

5. 特別扶助における所得と資産の投入

→ 困難を抱えながら自立した生活を可能ならしめるべく、所得制限を生計扶助に比べ大幅に緩和している

- ① 一般的所得制限＝基礎額（月額 669 ユーロ）＋適切な範囲の住居費用全額＋家族付加給付（世帯主の生活扶助にかかわる通常基準の 80%）
- ② 特別な所得制限——障害者統合扶助、介護扶助、医療扶助のうち一定のもの
＝月額 853 ユーロの基礎額
- ③ 視覚障害者扶助、介護扶助のうち最重要の要介護者＝1705 ユーロの基礎額（金額はいずれも 2003 年 7 月 1 日現在）

6. 社会扶助の現状

II 介護保険導入の要因としての介護扶助

1. ドイツにおける福祉サービス

- ・伝統的に民間の福祉団体（キリスト教・労働団体等）主導で展開
- ・介護サービス＝居宅介護、施設介護とも利用者との契約により提供されてきた
- ・原則として全額自己負担→とりわけ施設介護費用の高騰により、社会扶助法上の介護扶助受給者が急増、社会扶助の実施主体であるラント、地方自治体の負担が大幅に増加（介護扶助導入直前、社会扶助支出の約 3 分の 1 が介護扶助、そのうち 9 割が施設介護）
- ＝人口の高齢化、家族の介護能力の低下と並ぶ、介護保険導入の直接的要因

2. 介護保険制度の導入（1995）

→ これに応じ、社会扶助法上の介護扶助に関する規定も、介護保険制度を前提としたものに改正

III 連邦社会扶助法上の介護扶助——「拡大された介護概念」

1. 内容（BSHG68 条）

- (1) 同条 1 項第 1 文「身体的、知的または精神的な疾病または障害のために、毎日の生活の経過の中で日常的に繰り返される行為について、長期的に、少なくとも 6 か月間はかなりの、またはそれ以上の程度において介護を必要とする見込まれる者に対しては、介護扶助を行わなければならない」
- 社会法典 11 編 14 条（介護の概念）1 項と共通の、「狭義の」介護概念

- (2) 同条 1 項第 2 文「介護扶助は 6 か月未満しか介護を必要としない見込まれる場合、第 1 文よりも少ない扶助の必要性しかない場合、または第 6 項以外の他の行為について扶助が必要な場合にも行われなければならない；…」

- ① 社会扶助法により「拡大された (erweiteter) 介護概念
＝保険未加入者、介護等級ゼロの者に対する給付・介護保険の対象とならない上乗せ
増だし給付をカバー

- ② 「第 6 項以外の他の行為」の例：要扶助者の身体的、精神的必要に応じた日課の作成、家庭内における指導、薬の服用の介助、毎日ではないが、一定の間隔で規則的に行われるべき行為（理髪、爪の手入れ、足指の手入れ、女性の衛生に関すること等）等。

- ③ 社会扶助の基本原理である個別性原理から、上記のような需要が要介護者とのコミュニケーションにもとづいて考慮されることにより、要扶助者の孤立の危険が社会扶助実施主体によって回避される (cf. ドイツ社会扶助における「権威開始主義」)

- ④ 表における選択肢 1 および 3 は、選択肢 2 の場合に関してのみならず、介護需要のすべての等級において考慮されなければならない

2. 連動効果 (Bindungswirkung/BSHG68a 条)

「社会法典第 11 編にもとづく要介護の程度に関する介護金庫の決定は、これが同制度の決定に際して考慮すべき事業に基づいている限り、介護扶助の枠内での決定についても基礎としなければならない」

→ ただし、選択肢 3 の必要性の確認がなされることによって、その確認が、社会扶助実施主体によるより高い介護等級づけに結びつくことがありうる。この点で、ここにいる連動効果は限定的なものであり、次にいう介護手当の金額もそれに応じて変化しうる。

3. 介護手当 (Pflegegeld/69a 条) ——介護保険の金銭給付の額と同額
(介護等級 I = 205 ユーロ、介護等級 II = 410 ユーロ、介護等級 III = 665 ユーロ)

4. 若干の問題

- (1) 介護扶助が公的扶助であることの「心理的抵抗感」
 - ・資産調査、扶養義務（夫婦間および直系血族間）
 - ・各ラントの個別促進策
 - ・租税財源による新たな基礎保障の創設——「老齢財産法」
- (2) わが国への示唆

資料 1

表1 ドイツ社会扶助支出総額の年次別推移

	2000年	2001年	2002年
社会扶助支出総額総計	23319	23942	24652
種類別内訳			
生計扶助(総計)	9777	9669	9828
(うち施設外)	9518	9434	9614
特別な生活状態への扶助(総計)	13542	14273	14824
(うち介護扶助)	2876	2905	2943
(うち障害者統合扶助)	9113	9764	10186

単位:100万ユーロ

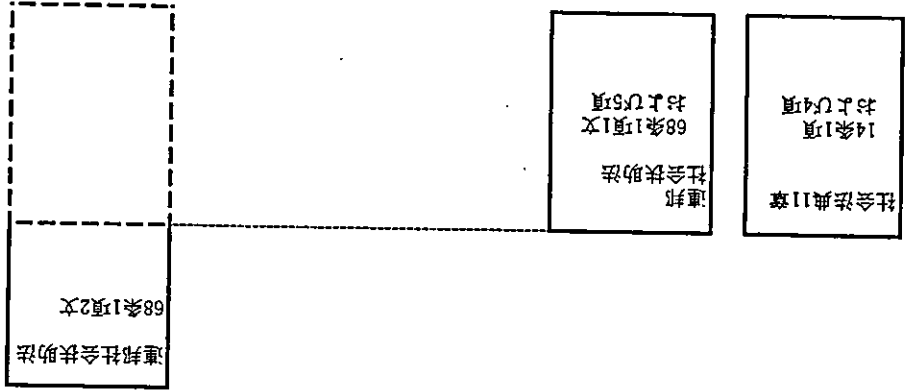
表2 ドイツ社会扶助受給者数の年次別推移

	2000年	2001年	2002年
年末での継続的生計扶助受給者数	2694	2715	2776
(うち施設外)	2677	2699	2757
年間を通じての特別な生活状態への扶助受給者数	1459	1498	1559
(うち介護扶助)	324	332	313
(うち障害者統合扶助)	525	555	578

単位:1000人

※ 生計扶助の人口当たり受給率=33% (=3.3% : 2000年12月31日現在)

注: 社会扶助11章/連邦社会扶助法、社会扶助法において拡大された介護概念(連邦社会扶助法1項2文)



共通の「狭義の」介護概念:

- 最低限「かなりの要介護」(介護等級1)
- 最低限6か月と予測される
- 身体に関する行為の制限のみ (加えて要政)

- 拡大された介護概念(3つの選択肢):
- 短期間(選択肢1)
- より低い段階=介護等級0(選択肢2)
- 「その他の行為」(選択肢3)

(LPK-BSHG 6.Auflage, Nomos, 2003 にもとより作成)

表3 連邦社会扶助法に基づく生計扶助の扶助基準額

(2003年7月1日現在 単位:ユーロ)

州名	世帯主		—7歳		8—14歳		15—18歳		19歳	
	100%	50%	100%	55%	65%	90%	80%	90%	80%	
【旧西ドイツ諸州】										
バーデン・ヴュルテンベルク州	297	149	163	193	267	228	237	237	237	
バイエルン州	287	144	158	187	258	220	226	226	226	
ヘッセン州	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
フランクフルト	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
ラインラント・プファルツ州	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
ニーダーザクセン州	297	149	163	193	267	228	237	237	237	
ノルトライン・ヴェストファーレン州	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
ラインラント・プファルツ州	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
ザールラント州	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州	296	148	163	192	266	227	237	237	237	
【旧東ドイツ諸州】										
ブランデンブルク州	283	142	156	184	255	226	226	226	226	
メクレンブルク・フォアポメルン州	282	141	155	183	254	226	226	226	226	
ザクセン州	282	141	155	183	254	226	226	226	226	
チューリンゲン州	282	141	155	183	254	226	226	226	226	
ザクセン・アンハルト州	285	143	157	185	257	228	228	228	228	

※ いずれも連邦統計庁ホームページの資料にもとづき、一部改変して作成

表4 生活扶助の平均需要基準額 (旧西ドイツ領、2000年7月1日現在)

(単位:ユーロ)

	単身	夫婦	夫婦と子ども1人	夫婦と子ども2人	夫婦と子ども3人	ひとり親と7歳以下の子ども	ひとり親と7～14歳の子ども2人
通常世帯主または世帯主と子ども	281	281	281	281	281	281	281
合計	281	505	687	868	1049	435	646
増加額						112	112
一世帯主	45	45	45	45	45	45	45
世帯主または世帯主と子ども	38	38	38	38	38	31	73
合計	45	83	119	156	192	76	118
暖房なし家賃	250	329	389	434	479	329	389
暖房費	39	53	59	59	71	53	59
暖房付家賃	289	382	448	493	550	382	448
総計	615	970	1254	1517	1791	1005	1324

※ 「ドイツ所得保障政策の成立と展開」(日本社会事業大学、2001)にもとづき作成(ただし原資料は単位がDMのため、1EUR=1.95583DMで換算し、四捨五入して掲載)。

福祉契約と介護保険の保険者責任 (研究メモ)

原田啓一郎 (駒澤大学)

はじめに

- I 医療契約に対する医療保険者の法的責任
- II 福祉契約に対する介護保険者の法的責任

はじめに

- 問題の所在
 - 三種の契約関係とサービスに対する法的責任の在所
 - 保険者の法的責任の理論的可能性
 - 保険給付の事故における損害賠償責任
 - 保険サービスの質の保証責任

I 医療契約に対する医療保険者の法的責任

- I 社会保障医療の法関係
 - 社会保障医療の医療給付は、現物給付方式を原則。
 - 償還払い方式の法関係
 - 保険者と被保険者との間の保険関係とは別に、患者である被保険者と医師ないしは医療機関との間には診療契約ないしは入保契約といった契約関係が成立する。
 - 現物給付方式の法関係
 - 保険者は、通常、自ら保険給付を行なうことができないうため、保険者に代わって保険医療給付を担当する医療機関を指定する。加えて、医療保険財政などにより、医療給付の範囲や理屈を法定化することになる。
 - 医療機関の指定の法的性格
 - 「被保険者のために保険者に代わって療養の給付、診療方針、診療報酬など健康法に規定されている各条項(いわゆる法的約款)を契約内容として医療機関との間で締結する公法上の預想的付随的契約」(大阪地判昭和56年3月23日訴月27巻9号1807頁)とされる¹⁾。

¹⁾ これに対し、保健医療機関の指定は契約締結であり、指定の範囲は行政処分であるという判例および行政業務の異様に對し疑問を呈する有力説がある。田村和之「保健医療機関の指定の法的性格」『別冊ジュリスト 社会保障判例百選(第三版)』51頁参照。

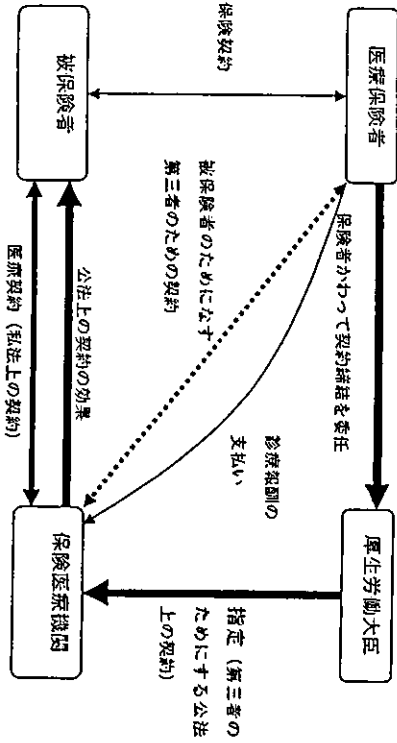


図1 医療保険における法関係

- 厚生労働大臣が保険者に代わって保険医療委託契約（公法上の契約）を締結する理由：
 - ① 病院が多く名宛人が多数であり、保険者の手続きの煩雑さを軽減するため。
 - ② 法定約款であるため、契約内容が定型化されており、個別締結の意義合いが薄れているため
 - ③ 健康保険事業は国が行うべきものであるため

2 保険医療機関と診療方針

- 健康保険の診療方針に従った診療行為に発生する医療事故について、医師はその過失を否定されるのであるうか？
- 現行の社会保険医療における診療方針
 - 健康保険法 70 条第一項に基づく厚生労働省令「保険医療機関及び保険医療業務担当規則」（昭和 32 年 4 月 30 日厚生省令 15 号）・特定の診療方針（例えば、「社会保険における慢性胃炎、胃十二指腸潰瘍の治療方針」（昭和 30 年 8 月 3 日・保発第 45 号）など）により拘束される。
 - 一般に、不作為または債務不履行を問わず、医療事故の過失判断の前提となる医療上の注意義務は、まず医学的水準がその基礎となる。そのうえ、前述の診療方針などは、医学的常識の一般化に寄与する一方、保険医療の準則として診療内容を制約する作用をも有する。保険者と保険医療機関との関係を公法上の契約とする通説によれば、診療方針は被保険者と保険医療機関との間に締結される診療契約の契約内容となり、診療方針の遵守は保険医療上の注意義務違反を判定する一要素と

1 【健康保険法の解釈と適用】（法研，2003 年）483 頁

なる。

- 判例、通説の解釈：診療契約と社会保険契約（公法上の契約）との共存？

「保険診療の被保険者である患者と療養取扱機関との間には、診療に関する合意によって直接診療契約が締結されると見るべきものであって、それは、被保険者が別途被保険者に対して何らかの公法上の法律関係に立つことと相容れないものではない」*

- 保険的論理をその内容とする保険医療契約と医療的論理をその内容とする診療契約が非対称。医療的論理の契約内容に比べ、保険的論理の契約内容は公共の概念や財政という基礎により、保険的論理が優先される⁴。
- 保険医療による診療契約の場合、当該契約内容は保険者と保険医療機関との間の契約内容に拘束されることになり、患者である被保険者の介在の余地はない⁵。このため、患者にとつても望ましいと思われる処置であっても、保険医療による診療であれば、自ずから制約される（例：抗生物質基準の診療報酬減点査定的事案）。

3 保険診療における診療契約の当事者

- (1) 保険者・被保険者当事者説

○ 保険者・被保険者当事者説では、保険医療機関と保険者の法関係は、保険医療機関は保険者の被用者ないし履行補助者ともいうべき立場にあるという。このことから、保険診療契約は、保険者と被保険者と間で締結されるべきであるとする⁶。

○ 理由：保険医療は、現物給付方式が原則形態であること、保険診療にあつては、療養担当規則の遵守が求められ、療養担当規則は実質的な保険診療の診療内容を定型化していることなどをその主要な論拠とする。

○ このため、医療事故についての債務不履行責任は、監督責任を有する保険者が負担すべきであると解される。

- (2) 被保険者・保険医療機関当事者説（下級審判例および学説の多数説）

○ 保険医療の法関係は主として医療費の支払方法に関する公法上の問題であり、具体的な診療のための契約（診療契約）は、被保険者と保険医療機関との間に成立すると解するのが実態に適しているとする⁷。

- 理由：国民健康保険法上の被保険者は、①自己の意思で療養取扱機関を自由に選択できること、②

3 ベニシリンの使用基準につき京都地裁判決と 26 年 3 月 23 日下民第 2 巻 3 号 414 頁、「結核の治療指針」につき函館地裁昭和 44 年 6 月 20 日判タ 236 号 153 頁、京都地裁昭和 56 年 3 月 27 日判タ 444 号 134 頁を参照。

4 東京地裁昭和 47 年 1 月 25 日判タ 277 号 185 頁。

5 大阪高判昭和 58 年 5 月 27 日（小田整形外科医院診療報酬請求事件控訴審判決）

6 松倉豊治「医師からみた法律：大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社，1971 年）9 頁以下、高田利賢『医療のための診療事故紛争のはなし』（マジカルヒューズ社，1971 年）106 頁以下を参照。

7 東京地判昭和 47 年 1 月 25 日判タ 277 号 185 頁、東京地判昭和 49 年 4 月 2 日下民第 25 巻 1=4 号 226 頁、東京地判昭和 52 年 2 月 9 日判申 824 号 83 頁、東京高判昭和 52 年 3 月 28 日判タ 365 号 308 頁、東京地判昭和 56 年 2 月 26 日判タ 446 号 157 頁など、下級審裁判例はほぼ一貫した立場をとっている。学説では、新見青文「診療契約」伊東進編著『契約法』（学陽堂刊，1984）228 頁以下などを参照。

療養を受けた被保険者は療養取扱機関に対し直接一部負担金の支払義務を負うこと。③療養取扱機関は所在地の都道府県知事に申し出ることにより他の都道府県区域域内の被保険者に対しとも療養をする義務を負うことに加え、④保険診療開始後、当該療養取扱機関において治療に従事する医師が保険診療における療養の給付では支給することのできない薬剤ないし治療材料を使用する必要がある場合、いわゆる自由診療への切替えが行われること。

- このため、医療機関の責任主体は医療機関であるとされる。
- (3) 保険者・保険医療機関当事者説

○ 大阪地判昭和60年6月28日判タ565号170頁(交通事故における入院費の支払いをめぐる事例) 「一般に、診療契約は、患者と法人格を有する医療機関または医師(以下、医師等という。)との間に締結される結成、双務、有償契約であつて、医師等は患者に対し、患者の疾病、障害を治療して健康の回復増進をはかるべき義務があり、患者はこれに対しして診療費を支払う義務を負うものと解され、従つて、患者において、医師等に対し、保険診療により治療を受ける旨の意思表示がなされない限り、患者と医師等との間には、原則として、右の如き自由診療契約を締結したものと解される。すなわち、後記の如く、保険診療の契約当事者は保険者と医師等であつて、被保険者=患者は受益者と目され、受益の意思表示を被保険者証の提出により行なわねばならないのに対し、自由診療契約は、医師等とともに、患者が契約当事者となることを意思表示しているものと解されるからである。」 「自由診療契約は、前記の如く、患者と医師等との契約であるから、ここにおいては、患者は契約当事者であるのに対し、保険診療契約においては、患者=被保険者は契約当事者ではないため、本件では、診療当初から成立しているものというべき自由診療契約が解除されない限り、被保険者証の提出があつたからといって、そのことのみで、直ちに自由診療契約が消滅することはなく、従つて、自由診療契約の消滅原因がない以上、法的には、医師の患者に対する療養給付は、自由診療と保険診療の両側面を併せ持っているものと解される。」

○ この説に立脚すると、保険者と保険医療機関との間には、被保険者を第三者とする契約が締結される。

4 若干の検討

- 下級審判例・学説多数説への疑問 ⇒ 医療保険の法関係は主として医療費の支払方法に関する公法上の問題のみか?
- 社会保障法における医療給付と医療費の給付とは理念的に異なると同時に、医療制度に対する国の姿勢も大きく違つざるを得ない。医療費給付制度では、医療の法関係や実態には手を触れず、いわゆる自由診療を基礎として患者の医療の支出を補給するに過ぎないから、医療機関や医師は社会保障の構造に組み込まれず、いわばその外側に位置する。これに対して、医療給付の制度では、保険
- 東京地判昭和47年1月25日判タ277号135頁
- 保険者・被保険者当事者説と保険者・保険医療機関当事者説は、医療機関の責任主体の決定にかかるとして述べた取であるのに対し、保険者・保険医療機関当事者説は、国民の治療費請求にかかるとして述べた取である。

者(社会保障の場合)または公的機関(社会保障によらない場合)が直轄に、または私的医療機関などの契約を媒介として、医療を提供しなければならぬ。そのためには、給付される医療の態様を定め、ニーズに応じた医療機関や医師の適正な配置を行い、医療が本来の目的に沿つて給付されるよう、行政的なコントロールを加えなければならぬ。したがつて、医療給付による保障においては、医療制度そのものが社会的なコントロールのもとにおかれることになる。社会保障としての医療がこの方式を基本として構成されているとき、医療費支給方式も、この基本構造のなかに組み込まれ、実質上は医療給付の一態様たるにすぎなくなるのである。したがつて、社会保障医療にかかると公法上の契約は、診療内容に大きな影響を与えており、単純に医療費支払い方式にかかる契約とはみられないのではないか?

II 福祉契約に対する介護保険者の法的責任

1 介護保険法の給付方式

○ 保険給付は法定化された介護サービスにかつた費用に相当する金銭給付であり、代理受領方式を採用することで実質的な現物給付化を実現。 ⇒ 医療保険の現物給付の法関係との相違は? 10

○ 現物給付と償還払いの「理論的」相違(後掲図参照)

法関係	現物給付(医療保険:「療養の給付」)	償還払いII(介護保険)
保険者の義務	保険診療機関	保険料徴収、サービス提供機関
	サービス提供(医療:「療養」(要約))	費用の償還
	適切な給付の提供	償還対象となるサービス提供者の特定(事業所の指定:都道府県知事)

2 指定の法的性格

(1) 公法上の契約説

○ 「具體的給付請求権を有する被保険者、すなわち受益権者に対する保険者の給付提供義務を履行するにあつて、保険者が法定の給付内容実現のために必要な資格や給付水準を有する機関ないし個人に対し、保険給付提供機関ないし保険給付提供者として保険給付である介護サービスを受益者に提供するよう委託し、これに対する報酬支払いを約束するものであり、公法上の給付提供関係(本沢説) 11

○ 「知事が都道府県内の地域統一を図るため保険者(市町村)の委任を受けて、介護サービスを受益者に提供する契約であり、その内容は介護保険の被保険者が被保険者証を提示して、指定介護サービス

10 現物給付方式の法関係のなかでの金銭給付方式の修正と金銭給付方式の法関係のなかでの現物給付化とはベネエとする法関係が異なると思われる。

11 開業医の医療において償還払いを行うプログラムでは、開業医と患者との間の診療契約に対して保険者は介入しないのが原則である(地方の自由の原則)。保険者は、費用支払者として支払いに適した医療であったかを事後的にチェックする(償還費用は協約で決められた医療行為の点数率で決まられる)。近時、わが国の保険診療の診療方針に近い趣意である対抗力のある医療基準(RMO)というものが制定され、これをしなくてはならないという医療行為基準が制定されたが、開業医からは知方の自由を侵害すると批判が大きい。

12 本沢巳代子『公的介護保険——Fランの先例に学ぶ』(日本評論社、1996年)169頁。

サービスの提供を出した場合にはサービス提供事業者は、『設備および運営の基準等、法令に規定される各条項（いわゆる法的約款）に基づき、当該保険者にサービスを提供することを約定して締結する片務的付随的契約』¹⁴（原本脚）¹⁵

(2) 確認行為説¹⁶

○「医療保険の場合とは異なり、指定事業者は被保険者に対して法的介護サービス提供の義務を負っていないのであり、指定は、事業者あるいは施設が法に定める設備・人員基準を満たしているか否か（すなわち、これらの事業者あるいは施設が提供する介護サービスが介護保険給付の対象としてよさわしいかどうか）をチェックする確認行為に過ぎないと考えられる。指定の効果は介護保険法条は片務的であり、この点も保健医療機関の指定の効果が決定的なものであるとは異なっている。」¹⁷（西村聡）¹⁸

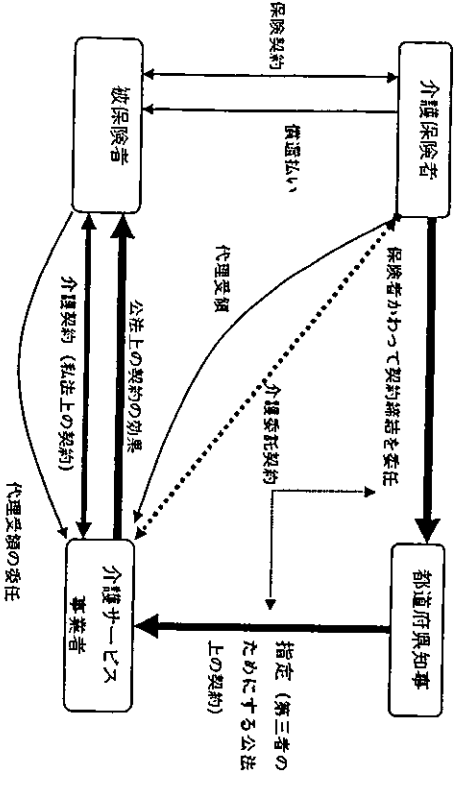


図2 介護保険の法関係（公法上の契約説）

¹⁴ 橋本弘子「介護サービスへの供給体制」佐藤達・河野正輝編『介護保険法——権利としての介護保険に向けて』（法律文化社、1997年）104頁。
¹⁵ 「介護保険法における申請と指定の法的性格に関する裁判例は、学説は公法上の契約と解し、行政実務も公法上の契約とする見解をとる。しかし、健康保険法と介護保険法では、契約内容の違いから償還債務関係が異なる点にも留意する必要がある」（増田幸弘「介護提供体制の組織と構造——サービスの実を保障する観点から——」日本社会保険法学会編『福祉社会保険法4巻 医療保険法：介護保険法』（法律文化社、2001年）とし、公法上の契約説に疑問の余地があるニュアンスを含めた指摘がなされている。
¹⁶ 西村聡一郎『社会保険法』（有斐閣、2003年）310頁。

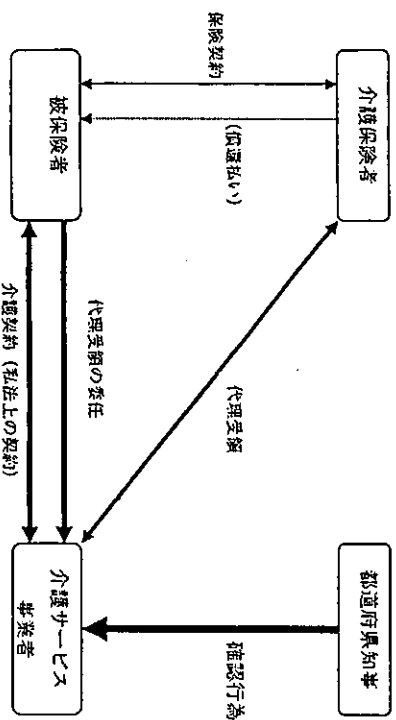


図3 介護保険の法関係（確認行為説）

3 指定の法的性格と介護保険の法関係の理解

(1) 公法上の契約説

- 指定：保険者が被保険者のためになす保険者と事業者間の公法上の契約
- 事業者は法定約款に基づき、指定基準のサービス提供を遵守する。
- 介護契約（私法上の契約）と介護保険法上の公法上の契約との二重性は存在する ⇒ 償還払い方式の原則（被保険者と保険者との法関係）との整合性は？
- 二重性の解消策：介護契約の契約条項に介護保険の指定基準を遵守したサービスを提供するとして二重性を一体化
- そもそも、介護サービスにおいて「二重性」の問題は勘案する必要があるのでか？
- 医療は混合診療の禁止がある。介護契約（私法上の契約）は最優先水準を保障し、介護保険は保険給付としてのミニマムの質を保障する契約と理解することも可能か？

(2) 確認行為説

- 指定：保険給付提供主体としてよさわしいものとして都道府県知事がお墨付きを与えるもの。
- 何故に、保険給付主体である保険者以外の者が保険給付主体としてのお墨付きを与えることができるのか？（代理受領の名義人を都道府県知事が決定することの不整合性）
- 保険者は第一義的には、介護サービスの契約には介入せず、事後的な費用の償還（ないし代理受領の実態）の際の事後的なチェックに主な責任を負う。

○ 介護契約（私法上の契約）に対する保険者の責任の所在は？

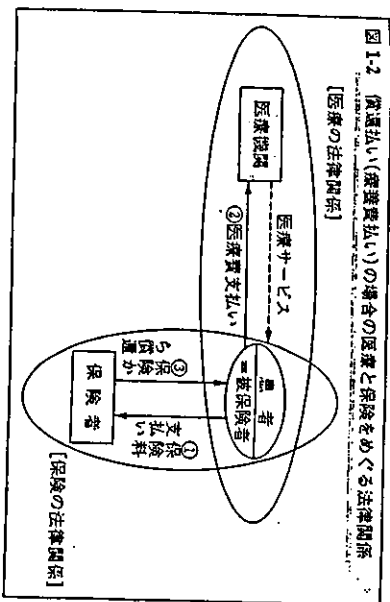


図1-2 償還払い(療養費払い)の場合の医療と保険をめぐる法律関係

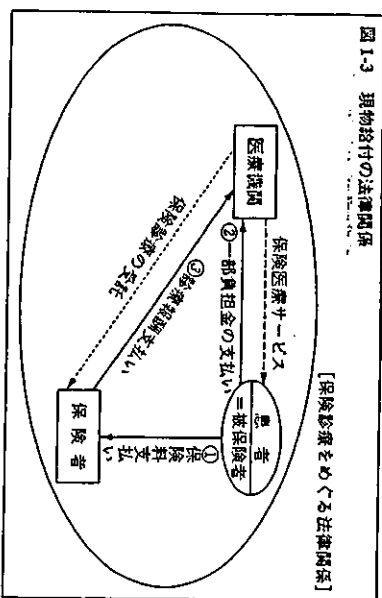


図1-3 現物給付の法律関係

要保護児童の適切な処遇をめぐる日英制度比較

—親権者等の同意によらずに行われる処遇に係る行政機関と司法機関の役割—

上智大学大学院 橋爪幸代

1 はじめに
(1) 親権者等の同意によらずに行われる処遇に係る行政機関と司法機関の役割

	開始時			継続時	終了時
	必要性	相当性	交流		
日本	行政	○	○	○	○
	司法	◎	◎	X	X
英国	行政	○	○	○	○
	司法	◎	X	◎	◎

◎…最終的な決定権を有する
○…関与する(申立て、裁量権の行使等)
X…関与しない

(2) 問題意識

①開始時における司法機関介入の意義

②継続時における行政機関の裁量

③終了時における司法機関介入の必要性

II 開始時

1 イギリス

(1) 裁判所の関与の範囲

①ケア命令を出すか否かの判断

↓
サービスの必要性の判断のみ

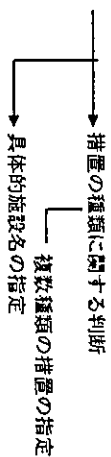
②必要に応じて交流に関する判断

2 日本

(1) 家庭裁判所の関与方法

①措置の必要性

②措置の相当性



(2) 多数説・審判例

- ①特定の承認
- ②抵触

審判例

福岡高裁昭和56年4月28日決定

「措置はかなり多様なものであり、いずれの措置がとられるかによって児童やその親権者、後見人らに対して生じる影響も自ら異なる」とし、
 「具体的な措置について家庭裁判所に対しその承認を求めるのが原則であって、その可否については親権等の公権的機能を果すべく調査関係を備えた家庭裁判所の審査が及ばないと解する理由はない」

権谷忠男「特別家事審判事件の諸問題」木川統一郎編『新・実務民事訴訟講座8』（日本評論者、1981年）230頁

「当該児童についてどのような措置が必要であるかは当該児童の要保護性に依りて個別的に判断すべき事柄であるから、申立てにかかる措置が当該児童の要保護性に即応しないものである場合には、承認の審判をすべきではない」

Ⅲ 継続時

1 イギリス

(1) 行政機関の裁量の範囲
 ケア命令の効果

- ・地方当局が親責任を取得する
- ・親責任を有していた者と地方当局とが親責任を共有する
- ・サービスの提供に際して、親責任を有していた者の親責任の範囲を制限する必要があるときは、地方当局の裁量により制限される
- ・具体的なサービスの内容については、地方当局が決定する

(2) 行政機関の裁量の統制

①苦情解決手続き

・審裁
 サービスの対象者等により、地方当局の決定、サービスに対して不服がある場合、その不服を解消するための手続き

・手続きの概要

【申出人の範囲】

1989年児童法26条3項

- ・当該児童
- ・当該児童の親
- ・当該児童の親以外で、当該児童に関する親責任を有する者
- ・地方当局親
- ・その他、地方当局が児童の福祉について十分な利益を有するとみなした者

【3段階の手続き】

a. 非公式段階
 苦情申出人とその関係者との間に生じた問題を解決し、和解、交渉を試みる段階

b. 公式段階
 非公式段階における関係者間の調整では、苦情申出人が満足せず、関係者以外の者の関与により、苦情の解決を図る段階

苦情対応職員 (Designated Complaints Officer) に書面で苦情の送付

苦情の登録
 ↓
 必要に応じて介入者の指名

苦情に関する調査、検討が行なわれ報告書の作成
 ↓
 地方当局による報告書の受理及びそれに対する決定
 ↓
 苦情対応職員により、苦情申出人に結果の通知

★独立指名人の参加

→当該児童、苦情申出人、当該児童の両親、その他の関係職員などとの面談、事例記録の入手等を通して、客観的な見解を提示する者

c. 再審査段階
 公式段階において出された決定に対して苦情申出人が満足しなかった場合に、3人で構成されるパネルによって審査される段階

パネルの開催
 ↓
 パネルによる勧告
 ↓
 地方当局は、この勧告を受け入れるか否かを28日以内に決定

サービスの変更を決定
 ↓
 受入
 ↓
 決定に不服
 ↓
 拒否
 ↓
 出訴等、その他の救済手段に関する助言

出訴等、その他の救済手段に関する助言

★パネル

苦情を審査するために、3人以上で構成され、1人以上が独立指名人で構成されている組織

②再審査制度

・意見
地方当局が、定期的にサービスの適切性を審査することによって、地方当局がサービスを漫然と継続するのではなく、常に当該児童にとって適切なサービスを確保するための制度

・制度の概要
【再審査の頻度】
サービスの提供開始

- ↓ 4週間以内
- 最初の再審査
- ↓ 13ヶ月以内
- 第二の再審査
- ↓ 半年毎
- 再審査

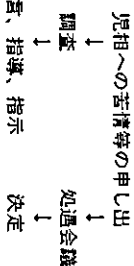
【再審査の手続き】
処遇計画に関する関係者の意見聴取
↓
当事者の参加・不参加の決定

再審査
↓
決定についての通知

- 2 日本 (通説・審判例の見解に基づく)
 - (1) 行政機関の裁量の範囲
児童福祉法 28 条による承認の効果
・どの程度、親権等を制限するものなのか
・いつまで効果が継続するのか

(2) 行政機関の裁量の統制

- ①司法救済
訴訟による救済の問題点
- ・ 出訴期間の制限
- ・ 行政の裁量への司法の関与の消極性
- ・ 特定の措置を請求することの困難性
- ・ 不服申立て
- ・ 訴訟による救済と同様の問題点
- ②児童相談所への主張・相談



当該児童の処遇を決定するにあたり、必要に応じて、都道府県児童福祉審議会の意見を聴取する。

④処遇の見直し
児童福祉法 30 条の 2
都道府県知事は、里親、保護受託者及び児童福祉施設の長並びに前条第 1 項に規定する者に、児童の保護について、必要な指示をし、又は必要な報告をさせることができる。

児童相談所運営指針 第 4 章第 4 節 2 (2) (3)
「児童相談所は、法第 30 条の 2 に基づき定期的に児童福祉施設に入所している児童の養育に関する報告を施設 (指定国立療養所を含む) から徴し、必要に応じて児童、保護者等に関する調査、診断、判定、処遇を行い、また定期的に施設を訪問したり、施設と合同で事例検討会議を行う等、相互に連携を十分に図るように留意する。
なお、施設訪問の際には、極力児童と面談する時間をとり、児童の意向を把握する等、効果的な訪問に心がける。」

「児童の養育に関する報告の回数は、全般的報告に関しては年 2 回程度、特別な問題を有する児童に関しては、必要に応じてその回数を定めることが適当である。」

「児童虐待に対する児童相談所の取組みの実態」 家月 51 巻 8 号 123 頁～124 頁

IV 終了時

- 1 イギリス
 - (1) 司法機関の関与
 - ①ケア命令の取消申立て
 - ・ 当該児童
 - ・ 親責任を有する者
 - ・ 地方当局

2 日本

- (1) 行政機関の裁量
- ①措置解除の申し出
 - ・ 児童福祉施設等の長の届出
 - ・ 児童相談所長の職権
- ②解除に際しての意見聴取
 - ・ 現に児童を保護している施設の長
 - ・ 実際に指導を行った児童福祉司等
 - ・ 都道府県児童福祉審議会

V 日本法への示唆

- 1 開始時
- 2 継続時
- 3 終了時

福祉契約と人身損害に対する事業者側の責任
 ——賠償責任保険をはじめとする保険スキームとの関係を中心に——

長沼 建一郎 (日本福祉大学)

総説

第1節 福祉契約と保険条項、紛争処理

第2節 法的責任の判断の困難性

第3節 保険論的な課題、法政策的な試案

第4節 保険論的な課題、法政策的な試案

総説

福祉契約と人身損害、保険スキームの関係を検討するのが本稿の目的である。

いわゆる介護事故と、賠償責任保険との関係自体については、不十分ながらかつて検討したことがある¹⁾。

しかし本研究会は福祉「契約」をテーマとするものであることから、本稿ではもっぱらその契約と保険との交錯に焦点を当てることとしたい。ただしある程度はいわゆる介護事故自体についての検討にもかわることになる。

また検討対象は、介護保険のもとでの介護サービス契約が中心となる。

第1節 福祉契約と保険条項、紛争処理

保険スキームは、福祉契約の「内外」に存在する。

福祉契約自体との関係で、まず問題となるのは、事業者の責任を保険付保の範囲内とする旨の契約条項であろう。

次に、実際の紛争処理上も、保険で填補されるのがこの範囲だからという形で、(訴訟外ないしは訴訟前の段階で)賠償責任を限定されることが、もつとも一般的な問題ではないかと考えられる。

しかし第一の問題については、(消費者契約法ないしは不当条項の問題として)は、すでに分析が加えられているところであるが²⁾、法形式的にはシンプルな回答が用意される。すなわち賠償責任保険は、法的な責任を填補するものとされている。(賠償責任保険以外もありうるが、当面想定されているのは賠償責任保険であろう。)

そうだとすると契約文言上の問題は、法的な責任をアプリアリに考えれば、むしろトローゾーに過ぎないことになる。

(なお実際問題としては、別途、保険金額が保険填補の範囲(上限)として機能する場合がある。これはある意味では仕方ないのだが、これが法的責任自体の縮減をもたらすこ

とはないと思われる。この点は具体事案の査定にもとづく実際の補填額とは別の問題として処理する必要がある。)

また第二の紛争処理上の問題についても、とりあえずの形式的な回答はシンプルである。すなわち保険の責任範囲は、法的責任と一致するはずなのだから、そこに不満があれば、訴訟を提起すれば良いというだけの話である。保険の査定は、いわばフル裁判(ゼロ審?)のようなものであり、その査定が正しいかどうかを判断(確認)するのは裁判(1審以降)の役割である。

もちろんこの回答は、実際に到底満足できるものではないであろう。訴訟はハートルが高いからである。しかしそれは賠償責任保険と法的責任との関係だけではなく、行為規範と法的責任の関係についてはすべて同じことである点に留意すべきである。

しかしながら、このような形式的な回答よりは、むしろ直接的契約条項を離れて、いわゆる理論的にいくつかの問題群を視野に入れるほうが生産的であろう。

すなわち一つの論点は、福祉契約と保険との関係を、まったく無関係・外在的にとらえるかどうかである。いいかえれば訴訟上の構成はさておき、事業者側の責任——とりわけ介護事故等にかかる——が、どこまで契約に規定されるかという点である。より具体的に、事業者側の責任は、福祉契約の「内容」(文言となつていない場合と、なつていない場合とがある)によつて、加重されたり軽減されたりするかどうかである。

このうち、契約の文言にかかるといふ文脈には、保険条項のほかにも、もろもろの免責条項やこれに類する条項——あるいはかつての事業者責任の重過失限定条項、告知義務、利用者側の重過失時に限定した過失相殺条項、入居者同士問題等々——を位置付けることが出来る。

なぜこれが基本的な論点であるかといえは、もしも契約でどのように定めても、「公序」により(あるいは不当条項として)修正されるなら、契約の意味はあまりないからである。いいかえれば事前交渉の是非・可否の問題であり、ここに契約責任を不法行為責任とは別に考える意義がある可能性がある。

そしてこれらについては、かつてより議論があるが、もつともこれは、福祉契約だけで決着がつかない問題ではない。しかしそれにして、問題は福祉契約については特に複雑である。この点が、なぜ複雑なのか、なぜ解決困難なのかという点を、次節で述べたい。

また契約文言外の問題については、福祉契約の債務の本旨についての議論として、やはり次節以下で述べたい。

なお、保険と責任の範囲——裁判において、被告が保険に入っていると、(また保険に入ればよかつたというところで)責任が認められやすくなるのか——については、かつてより別途、理論的な問題がある³⁾。しかしこの点も、少なくとも福祉契約の範疇で決着をつけるのはムリであろう。むしろこの問題があることを前提に、実務的に対応を進めていくしかない。

³⁾ なお本稿では、事業者の「法的責任」との語を用いている。これを過失というか、注意義務というかどうかな等については、理論的な問題があるからである。

⁴⁾ 人身損害についての免責を認めない方向の議論として、柴池肇実「社会保障法の私法化?」2001、「法学教養」252号、星野英一「民法概論III」(良書普及会)1983、61-62頁、広瀬久和「免責約款に対する基礎的考察」1978、「私法」40号、1など。

⁵⁾ 不法行為制度の位置づけともかわる大きな問題だが、さしあたり前掲拙稿2003、註15に掲げた諸文献を参照。また不法行為制度自体の位置付けを含め、藤岡康弘「私法上の責任」1984「岩波講座基本法学」5責任」所収は依然示唆に富む。

¹⁾ 拙稿「賠償責任保険と介護リスクマネジメント」2003、増田雅暢・柴池肇実編著「介護リスクマネジメント」(旬報社)所収。
²⁾ 平田厚「福祉契約に関する実務的諸問題」2004、「社会保障法」19号、130-132頁。

第2節 法的責任の判断の困難性

(1) 介護事故等と福祉契約、法的責任

介護事故等に際して、事業者側に法的責任があるかどうかを考える場合、交通事故のような純粋に無関係な当事者間の不法行為とは異なり、少なくとも一定程度は、当事者間の福祉契約の内容(文言となつている場合とそうでない場合とがあるが)との関係を視野に入らざるを得ない。

いいかえれば、いずれの法的構成をとるにせよ、福祉契約の債務の本旨ないしは要求される注意義務の程度との関係で、法的責任の有無が判断されることとなる。すなわち、介護事故を講じることが、福祉契約(のある部分)をいっばい側から論じることでもある。

したがって、これは報告者には当然荷が重く、「法的責任の有無を判断するのは、たゞも難しい。(個別の判断もそうだし、全体の判断性組みという面でもそうである。)⁹」ただこれには(報告者の能力的制約に加えて)以下の2つの理由がある。(2つは実は表裏である)第一に、福祉契約に求められる理念が複数あつて、それらが錯綜している。すでに多くの論者により論じられてきているが、とにかく求められる理念が「たくさんある」ということは分かつてきた。社会法の観点からは、自立支援や自己決定・権利擁護(安全性を含め)が重視されるが、効率性やユーザーの観点での顧客満足、また本人以外(家族等)の意向も、看過できるものではない。

第二に、福祉契約というカテゴリへの流入経路がさまざまである。社会法の観点からは、措置からの変更が重視されるが、それ以外にも医療領域から、あるいは家族間などの無償行為の領域から、逆に完全な市場ベースの領域からの流入もあるし、新たに創設された領域もある。

これらにより、福祉契約の法的責任を考える際の選別枠が取りづらいためである。念のため付言すれば、サービスの種類や当事者によつて、これらの様相・ウエイトが異なるのだが、その1つのサービス種類・当事者関係の中にも、複数の出自が、そして複数の理念が混在している。

したがって、これらを個別にも、全体としても判断するのは困難(社会的・学問的にも)であり、その点をむしろ正面から認めた上で、検討を進めるべきではないか、というのが報告者の考え方である。

別の言い方をすると、法的責任が顕著・明確にあるケース(明らかに悪質なケース、手抜きケース)はあるものの、その視野が非常に広く伸びており、境界線を見出しづらいためと思われる。もちろん法の解釈はすべてそういうものではないのだが、福祉契約については上記の2つの理由から、事情が深刻である。以下で具体的な様相を挙げてみたい。

(2) 具体的な局面

すでにいくつ介護事故等の裁判例において、限界的な注意義務判断をせまられているのは周知の通りである。ここでは本稿の趣旨に即して具体的な・典型的な局面や問題状況をいくつ挙げてみたい。⁹

第一に、安全配慮義務に関連して、事業者側の不作為が問題とされ、いわば何もしな

ったことを非難されるケースである、もともと不作為の法的評価は難しいが、「ああすればよかったのに」というパターンは多い。

典型的には、転倒事故が挙げられる(被害の深刻さは区々だが、発生数としては多いといわれる)。学校事故でも同様のパターンは多いが、「もっと安全策を講じて置けばよかったのに」との判断は難しい。法益との関係で、費用便益分析(CBA)などを適用しづらいうケースでもある。

今のところ判例では「何らかの取っ掛かり」を見つけて法的責任を理由付けているが(たとえば福岡地判平15-8-27、福岡地判平15-6-3、また病院のケースだが東京地判平15-3-20)、もし「安全に、平和に、事故なく、施設等で過ごす」ということが債務の本旨だとすれば、限りなく無過失責任に近づくことになる。

またダイサービス中の失誤事故(静岡地裁松岡支判平13-9-25)なども、とりあえずはこの系列に位置付けられようし、これに近い系列として入所者同士の不法行為の問題などもあ

る。

第二に、リスクを伴う行為による事故が挙げられる。医療行為同様、介護領域についてもリスクな行為が求められる場合がある。

典型的には「開放的な処遇」、「在宅での処遇」、「通常の食事」をはじめとして、ごく普通の生活に近い処遇を志向することが、確實にリスクを増加させるという面がある。もちろんその画立を目指すべきなのではあるが、これらの処遇が結果として事故につながったときの評価は難しい。(具体的な事例から分かつたり、第一の点と第二の点とは、表裏であるケースも少なくない)

第三に、利用者側に起因する事故(、損害の拡大)も少なくない。第一の点とも大きく異なるが、転倒等は利用者側の過失とはいえないことが多いのに対して、明らかに利用者側の情報提供不足(告知義務違反)、協力不足、不注意や、利用者同士のトラブルによる事故などもある。もちろん利用者の身体状態や、精神状態に起因する場合が少なくない。これらのケースでは、そもそも事業者側の過失相殺(あるいは協力義務違反的な考え方)があつたとしても、利用者側の過失相殺(あるいは協力義務違反的な考え方)を適用すると、かなり損害額が小さくなるのが考えられる。しかし、事業の性格(利用者の属性)からして「そんなことは最初から分かつてはす」だとすれば、事業者側の安全配慮義務等に織り込みうるともいえる。

これらの要因は、具体的な法的判断をきわめて難しくする。すでに述べた福祉サービスの理念の相克との関係(1)で言えば、安全や権利擁護等が重要であることは当然だが、そこに「のみ」ウエイトを「かけすぎ」ることができない点が、難しいのである。⁷ また福祉サービスの出自との関係(2)で言えば、注意義務等の程度は元から高かった場合もあるが(たとえば措置)、むしろそうでない場合もありうる(家族や無償行為)ことに注意する必要がある。また場合によつては従来(たとえば措置)よりも一層高い安全性が求められることも考えられる。(措置から契約への移行の趣旨の1つは、質の向上であったはずである。)

⁷ 山本葉智子「職員が見ていないところで発生する転倒事故への介入方法の検討」2003、『日本福祉大学大学院社会福祉学研究所研究論集 16号』

⁸ 平田・前掲2004、130-131頁。

⁹ なお後掲・星野編1984も参照。

第3節 保険論的な解決の方向

(1) 保険論的なアプローチの契機

以上のように、法的責任の喚引きは(少なくとも報告者には)きわめて困難である。そこで以下では、きわめて外在的なアプローチを試みる。すなわち保険スキームを視野に入れた検討である。

ここは法律的にはきわめてラフな議論であり、人身損害等に対して、そこそこ妥当な解決が図れば、もう法的構成は何でもいい(あとから考える)というようなものである。

なお、ここでは人身損害に対する事後的な金銭賠償を中心と考えている。それだけが問題だとは思わないが、人身損害以外については既存の保険スキームや市場機能により対応できる側面が大きい一方¹⁰、事後的な対応のあり方如何が、事前の事業者の選抜にもフィードバックされるものと考え(後掲)。

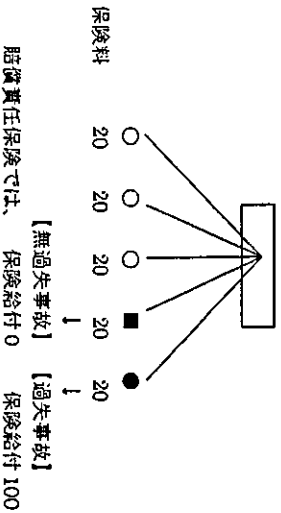
(2) 現状——賠償責任保険による対応

現状では、賠償責任保険による対応が行われている。その意図は、とりあえず「賠償力の確保」と「スムーズな履行」である。¹¹

以下、モデルケースで検討する。すなわち統計的・確率的に、一定期間に行われる5件の介護サービス(介護事業者)のうちで、1件については事業者の明らかな過失により人身損害が発生し(●印)、もう1件事業者の明らかな過失にはよらない人身損害が発生する(■印)ものとする。いずれも人身損害(たとえば死亡)の額は、100とする。

(これらの仮定は、もっぱら単純化のためのものである。損害額や「明らかな過失にはよらない」(図では無過失と表記している)の想定等が難しい問題を伴うことは明らかだが、後述する。またここでの分析はあくまで静態的なものであり、保険導入による当事者の行動の変化については、とりあえず考えない。)

賠償責任保険が介在した場合の基本的図式



¹⁰ これらについてもかつて不十分ながら検討したことがある。拙稿「介護サービス契約のあり方に関する一試論」1998、『21世紀の社会保障改革に向けた視点』(ニッセイ基礎研究所)所収。
¹¹ 以下、賠償責任保険については前掲拙稿 2003。

しかしこの場合、本稿に即していえば、以下の問題点がある。

- ① 過失認定にかかるエラーリスク
- ② 無過失とされた場合の救済
- ③ 給付限度 (損害が100を越えた場合)

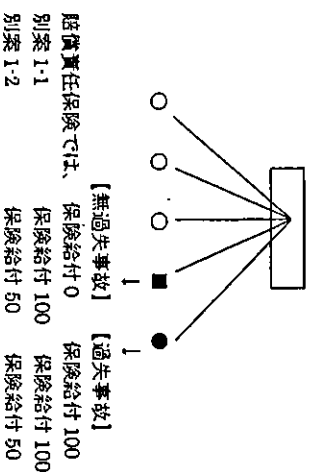
もちろん①や②は、賠償責任保険があるかどうかにかかわらず存在する問題であり、また③は保険の介在により生じた問題ともいえるが、それ以前より事態が悪化したわけではない。逆にここで賠償責任保険スキームが介在しないと、そもそも事業者側の賠償能力の問題がクローズアップされることになる。

しかし前節で述べたとおり、①・②の点は、介護事故による人身損害については深刻であり、できれば過失認定の有無による懸隔を埋めたいと考える。(なお③については実務的には難問だが、理論的には後述する通り、あえて保険金額上限を抑えていくことが意味をもつと考える。)

(3) 修正の試み(その1)——無過失事故への対応

そこで何らかの修正を考えていきたい。まず②無過失と認定されたケースに過失と同等の救済を与えれば、①の問題も同時に解消する。そこで、無過失と認定された事故においても損害(たとえば死亡損害)を填補しようとするれば、具体的な填補方法は別として、以下のようなバリエーションが考えられる。

修正図式(その1)



このとき別案1-1は、無過失事故にも同等の救済を与えるものである。より具体的には、自賠償のようなイメージで組むこともできるし、無過失部分を含め定額保険を用いることもありえよう。

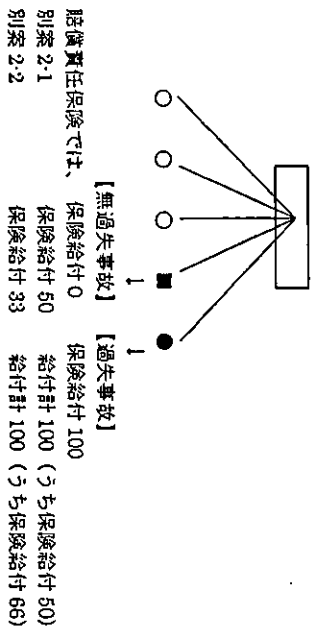
これは利用者保護に資するものの、(あくまで仮設例ではあるが)保険料は、(給付が合計200となり、これを5人で割ることから)倍の40に跳ね上がる。この水準は、(とりあえず消費者保護を考えなければ)事業者にはやや酷である。少なくとも無過失事故については、従来は賠償責任は発生しなかったことをベースに考えると、事業者ワザロでの負担は倍になるし、事故を起ささないような「善良な」事業者(賠償責任保険すら不要だったかもしれない)にとつては、より酷だともいえる。

そこで、その折り合いをつけることを組んだのが、別案1-2である。これなら保険料は従前の20ですむし、無過失事故についても一定の保障がなされる。しかしいうまでもなく、過失事故の場合の保障額も、半分になってしまっており、損害額が100であるとすれば、それが補填されていない。

(4) 修正の試み (その2) —— 定額スキームとの組み合わせ 13

そこで、やや姑息な手段として、無過失と過失とで、保障水準を変えようという案が浮上する。すなわち過失・無過失とも一定の保険給付を行いつつも、明らかに過失の際の最終的な填補水準を落とすことは問題が多いので、その場合は保険給付とは「別途」支払うことにすることが考えられる。要するに、事業者が「自腹で」支払えば良いのである。

修正図式 (その2)



たとえば、別案 2-1 が考えられる。保険料水準が上がるのを回避しようとするれば (別に少しくらい上がってもいいのだが、仮設例の中では、20 を保険料の上限と考える)、過失・無過失双方につき保険給付は 50 として、過失の場合は、残り 50 は「別途」支払わせることが考えられる。(無過失の場合は、50 しか填補されないが、「見舞金のようなもの」として割り切ることになる。)

実質論としては、明らかに過失事故については、事業者の「自腹を痛ませる」ことに一定の意義があると考えられる。ただしこのことと、賠償能力の確保とはジレンマの関係にある。

より具体的な保険スキームの組み方には、いくつか考えられる。第一には、過失・無過失双方のケースを共通にカバーする定額保険ないしは無過失保険のみで対応することが簡明である。

しかしその場合、賠償責任 (損害額の認定) とは別の次元の事務処理に移行してしまい、損害額の認定との関係で、法的説明も怪しくなるのに加えて、事業者による保険料拠出を考えると、保険料の公平性に問題が生じる。

そこで第二に、無過失の場合のみ定額保険ないしは無過失保険で填補し、過失の場合は賠償責任保険で填補するという形が考えられる。ただし賠償責任保険のほうは、仮設例に即して言えば、50% の定率保障とするとか、50 以上の保障 (50 までは免責) とすることなどが考えられる。(賠償責任保険に免責部分を設けることは、事務的に煩瑣ではあるが、考えられないわけではない。)

13 以下に述べる、定額スキームとの組み合わせを志向する考え方については、拙稿「高齢社会における生命保険の役割と可能性」2004、『保険学雑誌 584 号』。ただし生命保険全般について検討したものである。

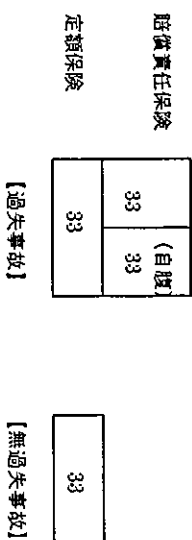
14 ある意味では補正的正義を強調しており、さらにこれを通じた事前の行動へのフィードバックを企図している。これらは前掲拙稿 2003 でとくに強調しようとした点である。

しかし過失の有無により商品の適用を峻別するのもやや不自然で、実務的にも困難だとすれば (ただし「明らかに過失」による区分がまったく不可能とも思われない)、あわせて別案 2-2 も提唱してみたい。

すなわちベース部分は、過失・無過失共通で、定額保険で 33 を保険給付する。その上で、過失事故については賠償責任保険で、66 の損害を認定し、定率 (50%) 給付として 33 を填補するのである。残り 33 は、事業者の自腹で負担される。

このスキームは、あくまで仮設例のもとではあるが、具体的な 33 という水準の可否は別として、過失・無過失が微妙なケースも多いことを踏まえた上で一定の利用者保護にもなっており、また過失責任の際の補正的正義にもかなっており (言いかえれば、モラルハザードに対抗しうる、さらには例えばリスクマネジメントの指導機能を果たしうる)、賠償能力の確保、スムーズな事故処理の要請もある程度維持されているように思う。(ただし後述するように、別途マリット制の導入を検討する必要がある。)

別案 2-2 の給付構造



(5) 「このような解決」の位置づけ

いずれにせよ、これらが保険論的なアプローチからのデモンストラティブな結論である。しかしあまりにも孤絶した、唐突な (しかも保険論固有の) 議論という印象を与えかねないで、若干の牽強付会を加えておきたい。

第一に、やや複雑なスキームではあるが、実務的には、自動車保険の分野ではこの方向に舵が切られたりつつある (ただし国内外で膨大な議論がある)。この背景にある当事者関係も、本稿で述べた文脈と共通するものがある。

見解はわずかながら存在するほか、諸外国にもその兆候は見える。第二に、定額 (的) 保険と賠償責任保険の組み合わせを志向することは、(フリステルズ的には) 配分的正義と補正的正義の双方を追求することでもある。

保険論の世界では、依然として法的責任と利用者保護とを切り離す考え方が強いが (ただしもともと過失と無過失の不分明さが、賠償責任保険を要請したという点は忘れべきではないだろう。14)、他方でモラルハザード論の影響で、補正的正義の契機も結果的に強調されつつある (法学の世界においては言うまでもない)。その具体的な構成を試みる (そして結果的には事前の行動への影響を企図する) ことには意義があると思われる。

第三に、「法と経済学」的には、これはいわゆる分権均衡を目指す法政策でもあり、現在は、幅広い過失による一括均衡が目指されているのだが、それでは非効率的であり、すべの当事者が不満足となる (厚生悪化する) おそれがある。これを高価な (重篤な) 事故と、安価な事故とに分けて、厚生改善を目指すというのが、上記の法政策の目的である。

14 藤岡・新堀 1974、216 頁。

第4節 保険論的な課題、法政策的な試案

(1) 保険論的な課題

以上のように報告者としては、介護事故等の態様と、福祉契約における債務の本旨のとらえ方に依りて、定額(的)保険、賠償責任保険、保険で填補しない部分の3つに分けて考えていくべきだと考えるのだが、(理論的にもおかしいのかも)実務的にも検討を要する点は多い。

第一に、定額保険スキームに即していうと、実務的には医的危険選択がきわめて困難な課題を抱える。リスク細分化の手法をフルに活用しつつ、団体型のスキームを用いれば対応可能なような気がするのだが、そう簡単ではないかもしれない。

また保険事故の設定方法について、死亡事故であれば明確なのだが(ただし金額の設定は別途問題だが)、それ以外の傷害等については、意外と難しい、イメージでは「重篤な結果を生じたとき」を保険事故とすることが考えられるが、たとえば事故により「要支援1」となったケースと「要介護3→要介護4」となったケースとで取り扱いを変えろべきかなど、検討課題は多い(損害額のとらえ方もかわる。ただしこの点は、同種の民間保険では何らかの形で対応していることではある。)

第二に、賠償責任保険スキームの側でも、定額部分が射程から外れて(その外し方にはバリエーションがありうるが)、賠償責任保険には「明らかな」過失のケースが集中する(いわゆる悪性の高いものだけ残ることとなる)と、それはそれで難しい問題が生じる。

この点、モラルハザードとの関係ではメリット制が有力な対応策として挙げられるが、現状では料率の適正な算定可能なデータ数には程遠いと考えられる。

また支払等の事務面でも免責額の設定は、結構面倒ではあろう。さらに給付額の算定、給付上限・下限の設定、保険料拠出の主体・方法、被保険者管理等々は、(商品自体に相伴する問題ではあるが)依然として困難である。

第三に、(実務というより保険理論的な問題でもあるが)この両スキームの関係、とくに両保険からの給付の調整は、難問である。

さらに実は第四に、これらがいずれにせよ、ビジネス的にはほとんど取るに足らないものであることが、最大の課題であるかもしれない。

これらはそれぞれ重要なのだが、本報告では問題点の指摘にとどめたい。

(2) 法政策的な試案

以上を踏まえて、最後に福祉契約論に引き付けて、若干の法政策的な試案(まさに試案の域を出ない)を述べておきたい。

すなわち以上のような保険スキームによる対応が(万一?)可能であるとすれば、以下のような形で法政策(あるいは福祉契約論)へのアプローチが可能である。

第一に、介護保険の給付対象となつて介護サービス契約については、安全配慮義務等を大幅に拡大し(理論的にはむしろ「事故を起こさない」ことを結果債務的に考えて、契約上の文言等にかかわらず)、ほとんど無過失責任的に事業者の法的責任を認定する。¹⁵

15 このような契約責任の考え方については、いわゆる債務の本旨をめぐる議論に触れることになるので、本報告で到底扱いきれるものではない。ただし報告者が意識しているのは、英米流の信託責任的な考え方ではなく、むしろ大陸法的な(といってもドイツとフランス

(それでも一定の免責事由は必要かもしれない。)

第二に、しかし事業者側の過失については「重篤かどうか」を判断し、そうでなく、いわゆる不可避的なものであれば、低い額の賠償責任のみ認める。(事故後の対応も判断要素に加えられよう。)

これらにより、重大な事故(人身損害)においては、利用者保護はつねに図られることになる。しかし軽微な過失については不可避的な事故(用語が厳密性を欠くことをお許しいただきたい)においては、それはそのまま定額保険により填補されるので、事業者としては「賠償は痛まない」、それでも「取崩し」となれば、事業者は傷つくけれども、逆に利用者側としては、定額保険の給付に見合分しか填補されないとすれば、少なくともムリ筋の訴え提起は減っていくと思われる。

他方、明らかな過失に伴う事故においては、高い損害額が認定され、しかも保険では全額填補されないことから、「自費を痛める」ことになる。そのことは翻つて、判決がリスクマネジメントの指導機能を果たし、将来の事故の抑止につながることになる。保険で全額が填補されないということは、賠償能力の問題を惹起するが、賠償責任保険との組み合わせで、程ほどの水準を志向するしかない。

なお、上記取り扱いの対象は、介護サービス契約の中でも、介護保険対象に限定されるものと考ええる。これは福祉契約論自体にかかわるので、勝手に論じられるものではないが、前述したとおり、福祉契約の出自が様々であることを踏まえると、介護サービス等を目的とする契約だからといって、「一律に」法的責任の範囲を「大幅に」広げることににはムリがあるように思う。またある程度広げても「それでも」限界はあるのであり、法理としては、社会保険の給付対象となりうる契約の属性として、結果債務性(不測の事故が起きないということについて)を位置付けるしかないのではないかと考えている。

そしてこの点は、介護報酬という形で価格が(ほぼ)公定されていることから、これに伴う債務内容の性格付けとして位置付けられるのではないと思う¹⁶。

なお、具体的な保険付保の方法としては、各事業者に任せる(ただし保険商品には一定の規制が必要となる)のか、自認責任のような制度を仕組んでいくのかという選択肢があるが、保険商品固有の問題に大幅に踏み込むことになり、検討が及ばない。

以上

(保険スキームの検討にウエイトを置いたため、それ以外の部分は簡略な記述にとどめたが、拙稿 2003、拙稿 2004 に挙げた文献に引き続き大幅に依拠していることをお断りしておきたい。)

とで違いが大きいとすれば、むしろローア(古)法的というべきかもしれない)厳格責任の考え方である。文献は無数にあるが、たとえば吉田邦彦「債権の各種」1990、『民法精要別巻2』(有斐閣)所収。

16 この点もいかににも理屈付けとしては薄く、牽強付会である。ただ報告者の意図は、社会保険というスキームが、(ほぼ)一律の価格付けを伴う以上、これをいわば逆手に取った契約内容(契約責任)のコントロールの余地があるのではないかとということである(ただしこの点は、指値スキームとの比較では相対化する)。

なお、有償・無償で責任度合いを分けるという考え方が多々あるが、その延長線上で、有償の「度合い」によりさらに責任の度合いを認めるという考え方も成り立たないわけではない(いわゆる購入訴訟をめぐる議論が想起される。星野英一編「購入訴訟と法の役割」(有斐閣)1984)。

1. 問題の整理

(1) 当事者は誰か？

介護保険法（以下「介護法」とする）上、契約当事者として想定されているのは、「要介護認定を受けた被保険者」（介護法 41条）とサービスを提供する事業者²である。しかし、要介護認定を受けようとする契約当事者を想定してみると、必ずしも、意思能力あるいは行為能力を備えているとは、限らない。現実にも、成年後見制度も地域福祉権利擁護事業も利用することなく、また、本人の意思による委任も存在することなく、家族が代務するケースも少なくない³。

ここで、契約当事者とは果たして誰なのか？という根本的な問題が生じる。サービスを受けるのは、要介護認定を受けた者である。しかし、介護をする側である家族も、契約当事者となっている実態がある。

（品田充康教授）

「被保険者本人の権利であるとされる介護保険法の原則を貫くと、判断能力を欠く可能性のある要介護被保険者が契約締結者となり問題を引き起こしやすく、一方当該サービスを利用することにより介護負担が減るといふ実質的な利益を受ける可能性が家族がこれを代理することを広く認めると、要介護被保険者の意思を超えてしまう危険性が高くなる。」⁴（一例として脚注9「具体的には、被保険者本人が望まない場合にも、家族とサービス利用契約を締結することが可能であるか否かという問題が生じる。被保険者の意思を優先するという介護保険法の原則を貫くことは、法の一つの目的たる介護家族の負担軽減という法益を損なう可能性がある」とされている。）

重要となるのは、誰のための制度であり、どういった目的の制度であるか、ということ

1 「指定居宅サービスを受けようとする居宅要介護被保険者は、厚生労働省令で定めるところにより、自己の選定する指定居宅サービス事業者について、被保険者証を提示して、当該指定居宅サービスを受けるものとする（41条3項）」
被保険者（9条）：「市町村の区域内に住所を有する65歳以上の者（以下「第1号被保険者」という。）（1号）」
「市町村の区域内に住所を有する40歳以上65歳未満の医療保険加入者（以下「第2号被保険者」という。）（2号）」
要介護者（7条3項）：「要介護状態にある65歳以上の者（1号）」
「要介護状態にある40歳以上65歳未満の者であつて、その要介護状態の原因である身体上又は精神上の障害が加齢に伴つて生ずる心身の变化に起因する疾病であつて法令で定めるもの（以下「特定疾病」という。）によつて生じたものであるもの（2号）」

介護保険制度については、多くの文献が存在するが、ここでは、増田雅博著『新版』わかりやすい介護保険法（1998年、有斐閣）を参照した。

2 なお、事業者については、別項にて予定されており、ここでは検討しない。

3 フォローする制度として、成年後見制度・地域福祉権利擁護事業があるが、ここでは検討しない。

4 河野定雄・増田雅博・倉田聡『社会福祉法入門』（2004年、有斐閣）100頁。

5 品田充康「福祉サービスの利用方式」『講座社会保険法第3巻 社会福祉サービス法（2002年、法律文化社）59頁。』
6 品田・前掲書73頁。

である。「誰のため」とは、介護を受ける高齢者のためであり、介護をする家族のためでもある。「どういった目的」とは、要介護状態になった者が、「その有する能力に及び自立した日常生活を営むことができる」（介保1条）ということである。介護を受け、介護をするということは、個々人の日常生活の問題であり、ひいては、個々人の生き方の問題（大きな括りであれば、個々人の「自己決定」の問題ということもできる）である。

ここでは、法的から、基本的には契約当事者は高齢者である、ということ前提にする。ただし、契約の場面での、家族の役割に配慮しつつ、書き進めたいと思う。

(2) 福祉契約とは何か？—福祉契約の特徴

一般的に、近代契約法の考え方を貫けば、合理的に行動する両当事者が、対等な立場で契約を締結する。契約自由の原則⁵（契約締結の自由、相手方選択の自由、内容決定の自由、方式の自由）も、こうした前提のもとに成り立ち得るのである。

しかし、上記に見たように、契約を締結しようとする当事者は、必ずしも「対等な立場」で契約を締結できるわけではない。また、契約の内容についても、日常生活にかかわるサービスの提供であり、「日常生活の損耗」である。

（秋元美世教授）⁶

「近代契約法には、契約当事者にまつわる社会的背景や個別の事情などの様々な関係性を、可能な限り法の世界から排除し、その結果として形式的合理性の体系を實現しようとしているところがある。ところが、福祉契約の当事者であるサービス利用者が、契約の対象としている福祉サービスというのは、まさに排除の対象とされる『関係性』を兼ねたような<人の生活>に起因するところが大きく、契約に対するパフォーマンス的な観点では十分に把握しきれない部分が不可逆的に残らざるを得ない」

（小西知世助教授）⁷

福祉契約の特性とは、①労務・役務提供型契約であること、②継続的契約であること、③契約の公共性・倫理性、④非産業性、⑤当事者の非対称性、⑥質の評価・表示の困難性、⑦契約目的の不明確性、⑧契約内容の非特定性、⑨契約内容の要規制性、⑩福祉の手段としての契約」を挙げている。

ここでは、福祉契約の特性を、当事者の契約締結能力との関係から概観することと定める。

7 福祉契約にかかわる文献として、額田洋一「福祉契約序論」自由と正義51巻6号（2001年）32頁。

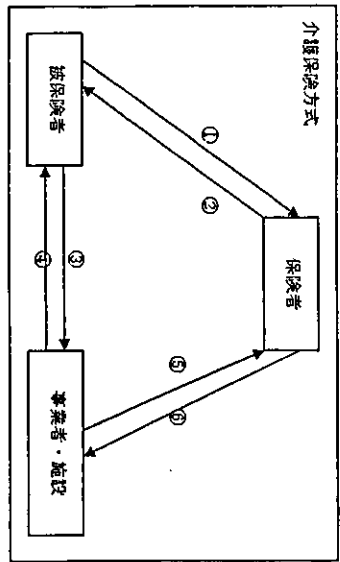
8 松尾弘『民法の体系（第2版）』（2002年、慶應大学出版会）154頁。

9 秋元美世「福祉契約の特質と課題をめぐって」『週刊社会保険法』2214号（2002年）22頁。

10 小西知世「福祉契約の法的関係と医療契約」日本社会保険法学会編『社会保険法第19号』（2004年、法律文化社）103頁。

II. 福祉契約と契約当事者

(1) 関係の整理



- ① 申請
- ② 要介護認定
- ③ 利用料 (對自己負担分) の支払
- ④ サービス提供
- ⑤ 請求
- ⑥ 代理受領—介護報酬

(2) 現行の議論

福祉契約と当事者能力について論じたもの¹¹⁾。

- ・ 品田元儀「福祉サービスの利用方式」講座社会保障法第3巻 社会福祉サービス法 (2002年、法律文化社) 59頁。
- ・ 清水幸雄「介護保険契約と当事者能力—介護保険契約」清和法学研究第7巻第1号1頁。
- ・ 白井典子「措置から契約へ」の意義」赤沼康弘・白井典子監修『介護保険と契約—「契約」で読み解く居宅サービス運用—』(2002年、日本加除出版) 37頁。
- ・ 新井誠「介護保険契約と成年後見・再論」千葉大学法学論叢 15巻3号 (2001年) 91頁。

(3) 比較検討

上記(1)で見たように、三者関係という構成のほか、被保険者に家族がいる場合には、家族との関係が問題になるという場面を想定して、以下の3つの視点から、比較が可能ではないかと考える。

① 医療契約

上記認識から考えると、「医療」も同じ場面が想定される。「同じ場面」とは、事理非識能力を欠いた状態であって、本人の意思を確認することが難しい場面や、治療やリハビリにあたって、本人の方針と家族の方針がぶつかるという、本人と家族の利益が相反する場面が考えられる。

こうした点を考慮すれば、医師と本人と家族の関係を、事業者と本人と家族の関係に置

き換えて、考えることが可能であろう。

【当事者】¹²⁾

- (a) 法定代理説：親権者等の法定代理人が、その法定代理権を行使して、契約を締結すると考える見解、配偶者間についても民法第761条により医療契約締結の法定代理権を肯定する見解が多い。
- (b) 第三者のためにする契約説：受診申込書を要約者、医療機関を締約者、患者本人を受益者とする第三者のためにする契約が成立すると考える見解。なお、通常、この説は要約者として法定代理人を想定している。
- (c) 不真正第三者のためにする契約説：親権者等の監護義務者が、その監護義務遂行の一環として、医療機関と契約を締結し、医療機関が監護義務に関する履行代行者として医療行為を実施すると考える見解。配偶者間の場合は、同様に民法752条の扶助・協力義務の履行代行者の問題とする。
- (d) 重畳契約 (二重構成) 説：契約当事者を異にする二つの契約が同時並存すると考える見解。ただし、それぞれの契約内容については、さらに細かく見解が分かれている。
- (e) 事務管理説：受診申込書の事務管理として受診申込者と医療機関の間に第三者のためにする診察契約が締結されるとする見解と、医療機関と患者の間に直接の事務管理が成立するという見解とに区分できる。

裁判例-

- ・ 15歳の子 (旭川地判昭和45年11月25日判時623号52頁)
- ・ 産婦と胎児 (東京地判昭和34年4月24日判タ388号147頁、横浜地判昭和57年4月30日判タ471号210頁)

「第三者のためにする契約」は、患者本人の「契約の利益を享受する意思」が問題になるが、明らかに第三者 (患者) の利益が優先される限りは、判例にあるように黙示的に意思表示をしたと解するか、要約者 (親権者等) が第三者のために黙示的に意思表示をしたものと解するのが妥当。

石川総教授¹³⁾

家族のいる場合：「その者の意思をもっともよく知っている立場にある」こと、「医師の側からすれば、家族の同意をとっておけば、医師は家族から訴えられることはない」ことを挙げている。代行判断について、同居・非同居、相続権の有無、扶養義務者が否か、によって「どのような法的地位にある家族がどのような権限をもつべきかを決定していくことができるのではないかと」している。

家族のいない場合：「家族がいない場合に、誰が申立てをするのか、……医師に認められる privilege (特

¹²⁾ 上山兼「患者の同意に関する法的問題点」新井誠・西山隆「成年後見と意思能力—法学と医学のインターフェース」(2002年、日本評論社) 117頁。この他に、前田和彦『医事法精義 (改訂第5版)』(2001年、信山社) 179頁、前田達明・稲垣憲・手嶋章『医事法』(2000年、有斐閣) 208頁以下。
¹³⁾ 石川総「医療における代行判断の法理と家族—誰が代行判断者か—」奥幸一・石川総編『家族と医療—その法学的考察』(1995年、弘文堂) 60頁。
¹⁴⁾ 石川・前掲61頁。

¹¹⁾ ここで、福祉契約と当事者関係について言及があるものについて列挙した。

種)で医療行為を行うことができるとするのが節便か、あるいは、無償代理で過剰を受けているとすべきか、医師が事務管理として行うのか、通常、医師や家族が事務管理によって医療を行うことができるとし、緊急を要する医療の場合には、医師の裁量によっても緊急を要する医療を行うことができるであろう。」としている。¹⁵

【医療契約】^{16,17}

- (a) 準委任契約説 (民656条)
- (b) 請負契約説 (民632条)
- (c) 委任と請負の混合契約説

判例 (神戸地裁野支判昭和42年1月23日下民18巻1号58頁、判時481号119頁)

「通常病的症状を訴えて病院を訪れる患者と医師の間には、患者においてまず病的症状の医学的説明を求め、これに対する治療方法があるなら治療行為も求める旨の事務処理を目的とした準委任契約の申込をなし、医師において診察を始める以上は右病的症状の医学的説明という事務処理を目的とした準委任契約の申込を意思の実現により承諾し、続いて患者を他に紹介する等これに対する治療を断らすこれ以上行う以上は治療行為という事務処理をも引き継ぎ行うことを前同録承諾したものと解するのが相当である」

留意すべき点は、医療が「生命」そのものを対象とするのに対して、介護は「日常生活」を対象とする。医療契約が医師の専門性や事柄の緊急性を理由としているのに対し、介護についても、完全に契約内容を事業者が兼ねているわけではなく、いくつかのグリーンエーション、つまり、日常生活を送るにあたって、どういった支援が必要か、どの時間までにいかということ、から選択することが可能であり、そうした点も医療契約と異なる点といえることができる。

② 保育

制度上の相違¹⁸は見られるものの、「保育」でも同じ状況が想定される。本人が未成年の

¹⁵ この上で、介護でも同様の問題があると指摘している。(石川・前掲64頁。)

¹⁶ 前田・前掲書、177頁。

¹⁷ 大谷實教授は、『医療行為と法 (新版)』(1990年)63頁で、次のように類型化している。

① 民法に定められている各種の契約にはなじまない契約とする無名契約説

② 契約としての申込と承諾という法律構成が不可能な事なる事実行為とする事実行為説

③ 民法に規定されている契約とする準委任契約説

として整理し、民法上類型化されている契約として把握した方が法律上の要件および効果はつきりする、と

して備委任契約としている。

¹⁸ 田村和之『憲法・『規制改革』と保育所法制 児童福祉法をどう活用するか-保育所入所の権利の実現のために』貴金と社会保障1347号(2003年6月上旬号)70頁によれば、保育所の入所について、「[措置

「子」という違いがあるが、意思能力がない本人と、家族との関係を考慮する場合、比較対象とすることが考えられる。

【当事者】

子であるから、親の子に対する監護権・監護義務(民法820条)が存在する。この点が大きな相違点であるうが、直系血縁にも扶養義務があり(民法877条)、この点の相違から、介護における当事者の特質を抽出しようと考えている。

【保育契約】¹⁹

- ・ 準委任又はそれに類するもの
- ・ 第三者のためにする契約

判例 (七光保育所事件一松江地裁益田支部昭和50年9月6日決定)

「児童を保育するいわば保育契約は、XらとYとの間で成立しているかの如き外観を呈しているが、法的には、保護者たるXらとYとの間で私的な保育契約が成立しているものと解せられる。何となれば、法39条1項には『保育所は、日々保護者の委託を受けて、保育に欠けるその乳児又は幼児を保育することを目的とする施設である。』と規定されており、もし町と保護者との間の契約に基き、町がYに保護者の児童の保育をさせているとすれば、町とYとの間で委託契約書の取交し等の手続もなされているはずであると考えられるが、そのような手続は採られていないと認められ、更にまた実質的に考慮しても、直接保育の任に当る保育所と保護者との間の契約と構成する方が、保護者と町との契約及び町と保育所との間の契約という二本立にするより遥かに簡明であるからである。」

③ 有料老人ホーム²⁰ (とりわけ介護付終身利用型有料老人ホーム)

国が規制を行っているものの、より契約の世界に近いという点で、比較対象になると考える。高齢者本人が、日常生活を考慮するにあたって、「自己決定」の部分が大い可能性がある。また、老後に備えて、というよりは、家族の意思で、有料老人ホームに入るといえることであろう。

【当事者】

(行政処分)から契約へと保育所入所の法的仕組みが変更されたという厚生省の大宣伝にもかかわらず、市町村による入所決定が行政処分であることは従前と同じである。」と述べられており、保育所の入所について「契約」化されたという点に反対されている。

¹⁹ 田村和之『保育所行政の法律問題』(1981年、勁草書房)参照、福田兼生『保育契約の法的性格-七光保育所事件』別冊ジュリ153号『社会保険判例百選』(第三版)2000年、有斐閣)206頁。

²⁰ 『特集・有料老人ホームの法律問題』ジュリ949号(1990年、有斐閣)16頁以下、橋本宏子『法的観点からみたシルバー産業』季刊社会保険研究24巻3号(1988年)297頁、山崎克文『有料老人ホームの現状と問題点について-サービス機能と介護問題-』季刊社会保険研究24巻3号(1988年)310頁、後藤清『有料老人ホームに関する若干の考察』民商法雑誌104巻4号(1991年)445頁。

【有料老人ホーム契約】²¹

- (a) 混合契約
 - ・ 質賃借とサービス提供とが不可分に結びついた混合契約。²²
- (b) サービス（提供）契約
 - ・ 一定のまとまった一時金と月々の利用料（管理費と食費）の支払いを対面とする終身のサービス提供契約。²³
- (c) 無名契約
 - ・ 利用権設定とサービスないしケアを提供する、いわゆる夜勤供給を内容とした一種の無名契約。

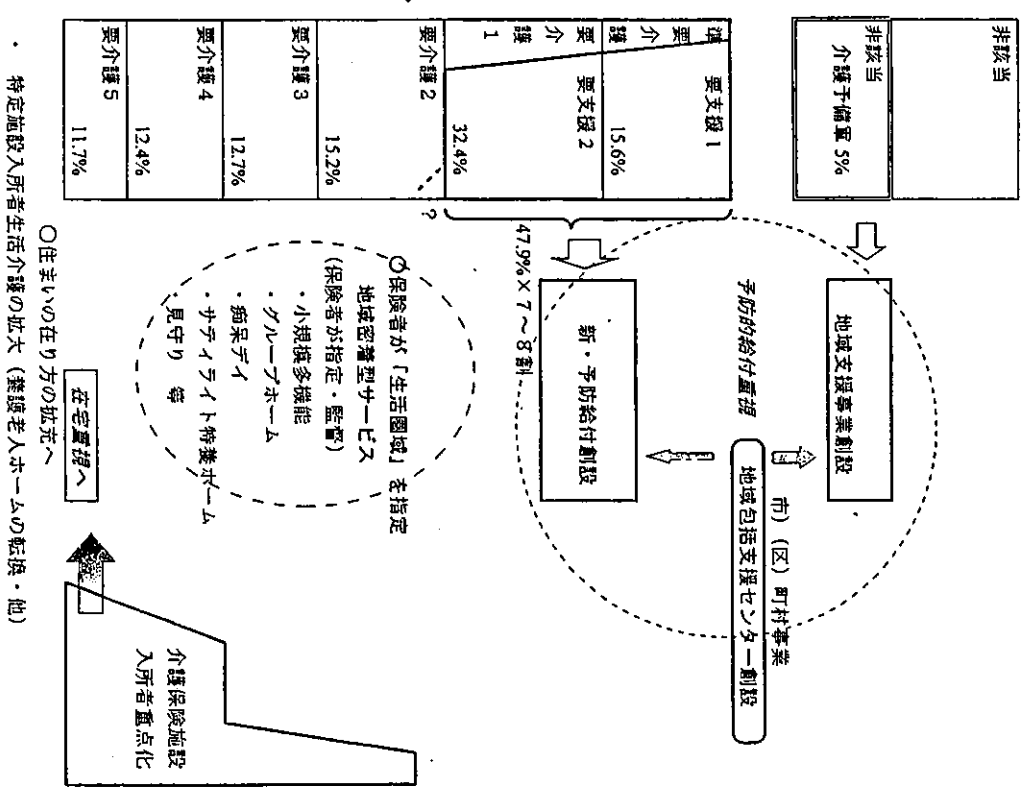
III. 結論（方向づけ）

- 福祉契約における当事者をどう考えるか？
- ・ 法律に規定されている当事者と実態上の当事者との齟齬。
 - ・ 福祉契約において、当事者とされている者は、福祉サービスを受ける者、すなわち、介護される者、介護する者と考えることはできないのか。
 - ・ 福祉契約の特性を考慮しながら、当事者の範囲について考えたい。

新・介護保険制度 サービス体系の再編成

1 新介護保険制度下の新しいサービス体系

図-1 新介護保険サービス体系イメージ図（厚生労働省会議資料等から作成）



²¹ 山口純夫「有料老人ホーム契約—その実態と問題点」判タ633号(1987年)59頁。
²² 介護付終身利用型有料老人ホームに関しては、介護サービスの享受と居住という観点から、旧借家法からの除外は行わず、有料老人ホーム契約の法的性質という点の分りから、検討を行う。
²³ 以下の学説の分類については、玉田弘毅「有料老人ホーム入居契約の法的性質と入居者の権利特に介護付終身利用型有料老人ホームを中心として」清和法学研究第6巻第1号(年)17頁以下参照。
²⁴ 丸山英真「有料老人ホーム契約の性格」ジュリ949号(1990年)22頁。
²⁵ 山口剛注21、65頁。

2 対象及びサービスの変更等

現行制度	在宅サービス	施設サービス	改正後	在宅サービス	施設サービス
自立 非該当 虚弱	老健事業 介護予防給付 その他※	無	自立 非該当 虚弱	地域支援事業 訪問1/2/保 険科 介護療養 の事業	無
保険サービス 要支援	居室 利用可能	入所施設 利用不可	保険サービス 要支援1 8	居室 介護予防給付 保険者が事 業を指定	入所施設 利用不可
要介護1	介護給付 居室 12サービス	介護給付 介護保険 三施設	要介護2 7	介護予防給付 保険者が事 業を指定	利用不可
要介護2			要介護1 3	介護給付	
要介護3			要介護2	地域 密着型 事業 保険者 指定	入所施設 利用の 置換化
要介護4			要介護3		
要介護5			要介護4		
			要介護5	利用可能	

※ 要支援・要介護者が利用できるサービスもある

- ① 要介護度区分の変更
- ② 介護予防給付のサービス事業者は都道府県ではなく保険者が指定できる
- ③ 地域密着型サービスは、保険者が整備計画に基づき指定（計画量を超えたら指定拒否できる）
- ④ 新サービスの創出と既存サービスの統合

新地域包括支援センター

3 認定調査・ケアプランの作成等

項目	現行	改正後
① 認定調査・ケアプランの作成		
認定調査	○市(区)町村 ◎居宅介護支援事業者への委託 ◎入所施設への委託	◎市(区)町村 ○限定付き事業者委託 ×入所施設への調査委託不可 ※原則市(区)町村が実施
ケアプラン作成	○利用者との居宅介護支援事業者等との契約	◎市(区)町村の事業 ◎市(区)町村が作成 ・一定の要件下で 居宅介護支援事業者等への委託が可能 同左

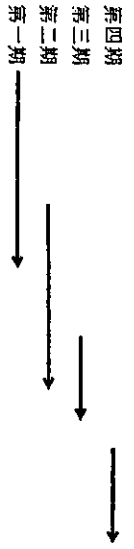
項目	現行	改正
② ケアマネ事業者指定(参入)		
地域支援事業者 予防プラン作成 事業者	△	☆市(区)町村 ・一定要件で居宅介護支援事業者等への委託
要支援	○利用者と事業者の契約	介護給付 対象 要支援12 準要介護1 ○利用者と事業者の契約
要介護1	(施設は施設の計画作成担当)	
要介護2～5	○利用者と事業者の契約	同左

項目	現行	改正
③ サービス事業者指定		
事業者指定	○都道府県知事 ・基準該当は市(区)町村長	新予防給付 事業者 ☆市(区)町村長
予防給付・ 介護給付 事業者		地域密着型 サービス事業者 ☆市(区)町村長 指定拒否権あり ○都道府県知事

4 介護保険事業計画の作成方法の変更

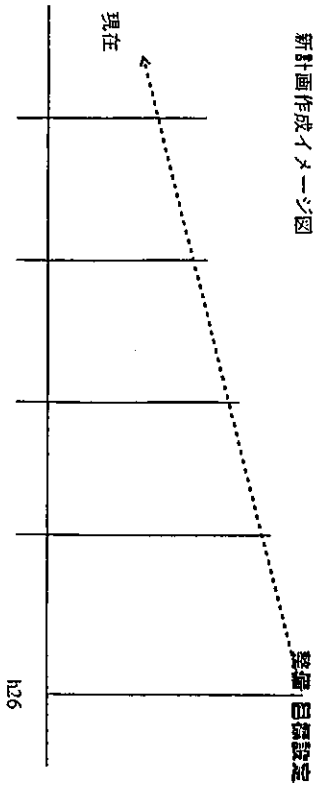
【現行方式】

① 5年を一期とする計画を作成し、3年ごとに過去の実績等を踏まえ見直す。



h12 h15 h18 h21 h24 h27
00 01 02 03 04 05 06 07 08 09 10 11 12 13 14 15 16

② 第三期計画から、h26年度のサービス整備目標を定め、その実現のための3カ年計画の作成に変更（17年度の作成作業から）
新計画作成イメージ図



- 3カ年毎に介護保険事業計画を策定
 - ・ 地域密着型サービス整備量の目標値を上回る事業者からの指定申請があった場合、市（区）町村は指定をしないことができる
 - ・ 入所施設は、ユニット化・個室化を推進すると共に在宅重視への転換
- ☆ 効果

5 質の改善の取組

- 主任ケアマネージャー制度の創設
 - 一 経験年数 + 研修
- 社会福祉士業務の法定化？
 - 一 地域包括支援センターに必置
- ヘルパー研修の充実と介護福祉士の業務の明確化
 - 一 施設のアフターケアについては、将来的には介護福祉士とする
 - ヘルパー2級 130時間
 - 介護福祉士 1700時間弱の研修

- ☆ サービス評価と情報の公開
- ☆ 情報開示の深化
- ☆ 成年後見制度業務の位置づけ
- ☆ 地域包括支援センターにおいて実施

6 各々の立場からみた新介護保険制度の評価

- 国民
- 民間事業者
- 社会福祉法人等入所施設経営者
- 市（区）町村
- 都道府県
- 国