

介護・看護をめぐる労働法上の諸問題

林 弘 子

はじめに

介護サービスを措置から契約へと改正した介護保険法が施行されて10ヵ月経過したが、在宅介護サービスの核となるホームヘルパー、特に家事援助型のホームヘルパーの労働条件に介護保険法の問題点と矛盾が集約されているといっても過言ではない。わが国の在宅訪問介護は、自治体の直営から民間委託、さらに民営化に進み、それに対応してホームヘルパーの雇用形態は常勤から、非常勤、さらにパート・登録型へとシフトしてきた。ホームヘルパーの就労形態は、雇用関係か、請負・委任関係か曖昧なものが多く、雇用＝従属労働、請負・委任＝独立労働に二分して前者だけを労働保護法令の適用対象とする従来の労働法の解釈では、実働時間賃金で、移動時間・待ち時間は無給というオン・デマンドな労働を強いられているホームヘルパーは、無防備なまま労働市場に投げ出されてしまう。新たな政策的・立法的な対応が必要な職種である。

日本ILO協会の『世界の労働』2000年12月号は、「高齢者福祉制度の現状と介護労働者問題」を特集しているが、日本のホームヘルパーの労働条件は、報告されているイギリス、ドイツ、フランス、オランダの4ヵ国のヘルパーにではなく、むしろ、中高年の女性が大多数を占め、低賃金で不安定雇用の典型といわれ、医療保険もなく、病院の介護職よりも賃金が3割から4割低いアメリカのホームヘルパー(home care worker)に似てきたり。本稿では、ホームヘルパーの労働条件お

よび今後増えると思われる介護事故をめぐる問題を中心に検討してみた。

I 介護サービスと供給体制

1 介護サービス

介護保険は「加齢に伴って生ずる心身の変化に起因する疾病等により要介護状態となり、入浴、排せつ、食事等の介護、機能訓練並びに看護および療養上の管理その他の医療を要する者等について、これらの者がその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるよう必要な保健医療サービス及び福祉サービスに関する給付」(介保法1条)を行うことを原則としている。介護保険法中には、介護そのものの定義はないが、介護サービスの中に入浴・排せつ・食事等に加えて療養、看護、リハビリテーション等の医療行為等の要素が加わり、介護福祉業務と医療・保健業務との連携が求められている。

介護保険法に基づいて介護サービスを受ける場合には、保険者である市町村(特別区を含む。以下同じ)から要介護認定あるいは要支援認定を受けた上で、要介護の状態区分に応じた介護保険給付額の範囲内で、サービス利用者が介護保険給付額の範囲内で自ら選択するか、あるいは指定介護支援事業者に所属するケアマネージャーの作成した介護計画に準拠して、指定居宅サービス事業者あるいは介護保険施設と契約を締結し、それに従った在宅介護サービスないし施設介護サービスを受ける(介保法7条5～23項)。

2 介護サービス従事者

保険者である市町村が介護サービス提供者(事業者)に対して、受給権者(介護サービス利用者)に対する介護サービスの提供を委託し、これに対する報酬の支払を約するという(準)委任契約が市町村と介護サービス提供者との間に成立する。介護サービス提供者とサービス利用者との関係は、介護サービス事業者が利用者へ介護サービスを提供し、その対価として介護報酬の支払を受けるという介護サービスを目的とした請負あるいは準委任契約が成立すると解釈されている。

介護保険法に基づくサービスは、介護サービス利用者へ介護サービス契約を締結した介護サービス事業者が行うことになるが、現実の介護サービスを担うのは、「介護サービス従事者」であり、ホームヘルパー(介護保険法上は「訪問介護員」)、介護福祉士、社会福祉士等の福祉職および医師、保健婦(士)、看護婦(士)、理学療法士、作業療法士等の医療・保健職によって行われることになる。介護保険法第1条が規定しているように、介護保険法による介護には、福祉・保健・医療職の連携によるサービスが求められており、それぞれの職域で介護サービス従事者の資格要件は、異なっている。

福祉関係分野で、要介護者の入浴、排せつ、食事の世話等の現実の介護業務に従事するのは、ホームヘルパー、介護福祉士、要介護者に対する生活相談、助言、指導を行う生活相談員には社会福祉士が想定されているが、いずれの業務も「名称独占」である。介護業務は、「家事援助」(炊事、掃除、洗濯など)と「身体介護」(入浴、排せつ、食事等の介助など)に分けられている。介護業務のうち家事援助については法の規制はないが、身体介護については介護福祉士が名称独占している(社会福祉士及び介護福祉士法2条2項)。

在宅介護サービスの中心的な担い手である訪問介護員(ホームヘルパー)(介保令2条の2)は、介護福祉士および養成研修を受講した1-3級の資格取得者(1級課程230時間、2級課程130時間、3級課程50時間「ホームヘルパー養成研修事業の実施について」平7・7・11社会・援護局

長、老人保健福祉課長、児童家庭局通知)に限定されている(「訪問看護員に関する省令」平12・3・10省令23)。ホームヘルパー養成研修実施機関は、都道府県や市町村の委託で行われるものから民間の各種団体が実施するものまで多様であるが、研修時間のみが条件で試験はない。常勤またはこれに準ずる勤務形態(概ね1日の勤務時間が6時間以上で1週間の勤務日数が5日以上、かつ、1月の勤務日数が常勤日数の4分の3以上の場合をいう)のホームヘルパーは、2級課程を終了することを求められている。無資格ヘルパーを派遣した業者は、居宅サービス事業者の指定を取り消される可能性がある(介保法77条)²⁾。在宅ではホームヘルパーと呼ばれる介護職は、特別養護老人ホームでは、「寮母」、寮父、保険施設では、「介護職員」と呼ばれているが、これらの施設就労時のヘルパーの養成研修は求められていない。

1987年の「家庭奉仕員講習会推進事業の実施について」(昭62・6・26社老第84号)では、家庭奉仕員の資質の向上を図るために、360時間講習が全員に行われていたことから考えるとホームヘルパーの研修時間は、大幅に短縮されている。1999年5月に経団連は、「わが国産業界の競争力強化に向けた第1次提言」として、高齢者などの介護サービスにおける人材確保のため「3級課程」の研修期間の大幅簡素化(30時間程度の講習)によりホームヘルパーの大幅増を提言したが、日本介護福祉士会、日本ホームヘルパー協会等が反対表明した³⁾。

なお、介護保険法で新たに創設された介護支援専門員(ケアマネージャー)は、保健・医療・福祉分野の専門職として5年以上の実務経験があるか、福祉施設等で職務に従事した経験を有する者が都道府県の試験で取得する資格であり、ケアプラン作成の独占資格である(「介護支援専門員に関する省令」平10・4・10厚令53)。

これに対して、医療・保健関係では、医師、歯科医師、薬剤師、保健婦(士)、助産婦、看護婦(士)、准看護婦(士)等多様であるが、いずれも専門教育・訓練を経て国家試験等の資格試験によって付与される免許等を必要とする専門職であり、

その大半が「業務独占」とされ、資格と職種名が一致している。さらに、介護保険法では、在宅介護サービスの一環として、訪問や通所によるリハビリが重視されており、作業療法士、理学療法士等の医療関係者の役割が増大したが、いずれも国家試験による免許等を必要とする専門職であり、資格と職種名が一致している。

3 介護サービス事業者

介護保険法に基づくサービス提供は、職員配置や施設設備等の基準を満たすことにより都道府県知事の指定または許可を受けた介護サービス提供機関が行う。在宅サービスは、「指定居宅サービス事業者」、施設サービスの場合には、「介護保険施設」が行う。介護保険法は、介護サービス事業者の要件として、原則として法人格を有すること、事業所の従業員の技能、人員、設備、運営等に関する基準は厚生省令で定める基準を満たしていること等を規定している（「指定居宅サービス等の事業の人員、設備基準、運営基準、基準該当居宅サービスに関する基準」平成11・3・31厚令37）。居宅介護サービス事業者の指定基準は、サービスの種類ごとに受ける必要があり、かつ、事業所ごとに受ける必要がある（介保法70条・72条）。これらの基準を一部満たしていない居宅サービス事業者であっても、保険者である市町村の個別の判断に基づき、「基準該当居宅サービス」として保険給付の対象とすることができる。また、ボランティア団体も一定の要件に該当すれば、都道府県知事の認定を受けた「特定非営利活動法人」として、介護保険制度における在宅介護サービス事業者として都道府県知事の指定を受けることが可能である。

多様な事業形態をとる介護サービス事業者に対して、介護サービス従事者の職種・資格も高度専門職の者から比較的単純な職種の者まで多様であるが、介護保険法は、介護サービス事業者と介護サービス従事者との契約形態に関して、特段の規定をおいていない。典型的な契約として考えられるのは、労働（雇用）契約、請負契約、（準）委任契約であるが、1999年12月1日から改正労働者

派遣法が施行され、労働者派遣の原則自由化の下、当該就業場所における同一の業務に1年を超えて派遣することが許されない臨時的・一時的派遣として介護サービス関連でも医療保健業務（医師、歯科医師、薬剤師（但し、病院又は診療所に限る）、保健婦（士）、助産婦、看護婦（士）、理学療法士、作業療法士等）を除いた介護業務の派遣が認められ、ホームヘルパー、介護福祉士、社会福祉士、支援専門員等の派遣が認められるようになった。これまで、ホームヘルパー派遣の一翼を担ってきた有料家政婦紹介所も請負業として法人化し、介護サービス事業に参入しているが、多くの業者は家政婦紹介業と介護サービス業の両面で事業展開している⁴⁾。

4 介護サービス従事者の就労形態

介護サービス事業者と介護サービス従事者との法的関係は次のように分類できる⁵⁾。

(1) 直用

介護サービス事業者と介護サービス従事者との間で、労務提供が事業者の指揮命令の下で行われている場合には労働契約関係が成立し、この場合には介護サービス従事者には労基法、労災保険法等の労働法が適用される。ホームヘルパーは常勤と非常勤に分けられるが、非常勤ヘルパーには労働保護法令や社会保険関係法令の適用をしていない業者が少なくない。総務庁は、1995年に「保健医療・福祉に係る人材の活用対策に関する行政監察」により、ホームヘルパーと所属先の就労実態に基づく雇用関係を前提に、非常勤ヘルパーに対する労働保護法令の適用、社会保険関係法令の適用を労働省と厚生省に勧告し⁶⁾、厚生省も通達（「非常勤ホームヘルパーの就労条件の確保について」平8・5・8老計80号）を出した。

(2) 労働者派遣

労働者派遣法は、派遣労働とは「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて当該他人のために労働に従事させること」（派遣法2条1号）であり、派遣元事業主（指定事業者）が利用者に直接介護サービス従事者を派遣するのではなく、派遣元事業主から

介護保険指定業者に派遣をして、指定業者が利用者と介護サービス利用契約を締結する。派遣労働者は、指定業者の指揮命令の下で利用者にサービスを提供することになる。使用者責任は、基本的に派遣元に負わせつつ、使用者責任の一部を派遣先が負い、指揮命令権をもつことになると解される⁷⁾。介護報酬は、保険者から指定業者に払われ、指定業者は派遣元に派遣料を払い込み、介護サービス従事者は派遣元から賃金の支払を受けることになる。しかし、施設介護サービスの場合にはこのような派遣は可能でも、居宅介護の場合には、現実的な問題として介護サービス事業者の経営が成り立たない可能性が高く、実際には労働者派遣業者が、自ら指定業者になるケースが多いであろう。

(3) (準)委任契約

介護サービス従事者が、介護サービス事業者の指揮命令下でない場合には、準委任契約として、介護従事者は委任契約の趣旨に沿ったサービスの提供を行うが、労働保護法令の適用は原則としてない。典型的には、医師、歯科医師等の専門性の高い職種が考えられる。しかし、かなりのパート・登録型のホームヘルパーが所属先とは(準)委任契約関係とされ、労働法の適用を受けていないことが、前述の総務庁の調査で明らかになり、厚生省は、その就労実態から所属団体との間に雇用関係が認められる場合には労働保護法令が当然に適用されると指導した(平8・5・8老計80号)が、実効性はあまりなく、介護保険制度導入後は、(準)委任契約のパート・登録型ヘルパーの増加が加速している。

(4) ボランティア

ボランティアが介護サービス事業者との間で無償の介護サービス委託契約(準委任)が成立する場合と介護サービス事業者がボランティアを紹介するにすぎない場合、ボランティアが直接、介護サービス利用者との間で無報酬の介護サービス契約をする場合等が考えられるが、介護保険の適用外の介護サービスが多くなる。無償のボランティアであっても、生命・身体に関するものであるから注意義務は軽減されず、有償委任と同様の善管

注意義務(民法644条)を負う。

ボランティアによる歩行介護を受けていた者が転倒し、負傷した事故につきボランティアを派遣した社会福祉協議会の責任が問題になった裁判例がある。同協議会はボランティアの登録および派遣を行っているが、依頼に応じて登録したボランティアの中から適切なボランティアを紹介しているにすぎず、同協議会と障害者の間に準委任契約関係が存在しないと、協議会の債務不履行責任は否定され、損害賠償請求は棄却された。本件では、ボランティアの過失は否定されたが、無償ボランティアであっても、介護に当たっては善良な管理者としての注意を尽くす義務があると判示している⁸⁾。

II 介護保険法施行後の問題

1 介護事業の隘路

介護保険制度の下で民間企業は介護サービスの新たな担い手となったが、日経新聞の「介護事業調査結果」(2000年10月実施)によれば⁹⁾、施行後約半年で全体(有効回答245社・約68.6%は小規模企業)の57.1%の企業は採算割れになっており、制度開始前に比べて9.1%増加している。企業が予想したほど利用者や利用額が伸びなかったのが主な原因となっている。介護保険法施行後に一部の介護事業をやめた、あるいは、やめる予定・検討中は7%に達している。制度開始前に比べて「利用者が少ない」(47.3%)、「利用者1人当たりの利用額が少ない」(56.3%)等、介護需要全体が予想を下回った上に、サービス利用は、当初予定していた報酬単価の高い身体介護ではなく、比較的安い家事援助に集中した。身体介護の必要な重い要介護者は、実績がある社会福祉協議会などの公的な非営利団体を利用する傾向が強く、民間事業者の参入が厳しかったことも原因している。事務作業などのコストも78.0%の企業が予想より大きかったと回答している。ケアプランの作成業務で採算がとれている企業はゼロ、訪問介護でも採算がとれているのは13.6%、採算割れが56.0%と過半数を超えており、訪問入浴でも

採算がとれているのは31.7%、採算割れ33.3%となっている。地域別では、大都市圏で採算がとれているのは23.0%、山間僻地は2.5%、その他一般地域は、7.8%と人口密度が企業の採算性を大きく左右している。

2 人員削減と労働組合

日経新聞の調査によれば、介護保険制度実施後4ヵ月で全国で事業を廃止または休止した事業所の数は835件、全体の1.4%になっているが、在宅介護大手「コムスン」は、4月の介護保険制度導入に合わせて全国に100ヵ所しかなかった事業所を1200ヵ所に増やし、ホームヘルパーなどを大量に採用したが、在宅介護サービスの利用者数が伸びず、早くも6月末には希望退職や広域配転などで計1600人の人員削減を発表した。これに対して、1100人が退職し、50人が配転に応じた。極めて短期間にこれだけ大量のリストラを行った企業に対して、全国一般労働組合全国協議会コムスン労働組合が結成されたが、組合員らが解雇され、不当労働行為の申立、解雇取消訴訟へと労使紛争に発展している¹⁰⁾。介護サービスを市場原理に委ねることのリスクの一端を示した事件である。

ゼンセン同盟は、2000年1月に介護および関連産業に従事する労働者の労働組合＝日本介護クラフトユニオン（組合員1万5000人）を結成、企業別ではなく、個人加盟の産別組合で、対する経営者側の組織「日本在宅サービス事業者協会」には、介護サービスの事業者約200社、ニチイ学館、コムスン、ベネッセコーポレーション、日本福祉サービス、やさしい手、生命保険各社の関連企業など大手が会員となっている¹¹⁾。また、同年3月には、自治労東京が、個人加盟ユニオンである「東京ケアユニオン」を結成した¹²⁾。

III ホームヘルパーの法的地位と労働条件

1 中高年女性労働問題

介護保険法が施行される2000年の時点で介護を社会化して家族介護を解消するために必要なホームヘルパーは44万人と推算されていたが¹³⁾、

1999年末達成の新ゴールドプランによるホームヘルパーの達成目標は17万人で、ゴールドプラン21〔大蔵・厚生・自治3大臣の合意(平11・12・19)〕では2004年末までに35万人が達成目標とされた。いうまでもなく、どのような質の、いかなる雇用形態のヘルパーが増員されるのかが、介護保険制度成否の鍵を握っている。

ところで、ホームヘルパーの特色として、種々の調査結果から共通に指摘されているのは、①女性が9割以上を占める、②非常勤ホームヘルパー（通常、正規職員ではない雇用形態のホームヘルパー）が過半数を占める、③40歳以上が8割以上を占める等中高年女性が多く、雇用形態はパートタイマー・登録型ヘルパーが多数を占める¹⁴⁾。ホームヘルパーと同じく社会福祉業務である福祉施設職員も女性の比率が高く約8割を占めているが、そのうちの約9割が専任職員で平均年齢も若くなっているのとは対照的である。ホームヘルパーは、中高年女性、最近増えているボランティア・ヘルパーの多くは主婦であり、ヘルパー問題は中高年女性労働者問題でもある。

2 常勤からパート・登録型へ

当初ホームヘルパーの派遣対象は、低所得者とされ、料金は無料とされていたが、1982年に老人福祉法にもとづく「老人家庭奉仕員派遣事業運営要綱」が改正され、所得制限が撤廃され、利用者負担制度が導入された。それまで、ホームヘルパーは、原則的に常勤で、非常勤とする場合は、常勤が不要なほど対象者が少ないか、ヘルパー自身の理由により常勤できない場合に限定されていたが、緩和されてホームヘルパーのパート勤務、時間給制度が導入されたのである。1980年代前半から非常勤ヘルパー、登録ヘルパー、ボランティア・ヘルパー等が急速に伸び、常勤ヘルパーの伸びは停滞してきた。82年の「運営要綱」の改正で、「家事・介護に関すること」として一括されていた労働の内容が「身体介護に関すること」、「家事に関すること」に2分された。1989年からそれまで月額、日額、時間額の3種の賃金形態が「身体介護中心業務」と「家事援助中心業

務)に分けられ、身体介護中心業務の単価はそれまでのおよそ5割増となった。その後、常勤ヘルパーの報酬に対する月額については、家事型と介護型が一歩化されたが、パート・登録型ヘルパーの報酬については家事援助型と身体介護型の2本建てが97年まで続き、家事援助型の単価は身体介護型の3分の2に留め置かれた¹⁵⁾。

1997年に厚生省は、補助金の交付方式を「人件費交付方式」から出来高払いの「事業費補助方式」へ転換し、98年度からはすべて「事業費補助方式」に一本化した。市町村から訪問介護の委託を受けていた社会福祉協議会等にとっては、常勤ホームヘルパー補助金の大幅削減であり、「事業費補助方式」によって家事援助型の単価は身体介護型の4割弱まで引き下げられた。「事業費補助方式」は、市町村に民間事業者への委託を促し、パート・登録型ヘルパーの増加に拍車をかけた¹⁶⁾。

3 介護報酬単価

2000年度予算編成の最終局面で、介護報酬単価が医療保健福祉審議会の介護給付費部会で示された。身体介護4020円、家事援助1530円(30分以上1時間未満)を仮単価として示したが、民間事業者は、身体介護を事業の中心に据えた。介護保険は、ホームヘルパーのサービスについて、身体介護を医療サービスとしての看護とは区別し、低く評価し、家事援助についてはその専門性を評価せず、相談・助言についてはその独自の意義を認めていない。身体介護型の報酬単価は、看護の6割に、家事援助型は、身体介護型の6割に押さえられている。さらに、介護保険法施行直前に身体介護型と家事援助型に加えて複合型(2780円)が突然示され、身体介護を、比較的手間のかからない「動作介護」(体位交換、移動介助等)、ある程度手間のかかる「身の回り介護」(排せつ介助、更衣介助等)、さらに長い時間で手間のかかる「生活介護」(食事介助、全身介助等)に分類し、もっぱら身体介護、主に生活介護や身の回り介護を行い、これに関連して若干の家事援助を行う場合は、身体介護中心型、もっぱら家事援助を行う場合や家事援助に伴い若干の動作介護を行う場合

は、家事援助中心型、それ以外の中間的な場合を複合型とみなすとした。民間業者からは強い反発があった¹⁷⁾。

4 介護保険法施行後の労働条件——家事援助と身体介護をめぐる問題

2000年10月に日本介護クラフトユニオンが発表した介護保険制度実施後最初の「介護事業従事者の就業実態」(調査報告)¹⁸⁾によれば、アンケートに答えた1284人の介護従事者のうち正規社員と常勤ヘルパー(6時間以上、週5日以上出勤する者)は、49.1%で、パートヘルパーや登録ヘルパー、契約、嘱託社員等が半数を占める。正規雇用型ヘルパーは月額15万円から25万円得ていたが、パート・登録型ヘルパーの時給は、1000円から1500円である。訪問先に向かう移動時間が有給というパート・登録型ヘルパーは半数に満たず、登録型ヘルパーの92%は、待機時間が無給となっている。

介護保険法施行後に、多くの民間事業が撤退、縮小に追い込まれたのは、身体介護に比べて家事援助型の利用者が多かったことにある。利用者の多くが少しでも介護サービスを受けられる時間を増やそうと報酬単価の高い身体介護を避け、それより安い「家事援助」や「複合型」を選ぶため、介護事業者はホームヘルパーの時給を切り下げたり、雇用契約を常勤からパートに切り替えたりして対応しており、労働時間は長くなったにもかかわらず、ヘルパー収入はこれまでより減少したという苦情が多い。次の表1によれば、大手事業者の方が中小より時給が低く、全体の時給水準を引き下げている。介護報酬単価が時間単位による介護サービス単価により計算される結果、常勤からパートへ、さらに時間単位(30分)で働く登録型ヘルパーにシフトが進み、ヘルパーが不足していても正職員としての新規採用はとて望めない状況である。低い介護報酬単価は家事援助の意義を低下させ、ホームヘルパーの裁量を認めず、労働をマニュアル化した結果、時間に追われるヘルパーと利用者とのコミュニケーションが薄れてしまうという弊害が指摘されている。

表1 介護別のヘルパーの時給

事業者	家事援助(円)	複合援助(円)	身体介護(円)
A(大手)	1090 (71.2%)	1170 (42.1%)	1520 (37.8%)
B(大手)	1080 (70.6)	1180 (42.4)	1550 (38.6)
C(大手)	1050 (68.6)	1160 (41.7)	1510 (37.6)
D(中小)	1300 (85.0)	1500 (54.0)	2000 (49.8)
E(中小)	1210 (79.1)	1780 (64.0)	2060 (51.2)

注) ()の数値は、介護報酬単価に対する比率。

出所) <http://www.care-forum.com/kaigo/taiguhabamu.html>

家事援助サービスについては、保険の対象外である家事代行までやられる、身体的な介護が含まれて、本来なら身体介護または複合型になるにもかかわらず、利用者の希望に引っ張られるなどの理由により、家事援助としてサービス提供されているなどの指摘があり、2000年7月に開かれた医療保険福祉審議会で厚生省は、訪問介護の適正化のために、家事援助の不適正事例を示したが¹⁹⁾、介護事業者は利用者獲得のためにサービスとして不適正事例を黙認しているケースが多い。

身体介護と家事援助は密接不可分の形で提供され、明確に区別することが困難であると同時に「可能な限り、その居宅において、その有する能力に応じ自立した日常生活を営む」という介護保険法の趣旨(介保法2条4項)にも反する。連合総合生活開発研究所の調査は、身体介護専任型における家事援助、家事援助専任型における身体介護は同時に行われているとみることができ、介護保険制度が目的とする高齢者の自立支援につながるためには、介護と家事を切り離して考えることは不適切であるとしている²⁰⁾。

IV 介護サービスと事故責任

1 介護サービス事業者の連絡義務と賠償責任

介護サービス事業者は、介護サービス利用者の「心身の状況、その置かれている環境等に応じて……適切な」サービス提供の義務(介保法2条)を負い、介護サービス従事者は、介護サービス契約の履行補助者として契約内容に従った給付を為す義務を負う。介護サービス利用者と介護サービ

ス事業者との間で締結される介護サービス利用契約は、介護サービスを目的とした請負または準委任契約と解されるが、介護従事者と利用者との間には原則として契約関係は成立していない。介護サービス給付中に、介護サービス従事者の故意また過失により事故を発生させて利用者に損害を与えた場合、介護サービス従事者の不法行為責任が問われると同時に、介護サービス事業者の契約責任(民法415条、履行補助者の過失)、あるいは不法行為上の使用者責任(民法715条)が問題となる。

労働者派遣の場合、使用者責任は、基本的に派遣元に負わせつつ、介護サービス事業者の「指揮命令」のもとに介護サービスに従事させている。労基法の一定の規定については派遣先事業のみが使用者として責任を負うことから(派遣法4条2項)、介護サービス提供中の事故に対しては原則として派遣先事業が負うことになるが、労災補償責任は派遣元が負う。

介護サービス事業者と従業者の間に「指揮命令関係」がなく、(準)委任契約関係とされる場合、介護サービス事業者は、原則として「事故」責任を負わないと解釈されるが、事故に備えて事業者が傷害保険・損害賠償責任保険に加入しているケースが多い。

指定訪問介護事業者は、賠償すべき事故が発生した場合には、市町村、利用者の家族、利用者の居宅介護支援事業者等に連絡するとともに、必要な措置を講じ、損害が発生した場合には速やかに損害賠償を行うことが義務づけられている(「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11・3・31厚令37)。指定介護支援事業者も同様の義務を迫る(「指定居宅介護支援等の事業の人員及び運営に関する基準」平11・3・31厚令38)。居宅介護支援事業者の事故として考えられるのは、訪問調査の場合、調査項目の転記ミスのために介護判定が従来よりも低く判定された結果、その差額に対する損害賠償請求、ケアプランの作成ミスに対する損害賠償請求等が考えられる²¹⁾。

万一事故が起きても責任を負わないという利用

契約条項や念書は、消費者契約法8条に該当して無効となる。介護支援事業と訪問介護事業を並行して行っている事業者が多く、民間保険の居宅介護事業者賠償責任保険は、居宅サービスと居宅支援サービス両方をカバーしているものが多い。いずれにしても、介護保険法施行後は、事故に対する責任の面でも、公的責任は大きく後退した²²⁾。

2 居宅介護と医療行為

介護事故をめぐる裁判例はまだ少なく、今日まで、医療事故、医療過誤、あるいは看護事故、看護過誤に比べて介護事故、介護過誤はあまり問題にされてこなかったが、国民生活センターが、首都圏の特別養護老人ホーム25施設と有料老人ホーム1施設の介護事故を調査した『介護事故の実態と未然防止に関する調査研究』(2000年3月)を発表している。同調査研究は、介護事故を「介護の提供過程で、利用者に対し何らかの不利益な結果を与えた場合または与える危険のあった場合」と定義している。

介護保険によるサービスの中に、食事等の身辺介護のみならず、診療、看護、リハビリテーション等の医療行為の要素が含まれたことから、訪問介護、訪問入浴介護に際して、褥瘡の手当て、吸引、吸入、経管栄養、点滴、血圧測定、摘便などを行わざるを得ないケースが生じてくる。しかし、これらの行為はいずれも医療行為とされ、医師以外の者による医療行為は禁止され(医師法17条)、看護婦(士)その他の看護職員が医師の指示に基づいて行う診療補助行為(保助看法5,37条)として認められているにすぎない。ただし、「医療行為」については、法的な定義がなく、医師の医学的判断、技術によらなければ人体に危害を及ぼすおそれのある行為で、具体的には、社会通念に照らして個別に判断することとなっている。何が医療行為で何が医療行為ではないかということが、法律で明確に定義されていないために、現場は混乱している²³⁾。

ホームヘルパー養成研修テキストの教材において、①吸引、②吸入(ネブライザー)、③浣腸、④摘便、⑤褥瘡への対応、⑥電法、⑦マッサージ

が、医師・看護婦の行う医療行為として列挙されている²⁴⁾。訪問介護利用契約に「医療行為」を行うことはできないと記載されているものは多いが、具体的行為を列挙しているものは少数である。

民間病院問題研究所が、全国のホームヘルパーと施設の介護職(202人)に対して、血圧測定、外用薬の塗布、点眼、つめ切り(巻き爪含む)などの23項目の医療行為²⁵⁾について違法性の認識度と医療行為経験の有無、医療行為を行った理由等を調査した結果によれば、医療行為を行うことが違法だと認識していたのは全体の95%に達したが、全体の96%が何らかの医療行為を行ったと回答している。外用薬の塗布、点眼、つめ切り(巻き爪含む)の3項目に関しては、全体の半分以上が医療行為とは知らなかったと回答している。医療行為を行った理由として、ホームヘルパーには「やらざるを得ない状況に置かれた」、「サービスの一環に組み込まれている」、「本人の依頼」等の回答が多くなっている。

総務庁の行政監察によれば(『要援護高齢者に関する行政監察結果——保健・福祉対策を中心として』,1999・9・24)、医療行為を行うことができる看護婦等を訪問させる老人訪問看護事業については週2回以下が全体の約88%を占めるため、状況によってはホームヘルパーが、傷口のガーゼの交換、血圧・体温測定、軟膏の塗布、座薬の注入、浣腸、目薬の点眼等の医療行為の一部を実施している。総務庁は、同行政監察結果に基づいて、ホームヘルパーが、身体介護に関連する行為をできる限り幅広く行えるようにすることが、利用者等のニーズに沿うとともに、介護家族の負担軽減、看護婦等の人材活用の効率化等にも資するとして、身体介護に伴って必要となる行為をできる限り幅広くホームヘルパーが取り扱えるよう、その業務を見直し、具体的に示すことを厚生省に勧告したが、厚生省(現厚生労働省)は具体的基準を明らかにしていない。

民間病院問題研究所の調査では、ホームヘルパーの43.2%が医療行為である「褥瘡の処置」を行ったことがあると回答している。医療行為は患者の生命・身体に関わる事柄として医師の独占業

務とされ、看護婦(士)が診療補助として関与する場合にも利用者の病状、心身の状態に応じた周到な観察、および記録ないし遅滞なき医師への報告が義務付けられているが(「指定老人訪問看護事業の人員及び運営に関する基準」平4・2・29厚令3, 17条, 18条)、ホームヘルパーにはこのような義務付けはなされていない。本来は看護婦が負うべきである業務内容につきホームヘルパーが関与して事故が発生した場合には、ホームヘルパーは不法行為責任だけではなく、医師法違反、保助看法違反に問われる可能性がある。体位交換が適切に行われなかったために褥瘡が発生・悪化した患者が腎不全で死亡した事件について、担当医師に適切な体位変換をしなかった債務不履行ないし不法行為上の注意義務違反が認められ、遺族の損害賠償請求が認められた裁判例がある²⁶⁾。

3 施設サービスにおける事故と介護職の責任

「事故」責任については、従来の病院等医療施設における事故責任の法理が原則として適用されることになるが、この場合、介護・看護従事者の個人責任の追及と同時に、介護保険施設の不法行為ないし契約責任(民法715条, 709条, 415条)が追及されることが多い。

前述の国民生活センターの『介護事故の実態と未然防止に関する調査研究』は特別養護老人ホームにおける220件の介護事故を次のように11に分類している。①転倒(ア)車椅子から転倒・車いすごと転倒・車いすに移ろうとして転倒、(イ)トイレ周辺で転倒・トイレに行こうとして転倒、(ウ)歩いて転倒・立った姿勢から転倒、(エ)介助中の転倒、(オ)その他の転倒、②ベッドからの転落、③介助中の事故によるあざ・出血・やけど等、④原因不明およびその他の骨折・あざ・出血等、⑤誤嚥(誤飲)、⑥異食、⑦薬の誤配、⑧無断外出、⑨入所者同士のトラブル、⑩物の破損・紛失、⑪疥癬等。しかし、事故に対する補償が問題になったケースは僅かであった。いずれも施設は損害賠償責任保険に加入しているが、調査対象となった16施設中保険請求しているのは6施設にすぎなかった。保険請求した理由は、家族が損害賠償を請求した

からで、逆に家族が請求しない、身内がない等が請求をしない理由となっている²⁷⁾。

高齢者の介護事故に関する裁判例も極めて少ないなかで、転落死に関する損害賠償請求事件が目立っている²⁸⁾。老人保健施設に入所していた70歳の女性(全盲、痴呆症状あり)が、3階居室から転落死亡した事件では、介護施設において、介護職は医療・看護職の指示に従うだけでは免責されず、介護職独自の判断と責任が問われるとし、適切な介護を怠ったとして介護職の不法行為を認め、その過失に対して使用者の使用者責任に対して、600万円の損害賠償を認めた²⁹⁾。

特別養護老人ホームのショートステイに入所3日目の男性(73歳、痴呆症)が、朝食後誤飲が原因で死亡した事件³⁰⁾では、施設職員が適切な処置を怠ったためとして特養老人ホームの過失が認められ、遺族に損害賠償が認められた。介護職員らの対応の不適切さが直接問責されており、施設ヘルパー(介護職員)のみならずホームヘルパーに与える影響も大きい事件である。介護職員らは誤飲を予想した措置をとらず、救急車を呼んだのも異変発見後15分経過してからで、適切な処置を怠った過失があると判示し、緊急時には家人に先ず連絡して、その指示を受けることになっていたという被告の主張には一刻を争い、生命にかかわる場合にまで、家人への連絡を優先させるような硬直した体制自体問題があると指摘し、速やかに背中をたたいたり、吸引器を使用するか、直ちに救急車を呼んで救急隊員の応急処置を求めれば、気道内の食物を取り除いて救命できた可能性は大きいとしている。施設は社会福祉施設総合賠償保険に加入しており、保険会社から最大の補償として(500万円の死亡補償と葬祭料55万円)が示されていたが、判決では2000万円の慰謝料、120万円の葬儀費用と100万円の弁護士費用が認められ、保険による補償を遙かに上回った(控訴審係争中)。

本件事故は、食物が喉に詰まったことがはっきりしないいわゆる「不顕性誤嚥」のケースである。判決がいう吸引器の使用は医療行為であり、介護職が医療行為を行うことは医師法で禁じられてい

る。しかし、医師法を守って吸引をしなければ、民事上の過失責任を問われることになる。本件の場合、吸引器を使用すれば、新たな過失に繋がる恐れがあり、刑事責任を問われる可能性もある³¹⁾。介護現場と現行法制のギャップがもたらすリスクと問題点を改めて指摘し、実務に与える影響も大きな裁判例である。

注

- 1) アメリカのホームケアワーカー（ホームヘルパーは和製英語）の労働条件については、Feldman, Penny H. (1993) "Work Life Improvements for Home Care Workers: Impact and Feasibility," *The Gerontologist*, Vol. 33, pp. 47-54, Wacker, Robbyn R., Robert, Karen A., Piper, Linda E. (1998) *Community Resources for Older Adults: Programs and Services in an Era of Change*, Pine Forge Press等参照。
- 2) 栃木県の指定訪問介護業者が、無資格ホームヘルパー派遣で、指定を取り消されている。2000・11・12読売新聞朝刊。
- 3) 宇和川邁 (1999) 「ホームヘルパーの賃金について考える」『賃金と社会保障』No. 1259, p. 14。
- 4) 「介護労働の現場から①」(1997)『財形福祉』Vol. 25, No. 7, p. 20。
- 5) 以下の検討は、水谷英夫 (2000) 「『介護サービス従事者』の法的地位と責任」『季刊労働法』No. 193, p. 60 以下、大場敏彦 (1997) 「介護従事者の就労条件規制をめぐる検討課題」『日本社会保障法学会誌』Vol. 12, p. 189 以下、大場敏彦 (1996) 「介護サービスと労働法上の問題点」『労働法律旬報』No. 1379, p. 6 以下、手塚和彰 (1997) 「介護労働力をめぐる労働市場と法的問題」『季刊労働法』No. 181, p. 52 以下等参照。
- 6) 総務庁行政監察局編 (1995) 『高齢化社会を支える看護・介護のマンパワーを支えるために——保健医療・福祉に係る人材確保対策に関する行政監査結果から』, 大蔵省印刷局。
- 7) 介護労働研究会 (1995) 『介護労働者確保対策の方向』pp. 14-16, 中野麻美 (2000) 「ケア・ワーカー、ホーム・ヘルパーの労働条件保護」『季刊労働法』No. 193, p. 85。
- 8) 社会福祉法人文京区社会福祉協議会事件・東京地判平 10・7・28『判例時報』No. 1665, p. 84。
- 9) 「介護事業/民間介護関連企業の誤算——日経新聞社・介護事業調査 (10月) より——」(2000) 『賃金と社会保障』No. 1287, p. 31。
- 10) 「『介護保険』足元揺らぐ——コムソンの大リストラ・2000」6・29朝日新聞朝刊, 2000・10・07朝日新聞朝刊, 2000・9・29朝日新聞朝刊。
- 11) 「ゼンセン同盟, 日本クラフトユニオンを立ち上げる」(2000) 『賃金と社会保障』No. 1269, p. 44。
- 12) 『賃金と社会保障』No. 1272, p. 20。
- 13) 介護の社会化を進める1万人市民委員会 (1997) 『介護保険法案に市民修正を』, p. 18。
- 14) 連合総合生活開発研究所 (1997) 『高齢者福祉とホームヘルプ職調査』, 日本労働研究機構 (1999) 『ホームヘルパーの就業実態と意識——「ホームヘルパー就業意識調査」結果報告書——』等。
- 15) ホームヘルパーの職務内容については「専門的知識, 経験等を要するというようなものではない」(垂水市家庭奉仕員事件・鹿児島地判昭 63・12・19『労働判例』No. 549, p. 78) という裁判例に代表されるように家事援助の専門性を低く評価する傾向が根強い。
- 16) 佐藤卓利 (2000) 「介護保険とホームヘルプ労働についての考察」『賃金と社会保障』No. 1281, p. 66。
- 17) 宇和川 (1999), p. 27。
- 18) 『賃金と社会保障』No. 1285, p. 20。
- 19) 訪問介護の家事援助行為での不適正事例
 - A. 「直接本人の援助」に該当しない行為
 - 主として家族の利便に供する行為又は家族が行うことが適当であると判断される行為
 - a. 利用者以外のものに係る洗濯, 調理, 買い出し, 布団干し
 - b. 主として利用者が使用する場所以外の場所の掃除
 - c. 来客の応接 (お茶, 食事の手配等) 等
 - d. 自家用車の洗車・清掃
 - B. 「日常生活の援助」に該当しない行為
 - a. 訪問介護員が行わなくても日常生活を営むのに支障が生じないと判断される行為
 - b. 草むしり
 - c. 花木の水やり
 - d. 犬の散歩などペットの世話
 - C. 日常的に行われる家事の範囲を超える行為
 - a. 家具・電気器具等の移動, 修繕, 模様替え
 - b. 大掃除, 窓のガラス磨き, 床のワックスがけ
 - c. 室内外家屋の修理, ペンキ塗り
 - d. 植木の剪定等の園芸
 - e. 正月, 節句等のために特別な手間をかけて行う調理
- 20) 小川栄二 (1998) 「ホームヘルプ労働のあるべき姿と改善課題」河合克義編著『ホームヘルプの公的責任を考える』, あけび書房, pp. 93-94, 連合総合生活開発研究所 (1997) 『高齢者福祉とホームヘルプ職調査』, p. 55。
- 21) 矢野聡・島津淳編著 (2000) 『介護保険制度と福祉経営——措置から経営へ』, ミネルヴァ書房,

- p. 145.
- 22) 区が派遣する登録ヘルパー(身体障害者家庭奉仕員)が、利用者の預金等を着服した事件で、区の事業者責任が問われたが、認められなかった(世田谷区ホームヘルパー事件・東京地裁・平11・3・16『賃金と社会保障』1254号64頁)。林弘子(1997)「介護供給体制——ホームヘルパーの法的地位」河野正輝・菊池高志編著『高齢者の法』, 有斐閣, p. 322以下。本件判決については、菊池馨実(1999)「ホームヘルパーによる預金の着服と自治体の賠償責任」『ジュリスト』No. 1169, p. 108, 登坂真人(1999)「世田谷区ホームヘルパー事件——東京地裁判決(平11・3・16)の問題点」『賃金と社会保障』No. 1254, p. 60。
- 23) 林弘子(1993)「在宅介護・看護をめぐる労働法上の諸問題」ジュリスト増刊『高齢社会と在宅ケア』, p. 134以下。
- 24) ホームヘルパーの養成研修テキスト『在宅介護の基礎知識』(2000年, 長寿社会開発センター), p. 176。
- 25) 民間病院問題研究所は、専門家の意見により次の23の医療行為を選び出して、医療行為に関する調査をしている。点滴の抜針, 酸素吸入, 経管栄養, インシュリン投与, 気管切開患者の管理指導, 血管カニューレの交換, たんの吸引, 留置カテーテルの管理, 導尿, 膀胱洗浄, 褥瘡の処置, 人工肛門の処置, 排痰ケア, 摘便, 浣腸, 座薬, 食事療法, 血圧測定, 口腔内かき出し, 服薬管理, 外用薬の塗布, 点眼, つめ切り。民間病院問題研究所(2000)『介護現場の医療行為』, 日本医療企画, pp. 30-31。
- 26) 幸町胃腸病院事件・平9・4・28『判例時報』No. 1628, p. 49。
- 27) 大半の施設は入院時に事故が起こりうることを家族に説明しているのだから、損害賠償を請求されることはないと答えている。従って、多くの事故で入院の必要経費は、本人または家族が負担している。『賃金と社会保障』No. 1281, p. 37。
- 28) 名古屋地判昭62・6・24『判例タイムズ』No. 660, p. 180, 高知地判平7・3・28『判例タイムズ』No. 881, p. 183, 新潟地判平7・10・5『判例タイムズ』No. 904, p. 193等。
- 29) 医療法人さくら会事件・東京地判平12・6・7『賃金と社会保障』1280号, p. 14。本件については、菊池馨実(2000)「介護事故と損害賠償責任——老健施設における転落事故死と東京地裁判決」『賃金と社会保障』No. 1280, p. 10。
- 30) 特別養護老人ホーム緑陽苑事件・横浜地川崎支判・平12・2・23『賃金と社会保障』No. 1284, p. 43。同事件については、菊池馨実(2000)「食事介助と特養老人ホームでの死亡事故」『賃金と社会保障』No. 1284, p. 38。

- 31) 2000年11月には、同年7月に老人保健施設で入浴中の95歳の女性の監視を約3分間怠ったために、顔が湯につかっているのに気づかず、死亡させた22歳の介護職員が業務上過失致死傷罪で書類送検された事故が発生している。2000・11・29 読売新聞朝刊。

参考文献

- Feldman, Penny H. (1993) "Work Life Improvements for Home Care Workers: Impact and Feasibility," *The Gerontologist*, Vol. 33, pp. 47-54.
- Wacker, Robbyn R., Robert, Karen A., Piper, Linda E. (1998) *Community Resources for Older Adults: Programs and Services in an Era of Change*, Pine Forge Press.
- 宇和川邁(1999)「ホームヘルパーの賃金について考える」『賃金と社会保障』No. 1259。
- 大場敏彦(1997)「介護従事者の就労条件規制をめぐる検討課題」『日本社会保障法学会誌』Vol. 12。———(1996)「介護サービスと労働法上の問題点」『労働法律旬報』No. 1379。
- 小川栄二(1998)「ホームヘルプ労働のあるべき姿と改善課題」河合克義編著『ホームヘルプの公的責任を考える』, あけび書房。
- 介護労働研究会(1995)『介護労働者確保対策の方向』。
- 介護の社会化を進める1万人市民委員会(1997)『介護保険法案に市民修正を』。
- 菊池馨実(1999)「ホームヘルパーによる預金の着服と自治体の賠償責任」『ジュリスト』No. 1169。———(2000)「介護事故と損害賠償責任——老健施設における転落事故死と東京地裁判決」『賃金と社会保障』No. 1280。———(2000)「食事介助と特養老人ホームでの死亡事故」『賃金と社会保障』No. 1284。
- 佐藤卓利(2000)「介護保険とホームヘルプ労働についての考察」『賃金と社会保障』No. 1281。
- 総務庁行政監察局編(1995)『高齢化社会を支える看護・介護のマンパワーを支えるために——保健医療・福祉に係る人材確保対策に関する行政監査結果から』, 大蔵省印刷局。
- 手塚和彰(1997)「介護労働力をめぐる労働市場と法的問題」『季刊労働法』No. 181。
- 中野麻美(2000)「ケア・ワーカー, ホーム・ヘルパーの労働条件保護」『季刊労働法』No. 193。
- 日本労働研究機構(1999)『ホームヘルパーの就業実態と意識——「ホームヘルパー就業意識調査」結果報告書——』。
- 登坂真人(1999)「世田谷区ホームヘルパー事件——東京地裁判決(平11・3・16)の問題点」『賃金と社会保障』No. 1254。

林 弘子 (1997) 「介護供給体制——ホームヘルパーの法的地位」河野正輝・菊池高志編著『高齢者の法』, 有斐閣。

—— (1993) 「在宅介護・看護をめぐる労働法上の諸問題」ジュリスト増刊『高齢社会と在宅ケア』。

水谷英夫 (2000) 「『介護サービス従事者』の法的地位と責任」『季刊労働法』 No. 193。

民間病院問題研究所 (2000) 『介護現場の医療行為』, 日本医療企画。

矢野聡・島津淳編著 (2000) 『介護保険制度と福祉経営——措置から経営へ』, ミネルヴァ書房。

連合総合生活開発研究所 (1997) 『高齢者福祉とホームヘルプ職調査』。

(はやし・ひろこ 福岡大学教授)