

# 博士學位論文

内容の要旨及び審査の結果の要旨

課程修了によるもの（課程博士）

第3号

平成21年6月

東北福祉大学

# は し が き

この冊子は、学位規則（昭和 28 年 4 月 1 日）第 8 条の規定による公表を目的とし、本学にて博士の学位を授与した者の論文内容の要旨及び論文審査の結果を収録したものである。

今年度に授与した学位は博甲第 3 号博士（社会福祉学）である。

課 程 博 士

總 合 福 祉 学 研 究 科

社 会 福 祉 学 専 攻

氏名（本籍）	菅原 好秀（日本）
学位の種類	博士（社会福祉学）
学位記の番号	博甲第3号
学位授与年月日	平成21年3月31日
学位授与の要件	学位規則第4条1項該当（課程博士）
学位論文題目	「要保護法主体像の新たな理論構築に向けて ～ 法と福祉の協働 ～」
論文審査委員	主査 教授 渡辺 信英 副査 教授 志田 民吉 副査 教授 阿部 四郎 副査 教授 松江 克彦 副査 弁護士 犬飼 健郎

## 《論文内容の要旨》

### I. 論文の構成と概要

#### 1. 論文の構成

本論文の方法の第一は、介護事故における判例を分析し、その結果裁判官の心証に「要保護法主体像」が描かれ、それが帰結に影響をおよぼしているという仮説を構築し、その仮説を裁判の過程・帰結（法（判決）三段論法）において実証するものである。

本論文の方法の第二は、判例分析のなかで「物語」、「ケア概念」、「関係」を取り入れている。それによって、法の伝統的な「法的言説」、「法の厳密性・形式性」に加えて「日常的言説」、「情緒・感情・愁訴」などの文脈が裁判の中で展開されていることである。

本論文の目的は、介護リスク予防のためのモデルを設計することを意図している。介護事故の要因・因子を抽出・分析し、介護リスクの過程モデルを構築することによって介護サービスの体系化をはかり、一方では、利用者とその家族、介護者、第三者（専門家・非専門家）などによる関係複合体というべく介護リスクコミュニケーションを組織し、それによって介護事故を防ぐことを志向している。

本論文の背景は、急激な高齢化は当然ながら要介護高齢者の増加をもたらし、それと比例し認知症高齢者も増え続けている。反面、家庭の介護機能は著しく衰退している。そこで要介護高齢者を家族だけでなく社会全体で担うことが視座され、「介護保険法」の制定によって「介護の社会化」（家族介護から施設介護・在宅介護へ）が定着した。また「措置から契約へ」の移行は利用者の権利意識を高めた。そのような社会的背景が裁判官の心証形成に影響をあたえていると考えられるとし、「要保護法主体像」のための要因のひとつを社会背景に求めている。

以上のようなテーマを掲げながら、本論文は構成されている。

#### 序 章 研究の背景・方法と目的・意義

##### 第1節 研究の背景・方法

##### 第2節 研究の目的と意義

##### 第3節 作業仮説の全体の概観

- 1 新たな「要保護法主体」像から理論体系を示した判例
- 2 ナラティブからの「要保護法主体」概念の考察

### 3 ケア概念からの要保護法主体概念の考察

## 第1章「要保護法主体」と日常的言説におけるナラティブとの関係論

### 第1節「要保護法主体」と日常的言説におけるナラティブとの関係論

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」

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)

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)

### 第2節「要保護法主体」と「感情性」におけるケア概念の関係論

## 第2章「要保護法主体」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

1 控訴審における「心身の状況」における新たな判断基準

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

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

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

2 「要保護法主体」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

(1) 見守りについて

(2) 「要保護法主体」における施設側の今後の対応策

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

### 第2節「要保護法主体」の背景としてのリスク論

1 「要保護法主体」におけるリスク論

2 リスクの構造的要因の分析

## 第3章「要保護法主体」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)

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)

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)



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)

第4章 介護事故裁判事例の施設側の勝訴判決の意義と「要保護法主体」

第1節 施設側を勝訴判決に導いた背景

1 「要保護法主体」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

(2) 保護的ケア」における食事における監視体制及び監視状況について

の考察

(3) 救急救命措置についての考察

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

2 サービス内容の説明と理解の徹底

3 苦情解決制度によるリスクの防止策

4 リスクマネジメントと利用者の人権尊重との調和

終章 要保護法主体像の新たな理論構築に向けて

(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

(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

(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

(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

(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

(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

(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

(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)

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)

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)

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)

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)

(2) 作業仮説のための補助資料

要保護法主体における裁判官の法的手法と意義

## 2. 論文の概要

論文の構成に即しながらその内容について概観してみる。

序章の第1節においては、本論文の背景・方法がテーマとなっている。

まず、背景として介護の社会化を取り上げている。

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、利用者の権利意識もめばえた。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おり、介護の社会化は本論文の背景となっていることを示唆している。

次に本論文の重要なテーマである主体像について言及している。

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とし、そして、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ことを指摘している。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」が発現してきたことを述べ、本論文では、その「新たな法主体概念」を「要保護法主体」と同定して研究対象としている。

この「要保護法主体」と裁判官の心証について論述している。

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、裁判官はそのための事実を認定する作業をすらし。裁判官は直感、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らしとしている。そこで菅原氏は、裁判においては体系的連関（仮説・演繹・帰納・類比・帰結）を築きながら法的判断がなされ、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、本論文の仮説を設定している。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、それらの裁判においては、「要保護法主体概念」という新しい主体概念の創出により、裁判官の心証が法解釈に影響を及ぼしているのではないかと本論文は指摘し、「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ている。それを検証するための作業仮説として判例を分析している。氏はさらに、裁判官の帰結文の背景に「物語」と、「ケア概念」も存在しうるとし、それらは帰結のための重要な要素とし分析している。

そして「物語」とう概念を持ち込んだ理由として次の三点を指摘されている。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点を述べ、原告側が、「要保護法主体」となるために、裁判官に自己の苦痛やトラブルの物語を語り、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点を指摘している。

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

第三に、要保護法主体の語りの中に重要な愁訴が非言語的に語られている点を指摘している。

上述のように「語り」というナラティブと「要保護法主体」は、裁判過程において関係性をもっている点を指摘し、その検証の方法として、本論文は「物語」という視点から判例の分析を試みている。

序章の第2節は研究の目的と意義についてである。

氏は、本論文の重要なテーマである「要保護法主体」という概念を研究する意義について述べている。①原告・被告の象徴的相互作用論の流れの中で個々の主観的な意味付けを探り、主観的な視点に留意する、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することによって、多様なアプローチが可能となる点を述べている。

また氏は、介護リスクを予防するためのモデルの設計について言及している。介護事故により裁判に発展するということは、介護事故が起きたという事実のみを意味するのではなく、利用者とその家族が施設側との間で十分な情報共有

と相互理解ができないために解決できなかったことを意味すると指摘し、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と述べ、質的データに重点を置く介護事故の裁判例において、裁判所が新たな「要保護法主体」像を踏まえて提示した事実認定、判旨を通じて、介護事故対策に必要な方法・方策を分野別に抽出し、介護事故の予防を図るとともに、利用者と家族、施設職員と第三者が事故原因の共有化を図り、介護サービスの質の体系化も図る必要性を述べ、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し、介護者サービスの技術、視点、留意すべき点を介護事故の裁判例の「要保護法主体」概念を通じて明らかにすることにより介護リスク・マネジメントの体系化が構築されうると論述している。

第1章では、「要保護法主体」と「ナラティヴ」、「ケア概念」との関係が論じられている。

法判断のための体系的連関において、裁判官の心理過程のなかに法外的判断である「日常的言説におけるナラティヴ」「ケア概念」が介在し、それが「要保護法主体」という主体概念につながり、裁判官の判断つまり帰結に影響を及ぼしている点を、裁判を分析することによって明らかにしている。つまり、「要保護法主体」を構成している「語り」「ケア概念」さらに「関係性としての尊厳」「最善の利益」など「要保護法主体」を構成しているさまざまな要素が判決という帰結に影響を及ぼしていることを明らかにしている。

さらに、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・被告が交わされる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、「要保護法主体」に語りという日常的言説が裁判官の心象に影響を及ぼしていることを分析・検証している。

また、この章では、「要保護法主体」の構成する要素としての「ケア概念」について詳説している。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と指摘されている。このように「要保護法主体」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と論述している。

第2章では、「要保護法主体」と物語としての「心身の状況に応じた介護」

との関係論について論じ、さらに、それらが法改正に影響を与えたことを示唆している。

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「要保護法主体」の一般的効力という政策志向的訴訟が法改正にすくなく影響を及ぼしたことを指摘されている。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ている。

第3章では、「要保護法主体」における「最善の利益」論について論じられている。

利用者の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二項対立的な法的思の存在を前提とし、裁判官は「本人」の「最善の利益」において、「要保護法主体」としての「本人」を強調して帰結に影響を及ぼしていることを判例を分析しながら検証している。

さらに、社会福祉の分野における自己決定権についても論じており、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」を主目的とするため、すでに本人の意思を推測できない状態でも、可能なかぎり「本人」にとって、最善の利益が追求されるべきだ、ということを主張している。

第4章では、介護事故裁判事例の施設側の勝訴判決の意義と「要保護法主体」の関係論を論じられている。介護事故裁判例において施設側の敗訴判決がほとんど占める中で、施設側が勝訴した誤嚥事故の介護事故裁判事例を取り上げ、現代型訴訟としての判例の流れは、「要保護法主体」を構築し、被害者有利な判決が構築されつつある中での施設側の勝訴判決の理論的構築を考察している。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を分析している。つまり、誤嚥による予防策として、誤嚥のおそれのあるこんにや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指摘され、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考察している。

終章では、「要保護法主体」像の新たな理論構築に向けて考察がなされてい

る。裁判官の新たな「要保護法主体」概念に関する言語行為により、従来の裁判の紛争解決的性格や損害の賠償を求めることだけに止まらず、さらに今後の被害・紛争の事前防止の措置を求めるという、判例による新しい権利の承認や政策形成への波及効など、関連事例の将来にわたる政策志向的訴訟という現代型訴訟へと移行していくとの見解を述べている。

そして上述した現代型訴訟の典型とされた判例を分析している。まず名古屋新幹線訴訟では、住民の騒音防止が人格権侵害を伴うことから、人格権に基づく差し止め請求が可能になるとの法的構成をし、係争地区の7キロ区間を減速させた。

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」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。

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

氏はこれらの判例を観取し、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、と指摘している。

最後に氏は明示された部分の影にある明示不可能な部分についても言及している。

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ず、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、「関係性としての尊厳」「ナラティブ」「ケア概念」「最善の利益」を内容した「要保護法主体」もまた、定式化された原理の水面下に、膨大な黙示的ルールの世界を有しているものと考えられることができる、と述べ、「要保護法主体」の基底層の分野を構成する要素として「ナラティブ」「ケア概念」「関係性としての尊厳」「最善の利益」が存在することを検証したが、社会ルールの大半は明示化不可能な、ないしはきわめて困難な黙示的ルールのもとでは、あるパーツを取り上げ、それを研究対象にせざるを得ないところにある一定の限界が存することも事実である、と主張している。

## 《論文審査結果の要旨》

### II. 論文審査結果の要旨

#### 1. 論文の意義

菅原氏は介護保険法の導入による「家族介護から施設介護・在宅介護へ」、「措置から契約へ」という移行は介護事故・介護裁判の増加をもたらすとして、介護事故における判例の分析を自身の研究テーマとして、その成果は著書、論文として数多くあり、また、社会福祉学会などでも意欲的に発表しているのであり、本論文においても介護事故をテーマにしている。

本論文は、介護事故における「利用者」、医療過誤の「被害者」、消費者基本法の「消費者」に従来の主体像でない新たな主体像、すなわち「要保護法主体像」なる主体像を創出し、その主体像を法（判決）三段論法による方法論を用い詳細に分析している。

このように判例分析に「物語」、「ケア概念」を取り入れているが、それによって以下のような評価がなされた。

まず、「物語」、「ケア概念」を分析することによって、この作業が法律学、社会学、社会福祉学との共同による学際的になり、その複眼的アプローチは意欲的で創造的な視点が見え、評価の対象となった。

また、裁判における事実認定などの事実レベルと尊厳などの価値レベルを同時に考察する場合、「物語」、「ケア概念」、「関係性」などは有効な方法であろうと評価された。

さらに、「物語」、「ケア概念」、「関係性としての尊厳」、「最善の利益」などの概念の導入によって近代知・形式知から日常知・実質知の連鎖が可能となり、道徳的、自立的、自律的、自由、そのように概念された抽象的な主体像から「労働する」、「消費する」、「介護される」、「医療をうける」など具体的・存在論的主体像としての視座は「要保護法主体像」を明確にするとともに、法の「不変性」、「普遍性」、「硬直性」に対し、「可変性」、「特殊性」、「柔軟性」を示唆しているなど今後の展開に期待できるものと思われる。

本論文は介護リスク・マネジメントについても照射し、次の2点を論じている。

まず、今後ますます高齢化が進み、それに伴い介護事故が増大すると予測されるとし、介護事故の予防モデルについて述べ、客観的データに基づいた予防モデルの設計の必要性を説いている。つまり、あらゆる介護事故の判例を詳細に分析評価することにおいて、介護事故の要因となっている転倒・骨折・誤嚥な

どが抽出され、さらにそれらを各因子に分化し、パターン化し、介護リスク予防のための過程モデルの設計を論じている、もう1点は、利用者およびその家族、施設・在宅のサービス提供者および介護者、第三者（専門家・非専門家）による介護コミュニケーションを組織し、介護生活事態の中でのサービスとリスク、尊厳と保護、自己決定とパターナリズムなどについての知の共有が重要であり、それが介護事故を予防し、介護裁判を防ぎ得るとしている。それらの指摘は施設・在宅介護サービスにおけるリスク・マネジメントに寄与しうる、と評価された。

## 2. 論文に残された検討課題

以上の総括的な評価に対し、本論文においての今後の研究へ向けていくつかの課題も指摘しておきたいと思う。

第1に、裁判官の心証に「要保護法主体像」が形成された原因としての介護の社会化（家族介護から病院介護、施設介護、在宅介護へ）をさらに分析する必要があると思われる。

第2に、法過程が二重の基準になりうる。①近代的市民像－自律主体－市民的主体像－法解釈が厳格（画限的）、②現代的市民像－非自律主体－要保護的法主体像－法解釈が柔軟（目的的）、この二重基準における共存の妥当性と相補関係の合理性を分析をし、今後の研究においてその明確化を期待したい。

## 3. 博士（社会福祉学）の可否

本論文は、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「要保護法主体」概念を立証することに視点をあて論じたものである。本論文にはいくつかの課題はあるが、それは今後の研究課題でもあり、学術的水準に達していることを審査員一同評価するとともに、本論文は、博士の学位を授与するに値するものとして評価できる。



平成21年6月30日印刷  
(非売品)  
平成21年6月30日発行

発行 東北福祉大学  
編集 東北福祉大学大学院事務室  
印刷 ㈱ホクトコーポレーション