

かを検証することは相当に困難である。しかし、もし仮に適正な援助が行き届いていないとした場合、その要因として、親族が援助者から除外されていること、成年後見制度を利用する場合を除いて契約締結能力のない人が援助対象者から除外されていることをあげることができるかもしれない。

この点、参考となる制度が米国において広く普及しているので、次のその制度について考察してみたい。

## V 米国社会保障における援助制度

### 1 代理受取人制度

米国において、広く利用されている社会保障における援助制度として、社会保障法 (social security law) によって規定される代理受取人制度 (representative payee system) がある。代理受取人制度とは、年金などの社会保障給付 (social security payments) を自己で管理することができない場合、社会保障庁 (SSA) が代理受取人を指名し、受給者 (beneficiaries) に代わって社会保障給付を代理受取人が受領管理し、受給者の生活支援のために使用する制度である。この制度は米国成年後見制度を補完する最も重要な制度ともなっている。約800万人がこの制度を利用しており (2000年)、社会保障給付 (social security payments) を受給する8人に1人がこの制度を利用している。

### 2 受給者と代理受取人

代理受取人制度は、未成年者 (minor children) と意思無能力の成人をその対象とし、受給者とは、社会保障給付または補足的保障所得 (SSI) 給付を受給する個人を指す。

第1次的には、成人は意思能力があると推定されるが、様々なルートから受給者の意思能力に関する情報が社会保障庁に寄せられ、この推定に反する証拠がある場合、社会保障庁は代理受取人を指名することができる。代理受取人の指名に裁判所は関与しない。

代理受取人とは、金銭の管理を自ら直接に行うことのできない受給者に代わって、年金などの社会保障給付または補足的保障所得給付 (SSI payments) を受け取る個人または組織を指す。法定代理人ではなく、代理権を有しない。

代理受取人の指名にあたっては、通常、医師の意見書 (statement) が求められる。しかし、友人・親族の証言や、行為無能力 (incompetency) の司法的認定などの他の証拠も、代理受取人の必要性の認定の際に使用される。配偶者、近親者、後見人 (legal guardian) が代理受取人に指名されることが比較的多いが、友人や組織も受領代理人に指名される場合がある。

### 3 代理受取人の義務

代理受取人は、金銭の管理を行うことのできない受給者の現在のニーズのために給付を消費し、将来のニーズのために貯蓄しなければならない。代理受取人は受給者のために行動し、意思能力のある受給者が通常、給付に関して行うと思われる全ての事項に対して代理受取人は責任を負う。資産管理以外の事項についても関与し、受給者の生活に積極的に関係することが奨励される。

受給者が施設に入所している場合は、代理受取人は、その利用負担額を支弁するために

給付を使用しなければならない。

受給者が薬物乱用者やアルコール中毒者の場合、代理受取人は受給者が要求する金額より少ない額を渡すことが許され、または金銭を渡す代わりに商品を購入して渡すことができる。

受給者が補足的保障所得給付を受給している場合、受給者は2000ドル以上の金銭その他の資産を保有することができない。家屋と車は除外される。代理受取人は受領した給付を6ヶ月以内に使用し、資産が2000ドルを上回らないようにしなければならない。もし6ヶ月以内に費消しなかった場合は、過剰な給付と認定され、給付が停止される。

#### 4 報酬等

個人（自然人）の代理受取人は報酬を受け取ることができない。しかし、代理受取人が組織である場合はサービスに関する費用を支弁するために、毎月支払われる給付額のなかから報酬を控除し受け取ることができる。報酬を受け取るためには、①代理受取人として州によって認可された非営利の地域的な組織、②所得保障、社会サービス、医療に関して責任を有する、または受託者として責任を有する州または地方自治体の機関、③通常、5人以上の受給者について代理受取人をしており、受給者の債権者でないもの、でなければならない。組織である代理受取人が報酬を受領しようとするときは、社会保障庁に対して許可を求めなければならない。許可を得た組織は、「有償代理受取人 (fee-for-services representative payee)」と呼ばれる。

一方、代理受取人の義務の履行に関して発生した費用の中には、受給者に請求することができるものもある。代理受取人自身がその費用を負担してもかまわない。受給者に請求できる費用には、次のものがある。①受給者の債務を支払うための郵便料金、②郵便為替 (money order) や小切手の費用、③通院費用、④その他義務を履行するための合理的な費用である。有償代理受取人は、「その他義務を履行するための合理的な費用」を請求することができない。報酬に含まれているとみなされるからである。

#### 5 給付の適正な使用と禁止事項

給付は、現在のニーズ、すなわち、食品、衣服、住居、電気・ガス・水道、医療、趣味 (personal comfort item)、その他合理的な事項のために費消しなければならない。このようなニーズがない場合は、受給者のために貯蓄しなければならない。

代理受取人は、①社会保障に関する文書以外の法律の文書にサインすること、②受給者の金銭を代理受取人の個人的な用途に使用すること、③社会保障庁の許可なく受給者にサービスの報酬を請求すること、などが禁止される。

金銭を、無許可の用途に使用した場合、代理受取人は費消した額を個人的に社会保障庁に返還しなければならない。

また、代理受取人が社会保障給付を不適切に使用した場合、社会保障庁は当該代理受取人を解任し、新しい代理受取人を指名することができる。受給権者は、社会保障給付の不正使用に対して代理受取人を相手取って州裁判所に訴訟を提起することができ、社会保障庁は監察官 (office of the Inspector General) に対して民事訴訟を提起することを要求でき、また刑事訴追することを要求できる。

## 6 社会保障庁への報告事項

代理受取人は受給者の死亡や、施設入所などの事項を可及的速やかに社会保障庁へ報告しなければならない。

給付の使用に関する報告に関しては、年に1回、代理受取人報告書が社会保障庁から代理受取人へ郵送される。代理受取人は代理受取人報告書に必要事項を記載し、返送しなければならない。

## VI おわりに

日本の地権事業と比較した場合、米国の代理受取人制度の最大の特徴のひとつとして、親族等を制度内に取り込んでいることがあげられる。一般に、福祉サービスの利用援助において、現実問題として親族を除外して援助制度を考えることはできず、親族と協同して福祉サービスの利用援助を行い、また親族に対する支援も行う必要がある。逆に、親族だからといって、経済的虐待はないとはいえず、何らかの監視体制の構築が必要である。

また、米国では日本のように厳格な意思能力論が採用されていない点も注目されるべきである。特に社会福祉の分野では、判断能力が不十分な人も多く、日本の社会福祉において措置から契約へ利用方法が変化するなか、厳格な意思能力論が福祉サービスの円滑な利用を阻害する場合も少なくないと思われる。実際、契約締結能力がないと判断されると、成年後見を利用しない限り福祉サービス利用援助を受けることはできない。今後、手続きが煩瑣な成年後見を利用することなく援助が受けられるように、現行の措置制度の利用も含めて体制を整備すべきであり、また、成年後見制度との関連も含めて、社会福祉における意思能力の法理論について検討が進められるべきである。

# 介護事故における安全配慮義務と損害賠償責任

分担研究者 品田充儀  
神戸市外国語大学教授

## I 研究の目的と視点

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。

## II 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。

### Ⅲ 本研究の検討課題とその概要

本研究の第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。特に大きな問題は、当該事故発生原因とは直接的な関係にない職務習慣上の懈怠を、事故発生原因の証拠としてどれほどまで評価してよいのかという問題と、被害者の身体情報や特質などにかかる情報伝達の懈怠は、安全配慮義務違反を構成するのか、

といった点が検討されなければならない。第4の課題は、損害賠償事件における損害の算定、過失相殺の範囲、および賠償権者としての家族の範囲などに検討を加えることである。これらの点については、法実務上一般的な見解が確定していると考えられるが、介護事故にかかる実態を検討する限りにおいて、それらの常識を疑ってみる必要があると思われる。

#### IV 介護事故に対する安全配慮義務法理適用の特徴

介護事故における安全配慮義務違反の問題を、他の安全配慮義務事件と比較してみると、その特徴や問題点を探る。本研究では、安全配慮義務違反が問題とされることの多い労働災害、学校災害、および医療事故のケースとの比較を試みる。

雇用契約と介護保険契約は、双方とも債権債務関係が明確な双務有償契約であり、必ずしも要式行為を契約成立の条件としていない点も共通する。雇用関係における債権・債務関係は、たとえば親会社と下請け社員の関係においてこれを認めることがあるように、必ずしも雇用契約書記載の関係において成り立つわけではなく、実質的な関係を問うといえようが、介護保険契約の場合には、法に基づく介護サービスを受けていたか否かが問題となる。たとえばそれがボランティアによって提供されているものであれば、事故時における責任のあり方は変わる事となり、その意味において、介護保険サービス利用契約書には契約関係の存否を判断させる意義がある。

雇用契約と介護保険契約には、契約関係の成立様態においても違いがある。介護保険契約の場合には、利用者が複数の事業者と同時に契約を行うことが少なくない点や介護支援専門員が契約の仲介をすることがある点などにおいて、安全配慮義務違反問題が発生した場合には複雑な関係が生じる可能性が高いとはいえよう。また、雇用契約における安全配慮義務の位置付けは、同契約に付随する義務であると考えられることが多いが、介護保険契約における安全配慮義務は、同契約の本旨が利用者の安全や健康保持であることを鑑みると、付随義務というよりは本来の義務であると考えられるべきではないかという点に違いがあろう。この点、雇用における安全配慮義務の内容は、労働安全衛生法その他の放棄によって詳細に規定され、その基準の蓄積も多いが、介護保険サービスにおける債務の内容については、省令等にわずかに最低基準が記載されているものの、契約書にも詳細が記載されていない場合がほとんどであり、これを客観的に把握することは通常不可能である。

学校事故と介護事故を比較した場合に検討すべきは、利用者の状態と注意義務の程度の問題である。つまり、学校事故の場合における学校側の注意義務の程度は、児童の年齢によって異なるものとされることが多いが、介護事故の場合にも利用者の要介護度によって注意義務の程度が異なるのかという問題である。この点、児童の場合には、学齢によって一定程度の客観的な指標化が可能であろうが、要介護高齢者の場合においては、年齢ないしは要介護度という指標によって注意義務の客観的な指標を設けることが可能とは思われない。要介護高齢者の状態はその時の事情によって刻々と変化するものであり、事故発生時の注意義務の程度は、過去の経験や当人の情報把握から、そのような状況が発生することについての予見可能性があったかということをも個別に判断せざるを得ないであろう。もっとも、その際の問題は、介護従事者の経験の浅さは加味されるのか、一般的な常識人のレベルか、もしくは専門家として要求されるべきレベルかといったこととなる。

医療事故における安全配慮義務と比較する場合には、そもそも介護サービスにおける債務の内容は診療債務と同類のものであるかが問われなければならない。診療債務は、「結果保証を伴わない専門的な労務の提供契約」とされ、これまでのところ治療を中心として事務処理を目的とする「準委任契約」の1種として性格付けられているといえようが、介護サービスにおいても結果を期待される場合は稀であり、基本的には診療契約の場合と同様、手段債務を負っているものと考え。この点、たとえば、入浴介助など、職務自体は請負的な要素をもった契約であったとしても、そこで発生した事故については、結果債務の不履行ではなく、当該業務を行うという手段債務の提供時点で発生した不履行であると考えべきであろう。医療との比較において問題とすべきもう一つの点は、介護従事者に要求される注意義務の程度は、医療従事者と同様に専門家としてのそれか、もしくは一般的な注意義務でよいのか、という点である。この点、医師法および医療法には、医師および看護師等の専門家としての責任が明確にされているものの、介護保険法その他の関連法規には記載される介護専門職従事者の個人としての責任は、秘密保持義務等に限られる。介護専門職従事者に対して、いかなる場面でどの程度の注意義務が要求されるかは、結局のところ、職務の対価の相当性と利用者の期待との関係において、個々に判断するしかないといえようが、判例はいかなる職種にどの程度の注意義務を求めるべきかを精査することなく一般的な注意義務違反でくくってしまっており、問題であると考え。また介護専門職従事者に対する職業人としての責任規定がない現状においては、論理的に言えば、一般人の善管注意義務以上の注意を求める根拠は何であるのかが問題とされよう。

#### V 安全配慮義務の程度をめぐる問題点

事業者が負うべき安全配慮義務の範囲とその程度は、一般的には利用者との契約によると考えられるが、介護保険法その他の法規は介護サービスの提供にあたって一定の基準を定めており、それらに対する違反は直ちに安全配慮義務に違反したことを意味するのか、ないしは同法規を遵守していたことは事業者の免責事由となるのかが問題となろう。この点、実質的に問題となりうるのは省令であろうが、省令違反が事故等の直接的な原因である場合には、安全配慮義務違反とみなされる可能性が高くなることはいうまでもなからう。問題は、当該省令違反が直接的な原因とは考えられないが、そうした違反が見受けられた場合において、それとは直接関係のない事故発生の過失判断において、これが加味されるかという問題が生じる可能性がある。この問題は個別に判断されるべきであり、一般論を論じることは難しいが、通常そのような法違反状態であったから、当該事故が起こることは予見可能性であったという論理が作られる可能性は高いといえよう。一方、事故発生の原因が、通達や指導に違反していたという場合、それ自体で安全配慮義務違反といえるかという問題があるが、この点の判断は難しい。たとえば施設の展示物にかかる画鋲等の押しピンの使用やトイレ・洗面所における手洗い用消毒剤・石鹸の使用などについては、地域ごとに指導の方法が異なっており、これらの誤飲が問題となるといったケースにおいては、一概に指導等の違反が安全配慮義務違反の根拠とはなりえないと考えられるからである。法を遵守していながらも発生した事故について、法を遵守していたことが事業者の免責の理由となるかという点については、問題は事故発生時の安全配慮義務違反（過失）であり、法の遵守それ自体において免責の理由とはならないことはいうまでもなからう。

次に、介護保険サービス利用にかかる契約書の文言は、双方の債権債務関係にいかなる影響を及ぼすかであるが、通常介護保険サービス利用契約書は契約の趣旨、双方の債務の概要、特記事項等定めるに過ぎないものであり、債務の具体的な内容を把握するものとはなっていない。つまり、債務の内容を明確にし、責任関係と規範を形作るというものではなく、いわば権利義務関係の大枠を明らかにすることにより、目標達成に向けた相互の信頼と役割を明確にするといった目的であるといえよう。したがって、契約書の文言を事業者の安全配慮義務違反の根拠とされる事態は、ほとんどありえないといえよう。ただし、重要事項説明書やその説明内容において、実際のサービス提供と明らかに異なっていたような場合、それが原因となって事故が発生したのであれば事業者の債務不履行責任が問われることがありえよう。

さらにもう一つ検討すべき課題として、事業者が事故危険性の高い高齢者を受け入れるにあたって、当該利用者ないしはその家族から危険回避をするための処置にかかる同意を事前に得ていたケースにおいて、当該処置が原因となって傷病が発生した場合、この同意はいかなる法的意味を有するかという点がある。この問題はかなり複雑な場合も予想されることから、個別に検討される必要があるだろう。本研究では、具体的なケースを想定して、検討することとする。さらに、安全配慮義務違反の決定については、予見可能性と結果回避義務が問題となるが、本研究では、この点についても医療情報の伝達義務、ヒヤリ・ハットの記録の存在、設備・環境の問題など、具体的な事件を念頭において、個別にシュミレートしていく。

## VI おわりに

介護事故における損害賠償の問題は、一見、医療過誤訴訟や他の安全配慮義務違反訴訟と何ら変わらないように見えるが、一步踏み込んで検討するとかなり特殊な問題があるように思われる。本研究は、介護事故における安全配慮義務法理の適用について具体的な輪郭を与えることを目的としたが、その特殊性を鑑みると、損害賠償法理の常識の中で考えてよいのか、一度常識自体を見直す必要がないのかという問題を提起したい。



## 福祉契約と介護労働者

研究協力者 根岸 忠  
上智大学大学院博士課程

### I はじめに

介護保険法が施行された平成12年4月より、民間企業が訪問介護サービスに参入したことによって、事業者数が大幅に増えることとなった。そのような中で、労働法規を遵守していない事業者があるという実態から、こうした状況を改善すべく、厚生労働省は「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）（以下、「本通達」という）を発し、事業者に対し訪問介護労働者の労働条件を確保するよう求めることとなった。

本通達は労働基準局長名で出されており、ホームヘルパーの労働条件についてしか述べていない。従来、ホームヘルパーの労働条件について述べた通達がほとんどなかったことを考えれば、本通達が発させられたということは一步前進といえる。だが、訪問介護サービスの当事者を考える場合、そこに現れるのはホームヘルパー、そしてホームヘルパーと雇用契約を結ぶ事業者だけではない。事業者と介護契約を結び、当該事業者から派遣されたホームヘルパーの介護を実際に受けることとなる利用者が存在するのである。したがって、訪問介護労働を考える場合、この3者を考慮に入れることが衡平の理念から妥当であると考えられる。

この3者の関係は以下のようにいうことができる。すなわち、ホームヘルパーは事業者と雇用契約を、利用者は介護契約をそれぞれ事業者と結ぶことによって、ホームヘルパーと利用者は、事業者を媒介として対峙している。この両者の利益が合致するならば、つまり、ホームヘルパーの労働条件を向上させれば、それだけで利用者の利益になるというのであれば、なんら問題はない。だが、はたしてそういえるのだろうか。たしかに、ホームヘルパーの労働条件が向上すれば、介護の質が上がり、介護事故が減るという限りで、利用者の利益にもなると抽象的にはいえる。しかし、ホームヘルパーの労働条件を向上させる（たとえば、移動時間や研修時間を労働時間とする、当日になって急なキャンセルがあった場合に、休業手当を支払う等）のは、事業者であるという現実を考える場合、本通達に従うことによって事業者はさらなるコストをかかえることとなる。そして、事業者がこうしたコストを消化しきれず、訪問介護サービスから撤退ないし破産という事態になれば、不利益をこうむるのは、ホームヘルパーだけではない。当該事業者から当該サービスを受けていた利用者もそれ以上の不利益をこうむることとなる（とりわけ、事業者数が少ない地方を想起されたい）。つまり、事業者の訪問介護サービスからの撤退ないし破産という事態になれば、本通達自らが意図したホームヘルパーの労働条件確保が達成されないだけでなく、利用者保護という観点からも好ましい結果とはならないのである。

こうした問題意識から、ホームヘルパーの労働条件保護という観点だけでなく、利用者保護という観点からも本通達を紹介および検討する。その際に紹介および検討するのは、

ホームヘルパーの定義、ホームヘルパーに特徴的な問題だと思われる移動時間等の労働時間性および休業手当に限定する。その他の労働条件の明示、賃金の算定、年次有給休暇の付与、就業規則の作成・周知および労働者名簿・賃金台帳の調製・保存に関する部分については、一般の労働者にも共通するものであることから、ここでは検討の対象としないことをあらかじめお断りしておく。

## II 本通達の検討

本通達は、まず、「定義等」として訪問介護労働者の定義およびホームヘルパーの勤務形態について述べた後に、「訪問介護労働者の法定労働条件の確保上の問題点及びこれに関連する法令の適用」と題して、労働時間等について述べている。ここでは、先述したように、訪問介護労働者の定義について検討した後に、ホームヘルパーにとって重要な問題である労働時間、休業手当についてのみ検討する。

### 1 訪問介護労働者の定義

本通達は、まず、訪問介護労働者を次のように定義している。すなわち、「訪問介護労働者とは、訪問介護事業に使用される者であって、介護保険法に定める訪問介護に従事する訪問介護員若しくは介護福祉士……又は、老人、障害者等の居宅において、入浴、食事等の介護やその他の日常生活上の世話をを行う業務……に従事するものをいう」としている。

さらに、こうした「訪問介護の業務に従事する者の中には、委託、委任等の呼称が用いられている場合もあるが、労働者に該当するかどうかについては、使用者の指揮監督等の実態に即し総合的に判断」せよとする。

「なお、介護保険法に基づく訪問介護の業務に従事する訪問介護員等については、一般的には使用者の指揮監督の下にあること等から、労働基準法……第9条の労働者に該当する」と述べている。

まず、本通達の訪問介護労働者の定義は、一般的なものであり妥当である。また、労働者性判断についても、「使用者の指揮監督等の実態に即し総合的に判断」という点は、個別的労働関係上の労働者性を判断する基準として、すでに判例・通説のとるところである。さらに、なお書きの部分は、従来の各種実態調査の結果から見れば、当然のことを述べているだけだといえよう。

### 2 労働時間

本通達は、労働時間として把握すべきものとして、移動時間、業務報告書等の作成時間、待機時間および研修時間について述べている。

#### (1) 移動時間

「移動時間とは、事業場、集合場所、利用者宅の相互間を移動する時間をい」うものであると定義づけ、その上で、「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。さらに、「具体的には、使用者の指揮監督の実態により判断するものであり、例えば、訪問介護の業務に従事するため、事業場から利用者宅への移動に要した時

間や一の利用者宅から次の利用者宅への移動時間であって、その時間が通常の移動に要する時間程度である場合には労働時間に該当する」としている。

本通達は移動「時間が通常の移動に要する時間程度である場合には労働時間に該当する」としている。もっとも、交通手段として何を使うかによっても違いは生ずるであろうが、かりに東京都の23区内など大都市圏ならば、事業場から利用者宅への移動時間や利用者宅間の移動時間が1時間を超えるとは考えづらい。しかし、たとえば山奥等では、こうした移動時間が1時間を超えるということは十分に考えられるのである。こういった場合にも、労働時間性を肯定するのであろうか。

たしかに、1時間を超える移動時間を「通常の移動に要する時間程度」であるとして、その労働時間性を認めるのは、ホームヘルパーの労働条件保護という観点からは妥当だといえるとしても、上記の移動時間をすべて労働時間であるとし、賃金支払いの対象とすることは、事業者にとってかなりの負担となるのではなかろうか。

## (2) 業務報告書等の作成時間

業務報告書等「の作成が介護保険制度や業務規定等により業務上義務付けられているものであって、使用者の指揮監督に基づき、事業場や利用者宅等において作成している場合には、労働時間に該当する」としている。

直行直帰型のホームヘルパーの場合、ホームヘルパーの自宅で業務報告書等を作成し、ファックスで事業場に送信するということもありうるわけであるが、ホームヘルパーの自宅は本通達の「事業場や利用者宅等」の中に入るのだろうか。

また、かりに「事業場や利用者宅等」に自宅が含まれると考えると、自宅で業務報告書等を作成する時間は労働時間と考えるべきであろうか。判例上、「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かんにより決定されるべきものではない」<sup>146</sup>とされている。これを前提にすると、自宅でのホームヘルパー「の行為が使用者の指揮監督下に置かれたものと評価することができるか否か」が問題となろう。

## (3) 待機時間

「使用者が急な需要等に対応するため事業場等において待機を命じ、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」としている。

「事業場等」で待機している場合には、労働時間に該当するとしているが、この「事業場等」には自宅は含まれるのだろうか。かりに「事業場等」に自宅が含まれると考えると、直行直帰型のホームヘルパーの場合には、自宅で待機している場合が考えられるが、この時間も労働時間に該当すると考えるべきだろうか<sup>147</sup>。いつ呼び出しがかかるか分からない

注

<sup>146</sup> 三菱重工長崎造船所（第1次訴訟・会社側上告）事件（最一判平成12・3・19民集54巻3号801頁）。

<sup>147</sup> 「ポイント解説 厚生労働省通達『訪問介護労働者の法定労働条件の確保について』」労旬1590号（平成16年）16頁（清水敏執筆部分）は、「自宅における待機については、自由利用が保障されているとみなしうる場合が多いであろうから、これを労働時間として算定することはできないという趣旨

という点で、自宅では「時間の自由利用が労働者に保障されていない」と考えられなくもないが、これは仮眠時間と同様に考えるべきであろうか<sup>148</sup>。

#### (4) 研修時間

研修が「使用者の明示的な指示に基づいて行われる場合は労働時間である」。「また、研修を受講しないことに対する就業規則上の制裁等の不利益な取扱いがある場合や研修内容と業務との関連性が強く、それに参加しないことにより、本人の業務に具体的に支障が生ずるなど実質的に使用者から出席の強制があると認められる場合などは、たとえ使用者の明示的な指示がなくとも労働時間に該当する」としている。

事業者の明示の指示がある場合はもちろん、それがなくてもホームヘルパーに不利益な取扱いがなされる場合や業務との関連性が強い場合には、その労働時間性が肯定されるとしている。これは判例上確立している当然のことを述べているにすぎないと考えられる。

### 3 休業手当

「訪問介護事業においては、利用者からの利用申込みの撤回を理由として労働者を休業させた場合に、休業手当を支払っていないものが認められるところであるが、労働日及びその勤務時間帯が、月ごと等の勤務表により訪問介護労働者に示され、特定された後、労働者が労働契約に従って労働の用意をなし、労働の意思を持っているのにもかかわらず、使用者が労働日の全部または一部を休業させ、これが使用者の責めに帰すべき事由によるものである場合には、使用者は休業手当としてその平均賃金の100分の60以上の手当を支払わなければならない」。「したがって、利用者からの利用申込みの撤回、利用時間帯の変更を理由として労働者を休業させる場合には、例えば、他の利用者宅での勤務の可能性について然るべき検討を十分に行ったかどうか等当該労働者に代替業務を行わせる可能性等を含めて判断し、使用者として行うべき最善の努力を尽くしたと認められない場合には、使用者の責めに帰すべき事由があるものとして休業手当の支払が必要となる」。

「ただし、利用者からの申込みの撤回、利用時間帯の変更の要請に対し、使用者が当該労働者に対し他の利用者宅で勤務させる等代替業務の提供を行った場合、あるいは、就業規則の規定に基づく始業・終業時刻の繰上げ、繰下げによる勤務時間帯の変更や休日の振替による労働日の変更を行い他の利用者宅で勤務させる等必要な業務の提供を行った場合には、休業手当の支払は必要ない」。

「なお、1日の労働日の一部のみ、使用者の責めに帰すべき事由により休業させた場合についても、現実に就労した時間に対して支払われる賃金が1日分の平均賃金の100分の60に満たないときは、その差額を支払わなければならない」としている。

介護業務は、利用者の体調の変化に左右されうるので、当日にキャンセルとなる場合も多い。こうした場合に、事業者はホームヘルパーに対し、休業手当を支払うことになるか否かについて述べており、ホームヘルパー保護という観点からは妥当といえる。

---

であると思われる」としている。

<sup>148</sup> 仮眠時間の労働時間性が争われた事例として、大星ビル管理事件（最一判平成14・2・28民集56巻2号361頁）参照。

また、事業者が「使用者として行うべき最善の努力を尽くしたと認め」ることができる場合には休業手当を支払わなくともよいわけであるから、当日にキャンセルになることが多いという訪問介護サービスの特殊性から考えると、本通達で例示列挙されているような「最善の努力を尽く」すことは、事業者にとってさして過度の負担とはならないと考えられるので、妥当だといえる<sup>149</sup>。

#### 4 小 括

不十分ではあるが、ここまで利用者保護を念頭において本通達を考察してきた。本通達は、従来の行政解釈および判例を確認しただけであるということができ、従来の立場を覆すものではないと評価することができよう<sup>150</sup>。ただ、労働時間性については、準備・後始末時間や打ち合わせ時間についても述べるべきであったと考えられる。

さらに、研修時間について付言すれば、通常、事業者は、介護契約書本文ないし重要事項説明書に、従業員に対して定期的に研修を行っている旨を定めた条項を規定している。例えば、ある事業者は、従来、研修時間を労働時間とせずに、ホームヘルパーに賃金を支払うことなく研修を行ってきたが、本通達が定めるように、研修時間を労働時間として扱おうと、研修時間は介護報酬の対象とはなっていないので、当該時間に対して支払うことになるホームヘルパーの賃金は事業者自らのコストとなる。すると、こうした負担を嫌う事業者（とりわけ、小規模事業者）は研修自体を行わないという道を選ぶこととなり、結果として、本通達が意図したこととは逆の結果が生ずるということも十分考えられるのである。この例でいえば、研修時間を労働時間として扱うことにより、ホームヘルパーは当該時間分の賃金という利益を得ることとなるが、事業者がこうしたコストを嫌がり研修を行わなくなると、スキルアップを図るホームヘルパーだけでなく、よりよい介護を受けるといふ利益を利用者は失うこととなるのである。つまり、利用者保護という観点からいえば、介護労働者の労働条件の向上が、利用者保護になるとはただちにはいえないのである。

このように、介護労働者保護という観点からだけでなく、利用者保護という観点から見てみると、介護労働者の労働条件を保護すれば、当然に利用者の保護になるとはいえない。利用者との介護契約を結び、ホームヘルパーに賃金を支払う事業者の経営状態が健全であり、また、事業者が存続しつづけなければ、利用者の利益にはならないのである。この点で、訪問介護労働の特殊性を前提として考えると、従来の労働法上の理論を訪問介護労働にそのまま当てはめてよいかどうかについては、筆者には疑問が残るのである。

### Ⅲ おわりに

従来、介護労働者をめぐる議論では、とりわけ、その労働者性、移動時間等の労働時間性や労働保険・社会保険加入の問題が多く論じられてきた。それは、ホームヘルパーが劣

<sup>149</sup> 「ポイント解説 厚生労働省通達『訪問介護労働者の法定労働条件の確保について』」労旬1590号（平成16年）19頁（水野圭子執筆部分）は、「介護事業の特殊性を鑑みて、介護事業者が『使用者として行うべき最善の努力を尽くした』場合であっても、休業手当を支給し、労働者の生活保障を図る必要があるといえよう」と述べている。しかし、これではあまりに過度の負担を事業者に負わせることになると考えられる。

<sup>150150</sup> 大場敏彦「訪問介護労働者の労働実態と厚生労働省『通達』の意義」労旬1590号（平成16年）9頁。

悪な労働条件の下で酷使されているという状況から考えれば、いわば当然であったのかもしれない。しかしながら、すでに介護保険法が施行されて5年経った今日、施設介護とは異なり、民間企業によって訪問介護サービスが維持されているといっても過言ではない。

訪問介護サービスに民間企業の参入を認めた以上、事業者の利益も一定程度尊重しなければならないはずである。もちろん、だからといって、ホームヘルパーの犠牲によって、訪問介護サービスが維持されるという事態を放置しておいてよいわけではない。そうした状況を改善するために本通達が出されたのである。ただ、通達という性質上、これは厚生労働省労働基準局長が都道府県労働局長に対して発したものであり、事業者に対して強制力があるわけではない。だが、労働基準局長がこのような通達を出したことは、一定程度評価されてよいだろう。

しかしながら、こうした通達による規制には限界があることも確かである。訪問介護サービス分野では、大規模事業者は少数であり、小規模事業者がその大半を占めているのである。こうした実態および利用者に対し安心して、長期的かつ安定的に介護を提供するという介護保険法の趣旨を基本にすえる場合、本通達によってたつ従来の労働法理論を訪問介護労働の分野にそのまま適用することは、はたして妥当なのだろうかという疑問を拭い去ることができない。

当然ながら、ホームヘルパーの犠牲によって訪問介護サービスが成り立つということは不当である。しかし、事業者の訪問介護サービス分野からの撤退ないし破産によって、もっとも不利益をこうむるのは利用者であると考えれば、まず、訪問介護事業者を育成することが必要であり、訪問介護サービスが事業として成り立つものでなければならないであろう。そのためには、訪問介護の介護報酬の引き上げや、事業者が研修時間等を労働時間として扱いホームヘルパーに当該時間分の賃金を支払った場合には、当該賃金分を介護報酬として支払うといった方策がとられてもよいと考える。

# 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——

研究協力者 長沼 建一郎

日本福祉大学社会福祉学部助教授

## I 緒説

福祉契約と人身損害、そして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（後掲の拙稿）。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スキームとの交錯に焦点を当てることとしたい。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。

## II 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、もっ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、）法形式的にはシンプルな回答が用意されうる。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、「事業者の責任を保険付保の範囲内とする」旨の契約文言は、法的な責任をアプリアリに考えれば、むしろトートロジーに過ぎないということになる。（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、いわばプレ裁判（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、實際上到底満足できるものではないであろう。訴訟はハード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。

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ったということで、）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。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。

### Ⅲ 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（文言となっ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れざるを得ない。

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、介護事故を論じることは、福祉契約（のある部分）をいわば裏側から論じることでもある。

したがって、これは当然私には荷が重すぎる問題である。法的責任の有無を判断するのは、個別の場面でも、また全体の判断枠組みという面でも非常に難しい。

すでにいくつか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・典型的な局面や問題状況をいくつか挙げてみたい。

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、何もしなか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、いわばあとから「ああすればよかったのに」というパターンは多い。

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（とくに自立支援や人権尊重の観点から）リスクな行為が求められる場合がある。

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重なるが、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。

これらの中では、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、その裾野が非常に広く伸びており、境界線を見出しづらいと思われる。もちろん法の解釈はすべてそういうものではあるのだが、とくに介護サービスの提供に求められる諸理念の相克（とくに安全性と、自立支援・人権尊重の要請との相克）や、介護サービスが保険給付対象となった経緯がさまざまである（もともと措置だった場合、家族が行っていた場合等々に分かれる）等の理由から、事情はより深刻である。

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、（裁判におけるエラーリスクも勘案すれば、）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、というのが本稿の考え方である。

### Ⅳ 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、法的責任の線引き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。

ここではその法的構成は一時措いて、まず人身損害等に対して、実質的に妥当な解決を図る方策を考えてみたい。

なお、以下では人身損害に対する事後的な金銭賠償を中心に考えている。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、事後的な対応のあり方如何が、事前の事業者の態様にもフィードバックされるものとする。

## 2 現状——賠償責任保険による対応

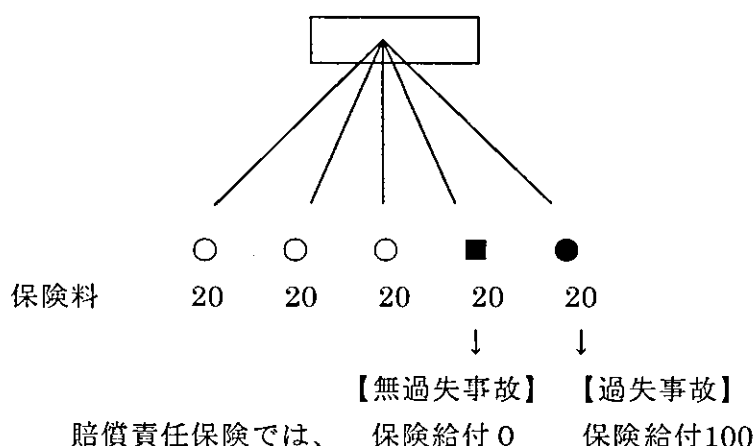
現状では、賠償責任保険による対応が行われている。その意義は、とりあえず「賠償資力の確保」と「スムーズな賠償の履行」である（後掲拙稿）。

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、

とりあえず置いている。またここでの分析はあくまで静的なものであり、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



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

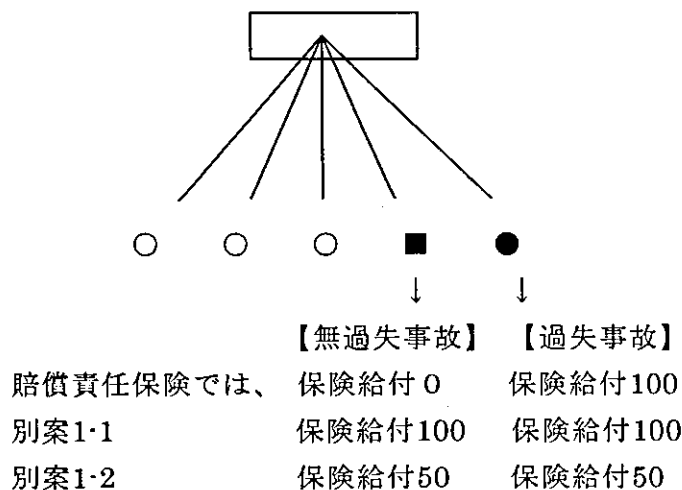
た③は保険の介在により生じた問題ともいえるが、それ以前より事態が悪化したわけではない。逆にここで賠償責任保険スキームが介在しないと、そもそも事業者側の賠償資力の問題がクローズアップされることになる。

しかしその法的判断が微妙であることを考えると、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。(もちろんこの点に批判はあろう。もし過失の線引きがクリアに提示できるとすれば、その懸隔はむしろあって当然だからである。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、(とりあえず消費者転嫁を考えなければ)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、事業者全体での負担総額は倍になるし、事故を起こさないような「善良かつ注意深い」事業者(賠償責任保険すら不要だったかもしれない)にとっては、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狙ったのが、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。

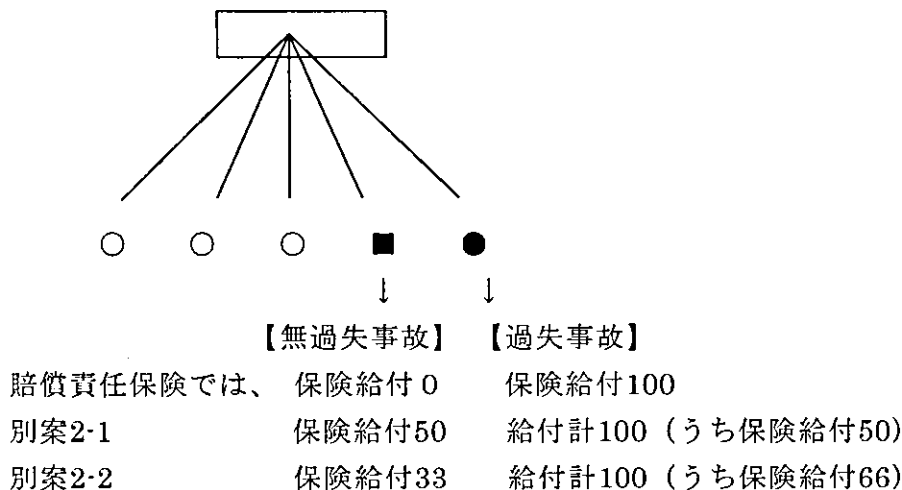
しかしいうまでもなく、過失事故の場合の保障額も、半分になってしまっており、実際

の損害額が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）——一定額スキームとの組み合わせ

そこで、やや姑息な手段として、無過失事故と過失事故とで、保障水準を変える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、明らかな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ならば（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を事業者の払える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。これにより、少なくとも過失認定の帰趨による被害者への保障水準がオールオアナッシングではなくなることになる。）

実質論としては、明らかな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、賠償資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、いくつかの選択肢がある。

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）とはまったく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、法的説明も難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

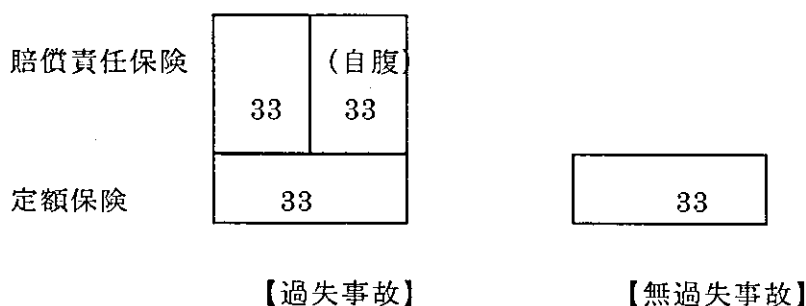
どが考えられる。（賠償責任保険に免責部分を設けることは、事務的に煩瑣ではあるが、考えられないわけではない。）

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「明らかな過失」による区分がまったく不可能とも思われぬが）、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という水準の当否は別として、過失・無過失が微妙なケースも多いことを踏まえた上での一定の利用者保護にもなっており、また過失責任の際の矯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、さらにいえばリスクマネジメントの唱導機能を果たしうる）、賠償視力の確保、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、別途メリット制等の導入を検討する必要がある。）

#### 別案2-2の給付構造



## V 保険論的な課題、法政策的な試案

### 1 保険論的な課題

以上のように本稿としては、介護事故等の態様に応じて、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、（理論的にも問題があるのかもしれないが）実務的にも検討を要する点が多い。

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→要介護4」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るべきかなど、検討課題は多い（損害額のとらえ方ともかかわる。ただしこの点は、同種の民間保険ですすでに何らかの形で対応していることではある。）