整えており、人の出入りが予定されていない窓から脱出することはないであろう、という判断が施設側に存在していたことを否定できない。しかし、ベッドから降りられないように柵をする、窓全体に鉄格子を張る、などの「空間的」拘束を伴う対策を講じることは、夜間や早朝などの人的なサービスが乏しい場合には必要であるかもしれないがQOL(Quality of Life)などの視点から問題が生じる可能性が強い。

さらに、ベッドまたは車椅子に縛るなど身体拘束の対策を講じる、または、オムツ外しなどを防ぐ拘束の一種である「つなぎ服」を着用すれば、人権侵害の問題も生じる可能性がある。

このことから、窓枠のところに赤外線センサーを設置して、危険があれば反応して、瞬時に緊急連絡が職員に伝わるシステムや、窓枠の下の部分に手すりを設けて乗り越えにくくする、窓枠に植木鉢をおいて出入りしにくくする、あるいはトイレ介助の際にその場を離れる場合には開いている窓があればロックするなど、可能な限り人権侵害が生じないような配慮の下に「木目細かな・手間のかかる対応」¹⁸⁾が施設職員には必要である。

「要保護的法主体」に対して、利用者の「保護的ケア」のためには、木目細かな・手間のかかる対応をすることが求められるが、どのような「保護的ケア」の視点が必要であろうか。利用者のQOLの充足が施設側には求められるが、利用者本人の生きる意欲や介護者自身が生きる意欲をどうもつかに関わるといえる。諦めや犠牲ではなく、前向きに介護問題と取り組むことが重要になってくる。そのためには、要介護者、介護者の「自己実現サービスをケア方針およびケアプランの中に位置づけること」¹⁹⁾が必要となる。

「保護ケア」の視点としては、鉄格子の設置や利用者をベッドまたは車椅子に縛るなど身体拘束の対策を講じる、さらに、「つなぎ服」のような刑務所的な発想はなるべく控えるべきである。行方不明となった時期が5月21日と考えると、季節的に新緑に包まれた、風が薫るいい時期であるため、徘徊防止のため施設内の窓をすべて閉じることは避けるべきである。前述のように、利用者の方が園芸などで花を植えたプランターなどを出入りしにくいように窓のそばにおいて置くだけで、見栄えもよく、窓からの脱出、徘徊防止にもつ

ながるといえる。

さらに、事例の場合のような失語を伴う重度の老人性認知症の利用者の行動範囲を、ある程度予測できるような施設職員の能力の向上も必要であるといえる。

本判例では、従来「保護的ケア」の物的サービス要件として考えられていた、「出入口の設備は、2つのアルファベットと6、7桁の暗証番号の設置、または大きなベルとブザーが鳴る仕組みになっている」、「法令等に定められた限られた適正な人員の中でデイサービスE型事業を実施している」、という主張は認められないとした。さらに、「利用者を最後に見かけてから失踪に気付くまで3分程度」、サービスの人的人数が少なく他の利用者のトイレの介助をしながら当該利用者を注視することは「サービスに従事している者にとって過大な負担となる」ような場合であっても、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、と認定した。

「保護的ケア」の新たな視点としては、他の女性2名のトイレ介助の際に当該利用者を見かけたとき、同人に遊戯室に戻るよう促すだけでなく、当該利用者の挙動も注視する必要があった点まで求めているのである。思うに、この施設職員にとって、徘徊の可能性のある利用者がいても、出入口にはブザーや暗証番号の入力などの設備が整っているから、1、2分程度、注視していなくても問題がないであろうという過信があったことは否定できない。しかも、9名の利用者に対して、施設職員は2名という人員の中では確かに要トイレ介助の女性をトイレに連れて行ったりするかたわら、当該利用者の挙動も注視しなければならないことは過大な負担ではある。しかし1、2分程度であれば、施設職員が徘徊している当該利用者をトイレの途中まで連れていき、注視しながら他の女性のトイレ介助することは可能ではなかったかといえる。

このように、今回の裁判例から介護サービス上、考えなくてはならないのは、安全上の設備がいくら充実していたとしても、最後は人的サービスをどの程度費やしたかが重要となるという点である。この裁判を通じて徘徊のおそれがあるため、注視しなければならない利用者がいる前でその場を離れる場合には、出入りが可能な窓が開いていないかを、常に意識的に確認しておくことが必要であることが分かる。また、常時見守り専門の職員を配置し、ブザーなどの設備は失踪防止の最後の砦として、福祉器機に頼ることのない人的なサービスの向上が何よりも必要であるという発想の転換が今後必要である。

福祉器機はあくまでもツール(道具)であって、福祉機器を動作させ、最終的決断を下すのは人間の裁量、価値判断、創造力である。「シュミレーションもサイバー・スペース(仮想空間)の産物であって、それを現実にもどのように応用し、実体に沿って生かすかはすべからず人間の英知、創意、人間的価値裁量に委ねられている」²⁰⁾といえる。

したがって、社会科学が科学性を標榜する以上、多種多様な情報を福祉機器というツールによって緻密に情報処理し、それを基に裏打ちされた予測性、予見性に立ちつつ、利用者援助実践を展開することこそ必要になってきているのである。

また、今回の事例では職員の過失と死亡との間の相当因果関係が認められないとして、

遺族固有の慰謝料等が認容されるにとどまったが、これは施設から遥か離れた砂浜に死体となって打ち上げられるにいたった経緯が全く不明である点から、施設職員の過失と当該利用者の死との間の相当因果関係を認めることができない、としたものである。ただ、施設外で特に考えられる事故としては交通事故であるといえる。

利用者の大半は下を見て歩行するため、交通事故の危険性が極めて高いといえる。また、今回は海岸で発見されたが、森の中や人混みの中に入れば、迷子になる可能性があるため、失踪した場合には、過去の当該利用者の行動パターンを分析し、捜索するルートを事前に確認するというマニュアルの整備も必要であるといえる。今回の事例では当該利用者は多人数にいる場合には、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ことがあり、施設職員も当該利用者の上記状態を把握していた。つまり、行動の特徴を施設側は把握していたにも関わらず、防止対策をとらなかつたといえる。逆にいえば、事前に帰宅願望があることを予見できたのであれば、当該家族の協力を得て、徘徊した場合の行動パターンを分析していれば、徘徊して、行方不明になった場合の責任まで施設側の責任は問われなかつたといえる。

今後は「保護的ケア」として必要なことは、利用者個人の属性の行動パターンを分析し、少ない職員の人的配置の中での合理的な方法を事前に準備し、万が一に備えて、当該利用者に「迷い札」を設置して、地域住民の協力を事前にとっておくことも必要であろう。ただ、この「迷い札」も人権侵害にならないように配慮が必要である。また最近では、子どもの防犯上の観点からカーナビゲーションなどのGPS機能を利用して、今現在どこにいるのかを把握できる携帯電話がある。この機材を利用する方法もあるが、前述のように、福祉器機は最後の手段という発想が「保護的ケア」の視点からは必要であろう。

(3) 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 補助資料②）について、以下の判例の「自立的ケア」の考察により、「要保護的法主体」の存在を明らかにした。

本件においては、介護職員のトイレまで2度「ご一緒しましょう」という声かけという「保護的ケア」に対して、その都度、利用者は「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。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、という「自立的ケア」を求め、「要保護的法主体」を明らかにした。

本判決では、安全配慮義務の内容が説明義務とともに説得義務までを要求している点で、一般的基準に照らして高度な安全配慮義務を要求している。

社会福祉法第3条では「福祉サービスは、個人の尊厳の保持を旨とし、その内容は、福祉

サービスの利用者が心身ともに健やかに育成され、又はその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるように支援するものとして、良質かつ適切なものでなければならない」と規定している。この規定には、利用者の自己決定を尊重し、残存能力を活用するという理念が存する。つまり、「サービスの自己選択・自己決定といった個人の尊厳、人間性の尊重という考え方」²¹⁾が、介護の基本理念といえる。本来施設は、利用者の生活の場であるため、利用者にとっては施設の生活空間としての快適性、安全性への配慮と同時に、残存能力の活用や自立性への配慮が必要となる。一方、施設職員にとっても、仕事の能率性・効率性、快適性への配慮があれば利用者への安全性の配慮が一層充実できるといえる。このように、利用者の配慮と同時に職員への配慮こそが、施設内の事故を減らすためには必要不可欠といえる。利用者のもつ残存能力を最大限に活かし、自由で安全に過ごすことができるように支援することが、本来の施設の基本理念といえる。本件事例において、利用者の本来の残存能力を活用して、少しでも自分のことは自分の力で行うという施設サービス提供者側の基本理念からすれば、介護職員の申し出に対して利用者が介護の拒絶をしている以上、たとえ介護事故が生じたとしても、施設側の責任は軽減もしくは免除されるべきようにも思える。この利用者のトイレ介助の拒絶において介護事故が生じた場合にも、施設側が責任を負担するという判旨では、「自立的ケア」という利用者への「主体性への配慮」がどの程度あったのかを施設側に問いかけているように思える。利用者への主体性に配慮しつつ利用者の残存能力を最大限に活かし、施設側の努力によって利用者の能力をいかに引き出すかが重要である。

(4) エホバの証人事件（最高裁判所判決 平成12年2月29日 前述参照）について、以下の判例の「医療ケアリング」の考察により、「要保護的法主体」の存在を明らかにした。

本件事案では医師が、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ていたにもかかわらず、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の方針を採っていることを説明しないで輸血をし、患者の自己決定権の侵害をしたという「医療ケアリング」の考察から、「要保護的法主体」を明らかにした。

本件事案ではたとえ手術により患者の生命が保持できたとしても「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」ており、医師が患者に十分な説明をしないで輸血をし、患者の輸血をしたくないという自己決定権が侵害されたこと自体に過失を認定した。日本国憲法第13条には幸福追求権が保障されている。幸福追求権は幸福の定義は人それぞれが異なるため、「追求権」が「追い求める」と規定されている。つまり、幸福はひとから与えられて享受するのではなく、自ら幸福を自己選択し、自己決定するという権利が保障されている。自己決定権とは「各個人が一定の重要な私的事項について、公権力等の干渉を受けることなく自ら決定する権利」ということができる。換言すれば、「他人の生命・身体・権利を侵害しない限度において、自己に属する事柄を自ら自由に決定することができる権利」ということである。

この自己決定権を保障するためには、相手方に十分な説明と同意(インフォームドコンセント)が必要となる。本件の事案でも、生命の保持と患者の自己決定権の尊重の比較において、自己決定権の範囲を広く認めたことになる。

判例は生命の保持という「医療ケアリング」と自己決定権の関係性において、「本人の最善の利益」の強調点は「最善の」にあるのではなく、あくまでも「本人の」にある、とする。すなわち、自己決定権論には、①本人が決定を下すこと、および、②本人の利益に関わる決定を下すこと、という二つの柱があるということである。「本人が決定を下すこと」が満たされるように「本人の利益に関わる決定を下すこと」という規範的圧力の下になされることが、「要保護的法主体」の実践的含意である。たとえ、「利用者の意思が推測すらできない状態」にあって、本人の利益に関わる決定を下すことの遂行が著しく困難であるとしても、「要保護的法主体」を判例は、「本人の意思とは関係なく実現されるべき最善・最高の価値」などというものにストレートになだれ込むのではなく、むしろそうした価値を、本人の利益に関わる決定を下すことを可能な限り満たそうとしているか否かという基準によっているのである²²⁾。

<脚注・引用文献>

- 1) 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(2006)「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 6-34頁
- 2) 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(2006)「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 35-48頁
- 3) 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(2006)「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 49-83頁
- 4) 横浜地方裁判所川崎支部 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(2006)「特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故」 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 155-165頁
- 5) 名古屋地方裁判所 平成16年7月30日 平成14年(ワ)第2028号 損害賠償請求事件 最高裁ホームページ <http://courtdomino2.courts.go.jp>
- 6) 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(2006)「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 84-105頁
- 7) 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(2006)「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 166-183頁

- 8) 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。大竹榮
(2006) 「ボランティア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 184-196頁
- 9) 横浜地方裁判所 平成17年3月22日 判例時報 1895号 91頁
- 10) 大阪高等裁判所 平成18年8月29日 『賃金と社会保障』(2006) 1431号 旬報社 41-45頁
- 11) 東京高等裁判所 平成10年2月9日(判時1629号 p34) 東京地方裁判所 平成9年3月12日 判例タイムズNo.964 82頁 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 158頁以下

「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。

12) 加藤博史 (2003) 「介護保険施設内事故と訴訟」 『賃金と社会保障』 1353号 旬報社 52頁

13) 菊池馨実 (2003) 「老健施設入所者の骨折にかかる裁判例」 『賃金と社会保障』 1351・52号 旬報社 110頁

14) 菊池馨実・前掲13) 110頁

15) 加藤博史・前掲15) 52頁

16) 加藤博史・前掲15) 52頁

17) 志田民吉 (2001) 「社会福祉法上の苦情解決制度について」 東北福祉大学研究紀要 第26巻 12頁

志田教授は苦情解決制度として大切なことは、「地域で継続的に生活を行えること」を担保することであると、第三者委員の選考基準としては、いわゆる「肩書き」にとらわれることなく、「地域生活」という特性を理解し、地域生活の向上に貢献できる点を挙げている。

18) 菊池馨実・前掲13) 106頁

19) 大橋謙策 (2005) 「ケアマネジメントシステムとコミュニティソーシャルワーク」 『コミュニティソーシャルワークと自己実現サービス』 万葉舎 36-38頁

20) 太田義弘 (2002) 「援助の戦略と技術」 太田義弘・秋山薊二編著『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光生館 146頁 コンピューター利用やその情報処理方法は非人間的で人間性の希薄化の代名詞ではなく、人間関係や人間味を重視する社会福祉実践のために福祉機器として駆使することは人間的行為を揺るがすものではない、とする。

21) 大橋謙策 (2006) 「コミュニティソーシャルワークの機能と必要性」 『長崎県地域福祉実践研究セミナー報告集』 42頁

22) 奥田太郎 (2008) 「特集 人間の尊厳と生命倫理へのコメント」 ホセ・ヨンパルト他編『法の理論27』 成文堂 136頁

第1章

「要保護的法主体」と日常的言説におけるナラティブとの関係論

本章では、裁判官の法的判断において、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に「日常的言説におけるナラティブ」「ケア概念」が介在し、裁判官の法的判断のなかに、「要保護的法主体」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、下記の裁判例を素材に明らかにしていく。

第1節 「要保護的法主体」と日常的言説におけるナラティブとの関係論

「要保護的法主体」の判断基準において裁判官は原告・被告側の法的言説と日常的語りのどちらを重視して判断しているのだろうか。

裁判官の法的判断には有限の法文しか含まれない中で、その適用結果が無限に広がるという印象を持っている。例えば、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これにより生じた損害を賠償する責任を負う」という民法第709条の条文は特定の事件の解決について定めたものではなく、すべての「他人の権利を侵害した」事件に適用され、その都度の判決を正当化できるものだと考えられている。法文から具体的な結論を導出し、体系的連関を築くことによって有限と無限のあいだに架橋する手段として、法的三段論法を典型とする法的判断が想定されることになる¹⁾。

法的三段論法では、「他人の権利を侵害した者は損害賠償責任を負う」という法文、「被告Aが他人の権利を侵害した」という事実、「ゆえに、被告Aは損害賠償責任を負う」という判決、となる。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た演繹によって必然的に導出されたものである。そのため、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継承され、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²⁾。しかし、法文それ自体を起源と想定することが望ましい結果を導かない場合がある。そこで、無限に広がる帰結の根源として法文の具体的な定式ではなく、法文に込めた意味というものを想定し、それを解明する作業が解釈として定位される必要がある³⁾。その解釈として定位する方法の一つとして「要保護的法主体」という概念がある。

介護事故や医療訴訟という紛争処理においては、日常的に生起する生の紛争が法文という法的コードに適合する形への加工を経て主張として構成され、かつ法的コードに従った法適用がなされるというのが、一つの理念的な見方である。確かに、訴訟の現場では、本人尋問、証人尋問、陳述書など、さまざまな機会を捉えて紛争をめぐる日常的な語り

出することも事実である。しかし、こうした訴訟過程に現出する日常的語りは、法的言説にとっては外在的なものとして位置づけられ、法理念的には「事情」や「間接事実」に関わるものとして、体系的な知のシステムたる法のなかに回収され得ると捉えられていた。すなわち、法廷に現出する語りや言説は、法的判断を志向しており、かつ法という枠内を通してそこに縮減されていた。

しかしながら、この「要保護的法主体」の概念の創出により、法廷に現出する日常的な語りのインパクトは、そのような静態的で体系的な位置づけを超えて、そこに関わる様々なアクターに深い影響を及ぼしているように思われる。実際、「間接事実」「事情」に関わる語りはもちろん、それにさえ含まれないような日常的な語りや言説さえ、その法理論上の従属的位置をいくら強調しようと、現実には密かに法的評価のなかに浸透し、主たる規定因として法的判断の帰趨に決定的影響を及ぼしているように思われる例が多数存在している⁴⁾。

つまり、現代的訴訟において、判例は施設利用者や患者を「要保護的法主体」と位置づけている。「要保護的法主体」をカテゴリー化することは、事実の単なる記述を超えて、「要保護的法主体」をめぐるさまざまな言説が、対象者を「問題」として構成し、帰結に決定的な影響を及ぼすのである。「要保護的法主体」の言説が帰結の法的思考過程を構成する。「要保護的法主体」は、原告・被告・裁判官という他者との関わりのなかで、他者が思い描くイメージとぶつかりあい、すりあわされるなかで、形づくられていく。つまり、「要保護的法主体」は他者との関係性という社会過程を通して構成される。「要保護的法主体」を構成するうえで、言語が決定的な役割を果たすことを意味する。「要保護的法主体」は、言語の網の目によって維持され、一定のまとまりをもつものとして経験される。言語の体系にそって「要保護的法主体」は理解される。被害者の語りという日常的言説が物語の形式をとることによって、意味の一貫性とまとまりを獲得するのである。

さまざまな出来事のなかから、重要な出来事とそうでない出来事が区別されて、出来事と経験の連鎖がひとつの物語となったとき、「要保護的法主体」を構成するのである。「要保護的法主体」は、日常的言説が語られるたびにその都度、変形され更新される可能性をもっている。「要保護的法主体」が新しい何かと出会うことで、いままでの「要保護的法主体」が微妙に変化し始め、しばらくするうちにかなり違ったものになることがある。つまり、「要保護的法主体」は常に変化する可能性をもち、日常的言説が語るたびに語り直され別の「要保護的法主体」へと展開する可能性をもっている。「要保護的法主体」の変化は「語り」の変化をもたらし、「語り」の変化は「要保護的法主体」の変化をもたらしているのである。

「要保護的法主体」は、セオリーによって構成されるのではなく、「語り」や「ケア概念」によって今、生きようとする人々の存在を構成している。「要保護的法主体」を構成している「語り」「ケア概念」「尊厳」「最善の利益」などさまざまな要素を描き出すことによって、裁判官は、判決という帰結に影響を及ぼしているのである。

また逆に、法廷に現出する日常的言説も、まさに法廷という場、およびそれを言説的に構築している法的言説によって強く規制され浸潤されつつ構造化されている。しかしながら、こうした日常的言説と法的言説の関係は、しばしば対立的に位置づけられるに留まり、その暗黙裡の相互浸透関係については必ずしも十分な検討がなされているとはいえない⁵⁾。

さらにこの法的言説と日常的言説との交錯は、法廷という場における、そして「法廷という場の意味」それ自体についての各アクターの「解釈」を前提とする言説コントロールをめぐるある種の権力と抵抗のせめぎあいの場でもある。このせめぎあいのなかで、日常的言説と法的言説はいかなる形で媒介され、相互に影響しあっているのだろうか。

本章は、これら法的言説と日常的言説の相互浸透ないし相互構築関係とそこに発現する権力の動態を読み解いていこうとするものである。ここでは、医療過誤事件の過程、当事者と弁護士の間、法廷での言説と語りを素材として、原告・被告が交わす法的言説と日常的言説の交錯とせめぎあいの構造を、介護事故裁判例を比較・分析することにより、「要保護的法主体」において、「語り」という日常的言説が裁判官の心証に影響を及ぼしていることを検証する。

<脚注・引用文献>

1) 大屋雄裕「法解釈の言語哲学 クリプキから根元的規約主義へ」勁草書房 p3 2006年 大屋教授は、三段論法と法的三段論法は、以下のような対応関係があるとする。

<三段論法>	大前提	人間は死ぬ運命である。
	小前提	ソクラテスは人間である
	結論	ゆえに、ソクラテスは死ぬ運命にある。

<法的三段論法>	法文	人を殺した者は、死刑に処する。
	事実	被告Aは人を殺した。
	判決	ゆえに、被告Aを死刑に処する。

2) 大屋雄裕 (2006) 「法解釈の言語哲学 クリプキから根元的規約主義へ」勁草書房 3頁

3) 大屋雄裕・前掲2) 4頁

亀本洋 (1990) 「法解釈の理論」 大橋智之輔・三島淑臣・田中成明編 『法哲学概要』青林書院 225頁 亀本教授は「法の解釈とは、法規範の意味内容を解明する作業である」とする。

4) 和田仁孝 (2001) 「法廷における法言説と日常的言説の交錯 ―医療過誤をめぐる言説の構造とアレゴリー― 棚瀬孝雄編著 『法の言説分析』 ミネルヴァ書房 43頁

5) 和田仁孝・前掲4) 43頁

1. 原告側が弁護士を解任し、本人訴訟で勝訴した「医療過誤訴訟」

当時17歳のMが医療過誤によって死亡した事案において、原告側が弁護士を解任して、本人訴訟で勝訴した「医療過誤訴訟」¹⁾がある。この裁判では、提出書類の内容や和解の是非をめぐって、訴訟上の法的戦略の観点から主張や解決案を構成しようとする弁護士と、「被害者の親」としての固有の立場から問題を定義していこうとする当事者との間に齟齬が生じ、弁護士解任にまで至るといった経過が見られた。その背景には、弁護士と被害者の親との間に、被害者の「語り」という日常的言説の認識の相違があり、弁護士を解任し、本人訴訟という形式がとられた。素人という不利な立場にもかかわらず、裁判官の心証形成に被害者の親としての「語り」が影響を及ぼし、裁判官に「要保護的法主体」像を形成させ、勝訴に導いた事例である。

事案は、当時17歳のMが、自動二輪車で帰宅途中、不法駐車中の貨物自動車に接触して転倒、顔面・腹部をはじめ全身を強打した。Mは翌日吐血し、母親であるXは「内臓が破裂しているのではないか」と問うたが、主治医(二名)の返答は「鼻血を飲み込んだものだ」「打撲だから大丈夫」ということであった。また同日、腹部X線検査、CTスキャン検査を実施したが、十二指腸後腹膜破裂をうかがわせる気腫像が見られるのに、主治医らは結果的にこれを看過している。以後、十二指腸後腹膜破裂を疑うことなく、治療は打撲としての処置に留まり、食事を取るよう指導している。しかしその後、体温の上昇、白血球の急増、腹部痛の訴えが続いたため、X線写真を撮影。そこには穿孔性腹膜炎による異常ガス像が見られたが、主治医はこれも異常ガス像とは考えず、それまで通りの鎮痛消炎剤を投与するに留まった。それでも容態が好転しないため、主治医のひとりには腸管損傷を疑い、胃・十二指腸の造影検査を行う。このとき十二指腸からの造影剤漏れが確認され、十二指腸破裂が初めて医師によって確認された。ただちに絶食絶水を指示し、開腹手術が行われたが手遅れであった。主治医は緊急再手術が必要であると申し出たが、既に不信感を募らせていた両親は別の病院へMを転院させたが、死亡した。

原告側弁護士は、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をしている²⁾。原告側弁護士は、「やはり、紛争は早期に解決された方が客観的な利益に合致するだろうと考えてるんですね。早期に解決して、しかもその中身として、民事裁判というのは勝ち取れるものというのは金銭賠償しかないわけですから、できるだけ原告の負担を、いろんな意味で、精神的にも物質的にも、少しの負担の上で、短い時期に最大限の賠償額を勝ち取ることが客観的な利益だろうと」³⁾と主張した。

このように、原告側は最大限の金銭賠償を勝ち取り、和解による確定的獲得を最重要とする考えが当初、法廷を支配していた。その金銭賠償の和解という専門的な法的言説が、専門家としての弁護士に事件処理へのプロ的見通しをもたらした。これら法的言説やそれと連動する医学的言説は、当事者の個別具体的な体験を捨象し、脱文脈化することで構成

されていたのである。

つまり、依頼者を弁護士解任へと導いた本件事案の背景には、息子が亡くなった真実を知りたいという依頼者側の思いがあったのである。その思いを察することなく弁護士は、金銭賠償という和解を導くために、弁護士が自ら依頼者の目的実現の忠実な道具となり、法の操作的な目的を依頼者に押し付けたのである。法律家の視点を無意識のうちに固定化していくことへの抵抗感が、依頼者の根底には存するのである。

弁護士が教導しつつ先行する言説構成の形式、内容は、それ自体、「専門性対日常性(専門家対素人)」という図式を前提に「専門家による弱者の救済」という「善意に満ちた」しかし実は「権力的」な物語を喚起している。また、一般的に「法による秩序の形成」という物語をもそこに内在させている。そのため、通常、それに違和感を抱きつつも多くの当事者は異議申し立てすることなく、その個々の体験に根ざす「声」は抑圧されていき、法の進行過程において、被害者の声を専門的言説が打ち消してしまう可能性が生じてしまう⁴⁾。

弁護士が「短い時期に最大限の賠償額を勝ち取ることが客観的な利益だろう」という視点にたっていることは、微細な権力の行使であり、専門職のコミュニケーション定義を貫徹させ、弁護士と依頼者という特殊な関係を作り上げているのである⁵⁾。

弁護士—依頼者関係の本質的な専門性のギャップからくる権力性と「法の問題は法で解決するのが正しい」という法イデオロギーという法的言説の相関的な作用の中で、依頼者の生きる世界から法の意味付けを語らせない、あるいは語っても聞かないという抑圧が現れているのである⁶⁾。

しかし、依頼者の語る物語には、生活に根を下ろした力強さがある。依頼者は、弁護士から合理的な案が示されたとしても、気持ちがついていけるかどうかは生活の論理(日常的言説)であって、納得ができないものは受け入れられないというその最後の線で権力をもつのである⁷⁾。法がいかに自律的なものになっても、最後には、それは人々の現に生きている世界の中で妥当しなければならないというそのことのゆえに、その生活の論理と折り合いをつけることが必要となるのである⁸⁾。

つまり法的言説よりは、日常的言説のほうが裁判官の心証に影響を与えているのである。

例えば、徘徊による行方不明死亡事故の介護事故裁判事例において、敗訴した施設側の法的言説として、「被告は、法令等に定められた限られた適正な人員の中でデイサービスE型事業を実施するものであり、亡Eの上記失踪経過に照らしても、亡Eが被告施設から失踪したことに過失はない」(静岡地方裁判所浜松支部 平成13年9月25日 補助資料②)という主張が見られる。このことは、国が定めた法定等の基準を満たした人員で、サービスを提供しているから問題はないという施設側の法的言説が読み取れる。しかし、判決では、このような法的言説を直接の争点とはせず、当該利用者の「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ことがある」という日常的な行動様式を争点とした。このことは法的言説より、日常的言説が裁判官の心証に影響を与

え、「要保護的法主体」像を構築した。つまり、日常的な行動様式を争点として施設側に徘徊の予見可能性を認定し、「要保護的法主体」を構成したのである。

さらに、誤嚥事故による介護事故裁判事例で敗訴した施設側の主張に見られる法的言説には、「朝食直後の意識喪失について、咳やうめき声がない、Aの様子を見たときに口の中に食物がなかったこと、自分が経験した他の窒息者の場合とAの様子が異なることなどを理由として、Aの死因は窒息ではない」（横浜地方裁判所川崎支部 平成12年2月23日 補助資料⑤）、という医学上の「窒息の有無」を争点として、専門的な医療言説を内包させていた。判決では、施設側の日常的業務において、緊急時には、まず家人に連絡をして、その指示を受けることになっている点を争点として取り上げ、一刻を争い、生命にかかわるような場合にまで、家人への連絡を優先させるとの意味であるならば、家人への連絡に手間取るなどして、適切な処置をとることが不可能となってしまうことも考えられるのであり、そのような硬直した体制を取っていたこと自体にも問題があったとした。このことは医療言説という専門的言説ではなく、「緊急時に家人に連絡するより、生命を保持する適切な処置をすべき」という日常的言説が「要保護的法主体」像を構築したのである。

本件医療過誤の被害者の両親は、何通かの陳述書の提出を弁護士から拒否され、また和解の方針をめぐる意見が食い違ったことを受けて、弁護士を解任し、本人訴訟の道を選ぶ。以後、その準備書面には法的言説を意識しながらも、日常的言説が横溢していくことになる。

法的言説のレベルでは、訴訟の目的は損害賠償請求権に基づく賠償の支払いである。しかし、原告側弁護士の語りに表れた「弁護士から見た原告にとっての最善の解決」、すなわち「早期に最大限の賠償額を獲得すること」と、原告本人が考える訴訟の目的および「最善の解決」と差異が生じている。原告にとっての訴えの目的は、例えば次のような言葉として語られている⁹⁾。

①「私共が訴えたのはよくよくの事だと理解してください。この裁判を通じて、第二、第三の犠牲者を二度と出さないため安易な妥協をせず、徹底的に本件過誤を追求してもらうつもりでいますし、それが世のため人のためになればと思っています」（陳述書その四）

②「助けてもらえると信じていたのに、若い命を医療過誤によって救命してもらえることができず、さぞ本人は無念だったと思うんです。なぜあの子は死ななければならなかったのか、私は真実が知りたくて提訴しておりますが……」（丁主治医への証人尋問）

この「なぜあの子は死ななければならなかったのか、私は真実が知りたくて提訴しております」というわが子がなぜ死んだのか、死んでもやむを得ない理由が何であったのか、という問いが遺族の中に動き出しているのである¹⁰⁾。

こうした語りは、さまざまな事件の被害者にある意味で共通するパターンを示しているといえるかもしれない。これらの語りを読み聞くととき、さまざまな解釈を行うことができる。これらの語りが結びつくには、ベクトルの異なるさまざまなものがあり得るからである。例えば、われわれはそこに、「親子」をめぐる物語に基づいて、かけがえのない子供

を理不尽な形でなくした親の悲痛な「声」を聞き取ることができるかもしれない。ここでは訴えの目的をめぐる複数の解釈可能性が明示的、黙示的に提起されている。

法は抽象的な命題の背後に、具体的な出来事をつないだパラダイム事例をその語りとして持っているのである¹¹⁾。

当事者がまず、事実を主張し、証人がそれを裏付け、そして裁判官がそれを聞いて心証を形成するその一連の事実認定過程において、各関係者の、それぞれ断片的な出来事を一定のプロットのもとに配置し、それを意味ある事実として構成していくその営みが、そこで遺族の生の声という消去されない状態で、認定される事実に着する形で法の中に入ってくることは、法を一般に考えられるよりもはるかに人間くさいものにするのである¹²⁾。

法がこのように物語を通じて、各当事者の断片的な出来事を自分の経験として語るとき、人間くさい道徳的な評価が織り込まれ、生活空間を貫通している規範と接触することになる。「なぜあの子は死ななければならなかったのか」、この遺族による息子の「死」までの語りそのものが、当事者を交渉しつつ将来志向的に問題の解決を図っていく可能性を裁判の中に取り戻し、裁判官を交えて事後的に確認していくのである¹³⁾。この現時点での事実の事後的な確認作業が当該問題の解決という展望的な関心を反映するのである。

原告当事者は次のような経過を明らかにしている¹⁴⁾。

①「一晩中、いわゆる急性腹症という、本当に海老の状態ですけれども、4時頃に私は三回ほどナースステーションにコールしたんですけれども、出てこられた先生は一人だけ、脳外科のCTを見てくださった先生がただ診に来ただけです」(K医師証人尋問での原告)

②「吐血をしたので医師には内臓破裂と違いますかと何度も尋ねましたが、心配せんでいいですよ、打撲やから、と言われ内心安堵もしました。被告側書面では、随所に痛みを訴えなかったとありますが、これは嘘です。診断書やカルテ、看護師の記録にも毎日圧痛がある旨、記録されており、Mも終始痛みを訴えて……」(原告陳述書その一)

このような原告の体験に基づく語りは、過失判断を争う語りのフィールドが、きわめて専門的な医学用語と知識の地点から、日常的な現場の情景へと力点を変えているように見える。医療過誤事件において双方の弁護士によって粛々と進められていた専門知を鍵とする応酬は、本人訴訟への移行を契機に、体験に基づく日常感覚的で個別的な語りに強く浸潤されていっている。

裁判官は必ずしも法と事実から結論を三段論法的に推論していただくだけではなく、事実が結論に合うような形で語られ得ることが、裁判の正当性の形式を維持しつつ、現実妥当性を確保していくことを可能ならしめるのである¹⁵⁾。

語りにおいて、依頼者は法について直接に語るのではなく、あくまでも紛争について語っているのであり、弁護士も紛争の実体を構成する人そのものに向き合い、法の自律性に内包される法と人との関係だけではなく、紛争の実体を日常的な実践に帰結していくのである¹⁶⁾。

弁護士、依頼者、裁判官の関係が、法の要件というスリットを通じてしか関わらなかったものから、人と人との関係論の視点に根を下ろすことによって「法をいかに語り、聞かか」というメタレベルの関係へとコミュニケーション定義が変容しているのである。

腹部痛の訴えが自製の範囲内であり穿孔性腹膜炎を示すものではなく、また吐血についても消化管からのものでないとする被告側の専門的言説を駆使した主張も、「海老のように身体を曲げ苦しみながら腹痛を訴え吐血した」という原告の体験の語りの前で、縮減されている。ただ、専門用語を駆使して語られる言説も、医学という領域、そして訴訟という場であって必ずしも信頼できるとはいえず、むしろ「親の子を見るまなざし」という体験の語りをもつ説得性が浮かび上がってくるのである¹⁷⁾。

法ははじめに要件にあてはまる事実が認定され、それに対して一定の法的効果が付与されるが、物語的に事実認定を考えると、「腹痛を訴え吐血した」という事実を「海老のように身体を曲げ苦しみながら」腹痛を訴え吐血した、というように、語りにより意味づけがより明らかになり、すなわち、どの事実をどのように強調して話すかによって事実認定の印象が大きく変化するのである。物語の組み立て方によって裁判官の裁量に影響を与えるのである。単に客観的な真実のみを法廷で再現し、事実を認識し、それに基づいて普遍的な法則命題を確立することを科学的な営みとしてきた事実認定作業が変容しているのである。

被告側弁護士の言説では次のように主張された。すなわち、「本件の問題の所在や裁判所の和解勧告の趣旨、被告の対応の真意を十分に理解されていた原告代理人を解任した後の原告らの訴訟活動は、次々と大量の文書を提出したが、核心に触れるものは少なく、いたずらに混乱させるだけであった。そこでは主張と立証の区別も定かでないし、立証の必要さえ理解されていなかったのは残念である」（被告第六準備書面）。

ここでは、現行の訴訟構造や法専門家の活動形態が当然の前提とされ、その視線から、そうした知識のない原告の語りの意義が一方的に否定されている。法専門家にとって「核心に触れない」と意味づけられた問題こそ、当事者にしてみれば「核心」そのものだったのである。弁護士解任は、原告側の訴訟にかける想いの真摯さを示す傍証としての意味をもつ可能性もある。なぜなら、単に無謀というわけではなく、戦略にたけた弁護士を解任しリスクを冒してまで訴えたい何かがあることをその行動は示しているからである¹⁸⁾。

法律は、世俗的出来事の細部を通じて化体・明細化していくとともに、その法律のもとにあるとされる事件もまたわれわれの世界の出来事としての地位を精緻化され、そして、明細化され精緻化される過程を同時に語るのである¹⁹⁾。

被告側は当初、医療技術上の専門言説に依拠しつつ法的争点をめぐって争うという形を取っていた。

専門的言説では、専門家による専門的スキルを適用した解釈を実践し、難解な法律用語が散りばめられた契約文書の中から種々の法的リスクやアドバンテージを読み取る。その専門家が長年の勉強と研鑽によって培ってきた専門家としてのフレイムによって「現実」

を、非専門家とは異なった形で読み取るのである。

しかし弁護士解任を経て本人訴訟に移行し、原告側から体験に根ざしたさまざまな日常的言説が呈示されるのに対応して、被告側も従来に加え、原告の日常的語りへの批判的応答を行うようになっていった。具体的には、法的専門知識に欠ける素人の語りへの優越的な位置からの抑圧的批判に加え、金銭賠償の獲得を志向して勝手な論理により節度なく相手を攻撃し責任を追及することが一般的になっている。

被告側が従来の法的言説に加え、原告の日常的語りへの批判的応答を行うようになっていったことは、原告という他者の語りを被告自身の語りの中に、要素として包含していることを意味しているのである。本件が法的言説から日常的語りへ変容してきたのは、利害の対立や価値の対立のように、単純な「語り」対「語り」の対立構図だけではなく、相手方の語りは、自身の語りを構成するひとつの要素として自己の語りの中に取り込まれているからである。そして、その取り込んだ相手方の語りの中には、また自身の語り固有の解釈の仕方に取り込まれている。そこには、相互に相手の、あるいは別の関与他者の語りを、解釈を通じて包含した、複雑な語りの錯綜が見られるのである。

語りは、他者の語りを関係性という要素として含みつつ構成されるという構造をもつ。語りは、話し手が自由にストーリーを作り上げることのできるいわゆる文学の領域に属するものと考えられてきたのに対して、現代の語りは、歴史的な記述や社会科学、精神分析的な現場など、広汎な人間的な営みという関係性の中で、物語を発見していくものである²⁰⁾。

紛争とは、相互の語りの不安定化した状況であり、包含された他者（相手方）のそれとの齟齬が存在している状況である。そして、不安定化した語りを安定化させていこうとする営みが紛争行動であり、紛争解決行動である。その紛争解決行動の一つとして裁判官の心証形成において、「要保護的法主体」という新たな主体像が構築されているのである。

本件の被告側弁護士の語りは、直接の法的争点とは関わりがないものにより、法専門家によってこそ適正に勧められる訴訟を攪乱し、身勝手な素人論理によって過大な責任追及、賠償請求を行う原告というイメージを構成することで、一方で「公正な法専門性」「専門家による公正な訴訟運用」を喚起し続けているのである。こうした原告のさまざまな言説は、まさに節度がなく計算高い当事者の一方的な語りであるとされている²¹⁾。

しかしながら、そうした可能性を排し、原告の語りをより説得性のあるものとして解釈させるのは、やはり原告の体験そのものに根ざした語りの「迫力」そのものである。それは、「不慮の死による苦悩」の物語や、その背景にある「親と子」の物語を聞き手に喚起させるような迫力をもった「位置づけられた語り」にほかならない。

①「虫が知らせていたのかMは被告病院に入院中、幾度となく、お母さん、こんな病院あかで。阪大かどっかへ代えて、と訴えていました。かわいそうなのは死亡寸前まで意識がはっきりしていたことです。（転院した）病院では、既に手遅れの状態でなすすべはなく、死亡寸前、Mは指で×印のサインを出し、もうあかん、と最後を知らせました」（原告陳述書その一）

②「あの子は最後の末期の水も飲むことができず、かわいそうな子でした。全部最後MRSAにかかってましたから。意識は最後までありました。お母さん、ここ水入れて、のどゆすぐからと水をいれてやり、のどをゆすいで全部先生の言われたとおりにぴいっと出して、数時間後にこう手でペケのサインをして死んでいったんです。意識はちゃんとあったんですよ。その苦痛というのは考えられますか」(K医師証人尋問における原告)

③「うそで逃れようとも真実が分かろうとも、もう子供は帰ってくることはないのです。子供を亡くした親の気持ちは、つらくて苦しくて、どうしようもありません。ただ唯一の親の慰めは、誠意をもって真実を表してくださることじゃないですか」(丁医師証人尋問における原告)

これらの語りは、個人的な体験の語りでありながら、普遍的な「理解」をもたらすのである。当初の弁護士の訴状における「甲病院にて死亡した」という簡単な記述、それに続く「Mの損害」という数式に支配された無機的な記述、そうした淡々とした脱文脈的な記述からは得られない「理解」を聞き手はこの語りのなかに読みとるのである。これらの語りによって喚起される「不慮の死をめぐる苦悩」と「親と子」の物語は、原告のすべての語り収束する扇の要のような位置にある。この物語を共有することによって、聞き手は原告による「訴えの目的」「医師の対応」「弁護士解任」等の語りに整合性と、決して節度を欠くのも理不尽でも貪欲でもない、真摯な想いを読みとることになるのである。

また、これらの語りが証人尋問や本人尋問において両親のうち、母親によって遂行されたことがさらに喚起される「母と子」という位相をつけ加え親子関係を強化している。その語りは、まさに母親という「位置」ないし「形式」において、より強い喚起力を獲得しているのである。

しかしまた同時に、扇の要が、個々の扇の骨組みなしには存在し得ないように、この中心的な説得性は個々の部分的語りに依存していることも看過してはならない。すなわち、この「母と子」「不慮の死をめぐる苦悩」といった中核的な説得性は、逆に「腹痛の訴え」の語りなどによって補強されているのである。すなわち、この中核的語りとは個々の語りは、相互に部分が全体を、全体が部分を構成し規定しているような再帰的性格をもっているのである²²⁾。過去の裁判例、立法、法的議論の総体を有機的な統一体として把握し、今ある事件を統合させるという、部分を総合して得られる全体の枠組みと、その全体を文脈として意味づけられる部分との循環的な関係を物語から読み取ることができるのである²³⁾。

法的言説の支配する法廷が、このような日常的言説の喚起力を柔軟に取り込むことによって、ひとつひとつの事件の読み方が変わってくる可能性は、ここからも明らかである。法的言説が日常的言説に優越するという前提のもとでは、さまざまな形でこうした日常的言説の喚起力の抑圧が生じてしまう。例えば、被告側が試みた「賠償金目当ての計算高い医療裁判の当事者」像は、実は医療過誤をめぐる問題を「金銭賠償」の枠組みでしか扱えない(扱わない)法制度と法専門家側が、そもそもそれを訴訟利用者に押しつけていることから生じてくるものである。前述のように原告側弁護士の「民事裁判というのは勝ち取れ

るものというのは金銭賠償しかないわけですから、少しの負担の上で、短い時期に最大限の賠償額を勝ち取ることが客観的な利益」という言葉が、まさにすべてを象徴している。

原告側にしてみれば、本来の目的が何であれ、この種の訴訟は金銭賠償請求として構成せざるを得ないのである。別の問題を取りあげようと試みれば、「核心に触れない」あるいは「訴訟になじまない」ものとして一方的に切り捨てられてしまうし、法専門システムの枠組みにしたがって金銭賠償訴訟として組み立てれば、賠償金目当てというレッテルを貼られるというジレンマがここにはある。こうした損害賠償請求訴訟の原告に対するよくある批判は、まさに法専門性をもつ傲慢さと自己撞着を一面で表している。また、同時にそれは、脱文脈化されているはずの法専門家による法的言説も、常に一定の日常的言説を喚起し活用していることの一例でもある²⁴⁾。

本件原告は次のように述べている。

「親の気持ちといたしましては、子供に先立たれて、しかも救命の可能性があり、ほかの病院では助かっていた事案ですので、これは経験したものでないと理解できません、してもらえないと思います。また子どもの命をお金に算定するという事は心苦しいことですし、Mがほんとに可能性を秘めた17歳の若さでいったということと、ミスによって死に至るまでのMの悔しさ、そういうものを思いますと地球より重い人の命といわれますが、ほんとにこれは値で勘定できるものではないと思っております」（原告本人尋問・母）。

「私共は判決を希望していますし、その理由は、最初にも陳述しているとおり、私共から事実経過を説明する場を保証してほしいし、過誤原因の究明とそれに基づく謝罪であって、表面的な金銭的賠償だけでは済ませたくないからです」（原告陳述書その四）

このような提出書面、本人尋問、当事者の語りの中の個別体験に根ざす日常的な言説が「要保護的法主体」を構成させ、日常的語りと法的言説の間に架橋を行い、裁判官の心証形成に、感情や困惑、利害など、無数の要素が渾然一体となり、矛盾さえはらむ形で現実を構成し、「要保護的法主体」像という新たな法主体像を構築しているのである。

以上、医療過誤の日常的語りについて論じたが、その点を踏まえて、次に2つの介護事故裁判例を挙げて、介護事故の「日常的語り」が裁判官の心証にどのように影響を与えているのか、検証する。

<脚注・引用文献>

- 1) 判例時報 1620号 104-111頁
- 2) 和田仁孝(2001)「法廷における法言説と日常的言説の交錯 ―医療過誤をめぐる言説の構造とアレゴリー― 棚瀬孝雄編著 『法の言説分析』 ミネルヴァ書房 56頁
- 3) 1997年6月13日関西地区放映 毎日放送「映像90本人訴訟」
- 4) 和田仁孝・前掲2) 58頁
- 5) 西坂仰(1992)「エスノメソドロジストは、どういうわけで会話分析を行うようになったのか」好井裕明編『エスノメソドロジーの現実』世界思想社 23頁

社会の秩序は、あらかじめ確固とした構造として存在し、人の行為を規律するというよりも、人々が日常的に出来事を説明し、しぐさ、身振りを相手に向かって行い、また、それを相手に理解され、支持されるといった人々が行う日常的な相互作用のその一つ一つにおいて協同的に達成される観点を取る。そこから、この協同的な秩序の形成において働く微細な権力作用も観察可能となるのである。

- 6) 棚瀬孝雄（1995）「語りとしての法援用」『民商法雑誌』111巻6号、887頁
- 7) 宮川光治（1992）「あすの弁護士 ―その理念・人口・養成のシステム―」宮川光治『変革の弁護士（上）』有斐閣 5頁 本件では弁護士解任という形で、最後の線で権力をもつのである。可視化されて状況的権力として顔を出すところで、対等化、すなわち依頼者がその法援用に対して有意義な統制の可能性を回復する展望を得ようとするのである。
- 8) 棚瀬孝雄（1994）『現代の不法行為法 ―法の理念と生活政界―』有斐閣 295頁
- 9) 和田仁孝・前掲2) 59頁
- 10) 棚瀬孝雄・前掲6) 869頁
- 11) 松浦好治（1983）「法的推論 模範例による法思考」長尾竜一・田中成明『現代法哲学』第1巻 東京大学出版会 167頁 法のパラダイム事例と今、目の前にあるケースとが同じ規範的处理を受けるだけの同一性をもっているかどうかは、一般に対象相互の類似性あるいは差異を認識するさいの判断形式である隠喩（メタファー）に依拠しているとされる。
- 12) 棚瀬孝雄・前掲6) 868頁
物語として自分の経験した出来事を語るとき、そこには道徳的な評価が織り込まれてくるのであって、法は直接にその人々の生活空間を貫通している規範と接触することになるのである。
- 13) 井上治典（1993）「ある不動産取引の分析」『民事手続論』有斐閣 141-169頁
- 14) 和田仁孝・前掲2) 61-62頁
- 15) 穂積忠夫「法律行為の解釈の構造と機能」『法学協会雑誌』77巻6号 613-616頁
- 16) 廣田尚久（1993）『紛争解決学』信山社 166頁 210頁
- 17) 和田仁孝・前掲2) 62頁
- 18) 和田仁孝・前掲2) 64頁
- 19) 檜村志郎（1992）「法学的探究の社会組織」好井裕明編『エスノメソドロジーの現実』世界思想社 96頁 出来事の記述と規範的な評価とは日常的な語りの中では不可分なものとして同時に存在しているのである。
- 20) 棚瀬孝雄・前掲6) 866頁
- 21) 和田仁孝・前掲2) 66頁
- 22) 和田仁孝・前掲2) 68頁
- 23) 石前禎幸（1989）「物語としての法」『思想』777号 64-87頁
- 24) 和田仁孝・前掲2) 69頁

2 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 補助資料⑫)

本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務が問題とされた事例では、聴覚障害3級で、要介護度Ⅱの88歳の女性の原告の陳述書に、「私は、元気に老後を過ごすための施設に行ったことによって、逆にかえって楽しく生活することができなくなってしまいました。それがとても残念です」¹⁾とある。この日常的言説の中には、元気で老後を過ごすために施設に入所したにもかかわらず、なぜこのような転倒・骨折が起きたのか、その真実を知り、謝罪を求めることが金銭賠償以上に原告が求める主目的であることが現われている。この真相究明と謝罪を求めるという日常的言説は、前述の医療過誤の事例と同様である。

本件は、2002年7月1日午後三時半ごろ、帰りの送迎車を待つ間、いつものように広い身体障害者用トイレ(洋式便器)で用を足そうとソファから立ち上がった。当時85歳の利用者に「一緒にしましょう」と二級ヘルパーの資格をもつ女性介護職員が声をかけた。「ひとりで大丈夫」という返事に、職員はさらに「トイレまでとりあえず一緒にしましょう」と言い、右手で杖をひく当該利用者の左腕を持って介助するなど見守った。このとき歩行は不安定ではなかったと判決はいう。職員がスライド式の戸を半分開けたところ、利用者は中へ入り、「自分ひとりで大丈夫だから」と内側から自分で戸を完全に閉めた。「あ、どうしようかな」、「戸を開けるべきか、どうするか」。職員は迷った。しかし、出たあとにまた介助しようと、トイレから数メートル離れた洗濯室へ行き、乾燥機からタオルを取りだそうとした。そのとき、「痛いよ」と叫び声がトイレから聞こえ、戸を開けたところ、当該利用者が右足の付け根を床に打ちつけ横転していた、という。

本件では、この「一緒にしましょう」「自分ひとりで大丈夫だから」という被告・原告の日常的語りが争点となった。

身障者用トイレは車椅子が使いやすいよう、手すりは便器のすぐ横にだけある。入り口から便器まで1.8メートル。そのあいだで倒れてしまった。その結果、当該利用者は要介護度Ⅳになった。ポータブルトイレを使わざるを得なくなり、排泄介助は、身体にはふれない介助という間接的援助から、身体にふれて行う介助である直接的援助に悪化した。

後遺障害の慰謝料や付き添い介護費用など約4千万円の損害賠償を社会福祉法人に求めた。職員がトイレの中にまで入る安全配慮義務があったかどうかである。

排泄は人間の尊厳にかかわる最大のプライバシーである。施設側は、なぜ身障者用トイレを利用してはいけないのか、それまで使っており、本人が入ろうとするのを押しとどめる理由はない、とした。介助・見守りは、①トイレの入り口まで、②便器への移乗まで、③着衣の上げ下し、終わったあとの始末までの三段階あるが、杖をついて歩くことができるため、①の介護範囲の利用者である。「本人がトイレ内での介護を不要と戸を閉めた。その意思を無視してまで介護せよとの主張は、いままで介護福祉の中で培われてきた『自立支援ケア』の倫理を大きく揺るがす」²⁾と主張した。

原告側は、「身障者用トイレより遠いが、一般のトイレへ誘導すべきだった。もし身障者用トイレ以外にないなら、職員は中に入り、便座近くの手すりにつかまるまで付き添い、歩行を見守るべきだった。それから退出してもよかったはずである。もともと転倒注意の対象だったのだから」と高度な注意義務を要求していた。

判例の考える「要保護的法主体」と社会福祉サービスの利用関係は、サービス提供者に高度の契約履行責任が課される。つまり、善管注意義務（民法644条）を越える高度な内容の安全配慮義務・危険防止責任が課され、利用者は危険から逃避する権利を持つのである。サービス提供にあたり高い倫理性が求められるほか、お年寄りには危ない目に遭わない権利を持つと指摘している。安全配慮義務違反について判例では「原告は杖歩行が可能だったとはいえ、転倒する危険性がきわめて高い状態であり、被告は、介護契約上の安全配慮義務として、送迎時や施設内にいる間、転倒することを防止するため、歩行時において、安全の確保がされている場合等特段の事情のない限り、常に歩行介護する義務を負っていた」と判示している。

当該利用者の手を引くか、腕や身体を支えるか、あるいは直近で見守るかなど方法は問わない。危ないと思われるときは、「常に」見守りをと、注意義務を厳しく求めていた。安全だという思い込みによる「みなし介護」を非としている³⁾。

さらに、「意思能力に問題のない要介護者が介護拒絶の意思を示した場合、介護義務を免れる事態が考えられないではない。しかし、そのような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なければ、介護義務を免れることにはならない。職員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ておらず、介護を受けるように説得もしていないのであるから、歩行介護義務を免れる理由はない」とした。横浜地裁は右のような評価で、後遺障害の慰謝料や付き添い介護費など約1253万円の支払いを法人に命じた。

この判決では「専門的見地から意を尽くして説明し、介護を受けるよう説得すべき」という「専門的見地」から法的言説を要求するとともに、「意を尽くす」ところに日常的語りを求めている。この場合の「意」を「尽くす」という文言が強調されていることから、個別の体験に根ざす日常的な言説が「要保護的法主体」を構成させ、日常的語りと法的言説の間に架橋を行い、裁判官の心証形成に、「要保護的法主体」像という新たな法主体像を構築させたことを示している。

<脚注・引用文献>

1) 横田一（2007）『介護が裁かれるとき』岩波書店 102頁

2) 横田一・前掲1) 同上 104頁

3) 横田一・前掲1) 同上 107頁

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 補助資料③)

本件では施設側の改ざんの「語り」と隠蔽工作のための「日常的語り」が争点となった。本件の介護サービス中の見守り義務違反による転倒・骨折事故¹⁾(福岡地方裁判所 平成15年8月27日 補助資料③)における詳細な事故状況は次の通りである。本件施設は、84歳から102歳の7人が利用していた。6人は食堂兼機能訓練室にあるソファで食後の談笑のひとつときを送っていた。95歳の当該利用者(要介護度Ⅳ)だけ隣接する静養室で昼寝しており、他の全員を二人の職員で見守っていた。「こんにちは」と玄関で客の声がしたため、先輩の職員がそちらへ立ち、もう一人の40代の看護師は静養室から死角の位置で机に向かって日報を書いていた。職員が応対を始めた直後、静養室において、昼寝からさめた当該利用者が自分で体を起こし、自力ではって移動し、約40センチ下の床へ落ち、転倒・骨折した。介護職員が玄関へ向かってから15秒後の事故である。転倒事故のほとんどが、目撃者がいないと言われている。介護職員は「まさか転倒するとは思いませんでした」、と主張した。

被告側が以前提出したデイサービス個人記録には、「午前中のおやつの時『いらない』とは言われるものの、口の中に入れてあげると食べられる。昼食も介助しつつ半分摂取される。午後は布団で昼寝される。13時40分頃、静養室での昼寝から目がさめて降りる時、転倒された。あつと言う瞬間の出来事で間にあわなかった」という記述があったが、裁判所に提出した個人記録には、「午後は布団で昼寝される」の部分は「午後は昼寝された」、「あつと言う瞬間の出来事で」の言い回しは「あつと言う間の出来事で」に書き換えられていた。この改ざんが施設の言い分の信憑性を失わせ、裁判所の心証を決定的に害した²⁾。

福岡地裁は、施設がお年寄りの安全な介護を尽くす一般的な義務があることを認めた上で、「事故当時の記録が書き換えられたものであったことにかんがみると、職員の証言は採用できない」と、当該利用者に470万円を払うよう施設に命じた。判決後、施設職員は、「より正確に伝えようと書き直した。そもそも裁判になると思わなかった。無知だった」。「骨折しなければ、家族にも、利用者にも違った生き方があったと反省している。ケア会議を積み重ね、見守りを徹底している」という³⁾。

原告の弁護士は「施設は事故をすぐに長女へ知らせていない。まず電話で『お母さんは体が痛いと言っているが』とぼかした話し方をし、病院に連れて行っていいかどうか様子を探ったふしがある。長女は『あす自分で病院へ連れて行く』と答えており、夕方、帰りが遅いので施設へ電話で問い合わせ初めて入院したことを知り、家族は愕然とした」という⁴⁾。この入院の事実を家族に知らせていなかったばかりでなく、病院で検査して異状がなければ、隠蔽していた可能性がある。

以上のように、記録の改ざん⁵⁾、このような隠蔽体質の日常的語り、改ざんの「語り」が裁判官の心証に「要保護的法主体」像を構築させたといえよう。

<脚注・引用文献>

- 1) 拙稿（2007）「介護サービス中の見守り義務違反による骨折事故の裁判例に関する研究 ～判例における社会科学的視点から～」東北福祉大学研究紀要第31巻 45-58頁
- 2) 横田一（2007）『介護が裁かれるとき』岩波書店 120-122頁
- 3) 横田一・前掲2) 123頁
- 4) 横田一・前掲2) 123-124頁
- 5) 犬飼健郎（2006）「法律実務化家から見た介護施設における介護事故」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」南窓社 218頁 この点犬飼弁護士は、責任を逃れるために記録を改ざんする等ということはあってはならないことで、刑事事件にもなりかねない違法行為であるとする。この点からも改ざんは裁判官の心証形成を悪くすることになる。

第2節 「要保護的法主体」と「感情性」におけるケア概念の関係論

「要保護的法主体」の構成要素として「ケア概念」を位置づけたが、そのケア概念を「感情性」、「感情労働」¹⁾として捉え、裁判官の心証形成に影響を及ぼした判例がある。

「当該利用者ら入所者がポータブルトイレの清掃を頼んだ場合に、施設職員が、直ちにかつ快く、その求めに応じて処理していたかどうかは、不明であるといわなければならない」（福島地方裁判所白河支部 平成15年6月3日 補助資料①）という「直ちにかつ快く」という文言に裁判官の介護職員にケアに対する「感情性」が窺われる。ポータブルトイレの清掃が「本件事故当日たまたま何らかの理由により行えなかったという場合で、日常的に施設職員と当該利用者との信頼関係が構築されていたのであれば、契約上の義務違反と損害との間の相当因果関係が否定された」²⁾のである。ケアは「感情労働」の一つであるため、ケアの「感情性」を介護職員が全く欠いてしまった本件ケアではケアでなくなることを判示している。

では、信頼関係の構築には、どのような感情性が必要になるのであろうか。それは、サービス提供者である施設側が利用者に対して、「あなた自身を大切にし、大事に思っています」という感情や語り（ナラティブ）を相手に伝える姿勢である。つまり、利用者を多数の利用者のうちの一人と位置づけるのではなく、自分の家族のように一人ひとりが大切な利用者であるという受容的な姿勢こそがケアの感情性である。ここでいう受容とは、単に利用者の感情や思考をそのまま受け入れることではなく、「利用者に非審判的な態度をとり、利用者の感情を受け入れつつ、自己決定を尊重し、自主的主体的にその態度や行動を変容

することのできるような脅威のない状況を醸成する」³⁾ ことである。

そのためには、サービス利用者個人、あるいはその家族を丁寧に個別に評価し、サービスの集団的、画一的提供をするだけでなく、その利用者や家族の「必要と求めと同意」⁴⁾ に応じて、個別相談方針を立てて利用者に「感情性のある」ケアを提供することである。福祉サービスを必要としている人が求めていること、必要としていることを、利用者の「感情性」を考慮して、福祉の専門家がキャッチし、利用者本人に必要とされていること、求められていることを専門的立場からの確に判断し、利用者が何を望んでいるのかということを確認して、その両者による「合意」形成に基づく実践が重要である。そして、「感情性」の顕在化である苦情解決制度の利用においても、利用者一人ひとりの苦情や要望のすべてに答えていくことが現実的に困難な場合にも、利用者に説明して納得を得るというプロセスが利用者との「感情性」を豊かにし、信頼の構築につながるのである。つまり事故の発生前の苦情段階において感情に対する適切な対応がなされていれば訴訟にまで発展していない可能性がある。

利用者の中には残存能力を活用しながら、「自分のことは自分でしなければならない」と考える人や「できるだけ他人の世話になりたくない」と考える人もおり、そのような利用者側の「感情性」も考慮に入れて、施設職員側が利用者個人を認識しておく視点を判例では提示しているように思われる⁵⁾。

つまり、排泄物の処理をナースコールでお願いするという利用者の心理的な感情性を考慮して、介護職員が3回に1回は汚物処理をしていなかったという「経験則データ」により、裁判官は「必要最低限の確立の値（心証度）」を形成し、介護職員が汚物処理を忘れたことと利用者の転倒・骨折という因果関係の証明度に「高度の蓋然性」を認め、利用者がポータブルトイレの清掃を頼んだ場合に、本件施設職員が、「直ちにかつ快く、その求めに応じて処理していたかどうかは、不明である」というケアの「感情性」から帰結を提示した。

ポータブルトイレの清掃において、単に「処理」「確認」「声かけ」のチェックをするのではなく、具体的に、どのような状況で処理し確認したのか、声かけでも、どのような言葉で声かけをしたのかという感情性を加味した詳細な記述がなされていれば、3回に1回は汚物処理を忘れるというような事態は生じなかったはずである。特に「声かけ」の感情性では、利用者にきちんと挨拶ができているのか、笑顔で接しているのか、敬語を使い、ゆっくり分かりやすい声かけを実施しているのか、利用者のペースに合わせているのか、視線を合わせているのか、利用者の反応を一つひとつ確認しているのか、などの「感情労働」としてのケアの本質から介護サービスを実施していれば、利用者との信頼関係が構築でき、少なくとも「ポータブルトイレの清掃を頼んだ場合に、本件施設職員が、直ちにかつ快く、その求めに応じて処理していたかどうかは、不明である」という裁判官の認定には至らなかったといえよう。

本件事例では、ポータブルトイレの清掃を利用者が、危険を冒してまで行った事実を分

析すると、具体的な利用者の「感情面」を予見し、当該利用者の態度・行動様式を因子分解するという配慮が求められている。このような利用者の「感情面」を予見する時に必要なことは、利用者は施設内にいるときは、常に監視されている、ということを認識することである。介護職員にはプライバシーが保障されていても、利用者には、ほとんど保障されていないのである。職員に監視されている状況の中で、利用者と介護職員との関係は「見られることなしに見る、見ることなしに見られる」⁶⁾という非対称性となっているのである。

利用者と介護職員の、非対称性という「強者」「弱者」の関係性の中で、介護職員は「個人が抱えている生活問題を解決するために、その人の生育史や心理分析も行うと同時に、その人や家族の生活全体の分析を通し、その生活が社会環境との間でどのような軋轢と課題を有しているかを明らかにした」⁷⁾上で、「医学モデルのように、身体的にどここの部位に病変があり、それはどのような要因で起きており、どのような治療法があるかといった部位に関して検査・分析をするのとは異なり、ソーシャルワーカーの診断法は社会福祉観、人間観に大きく左右される」⁸⁾という視点をもつことが必要である。

裁判という異常事態を避けるためにも、利用者の入所時においては、施設職員が利用者およびその家族に対して、施設内の利用について説明文書を用いて十分説明し、その中で、利用者の病状における施設内の問題点、リスクを十分説明し納得を得た上でも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という利用者および家族の「感情面」の理解を前提に、施設の入所契約を当事者が締結するべきである。入所後も家族に利用者の現状を常時報告し、家族が面会に来ない場合には、一方的に郵送などの形で報告して「信頼関係の構築」⁹⁾を図ることが施設側には求められる。

また、施設内部においても情報の共有化が今後非常に重要になる。具体的には利用者ごとの介護情報を管理して、その介護に関する最新情報や現在の状況を定期的にメールなどを利用して情報配信するということも有効である。介護現場では、日々変化する利用者の状況を知らないことに伴うリスクを未然に防止する意味でも非常に有益といえる¹⁰⁾。

このように、本件判例では「直ちにかつ快く」というケア概念の「感情性」「感情労働」の視点から考察していることから、「要保護的法主体」概念という新たな法主体像を構築していることといえよう。

<脚注・引用文献>

- 1) 市野川容孝 (2000) 「ケアの社会化をめぐる」 『現代思想 特集 介護 福祉国家のゆくえ』 青土社 vol. 28-4 123-125 頁
- 2) 菊池馨実 (2003) 「老健施設入所者の骨折にかかる裁判例」 『賃金と社会保障』 1351・52号 旬報社 110 頁
- 3) 古川孝順 (2005) 『社会福祉原論 第2版』 誠信書房 318 頁

古川教授は社会福祉の援助技術については、生活支援ニーズを理解し、援助の方向性を定め、援助関係とそこに起こる状況を制御するために必要とされる価値規範、一定の知識、技法（スキル）が必要である

としている。

この技法（スキル）において、コミュニケーション技法には言語コミュニケーション、準言語コミュニケーション（語調やアクセント）、非言語コミュニケーションの三つに分類できる。ここでは言語と非言語の二つのコミュニケーション技法について概説する（秋山薊二（2002）「アートとしての援助技法」 太田義弘、秋山薊二編著『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光生館 149-151頁）。

①言語コミュニケーション

これは言葉、対話を通し、利用者の問題解決活動への参加意欲、コンピテンス、エンパワーメントを促進することである。具体的には、多様な技法がある。

A促しの技法：利用者が積極的に話ることができるように導く技法

B傾聴の技法：利用者が語りかけ、訴えたいものの実体を集中して感受する技法

C共感の技法：利用者の本当の気持ちや感情を、感情のレベルで受け止め、理解する技法

D質問の技法：利用者に関心を開かせ、詳細を知るために必要な質問を適切に行う技法

E保証の技法：利用者が不安や恐れを抱いているとき、守り、支え、励まし、勇気づけていく技法

F沈黙の技法：利用者の言葉を黙って待つ技法であり、利用者に関心させ、熟慮させる技法

②非言語コミュニケーション

コミュニケーションは言葉（メッセージ）のみによって行われるものではない。「目は口ほどに物を言う」の諺が示唆するように、視線や表情などが言葉以上のものを微妙に語りかけてくることがある。そこで、対話を行うときに注意しなければならないのは、援助における利用者への態度である。援助関係の基本は利用者を温かく受け入れ、問題解決の意欲を喚起することであるので、表情、視線、態度、姿勢には次のような配慮が求められる。

A表情：利用者の緊張や不安を緩和するために柔和・温かな表情を表すように心掛け、温かさや心遣い、共感的な態度が読みとれるような表情をもつ必要がある。穏やかな微笑みがこのような雰囲気をつくり出すとされている。

B視線：視線は文化によってその解釈が多少異なるが、「視線を合わせる」ことは真剣さを表すとするのが一般的である。しかし、度を超すとジロジロと見られているという感じを与えてしまうので、緊張を高めないように、時々視線を合わせながら、肩から口・鼻の高さに視線を向けておくことが望ましいであろう。

C態度：利用者を温かく受容することが必要であることから、身構え、威厳を表すことのないリラックスした態度で臨むことが重要である。利用者の感情に付き合う態度、熱心に関わろうとする傾聴的態度、落ち着いた余裕のある態度が求められる。しかし、これらの気持ちが先走りして、過度の馴れ馴れしい態度は慎まなければならない。信頼ある親密な関係と馴れ馴れしさとは異なることを自覚しておかなければならない。

D姿勢：姿勢は無意識のうちに表れる態度の一部である。優劣・上下関係のない、安心して利用者が接することができるための雰囲気をつくらなければならない。そのためには、援助者は利用者と同じ高さにして、腕や脚を組むことをやめ、両手を正面に置き、上半身をやや前傾にして正面を向くのが好ましい。

以上大切なのはそれを用いる援助者の努力、技量、考察、臨機対応能力である。

4) 大橋謙策（2002）「地域福祉とコミュニティソーシャルワーク」『ソーシャルワーク研究 Vol.28』

相川書房 5 頁 大橋教授は社会福祉ニーズを把握、分析するにあたって、地域自立生活支援という場合の自立の捉え方、考え方が重要であるとしている。自立の捉え方としては利用者の幸福を追い求めるという「幸福追求権」を踏まえて、利用者の自立を尊重した幸福の枠組みと視点が重要であろう。

5) 拙稿 (2006)「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』南窓社 24 頁

6) 市野川容孝・前掲 1) 125 頁

7) 大橋謙策 (2004) 『『統合科学』としての社会福祉学研究と地域福祉の時代』 日本社会福祉学会編『社会福祉学研究 50 年の回顧と展望』ミネルヴァ書房 67 頁

8) 大橋謙策「地域福祉とコミュニティソーシャルワーク」ソーシャルワーク研究 Vol. 28 相川書房 p6
2002 年 大橋教授はソーシャルワークの機能が発揮できる社会システムをどのように構築すべきか、ソーシャルワーカーをどのように育てるかという社会福祉教育の問題等を提唱している。

社会福祉教育のあり方は、利用者の生活全般のサポートを考えると、人間の根幹を考察する必要があるため、社会学、経済学、哲学、心理学、教育学、法律学、医学など各分野の統合的視点が必要であろう。

9) 秋山薊二 (2002)「アートとしての援助技法」 太田義弘、秋山薊二編著『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光生館 147-151 頁

信頼関係樹立の技法としては、信頼を高めるためには、まず自分の立場、動機を明瞭に伝えることである。特に、利用や操作などの意図がないことをしっかりと理解してもらうことが必要である。第二に、「受容的態度」で臨むことである。相手を対等な人間として、その人の持つ属性、特性、特徴、過去などによって偏見や先入観を持つことなく、特別な条件設定をすることなく、誰をも等しく、ありのままに受け入れることが求められる。第三に「深い関心」と「誠意」をもつことである。人は誰も他者から関心を払ってもらいたいという潜在的願望がある。問題状況にたたずみ、敗北感、無力感、屈辱感にさいなまれている利用者には、この感情が一層強い。「私はあなたのことを気遣っています」という気持ちを、言葉、態度、表情で表すことが、信頼を得る大切な技法である。さらに、人は真剣な真心のこもった扱いを受けているかどうかによって、信頼に足る相手かどうかを推し量る。また、援助者にしても全能ではない。考え違いや失敗もあろう。しかし、一生懸命やっている誠意が伝われば、それなりの信頼を得ることは可能である。援助者がどんなに経験豊かに成長しても、利用者に対し常に謙虚な誠意と真心をもち続けることを忘れてはならない。最後に「自信」をもつことである。援助の対人関係において、援助者が自信なきようにオドオドしては、利用者は信頼を寄せることができない。未熟、経験不足であっても、援助者は全力を尽くせば問題解決に必ず至るといふ、信念に近い自信をもち、利用者とは接すべきである。信頼とは、利用者が信ずるに値すると認めることのできる、援助者の特定の行動、態度から生まれる人間関係の状態であることを心に留めておくべきである。

また、温かい人間味のある積極的関わり、共感的理解、励まし、有用感の強化などが必要である。このような支持的態度を示すことにより、利用者は自己の問題を直視し、客観的に受け止め、自分の感情や現実を冷静に見直すことができるようになり、積極的意欲が生まれてくる。さらに、利用者の潜在能力や資質を発見し、それらを評価・支持することにより、利用者のコンピテンスは高まり、自信をもち、問題解決の対処が可能になる。支持の技法はこのように、各種の支援により、利用者意欲と自信をもたせるこ

とを意図している。だが、利用者が支持されていると感ずるのは、援助者の醸し出す態度・表情による。

感情表現促進の技法としては、問題を抱えて困窮している利用者は否定的な感情(不信感、恐れ、怒り、恨み、不安など)に捕らわれていることが多い。このような感情は利用者の積極的な問題解決行動を妨げる要因になっている。そこで、援助者は利用者が自由に感情を表現できる状況をつくり、意図的に感情表現を促し、支配されている否定的な感情から解放しなければならぬ。それにより、情緒の安定が図られ、開放感や安定感をもたらされ、人間の生活行動、対処行動に変化が生まれるのである。特に、視野の広がり、自己理解の客観化、新たな展開・展望への期待が生まれ、問題解決活動に参加していこうとする積極的な態度が育つことになる。この感情表現が自由にできる雰囲気作りは、援助者の技量によるところが大きい。

自己理解促進の技法としては、人間は、一般に自己中心的傾向が強いものであるが、困難に直面している利用者は一層その傾向が強くなる。しかし、問題解決を目指す者は、問題の客観的状況とその意味や自分の置かれている立場を冷静に認識する必要がある。これを深め、促進できるように導くのが自己理解促進の技法である。利用者の自己理解とは自分のパーソナリティ、行動のパターン、対人関係の状況、自分にとっての問題の意味、問題の客観的状況などについて洞察を加えることである。この技法での援助者の役割は問題を取り巻くさまざまな出来事や人間関係を多面的に捉え、異なった立場からの解釈や理解を提供し、援助者が自由に広い視野で考えることができるように導いていくことである。しかし、この援助には、援助者の考察、創意工夫、判断、解釈などの独創性が必要となる。

10) 拙稿・前掲5) 31頁

第2章

「要保護的法主体」と「心身の状況に応じた介護」におけるナラティブとの関係論

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。このことは、判例の「要保護的法主体」の一般的効力という政策志向的訴訟が法改正にすくなからず影響を及ぼしたことを示している。

本章では、本改正が「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」に変更した背景には、法改正前の介護事故裁判例の「要保護的法主体」像の裁判官の心証形成にナラティブ的な「心身の状況に応じた介護」という判断基準が存在し、その判断基準が法改正まで影響を及ぼしているかどうかを検証するために、介護事故の裁判例を分析した。

第1節 裁判官の「心身の状況」における判断基準

1 控訴審における「心身の状況」の新たな判断基準

本改正が「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」に変更したことは、ケア概念が「入浴、排泄、食事」という限定概念からナラティブ的な「心身の状況に応じた介護」という、より無限定概念に近いものとなり、「要保護的法主体」の判断基準を広げているように思える。

この点に関して、要介護者の介護事故において「心身の状況に応じた介護」というナラティブ的な概念に対する裁判官の受け止め方の違いにより、原審と控訴審の判断が分かれた判例がある。

この事案は、介護施設職員（以下、Y）が、要介護者（以下、A）が入浴予定であった湯温を測りに出向いたわずかな隙（10数秒ないし20～30秒であったと推認）に、Aが待機場所を動いて転倒するという事故が発生した。原告（Aの相続人ら）からの介護施設に対する損害賠償請求について、控訴審¹⁾は、原審の判断を覆し、YがAから目を離すにあたっては、当該状況が目を離しても差し支えない状態であるか否かを確認すべき義務を負っており、こうした「事前確認すべき注意義務」を怠った介護施設には安全配慮義務違反があったとして、介護施設側の損害賠償責任を認めた。

他方、原審においては、椅子に座って待機するよう指示を受けたAに対して、Yは、「10数秒ないし20～30秒の間でも、椅子に座っているAから片時も目を離してはならないという法的義務（終始見守る注意義務）までを負ってはいない」とされた。そして、もしYに、Aを

終始見守り、常時目を離してはならないことまでを要求するような高度な注意義務を課すことになれば、その望まざる波及効果として、今後グループホームが同様の状態にある高齢者の引き受けを躊躇する事態を生じかねないとして、YのAに対する安全配慮義務を否定し、一定の高齢者の受け入れ拒否といった事態を招きかねないことを指摘した。

本件における介護施設の安全配慮義務違反の有無をめぐって、控訴審と原審の判断を分けたものは、本件事故における「Aの心身の状況に関する受け止め方の違い」である²⁾。原審がAの一般的な認知症の程度や運動機能(つかまりなしに独立歩行が可能)、事故現場の物理的状況(平坦)、これまでの転倒事故の有無(転倒経験なし)に着目したのに加えて、控訴審においては、事故当日、多数の入居者ととも過ごしていた一階食堂から二階リビングに誘導されたことに伴う「場面転回による症状動揺の可能性」という当該状況における「Aの具体的な精神的状態」という「語り」が注目されたのである。

その上で、控訴審は、当該状況において、「職員としては、Aの許を離れるについて、せめて、Aが本件リビングに着座したまま落ち着いて待機指示を守れるか否か、仮に歩行を開始したとしてもそれが常と変らぬ歩行態様を維持し、独歩に委ねても差し支えないか否か等の見通しだけは事前確認すべき注意義務があった」とした。そして、このような「事前確認すべき注意義務」とは、通常異なる高度な注意義務を設定するものとはいえないとし、「それ自体は、通常の本件施設における見守り(安全確認)(もとより回避可能性を否定すべき事情もない)」の範囲内と結論した。

控訴審は、Aの日常生活時における一般的な心身の状態については、Aの強迫(こだわり)行動等の「語り」の存在に注目した。控訴審では、Aの置かれた場所の物理的な危険性やAの身体的な脆弱性を中心として論じる視点に加えて、新たに、利用者が置かれた状況下でのAの心理面での脆弱性という「語り」が、裁判官の心証を形成したのである。

すなわち、あたかも、床のでこぼこが、通常の状態においては単独歩行の可能なAに、転倒という「特変」を引き起こし得ると同様、食堂のような賑やかな場所からひとり引き離されて待機させられるという状況(「場面転回」)が、通常の状態においては待機指示を遵守できるはずのAに、「症状動揺」という「特変」を引き起こし、その「心身の状況」の「語り」が裁判官に「要保護的法主体」像を構築したのである。

その上で、控訴審では、「本件事故は、常々指摘されていた、Aの常と異なる不安定歩行の危険性が現実化して転倒に結びついたものである」と結論づけた。なお、ここでいう「常と異なる」「不安定歩行の危険性」とは、具体的には、頻繁にトイレに行き来するといった「行動傾向」や、「待機指示を理解できず、あるいはいったん理解しても忘却し、急に不穏行動や次の行動に移る」可能性と密接に関わっていると解することができる。

こうしたAの状況に照らして、控訴審は、本件事故の状況下において、安易な待機指示だけではAがその指示を十分に理解し遵守することができずに不安定な単独歩行を開始する可能性、および、「常と異なる」状態において単独歩行を開始した結果として転倒する危険性について、介護施設は予期すべきであったし予期できた、とした。かつ、そうである

以上、介護施設には、「十分な」待機指示によって結果を回避する義務があったとした。具体的には、YがAの許を離れるにあたっては、Aの心境に細やかに配慮したより丁寧な声かけ(例「すぐに戻ってきますから、心配いりませんからね」といった「語り」)や、徐々に離れてAの様子を見るなどの行為が想定されたのではないかと思われる³⁾。

以上、控訴審は、利用者の「心身の状況」を中核に、介護者には要介護者から目を離してよい場合が全くないわけではないことを前提として、目を離すにあたっては、当該状況が目を離しても差し支えない状態であるか否か、具体的には、「場面転回」による「症状動揺」といった「特変」が生じていないかを確認すべきという意味での法的義務を認めたものと解する。

この「心身の状況」を加味した他の裁判例と本件事例を比較検討し、そのため、この常時の見守りを前提とした介護体制を強いられるおそれのある本件事例において、先例としての他の判例を比較検討することにより、「入浴、排泄、食事」という限定概念から「心身の状況に応じた介護」という無限定概念に近い判断でなされているのかを検討する。

①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 補助資料③ 以下甲事案とする）との比較検討

要介護者が入浴予定であった湯温を測りに出向いたわずかな隙(せいぜい、10数秒ないし20～30秒であったと推認)に、要介護者(以下、A)が待機場所を動いて転倒するという事故が発生した。この点で参考になるのが、介護サービス中の見守り義務違反による転倒・骨折事故である。

施設職員は、来客対応に時間がかかりそうになれば、当然、他の従業員に自分がいた位置での見守りを頼むつもりでいた。離席して約15秒後の事故である。この2つの事案の共通項は、離席したわずかな時間に、利用者が転倒・骨折していることである。

甲事案は、本件の事案との法的安定性の要求から裁判官は「類比」しているように思われる。本件では、甲事案が示した、介護職員が利用者の見える位置から離席する際には、「別な介護職員に見守りの引継ぎの声をかける」「利用者に声をかける」という「語り」を介護サービスの見守りの要件とした。甲事案の介護職員が来客対応に時間がかかりそうな場合には、見守りを引き継ぐつもりでいたことは、注意義務を軽減する理由にはならないとした。つまり、甲事案の利用者は心身の機能が回復しているという「語り」を利用者の「心身の状況」として甲事案の裁判官が加味し、注意義務を軽減する理由にはならないとしたのである。控訴審も「心身の状況」という点に焦点をあてて、新たな「要保護の法主体」を構築している点で、甲事案と控訴審の「心身の状況」に関する受け止め方に共通項が見出せるといえよう。

②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 補助資料⑧ 以下乙事案とする）との比較検討

本件の控訴審は、Aの強迫(こだわり)行動等の心身の状況の存在に注目した。食堂のような賑やかな場所からひとり引き離されて待機させられるという状況(「場面転回」)が、通常の状態においては待機指示を遵守できるはずのAに、「症状動揺」という「特変」という「語り」を引き起こさせたと考え得る。

この本件の「場面転回」に類比する事例が、全盲の利用者の転落死亡事故である。

乙事例においては、日ごろから帰宅指向が強く全盲であった当該利用者が、興奮し、第三者に迷惑を及ぼすことを避けるため、当該利用者を3階の別室に移動させた。全盲の当該利用者は、周囲の状況を視覚的に認知することができないため、通常の利用者以上にその行動には特段の配慮が必要であり、場合によっては、臨機の判断や対応をしながらその身体の安全や心神の安寧を確保することが施設側には求められるとした。3階の別室のベッドには布団もなく、雑然と物が置いてあり埃がたまっていた。深夜、興奮して大声を挙げている当該利用者を落ち着かせるために、3階のこのような別室に連れて行き、介護職員は、長時間利用者を近くに付き添うこともなく、長時間放置したこと自体を問題とした。本件の事案と比較すると、施設側としては、興奮している当該利用者を再度刺激しないようにと、室外から当該利用者に気づかれないよう様子を見るにとどめるという「語り」を継続していたが、この程度では直接適切な介護すべき義務を充たしていないとして、施設側の過失を認定した。全盲の利用者の「場面転回」が、「症状動揺」という「特変」を引き起こしたと考えられ、出口を探すため、窓をあけたことを判例は通常判断である、とした。

乙事案の利用者は埃がたまりや寝具が準備されていない、別室に移動したという場面転回が「症状動揺」という「特変」を引き起こしたという利用者の「語り」を「心身の状況」として乙事案の裁判官が加味し、新たな「要保護的法主体」を構築している点で、乙事案と本件控訴審の「心身の状況」に関する受け止め方に共通項が見出せるといえよう。

③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 補助資料⑩ 以下丙事案とする）との比較検討

本件事案では安易な待機指示だけでなく、介護施設には、「十分な」待機指示によって結果を回避する義務があったとした。

ここで比較検討される事案としては、ボランティアの「ここで待っていて下さい。タクシーを呼んできますから」という「語り」を言い残して、小走りで玄関から外に出たが、すぐドサッ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丙事案との比較である。

丙事案では、ボランティアの「タクシーを呼んできますから」という「語り」が、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「要保護的法主体概念」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。

本件事例では、施設職員がAの許を離れるにあたっては、Aの心境に細やかに配慮したより丁寧な声かけが必要であることを示した。具体的には、「ここで待っていて下さい」という表現から「すぐに戻ってきますから、心配いりませんからね」といった発言や、徐々に離れてAの様子を見るなどの行為が想定されているように思われる。ボランティアの声かけより、さらに木目細やかで、丁寧な、利用者の心身の状況を加味した声かけを要求しており、丙事案より本件控訴審は「心身の状況」に関する新たな配慮を求めた点で、「要保護的法主体」を構築している。

<脚注・引用文献>

- 1) 大阪高判平成19年3月6日 『賃金と社会保障 1447号』（2007）旬報社 55-63頁
- 2) 菅富美枝（2007） 「成年後見・高齢者介護とエンパワーメント」 ホセ・ヨンバルト 三島淑臣他編 『法の理論26』 成文堂 194頁
- 3) 菅富美枝（2007） 「認知症の要介護者に対する待機指示と介護施設の安全配慮義務違反」 『賃金と社会保障 1447号』 旬報社 49頁

2 「要保護的法主体」の「心身の状況」と安全配慮義務との関係論からの施設運営のあり方

控訴審の論理構成において、介護する側の視点に立つとき、今回の判決が介護の現場に与える影響が危惧される。この点、たしかに、控訴審は、本事案における安全配慮義務を「事前確認すべき注意義務」として限定し、その限りでの義務違反を介護者に認めたに過ぎない。しかしながら、現実問題として、一応の待機指示がなされていながら、待機指示を行うにあたっての具体的な言葉や方法の点で法的責任が問われた本判決は、同様の高齢者を受け入れている施設に対して、今後、こうした状況に備えて何をすればよいのか、という不安を生じさせるように思われてならない。結局、介護の現場としては、後になって指示の言葉や方法が訴訟上争われることを恐れて、待機指示を行うこと自体を避け、その結果、常時の見守りを前提とした介護体制を強いられることになることが予想されるのである。

介護事故裁判例においては、施設側が敗訴になると、介護職員の間には敗訴ショックが広がると同時に当該介護職員は退職するのが通例である。事故を体験し、最も予防ノウハウを体得し、また、語り継ぐべきものを持った当事者が辞めていくのである。また、施設側は常時の見守りといった高度な注意義務を課せられたら、ケアの仕事は不可能である、と認識するであろう。

一方で、判決後の施設では、「非常に丁寧なほど、職員が利用者になんでも説明するよ

うになった。送迎では家の近くまで随行する、トイレの奥に入ったり、むせると食事の形態をかえたり。神経質になっている」という例も存在する。さらに、「『転んだら骨折を疑え』というのが、全体の共通認識になった」「利用者のことを考え、専門性をもった動きをするようになった」という施設もある¹⁾。このことから、一定の介護サービスの質が向上したことが伺われる。

このように、裁判官の「要保護的法主体」の判断基準に「心身の状況」という新たな心証形成がなされていることにより、施設側に高度な安全配慮義務が課せられる一方で、介護サービスの質も向上しつつある。そこで、次に介護事故後の教訓、判決から、今後の施設運営のあり方について、体系的に考察する。

(1) 見守りについて

施設側としては、転倒・骨折するおそれのある他の利用者がいる中で、当該利用者1人のために、ほんのわずかな時間、目を離してはいけないのか、このような場合でも施設側が事故責任を負うのであれば、身体拘束しか改善策はないのではなかろうか、という疑問点が生じてくる。転倒・転落防止という名のもとに、利用者の「行動抑制」が行われるようになる。

思うに、判旨では、利用者の介護に携わる職員の注意義務は特段の事情のない限り、原告を注視し続け一寸たりとも目を離してはいけないというほど高度なものを要求していないと思われる。判例が示した見守りの要件は次のように判示した。

①利用者から離れる際には、「すぐに戻ってきますから、心配いりませんからね」といった発言や、徐々に離れて様子を見るなどの行為が想定されている（大阪高等裁判所 平成19年3月6日 補助資料⑩）。

②利用者から死角となる位置で背を向けて座ってはいけない。利用者の細かな動静を十分に把握できる状態が必要である。利用者から見守るべき位置から離れるときには、利用者に声をかけて、確認することが必要である。他の介護職員に「見守り」を引継ぐ必要がある。（福岡地方裁判所 平成15年8月27日 補助資料③）

③食事介助の見守りについては、食事の入所者の間を歩きながら、入所者の様子を確認し、必要な介助が求められる。一人の入所者につききりで介助すると、他の入所者に何かあったときに対応ができなくなるからである（横浜地方裁判所 平成12年6月13日 補助資料④）。

④送迎バスが停車して利用者が移動する際に同人から目を離さないように施設長は介護職員に指導する。送迎バスに配置する職員を2名にする（東京地方裁判所 平成15年3月20日 補助資料⑨）。

⑤要介護者の見守りの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る（横浜地方裁判所 平成17年3月22日 補助資料⑩）。

⑥粗暴な利用者に対しては説得するということのみではなく、さらに、A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るべきである（大阪高等裁判所 平成18年8月29日 補助資料⑩）。

(2) 「要保護的法主体」における施設側の今後の対応策

福祉施設には高度の水準の注意義務が要求されるといっても、常に最高、最善の結果回避義務を課すことは不可能である。施設において利用者を、施設職員が常時監視すべき義務があることになりかねない。施設側の今後の対応策について①「ヒヤリ・ハット」した情報の共有化、②事故後の連絡体制の充実、③研修制度の充実を検討する。

①「ヒヤリ・ハット」した情報の共有化²⁾

施設内の職務規程の介護方法の詳しいマニュアルを作成するなど、「ヒヤリ・ハット」した項目を職員間で共有し、日頃から安全配慮を尽くしていることが第三者の目からも明らかになるように人的・物的な環境を整備する必要がある。

介護事故が生じた場合に「ヒヤリ・ハット」の記録についてどのような意義があるのだろうか。介護事故が原因で訴訟まで発展した場合に、将来施設側の過失を問われたような場合に不利になるのではないかと考えている施設もある。また、当施設では、一度も介護事故を起こしたことはありません、という施設職員も存在する。実際介護事故が生じた場合に、当該介護サービスをした介護職員と利用者の特異性を主張し、施設側の責任を回避する傾向がある。人間である以上必ず事故は起きるというヒューマンエラーの原則に立ち返る必要がある。介護事故記録を不利益になると考えた施設では、施設内の職員間で事故が生じた場合の事故報告書やヒヤリ・ハット報告を密室化・隠蔽化する可能性がある。事故対応や事故予防を行う上で大切なことは、まず自らの周囲に事故やヒヤリ・ハット事例について、どのようなものがどれだけあるかを把握することから始まるのである。実際事例の把握なくして情報の共有や対応、また、予防策の検討はあり得ない。よって、事故予防の一つとして事故記録やヒヤリ・ハット事例についてスタッフ全員が過失の有無を問わず徹底して把握し、それを記録することが必要である。

次に、その記録を上司やサービス提供責任者などに報告することである。当面、担当した人だけが知っていればよい内容なのであれば、記録については通常のケース記録のように時系列で記入する場合もあるだろう。しかし、上司に報告を行ったり、事故やヒヤリ・ハット事例をスタッフ間で共有化したりするためには、ヒヤリ・ハットや事故報告書等の書式化と記入についての手順化(ルール化)が必要になる。当然、手順化する中で報告方法やその流れについても決める必要がある。また、事故対応を行う責任者を定めることであ

る。事故報告が行われる過程で対応担当者、責任の所在などがある程度はつきりするはずである。これにより、当該ヒヤリ・ハット事例や事故事例に対して誰がどのように対応するのか、また、対応に関する責任者は誰かということも決まってくる。

これについては事故やヒヤリ・ハット事例が重大かつ重要であればあるほど、迅速さや正確さが事故対応に求められる。特に重大な事故が発生した場合には、経営者や管理(責任)者により速やかに報告されることが重要である。介護事故に限らず、他業種による近年の事故事例に関する報道などを見ても、報告が遅いことに対しては隠蔽をしたのではないかと解釈されてしまう場合が多い。報告書など文書作成に時間がかかる場合は事故の事実把握の後、口頭でも、第一報として速やかに報告することが、施設および介護職員自身の社会的信用を維持し事故を隠さないという事故対応の最初の大きなハードルをクリアすることにつながるのである。ヒヤリ・ハット、事故事例、また、その対応事例が上がってくると、その集積が進むことになる。一定期間集積が進めば、今度はその内容を分析・評価し、原因の所在確認や対応の仕方が適切であったかなどを検討する。分析評価についてはヒヤリ・ハット、事故事例が上がってくるごとに行う。

一方で、一定期間内に集約された事例から統計などを行い、原因、適切な対応方法等の分析・検討を行えば事故対応・予防方法に基づいた1つの事故防止システムとして確立させることもできる。特に、中には一定期間を経ないと評価ができないものも少なくないため、事故、ヒヤリ・ハット事例の分析・評価・検討はその都度と、一定期間後と両方行われることが望ましい。また、検討に当たっては事故予防(対策)検討会など、事業所の横断的な組織化を行っていくことが望ましい。

検討が行われヒヤリ・ハット、事故原因、また対応方法の不備などがある程度把握されたら、今度はこれら事故やヒヤリ・ハットの原因の除去や対応方法の見直しなどを行い、再発予防策を考え実行する。これらの流れや手順・事故報告書等必要な書式は定期的に前述の検討会などで見直しをすることで、ヒヤリ・ハット、事故対応・予防に関する対策の質の向上が図られることになる。

ただ、留意すべき点としては、ヒヤリ・ハット事例については、単にその収集が目的となってしまうことのないよう、施設として集めた事例をどのように分析して活用していくのか等について、あらかじめ目的を明確にしておくことが望まれる。事故事例やヒヤリ・ハット事例を的確に収集するためには、報告を提出した者に対して不利益処分を行わない、職員の個人的な資質のみの問題として扱わない等、報告しやすい環境(組織風土の改善)を整備することが非常に重要である。それは、職員の間で安全管理の重要性に対する認識や、同じような事例が再び起きないようにするための工夫だというコンセンサスが醸成されていることがその前提となる。通常、収集した事例は分析し、介護事故の要因の検証と同様の事故が生じないための改善策を立案し、改善策の実践と結果の評価を行い、必要に応じた取り組みの改善を実施する。このような一連の過程の中では当該施設における事例だけではなく、知りうる範囲で他施設の事例についても取り上げ、職員間での検討はもと

より、利用者や家族等をも含めて話し合いができるような環境整備が図られることがより望ましい³⁾。

② 事故後の連絡体制の充実

介護事故で利用者が入院しているにもかかわらず、利用者の家族が心配して、施設側に連絡して初めて利用者が事故にあったことを知り、訴訟という事態まで発展した事例がある（福岡地方裁判所 平成15年8月27日 補助資料³⁾）。担当の弁護士によると、転倒した利用者を病院に連れて行って異常がなければ、施設に戻し、家族に転倒した事実を隠そう、という隠蔽工作が窺われ、悪い報告は家族に後回しにしていなかったのか、施設に不利なことは利用者家族から隠そうとしていたのではないか、という不信感があるからこそ、裁判になったという⁴⁾。

施設側とすれば、まず、事故が生じた時は、家族への連絡は他の関係機関と同時併行で実施されるべきといえる。その場合には責任追及を恐れて、事実を伝えないことではなく、対応窓口を一本化して、最も慎重な対応が望まれるといえる。事故の内容や原因を家族が納得できるように説明しているのか、原因がわからなくても、必ず調査を実施して、調査内容や判明時期などを説明しているのか、ということが必要といえる。ただ、ここでは家族側の主張を全面的に受け入れるのではなく、できる限り誠意をもって冷静に対応することが必要である。内容が不明であやふやな場合には、一度持ち帰って検討することも重要といえる。また、当事者だけではなく、弁護士や大学教員、医師、看護師、保険会社などの他の関係機関との連携を図って複数で交渉に臨むことも大切といえる。家族が感情的になっている場合が多いため、直接の当事者ではなく別の担当者が交渉する、または、事故現場である施設ではなく別の場所で交渉をするなどの方策も必要といえる。ただし、誤嚥事故のように「酸素の供給停止から、約4分間程度で脳に不可逆的損傷が生じる」⁵⁾などの緊急時には、まず家人に連絡をして、その指示を受けるのではなく、救急車を呼ぶなどの救急救命措置を優先させることが必要である。

③ 研修制度の充実

本来、採用後に事故予防・事故発生時対応も含め、一定時間の採用後研修が行える体制にあれば、採用方法の中に事故予防や発生時対応のことまで考えた基準等を盛り込む必要は少ないといえる。しかしながら、採用後速やかに、または短期間で、あるいは業務を行いながら並行して研修をしなければならないような場合には、その介護職員が①その場に
②発生した事実の客観的な説明が可能か、また、③予見できない事態が発生すると仮定した場合に落ち着いた態度が取れるか、④組織や責任体制をある程度意識した考え方が持てるかなどの着眼点をもって人材を採用することが望ましいといえる。事故発生時を含め、その介護従事者の知識や経験を超える事態が発生し、速やかな対応が求められる初期対応については、その介護従事者が単独で判断し、行動をとらなければなら

らないことになる可能性が高いといえる⁶⁾。

以上の観点から、ボランティアを含めた初任者研修に盛り込むべき事故予防・事故発生一時対応に関する事項については、個々の事業所の方針、または施設での経験や資質を考慮して①介護場面におけるサービス提供中の事故や緊急時に関する具体例の例示、②重要事項説明書・契約書等に記載のある事故発生時の賠償責任や、緊急時の対応方法、③事故発生時の具体的対応方法、④事故報告書、ヒヤリ・ハット報告書の記入方法と記入後の対応の概要⑤加入賠償保険、傷害保険(過失の有無を問わず給付される保険を指す)の概要が挙げられるべきであろう⁷⁾。

介護職員の技術面については、現在の養成課程の修了だけではその習熟度を十分判断しにくいのが実情である。よって、業務経験による要素も加味しながら採用・配置・業務分担等を行うことになるが、それだけに採用後の現任研修・継続教育システムが介護職員の質に及ぼす影響は大きいといえる。サービス内容に関する研修・教育についてはもちろんのことであるが、事故対応や事故予防に関する研修の場合、実際に業務に携わって一定の経験がないと、講義を事前に受けたところで具体的イメージはもちにくい。また、未経験の介護職員等に事故を想定した研修をあまり過剰に行うことは、その方法にもよるが時として介護業務への不安感を増幅させる可能性もある。

このため、事故やヒヤリ・ハット事例に関する研修などは、初任者研修の場合と現任研修で行う場合とは少し内容を変えて行うとよい。すなわち、初任者研修では事故の種類・概況や、実際の事故発生時の対応手順や報告・手続きなどに重点が置かれるだろうし、現任研修などでは対応手順はもちろんのこと、事例研究や予防法の検討、さらに賠償保険の内容や事故、ヒヤリ・ハット事例の分析など、幅広い内容まで取り組むことが事故予防の点ではより効果的であろう⁸⁾。

特に、一定期間サービスを提供した実績のある事業所等でヒヤリ・ハット報告書や事故報告書などが収集されていれば、その分析結果をもとに事故内容をある程度絞り込んで行うことも可能となる。しかし、現時点では、介護サービスに関する事故事例やヒヤリ・ハット事例については集積がまだ十分でないこと、また、個別事例についても事業所のマイナスイメージを避ける観点からか、あまりオープンになっていないのが実感である。このため、具体的場面を想定し対応を検討したり事例検討から予防方法を探ったりするような場合には、まず事業所内研修や会議で実施してみるのもよい。また、広くリスクマネジメントの観点から事故予防を考える場合には、事故だけに焦点を絞るのではなく介護サービスそのものの質を向上させる取り組みを行うことがリスクマネジメントであり、サービスの質の向上により多くの事故の回避につながる⁹⁾。

リスクマネジメントを損害賠償対策・対応として捉えるのではなく「より質の高いサービスを提供することによって多くの事故が未然に回避できる」という考え方をQI(クオリティインプルーブメント)と呼び事故予防の指針として示している。本件の事例のように、利用者が自立歩行中に転倒したという事故があった場合、これまでは、「しっかり見守っ

ていなかった担当職員が悪い」「まさかタクシーを呼びに行くため、動かないで下さいと声かけをしたにも関わらず、利用者が自分で歩くとは想像できなかった」といった要因分析だけで、「担当職員を呼んで嚴重に注意した」程度の防止策しかとれなかった可能性がある。同様の事故が再発しないように、その利用者に関する状態像の確かな把握や、それに対してどのようなサービスを実施するかという内容の明確化と、その確実な実施等、いわばこれまでは利用者全体をマスとして捉えて提供されてきた福祉サービスをより利用者一人ひとりに着目した個別的なサービス提供へと変えていくことが必要である。したがって、さまざまな種類の事故が発生し、個別性が高いとしても、その防止に向けた取り組みの共通的・基本的な視点が必要である。

このような視点から事故対応の研修や教育を行うことは重要であるが、その内容や伝える介護職員次第では、時として強い不安感を与え必要以上に防衛的になってしまうことも懸念される。また、利用者へのサービス提供に関して柔軟性を欠いてしまう場合もあるので、内容によって研修は注意が必要である。このため、1つの方法として事故に関する内容だけを前面に出して教育・研修などを行うことは避け、サービスの質的向上の一環としての課程の中でリスクマネジメントとしての教育や研修を行っていくような研修の組み立て方もある¹⁰⁾。

福祉施設での事故防止に向けた職場内研修において、職員会議やミーティングで必要に応じて施設長等から話をしているといった内容の他、年に1回の救急救命の実技の実施が中心となっている可能性がある。今後は、特にリスクマネジメントの観点からの継続的・定期的かつ計画的な職場内研修が必要となり、その内容も講義形式だけではなく、実技を取り入れたものや、職員同士が話し合っただけで業務遂行上の危険を明らかにしたり、それらの対応策を互いに考えるなど、内容にも配慮していく必要がある。また、リスクマネジメントの取り組みを組織全体で推進していくためには、その取り組み方針や方策をすべての職員に周知する必要がある。そのために具体的な周知方法としては、職員会議等で周知を図るといった方法や、より効果的なものとして介護事故防止月間や標語の設定、ポスターの作成・掲示による啓発、講演会の開催などが考えられる。ただ、講演会も単に実施すれば良いということではなく、勤務割によって聞けない職員に対してはDVDで収録したものを配布して周知したり、同じ内容で回数を重ねて開催するといった工夫も望まれる。介護職員のポケットに入るぐらいの大きさの介護事故防止マニュアル集を全職員に配ってそれを常に携帯させ、活用を促すという取り組みも必要であろう。

このように教育や研修に当たっては新任者という特性を考え、業務に対し過度の不安感を与えないような配慮も必要である。むしろ対応はしっかり行っていることを強調することで、安心してサービスが行えるようになる場合も多いだろう。

<脚注・引用文献>

- 1) 横田一（2007）『介護が裁かれるとき』岩波書店 112頁

- 2) 拙稿 (2006)「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」南窓社 79頁
- 3) 社団法人 シルバーサービス振興会 (2005) 『事故防止・事故対応の手引』 64-66頁
- 4) 横田一・前掲1) 124頁
- 5) 渡辺信英 (2006)「老人保健施設における誤嚥による死亡事故」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」南窓社 145頁
- 6) 社団法人 シルバーサービス振興会・前掲3) 58頁
- 7) 社団法人 シルバーサービス振興会・前掲3) 59頁
- 8) 社団法人 シルバーサービス振興会・前掲3) 62頁
- 9) 『福祉サービスにおける危機管理(リスクマネジメント)に関する取り組み指針～利用者の笑顔と満足 を求めて～』平成14年3月28日、厚生労働省社会援護局福祉基盤課
- 10) 社団法人 シルバーサービス振興会・前掲3) 63頁

第2節 「要保護的法主体」の背景としてのリスク論

1 「要保護的法主体」におけるリスク論

利用者は要介護的状态で施設に入所し、食事・入浴・排泄などのあらゆる生活そのものが介護サービスの対象となるため、利用者の存在そのものがリスクの対象となり得る。「要保護的法主体」の存在を明らかにした場合に、施設側は、どのようなリスク管理を構築すべきであろうか。リスクの構造的要因を分析する。

そもそもリスクとは、いったい何か。リスクの概念について社会学の視点から検討する。リスク(risk)は、「ラテン語のresciare、またイタリア語古語のrisicareに由来し、勇気をもって挑戦する」とする見解¹⁾がある。この見解によると、リスクという状況は、リスクに対して勇気をもってチャレンジするとき、損失の可能性だけでなく、利益をもたらす可能性も生まれる状況だと把握される。

リスクは、どんな場合であっても行動様式を間違えれば、事故という危険を伴うが、その仕組みをよく知り、どんなことが起こり得るかも知った上で、備えを万全にすれば、怖がる必要はなく、むしろこれほど利益をもたらしてくれるものはないといえる。リスクを、ただ感覚的に怖がるだけでは、日々、不安にさいなまれることになる。しかし、どうして事故が生じるのか、その仕組みをよく知り、どう対処したらよいのかということを理解すれば、不安にさらされたりすることも少なくなる。

いつ起こるかわからないリスクを過度に恐れる必要はないが、定期的にリスクの存在を再確認し、適切な準備をしておくことが被害を最小限にとどめる方法のひとつである。

リスクの最も古典的な意義としては、フランク・ナイトの概念規定が存する²⁾。

ナイトは、リスクと不確実性と呼ばれている状況を分析・検討して、それには2つの種類があることを明らかにした。

第一は、リスクには、測定可能な不確実性 (measurable uncertainty)があるとした。想定可能な統計上の法則により、不確実な個々の事案において空間を広げ、時間を伸ばし統計化した結果、その事象に関して統計上1つの法則性を見出し、大数の法則を前提に問題解決ができる、とした³⁾。例えば、これを介護事故のリスクに置き換えると、利用者の介護事故において誤嚥事故、転倒骨折事故が多いということが大数の法則により測定可能であれば、いつ起こるか分からない不確実な個々の事案を分析する視点としては介護事故が生じやすい場所の位置、時間帯を統計化し、介護事故のリスクを回避することが可能である。

第二は、測定不可能な不確実性(unmeasurable uncertainty)である。それを「(真の意味での)不確実性」と定義した。すなわち、真の意味での不確実性が存在しているから、その不確実性に挑戦しようとする結果、獲得する利潤が、挑戦したものに対する報酬だ、と位置づけたのである⁴⁾。例えば、これを介護事故のリスクに置き換えると、本来社会福祉施設は、自宅で家族のケアが困難な利用者を福祉施設が利用者の特性を理解して入所契約を締結している。施設は、入所後、利用者の転倒・骨折がいつ起こるか分からない不確実性に対して、施設側が利用者の安全に配慮するという負担に挑戦し、介護事故が起こらないことによる日々の獲得された報酬が利潤である、と捉えられることができる。

2 ベックのリスク論

次にウルリッヒ・ベックの「危険社会」⁵⁾において、ベックは、「非知」という概念によって特徴づけている。

ベックによればリスクは、そもそも直接に知覚することができない。施設内においてはインフルエンザのウィルスや食品などに含まれる有害物質は、利用者本人や周囲が病気にならない限り、日常的な知覚によっては把握することができない。これを、ベックは、「非知」という概念によって特徴づけている。また、日常的な感覚では知覚することができないため、ある状況・物体・出来事がリスクであるかどうかの定義は、医者などによる科学的知見に大きく依存せざるを得ない。このようなリスクの不可視・不可知性において、今日の社会生活の危険は、通常、感覚的に知覚できるものでない。食品に含まれる有害物質などは、食品の成分表示のように科学や物理学の記号の形でしか認識されないのである。危険を危険として「視覚化」し認識するためには、農薬の成分や人体への影響や、理論、実験、測定器具などの科学的な「知覚器官」が必要となってくる。

さらに、こうしたリスクは、不可避的に、本人の意思とは無関係に半ば「宿命的」に関わってしまわざるを得ないものである。通常、リスクとは、自らの利益(報酬・利益など)になることと引き替えに関わりあうことになる将来的損害(施設側の転倒・骨折などによる損害賠償額の負担)の可能性のことを指す。そうした損害の可能性を見越した上で、それでもなおあえて施設側は利用者との入所契約を締結し、施設内で日常生活を営ませなが

ら安全に自宅まで送り、報酬を得るといった意味合いがそこには含まれている。施設側としては利用者と入所契約をした場合には、利用者そのものの「危険」分子を甘受しなければならないことである。これは本来施設側が予測し得る本来のリスクである。

しかし、現代のリスクは、外観上、不可視・不可知性のある食品に含まれる有害物質などのように、利用者は、受動的にそれに巻き込まれ、施設側は損害の可能性に「さらされる」。いわば、「宿命としてのリスク」というパラドキシカルな特徴を帯びることになる。身体機能の衰えた利用者は、衣食住のありとあらゆるものの日常生活の中に潜むことができる危険に特にされされやすい。特に施設側が誤嚥の事故防止のために安全に細かに切り分けた食材でも、免疫力の低下した利用者が生の貝などを食した場合には、食中毒になりやすい。一般人では問題のない食べ物でも、利用者には食べ物の危険や被害は知らない間にそこかしこに忍びこんで、今までとは異なった形でリスクが強制的に割り当てられる可能性がある。

利用者は、本人の意思で、施設を選ぶことができても、食材の選定や調理方法などは施設職員の担当者の力量や能力により半ば宿命的に提供されるため、食中毒や誤嚥事故などの介護事故のリスクが生じる可能性が増大する。

施設側は、入所契約を締結するに当たっては、入所希望者の選ぶことができるが、入所後の担当職員は、利用者を選ぶことができない。利用者の中には施設職員の助言や指導に対して、反発をし、その結果介護事故を引き起こしてしまう場合がある。本来、利用者の自己責任に起因した介護事故について、施設側は、責任を負わないはずであるが、利用者が施設側の指導・助言に従わなかった介護事故の判例では施設側の責任を認定している。

前述の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¹⁾ 補助資料①）では、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、自ら汚物処理場に捨てにいった際に、転倒・骨折した事案に対して、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ている。このように施設側が危険性を提示して指導していても、施設側の助言を無視して、自ら危険な汚物処理場に捨てに行くことの意味をどのように考えるべきか。

思うに利用者は自分の汚物処理における態度や行動を自らの意思で自由に選択できると考えているが、それが施設側の指示によって脅かされたり制限されたりすると、本来の自己の意思決定の自由の回復を目指す動機づけの状態が喚起される。指示と同じ方向に態度を変化させてしまうと相手に動かされたことになるため、自分で汚物を捨てに行く態度を変えない、もしくは強固にすることで自分の意思で決定していることを自分に認識させる。特に、信頼関係のない人からの指示に関しては、指示に対する抵抗を強める。つまり、指示する人が自分にとって好ましくない人であると、同じ立場をとるのがイヤになり、逆の立場をとるようになるといったことであることが考えられる。判決では、「当該利用者ら入所者がポータブルトイレの清掃を頼んだ場合に、施設職員が、直ちにかつ快く、その求め

に応じて処理していたかどうかは、不明であるといわなければならない」とあることから施設職員と利用者との信頼関係を構築できない、利用者にとっては、施設職員は好ましくない人であった。その状況の中で利用者は自分でポータブルトイレを捨てに行きたい、またはなるべく他人に迷惑をかけたくないという思いがあった。施設職員の「直ちにかつ快く、その求めに応じて処理できない」状況下で、「自らポータブルトイレを捨てないでください」という指示そのものが利用者の自己選択・自己決定を否定した。その結果、利用者自らが危険な汚物処理場に捨てに行き、転倒・骨折した過程が窺われる。

このように指示をしようとすればするほど、その指示者が拒絶される。指示はいつも上手くいくとは限らず、受け手の強い抵抗や反発を招いたり、時には逆効果になってしまう効果を生み出すこともある。指示への抵抗は、自分の態度や行動の自由を守るために生じると考えられている。人は自分の態度や行動を自らの意思で自由に選択できると考えているが、それが他者からの説得によって脅かされたり制限されたりすると、自由の回復を目指す動機づけの状態が喚起される。指示と同じ方向に態度を変化させてしまうと相手に動かされることになるから、態度を変えない、もしくは元々の態度を強固にすることで自分の意思で決定していることを自分に認識させる。特に、自分と関わり合いが深い場合には、指示に対する抵抗を強める。具体的には、指示する人が自分にとって好ましくない人であると、同じ立場をとるのがイヤになり、逆の立場をとるようになるといったことである。

ベックによると、リスク社会と格差社会はリスクと富の分配の様式や方法において重なり合う部分が多いとする。例えば、収入、権力、学歴のある豊かな人々は安全とリスクからの自由を金銭で買うことができるのに対し、貧しい人々は生活が困窮しているだけでなく、劣悪な住居環境の中で居住し、それだけリスクにさらされる危険性も大きくなる傾向がある。この意味で、リスクの分配は格差という区分に従う。

しかし、一方でリスク分配のこの法則は、文明に伴うリスクのグローバル化と共にその有効性がゆらぎはじめるている。というのも、例えば新型インフルエンザ、ノロウイルスのように、リスク社会における「他者の終焉」によって、共同社会を営む以上、豊かな人々も健康な生活などが脅かされるようになり、貧しい人々との社会的格差や区分が相対化されるようになるからである。リスクは人々を平等にする。貧困は階層的に発生するが、ウイルスは誰にでも感染しうるのである。この意味で、リスク社会は決して格差社会などではない。その危険状況を格差状況として捉えることはできない。リスクは、利益を得る豊かな人々にも遅かれ早かれ襲いかかるといえるのである。

このようなリスクは、貧困の枠を容易に飛び越えいわばグローバル化する。こうしたグローバル化するリスク社会においては、「他者」との関係性は「終焉」を迎えることもある。例えば、施設職員が利用者に対して苦痛を与える場合には、常に「他者というカテゴリー」が必要であった。苦痛の対象は、利用者であって、彼らは、施設内という空間に囲い込まれ、このような空間の外部で安寧に暮らす者にとっての「他者」というカテゴリーによって隔離されていた時代があった。

しかし、新型インフルエンザのように、このような空間や壁は実質的にはもはや存在しなくなったのである。このようなリスクは、空間や壁によって排除するわけにはいかないからである。こうしたリスクは、空間的に限定されないだけでなく、長期的な潜伏期間をへて、世代をもこえて人体に影響をもたらすことになる。

格差がリスクの分配状況と何の関係もないということではない。人々は等しく危険状況にさらされる。しかし、それだからといって、危険に巻き込まれた場合、その内部で新たな社会的不平等が生まれてくる。富の問題が上方への集中であるのに対して、危険の場合は下方へ集中している。例えば新型インフルエンザの予防のために、病院で予防接種を受ける、マスクを着用する、手を消毒するなど、金銭的な負担が生じる。格差社会では、生活が困窮している場合に、その費用が負担できないと、その安全性が脅かされている。これに対し、収入、権力、教育のある豊かな者は、安全性と危険からの自由を金で買うことができる。つまり、リスクによってもたらされる被害は、その性質上、格差を超えてすべての人たちに及ぼされ得るが、実際に被害をうける可能性や、その被害の程度においては、格差による不平等が依然として存在しているのである。

格差社会の段階においては、疾病といったリスクは、比較的経済的地位の低い人々に割り当てられていた。

しかし例えば新型インフルエンザのように、格差社会には正常な環境においてもウィルスに感染するがちな宿命的遺伝素質を持った利用者と、環境条件が悪くても容易にウィルスに感染しない利用者が存在する。他方環境にも、どのような正常人もウィルスの感染においやるような悪質なものと、また、どのような人間をもウィルスが感染しない恵まれた環境がある。格差社会においても、必ずウィルスに感染する利用者と、必ず利用者をウィルスに感染させる環境とがある。他方どのような環境にもウィルスに感染しない利用者と、どのような利用者をもウィルスに感染させない環境がある。利用者と環境における中間的要素があるのである。

新型インフルエンザのように科学的知識を備えた専門家や法的な評価などの公的な議論にさらされることより、リスクの危険因子を高く評価すれば、場合によっては大きなリスクとして社会的に問題視され得るようになる。そのさい、リスクの知識を一般にそれを公開するという情報公開が求められる。

こうしたベックの時代診断にならって、現在われわれの生きている社会を「リスク社会」として記述する企ては、今日深刻化しつつあるエコロジー的危機に鑑みるだけでもかなりの説得力をもつ。

次にベックの帰責不能について、文明がもたらすリスクの多くはその原因をつきとめ因果性を確定することが難しい。例えば利用者の食中毒において、その原因はたいてい一つではないし、原因はさまざまな要素の複合から成り立っているからである。それゆえ、その原因を特定の理由に帰責することは難しい。しかも厳密な因果関係の証明に固執することは、因果関係が十分に立証し得ないという理由から、かえって施設側の責任を免責する

という逆の効果をも生む。食中毒の原因が施設職員の調理方法が原因と特定できれば施設側の責任を追求することはできても、食材そのものが原因となれば、責任の問いようがなくなる。原料が加工された食材の中に有害物質が含まれていたとすれば、その原料のどこかの物質に健康に被害を及ぼす物質が潜んでおり、原料一つ一つチェックすることは困難であるばかりか、ごく少数の原料についてさえ、健康被害との因果関係を立証することは極めて困難とされている。ましてや、これらの原料が加工された複合効果となれば、その立証の困難さは絶望的なものとなる。また、例えば施設で野菜炒め定食が提供されて、利用者が食中毒にかかった場合、野菜に含まれる残留農薬や化学肥料が健康に及ぼす悪影響が確認できたとしても、誰にその責任を負わせることができるのか、という点である。定食を提供した、施設側に責任が生じるのか、農薬や化学肥料を製造している会社に対してなのか、耕作に携り、実際にその農薬や肥料を使用している農家に対してなのか、それとも有害物資の生産・販売やその使用法に許認可権限をもっている行政官庁に対してなのか。

しかし、施設側にしても行政当局の認可や科学からの支持があるからこそ無害な有害物質として利用者に食材を提供しつづけることができるのであり、農家にしても食糧増産を目指す行政当局の指示があつて、あるいは人手不足のものが害虫から被害を食い止め、農業をつづけていくには化学肥料や農薬の多投に頼らざるを得ないからこそそれらを使用するのである。行政官庁にしても、実際に農業には携っていないという意味では土壌を汚染する直接的な当事者ではない、ということになる。こうして、利用者の食中毒の責任の所在は曖昧になってしまう。言い換えれば、利用者に食材が提供されるまでの高度に細分化された分業体制こそが食中毒の引き起こす共犯を生み出しているのであり、またこの共犯が無責任体制を生み出している。すべてが原因であり、かつ結果であり、それと同時にまた原因ではない。原因はさまざまな登場人物と諸条件、作用と反作用が常に入れ代わり立ち代わりするなかでいつの間にか消え失せてしまうのである。

ベックの保険制度によると、今日の「リスク社会」においては、もはや産業社会を支える重要な制度の一つである保険制度による補償がほとんど不可能な損害が現出する。施設内での転倒・骨折において見られるリスクであれば、ある程度までは、保険制度によってカバーされてきた。

しかし、自然は征服され、誤った利用がなされた結果、人間の外側の現象であつた自然が内側の現象へと変化し、昔から存在していた自然現象が造られた現象へと変化したため、現代的リスク、例えば残留農薬によるリスクや生態系破壊のリスクは、個人補償の可能性を超えてしまっている。自然は産業システムの内部に組み込まれ、産業システムの内部に組み込まれた第二の自然がもたらす脅威に対しては、ほとんど無防備になった。

つまり、補償について、そこで人々が遭遇するさまざまな損害や危険一不慮の事故、労災、失業、疾病等を補償し、安全を保障するための制度を整えることによって自らの存続を確保してきた。それが各種の「保険」である。保険は人々の安心安全への欲求を充たすだけでなく、リスクの社会化という一種の社会協定を通じて、自由な個人の契約関係から

成る新しい連帯社会の形成に寄与することでもあった。

また生活のすべての分野において近代化がもたらした不確実性＝安全の不在という問題に対して、今後人々の生活に安全を確保し、保障する体制が必要である。しかし、リスク社会の到来とともに、公的な、こうした安全のための諸制度は重大な危機に直面させられる。というのも、農薬で汚染された野菜のように生態系、あるいは遺伝子に絡む事故や汚染の深刻さは、従来のリスク管理能力の限界を越え、既存の保険制度ではもはやこれに対処しきれなくなるからである。こうした事故や汚染は、一度生じてしまうと、その被害の規模や影響範囲は甚大となり、修復不可能な環境破壊や健康への被害をもたらすばかりか、金銭的にも補償は極めて困難となる。また、新型インフルエンザのような事故はその空間的・時間的な境界性を失うが、それとともにその事故としての意味をも喪失する。事故は加速的、あるいは累積的な破壊となる。それは一時の補償によって償うことのできるようなものではなく、保障体制システムを内部から崩壊の危機にさらすのである。

従来は社会が意思決定を行ない、その結果、社会によって生み出された危険が介護国家の現行のリスク計算から成る既存の安全システムが構築された。しかしこのようなリスク社会の突入が、安全システムへ移行する過程を崩壊する可能性がある。リスク社会は、そこで生活する危険が大きくなればなるほど、その安全のためのシステムの保障能力が逆に小さくなっていく社会なのである。

ベックによれば、こうした逆説を生む制度的仕組みは「組織化された無責任」にあるとする。組織化された無責任とは、リスクが生じるさまざまな要因が企業、行政あるいは科学が複合的に混じり合っているため、リスク社会の破局的なリスクや危険の源、それにその責任問題の所在を覆い隠すのを可能にしている一連の制度的メカニズムのことをいう。リスクにさらされている危険は、集団的で共同的な性格をもちはじめているだけでなく、その源もまた集団的なものとなっている。前述の汚染された野菜のように、汚染源、あるいは汚染物質と食中毒という被害との間に明確な因果関係を確定することはますます困難になっているのである。しかも、こうした汚染や環境破壊を防止し、汚染者の責任を追求し、被害者の救済と補償を行うことが期待されている現行の法や規制は、被害発生仕組みが単純な事故や事件、あるいはまた少数の個人の間には発生する容易に確定可能な加害-被害関係を想定してつくられている。それゆえ、こうした法や規制が個人や個別企業の責任が原則的に立証不可能な集合的危害に適用されるとき、法の厳格な適用は、問題の解決につながるどころか、かえってその解決を妨害することになる。個人主義的な汚染者負担の原則は、法を環境汚染の共犯者に仕立ててしまうのである。

このように、従来の質的に異なる時代のリスクに対応してつくり出された帰責のルールや規範との間にミスマッチが「組織化された無責任」としての「合法化された総汚染」を生み出している、とベックはみる。ベックは、これまで経済的な財にばかり焦点を当ててきた社会科学の姿勢に疑問を覚え、これからはリスクの存在が社会を形成するための重要なカギとなることを示した。ベックは、「リスク」を、人間の五感によっては捉えがたい

「非知」として描いている。しかし、それは日常的な知覚では捉えられないだけであり、知覚を越えたところにいわば客観的にリスクは伏在しているという認識が、ベックのリスク論の根幹にある。

3 ルーマンのリスク論

FN・ルーマンはリスクという概念を「決定」と関連づけて把握する。ルーマンにとって重要な区別は、リスク/危険という区別である。この区別を用いることによって始めて、リスクに関する社会的分析の可能性が開示されるというのが、ルーマンの考え方である。未来の損害の可能性が、自らで行った「決定」の帰結とみなされ、そのような決定に未来の損害が帰属されるという場合が「リスク」であり、そのような未来の損害の可能性が、自分以外の誰かや何か(社会システムも含む)によって引き起こされるものとみなされ、そのように帰属される場合が「危険」である⁶⁾、とする。

このルーマンの区別は、結局、能動的に、あるいは自分の選択によって関わる場合の危険性と、受動的に、自らの自由意思や選択によらずに関わってしまうざるを得ない危険性との区別と同じである。しかしこの区別は、(社会的な)帰属の仕方の違いであって、ある個人の「構え」や「態度」の違いではない⁷⁾。

ルーマンは、リスク/危険という区別を使用することによって、日常的に使用されるリスク/安全の区別では見えてこないものを観察しようとした。それがルーマンのリスク論のねらいである。

この「見えてこないもの」というところに判例の「要保護的法主体」概念が光を当てて、利用者を救済しているように思える。ルーマンも述べているとおり、すべての観察には「盲点」がある。どんな観察も、ある区別を使用して観察をおこなう以上、その区別によって見えないものはあくまでも見えない。見えるものしか見えない。それはファースト・オーダーの観察でもセカンド・オーダーの観察でも同じなのであり、それゆえセカンド・オーダーの観察もまた別な意味でのファースト・オーダーの観察であり、固有の「盲点」を抱えている。

このようなルーマンのリスクと危険との区別は、社会の複雑性の増大という事態に相応したものであるといえる。現に結合している諸要素が、それ以外の諸要素との結合諸可能性を多分に有していればいるほど、複雑性が増大している、と表現されることになる。端的に言えば、可能性の増大、といってもいいだろう。それゆえ、複雑に機能分化した現代社会は、このような意味で複雑な社会である。この複雑な社会であるがゆえに、判例は保護領域を広げるために「要保護的法主体」を構築しているのである。

このようにして、社会がますます複雑になり、現在において考えられる選択肢の数が著しく増大すると、(当人が意図しようとして意図していまいと)そうした選択肢の中で何らかの「決定」を下すことがいわば「強制」されてしまう(「選択」の強制 義務的強制)。そうなると、かつては、生活の過程において多かれ少なかれいわば「おのずから」「自然

に」生起するものであると考えられていた多くのことが、いまや、(誰かあるいは何らかのシステムの)決定によって初めて生起するものとして(しばしば事後的に)把握されるようになる。これを、「自然の社会内部化」という⁸⁾。日常用語法においても「リスクを引き受ける」、「リスクを顧みず」といった言い方がなされることから明らかなどおり、「リスク」とは単に、予期されなかった事故が起こったり損害がもたらされたりするという事そのものではなく、未来において生起するかもしれない何らかの損害を現在の時点において見積もることである。ルーマンのリスク論にとっては、「現在」という時点との「関係性」が重要なものとされている。つまり、「リスク」とは本来的に知り得ないはずの「未来」について「現在」の「関係性」の中で描写するということなのであり、この含意をわれわれはもっと汲み取らなくてはならない。

ルーマンの「時間」概念の核心は、「過去と未来の差異」という点にある。これはルーマンの時間把握の中でかねてより一貫している主張である。ルーマンは、機能的に分化した近代社会へと移行するのに伴って「時間」概念もまた変化するという仮定のもとで、「かつてなかったほどにわれわれの時代は、過去と未来との連続性が断絶してしまっている」という時代診断を行う。過去と未来との差異が著しく大きくなっているというこの見解は、変化のテンポが速くなりこれまでであったこととこれからあることとの間に著しい差異がみられるようになってきていること、それゆえ未来はもはや過去からの類推によっては把握できないということ、を意味している。このことは、未来を予想するよりは、現在との「関係性」の中で「要保護的法主体」概念を構築する必要があるということである。

以上のように「要保護的法主体」におけるリスクとは、過去と未来との連続性が断絶し、複雑な現代のリスク社会において、保護範囲を拡張するために、判例は現在のあらゆる関係性の中で、「要保護的法主体」を構築し、新たな法主体概念像を浮かびあがらせているのである。

4 リスクの構造的要因の分析

「要保護的法主体」である利用者への介護サービスにおいては、日本国憲法第13条前段の「すべて国民は個人として尊重される」という基本理念に基づいて、利用者が人としてもっている尊厳、および人格権としての自分で決める権利が保障されている。利用者の身体拘束禁止の原則を維持しながら、利用者の残存機能を活用した自立生活を、支援サポートすることが求められる。利用者と施設側は民法上の契約に基づき、施設側は利用者の日常生活や療養の世話などに関わる介護サービスを提供するという契約上の義務を負う。この契約上の義務の中に、利用者の事故防止という利用者に対する安全配慮義務も、サービス提供者、すなわち契約者である施設側の義務として、位置づけられる。

介護の現場では、利用者個人を尊重し、残存能力を活用した自己決定権を尊重しつつ、利用者の介護事故を防止するため、現場の介護従事者はプロとして、これら現場の難しい局面において、瞬時に最適の措置を判断し選択して、的確に実践しなければならない。こ

の最適の措置の選択および実践は、「マニュアル」だけではなく、時間と努力が必要となる。利用者は、介護の従事者を、知識と技能と理念を身につけたプロとして信頼し、安心してサービスを依頼する。介護従事者の介護サービスの質の高さと、緊急時はもとより常に安全配慮を尽くしてくれるだろうと期待している。したがって、事業者や介護従事者が介護サービス提供現場において、万が一の事故防止策や事故が発生したときの対応の不十分さがあれば、「利用者や家族に対する期待を裏切る(期待権の侵害)」⁹⁾ ことになりかねない。

現代社会生活において、人はどこにいても事故に遭うリスクに遭遇する。身体機能の衰えた利用者はさらにそのリスクを増大させる。

福祉施設においては、危険や事故に対して事前に可能な限り予見して(予見可能性)、発生を回避または防止し(回避可能性)、万一の事故には迅速に対応して被害の拡大を防止し、損害を最小限に抑えるような体制が求められている。言い換えればリスクマネジメントの体制が整っているということが福祉施設にとって必要不可欠である。そのことによって利用者は安心して選択し、契約することができる。介護の現場で介護サービスに従事する職員は、介護福祉士、社会福祉士、看護師、ホームヘルパー、医師など、いずれも資格をもつ専門家である。専門家は常にリスクを念頭に置いて、介護サービスを遂行しなければならない。

介護事故・リスクの構造においては、「利用者の要因」「介護従事者の要因」「環境の要因」の3つの要因が複合的に起因して発生する¹⁰⁾。

第一は利用者の加齢による、体力の低下、判断力の低下、抵抗力の低下などが、いずれも事故の要因となる。利用者自らの安全管理・自己管理能力が低下し、反応も鈍くなり、予見能力が低下することによって、結果回避が不十分になるからである。また、認知症性高齢者は、本件事案のように精神状態が不安定になり、突然の問題行動や、自ら危険へ接近することもあり、これらも要因となり得る。このような状況が生じても原則、前述の日本国憲法の「個人の尊重」の理念から原則身体拘束は禁止されている。緊急時以外は、本人の尊厳、残存能力を十分に活用し、日常生活訓練のためにも、自主的行動は認めざるを得ないのが現状である。本人の意識がはっきりしていれば、自己決定権は保障され、人格権は憲法によって保護されているのである。しかし、自己決定権を尊重しつつも、介護事故を防止するためには、個人のリスク情報の収集が不可欠である。利用者のリスク情報を収集するためには、利用者個人の人生観・歴史観・職業観などの生育史、家族関係、近隣関係や生活技術能力などを分析し、「その人に内在する問題とその人を取り巻く環境との関わりにおいて、どこに問題があり、どのように調整したり、支援したりしたらよいか、実践仮説を明らかにすること」¹¹⁾が必要である。今までの生活歴を経過して今日があり、毎日毎日のADL(生活活動)は、その生活歴の上に成り立っているからである。ここで大切なことは、福祉サービスを必要としている人の身体的要件とADLだけに着目するだけではなく、その利用者が社会的にどのような生活を送っているのか、今後送ろうとしているのかとい

う「利用者の主体性を尊重」¹²⁾しつつ、リスク要因を分析することがリスク回避のための有益な情報といえる。利用者の主体性を尊重することは、社会福祉を越えた、人間社会が持つべき基本的な人権思想である。人間の主体性の多くの部分は主観によって成り立っている。利用者の主体を把握するとき、それはその人の主観を把握することでもある。知識やデータはあくまでも、生活者の現実を理解するための基礎的情報にすぎず、それに頼るだけではなく、一人ひとりの生活の主体性、生活者の主観的視点は、それぞれが造り上げた固有の意味の世界である点を踏まえて理解し、受け入れる利用者の要因を多面的に分析することが必要である。

第二に介護従事者の要因が挙げられる。介護従事者の要因とは、現場における介護福祉士、社会福祉士、看護師、ホームヘルパーなどの要因である。この介護従事者の要因によって事故が発生し、事業者、介護従事者の注意義務を怠った義務違反が認められた場合、損害賠償責任を問われることになる。

資格に応じて内容や水準が異なることもあるが、介護の専門家の注意義務違反として、介護事故の発生を予測できる場合に不注意によって見過ごし、判断を誤ったりサービス行為が不適切・未熟であったような場合がある。また、慣れによる油断や介護従事者のコンディションも大きく影響する。さらに、リスク情報の引継ぎが不十分である場合も介護事故が発生する要因となる。

介護従事者は現場において利用者の生命・身体・健康を保護する義務がある(安全配慮義務)ため、利用者の安全について適切な注意と措置を講じることを要求される。

では、介護従事者に必要な視点と能力とはどのようなことであろうか。利用者への介護サービスは、誰がやっても同じというわけではではない。原理、原則により、過程を踏まえ進めていくのが、介護サービスの実践であるが、そこにはどうしても、人間的なもの、個人的なもの、私的なものが入り込むことになる。それは介護職員が人間であることからくる宿命である。介護職員の介護サービスに対する熱意、温かさ、優しさ、几帳面さ、配慮の深さなど、またその逆も、介護従事者の個人のパーソナリティに大きく左右される。それは、介護職員の個性の問題である。介護職員の仕事は対人関係が基礎になることを考えれば、個性を押し殺し、平板な優しい人になり切ることには嘘があり、無理があるばかりか、人間味のある対人関係は樹立しないであろう。どのような個性が最善であるかなど判断できるものではないが、少なくとも、介護従事者が自分の価値観、経験、趣向を内面化し、それらを結合し独自の個性をもつことである。そのほうが自然であり、ありのままの素直な人間性がよりよい介護サービスをもたらすのである。これをどうつくるかは、介護職員の創意工夫であり、自らの良心に従い自己の信ずる姿を表すべきであろう。つまり「人間は被造物である、だが個性は人間の創造的産物である。介護職員の個性こそが、現場における介護サービスの特徴、固有性、個別性、人間性を生む」¹³⁾のである。

介護職員が利用者の主体性、尊厳、人間性を理解し、利用者から受け入れられるかどうかは、利用者に対する既存の知識・データが前提となるが、それらを越えた、感性や柔軟

性などの、介護職員の才覚、技量、度量によるところが大きいといえよう。食事介護などの介護サービスに例えれば、同じ食材を利用者に提供しても、利用者によってはどの施設職員が食事介助をしたかによって味覚は異なるのである。食事の介助においても施設職員の技量、情熱などによって味覚という結果は左右されるのである。

第三に環境要因が考えられる。介護事故は環境によっても起こる。在宅介護の場合、長年住み慣れた自分の居住空間とはいえ、高齢者などの利用者の自立の内容の程度によっても各々異なる。施設等においてもバリアフリーになっているか、トイレは近くにあるか、火器が近いか、各種設備の配置状況、安全性はどうか、外部に直接出られる構造になっているか、防犯上の安全性介護事故・リスクの構造はどうか、リスクマネジメントの視点から利用者に適合した「ハザードマップ」の作成が求められる。それは家人の状況、介護従事者による介護の状況、緊急時の支援体制、近隣住民との交流状況、近隣の地形、食事の管理状況、衛生管理状況などのアセスメントから始まる。そして日、時間によるリスクゾーンの設定、連絡先、特に緊急時の対策はどうすればよいのか考えておくことである。

また、リスクを回避する環境として、社会福祉サービスを提供する場所は、「‘治す’ことを目的とした、いわば時間的に限りのある医療サービスを提供する場所とは異なり、一定の身体的、精神的な理由による生活障害を抱えながら、日々をどのように暮らすか、が課題である、‘いわば時間的に限りのない’サービスであるから、利用者にとっては、サービスを提供する施設等は日常生活の場に近い方がよい」¹⁴⁾ という環境設定が必要である。

以上3つの要因が複合的に3つ重なり合った場合に事故が起こる可能性が高いが、2つが重なった場合でもリスクゾーンとして対応しなければならない。そして、3つの要因は一定に固定したものではなく、常に流動的であり、その要因の割合や比重がさまざまであることを認識しておくべきである。

被害者の生命は最も大きな保護法益である。例えば、後述の東京地方裁判所（H12.6.7）判決では「資格（福祉士・看護師）に相当した専門的見地からの裁量的判断を適切に行い、その選択した方途を実行することが求められている」として、「マニュアル」どおりでは不十分として事業者の損害賠償の責任を問うている。そもそも専門職である介護従事者は、その専門分野について相手（利用者）に対して説明責任があるといわれている。また利用者にとっては、サービスを提供してくれる事業者、介護従事者は専門職であるから、必ず自分にとって最適なサービスを提供してくれるはずであるという期待をする。信頼してサービスを選択し、契約するのである。この専門職に対する利用者の期待を、保護法益として保護される「期待権」¹⁵⁾ という。したがって、この期待に反してサービスの水準に達しない手抜きサービスなど、劣悪なサービスの提供をした場合は、期待権の侵害（不法行為）として、損害賠償責任の対象となり得る。

特に介護従事者である社会福祉士（精神保健福祉士）は、ソーシャルワーカーの基礎資格があると同時に、社会福祉の専門職である。「専門職である」ことは、専門職であること

に伴う責任について理解し、日々の仕事に要求される専門性を、常に客観化しておくことが求められる。社会福祉のサービスを提供するにあたり、事故発生のリスクは避けがたいものであり、事故防止に努めるとともに、発生する損害の補償を考えて、保険制度の利・活用などが一般化している。

契約で取り決めた内容、程度のサービスを提供する責任とその責任を果たすに際しての専門職業人としての求められる注意義務は、一般人に比較して高い。民事責任における注意義務違反である過失(民法709条)は結果の回避義務違反であり、適正な結果回避措置を期待する前提として、予見義務に裏づけられた予見可能性の存在があり(東京地裁昭53.8.3, 判時899.48)、刑事責任の過失(刑法38条)は、結果の発生を予見する可能性とその義務および結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務である(最高裁判所決定、昭42.5.25, 刑集21.4.584)。このような民事責任および刑事責任の根拠となる結果回避の義務や予見可能性について、職業人(専門家)が一般人(素人)より高いレベルのボーダーラインを設定されるのは当然である。そのため専門職と呼ばれる理由とそれに伴う責任についての認識が求められる¹⁶⁾。

最高裁判所(H12.9.22)判決¹⁷⁾によると、医療契約の過程で、医師が水準にあった期待される医療サービスを履行しなかった。仮に、水準にあった医療行為をしていたならば、その時点では死なないですんだはずであると高度の可能性が認定された場合、単なる診断ミスによる医療過誤としてではなく、期待権の侵害(期待を裏切った)として、不法行為責任を認められるとしている。

今日では明確な精神的疾患とまでは分類されない人格的障害を抱え、生活障害に遭遇している市民の潜在的人数の規模は計り知れず、福祉サービスの実践においても重要な位置づけとして関心が払われなければならない。このような現状の下では、本人の無意識下に横たわる真意を示唆するものとしてのさまざまなシグナルをより適切にキャッチする知識や技術の習得は、大切な社会福祉専門職の資質となるであろう。「権利として擁護されるべき究極の利益は、「心」のセンサーの感知と関係し、無意識下の意思(真意、特に社会的存在としての意思)を汲み取ること」¹⁸⁾である。

人権相当の利益に係る法律上の問題かどうかの判断を、福祉臨床において判断することは実際には困難なことであり、また合理的なことでもない。むしろ、福祉臨床において必要な理解は人権思想であり、人権の考え方の由来を尋ね、その社会的必要性を理解し、日々の実践に反映させることが大切である。介護保険制度に関連した「身体拘束の禁止」規定の適用は、まさにケースバイケースであり、裁判においても、「緊急やむを得ない場合」に限り、その違法性が阻却されるかどうかは、まさに法律専門職の領分に属する判断である。

介護サービスとは、利用者のニーズの充足にその意義があり、また、ニーズは単に利用者本人によって言語として明確に伝えられたものにとどまらず、意識化されていない本人のニーズを本人の言語の端々や態度など、全身、全体から発せられるシグナルから把握さ

れるべきものである。「福祉臨床において大切なことは、裁判対策(紛争化した場合の事後の対応)ではなく、むしろリスクマネジメントを含む、その人権(相当の利益)侵害の発生を防止するための努力(人権思想の福祉サービスへの反映、福祉サービスの利用促進)にこそ、その本体がある」¹⁹⁾ ものと理解しなければならないだろう。

5 介護サービスのシステム論

社会福祉を利用者の個別性そのものに焦点をたてると、客観性や科学的根拠が見失われ、施設職員の主観的判断や勘・経験を重視するという結論に至り、介護サービスの効果性や有効性を探求する統一的な理論的なシステムが構築しにくいことへの懸念がある。しかし、社会福祉は利用者の個別性と集団との関係性を対象とし、利用者という個人を中心に据えた実践活動である。その活動のためには、利用者という生身の人間が困難な状況に立ち向かい、利用者自らが行動様式を選択・決定し、よりよい幸せづくりのために創意工夫する必要がある。またその利用者の主体性・自主性を尊重しつつ、補助的機能として施設職員がどのようにシステムに基づいて対応しなければならないかという現実問題が生じる。

このような現実を軽視して、単に介護サービスの理論的な方法としての技術、枠組み、介護サービスのシステムだけを論じて、またいかに利用者的人間的視点を強調した介護サービスを提供しても、それが受動的に得た受け売りの知識だけでは、利用者の幸せづくりに貢献でき真の人間にあふれた生活にならないであろう。利用者の価値観がさまざまであると同様に支援する施設職員の資質もさまざまである。したがって、利用者との関係性において内在する潜在能力によって形ある幸せづくりを構築していく必要がある。利用者との個性を認め合い、両者の創造性、独創性をいかして、両者の幸せを作品として構築することが大切である。もともとある統一的・画一的な設計図を念頭に介護サービスを提供することも必要であるが、利用者との施設職員それぞれの性格や特徴をいかして共同作業によって特有のスタイルを造りだし、新たな幸せづくりを生み出すことが必要である。例えば、アリの巣や蜂の巣はもともと設計図がなく、互いの信頼関係に基づいて、共同作業により住み処を構築し生活をしているのである。

施設側から利用者に対して「～しなさい」「～してはいけない」ということを、一方的価値観を押し付けると利用者は反発や拒絶反応を起こす。このことは利用者の主体性の尊重が侵害されているからである。利用者のみならず、本来主体性を尊重することは、社会生活においてもつべき基本的な人権思想である。主体性の多くの部分はその人が必要としていること、求めていることによって成り立っている。施設職員が利用者の主体性を把握するとき、それはその人の「必要と求め」を把握することでもある。一般的な知識やデータだけでは利用者のすべての主体性を理解することはできない。知識やデータはあくまでも、利用者の過去の状況を理解するための基礎的情報にすぎない。利用者一人ひとりの生活の主体性、生活者の「必要と求め」の視点は、利用者それぞれがつくり上げた固有の意味の世界である。それを把握・理解し、受け入れることは受容の世界でもある。施設職員

が利用者の主体性、尊厳、人間性を理解し、受容できるかどうかは、施設職員の知識や価値観や生活信条が前提となるが、それ以上に、施設職員の感性や柔軟性などの、施設職員の技量によるところが大きい。つまり、介護サービスは施設職員と利用者自身の知性、価値、経験、感性などの融合による独創性、固有性から生まれる面もあることは否定できない。

介護サービスは利用者と施設職員との相互作用によって創り出すもので、両者のもつ価値観、感性、技術を駆使した洗練された行動による創造的行為ともいえる。つまり、その人間性を通して、創られたものや表現される主体的行為のことといえよう。

これをナラティブの視点から考えると利用者の語りは、利用者のこれまでの経験、思考などによって培われた緻密性、感性を通して、利用者内に内在する価値を具体化する創造的産物が含まれているのである。

このように利用者の語りが創造的な行為やその結果であることを考えると、そこには利用者の個別性にも本質的な共通性が見えてくるといえ、同時に介護サービスにおける実践に有意義な示唆を与える多くの要素を含んでいる。

(1) 対人関係について

介護サービスは基本的には利用者との対人関係を基軸にして、利用者の環境との相互関係に関わり、施設職員が施設という環境の中の利用者との対人関係を用いて環境の改善を追求していく過程と見なすことができる。しかしながら、そもそも利用者の語りと知識・データは対立するものであり、知識・データが客観性を重視するとすれば、利用者の語りは主観性が尊重される。利用者が施設という物理的環境と対峙するときには、主観的な人間性はあまり必要とされず、客観的な方法、対策、過程、結果などの形式や有効性が中心となる。しかし、対人関係は方法、対策、システム、結果も重要であるが、介護費用と交換される介護サービスの内容や質が問題なのである。客観的には整然とした介護サービスの方法や過程が用いられたとしても、形式的で充たされても、対人関係に必要な温かさのある相互交流は生まれにくい。対人関係は多様な価値観、信念、情緒との複雑な相互作用が必要となるからである。現場における介護サービスの現実には、定式化した方法や技術だけで、進歩的展開が期待できるほど容易なものではない。一人ひとりの人間がすべて違うように、そこに生まれる対人関係も日々進化し、一つとして同じものはないはずである。したがって、施設職員の感性や思考や経験を基にした洞察的予測などによって、より効果的な方途や技術の組み合わせや発案を行なうという裁量が求められる。それは、知識・データには記されていない、施設職員や利用者の独創的な援助や対処に関する対人関係が求められているといえる。介護サービスのちしき・データの視点は、もちろん重要であるが、それを基礎にした利用者や施設職員のそれぞれの固有の独創性が尊重されなければならないのである。

(2) システムについて

利用者と施設職員との関係において生まれる介護サービスは多様な要素からでき上がっ

ている全体であり、環境との相互作用によって営まれるものである。介護サービスを統合的全体として捉える傾向にあるが、実際に起こる現実には、人と人との出会いであり、全体的把握の理念は知りつつも、人のある要素や側面によって、人間の評価や判断は大きく影響される。施設職員において、粗野な態度や言葉で接してくる利用者に対して、施設職員は冷静かつ公正にこの利用者の全体像を把握することが可能であろうか。ここで求められるのが、施設職員の技量である。利用者の生活状況を冷静に把握しながら、また利用者の現状認識や問題認識の方法を、施設職員の独自の視点で理解・解釈することによって、偏りのない一貫性をもった利用者のニーズを把握することが可能になる。利用者の生活はある種のストーリー(物語)であり、その利用者のストーリーの解釈と理解を把握するためには、施設職員の情感や感性が必要である。既存の知識・データという論理的枠組みや知的合理性を基礎に、このような情感や感性という技量によって、利用者の幸せを真に理解しようと思われるのである。

(3) 価値観、知識、技術、方法、環境などの統合体としての介護サービス

介護サービスの中核をなす要素は、利用者と施設職員の価値観、知識、技術、方法、環境などであるが、それらは個別に、階層的に組み合わせられているわけではなく、それらは、いわば渾然一体となった統合体となっている。しかし、この統合体は、つねに均一で混合するのではなく、介護サービスの内容によってはある種のものが強調されたり、あるものはあまり重視視されないことがある。この強弱の複雑な混合によって、介護サービスの内容はその姿を少しずつ変える。例えば、食事介助において、誤嚥にならないように食べさせるように介護技術を重視する介護サービス、施設職員が利用者に語りかけ、楽しみながら食事介助するという人間性を強調する介護サービスなど多様である。このように、介護サービスに多種のアプローチ方法があるが、施設職員が介護サービスのどの要素に強弱をいれているかで、介護サービスの質が変化しているのである。

(4) 洞察と創造性

介護サービスには洞察と創造性が必要である。利用者の問題状況、出来事などに対して施設職員がもっている知識、情報を基礎に洞察をくわえ、利用者の必要と求めをキャッチする分析思考能力が必要である。このような分析思考能力には、施設職員の洞察力にかかっている。利用者の些細な言動一つひとつをつなぎあわせ、一つの文脈の中で分析的に理解するためには、創造や推量を喚起する深い洞察力が求められる。利用者の行動の背景に流れる根拠を考察し、思慮を深める必要がある。そのためには利用者の情報、知識、データを分析・評価し、そこから想像力を駆使する洞察力が必要である。

また、介護サービスには、創造性も必要である。既存の知識・データを利用者への介護サービスにそのまま反映させることは、施設職員の思考力、独自性を困難にする。利用者の価値観は常に変容している可能性が高いため、より新しい、効果的な介護サービスの方法や技術を追求し、自ら積極的に固有の介護サービス目標を設定する創造性が必要である。たとえ、失敗しても創造的行動の積み重ねによって介護サービスの自己調整、自己改善、

チャレンジ精神が生まれ、結果的にはよりよい介護サービスにつながるのである。

(5)交渉について

施設職員は利用者のニーズに見合うサービスの提供を求めて、他の関係機関と話し合いをもちながら利用者のニーズを充たすサービスの供給が行われるように交渉しなければならないことがある。施設職員が利用者の要求を主張し獲得するには、組織の要求や提案を拒否する形態がある。施設職員は相手方に対して利用者の現状におけるデータや事実を示し証明することによって、理解させ説得へと導き、また、相手方の矛盾や問題点を指摘することにより、改善、改良を要求し、結果として利用者のニーズが充足される状態を作り出していくことが必要である。ただし、交渉の場合は相手の立場を理解し、妥協や譲歩を必要とすることもあるため、交渉を行う施設職員の能力、機転、判断が大きな役割を果たす。

(6)観察について

施設職員が対象にするのは、利用者と環境と両者の相互関係の主に三つの分野である。利用者の現状を言葉だけではなく、視覚的に見極めることによって、利用者の言葉には表されなかった部分を認識し、真実の姿や、環境との関連によって問題を把握することである。対人関係は対人技法で多くの側面が把握できるが、環境は観察しないと理解できないことが多い。例えば、居住環境を観察するとき、陽当たり、騒音、プライバシーの守れる部屋、スペース、バリアフリー化の程度など観察して初めて問題点が理解されることがある。特に、人と環境の相互作用や適合性を中心に、環境の質を観察する必要がある。この観察によって少なくとも改善の方向性や問題に関連する環境との相互関係を明らかにできる。この技法には援助者独自の注意力、理解、解釈の能力が必要である。

以上、介護サービスは、利用者を生き生きとした活性のある生活と、保有する残存能力を最大化することによる自己実現であるが、これは利用者本人が創り出すものである。そして、施設職員が知識やデータに基づいて技術、環境を駆使した方法をもって、利用者の感性を支えることが必用である。真の介護サービスは施設職員自身の取り組む姿勢にかかっている。少なくとも施設職員の技量、感性、情熱、努力などによって介護サービスのシステムとしての質の高低は定まるといえよう。

<脚注・引用文献>

- 1) 吉川吉衛 (2007) 『企業リスクマネジメント』中央経済社 2頁
- 2) 吉川吉衛・前掲1) 120-121頁
- 3) 吉川吉衛・前掲1) 120頁
- 4) 吉川吉衛・前掲1) 120-121頁
- 5) 小松丈晃 (2003) 『リスク論のルーマン』 1-4頁 勁草書房
- 6) 小松丈晃・前掲5) 31頁 小松によると、建物が地震に弱い作りになっていることを知っていて引越すこともできたのにあえてそこにとどまり、ありうべき損害が自分の決定に帰属できる(自己帰属)なら、

それは「リスク」である。他方、建物の倒壊によって被るさまざまな損害を、地震が起こったという「自然」の出来事に帰する(外部帰属)のなら、未来における建物の倒壊の可能性は、「危険」である。

7) 小松丈晃・前掲5) 32-33頁 小松によると、たとえ自分の選択によって関わることになった危険性だとしても、それを(戦略的に)「危険」として構成する(外部帰属する)ことは十分可能である。例えば古い家屋が建ち並ぶ歩道を、屋根瓦が落ちてくる可能性を十分知りつつも、あえてジョギングをする場合である。このとき、別の歩道を選択すれば怪我はしえないと思いつつも(その意味で怪我が自分自身の選択に帰属され得ることを十分認識しつつも)、その怪我の可能性を、当該家屋の家主による屋根瓦の管理不行届きに帰属させ、「危険」として観察することは十分あり得る。あるいは逆に、自分としては突然の「不運」(「危険」)のつもりでいても、その後のコミュニケーション過程の中で、社会的に「それはあなたの選択のせいである」というかたちで「リスク」として構成されるなどという事態も半ば日常茶飯事である。したがって、リスク/危険の区別は、単に能動的か/受動的かということではなく、(社会的な)観察の様式の相違である、とする。

8) 小松丈晃・前掲5) 37頁 小松によると、リスクとしての描写が選択肢の増大と連動している例としては、例えば、結婚が、家の存続のためという(各人からすれば外部から与えられるものでしかない、したがって外部帰属されていた)目的から解放され、二者の親密さを基盤として締結されるものになればなるほど、結婚における失敗は、各人の決定へと帰属され「リスク」として意味づけられる。身分に拘束されず、誰でもが自分の結婚のパートナーになり得る(それゆえ二者の出会いが「偶然」というメタファーで語られるようになる)という選択肢の増大が、結婚の失敗という未来の帰結を「リスク」として意味づけるわけであるとする。またさまざまな対処法が考えられたのに何もせずにじっと静観していた、言い換えれば積極的には何も「決定」しなかったということもまた、一つの「決定」となる。

9) 社会法人 シルバーサービス振興会 (2005) 「事故防止・事故対応の手引」 17頁

10) 社会法人 シルバーサービス振興会・前掲9) 18-19頁

11) 大橋謙策 (2005) 「わが国におけるソーシャルワークの理論化を求めて」 『ソーシャルワーク研究 vol. 31』 相川書房 16頁

12) 秋山薊二 (2002) 「アートとしての技法」 太田義弘・秋山薊

13) 秋山薊二・前掲12) 139-152頁 二編著 『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光正館 143頁

14) 志田民吉編著 (2007) 「社会福祉専門職と法学」 『改訂法学 社会福祉・利用(契約)制度と法』 建帛社 21頁

15) 社会法人 シルバーサービス振興会・前掲9) 27頁

14) 渡辺信英 (2006 9) 「老人保健施設における誤嚥による死亡事故」 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』 南窓社 146頁

16) 社団法人 シルバーサービス振興会・前掲9) 27頁

17) 志田民吉 (2006) 『臨床に必要な人権と権利擁護』 弘文堂 31頁

18) 志田民吉・前掲17) 31頁

第3章

「要保護的法主体」における「最善の利益」論

介護事故裁判例の「要保護的主体」において、新しい主体概念の「最善の利益」をどのように構築する必要があるか。利用者に介護事故が生じないようにするという身体的安全という施設側の保護の要請と利用者の自己決定権の尊重という自立の二項対立的な法的思考様式が存在する。利用者の食事を流動食にすれば、誤嚥事故は防止できる。徘徊防止のために、部屋の鍵を閉める、つなぎ服を着用させるなど利用者の身体を拘束すれば、徘徊や転倒・骨折事故は防止できる。しかし、一方で、自己選択・自己決定という自立としての利用者の人間の尊厳が失われてしまう。

つまり、利用者や患者の利益を第一に優先することが「最善の利益」でないかと思われる。施設内では介護職員にはプライバシーが保たれているが、利用者は食事・入浴・排泄など生活全般を介護職員の「監視」の下に行うことを考えると、介護職員と施設内では「無限定」に付き合う位置に存在しているのである。そのため、利用者には、「行きたいときにトイレに行く」「外出したいときに外に出る」「入りたいときにお風呂に入る」など本人の要求を可能な限り実現できる方向に進める「他者志向性」が求められているのである。

この「最善の利益」の視点には、利用者の利益を優先して行為するのか、介護職員の利益に定位して介護サービスがなされるのかが存在する。このどちらの利益が、最善の利益となるのであろうか。

本章では、「要保護的法主体」の概念に裁判官が「本人」の「最善の利益」において、「本人」を強調して帰結に影響を及ぼしている。この視点を明らかにするために、判例の分析を通じて、「要保護的法主体」の「最善の利益」を検証する。

1. エホバの証人事件（最高裁判所平成12年2月29日）

エホバの証人事件においては、従来のように患者側が医師の医療行為の過失を立証するのではなく、医師の患者に対する説明義務違反を損害賠償の認定基準としている。このことは、裁判官の心証形成において説明義務という「本人」の「最善の利益」が新たな要素として「要保護的法主体」に取り入れていることを意味している。つまり医療行為は心身に著しい侵襲を伴うものであることから、部位の治癒に有効な医療技術の提供には、侵襲に対する有効性と有害性の利益衡量を基準に、医師の説明と患者の同意が必要であるという新たな法主体概念の下に過失の認定基準の範囲を拡充している。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、判例は従来のように患者側に医師の医療行為の過失の立証責任を追及するだけでなく、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。

インフォームドコンセントは医療の世界で発展してきた法理論で、医師が手術のためなど、患者の身体にメスを入れる場合、いかに治療のためとはいえ、手術の仕方、危険性、その効果、例えばX線治療方法、投薬による治療方法その効果などを患者や家族に十分に説明して、理解を得た上で承諾を得ることを必要として義務化している。このインフォームドコンセントなしに手術をして、仮に手術が成功したとしても、それは説明義務違反として結果にかかわらず、損害賠償の対象になるということである。その手術を受けるか否かを決定するのは患者本人で、決して医師ではない。いわば患者の自己決定権を裁判で保障しているのである。したがって法律に具体的な義務規定がない場合であっても、さらにそのための被害損害の結果が起きて、起きなくてもインフォームドコンセントを必要とする。いわば専門職の説明責任として確立した法理論である。

本件事案の判決では、たとえ手術により患者の生命が保持できたとしても、医師が、生命を保持するためには、輸血をするという説明をしないため、「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」ており、医師が患者に十分な説明をしないで輸血をしたため、患者の輸血をしたくないという自己選択権・自己決定権が侵害されたこと自体に医師側の過失を認定した。前述のように、日本国憲法第13条には幸福追求権が保障されている。幸福追求権は幸福の定義は人それぞれによって異なるため、「追求権」が「追い求める」と規定されている。つまり、幸福はひとから与えられて幸せを享受するのではなく、自ら幸福を自己選択し、自己決定するという権利が保障されている。

自己決定権とは「各個人が一定の重要な私的事項について、公権力等の干渉を受けることなく自ら決定する権利」ということができる。換言すれば、「他人の生命・身体・権利を侵害しない限度において、自己に属する事柄を自ら自由に決定することができる権利」ということである。

この自己決定権を保障するためには、相手方に十分な説明と同意(インフォームドコンセント)が必要となる。本件事案でも、生命の保持と患者の自己決定権の尊重の比較において、自己決定権の範囲を広く認めたことになる。

本件事案においては、自己決定権において問題となるのは、本人の「最善の利益」とは何かということである。判決では、生命の保持の尊重は認めつつも、説明義務違反という自己決定権を侵害したことに医師の過失を認定していることから、「本人」の「最善の利益」の強調点は「最善の」にあるのではなく、あくまでも「本人の」にある。「本人」より、「最善の利益」を強調するのであれば、医師としては、普通の一般人の患者にとっての「最善の利益」や、「普遍的な善」を考慮すると、「生命の保持」が最優先されることから、少なくとも本件の輸血行為は生命が保持されている以上、医師の過失は認定できないのである¹⁾。

このことから、本件の判決の「要保護的法主体」としての意義は、たとえ、本人の意思を推測できない状態でも、可能な限り本人の「最善の利益」が追求されるべきだということこ

うことである。つまり、「本人」の「最善の利益」の強調点は「最善の」にあるのではなく、あくまでも「本人の」にある。すなわち、自己決定権論には、「本人の利益」に関わる決定を下すこと、という柱があるということである。本件の「本人の」利益つまり、「本人」の最善の利益は、生命の保持よりは、輸血をしないという信念が「本人」の最善の利益なのである。この輸血をしないという「本人」の信念こそが裁判官の心証形成に影響を及ぼし、「要保護的法主体」像を構築したのである。

社会福祉の分野における自己決定権論は、部位の治療目的という医療分野とは異なり利用者「本人」の生活全体の「最善の利益」を主目的となるため、すでに本人の意思を推測できない状態でも、可能な限り「本人」にとって、最善の利益が追求されるべきだということである。次の判例は「要保護的法主体」の概念に裁判官は「本人」の「最善の利益」を要素とし、心証形成して帰結に影響を及ぼしたことを明らかにした。

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 補助資料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、「これを無視しても自ら汚物処理に捨てにいきたい」「女性にとって遠慮になりがちなトイレは自分で処理したい」という利用者の語りを「利用者本人」にとって、最善の利益であるということを経験者が心証形成したのである。もし裁判官は「利用者本人」より「最善の利益」を強調すれば、「ナースコール」すれば転倒・骨折の危険性がある汚物処理場に行く必要がなく、利用者本人の身体の安全が図られたはずであるから、施設側に過失を認定しないはずである。このことから、「利用者本人」が強調された視点から「要保護的法主体」の存在を明らかにしている。

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 補助資料②)

当該利用者が人の出入りが予定されていない窓から施設の外に出たとしても、当該利用者の最善の利益は外に自由に出たいということであることから、「外に出たい」という利用者の語りが「利用者本人」にとって、最善の利益であるということを経験者が心証形成したのである。

もし裁判官は「利用者本人」より「最善の利益」強調すれば、「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」という施設側の物的設備により身体の安全保護という「最善の利益」は図られていたのであるから、施設側に過失を認定

しないはずである。このことから、「利用者本人」が強調された視点から「要保護的法主体」の存在を明らかにしている。

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 補助資料③)

当該利用者最善の利益は静養室から出たいということであることから、「外に出たい」という利用者の語りを「利用者本人」にとって、最善の利益であるということを裁判官が心証形成したのである。

もし裁判官は「利用者本人」より「最善の利益」を強調すれば、「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た」「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メートルである」という身体の安全保護という「最善の利益」は図られていたのだから、施設側に過失を認定しないはずである。このことから、「利用者本人」が強調された視点から「要保護的法主体」の存在を明らかにしているといえる。

<脚注・引用文献>

- 1) 奥田太郎 (2008) 「特集 人間の尊厳と生命倫理へのコメント」ホセ・ヨンパルト他編『法の理論27』成文堂 132-133頁

第4章

介護事故裁判事例の施設側の勝訴判決の意義と「要保護的法主体」

介護事故裁判例において施設側の敗訴判決がほとんどを占める中で、施設側が勝訴した介護事故裁判事例（老人保健施設における誤嚥による介護事故 横浜地方裁判所 平成 12 年 6 月 13 日 補助資料④）がある。現代型訴訟としての判例の流れは、「要保護的法主体」を構築し、被害者有利な判決が構築されつつある中で、「要保護的法主体」を構築せず、施設側の勝訴判決という判例の意義は大きい。そこで施設側の勝訴判決を導いた判例の理論的構築を考察する。

また、誤嚥事故が生じないように、予防策として施設側は何をすべきであり、介護事故が生じた場合の救急救命措置という事後的な対策は何が必要かが判旨の中で明確に論じられている点で、今後の誤嚥事故予防にとっても本件事例は重要な位置づけとなる。

本件事案では誤嚥による予防策として、誤嚥のおそれのあるこんにゃく等を細かく切り刻んで、量的にも制限していたこと、介護職員の一人を緊急時に備え、食事の見守りに徹していたこと、誤嚥事故後においても、施設と病院が隣接しており、救急救命の連携が迅速であったこと、救急救命の場合の専門的な知識が介護職員にあったこと、または実技訓練を施設側で実施していたこと、など事故後の施設側の対応が施設側の事故に対する予見可能性、結果回避可能性を否定した大きな要因であるといえる¹⁾。

以下本件の「要保護的法主体」を否定した背景を分析するために、事案の判旨の内容を具体的に検討し、介護事故裁判例の意義と今後の施設運営のあり方についても考察する。

第1節 施設側を勝訴判決に導いた背景

1 「要保護的法主体」における「ケア概念」「ナラティブ」「最善の利益」「尊厳」からの考察

(1) こんにゃくの食材の提供について

介護サービスにおいて、食事は利用者にとって生命維持に必要な栄養をとり、健康を維持するために必要不可欠な日常生活の営みである。同時に食事の時間帯は施設内での楽しみの一つである。利用者の一人ひとりの食生活を尊重して自分でできるところを拡大し、自立を援助していくことにより、生活への意欲へとつながるのである。

ただ、2003 年に誤嚥・誤飲が原因で全国で死亡した人数は「8570 人」²⁾である。特に身体的な機能が低下した高齢者にとっては、食事時の誤嚥事故などにより死亡に至る可能性が高いため、利用者の身体状況、咀嚼力、義歯の有無、嚥下の状態などにより、事故防止

を考えた食事の介助が施設側には求められる。

誤嚥事故の裁判事例において判旨では「要保護的法主体」をどのような基準で認定しているのだろうか。転倒・骨折事故の事例とは異なり、食事自体が利用者にとって生きる希望を与え、生活への意欲をかきたてる重要な構成要素の一つである。本件では「要保護的法主体」の予見可能性の範囲を縮減し、「こんにゃく」などの危険な食材であっても、利用者に対する危険な食材の提供自体に対しては施設側の過失を否定している。判旨の誤嚥事故の「要保護的法主体」の認定基準としては、誤嚥しやすい食材を提供しても、誤嚥した場合の救急救命措置の対応、介護従事者の誤嚥事故に備えての実技訓練・研修制度の充実などの事後的な対応が十分になされていれば「要保護的法主体」を否定する可能性を示している。誤嚥事故の過失認定をする「要保護的法主体」の判断基準として、危険な食材を提供する場合であっても、食に対する生活上の喜びという「ナラティブ」、利用者の食事に対するQOLを可能な限り尊重するという「尊厳」、危険な食材でも和食を好む高齢者の意思の尊重という「最善の利益」、一方で誤嚥事故が生じないように食事の提供方法というケアを十分に注意し、誤嚥事故が生じた場合の対応を体系化・組織化するという「ケア概念」が満たされていれば、「要保護的法主体」は否定されることを示している。

当該施設の食事提供において、危険性が高く、かつ、栄養価に乏しく、高齢者施設でことさら提供する必要のないこんにゃくを食材として提供したことだけで、施設側に過失が認定できるかどうかの問題となる。高齢者を預かる施設は、高齢者の生命、身体の安全に対する注意義務違反が高度になるのは契約の段階で明らかといえる。

この点、遺族側は、こんにゃくは危険であるのみならず、栄養価に乏しく高齢者施設で食事に提供する必要はないから、こんにゃくを食材として提供したこと自体が過失であると主張したが、判旨では小さく切り分けるという調理上の工夫、4切れのみ提供する数量の制限等、誤嚥事故を防止するために必要な注意は十分尽くされていたように、十分な「ケア」が実施されていた本件事案においては、こんにゃくを食材として選択したこと自体について、施設側に注意義務違反があったとは認められないとした。このことは、判例では「ケア概念」における食事の提供における「保護的ケア」が十分になされていた点が高く評価されている。

また、こんにゃくは身体のコンドィションを整えるのに有用な食材であり、食事の献立は、栄養のバランス、食材、調理方法などが片寄りなく構成されるように配慮されて、食する者の日々の身心が整えられることになる点から、単に誤嚥の危険性があるという一事によって食事に供したこと自体に過失があるとはいえないとし施設側の過失を否定した。このことは、利用者の健康面の配慮という「保護的ケア」が十分になされていた点が高く評価されている。

当該施設は、入所者の自立を支援することを目的としている。食事について自立した、通常の家料理になるべく近い食事を提供することは、むしろ当該施設の目的に合致するといえる。施設の介護目的の根拠は利用者の高度な安全配慮が常に認められるのではない

ことを示しているといえる。施設側に求められる食事の提供物に関してはこんにやくなど、たとえ誤嚥などの危険性があるとしても提供し、施設側が利用者の残された能力を再訓練し、できる限り、社会復帰させるほうが利用者本人の「最善の利益」である。

本件施設では食事についてもリハビリにより常食を食べられるように指導していること、高齢者は、煮物、和食を好む傾向があること、栄養のバランス等など、総合的に配慮しつつ、一方で、誤嚥のおそれのある食材に関しても、細かく切り分ける等の工夫をしていることなどの事情を裁判では「ケア概念」「最善の利益」の考察から総合的に判断して、こんにやくを食材として提供したこと自体に過失があるとは認定できないとした。

このことは、「一般的には、食事の楽しみをできるだけ奪われないように工夫する施設側の取り組み自体、損害賠償法上の過失判断においてマイナスに評価されるものではない」³⁾といえよう。施設内での食事の提供は危険な食べ物はすべて食べさせないということではなく、「QOL」という利用者の「尊厳」の配慮から、当該利用者の食べる楽しみを奪うことにならないように食材を提供することが必要である。

(2) 「保護的ケア」における食事の監視体制および監視状況についての考察

本件事例の食事における監視体制および監視状況は適切であるとした。高齢者を預かる施設としては、入所者から代金を受け取り、公的な補助金の交付を受けていることからすると、入所段階または入所後でも、入所者の認知症の有無、程度、健康状態、食事時の咀嚼能力等を入念に調査し、かつ、入所者の個別的特性に対応した看護・介護を行う義務を負うことは、当然である。誤嚥事故の発生などの予防についても、通常では考えられない事態に対する予防策を講じる必要がある。つまり、高齢であるが故の事故を予見し、その事故が発生しないような人的・物的設備ないし環境を整備する必要がある。

本件事案では、入所者が食事をする様子を施設職員が一か所に立ち止まることなく食堂内を常時歩きながら複数で観察する方法で「介護ケア」をしていた。また、入所者によって、誤嚥の危険性がある場合には、施設職員が特定の食材が用いられた料理を入所者からあらかじめ取り上げておき、施設職員が後から付き添って食べさせる方法という「介護ケア」を採用していた。また、本件事案においては、誤嚥事故の救命措置のため、介護職員は、誤嚥等の事故が発生した場合の実技訓練が実施されていたという「保護的ケア」がなされていた。

この点、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6年7月30日 補助資料⑦）について、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した事例では「介護ケア」が不適切であったといえる。

現在の介護サービスにおいては施設職員の人員不足が原因で利用者の監視体制がおろそ

かになり、介護事故が発生している。本件事案においては、少ない人員配置の中で食事介助をした場合でも、上記のような工夫をすれば、施設側の過失を問わないことを裁判所は示している。本件監視体制は今後、同様の介護事故が生じないようにするための先例となることを示している。

(3) 救急救命措置についての考察

「保護的ケア」において、誤嚥事故が生じた場合には、どのような救急救命措置が必要であろうか。誤嚥事故後の対応として、前述のように「酸素の供給停止から、約4分間程度で脳に不可逆的損傷が生じる」⁴⁾ ため、誤嚥による窒息状態が生じた場合、その場で救急救命措置を行う必要がある。誤嚥物の取り出しが医師による救急措置以外に方法がない場合には、所要時間数秒間で隣接病院に搬送して医師の診断を受けさせる措置が必要である。このような高度な専門的知識を施設職員が有することが必要であることを本件事案では示しているといえる。

このように、迅速な対応が施設側に実施できたのも、施設側が、実技訓練を行っていたからであり、救急救命措置が施設職員に一般的な知識として意識的に認識されていた点が施設側の過失を否定した理由といえる。しかも、担当看護師が救急救命措置を行っている間にも、①施設職員が、病院に連絡をして、医師による処置を依頼し、施設から一番近い病室を用意し、当該利用者が到着するまでの間、吸引の準備をしていたこと、②施設側と病院がドアを開ければ相互に行き来ができるようになっていたこと、③到着後、施設職員の救急救命措置に引き続いて、当該利用者の到着とほぼ同時に医師の診断を受けたこと、④設備面においても、本件施設では救急救命措置を行ったサービスステーションが食堂から直線の通路になっていたことから、時間もかからず、緊急時に対応できたこと、以上のような施設と病院との一連の連携が施設側の過失を否定した大きな要因の一つといえる。

この点、救急救命措置の「保護的ケア」に関して施設側の過失を認定した裁判例と比較すると、特別養護老人ホームのショートステイに入所3日目の男性(73歳、多発性脳梗塞及び重症の認知症で、全介助を必要とする)が、朝食直後意識を失い死亡した事案(補助資料⑤)では施設職員が適切な処置を怠ったため特養ホームに過失があるとし、裁判所は特養ホーム側に対して2200万円の支払いを命じた。施設側の過失については、朝食直後意識を失った利用者に対して、施設側が誤嚥を予想した措置をとることなく、吸引器を取りに行くこともせず、施設側が家人への連絡・指示を優先させ、異変を発見してから15分間救急車を呼ぶこともなかった点で、適切な処置を怠ったとして過失を認定した。この家人に連絡を優先したこと自体が「要保護的法主体」を構成させた。

本件のように、「要保護的法主体」を構成させないための施設職員の食事時の誤嚥事故に際しての行為基準としては、利用者の異変を発見した場合には、家人への連絡前に第一に、タッピング、誤嚥物の吐き出しと並行して救急車を呼び、医師などの専門職による救

急救命措置へとすみやかに連携することが必要なのである。

誤嚥事故の場合には、前述のように誤嚥物を4分以内に吐き出さなければまず半数は助からず、一命をとりとめたとしても、大半は脳障害により社会復帰は困難となることから、医療機関に搬送することを優先する必要があることを認識しておく必要がある。ただ、「機械的な運用が往々にして本人および家族の意図に反した結果を招来する可能性をもつことも」⁵⁾ 否定できないことから、誤嚥事故が生じた場合の連絡体制については、入所時の契約段階で事前に利用者および家族の意向を確認する必要がある。

介護マニュアルは、全職員がマニュアルの内容を遵守して、サービスを提供することで、サービスの質の標準化を図ることができるが、マニュアルだけをすべて忠実に実行するといった硬直的な考えではなく、標準化されたサービスを土台として、その上で食事介助において利用者の属性に合ったサービスの提供が必要である。つまり、「利用者の身体状況、麻痺の状態、咀嚼力、歯の欠損、義歯の有無、嚥下の状態などや、精神状況などを的確に判断して、危険予測に対応した食事介助が求められる」⁶⁾ といえる。このように標準化されたサービスの上に個別化されたサービスを上乘せして提供すれば、介護事故の予防を兼ね備えたサービスの提供が可能となり、サービスの質の向上につながるといえる。

この点、医療資格者でない施設職員に「医療行為の一環である吸引器の使用を行わなかったことを、過失判断に当たる」⁷⁾とした裁判所の判断に対して、批判がないわけではない。施設職員に医療行為まで求めると、「介護職が専門家として認知され、専門職としての地位を確立すればするほど、医療職に準じて、損害賠償責任を基礎づける注意義務の基準が引き上げられる可能性が高くなる」⁸⁾ といえる。しかし、このことは、裁判所が求める今後の施設運営には、施設職員には限界ある医療行為などは、施設と医療が連携したトータルサポートシステムの構築が必要であることを示している。

事故発生後においては、利用者の生命・身体の安全を最優先することが必要である。そのためには、初動、事実把握と連絡、医療機関との連携、利用者家族、行政への連絡・対応などを迅速に遂行することが必要である。まず、事故が生じた場合には、施設長に連絡することが必要であるが、職員が携帯電話番号だけ知っていても、出張などの施設長不在時の命令指揮系統はどのようにするのか、責任の所在や、無権限であれば迅速な対応ができないためマニュアルを作成しておくことが必要である。医療機関との連携においても、夜間や休日の際にはどのようにすればいいのか、医療機関との円滑な連携が求められるように準備する必要がある。本件事例のように、施設側に損害賠償が生じる場合もあるため、保険会社や弁護士への連絡・相談、行政への連絡、対応が必要といえる。

そのためにはサポートやサービスがネットワーク化される必要がある。今後は、システム・レベルのネットワークに階層化として、「①家族、施設職員、保健師、医師、地域住民(民生委員、ボランティア)などによって構成される個別レベルでのネットワーク、②施設職員、保健師、医師、ボランティア・コーディネーターなど実務レベルの機関代表者によって構成され、処遇困難な事例や新たなニーズへの対応などについて検討する団体・機

関レベルでのネットワーク、③「地区福祉協議会」、「福祉サービス総合調整会議」など
団体・機関レベルでのネットワーク、④社会福祉審議会、児童福祉審議会など、新たな福
祉施策の計画・立案を行う審議会委員、行政機関の部課長などによって構成される制度・
政策レベルでのネットワーク⁹⁾が挙げられる。このようなネットワークを形成しそれを効果
的に機能させていくためには共通の目標課題を確認し、それぞれのメンバー(組織)に仕事
の責任を分担させ、協働関係の形成を維持することが必要であろう。

第2節 誤嚥事故防止による今後の施設運営のあり方について

1 介護サービスに求められるサービスの基準の確立

介護サービスの特質上、施設側と利用者側の契約に基づいて食事介助をしたとしても、具体的な提供の仕方や注意事項について契約書に事細かに記載することは難しいといえる。食事介助の場合にはその利用状況と事業者の提供体制などを個別的・総合的に勘案して食事介助がなされるが、その場合には、食事介助のサービスの提供過程において、利用者が安全に食事をすることができるように配慮すべき、付随的な注意義務として、安全配慮義務が施設側に課せられている。

食事介助の提供に伴う安全配慮上の施設側責任としては施設側に過失が認定される必要がある。過失責任の内容には、誤嚥事故の予測が可能であったこと（予見可能性）および誤嚥事故による死亡の結果まで職員が注意すれば回避できたこと（回避可能性）が前提となる。

施設側が勝訴した介護事故裁判事例（老人保健施設における誤嚥による介護事故 横浜地方裁判所 平成12年6月13日 補助資料④）において、当該利用者の健康診断書には「栄養士により、常食を摂取しており、摂取状況は極めて良好であること、ゆっくりとよく噛んで食べる」と記載されていた。食事において当該利用者は「どのくらいの時間をかけて、量はどのくらい食べられるのか、食欲旺盛で活発に口を動かすことができるのか、勧められてやっと口を開けるがいつまでも口の中に食べ物がたまっているのか、昼食は元気になるが、朝は不活発になるのか」¹⁰⁾という利用者の「語り」を施設職員は把握することが場合によっては、必要である。ただ、現実的に施設職員がここまで把握することが難しい場合でも、このような視点で食事介助を意識的に実践することが必要である。このことは、誤嚥というリスクを回避するという視点からも重要である。

ただ、何が食事介助におけるサービス水準なのか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食事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、安全な食事介助のサービスを提供するためには、「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」¹¹⁾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る。

2 サービス内容の説明と理解の徹底

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

する際には、アセスメントの結果をサービスの契約時だけではなく、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」¹²⁾ 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。現場の担当者は気が動転している場合が多く、責任をとって退職する場合があるからである。

また、事故報告書の記録類は長期間保存することが必要である。具体的には、債務不履行の責任の消滅時効の期間は事故発生の時から10年であるのに対して（民法167条1項）、不法行為責任の消滅時効期間は被害者が損害および加害者を知ったときから3年とされている（民法724条）ことから、後日の紛争に備えて、10年以上は保管する必要がある。この点、「介護保険関係法令では、完結の日から2年の保存期間と定めているのは不十分である」¹³⁾ といえる。

3 苦情解決制度によるリスクの防止策

利用者やその家族の苦情に関する対応については、介護保険における苦情処理に限らず社会福祉法82条に苦情解決制度として定められている。利用者の権利擁護とサービスの質の向上を目的として、サービス事業者、市町村、都道府県、その他民間団体など重層的に対応ができる制度上の仕組みはできているが、これらの制度がどの程度活用されているかの実態も地域による差異があり、「苦情」は一般的には申し出る側も受け止める側も双方ともに歓迎されない否定的なものとして対応されがちである。

苦情は、「こうして欲しい」という要望的なものから、施設の責任を追及するといった内容のものまでいくつかのレベルがある。

サービス利用者にとっての苦情は介護職員に対する疑問や介護サービスの確認・要望レベルから、「職員の言葉遣いなど介護職員の態度に納得がいかない」「介護職員を変えてほしい」など本来の苦情レベル、「謝罪してほしい」「被害を賠償してほしい」などの抗議レベルまで幅が広く、しかも、利用者の苦情の感情も常に変動している。苦情の原因は

いろいろあるが一般的には説明不足、情報不足によるもの、介護職員の不注意、知識・技術不足、組織としての情報伝達の不徹底が起因するサービスの質が低下、介護従事者の態度、管理者の対応の不備などがほとんどである。事故が生じた場合に、事故時における利用者対応における関係者への不満、事故原因を明確にしてほしいという要請、事故後の家族への連絡対応が迅速でなかったことへの不満、サービス提供事業者を変更してほしいとの申し出、などが苦情内容になっている。介護サービスの資質を向上させ、施設の管理運営体制を改善すれば、苦情も減少させることができる。そして解決過程において利用者にとって予想以上に介護職員から満足できる回答や対応が得られれば、悪い印象から好転して信頼関係に基づき施設を支持する方向に転換する場合もある。このような体験をした介護職員にとって苦情はサービスの質を向上させる一手段と考え、組織やサービスを見直す機会を与え、さらに利用者と信頼関係を築く契機になったと感ずることができる。また、苦情はコミュニケーションのチャンスであり、リスクの初期対応から未然防止までリスクマネジメントの視点から見れば、「苦情」として構えた申し立てのみならず、現状に対する疑問、確認などわずかなメッセージも利用者とのコミュニケーションのチャンスである。このように苦情を積極的に捉えれば、利用者本人や介護者の変化、当事者のサービスへの理解度、期待度を把握することができる。これらの情報を生かしていく中で、サービス利用者に起因するリスクへの早期対応による未然防止や初期対応につなげることができる。

居宅介護支援運営基準第26条第1項は、「利用者の保護及び適切かつ円滑な指定居宅介護支援、指定居宅サービスなどの利用に資するため、自ら提供した指定居宅介護支援又は、自ら居宅サービス計画に位置づけた指定居宅サービスなどに対する利用者及びその家族からの苦情に迅速かつ適切に対応しなければならないこととしたものである。具体的には、指定居宅介護支援についての苦情の場合には、当該事業者は、利用者又はその家族、指定居宅サービス事業者から事情を聞き、苦情にかかわる問題点を把握の上、対応策を検討し、必要に応じて利用者に説明しなければならないものである。」と規定している。

また、「同条第2項は、苦情に対し指定居宅介護支援事業者が組織として迅速かつ適切に対応するため、当該苦情の内容などを記録することを義務付けたものである。また、居宅介護支援事業者は、苦情がサービスの質の向上を図る上での重要な情報であるとの認識に立ち、9条の内容を踏まえ、サービスの質の向上に向けた取組を行うべきである。なお、苦情の内容などの記録は2年間保存しなければならない」と規定している。

利用者および家族からの苦情は、施設側は迅速かつ適切に解決しなければならない。具体的には、利用者または家族、当該介護職員から事情を聞き、苦情に関わる問題点を把握し、対応策を検討し、利用者に説明するというプロセスが大切である。利用者は契約制度により、施設側と対等になったとはいえ、苦情をいう利用者はわがままだと思われ、待機者が多い現状において、苦情をいうとサービスが打ち切られ、適切なサービスが受けられないのではないか、など、利用者の弱い立場を考慮する必要がある。そのため、法はかかる事情を考慮して、苦情までの経緯については記録し、2年間保存することが義務づけられ

ており、あらかじめ各事業所では、相談窓口、苦情処理の体制、手続きを定めておくことが「必要な措置」となっている。文書に明示して利用者にはサービス利用前に説明すると同時に、事業所内に掲示して利用者やスタッフが周知しておくことが大切である。分かりやすい手続き、申し立てしやすい窓口、客観的な調査などに配慮して担当者以外の専任スタッフを配置したり、第三者による調査を採用することが必要である。

苦情解決制度は、都道府県段階における対応（運営適正化委員会）と事業者による苦情解決という2つの流れがある。苦情を収集するチャンネルの多角化（苦情受付担当者や第三者委員以外にも、例えば意見箱の設置や、利用者や家族との懇談会、匿名性を確保したアンケートの実施など）、苦情情報の共有化を図る。「声なき声」を積極的に聞き出す。また、苦情はサービスの質の向上に向けた取り組みを促進するための貴重な情報源となることから、その有効な活用を図る観点からもいくつかの留意点がある。その前提として、職員間における苦情解決の意義や重要性が共有化されていることが大切である。苦情内容の十分な記録、苦情内容の分類や整理苦情内容の多角的な要因分析をし、職員の創意工夫や提案を大切にした改善策や対応策の立案とその実施と検証をすることが重要である。

次に苦情対応の基本原則は、第一に公平性が挙げられる。事業者が設置する苦情解決の仕組みであっても、その基本は利用者の立場に立って対応することが基本となるため利用者が、情報の非対称性・交渉力の不均衡性・判断能力の不十分性等の面において、施設と完全に対等な関係となっていないことがあることを認識する必要がある。

第二に、公正性が挙げられる。第三者委員という客観的かつ公正な存在が解決の方向性を正当化し得ることになる。第三者委員の二重性、つまり、事業者から選任されているという側面と利用者の立場に立つことが期待されているという側面とが均衡していることによって、公正さを高めていくことができる。

第三に、迅速性が挙げられる。苦情対応が迅速になされなければ、利用者の不満は高まるばかりで苦情解決体制も意味のないものになってしまう。苦情を受けた際に「後で調べ、検討します」という対応によって、ますます利用者の感情を損ねてしまうため、どの程度、迅速に対応したかによって、利用者との信頼関係形成には大きな差が生じることになる。より迅速な苦情対応が利用者との円滑なコミュニケーションを助長し、より一層の信頼関係の形成を促進する。

第四に透明性が挙げられる。苦情を隠蔽することなく、苦情情報をプライバシーを侵害しない範囲内で公開するなど、組織として対応しているという姿勢を示すことが大切である。苦情を隠蔽したり、ましてや苦情の申立人を詮索するといった行為は厳に慎む必要がある。

第五に応答性が挙げられる。苦情は、「利用者の声」として捉えて有効なコミュニケーションの手段だと考えることが重要である。苦情に対する応答がなされ、それに対する利用者からの反応があるといった双方向のやり取りが継続的に行われることによって、サービスの質の向上にもつながる。

苦情の対策としては、施設・事業者は「苦情への対応のみに追われることなく、苦情の対象となった職員へのアフターケアないしカウンセリングの施策を施設・事業者として制度化する必要がある」¹⁴⁾といえる。このことは苦情をうけた当事者たる職員の就業意欲を保つだけでなく、職場全体の介護に向けての取り組みを積極化する意味で有益といえる。ただ、使用者は、職員を採用する自由がある反面、「いったん雇用した職員は合理的な理由がない限り解雇」(最判昭和50年4月25日¹⁵⁾)できない。施設側としては、能力不足や軽微な義務違反による苦情の多い職員に対しては、その資質を高めるための教育訓練を実施する必要がある。研修等を通じて意識改革や技術的な習得を図り、その苦情の内容を全職員が共有しサービスのあり方を見直す契機となることが重要である。また、新人職員に対して独自の「若葉マーク」を活用するように何らかの創意工夫を講ずることが必要である。

また、事業者と利用者との間で適切かつ良好なコミュニケーションを確保するためには、利用者に情報の提供が行われることである。必要となるサービスに関する情報量や内容は事業者の方が有利であるため、利用者や家族の意向を十分に反映し、納得を得ることが重要である。例えば、施設内で苦情解決制度があることを利用者に告知する方法として、「利用者・家族宛の文書での説明、ポスターやパンフレットの作成、インターネットを活用したホームページの掲載」¹⁶⁾などが考えられる。後のトラブルの防止となり、施設側にとってもより安全なサービスを提供することにもつながるといえる。

また、家族と事業者間において、利用者の状態や出来事を頻繁に情報交換し、その場で発見したリスクを利用者・事業者・家族で互いに話し合い、認識することによってリスクを共有し、家族がどのように考えているか、その本音を聞きながら、その内容によってサービス内容に反映することが重要といえる。これは、法的苦情を含まない施設に対する「要望」であり、施設にはこれに応える義務まではないとしても、施設がその要望に応えることによって信頼の構築を図り、福祉サービスの向上が図られるといえる。

ただ、家族との日常的かつ有効な情報交換を行う場合には、誰が、どの程度の頻度で、どのような方法で情報交換するのか一定のマニュアルやチェックシートを作ることが必要である。このことは職員によるミスを予防する効果を有するだけでなく、「当該施設では利用者に対する安全配慮義務を尽くしていることの立証方法にもなる点で有益である」¹⁷⁾といえる。

社会福祉構造改革の進展や、介護保険制度の導入により、苦情解決制度は、事故防止のための積極的な情報を収集する点で有益な制度といえる。苦情解決制度はその制度利用自体が権利であり、また苦情がサービスの改善に生かされることによって、良質なサービスを受ける権利の保障につながると同時に利用者の「地域での生活の継続」¹⁸⁾に向けて、事業者との関係を調整することにその意義がある。

すなわち、事業者が苦情を単に処理するのは異なり、苦情を解決することは利用者にとって、「事業者の苦情の隠蔽化・密室化を防止し」¹⁹⁾、自己の意向を組み入れることができる一方で、事業者にとっては、利用者の生活支援に役立つ情報を受け入れサービスの

質を向上することが可能となる。

ただ、福祉サービス利用者が自己の有する能力に応じた自立した日常生活を営むことを重視し、可能な限り利用者の自由を福祉施設側が認めてしまうと、福祉施設側に「リスク」が高まるおそれがある。一方で、福祉施設側がサービス利用者に対して管理的になりすぎると利用者の個人の尊厳を奪うおそれがあり福祉サービスの基本理念に反するおそれがある。利用者の事故や苦情を完全に無くすことは、施設側には困難を生じるため、同じ事故が二度と起こらないようにするための対策を検討することが重要といえる。

本来、福祉サービスを考える場合、そのサービスを必要としている人の生活環境はすべて異なり、その人の家族関係や社会関係も異なってくる。家族関係といっても、関係が良好なのか、またはそうでないのかによって相談・援助の方法も異なってくる。

したがって、サービス利用者がどのような生活環境や社会環境の下で生活しているかを明らかにし、その上でその利用者がどのような点で、苦情が存在しているのかを明らかにすることが苦情解決制度を考える場合には必要となる。サービス利用者個人、あるいはその家族を丁寧に個別に評価し、サービスの集団的、画一的提供だけではなく、その利用者や家族の「必要と求めと同意」²⁰⁾に応じて、個別相談方針を立てて利用者サービス提供する必要がある。また、利用者が何を必要としているのか、何を求めているのか、という利用者のニーズを的確に把握するためには、介護従事者が利用者が居住している地域の特性を理解することが必要である。また介護従事者の説明に対する利用者側の「同意」においては、十分な配慮が必要である。つまり、福祉施設への待機者数が多い現状においては、介護従事者の説明に利用者側が同意せざるを得ない状況に追い込まれる可能性があるからである。利用者をはじめその家族も専門家である介護従事者の利用指針に関する説明に信頼を寄せているため、利用者の「同意」を得たことを理由に、「同意」を介護事故が生じた場合の責任を回避する手段に利用することは極力避けるべきであろう。

また、利用者一人ひとりの苦情や要望の内容は、利用者本人の真の内容ではなく、利用者の認知症が原因による内容もあるため、介護従事者が苦情や要望をすべて解決することは困難である。しかし、すべてに伝えていくことが現実的に困難な場合でも利用者からの苦情に関しては、単に「聞く」という姿勢から、耳を傾けて親身になって「聴く」という受容的な姿勢を心がけることが肝要であろう。なによりも利用者、そしてその家族に説明して納得を得る、話を聴くというプロセスが重要であるからである。また、利用者の言語による苦情・要望を受け入れるだけではなく、言語以外に利用者本人の態度やしぐさから発せられる無意識的な苦情・要望にも十分対応できる資質が介護従事者には今後求められる。つまり利用者全身から発せられる「心の訴え」をキャッチし、無意識のシグナルを敏感に対応する姿勢も必要である。

次に苦情解決制度において、公平・中立な役割を担う第三者委員が相談・援助を行うにあたっては、利用者やその家族がどのような人生観をもち、どのような生き方を望んでいるかを的確に把握する必要がある。したがって、医学の診断法のように、身体的にどの

部位に病変・要因・治療法だけを検査・分析するのは異なり、介護サービスは利用者に対して、「文字通り人間とは何かに近い評価を行い、相談援助を考えざるをえず、ソーシャルワーカーの診断法は社会福祉観、人間観に大きく左右されることになる」²¹⁾と同様に第三者委員にもこのような視点が必要であるといえる。

利用者に顕在的に、あるいは潜在的に存在する生活上のニーズを把握し、それら生活上の課題を抱えている人々との間で信頼関係と契約に基づきフェイス・ツー・フェイスの形式によるカウンセリング的対応も行いつつ、利用者やその家族の悩み、苦しみを聞き、利用者やその家族が抱えている課題の解決にはどのような支援が必要かを明らかにするアセスメントを行い、利用者の求めと必要と同意に基づき、福祉の分野においてもインフォームドコンセントを行って必要な情報を総合的に提供する苦情解決制度が必要である。

そのため、第三者委員は、いわゆる一般的な大学教員・弁護士や医師などの「専門家」だけではなく、それぞれの地域の特性を理解し、信頼される人材によって構成される委員会構成が理想である。すなわち、大学教員・弁護士・医者などという「肩書き」にとらわれることなく、「地域生活という特性を理解し、地域生活の向上に貢献できるような第三者委員の選考が必要」²²⁾と考える。

4 リスクマネジメントと利用者の人権尊重との調和

本来、リスクマネジメントは本件の誤嚥事故の裁判例を通じて、利用者の安全を確保することだけに重点を置くものではない。誤嚥事故におけるリスクマネジメントにとっては、利用者の自己決定や個人の尊厳に反することにならないように、利用者の安全と人権尊重の調和が必要不可欠である。施設側が勝訴した介護事故裁判事例（老人保健施設における誤嚥による介護事故 横浜地方裁判所 平成12年6月13日 補助資料④）において、施設職員が誤嚥事故の責任を恐れるあまり、利用者の食事内容をすべての食材をミキサー食などして細かくし、利用者の食の楽しみを奪うことがあってはならないのである。利用者の人権尊重の配慮に欠く過度の安全策をとることは慎むべきといえる。

ここで大切なことは、利用者の食を尊重する結果、誤嚥事故のリスクが高まるのであれば利用者本人や家族とよく話し合い、どのような食事提供がいいのかどうか話し合うことである。また、誤嚥事故の危険性という情報を開示することによって、利用者や施設側がともに改善策を考える姿勢が必要である。

本件事案のように誤嚥事故が発生し、利用者が死亡したならば、事故に関与した施設職員は、その原因が何であれ、かなりの精神的負担を負うことになる。その事故の原因をその施設職員だけの問題とすることなく、組織全体の問題として、原因や改善策を検討することのほうが重要である。

そして、「事故の原因の分析、改善策の検討までの一連の流れにおいて、利用者や家族に絶えず情報を開示し、施設が組織としてその事故を教訓とした再発防止に努めているこ

とを示す」²³⁾ことが重要である。事故が起きる前から、家族との間で利用者の生活の様子やリスクなどを定期的に情報交換し、家族側が理解を得ていれば、事故に対する施設側の責任を軽減することができるからである。普段から日々の介護サービスの実施状況とリスクの状況などの情報提供が利用者や家族に対して欠如しているならば、家族にとっては、「聞いていない」「知らされていない」という思いがつのり、最終的には施設側に不利益な情報を隠蔽しているのではないかという不信感を構築することになりかねない。

施設内で発生した介護事故は、施設全体の責任であるという認識で、組織全体で事故を予見し、防止体制に取り組む姿勢が重要である。そのためには、事故に関する情報の収集が必要である。具体的には、「事故報告書」と事故に至らなかったがその可能性のあった出来事（いわゆる「ヒヤリ・ハット報告」）の収集が有益といえる。ただ、このような報告書が当該職員の責任追及のための証拠として採用されたり、職員個々人の査定評価に結びつけられることは控えるべきである。職員が上司に報告しやすい環境作りが、多くの報告書の収集につながる。そして、この報告書の分析や対応策が職員全員にフィードバックされ、最終的には、職員間の専門性の向上、質の高い効率的なサービスの提供につながり、そして介護事故の防止にも役立つことができるのである。

このような施設職員の資質・自覚の向上をはかるための恒常的な組織体制を整え、利用者の人権に配慮した姿勢こそが今後の施設運営には求められるといえる。そのためには、本件事案のような事例の蓄積によって施設職員間に介護事故に対する共通認識や合意形成を図り、利用者の人権を尊重したリスクマネジメントの構築が必要であろう。

つまり、食事の安全を配慮しつつも、サービス利用者の属性、その利用者の家族の思いと介護従事者の提供できるサービス範囲を総合的に分析し、利用者・その家族・介護従事者の三者がそれぞれの立場を尊重しながら「利用者や家族の『必要と求めと合意』」に応じて、個別援助方針を立てる」²⁴⁾ことが必要である。サービスを必要としている人や家族がどのような人生観をもち、どのような生き方を望んでいるかを分析する視点として、判例が示した視点と枠組みも参考になると言えよう。この利用者や家族の「必要と求めと合意」においても、利用者と家族と施設側という三者の価値基準の相違も認識する必要がある。このことを介護事故の事例に当てはめれば、介護事故をなくし安全確保を重視するために、家族と施設側が流動食の提供など食べる喜びを奪い生きる価値を一切否定すれば、事故が起きないことになるが、個人の尊厳そのものを否定することになる。一方で、利用者の残存能力を活かし、自己決定を尊重するのであれば、介護事故の危険性に、よりつながりやすくなる。個人の尊厳と介護事故の予防のバランス感覚をどのように図るかが重要である。このバランス感覚を養うためには、社会福祉に対する人間性、人生観が求められる。

また、前述のように利用者や家族の「必要と求めと合意」においても施設側にお世話になっている、という配慮から、サービスの申し出に対して遠慮がちになりやすいことから、利用者や家族の「必要と求めと合意」という主観的な判断だけで、サービスの提供をするだけではなく、医師の診断や、福祉機器を使った客観的なデータ、コンピューターを使っ

た科学的方法に基づいて、利用者のニーズを把握するという視点も重要といえる。さらに心のサービスメニューとして利用者に臨床美術、園芸療法、ペット療法、音楽療法など準備し、メニューから利用者の問題状況に合わせた対応をし、心理的反応に応じて、利用者の問題点を把握することも必要であろう。ただし、「社会的な生活支援ニーズの認定の基準は、常にニーズそれ自体の実態やニーズの担う生活者本人、関係者、専門家などによるチェックや評価によって改革されていかなければならない」²⁵⁾といえる。

介護職が専門家として認知され、専門職としての地位を確立すればするほど、医療職に準じて、損害賠償責任を基礎づける注意義務の基準が引き上げられる可能性が高くなるため、例えば介護福祉士が医療行為を敬遠するという萎縮的効果が生じてしまう可能性がある。そのためには、介護従事者の各専門職が連携をし、それぞれの専門職の立場を尊重して、チームアプローチ・チームケアの視点が重要となる。判例という先例を学ぶことは、介護職として介護事故が生じた場合には、介護職として介護サービスの提供範囲を分析する視点にもつながる。また、チームケアの連携は各専門家が苦手な知識や経験を補う意味で、各種介護サービスの効果を最大限に発揮できる。つまり、「福祉、医療」に「保健」を加えて、他職種間の連携を図ることが重要といえる。医療職や保健・看護職、理学療法士・作業療法士・言語聴覚士等のリハビリテーションに関わる関係職員とソーシャルワーカーとしての社会福祉士やケアワーカーとしての介護福祉士、医師、大学教員などがチームを組んで、「チームアプローチ・チームケア」²⁶⁾が求められるといえる。施設職員独自で介護行為を行うことには限界があるため、利用者にサービス提供者一人でサービスを提供するよりも、他職種の専門家と議論を重ねて他職種間の連携の下で、利用者にチームアプローチ・チームケアを実践することが今後の施設運営には必要である。

裁判例から学ぶべきことは、高齢者である利用者の身体的機能および心理的特性を踏まえた快適性、自立性、そして安全性という3要素のバランスがとれた施設環境づくりが必要であるという点である。利用者にとって住み慣れた自宅から、介護施設に移ること自体が心理的負担、精神的負担もかなり増加させることになる。新しい環境に対する心理的・精神的負担を軽減する施設管理におけるリスクマネジメントとは「施設の建物や設備などの物的資源を十分に活用しうる環境の中で利用者の自立を促し、利用者の安心できる場所で生きている喜びを実感することであり、介護者は物的資源の適切な活用のもとで業務負担の軽減を図り、利用者にゆとりをもってかかわること」²⁷⁾である。

施設は本来利用者にとって生活の場であり、その生活が「自由」であることが保障されてこそ個人の尊厳が保持できると言える。介護事故の予防を過度に強調し過ぎると、自由を拘束されることになり、人間の防衛本能である無気力、無感動、無表情を呼び起こすことにつながるといえる。利用者にとっての生活の場には、本来、規則は存在しないはずである。生活の場に存在するのは、個人の習慣や自己規制であり、施設側としては、規則は、施設側の都合で作られるものであることを認識して規則を作成すべきであり、利用者が施設職員個人と同じような生活をするためには、どのような生活が必要であるのか、発想す

ることが重要である。

前述の介護事故裁判例の誤嚥事故ケースを分析するとショートステイでの事故が多いのが特徴である。ショートステイはそもそも利用者にとっては、心理的な負担がかなり増大する環境といっても過言ではない。特にこの利用者自身が、慣れ親しんだ自宅から離れて、衣食住も異なり、しかも見ず知らずの他の利用者と共同生活を強いられるのは、この上ない不安との戦いといえる。特に、身体機能の劣った状態を他の人にさらすことの屈辱感、ひとえに言葉には言い表すことできないくらいの心境といえる。そのため、施設には、利用者が自宅にいるかのように気兼ねなく生活できる環境づくりが必要である。つまり、高齢者である利用者の身体的機能および心理的特性を踏まえた快適性、自立性、そして安全性という3要素のバランスがとれた施設環境づくりが必要である。前述のように利用者にとって住み慣れた自宅から、介護施設に移ること自体が心理的負担、精神的負担をかなり増加させる中で、人目にさらされながら自宅で慣れ親しんだ食事とは異なる食事をするという緊張感から誤嚥が生じてしまうことも否定できないといえる。一般通常人でさえも、レストランで食事をする場合と自宅で食事をする場合とでは明らかに心理的負担の度合いは異なるといえる。例えばトイレに行く場合でも自宅のトイレとは場所が異なるため道に迷ってしまうと、トイレに行く途中で今まで経験のない失禁をしたりする可能性がある。そのため、新しい環境に対する心理的・精神的負担を軽減する施設管理におけるリスクマネジメントによって、職員の食事介助の環境をいかに利用者の自立を促し、利用者の安心できる場所で食べる喜びを実感することができ、最終的には誤嚥の事故防止に生かされるのである。

同じ食材を食べるにあたって、例えば、寿司を食するにあたって、スーパーのパック寿司をパックの状態のまま食するのか、それとも、パックから取り出して、器にあけて食するのか、また、誕生日などのお祝い時には、イベントとして、寿司職人が握った寿司を食するのか、同じ寿司でも味覚はどれも異なるといえる。利用者の身体機能が劣っていることに伴う誤嚥事故の危険性を理由に安全性だけを追及しすぎては、利用者の食に対する喜びを否定してしまい、個人の尊厳も否定してしまう可能性がある。食事の喜びはそもそも、食べればいいという発想ではなく、前述の寿司の場合でも味覚は器で食べる、職人が握ってくれるなどの視覚的効果によっても、かわってくるのである。

ただ、施設の現場では、限られた人員で、過密労働を強いている介護業務の中でいかに職員のメンタルケアを踏まえた効率的な業務運営を図るかが今後必要であろう。

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を得た上で、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。ここで留意することは、契約段階で重要事項の説明責任をおろそかにすることがないようにすることである。

この点、消費者契約法第4条2項では不利益事実の不告知を規定している。この規定は

事業者が契約の重要事項について、消費者の利益となることを告げ、不利益となる事実について故意に告げなかったことにより、消費者がその不利益となる事実が存在しないと誤認して契約に至った場合、消費者はその契約を取り消すことができるとしている。つまり、入所契約を締結するに当たって、利用者側に対して、利益となるだけの説明ではなく、不利益となる説明も十分に示す必要があることを示している。契約書に記名・捺印があることを理由として、契約内容の責任をすべて利用者側の責任にすることはできないのである。たとえ、施設側に有利な契約内容に利用者側の記名・捺印がある場合でもそのことを理由として、契約違反による契約更新の拒絶はできないのである。

この場合には、利用者側としては、家族の介護の負担を軽減させるため、施設に入所させたいと思うあまり、施設側の条件をすべて受け入れざるを得ないという心理状態にある。そのような中で介護契約を締結する場合、介護サービスを利用中、介護事故が生じて、苦情がいえぬ環境が現に存している。苦情もしくは訴訟を提起したくも、経済的・地理的要因から、その施設のみに頼らざるを得ない状況においては、施設の生活が恩恵として受け止められ、利用者からの苦情が言いにくいのが現状といえる。

以上のように、サービス提供過程におけるリスクの未然防止策は多岐にわたるが、本事例における今後のリスクの未然防止策としては、施設職員がこんにやくを食材として提供する場合には、利用者にとっては、常に誤嚥の危険性があるという自覚をもつことが、なりよりも大切である。また、リスク発生後の対応においても、前述のとおり救急救命措置に関する訓練も必要であるが、事故後の対応においては、訓練のさいに実施されたマニュアルだけに頼らないで、利用者の生命を第一に考えた柔軟な対応が今後施設側には求められるといえる。そのためには、介護事故の裁判例の事例分析を研修等通じて実施して、施設職員のサービスの質の向上を図ることが必要である。

利用者は独立した人格的存在として、尊重することが必要である。日本国憲法第13条では、「すべて国民は個人として尊重される」と規定されている。この理念は、どのような人でも、人間として生きる価値がある点ではみな平等であり、また、人と違うことはすばらしいことを示していると言える。つまり、有能で価値判断の優れた人物だけで構成された社会は、成り立たないことを示しているといえる。いわゆる属性別に分類される障害者、高齢者、児童など、いろいろな人がいてこそ、社会が成り立つのである。憲法13条では幸福追求権を権利として尊重している。このことは、人は幸福を追い求めるプロセスの中で自己決定権を有し、これを憲法が保障している。

この日本国憲法の「個人の尊重」は、人は、だれであろうと一人ひとりの具体的な人間として人格的に自立した存在として最大限尊重されなければならないことを意味している。福祉施設の利用者を一方的に保護すべき存在として捉えるのではなく「人格的に対等で、様々なサービスを自己決定権に基づいて選択し、人間として独立した人格的に価値のある存在」として尊重する、という視点こそが、介護事故裁判例の視点と枠組みと言えよう。ただ、自己決定権を尊重した支援を行うという仕事は、利用者の意思や意向を確認すること

を含めて非常に時間のかかる「曲芸の仕事」²⁸⁾である。このような「曲芸の仕事」を福祉サービスの質を上げていくための一手段として捉え、「博愛の精神」²⁹⁾が大切である。このことは、施設職員として、博愛の精神をもつことは個人の尊重を保障するためのイマジネーション能力の向上が求められる³⁰⁾。つまり、利用者にとって当該サービスが本当に適切なサービスであるのか、介護事故の場合には、短時間でも利用者がある場から離れることは、誤嚥事故の生じる可能性はないのか、利用者から目を離したらどのような事故が生じ得るのか、見守りの引継ぎをしなくてもいいのか、という利用者から介護事故を守るといふイマジネーション能力の構築が博愛の精神には求められると言えよう³¹⁾。

<脚注・引用文献>

1) 犬飼健郎 (2006) 「法律実務家から見た介護施設における介護事故」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』南窓社 218頁

2) 朝日新聞 2005年5月23日付

朝日新聞の天声人語において、名古屋の特別養護老人ホームで、こんにやくとはんぺんを食べた75歳の男性が窒息死した事案を挙げ、一番では老人ホームに賠償を命じ、2005年4月に控訴審において和解が成立したことが論じられている。

3) 菊池馨実 (2003) 「介護事故関連裁判例からみたリスクマネジメント」 『介護リスクマネジメント』旬報社 189頁

菊池教授は、リスクマネジメントにとって重要なことは、利用者および家族との信頼関係の構築であり、そのためには、苦情解決システムの構築や家族とのリスク情報の共有が必要であるとする。

4) 『賃金と社会保障 No.1303』 (2001) 旬報社 70頁

5) 菊池馨実 (2000) 「食事介助と特養ホームでの死亡事故」 『賃金と社会保障 No.1284』 旬報社 38頁

6) 社会法人 シルバーサービス振興会 (2005) 『事故防止・事故対応の手引』 83頁

7) 菊池馨実・前掲3) 190頁

8) 菊池馨実・前掲3) 205頁

菊池教授は介護職が医療職に準じて損害賠償責任を基礎づける注意義務の基準が引き上げられる可能性が高くなる、と指摘するが、今後は介護職がなしうる行為については、看護職と介護職との業務分担と資格制度の法整備が必要であろうと思われる。

9) 谷口泰史 (2002) 「ソーシャルワーカーの機能と役割」 太田義弘、秋山薊二編著『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光生館 193頁 ①共通の目標課題を確認するためには、ネットワーク・システムの活動も本質的にはグループとしての活動に他ならないが、何のためのネットワーク化なのかという共通課題についてグループ独自の目標設定が必要になる。②メンバー(組織)の「強さ」(strength)を発揮できる協力関係を構築する。グループの安定、相互信頼を形成していくためには、それぞれのメンバー(組織)の特性、機能の違い、つまり「強さ」と「弱さ」を認め合って、グループ全体として「強さ」を凝集し、「弱

さ」を補完しあう協力関係を築いていくことが大切である。③責任の分担についての交渉については、共通の課題を達成していくためには、それぞれのメンバー(組織)の仕事の責任の分担が必要になるが、現実場面ではさまざまな不一致・競合が生起する。これを解決していくための交渉のプロセスを援助する役割が施設職員には求められる。④協働関係の形成については、多様なメンバー(組織)からなるネットワークの協働関係を維持、促進するためには特にミーティングや会議において高度な会議運営能力とリーダーシップが必要になる。

10) 社団法人 シルバーサービス振興会・前掲6) 34頁

11) 日本弁護士連合会(2002)『契約型福祉社会と権利擁護のあり方を考える』あけび書房 267頁

12) 日本弁護士連合会・前掲11) 273頁

13) シルバーサービス振興会・前掲6) 30頁

14) 菊池馨実(2002)「介護におけるリスクマネジメント」『賃金と社会保障 1319号』 34頁

15) 最判昭和50年4月25日民集29号4巻 456頁

「使用者の解雇権の行使は、それが客観的に合理的理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、解雇権の濫用として無効となる」(解雇権濫用法理)としている。

16) 平田厚(2002)『福祉サービス事業者における苦情解決 取り組み事例集』社会福祉法人 東京都社会福祉協議会 38頁

17) 小嶋正(2001)『社会福祉施設における事故責任と対策』社会福祉法人 東京都社会福祉協議会 103頁

18) 志田民吉(2001)「社会福祉法上の苦情解決制度について」『東北福祉大学研究紀要 第26巻』東北福祉大学 10頁

19) 平田厚(2000)『利用者の権利擁護と苦情解決の意義』東京都社会福祉協議会 8頁

20) 大橋謙策(2002)「地域福祉とコミュニティソーシャルワーク」『ソーシャルワーク研究』Vol. 28 相川書房 5頁

大橋教授は医療の分野でも、インフォームドコンセントの重要性が指摘されているように、利用者の生活設計そのものに関わって「自立」援助を行う以上、利用者の「求めと必要」と「合意」に基づくケア方針の重要性を挙げている。

21) 大橋謙策・前掲20) 6頁

22) 志田民吉・前掲18) 12頁

志田教授は、都道府県社会福祉協議会設置の運営適正化委員会の役割は、苦情に対しては、事業者と利用者との間の「関係の適正化に向けての斡旋、調停」を基本とし、訴訟の相手とならなければならないような対応は控え、裁判を受けて立つことでも裁判を起す立場にもない、としている。

23) 日本弁護士連合会・前掲11) 277頁

24) 大橋謙策(2006)「コミュニティソーシャルワークの機能と必要性」『長崎県地域福祉実践研究セミナー報告集』 42頁 大橋教授は、地域での自立生活の支援を必要としている家族の中には、その家族成員に認知症性高齢者がおり、うつ病の息子がおりといった多問題を抱える家族に対して、一人のソーシャルワーカーが全体をマネジメントとして援助するためにも、ジェネラルソーシャルワーカーが必要であり、

時には、それら多問題を抱えている家族に対し、複数のスペシフィックソーシャルワーカーがチームを組んでアプローチをする場合があるが、基本的には一つの家庭には一人のソーシャルワーカーがジェネラルソーシャルワーク理論に基づきケアマネジメントを行うことが必要である、と論じている。このことは、一人のソーシャルワーカーが家族全体の相談窓口の中心となって各機関と連携を組むことを示しているといえる。高齢者、障害者、児童の問題が複合的に絡みあっている場合には、相談者が各相談窓口に何度も足を運び相談するという煩雑さを避ける意味でも重要である。

25) 古川孝順 (2005) 『社会福祉原論第2版』 誠信書房 137頁 古川教授は、社会的な生活支援ニーズの形成や存在に関して、誰がそのことを認識し、解決や改善に向けて行動する主体となるのかという問題に関して、社会的な生活支援ニーズの形成を認識し、その充足(解決、改善、緩和、軽減)を求めて行動する最初の主体は、通常は社会的な生活支援ニーズを担う生活者本人やその家族、支援者などの関係者であるとしている。そのため、国家によって設定されている利用者基準のガイドラインや自治体の策定する実施基準の内容は、それぞれのレベルにおいて政治的、経済的、社会的、さらには文化的などのさまざまな要因によって規定されているのが常であり、必ずしも、社会的な生活支援ニーズを担う人々、つまり、生活者本人や関係者との期待と一致しているわけではないと論じている。このことは、サービスを提供するにあたっては、国家や自治体が設定した制度そのものだけに頼り、利用者に対して画一的・均一的なサービス提供だけをするのではなく、利用者の特性にあったサービス提供が求められることを示しているといえよう。

26) 大橋謙策 (2004) 「社会福祉学研究50年の回顧と展望」 日本社会福祉学会編『社会福祉学研究の50年』 ミネルヴァ書房 72頁

大橋教授は、高齢者福祉、児童福祉などの属性分野ごとの判断ではなく、社会福祉学に固有なアプローチ、研究方法、分析視角等の確立が必要であるとしている。

27) 藤原道子 (2004) 『介護事故とリスクマネジメント』 あけび書房 54頁 利用者の自立した快適で安全な生活を確保するためには、介護者である職員の仕事の安全性確保のための施設環境を整えることが必要であり、介護者と被介護者の共存可能な環境の確保という視点が必要といえよう。

28) 平田厚 (2002) 『社会福祉法人・福祉施設のための実践・リスクマネジメント』 全国社会福祉協議会 25頁

平田弁護士は、「適応主義的な指導、訓練至上主義」においては、施設や職員が「利用者のために最善である」と勝手に判断すること自体に、人権侵害が生じる危険性があることを示している。このことは、利用者の意向を無視した勝手な代行的判断を慎重にするべきことを示している。

29) 大橋謙策 (2002) 「21世紀を『博愛の世紀』に」福祉新聞

大橋教授は、21世紀に求められているネットワーク型ヨコ社会の一つの具現化の方向を示すものとして1789年のフランス市民革命が理念として掲げた「自由・平等・博愛」の「博愛」の精神は、富める者の恣意に基づき貧しい者に対して行う慈善事業とは異なり、個人の尊厳を保障する自由と平等を担保していくためにも必要な概念であり、社会的責務としての人間愛である博愛の精神の行使と平等な関係にある人々の友愛・連帯を希求することが重要である、としている。

30) 渡辺信英 (2006) 「老人保健施設における誤嚥による死亡事故」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 152 頁

31) 拙稿 (2005) 「介護サービスにおけるリスクマネジメント」『危機と管理 自然災害とリスクマネジメント 第 36 号』日本リスクマネジメント学会 183-195 頁

終章

「要保護的法主体」像の新たな理論構築に向けて

上記の検証結果のように体系的連関の中で、裁判官の法的判断の中に要保護的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点が判例の分析によって実証された。「要保護的法主体」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「要保護的法主体」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裁には探りをいれて、そこに応じた「要保護的法主体」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、「ナラティヴ」「ケア概念」「尊厳」「最善の利益」などを内包し整序した「要保護的法主体」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「要保護的法主体」概念の理論体系が存在しているのである¹⁾。

判例では、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「ナラティヴ」「ケア概念」「尊厳」「最善の利益」などを内包し整序した「要保護的法主体」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見なされてきた。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」は、「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²⁾。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「要保護的法主体」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。関係性の中で形成され、相互に確認・維持しあうものである。「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、介護職員と利用者が互いに求める利益という「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中で行われるのである。

「要保護的法主体」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観取されることによって、他者と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」³⁾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⁴⁾。

そのため、「最善の利益」において、判例は「要保護的法主体」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」について、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。

人は自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きたからと思われる。身体性のみで依拠したケアの原始的あり方は、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、直接的な身体経験に基づいている。しかしケアの本質は、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は困難であるが、ケアの身体知に依拠していると言ってよい。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、明確な区別をもたない。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⁵⁾。

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あうかを知っているのは手、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いえる。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もった存在として扱うことであるといえる。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もった存在として、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」はケアへの欲求をもった存在とし

て扱われる⁶⁾。

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。ケアしあうことは互いに相手の尊厳を確認しあうことでもある⁷⁾。「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。

「要保護的法主体」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、「要保護的法主体」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中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「要保護的法主体」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賠償の要求だけに止まらず、被害・紛争の事前防止措置を求める、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に基づいた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⁸⁾では、住民に対する騒音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」⁹⁾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、利用者が汚物処理場で転倒・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が「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「要保護的法主体」の一般的効力という政策志向的訴訟が法改正にすくなからず影響を及ぼし、法改正の分野においても判例の「要保護的法主体」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以上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¹⁰⁾。

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「要保護的法主体」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、「要保護的法主体」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下では、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、さらなる「要保護的法主体」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。

<脚注・引用文献>

- 1) 山本顯治 (2006) 「法主体のゆくえ」『法主体のゆくえ 法社会学第64号 日本法社会学会編』 有斐閣 10頁
- 2) 奥田太郎 (2008) 「特集 人間の尊厳と生命倫理へのコメント」ホセ・ヨンパルト他編『法の理論27』成文堂 132-133頁
- 3) 加藤摩耶「医療行為と『被害者』の承諾」『広島法学 26 卷 3 号』 253 頁
- 4) 山崎康仕 (2007) 「死の迎え方と自己決定権」ホセ・ヨンパルト他編『法の理論26』成文堂 96 頁
- 5) 葛生栄二郎 (2007) 「ハビトスとしての人間の尊厳」ホセ・ヨンパルト他編『法の理論26』成文堂 120頁
- 6) 葛生栄二郎・前掲5) 121頁
- 7) 葛生栄二郎・前掲5) 122頁
- 8) 名古屋高等裁判所 昭和 60 年 4 月 12 日 下民集 34 卷 1-4 号 461 頁
- 9) 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 1369 頁
- 10) Michael Polanyi, *The Tacit Dimension*, Glouster, Mass, 1983 葛生栄二郎 (2007) 「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・ヨンパルト他編『法の理論26』 117頁

(1) 作業仮説における補助資料（介護事故裁判事例集）

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
平成14年(ワ)第17号 損害賠償等請求事件
判例時報 1838 号 26 頁

<事案の概要>

本件事案では、介護老人保健施設(定員 100 名)において、介護サービスの内容として明記されていたポータブルトイレの清掃義務を施設側が怠ったため、当時 95 歳の要介護度 2 の女性が自らこれを清掃しようとして、利用者の立ち入りを予定していないトイレ併設の洗い場に赴いた際に、洗い場入り口の仕切り(高さ 87 ミリメートル、幅 95 ミリメートルのコンクリート製凸状仕切り)につまずいて転倒し、手術を含む入院 68 日、通院 31 日を要する大腿骨頸部骨折の怪我をし、要介護度が 3 になった事故につき、同施設を経営する福祉法人に対し、債務不履行責任又は民法 717 条に基づき、損害賠償を請求した事案である。

判旨では、①ポータブルトイレの清掃等を怠ったことと事故との因果関係の存在、つまり、債務不履行責任の存否については、ポータブルトイレの清掃等は被告施設の義務であるとし、これを怠ったことと事故との間には、相当因果関係があるとし、債務不履行責任を認定した。②洗い場の仕切りが民法 717 条の土地工作物の設置又は保存の瑕疵にあたるか、不法行為責任の存否については、本件仕切りは下肢の機能が低下した要介護老人の出入りに際して転倒等の危険を生じさせる形状のもので、土地の工作物の設置又は保存の瑕疵に該当するとして、不法行為責任を認定した。③入所者がポータブルトイレの清掃等を施設職員に頼まなかったことによる過失相殺の有無について、ポータブルトイレの清掃に関するマニュアルの定めが遵守されていない現状では、入所者がその清掃を頼んだとしても施設職員が直ちに快くこれに応じてくれて処理したかは不明であるとして過失相殺を否定した。④14 級までの後遺障害等級に該当しない右下肢筋力の低下が後遺障害として認められるかの賠償については、14 級までの後遺障害等級に該当せずとも下肢筋力低下も賠償にあたって考慮できるとして、後遺障害慰謝料及び将来の介護費の賠償をも認定した。賠償認容の総額は約 537 万円である。

<事実認定>

事実認定においては、判旨では以下のように認定した。

施設の介護マニュアルによると、本件施設ではポータブルトイレの清掃は、朝 5 時と夕

方4時の定時に1日2回行うこととされ、その内容は「16:00 ポータブルトイレ・バルーン・尿器清掃 ポーターはトイレ用洗剤で洗い消臭液を入れる。ポーター回りは清拭で拭く。バルーンの尿量チェックはパックで計る。」と具体的に定められていた。

本件施設で定めた総合的な援助の方針は、「定期的な健康チェックを行い、転倒など事故に注意しながら在宅復帰へ向けてADLの維持・向上を図る。」というものであり、ケアプラン表には、「以前骨粗鬆症あり、下半身の強化に努め転倒にも注意が必要である。」と記載された。

原告の入所当時の介護保険等級上の認定は、要介護度3であったが、入所後の平成12年12月29日の調査において要介護度2とされた。

本件施設作成のケアチェック表の「排泄に関するケア」欄には「日中はトイレ使用しているが夜間ポータブルトイレ使用」と記載されている。原告は、昼は主としてトイレを使い、夜はポータブルトイレを利用していた。

しかし、本件事故発生後に被告が原告居室のポータブルトイレの清掃状況を調査した結果、平成12年12月1日から平成13年1月8日までの39日間のうち、外泊期間（延べ15日、25回）を除いた29日間（53回）のうち、ポータブルトイレの尿を清掃したという「処理」が23回、トイレの中を見て空であることを確認したという「確認」が15回、声をかけたが大丈夫といわれたという「声かけ」が2回、処理しなかったのが3回、不明が10回となっていて、必ずしも介護マニュアルに沿って実施されていたわけではなかった。

ポータブルトイレの清掃がなされていない場合には、原告は、トイレに自分で排泄物を捨てに行っていた。ただし、上記のとおり、ここには容器を洗う場所はなかったため、原告は、排泄物の処理と容器の洗浄のために、ときおり本件処理場を利用していた。どうか自分で捨てに行くことができたので、本件施設職員に頼むことは遠慮して、自分で捨てていた状態だった。

原告は、平成12年12月31日昼から平成13年1月6日夜まで外泊して自宅に帰っていたところ、1月6日夜本件施設に戻った。翌1月7日午前5時のポータブルトイレの処理状況は、被告の調査によれば「不明」であるところ、原告の記憶では、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。同日午後4時においては、担当者の調査表によれば、「確認はせず、声かけし、使用していないとのことで処理しなかった。」と記載されていたが、調査結果一覧表には「確認」と記載されている。

1月8日午前5時のポータブルトイレの処理状況は、「処理」、同日午後4時においては、「処理していない」である。同午後4時の担当者の訴外E作成の調査表によれば、「日中トイレにて排泄して尿パ（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る。

平成13年1月8日夕刻、原告は、食堂で夕食を済ませ、自室に戻ったところ、自室のポータブルトイレの排泄物が清掃されていなかったため、夜間もこれをそのまま使用することを不快に感じ、これを自分で本件処理場に運んで処理しようと考えた。そこで原告は、

同日午後6時ころ、ポータブルトイレ排泄物容器を持ち、シルバーカー（老人カー）に掴まりながら、廊下を歩き、同じ2階で1室を隔てたところにあるトイレに赴き（距離にして約15ないし20メートル。）、トイレに排泄物を捨てた後、その容器を洗おうとして隣の本件処理場に入ろうとしたところ、出入口の本件仕切りに足を引っかけて、本件処理場内に転倒した。

<争点における原告・被告の主張と判旨について>

(1) 債務不履行責任に関して、被告にポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務の違反があるか。上記清掃義務の違反があった場合、これと本件事故との間に相当因果関係があるか。

<原告（被害者側）の主張>

本件事故は、原告が自室のポータブルトイレ中の排泄物を捨てに行こうとして本件処理場に赴いた際に起こったものであって、本件事故の原因は、本件施設職員がポータブルトイレの清掃をしてくれなかったことにある。被告は、本件契約に基づき、介護ケアサービスの内容として入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務があるにもかかわらず、被告がこれを怠ったために、原告が自ら捨てに行くことを余儀なくされた結果、本件事故が発生したものである。

居室内に置かれたポータブルトイレの中身が廃棄・清掃されないままであれば、不自由な体であれ、入所者がこれをトイレまで運んで処理・清掃したいと考えるのは当然であり、ポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務と本件事故との間に相当因果関係が認められることは当然である。

本件事故は、上記ポータブルトイレの清掃義務に加えて、移動介助義務及び入所者の安全性を確保することに配慮すべき義務の各不履行の結果生じたものである。被告には、本件事故による原告の損害につき、本件契約の債務不履行に基づく損害賠償責任がある。

<被告（施設側）の主張>

本件施設では、足下のおぼつかないような要介護者に対しては、ポータブルトイレの汚物処理は介護要員に任せ、自ら行わないようにとの指導をしていた。

仮にポータブルトイレの清掃がなされていなかったとしても、自らポータブルトイレの排泄物容器を処理しようとする必要性はなく、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る。本件事故発生日に原告が介護要員にポータブルトイレの清掃を頼んだ事実はない。したがって、入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務と本件事故との間に相当因果関係は認められない。

<判旨>

施設側が、本件契約に基づき、介護ケアサービスの内容として入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務があったこと、本件事故当日、これがなされなかったこと、そのため当該利用者がこれを自ら捨てようとして、本件処理場に行った結果、本件事故が

発生したことが認められる。

居室内に置かれたポータブルトイレの中身が廃棄・清掃されないままであれば、不自由な体であれ、老人がこれをトイレまで運んで処理・清掃したいと考えるのは当然であるから、ポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務と本件事故との間に相当因果関係が認められる。

この点、施設側は、「ポータブルトイレの清掃がなされていなかったとしても、自らポータブルトイレの排泄物容器を処理しようとする必要性はなく、ナースコールで介護要員に連絡して処理してもらうことができたはずである。」と主張するが、前記認定のようにポータブルトイレの清掃に関する介護マニュアルの定めが遵守されていなかった施設の現状においては、当該利用者ら入所者がポータブルトイレの清掃を頼んだ場合に、施設職員が、直ちにかつ快く、その求めに応じて処理していたかどうかは、不明であるといわなければならない。したがって、入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務に違反したことと本件事故との間の相当因果関係を否定することはできない。

したがって、施設側は、本件事故に関して、原告に対して本件契約上の債務不履行責任を負う。

(2) 本件仕切りが民法 717 条にいう土地工作物の設置・保存の瑕疵に該当するか。

<原告の主張>

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という特質上、入所者の移動等に際して身体上の危険が生じないような建物構造・設備構造が求められているものである。しかるに、本件処理場の出入口には本件仕切りが存在し、下肢の機能の低下している要介護老人の出入りに際して転倒等の危険を生じさせる形状の設備である。これは民法 717 条の「土地の工作物の設置又は保存の瑕疵」に該当するから、被告は、同条による損害賠償責任がある。

<被告の主張>

本件処理場は、入所者・要介護者が出入りすることが予定されていない場所であった。本件仕切りは、本件処理場内の汚水等が処理場外に流出しないための仕切りであって、構造上問題はなく、土地工作物の設置又は保存の瑕疵に該当しない。

<判旨>

原告所論のとおり、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である。

しかるに、現に入所者が出入りすることがある本件処理場の出入口に本件仕切りが存在するところ、その構造は、下肢の機能の低下している要介護老人の出入りに際して転倒等の危険を生じさせる形状の設備であるといわなければならない。

これは民法 717 条の「土地の工作物の設置又は保存の瑕疵」に該当するから、被告には、同条による損害賠償責任がある。

(3) 過失相殺について

<原告の主張>

ポータブルトイレの清掃を頼むのは、事柄とその入所関係の性質上、入所者が遠慮しがちな事項であり、入所者が職員に頼まずに自分で清掃に赴こうとしたからといって、入所者である原告に不注意があったとはいえず、過失相殺は不適當である。また、被告は、介護サービス契約に基づきサービス提供をなすべき地位にあり、入所者に対して安全を配慮すべき義務を負いながら、この種の事案において過失相殺を主張するのは、権利濫用・信義則違反である。

<被告の主張>

原告は、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ので、過失相殺がなされるべきである。

<判旨>

前記認定の事実関係に照らし、本件において、原告に過失相殺を認めるべき事情は認められない。

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

平成10年（ワ）第211号 損害賠償等請求事件

『賃金と社会保障』 No.1351・52 旬報社 112-116 頁

1 争いのない事実

老人デイサービス運営事業は、おおむね65歳以上の要援護老人（65歳未満であつて初老期認知症に該当するものを含む。）及び身体障害者であつて身体が虚弱又は寝たきり等のために日常生活を営むのに支障がある者を対象とし、老人デイサービスセンターE型は認知性老人を利用対象者としている。被告は、特別養護老人ホームYの設置経営、老人デイサービスセンターYデイサービスセンターの設置及び受託経営、老人デイサービスセンターYデイサービスセンターの設置及び受託経営等の社会福祉事業を行うことを目的とする社会福祉法人で、平成5年4月から、Yデイサービスセンターにおいて老人デイサービスセンターE型（以下「被告施設」という。）を開設して、S市より在宅老人福祉対策事業として、認知症老人を利用対象とする老人デイサービスE型の運営を委託されて、S市内に居住する在宅の要援護老人に対し、レクリエーションを含む生活指導、養護、健康チェック及び給食サービスの実施を必須とし入浴サービスにつき選択して実施することができる老人デイサービスを実施している。なお、被告は、Yデイサービスセンターにおいて、老人デイサービスセンターB型を運営している。E（以下「亡E」という。）は、S市内に居住する在宅の要援護老人として、平成9年4月30日、被告施設を参観訪問した後、同年5月2日、7日、9日、14日、16日、被告施設に通所して、デイサービスを受け、同月21日、同様にデイサービスを受けていたが、同日午前11時40分ころ、廊下面から高さ84センチメートルの1階廊下の網戸付サッシ窓から脱出し、そのまま行方不明となり、同年6月21日午前4時40分ころ、I海岸防波堤付近の砂浜に死体となって打ち上げられているのを発見された。

2 争点

- (1) 亡Eが、被告施設から脱出したことについて、被告に過失があるか。
- (2) 被告施設の建物及び設備に瑕疵があるか。
- (3) 亡Eの死亡と被告の注意義務違反又は被告施設の建物及び設備の瑕疵との間に相当因果関係があるか。
- (4) 損害額はいくらか。

3 原告らの主張

- (1) 亡Eは、失語症を伴う重度の老人性認知症であり、被告の職員は、このことを知っていた。
- (2) 被告は、平成9年5月21日、他の要援護老人たちをS市所在のフラワーパークヘレ

クリエーションに連れて行き、デイサービスE型を受ける亡Eを含む要援護老人たちを被告施設に残し、同人らを世話するための職員を2名配置した。2名の職員は、他の要援護老人たちにかかりきりで、あるいは昼食の準備等で、亡Eから目を離した隙に、同人は、被告施設から脱出した。

(3) 亡Eは、重度の老人性認知症に罹患しており、どのような行動を起こすか予測できない状態であり、とくに、失踪直前は不安定な状態であったのであるから、被告の職員は、窓を閉めて施錠し、あるいは、亡Eの行動を注視して、窓から亡Eが脱出しないようにする義務があったにもかかわらず、これを怠った。

(4) 被告施設は、おおむね65歳以上の要援護老人（65歳未満であって、初老期認知症に該当するものを含む。）及び身体障害者であって身体が虚弱又は寝たきり等のために日常生活を営むのに支障がある者を対象としているから、認知症者等が建物等から外へ出て徘徊しないための防止装置を施すべきであるにもかかわらず、廊下北側の網戸付サッシ窓を廊下面より約0.8メートルに設置し、この窓から外へ出るのを防止する設備をしていなかった。亡Eは、この窓から外へ脱出したものである。したがって、被告施設の建物及び設備に瑕疵あるものといえる。

(5) よって、被告は、原告らに対し、慰謝料各700万円、弁護士費用各42万円、逸失利益合計1695万5612円（原告Aにつき847万7807円、同B、同C、同Dにつき各282万5935円）並びにこれらに対する亡Eの死亡が確認された平成9年6月21日から支払い済みまで年5分の割合による金員を支払う義務がある。

4 被告の主張

(1) 亡Eは、平成9年5月21日、被告施設において、デイサービスE型を利用していたが、午前11時40分ころ、寮母が要トイレ介助の女性2名をトイレに連れて行こうとして亡Eが廊下北側柱付近に佇立しているところを目撃されている。上記寮母は、亡Eに遊戯室に戻るよう促し、女性2名の用便をすませた後、亡Eの失踪に気付いた。亡E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。亡Eの失踪に気付いた職員らが亡Eを探したところ、被告施設の玄関は施錠されたままの状態、靴箱に亡Eの靴はなく、1階廊下西側の窓の網戸（当時窓ガラスは開けられサッシ網戸が閉められていた。）が開かれたままの状態となっていることが発見され、他の窓の網戸はすべて閉まっていたことから、同人の失踪経路は、1階廊下西側の窓から飛び降りた蓋然性が高い。

(2) 被告は、法令等に定められた限られた適正な人員の中でデイサービスE型事業を実施するものであり、亡Eの上記失踪経過に照らしても、亡Eが被告施設から失踪したことに過失はない。

(3) 原告ら主張の亡Eの行動の注視義務違反と同人の死との間に法律上の相当因果関係はない。

<裁判所の判断>

1 被告の責任原因について

被告は、デイサービス事業の運営につき、被告職員の過失により、デイサービスを受ける者が損害を被った場合には、民法 715 条により、被告がその責めを負う。

2 被告職員の過失について

証拠（省略）によれば、次の事実が認められる。

(1) 亡Eは、平成7年11月27日、失語を伴う重度の老人性認知症と診断され、平成8年10月31日、失語症により身体障害者4級の認定を受けたが、身長は167センチメートル前後、健脚で歩行に不自由はなく、普通の感情はあり、妻である原告Aとの意志疎通は可能で、家庭内であれば衣服の着脱や排泄は自力ででき、徘徊もしたことがなかったが、同人に精神的に依存しており、同人が不在のときに同人を捜して出歩くことがあったが、知った道であれば、自力で帰宅していた。

(2) 原告Aは、亡Eの介護の負担が大きく疲労も増してきたため、医療機関に勧められ、平成9年4月ころ、被告に利用を申し入れ、亡Eについて自宅における2回程度の被告の支援センターの担当者の面接を経て、認知症老人を利用対象とするデイサービスE型の判定を受け、同平成9年4月30日、原告D及び亡Eとともに、被告施設を訪問し、亡Eを体験入所させ、同年5月1日、被告施設の入所の許可を得て、同年5月2日から、亡Eを、被告施設のバスを利用して、週2回通所させるようになった。

(3) 被告は、亡Eが失語を伴う重度の老人性認知症と診断されていることは、同人の入所の時点で把握していた。

(4) 亡Eは、被告施設内では、職員と1対1で精神状態が安定するような状況であれば、職員とも簡単な会話はでき、衣服の着脱などもできたが、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、廊下をうろうろすることがあり、被告施設の職員も亡Eの上記状態を把握していた。

(5) 平成9年5月21日の被告施設におけるデイサービスE型利用者は、男性4名、女性5名の合計9名で、職員は寮母2名が担当していた。当日は、男性の入浴サービス日であり、午前10時15分から寮母1名（F）が亡Eと他の男性1名を浴室に連れて行き、その他の者は他の寮母1名（G）とともにいた。午前10時50分ころ、亡Eは、入浴を終えて遊戯室に戻り、入浴担当寮母は、他の男性2名を引率して浴室に向かった。亡Eは、入浴サービスを受けているときは落ち着いており、衣服の着脱や歩行を自力ですることができたが、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、G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Gに誘導されて遊戯室に戻った。Gは、午前11時40分ころ、要トイレ介助の女性2名をトイレに連れて行こうとして、亡Eが廊下にいるところを見付け、遊戯室に連れ戻した後、上記の女性2名をトイレに連れて行くときに、廊下北側の柱のところに亡Eが立っているのを見掛けたので、同人に遊戯室に戻るよう促し、女性2

名を便座に掛けさせて、亡Eを見掛けてから1、2分程度で廊下に戻ったところ、亡Eの姿はなく、館内を探したが、同人を発見することができなかった。亡E失踪時、被告施設の北側玄関は内側からは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るところ、北側玄関及び裏口は開いた形跡はなく、靴箱に亡Eの靴はなく、1階廊下の窓の網戸（当時窓ガラスは開けられサッシ網戸が閉められていた。）のうち1つが開かれたままの状態となっていることが発見され、窓の高さは84センチ程度で、他の網戸はすべて閉まっていたことから、同人は、靴箱から自己の靴を取ってきて、当該網戸の開いた窓に登りそこから飛び降りたものと推測される。

以上認定したところにより、被告職員の過失の有無について判断する。

亡Eは、失語を伴う重度の老人性認知症と診断されており、このような者が、単独で施設外に出れば、自力で施設又は自宅に戻ることは困難であり、また、人の助けを得ることも困難であると考えられる。亡Eは、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ており、被告職員としては、亡Eが被告施設を出ていくことを予見できたと認められるから、亡Eの行動を注視して、亡Eが被告施設から脱出しないようにする義務があったと認められる。しかし、当日の被告施設におけるデイサービスE型利用者を担当していたのは、寮母2名のみであり、1名は、入浴サービスに従事しており、他の1名は、要トイレ介助の女性2名をトイレに連れて行き、亡Eを注視する者はいなかったため、亡Eは網戸の開いた窓に登りそこから飛び降り、そのまま行方不明となったものである。亡E失踪時、被告施設の北側玄関は内側からは容易に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て、亡Eが出ることは困難であった。しかし、亡Eのような身体的には健康な認知症老人が、84センチメートル程度の高さの施錠していない窓（84センチメートル程度の高さの窓であればよじ登ることは可能であることは明らかである。）から脱出することは予見できたと認められる。したがって、被告職員は、亡Eの失踪について過失がある。たしかに、2人の寮母で、男性4名、女性5名の合計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ら、亡Eの挙動も注視しなければならないのは、過大な負担であるが、これをもって回避の可能性がないということはできない。被告は、法令等に定められた限られた適正な人員の中でデイサービスE型事業を実施しているので過失はないと主張する。しかしながら、法令等に定められた人員で定められたサービスを提供するとサービスに従事している者にとって過大な負担となるような場合であっても、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。したがって、被告職員は、亡Eの失踪について過失があり、被告施設の建物及び設備に瑕疵があるかについて判断するまでもなく、被告は、被告職員の前記過失と因果関係のある損害を賠償すべき責任がある。

3 被告職員の過失と亡Eの死との間の相当因果関係について

証拠（略）によれば、平成9年5月28日、亡Eと面識のあるK町所在のHが亡Eが来店したのを目撃したが、とくに異常を認めなかったこと、上記以外に亡Eに似た人を見たとの目撃情報がいくつかあったが、本人であると確定はできず、なかには明らかに人違いと思われる情報もあったことが認められるが、他に亡Eの失踪後の行動を具体的に示す証拠はない。以上によれば、亡Eは、平成9年5月21日、被告施設から失踪した後、同年同月28日まで、外見上とくに異常はなく生存していたと認められ、その後、被告施設から遙か離れた砂浜に死体となって打ち上げられるにいたった経緯は全く不明である。前記2(1)、(4)で認定したところによれば、亡Eは、事理弁識能力を喪失していたわけではなく、知った道であれば、自力で帰宅することができていたのであり、身体的には健康で問題がなかったのであるから、自らの生命身体に及ぶ危険から身を守る能力まで喪失していたとは認めがたい。亡Eは、被告施設から出た後、帰宅しようとしたが、バスで通所していたため、道がわからず、他人とコミュニケーションができないため、家族と連絡がとれないまま、放浪していたものと推認できる。そうすると、同人の失踪からただちに同人の死を予見できるとは認めがたく、他に被告職員の過失と亡Eの死との間の相当因果関係を認めることができる証拠はない。したがって、被告職員の過失と亡Eの死との間の相当因果関係を認めることができない。

4 原告らの損害との相当因果関係について

原告ら主張の損害のうち、亡Eの逸失利益及び死亡を理由とする慰謝料は死亡による損害であるから、前記3のとおり、相当因果関係がないので認められない。しかしながら、亡Eが行方不明になることにより、同人の家族が被った精神的苦痛は、被告職員の前記過失と相当因果関係があると認められる。しかし、失踪後の亡Eの状況について不明であるので、亡E固有の慰謝料を認めるのは相当ではない。

証拠（略）によれば、次の事実が認められる。

(1) 原告Aは、亡Eの妻、同B、同C、同Dは、それぞれ、亡Eの長女、二女、長男である。

(2) 原告Aは、平成9年5月21日、午後0時25分ころ、外出先で被告から亡Eの失踪の報告を受け、帰宅した後、前記Fの訪問を受け、当日は自宅で待機し、翌日から、原告らは、毎日のように出掛けたり、親戚たちと協力して、約150枚の立看板を作ったり、被告に捜索経過を聞きに行ったりして、必死に亡Eを捜したが、同年6月21日、同人が死体となって発見されるまで、同人の消息は掴めなかった。

以上を総合すると、被告職員の不法行為により原告らが被った精神的苦痛を慰謝するには、原告Aにつき130万円、その他の原告3名につき各43万円をもって相当と認める。

原告らが、平成10年6月1日、本件原告ら訴訟代理人に対し、本件訴訟の提起・追行を委任したことは、当裁判所に顕著な事実であり、本件事案の内容、性質、難易度、認容額等に鑑みると、本件不法行為と相当因果関係のある弁護士費用は、原告Aにつき13万円その他の原告3名につき各4万3000円と認めるのが相当である。

- 5 以上によれば、原告らの請求は、主文第1項の限度で理由がある。
よって、主文のとおり、判決する。

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
平成13年(ワ)第3648号 損害賠償請求事件
判例時報 1843号 133-143頁

<事案の概要>

本件は、当時95歳の原告が、平成12年11月9日、被告の運営する介護サービス施設内で転倒し、右大腿骨顆上骨折の傷害を負って入院し、右下肢の4センチメートル短縮、右膝関節の屈曲拘縮による歩行不能、認知症状態の増悪の後遺障害を負ったとして、被告に対し、介護サービス契約上の安全配慮義務の債務不履行に基づき、損害賠償として慰謝料等合計1340万円の支払及び訴状送達の日翌日である平成13年10月24日から支払済みまでの民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。認容金額は470万円である。

<判決要旨>

- 1 被告は、原告に対し、金470万円及びこれに対する平成13年10月24日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 訴訟費用は、これを5分し、その3を原告の負担とし、その余は被告の負担とする。
- 3 この判決は、第1項に限り仮に執行することができる。

<事実及び理由>

被告は、原告に対し、金1340万円及びこれに対する平成13年10月24日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

<事案の概要>

本件は、当時95歳の原告が、平成12年11月9日、被告の運営する介護サービス施設内で転倒し、右大腿骨顆上骨折の傷害を負って入院し、右下肢の4センチメートル短縮、右膝関節の屈曲拘縮による歩行不能、認知症状態の増悪の後遺障害を負ったとして、被告に対し、介護サービス契約上の安全配慮義務の債務不履行に基づき、損害賠償として慰謝料等合計1340万円の支払及び訴状送達の日翌日である平成13年10月24日から支払済みまでの民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

1 争いのない事実

(1) 当事者

被告は、介護サービス施設「某ミニデイサービス」（以下「被告施設」という。）を経営する特定非営利活動法人である。

(2) 通所介護サービス契約の締結

原告(明治38年11月2日生)は、平成12年7月4日、その娘である乙を代理人として、被告との間で、通所介護を内容とする介護サービス契約(以下「本件契約」という。)を締結した。

ここで通所介護とは、一般に、単独での日常生活に不自由がある要介護者に対して、介護サービス施設への送迎、同施設での生活指導、日常生活訓練、健康チェック、食事、入浴、機能訓練などのサービスを日帰りで提供するものである。

(3) 事故の発生

原告は、平成12年11月9日午後1時40分ころ、被告施設内の静養室において、昼寝から目覚めた後に転倒し、右大腿骨顆上骨折(大腿骨の膝側部分(遠位骨端)には内側顆及び外側顆という著しく膨大した部分があり、その骨折)の傷害を負った(以下「本件事故」という。)

(4) 治療経過

原告は、平成12年11月9日から平成13年1月21日まで(74日間)F町立病院に入院し、同月22日から現在に至るまで戊病院に入院している。

原告は、平成13年4月14日、症状固定の診断を受けた。

2 争点

(1) 被告の過失の有無

(原告)

介護事業を行うものは、利用者の身体状況、とりわけ要介護認定に基づく具体的な介護計画(ケアプラン)に即して安全に介護業務を行う注意義務を有しており、原告に関するケアプランである「居宅サービス計画書」によれば、原告は、要介護状態区分として「要介護4」(5が最高)に認定されており、原告に対する介護サービスにおける安全確保においては「問題行動の発生予防」と「転倒等による骨折防止」が最大の課題となっていた。

そして、原告を誘導して昼寝をさせた畳敷きの静養室には、入口付近で床との間に40センチメートル以上の段差があり、身体機能の低下によりバランス不良にある原告のような利用者が就寝中に何らかの行動をとると、段差部分から直接床に転落して骨折事故等が発生する危険があった。本件事故が発生したこの静養室には、転落防止柵の設置やクッション材の配置といった設備上の転倒防止対策がなされていない。

それにもかかわらず、被告従業員は、原告を静養室に誘導した後、原告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っており、静養室の内部が完全に視線から外れていた。したがって、体を後ろに向けなければ原告の様子を窺うことはできず、時々振り向いて「見守り」を行っていた。このような「見守り方法」は、転落防止柵も備えていない段差のあるフロアに利用者を就寝させている状況においては、利用者の安全を確保する方法といえないものである。

実際に「見守り」を行っていたはずの被告従業員は、原告の転落に至る行動に全く気づいておらず、同人が異変を感じて静養室に駆け戻ったときには、原告はすでに入口の床に転落していた。フロア上をいざって布団に入る原告の行動能力等を考えれば、相当の時間、被告従業員は「見守り」を行っていなかったというべきである。

被告は、原告を被告施設内において昼寝などさせる場合には、寝起きの際に必要な介添えをして、その安全を確保する契約上の注意義務があるにもかかわらず、これを怠って本

件事故を発生させたものである。

なお、被告は、原告が昼寝から目覚めた後に自ら体を移動して動き出すことは予見できなかったと主張するが、原告は、自力歩行が可能であり、そのことは、被告従業員らが記録した介護記録の記載から明らかである。また、介護支援専門員(ケアマネージャー)である丙が、平成12年3月26日に、原告のケアプランを検討するにあたり介護の状態を把握するため作成した「アセスメント表」によれば、原告の日常生活動作(ADL)は、寝返りや起きあがりには介助なしでも「つかまればできる」、歩行に関しては「トイレまで杖使用」として、自立認定がなされている。

(被告)

被告が原告について安全配慮義務を負うとしても、その注意義務の程度は、原告を注視し続け、一寸たりとも目を離してはいけないというほどの高度なものではない。本件事故は、原告が被告施設を利用して52回目にして初めて起きたものであり、原告の行動パターンは、自分から行動を起こすというのではなく、被告従業員等の誘導があつて初めて行動を開始するというものであった。これまでに原告が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。

本件事故は、当時、原告の見守りをしてきた被告(従業員丁という。)が、訪問者への対応に出た途端に発生したものであり、丁は、対応に時間が掛かりそうになれば、当然、他の従業員に自分がいた位置での見守りを頼むつもりでいた。本件事故は、丁が見守りをしてきたソファから来客の対応に出て、来訪者が「被告施設というところは」と言った途端(離席して約15秒後)、静養室から「ドスン」と音がして、駆けつけたところ原告が床に転落していたという事故である。これらの事実を総合すれば、本件において被告には予見可能性がなく、これに基づく結果回避可能性もなかった。

また、本件事故当日の被告施設の利用者数は原告を含め7名であり、いずれも84歳から102歳の高齢で、認知症であったり、一人では転倒、骨折の危険がある者であった。他方、当日の従業員等は7名で、昼食後の静養時間であったため丁外1名が利用者の見守りを行っていた。このように各利用者ともにそれぞれ問題を抱えており、原告1人を常時目を離さずに見守りすればよいという状況ではなく、また、上述のとおり、原告が昼寝から目覚めて動き出すということは全く予想できなかったのであるから、被告の体制に不足はなく、被告に注意義務違反は認められない。

原告は、後ろ向きの見守りを問題視するが、丁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、原告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。

また、静養室の段差は、40センチメートルあるが、利用者にとっては、直接畳(段の上)に上がったり、畳から直接下りるには高すぎるので、利用者は、上がる時も、降りるときもいったん座ってからということになる。このようにして、利用者の安全は確保されており、静養室は、合理的な考慮に基づいて作られたもので、構造上の問題点はない。

(中略)

原告は、風船バレーを熱心に行い(7月18日、25日、8月10日、15日、17日、19日、24日、31日、9月14日、10月5日、11月7日)張り切って立ち上がることもあった(7月27日)。手を叩き、好きな歌を歌うことも多かった(7月4日、9月2日、26日、10月28日)。足をばたばたさせ(8月31日)、他の利用者から「うるさいよ」と言われることもあった(8月30日)。

食事のときは、スタッフが横についており(7月6日)、原告は、当初、食事のほうは要らないと言って(7月25日)、口に運んであげないと食べず(7月18日)、被告従業員が食べ物を口元まで運ぶ(全介助)状態であったが(8月8日)、よく食べてはおり(7月25日)、介助はいらないといいながらも昼食をよく食べることもあった(9月16日)。自分で箸を持つなどして昼食を食べる日もあった(10月28日、31日、11月7日)。

原告は、トイレの後、ズボンを上げるが下着を上げないことがあり(7月18日)、下着をはかないで被告施設に来ることもあった(7月25日、27日、8月29日)。また、帰るとき服を脱いだりすることもあった(8月8日)。

昼寝のとき、被告従業員が気付くと、原告が折り畳みベットの上に起きて手を叩いて歌を歌ったりしていることもあり(10月7日)、静養室で昼寝をしていて、すぐ起きて上半身を起こすこともあった(10月10日)。原告は、寝返りや、布団の上で寝た姿勢から上半身を起こすこともできた。また、声をかければ、いざって移動することもできた。被告従業員は、そのようなとき、見守るか、後ろから原告の体を軽く支えた。

エ 原告の身体状況について

原告は、左膝関節痛を訴えて、被告施設を利用する前の平成10年9月21日から、F町立病院に通院し、平成11年8月10日からは、D医院に通院していた。同医院では左関節内にリノロサル(ステロイド剤)、ロカイン(局所麻酔剤)を注射し、イドメシンプップ(抗炎症外用剤)を処方した。平成12年1月からは、D医院に概ね月2ないし3回定期的に通院し、同様の措置及び処方を受けるようになった。原告は、病院に行くと、1週間ぐらいは痛みが薄れ、膝の痛みがないときは、自宅の中をうろうろすることがあった。原告は、平成12年9月からは右膝についても、同様の措置及び処方を受けるようになり、9月には8回(うち1日は、発熱のための通院である。)、10月には5回通院した。同病院では、両変形性膝関節炎と診断した。

オ 被告施設

被告施設は、本件事故当時、平屋建てで、食堂兼機能訓練室が54平方メートル(うち、機能訓練室部分が33平方メートル)、畳敷きの静養室が6.6平方メートル、和室が8.25平方メートルある。その他に事務所兼相談室が2室、トイレが2室、浴室も備え付けられている。機能訓練室部分の隣にある静養室は、畳敷きであり、床との段差が約40センチメートルあった。静養室の前には、四角いテーブルを囲むようにして、ソファ3個がコの字型に配置され、テーブルのもう1辺のところに1人用椅子が置いてあった。

本件事故当時、利用者は原告を含めて7名おり、丁及び被告従業員Aが利用者の見守りを

していた。当日の利用者は、84歳から102歳の高齢者であり、うち認知症のある者が原告を含め5名おり、1人で歩行すると転倒の危険のある者が、原告を含め5名いた。

本件事故当時、静養室前のソファ2つ及び1人用椅子には、利用者5名が座っており、もう1つのソファには利用者1名が横になって寝ていた。丁は、静養室に背を向ける形でソファに座っていた。利用者は話をしたり、眠ったりしていた。

また、ソファから少し離れたところに、机が置いてあり、そこにAが座って、午前中の利用者の状況について記録を作成していた。静養室は、食堂兼機能訓練室とカーテンで区切られ、事故当時、カーテンは半分くらい閉められていた。Aの位置から静養室の内部を見ることはできない。

丁は、被告代表者Eから原告の状況について説明を受けており、「足が悪くて軟骨が薄いため歩行が困難である」と聞いていた。丁は、原告が立ち上がると、すぐに両手をもって一緒に歩くようにしていた。

カ 本件事故の状況

平成12年11月9日の昼食後、丁がソファに座っていた原告を、両手を介護しながら静養室に連れていき、寝かしつけた。丁は、ソファのところに戻り、カーテンを半分くらい閉めた。そして、静養室に背を向けるような形でソファに座り、また、他の利用者の側に行ったりした。

Aは、離れた机の前に座り、記録を作成していた。当時、被告施設で利用者を見守っていたのは、丁とAだけであった。Aは、事故前の10月23日に被告施設で働き始めたばかりであった。

丁は、何回か、静養室の方を向いて、原告の様子を見た。明確に記憶があるものだけで2回は静養室に見に行った。これまで、原告が昼寝する時間は1時間以内であった。

午後1時40分ころ、玄関で誰かが「こんにちは」と挨拶をしたので、丁が対応に出た。Aには見守りを交代するよう声をかけなかった。原告の様子も確認しなかった。そして、丁が来客に被告施設について、説明をしているときに、「ドスン」と音がしたので、静養室に戻ったところ、原告は、静養室入口付近の段差にやや背を向け、膝を少し曲げた状態で尻をついて座り、「痛い、痛い」と言っていた。

丁はAとともに、原告を静養室の畳の上に一緒に抱え上げ、原告のバイタルチェックや軟膏を塗ったりと応急措置をした。そして、原告をシートでくるんで車に乗せ、D医院に連れていった。

乙は、原告の帰りが遅いので、被告施設に電話を掛けたところ、原告が骨折してD医院から、F町立の病院に移ったと聞いた。

キ 丁の供述について

上記認定に対し、証人丁は、玄関に行く前に、原告の様子を見たところ、原告はまだ眠っていた旨供述するが、証人丁の供述によれば、丁が来客への対応に行ってから、静養室で音がするまでは、15秒ないし20秒しか経っていなかったものであり、前記認定の原告の年

年齢、身体的能力、訴訟前に被告から原告代理人に送付された事故当時の記録が書き換えられたものであったことに鑑みると同証言は採用できない。

(2) 被告の過失の有無について

以上のとおり、原告は、本件当時95歳で、両膝関節に変形性関節症を有しており、独立歩行は困難であったが、ものに掴まるなどしての歩行が可能であり、被告施設においても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、平成12年9月、10月には、D医院に多数回通院しているが、これは他方で、原告の運動量が増えたことが窺われること、原告は、被告施設の利用を開始した当初、認知症等のため、意思の伝達が困難であったが、次第に被告従業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、被告施設において、自ら箸をとるようにもなったことがそれぞれ認められ、原告は、限定的ではあるが、自力で移動する能力があり、被告施設を利用するようになってからは、活動性を増しており、そうした中で本件事故が発生したものである。

他方で、本件事故当時の被告施設での原告の介護状況を見ると、前記認定のとおり、本件事故時は、昼食後の静養時間であり、被介護者は、原告を入れて7名、これに対する介護者は2名であった。原告は、静養室において昼寝をしていたが、介護者である丁は静養室の隣室で原告に背を向けてソファー座っており、時折後ろを振り返り、原告の様子を窺っていたこと、静養室の内部は、Aからは死角となっており、原告の動静は全く見えなかったこと、原告は、丁が気付かない間に、布団から起き出し、静養室の入り口付近まで移動し、約40センチメートルある段差から落ちて、右大腿骨顆上骨折の傷害を負ったこと、その間、丁は、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、丁が席を立ってしばらくした後に本件事故が発生したことがそれぞれ認められる。

ところで、通所介護契約は、事業者が利用者に対し、介護保険法令の趣旨にしたがって利用者が可能な限りその居宅において、その有する能力に応じた自立した日常生活を営むことができるよう通所介護サービスを提供し、利用者は事業者に対しそのサービスに対する料金を支払うというものであるところ(契約書1条)、同契約の利用者は、高齢等で精神的、肉体的に障害を有し、自宅で自立した生活を営むことが困難な者を予定しており、事業者は、そのような利用者の状況を把握し、自立した日常生活を営むことができるよう介護を提供するとともに、事業者が認識した利用者の障害を前提に、安全に介護を施す義務があるというべきである。

前記認定のとおり、原告は、本件事故当時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、転倒の危険があり、このことは、通所介護の開始に当たって示された居宅サービス計画書及び乙からの書面で被告には知らされていた。

本件事故までに、被告は、原告の52回にわたる被告施設の利用状況及びその記録から、原告の被告施設内での活動状況を把握しており、それによれば、原告は、風船バレーのレクリエーションでは立ち上がることもあり、尿意を催すと自らトイレを探し、ものに掴まるなどして歩行を開始することがあった。前記のとおり、原告は、通所介護を重ねていくことにより、活動能力が回復してきたことが窺われ、さらに、布団で寝て上体から起きあがること、そこから1人でいざって移動することもできた。

以上の諸点を鑑みれば、原告が、静養室での昼寝の最中に尿意を催すなどして、起きあがり、移動することは予見可能であった。さらに、居宅サービス計画書にあるとおり、原告は、視力障害があり、認知症もあったのだから、静養室入口の段差から転落するおそれもあったといわざるを得ず、この点についても被告は予見可能であった。

そして、本件事故時、被告従業員は、原告に背を向けてソファに座っており、原告の細かな動静を十分に把握できる状態にはなく、さらに、原告の状態を確認することなく、他の被告従業員に静養室近くでの「見守り」を引継ぐこともなく、席を外して、玄関に移動してしまい、他の被告従業員は、本件事故が発生した静養室が死角となる位置で「見守り」をしていたのであるから、原告が目を覚まし移動を開始したことについても、気付く状況がなく、当然、原告の寝起きの際に必要な介護もしなかった。

そうすると、本件事故は、被告が、原告の動静を見守った上で、昼寝から目覚めた際に必要な介護を怠った過失により発生したといわざるを得ず、被告には、本件事故により原告に発生した損害を賠償する責任がある。

(後略)

④老人保健施設における誤嚥による介護事故

横浜地方裁判所 平成12年6月13日
平成10年（ワ）第1337号 損害賠償請求事件
賃金と社会保障 1303号 旬報社 60-79頁

<事案の概要>

本件事案は事故当時76歳の男性（以下亡Hという。）が、徘徊、失禁等軽度の認知症のため、被告が開設する老人保健施設（以下「当該施設」という。）に、平成9年8月8日から3ヶ月間、看護・介護サービス、日常生活サービス、リハビリテーションサービス、簡単な医療サービスの提供を受けるために入所した。平成9年9月20日午後6時ころ、当該利用者は、夕食に提供されたこんにやくを喉に詰まらせ、被告が開設し、当該施設に隣接するA病院に搬送され、こんにやくを取り出した後、治療が続けられたが、翌9月21日午前1時21分ころ死亡した。原告らは、被告には、当該施設に入所した当該利用者に対する監護義務違反、監視義務違反、本件事故後の措置に関する過失等があるとして、主的には債務不履行、予備的には不法行為に基づく損害賠償請求として、原告ら各自が相続した葬儀費用合計119万円、慰謝料合計2000万円及び遅延損害金の支払を求めた事案である。

裁判所は施設側に過失はなかったとして遺族の損害賠償請求を棄却した。遺族が控訴したが、控訴審では見舞金的解決金100万円などで和解が成立した。

<争いのない事実>

一 亡Hは、原告T・N子（以下「原告T子」という。）の夫であり、その余の原告らの父親であった（事故当時76歳）。亡Hは、徘徊、失禁程度の認知症であったものの、それ以外の健康状態には特に問題がなかったが、平成9年9月21日、A病院で死亡した。

二 被告は、平成8年3月28日、B県知事の開設許可を得て老人保健施設である施設Yを開設した。老人保健施設は、入所者に対して、看護、介護、リハビリテーション（以下「リハビリ」という。）等を行うとともに、日常生活上の世話をを行うことを目的として、高齢者の自立支援と家庭復帰を目的とした通過型施設である。対象者は、少なくとも65歳以上で、症状が安定期にあり、入院の必要はないが、医学的管理の下で、リハビリ、看護、介護を必要とする者である。施設Yの入所定員は、100名（内10名がショートステイ定員）、通所定員は20名で、デイケア事業及び2週間程度の短期間の受入れをする短期入所ケアも行っている。施設長（医師）以下、スタッフとして、看護師、介護職員、薬剤師、理学療法士、作業療法士、相談指導員、管理栄養士、事務職員等がいる。老人保健施設は、入所者の病状の急変に対応するため、一つ以上の協力病院を定める必要があり、被告は、施設Yと同一敷地内にA病院を開設している。

三 亡Hは、平成8年4月25日、初めて施設Yに入所し、同年7月24日に退所した。入所期間中、亡Hには、看護・介護サービス、日常生活サービス、リハビリサービス、簡単な医療サービス

ス等が提供された。亡Hは、その後、平成8年10月25日から11日間のショートステイに引き続き、平成9年8月8日から、3ヶ月間の予定で施設Yに入所した。

四 平成9年9月20日午後6時ころ、施設Yで、亡Hを含めた、入所していた高齢者の夕食が開始された。亡Hの健康状態は、以前と特段の違いはなかった。食事中、亡Hが、夕食として提供されたこんにゃくの田楽のこんにゃくを喉に詰まらせた(以下「本件事故」という。)本件事故に気付いた施設Yのスタッフ(以下「被告職員」という。)が、亡Hの口腔内に指を差し入れ、亡Hの喉からこんにゃくを一個を取り出した後、A病院に亡Hを搬送した。

A病院に搬送された際、亡Hにはチアノーゼがみられ、脈が触れず、瞳孔が開いていた。A病院医師が、こんにゃく1個を取り出し、亡Hに対してマッサージを実施し、昇圧剤を投与した結果、自発呼吸が再開し、脈も触れるようになり、心臓も鼓動を開始した。A病院看護師の連絡により、A病院に到着した原告ら亡Hの家族は、医師と面談した結果、延命措置は望まないと医師に伝えた。

五 平成9年9月21日午前1時21分ころ、亡Hは死亡した。

<争点>

一 被告の過失

<原告らの主張>

1 こんにゃくの提供に関する過失

高齢者は、食事中、食べ物を咽喉に詰まらせ、または咳き込む等の突発的事変により重篤な事態に陥ったり、死亡したりする例が少なくないことはよく知られている。そこで、老人保健施設においては、高齢者に対する食事提供に際し、誤嚥事故等が発生しないような食材を厳選すべき義務が存在する。

亡Hは、夕食に出されたこんにゃくを咽喉に詰まらせて窒息死したものであるから、施設Yには後記の注意義務違反がある。

(1) こんにゃくを食材に選択した過失

こんにゃくが高齢者に対して危険な食材の一つであることは、高齢者の介護を目的とする書物のみならず、一般的書物にも明示されている。いわゆるこんにゃくゼリーを誤嚥して死亡した事故も発生している。施設Yは、危険性が高く、かつ、栄養価に乏しく、高齢者施設でことさら提供する必要性のないこんにゃくを食材として提供した。右こんにゃくの提供自体、高齢者を業として預かる施設としては、高齢者の生命、身体に対する注意義務違反が認められる。

(2) こんにゃく料理提供方法の過失

こんにゃくは、比較的軟らかい食べ物であるが、弾力性があり、形状が外圧に対して比較的自由に変化するという特質を有する。そこで、老人保健施設としては、こんにゃくを食事として提供する際には、高齢者が誤って喉に詰まらせることがないように、調理法、大きさ、形状に注意する義務を負担する。

本件事故日、施設Yは、危険な食材であるこんにやくを主食材とするこんにやく田楽(入所者1人あたりこんにやく四切れ)を夕食の料理として提供した。しかも、亡Hの咽喉に詰まったこんにやくは、ゴルフボール大の大きさ3個であった。一切れでさえ危険なこんにやくを、小さく切り分けることなく、こんにやく田楽として四切れも提供したことは、高齢者の生命、身体の安全に対する注意義務違反が認められる。なお、施設Yの介護職員の間には、本件事故以前において、こんにやく田楽の提供が高齢者にとって危険であることが話題となり、問題視されていた。にもかかわらず、漫然とこんにやく料理を提供し続けた被告には過失が認められる。

また、亡Hは、本件事故の際、こんにやく田楽を少なくとも複数誤嚥している。老人性認知症の高齢者は、自分自身で食事することが可能であっても、必ずしも十分な自発的意思に基づいて食事をしているとは限らず、実際亡Hは、提供された食事を次から次へと食べる状態であった。そこで、認知症の高齢者にとって、食事が自立しているとは、あくまで付添が不要という程度にすぎないから、こんにやく料理を提供することは、たとえ細かく切り分けたとしても危険であることに変わりはない。入所者が、こんにやく田楽複数個を一度に、又は続けて口にした場合、口の中に複数個のこんにやくが入ることになり、咽喉に詰まる危険性は飛躍的に増大する。右危険性をなんら予測することなく、こんにやく田楽を漫然と計画し、提供していた施設Yの過失及び違法性は大きい。

(3) 本件事故当日の夕食の食材ないし献立に関わる過失

本件事故当時の夕食は、こんにやく田楽に加え、ごぼう及びきゅうりが食材として用いられている。認知症高齢者の食事の状況等に鑑みると、硬い食材を同一機会に一度に食しうる状況で提供したことは、認知症高齢者を預かる施設Yにおいては、それ自体に過失が認められる。

2 亡Hの摂食障害事情に関する不注意

老人保健施設においては、認知症の高齢者が入所していることから、入所した高齢者を事故等の危険から守るべく善管注意義務を負担していることは当然であるが、その注意義務は、高齢者や認知症状態の者が入所していることからすると、自ずから重くなっていると考えざるを得ない。また、亡Hのように、70歳を越えた高齢者は、健康面には問題はなくても、自己の歯が存在しないため、食事中物を喉に詰まらせ、時には窒息により死亡する危険性があることは経験則上知られていることである。そこで、業として、高齢者を預かる施設としては、このような誤嚥事故が発生する危険性を認識した上で、高齢者に接する義務を有し、また、入所者の体調等や、入れ歯装着の有無等の状況に応じた介護をする義務を負うというべきである。とりわけ、施設Yは、運営方針として、「個別性を中心にした看護・介護を行い」、「リハビリを中心にして日常生活動作(AD)」の向上をめざします。」、「ねたきりに『しない』『させない』で家庭復帰に向けての自立をめざします。」、「併設病院と連絡を密にしながら健康管理を行います。」、「職員が一体となり、心身両面からの支援を行います。」という内容をパンフレットで示しており、入所者から高額な料金

を取り、公的補助を受けていることからすると、入所者の認知症の有無、程度、健康状態、食事時の咀嚼能力等を入念に調査し、かつ、入所者の個別的特性に対応した看護・介護を行う義務を負うというべきである。

亡Hは、自己の歯は下顎に4本残存するのみであり、義歯を上下顎にB歯科医院にて作成したが、これを喪失したため、装着していなかった。亡Hの施設Y入所に際しては、予め健康診断書を提出し、右状況も記載し、入所の面接担当にも同様の注意を原告T子から口頭でも十分説明した。

亡Hは、施設Y入所以前は常食(通常の食事)を食べており、主食を全粥(ご飯ではなく、お粥を主食として提供する食事とに変更しなければならない状態ではなかった。亡H(本件事故当時、76歳と高齢で、中程度の認知症であった。)は、施設Y入所から本件事故まで約1か月半にわたり、全粥に変更されていたのであるから(めん類のみきざみ食とされた。)、亡Hには何らかの摂食障害事情が存在したものと推定される。全粥への変更が、本人の嗜好により長期間継続したとは考え難く、仮に本人の希望により全粥に変更されたとしても、長期間全粥を継続することは、かえって高齢者の咀嚼力を衰えさせるから、施設Yの基本理念である自立の支援に反する介護方法といえる。そこで、施設Yが、亡Hに対し、全粥を約1か月半にわたり継続したことにより、亡Hの咀嚼力が低下し、こんにやくを咽喉に詰まらせたともいえる。

しかも、亡Hは、本件事故当日は、以前と異なり食欲不振であり、食事の進みが遅くなっていたのであるから、常食のメニューであるこんにやく田楽を、亡Hにそのまま提供した施設Yには、亡Hの摂食障害等の個別的事情に全く配慮しなかった過失がある。仮にこんにやくを小さく切り分けていたとしても、亡Hの食事の際には、施設Yの介護職員及び看護師は、最大限の注意を払うべきであった。特に、夕食には、介護職員が危険性を認識していたこんにやく田楽が提供されたのであるから、介護者が亡Hの傍らに付き添って食べさせる義務がある。これを怠った過失がある。

なお、施設Yでは、本件事故の前後において、誤嚥事故が発生している。施設Yは、誤嚥事故が度重なって発生しているにも関わらず、誤嚥事故に対する認識が甘く、その防止に十分な対応を示していない。

また、全粥が提供されている入所者に対しても、副食には一律常食が提供されており、入所者の体調や咀嚼力等を考慮した個別的扱いは一切実施されていない。全粥の場合にも、副食を常食とすることは、本件事故以前に行われた施設Yの栄養管理委員会において問題視されていた。亡Hに対するこんにやく田楽の提供は不適切であった。

3 食事における監視体制及び監視状況の不備

高齢者を預かり、監護・介護を業とする者は、高齢であるが故の事故を予見し、その事故が発生しないような人的・物的設備ないし環境を整備する義務を負う。とりわけ、高齢者による誤嚥事故が発生しやすい食事時においては、右整備の必要性は重大である。

施設Yの食事時における介護職員、看護師数は、入居者数(約40名)に対する割合における

「職員配置基準」に照らして絶対数が不足している。本件事故当時、わずか3名の介護職員で約40名の入居者の対応していた。本件事故当時、食事時に介助が必要な入居者もいたこと、介護状況も、常に介護職員が食事中の入居者の様子を見守っているわけではなく、絶えずせわしなく食堂内を歩き回り、出入りする状態であったことからすると、3名の介護職員で、約40名の入所者の食事の様子を十分監視していたとはいえない。施設Yで採用されていた巡回という監視方法は、被介護者の目線の高さでの介護という介護の基本とかけ離れ、入所者が落ち着いて食事をとれないなど、入所者の心情に対する配慮は不十分である。施設Yの介護方法によっては、死角が生じ、本件事故に際しても、亡Hがこんにやくを咽喉に詰まらせた初期の状況を見落とし、うめき声を上げ、身体を後に反り返らすほどに至って初めて亡Hの異常に気付いたのである。そのため、一刻を争う誤嚥事故に際し、初動救命措置の不奏功を招いた。

4 救急救命措置における過失

(1) 誤飲事故の救命措置(タッピング、口腔内への手による食べ物の取り出し、吸引器の利用及び人口呼吸等(以下「救急救命措置」という。))は一刻を争うという性質上、事故現場で行うことが原則である。車椅子での移動は、振動による誤嚥者の状態の変化も予想される。施設Yでは、本件事故直後、食堂において、救急救命措置を十分実施できたにもかかわらず、亡Hの様子を確認することなく、食堂から車椅子で移動させており、看護師の指示及び判断は不適切であった。

(2) 救急救命措置は、①タッピング、②取り出し、③吸引器の使用、という順序で行われる。タッピングと取り出しは、具体的状況に応じていずれを先行させても構わないが、吸引機の利用は、食べ物がさらに咽喉の奥に押しやられる危険があるため、一般には最終手段とすべきとされている。本件事故当時、亡Hに対しては、吸引器の利用が、取り出しよりも優先されたようであり、救命措置自体に過失があった。

(3) 人口呼吸は、タッピング、取り出し、吸引器の使用等の措置を実施した後に行われる救急救命措置として常識的救命措置である。しかし、施設Yの看護師及び介護職員は、介護の専門的知識及び経験を有していたにも関わらず、救急救命措置により亡Hの状態が改善されないと判断した後に、人口呼吸を行わなかった過失がある。

(4) こんにやくが喉に詰まった場合、餅が詰まった場合と同様、4分以内に吐き出させる必要があると推測されるが、本件事故においては、亡Hが、うめき声を上げて、体を反り返すようになるまで亡Hの異常を発見できなかったものであり、亡Hの咽喉にこんにやくが詰まってから相当の時間が経過したものと推測される。亡Hの咽喉に、こんにやくが少なくとも2個(施設Y内で被告職員が取り出したこんにやくと、A病院医師が取り出したこんにやく)詰まるまで、異常を発見できなかったこと自体、施設Yの監護体制に注意義務違反があったといふべきである。その後、介護職員三人が急に動きまわって亡Hに声を掛け、その後、看護師の指示で亡Hの場所を移動させ、救急救命措置を施したが、亡Hの口を開けさせるのに時間が掛かり(被告は、亡Hが歯を固く食いしばっていたため、口を開かせるのに時間がかか

ったと主張するが、窒息状態に陥った者は、息苦しきのあまり、呼吸をしようと口を大きく開くのが本能的動作であり、鼻をつまめば容易に口を開かせることはできたはずであるから、被告職員の対応は不適切であった。)吸引機を利用し、その上でこんにやく1個を取り出した後、A病院に搬送したが、右病院到着時には、既に心停止状態が認められるDOAと診断された。窒息状態から心停止状態になるまで約10分ないし15分かかるのであるから、亡Hがこんにやくを咽喉に詰まらせてからA病院に搬送されるまでに少なくとも10分は経過していたと推測される。被告の救急救命措置は、時間がかかりすぎており、やはり過失が認められる。

<被告の主張>

1 こんにやくの提供に関する過失

こんにやくの大きさは、食事をする人が老人であることを考え、一般のこんにやく田楽よりはるかに小さく切っていた(市販されている通常の大きさのこんにやく1つ(縦12.5センチメートルかける横7.4センチメートルかける厚さ2.4センチメートル)を縦に10等分、横に2等分して20個に切り分け、一切れ当たり、縦3.7から3.8センチメートル、横2.4から2.5センチメートル、厚さ1.2から1.3センチメートル大に切り分けていた。こんにやくは煮ると小さくなるから、実際に提供されたこんにやく田楽は、切り分けられたこんにやくよりも小さくなっていった。)。ゴルフボール大のこんにやくを提供したわけではない。

施設Yは、残された能力を再訓練し、できる限り社会生活に復帰させることを目的としているのであるから、食事についてもリハビリにより常食を食べられるように指導している。固い食材を用いることができず、細かく刻んだ食事しか提供できないならば、入所者は流動食のみしか食べられなくなってしまう。また、食事は単体だけで栄養価を決めるのではなく、1日の食事を全体として栄養のバランスを取るものであるから、1つの食材の栄養価のみで食事の適宜を判断することは妥当でない。高齢者は、煮物、和食を好む傾向にあるから、1つ1つの食材を小さく切り分ける等工夫しながら、高齢者が好む食事を提供するのにはむしろ当然である。

2 亡Hの摂食障害事情に関する不注意

摂食障害とは、客観的に食事を取る能力を欠いていることをいうものであり、長期継続していない、一日、二日の食欲不振を直ちに病的なものと判断することはできない。亡Hは、常食、全粥を長期間全量食べていたのである。入所者の日常生活能力等には個別的差異があり、一律に論じることはできないが、常食の入所者についても、施設Yでは注意して食事の提供をしていた。亡Hは、入所時に提出された健康診断書(亡Hの主治医が作成した)によると、既往症として頸椎症と認知症があるものの、意思の疎通は可能であり、普通食を食べることができるとされた。入所時に被告職員が亡Hを診断の上作成した「入所判定審査表」でも、亡Hは、食事は自立していた(一部介助を要する項目が二項目あったが、日常動作についても自立していた)。被告は、亡Hに対しても、前記のように小さく切り分けたこんにやく田楽を提供したのであるから、被告には過失はない。亡Hは、本人の嗜好により、主

食のみ「全粥」とされたが、何らかの介護上の支障があったからではなく、本人の希望に基づくものである。また、めん類のみきざみ食へ変更されているが、これは、介護職員より、食事の際、亡Hがめん類を扱いにくい様子が観察されたため、自らスプーンで簡単にめん類を食べることができるように配慮されたからであり、亡Hが食事について自立していたことから変更されたものである。被告職員が、亡Hを含めた入所者の状況を丁寧に観察していたからこそ、食事に関する右変更が行われたのである。なお、亡Hは入れ歯をしていた。施設Yは、入所者の日常生活能力の改善を図ることを目的としており、日常生活の上で極めて重要な食事の能力を低下させる入れ歯の不存在を見落とすことなどあり得ない(仮に、入れ歯がなかったのであれば、A病院歯科で受診させて、製作させていたはずである。)

亡Hは、入れ歯をしていなかったら、常食(粥に変えられる以前は、主食についても通常に炊いたご飯を食べていた)を、毎回の食事の際、ほとんど全量食べるができなかったはずである。また、亡Hは、平成9年8月8日の入所後から、基本的に自立して常食を食べ、同年9月17日の昼食を約3分の1しか食べなかつただけで、本件事故前日までは夕食を全量食べていたのであるから、亡Hに対して、高齢者ではない一般人の食事と比較して小さく切り分けられた食材を使用して調理した食事を提供したことについて、被告に過失はない。

3 食事における監視体制及び監視状況の不備

施設Yの入所者は、特別養護老人ホームの入所者と異なり、リハビリにより日常生活の自立能力を確保・改善するために入所しており、食堂で食事をする入所者は、いずれも食事に関しては自立しているため、介護職員は、食堂で夕食を配膳した後は、入所者が食事をする様子を一か所に立ち止まることなく食堂内を常時歩きながら複数で観察する方法で介護している。本件事故は、施設Y内の談話室兼食堂で発生したが、亡Hと同時に食事していたのは、自立して食事ができる入所者約40名であり、介護職員3名が立ち会い(その他、看護師1名が、食堂のあった3階にいた。)、常時移動しながら、各入所者の食事状況の確認に見落としがないよう観察していたところ、午後6時ころ、通常どおり食事をして亡Hが、突然、声もなく座席から後ろに反り返った姿勢をとった(亡Hは、特段声をあげたり、呻いたり、異常な動作をすることはなかった。)。夕食時に立ち会った被告職員は、亡Hに異常が発生するとほぼ同時に、全員がこれに気付いて駆けつけている。被告職員は、直ちに救急救命措置を行ったが、誤嚥された二つのこんにゃくのうち、一個しか取り出すことができなかつたため、A病院に搬送した。右一連の過程において、施設Yの監視体制及び監視状況に格別不備は存在しない。

4 救急救命措置における過失

(1) 被告職員は、亡Hの様子から、誤嚥事故が発生したことがわかつたため、直ちに救急救命措置を開始したが、亡Hが歯を食いしばった状態で、なかなか口を開けることができなかつたので、介護職員は、テーブル等で狭い、食事をとっていた場所から、広いサービスステーション前まで車椅子ごと亡Hを移動し(所要時間は数秒である。)、ようやく口を開かせ、口腔内から入れ歯を除去した上で、亡Hを前傾姿勢にして、背中を叩くタッピングを

行った。誤嚥事故の場合、歯を食いしばっていることが多いので、口をこじ開けなければ、タッピングをしても誤嚥物をうまく吐き出せなかったり、吸引器のホースを口腔内に入れること等ができないこと、救急救命措置には入れ歯が邪魔であることから、第一に入れ歯をはずす措置がとられた。タッピングによっても、亡Hは何も吐き出さなかったことから、サービスステーションの中に常備され、タッピングの間、別の職員が準備していた吸引器を使用して吸引をしたが、何も出てこなかったため、看護師が口腔内に手指をつっこんで、こんにやくを1個取り出した(食べた際にかみ切れ、夕食に出されたこんにやく田楽そのままの状態ではなかった。)。酸素の供給停止から、約5分間程度で脳に不可逆的損傷が生じるので、誤嚥による窒息状態が生じた場合、その場で救急救命措置を行うことが重要とされているから、被告職員は、直ちに救急救命措置を行ったが、亡Hの誤嚥物が喉の深い部分に存在し、取り出すことができなかったため、医師による救急措置以外の方法はないものと判断し、直ちにA病院に搬送し、最も近い病室に移したのである(所要時間数秒間)。

なお、担当看護師が救急救命措置を行っている間に、被告職員は午後6時3分にはA病院に連絡をして、医師による処置を依頼し、A病院看護師が、亡Hが到着するまでの間、吸引の準備をし、到着後、施設Yの看護師による救急救命措置に引き続いて、亡Hの到着とほぼ同時に病室に駆けつけた医師が、手指で、かみ切られたこんにやく片1、2個を取り出したのである。被告職員は、必要な救急救命措置を行い、遅滞なくA病院へ搬送し、A病院において適切な措置を行った結果、自発呼吸が再開したが、原告らが特別な延命措置を求めなかったため、亡Hは死亡したのであり、右一連の過程において、被告に落ち度は存在しない。

(2) 救急救命措置は、その場その場において可能な対応をとることにより実行されるものであり、決められた順番どおりに行わなければならないものではない。被告職員は、行うべき措置はすべて行っており、過失は存在しない。

二 損害

<原告らの主張>

1葬儀費用 119万円

2慰謝料 2000万円

原告らは、右1、2の総額2119万円を、法定相続分にしながら相続した。

なお、本件事故は、被告の複数の過失が競合して発生したものであり、とりわけ、こんにやく料理提供、献立、食材に関する注意義務違反の競合により、本件事故は起きるべくして起きた事故といえる。また、救急救命措置に関する施設Yの指導及び指示の欠如は、亡Hの死亡という最悪の事態を発生させたのであって、亡Hには、本件事故に関して過失は存在しない。

<被告の主張>

被告には過失がないから、損害を賠償する義務もない。

仮に被告に過失が存するとしても、食事について自立し、常食を給食されていた亡Hが、通常どおり入れ歯を装着して夕食を食べる過程で、自ら咀嚼したこんにやくを誤嚥した原

因は、第一に亡H自身にあるものであるから、少なくとも9割の過失相殺がされてしかるべきである。

<争点に対する判断>

一 こんにゃくの提供に関する過失

1 事実経過

(中略)

前記争いのない事実<証拠略>及び弁論の全趣旨によると、次の事実が認められる。

本件事発当時、3階食堂では、亡Hを含めて40名の入所者が食事をしていましたが、全員が食事に関して自立していたわけではなく、一部介助が必要な者もいた。介助を行っていたのは、F、M、Nであった。F職員らは、食事中の入所者の間を歩きながら、入所者の様子を確認し、必要な介助を行っていた。一人の入所者につききりで介助すると、他の入所者に何かあったときに対応ができないので、このような方法が採用された。食材は入所者によっては、誤嚥の危険性があるから、場合によっては、被告職員が特定の食材が用いられた料理を入所者からあらかじめ取り上げておき、被告職員が後から付き添って食べさせることも行われていたが、亡Hは、こんにゃく田楽を取り上げる必要性はなかったため、自分自身で食べさせた。F職員らは、誤嚥事故が発生しないように注意して見回っていた。

(5) 夕食を始めて数分後、通常どおり食事をしていた亡Hが、突然、声もなく座席から後ろに振り返った姿勢をとった(亡Hは、特段声をあげたり、呻いたり、異常な動作をすることはなかった。)。F職員は、亡Hが、うーと小さくうめき声をあげたので、本件事発に気付いた。夕食時に立ち会った介護職員は、亡Hの異常を発見すると、直ちに、全員が亡Hのもとに駆けつけた。施設Y准看護師Gは、被告職員の様子から、何か異常が発生したと考え、食堂テーブルの周りは、他の入所者が食事をしている等から狭く、処置を行うことが不便であるから、介護職員に、すぐにサービスステーション前まで移動させるように指示したところ、F職員は、タッピングをしながら亡Hを車椅子に座らせたまますぐに移動させた(食堂とサービスステーションは、車椅子で数秒で移動できる距離であった。亡Hは、食事の際、車椅子に乗っていたこと、座っていた位置が、真っ直ぐ車椅子を移動させればサービスステーションへ到着できる場所だったので、移動には時間が掛からなかった。)。F職員は、ヘルパー資格を取得する際に得た知識から、亡Hの状態が誤嚥に基づくものと思い、資格取得に際して実技訓練を行い、修得していたタッピングを亡Hに行った(施設Yにおいても、実技訓練が行われていた。また、看護や、介護を業とする者においては、救急救命措置は、一般的な知識として知られていた。)。

その際、亡Hは、赤っぽい顔をして、椅子に直立して少し振り返って座っていたが、口は閉じていて、声はなく、目は半開きとなっていた。そこで、准看護師Gらは、亡Hが何らかの原因で息が詰まったと考え、介護職員らが力を合わせて口を開けさせようとしたが、亡Hは口を堅く閉じていて容易に開けなかった。その間、准看護師Gは、午後6時3分ころ、A病

院に連絡を入れた。介護職員らが、ようやく亡Hの口を開かせ、入れ歯を取り出し、車椅子に座らせたまま前傾姿勢にして、背中を叩き、タッピングをしたが、口から何もでてこなかった。

介護職員は、タッピングにより異物を吐き出させようとしても、入れ歯に引っかかって上手く出させることができない場合があること、吸引をする際、チューブの挿入を邪魔することがあること、指を入れた場合、かみ切られることがあることから、亡Hの入れ歯(なお、亡Hが入れ歯をしていたかどうかについては後述する。)を取り出すことを最初に行った。

(中略)

病院には人工呼吸器がないため、延命治療を希望する場合には大学病院等に転院する必要があると説明した。原告T子らは、自然経過観察を希望した。また、A医師は、亡Hの咽喉から取り出したこんにやくを見るかどうか原告T子らに問い合わせたが、原告T子らは、これを拒否した。

なお、原告らは、亡Hの咽喉に詰まったこんにやくは、ゴルフボール大の大きさであったと主張し、原告K₁の陳述書(甲18)、原告C₁の陳述書(甲19)、原告T子の陳述書(甲20)、原告K本人の供述中には、原告T子らは、A病院看護師が、右手の指を用いて球状にしながらか、「こんな大きなこんにやくが二つも……」とこんにやくの大きさを説明された旨の記載又は供述部分がある。

しかし、前示のとおり、施設Yでは、E管理士が、こんにやくの危険性を考慮した上で、こんにやくを小さく切り分けてこんにやく田楽として提供しており、通常食事に供される大きさであればともかく、ゴルフボール大といった異常な大きさのものが、見逃されたにせよ提供されることはきわめて考えがたく、右主張、供述等は採用しえない。その他、亡Hの咽喉に詰まったこんにやくがゴルフボール大であったことを認めるに足りる的確な証拠はない。

(中略)

(2) 誤嚥事故が発生した場合、すぐに誤嚥者の身体を前かがみにさせて背中をたたき、口の中に手を入れて誤嚥したものを取り出す、吸引機がなければ、電気掃除機で誤嚥したものを吸い取る。呼吸停止時間を極力短くすることが最優先である。吐き出させる手当にこだわりすぎることなく、1、2回手当を行っても吐き出さない場合、一刻も早く誤嚥者を医師の手に渡す。誤嚥したものがとれても呼吸が停止していれば、直ちに人口呼吸を行い、同時に救急車を呼ぶ。これらは、すべて瞬時に判断しながら対処する。

高齢者が餅を詰まらせた場合、4分以内に吐き出さなければまず半数は助からず、一命をとりとめたとしても、大半は脳障害により社会復帰は困難となる。そこで、本人が気を付けて食べることと、職員が適切な応急処置をとることが大切である。餅の他に、こんにやくなどを喉に詰まらせる場合があるので、施設ぐるみで救急法を身につけておくとよい。

4 こんにやくを食材として選択した過失

以上に説示したとおりの本件事故の経緯、老人保健施設における誤嚥一般に関する知見等に基づいて判断すると、施設Yは、栄養価は乏しいものの、腸をきれいにする、便通をよくする等の理由によりこんにやくを食材として選択したことと、小さく切り分ける等、高齢者に提供する食材であることに十分配慮していたこと等に照らし、こんにやくを食材として選択したこと自体について、被告に注意義務違反があったとは認められない。

この点、原告らは、こんにやくは、危険であるのみならず、栄養価に乏しく高齢者施設で食事に提供する必要性はないから、こんにやくを食材として提供したこと自体が過失であると主張する。しかし、原告が主張する栄養価の趣旨が必ずしも定かでないが、前記のとおり、こんにやくは身体のコンドィションを整えるのに有用な食材であり、食事の献立は、栄養のバランス、食材、調理方法などが片寄りなく構成されるように配慮されて、食する者の日々の身心が整えられることになるのであるから、有毒物などの一般食材として不適当なものであればともかく、通常食材として使われ、身体にとって有用であるものについて、単に誤嚥の危険性があるという一事によって食事に供したこと自体に過失があるとはいえない(一般家庭において通常摂取される食材の多くが、場合によっては誤嚥の危険性があるといえはる。)

また、前記のとおり、施設Yにおいては、E管理士の管理に基づいて、小さく切り分けるという調理上の工夫、4切れのみ提供する数量の制限等、誤嚥事故を防止するために必要な注意は十分尽くされているというべきであり、施設Yの入所者が高齢者であることを考慮しても、こんにやく田楽に調理する方法で食事として提供したことについて、老人保護施設として過失があったとまでは認められない。

また、原告らは、こんにやく料理を田楽として提供した方法に過失があったと主張する。

しかし、施設Yが提供したこんにやく田楽のこんにやくは、小さく切り分けられており、ゴルフボール大の大きさであったとは認められないこと、亡Hは、本件事故以前から、自立して普通食を問題なく摂取することができていたのであるから、誤嚥の危険性を考慮して、小さく調理されたこんにやく田楽4切れを提供したことが不適切とはいえないこと、施設Yは、入所者の自立を支援する施設であり、食事について自立した入所者には、通常の家庭料理になるべく近い食事を提供することは、むしろ老人保健施設の目的に合致するともいえるのであるから、原告の右主張は理由がない。

5 本件事故当日の夕食の食材ないし献立に関わる過失

こんにやく田楽を提供したことについて、被告に過失が認められないことは前記のとおりである。

きんぴらごぼうについても、前記のとおり、施設Yは、高齢者である入所者が食べやすく、軟らかく煮てから提供したのであるから、きんぴらごぼうを提供したこと自体に、被告に過失は認められない。

きゅうりの漬け物も、通常の食事において、他の食材と共に少量提供されることはむしろ当然というべき(高齢者の嗜好に合致するともいえる。)であって、きゅうりの漬け物を

提供したこと自体に、被告に過失は認められない。

原告らは、これら硬い食材を同一機会に一度に提供したことは、老人保健施設である施設Yの過失であると主張するが、前記のとおり、右食材は、すべて通常の家庭料理に一般的に用いられる食材であり、その組み合わせも通常の食事において格別不自然な組み合わせではなく、高齢者の特質に応じた調理がされ、高齢者の嗜好に合致し、入所者の自立を支援する施設である施設Yが、右献立を提供したことについて、注意義務違反が存在したとはいえない。

二 亡Hの摂食障害事情に関する過失

(中略)

前記のとおり、亡Hは、平成9年8月8日、施設Yに入所する以前においても、普通食を食べることが可能であったこと、特に、施設Y入所時にD医師により作成された診断書にも、普通食の摂取が可能であると記載されていること、施設Y入所時における被告職員による入所判定審査表に、食事に関しては自立していると判定されていること、入所者の日常生活における自立の確保を目的とする施設Yにおいて、入れ歯の有無は、固い物を噛むことができるか否かについて、重大な影響があるため、被告職員らは、十分に注意している点であり、施設Yでは、入れ歯がない入所者には常食を提供することはないこと、亡H自身の希望により、全粥に変更されたが、副菜はすべて常食と同一であり、亡Hは、入所後、本件事故まで、ほとんどすべての食事において全量を摂取していること、亡Hの看護・介護記録(《証拠略》)中には、入所中、格別亡Hの食事摂取に関する問題点が記載されていないこと、入れ歯がなかった場合には、隣接するA病院歯科で容易に製作することができたこと等に照らすと、原告の右主張、供述は採用できない(なお、施設Yの連絡帳〔《証拠略》〕には、亡Hについて、入れ歯に関する記載がないが、入れ歯に関する記載がある入居者も散見される。しかし、証人Kの供述によると、右連絡帳に記載される内容は、記載する職員により一様でなく、入れ歯に関しても、必ずしも記載が統一されていたわけではないことが認められるから、右連絡帳に、亡Hの入れ歯に関する記載がなかったからといって、亡Hが入れ歯をしていなかったとはいえず、右認定を左右するものではない。

(中略)

三 食事における監視体制及び監視状況の不備

前記のとおり、本件事故当時、食堂で食事をしていた約40名の入所者は、自分自身で食事をすることができたのであるから、介護職員3名が、食堂内を巡回し、その都度必要な介護を提供していたこと、食材により、付き添って摂取させることが必要な入所者に対しては、料理を事前に取り上げておく等の措置を講じていたこと、亡Hに本件事故が発生した直後、被告職員3名が直ちに亡Hのもとに駆け寄り、救急救命措置を開始していることからすると、施設Yの右監視体制が、不徹底で、妥当性を欠くものであったとはいえない。

四 救急救命措置における過失

前記のとおり、本件誤嚥事故発見後、被告職員らは、亡Hに対して、速やかに通常一般的

に用いられている救急救命措置を行い、症状の十分な改善がみられなかったので、速やかにA病院に搬送の上、H医師の処置に委ねているのであるから、右一連の救急救命措置が、不適切であったとか、老人保健施設に要求される注意義務に対する違反が存在するとまでは認められない。

原告らは、救急救命措置の手段、方法等について、被告に過失が認められると主張する。

しかし、前記のとおり、食堂からサービスステーションまでの移動時間は、数秒と短く、しかも直線距離で移動したのであるから、狭い食堂から、救急救命措置を円滑に実施するために、サービスステーション前に亡Hを移動させたことが、医学上、介護上不適切であったとはいえないこと、一刻を争う救急救命措置の現場において、複数存在する救命方法の選択は、患者の容態等をふまえて、実施者が適切と思われる方法を適宜選択して実施されるべきものであって、その手段方法が、医学上通常行われる方法で行われていた以上(前記のとおり、F職員は、救急救命措置に関しては、介護に関する資格取得の際に修得しており、実技の経験も有していた。施設Yでは、救急救命措置に関する訓練も行われていた。)、それをもって相当とすべきであって、吸引機の使用が先行して行われたのは救急救命措置の順序として適切でなかった、鼻をつまめば口を開くから鼻をつまむべきであった、右の過程で人口呼吸を速やかにするべきであった等の原告らの主張は、いずれもそれだけを取り出して論じるのであればともかく、前記本件事発生に至る一連の経過の中での施設Yの救急救命措置が不適切であったことの指摘としては当を得たものではない(息苦しさから、誤嚥者が緊張して口を食いしばっていることは十分考えられ、鼻をつまめば口を開くとは必ずしもいえず、窒息からDOAと診断されるまでの時間は個人差があり、一概に何分が経過したことを予測することは困難であるが、被告職員らは、救急救命措置を行いながら、速やかに、移動時間も短い隣接するA病院に亡Hを搬送し、H医師らによる処置に委ねている。

その他被告の過失を認めるに足りる証拠はない。

五 結論

以上によれば、その余の点について判断するまでもなく原告らの請求は理由がないからこれを棄却する。

⑤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 平成12年2月23日
平成9年(ワ)第289号 損害賠償請求事件
賃金と社会保障 1284号 旬報社 43-47頁

<事案の概要>

特別養護老人ホームのショートステイに入所3日目の男性(73歳、多発性脳梗塞及び重症の認知症で、全介助を必要とする)が、朝食直後意識を失い死亡したのは、施設職員が適切な処置を怠ったためで特別養護老人ホームに過失があるとし、遺族に2200万円の支払いを命じた事例である。

<主文>

- 一 被告は、原告 X_1 に対し、1110万円及び1060万円に対する平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を、原告 X_2 及び同 X_3 に対し、各555万円及びうち各530万円に対する平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を、それぞれ支払え。
- 二 原告らのその余の請求を棄却する。
- 三 訴訟費用は、被告の負担とする。
- 四 この判決は、第一、第三項に限り、仮に執行することができる。

<事実及び理由>

第一 請求の趣旨

被告は、原告 X_1 に対し、1200万円及びうち1150万円に対する平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を、同 X_2 及び同 X_3 に対し、各600万円及びうち各575万円に対する平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員を、それぞれ支払え。

第二 事案の概要

原告らは、Y・A(以下「A」という)の相続人であるところ、同人が亡くなったのは、被告の運営する特別養護老人ホームの職員らの過失によるものであると主張して、被告に対し、不法行為(使用者責任)または債務不履行に基づく損害賠償を求めた。

一 争いのない事実

1 A(大正11年1月19日生)は、平成7年当時、多発性脳梗塞及び重症の認知症で、全介助を必要とする73歳の男性であった。

原告 X_1 (以下「原告 X_1 」という)は、Aの妻であり、同 X_2 (以下「原告 X_2 」という)及び同 X_3 (以下「原告 X_3 」という)は、A及び原告 X_1 の子である。

Aは、平成7年12月8日死亡し、原告らはそれぞれ法定相続分(原告 X_1 につき2分の1、同 X_2 及び同 X_3 につき各4分の1)に従って、相続した。

2 被告は、社会福祉法人であり、特別養護老人ホーム・地域ケアセンターB施設を運営している。

3 原告らは、被告の勧めにより、Aが、将来的に入所を必要とすることとなった場合の準備として、Aを3日間だけ試験的にB施設に預けることとし、被告との間で、委託期間を平成7年12月6日から同月8日までと定めて介護委託契約を締結し、同月6日午前11時ころ、AをB施設に預けた。

4 同月8日午前7時50分ころから、B施設の担当者がAに食事を与え始めたが、その直後にAに異変が起こり、同日午前8時50分に救急車がB施設に到着したときには、Aは既に息絶えた状態であった。

二 争点

1 Aの死因

(一) 原告らの主張

Aの死因は、誤嚥による窒息死である。

(二) 被告の主張

Aの死因は、窒息ではなく、心臓の発作か脳梗塞などで死亡したと考えるのが妥当である。

2 被告の職員の過失の有無

(一) 原告らの主張

被告の職員B₁が、Aに対し常食を与えたが、Aの呑み込みが悪いことを十分に認識しつつ、不十分な食事の管理と監視しかなかったために誤嚥させたうえ、その発見が遅れ、かつ緊急時の対応をとることなく窒息せしめた。

(二) 被告の主張

被告の職員らは、Aの健康及び安全につき十分配慮して介護及び看護にあたったものであり、その行為に過失はない。

3 原告らの損害

(一) 原告らの主張

Aの死亡による損害は、慰謝料2120万円、葬儀費用の一部180万円、弁護士費用100万円の合計2400万円であり、この損害賠償請求権を原告らが法定相続分に従って相続した。よって、原告X₁は、被告に対し、1200万円及びうち1150万円に対するA死亡の日の翌日である平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求め、同X₂及び同X₃はそれぞれ、被告に対し、各600万円及びうち575万円に対する同日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める。

(二) 被告の主張

争う。

第三 判断

一 証拠及び弁論の全趣旨によれば、本件経過につき、以下の事実が認められる。

1 B施設は、平成元年10月に認可を受けて開設された特別養護老人ホームで、被告が、設

置運営の主体となっている。特別養護老人ホームは、身体上または精神上著しい障害があるために常時の介護を必要とし、かつ、居宅においてこれを受けることが困難な者を対象としている。B施設は、入所定員70名、ショートステイ定員4名で、C市の委託を受けて高齢者の生活の援助を行っている。ショートステイは、家庭などで介護できない事情がある場合などに、介護の必要な高齢者が短期間入所する制度である。

B施設における職員配置は、看護師3名、介護職(寮母)26名(正規職員25名、臨時職員1名)、相談員3名(課長を含む)であり、居住者2.5人あたり直接処遇職員1人の配置となっている。国の基準では、看護師3名・介護職16名、相談員1名、居住者4.1人あたり直接処遇職員1人であるから、B施設は、国の基準に照らして、比較的充実している。

平成7年12月8日の朝食時には、夜勤者3名(1階B₂、2階B₁、フリーB₄)と早番1名(B₅)の4名に、たまたま早めに出勤していたB₆が加わって食事介助にあたっていた。また、生活援助課長のB₆及び9時から日勤予定の看護師B₇が8時半ころに出勤してきた。

また、当日、B施設には、吸引器が4台あり、1台は医務室に、他の3台は、日常的に吸引が必要な入所者のベッドの脇に置いてあった。

2 Aは、昭和60年に多発性脳梗塞で倒れ、約2か月入院したあと、退院後は仕事をやめて、原告X₁らの世話を受けて自宅療養していた。そして、認知症、意欲の低下が徐々に進行していた。

平成3、4年ころまでは、比較的元気であったが、その後は体力も落ちて来て、1人で歩行するのが困難になり、ベッドの上で過ごす時間が長くなっていった。

平成6年2月、上気道炎、気管支炎で、D病院に約2週間入院して治療を受け、以後継続的に同病院の寝たきり老人訪問診察、看護指導を受けていた。また、平成7年9月2日から同月12日まで気管支肺炎で、同病院に入院している。

本件事故直前には、常時紙オムツを着用、食事と入浴時以外はベッドで過ごし、食事は原告X₁らが抱き起こして食卓に連れて行って食事を与えるなど、全面的に介護を要する状態であった。咀嚼に関しては、食べ物を嚙んでいる時間が長く、なかなか飲み込まないという傾向にあった。

原告X₁は、Aを施設等に預けたことは無かったが、B施設の職員から、ショートステイの制度を一度試しに利用してみたらどうかとの勧誘を受けて、平成7年5月にC市福祉事務所に高齢者在宅サービス利用の申出を行い、その際、利用したいサービスとして、日常生活用具の給付貸与、入浴看護サービス及びB施設への一時入所登録を申し出た。そして、同月25日、同福祉事務所において、B施設への寝たきり老人等一時入所登録決定がなされた。そして、原告X₁は、同年11月8日、同年12月6日から同月8日までの3日間の認知性老人一時入所利用の申込みをし、同月2日、B施設において右入所決定がなされた。

なお、一時入所利用事前面接において、Aの食事に関し、全介助、常食・常菜、総入れ歯、アレルギーなし、との聞き取りが行われている。

3 Aは、同年12月6日午前11時すぎ、原告X₁に付き添われてB施設に入所し、2階のショート

ステイ用居室に入室した。当日の昼食は、原告X₁が介助を行った。摂取は良好であったが、薬を飲みにくかった。夕食の摂取も良好であったが、食後、痰がらみがひどい状態であった。夜間は午前1時と3時の巡視のときに目をあけていて眠れない様子であった。

同月7日の朝食後は痰がらみはみられなかった。昼食、夕食は、咀嚼がうまくゆかずに時間がかかった。スケートのテレビを見ていたので、B₁₀(寮母職)が「スケートがお好きですか」と問いかけると、肯定するような返事であった。この日も、夜間の巡視のときに目を覚ましていて余り眠っていない様子であった。

同月8日、午前7時ころ、早番のB₅(寮父職)が勤務につき、夜勤のB₁から、居住者の状況の報告を受けた。B₁は、Aに関して、夜あまり眠れていないこと、食事介助のときにむせることと口にためる癖があると報告した。なお、当日の2階の居住者はAを入れて35名であった。

午前7時25分ころ、Aが起床した。少し体が堅いようであったので、ベッドから車椅子への移動は、B₁とB₅が2人で行い、食堂へ連れて行った。

午前7時50分ころ、B₁がAの朝食(ご飯、じゃがいもとわかめの味噌汁、茄子とピーマンの妙め煮、なめたけおろし)の配膳を行い、介助してご飯一口と茄子を食べさせた。

午前8時10分過ぎころ、B₆が食堂に来たので、B₁は、Aの食事介助を代わってもらい、他の居住者を起こしに行った。

B₆が「茄子を食べますか」と聞くと、Aがうなずいたので、茄子の妙め物を一切れ口に入れた。他の居住者の食事介助を行い、再び「茄子を食べますか」と聞いて、茄子を一切れ口に入れた。また、他の居住者の食事介助を行ったあと、「ご飯を食べますか」と聞くと、Aがうなずいたので、大根おろしをのせたご飯をスプーンで口に入れたところ咀嚼した。

午前8時20分過ぎころ、B₆が1階フロアーに下り、B₁が、Aの介助に戻った。B₁が食事を勧めて、Aに口を開けてもらおうと、まだ食べ物が残っていたりして、あまり進まなかった。このときまでに、Aは、ご飯を半分近く、なめたけおろし、茄子、味噌汁のおつゆを摂取していた。

午前8時23分ころ、B₁は、Aに薬を飲ませるため、口を開けてもらったが、舌にご飯粒が少し残っているような状態であった。B₁は、ティースプーンに水分ゼリーを一口取って、その上に薬をのせて、口の中に入れた。水分ゼリーとは、寒天を粉状にしたのをゼリー状に固めて、口の中で溶けやすくしたものである。Aは、咀嚼するようにごっくんとしたので、B₁は、下膳や他の居住者の食事介助等に入った。

午前8時25分ころ、B₁が、再びAに水分ゼリーを勧めようと思って様子を見ると、Aは、顔を上に向け、目を見開き、口を開いて、手をだらっと下げていた。意識レベルがなく、チアノーゼをを起こしていた。咳やうめき声はなかった。B₁が「Aさん」と声をかけたが反応がないので、頬を叩いたがやはり反応がなく、B₁はB₅を呼んだ。2人で呼びかけて、頬を叩くなどしたが反応はなかった。口の中には何も入っていなかった。

2人は、Aを、車椅子で居室に連れて行き、ベッドに横にした。B₁が、ヘルパー室から血圧

計を取って来た。なお、B₁は、頭の中で、吸引器のことを考えたが、実際にこれを取りに行くことはしなかった。

午前8時27分ころ、B₅がバイタルチェックをした。1回目に血圧をはかったが、脈も血圧も取れなかった。

2回目をはかっていた時点で看護師のB₈が出勤して来た。

4 B₈が出勤すると、1階の当直のヘルパーが、早く2階に行くようにと合図をしてきた。B₈は、午前8時31分にタイムカードを押して、2階に行く途中、B₁に会い、「ショートがおかしい。」と言われたので、ショートステイのAの居室に行った。

Aは、30度程頭を上げたベッドに休んで、顔を横に向けていた。B₈は、B₅から、血圧を2回計ったが計れない、脈も取れないとの報告を受けた。

B₈も、Aの血圧と脈を計ろうとしたが、計れなかった。B₈は、Aの鼻の下に指をあてて確認したが呼吸はしておらず、聴診器で確認したが鼓動をしていなかった。目を見開き、口を開けてのけぞり、口の中に食べ物はなかった。顔は、血の気がひいて、真っ白な状態であった。バイタルサインの反応もなかった。また、Aの鳩尾を5、6回心臓マッサージをしたが、効果はなかった。

午前8時36分、B₈が、Aの自宅に電話を入れ、原告X₁に「Aの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D病院へ連れて行って下さい」ということであった。

午前8時40分ころ、B₈が、D病院に電話をして右状況を報告した。また、B₇課長が119番に通報をした。

午前8時50分ころ、救急車が到着し、Aを搬出した。救急隊員は、死後硬直がはじまっているなどと話していた。

救急車には、B₇課長が同乗した。

救急隊員が吸引器を用いて、Aの口腔内から異物を吸引した。

5 午前9時5分、AがD病院に搬入され、同病院のD₁医師が診察した。

Aの呼吸は止まっており、心拍数もゼロであり、意識レベルは反応がなかった。心電図は、心停止状態を示していた。

二 争点1(Aの死因)について判断する。

以上のとおり、Aは、食事の際に、飲み込みが悪く、口にためこんで時間がかかる者であったこと、Aは、朝食時、ご飯を半分近く、なめたけおろし、茄子、味噌汁のおつゆを摂取していたこと、本件事故が朝食直後に起きていること、救急隊員の応急処置において、口腔内から異物が発見されていること、D₁医師の診察時、気道に食物が詰まっていたこと、同医師が、死因を窒息と判断していること、などが認められるのであり、これらに照らすと、Aの死因は、食物の誤嚥による窒息と認められる。

証人B₁、同B₅、同B₈は、Aの様子を見たときに口の中に食物がなかったこと、自分が経験した他の窒息者の場合とAの様子が異なることなどを理由として、Aの死因は窒息ではないと思うと証言しているが、前記認定を覆すに足りない。他に、前記認定を左右するに足る

証拠はない。

なお、証人B₁は、Aは、唇と指先がちょっと青紫になっていただけであり、顔色は普通であった。職員は、普段から、唇や指先が青紫になっていた程度でもチアノーゼという言葉を使っていたと証言し、同B₅及び同B₈もAはチアノーゼではなかった旨の証言をしているが、本件直後に記載されたケース記録には、チアノーゼと記載されており、右記録は、B施設において、その後十分に検討されて来たと思われるのに、訂正もないまま、平成9年1月29日付けの被告代理人作成の原告代理人宛て書面においても、チアノーゼを起こしていたことは事実である旨記載されていること、などに照らすと、直ちに信用することができない。そして、証拠によれば、異物が気管、気管支内に入ったときに、顔面が紅潮し、紫色(チアノーゼ)になることもあると認められ、前記死因が窒息であるとの認定に反しない。

三 争点2(被告職員の過失)について判断する。

以上のとおり、Aは、食事の際に、飲み込みが悪く、口にためこんで時間がかかる者であったこと、本件事故が朝食直後に起きていることなどからすれば、Aの異変を発見した際に、真っ先に疑われるのは、誤嚥であったと言うべきである。しかしながら、B₁らは、誤嚥を予想した措置をとることなく、吸引器を取りに行くこともせず、また、午前8時25分ころに異変を発見していながら、午前8時40分ころまで救急車を呼ぶこともなかったものであり、この点に、適切な処置を怠った過失が認められる。

証人B₈は、B施設では、緊急時には、まず家人に連絡をして、その指示を受けることになっていたと証言するが、それが、一刻を争い、生命にかかわるような場合にまで、家人への連絡を優先させるとの意味であるならば、家人への連絡に手間取るなどして、適切な処置をとることが不可能となってしまうことも考えられるのであり、そのような硬直した体制を取っていたこと自体にも問題があると言うべきである。

そして、本件において、仮に、速やかに背中をたたくなどの方法を取ったり、吸引器を使用するか、あるいは、直ちに、救急車を呼んで救急隊員の応急処置を求めることができれば、気道内の食物を取り除いて、Aを救命できた可能性は大きいというべきである。

四 争点3(損害)について判断する。

前記認定の事実及び一切の事情を考慮すると、Aの死亡に伴う慰謝料は2000万円とするのが相当である。また、葬儀費用のうち120万円、弁護士費用のうち100万円を被告の負担とするのが相当である。

従って、原告X₁につき1110万円、同X₂及び同X₃につき各555万円の賠償が認められるべきである。

五 以上によれば、原告らの請求のうち、原告X₁に対する1110万円及びうち1060万円に対する平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員、並びに、同X₂及び同X₃に対する各555万円及びうち530万円に対する平成7年12月9日から支払済みまで年5分の割合による金員の各支払を求める部分については理由があるから、これを認容し、その余は理由がないから棄却することとし、主文のとおり判決する。

⑥特別養護老人ホームに入所中の高齢男性が朝食中に食事をのどに詰まらせて窒息死した事案につき、損害賠償請求が棄却された例

特別養護老人ホーム損害賠償請求事件・神戸地判(平成16年4月15日)

平成14年(ワ)第1887号損害賠償請求事件

賃金と社会保障 1427号 旬報社 45-53頁

<主文>

原告らの請求をいずれも棄却

訴訟費用は、原告らの負担とす

<事実及び理由>

第一 請求

原告 X_1 X_2 X_3 は、被告らに対し、連帯して、民法709条及び同715条に基づいて、損害額2882万円及びこれに対する本件不法行為時である平成12年3月3日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金を支払うことを求める。

第二 請求原因

一 当事者

亡Dは、大正6年5月20日生まれで、平成11年5月14日から後記記載の事故により死亡した平成12年3月3日までの間・被告社会福祉法人 Y_1 (以下「被告 Y_1 」という。)が設置運営する特別養護老人ホームZ(以下Zという。)に入所していた。

二 事故の発生

(1)本件事故の概要

平成12年3月3日午前8時10分ころ、Zにおいて、被告 Y_2 が亡D(当時82歳)に対して、食事の介助を行っていたところ、亡Dは食事を喉に詰まらせて、同日午前8時40分ころ、同所において、死亡した(以下「本件事故」という。)

(2)本件事故の詳細

本件事故当日である平成12年3月3日の朝食の献立は、ベーコンと野菜の炒め物、ヨーグルト、牛乳と真ん中にクリームがあり、その上に缶詰のみかんのようなものが3切くらい載った大きなパンであった。被告 Y_2 は、同日午前7時30分から亡Dの朝食の介助を開始した。被告 Y_2 はまず最初に、亡Dに牛乳を一口飲ませたが、ちょっとむせるような形であった。次に、一口大にちぎったパンを一口食べさせたが、亡Dは、それがなかなか飲み込めずにとっても苦しそうであった。被告 Y_2 は、亡Dに対して、口の中のパンを飲み込むように促したところ、ようやく、亡Dはそれを飲み込んだ。そこで被告 Y_2 は、マグカップに入った温かい牛乳に一口大に切ったパンを入れ、とろとろの状態にしたパン粥状のもの(以下「パン粥」という。を3ないし40分かけて、3口ないし4口食べさせたが、飲み込めずに口に溜めることが多く、

飲み込むのがしんどそうであった。午前8時8分ころ、被告Y₂が他人の食事の介護をしている最中に亡Dが「ヒーヒー」と言い出した。被告Y₂は、亡Dの動静を注視するだけであり、医務室に亡Dが運ばれた午前8時12ないし13分ころに吸引したり、背中を叩いたりした。それでも、詰まったはずのパンが出てこなかったので、職員が持ってきた掃除機の先にノズルをつけた吸引器で吸引したところ、パン粥を多量に吸引した。午前8時20分ころからアンビューバッグで人工呼吸がされ、心臓マッサージが開始されたが功を奏せず、午前8時25分にE病院のF医師が来たが、すでに瞳孔が散大し、意識がなく、心停止、呼吸停止状態であり、直ちにE病院に搬送したが、午前8時40分にF医師により死亡が確認された。

三 被告Y₂の責任

(1) 被告Y₂の亡Dの介護における注意義務の内容

ア 包括的自立支援プログラム

(証拠略)における亡Dに対する被告Y₂の注意義務

平成11年12月27日に作成された「ケアチェック表包括的自立支援プログラム(記入者G、H)では、「食事、水分摂取等に関するケア」のうち、「食事等の摂取介助について」には、今後は食事中の見守り、食事介助(切る、すりつぶす等)、食事摂取介助、食事摂取・水分量チェック、飲み物摂取介助等をするを予定していると記載されていた。そして、「問題点や解決すべき課題等」として、被告Y₁は亡Dの「嚥下機能面での問題等」を「有」として、これに対する措置として、水分摂取の際、誤嚥する傾向にあり、とろみ材を用いて摂取しやすくすると記載している。また、嚥下に関し、「医療面での指示管理等」が「有」となっていて、これに対する措置として、「呼吸器—誤嚥性肺炎の予防—食事のすすめ方に注意。一般状態のチェック、呼吸音、喘鳴のチェック、バイタルサインのチェック」。「誤嚥性肺炎を起こしやすい、できるだけ状態を起こし、誤嚥しない体位の工夫。とろみをつけ気管に入らない様注意する。異常の早期発見に努める—呼吸音チェック、必要時は主治医に依頼」と記載されている。被告は、上記包括的自立支援プログラムを遂行すべき責任者であったから、これらの事項を理解し、実践すべき義務があった。

イ 亡Dに投与されたミラドールの副作用にとまなう注意義務

被告Y₂は、入所当初から亡Dが抗うつ剤であるミラドールの投与を受けていたことを知っていたから、亡Dに嚥下困難や喉の渇きという副作用が生じ、他の入所者に比べ、誤嚥による窒息を回避すべき高度な注意義務があった。

(2) 被告Y₂の注意義務違反行為①

被告Y₂は亡Dに関する上記包括的自立支援プログラムを遂行すべき責任者であり、平成11年11月から12月にかけて亡Dの嚥下機能が著しく低下した状態を把握していたにもかかわらず、前記プログラムの評価、具体的注意事項の検討、緊急時の対処方法の検討等を一切行わなかった。

(3) 被告Y₂の注意義務違反行為②

本件事故の2ないし3日前から亡Dは食事中にかなりむせることがあり、本件事故当日も朝

食介助のはじめからむせており、嚥下機能に低下が見られているのであるから、

ア 被告Y₂は亡Dに対し、横向き嚥下、うなずき嚥下の方法で食事の介助をすべきであった。特にうなずき嚥下は30度の仰臥位であると有効であるにもかかわらず、このような姿勢で介助をしていなかった。

イ 被告Y₂は、亡Dが、パンやパン粥をなかなか飲み込めなかったことを認識していたのであるから、亡Dの誤嚥を予測して、同人の様子を注意深く観察し続け、かつ、不測の事態に備えるために他の職員に呼びかけるなどして吸引器を直ちに用意すべきであったのに、他の入所者への介助を行っている間、同人へ注意を向けることを止めてしまい、吸引器の用意も怠った。

ウ 被告Y₂は、亡Dがパンあるいはパン粥を飲み込めなかった以上は、一旦朝食を中止し、その原因を調査し、亡Dに対して、飲み込めないで口に溜めているパンあるいはパン粥をはき出すよう促すべきであるのに、被告Y₂は、亡Dが口の中にためていたパンあるいはパン粥を飲み込むようにうながしたことにより、亡Dにおいて、誤嚥が起こった可能性があり、さらに被告Y₂が、パン粥を亡Dの口の中へ入れたことによって、事態が悪化したものである。

エ 仮に食事を継続する場合には、食事内容(エンシュア「嚥下困難者に対する補助食品」など)、食事性状(ミキサー食、ゼラチンゼリーなど)の変更、体位変換(体幹仰臥位の角度を60度から30度に変更)、嚥下方法(うなずき嚥下、鼻つまみ嚥下、横向き嚥下)の工夫を行うべきであったにもかかわらず、いずれも行っていない。被告が介助したパン粥は、密度がまばらでべとついたものであり、かえって誤嚥、窒息の可能性がある。

オ 亡Dが「ヒーヒー」と言い始めて窒息が始まった後、被告Y₂はすぐに同人の口の中に指を入れてかき回す(咽頭反射を引き起こして吐かせる)、ハイムリッヒ法(横隔膜の圧迫によって詰まったものを吐かせる)を行う、吸引するといった措置を行うべきであったにもかかわらず、これらをせず、窒息開始後4ないし5分も経過した後に初めて吸引の措置を行っており、遅きに失している。

カ 被告Y₂は、亡Dの窒息が始まった後、直ちに吸引等の措置を行うとともに、他の職員に応援を求めて医師の派遣を依頼し、医師による気管内挿管をしてもらうべきであったのに、窒息開始後約12分後にアンビューバッグを用いて人工呼吸が開始されると共に、心臓マッサージもされたが、功を奏せず、窒息開始後、約17分後にF医師が到着したときには、すでに瞳孔が散大し、救命が不可能の状態であった。

以上から、被告Y₂には、上記各注意義務に違反する行為があり、亡Dが死亡したことについて、不法行為責任を負うものである。

四 被告Y₁の責任

(1) 被告Y₂の使用者としての責任

被告Y₂は、本件事故当時被告Y₂の被用者としてZで勤務していた。被告Y₂は、前記のとおり、被告Y₁の業務を行うについて、その注意義務違反により、亡Dを死亡させたのであるから、被告Y₁は被告Y₂の使用者としての責任がある。

被告Y₁の注意義務違反行為

被告Y₁においては、ミラドールの副作用を認識したうえで、平成11年12月27日作成の包括的自立支援プログラムにおける嚥下に関する事項を職員に徹底して遵守させ、かつ、日々の介護における問題点を検討して、将来の介護にそれを反映させる義務があり、さらに、誤嚥による窒息の事態に備え、亡Dの食事介助を行う従業員には、亡Dが窒息した場合の対処方法を検討、確立させ、訓練を行うべき注意義務があったにもかかわらず、前記包括的自立支援プログラムの評価、具体的注意事項の検討、緊急時の対処方法の検討を一切行わなかった。

以上から、被告Y₁は、上記注意義務に反する行為によって、亡Dを死亡させたのであるから、被告Y₁自身においても、不法行為責任がある。

第三 請求原因に対する認否および反論

亡Dの死亡診断書によると、亡Dの死因は食物誤嚥による窒息死となっている。しかし、確定的な死因は不明である。亡Dが事故当日食べた食物の量は極めて少量であるし、誤嚥による兆候や異変はなかった。

ア 被告Y₂が亡Dの朝食の介助をしたこと、本件事故当日の朝食の献立が、ベーコンと野菜の炒め物、ヨーグルト、牛乳と真ん中にクリームがあり、その上に缶詰のみかんのようものが3切くらい載った大きなパンであったことは認め、その余は否認する。

イ 本件事故当時の状況は以下のとおりである。本件事故当日である平成12年3月3日の朝食の介助は午前7時40分ころから開始され、食堂の4角テーブルの長辺に亡Dが車いすで位置し、短辺には入所者Iがすわり、両名の間のテーブルの角のところに被告が座って2名の食事の介助をした(《証拠略》)。食事時の亡Dの姿勢は、リクライニングの背もたれをおおむね60度に起こし、枕を後頭部にあてがって前屈状態にしていた。被告Y₂は、自分の左手に位置している亡Dにはじめに牛乳を二口を吸い飲みで介助し、パンを小さめの一口大にちぎって口の中に入れてが、咳き込んでパンを吹き出した。そこで、ヨーグルト二ないし三口をスプーンで介助した。副食のレタスベーコン炒めは一口食べてむせたので、その後は介助しなかった。当該亡Dはよくむせるので被告Y₂はパンをスプーンで一口介助したが、なかなか飲み込めず、しばらく口の中に溜めていたので、飲み込むようにうながすと、少し口を動かしてようやく飲み込んだ。その後、被告Y₂は隣のIを介助しながら、亡Dの様子を観察していたが、むせたり、咳き込んだりする様子はなく、何ら異変はなかった。午前8時に被告は一旦席を立てて下膳の手伝いをして、同日午前8時5分ころ、再び亡Dに対して、食事介助を始めた。再開後、被告は、亡Dに再びパン粥を一口介助したが、口を開けようとしないので、被告Y₂はIの介助をしていたところ、午前8時8分頃、急に亡Dが「ヒーヒー」と言い始め、顔面蒼白となったので、2分間、体を前傾させて背中をたたいたが、変わりがなく、午前8時12分から13分ころに看護婦が吸引を開始したところ、パンらしきものが少量吸引できた。午前8時20分ころにアンビューバッタで人工呼吸をし、心臓マッサージを開始したが功を奏せず、午前8時25分にE病院のF医師が来たが、すでに瞳孔が散大し、意識がなく、心

停止、呼吸停止状態であり、直ちにE病院に搬送したが、午前8時40分にF医師により死亡が確認された。

ア 口から入った食べ物が気管に詰まって窒息する場合、胃にたまっていた食物が逆流して気管に詰まって窒息する場合、いずれも何らの誤嚥の兆候がないということは十分あり得ることであり、介助者としていくら注意しても窒息に気がつかないことがある。

イ 亡Dは上下ともほぼ完全に近いほど自身の歯を備えていて、そしゃくする能力が十分あったから、パン粥は不適切な食事でない。また、一口パン粥を介助したときにすでに誤嚥しているというのは何らの根拠がない憶測であり、被告Y₂は最初の一口の嚥下を確認している。

ウ 原告は脳血管障害等の既往歴がある嚥下障害者に対する対処方法(横向き嚥下、うなずき嚥下、鼻つまみ嚥下、体幹仰臥位の角度を30度にする。を求めているが、亡Dはそのような嚥下障害のある病人ではない。特別養護老人ホームは病院ではなく、家庭におけるのと同じ食事をするのであり、特に、リクライニングの背もたれを30度から45度で食事介助をすると、被介助者は、すぐに眠ってしまうという弊害があった。

エ 亡Dの異常に気がついた被告Y₂は、誤嚥による窒息の可能性があると考え、直ちにタッピングなどの必要な措置を行い、亡Dを医務室に運び、吸引し、さらに職員が心肺蘇生術を行っており、緊急に呼び出されたF医師も必要な医学的措置を取った。

<当裁判所の判断>

(中略)

二 亡Dの死因について

(1) 嚥下のメカニズムについて

(証拠略)

ア 食物の認識

摂食及び嚥下のスタートは、食物の認識であり、食物を認識して初めて食事に対する意欲がわき、食事を始めることができる。

イ そしゃくと食塊形成

口に取り込んだ食物は、舌と歯を使って唾液と混ぜられ、そしゃくされる。そしゃく動作を繰り返すうちに食物は唾液と混合され、飲み込みやすい形すなわち食塊に整えられる。

ウ 咽頭への送り込み

舌の運動によって食塊は、口の中を口唇側から舌の後ろ側(奥舌)へと移動し、奥舌と軟口蓋で作られたドアを通過して咽頭に送り込まれる。

エ 咽頭通過、食道への送り込み

食塊は、一連の嚥下反射によって咽頭を通過し、正常な状態では、0.5秒以内に食道へ送り込まれる。嚥下反射は、食塊が咽頭に入ると鼻と気管へ通じる二つの窓と口へ通じるドアが閉じ、食道へ通じるドアが開くというものであり、これによって、一気に食塊が食道へ送り込まれる。

オ 食道通過

食道に食塊が送り込まれると、逆流しないように食道括約筋はぴったりと閉鎖され、その後食塊は蠕動運動により胃へ運ばれていく。食道括約筋は、上下二つあり、一つは上食道括約筋であり、もう一つは下食道括約筋で、下食道括約筋の閉鎖が不完全であると胃から食道への逆流が起こり、さらに上食道括約筋の閉鎖が不完全であると、胃酸、消化液及び細菌を含んだ食物が咽頭に逆流し、誤嚥すると肺炎の原因となる。

(2) 誤嚥について

ア 前記エの段階において、気管へ通じるドアが閉鎖されていないと、食塊は気管に入り、生命の危険につながる誤嚥が生じることとなる(以下「エの段階の誤嚥」という。(《証拠略》))。

イ 前記オの段階における誤嚥は、外形的には嚥下反射は良好であり、むせることもないが、食物が胸につかえる、あるいは、食物が喉を通らないといった症状があり、飲み込んだはずの食塊が、梨状陥凹や咽頭蓋谷に残っており、呼吸と共に気管に流れ込んで、誤嚥を引き起こすものである(以下「オの段階の誤嚥」という。(《証拠略》))。

(3) 以上を前提に亡Dの誤嚥の機序について検討する。

ア 上記二つの誤嚥の特徴

誤嚥が生じるのは、前記エないしオの段階であり、それぞれの誤嚥の特徴は、エの段階の誤嚥は、嚥下反射がおこり食塊が飲み込まれて即時に生じるのに対し、オの段階の誤嚥は、嚥下反射がおこり、食塊が飲み込まれて一定の時間が経過しておこるものである。

イ 亡Dの誤嚥について

亡Dの朝食開始時から死亡するまでの経過について、原告ら及び被告らの主張に差異はあるが、両者の主張ともパンないしパン粥の介助を受けて嚥下した後、一定時間が経過して、窒息が生じている点においては合致しており、このことからして、亡Dの誤嚥は、オの段階の誤嚥であると認められる。

次に、誤嚥した食塊について検討すると、当事者の主張によると、被告Y₂は、まず、牛乳及びヨーグルトを介助しているが、これらのものは、その性質上食道に滞留することはないと考えられるから、亡Dが誤嚥したのは、そしゃくされ食塊となったパンないしパン粥であり、亡Dは、これを嚥下したものの、これが食道に残り、その後呼吸と共にこれを気管に吸い込んだものと考えられる。このことは、E病院の医師であるFが、胃の内容物が反すうされ、それを吸引することで誤嚥することはありうるし、そしゃくされたパンないしパン粥は流動的なものであり、気管の一部に狭窄があれば比較的少量であっても窒息する可能性があると言言していること(《証拠略》)、このオの段階の誤嚥の場合には、前記のとおり、食物が胸につかえる、あるいは、食物が喉を通らないといった症状があるところ、本件事故当時、亡Dは、食塊を口に溜め込み、なかなか嚥下できなかった点では当事者の主張は一致しており、これは、食物が胸につかえる、あるいは、食物が喉を通らないという兆候と考えることも十分可能であることからもうかがえる。

ウ この点について、原告らは、被告Y₂が亡Dに対して、多量のパンないしパン粥を介助したことによって、エの段階の誤嚥が生じていると主張し、原告らが指摘する検証の結果(《証拠略》)には、パン粥を吸引ノズルにて多量吸引と記載されているが、それが、一義的にパン粥が大量に吸引されたとは読めないうえ、原告らの主張をもとにしても亡Dに介助されたパン粥は四口程度であり、亡Dは、それを30分以上かけて摂取していること、吸引器はZに2種類あり(《証拠略》)、それは、掃除機にノズルを装着したものとそれ以外のものであるが、前者で吸引したときにパン粥の量を明確に認識できるとは考えられず、また、後者で吸引したときにその形状からパン粥を大量に吸引できたとするには疑問があるうえ、証人J及び被告Y₂もほとんどパン粥は吸引されなかったと証言(《証拠略》)あるいは供述(《証拠略》)しているから、原告らの主張は理由がない。

(4) まとめ

以上から、亡Dは、被告Y₂から介助されたパン粥を嚥下したものの、これが食道に残っており、後に呼吸と共に気管に流れ込み、これによって、窒息死したものと認められる。

三 被告Y₂の過失について

(1) Zの概要等(《証拠略》)

(中略)

(5) 亡Dの誤嚥の特徴について

亡Dに起こったオの段階の誤嚥の特徴としては、食物がのどを通らない、食べ物が口にもどってくる、食べるとむせる、一口目はむせないのに、二、三口目になるとむせる、食べるとすぐ咳が出る、食事中や食後に咳が出る、肺炎を繰り返す、数口以上食べない、食後に呼吸が苦しいというものである(《証拠略》)。

(6) 本件事故前に亡Dにその兆候があったか否か前記(1)ないし(5)認定の事実によると、亡Dにおいて、食べるとむせるという状況はあったものの、それにも波があり、また、亡Dは尿路感染による発熱はあったが、肺炎を繰り返すという状況ではなく(《証拠略》)、その他の症状についてはいずれもこれを認めることができない。かえって、亡Dは、食事を全量摂取することも多かったのであり、本件事故以前にオの段階の誤嚥の兆候を認めることはできない。

(7) 被告Y₂の亡Dの死に対する予見可能性ないし予見義務について

ア 被告Y₂としては、亡Dにおいて、本件事故において生じたオの段階の誤嚥の兆候は認識していないのであるから、亡Dが介助したパン粥を口に溜め込み、なかなか飲み込まないという事態を受けて、上記誤嚥の可能性を認識することは不可能であり、仮に認識すべき義務があるとすると、これには、食事介護中は常に肺か頸部の呼吸音を聞く必要がある(但し正確に聞くには熟練が必要である)、また、誤嚥を一番正確に評価するには嚥下造影をすることになる(《証拠略》)が、このようなことを病院でない特別養護老人ホームであるZの職員に義務づけることは不可能を強いることとなり、このような義務を認めることはできな

い。以上を前提とすると、原告らが主張する被告Y₂の注意義務違反行為②のイ及びウはいずれも認められない。

イ 原告らの主張する被告Y₂の注意義務違反行為②にかかるその他の注意義務について検討すると、原告ら主張の被告Y₂の注意義務違反行為②のア及びエの注意義務は、いずれも、エの段階の誤嚥が生じないようにするためであるから、本件では、その前提を欠き、理由がない。同オの注意義務のうち、口の中に指を入れてかき回す(咽頭反射を引き起こして吐かせる)、ハイムリッヒ法(横隔膜の圧迫によって詰まったものを吐かせる)を行う義務については、前記事実からして、亡Dに対して功を奏しないものであるから、このような注意義務を認めることはできず、また、吸引の措置については、それが本件において有効であったか疑問である上、前記認定の経緯と3階食堂及び医務室の位置関係(《証拠略》)からして、吸引の措置を取ることが遅きに失したとまではいえない。前記認定の事実からして、被告Y₂において、亡Dに対する救命措置について落ち度があったと認めるに足りる具体的な事情はうかがわれない。

以上から、被告Y₂の注意義務違反行為②は認めることができない。

ウ さらに、原告らは、①亡Dは本件事故の2ないし3日前からむせることが多かった。②被告が亡Dに対して、牛乳を介助したとき、ちょっとむせるような感じであった。③被告Y₂が亡Dに対して、最初にパンを一口大にちぎって介助したが、なかなか嚥下できず、苦しそうであった。④被告が亡Dに対して、パン粥を介助したときも、亡Dは飲み込むのがしんどそうであった。⑤介助したパン粥は三ないし四口であったから、被告Y₂には過失があると主張している。しかし、検証の結果(《証拠略》)には、亡Dが本件事故の二ないし三日前からむせることが多かった旨の記載がなく、その他、これを認めるに足りる的確な証拠はない。ちょっとむせるような感じ、苦しそうである、あるいは、しんどそうであるというのは主観的な評価であり、このように被告Y₂が感じたとしても、そのことから本件事故において亡Dに生じたオの段階の誤嚥を予見しえたとはいえないし、パンをそのまま介助したか否か、パン粥の量が一口であったのか、三ないし四口であったのかについては、被告Y₂は、亡Dに生じたオの段階の誤嚥を予見できなかった以上、エの段階の誤嚥に係る上記事実はいずれも被告Y₂の過失の有無の判断を左右する事実とは評価できない。

(中略)

(9) 包括的自立支援プログラムの位置づけ及びその被告の注意義務違反①について

包括的自立支援プログラム(《証拠略》)は、平成12年から実施される介護保険の適用を受けるために作成されたケアプランであり、介護保険によって提供される介護内容が記載されており、(《証拠略》)、そこには、少しでも問題点があればそれを記載しているものであり(《証拠略》)、亡Dの嚥下能力等を反映した措置を示しているものであるとは言えないから、ここに記載されている事項が実行されていないとしても、そのことから直ちに被告の注意義務違反が認められることにはならないし、また、被告Y₂において、これを検討したりする具体的な義務を認める根拠も見いだすことができない。以上から、被告Y₂において

は、注意義務違反行為①は認めることができない。

四 被告Y₁の責任

(1) 被告Y₂の使用者としての責任

被告Y₂において、亡Dに対する不法行為が成立しない以上、被告Y₁は被告Y₂の使用者としての責任を負わない。

(2) 被告Y₁自身の責任

前記のとおり、亡Dにミラドールが投与されたことによって、同人に原告ら主張の副作用が生じたとは認められず、また、包括的自立支援プログラムの作成の趣旨は前記のとおりであるから、被告Y₁において、包括的自立支援プログラムに基づいて日々の介護の方針等を作成すべき義務や亡Dに対するための窒息の対処方法の検討や訓練を行うべき義務等を認めることはできない。

五 まとめ

以上から、原告らの請求はいずれも理由がないので、主文のとおり、判決する。

⑦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
平成14年（ワ）第2028号 損害賠償請求事件
最高裁ホームページ
(<http://courtdomino2.courts.go.jp>)

<判示事項の要旨>

社会福祉法人が設置経営する特別養護老人ホームのショートステイを利用中、職員が介助して食べさせたこんにゃくとはんぺんをのどに詰まらせて、利用者が窒息死した事故について、利用者の遺族からの社会福祉法人に対する不法行為（使用者責任）に基づく損害賠償請求が一部認容された事例。

<主文>

- 1 被告は、原告Aに対し金770万円、原告Bに対し金886万4700円、原告Cに対し金770万円及びこれらに対する平成13年12月16日から各支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 原告らのその余の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は、これを10分し、その3を原告らの負担とし、その余を被告の負担とする。
- 4 この判決の第1項は仮に執行することができる。

<事実及び理由>

第1 請求

1 被告は、原告Aに対し金1207万3730円、原告Bに対し金1160万1565円、原告Cに対し金1053万6865円及びこれらに対する平成13年12月16日から各支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

2 仮執行の宣言

第2 事案の概要等

1 事案の概要

本件は、被告が設置経営する特別養護老人ホームにおいて、被告の職員による介助を受けて食事中に、こんにゃくとはんぺんをのどに詰まらせて窒息死した亡D（以下「D」という。）の遺族である原告らが、被告に対し、不法行為（民法715条）又は債務不履行に基づき、損害賠償請求をした事案である。

2 前提事実（次の(1)の事実は甲16号証により認められ、その余の事実は争いがない。）

(1) 原告Aは、D（大正15年4月3日生）の妻であり、原告B及び原告Cは、Dの子である。

(2) 被告は、特別養護老人ホーム（以下「被告施設」という。）を設置経営する社会福祉法人である。

(3) Dは、被告との間で、被告施設の短期入所生活介護（以下「ショートステイ」という。）の利用契約を締結し、ショートステイを利用中の平成13年12月16日、被告の介護職員F（以下「F職員」という。）が介助して食べさせたこんにゃくとはんぺんをのどに詰まらせて窒息死した。

3 争点及び争点に関する当事者の主張

(1) 被告の職員の過失（ないし注意義務違反）の有無

ア 原告らの主張

(ア) Dには嚥下障害があり、被告もそのことを認識していたところ、こんにゃくやはんぺんは、嚥下障害がある者にとって誤嚥の危険性の高い食べ物であるから、食べさせるべきでなかった。しかるに、被告の職員は、Dにこれらを食べさせたものであるから、過失がある。

(イ) 原告Bは、Dの飲込みが悪く、こんにゃくを食べさせるのは危険であると思っていた。そこで、原告Bは、被告の看護職員に「Dにこんにゃくを食べさせないでほしい」と依頼していた。しかるに、被告の看護職員は、食事の介助をする職員に対しその旨を伝達する等の適切な処置を怠ったものであるから、過失がある。仮に原告Bからの依頼がなかったとしても、被告の看護職員は、利用者の飲込み具合につき、専門的知識に基づき、適切な聞取りをした上で適切な判断を下す注意義務がある。しかるに、被告の看護職員は、Dが時々むせるという事実だけを聞き取って、具体的事情につき適切な聞取りをせず、Dの嚥下障害の程度について判断を誤り、Dに与える副食を「きざみ」としないで「一口大」と指示したものであるから、過失がある。

(ウ) こんにゃくやはんぺんは、嚥下障害がある者に食べさせるべきではないが、これらを食べさせる際には細心の注意をして食べさせることが必要である。

Dの食事の介助をしたF職員は、こんにゃくやはんぺんを噛み砕きやすいように小さい形にした上で、Dに食べさせるべきであった。しかるに、F職員は、こんにゃくを底辺約3.6cm・上辺約2cm×高さ約3cmの台形のもの、底辺約2cm×高さ約4.5cmの直角三角形のものに切り分け、はんぺんについては4.8cm×3cm程度に切り分けて食べさせたというのであり、こんにゃくやはんぺんを不適切な大きさに切り分けて与えたものであるから、過失がある。

また、F職員は、Dの口の中に残物がないかや嚥下動作を確認してこんにゃくやはんぺんを食べさせるべきであった。しかるに、F職員は、これを怠り、Dの口の中にこんにゃくが残っていることを見過ごして、あるいはこんにゃくを飲み込む途中（Dののどにこんにゃくが詰まっている状態）であったにもかかわらず嚥下動作を確認しないで、はんぺんを食べさせ、Dに誤嚥を生じさせたものであるから、過失がある。

(エ) F職員には、Dが誤嚥した後、チアノーゼ状態になるまでDの異常に気付かず、必要な処置を行わなかった過失がある。

また、F職員は、Dの異常に気付いた後、Dに正対した形で左手で頭を押さえ右手で背

中を叩いてタッピングをしたというが、この方法では背中を強く叩くことができず、のどに詰まった異物を取り除くことができないのであり、救急マニュアルにあるように、Dを立たせ背後から背中を叩く方法でタッピングをすべきであった。したがって、F職員には、誤った方法でタッピングを行った過失がある。

(オ) 被告は、Dが不顕性誤嚥を起こし、それに気付かずにはんぺんを摂取したと主張するが、同主張は、被告の平成15年8月28日付け準備書面で初めてされたものであり、時機に後れた攻撃防御方法であるから却下すべきである。また、不顕性誤嚥とは、横臥状態において、液体あるいは極めて小さな固体が、本人の気が付かないうちに肺に吸引される症状をいうのであり、食事中に食べ物を詰まらせ窒息死するケースに当てはまるものではない。

イ 被告の主張

(ア) Dの嚥下障害とは、医学的に診断されたものではなく、食事や水分を与える時に時々むせるという程度のものであり、Dの嚥下能力・咀嚼能力は特に問題があるような状態ではなかった。そして、こんにやくやはんぺんは、高齢者にとって有用な食材であり、取り立てて危険というものではないのであり、被告が老人福祉施設において食事として提供したことに過失はない。

(イ) 被告の看護職員が、原告Bから、Dにこんにやくを食べさせないでほしいとの依頼を受けていた事実はない。Dが被告施設に入所した時に家族から聞き取って作成した入所時一般状態調査票に禁止食の記載はなく、また、被告の看護職員は、いずれもDの禁止食について申し出を受けた記憶がない。

また、Dに提供する食材の状態については、原告Bとの話合いで一口大とすることに決まったものであった。

(ウ) 被告施設では、こんにやくやはんぺんについて、一口大と指示のあった利用者に対し、原告らが主張する程度の大きさで食事提供してきたが、これまで誤嚥事故を起こしたことは一切なかった。したがって、食事提供について一口大と指示されていたDに対し、上記のような大きさで提供したことに過失はない。また、F職員は、車椅子に乗っているDの真正面で中腰の状態で介助し、Dとの距離も50cm足らずの位置で介助していたものであり、Dの口の中に何も残っていないかを確認していた。さらに、F職員は、Dの咀嚼及び嚥下を確認してから「次、何食べます」等の声かけをして、Dが口を開けるのを待ってから、次の食べ物を口に運ぶという介助方法を取っていた。したがって、F職員の介助方法に過失はない。

(エ) F職員は、2人の利用者の食事介助を行っていたが、もう1人の利用者は自力摂取が可能であったため、ほとんどDに注意を向けていた。そして、F職員は、Dが咀嚼しているのを確認した後、もう1人の利用者に対し一声、二声かけてからDに目を戻した時に、Dが「うー」という声を発し苦しそうな表情をしているのを発見し、直ちにタッピングをしたものであり、なし得る限り最も早い段階で救急処置を開始している。また、救急マニ

アルのタッピングは例示であり、要は肩胛骨の間を強く殴打することが重要なのであり、F職員がDに正対して背中を叩くというタッピング方法を取ったことは適切である。

(オ) Dの死亡は、こんにやくにより不顕性誤嚥を起こしたために発生したと考えられる。誤嚥には、気管に流入した食物等の異物が気管を刺激し、むせ、咳込み等の咳そう反射を引き起こす通常の誤嚥（顕性誤嚥）と、身体機能の衰えた高齢者にしばしば見られる、異物の流入によっても気管の咳そう反射が生じず、むせや咳込みを伴わない誤嚥（不顕性誤嚥）の2つがあるところ、不顕性誤嚥は、決して特殊なものではなく、誤嚥者の3分の1程度に見られる。不顕性誤嚥は、その性質上D本人すら誤嚥に気が付かないのであるから、F職員がDの不顕性誤嚥に気付かなかったとしても落ち度はない。

(2) 損害額

ア 原告らの主張

(ア) Dの逸失利益

Dは、1年間で159万2400円の年金を受給していたところ、死亡当時における平均余命は10年であったから、生活費として2分の1を控除し、ライプニッツ係数を用いて、逸失利益の現価を計算すると614万7460円となる。相続により、原告Aは、同額の損害賠償請求権の2分の1を、原告B及び原告Cは、各4分の1を、それぞれ取得した。

(イ) 慰謝料

Dの死亡により原告らが被った精神的苦痛に対する慰謝料は、各々800万円を下回らない。

(ウ) 弁護士費用

各原告につき、それぞれ100万円が相当である。

(エ) 葬儀費用

原告Bが106万4700円を支出したので、原告Bの損害として請求する。

イ 被告の主張

原告らの上記主張事実は知らない。

第三 裁判所の判断

1 認定事実

前記前提事実に、証拠及び弁論の全趣旨を総合すると、次の事実が認められる。

(1) D（大正15年4月3日生）は、昭和55年ころ、事故で頭部を受傷し入院して手術を受け、その後遺症で身体が不自由になり、平成10年ころには、高血圧、脳梗塞等で動けなくなって寝たきりになり、平成11年ころには、脊髄圧迫骨折、肺炎、胸膜炎の治療や床ずれ手術のために入院するなどし、平成12年7月ころは、甲クリニックをかかりつけ医として、慢性心不全の治療を受けていた。Dは、原告ら肩書住所地に居住し、原告Aや原告Bらの介助を受けていたところ、こんにやく、鶏肉、パン等をのどに詰まらせかけて家族が手で取り除けたり、水を飲んだ際にむせたりすることがあった。

(2) Dは、初めて被告施設のショートステイを利用した平成12年7月ころから死亡した

平成13年12月まで、歩行はできず介助により車椅子を利用し、食事、排泄、衣服の着脱、寝返り、起き上がり、座位保持にも介助を要する状態であり、義歯（総入れ歯）を装着していた。また、会話は、やや困難で、声かけが必要であり、理解力及び記憶力がやや低く、時間に関し見当識喪失があり、場所についても見当識の一部喪失が見られるなど、軽度の認知症が存した。被告施設の生活相談員は、Dがショートステイを利用するに先立ち、これらのDの状態について聴取をし、短期入所生活介護ケース受付表を作成して、記録化していた。

(3) ア Dは、平成12年7月21日から同月23日まで、被告施設のショートステイを初めて利用した。被告施設の看護職員Gは、Dが入所するに際し、D及び原告Bと面談し、Dの健康状態、身体状況、既往症、服薬等について聴取を行って、入所時一般状態調査票を作成した。Gは、原告Bに対し、Dが飲みにくかったり食べにくかったりすることはないかとの趣旨の質問をし、その回答に基づき、上記調査票の食事の欄のうち、「種類」の部分に「粥 一口大」と記入し、「嚥下障害」の部分には「有」に○を付け、嚥下に時間がかかる旨を記入した。

(中略)

(4) ア 平成13年12月16日、被告施設では年忘れ会が催され、入所者に対する昼食として助六寿司やおでん等が提供された。F職員は、同日午後0時30分ころ、居室ベッドにいたDを車椅子に移乗させて食堂へ連れて行き、テーブルの脇にDを乗せた車椅子を止め、Dの正面に立ち、中腰でやや見下ろすような姿勢でDの食事の介助をした。なお、F職員は、Dの他にもう1人の入所者の食事介助を同時に担当していたが、この入所者は、椅子に座って自力で食物を摂取することが可能であったため、F職員は、Dの介助に注意をほぼ集中していた。

イ F職員は、スプーンを用いて食物を小分けして、「次何を食べます」等の声かけをし、Dが口を開けるのを待って食物を食べさせることを繰り返して、Dの食事の介助をした。F職員は、最初に助六をDに食べさせた後、おでんの卵、こんにゃく、はんぺんの順でDに食べさせた。F職員は、こんにゃく（三角形のもの1切れ）を、底辺約3.6cm・上辺約2cm×高さ約3cmの台形のもの、底辺約2cm×高さ約4.5cmの直角三角形のもの2片に切り分け、はんぺん（四角形のもの1切れ）については約4.8cm×約3cmの四角形のもの3片に切り分けた。そして、F職員は、Dにまずこんにゃく2片を食べさせ、次いで、はんぺん1片を食べさせた後、介助を担当していたもう1人の入所者に目を向けて声かけをし、Dに目を戻したところ、Dが苦しそうな表情で「うー」というような声を発しているのを発見した。

ウ F職員は、Dののどに何か詰まったと判断し、口の中を覗いたが何も入っていないように見えたため、左手でDの頭を押さえて身体を前へ倒し右手で背中を叩いてタッピングをしたが、Dの状態は良くならなかった。そこで、F職員は、他の介護職員に看護職員を呼ぶよう声をかけ、駆けつけた複数の看護職員らがDを逆さにしてタッピングをしたと

ころ、2 cm大くらいのはんぺんが2個出てきた。その後、消防署から救急隊が駆けつけ、喉頭鏡とマギール鉗子を用いて、Dののどから、はんぺんと1 cm大くらいのこんにやく1個を除去した。Dは、心肺停止状態で病院に搬送され、同日午後2時26分、窒息が直接死因で死亡した。

エ F職員は、Dの介助業務を行うに先立ち、前記(2)の短期入所生活介護ケース受付表及び(3)の入所時一般状態調査票ないしショートステイ用一般状態記録のうちの最新の物並びに被告施設でのDの従前の生活状況を記載した日誌等に目を通していた。

(5) こんにやくは、口腔内でバラバラになりまとまりにくく、噛み切りにくいという性質を有しており、食べにくく、のどにつまらせやすいため、嚥下障害の患者や高齢者に向かない食物であることが指摘され、また、かまぼこも嚥下障害の患者に向かないと指摘されている。これらのことは、市販の書物や公開されたホームページ等でも紹介されている。

2 争点(1)について

(1) 上記1(4)で認定したとおり、Dは、F職員の介助により、こんにやくを食べ、続いてはんぺんを食べている際にのどに食物を詰まらせて窒息死したものであり、被告施設の看護職員によるタッピングや救急隊による異物除去により、Dののどから1 cm大くらいのこんにやく1個と複数のはんぺん片が出てきたものである。同事実によると、Dは、こんにやくが口の中に残っている状態又はこんにやくを飲み込む途中の状態ではんぺんを食し、その結果、こんにやくとはんぺんをのどに詰まらせたものであると認めることができる。したがって、F職員は、Dの口の中にこんにやくが残っていることを見過ごして、あるいは、Dがこんにやくを飲み込む前であったにもかかわらず、飲み込んだかどうか(嚥下動作)を確認しないで、はんぺんを食べさせたものと推認することができる。

この点につき、証人Fは、咀嚼が終わり、口の中に何も入っていないことを確認し、声かけをしてから、Dにはんぺんを食べさせたと証言する。しかし、同証人は、他方で、見ただ目で見える範囲で確認した、口の奥まで確認できたかどうかは分からないとも証言しているところ、F職員が中腰でDをやや見下ろすような姿勢で食事の介助をしていたものであることを考慮すると、F職員がDの口の中を確認したつもりであったとしても、食物が口の中に残っていたことを見過ごした可能性は十分に認められる。また、証人Fは、被介助者がのどでごっくんというふうに飲み込むのを確認するとも証言するが、他方で、今回のDの場合は、はっきりと記憶していないとも証言しているのであり、同証人の証言をもって、F職員がDの嚥下動作を確認したと認めることはできない。また、声かけの点についても、「次何を食べます」等の声かけをし、Dが口を開けるのを待って食物を食べさせていたというに止まるのであり、会話がやや困難で理解力及び記憶力がやや低いなど軽度の認知症が存したDが、声かけに応じて口を開けたからといって、D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ず、介助者がそのように思ったとしても、それがやむを得ないということもできない。

そして、Dが介助を要する当時75歳の高齢者であり、義歯(総入れ歯)も装着していた

こと、原告BからDの飲込みが悪いこと等が被告施設の看護職員に告げられ、入所時一般状態調査票ないしショートステイ用一般状態記録にも、Dに嚥下障害がある旨が記載されていたこと、こんにやくは、食べにくく、のどにつまらせやすく嚥下障害の患者や高齢者に向かない食物であると指摘され、はんぺんと同じ練り製品であるかまぼこも嚥下障害の患者に向かない食物であると指摘されており、これらのことは市販の書物や公開されたホームページ等でも紹介されていること等を考慮すると、Dにこんにやくやはんぺんを食べさせるに際しては、Dに誤嚥を生じさせないよう細心の注意を払う必要があったことは明らかであって、F職員は、こんにやくを食べさせた後、Dの口の中の確認及びDの嚥下動作の確認をする注意義務を負っていたというべきである。したがって、F職員が、これらの確認をしないまま、こんにやくに続いてはんぺんを食べさせたことは、不法行為法上の過失に当たるといえることができる。

なお、被告は、Dの嚥下障害は医学的に診断されたものでなく、食事や水分を与える時に時々むせるという程度のものであったと主張するが、被告施設の看護職員がDの入所に際し毎回原告Bからの聴取をもとに嚥下障害有りと調査票等に記載していたことなど前記認定事実のもとでは、Dが疾病としての嚥下障害であったとまでは認められなくとも、同程度の年齢の者との比較でも、嚥下能力が相当劣っていたことは明らかであって、被告の上記主張は、F職員に過失があるとの前記判断を左右するものではない。

(2) 被告は、Dの死亡はこんにやくにより不顕性誤嚥を起こしたために発生したと考えられると主張する。なお、原告らは、被告の上記主張は時機に後れた攻撃防御方法であるから却下すべきであると主張するが、被告の上記主張は、証拠調べの結果に基づき、Dが死亡に至った経過についての見解を述べるものに過ぎず、被告が上記主張を平成15年8月28日付け準備書面において初めて行ったことについて、故意又は重大な過失があると断じることができない。

そこで、検討するに、被告提出の文献には、むせない誤嚥すなわち不顕性誤嚥が、誤嚥者の3分の1にみられるという記載がされているが、他方、不顕性誤嚥が少量を気付かないうちに吸引するものであること、夜間睡眠中に唾液が下気道や肺に不顕性誤嚥され肺炎の発症原因となること等も記載されているのであり、これらの記述を総合すると、不顕性誤嚥が、食事中に食物をのどに詰まらせるような症例を対象として理解されているとは考え難い。そして、Dは、こんにやく、鶏肉、パン等を喉に詰まらせかけて家族が手で取り除けたり、水を飲んだ際にむせたりするという通常の誤嚥（顕性誤嚥）の症状を呈したことがあったこと、Dののどから除去されたこんにやくの大きさは1cm大くらいのものであり、このような大きさのものがのどに詰まって窒息状態になっていたのに、D本人が気づかず、窒息の様子が外部にも現れなかったとは考え難いことを考慮すると、Dが不顕性誤嚥を起こしていた旨の被告の主張は採用することができない。

(3) そうすると、原告らの主張するその余の被告の職員の過失について判断するまでもな

く、被告は、民法 715 条に基づき、D の死亡により生じた損害を賠償する義務を負うといふべきである。

3 争点(2)について

(1) 逸失利益

証拠によると、D は、平成 12 年 4 月分以降、国民年金として年額 71 万 5700 円、厚生年金として年額 87 万 6700 円の合計 159 万 2400 円を受給していたことが認められる。しかし、上記受給額は、通常人が生活していく上で必要な費用の額を大幅に上回る額であるともまていうことはできないところ、D が本件事故当時に要していた生活費等の額、D と生計を同じくしていた家族の人数及びその収入、D の年金収入に生活を依存していた家族の有無等が明らかになっていない本件においては、D が上記年金の受給をしていたからといって、それだけでD の逸失利益が存したことの証明がなされたということとはできない。

(2) 慰謝料

原告らとD との身分関係に照らし、原告らがD の死亡により多大な精神的苦痛を被ったことは明らかであるところ、本件に顕れた一切の事情を斟酌すると、原告らの精神的苦痛に対する慰謝料は、原告ら各々につき 700 万円とするのが相当である。

(3) 葬儀費用

証拠によると、原告B はD の葬儀費用一式として 106 万 4700 円を支出したことが認められ、原告B は被告の不法行為により同額の損害を被ったといふことができる。

(4) 弁護士費用

以上の認定に係る認容すべき原告らの損害賠償請求の額及び本件に顕れた一切の事情を斟酌すると、被告の不法行為と相当因果関係のある弁護士費用相当の損害の額は、原告B につき 80 万円、原告A 及び原告C につき各 70 万円とするのが相当である。

(5) 合計

したがって、原告B が被った損害の合計額は 886 万 4700 円、原告A 及び原告C が被った損害の合計額は各 770 万円となる。

4 結論

よって、原告らの被告に対する請求（不法行為に基づく請求）は、原告A につき 770 万円、原告B につき 886 万 4700 円、原告C につき 770 万円及びこれらに対する不法行為の日である平成 13 年 12 月 16 日から各支払済みまで民法所定年 5 分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるから認容し、その余は理由ないから棄却することとして、主文のとおり判決する。

⑧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
平成9年（ワ）第19373号 損害賠償請求事件
賃金と社会保障 1280号 旬報社 14-21頁

<主文>省略

<事実及び理由>

第一 請求

被告は、原告に対し、金1000万円及びこれに対する平成9年3月21日から支払済みまで年五分の割合による金員を支払え。

第二 事実の概要

本件は、原告が、被告に対し、原告の内縁の妻が被告の経営する老人保健施設に入居していた際、同人が3階居室から落下して死亡したことについて、その原因が被告の職員において適切な介護・看護の措置を怠ったことによるものであるとして、使用者責任に基づき、慰謝料の賠償を求めた事案である。

一 前提となる証拠（本項においては弁論の全趣旨を含む）を掲記した事実以外は、当事者間に争いが無い。

1 当事者

（一）原告は、住所地ほか一か所で学習塾を経営する者であり、後記亡O・R子の内縁の夫であった。

（二）被告は、昭和33年3月に設立された病院、老人保健施設等を経営する医療法人であり、主たる事務所所在地において甲病院を経営するほか、平成9年2月ころ、本件建物において、老人保健施設（以下「本件施設」という。）を経営している。

2 亡O・R子の従前の状況、本件施設への入所等

（一）亡O・R子（当時70歳。以下「R子」という。）は、昭和57年ころから、網膜色素変性症に罹患し、平成2年ころには全盲になり、食事、衣服の着脱、入浴、排泄等身の回り全般にわたり介護が必要となり、原告やホームヘルパーが同人を介護していた。

（二）R子は、その実子K・Kの手配により、平成9年2月28日、本件施設に入所した。

R子の起居していた部屋は、本件建物3階にある4人部屋の304号室である（以下、本件建物の各部屋について、その番号で表す。）

3 転落事故の発生

（一）本件施設の平成9年3月19日夜から同月20日朝まで（以下、この時間帯を「当夜」という。）の看護担当職員は、本件建物の2階担当の看護師以下「当直看護師」という。）及び3階を担当する被告従業員である介護福祉士E・Y（以下「Y」という。）であった。3階には、当時16、7名の入居者がいた。

(二) Yは、304号室においてR子と同室者の丙とが始めた口論が収まらず、R子が興奮して大声を上げるため、R子を310号室に連れて行き、同室にあったベッド上に座らせた。

(三) R子は、翌日早朝ころ、310号室の北側窓(以下「本件窓」という。)の窓付近の目隠しフェンス設置部分から転落した(以下、この転落を「本件事故」という。)

(四) R子は、本件事故により、両側大腿骨開放骨折の傷害を負い、甲病院に運ばれ、医師丁の処置を経た後、午前6時ころ、戊病院に転送されたが、同日8時26分ころ、出血性ショックにより死亡した。

4 本件事故当時の310号室の状況

(一) 本件事故当時、310号室には、入居者はなかった。

(二) 310号室の当時の状況は、ベッドは、入口正面とその奥に一台ずつ、入口を入れて右奥に一台あり、いずれも布団は敷かれていなかった。また、本件窓の手前には、高さ約80センチメートルの収納ラック(以下「本件家具」という。)及び押入タンスがあった。

本件窓の状況は、別紙二、三(略)のとおりであり、窓の外側には高さ数十センチのフェンスが設置されていた。

二 争点

1 争点1 本件事故の原因(被告の介護・看護職員の過失によるものか。

2 争点2 R子死亡の原因(一時的処置に当たった医師に過失があるか。

3 争点3 原告の損害の有無及び範囲

三 争点に関する当事者の主張

1 争点1について

(一) 原告

(1) ア R子は、本件施設において、たびたび興奮状態に陥り、精神的不安を募らせ、介護職員に対し家に帰りたいと述べていた。

イ R子は、当夜午後9時30分ころ、自宅に「帰る」と言い、Yに説得され、304号室で横になったが、当夜午後10時ころ、同室の丙がうるさいと興奮し、大声をあげ始めた。Yは、他の入所者の迷惑になるため、当直看護師の指示により、同日午後10時30分ころから同日午後11時ころまでの間に、310号室に移動させ、同室内のベッド上に座らせた後、同人を残して室外に出、他の入所者の介護に当たった。

ウ Yは、仕事の合間にR子の様子を見に行っていたが、R子は、1、2時間ほど叫び続けた後、同月20日午前零時ころ、叫ぶのを止めて静かになり、ベッドから立ち上がって歩き回ったり、座ったりすることを繰り返した。

エ R子は、しばらく後にはベッドに座っていたが、当夜午前3時30分ころ、窓を開けてこれによじ登り、出窓のフェンスを乗り越えて転落し、当夜午前4時30分ころ、窓の下の地面に転落した状態で発見された。

(2) ア R子は、日ごろから帰宅指向が強く全盲であった上、本件施設の介護職員は、R子の状態について、同人に接し、あるいは他の介護職員から引継報告を受けてこれを承知し

ていたものであるところ、R子は、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」と言っていたから、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^{ほこり}のたまった310号室に同人を一人置くことは極めて危険であり、右介護職員は、R子が不安と家に帰りたい気持ちから家具等にぶつかって怪我をしたりドアや窓を開けて外へ出て行ったりし、更に大きな危険に遭遇するおそれがあり、また、手段を選ばず同室を脱しようとして窓を開けるなどして怪我をする危険があることは、容易に予見することができた。

また、本件家具は、高さが80センチメートル近くあり、ベッドに接して置かれ、これを踏み台にすれば本件窓に上れる状態であったから、右介護職員は、R子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かもしれないことは予見すべきであった。

イ このような場合、老人保健施設における介護の専門家である介護職員としては、あらゆる場合を想定して盲目で興奮しがちなR子の安全を確保する義務がある。

すなわち、R子の興奮を鎮めるために同人を一時居室から出すのであれば、一人放置せず傍らに付き添うなどして興奮を鎮めてから同人を居室に戻すべきであり、R子の徘徊について、同人に注意したり、あるいは同人の手を取ってR子から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。

また、介護職員としては、310号室を離れるとしても、R子が窓から転落しないように窓付近に柵や机等容易に窓に足を掛けられるような物を置かず、かつ、窓を開閉できないように施錠し転落事故を防止すべきである。

そして、介護職員にあつては、精神安定剤セルシン等を使用するなどしてR子の気持ちを落ち着かせ、一刻も早く自室に戻して同人の安眠を確保すべきである。

ウ にもかかわらず、Yは、右の各義務を怠り、R子を310号室のベッド上に座らせたまま措置を採らず、同人の監視もしなかつたし、同室の窓際の本件家具を移動させず、あるいは、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)を解放したままとし、R子を危険な状態に置いたまま、長時間にわたり放置した。

また、Yは、当直看護師の指示でR子に刺激を与えないようにと、310号室の引き戸を音を立てないように開け、様子を見てはその場を離れることに終始し、同人に声をかけず、R子は、Yが様子を見に来たことすら気付かず、一人孤独な状態に置かれた。

さらに、R子は、一睡もせず310号室内を徘徊したり、ベッドの上に座ったり立ち上がったりすることを繰り返した。当時、R子は、自分の置かれた状況を理解することができず、原告が病気で入院しているため本件施設にいることもすぐ忘れてしまう状態であった上、盲目であったため、自分が本件建物の3階の部屋に居ることが分からず、その結果、本件事故が発生した。

エ 仮に、この間、Yが5分又は10分の間隔でR子を巡視したとしても、その時点でR子に異常がないことが確認されるにすぎず、前記危険性が存することに変わりはない。

(3) したがって、Yは、R子に対する適切な介護を怠ったことについて不法行為を負う。そして、右不法行為とR子の死亡との間には相当因果関係がある。

(4) よって、Yの使用者である被告は、原告に対し、使用者責任に基づく損害賠償責任を負う。

(二) 被告

(1) ア YがR子を310号室に移動させた理由は、本件施設の開園直後で入室者がなく、R子が騒いでも他の入居者等の迷惑にならない上、R子は、他人から声を掛けられると一層興奮して騒ぐため静かな場所が必要だったからである。

イ Yは、その後、同室及びR子の状況を5分から10分ごとに巡視した。R子は、310号室に移動してから約1時間、大声を上げ続けていたが、その後、室内を徘徊するようになり、徐々に興奮も収まり、徘徊もしなくなり、午前4時20分ころにはベッド上に座るようになった。その間、R子は、同室から出ようとする態度を示したことはなく、本件窓を開けたり、これに昇ろうとしたことはなかった。

Yが約10分間他用を処理している間、R子は、本件窓からフェンスの設置部分へ出、これを乗り越えて転落した。

ウ 本件事故当時、本件建物の部屋は外側から施錠できる構造となっておらず、310号室の入口の施錠はされていない。本件の窓の手動式の鍵は施錠されていたが、いわゆるロックはされていなかった。

エ さらに、R子は、従前、家に帰りたいと述べることはあっても、現実に行動に移したことはなかった。

オ R子は、自分がいる部屋が本件建物の3階にあることは^{ちしつ}知悉していた。本件事故が偶発的なものか、R子の意図的な行動によるものか、あるいは両要素が併存するかは不明であるが、いずれにしても、被告及びその職員にとって、全盲の老年女性であるR子が、310号室の出入口から外に出ようとせず、わざわざ施錠してあり、高所にある本件窓を開けて、その付近にあった本件家具等を利用して外へ出た上フェンスを超えることを予見することは不可能であり、この点について、被告又はその介護職員に予見可能性は存しない。

(2) また、次のとおり、YのR子に対する措置は当を得ており、非難すべき点は存しないし、被告の体制にも不備はない。

ア 本件施設における夜間職員2名の看護体制は、標準的なものであり、行政当局の指導にも合致している。夜間介護は、入居者の排泄補助、就眠介助等が主要なものである。

イ R子を他の部屋に移動しなければ、他の入居者の安眠・休養が妨げられ、YがR子に終始付き添えば、他の入居者への排泄補助や就眠介助が疎かになり、あるいは極めて困難となる上、YがR子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ため、Yは、R子を310号室に移動させた上、R子を刺激しないように声を掛けずに同人の落ち着いたのを待った。Yの右行為は、適切であるのみならず、同人にはそれ以外にとる術はなかった。

2 争点2について

(一) 原告

本件事故直後にR子を診察した甲病院の医師丁は、「一見みたところもう助からない」と思い、応急処置をしたが、本件事故の発生時刻である当夜午前3時30分から救急隊に通報するまでの間に1時間45分もの時間を要した(仮に、本件事故の発生時刻が同日4時30分であるとしても、右時間は45分間である。)

丁は甲病院においては適切な処置ができないと判断したのであれば、直ちに救急隊に通報し万全の処置を採りうる状態を確保すべきであるにもかかわらず、これを怠り漫然と時間を費やした。

(二) 被告

丁は、当夜午前4時30分ころに本件事故の通報を受け、本件建物3階でストレッチャーに寝かされたR子を診察した後、同人を甲病院2階個室に移動させ、血管確保及び点滴を施した上、酸素吸入をする一方、看護師にR子の骨折部の処置をさせた。

これらの治療行為は適切なものであり、その後救急隊へ連絡したとしても何ら落ち度はない。

3 争点3について

(一) 原告

(1) 原告は、婚姻届出はしていないものの、R子と昭和40年11月から13年余り夫婦として生活を共にした内縁の夫であり、R子の失明後は原告がその介助をしながら、互いに精神的・身体的に支えあって生きてきたものであるところ、最愛の妻の突然の死により筆舌に尽くし難い多大な精神的苦痛を受けた。

(2) 原告は、当時自らも入院していたが、被告から本件事故を知らされず、R子の死亡後に戊病院のH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R子は死亡しており、その最期に付き添うことができなかった。

また、本件事故後、被告は、原告に対し、納得のいく説明をせず、誠意ある態度を示さなかった。

(3) このような原告の精神的苦痛を慰謝するための慰謝料は、少なくとも1000万円が相当である。

(二) 被告

原告の損害賠償請求権の有無及び範囲については争う。

四 原告の請求のまとめ

原告は、被告に対し、使用者責任に基づく損害賠償として、1000万円及びこれに対する不法行為の後の日である平成9年3月21日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める。

第三 争点に対する判断

一 1 前記第二の一の判断の前提となる事実のほか、証拠及び弁論の全趣旨によれば、次

の(一)から(三)までの各事実が認められる。

(一) R子は、本件施設に入所中、たびたび興奮状態に陥り、精神的不安を募らせ、認知症状もみられ、たびたび介護職員に対し家に帰りたいと述べていた。

(二) Yは、R子と丙の口論が収まらず、R子に対する働きかけも効を奏さず、他の入居者の迷惑になるため、当直看護師の指示により、同日午後10時30分ころ、R子を310号室に移動させ、同室内のベッド上に座らせた後、他の入所者の介護に戻った。

R子は、大声で「助けて」、「帰りたい。」等、1、2時間ほど叫び続けた後、同月20日午前零時ころ叫ぶのを止めて静かになり、ベッドから立ち上がって歩き回ったり座ったりすることを繰り返した。

(三) Yは、定期的に310号室に赴いたが、R子に刺激を与えないようにとの当直看護師の指示に従い、その引き戸を開けて室内のR子の様子を確認することとどめ、同人に声をかけることはせず、R子も、Yが来たことには気づかなかった。

(四) その後、YがR子が310号室の入口から向かって右手前にあったベッド上に腰掛けているのを確認し、再度310号室を訪れたところ、同室にR子の姿がなく、同人を探すと、地上に落下しているR子を発見した。Yは、当直看護師に連絡し、その指示により同看護師とともにR子をストレッチャーで本件建物の3階に運んで丁医師を呼んだ上、R子を同病院内に搬送した。

なお、Yは、本件窓の鍵の開閉を操作することができないようにする二重のロック装置があることを知らなかった。

2 (一) 本件事故の発生時刻について、戊病院の診療録、看護記録等治療に関する記録の写しには当夜午前3時30分である旨記載されている(右書面中「入院中経過と退院時所見」と題する書面の「入院時看護記録」の各現病歴欄(以下「記録(一)」という。))。一方、被告の介護・看護記録(乙三。以下「本件記録」という。)及び丁医師がR子の処置をした際に作成したと認められる書面には当夜午前4時30分ころと記載されている。

この点、記録(一)にあつては、被告又は甲病院の関係者から聴取した内容が記載され、又は転記されたものと推認され、伝聞資料ではあるが、少なくとも当時右関係者中にそのように認識、聞知等した者があつたものと認められる。他方、証人Yの証言及び弁論の全趣旨によれば、本件記録の本件事故発生前後の状況に関する記載は、YらがR子を甲病院に搬送した後にしたものであることが認められ、したがって、極めてあわただしく混乱した状態を経ての記載であると推認され、Yが正確な時刻を把握していたかは疑問を差し挟む余地を否定することができず、時刻等について数か所の訂正がされているところ、本件証拠上その経緯、理由等も明らかではなく、これのみに全面的な信を措くことはいささか躊躇される。

そうすると、本件事故の時刻は、なお正確には確定し難いといわざるを得ず、丁医師は、R子を診察した際、同人は助からないと思ったものの相応の生体反応が存したとうかがわれることに照らし、弁論の全趣旨を併せ考慮すれば、本件事故は、当夜午前4時30分ころの若

干又はしばらく前に発生したとするのが合理的推断であると思料される。

(二) また、甲七の「(診二号用紙)」との記載のある部分には、R子を310号室に移動させた時刻として同月20日午前3時ころである旨の記載があり、入院時看護記録にも、同様の記載があるが、これに相反し、当夜午後10時を過ぎてまもなく310号室に移動させたとするY証言があるところ、その信用性を疑うべき事情は見出されないことに照らし、右記載を採用することはできない。

二 争点1について

1 老人保健施設等の一定の介助、介護等を必要とする高齢者を多数収容する施設にあっては、入所中の者それぞれに対し適正な介護を施し、かつ、円滑にその業務を進めることが必要である。一方、入所者に一定の危険、不利益等が生ずることが予想される場合には、その介護に携わる者において、予想される危険や結果の重大性、その切迫度や蓋然性、その回避又は防止措置を施し得る可能性や容易度、さらにはその有効性、その措置により介護上(広くは医療上)特定の入所者に対し又は一般的に生ずべき影響、不利益、弊害等の諸事情を総合考慮し、看護師、介護福祉士等その資格に相応した専門の見地からその裁量的判断を適切に行い、選択した方途を実行することが求められると考えられる。

2 そうすると、Yが興奮して大声を上げるR子を310号室に移動させた処置については、他の入所者の迷惑になることを考慮したためであると認められ、その措置そのものに非とすべき点は見出されない。また、本件施設にあっては夜間は二人体制で当たっていたことについて、体制上の不備があるとも認められない。そして、介護職員としては、入所者全部の介助に当たらなければならないことは明らかであり、YがR子に終始付き添う措置を執らなかつたからといって、格別の緊要性が存する場合を別としては、それが直ちに不当又は違法となるとはいえない。

3 しかしながら、R子は、従前、失禁したり、朝目覚めた際自分がどこにいるのか分からない。あるいは、時折興奮して会話が支離滅裂となり、なかなか収まらないといったことがあったり、精神的不安定に陥り、妄想を抱き、時折精神安定剤セルシンの服用を受けるなどしていたことが認められる。また、本件記録の同年3月4日の欄には「つきっきりではなくとも大丈夫ではないかと思える」との記載があり、その具体的状況は本件証拠上確定し難いものの、R子から目の離せない状況になったこともあったことがうかがえるところである。

これらの点に、R子は全盲であり、たびたび家に帰りたくと述べ、当夜も同様の声を上げていたことを併せ勘案すると、R子に対しては、一定の危険を回避防止すること、すなわち、心神の障害等が反映した行動に出て第三者に迷惑を及ぼすことを避けると同時に、周囲の状況を視覚的に認知することができないR子自身の行動に配慮し、その身体の安全や心神の安寧を確保することが求められそれなしには、R子自身にも一定の危険が生ずることが合理的に予想されると考えられる。そして、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 また、310号室へ移動する原因を作出したのはR子自身であるとしても、室内の状況を知らない310号室へ移動させ、R子一人を同室に残して言葉のやり取りもしないで単に様子を見るという環境又は状況を設定したのは、Y及び当直看護師であることにかんがみると、Yにあっては、同室の状況を踏まえ、R子の動静にできる限り注意を払い、要介護の心身の常況にあるR子の身体の安全について配慮すべき義務が生ずるものというべきである。

5 そして、R子の心身の状況は、逐一本件記録に記載されており、また、Yも、R子が盲目であり、認知症状があったことを知っていたことが認められるから、Yは、当夜の介護職員として、R子が視覚に障害がなく、また、心神の状況に問題がない通常人とは異なった行動、意外な行動に出るなどの可能性があることに思いを致し、これに配慮した措置を講ずる義務があるというべきであり、同人を310号室に留めることは、興奮したR子を鎮静化させるという所期の目的に照らしなるべく短時間にとどめ、R子ができるだけ速やかに通常の状態で睡眠を取ることができるよう配慮すべきものと解される。

6 (一) そこで、検討するに、R子は、310号室において、1、2時間大声で騒いでいたものの、当夜午前零時ころ叫ぶのを止めて静かになり、ベッドから立ち上がって歩き回ったり、座ったりすることを繰り返してたと認められるところ、証人Yの証言中には、R子は当夜午前4時20分ころにベッド上に座っていたとする部分があり、これに従えば(正確な時刻を除く。)、R子は、深夜以降はそれなりに落ち着きをみせるようになっていた様子がうかがえる。そうすると、既に310号室に移動させてから数時間が経過した状況において、なお単に室外から様子を定期的にみるといった対応を継続することの適否が問われるべきことは否定し難い。

(二) すなわち、少なくともR子を310号室に移動させてからしばらくの時間が経過した後には、R子の興奮の鎮静化が図られているか試みに声を掛けるなどしてこれを確認するほか、排泄、就寝等の介助を要する状態に至っていないか等通常の心身の状況にある者に対しても当然必要となる配慮をすべきであり、かつ、Y証言によれば、R子がベッドに腰掛けているのを視認したというのであるから、その機会は存したものと推量される場所である。

(三) のみならず、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り、そうでなくとも、どの程度時間が経過したのか、自分がどこにいるのか等が案ぜられたりすることは通常起り得る変化であって、その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ことである(証人Yの証言には、R子はベッドの上に立ち上がることはあったものの、一人でどこかへ行ってしまう様子はなかったとする証言部分があるが、数時間を経てなお同じ状態が継続する高度の蓋然性が直ちに肯認されることにはならないと思料される。)。加えて、R子は、全盲であった上、310号室の状況は知らなかったと認められるから、例えばナースコールを用いる等介護する側にとって有用な方法で反応を示すことは必ずしも期待することができない(再度大声を出すことで介護職

員側でそのシグナルを読みとることが期待され得たかについては、本件証拠上不明である。)

とすれば、R子がベッド、本件家具等を伝って本件窓の鍵を開けて室外に出るという所為に及ぶ明白かつ具体的な危険が切迫していたとは認められないとしても、一晚を寝ずに明かしたに近い状態に至れば、R子が室内を歩き回るのみならず、手探りで室外に出る方途を模索したり、さらには右のような所為に類する事態が出来することはR子の自然の身体的又は精神的反応としてこれを予想すべき余地がなかったとはいえないと思料される。加えて、証人Yは、その証人尋問において、R子はベッド上に立ち上がることもあった旨、Yは本件窓が施錠されていることは確認した旨各証言しており、これによれば、盲目のR子が落下したり、そうでなくとも危険な状況に至ったりすることは具体的に予想し得たものと認められる上、Y自身も、R子が本件窓に接近する等によって生ずる危険を想定していたこともうかがわれないではない。

もちろん、R子が最初に310号室の出入口に触れていれば同所から出ることを試みたであろうことが推定されるけれども、本件窓及びその鍵に触れて開口部の存在を覚知すればこれに意を得てそこから室外に出ようとすることは、当時のR子の心身の状況を前提とすれば必ずしも突飛な行動とは解されない。本件窓の形状、位置、これを開けた際に触れたであろう外気の状態等から、R子にあっては戸外に面する開口部であることを了知しえたものと推断されるものの、その先にある物が落下防止用フェンスであり、それを超えれば危険であることを認識し、又は認識し得たことを認めるべき的確な証拠は見出されない。

この点、被告は、R子が3階にいることを知っていた旨主張するが、当夜のR子の心身の状況に照らし、自分の所在する場所や階数等を記憶を辿り論理的かつ冷静に判断し得たかについては疑問を留保せざるを得ない。

なお、R子が自ら主体的に3階の本件窓から出たこと(R子の転落が事故ではないこと)を認めるべき的確な証拠は見出されない。

7 しかるところ、Yにあっては、深夜相当時間過ぎた段階に至っても、なおR子を就寝させる頃合いを見図る等介護又は介助の要否やそのタイミング等について検討した様子はいかたがえない(310号室に寝具等を持ち込んで同室を一時的な就眠の場所としようとした様子もない。)のであって、しかるときは、いつ就寝させ、あるいは304号室に戻すか等、爾後R子をどのように処遇するかについて確たる見通しや方針もなかったのではないかとの疑問が払拭されない。これをR子の側からみれば、身体を休める寝具はなく、他方、自己の意向を表明する術を知らないまま時間が経過したものというべく、結局、特段の措置が講ぜられない状態が継続したものと評せざるを得ない。

この点、Y又は当直看護師において、R子に声を掛ければ再度興奮するおそれがあるとの配慮がなお継続していたのであれば、それは、R子にとっては、鎮座して夜を明かすか、あるいは寝具のない状態で就寝せざるを得ないことを意味することにならないか疑問なしとしない。

8 もっとも、本件事故の態様としては、R子が本件家具を昇るなどして、本件窓を開けて戸外へ出た蓋然性がうかがえるところ、そのような行動自体は通常容易に想定されるものではないことはたしかである。しかし、それが室内外の状況及び引き戸、本件窓の状況等を知らず、又はこれを視認することができない者についても同様であるかはいささか疑問であり、かえって、盲目であり、310号室の状況を知らなかったR子にあっては、何も情報を与えられなければ、どのような行動をとればどのような危険が生ずるかはほとんど分からなかったであろうことが推認される。

9 他方、当直看護師及びYは、夜勤担当として相当な繁忙状況にあると認められ、R子に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R子への対応に当てることが不可能であったとも認められない。

10 以上を総合すれば、Yにあっては、R子が落ち着きを取り戻しているか確認すべくR子に何らかの働きかけをしたり、寝具等がなく一睡もしていないと認められるR子の不安定な状態を解消させる措置を試みるべきであったところ、Y及び当直看護師において、室外からR子に気づかれないよう様子を見るにとどめる措置を継続させ、就寝可能な環境を提供せず、R子に声を掛ける等もしなかったのであり、それがなおその裁量的判断の範囲にあるとはいい難く、適切な介護すべき義務を怠ったものといわざるを得ない。

11 もっとも、R子が何らかの働きかけに対し従順に応じたり、再度興奮しなかったであろうとの確実性はなく、また、R子が再度興奮した場合にどのような事態が招来されるかは必ずしも判然としないことを勘案すると、R子に対する積極的な対応がされなかったことと本件事故との間に端的な因果関係があるかは問題ではある。

しかしながら、そのような働きかけがあればR子自身も、どのような形態であれ、身体的あるいは精神的反応を示し、R子が従前の興奮状況から脱しているか否か、何を欲しているか等を探り、あるいはそれが介護職員において爾後どのような対応をとるべきかについての判断材料となり、相応に対処し得た相当の蓋然性は否定し得ない。しかるときはこのような働きかけがなかったことは、R子が適切な介護を受ける機会を失わしめたものであって、そのためにR子自らが行動を起こし、本件事故に至ったという限りにおいて、本件事故もその因果の流れにあることは否定されないと思料される。

12 以上によれば、Y(当直看護師の指示に基づく措置が含まれるとしても、行為の関連共同性は認められる。)は、適切な介護を怠ったことについて不法行為責任を負い、その使用者である被告は、使用者責任を負うものと解される。

三 争点2について

証拠(略)、及び弁論の全趣旨によれば、丁は、当夜午前4時30分ころ本件事故の連絡を受け、R子を診察した際、もう助からないと認識したこと、救急隊に当夜午前5時15分ころ連絡したことが認められるが、その過程において丁に医療上の判断又は措置に誤り、不手際

等があったことを認めるに足りる証拠はなく、原告の主張は、理由がない。

四 争点3について

証拠(略、原告本人)及び弁論の全趣旨によれば、原告は、R子と夫婦として生活を共にし、2人で学習塾の経営等に携わり、この間及びその後、R子の実子K等との間の確執等があった様子もうかがえるものの、約13年にわたり実質的夫婦関係を継続してきたこと、R子の失明後は原告がその介助をしてきたこと、R子は、原告が入院して介助に当たれなかったため、本件施設に入所したものであること、原告は、これまで愛情を注ぎ、精神的支えであったR子の突然の死により多大な精神的苦痛を受けたものと認められる。

右の点に、R子の従前の状況、本件事故の経緯、態様その他本件に表れた一切の事情を斟酌勘案すると、原告の精神的苦痛を慰謝するための慰謝料として、600万円をもって相当と認める。

第四 結論

以上の次第で、原告の請求は、被告に対し、使用者責任に基づく損害賠償として、600万円及びこれに対する不法行為の後の日である平成9年3月21日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり判決する。

⑨ 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 一部判決 一部認容 一部棄却 (確定)
平成13年(ワ)21116号 損害賠償請求事件
判例時報 1840号 20-26頁

<事案の概要>

医院でデイケアを受けていた高齢者が医院の送迎バスを降りた直後に転倒して骨折し、その後肺炎を発症して死亡したことにつき、医院・患者間における診療契約と送迎契約とが一体となった無名契約の成立及び医院による同契約上の義務違反及び、転倒による骨折のみならず、その後発症した肺炎および死亡と当該義務違反との相当因果関係を認め、医院の設置運営者の債務不履行責任が認められた事案である。請求金額は3315万円余り、認容額は686万円、被害者に6割の過失を認定した。

<主文>

- 一 被告は、原告甲野花子に対し金308万707円、原告乙山春子及び原告丙川夏子に対し各金189万2719円及びこれらの金員に対する平成13年10月12日から各支払済みまで年5分の割合による金員をそれぞれ支払え。
- 二 原告らのその余の請求を棄却する。
- 三 訴訟費用は、これを5分し、その4を原告らの負担とし、その余を被告の負担とする。
- 四 この判決は、一項に限り、仮に執行することができる。

<事実及び理由>

第一 請求

被告は、原告甲野花子に対し金1657万8813円、原告乙山春子及び原告丙川夏子に対し各金828万9406円及びこれらの金員に対する平成12年4月29日から各支払済みまで年5分の割合による金員をそれぞれ支払え。

第二 事案の概要

本件は、被告の設置運営する医院においてデイケアを受けていた訴外亡甲野太郎(以下「亡太郎」という。)が、そのデイケアから帰宅するための送迎バスを降りた直後、転倒して骨折し、更には肺炎を発症して死亡したことにつき、この死亡は被告又はその雇用する介護士の注意義務違反により生じたものであるとして、亡太郎の相続人である原告らが、被告に対し、民法415条又は同法709条若しくは同法715条に基づき、損害賠償金及びこれに対する亡太郎の死亡した日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払いを求めた事案である。

一 争いのない事実等

(1) 当事者(亡太郎の直接死因については甲四。その余は争いがない。)

ア 原告甲野花子(以下「原告花子」という。)は、亡太郎の妻であり、原告乙山春子及び同丙川夏子は、亡太郎の子である。

亡太郎は、大正10年4月22日に生まれ、平成12年4月29日に死亡した。その直接死因は肺炎であった。

イ 被告は、A県〈番地略〉において、内科、心療内科及び精神科を診療科目とし、精神科の付帯施設として小規模精神科デイケア承認施設をも設置する丁原医院(以下「被告医院」という。)を設置運営する医師である。

(2) 亡太郎の被告医院への通院(争いが無い。)

亡太郎は、平成11年3月2日以降、土曜日、日曜日、祝日などを除くほぼ毎日、被告医院のデイケア室へ通院するようになった。亡太郎が被告医院に通院する場合、被告の雇用する介護士は、午前9時ころに送迎バスにより自宅マンション(原告花子の住所地と同じ。)の玄関口まで迎えに来て、午後5時30分ころに同じく送迎バスにより自宅マンションの玄関口まで送り届けていた。

(3) 転倒事故の発生(争いが無い。)

平成11年12月10日、亡太郎は、被告医院のデイケア室へ通院し、同日午後5時30分ころ、被告の雇用する介護士である訴外戊田松夫(以下「訴外戊田」という)の運転する送迎バスにより自宅マンション前まで送り届けられた。訴外戊田は、送迎バスから路上に降りるための踏み台を出して亡太郎をそのバスから降ろした。その後、訴外戊田がその踏み台を片づけるなどの作業をしている間に、亡太郎は、路上において転倒した(以下、この転倒事故を「本件事故」という。)

そして、訴外戊田は、亡太郎を送迎バスに乗車させ、横たわらせた後、被告医院に本件事故の発生を連絡するなどした。

その後、訴外戊田は、様子を見に来た原告花子も同乗した送迎バスを運転して、亡太郎をA県B市所在のC整形外科内科(以下「C医院」という。)へ連れて行った。亡太郎は、C医院においてレントゲン検査を受けたところ、右大腿部けい部骨折の傷害を負ったと診断された。

C医院には入院設備がなかったことから、亡太郎は、同日、A県B市所在のD整形外科医院に入院した。

二 争点

(1) 被告又は訴外戊田の亡太郎に対する注意義務の有無及び内容

(原告らの主張)

亡太郎は、被告との間で、被告医院のデイケア室(小規模精神科デイケア承認施設)において精神科の医療行為としてのデイケアを受けるとともに、その際に被告が雇用する介護士が送迎バスにより亡太郎の自宅マンションの玄関口まで迎えに来て、デイケア後は同人の自宅マンションの玄関口まで送り届け、これに対して亡太郎が被告に対し1日200円の送迎代を支払う旨の契約(診療契約と送迎契約が一体となった無名契約)を締結した。平成11年3月2日以後の亡太郎による被告医院のデイケア室への通院は、この契約関係のもとに行われた。

そして、被告は、上記契約に付随する信義則上の義務として、亡太郎を同人の自宅マンションの玄関口で預かり玄関口まで送り届ける間、不可抗力以外の万全の措置を講じて同人の生命及び身体の安全を確保すべき義務(以下「安全確保義務」という。)を負担していた。

また、被告及び訴外戊田は、条理上、不法行為法上の注意義務として、安全確保義務と同一内容の注意義務を負っていたものというべきである。

(被告の主張)

ア 原告らが主張する診療契約と送迎契約が一体となった無名契約なるものは存在しない。被告が行っていた送迎は、デイケアを受ける患者のうち希望する者のみを対象としたものであり、診療契約とは必然的な結びつきはない。

イ 仮に被告に送迎契約上の何らかの注意義務が存在するとしても、被告が亡太郎から送迎料として受領していたのは1日の往復で200円という、実費程度の金額に過ぎない。したがって、送迎契約は無償契約同様のものであり、その注意義務の程度も自己と同一の注意で足りる。

(2) 被告又は訴外戊田による注意義務違反の有無

(原告らの主張)

ア 一般に、老年者は生理的活動性が低下しており、歩幅が狭く、重心がふらつき、転倒を防御する反射機能に欠ける。また、日常生活の活動性低下が、骨質、骨強度の低下を招き、転倒につながるといわれる。

イ 亡太郎は、高齢で、かつ、老年性認知症と診断され、物忘れ、夜間せん妄、徘徊、記憶力障害等の症状があったうえ、右足の痛みを訴えて右足を引きずったり、腰の痛みを訴えるなどの身体状況にあり、送迎バスへの乗降時などに身体のバランスを崩したりして転倒する危険があった。

また、亡太郎には、貧血が進行していた上、デイケア時において食事を全量摂取することは少なく、2分の1から3分の2量しか摂取しなかったことから、体重が低下し、低栄養状態であった。

以上の事実からすると、亡太郎には、日常活動性の低下、骨質や骨強度の低下があり、容易に転倒して骨折する危険性があったといえることができる。そして、被告又は訴外戊田において、これを予見することが可能であった。

ウ それにもかかわらず、被告は、亡太郎を送迎するバスに1人しか職員を配置せず、また、送迎バスに配置された被告の履行補助者である介護士の訴外戊田は、平成11年12月10日、亡太郎を送迎バスから降ろし、亡太郎から目を離して踏み台を片づけるなどの作業をして亡太郎を放置し、同人を転倒させ、右大腿部けい部骨折の傷害を負わせた。

エ 以上からすると、被告又は訴外戊田は安全確保義務に違反したものというべきである。

(被告の主張)

ア 亡太郎は老人性認知症ではあったが、日常的な会話や日常的な作業を行うことは可能であり、ある程度の事理弁識能力を有しているものであった。

イ 他方、亡太郎の赤血球数や体重につき、被告医院のカルテに原告ら主張のとおり記載があることは認めるが、E病院への入院は、貧血治療のためではなく、予定されていた検査入院である。

また、亡太郎は高齢者としては十分な体力を持ち合わせており、殊に送迎バスには、いつも最後部の座席に座り、1人で身をかがめて座席の間を歩行して、乗降口と最後部座席とを行き来していたのであって、原告らが主張するような体力的懸念はなかった。

このような状況からすれば、被告又は訴外戊田には、亡太郎が容易に転倒して骨折する危険性を予見することが可能であったとはいえない。

ウ 被告は、送迎バスには原則として2人の介護士を乗せているが、亡太郎のようにある程度の事理弁識能力を有する者の送迎については、1人の介護士のみがあたる場合もあった。

訴外戊田は、平成11年12月10日、亡太郎を送迎バスから降ろし、^{ちよりつ}佇立している亡太郎を確認してから、踏み台を収納するなどの作業をしていたところ、亡太郎の悲鳴が聞こえたので振り返ると、亡太郎が転倒しそうになっていた。訴外戊田は、亡太郎を助けようとしたが間に合わず、亡太郎が転倒したものである。

以上の被告及び訴外戊田が亡太郎に対してとった措置に落ち度はない。

(3) 注意義務違反と死亡との間の因果関係の存否

(原告らの主張)

ア 肺炎の発症について

一般に、歩行が障害される大腿骨けい部骨折では臥床を余儀なくされ、老年者は、骨折により身体、精神機能が急速に低下する。そして、長期間の臥床により、肺機能の低下、誤嚥により肺炎を併発するものとされている。

亡太郎は、平成11年12月10日、D医院に入院し、同月18日に人工骨頭置換術を受けたが、入院中はベッドで寝たきりの状態であったので、食欲や肺機能などの身体機能を急速に低下させ、平成12年1月5日ころより、^{がいそう}咳嗽、^{たん}発熱及び痰などの症状が現れ、肺炎を併発したものである。

(中略)

第三 争点に対する判断

一 上記争いのない事実等に加え、(証拠略)によれば、次の事実が認められる。

(1) 亡太郎が被告医院に通院することになった経緯

亡太郎は、平成9年10月ころから、デイサービスセンターにおいて、デイサービスを受けていたが、次第に認知症の症状が進行していた。そのため、亡太郎の妻である原告花子は、認知症の高齢者を扱う施設を紹介してもらうためにF保健所に連絡をし、被告医院の紹介を受けた。

原告花子は、平成11年2月10日、初めて被告医院に赴き、亡太郎について被告の診察を受

けた。同月13日には、亡太郎自身が被告医院を受診した。その際、被告は、簡易知能評価スケールにて亡太郎を検査し、その点数が30点満点中15点となったことから、認知症の疑いが濃厚であると判断した。そして、被告は、原告花子に対し、亡太郎の頭部のCT検査ないしMRI検査を行うよう指示した。亡太郎は、同月23日に、G病院にてMRI検査を受け、脳に萎縮があるほかは、画像上、脳に特別な異常を認めないとの検査結果を得た。以上のような検査結果をもとに、被告は、亡太郎を、アルツハイマー型老年性認知症と診断した。

他方、上記の被告医院での受診の際の原告花子の説明などから、被告は、亡太郎にせん妄(軽い意識の混濁とともに、幻覚や妄想などの錯覚が加わった状態)の症状が生ずることがあると判断した。そこで、被告は、せん妄の治療のための投薬を行ったが、投薬のみでは亡太郎の症状の抜本的な改善が望めないと判断し、同月19日、亡太郎に対してデイケア(精神障害者の社会生活機能の回復を目的として、個々の患者に応じたプログラムに従ってグループごとに治療するという、精神科の治療方法の一つであり、具体的には、病院内のデイケア室において、体操やレクリエーションを行うなどするもの。)の治療を施すことを原告花子に提案し、了承を得た。また、原告花子は、被告医院の看護師から、デイケアのために通院するにあたり、被告医院では送迎も行っている旨告げられ、これを希望し、送迎の申込みを行った。

亡太郎は、同年3月2日から、土曜日、日曜日、祝日などを除くほぼ毎日、被告医院のデイケア室へ通院するようになった。そして、亡太郎のデイケアの通院において、当初から、自宅マンションから被告医院への送迎が行われた。この送迎は、デイケアの際に亡太郎ら患者を介護する介護士により行われていた。送迎代は日額200円であり、診療費や食事代、雑費などとともに一括して請求されていた。本件事発当時、介護士は、亡太郎を送迎する際、自宅マンション前の道路の向い側に送迎バスを停車し、亡太郎の自宅玄関口から同人を送迎バスまで連れて行って乗車させ、あるいは送迎バスから降車した亡太郎を同人の自宅玄関口まで送り届けていた。亡太郎は、送迎バスに歩道から乗降車していたが、その歩道の一部は舗装されていなかった。

(2) 本件事発当時の亡太郎の身体状況等

本件事発当時、亡太郎は、何かに掴まりながらでないと歩けないとか、付添人が手を貸さなければ歩けないなどということはなく、自立歩行が可能であった。そして、被告医院へ通院するための送迎の際、付き添っていた介護士は、亡太郎が歩くそばを離れずに見守っていたものの、通常は亡太郎に手を貸すということはなく、その必要もなかった。また、亡太郎は、被告により、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。

他方、亡太郎は、平成11年3月16日に行われた血清・血液学検査において、赤血球数が333万/ μ 1 (男性の正常値は430~570万/ μ 1)、ヘモグロビンが1.1g/dl (男性の正常値は14~18g/dl)であり、いずれも男性の正常値を下回っていた。また、同年11月13日に行わ

れた血清・血液学検査においては、赤血球数が286万/ μ 1、ヘモグロビンが9.0g/dlとなり、亡太郎は貧血状態にあつて、このころには、被告において、鉄剤の投与が検討されていた。そして、亡太郎の体重は、同年4月27日には45.0キログラム、同年5月17日には44.5キログラム、同月24日には46.0キログラムであったものが、同年6月29日及び同年8月5日には44.0キログラム、同年9月6日には41.0キログラム、同年10月4日には40.0キログラム、同年11月8日には39.0キログラムとなつていて、亡太郎の体重は減少傾向にあつた。

(3) 本件事故の状況

平成11年12月10日、亡太郎は、被告医院におけるデイケアから帰宅するにあたり、送迎バスにより自宅マンション前まで送り届けられた。このとき、送迎バスに乗車していた介護士ないし被告医院の職員は、運転手を兼ねていた訴外戊田のみであつた。

訴外戊田は、送迎バスを停車させ、運転席から降り、同車の左側のスライドドアを開け、座席の下から踏み台用のコーラケースを取り出して、後部座席に座つていた亡太郎を呼び、亡太郎を降車させた。亡太郎は、他の者の介助を受けずに、座席から車内の通路を歩いてドアから歩道に降り立った。

訴外戊田は、亡太郎が送迎バスを降車した後、踏み台用のコーラケースをもとの場所へ片づけ、スライドドアを閉めて施錠する作業をしていた。そのとき、亡太郎の声が聞こえたため、訴外戊田が振り返つたところ、亡太郎が転倒しかかつていたので、訴外戊田は亡太郎に手を差し伸べたが、その転倒を防ぐことができなかつた。亡太郎が転倒をした場所は、歩道の舗装部分と未舗装部分の境目で、やや未舗装部分寄りのところであつた。

亡太郎は、本件事故後にレントゲン検査を受けたC医院において、右大腿部けい部骨折と診断され、同日、D医院に入院した。

(4) 本件事故後の経過

亡太郎は、D医院において、同月18日、人工骨頭置換術を受け、同月28日に抜糸をするなど、本件事故により生じた右大腿部けい部骨折に対する治療を受けていた。D医院への入院後、亡太郎は、ベッドに寝たきりの状態であり、食欲も低下していった。

そして、平成12年1月5日ころより、亡太郎に、^{がいそ}咳嗽、^{たん}発熱及び痰などの症状が現れ、同月7日に行われた胸部レントゲン検査によって肺炎が疑われたことから、同日、G病院に転院した。

G病院では、D医院からの紹介状、亡太郎に発熱、痰が多いなどの症状が見られること、血液検査でCRP(炎症反応により高値となる。)が高値であつたこと等から、亡太郎は肺炎であると診断された。同月8日には、亡太郎は自力では起き上がれず、両下肢はむくみ気味であつた。その後も亡太郎に対する肺炎の治療が行われたが、肺炎が改善して栄養補給のための経口摂取を開始すると誤嚥性肺炎を起こすという経過を繰り返し、徐々に全身機能が低下していった。そして、亡太郎は、同年4月29日、肺炎を直接死因として死亡した。

二 争点 (1) (被告又は訴外戊田の亡太郎に対する注意義務の有無及び内容)について

(1) 上記(1)で認定した事実関係によれば、亡太郎は、被告との間で、被告医院にお

いてデイケアを受けるとともに、その通院にあたって被告医院の送迎バスによる送迎を受けるという、診療契約と送迎契約が一体となった無名契約を締結していたものと解するのが相当である。

この点、被告は、診療契約と送迎とは必然的な結びつきはないと主張し、診療契約と送迎契約が一体となった無名契約なるものは存在しないと主張する。確かに、患者がデイケアのために被告医院に通院する場合に、被告による送迎を希望しないことがあり得るとは考えられるが、そうであるからといって、本件のように、患者が送迎を希望したことにより被告による送迎が行われる場合に、これを診療契約と一体のものと解し得ないということとはできない。本件においては、被告医院ではデイケアを行う部署と患者の送迎を行う部署とが区別されていたなどという、診療契約と送迎契約を別個のものと解するに足る事情が認められず、むしろ、上記(1)で述べたとおり、デイケアの際に介護に従事していた介護士が亡太郎ら患者の送迎も行っており、デイケアそのものについての診療費、デイケアの際の食事代、雑費などとともに送迎代も一括して請求されていること等の事情が認められるのであって、デイケアと送迎を一体のものと解するべきである。

(2)そして、上記(1)で述べたような亡太郎と被告との契約関係等に鑑みれば、被告は、亡太郎と被告との間で締結された無名契約に付随する信義則上の義務として、亡太郎を送迎するに際し、同人の生命及び身体の安全を確保すべき義務、すなわち、原告らの主張する安全確保義務を負担していたものと解するべきである。

この点、被告は、亡太郎から受領していた送迎代が低額であることを理由に、その負担する注意義務の範囲が自己と同一の注意で足りると主張する。しかしながら、すでに述べたとおり、当該契約は、デイケアを行う診療契約と送迎契約が一体となった契約であって、送迎代としての追加額のみを取り出して、注意義務の程度を論じることは相当ではない。被告の主張は採用できない。

三 争点(2)(被告又は訴外戊田による注意義務違反の有無)について

一般に、老年者は、生理的活動性が低下しており、歩幅が狭く、重心がふらつき、転倒を防御する反射機能に欠けることから、転倒しやすく、また、加齢とともに骨が脆弱化することから、軽微な外傷により骨折を生ずるものとされている。

上記争いのない事実(1)で述べたとおり、亡太郎は、大正10年生まれであって、本件事故当時78歳の老年者であった。そして、これに加えて、上記一(2)で認定したとおり、本件事故当時、亡太郎は、自立歩行が可能であって、簡単な話であれば理解し、判断する能力が保たれていたものの、貧血状態にあつて、体重も減少傾向にあつたのであるから、ささいなきっかけで転倒しやすく、また、転倒した場合には骨折を生じやすい身体状況にあつたものということが出来る。また、上記一(3)で認定したとおり、本件事故の現場は、一部未舗装の歩道であつて、必ずしも足場のよい場所ではなかつたのであるから、亡太郎が転倒する可能性があることは被告において十分想定することができたと考えられる。

このように、亡太郎の年齢、身体状況に加え、送迎の際に存在する転倒の危険に鑑みる

ならば、被告は、上記二で述べた亡太郎の生命及び安全を確保すべき義務を果すため、被告医院へ通院するために亡太郎を送迎するにあたっては、同人の移動の際に常時介護士が目を見守りながら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解される。

ところが、上記一（3）で認定したとおり、被告は、本件事故当時、亡太郎を送迎する送迎バスに乗車する介護士として、運転手を兼ねた訴外戊田1名しか配置しなかった。そして、亡太郎が送迎バスを降車した後、訴外戊田は踏み台用のコーラケースを片づけたり、スライドドアを閉めて施錠するなどの作業をする必要があつて、同人が亡太郎から目を離さざるを得ない状況が生じ、訴外戊田は亡太郎が転倒することを防ぐことができなかつたものである。被告としては、訴外戊田に対して、送迎バスが停車して亡太郎が移動する際に同人から目を離さないように指導するか、それが困難であるならば、送迎バスに配置する職員を1名増員するなど、本件事故のような転倒事故を防ぐための措置をとることは容易に行うことができるものであり、そうした措置をとることによって、本件事故は防ぐことができたといえることができる。そうであるとすれば、被告は、上記二で述べた亡太郎の生命及び身体の安全を確保すべき義務を怠ったことにより、本件事故を防ぐことができず、亡太郎の右大腿部けい部骨折の傷害を生じさせたものといふべきである。したがって、被告には、債務不履行が成立し、上記の注意義務違反と相当因果関係にある亡太郎の損害につき、これを賠償すべき責任を負うといふべきである。他方、被告の義務違反は当該契約に基づく義務違反に過ぎず、不法行為が成立するとまでは言い難い。

四 争点（3）（注意義務違反と死亡との間の因果関係の存否）について

亡太郎は、本件事故後、ベッドに寝たきりの状態にあつて、食欲も低下していたところ、肺炎が発症し、その後、治療によって肺炎が改善しても、経口摂取を開始すると誤嚥性肺炎を繰り返すという経過により、徐々に全身機能が低下し、本件事故後、治療の必要に併せて転院はあつたものの、退院して自宅に帰ることもなく、死亡に至つたものである。一般に、老年者の場合、骨折による長期の臥床により、肺機能を低下させ、あるいは誤嚥を起こすことにより、肺炎を発症することが多い。そして、肺炎を発症した場合に、加齢に伴う免疫能の低下、骨折（特に大腿けい部骨折）、老年性認知症等の要因があると、予後不良であるとされていることからすると、本件のような事故が原因となつて、大腿部けい部骨折を負った後、肺炎を発症し、最終的に死亡に至るという経過は、通常人が予見可能な経過であると解される。そうであるとすれば、上記三で述べた被告の義務違反と、それによる亡太郎の肺炎の発症、死亡との間には、相当因果関係があるといふことができる。

五 争点（損害）について

（中略）

（2）過失相殺

ア ところで、上記一（2）で認定したとおり、本件事故当時、亡太郎は自立歩行が可能であつて、歩行の際に介護士等が手を貸す必要のない状況であつた上、同人には中等度の

認知症状態が認められていたものの、簡単な指示であれば理解し、判断をすることができたことからすると、その余の亡太郎の身体状況等を考慮しても、本件事故は、まずもって、亡太郎自身の不注意によって生じたものと解さざるを得ない。本件においては、上記三で述べた被告の義務違反と相当因果関係にある損害は、亡太郎の損害の6割と解すべきであり、損害額は合計金688万2618円となる。そして、これを亡太郎の妻である原告花子が2分の1、亡太郎の子である原告乙山春子及び同丙川夏子がそれぞれ4分の1の割合で相続したから、原告花子の相続分は金344万1309円、原告乙山春子及び同丙川夏子の相続分はそれぞれ金172万654円となる。

イ 他方、被告は、原告らが亡太郎の送迎にあたってとることのできた措置をとらなかつたとして、これを原告らの過失として斟酌すべき旨主張するけれども、原告花子が亡太郎の送迎を被告に依頼した事情は上記一（1）で認定したとおりであって、原告らが、被告の主張するような措置をとることなく亡太郎の送迎を被告に任せたことについて、これを落ち度と捉えるべき事情を見出し難い。したがって、この点についての被告の主張は採用しない。

③ 損益相殺

（証拠略）によれば、原告花子は、亡太郎の死後、遺族厚生年金として、平成12年7月（同年5月分）から、1か月につき金15万150円の支払いを受けている。この遺族厚生年金につき、平成12年5月分から支払いを受けることが確定した本件口頭弁論終結日の属する月である平成15年2月分までの合計金510万5100円を、上記（2）アの原告花子の相続分のうち、亡太郎の逸失利益部分（金64万666円）から損益相殺として控除すると、結局、亡太郎の損害についての原告花子の相続分は、金344万1309円から金64万666円を差し引いた金280万643円となる。（なお、年金の受給期間及び支給期月につき、厚生年金保険法36条参照。控除の対象となる費目、控除すべき範囲及び控除の対象者については、最二判昭和50年10月24日民集29巻9号1379頁、最大判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁及び最二判平成11年10月22日民集53巻7号1211頁参照。）

（中略）

六 結論

以上によれば、原告らの請求は、被告に対し、原告花子については金308万707円、原告乙山春子及び同丙川夏子については各金189万2719円の損害賠償金及びこれらの金員に対する訴状送達の日翌日である平成13年10月12日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払いを求める限度で理由があるから、これを認容し、その余は理由がないからこれを棄却することとする。よって、主文のとおり判決する。

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

ショートステイ転倒事件 大阪高等裁判所 平成18年8月29日
賃金と社会保障 旬報社 1431号 41-45頁

1 本件の争点

本件は、特別養護老人ホームでショートステイを利用していた93歳の女性が、同じくショートステイを利用していた92歳の女性に、車椅子に座っている状態から背中を押されて前方に転倒し、顔面打撲、左大腿骨頸部骨折等の傷害を負い、両下肢の機能全廃等の後遺症を負ったことにつき、同ホームを運営する社会福祉法人及び早期に骨折を発見できなかった病院を運営する医療法人に対し、損害賠償請求をした事件である。第一審の神戸地裁姫路支部平成17年6月27日判決では、社会福祉法人及び医療法人双方の責任を否定し、請求を棄却したが、控訴審の大阪高裁平成18年8月29日判決は、社会福祉法人の安全配慮義務違反を認め、請求を一部認容した。本件訴訟のうち、事故後の治療に関する請求(主として医療法人の対応について)は、証拠が不十分であったこともあいまって、最終的に責任が否定された。

2 事案の概要

(裁判所が認定した前提事実)

A(被害者。原告。訴訟提起後、肺炎により死亡したことにより相続人が訴訟を承継。)は、本件事故当時93歳の女性で、認知症の進行により、要介護5に認定され、平成12年10月からショートステイを利用するようになった。本件事故以前には、人の介助があれば、杖なしで自力歩行が可能であったが、転倒することも多く、座っている際に前後に傾いて転倒することもあった。Aは、平成14年11月17日に発生した本件事故後、身体障害者等級1級に認定され、食事・排泄・衣服の着脱も一人でできない状態になった。一方、直接の加害者は92歳の女性で、要介護3に認定され、認知症の症状があり、本件事故の約半年前からショートステイを利用していた。歩行は、外出時は車椅子で、自宅では杖を使ったり這って移動したりしており、物につかまって伝い歩きをすることはできた。施設側は、転倒の危険性が高く、見守り等の注意を払う必要があることを申し送りしていた。本件事故以前には、他人の物を自己の物と勘違いすることがあり、介護を受ける際に抵抗して手を振り払ったりすることはあったが、他の利用者に対して暴力を振るうことはなかった。本件事故当時、施設には70名の利用者がいたのに対して、介護職員は3名が勤務していた。3名のうち1名は、空調確認に巡回しており、1名は別の階までゴミを捨てにいており、実際に利用者の介護をしていたのは残った介護職員Sだけあり、Sは他の利用者のおむつ交換をしていた。

平成14年11月17日午後8時15分ころ、ダイルームで、自分の車椅子に座ってテレビを観ていたAを、車椅子を間違えて使われていると誤解したUが背後から押し、その勢いでAは前のめりに転倒した。事故当時、Uは自室で家族の迎えを待っているように言われていたところ、

自室から出てデイルームに入っていく、Aの車椅子を自分の物と勘違いして車椅子のハンドルをつかんだ。Sは、Uがデイルームに入っていくところを見かけたため、Uの元へ行き、Uに対して、Uの車椅子を示し、ハンドルをつかんでいる車椅子はAのものであることを説明して自室に戻らせた。Sは他の利用者のおむつ交換に戻ったが、Uは再度デイルームへ行き、Aの車椅子のハンドルをつかんだり、Aの背中を押したりしていたので、それに気付いたSが、再び、Uに言い聞かせて自室に戻らせた。Sは、再び、他の利用者の世話を続けたが、Uはその後またデイルームへ来てAの車椅子のハンドルを揺さぶったり、Aの背中を押したりしたので、Sは、また、Uを自室に戻らせた。その後、Sが他の利用者の衣類交換を行っているとき、デイルームでドスンという音がした。Sが駆けつけると、デイルームでは、Aが車椅子の横にうつぶせに倒れていた。車椅子は倒れておらず、Uは車椅子の背後にハンドルをつかんで立っていた。事件発生の瞬間は、デイルームには誰もおらず、AとUの他目撃者はいなかった。

3 当事者の主張

(1) 本件事故に至る経緯

- ・ 原告側 本件事故は、事故発生後に施設職員が家族に説明したとおり、UがAを背後から押したことが原因である。
- ・ 被告側 現認者がいないので、事故に至る経緯は積極的には争わない。しかし、Uが他人の物を自己の物と錯覚することは度々あったが、直接的に暴力的行動にでることはなく、また、膝関節症を患っていたから、つかまるものがなければ自力歩行は困難である。よって、本件事故はUがAを押したことによって発生したとはいえない。

(2) 安全配慮義務違反の有無

<原告側> 70名の利用者に対して介護職員が3名のみという介護態勢自体、管理義務違反にあたる。Uは認知症の状態にあり、徘徊を繰り返し、暴力的行動を起こすことも度々あったのであるから、あらかじめそれに応じた注意を払っておくべきであった。また、本件事故の際の対応につき、Uを強制的に自室に戻らせるのではなく、Uが以後Aの車椅子に執着することがなくなるような対応をすべきであった。Sの対応は、認知症の高齢者の不適切な行動に対し、介護者が不適切な対応をし、その対応が高齢者自身の行動障害を誘発するという悪循環をもたらす典型的なものであって、Sの対応がUの暴力を誘発したというべきである。

<被告側> 本件事故は、施設職員の監視、監督義務の範囲外で発生したものである。当施設は完全介護施設ではなく、常に一人ひとりの介護を行うことは困難であり、入居者同士のけんかや暴力等について全ての行動を24時間態勢で監視、監督することはそもそも不可能であり、そこまで高度な安全配慮義務は要求されていない。また、本件事故は予見不可能であった。

4 第一審裁判所

(中略)

イ 施設の介護態勢について

契約によれば、施設では、契約者がその有する能力に応じ、可能な限り自立した日常生活を営むことができるように支援することを目的としている。本契約に基づく介護義務としては、入所者の日常生活上の基本的な介護を行うことに加えて、各入所者のおかれた状況に照らして必要とされる介護を行う義務があることは認められるけれども、入所者の行動を逐一監視するような完全介護体制による介護を行う義務があるとまでは認められない。

施設では、本件事故以前も事故当時と同様の勤務体制を採っていたが、問題が起きたことはなかった。また、認知症の者であるからといって直ちに他害の危険性が高いとはいえないうえ、Uに、他の入居者に対する他害の恐れが高かったとまでは認められず、介護職員の手が触れた場合に手を振り回したり、引っ掻いたりする程度であったし、他の入所者との間で口論となる以上にもめ事を起こしたり、怪我をさせたりしたことがあったことはないから、Uを常時監視する義務もない。

よって、3人の職員だけでは防止できないような、入所者が他の入所者に危害を加える事故が発生することを予測することは困難であったというべきであるから、介護職員が3人であったことをもって、安全配慮義務に違反したということはできない。

ウ 事故発生の予見可能性について

本件事故直前、Uは、Aの車椅子に執着を示し、介護職員が自室へ帰室を促すも、ダイルームに戻ってAの車椅子のハンドルを揺さぶったり、Aの背中を押すなどしていたところ、このようなUの行動に照らせば、Uが、その後も継続してAに同様の行為を行うことは予測可能であったと認められる。

しかし、Uの当時の心身の状況に照らすと、UがAを車椅子から落とすほどに強い有形力を行使するとは考えがたく、したがって、UがAの車椅子に執着し、車椅子のハンドルを揺さぶるなどの行動をしていても、車椅子自体は相当重く安定性もあり、これに座っている者がたやすく落下するような構造ではないから、それによって直ちに、UがAを転倒させて怪我をさせることを予見することまでは不可能であったというべきである。

エ 介護職員の対応について

Sはダイルームに近い部屋にいて、異常な物音でもすればすぐに駆けつけることができる状況にあったのであるし、Uの行動を常時監視すべき義務があったとは認められない。認知症の高齢者への対処方法は個人に応じてさまざまであって、職員が車椅子で自室に戻るよう誘導すればおとなしく戻って落ち着いていたこともあったのであるから、本件でUの車椅子を示して自室に戻るよう指示したことが直ちに不適切な対応方法であったとはいえない。

5 控訴審裁判所(大阪高裁)の判断(安全配慮義務違反に関して)

(中略)

(2) 控訴人らは、Y園では、本件契約に基づいて、十分な介護が可能である程度の人員配置を行うべきであるのに、十分な人数の職員を配置していなかったこと自体が安全配慮義

務違反に当たる旨主張する。そして、前記認定のとおり、本件事故当日、Y園では、約70名の入居者がおり、これに対し、午後5時までは8名の介護職員が、午後6時45分以降、すなわち、本件事故が発生した午後8時15分ころは、3名の介護職員のみが勤務している状況であった。しかしながら、このような人員の配置自体が介護保険法や老人福祉法及びその他の関係法令に違反するというものであれば格別、このような事実を認めることのできない本件においては、上記のような人員配置の結果、入所者に対して十分な配慮や対応ができず、その結果、安全配慮義務違反が生ずる結果となったとの事情の一つとして考慮されることはあり得るとしても、このことが直ちに、違法なものであり、被控訴人Yの負う安全配慮義務に違反するということとはできないものというべきである。

(3) ア その一方で、被控訴人Yにおいては、約款のように、その事業者の義務として、サービスの提供にあたり、契約者の生命、身体の安全に配慮すべき義務を負うことは当然のことであり、そこで、本件における具体的な状況の下で、被控訴人Yにおいて、このような義務を怠ったとの事実が認められるどうかについて検討する。

イ (ア) 前記認定の事実によれば、本件事故の発生した平成14年11月17日午後8時15分ころは、Q、R及びSの3名の介護職員が勤務し、そのうち、Qは、他の入所者から空調の調子がよくないとの連絡を受けて温度確認に巡回しており、Rは、ゴミを捨てに階下に降りていて2階にはおらず、Sは、17号室の入所者のおむつ交換を行っているという状態で、いわば上記3名の手は、それぞれ塞がっている状態であった。

他方、当日は、Uが13号室を自室として使用し、同日午後7時までには家族が迎えに来ることになっていたが、迎えが遅れたため、そのまま13号室を使用し、その後同室を使用する予定であったAは、Uの迎えが来るまでダイルームで待機し、車椅子に座ってテレビを見ている状態であった。

(イ) このような折り、Uは、Aの車椅子を自らの物と勘違いしてダイルームに入って行き、Aの車椅子のハンドルを掴んだため、Sは、いったんは、その車椅子はAのものであることを説明して13号室に戻らせた。

(ウ) しかし、Uは、再度、ダイルームに来て、Aの車椅子のハンドルを単に掴んでいたというのではなく、これを揺さぶり、さらに、Aの背中を押したりしていたというものであり、この際も、Sは、Uに言い聞かせて13号室へ戻らせた。

(エ) ところが、Uは、3度目にダイルームへ来て、Aの車椅子のハンドルを揺さぶったり、Aの背中を押したりしていたものの、Sは、また、Uを13号室に戻らせることをしたのみで、17号室へ戻り、他の入所者の介護等を行っていたところ、ダイルームからドスンという物音が聞こえ、本件事故の発生を知ったというものである。

ウ 以上によれば、Uは、2度、3度と重ねて執拗にAの乗っている車椅子は自分の物であると主張し、しかも、その行為も、単に車椅子を掴むというのではなく、これを揺さぶり、さらに、Aの背中を押したりと直接有形力を行使していたものである。そして、このようなUの行動に照らせば、Uは、Sの説得には納得せず、その後も継続してAに同様の行為を行う

ことは予測可能であったというべきであり、このことは、被控訴人Yにおいても、自認するところであって、むしろ、このような経過に照らせば、Uの行動は、さらにエスカレートしていくことも十分に予測可能であったといえる。しかも、Uは、日頃から、y園において、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、引っ掻く、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おり、y園の職員においては、このようなUの言動を承知していたはずである。加えて、Uは、本件事故当時92歳で、自力歩行はできなかつたが、原審証人Vの証言によれば、若いときから肉体労働をしていて腕力が強く、他方、(証拠略)によれば、A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り、前記のように、Uが、Aの車椅子のハンドルを揺さぶったり、Aの背中を押したりすれば、「前方へと転落」(《証拠略》)させ、本件のような事故が発生しうるとは容易に予見が可能であったというべきである(身長が低く、体重の軽いAでも、車椅子に深く座つていれば、たやすく落下することはないと考えられるが、AがU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ことである。)。そうであれば、Sは、単に、Uを自室に戻るよう説得するというのみではなく、さらに、Aを他の部屋や階下に移動させる等して、Uから引き離し、接触できないような措置を講じてAの安全を確保し、本件事故を未然に防止すべきであったものというべきところ、このような措置を講ずることなく、本件事故を発生させたものであり、被控訴人Yには、安全配慮義務の違反があるといわざるを得ない。

エ これに対し、被控訴人Yは、Uは、自力独立歩行はできず、杖を使うか這うか、伝い歩きをして移動していたこと、本件事故当時92歳であったこと、骨粗しょう症を患っていたことなど、Uの当時の心身の状況に照らすと、UがAを車椅子から落とすほどに強い有形力を行使するとは考え難いし、もし、UがAを押し倒すことができたとしても、その際には、Uも転倒してしまうはずであるなどと旨主張する。しかし、実際、Uは、伝い歩き等是可以のであり、車椅子のハンドル等に掴まり立ちすれば、手は十分に使うことができるし、むしろUの腕力は強く、現に、Aの車椅子のハンドルに掴まり立ちし、そのハンドルを揺さぶったり、Aの背中を押したりした結果、車椅子に深く座り続けることのできなくなったAが、前方に転落し、本件事故が発生したと認められるものであるから、同被控訴人の上記主張は、採用することができない。

(4) 以上によれば、被控訴人Yが、Aに適切な治療を受けさせる、義務があつたにもかかわらず、これを怠つた注意義務違反の有無について判断するまでもなく、被控訴人Yには、本件事故につき、安全配慮義務の違反があり、Aに生じた損害について、これを賠償する責任があるというべきである。

⑪ボランティアの見守り義務違反による転倒・骨折事故

東京地方裁判所 平成10年7月28日判決
平成7年（ワ）第6296号・第20624号 損害賠償請求事件
判例時報 665号 84-89頁

<事案の概要>

社会福祉協議会が派遣したボランティアが身障者の歩行介護を行っている間に身障者が転倒した事故につき、右協議会と右身障者との間に契約関係が存在しないとして、右協議会の債務不履行責任が否定され、事故につき、右ボランティアの善管注意義務が否定された事例である。

<主文>

- 一 甲、乙事件原告の請求をいずれも棄却する。
- 二 訴訟費用は甲、乙事件原告の負担とする。

<事実及び理由>

第一 請求

一 甲事件

甲事件被告社会福祉法人A区社会福祉協議会(以下「被告協議会」という。)は、甲、乙事件原告(以下「原告」という。)に対し、2350万8598円及びこれに対する平成7年4月28日から完済に至るまで年5分の割合による金員を支払え。

二 乙事件

乙事件被告乙山春子(以下「被告乙山」という。)は、原告に対し、2350万8598円及びこれに対する平成7年10月26日から完済に至るまで年5分の割合による金員を支払え。

第二 事案の概要

一 本件は、ボランティアによる歩行介護を受けて病院から帰る途中に転倒し負傷した原告が、右転倒はボランティアに歩行介護を行う上での注意義務違反があったためであるとして、ボランティアとボランティアを「派遣」した社会福祉法人に対して損害賠償を求めている事件である。

すなわち、後記認定のように、原告は、平成3年11月16日に発症した脳出血のため、同月17日から平成4年6月13日までB病院に入院して治療を受けたが、左半身麻痺の後遺症が残ったため、退院後も自宅から病院に通院してリハビリテーションの訓練(以下「リハビリ訓練」という。)を受けるようになった。原告は、右の通院については、社会福祉法人である被告協議会が設置、運営するボランティアセンターから「派遣」されたボランティアによる歩行介護を受けていたところ、平成4年7月1日午前11時30分ころ、B病院でリハビリ訓練を受けて帰宅する際、同病院玄関付近で転倒し、右足大腿骨頭部を骨折した(以下「本件事故」という。)。その際に歩行介護をしていたのはボランティアの被告乙山であった。

そこで、原告は、被告乙山には歩行介護を行う者として原告の転倒を防止すべき注意義務があるのにこれを怠ったとして、被告らに本件の損害賠償を求めている。

二 争点

1 原告と被告協議会との間の契約関係の存否

(原告の主張)

(1) 被告協議会はボランティアの育成、登録及び派遣をその事業としており、被告乙山の派遣は被告協議会の事業として行われたものである。

(2) 本件派遣は、訴外都立B病院が原告の事務管理者として被告協議会に介護者の派遣を委託したところ、被告協議会がこれを受託し、さらに原告がこれを承諾した結果行われたものであり、原告と被告との間に介護者派遣に関する準委任契約(介護者派遣契約)が成立した。

(3) したがって、被告協議会には、介護者派遣契約に基づき、原告の身体に対する危険が生じないよう配慮する義務があるというべきであり、被告協議会の履行補助者である被告乙山の後記過失によって本件事故が発生したものであるから、被告には債務不履行による損害賠償責任がある。

(被告協議会の主張)

被告協議会は、原告のボランティア紹介の要請を受けて、ボランティアたる被告乙山を紹介したにすぎず、原告と被告協議会との間には何ら契約関係は発生しないから、被告協議会には原告の主張する注意義務が存在しない。

2 被告乙山の過失の有無

(原告の主張)

被告乙山は、左半身が麻痺している原告の歩行介護に際しては、常時原告の動静を監視し、歩行させる場合などには、いつにても手を差し出すことができるようにするなどして転倒等原告の身体に対する危険が生じないよう配慮する義務があるのにこれを怠り、病院1階のエレベーターを降りたところで原告に対する歩行介護をやめて原告を放置した過失により、原告を病院玄関自動ドアの出口付近まで独力で歩行させた結果、本件事故を発生させた。

(被告らの主張)

被告乙山は、原告の通院のための歩行介護を依頼された際、原告に転倒の危険があることその他特に注意すべき点につき、担当医や原告から知らされていなかった上、本件事故は原告が被告乙山の指示に従うことなく自力で歩行したために発生したものであって、被告乙山には過失がない。

3 本件転倒事故による損害の有無

(中略)

第三 判断

一 本件事故に至る経緯等について

(証拠略)によれば、本件事故に至る経緯等について次の事実を認めることができ、右認定に反する証拠はない。

1 原告(昭和7年7月22日生。本件事故当時59歳)は、平成3年11月16日に脳出血を起こし、同月17日からB病院に入院したが、左半身麻痺の後遺症が残ったため、平成4年2月4日から右病院のリハビリテーション科(以下「リハビリ科」という。)でリハビリ訓練を受けるようになった。この訓練は、原告が日常生活を自立して行うことや歩くことが可能になるようにすることを目的として行われ、具体的には運動機能を回復するために平行棒の内側を歩行したり、階段を上下したりする訓練と調理等の日常家事を行う訓練が行われた。

2 原告は、平成4年5月末ころには、退院が可能な状況となり、同年6月13日にB病院を退院したが、退院後も通院してリハビリ訓練を受ける必要があった。退院時の原告は、なお左半身麻痺の症状が残り、失認状態があったため、杖をついて独力で歩行することは可能であったものの、屋外で歩行する場合には、介助者が原告の近くに立って原告の動静を監視し、倒れそうになるなど危ないときにはすぐに手を出して支えることができるような体勢、いわゆる近位監視歩行をとる必要があった。しかし、立っているだけでは近位監視は不要で、離れた位置から監視していれば足り、10分程度は安定した姿勢で立っていることが可能であった。また、原告には脳出血を原因とする言語障害の症状はなかった。B病院リハビリ科のB₁医師は、原告の退院前、原告の長男夫婦に原告の介助上の注意などをした。

3 しかし、原告の家族が通院の介助をすることは困難であったため、B病院医事課所属のケースワーカーであるB₂は、ボランティアによる歩行介護を依頼することにし、原告の退院前である同年5月27日、被告協議会に原告のガイドヘルプ(障害者や高齢者の外出介助や買物の手伝いなどを行うボランティアの紹介を電話で依頼した。その際、B₂は、被告協議会の職員であるA₁に対し、原告の症状について、脳出血による左下肢に麻痺があること、言語は明瞭であること、ゆっくりではあるが自力歩行できること、原告はリハビリに意欲的であること、タクシーの乗降については注意して欲しいことを伝え、6月の始めの退院以降毎週木曜日と金曜日の介助者の紹介を依頼した。

これに対して、被告協議会では、ガイドヘルプを行うボランティアとして登録されていた被告乙山とC₁とを介助者として紹介することとし、両人の内諾を得た上、B₂にその旨を連絡した。

4 被告乙山は、昭和60年ころから被告協議会のボランティアセンターに登録して、ガイドヘルプのボランティア活動を行っていたが、被告協議会から連絡を受けて、原告がB病院へ通院する際のガイドヘルプを引き受けることにし、同年6月25日と本件事故当日の同年7月1日の2回、原告のB病院への通院について歩行介護を行った。

5 原告は、平成4年7月1日の午前10時ころ、歩行介護のため原告宅に来た被告乙山に付き添われて、タクシーでB病院へ行き、エレベーターで同病院地下1階にあるリハビリ科運動療法室に行き、そこで約40分間のリハビリ訓練を受けた後、被告乙山に付き添われて、エレベーターで1階に戻り、帰宅すべく同病院玄関に向かったが、同日午前11時30ころ、被告

乙山がタクシーを呼ぶため一時原告の側を離れた間に、玄関付近で転倒し、右足大腿骨頭部骨折の傷害を負った。

二 争点1(原告と被告協議会との間の契約関係の存否)について

(中略)

2 原告は被告乙山が本件の歩行介護を行ったのは、ボランティアセンターが行っている「ボランティアの登録及び派遣」事業として行ったものであり、右は被告協議会の事業の一つである社会福祉を目的とする事業の企画及び実施等の一環として行うものであるから被告乙山の本件の歩行介護は、被告協議会の事業として行われたものであり、原告と被告協議会との間には、介護者派遣に関する準委任契約が成立していると主張する。

なるほど、前記認定によればボランティアセンターは、被告のセンターの事業として、「ボランティアの派遣」を行っており、被告乙山の本件歩行介護もボランティアセンターから「派遣」された形で行われるようになったものであることが認められるところ、「派遣」の通常用語法からみれば、自己の支配下にある者に命じて別の場所に出張させる意味合いがあるから、ボランティアセンターがボランティア派遣依頼者の求めに応じて、自己の支配下にあるボランティアに命じてある行為をさせるために出張させたと受けとることができなくはなく、派遣する主体であるボランティアセンターないし被告協議会が自己の事業としてボランティア活動を行っているように解し得ないではない。

しかしながら、ボランティア活動は、本来、他人から強制されたり、義務としてなされるべきものではなく、希望者が自分の意思で行う活動であるから、ボランティアセンターに登録したボランティアといえども、ボランティアセンターに対する義務としてボランティア活動を行っているのではなく、ボランティアがボランティアセンターの求めに応じてボランティア活動を行うようになったからといって、被告協議会とボランティアとの間に何らかの法律関係が発生するわけではないというべきである。前記認定のように、ボランティアセンター運営要綱2条に「ボランティア登録証を受けた者は、センターからの派遣要請について可能な限りボランティア活動に協力するものとする。」との条項があるのもこの理を表すものである。また、ボランティアと被告協議会の関係が右のようなものであることからすると、被告協議会のボランティアセンターが、ボランティア派遣依頼者の求めに応じてボランティアを「派遣」することになっても、右によって、被告協議会とボランティア派遣依頼者との間に、ボランティアの活動を債務の内容とするような準委任契約が成立するとみることができないというべきである。仮に右のような契約関係が成立するとなると、被告協議会は、その債務を履行するため、ボランティアに対して、依頼の趣旨に従った活動をするを義務付けなくてはならないが、それはボランティア活動の本旨に合致しないからである。

結局、被告協議会ないしボランティアセンターが行っている「ボランティアの登録及び派遣」とは、ボランティアの活動が円滑に行われるようにするため、予めボランティアの協力を得られることを確認し、ボランティア派遣依頼者の必要に応じたボランティアを速

やかに紹介できるようにするため、ボランティア活動を行う人物を登録しておき、ボランティア派遣の依頼があったときは、登録したボランティアの中から適切なボランティアを紹介することを意味するにすぎないというべきである。すなわち、被告協議会は、ボランティアの派遣依頼者の希望に応じて適切な登録ボランティアを紹介するが、ボランティア派遣依頼者に対してその依頼に応じて登録ボランティアを派遣する法的義務まで負うものではないというべきで、前述の「派遣」という文言は、登録したボランティアの任意の協力がなされることを期待して、登録ボランティアにボランティア派遣依頼者を紹介することを意味するにすぎないものと解すべきである。

3 したがって、被告協議会が依頼に応じてボランティアを「派遣」したとしても、これによって、原告と被告協議会との間に準委任契約たる介護者派遣契約が成したものと解する余地はなく、この契約の成立を前提として、被告協議会に対し損害賠償を求める原告の本訴請求は、その余について判断するまでもなく失当である。

三 争点2(被告乙山の過失の有無)について

1 ボランティアとしてであれ、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いうべきであるが、もとより、素人であるボランティアに対して医療専門家のような介護を期待することはできないこともいうまでもない。例えていうならば、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いうべきである。

2 ところで、本件事故当時、原告は、いわゆる近位監視歩行の体勢で歩行介護を行う必要があったところ、原告が転倒した際には、被告乙山は原告の側を離れていたことは前記一で認定したとおりである。

そこで、原告が転倒した前後の被告乙山の介護についてみるに、(証拠略)によれば、次の事実が認められる。

(1) 本件事故当日、原告は、B病院地下1階のリハビリ科運動療法室で約40分間歩行訓練を行ったが、被告乙山は、訓練を終えた原告に付き添ってエレベーターで1階まで上がり、本件事故の現場である玄関に向かった。エレベーターと玄関の位置関係は別紙図面のとおりであるが、被告乙山は、右手を原告の左腕に少し入れて並んで歩くという方法で歩行介護しながら、概ね別紙図面に記載された点線に沿って玄関に向かった。なお、原告は右手で杖をついていた。

(2) 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、被告乙山は、風除室の、外に向かって左側の壁際(別紙図面の×点の地点)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、すぐドサッという音が聞こえたため振り向いたところ、原告は、玄関外側の自動ドアのマットの上に尻餅をつくような形で転倒していた。原告は、被告乙

山が原告の側を離れる際、被告乙山がタクシーを呼びに行くことは理解していた。

(3) 被告乙山は、原告の歩行介護を引き受ける際、センター、担当医又原告のいずれからも具体的な介助の方法については指示、指導ないし希望を告げられていなかったが、原告が右手で杖を使用して歩行するため、原告の歩行介護に当たっては、原告の左腕に少し右手を入れる形で介護をしていた。

3 右により判断するに、被告乙山が原告の側を離れるに際しては、被告乙山は原告にタクシーを呼んでくるから待つようにとの言葉を残しており、原告は、被告乙山がタクシーを呼びに行ったことを理解していたことは右認定のとおりである。また、被告乙山が原告を待たせた場所は、玄関風除室の壁際であったというのであるから、特に右場所が人の往来が激しく立っているのに危険な場所であるとも認められず、また、転倒は、被告乙山が原告の側を離れてすぐに起こっていることからすると、被告乙山が原告を長時間待たせたということもないことは明らかである。そして、前記一で認定したように、原告は、立っていることはかなりできるが、屋外での歩行(病院内の廊下、玄関なども屋外の歩行と同視できる。)には、近位監視歩行が必要であり、そのためにボランティアである被告乙山が通院に付き添うようになったのであり、そのことは原告も十分に理解していたはずである。

右のように、本件事故は、被告乙山がタクシーを呼んでくるから待つようにとの指示をして原告の側を僅かな時間離れたときに起こったものであるが、原告は、被告乙山がタクシーを呼びに原告の側を離れた以上、被告乙山の言葉に従って指示された場所で待つべきであり、被告乙山としても、原告が指示された場所で待つことを期待することはできたというべきである。原告は、おそらく少しくらいなら大丈夫との判断に基づいて歩き始めたものと思われるが結局、本件事故は、判断を誤って介護者なしで歩き始めた原告自身の過失によって生じたものといわざるを得ず、被告乙山が原告に待つように指示して原告の側を離れたことをとらえて被告乙山を非難することはできないというべきである。被告乙山は、歩行介護を行うものとして必要とされる注意義務は尽くしており、被告乙山には過失はなかったというべきである。

4 したがって、その余について判断するまでもなく、被告乙山に対する本訴請求も失当である。

四 結論

以上の次第で、原告の本訴請求は、いずれも理由がないからこれを棄却することとし、主文のとおり判決する。

⑫本人の介護拒絶と介護施設の安全配慮義務の裁判例

横浜地方裁判所 平成17年3月22日一部認容、一部棄却（確定）
平成15年（ウ）1512号 損害賠償請求事件
判例時報1895号 91頁

<主文>

- 一 被告は原告に対し、1253万719円及びこれに対する平成15年5月4日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 二 原告のその余の請求を棄却する。
- 三 訴訟費用は、これを二分し、その一を被告の負担とし、その余を原告の負担とする。
- 四 この判決は、第一項、第三項に限り、仮に執行することができる。

<事実及び理由>

第一 請求

被告は原告に対し、3977万7954円及びこれに対する平成14年7月2日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第二 事案の概要

一 事案の要旨

本件は、被告の管理運営する介護施設において通所介護サービス（いわゆるデイサービス）を受けていた原告が、平成14年7月1日午後3時30分ころ、被告職員による歩行介護を受けられなかったため、同施設のトイレ内において転倒し、右大腿骨頸部内側骨折の傷害を負ったうえ、後遺障害を残したとして、被告に対し、債務不履行又は不法行為に基づき、介護料、慰謝料等の損害賠償金合計3977万7954円及びこれに対する同月2日から支払済みまで民法所定の年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

二 争いのない事実等

(1) 被告は、Y市の委託を受けてY市にある施設（以下「本件施設」という。）を管理運営する社会福祉法人である。

原告（大正6年2月18日生。女性）は、その娘である乙山甲子（以下「甲子」という。）と上記肩書地において同居していた者であるが、平成12年に入り、被告との間で通所介護契約を締結した上、本件施設における通所介護サービスを利用していた。原告は、本件施設利用当時、介護保険法上の要介護状態区分が要介護2と認定されていた。

(2) 原告と被告間の通所介護契約は、被告においてサービスを受ける者が、可能な限り居宅においてその有する能力に応じて自立した日常生活を営むことができるよう、通所介護サービスを提供することを目的とするもので、本件施設における通所介護サービスは、在

宅の虚弱な高齢者や認知症性高齢者を対象に、健康チェック、入浴、給食、レクリエーション、機能訓練などを行い、これによって高齢者の心身機能の維持を図り、また介護者を支援するものとされる。この通所介護サービスを原告が利用する日は、午前9時ころに本件施設の職員が原告の自宅まで迎えに来て、午後3時ころまで本件施設内で上記サービスが提供された後、本件施設の職員が原告を自宅まで送ることになっていた。

(3) 平成14年7月1日以前、原告は、何かにつかまらなければ立ち上がることはできず、必ず、手元においてある杖を支えに立ち上がっており、また、杖をついて歩行することはできたが、不安定で、いつ転ぶかわからない状態であり、本件施設内においても、常時、杖をついて歩行することにより移動していた。

被告は、原告が本件施設を利用していた当時、原告の歩行状態が不安定であることを認識しており、原告が歩行中いつ転倒するかわからず危険であったので、原告の転倒の防止に努めていた。

(4) 原告は、平成14年7月1日、本件施設で午後3時ころまで通所介護サービスを受けた後、同施設2階において、送迎車が来るのを待つ間、座っていたソファから、近くにある身体障害者用のトイレ(以下「本件トイレ」という。)まで歩いて行き、同トイレ内に入った。その直後である午後3時30分ころ、原告は同トイレ内において転倒した(以下「本件事故」という。)。その結果、原告は、右大腿骨頸部内側骨折の傷害を負った。

(5) 本件施設2階には、複数のトイレがあるが、上記ソファに近い方に本件トイレがあり、それより離れた方に通常のトイレがある。本件トイレの内部は、車椅子を使用して利用しやすいように、本件施設の通常の女性用トイレと比べ広く、トイレの入口の戸から便器(洋式)までの距離は約1.8メートル、横幅は約1.6メートルとなっている。本件トイレの入口から便器まで行く間の壁には手すりがなく、手すりは便器のすぐ横に付いているだけである。

(6) 本件事故後、本件施設の職員が原告の助けを呼ぶ声を聞き、本件トイレから原告を助け出した。

(7) 本件施設の職員は、原告を座らせた車椅子を手で押して、近くの整形外科クリニック(以下「整形外科」という。)に連れていき、さらに同所から横浜市の病院に搬送した。

三 争点

(1) 被告に通所介護契約上の安全配慮義務違反があるか。

(原告の主張)

ア 原告は介護を必要とする高齢者(本件事故当時85歳)であり、杖をついてかろうじて歩行ができたが、その歩行は、転倒して骨折する可能性が高いものであり、歩行介護が必要であった。したがって、本件施設の職員は、原告が本件施設内を歩行する際は、原告が転倒しそうな状況になったときはいつでも原告を支えられるように、絶えず原告を見守り、原告の近くにおいて歩行介護をし、原告の転倒を防止すべき義務(歩行介護義務)があった。

イ 本件事故当時、原告がソファから本件トイレに向けて起立し、歩行する際には、本

件施設の職員において、原告が単独で歩行すれば、転倒、骨折することが十分予見可能であったから、職員は原告の傍らにいて見守り、もし原告が転倒しそうになったらすぐに原告を支えて、原告が転倒するのを防止すべき義務があった。

しかるに、本件施設の職員は、本件事故当時、原告が上記ソファから本件トイレ内に行くまでの間、原告の歩行介護を全く行わず、原告の傍らにることなく、原告をして全く1人で歩行させた。

ウ この点、被告は、本件事故当時、本件施設の職員は本件トイレの入口まで原告の歩行介助を行っており、原告がトイレの入口において介助を拒否して自分でトイレのドアを閉めたと主張するが、そのような事実はない。

しかし、仮に本件施設の職員がトイレの入口まで原告の歩行介助を行ったのだとしても、本件トイレは広く、入口から便器まで約1.8メートルの距離があり、その間手すりがなく、原告が単独で歩くのは危険であるから、本件施設の職員は、原告とともにトイレの中に入り、原告が便器に座るまでの間、近くで見守り、歩行介助をする義務があった。ところが、本件施設の職員はトイレ内での見守り、介助を全く行わなかった。

また、介護が必要な場合には、たとえ要介護者が介護拒否の意思表示をしても、介護者が介護をしなければならぬことは当然である。歩行介護を必要とする被介護者に対しては、職員は被介護者の意思にかかわらず歩行介護をする義務がある。被告の職員としては、便器まで約1.8メートルの距離の歩行介護をすべきであった。

エ トイレ内に入るのが相当でない場合には、便器までの距離が長く、手すりのない本件トイレではなく、入口から便器までの距離が短い壁に手すりがある安全な通常のトイレを使うように誘導すべきであったのに、被告職員は本件トイレを使用させた。

以上、被告職員は、原告に対して通所介護契約上の安全配慮義務を負う被告の履行補助者としてなすべき、本件トイレ内での歩行介護を怠ったのであるから、被告には原告に対する安全配慮義務の違反があるというべきである。

(被告の主張)

ア 本件事故以前、原告は不安定ではあったが杖をつきながら自力で歩行できた。もっとも被告は、一般的に老人は転倒しやすく、また転倒すれば骨折しやすいことを熟知していたから、原告が歩行する際は、絶えず原告を見守り、原告の近くにおいて、ときには手を取り、転倒しそうになったらいつでも原告を支える等の必要な介護を行い、原告の転倒を防止するようにしていた。

イ 本件事故当時、本件施設の職員は、原告がトイレ使用を訴えたので、ソファから本件トイレまで原告に手を貸して歩行介助を行った。この際、本件施設の職員が原告を本件トイレに誘導したのではなく、原告は、自らの意思で身体障害者用である本件トイレを選択したのである。そのため、本件施設の職員は、同トイレの入口の戸を開けて原告を同トイレ内に導いた。しかし、原告は、同トイレに入るや、職員に対し、この先は自分だけで
できるので介護は不要であると、同トイレ内部への同行を拒み、原告自身の手で同トイレ

の戸を閉めた。そこで、本件施設の職員は、原告の用が済むまでの間、同トイレの前を離れ、用の済むころをみはからって戻り、原告の介護を継続することとしたものである。

ウ 高齢者であるからといって身体障害者用トイレを使ってはならないということはなく、原告が身体障害者用トイレに入ろうとするのを押しとどめる理由はない。また、身体障害者用トイレでの介助、見守りについては、利用者個々の心身の状態により内容が異なるものであって、介護範囲は、①トイレ入口まで歩行介助、見守りを行う、②便器への移乗まで介助、見守りを行う、③着衣の上げ下ろし、排泄行為の後始末まで行うの3段階がありうるが原告は、①の介護範囲にあたる者であった。そして、原告は、認知症もなく、自らの意思を明確に表明でき、意思確認のできる状態であったところ、かかる原告がトイレの入口においてトイレ内での介護を強く拒否した以上、原告の選択が優先されるのは当然である。本件施設の職員は、原告のそのような意思表示から、トイレ内での原告の自力による動作が安全であると信頼し、原告の意思に従ったのである。したがって、本件施設の職員が原告と一緒にトイレ内に入らなかったことは相当である。本人の意思を無視してまで介護せよとの原告の主張は、今まで介護福祉の中で培われてきた倫理を大きく揺るがす主張であり、認められない。被告は可能な限り原告に対する安全配慮をしてきたから、被告には安全配慮義務違反はない。

(2) 損害

(中略)

(合計3977万7954円)

(中略)

(3) 過失相殺の有無

(被告の主張)

仮に被告に責任があるとしても、原告にも過失があるから過失相殺がなされるべきであり、原告の過失割合は八割である。

(原告の主張)

原告には過失がなく、過失相殺はなされるべきでない。

第三 争点に対する判断

(中略)

(10) 原告は、通所介護サービスを受けて本件施設から帰るに際しては、送迎車に乗車中に尿意等が生じるのを防ぐために、送迎車を待っている時間に、特に尿意等がなくともトイレに行くことにしていた。そして、その際は、送迎を待つ間に座っているソファに近い本件トイレを利用してはいた。ただ、このとき以外は、原告は本件トイレを利用していなかった。本件トイレは、入口の戸から便器までの間の距離が約1.8メートルであって、原告が利用する場合、この間を歩行しなければならず、また、横幅の距離は約1.6メートルであるところ、入口から便器まで行く間の壁には手すりがなかった。

本件事故の前、原告が本件トイレを利用するにあたって、本件施設の職員が本件トイレ

の中に入って便器まで原告の歩行の介護をしたことはなく、原告がこれを求めたこともなかった。

原告は、本件施設で職員から介助を受けるときには、「大丈夫だから。」とか「自分で出来るから。」などと言うことが多かった。

本件施設の介護担当の職員である丙川竹子(以下「丙川」という。)は、平成10年10月から本件施設に介護担当の職員として勤務しており、原告が本件施設を利用するようになって以来、原告を知っていた。丙川は、原告の状態については、職員間の連絡事項を記載したノートや通所介護記録書を読んで認識していた。

(11) 平成14年7月1日、原告は、本件施設において、午後3時ころまで通所介護サービスを受けた後、同施設2階にあるソファーに座って、送迎車が来るのを待っていたところ、特に尿意等はなかったが、いつもどおりトイレに行っておこうと思い、杖をついて同ソファーから立ち上がろうとした。その動作を見た丙川は、原告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、原告の側に来て、「ご一緒しましょう。」と声をかけた。原告は、「一人で大丈夫。」と言ったが、丙川は、「トイレまでとりあえず、ご一緒しましょう。」と言い、上記ソファーから本件トイレの入口までの数メートルの間、右手で杖をつく原告の左腕側の直近に付き添って歩き、原告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、歩行の介護をした。このときの原告の歩行に不安定さはなかった。

原告が本件トイレに入ろうとしたので、丙川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しまった。原告は、本件トイレの中に入った段階で、丙川に対し、「自分1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。ただし原告は戸の内鍵をかけなかった。このとき、丙川は、「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、原告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。一方、戸を閉めた原告は、本件トイレ内を便器に向かって、右手で杖をつきながら歩き始めたが、二、三步、歩いたところで、突然杖が右方にすべったため、原告は横様に転倒して右足の付け根付近を強く床に打ち付けた。こうして、同日午後3時30分ころ、本件事故が発生した。

(12) ところで、上記認定の経緯につき、原告は、本件事故当時、本件施設の職員において、原告が上記ソファーから本件トイレに行くまでの間も全く歩行介護を行わなかったと主張し、原告本人尋問の結果中にはこれに沿う供述があり、原告作成の陳述書にも同趣旨の記載がある。しかしながら、原告の同供述にはあいまいな点があるといわざるをえず、記憶が混乱している可能性が否定できないのであって、上記認定に反する原告の供述及び上記陳述書は採用しない。また、原告は、本件事故当時、本件トイレの床が水で濡れていたために原告の杖がすべった可能性を指摘するが、原告自身、床の水は見えていないと

供述しているのであって、本件トイレの床が水で濡れていた事実を認めるに足りる証拠はない。

(13) 上記のとおり転倒した原告は、右大腿骨頸部内側を骨折し、痛いと叫んだ。その声を聞いた丙川は、すぐ本件トイレの入口まで行き、戸をノックして、「どうされましたか。」などと声をかけてから戸を開けると、原告が倒れていた。間もなく、その場に、他の職員数人が集まり、看護担当の職員(看護師)である丁原梅子(以下「丁原」という。)も来た。丁原は原告の状態を調べたが、上記骨折には気付かず、本件施設の職員らは原告を車椅子に乗せた。丁原は原告に対し湿布薬を貼付した。本件施設の職員は救急車を呼ぶことなく、原告を車椅子に乗せたままにしておいた。同日午後4時30分ころ、丁原及び本件施設の生活相談担当の職員である戊田春子(以下「戊田」という。)は、原告を車椅子に乗せた状態で、本件施設の近くにある整形外科まで搬送し、午後4時40分ころ、原告は同所において医師の診察を受けた。同医師は、診察の結果、右大腿骨頸部内側骨折と診断し、これを丁原及び戊田に告げた。原告には上記骨折の治療として手術が必要であったことから、手術を受けることが可能な病院に入院するべく、同日午後5時30分ころ、丁原、戊田は、再び、原告を車椅子に乗せた状態で、整形外科の近くにある同病院まで搬送した。このように原告を車椅子で搬送した時間は、本件施設から整形外科に行くまでに要した時間と同所から病院に行くまでに要した時間とを合わせて、10数分間程度であった。病院に到着した原告は、即日入院となり、その後、同月4日に手術(人工骨頭置換術)を施行される等の治療及びリハビリテーションを受け、同年9月17日に退院した。その後、原告は同病院に通院してリハビリテーションを受けた。原告は、上記骨折及びその治療を経た結果として、心身の状態が悪化し、以下のとおり後遺障害を残した。すなわち、股関節について脱臼の危険度が高くなり可動域の制限ができた。座位では両足の間にクッションをはさみ固定するように医師から指示されている。

独力では、起きあがることも、立ち上がることもできず、片足での立位もできなくなった。浴槽への出入り、洗身、ズボン等の着脱、靴下の着脱は、全介助が必要となった。歩行については、杖をついての歩行は全くできなくなり、自宅内では、2ないし3メートル程度は歩行器を使用しながら歩行し、また後部から腰部を支えられて5メートル程度歩行することはできるものの、外出時は、車椅子を使用するようになった。排尿、排便はベッドのすぐ近くにおいたポータブルトイレで行うようになり、排尿、排便後の後始末は、直接的援助(身体の汚れたところを拭く等の身体に触れて行う介助)が必要となった。移乗の動作、口腔清潔、洗顔、整髪、薬の内服については、一部介助が必要となった。加齢と入院とで筋力低下が進み、両手指の握力が弱くなり、食事の際、はしはどうか持つが、食物をこぼすことが多く、また、湯飲みが持てなくなった。食事の際は見守りが必要となった。周囲への無関心がみられるようになった。理解力が落ちている。朝、ぼーとしており、夢と現実の区別がつかず反応が鈍いことが多い。以上のように、原告は生活のほぼ全てに全面的な介護を要する状態となった。原告は、介護認定審査会の調査、審査を経て、平成15年1

月24日、要介護4の認定を受けた。要介護4の状態像としては、おおむね、介護なしには日常生活を営むことが困難となった状態と考えることができる。

二 被告の安全配慮義務違反の有無について

本件施設は、地域における福祉活動、保健活動等の振興を図るとともに、福祉サービス、保険サービス等を身近な場所で総合的に提供することを目的として設置した施設であり、また、通所介護サービスは在宅の虚弱な高齢者や認知性高齢者を対象に、健康チェック、入浴、給食、レクリエーション、機能訓練等をし、高齢者の心身機能の維持を図り、併せて介護者を支援するものであることからすると、本件施設の管理運営を横浜市から委託された被告としては、通所介護契約上、介護サービスの提供を受ける者の心身の状態を的確に把握し、施設利用に伴う転倒等の事故を防止する安全配慮義務を負うというべきである。そして、上記のとおり、原告は従前より足腰の具合が悪く、70歳のころに転倒して左大腿骨頸部を骨折したことがあり、本件施設内においても平成13年2月12日に転倒したことがあること、同年12月ないし平成14年1月ころにおける原告の下肢の状態は、両下肢の筋力低下、両下肢の麻痺、両膝痛、両膝の屈曲制限、左股関節、両膝関節及び足関節の拘縮、下腿部の強度の浮腫、足部のしびれ感、両足につき内反転気味の変形傾向などがあり、歩行時も膝がつっぱった姿勢で足を引きずるような歩き方で不安定であり、何かにつかまらなければ歩行はできなかったこと、原告の主治医においても原告の介護にあたっては歩行時の転倒に注意すべきことを強く警告していることからすると、本件事故当時において、原告は、杖をついての歩行が可能であったとはいえ、歩行時に転倒する危険性が極めて高い状態であり、また、原告のそのような状態について本件施設の職員は認識しており又は認識し得べきであったといえるから、被告は、通所介護契約上の安全配慮義務として、送迎時や原告が本件施設内にいる間、原告が転倒することを防止するため、原告の歩行時において、安全の確保がされている場合等特段の事情のない限り常に歩行介護をする義務を負っていたものというべきである。そこで、本件事故について歩行介護義務違反があったか検討するに、本件施設の介護担当職員である丙川は、原告がソファから立ち上がり本件トイレに向かう際、これに付き添って歩行介護をしたものの、原告が本件トイレ内に入った際、原告から、本件トイレ内に動向することを拒絶されたことから、本件トイレの便器まで同行することを止め、原告を1人で便器まで歩かせたというのである。しかし、前記認定のとおり、本件トイレは入口から便器まで1.8メートルの距離があり、横幅も1.6メートルと広く、しかも、入口から便器までの壁には手すりがないのであるから、原告が本件トイレの入口から便器まで杖を使って歩行する場合、転倒する危険があることは十分予想し得るところであり、また、転倒した場合には原告の年齢や健康状態から大きな結果が生じることも予想し得る。そうであれば、丙川としては、原告が拒絶したからといって直ちに原告を1人で歩かせるのではなく、原告を説得して、原告が便器まで歩くのを介護する義務があったというべきであり、これをすることなく原告を1人で歩かせたことについては、安全配慮義務違反があったといわざるを得ない。この点、被告は、原告が本件トイレ入口において本件施

設の職員に対し同トイレ内における介護を拒否したのであるから義務違反はないと主張する。

確かに、要介護者に対して介護義務を負う者であっても、意思能力に問題のない要介護者が介護拒絶の意思を示した場合、介護義務を免れる事態が考えられないではない。しかし、そのような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なければ、介護義務を免れることにならないというべきである。

本件施設は介護サービスを業として専門的に提供する施設であって、その職員は介護の専門知識を有すべきであるが、本件事故当時、原告が本件トイレに単独で入ろうとする際に、本件施設の職員は原告に対し、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を説明しておらず、介護を受けるように説得もしていないのであるから、被告が上記の歩行介護義務を免れる理由はないというべきであり、被告の主張は採用できない。

なお、原告は、不法行為の成立も主張するが、上記歩行介護義務は上記通所介護契約に基づいて導かれるものであるから、本件では不法行為の成立までは認められない。

(中略)

四 過失相殺について

前記認定の事実によれば、本件事故当時、原告は、本件トイレを自ら選択し、同トイレ内部での歩行介護について、本件施設の職員に自らこれを求めることはせず、かえって、本件施設職員に対して「自分1人で大丈夫だから。」と言って、内側より自ら本件トイレの戸を閉め、単独で便器に向かって歩き、誤って転倒したのであるから、原告においても、本件事故発生について過失があるものというべきで、上記のような転倒に至る経緯や原告が高齢者である一方、被告は介護サービスを業として専門的に提供する社会福祉法人であることも斟酌すると、原告の過失割合は3割というべきである。

(過失相殺後の弁護士費用を除いた損害額は1143万719円となる。)

五 弁護士費用 110万円

本件事案の内容、本件訴訟の審理経過等諸般の事情を考慮すると、弁護士費用としては110万円が相当である。(弁護士費用加算後の損害額は1253万719円となる。)

第四 結論

以上によれば、原告の本訴請求は、1253万719円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成15年5月4日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で理由があるからこれを認容し、その余は理由がないからこれを棄却することとする。

よって、主文のとおり判決する。

(2) 作業仮説における補助資料

要保護的法主体における裁判官の法的手法と意義

介護事故の裁判例に見られるように裁判官の「要保護的法主体」の心証形成のための要件としては「ナラティヴ」「最善の利益」「ケア概念」「尊厳」が大きく影響している。その異なったさまざまな視点を考慮にいれて分析する手法と判決そのものの意義について検討する。

介護事故の裁判例に見られるように裁判官の「要保護的法主体」の心証形成のための要件としては「ナラティヴ」「最善の利益」「ケア概念」「尊厳」が大きく影響していることが伺える。

そもそも裁判所では、裁判官が当該事案の事実認定をするにあたって、通常は1年以上、弁護士や検察官との弁論過程や証人尋問の過程を通じて、裁判官が精査し、裁判官の良心と経験と過去の判例（先例）と社会通念にしたがって、当該事案に対して心証形成し、複数の裁判官の合議制によって判決を下す。日本国憲法が改正され、又は社会情勢が大きく変化する場合は別として、一度判決が下されると、今後の同種類型の事案に対しては、当該事案に関する訴訟関係者及び社会全体を拘束する。

つまり、判例研究の意義は、一度、事案の解決がなされると、後の同種類型の事案に関しての裁判を事実上拘束し、国民の行動様式をも左右することになる点から、判例そのものを一般規範として位置づけることができよう。ただし、将来の類似の事件については、判決理論を適用できるか否かを検討する際には、「その事件の特殊性にも十分に注意を払う必要」¹⁾ がある。

また、判例は、「事実認定」に基づく「～である」という形式（存在の原則 sein）だけではなく、「正義」「人間の尊厳」という一定の価値観に基づいた主張・判断がなされているため、「こうあるべきである」（当為の法則 sollen）という形式を採用している。つまり、判例は「事実」と「当為」の両者を兼ね備えた視点から判断がなされている。抽象的・一般的な法律と具体的・個別的な事実において、法律は当為の次元に、事実は存在の次元にあり、法律と事実が互いに組み込まれるためには、相互が同置化の上で相関的に同時性を有し、同置化される必要がある。また、制定法が一般的抽象的な事例を列挙したのは、制定時からの社会的経済的条件や価値観の変化に対応して、裁判官が解釈学的手法を用いて法を創造する機能を予定しているためである。

「要保護的法主体」において、裁判官は保護の範囲を拡大しているが、具体的な法典には常に有限の法文しか含まれない中、その適用結果は無限に広がりを持っている。民法第709条では「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」という条文は特定の事件の解決について定めたものではなく、すべての「権利侵害した」事件に適用され、その都度の判決を正

当化できるものだと考えられている。この正当化できる根拠として法的三段論法がある。法的三段論法は「一般的抽象的な法規範を大前提とし、裁判官によって認定された具体的事実を小前提として、後者を前者の構成要件に包摂することによって結論を導く」²⁾ものと定位している。法規範は「ある事態において、特定の効果を与える」という仮言命題だと考えることができるが、法典に含まれる法文から具体的な結論を導出し、体系的連関を築くことによって有限と無限のあいだを架橋する手段として、法的三段論法を典型とする法的判断が想定されることになる。ここで重要なのは、法の意味と帰結を架橋する解釈が必然的であることである。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た演繹によって必然的に導出されたものである。例えば前述の条文では、「故意又は過失によって権利を侵害した者は、損害賠償責任を負う」（法文）、「介護職員が過失により利用者の権利を侵害した」（事実）、「ゆえに、介護職員は損害賠償責任を負う」（判決）ということが法的三段論法である。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継承され、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。

演繹は一般原則から事例への推論である。一般原則で始まる場合のみ、演繹では全推論が可能である。演繹による推論はそれゆえ、必然的であり、認識を拡大することがないため分析的推論でもある。

これに対して帰納は事例から原則を経て帰結への推論である。帰納は総合的な推論であり、認識を拡大するが、帰納基盤が僅少であれば不確実な推論となる。

裁判官の判決は、法的三段論法において、法文を基礎とした演繹によって帰結を導いているが、その際に帰納的推論も場合によってなされている。そして、裁判官は法の正義、人間の尊厳を踏まえて、同種・類型の過去の裁判例を比較検討する作用（類比）を遂行するのである。その際に例えば、誤嚥の危険性のある施設利用者に「こんにゃく」の食材の提供をして利用者が誤嚥により死亡した場合に、「こんにゃく」は危険な食材の提供にあたる、とした判例が先例として存すれば、「はんぺん」の食材の提供も「同値化」して危険な食材の提供として位置づけられる可能性がある。

裁判の世界では、たいていの事象は他の現象と合わさって起こり、明確に切り離すことは不可能であり、どれが原因でどれが結果か、現実の中では容易に区別しがたく、明確に切り離すことは難しい。それだけ事象は相互に依存しあって、複雑な織物を成しているのである。この点を見逃して、すべての実証的研究が明確な因果関係のモデルに従って行われなければならないということは困難である。また、数量的研究だけでは前もって立てたモデルによって捉えられる範囲の事柄しか分析の中で扱うことができず、事案の複雑性には対応できにくいといえよう。

そのため、質的研究では、研究対象の複雑性に対して、現実において見られる現象を基準に、対象は統計で用いられるような変数に還元されるのではなく、その複雑な姿のままに、人々が生きる自然的な日常の文脈の中で研究されるのである。また、質的研究では、日常生活の多様性に対応するために、既成の理論の検証ではなく、現象の新たな側面を発

見し、事実認定に基づいて新たな理論を生み出したりすることが必要である。量的研究の場合のように抽象的基準だけに従うのではなく、質的研究で中心となる基準において、研究結果は事実認定に基づいているかどうか、研究対象の特性に照らして方法が適切に選ばれ用いられたかどうか、これに加えて、研究結果の現場や日常生活への関連性が高いかどうか、および研究のやり方に関して十分省察が加えられているかどうかことが重要である。

このように質的研究とは具体的な事例を重視して、それを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する分野である。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質的研究方法を用いることで、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、その中で起こる現象を研究することができるといえる。また、質的研究は数量化志向の研究から判断しにくいこと、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」³⁾。「理論」という形式がふさわしくなければ、別の形式(例えば「物語」)を原則にして研究を進めることが可能である。

判例研究は、多量のデータを集め、数量化理論によって理論構築するだけではなく、介護サービスにおける介護事故の判例研究において、質的データの収集・解析に重点を置く理由としては、①利用者や家族は施設側に「お世話になっている」「介護サービスに伴う苦情や介護事故が生じた場合の訴訟は、今後の施設側から受ける介護サービスに影響を及ぼすのではないか」という利用者側の特有の危惧感があること、②現行法が措置制度から契約制度に移行し、利用者と施設側は、契約上は対等の関係にあり、介護事故に伴う訴訟は、増加の傾向があるとはいえ、介護事故が生じて訴訟を提起しても、判決の前に和解という形式で解決するため、表面化しにくいこと、③介護事故は、その特性上、利用者の個別性と施設職員を含む施設環境という性質によって極めて個別性が強いこと、④施設職員の介護サービスの提供は、多種多様で、絶対的基準を設定することは極めて困難であること、⑤社会福祉実践分野は幅広く、そこで扱われる問題も極めて多様である⁴⁾等が挙げられる。

各介護事故裁判例の利用者の「要保護的法主体」の概念規定の位置づけを分析することによって、原告・被告の象徴的相互作用論の流れの中で利用者個々人の主観的な意味づけを探り、主観的な視点に着目することができる。また、原告・被告の相互行為の形成と進行過程に焦点をあてることにより、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ことができる。

以上のように、裁判官は、法的三段論法を適用し、異なったさまざまな視点を考慮にいられて分析することで、多様なアプローチが可能となり、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は異なり、事象をゆるやかに捉えるだけで複雑な関連を全体的に捉えている。そのため、事象の新たな側面を発見できる感受概念を構築できる点で判決には意義があるといえよう。

<脚注・引用文献>

- 1) 滝沢昌彦 (1999) 「過去の事実から将来のルールへ」 『法学教室 222 号』 有斐閣 14 頁

この点、団藤重光「法学の基礎」(有斐閣 166 頁 1998 年)において、判例の拘束力は法的安定性及び法における平等という法そのものの根本的要請に基づくものである、と論じている。

- 2) 大屋雄裕 (2006) 『法解釈の言語哲学 クルプキから根元的規約主義へ』 勁草書房 3 頁

- 3) ウヴェ・フリック (2007) 『質的研究入門』 春秋社 352 頁

- 4) 根本博司 (2000) 「理論構築のための事例研究の方法」『ソーシャルワーク研究 Vol.26』 相川書房 12 頁 この点、根本教授は、ソーシャルワーク過程は疑いもなく、一つの社会的実態であり、実態があるのだから、その性質を解明し、有効な援助方法・技術を整理する必要性を説いた上で、科学的手順によってその実態を観察し、質的データを収集し、それを科学的思考法によって分析・整理しなければならない、としている。このことは、判例研究においても、判例の先例としての拘束性を分析する視点としては同様のことが言えよう。

<参考文献>

- 秋山薊二 (2002) 「アートとしての援助技法」 太田義弘、秋山薊二編著『ジェネラル・ソーシャルワーク』光生館
- 井上俊・船津衛編 (2008) 「自己と他者の社会学」 有斐閣アルマ
- 井上治典 (1993) 「ある不動産取引の分析」 『民事手続論』有斐閣
- 石前禎幸 (1989) 「物語としての法」 『思想 777号』 岩波書店
- ウヴェ・フリック (2007) 『質的研究入門』春秋社
- 犬飼健郎 (2006) 「法律実務化家から見た介護施設における介護事故」 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」 南窓社
- 市野川容孝 (2000) 「ケアの社会化をめぐる」 『現代思想 vol.28-4 特集 介護 福祉国家のゆくえ』青土社
- 内田貴 (1988) 「民事訴訟における行為規範と評価規範」 新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』有斐閣
- 大屋雄裕 (2006) 『法解釈の言語哲学 クリプキから根元的規約主義へ』勁草書房
- ウヴェ・クリック (2007) 『質的研究入門』 小田博志他訳 春秋社
- 大橋謙策 (2006) 「コミュニティソーシャルワークの機能と必要性」 『長崎県地域福祉実践研究セミナー報告集』
- 大橋謙策 (2005) 『コミュニティーソーシャルワークと自己実現サービス』 万葉舎
- 大橋謙策 (2002) 「地域福祉とコミュニティソーシャルワーク」 『ソーシャルワーク研究 Vol.28』 相川書房
- 大橋謙策 (2005) 「わが国におけるソーシャルワークの理論化を求めて」 『ソーシャルワーク研究 vol.31』 相川書房
- 大橋謙策 (2004) 『『統合科学』としての社会福祉学研究と地域福祉の時代』 『日本社会福祉学会編 社会福祉学研究 50年の回顧と展望』 ミネルヴァ書房
- 大橋謙策 (2002) 「21世紀を『博愛の世紀』に」 福祉新聞
- 太田義弘 (2002) 「援助の戦略と技術」 太田義弘・秋山薊二編著『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光生館
- 太田勝造 (2008) 『社会科学の理論とモデル7 法律』 東京大学出版会
- 奥田太郎 (2008) 「特集 人間の尊厳と生命倫理へのコメント」 ホセ・ヨンバルト他編『法の理論27』 成文堂
- 加藤博史 (2003) 「介護保険施設内事故と訴訟」 『賃金と社会保障 1353号』 旬報社
- 加藤摩耶「医療行為と『被害者』の承諾」 広島法学 26 卷 3 号
- 上石圭一 (1998) 「弁護士の語りにおける法曹の一体性」 『民商法雑誌』 118 卷 1 号・2 号
- 檜村志郎 (1992) 「法律的探究の社会組織」 好井裕明編『エスノメソドロジーの現実』 世界思想社
- 亀本洋 (1990) 「法解釈の理論」 大橋智之輔・三島淑臣・田中成明編 『法哲学概要』 青林書院
- 菊井維大・村松俊夫 (1989) 『全訂民事訴訟法Ⅱ』 日本評論社
- 菊池馨実 (2003) 「老健施設入所者の骨折にかかる裁判例」 『賃金と社会保障 1351・52号』 旬報社

- 菊池馨実 (2003) 「介護事故関連裁判例からみたリスクマネジメント」 増田雅暢・菊池馨実編 『介護リスクマネジメント』 旬報社
- 菊池馨実 (2002) 「介護におけるリスクマネジメント」 『賃金と社会保障 1319号』 旬報社
- 菊池馨実 (2000) 「食事介助と特養ホームでの死亡事故」 『賃金と社会保障 1284号』 旬報社
- 北村隆憲 (2004) 「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
- 葛生栄二郎 (2007) 「ハビトスとしての人間の尊厳」 ホセ・ヨンパルト他編 『法の理論26』 成文堂
- 小嶋正 (2001) 『社会福祉施設における事故責任と対策』 社会福祉法人 東京都社会福祉協議会
- 志田民吉 (2001) 「社会福祉法上の苦情解決制度について」 『東北福祉大学研究紀要 第26巻』
- 志田民吉 (2006) 「人権思想の起源」 志田民吉編著 『臨床に必要な人権と権利擁護』 弘文堂
- 志田民吉 (2007) 「社会福祉・利用（契約）制度と法」 志田民吉編著 『改訂法学』 建帛社
- 社団法人 シルバーサービス振興会 (2005) 『事故防止・事故対応の手引』
- 進藤雄三 (1990) 『医療の社会学』 世界思想社
- 菅富美枝 (2007) 「成年後見・高齢者介護とエンパワーメント」 ホセ・ヨンパルト 三島淑臣他編 『法の理論 26』 成文堂
- 菅富美枝 (2007) 「認知症の要介護者に対する待機指示と介護施設の安全配慮義務違反」 『賃金と社会保障 1447号』 旬報社
- 瀬川信久 (1999) 「民事法の変容と個人、組織、関係、専門家」 『法の科学 280号』 p36 1999年
- 谷口泰史 (2002) 「ソーシャルワーカーの機能と役割」 太田義弘・秋山薊二編著 『ジェネラル・ソーシャルワーク』 光生館
- 棚瀬孝雄 (1995) 「語りとしての法援用」 『民商法雑誌 111巻6号』
- 滝沢昌彦 (1999) 「過去の事実から将来のルールへ」 『法学教室 222号』 有斐閣
- 『賃金と社会保障 1431号』 (2006) 旬報社
- 『賃金と社会保障 1447号』 (2007) 旬報社
- 豊嶋豊 (1985) 「医療事故における被害者救済と事故法の役割」 『判例タイムズ563号』 判例タイムズ社
- 根本博司 (2000) 「理論構築のための事例研究の方法」 『ソーシャルワーク研究 Vol.26』 相川書房
- 西坂仰 (1992) 「エスノメソドロジストは、どういうわけで会話分析を行うようになったのか」 好井裕明編 『エスノメソドロジーの現実』 世界思想社
- 日本弁護士連合会 (2002) 『契約型福祉社会と権利擁護のあり方を考える』 あけび書房
- 判例時報 1620号・1629号・1895号 判例タイムズ社
- 廣田尚久 (1993) 『紛争解決学』 信山社
- 平田厚 (2000) 『利用者の権利擁護と苦情解決の意義』 東京都社会福祉協議会
- 平田厚 (2002) 『福祉サービス事業者における苦情解決 取り組み事例集』 社会福祉法人 東京都社会福祉協議会
- 平田厚 (2002) 『社会福祉法人・福祉施設のための実践・リスクマネジメント』 全国社会福祉協議会
- 古川孝順 (2005) 『社会福祉原論 第2版』 誠信書房
- 藤原道子 (2004) 『介護事故とリスクマネジメント』 あけび書房

- 穂積忠夫「法律行為の解釈の構造と機能」法学協会雑誌77巻6号 有斐閣
- 松浦好治（1983）「法的推論 模範例による法思考」長尾竜一・田中成明『現代法哲学』第1巻 東京大学出版会
- 宮川光治（1992）「あすの弁護士 ―その理念・人口・養成のシステム―」宮川光治『変革の弁護士（上）』有斐閣
- 棚瀬孝雄（1994）『現代の不法行為法 ―法の理念と生活政界―』有斐閣
- 山本顯治（2006）「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
- 山崎康仕（2007）「死の迎え方と自己決定権」ホセ・ヨンパスト他編『法の理論26』 成文堂
- 山田卓生（1995）「不法行為の機能」『不法行為法の現代的課題と展開 森島昭夫教授還暦記念論文集』日本評論社
- 米盛裕二（2007）『アブダクション 仮説と発見の論理』勁草書房
- 横田一（2007）『介護が裁かれるとき』岩波書店
- 吉川吉衛（2007）『企業リスクマネジメント』中央経済社 p2 p120～121 2007年
- 和田仁孝（2007）『法廷における法言説と日常的言説の交錯 ―医療過誤をめぐる言説の構造とアレゴリー』
- 棚瀬孝雄編著（2001）『法の言説分析』 ミネルヴァ書房
- 渡辺信英編（2002）『福祉のための家族法 親族編』南窓社
- 渡辺信英編（2002）『福祉のための家族法 相続編』南窓社
- 渡辺信英編（2004）『福祉のための行政法』 南窓社
- 渡辺信英編（2006）「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
- 渡辺信英（2008）「福祉社会の家族法 親族編」 南窓社
- 渡辺信英（2008）「福祉社会の家族法 相続編」 南窓社

<外国語文献>

- Anthony D'Amato, "Aspects of Deconstruction: Refuting Indeterminacy with one Bold Thought", *Northwestern University Law Review*, vol. 85, no. 1, 1990.
- Baker, R., The Multirole Practitioner in the Generic Orientation to Social Work Practice, *British Journal of Social Work*, 6(3), 1976.
- Barker, R., *The Social Work Dictionary (3rd Ed.)*, NASW Press, 1995.
- Conley, J. M. and O' Barr, W. F. *Rules versus relationships: The Ethnography of Legal Discours*, Univ. of Chicago Press, 1990.
- Connaway, R. & Gentry, M., *Social Work Practice*. Prentice-Hall, 1988.
- Davis, M., *The Essential Social Worker (3rd Ed.)*, Arena, 1995.
- DuBois, B. & Miley, K., *Social Work: An Empowering Profession*, Allyn and Bacon, 1995.
- de Certeau, M. *The Practice of Everyday Life*, trans. Steven Randall, Univ. of California Press, 1984.
- G. E. M. Anscombe, *Intention*, Basil Blackwell. 1957. (「インテンション：実践知の考察」菅豊彦(訳)産業図書, 1984.)
- Goldstein, H., Generalist Social Work Practice, in Gilbert, N. & Specht, H(ed.), *Handbook of the Social Services*, Prentice-Hall, 1981.
- Gambrill, E., *Social Work Practice: A Critical Thinker's Guide*, Oxford University Press, 1997.
- Garvin, C. & Seabury, B., *Inter-Personal Practice in Social Work: Process and Procedures*, Prentice-Hall, 1984.
- Germain C. & Gitterman, A., *The Life Model of Social Work Practice*, Columbia University Press, 1980.
- James Scott *Weapons of the Weak: Everday Forms of Peasant Resistance*, Yale Univ. press, 1985.
- James Clifford "On Ethnographic Allegory" in Clifford, J. and John L. Austin, *Sense and sensibilia*, Geoffrey J. Warnock(ed.), Oxford University Press, 1962. (『知覚の言語』, 丹治信春・守屋唱進(訳), 勁草書房, 1984.)
- J. L. Austin, *How to do Things with Words*, J. O. Urmson and Marina Sbisà(eds.), 2nd Ed., Harvard University Press, 1975. (『言語と行為』, 坂本百大(訳), 大修館書店, 1978.)
- Johnson, C. L., *Social Work Practice—A Generalist Approach—*, Allyn and Bacon, 1995.
- Johnson, L., *Social Work Practice: A Generalist Approach*, Allyn and Bacon, 1995.
- Marcus, G. E. eds. *Writing Culture: The Poetics and Politics of*

- Ethnography*, Univ. of California press, 1986.
- Marjorie Shostak *Nisa: The Life and Words of a! Kung Woman*, Harvara Univ. Press, 1981.
- McMahon, O. M. , *The General Method of Social Work Practice*—, Allyn and Bacon, 1995.
- McMahon, O, Maria, *The General Method of Social Work Practice (3rd Ed.)*, Allyn and Bacon, 1996.
- Middleman, R. & Wood, G. , *Skills for Direct Practice in Social Work*, Columbia University Press, 1990.
- Miley, K. (et. , al.), *Generalist Social Work Practice : An Empowering Approach*, Allyn and Bacon, 1995.
- O' Neil, J. M. , *The General Method of Social Work Practice*, Prentice-Hall, 1984.
- Parsons, R. (et. , al.), *The Integration of Social Work Practice*, Brooks/Cole Publishing Co. , 1994.
- Payne, M. , *Modern Social Work Theory : A Critical Introduction*, Macmillan, 1991.
- Roberts, R. , *Lessons from the Past: Issues for Social Work Theory*, Tavistock/Routledge, 1990.
- Reality and Responsibility in Lawyer-Client Interactions,” 77 Cornell law Review, 1992.
- Renato Rosaldo *Culture and Truth: The Remaking of Social Analysis*, Beacon Press, 1993. (レナート・ロサルド (『文化と真実—社会分析の再構築』, 椎名美智 (訳), 日本エディタースクール出版部, 1998)
- Haines, J. , *Skills and Method in Social Work*, Constable, 1981.
- Ho, K. M. , *Social Work Methods : Techniques and Skills*, University Press of America, 1980.
- Hoffman, K. & Sallee, A. , *Social Work Practice : Bridges to Change*, Allyn and Bacon, 1994.
- William L. F. Felstiner and Austin Sarat, “Enactments of Power: Negotiating

あとがき

本書は、2009年度に東北福祉大学大学院総合福祉学研究科に提出した学位論文「要保護的法主体像の理論構築」（東北福祉大学大学院博甲第3号）に加筆、修正を加えたものです。

この学位論文は、裁判過程の体系的連関のなかで裁判官が法的判断のなかに要保護的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、それ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ました。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、その「新たな法主体概念」を「要保護的法主体」と同定して研究対象としました。

論文を作成するにあたり、主査として社会福祉学の動向を踏まえ、新しい理論動向を的確に位置づけられご指導下さいました渡辺信英教授に心より感謝申し上げます。渡辺教授には、研究活動に限らず、常に生活全般にわたる叱咤激励を賜り、また、毎晩深夜まで、言語一つひとつの奥深さ、輝き、新鮮さ、重さ、精緻さとともに多面的なものの見方など研究への深い指導と適切にご指摘をいただき研究の醍醐味を実感いたしました。魅力的な言語の世界に足を踏み入れることができた経験は、自分の論文を完成させるためだけにとどまらず、今後、本学教員として自ら学生の論文指導にあたる際においても多大な視点と枠組みを与えていただきました。

志田民吉教授からは、自分自身における学問の表層部分という未熟さをご指摘いただき、深い理論的考察に基づいた学問の根本的な深層部分までご指導をいただきました。深く感謝いたします。

松江克彦教授からは、利用者の重度の老人性認知症の行動様式の視点を精神科医のご立場からご指摘をいただき、また、大学院におけるご指導に限らず、いつも温かく、論文作成中の困難な時期に精神的なご支援を頂戴いたしました。心からお礼を申し上げます。

阿部四郎教授からは、論文の視点、方法、理論相互間の体系的連関までご指摘をいただき、多大なご指導、ご支援をいただきました。厚く御礼を申し上げます。

犬飼健郎弁護士は、論文ご指導時には日本弁護士連合会副会長のお立場でもあり、犬飼弁護士からは法律実務家の視点からご指導をいただき、また私生活においても温かい励ましとともに実践研究に関する多くのヒントをいただきました。本当にありがとうございました。

さらに、8年間という長期にわたる大学院での学びと研究について、惜しめない理解と支援を送り続けてくれた家族や友人、そして教職員の方々に感謝の気持ちを捧げたいと思います。

最後に、この本の出版にあたって、南窓社の岸村正路社長をはじめ編集部の方々に大変お世話になりました。心よりお礼を申し上げます。

多くの方々のご支援、ご協力を頂戴しながら本書を出版することができたことに深く感謝

いたします。 本当にありがとうございました。

<略歴>

菅原好秀（すがわら・よしひで）

宮城県生まれ

中央大学法学部法律学科卒業

東北福祉大学大学院総合福祉学研究科社会福祉学専攻修士課程修了、東北福祉大学大学院総合福祉学研究科社会福祉学専攻博士課程単位取得を経て

平成 21 年 3 月東北福祉大学大学院総合福祉学研究科社会福祉学博士 学位取得

東北福祉大学総合福祉学部助手、講師を経て

平成 19 年より東北福祉大学総合福祉学部准教授

現在東北福祉大学総合マネジメント学部准教授 東北学院大学法科大学院非常勤講師

<著書>

『民法判例集 親族法・相続法』（2001）共著 南窓社

『福祉のための家族法 親族編』（2002）共著 南窓社

『福祉のための家族法 相続編』（2002）共著 南窓社

『法の基礎』（2002）共著 南窓社

『福祉のための行政法』（2004）共著 南窓社

『社会福祉選書 法学』（2005）共著 建帛社

『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』（2006）共著 南窓社

『社会福祉サービスと法』（2007）共著 建帛社