

介護の法律入門

think like a lawyer

梶原洋生

インデックス出版

はじめに

知り合いの裁判官に、介護福祉士の国家試験（過去問題）を手渡したことがある。その裁判官は家に持ち帰って早速やってみたらいいのだ。それなのに、散々な結果であつたと電話がかかつてきた。

彼の名誉のためにも点数はここで公表しないが、確かにつかりである。誰が聞いても、なんともさびしい採点結果だつた。

「これからは、少し時間をとって福祉のことを勉強してみよう」そう言つて、その裁判官は電話を切つた。

彼には悪いと思うのだが、私はこの話を機会があるごとにあちらこちらでしゃべつた。すると、福祉士の

人、とくに介護職の人々がそれは大変なことだと言う。この国では介護現場における事故というものが格段の騒ぎなのである。マスクにも大いに取り沙汰されている。地域福祉権利擁護事業の相談件数が、この六年間で一二〇万件を超える状況もある。

つまり、介護職は日々さまざまな法律問題に直面している。それはときに介護を受ける側の人々と力を合わせてきたものだ。または、その関係がこじれてしまったものだ。途中でマスクミ報道されたことも多い。

法律家として介護の問題に集中するようになってから、早いもので既に七、八年が経過している。その間、福祉関連の法律が次々に作られ、あるいはその中身が大幅に替えられてきた。最初の頃は自分だけでじっくり考える単独作業だった。

次に、私は全国を飛びまわり、いろいろな立場の人々

に話を聞いて歩いた。例えば、介護の研究会を主催している介護職の方に、また、障害者の当事者団体の方に。

ある時は施設の仕事の手伝いもさせていただき、現場の苦勞を肌で感じた。また、驚くような現状に直面することもあつた。

さて、この本はタイトルの通り、法学の入門書である。法律というと、どうしても「厄介なもの」という印象がある。しかし、この本は私たちの生活にひきつけ、介護職という対人援助職から見た臨床を具体的に描いている。多くの例を挙げながら、それらを通じた介護職の法的な「頑張り方」を考えている。法律を知り、法律を武器にする。

つまり「ファイト介護職！」なのである。

弁護士がいない町にも高齢者はいる。

そして、介護職もいるのだ。

はじめに 3

第一部 介護職による法的解決—実際にあつた話 9

第一章 相談されやすい介護職・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 14

- ① 「ヘルパーさん、軟膏を塗っておくれよ」 14
- ② 「あの施設で死んだのよ」 20
- ③ 「ジジイなんだから金を出せ」 26
- ④ 「あなたに財産をあげたい」 34
- ⑤ 「遺言の代筆をしてほしい」 42

第二章 目撃しやすい介護職・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 49

- ① 「家族から虐待を」 49
- ② 「友人から借金の相談を受けている」 55
- ③ 「マンション付近が路上駐車で訪問にいけない」 61

④ 「買い物し放題なんだって」 69

第三章

立ち入りがたい介護職

- ① 「ペットを預かってほしい」 75
- ② 「福祉移民と言うけれど」 82
- ③ 「夫を非難してほしい」 87
- ④ 「葬儀の準備」 97

第二部 介護とローヤリング 101

第一章

介護技法としての法的対応

・・・・・・・・・・・・・・・・

106

第二章

介護実務としての法的対応

・・・・・・・・・・・・・・・・

128

第三章

介護現場でのローヤリング

・・・・・・・・・・・・・・・・

150

75

第三部 リーガルアプローチの可能性―展望と挑戦 167

巻末資料 192

付録 法諺の世界 210

主要参考文献 215

おわりに 218

第一部 介護職による法的解決―実際にあつた話

本書を「介護の法律入門」と題した最大の理由は、これが必要だと思えたからである。

次頁の表を見てほしい。社会福祉士や精神保健福祉士の養成過程には「法学」という科目の履修が用意されている。それが介護福祉士の養成となると、さっぱりである。「法学」という履修科目はないのだ。ホームヘルパーの養成においても、法の基礎教育という設定はまるで存在しない。つまり、日本の介護職は、「法」を学ぶチャンスをずっと奪われてきた。

しかし、実際はどうだろう。いまやこの国でもっとも法律の課題に直面しているのは、介護職だと言ってもよいくらいである。もはや介護職は、今日のわが国において浮かび上がってくる法的難題の解決に、一役も二役も買うキーパーソンなのである。

やはり、法律を基礎にし、その根拠の上に立って行動することが、これからさらにますます必要となる。そして、より実際の物事を見るべきだ。さらに法的に活動する。

そのためには基盤となる根幹・立脚点が必要である。一言で言うならば、介護の中でなるべく「物事を法的に捉える」ことである。今、わが国ではそうした実践に奮闘している介護職の方々がたくさんいる。それによって支えられている。

この本はそういう介護職の方のこれからに向けた法的な基盤作りを最大限に意識している。私たちのスローガンは「Think Like a Lawyer (ときには法律家のように)」である。法律家としての介護職、そのためのアプローチなのだ。

資格	養成科目
介護福祉士	<p>(1) 社会福祉概論 (2) 老人福祉論 (3) 障害者福祉論 (4) リハビリテーション論 (5) 社会福祉援助技術（演習を含む） (6) レクリエーション活動援助法 (7) 老人・障害者の心理 (8) 家政学概論 (9) 医学一般 (10) 精神保健 (11) 介護概論 (12) 介護技術 (13) 形態別介護技術</p>
社会福祉士	<p>(1) 社会福祉原論 (2) 老人福祉論 (3) 障害者福祉論 (4) 児童福祉論 (5) 社会保障論 (6) 公的扶助論 (7) 地域福祉論 (8) 社会福祉援助技術 (9) 心理学 (10) 社会学 (11) 法学 (12) 医学一般 (13) 介護概論</p>
精神保健福祉士	<p>(1) 精神医学 (2) 精神保健学 (3) 精神科リハビリテーション学 (4) 精神保健福祉論 (5) 社会福祉原論 (6) 社会保障論 (7) 公的扶助論 (8) 地域福祉論 (9) 精神保健福祉援助技術 (10) 医学一般 (11) 心理学 (12) 社会学 (13) 法学</p>

さて、二〇〇一年から〇五年までの五年間に、介護職と法的解決との関係について情報を収集し、または整理した（全国社会福祉協議会への相談と権利擁護事業への問い合わせ、

介護保険法上の運営適正化委員会への働きかけ、国民健康保険団体連合会（国保連）への苦情、消費者センターへの相談、公証人役場における成年後見制度の利用に關した調査等である）。

なるべくは直接に訪問して担当者の話を伺い、現状で可能な範囲内の聞き取りとした。あるいは公開可能なデータの入手につなげて判断した。

その結果、介護職による法的解決については、多岐に涉つた関係性が存在していることを推察できる事例と数値が入手された。

さらに、これらの実態を正確に把握しようとした。実際の依頼者、その家族、介護職、支援団体、当事者センターのカウンセラーの方々に会い、文脈理解の指導を受けた。

これら法的解決には、いろいろなものがある。そこには介護職による情報提供の依頼や代弁の要求、介護職への証人的役割の期待も含まれる。介護職のカンファレンスノート、ケース記録、申し送りの内容、サービス向上レポートを取りまとめて調べた。

法制度が流転し続ける中で、その行為様式においてとくに印象的または象徴的と思われるものがあつた。組み合わせながら、事例の形で示してみよう。便宜上、介護職側の「アプローチ」「アクション」「ムーヴメント」の各局面に分けて整えた。

第一章 相談されやすい介護職

① 「ヘルパーさん、軟膏を塗っておくれよ」

介護職のN氏は困った。ホームヘルパーとして介護に出向いている先の、お年寄りのことだ。背中に軟膏を塗ってほしいと言うのである。この前までは、それをしてあげていた。しかし、事業所の所長に先日呼び出されて、怒られた。

軟膏の塗布というのは医療行為である。医師しかしてはいけないものだと言う。「ヘルパーは医者じゃないのだから」と言われた。でも、介護に行けばまたきつと頼まれるに違いない。

アプローチ

医師法にはその第一七条で「医師でなければ医業をしてはならない」とある。この法律は別の法律によって認められる以外に例外は規定していない。例外を規定した別の法律としては外国医師または外国歯科医師が行う臨床研修にかかる医師法第一七条及び歯科医師法第一七条の特例等に関する法律や保健師助産師看護師法等がある。社会福祉士及び介護福祉士法では医療行為に関する規定はない。ただし、その第四七条に「社会福祉士及び介護職は、その業務を行うに当たっては、医師その他の医療関係者との連携を保たねばならない」と定められている。

アクション

医療行為の危険性を考える。原則に従い、法律の規定を遵守しなければならない。介護職は医師免許を持っていない限り限り医療行為をしてはならないのだ。もちは餅屋なのである。

自分の職分を正確に理解したい。その範囲内で最大限の職責を果たすのがプロだ。

夜勤明けで一日時間が空く時は、まだ眠い目をこすりながら図書館に行つて調べもの。医療事故の本で勉強した。行為の危険性について書いてある。介護サービスの利用者にもきちんと説明できるようにしなければ。

具体的な例もあった。読むと、思い当たる節が沢山。だからぞつとする。例えば、患部

への軟膏の塗布が体調の一時的改善を示す場合。それでも、その背景に大きな病気が潜んでいるとも限らない。

例えば、利用者に対して食後に市販の胃薬を渡している。そのつど胃の不快がやわらぐように見えるからだ。しかし、実は胃がんだつたら。その「やわらぐ」せいで、胃がんの存在に気がつかず、発見が遅れた人がいる。取り返しのつかない結果になった人がいる。ひと時の成果を生むようでも、ひいて多大な被害をもたらす場合が、かなりある。へたな医療のまねごととは恐ろしい。結果的に更なる危険を誘発しかねない。

副作用のこともある。「医療の範囲は医療職に」ということが利用者の健康管理のためだと、利用者に伝えることとした。医療事故の本を借りてきた。

やはり介護職の医療行為禁止については、あくまで法の遵守が推奨されるべきである。ただし、考えられる例外もあると思う。それは緊急避難的な事態である（最近マスコミを騒がせている救急救命士の医療行為の問題はこの類型に当てはまる）。

もうひとつは新たな法の制定や変更が正式に今後認められる場合である。さらに医療との健全なる連携のために考えて、その行為はむしろ介護行為だと呼びうるケースである。

なお、医療行為を断るということは高齢者の愁訴を放置することではない。ケアに積極的に働きかけてくれる人々で、医療行為をできる人がいる。例えば看護師たちである。看

護分野ではこういった時の行為を具体的にしてマニュアル（プロトコール）を現在作っている。それは主に①診療補助業務として行われる医療行為の危険性②患者の病態③看護師の知識・経験にもとづいた対応能力④医師の判断の総合性等の勘案から検討されているのである。実際に、在宅医療、訪問看護、施設介護の場面で応用され始めていることを知った。ガイドラインも立てられつつあることを踏まえたい。

この問題については法律の不備もマスコミで指摘されている。新聞記事をいくつも読んだ。介護関連の団体から行政改革の工夫も上がっているようである。病院外を意識した絶対的医療行為と相対的医療行為の具体的な列挙作業。それらの実際の要求度と有効度。それは訪問形式の変化にどう対応するか。保存的医療行為の分担が先進医療の進展にどのよう貢献するか。組織医療のしくみとその対応。経済評価の問題。患者の満足度はどうか。施設責任者の認識は法的責任との関係でどう捉えられているか。他の周辺医療職との関係はどうか。また家庭の療養生活を手助けする器具等についてはどうか。これらについて調査報告が開始されている。

介護職は親切心から不適切な処置をするのか。それよりも確実に医療職に連絡を取ること全力を挙げよう。情報に関する収集伝達の側面から支援する。

ムーヴメント

かつてより、医療システムは変化してきた。それに応じて無資格者の医療関与の余地は常にあつた。地元の開業医は見習い看護師を雇ってきたのだ。いろいろと仕事をさせてきた。病院でも補助職を雇ってきた。入院患者の健康管理に関わらせてきた。在宅化の時代においては、まず起きるべくして起きることだ。

今やわが国では民間の株式会社・大病院が多角経営戦略である。医療機関が保健・福祉を手がける状況もある。医師が高齢者をアパートに住まわせて家賃収入を得ている。その中で医療のサービスを行っている。なんだか、医療力も介護力も、地域によつてばらつきがある。

国ごとにも関与は違っている。ドイツでは「洗浄」は介護行為類型に当てはまるかと議論されたりする。フランスでは「じよくそう」への対処は看護職ではなく介護職の仕事だと考えられる。基本的なケアの供給体制が全く異なるのである。

しかし、もしも法律が許容するとして、介護職が医療行為を今後やっていくのは吉か。不安もあるというわけである。たとえ介護職の医療行為代行で患者の容態が好転しようともだ。医師の行うほどの結果にいたらなければ、やはり不十分、つまり医療ミスである。

介護職はそういう責任を問われることになってしまふ。

言い換える。この疑問は「できるからといってすべきか」ということである。また、介護に向いて「介護の時間を、そのぶん割く」ことになる。医療をやつて介護ができない。介護職にとつても残念な状況だ。介護のプロとしてぜひとも、「介護による生活支援」の成果を挙げたいのが本音。疾病予防効果を示したい。介護保険などの生活保障における大義と一致する考えと思われる。介護が充実すれば医療はあまり要らないかもしれない。そういう介護力があることを期待しながら介護職は働いているのである。

我々は介護のプロなのであるから、衣食住を充実させる。病気の起きにくい環境・治しやすい環境を整える。主たる任務がそこにある。つまり、介護現場の「脱医療化」を追求したい。本当のところではないか。

しかし、現実には厳しい。日に日に要医療の患者が施設に入つて来る。その数と深刻さは増しているようだ。

そんな中、二〇〇五年七月二六日に国の考えが示された。

厚生労働省医制局長が「医師法第17条、歯科医師法第17条及び保健師助産師看護師法第31条の解釈について（医政発第0756005号）」と題し、都道府県知事に通知したのである（通知詳細については巻末資料一九四頁を参照下さい）。

介護現場で判断するための参考として、法に抵触しない行為が明示された。厚生労働省医事課では「介護現場での混乱を解消するため、問題になっていく代表的な例を取り上げた」ということだ。

介護職は朝礼でこの報告を受けた。皆、顔を見合わせた。その日の夕方、すぐにカンファレンスが行われた。これだけで解決とはいかない。それが大方の意見であった。さらに明確になってほしい。この結果をもとに整理しようと考えた。地域の介護職で運営している研究会が来月ある。これをテーマとすることにした。

この何年間か、介護職の「現場での苦悩」が主張されてきた。この法的アプローチにあわせて、法律の行政解釈が変わってきたことになる。ソーシャルアクションからソーシャルムーブメントに発達した。このところは、よかつたと思う。利用者の健康権保障のためにも。少しは前進となったのではないか。

②「あの施設で死んだのよ」

在宅介護をしている介護職のP氏は困ってしまった。来月には介護施設に入所する予定

の女性が、目の前で体を震わせてさめざめと涙を流したからだ。「うちの夫はあの施設で死んだのよ」「食べ物をつまらせて、殺されたの…」と言われてしまった。

アプローチ

社会福祉協議会の窓口に行った。運営適正化委員会を取り上げてもらいたい。そう話をしてきた。知っている担当者だったからか。時間をたつぷりともらえた。別室で随分と詳しく聞いた話の説明ができた。

その担当者は「こういうことが深刻ですよ」と言った。顔をこわばらせていた。場合によっては、運営委員会のメンバーでもある弁護士に聞いてくれるそうである。

介護保険法が始まった頃でも、「介護事故」に関して不十分な認識だった。介護施設や関係事業所等はガイドラインやマニュアルの用意等リスクマネジメントが、ほとんど進められていなかった。

そこで、利用者に納得してもらうことは、我々の必須条件であると思われた。現場の介護職は、残業代も出ない仕事上がりの時間帯に居残って議論を続けた。自分達なりのシステムを作り出してきた。なんとかかしようと努力を続けてきたのである。

少しずつではあるが、相談窓口も増えてきた。自主的な取り組みによつて事故の発生を

予防しうる。いつその質の確保、安全な提供体制を確立するべきである。

アクション

安心して入所できるための方法を考える。だから、その人の話をしっかりと聞いてみる。すべての介護職による介護業務の一環である（インフォームド・コンセント）。しかも、施設も在宅関係者も家族も、その地域にとともに暮らす介護仲間である。まずしなければならぬこと。それは事実確認だ。こういうことに聞く耳を持たない施設か。それならば、むしろその涙の主が正しい。まずは確かめたい。

この際に難しいことが沢山ある。注意したいのは見分けだ。介護行為に起因して損害が発生しているものか。それは介護職らのミス・過失が伴うものか。不可抗力的なものか。この見分けはとても難しいのだ。

重要である。介護職として経験的に実感している。

もしも関係者が当然払うべき業務上の注意義務を怠ったなら。そのせい事故だったのなら。民事責任や刑事責任を追及される。その償いをすべきだという話にもなる。

担当介護職は組織の規律等から減俸や停職等の覚悟をする。ミスを犯した者がいる。正当な範囲内で内部処分を下される。むしろ当然のことである。

それだけでは済まない。最近新聞報道があった。介護事故が世間に知れ渡ると、その内容の当否よりも先に騒がれる。評判が急落して経営に打撃を与えたそうだ。だから逆に隠してしまう心理があるという。

中には手厳しい意見がある。事実無根であつても風説が広まれば、その地域の福祉にとつても不健全な状況と言うべきだ。地域社会にとつてマイナスである。この場合「誰が悪いか」ではない。技術の是非だけでない。もはやそんなことではないと言う意見。情報公開は介護保障を引き受ける我々の使命だという意見である。信頼感があるのか、そのことだという意見である。

この意見を踏まえてみたい。入所手続きのなかでもそうだ。形式的な「同意書」ばかりを取り付けるのではない。介護の基本指針や実績について示す。また付随する危険や見直しの自己点検方法等をきちんと示す。もちろん、わかりやすい説明によつてである。

情報集積を系統立てて行うべきだ。今後さらにそのニーズは高まるのではないか。情報開示システムを構築したい。積極的に人々がそれを利用できるようにする。介護保険に必要な利用者の権利だ。ひいて有効な質の保障方法だと考えなければならぬ。

なお、施設長が出張に行つてきたと言う。介護事故に関する対処のために、シンポジウムに参加したそうである。介護事故で訴えられないために。

①体調異変を導かないような介護のあり方が要求され②起こってしまった異変に対して介護施設側の判断が問われ③適切な応急処置が求められると同時に④医療機関へのすみやかな移送（連携）が求められてくる。

高齢者は病気のデパートといわれる。各局面で医療がらみの訴えがあがる。同様な傾向が見られる。だから、万一の時の医療機関との連携体制については充実させる。そのためにも介護記録のとり方だ。もう一度考えたい。介護職仲間の声である。

ムーヴメント

この何年間かで介護事故が問題になり始めている。裁判にまで発展したものがある。「さくら会事件」（老人保健施設における利用者の転落事故で施設側の損害賠償責任が認められた。東京地裁、平成一二年六月七日）、「ユトリアム事件」（老人保健施設で利用者が食事に出たこんにやくを喉に詰まらせ亡くなった誤嚥事故。施設側の過失は認められなかった。横浜地裁、平成一二年六月一三日）、「緑陽苑事件」（特別養護老人ホームと言う福祉施設で食事の際の誤嚥が窒息死を招いたとして争われ、一審で施設側の過失責任が認められた。横浜地裁平成一二年二月二三日。東京高裁平成一三年八月六日和解成立）等。

例えば、お年寄りに大きな食べ物を食べさせようとする。不適切であるといわれる。苦

しそうにしていたら。誤嚥のチェックや背中をたたく。つかえをとる。吸引する。現実には難度は高い。いろいろとやっているといる間に医療救護を遅らせる。そう考えてみよう。「このさい食べ物はずべて液体にしよう。」と言う意見も出ている。

なるほど、確かに安全ではある。しかし、そのような「安全な介護」が「よい介護」なのか。これもかなり困った問題である。こういうことは他にもいろいろと言える。例えば、身体拘束のこともそうだ。介護施設で利用者が転ぶような転倒事故は起こらないほうがよい。だからと言って、ベッドに縛り付けておくのか。そうすれば確かに転倒事故という「介護事故」は減少するだろう。しかし、それでは「介護そのものを矮小化する」ということである。

ところで、介護事故の多くは民事の損害賠償で争われる。裁判になると、この賠償義務は「一般的に考えてそういう事故ではそういう損害が発生するものといえるのかどうか」その枠内で判断するものである。

けれども、利用者や家族にしてみれば「それじゃあ、一般的な範囲内で被害を受けよう」とはなり得ない。被害者の身になろう。たいがいの苦痛は不本意な結果である。そして、ともかく「介護紛争」になるのである。このことを考えると、ガイドラインの作成過程でも利用者家族の意見はきちんと反映させるべきと思う。誰かに我慢を強いないように。