

介護保険法等の一部を改正する法律案(概要)

介護保険法附則第2条に基づき、制度の持続可能性の確保、明るく活力ある超高齢社会の構築、社会保障の総合化を基本的視点として、制度全般について見直しを行う。

I 改正の概要

1 予防重視型システムへの転換

- (1) 新予防給付の創設
要介護状態等の軽域、悪化防止に効果的な、軽度者を対象とする新たな予防給付を創設。マネジメントは「地域包括支援センター」等が実施
- (2) 地域支援事業の創設
要支援、要介護になるおそれのある高齢者を対象とした効果的な介護予防事業を、介護保険制度に新たに位置付け

軽度者(要支援・要介護1)の大幅な増加
軽度者に対するサービスが、状態の改善につなげられていない

2 施設給付の見直し

- (1) 居住費・食費の見直し
介護保険3施設(3ト軒を含む)等の居住費、食費について、保険給付の対象外に。
- (2) 低所得者に対する配慮
低所得者の施設利用が困難にならないよう、負担軽減を図る観点から新たな補足的給付を創設

在宅施設の利用率
負担の公平性
介護保険と年金給付の重複の是正

3 新たなサービス体系の確立

- (1) 地域密着型サービスの創設
身近な地域で、地域の特性に合わせた多様で柔軟なサービス提供が可能となるよう、「地域密着型サービス」を創設
(例)川根県多機能型居宅介護、認知症高齢者グループホーム、認知症高齢者専用デイサービス、夜間対応型訪問介護等
- (2) 地域包括支援センターの創設
地域におけるI)総合的な相談窓口機能、II)介護予防マネジメント、III)包括的・継続的マネジメントの支援を担う「地域包括支援センター」を創設
- (3) 居住系サービスの充実
ケア付き居住施設の実現
有料老人ホームの見直し

一人暮らし高齢者や認知症高齢者の増加
在宅支援の強化
高齢者虐待への対応
医療と介護との連携

4 サービスの質の確保・向上

- (1) 情報開示の標準化
介護サービス事業者に事業所情報の公表を義務付け
- (2) 事業者規制の見直し
指定の更新制の導入、欠格要件の見直し等
- (3) ケアマネジメントの見直し
ケアマネジャーの資格の更新制の導入、研修の義務化等

指定取消事業者の増加
など質の確保が課題
利用者によるサービスの選択を通じた質の向上
実効ある事後規制・ニール
ケアマネジメントの公平
公正の確保

5 負担の在り方・制度運営の見直し

- (1) 第1号保険料の見直し
①設定方法の見直し
低所得者に対する保険料軽減など負担能力をきめ細かく反映した保険料設定に(政令事項)
②徴収方法の見直し
特別徴収(年金からの天引き)の対象を遺族年金、障害年金へ拡大
特別徴収対象者の把握時期の短縮回化
③申請代行、委託調査の見直し
- (2) 要介護認定の見直し
申請代行、委託調査の見直し
- (3) 市町村の保険者機能の強化
都道府県知事の事業所指定に当たり、市町村長の関与を強化
市町村長の事業所への調査権限の強化
市町村事務の外部委託等に関する規定の整備

低所得者への配慮
利用者の利便性の向上
市町村の事務負担の軽減
より主体性を発揮した
保険運営

6 被保険者・受給者の範囲 (附則検討規定)

政府は、介護保険制度の被保険者及び保険給付を受けられる者の範囲について、社会保障に関する制度全般についての一体的な見直しと併せて検討を行い、平成二十一年度を目標として所要の措置を講ずるものとする。

7 その他

- (1) 痴呆の名称を「認知症」へ変更
- (2) 養護老人ホーム、在宅介護支援センターに係る規定の見直し
- (3) 社会福祉施設職員等退職手当共済制度の見直し
介護保険適用施設等への公的助成の見直し、給付水準等の見直し

II 施行期日 平成18年4月1日

7(1)の「痴呆」の名称の見直しについては公布日施行、2の「施設給付の見直しについては平成17年10月施行、5(1)の特別徴収対象者の把握時期の短縮回化については平成18年10月施行

介護保険法施行法の一部を改正する法律案(概要)

- 介護保険法の施行日前に市町村の措置により特別養護老人ホームに入所した者については、施行後5年間に限り、利用料と食費の合計額が法施行前の費用徴収額を上回らないよう負担軽減措置を講じている。
- 今般の改正は、この経過措置について、対象者の状況等を踏まえ、実施期間をさらに5年間延長するもの。

I 現行の経過措置

- 対象者
介護保険法の施行日(平成12年4月1日)前に市町村の措置により特別養護老人ホームに入所していた者
- 負担軽減措置の内容
利用料と食費の合計額が法施行前の費用徴収額を上回らないよう利用料、食費の負担を軽減
【利用料: 0%、3%、5%、10%
食費: 0~300円、300円、500円、780円/日】
- 実施期間
法施行後5年間(平成17年3月31日まで)

II 現在の状況及び改正の内容

現在の状況

経過措置終了で負担増となる者が依然として約6万8000人(特別養護老人ホーム入所者の約2割)見込まれる。
介護保険法施行前に市町村の措置により特別養護老人ホームに入所したこれらの者の多くは所得が低く、経過措置終了に伴う負担増により施設利用の継続が困難となることも考えられる。

改正の内容

現行の負担軽減措置の実施期間をさらに5年間延長する。

III 施行期日

平成17年4月1日

民間事業者による老後の保健及び福祉のための総合的施設の整備の促進に関する法律(WAC法)の一部改正
—地域介護 福祉空間整備等交付金(仮称)の創設—

※本改正は、「国の補助金等の整理及び合理化等に伴う国民健康保険法等の一部を改正する法律案」の中で一括改正

国民が住み慣れた地域で暮らし続けることができるよう、地方公共団体が地域の実情に合わせて予防から介護に至るまでのサービスマス盤を面的に整備することを支援するとともに、施設環境の改善を図るための交付金制度を創設する。

I 改正の内容

市町村に対する交付金

- 市町村内の生活圏を単位として、地域密着型サービスマス拠点等の整備として市町村が定める「市町村整備計画」が、国が定める基本方針に照らし適当なときは、国は、市町村に対して交付金を交付。
【対象事業】⇒省令事項
地域密着型型のサービスマス拠点
小規模多機能型居宅介護事業、認知症高齢者グループホーム、介護予防拠点
地域包括支援センター など

都道府県に対する交付金

- 特別養護老人ホーム等の整備や、既存施設の改修など内容として都道府県が定める「施設生活環境改善計画」が、国が定める基本方針に照らし適当なときは、国は、都道府県に対して交付金を交付。
【対象事業】⇒省令事項
特別養護老人ホーム、老人保健施設、ケアハウス(特定施設入居者生活介護)の指定を受けるもの)、養護老人ホーム など

II 施行期日

平成17年4月1日

介護従事者の労働条件規制

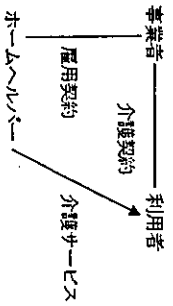
—ホームヘルパーの労働時間・労働災害をめぐる問題に焦点をあてて—

1. はじめに

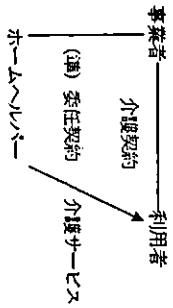
2. 介護従事者の地位

— 契約形式による分類

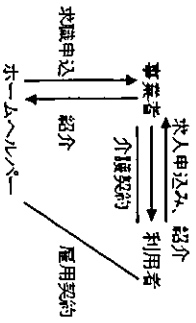
(1) 雇用



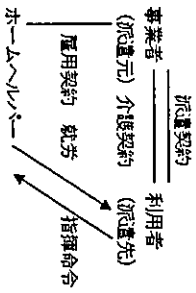
(2) (準) 委任



(3) 職業紹介



(4) 派遣

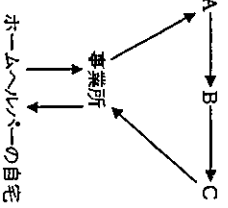


二 就労形態による分類

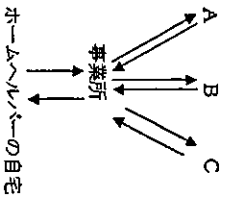
- (1) 正社員
- (2) 常勤
- (3) 非常勤

三 就業実態による分類

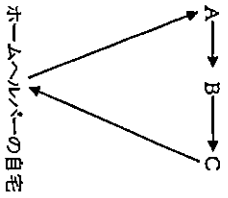
(1) 事業所集合型



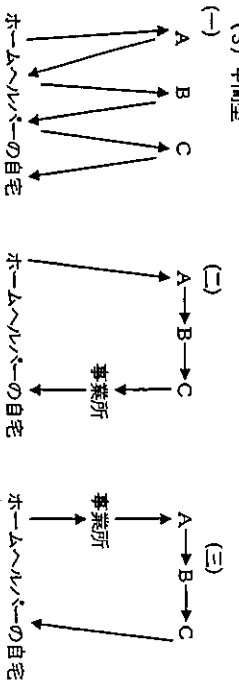
(二)



(2) 直行直帰型



(3) 中間型



3. 労働者性判断の基準

昭和60年労働基準法研究会が示した基準¹・判例上の判断基準 (横浜南労基審長 (旭紙業) 事件²) 参照。

— 「使用従属性」に関する判断基準

(1) 「指揮監督下の労働」に関する判断基準

- イ 仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由
- ロ 業務遂行上の指揮監督の有無
- ハ 拘束性の有無
- ニ 代替性の有無 — 指揮監督関係の判断を補強する要素—
- (2) 報酬の労働対償性に関する判断基準

二 「労働者性」の判断を補強する要素

- (1) 事業者性の有無
 - イ 機械・器具の負担関係
 - ロ 報酬の額
 - ハ その他
- (2) 専属性の程度
- イ 他者の業務に従事することが制度上制約され、また、時間的余裕がなく事実上困難である場合
- ロ 報酬に固定部分があるか
- (3) その他
 - ① 採用、委託等の際の選考過程が正規従業員の採用の場合とほとんど同様であること
 - ② 報酬について給与所得としての源泉徴収を行っていること
 - ③ 労働保険の適用対象としていること
 - ④ 労務規律を適用していること
 - ⑤ 退職金制度、福利厚生を適用していることなど

労働者性は、契約の名称のいかにかわからず、実質的に判断される。

¹ 「労働基準法研究会報告書」 労判465号 (昭和61年) 69頁以下。

² 最一判平成8・11・28 労判714号14頁。

4. 労働時間

三菱重工長崎造船所（第1次訴訟・会社側上告）事件³

「労働時間に該当するか否かは、労働者の行為が使用者の指揮命令下に置かれたものと評価することができるか否かにより客観的に定まるものであって、労働契約、就業規則、労働協約等の定めのみかんにより決定されるべきものではない。」

- 一 移動時間・出張との対比⁴
- 二 待機時間
- 三 打ち合わせ時間
- 四 報告書作成時間
- 五 準備・後始末時間
- 六 労働時間の通算およびみなしの適用の有無

5. 労働災害

一 移動時間中の事故

「労働者災害補償保険法の一部を改正する法律等の施行について」（昭48・11・22基発644号）

「外勤業務に従事する労働者で、特定区域を担当し、区域内にある数カ所の用務先を受け持つて自宅との間を往復している場合には、自宅を出てから最初の用務先が業務開始の場所であり、最後の用務先が、業務終了の場所と認められる。」

二 利用者宅での事故

6. おわりに

³最一半平成12・3・19民集54巻3号801頁。

⁴「訪問介護労働者の法定労働条件の確保について」（平16・8・27基発0827001号）では、移動時間について、「使用者が、業務に必要な移動を命じ、当該時間の自由利用が労働者に保障されていないと認められる場合には、労働時間に該当するものであること」としている。なお、東京大学労働法研究全編【注釈労働時間法】（有斐閣、平成2年）544頁参照。

⁵出張に対する裁判例として、島根県教組事件（松江地判昭和46・4・10労判127号35頁）、日本工業検査事件（横浜地川崎支店昭和49・1・26労民集25巻1・2号12頁）がある。前者では、出張旅行時間について、出張先での「職務に当然附随する職務」であるから、出張時間すべてが労働時間であるとされ、一方、後者では、「出張の際の住居に要する時間は、労働者が日常の出勤に費やす時間と同一性質であると考えられるから、……労働時間に算入されない」とされた。

2005年3月5日 社会福祉契約法研究会
介護事故における安全配慮義務をめぐる法的問題

品田 充徳

1. 問題の所在

- (1) 介護事故における事業者の損害賠償責任を問う法理
○ 不法行為（709, 715, 717）と債務不履行（415）の法理適用上の問題
○ 介護事故における債務不履行の意味 ⇒ 介護サービスにおける債務の完全な履行とは、どのような状態をいうのか？

(2) 介護事故の判例動向とその問題点

- ① 介護（骨折）事故における債務不履行責任の根拠
- ② 介護事故に対する安全配慮義務の法理とその問題点

(3) 検討すべき課題

- ① 介護事故における債務不履行責任法理の特徴
- ② 介護保険サービス利用契約における債務内容の特定と安全配慮義務の範囲・程度
- ③ 安全配慮義務違反を決定する判断要素
- ④ 損害の算定をめぐる法的問題

2. 介護事故に対する安全配慮義務法理適用の特徴

- (1) 雇用契約と介護保険サービス利用契約の違い
○ 契約関係の明確性：事業主対労働者と介護保険事業者対利用者
○ 契約書の意義：契約関係の存否において、契約書がどれほどの意味を持つのか
- (2) 学校事故における安全配慮義務との比較
○ 年齢（学年）ごとに異なる注意義務がある：介護度ごとに注意義務の程度は異なるのか

(3) 医療事故における安全配慮義務との比較

- 介護サービスとは手段債務か結果債務か：債務内容は何によって決定されると考えるべきか
- 介護従事者に要求される注意義務の程度は専門家としてのそれか、一般的な注意義務か
- 医療事故における病院（法人）と医師（もしくは看護士等）の責任関係は、介護事故における介護事業者と介護専門職との関係と同じか？

3. 安全配慮義務の程度をめぐる問題点

- (1) 債務の内容は、どのように特定されていると考えるべきか？
- 介護保険法、規則、省令等の基礎
 - 通達、指導等の基礎

(2) 介護保険契約書リスクの引き受けと同意書をめぐる問題

- 施設における高リスク者の引き受けと免責
- 本人または家族の同意書の意義
- リスクの引き受けと同意書に関する考え方

4. 安全配慮義務違反の決定要件 — 予見可能性と結果回避義務の解釈 —

(1) 予見可能性を構成する要素

- ⇒ 被害者たる要介護高齢者の病歴、症状、ADL、性癖など本人要件 ⇒ A
⇒ 当該事件・事故を予想させる履歴など経験要件 ⇒ B
⇒ 当該事件・事故を予想させる履歴など経験要件 ⇒ C
⇒ 人員配置や設備状況など環境要件 ⇒ C

(2) 結果回避義務の判断を左右する要素

- ⇒ 結果を回避する具体的な行動の期待可能性（事態発生時の初期対応を含む）⇒ D
⇒ 当該事態の結果回避を期待できないような環境、職務習慣の状況の有無 ⇒ E

5. 損害の算定と損害賠償権者をめぐる問題

(1) 損害額の算定

- 近親者の入院付き添い費用の算定根拠
- 将来の付添い費用の算定根拠
- 後遺障害慰謝料（95歳の高齢者）
- 存命の可能性と年金逸失利益の算定

(2) 損害の範囲

- どこまでを因果関係があるとして損害賠償の範囲とするか
- 本人死亡の場合の本人への慰謝料の意味

(3) 過失相殺の可否と範囲

- 認知症においても過失相殺は成り立つのか

(4) 遺族の定義

- 遺族であれば、誰もが損害賠償権者となるのか

6. おわりに

資料

引用1. 安全性に関する配慮を尽くしたかどうかの判定にあたっては、保護法益である生命、身体の高価値性、サービス事業者は一般的に相手方の生命、身体へも配慮すべきであるとの社会的意識、相手方の事業者に着せる信頼、契約後相手方が自己の行動を事業者の支配の下へおく状況と事業者へ依存せざるを得ない顧客の立場などからいって、外来的原因により安全確保措置、対応を取ることができなかった場合を除いては、なお配慮が尽くされていないと扱うのを原則としてよいと考える。

国井和郎「裁判例から見た安全配慮義務—契約責任論の体系的素描—」下巻定篇「安全配慮義務法理の形成と展開（1988年）」

引用2. 引き受けられた債務が手段債務か結果債務かは、結局のところ、当事者の合意内容の解釈、つまり一定の結果達成（結果の確実性）補償の趣旨が対面的給付内容として含まれているかどうかの評価に左右される。

森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」鈴木禄古稀記念・民法法学の新展開（1993年）」

引用3. 顧客が専門家と契約をするのは、自らがことにあたって対処するよりも専門家の判断や技能に依存して事務の遂行を要したほうがよいと考えたからに他ならない。…事業者がこのような専門家的な裁量判断や技能に対する顧客の依存的性格を基礎にして、その信頼を獲得し、対面を得ているとすれば、自己の技能をフルに発揮して顧客のために尽くすべき義務を負うのはむしろ契約の趣旨として当然のこと

河上正二「専門家責任」と契約理論 法律時報 67巻2号（1995年）」

高齢者の骨折について債務不履行責任を理由とする損害賠償請求が認められた事例

裁判例1. 東京地裁 平成15・3・20 判決 判時1840号20頁

事実：79歳の男性（介護保険制度実施前であり、要介護度の認定なし）が、医院に併設されたダイケアから帰宅した際、医院の送迎バスを降りた直後に転倒して右大腿部けい部を骨折し、その後肺炎を発症して、骨折から約4ヶ月半後に死亡した。

判決：一部認容、一部放棄 [事実上請求認容]

損害賠償額：入院治療費 47万円余、入院料 18万円余、入院付添費 14万円余、逸失利益 320万円余（年金4年間、生活除除率7割）、慰謝料 1200万円（入院慰謝料と死亡慰謝料）、葬儀関係費用 120万円実費 ⇒ 過失相殺 4割を減じて 損害額の合計は688万円余 [請求額3300万円余]

理由：○ 診療契約と送迎契約が一体となった無名契約が締結されており、同契約に付随する信義則上の義務として、同人を送迎するに際し、同人の生命・身体を安全を確保すべき義務を負担していた。

- 同人の移動の際に常時介護士が目を離さずにいることが可能となるような体制をとるべき契約上の義務を負っていた。

- 大腿部けい部骨折を負った後、肺炎を発症し、最終的に死亡に至るといふ経過は、通常人が予見可能な経過である。したがって、前記義務違反と肺炎の発症および死亡との間には因果関係あり。

裁判例2. 福島地裁 平成15・6・3 判決 判時1838号116頁

事実：95歳の女性（要介護度2）が、自室のポータブルトイレの中の排泄物を捨てに行こうとして自ら汚物処理場に赴いた際、仕切りに足を引っかけ転倒し、傷害を負った。

判決：一部認容、一部破棄 [事実上請求認容]

損害賠償額：入院付添費27万円余（88日間、近親者の付き添い費用は1日4000円）
 将来付添費用210万円余（事故時の介護度2と事故後の介護度3との差額1623円×865日×3.5459）、受療慰謝料100万円、後遺症慰謝料135万円、治療費実費16万円余、入院雑費8万円余、弁護士費用40万円 ⇒ 損害額の合計は537万円余 [請求額1064万円余]

理由：○ 介護保健施設利用契約に基づき債務不履行責任および民法717条に基づき損害賠償責任がある。

- ポータブルトイレの清掃が介護マニュアルに沿って実施されていたとは認められない。
- 居室に置かれたポータブルトイレの自身が廃棄・清掃されないままであれば、不自由な身体であれ、老人がこれをトイレまで運んで処理したいと考えるのは当然であり、ポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務と本件事故との間には相当因果関係がある。
- 処理場入り口の仕切りの存在は、要介護高齢者の出入りに際して転倒等の危険を生じさせる形状の設備である。

裁判例3. 福岡地裁 平成15・8・27 判決 判時1843号132頁

事実：通所介護サービスを受けていた95歳の女性（要介護度4）が、昼寝から目覚めた後転倒し、右大腿骨を骨折した。

判決：請求認容

損害賠償額：後遺障害慰謝料350万円、傷害慰謝料120万円 ⇒ 損害額の合計は470万円（債務不履行による損害賠償請求事件であるとして弁護士費用の請求は認めない）[請求額1340万円]

理由：○ 通所介護サービス契約上、事業者は認識した利用者の障害を前提に安全に介護を施す義務がある。

- 歩行に困難がありながらも尿意を催すと自らトイレを探すために歩行を開始することがあり、また通所介護を重ねるうちに活動能力が回復してきたことが窺われ、移動する可能性があることは認識できた。
- 昼寝から目覚めた際に動静を見守る等の必要な介護を怠った業務違反がある。

福祉契約と市町村の行政責任—支援費支給制度を中心に—

2005.3.5 / 新田秀樹 (大正大学)

I. はじめに—本報告における検討事項—

- 「措置から契約へ」という流れの中で、福祉サービス提供に係る公的責任も変化。→ しかし、公的責任の意味は論者により異なり、その範囲も極めて広い。→ 本報告では、現在法案作成中の障害者自立支援給付法（仮称）も視野に入れつつ、障害者への支援費の支給決定の構造分析と、それを踏まえた市町村の行政責任（＝行政主体としての市町村が果たすべき法的責任及び政治的・社会的責任）に焦点を当てて、検討を行う。

【理由】市町村による支援費の支給決定は、障害者がサービス提供事業者と契約を結びサービスを利用するに当たっての（事実上の）必要条件であることから、障害者が必要なサービスを確実かつ適切に利用し得るかどうかという観点から、支給決定の法的構造の分析を踏まえ市町村の行政責任を明らかにすることは、一定の意味がある。

- 以下では、身体障害者福祉法（以下「法」という。）の居室支援を中心に検討。

【参考】福祉サービス提供に係る公的責任の概念（本報告における理解）

- ・ 責任の主体：国及び地方公共団体（立法・司法・行政）。
 - ・ 責任の内容：社会的ニーズ（社会的必要）と認め得る何らかの福祉サービスの要求を有する者に対して、そのニーズ（サービス要求）を満たすための福祉サービスを確実かつ適切に提供すること。
 - ・ 責任の種類：法的責任（適法・違法）及び政治的・社会的責任（当・不当）。
 - ・ 責任の範囲：上記内容のような責任（社会的ニーズを満たすための福祉サービスの確実かつ適切な提供）を果たすために行わなければならないことで、契約に基づく（直接的な）サービス提供以外のもの。
- ① 契約によるサービス提供を実効あるものとするための責任。
 - ② 契約によるサービス提供ではカバーできない対象・領域において必要なサービスを提供する責任。

II. 支援費支給制度の概要

- 仕組み 図1を参照。

【留意点】

- 支給決定に当たっての市町村の勘案事項

・ a 当該身体障害者の障害の種類及び程度、b 介護者の状況、c 居室生活支援費の支給状況、d 施設訓練等支援費の受給状況、e 支援費支給対象サービス以外の保健医療・福祉サービス等の利用状況、f 当該身体障害者の身体障害者居室支援の利用に関する意向の具体的内容、g 当該身体障害者の置かれている環境、h 当該申請に係る身体障害者居室支援の整備状況。

- 支給決定を行う場合に市町村が定める事項

- ・ 居室支援の場合：支給期間、支給量。
- ・ 施設支援の場合：支給期間、身体障害程度区分。

（注）支給決定の効力は支給決定の日から発生（行政解釈）。

- 「代理受領」か「代理支払」か？

法17条の5・8項(前略)市町村は、…障害者が…事業者に支払うべき…居宅支援に要した費用…について、居宅生活支援費として…障害者に支給すべき額の限度において、…障害者に代わり、…事業者に支払うことができる。

同条9項:前項の規定による支払があつたときは、…障害者に対し居宅生活支援費の支給があつたものとみなす。

○「サービス利用の申込み」の時期と性格

行政解釈は、①(事実上の?)サービス利用の申込み→②支援費支給申請→③支給決定→④サービス利用契約の申込み・締結→⑤サービスの利用の順序を想定か?

III. 支援費の支給決定の構造—他制度との比較—

【論点】

○各制度の給付プロセスにおいては、誰が、どの段階で、どのような要素を考慮して、以下の判断を行っているか。

(ア) 支援の必要性(その者が要援状態にあるか否か=受給要件の認否)及び必要性がある場合のその程度の判断

(イ) 給付の必要性(その者に(当該法制度に規定する)給付を行うか否か)及び必要性がある場合のその程度の判断

(ウ) 個別具体的な給付内容(給付を行うこととした場合に、その者にどのような給付(サービス等)をどのように提供するかの判断)

【支援費支給制度の給付(支援費の支給)プロセス】

○プロセス

福祉サービス(居宅支援・施設支援)を必要とする状態の発生→支援費の支給申請→市町村による支援費の支給決定→結果の申請者(身体障害者)への通知(受給者証の交付)→利用者(身体障害者)とサービス提供事業者との間の福祉サービス利用契約(準委任契約)の締結→福祉サービスの利用(利用者負担(応能負担)の支払い)→*利用者(身体障害者)から市町村への支援費の請求→*市町村から利用者への支援費の支給

(注) *の部分については、通常は、市町村が利用者に代わって事業者に支払い、

○利用者・事業者・市町村の関係

(a) 市町村⇄利用者間:支給決定(行政処分)。

(b) 利用者⇄事業者間:サービス利用契約(私法上の準委任契約)。

(c) 市町村⇄事業者間:直接的な権利義務関係は存在しない。

○判断の主体・段階・内容

(ア)と(イ)については、手続が明確に区分されず、市町村が支給決定(行政処分)の段階で、前記a~hの要素を勘察し、一体的に判断。

(ウ)については、市町村が、支給決定の段階で、給付内容の大枠を決定。→その枠内での個別具体的なサービス提供内容の決定は、利用者たる身体障害者とサービス提供事業者との間のサービス利用契約(そして、さらに細部は利用者と実際にサービスを提供する従業者とのやり取り→取り決め)により決定。

*留意点(その1):居宅支援の利用に関する意向の具体的内容(前記D)の勘察。

*留意点(その2):指定基準がサービス利用契約に及ぼす効果。

【介護保険の給付プロセス】

○プロセス

要介護状態の発生→要介護認定の申請→市町村による訪問調査とコンピュータによる第1次判定→介護認定審査会(市町村に設置)による審査・判定(第2次判定)→判定結果の市町村への通知→市町村による要介護認定の決定→認定結果の申請者(要介護高齢者)への通知→介護サービス計画(ケアプラン)の作成→利用者(要介護高齢者)とサービス提供事業者との間の介護サービス利用契約(準委任契約)の締結→介護サービスの利用(利用者負担(原則1割の応能負担)の支払い)→*利用者(要介護高齢者)から保険者(市町村)への介護給付(介護サービス費等)の請求→*保険者から利用者への介護サービス費等の支給

(注) *の部分については、通常は、市町村が利用者に代わって事業者に支払い、

○利用者・事業者・市町村の関係

(a) 市町村⇄利用者間:要介護認定(行政処分)

(b) 利用者⇄事業者間:サービス利用契約(私法上の準委任契約)

(c) 市町村⇄事業者間:直接的な権利義務関係は存在しない。

○判断の主体・段階・内容

(ア)と(イ)は、市町村が要介護認定(行政処分)の段階で行うが、以下のとおり手続的にかなり明確に区分されている(手続的な独立性・透明性が高い)。

* (ア)の判断は、市町村におかれた介護認定審査会が、全国一律の要介護認定基準に基づいて行う。この判断は、基本的に要介護状態の有無と程度(前記支援費の支給決定における判断要素のaに相当)のみで判断される。

* (イ)の判断は、(ア)の判断に基づいて市町村が行う。→支援費の支給決定における判断要素のb~hに相当するものは、(イ)の給付の必要性の判断の段階では考慮されない。

* (ウ)の判断→決定は、①(契約に基づく)ケアプランの作成段階と②利用者とサービス提供事業者との契約に基づく個別具体的なサービス提供段階の2つの段階で行われる(契約による決定)。→①で給付の枠組みが決定され、支援費の支給決定における判断要素のb~hに相当するものもこの段階で考慮。他方、②の個別具体的なサービス提供部分のプロセスは、支援費支給制度におけるサービス提供プロセスに類似。

【措置制度の給付プロセス(措置委託の場合)】

○プロセス

福祉サービス(措置)を必要とする状態の発生→市町村による措置開始決定→市町村からサービス提供事業者への措置委託(公法上の契約)→福祉サービスの提供・利用→市町村から事業者への措置委託費の支払い+市町村による利用者(措置の対象者)からの費用徴収(応能負担)

○利用者・事業者・市町村の関係

(a) 市町村⇄利用者間:措置開始決定(行政処分)。

(b) 利用者⇄事業者間:①((c)→①を前提に)契約等の権利義務関係は存在しない+サービスの受益は措置の実施の結果生ずる反射的利益である【行政解釈】、②((c)

②に基づき、利用者は事業者に対し（受益の意思表示をすることにより）直接サービス提供を請求できる法的地位（債権）を取得する→直接的な権利義務関係（サービス供給に関する準委任契約）の成立【多数説】。

(c) 市町村が事業者間：①事実行為たる措置の実施を委託する公法上の準委任契約→事業者は利用者へ供給を行う債務を措置者（市町村）に対してのみ負う【行政解釈】、②措置委託契約＝第三者である利用者のためにサービスの実施を委託する（公法上の）準委任契約（民法537条参照）【多数説】。

* b-①とc-①が対応し（二面関係説）、b-②とc-②が対応する（三面関係説）。

○ 判断の主体・段階・内容

・ (ア)と(イ)については、手続が明確に区分されず、市町村が措置開始決定の段階で、種々の要素を総合的に考慮し、一体的に判断。

・ (ウ)についても、給付内容の大半については、市町村が措置開始決定の段階で一体的に判断。

・ (多数説によることとした場合) 措置に係る福祉給付の内容は、措置開始決定の段階で既に施設の最低基準に従った形で確定され、措置委託契約も施設の最低基準に従ったサービスの実施を契約に基づく債務として事業者（施設）に義務付けることとなるので、利用者（措置対象者）が受益の意思表示を行った場合には、事業者（施設）は施設の最低基準に従ったサービスを提供しなければならない。

↑

・ しかし、施設の最低基準を超える、或いは施設の最低基準に規定されていないサービスの提供乃至サービスの詳細については、その内容も含め、利用者たる身体障害者と事業者（施設）との間の合意（そして、さらに細部は利用者と実際にサービスを提供する従業者とのやり取り→取り決め）といった契約(的なもの)により決定。
*留意点：在宅サービスの措置についても、施設の場合と同様に考えてよいか。

【小括】

○ 支援費支給制度と介護保険制度との類似点（与支援費支給制度と措置制度の相違点）

- ・ 支援・給付の必要性の判断（ア）、（イ）の判断と給付内容の判断（ウ）の判断を分離し、後者については、少なくとも形式的には、利用者と事業者の契約で決定。
- ・ 上記に伴い、利用者と事業者間の権利義務関係（契約関係）が明確化・顕在化。
- ・ 利用者と市町村との関係においては、行政処分（支援費支給決定・要介護認定）を求める申請権が明文化。また、要件認定に係る基準（ア）の判断基準）も明文化。
- ・ 市町村の負担については、サービスの供給自体（現物給付）の実施責任からサービスの供給に要する費用（金銭給付）の調達・確保責任へと重点が変化。

○ 支援費支給制度と措置制度との類似点（与支援費支給制度と介護保険制度の相違点）

- ・ (ア)と(イ)の判断については、手続が明確に区分されず、市町村が、行政処分の段階で、様々な要素を総合的に考慮しながら一体的に判断を行っている。⇨介護保険においては、(ア)と(イ)が手続的にかなり明確に区分された上で、(イ)の給付の要否の判断が、(ア)の要件事実の認定判断に拘束されて決定。
- ・ (ウ)については、市町村が、行政処分（支援費支給決定・措置開始決定）の段階で、少なくとも、給付内容の大半を決定（⇨行政が給付内容にも関与）。⇨介護保険に

おいては、(ウ)の判断→決定は、基本的にすべて利用者と事業者の契約で決定。

* 留意点（その1）：施設の最低基準、指定基準がサービス提供に及ぼす効果。

* 留意点（その2）：決定（行政処分）の効力の発生日。

↑

【考察】

○ いずれの制度においても、給付の決定から実施に至るまでのプロセスにおいてなされる(ア)～(ウ)の判断の内の一定部分は行政処分の段階において決定され、残りの部分については契約乃至当事者間の取り決めという契約的關係において決定。→…法的構造の大半については、三者の懸隔はそれほど大きくない。

↑

○ 「措置から契約へ」のシロートンの下に給付システムが全面的に切り替わったと解するのは適当ではなく、行政が必要な福祉サービスを確保する（公的）責任を果たすための手段・ツールの一つとして契約という手法が採用されたと解すべき。→…この変化は公的責任に基づくサービス提供（給付）システムを根幹から覆すものではない。

↑

○ そのような枠組みの理解を前提とした上で、支援費支給制度を、他の2制度と比べると、支援費支給制度は、金銭給付及び契約による具体的給付内容の決定という点では介護保険に類似しつつも、支援の必要性及び給付の必要性の判断（ア）及び（イ）の判断については、市町村が、様々な要素を総合的に考慮しながら行政処分という形で一体的に行っており、この点では、介護保険制度よりも措置制度に近い。→…「措置から契約へ」の変化と喧伝されるほど、市町村による判断の実態・内容は変わっていない。

・ 留意点（その1）：給付の要否の判断に当たったサービスのサービスの整備状況の考慮→支援費支給決定と要介護認定の違いを、障害者と高齢者とは現在なおサービス提供量に差があること（したがって行政による調整の必要性に差があること）を理由に、合理的な違いとして説明できるか。

・ 留意点（その2）：支援費支給決定の性質→確認行為ではなく、（決定以降福祉サービスを利用したときは、利用に要した費用の一定部分の償還を市町村に請求できる抽象的権利が発生する）形成行為であり、その効力は決定の日から発生すると解すべきか。

IV. 障害者自立支援給付法案（仮称）の概要と評価—自立支援給付部分について—

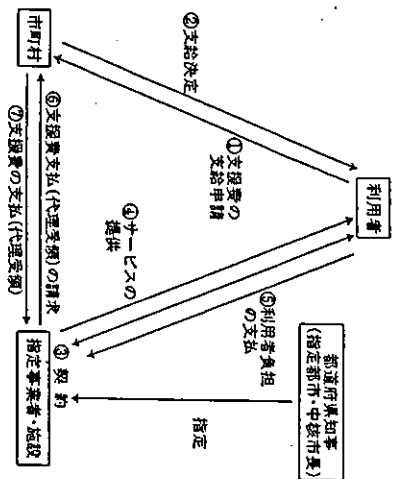
○ 給付の種類（医療費・補装具関係を除く）

・ 介護給付費、訓練等給付費の他、特別介護給付費、特別訓練等給付費、サービス利用計画作成費、高額障害福祉サービス費、特定障害者特別給付費、特別特定障害者特別給付費。

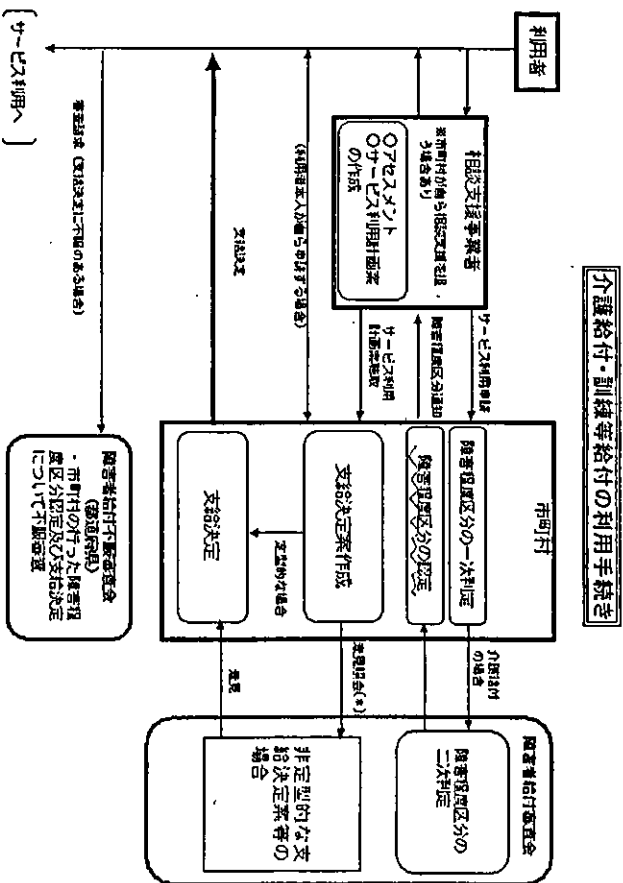
○ 給付プロセス（介護給付費及び訓練等給付費の場合） ⇨図2を参照

・ (障害者又は障害児の保護者から居住市町村へ) 給付費の支給申請→市町村(職員)による面接調査(相対支援事業者等に委託可)→(市町村による)障害程度区分の一次判定(→障害者給付審査会(市町村に設置)による、障害程度区分に関する審査・判定(二次判定、ただし介護給付費の申請の場合のみ))→判定結果の市

【図1】 支援費支給制度の給付プロセス



【図2】 障害者自立支援給付の給付プロセス



(*) より専門的な判断を要する場合には、更生相談所等に意見照会

【出典】 いずれも厚生労働省が作成し、社会保障審議会に提出した資料。

町村への通知→)市町村による障害程度区分の認定→市町村による給付費の支給決定(注1)→結果の申請者への通知→契約に基づき障害者福祉サービスの利用(利用者負担(原則1割の定率負担)の支払い)→*市町村から利用者への給付費の支給。

(注1-①) 支給決定に当たっての市町村の勘案事項：障害程度区分、介護者の状況、障害福祉サービス利用に関する(申請者側の)意向等。

(注1-②) 市町村は、支給決定を行う場合には、障害福祉サービスの種類ごとに、月単位で、給付費を支給する障害福祉サービスの量(支給量)を決定。

(注2) *の部分については、通常は、市町村が利用者に代わって事業者に支払い。

↓

○ 法案の評価(支援費支給制度との比較)

・ 基本的に介護保険法の規定を踏襲。

・ しかし、給付費の支給決定については、障害程度区分の判定を行う機関として障害者給付審査会を設け、形式的には、要介護認定と同様(ア)の判断と(イ)の判断を明確に区分したように見えるものの、以下のような点を考慮すると、その実質は、これまでの支援費支給決定、さらには措置開始決定と殆ど変わっていない。

* 給付費の支給決定(イ)の判断) 自体については、引き続き、市町村が、種々の要素(例示を見る限り支援費の支給決定におけるものと同様)を勘案して総合的に判断・決定している。

* 郵会提出資料を見る限り、障害者給付審査会が障害程度区分の判定を行うのは、介護給付費の申請についてのみ。

V. 障害者への福祉サービス保障における今後の市町村の行政責任の在り方

1. 障害者自立支援給付支給決定における実質的な判断→決定内容は、支援費支給決定、さらに措置開始決定と基本的に同様。→:従前の制度において問われた市町村の責任の在り方と同様、支給決定の裁量統制をどのように行っていくべきかが問われる(市町村の行政責任のうち主として法的責任に関わる問題)。

2. 障害者自立支援給付法案の目的が、障害者の自立した生活の支援にあるとすれば、それを支えるに十分な障害者福祉サービスの確保・提供は不可欠。→:事業者選択の前提としてのサービス提供基盤の整備が引き続き重要に(市町村の行政責任のうち主として政治的・社会的責任に関わる問題)。→今回の法案で規定される障害福祉計画の実効性を注視していく必要。

3. 今回の法案では、サービス利用に当たり1割の定率負担が導入されることから、これに伴い、低所得者へのサービス保障に欠けるところがないよう必要対応をする責任も増大(市町村の行政責任のうち主として政治的・社会的責任に関わる問題)。

VI. おわりに

○ 支給決定の裁量統制の在り方、サービス提供基盤の整備、低所得者に対するサービス保障の具体的な実施方法は今後の課題。

○ 障害福祉サービスに係る給付システムと高齢者介護サービスに係るシステム(介護保険制度)の将来的な統合について。

厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）
分担研究報告書

福祉契約の法的関係と医療契約に関する研究

分担研究者 小西知世 筑波大学大学院人文社会科学研究所助教授

研究要旨

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、福祉契約の法的特性を医療契約との比較のもとに検討しようとするものである。前年度の研究報告および学会報告において指摘した福祉契約をめぐる法的諸問題を検討するためには、福祉契約の比較検討対象としての医療契約論の再検討を行う必要があるとの認識のもと、今年度は、医療契約論の議論状況を概観するとともに、医師の応招義務をめぐる問題、医療契約の当事者をめぐる問題、医療契約から導かれる権利義務、すなわち医療契約の効力をめぐる問題を検討した。その結果、医療契約論は医療過誤訴訟における実践的な動きが大きく影響を及ぼしているとの結論を得るに至った。今後、新たな議論展開を期するためには、訴訟における実益の有無という功利的な立場からの検討を離れ、今一度原点に立ち返り、医師患者関係は契約として全てを捉えうるのか、捉えきれないとするならば、それは何であるのかという総論的問題を検討しなければならない。この点については、更に総合研究報告書において言及することとしたい。

A. 研究目的

福祉契約をめぐる問題を検討するために、医療契約を参照し検討する論考が少なからず散見される。そこで本研究は、福祉契約を検討する前提として、あるいはその比較対象として、しばしばとりあげられる医療契約論を再検討することにより、福祉契約を検討する際の示唆を得ることを目的とした。

B. 研究方法

医事法学に関する研究会および福祉契約研究会における議論、ならびに医療契約に関する先行業績（論文、報告書等）の収集・分析・横断的検討を通じて、医療契約論の現状を明らかにする。

C. 研究結果と考察

1 医療契約論の議論状況

医療契約論は、「医療過誤訴訟をめぐる問題、とくに医師の責任追究を容易化するための法律構成に集中していたため……、訴訟上の患者保護のための概念としての有用性のみが検討されてきた」と評されるように、医療過誤に対する損害賠償責任を債務不履行と構成し、被害者に有利な状況をもたらそうとする実践的な動きに、その端を発している。このような議論動向の嚆矢は、1950年代後半に我妻選啓記念論文集で発表された加藤一郎「医師の責任」という論文にあった。当該論考の影響は大きく、1967年に履行不能を認めた下級審判決があらわれて以来、この債務不履行法理が相次いで裁判例上登場し、そしてあたかも軌を一にするかのように医療過誤訴訟数が増加するという状況を迎えるに至った。

他方、注目すべき議論動向として、日本医事法学会における一連の議論がある。1974年に開催された第5回総会から1979年の第10回総会までの計6回にわたって、シンポジウムのテーマに医師患者関係がとりあげられ論じられた。

そこには「医師患者関係が医事法学の基礎である」との理解があったとされているが、当該理解から医師患者関係を検討する際のひとつの検討課題として、医療における契約の問題が浮上するに至った。その総論的問題は、「医師患者関係は圧倒的に契約関係として捉えられているが、果

たして契約関係として捉えられるのか、捉えきれないものがあるではないか」、「仮に契約関係として捉えた場合、その内容はどのようなものか」というものであった。そして後者の問題につき、さらに各論的に、契約ならば当事者の自由『意思』によって契約関係が形成されることになるが、そのような関係を想定した場合において、①「そこで作用するところの両当事者の意思とはいかなるものか。そこで設定されてくる権利・義務とは、どのような特殊性をもつものなのか」、②「医師の応招義務の存在は、どう把握すべきか。すなわち、その制約をどう評価すべきか、その制約がどこまで拡大しうるのか、拡大しえた場合に、一体その自由意思というものをどう考えるのか」、③「患者本人に代わって第三者が医療契約を結ぶ場合に、どこまで本人に代わってそれを代行しうるのか、という患者本人と第三者との関係」、さらに④「現在の国民が医療を受けている大部分は保険医療という形で行われていることから、保険医療契約の場合の関係」——なお、この問題については、保険医療であることによって、本来尽くされるべき医療が何らかの制約を被るとするならば、保険医療は本来の医療を歪曲することになるのではないかとの問題も念頭におかれた。——、という4点の問題が課題とされた。

以下、この4つの論点のうち、①医師の応招義務をめぐる問題、②医療契約の当事者をめぐる問題、③医療契約から導かれる権利義務の3つに焦点をあて医療契約論の議論状況を検討していくことにする。

なお、医療契約論は、通例、“診療契約”“健康診断の契約”“特殊の医療契約”の3種に類型化し、そのうち診療契約を典型とし、その法的性質は準委任契約であるとの見解が一般化している。それ故、本検討においても診療契約を念頭におき、その法的性質を準委任契約と位置づけたうえで検討をすすめていく。

2 医師の応招義務をめぐる問題

診療契約の成立に関する面では、「診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない。」と規定する医師法第19条第1項の医師の応招義務が問題となる。当該義務は、医師に医業独占を認める免許と引換えに専ら国に対して負う公法上の義務であると理解されている。つまり、この義務は患者に対するものではなく、患者はその反射的利益を受けるにすぎないと解されているのである。それ故、民法上、契約自由の原則を制限するものと理解されているにもかかわらず、医師が診療契約のない患者からの診療申込を拒否しても民事責任を負うことはないと解されていた。しかし、いわゆる救急患者の「たらい回し」が社会的な問題となったことによって、裁判例上、患者の保護のために定められた診療上の義務に違反した場合には、それが公法上の義務違反であるとしても、医師に民事上の過失があるとの一応の推定をし、反証のないかぎり、医師の不法行為責任を認めるという見解が展開されることになった。

その限りにおいて、当該問題は一応の決着を見ることになるが、依然として、契約上の責任については認められなかったことから、この場合、どのようにして契約を成立させるのかをめぐる議論が展開されることになった。現在のところ、主な学説として、①医師法第1条との関係において第19条第1項を患者に対する具体的な義務を定めた規定として理解し、診療申込によって直ちに医師の承諾義務が発生し、これと同時に診療契約が成立すると解する説と、②医師の専門家としての地位などに鑑みるならば、民法上の作為義務としての診療義務が肯定されるため、診療の申込がなされれば、正当事由のない限り、その時点で診療契約が成立すると解する説、③契約締結上の過失理論を用いる説とが分かれている状況にある。

かくして、診療契約の締結をめぐる側面では、診療契約において契約当事者の契約関係を外的に拘束する、ほとんど唯一の規定である医師法第19条第1項の応招義務が、公法上の規制であるがために、それに対する義務違反は、当事者の契約関係にいかなる影響を及ぼすのか、という点がすぐれて問題となっているといえよう。

3 医療契約の当事者をめぐる問題

医療契約論では、診療契約の当事者について検討する際、検討の分析軸を、一方を当該診療の属性——自由診療であるか保険診療であるかという点——に設定し、他方をそれぞれの契約当事者の属性——医療提供者側か医療受給者側かという点——に設定するのが一般的である。しかし、その多くは全ての場合を検討するわけではなく、自由診療下の場合で患者が意思能力を有しない

とき、換言すれば、患者が意思無能力者でかつ行為無能力者でもあるとき——つまり患者が6～7歳未満の未成年者の場合や乳幼児であるようなとき——に検討の中心を据えている。

このような議論状況の適否はさておき、いずれにせよ、自由診療下の場合で、患者が意思無能力者でかつ行為無能力者でもあるときの診療契約の当事者は誰になるのかという問題は、重要な検討課題となる。

この問題に関しては、①法定代理がなされ、その結果、意思無能力者の患者本人を当事者とする診療契約が成立すると解する見解（「法定代理説」）、②法定代理人等を要約者、医療機関を諾約者、患者本人を受益者とする第三者のためにする契約として診療契約が締結されると解する見解（「第三者のためにする契約説」）、③親権その他の監護義務を負う者がその義務履行として医療機関と診療契約を締結し、医療機関はその監護義務の履行代行者として診療に従事する、いわゆる不真正第三者のためにする契約が締結されると解する見解（「不真正第三者のためにする契約説」）、④法定代理人自身と診療機関との間で患者を受益者とする第三者のためにする契約または不真正第三者のためにする契約が締結されるとともに、法定代理によって患者本人と診療機関との間に診療契約が締結されると解する「重疊的契約説」が示されており、どれかひとつに見解が統一されたような状況にはないと思われる。また、それに呼応するかのよう、たとえば——傍論としてではあるが——最高裁平成8年1月23日判決（民集50巻1号1頁）では「法定代理説」を、長崎地裁平成11年4月13日判決（判タ1023号225頁）は「第三者のためにする契約説」を、東京地裁八王子支部昭和62年3月2日判決（判タ652号217頁）では「不真正第三者のためにする契約説」を支持しているように、いまだ裁判例も見解が分かれている状況にあるといえよう。

このように学説・裁判例を通じて見解が分かれる、あるいは、今もってなお統一されないことの理由は、いずれの説も、その見解に根本的な欠点を抱えていることに由来しよう。

まず「法定代理説」については、①意思能力のない患者を契約当事者として捉えることは、その者に対してなされる診療行為が患者以外の者の意思決定によって実施されるという事実をかえって隠蔽することになり、意思決定に対する社会ないし法による監視を潜脱する口実を与えかねないこと、②診療契約のような患者の一身専属的な事柄にかかわる事項について親権者、後見人あるいは配偶者の有する法定代理権ないしそれに準ずる代理権が及びうるのか疑問であること、③患者本人に診療報酬債務をつねに負担させることが妥当とは思われないとの批判がなされている。「第三者のためにする契約説」は、このような法定代理説に内在する問題を回避するために唱えられたものということができるが、「第三者のためにする契約説」および「不真正第三者のためにする契約説」については、「そもそも『第三者のためにする契約』は、契約の効力は原則として契約当事者間に限り効力を及ぼすという私的自治原則の例外である。したがって、第三者の受益の意思表示は、この契約も最も重要な要件であり、それを不要とするならば、それは不真正とはいえ、『第三者のためにする』契約というには、あまりに不適切である。」との指摘がなされている。

ともあれ、この問題は、診療契約の当事者は誰になるのか、といった単なる法律行為上の次元の事柄にとどまらず、事実行為における代行決定の問題にまで及ぶことになるため——あるいは、そのようなことをも視野に収めつつ検討をしていく必要があるため——、軽々に結論が出ない、あるいは結論が出せない問題であろう。

なお、保険診療の場合、①保険医療機関は保険者の被用者ないし履行補助者というべき立場に立つことになるため、診療契約は保険者と被保険者との間で締結されると解すべきとする説と、②診療契約は患者と保険医療機関との間に成立するものであって、保険は医療費の支払システムにとどまり、保険医療機関が保険者に対して公法上の義務を負担することや、被保険者たる患者と保険者との間に公法上の法律関係が存在することと相いれないものではないとする見解、さらに、③保険診療は、保険者を要約者、医師等を諾約者、患者ら被保険者を受益者とする第三者のためにする契約によるものであるとの見解が、それぞれ示されている。

4 医療契約から導かれる権利義務 ～ 医療契約の効力をめぐり問題

診療契約を準委任契約と理解した場合、医療者側は、まず民法第644条にて規定される善管注意義務、すなわち「医師が、善良なる管理者の注意をもって、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準に従い、患者の病的症状の医学的解明するとともに適切な治療行為を施す」義務を負うことになる。

もっとも善管注意義務は、医師が負うべき義務の具体的内容につきなんら示さない、いわば白地規範であるため、裁判例の蓄積を通じて、その中身が次第に具体化され明確化されてきた。この具体化された義務は、現在、論者により様々に分類整理されてきているが、ここでは便宜的に、「診療に関する義務」「承諾と説明に関する義務」「医療の場の管理者としての義務」の3種類に類型化し整理していくことにする。

診療に関する義務については、患者によって希望された診療目的の達成を目標として、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準を基準とする危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務をもって診療を行うべき「診療義務」と、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりある治療法の実施のための技術・設備等を有しない場合には、これを有する他の医療機関に「転医をさせる義務」などがある。

承諾と説明に関する義務については、診療に関する情報を提供した上で自らの意見をも述べ、患者の自己決定権を保障するとともに、これらの知識を前提とする真摯な「同意を得るべき義務」、患者の疾患の治療に際して、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断、実施を予定している治療の内容、それに付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて「説明すべき義務」、診療の際、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項、すなわち疾患発症の事実、進行状況、治療経過、今後の見通し、治療方法等につき説明して、「療養方法等の指導をなすべき義務」などが課せられている。

医療の場の管理者としての義務としては、患者の生命・身体に対する危険を防止すべき義務、診療に際して予め患者側から受け取っていた金銭その他の物や、患者に対する診療行為において收取した物などを患者に返還する義務、などが裁判例上認められてきている。

これに対して、患者側には、診療報酬支払義務や、医療側が診療契約に基づく診療義務を履行するに際して患者側もそれに協力する義務、などがあると解されている。

5 医療契約論をめぐる考察の結論

以上、医療契約に関する議論を横断的に考察した結果、やはり医療契約論は医療過誤訴訟における実践的な動きが大きく影響を及ぼしているとの結論に至った。

医療契約の当事者をめぐる問題は、訴訟を提起するに際して誰から誰に対して責任を追求すべきなのか、あるいは、誰が誰に対して診療報酬請求権を有するのかということを検討するための前提としてなされ、医師の応招義務をめぐる問題は、救急患者の「たらい回し」という問題を前に、法的に如何に構成すれば被害者に有利な状況をもたらすことができるか、といった観点から検討がなされてきたといえよう。そして契約から導かれる権利義務については、まさに損害賠償責任の有無を判断する前提として検討され設定され蓄積されてきたものであるといえる。

つまり、従来の医療契約論は、訴訟上、実益の乏しい部分については放置される形で、反面、訴訟上、実益の豊かな部分については議論が積み重ねられ深化してきたという極めて合目的的なものであったといえる。

そうであるが故に、今後、新たな議論の展開を期すためには、訴訟における実益の有無という功利的な立場からの検討を離れ、今一度原点に立ち返り、総論的問題——医師患者関係を契約として構成することによって、果たして何が強調され、何が欠落したのか、換言すれば医師患者関係は契約関係として全てを捉えうるのか、捉えきれないとするならば、それは何であるのかという問題——を検討しなければならないように思われる。

その意味で、近年、医療契約論をめぐる、医師の負う義務をさらに緻密化し、その内容や範囲、相互の関係などを明快にするために、診療契約を専門家を一方当事者とする契約の類型に位置づけ、これら専門家を一方当事者とする契約に共通する性質を抽出し、再び診療契約論にそれをフィードバックさせようとする「専門家責任論」の観点からの検討や、関係的契約論——意思を中核とする古典的な契約像に対して、社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出すという契約像——の観点から医療契約を見直す試みや、信託関係(fiduciary relation)論からの検討の成果が期待されるころではある。

もっとも、それらの新しい検討においても、いまだに医療行為の有する特質や現代の医師患者関係の実体を直視し——たとえば、患者の医療を受ける場が病院であるのか在宅であるのか、病院であるならば外来治療であるのか入院治療であるのか、そもそも傷病に基づく医療であるのか否か(その極としての美容整形を想起されたい)によって、医師患者関係は大きく異なることにな

るため、契約関係も大きく変わるようになるはずである。——、そこからいかなる権利義務が帰結されており、また将来いかなる権利義務が帰結されるべきかを、本格的に論じてはいない。

D. 結 論

かつて非連続的なものと認識され理解される傾向にあった医療と福祉に、疾病構造の変化に伴い連続性がみられるようになってきたが、近年、その傾向はより一層強まりつつある。平成 15 年 7 月 17 日、厚生労働省は、ALS という特定の疾患を有する患者に対する痰の吸引という特定の医行為を、医師・看護師等の医療職を除く家族以外の者（特にヘルパーという福祉職）によって行われることを——一定の厳しい条件が課されたものの——認めるに至ったからである。

当該議論の焦点は、もっぱら非医療職が医行為を担うことを認めるか否かという点にあったため——そのこと自体は妥当であると考え——、かかる状況において、たとえばヘルパーと患者との法的関係はいかなるものとなるのか、契約であるとするならば、それはどのような契約になるのか、それは医療契約になるのか福祉契約になるのか等々の問題については、検討されることはもちろん、そもそも考慮されることすらなく医行為がヘルパーに解除されることになった。

ことここに至り、医療と福祉との関係、そしてそれぞれの場における契約について検討することが、まさに喫緊の課題であり、今後、医療契約および福祉契約に関し、さらに検討がなされていく必要があると思われる。

E. 研究発表

論文発表

「福祉契約の法的関係と医療契約」社会保障法第 19 号、95-109 頁、2004 年 5 月

厚生労働科学研究費補助金(政策科学推進研究事業)
分担研究報告書

福祉契約と成年後見制度・福祉サービス利用援助事業に関する法学的研究

分担研究者 新井 誠 筑波大学大学院ビジネス研究科教授

研究要旨

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、利用者の権利擁護のための制度である成年後見制度（とくに区市町村長申し立て）および任意後見制度、これを補充する役割を期待されている福祉サービス利用援助事業ないし地域福祉権利擁護事業について検討するものである。今年度は、前年度の分担研究報告書において指摘した任意後見制度の利用促進について、成年後見制度および福祉サービス利用援助事業の内容を含む一元的制度であるドイツの成年者世話制度の最近の改正を概観することによって、わが国における法定後見の利用促進のみならず、任意後見制度の利用促進のためのヒントを探ることとした。任意後見制度の利用が、判断能力が十分でない本人の意思尊重に資すること、法定後見や福祉サービス利用援助事業の利用により懸念される費用負担を軽減すること、任意後見制度利用にあたってはセーフガードの保障が必要であることなどが明らかとなった。

A. 研究目的

福祉契約の当事者である利用者本人の権利を擁護するために、成年後見制度と福祉サービス利用援助事業の問題点を明らかにし、両者の連携・調整を図るために必要な方策を検討するとともに、立法的解決が必要な問題点を明らかにする。

B. 研究方法

一元的制度であるドイツの成年後見制度は、わが国の成年後見制度と福祉サービス利用援助事業の連携・調整に大いに参考になるとの認識のもと、ドイツの1992年成年者世話法とその運用の実際、その後の改正と残された課題を検討し、研究目的の達成を目指す。

C. 研究結果と考察

1. ドイツ成年者世話法とその改正

ドイツでは、1990年に成立し、1992年から施行された、成年世話法(Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige)によって、従来のドイツ民法典上の成年後見制度に大幅に修正が加えられた。この改正は、①行為能力剥奪の宣告制度ないし後見制度に関する基本的考え方および用語法の変更、②対象者を支援する組織の設立、③手続法の改革の3点を柱とするものであった。具体的には、行為能力剥奪の宣告制度を廃止し、従来の成年者に対する後見および保護の制度を、補充制の原則と必要性の原則に立脚した「世話(Betreuung)」という新たな法定後見制度に組み替えたのである。補充制の原則の帰結として、任意代理人の世話人に対する原則的優先性(ドイツ民法旧1896条2項)こそ承認されてはいたものの、この段階では、ドイツの成年後見制度は、法定後見制度を中心に構築されていたといえることができる。

しかし、1999年に施行された世話法改正法(Betreuungsrechtsänderungsgesetz)^{*1}により、いわゆる「老後にあらかじめ備える代理権(Altersvorsorge-Vollmacht)」を想定した、任意代理権に基づく任意後見制度が、法定後見制度である世話制度に接合されることになり、従来の法定後見一辺倒のシステムからの脱却が図られることとなった。

2. 成年者世話法の概要^{*2}

世話制度の基本理念は、「自己決定権の尊重」ならびに、このコロラリーである「残存能力の尊重」にある。これは、本人の意思と能力を最大限に尊重し、国家および第三者(世話人など)からの干渉を必要最小限に抑えようとするものである。ここから、世話法の二大基本原理である「必

要性の原則」および「補充制の原則」が帰結することになる。すなわち、任意代理人等による保護が十分に行われている場合には世話を開始しないとする（ドイツ民法 1896 条 2 項 2 文）によって、まず法定後見制度発動の時点において必要最小限度での介入の要請を満たし、さらに、世話人の職務範囲と本人の能力制度（同意留保）を個々のケースについて具体的に必要とされる範囲内に留めること（ドイツ民法 1896 条 2 項 1 文、1903 条）によって、世話の実働の面でも必要最小限度での法的介入の理念を貫いているわけである。

従来の後見および保護制度と比較した、世話制度の最大の特徴は、次の諸点にある。

第 1 は、保護期間たる世話人の選任があっても、それは直ちに本人の能力制限を帰結することにはならず、個々の事例に関して必要な場合に限って（かつ、必要な範囲内に限って）、裁判所が世話人に同意権を付与するという、「同意留保」制度を導入した点である。

第 2 は、身上監護事項の重視である。世話人は、各自の職務範囲内において、単なる財産管理人としてのみならず、本人の身上監護事項に関する法的コーディネーターとしての役割をも期待されているのである。ただし、これは、世話人が自ら事実行為としての介護行為や看護行為を遂行しなければならないことを意味しているわけではない。むしろ、ドイツ法上では、世話人の職務は世話事項の法的処理に限定されているのである。なお、この点を明文上より明確にするために、1999 年の世話法改正法は、世話の名称を「法律上の世話 (Rechtliche Betreuung)」と改めたうえで、「世話は、被世話人の事項を以下の規定に従って法的に処理するために必要となる全ての活動を含むものとする」という新规定（ドイツ民法親 1901 条 1 項）を置いた*3。

第 3 は、重要な身上監護事項に関する公的監督に関する規制の導入である。生命の危険を伴う医療行為、不妊手術、施設への収容ならびに収容類似措置、住居の明渡等について、世話人の事務処理に際して、厳格な実定法上の要件と結びついた後見裁判所の許可を要求している。1999 年改正法は、これを一步押し進めて、任意後見制度（老後にあらかじめ備える代理権）に対しても、医療上の措置および収容ないし収容類似措置に関しては、任意代理人が自己の任意代理権限に基づいてこれに同意する場合であっても、法定代理人たる世話人と後見裁判所の許可を要するものと規定するに至った（ドイツ民法新 1904 条 2 項、1906 条 5 項）。この後見裁判所の監督権能の任意後見制度への拡張によって、任意後見の弱点である任意後見人による権限濫用の危険性に対するセーフガードが保障されるとともに、ドイツの後見制度が、任意後見制度も含めた複合的なシステムへと近づいたといえるだろう*4。

第 4 は、本人（被世話人）の意思尊重の問題である。繰り返し触れたように、世話法の基本理念は自己決定権の尊重にある。従って、世話事項の遂行に当たっては、被世話人の福祉に反しない限り、被世話人の希望と意見が優先されなければならないし、世話人は被世話人を一個の人格として尊重し、被世話人と協議しながら、事務処理を実行していく必要があるのである（ドイツ民法新 1901 条 2 項、3 項）。

3. 成年者世話法の運用実態*5

ドイツにおける世話人選任件数は、1992 年の世話法施行以来、着実に増加してきており、社会への定着を確認することができる。また、世話人に、私人が選任されるケースが倍増したほか、社団世話人の選任も飛躍的に増大しており、世話社団の果たすべき役割が拡大していることを指摘できる。全体として、世話法の理念である、個別的世界の概念に沿う、自然人によるきめ細やかな世話が、運用上も実現の方向へ向かっていると評価できるのではないかと。

また、身上監護重視の姿勢が、単に法文上のお題目に留まらず、運用上でも貫徹されていることを指摘しておきたい。すでに触れたように、世話法が身上監護を重視していることは、生命の危機を伴う医療行為、不妊手術、施設への収容等の特に重大性の高い身上監護事項について、後見裁判所の許可制度を導入した点から看取することができる。世話法施行以前は、これらの身上監護事項は、法律上も実務上もないがしろにされ、被世話人の人権は極度に軽視されてきた。しかし、世話法は、この状態を根本的に変革し、後見裁判所という公的機関の関与を保障することにより、被世話人の福祉実現を確保しようとしたのである。これにより、世話法は、その運用を通じて、身上監護面における被世話人の人権擁護機能をも担っていると考えることができる。

さらに、世話人の選任が、原則的に被世話人の行為能力に影響を及ぼさないという世話法の趣旨もまた、運用上、貫徹されている。世話法のこの姿勢は、被保護状態にある被世話人に十分な保護を与えつつ、ラベリングを排除し、被世話人の自己決定権を尊重することによって、そのノ

一マライゼーションを達成しようとするものである。制度上、被世話人の行為能力を制限する「同意留保」は、あくまで例外的措置として位置づけられているが、実際の運用を見ても、同意留保が付された世話人選任は、バイエルン州、全ドイツのいずれにおいても、全事例の約5%程度に留まっているのである*6。

4. 1999年施行の世話法改正法の要点

以上、簡単にドイツの成年後見制度を紹介してきたが、ここで比較法の小括として、その現代型成年後見制度における3つのポイントを指摘しておきたい。

第1は、1999年施行の世話法改正法に明かなように、ドイツが法定後見制度よりも任意後見制度を重視することに転換した点である。自己決定尊重の思想の当然の帰結として、本人の意思をより直截に反映し得る任意後見制度こそが、現代型成年後見制度の中核となるべきであり、法定後見制度は、主として、この補完システムとして、補充的役割を果たすものとして位置づけるべきではないか。

第2は、こうした任意後見制度重視の姿勢を採用しつつ、他方で、後見の問題を完全に当事者の自己決定のみに委ねてしまうのではなく、何らかの形式で、公的機関の介入の余地を残し、任意後見制度の公正かつ合理的な運用の監督を保障している点である。すなわち、本人の意思の尊重と本人の客観的福祉の保障との調和が探求されているのである。

第3は、身上監護事項の重視である。特に、1999年のドイツ世話法改正の動きに端的にみられるように、任意後見制度の中にも、身上監護事項を積極的に取り入れて、位置づけていこうとする姿勢に注目する必要があるだろう。

5. 更なる改革の必要性*7と2005年施行の世話法改正法

1999年の世話法改正法の施行にもかかわらず、世話に要するコストが増大し続けた結果、更なる改革が求められている。

これに加えて、成年後見に関していくつかの不祥事が報道された。横領、被世話人の意思に反した施設への入所、親族の排除、関係者と連絡を取りたいという被世話人の希望の無視などである。このようなやや異常な事件が、新聞やテレビで数ヶ月にわたって繰り返し取り上げられた。

ドイツ連邦議会では、1998年末に「形式的正義から社会的世話へ」と名づけられた超党派のワーキング・グループが結成され、世話法の改革が検討された。

このワーキング・グループは、専門家と議論を行った後に報告書を作成し、その中で権限を裁判所から世話官庁へと移すように提言した。また、急迫の事態に対処するために世話調停事務所が創設されるべきであると提言している。

しかし、この提言に従うと、ドイツにおける世話制度全体の抜本的な構造変革と新組織の設立が必要となるだろう。

2001年6月に開催された司法省の会議において、制度の効率性を高めて費用を節減するために、州と地方自治体の専門家から構成される委員会が結成された。

この委員会は、特に以下の点について検討を行った。

- ①「老後にあらかじめ備える代理権」(任意代理権)制度の活性化
- ②親族に対する法的権限の付与
- ③能力制度の見直し
- ④必要性の原則に関する綿密な検討
- ⑤法定の世話人の適性を十分に確保すること
- ⑥世話人の質を効果的にコントロールすること
- ⑦裁判所と関係機関の間での協力を進めること

この委員会は、社会事務所の代表、とりわけ上級の官僚と数回にわたって協議をした。そして、委員会は2002年6月に報告書を発行し、以下の点を提案した。

- ① 老後にあらかじめ備える代理権の法制度に対しては一層の支援と綿密な検討を行うとともに、制度の活用例を全国に広く普及させるべきである。銀行やメディアを通じた広報キャンペーンが実施されるべきである。
- ② 親族を世話人とすることによって裁判所の負担を減らすことができるのであれば、身近な親族は法的な世話人としてふさわしい存在であるというのが委員会の判断である。この点に関

しては議論が必要である。

- ③ 社会的問題の回避を目的とした世話人の選任はできないことを明確にするために、必要性の要件は具体的なものでなければならない。
- ④ 費用補償の制度をさらに修正することが必要である。均一の料金に経費を加えたもので合意のなされることが望ましい。これが受け入れられないのであれば、世話に対する報酬の支払いと活動規範を定める中央の部局が創設されるべきである。
- ⑤ 世話の必要性が明らかである場合、医学上の意見は最小限に聞くべきである。これには正確な判断を必要とする。
- ⑥ 世話制度に関わる組織

世話人を選任すべきか否かを特定の部局に委ねるといった判断はこれまでのところ成功している。裁判所が取り扱っている事件の大半を自治体の担当部局に移し、インフォーマルな社会的援助の増加によって法的後見に対する費用が軽減されるならば改善といえるだろう。

上記のような内容を盛り込んださらなる世話法改正法は 2005 年 1 月 1 日に施行された。その運用が注目される。

- *¹ 同法の詳細については、新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』（有斐閣、1999 年）128-136 頁を参照されたい。また、同法の紹介として、上山泰「ドイツ世話法改正法について - 世話法改正法の概要 - （上）（下）」法律時報 71 巻 12 号（1999 年）74-79 頁、72 巻 2 号（2000 年）54-60 頁がある。
- *² 同法の詳細については、前掲拙著の他、以下の各論考を参照されたい。神谷遊「ドイツにおける成年後見制度の新展開」ジュリスト 967 号（1990 年）82-93 頁、田山輝明「ドイツにおける行為能力剥奪宣告の廃止」高島平蔵先生古稀記念『民法学の新たな展開』（成文堂、1993 年）31-64 頁、同「ドイツにおける新成年後見制度の手続と組織」内山尚三・黒木三郎、石川利夫先生古稀記念『続現代民法学の基本問題』（第一法規出版、1993 年）667-691 頁、ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革（1）（2）（3）（4）」民商法雑誌 105 巻 4 号（1992 年）572-596 頁、同 105 巻 6 号（1992 年）850-873 頁、同 108 巻 3 号（1993 年）462-478 頁、同 109 巻 2 号（1993 年）353-379 頁。
- *³ 詳細については、前掲上山・注（1）72 巻 2 号 75-76 頁参照。なお、本文中、「新」を付した条文は、1999 年の改正により、新設もしくは改正された条文であることを意味している。
- *⁴ この点について、詳細は前掲上山・注（1）72 巻 2 号 54-60 頁参照。
- *⁵ この詳細については、新井・注（1）86-136 頁を参照されたい。
- *⁶ データの詳細は、新井・注（1）108 頁以下を参照されたい。
- *⁷ 以下は、ペーター・ヴィンターシュタイン（石田道彦訳）「ドイツ世話法の実務上の諸問題」実践成年後見 5 号（2003 年）44-45 頁に依拠した。

D. 結 論

1992 年に施行されたドイツの成年者世話法は、自己決定権の尊重と残存能力の尊重を基本理念としている。そのため財産管理よりも身上監護に重点が置かれており、一方では被世話人の意思を尊重しつつ、他方では重要な身上監護事項に関する公的監督によるセーフガードを保障している。世話法施行後、その利用は大幅に増えており、財政的負担も増加していたため、1999 年施行の改正法では、①法定後見よりも任意後見制度を重視する方向を打ち出した。もともと、②公的機関の介入による任意後見制度の構成かつ合理的運用の監督を保障している。また③任意後見制度の中にも、身上監護事項を積極的に取り入れようとしている。しかし、その後も世話制度の維持に要する費用が増大し続けたため更なる改正が必要とされ、2005 年施行の改正法では、インフォーマルな社会的援助の増加による法定後見の費用軽減が企図されている。わが国における法定後見制度および任意後見制度の利用促進のためにも、2005 年施行の改正法の今後の運用状況が注目される場所である。

E. 研究発表

論文発表

「成年後見制度の問題状況」家族＜社会と法＞第 20 号、24-30 頁、2004 年 11 月

厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）
分担研究報告書

福祉契約に基づく事業者と従事者の責任をめぐる問題に関する研究

分担研究者 品田充儀 神戸市外国語大学教授

研究要旨

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、福祉契約の主体である利用者の権利擁護のために、他の一方当事者である事業者の契約責任、そしてその履行補助者である介護従事者の責任、契約不履行による損害賠償責任と責任賠償保険の役割などについて検討するものである。今年度は、福祉契約研究会での講演・報告・質疑応答などを基に、利用者の権利擁護の観点から見て事業者において果たすべき責任として、事業者側における介護の質の確保に必要な自己評価・第三者評価、介護労働者の労働条件・研修機会の確保などが必要であること、契約解除や損害賠償などの紛争解決処理に当たって判断基準の明確化が必要であることなど、福祉契約に基づく事業者と従事者の責任をめぐる問題について検討を行ってきた前年度の成果を基に、総合研究報告書作成のため、とくに介護事故における安全配慮義務と損害賠償責任の問題に焦点を絞って検討するものである。

A. 研究目的

本研究の目的は、福祉契約の当事者である利用者の選択権を保障するためには、一方では事業者の量的拡大が必要であり、他方では事業者の質の確保が必要であるとの認識のもと、事業者の契約責任と履行補助者である介護従事者の責任について、利用者の権利擁護の観点から問題点を明らかにすることである。

B. 研究方法

福祉契約研究会における研究成果を踏まえつつ、福祉契約における事業者責任について、判例分析を通じて介護事故における損害賠償問題の特性を明確にし、介護事故における安全配慮義務法理の適用について検討することによって、研究目的の達成を目指す。

C. 研究結果と考察

1. 介護事故における事業者責任と安全配慮義務

介護事故における事業者の損害賠償責任を問う法理としては、不法行為責任と（民709条、715条、717条）と債務不履行責任（民415条）がありうる。介護保険制度が創設されるまでは、医療過誤訴訟と同様、介護事故についても不法行為を根拠とする場合が多かったが、介護保険契約の締結により契約関係が明白となった現在においては、債務不履行責任（安全配慮義務違反）を問う事例が増加している。介護保険契約の締結により、利用者と事業者が「特別な社会的接触関係」に入ったことは明らかであるといえようが、これにより両当事者にいかなる内容の債権・債務関係ができたかは必ずしも判然としない。

債務不履行の形態としては、履行不能、遅行遅滞、不完全履行の3類型があるが、介護事故のほとんどのケースは不完全履行ということになる。ところが、介護サービスにおける債務の完全な履行とはどのような状態をいうのかが明確でない限り、論理的には不完全履行はありえない。この問題は、介護サービスとは請負であるのか準委任であるのか、事業者の責任は当該契約行為から発生するのか専門家責任といった職務上課された一定の行為規範に反したとして発生するのか、さらには介護保険契約にかかる特別な法規制が事業者の責任の根拠となるのかなど、多面的な検討を要する課題であるといえよう。

そこで、本研究は、これらの問題について、労働契約や医療契約など他の領域において安全配慮義務違反が問われる事態、介護の分野において安全配慮義務違反が問われた事例、介護サービスにおける債務の内容、さらには損害賠償の際における損害の考え方などを検討することにより、

同課題に視点を与えることを目的とする。なお本研究では、介護事故にかかる債務不履行責任をめぐる法的問題について、その全体像を把握することを目的としており、必ずしも実務上の法解釈を問題とはしない。つまり、内容においては、法実務上は特に問題ではないことを含むことを承知の上、介護事故をめぐる問題全体を掌握することに努める。その真意は、現在の安全配慮義務違反にかかる裁判所の法解釈や司法実務における損害の考え方等に疑問があるからである。

2. 介護事故の判例動向とその問題

本研究では、介護事故における債務不履行事件として、特に介護保険成立前後に発生した3件の高齢者の骨折事故を1つの材料とする。東京地裁判決は、診療契約と送迎契約が一体となった無名契約の成立を認め、当該無名契約に付随する信義則上の義務を肯定した例であり、福島地裁は介護老人保健施設利用契約、福岡地裁は通所介護契約をそれぞれ根拠として、いずれも骨折事故発生にかかる事業者の安全配慮義務違反を肯定したものである。

これらの判決においては、契約締結の手続きならびにその様態を厳格には捉えておらず、また契約内容の特定も大きな問題とはされていない。つまり、実質的には、サービスの提供者とその受給者という契約関係から一般的に導かれる「社会的接触関係」を前提として、そこで期待されるサービスの内容に対して、現実がどうであったかが問題とされるに過ぎない。そこでは、当然のことながら、予見可能性と結果回避義務が問題とされるが、予見可能性にかかる詰めは甘く、かなりあいまいな一般的な期待を前提としており、契約内容もしくは法的な義務からの予見可能性を追求した例はない。つまり、介護事業者（もしくは従事者）に対して、その専門性の観点から必然的に伴う義務であるのか、契約上の義務であるのかは必ずしも明確ではないのである。

介護事故において、利用者に手厚く損害賠償を認め、一方事業者に対しては高度の安全配慮義務を課すことは、事故予防や被害者救済の観点から妥当であると見られがちであるが、法の適用において、ほとんどすべての介護事故が安全配慮義務違反として構成され、実質的には無過失賠償責任に限りなく近づく事態となれば、以下のような問題点が生じると考える。

第1に、たとえば身体拘束や薬物投与といった事故を起こさないための人権違反が横行する危険性が高くなることである。もちろん、こうした行為も違法である場合があるが、リスクの比較から、より小さなリスクを志向するという状況の発現である。また、こうした直接的な予防策を禁じたとしても、たとえば元気になりすぎると歩き出して骨折するから回復を遅らせるといったことも生じてくる可能性がある。

第2に、介護事故の多くは、事業者が加入する損害賠償保険によって補填されると考えられるが、介護事故に対する賠償責任の容認例が増大すれば、当然のことながら保険料は高騰化する。これらのコストは結局国民が負うこととなるが、はたして軽微な事故についても慰謝料等が発生する事態は妥当といえるであろうか。一方、介護従事者にとっては、保険によって補填されるという感覚が事故予防へのインセンティブを欠かせる結果につながるということも考えられる。

第3に介護事故の発生に対して、家族（遺族）は賠償を受けられるということが常態化すれば、訴訟の頻発が予想されるが、たとえば当該被害者について何らのお世話もしなかった遺族が賠償金だけを受け取るという結果になることは、公正と言えるだろうか。

3. 介護事故における安全配慮義務と損害賠償責任に関する検討課題

第1の課題は、介護事故における債務不履行責任法理適用の特徴を抽出することである。すでに安全配慮義務違反を根拠として損害賠償請求を行う事件は、様々な領域に広がりを見せているが、本研究では、労働災害事故、学校事故、および医療過誤事故との比較の中で、介護事故に対して同法理が適用される場合の特徴を検討する。

第2の課題は、介護保険契約における債務内容と安全配慮義務の範囲・程度にかかる視点を得ることである。介護保険サービス利用契約において、債務の内容は何によって特定されていると考えるべきか、事業者が法を遵守していた場合に発生する義務違反の根拠は何か、家族の同意に基づく処置によって事故が発生した場合の責任はどのように考えるべきか、さらには事業者がリスクの引き受けるにあたって家族と免責の合意を得ていた場合、当該約定は有効かなどを検討する。

第3の課題は、安全配慮義務違反を決定する際の判断要素たる予見可能性と結果回避義務について、介護事故の場面の中でシュミレーションを行いその問題点を探ることである。特に大きな