

法的な考え方とリスクヘッジ

(株)福祉リスクマネジメント研究所 所長
びわこ学院大学 准教授
烏野 猛

はじめに — 介護は心でやるもの…? —

「…介護をするにあたって、優れた介助技術の修得や、利用者や家族へのコミュニケーションのとり方ではなく、どうして、なぜ、法的な考え方が必要なのでしょう…? そういった難しいことは、管理者や経営者層が考えていればいいんじゃないでしょうか…?」

このような質問をよく受けますし、また皆さんも新しく入った部下から同じような問いかけをされたことが少なからずあろうかと思えます。

その時、皆さんならどうお答えになりますか…?

「介護保険がスタートして、契約になったから…」

「最近、クレームをつけてくる利用者や家族がとて多くなってきたから…」

どちらも正解だと思います。しかし、正解ですが正解となる根拠が十分ではありませんね。

質問にあるように、「…優れた介護技術の修得や、上手なコミュニケーションのとり方を学ぶ…」にも、法的な理由があるんです。

順を追って説明しましょう。

1 「介護は商品である…!」 介護保険制度は民法上での「約束事」…!!!

介護保険制度がはじまってすでに 10 年以上が過ぎました。2000 年を転換点として、介護をめぐる環境は措置制度から契約制度へと移り変わり、現在に至るまでも数々の法改正がありました。

皆さんのような現場で汗をかかれています方にとっては、単純に移り変わったというよりは、激動と混乱の日々であったと思われまます。

これまでの措置制度上で位置づけられていた介護には、「思いやりや優しさ、笑顔」をキーワードに仕事のできた環境にありました。しかし、2000 年度以降、民法上の契約をベースにした介護保険契約がサービスを提供する事業者と利用者との間に結ばれ、提供される介護サービスは消費者契約法上でも、「商品」として位置づけられるようになりました。

皆さんが日々、提供されている介護サービスが「商品」であることから、当然「返品」という発想も当てはまるわけです。たとえば、皆さんがどこかで皿を買ったとしましょう。家に持ち帰り、その皿が割れていたり、思ったものではなかった場合、「返品」という行動に出ますよね。それと同じことです。

皆さんが提供されている介護サービスは、より高い品質保証がなされた「商品」と考える必要があります。たとえば、通所介護とも併用して展開される訪問介護事業で考えてみましょう。訪問介護事業所から派遣されたヘルパーが、約 1 時間の身体介護のサービスを提供したとしましょう。介護報酬というシステムでいうと、サービス提供月の翌々月に 4020 円(402 単位で 1 単位 10 円とすると)が事業所に入るわけです(正確には 1 割の利用者負担があります)。

この場合であっても、美人で料理も掃除も完璧なヘルパーがサービスを提供したからといって、何らかの加算がつくわけではなく、また逆に愛想の悪い料理も下手で掃除も四隅にゴミが残っているような仕事しかできないヘルパーがサービスを提供したからといって、何らかの減算となるわけではありませんよね。

つまり、介護保険制度上では、ある一定の質が保証されているサービス提供を前提として、事業所の指定がなされ、事業所に介護報酬が振り込まれる、という流れをとるわけです。

2 法的な考え方が介護現場に求められる理由

これまで、「福祉・介護」と「法律」とは、水と油との関係にありました。しかし、今ではその両方の視点が求められるようになっていきます。

冒頭でも触れましたが、介護が介護保険制度というシステムをとる民法上の契約となっただけではなく、最近では東日本大震災を踏まえ、防災という視点からマニュアルの見直しが行われ、非常時においてその行動の根拠が問われるようになりました。さらに、「2015 年問題」といわれるように、団塊の世代の層が数年後に第 1 号被保険者となり、彼らが皆さんの介護事業のサービスを利用するようになると、当然のことながら権利意識や人脈、キャリアに長けた消費者としての高齢者の出現が、介護サービスの根拠を問い直す契機になります。

「お金を払っているのだから…」という利用者や家族の主張に対し、皆さんが何を約束し、何を業務として果たす義務があるのか、そしてどこまでの介護を行ったことにより、対価分も含めた約束を果たしたことになるのか…が問われるわけです。

先ほどから、「介護サービスの提供は民法上の契約である」ということを繰り返し話してきましたが、どのような契約いいかえるなら「約束」を皆さんは利用者との間で結んでいるのでしょうか？

介護事故裁判の争点から説明していきましょう。介護保険制度がはじまった 2000 年度以降の介護事故裁判の争点には、ほとんどのケースで「債務不履行」という言葉が登場しま

す。「訴えてやる」という行動が、実際には「損害賠償請求」というお金でトラブルを解決する方法を採るのですが、金銭でトラブルを解決する方法の際たるものが、この債務不履行という考え方なんです。

「債務不履行」の言葉を分解してみると、「債務」は「守る必要がある約束や義務」と考えてください。「不」は、「非」と同様に打ち消しの意味がありますね。最後に「履行」とは「実施する」という意味があります。ですから、この債務不履行とは、「約束していたにもかかわらず、その約束を守ってくれなかった」という意味になり、そのことをもって、損害を受けたから訴える、という意味です。

では、皆さんは利用者や家族との間で一体何を約束したのでしょうか？ それは「サービス提供契約書」でも「重要事項説明書」でもありません。「ケアプラン」なんです。

利用者や家族からニーズを聞き取り「アセスメント」から「ケアプラン」に落とし込みます。しかしこの段階ではまだ案にしか過ぎず、利用者や家族の了解を得てこの案がとれ「ケアプラン」となります。そのプランに沿って、実際のサービスを展開し記録化する。そしてそのケアプランが妥当なものかどうかを「モニタリング」から明らかにしたうえで評価し、再度アセスメント（リ・アセスメント）を行うという流れをとります。

皆さんが日々、提供されている介護現場での債務不履行責任による損害賠償請求とは、ケアプランで実施すると約束されていた介護が、実際には行われていなかった、また記録等の不備から介護を実施していたかどうかさえもわからなくなった場合の訴えです。

ですから、「心を込めて、想いを込めて介護をする」では、「利用者からお金をもらって約束を果たす」という趣旨とは次元の違う論理になってしまうわけです。

冒頭でも触れた「…優れた介護技術の修得や、上手なコミュニケーションのとり方を学ぶ…」その法的な理由とは、利用者との間で果たすべき約束を守るために、安全を確保しよりよい介助を行う上で優れた技術を修得することが必要にもなるでしょうし、またそもそも判断能力が低下しており約束することすら難しい高齢者や家族に対し、説明義務を果たすという点からも、上手なコミュニケーションのとり方を学ぶ必要があるわけです。

3 法的視点なくして、今の介護現場は語れない

今までの説明で、どうして介護をするのに法的な視点が必要なのか、理解していただけように思います。しかし、何の法律が、どのように関係してくるのでしょうか？

ちなみに、全国の生活相談員やケアマネジャーから寄せられる質問の一例を紹介しましょう。

- ・ デイサービスでのレクリエーション中に、認知症の利用者さんが別の認知症の利用者さんを突き飛ばして死亡させてしまいました。その責任は一体誰にあるのでしょうか？
- ・ もうすでに亡くなった利用者さんの遺族から、親がサービスを利用していた時の介護記録をすべて見せて欲しいと訴えがありました。記録については、ケースファイルとして保管していますが、記録の

内容などで家族の方にはあまり見られたくない情報も載っています。どうしたらいいんでしょうか？

- ・ 学生の実習に関するトラブルなんです、その学生は実習も行い、とても感じがいい若者でしたので内定を出したところ、その学生さんがあるブログで実習中のことや就職面接でのやり取りを載せていました。守秘義務違反にあたるので、法人としては内定の取消しを行いました、学生とその保護者から強い口調で事業所に対する抗議がありました。今後どうすればいいんでしょうか？
- ・ 東日本大震災のような大規模な災害がおこった場合、職員の働き方について、何か法的に特例はあるのでしょうか？ 非常事態ですから、職員の超過勤務もやむを得ないと思うのですが、来年の4月から労基法上の規定が厳しくなり、労務管理等の不備があった場合、指定の取消しにまで発展する場合もあると聞きました。そのあたりとの関係はどうなるんでしょうか？

これらの質問は、ごく一例にしか過ぎませんが、介護をめぐって法律がからむ問題であることにはわかりありません。つまり、「言われた通りの介助だけを、勤務時間まで終えればいい」という発想ではないことだけは確かなようです。

しかし、上記の例についても、明快に解く法制度の整備が大変不十分な状態であり、法律の専門家であったとしても頭を悩ませるトラブルが多くなっているのも事実です。

たとえば問題解決に有力となる民法を例にとってみても、明治29年（1896年 2年前には日清戦争勃発）に法制化されましたが、これらを作りあげた偉い先生方であっても、今の高齢者をめぐる様々な問題を想定していなかったといえるでしょう。

つまり、バタッと倒れてから亡くなるまでの期間がこんなに長くなるなんて、思いもよらなかったでしょうし、認知症などのために判断能力や精神能力がなくなってからも、年金という名の資金が口座に貯まり続ける環境も想像がつかなかった事と思います…。

介護現場でも、法的な視点から見た働き方が求められることは理解していただいたように思いますが、具体的にどの法律のどの条文なのか、については多岐に及ぶ応用問題のような性格を介護は持っていると考えてください。主としては、法律の中でも私法の一般法である民法の領域に答えが含まれているようにも思えます。ですが、上記の例をみても、消費者契約法、労働法、成年後見条項、個人情報保護法、高齢者虐待防止法など、様々な法律が関係していることが分かります。

おわりに

とくに、デイサービスやショートステイに関しては、情報の少ない新規利用者に対して、どうリスクヘッジを図るのか、といった視点が必要になります。

今の皆さんにできる、法的な考え方からみた日ごろの業務の視点でいえば、ケアプラン上利用者と約束をしている点について、どう具体的に業務として実行し、どのような記録を残すのか、に尽きるように思います。

これについては、実際に発生した介護事故やヒヤリ・ハッと報告書を手がかりに分析を

行うことが有効です。つまり、アセスメントからケアプランへの落とし込み、そして長期・短期目標を記載した介護計画から実際に提供された介護記録への落とし込みへの振り返りを行うことで、新規の利用者に対して「何を情報として聞いておかなければならないのか」「どこまでが在宅との延長線上で可能な介護サービスなのか」として「記録として何を書く必要がある、どんな文言が不要なのか」といった考察が、必要とされる情報収集の項目を明らかにする上で有効になります。

「記録を読んで、どんなケアプランなのかが想像できるか?」、「ケアプランをみて、どんなアセスメントなのかが想像できるか? つまり、利用者像がイメージできるか?」といった逆の視点から、「限られた時間や交渉のなかで何を聞いておかなければいけないのか?」「何をケアプラン上の目標としてあげるべきなのか?」。そして「実際の介護サービスを提供していくうえで、現実可能なものであるのか?」という視点を養うことで、情報の少ない新規の利用者のリスクヘッジを図ることが可能になります。

法的にものごとを考えるとすることは、皆さんが行っている日々の業務について、その行為の根拠を正確に、かつケアプランとの整合を保ちながら実行するという事なんです。

以上