

博士学位請求論文

指導教員 村岡 潔 教授

# 高齢者虐待の人権的・法的視点からの研究

佛教大学大学院

社会福祉学研究科社会福祉学専攻

山 本 克 司

## 目次

序章 はじめに .....	1
第1節 本研究の目的	
第2節 高齢者虐待発生過程と人権のかかわり	
第1項 高齢者虐待発生4段階説	
第2項 高齢者虐待予防の視点からの人権のかかわり・	
第3項 「人権無配慮状態」段階における人権のかかわり	
第4項 「グレーゾーン」段階と「顕在化した虐待」段階の人権のかかわり	
第3節 高齢者虐待防止に関する先行研究と課題	
第4節 本稿の構成と研究の視点	
第I章 日本の老人擁護の歴史における高齢者虐待防止要因(1) .....	19
—古代から江戸時代まで—	
第1節 はじめに	
第2節 古代における老人擁護	
第3節 平安時代以降の老人擁護	
第1項 平安時代の文献から考察する老人擁護	
第2項 武士の生活に関する文献から考察する老人擁護	
第3項 江戸時代の庶民の老人擁護	
第4節 おわりに	
第II章 日本の老人擁護の歴史における高齢者虐待防止要因(2) .....	32
—家族国家観—	
第1節 はじめに	
第2節 家族国家観の意味と背景	
第1項 家族国家観の意味	
第2項 家族国家観の前提となる儒教思想と制度	
第3項 家族国家観の所属身分による浸透のちがい	
第4項 家族国家観の形成の背景	

第3節 明治政府による家族国家観の形成過程

第1項 教学大旨

第2項 幼学綱要

第3項 教育勅語

第4節 修身教科書にみる家族国家観の形成と変容

第5節 おわりに

第1項 家族国家観の意義

第2項 家族国家観の課題

第3項 家族国家観と人権の老人（高齢者）虐待防止における役割及び効果の比較

**第Ⅲ章 現代社会における国民の人権意識と法的視点からの課題 …… 48**

第1節 福祉施設における職員の人権意識調査（調査①）

第1項 法的な解釈論を導くための検証項目

第2項 調査の概要

第3項 調査結果の考察

第2節 福祉施設における人権調査（調査②）

第1項 調査の内容

第2項 調査項目（2）について

第3項 調査項目（3）について

第3節 K 大学人間健康福祉学部学生の人権意識調査（調査③）

第1項 調査の概要

第2項 質問項目

第3項 「日常生活で『人権』に配慮している人」に対するクロス集計

第4項 集計結果からの考察

**第Ⅳ章 高齢者虐待における人権観念 …… 69**

第1節 はじめに

第1項 問題の所在

第2項 高齢者虐待防止における人権観念の役割

第2節 パーソン論から考察する曖昧な人権観念の危険性

第1項 パーソン論とは

第2項 パーソン論を前提にした人権観念の問題性

第3節 人権の私人間適用について

第1項 人権の市民社会への適用についての問題の所在

第2項 私人間へ憲法の人権規定の直接適用の検討

第3項 私人間への憲法の人権規定の間接適用の検討

第4項 私人間への憲法の人権規定についての自説の展開

第4節 人権の言語的理解

第1項 「人権」と「基本的人権」

第2項 「人権」と「自然権」の関係についての検討

第3項 人権を表現する用語についての自説の展開

**第V章 個別的人権課題の検討 (1) 人権の中核概念 …………… 90**

第1節 はじめに

第2節 日本における人権の中核概念の沿革と現状

第1項 日本国憲法制定過程にみる人権の中核概念の意義

第2項 学説における人権の中核概念の理解について

第3節 人権の中核概念の整合性の検討

第1項 ヨンパルト説以降の学説

第2項 人権の中核概念についての自説の展開

第4節 人権の中核概念に対する正当性付与について

第1項 問題の所在

第2項 聖書による「人間の尊厳」の人権の中核概念としての正当性付与について

第3項 古代オリエントの宗教からの正当性の根拠付け

第4項 カトリック教会のカテキズム (Catechism of the Catholic Church) からの正当性の根拠付け

第5項 キリスト教的視点からの「人間の尊厳」の正当性の根拠の問題点

第5節 おわりに

## 第VI章 個別的人権課題の研究 (2) 高齢者虐待の定義の研究 …………… 102

### 第1節 はじめに

#### 第2節 日本とアメリカの「高齢者虐待」の定義の形成過程の検証

##### 第1項 日本における「高齢者虐待」の定義の形成過程の検証

##### 第2項 アメリカにおける「高齢者虐待」の定義の形成過程の検証

#### 第3節 日本における高齢者虐待の定義

#### 第4節 高齢者虐待の定義についての提言

##### 第1項 日本における定義の構築の視点

##### 第2項 高齢者虐待の構成要件についての検討

##### 第3項 高齢者虐待類型について

#### 第5節 おわりに

## 第VII章 個別的人権課題の検討 (3) 身体拘束の法的検討 …………… 118

### 第1節 はじめに

#### 第2節 身体拘束と人権および虐待概念関係の明確化

##### 第1項 身体拘束の現状

##### 第2項 身体拘束の弊害

##### 第3項 身体拘束は高齢者虐待防止法が予定する虐待行為か

##### 第4項 身体拘束禁止の保護法益としての人権

#### 第3節 身体拘束原則禁止と解除基準の問題点

##### 第1項 身体拘束の違法性阻却事由の検討

##### 第2項 「緊急やむを得ない場合」に該当する3要件の問題点

#### 第4節 身体拘束原則禁止解除の3要件にかかわる人権制約基準

##### 第1項 切迫性判断基準：「明白かつ現在の危険」の基準

##### 第2項 非代替性判断基準：LRAの基準

#### 第5節 おわりに

## 第VIII章 個別的人権課題の検討 (4) 高齢者虐待と生存権 …………… 138

### 第1節 はじめに

#### 第2節 戦前ならびに日本国憲法制定過程における生存権思想

- 第1項 戦前の生存権思想の老人擁護への影響
- 第2項 生存権思想の人権への反映
- 第3項 日本国憲法制定期における生存権の形成過程
- 第3節 生存権の法的構造と法的性格
  - 第1項 生存権に対する国民の意識と法的分析の意義
  - 第2項 生存権の法的構造
  - 第3項 生存権の法的性格としてのプログラム規定説
  - 第4項 プログラム規定説の課題
  - 第5項 生存権の性格論の学説の検討と自説
  - 第6項 被虐待高齢者の権利救済について
- 第4節 おわりに

## 第IX章 まとめと対人援助技術への視座 ..... 160

- 第1節 高齢者虐待4段階における人権の意味と役割
  - 第1項 高齢者虐待防止における人権の役割
  - 第2項 4つの意味の人権
  - 第3項 対立する個人の自己実現の調整機能
- 第2節 人権の対人援助への反映について (1)
  - 第1項 人権体系の理解と対人援助技術
  - 第2項 個人の尊厳の理解と対人援助技術
  - 第3項 「自由」の理解を導く方法論
  - 第4項 「生存権」の理解を導く方法論
- 第3節 人権の対人援助への反映について (2)
  - 第1項 マイノリティ・社会的弱者保障理論
  - 第2項 人権調整を踏まえた対人援助
  - 第3項 人権調整の視点について
- 第4節 総括

## 参考文献 ..... 174



## 序章 はじめに

### 第1節 本研究の目的

現代社会における高齢者虐待防止において、人権は重要な手段となっている。高齢者虐待防止に従事する研究者の多くは、論考のなかで高齢者虐待防止における人権の役割について記述している。では、具体的にどのような研究背景をもつ研究者と実践者が、どのように「人権」を意識して理解しているのだろうか。これを調査するには、高齢者虐待防止について学術的な視点から高い専門性を有している研究者を構成員としてもち、かつ構成員の専門フィールドが多岐にわたる学会誌の論考を対象にする必要がある。この要件を満たす学術団体は、日本高齢者虐待防止学会である。

日本高齢者虐待防止学会は、2002年に設立され、医学・看護学・社会福祉学・法学など、専門性を異にする研究者と実践者が高齢者虐待防止についてそれぞれの専門領域から、あるいは学際領域から先駆的な研究を行っている学術団体である。2015（平成27）年度において、約400名の研究者が所属している。この学会の学会誌『高齢者虐待防止研究』は、2005年3月の発行から2015年3月までの間に11巻の発行がなされているので、学会誌を通して、どのような専門性を有している研究者がどのように「人権」を意識しているのかを論考を通して抽出した。

「高齢者虐待の多くは潜在しており、顕在化には家庭訪問する職種への徹底した人権教育が必要である」（津村智恵子<sup>1</sup>）（下線部は筆者による）。「高齢者虐待についても、たとえば身体的虐待のように、当該行為が刑法上の犯罪を構成するような場合のみならず、憲法上の基本原則である人権尊重の精神に反する行為であると判断される場合には、人権侵害として、法務省の人権擁護機関の取り組みの対象となる」「人権啓発とは、『国民の間に人権尊重の理念を普及させ、及びそれに対する国民の理解を深めることを目的とする公法そのほかの啓発活動』のことをいい、国民が人権尊重の理念を体得することができるよう、『多様な機会の提供、効果的な手法の採用』を旨として行われている」（小山紀昭<sup>2</sup>）。

「身体拘束は利用者本人の意思を無視して、人権を侵害した行為であり、高齢者の QOL

---

（註）

- 1 大阪市立大学医学部看護学科教授で看護学分野の研究者。高齢者虐待防止研究第1巻1号（2005年）7頁。
- 2 法務省人権擁護局調査救済課、高齢者虐待防止の行政担当。高齢者虐待防止研究第1巻1号（2005年）39頁。



(生活の質)を損なう行為であり、施設内虐待の1つと考えられる」(遠藤英俊<sup>3</sup>)。「1988年6月に発覚した暴力事件は、とくに筆者が高齢者の人権を考えるきっかけとなった」。「職員だけでなく地域の人たちもまた、『大変な人を見てやっているのだから当然』という意識があり、介護する側による暴力や暴言に対して人権意識どころか虐待だという意識はほとんど感じられなかった」(本間郁子<sup>4</sup>)。

「高齢者虐待問題は、高齢者の人権を侵害する、人間らしく生存することが侵される行為である」(大和田猛<sup>5</sup>)。「認知症高齢者に対して行動制限を伴う入院・施設入所等の措置をとる場合、人権擁護のための法的手続きとモニター制度を設けること、などである」(河野正輝<sup>6</sup>)。「筆者らは、虐待ケースを目前にして『年齢を理由に対応しない』という選択はあり得ないと考えた。このような『基本的人権に対するごく当たり前の認識』に基づき、・・・65歳未満の者に対する虐待も積極的に受け付けてきた」(和田忠志<sup>7</sup>)。「セルフ・ネグレクトは『他者からの人権侵害』ではないという点で、高齢者虐待侵害」ではないという点で、高齢者虐待の範疇に含むことについては研究者間で議論が分かれている」(野村祥平<sup>8</sup>)。

「施設内虐待の背景に介護者の暴力や暴言に対する職員、地域住民の低い人権意識があったことが指摘されている」(松下年子<sup>9</sup>ほか)。「今後の高齢者虐待への対応や予防に対して必要と思う対処について複数回答で調査を行った。結果は『家族や介護者に人権意識や、なにが虐待ではいけないことを周知させる』が56.6%ともっとも多かった」(提言2：高齢者虐待防止法第1章第3条3国および地方公共団体の広報その他の啓発活動に「高齢者の人権尊重、虐待予防」を挿入する(なにが虐待であり、してはいけない行為であるかを広報し、高齢者虐待の認識を広げ、人権意識を高める)」(服部万里子<sup>10</sup>)。「苦情処理業

<sup>3</sup> 国立長寿医療センター包括診療部医師、医学分野の研究者。高齢者虐待防止研究第2巻1号(2006年)11頁。

<sup>4</sup> NPO法人特養ホームを良くする市民の会。高齢者虐待防止研究第2巻1号(2005年)20-21頁。

<sup>5</sup> 青森県立保健大学教授で社会福祉分野の研究者。高齢者虐待防止研究第3巻1号(2007年)81頁。

<sup>6</sup> 熊本学園大学教授で社会法学の研究者。高齢者虐待防止研究第4巻1号(2008年)頁。

<sup>7</sup> あおぞら診療所医師、東京医科歯科大学医学部臨床教授。高齢者虐待防止研究第4巻1号(2008年)22頁。

<sup>8</sup> 当時、ルーテル学院大学大学院。高齢者虐待防止研究第4巻1号(2008年)59頁。

<sup>9</sup> 当時、埼玉医科大学保健医療学部教授、看護分野の研究者。高齢者虐待防止研究第4巻1号(2008年)89頁。

<sup>10</sup> 立教大学教授で社会福祉分野の研究者。高齢者虐待防止研究第5巻1号(2009年)42

務とは、第三者で組織する苦情処理委員会と国保連合会が一致して、高齢者（介護保険受給者）の人権擁護の重要性を考え、そのために活動を行う」（松岡智恵子<sup>11</sup>）。

「人権を守るという立場からセルフ・ネグレクトは見過ごせないという立場をとっている」（野村祥平<sup>12</sup>）。「東京都高齢者虐待対応マニュアルでは、・・・必要な栄養摂取ができていない等、客観的にみて本人の人権が侵害されている事例をセルフ・ネグレクトと定義したうえで、高齢者虐待に準じた対応をとるべき」（岸恵美子<sup>13</sup>）。「高齢者人権擁護の一環として、高齢者の虐待問題の深刻さに対処するため研究者を増やし、研究者やこの種の問題に関心を持つものの交流、研究発表の場のための学会を創設し・・・」「日本高齢者虐待防止学会設立の目的として、次のような役割を期待した。①被虐待者の人権尊重の代弁と国民の人権意義の高揚」（田中荘司<sup>14</sup>）。

上記の高齢者虐待防止に関する研究者と実践者は、医学、看護学、社会福祉学、法学等および行政担当者にまたがる。なぜならば、高齢者虐待防止は、これらの専門家、行政および市民の連携により防止できるからである。高齢者虐待防止にかかわる、すべての職種において「人権」が高齢者虐待防止の重要な手段であることを強く認識している。

ところが、どの研究論文にも「人権」の定義や内容など（人権観念という）について、本文はもとより、註においても説明はなされていない。これらの研究者あるいは実践者は、みんな同じ意味で「人権」を考えているのだろうか。また、人権という概念を一括して使用しているが、論考のなかで扱う人権問題は、人権の性質や法的性格に配慮しているのだろうか。

少なくとも、高齢者虐待防止に関する先駆的な研究論文を掲載している、高齢者虐待防止学会誌掲載の2005年から2015年までのすべての論考のなかで、人権の意味・内容・正当性の根拠（人権観念）について記述したものは、法学を専門領域としている筆者の論考以外は皆無である。筆者と同じ法学を専門領域としている研究者と実践者の論考においても説明はない。

---

- 44 頁。

11 首都大学東京大学院都市環境科学研究科博士後期課程。高齢者虐待防止研究第5巻1号（2009年）86頁。

12 独立行政法人国立病院機構久里浜アルコール症センター。高齢者虐待防止研究第7巻1号（2011年）84頁。

13 当時、帝京大学大学院医療技術学研究科教授。高齢者虐待防止研究第9巻1号（2013年）22-23頁。

14 元日本大学文理学部教授、旧厚生省専門官で福祉の研究者。高齢者虐待防止研究第11巻1号（2015年）11頁20頁。

この点について、日本高齢者虐待防止学会の会員であり、弁護士の高村浩は、論考「ケアにおける人権」<sup>15</sup>のなかで、人権の意味について解説をしたうえで、記述している。このなかで「人権は、基本的には国家に対する国民の権利である。例えば、憲法は、『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利』は、『国政の上で』最大の尊重を必要としている(13条)。しかし、『生命』は国民相互の間でも尊重されるべきものである。また、各人がそれぞれの『幸福追求』のために決定(意思)するところも、国民がたがいに尊重すべきものである。特に、各人が人間らしい生活を営む権利を保障するための社会保障制度の下でケアを提供する者は、ケアの提供過程において、利用者の『生命、自由及び幸福追求』その他の人権を尊重する必要がある。そこで、本稿では、ケア提供者と利用者の間でも尊重されるべき権利という意味で、『人権』という言葉を用いることとする」と述べている。

高村は、人権概念の曖昧性、多元性を憂慮し、概念の明確化、使用範囲の限定化を図っている。また、人権は本来、対国家的な権利であるという原則を意識しながらも、私人間で適用の必要があることから、適用についての説明をつけている。本来、人権という多義的、曖昧な概念は使用について、説明をつけてから使用すべきである。しかし、本質的な人権の定義にまでは、触れられていない。

人権の観念を曖昧化したままでは、高齢者虐待防止にかかわる者の人権に対する理解度や情熱が異なるので質の高いケアを行うことはできない。高齢者虐待の発生プロセスをみると、人権に配慮しない何気ない日常の行為が「不適切ケア」を生み、人権に配慮しない行為が虐待と受忍限度の境界域(「グレーゾーン」という)を生み、人権意識のないまま放置すれば「顕在化した高齢者虐待」という明確な反社会的な行為を発生させる<sup>16</sup>。

このプロセスにおいて高齢者のケアにかかわる誰もが、言語的・理論的に明確な人権観念を有していれば、不適切なケアに至る前から高齢者の自己実現を阻害する行為を防止することができる。また、高齢者のケアにかかわる場合には、高齢者の人権の性質に応じたきめ細やかな対応が求められる。それゆえに、高齢者虐待防止にかかわる人権の性質についての考察が必要となる。不幸にも「顕在化した高齢者虐待」に至った場合には、裁判所に対して救済を求める必要がある。その際には、人権を根拠にするため、関係する人権の法的な性格と憲法の私人間適用などの問題が出てくる。

---

<sup>15</sup> 高村浩「ケアにおける人権」介護福祉第93号(2013年)91頁。

<sup>16</sup> 「不適切ケア」から「グレーゾーン」、そして「顕在化した高齢者虐待」という高齢者虐待のプロセスについては、柴尾慶次が提唱したものである。

高齢者虐待という比較的新しい社会問題は、法学と社会福祉学の学際領域の問題である。しかしながら、二つの学問領域の交流が薄く、特に法学からのアプローチが不十分であるため、福祉現場において、人権にかかわる課題が少なくない。本研究は、高齢者虐待にかかわる人権の法的課題に対して、統一的な理論を構築し、高齢者ケアにかかわるすべての人の人権理解の指針となるものになりたいと考える。

## 第2節 高齢者虐待発生過程と人権のかかわり

### 第1項 高齢者虐待発生4段階説

#### 1. 柴尾慶次の高齢者虐待発生3段階説

高齢者虐待の基本構造について、柴尾慶次は3面から説明している<sup>17</sup>。すなわち、高齢者虐待は、第1段階として「不適切ケア」から始まる。これを放置すると第2段階である「グレーゾーン」に進行する。グレーゾーンは、「顕在化した虐待」と「不適切ケア」の境界域の概念と位置付け、このなかには、(a)「緊急やむを得ない場合」以外の身体拘束、(b)意図的な虐待であるが表面化していないもの、(c)非意図的に虐待をおこなっているものが含まれる。そして、これらの延長に「顕在化した虐待」が出てくると考えている。

この構造論は、2003年に柴尾が研修資料として公開して以来、各方面の支持を受け、多くの自治体等の研修資料やリーフレットに活用されている。それゆえ、筆者も高齢者虐待と人権のかかわりを考察する基礎資料として柴尾の考え方を参考にしたいと考える。しかし、柴尾は、高齢者虐待に至る段階を経験則をもとにして分類しており、法的な視点での分類とはなっていない。

#### 2. 高齢者虐待発生4段階説（自説）の理論的裏付け

筆者は、高齢者虐待の課題解決にとって必要なことは、高齢者の権利が侵害される前の「予防」であると考え。高齢者虐待防止研究において、「顕在化した虐待」に注目した研究は、CiNiiの検索によれば多く出ている。しかし、被虐待高齢者の立場からすれば、虐待が発生してから対応されるより、予防により快適な介護環境を提供される方がありがた

---

<sup>17</sup> 柴尾慶次（2003年当時は、特別養護老人ホームフィオーレ南海施設長）は、高齢者虐待顕在化までのプロセスを3面構造で説明している。2003年の資料をもとに自治体等において、ひろく活用されている。（例）福岡県保健医療介護部高齢者支援課のリーフレット、認知症介護研究・研修仙台センター『介護現場のための高齢者防止教育システム』教材「施設・事業所における高齢者虐待防止学習テキスト」2009年13頁など。

い。

この視点からすれば、高齢者虐待「予防」の視点を入れた高齢者虐待発生過程を構築する必要がある。筆者はこれを「人権無配慮状態」と呼ぶ。この段階を構築することにより、人権啓発を意識的に行うことができる。また、人権に法的な効果をもたせると、人権の「私人間適用」など一般市民には難しい課題がでてくるが、「人権無配慮状態」の段階なら、人権を「倫理的な意味の人権」として、細かな人権の種類・内容・法的性格などを気にすることなく、「高齢者の日常生活における幸せへの配慮」という意識に置き換えて、高齢者の自己実現を広く社会に訴えることができる。

高齢者虐待については、高齢者の権利侵害性（結果無価値性）とケア従事者の行為の反社会性（行為無価値性）の二面から考えなければならぬと考える。なぜなら、ケア従事者には、専門的知識をもった施設等の職員と専門知識をもたない養護者（中心となって家族介護をしている者）がいるからである。

日常生活において、一生懸命家族介護をしている者を知識や経験の不足から「不適切ケア」に分類するのは、社会正義に照らして妥当ではない。「人権無配慮状態」という段階を構築することにより人権啓発を通して、自らが気づくことが好ましい。これに対して、施設等の職員は、専門職であるがゆえに「人権無配慮状態」において養護者に比べて行為無価値性が高くなる。また、この段階の人権について施設職員等は、「倫理的意味の人権」よりもより専門性が高くなるいわゆる「厳格な倫理的意味の人権」の意識啓発が求められる。

結果無価値性と行為無価値性の組み合わせで高齢者虐待を考察すると、双方が最も違法性が高い場合と、低い場合が考えられる。それゆえ、虐待の段階はこれを区別する必要がある。双方が最も高いことを予定しているのが、高齢者虐待防止法が規定する「虐待」である。これを柴尾の分類を参考にして「顕在化した虐待」と呼ぶ。

一方、結果無価値性と行為無価値性が最も低い段階がある。いくら結果無価値性が低いといっても高齢者の権利侵害は発生しているので、対応が必要である。それゆえに、この段階に配慮した概念構成が必要である。筆者はこれを柴尾の分類用語を引用して「不適切ケア」とよぶ。

高齢者虐待は、多様な態様と多様な行為の相関関係で生じる。福祉現場においては、不適切なケアから顕在化した虐待まで、実に様々な場面に遭遇する。結果無価値性が高く、行為無価値性が低い場合、その反対に結果無価値性が低いが行為無価値性が高い場合もある。また、高齢者虐待防止法に規定はないが、結果無価値性、行為無価値性ともに顕在化

した虐待に匹敵する場合もある。これらの状態に対して、人権を手段として高齢者の権利擁護を行わなければならない。筆者はこの概念を柴尾の用語を参考にして「グレーゾーン」と呼ぶ。そして、このなかには「意図的な虐待であるが、表面化していないもの」、「意図はないが結果的に虐待になっているもの」、および「厚生労働省の示した身体拘束原則禁止の解除の適用を受けない身体拘束」が含まれると考える。

先行研究において、この段階を法的に分析したものはないので、筆者の学説を「高齢者虐待発生4段階説」と呼ぶ。本研究は、この学説をもとに、人権的・法的課題を考察するものである。

## 第2項 高齢者虐待予防の視点からの人権のかかわり（施設職員等に対して）

高齢者虐待を予防するためには福岡県では、施設職員等には以下のことを求めている。これが、人権とどのようにかかわるかを憲法学・人権論の視点から筆者が、組み入れたのが下記の課題である<sup>18</sup>。

### 1. 組織の運営の健全化

#### (1) 理念や方針を職員間で共有

##### 【人権の法的研究の課題】

- ①高齢者の人権の中核となる概念の言語的な確定「個人の尊厳」なのか「人間の尊厳」なのか、「個人の尊重」なのかを明確にすること。
- ②人権を表す言葉を理論的に統一すること、「人権」と「基本的人権」と「基本権」はどのような関係として理解するか明確にすること。
- ③人権の意義（定義）を明確にすること。「パーソン論」の危険性を念頭に置いた人権の意義の理論的な構築をすること。

#### (2) 職員教育体制の整備

##### 【人権の法的研究の課題】

- ①人権の中核概念の言語的な確定をすることと、人権体系での位置づけを明確化。
- ②人権の役割を明確化し、かつ人権の定義を理論的に明確化すること。
- ③人権対立における人権調整基準を理論的に確立すること。
- ④高齢者虐待の定義と類型を理論的に明確化すること。

#### (3) 第三者の視点で開かれた組織にすること

---

<sup>18</sup> 「施設・事業所における高齢者虐待防止学習テキスト」社会福祉法人東北福社会認知症介護研究・研修仙台センターを参考に行っている。

## 2. 負担やストレス・組織風土の改善

- (1) 柔軟な人員配置の検討
- (2) 職員のストレスの把握

### 【人権の法的研究の課題】

- ① リスクマネジメントの視点から生存権の法的性格を理論的に明確化すること。
  - ② 高齢者の表現の自由の人権調整基準を構築すること。
- (3) 上司や先輩による声かけ、悩み相談

## 3. ケアの質の向上⇒生存権の法的性格の理論的構築、表現の自由の人権調整理論の構築

- (1) 認知症に関する正しい理解

### 【人権の法的研究の課題】

- ① 身体拘束の高齢者虐待における位置づけを明確化すること。
- ② 高齢者虐待定義の理論的構築と類型を明確化すること。

- (2) アセスメントとその活用方法の実践的学習
- (3) 認知症ケアに関する知識の共有

### 【人権の法的研究の課題】

- ① 高齢者虐待の定義と類型化を明確にすること。
- ② 身体拘束における人権調整基準を理論的に明確化すること。

## 4. チームアプローチの充実

- (1) リーダーの役割の明確化
- (2) チームでの意思決定の仕組みの明確化

## 5. 倫理観とコンプライアンスを高める教育の実施

- (1) 「利用者本位」の大原則の確認

### 【人権の法的研究の課題】

- ① 人権の中核概念を言葉として明確化すること。
- ② 人権の定義（意義）を言語的に明確化すること。
- ③ 人権調整基準を理論的に明確化すること。
- ④ 裁判を視野に置いた生存権の法的性格の理論構築

- (2) 職業倫理・専門性に関する学習の徹底

### 【人権の法的研究の課題】

①人権の中核概念の理論構築

②人権観念の理論構築

③高齢者虐待の定義と類型化を明確にすること。

(3) 身体拘束を行わないケアや虐待を防止する方法の学習

#### 【人権の法的研究の課題】

①高齢者虐待の定義を明確化し、身体拘束の位置づけを明確化すること。

②厚生労働省の身体拘束原則禁止基準解除の3要件に対する人権調整基準の構築。

平成25年度厚生労働省の高齢者虐待調査<sup>19</sup>によれば、養介護施設従事者等による高齢者虐待の発生要因では、「教育・知識・介護技術等に関する問題」が128件（66.3%）で最も多く、次いで「職員のストレスや感情コントロールの問題」51件（26.4%）であった。福祉の現場では、利用者の人権と施設職員の人権の対立、利用者同士の人権の対立が常に発生する。また、この問題が施設職員にとって大きなストレスとなりバーンアウトをしたり、虐待の誘発原因となったりしている。それゆえに、人権の調整についての明確な基準の構築が求められる。

尚、養護者に対する高齢者虐待予防については、ケアの質の向上と負担やストレスの解消で同様の人権課題がでてくる。

#### 第3項 「人権無配慮状態」段階における人権のかかわり

「人権の無配慮状態」においては、「不適切なケア」と「適切なケア」が混在する。人権意識がなければ、高齢者のケアの質は均一化しない。このことは、高齢者の自己実現が常に不安定な状態に置かれるということである。これを防止するためには、施設職員や養護者に自分の人権に配慮していない行為が、気が付かないところで高齢者の自己実現を阻害する危険性があることを認識させなければならない。そのためには、人権啓発が必要である。

人権啓発をするには、教育する側が感情的な経験論を語るのではなく、人権の役割、定義、内容、人権の内容や性格を論理的に伝えなければならない。「不適切ケア」の段階では、「人権無配慮状態」に比べて、施設職員や養護者は、高齢者の自己実現に配慮し、虐待を発生させないように自分自身の行動を統制する必要性が強まる。そのためには、高齢者の自己実現にとって不可欠の概念「人権の中核概念」を明確化する必要がある。また、高齢者虐待類型を明確化し、それぞれの虐待類型がどのような人権と関わるのか、人権の種類・

<sup>19</sup> 厚生労働省報道発表資料。 <http://www.mhlw.go.jp/file>。



内容・性格、正当性等の理解が求められる。

一方高齢者にとっては、人権は高齢者虐待を防止する手段となる。それゆえに、人権の意義、種類、内容、正当性の理解がなければ人権を施設職員や養護者に対して主張することができない。また、高齢者に対してのケアは複数の施設職員、複数のサービス提供者、行政を含めた複数の専門職の行為の集合体としてなされる。そのためには、すべてのサービス提供者が共通の理解ができる人権に関する言葉が必要である。また高齢者も彼らのサービスを受けて自己実現を図るのであるから、サービス提供者と同じ人権に関する言葉が必要である。

以上の視点から、不適切ケアの段階から検討しなければならない人権的・法的課題は、人権の中核概念の統一的言語的理解、人権の意義(定義)、人権に関する言葉の統一的理解、人権の正当性の統一的理解(人権観念の課題という)である。また、人権を高齢者虐待の防御手段とするには、高齢者虐待の定義の明確化が必要である。

#### 第4項 「グレーゾーン」段階と「顕在化した虐待」段階の人権のかかわり

グレーゾーンのなかに、「緊急やむを得ない以外の身体拘束」が含まれる。「グレーゾーン」の対象外になるには、身体拘束を許す「基準」が必要である。厚生労働省は、2000(平成12)年に身体拘束についての通達を出し、身体拘束は高齢者虐待行為と認定し、原則禁止としたうえで、身体拘束の行為状況として「緊急性」、「非代替性」、「一時性」を要件として、これを満たせば身体拘束を認めることとした。

ところが、この3要件は曖昧であり、恣意的な運用では、高齢者の身体拘束を無制限に認めることになる。それゆえに、「グレーゾーン」の法的課題として、高齢者虐待における身体拘束の位置づけを明確化したうえで、どのような人権の侵害となるのかを明確にしなければならない。そして、その人権の性質に応じて、また法的な性格に応じた対応が求められる。

「グレーゾーン」については、高齢者の権利・利益あるいは人権が現実的に侵害されているので、「不適切ケア」の段階と異なり、人権を行政に対して機能させなければならない場面が出てくる。たとえば、市町村の担当部署や地域包括センターの相談・調査・介入などである。ネグレクトやセルフ・ネグレクトで高齢者が生命の危機に瀕している緊急の場合には、支援が必要になる。このような場合、人権には「人権の無配慮状態」や「不適切なケア」の段階の倫理的な側面ではなく、法的な側面をもたさなければならない。

さらに「顕在化した虐待」の場面においては、高齢者の人権回復や権利・利益の回復が

緊急に求められる。それゆえに、訴訟を予定した人権が求められる。このような視点から、人権の法的な性格が重要な課題となる。それとともに、本来国家に対する防御権として生まれ育った人権を高齢者と施設の人権に関わる訴訟に適用することは、人権の本質にかかわる問題を発生させる。それゆえに、「顕在化した虐待」における人権の課題として、私人間における憲法の人権規定の適用問題が発生する。

尚、人権が高齢者虐待防止にどのような機能し、どのような特質があるかを考察するには、比較対象が必要である。そもそも人権は、明治以降欧米から導入された概念であり、日本固有の概念ではない。これから人権を日本社会のなかで高齢者虐待防止に有効的に機能させるためには、日本の歴史のなかで老人擁護に機能した手段・要因と比較し、それにより人権の高齢者虐待における役割を明確化し、人権以外の手段・要因と協働させることが望ましい。それゆえに、本研究においては、日本の歴史のなかで老人擁護に機能した要因について、文献研究により考察している。

高齢者虐待防止の論考において、人権に関する記述は多い。また、憲法学の視点から人権の観念について研究したものも少なくない。しかし、高齢者虐待のプロセスに対して高齢者と支援者の視点から具体的に人権の法的課題を論証したものは CiNii で検索をかけても出てこない。本研究は、社会福祉の「高齢者虐待防止」に法学の先行研究を活用し、もって、高齢者に対して質の高いケアが提供できるように考察したものである。

### 第3節 高齢者虐待防止に関する先行研究と課題

日本で最初に高齢者の虐待調査を精神科医の金子善彦が横浜市内で実施したのは、1985（昭和60）年であった。これが、日本で最初の本格的な高齢者虐待防止研究であると研究者間で一致している。この調査は、横浜市内の在宅高齢者に関わりのある医療保健福祉関係者を対象に、過去10年間の虐待ケースを収集するためのアンケート調査を行ったものである。調査項目で使用している「高齢者虐待の定義」については、虐待の内容を身体的なもの、与えるべきものを与えない、精神的なもの、物質的なものに分類している<sup>20</sup>。現在の高齢者虐待防止法の分類と比べると、性的虐待についての認識がないなど、まだ定義や分類が未確定であり、この分野の研究も必要な状況であったことがうかがえる。

金子善彦の研究の前は、行政（当時の厚生省）ですら、高齢者虐待に関心をもっていなかった。このことは、日本高齢者虐待防止学会初代理事長の田中荘司（元厚生省社会局老

<sup>20</sup> 金子善彦『老人虐待』（星和書店、1987年）195 - 196頁。

人福祉課専門官)の著述から読みとれる<sup>21</sup>。田中は、高齢者虐待について、全国的な調査を初めて行ったことや、高齢者虐待防止研究のための研究会を先駆的に主宰したこと、および日本高齢者虐待防止学会初代理事長として学術研究の基盤整備をした実績から彼の回想録や著述は、高齢者虐待防止研究の動向を知るうえで貴重な史料である。

田中が、老人福祉法を所管する厚生省社会局老人福祉課の福祉専門官になったのは1976(昭和51)年4月であるが、当時の業務内容からは、福祉行政の最前線において、高齢者虐待についての意識はみられない。田中の業務についての回想では、「政策業務の一助として諸外国の老年学研究者がどのようなテーマの研究をしているかを把握するため、*Journal of Gerontology, The Gerontologist*の2冊とアメリカ厚生省高齢局発行の*Aging*を入手して情報を得た程度である」、と述べている<sup>22</sup>。具体的に高齢者虐待について明確な意識が喚起されたのは、1982(昭和57)年である。契機となったのは、ノルウェーのハイダ・ハイドゥル氏から「日本の高齢者虐待の出現率は何%か」との問い合わせに十分な対応ができなかったことである。田中の回想によれば、法務省人権擁護局に対し、高齢者虐待を知っていれば教えて欲しいと、また法務省の研究所にも同様の問い合わせをしたが、そのような特殊なテーマを研究する者は聞いたことがないとのことであった。さらに職務上よく知っている福祉や保健医療系の大学の研究者にも問い合わせたが、この分野における研究者はいなかった。そこで、日本では高齢者虐待について研究している人がいないので、「虐待の発生率は分からない」との返事を出さざるを得なかったそうである。

ところで、金子善彦の研究の後は、1994(平成6)年に田中荘司を代表とする高齢者処遇研究会が日本で初めての本格的な高齢者虐待実態調査を行い、『高齢者の福祉施設における人間関係の調整に係わる総合的研究—わが国における高齢者虐待の基礎研究』を報告した。田中は、1989(平成元)年に厚生省を退官後、アメリカやヨーロッパに出かけ虐待関連の研究者と虐待の定義、種類、調査方法等について意見交換を行っている。帰国後、1992(平成4)年に高齢者虐待研究会を発足させ、虐待の範囲、種類、調査方法等について議論を重ねている。日本の高齢者虐待防止研究は、田中に代表されるように、欧米の学術的研究の影響を大きく受けている。

これに続いて、1996(平成8)年には、東京医科歯科大学医学部保健衛生学科老人看護

<sup>21</sup> 田中荘司「高齢者虐待防止研究の10年の歩みと今後の課題」高齢者虐待防止研究第11巻1号(2015年)13-14頁。

<sup>22</sup> 田中荘司「高齢者虐待防止研究の10年の歩みと今後の課題」高齢者虐待防止研究第11巻1号(2015年)13頁。

学講座の高崎絹子により老人虐待研究プロジェクトが行われ、『老人虐待と支援に関する研究—埼玉県市町村保健婦に対する実態調査から—』が報告された。大阪においては、1997（平成 9）年に大阪市立大学医学部看護学科の津村智恵子を中心とする大阪高齢者虐待研究会が、同様の調査を行い『高齢者の安全確保に関する調査研究事業報告書：高齢者虐待の実態に関する調査研究』を報告した。

初期のこれらの研究は、在宅介護支援センターや市町村、あるいは在宅要介護高齢者に関連する診療・相談窓口等に調査票を郵送し、回答を求め、高齢者虐待の現状を把握するものであった。日本の高齢者虐待防止研究の始まりは、高齢者虐待の実態把握・調査研究である。

CiNii で「高齢者虐待」で検索し、でてくる 967 本の論文を時系列でみると、1994 年から 1997 年くらいまでは、日本における高齢者虐待研究の特色、高齢者虐待の実態や意識を明らかにする調査が在宅や施設で行われ、そこで把握された発生件数や虐待の形態、具体的な事例等が公表されている。この研究過程において、統一的な「高齢者虐待の定義」がなされていないことから、大塩まゆみは、高齢者虐待の概念についての論考を 1997 年に出していることが注目される<sup>23</sup>。高齢者虐待の定義については、解釈上論点が多く、重要な研究テーマとなっている。

1998 年以降、このような実態調査や事例研究をもとに、虐待が発生する構造や要因を明らかにする研究が行われている。その先駆けとして、萩原清子の論考「実態調査が示す高齢者虐待とその背景」が注目される<sup>24</sup>。萩原は、社会学の研究者である。この頃から高齢者虐待という病理的な社会現象を虐待者や被虐待者、家族や地域など社会学の視点から検証する方向性でもはじめた。また、2000 年の介護保険施行を前に、法的な視点からの研究が、1999 年からではじめた。湯原（加藤）悦子の「高齢者虐待防止に対応する法制度構築への考え方」<sup>25</sup>は、CiNii でヒットする最初の高齢者虐待を法的視点から考察したものである。この後、介護保険法の施行を受けて、虐待の発生予防と対応方法に関する研究が看護系を中心に多数発表されている。特に注目されるのは、2002 年以降に、多々良紀夫がアメ

<sup>23</sup> 大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論」社会福祉研究第 70 号（1997 年）179 - 180 頁。

<sup>24</sup> 萩原清子「実態調査が示す高齢者虐待とその背景」金曜日第 6 卷 35 号（1998 年）。

<sup>25</sup> 加藤悦子「高齢者虐待防止に対応する法制度構築への考え方」日本福祉大学大学院研究論集 12 号（1999 年）。

リカの研究を積極的に紹介し<sup>26</sup>、グローバルな視点からの研究が進んだことである。

2006年4月の高齢者虐待防止法施行以前は、316本の論考であったものが、2006年から2015年の間は651本に倍増している。この間の特徴として、高齢者虐待発生の予防と対応に関する論考が増加している。山口光治は、高齢者虐待研究の動向について、「高齢者虐待は、高齢者に対する不適切な処遇であり放置できない基本的人権に関わるものである」と研究の究極目標は、高齢者の人権保障であることを意識したうえで、高齢者の人権保障を「もっとも認識しているのは、保健・医療・福祉領域などの対人専門職であろう。研究者のなかにも、それらの実践に関わりをもつ者も多く、大別すると福祉系と看護系の研究者や実践者が研究のイニシアティブをとっている。また、経済的搾取の問題等から法律分野の専門家による実践研究もみられる」と高齢者虐待防止研究の学際性の現状を述べている<sup>27</sup>。

また、田中荘司は、「これまでの調査研究は、虐待の本質についての議論や研究が未着手のまま実態調査のみに力点をおいてきたが、こうした理論的研究の必要性や統計的調査を裏づける役割をもつケーススタディ手法や実験社会学的、心理学的、精神医学的方法を活用した、または学際的アプローチも必要である」と、専門領域を超えた連携を主張している<sup>28</sup>。しかし、すべての研究の究極の目標である高齢者の「人権」については、人権の本質や意義、正当性の根拠などいわゆる「人権観念」を理論的に検討してはいない。また、高齢者虐待防止研究の前提である「高齢者虐待の定義」については、いまだに議論が続いている。

#### 第4節 本研究の構成と研究の視点

本稿は、高齢者虐待の顕在化過程において、「人権」という概念を手段として用いることにより、高齢者虐待という反社会的な行為を防止するために、必要な人権的・法的課題を研究したものである。この研究の前提となるのが、本章第2節第1項で述べた「高齢者虐待発生4段階説」である。

この説は、顕在化した虐待に至る過程で、人権を適用して、それぞれの過程における高

<sup>26</sup> 代表的な論考として、多々良紀夫「アメリカにおける高齢者虐待とその対策問題」人間福祉論集第1号（2002年）。

<sup>27</sup> 山口光治『高齢者虐待とソーシャルワーク』（みらい、2009年）13 - 14頁。

<sup>28</sup> 田中荘司「高齢者虐待問題研究の歴史と展望」老年精神医学雑誌第16巻2号（2005年）170頁。

高齢者の自己実現阻害要因を排除することを目的としている。それゆえに、すべての法的な論点を研究する前提として人権の役割を明確化しなくてはならない。

第Ⅰ章は、人権概念が導入されていない時代は、どのように老人擁護がなされていたのかを古典文献をもとに考察した。時代背景は、日本社会の変化の特徴を考慮し、古代から江戸時代を設定した。人権がない時代と現代の人権の役割を比較し、人権の役割を明確化した。また、文献から読み取れた老人擁護要因と人権の補完関係についても検討した。

第Ⅱ章は、明治維新という日本の大きな社会変革を考慮し、かつ人権が「天皇の恩恵」としてしか、保障されていない時代の高齢者虐待防止要因を検討した。この時代、第Ⅰ章で老人擁護には、「識字率、国家権力の存在」が影響していることが読み取れた。そこで、この視点から識字率を向上させ、臣民に国家権力を背景に老人擁護に影響を与えた要因を考察した結果、いわゆる「家族国家観」が最も影響力があったと考え、現代社会における人権と比較する対立軸とした。

第Ⅲ章では、人権がどのように意識され、機能しているかをアンケート調査から検討した。人権の課題を検討する場合、現実問題を意識しなければ机上の空論に終始することになる。特に、人権は現代社会において国民の共通した理解のもとで、最も効率よく機能する。そのためには、言語的な理解状況や人権調整の理解状況の把握は不可欠である。

もとより、人権は人類の歴史のなかで、形成されてきたものであるからそれにとまなう「本質」を有している。しかし、現代社会のなかで、国民相互の理解で運用するものであるから、国民の意識との整合性も必要である。このことを把握するために、福祉職員の人権についての調査（調査①という）と高齢者施設職員と利用者に聞き取り調査（調査②という）、および福祉を学ぶ学生の人権意識と理解度調査（調査③）を実施した。

第Ⅳ章では、現代社会での人権の役割について、「パーソン論」を参考にしながら検討するとともに、人権の言語的な表現の統一を検討している。

ところで、福祉の現場においては、人権の適用がどの場面においても当然のように考えられている。本来、憲法が保障する人権は、国家に対する防御権としての役割をもつものであり、国民と国民の間（私人間）に適用されることは予定されていなかった。

ところが、現代社会においては、この人権の本質と第Ⅲ章で調べた結果から、あるいは、内閣府大臣官房広報室が行った人権擁護に関する意識調査の結果から、国民の意識・理解と憲法の保障する人権の役割との間に齟齬が発生していることが分かった。

そこで、国民の意識と人権の社会で果たすニーズを尊重しつつ、人権の本質を損なわな

いようにどのように理論構成するか、人権の「私人間適用」についても考察した。

第V章では、高齢者虐待発生4段階説のすべての段階を通して最も配慮されなければならない課題として、人権の中核概念の検討を行った。この概念は、高齢者の権利擁護に携わる者の最も重要な行為規範となり、最も意識しなければならない概念である。そのためには、言語的に明確化し、かつ国民の高齢者に対する行為に正当性を与えなければならない。この視点から、正当性の根拠について検討した。

第VI章では、高齢者虐待の定義について考察している。高齢者虐待発生に至る4段階において、高齢者虐待の定義によっては、高齢者の自己実現が阻害されることになる。そもそも、「高齢者虐待」という定義は、1990年代前半に形成された言語であり、それまでは、言語的には混乱期にあった。また、この定義はアメリカの定義を導入したものである。

定義の曖昧さは、ケアにかかわる者の行為に反映し、ケアの質を低下させる。また、高齢者に対するケアは、それぞれの国や地域の特性が影響する。それゆえに、わが国における高齢者虐待の定義は、わが国の社会的風土を背景にしたものでなければならない。

たとえば、アメリカで若者が高齢者に対してファースト・ネームで呼ぶことは、親しみを込めることであり、ノーマライゼーションの理念に適うものであり、歓迎されることである。しかし、日本では高齢者に対する侮辱であり、心理的に影響を受ける。

第VII章では、高齢者虐待発生4段階の「グレイゾーン」に位置づけられる課題としての「身体拘束」について検討している。身体拘束という行為は、高齢者のケアにかかわる最も重要な課題の一つである。しかし、高齢者虐待防止法には明文としての規定がない。

医療や福祉現場においては、この行為の必要性が強く主張される反面、当該高齢者にとっては、自己実現を著しく阻害される。最も人権対立が発生する場面である。ところが、身体拘束について、「賛成」、「反対」の議論はあるが、必要性を意識しつつ、高齢者の人権に配慮した、いわゆる「人権調整」についての先行研究はほとんど見当たらない。それゆえに、人権調整基準について、適用場面は違うけれども憲法学・人権論の先行研究を参考にしながら、調整基準の構築を試みた。

第VIII章では、生存権について検討している。生存権は、高齢者虐待発生4段階において、すべての段階で意識しなければならない人権である。この人権は、それぞれの段階で、さまざまな役割を担う。すなわち、すべて段階を通して、倫理的な意味として、高齢者のケアに携わる者は、高齢者の健康で文化的な人間に値する生活の実現を生存権に基づいて考えなければならない。「人権無配慮状態」の場合には、「倫理的な意味での生存権」をもと

に人権啓発を図る必要がある。「不適切ケア」の段階においても同様である。

しかし、「グレーゾーン」では、具体的に高齢者の権利の侵害が発生している。これに対して、地域包括支援センターや市町村の福祉に関係する部署が対応しなければならない。その場合、行政に対する拘束力として生存権の法的性格（生存権の法規範性）が問題となる。

「虐待の顕在化」段階に至っては、グレーゾーンで行政がかかわる必要がさらに増加する。さらに、具体的な権利の侵害に対する裁判を通しての救済もでてくる。それゆえに、生存権の裁判法規範性の問題が発生してくる。そこで、第V章では、生存権の法的性格について、福祉現場を意識して法的性格論を展開している。

第IX章では、高齢者虐待の法的・人権的視点からの研究をもとにして、それを施設職員や養護者に対する人権教育にどのように具体化して反映させるかについて検討している。

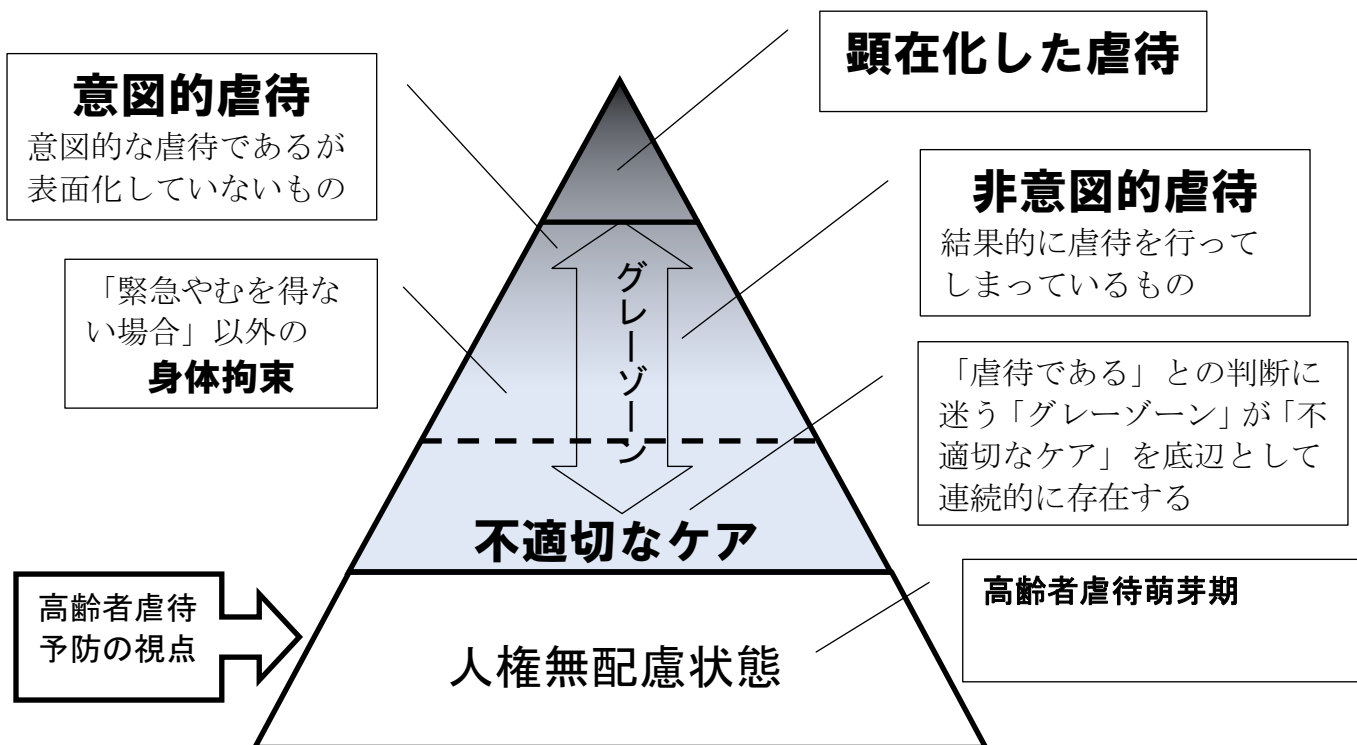
福祉現場における人権問題は、ケアにかかわる人の感情や経験則だけに支配されるのではなく、人権の理論的裏付けが必要である。それは、ケアの質の向上と人権侵害についてのリスクマネジメント視点から特に要請される。この視点から、人権の理論的理解を対人援助技術に反映させることを意識した人権教育の方法論について、考察している。



(本研究の基礎に立脚する自説)

図1

＜高齢者虐待発生4段階説＞



(柴尾慶次氏(元特別養護老人ホームフィオーレ南海施設長)が作成した資料(2003年)をもとにして福岡県保健医療介護部高齢支援課が作成した図に筆者が独自の視点で人権無配慮状態を加筆した)

## 第 I 章 日本の老人擁護の歴史における高齢者虐待防止要因 (1)

### —古代から江戸時代まで—

#### 第 1 節 はじめに

現代社会において老人（高齢者）擁護・高齢者虐待防止の要因<sup>29</sup>として、自由と平等を基調とする人権が重要な役割を果たす。具体的には、高齢者の権利擁護に重要な役割を担うソーシャルワーカーの世界機関である国際ソーシャルワーカー連盟によれば、ソーシャルワークの拠り所は「人権」と社会正義と明記している(2007 年のソーシャルワークの定義)。

また、日本の社会福祉士会の倫理綱領によれば、「われわれ社会福祉士は、すべての人が人間としての尊厳を有し、価値ある存在であり、平等であることを深く認識する。われわれは平和を擁護し、『人権』と社会正義の原理に則り、サービス利用者本位の質の高い福祉サービスの開発と提供に努めることによって、社会福祉の推進とサービス利用者の自己実現をめざす専門職であることを言明する」として、同じく「人権」と社会正義を拠り所としている。また、市民社会や福祉施設においても高齢者の権利擁護のための人権啓発・人権教育が頻繁に行われている。

しかし、日本社会において、人権が社会に紹介されたのは、1867 年（明治維新）以降であり、自由と平等を基調とする人権が実質的に機能し始めたのは、日本国憲法が施行された昭和 1947（昭和 22）年 5 月 3 日以降である。人権が老人（高齢者）の権利擁護要因として存在していない時代において、老人（高齢者）はどのように扱われていたのだろうか。

本研究において、老人（高齢者）擁護を歴史的視点から検討する目的は、人権概念導入前と導入後の老人擁護を検討することにより、現代社会における高齢者の自己実現手段としての人権の意義と役割を明確化することにある。また、人権の高齢者虐待予防機能を強化するための協働関係の可能性をさぐることにある。

すなわち、歴史上の擁護要因の検証により人権との対比軸を設定し、老人（高齢者）擁護において、なぜ人権が必要なのか、人権とは何か、人権が正当化される理由は何か、不足していることは何かを明確化することである。そのうえで、人権が機能する以前の時代

---

<sup>29</sup> 手段は、一般的に具体的な行為や方策をしめすものであり、「思想」、「情愛」など精神的な内容を表す抽象的なものは「手段」と表現することが適切でないことから、あえて「要因」という表現を用いる。

における老人擁護要因よりも効果的に機能させるために、人権の法的な論点を明確化し、解釈基準を法学の先行研究をもとに構築することである。

もとより、歴史研究は、各時代に精緻な文献研究を行う必要がある。しかし、本研究は現代社会において老人（高齢者）の権利擁護を行う手段として、人権の課題を法的に分析・検証することを主たる目的としての前提となる研究であるため、歴史研究に拘泥することなく、歴史の中での老人（高齢者）擁護の要因を概略的に検証することと定める。また、人権概念がない時代において、特に老人擁護に最も顕著な意義を有した要因を検討することで、現代社会において、人権の法的な解釈上の論点を顕在化できる。

本研究は、この趣旨から高齢者虐待防止における人権の役割を検証する第一段階として、古代から江戸時代までの日本における老人擁護手段・要因を概略的に検討するものである。なお、日本において、1980年代後半まで老人（高齢者）の権利擁護にかかわる表現について、「高齢者」という統一的な表記はなされていない。日本では、1987（昭和62）年に金子善彦が出版した『老人虐待』を契機に、医学・社会福祉学・看護学・法学などの研究者のアカデミックな関心が高齢者虐待防止の研究へ向けられていったといわれている<sup>30</sup>。

金子善彦は1980年代後半に、現在統一的に用いられている「高齢者」という表現は使用しないで、「老人」という表現をしている<sup>31</sup>。それゆえ、本稿においては権利擁護については老人（高齢者）と表記し、虐待については、高齢者虐待防止法に関係する場合には、「高齢者虐待」と表記し、高齢者虐待防止法施行以前の場合に用いるときは「老人虐待」と表記する。

## 第2節 古代における老人擁護

古代においては、聖徳太子が仏教の慈悲をもって、老人擁護施設として四天王寺に悲田院を創設したとされている。しかし、明確な文書がないので俗説の側面が強い。730（天平2）年に光明皇后が皇后宮職に施薬院を設け、左右両宮に悲田院を設けたというのが、歴史上の明確な文書である<sup>32</sup>。また、光明皇后の仏教による救済活動の一環として、老人擁護が行われたとされている。

しかし、悲田院について明示する資料が少なく、8世紀段階の資料となると特に少なく

<sup>30</sup> 臼井キミカ、黒田研二「在宅での高齢者虐待をもたらす要因について」社会問題研究 48巻2号(1999年)78頁。

<sup>31</sup> 金子善彦『老人虐待』（星和書店、1987年）12頁。

<sup>32</sup> 世界大百科事典初版（平凡社）1974年版25巻480頁、弥永貞三の説明参照。

なるため、不明な点は多い<sup>33</sup>。「悲田」とは、『像法決疑教』の中で、「敬田者即是仏法僧、悲田者困窮孤老及至蟻子」とあるように、貧困者や身寄りのない老人への施しを意味する仏教用語である<sup>34</sup>。また、長安年間（701～704年）において、日本の国分寺制度に影響を与えた則天武后<sup>35</sup>により設置された悲田院養病坊は、仏僧尼が中心となって貧困状態にある孤独な老人を収容していた<sup>36</sup>。このような文献から、古代において、支配階級においては、仏教思想が老人擁護の要因となっていたと考えられる。

しかし、仏教思想は、支配階級の精神活動のなかにとどまり、支配層が仏の功德として老人擁護を行ったに過ぎない。仏教思想の庶民に対する老人（高齢者）擁護の影響としては、平安末期に編纂されたとする今昔物語の「大和国人為母依不孝得現報語第三十一」のなかに冥罰として表れている程度であり、しかも寓話と混在化して庶民の内面的行為規範の一部になったに過ぎない。

一方、法制度としての大宝律令（701年）では、老人（高齢者）擁護については、「直系尊属に対する孝を勸奨し、不孝を厳罰する」など、家族生活の面に儒教的家族道徳を導入している<sup>37</sup>。大宝律令は、唐の律令制度に倣った本格的な行政法と刑法の制度である。天皇を中心とする国家体制の構築を目的とすることから、戦前の臣民の思想に大きな影響を与えたいわゆる「家族国家観」と共通する思想背景をもつ。

日本の古代から老人擁護の歴史のなかで、「不孝」という言葉が出てくるが、現代において、私たちが使用している概念とは、かなり意味が異なる。まず、「不孝」は、現代社会において「親不孝」といっているような軽い意味ではなく、重大な反社会性をもつ概念だと考える。なぜならば、律令制において罪が赦される「赦」の制度にあっても、決して赦されることのない「八虐」と呼ばれる罪の一つに「不孝」が規定されているからである。その具体的な内容は、祖父母・父母を訴え罵ること、祖父母・父母があるのに別籍異財の生

<sup>33</sup> 岩本健寿「奈良時代施薬院の変遷」早稲田大学大学院文学研究科紀要第4冊(2008年)87頁。

<sup>34</sup> 岩本健寿「奈良時代施薬院の変遷」早稲田大学大学院文学研究科紀要第4冊(2008年)88頁。

<sup>35</sup> 690年に睿宗を廃して皇太子とし、みずから帝位につき、聖神皇帝と称し、国号を周と改めた。仏教を深く信じて奨励したことで有名である。世界大百科事典初版（平凡社）1974年版416頁、景山剛の解説を参考にした。

<sup>36</sup> 岩本健寿「奈良時代施薬院の変遷」早稲田大学大学院文学研究科紀要第4冊(2008年)頁。

<sup>37</sup> 家永三郎『日本道徳思想史』（岩波書店、1987年）35頁。

活をすること、父母の喪に在りながら喪に服すことをしない、ことをいう<sup>38</sup>。

このなかで、筆者は特に、祖父母・父母と別籍異財の生活をするのが、「不孝」の中核であると考え。なぜならば、生産性が低く大家族でなければ生存できない時代背景で、老人が生産年齢の家族を離れて生活することは、事実上不可能であり、餓死に直結するからである。これは、現代の高齢者虐待防止法の虐待類型に照らせば、「ネグレクト（生活の面倒をみないこと）」に該当する。農業中心で、低い生産性の下にあった古代から江戸時代まで、最も重大な「不孝・虐待」は「ネグレクト」であったと考えられる。また、老人を罵ったり、尊敬を示さないことは心理的虐待に該当する。

この当時、官吏の登用試験において、孝経・論語は試験の必須科目であり、この科目を修めて試験に合格した者が、官吏に登用されることになっていた。それゆえ、当時の政治精神の中心に「孝」の思想が重要な意味をもっていたと考えられる。

戸令によれば、「国守は孝悌忠信聞えの著しいものは中央に推挙して官吏登用の道を開き、不孝悌のものはこれを縄せ」とある。また、賦役令によれば、「孝子順孫・義夫節婦の聞えの高いものは太政官に申して奏聞し、同籍ことごとく賦役を免じ、とくに精誠通感あれば別に優賞を加えよ」といわれている。さらに、757（天保宝字元）年4月4日には、詔して「天下の家ごとに孝経一本を蔵して精勤誦習せよ」（『続日本記』）<sup>39</sup>と、記されている。このことから、古代においては仏教思想が人間の情愛に訴えかける弱い老人擁護要因であるのに対して、儒教的家族道徳は、国家権力を背景とする強い老人擁護要因となっていたと考えられる。

では、なぜ、律令体制において儒教の「孝」の思想は重視されたのであろうか。福尾猛市郎は、国家社会の安寧、諸制度の円滑な運用は、卑者の尊上への服従によって維持されるものであり、親子的なあり方の観念を社会に延長して適用できるとする教化政策として意義があることを述べている<sup>40</sup>。

この考え方は、明治以降、太平洋戦争終結時まで日本の老人擁護に大きな影響を与えた「家族国家観」と共通性をもつと考えられる。それゆえに、この研究に継続して、いわゆる「家族国家観」の研究を予定している。

このように文字により記録が残る支配階級の老人擁護要因は、文献により考察できるが、

<sup>38</sup> 福尾猛市郎『日本家族制度概説』（吉川弘文館、1985年）56頁。

<sup>39</sup> 福尾猛市郎『日本家族制度概説』（吉川弘文館、1985年）55頁。

<sup>40</sup> 福尾猛市郎『日本家族制度概説』（吉川弘文館、1985年）58頁。

文字文化が浸透していない庶民階層の老人擁護要因を知ることは困難である。ただ、万葉集は、貴族的性格を有しながらも、民衆の歌を多く載せていることから、庶民の老人に対する感情を知る手段となりうる<sup>41</sup>。それゆえ、7世紀から8世紀にかけて編纂された日本最古の和歌集である万葉集において、この時代の庶民の敬老意識を読みとることができる。

「忘らむと野行き山行きわれ来れど我が父母は忘れせぬかも」と、「時々の花は咲けども何すれぞ母とふ花の咲きて来ずけむ」(巻二十)の二首は、親に対する思慕の情を自然の形で表現しており、当時の庶民の親に対する考え方をみることができる。万葉の歌は、主として情的な意識の表出であるから、厳密な意味での道德思想を考えることは、妥当でないかもしれないが、根本的な家族意識の傾向は読み取ることができるのではなかろうか<sup>42</sup>。

それゆえに、自然の情愛が老人擁護の要因になっていたと考えられる。この自然の情愛は、我々の経験則に照らして、現代においても本質的に変わるものではないであろう。

また、自然の情愛は、文字文化の浸透や国家政策に影響されることが小さいので、現代に至るまで庶民の老人擁護要因として機能している。現代社会においては、人権の基本構造の道徳的側面を構成する要素として、日本文化のなかで醸成されて現代社会に継承されていると考える。

### 第3節 平安時代以降の老人擁護

#### 第1項 平安時代の文献から考察する老人擁護

古代から江戸時代までの文献を通して、積極的な老人虐待を見ることはできないが、生活苦から棄老におよぶ話は散見される。例えば、平安時代末期に編纂されたといわれる『今昔物語』においては、「信濃国姨棄山語第九」において、姨捨山伝説(棄老説話)が記述されている。

これは、現代の高齢者虐待防止法の虐待類型にあてはめれば、「ネグレクト(介護の放棄・放任)」に該当する。古代の律令制においてネグレクトは、罪の免除のない「八虐」に分類され、かつ、ネグレクトに関する説話を、今昔物語のなかでいくつか読むことができることから、ネグレクトは一般庶民の老人虐待として大きな問題であったことが推測される。

生活を支える食料の生産性が低かった時代において、ネグレクトは子孫を守るやむを得

<sup>41</sup> 世界大百科事典初版(平凡社)1974年版29巻281頁の藤森朋夫の「万葉集」の記述を参考にしている。

<sup>42</sup> 家永三郎『日本道德思想史』(岩波書店、1987年)36頁。

ない手段であったかもしれない。それだけに、ネグレクトを極力防ぐために、庶民の間においては、仏教思想の影響を受けた説話が人々の日常生活における老人擁護の要因となっている。その具体例は、今昔物語の「古京女為依不孝感現報語第三十二」にみることができる。この説話は、不孝の娘が飢えた母が食事を乞うのを拒否したところ、その日の夜半に冥罰がくだって胸を刺され、母に再び面会することもなく急死したという不孝に起因する悪報譚である<sup>43</sup>。すなわち、親不孝（親を養わなかったこと）に対しては、天罰の報いがあることを教えている。

他には、「大和国人為母依不孝得現報語第三十一」がある。この説話は、大和国の<sup>がくしょう</sup>学生<sup>み</sup>瞻保が孝養の恩を忘れ、貸した<sup>やす</sup>物の返済を母に強要した報いにより、天罰を受けて発狂し、業火で家財を焼き尽くして餓死した話である。この内容において、<sup>みやす</sup>瞻保は、不孝者で、母親の面倒を見ようとはしなかったと書かれている。

この文脈からしても、「不孝」とは、ネグレクトを意味することがうかがえる。この話は最後に、「然バ、世ノ人懃ニ父母ニ孝養シテ、不孝ノ心ヲ不可成ズ、トナム語り伝タリルトヤ」と、世の人は心から父母に孝養を尽すべきで、仮にも不孝の心を抱いてはならぬ、とこう伝えている<sup>44</sup>。そして、ネグレクトを防止するために、老人擁護を人々の内心に強く訴えかける要因として、仏教思想が庶民の間で変容した「天罰」が機能していることを表している。

尚、今昔物語は仏教に関するものと一般の説話に分かれる。「古京女為依不孝感現報語第三十二」と「大和国人為母依不孝得現報語第三十一」は、巻二十に記され、これは日本の仏教思想に関する説話を載せているとされることから仏教思想の影響を受けていると考える。

寓話・説話を老人擁護要因とする場合、人々に「仏罰・冥罰」という恐れを要因とする他に、知恵者としての老人の特質を要因とするものがある。枕草子二二七段の「蟻通し明神」の話は、後者の場合である。この説話は、わが国の存亡にかかわる唐の帝の難題を老人の知恵が解決し、「やはり日本は賢い国だということがわかった」ということで、その後は唐の帝は日本を滅ぼすことをやめたという話である<sup>45</sup>。老人の知恵は、国家の存亡を救うほど素晴らしいという話である。

<sup>43</sup> 馬淵和夫ほか校注『新編日本古典文学全集 37 枕草子』（小学館、2001年）115頁。

<sup>44</sup> 馬淵和夫ほか校注『新編日本古典文学全集 37 枕草子』（小学館、2001年）112 - 114頁。

<sup>45</sup> 松尾聰、永井和子校注『枕草子』（小学館、1997年）361 - 362頁。

現代国家において人権を高齢者虐待防止手段とする場合、権利擁護の対象者たる高齢者の「個人の尊厳」を、最も重要な価値に位置づける。これと同じく、「老人個人の尊重」という視点を「蟻通し明神」のなかにみることができる。

歴史のなかで、人々に支持されてきた説話で、このように人権と親和性をもつものは、われわれの心情に訴えるものがある。属性の価値（たとえば、老人の個性のすばらしさ）に着目した説話は、現代の難解な人権理論を補うという文脈で、人権の高齢者虐待防止機能をさらに強化する役割があると考えられる。

## 第2項 武士の生活に関する文献から考察する老人擁護

鎌倉時代から登場した武士層という社会のリーダーの思想を知ることにより、高齢者虐待防止の人権啓発の意義を歴史的視点から考える。まず、思想面においては、上下の区別を基本とする封建道徳を形成するところに特色がある。すなわち、すべての武士の生活をこの視点から秩序付け、単に君臣や市民の別のごとき公的な関係だけでなく、雇傭の関係や家族関係までも、すべて上下尊卑の関係として規律している。

これについては、江戸時代の儒学者である三宅尚斎の黙識録にその思想をみることができる。黙識録によると「君臣上下の分定るの中に就いて、父子兄弟夫婦の道行はる。父子兄弟夫婦にも亦上下の分有り。則ち上下の名分五倫を総ぶ」と、家族における上下関係を明確に規定している<sup>46</sup>。

この思想は、強大な権限を背景にもてばいとも簡単に老人擁護が行えるということを教示している。この上下関係を実質上担保した制度が「知行」制度である。知行制度は、江戸時代においては、幕府や藩が家臣に俸禄あるいは、土地を支給する制度であり、武家の家計の基盤をなすものである。

そして、家督相続人一人の手にすべてが掌握されるところに特色がある。すなわち、家長権は強大であり、家のすべての構成員は家長の統制に無条件服従を強制される<sup>47</sup>。通常、家長は家の父が担うことから、長幼の序という秩序が形成され、必然的に敬老思想が定着する。

知行制度は、武士層の生活の根幹にかかわる制度であり、すべての武士階級は生活の糧をこの制度に依拠していることから、上下関係に背き勘当されると生きてゆくことが困難

<sup>46</sup> 三宅尚斎『黙識録』国立国会図書館デジタルコレクション 13 コマに載せられた松雲堂が1933年に出版した書籍を参照。

<sup>47</sup> 家永三郎『日本道徳思想史』（岩波書店、1987年）134 - 135 頁。



となる。それゆえ、武士階級においては、この制度は、老人擁護にとって極めて有効な手段であったと考えられる。

また、江戸時代においては、「孝」の思想が老人擁護の要因となっていたことが、以下の書物の中から読み取れる。「我身妻子のことば第二とし、父母の衣服食物を第一におもひ入」(翁問答)。「父母の為に妻子を忘るは孝子のつね」(売卜先生糠俵)。「永々の留守に、母人病氣いとひ、手前の不如意に恥を忘れ、盗をして姑をはごくみしは、嫁たるの手本、あっぱれ出来したりと満足に存ず」(当世貞女容気)。「つまをもとむるは、家をととのへ子孫を継、孝を行はんがためなり」(三十幅所収久世広之語)<sup>48</sup>。

武士階級の経済的支柱である知行制度を背景にもつ「孝」の思想は、身分制度も経済体制も大きく変化した現代においては、そのままの形で高齢者の権利擁護に役立つことはない。しかし、「孝」の思想を担保する制度が充実していると、老人擁護に役立つことを現代社会に生きる我々に教示してくれる。それゆえに、現代社会において高齢者の権利擁護・虐待防止の手段として重要な地位をもつ人権研究にとって、人権の正当性を裏付ける理論の構築は、重要な意義をもつ。

### 第3項 江戸時代の庶民の老人擁護

#### 1. 文献から考察する庶民の老人擁護

江戸時代の特色として、前代までは庶民のすみずみには、周知されることのなかった行政法規や道德などが、幕府が高札場に忠孝札を掲げることにより、庶民のすべてにまで徹底を期せられ、忠孝思想の普及したことがあげられる。

しかし、赤穂浪士事件により「忠」の弊害を感じた幕府は、1711(正徳元)年以降、忠の鼓舞をやめて、家族内部の親和を力説した親子札を掲げるようになった<sup>49</sup>。後の研究で人権の対立軸として考察する「家族国家観」を支える天皇への「忠」と親への「孝」の思想の比較的容易な融合は、このようなことが原因の一つであったのかもしれない。

高札は、別名「札の辻」といわれ、市中、村方、浦方、関所などの要地にあったことを考慮すれば、庶民に「孝」の思想を普及させた役割は大きい。また、江戸時代の板札を見ると、草行かなまじり文を墨書きしている。

このことから、幕府は庶民へのわかりやすい伝達に腐心していることがうかがえる。高

<sup>48</sup> これら古典の紹介は、家永三郎『日本道徳思想史』(岩波書店、1987年) 138 - 139 頁。

及び「当世貞女容気」は、早稲田大学古典籍総合データベース掲載の古典原書を参照。

<sup>49</sup> 福尾猛市郎『日本家族制度概説』(吉川弘文館、1985年) 166 頁。

札による法令周知のしかたは 1870（明治 3）年までつづいた<sup>50</sup>。現代社会の人権を高齢者擁護の手段とするとき、人権のわかりやすい啓発活動が必要であることをこの歴史から考察することが出来る。また、分かりやすい言葉の使用についても同様である。

文献検索の時代的特徴として、江戸時代は、文字文化の昂揚により、庶民階級の老人に対する対応や意識をより明確にとらえることが可能となったことが挙げられる。具体的には、北条氏直時代諺留では、「夫あれば親わする」とか、西鶴織留では、「死別る中にも、親より妻はかなしく、妻より又子は格別にふびんのます物なり」と、武士階級を支配した「孝」の思想とは様相を異にする庶民の生活観が垣間見られる。

また、貴族や武士などの階級においてはみることができなかつた、老人に対してのいわゆる「茶化し」がこの時代にみることが出来る。たとえば、柳樽においては、「親の気になれとは無理なしかりよう」といい、拾遺柳樽においては、「屁ひとつになる説法をおやじ説き」と記述されている。浮世風呂においては、「家を納めるためには姫を取てあてがふからは、姑は遠くへ退居るがいい。兎角姑が口を出すと納らねへよ」と、武家社会の根底となる敬老思想とは違う思想が町人の文化の中に読み取れる。浮世風呂においては、老人をからかうことが一種の洒落と思えるような風潮がみられる。

この時代、高齢者虐待防止法の虐待類型にあてはめると、今までは「ネグレクト」が不孝として、虐待の中心だと考えられたが、この文献研究から庶民階級の意識には、古代にもみられた心理的虐待の危険性が潜在化していることがうかがえる。

現代社会の高齢者虐待の構造は、日頃の「人権無配慮状態」が「不適切なケア」、「グレイゾーン」をうみ、さらに「顕在化した虐待」を誘発する。この歴史に表れるように、虐待の芽は、私たちの生活の根底に潜在化している。それゆえに、「人権無配慮状態」のときから、人権の性格（倫理的意味か、法的意味かなど）を明確化した人権啓発が求められる。

農民については、町人に比べて文字文化の普及が進んでいないので、町人のように老人擁護の手段を読み取ることができない。このように少ない文献のなかで、安藤昌益の書物は、農民階級の老人擁護の手段を推測する有益な資料となる。なぜなら、安藤昌益は、『統道真伝』で江戸幕府の儒教思想を批判し、すべての者が地面を耕し、労働に励むことを唱え、農民を尊重したことから江戸中期以降の農民に支持を得たであろうと考えられるからである。

このなかで「夫婦は第一倫、親子は第二倫」と述べ、夫婦を親子よりも重要であるとし、

<sup>50</sup> 世界大百科事典初版（平凡社）1974年版 10巻 230 - 231 頁の金井円の説明を参照。

父子を社会倫理の根本とする儒教哲学に反抗している<sup>51</sup>。

安藤昌益は、徹底して封建社会を批判し、直耕直織安食安衣、自然のままに働いている農民を理想としたことから農民の支持はあったであろうが、文字文化に縁が薄い農民の思想に大きな影響を与えたとは、考えられない。また、閉鎖的な幕藩体制にあって、南部藩八戸の町医者思想が全国的に普及したと考えるのは不自然である。むしろ、安藤昌益は、南部藩の八戸で町医者として農民とかかわっていることから、『統道真伝』は、農民の真の気持ち、思想を安藤の文章を通して表現しているのではなかろうか。

このように解釈すると、農民の思想の中には確固たる「孝」を基調とする儒教思想は、武士階級のように定着していないと考えられる。農民階級における老人擁護要因は、古来から大きく変化することなく、人間の「情愛」が依然として大きな役割を果たしていたと考えられる。

このことから、現代社会における人権の構造を構築するとき、法的な構造だけでなく、長年日本社会で醸成されてきた道徳的な側面を構成要素として、検討する重要性が教示される。また、高齢者虐待の定義を構築するときにも、この視点が重要になると考える。

## 2. 封建道徳と町人の思想の違いの背景

武士階級と町人あるいは農民階級の老人擁護に対する思想の違いとして、以下のことが考えられる。

第一は、経済基盤のちがいである。武士階級は、知行制度が家計の基盤となり、この制度から乖離すれば、生活ができなくなる。それゆえに、家長に対して絶対的な服従をしなければならなかった。家長は経験則上年長者であり、老人は、この延長上に位置づけられるにすぎない。すなわち、武家社会において、老人擁護は、知行制度の反射的効果としての位置づけでしかない。いわゆる「恩」に基づいた老人擁護である。

しかし、庶民社会においては、子供たちは、幼少の頃から家計における大切な労働力である。特に、江戸末期の人口 3200 万人のうち 84% を占める農民の低い生産性から労働力を家庭以外にもとめることが難しい庶民階級の稼業においては、必然的に若年労働力に依拠せざるを得ない<sup>52</sup>。

通常、規模が小さい家内工業や小作農や小規模自作農においては、子どもたちは幼少の頃から親の手伝いをして家計を支えていた。このよう家族経済の構造の中では、親が年老

<sup>51</sup> 家永三郎『日本道徳思想史』（岩波書店、1987年）230 - 231 頁。

<sup>52</sup> 関山直太郎『近世の日本の人口構造』（吉川弘文館）1958年の資料を参照。

いても武士階級のような強い敬老意識は育たないのではなかろうか。すなわち、庶民のなかには「恩」に基づく老人擁護は経済構造から育ちにくいということである。

後に述べる「家族国家観」は、戦前の臣民の生活に大きな影響を与えた思想であるが、当時の産業構造からして、大多数を占める農民に「恩」を強制したものである。この「恩」を天皇に対する「忠」に転化させ、さらに親に対する「孝」に転化させている。このことから、「恩」に委ねる老人擁護要因は、一般庶民の内心に国家権力を背景に相当な圧力がかかっていたものと考えられる。

第二は、識字率の違いが老人擁護に影響していることが考えられる。身分制が厳格化していた江戸時代の教育組織は、武士階級の子弟に対しては藩学校、町人の階級に対しては寺子屋というように厳格に区別されていた。また、教材も教科書も教育目的の異なるままに、その種類を異にしている。

武家階級の教育は、会津藩校「日新館」に学んだ山川健次郎の伝記『男爵山川先生伝』を通してみることができる。当時日新館の教育は朱子学に基づいており、素読書で初めて読む書は孝経・大学・論語・孟子・中庸・小学、次に詩経・書経・易経・礼記・春秋の五経・十八史略・蒙求・近思録など専ら中国の書籍を教科書としていたという。

そのうえ、会津藩では、『日新館童子訓』という一種の修身教科書を使用している。これは、先ず、忠君、孝養、兄弟の交誼、その他百般の訓戒を述べ、次に賢者の諺を経書により挙げて、平易に説いたもので、当時の生徒たちに非常な徳育効果があった、といわれている<sup>53</sup>。

一方、庶民階級は、寺子屋において教育を受けていた。寺子屋は本来、文盲を救済しようとして設立されたものが多いだけに、そこで用いられた教科書は、武士階級の教育のような難解な中国の典籍と異なり、庶民の日常生活に卑近なもの、特に往来物<sup>54</sup>を主としているところにその特色がある。それ故に、「孝」を中核にもつ儒教思想は庶民階級には、武士階級ほど浸透しない。

しかし、幕府の直轄地である江戸においては、幕府の支配者の強化思想の一環として、享保の頃より寺子屋に対して教育への干渉を行っている。その一つの表れとして、1722(享保7)年には、室鳩巢に命じて『六論衍義』の江戸市中頒布が記録として残されている。『六論衍義』は「孝順父母」「尊敬長上」「和睦郷里」「教訓子孫」「各安生理」「母昨非為」

<sup>53</sup> 花見朔巳編『山川先生伝』(故男爵山川先生記念会、1939年)20-21頁。

<sup>54</sup> 往来物とは、日常生活の知恵や知識を手紙形式で教えた初等教育書をいう。

と六章に分かれている。なかでも「孝行」を最重視している。このことから、文献を読むことができる素養のある者に対しては、儒教思想が浸透していると考えられる<sup>55</sup>。

では、この当時の識字率はどうであろうか。武家は、政治的統制の必要性（諸法度、お触書、ご高札、五人組帳前書の公布など）から100%の識字率が求められる<sup>56</sup>。商人階級にあっては、商業や取引活動（契約書、簿記、通信、両替）には読み書き能力は必須である。支配的な農民にあっては、農村の統治と経営（納税記録、質入れ証文、受取勘定、農事記録、農書等）のために高い識字率が求められる。

しかし、当時の圧倒的多数の人口を占める小作農にあっては、識字率は高くないと考えられる。1870（明治3）年太政官調査に基づく「藩制一覧表」によれば、30,089,401人中、士族は3.64%で1,094,890人、平民は27,265,638人である。農民対商工人の割合は、8対1、商人対工人の割合は、2対1である<sup>57</sup>。

この時代、農民階級にあっては、地域間、男女間で大きな格差が確認される。京都に近く、通商、交通の要所（近江商人の本拠）であった滋賀県の読み書き能力が最も高い。男子はほぼ90%、女子でもほぼ半数が読み書きができていた。これに対して、鹿児島県の数値の低さが目につく。女子の読み書き能力は10%たらず。男子でも50～60%である<sup>58</sup>。この数字から、農村社会においては、儒教思想が老人擁護に十分な役割を果たしているとは考えられない。

現代社会において、人権が老人擁護手段として機能するためには、言語の明確性、理解の容易性と人権啓発の重要性をこれらの文献から考えることができる。

#### 第4節 おわりに

本研究において、古代から江戸時代までの老人擁護要因として、人間の情愛、仏教思想、儒教に基づく「孝」の思想、人々の心情に訴えかける説話・寓話、知行制度などが役割を果たしていることが分かった。

これらの老人擁護要因は、現代社会においても高齢者虐待防止に役立つことは変わりな

<sup>55</sup> 唐澤富太郎『教科書の歴史』（創文社、1961年）42 - 43 頁。

<sup>56</sup> 斉藤泰雄「識字能力・識字率の歴史的推移：日本の経験」広島大学教育開発国際協力研究センター国際教育協力論集第15巻1号（2012年）51 - 62 頁。

<sup>57</sup> 関山直太郎『近世の日本の人口構造』（吉川弘文館）1958年の資料に基づく。

<sup>58</sup> 斉藤泰雄「識字能力・識字率の歴史的推移：日本の経験」広島大学教育開発国際協力研究センター国際教育協力論集15巻1号(2012年)51 - 62 頁の資料参照。

い。しかしこれらは、高齢者虐待発生 4 段階の「人権無配慮状態」において、高齢者を倫理的に尊重する程度の意味しかもたない。「不適切ケア」以降に発生する高齢者の自己実現阻害要因除去については、具体的な効果を期待することはできない。

高齢者虐待発生の 4 段階において高齢者の権利擁護に役立つ至上の手段・要因となるには、上記の老人擁護要因の課題を踏まえれば、「高齢者個人を存在として尊重する」ものであり、「普遍性を有する」ものであり、「明確な言語で表現できる」ものであり、「あまねく人々の内心に正当性を与える」ものであり、さらに「自己実現阻害要因を強制排除できる手段をもつ」ものでなければならない。人権は、法的に理論構成すれば、歴史上の老人擁護要因の課題を克服できる機能を有している。

なにより、人権の存在意義は、本質において、上記の要因に含まれなかった「高齢者の自己実現保障」を含むことである。これを活かすためには、人権の中核概念の明確化、言語的明確性、人権の性格等の法的視点からの検討が不可欠である。本研究で、江戸時代の高札により忠孝思想を普及させたという事実をみつけた。あわせて、識字率により「孝」の庶民への普及に違いがでていることに気づいた。このことは、私たちに人権の高齢者虐待防止機能を強化するには、人権についての言語的な配慮が必要であることを教えてくれる。今後の人権の法的視点からの研究の参考としたい。

おわりに、今回の研究によって、権力を背景とする思想は、老人擁護に大きな影響をもつことが分かった。この視点からすれば、明治維新(1867年)から太平洋戦争終結時(1945年)までの間に臣民を強大な国家権力と軍事力を背景に支配した「家族国家観」の検証・研究が不可欠である。今回の研究を「家族国家観」の研究のなかでさらに展開し、本来の研究である高齢者の権利擁護・虐待防止手段である人権の法的視点からの研究につなげてゆきたいと考えている。

## 第Ⅱ章 日本の老人擁護の歴史における高齢者虐待防止要因（2）

### —家族国家観—

#### 第1節 はじめに

今、私たちの社会において、私たちの自己実現手段として、「人権」が重要な役割を果たしている。国家の法制度の中で、「個人の尊厳」（憲法13条）が、人権の中核概念として、日本国憲法が保障する人権カタログを包括的に支配している。さらに、その価値は、人権を規定する憲法が、国家の最高法規性（98条）を有することにより強固に担保されている。

高齢者福祉に関するすべての施策は、個人の尊厳を具体化した生存権等の具体的な人権を根拠として実施されている。例えば、高齢者の権利擁護のマンパワーとして重要な役割を果たす日本の社会福祉士会の倫理綱領では、「われわれ社会福祉士は、すべての人が人間としての尊厳を有し、価値ある存在であり、平等であることを深く認識する。われわれは平和を擁護し、『人権』と社会正義の原理に則り、サービス利用者本位の質の高い福祉サービスの開発と提供に努めることによって、社会福祉の推進とサービス利用者の自己実現をめざす専門職であることを言明する」として、「人権」を職務目標の根拠としている。

また、社会福祉の基本法である社会福祉法においては、福祉サービスの基本的理想として、人権の中核概念「個人の尊厳」の保持を旨とすることが、規定されている（3条）。このように、理念と制度において、人権は高齢者虐待防止に重要な役割を果たしているが、現実には理念通りであろうか。

国民の人権意識『世論調査報告書』<sup>59</sup>（平成24年8月）によると、基本的人権は侵すことのできない永久の権利として、憲法で保障されていることを知っているか聞いたところ、「知っている」と答えた者の割合が82.8%、「知らない」と答えた者の割合が17.2%となっている。

今までに、自分の人権が侵害されたと思ったことがあるか聞いたところ、「ある」と答えた者の割合が16.6%、「ない」と答えた者の割合が83.4%となっている。人権が侵害されたと思ったことが「ある」と答えた者に、どのような場合か聞いたところ、「あらぬ噂、他人からの悪口、かげ口」を挙げた者の割合が47.4%と最も高く、以下、「職場の嫌がらせ」（24.2%）、「プライバシーの侵害」（20.0%）、「差別待遇（人種・信条・性別・

<sup>59</sup> 内閣府大臣官房政府広報室資料『平成24年8月世論調査』参照。  
<http://survey.gov-online.go.jp/>。

社会的身分等により、就職や結婚等の社会生活の上で不平等又は不利益な取扱いをされた)」(19.7%)、「名誉・信用のき損、侮辱」(18.1%)、「学校でのいじめ」(17.7%)、「使用者による時間外労働の強制等の不当な待遇」(14.8%)、「警察官等の公務員からの不当な取扱い」(12.9%)、「悪臭・騒音等の公害」(12.3%)などの順となっている。(複数回答、上位9項目)。

日本における人権課題について、関心があるものはどれか聞いたところ、「障害者」を挙げた者の割合が39.4%、「子ども」を挙げた者の割合が38.1%、「インターネットによる人権侵害」を挙げた者の割合が36.0%、「高齢者」を挙げた者の割合が34.8%などの順となっている。(複数回答、上位4項目)

高齢者に関し、現在、どのような人権問題が起きていると思うか聞いたところ、「悪徳商法の被害が多いこと」を挙げた者の割合が50.6%と最も高く、以下、「経済的に自立が困難なこと」(40.6%)、「働く能力を発揮する機会が少ないこと」(39.3%)、「高齢者が邪魔者扱いされ、つまはじきにされること」(31.0%)、「病院での看護や養護施設において劣悪な処遇や虐待を受けること」(30.0%)などの順となっている。(複数回答、上位5項目)

この結果を見ると、多くの国民は、人権を対国家的権利と考えていない。また、自由より平等、自由権より社会権が強調され、国家を人権の侵害者としてよりは、保護者と考えている。すなわち、「法を守れ、人権を尊重せよ」と命じられているのは国家であるにもかかわらず、現実には、「国民は国家から人権を守れ」と言われており、原則と現実が乖離している。すなわち、国民の抱く人権観は、実定法が依拠する人権観と一致していない<sup>60</sup>。

この背景には、西欧の歴史の中で形成された人権の醸成風土と日本の人権醸成風土の違いや、人権教育・法学教育の不十分さからくる人権概念の不理解がある。これでは、人権が憲法により、国家の最高法規として位置付けられ、自己実現の最高手段とされていても高齢者虐待に十分な効果をもたらさないことが危惧される。それゆえに、高齢者の権利擁護、特に高齢者虐待防止を人権を手段として行うためには、人権の意義を国民全体で確認し、観念や言語に不明瞭なところがあれば、論点に関する理論の構築や解釈の確定を図

---

<sup>60</sup> 高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号(2005年)112頁。高橋は平成15年2月の内閣府大臣官房政府広報室が出した世論調査を検討し、日本人の人権観・人権意識の特徴として、①人権を対国家的権利とは考えない、②自由より平等、自由権より社会権が強調される、③国家を人権の侵害者として考えるよりは、保護者と考えると、佐々木充臣『自律的社会と人権』(文理閣、1998年)31頁を引用して、分析している。筆者の資料(平成24年調査)と高橋の資料(平成15年調査)は、傾向が同じであるので、自説に高橋の考え方を引用している。



らなければならない。

人権の高齢者の権利擁護、高齢者虐待防止における意義を検討するには、人権が高齢者の権利擁護を果たしていない時代と比較することが必要である。高齢者虐待問題が顕在化したのは、1980年代後半であり、日本では、1987年に金子善彦が「老人虐待」という著書を出版したのが、アカデミックな関心が向けられた最初であったが、高齢者の支援に関わる専門家の中でこの問題への関心が広がったのは田中荘司らが1993年に実施した高齢者虐待の実態調査以降であるといわれている<sup>61</sup>。それ以前、特に、戦前において高齢者虐待という問題は研究対象になっていない。では、この時代の老人擁護はどのようになっていたのだろうか。

筆者は、当時の敬老に最も効果のある手段・要因を検討した。その際に、江戸時代までの敬老思想の普及に識字率の違いがあったことを第I章の研究のなかで発見したことから、識字率を高めた手段・要因を考えた。次に、明治維新以前は、武家階級の支配者の権力作用を前提とする知行制度が敬老思想に影響していたことから、国家権力の最も強大な敬老手段・要因を考えた。また、臣民に広く敬老思想を普及させる手段を考えた。この3つの要件を満たすものとして、明治維新以降、太平洋戦争敗戦まで最も臣民の敬老に影響を与えたものとして、いわゆる「家族国家観」を人権の意義を考える対象とすることにした。

すなわち、家族国家観は、太平洋戦争の敗戦によって国家体制の根本的な変化が生じるまで、日本社会のなかで、臣民を統制する指導的な原理の役割を果たし、臣民の敬老行動を形成している。また、後に述べるように、検定教科書を通して初等教育を指導し、臣民を洗脳する役割もはたしている。このように家族国家観は巨大な国家権力を背景にもつことから、日本の歴史の中で、人権以外では、臣民の敬老行動に最も影響を与えた要因であると考えられる。

## 第2節 家族国家観の意味と背景

### 第1項 家族国家観の意味

「家族国家」という言葉は、明治以降、太平洋戦争終結までの戦前の日本において、政治的プロパガンダの象徴として多方面で用いられている。それだけにその観念は曖昧である。しかし、曖昧な定義では、人権の対立軸として人権の意義を明確化できないので、家

---

<sup>61</sup> 白井キミカ、黒田研二「在宅での高齢者虐待をもたらす要因について—諸外国および日本における研究のレビュー」社会問題研究 48巻2号（1999年）75頁。

族国家観の定義は明確化する必要がある。

この点、1937（昭和12）年5月、文部省から発行された『国体の本義』のなかに記述されている「抑々我が国は皇室を宗家とし奉り、天皇を古今に亘る中心と仰ぐ君民一体の一家族国家である」というのが、定義を構築する上で参考となる<sup>62</sup>。また、同書のなかには、「我が国は一家族国家であって、皇室は臣民の宗家にましまし、国家生活の中心であらせられる。臣民は祖先に対する敬慕の情を以て、宗家たる皇室を崇敬し奉り、天皇は臣民を赤子として愛しみ給ふのである」<sup>63</sup>との記述も定義の明確化に参考となる。

これをもとに家族国家観の定義を考えると、二つの大きな構成要素が含まれる。第一は、言語としての「家」の概念を拡大化して、天皇は家長の地位をもつ「親」、臣民は家の構成員である「子」と考えていることである。第二は、すべての「家」の先祖の成り立ちの根源を天皇家に求め、かつ臣民の理性ではなく感性に訴える「神話」を天皇家の正当性の根拠としていることである<sup>64</sup>。

この要素を考慮すれば、家族国家観とは、「天皇と臣民の関係を家制度における親子関係と擬制し、儒教思想を中核としつつも、天皇の正当性を神話に求める日本独自の思想」と定義することが妥当だと考える。

伊藤幹治は、「家族国家観」を「家」と「国家」という、全く異質な制度を接合した観念という点で、「特殊日本的」なイデオロギーとしている<sup>65</sup>。また、唐澤富太郎は、家族国家観は、もともと「孝」が基本的な構成原理であるいい、「孝」が、やがて、「報恩」と結びついて、社会における擬制的な家族主義の原理となり、それが著しく国家主義的な方向に圧力が加えられて、この家族主義が拡大されて「忠君愛国」の形をとるに至る、としている<sup>66</sup>。

## 第2項 家族国家観の前提となる儒教思想と制度

家族国家観の基礎には、「孝」が置かれている。「孝」とは、親に対する子の恭順・服従を意味する。孝は我が国の儒教道德の基礎に位置づけられ、家族道德の中核に位置付けら

<sup>62</sup> 松本三之介「国家主義と『家』イデオロギー」『講座家族8 家族観の系譜』（弘文堂、1987年）55頁。なお、文部省『国体の本義』（内閣印刷局、1938年）38頁。

<sup>63</sup> 文部省『国体の本義』（内閣印刷局、1938年）46 - 47頁。

<sup>64</sup> 伊藤幹治『家族国家観の人類学』（ミネルヴァ書房、1982年）2頁。藤田省三『天皇家の支配原理』（未来社、1966年）166頁。江守五夫『日本村落社会の構造』（弘文堂、1976年）346 - 347頁。

<sup>65</sup> 伊藤幹治『家族国家観の人類学』（ミネルヴァ書房、1982年）2 - 3頁。

<sup>66</sup> 唐澤富太郎『教科書の歴史』（創文社、1956年）113 - 114頁。

れている<sup>67</sup>。そして、家族国家観の本質となる「家族制度」は、とくに徳川時代の武士の家長制をモデルとしている。中江藤樹『翁問答』において、「孝徳をあきらかにせんと思ふには、まづ、父母の恩徳を觀念すべし」と「孝」の思想を教育していた<sup>68</sup>。この儒教道徳の教育は、孝とか忠は「恩」により裏づけられている。

寺子屋の教科書・教訓書、『実後教』のなかでは、「父母には朝夕に孝せよ」「人にして孝無き者は畜生に事ならず」と、「孝」が最も重要な概念であるとしている。また、同じく教訓書として使用された『童子教』では、「父の恩は山よりも高く須弥山尚お下し母の徳は海よりも深く滄溟の海も還って浅し」と説いている。この書のなかにある「白骨は父の淫、赤肉は母の淫、赤白二諦和して五体身分を成す」が、「恩」の根拠と思われる。

この思想は、親への報恩として絶対的な孝を要求するのである。それ故、親がいかにも不当なことを求めても、子はこれに無条件に従わねばならないと考える<sup>69</sup>。また不幸にも、太平洋戦争において、天皇の名のもとに玉砕や特攻を正当化する根拠にもなった。家族国家観の歴史的沿革をたどると、国家権力を背景に天皇制中央集権国家の体制維持の反射的効果として、敬老思想を形成し、老人擁護が図られた。しかし、その実態として、人権の本質「個人の尊厳」を根底から破壊する危険性を内包している。

このように、家族国家観は、家族秩序を国家権力という外部的な力で維持することを特色にもち、「封建的」な「恩」と「恩返し」に裏付けられた「孝」という家父長権力への絶対服従を内容とする。この考え方は、権力に服従する者の側における「自由」の完全な否定をとまなっている<sup>70</sup>。

ただ、川島武宜によると、中国の儒教とのちがいについて、中国では、孝と恩とのかような連関結合は存在しないという。孝をすべての徳の基本として説いたところの孝経にも論語やその他の儒教の古典においても報恩を説いているものがない、といわれる<sup>71</sup>。また、

<sup>67</sup> 川島武宜『イデオロギーとしての家制度』（岩波書店、1957年）88頁。

<sup>68</sup> 中江藤樹『翁問答』（岩波書店、1943年）63頁。このなかで、「孝徳をあきらかにせんと思ふには、まづ父母の恩徳を觀念すべし。・・・ちちは、かくのごとくの慈愛、かくのごとくの苦勞をつみて、子の身をやしなひそだてたれば、人の子の一身、毛ひとすじにいたるまで、父母の千辛万苦、厚恩ならざるはなし。父母のおんとくはてんよりもたかく、海よりもふかし。あまりに広大無類の恩なるゆへん、ほんしんのくらき凡夫は、むくぬんことをわすれ、かえって恩あるとも、おんなし共、おもはざるとみえたり。人間のかたちあるほどのものは、いかなる愚癡不肖の、しづのお、しづのめにいたるまでも、一飯の恩をむくぬんと思はざるはあるまじ」と、恩に裏付けられた「孝」を教育している。

<sup>69</sup> 唐澤富太郎『教科書の歴史』（創文社、1956年）768頁。

<sup>70</sup> 川島武宜『イデオロギーとしての家制度』（岩波書店、1957年）7頁。

<sup>71</sup> 川島武宜『イデオロギーとしての家制度』（岩波書店、1957年）106頁。

別の論考においては、「孝」の根拠づけとしての「恩」について、現代儒教道徳における「孝」は、中国の古典儒教における「孝」と異なるところの、現代的な且つ日本的な特色だと述べている<sup>72</sup>。日本的な特色は、歴史のなかでは、特に武家社会の知行制度を仲介とする「恩」に由来すると思われる。それゆえに、この思想は、国家の恣意的な判断に左右されやすいという問題を含んでいる。

「孝」と「恩」の関係については、津田左右吉のように、「孝は報恩といふやうなことははるかに重大な道徳であり、其の理由の如何を問ふを許さないほど厳然たる權威を有つてゐるものであつて、もしそれに理由を説くべきものがあるとするならば、それは天地そのものの理法であり、自然の性であるからといふ外はないとせられたのであらう」、というように「孝」が「恩」に優越すると考えているものもある<sup>73</sup>。

この点から、家族国家観は、本質的に「個人」を否定するところに高齢者の権利擁護・高齢者虐待防止要因としては課題が残る。これに対して、人権の機能は、個人の自己実現であるから、人権を現代社会において高齢者の権利擁護・虐待防止手段とすることは意義がある。また、個人の自己実現を図る点から人権の観念の研究は不可欠であり、上述の一般市民社会において、人権の本来の役割が国民に理解されていない現実を踏まえると、人権の中核概念の言語的な表現の確立が必要である。また、人権の正当性を根拠づける理由の提示が必要である。

### 第3項 家族国家観の所属身分による浸透のちがひ

「報恩思想」は、武士階級の知行制度のように生活を根底から支える場合には、歴史的にみて老人擁護に有効である。しかし、貧しい多くの農民にとって、子どもは重要な労働力であり、労働力を通して逆に親に援助しているのである。教育として「報恩」を教えても、武士のような感覚として「孝」を理解するのは、困難ではなからうか。「孝」の思想は、階級の経済的基盤により社会への浸透が異なっていたと考えられる。それゆえ、人権が老人擁護を強固に保障するためには、人権の正当性を理論的に根拠づけ、普遍性が求められる。

川島武宜は、報恩思想の社会への浸透は均等ではなく、所属している階層によって異なることを指摘している。すなわち、「武士的」家族の特徴として、「權威」と「恭順」が基本原理になっていて、家長は絶大な「權威」をもち、家族の成員は、家長に寄生する形を

<sup>72</sup> 川島武宜『日本社会の家族的構成』（日本評論社、1950年）79頁。

<sup>73</sup> 津田左右吉『儒教の実践道徳』（岩波書店、1938年）62 - 64頁。

とっている。これに対して、「庶民的」家族の特徴は、家族成員が、農耕という生産的労働を分担しているために、それぞれが立場に応じた固有の地位をもっている。結果として、「武士的」家族のように、権力が家長に集中することがなく、「武士的」家族の「権威」と「恭順」にかわって、たがいに睦みあう共同関係が基本原理になっている、というのである<sup>74</sup>。庶民、特に多くの割合を占める農民層においては、自然の情愛が老人擁護に果たす役割が大きかったことが考えられる。この点は、現代の人権教育において、体験学習から人権の尊さを知ることが大切であることへの示唆を与えるものである。

また、言語の面からの検討として川島は、都市小市民や下層農民層においては、「上流階級」や武士家族に固有な形式主義的な煩瑣な敬語法がなく、相互にほぼ対等の率直な言葉づかいで話し合っていることをエビデンスとして挙げている。この結果、恩を与えていない親の老後については、儒教に基づく敬老思想が作用せず、老人擁護が不十分になると考えられる<sup>75</sup>。

このことから、生活の糧の安定性が老人擁護に影響を与えていることがわかる。現代社会において、人権が生活の糧の安定性を確保し、老人擁護に資するためには、生存権の法的性格を明確化する必要がある。高齢者虐待発生4段階の「グレーゾーン」は行政の介入の必要性があり、「顕在的虐待」の場合には、行政の介入とともに裁判所を通して高齢者の生存権の回復を求める必要があることから、生存権の法的性格の考察がこの二つの段階において強く求められる。

伊藤幹治も階層の違いによる儒教道徳の浸透について述べている。彼によれば、稲作のような労働集約的な農業のもとでは、家長とほかの家族成員との関係が、共同労働という現実的な要請にもとづいて、相互に助け合うことが求められていた、ということから、農民の家族は家父長制に根ざしながらも、儒教倫理にもとづいた武士の家族とは異なった秩序をそなえていたと考えている<sup>76</sup>。

経済的な裏付けの違いによる儒教思想の浸透度合いとは別に、報恩思想は、孝行の前提として早くから子供たちの心に刻み込まれるのである。例えば、広範囲で幼少期の教育に利用された『童子教』では、「白骨は父の淫、赤肉は母の淫、赤白諦和して五体身分をなす」と教え、出生の恩と養育の恩があるために「父の恩は山よりも高く須弥山尚お低し 母の

<sup>74</sup> 川島武宜『日本社会の家族的構成』（日本評論社 1955年）7 - 12頁。

<sup>75</sup> 川島武宜『イデオロギーとしての家制度』（岩波書店、1957年）122頁も同旨である。

<sup>76</sup> 伊藤幹治『家族国家観の人類学』（ミネルヴァ書房、1982年）56頁。

徳は海よりも深く滄溟の海も還て浅し」と教えている。

報恩思想は、本質的に大多数の臣民の感情と相反する側面をもちながら、国家権力によって検定教科書・国定教科書を手段として児童を洗脳しているという問題を有する。特に、国定第四期の修身教科書には、「忠犬ハチ」が出ている<sup>77</sup>。分かりやすく、親しみやすい内容で、国家政策に対して従順な臣民をつくりだす働きをしている「家族国家観」は、個人の自己決定権を軽視する結果を生み出すとともに、現代社会においては、国民主権にそぐわないものでもある。

#### 第4項 家族国家観の形成の背景

1945（昭和20）年の敗戦に至るまで、日本の教育の思想的背骨を形成していた家族国家観は、明治政府の政治的指向性が色濃く反映されている。その背景の大きな原因は、明治維新以降の農民や士族の反乱である。特に1880（明治13）年以降、全国的に農民の没落がはじまり、これに呼応して、強力な反政府的自由民権運動が発生し、明治政府を脅かすこととなった。明治政府は、自由民権運動を鎮圧し強力な中央集権国家を構築するため、儒教的な家族道徳による教育政策が必要となった。

その方策として、儒教的な家族道徳に基づく家父長制を公認し、強化し、これを「封建的」な「恩」と「恩返し」の教説で正当化して、全臣民、特に小学校で教えこむ、そのことによって、人々の幼少の始めに脳髓に感覚せしめてパーソナリティの基本構造を形成し、絶対主義権力に対して従順な「臣民」をつくるのが、明治10年代以来政府権力の存続にとって極めて重大な関心事となったのである<sup>78</sup>。

この結果、「教育勅語」を基本理念に置き、「封建的」な家長制（孝）とそれに基づく家父長制国家観（忠）に関する道徳教育が、きわめて強力に文部省検定修身教科書という制度を通して全臣民におし進められた。

ただし、江戸時代において、武士階級と庶民の間で経済的基盤の違いから「孝」の思想にいわゆる温度差が生じていたことから、天皇を中心とする中央集権国家を形成するには、儒教の「孝」の思想を身分階層を超えて平準化する必要があるのではなかろうか。この点、唐澤は、明治以降の国民と天皇を考えてみても、一方においては、神⇒天皇⇒臣⇒民という厳然たる階層的な関係にありながら、情緒的には、天皇（父）⇒臣民（子）という単純な家族主義的な関係にあることを教えて、狭義の家族的な社会から、一段拡大された家族国

<sup>77</sup> IV期『尋常小学修身書』巻二 75 - 77 頁。

<sup>78</sup> 川島武宜『イデオロギーとしての家制度』（岩波書店、1957年）4頁。

家の確立を意図した、と考えている<sup>79</sup>。

1879（明治12）年の明治天皇の側近元田永孚の発意に自由主義教育に対抗するものとしての儒教的な教化政策の実施がみられる。この一連の形成過程からみて、家族国家観は、現代における人権カタログの中核規定である自由権保障と全く相容れない目的達成の手段として生まれてきたことが分かる。

### 第3節 明治政府による家族国家観の形成過程

#### 第1項 教学大旨

家族国家観の芽生えは、1897（明治12）年の明治天皇の儒教政策の指針である『教学大旨』にみられる。このなかでは、「文明開化の末に馳せ・・・其流弊仁義忠孝ヲ後ニシ、徒ラニ洋風是競フニ於テハ、将来ノ恐ルル所、終ニ君臣父子ノ大義ヲ知ラサルニ至ランモ測ル可カラス。・・・故ニ自今祖宗ノ訓典ニ基ツキ、専ラ仁義忠孝ヲ明ラカニシ、道德ノ学ハ孔子ヲ主トシテ」（下線は筆者による）、と記述されている。この文脈から、教学大旨は、儒教にもとづく忠孝の重要性を認識させているが、家族国家観の顕在化は読みとれない。

#### 第2項 幼学綱要

教学大旨の基本理念は、1882（明治15）年の『幼学綱要』で具体化されている。この書の性格は、研究者によれば、宮内省刊行の通俗儒教の解説書と解されている<sup>80</sup>。構成は、第一章が「孝行」で、「忠節」はその次の第二章におかれている。「孝行」および「忠節」はともに「人倫ノ最大義」として強調された。ここにおいても家族国家観が明確に表明されたとはいえない。「孝行」については「天地ノ間。父母無キノ人ナシ。其初メ胎ヲ受ケテ生誕スルヨリ。成長ノ後ニ至リ。其恩愛教養ノ深キ。父母ニ若ク者莫シ。能ク其ノ恩ヲ思ヒ。其身ヲ慎ミ。其力ヲ竭シテ。以テ之ニ事ヘ。其愛敬ヲ尽スハ。子タルノ道ナリ。故ニ孝行ヲ以テ。人倫ノ最大義トス。」と記述されている。このなかで、「孝」と「恩」の記述は、江戸時代からの思想を継承していると思えるが、天皇制との関連はない。

幼学綱要は、父母への「孝」を教えるため、親の「恩」と関連付けているが、恩の内容が漠然として、確固たる理由とはなっていない。元来、江戸時代には本来武士階級の基本的生活理念であった儒教を、生活の違いを考慮することなく、すべての臣民に浸透させようとしているところに無理がある。特に、頭の柔らかい幼少のうちに初等教育を通して絶

<sup>79</sup> 唐澤富太郎『教科書の歴史』（創文社、1956年）767頁。

<sup>80</sup> 川島武宜『イデオロギーとしての家制度』（岩波書店、1957年）36頁。

対的な基本道徳を教えこみ、明治政府に従順な臣民となるように洗脳していることが読み取れる。

### 第3項 教育勅語

教育勅語は、1890（明治23）年に、儒教的な道徳教育を神聖不可侵の天皇の権威で裏付け、のちの戦前の教育の基本理念を形成したことで、重要な意味を持つ。これは、後に太平洋戦争末期まで日本の教育政策に重要な役割を果たしてきた。しかし、教育勅語自体は、当時の政府の意向が強く反映されたものであり、臣民の意識とは乖離したものであったのではなかろうか。そのことは、教育勅語制定時に生存していた者の発言から読み取ることができる。

これについては、1947（昭和22）年の改正民法の審議に際して、教育勅語制定時を知る田所委員の発言が参考になる<sup>81</sup>。田所委員曰く、「我妻君などはお生まれにならぬ明治23年の教育勅語の発布になるまでは、忠とか孝とか云う観念もはっきりして居らなかったのです。（下線は筆者による）・・・明治23年に教育勅語が出まして『克く忠に克く孝に』と仰られた、そうすると忠孝と云うものが日本の国民道徳の中核である、斬う云うことを悟ったからであります。当時は私ども高等學校に居りました、・・・教育勅語で忠孝、国体の精華、克く忠克く孝に段々發達して来まして、忠孝一本、孝は百行の本也と云ふような文字を発見して、忠も孝も一本である、斬う云ふやうに段々忠孝の實踐、解釈と云ふものも進みました」と。

これを読むと、明らかに国策遂行手段として家族国家観の中核理念である「忠孝」の思想が形成されたことが分かる。正確に言えば、国策遂行手段として、過去の日本の歴史、特に直近では、江戸時代の思想の中で明治政府の国家政策に都合がいいものを選択したに過ぎないと考えられる。

なお、1891（明治24）年に発行された、教育勅語の公的な解説書である『勅語衍義』では、「国君ノ臣民に於ケル、猶ホ父母ノ子孫ニ於ケルガ如シ、即チ一國ハ一家ノ拡充セルモノニテ、一國ノ君主ノ臣民ヲ指揮命令スルハ、一家ノ父母ノ慈心ヲ以テ子孫ニ吩咐スルト、以テ相異ナルコトナシ、故ニ今我ガ天皇陛下ハ全国ニ対シ、爾臣民ト呼起サルルコトナレバ、臣民タルモノ、亦皆子孫ノ嚴父慈母ニ於ケル心ヲ以テ謹聴感佩セザルベカラズ」<sup>82</sup>

<sup>81</sup> 臨時法制調査会第2回議事速記録83 - 84頁。

<sup>82</sup> 国民精神文化研究所『教育勅語渙発関係資料集』第三卷（国民文化研究所、昭和14年）242 - 243頁。



と天皇と臣民との関係が父母と子孫との関係に例えられ、「一国ハ一家ノ拡充セルモノ」と述べて、「家」イメージを基盤とした天皇制中央集権国家の基本理念が形成されていることが分かる<sup>83</sup>。この一連の教育政策の流れから、教育勅語が「家族国家観」形成の契機となったと考える。

戦前の老人擁護に反射的效果としてではあったが、一定の効果を発揮した「家族国家観」の本質は、人権は対国家との関係で重要な役割をもつこととは、全く反対の国家政策遂行手段であったことが分かる。これでは、老人擁護は、国家政策に適合する範囲での擁護であり、ファシズムの防波堤となるような手段とはなりえない。

#### 第4節 修身教科書にみる家族国家観の形成と変容

家族国家観は、教育勅語に淵源をもち、初等教育、なかでも「修身」科目を利用して臣民に対して浸透が図られた。この思想の意義と問題点をより検証するためには、戦前における修身教科書の内容の検討が不可欠である。教科書の変遷については、唐澤富太郎の『教科書の変遷』（創文社、1956年）が極めて詳細に検証しているので、これに従って検討する。

唐澤は、明治初期から敗戦に至るまで日本の教科書を以下のように分類している。

- (1) 1872（明治5）年～1879（明治12）年までを開化啓蒙を目指した翻訳教科書として  
いる。この時期の教科書には、儒教の影響はみられない。この時代は、封建制度を全面的に否定し、完全な欧米追従を目指した時代である。
- (2) 1897（明治12）年の『教学大旨』を契機に方針の変更があり、1880（明治13）年に儒教を復活させた教科書が始まる。この流れは、1885（明治18）年まで続いている。この時点で、明治政府は経験則として、欧米追従の教育政策に違和感をもち、明治政府の方針と日本人の感性に合致した教育理念を求めている。その選択肢の一つが、儒教思想である。

1883（明治16）年に発行された『小学修身書』首巻の冒頭には、「孝は徳のもととなり」と記述されている。このことは、従来の儒教思想を基本的に継承していることを表している。巻一は、第一章「父母の恩きはまりなきこと天地にひとし」この表現も「孝」は、「恩」に裏付けられているという従来の考え方を継承したものであり、特段

---

<sup>83</sup> 松本三之介「国家主義と『家』イデオロギー」『講座家族8 家族観の系譜』（弘文堂、1987年）58頁。

に「家族国家観」が顕在化していると読み取れない。

ただ、明治政府の目標は欧米型の近代国家の形成にあるので、江戸時代そのものの儒教思想を取り入れることは国家政策に反する。それゆえに、近代的な視点を加味した儒教思想というところが、かつての儒教思想と異なるのではなかろうか。

この点について、唐澤は、儒教復活時の教科書は、「翻訳教科書時代というプリズムを通過して一度多少なりとも近代的な方向に曲折された儒教的倫理の復活した教科書であって、例えば『小学修身訓』1880（明治13）年の目次を見ても「学問」「生業」「立志」「養智」「交際」というような近代的項目を示しているのもであって、単なる江戸時代の儒学そのままの復活でないことは明瞭である」と述べている<sup>84</sup>。

- (3) 本格的な儒教道徳を臣民に啓発するため、1886（明治19）年に「検定制度」を導入し、ナショナリズムの育成を目指した教科書を編纂している。この傾向は、1903（明治36）年まで続く。検定教科書とそれ以前の儒教的倫理復活教科書のちがいは、典型的な修身教科書の首巻を比較すればよく分かる。1883（明治16）年に発行された検定教科書以前の『小学修身書』では、首巻で「孝は徳のもとなり」、巻一では、「父母の恩きわまりなきこと天地にひとし」と純粹に父母の「孝」を説いており、国家的意識はない。

これに対して、1893（明治26）年に発行された検定以後の教科書である『小学修身経』では、巻一で「父母を敬ふ。てんしさまをたふとむべし。くにのためにはみもわすれよ」（下線部筆者による）と記述されている。検定制度を通して、臣民に国家的意識を育成する教科書が誕生している<sup>85</sup>。しかし、この段階では、「天皇を尊敬すべき」という漠然とした国家的意識が規定されているにすぎない。

そもそも、検定制度の目的は、修身教科書を手段として明治政府の国家建設にふさわしい儒教的教義をすべての臣民に画一的に浸透させることである。ここに、家族国家観の本質は、国家にとって都合のいい臣民の育成であり、老人擁護としての機能は、天皇を中核とする中央集権国家建設の反射的利益でしかないことが明確に示されている。

- (4) 1904（明治37）年から1909（明治42）年にかけては、比較的近代性格、たとえば「他人の自由」とか「社会の進歩」など近代的内容を含んだ教科書が編纂されてい

<sup>84</sup> 唐沢富太郎『教科書の歴史』（創文社、1956年）5頁。

<sup>85</sup> 唐沢富太郎『教科書の歴史』（創文社、1956年）7頁。

る。唐澤は、これを国定第一期の教科書と分類している。

- (5) 1910 (明治 43) 年から 1917 (大正 6) 年を国定第二期と分類している。石田雄は、家族国家観が最初に完全な形で出現するケースとして、第二期国定教科書をあげている<sup>86</sup>。このなかでは、この時代の教科書の中には、「我が国は家族制度を基礎とし国を挙げて一大国家をなすものにして、皇室は我らの宗家なり (下線は筆者による)。我等国民は子の父母に対する敬愛の情を以て万世一系の皇位を畏敬す。是を以て忠孝は一にして相別れず……。忠孝の一致は実に我が国体の特色なり」と記述されている<sup>87</sup>。このように「忠」という天皇への奉公も、「孝」という私的な親への奉仕も、共に大家族という都合のよい論理の中に包んでしまって、そこで一致させようとしている。

ここから、家族国家観は、天皇制国家という支配体制を支えるイデオロギーとみることができ、六学年の第五課では、国定第一期にはみられなかった「忠君愛国」という課目が現れている<sup>88</sup>。

また、国定第二期修身教科書には、「前近代的家族観」が強調され「皇大神宮」、「建国」、「国体の精華」「忠孝一致」などという課が加えられている。第二期になって、国定教科書のなかに、新しく取り入れられた課は、いずれも、「忠孝一本論」や「祖孫一体論」を基調としているので、これらの表現から考えれば、この期の国定教科書から家族国家観は、民衆のなかに徐々に浸透していったのではなかろうか<sup>89</sup>。

たしかに、「大家族」というのは、プロパガンダとして、臣民の心に訴えるものがある。しかし、本質は、臣民の自己実現をなすものではなく、歴史が物語るところでは、太平洋戦争中に数百万人を超える犠牲者を天皇の名のもとにだしている。曖昧なまま、感情的に言葉を受け流してしまうと、かくも甚大な被害が出ることを歴史は私たちに教えている。現代社会において、国法体系上、人権が高齢者の自己実現にとって最も重要な働きをしているが、人権の言語的な曖昧な使い方は、結果として国民の自己実現を妨げる危険性を有する。このことから、人権の言語的な明確な概念の確定と解釈が求められる。

<sup>86</sup> 石田雄『明治政治思想史研究』(未来社、1954年)7頁。

<sup>87</sup> 松本三之介「国家主義と『家』イデオロギー」『講座家族8 家族観の系譜』(弘文堂、1987年)56頁。文部省『第二期高等小学修身教科書三』11頁、唐澤富太郎『教科書の歴史』(創文社、1956年)278頁参照。

<sup>88</sup> 唐澤富太郎『教科書の歴史』(創文社、1956年)278頁。

<sup>89</sup> 伊藤幹治『家族国家観の人類学』(ミネルヴァ書房、1982年)35頁。唐澤富太郎『教科書の歴史』(創文社、1956年)285-286頁。

- (6) 1918 (大正 7) 年から 1932 (昭和 7) 年までが大正デモクラシー期の国定第三期の教科書として分類されている。
- (7) 1933 (昭和 8) 年～1940 (昭和 15) 年までを第四期国定第四期教科書としている。この中では、君臣一体から「家族国家観」が説かれる。吉田松陰の話 (巻五) のなかに、親孝行な松陰の言葉として、「天皇と臣民とは、一体にして、忠と孝とが一致している。これが我が国の万国にすぐれたところである」という例があげられている。
- (8) 1941 (昭和 16) 年から 1945 (昭和 20) 年にかけて決戦体制下の軍国主義的国定第五期の教科書としている。この時代の教科書は軍国主義的色彩が強く表れている。

## 第 5 節 おわりに

### 第 1 項 家族国家観の意義

家族国家観は、国家権力を背景として儒教の「孝」を中核とする敬老思想を社会に浸透せしめた。この思想は、初等教育の充実のなかで、修身教科書を手段として行ったため、江戸時代までの儒教の教えと異なり、識字率と関係が小さく、庶民階級の末端まで思想の普及を図ることができた。この結果、社会問題としての「老人虐待」は、発生していない。

1879 (明治 30) 年から 1989 (平成元) 年までの朝日新聞と読売新聞のデジタル資料に「老人虐待」で検索をかけると、唯一、朝日新聞の 1900 (明治 33) 年 6 月 5 日版に老人虐待の記事がある。この記事は、67 歳の老人が同居の家族から排斥されるので、自殺を図ったことを「老人虐待」として記事としているものである。このことから、「家族国家観」は日本の歴史の中で、最も老人擁護要因としては効果があったのではなかろうか。

### 第 2 項 家族国家観の課題

家族国家観の本質は、本研究で歴史的形成過程を検証した結果、天皇制中央集権国家建設及び体制の維持目的のために国家主導で形成したものであることが裏付けられた。この思想の目的は、天皇制国家体制の構築であり、老人擁護は、その反射的效果にすぎない。

また、天皇主権の下で、国家体制の維持が主たる目的なので、老人の「個人」の存在はその従属的なものでしかない。それゆえに、老人が個々に自己実現を図る手段は整備されていない。この思想は、国体という不明瞭な概念を維持するため、「神話」という曖昧な根拠で臣民の内心的行為規範となっていた。それゆえに、臣民は日常生活の中で、老人に対して外形的に敬意は示すが、常に警察や特別高等警察、憲兵隊など思想を取り締まる機関を意識し、行為の委縮を生じていたのではなかろうか。表現の自由は、私たちの自己実現

に不可欠の人権であるが、この思想は本来擁護されるべき、老人自身が行為の委縮を生じるという矛盾する要素を含んだものであった。

家族国家観は、内容が曖昧であるため、国策目的により恣意的に解釈され、最終的にはミリタリズムを支える中核思想として軍部に利用され、戦争を通して多くの犠牲を生じさせた。

### 第3項 家族国家観と人権の老人（高齢者）虐待防止における役割及び効果の比較

#### 1. 虐待防止効果の比較

上記のように、新聞に載せられた記事を単純比較すれば、圧倒的に家族国家観が老人（高齢者虐待）防止機能を有していると考えられる。これは、当時と現在の平均寿命の違い、認知症高齢者の数、高齢者虐待の顕在化する社会風土、介護にかかわる家族構成の違いなどを考慮していないので必ずしも正確な比較ではない。しかし、戦前においては天皇制国家を維持するために臣民の日常生活に合法的に介入する国家機関（特別高等警察や憲兵隊など）があり、この目的の反射的效果として老人擁護が位置付けられていたことを考慮すれば、現在の人権による高齢者虐待防止機能より格段の優越性を有していたと考えられる。

人権が効果として家族国家観と同等になるには、現代国家に生きる国民自身の人権意識の高揚が必要となる。また、人権自身の高齢者虐待発生段階における役割の明確化が必要となる。具体的には、「人権無配慮状態」の場合には、「倫理的意味の人権」として、国民一般に高齢者の人権尊重意識の喚起を図る必要がある。また、施設職員に対しては「厳格な倫理的意味の人権」として、道徳的な人権ではなく、職務に関する人権啓発を図る必要がある。

「不適切ケア」段階においては、養護者に対しては、高齢者は養護者の保護範囲に入っているため、職務を踏まえての「厳格な倫理的意味の人権」とし、施設職員等にあっては、この段階以降「顕在化した虐待」に至るまで「法的意味の人権」理解が求められる。「法的意味の人権」は、さらに行政とのかかわりやサービス提供契約など単なる倫理ではなく、一定の法的な効果と関係する「法規範性をもつ人権」、さらに「顕在化した虐待」段階における高齢者の裁判所を通しての権利回復に必要な「裁判法規範性をもつ人権」が求められる。それゆえに、それぞれの段階において必要となる人権の「法的性格」についての研究が必要となる。

#### 2. 社会における普及の視点から

家族国家観は、江戸時代までの庶民の識字率の低さを義務教育制度で克服し、初等教育

における教科書の検定・国定制度によって均質的に社会に普及していった。

人権によりこれと同じ効果をもたらすには、以下のようにすべきであると考え。「人権無配慮状態」における人権教育が求められる。一般国民においては、家族国家観の初等教育が効果を上げたことから、義務教育の初年時から実施すべきであると考え。また、内容において、家族国家観は検定・国定教科書において数多くの臣民にゆかりのある話を掲載していることから、人権の教育においては、国民によく知られた話を具体例とすることが好ましと考える。

また、家族国家観をイメージしやすい言葉が使用されていることから、人権教育においては、同一概念の異なる表現を避け、国民のイメージしやすい言葉を使用すべきであると考え。

### 3. 家族国家観の課題の視点から

家族国家観は、「個人の尊重」を目的とせず、国体の護持のなかで付随的に老人擁護が図られる構造になっていた。このことは、老人の自己実現が普遍的なものではなく、常に国家の恣意的な判断で弱体化する危険性をもっていた。戦時体制下において一般臣民と同様に老人も戦争の犠牲になったことが物語っている。

これを反省材料として、人権の本来もつ「個人の自己実現」機能を明確化するには、高齢者虐待発生のどの段階においても、常に「個人の尊重」意識を国民に喚起させなければならない。そのためには、人権カタログの中核概念を明確な言葉と明確な内容をもつものとして理論構成しなければならない。

家族国家観のもとでは、老人の権利が侵害されてもその回復を、老人自身が国家に対して求めることはできなかった。国家の老人擁護は片面的なものでしかなかった。これに対して、人権に法規範性や裁判規範性を付与すれば、国家の判断からの高齢者擁護と高齢者自身の判断による国家への擁護の要求という双方向性を有する高齢者擁護体制が構築できる。

この双方向性の老人擁護体制の構築は、「グレーゾーン」や「顕在化した虐待」段階で問題となる。また、人権をそれぞれの段階において老人擁護に効果的に機能させるためには、人権と高齢者虐待類型の相関関係の理解が必要となる。そのためには、高齢者虐待の明確な定義の構築が求められる。加えて、人権が家族国家観の国家行為の恣意性の影響下にあったという反省から、人権の定義の明確化と普遍性など人権の特質の明確化が求められる。

### 第Ⅲ章 現代社会における国民の人権意識と法的視点からの課題

#### 第1節 福祉施設における職員の人権意識調査（調査①）

はじめに

現代の日本社会において、国民の自己実現は、日本国憲法に保障された人権により保障されている。憲法は国家の最高法規（98条）であるから、人権はわが国の法制度上は、最上位の自己実現手段である。では、人権は制度の理念通りに機能しているのだろうか。また、機能していないとすれば、法的にどのように問題解決を図ればよいのだろうか。

ところで、私たちは、言葉をイメージし、理解して、行動に移す。これを高齢者虐待防止に人権を手段とすることに置き換えれば、私たちは、高齢者に接したとき言葉で「人権」をイメージする、そのイメージが実際にどのような内容と役割を担っているのかを理解して、高齢者に対して対人援助という表現行為を行う。そのために、まず、言語的理解が効果的に行われているか、人権の基本的理解が正確か、行動において問題解決できる程度に成熟しているかを調べる必要がある。高齢者虐待防止において、法的な問題は数多くあるが、本研究においては、経験則上最も基本的な問題である、人権の言語的理解（人権の観念）、人権の体系的理解としての自由権と生存権の関係、現実の支援での問題としての人権調整に限定して調査した。

人権調査①は、吉田輝美（昭和女子大学）が研究代表者として、平成26年度科研「養介護施設従事者の虐待予防や再発防止につながる人材育成プログラムの構築」（採択科学研究課題番号26590116）の一環として行ったものである。筆者は研究協力者として参加している。尚、この研究をより具体的に検証する調査として人権意識調査②を行っている。さらに、調査③で将来福祉のマンパワーとなる学生が上記の法的な論点に対してどのように関わっているかを調査し、法学の人権論の先行研究が現実の福祉現場で活かされる方向性について考察した。調査の内容は、特に、イメージの段階で混乱する言語「人権」、「基本的人権」、「基本権」、「個人の尊厳」、「人間の尊厳」、理解する段階で混乱する人権の体系的理解（「自由権」と「生存権」の関係）、対人援助の段階で混乱する「人権調整」の理解に限定している。

#### 第1項 法的な解釈論を導くための検証項目

以下の仮説を立てて、調査をもとに検証する。

- (1) 人権研修でもっとも多く学習する利用者の「個人の尊厳」の意識が人権体系上ど

のようなものであるか、意識される社会的な環境となっているか。すなわち、人権の種類や内容や体系についての意識をもった人権の中核概念理解となっているのだろうか。

(2) 人権研修で頻出する「利用者の言葉や身体表現による意思表示の尊重」や「自己決定の尊重」という研修の重要項目が人権の種類や内容や体系という具体的な言葉や概念を基盤においてのものであるのか。

(3) 人権研修で頻出する「利用者の言葉や身体表現による意思表示の尊重」と他の利用者や職員などとの人権の衝突があった場合の人権調整が「公共の福祉」という具体的な言語を基盤として体系的に理解されているのか。

## 第2項 調査の概要

### (調査方法)

調査対象事業所は、①特別養護老人ホーム、②老人保健施設、③通所介護事業所、④訪問介護、⑤グループホームの5つである。調査対象事業所の抽出は、次の手順で行った。まず、総務省の平成25年3月31日住民基本台帳人口・世帯数、平成24年度人口動態(市区町村別)データより、都道府県ごとに人口の最少の自治体と最大数の自治体を抽出した。次に、抽出された自治体ごとに、厚生労働省介護サービス情報公表システムにより、該当自治体の介護事業所一覧から、①～⑤の事業所を5か所ずつ無作為に抽出した。最少の自治体では、全く事業所がない場合、次の人口最少自治体を対象としたが、最少の自治体では各事業所数が5か所未満であることで無作為抽出することが難しい場合は、抽出された数の事業所を対象とした。その結果、人口最少自治体の調査対象事業所は193カ所、人口最大自治体の調査対象事業所は1175カ所で、総数は1368事業所となった。

抽出された事業所長あて、「アンケート調査ご協力のお願い」の説明文を送付した。その結果同意を得られた場合には、事業所長より自らの施設職員3名を任意に選出してもらうこととしたため、調査対象職員は、4104名となった。「養介護施設等における高齢者虐待予防に関するアンケートご協力のお願い」と「アンケート調査票」、「返信用封筒」の3種類を職員へ渡してもらった。

### 表 調査対象事業所



対象事業所数	特別養護 老人ホーム	老人保 健施設	通所介護	訪問介護	グループ ホーム	合計
人口最少自治体	32	9	72	52	28	193
人口最大自治体	235	235	235	235	235	1175
合計	267	244	307	287	263	1368

(調査方法)

1368 事業所へ郵送で調査を依頼した。回答者からは郵送で返信してもらった。

(調査期間)

2014 年 8 月 11 日から 2014 年 9 月 10 日である。

(分析方法)

質問項目には選択肢を用意し、複数選択可能とした。調査結果の分析方法は、基本属性や調査質問項目を単純集計し、選択肢の中で「その他」の項目を選び、自由記述されたものについては、類似内容ごとにカテゴリー化した。

(倫理的配慮)

調査対象職員へは、「養介護施設等における高齢者虐待予防に関するアンケートご協力のお願い」にて、調査の目的、プライバシー保護、研究倫理に関する事項を説明した。それらにより同意を得られた場合には、無記名によりアンケート調査に回答をしてもらい、個人情報特定されることのないよう実施後、個人ごとに封筒を厳封し返送してもらった。なお、個人が特定されないようにするために、事業所長による調査への同意は、調査票を職員へ渡したことをもって同意を得たものとし、同意されない場合には、事業所による調査票等の処分を依頼した。調査対象職員が、調査協力を辞退する場合には、調査票等を返信しない方法により、同意を得られなかったものとみなした。また、職員がアンケート調査に回答される際は、調査対象者の匿名性を確保する点から所属長は同席しないようお願いした。

(結果)

調査票は 626 名から返却があった。回収率は 15.2%である。

人権で意識していること (n=626・複数回答)

人権で意識していること	人 数	%
利用者の個人の尊厳に対する意識	491	78.4
利用者の羞恥心への配慮	461	73.6

利用者の言葉や身体表現による意思表示の尊重	437	69.8
利用者の自己決定の尊重	437	69.8
利用者に対する差別のない対応	422	67.4
利用者の自立した生活の実現	289	46.2
利用者の身体活動の自由	264	42.2
利用者および家族の各種生活情報に対する配慮	255	40.7
利用者の健康で文化的な生活の実現	213	34.0
利用者と職員間あるいは利用者同士の人権の調整	199	31.8
利用者の世界観や信条に対する配慮	126	20.1
利用者の宗教に対する配慮	84	13.4
利用者が求める施設運営に関する情報の開示	74	11.8
実質的平等と形式的平等の違い	50	8.0
利用者の財産権の維持	49	7.8
人権の種類や内容や体系	44	7.0
公共の福祉の意味	35	5.6
その他	9	1.4

### 第3項 調査結果の考察

#### 1. 調査項目 (1) について

利用者の個人の尊厳については、8割近い職員が意識している。ところが、人権の種類や内容や体系については、わずか6%弱の職員しか意識していない。このことは、個人の尊厳が人権カタログのなかでどのような役割を果たしているかということが理解されていないのではなかろうか。

人権の中核概念が理解されていないと、日常高齢者の支援にかかわる場合、職務の本質を見失うこととなる。認知症の高齢者の支援に携わる場合、暴言や妄想、異食、あるいは弄便など様々な対応が困難な事象に遭遇する。このような場合、どのような環境であっても、支援者は高齢者の存在価値を最大限に尊重しなければならない。どのような困難事例に直面しても、高齢者の存在価値を尊重し、支援者の行為規範を形成する人権の指導概念が「個人の尊厳」である。個人の尊厳の意味や人権に人権体系における個人の地位が理解

されていないと、施設においてあるいは、家庭において「高齢者の人権尊重」を標榜しても、単なるスローガンに終わってしまう。いかなる場合においても、私たちの社会で最も重要な意味をもつ「個人の尊厳」が曖昧なまま高齢者に対応しているのではなかろうか。

ではなぜ、このような結果になるのであろうか。筆者は、人権の中核概念の言語的不明瞭性が原因であると考え。その根拠として、以下のように社会福祉を支える関連条文や倫理綱領は、言語的な統一性が欠如している。

- ・社会福祉法第3条「福祉サービスは『個人の尊厳』の保持を旨とし」
- ・個人情報保護に関する法律第3条「個人情報は、『個人の人格の尊重』の理念の下に慎重に取り扱われるべきものであることにかんがみ」
- ・社会福祉及び介護福祉法第44条の2「社会福祉士及び介護福祉士は、その担当する者が『個人の尊厳』を保持し」
- ・社会福祉士の倫理綱領前文「われわれ社会福祉士は、すべての人が『人間としての尊厳』を有し、価値ある存在であり」
- ・日本精神保健福祉士協会倫理綱領前文「われわれ精神保健福祉士は、『個人としての尊厳を尊び』」
- ・日本精神保健福祉士協会倫理綱領倫理原則1(1)クライアントに対する責務1号「精神保健福祉士は、クライアントの基本的な人権を尊重し、『個人としての尊厳』、法の下での平等、健康で文化的な生活を営む権利を擁護する」
- ・日本精神保健福祉士倫理綱領倫理基準1(1)「精神保健福祉士は、クライアントをかけがえのない一人の『人として尊重』し、専門的援助関係を結び」
- ・民生委員法第15条「民生委員は、その職務を遂行するに当たっては、『個人の人格を尊重し』、その信条に関する秘密を守り」
- ・児童憲章前文「児童は『人として尊ばれる』」
- ・児童権利宣言前文「国際連合の諸国民は、国連憲章において、基本的な人権と『人間の尊厳』及び価値とに関係する信念をあらためて確認し」
- ・児童の権利に関する条約前文「国際連合加盟国の国民が、国際連合憲章において、基本的人権並びに『人間の尊厳』及び価値に関する信念を改めて確認し」
- ・児童の権利に関する条約第23条「締約国は、精神的又は身体的な障害を有する児童が、『その尊厳』を確保し」
- ・同上第37条(C)「自由を奪われたすべての児童は、人道的に、『人間の固有の尊厳を尊」

重して』

- ・教育基本法前文「我々は、この理想を実現するため、『個人の尊厳』を重んじ」
- ・第2条2号『『個人の価値を尊重』して、その能力を伸ばし」
- ・児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律第12条「児童の人権及び特性に配慮するとともに、その名誉及び『尊厳』を害しないように注意しなければならない」
- ・児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律第15条「当該児童がその受けた影響から身体的及び心理的に回復し、『個人の尊厳』を保って成長することができるよう」
- ・配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律前文「我が国においては、日本国憲法に『個人の尊重』と法の下での平等がうたわれ、「経済的自立が困難である女性に対して配偶者が暴力を加えることは、『個人の尊厳』を害し、男女平等の実現の妨げとなっている」
- ・売春防止法第1条「この法律は、売春が『人としての尊厳』を害し」
- ・介護保険法第1条「要介護状態となり、入浴、排せつ、食事等の介護、機能訓練並びに看護及び療養上の管理その他の医療を要する者等について、『これらのものが尊厳を保持し』」
- ・障害者の権利宣言「国際連合憲章において宣言された人権及び基本的自由並びに平和、『人間の尊厳』と価値及び社会正義に関する諸原則に対する信念を再確認し」
- ・障害者基本法第3条「すべての障害者は、『個人の尊厳』が重んじられ、その『尊厳』にふさわしい生活を保障される権利を有する」
- ・障害者基本計画 I 基本的な方針「21世紀に我が国が目指すべき社会は、障害の有無にかかわらず、国民誰もが相互に人格と『個性を尊重し』支えあう共生社会とする必要がある」
- ・重点施策実施五か年計画「基本計画においては、我が国が目指すべき社会を障害の有無にかかわらず、国民誰もが相互に人格と『個性を尊重し』支え合う共生社会とする」

この点から、高齢者虐待防止において人権を最大の防御手段とするためには、人権の中核概念を言語的に明確化するとともに人権の正当性を理論的に構築する必要がある。この点については、人権意識調査②でさらに検討する。

## 2. 調査項目 (2) と (3) について

利用者の言葉や身体表現による意思表示の尊重について、7割近い専門職が意識してい

る。施設の人権研修において、常に利用者の「意思表示の尊重」、「自己決定の尊重」や、「見守り」の重要性については、施設における人権研修のキーワードとなっている。また、これらについては、福祉関係の書物や研修資料で頻繁に接している。しかし、利用者と職員間あるいは利用者同士の人権の調整や「公共の福祉」の意味については意識が低い。「公共の福祉」は日本国憲法のなかで、唯一の「人権調整」についての明文規定である。ところが、「公共の福祉」の意味の意識がわずか5.5%しかないということは、福祉現場において、人権調整がマネジメントされていないのではなかろうか。「公共の福祉」は、福祉現場において利用者の「表現の自由」の調整と深くかかわる。私たちは、社会のなかで誰もが自分の思い描いた生活を目指して生きている（自己実現）。その手段として「表現の自由」は、不可欠の権利である。

このことは、福祉施設という部分社会においても同様である。利用者は日常生活のいたるところで、自己実現を図るため、言語、身体表現、文字などあらゆる手段で表現行為を行う。判断能力が低下しても、自己実現プロセスに対する尊重は変わることはない。ところが、表現行為は外部に自己の意思が表出するから、施設の他の利用者や施設職員の人権、あるいは自身の別の人権と対立関係を生じることがある。例えば、利用者が就寝時間に自己実現の一環として大声を上げれば、他の利用者の平穏に就寝する権利（表現の自由、生存権に関係する）を侵害する。むやみにナースコールをすれば、職員の職務に関する表現の自由や、健康に関する生存権を侵害する。寒い冬の夜間に徘徊すれば、自身の生存権を侵害する。このような場合に、利用者の「個人の尊厳」を他人あるいは、自身の他の人権とどのように調整すべきか、曖昧な人権調整知識では、問題解決ができない。

そればかりか、高齢者虐待の重要な論点である「身体拘束」について、厚生労働省は、平成12年の通達で虐待行為と認定したうえで、原則禁止とし、3つの例外条件（緊急性、非代替性、一時性）を満たした場合に例外的に身体拘束を認めるとしている。この3つの要件を福祉の現場で運用するためには、「公共の福祉」をより明確化した基準の構築が必要となる。明確な人権調整基準がなければ、利用者の側からすれば、不明瞭な基準で職員の恣意的な判断で自己実現が阻害される。一方、職員の側からすれば、曖昧な基準では、常に自己の行為が虐待行為に当たるのでないかという恐怖心に脅かされ、職務を行う行為が委縮してしまう（行為の委縮効果）。行為の委縮は、職員の表現の自由の侵害になる。この結果、福祉職員はバーンアウトしたり離職したりする。そのためには、「公共の福祉」をより明確化した人権調整基準の構築が必要である。

## 第2節 福祉施設における人権調査（調査②）

はじめに

施設職員の人権感覚は、研修で日頃接することが多い「利用者の個人の尊厳」、「利用者の羞恥心への配慮」、「利用者の自己決定権の尊重」にはイメージづけがなされていることは調査①からうかがえる。しかし、言語的な理解においてはどうかであろうか。職員の人権観念と内容の理解については、面接による聞き取り調査が正確な情報取得には不可欠である。そこで、今回の調査は、調査①と同様の内容について聞き取りにより行った。

### 第1項 調査の内容

#### 1. 調査項目

- (1) 「個人の尊厳」は言語的に明瞭性が担保され、人権カタログの指導的役割を果たしているかを調べる。
- (2) 人権の中核概念「個人の尊厳」の保障に重要な働きをする「自由権」の意味について、福祉の現場での理解を調べる。
- (3) 福祉現場の重要課題である人権の抵触関係をマネジメントする「公共の福祉」についての理解を調べる。

これらの調査結果をもとにして、福祉現場における人権の法的課題を明確化し、論点に関する事項について、高齢者虐待防止で活用できるような理論を構築する資料とする。

#### 2. 調査方法

##### (1) 調査の概要

P 府内の特別養護老人ホーム Q において、「人権意識喚起と人権調整基準構築のための聞き取り調査」について、16名の職員と5名の利用者に対して個別にインタビュー方式(半構造化面接)で行った。調査項目は、①人権の中核である「個人の尊厳」の意味の理解、②個人の尊厳を実現するために重要な役割を果たす「自由権」の理解、③利用者と施設職員の人権調整の「公共の福祉」の意識と理解、④身体拘束についての人権の理解、⑤人権制約の基準として「必要最小限の基準」の理解、である。一人あたり30分の時間で聞き取りを行い、上記項目に関する人権に関する意識の概略的な情報を入手した。この調査は、2010（平成22）年3月に日本カトリック大学学術奨励金の支援による研究の一環として三好明夫（京都ノートルダム女子大学）を中心としてP府内のQ特別養護老人ホームにおいて行った調査において、筆者が人権に関する部分を担当したものである。

## (2) 対象者の属性

16名の職員と5名の利用者に対して、個別のインタビューを実施して、その結果を分析の対象とした。職員は16名中20代が5名（男性2名、女性3名）、30代が5名（男性1名、女性4名）、40代が4名（男性1名、女性3名）、50代が2名（女性2名）である。うち、職員は大卒が6名、高卒が8名である。

利用者は、5名（80代後半の男性1名、女性4名、90代前半3名、80代後半2名）。

学歴は男性が大卒、女性は高等女学校卒が3名、高等小学校卒業が1名である。

## (3) 調査方法

特別養護老人ホームの施設長と相談員主任、介護主任および施設利用者に調査の趣旨と方法を説明して了承を得て、個別のインタビューを一人30分程度で実施した。

## (4) 倫理的配慮

調査対象職員及び利用者へは、「養介護施設等における職員・利用者の人権意識調査」にて、調査の目的、プライバシー保護、研究倫理に関する事項を説明した。

### 第3項 調査項目(1)について

この調査では、16人中、人権の中核概念「個人の尊厳」を意識している者が14名、全く意識していない者が2名いた。意識している者のうち、確固たる意識がある者が1名、他は曖昧な意識と理解であった。この結果は、人権意識調査①の結果を福祉現場において、現実的に反映していることを証明している。

ところが、「個人の尊厳」の言語的な理解については、同和問題と混同したり、言葉の重々しさから、つい意識的に逃避する傾向があるなどの意見があった。この中で、大卒の職員（6人、男性3人、女性3人）の場合は、意識の程度が高いが、内容自体の困難性からジレンマに陥っている意見が5人あった。尚、「個人の尊厳」の人権カタログの体系的な役割を明確に説明できた職員はいなかった。また、16人中7人が「個人の尊厳」と「人間の尊厳」のちがいについて問うと、同じだと答えた。違うと答えた8人に違いを問うと、「福祉関係法規で様々な使い方がなされているので、違いがある」と答えるとともに、「各種研修で両方の表現を用いているので違うのかもしれない」と、戸惑いながら答える職員がいた。16人中、大卒の6人の職員は、違いについて不明瞭ながらも答えを出そうという姿勢がみられたが、高卒の8人中6人は、「無意味な議論」と位置付けていた。

利用者の自己実現を施設として最大限保障し、その実現手段として「人権」を用いる場合、職員は「利用者の人間の尊厳」と表現するか、「利用者の個人の尊厳」と表現するか、

議論に価値を認めなくても、表現においては全員が悩むと答えた。

人権の中核概念についての質問で、インタビューを通して、性差は感じられなかった。一方、高卒の職員（8人、男性3人、女性5人）は、研修で聞いたことを曖昧に表現することに終始し、途中で混乱し、自分の言葉で表現することができず、そのうちの2人は謝罪する必要はないのに謝罪した。そのうち、3人は、個人の尊厳の人権体系における指導原理の意味が理解できなかった。

大卒の職員は6人すべて、「たしか大学で習ったと思うのですが…」と、いう前置きをして、法学や憲法学の授業を思い出しながら、話してくれた。この様子から学習過程の意識の違いが「個人の尊厳」理解に影響しているとともに、人権を表す言語を統一し、よりわかりやすく表現することが求められていると感じた。

一方、「個人の尊厳」について、大卒の男性（旧制大学予科で日本国憲法について学習経験あり）の利用者は意識していたが、女性の利用者はすべて意識していなかった。なお、人権について、女性のうち1人（女学校卒）は意識していたが、世間話程度の理解であり、自分自身と人権とのつながりの意識は全くなかった。その他の女性利用者は人権への関心も知識もないと話していた。このことは、戦前の大日本帝国憲法の下における人権の意義と戦後の日本国憲法の人権の意義の違いが端的に現れていると考えられる。

尚、すべての女性利用者は、日本国憲法制定以前に教育を終えている。すなわち、明治憲法のもとでは、人権は天皇からの「恩恵」であり、天賦人権とは考えていない。そのため、彼女たちは、自らの人権を主張しないことが美德と考えていた。また、人権を主張することは反社会的な行動であり抵抗感がある、という意見もあった。一方、80代後半の男性利用者は、日本国憲法制定時に旧制大学予科に在籍していた。そこで、不十分ながらも日本国憲法の3大原理である基本的人権の尊重について、天賦人権の視点からの意識があった。

「個人の尊厳」の理解について、利用者と職員の間で理解の対等性が確保されていない。このことは、高齢者虐待防止において、高齢者にとっては虐待を防止する手段として人権を主張することが困難であることを意味している。だとすれば、施設職員自身の虐待防止における自己の行為の内部統制のために、人権の中核概念を言語的に明確化し、人権の観念についても理論的に明確化する必要がある。また、今回の調査で曖昧なまま、自己の経験則に基づいて個人の尊厳を理解したつもりになっている者が14人と多かった。それゆえに、高齢者虐待の定義と類型を明確化し、それと人権の関係を明確化する必要がある。



今回の調査で施設職員から「『個人の尊厳』とは一体どのような内容なのかよくわからない」という意見が続出した。その原因の一つとして、筆者は、福祉関連法に関与した立法者が人権カタログの指導原理を理解することなく、言語的に曖昧化したまま立法したことが原因であると考え、後に法的検討の章で詳細に考察する。

## 第2項 調査項目(2)について

個人の尊厳を実現するための人権カタログにおいて、「自由権」が最も重要な人権である。また、歴史的には、近代市民革命以降、自由権を中心に人権カタログが形成された。そこで、日本国憲法では、精神的自由、経済的自由、人身の自由が日本国憲法第三章の人権規定の中心として規定されている。今回の調査で、利用者の自由に対する意見としては以下のものがあった。

- ・親族から職員に口ごたえするなど言われた。(90代前半女性、高女卒)
- ・親族から自分の意見を言うなど言われた。(90代前半女性、高女卒)
- ・自己の道德観念から、自分の意見を言うことはよしとしない(90代前半女性、高女卒)。
- ・戦前と戦後で人権意識の違いは感じているが、親から「辛抱」することの大切さを教わったので、それを今でも守っている。「辛抱」は、美德である(90代前半女性、高小卒)。
- ・施設では、まず自分ではなく、職員の視点を考える。きつく言われたら、自分の意見が言えない。(80代後半女性、高小卒)
- ・自分の自由は、職員の言動や接し方で変わる。(80代後半女性、高小卒)
- ・自分らしさの実現手段を知らない。(80代後半女性、高小卒)
- ・職員のいわゆる上から目線では行為が萎縮する。(80代後半女性、高小卒)
- ・自由については、人間同士の信頼が重要。(80代後半、男性)
- ・自由は主張したいが、身体的な問題があり、難しい。(80代後半女性、高女卒)
- ・自由の前に相手を考える。(80代後半女性、高女卒)
- ・自由の意識については戦前の思想の影響を強く受けている。(80代後半女性、高女卒)
- ・自由については全く関心がない。(90代前半女性、高女卒)

利用者の個人の尊厳実現手段としての自由の意義の理解については、概して戦前の思想が強く利用者を支配していると感じた。一部、戦後の憲法教育を受けた利用者は自由の意義について理念としては理解していたが自己実現手段としての行動原理としては定着していなかった。

16人の職員のなかで、自由の重要性を理解していると答えたのが14人、2人(高卒)

は全く分からないと答えた。14名の中では、学歴を問わず全員が経験則上漠然と答えた。特に、研修における「利用者の自己決定の尊重」とか、身体拘束禁止における「利用者の身体自由確保」などの断片的な知識が自由権が重要な人権であるという意識の根底にあるのではなかろうか。ただ、大卒の女性（50代）は、「日常業務の中で研修で学んだ自由の意義を理解しようと努力している」、と語り、業務を通して利用者の表現行為（表現の自由）の意義を理解したと話してくれた。しかしながら、「個人の尊厳と自由のつながりが理論的に理解できず、人権の理解について困惑している」、と答えた。このインタビューからも人権は、知識として高齢者虐待防止に必要であることは理解しても、実際の福祉現場では、十分に機能していない現状がみられる。この意見は調査①の人権の種類や内容や体系に対しての職員の意識の低さを裏づけるものである。それゆえに、高齢者虐待防止手段としての人権を機能的に運用するには、人権観念の明確性と体系的理解が求められる。

16人の職員に「人権もしくは基本的人権」といえば、「自由権」か「生存権」か、どちらを優先的に思い浮かべるかを問うたところ、6人の大卒職員のうち4人が「生存権」と答え、8人の高卒職員の7人が「生存権」と答えた。大卒の4人の理由は、明確に回答した人はいなかったが、自分たちの仕事は利用者の「生きる力」の支援、だとか「最低限度の生活が実現できてこそ、命がある」など曖昧であった。高卒の7人は、困惑気味に「何となく」とか、「施設の研修で聞いたことがあるから」など曖昧な発言が続いた。

### 第3項 調査項目(3)について

今回の調査では、利用者はほとんど全員が「人権調整」とは、「自らが我慢をすること」であると考えていた。すなわち、人権調整という概念自体が利用者の行動規範の中には存在しなかった。個人の尊厳の実現に最も重要な「自由権」の理解が不十分であることから、当然に人権調整についての理解に困難が生じているのだと考える。また、その背景には、戦前の国家主義的・全体主義的な教育の影響がいまだに高齢者の行動を支配していると考えられる。第Ⅱ章で考察した「家族国家観」の影響が現在においても、戦前の教育を初等教育の段階で受けた高齢者には残っているのではなかろうか。

一方、職員は「人権調整」について意識はあるとした者が16人中12人であり、4人は意識が全くなかった。意識をもたない職員のなかでは、利用者に関与することによって自己の身体自由や表現の自由を侵害されているということがハラスメント行為であり、自己の身体自由や表現の自由を侵害されているということ自体理解していなかった。また、憲法上の人権調整基準である「公共の福祉」について職員12人（大卒6人、高卒6人）は聞いたことがあるとしたが、そのうちで、「公共の福祉」

が人権調整基準であることを知っていたのは大卒職員 3 名だけであった。

しかし、人権調整基準について意識していない者もすべてが利用者の身体拘束についての質問では「とても悩む」と答えており、「人権調整」という言葉では忌避的な態度をとっても、潜在的に職務上は重要事項として認識している。人権調整について意識している職員については、実務での必要性和知識の曖昧性のジレンマで悩んでいる姿が聞き取り調査から浮かび上がった。このことから、人権を高齢者虐待防止のために機能させるためには、明確な人権調整基準の構築が必要である。

### 第 3 節 K 大学人間健康福祉学部学生の人権意識調査（調査③）

#### 第 1 項 調査の概要

##### (1) 目的

将来、福祉現場においてマンパワーとなる福祉系学生の人権意識と理解の状況を調べることにより、調査①および調査②で浮かび上がった法的課題を確認し、法的な課題の解釈論へと展開する。

##### (2) 研究の対象

K 大学の学生 113 名に対して行う。113 名の学生は、すべて人間健康福祉学部の学生を対象とした。これらの学生は、法学、権利擁護と成年後見制度、社会福祉法制論、行政法を受講した学生で重複がないようにした。

##### (3) 調査期間

平成 27 年 10 月 6 日～7 日

##### (4) 分析方法

質問項目には二択の選択肢二件法を用い、必ず一つを選択させた。調査の目的は、法的解釈をする指針を示すことが主目的であるため、単純集計とした。

##### (5) 倫理的配慮

調査対象学生へは、「高齢者虐待予防手段としての人権アンケートご協力のおかげ」にて、調査の目的、プライバシー保護、研究倫理に関する事項を説明した。それらにより同意を得られた場合には、無記名によりアンケート調査に回答をしてもらい、個人情報特定されることのないように実施後、裏面にして回収した。これについては、当該大学に上記の倫理的配慮を説明し、大学から許諾を得た。

##### (6) 結果

調査用紙は 113 名から返却があった。回収率は 100%である。

## 第 2 項 質問項目

下記の質問に該当するものに○をつけてください。

1. あなたは、日常生活で「人権」という言葉をよく耳にしますか。( はい、いいえ )  
はい 61 人 (54%)、いいえ 52 人 (46.0%)
2. あなたは、日常生活で「人権」に配慮していますか。( はい、 いいえ )  
はい 74 人 (65.5%)、いいえ 39 人 (34.5%)
3. あなたにとって、人権という言葉はむつかしいですか ( はい、 いいえ )  
はい 72 人 (63.7%)、いいえ 41 人 (36.3%)
4. あなたは「人権」と「基本的人権」の違いを意識していますか ( はい、 いいえ )  
はい 21 人 (18.6%)、92 人 (81.4%)
5. あなたにとって「人権」と「基本的人権」では、どちらが分かりやすい言葉ですか  
( 人権である、 基本的人権である )  
人権である 82 人 (72.6%)、基本的人権である 31 人 (27.4%)
6. あなたにとって「基本権」という用語は、分かりやすい用語ですか。  
( はい、 いいえ )  
はい 21 人 (18.6%)、いいえ 92 人 (81.4%)
7. あなたに「人権尊重しなさい」といわれて、人権の種類や内容を意識しますか。  
( はい、 いいえ )  
はい 56 人 (49.6%)、いいえ 57 人 (50.4%)
8. あなたは以下の人権に関心がある方に○をつけてください。  
( ) 言論・出版・その他の表現行為に国家が介入して欲しくない。23 人 (20.4%)  
( ) 貧困で健康で文化的な最低限度の生活が実現できないとき、人に値する生活ができるように支援して欲しい。90 人 (79.6%)
9. 人権でもっとも重要な概念として以下のうちどれが言語的に分かりやすいですか。  
( ) 人間の尊厳  
60 人 (53.1%)  
( ) 個人の尊厳  
53 人 (46.9%)
10. 社会生活で、人権は調整する必要があることを知っていますか。

( 知っている      知らない )

知っている 24 人 (21.2%)、知らない 89 人 (78.8%)

11. 「公共の福祉」という言葉を知っていますか。

( 知っている      知らない )

知っている 87 人 (77.0%)、知らない 26 人 (23%)

12. 「公共の福祉」が人権調整概念であることを知っていますか。

( 知っている      知らない )

知っている 21 人 (18.6%)、知らない 92 人 (81.4%)

13. 社会生活上、生存権と自由権では、どちらが重要な人権だと思いますか。

( 生存権である      自由権である )

生存権である 91 人 (80.5%)、自由権である 22 人 (19.5%)

14. 「人権」とか「基本的人権」とか、類似の言葉で迷うことがあると、福祉の現場で混乱があると思いますか。

( そう思う      そう思わない )

そう思う 93 人 (82.3%)、20 人 (17.7%)

### 第 3 項 「日常生活で『人権』に配慮している人」に対するクロス集計

1. すべての学生 113 人のうち日常生活で人権に配慮しているのが、72 人(63.7%)であり、そのうち、43 人 (59.7%) が人権は難しいとしている。尚、このうち人権の種類や内容について意識している 41 人のうち 24 人 (58.5%) が人権は難しいとしている。
2. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、「人権」の方が分かりやすいとした人が、52 人(72.2%)、「基本的人権」とした人が、20 人 (27.8%)
3. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、「基本権」という用語が分かりやすいが 14 人 (19.4%)、難しいというのが 58 人 (80.6%)
4. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、「人権」と「基本的人権」の違いを意識しているのが、17 人 (23.6%)、意識していないのが 55 人 (76.4%)
5. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容について意識しているのが、41 人 (56.9%)、していないのが 31 人 (43.1%)
6. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容について意識しているとした 41 人のうち「人権」と「基本的人権」の違いを意識している人は、している人が 12 人 (29.3%)、していないが 29 人 (70.7%)

7. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容について意識しているとされた 41 人のうち「人権」という言葉が難しいとしたのが 25 人 (61.0%)、難しくないとしたのが 16 人 (39.0%)
8. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容について意識しているとされた 41 人のうち「基本権」が分かりやすい用語としたのが 9 人 (22.0%)、分かり難いとしたのが 32 人 (78.0%)
9. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容について意識しているとされた 41 人のうち、人権概念で最も重要な概念として以下のうちどれが言語的に分かりやすいですかの質問に対して、「人間の尊厳」が 17 人、「個人の尊厳」が 24 人
10. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容について意識しているとされた 41 人のうち、自由権に関心があるのが 7 人 (17.0%)、生存権に関心があるのが 34 人 (83.0%)
11. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容に関心があるとされた 41 人のうち、人権として自由権が重要だとしたのが 9 人 (22.0%)、生存権が重要だとしたのが 32 人 (78.0%)
12. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容に関心があるとされた 41 人のうち、人権には調整があることを知っている人は 13 人 (31.7%)、知らない人は 28 人 (68.3%)
13. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容に関心があるとされた 41 人のうち、人権調整を知っている 13 人のうち「公共の福祉」という言葉を知っているのが 13 人 (100%)、知らないのが 0 人 (0%)、そのうち「公共の福祉」という言葉は知っているが、人権の調整原理であることを知っているのは 7 人 (53.8%)、知らないのは 6 人 (46.2%)
14. 日常生活で人権に配慮しているとされた 72 人のうち、人権の種類や内容に関心があるとされた 41 人のうち、「人権」とか「基本的人権」とか、類似の言葉で迷うことがあると、福祉の現場で混乱があると思うのが 35 人 (85.4%)、思わないのが 6 人 (14.6%)
15. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない 31 人のうち「人権」という言葉が難しいとしたのが 21 人 (67.7%)、難しくないとしたのが 10 人 (32.3%)

16. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち、「人権」と「基本的人権」の違いを意識しているのが5人(16.1%)、していないのが26人(83.9%)
17. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「人権」が分かりやすいとしたのが21人(67.7%)、「基本的人権」が分かりやすいとしたのが10人(32.3%)
18. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「自由権」に関心があるとしたのが8人(25.8%)、「生存権」に関心があるとしたのが23人(74.2%)
19. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち人権で最も重要な概念として「人間の尊厳」が言語的に分かりやすいとしたのが14人(45.2%)、「個人の尊厳」が言語的に分かりやすいとしたのが、17人(54.8%)
20. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「基本権」という用語が分かりやすいが4人(12.9%)、分かりにくいのが27人(87.1%)
21. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「自由権」に関心あるのが8人(25.8%)、生存権に関心があるのが23人(74.2%)
22. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち人権でもっとも重要な概念として言語的に分かりやすいのは「人間の尊厳」としたのが15人(48.4%)、「個人の尊厳」としたのが16人(51.6%)
23. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち人権は調整することがあるのを知っていたのが3人(9.7%)、知らないのが28人(90.3%)
24. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「公共の福祉」という言葉を知っているのが20人(64.5%)、知らないのが11人(35.5%)
25. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「公共の福祉」が人権調整概念であることを知っているのが2人(6.5%)、知らないのが29人(93.5%)

26. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「生存権」が自由権より重要だとしたのが21人(67.7%)、「自由権」が生存権より重要としたのが10人(32.3%)

27. 日常生活において、「人権」に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない  
31人のうち「人権」とか「基本的人権」とか、類似の言葉で迷うことがあると、福祉の現場で混乱があると思う人が22人(71.0%)、思わない人が9人(29.0%)

#### 第4項 集計結果からの考察

##### (1) 単純集計からの人権理解に対する考察

日常生活において福祉を学ぶ学生の過半数は、「人権」という概念を意識しているし、行動規範としている。しかし、概念としての難しさを意識としてもっている。このことは、人権の観念など理論的な教育の不十分さの表れではなかろうか。

法学の分野では、人権概念を表現する言語として「人権」、「基本的人権」、「基本権」が研究者により研究にかかわる外国法の影響から統一性なく使われている。この言語として、「基本権」という言語に対して理解度が低く、学生の拒否的な意識がうかがえる。その反面、「人権」と「基本的人権」については、区別の意識が低い。言語的な混乱は、82.3%という多くの学生が福祉現場での混乱を危惧している。

人権意識は全体として、65.5%という数字から、社会に浸透しているが、質の高い対人支援行為の行動規範となる人権の理論的理解について、福祉教育をうけていても過半数(50.7%)が意識をもっていない。そもそも、人権は対国家に対する防御権として生まれたものであるのに、人権の関心は8割弱が生存権に向いており、かつ8割強が国家からの防御権である自由権より国家からの支援を受ける生存権を重視している。この点、人権の教育を担う研究者の間では、自由権を人権もしくは基本的人権とし、生存権は、憲法により制度化された「基本権」であるとする有力な学説があるが、理論的な研究と国民の意識・理解は著しく乖離している。

調査②の福祉施設職員のインタビューより福祉の現場において、職員は利用者の人権と自己の人権の対立に悩むことが多いことが分かった。このことがストレスとなり、高齢者虐待の原因となっている。それゆえに、人権調整について明確な基準を構築しなければならない。日本国憲法において、明文化された「人権調整原理」は、「公共の福祉」である。日本国憲法の人権規定が、人権保障の法源であることから、人権調整基準は、「公共の福祉」をもとに構築しなければならない。そこで、福祉を学ぶ学生を対象にこの概念についての



理解の現状を調査した。

福祉を学んでいて社会生活での人権調整について、知っている人が 21.3%というのは、人権調整機能が社会のなかで十分機能していないことの表れである。これを知らないで、福祉現場にいれば、福祉に熱い情熱をもっている職員ほど自己犠牲を伴う高齢者への熱い思い入れとそれを理解できない高齢者の行為の間でバーンアウトしてしまう危険性がある。それを回避するには、どこまで高齢者の人権を保障すればよいのかを判断する基準、すなわち、「人権調整基準」が必要となる。

ところで、人権調整を知らない割合が 8 割弱もあるにもかかわらず、「公共の福祉」という「言葉」は、77.0%もの人が知っている。一方で、「公共の福祉」が人権調整概念であることは、81.4%が知らない。このことは、人権の「言葉」と「機能」が社会のなかで結びついておらず、いわゆる高齢者の自己実現という効果をとまなわない、人権の「上滑り」現象が起こっているのではなかろうか。

社会のなかで、高齢者虐待防止の重要な手段である人権が曖昧に用いられると、福祉現場で混乱が発生する考える人は、82.3%いるので、人権の言語的明確性を求め、それが高齢者虐待防止につながるの潜在的意識はあると考えられる。

## (2) 最も人権感覚が鋭いと思われるグループの人権理解に対する考察

このグループは、すべての学生 113 名のうち、日常生活で人権に配慮しているグループ 72 人（以下、人権感覚の鋭いグループという）で構成されている。このうち、人権の種類や内容について意識している学生 41 人を「最も人権感覚が鋭いグループ」という。学生のなかで最も人権感覚が鋭いと思われる学生のうち 58.5%が人権は難しいと考えている。

日常生活で人権に配慮せず、かつ、人権の種類や内容を意識していない 31 人（以下「人権感覚が鋭くないグループ」という）と比較すると、このグループで人権という言葉が難しいとされたのは、67.7%である。この人権意識の違いのあるグループの対比から、言葉の分かり難さが、人権への関心を阻害しているのではなかろうか。だとすれば、法的研究において、人権観念を明確化することが求められる。尚、ここにいう人権観念とは、人権の意義・定義、人権に関する言語的理解、人権の中核概念の理解、人権の正当性の根拠などをいう。

人権感覚が鋭いグループのうち言語的に「人権」と「基本的人権」の違いを意識しているのは 70・9%、これと対立する人権感覚の鋭くないグループでは、16.1%である。この顕著な差がありながら、人権の言葉の難しさについては、前者のグループのうち 61.0%が

難しいとし、後者が67.7%で大きな差異はない。このことは、人権の言語的な不明瞭性が人権意識の昂揚を目指している人たちの人権感覚を阻害しているのではなかろうか。また、前者のグループにおいて「基本権」が分かり難いとしたのが78%、後者のグループでは87.1%が分かり難いとしている。この結果から、人権を機能的に運用するためには、人権にかかわる類似概念を整理することが求められる。

人権感覚が最も鋭いグループにおいて、自由権に関心がある人が25.8%、生存権に関心がある人が74.2%、さらに類似の質問で自由権と生存権の比較における重要性の認識では、自由権が22.0%、生存権が78.0%、人権感覚が鋭くないグループにおいては、自由権に関心がある人が25.8%、生存権に関心がある人が74.2%である。同じく類似の質問で自由権と生存権の重要性の意識では、自由権が重要としたのが32.3%、生存権が重要としたのが74.2%である。人権の性格による理解については、属性による大きな差異はないが、いずれも生存権に重要性の意識をもっている。学説において、人権もしくは基本的人権は、自然権を基調とする自由権と平等権をいい、生存権を中核とする社会権は、人権もしくは、基本的人権のカテゴリーから除外する学説がある。詳細は、次章で検討するが、この調査結果からは、社会の意識とはかなり乖離する考え方である。

尚、福祉現場における職員の人権で意識していることの調査（調査①）では、自由権についての意識が高い結果となっており、利用者の健康で文化的な最低限度の生活の実現という「生存権」の意識は、自由権より低くなっている。このことは、施設利用者の生存権の保障は、「健康で文化的な生活の実現」の側面については、一定の水準を満たしていることから意識水準が低いのであろうか。

最も人権感覚が鋭いグループにおいて、人権調整を知らない人が68.3%、最も人権感覚が鋭くないグループにおいては、90.3%である。このことは、福祉現場における人権対立関係のマネジメントが不十分であることが考えられる。この傾向は、現場で職員の僅か5.6%しか人権調整の用語である「公共の福祉」を意識していないことに表れている（調査①より）。最も人権感覚が鋭いグループは人権調整について知っている人が31.7%で、最も人権感覚が鋭くないグループの9.7%に比べて、圧倒的に言語的な感性は高い。しかし、公共の福祉の内容について理解している人は53.7%にとどまり、言語的な感性と理解の間に乖離が見られる。最も人権感覚が鋭くないグループにおいては、公共の福祉という言葉を知っている人が64.5%いるにもかかわらず、公共の福祉が人権調整概念であることを知らない人は93.5%であった。このことから、人権の高齢者虐待防止における作用を有効的

にするには、類似言語の整理と統一的理解、国民の言語感覚と実際の人権運用の一致、国民の行動意識を明確化する人権の正当化が必要であるとともに、人権意識の鋭くない人が分かりやすい虐待類型の構築など、イメージを明確化する必要があるのではなかろうか。

## 第IV章 高齢者虐待における人権観念

### 第1節 はじめに

#### 第1項 問題の所在

人権は、現代社会において高齢者虐待を防止し、国民の権利擁護をする上で、制度上最も重要な手段である。なぜならば、人権は、日本国憲法第三章で規定され、かつ憲法は国民の人権保障機能を有するがために国家の最高法規の地位が与えられているからである(98条)。しかし、既に第三章で述べたように、人権概念自体は曖昧であり、人権のもつ理念と現実が乖離する現状がある。

福祉の現場で、「人権とは何か」の問いに対して、よく耳にするのは、「人権とは、人がただ人間であるということにより有する権利である」<sup>90</sup>という定義である。また、「人権は、ある特定の地位に由来する権利ではなく、ただ人間に属する権利である」<sup>91</sup>という表現を耳にする機会が多い。法学教育や福祉教育においても「人権」の定義として、このように説明している。ところで、このような説明で私たちは、人権に自己実現の最高手段としての役割を託すことができるのであろうか。人権の定義はやさしいようで実は分かりづらいということは、福祉を学ぶ学生の意識調査(第三章調査③)においても、113人の学生のなかで、72人(63.7%)が難しいと回答していることからうかがえる。

それゆえに、人権を本来の目的である個人の自己実現の至上の手段とするためには、人権の言語的な明確性、役割の明確性、あるいは、人権を正当化する理由など、いわゆる「人権観念」を法学的視点から精緻に理論構成する必要がある。

ところで、戦後の憲法学は、宮沢俊義(1899～1976年)の学説が指導的立場となっていた。また、宮沢の『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣、1971年)は、憲法研究者の間において、通説的な著書と考えられている。それゆえに、人権論の研究者の研究の始点を宮沢の学説に置いている場合が多いので、筆者も同様の視点で考察する。宮沢は、人権について、「人間がただ人間であることのみにもとづいて当然にもっている権利」<sup>92</sup>と理解していた。すなわち、宮沢説では、「人権または基本的人権」は、『人間性』からいわば論理必然的に生ずる権利

<sup>90</sup> Donnelly J., 1985, *The Concept of Human Rights*, p. 1. 佐藤幸治「人権の観念」ジュリスト(1987年)884号145頁。

<sup>91</sup> Cranston M., 1973, *What Are Human Rights?*(2nd ed.), p. 7. 佐藤幸治「人権の観念」ジュリスト(1987年)884号145頁。

<sup>92</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣、1971年)77頁。

とされる。

この定義については辻村みよ子から、「(a)人権と基本的人権の異同、(b)人権ないし基本的人権の淵源と特性、(c)人権の具体的内容など、不明な点も多い。さらにより本質的な論点として、(d)人権の根拠（人権が「人間性」から論理必然的に出てくるとする場合の理由）の問題がある」<sup>93</sup>と指摘されている。

これでは、高齢者の人権と日々の業務で密接にかかわる福祉従事者や養護者は混乱してしまう。日本の学問は、領域ごとの研究体制なので、法学の研究と社会福祉の研究が学際性をもって協働する機会が少ない。それゆえに、人権観念の不十分さが高齢者虐待防止にかかわる福祉現場に与える影響についての研究は、「高齢者虐待」をキーワードとするCiNiiの検索においては、でてこない。また、「人権観念」の検索でも高齢者虐待に関する論文はでてこない。

ところで、福祉に携わる職員の行為規範は、社会福祉の基本法である社会福祉法に示されている。社会福祉法 1 条には、「福祉サービス利用者の利益の保護」が社会福祉の目的であると明記されている。この意味を、高齢者虐待防止のフィールドにあてはめれば、高齢者の人権を明確に理解し、それを前提とした権利擁護を保障し、高齢者の自己実現を保障することが職務の最重要課題ということである。ところが、職務の最重要課題の根本にある人権の明確な解釈と指標が、法学者によって必ずしも明確化されていないということになれば、福祉に携わる者は、高齢者に対してどのように接していけばよいかわからない。そこで、本章においては、人権観念の曖昧性の危険性を検証したうえで、人権観念に関する論点について考察する。

## 第 2 項 高齢者虐待防止における人権観念の役割

### 1. 施設職員および養護者による高齢者虐待防止の視点からの人権の観念の意義

福祉の現場において、施設職員や養護者は、日常生活で高齢者とかわる。この最初の人間関係の接触段階で、不適切なケアが高齢者虐待を誘発する。具体的には、認知症高齢者に対して口汚く罵ったり（心理的虐待の萌芽）、高齢者が呼びかけても「あとで、あとで」を繰り返したり（心理的虐待の萌芽）、全く無視したり（心理的虐待の萌芽）、同じ体位を保ち続けたり（ネグレクトの萌芽）、陰部洗浄の際に「汚い」と言ったり（心理的虐待、性的虐待の萌芽）、徘徊を繰り返す認知症高齢者を狭い部屋に閉じ込めたり（身体的虐待、心

---

<sup>93</sup> 辻村みよ子「人権の観念」樋口陽一編『講座 憲法学 3』（日本評論社、1994 年）14 頁。

理的虐待、ネグレクトの萌芽) などの場合である。このとき、高齢者の人権に対する理解があれば、その後のより虐待に近い、いわゆる「グレイゾーン」の行為を防止し、より確実に高齢者虐待を防止することができる。

不適切ケアの場合、職員や養護者はまず、「人権」という言葉によって、自己の高齢者に対する行為をどのようにするかを決定する。すなわち、「人権」という言葉は、行動の心のなかの意思（内心的効果意思）を形成する。この内心的効果意思が、次の高齢者に対する外部に表出する行為を決定する。これを民法では、「表示行為」という。内心的効果意思を決定するときには、概念が明確な言葉でなければ、明確な表示行為をすることができない。それゆえに、高齢者支援にかかわる施設職員や養護者は、不適切ケアが高齢者の人権侵害であることを明確に認識できる言語的用法が確立されなければならない。また、人権の役割と正当性（根拠）が理解できれば、自分の行動を自分自身の内心的意思でコントロール（内部統制）できるようになるのではなかろうか。

## 2. 高齢者自身の高齢者虐待の防御の側面からの人権観念の意義

要介護高齢者は、日常生活で常に不適切ケアの危険性と向き合っている。それゆえに、自身の自己実現を保障するためには、施設職員や養護者よりも人権の必要性が高い。しかし、判断能力の低下、あるいは時代的、教育的背景から人権を機能させることが困難となる場合が少なくない。このことは、第Ⅲ章の調査②の聞き取り調査から、人権に対する意識と理解度の低さが推察できる。

このような環境にある高齢者に対して、不明瞭な人権の観念では、益々人権を機能させる機会を奪うことになる。それゆえに、人権観念についての明確性が求められる。また、認知症高齢者は、判断能力の低下と身体機能の低下から高齢者虐待の対象になりやすい。憲法学・人権論において、人権カタログの中核概念は「自由」といわれているが、他人の介入を防御する「形式的自由」だけの側面の人権の定義を形成したのでは、自分の意思や身体機能が十分に発揮できない高齢者は、社会的に排除される。それゆえに、人権の本質について、社会的弱者の視点(実質的自由)からも考察する必要がある。

## 3. 現代社会における人権観念の考察の意義

現代社会において、臓器移植という先端医療が進むにつれて、生物学的には生存していても、人格的に「死者」と看做し、移植行為を正当化する傾向がでてきている。これは、社会的ニーズにより生存という人間の本質を奪う行為である。この傾向から、いかなる環境においても私たちは、人権を手段として、自己実現が保障されなければならない。このこと

は、超高齢社会において高齢者虐待の被害者となる認知症高齢者などにおいては、緊急の課題となっている。

人類の歴史のなかで、判断能力の低下した人に対する、社会参加の拒絶は枚挙に暇がない。かつて第一次世界大戦後のドイツにおいて、刑法学者カール・ビンディングと精神科医アルフレート・ホッヘは『生きるに値しない生命の抹消の解禁』のなかで、不治の精神病や病気等で無意識状態の人に対する安楽死を提案している。また、第二次大戦中は、ナチス・ドイツにおいてプロパガンダの一環として行われていた。安易な「パーソン（人格）」否定は、過去にホロコーストという極端な社会的排除を誘発している。

現代社会において、「高齢者虐待」という反社会的な現象の背景には、この歴史の悲劇と同じ判断能力の低下した人に対する蔑視の思想があるのではなからうか。第二次大戦後、各国は、いかなる環境にあっても、各人の自己実現が図れるように世界人権宣言（1948年）を作成し、個人の尊厳実現手段としての人権の意義を明確化している。しかし、この理想は、先端医療の進歩のなかで社会的ニーズという曖昧な概念で形骸化されている。また、超高齢社会を背景に、認知症高齢者が激増するなかで、形骸化する危険性があると考ええる。

人権の本質が形骸化したことを示す極端な理論が「パーソン論」である。この理論は、1970年代に医療行為の一環として嬰兒殺しや新生児殺しを正当化する社会的ニーズにこたえるために、登場した。この自己意識の存在が「パーソン」としての地位を与えられるとする考え方は、日本の憲法学の人権の定義の通説である「人権とは、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利」<sup>94</sup>とする考え方に共通するものがある。すなわち、憲法学・人権論の通説とされる佐藤幸治の学説の文脈は、「自分で自由を活用し、理性に従って生存する手段が人権」だと言っており、文言通りに解釈すれば、判断能力が著しく低下した認知症高齢者などは、人権により自己実現が図れないことになる。私たちは、現代社会における社会的強者のニーズが人間の存在自体を脅かし、曖昧な人権論では、社会的弱者の存在自体を抹殺する危険性があることを、「パーソン論」から学ぶことができる。

## 第2節 パーソン論から考察する曖昧な人権観念の危険性

### 第1項 パーソン論とは

<sup>94</sup> 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）392頁。

パーソン論は、生物学的な意味での「ひと」ではなく、道徳的意味での「パーソン」を問題にして、その範囲を論じる理論である。「パーソン」とは、その「人間らしい」道徳的処遇が定義に含まれた形で把握された者のことである<sup>95</sup>。パーソン論には、トゥーリーの権利論的立場からエンゲルハートのカント主義と功利主義の複合説まで様々な学説がある。だが、人格であるかどうかに着目し、それを倫理的価値基準に据えるという構え自体は共通するものがある<sup>96</sup>。本章の目的は、パーソン論の危険性から人権の観念の明確性の必要性を検証することにある。そこで、パーソン論を唱える代表的な研究者の学説を検討する。

この学説は、トゥーリー、エンゲルハート、シンガーなどの学者により主張されているが、大体において、以下の3点に整理することができる。

- ①人間の本质は、自己意識・利害関心・理性などをつかさどる脳のはたらきにある。
- ②中枢神経の働きの程度に応じて、人間を一元的に序列化することができる。
- ③中枢神経の働きが下降するにつれて、人間は徐々に「パーソン」から遠ざかってゆき、倫理的な配慮を受ける権利や、意見表明の権利や、生存権が縮小される<sup>97</sup>。

「パーソン論」は、トゥーリーが、1972年に「中絶と新生児殺し」と題する論文のなかで中絶のみならず、生まれたばかりの新生児を殺すことも道徳的に許されるという議論を行ったことから始まる。その後、この理論を継承発展させて1984年に「中絶と新生児殺しの擁護」という論文を発表しているが、目的とするところは、社会的なニーズから人間という生物の社会的な存在を選別することである。それゆえ、この理論の本質は、ナチス・ドイツにおいて優生学を主張し、多くのホロコーストを惹起したビンディング・ホッへの理論と同じであることを見落としてはならない。

ところで、この理論の最初の提唱者であるトゥーリーの議論は、「人間 human being」という概念と「パーソン person」という概念を区別することからはじまる<sup>98</sup>。そして、ホモ・サピエンスという種のメンバーに属している個体は、すべて人間であるとして、成人も、赤ちゃんも胎児も、受精卵もすべて「人間」と認める。しかしながら、すべての人間がパーソンであるとは言えないとして、人間の中で、「パーソンに値する人間」と、「パー

---

<sup>95</sup> 中山茂樹「基本権を持つ法的主体と持たない法的主体（一）」法学論叢（1997年）14号6号58頁。

<sup>96</sup> 陀安広二「パーソン論とはどのような倫理か」医療・生命と倫理・社会第3号（2004年）152-159頁。

<sup>97</sup> 森岡正博『生命学に何ができるか』（勁草書房、2001年）104頁。

<sup>98</sup> Tooley M., 1972, *Abortion and Infanticide*, 2 *Philosophy & Public Affairs*, p. 40.  
森岡正博「パーソンとペルソナ：パーソン論再考」人間科学（2009年）第5号93頁。



ソンに値しない人間」がいるとして、人間の中に、価値の峻別をつける。そして、パーソンを「生存する厳粛な権利」をもった存在者と定義したうえで、「パーソン」であるための必要条件として、「自己意識要件 the self-consciousness requirement」を挙げる<sup>99</sup>。

自己意識要件とは、森岡正博によれば「ある有機体は、諸経験と他の心的状態を持って存在しつづける主体という意味での自己の概念をもち、自分自身がそのような持続的存在者であると信じていること」と考えられている<sup>100</sup>。この帰結は、胎児と新生児はそのような要件を満たしていないのは明らかであるから、中絶と新生児殺しは道徳的に許されるとする。

なお、パーソン論ででてくる「生存権」という言葉であるが、憲法 25 条が規定する「生存権」とは、意味が異なる。憲法 25 条で保障される「生存権」と混乱するため、妥当な用語ではない。人権に関する用語を使用する場合には、憲法に保障されている人権と整合性をつけるべきである。筆者は、「生きる権利」と訳すべきだと考えるが、本稿においては、先行研究に合わせて、そのまま「生存権」と表記する。

エンゲルハートの学説は、「パーソン」の定義を精緻化したことに特色がある。すなわち、自己意識をもつ理性的な行為者を「厳密な意味の人格」とし、嬰兒や重度の精神障害者などの「社会的意味の人格」と厳格に区別する<sup>101</sup>。そして、「社会的な意味での『パーソン』」は、さらに 3 種類に分類している。すなわち、かつて一つ目の分類は、「厳密な意味での『パーソン』」であったが、いまはそうでない人間、たとえば重いアルツハイマー病にかかった人間。二つ目の分類は、これから「パーソン」になろうとしている人間、たとえば幼児。三つ目は、けっして「厳密な意味での『パーソン』」になったこともないし、これからはなりえない人間、たとえば重度の知恵遅れの人間である。そして人間は、大脳部分が機能停止した段階で死んだことになるという<sup>102</sup>。そして、「パーソン」であるためには、自己意識、理性、道徳感覚、自由、という 4 つの性質を兼ね備える必要があるとする<sup>103</sup>。

シンガーの「パーソン論」も基本的には、トゥーリーと同じである。シンガーは、「ひと」という語の意味を、「ホモ・サピエンスという種の構成員」という生物学的意味と「理

---

<sup>99</sup> Tooley M., 1972, *Abortion and Infanticide*, 2 *Philosophy & Public Affairs*, p. 44.

<sup>100</sup> 森岡正博『生命学への招待』（勁草書房、1988年）215頁。

<sup>101</sup> H. トリストラム・エンゲルハート「医学における人格概念」久保田顕二訳、加藤・飯田編『バイオエシックスの基礎』（東海大学出版会、1988年）19頁。

<sup>102</sup> Engelhardt, Jr., 1996, *The Foundations of Bioethics*, (2nd ed.), p. 147, 239, 250.  
森岡正博『生命学に何ができるか』（勁草書房、2001年）108頁。

<sup>103</sup> Engelhardt, Jr., 1996, *The Foundations of Bioethics* (2nd ed.), p. 139.  
森岡正博『生命学に何ができるか』（勁草書房、2001年）107頁。

性的で自己意識のある存在」という人格的意味とに区別する。その目的は、「ひと」についてのこの二つの意味を区別することによって、明確な倫理基準を設定することにある。

シンガーは、存在者を、感覚をそなえていない存在者、感覚のみをそなえている存在者、感覚に加えて自己意識と理性をそなえている存在者に区分する。感覚をそなえていない存在者とは、石ころのような存在であり、それはどのような利益をも持っていない、という<sup>104</sup>。感覚のみをそなえている存在者のことを、シンガーは「意識をもつ存在者 *conscious being*」と呼ぶ。具体例として、多くの動物たちや人間の胎児や知的障害者などがそれに該当する。感覚に加えて自己意識と理性をそなえている存在者のことを、シンガーは「パーソン」と呼ぶ。すなわち「パーソン」とは、「自分自身のことを、過去と将来をもち、外とはっきり区別される存在として自覚できるような、理性的で自己意識をもった存在者 *rational and self-conscious beings, aware of themselves as distinct entities with a past and future* のことである」と、いう<sup>105</sup>。十分に成長した人間はパーソンであることが多いが、新生児や胎児や知的障害者は「パーソン」ではない、という。

いずれの学説も、判断能力の無い人、あるいは低下した人に対して、マジョリティを基準とした社会的ニーズから社会参加を拒絶するものであり、細部における違いはあっても、判断能力の無い社会的弱者の価値を認めない議論であることに違いはない。

## 第2項 パーソン論を前提にした人権観念の問題性

パーソン論は、現代の生命技術の発展にともなって新たに生じてきた倫理的な問題に対して、西洋近代哲学の「人格」概念をある仕方で持ち込むことによって、一つの答えを与えようとするものである<sup>106</sup>。パーソン論が想定している倫理的な問題はトゥーリーの論文名が“*Abortion and Infanticide*”（日本語訳は、人工妊娠中絶と嬰兒殺し）であることから、人工妊娠中絶、重度の障害新生児の治療停止（嬰兒殺し）を想定している。すなわち、社会におけるマジョリティのニーズを満たすために、人権の普遍性をいかに、制約するか  
の理論がパーソン論である。

<sup>104</sup> Singer, P., 1993, *Practical Ethics*, (2nd ed.), Cambridge University Press, p. 57.

森岡正博「パーソンとペルソナ：パーソン論再考」『人間科学』大阪府立大学紀要(2009年) 5号 96頁。

<sup>105</sup> Singer, P., 1993, *Practical Ethics*, (2nd ed.), Cambridge University Press, pp. 110-111.

森岡正博「パーソンとペルソナ：パーソン論再考」人間科学 5号 2009年 97頁。

<sup>106</sup> 加藤和哉「現代の『人格』理論：『パーソン論』に対する一注釈」山口大学哲学研究 7号 150頁。

この理論は、社会において支配的な立場にある者（マジョリティ）の社会的な必要性（ニーズ）を満たす理論である。それゆえに、プロパガンダとして利用されやすいという問題がある。その結果、大衆を先導する理論として用いれば、精神障害者、知的障害者、認知症高齢者など、マジョリティに都合の悪い社会的弱者の社会参加を容易に拒絶することができる。この理論が 1972 年に発表されたとき、批判はあるにせよ大きな議論を巻き起こし、この理論を発展継承した学説が登場したことは、マジョリティがマイノリティを排除する社会的な要請が根強く存在していたからだと考える。

では、1972 年にこの理論を発表したときに想定していなかった、アルツハイマー型の重度の認知症高齢者にあてはめれば、どうであろうか。尚、アルツハイマー型認知症は、記憶障害や判断能力の低下、失認など見当識障害が発生する病気である。この症状をトゥーリーが「パーソン」として認める要件である「自己意識要件 the self-consciousness requirement」に当てはめてみる。自己意識要件の内容について、森岡正博はトゥーリーの意識として、「ある生物が、いろんな経験や心の中のあれこれの思いを持続してもち続ける主体という概念をもって、かつ自分がそういう主体であると信じていること」<sup>107</sup>と、述べている。これに重度の認知症高齢者をあてはめると、記憶障害や判断能力の低下等により、あれこれと自己実現を図る思いをもち続けることはできない。それゆえに、「パーソン」の主体性をもつことができない。エンゲルハートの「パーソン」の基準に当てはめると、認知症高齢者は、自己意識、理性、道德感覚が低下しているので、「パーソン」の主体性をもつことができない場合が多い。また、シンガーの基準でも同様である。

平成 25 年度厚生労働省「全国市町村および都道府県においておこなわれた高齢者虐待への対応状況調査結果」によると、入所系施設における認知症高齢者の被虐待高齢者は、総数 402 人である。このうち「認知症高齢者の日常生活自立度Ⅱ以上」は 341 人（84.8%）であり、認知症高齢者が虐待の被害者になる危険性が大きいことがわかる。この結果から考察して、社会的ニーズにより人格の価値「パーソン」が決定する社会的風土が広がると、潜在化する高齢者虐待を国民全体の意識で防止することが困難になる。

この場合、認知症高齢者の「個人の尊厳」は、日本国憲法第三章が保障する人権カタログにより保障することになるが、「個人の尊厳」を具体化する人権観念が不明瞭では、認知症高齢者の「個人の尊厳」は、社会のなかで軽視され、社会参加が阻害される。それゆえ

---

<sup>107</sup> Tooley, M., 1972, *Abortion and Infanticide*, 2 *Philosophy & Public Affairs*, p. 44.

森岡正博「パーソンとペルソナ：パーソン論再考」人間科学 5 号（2009 年）93 頁。

に、人権観念を、脳の正常な作用を内容とするものだけに限定してはならない。具体的には、「人格の自律」とか「自己の主張」など、理性の判断にかかわるものである。

ところが、憲法学の人権論は、近代市民革命以降、「自律」かつ「自立」的な自然人を前提として構築されているため、日本の研究者は、理性のある「自律」かつ「自立」が保持されている自然人を念頭に人権理論を構築している。

おそらく、日本の法学研究者は、認知症高齢者の「パーソン」を否定することは、皆認めないであろう。しかしながら、佐藤幸治のように日本の憲法学・人権論をリードする研究者ですら、人権の定義について、「人権とは、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利であると解される」<sup>108</sup>（下線は筆者による）と、考えている。

この定義には、「パーソン論」の考え方と同じ人格の二分の思想が存在している。すなわち、人格的自律の存在でない人間、例えば重度の認知症の高齢者は人格的自律がなく、自己を主張することができないので、実質的に人権享有主体性はないということである。これでは、認知症高齢者に限らず、重度の知的障害者、嬰兒など社会的弱者・マイノリティは、最も人権保障が必要な人たちであるのに、人権を手段として自己実現を図ることができないことになる。

それゆえに筆者は、形式的な人格的自律と自立を補う概念を人権の定義に含めるべきだと考える。そこで、「人権とは、形式的に自己の自律および自立の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける不可欠な権利および、いかなる環境に遭遇したとしても自己の人格的自律・自立の存在を補完して自己実現を完結させる不可欠の権利」と定義する。このように定義すれば、判断能力が低下した高齢者の虐待防止手段として人権を効果的に機能させることができると考える。

### 第3節 人権の私人間適用について

#### 第1項 人権の市民社会への適用についての問題の所在

近代憲法は、国民の対国家に対する防御権の保障として形成された。アメリカ独立革命後のアメリカ合衆国憲法（1788年）やフランス革命後のフランス1791年憲法がその代表である<sup>109</sup>。フランスのビュルドーも「国家の権力を個人権によって限定するという理念」

<sup>108</sup> 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）392頁。

<sup>109</sup> 1789年のフランス人権宣言（「人及び市民の権利宣言」）は、憲法が依拠すべき原理を

が、1789年のフランス人権宣言の基礎にある、と述べている<sup>110</sup>。ここから、憲法は、対国家との関係で国家の恣意的な行為により国民の自由が侵害されることを防御する手段と考えられてきた。わが国においても、高齢者虐待防止の手段とする人権は、日本国憲法によって保障されているが、日本国憲法の人権規定、特に人権カタログの中核とされる自由権は、対国家を名宛人として、国家が私たちの日常生活において各種自由を侵害しないことを明文によって規定しているのである。すなわち、この憲法の沿革からすれば、日本国憲法の人権は私たちの市民社会のなかにおいて、市民と市民の間（私人間）には、原則として効力がないことになる。

高橋和之は、憲法上の人権規定が私人間にも効力をもつかという、いわゆる「私人間効力論」あるいは、「第三者効力論」といわれる理論は、人権総論の重要な論点の1つとなっている、と人権の市民社会への適用について意識している<sup>111</sup>。ところが、福祉の現場においては、人権保障の法的な問題を考慮することなく、人権が当然に私人間に適用されるという前提で、業務が行われている。人権の私人間への適用については、道徳的・倫理的な意味で国民の感性に訴えかけるだけならば、私人間効力は問題とならない。しかし、これでは、人権を私たちの自己実現の至上の手段とするには不十分である。それゆえに、人権を憲法に裏付けられた法的手段と考えなければならない。そのためには、憲法の私人間適用についての検討が必要となる。この点について、高橋和之は、現代においては、重大な人権侵害が私人間で頻発しており、これに対処しえないような人権理論では、人権の最大限の保障を課題とする憲法学の使命を果たすことはできない、としている<sup>112</sup>。

私たちの日常生活において人権保障の必要性は、対国家に対してというよりは、市民関係で問題となることの方が多い。高齢者虐待においても同様である。平成26年（暦年）法務省人権擁護局が扱った人権侵犯事件は、21718件である<sup>113</sup>。このなかで、公務員等の職務執行に関する人権侵犯事件は、910件で前年に13.2%の減少であることに対して、私人等に関する人権侵犯事件数が15753件で前年比1.2%増加となっている。その中でも、特徴のひとつとして、社会福祉施設に関する人権侵犯事件が246件で前年比18.3%の増加

---

宣言した文書であるが、そこに近代立憲主義の人権思想が典型的に表現されている。

<sup>110</sup> 芦部信喜「現代人権論」（有斐閣、2004年）4頁。

<sup>111</sup> 高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない—人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号（2003年）137頁。

<sup>112</sup> 高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない—人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト1245号（2003年）137頁。

<sup>113</sup> 法務省人権擁護ホームページより <http://www.moj.go.jp/content/>

というのが挙げられる。それゆえに、人権適用を憲法の原則通り解釈して無適用とすれば、現実と乖離してしまう。そこで、高齢者虐待防止手段として人権を機能させる場合、私人間の人権適用をどのように理論的に構築するかが問題となる。

### 第2項 私人間への憲法の人権規定の直接適用の検討

憲法が私人間に直接適用すると考える先行研究には、大別して二つの類型がある。一つは、基本権<sup>114</sup>を国家と私人との垂直関係のみならず私人間の水平関係にも妥当する説であり、ドイツのH・C・ニッパダイによって確立されたものである。この説は、基本権の名宛人の私人への拡張は、基本権の本質に反することではなく、むしろ基本権の本質の理念に立ち戻ることであるとされる<sup>115</sup>。彼の主張は、「基本権の歴史的考察だけが基本権の第三者効力に反対する論拠を提供するものではない。憲法はすべての特定の歴史的状況のもとに存在するものであるから、この状況にしたがって解釈されなければならない」とする<sup>116</sup>。また、この説は、憲法は国民の全生活にわたる客観的価値秩序であり、憲法の定立する法原則は社会生活のあらゆる領域において全面的に尊重され実現されるべきだという新しい憲法観に立脚する<sup>117</sup>。

しかし、人権は人類の歴史のなかで形成された、人類共通の財産である。歴史を通して幾多の生命や自由の侵害の犠牲のもとに形成されたものである。筆者は、自由の尊さを継承するために、自由の本質の変容につながる解釈は妥当ではないと考える。芦部信喜は、「18世紀の人権宣言およびそれ以後諸国の間で保障された基本権があくまでも第一次的には対国家権力的なものであったという意味が、否定されてはならない」として、直接効力説を否定している<sup>118</sup>。解釈論として、憲法適用について「その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定されているが、「私法上の行為」は、規定されていない。このことから、条文解釈として、憲法は私人間の行為には直接適用がないと解釈するのが妥当ではなかろうか。

### 第3項 私人間への憲法の人権規定の間接適用の検討

無効力説の問題点と直接適用説の問題点を勘案し、私人間の私的自治を尊重しつつ主張

---

<sup>114</sup> 引用した論文の著者小山剛は、「私人における権利の保障」『憲法の争点〔第3版〕』54頁のなかで、「人権」もしくは、「基本的人権」を用いず「基本権」を用いている。

<sup>115</sup> 小山剛「私人における権利の保障」『憲法の争点〔第3版〕』54頁。

<sup>116</sup> 芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、2004年）4-5頁。

<sup>117</sup> 加藤晋介『現代憲法』（辰巳法律研究所、1990年）259頁。

<sup>118</sup> 芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、2004年）59頁。

されているのが間接適用説<sup>119</sup>である。すなわち、この考え方は、国家の最高法規である憲法の効力の強い人権規定を私人間に直接適用すると、市民社会のなかで市民同士の理解のもとに形成されている、いわゆる「部分社会」のルールを破壊してしまうおそれがあることを危惧している。そこで、人権保障規定を私人相互の関係に導入しないで、例えば民法の一般原則である公序良俗規定（民法 90 条）などに憲法の趣旨を反映させることにより、間接的に私人関係における人権保障を実現しようとするものである。

福祉の現場では、認知症高齢者の夜間徘徊行為を防止するために、施設の部屋に閉じ込めた場合（身体拘束）、当該高齢者の表現の自由（憲法 21 条）の侵害となる。この場合の表現の自由は、国民の自己実現にとって不可欠の権利であることから、国家においては特に、保障が求められる人権である。一方において、福祉の現場では、高齢者の判断能力、身体活動、病気、障害等の様々な状況において、きめ細やかに臨機応変な対応が求められる。例えば、点滴などの医療行為を行っている場合、一時的に身体を固定した場合（身体拘束）に表現の自由の侵害とされると、適切な医療・介護が行いえない場合がでてくる。このような場合、国家が国民に対する行為を規制するという視点からではなく、国民同士の市民生活の視点から反社会性を判断した方が、結果として妥当な結論になるのではなかろうか。

それゆえに、医療現場・介護現場という市民社会独特の倫理観、職業観からみて公序良俗（公の秩序、善良な風俗）に違反していないかという基準に、利用者の自己実現が専門職の経験則に照らして阻害されていないか、という表現の自由（憲法 21 条）の趣旨を反映させて判断するのが妥当だと考える。

同様に、繰り返されるナースコールに対応しなかったことが、他の利用者の介護と比較して法の下での平等（憲法 14 条）違反が問題となる場合を検討する。医療・介護の現場においては、限定されたマンパワーで夜勤する場合がある。この場合、身体機能の状況、生命に対する緊急性、社会通念の受忍限度など、様々な要因で施設における社会通念が形成されている。この社会通念に従い、利用者も職員も自己実現を図っている。この場合に、直接国家権力が介入すると、施設が長年形成してきた利用者と職員との信頼関係を破壊

---

<sup>119</sup> 間接適用説を採る学説として、宮沢俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1973 年）188 頁、長尾一紘『日本国憲法〔第 3 版〕』（世界思想社、1997 年）114 頁、伊藤正巳『憲法』（弘文堂、1995 年）32 頁などが挙げられる。また、憲法学で指導的立場にある芦部信喜は、「私も早くから間接適用説をとる」と『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994 年）295 頁で自己の立場を示している。

する危険性がある。それゆえに、第一次的に施設の慣習を尊重し、そのなかにあつて職員  
の行為が公序良俗に反するほど、憲法 14 条の平等の理念を逸脱しているかを判断するの  
が、利用者および職員互いの自己実現に妥当な結論を導くのではなかろうか。

間接適用説の市民社会の原則である私的自治を尊重し、憲法の人権保障機能を尊重して  
私法の一般原則の指導原理とした点は評価できる。判例は、三菱樹脂事件判決<sup>120</sup>において  
「憲法第三章の規定は、もっぱら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、  
私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」として直接効力説を否定し  
ている。同時に、「私的支配関係においては、私的自治に対する制限規定である民法 1 条、  
90 条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって私的自治原則の原則と人権との  
適切な調整を図る方途も存する」として間接適用説を採用している。また、この判例を踏  
襲する日産自動車事件判決<sup>121</sup>で「男女の定年年齢に 5 歳の差を設けることは民法 90 条の  
規定により無効である」と判示して間接適用説を確立している。

私たちの社会において、権利関係の争いや処遇の改善、人間関係の修正などは日常頻繁  
に発生する。頻発する争いは、人権を問題にすることなく、受忍限度の問題とか、市民の  
一般的な慣習で解決できる場合も少なくない。些細な問題に対して、人権の直接適用をす  
ると、国民感情として、人権に辟易してしまうことがあるのではなかろうか。些細な市民  
のトラブルに人権問題を拡大すべきではないと考える。

ただ、「公序良俗」とか、「信義誠実の原則」あるいは、「権利濫用の禁止」など私法の一般原則は、判断する人の感性に依拠することが多く、法的安定性・予見可能性を害する危険性がある。また、私法の一般条項の意味に人権価値を導入・充填して解釈する場合、導入の度合いにかなり大きな振幅が認められること、つまり人権価値をより大きく導入することも、より消極的に導入することも許される理論<sup>122</sup>ということで、恣意的な運用が危惧される。

#### 第 4 項 私人間への憲法の人権規定についての自説の展開

高齢者虐待防止手段として、人権を機能させる場合、人権には「倫理的意味の人権」と  
現実に損害賠償を想定した「法的意味の人権」の 2 種類があると考え。「倫理的な意味  
の人権」とは、高齢者虐待発生 4 段階説における「人権無配慮状態」や高齢者に対する「不

<sup>120</sup> 最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁。

<sup>121</sup> 最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁。

<sup>122</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994 年）311 頁。



適切ケア」の段階で将来虐待のおそれのある、いわゆる「グリーズーン」や「虐待」に発展することを防止するために施設職員や養護者の意識に訴えかけ、自身の内心により高齢者虐待を制約する（内部統制）として用いる場合の人権である。

この場合には、当該高齢者の日常生活に関係する人権に支援者はきめ細やかに配慮すべきであり、支援者の意識啓発に人権を直接的に適用することは、別段市民社会の私的自治を阻害することにはならない。また、高齢者の側からも自己実現を図るために、自己の人権を支援者との関係で直接的に主張することは、私的自治を阻害することにならない。それゆえに、「倫理的意味での人権」は、私人間において、日本国憲法に保障されている人権に準じて直接主張することができると思われる。

しかし、虐待が顕在化し高齢者の自己実現が阻害され、個人の尊厳が侵害された場合には、その回復と損害賠償のために訴訟という法的強制手段に裏付けられた「法的意味の人権」が必要になる。また、グリーズーンにおいて、法的裏付けをもつ行政の介入が必要な場合もある。人権の私人間効力は、この場合に問題となる。

憲法の保障する人権は国家を名宛人としている。近代市民革命期における自由は、国家からの自由を意味する。現代においても、最も私たちの自己実現を阻害する危険性があるのは、国家であるから自由権は国家に対する防御権であることは忘れてはならない。また、生存権は、国家の介入を前提とする人権であるから国家と国民の間に適用されることを前提とする。それゆえに、高齢者に対して施設職員が身体拘束を行うような場合（表現の自由の侵害）、排泄介助において下半身を裸にして長時間放置するような場合（プライバシー権の侵害）、養護者が介護を放棄する場合（生存権の侵害）などに、日本国憲法の人権規定を直接適用することは、憲法の本質を変容することになり妥当ではないと考える。

一方で、内閣府大臣官房広報室の平成 24 年度人権擁護に関する世論調査では、高齢者の人権問題について関心が高いのは、上位から「悪徳商法の被害が多い」（50.6%）、「経済的に自立が困難なこと」（40.6%）、「働く能力を発揮することが少ないこと」（39.3%）、「高齢者が邪魔者扱いされ、つまはじきにされること」（31.0%）、「病院での看護や養護施設において劣悪な処遇や虐待を受けること」（30.0%）など順となっている。このことは、この意識に対して、憲法の人権規定は対国家との関係で保障されるものであるもので、私人間には適用がないとすると、国民感情から乖離するとともに、国民の人権への信頼感を著しく損なうことになる。また、既に述べたように、人権擁護局の扱う人権侵犯事件の大半は、私人間の人権問題である。それゆえに、私人間に憲法の人権規定の適用がないとする（無効

力説)は、社会正義に反すると考える。そこで、市民社会のルールや慣習を尊重し、私法の一般原理に憲法の趣旨を反映させて高齢者虐待における高齢者の自己実現の阻害要因の排除と逸失利益の回復を図る間接適用説が妥当だと考える。

#### 第4節 人権の言語的理解

##### 第1項「人権」と「基本的人権」

私たちの社会で、「人権」という用語と「基本的人権」という用語が意識されることなく、同様の意味で用いられている。この傾向は、福祉の現場においても同様である。曖昧な言語の使用は、高齢者自身や高齢者の支援に関わる人に混乱をもたらし、高齢者の自己実現を阻害することになる。それゆえに、使用言語の統一的理解を図らなければならない。

第III章既述の調査①において、福祉現場における人権の種類や内容や体系の理解に対して調査対象の626人中、わずか5.6%しか意識していない現状においては、曖昧な言語の濫用は福祉の現場に混乱をもたらす。また、調査③の福祉を学ぶ学生113人に対するアンケートでも、82.3%の学生が「人権」と「基本的人権」の類似の言葉で迷うと、福祉の現場で混乱があることを憂慮している。これに、類似の概念「基本権」は、調査③によれば、全体の81.4%が分かり難い言葉であると回答している。

この用語の混乱の背景には、憲法制定当時の統一的な言語認識の欠如があるのではなかろうか。元来、「基本的人権」「人権」の表現については、日本国憲法の制定にあたり、GHQ（連合国軍総司令部）にける起草過程においては、最初「人権」という表題であった。ところが、起草に当たって開かれた会議で、「日本国の憲法の例に倣う」ということにされた。日本の憲法に倣うというのは、明治憲法に倣うことである。明治憲法では、人権にあたる部分は、「臣民権利義務」ということであった。この「臣民権利義務」に倣って、「国民の権利義務」という現在の表題となる。従って、日本国憲法の表題では、「人権」ないし「基本的人権」という言葉は使っていない<sup>123</sup>。また、ポツダム宣言10項に規定された「基本的人権」という言葉の意味について、1945（昭和20）年末から1946（昭和21）年にかけて発表された政党や民間人による憲法草案や松本烝治を中心とする日本政府の憲法改正案も、「基本的人権」についての格別の構想を示していないが、天賦人権思想に立脚するマッカーサー草案を日本が受け入れ、日本国憲法が成立するに及んで「基本的人権」の言葉が国

<sup>123</sup> 中村睦男「人権の観念」法学教室（1997年）206号5頁。

民の間に浸透するようになった<sup>124</sup>。

日本国憲法の条文配置をみると、「国民の権利及び義務」という表題の第三章のなかで、「侵すことのできない永久の権利」として「基本的人権」を、現在および将来の国民に保障している（11条、97条）。それに並べて、国民が不断の努力によって保障を勝ちとるべきものとして、また濫用してはならないものとして、「自由及び権利」を規定している。このことから、萩野芳夫は、憲法の制定者は「基本的人権」というときは、天賦人権を意味し、「自由及び権利」というときは、よりひろく社会権や国務請求権など、いわゆる後国家的人権をも含むものとして用いたのだろう、と考えている<sup>125</sup>。

戦後日本国憲法の解釈に指導的役割を果たした宮沢俊義の代表的な人権論の著書『憲法Ⅱ〔初版〕』（有斐閣、1959年）のサブタイトルは「基本的人権」となっている。基本的人権という言葉を使う著者は多い。他方、宮沢の憲法学の講座を継承した芦部信喜の人権に関する代表的な著書『憲法学Ⅱ』では、副題は「人権総論」となっており、「人権」という言葉を使っている。このように、多くの学者は、教科書なり体系書では「人権」ないし「基本的人権」という言葉を使っており、通常、この人権に「基本的」という形容詞をつけているが、基本的人権と大体同じ意味に理解されており、「基本的」という用語には、それほど多くの意味はもたせないで、「人権」と「基本的人権」を同じように使用するのが一般的である<sup>126</sup>。

芦部は、「人権」と「基本的人権」について、基本的人権（fundamental human rights）という言葉は、ポツダム宣言 10 項にいう「言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人権ノ尊重ハ確立セラルベシ」（下線は筆者による）に由来し、その後の日本国憲法関係文書で用いられたが、人権のうち基本的なものという意味ではなく、人権が基本的な権利であることを明らかにしたもので、両者を区別して考えるべきではない、としている。

これに対して、「基本権」という、用語を用いる論者がいる。初宿正典の学説は、人権ないし基本的人権を狭く捉え、生まれながらの権利という自然権的なものを基本的人権ないし、人権としている。そして、社会権や参政権、国務請求権は「基本権」に含まれるとしている<sup>127</sup>。同じ視点で、佐藤幸治は、一面では、「人権または基本的人権」を同じ意味と

<sup>124</sup> 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）391頁。

<sup>125</sup> 萩野芳夫「基本権・基本的人権」『憲法学の基礎概念』（勁草書房、1983年）3頁。

<sup>126</sup> 中村睦男「人権の観念」法学教室（1997年）206号6頁

<sup>127</sup> 初宿正典「人権概念史」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学第2巻法思想』（東京大学出版会 1983年）51頁。

しながらも、憲法が保障する各種権利・自由を「便宜上」「基本権」と呼んでいる<sup>128</sup>。また、「人権」が直ちにすべての憲法の保障する「基本的人権」となるのではなく、そのような「人権」のうち特定の内的実をもち、基本的重要性をもつに至ったと認められるとき、憲法典中に明記され、あるいは包括的基本権規定等を通じて憲法の保障する「法的権利」になる、とする<sup>129</sup>。さらに、佐藤は、人権には「背景的権利」（それぞれの時代の人間存在にかかわる要請に応じて主張されるもので、「法的権利」としての人権を生み出す母体として機能するもの）と法的権利（主として憲法上根拠をもつ権利）と「具体的権利」（裁判所に対してその保護・救済を求めることができる権利）の3つの段階があることを指摘している<sup>130</sup>。

佐藤の学説は、高齢者虐待防止における人権の機能を考える場合に、「人権無配慮状態」や「不適切ケア」の段階で施設職員や養護者に人権尊重の意識啓発する場合には、「背景的権利」の意味での人権を用い、現実の虐待の場合には裁判所に対して保護・救済を求める必要があるので、「具体的権利」としての人権を行使でき、高齢者の状況に応じたきめ細かな対応が可能となる。尚、「法的権利」としての人権の意義は、高齢者虐待防止の施策を求めるなど支援者のソーシャルアクションを行ううえで行政の行為に正当性を与えることである。

筆者は、「背景的意味の権利」に対応する用語として「倫理的意味の人権」さらに、これに専門性が入る場合を「厳格な倫理的意味の人権」とし、「法的な権利」に対応するものとして「法的意味の人権」という用語を構築している。高齢者虐待発生4段階で人権を機能的に運用するため、「グレーゾーン」の段階で行政の行為に法的な正当性を付与するために、「法的意味の人権」を「法規範性をもつ法的意味の人権」している。佐藤の唱える「具体的権利」に対応するものを、「顕在化した虐待」の裁判所を通して権利回復することを意識して「裁判法規範性をもつ法的意味の人権」と構築している。

これに対して、阪本昌成は、自由を基底としながら国家への妨害排除権として機能する自由権だけを「人権」と呼ぶに値すると考える。自由を基底としない権利、たとえば、国家の積極的な介入によって実現・提供される「生存権」は、「人権ならざる基本的権利」または「制度化された権利」であるとする。そして、憲法という実定法によって保障されて

<sup>128</sup> 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）396頁。

<sup>129</sup> 樋口陽一・佐藤幸治ほか『注釈日本国憲法（上巻）』（青林書院、1984年）191頁。

<sup>130</sup> 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）393頁。

いる主観的利益を、括弧つきの「基本的人権」または、「基本権」と総称している。すなわち、「基本的人権」または「基本権」には、「自由を基底とする人権」と、「制度化された権利」が存在すると考える<sup>131</sup>。以上のように、人権と基本的人権の用法については、学説によって大きく異なる。憲法学者は、この現実を「用語の乱れ」と意識している。また、外国においても「自然権」と「人権」が混在して用いられる場合がみられる<sup>132</sup>。

## 第2項 「人権」と「自然権」の関係についての検討

自然権とは、人間が生まれながらにしてもつ前国家的権利をいう。ジョン・ロックをはじめとする近代自然法論は、人は誰でも人間として生まれながらにして自由・平等であり、国家以前からすでに存在する自然権をもつのであって、国家はそれを侵すことはできないと考えられている<sup>133</sup>。この「自然権」という言葉が、「人権」、「基本的人権」と相俟って人権を特徴づける言葉として用いられることがあるので、人権を表現する言葉は一層混乱している。

戦後の憲法学の指導的立場にあった宮沢俊義は、基本的人権を「人間性から論理必然的に派生する前国家的・前憲法的な性格を有する」<sup>134</sup>として、自然権を基本的人権の中核に位置付けている。また、日本国憲法の制定にかかわった佐藤功は、「ほんらい基本的人権は人間なるがゆえに生まれながら当然に有すべき権利であるとする自然権的な思想に由来するものである」と、基本的人権の淵源は、自然権であると考えている<sup>135</sup>。

概して、憲法の研究者は、自然権という概念は、基本的には、「人が生まれながらにして有する侵すことのできない権利」、と考へ、具体的には1776年7月のアメリカ独立宣言の「すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪い難い天賦の権利を付与され、そのなかには、生命、自由および幸福追求の含まれる」<sup>136</sup>という一文を念頭に置いている。わが国においては、1950年代の学説において、すでに基本的人権における自然権的な役割を認め、「基本的人権は人間が人間なるがゆえに生まれながらに当然に有すべき権利である

<sup>131</sup> 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）74頁。

<sup>132</sup> 佐藤幸治「人権の観念」ジュリスト（1987年）884号146頁。

Cranston, M., 1967, *Human Rights: A Reply to Professor Raphael*, in D. D. Raphael (ed.), *Political Theory and the Rights of Man* pp. 95-100.

<sup>133</sup> 大須賀明・栗城壽夫・樋口陽一・吉田善明編『憲法辞典』（三省堂、2001年）211頁の戸波江二の説明。

<sup>134</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）200頁。

<sup>135</sup> 佐藤功『憲法（上）〔新版〕』（有斐閣、1983年）177頁。

<sup>136</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利著『憲法Ⅰ』（有斐閣、2006年）200頁。

とする自然権的な思想に由来するもの」<sup>137</sup>と、理解されていた。

伊藤正巳は、最高裁判事を経験した憲法学者であるが、基本的人権の性格を明文化した憲法 11 条について、「この規定は、まさに人権の本質である自然権的性格を示したものである」<sup>138</sup>と、基本的人権における自然権の中核的な地位を認識している。ただし、現代的視点からは、自由権を生きたものとするためには、基本的人権は、自由権、平等権のような自然法上の人権と考えられるものは、もとより、参政権、社会権をも含むと考えている<sup>139</sup>。

これに対して、初宿正典は、自然権を基本的人権の中核と位置付け、生まれながらの権利という自然権的理念に基づいているものを「基本的人権」としているが、一方で、「基本権」という概念を用いて、社会権や国務請求権はこれに含まれるとしている<sup>140</sup>。

このように現在の学説においては、基本的人権と自然権の違いが曖昧化されている。しかし、基本的人権は、伊藤の説明のように、自然権から発生しても、時代の要請で性格の異なる社会権や参政権も内容に含むようになったので、本来の自然権と基本的人権は性格において差異が生じている。この点について、佐藤幸治は、人権と自然権には、普遍性・不可譲性、政府からの独立性という共通性がある反面、自然権には、絶対性と超自然性という特色があるので、両者は、言語的に区別すべきである、としている<sup>141</sup>。

自然権を基本的人権の中核に据えることに、人権論の研究者間で視点を同じくしても、日本国憲法で保障する場合に、別の用語を用いる者がいる。田上穰治は、憲法上保障される人権については、「基本権」という用語をあてている<sup>142</sup>。このように言語において、違いが出てくるのは、日本の研究者の研究対象が諸外国のどこを中心にしたかということが原因である。

佐藤幸治は、アメリカ法に造詣が深く、田上穰治はドイツ法に造詣が深い。そもそも、このように比較法の影響を受けるのは、日本の法制度が明治維新以降、欧米の制度を統一性なく導入したことによるのではなかろうか。このことは、東京における法律学校の沿革

<sup>137</sup> 法学協会『注解日本国憲法（上）』（有斐閣、1953年）324頁。

<sup>138</sup> 伊藤正巳『憲法〔第3版〕』（弘文堂、2004年）190頁。

<sup>139</sup> 伊藤正巳『憲法〔第3版〕』（弘文堂、2004年）190頁。

<sup>140</sup> 初宿正典『憲法 2』（成文堂、2010年）の基本的人権と基本権の使い方を参照。

<sup>141</sup> 樋口陽一・佐藤幸治ほか『注釈日本国憲法（上巻）』（青林書院、1984年）、224頁。

佐藤幸治「人権の観念」ジュリスト 884号（1987年）147頁。

<sup>142</sup> 田上穰治『日本国憲法原論（新版）』（青林書院、1985年）87頁。田口精一「『基本的人権』の意味」ジュリスト増刊『憲法の争点（新版）』（有斐閣、1985年）57頁。自然権と人権の関係については、辻村みよ子「人権の観念」樋口陽一編『講座憲法学 3』（日本評論社、1994年）17 - 18頁。

に顕著に表れている。東京帝国大学法学部は、ドイツ法の影響、英吉利法律学校（現在の中央大学）や東京専門学校（現在の早稲田大学）はイギリス法の影響、明治法律学校（現在の明治大学）と和仏法律学校（現在の法政大学）は、フランス法の影響を強く受けている。また、憲法学については、日本国憲法は、GHQ（連合国軍総司令部）により起草された関係から、アメリカ法の影響を強く受け、特に、昭和 40 年代以降は、違憲審査権の研究を通して、アメリカ法の研究者が増加した。

このような背景から、それぞれの国の用語に則り、人権に関する用語の乱れがでてきたのである。本来、国民の人権教育を指導しなければならない立場にある研究者が、用語の混乱を起こすのでは、必然的に、国民は混乱する。特に、特別な法学教育を受けていない国民は、言語的混乱により、人権理解に拒絶反応を示しかねない。それゆえに、福祉の現場において、言語的な統一を図らなければならない。

高橋正俊は、「日本の憲法学会では、日本国憲法 11 条、97 条の『基本的人権』は自然権であるというのが通説で」、「この学説は、その成立以来ほとんど挑戦を受けず、戦後半世紀を支配し」、「ほとんどの憲法教科書で、基本権の総論部で通説が述べられる」状況にあるが、「各論では、それらが自然権であるという点について顧慮する記述はまったくといってよいほどない、という不整合がある」<sup>143</sup>と指摘している。

### 第 3 項 人権を表現する用語についての自説の展開

人権を表現する言葉は、高齢者虐待のすべてのプロセスに影響する。それゆえに、類似の言葉が乱立し、統一性のないまま通用させると福祉現場は混乱し、高齢者の権利擁護の質が低下する。

一方で、人権は人類の歴史の中から形成されたものであるから、歴史や社会の変化を無視した観念的なものであったのでは、人権に対する国民の信頼を喪失せしめる。それゆえに、人権の本質を尊重した表現が好ましい。

「基本的人権」という言葉は、ポツダム宣言受諾後、GHQ による日本国憲法の起草、帝国議会による日本国憲法の審議などの過程で、明治憲法とは違い、太平洋戦争による犠牲に心を痛み、個人の存在自体を尊重して、天賦人権という認識を明確化したことから、自然権と同様に理解し、自由権と法の下での平等（平等権）を含む言葉であると考えられる。

しかし、社会生活における自由と平等は、自立できる社会的に強い者ばかりが享有する

---

<sup>143</sup> 高橋正俊「法実証主義的自然権説について」香川法学（1995 年）14 卷 3・4 号 98 頁。  
佐藤幸治「人権論の一断面」法律時報（1996 年）68 卷 6 号 36 頁。

ものではない。自由と平等は、常に個人の存在を尊重するものであるとすれば、社会的強者のときも社会的弱者のときも同じレベルで実現されなければならない。それゆえに、形式的な自由や形式的な平等を認知症高齢者など社会的弱者が実質化できる人権も基本的人権に含めるべきであると考え。ここから、生存権も基本的人権に含まれると考える。プライバシー権や自己決定権は「新しい人権」と呼ばれている。これらの権利は、幸福追求権という、人間が生まれながら本能的に求めてゆく包括的な権利を根拠に導き出されるものであり、自然権に近い性格をもつものである。それゆえに、基本的人権に含める。

そして、基本的人権に含まれないが、日本国憲法の保障により認められる権利を「基本権」と考える。具体的には、生存権を除いた社会権（教育を受ける権利、労働基本権）と受益権である。無秩序な人権カタログの拡大は、個人の尊厳にとって不可欠である「自由」、「平等」を軽視する風土を醸成する。それゆえに、個人の尊厳にとって最重要な権利、憲法により社会変化の中で認められる権利は区別すべきである。そして、「基本的人権」と「基本権」を総括する概念が「人権」と考える。「基本権」という言葉は、第Ⅲ章の調査③から、113人中92人（81.4%）が難しいと回答している。「基本権」の理解については、これからの人権教育の課題である。

人権を表現する言葉は、高齢者虐待発生4段階「人権無配慮状態」、「不適切ケア」、「グレーゾーン」、「顕在化した虐待」のすべての過程においてかかわる重要な高齢者虐待防止概念である。高齢者が自己実現するうえで、特に意識して用いる表現として、また施設職員や養護者に特に高齢者の自己実現に重要な手段であることを認識させ、自己の行為をコントロールさせるためにも、「基本的人権」という言葉は「基本権」と区別して個人の尊厳を自由と平等により実現するという「自然権」の趣旨を反映して使用すべきであると考え。



## 第V章 個別的人権課題の検討 (1) 人権の中核概念

### 第1節 はじめに

憲法は、国家の最高法規（98条）であり、国家の基本法である。そして、国家活動を規律するすべての法に正当性を付与する授權規範としての特質をもつ。これら最高法規性、授權規範という憲法の特質を支える核心的価値が人間の人格不可侵の原則（個人の尊厳の原理）である<sup>144</sup>。また、憲法を制定することができる権力（制憲権）は、憲法の通説的見解によれば「個人の尊厳」原理により根拠づけられるとされている<sup>145</sup>。

このように、日本国憲法では、「個人の尊厳」もしくは、「個人の尊重」が明文上の人権の中核概念となっている。高齢者虐待防止における人権の最も重要な概念は、「個人の尊厳」もしくは、「個人の尊重」である。高齢者の支援に関わる人は、この言葉で自分が高齢者にかかわる行為を構想し、行動に移すのである。また、被虐待者である高齢者は、この言葉で自分の自己実現を防御することを構想するのである。

しかし、社会一般、比較法あるいは国際法等においては、以下の通り、日本国憲法に明文規定として存在しない「人間の尊厳」が人権の中核概念として用いられている。「われわれソーシャルワーカーは、すべての人が『人間としての尊厳』を有し、価値ある存在であり、平等であることを深く認識する」（ソーシャルワーカー倫理規定）。『『人間の尊厳』は顧慮され、かつ、保障されなければならない』（スイス憲法第七条）。スペイン憲法（10条）、大韓民国憲法（10条）、ドイツ連邦共和国基本法（以下ドイツ基本法という）（1条）なども同様に、「人間の尊厳」が人権の中核概念となっている。

また、児童の権利に関する条約前文は、「国際連合加盟国の国民が、国際連合憲章において、基本的人権並びに『人間の尊厳』及び価値に関する信念を改めて確認し」と規定され、「人間の尊厳」が人権の中核概念となっている。さらに、人権と関係が深いとされるキリスト教においても同様に、「人権は『人間の尊厳』からの要求に対応し、第一に、物質的精神的領域における人間の本質的な必要が満たされることを意味する」（教皇ヨハネ・パウロⅡ世の「1999年世界平和の日のメッセージより」と、「人間の尊厳」が人権の中核概念とされている。

<sup>144</sup> 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）10頁。

<sup>145</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利著『憲法Ⅰ〔第四版〕』（有斐閣、2006年）23頁。

私たちは、人権保障にとって、最も重要な概念について、十分な検討をおこなうことなく、統一性のない使い方をしている。その結果、現在の日本の法制度においては、以下のように、法文上混乱がみられる。

1947年の家事審判法では、「この法律は、『個人の尊厳』と両性の本質的平等を基本として、家庭の平和と健全な家族共同生活の維持を図ることを目的とする」となっているが、1947年に制定された警察法においては、「国民のために人間の自由の理想を保障する日本国憲法の精神に従い、・・・『人間の尊厳』を最高度に確保し、個人の権利と自由を保護するために、・・・警察法を制定する」となっている。

この「人間の尊厳」は、政府委員である久山秀夫警保局長によれば、憲法 13 条の「個人の尊重」に符合する旨の答弁がなされている<sup>146</sup>。青柳幸一は、1947年警察法前文に書かれた「人間の尊厳」の意味は、戦前の国家警察の否定という立法趣旨を根拠にして、「人間の尊厳」は、国家に対する個人の優越という、日本国憲法の「個人の尊重」条項の根底にある、ドイツ基本法の「人間の尊厳」条項と同質の根本原理である、としている<sup>147</sup>。尚、「人間の尊厳」という表現は、1954（昭和 29）年の警察法改正で削除されている。

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」と規定され、「個人の尊厳」が人権の中核規定と捉えている。また、社会福祉及び介護福祉法第 44 条の 2 も同様に、「社会福祉士及び介護福祉士は、その担当する者が『個人の尊厳』を保持し、自立した日常生活を営むことができるよう、常にその者の立場に立って、誠実に業務を行わなければならない」と規定し、「個人の尊厳」が人権の中核概念とされ、福祉の基本法である社会福祉法と統一性を保っている。しかし、同じソーシャルワーカーの倫理綱領であっても、社会福祉士の倫理綱領前文は、「われわれ社会福祉士は、すべての人が『人間としての尊厳』を有し、価値ある存在であり・・・」と規定しているのに対して、日本精神保健福祉士協会倫理綱領前文では、「われわれ精神保健福祉士は、『個人としての尊厳を尊び』・・・」と規定している。

このように、人権の中核概念の言語的理解が不十分なままでは、高齢者の権利擁護に関しては、高齢者の人権尊重に直面する施設職員や養護者<sup>148</sup>の人権保障についての規範意識を希薄化し、憲法の人権保障機能を弱体化してしまう。それゆえに、筆者は本研究におい

<sup>146</sup> 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009年）113頁。

<sup>147</sup> 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009年）18 - 19頁。

<sup>148</sup> 養護者とは、高齢者の介護を中心となって行う者をいう。

て、人権の中核規定の言語的な統一性を確立したいと考えた。

また、憲法の人権保障機能を効果的に行うには、人権の正当性の根拠が必要になる。なぜならば、法実証主義<sup>149</sup>を徹底すれば、文言の改廃により、人権保障が著しく低下するからである。人権の正当性の根拠を求めて、学説上、キリスト教を根拠とすることが多い。しかし、法学と神学の学際領域であるため、法学の分野からは、具体的な根拠が示されているとは言い難い。漠然たる正当性の根拠では、私たちの自己実現を阻害する数多の要因に対応できず、人権保障を形骸化してしまう。それゆえに、キリスト教の教義や聖書の解釈を辿りながら、より明確な正当性の根拠を考察したいと考えた。尚、人権の正当性については、経験則上最も人権の正当性の根拠として多く用いられ、かつ曖昧なものとなっている、神による人権の正当性について検討する。

## 第2節 日本における人権の中核概念の沿革と現状

### 第1項 日本国憲法制定過程にみる人権の中核概念の意義

人権の中核概念の曖昧性を日本国憲法 13 条の制定過程から検討したい。これについては、京都帝国大学教授であった佐々木惣一の質問と金森憲法担当大臣の答弁が参考になる<sup>150</sup>。佐々木惣一の日本国憲法の中核規定である 13 条に関する質問として、『『個人として尊重される』とは一体どう云う意味でありましょうか』と、尋ねたところ、国务大臣金森徳次郎は、以下のように述べている。『『個人として尊重される』と云うことは、結局これだけの意味でありまして、…そう特別に深い意味ではない』（下線部は筆者による）と。

立法過程において、「特別な意味はない」と言っていることから、日本国憲法の沿革において、「個人の尊厳」が人権の中核概念という意識はなく、漠然とした道德規範としての意味しかもたれていない。それを裏付けるものとして、佐々木惣一の「個人の尊重」について、「これは矢張り国家が国民に対する心構えと云う風に思っておりますが、それでそれをはっきりとしたかったのであります」という発言が注目される。また、金森徳次郎国务大臣はこの発言に対して、「その通りであります」と肯定している<sup>151</sup>。

このように人権の中核規定について曖昧なまま、国家の最高法規が形成されたことが、その後の人権自体の言語的な曖昧性、定義や内容の曖昧性を生んでいると考えられる。そ

<sup>149</sup> 法実証主義とは、自然法を否定し、実定法だけを法とする思想をいう。

<sup>150</sup> 資料については、「国立国会図書館帝国議会議事録データ検索システム」を使用した。

<sup>151</sup> 清水伸『逐条 日本国憲法審議録 第二巻』（原書房、1976年）247頁。

れゆえに、人権の言語的な用法や作用など「人権観念」を明確化して、高齢者虐待防止に取り組むことは意義があると考ええる。

## 第2項 学説における人権の中核概念の理解について

日本国憲法においては、「人間の尊厳」という文言はない。そこで、「個人の尊厳」「個人の尊重」と「人間の尊厳」の関係が問題となる。この法的な論点について、1960年代前半に最初に問題提起したのは恒藤恭<sup>152</sup>である。恒藤は、「もとより、個人の尊厳と人格とは密接につながり合うものであるけれど、二者の間には本質的相違が存在することを否定しえないとおもう」<sup>153</sup>と、法哲学の立場から概念の区別を主張している。しかし、実定法の解釈論として先駆的な役割をもつことはなく、学会においては、この学説を深く検討することはなかった。

憲法学・人権論の立場から芦部信喜<sup>154</sup>は、「人権が個人の尊重原理を根拠とし、人間性に基づいて認められるもの」として、「個人の尊重」を中核概念とし、「個人の尊重」規定は、「ドイツ連邦共和国基本法1条1項の「人間の尊厳は不可侵である」の思想と同じである」述べている<sup>155</sup>。芦部は、戦後の憲法学・人権論における指導的役割を果たした宮沢俊義の継承者的立場にある研究者である。また、「人権は、何よりも『人間の尊厳』の原理なしには認められない」と述べ、「個人の尊重」と「人間の尊厳」を同一の概念と理解している。

芦部の憲法理論は、基本的にアメリカ法を中心に構築されている。アメリカ法とドイツ法では、人権観念や用語について同一ではない。異なる思想背景をもつ概念を同一のものとして扱うことが、その後の日本の憲法学・人権論に影響し、その結果として、福祉現場や、第三章の調査③で既述した教育現場での人権教育において、人権の中核概念の理解で混乱を生じている。

田口精一は、ドイツ連邦共和国基本法1条1項の「人間の尊厳」規定は、日本国憲法の

---

<sup>152</sup> 日本の法哲学者（1888～1967年）。最初に人権の中核概念について、問題的を行ったが、最初に問題提起を行ったときは、学会で議論の対象にならなかった。しかし、ヨンプルトのこの問題に対する議論の提起以降、恒藤の学説に関心が向けられた。

<sup>153</sup> 恒藤恭「個人の尊厳—自由の法理との連関からみた個人の尊厳について」『自由の法理』（尾高朝雄教授追悼論文集）（有斐閣、1968年）3頁。

<sup>154</sup> 芦部信喜（1923～1999年）。東京大学教授として、アメリカ憲法を中心に憲法学を展開した。芦部の理論は、その後、日本の憲法学の中心的指導者である高橋和之や戸波江二などに継承されている。芦部の言語的な理解は、日本の人権論に大きな影響を与えている。

<sup>155</sup> 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009年）はしがきii頁。芦部信喜『憲法学I』（有斐閣、2005年）215頁。

「個人の尊重」と同じ意味だとする<sup>156</sup>。すなわち、日本国憲法の人権の中核概念「個人の尊厳」（個人の尊重）<sup>157</sup>をドイツ基本法に規定されている「人間の尊厳」と同様に考え、言語的に区別することなく、「人間の尊厳」を人権の中核概念と考える。

これらの学説に対して、ホセ・ヨンパルトは、「個人の尊厳」「個人の尊重」「人間の尊厳」を別個の概念と捉えている<sup>158</sup>。また、ヨンパルトは、わが国の憲法学説における「個人の尊重」と「人間の尊厳」を巡る、概念の混同は、フランス・イギリス・アメリカ経由のやや古い「個人主義」思想と、ドイツ経由の最近の「人間の尊厳」思想といったわが国に「流れ込んだ違った思想の『並存』」に起因するよう感じる」と指摘している<sup>159</sup>。

いずれにせよ、憲法学者の研究の背景と、立法過程以降、人権の体系構築を疎かにしたことが、現代において高齢者虐待防止という福祉の末端で人権の中核概念の言語の混乱という問題として顕在化しているのである。また、人権の研究は、憲法学・人権論が担っているが、憲法の研究は、福祉現場を意識して研究しているわけではない。その弊害が、第IV章で既述した、「パーソン論」という人間の存在を社会的強者の利益目的で否定する理論と同じ思想を憲法学の指導的研究者たちが、用いていることである。高齢者虐待防止は、憲法学・人権論と社会福祉の学際領域の問題であるので、適用の具体的場面を考慮した理論構築が求められる。

### 第3節 人権の中核概念の整合性の検討

#### 第1項 ヨンパルト説以降の学説

人権の中核概念について、初めて本格的に議論を展開したホセ・ヨンパルトは1973（昭和48）年の尊属殺違憲判決をもとに、従来の憲法学者が行わなかった視点から言語的分析をしている。ヨンパルトの主張によると「もし、私達が、薬を、その名前が似ていると言っただけで無差別に飲めば、命を失うことさえありうる。学問の席でも、専門用語が似ていると言っただけで無差別に用いれば、命を失うことはないにしても、法解釈上の混乱が起こ

---

<sup>156</sup> 田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」法学研究 33 卷 12 号（1960 年）182 頁。

<sup>157</sup> 括弧は著者による。憲法 13 条の「個人の尊重」を「個人の尊厳」と同一視するのが、現在の憲法に関する学会の通説である。

<sup>158</sup> ホセ・ヨンパルト『人間の尊厳と国家権力』（成文堂、1990 年）77 頁。

<sup>159</sup> ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての「個人の尊重」と「人間の尊厳」、判例タイムズ 377 号（1979 年）17 - 18 頁。青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社、2009 年）28 頁。

り、論争は納得のいく形で解決されないことになる」<sup>160</sup>と主張し、「個性」もしくは、「個性性」という概念は、「人間の尊厳と人格性にただちに関連しないので、人間は個人として尊厳を有するものではなく、逆に個人は人間であるがゆえ尊厳を有する」として、「人間の尊厳」は言語的に正しく、「個人の尊厳」は言語的に正しくなく、「個人の尊重」は言語的に正しい、という<sup>161</sup>。

この学説の評価について、粕谷友介は、「このような分析が（憲法・人権論）<sup>162</sup>解釈学にどのような影響があるのか明白ではない」<sup>163</sup>、との問題提起自体を批判している。一方で、押久保倫夫は、ヨンパルトの問題提起に賛同しつつ、人権の中核概念は、あくまで憲法13条に明文化された「個人の尊重」とする。その理由として、「個人主義」という憲法の核心が法実務上で重要視されていない日本の現状からすれば、人権尊重を漠然と意識させる「人間の尊厳」概念よりも、個人主義の貫徹を可能とする「個人の尊重」概念こそ、人権の核心にふさわしいことを挙げる<sup>164</sup>。日本における人権啓発の希薄さを根源から意識した意義深い提言である。

## 第2項 人権の中核概念についての自説の展開

### 1. 「個人」という概念について

日本国憲法の制定過程や日本の伝統的風土から、日本においては、「個人主義」という憲法の核心が重要視されていない。それゆえに、個人主義の貫徹を可能とする「個人」という概念を人権の核心に含めることは重要である。

すなわち、私たち日本人の社会は弥生時代以来、米作を中心として営まれてきた。この文化の特徴は、社会の「共同制」にある。社会全体で水を管理し、集団で田植え、稲刈り、脱穀を行う一連のプロセスは、個人の勝手な行為を容認すれば、たちまち崩壊する。この結果、個人に基礎を置く、「人間の尊厳」や「個人の尊厳」という概念は育ち難い。むしろ、長年反社会的な無価値性を含む概念であった風潮さえある。

先行研究を行なった野田良之は、個人に類似した「人格」という言葉は1877（明治10）年まで知られていなかったと説明している<sup>165</sup>。このような背景の下で、私たちの自己実現

<sup>160</sup> ホセ・ヨンパルト『『人間の尊厳』と『個人の尊重』』法学教室88号（1988年）48頁。

<sup>161</sup> ホセ・ヨンパルト『人間の尊厳と国家権力』（成文堂、1990年）52頁。

<sup>162</sup> 括弧の用語は著者による。

<sup>163</sup> 粕谷友介「憲法十三条前段『個人の尊重』」法学教室89号（1988年）13頁。

<sup>164</sup> 押久保倫夫「『個人の尊重』か『人間の尊厳』か」法の理論19号（2000年）203頁。

<sup>165</sup> Yoshiyuki Noda, 1976, *Introduction to Japanese Law*, University of Tokyo Press, p.

をより強化するには、人権の中核概念の定義の中に「個人」という言葉は必要であろう。

第Ⅲ章で既述した調査③によると、福祉を学ぶ学生 113 名のうち全体では 53 人(46.9%)、その中で、人権意識の高い 41 名の学生のうち 24 人(58.5%)は、「人権でもっとも重要な概念として『人間の尊厳』と『個人の尊厳』どちらが言語的にわかりやすいですか」の質問に、「個人の尊厳」と回答している。立法制定過程から現在における社会的な変遷を経て、実務的かつ機能的な表現として「個人」という文言は不可欠であると考えられる。

## 2. 「尊厳」と「尊重」について

広辞苑によれば、「尊重」とは、「とうといものとして重んずること」であり、「尊厳」とは、「とうとくおごそかでおかしがたいこと」である。日本国憲法の人権の不可侵性(11条)や本質(98条)は、言語的に「尊厳」と親和性をもつ。また、各種人権条約、キリスト教の人権思想、諸外国の憲法や人権に関する法律では、人権の保障概念として「尊厳」を用いている。日本国憲法の人権規定がこれらの影響を受けていることを考えると、「尊重」という概念よりは「尊厳」の方が妥当である。

## 第4節 人権の中核概念に対する正当性付与について

### 第1項 問題の所在

ドイツ基本法1条1項が規定する「人間の尊厳」は、連邦憲法裁判所によれば、人権の根本規範であり、「憲法に適合的な秩序内において最も高い法価値」を占めるものとされるが、「人間の尊厳」の解釈は十分になされていない<sup>166</sup>。また、ドイツ連邦憲法裁判所は、その概念の定義について、「常に具体的な事例の顧慮においてのみ確定しうるものである」と、曖昧な定義しかなされていない<sup>167</sup>。しかし、これでは、人権の保障機能が弱まるので、学説の多くは人権の不可侵の正当性の根拠をキリスト教に求めている。

西野基継は、「人間の尊厳保障は、キリスト教、啓蒙主義、自由主義によって刻印されたヒューマニズムに結びついているとしている」<sup>168</sup>と述べている。クリスティアン・シュタルクは、「すべての人間に特別な尊厳があるという思想の基盤は、聖書・キリスト教伝統と

---

173.

ホセ・ヨンパルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊厳』」判例タイムズ 377号(1979年)16頁。

<sup>166</sup> 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』(尚学社、2009年)31-32頁。

<sup>167</sup> 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』(尚学社、2009年)32-33頁。

<sup>168</sup> 西野基継「人間の尊厳の多義性(1)」愛知大学法学部法経論集 131号(1993年)54頁。

古代ギリシア・ローマの伝統に求められる」、として伝統に裏付けられた人々の意識に正当性の根拠を求めている<sup>169</sup>。ハンス・ユーゲン・マルクスは、「人間の尊厳に対する思いは深く西欧文明の歴史に根ざしており、とりわけキリスト教の世界で次第に重みを増し、近代に入ってから、まさに中心的な関心事となった」<sup>170</sup>として、キリスト教思想に正当性の根拠を求める。

この他、キリスト教を人権の中核概念の正当性の根拠に置くものは多い。しかし、どの学説もキリスト教と人権の関係について十分な論証がなされていない。そこで筆者は、キリスト教の聖書の解釈により「人間の尊厳」の正当性を考えてみたい。尚、カトリック教会の人権に関する公式見解である第二バチカン公会議『現代世界憲章 27』によれば、「人権の根源は一人ひとりの人間が持つ尊厳にある」とされ、人権の中核概念は、「人間の尊厳」と考えられている。本研究でカトリックの人権思想を検討しているのは、ローマ教皇を頂点とする聖書解釈がプロテスタントの万人司祭主義に比べて、精緻に体系化されているからである。

## 第2項 聖書による「人間の尊厳」の人権の中核概念としての正当性付与について

聖書の解釈として、人間の尊厳の正当性を根拠付ける理由として以下の理由が挙げられる。第一は、*imago Dei*(神の似姿)を根拠とするものである。創世記第1章26節は、「神は言われた。我々にかたどり、我々に似せて、人を造ろう。そして海の魚、空の鳥、家畜、地の獣、地を這うものすべてを支配させよう」と。27節は、「神は御自分にかたどって人を創造された。神にかたどって創造された」と。また、創世記第2章7節では、「主なる神は、土(アダマ)の塵で人(アダム)を形づくり、その鼻に命の息を吹き入れられた。人はこうして生きる者となった」と。

第二に、神の行為の動詞表現から人間の尊厳を根拠付けることができる。この場合、和田幹男の学説が参考になる。和田によると、創世記第1章27節にある「創造する」という動詞は、聖書では唯一絶対的な神を主語としてしか用いられていない。ここに人間を創造する神の強い意志が示された結果として、「人間の尊厳」に正当性が付されるとする。

第三に、人間は、創造主である神に近い存在であることを根拠するものがある。和田は、詩篇第8章6節の「神に僅かに劣るものとして人を造り、なお、栄光と威光を冠としてい

<sup>169</sup> クリスティアン・シュタルク、桜井健吾訳「人間の尊厳」社会と倫理5号(1998年)155頁。

<sup>170</sup> ハンス・ユーゲン・マルクス「人間の尊厳—近代までの思想展開」『キリスト教と人権思想』(サンパウロ、2008年)114頁。



だかせ」を根拠として、「人間の尊厳」を根拠付けている<sup>171</sup>。すなわち、和田は、神に最も近い存在であるがゆえに、「人間の尊厳」に正当性が付されると考える。

### 第3項 古代オリエントの宗教からの正当性の根拠付け

ハンス・ユージェン・マルクスは、セム語的話法から人間の尊厳を説明している。創世記第1章26節は「我々にかたどり、我々に似せて人を造ろう」と記述されている。神は唯一であるにもかかわらず、主語が複数形で表現されていることが、「人間の尊厳」の正当性だという。すなわち、唯一の神であるのに、「我々」と表現するのは、聖書の表現に多大な影響を与えたセム語的話法の「熟慮の複数形」であり、聖書の筆者はそれまでの単調な命令形を「熟慮の複数形」に改めることによって、人間に対する神の特別な配慮をいたしたものであると説明する<sup>172</sup>。

また、天地創造の記述の背景には、モデルとなったバビロニアの神話があり、その中で、人間が創造される時、「神々」が創造したとあるのでその名残ではないかと説明している<sup>173</sup>。聖書の表現にある「我々」というのは「神々」という崇高かつ至高の存在が背景にあり、その神が他者と区別して特別な思いで創ったことが「人間の尊厳」の根拠となっているのである。和田の説明するバビロニアの神話の根拠を求めて「メリカラー王への教訓」を探ってみると、「神の家畜である人間はよく管理されている。神は人間の望みに応じて天地を創造され、水に沈む怪物を追い払われた。彼らのびくうに生命の息吹をつくり給うた。神の体より現れた人間はその似姿なのだ」と、聖書の表現に酷似する表現がある<sup>174</sup>。

これらの先行研究をまとめてみれば、「人間の尊厳」は神の創造行為を根拠としている。すなわち、古代社会には、宗教の垣根を越えて、創造主たる最高神がこの地上に何か重大なことを起こそうと決定するとき、神々を集めて「天上の法廷」を開くという考えがあり、これが、イスラエルの宗教伝承になり、イスラエルの一神教の特殊性から伝承物の多神教的要素は振るい落とされ、表現だけが残ったのが聖書に幾度か現れている「熟慮の複数形」である<sup>175</sup>。

<sup>171</sup> 和田幹男「旧約聖書における人間観」『宗教の人間学』（世界思想社、1994年）64頁。

<sup>172</sup> ハンス ユージェン・マルクス「人間の尊厳 近代での思想展開」『キリスト教と人権思想』（サンパウロ、2008年）113頁。

<sup>173</sup> 和田幹男「旧約聖書における人間観」『宗教の人間学』（世界思想社、1994年）56頁。

<sup>174</sup> 尾形禎亮・杉勇訳『古代オリエント集』（筑摩書房、1999年）519頁。

<sup>175</sup> 和田幹男『創世記を読む 旧約聖書1』（筑摩書房、1996年）49頁。和田は、具体的にヨブ記第1章-2章で「主なる神は天上で会議を開き」の記述を挙げ、唯一神信仰が確立してからも、神が何か重大なことを決定されることを述べる時この表現が

第4項 カトリック教会のカテキズム (Catechism of the Catholic Church) <sup>176</sup>からの正当性の根拠付け

「人間一人ひとは神にかたどられているので、ペルソナとしての尊厳が備わっており、単なる物ではなく、人格である」こと、「神は万物を人間のために創造した。そして人間は、神に仕え、神を愛し、被創造物のすべてを神にささげるために造られた」こと、「人間は、神の御目にすべての被創造物に勝って貴重な、偉大で感嘆すべき生きものであり、天も地も海も、ありとあらゆる被創造物が存在するのは人間のためにあり、最重要視されたので、人間のために御ひとり子さえおしまなかつたほどであり、神は人間を自分のもとに上げ、右の座につかせようと、いつもあらゆる手段をとられている」<sup>177</sup>、を根拠として「人間の尊厳」に正当性の根拠を付与している。

なお、教皇ヨハネ XXIII世の回勅<sup>178</sup>によれば、人間の尊厳は神から与えられたとされている。また、人権の究極的な源泉は、単なる人間の意思、国家の現実やその権力にあるのではなく、創造主である神と人間そのものに見出されるとしている<sup>179</sup>。

第5項 キリスト教的視点からの「人間の尊厳」の正当性の根拠の問題点

「人間の尊厳」を人権の中核概念に置くのは、絶対不可侵性を求めるためである。しかし、特定の神を絶対化して、それを正当性の根拠とすれば、「神権」が「人権」に優越し、人権の絶対不可侵性を根拠付けることにならない。人類の歴史の中で、神権が人権に優越する事例は少なくない。例えば、古代カルタゴは、神の名により人間を生贄にすることが行なわれた。旧約聖書の出エジプト記 13章のなかでは、最も大切な初子は、契約で神に生贄として捧げている<sup>180</sup>。このように、神の絶対性を人権の正当性の根拠とすれば、神の名の下に人権の不可侵性が否定される危険性がある。

それゆえ筆者は、「人間の尊厳」を普遍的な創造主に求め、社会全体の道徳を指導する原

---

使われるとしている。

<sup>176</sup> 教皇ヨハネ・パウロ II世によって公布されたローマカトリック教会の教理の公式な説明をいう。

<sup>177</sup> 日本カトリック司教協議会 教理委員会、日本カトリック司教協議会教理委員会編『カトリック教会のカテキズム』(カトリック中央協議会、2002年) 106 - 107頁。

<sup>178</sup> 回勅とは、カトリック教会の公文書のひとつで、ローマ教皇から全世界のカトリック教会の司教へ宛てられるかたちで書かれる文書。John XXIII, 1963, *Pacem in Terris*. AAS55, pp. 278-279.

<sup>179</sup> John XXIII, 1963, *Pacem in Terris*. AAS55, pp. 278-279.

<sup>180</sup> 出エジプト記 13章 11節 - 12節「主があなたと先祖に誓われたとおり、カナン人の土地にあなたを導き入れ、それをあなたに与えられるとき、初めに胎を開くものはすべて、主に捧げなければならない」に神の厳しさについて記述されている。

理として認めることは意義があると考えますが、特定の宗教を根拠に正当性を付与するという考え方は支持できない。

## 第5節 おわりに

ヨンバルトの主張のごとく、人間は個人として尊厳を有するものではなく、個人は人間であるがゆえに尊厳を有するのである。それゆえ、人権の中核概念に国民の意識として「人間の尊厳」を含めなくてはならない。また、多年にわたる歴史の中で「個人」が集団によって抑圧されていた反省のもとに日本国憲法が制定された歴史的過程を考えれば、人権の中核概念に意識として「個人」という概念を入れるべきである。

しかし、日本国憲法には「人間の尊厳」という表現がないことから、人権の中核概念を表す用語として、安易に「人間の尊厳」を用いるべきではない。現実には、第Ⅲ章で既述した調査②によれば、職員の「人間の尊厳」という曖昧な表現に戸惑う現実が明らかになり、調査③によれば福祉を学ぶ学生の46.9%が「人間の尊厳」という表現に否定的な態度を示している。

一方、日本国憲法に明文がある「個人の尊厳」と「個人の尊重」の言語的な使用については、人権の中核概念として、近代的人権が発達した国や国際社会での用例、それらと関係が深いキリスト教での用例、また、これらの日本国憲法に対する影響に照らせば「尊厳」が妥当である。そこで、日本国憲法の人権カタログの中核概念は、「個人の人間としての存在自体の尊厳」、略して「個人の尊厳」と考える。すなわち、「個人の尊厳」とは、複数言語を背景として合体した言語であると理解する。

そして、「個人の尊厳」を社会において実現するため、国家を名宛人とする指導原理が「個人の尊重」である。すなわち、人権の中核概念として、「個人の尊厳」か「人間の尊厳」か、という単一概念の決定をするのではなく、それぞれの概念を含めて、法的な言語とされたものが「個人の尊厳」であり、その言語のうちには、表現化されない概念（閉ざされた言語）として「個人の尊重」を含むと考える。このように理解したうえで、高齢者虐待を防止する人権の実務的運用においては、「個人の尊厳」とすべきである。

私たちの人権の中核概念の不可侵性を担保するため、憲法上各種の統治制度が規定されている。しかし、統治制度は条文の改廃により、担保機能を失う危険性がある。これを防

ぐには、人権侵害が反社会的な行為であることを国民の理性に訴えかける内部統制<sup>181</sup>が必要である。キリスト教の神への畏敬の気持ちは、ひとつの手段である。しかし、特定の宗教では、ほかの宗教を信じる者にとって内部統制手段とはなりえない。

それゆえに神の範囲を広くし、人類多年の歴史のなかで形成され、広く人類に意識されている創造主への畏敬の念と人間の生物的至高性を正当性の根拠と考える。創造主が人間を特別の存在としたことは、キリスト教の淵源を辿る過程で他の宗教においても広く見られる傾向である。また、原始宗教であるシャーマニズムにおいてはより強く意識されている。

私たちの人権保障を強化するには、日本国憲法が保障する人権カタログを国民一人ひとりが理論的に理解するばかりでなく、道徳レベルまで熟成させることが必要である。そのためには、一人ひとりを名宛人として人権の中核概念が言語として明確化され、かつ、一人ひとりの理性に訴えかける正当性が明確化される必要がある。

---

<sup>181</sup> 内部統制の意味は、自分自身が「良心の声」を聴き、自分の理性を働かせて、反社会的な行為を外部の影響を受けることなく実施する、という意味で用いている。

## 第VI章 個別的人権課題の研究 (2) 高齢者虐待の定義の研究

### 第1節 はじめに

「高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」(以下高齢者虐待防止法という)の施行(2006年4月)から本稿執筆時の2015年10月迄に約9年が経過した。この間、厚生労働省や地方公共団体、あるいは、研究者により高齢者虐待防止法に基づく高齢者虐待の調査・研究が進められてきた。しかし、これらの調査が依拠する高齢者虐待防止法は、高齢者虐待の類型とその具体例が規定されているのみであり、高齢者虐待の定義が概念を含め明確に規定されているわけではない。この法施行後においてもセルフ・ネグレクトの扱いやグレーゾーンの扱いなど、高齢者虐待の定義の認識は研究者により統一がとれているわけではない。

このことから、現状の調査・研究では、調査機関や研究者の高齢者虐待の定義の解釈により、結果に大きな差異が生じることが懸念される。日本高齢者虐待防止学会理事長で、高齢者虐待防止法の制定に中心的な役割を担った田中荘司は、「高齢者の虐待をどう捉えるか、どう理解するか、まず定義を定めなければ実態把握の調査をすることもできない」と述べている(下線は筆者による)<sup>182</sup>。また、この調査・研究に基づいて展開される諸施策では、高齢者の人権保障や権利擁護に十分な効果があるか疑問が残る。さらに、高齢者虐待防止には通報や地域における見守りなど国民の協力が不可欠であるが、曖昧な虐待の定義では、高齢者虐待啓発が不十分となり、協力を得ることが困難となる。現に、高齢者虐待防止法施行後も「介護殺人」や「介護心中」は後を絶たない<sup>183</sup>。そればかりか、高齢者ケアの質を高めることができなくなる。

それゆえ、対策や予防を図るための調査や研究を行うためには対象としている「高齢者虐待」の事象を現代社会に対応した形で明確に定義づけておかなければならない<sup>184</sup>。ま

<sup>182</sup> 田中荘司「高齢者の虐待、身体拘束を考える」介護福祉 63号(2006年)8頁。

<sup>183</sup> 萩原清子は、「高齢者虐待防止法の「定義」と「対応」が不十分な結果、「介護殺人」や介護心中につながっているのではないかと指摘している。萩原清子「あいまい概念としての『高齢者虐待』とその対応」関東学院文学部紀要 117号(2009年)134頁。

<sup>184</sup> Cornell, P. and R. J. Gelles, 1982, "Elder Abuse: The Status of Current Knowledge", *Family Relations*, 31, p.459 において、高齢者虐待の定義の不明確性が調査結果の比較を不可能にすると述べている。また、先行研究として、高齢者虐待の定義を明確化する意義を、以下の5つの視点から述べている。①被虐待・放任高齢者を発見し、保健福祉医療分野で連携した関与・介入をするため。②高齢者の生活・健康・福祉を向

た、現場において高齢者や養護者にかかわる専門職が効果的に虐待に対応するためには、専門職の垣根を越えて高齢者虐待の定義を明確化し、高齢者虐待という事象が明確に判定可能でなければならない<sup>185</sup>。

しかし、高齢者虐待についての研究は、主に医療系・福祉系の研究者が中心となり進めてきたものが多く、法的な視点からの研究は極めて少ない。従来の医療・福祉主体の研究は、侵害された高齢者の人権について種類・内容・程度などについて論理的に分析がなされていないばかりか、高齢者虐待行為の故意・過失等の構成要件については、ほとんど検討がなされていない。これでは、高齢者虐待の反社会性についての行為規範を行為や社会に対して形成することができない。そこで、本研究では、先行研究を踏まえながら、法的な視点から高齢者虐待の定義について検討した<sup>186</sup>。

## 第2節 日本とアメリカの「高齢者虐待」の定義の形成過程の検証

### 第1項 日本における「高齢者虐待」の定義の形成過程の検証

#### 1. 高齢者虐待を表す言葉の沿革

日本では、1987年に金子善彦の著書が発行され、高齢者虐待研究に大きな影響を与えたとされている<sup>187</sup>。金子は、横浜在住の精神科医であるが、この時期に高齢者虐待の研究に関心をもったのは、高齢社会の到来を迎えつつあるなかで、認知症高齢者と接する機会が多かったことが理由ではなかろうか。後に、金子は日本高齢者防止学会の副理事長になったとき、学会で氏に直接研究の動機を聞いたところ、このような趣旨の話をしてくれた。しかし、金子は「高齢者虐待」とは表記せず、「老人虐待」としている<sup>188</sup>。

---

上させ、予防的取り組みをするため。③研究発展のため。④制度・政策や社会資源の開発と拡充のため。⑤一般市民および専門職・関係者の啓発・教育・研修のためとしている。大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論：その予防に向けて」社会福祉研究第70号（1997年）179 - 180頁。

<sup>185</sup> 臼井キミカ、黒田研二「在宅での高齢者虐待をもたらす要因について：諸外国および日本における研究のレビュー」社会問題研究48巻2号（1999年）78頁。

<sup>186</sup> 山口光治は、高齢者虐待の先行研究において、福祉系と看護系の研究者や実践者がインシニアティブをとっていることを述べている。山口光治『高齢者虐待とソーシャルワーク』（みらい、2009年）14頁。

<sup>187</sup> 臼井キミカ、黒田研二「在宅での高齢者虐待をもたらす要因について：諸外国および日本における研究のレビュー」社会問題研究48巻2号（1999年）78頁。

<sup>188</sup> 金子善彦『老人虐待』（星和書店、1987年）。

1990年代前半の日本社会において、高齢者虐待は医療・福祉に関わる社会問題としてではなく、センセーショナルな犯罪事件と取り扱われる傾向があり、「高齢者虐待」という表現は定着していない。

1994年の週刊読売は、現在使われている「高齢者虐待」という用語でなく、「シルバーハラスメント」<sup>189</sup>と表記されている。1995年に出版された新聞記者である安藤明夫の著書でも「シルバーハラスメント」と表記している<sup>190</sup>。安藤が「老人虐待」ではなく、「シルバーハラスメント」という用語を用いたのは、「虐待」よりも広がりがあるという理由である。尚、安藤は虐待の定義については言及せず、主として家族による虐待（介護放棄、座敷牢に拘束、遺産相続問題等の経済的事例）と社会による人権侵害などと漠然とした分類をしている<sup>191</sup>。

別の新聞記者は「シルハラ」と表記している<sup>192</sup>。この言葉は、毎日新聞の斉藤義彦らが見つけた和製英語である<sup>193</sup>。大塩まゆみは、1990年代の学会において「虐待」という表現方法について、疑問や意見が出たと述べている。また、実践者である保健師のなかからも「虐待」として認識することに抵抗を示す関係者があったとしている<sup>194</sup>。「高齢者虐待」という表現が定着したのは、1994年に田中荘司が代表として行った「高齢者の福祉施設における人間関係の調整にかかわる総合的研究」以降であろう。

## 2. 高齢者虐待の定義の形成過程

日本の高齢者虐待防止研究は、旧厚生省の福祉専門官田中荘司と、アメリカで研究を重ねた多々良紀夫が大きく影響している。彼らの著述から「高齢者虐待の定義」の形成を理解することができる。田中は、高齢者虐待を初めて意識したのは1984年であったと述べている。当時旧厚生省老人福祉課専門官であった田中は、1984年にノルウェーの社会福祉学者アイダ・ハイドゥル氏から「日本国内では、高齢者虐待の発生率は何%」の問いを受けたが、「誰も研究していないので分からないと回答するしかなかった」と述べている<sup>195</sup>。

---

<sup>189</sup> 『週刊読売』(53巻2号1994年) 25 - 29頁。

<sup>190</sup> 安藤明夫『シルバーハラスメント』(労働旬報社、1995年) 3頁。

<sup>191</sup> 津村智恵子・大谷昭編『高齢者虐待に挑む』(中央法規、2004年) 24頁。

<sup>192</sup> 樋口恵子監修編『女・老いにのぞむ』(ミネルヴァ書房、1995年) 125頁。

<sup>193</sup> 渡部克哉「高齢者虐待の定義をめぐって」社学研論集12号(2008年) 159 - 160頁。

<sup>194</sup> 大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論：その予防にむけて」社会学研究70号(1997年) 183頁。

<sup>195</sup> 『TOKYO人権』第15号2002年9月20日、東京都人権啓発センターHP参照

しかし、高齢者虐待について意識をもちながらも、1990年代までは大きなアクションは起こしていない。具体的な行動の開始は1991年のアメリカ行きであろう。田中はここで、高齢者虐待の研究者、特にアメリカでは虐待問題を行政課題として担当していたミシガン州政府の保護部長に面会し、虐待の定義、調査の方法などについて広範囲にわたり議論し学習している<sup>196</sup>。その後、1992年に高齢者処遇研究会を立ち上げ、全国的な虐待調査を行っている。これが、日本の本格的な高齢者虐待の研究の始まりである。

一方、日本の高齢者虐待防止に影響を与えた人物は、多々良紀夫である。多々良は、1988年にアメリカのNational Center on Elder Abuse (NCEA) (全米高齢者虐待問題研究所)の所長に就任し、1998年3月迄勤めた。その後、1998年に淑徳大学に赴任してからは、研究者としてアメリカでの研究を日本に広く紹介した。特に、2002年2月7日に自民党のなかに高齢者虐待防止法の勉強会が立ち上がってからは、高齢者虐待防止法制定に向けて主導的な役割を果たした<sup>197</sup>。

尚、多々良は、第21回日本保健福祉学会学術集会(2008年)の基調講演で「(日本の)高齢者虐待防止法の法律案の最初は私です」と言っている。このように、日本の高齢者虐待研究および政策はアメリカの影響を大きく受けている。それゆえに、高齢者虐待の定義の構築においても多大な影響を受けている。

### 3. 日本における「高齢者虐待」定義の方向性

日本において本格的な高齢者虐待の調査は、1992年に田中荘司が行ったものが最初である。この調査のなかで田中は、「虐待とは親族など主として高齢者と何らかの人間関係のある者によって高齢者に加えられた行為で、高齢者の心身に深い傷を負わせ、高齢者の基本的人権を侵害し、時に犯罪行為である」と定義した<sup>198</sup>。

高齢者虐待防止法制定に中心的役割をもって関わった多々良は、「アメリカの場合、まず、連邦法ができ州がそれに基づいた州法をつくるというのが普通の流れです。州によって異なった解釈をするので、同一の法律がある州は、まずありません。虐待の定義についてもそのまま連邦法の定義を使う州もあれば違う州もあります、自分の州の特徴に合わせ

---

<http://www.tokyo-jinken.or.jp/>。

<sup>196</sup> 『TOKYO 人権』第15号 2002年9月20日

<sup>197</sup> 多々良紀夫「高齢者虐待への専門的対応と専門性」日本保健福祉学会誌 16巻1号(2010年)3頁。

<sup>198</sup> 田中荘司「高齢者の虐待、身体拘束を考える」介護福祉 63号(2006年)9頁。



た独自の法律、対応の仕方をつくるわけです」と、高齢者虐待概念の地域性および曖昧性について述べている<sup>199</sup>。

また多々良は、アメリカの『ソーシャルワーク百科事典（第19版）』の Elder Abuse の項を執筆したが、その冒頭に「法律、制度、調査の数と同じくらい（高齢者虐待の）定義がある」と述べ、連邦議会の定義、州レベルでの定義、研究者による定義などを紹介している<sup>200</sup>。アメリカにおいて、州により独自の定義が求められるのは、高齢者虐待には地域性が色濃く反映されるからであろう。そうであるとすれば、日本における「高齢者虐待の定義」は、アメリカにおける定義の流れを踏まえた上で、日本の独自の道徳や文化を反映したものにすべきではなかろうか。

アメリカでは、Older American Act（高齢アメリカ人法）の制定過程において、1950年代に、高齢者の長期介護が社会問題化したため、議会での関心の高まりがあった。その後 The American Association of Homes for Aging（全米高齢者ホーム協会）、The American Nursing Home Association（全米ナーシングホーム協会）等が設置され、ロビー活動を通して、国会承認の第一回高齢化に関するホワイトハウス会議を開催させ The Older American Act（高齢アメリカ人法）（1965年）が制定された<sup>201</sup>。

その流れのなかで1987年に高齢者アメリカ人法のなかに elder abuse が規定されることになった。これは、正に高齢者虐待の定義は普遍的なものではなく、国、地域、社会、時代により変化することの表れである。私たちが、高齢者虐待防止を考えると、定義は普遍的でないことを意識した上で、常に時代的背景、地域的背景などを考慮しながら、高齢者の「個人の尊厳」の視点から柔軟に高齢者の人権・権利擁護に関わる者の中でコンセンサスを図りながら、明確な定義を検討しなければならない。

## 第2項 アメリカにおける「高齢者虐待」の定義の形成過程の検証

### 1. アメリカにおける高齢者虐待の定義の形成

#### (1) 1970年代の高齢者虐待を表す言葉

アメリカにおいても日本と同様に、高齢者虐待の定義の前に、用語としての混乱があった。1970年代には、granny battering（おばあちゃんたたき）とか granny bashing（お

<sup>199</sup> 多々良紀夫「高齢者虐待への専門的対応と専門性」日本保健福祉学会誌 16 巻 1 号(2010年) 2 頁

<sup>200</sup> Tataru T. “Elder Abuse” in Edwards R.L. et al (eds.), 1995, *Encyclopedia of Social Work*, 19th edition, Washington, D.C., NASW press, pp. 834-842.

<sup>201</sup> 溝田弘美「アメリカの高齢者政策におけるアドヴォカシーの役割」政策科学 7 巻 1 号(1999年) 115 頁。

ばあちゃんいじめ) という呼び方が用いられている。しかし、この用語では祖母または高齢者のみが身体的虐待だけを受けているというイメージで偏見を植え付けると批判され、以後“old age abuse” “elder mistreatment”などのいくつかの用語が使われている<sup>202</sup>。

## (2) elder abuse の使用について

アメリカでは、1977年に下院高齢者問題特別委員会が初めて高齢者問題を取りあげた。C.ペッパーを委員長とする委員会は、聴聞の開始、証言を聴取し elder abuse という語を使用して、1981年に高齢者虐待の全国調査を行い、報告書を作成している<sup>203</sup>。しかし、アメリカの高齢者虐待の研究者ジョセフ・J・コスタの1984年の発言を見ると「老人虐待についての明瞭な定義がない」として、高齢者虐待の定義の不明瞭性を指摘している<sup>204</sup>。

その後、1987年The Older American Act(高齢アメリカ人法)改正において elder abuse が明文規定となり、1988年「(National Center on Elder Abuse: NCEA)全米高齢者虐待問題研究所」設立に至り、高齢者虐待の概念として、elder abuse が一般的に用いられるようになった。

しかし、2008年の時点においてリチャード・J・ボニー、ロバート・B・ウォレスは、*Elder Mistreatment: Abuse, Neglect, and Exploitation in an Aging America*<sup>205</sup>という題名の著書を刊行している。この題名の表現から abuse は、身体的、精神的、性的虐待と親和性を持ち、すべてを包括する虐待概念が mistreatment であるように思える。改正高齢アメリカ人法(2000年11月13日)では、第102条第13項で、「abuse とは、故意による(A)傷害、不合理な監禁による苦痛又は身体的損傷、心痛又は精神的苦悶を招く悲惨な取扱い及び(B)身体的な損傷、精神的な苦悶又は精神の病気を避けるために必要なサービス又は財の介護者を含む者による剥奪を意味する」<sup>206</sup>としている。

---

<sup>202</sup> 大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論：その予防にむけて」社会学研究 7号(1997年) 178頁。

<sup>203</sup> 白井キミカ、黒田研二「在宅での高齢者虐待をもたらす要因について：諸外国および日本における研究のレビュー」社会問題研究 48巻2号(1999年) 76頁。

<sup>204</sup> ジョセフ・J・コスタ、中田智恵海訳『老人虐待』(海声社、1998年) 2頁。

<sup>205</sup> Bonnie, R. J. & Wallace, R. B. (eds.), 2003, *Elder Mistreatment: Abuse, Neglect, and Exploitation in an Aging America*, Washington, D.C., The National Academies Press.

<sup>206</sup> 田中荘司「高齢者の虐待、身体拘束を考える」介護福祉 63号(2006年) 10頁。

一方、第 24 項で「**exploitation** とは、高齢者の金銭又は社会保障給付金、利益、もうけ等の資材を使用する介護者又は受託者を含む個人の詐欺あるいは不法的又は未承認のままの使用あるいは不適切な行為及びその過程を意味する」と規定している。このことから、**abuse** と **mistreatment** の関係は、**mistreatment** が **abuse**、**neglect**、**exploitation** を包括する概念のように思われる。

## 2. アメリカの高齢者虐待理解の問題性

カナダオンタリオ州ウォータール大学老年学客員教授のフランク・グレンデニングは、アメリカの高齢者虐待の定義について、1980 年代に多くの定義が乱立したが、明確さ・精緻さを欠いた広義な概念であったと述べている。そして、その原因として、高齢者虐待の被害者、介護者、医師、看護師、専門機関、ソーシャルワーカー、行政などが、異なる視点で虐待を理解している点を挙げている<sup>207</sup>。ハドソンは、「何が高齢者虐待で、何がそうでないのか？高齢者の放置とは？弱みにつけこむ侵害とは？自己虐待とは？誰がこれらの用語を定義するのか？」と、高齢者虐待の本質に関わる論点を提起している<sup>208</sup>。

## 3. アメリカにおける研究者の高齢者虐待の定義の現状と問題点

### (1) アメリカにおける虐待類型について

アメリカにおける高齢者虐待の定義は、虐待類型を重視する研究者と概念を重視する研究者の間でコンセンサスがとれていない。また、虐待類型を重視する研究者の間においても、十分な検討がなされていない。ピレマーとフィンケルホーによれば、1981 年にアメリカにおいて、高齢者虐待の定義を合議しようとした専門家会議は、失敗であったといわれている<sup>209</sup>。1979 年から 1990 年の間に数多くの研究者から高齢者虐待の種類の提示がなされているが、これらの研究者に共通する虐待の概念は、身体的虐待、心理的虐待、ネグレクト（介護の放棄・放任）である。

これらに加えて、ラウとコスバーグは、物質的虐待および権利の侵害を提示している。ブロックとシノットは、医学的虐待の概念を提示している。シェンは、社会的・環境的虐

---

<sup>207</sup> ピーター・デカルマー、フランク・グレンデニング編著、田端光美、杉岡直人監訳『高齢者虐待』（ミネルヴァ書房、1998 年）7 頁。

<sup>208</sup> Hudson, M. F., 1986, "Elder Mistreatment: Current Research", p. 160 in K. A. Pillemer and R. S. Wolf (eds.), *Elder Abuse: Conflict in the Family*. Dover, Mass.: Auburn House Publishing Co.

<sup>209</sup> ピーター・デカルマー、フランク・グレンデニング編著、田端光美、杉岡直人監訳『高齢者虐待』（ミネルヴァ書房、1998 年）12 頁。

待を挙げている<sup>210</sup>。スタインメッツの 1990 年に提示した分類<sup>211</sup>から察するに、研究者が独自の視点で提示した高齢者虐待の分類は、1990 年頃までに、「身体的虐待」、「心理的虐待」、「性的虐待」、「ネグレクト（放置・放任）」、「経済的虐待」に整理されつつあったのではなかろうか。

そして、この頃の通説的分類が、田中荘司を通して、日本の高齢者虐待の研究に影響を与え、日本の高齢者虐待防止法の虐待類型（身体的虐待、ネグレクト、心理的虐待、性的虐待、経済的虐待）につながっているのではなかろうか。なお、数多く広範囲の虐待類型の設定は、虐待の因果関係の把握を不可能にすると指摘もある<sup>212</sup>。

また、同じ行為であっても、研究者により分類が異なるケースがある。例えば、「身近ケアをしないこと」について、ラウとコスバークは、「身体的虐待」としている<sup>213</sup>。センストックとリアンは、「心理的虐待」に分類している<sup>214</sup>。

行政の立場から高齢者公正法（Elder Justice Act）は、身体的虐待、心理的虐待、経済的虐待<sup>215</sup>、ネグレクト、セルフ・ネグレクトを虐待類型としている。高齢アメリカ人法（The Older American Act）は、身体的虐待、精神的虐待、経済的虐待、ネグレクトに

---

<sup>210</sup> ピーター・デカルマー、フランク・グレンデニング編著、田端光美、杉岡直人監訳『高齢者虐待』（ミネルヴァ書房、1998年）8 - 9頁。

<sup>211</sup> Steinmetz, S. K., 1990, "Elder Abuse: Myth or Reality?" in T.H. Brubaker (ed.), *Family Relationships in Later Life*. Newbury Park, CA: Sage.

<sup>212</sup> Hirst, S.P. & Miller, J., 1986, "The Abused Elderly", *Journal of Psycho-Social Nursing*, 24(10), pp. 28-34.

<sup>213</sup> Lau, E. & Kosberg, J.I., 1979, "Abuse of the Elderly by Informal Care Providers", *Aging*, pp. 299-301.

尚翻訳については、ピーター・デカルマー、フランク・グレンデニング編著、田端光美、杉岡直人監訳『高齢者虐待』（ミネルヴァ書房、1998年）10頁。

<sup>214</sup> Sengstock, M. C. & Liang, J., 1982, "Identifying and Characterizing Elder Abuse". Unpublished manuscript, Wayne State University Institute of Gerontology, cited in M.F. Hudson and T.F. Johnson, 1986, "Neglect and Abuse: A Review of the Literature", in C. Eisdorfer et al. (eds.), *Annual Review of Gerontology and Geriatrics*, vol.6. New York Springer. 尚翻訳は、ピーター・デカルマー、フランク・グレンデニング編著、田端光美、杉岡直人監訳『高齢者虐待』（ミネルヴァ書房、1998年）10頁。

<sup>215</sup> 条文上は、**exploitation** なので、通常は「搾取」と訳す。しかし、条文の用語の説明では、高齢者の金銭または社会保障の給付金、利益、儲け等の資材の使用あるいは高齢者の正当な使用手段の機会を剥奪する結果となる高齢者の資材を使用する介護者又は受託者を含む個人の詐欺あるいは不法的又は未承認のままの使用あるいは不適切な行為及びその過程を意味する（前掲注 182 の田中荘司の翻訳）。この内容は、高齢者虐待防止法第二条第四項第 2 号の「養護者又は高齢者の親族が当該高齢者の財産を不当に処分することその他当該高齢者から不当に財産上の利益を得ること」と同じ内容であるので、「経済的虐待」と標記する。

分類している。施設内虐待に着目した 1991 年全国高齢者虐待情報センター調査では、虐待類型を、性的虐待を含む身体的虐待、身体拘束の不適切な活用、言語的又は情緒的虐待、身体的ネグレクト、情緒的ネグレクト、医療上のネグレクト、個人の所有物・金銭的虐待、その他州が規定したすべての虐待としている。

## (2) アメリカにおける虐待の定義の問題点

アメリカの虐待の定義形成については、英米法の影響が見受けられる。すなわち、概念を精緻に構築し、法を制定するのではなく、直面した具体的な問題解決のための概念設定がなされている。その背景には、高齢者虐待にかかわる利益団体のロビー活動がある。リチャード・J・ボニーとロバート・B・ウォレスは、多くの研究者が、高齢者が経験するあらゆる問題をひっくるめて「虐待」と呼んでおり、アメリカにおける高齢者虐待研究は言語的精緻性に乏しい点を指摘している。また、ほとんどの研究が、多様な種類の虐待やネグレクトをきちんと区別しないで、無差別に扱っているとも指摘している<sup>216</sup>。

アメリカの調査・研究の混乱から、私たちは、有効な調査・研究には明確な高齢者虐待の定義の構築が必要であることを学ばなければならない。そのためには、高齢者虐待概念の明確化と高齢者の個人の尊厳を守るための手段としての高齢者虐待類型の構築が必要であると考えられる。

## 第 3 節 日本における高齢者虐待の定義

最初の学術的な先行研究といわれている金子善彦の研究では、虐待を「①身体的なもの（加害）、②与えるべきものを与えない（加害）、③精神的なもの（加害）、④物質的なもの（加害）」の四つに分類し<sup>217</sup>、「当事者である老人にとって、いわれのないたとえがたい苦痛が伴うものであれば、れっきとした虐待である」<sup>218</sup>と、虐待概念を提起している。金子の研究の意義は大きいですが、この概念設定は、被虐待者の主観に依拠しており、高齢者虐待の反社会性を国民に啓発する客観的行為規範とするのは難しい。

田中荘司を中心とする高齢者処遇研究会が 1992 年に行った「高齢者の福祉施設における人間関係の調査に係わる総合的研究」のなかで、虐待類型を①「身体的暴力による虐待」、②「性的暴力による虐待」、「③心理的障害を与える虐待」④「経済的虐待」、⑤「介護等

<sup>216</sup> リチャード・J・ボニー、ロバート・B・ウォレス編著、多々良紀夫監訳『高齢者虐待の研究』（明石書店、2008 年）66 頁。

<sup>217</sup> 金子善彦『老人虐待』（星和書店、1987 年）195 - 196 頁。

<sup>218</sup> 金子善彦『老人虐待』（星和書店、1987 年）345 頁。

の日常生活上の世話の放棄、拒否、怠慢による虐待」としている。ただし、介護者の無理解や無知による非意図的虐待は除外している。田中の「虐待」理解は、虐待者の行為無価値性（行為の反社会性）に着目したものと思われる。しかし、被虐待者からすれば、虐待者の意図は自己の人権・権利に関係ない。意図的であろうが、非意図的であろうが高齢者の人権・権利の侵害結果は同じである。それゆえに、筆者は、「虐待」を行為無価値性からのみの視点で定義することは妥当ではないと考える。高齢者虐待は、行為無価値と結果無価値（被虐待者の法益侵害）の二つの視点から考えるべきである。なお、高齢者処遇研究会は、1997年に「高齢者虐待とは、親族など主として何らかの人間関係のある者によって高齢者に加えられた行為であって、高齢者の心身に深い傷を負わせ、高齢者の基本的人権を侵害し、時に犯罪上の行為である」と、概念を提示している。

1995年に中村雪江、細矢次子他による『高齢者虐待調査報告』では、高齢者虐待を「身体的虐待」、「心理的虐待」、「経済的虐待」、「介護等の日常生活上の世話の放棄・拒否・怠慢」に分けている。なお、1994年に厚生省（当時）の老人保健福祉局長であった横尾和子が行政的な定義は未確定としながら、「ネグレクト」「身体的虐待」「精神的虐待」「経済的虐待」の4分類を述べている<sup>219</sup>。しかし、性的虐待について意識していなければ、着脱、入浴・排泄時に高齢者の身体露出を長時間さらし、高齢者の羞恥心（プライバシー権）を侵害することが常態化する危険性がある。性的虐待類型は、福祉現場で高齢者の尊厳を保持する上で不可欠の類型である。

1996年高崎絹子他により行われた『老人虐待と支援に関する研究(2)老人虐待報告書』では、「身体的暴力」、「介護拒否・放任」、「情緒的・心理的暴力」、「金銭的・物質的搾取」、「性的暴力」、「その他」に分類している。1997年に大國美智子を中心とする大阪高齢者虐待防止研究会が実施した『高齢者虐待の全国実態調査』では、「身体的虐待」、「世話の放棄・拒否」、「心理的虐待」、「経済的虐待」、「性的虐待」、「その他」に分類している。田中荘司を代表とする高齢者処遇研究会は、2000年の『特別養護老人ホームにおける高齢者虐待に関する実態と意識調査報告書』では、「身体的虐待」、「性的虐待」、「心理的虐待」、「世話の放棄」、「自由の束縛等」、「プライバシーの侵害」、「その他」の7種類に分類しており、1994年の調査よりも虐待の範囲をより具体化している。

1998年の水無瀬文子、大塩まゆみ他寝たきり予防研究会による『在宅要介護高齢者の虐待に関する調査研究』では、「身体的虐待」、「性的虐待」、「言語的虐待」、「心理的虐待」、

---

<sup>219</sup> 1994年5月27日の第129回国会衆議院決算委員会第二分科会議録参照。

「経済的虐待」、「意図的放任」、「無意図的放任」、「意図的自己放任」、「無意図的自己放任」、「その他・冷遇」の十種類に分類している。この調査に携わった大塩まゆみは、高齢者虐待の予防的観点を重視して分類を詳細化している<sup>220</sup>。

大塩の高齢者虐待防止のアプローチは、被虐待者の利益保護を虐待者の反社会性よりも重視しているところにある。すなわち、虐待概念に虐待者の行為無価値性の他に、被虐待者の結果無価値を加えて高齢者虐待の定義を構築している。特に、「意図的自己放任」を高齢者虐待の類型に入れているところが、結果無価値への配慮であり、他の研究者と異なるところである。また、「言語的虐待」を別個の虐待類型としていることも特徴である。内容は、「ののしり、侮辱、脅迫、叱責、非難、悪意なからかい等、言葉による精神的な苦痛を与えること」である。これは、通説的な心理的虐待の内容であるが、大塩は心理的虐待とは、別の虐待類型として提示している。心理的虐待は、被虐待者の心理を基準とするので、外部から虐待の判断が困難である。

大塩のように虐待の予防的観点を重視するなら、外部から判断しやすい言語的虐待概念をつくることは、高齢者の人権保障を厚くする意義がある。1999年と2000年の多々良紀夫を代表者とする「高齢者虐待の発生予防及び援助方法に関する学際的研究報告書」では、「身体的虐待」、「世話の放棄」、「情緒的・心理的虐待」、「金銭的・物質的搾取」、「性的虐待」の5種類に分類している。

#### 第4節 高齢者虐待の定義についての提言

##### 第1項 日本における定義の構築の視点

高齢者虐待の定義は、時代や社会的背景により変化する。さりとて、定義に様々な要素を過度に含めると、複雑なものとなり、逆に私たち国民は高齢者虐待への意識喚起が弱まる。そこで、筆者は、高齢者虐待の定義は、三つの視点から検討する必要があると考える。すなわち、高齢者虐待の定義は、単一で一義的なものではなく、三つの視点の複合体だと考える。そして、必要に応じて概念を活用すればよいと考える。具体的には、国民に高齢者虐待の反社会性をイメージとして啓発するときは、虐待類型としての定義を使い、調査・研究等で明確な概念が要請される場合は、定義の構成要件を使う。そして、国民の行為規範として用いるときには、概念的な定義を用いるのである。

---

<sup>220</sup> 大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論：その予防にむけて」社会学研究7号（1997年）180 - 182頁。

第一は、高齢者虐待の構成要件（構成要素）の視点である。先行研究において、虐待類型の検討は数多くなされているが、構成要件の検討を正面から行ったものは多くない。1997年に大塩まゆみの「高齢者虐待・放任概念の基本的要素」についての検討は示唆に富むものである<sup>221</sup>。しかし、その後、この視点からの研究は活発化していない。高齢者虐待の防止については、医療・福祉・法律・行政など多くの専門職が関係する。情報を共有し、より迅速な対応をするためには、高齢者虐待の現象をより客観化する必要がある。それゆえに、高齢者虐待の構成要件を社会現象や法的視点から検討する必要がある。

第二は、高齢者虐待の分類の視点である。高齢者虐待を分類する意義は、国民に高齢者虐待の反社会性を啓発し、虐待の予見可能性を引き出す上で重要である。

第三は、高齢者虐待の概念設定である。概念は、私たちの意思に働きかけ、内心に行為規範を構築し、虐待を防止する役割を担う。それゆえに、虐待の本質を含んだ明確な概念設定が求められる。筆者は、この概念を「高齢者が本来有する自己実現過程を他者の介入により阻害され、基本的人権が侵害された結果、人権の保障するすべての領域において、社会的相当性を超えて生活の質の低下を招くこと」と定義する。

## 第2項 高齢者虐待の構成要件についての検討

### 1. 非対称的力関係

まず、高齢者虐待の構成要件として、虐待者と非虐待者との間の非対照的な力関係の存在が必要である。高齢者虐待は、基本的に「喧嘩」、「いじめ」、「財物の搾取」、「保護責任者遺棄」、「猥褻行為」など反社会的な行為である。では、どこに一般的な反社会的行為と異なる高齢者虐待の特殊性があるのだろうか。一般的な反社会行為と「高齢者虐待」の相違点を明確化しなければ、一般国民に高齢者虐待防止を啓発することができない。筆者は、高齢者虐待は「非対称的な力関係」において、支配的地位にある者により、非自立的な生活環境の実現ができない高齢者に対して行われる「個人の尊厳」の保障された社会生活を侵害する反社会的行為である、と考える。

具体的には、家庭における介護者（養護者）と被介護者、施設における介護者（職員）と被介護者（利用者）の関係を想定している。高齢者施設において利用者（高齢者同士）の殴り合いの喧嘩は、利用者間には、対等な関係にあるので、虐待関係ではなく、暴力関係である。

---

<sup>221</sup> 大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論：その予防にむけて」社会学研究7号（1997年）、180頁。



## 2. 非自立的生活環境

高齢者虐待防止は、一般に高齢者という社会的弱者の法益保護を目的としている。しかし、高齢者がすべて社会的弱者ではない。私たちが保護の客体として想定しているのは、①経済的自立が困難な高齢者、②身体的自立が困難な高齢者、③様々な理由から社会参加が困難な高齢者である。これらを総合した用語として、筆者は、「非自立的生活環境」という文言を用いている。

尚、高齢者虐待防止法第2条4項2号の場合（経済的虐待）は、他の虐待類型と異なり、高齢者が養護されていない場合でも、「経済的虐待」とされている。これは、経済的虐待が同居しない親族より頻繁に行われているという経済的虐待の特殊性に基づいて制定されたものである。筆者は、この場合であっても、社会的弱者の財産権侵害という高齢者虐待の行為の特殊性から、他の虐待類型と同様に「非対称的力関係」と「非自立的生活環境」の構成要件に該当しない限りは、経済的虐待とは考えない。

## 3. 故意又は過失の存在について

高齢者虐待の反社会性は、虐待者の故意に求められる。それゆえに、高齢者虐待には、行為者の故意が要件となる。この場合、「確定的な故意」と「未必の故意」の双方を含むと考える。なぜならば、介護者には保護責任が課せられているので、「このままだと健康被害が想定される、しかし、それならばそれでいい」という、未必の故意であっても、十分に反社会性があると考えられるからである。

一方、介護者の過失に基づいて虐待が発生した場合はどうだろうか。例えば、介護者が意図せず高齢者が放置された結果、褥瘡が発生した場合はどうだろうか。あるいは、介護の知識が不足したまま介護して、高齢者をベッドから落とし、骨折させた場合はどうだろうか。事故と高齢者虐待の区別が問題となる。

筆者は、介護者が無過失で虐待と同じ結果が発生した場合は、事故と考える。なぜなら、無過失責任を介護者に課すことは、介護者に行為の萎縮を発生させ、バーンアウトを誘発する危険性があるからだ。しかし、同じ介護者であっても養護者と専門的知識を有する施設職員の行為無価値性は同一ではない。それゆえ、在宅における養護者が高齢者に対して、「認識ある過失」にもとづいて高齢者の人権・権利を侵害した場合は、「高齢者虐待」ではなく「事故」であるが、施設職員が「認識ある過失」に基づいて高齢者の人権・権利を侵害した場合は、「高齢者虐待」と考える。

### 第3項 高齢者虐待類型について

## 1. 虐待類型構築の視点

日本の先行研究における高齢者虐待類型は、上記のごとくアメリカの先行研究等を踏襲して形成されてきた。しかし、高齢者虐待類型は高齢者の人権が侵害された結果、高齢者の社会生活領域において生活の質の低下として表れたものである。それゆえに、虐待類型は、侵害される具体的な人権をもとに個別に考慮しなければならない。なお、ここでは人権の私人間適用について、人権を私法の一般原理に置き換えて適用する考え方（間接適用説）を前提に考える。

例えば、表現の自由（憲法第 21 条）の侵害（高齢者の行動の制限、高圧的な態度による威圧、性的な接触関係）は、身体拘束、言語による心理的虐待、非言語による心的虐待、非合理的な差別、性的虐待と関係する。

財産権の保障（憲法第 29 条）の侵害（高齢者の財産権の搾取や自己の財産の管理ができない状態）は、経済的虐待、意図的ネグレクト、非意図的ネグレクト、非意図的セルフ・ネグレクトと関係する、と考えるのである。

## 2. 具体的な虐待類型について

### (1) セルフ・ネグレクト（自己放任）について

認知症高齢者は、自己の意思に関わらず、自らをネグレクト状態に陥らせる場合がある。一方、正常な意思に基づいて自己決定の結果、ネグレクト状態になる場合がある。この場合、支援が必要なのは、意思能力が不十分な場合である。

それゆえに、筆者はセルフ・ネグレクトを、**passive self-neglect**（非意図的自己放任）と **active self-neglect**（意図的自己放任）に分類して検討し、**passive self-neglect** を高齢者虐待の類型に入れるべきだと考える<sup>222</sup>。**active self-neglect**（意図的自己放任）は、自己決定権の行使と理解し、原則として高齢者虐待の類型から除外する。

### (2) 非言語による心理的虐待と総括

心理的虐待という分類は、被虐待者の心理状態に対する虐待であるため、結果発生を正確に目視することができない。その結果、高齢者虐待は社会的に潜在化し、発見が困難に

---

<sup>222</sup> 大塩は、自分の身の回りの清潔・健康管理や家事などが、本人の体力・知識・技能等の不足により、または何らかの事情により本人も気づかないうちにできなくなった結果、心身の健康上の問題が引き起こされることを「無意図的自己放任」としている。一方、本来自分ですべき身の回りの清潔や健康管理・家事などを本人にする力があっても、自分から放棄し、しなかった結果、心身の健康上の問題が生じることを「無意図的自己放任」としている。大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論—その予防にむけて」社会学研究 7 号（1997 年）181 頁。

なる。そこで、わざと無視・蔑視・返事をしない、嫌がらせ行為により高齢者に圧迫を加える行為を「非言語による心理的虐待」(non-verbal psychological abuse)として、高齢者の心理状態にかかわらず、上記の行動があれば心理的虐待を擬制すべきだと考える。一方、ののしり、侮辱、脅迫、叱責、非難、悪意に満ちた言語の表出などを「言語による心理的虐待」(verbal psychological abuse)として、高齢者の心理状態を問題とすることなく心理的虐待を擬制すると考える。

「無視、蔑視、返事をしない」等言葉を発しない行為は、陰湿ないじめとして高齢者の心を傷つける。しかし、私たちは、社会において反社会性を意識することなく、安易にこの様な行為を行っている。それゆえに、言語と非言語による虐待は、結果として同じ虐待の認識であっても、国民に高齢者虐待防止を啓発する場合には、区別した方が反社会性認識のインパクトが強くなるのではなかろうか。

したがって、elder abuse (高齢者虐待)の類型には、身体的虐待(「不法な有形力行使による虐待」という表現はどうか)、性的虐待、経済的虐待、非言語による心理的虐待、言語による心理的虐待、意図的ネグレクト、非意図的ネグレクト、非意図的セルフ・ネグレクト、非合理的な差別(discrimination)があると考え。身体拘束は、医療・福祉の現場で大きな社会問題となっており、社会に対して禁止の啓発が必要であることから、独立の類型とすることが好ましいと考える。

## 第5節 おわりに

日本の高齢者虐待の研究は、1990年代から本格的に開始された。この間、数多くの調査・研究が発表された。2003年には、この分野の研究者が専門領域を超えて互いに研究を深めるため日本高齢者虐待防止学会が設立された。この学会は、高齢者虐待分野で先駆的な研究を展開し、2005年には、高齢者虐待防止法の成立を導いた。この間、初代理事長は、元厚生省福祉専門官の田中荘司であった。二代目理事長の高崎絹子は、医療・保健系の研究者であった。三代目理事長は、多々良紀夫であり、アメリカで研究を積まれた福祉系の研究者であった。また、関西では、大國美智子や津村智恵子など医療・保健系の研究者により、質の高い研究が行われた。この間、日本の高齢者虐待防止研究の中核を担う研究者は、次の世代の高齢者虐待防止研究を担う人材を育てている。

しかし、残念なことに、高齢者虐待の最も基礎にある「人権研究」は、活発とは言えない状況である。本来、人権の理論的研究は、憲法の人権論の研究者が担うべきものである

が、人権論の研究者からの積極的な発言は少ない。高齢者虐待防止は、学際領域の問題であり、医療、福祉、法学等の研究者の積極的な交流が求められる。また、高齢者虐待防止の実践には、福祉現場の実践者の協力が不可欠である。この協力体制を構築するには、高齢者虐待にかかわる人が共通の高齢者虐待の定義を認識しなければならない。このような趣旨から筆者は、福祉系法学の研究者の立場から問題提起を試みた。

ところで、高齢者虐待の理論的研究は、「顕在的な虐待」にのみ目を向けたのでは不十分である。介護者の日頃の「不適切なケア」の継続、さらにそれ以前の「人権無配慮状態」の継続が虐待と境界域をなすいわゆる「グレーゾーン」をうみ、これを放置すると「顕在的な虐待」になる。

要介護高齢者の自己実現を守るためには、「人権無配慮状態」の段階から人権啓発を行い、ケアの質を向上させなければならない。日本の高齢者虐待防止研究はアメリカの影響を受けたので、*abuse* の概念に支配されている。すなわち、「顕在的な虐待」部分に多くの研究の目が向けられ、それ以前の「グレーゾーン」や「不適切ケア」の段階の研究は不活発である。これでは、高齢者虐待防止にとって不十分である。

この点について、中村京子は、グレーゾーンにおける高齢者の人権保障を厚くするため、スコットランド法に規定されている *harm* の概念による高齢者虐待防止に取り組み始めた<sup>223</sup>。これからの高齢者虐待予防の研究において、示唆に富むものである。筆者もこの方向性を参考にして、虐待の定義の研究とともに、「顕在的な虐待」から抜け落ちる部分の研究を展開したいと考えている。

---

<sup>223</sup> 中村京子「わが国の高齢者虐待防止法の『虐待』定義に関する一考察」社会関係研究 18巻1号(2012年)79頁。

## 第Ⅶ章 個別的人権課題の検討 (3) 身体拘束の法的検討

### 第1節 はじめに

身体拘束は、高齢者虐待発生段階では「グレーゾーン」で法的な問題が発生する。ところが、判例では「身体拘束」について十分な検討がなされてこなかった結果、福祉の実務においては、身体拘束をめぐる戸惑いが多くみられた。そのようななかで、平成 22 年 1 月 26 日に医療・介護における身体拘束の違法性をめぐる最高裁判決が出た。

そこで、高齢者虐待防止における重要な課題であり、法的に解決すべき問題が多い身体拘束について、この事件をもとに検討したいと考える。なお、現在医療施設における職員による虐待は、高齢者虐待防止法の対象になっていないが、医療施設も同様に適用させるべきであるという筆者の思いから、老人福祉施設と同様の扱いとしている。

この事件の概要は、当直の看護師らが抑制具であるミトンを用いて入院中の患者の両肢をベッドに拘束した行為に対し、患者（後に子らが訴訟を継承）が債務不履行又は不法行為に基づき損害賠償の支払いを求めたものである（いわゆる「一宮身体拘束事件」）（最判平成 22 年 1 月 26 日）。この事件は、患者に対する身体拘束の違法性が争われた訴訟で、最高裁が判断を示した最初のものである。

最高裁は、入院患者に対する抑制行為が許容されるのは、「その患者の受傷を防止するなどのために必要やむを得ないと認められる事情がある場合」のみであるとした。本件では、事実の認定において、「抑制行為にやむを得ないと認められる事情があった」として身体拘束を肯定している。

しかし、この判例は、身体拘束原則禁止を解除する（身体拘束を認める）根拠として、厚生労働省老健局が平成 12 年に示した①緊急性、②非代替性、③一時性を示すのみで、具体的な身体拘束原則解除基準を示したものではない。また、身体拘束の人権の観点から細かい分析もなされず、当該事案限りの事例判断に終わっている。このような判決では、施設職員等者（施設職員、介護サービス従事者および養護者を含めて「ケア従事者」と呼ぶ）は、身体拘束による人権侵害に怯え、福祉に携る者は、「人権」という抽象的な概念の呪縛のなかで、常に行為の萎縮に直面する。行為の委縮は、彼らの表現の自由の侵害であり、ケア従事者の自己実現が阻害される結果として、要介護高齢者に対するケアの質を低下させることになる。

ところで、福祉の現場では、従来から要介護者の人権保障については、職員の経験則が

支配し、彼らの人間愛と奉仕の精神により支えられている。「身体拘束ゼロ作戦」が提唱されれば、自己犠牲の上に身体拘束ゼロを目ざそうとする傾向がみられた。しかし、経験則と自己犠牲に支えられた福祉現場でいいのだろうか。

福祉は、要介護高齢者、その家族、施設職員の誰もが幸せでなければならないし、幸福を追求する権利をもっている。職員の自己犠牲はストレスとなり、要介護高齢者に対する虐待を誘発する危険性を潜在的に有している。社会のどの領域においてでも同じであり、社会福祉においても同様に、要介護高齢者も施設職員も誰もが同価値の人権を保障されなければならない。そこで、医療・福祉における「身体拘束」を法学（特に憲法・人権論）の分野からより精緻に検討したいと考える。

## 第2節 身体拘束と人権および虐待概念関係の明確化

### 第1項 身体拘束の現状

上川病院院長吉岡充によれば、特別養護老人ホーム、老人保健施設、介護療養型医療施設の介護保険施設だけで、確実に毎日4万人以上の高齢者が身体拘束を受けているという。しかも、そのうちの3割に当たる1万2000人以上が法的には3要素（厚生労働省老健局が示した身体拘束を例外的に認める緊急性・非代替性・一時性の要件）を満たさない違法な身体拘束、すなわち虐待にさらされているという。

身体拘束に関する統計は、国や都道府県が取るものである以上、表に出ない被拘束ケースの存在もある。また、介護保険の三施設以外のグループホームや有料老人ホームなどでの身体拘束の事例もある。したがって利用者の実数はさらに多い、考えられる<sup>224</sup>。

身体拘束についてのわが国の法制度の現状としては、一般的な見解として以下のように説明されている。「人の身体に対する拘束が違法であることは、わが国の法制度上は自明である。個人の尊重を定めた憲法13条、身体の自由を定めた憲法31条、逮捕監禁を犯罪として処罰している刑法220条などをみれば、わが国の法体系が人の意に反する身体拘束を原則として違法としていることを原則として否定していることはできない」<sup>225</sup>。

しかし、この見解では、一般論として身体拘束の違法性を論じて、身体拘束の対象者の

---

<sup>224</sup> 認知症介護研究・研修仙台センター「介護保険施設における身体拘束状況調査」（厚生労働省による全国調査、2005年12月）を根拠としている。「身体拘束運動の再構築を！」賃金と社会保障1512号（2010年）12頁。

<sup>225</sup> 中谷雄二「わが国における医療機関の身体拘束に対する法規制の現状と今後の課題」賃金と社会保障1512号（2010年）4頁。

人権尊重を喚起できたとしても、ケア従事者に対する身体拘束原則禁止を解除する基準を明確に提示することはできない。また、身体拘束の絶対禁止あるいは原則禁止も明確にすることはできない。身体拘束の具体的な弊害を認識した上で、より詳細な侵害される人権の検討が必要である。

## 第2項 身体拘束の弊害

この点、身体拘束「ゼロ作戦推進会議」が作成した「身体拘束ゼロへの手引き」が参考になる。これによれば、身体拘束の弊害として、身体的弊害、精神的弊害、社会的弊害が指摘されている（人権の関係については筆者の考え）。

### (1) 身体的弊害

関節の拘縮、筋力の低下、褥瘡の発生、食欲低下、心肺機能・感染症への抵抗力の低下（個人の尊厳の侵害、生存権の自由権的側面の侵害）

### (2) 精神的弊害

不安や怒り、屈辱、あきらめ、認知症の進行（個人の尊厳の侵害、表現の自由、生存権の自由権的側面の侵害）

### (3) 社会的弊害

施設等に対する不信感、偏見、心身機能の喪失による医療的処置により金銭的負担が発生（個人の尊厳の侵害、財産権の侵害、生存権の受益権的側面の侵害）

身体拘束は、抑制バンドなどにより物理的に行なわれるか、薬剤投与により化学的に行なわれるかのいずれかによって、ベッドから起き上がる、トイレに行く、社会的に活動するなどが制限される状態を指す<sup>226</sup>。身体拘束・抑制の手段にはベッド抑制と車椅子抑制がある。

ベッド抑制は、1970年代の老人医療費の無料化を契機として、いわゆる「点滴漬け」として表れてきた。車椅子抑制は、1989年に出された「高齢者保健福祉推進十ヵ年戦略（ゴールドプラン）」のいわゆる「寝たきりゼロ作戦」を契機として、寝たきりはよくないという「離床運動」の誤解から発生したといわれている。

寝たきりを避けて要介護高齢者を車椅子に座らせると、重度の障害をもつ人や変形拘縮のある人は長時間座位を保てないでずり落ちてくる。この防止にとして介護メーカーが開発したのが「安全ベルト」と称する T 字ベルトである<sup>227</sup>。

<sup>226</sup> 林泰史「身体拘束の医学的有害性について」介護福祉 63号（2006年）30頁。

<sup>227</sup> 柴尾慶次「身体拘束を考える：施設ケアのあり方と組織の課題」介護福祉 63号（2006

日本の身体拘束の歴史を辿ると、医療福祉制度の最低基準の遵守が優先事項とされ、要介護高齢者の自己実現の尊重の視点が欠落している。また、身体拘束を漠然と「人権侵害」と位置付けただけであり、具体的にどのような人権が侵害され、ケア従事者の行為の反社会性（行為無価値性）の検討や要介護高齢者の権利・利益の侵害（結果無価値性）の精緻な検証がなされていない。

それゆえに、介護保険法 110 条 2 項（指定介護療養型医療施設基準）を受けて定められた厚生労働省令「指定介護療養型医療施設の人員設備及び運営に関する基準」（以下、厚生労働省令と略す）15 条 4 項で原則として禁止されている身体拘束の具体的な行為と侵害される人権との関係を明確にする必要がある。加えて身体拘束の医学的有害性についても検討する必要がある。

東京都リハビリテーション病院長林泰史によれば、以下の医学的有害性を指摘している。抑制バンドで手足を固定した場合には四肢末梢側に循環障害や浮腫を生じる、固定した部位に擦過傷を生じる、抑制の仕方や部位によっては呼吸抑制による肺炎・消化管の蠕動運動障害によるイレウスを生じる、など様々な有害事象がみられる。高齢者に対して 3 日間以上身体拘束をした場合には生命予後に影響し、抑制死がみられるとの報告がある。

抑制死は、拘束されることによる弊害や新たな問題行動がより強い身体拘束・科学的拘束を必要とするといった悪循環を呼び、終に転倒すらできないような体となり、また人間としての尊厳と誇りとが奪われて生きる気力を失うために生じるものである。

### 第 3 項 身体拘束は高齢者虐待防止法が予定する虐待行為か

「高齢者の虐待防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」（以下、高齢者虐待防止法）は、わが国で初めて虐待の定義<sup>228</sup>について明文化した。しかし、身体拘束については、明文規定がないので虐待か否かが問題となる。身体拘束を単に「人権侵害」と抽象的な表現をするよりも明文に基づいて「虐待」とした方が、一般市民に対して身体拘束の反社会性をより強く意識させることができるのではなかろうか。それゆえ、身体拘束の具体例と高齢者虐待の態様の関係を意識する必要がある。

---

年) 57 - 59 頁。

<sup>228</sup> 身体的虐待とは、「高齢者の身体に外傷が生じ、又は生じるおそれのある暴行を加えること」（法 2 条 4 項 1 号イ）。ネグレクト（介護・世話の放棄・放任）とは、「高齢者を衰弱させるような著しい減食又は長時間の放置、養護者以外の同居人による身体的虐待、性的虐待と同様な行為の放置等養護を著しく怠ること」（法 2 条 4 項 1 号ロ）。心理的虐待とは、「高齢者に対する著しい暴言又は著しく拒絶的な対応その他の高齢者に著しい心理的外傷を与える言動を行なうこと」（法 2 条 4 項 1 号ハ）。



肯定説（身体的拘束は高齢者虐待とする説）は、高齢者虐待防止法 2 条 5 項に規定される虐待によって生ずる被害は、不当な身体拘束によって生ずるものであり、また、不当な身体拘束は列記の虐待（身体的虐待、心理的虐待など）の程度と同程度の、ときにはそれ以上悪質な虐待であることもあり、当然、高齢者虐待防止法の対象として規制されるべきものであるとする<sup>229</sup>。

一方否定説（身体拘束は高齢者虐待にはあたらないとする説）は、不当な身体拘束は、施設における高齢者虐待の最たるものであるにも拘らず、各種の虐待が列記されているなかに記載されていないのは、やはり高齢者虐待から除外されていると考えざるを得ないことと理由としている。また、肯定説は虐待類型の拡大解釈となり妥当でないことも理由として挙げている。

厚生労働省の見解は、以下の点を理由として肯定説を採用している。①高齢者に不安や怒り、屈辱、諦めといった大きな精神的な苦痛を与えることは、他の高齢者虐待類型と同じであること、②関節の拘縮や筋力の低下など高齢者の身体的な機能を奪ってしまう危険性があること、③高齢者が、他者からの不適切な扱いにより権利を侵害される状態や生命、健康、生活が損なわれるような状態に置かれることは許されるものではないことを理由としている<sup>230</sup>。

筆者は、身体拘束は、高齢者虐待の身体的虐待、心理的虐待、ネグレクト、場合によっては性的虐待と同じ反社会性があること、および高齢者虐待と同じく虐待者の反社会性があることから身体拘束は高齢者虐待に該当すると考える。

否定説は、身体拘束を高齢者虐待に含めることが文言の拡大解釈に該当するとするが、要介護高齢者に対する法益侵害性ならびにケア従事者の行為の反社会性が高齢者虐待の身体的虐待、心理的虐待、ネグレクト等と同じである以上、法解釈として拡大解釈とはいえない。

厚生労働省老健局『市町村・都道府県における高齢者虐待への対応と養護者支援について』（2006年4月）によれば、身体拘束はすべて高齢者虐待に該当し、介護保険法に基づく指定基準が規定する「緊急やむを得ない場合」に当たる場合に限り、高齢者虐待に該当しないと解している。しかし、身体拘束の態様と高齢者虐待の態様及び侵害される人権

<sup>229</sup> 学説の分類については、日本高齢者虐待防止学会第 2 回大会の和田忍「身体拘束禁止規定の一考察」を参考にしている。

<sup>230</sup> 『市町村・都道府県における高齢者虐待への対応と養護者支援について』（厚生労働省老健局 2006 年）を参照している。

の種類との関係について分析していない。

この点について高村浩以下のように解釈している。①例外要件（緊急性・非代替性・一時性）を満たさない身体拘束は、「高齢者を養護すべき職務上の義務を著しく怠る」ものとしてネグレクトに該当する。②例外要件を満たさず、かつ身体に外傷を生じ、又は生じるおそれのある方法で身体拘束を行なった場合は、ネグレクトと身体的虐待の双方に該当する。③例外要件を満たさず、かつ著しい心理的外傷を与える方法で身体拘束を行なった場合は、ネグレクトであると同時に心理的虐待に当たる<sup>231</sup>。

筆者は、身体拘束は後に述べる身体拘束原則禁止解除基準を満たさない限り、すべての態様において心理的虐待であると考え。なぜならば、一般健常人において、身体拘束は意思活動の正常性を阻害するものであり、過度な心理的ストレスを伴うからである。尚、認知症などで判断能力が低下している場合であっても、心理的ストレスは生じるのであるから健常者と同様に心理的虐待が発生すると考える。

#### 第4項 身体拘束禁止の保護法益としての人権

##### 1. 人権と虐待類型の関係

身体拘束を考えるにおいては、どの人権の侵害に該当するかを精査する必要がある。従来、福祉の現場では人権概念が極めて曖昧に使われており、その結果、福祉現場の様々な場面において高齢者の人権のみならず、高齢者に関係する施設職員や社会福祉法人などの人権が侵害されてきた。

例えば、福祉施設では頻繁に人権研修を行うが、人権の理論的・体系的な側面の学習をすることなく、一律に「高齢者の人権尊重」という抽象的な結果のみを求める。このことは、第Ⅲ章調査①の結果からも人権の体系的理解ができてないということを裏付けている。

それゆえ、施設職員は迷い、悩み、高齢者の自律・自立支援の枠を超えたサービス提供を目指し、過度に疲弊することが少なくない。この弊害を除去するためには、人権の本質と身体拘束が関係する人権の種類を明確化し、外部に示すことにより施設職員の内面的行為規範（自己の行為の正当化根拠）を構築しなければならない。

ところが、高齢者虐待防止の第一線で活躍する研究者の論文の中では単に「拘束や抑制は人権侵害にあたる」<sup>232</sup>とか「身体拘束そのものは人権侵害のおそれの高い行為であり、

<sup>231</sup> 高村浩「身体拘束の法的側面」介護福祉 63号（2006年）38頁。

<sup>232</sup> 柴尾慶次「身体拘束を考える：施設ケアのあり方と組織の課題」介護福祉 263号（2006年）56頁。

容易に認められるべきものではない」<sup>233</sup>（下線は筆者による）と、「人権侵害」という包括的かつ曖昧な概念でしか書かれていない場合がほとんどである。

また、一宮身体拘束事件について、2009（平成 21）年 12 月 9 日に最高裁判所第三小法廷に出した被上告人代理人弁護士の答弁書の中でも「身体拘束が原則として違法な人権侵害にあたることはあきらかである」とか「何人の、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」、「人間の尊厳を冒すような上告人の行為は、A の人格権に対する違法な加害行為である」としか主張していない。

判例においてすら、「身体抑制や拘束に関しては、従来から、患者の身体機能を低下させるなどの弊害がある上に、個人の尊厳や人権擁護の観点からも疑問がある」とか「本件抑制は患者の身体を自由を奪い、これを拘束するものであるから」<sup>234</sup>と述べるなど、身体拘束が具体的にどの人権の侵害になるのか明確にはしていない。そこで、身体拘束の態様により具体的にどの人権が侵害されるかを下記図 2 で検討した。

図 2 身体拘束原則禁止となる行為と侵害される人権・虐待の態様

NO.	身体拘束の具体例と関係する人権	虐待の態様
1	徘徊しないように、車椅子、ベッドに体幹や四肢をひも等でしばる	・身体的虐待 ・ネグレクト
	・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、法定手続きの保障、財産権、生存権（自由権的側面・社会権的側面）、人格権（自己決定権、プライバシー権・名誉権）	・心理的虐待
2	転落しないように、ベッドに体幹や四肢をひも等でしばる	・身体的虐待 ・ネグレクト
	・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、	・心理的虐待

<sup>233</sup> 「一宮身体拘束事件控訴審判決名古屋高裁平成 20 年 9 月 5 日判決について」賃金と社会保障 1480 号（2008 年）42 頁。

<sup>234</sup> 一宮身体拘束事件名古屋高裁判決平成 20 年 9 月 5 日。

	法定手続きの保障、生存権(自由権的側面・社会権的側面)、 人格権(自己決定権、プライバシー権、名誉権)	
<b>3</b>	自分で降りられないように、ベッドを柵で囲む	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ネグレクト</li> <li>・心理的虐待</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、財産権、生存権(社会権的側面)、人格権(自己決定権、プライバシー権、名誉権)</li> </ul>	
<b>4</b>	点滴・経管栄養等のチューブを抜かないように、四肢をひも等で縛る	<ul style="list-style-type: none"> <li>・身体的虐待</li> <li>・ネグレクト</li> <li>・心理的虐待</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、財産権、人格権(自己決定権、名誉権)、生存権(社会権的側面)</li> </ul>	
<b>5</b>	点滴・経管栄養等のチューブを抜かないように、または皮膚をかきむしらないように、手指の機能を制限するミトン型の手袋等をつける	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ネグレクト</li> <li>・心理的虐待</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、生存権(社会権的側面)、人格権(自己決定権、名誉権)</li> </ul>	
<b>6</b>	車椅子からずり落ちたり、立ち上がったりにしないように、Y字型拘束帯や腰ベルト、車椅子テーブルをつける	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ネグレクト</li> <li>・心理的虐待</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、法定手続きの保障、財産権、生存権(自由権的側面、社会権的側面)</li> </ul>	
<b>7</b>	立ち上がる能力のある人の立ち上がりを妨げるようないすを使用	<ul style="list-style-type: none"> <li>・身体的虐待</li> <li>・ネグレクト</li> <li>・心理的虐待</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・個人の尊厳、表現の自由、奴隷的拘束・苦役からの自由、自己決定権、財産権、生存権(自由権的側面、社会権的側面)、人格権(自己決定権、名誉権)</li> </ul>	
<b>8</b>	脱衣やオムツ外しを制限するために、介護衣(つなぎ服)を着せる	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ネグレクト</li> <li>・心理的虐待</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>・個人の尊厳、奴隷的拘束・苦役からの自由、表現の自由、</li> </ul>	

	生存権（社会権的側面）、人格権（自己決定権、プライバシー権、名誉権）	
9	他人への迷惑行為を防ぐために、ベッドなどに体幹や四肢をひも等でしばる	・身体的虐待 ・ネグレクト
	・個人の尊厳、表現の自由、奴隷的拘束・苦役からの自由、財産権、生存権（社会権的側面）、人格権（名誉権）	・心理的虐待
10	行動を落ち着かせるために、向精神薬を過剰に服用させる	・身体的虐待
	・個人の尊厳、表現の自由、財産権、生存権（自由権的側面、社会権的側面）、人格権（自己決定権、プライバシー権、名誉権）	・心理的虐待
11	自分の意思で開けることのできない居室等に隔離する	・ネグレクト
	・表現の自由、奴隷的拘束・苦役からの自由、財産権、生存権（自由権的側面、社会権的側面）、人格権（自己決定権、名誉権）	・心理的虐待

『身体拘束ゼロへの手引き～高齢者ケアに関わるすべての人に～』（厚生労働省 2001.3 をベースに人権と虐待の態様を筆者が検討を加えたものである。厚生労働省が示した No.1～11 までの身体拘束が高齢者虐待とどのような関係にあるかを示し、かつ下段で関係する人権について考察した。この関係を認識することにより身体拘束を行うすべての主体に、行為客体である高齢者の人権保障を意識させる内心的行為規範を構築させることを目的としている。）

## 2. 個人の尊厳（個人の尊重）

身体拘束は高齢者の「個人の尊厳」を侵害する。「個人の尊厳」は、日本国憲法の中核規定（13条）であり、すべての人権・法律・政治・経済・社会制度の授權規範となる。身体拘束の人権侵害性を検討するには、まず、個人の尊厳の意義を明確化する必要がある。

個人の尊厳とは、個人よりも全体の優位を説く全体主義を否定し、個人をかけがえのない存在ととらえてその尊重を求める個人主義の思想に立脚する考え方である。この原理は、

思想・信仰・表現などの人格的自律や精神作用を特に保護していると考えられる<sup>235</sup>。

憲法学説上、「個人の尊厳は、一方で自由の保障を根拠づけ、同時に、他方で国民の制憲権を根拠づけるのである。そして、憲法はこのような論理に立つ基本価値を体現するものとして、またそれゆえに、最高規範性を与えられるのである」<sup>236</sup>と説明している。あるいは別の論者は、人間の人格不可侵の原則と説明している<sup>237</sup>。

筆者は、「個人の尊厳」とは、人権の形成過程から自己の人生を誰にも介入・干渉されることなく自律・自立的に送る権利であると考え。そして、自由権を中心とするすべての人権の根拠となる具体的規範性をもった包括的な人権であると考え。

では、なぜ「個人の尊厳」が高齢者をはじめ、すべての人権の根拠となるのであろうか。この点について、筆者は、人権は人類の歴史の集大成であり、私たちの祖先の生命・自由・財産などの多大な犠牲の結果、この存在価値が私たちの社会に承認されたからであると考え。すなわち、「個人の尊厳」は人類の歴史と英知の至高なる所産であり、人類共通の財産であるからすべての社会体制の根源となりうるのである。個人の尊厳は身体拘束を否定する総則的・指導的役割を担う人権の中核概念である。

ところで、身体拘束は厚生労働省の『身体拘束ゼロへの手引き』によれば身体拘束について、上記の 11 種類が列記されている。身体拘束とされる具体例は、いずれも要介護高齢者の人格を損なうような手段で彼らの身体活動・精神活動に介入している。

その結果、高齢者は自己の思い通りの人生の実現（自己実現）を著しく阻害されることになる。それゆえ、身体拘束はいかなる態様であっても人権の根源である「個人の尊厳」重大な侵害行為である。

### 3. 身体拘束と身体的自由・表現の自由

身体拘束は、高齢者の身体活動の自由を拘束するので「人身の自由」、なかでも「奴隷的拘束」（憲法 18 条）に反する。憲法 18 条は、「奴隷的拘束」や「その意に反する苦役」が、「個人の尊厳」原理を基礎とする人権の保障構造に適合しないことを確認した規定である<sup>238</sup>。この規定は、奴隷制度廃止を目的としたアメリカ合衆国憲法修正 13 条 1 節に由来するといわれる<sup>239</sup>。しかし、日本には奴隷制度は存在しないので、高齢者虐待防止の手段と

<sup>235</sup> 吉田善明他編著『憲法辞典』（三省堂、2001年）168頁。

<sup>236</sup> 野中俊彦他著『憲法 I 〔第 4 版〕』（有斐閣、2006年）23頁。

<sup>237</sup> 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 〔第 4 版〕』（岩波書店、2006年）10頁。

<sup>238</sup> 小林孝輔他編『基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2002年）101頁。

<sup>239</sup> アメリカ合衆国憲法増補第 13 条第 1 節では、「奴隷および不任意の労役（involuntary

しての根拠条文になることができるか問題となる。

この点について学説上、戦前の国家総動員法による国民徴用制度からの自由をイメージしているとされる。すなわち、自己の意思に反した強制的な精神的・肉体的な拘束である。この制度における当時の臣民の自己実現の阻害と現代社会におけるケア従事者からの身体拘束による自己実現阻害は、ともに第三者からの意に反した精神的・肉体的な拘束であることから行為無価値性において近似性があり、結果として自己実現が著しく阻害されたという結果無価値において近似性がある。それゆえに、憲法 18 条は身体拘束防止手段としての根拠となる。

また、上記図 2 の態様によっては、自由権の中核である精神的自由の一類型である「表現の自由」の侵害となる。高齢者は自己の思い描いた自由な行為をすることにより、自分の目的とする活動を実現し、自己の思い通りの生活を実現し、満足を得る。しかし、身体拘束によりこの活動を制限すると円満な人格形成が損なわれ、自己実現が阻害される。それゆえ、身体拘束は高齢者の表現の自由（21 条）を侵害する行為である。

#### 4. 身体拘束と人格権

人格権とは、各人の人格に本質的な生命・身体・健康・精神・自由・氏名・名誉・肖像および生活等に関する利益の総体をいう。名誉権もプライバシー権も人格権の一種であるが、名誉権は人の価値に対する評価をいうのに対し、後者は社会的評価にかかわりない私的領域をいう<sup>240</sup>。この人権は、日本国憲法上、明文規定はないが個人の尊厳保障に密接に関連しているので 13 条の「幸福追求権」から新しい人権として導かれる。

ところで、身体拘束においては、拘束により屈辱的な姿態が社会に曝されることになるので高齢者の社会的評価を下げることになり、名誉権を侵害する。また、身体拘束により、高齢者の病歴、性癖、日常生活の問題点など個人情報に関する事項が表面化する。そこで、プライバシー権の侵害にあたる場合もある。

#### 5. 身体拘束と生存権

高齢者への身体拘束は、高齢者に対して肉体的・精神的な苦痛を与えるだけでなく、高齢者の起きる、歩くなどの基本的な能力を奪い、心肺機能の低下や感染症への抵抗力の低

---

servitude) は、犯罪に対する刑罰として適法に宣告を受けた場合を除くほか、合衆国内あるいはその管轄に属するいずれの地にも存在してはならない」となっている。

宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1979年）18 - 19 頁。

<sup>240</sup> 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法[第 4 版]』（岩波書店、2007年）120 頁。

下などをもたらす<sup>241</sup>。これは、本来、人が自らの人生を自らの意思に基づき全うする生存権の自由権的側面を侵害するものである。

また、身体拘束は、高齢者の健康で文化的な最低限度の生活の実現を阻害するものであり、厚生労働省の指導の下、極力廃止の方向性が求められる。それゆえ、身体拘束は、すべての態様によっても国家の介入による人権保障の側面（生存権の社会権的側面）を侵害すると考えられる。

### 第3節 身体拘束原則禁止と解除基準の問題点

#### 第1項 身体拘束の違法性阻却事由の検討

施設において利用者（高齢者）が施設に「入居」<sup>242</sup>する場合に、家族や利用者が身体拘束に同意するという文書に署名・捺印する 경우가少なくない。また、施設においては、これを根拠として身体拘束が行なわれてきた。しかし、このような一般的包括的な同意書では、身体拘束の違法性を阻却することはできない。

では、福祉施設で身体拘束を全面的に廃止できるのであろうか。感情論として、身体拘束の廃止を唱える前に法的な問題点の検討が必要である。上記のように身体拘束は個人の尊厳を侵害することは、明白である。それゆえ、行為自体の違法性が推定される。この行為が例外的に違法性阻却されるものとして想定されるのは、①緊急避難などの緊急行為による場合と、②正当業務行為の場合である<sup>243</sup>。

高齢者福祉施設における身体拘束の問題について、身体拘束原則禁止を解除する場合に、即、厚生労働省老健局が示す解除の三要件（緊急性・非代替性、一時性）をあたかも錦の御旗のごとくもちだす福祉関係者が少なくない。しかし、国家機関のなかで最も人権侵害の危険性が大きい行政機関に位置づけられる厚生労働省老健局が示す高齢者虐待防止の運用基準を過信することは人権保障の観点から好ましくない。あくまで、この基準は緊急避難と正当業務行為の判断のための一資料として考えるべきである。

---

<sup>241</sup> 中谷雄二「わが国における医療機関の身体拘束に対する法規制の現状と今後の課題」賃金と社会保障 1512号（2010年）9頁。

<sup>242</sup> 老人福祉施設において「入所」という表現が用いられるが、「入所」は施設に収容するというイメージが強く、措置の時代の福祉政策の印象を受ける。それゆえ介護保険制度の基盤となる契約を前提とするならば、当事者の対等性をイメージできる「入居」の方が妥当な表現であると考えられる。

<sup>243</sup> 中谷雄二「わが国における医療機関の身体拘束に対する法規制の現状と今後の課題」賃金と社会保障 1512号（2010年）6頁。



すなわち、医療行為により高齢者の身体拘束を行なう場合は、医師の判断が必要である（医師法 17 条、31 条）、臨時の応急の必要性があるときは看護師によることも例外的に存在する（保健師助産師看護師法 37 条但書）。その場合でも、医学的正当性判断の担保のために、事後に医師への報告・医師の承認を必要とする。この場合、医師の正当業務行為、場合によっては緊急避難の判断基準が「切迫性・非代替性・一時性」の三要件である<sup>244</sup>。

では、老人福祉施設において医療行為でない場合の身体拘束はどのように考えるべきであろうか。具体的には、高齢者自身の自傷又は他害の恐れがある場合が問題となる。この点、筆者は精神保健福祉法第 36 条を類推解釈すべきであると考え。精神保健福祉法第 36 条は、「精神科病院の管理者は、入院中の者につき、その医療又は保護に欠くことのできない限度において、その行動について必要な制限を行なうことができる」としている。

この条文を本来の対象者でない高齢者に類推適用することは高齢者の人権保障の観点から問題がある。しかし、認知症を発症した高齢者の行動は、精神疾患をもつ者と近似性があり、認知症自体が精神疾患の一類型である以上、高齢者の人権保障の観点からも類推適用には問題ないとする。それゆえ、高齢者施設で入居者である高齢者が自傷あるいは他害行為をする場合には、施設管理者（施設長）の判断により上記の三要件のもと身体拘束を例外的に認めることは正当業務行為、あるいは事例によっては緊急避難による違法性阻却の要件になると考える。

一宮身体拘束事件判決名古屋高裁判決（平成 21 年 9 月 5 日）によれば、「切迫性、非代替性、一時性の三要件については、上記の緊急避難行為として許されるか否かを検討する際の判断要素として参考になるものと考えられる」と判示している。

第 2 項「緊急やむを得ない場合」に該当する 3 要件の問題点

#### 1. 問題の所在

厚生労働省は、身体拘束について高齢者虐待の一類型であることを肯定した上で、①切迫性（利用者本人または他の利用者の生命または身体が危険にさらされる危険性が著しく高い場合）、②非代替性（身体拘束以外に代替する介護方法がないこと）、③一時性（身体拘束は一時的なものであること）を要件として、身体拘束原則禁止を解除し、身体拘束を認めている。

しかし、筆者は、この要件は曖昧で現実に適用が困難ではないかと考える。曖昧な基準

---

<sup>244</sup> 中谷雄二「わが国における医療機関の身体拘束に対する法規制の現状と今後の課題」賃金と社会保障 1512 号（2010 年）7 頁。

は、施設職員の広汎な裁量により身体拘束を容易に認めることになるとともに、反面施設職員の日常業務遂行にあたり行為の萎縮効果を生ぜしめる危険性もある。これは、施設職員の自己実現の手段となる人権に対しての重大な侵害である。そこで、この基準の法的な問題点を解釈上解決するとともに明確な制約の視点をもつ基準の定立を図らなければならない。

## 2. 切迫性の要件について

切迫性の要件については、「利用者本人または他の利用者の生命または身体が危険にさらされる可能性が著しく高い」との判断基準が曖昧である。

まず、判断者の主体は、医療行為を基礎とする身体拘束については、医師法 17 条、31 条 1 項但書を根拠として、原則として医師、精神疾患に類似する行為を基礎とする身体拘束については、精神保健福祉法 36 条を根拠に施設管理者（施設長）と考える。

次に、「著しく高い」の内容が不明瞭である。すなわち、身体拘束の原因となる行為と要介護高齢者又は他の利用者の生命又は身体の安全という法益侵害との因果関係について合理的な範囲であればよいのか、当時の医療・介護技術から見て最高の知識をもって判断するという「疑いを入れない合理性」までも求めるのか問題となる。

筆者は、患者の身体的権利の最大限の保障という医師法の立法趣旨から考えて、疑いを入れない合理性までも必要と考える。

## 3. 非代替性について

非代替性については、要介護高齢者の人権侵害を最小限度にするという視点が必要である。身体拘束以外に代替する医療・介護方法がないというのでは、施設職員に漠然とした規範意識しか与えず、人権侵害を最小限度とする効果が期待できないのではないか。

現場職員の規範意識をより明確化し、身体拘束による高齢者の人権侵害を防止するためには、より具体的な規範意識を喚起する人権制約基準を提起する必要があると考える。また、身体拘束にいたる身体拘束の行為主体（医療・福祉施設職員）の先行行為についても相当因果関係の範囲で非代替性の検証が必要である。

一宮身体拘束事件では、身体拘束に先立ち、本来トイレに行ける高齢者に対して看護師の人員配置の観点から安易にオムツを着用させている。これが、一連の医療行為のなかで身体拘束を誘発している。それゆえ、身体拘束が発生した一時点だけではなく、身体拘束に至るまでの医療・介護の一連の過程で相当因果関係の範囲で非代替性を検討する必要がある。

#### 4. 一時性の要件について

身体拘束は一時的なものであることは感覚としては理解できる。しかし、現場職員の立場から「身体拘束を禁止する。でも現状では身体拘束が必要かも」という規範意識に直面すると、「一時的」という表現は身体拘束の行為主体の裁量範囲が広く、規範内容が曖昧なので、職務行為の萎縮を招きかねない。

一宮身体拘束事件以前の裁判例は、「身体拘束の違法性」ではなく、「身体拘束をしなかったことの違法性」が争われている。すなわち、患者の転倒転落事故において、身体拘束を行なわなかったことの違法性が争われてきたのである（東京地裁平成8年4月15日、判例時報1588号117頁）。この判例の流れを考えれば、施設職員は、一時的ならむしろ身体拘束を行なうことが予想される。これを防止するためには、身体拘束の行為主体（医療・介護職員等）を名宛人とする明確な基準が必要である<sup>245</sup>。

### 第4節 身体拘束原則禁止解除の3要件にかかわる人権制約基準

#### 第1項 切迫性判断基準：「明白かつ現在の危険」の基準

##### 1. 総説

この基準は、①ある表現行為が近い将来、ある実質的害悪を引き起こす蓋然性が明白であること、②その実質的害悪が極めて重大であり、その重大な害悪の発生が時間的に切迫していること、③当該規制手段が上記の害悪を避けるのに必要不可欠であること、の三つの要件の存在が論証された場合にはじめて、当該表現行為を規制することができるものである。

これを身体拘束にあてはめれば、①高齢者の身体拘束のない行為が、近い将来、高齢者自身（利用者）、利用者の身体行為と接触する他の利用者、あるいは利用者の身体行為と職務上密接に関係する医療・福祉施設職員に対して彼らの法益である生命・身体が重大な危険にさらされる蓋然性が明白であること、②その法益侵害が生命・身体の生理的機能から見て極めて重大であり、その重大な法益侵害の発生が時間的に切迫していること、③身体拘束が上記の法益を維持する上において必要不可欠であること、ということになる。

この原則は、とりわけ1940年代にアメリカの連邦最高裁多数派によって、表現の自由を制約する法令それ自体の合憲性判定基準として用いられ、表現の自由擁護のための理論

---

<sup>245</sup> 舟木浩「病院内における身体拘束の違法性を認めた判決」賃金と社会保障1480号（2008年）37頁。

としての発展を遂げた。

わが国においても、この原則は戦後いち早く注目され、表現の自由の「守護神」のごとくに、一時期、学説及び下級審の裁判例上、隆盛を誇ったことがあった<sup>246</sup>。現在、学説上この説の有用性を疑問視する者がいるが<sup>247</sup>、経験則が支配し、明確な人権制約基準の意識すら希薄な福祉の領域では、現状を打破し、人権啓発をより促進するためには有意義な基準ではなからうか。

この筆者の主張に対して、憲法学者の一部からは、表現の自由の制約基準を身体拘束に準用するのは適用領域が違うのではないかとの批判がある。しかし、身体拘束禁止の保護法益は、高齢者などの意思に基づく身体の自由な活動による「自己実現」の保障であり、**Clear and Present Danger**の基準（明白かつ現在の危険）の基準が対象として本来予定する民衆のデモ行進の保護法益も意思に基づく身体の自由な活動による「自己実現」の保障である。それゆえ、身体拘束原則禁止の解除基準として**Clear and Present Danger**の基準を採用することは問題ないと考える。

## 2. 具体的論点の検討

### (1) 「実質的害悪」の検討

この基準を検討するにあたり、「実質的害悪」とは何かが問題となる。アメリカにおける解釈は、それは重大な害悪という限定はあるものの、きわめて広く、一定の社会的利益を阻害するものを一般的に含むものとしてとらえられており、とりわけ、国家ないし社会公共の安全の阻害といったものが、多くの場合その内容とされてきた<sup>248</sup>。

身体拘束においては、アメリカのように抽象的にとらえることはできない。なぜならば、この概念を曖昧化すると、**Clear and Present Danger**の基準による限定は無意味なものになってしまうからである。筆者は、身体拘束における実質的害悪とは、個人の生命の喪失と身体の生理的機能の回復が著しく困難になる程度の暴行を意味すると考える。

暴行の概念については、刑法学上、有形力が不法に行使されるすべての場合（最広義の暴行）、人に対する不法な有形力の行使（広義の暴行）、不法な有形力が人の身体に対して

---

<sup>246</sup> 浦部法穂著『違憲審査の基準』（勁草書房、1987年）57頁。

<sup>247</sup> わが国では、下級裁判所の判決で用いられた例はあるが、最高裁の判例では、この基準の趣旨を取り入れた判例はあるが、明確には採用されていない。佐藤幸治や奥平康弘はこの基準について疑問をもっている。佐藤幸治「明白かつ現在の危険」『憲法の争点〔新版〕』（有斐閣、1985年）80頁。奥平康弘「表現の自由」田中二郎編集代表『日本国憲法体系第7巻』53頁。

<sup>248</sup> 浦部法穂著『違憲審査の基準』（勁草書房、1987年）60頁。

加えられる場合（狭義の暴行）、人に対し、かつ、その反抗を抑圧するに足りる程度に強度の不法な有形力の行使（最狭義の暴行）に分類される<sup>249</sup>。身体拘束が、高齢者の個人の尊厳を著しく損なう行為類型であることを考えれば、それを抑制するための暴行概念は、最狭義の暴行にとらえるべきある。そこで、「実質的害悪」とは、「施設利用の高齢者自身、この高齢者と接触関係にある他の利用者（同じ施設を利用している高齢者）、身体拘束の対象となる高齢者と職務上密接な関係にある福祉に従事する医療・福祉施設職員の生命の喪失ならびに身体の生理的機能を侵害する程度の暴行の発生」と考える。

### （2）「明白性」の検討：因果関係の観点から

「明白性」の認定については、制限の対象となっている高齢者の人身の自由・表現の自由とその行為から発生する害悪との間に明らかな因果関係が認められることが必要である。この因果関係は、人権制約が緩やかな経済的自由の制約基準である「合理性の基準」においてもある程度まで因果関係は明らかにされなければならないのだから、より人権制約の厳格性が求められる人身の自由や精神的自由においては、**Clear and Present Danger**の基準の適用上、合理性の基準における因果関係よりもさらに明白な因果関係が求められると考えるべきであろう。具体的には、中心静脈栄養や点滴やバルンカテーテルなどの各管類を自己抜去されれば高齢者にダメージがあるだろうという蓋然性ではなく、専門的職業人の視点から疑いの余地のない程度に不可避免的に害悪が発生することという確実性が示される必要がある。

### （3）「現在性」の要件の検討

「現在性」の要件は、通常、時間的近接性、害悪発生の危険性が差し迫っていることを要求するものとされる<sup>250</sup>。浦部法穂は、「時間的近接性という概念は、やや曖昧であるが、要するにこれは、現実の危険、具体的危険を要求するものと理解しうるように思われる。すなわち、『現在性』は、その表現行為が現実的・具体的に『害悪』を生じせしめる危険をもつか否かという点にかかわるものである」としている<sup>251</sup>。

この考え方を身体拘束にあてはめると、「現在性」とは、「高齢者の身体拘束のない自由な行動が、その高齢者と彼（彼女）をめぐる関係者の生命の喪失または身体の生理的機能の回復が著しく困難となる危険性を発生させていると具体的に認識できる状態にあること」

<sup>249</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)』（有斐閣、1996年）34頁。

<sup>250</sup> 伊藤正巳『言論・出版の自由』（岩波書店、1959年）280頁。

<sup>251</sup> 浦部法穂『違憲審査の基準』（勁草書房、1987年）63頁。

となる。

#### (4) 「必要性」の要件の検討

身体拘束原則禁止を解除するにあたり、現状における医療・介護領域の専門的・一般水準から身体拘束を必要とする疑いを入れない程度の合理性が推定できれば「必要性」があると判断できる。

#### 第2項 非代替性判断基準：LRAの基準

身体拘束は、医療・介護における数多の技術のうちの一つの手段である。そこで、憲法上手段審査として唱えられてきたLRA(Less Restrictive Alternative)の基準（必要最小限度の基準）の身体拘束への準用を考えてみたい。

これは、立法目的は表現内容には直接かかわりのない正当なものとして是認できるが、規制手段が広汎である点に問題のある法令について、立法目的を達成するため規制の程度のより少ない手段が存在するかどうかを具体的・実質的に審査し、それがあると判断される場合には当該規制立法を違憲とする基準である<sup>252</sup>。

私たちの個人の尊厳にとって、必要不可欠な人権は自由権である。そこで、自由を確保し、もって個人の尊厳を確保するためには、人権制約は必要最小限度であるべきである。それゆえ、この基準は憲法による自由権保障には常に付随して登場する。また、生存権の自由権的側面は、本質において自由権であるから制約基準としてこれを準用できると考える。

この基準を身体拘束にあてはめると、高齢者の表現行為を制約し、人身の自由を拘束する必要がある場合に、一般的専門的職業人の視点から数多の医療・介護技術の中から、当該状況において、身体拘束よりもより人権侵害が少ない医療・介護技術を検討し、それがあるにも拘らず、身体拘束を選択した場合には、高齢者虐待として、身体拘束原則禁止は解除されない。反対に、身体拘束以外に人権侵害が最小になる医療・介護技術の選択の余地がない場合には、身体拘束原則禁止が解除され、身体拘束が認められる。

一宮身体拘束事件判決について、上記厚生労働省令15条4項の「生命、又は身体を保護するために緊急やむを得ざる場合」、例外的に身体拘束が認められるとされた部分を最高裁判決では「患者の受傷を防止するなどのために必要やむを得ないと認められる事情がある場合」に例外的に身体拘束が認められるとしている。

この判決にLRAの基準をあてはめると、「生命または身体」の保護がより保護法益が軽

<sup>252</sup> 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2006年）196 - 197頁。

い「受傷」となっている。生命又は身体の保護を行なうべきケアが漠然とした「受傷」を防ぐケアとなることは、より人権制約が厳しい医療・介護が可能であるにもかかわらず、より人権制約が緩やかな医療・介護を認めることになるので高齢者の自己実現に必要な自由権保障を弱めてしまう。また、同様に「緊急やむを得ない」という条文が「必要やむを得ない」という医療機関・介護施設にとって身体拘束を是認しやすい語に置き換えられている。この最高裁の判断は LRA の基準に照らせば、「人権制約は目的達成上より小さく」という人権保障の本質を欠落したものとなっており、妥当ではない。

## 第5節 おわりに

わが国の身体拘束についての判例は、転倒事故において抑制をしなかったことの違法性が争点となった裁判例はすでに何件かある。しかし、高齢者の身体拘束の違法性が正面から争われたのは、一宮身体拘束事件が最初である。この背景には、高齢者のいわゆる「泣き寝入り」がある。

すなわち、面倒を見てもらってきた施設に対して苦情を言うことに対して本人や家族の躊躇がある<sup>253</sup>。訴訟になれば受任する弁護士の確保と弁護士費用が高いハードルとなる。さらに懲罰的損害賠償が認められない日本の裁判実務では、身体拘束によって軽い怪我をした程度では、訴訟で勝訴したとしても損害賠償額が少額にとどまるため、実際に弁護士への依頼は必然的になくなる。これでは、高齢者の人権は保障されない。それゆえに、高齢者の人権保障に対する内部統制として医療・介護に携る者は高い人権意識と精緻な人権調整能力をもつ必要がある。ところが、一宮身体拘束事件に見られるように裁判所自体が身体拘束原則禁止解除の明確な人権調整（制約）基準を提示していない。

そこで、筆者は、経験則が支配する福祉領域に明確な人権概念と精緻な人権制約基準の導入をすることにより高齢者養護者あるいは施設職員の個人の尊厳保障・人権保障を提言している。本稿では、その視点から独自の人権制約基準の試案を提唱した。しかし、福祉の現場では、この理論を即座に実践に活用できるとは思えない。ロールプレイなどを活用した演習が必要である。また、事例を通して、自ら事案を解決する能力を身につける必要がある。筆者は、これを「ソーシャル・リーガルマインド」と呼んでいる。

身体拘束問題は、医学・看護学・心理学・社会学などが学際的に交わる。しかし、根底

---

<sup>253</sup> 舟木浩「病院内における身体拘束の違法性を認めた判決」賃金と社会保障 1480号(2008年) 34頁。

に憲法学の人権論に裏付けられた正確な理解がなければ、いかに高度な学問分野にあっても高齢者本人の個人の尊厳に資するものにはならない。その意味で、明確な概念と精緻な人権制約基準を内容とする人権論の重要性を各学問領域の基礎として医療・福祉に携さわる者誰もが認識して欲しい。また、単なる一方的な講義形式の人権研修会でなく、臨機応変な人権活用能力の育成を意識した体系的・理論的な人権教育と研修が望まれる。



## 第Ⅷ章 個別的人権課題の検討（4）高齢者虐待と生存権

### 第1節 はじめに

日本国憲法 25 条に規定されている「生存権」は、わが国の社会保障体制の根拠条文となっている。高齢者虐待類型の「ネグレクト」状態にある高齢者の支援や「経済的虐待」を受けて生活困難に陥っている高齢者の支援にかかわる場合には、根拠となる人権である。また、セルフネグレクト状態で、日常生活において健康で文化的な最低限度の生活が実現できていない場合、生活保護等の実施を行う上で根拠となる人権である。

ところで、福祉の現場で、高齢者虐待防止において、被虐待者の「生存権」保障が求められている。この場合、「生存権保障」をどうするかではなく、生存権を根拠として、高齢者虐待をどのように防止できるのかを検討しなければならない。なぜならば、生存権という漠然とした人権尊重をいくら強調しても、高齢者の生活や支援に関わる人は、いったい何をどのようにすべきか理解できないで困惑するからである。

高齢者虐待発生過程は自説の 4 段階説に基づけば「人権無配慮状態」から「不適切ケア」に進行し、それを放置すれば虐待のおそれのある「グレーゾーン」へと移行し、最終的に「顕在化した虐待」に至る。これを防ぐには、「人権無配慮状態」の段階から「生存権」について、配慮を払わなければならない。そのためには、誰もが「生存権」について共通の言語的理解と内容の理解が必要となる。すなわち、生存権の構造の理解は、高齢者の日常生活に関わる場合のソーシャルワークの在り方と生存権実現手段としての「裁判」とかかわる。被虐待高齢者の「生存権」保障の特色として、当該高齢者への支援がなければ、生存の危機となる。それゆえに、訴訟を通じて生存権の保障を図ることが重要となり、裁判を前提にした生存権の検討が必要となる。そのためには、生存権がどのような法的な性格を有しているのか、検討しなければならない。

生存権は、19 世紀の後半に顕在化する資本家と労働者の階級対立にともなう、労働者階級の生存に影響するような貧困など資本主義の矛盾から国民の「生存」を守るため、20 世紀的人権<sup>254</sup>として、世界で最初にドイツワイマール憲法のなかで保障された。日本におい

---

<sup>254</sup> 社会権の指導的地位を有する生存権は、国家の支援を前提としているので、「人権」という表現を避けて、あえて「基本権」と表現する考え方がある。阪本昌成は、自由を基底としながら国家への妨害排除として機能する自由権だけを「人権」と呼ぶに値する、としている。自由権を基底としない「生存権」は、「人権ならざる基本的権利」または「制度化された権利」としている。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1997

では戦後、日本国憲法 25 条で初めて保障された。しかし、生存権は、17 世紀から 18 世紀にかけての近代市民革命を契機に形成されてきた自由権と異なり、人権が形成されてきた歴史が浅く、また、日本国憲法制定過程において議論や理解が不十分なまま規定された経緯から、人権としての位置づけ、法規範性、裁判規範性など法的に解決すべき課題が少なくない。

福祉の現場においては、高齢者の「人権保障」とか「人権尊重」とか、常に職務上意識されていることではあるが、法的な性格が曖昧なため、混乱が多い。言語的に「生存」となっているので、高齢者の日常生活を見守りや介助などを通して支援することは理解できる。しかし、それを具体的行動指針に反映させるためには、生存権の法的な内容が明確化されなければならない。また、法的な内容が明確化されていなければ、高齢者の権利擁護を実現する手段として行政や裁判所など国家機関を活用できない。高齢者虐待に対応するためには、多くの専門職がかかわる。それゆえに、誰もが法に基づいて高齢者の個人の尊厳を実現するためには、法的裏付けのある理論的な生存権の理解が必要になる。

ところが、高齢者にかかわる福祉の現場においては、第Ⅲ章で示した人権意識調査①のなかで、人権の内容および体系への意識が回答者のわずか 7%しかなかったことから推測するに、関係者の間で生存権についての法的な共通理解がもたれているとはいえない。このことは、被虐待高齢者に対する対応が職員や専門職ごとに異なり、結果として被虐待高齢者の個人の尊厳保障が不十分になる危険性がある。まさに、社会的に弱い立場にある被虐待高齢者に生存権の法的理論構成の不十分さが影響するのである。

ところで、日本国憲法 25 条が保障する「生存権」の法的な論点は、戦後の混乱期に食糧管理法事件判決<sup>255</sup>が出て以来、朝日訴訟<sup>256</sup>や堀木訴訟<sup>257</sup>などを通して議論され、一応の解釈論は定着しているように思われる。しかし、日本国憲法が公布されてから、本年度（2015 年）で 69 年が経過している。この間に日本は未曾有の物質的繁栄を享受するようになり、国民の物質的な豊かさは、大きく変化している。また、被虐待高齢者をめぐる社

---

年) 74 頁。

<sup>255</sup> 最大判昭和 23 年 9 月 29 日刑集 2 卷 10 号 1235 頁。学説においては、この事例は憲法 25 条の問題ではなく、経済活動の自由の問題として処理されるべきであり、生存権のリーディングケースとして問題があると指摘しているものもある（藤井俊夫「生存権」『憲法講義(2)』（有斐閣、1989 年）37 頁。芦部信喜『憲法Ⅲ人権(2)』（有斐閣、1987 年）336 頁。また、この判決の論理自体は、抽象的権利説を排斥するものでもないとの主張もある『憲法講義(2)』（有斐閣、1989 年）237 頁。

<sup>256</sup> 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。

<sup>257</sup> 最大判昭和 57 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁。

会環境も大きく変化している。すなわち、日本は、日本国憲法制定時の人口構成と大きく異なり、2015年の時点では、高齢者人口は全人口の26%を超え、超高齢社会<sup>258</sup>となっている。このような社会的背景のもと、厚生労働省の2012年の発表によると認知症高齢者は、約462万人と推計されており、2015年1月7日の発表では、2025年には700万人を超えるると推計されている。これは、高齢者の5人に1人が認知症に罹患する、ということである。

このような時代背景の急激かつ大きな変化のもとで、従来は社会でマイノリティな社会問題であった高齢者の認知症がメジャーな社会問題となってきた。それゆえに、今までに「高齢者虐待」という個別的な反社会行為から検討されなかった生存権を、被虐待高齢者の視点から検討し、もって被虐待高齢者の個人の尊厳が実現される社会づくりへの指針としたい。

## 第2節 戦前ならびに日本国憲法制定過程における生存権思想

### 第1項 戦前の生存権思想の老人擁護への影響

第II章において、家族国家観が戦前の老人擁護に最も大きな影響力を与えたことは、既に述べた。しかし、この思想は、天皇制維持と密接に関連しており、老人「個人」の自己実現を目指したものではなかった。このことから、老人「個人」に着目した自己実現手段として、「人権」には、意義がある。さらに、高齢者の自己実現をきめ細やかに図るためには、人権の内容や性格を法的に分析するとともに、高齢者は社会の一員であることから、他の社会の構成員との人権調整についても検討しなければならない。

ところで、現在、私たちの「健康で文化的な最低限度の生活」は、「生存権」により保障されている。この人権は、GHQが提示した日本国憲法草案にはなく、日本国憲法制定過程で社会党の森戸辰男の提案で規定されたものである<sup>259</sup>。では、戦前において、現代の生存権に通じる思想はあったのだろうか。また、社会において、第II章で述べた家族国家観とともに老人擁護にどの程度の影響力をもっていたのであろうか。

明治期における「生存権思想」の芽生えは、福沢諭吉の『西洋事情』に見ることができ

<sup>258</sup> 全人口に占める65歳以上の人口が21%を超える社会を「超高齢社会」といい、日本は1970年に高齢化社会になり、1994年に高齢社会になった。2007年には21.5%となり、超高齢社会に入った。平成27年度版『高齢白書』によれば、日本の高齢人口は26.0%である。

<sup>259</sup> 森清監訳『憲法改正小委員会秘密議事録』（第一法規出版、1983年）168頁。

る。福沢の書物は、当時の西欧諸国の制度を紹介したものであり、生存権思想については1834（天保5）年のイギリス改正救貧法の理念である被保護者の劣等処遇の原則・労役場制度の原則などの箇所では僅かに触れられている。劣等処遇の原則とは、国家から救済を受ける貧困者の地位は、独立・自営している最低階層の労働者よりも劣るものでなければならないとする自由主義的な考え方である。ここに見られるように、明治期の生存権思想のはじまりは、ヨーロッパの自由主義思想の導入に付随した程度で紹介されたにすぎなかった<sup>260</sup>。

日本において、「生存権思想」が最初に具体的な制度とされたものは、1874（明治7）年の恤救規則である。しかし、日本で最初の近代的救貧法とされる恤救規則は、伝統的な村社会の社会規範である「人民相互の情誼（貧民の救済は親族あるいは近隣が行うこと）」に依拠して、極貧かつ独身で労働不能の老衰者・障害者・病人などに低劣かつ恩恵的な給付をなすにすぎなかった<sup>261</sup>。また、恤救規則の立法目的は、社会の治安の維持や公衆衛生の保持という実態においては、江戸時代の貧民救済と変わらない前近代的なものに過ぎなかった<sup>262</sup>。くわえて、救済対象の老人は、極貧、独身で労働不能という要件であるため、社会一般の老人のネグレクト防止には、不十分であったと思われる。また、老人の生存を「生存権」という人権ではなく、「生存権思想」にとどまった場合、対象者が社会一般の老人ということになり、個々の老人の社会的存在価値が希薄化していた。

さらに、明治期の富国強兵政策の開始から太平洋戦争終結までの「生存権思想」は、帝国主義政策の強い影響の下にあったため、国策の遂行と密接な関係があった。日本は急速な近代化を遂行するにあたり、軍事力を背景としてきた。その影響で、軍人と家族に対しては、一般人よりも手厚い保護を行っている。具体的には、1904（明治37）年の下士兵卒家族救助令に始まり、1917（大正6）年の軍事救護法の制定、1938（昭和13）年の軍事扶助法への改正などである。このように、戦前の生存権思想は、戦争犠牲者に対する損失補償の性格が強く表れている。

軍事救護法は、鐘紡社長の武藤山治が、日露戦争（1904年～1905年）で弟を失い、その遺族扶助料が最低生活を維持するに不足することに気づき、「此の国家の犠牲者を救済せねば国家の生存上由々しき大問題を惹起する」として、法令起草を美濃部達吉に委嘱した

<sup>260</sup> 中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社、1989年）3頁。

<sup>261</sup> 舛井常喜編『社会保障法』（エイデル研究所、1991年）40頁。

<sup>262</sup> 大須賀明『生存権論』（日本評論社、1987年）20頁。

ものである<sup>263</sup>。

美濃部達吉は、東京帝国大学の憲法学の教授であったことから、当時の憲法学における生存権思想の影響を知ることができる。この立法に当時の憲法学会をリードする地位にあった美濃部ですら、「個人の生存」というよりも、「国家の生存」に主眼を置いている。「個人の生存」は「国家の生存」の付随的な効果としか考えられていない。

また、「軍事救護法」が「軍事扶助法」に改正された経緯からも、個人を軽視した国家主義的な生存権思想がうかがえる。すなわち、「軍事救護法」の「救護」は「貧困のために生活不能であること」を要件としていたが、これでは日本の大陸侵攻という国策を遂行する上で発生する将兵の犠牲に対応できず、戦争遂行上好ましくないとして、保護の要件を「貧困のため生活困難なもの」と改めて、保護の程度の引き上げや保護の範囲の拡大などを行っている<sup>264</sup>。

この当時の生存権思想は、軍国主義政策遂行の一環から派生する臣民の犠牲に対する損失補償として行われ、老人の財産的損失が付随する場合、たとえば、一家の働き手が戦死し、遺された独居の老母が生活に困窮したような場合など、極めて限られた範囲で認められたにすぎなかった。それゆえに、戦争という国策遂行に関係のないネグレクトには、影響力のないものであった。その表れとして、恤救規則やそれを受けた救護法において、一般の臣民の保護要件は「生活不能」（厳しい要件）であるのに対して、軍事扶助の対象者は「生活困難」（緩和された要件）でも保護されていた。この二つの救済法における保護要件の違いは、戦前の生存権思想が個人の自己実現と対極にある軍国主義の影響を強く受けていることを表している。

## 第2項 生存権思想の人権への反映

戦前の人権思想の人権への具体化は、福田徳三によるアントン・メンガーの生存権論の紹介にみることができる。しかし、福田は、経済学者・社会政策学者であったため、法的な視点から人権について深い議論がなされることはなかった。福田の生存権論は、「労働者の団結権や市民的自由、私的自治を基礎としたものであり、对国家権利としての曖昧さを残しつつも、他の国家的価値に対抗し、国家と個人の中に『市民社会』を介在させ、自由権の強調を併せ持つもの」であった<sup>265</sup>。

<sup>263</sup> 小川政亮『社会保障権』（自治体研究社、1989年）28頁。

<sup>264</sup> 小川政亮『社会保障権』（自治体研究社、1989年）42頁。

<sup>265</sup> 清野幾久子「福田徳三の生存権論と社会王制論」法律論叢 69号（1997年）60頁。

この人権論は、現在、日本国憲法で保障されている生存権と異なり、国家の介入による人間に値する生活の実現という特性が権利に反映されたものではない。当時の、教育制度において、高等教育に進む人口が少なかったことや、女子の教育水準の低さ、あるいは、自由に否定的な社会風土などから、臣民において、人権としての意識は無いに等しかったのではなかろうか。また、当時の明治憲法において、人権は天皇の恩恵として認められるにすぎず、かつ国家主義的な政治・社会風土から法規範性や裁判規範性をもつ生存権についての議論については、文献上見ることができない。

なお、恤救規則を引き継いだ 1929（昭和 4）年制定の救護法の中では、「被保護者は保護と引き換えに選挙権を失う」と規定されている。この結果、老人がネグレクト状態や財産搾取（経済的虐待）による貧困状態から保護されると、選挙権を失うというスティグマを誘発する可能性がある。これでは、最低限度の生存手段は確保できても、老人個人のトータルライフにおける自己実現手段は制約するという矛盾があった。

一方、戦後のいわゆる「現代的生存権」<sup>266</sup>の端緒は、ヨーロッパにおいては 19 世紀の半ばに発生している。19 世紀の半ばには、近代市民革命以降発展してきた自由放任主義に基づく資本主義は、資本家と労働者の階級対立を発生させ、社会的弱者である労働者は生存の危機に瀕するという資本主義の矛盾が顕在化していた。また、資本主義が必然的に引き起こす不況や恐慌は社会的弱者である労働者などの生存すら脅かすことになった。ここから、資本主義国家は社会主義革命を回避し、資本主義体制を維持するためになんらかの形で社会主義の正統性に対して、国民の生存を確保し、自らの正統性を示す必要がでてきたのである。この結果、資本主義国家においても、国家の慈善的あるいは君主の恩恵的な救済ではなく、国家や社会が、国民の生存そのものを「権利」として尊重する考え方がでてくるのである<sup>267</sup>。

なお、生存権思想は、18 世紀の近代市民革命期にも存在した。1791 年のフランス憲法では、公的救済の一般的施設についての規定を設けており、1793 年憲法は公的救済についての国家の義務が規定されている。しかし、近代市民革命期の生存権思想は、資本主義の矛盾から社会主義革命を回避し、「資本主義体制維持のために国民の生存についての何らかの正統性を示す」という要素を含んでいない。ここから本研究においては、現代の生存権

---

<sup>266</sup> 「現代的生存権」は、国家が国民生活に介入し、最低生活を維持できない国民の「実質的自由」を保障する人権という意味で用いる。

<sup>267</sup> 小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2002 年）154 頁。

思想とは区別して考える。

### 第3項 日本国憲法制定期における生存権の形成過程

現在、高齢者虐待防止は、高齢者福祉政策の重要な課題となっており、各種法律や政策が遂行されている。この場合、根拠となる重要な人権が生存権である。第2節第2項で述べたように、日本の生存権論は社会のなかで十分に醸成されていない。しかし、太平洋戦争後、日本国憲法で保障され、現在、被虐待高齢者の人権擁護をはじめ、国民の健康で文化的な最低限度の生活を保障する規定として重要な意義を有している。この人権は、どのような過程で日本国憲法に規定され、どのように日本社会に受け入れられたのであろうか。生存権の日本社会における形成過程は、被虐待高齢者の自身による人権主張や家族の被虐待高齢者への支援、あるいは地域社会の虐待防止への啓発意識などに影響し、高齢者虐待予防、対応、施策、法制定・改廃、法解釈等に関係する。それゆえに、生存権の沿革を理解することにより被虐待高齢者や虐待者の行動過程を理解し、法的構造や性格を分析したうえで高齢者虐待に法的な対応を考えなければならない。

ところで前述のように、戦前の日本においては、アントン・メンガーの無産階級の生存保障を社会主義革命によってではなく、立法政策の改革により実現しようとする思想は紹介されていた。この中で、労働者の「生存権」が強調されている。この考え方は、「社会の各成員が自己の生存を遂げるのに必要な財物及び労務の配分を、現存する資源の量に応じて社会に要求しうる権利」で「経済的基本権」のひとつとして理解されていた。また、牧野英一は、生存権を「民法90条の公序良俗を通して所有権や契約の自由を制約する権利」と考えていた<sup>268</sup>。これは、現在の日本国憲法の「公共の福祉」に該当する考え方であり、臣民の実質的生存の実現という考え方は入っていない。牧野英一（1878～1970年）は、戦前戦後を通して日本の法学教育・研究に大きな足跡を残した人物である。この時代の法学研究を指導する立場の学者でさえ、社会権としての特質である「国家の支援による自己実現」という視点をもちあわせていない。

日本国憲法制定過程で、戦前においては、明治憲法に生存権規定がなかったこともあり、生存権の法体系は模索の段階であった。日本国憲法の生存権規定(25条)は、憲法制定過程において、マッカーサー草案・日本側の政府原案になかったものが、衆議院での審議段階

<sup>268</sup> 芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権(2)』（有斐閣、1987年）319頁。アントン・メンガーは「生存権は自然権の一つであって単なる恩恵に依る利益ではなく、社会の各員の持つ経済的基本権として所謂法曹社会主義の中心概念とされた」としている（岩波法律学小辞典、1937年）639頁。

において社会党から提案され、日本国民の自発的要求として第 90 回帝国議会で明文規定として追加修正されたものである<sup>269</sup>。

1946（昭和 21）年 2 月 13 日に日本政府に手交されたマッカーサー草案では、第 24 条において「法律は、生活のすべての面につき、社会の福祉並びに自由、正義及び民主主義の増進と伸張を目指すべきである無償の普通義務教育を設けなければならない。児童の搾取は、これを禁止する。公衆衛生は、改善されなければならない。社会保障を設けなければならない。勤労条件、賃金及び就業時間について、基準を定めなければならない」となっていた<sup>270</sup>。これは、社会保障・社会福祉は法律により制定することを規定するのみであり、生存権に基づくことは規定されていない。すなわち、生存権について、GHQ（連合国軍総司令部）は意識をもっていなかった。

生存権の条文は、社会党の衆議院議員で衆議院憲法改正特別委員会のメンバーとなった森戸辰男や鈴木義男によって憲法改正特別委員会の審議の段階で提唱されたものである。森戸は憲法調査会の審議の過程で、「20 世紀の中ごろにできる憲法では、実質的な、社会的な経済的な基本権を強調することが大事なことである」ことから、「生存権というものを憲法の中に入れるべきであるという考えを強くもった」ところ、「改正憲法の草案の中にはございませんでしたので、これを入れることを社会党として提案いたしまして、これは他の政党のご賛成を得ることができまして、修正がなりまして、25 条に『すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する』という一条が加わったのでございます」と述べている<sup>271</sup>。

この点については、当時内閣法制局参事官として芦田小委員会に出席していた佐藤功は、「社会党なかりせば、ああいう 25 条なんか入らなかった。生存権、社会権で、社会党色を出そうとした。森戸委員や鈴木委員は、民間の憲法研究会がつくった先進的な憲法案をいつも手に持って議論していた」と語っている<sup>272</sup>。ここでいう「民間憲法研究会」とは、

<sup>269</sup> 杉原泰雄編著『資料で読む日本国憲法上』（岩波書店、1994 年）316 - 317 頁。小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2002 年）153 頁。家永三郎『歴史の中の憲法（下）』（東京大学出版会、1999 年）468 頁。この事実は、日本国憲法が GHQ によるいわゆる「おしつけ憲法」であると主張する改憲論者に対する護憲論者からの批判の論拠となっている。

<sup>270</sup> 中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社、1989 年）、34 頁。高柳賢三・大友一郎・田中英夫著『日本国憲法制定過程 I』（有斐閣、1972 年）279 頁。

<sup>271</sup> 憲法調査会第 10 回総会議事録 9 - 10 頁。中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社、1989 年）34 - 35 頁。

<sup>272</sup> 朝日新聞 1995 年 9 月 30 日版、ジュリスト 1192 号（2001 年）132 頁より引用。



高野岩三郎、馬場恒吾、杉森孝次郎、森戸辰男、岩淵辰雄、室伏高信、鈴木安蔵がメンバーとなって組織した「憲法研究会」のことである。憲法研究会は、1945（昭和20）年12月26日に「憲法草案要綱」を発表している。

このなかの、国民権利義務の章で「国民ハ健康ニシテ文化的水準ノ生活ヲ営ム権利ヲ有ス」として、現在の日本国憲法25条の規定に近い形の規定を起草している。この規定は後に日本社会党の「新憲法要綱」（1946年2月23日発表）に継承され、国民の権利義務の章で、「国民は生存権を有す、其の老後の生活は国の保護を受く」となり、ここで初めて「生存権」という文言が出ている<sup>273</sup>。このように日本国憲法の生存権規定の挿入には、高野岩三郎、杉森孝次郎、森戸辰男の意見が色濃く反映されている<sup>274</sup>。

ただし、生存権は、憲法制定過程においては、自然権的な権利とも考えるなど、法体系上模索段階であり、確固たる体系的な位置づけがなされないまま規定されている。森戸辰男は、1924（大正13）年にアントン・メンガーの『全労働収益権史論』の翻訳を出しており、また、1947（昭和22）年には、（アントン・メンガー）の考え方を基礎にして日本国憲法の人権規定の解説を行っている。このことから日本国憲法施行直後の生存権の解釈については、アントン・メンガーの影響を色濃く反映し、生存権の自由権的視点からの解釈が行われたのではなかろうか<sup>275</sup>。このような曖昧な性格をもつ生存権は、この後、判例を通して性格が具体化するのである。

### 第3節 生存権の法的構造と法的性格

#### 第1項 生存権に対する国民の意識と法的分析の意義

##### 1. 生存権についての国民の意識

第2節第3項で既述したように、日本における生存権形成過程は、人権形成の風土も人権研究も不十分なまま、日本国憲法に規定された。また、森戸辰男は、経済学者・社会政策学者であるため、法的な視点からの検討が十分なされたとはいえない。このことが、現

<sup>273</sup> 杉原泰雄編『資料で読む日本国憲法(上)』（岩波書店、1994年）30頁。

日本共産党の「新憲法の骨子」（1945年11月11日）によれば、「人民の生活権、労働権、教育される権利を具体的設備をもって保証する」として、社会権を詳細に規定している。同掲書33頁。

<sup>274</sup> 鈴木安蔵『憲法制定前夜』（青木書店、1977年）110頁。樋口陽一編『講座 憲法学4』（日本評論社、1994年）72頁。

<sup>275</sup> 中村睦男著『論点憲法教室』（有斐閣、1990年）、201 - 202頁。アントン・メンガーの考え方は、無産階級の擁護の見地から、理想とする社会主義の実現は革命的手段をとることなく、平和的・改良的社会主義立法に可能であると説いている。

代においても、国民の間に生存権の役割が十分に理解されているとは言い難い遠因となっ  
ちるのではなかろうか。

内閣府大臣官房政府広報室の『世論調査報告書平成 24 年 8 月調査』<sup>276</sup>によると、高齢  
者に関し、現在、どのような人権問題が起きていると思うか聞いたところ、「悪徳商法の被  
害」が 50.6%と最も高く、以下、「経済的に自立が困難なこと」(40.6%)、働く能力を発  
揮する機会が少ないこと(39.3%)、「高齢者が邪魔者扱いされ、つまはじきにされること」  
(31.0%)、「病院での看護や養護施設において劣悪な処遇や虐待を受けること」(30.0%)  
(複数回答、上位 5 項目)、となっている。

本来人権は、国家に対抗する権利、すなわち、自由権を中核として構成されているのに、  
国民の意識は、「国家から何かをしてもらう」のが人権であるとの意識が強い。このことは、  
生存権の理解が国民の間に十分に浸透していない表れであると考えられる。では、生存権の解  
釈論はどのような過程を経て、現在の判例の解釈となったのであろうか。また、どのよう  
に高齢者虐待や権利擁護に対応できるのであろうか。

## 2. 生存権の法的視点からの分析の意義

福祉の現場で、高齢者の支援で生存権問題となるのは、高齢者の「豊かな生活の実現」  
をケア実践やソーシャルワークとして行う場合と人権侵害・権利侵害が顕在化して、裁判  
を通して解決する場合である。

前者の場合には、支援にかかわる人が高齢者の人権の内容や性質を理解し、それに対応  
する福祉サービスを提供する必要がある。これが、法的な課題となるのが生存権の「構造  
論」の問題である。また、後者の場合は、生存権が裁判にどのように活用されるかが問題  
になる。これが、生存権の「性格論」の問題である。憲法学・人権論において、生存権の  
性格論の先行研究としての論考は多い。しかし、現実として人権侵害・権利侵害に直面し  
ている高齢者の人権や権利が回復しなければ意味がない。それゆえに、具体的な救済との  
関係で性格論を検討したいと考える。

裁判による救済で生存権が問題となるケースは以下の場合である。

- ①ネグレクトあるいは、経済的虐待において被虐待高齢者の困窮状態に対して、行政（福  
祉事務所など）が生活保護法の基準通りの給付をしない場合。

---

<sup>276</sup> 内閣府大臣官房政府広報室資料『平成 24 年 8 月世論調査』参照。  
<http://survey.gov-online.go.jp/>。

- ②病院に入院中の高齢者が看護師など病院職員により虐待行為を受けたが、高齢者虐待防止法は、病院職員による虐待への対応が規定されていないので、対応できず、結果として根拠となる法律が不存在の場合。
- ③セルフ・ネグレクト状態にある高齢者に対して、高齢者虐待防止法で対応しようとしたが、セルフ・ネグレクトは高齢者虐待防止法の虐待類型に規定されていないため、救済が実現できない場合。
- ④生活保護法で規定されている医療扶助が廃止された場合。
- ⑤高齢者に対する情報を国家の介入により統制され、社会保障に関わる情報が入手できなかった場合。

①から④と⑤では、生存権といえども性質が異なる。この場合、①から④までは、受益権的側面が強く、⑤は自由権的側面が強い。このような場合、本人や支援者は本人の人権の性質に応じ、かつ人権調整を前提にした訴訟を行わなければならない。それゆえに、生存権の「構造論」を考察しなければならない。また、裁判を申立てるには、生存権自体に「法としての実体があるのか（法規範性）」、裁判のときその人権を根拠とできるのか（裁判規範性）」が問題となる。それゆえに、生存権の「法的性格論」が問題となる。

## 第2項 生存権の法的構造

内閣府大臣官房政府広報室の平成24年8月実施の世論調査で、高齢者の人権問題について、意識の二番目に高いのが「経済的に自立が困難なこと」（40.6%、上位5項目、複数回答）である。これは、生存権（憲法25条）について、国民は、重要な「人権」である、という意識をもっているということである。このことは、高齢者福祉の領域においても異なることはない。

ところが、憲法学・人権論の先行研究には、自由権だけを「人権」と考え、生存権は「制度化された権利」とであると主張する学説がある<sup>277</sup>。基本的人権の濫造は、いわゆる人権の「インフレ化現象」<sup>278</sup>を生じ、本来個人の尊厳に最も重要な働きをする「自由権」の尊重の意識を国民の中で低下させる危険性が発生することが理由である。この考え方は、人権の歴史的形成過程に忠実で、かつ自由権の重要性に着目した考え方なので、歴史認識としては妥当である。しかし、生存権は認知症高齢者など、人間が本来有している自由が病気

<sup>277</sup> 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993年）118 - 119頁。

<sup>278</sup> 人権が恣意的に濫造され、国民の人権に対する「尊重」の意識が希薄化し、結果として、近代市民革命を経て形成された自由権や資本主義の矛盾から形成された生存権など重要な人権が軽視される現象をいう。

や加齢などにより形骸化して、自己実現機能を阻害された場合に、形式的自由<sup>279</sup>を補い、本来有している自由（実質的自由）が機能できるようにする手段がなければ、自己実現は、具現化しない。自由権が個人の尊厳に最も重要な人権ならば、生存権はそれと常に、補完関係にあるのだから、自由権に匹敵する重要な「人権」である、と筆者は考える。また、このように解釈する方が、言語的理解が、上記の人権世論調査の示すように、国民の理解と一致する。

次に、筆者は、生存権は国家から何かをしてもらうという「受益権的側面」と国家による国民生活への介入を認めない「自由権的側面」をもつ複合的権利であると考え。生存権は、通常、社会権に分類されるが、社会権もまた、国家に給付を要求できるという意味においては、受益権に属すると考えられるが、伝統的な受益権と生存権は、その思想的背景や社会的基盤が違うので、普通は生存権を受益権とは別個に扱うこととし、本研究では「生存権の受益権的側面」と表現する<sup>280</sup>。

国民の生存は人類の歴史のなかでは、国家により幾度となく侵害されている。生存は、常に国家の不当な干渉・介入により侵害される危険性をもっている。個人の尊厳を保障するためには、国家の不当な干渉・介入を排除することが保障されなければならない。また、施設や在宅において、高齢者の日常生活の自己実現に不可欠な表現行為（表現の自由）を尊重するという趣旨からは、生存権の自由権的側面には重要な意義がある。

高齢者虐待の被虐待者となる危険性の高い、認知症高齢者の日常生活において、受益権的側面からのみ生存権を考えると支援は、「健康で文化的な最低限度の生活にかかわる金銭的・物質的支援」が強調されがちになる。しかし、認知症高齢者の生活における自己実現は、金銭的・物質的支援だけで満たされるものではない。認知症高齢者の様々な精神活動（たとえば、散歩とか芸術活動など）も自己実現には不可欠である。それゆえに、身体拘束などにより様々な精神活動が制約される場合、生存権を根拠として、高齢者虐待防止をするためには、生存権の「自由権的側面」を考えなければならない。

ところが、生存権の場合、社会一般においては「受益権的側面」のみが強調される傾向がある。判例においては、生存権の自由権的側面は「食糧管理法違反事件」<sup>281</sup>の最高裁昭

---

<sup>279</sup> 自由は保障されているが、病気、障害、加齢などの諸要因により、現実として機能できない状態にある自由を「形式的自由」という。

<sup>280</sup> 平井宣雄・新藤幸司・金子宏『法律学小事典』（有斐閣、2000年）354頁。

<sup>281</sup> 戦後の食糧事情が極度に悪い時期に、ヤミ米の購入・運搬行為をした者が、食糧管理法違反に問われた事件（最大判昭和23年9月29日、刑集2巻10号1235頁）。こ

和 23 年判決をめぐる議論を通して、明らかになった。しかし、その後この問題については十分な議論がなされていない<sup>282</sup>。

生存権の構造として、「自由権的側面」は、重要な意義をもつが、私たちが健康で文化的な最低限度の生活を維持するには、国家の支援を受けるとする「受益権的側面」がより重要である。この側面に関わる問題に直面したとき、国民は生存権を根拠に国家機関に支援や救済を求めなければならない。この場合に、生存権の法的性格が問題となる。

### 第 3 項 生存権の法的性格としてのプログラム規定説

生存権の法的性格について最初に解釈の指針を示したのが、民法学者我妻栄（1897～1973 年）である。日本国憲法施行当時、代表的な憲法学者である美濃部達吉は、生存権を「生活を営む権利」として「受益権」に分類し、佐々木惣一は、「最低生活確保の権利」として「国務要求権」に分類していた<sup>283</sup>。当時日本を代表する憲法学者ですら、解釈が分かれ、法的内容すら明確化できていなかった。

この混乱期に我妻は、ワイマール憲法をモデルとして「生存権的基本権」という概念を創設し、憲法 25 条から 28 条までの権利を「生存権的基本権」に分類し、生存権の特色を説明している。すなわち、生存権は、自由権的基本権が「自由」に重点が置かれるのに対して、生存権的基本権は「生存」に重点があること、また、自由権的基本権は「国家権力の消極的な規制・制限」であるのに対して、生存権的基本権は、「国家権力の積極的な配慮・関与」であるとしている。そして、生存権の受益権的側面の実現について、「国家が必要な立法や適当な施策をしないときには、国民は直接にこれを要求する方法はないという他はあるまい」としてプログラム規定説を主張している<sup>284</sup>。

プログラム規定説とは、憲法 25 条は、個々の国民に対して具体的な請求権を付与したのではなく、「国が常に、そのことにつき努力すべきであるという、将来の政治や立法に対する基本方針を指示したもの」であって、「国の政治的・道徳的義務を明らかにした」もの

---

の判例について、伊藤正巳は、「この判示は、右の法律による禁止が、経済的自由に向けられている（下線は、筆者による）とみることができ、25 条（生存権）の問題とすることが必ずしも適切でなかった事例である」といい、生存権の自由権的側面を意識している。『憲法〔第 3 版〕』（弘文堂、1995 年）382 頁。

<sup>282</sup> 長尾一紘『日本国憲法 第 3 版』（世界思想社、1997 年）293 頁。

<sup>283</sup> 芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権(2)』（有斐閣 1987 年）318 頁。

<sup>284</sup> 我妻栄『民法研究Ⅷ』（有斐閣、1970 年）85 頁。中村睦男・永井憲一著『生存権・教育権』（1989 年、法律文化社）、45 頁。

にすぎない、と説く学説である<sup>285</sup>。この学説では、国家が生存権規定に違反して「健康で文化的な最低限度の生活」の保障を怠ったとしても、違法・違憲という法的な問題とはならず、政治的責任としての不当性が問題となるだけである。

現在、私たちに保障されているいわゆる「現代的生存権」が登場してきたのは、1919（大正8）年のドイツワイマール憲法からである。ワイマール憲法151条1項では、「経済生活の秩序は、すべての人に、人たるに値する生存を保障することを旨とし、正義の諸原則に適合するものでなければならない。各人の経済的自由はこの範囲内においてこれを確保するものとする」と規定されている<sup>286</sup>。通説的見解によれば、この規定が世界で最初に生存権が保障されたものとされているが、第5章の経済生活の章に抽象的な表現でしか規定されていない。ここから、この151条1項は、ワイマール憲法下では、ゲルハルト・アンシュッツなどの通説的見解によってプログラム規定と解され、日本では我妻栄が日本国憲法施行直後に解釈論を紹介したのである<sup>287</sup>。

#### 第4項 プログラム規定説の課題

プログラム規定説は、我妻の主張以降、判例に踏襲されて今日に至っている。この学説は根拠として、①わが国の経済体制は、資本主義であるが、資本主義は個人の生活については自助自立を原則としているので、生存権を具体的請求権であるとする実質的前提が欠ける、②生存権を実現する社会立法は常に予算を必要とするが、その予算の配分は国の財政政策の問題であるから、社会立法の制定は国の裁量に属するのであって、それゆえ、かかる社会立法の制定を立法府に義務づける具体的な権利性を生存権に認めることはできない、③生存権を具体的な権利として保障するための規定が存在しないことを挙げている。

大須賀明は、プログラム規定説の背景について、プログラム規定説が、判例・通説化したことについて3つの要因をあげている。第一に、日本国憲法制定当時から条文解釈が定着する戦後初期の段階において、敗戦により日本の資本主義がはなはだしく弱体化したのにもない、生産力水準が著しく低下し、国民生活が極端に窮乏していたことである。すなわち、食糧事情が悪いために、国民の最低生存さえ脅かされかねなかった状況のもとでは、「健康で文化的な最低限度の生活」保障を、国家に期待することはほとんど不可能であった、ということである。第二に、当時における社会保障に対する国民の権利意識が弱か

<sup>285</sup> 法学協会編『注解日本国憲法』（法学協会、1953年）488頁。

<sup>286</sup> 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』（三省堂、1994年）の翻訳による。

<sup>287</sup> 大須賀明『生存権論』（日本評論社、1987年）4頁。

ったこと。第三に、ワイマール憲法 151 条 1 項の保障する生存権に関する古典的なプログラム規定説の無批判な導入と継受があったことを理由とする<sup>288</sup>。確かに第 2 節で既述のように、日本国憲法施行直後の学説の動向をみると大須賀の理由は正しい。

日本は太平洋戦争終結時においては、平和的国富の 25%を喪失している。特に、戦前のピーク時と比べて、ライフラインを支える石油精製は約 60%が爆撃による破壊を受け、火力発電の、稼動力は 30.6%まで落ち込んで入る。また、食糧の生産に欠かせない硫安の生産は 54.1%に過ぎない（資料は経済安定本部『太平洋戦争による我国の被害総合報告書』1949 年による）。終戦直後の日本では、生産設備は爆撃で破壊され、民需産業は戦時体制のため軍需産業に転用され、破壊されていた。例えば、繊維産業などの設備はスクラップ化され、軍需産業に投入されている。

また、資源の乏しい我国にあって、設備は戦災を免れても輸送船の不足から原料の輸入が断絶し、生産再開は困難であった。さらに、出征にともなう男子労働力の不足から、国内の資源採掘も十分ではなかった。石炭を例にとると、1935（昭和 10）年が 3775 万トンであったものが、1945（昭和 20）年には 2038 万トンにまで減少している。

憲法 25 条の保障する「健康で文化的な最低限度の生活」の保障は、繊維など民需産業に頼ることが大きい。戦争の影響で民需産業の落ち込みは特に大きい。綿糸は 1935（昭和 10）年の 64.5 万トンが 1945（昭和 20）年には 2.2 万トン、1935 年比のわずか 3%にすぎない。生存を支える「食」については、太平洋戦争末期から戦後にかけて国民は極度の栄養不足に直面していた。主食である米の生産は 1935 年が 826 万トン、1945 年は 587 万トンとなり、ピーク時の 68%にすぎない。麦は、1935 年の 303 万トンに対して、1946 年は 148 万トンでしかない。戦前、国内の食料の不足は海外植民地などから輸入していたが、戦争中日本の輸送船は、連合国の攻撃で大半を喪失してしまった。1946（昭和 21）年当時、日本の米の需要は 1100 万トンであるが、53.4%しか国内需要を満たしていない。また、敗戦により海外からの引揚者が発生し、彼らは都市の戦災者同様に生産手段をもっていなかった<sup>289</sup>。

このように戦後初期においては、敗戦に伴う国家財政の破綻により、生存権の目的である「健康で文化的な最低限度の生活」を実現することは不可能であった。しかし、将来、国

<sup>288</sup> 大須賀明『生存権論』日本評論社、1987 年）21 頁。

<sup>289</sup> ここに示した資料・内容については、正村公宏『図説戦後史』（筑摩書房、1988 年）から引用している。

家財政が回復したときに、「国民の健康で文化的な最低限度の生活」を現実化するために国家に政治的指針を示すプログラム規定は、国家に人権高揚の政治的義務を課し、福祉国家への契機となる可能性をもつという点で戦後の初期においては大きな意義があったと考えられる。

ところが、国家財政が回復し、国家による「健康で文化的な最低限度の生活」を現実的に実現できる現在において、プログラム規定説を日本国憲法の保障する「生存権」の後述する「生存権の受益的側面」の法的性格についての解釈論として安易に導入するのは妥当ではないと考える。なぜならばこの考え方には、以下に含まれる点が問題としてあるからだ。

第一に、プログラム規定説の根拠としているワイマール憲法においては、151条1項の条文の中に、「権利」という文言を規定していない。そこで、「人間に値する生活の保障」は、個人の権利としての保障ではなく、立法ないし国政の指針にすぎないプログラム規定と解釈する余地が生じてくるのである。しかし、日本国憲法は25条で、「権利」という文言を明記している。福祉現場において、高齢者の支援に関わる人は、生存「権」という文言を目にして、単なる政治的努力目標と考えることは不自然である。また、上記の国民の人権意識調査から考察しても、国民は生存権を単なる「政治的努力目標」に過ぎないとは考えていない。

第二に、プログラム規定説は、生存権は、資本主義の矛盾から発生する労働者の生存の危機を救済するために沿革的に発生したものであるから、わが国が、資本主義体制を採用するゆえに国民各人の生存配慮要求に国家が具体的に給付を行いうる経済的地位にないとする。しかし、資本主義の自由な経済活動は、この活動に馴染まない社会的弱者を常に生み出す。資本主義の恩恵を受けない国民の自己実現を図るには、国家を拘束する法規範性をもつ人権により健康で文化的な最低限度の生活保障を行うことが必要である。それゆえに、生存権は、資本主義的権利そのものである<sup>290</sup>。

第三にプログラム規定の根拠③については、手続き上の問題であって、このことから実体の権利であるかどうかが決まるわけではない<sup>291</sup>。憲法上手続き規定がない場合には保障が得られないとすれば、判例上、損失補償について、「直接憲法 29 条 3 項に基づいて補

<sup>290</sup> 大須賀明『生存権論』（日本評論社、1987年）78頁。

<sup>291</sup> プログラム規定説の批判の根拠については、浦部法穂『憲法学教室』（日本評論社、2001年）225頁。



償請求する余地が全くないわけではない」<sup>292</sup>と判示していることと整合性がとれなくなるのではなかろうか。

筆者は、プログラム規定説の意義を尊重し、かつ被虐待者の現実の権利擁護を考慮して、プログラム規定説でも、被虐待高齢者の生存権を積極的に侵害する法令や処分に対しては、司法審査により、違憲・無効とすることができると思う。理由は以下の通りである。判例はプログラム規定説を採りながら、現実には、生存権に関わる法律が制定されたり、各種施策が行われたりしている。このような実務上、被虐待高齢者の生活保護基準の過度な切下げや職権濫用による廃止があった場合、生存権が単なる政治的努力目標だとして、裁判所を通して個人の尊厳の実現が図れないのは、社会正義に反し、国民の人権に対する尊敬の気持ちを喪失せしめるからである。

#### 第5項 生存権の性格論の学説の検討と自説

##### 1. 生存権の法的性格をめぐる学説の検討

現代国家は、ある程度自給自足で生存が維持できた近代国家とは異なる。すなわち、資本主義が、高度に進展し、職業の細分化がなされ、国民生活は貨幣経済に支配されるようになる。資本主義体制から没落した人々が必然的に発生する。そこで、国家が彼らの生活に介入・支援して「健康で文化的な最低限度の生活」を保障しなければ、彼らの個人の尊厳を保障することにはならない。また、現代社会のように超高齢社会、かつ、核家族社会において被虐待高齢者のノーマライゼーションを実現するためには、国家の経済的裏付けある支援が不可欠である。それゆえに、生存権の法的性格を単純なプログラム規定と解釈するのは妥当ではない。

この視点から、憲法の先行研究においては、生存権の受益的側面に法的な規範性を与える法的権利説がでてきた。これらの学説は、具体的な場面での生活困窮者の救済手段により「直接的請求権説」、「具体的権利説」、「抽象的権利説」の対立として論じられてきた。ただし、この学説の名称から受ける印象と現実の学説の内容は乖離している。

生存権による生活困窮者に対して、最も積極的な支援を期待するのが「直接請求権説」である。この学説は、社会保障法学の立場から、初井常喜により主張されている。初井は、生存権は二重構造と考える。すなわち、憲法25条1項は、「最低限度」の生活保障、2項が最低生活を上回る生活（快適水準）の向上に対する国家の努力義務を規定したものとされる。1項は最低生活水準を保障する緊急的生存権として強い権利性があり、公的扶助請

<sup>292</sup> 最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁。

求権が導かれる。仮に、法律が存在しなくても、最低生活保障の具体的請求権の発生を可能とする。他方、2項は生活権であり、快適水準の実現には国の広い裁量を認めざるを得ないとする<sup>293</sup>。しかし、生存権は既述のように、曖昧な制定背景をもったまま、現代社会に至っている。この制定過程を考慮すれば、最低生活の保障を直接請求できるまで国民の意識と行政制度が成熟しているとは、考えられない。

「具体的権利説」は、生存権を具体化する立法が存在しない場合、立法不作為の違憲性の確認を求める訴訟が認められるべきだと考える。すなわち、被虐待高齢者の生存権がネグレクトや経済的虐待によって侵害されていても、憲法 25 条 1 項を根拠として、具体的な請求を国に求めることを裁判を通してすることはできない。しかし、被虐待高齢者の生活が一般社会の生活に比して極度に困窮し、かつそれが社会全体で常態化しているにもかかわらず、高齢者虐待を防止するために、国が生存権を具体化する立法をしない場合には、国の立法不作為は違憲であるとの確認を求める訴訟を行うことができる。

中心的論者の大須賀明は、憲法 25 条は、行政権を直接に拘束することができるほどに明確なものではないが、立法権と司法権を拘束できるほどには十分明確な内容であるとして、立法権の不作為が憲法 25 条に反し違憲性を有することの確認が論理的には可能であるとされる<sup>294</sup>。具体的権利説は、健康で文化的な最低限度の生活を具体化する法律が存在しないことを前提に論理構成をしている。しかし、現実には、生活保護法をはじめ多くの社会保障法が存在しており、具体的権利説を論じる実益は乏しい。また、実際に被虐待高齢者の救済に行政がかかわらない場合には、生存権の性格を具体的権利説のように複雑に考えなくても、国家賠償請求訴訟を通して、立法の不作為の違憲性を主張できる。いずれにしても、実益の乏しい学説である。

「抽象的権利説」は、生存権はそれを具体化する法律ができるまでは抽象的なものにとどまるが、法律によって具体化された限りでは、憲法上の権利になる、と主張する。すなわち、生存権は政治的努力目標ではなく、法規範性があるとするが、生存権（憲法 25 条）を根拠として、直接、国に対して法律の制定や行政の不作為の違憲性を求めて裁判を通して争うことはできないとする。

---

<sup>293</sup> 阿部和光「公的扶助法における権利と法の構造」日本社会保障法学会編『講座社会保障法・住居保障法・公的扶助法』（法律文化社、2001年）109頁。舛井常喜『社会保障法』（総合労働研究所、1972年）86頁参照。

<sup>294</sup> 大須賀明『生存権論』（日本評論社 1987年）101頁、学説の要約については、中村睦男『論点憲法教室』（有斐閣 1990年）208頁。

ただし、生存権を具体化した生活保護法のような法律がある場合には、法律上認められた具体的な請求権を手がかりとして、「健康で文化的な最低限度の生活」の保障を裁判上請求することができる、とする<sup>295</sup>。しかし、抽象的権利としたうえで、どのような訴訟類型が具体的に導かれるのか不明である。被虐待者の権利擁護を考える上で、抽象的な机上の論理であり、現実性がない。

## 2. 生存権をめぐる自説の展開

筆者は、プログラム規定説は、抽象的権利説などの法的権利説を排斥し、これらの学説と対立すると考えるのは妥当ではないと考える。憲法の保障する生存権の根底には当然、プログラム規定としての性格があると考え、国家に対して「国民の健康で文化的な最低限度の生活保障」実現に向けた救貧施策としての「最低生活保障」努力義務と防貧施策としての「快適生活実現」努力義務が課せられていると考える。このように考えれば、一般国民の生存権に対する意識と期待に合致する。

そして、一定範囲で法的規範として機能すると考える。そして、被虐待高齢者の個人の尊厳保障や権利擁護のために、いかなる訴訟類型によって、あるいはいかなる違憲審査基準によって、生存権に裁判規範としての効力を認めるかという議論をしたほうが、抽象的なプログラム規定だの、具体的権利だのという議論よりも権利擁護の視点において効果的ではなからうか。

この考え方によると、被虐待高齢者の生存権が裁判上の問題になる場合として、次の四つの場合が考えられる<sup>296</sup>。

### (1)被虐待高齢者の自由権的側面の侵害

- ①生活保護法により認められる介護扶助に対して、現行の基準より上乘せをして厳しい基準を課す場合
- ②消費税の増税など被虐待高齢者の健康で文化的な最低限度の生活を侵害する課税措置の違憲性が主張される場合。

(2)高齢者虐待防止法の存在を前提にしつつ、世帯分離によるシェルターへの居住の取消しなど、処分の違憲性・違法性が主張される場合。

(3)生存権保障に関わる法律のある条項自体が違憲であると主張される場合。

<sup>295</sup> 浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』（日本評論社、2006年）232頁。

<sup>296</sup> 加藤晋介『現代憲法』（辰巳法律研究所、1990年）388 - 389頁の類型を参考に筆者が高齢者虐待に当てはめを行っている。

(4)セルフ・ネグレクトを防止する必要が常態化しているにもかかわらず、これに対応する法律が制定されず、立法不作為が違憲であると主張される場合。

これらの場合に、訴訟類型と違憲審査基準で被虐待高齢者の健康で文化的な最低限度の生活を保障し、個人の尊厳を実現しようとするのである。

#### 第6項 被虐待高齢者の権利救済について

##### 1. 憲法25条1項と2項の関係

この問題を考える前提として、生存権に含まれる権利を分類する必要がある。25条1項を「狭義における生存権」とし、25条2項は、「生存権」と区別して、「生活権」と考える学説がある。この学説は、権利の性格により、立法裁量と違憲審査基準に違いをもたせようとしている<sup>297</sup>。すなわち、この学説は、1項は「救貧施策」、2項は「防貧施策」とし、1項に緊急性をもたせて、強く保障しようとするものである。1項は、生活保護、2項は社会保険制度を想定しての議論である。

しかし、救貧状態と防貧状態はそれほど明確に分離できるのであろうか。防貧状態にある人でも社会保険でかろうじて「健康で文化的な最低限度の生活」を維持しているのではあるまいか。だとすれば、社会全体の生活の質の向上のためには、1項の生活保護にのみ特別な救済の手段を与えるのは妥当ではないと考える。この考え方では、介護保険法による被虐待者への対応は、生活保護による対応よりも軽視されることになる。

筆者は、生存権の二重構造論を前提にして憲法25条1項と2項を区分することなく、①人間の生存に不可欠な「最低限度の生活」の保障を求める「最低生活権」と、②より快適な生活の保障を求める「快適生活権」に分類するのが正しいと考える<sup>298</sup>。

##### 2. 生存権の違憲審査基準

被虐待高齢者の生存権保障を考える場合、「最低生活権」の保障の場合と、「快適生活権」の場合では、国家の介入の必要性が異なるので、違憲審査基準が異なると考える。また、①法令の改正によって現在、被虐待高齢者が受給している保護水準を縮減されることを裁判で争う場合と、②現在受給している保護状態を法令によって拡大しないことを裁判で争う場合では、基準が違ふと考える。なぜならば、①の場合の方が、②の場合に比べてより生存を脅かす危険性があるからである。

<sup>297</sup> 長尾一紘『日本国憲法〔第3版〕』（世界思想社、1997年）300頁。

<sup>298</sup> 分類については、岩本一郎「生存権と社会保障義務」『日本国憲法の再検討』（有斐閣2004年）226頁の分類を引用。

それゆえに、筆者は、被虐待高齢者の最低生活権に関わる問題に国が立法しない場合には、国会が法律を制定しないことに合理的な理由があることを厳しい基準で追及する「厳格な合理性の基準」を適用するのが妥当だと考える。この基準は、現在受給している保護水準を縮減する場合にも適用される。

しかし、被虐待高齢者の快適生活権に関する場合や、現在保護を受けている水準を拡大しない場合には、最低生活権や保護状態の縮減に比べて被虐待高齢者の生存のリスクが低いので、「厳格な合理性の基準」よりも国の判断を尊重し、国の判断に一見明白な誤りがあったときのみ違憲になるとする「明白性の原則」を適用すべきだと考える。

#### 第4節 おわりに

生存権は、形成過程と現代社会における国民の言語的理解が乖離する人権である。その背景には、生存権の実現には国家の介入による支援があり、財政的裏付けを伴うからである。それゆえに、被虐待高齢者の日々の自己実現を尊重し、個人の尊厳を実現するには、先ず、国民意識と言語の整合性を図る必要がある。これについては、日本国憲法の生存権規定の淵源であるドイツワイマール憲法では人権として、明確化されていなかった。しかし、生存権は社会のなかで国民の健康で文化的な最低限度の生活を実現するものであるが、その背景の社会は常に変化するので、当然に社会変化の影響を考慮し、かつ、国民の「人権」としての意識を反映して「人権（基本的人権）」と理解すべきである。

もしも、人権ではなく、国家の支援を要素とする国民の基本権とすれば、国家の恣意的判断で国民の安心・安全な生活が脆弱化する危険性がある。特に、自己実現を表現の自由に頼ることができない、重度の認知症高齢者など社会的弱者においては、人権の中核である自由権を補完する手段として生存権が重要である。このような視点から、生存権は自由権と補完関係にある重要な「人権（基本的人権）」であると、法的に確定しなければならない。

被虐待高齢者の自己実現には、生存権をどのように活用するか、被虐待高齢者とその支援者は理解しておく必要がある。福祉現場で、単に「高齢者虐待防止」とか「高齢者の人権尊重」と標榜しても、法的構造、人権の性格を理解していなければ、自己実現手段を行って行かない。それゆえに、生存権の法的構造論の検討は重要である。

しかし、筆者が講師を務めているA県の人権講師派遣プログラムを見る限り、この視点の研修はない。生存権は、自由権的側面と受益的側面に対応が異なる。また、裁判において、救済を求める場合には、被虐待高齢者の生活の状況から、生存権の構造上、どの部分

の問題であるのかを明確化しておかなければならない。また、訴訟を視野に入れた支援の視点からは、生存権が裁判でどのように援用できるのかという「生存権の性格」の検討が必要となる。

被虐待高齢者の生存権保障には、「ソーシャルワーク及びケア実践の側面」からの支援と「裁判による支援の実効性の確保の側面」からの支援が必要である。すなわち、多面的専門職の支援が不可欠ということである。しかし、現実には専門職間の専門性を超えての交流は必ずしも活発ではない。特に、人権の理解について、専門職間で違いがある。この違いは、被虐待高齢者の個人の尊厳の実現過程において顕在化する。それゆえ、高齢者虐待にかかわるすべての専門職が同じ言語感覚と法的な理解を学ぶ人権教育が必要となる。この点については、別の章で検討する。

## 第Ⅸ章 まとめと対人援助技術への視座

### 第1節 高齢者虐待4段階における人権の意味と役割

#### 第1項 高齢者虐待防止における人権の役割

本研究において、日本における老人擁護（高齢者虐待防止）には、自然の情愛、仏教思想、儒教思想、寓話、国家権力を背景とした家族国家観、人権が主として機能してきたことが分かった。

このなかで、最も老人（高齢者）擁護に効果的であったのは、家族国家観であると考えられる。なぜならば、家族国家観は国体の維持と深くかかわっていたからである。しかし、この思想は主目的が天皇制国家体制の維持であり、あくまで主目的達成の反射的利益としてしか、老人（高齢者）の権利擁護を考えていない。また、老人（高齢者）一般を擁護の対象としているため、個々の老人（高齢者）の自己実現保障という考え方は含まれていない。それゆえに、個人の尊重を国家の目的とする現代国家においては、高齢者虐待防止要因として認容してはならないと考える。

しかし、天皇に対する「忠」を除いた儒教思想は、個人の存在を犠牲にするものではなく、人権と共存することができ、人権と協働関係を構築することによって高齢者虐待を防止することができる。特に、高齢者虐待発生4段階の「人権無配慮状態」においては、社会道德の構成要素として、高齢者虐待予防に資するものである。

また、仏教思想においても同様である。仏教思想は、今昔物語のなかで記述されているように、反社会的な行為に対しては「仏罰」という無形の強制力をともなっている。それゆえに、儒教思想よりも高齢者虐待防止には、効果的であり人権を補う意味で、「人権の無配慮状態」においては、重要な意味をもつ。

自然の情愛は、人間だれもが有するものであり、いにしえより高齢者虐待防止要因であった。これにより老人（高齢者虐待）防止が図られることが最も理想である。しかし、自然の情愛は、極めて不安定な老人（高齢者）虐待防止要因である。なぜならば、ケアにかかわる者の置かれた環境により、いとも簡単に変化するからである。

このことは、日頃熱心に介護をしていた者が、高齢者から罵倒されたり、感謝されなかったことをきっかけに、高齢者虐待に至ることから読み取ることができる。2013（平成25）年度の厚生労働省による高齢者虐待調査によれば、養介護施設における虐待発生要因で最も多いものは「教育・知識・介護技術等に関する問題」が128件（66.8%）であり、

次いで「職員のストレスや感情コントロールの問題」が 51 件 (26.4%) となっている。このことから、自然の情愛は高齢者虐待防止要因としては、不安定であることがうかがえる。

これに対して、人権は「個人の尊厳」を保障する手段として、「個人」の存在を意識しているところに重要な意義がある。また、家族国家観と異なり、国家権力の恣意性と親和性をもつことなく、いつの時代もどのような環境であっても「個人の自己実現」を図るという普遍性をもつことから、現代社会においては至上の高齢者虐待防止手段と考えられる。

## 第 2 項 4 つの意味の人権

### 1. 筆者の研究の視点の確認

人権は、第 I 章、第 II 章で検討した高齢者虐待防止手段・要因と比較して個人の自己実現のために、きめ細かく対応できる特色がある。たとえば、認知症高齢者の日常生活すべてを包括的に見守り、自己実現を尊重する場合には、人権の中核概念である「個人の尊厳」でケアの指導原理を示すことができる。

介護の放棄・放任（ネグレクト）状態のときには、「生存権」で私生活への介入重視により、本来の自己実現を補完することができる。また、同居の親族等により年金の搾取が行われているとき（経済的虐待）は、財産権の侵害として、財産権の保障に特化した対応をとることができる。施設職員がナースコールを意識的に無視する場合には、自己実現に不可欠の権利である「表現の自由」の侵害として、高齢者の思いを反映できる環境の回復を図ることができる。

筆者は、この人権の特性を活かすため、高齢者虐待にかかわる人の反社会性（行為無価値性）と高齢者の権利侵害性（結果無価値性）の相関関係から高齢者虐待発生過程を 4 段階に分けて、それぞれの過程で人権が法的にどのような課題をもっているのかを考察した。

また、人権の高齢者虐待防止機能を効果的にするには、高齢者虐待の定義と類型化を精緻にしなくてはならない。漠然とした人権概念と漠然とした高齢者虐待の定義では、結果においてケアにかかわる者の経験則で高齢者ケアを考え、質の高いケアは実現できない。この視点から本研究では、高齢者虐待の定義と類型化の理論化を図った。

### 2. 高齢者虐待発生 4 段階における人権の意味

筆者は、本研究において、高齢者虐待防止手段としての人権は、高齢者虐待発生 4 段階の適用場面において高齢者の権利擁護への尊重とケアに従事する者の社会的責任の相関関係から 4 つの「意味」に分類することが効果的であると考えた。



### (1) 「人権無配慮状態」段階の人権の意味

人権は、「人権無配慮状態」の段階においては、人権啓発という社会道徳的な意味で活用する必要がある。ところが、国民一般に人権啓発を求める場合、人権の本質にかかわる「人権の私人間効力」をどのように理論的に克服するかという困難な課題に直面する。

この場合に、日本国憲法の人権規定を強制力をもたせることなく、「倫理的・道徳的意味」にもちいれば、この課題は克服できる。

たとえば人権啓発や人権教育において、「高齢者の自分らしい生活をみんなで尊重しましょう」と啓発の目的を表示し、そのために「高齢者の自分らしさを表現できる環境づくりをしましょう」と具体的な施策を提示し、そのためには「表現の自由」に配慮しましょう、と倫理観を示す。この場合の人権は、国民の道徳感情レベルのものであり、強制力をもたない。筆者は、これを本研究のなかで「倫理的意味の人権」と、呼んでいる。

人権の意味を定義づけても、人権尊重を求める者の人権尊重責任が明確化されていなければ、ケアにかかわる者、あるいは高齢者の人権尊重教育を受ける者は戸惑う。戸惑いは、行為者の表現の自由という自己実現手段の委縮効果をもたらす。それゆえに、人権尊重責任についても検討しなければならない。

筆者は、国民一般および養護者の「人権無配慮状態」段階の人権尊重義務は、自己の人権尊重と同じレベルでよいと考える。すなわち、彼らは、自己の人権尊重と同じ程度の人権尊重義務を要介護高齢者に対して負うということである。

しかし、施設職員等は、専門職であることおよび、高齢者とのかかわりにおいて対価を得ていることやコンプライアンス遵守の視点から、自己の人権の尊重よりは責任の重い、専門職としての責任に基づく人権への配慮が求められる。筆者は、これを民法上の「善管注意義務（善良な管理者の注意義務）」（民法 644 条を援用）と同様に考え、「厳格な倫理的意味の人権」と呼んでいる。すなわち、社会通念として「社会的地位、専門性から求められる義務を課された倫理的な意味の人権」ということである。

### (2) 「不適切ケア」段階の人権の意味

養護者の「不適切ケア」の段階においては、「人権無配慮状態」と比べて、より倫理性が高い人権啓発が必要となる。なぜならば、ケアにより高齢者を自己の支配圏内に置いたのであるから、保護範囲にある者に接するのは、自己の人権尊重よりも重い責任が発生すると考えるのが社会通念に合致するからである。これは、「人権無配慮状態」の段階における施設職員やケアサービス従事者に求められる人権尊重の役割と同じである。

一方、施設職員やケアサービス従事者の不適切ケアは、サービス提供契約における債務不履行である。それゆえに、この段階での人権は、単なる倫理的な意味ではなく、法的な意味をもつ必要がある。さりとて、不適切ケアに法的な意味の人権を直接に適用すると、市民生活に国家権力を背景にもつ手段をもち込むことになるので、市民社会で長年形成されてきた私的自治のルールを破壊する危険性がある。

この課題の解決には、市民社会の一般原則、「公序良俗違反」（民法 90 条）や「信義誠実の原則」（民法 1 条 2 項）に該当する人権の趣旨を反映させればよい。いわゆる人権の私人間適用における「間接効力説」の考え方である。筆者は、これを「法規範性のある法的意味の人権」と、本研究のなかで呼んでいる。

### (3) 「グレーゾーン」と「虐待顕在化」段階の人権の意味

「グレーゾーン」においては、既述のとおり、高齢者虐待が潜在的に発生している。これを「顕在化した虐待」にまで進行させないため、地域包括支援センターや市町村の福祉関係部署が活動しなければならないことが少なくない。また、社会福祉士など高齢者福祉に携わる者は、行政機関に対して何らかのアクションを求めなければならない。そのためには、生存権を例にとれば、生存権の「法規範性」が問題となる。

すなわち、行政は「法に基づく行政の原理」が支配する。具体的な法律がある場合には、その法律で対応することが可能だが、具体的には法律がない場合、生存権を根拠に行政にアクションを求めることになる。この場合、生存権の法規範性が問題となる。各種思想や人間の情愛では、具体的な行政の権利擁護活動を求めることができないが、人権に法規範性を付与すれば、具体的な活動を期待できる。

さらに、「虐待の顕在化」段階においては、被虐待高齢者の自己実現を裁判所により回復することが求められる。それゆえに、「法的意味の人権」には、「裁判法規範性をもつ法的意味の人権」を考えなければならない。思想や情愛では、緊急の高齢者虐待防止ならびに権利の回復に対応できないが、人権は高齢者の自己実現阻害要因に対して現実かつ迅速に対応することができる。

人権を高齢者虐待発生の 4 段階において機能させるときは、「倫理的意味の人権」、「厳格な倫理的意味の人権」、「法規範性の法的意味の人権」、「裁判法規範性の法的意味の人権」を明確化する必要がある。

### 第 3 項 対立する個人の自己実現の調整機能

私たちは、誰もが社会の一員として、常に自己実現をめざすという宿命のなかで生活し

ている。それゆえに、必然的に互いの自己実現が抵触（対立）する。仏教思想では、「和」の精神でお互いの自己実現の調和を図り、儒教思想では、「仁」や「徳」をもってこの課題を克服しようとした。しかし、福祉の現場で現実には要介護高齢者に対する「身体拘束」の必要性が発生した場合、このような「要因」によっては迅速な問題解決ができない。人間の自然の情愛においても同様である。

社会における自己実現の対立を調整するには、明確な概念を手段とし、その手段の調整基準を明確化することが必要である。人権は、自己実現の対立を調整する明確な概念であり、有効な手段である。それゆえに、筆者は高齢者虐待発生 4 段階において最も人権対立が顕在化する「身体拘束」を念頭に置きながら、人権調整基準の構築を試みたのである。

## 第 2 節 人権の対人援助への反映について (1)

### 第 1 項 人権体系の理解と対人援助技術

人権は、現代社会において高齢者虐待防止手段として至上のものである。それゆえに、筆者は高齢者虐待発生 4 段階における法的課題について本研究で考察してきた。しかし、高齢者虐待防止手段として人権を機能させるためには、人権の法的研究で終わったのでは、高齢者虐待防止に役立たない。人権の法的研究は、要介護高齢者に対する援助技術に反映されなければ、意味がない。

ところで、第Ⅲ章調査①の結果では、施設職員等の人権の種類・内容・体系についての意識は、626 人のうち 5.6% しかもっていない。これは、人権の法的理解が対人援助技術に反映されていない証である。

高齢者の日常生活にかかわる人権に配慮する場合、表現の自由と生存権では、高齢者の行為に対する対応が異なる。表現の自由は、高齢者の自己実現に不可欠の権利であるから、できる限り、見守りを通して介入しないことが求められる。高齢者の自主性を尊重し、傾聴と共感的な態度で話しやすい環境、自分を表現しやすい環境づくりが求められる。

一方、生存権の受益権的側面においては、生命にかかわる場合もあるので、ケア従事者や行政等の積極的な介入が求められることがある。この人権の種類・内容・性質の違いに配慮した援助技術は高齢者ケアの質の向上につながる。そのためには、人権の中核概念を言語に明確化と内容の精緻化をしたうえでの教育がなされなければならない。

### 第 2 項 個人の尊厳の理解と対人援助技術

筆者は、第Ⅴ章において、「個人の尊厳」を人権の中核概念として明確化した。では、こ

の概念をどのように援助技術に反映すべきであろうか。人権の中核概念の混乱は、第Ⅲ章の調査②の職員インタビューからもうかがえるし、調査③の福祉を学ぶ学生へのアンケート結果からもうかがえる。これでは、要介護高齢者に対して自己実現に配慮した質の高いケアは提供できない。

この点について、まず人権の中核概念を「個人の尊厳」と明確化したうえで、その内容を定義として明確化する必要があると考える。筆者は、「人間としての存在価値を極限まで尊重し、自己の自立・自律生活において自己実現過程の阻害要因を排除し、個人の自己実現を最大限度尊重すること」と考える。

「自立」とは、誰の支援を受けることなく、自らの力で生活することをいい、「自律」とは、自らの意思決定において自己実現できることをいう。すなわち、「誰もが思い通りの人生を実現できるように社会のなかで最大限尊重されること」(社会における自己実現の最大限の尊重)と考える。対人援助技術においては、先ず明確に「個人の尊厳」の理解と人権カタログにおける指導原理としての役割を誰もが共通の知識として知らなければならない。

ところで、「個人の尊厳」に限らず法的な概念や用語の意味を単なる言葉の羅列としたのでは、福祉の現場に混乱を生じるだけである。それゆえ、誰もが分かりやすい表現に変換してケアにかかわる者の行動規範にしなければならない。そこで、筆者は、以下のような方法で「個人の尊厳」の理解を図るべきであると考えます。

第一は、誰もがイメージしやすい表現への置き換えである。最初に、個人の尊厳を人間の「幸せ」と置き換える。この場合、具体例を示しながら、幸せの本質を理解させる。研修参加者に具体的に「貴方にとって幸せとはなんですか？」と問いながら意見を求める。筆者が講師をした研修会からは、「健康であること」、「いつまでも家族と生活できること」、「好きなところに旅行すること」、「好きなお酒を飲むこと」、「好きなだけ寝ること」、「好きなものを好きなだけたべること」などが出てきた。

第二に、置き換えた言語「幸せ」の具体例すべてに共通する概念を抽出させる。研修参加者から出てきた意見の共通点を抽出し、指摘する。その際に、「誰もが心に描いた思いをそっくりそのまま実現すること」そのものが、「幸せ」であることを強調し、参加者に認識させる。

ここで思いの実現のためには、「誰にも邪魔されたり干渉されたりしないこと」が最も重要な要素であることを強調する。それこそが「自由」であり、憲法で法的に保障された

ものが「自由権」であることを指摘する。そして、受講生一人ひとりに現時点における「幸せ」を実際に筆記させ、それを阻害する要因もあわせて筆記させる。このことにより、自由の大切さと自由を阻害する要因が多いことを認識させる。

施設職員の意識を明確化するためには、「人権無配慮状態」の段階で、高齢者が何を望み、どのように自己実現を図りたいかを自分の関係する職務と関連させ、実際に記述させる。次にそれを阻害する要因、たとえば、病気、障害、職員の態度などを記述させる。

「高齢者が快適な生活を求める（自己実現＝これを最大限尊重するのが『個人の尊厳』）⇒そのために、ナースコールをする（表現の自由）⇒『あとで！、あとで！』と職員が対応する＝表現の自由の阻害要因⇒阻害要因により、高齢者の幸せが損なわれている。この過程で、自分が職員としてかかわるときに、高齢者の人権に対してどのような考えをもつかを気づかせる（人権意識の喚起）」。

このように、研修する職員の自己の意識を主体的に目覚めさせる教育が必要ではなかろうか。

### 第3項「自由」の理解を導く方法論

人権体系の理解においては、「自由」の意義（定義）を明確に示すことが必要である。特に、「一般的用語としての自由」と「法律論としての自由」の違いを明確にしなければならない。

すなわち、法律論において「自由とは、国家の権力的介入・干渉を排除すること」を明確に示すことである。私たち日本人は、自由獲得のための近代市民革命を経ることなく、GHQ（連合国軍総司令部）の占領政策の付随的効果として近代市民革命で形成された自由を獲得した。それゆえに、自由の意義が社会に十分浸透しているとはいえず、自由と同じ意味の「個人主義」において誤解が発生することが少なくない。このことは、第Ⅲ章の調査②において、利用者のインタビューのなかにも表れていた。

日本社会において、「自由」という言葉のイメージは必ずしもよいものとはいえない。なぜならば、近代市民革命を経験していないため、「自由＝利己主義」という偏見が少なくない。このことを意識して、浦部法穂は、「個人の尊厳」と「個人の尊重」を同視した上で、「『個人の尊重』とは、人間をその属性（集団所属）によってとらえるのではなく、個人としてとらえ個人として尊重する、と言うものであるから、『個人主義』の考え方である」として、個人の尊厳と個人主義を同様の概念としている<sup>299</sup>。

また、「『個人主義』と言うと、日本では、自分のことばかりで他人のことを考えない、

<sup>299</sup> 浦部法穂『法学教室全訂〔第2版〕』（日本評論社、2006年）41頁。

というような、どうもあまりよくないイメージで捉えられることが多い」として、自由の理解の前提として自分のことばかりを考える「利己主義」と「個人主義」を区別することを提唱している<sup>300</sup>。

しかし、このような憲法学（人権論）の専門用語をそのまま、福祉の人権研修に用いれば、福祉従事者の学習意欲を減殺させる危険性がある。それゆえ、筆者は以下のように平易な表現に置き換える。

「私の思いは最大限社会の中で尊重してください。その代わりに、あなたの思いも最大限社会の中で尊重しますよ」と。また、併せて、社会を前提としているので当然に人権の調整原理が必要であることも教えなければならない。これに対して「利己主義」とは、自己の無制約な行動であり、社会の中で生活する私たちにとって個人の尊厳を脅かすことになりかねないことも理解する必要がある。

これに加えて、法的な用語としての「自由」とは、「誰によっても自己の生活に介入・干渉されないこと、特に国家権力による拘束からの解放」を意味することを重点的に教育しなければならない。この場合、国家が専断的・恣意的に国民生活に介入したら、いかに国民生活が制約を受け、自分らしさが失われるかを示す必要がある。

特に、先の大戦を例に挙げ、自由のもたらす恵沢の意義を説明すると効果的ではなからうか。そして、より身近な例を挙げながら自由の意義を考える。この際、「自己実現の過程を明確化する必要がある。すなわち、頭の中で考え（内心的効果意思の形成＝内心の自由）⇒表示行為（表現の自由）により自己実現の達成」、というプロセスを明確化する必要がある。

具体例から考えてみよう。まず、高齢者虐待防止研修に参加している一人ひとりに「幸せ」を書かせる。仮に「お腹いっぱい食べること」という例が挙げられたとしよう。そこで、自由に頭の中で考えることが保障されることが前提であることを意識させる（内心の自由）。

次に、頭の中で食べることを考えるだけでは幸せであるか否かを研修に参加している職員に問う。おそらく大多数が「NO!!」であろう。次にこの自己実現の不十分さを改善するには何が必要かを考えさせる。「食べたいものを言葉で表現する」、「食べたいところに行く」、「食べたいものを注文する」、そして「食べる」などの答えが予想される。そこで、これらの答えすべてに共通する思いの表現（表現の自由）を抽出し説明する。すなわち、思い（内

---

<sup>300</sup> 浦部法穂『法学教室 全訂第2版』（日本評論社、2006年）41頁。

心の自由)が外部に表出されて(表現の自由)こそ、自分の思いが実現できる(自己実現)ことを気づかせることが大切なのである。

そして自分たちの生活に目を向けさせ、施設あるいは在宅において安易に高齢者の自由な行動を規制することは、表現の自由の侵害であり、自己実現を著しく傷つけることを理解させる。そして、参加者に自分たちの日常業務のなかで安易な行動規制がなされていないかをペーパーに記述させ、自分自身により人権啓発を図る。たとえば、安易な身体拘束が行われていないか、部屋の入り口を合理的な理由もなくロックをしてはいないかなどをチェックさせる演習を加えればさらに人権尊重の意識啓発が図れるのではなかろうか。

この前提として、第IV章で検討した「人権」、「基本的人権」、「基本権」の具体的な使い方を学習することも必要である。

#### 第4項「生存権」の理解を導く方法論

生存権は、要介護高齢者の自己実現を実質化するうえで、重要な人権である。「人権無配慮状態」段階においては、要介護高齢者の人間に値する生活環境への配慮という倫理的意味で機能する。

「不適切ケア」段階、「グレーゾーン」、「顕在的虐待」段階においては法規範機能をもつ人権として機能する。しかし、従来の人権研修では、人権の意味や虐待発生段階における要介護高齢者の生存権の在り方についての考察は、法律と福祉の学際的研究の不活発さから、先行研究においては行われていない。これでは、要介護高齢者への質の高いケアは期待できない。

生存権は、法的に解決しなければならない課題を内包したまま実務が行われているという特色をもつ人権である。また、本研究で取り上げた各種の調査から、人権の本質と国民の理解の乖離が顕著な人権でもある。そのようなことから、生存権の福祉現場での活用には、法的な論点を明確化する必要がある。この点については、すでに第IV章と第VIIIで検討した。これを福祉現場で対人援助技術に活用するには、以下の点を反映させなければならない。

生存権は、自由権的側面と受益権的側面の2面性をもつ人権である。このように考えれば、生存権を具体化した生活保護法の目的(1条)が最低生活の保障(受益権的側面)と自立助長(自由権的側面)と規定されていることと整合性がとれる。

自由権的側面からは、要介護高齢者に対して、高齢者虐待発生に至るすべての段階において、自己決定を尊重しながら、過度に私的領域に介入しないことが求められる。受益権

的側面からは、日常生活の見守りから健康で文化的な人に値する生活の実現ができるように配慮することが求められる。

### 第3節 人権の対人援助への反映（2）

#### 第1項 マイノリティ・社会的弱者保障理論

私たちの歴史のなかで、老人（高齢者）に対して、自然の情愛が虐待を防止してきたことは、第I章の研究から分かった。

しかし、感情は普遍性がなく、ケア従事者を取り巻く環境に左右されやすい。すなわち、要介護高齢者とケア従事者との間の人間関係が良好の場合には、ケア従事者は求められる職務に対して誠意をもって対応できる。ところが、福祉の現場においては、常にケア従事者の精神的安定を阻害する状況が発生する。特に、認知症高齢者は感情失禁を起こしやすく、自己の感情がコントロールできないことから、ケア従事者の感情を傷つけることが少なくない。罵倒、便の投げつけ、ひっかき、性的いやがらせなど数え上げるときりがない。

このような場合、「好意」はケア従事者に対するいやがらせにより、いとも簡単に「敵意」に変容する。これを防止するには、高齢者虐待防止要因としての自然の情愛の急激な変化を抑制する意識が必要である。そのためには、なぜ高齢者の人権を尊重すべきなのかという、動機を明確にもつ必要がある。筆者は以下のように考える。

第一は、人間の運命から動機づけできる。私たちは、誰もが当然に歳をとる。加齢は必然的に様々な身体的な機能障害の原因となり、認知症を発症した高齢者は社会的弱者・マイノリティとなる。このことは、生物として不可避の現実である。

第二は、立場の交代可能性から動機づけできる。人間は、誰もが社会的に多数派（マジョリティ）であるときもあれば、少数派（マイノリティ）になるときもある。私たちの社会は様々な部分社会から構成され、そのなかで自己実現を図っている。誰もが自己実現をより高い水準で達成しようとするれば、より多くの部分社会に関わり、その関わりのなかでマイノリティになることは、少なくない。それゆえに、自己実現の多様性を実現するには、マイノリティの存在を認めることが大切である。

ところで、要介護高齢者は、社会的にマイノリティである。かつ、社会的に弱い立場にある。これらの人たちが社会で尊重されれば、誰もが安心した社会生活を送ることができるのである。要介護高齢者に対する「人権無配慮状態」段階では、ロールプレイ等を通じてマイノリティ・社会的弱者保障についての理解を深めることが、高齢者虐待防止の有効



な手段となると考える。

## 第2項 人権調整を踏まえた対人援助について

社会のなかでは、誰もが同じ人権価値を有しながら生活している。私たちの人権は普遍的なものであり、最大限の尊重が求められる。しかし、私たちは社会的な存在である以上、誰もが他人の迷惑を気にすることなく勝手気ままに生活することはできない。福祉の現場では、要介護高齢者とケア従事者の人権対立や制限の必要性に頻繁に遭遇する。

認知症高齢者の自由な行動は、ときには徘徊として、ケア従事者を悩ます。ケア従事者は、徘徊をとめたいと思い、ときには居室に鍵をかけ、自己の平穏な生活の実現を図る。ここに要介護高齢者の「表現の自由」とケア従事者の「表現の自由」の対立が発生する。施設において、要介護高齢者がナースコールを繰り返すと職員は苛立ち、思わず「頻繁にナースコールしないで！」と叫ぶ。これもお互いの「表現の自由」の対立である。

また、選挙が近づくと、職員は施設に縁の深い者から投票依頼されることがある。その場合、選挙権を有する高齢者の投票行動が知りたいと思い、思想・信条を何かにつけ聞き出そうとすることがある。要介護高齢者の「思想・良心の自由」と施設職員の「表現の自由」の対立である。認知症高齢者は判断能力が低下すると財産権の維持が困難となる。そこで、成年後見制度を利用したり、養護者による財産管理が行われたりする。これは、要介護高齢者の「財産権」の調整である。

人権調整の知識とそれを反映させた援助技術は、高齢者虐待に防止に重要な役割を担う。要介護高齢者の人権保障は、彼らの人権保障を絶対化するものではない。社会のなかで、調和をとりながら、彼らの自己実現が最大限尊重されるのが理想である。

日本国憲法の条文では唯一「公共の福祉」が人権調整基準として明文化されているにすぎない。ところが、第Ⅲ章調査①において、施設職員等において、人権体系が理解されていないという事実が判明し、かつ調査②においてインタビューからそれが裏付けられ、調査③からこれから福祉を担う人材において、「公共の福祉」が理解されていない現実が判明した。この現実は、福祉現場における人権調整機能が、不十分であり、現在および将来にわたって、要介護高齢者の自己実現が不合理な理由により制約される危険性を示唆するものである。

ところで、「公共の福祉」という言葉は、聞こえがいい。あたかも社会全体の理解のもとですべての人の自己実現を図るかのようなイメージを与える。福祉現場において、対人援助技術のなかで「公共の福祉」のために、人権調整をする必要があるといった場合、多

くの国民は批判的な感情をもつことなく受容してしまう。

しかし、人類の歴史に鑑みれば、「公共の福祉」目的の人権制約というのは、実に恐ろしい一面を有する。ナチス・ドイツの時代（1933年～1945年）にヒトラー政権はゲルマン民族の繁栄という美名のもと、「公共の福祉」名目でニュルンベルク法によりユダヤ人を社会的に排斥している。この人権制約原理は、国家の恣意的判断で使用されれば、社会のマジョリティにとって好ましくない者を社会から排除することを合法化する危険性を有している。それゆえに、対人援助技術において「公共の福祉」を安易に用いるべきではない。この概念を明確化した人権調整基準が必要であり、そのことは本研究で既述した。

### 第3項 人権調整の視点について

#### 1. 内心の自由の制約についての対人援助技術

人権調整は、誰もが自己実現を享受できるようにするために行うものである。それゆえに、他人の人権と対立しない場合には人権調整をしてはならない。いかに反社会的な事柄であるとしてもそれが内心にとどまる限りは制約できない。

高齢者施設のなかで、反社会的な宗教の布教が危惧される場合であったとしても内心にある限りは、制約できない。福祉現場において施設にとって好ましくない宗教や政党を施設側が知りたい場合がある。ところが、論理性のない曖昧な知識で安易に高齢者の内心にとどまる思想・信条を表出させようとするれば、ときとして心理的虐待に発展する危険性がある。

施設において、高齢者や家族に安易に宗教や政党、あるいは日常講読している新聞・雑誌を聞くことがある。これらの行為は、いわゆる「踏み絵」として、絶対に侵害してはならない高齢者の「内心の自由」を表出させることになるので十分な配慮が必要である。

#### 2. 表現の自由についての対人援助技術

表現の自由は、思想・信条あるいは様々な思いを外部へ表出することである。私たちは、自分の思いの実現（自己実現）を果たすために、言葉を使ったり、手紙を使ったり、贈り物をしたり、とさまざまな表現方法を使う。それゆえに、表現の自由は私たちにとって重要な人権である。要介護高齢者にとっても、表現の自由の大切さはかわることがない。

表現行為は、自分の思いを実現するために不可欠の手段であるゆえに、最大限の配慮と尊重が必要である。しかし、一方でケア従事者の人権も尊重しなければならない。そこで、制約にあたっては、要介護高齢者の人権制約目的を実現する上で最も自由の制限が小さくなるような手段をとらなければならない。憲法学人権論の先行研究では、人権制約の「厳

格な基準」といわれている。この基準は、以下の理由に基づいて主張されている。

私たちは、民主主義社会のなかで生活しているので、人権も民主主義のルール of 視点から考えなければならない。すなわち、民主主義は自由な言論・出版など表現の自由の尊重により支えられている。表現の自由が尊重されなければ、私たちは民主主義社会のなかで自分たちの自己実現を図ることができなくなる。この意味でも精神活動に関する人権制約は必要最小限のものでなければならない。

一方で、成年後見制度や日常生活自立支援事業あるいは、居宅において、高齢者の財産を他人が管理することは、高齢者の財産権（経済的自由）の制限にあたる。この場合、財産権の制約基準は、精神的自由である表現の自由とは異なる。なぜならば、経済的自由は仮に侵害されても表現の自由を使えば回復することが可能であるが、表現の自由は侵害されると民主主義の過程において回復が不可能となる。

それゆえ、精神的自由の制約は、経済的自由の制約よりも基準が厳格になるのである（二重の基準論）。財産権の制約が経済的虐待に該当するか否かの基準は、制約に合理性があるか否かで判断する「合理性の基準」を用いるべきである。

### 3. LRA (Less Restrictive Alternative Test) の基準を用いた援助技術

LRA（より制限的でない他にとりうる手段）の基準は、以下のような場合を想定して援助技術に活用したいと考える。

例えば、認知症高齢者が夜中に大声で暴れる場合に、マンパワー不足と物理的理由により別棟の倉庫に閉じ込めたとする。この場合、最初に、大声で暴れる行為を防ぐという目的のための手段が、過度に自由を侵害していないか、すなわち、安易な制限手段となっていないかを判断するときの基準として用いるものである。

田中とも江は、この場合の対応策として①周囲の環境を整える、②本人の状態を整える、③チームアプローチを考える、としている<sup>301</sup>。周りがざわついていないか、室温が高すぎないか、スタッフ同士が大声で連絡をとりあっていないか、スタッフの患者に対する威圧がないか、ということを検討している。

周囲のざわつきの鎮静化、エアコンの温度の調整、スタッフの話し合いで当該高齢者の大声が止むならば、これらの手段は、倉庫に閉じ込めるよりも当該高齢者の自由の侵害が

---

<sup>301</sup> 吉岡充、田中とも江編著『縛らない看護』（医学書院、1999年）39頁 - 43頁。

小さいので、これらの手段をとるべきと考える。

また、失禁や便、あるいはかゆみが原因であるかをチェックして、それらの対応にあたるならば、これも同様に倉庫に閉じ込めるよりは、当該高齢者の自由の制約が小さい。そして、対応策のなかでも、専門職の立場からみて最も当該高齢者の自由の制約が小さい手段を採用しているか、これらを考えるのが LRA(Less Restrictive Alternative Test)の基準である。これは、憲法学で採用されている LRA の基準を参考にしたものである。

この基準を用いた演習では以下の学習過程が有効であろう。①施設で生活する高齢者の人権を制約するケースを職員に具体的に列挙させる。②その事例において、より自由度が大きい（制約が小さい）手段がなかったかを検討させる。例えば、認知症高齢者の行動の自由を制約する場合に、部屋の大きさは適当であったか、建物の中の移動制限においてより自由度が大きい手段はなかったか、制約する時間帯の制約は過度に大きくなかったかなどである。

#### 第4節 総括

高齢者虐待の防止には、医療、福祉、法律、行政、一般市民、ボランティアなど多くの専門職、非専門職の連携が必要となる。専門職は、それぞれの立場で貴重な専門的な知識をもち、非専門職は高齢者を思う優しい気持ちをもっている。それぞれの立場は異なっても、高齢者に関わる究極の目的は、「高齢者の『個人の尊厳』」の実質的な実現である。この共通の目的を実現するためには、それぞれのいわゆる垣根を超えて共通の理論的な人権の理解が必要となる。

一方で、人権のもつ意義の重大性を認識し、「人権侵害」を濫用しない教育も必要である。なぜなら人権をむやみに唱えようと、人々は「また人権か！」と思い、人権尊重意識が希薄化するからである。これでは、人権がもつ最も重要な機能である「国家権力からの自由の侵害防止」機能を弱体化してしまう。

まず、人権の意味を理解した上で、市民社会では第一次的には市民社会のルールである「信義誠実の原則」、「公序良俗の原則」、「権利濫用の原則」などで解決するという視点が必要ではなかろうか。具体的には、不適切なケアは施設における利用契約に対する信義誠実に反するとか、プライバシーを軽視した着脱により高齢者の心を傷つける行為は、公序良俗に反するなどである。それで解決できない場合に、憲法の人権規定をこれら市民社会のルールに置き換えて「人権侵害」を主張すべきである。

## 参考文献一覧

【参考文献（著者名 ABC 順）】

### A

阿部和光「公的扶助法における権利と法の構造」日本社会保障法学会編『講座社会保障法  
住居保障法・公的扶助法』（法律文化社、2001年）109頁。

Aitken L. & Griffin G., 1995, *Gender Issues in Elder Abuse*, London: Sage.

愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像 - ジョン・ロック政治思想と現代憲法学』（法律文化社、  
2003年）。

———愛敬浩二編『人権の主体』（法律文化社、2010年）。

秋元美世「視点 バルネラブルな人々と権利擁護--高齢者虐待防止法によせて」ジュリスト  
1305号（2006年）2 - 6頁。

安藤明夫『シルバーハラスメント』（労働旬報社、1995年）。

青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社、1996年）。

芦部信喜「私人間における基本的人権の保障」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 1  
総論』（東京大学出版会、1968年）225頁。

———『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）。

———『現代人権論』（有斐閣、1974年）。

———『憲法Ⅱ人権（1）』（有斐閣、1978）。

———「人権宣言の歴史」法学教室（1988年）92号 34 - 41頁。

———『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）。

———『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）。

———芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）。

### B

バトラー・ロバート著、内菌耕二監訳、グレッグ中村文子訳『老後はなぜ悲劇なのか？ア  
メリカ老人たちの生活』（メヂカルフレンド社、1991年）。

ビッグス・サイモン、フィリップソン・クリス、キングストン・ポール著、鈴木眞理子監  
訳、青海恵子訳『老人虐待論』（筒井書房、2001年）。

Biggs S. & Phillipson C., 1992, *Understanding Elder Abuse: A Training Manual for*

*Helping Professionals*, Harlow: Longman.

——Biggs S., Phillipson C. & Kingston P., 1995, *Elder Abuse in Perspective*, Philadelphia: Open University Press.

Bonnie J. R. & Wallace B. R., Editors, 2003, *Elder Mistreatment: Abuse, Neglect, and Exploitation in an Aging America*, The National Academies Press, Washington, D.C.

## C

Cornell P., & Gelles J.R., 1982, “Elder Abuse: The Status of Current Knowledge”, *Family Relations*, 31, p. 459.

Costa J. J., 1984, *Abuse of the Elderly*, Heath and D. C. Company, Lexington, Massachusetts.

コスタ・J・ジョセフ、中田智恵海『老人虐待』（関東出版社、1988年）。

Cranston, M., 1973, *What Are Human Rights?* (2nd ed.), p. 7.

——Human Rights: A Reply to Professor Raphael, in D. D. Raphael ed., 1967, *Political Theory and the Rights of Man*, pp. 95-100.

## D

Decalmer P. & Glendenning F., 1993, *Mistreatment of Elderly People*, Sage Publications Ltd., London.

デカルマー・ピーター、グレンデニング・フランク編著、田端光美、杉岡直人監訳『高齢者虐待』（ミネルヴァ書房、1998年）。

## E

Edwards R.L. et al (eds.), 1996, *Encyclopedia of Social Work 19th edition*, NASW press.

江口聡「国内の生命倫理学における『パーソン論』の受容」京都女子大学研究紀要 10号 (2007年) 119 - 135 頁。

江守五夫『日本村落社会の構造』（弘文堂、1976年）。

——『講座家族 8 家族観の系譜』（弘文堂、1974年）。

Engelhardt, Jr., 1996, *The Foundations of Bioethics* (2nd ed.), Oxford U.P.

エンゲルハート・H・トリストラム「医学における人格概念」久保田顕二訳、加藤・飯田

編『バイオエシックスの基礎』（東海大学出版会、1988年）19頁。

## F

Filinson R., & Ingman R. S. (eds.), 1989, *Elder abuse: Practice and Policy*, Human Sciences Press.

深田三徳「個人の尊厳」ジュリスト 1192号（2000年）31-37頁。

福尾猛市郎『日本家族制度概説』（吉川弘文館、1985年）。

福島正夫編『家族政策と法 1 総論』（1975年、東京大学出版会）。

——『家族政策と法 3 戦後日本家族の動向』（1977年、東京大学出版会）。

——『家族政策と法 7 近代日本の家族観』（1976年、東京大学出版会）。

藤井俊夫「生存と人権」大須賀明ほか『憲法講義 2 基本的人権』（有斐閣、1979年）229頁。

——『憲法訴訟と違憲審査基準』（成文堂、1985年）。

藤田省三『天皇国家の支配原理』（未来社、1966年）。

舟木浩「病院内における身体拘束の違法性を認めた判決」賃金と社会保障 1480号（2008年）37頁。

古橋エツ子「高齢者虐待の実態と法的対応の課題」法政論叢 42巻2号（2006年）295 - 306頁。

——「高齢者虐待に関する援助と防止システムの課題」花園大学社会福祉学部研究紀要 15号（2007年）1 - 11頁。

## H

萩野芳夫「基本権・基本的人権」『憲法学の基礎概念』（勁草書房、1983年）3頁。

萩原清子「高齢者虐待の発生と親孝行文化」関東学院大学文学部紀要 114号（2008年）127 - 146頁。

——「あいまい概念としての『高齢者虐待』とその対応」関東学院大学文学部紀要 117号（2009年）134頁。

花見朔巳編『山川先生伝』（故男爵山川先生記念会、1939年）。

針生誠吉「福祉国家の本質」鈴木安蔵編『現代福祉国家批判』（法律文化社、1967年）35頁。

- 長谷部恭男『憲法』(新世社、1996年)。
- 「憲法学から見た生命倫理」法律時報 72 卷 4 号 (2000 年) 66 頁。
- 『憲法の理性』(東大出版会、2006 年)。
- 『憲法〔第 4 版〕』(新世社、2008 年)。
- 長谷川正安『憲法解釈の研究』(勁草書房、1974 年)。
- 林泰史「身体拘束の医学的有害性について」介護福祉 63 号 (2006 年) 30 頁。
- 樋口恵子監修編『女・老いにのぞむ』(ミネルヴァ書房、1995 年)。
- 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房、1973 年)。
- 『現代民主主義の憲法思想』(創文社、1977 年)。
- 「日本憲法学と『福祉』問題」東大社会科学研究所編『福祉国家 4』(東京大学出版会、1984 年) 59 頁。
- 『人権』(三省堂、1996 年)。
- 『憲法〔改訂版〕』(創文社、1998 年)。
- 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集〔第 4 版〕』(三省堂、2004 年)。
- 『国法学・人権原論』(有斐閣、2004 年)。
- 平井宣雄・新藤幸司・金子宏『法律学小事典』(有斐閣、2000 年)。
- 平田厚「高齢者虐待防止法の概要と法制化の意義」ふれあいケア 12 卷 3 号 (2006 年) 7 - 11 頁。
- 「高齢者虐待防止法の論点と課題」ジュリスト 1411 号 (2010 年) 116 - 121 頁。
- フーバー・ウォルフガング、テート・ハインツ著、河島幸夫訳『現代キリスト教倫理双書 人権の思想—法学的・哲学的・神学的考察』(新教出版社、1980 年)。
- 法学協会『注解日本国憲法 上巻』(有斐閣、1953 年)
- Hirst, P. & Miller, J., 1986, "The Abused Elderly", *Journal of Psycho-Social Nursing*, 24(10), pp. 28-34.
- 堀勝洋『社会保障法総論〔第 2 版〕』(東大出版会、2004 年)。
- Hudson, M. F., 1986, "Elder Mistreatment: Current Research", p. 160 in Pillemer, K. A. and Wolf, R. S. (eds.), *Elder Abuse: Conflict in the Family*. Dover, Mass.: Auburn House Publishing Co.



- 市川和彦著『施設内虐待』（誠信書房、2000年）。
- 市川和彦編著『虐待のない支援』（誠信書房、2007年）。
- 家永三郎『日本道徳思想史』（岩波書店、1987年）。
- 『歴史の中の憲法（下）』（東京大学出版会、1999年）。
- 池田政章「現代型福祉国家と生存権」ジュリスト 289号（1964年）170頁。
- 『「社会権」と人権論の再検討』法律時報 43巻1号（1971年）15頁。
- 池田直樹「新たな法制度をいかに活用し使いこなすか」総合ケア 16巻7号（2006年）52 - 55頁。
- 「高齢者虐待防止制度と運用の課題」高齢者虐待防止研究 7号（2011年）59 - 63頁。
- いのうえせつこ『高齢者虐待』（新評論、1999）。
- 井上茂『人権序説』（岩波書店、1976年）。
- 伊藤正巳『言論・出版の自由』（岩波書店、1959年）。
- 『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）。
- 石川健治「人格と権利—人権の観念をめぐるエチュード」ジュリスト 1244号（2003年）24 - 30頁。
- 石田雄『明治政治思想史研究』（未来社、1954年）。
- 伊藤幹治『家族国家観の人類学』（ミネルヴァ書房、1982年）。
- 岩本一郎「生存権と社会保障義務」『日本国憲法の再検討』（有斐閣 2004年）226頁。
- 岩本健寿「奈良時代施薬院の変遷」早稲田大学大学院文学研究科紀要第4冊（2008年）87 - 88頁。
- 岩田正美『「被保護層」としての貧困』岩田正美・西澤晃彦編『貧困と社会的排除』（ミネルヴァ書房、2005年）184頁。

## J

- Jonas. H., 1970, "Against the Stream", *Philosophical Essays*. Chicago: University of Chicago Press. （ハンス・ヨナス「死の定義と再定義」加藤尚武・飯田亘之編『バイオエシックスの展望』（東海大学出版会、1988年）223 - 234頁。
- Johnson F. T., 1991, *Elder Mistreatment: Deciding Who is at Risk*, New York: Greenwood Press.

## K

梶川 義人「高齢者施設における高齢者虐待への対応」ソーシャルワーク研究 34 巻 2 号  
(2008 年) 136 - 142 頁。

——「養護者による虐待への現場における取組の現状と課題」ジュリスト 1411 号  
(2010 年) 110-115 頁。

金子善彦『老人虐待』(星和書店、1987 年)。

加藤悦子著『介護殺人：司法福祉の視点から』(クレス出版、2005 年)。

——「高齢者虐待—法的側面からの検討」老年精神医学雑誌 16 巻 2 号 (2005 年) 205  
- 211 頁。

——「虐待をしてしまう家族は何を考えているのか—家族と高齢者をともに支える  
援の重要性」月刊ゆたかなくらし 289 号 (2006 年) 11 - 15 頁。

——「論点 高齢者虐待防止法—施行後の最新事情と今後の課題」ケアマネジャー 8  
巻 10 号 (2006 年) 70 - 73 頁。

加藤晋介『現代憲法』(辰巳法律研究所、1990 年)。

粕谷友介「憲法十三条前段『個人の尊重』」法学教室 89 号 (1988 年) 13 頁。

唐澤富太郎『教科書の歴史』(創文社、1961 年)。

川島武宜『イデオロギーとしての家制度』(岩波書店、1957 年)。

菊池馨美『社会保障の法理念』(有斐閣、2000 年)。

君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008 年)。

木下智史『人権総論の再検討』(日本評論社、2007 年)。

高齢者処遇研究会編『高齢者虐待防止マニュアル』(長寿社会開発センター、1997 年)。

小林篤子『高齢者虐待：実態と防止策』(中央公論新社、2004 年)。

小林直樹『現代基本権の展開』(岩波書店、1976 年)。

——『憲法講義上〔新版〕』(東京大学出版会、1980 年)。

——『憲法学の基本問題』(有斐閣、2002 年)。

小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、2002 年) 154 頁。

国民精神文化研究所『教育勅語渙発関係資料集』第三巻 (国民文化研究所、昭和 14 年)。

高村浩「身体拘束の法的側面」介護福祉 63 号 (2006 年) 38 頁。

厚生労働省老健局編『市町村・都道府県における高齢者虐待への対応と養護者支援につい

て』(厚生労働省、2006年)。

高齢者虐待防止研究会編『高齢者虐待に挑む—発見、介入、予防の視点』(中央法規出版、2004年)。

小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)。

———「私人間における権利の保障」高橋和之・大石真編『憲法の争点〔第3版〕』54-55頁。

———『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)。

## L

ロック・ジョン：鵜飼信成訳『市民政府論』(岩波文庫＝岩波書店、1968年)。

Llompарт José『人間の尊厳と国家権力』(成文堂、1990年)。

———「日本国憲法解釈の問題としての「個人の尊重」と「人間の尊厳」判例タイムズ377号(1979年)17-18頁。

———『「人間の尊厳」と『個人の尊重』』法学教室88号(1988年)48頁。

## M

馬淵和夫ほか校注『新編日本古典文学全集37 枕草子』(小学館、2001年)。

正村公宏『図説戦後史』(筑摩書房、1988年)。

松井茂記「福祉国家の憲法学」ジュリスト1022号(1993年)69頁。

松本三之介「国家主義と『家』イデオロギー」『講座家族8 家族観の系譜』(弘文堂、1987年)55頁。

松尾聰、永井和子校注『枕草子』(小学館、1997年)。

マルクス・ユージェン・ハンス「人間の尊厳—近代までの思想展開」『キリスト教と人権思想』(サンパウロ、2008年)113-114頁。

Meyer H. C. (ed.), 1981, *Social work with the aging*, Association of Social Workers.

美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1948年)。

三宅尚斎『黙識録』国立国会図書館デジタルコレクション。

宮沢俊義『(コンメンタール)日本国憲法』(日本評論社、1955年)。

———『憲法II〔新版〕』(有斐閣、1971年)。

———宮沢俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社、1973年)。

溝田弘美「アメリカの高齢者政策におけるアドヴォカシーの役割」政策科学 7 卷 1 号(1999 年) 115 頁。

舩井常喜『社会保障法』(総合労働研究所、1972 年)。

文部省『国体の本義』(内閣印刷局、1938 年) 46 - 47 頁。

————『第二期高等小学修身教科書三』11 頁。

森清監訳『憲法改正小委員会秘密議事録』(第一法規出版、1983 年)。

森岡正博『生命学に何ができるか』(勁草書房、2001 年)。

————「パーソンとペルソナ：パーソン論再考」人間科学 (2009 年) 第 5 号 93 頁。

————『生命学への招待』(勁草書房、1988 年) 215 頁。

棟居快行『憲法学の新構成』(信山社、1992 年)。

————『憲法学再論』(信山社、2001 年)。

## N

長町裕司・永井敦子・高山貞美共編『人間の尊厳を問い直す』(上智大学出版、2011 年)。

長尾一紘『日本国憲法 第 3 版』(世界思想社、1997 年)。

内藤淳『自然主義の人権論』(勁草書房、2007 年)。

中江藤樹『翁問答』(岩波書店、1943 年)。

中村睦男『歴史的・思想的に見た『社会権』の再検討』法律時報 1971 年 43 卷 1 号 9 頁。

————『社会権法理の形成』(有斐閣、1973 年)。

————「生存権」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権 (2)』(有斐閣、1981 年) 318 頁。

————『社会権の解釈』(有斐閣、1983 年)。

————樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈日本国憲法上巻』(青林書院、1984 年)。

————中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』(法律文化社 1989 年)。

————『論点憲法教室』(有斐閣 1990 年)。

————「生存と憲法」樋口陽一編『講座憲法学 4』(日本評論社、1994 年) 47 頁。

————「人権の観念」法学教室 (1997 年) 206 号 5 頁。

中村雄二郎『新編近代日本における制度と思想』(岩波書店、2000 年)。

中田知恵海「高齢者が高齢者を支援する--高齢者虐待問題から」社会福祉研究 (2004 年)

89号24 - 30頁。

中谷雄二「わが国における医療機関の身体拘束に対する法規制の現状と今後の課題」

賃金と社会保障 1512号（2010年）4 - 9頁。

中山茂樹「基本権を持つ法的主体と持たない法的主体（一）」法学論叢 14号6号（1997年）58頁。

根森健「憲法上の人格権」公法研究 58号（1996年）66頁。

寝たきり予防研究会編『高齢者虐待』（北大路書房、2002年）。

新村拓『ホスピスと老人介護の歴史』（法政大学出版会、1992年）。

日本カトリック司教協議会 教理委員会、日本カトリック司教協議会教理委員会編『カトリック教会のカテキズム』（カトリック中央協議会、2002年）。

日本弁護士連合会高齢者・障害者の権利に関する委員会編『高齢者虐待防止法活用ハンドブック』（民事法研究会、2006年）。

西原博史・石川健治・松本和彦・小山剛『人権論の新展開』（岩波書店、2007年）。

西野基継「人間の尊厳の多義性（1）」愛知大学法学部法経論集 131号54頁。

Noda Yoshiyuki, 1976, *Introduction to Japanese Law*, University of Tokyo Press, p. 173.

野村祥平「高齢者のセルフ・ネグレクトに関する先行研究の動向と課題」テオロギア・ディアコニア 41号（2007年）101 - 116頁。

——「セルフ・ネグレクトの状態にある高齢者への予防・支援の法制化に関する考察—高齢者権利擁護法の成立に向けた課題」高齢者虐待防止研究 7号（2011年）82 - 99頁。

野村豊子「高齢者虐待防止への介入支援における諸課題—高齢者虐待防止法制定を踏まえて」社会福祉研究 97号 2 - 13頁。

野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利著『憲法 I』（有斐閣、2006年）。

## O

尾形禎亮・杉勇訳『古代オリエント集』（筑摩書房、1999年）519頁。

小川政亮『社会保障権』（自治体研究社、1989年）。

奥平康弘「人権体系及び内容の変容」ジュリスト臨時増刊『日本国憲法—30年の歴史と展望』243頁。

- 『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年)。
- 「表現の自由」田中二郎編集代表『日本国憲法体系第7巻』53頁。
- 「『個人の尊重』か『人間の尊厳』か」法の理論19号(2000年)203頁。
- 「個人の尊重—その意義と可能性」ジュリスト1244号(2003年)。
- 大塩まゆみ「高齢者虐待・放任の概念についての小論—その予防に向けて」社会福祉研究  
第70号(1997年)179-180頁。
- 大須賀明「生存権」法律時報41巻5号(1969年)72頁。
- 「社会権の権利性」法律時報43巻1号(1971年)22頁。
- 「社会権の法理」公法研究34号(1972年)113頁。
- 『生存権論』(日本評論社、1984年)。
- 『社会国家と憲法』(弘文堂、1992年)。
- 「福祉裁判と憲法学」法律時報68巻6号(1996年)98頁。
- 大須賀明・栗城壽夫・樋口陽一・吉田善明編『憲法辞典』(三省堂、2001年)。
- 大塚仁『刑法概説(各論)』(有斐閣、1996年)。
- 押久保倫夫「『個人の尊重』の意義」時岡古希『人権と憲法裁判』(成文堂、1992年)33  
頁。

## P

John XXIII *Pacem Terris*, AAS55, 1963, pp.278-279.

## Q

Quinn, J. M., Tomita K. S., 1997, *Elder Abuse and Neglect: Causes, Diagnosis, and Intervention Strategies*, New York: Springer.

## R

臨時法制調査会第2回議事速記録83-84頁。

## S

斉藤泰雄「識字能力・識字率の歴史的推移：日本の経験」広島大学教育開発  
国際協力研究センター国際教育協力論集第15巻1号(2012年)51-62頁。

- 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995年）。
- 『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1997年）。
- 坂田伸子「自治体における高齢者虐待予防の現状と課題--高齢者虐待の全国調査から」東洋大学社会学部紀要 43巻2号（2006年）113 - 127頁。
- 佐藤功「生存権の保障・法律と予算」清宮四郎・佐藤功編『演習憲法』（有斐閣、1959年）。
- 『憲法（上）〔新版〕』（有斐閣、1983年）。
- 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）。
- 「人権の観念」ジュリスト 884号（1987年）145頁。
- 佐々木潤之介編『日本家族史論集 家族史の方法』（吉川弘文館、2002年）。
- 『日本家族史論集 家族と国家』（吉川弘文館、2002年）。
- 清野幾久子「福田徳三の生存権論と社会王制論」法律論叢（1997年）69号60頁。
- 関山直太郎『近世の日本の人口構造』（吉川弘文館）。
- 柴尾慶次「身体拘束を考える：施設ケアのあり方と組織の課題」介護福祉 63号（2006年）57 - 59頁。
- 渋山昌雄「バイオエシックスの一考察—人口妊娠中絶とパーソン論」上智哲学誌 8号（1995年）70 - 79頁。
- 清水伸『逐条日本国憲法審議録 第二巻』（有斐閣、1962年）。
- Singer, P., 1993, *Practical Ethics*, (2nd ed.), Cambridge, U. P.
- Singer, P. & Wells, D., 1984, *The Reproductive Revolution: New Ways of Making Babies*. Oxford, U. P.
- Steinmetz, S. K., 1988, *Duty Bound Elder Abuse and Family Care*, Sage Publications.
- 1990, “Elder Abuse: Myth or Reality?” in T.H. Brubaker (ed.), *Family Relationships in Later Life*, Newbury Park, CA.: Sage.
- シュタルク・クリスティアン、桜井健吾訳「人間の尊厳」社会と倫理 5号（1998年）155頁。
- 初宿正典「人権概念史」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学第2巻法思想』（東京大学出版会、1983年）51頁。
- 『憲法2』（成文堂、2010年）。
- 杉原泰雄編著『資料で読む日本国憲法上』（岩波書店、1994年）。
- 鈴木安蔵「社会国家・福祉国家の理論と実態」同編『現代福祉国家論批判』（法律文化社、

1967年) 3頁。

——『憲法制定前夜』(青木書店、1977年)。

## T

田上穰治『日本国憲法原論〔新版〕』(青林書院、1985年)。

田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」法学研究 33 卷 12 号 (1960 年) 182 頁。

——『『基本的人権』の意味』小嶋和司編『憲法の争点 (新版)』(有斐閣、1985 年) 57 頁。

高野範城「高齢者虐待防止法の意義と今後の課題」月刊ゆたかなくらし 289 号 (2006 年) 19 - 23 頁。

高崎絹子「高齢者虐待への対応の現状と課題」老年精神医学雑誌 16 卷 2 号 (2005 年) 212 - 218 頁。

——「高齢者虐待防止実現への取り組みはいま--高齢者虐待防止法の施行の意義と課題」総合ケア 16 卷 7 号 (2006 年) 12 - 19 頁。

——「高齢者虐待の現状とケアシステム・ネットワークづくりの課題」老年社会科学 28 卷 4 号 (2007 年) 513 - 521 頁。

——「高齢者虐待防止法の成立の意義と取り組みの現状」保健の科学 49 卷 1 号 (2007 年) 4 - 10 頁。

高橋和之『『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない』ジュリスト 1245 号 (2003 年) 140 頁。

——「現代人権論の基本構造」ジュリスト 1288 号 (2005 年) 112 頁。

——「私人間効力再訪」ジュリスト 1372 号 (2009 年) 148 - 161 頁。

高橋正俊「法実証主義的自然権説について」香川法学 14 卷 3・4 号 (1995 年) 98 頁。

高柳賢三・大友一郎・田中英夫著『日本国憲法制定過程 I』(有斐閣 1972 年)。

田中寛之「高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律」ジュリスト 1306 号 (2006 年) 27 - 32 頁。

田中荘司「高齢者虐待問題研究の歴史と展望」老年精神医学雑誌 16 卷 2 号 (2005 年) 165 - 171 頁。

——「高齢者の虐待、身体拘束を考える」介護福祉 63 号 (2006 年) 8 - 9 頁。



Tatara T., 1995, "Elder Abuse" in Edwards R. L. et al (eds.), *Encyclopedia of Social Work*, 19th edition pp. 834-842, NASW press, Washington, D.C.

多々良紀夫『高齢者虐待—日本の現状と課題』（中央法規、2001年）。

———「高齢者の虐待について—アメリカと日本の取り組みの現状」老年社会科学 25 卷 3 号（2003 年）339 - 348 頁。

———「高齢者虐待への専門的対応と専門性」日本保健福祉学会誌 16 卷 1 号（2010 年）2-3 頁。

———「アメリカにおける高齢者虐待防止の取り組み —高齢者公正法(EJA)の成立と今後の課題」高齢者虐待防止研究 7 号（2011 年）24 - 29 頁。

陀安広二「パーソン論とはどのような倫理か」医療・生命と倫理・社会 第 3 号（2004 年）152-159 頁。

戸田洋樹『『パーソン論』に関する若干の覚え書』駒沢女子大学研究紀要第 8 号（2001 年）。

Tooley Michael, 1972, "Abortion and Infanticide", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, no. 1, pp. 37-65.

津田左右吉『儒教の実践道徳』（岩波書店、1938 年）。

津止正敏、斎藤真緒『男性介護者白書 家族介護者支援への提言』（かもがわ出版、2007 年）。

辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性』（創文社、1992 年）。

———「人権の観念」樋口陽一編『講座 憲法学 3』（日本評論社、1994 年）4 頁。

———「人権の観念」高橋和之・大石眞編『憲法の争点〔第 3 版〕』（有斐閣、1999 年）50 - 51 頁。

———『憲法』（日本評論社、2001 年）

津村智恵子・大谷昭編『高齢者虐待に挑む』（中央法規、2004 年）。

———津村智恵子「地域での高齢者虐待の発見と対応」ふれあいケア（2006 年）12 卷 3 号 12 - 15 頁。

恒藤恭「個人の尊厳—自由の法理との連関からみた個人の尊厳について」『自由の法理』（尾高朝雄教授追悼論文集）（有斐閣、1968 年）。

筒井 孝子、東野 定律「わが国の高齢者虐待研究における『虐待』の定義と今後の課題」東京保健科学学会誌 6 卷 4 号（2004 年）298-306 頁。

## U

内野正幸「社会権の法的性格論の歴史的分析（1～2）」法律時報法律時報 53 卷 9 号（1981 年）109 頁、10 号 105 頁。

——『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991 年）。

——『社会権の歴史的展開』（信山社、1992 年）。

浦部法穂『違憲審査権の基準』（勁草書房、1985 年）。

——『法学教室〔第 2 版〕』（日本評論社、2006 年）。

白井キミカ、黒田研二「在宅での高齢者虐待をもたらす要因について—諸外国および日本における研究のレビュー」社会問題研究 48 卷 2 号（1999 年）78 頁。

## W

和田幹男「旧約聖書における人間観」『宗教の人間学』（世界思想社、1994 年）56、64 頁。

——『創世記を読む 旧約聖書 1』（筑摩書房、1996 年）49 頁。

若松良樹「人権の哲学的基礎」ジュリスト 1244 号（2003 年）6 - 12 頁。

脇野幸太郎「高齢者虐待への法的対応と介護政策上の課題」法政論叢 47 卷 2 号（2011 年）119 - 135 頁。

我妻栄「基本的人権」『新憲法の研究』（国家学会、1947 年）63、87 頁。

——『新憲法と基本的人権』（憲法普及会、1948 年）。

——『民法研究Ⅷ』（有斐閣、1970 年）。

渡部克哉「高齢者虐待の定義をめぐって—国際機関,英米,そして日本」社学研論集 12 号（2008 年）157 - 171 頁。

——「高齢者虐待とジェンダー—どのようにされてきたのか」ソシオサイエンス 15 号（2009 年）188 - 203 頁。

渡辺康行「人権理論の変容」江橋崇ほか編『岩波講座現代の法 1』（岩波書店、1997 年）。

Wolf, R., C. Strugnell, & M. Godkin, 1982, *Preliminary Findings from Three Model Projects on Elderly Abuse, Center on Aging*. Worcester, MA: University of Massachusetts Medical Center.

——Wolf, R., M. Godkin & K. Pillemer, 1984, *Elder Abuse and Neglect: Findings from Three Model Projects*. Worcester, MA: University of Massachusetts Medical Center on Aging.

- Wolf, R. & K. Pillemer, 1989, *Helping Elderly Victims: The Reality of Elder Abuse*, Columbia University Press.
- Wolf, R., 1997a, Elder Abuse and Neglect: Causes and Consequences *Journal of Geriatric Psychiatry* 30(1): 153-174.
- Wolf, R., 1997b, *Factors Affecting the Rate of Elder Abuse Reporting to a State Protective Service Program*. Washington, DC: National Committee for the Prevention of Elder Abuse.

## Y

- 山口光治「高齢者虐待防止におけるエンパワメントの意味」総合福祉研究 12号(2007年) 45 - 60 頁。
- 『高齢者虐待とソーシャルワーク』(みらい、2009年)。
- 山本克司「高齢者虐待に関する人権と法的問題点についての一考察」聖カタリナ大学・聖カタリナ大学短期大学部研究紀要 18号(2006年) 97 - 111 頁。
- 「高齢者虐待防止法事例援助の研究」人間文化研究所紀要 12号(2007年) 77 - 89 頁。
- 「高齢者虐待の一類型である身体拘束に関する人権的・法的問題点の研究」聖カタリナ大学・聖カタリナ大学短期大学部研究紀要 20号(2008年) 125 - 139 頁。
- 『福祉に携わる人のための人権読本』(法律文化社、2009年)。
- 「高齢者虐待防止への人権教育の視座—憲法学・人権論の応用から」人間文化研究所紀要 15号(2010年) 25 - 39 頁。
- 「高齢者の身体拘束を防止するための人権の理論的一考察」高齢者虐待防止研究 第9巻1号(2013年) 15 - 21 頁。
- 「日本国憲法の人権中核概念の言語的理解と正当性の根拠」法政論叢 49巻2号(2013年) 87 - 99 頁。
- 「高齢者虐待の定義についての一考察」法政論叢 50巻2号(2014年) 61 - 78 頁。
- 「人権の調和—高齢者虐待における論理的な人権理論の検討」高齢者虐待防止研究 10巻1号(2014年) 59 - 71 頁。
- 吉川悠貴「介護施設における身体拘束の防止」老年社会科学 28巻4号(2007年) 538 -

544 頁。

——「養介護施設従事者等による高齢者虐待と身体拘束—法施行後 5 年間の経過から」

老年社会科学 34 卷 1 号 (2012 年) 71 - 76 頁。

吉岡充・田中とも江『縛らない看護』(医学書院、1999 年)。

——「高齢者サービス改革 抑制廃止の出発点—身体拘束禁止への道」月刊福祉 82 卷

13 号 (1999 年) 66 - 71 頁。

## ABSTRACT

# A Study from the Legal Viewpoint of Human Rights of the Elderly Abuse

Katsushi YAMAMOTO

Social Welfare Studies Graduate Course

Social Welfare Studies Specialty

Bukkyo University Graduate School

Japan has quickly advanced to being an aged society. The number of cases of elderly abuse has increased as well. However, we are less conscious of elderly abuse than child abuse or domestic violence. Recently, cases of elderly abuse have been observed in institutions and family care situations. Regrettably cases of elderly abuse are often kept secret so that the effect of any awareness of elderly abuse by others is inadequate. Therefore, Japan's national consciousness about human rights for the elderly needs to be increased in order to provide a means of internal control.

The basis of social welfare in Japan is still founded in the ideas of human love and volunteerism, which tend to be ambiguous. Although these are valuable assets, a healthy social welfare organization cannot be built on these alone. I studied very important areas that are necessary to understand and prevent elderly abuse.

It is important to apply law theories to the field of social welfare for the elderly, to become more conscious of human rights for the elderly, and to integrate these into the theories of care for the elderly. My study is based on a theory that there are four states of elderly abuse. These are the state being unconscious regarding human rights, the state of providing inappropriate care, the state in which the treatment is not clearly seen as actual abuse, and the state in which there is clear abuse of an elderly person. Through these four phases of elderly abuse, I have studied the legal issues of

human rights.

The contents of Chapters I & II concern the prevention of elderly abuse as a fundamental human right in modern society. However, in modern society, any sufficient inspection of the significance and the essential qualities of human rights has never been accomplished. Why are human rights indispensable for the human being? What is the legitimacy of human rights? Is it necessary to examine the means of elder person protection at the time when human rights were not guaranteed?

This study is focused on the means of elder person protection from ancient times to the Edo era. I have looked through the documents from ancient times to the Edo era, and then examined the means of elder person protection. As a result, I found that Buddhism and Confucianism thoughts, as well as natural human love, were the essential basis of elder person protection. In particular, Confucianism thoughts, which were backed up by the power of the state, were strongly influential in the elder person protection. However, these means of protection reflected differently on different people according to their social status. I would like to continue to promote this sort of study of the legal question of human rights concerning the elderly abuse on the basis of this present study.

In addition, in chapter II, I examined the idea of the nation as a family. This family nation thought compares the relations of the Japanese Emperor and his subjects to the relations of a parent and the child. The family nation thought was very effective for the prevention of elderly abuse. However, this way of thinking did not guarantee personal dignity. I considered the significance and the role of human rights in comparison with this thought.

The contents of Chapter III follow the concern of fundamental human rights enlightenment in social welfare workplaces. Neither the senior citizen welfare institution users nor the staff of the institution seems to understand fundamental human rights well enough because the concept of human rights is abstract. As a result, the human rights security of the user is not maintained sufficiently and the acts of the staff of the institution are held back by the fear of human rights violations to the users. There is a danger that excessive stress causes elderly abuse by the staff of institution.

Therefore, I performed an interview investigation about the understanding of the core concepts of fundamental human rights for the staff of a senior citizen institution and the users in order to grasp the present conditions of the understanding of human rights and related legal problems and to create a point of view for human rights training. In addition to this investigation, I used a questionnaire about human rights with 113 students who study social welfare and, also, with 4,104 care staff. I extracted the legal issues concerning elderly abuse studies through these investigations.

The contents of ChapterIV consider the importance of the definition of human rights through the *person theory* and how to apply the Constitution of Japan to private citizens. In addition, I considered the concept of human rights—specifically the difference between human rights, fundamental human rights, natural rights, and basic rights.

The contents of ChapterV concerns the fact that the core concepts of human right are extremely vague. *Personal dignity* and *personal respect* are prescribed as a core concept of human rights in the constitution of Japan, which is the national supreme standard of laws. On the other hand, *human dignity* is used as a core concept of human rights in general social terms, international law and Christian thought. As a result, the Japanese are confused about the use of the core concept of human rights.

The vagueness of the core concepts of human rights weakens the security function of having constitutional human rights. That is the reason that I tried to clarify the language of the core concept of human rights. However, only through the clarification of language and the foundation of the legitimacy of the core concept of human rights can our human rights be secure. In order that people do not lose the guarantee of human rights proscribed in the constitution, it is important to understand the legitimacy of the core concepts of human rights. Therefore, I also discuss the interpretation of the core concepts of human rights according to the Bible.

The contents of ChapterVI concerns the Elder Abuse Prevention and Caregiver Support Law. Approximately nine years have passed since the enactment of the Elder Abuse Prevention and Caregiver Support Law. During these nine years, many studies

and investigations on elder person abuse have been carried out. However, the definition of *elder abuse* is not consistent within all of the studies and investigations. In addition, a consensus on what is *elder person abuse* has not been reached among researchers. A great difference in the definitions of *elder person abuse* stated by research institutes and researchers has been found. This situation makes it impossible to make effective welfare policies for elder persons. Furthermore, citizens are unable to recognize the illegality of the elder abuse. As a result, we cannot protect the personal dignity of the elder person from abuse by care organizations. In fact, there has been no end to the number of care-related murders and double suicides since the Elder Abuse Prevention and Caregiver Support Law was established. For this reason, we must define a plan to draw up measures for the prevention elder person abuse. I examined the various definitions of elder person abuse based on previous studies in the United States and Japan.

The contents of Chapter VII concerns the fact that Japanese social welfare does not appear to be based on clear human rights theory. As a result, the infringement of the human rights of not only the elderly and the human rights of the staff of the institutions providing care occurs.

In such a situation it is difficult to improve the quality of Japanese social welfare. Theories of the study of the Constitution of Japan are introduced and the concept of human rights and human rights limitation standards is clarified. The most important purpose of social welfare is human right security. A researcher of social welfare must have a precise understanding of fundamental human rights.

I tried to clarify the kind of human rights that are being infringed upon when there are physical restrictions of an elderly person and I examined the possibility of applying the standards that were established in an American trial case of whether there is a *clear and present danger* and whether there are *less restrictive alternatives*.

The contents of Chapter VIII concerns the right to life guaranteed by the Constitution of Japan as an important fundamental human right used as the basis of social security of Japan. The guarantee of the right to life is very important to save a victim of elderly abuse. It is necessary to prove the legal character of the right to life to



functionalize the right to live effectively. Since the Constitution of Japan was proclaimed on November 3, 1946, fifty-eight years have passed. In this time, Japanese society has gone through many changes and Japan has enjoyed a period of unprecedented material prosperity. However, the interpretation of the right-to-life article of the Constitution of Japan has hardly changed since 1948.

I tried to verify the most suitable interpretation for right-to-life security of the Japanese according to judicial precedent and theory. This research followed the following three points:

1. Changes in the interpretation of right-to-life through the Meiji Restoration to the conclusion of the Pacific War;
2. Verification of the right-to-life article introduction process in the establishment of the Constitution of Japan; and,
3. Examination of arguments concerning the right-to-life article in the Constitution of Japan, and the demarcation of the range of social security

A special emphasis has been placed on the third point. Especially it has been placed on the kinds of rights contained in the right-to-life article, the discretionary authority of the government, and the examination standards for determining the constitutionality of right-to-life issues.

The contents of Chapter IX examines a possible explanation about the theoretical issues of fundamental human rights in the field of social welfare especially in the field of elder abuse. We Japanese use the words *fundamental human rights* in everyday life frequently. Likewise, we insist on the respect of the fundamental human rights of senior citizens in the prevention of elderly abuse. However, it is rare that we study the meaning, contents and the application of human rights and so on. Social welfare institutions for senior citizens perform human rights training frequently, but most of the training time is occupied in the enlightenment of the morals of the staff and the telling of experiences. Not only are the fundamental human rights of senior citizens not being dealt with in such situations, the care providers of senior citizens cannot protect their own human rights.

I applied theories. based on studies of the constitution and established human

rights theories, to the field of the social welfare and to the prevention of elder abuse in particular. This study concerns the significance of *personal dignity*, which is the core of human rights. The reasons why the human rights of minorities must be protected are examined. Further, I examined what is the essence of the right to live and what is the legal character of property rights. Also, I examined the possibilities of how we can use these theories in human rights training.

