

福祉ライブラリ

リスクマネジメント と法

菅原好秀 著

建帛社
KENPAKUSHA

は し が き

日本リスクマネジメント学会創立者である亀井利明先生は「リスクは繰り返す」「リスクは変化する」「リスクは隠れている」とったリスクの三様相により、リスクは千差万別、千変万化するがゆえ、リスク処理の選択の重要性を指摘され、日本リスクマネジメント学会理事長である上田和勇先生は「リスクは頻度と強度を変え、繰り返す」とリスクマネジメントの核心を指摘されている。今現在の社会情勢はまさに予測困難な時代に突入しているように思われる。「リスク」とは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と考え。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である。

介護の現場では「介護リスク」、保育の現場では「保育リスク」、学校現場では「学校リスク」、医療の現場では「医療リスク」が発生している。

このリスクで注目すべき点は、訴訟において、損害を金銭で回復させるという裁判で「見えてくる」損害回復モデルという従来の伝統的司法制度に依拠したシステムから、現代の裁判では見えてこない「誠実な対応」「謝罪」「再発防止」という行為者の感情的次元にこそ、光をあてて被害者を救済することに主眼があるように思われる。

リスクが発生すると、対応によっては、被害者及びその家族は、穏やかだった表情が豹変し、不満から失望、怒りに変わり、加害者側の過失を徹底的に追及するために、裁判を起こす可能性がある。裁判では、長期化し、精神的な負担が増大し、本来、被害者の自己責任で発生した転倒・骨折でさえも加害者側の責任として追及してくる。保険により金銭賠償をすればいいということだけは済まされないのが「介護リスク」「保育リスク」「学校リスク」「医療リスク」である。

本来感謝されるべき側が裁判に訴えられることは異常なことである。本書を

通じて、リスクが発生した事後対応を分析し、リスクに対する危機意識と自覚を喚起する一助になれば幸いである。

本書の執筆にあたり、東都学園学園長の渡辺信英先生に言語一つひとつの奥深さ、重さ、輝き、精緻さと、多面的なものの見方など細部にわたりご教授していただき、心より感謝申し上げます。日本リスクマネジメント学会理事長上田和勇先生、ソーシャル・リスクマネジメント学会理事長戸出正夫先生に、学会報告等でリスクマネジメントの本質をご教授いただき心より感謝申し上げます。

最後に本書の出版にあたり、本書の企画・構成の段階からご助言をいただいた建帛社の方々に深く感謝申し上げます。

なお、本書は日本リスクマネジメント学会誌『危険と管理』、ソーシャル・リスクマネジメント学会誌『実践危機管理』、『東北福祉大学紀要』の拙稿を加筆・修整したものである。

2020年3月

菅原 好秀

目 次

第1章 裁判事例から学ぶリスクマネジメント

第1節	リスクと社会学—感情的コンフリクトに関する一考察—	1
1	はじめに	1
2	現代社会の医療行為とリスクに関する社会的分析	3
3	患者の感情までの手当てを含む対話方法と新たな解決方法	8
4	法的責任や金銭賠償を超えた新たな医療事故紛争解決システム	11
第2節	地域教育行政とリスクマネジメント—学校事故裁判例から—	17
1	はじめに	17
2	地域教育行政の意義	19
3	教職員の精神疾患の現状	20
4	学校事故裁判例とリスクマネジメント	21
5	地域教育行政の長時間労働の現状と課題	27
6	今後の地域教育行政とリスクマネジメント	28
第3節	介護事故と予見可能性—介護事故裁判例からの一考察—	34
1	はじめに	34
2	予見可能性と介護事故裁判	35
3	予見可能性と関連判例	39
4	本判決の意義と予見可能性	41
第4節	介護事故裁判の新たな潮流—精神障害者の監督者の責任から—	47
1	はじめに	47
2	JR東海認知症徘徊死亡事故訴訟	50
3	判例検証	54
4	最高裁判決の影響	55
5	鉄道会社の認知症の理解不足の問題点	56
6	最高裁判所裁判官の心証形成と介護事故裁判の新たな潮流	57

第5節 介護の責任と注意義務 60

- 1 はじめに…………… 60
- 2 不法行為責任と「語り」という日常的言説…………… 61
- 3 介護事故裁判例における当事者の「語り」…………… 62
- 4 「語り」という日常的言説による今後の施設側の対応…………… 64
- 5 介護事故裁判と日常的言説…………… 65

第6節 介護における人的サービスとリスクマネジメント —心の危機管理からの一考察— 68

- 1 はじめに…………… 68
- 2 介護サービスとリスク…………… 69
- 3 「人の心」が法改正に影響を与えた介護事故裁判例…………… 73
- 4 今後、施設側に求められる心の危機管理…………… 77

第7節 ナラティブと医療過誤訴訟に関する研究 —原告側が弁護士を解任し、本人訴訟で勝訴した意義— 81

- 1 はじめに…………… 81
- 2 「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…………… 82
- 3 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」…………… 84

第8節 苦情とリスクマネジメント —責任無能力者の監督義務者の責任と介護事故裁判例を踏まえて— 97

- 1 はじめに…………… 97
- 2 サッカーボール事件の小学生の父親のコメントの考察…………… 99
- 3 JR東海認知症徘徊死亡事故訴訟と上告理由…………… 100
- 4 不誠実な対応と苦情…………… 101
- 5 苦情と社会福祉法制度…………… 102
- 6 苦情と信頼関係の構築…………… 105
- 7 苦情とリスクマネジメント…………… 106
- 8 謝罪とリスクマネジメント…………… 107

第2章 介護事故裁判事例とリスクマネジメント

ケース 1	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	112
1	事案の概要と事実認定	112
2	争点における原告・被告の主張と判旨	115
3	判旨の具体的検討	118
4	介護事故裁判例の意義と今後の施設運営のあり方	124
ケース 2	デイサービス利用中の行方不明にかかる死亡事故	130
1	事案の概要	130
2	判旨から学ぶ具体的認定基準	131
3	判旨から学ぶリスクマネジメント	134
ケース 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	138
1	はじめに	138
2	事案の概要	140
3	被告の過失の有無に関する争点	140
4	裁判所の判断—被告の過失の有無—	142
5	判旨の具体的検討	144
ケース 4	老人保健施設における転落死亡事件	156
1	事案の概要	156
2	争点における原告・被告の主張と判旨	158
3	判旨の具体的検討	168
4	今後の介護サービスにおいて取り組むべき課題	175
ケース 5	老人保健施設における誤嚥による死亡事故	178
1	事案の概要と判旨から学ぶ具体的認定基準	178
2	判旨の具体的検討	180
3	介護事故裁判例の意義と今後の施設運営のあり方	186
4	リスクマネジメントと利用者の人権尊重との調和	191
ケース 6	特別養護老人ホームにおける誤嚥による死亡事故	194
1	事案の概要と判旨の具体的認定基準	194
2	判旨の具体的検討	195

ケース 7	送迎中の転倒・骨折死亡事故	197
1	事案の概要と判旨の具体的認定基準	197
2	判旨の具体的検討	199
ケース 8	ボランティアの見守り義務違反による転倒・骨折事故	201
1	事案の概要と判旨の具体的認定基準	201
2	判旨の具体的検討	203
ケース 9	利用者同士のトラブルによる転倒事故の責任	203
1	事案の概要	203
2	争点における原告・被告の主張と判旨	205
3	判旨から学ぶリスクマネジメント	207
ケース 10	災害時の利用者の行動特性と今後の施設職員の対応	209
1	はじめに	209
2	災害時の利用者の行動特性と対応方法	209
3	介護事故裁判事例から学ぶ災害時の利用者への対応方法	210
4	今後の災害に備えて	211

第3章 保育事故裁判事例とリスクマネジメント

1	児童らのそばを離れた指導員に過失が争われた事案	214
2	医師および看護師らに対する注意義務違反の事案	214
3	幼児の誤嚥事故において重大な後遺症が生じた事案	214
4	監視義務違反があったとした事案	215
5	プール監視員の過失において、幼児が溺死した事案	215
6	大人用と子ども用併設プール内において児童が溺死した事案	215
7	幼稚園年少組の水泳指導中、園児が溺死した事案	215
8	幼児が用水路に転落し重傷を負った事案	215
9	園内保育中に幼稚園教諭が園児にやけどを負わせた事案	216
10	園内保育中に保育士が園児にやけどを負わせた事案	216
11	幼稚園の井戸水から病原性大腸菌に感染して 園児2名が死亡した事案	216
12	幼稚園の井戸水に汚水が流入し、園児2名が死亡した事案	217
13	幼稚園での綱引き練習中に園児が親指を切断した事案	217

14	男児の歯が女児の眼に当たって、女児に視力障害が残った事案	217
15	スイミング教室での事故で児童が失明状態となった事案	218
16	保育園児同士の遊び中の事故における事案	218
17	園庭のすべり台での園児死亡事故の事案	218
18	校庭のサッカーゴール転倒による幼稚園児死亡事故の事案	218
19	公立中学校校庭での事故により、幼児が死亡した事案	219
20	公開前の市営施設設置のサッカーゴール転倒による 生徒死亡事故の事案	219
21	保育所園庭での園児受傷事故の事案	219
22	幼稚園園庭遊具での死亡事故の事案	220
23	児童遊園遊具での児童死亡事故の事案	220
24	幼稚園園庭乗り入れ車両による園児傷害事故の事案	220
25	園外活動時の園児踏切死亡事故の事案	220
26	バス通園時の交通事故による園児重傷の事案	221
27	通園バスによる交通事故での園児死亡事故の事案	221
28	保育所屋上駐車場からの乗用車転落事故による園児死亡の事案	221
29	無認可保育所での午睡中事故の事案	222
30	少年の信号無視によるバス乗客転倒事故における 両親の責任についての事案	222
31	自宅前での幼児の行動による自転車事故における 両親の責任についての事案	222
32	園外保育での牧場における事故の責任についての事案	222
33	保育所保育中の異物による傷害事故の事案	223
34	幼稚園入園拒否の可否に関する事案	223
35	幼稚園側からの契約解除による園児退園についての事案	223
36	マンション建築による隣接保育所の日照権についての事案（１）	223
37	マンション建築による隣接保育所の日照権についての事案（２）	224
38	マンション建築による隣接小学校の日照権についての事案	224
39	共同住宅等建築による隣接幼稚園の日照権についての事案	224
40	ビル建築による隣接幼稚園の日照権についての事案	225
41	保育所園長による虐待死亡事故における県の責任についての事案	225

第

1

章

裁判事例から学ぶリスクマネジメント

第1節 リスクと社会学

—感情的コンフリクトに関する一考察—

1 はじめに

民事訴訟の紛争解決方法は、不法行為訴訟に典型的にみられるように、利益侵害の要因となる事実認定を特定し、有責な加害者にその侵害によって生じた損害を金銭で回復させるという損害回復モデルが通常である。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、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」という民法第709条の条文において、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もつということを正当化できるのである。

ここでの裁判の過程では、あらかじめ法によって定義された問題のみが扱われ、その判断にとって重要な事実のみが注目され、金銭賠償という法的賠償責任を確定させ負わせることを目的としている。医療裁判においても訴えられた被告の医師や担当弁護士、被害者から依頼された弁護士、そして裁判官も民事訴訟においては、金銭賠償による解決を第一の目的としている。

しかし、金銭賠償以外のあらゆる責任が、そこでは埒外とされ、患者の求める「真相究明」「誠実な対応」や「謝罪」といった日常的道德感覚に即した問題は、基本的には扱われず、あくまでも法的賠償責任のみが確定されるのみであり、感情的コンフリクト（不一致、対立）を解消するような責任負担は問題

とされていないのである。

近年急増している医療事故の紛争において、高度化された専門医療や医師のあり方についての不安や不満、不信感をもつれ合うことで、具体的侵害の程度を超えて紛争を深刻化させている傾向がある。

医療事故においては、遺族側が金銭賠償を本来の目的としない注目すべき医療裁判がある。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⁾である。この裁判では、注目すべき点は、原告側の訴訟の目的は、表面的な金銭賠償請求ではなく、医師側からの事実経過を説明する場の保証と過誤原因の究明とそれに基づく謝罪である点である。

原告にとっての訴えの目的が、例えば次のような言葉として語られている²⁾。

- 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及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」(原告陳述書その四)
- 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っ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)。
- ③「親の気持ちといたしましては、子どもに先立たれて、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こと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います」(原告本人尋問・母)。
- ④「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)

この点、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。

この事案では、原告側が金銭賠償を目的とした弁護士を解任した。そして表面的な金銭賠償請求ではなく、医師側からの事実経過を説明する場の保証と過誤原因の究明とそれに基づく謝罪、そして同事案の医療事故防止を求めたのである。

このように不可避的なリスクの伴う医療行為の事故の訴訟目的としては、損害を金銭で回復させるという損害回復モデルという従来の伝統的司法制度に依拠したシステムから、「真相究明」「誠実な対応」や「謝罪」という行為者の感情的次元、そして「同事案の医療事故防止」まで含んだ当事者のニーズに応答的かつ機能的な医療事故紛争解決システムを構築し、感情的コンフリクトを解消することが現在求められているのである。

そこで本稿では、従来の医療裁判を通じて法的空間のみで患者と医師が対決する紛争解決方法ではなく、紛争当事者の生活空間まで則した「患者の感情までの手当てを含む対話方法」「法的責任や金銭賠償を超えた新たな医療事故紛争解決システム」について、リスクと社会学の視点から検討するものである。

2 現代社会の医療行為とリスクに関する社会学的分析

(1) リスク概念

現代社会の医療行為は、その対象たる個々の患者の身体やその状態を予測不能な固有の特性という極めて不確定な状況の中で医療行為がなされており、その判断基準は、画一的判断を容易になし得るものではない。医療行為は、本質

的に極めて高度なリスクを伴った営みにほかならず、一定の不可避的リスクが存するのである。

そもそもリスク (risk) とは、「ラテン語の *rescere*、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⁴⁾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。医師が患者の手術に対して勇気をもって挑戦し、患者の病状を回復させれば、治療代として報酬という利益が生じるのである。

ニクラス・ルーマンはリスクという概念を「決定」と関連付けて把握する。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はじめて、リスクに関する社会学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、または社会システム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⁵⁾、とする。

このルーマンの区別は、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⁶⁾。

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、当人が意図してしようと意図してまいと、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）。そうになると、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。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とおり、「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である。

また、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

(2) リスクと現代社会の医療行為

これを現代社会の医療行為に当てはめると、医療行為は、リスクある意思決定者と専らその影響を受ける者との立場に乖離^{かいり}がある。医師は手術によるリスクを専門的立場から医療行為の戦略に組み入れてリスク回避策を立てることができ、リスクに対して勇気をもってチャレンジすることができる。これに対して医療の専門的知識が乏しい患者は、医師の意思決定を専ら受け入れるほかない。つまり、患者は医師の行動選択を受動的に受け入れざるを得ない立場にあるのである。患者は、リスクを自由にコントロールすることができにくい立場にあるといえる。特に近年医療技術が目覚ましい進歩を果たしている医療において、過去と未来との連続性が断絶しており、手術経験の少ない患者は、過去

から推論して、これから行われる手術のリスクを把握することができないのである。

そのためリスク回避策を立てにくい患者が医師への信頼が揺らぐと、医師の行動選択に大きな不安を感じるようになる。そしてこの不安が、医療事故によって紛争の背景を形成することになる。例えば、医師が患者に医療行為の十分な説明を行うことなく治療を行う場合には、患者の不安はすぐに医師に対する不満、不信感につながり、不満や不信感が容易に蓄積されることになる。さらに、医師への否定的な情報の氾濫が患者の不安や不満、不信感を顕在化させ、訴訟にまで発展するのである。

今日の医療は、高度な医療行為を実施しているが、治療には基本的にはリスクが付きものであり、リスクを冒すことも治療には必要であると考えている。他方、患者・家族はそのようなリスクが理解できない場合、理解してもあえてリスクを冒さざるを得ない立場という半宿命的立場にあり、リスク操作には、医師と患者の間には大きなギャップがある。このギャップゆえに、患者・家族が医師の治療行為に不安を抱くことは避けられない。手術が成功して、患者が回復すれば、紛争までの問題は生じないが、医療事故が発生し、後遺症が残れば、医師に対する強度の不満や不信感が増幅し、極めて深刻な紛争へと発展するのである。

医療事故において、医師の過失が認められれば、不法行為ないし診療契約上の義務違反に基づく損害賠償請求によって患者・家族の金銭的損害が回復する余地がある。しかし、医療紛争まで発展した要因は、後遺症などの具体的な侵害もさることながら、医師に対する患者・家族の不満、不信感である。患者・家族の不満や不信感を修復するケアの視点が重要となってくるのである。

このリスク社会の紛争の対処方法としては、紛争が医師と患者のリスク操作のギャップに由来し、またはそれに触発されて深刻化するるのであるとするならば、このギャップの穴埋め的な調整方法が必要となる⁷⁾。このギャップによって生じる患者のリスクに対する不安が医師に対する不満や不信感に転化され、医師との間での紛争へと発展するのであれば、医師が決定者の不安に対するケアを施し、患者が日常生活上そのような不安と共存できるように支援すること