

## 介護契約と介護事故

前田, 綾香  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1833545>

---

出版情報 : 学生法政論集. 10, pp.45-63, 2016-03-25. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 介護契約と介護事故

前田綾香

## 1 はじめに

1951年に社会福祉事業法が制定・施行され、社会福祉の公的責任及び公私分離が立法化された。これは、各種の措置を国家が実施するという措置制度として具体化されたものである。しかし、措置制度には問題<sup>1</sup>が多く内在していたため、1990年代後半、自己決定の実現、福祉サービスを自ら選択できる利用者本位の仕組みの整備などを理念とした制度全体の抜本的な改革が行われた<sup>2</sup>（措置から契約への転換）。

この流れの中で、介護分野においても事業者と利用者間の契約によりサービスが提供されるようになった。2000年に介護保険法が施行された当時、介護保険施設は10992施設であった<sup>3</sup>が、現在では介護保険施設が12394施設となっており、介護予防訪問介護（31908事業所）や介護予防通所介護（36097事業所）も含めるとサービス提供数が爆発的に増加している<sup>4</sup>。それに伴い、いわゆる介護事故をめぐる事業者の損害賠償が問われる訴訟が急増している。医療事故に比べその数はまだ少ないものの、裁判例の蓄積に伴い介護事故固有の損害賠償法理の形成が期待される<sup>5</sup>。

そこで、本稿では介護契約<sup>6</sup>の法的性質を概観した後、介護事故をめぐる事業者の義務が裁判上どのように理解されているかを検討する。

---

<sup>1</sup> 主な運用上の問題としては、措置決定を行政処分であるとみてその権力性を強調し、利用者の法的地位は従属的なものであるとしてその意向は措置の内容に反映されるものではないという解釈・運用を行っていたことなどが挙げられる。

<sup>2</sup> 前田雅子「第7章社会福祉 1 総説」加藤智章・菊池馨実・倉田聡・前田雅子著『社会保障法〔第6版〕』有斐閣（2015年）255-259頁。

<sup>3</sup> “I 介護保険施設の状況”介護サービス施設・事業所調査の概況（平成12年版）厚生労働省。

<sup>4</sup> （数値につき）“基本票編 施設・事業所の状況”介護サービス施設・事業所調査の概況（平成25年版）厚生労働省。

<sup>5</sup> 菊池馨実「介護事故における事業者の責任—判例の動向を踏まえて—」実践成年後見No31（2009年）4頁。

<sup>6</sup> 本稿では、介護保険法で定めるサービスの利用契約を取り上げる。たとえば、訪問入浴介護等の居宅サービス、介護福祉施設サービス等の施設サービス、介護予防サービスなどの提供を受ける契約が本稿での介護契約に当たる。

## 2 介護契約の法的性質とその特徴

### (1) 介護契約締結に至るまでの過程と規制

介護契約の締結には、要介護認定が前提となる。介護保険サービスの利用を希望する者は市町村に対して給付決定の申請をし（介護保険法27条1項）、申請を受けた市町村は一次判定・二次判定（3項・4項）に基づき、要介護認定・不認定を決定する。介護保険では、該当する要介護状態区分に応じて利用できるサービスの種類や支給限度額が定められている（たとえば、居宅サービスの利用についての要介護状態区分ごとの支給限度額につき同法43条）。したがって、介護サービスの利用者と事業者は、給付決定による限度の範囲内で介護契約を締結することができる。

また、利用者の保護を図るための規制もなされている。たとえば、「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準（平成11年3月31日厚生省令第37号）」がそれにあたる。しかし、このような基準が直ちに利用者と事業者の契約内容となるものではない。また、基準に違反することが私法上どのような意味を持つかも明確ではない<sup>7</sup>。

一方で、介護保険法は事業者に対して契約段階において明らかにしておくべき事項を定めてはいるものの、その内容や形式については契約の基本的な枠組みが前述のような省令に定められているのみで多くの部分については規制が設けられていない。したがって、契約書の作成については大部分が事業者側に委ねられている。しかし、事業者側において法律に関する知識が不足している可能性が否めないため、日弁連等によって介護保険に関連する利用契約書（モデル契約書）<sup>8</sup>が公表されている<sup>9</sup>。

### (2) 介護契約の法的性質

従来、介護契約は委任契約ないし準委任契約ととらえられることが多かった。しかし、後述するような介護契約の多様性を踏まえると、一つの典型契約に押し込めようとする発想には無理がある。

笠井教授によれば、福祉契約<sup>10</sup>の法的性質は個々の契約内容に即して請負契約としての性質を持つ場合や準委任契約としての性質を持つ場合も多いが、今日では、一定の仕事の

---

<sup>7</sup> 執行秀幸「非典型契約の総合的検討（7）福祉契約—介護契約を中心に」NB L929号（2010年）56頁。

<sup>8</sup> “介護保険サービス契約のモデル案（改訂版）”日本弁護士連合会ホームページ（<http://www.nichibenren.or.jp/contact/information/kaigohoken.html>）。

<sup>9</sup> 品田充儀「介護保険契約の特徴と法的問題—モデル契約書を参考として」ジュリ1174号（2000年）70頁。

<sup>10</sup> 福祉の契約化に伴い、利用者が福祉サービスを選択できるようになったことで生まれた福祉に関する個人間の契約関係をいう。いわゆるサービス提供契約の一種であり、介護保険法に関わる介護サービスの利用契約（以下、「介護契約」とする）などが念頭におかれている。

完成を目的としている無形請負契約としての性質を持つ場合もあるという<sup>11</sup>。これは、居宅介護で多く見られる傾向であろう。

一方、施設介護では、終身利用権購入契約や生涯権としての居住権の購入<sup>12</sup>としての性質や施設の賃貸借契約と家事サービスに関する準委任ないし請負契約が複合した一種の複合契約<sup>13</sup>としての性質、施設に「身柄をゆだねる」という側面から寄託契約としての性質<sup>14</sup>を持つといった見解がある。学説上の争点は、契約の要素の中心に賃貸借契約的要素が含まれているかである。これは、賃貸借契約だと入居者は賃料を支払わなければならないが、利用料に賃料が含まれているか不明瞭であるため問題となる<sup>15</sup>。

以上を踏まえると、居宅介護は、基本的には医療契約と同じく準委任契約として位置づけられるが請負契約的な性質も強く含有すると考えるのが妥当であろう。また、施設介護は、居宅介護と同じく準委任契約としての性質を有するとともに、居室の利用という観点から賃貸借契約としての性質も有するため、複合契約として位置付けられると思われる。

### (3) サービス契約的側面からみた介護契約

#### ア サービス契約としての特徴

サービス契約は一般に生産と消費が同時に行われる性格を持ち、その貯蔵ができないため質を評価することが困難となる。特に介護契約においては、成果が見えにくく評価がより一層困難である。たとえば、サービスの成果としての利用者の「満足度」のような評価をした場合、それは客観性に向け、再現性も低く、利用者の協力に依存するから利用者の満足をもたらす因子の特定が困難であり<sup>16</sup>、普遍的なサービスの質を評価することはできない。このようなサービスの質の評価の困難性は、利用者が契約締結に際して行う合理的な選択を難しくさせるとともに、料金の決定根拠を不透明にし、市場原理の機能を妨げるといった問題を引き起こす<sup>17</sup>。また、サービスは貯蔵ができないため市場が小さく、競争原理が働きにくいので、市場原理でサービスの質を向上することが期待しにくい<sup>18</sup>。

<sup>11</sup> 笠井修「福祉契約論の課題—サービスの『質』の確保と契約責任」半田正夫古稀『著作権法と民法の現代的課題』法学書院（2003年）674頁。

<sup>12</sup> 川上正二「第3章 理論的課題 2 ホーム契約と約款の諸問題」下森定編『有料老人ホーム契約』有斐閣（1995年）169頁。

<sup>13</sup> 笠井・前掲注(12)674頁、他に丸山英気「有料老人ホーム契約の性格」ジュリ949号（1990年）22頁など多数。

<sup>14</sup> 桑原義浩「介護施設における過失判断についての若干の考察」賃金と社会保障法（以下、「賃社」とする）1591・92合併号（2013年）95頁。

<sup>15</sup> 丸山・前掲注(13)21頁。

<sup>16</sup> 笠井修「第2章 福祉契約と契約責任」新井誠・秋元美世・本沢巳代子編『福祉契約と利用者の権利擁護』日本加除出版（平成18年）35頁。

<sup>17</sup> 笠井・前掲注(11)668頁。

<sup>18</sup> 執行・前掲注(7)59頁。

以上のような問題や利用者の選択権を実質化するという観点から、苦情処理システム体制<sup>19</sup>やクーリングオフ制度の導入<sup>20</sup>の必要性が説かれている。

## イ サービス内容の特徴

一般の商品取引とは異なり、福祉サービスの供給は利用者の人間としての存在に必要な条件の実現・維持に関するものである。このような契約では、単なる営利性にとどまらない高い倫理性が求められる<sup>21</sup>。そして、一度利用者側に被害が生じた場合、その回復は不可能であるか極めて困難な場合が多いため、法的なレベルにおいても一般の商品取引関係にはない重い義務が課されることが合理化される<sup>22</sup>。

他方で、介護サービスの内容は専門的判断を要する場合と日常的な判断で足りる場合とがある。医師や看護師の場合には、医師法や医療法等において専門家としての個人の責任が明記され、そのための教育と位置づけがなされているのと対照的に、介護の現場における直接処遇職員については、個人の責任規定はなく、一定の資格制度はあるもののそのための位置づけはなされていない<sup>23</sup>。したがって、サービス提供に関与する人の能力や専門性の高さの幅は広がる。そうだとすれば、提供者に常に高い注意義務を課す前提が備わっているわけではないということが問題となる。

また、介護サービスを含む福祉サービスの提供は、物の提供とは異なり利用者の生活領域や権利領域への侵入を不可欠の要素とするため、利用者が管理権能の移転につきどこまで明確な意識を持つことを必要とするか、自己決定権の限界はどのように画されるべきかといった問題もある<sup>24</sup>。

サービス提供者が踏み込む必要のない利用者の領域を確定し、自らが行うサービス提供行為にどの程度義務が課されるか明確にすることが必要となる。しかしながら、利用者が望むサービスは各々であり、立法で画一的に決めることは不可能であるし、個々の契約で細かく規定することも現実的に困難であろう。

## ウ 継続的契約としての特徴・問題点

介護契約はサービスの提供による継続的契約といえる。そこで、同時履行や中途解約権、契約内容の改定等に関する一般の継続的契約関係における問題点は介護契約においても残

---

<sup>19</sup> 丸山絵美子「第3章 ホーム契約規制論と福祉契約論」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』信山社（2007年）60頁。

<sup>20</sup> 執行・前掲注（7）59頁。

<sup>21</sup> 笠井・前掲注（11）666頁。

<sup>22</sup> 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号（2001年）15頁。

<sup>23</sup> 品田光儀「第8章 福祉契約と契約当事者—介護事故における損害賠償法理—」新井他・前掲注（16）172頁。

<sup>24</sup> 笠井・前掲注（16）33頁。

存することとなる。さらに、介護契約は利用者が生存する限り契約の継続が予定されていることも多く、その終期は明らかでない<sup>25</sup>点を踏まえれば、一般の継続的契約以上に強い信頼関係によって成り立つことになる。

継続的契約においては、継続性ゆえに紛争を生じやすい。しかし、人間生活の基盤そのものにかかわることが多い介護契約においては、その性質上直ちに契約を終了させることには困難が伴う。したがって、紛争を抱えながら契約を継続することが考えられるため、紛争の早期解決の必要性が強く求められる<sup>26</sup>。また、仮に介護契約を解消する場合は一般の継続的契約以上に慎重な対応、すなわち、契約解消原因事由の限定や解消後の代替サービス提供者の紹介・引継義務を課すなどの特別な規制が必要となってくると思われる。

## エ 債務の特定の困難性

介護契約では、サービスの範囲が利用者によって異なり、さらに提供される内容は利用者の状況によって日々変化するため、事前に債務を特定することが困難である<sup>27</sup>。加えて、省令等がサービスの提供方法やその質に関する規定を設けているものの、その多くが緩やかな行為規範にとどまり、提供すべきサービスの内容及び方法は現場の職員の専門的な裁量にゆだねられているため、債務の内容を直接具体化することは難しい<sup>28</sup>。

また、介護契約における最終的な目的が「能力に応じ自立した日常生活」（介護保険法1条）であるため、望ましい成果を締結時にあらかじめ具体的に描き出し、それを契約内容に盛り込むことは難しく<sup>29</sup>、債権・債務関係の詳細まで明らかにすることは困難である。

### (4) 消費者契約的側面から見た介護契約

#### ア 消費者契約の側面とそれを超える側面

介護契約方式が念頭に置くのは利用者が市場から自分の望むサービスを購入するという方式であり、購入者である利用者は個人であり、かつ事業に関連してではないため、消費者契約法で言われるところの「消費者」に該当する。また、サービス提供者も、事業としてサービスの販売を行うことが想定され事業者性を有する。したがって、介護契約は「消費者契約」としての性格を持つ<sup>30</sup>。

一般に消費者契約の特徴としては挙げられるのは、①契約当事者の交渉能力の差<sup>31</sup>、②

<sup>25</sup> 笠井・前掲注(11)667・668頁参照。

<sup>26</sup> 額田・前掲注(22)15頁。

<sup>27</sup> 品田・前掲注(9)70頁。

<sup>28</sup> 中野妙子「介護保険法及び障害者自立支援法と契約」季刊社会保障研究45巻1号（2009年）18頁。

<sup>29</sup> 笠井・前掲注(16)35頁。

<sup>30</sup> 岩村正彦「第2章 社会福祉サービスの利用契約の締結過程をめぐる法的論点—社会保障法と消費者法との交錯—」岩村・前掲注(19)19頁。

<sup>31</sup> 事業者は、多数の人員で多数の消費者を相手に取引を行っているため、一取引のために費やす時間は

契約当事者の情報力の差<sup>32</sup>、③消費者行動の非合理性<sup>33</sup>、④消費者側の損害回復の困難性<sup>34</sup>である<sup>35</sup>。介護契約においてもこの4点は当然に当てはまるが、一般的な消費者契約を超えた側面も有している。以下で、具体的な側面を考察していく。

## イ 契約当事者

介護契約の一方当事者である利用者は、通常、要支援若しくは要介護状態にある高齢者であり、契約当事者としての正確な判断能力が欠落している可能性がある。このような理由も重なり、以下で指摘するように当事者間の格差が生じうるが、一番の問題は利用者が不当に不利な立場に置かれることである<sup>36</sup>。その問題を回避するためには、利用者に近い人や専門知識を有した人が契約交渉に参加するなどの対策をとることが望ましい。

## ウ 事業者と利用者の格差

一般の消費者契約に比べ、利用者事業者との交渉力の差、情報の収集・分析力の差が格段に大きい。

サービス提供者がサービス内容を熟知している一方で、利用者は様々な媒体を通して情報を得る可能性はあるが、複雑でサービスの質の評価が困難な介護契約において、提供者ほどに情報を収集し理解することは困難である。さらに、サービスの具体的な内容は事業者があらかじめ作成した約款によることが多く、利用者が個々の条件を分析しようとすると非常に煩雑になる<sup>37</sup>。そして、介護契約は一般的な消費者契約に比べ、競争的な市場ではないので、消費者が高価格設定や不当な契約条項によりさらされやすい。したがって、典型消費者契約に比べ、利用者の意思が十分に反映されているとは言い難いことから、より公正さが強く求められる<sup>38</sup>。

## エ 消費者の自由意思の制限

一般の消費者契約では、消費者は一応の自由意思のもとで契約を締結する。しかし、介

---

相対的に小さいが、消費者は、取引のコストが相対的に大きく、交渉を長期にわたり続け、複数の事業者の提供する商品を比較検討するというのは現実的に考えにくい。

<sup>32</sup> 消費者は商品に関し十分な情報を持たず、また持っていたとしても十分にそれを評価することができない。特に新奇な商品に関する情報は事業者の側に偏在していることが多い。

<sup>33</sup> 消費者の決定は外部的な影響を受けやすいため、今日の販売方法の発達に伴い、非合理的な選択をしやすくなる。

<sup>34</sup> 事業者が商品の取引を行うのは転売して利益をあげるためだが、消費者が商品を購入するのは使用のためであり、商品に瑕疵があると、それを使用する消費者が人身に損害を被りうる。

<sup>35</sup> 大村敦志『消費者法〔第4版〕』有斐閣（2011年）21・22頁。

<sup>36</sup> 品田・前掲注（9）70頁。

<sup>37</sup> 岩村・前掲注（30）31頁参照。

<sup>38</sup> 執行・前掲注（7）62頁。

護契約においては利用者に契約を締結しないという自由はない。この点につき、額田弁護士は、福祉契約において、契約という手法が一種の「借用」であるとの指摘をしている。すなわち、福祉サービスの多くが措置から契約に転換された目的は利用者の選択の可能性や権利性、利用者と提供者の対等性を確保することにあつたが、これは必ずしも契約による必要はなく、現行社会装置の中で一番現実的な手段が契約であると考えられ採用されたにすぎないとの指摘である<sup>39</sup>。この点については、次述する公的契約的側面にもみられる。

## (5) 公的契約的側面からみた介護契約

### ア 公的介入の必要性

介護契約の特徴に、その背後に給付決定という行政行為が組み込まれているという点がある。

では、行政行為が介入することが介護契約にとって不可欠な要件か。介護の財源が税金を一切用いず保険料で賄われていると想定した場合、給付決定を行政から切り離し民間の保険事業者に委ねることが理屈上は可能であるようにも思われる。この点、内田教授によれば、介護契約においては、そこに内在する「外部性」により、給付決定の主体が誰であれ、その決定には一定の客観的基準に従って公平・平等になされることが要請されるという。「外部性」とは、限られた資源の配分という、本来、市場メカニズムが最も得意とする価格を媒介とした給付内容の決定は、より高い価格を提示することができる者が優先的に質の高い介護サービスを受けることができるというシステムが共同体内部で不公正感を生ずるという理由で、社会に容認されないということである。つまり、行政の関与を最小限に、すなわち、制度の枠組みを作ることだけに限定したとしても、給付されるサービスの性質が一定の制約を必要的に要請する<sup>40</sup>。

### イ 理念の反映

介護契約は、社会福祉法制のなかにおけるサービス供給手段としての契約である。したがって、公法上の規律である介護保険法の理念や各種運営基準と整合的な理解がなされなければならない。その理念は公序の把握や信義則の具体化・当事者間の契約関係に反映される<sup>41</sup>。

### ウ 公的規制—自由契約の制限

利用者は、都道府県の指定を受けた事業者の中からサービス提供者を選択しなければな

---

<sup>39</sup> 額田・前掲注(22)15頁。

<sup>40</sup> 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』羽鳥書店(2010年)67-70頁。

<sup>41</sup> 笠井・前掲注(11)666頁。



らない（たとえば指定居宅サービスであれば介護保険法70条・41条1項等）。厚生労働省令に定める人員、設備及び運営の基準（以下「指定基準」という）を満たさない事業者は提供者とはなりえない。また、指定基準により、サービス提供者は利用者から契約申し込みに応じる義務を負っていて、正当理由なくサービスの提供を拒むことはできない（たとえば「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」9条）。さらに、介護サービスの内容についても指定基準に従ったサービスを提供しなければならない（たとえば介護保険法73条）。したがって、介護契約の主たる債権債務の内容は完全に自由な合意によって決められるものではない。

既に指摘したように、指定基準の内容が明確に介護契約の内容となっていない場合、指定基準に対する違反が私法上何らかの意味を有するかは必ずしも明らかではない。指定基準はもっぱら行政による規制監督を通じて遵守されるものであるため、利用者がこれに従ったサービスを受ける権利を行使するためには、その規律内容がサービス利用契約に含まれていることを前提とする学説<sup>42</sup>などが展開されている。

## エ 公的介入に関する課題

以上で見てきたとおり、介護サービスを含めた社会福祉サービスは、それを必要としている者へ平等かつ迅速に割り当てられなければならない。今後は、契約自由の制約や各種制度的手当てにおいて、どの程度まで契約自由の制約が正当化され、また、公法的規制・私法的規制がどのようにして現れるべきか、個別の論点ごとにさらなる考察を行う必要がある<sup>43</sup>。たとえば、前述した指定基準などは立法化することで私法上の意義を明確にすることで、これまで抱えていた問題を解決することができるかもしれない。一方、立法化をすることで、予期が困難な事態が生じたときに、介護契約締結の柔軟性が失われ臨機応変な契約を締結することが困難になる可能性もあるし、私法上の介護契約に立法でどの程度制約を課していいのかという問題も残る。各論点で、具体的分析が重要となってくるであろう。

### (6) 小括

以上で指摘してきたように、介護契約を一つの典型契約として解釈するのは困難であり、その内実はサービス契約・消費者契約・公的契約としての特徴を有する複雑なものである。すなわち、サービス契約的側面からの特徴としては、提供されるサービスが継続的になされる生命にかかわるもので、その内容の特定と評価が困難である点が挙げられ、消費者契約的側面からの特徴としては、一般の消費者契約以上に契約当事者と事業者の格差が大き

---

<sup>42</sup> 前田・前掲注(2)276頁。

<sup>43</sup> 丸山・前掲注(19)65頁。

くなりがちで、自由意思が制約されている点が挙げられる。また、公的契約的側面からは、介護契約が法の理念の反映と調整原理としての行政介入を認めた純粋な私的契約ではない点が挙げられる。

このような複雑性を内包する介護契約ではあるが、裁判例では、契約の詳細な性質を論じていることは少なく、介護契約が民法上の典型契約のいずれに該当するかを明確に述べる裁判例もほとんどない。次項で取り上げる介護事故をめぐる裁判例でも、多くの判決は個々の事案に則して事故が起きた具体的場面において提供者に課される安全配慮義務や注意義務の内容を問題とすることとどまる<sup>44</sup>。

以下では、介護事故をめぐる裁判例において、前述の特徴によって事業者にかかるといえる義務がどの程度の重さで課されているかについて検討する。

### 3 介護事故をめぐる裁判例と事業者責任

#### (1) 概念規定

本稿においては「介護保険法が施行された2000年以降の公刊された裁判例であり、介護サービスの提供プロセスにおいて発生した事故であって、要介護高齢者に人的損害が発生し、また介護事業者ないしは介護従事者が法的責任を問われている裁判例」を検討の対象とする。本稿が、前述してきた介護保険契約の特徴（たとえば、被害時の回復困難性や契約当事者の高齢者性）を受けた介護事故での事業者責任の考察を目的としているため、介護事故を限定的に理解する長沼教授の視点<sup>45</sup>に依拠する形となった。もっとも、先行研究においては財産損害や直接のサービス提供者が医療担当者である場合等も介護事故に含めているものもある。

裁判例については、先行研究を参考にしながら、近年の裁判例についてはデータベースで検索する等して収集した。

#### (2) 事業者の法的責任

介護事故が発生した場合、法的には、①刑事責任（業務上過失致死傷罪（刑法211条）など）、②行政上の責任（介護保険法上の制裁（同法77条1項2号など））、③民事責任（被害者側に対する損害賠償）が問題となりうる<sup>46</sup>が、本稿では、③民事責任を念頭において検討を進める。

民事上の責任が問われた場合、施設が契約通りの債務を履行しなかったという債務不履行

---

<sup>44</sup> 中野・前掲注(28)18頁。

<sup>45</sup> 長沼建一郎『介護事故の法政策と保険政策』法律文化社（2011年）88頁。

<sup>46</sup> 菊池馨実「第7章 介護事故関連裁判例からみたリスクマネジメント」増田雅暢・菊池馨実『介護リスクマネジメント—サービスの質の向上と信頼関係構築のために』旬報社（2003年）186頁。

行責任や、施設側が一方的に利用者に対して違法に損害を与えた場合の不法行為責任が問われることになる。近年においては、介護保険法施行に伴い契約関係が明確化されてきたこともあり、債務不履行責任を主たる法的根拠として訴訟に及ぶケースが多い<sup>47</sup>。

債務不履行責任を主張する場合、施設や介護職員が履行すべき債務は、介護契約の契約締結内容に基づいて判断される。もっとも、多くの場合、両当事者がいかなる債権・債務関係に立つのかが明白ではない。しかし、介護契約の存在により当事者間に「特別な社会的接触関係」<sup>48</sup>があったことを証明することは可能であり、それに伴い、介護職員に、サービスの提供にあたり、業務上の安全配慮義務が課されると理解し<sup>49</sup>、法人や介護職員の安全配慮義務違反、つまり過失を問うことができる<sup>50</sup>。なお、履行補助者の過失に関しては当然負うべき通常の注意義務は安全配慮義務に含まれないとして、安全配慮義務の内容を限定した判例<sup>51</sup>があるので注意が必要である。もっとも、安全配慮義務の適用は労働災害・公務災害関連・学校事故関連に多く、この類型にほぼ固まっている<sup>52</sup>ので、介護事故に当然適用されるかは検討の余地がある。

不法行為責任を主張する場合は、実行行為者たる職員と管理責任者たる事業者の責任関係が問題となる。そこで問題となるのは、当該行為もしくは不作為について、過失が存在するかということになる<sup>53</sup>。

したがって、債務不履行責任を問う場合も不法行為責任を問う場合も、過失が問題となる。過失の判断にあたっては介護事故という結果についての予見可能性の有無と、その結果を回避する可能性の有無が問題となる<sup>54</sup>。そして、それらがあるにもかかわらず結果回避義務を怠ったときに過失が認められる。もっとも、不法行為は契約に基づかずに発生するのに対し、債務不履行責任は当事者間の契約関係に基づいて発生するため、債務不履行責任において発生する結果回避義務は、不法行為における同義務と比較し、当然重くなるべきである<sup>55</sup>。

---

<sup>47</sup> 品田・前掲注(23)166頁。

<sup>48</sup> 判例は安全配慮義務を「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対し信義則上負う義務」として一般的に認められると解している（最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁）。

<sup>49</sup> 品田・前掲注(23)168頁。

<sup>50</sup> 鳥野猛「高齢者施設における介護事故裁判からみた社会福祉の課題」21世紀における社会保障とその周辺領域編集委員会『21世紀における社会保障とその周辺領域』法律文化社（2003年）92・93頁。

<sup>51</sup> 最判昭和58年5月27日民集37巻4号477頁。

<sup>52</sup> 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』東京大学出版会（2005年）135頁。

<sup>53</sup> 品田・前掲注(23)167頁。

<sup>54</sup> 矢田尚子「有料老人ホームに求められる役割と責任—介護事故最判例を素材として」週刊社会保障2840号（2015年）54頁。

<sup>55</sup> 寺田玲子「転倒事故における介護施設の安全配慮義務」賃社1591・92号（2013年）89頁。

### (3) 事案ごとの検討

以下では、介護事故における事業者の責任を論じるにあたって、事故の内容ごとで事案を類型化してみていく。

#### ア 誤嚥

##### (ア) 裁判例

#### ① 横浜地川崎支判平成12年2月23日（賃社1284号43頁）

特別養護老人ホームでの朝食時の誤嚥による死亡事案

▶利用者には食事介助を行った後、他の居住者の食事介助等を行っていたところ、当該利用者がチアノーゼを起こしていた事案について、事故後の処置に関して誤飲を予想した措置をとることなく、異常を確認しながら15分程度救急車を呼ぶこともなかったとして、適切な処置を怠った過失を認めた。

#### ② 横浜地判平成12年6月13日（賃社1303号60頁）

老人保健施設でのこんにゃくの誤嚥による死亡事案

▶こんにゃくという食材選択に対して、「通常食材として使われ、身体にとって有用であるものについて、単に誤飲の危険性があるとはいえない」として過失を否定したうえで、監視体制も十分であると評価し、事故後の処置についても速やかに通常一般的に用いられている救命措置を行ったとして注意義務違反はないとした。

#### ③ 神戸地判平成16年4月15日（賃社1427号45頁）

特別養護老人ホームでのパン粥の誤嚥による死亡事案

▶事故以前に誤嚥の兆候を認めることはできず、パン粥を口にため込み飲み込まないという事態から「誤嚥の可能性を認識することは不可能であり、仮に認識すべき義務があるとすると、これには、食事介護中は常に肺か頸部の呼吸音を聞く必要がある」が「このようなことを病院でない特別養護老人ホーム…の職員に義務付けることは不可能をしいることな」として注意義務違反を認めなかった。

#### ④ 名古屋地判平成16年7月30日（賃社1427号54頁）

特別養護老人ホームでのこんにゃく・はんぺんの誤嚥による死亡事案

▶利用者の要保護性の高さから「こんにゃくやはんぺんを食べさせるに際しては…細心の注意を払う必要があったことは明らか」であり、職員は「こんにゃくを食べさせた後、…口の中の確認及び…嚥下動作の確認をする注意義務を負っていた」として不法行為上の過失を認定した。

#### ⑤ 東京地判平成19年5月28日（判時1991号81頁）

特別養護老人ホームでのかまぼこ片の誤嚥による死亡事案

▶食物誤嚥が疑われ吸引の措置を施した結果、容態が安定したように見えた者に対して引き続き状態を観察し、「再度容態が急変した場合には直ちに医療の専門家である嘱託医等に連絡して適切な処置を施すよう求めたり、あるいは一一九番通報をして救急車の出勤を直

ちに要請すべき義務を負っていた」として、常時様子を観察せず、適切な処置もとらなかったとして過失による不法行為を認定した。

⑥ 松山地判平成20年2月18日（判タ1275号219頁）

特別養護老人ホームでのミキサー食の誤嚥による死亡事案

▶厚生労働省の「福祉サービスにおける危機管理に関する取り組み指針」（2002年）によりつつ、介護を担当する職員にその内容を教育・指導しなかった点などから注意義務違反を認定した。

⑦ 東京地判平成22年7月28日（判時2092号99頁）

介護付き有料老人ホームでの誤嚥による死亡事案

▶利用者に施設入所後、誤嚥の兆候を示す証拠がないことから「誤嚥による窒息が生ずる危険があることを具体的に予見することは困難であった」として、「誤嚥防止のために、具体的に食事の調理方法や食事形態を改善すべき義務や常時食事の介助を行い、又は食事の開始から終了までを逐一見守るべき義務を負っていたと認めることはできない」として契約に基づく義務違反はなかったとした。

⑧ 東京地立川支判平成22年12月8日（判タ1346号199頁）

デイサービスでの昼食時の誤嚥による死亡事案

▶食事中的利用者全体を見守っている間に利用者の異変行為に気づき適切な処置を行った場合、飲食状態の見守りを怠ったとは認められず、過失は存在しないとされた。

⑨（第1審）神戸地判平成24年3月30日（判タ1395号164頁）

介護付き有料老人ホームでのロールパンの誤嚥による死亡事案

▶ホーム入居3日目の誤嚥事故について、誤嚥の危険があることを具体的に予見することは困難であり、食事内容や職員の見守り体制にも過失はなかったとした。

（控訴審）大阪高判平成25年5月22日（判タ1395号160頁）

▶医療機関の初回の診察・指示があるまでは誤嚥防止に尽くすべき注意義務と食事の見守りを頻回にするなどの誤嚥に対処すべき義務があり、配膳後20分見回りを放置していたなどの理由から適切な措置は講じられていなかったとして義務違反を認めた。

## （イ） 考察

誤嚥のケースについては、裁判所は不法行為責任の問題として処理している場合が多いが、債務不履行責任の問題としている処理している事案もある。そして、これらの事案で過失ないし注意義務違反がどのような場面で問われているかをみた場合、事故発生に至るまでの経過と事故発生後の対応に大別することができる<sup>56</sup>。

まず、事故発生に至るまでの経過においては食材の選択が問題となるどころ、食材の選

---

<sup>56</sup> 菊池・前掲注(5)6頁。

扱そのものが直ちに過失ないし注意義務違反ありと評価されるわけではないが、細心の注意を払う必要があり、その点において注意義務は加重される（裁判例②④）。また、見守りの程度については、人手の問題もあり、常時監視する義務はないとされる（裁判例⑦）が、吸引措置後の食事については観察義務があるとし（裁判例⑤）、施設入居直後で医療機関の受診前の利用者に対しても高度な注意義務があるとしている（裁判例⑨控訴審）。

これに対し、事故後の対応については、とるべき対応・救命処置の内容が比較的定型化した形で知られていることから、不作為の責任を問う形であっても適切な処置をしたかどうかの判断はそれほど困難ではない<sup>57</sup>。ただし、介護施設職員は医療従事者ではない点で、処置の範囲は緩和される（裁判例③）。また、救急救命措置については、その措置を試みたかどうかにつき過失を認める余地はあるものの、現実にとった措置の妥当性については裁判でも認定されておらず、今後も介護職員の研修内容・資格制度などから消極的に解すべきとされている<sup>58</sup>。

## イ 転倒・骨折

### （ア） 裁判例

#### ① 東京地判平成15年3月20日（判時1840号20頁）

デイケアでの送迎バスを降りた直後の転倒による骨折・死亡事案

▶「無名契約における信義則上の義務」として送迎するに際し、「生命及び身体の安全を確保すべき義務、すなわち、…安全配慮義務」があったとし、利用者の移動の際に常時介護士が目を離さないですむ態勢をとるべき契約上の義務を怠ったとして注意義務違反を認めた。

#### ② 福島地白河支判平成15年6月3日（判時1838号116頁）

老人保健施設の汚物処理での転倒による骨折事案

▶事業者は「本件契約に基づき、介護ケアサービスの内容として入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務」があったとし、これがなされなかったために利用者が自ら処理を行おうとした結果、事故にあったとして債務不履行を認定した。

#### ③ 福岡地判平成15年8月27日（判時1843号133頁）

NPO法人の介護サービス施設での昼寝から目覚めた後の転倒による骨折事案

▶事業者は「利用者の状況を把握し、自立した日常生活を営むことができるよう介護を提供するとともに、事業者が認識した利用者の障害を前提に、安全に介護を施す義務」を負うとして、不十分な見守りにより必要な介護がなされなかった点に債務不履行を認めた。

<sup>57</sup> 長沼・前掲注(45)199頁。

<sup>58</sup> 阿部未央「介護事故と介護事業者の法的責任」季刊労働法228号（2010年）40頁。

④ 横浜地判平成17年3月22日（判時1895号91頁）

介護老人施設のトイレ介助拒否後の転倒による骨折事案

▶事業者の安全配慮義務を認定した上で、事業者は「安全の確保がなされている場合等特段の事情のない限り常に歩行介護をする義務」を負っていたとして、転倒する危険と転倒した場合の被害が予測できた本件においては利用者「を説得して」「便器まで歩くのを介護する義務」があり、「介護拒絶の意思が示された場合であっても、介護の専門知識を有すべき介護義務者においては要介護者に対し、介護を受けない場合の危険性とその危険を回避するための介護の必要性と専門的見地から意を尽くして説明し、介護を受けるよう説得すべき」であるとして、安全配慮義務違反を認めた。

⑤ （第1審）神戸地判平成17年6月27日（賃社1431号57頁）

特別養護老人ホームでの利用者同士のトラブルに伴う転倒による骨折事案

▶ショートステイ契約が「契約者がその有する能力に応じ、可能な限り自立した日常生活を営むことができるように支援することを目的としており…逐一監視するような完全介護状態による介護を行う義務」までではなく、事故発生は予測不能であったとした。

（控訴審）大阪高判平成18年8月29日（賃社1431号41頁）

▶約款から「サービスの提供にあたり、契約者の生命、身体の安全に配慮すべき義務」を導き、利用者同士のトラブルがあった場合は当該利用者同士が接触できないような措置を講じ安全を確保すべきとして、安全配慮義務違反を認めた。

⑥ （第1審）京都地判平成18年5月26日（賃社1447号63頁）

グループホームでの待機指示後の転倒による骨折・死亡事案

▶法令上要求されている職員数の基準や本件施設の職員数や待機を指示されたリビングの床が平たんであったこと等から、数秒間でも椅子に座っている利用者から目を離してはならないという法的義務は認められないとして、安全配慮義務違反はないとした。

（控訴審）大阪高裁平成19年3月6日判決（賃社1447号55頁）

▶事業者の安全配慮義務を肯定したうえで、当該事故は常々指摘されていた、利用者の「常と異なる不安定歩行の危険性が現実化して転倒に結びついたものである」から、職員が、利用者のもとを離れる際は、「待機指示を守れるか否か、仮に歩行を開始したとしてもそれが常と変わらぬ歩行態様を維持し、独歩に委ねても差し支えないか否か等の見通しだけは事前確認すべき注意義務があったと」して、安全配慮義務違反を認めた。

⑦ （第1審）福岡地判平成18年6月29日（判タ1247号228頁）

特別養護老人ホームでの転倒による骨折事案

▶事故当時は朝食の準備のため繁忙な時間帯であったことや、利用者が居室を出てから食堂に自力歩行して転倒するまでは短時間であったことから本件事故を予測し、回避する可能性があったとは認められないとして、注意義務違反を否定した。

(控訴審) 福岡高判平成19年1月25日 (判タ1247号226頁)

▶第1審の内容に追加して、利用者が、介護者との意思疎通は可能で、介護職員の指示に従わないで居室を離れたこと等から予見可能性を否定し、介護・看護態勢が介護保険の指定の配置基準を満たしていないとはいいたいことや、指定介護老人福祉施設の人員・設備及び運営に関する基準でやむを得ない場合以外の身体拘束の制限を禁止(同基準12条4項)していること等の諸事情から注意義務違反を否定した。

⑧ 神戸地伊丹支判平成21年12月17日 (判タ1326号239頁)

グループホームでの2度の転倒による骨折事案

▶契約条項や、過去にベッドから転落し成年後見人から具体的な指摘を受けたが対策をとった形跡がないこと、1度目の転倒のあとにこまめな巡視やケアプランの再検討をしなかったことから、事業者が不可抗力による事故であることを主張立証しない限り損害賠償責任を負うとした。

⑨ 東京地判平成24年3月28日 (判時2153号40頁)

介護老人保健施設でのベッドから移動する際の転倒による骨折事案

▶事業者は利用者が介護施設入所後多数回転倒していたことから「転倒の危険性が高いことをよく知っていたのであり、「入所利用契約上の安全配慮義務の一内容として、原告がベッドから立ち上がる際などに転倒することのないように見守り…転倒する危険のある行動に出た場合には、その転倒を回避する措置を講ずる義務を負っていた」としたうえで、見守りが不足したため、転倒回避のための適切な措置を講ずることを怠ったとして転倒回避義務違反を認定し、債務不履行責任を認めた。

⑩ (第1審) 福岡地大牟田支判平成24年4月24日 (賃社1591・1592号101頁)

介護老人保健施設での転倒による骨折事案

▶施設入所契約に基づき事業者が安全配慮義務を負っているとしたうえで、費用と労力の観点から、転倒の危険が具体的に切迫していた等の特別の事情がない限りは、常に利用者の動静を見守り、その歩行に付き添う義務までではないとし、一方で定期的に利用者の動静を確認し、その安全を確認すべき義務はあるとして、本件では50分間利用者の安全の確認をしなかったとして過失を認め、不法行為責任及び債務不履行責任を認めた。

(控訴審) 福岡高裁平成24年12月18日判決 (賃社1591・1592号121頁)

▶「転倒のおそれのある者に常時付き添う以外にこれを防ぐことはできないことからすると」、利用者の「動静を把握できないという職員の行為がなければ本件事故を回避できたものと認めることはできない」とし結果可能性を否定した。また、利用者がシルバーカー使用時に転倒したことがなかったことから予見可能性も認められないとして、過失はないとした。



## (イ) 考察

多くの場合で、契約上の債務不履行責任が問われているのが特徴的であり、債務不履行責任を認めた判決の多くが、具体的なサービス給付債務とはレベルを異にする一般的な義務の存在を認め、個別事案との関係で当該義務違反又は過失を認めている<sup>59</sup>。また、控訴審まで含めるとほとんどの事案で事業者側の法的責任が何らかの形で認められている<sup>60</sup>。

転倒事故においては、事故後の措置がほとんど問題とならず、事故発生までの予見可能性が争点となるケースが多い<sup>61</sup>。そして、常に観察や見守り義務を認めていないまでも、歩行介護が必要な者（裁判例④）やトラブルの当事者（裁判例⑤）、多数回転倒の経験がある者（裁判例⑥）など特段の事情があるときはその義務は加重されているように思われる。すなわち、事業者が一定の対応をとっていても、「さらにもう一步の対応」が求められていると言えよう<sup>62</sup>。

## ウ 脱出・転落

### (ア) 脱出・転落についての裁判例

#### ① 東京地判平成12年6月7日（賃社1280号14頁）

老人保健施設での窓からの転落による死亡事案

▶職員には専門的見地からその裁量的判断を適切に行うことが求められ、事故前夜、同室者との口論が収まらなかったため別室に移した利用者に対し、終始付き添う措置を取らなかったことが直ちに不当又は違法となることはないとしつつも、室外から気づかれないよう様子を見るにとどめる措置を継続させ声をかける等もしなかったことは、利用者が全盲であることや精神的不安定に陥ることがあることなどを踏まえると、「その裁量的判断の範囲にあるとは言い難く、適切な介護をすべき義務を怠ったもの」であるとして、不法行為責任を認めた。

#### ② 静岡地浜松支判平成13年9月25日（賃社1351・52号112頁）

デイサービスセンターでの窓からの脱出・失踪による死亡事案

▶利用者が失踪直前に廊下でうろろろしているところを職員に目撃されているため、利用者が施設から出ていくことを予見できたとして、「行動を注視して、…脱出しないようにする」義務があったとしたうえで、84センチメートル程度の高さの施錠のしていない窓から脱出することは予見できたとして、失踪についての過失を認めた。また、当該義務が「法令等で定められた人員で定められたサービスを提供するとサービスに従事している者にとって過大な負担となるような場合であっても、サービスに従事している者の注意義務が軽

---

<sup>59</sup> 菊池・前掲注(5)8頁。

<sup>60</sup> 長沼・前掲注(45)218頁。

<sup>61</sup> 阿部・前掲注(58)43頁。

<sup>62</sup> 長沼・前掲注(45)219頁。

減されるものではない」と判断して、不法行為責任を認めた。

③ 大阪地判平成19年11月7日（判時2052号96頁）

グループホームでのベッドからの転落による骨折事案

▶入所契約に基づく安全配慮義務の存在を肯定したうえで、利用者が多数回転落しているにもかかわらず転落防止対策をとらなかったことに対し義務違反を認めた。また、利用者の介護上の情報を家族等に提供し、事故防止のために家族等と十分協議を尽くすべき情報提供義務が契約から派生的に導かれるとして、その義務違反を認定した。

(イ) 考察

すべての事案において不作為に基づく義務違反が認められている。もっとも、脱出・転落といった事案は、転倒や誤嚥ほど日常的ないし半ば必然的に発生する事情ではなく、一般的な老化・終末期プロセスからの逸脱度合いは大きく、一種アクシデンタルなものである<sup>63</sup>。この点、個別具体的な事案で介護事故という予見可能性があったかの認定が重要な地位を占めると思われる。また、裁判例③で情報提供義務が導かれた背景にもこのような意図があったと思われる。

裁判例①と裁判例②では介護体制上の制約について問われているが、裁判例①で終始付き添う措置をとらなくても不当・違法にはなりがたいとした一方で、裁判例②では介護体制の配置基準上の限界が抗弁とならないことを判断した点が注目される。これらの判示を、介護専門職による介護に際して相当程度高められた注意義務ないし裁量判断権の行使が求められることを実質的に示したものとみる見解<sup>64</sup>もある。

エ その他一類型化が困難であった裁判例

① 東京地判平成19年4月20日（判タ1278号231頁）

老人保健施設での骨折・褥瘡事案

▶骨折の原因が明らかではない事案において、利用者の動静を注視し、入所者が危険な行動をすることおよびそれにより障害を負うことを防止する注意義務を認めた。

② 岡山地判平成22年10月25日（判タ1362号162頁）

老人保健施設での浴室での死亡事案

▶浴室と隣接する浴室との間の扉と脱衣室から浴室へ入る扉の施錠がなされていなかったために、施設内の浴室に利用者が入り込み、自ら給湯栓を調整して湯を満たした浴室内で死亡した事故につき、徘徊傾向を有する利用者が浴室内に進入することは予見可能であるから、施設に施設管理義務違反を認めた。

<sup>63</sup> 長沼・前掲注(45)230頁。

<sup>64</sup> 菊池馨実「高齢者介護事故をめぐる裁判例の総合的検討(2・完)」賃社1428号(2006年)45頁。

#### (4) 小括

これまで、事案ごとの検討をしてきたものの、その多くが安全配慮義務又は注意義務を前提とし、事業者に過失があるか否かが訴訟の中心となっていた。介護事故の多くでは過失が認められ、利用者側に何らかの損害賠償が行われている。その背景には、食事時の誤嚥の場合であれば、近くに介護施設の職員がいるのが常であり、異変を早急に察知し適切な処置をとれば被害を最小限に防げる可能性が高かったのではないかという思考が働いているように思われる。また、転倒事案や転落・脱出事案においては、職員が近くにいないことも多く直後の処置は難しいにしても、事故に至る以前にそれを予期させる何らかの行為をとっている場合が多く、また適度に監視を行っていれば事前事後にふさわしい処置をとることが可能であったと推測されることが背景にあらう。もっとも、介護サービス提供者にどの程度の専門性を求めるかについては議論の余地がある。しかしながら、利用者は専門家であるとの期待をもって介護契約を行うことが多い<sup>65</sup>のもまた事実であり、施設ごとに違いを生じさせるのではなく、平等的・画一的なサービスの提供と介護事故の損害賠償法理の形成を主張する意見<sup>66</sup>もある。

## 4 考察

判決では多くの場合、具体的な契約に着目せずに法的責任について論理構成を行っている。これは、提供されるサービスが継続的になされ、その内容の特定と評価が困難であるという特徴に由来すると思われる。

確かに、介護にかかわる条項をすべて契約で締結することは困難であることから、安全配慮義務等を根拠に事業者責任を認めていく方法は残すべきである。しかし、サービスが契約により提供されている以上、事業者のリスクマネジメントの点から、行政規制の私法上の意義を明確化させるとともに、責任を認定するにあたっては契約条項から検討して、不合理がある場合に安全配慮義務等を検討すべきであると考えられる。そのためには、事業者は介護事故等の可能性を見据えたできるだけ詳細な契約を、消費者契約を意識した十分な説明をしたうえで結ぶ必要があるだろう。

---

<sup>65</sup> 品田・前掲注(23)172頁。

<sup>66</sup> 桑原・前掲注(14)95頁。

## 5 結びに

本稿においては、介護契約の法的性質と介護事故めぐる事業者の責任を検討してきたが、介護はその性質上近隣領域を含めた検討が必要であり、介護事故についても損害額の算定や過失相殺の可否について議論のあるところではある。これらについては今後の課題としたい。