

- (2) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Rev. 480 (Oct. 1980)
- (3) 現状については、今後確認していきたい。
- (4) prima facie case 一応有利な事件。被告からの motion for directed verdict (指示評決の申立て), motion to dismiss (訴え却下の申立て) を免れるだけの証拠を原告が提出している事件をいう。
- (5) 現状については、今後確認していきたい。

る居住者と同調することになったことは前述のとおりである)。裁判所はこの事件の複雑さ、予測される期間の長さ、裁判費用の膨大さを予測し、州全体に渉るナーシングホームの状況を調査する為に以下の項目について調査する専門集団を組織することを試みた。すなわち、(1) 裁判所の管轄権、(2) 原告は、十分な主張を展開出来るかどうか (Prima Facie Case⁽⁴⁾)、(3) いわゆるクラスの大きさ、についてである。裁判所は、健康保健の専門家から構成されるプロジェクトを主導する弁護士を任命し、ナーシングホームについての科学的調査方法を検討し、さらにそのプロジェクトの為の費用をどこから捻出すべきかを検討することを命じた。当事者双方ともその費用を負担できなかったからである。数か月に亘る調査の後、委員会及び裁判所はこの方法は財政的に困難であるという結論に達している。かくして Smith 事件においては、(通常の方法に従い) 原告は (訴訟の相手方に対する事実・文書の) 発表要求手続と事実審理の準備を進めることになったのである。

Resident 事件においては裁判所は、3 人のエキスパートからなるそれほど科学的でない調査で満足しようとしたのに対し、Smith 事件においては、裁判所は証拠を集める為に勝れた科学的方法論に関心を示した。裁判所は当初から予想される調査費用に煩わされることになった。Smith 事件において、保健教育福祉省はこのような調査手続の採用に一貫して反対したが、Resident 事件においては被告側の反対はなかった。連邦裁判所は、大きな事件における証明に対するより創造的・経済的・効果的な方法に関心を向けてきている⁽⁵⁾。施設や公的機関の行為を証明する為に、新しい証拠の方法が裁判所によって採用されるならば、発表要求手続と事実審理はより容易なものになるものと指摘されている。

(注)

(1) 日本の場合、基準自体がきちんと整備されていないことは、その意味でも問題である。

ぶ報告書として裁判所に提出されている。委員会は、「施設は、医療上の介護、看護、歯科処置、栄養の供給、居住者のプライバシー・安全・活動の保障、家庭的雰囲気の維持、居住者の財産の維持について、州や連邦の基準に従っていなかった」と結論した。これらの事実認定に基づき、裁判所は18ヵ月間施設を管理する管財人を任命し、施設を実質的に法的基準に従わせることを命じている（管財人は、委員会のメンバーの一人でもあった）。

Resident 事件において裁判所は、総じて原告に同情的であり、特に予備審問並びに訴訟上の事実を証明する為に取りられた前述のアプローチに共感を示し、Resident 事件と類似した他の事件（A. P. v. Abbey Nursing Home, Inc.）においても研究委員会の委員の抽出に意欲を示した。

上述の委員会は3人の合議によるものであり、客観的で偏見のない結果を見いだすことが可能と考えられた。Resident 事件で用いられた委員会方式の主たる問題は、1万ドルから3万ドルと見積もられるその調査費用をだれがどのように支払うのかという問題であった（原告の弁護士はその正確な額を知らなかった。なぜならば請求額は裁判所に対してのみ提出されたからである）。原告はその費用を州に請求しようとした。州がナーシングホームへの監督を執行し或いはその執行に過失がなかったなら、その違反も起こらなかったし、ケースを提起する必要性も生じなかったからである。被告である州は明らかにこの試みに抵抗を示しているが、まだその結論はでていない⁽³⁾。専門家への支払いを誰が負担するかという問題は、AP 事件の解決を難しくしており、裁判所が専門家の任命を躊躇する理由のひとつとなっている。

ナーシングホーム訴訟における重要な事実認定を確固たるものにする為には Resident 事件で取られたこの方法と対照的なのが、Smith 事件の場合である。この事件で原告は被告とされたナーシングホームのひとつに居住していたが、訴訟はコロラドにある全てのナーシングホームの現状とナーシングホームを執行すべき立場にある州機関を問題としていた（請求権は当初、州の機関と HEW に向けられていたが、後に州は、原告であ

の義務履行に対する過失を訴えている多くの事件は、州や連邦が課している様々な要件に対する違反を構成することになろう。これらの違反は、州の調査機関の報告書により証明されるがこれらの報告書はさらに被害を受けた被害者・その親戚・雇用者・訪問者・関与した医師とか健康保健上の専門家の証人によって補足されることが必要である。多くの人々がナーシングホームに関わり、その現状をみているわけであるが、施設の雇用者や相談員である場合や自分自身や家族への仕返しを恐れる場合には、証人になることを歓迎しないだろう。ナーシングホーム訴訟における原告を見いだすことの難しさと同じ問題が証人についても指摘される。原告について適用される匿名は、証人には適用されない。証人が本人であることを確認する必要があるからである。

以上の困難さに加え「ケアの質に関わる居住者の権利」についての非常に重大なしかも広範囲に渉る違反を訴える裁判は、ひとつの施設を被告にしている場合でさえ、非常に長く、また経費もかかるという問題をもつ。Resident 事件の原告は、被告ナーシングホームの過失をより経済的にかつ効果的に証明する為に、被告ナーシングホームにおけるヘルスケア・財政運営・管理を検討する目的で3人の専門家を陪審員名簿から選出する命令を地方裁判所から引き出している⁽²⁾。その結果ナーシングホームの管理者・医師・保健施設の財政状態に精通している弁護士からなる委員会が構成された。委員会は、施設における介護の適切性を検討する為に約6ヵ月を費やしている。委員会のメンバーは、ナーシングホームの以前のスタッフ、現在のスタッフ、州・郡の役人、ナーシングホームの医者、居住者が通院している医者を全てインタビューした。さらに訪問調査 (On-Site Visit) を行ない、財政監査を行なっている。又居住者の個人表 (charts) の無作為抽出による検討、さらに同意のあった居住者について無作為抽出で医学的検討を行なっている。これらの調査は、連邦政府の「参加の条件」及び州のライセンスの基準に基づいて行なわれた。なぜならば、それは原告である居住者の請求の基礎をなすものであったからである。この徹底した検討の結果は、150ページに及

- (10) “Butler, *supra* note 1, at 659-463”.
- (11) “Butler, *supra* note 1, at 659-469”.
- (12) 在宅福祉サービスについてはどうなのか、今後確認していきたい。
- (13) “Butler, *supra* note 1, at 659-470”.
- (14) “*Id.*, at 659-471”.
- (15) “*Id.*, at 659-472”.
- (16) “*Id.*, at 659-473”.
- (17) “*Id.*, at 659-474”.
- (18) “*Id.*, at 659-475”.
- (19) “*Id.*, at 659-476”.
- (20) Doctrine of Abstention; (裁判権行使) 回避の理論; 連邦裁判所が、憲法及び法律上は裁判権を行使できる場合であるのに、事件が州法に関する未解決の問題を含んでいるなどの事情から、州裁判所にその事件を判断させるのが適当であるとして、裁判権の行使を差し控えること。
- (21) 現状については、今後確認していきたい。

8 ナーシングホーム訴訟における事実の開示 (Discovery) と事実の実証 (Proof)

前述してきたナーシングホームのケアの質に関する様々な事件を如何に実証するかについて有益な指摘をすることは難しいといわれている。例えば前述のように不法行為や契約の事件において、ナーシングホームの不法 (torts) を実証する場合、一般的には Res ipsa loquitur (過失推定則) の理論は有効に機能しない。州や連邦の基準は施設の「ケアに対する義務」を潜在的に規定している。従って当該ケースについての州の査察機関の監査報告は違反の証拠になる。しかし一般的に不法行為の事件においては、施設のケアに関する義務を明確にする為に専門家である証人を必要とする。州や連邦の基準が適切でないことやナーシングホームに対する多くの監査が効果をあげていないことが指摘されているにせよ、これらの基準や監査がサービスの質の高いケアを維持することに対する施設の義務違反を指摘する上で有効なことは事実である⁽¹⁾。

ケアの供給に関するナーシングホームの過失を訴えている多くのケース、又ケアを供給するナーシングホームの業務の遂行を規制する州機関

のケースに等しく適用されるとしてきた⁽¹⁷⁾。もっとも最高裁判所はこの点について容認していない。事実最高裁判所の何人かの判事は、全ての1983条項に関する事件⁽¹⁸⁾に対し訴願前置の例外を排除してきた（「訴願前置」が求められるとしてきたということである）。Chapman 事件⁽¹⁹⁾における少数意見さえ、1983条項に基づき訴訟を提起することは、自動的に訴願前置を排除することにはならないことを示唆している。以前には、最高裁判所は刑事・民事双方において「裁判権行使」の回避の理論⁽²⁰⁾を通じて、州管轄の救済を段々に増加させることにより、1983条項に関するこの部分の論証を省略してきた。それは公益訴訟（public interest litigation）を連邦裁判所から締め出そうとする裁判所の努力の表れに他ならない。このように連邦裁判所への訴訟継続に先だち、行政救済を要求する傾向が強まってきていることが指摘されている⁽²¹⁾。しかしこうした対応においてはナーシングホーム問題を真に解決することにはならない。居住者は訴願前置を憂慮すべきではないことが指摘されている。

(注)

- (1) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Rev. 658 (Oct. 1980).
- (2) カリフォルニア州では、苦情はまずオンブズマンにもたらされる。次に DSS (California Department of Social Services) ということになる。DSS は、苦情がもたらされたり、1年に一度の調査で不適切と判断された場合に乗り出すが、不適切なことが多い (CA Elder Law 1・16)。前述六で触れた改正が必要とされてきた理由の項参照。
- (3) 現行については、後日確認していきたい。なお河野正輝「社会福祉の権利構造」p. 222参照。
- (4) “Butler, *supra* note 1, at 658”.
- (5) 397 U. S. 397 (1970).
- (6) 規則によって、それが一旦開始されれば参加することが出来る。なお現行については、後日確認したい。
- (7) この点については、後日確認することにしたい。
- (8) 471 F. Supp. 903 (D. Conn. 1979).
- (9) 現状については、今後確認していきたい。

先立ち行政救済手段を全面的に利用することを前提とする)が争点となるなら、行政救済を利用しなかった過失を指摘し訴えを却下するのではなく、「州機関による救済」を命じる判決が下されることが予想される。他方もし裁判所が州機関の義務はないと考える事件においては、裁判所は訴願前置は要請されないことを明確に指摘すべきことが要請されている。関係者が裁判所において一同に会することは、潜在的に存在する「訴願前置の問題」の解決を早めることになろう。

コロラドを始めいくつかの州は、施設の中に苦情処理手続である居住者委員会をもつことを求めている⁽¹⁰⁾。他方アイオワ・ノースキャロライナのような州は、施設或いは郡のレベルに、ケアの審査委員会(居住者と市民からなる)を設置することを求めている⁽¹¹⁾。これらの委員会の目的は、居住者の利益を代表し、苦情を非公式に解決することを試みるものである。苦情に対する居住者委員会の権限(Jurisdiction)は、排他的なものではない。住民は、居住者委員会に苦情を訴えることも出来るし、州機関に訴えることも出来る⁽¹²⁾。このような委員会は、施設に制裁を課する独立した権限をもつものではない。彼らは非公式に、その問題を解決するよう施設に圧力をかけたり、或いは州のライセンス機関にその問題を提示することが出来る。委員会は、州の行政機関ではないので、居住者委員会は、行政救済ではないとあってよいだろう。例え委員会が、行政救済と考えられていたとしても、委員会は問題の解決を強制する権限をもたないので、救済は完璧なものとはいえないことは明らかである。一般的に判決は行政救済が不十分なものである場合には、(訴訟に先だち)行政救済を行使することを前提とする必要はないとしている⁽¹³⁾。いくつかの州は、ナーシングホーム訴訟において原告が行政救済に訴えることを明白に禁止している⁽¹⁴⁾。

行政救済の利用(訴願前置)の要請に関する他の例外は、1983条によって齎らされたケースの場合である。McNEESE⁽¹⁵⁾や Damico 事件⁽¹⁶⁾以来この訴訟の系譜は、常に憲法上の請求を含んできた。いくつかの下級裁判所は、この例外は、連邦法令についてのみの請求に関する1983条

事件とはいえ、従って原告はメディケイド法令に基づく請求権をもたない。原告は、州のナーシングホームオンブズマンオフィスに苦情を申立てることにより、「行政救済を行使すべきであった」として事件を却下している（このナーシングホームオンブズマンオフィスは、州の保健局に対し苦情を提言する権限を有し、当該保健当局は州法に従わなかったナーシングホームに対し民事上の罰則を課すことが出来る）。事実当該事件に関連し州の保健局は、被告ナーシングホームに対し「原告の意思ではない移送は、法に違反する」ことを通知していた。こうしたことから裁判所は、争いを解決する為に行政機関がとった行為を重視している。

住民と施設の争いは、州の行政機関によって解決されるかもしれないが、居住者の苦情に当局は無関心であるというこれまでの事実からすると、それは通常はありえないとあってよいだろう。オンブズマン事業は、居住者の弁護人として様々な程度の成功を経験してきている（前述参照）。行政機関に苦情を申立てる場合の最も重大な問題は、遅滞である。行政機関が不服に対し、対処すべき期間が設けられていない場合には、それは「行政救済」とはいえないであろう。最高裁判所が Rosado 事件において述べたように、例え保健教育福祉省がその福祉受給者の苦情を承認しうるとしても、苦情を受けて具体的な行動を実施したり、ヒアリングを求めることは必要とされていない⁽⁹⁾。同様に苦情を調査するかどうか、苦情に基づいて具体的な行動を開始するかどうかについての裁量が州の保健当局やオンブズマンに委ねられている場合には、裁量権が行使されるかもしれない潜在的な可能性だけで、行政機関への訴えを訴訟に前置するものとして要請すべきではないと指摘されていることは、重要である。

既に述べたように、「居住者はある特定の施設に関し行政機関に課せられたメディケイド規定上の命令的な義務を執行させる権利をもつ」ものと考えられる。そのような場合に訴願前置の問題が生じる潜在的な可能性があるということは、被告に州の機関やメディケイド機関を加えることの適切性を示唆していると指摘されている。もし訴願前置（訴訟に

Older Persons, 298 (1989))。

- (33) “Butler, *supra* note 1, at 657-460”.
- (34) “*Id.*, at 658-461”.
- (35) “*Id.*, at 658-462”.
- (36) “*Id.*, at 658-463”.
- (37) “*Id.*, at 658-464”.

7 裁判所での救済以前に利用可能な全ての行政上の救済手段

ナーシングホームにおける介護の質を改善していく為の有効な行政上の救済手段はほとんどないが、そのことはナーシングホーム訴訟の当事者にとっては幸いなことと考えられている⁽¹⁾。なぜなら最高裁判所は憲法上の問題が争点とされている時でさえ貧困者を連邦裁判所から遠ざける為に、訴訟に先立ち州の行政的・司法的な救済手段を完全に行使することを求めるようになってきているからである⁽²⁾。

金銭賠償を求めるいくつかのケースにおいては、被害が生じた後一定期間内に州や地方の財政担当者に請求を提起することが出来るが、州法を執行することへの州機関の過失については、おそらく苦情を提起する為の行政手続は存在しない⁽³⁾。メディケイド規則を執行することに対する州の過失を問題とする事件の場合も、行政上の救済手段の行使を要請することは出来ないと考えられている⁽⁴⁾。Rosado 事件⁽⁵⁾以来、社会保障法事業の受給者は、始めに保健教育福祉省に訴えを提起することなく、直接に規則に従わない州を訴えることが出来ることは明確である。なぜならば受益者には、始めに同省の執行手続 (HEW Enforcement Process) を求める手段がないからである⁽⁶⁾。

州や連邦のライセンスや認可基準への違反に対し、ナーシングホームを訴えるケースにおいても同様に、州の査察機関 (State Survey Agency) が第一次管轄権を有するという事にはならないであろう。居住者は、規則上ライセンス破棄手続 (Licensing Revocation Proceeding) に訴えることは出来ないとされるからである⁽⁷⁾。しかし、移送が問題とされた Wagener 事件⁽⁸⁾においては、「これは1983条項に該当する

(注)

- (1) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Rev. 655-435 (Oct. 1980).
- (2) “*Id*, at 655-436”.
- (3) “*Id*, at 655”.
- (4) “*Id*, at 655-437”.
- (5) “*Id*, at 655-438”.
- (6) “*Id*, at 655-439”.
- (7) “*Ibid*”.
- (8) 損害賠償費用も制限されている (CA Elder Law 12・10)。
- (9) “Butler, *supra* note 1, at 656-440”.
- (10) “*Id*, at 656-441”.
- (11) “*Id*, at 656”.
- (12) see, Brown (*et al.*), the Rights of Older Persons, 287 (1989)).
- (13) “Butler, *supra* note 1, at 656-443”.
なお, comity (礼讓) は, 権利の問題としてではなく, 好意や, 外国または他州の判断に対する尊敬に基づいて行為がなされ, 措置がとられるときに用いられる言葉。
- (14) “*Id*, at 656-444”.
- (15) 福祉サービス分野における ADR の検討の必要性をも示唆している。
- (16) “Butler, *supra* note 1, at 657-445”.
- (17) “*Id*, at 657-446”.
- (18) “*Id*, at 657-447”.
- (19) “*Id*, at 657-448”.
- (20) “*Id*, at 657-449”.
- (21) 現行のカリフォルニア州法については, 今後確認をしたい。
- (22) “Butler, *supra* note 1, at 657-451”.
- (23) “*Id*, at 657-452”.
- (24) “*Id*, at 657-453”.
- (25) “*Id*, at 657-454”.
- (26) “*Id*, at 657-456”.
- (27) “*Id*, at 657-455”.
- (28) “*Id*, at 657-457”.
- (29) “*Id*, at 657-458”.
- (30) “*Id*, at 657-459”.
- (31) “*Id*, at 657”.
- (32) 問題は有能な管財人を見つけることにあるとされる。管財人と類似の制度としてパブリックモニターの制度がある (see, Brown (*et al.*), the Rights of

度による救済は、州や連邦の裁判所が当該事業を債権者の利益にあう通常のやり方で清算する為に使用されてきた。裁判所はまだ管財人を、管理人 (Caretaker) として考えている。いくつかのナーシングホームの管財人に関する法律は、事業を終決する或いは売却するという単一の目的の為にのみ作られていて、焦点をここにおいている⁽³⁵⁾。もちろん管財人は、資格ある所有者にナーシングホームを売却するまで一時的にそれを経営するものに過ぎないが、新しいタイプの管財人について、裁判所を教育していくことが必要である。新しいタイプの管財人とは、受身的な管理人というより主導者であり、その存在理由はナーシングホームを改良することであり、その質を高めることであり、事業を継続することである。ナーシングホームにおけるケアの質を改善しその経営を促進する為に、管財人は事業を行ない、友好的な取引を再開し⁽³⁶⁾、(おそらく裁判所の承認が必要とされる限界まで) 基金を使用し⁽³⁷⁾、メディケイドの償還率について交渉し、スタッフやコンサルタント・専門職職員・弁護士を雇い責任を委任しさらに構造上の変更を行なう、こういったことに対する権限を必要としている。

他方管財人制度には期限が付せられ、その目的は施設を法に従わせ、施設を所有者或いは他の所有者の管理を法が許容しうる状態にまでもっていくことである。従って、管財人が長期に渉る経営上の問題を解決することに責任をもつことは適当ではないとされている。

裁判所における管財人の任命は、多くの矛盾したニードに対応しうる柔軟性と指導性に応えるものでなければならないことになる。

管財人制度はナーシングホームの劣悪な質に対処する為、一方では有害な移送から居住者を守りつつ、他方では状況を改善することにより問題を直接に解決する潜在的な力をもつ司法的な救済手段ということになる。しかし管財人制度の有する現実の問題に目をつむり、多くのことを期待しすぎる面もある。弁護士や裁判所がこの問題に多くの経験を積んでいく中でより創造的な解決が可能となることが期待されている。

管財人制度に関する法律が制定され管財人が利用されている州では、段々に管財人としての力量とやる気をもつ管財人を見いだすことが難しくなってきた⁽³²⁾。しかも管財人は短期間にだされる通知に基づいて、不定期期間に多様な活動を要求されることから⁽³³⁾、資格のある前向きな管財人をうることは困難とされている。いくつかの州では、管財人の任命期間を18ヵ月から24ヵ月に限定している。しかし任期は州によりまちまちである。さらにナーシングホームの所有者は、全ての資産を使い果たしている為に、Resident 事件が示唆しているように管財人は多大な財政上の管理問題に直面しなければならない。もしこれらの問題が管財人の任命期間中に解決されなければ、施設はおそらく閉鎖されることにならざるをえない。

こうした実際上の問題はあるが、オハイオ・マサチューセッツそしてニュージャージーにおいて管財人制度に関わった当事者は一致して、ナーシングホームの改善にとってのこの救済方法の有効性を立証し、その成功の理由として管理の巧みさ・個々の管財人の事業に対する洞察力を挙げている（管財人の一人は、高い尊敬を集めていたナーシングホームの管理者であり、他の2人は保健施設の財政問題に精通している弁護士であった）。ニュージャージーの管財人は、自身の知識に加えて、彼の管轄とされた2つのナーシングホームを操作する技術的・管理的機能を彼が委任することが出来る有能なスタッフからの援助に頼っている。多くのナーシングホームが過失を犯し、規則に従っていないわけであるから、管財人が財政上の経験をもち、メディケイドやメディケアの償還について実用的な知識をもっていることは不可欠である。質の高いレジデンシャルケアの確保にとって、最も大きな役割を果たすという意味で、よいスタッフの関係が必要とされている。

管財人には、事業・資源・管理についての能力以上に創造的であることが求められる。指導力を発揮し、また想像力をもつことが要請されている。従って裁判所は、管財人を任命するにあたっては、彼らに幅広い事業を操作する権限を与えることが重要である⁽³⁴⁾。伝統的な管財人制

の裁判所は、規則に従わないナーシングホームを管理し操作する為に管財人を任命している。この衡平法上の権限の使用に対し長いこと先例となってきたのは Toler 事件⁽²⁴⁾である。この事件で Arkansas の最高裁判所は施設所有者と施設長の支配を巡る争いから、州の福祉給付金の居住者への支払いと居住者の救済を事実上放棄しているナーシングホームに対し、次のように述べて事実審裁判所によってなされた管財人の任命を確定している。

管財人を任命していなかったとしたら、60余名の居住者は、街頭になげだされることになったろう。「ナーシングホームが月々の支払いについて権限を有する」ということは、福祉の支払いに依存している人々を害することを許すことではない。施設が既に管財人によって完済された1万3千ドル程度の負債を負っていたという事実は、管財人の必要性を示唆するに十分な条件である⁽²⁵⁾。

マサチューセッツとテキサスの検事総長は（これら2つの州のいずれも特別のナーシングホーム管財人法をもたない）、Resident 事件⁽²⁶⁾の原告に対するのと同じような命令⁽²⁷⁾を獲得している。Bracco 事件⁽²⁸⁾では裁判所は、財政の不正な管理以外の場合にも管財人制度を適切に用いることが出来ることを理解し、学校での差別事件⁽²⁹⁾（異常な事態が、学校の管理に対する裁判所の直接的な介入を求めた）にも触れているが、結果的には管財人の任命を拒否している。

ナーシングホームに関する管財人制度についての州の法律が、「州の機関だけが、より狭く限定された条件の下で⁽³⁰⁾救済を提起出来る」としている場合でも、法律は居住者が、衡平法上の権限に基づき裁判所に管財人の任命を求めることを阻止していると解されるべきではない（管財人についての特別な法律がある場合には、その法律に基づき管財人の任命が請求出来る他、衡平法に基づき管財人の任命を請求しうる）。管財人制度は、通常の救済方法ではないけれど、管財人制度を要求する上での法律問題は他の実際的な問題ほどには困難なものではないことが指摘されている⁽³¹⁾。

(3) 管財人制度

ナーシングホームにおけるケアの質を改良する為に求められる「適切な宣言的差止め救済」が著しく不十分な現状では、他の衡平法上の救済である管財人制度の利用が期待されてきた（前述「管財人」の項参照）。

管財人制度は、争点となっている財産についての絶対的な処理権を付与しその権限の下に訴訟当事者の財産を管理する第三者を裁判所が任命する伝統的な衡平法上の救済である⁽¹⁶⁾。ナーシングホームのような保健施設（Health Facility）に関しては、管財人制度による救済は経済的な状態を保護するのではなく、施設を州や連邦の規則に従わせることによって当該施設の管理状況を改善し患者の利益に資する為に利用することが出来る。

管財人制度は、裁判所⁽¹⁷⁾並びに州法⁽¹⁸⁾の下で財産上の権利保護だけでなく市民権法上の権利保護の為にも利用されてきている⁽¹⁹⁾。いくつかの州が、「ナーシングホームが州のライセンスの基準に従っておらず、そうしなければ居住者の健康や安全が妨げられる場合に、州の機関や施設は管財人の任命を求めることが出来る法律」を制定している⁽²⁰⁾。州法の多くは、州のライセンス機関だけが管財人制度による救済を求めることを認めている。しかし、ニュージャージー州の法律は、「施設が健康や安全についての実質的な違反をしている或いは連邦法や州法の居住者ケアの基準に違反している、或いは施設が他の生命とか健康或いは安全に対して危険を及ぼす状態にある、或いは施設が日常的にこれらの基準に違反しているという場合に、居住者自身が、司法的に任命された管財人の選定を求めること」を認めている⁽²¹⁾。この法律は、州法や連邦法に違反した2つのナーシングホームに対し、居住者が機関（State Office of the Public Advocate）を代理人として管財人を請求する上での論拠となっている⁽²²⁾。この州法は、管財人の請求に対し独立した請求権と手続を規定している⁽²³⁾。

管財人制度が法令によって明白に規定されていない場合でもいくつか

述べている。

Rizzo 事件においては申立てられた憲法違反の行為を実際上行使したのは、当該訴訟の被告ではないという重要な当事者適格上の問題があるものの、裁判所は同事件において「被告である公務員が原告の損害に対し責任を負うかは不明確である」としている。さらに裁判所は付帯意見の中ではあるが、裁判所は州の刑事上の手続に対する連邦裁判所の介入について懸念をしめしている。

しかし裁判所が「原告は警察行政並びに警察と市民の関係を改良することを目的とした政策の採用を市の役人に命じることは出来ない」とした Rizzo 事件と、州の機関に適切なナーシングホームへの措置の執行を求める事件とは区別されるべきであるが、他方 Rizzo 事件が示唆していることは意味深長ではある。例えば Rizzo 事件において裁判所は、「連邦裁判所は州の行政活動に介入すべきではない」ことを示唆している。裁判所が、Rizzo 事件を広く解釈するなら、ナーシングホームの活動を改良する為の衡平法上の幅広い命令をだすことを州に命じることを躊躇することになるかもしれない。事実 Smith 事件を扱った同じ裁判所は、障害者である原告が「利用しやすいバスサービスの提供」を求めたまったく無関係な事件で Rizzo 事件を引用し、被告である州に対し命令をだす権限を留保している⁽¹⁴⁾。

もっとも執行システムを改良する為の「一掃命令」は、Rizzo 事件とは異なる方向で出される可能性が指摘されていた。Rizzo 事件判決は、弁護士 (legal services attorney) に対し「連邦裁判所に救済を求めるのではなくて、ナーシングホームの管理過程やナーシングホームへの規制を執行する過程に密接に関わることにより、適切だが注意深い救済」を計画することを提示しているからである。非常に限定的にかつ具体的に記述されたこの提示は、Rizzo 事件判決の限界に関心をもつ裁判所により好意的に受け入れられる可能性をもつものと推測されている。そしてもっと容易く監督がなされるようになり、予防的な効果をあげることが出来るようになることが期待されている⁽¹⁵⁾。

れる。衡平裁判所は、差止め命令を出すことに精通しており、好意的であり、緊急を要するケースにおいては、ヒアリングと救済は迅速に行なわれる。しかも裁判所は直接に違反の是正命令を下すことが出来る。

ところで差止め救済は、文言上は行為を禁止するという形で表現されているが、実際には施設の積極的な行動を要求している。従って適切なナーシングケアが供給されていない状況を停止させる命令は、実際には十分なサービスとスタッフを供給することにより、供給者のニーズに適切に対処することを意味する。

いくつかの裁判所は、差止め命令を提出することに躊躇を示している⁽¹¹⁾。特に裁判所が監督をしナーシングホームの行政や管理について活発な関与をしなければならない時にはこうした傾向がみられると指摘されていることは重要である。これに対し精神保健の領域の施設に対しては、いくつかの裁判所は、施設に対して審査委員会とか人権委員会のようなナーシングホームの訴訟のモデルとなりうる特別の監査と規制の機構を採用している。

ところで裁判所が命令を出したとしても、命令は施設に対する命令の遵守を保障するものではない。命令に従わない場合の制裁の多くは、通常罰金と拘留判決である。もし当該ナーシングホームが欠陥を是正しようとしていることが明白であるなら、裁判所はナーシングホームの所有者や経営者に侮辱罪を課そうとはしないだろう。差止め救済の効果は、規則に従おうとする施設の積極的意向や命令を拒否するなら裁判所はより攻撃的措置（罰金等）をとることになるという施設の認識に依存していることになる⁽¹²⁾。

既に述べたように居住者である原告が、連邦政府や州の機関を被告として差止め救済を求めることは、ナーシングホーム規則の採用及び適用に対し連邦政府や州機関に付与されている裁量性の故に伝統的に幾分制限されている。

さらに Rizzo 事件⁽¹³⁾において最高裁判所は、「連邦裁判所の衡平法上の権限は、礼讓 (comity) と連邦主義への配慮によって影響される」と

害賠償訴訟を提起する前に、弁護士 (legal services attorneys) は、「LSC 法令や規則」⁽⁶⁾に規定されている「報酬が支払われる事件 (feegenerating cases) の提起に関する制限」について考慮しなければならない。損害賠償や弁護士への支払いを、相手方に負わせうる事件は、報酬が支払われる事件なので、通常は民間の法律事務所にまず依頼されなければならない⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

LSC の規則は、依頼要件についていくつかの例外を規定している。そこには、①損害の回復がケースの主たる目的ではない、②民間の弁護士事務所が一般にはそのような事件を扱っていない、③緊急性がある、④民間法律事務所が、事前の支払いを求めている、⑤弁護士 2 人或いは弁護士紹介業 2 つがその事件の引受を拒否したというような事例が含まれる⁽⁹⁾。

例えば 1983 条項に基づく差止め救済を求める事件は、1988 条項に基づき法令上の弁護士費用が支払われる可能性があるにもかかわらず、民間の法律事務所に依頼されることはないであろう（通常民間の法律事務所はそのような事件を扱わない）。しかし規則は、金銭賠償を主たる請求に含む、より伝統的な不法行為や契約訴訟に関しては（民間法律事務所への）紹介を要請している。

しかしながら規則は LSC 弁護士が、民間の弁護士と提携し費用を分け合っ事件に関わることは、「職業的責任に関する ABA Code」に反しないこと示唆している⁽¹⁰⁾。伝統的な不法行為訴訟や連邦や州法に基づく居住者の権利に関する多くのケースは、そのような（LSC 弁護士と民間弁護士の）提携に適切な事例と考えられている。

（2）差止め命令による救済と宣言的救済

施設が、遵守すべき法に違反しその違反を是正する為に差止め命令のような宣言的命令を求める衡平法上の救済は、ナーシングホームの質を問題にする事件において用いられている。差止め救済は、理論上特にライセンスの違反や認可基準への違反を救済する場合に適切のように思わ

- (28) “Butler, *supra* note 1, at 654-427”.
- (29) “*Id.*, at 655-428”.
- (30) “*Id.*, at 655-429”.
- (31) “*Id.*, at 655-430”.
- (32) Trial on TJE Merits.
- (33) “Butler, *supra* note 1, at 655-431”.
- (34) pendent jurisdiction ; 連邦裁判所にその裁判権の根拠として federal question (連邦問題) の存在を掲げる原告が、それ自体では連邦裁判所の裁判権を根拠づけないが関連する州法上の請求を併合提起することを、裁判所の裁量において許す法理。
- (35) “Butler, *supra* note 1, at 655-432”.
- (36) 461 F. Supp. 689 (N. D. Ohio 1977).

6 救済 (Remedies)

(1) 損害賠償

不法行為や契約上並びに連邦法上の請求権に基づく事件における損害賠償の可能性については既に論じた。「故意に基づく行為」並びに「未必の故意的な危険を度外視した行為」と目される事件の場合には、懲罰的損害賠償が課せられることもありうる⁽¹⁾。損害の回復 (recovery) が認められる為には、特定の被害が証明されねばならないが、他方甚だしく連邦や州法の要請に適合していない施設の居住者は、例え身体的な損害を被っていないくてもその施設で生活している苦痛に耐えていること自体に対し、損害賠償の請求を構成しうる⁽²⁾。

居住者は実際に被っている障害を回復し、かつ他の不法な行為を阻止する為に損害賠償請求を検討すべきことが指摘されている⁽³⁾。しかし損害賠償の資金がどこからくるかということ、つまり実質的な損害の補償が居住者のケアをさらに危うくすることも考慮される必要があると指摘されている⁽⁴⁾。弁護士は依頼人が損害賠償金を受け取ることにより、メディケイドの受給資格を失う可能性も考慮しなければならない。いくつかの州は、ナーシングホーム訴訟による損害賠償金を公的扶助の適確性を判断する際に対象とされる収入や財産の対象から除外している⁽⁵⁾。損

(裁判所は、契約が連邦への請求を構成しているかどうかには触れていない)。居住者に対し、メディケイドの法律と規則に基づく連邦上の請求権と並んで、不法行為のようにより多く伝統的に州法に含まれるケアの質に関わる全ての関連する請求が可能とされるべきことが指摘されている。

(注)

- (1) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, 14 Clearinghouse Rev. 653 (Oct. 1983). 以下(5)は、基本的に同論文に依拠している。
- (2) 又1980年代始めの時点ですでに最高裁判所の動向からそれはさらに困難になることが予想されていた (“*Ibid*”).
- (3) “*Id*, at 653-404”.
- (4) “*Id*, at 653”.
- (5) “*Id*, at 653-405”.
- (6) “*Id*, at 653-406”.
- (7) “*Id*, at 653-407”.
- (8) “*Id*, at 653-408”.
- (9) “*Id*, at 653-410”.
- (10) 1331条項もまた、原告が集団としてではなく個々に1万ドル以上の請求を求めていることを条件としている (“*Id*, at 653”).
- (11) “*Id*, at 653-411”.
- (12) “*Id*, at 653”.
- (13) “*Id*, at 654-415”.
- (14) “*Id*, at 654-416”.
- (15) “*Id*, at 654-417”.
- (16) “*Id*, at 654-418”.
- (17) “*Id*, at 654-419”.
- (18) 1980年代の始めの時点である。
- (19) “Butler, *supra* note 1, at 653-420”.
- (20) “*Id*, at 654-419” なお、前述の Suter 事件判決参照。
- (21) “Butler, *supra* note 1, at 653-421”.
- (22) “*Id*, at 654-423”.
- (23) “*Id*, at 654-424”.
- (24) “*Id*, at 654-425”.
- (25) “*Id*, at 654-426”.
- (26) 1987年の改正後の状況については、今後検討を加えたい。
- (27) 1983条関係のその他の判例については、前述参照。

と裁判管轄について規定するものと解されるようになった⁽²⁸⁾。同条項は、伝統的な「職務執行令状」と結びつけられているので、いくつかの裁判所は、「1361条項は、連邦機関が、裁量的な義務と正反対の明確な行政上の義務を課せられている場合にのみ適用される」と理解している⁽²⁹⁾。しかし多くの裁判所は、1361条項を憲法上の問題を訴えている事件に対し裁判管轄を付与する場合⁽³⁰⁾や、機関の裁量権の濫用を訴えている事件に裁判管轄を付与する場合にも採用している⁽³¹⁾。それ故に、明確な義務・その違反・適切な救済の存否の問題は、裁判管轄の問題よりもメリット（本案／訴訟の実体的当否に関する事項）の問題となる。いくつかの裁判所は、裁判管轄を検討する中でメリットについて検討しているが、これらの問題は本案における審理⁽³²⁾の問題として検討されるべきである⁽³³⁾。

Smith 事件において裁判所は、「施設の資格よりも、施設居住者のニーズや居住者へのサービスに焦点を当てた執行手続を計画しなかった保健教育福祉省の過失は、立法上の要請に従うことへの過失であり、同省の有する裁量権の濫用にあたる」として1361条項に基づき同省に関する裁判管轄を決定している。

(5) 付随的管轄⁽³⁴⁾

連邦の行為に関し裁判所に適切にだされた請求について裁判所は、当該事実に関し共通する土台から生じる全ての請求に関し管轄権を有する⁽³⁵⁾。従って裁判所が、連邦憲法に基づく実体法上の請求に関し裁判管轄を有する時には、裁判所は連邦法令上の請求に対しても管轄権をもつ。同様に、連邦裁判所に適切に提起された連邦への請求に対する管轄権は、連邦の政策に密接に関連しており、連邦への請求について判決することが、現に州への請求についての決定を求めることにもなっている州への請求についても、付随的管轄権が生じることになる。Fuzie 事件⁽³⁶⁾において、地方裁判所は、州のナーシングホーム供給契約に基づく原告の第三受益者としての請求に関し、付随的管轄権を認めている

法令に基づくものと判断される要求に対しては依然として請求権を付与しうる」ことを示唆していた⁽²³⁾。しかし Powell 判事と Rehnquist 判事は、補足意見でこれに不同意を示している⁽²⁴⁾。42. U. S. C. § 1988に基づき法令上規定された弁護士費用を獲得する為に、また（前述のように裁判所が「メディケイド法令に基づく黙示の請求権」を容認する余地があるとすれば）1331条項に基づく裁判管轄を求めて連邦法令に「起因する」請求であることの主張を補足する為に、「1983条項は連邦法に基づき提起された事件に対し連邦裁判所への請求を認めていること」を論じることは重要である。しかしながら今後は1983条項に基づく請求を主張することは、（原告がデュープロセス違反や残酷で異常な刑罰といった憲法上の請求を主張できる場合に）1343条項の適用を支援するという意味でのみ有効であるということになる⁽²⁵⁾。SNF への参加の条件や ICF の基準に関し「居住者の権利法」は、確かに「市民権」を規定しているが、しかしそれは市民権の保護を規定する議会の制定法ではないので（例えばそれが法令上規定された一般的な SNF の要件から導きだされるとしても）、これらに依拠して1343（4）条項の裁判管轄を明言するかどうかは明確ではない⁽²⁶⁾。もし議会が法令に基づく居住者の権利を採用するなら、論じてきたような議論は有効なものになると指摘されていたことは重要である。

従って他の戦略的理由のために、1983条項に基づく請求を主張しつづけるべきではあるが、憲法上の請求を掲げているのでなければ法令上の請求に関して連邦の裁判管轄を獲得することは居住者にとってもはや不可能といわなければならないとされている⁽²⁷⁾。

（4） 1361条項

28 U. S. C. § 1361は、連邦機関に対する「職務執行命令の性質をもつ」事件に関する連邦裁判所の管轄について規定する。同条項は当初、コロンビア地区以外にあるすべての連邦機関に対して裁判管轄を拡大する為に規定されたものである。その為に同条項は広域に渉る差止め救済

ては 28 U. S. C. § 1332 に基づく別の管轄権を主張出来る可能性が指摘されるようになった⁽¹⁷⁾。

(3) 1343 条項

最近まで⁽¹⁸⁾、多くの連邦裁判所は 28 U. S. C. § 1343 に基づく全くの連邦法令上の請求に関し管轄権を主張してきた。

このセクションのサブセクション 3 は、「憲法に基づく事件或いは平等権について規定する制定法に基づく請求」に対する連邦裁判所の管轄権を規定している。サブセクション 4 は、「憲法上の請求や市民権保護を目的として規定されている法令に関する管轄権」について規定している。いくつかの裁判所は、社会保障法は平等権・市民権のいずれをも規定した法律ではないと判示してきたが⁽¹⁹⁾、いくつかの裁判所は、42 U. S. C. § 1983 は社会保障法をも想定にいたした法令であり、原告が 1983 条項に基づき社会保障法から導きだされる請求を求めている時には、連邦裁判所は 1343 (3) もしくは (4) に基づき管轄権を主張出来ると判示している⁽²⁰⁾。しかしながら第 2 巡回区裁判所は、この点に関し第 4・5 巡回区裁判所との相異を示している⁽²¹⁾。

残念なことに、最高裁判所は、第 2 巡回区裁判所の考え方に同意をしている⁽²²⁾。最高裁判所は、1866・1870・1871 の各条項並びに市民権法の立法経過を徹底的に分析し、そこから由来する 42 U. S. C. § 1341 と 42 U. S. C. § 1983 を綿密に分析した上で、「1343 条項は、社会保障法の訴訟に関し管轄権をもたない」と結論した。すなわち裁判所は、「最高法規条項（合衆国憲法第 6 編 2 項の通称）に関する訴えについては、1343 条項により識別される憲法上の請求権は規定されていないし、社会保障法も 1983 条項も平等権や市民権保護について規定する法令ではない。議会は 1343 条項を制定することにおいて社会問題ではなく、投票権や人種差別を含む法令を考慮していたと考えられるからである」と判示している。

多数意見並びに White 判事の一致した意見は、1983 条項は「明確に

求するであろう。居住者が差止め救済もしくはそれと同様のものを求めている場合には、法律違反を是正する為に施設が必要とする費用或いは原告である居住者に対する当該利益が1万ドルを超えるかどうかが基準となる。ナーシングホームが連邦法上の重大な違反を犯している場合は(特に構造上の変更を求められている場合には)おそらく、それを是正する為にナーシングホームは少なくとも1万ドル以上の費用を要することになろう。

居住者である原告の立場にたち裁判所は、良好な健康状態を維持することに対する権利、メディケイドに基づく医療を利用する権利は、1万ドル以上の価値を有すると判決しまたメディケアに基づきホームヘルスケアを受ける個々の高齢者の権利が剥奪されるなら、高額な介護費用が必要となる周知の事実からして、原告の請求は少なくとも1万ドルの価値をもつとしている⁽¹³⁾。また裁判所はメディケイドに基づき健康審査を受ける児童の権利は、少なくとも1万ドルであると判示している⁽¹⁴⁾。

同様に、係争中の事件において「信託基金理論」(Trust Fund Theory)に基づき争われている事件の総額を計算することは、ナーシングホームに対する州のメディケイド支払機関のような「共通の基金についての州機関の管理」を訴える事件においても可能である。もし原告がそれに対し共通の利害をもつところの「被告によって管理されている1万ドル以上の基金」が存在するなら、原告は1331条に基づく管轄権を獲得出来る⁽¹⁵⁾。

従って、ケアの質を問題にしているナーシングホームの居住者は、被告である州或いは連邦機関或いは個々のナーシングホームに対し連邦裁判所の管轄権を主張することが出来る⁽¹⁶⁾。

(2) 1332条項

1980年代に入り、他州に本部を置く企業チェーン所有のナーシングホームが増加してきていたことから、被告であるナーシングホームに関し

然の前提とすることに成功するなら、原告は連邦法に基づく請求をも主張しうることになる。

当該契約上の文言が連邦法に起因するいくつかの契約に関する裁判で、裁判所はそのような契約上の請求に直接連邦裁判所の管轄権を認めている。Smith 事件⁽⁵⁾において最高裁判所は、「原告が救済を求めている権利が、合衆国憲法や法律の解釈とその適用に依存している場合には、事件は連邦裁判所に帰属する」という一般原則をうちだしている⁽⁶⁾。この解釈を1331条項に適用してカリフォルニアの連邦裁判所は、契約が移民法に依拠している場合の契約違反に関する事件について連邦管轄を明言している⁽⁷⁾。居住者は、ナーシングホームを規制する連邦法及び規則に、明白に或いは黙示に依拠している「州とナーシングホーム間のメディケイド供給契約」の第三受益者⁽⁸⁾であるので、このような契約に基づく居住者の権利は連邦法の解釈を求めていることになる。同様に居住者の施設との入居契約 (Admission Contracts) は、居住者保護について規定する連邦法上の要件を組み込んでいるものとみなされるべきである。それはまさに賃借権が州と地方両方の住居規定 (Housing Codes) の要件を含むものとみなされているのと同じことである⁽⁹⁾。従って、これらの契約は連邦法上の権利についての解釈問題を生じてくるのであり、連邦裁判所管轄の根拠は1331条に求められるべきであるとされている⁽¹⁰⁾。一般的に裁判所は、その要求額が1万ドルに満たないという確固たる法的確信がない場合には、総額1万ドル以上を請求しているものとして当該訴訟を受容している⁽¹¹⁾。請求額について争いがある場合には、裁判所はその額を決定する為に時に、訴えられている被害を救済する為に被告が必要とする費用や時には被告の将来から保護されるべき権利の価値や防止されるべき被害の程度にまで注意を払っていることが指摘されている⁽¹²⁾。

不法行為の補償としては、めったにそのような高額の賠償は認められていないが、もし原告が金銭的救済を求めているなら、原告居住者は補償的かつ制裁的損害賠償として、おそらく少なくとも1万ドル以上を請

(59) “*Id.*, at 653-400”.

5 連邦裁判所の管轄権

州機関や民間のナーシングホームに関する連邦の裁判管轄については、2つの条項が基本になる。ひとつは、争訟の総額が1万ドル以上の連邦問題の解決を求める28 U. S. C. §1331と、市民権や平等権の保護を規定する憲法や連邦法に基づく請求を求める、28 U. S. C. §1343である⁽¹⁾。州法に基づく請求でも、それが適切に連邦上の請求を求めているのであれば、連邦裁判所に継続することが出来る。しかし実際にはこれらのケースに対し、連邦裁判所の管轄権が認められたことはない⁽²⁾。

(1) 1331条項

28 U. S. C. § 1331は、合衆国の憲法・法律・条約に関する請求金額1万ドルもしくはそれ以上のケースを扱う。

ナーシングホームの問題についていえば、当該事件がナーシングホームにおけるサービスの質に関わる事件で、例えば「移送の前になされるべき通知やヒアリングの実施」といったデュープロセスに関わる請求或いは「(虐待等) 残酷で異常な刑罰」を問題とする修正8条に基づく請求が問題とされており、さらに当該施設が州法の外観の下にある (under color of state law) ことを原告が実証出来るなら、憲法問題として提起しうる。

例え憲法上の問題が存在しなくても、42 U. S. C. § 1983に基づく請求権を主張出来るのであれば、連邦法に基づく事件となりうる。 Chapman 事件⁽³⁾における最高裁判決にも関わらず42 U. S. C. § 1983は依然として、例え原告が28 U. S. C. § 1343に基づく管轄権 (連邦裁判所に訴えを提起出来ること 以下同じ) を主張できなくとも、原告に対する請求権と救済を想定していると推察されている⁽⁴⁾。しかし1983条項に基づく請求を主張する為には、被告が州法の外観の下にあることを実証しなければならない。もし原告が直接メディケイド法令と規則に基づく請求権を当

(38) “*Id.*, at 651-386”.

(39) “*Id.*, at 651-387”.

(40) “*Id.*, at 651-388”.

(41) “*Id.*, at 652-389”.

Fuzie 事件のように「第三者の為にする契約」のような論理構成で居住者の権利を保障するのではなく、言わば居住者の「生存権」の始点から権利性を構築していくことが、本来的には望ましいといった指摘がなされているのは参考になる。

(42) “*Id.*, at 652-390”.

(43) “*Id.*, at 652”.

(44) “*Id.*, at 652-391” 現行規定なし。

(45) 1987年の改正法は、居住者の権利を強化している。

(46) “Butler, *supra* note 1, at 652-392”.

(47) Fuzie 判決は、「原告の請求のひとつは、原告が（移送に関する規定を含む）州とナーシングホームのメディケイド・メディケアサービス供給契約（Provider Agreement）の第三受益者であることからして、当該事件は単なる契約に関する事件であり従って伝統的に州裁判所の管轄に属する問題である」と指摘しているが、最終的には連邦裁判所への継続を認めている。

(48) “Butler, *supra* note 1, at 652-394”.

(49) “*Id.*, at 652”.

(50) “*Ibid.*”.

(51) State action=州の行為 合衆国憲法修正14条1節が、州の行為にのみ適用され、まったく私人の行為には適用されないことは、Civil Rights Cases (1883)（市民的権利事件）によって明らかにされた。ここから何をもって州の行為とするかに関する州行為の理論が発展した。この関係では、state action とは、州の行為ないしはそれと同視されるものをさす。Civil Rights Acts（市民的権利に対する法律）等にみられる州法の外観のもと（under color of state law）になされた行為という言葉は、実際上ここにいう state action に含まれる行為という意味である。

(52) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Rev. 652-395 (Oct. 1980).

(53) 日本において、福祉サービスの実施を民間に委託した場合の公的責任の論理構成にも参考になるように思われる。

(54) “Butler, *supra* note 2, 652-396”.

(55) “*Id.*, at 652-397”.

(56) 1987年の改正で、現在はヒアリングの権利は保障されている。

(57) “Butler, *supra* note 2, 652-398”.

(58) “*Id.*, at 653”.

証しなければならない (Smith, Reducing State Accountability to the Federal Government, Wisconsin Law Review 1269 (1992)).

- (8) Maine v. Thiboutot, 448 U. S. 1.
- (9) Wright v. City of Redevelopment and Housing Authority, 479 U. S. 418.
- (10) In Wilder v. Virginia Hospital Association 496 U. S. 498.
- (11) "Smith, *supra* note 7, at 1268".
- (12) see, "Id, at 1268-7".
- (13) "Id, at 1274".
- (14) "Ibid".
- (15) Suter v. Artist M. , 112 S. Ct. 1360 (1992) (Clearinghouse No. 48, 036).
- (16) Casey, the Enforcement of Social Security Act State Plan Requirements After Suter v. Artist M. Clearinghouse Rev. 403 (Aug. 1992).
- (18) "Smith, *supra* note 7, at 1268.
- (19) "Ibid".
- (20) 注10参照。
- (21) "Casey, *supra* note 16".
- (22) Ottis v. Shalala, No. 1-92-CV (W. D. Mich. Feb. 28, 1994), Clearinghouse Rev. (May 1994).
- (23) "Ibid".
- (24) Deford (*et al.*), Class Certification, Section 1983, and More, Clearinghouse Rev. 293 (Nov. -Dec. 1997).
- (25) "Smith, *supra* note 7, at 1273".
- (26) "Butler, *supra* note 1, at 661-376".
- (27) "Id, at 661-377".
- (28) See, "Id, at 650".
- (29) "Id, at 651-379".
- (30) "Id, at 651-380".
- (31) "Id, at 651-381".
- (32) "Ibid" 河野正輝「社会福祉の権利構造」p. 226参照。
- (33) color of law 法の外観のもとに／法に基づく権限を欠くのに、法に基づく行為であるかの外観のもとになされた行為のこと。州公務員の行為が法的権限を欠いていたり、それをこえた場合も含まれる。合衆国憲法修正14条の外観のもとに州の公務員が権限を乱用し、市民の合衆国憲法上の権利を濫用した場合も、市民権法による救済又は処罰の対象となる。
- (34) "Butler, *supra* note 1, at 652".
- (35) "Id, at 651-383".
- (36) "Id, at 651-384".
- (37) "Id, at 651-385".

ムは、公的機能 (public function) を遂行しているが故に、州の行為を行なっていることになる」としている⁽⁵⁷⁾。

州機関が、ナーシングホームの違反に対し規制をしなかったり、積極的に違反を秘匿した場合には、1983条項 (前節参照) に基づく「共同行為者」として州とナーシングホームによる州の行為を主張することが可能と考えられている⁽⁵⁸⁾。

法はいくぶん不明確ではあるが、判例はそれ以上に州行為を明確にし、かつ連邦規則に基づいて連邦政府に直接請求をしていく為の居住者の権利を確立してきていると指摘されている。

(3) 契約に基づく連邦法令上の請求権

連邦裁判所において連邦法から必然的に導きだされる「契約上の請求権」を主張することが個人に認められた先例がある⁽⁵⁹⁾。契約上の請求権は伝統的に、州法に基づく請求権であると考えられているが、適切に提起された連邦上の請求権に付随して連邦裁判所で審議されることもありうる。この問題は、連邦裁判所の管轄権があるかどうかに関連するので、以下で検討することにしたい。

(注)

- (1) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Rev. 650 (Oct. 1980).
- (2) 最近では、the Elder Abuse and Dependent Adult Civil Protection Act が、新しい Cause of Action を規定しているかどうかは不明確と指摘されている (Cal. Elder Law § 12. 41)。
- (3) “Butler, *supra* note 1, at 650-372”.
- (4) “*Id.*, at 650-373”.
- (5) “*Id.*, at 651-372”.
- (6) E. g, MacRae v. Mathews, 421 F. Supp. 533 (E. D. N. Y. 1976).
- (7) “Butler, *supra* note 1, at 650” 1983条項に基づく請求権と黙示の請求権の違いは、挙証責任の分担の違いにあるとされる。前者の場合は、被告側がそのような権利を議会は否定する意向にあったことを証明しなければならない。後者は、議会は、暗黙のうちにそのような権利を想定していたことを実

1983条項や憲法に依拠する請求権を導き出す為に、「ナーシングホームは州の行為に含まれる行為⁽⁵¹⁾を遂行しているわけではない」とする Fuzie 裁判の判決にもかかわらず、他方オハイオ連邦地方裁判所は、「ナーシングホームは州の行為に含まれる行為を遂行している」とし、「原告は憲法違反を理由に直接ナーシングホームに対し請求をすることが出来る」としている。この Stitt 事件⁽⁵²⁾においては、Fuzie 事件に関わった同じナーシングホームが関係している。当該ナーシングホームは、州のメディケイド機関とサービス供給契約について再交渉をし、その結果メディケイドの適用を15人の居住者に限定することに同意した。その時点で施設には30人の居住者がいたが、(メディケイドが適用されない) 15人が施設から他へ移送され始めたのである。裁判所は「メディケイド供給者(州)が、自発的にメディケイド受給者を減らした時には、それは州の活動の範囲内にある」と判示した。裁判所は、「民間の当事者(ナーシングホーム)は、貧困者に対し保健サービスを供給するという伝統的な州の行為を遂行している」とし、さらに「(ナーシングホームに対する)州の規制並びに基金の付与からして、州とナーシングホームの間には利害の一致がある」と判示している⁽⁵³⁾。

「福祉的サービスを供給することは、州の絶対的任務である」ことには触れずに、裁判所は「州はこの義務の実際上の遂行を民間の当事者に委ねている」と述べている。裁判所はまた、「民間企業が、そのような州の独占的な(exclusive)機能を遂行している時には、当該企業は州の行為を実施していることになる」と判示した Flagg 事件における連邦最高裁判所判決⁽⁵⁴⁾を引用した。Stitt 事件において裁判所は、「メディケイド事業の現実からして同事業は州の行為として判断せざるをえない」と指摘し、「州の行為」という点について、Fuzie 事件との相違を明白に示した上で、Klein 事件⁽⁵⁵⁾を引用して「十分なケアの下で継続的に施設に居住することについての居住者の期待権に基づき、憲法は移送に先だち居住者に通知とヒアリングの機会を付与することを要求している」と判示している⁽⁵⁶⁾。Smith 事件においても裁判所は、「ナーシングホー

べきである。特に州や連邦を規則に従わせる Compliance Proceeding (苦情処理手続) を開始させる権利を受益者がもたない時や、一旦 Compliance Proceeding が開始されても、受益者に不利益を与えたまま延々と続く時には、そうでなければならぬ」ことを、報告・提案していたことからしても、受け入れられないと指摘されている。

④

Fuzie 事件において裁判所は最終的には⁽⁴⁷⁾、「原告は州法に基づく契約上の請求を求めている」とした上で、「州法上の請求や契約上の第三受益者としての主張に対する連邦の管轄」に対し、他のいかなる理由も付与することなく連邦裁判所への継続を認めている。当該裁判所は「契約違反に関する請求は明らかに州裁判所の管轄に属する。争点となっている契約上の文言が連邦法によってのみ策定されたものである場合にも、連邦裁判所による裁判が許されないとするならば、判決は裁判所に対する不誠実を示すことになる。従って連邦法令に基づく契約は、絶対的に連邦裁判所への請求を保障されるべきである。」と述べている。

⑤ ま と め

原告の訴えが支持されたという意味では、Fuzie 判決の結論は望ましいものであったが、この方針に到達する裁判所の論理づけは不十分であるとの指摘もある。裁判所は、「最高裁判所が、第三受益者についての請求の連邦裁判所への継続を否定した Aldinger 事件⁽⁴⁸⁾との相違を納得のいかない形で提示している」と批判されている⁽⁴⁹⁾。

これに対し Roberson 事件の論理は、Fuzie 事件の場合より不鮮明であるが、メディケイド関係法の明確な、しかも正しい解釈に基づくものであり、議会の意向とも一致していることは事実であり、将来的には、メディケイド関係法のもとで請求権が明確に規定されることが期待されている⁽⁵⁰⁾。

(2) 州の行為 (State action)

「Fuzie 事件判決の中で裁判所は、(絶対的に連邦の事業であり、適格性・給付・苦情申立制度について連邦法令上特別に規定されている) メディケアと、(連邦の定めたガイドラインに基づき、州がその裁量に基づき事業を展開する) メディケイドに対する『司法審査の要件』の相異を無視している。すなわち『メディケイドの請求に対して受給者は司法審査を求めることができるかについてメディケイドは明確には規定していない。他方メディケアの場合には明確に表明されている。しかしこのことから、メディケイド関係法は請求権を付与していないとする結論を支持することは出来ない。連邦法に従わなかった州の過失に対し、州を訴えることを裁判所がメディケイド受給者に容認してきた過去の事実、その結果幾つかのメディケイド関係法の修正がなされたこと、そして議会は明らかにこうした裁判上の決定を黙認してきたという事実は、立法者の意図がメディケイドの下での請求権を否定するものではないことを示している』と指摘されている⁽⁴³⁾。

さらに Fuzie 事件については、「民事執行 (Private Enforcement) が予定されている事については、SNF・ICF の規則も支持をするところである」という反論もなされている。なぜならこれらの規則は、無能力者がその「権利と責任」を代理人に委任することを認めている⁽⁴⁴⁾が、このような委任は個々の居住者が、「居住者の権利法」に基づく権利⁽⁴⁵⁾を施設に対し強制しうるものでなければ意味がないことになると指摘されている⁽⁴⁶⁾。

③

私的な請求権を付与することが、メディケイド関係法の目的に適切かどうかを決定するに際し Fuzie 事件判決は、「居住者に請求権を付与すれば、州のメディケイド機関による事業の運営を妨げ、法を執行するという州の一義的責任を回避させることになるだろう」と述べている。しかし、ナーシングホームの監督に関わる州の過失の重要性は、MOSS 委員会の報告書により、議会も承知する所である。同委員会は、「受益者 (ナーシングホームの利用者) は、訴訟の遂行に対し権利をもつ

給契約を終了させることが出来る。このことから、法律並びに移送規則は居住者に対する特別の利益 (special benefits) を規定していないと考えられる。従って、原告は移送されないことに対し絶対的権利をもっているわけではない。」という結論を、十分な説明なしに導きだしている。しかし「メディケイドに基づく給付が絶対的権利であるかどうかは、法律が受給者である原告に利するよう構成されているかを決定することとは無関係である、すなわちそのような問題はせいぜい絶対的な救済に関係する問題であり、訴訟法上の請求権 (claim) が、定められているかには関係しない」とするのが反論の内容である。

一般的にメディケイド関係法がそして部分的にはナーシングホーム関係法が、受給者に対する「特別の利益」について規定していることは、広範囲に渉る法の体系からして明らかであると指摘されている。法律は、要件に該当する人々にケアを供給する為に制定され⁽³⁵⁾、彼らに最大の利益⁽³⁶⁾を付与しうるよう管理されている。特にナーシングホームは、「周期的に行なわれる医療の監査に従わなければならないこと⁽³⁷⁾、連邦の規則に従い⁽³⁸⁾資格を有する管理者 (Administrator) をおかななければならないこと⁽³⁹⁾」が要請され、さらに SNF と ICF の規則が、居住者の物理的かつ環境的な生活をより豊かなものにする⁽⁴⁰⁾ために制定されている。これらの規則を実施する上での保健教育福祉省の法解釈は、議会の意向を尊重するようになされることが予定されていることが挙げられている⁽⁴¹⁾。

②

Cort 事件判決の提示する第 2 の基準 (立法上の文言は、請求権について明白な或いは黙示的な指摘をしているかどうか) を検討することにおいて、Fuzie 事件判決は、「メディケアに関する行政の決定」に対する「司法審査の要件」について指摘している⁽⁴²⁾。

それはメディケイド関係法においては、明白には規定されていないところのものである。

この点については、次のような批判がなされている。すなわち、

護について規定していない」と指摘している。最後に裁判所は、「問題となっている領域は伝統的に州法に委託されているものではない。メディケイドは、完全に連邦の法制度・法体制の下にあり、従って連邦裁判所の訴訟とするのが適切である」と述べている。

そう判示することにおいて、Roberson 事件を扱った地方裁判所は、「民事訴訟を提起しうる私人の権利」(private right of action) を扱った別の事件である Fuzie 事件⁽³²⁾との違いを明確にしている。Fuzie 事件では、Berry 事件と同様の事実を扱いながら、逆の結論が導きだされている(後述の Fuzie 事件では、入居者の権利条項に基づく「黙示の請求権」は裁判所により否定されている。しかし裁判所は入居者が施設と行政機関の間のサービス供給契約の受益者である第三者として訴訟を維持することを認めていることから、結果的には、2つの事件と同様に、連邦規則の「入居者の権利条項」に基づく請求が認容されている)。

③ Fuzie 事件 (黙示の請求権の否定, 第三受益者としての請求権の容認)

Fuzie 事件で裁判所は、メディケイド事業の背景と目的、メディケイド事業と民間のナーシングホームとの法的関係について熟考した上で、
「被告ナーシングホームは、州法の外観のもとに⁽³³⁾行動しているわけではない。従って原告はナーシングホームに対し1983条項或いは憲法に依拠する如何なる訴えも提起することは出来ない」とした (州法に基づいて行動しているのだから、違反を問題にできないということ)。第2に Fuzie 事件では、裁判所は Cort 事件の基準に依拠しながら「社会保障法は、連邦のナーシングホーム基準の執行を求める黙示の権利を規定していない」と判示している。

④ Fuzie 事件への批判

①

Fuzie 事件における裁判所の分析には、メディケイド事業に対する誤解があるとの指摘もなされている⁽³⁴⁾。当該裁判所は「州は施設との供

シングホームにいた後、メディケイドの適用を受けることになった人達を移送しようとするナーシングホームの措置を訴えた。地方裁判所はナーシングホームの居住者である原告は、「メディケイド移送規則」に基づく請求権を適切に行使出来るとしている。裁判所は、メディケイドの法令が請求権を定めているかどうかについて、議会はそのような権利を特には否定していないとして、簡単にその問題を検討している。裁判所は又、請求権が直接に連邦法令や憲法に基づき当然の前提として容認されている他のケースを引用しながら、「保健教育福祉省はナーシングホームの行為に対し、原告が行政的な再審査を求めることを認めていないので(せめて)、それについての司法審査は許されなければならない」と指摘した。当該地方裁判所は Cort 事件には触れていない。

② Roberson 事件 (黙示の請求権の容認)

Roberson 事件⁽³¹⁾においても地方裁判所は、財政上の理由で施設から移送されようとしているナーシングホームの居住者に対し請求権を与えている。裁判所は、Cort 事件判決を引用しながら、「州は受給者の最大の利益と一致するようにサービスを供給しなければならないという 42 U. S. C. § 1396a (a) (19) の要請に基づき、議会は明らかにメディケイド関係の法律を原告の特別の利益を考慮する目的で制定している」と判示した。裁判所は又、法は黙示的に請求権を規定しており、従って原告は Cort 事件判決における第2の要件をも充足しているとしている。なぜならば、メディケイド関係法において直接に規定された唯一の執行権限は、「州がもし連邦法に従ったサービスを提供しないならば、保健教育福祉省は州の財源をカット出来る」ということであるが、そのような独占的・排他的救済方法は、メディケイド受給者に対する法の目的と一致しないからであると述べている。Cort 事件判決の第3番目の基準に合致しているかどうかの裁判所の判断もこの点に関連している。「救済方法は、法の目的と一致すべきである」ということを前提として裁判所は、「メディケイド関係法の目的は、極貧の者に対してサービスを提供することであるが、法律はこれらの権利を保障する為の他の効果的な保

いえよう⁽²⁴⁾。

黙示の請求権を請求する場合には、請求権の存在を原告が実証しなければならないが、法律用語は漠然としているのが通常であり、立法過程 (legislative history) も散逸していたり、矛盾したりしていることが多い。その為、多くのクラスアクションが、1983条項を追及してきていたとされる⁽²⁵⁾ことを考えると、上述の状況は憂慮すべき事態といえよう。

② ナーシングホームに対し、居住者が権利の執行を求める訴訟

これに対しケアの供給者 (ナーシングホーム等) を被告として、メディケイドの受給者が権利の執行を求める訴訟は必ずしも成功していない⁽²⁶⁾。こうしたことから、この種の訴訟においては裁判所が、Cort 事件についての1975年の最高裁判所判決⁽²⁷⁾を重視することが期待されている⁽²⁸⁾。Cort 判決では、原告の「請求権」が明白には規定されていない連邦法に基づき、原告が訴訟を提起出来る場合についての基準 (Test) が提示されている。Cort 事件において最高裁判所が示した基準は、1) その法律が、特に原告に利益を付することを意図しているか、2) 請求権を否定する或いは肯定する明白な或いは黙示の意向が、立法上示されているかどうか、3) 請求権を所与の前提とすることが、立法上強調されている目的と矛盾しないか、4) 当該請求権が、伝統的に州法に帰せられている請求権であるかどうかである⁽²⁹⁾。

③ 被告ナーシングホームに対する「連邦法令に基づく請求権」の容認

連邦法が「参加の条件」(IIの二参照)の中で居住者の権利に関連して規定している「移送に関する規則」(1987年改正前)が、ナーシングホーム居住者の請求権を規定しているかどうかについて、以下に紹介する3つの判例は同じ結論に達している (連邦法令に基づく請求権を容認している)。

① Berry 事件 (黙示の請求権の容認)

そのうちのひとつ Berry 事件⁽³⁰⁾においては、原告は2年間近くナー

訴裁判所もこれを容認している⁽¹⁷⁾。しかし最高裁判所は前述のように判決し、請求権を否定した。このことから Suter 事件判決は、最高裁判所が「州に対する議会の命令（ここでは社会保障法をさす）に対し訴訟上の請求権を付与することに積極的ではない」ことを明白にしたと指摘されている⁽¹⁸⁾。裁判所は、1983条に基づき、訴訟上の請求権が認められうることをもとより熟知しているけれども、Suter 事件は、連邦の命令が州政府によって遵守されなかった場合の将来におけるクラスアクションの成功の可能性に厳しく疑問を投げ掛けている。Suter 事件は、(1980年代以降の判決で保障されてきた) 1983条の適用を脆弱化させたと批判されている⁽¹⁹⁾。しかし以前の判決でも裁判所は、社会保障法に限らず「連邦の規定の仕方が裁判所が強制を課すには漠然としすぎている」と判断される時には、その権利を否定してきた。Suter 事件もそのケースにあたるものである。これに対し裁判所は、規定の仕方が明白である場合には、Wilder 事件⁽²⁰⁾（メディケイドの州プランに従うことを州に要請する権利がメディケイド受給者に付与されていることが裁判所によって容認されている）のように、請求権を認めてきている。このことから Suter 事件判決は、「社会保障法に基づく州プランへの要請の執行を求める受給者等の請求権を、今後は否定しようとする裁判所の意向を示すものではない」という指摘もなされている⁽²¹⁾。1994年の Ottis 事件判決⁽²²⁾では、地方裁判所は、1987年のナーシングホーム改正法で求められている要請に従わないナーシングホームに対し、一連の救済手段を確立し実施することを、ミシガンのソーシャルサービス保健省に命じている。同事件では、被告は Suter 事件を引用し、「原告は、訴訟上の請求権をもたない」と主張したが、裁判所は、「(州が法に従わない場合には)、ナーシングホーム改正法は1983条に基づく執行をも辞さない意向を示していた」と判示している⁽²³⁾。

こうした判決はあるものの全体としてみれば、裁判所が1983条項に関する訴訟を大幅に制限し始めていることは否めない。こうした現状に対しそれを巧みに躲そうとする原告側の努力が続けられているのが実情と

のひとつ) を用意することで、原告等の請求権を排除する意向にあったことを証明しえなかった」と判示している⁽¹⁴⁾。最高裁判所は、「議会は、ある状況の下では、the Brooke Amendment に基づく請求権を明白に禁止しているが、このケースはそれに、該当しないので、請求権は存在する」としている。最高裁判所は、「連邦が補助金交付の条件として州に課している義務（ここでは 該当者に当該手当を支給すること）に対する1983条の適用を制限しているとみることが出来る。

さらに最高裁判所は Wilder 事件において、連邦補助金への1983条の適用を判決している。この事件では、ヘルスケアの供給者（例：ナーシングホーム経営者等）への相応の償還率を定めることを州に命じているメディケイド法に基づく州の義務に対する供給者の請求権が認められている。

しかし1992年の Suter 事件⁽¹⁵⁾において、最高裁判所は、「AACWA (the Adoption Assistance and Child Welfare Act) は、原告である児童集団（クラス）に、当該ケースに対するイリノイ州の相応の努力を要求する訴訟上の請求権を付与していない。従って原告は、州の公務員が努力を怠っていることを訴えることは出来ない」と判決した。本件において原告である児童は、イリノイ州の児童家庭局が、連邦法の規定する所に従い虐待を受けている児童を家族から切り離さず、児童をその家族ともども再生させる為の相応の努力を怠ったことを訴えていた。AACWA 事業は、AFDC やメディケイドと同様社会保障法上の事業であり、この事業に参加することを決定した州は、社会保障法に基づく様々な規定を含む保健福祉省（HHS）によって承認された「プラン」に従って事業を実施しなければならない（state plan requirement といわれている）。原告は、イリノイ州の AACWA プランは、「(上述の点について) 相応の努力を行なうこと」を規定しているが、実際には要介護児童に対し迅速にケースワーカーを配置する措置をとらず、州はプランに規定される「相応の努力」を実施していないと主張した。地方裁判所は、この主張を受け入れ州に直ちにケースワーカーを配置することを命じた⁽¹⁶⁾。控

利を容認している⁽¹²⁾。

Maine 事件では AFDC の受給者は、1983条に基づき社会保障法に基づき創設されたサービスに対する連邦法令上の義務の執行を求める権利 (a private right on action) があるとされた。画期的な判決といわれる同事件で最高裁判所は、多くの連邦法令に対する救済の手段として1983条を持ち込むことによって、「連邦法令に基づく救済に対する黙示の権利」に関する Cort rule を、意義ある形で緩やかに適用したのである⁽¹³⁾。同判決は、1983条を適用しうる理由として3つの根拠をあげている。すなわち、①先例は、連邦法への1983条の一般的適用を認めている。②1983条に基づく請求権を許す先例を憲法が黙認しているということは、それへの支持を示唆している。③42 U. S. C. § 602 (a) (7) の立法史は、前述の権利を創設することへの議会の意向を示していることである。

Wright 事件では、低所得層住宅の居住者は、貸与手当の上限を決定する際に、家具等の備品に対する手当を適用しなかった市の過失を訴えた。

地方裁判所は、1983条と the Brooke Amendment に基づく、原告の請求権を棄却した。控訴裁判所は、『控訴人 (原告) は、家具等の備品に対する相応費用も含め貸与額の最高額を受ける権利をもつが、HUD (department of Housing and Urban Development, 住宅都市開発省) の「公正聴聞並びに制裁手続」(fair hearing and sanctions process) でのみ執行されうる』とした。

上述の点について、最高裁判所は、司法手続は、議会並びに行政手続を補充する「付加的な執行手続」とみて、「低所得層住宅居住者は、HUD 規則によって定義され、the Brooke Amendment によって保証された訴訟上の請求権をもつ」とした。そして最高裁判所は、「貸与最高額は、1983条に基づき執行を求めることが出来る請求権である」として、事件を控訴審に差し戻したのである。最高裁判所は、「原告が、the Brooke Amendment に基づき、請求権をもつことを証明したのに対し、市は、議会が他の包括的な救済手段 (控訴審が指摘する聴聞手続もそ

関に対し新に別の訴訟上の請求権を確立するまでもなく容認されるべきものとの指摘もなされている⁽¹⁾。しかし、後述のように現状はそう簡単ではない。

(1) 連邦法令に基づく請求権

① 州が連邦法令に従わなかった場合は、連邦政府ではなく州を被告として訴訟を提起できる（最高裁判所の立場）

連邦の法律や連邦規則が請求権を暗黙の前提としているとした場合、いくつかの特別の問題が生じてくる。例えばメディケイドに関係する社会保障法は、州やサービスの供給者が法律に従わなかった場合に、被害を蒙った居住者（メディケイド受給者）に対する特別の訴訟上の請求権を規定していない⁽²⁾。州が社会保障法に違反した場合に法律が予定している唯一の救済は、保健教育福祉省が非常に制約された条件のもとで州に財政上の罰則を課するか⁽³⁾、或いは連邦政府の基金を、州の全ての事業に対して抑制するという殆ど用いられたことのない権限を行使する為に厄介な手続を開始するかのいずれかである⁽⁴⁾。社会保障法事業の受益者（メディケイド受給者等）は、保健教育福祉省（すなわち連邦政府）がこれらの権限を行使することを求めて訴訟を提起する権利をもたない。そこで最高裁判所は一貫して「社会保障事業からの受益者は、州が連邦法に従わなかったことに対し（連邦政府ではなく）州を被告として直接訴えを提起出来る」と判示してきた⁽⁵⁾。しかしその理由は、原告が直接社会保障法に基づき訴訟を提起出来るからなのか或いは42 U. S. C. § 1983に基づいてのことなのかは明確ではなかったとされ、この先例⁽⁶⁾は1970年代を通じずっと遵守されてきたと指摘されている⁽⁷⁾。

1980年代以降最高裁判所は AFDC (Aid to Families with Dependent Children) の受給者⁽⁸⁾・公共住宅の居住者⁽⁹⁾、メディケイド供給者⁽¹⁰⁾に対し、1983条の適用を認めてきた⁽¹¹⁾。さらに下級裁判所は、児童支援事業、ナーシングホームへのメディケイドからの償還方針や連邦の児童福祉関係法の執行について、受給者や施設に1983条を根拠に訴訟上の権

範囲は著しく拡大された。

もっとも1981年に入ると、§1983訴訟の一貫した拡大傾向に歯止めを掛ける判決が次々とだされてくる。こうした動きの中で、1986年に出された *Daniels v. Williams*, 106 S. Ct, 698は、過失による不法行為には§1983は適用されないとしている。

しかし全体としてみれば、連邦最高裁判所は、civil rightsの運動とデュープロセス革命に促されて、§1983を強力な行政救済手段に転じ、州の不法行為による救済の不備を補ってきたとされている。§1983の制約は大きいですが、同条が、州・自治体の公務員の不法行為に基づく損害賠償請求の極めて重要な手段になっていることは間違いない。多くの州は、§1983訴訟から公務員を守る為の立法を行なうにいたっている（前掲「国家責任法の分析」pp. 326~332によるが、詳しくは同書を参照）。

(6) 前掲「国家責任法の分析」p. 315.

(7) *Wood v. Strickland*, 420 U. S. 308 (1975).

Woods v. Lake Drive Nursing Home Inc., 503 F. Supp. 183 (D.Md. 1980); citing *Estelle v. Gamble*, 429 US 97 (1976) (see., Strauss (et al.), *Aging and the Law*, 541 (1990)). なお注(3)参照。

(8) *In Butz v. Economou*, 98S. Ct. 2894, 2908 (1978).

(9) 差止めについては、後述「請求権」の項、並びに *Suter* 事件等参照。

(10) 注3の *Edelman* 事件参照。

(11) *Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement*, *Clearinghouse Rev.* 650-370 (Oct. 1980).

(12) good faithとは、意図された行為が不法あるいは他人に有害ではないと確信して行為すること。

(13) “*Butler, supra note 11, 650-371*”.

(11) “*Id, at 650-368*”.

4 請求権 (Causes of Actions)

コモンロー（不法行為と契約）や法律（州のライセンス・メディケイドの承認・消費者保護に関係する）に基づくナーシングホームに対する多くの「利用可能な請求権」(potential causes of action)の問題が、「法を執行する州や連邦機関の過失を訴訟上請求出来る可能性」の問題とともに論じられてきている。「請求権」は、既に州や連邦政府のライセンスの取消・承認の取消手続や破産事件における参加人として、居住者が保護を求める明白な利益を明らかにしている以上、ナーシングホームと公的機

年の *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.* 事件においては、§1983違反による自治体の責任は、懲罰的賠償を含まず、補填的賠償に限られると判示されている。Monell 判決のいう「公的政策の反映とは、具体的に何をさすか」は、困難な解釈問題をもたらした。また自治体の使用者責任を否定した Monell 判決により齎された制約を緩和する為に、「意図的無関心の理論」が用いられてきている。Don v. New York City Department of Social Services 事件においては、児童虐待が施設で行なわれていることを知りながら、しかるべき措置をとらなかったが故に（児童虐待が法的政策の反映でないのは明らかであるが）、ニューヨーク市の責任が認められている。

1978年に§1983が自治体の不法行為に対する損害賠償請求にも用いられることが認められるまでは、自治体の不法行為責任は、州議会や州裁判所により、主権免責が廃止されていない限り、「統治的」対「財産的」、「裁量的」対「執行的」等のメルクマールによって決するのが通常であった。§1983が適用される限りにおいては、「統治的行為」や「裁量的行為」であることを理由として免責を主張することは出来ないから、自治体の不法行為責任の追及は、はるかに容易になった。もちろん、当該作為・不作為が、自治体の公的政策の反映であることの立証を要する等、§1983訴訟の下で市町村の責任を拒む障害はなお大きい。しかし全体として、§1983で自治体の責任は拡大の方向にある。その為、財政基盤の弱い自治体側の意向を受け、§1983を修正し、自治体の責任を修正しようという意向もある（前掲「国家責任法の分析」pp. 321～324、詳しくは同書参照）。

- (5) アメリカの国家賠償法は、連邦・州・自治体の不法行為責任について、広範な免責を認めている。そのために違法行為の抑止機能と被害者の損害填補機能の相当部分を公務員個人に対する損害賠償請求に依存している。

19世紀後半以降、公務員に対する免責が拡大されてきたが、その流れは1971年の *Bivens* 事件で転換させられた。この事件で連邦最高裁判所は、修正4条違反を理由として、直接、連邦公務員を訴えることが出来ること、当該連邦公務員は絶対免責を主張出来るのではなく、連邦の *Civil Rights Act* 違反で訴えられる州公務員が主張しうる範囲でのみ免責されるにすぎないことを判示して、原判決を破棄差戻ししたのである。この判決の法理は、のちに、修正4条違反以外の憲法違反の場合にも拡張されていく。限定的な連邦不法行為請求権法に基づく訴訟に加え、*Bivens* 型訴訟が認められたことにより、連邦公務員に対する損害賠償請求は増大している。

州・自治体の公務員に対して、不法行為に基づく損害賠償を提起する際、しばしば用いられるのが、§1983である（注4参照）。1961年の *Monroe v. Pape* 判決は、連邦裁判所に出訴する前に州法上の救済を求める必要がないこと、同条にいう「法の色彩の下において」は州法の下で有効か否かを問わず、あらゆる公務員の行為を包含すると解した。この時から、§1983の射程

い限り、修正11条により禁じられていることが確認された。さらに、翌年の *Quern v. Jordan* 事件では、42 U. S. C. § 1983が修正11条を廃止するものではないと判示されている。

このように、連邦裁判所は、修正11条の制約故に、普通法の主権免責の問題について、正面から対峙することはなかったのであるが、州裁判所は、修正11条の桎梏を免れていたが故に、より積極的に、主権免責の法理を吟味することが可能であった。1957年から1976年の20年間に、29の州の最高裁判所は、主権免責法理を廃止して、州や自治体の不法行為責任を認めたのである。主権免責法理が好ましくないという点については、州最高裁判所の間におおむねコンセンサスが成立している。見解がわかれるのは、立法でなく判決により、これを廃止出来るかである。1961年以降は殆ど全ての州最高裁判所の多数意見は、主権免責法理の廃止に賛成している（前掲「国家責任法の分析」pp. 315～316による）。

- (4) 1871年に制定された Civil Rights Act 1 条は、今日、42 U. S. C. § 1983として法典化されていることから、§ 1983と略称される。同条は「全ての州又は領土又はコロンビア特別地区のあらゆる制定法、条例、規則、慣習もしくは慣行の下で、合衆国の市民、又はその管轄下にある他の者の憲法上、及びその他の法により保障された権利、特権又は免責を奪い、ないしは奪わしめた者は、被害を受けた者に対して、普通法、衡平法上の訴訟及びその他の適切な救済手続において責任を負う」と規定している。

§ 1983が立法化されてから、100年以上にわたって、市町村は、同条の下で責任を負わないとされてきた。しかし、1978年の *Monell v. Department of Social Services of the City of New York* 事件で、連邦裁判所は、市町村等の自治体も§1983訴訟で被告になりうると判示した。しかし、判決は公務員個人の責任（ひいては自治体の使用者責任）が問題なのではなく、当該行為が、その自治体の公的な政策を反映したものである例外的な場合に、自治体の自己責任が生じるとした。しかし、例外的に、自治体が§1983訴訟において、末端の公務員の行為に対して責任を負うこともありうる（1985年の *Kranson* 事件は、市が所有しているナーシングホームに入居している高齢者の娘が、父親は施設の職員の過失により死亡したとして訴えた事件である。原告はそのような措置を重視しない施設の方針の結果、心臓人工蘇生の管理ミスで死亡したことを理由に、父親の憲法上の権利の侵害に対し、1983条項に基づきナーシングホームを訴えた。裁判所は、*Monell* 事件を引用し、市が所有するナーシングホームは、当該政策の行使に関し、1983条に基づき責任を負うとしたが、本件の場合は政策と心臓人工再生手続設立についての過失との間には、因果関係はないとし、訴えを棄却している。橋本）。

1980年の *Owen v. City of Independence* 判決では、公務員が誠実の抗弁をなしうるとしても、市町村はそれを援用しえないと判示されている。1981

づく連邦裁判所への損害賠償請求のきわめて重要な手段となってきた(注5参照)。

(注)

- (1) R. Brown with Legal Counsel for the Elderly, "the Rights of Older Persons", p 288 (1994).
- (2) 19世紀中葉までに、合衆国の不法行為責任からの免責理論は確立していた。今世紀に入り、広範な主権免責への批判が高まり、1946年立法組織法タイトル4(連邦不法行為請求権法)で主権免責は部分的に放棄された。しかし、故意による不法行為の殆ど、そして裁量的機能の多くが免責された。連邦不法行為請求権法は、(不)行為地の州法の下で不法行為となる作為又は不作为に対してのみ救済を与えるものとされている。この制限は少なくとも、2つの点で、重大な国家責任の欠缺をもたらす。第一に、連邦の制定法や規則の殆どは、州法が私人に課さない法的義務を規定するものである。したがって、連邦の法規の多くは、連邦の不法行為請求権法のもとで、合衆国の責任を基礎づけるものではない。第二に、合衆国憲法に違反した場合でも、それが作為または不作为の生じた州法上、不法行為として構成されない限り免責されることになるが、合衆国憲法の基本条項は、通常私人間に適用されるわけではないので、かかる構成を行なうことが困難な場合が少なくない(以上、宇賀克也「国家責任法の分析」pp. 302~306による)。
- (3) アメリカの国家賠償法制を考察する場合、州及び自治体を看過することは出来ない。合衆国では、多様な給付行政が、直接的には、州・自治体によって営まれており、また、州・自治体の雇用する公務員数は、連邦よりはるかに多いからである。

修正11条は、「合衆国の司法権は、合衆国の一州に対し他州の市民によって、または外国の市民もしくは臣民によって開始し提起されたいかなる普通法または衡平法上の訴訟にも拡張されるものと解釈してはならない」とする。同条の「他州の市民」は、当該州の市民をも含むものと拡張解釈されている。修正11条は、州に対する賠償請求と差止め命令をともに禁じたが、賠償請求を排除することが主たる目的であった差止め命令については、柔軟な姿勢をみせながらも、連邦最高裁判所は、損害賠償請求については、今日にいたるまで、州が修正11条の下で連邦裁判所の管轄に服しないという解釈を崩していない。1974年の *Edelman v. Jordan* 判決は、原告が *Ex Parte Young* 判決の法理を活用して、州公務員に対して、福祉給付を遡及的に行なうよう請求したのに対して、実質上、州に対して賠償請求をするに等しいという理由で、これを容認しなかった。また、1978年の *Aladama v. Pugh* 判決で、州及びその矯正委員会に対する損害賠償請求訴訟は、州が同意しな

に拘束状態で放置されていて火災で死亡したナーシングホーム居住者のケースでは、連邦法の規定する市民権条項に基づく請求権は却下されている。この Woods 事件⁽⁷⁾で裁判所は、Estelle 事件⁽⁸⁾を引用して通常の懈怠は、憲法上の権利の剥奪とはならない。適切な救済は連邦の市民権条項のケースとしてではなく、州の不法行為訴訟として行なわれるべきであると判示している⁽⁹⁾。

連邦裁判所が修正11条の制約の下におかれていたのに対し、修正11条に関係しない州裁判所は、主権免責法理を廃止して、州や自治体の不法行為責任を認める方向にある（詳しくは、注3参照）。

自治体の責任は1978年に42U. S. C. § 1983が自治体の不法行為責任に対する損害賠償責任にも適用されることが認められたことを契機に、連邦裁判所においても拡張されてきている（詳しくは、注4参照）。

いずれにせよアメリカの国家賠償法は、連邦・州・自治体の不法行為責任について、広範な免責を認めてきたことは否めない。その為に違法行為の抑止機能と被害者の損害補填機能の相当部分を公務員個人に対する損害賠償請求に依存してきた（注5参照）。

こうしたことから、個々のナーシングホームに関する訴訟において州機関の公務員を被告とすることが重要視されてきたことは、既に指摘したとおりである。

連邦裁判所は、連邦法に違反している州の公務員を訴訟に加える権限を行使出来る。しかし州が自からその免責を放棄するのでなければ、連邦裁判所は州公務員の過去の違法な行為に対して損害賠償を課することは出来ない⁽¹⁰⁾。修正11条は、州公務員の公務外での行為に対する損害賠償請求については及ばず、従って州は免責を主張することは出来ない⁽¹¹⁾。しかし州公務員は、職務への忠誠⁽¹²⁾を主張しうる⁽¹³⁾。

免責についての一般的規則は、連邦政府の公務員に対しても適用される（注5参照）。しかし今日連邦公務員個人に対する損害賠償請求は拡大してきているといわれている（注5参照）。

また1983条は、制約はあるにせよ州・自治体の公務員の不法行為に基

つ全ての当事者が被告とされるべきである。ナーシングホームの株主も住民に対して個々に責任を負うべきと指摘されている。多くのナーシングホームの株主（特に実質的にナーシングホームの運営に参加している者）は、ナーシングホームを自己の所有物のように扱っているのが実情だからである。こうした場合には、ナーシングホーム（企業）と個人の間には完全に利害の一致があり、ナーシングホーム（企業）を問題とせず直接株主を相手とすることが可能と考えられている。裁判所が協同関係があると判断する他の要因としては、事業に十分資本が注ぎ込まれていないこと、関連企業間の対等の取引がないこと、資産や財産の混合があること、企業自体の資産がないこと、所有者や事業活動を秘匿したり虚偽の表示をしていること、単なる名義人として企業を利用していることが指摘されている。これらの要因の全てが、ナーシングホームの経営に当てはまる場合がある。特に損害について責任あるナーシングホーム（企業）が、施設を売ったり事業から撤退した場合には、特に上述のような株主を被告としていくことが重要となる。Smith事件の原告は、既に解散しているナーシングホーム（企業）を相手方とするのではなく、株主を訴えている。

（2） 公的機関を被告とする場合

公的機関を被告とする場合に生じる問題は、連邦⁽²⁾・州⁽³⁾・地方政府⁽⁴⁾そして（或いは）その雇用者⁽⁵⁾の免責（Immunity）の問題である（詳しくは各注参照）。

修正11条は、「州政府を訴訟から免責すること」を規定しているが、地方政府についての規定はない。建国者たちは連邦政府だけでなく少なくとも州に対しては、主権免責を排除することを意図していたと考えられている⁽⁶⁾。修正11条は、（連邦政府・州政府に対する）賠償請求と差止め命令をともに禁じている。差止めについては柔軟な姿勢が示されてきているが、損害賠償については、最高裁判所は今日に至るまで州は修正11条のもとで連邦裁判所の管轄に服さないとしている。例えば、身体的

理由で行為しまたは行為せず，そのために，グループに属する者全員のた
めの行為の終局的差止め命令またはそれに対応する宣言的救済を与えるの
が適当な場合

- ③ そのグループに属するメンバーに共通な法律上または事実上の問題の方
が，個々のメンバーだけに関する問題に比べて，支配的であり，かつ，そ
の紛争について公正かつ能率的に判決を下す上で，利用できる他の手段よ
りも Class action の方が優れていると，裁判所が判断した場合。このよ
うな判断に関連ある事項の中には，次の諸点が含まれる：(a) そのグル
ープに属する個々のメンバーが，攻撃防御を自らコントロールすることに
どういう利益が含まれるか (b) 当該紛争につき，そのグループに属す
るメンバーによりまたはこれに対して既に提起されている訴訟があれば，
その程度と性質，(c) この裁判にその請求に関する訴訟を集中することが
望ましいか，望ましくないか，(d) Class action としたときに予想される
訴訟運営上の困難の程度

(7) “Butler, *supra*, note 3, at 649-349”.

(8) “*Id.*, at 649-352”.

(9) “*Id.*, at 649-353”.

- (10) b 項 (3) の類型では，実行可能な最善の通知が class のメンバーになさ
れ，メンバーとされた者は当該訴訟から除外されるべき旨を申し出ることが
出来，除外の申し出をすれば，判決効に服さない。ただし州法によって異な
る場合もある。

(11) “Butler, *supra*, note 3, at 649-360”.

3 被 告

(1) ナーシングホームを被告とする場合

ナーシングホームは共同で経営されていたり，土地や建物は同一人に
所有されているが経営者は所有者とは別人という場合もある。実際には
所有者や経営者は，税金上の問題やメディケイドからの償還に関係して
互に関係をもっているが，書類上は独立し無関係になっている。その為
に関係者間の関係を具体的に証明していくことは難しい。連邦法は，州
や連邦の機関にたいして，ナーシングホームの株を10%以上所有してい
る者と並んで役員 (officer)，支配人 (directer)，協同出資者 (partner)
の名前を明らかにすることを求めている⁽¹⁾。

ナーシングホームの事業を管理したり，操作したり支配する権限をも

ているナーシングホーム居住者の大きな集団からなる訴訟は、審理も永く費用も膨大なものとなることが指摘されている。

(注)

(1) クラスアクション (集合代表訴訟)

1966年に改正された連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure) 23条は、従来の Class action の制度を大幅に改めて、一方では紛争をひとつに纏めて解決するという方針を強化するとともに、他方で私人が民事訴訟を通じて法の実現に資するという役割を強化した。

(2) Class action が認められる要件について、連邦民事訴訟規則23条は、同条 a 項所定の 4つの要件をみたし、かつ b 項に掲げる 3つの場合の 1つに該当することを要求している。Class Action を許すかいなかは、裁判所の裁量で決められる。

(3) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, 14 Clearinghouse Rev. 647-343. (Oct. 1980)

(4) a 項の列挙する 4つの要件とは、以下のものである。

- ① グループに属する者の数が多く、全員を当事者として併合することが実行困難なこと
- ② そのグループに属する者に共通の法律問題または事実問題が存在すること
- ③ グループに属する者全員を代表する当事者の請求または抗弁が、そのグループの請求または抗弁中典型的なものであること
- ④ グループに属する者全員を代表する当事者が、そのグループ全員の利益を公正かつ十分に保護するであろうこと

(5) Class に属する者全員の名を掲げることも、人数を示す必要もないが、Class の範囲が確定されなければならない。

(6) b 項は、次のひとつにあたらなければ、Class action は認められないとする。

- ① そのグループに属する個々のメンバーによりまたはそれに対して個別に訴訟が追行されると、次のようなおそれがある場合：a そのグループに属する個々のメンバーごとに矛盾あるいは相異なる判決 (adjudication) がなされ、相手方がいくつか互いに相反する行動基準に服さしめられるおそれ、b そのグループに属する個々のメンバーとの関係でなされた判決が、實際上その訴訟の当事者とならなかった他のメンバーの権利を処分したり、またはその権利を保護することを著しく困難にしたり妨げたりすることになるおそれ
- ② そのグループの相手方が、グループに属する者全員にあてはまるような

個々のナーシングホームに対し損害賠償を求めるケースの場合、原告が有効な衡平法上の請求を求めている限り、(b) (2) のクラスアクションが適切であるかもしれない。例えば、Resident 事件における原告は損害賠償を求めているが、彼らは管財人の任命に対する彼らの第一次的要求を重ねて、損害賠償に対する申立てを掲げていたとみることが出来る（しかし原告の弁護人は、メディケイドの受給者だけにサービスを供給していた貧困なナーシングホームから損害賠償を獲得することは、非生産的であると感じていた）。

弁護人は、「損害賠償を求めるべきか」をしっかりと見極めるべきである。いくつかの裁判所は、匿名の原告については「損害賠償を請求していない、或いはクラスが全体として損害賠償を求めている場合」には、原告は権利を放棄したものと判示している。

ナーシングホームに対し損害賠償のみを求める場合には、(b) (3) に依拠してクラスアクションを構成することが適切であると考えられている。Smith 事件では、連邦政府が定めるメディケイドへの参加の条件に対するナーシングホームの全ての違反が問題とされており、その結果全てに共通する法律問題が、個々の個人的問題より優先するものと判断されている。さらにもし原告が、基準以下のナーシングホームに住んでいるという共通の条件或いは状態に対する「クラスを基礎とした損害」を求めることが認められるとすれば、彼らは個々の事実についての問題を提示する必要はないことになる。このような損害の概念は、原告である (b) (3) のクラスが、理由のない投獄・逮捕・修正 1 条に基づく権利への違反を理由に、戦争反対のデモに参加して逮捕されたことを訴えた事件で支持されている⁽¹¹⁾。しかしこの概念は一般的には採用されていない。もし裁判所が「クラスを単位とする損害の概念」を認めないならば、原告はクラスのメンバーの損害に対する「個々の証拠と負担額に関する単一の審理」を求める (b) (3) のクラスアクションを構成し、連邦法令上の権利の侵害に基づき損害賠償訴訟を維持することが可能とされるべきである。二重の損害（クラス全体として、個人として）を蒙っ

が可能と考えられる。

個々別々の請求があり、原告が一般的に衡平法上の救済を求めていない損害賠償を含む (b) (3) の下でのクラスアクションは、もし個々人の問題以上に法律や事実において共通する問題の方が強く、クラスアクションが問題を解決するより勝れた手段であるならば、適切である。例えば、管理出来ない程大きなクラスは、多くの少数の個々のケースと比較し勝れているとはいえない。クラスアクションにおいて、共通の問題の方が支配的であるか、個々の問題の方が支配的であるかを決定することは、司法上の論争となっている。この点を決定する為の規則は必ずしも明確ではない⁽⁸⁾。(b) (3) の訴訟は、多くの場合個人的な問題を含んでいるので、裁判所は一般的にはまず原告に対し、被告の一般的な責任問題を扱うことを許し、ついでクラスの個々のメンバーの個々の損害を審議するという2段階制をとっている⁽⁹⁾。もし裁判所が、原告の個々の問題よりも、法律や事実において共通する問題の方がより支配的であると判断し、その結果クラスアクションを認めるということを判示する場合には、裁判所はその通知をクラスのメンバー全員に通知することを要求している。その際、クラスの者はそこから離脱することが認められている。クラスに止まるなら、その者は全体的な判決の結果に拘束されることになるからである。

(b) (2) の場合のクラスアクションでは、クラスのメンバーに対する通知は求められていないので(いくつかの裁判所はそれを求めているけれども)、原告には好意的に受入れられている⁽¹⁰⁾。(b) (3) の場合に要求される通知は、原告の大きな財政上の負担となっている。裁判所は、第一に衡法上の救済を求める (b) (2) のクラスを承認する。損害賠償についても、それが第一次的要求でないにせよ求めることは可能である。差止め救済が求められ、それが適切であっても、最終的な救済が実際には差止め命令ではないこともありうる。とはいえ宣言的救済への要求も差止めの性格をもつものであり、また単に被告の責任についての宣言や損害賠償の請求申立てだけが宣言的救済の要求ではない。

と typicality を含む) クラスメンバー全体の利益を保護することである、という代表する当事者の姿勢が貫かれていること」「原告の代理人が、クラス訴訟を遂行することに適切であること」を含んでいる。

政府機関を被告とする訴訟においては、これらの要件は容易に充足される。これに対し一次的には不法行為請求となる個々のナーシングホームを被告とする事件においては、クラスアクションは適切でないかもしれない。 個々人の請求は、法律 (law) や事実そして請求 (claim) に関する共通の問題に勝るものでありうるし、さらに被告の防御も個別なものにならざるをえないことも予想されるからである。しかしながらもしナーシングホームに対する訴訟が、州や連邦の規則に違反・全ての居住者に影響を与える違反を問題にしており、個々人の被害以上に、「基準以下の施設に住んでいる」という全体的状況が重要される場合には、クラスとして承認することが適切となろう。 差止め救済と管財人の任命を求めた Resident 事件において裁判所は、「エマヌエルケアセンターに現在住んでいる又将来住むことになる全てのメディケイド受給者」が a (b) 2 (注 4 参照) に該当するクラスと認定されている。この規則 23 (a) の要件 (注 4 参照) は、ナーシングホームの質を争う訴訟においては、かなり容易に充足される。より困難な問題は「当該クラス」が、規則 23 (b) (2), (b) (3) の要件を満たすかどうかということである⁽⁶⁾。規則 23 (b) (2) は、被告の行為を是正する為に差止めの宣言的救済が適切である場合の要件を定めている。 クラスアクションのこのカテゴリーは、元来市民権訴訟と、ついで被告である政府機関が「グループに属する者全員にあてはまる理由で行為しまたは行為をせず、その為にグループに属する者全体のための行為の終局的差止め命令またはそれに対応する宣言的救済を与えるのが適当な場合」に使用されてきた。当該規則についての諮問委員会の文書によれば⁽⁷⁾、被告の行為が例えクラスの中の一人の或いは少数の人数に影響を与えるものであっても、それがクラス全体に対する適用理由となりうる場合は、(b) (2) は適用される。(b) (2) に基づきナーシングホーム施設の状況を訴える訴訟を提起すること

連邦規則 (FED. R. CIV. P. 23) に合致するなら⁽²⁾、たとえ差止め救済が原告の要求を充足出来るとしても、クラスの承認は適切であると判断している⁽³⁾。戦略的な視点からいえば、特に政府機関を被告とする場合には、宣言的・差止め救済を求める集団 (Classes) は、裁判上完全にクラスとして扱われる。他方原告が一義的に個々の施設に対し損害賠償を求めている場合には、その損害賠償の要求が衡平法上の要求に従っていない場合には、クラスとして承認されない危険性がある。

クラスとしての承認を求める原告は、連邦規則23条 a 項の定める 4 つの要件⁽⁴⁾に対応しなければならない。原告になる者の総数が、数えあげられない程多いということが認められなければならない。クラスとして承認されるには従来最小で、25から40~50という人数が必要とされてきた⁽⁵⁾。Resident 事件で承認された人数は、174人である。Resident 事件で裁判所は、「連邦規則 (RULE23 (a) (2)) が要件としていることは、単に影響を受ける人の数だけではなく、個人で訴訟を遂行する能力の欠如、特にそのための高度な知識の欠如、仕返しの恐れについても検討すべきである」としている。

前述の連邦規則は、「全ての人々に共通する法律や事実についての問題があり、被告の同じ行為や同じ行動により同様の状況にあり、同じ様に悪い影響を受けている」ことを要件としている。個々人の要求が、被告の法律違反が齎らす被害の実例として主張されるのに対し、(クラスアクションの場合には)、クラスの全てのメンバーに関わる現実の或いは潜在的な被害を齎らす違反の形態が求められる。規則で求められている Typicality (グループを代表すること) は、Commonality (民衆団体であること) と同義である。代表している当事者の要求は、クラスの要求或いは防御の要求の典型でなければならない。クラスを代表する原告は、他のクラスのメンバーの利益と対立する利益を有してはならない。

連邦規則 (23 (a) (4)) は、「クラスを代表する当事者は、クラスの利益を公正、適切に代表すること」を求めている。この命令は、2つの要件「自身の要求を主張することが、(規則23 (a) の要求する commonality

- (1990))。
- (6) 例えば、1978年の時点で既にカリフォルニア州法にはそのような規定がおかれていた。
 - (7) “Butler, *supra*, note 1, at 647-333”.
 - (8) Smith v. O’Halloran “*Id.*, at 647-336”.
 - (9) In Resident v. Emmanuel Family Training Center, Inc. (No. C78-477, Medicare & Medicaid Guide (CCH) 28098 (N. D. Ohio, May 26, 1978)).
 - (10) A. P. v. Abby Nursing Home, Inc., No. C78-1340, (N. D. Ohio, 1979).
 - (11) re Primus 事件 (46 U. S. L. W. 4511, May 30, 1978) には、メディケイドの受給者が給付を否定されたことについて法的な援助をし、無料の法律扶助の利用を勧めている米自由人権協会の弁護士が関係している。民間の法律事務所の弁護士は、施設にいる高齢者の権利を殆ど代理してこなかったが、カリフォルニア州では1991年の法制定 (15657-15657・3) 以来、変わってきている (CA. Elder Law11・16以下参照)。
 - (12) なお、J. Strauss *et al*, Aging and the Law, (1990) では、Survival of Action (原告の死亡後も有効に請求権が存続すること) が、問題とされている。この点についてのリーディングケースとされる In Watts v. Golden Age Nursing Home, 127 Arize. 255, 619 P2d 1032 (1980) では、ナーシングホームにいる夫の終末期の状況を知らされなかった等の状況下では、家族 (配偶者) の請求権は認められていないとされている。

2 クラスアクション

ナーシングホーム居住者の大多数が、施設の行為或いは法を執行すべき州や連邦政府の過失によって被害を受けている時には、クラスアクションは適切である⁽¹⁾。クラスアクションはまた、広く居住者全体の救済が必要とされる場合にも適切である。

しかし1970年代後半以降連邦のクラスアクションに対する規制は厳しくなっている。従って弁護人はクラスアクションを提起する前に、一人もしくは数人の原告に対する宣言的・差止め判決をえることで、完璧かつ広範囲に渉る救済を得ることが出来るかどうかの可能性を併せて検討すべきとされてきた。中には、被告が差止め命令を受け入れ、実質的にクラス全体が利益を受けることになると判断した場合には、クラスを承認しながらない裁判所もある。しかし他の裁判所は、もし全ての要件が

書においては、原告の被害を詳細に述べることが出来る。AP 事件では被告は、「訴えの利益」の欠如を理由に却下を求める申立て (Motion) をしたが、裁判所は「原告は彼女の個人的立場、クラス全体の代表的立場を維持するにたる損害の事実を受けているようにみえる」と判示している。弁護人は、原告の損害を可能な限り主張すべきであるが、それは継続的保護を受けるべき匿名原告の身元を明らかにしてしまうほど詳細に主張されるべきではないとされてきた。

弁護人は、一般に居住者が自らの状況 (権利を侵害されている状況) に気付くように喚起すべきであるが、それが弁護士の教唆 (Solicitation) となってはならない。法律扶助協会 (the Legal Services Corporation) は、弁護士が一般に職業上の責任について規定する州の規則に従うことを求めている。この点に関連し最高裁判所は、無料の法律扶助を利用するようクライアントを教唆する弁護士の行為を禁止している州の職業行為についての規則を無効としている⁽¹¹⁾。裁判所は、弁護士に対する州裁判所の懲戒を修正 1 条に違反し無効としたが、政治団体による訴訟当事者への教唆を禁止している。

弁護士が居住者に遂行中の或いは今後の訴訟への参加を促すことは、明確には保護されていない。前述の連邦最高裁判所判決の基準に従うことになろうが、訴訟に付随して行なわれる啓蒙的な会合への参加を勧誘することは、教唆とみるべきではないと考えられてきた⁽¹²⁾。

(注)

- (1) Butler, Nursing Home quality of Care Enforcement, 14 Clearinghouse Review, 647-325 (Oct. 1980).
- (2) "Id, at 647-326".
- (3) "Id, at 647-327".
- (4) 日本も同様である。
- (5) "Id, at 647-329~331.

法令が、近親者に居住者の医療情報を入手しうる権利を保障していても、情報が提供されない場合に、州の「居住者の権利宣言」は、居住者の近親者に「訴えの利益」を認めていない (Strauss (*et al.*), *Aging and Law*, 537

い。居住者は、訴訟の相手方から日々様々な介護を受けており、その仕返しを恐れている。訴訟を提起した居住者に対する仕返しを禁止する州法の効果は、永いこと否定されてきた⁽⁶⁾。州法は一般に（仕返しがあつた場合に）それを制裁する州の役人の権限について規定しているが、特に1987年の改正前においてはそれが行使されてきたことは少なかった。弁護人に苦情を訴えた後でさえ、居住者が正式に訴訟を提起することは、不可能ではないにせよ難しいこととされてきた⁽⁷⁾。

実際に訴訟となりここでも取り上げられている事件の多くは、「移送」や「ナーシングホームと利害の一致する他の権利の違反」といった原告が威嚇の恐れなく訴訟を提起出来る事件である。ナーシングホームの不法行為を問題にしている訴訟の原告は、被害が明らかになった時点で、恐らく当該ナーシングホームを離れることになるかと推察される。

直接に憲法上の権利に基づき、ナーシングホームを訴えた3つの事件のうち、Smith 事件⁽⁸⁾においては、氏名を明らかにしていた（匿名でない）多くの原告に対し、仕返しが行なわれた。その人々の多くが結果的にはナーシングホームを離れているが、そのことに対しても損害賠償を求めて訴訟を提起している。

ナーシングホームを訴えるケース、特にその施設を維持する為に、管財人の任命を求めている原告を守る有効な方法は、匿名を用いることである。Resident 事件⁽⁹⁾と AP 事件⁽¹⁰⁾において裁判所は、封印された宣誓供述書に名前が明記されている原告に、墮胎の事件の場合と同様匿名で訴訟を遂行することを認めている。しかし匿名の場合には、身元を施設に知られたくないので、事実や被害をあまり厳密に特定出来ない。「訴えの利益」を確立し、クラスアクションの適切な代表者であるためには、原告は被害を明らかにする事実を訴えなければならないという矛盾に直面することになる。

AP 事件における原告は、「原告に固有の被害」より被告の「特定された法律違反」を問題にする形をとりながら、一般的な表現で「原告の固有の被害、クラスの被害」を訴えた。もちろん、封印された宣誓供述

あろう。

「訴えの利益」に関連し判例は、「居住者は実際に被害を受けていなければならない、その損害は裁判所の命令を通じて実際に救済出来るものでなければならない」⁽¹⁾としている。また「居住者の被害が被告の行為以外の原因によるものであり、被告に対する裁判所の命令が被害の除去を補償出来ない場合には、原告は合衆国憲法第3編に基づく「訴えの利益」をもたないとされてきた⁽²⁾。このようなことからおそらくナーシングホームの居住者自身だけが、ケアの質を巡る諸状況について連邦裁判所に訴訟を提起出来ることになると考えられた⁽³⁾。しかも居住者は、その問題を解決出来る効果的な救済方法を求めなければならないことになる。そうでないと、居住者は「訴えの利益」をもたないとみなされることになりかねないからである。

ナーシングホーム訴訟においては、何よりもまず原告となりうる人を見だし意思の疎通を計ること自体が困難を極める⁽⁴⁾。1987年の改正以前は特に、ナーシングホームはしばしば弁護人 (Advocate) に対して閉鎖的であった。もっとも訴訟が始まってからは代理人が、原告である居住者と適切な接触をもつことは段々に受け入れられてきていた。居住者の親戚・牧師・ガーディアン・地域のグループ・ナーシングホームの従業員のグループは、苦情を訴えたいと思っている居住者と弁護人の架橋となりうると考えられてきた。このような人々の中のある人々或いは組織は、自身の状況を適格に表明出来ない居住者の特定の利益を主張する「原告としての当事者適格」(Standing as Plaintiffs) をもつことになるかもしれない。例えばナーシングホームの従業員、すなわち彼らの仕事の遂行がケアの質に関連している、つまり被害を蒙っている居住者と従業員の利益は密接に関連していることを主張出来る従業員は、ケアの質に関する訴訟においては「訴えの利益」(standing) をもつことが考えられる⁽⁵⁾。しかし、そのような訴訟においても、居住者である原告が少なくとも1人加わっていることが望ましいことになる。

しかしながら、ナーシングホームの居住者を原告とすることは難し

も、居住者は移送の危機に直面することになる。施設だけでなく州のメディケイド機関も、居住者に必要とされる介護の程度が変わった時には、居住者を非自発的に移動させ、ICF やボーディングハウスに移す場合があることが指摘されていた。

- (6) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, 14 Clearinghouse Rev. 645-312 (Oct. 1980). そこには医学上の必要性から継続的な入居が必要とされる場合の移送問題も含まれている。
- (7) これらのケースはナーシングホーム自体の義務を含まないが、それはここでの議論には関係ない。州の責任が追及されていることに注意したい。
- (8) メディケイドを所得の保障ではなく、サービスの給付とみている。
- (9) “Butler, *supra*, note 6, at 646-316”.
- (10) “*Id.*, at 646-317”.
- (11) “Butler, *supra*, note 6, at 646-319, Estate of Smith v. Heckler, 747 F. 2d 583 (10th Cir. 1984).”
- (12) “Butler, *supra*, note 6, at 646-321.”
- (13) “*Id.* at 646-322”.
- (14) “*Id.* at 646-323”.
- (15) state action は、通常「州の行為」を意味する。合衆国憲法修正14条1節は、州は適正な手続によらず何びとの生命・自由・財産を奪うことは出来ず、その権限内にある者から法の平等な保護を拒んではならないとする。この規定が州の行為にのみ適用され、私人には適用されないことから、何をもって州の行為とされるかが問題となってくる。この関係では、state action は、州の行為もしくはそれと同一視されるものをさす。これに対し、連邦の行為をも含める意味で使われる場合もある。

四 ケアの質を巡る訴訟と法的並びに戦略的課題

1 原告と訴えの利益

州法が一般人に対し、ナーシングホームのケアの質を問題にしようる「請求権」を規定していないとすれば、居住者自身（本人が無能力の場合は、彼らのガーディアン）が訴訟を遂行しなければならないことになる。

1980年代初頭の時点で既に連邦裁判所に居住者の「訴えの利益」(standing) を承認させることは、難しくなっていたとされる。最高裁の解釈はそれを狭く解するようになっていたからである。こうした中で「訴えの利益」を承認させる努力が試みられてきたとあってよいで

求を認めている。これを受けて裁判所は、事業を管理し施設を基準に従わせる為に管財人を任命している。クリーブランドでは、Resident 事件と事実上同様の事実が訴えられている。この AP 事件⁽¹³⁾では、Resident 事件と同じ判事により対応された。このクラスアクションでは、Resident 事件と同じ救済（施設におけるケアの質を検討する為の専門委員会の設置、欠陥を是正する管財人の任命）が求められている。インディアナのナーシングホームにおける居住者は、十分なスタッフ・管理者 (linens) 、資格のない者に投薬管理が委ねられていることへの過失に対し、ナーシングホームとライセンス局を訴えている⁽¹⁴⁾。

これらの連邦裁判所の事件は、あらゆる法的課題すなわち「連邦規則から請求権を導きだすことの適切性の問題」から「連邦裁判所の管轄権」「州の行為 (state action)」⁽¹⁵⁾や訴えの利益 (standing)」まで多くの法律問題を提起している。これらの問題については、「原告をいかに確保するか、クラスアクション、証拠と救済方法」といった他の実践的な訴訟問題とともに、次章でふれることにしたい。

(注)

- (1) これはみてきた様にナーシングホーム居住者の苦情を解決する上で全面的には役に立たない。
- (2) 1987年の法改正以後は、不適切な移送を問題としうる可能性はさらに強化されることになったとあってよいであろう。
- (3) 1980年代当初すでに連邦裁判所への訴訟提起は減少し、その上最高裁判所の決定はひどいものになってきてはいたが、それでも一般的には連邦裁判所への提訴は意味あるものとされていた。
- (4) 施設からの非自発的な移送が問題となる背景には、メディケイドから償還を受ける居住者よりも、私契約の居住者の方が、より多くの料金を徴収出来るというナーシングホーム側の思惑がある。多くの州で深刻なベッド数の不足が問題になっている上に、メディケイドからの償還は、全費用に満たないことが現実になってきていたのである。
- (5) メディケイド適用のナーシングホームの1/2が、結果としてメディケイドの適格者となると指摘されている。施設は又、多くの介護を必要とする人（それ故費用の掛かる人）を移動させたり、苦情の多い人を移動させてきた。施設に違反がありライセンスの取消や承認に関し聴聞が行なわれている場合

ースでは、後者の立場がとられている。裁判所は、「問題の規則は、直接医師に対する請求を規定したのではなく、規則を守らせる為に、所持するいかなる手段もとることが出来る州のメディケイド機関に対してのみ向けられたものである」と判決している⁽⁹⁾。

しかし「ナーシングホームからの移送に関する規則」に基づき、原告が請求権 (cause of action) を主張しようと試みた「報告された 3 つのケース」のうち 2 つが成功を得ている⁽¹⁰⁾(詳しくは次章参照)。さらに、ナーシングホームからの強制的移送の結果死亡した高齢女性のケースでは、州裁判所に損害賠償を求めて訴えを提起することが認められている。同事件では被告からだされた訴え却下の申立て (motion) は退けられ、原告は 42 U. S. C. § 1983 並びに移送規則に基づく権利を主張したが、審判 (trial) の前に和解が成立している。

他の事例としては、参加の条件の全て或いはほとんどに違反したナーシングホームの過失が争われた Smith 事件がある⁽¹¹⁾。同事件では、保健教育福祉省が被告とされているが、同時に連邦規則に基づく義務に違反した当該ナーシングホームも被告とされ、医療、介護並びに心理的感情的なニーズに対処する為の適切な介護と安全や衛生、援助、リハビリ、家庭的で近寄り安い環境に対する「居住者の権利」の多大な侵害が訴えられた(詳しくは後述)。Smith 事件について、コロラドの連邦地方裁判所は、原告は連邦規則に基づき、施設に対する請求を提起出来るとし、被告ナーシングホームに対し 28 U. S. C. § 1331 並びに 1343 に基づき管轄権をもつと判示した。

オハイオ州における施設のみを被告とする同様の 2 つの事件では、連邦規則から直接に請求権 (cause of action) が導きだされている。Resident 事件 (メディケイド居住者のクラスアクション) では、施設が居住者の財産、ハウスキーピング、居住者の活動、居住者のプライバシー、栄養、介護、歯科のケア、医療上の介護、援助に対する連邦規則に違反していることが問題とされた⁽¹²⁾。裁判所は訴えを調査する為に、3 人からなる専門家委員会を任命した。6 ヶ月の調査の後委員会は、原告の請

移送に関する最近(1980)のクラスアクション⁽⁶⁾では、決定された移送に居住者が異議を申立てることを可能とする「移送についての適切な事前の通知とヒアリングの手續」を行なわなかった州の過失が問題とされている⁽⁷⁾。居住者が承認の取消やライセンスの廃止が問題になっている施設からの移送に直面している場合に、裁判所は、選択された施設において(州は、廃止に関する聴聞手續に居住者が参加する機会を付与することなしに、廃止させることができないところの)「継続的なメディケイド給付を受ける権利」に基づき、請求権(cause of action)を認めている⁽⁸⁾。

ナーシングホームがメディケイドやメディケアの適用を受けている居住者を自身の意向で移送しようとする時、施設は常に患者の権利宣言(the Resident' Bill of Rights)の規定、連邦の参加の条件のひとつである基準(standared)において施設に要請されてきた次のことを確保しなければならないことが指摘されてきた。

——居住者は、医療的な理由がある場合或いは本人の福祉あるいは他の患者の福祉の為に必要とされる場合或いは施設の利用料が未払いである場合(社会保障法により禁止された場合を除く)以外、移送されたり退去させられない。そして前述の要件に合致する場合も、理にかなった通知がそれに先立ってなされなければならない。そしてその内容は、医療記録に残されなければならない——

この指針(directive)は明確に、施設の便宜や経済上の動機から施設側の意向で居住者が移送されることを禁止しているが、他方そこには次のような問題がある。すなわち指針は、上述のことを居住者が施設に主張しうる施設の義務として定めているのか或いはそれは承認執行手續を通じて州のメディケイド機関によってのみ施設に強制されるものとして規定しているのかという問題である。(超過料金の徴収を禁止している連邦規則違反を直接の理由として)州のメディケイドからの支払いに追加する料金の支払いを求めた医師を訴えたメディケイド患者である原告のケ

(8) 1980年の時点でのことである。

4 連邦上の権利に基づくケース

伝統的な不法行為理論⁽¹⁾に加えて、直接メディケイドから償還を受けているナーシングホームに対し連邦規則に基づき訴訟を提起することが可能である。

連邦規則が定める「参加の条件」が実行性のある有益な基準を規定しており、当該ナーシングホームがその基準に違反している場合には、いくつかの裁判所は、基準に違反しているナーシングホームに対し、居住者は連邦法令に由来する権利を主張しうると判示してきた⁽²⁾。さらに「連邦の参加の条件」は、「州メディケイド供給機関或いは保健教育福祉省と施設とのメディケア又はメディケイド適用施設契約に含まれる明示的或いは黙示的文言」であるから、居住者はそのような契約の第三受益者であり、契約上の請求を主張出来る可能性がある。居住者は又、居住者と施設との契約の中に、連邦の基準が取り込まれていることを主張しうる可能性をもつと考えられている。

連邦の基準に基づく請求権 (cause of action) に直接に依拠することは、居住者に連邦裁判所への訴えを保証することになる。連邦法令に直接由来する居住者の権利を実証することは容易ではないが、最も重要なことはこれらのケースにおいては、伝統的な不法行為理論の利用や一般社会 (例：病院等をさす。前述参照) で使用されている制限的な介護基準への依拠を回避しうることにありと考えられてきた⁽³⁾。

連邦政府が規定する SNF の基準から請求権が導きだされている場合の多くは、施設から非自発的に移送されようとしている居住者の事件においてである⁽⁴⁾。

メディケイドからの償還が全費用に満たない不十分なものになるにつれて (注 4 参照)、メディケイドに参加する施設は、営業方針を変えメディケイド居住者の数を減らそうとしたり、私費入居者が資産を使い尽くした時には、退去させることを決定してきている⁽⁵⁾。

偽の約束、秘匿 (concealment)、不当表示或いは素材の事実の省略を禁止する一般的な法令をもつが、これらの法律は、「違法な行為」を明確には定義していない。こうした状況のもとでは、消費者が不当表示を訴えて勝訴することは、ほとんどない。懈怠や契約上の請求に比較しても、詐欺やごまかしは要件を構成することがより困難と考えられている。

しかしながら消費者に対する詐欺 (consumer fraud) に対し明白な請求権 (cause of action) が規定されている州においては、もし施設が本当に「ケアの質」について不当表示をしているのであれば、居住者は明確に定義された請求権を利用し又法令に基づく損害賠償を請求することが出来ることが指摘されてきた。

(注)

- (1) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, 14 Clearinghouse Rev. 644-293 (Oct. 1980)
- (2) “*Id.*, at 644-294”
- (3) 2つの法令はいずれも、メディケイドの最初の認定や受給継続の適格性の判定に関し、メディケイド受給者の損害額を収入や財産として認定しないこととしている。このことは、メディケイド受給者に権利を主張させる重要な要件となっている。法律は又、訴訟を提起する権利の口頭又は書面による権利の放棄を禁止している。ニューヨーク州の法律は弁護人の費用について規定しており、メディケイドのもとでナーシングホームに償還される費用から、民事訴訟をカバーする為の保険の費用をカバーすることを禁止している。1970年代末に採用されたオハイオ州のナーシングホーム改革法令は、居住者の権利の違反に対する明白な private right of action について規定し、弁護士費用についても規定している。
- (4) fraud deceit より広義とされる。
- (5) カンザス州・ミシガン州については、クラスアクションは認められていない。
- (6) 居住者の基金の横領を含むオレゴンのケースは、オレゴン法 (the Oregon act) に基づく請求を行ない、陪審員は同法並びにコモンロー上の詐欺の規定に基づき、補償的かつ罰金的な損害賠償を認めてはいない (“Butler, *supra* note 1, at 307”)。1998年現在の状況は不明。
- (7) “Butler, *supra* note 1, at 645-308”.

め救済について規定している⁽⁵⁾。カリフォルニア州法は、そのような不正行為者に予め通知をすることを求め、損害賠償請求がなされる前の少なくとも30日間にその問題を是正する機会を求めている。差止め救済については、そのような通知は要求されていない。

ナーシングホームが高い質のケアを供給することを怠るということは、居住者が入居する時点で入所契約書もしくは口頭で居住者の入居に関して施設が約束した条件が、おそらく誤って提示されていることを意味することになる。さらに州の機関からライセンスを受け、或いは承認を受けているとする施設が、実際には条件つきで承認を受けているにすぎない場合も、この文言に当てはまることになろう。しかし州や連邦の法律に従っていないが、実際には州によって懲戒されたり他の制裁を受けていない施設は、承認が正式になされているものであるかぎり、おそらくその承認を不当に表示していることにはならないであろう。すなわち、規制者としての州の責任が果たされていない州においては、法律のこの規定に基づく請求はできないことになる（承認されている以上、違反が事実上あっても不当表示にはならないということである）。

むしろこれらの消費者保護法の意味は、それらが特別の請求権（cause of action）を規定し、最小損害賠償額を定め、多くの場合弁護士費用を権利として認めていることにある。もし居住者の権利が、当該事項に関係するものであるなら、州裁判所における訴訟の有効な根拠をもつことになる。今までの所、消費者保護法に基づき提起された居住者による「ケアの質」に関する訴訟においては損害賠償の裁定（award）はなされていない⁽⁶⁾。州の消費者保護法に基づきナーシングホームが州や連邦の基準に違反することを禁止しているマサチューセッツとテキサス州では、検事総長はナーシングホームに対する差止め命令を獲得している⁽⁷⁾。

いくつかの州は明示の消費者保護法令をもたず⁽⁸⁾、原告である居住者にはコモンロー上の詐欺（fraud/deceit）を主張することを求めている。他の州（ミズリのように）は、詐欺（fraud）、ごまかし（deception）、虚

州法および連邦法そして規則に基づくナーシングホーム居住者の権利」の侵害に対し、a private right of action を認めている⁽²⁾。

これらの制定法令では、補償的・刑罰的損害賠償と差止め救済が認められている（ニューヨークの法律は、補償的・刑罰的損害賠償訴訟においてカバーされる損害賠償の最低額を1日あたりのメディケイド償還率の25%としている）。これらの制定法令は、「施設は、損害を避ける為に相応の行為をなした」ことを抗弁しうることを認めているが、「行政救済が行なわれていること」を抗弁として主張することは禁止している⁽³⁾。

しかし少なくとも1980年代の始めの時点では、ニューヨーク州法令の存在にもかかわらず当該条項に基づき、あるいはその後制定された他の州法に基づき、提起された訴訟の報告例はないとされている。

(2) 州消費者保護法

詐欺⁽⁴⁾や偽り (deceit) はコモンロー上の不法行為を構成する。しかしながら現実には消費者を言葉巧みに騙す巧妙な売手が増加してきていた。こうしたケースにおいて請求権 (cause of action) を構築することは困難とされた。その為、違法な商行為のタイプを定義し、請求権を確立し、損害賠償 (damages) 並びに手続について規定した特別の保護立法が制定されるようになったのである。多くの州は、売手の詐欺や不実表示 (misrepresentation) から物品やサービスの買手を守ることを目的とする法律を制定している。

特徴ある詳細な州法が様々存在するがその中で例えば、オレゴン州の法律は、出所、条件、サービスや物品の保証について誤解や混乱を生じそうな行為（露見していないことも含む）或いは当該サービスが、実際にはもっていない質や量、効能、使用、材料、特質、承認を提示する行為を違法としている。そのような違法な行為によって被害を受けた者は、衡平法上の救済や損害賠償（最低\$200）や懲罰的損害賠償を求めて、民事訴訟を提起でき、弁護士費用をも獲得しうる。カンザス・ミシガン・カリフォルニアの各州も同様の法律をもち、法令に基づく損害賠償と差止

己の利益のために契約が締結された者。アメリカの大多数の州は、第三者が自己の権利と名において自己の利益のために締結された契約を実現することを認めている。

- (6) Fuzie v. Manor Care, Inc., 461 F. Supp. 689 (N. D. Ohio 1977).
- (7) “Butler, *supra* note 2, at 643-281.
- (8) 通常は reasonable care は、「思慮分別のある一般人に対する程度の介護」を意味しているのに対し, necessary care は、「幼児に対し扶養義務者が負っているような責任の度合いの強い包括的な介護」をさすと考えられる。
- (9) “Butler, *supra* note 2, at 643-282”.
- (10) recovery = 損害賠償。
- (11) “Butler, *supra* note 2, at 643-284”.
- (12) 罰金的な損害賠償は、不法行為訴訟でのみ用いられるという例外はある。
- (13) “Butler, *supra* note 2, at 643-288”.
- (14) “*Id*, at 643-289”.
- (15) cause of action ここでは救済の申立ての意味で使われているものと考えられる。
- (16) “Butler, *supra* note 2, at 643-290”.
- (17) 連邦裁判所に対しては、「連邦裁判所が管轄権をもつ連邦上の請求が関連している場合」以外、一般には不法行為請求はなされない。
「連邦の救済は非常に制約されており、憲法上の違反に対する訴訟は、政府機関により管理運営されているホームに対してのみ提起出来る。民間のあるいは非営利のホームの場合には、権利は否定され则认为られている。
- (18) “Butler, *supra* note 2, at 644-291”.
- (19) “*Id*, at 644-292”.

3 州法令に基づく請求

(1) ナーシングホーム法令

カリフォルニア州の場合のように⁽¹⁾、いくつかの州のライセンス並びに執行 (enforcement) に関する制定法は、citation が出された後の継続的な施設の違反に対し、差止め救済や損害賠償を求めることを、当事者並びに一般市民に明白に許容する「民事訴訟を提起出来る私的権利」(a private right of action) を規定している。

他の州の制定法はより幅広い私的救済 (private remedy) を認めている。例えばニューヨークとウエストバージニアの法律は、「契約並びに

対する救済の申立て⁽¹⁵⁾が容認されることになるかもしれない⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。連邦法のもとで創造された権利に確実に由来する契約上の請求権は、(それが1万ドル以上の係争である場合には) 28 U. S. C. § 1331に基づき管轄権を有するとされる連邦法上の請求としていくつかの裁判所で判示されている⁽¹⁸⁾。

施設とのメディケイド契約は、確実に連邦法に由来するものであり⁽¹⁹⁾、従って連邦裁判所での請求の基礎を形成するものと指摘されている。

(注)

- (1) integration= (契約書面の完結性) ある契約書が当事者の最終的な意図を完全に表示しているとみられる場合は total integration とよばれ、それ以外のいっさいの証拠の提出が認められないのに対し、部分的に表示しているとされる partial integration の場合には、その文書と矛盾しない補充的条項の実証は認められる。
- (2) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Review, 643-273 (Oct. 1980).
- (3) “Id, at 643-274”.
- (4) 多くの入所契約は、「居住者の安全や雇用者の行為が医師の命令に従ってなされるべきこと」への施設の責任を放棄しようとしてきた。こうした規定は、公共の政策に違反し、不合理であり、無効であると考えられてきた。FTG (Federal Trade Commission) 連邦取引委員会は、1980年当時そのような放棄を禁止する規則を制定することを意図していたと指摘されている。
またナーシングホームの居住者は(訴訟で)、施設の「テナントである」と主張しうる可能性が追及されてきた。そうすれば居住環境についての州並びに地方の住居規定に基づく権利を主張しうるのかもしれないと考えられたからである。しかしこのアプローチは、多くの利益をもたらすとは思われなかつたとの指摘もなされていた。居住条項は、第一に構造上の安全、維持、安全に関する基準を掲げており、それらはナーシングホームのライセンスや承認の要件の中にも含まれていることだからである。さらに賃貸契約(landlord-tenant arrangement) のどのタイプにナーシングホームが適格にあてはまるのか見定めることは難しい。また賃貸契約違反に対する救済は、(州や連邦の規則に繋がる) ナーシングホームでのケアに関する直接の契約と比べ、優れているわけではないことが指摘されていた。
- (5) third party beneficiary=受益者である第三者。契約当事者ではないが自

人との契約は、彼らの為になるように広く解釈されなければならない」とし、「原告は明白な契約に基づき当該施設で提供することが予定されていた以上のケアを求めている」というナーシングホームの抗弁を拒否した。この事例は、ケアの質より量の問題を扱っているのであるが、契約上の文言が存在する場合にはその実施を強制させる先例となっており、かつ契約に基づく損害賠償についても有効な分析をしている事例として評価されている。

不法行為訴訟における損害賠償は、被告の不法行為 (breach) に起因する全ての損害を対象としてきた。契約違反に対する損害賠償は、契約締結時に当事者間で予想されていた損害を対象とするものとして通常より制限的に解釈されている。そこで具体的な状況のもとでの損害の測定について、それが契約に基づく訴訟なのか、不法行為訴訟なのかによって異なることになるのかどうかは争いのあるところとなっている。いくつかの裁判所は、不法行為訴訟においては損害の範囲は、より広く解釈されると述べている。他の裁判所は、同じだとしている⁽¹²⁾⁽¹³⁾。さらに損害に関して、契約理論と不法行為理論が複合して用いられていることを判示する一連の判例がある⁽¹⁴⁾。すなわち、精神的な苦悩とか、精神的な苦痛は一般的には契約上の要求に基づく損害としては認められていないが、個々のサービス契約の履行に関する損害を考慮する際の適切な要素にはなるとするものである。

いずれにせよナーシングホームを訴える居住者にとって州裁判所において契約に基づく権利を主張することは容易なことではなく、施設との契約は、明示にしろ黙示にしろ、州のライセンスや (メディケイドやメディケアの居住者の為の) 連邦の承認に関する基準と結びつく形でなされるべきことが要請されてきた。そしてもし州や連邦の基準が有意味なもので、契約上の請求を特定するに十分なものであるならば、それらは不法行為訴訟における義務や違反をも構成することになると考えられてきた。

しかしながら契約に基づく請求権があるということは、連邦裁判所に

係者の) 暗黙の前提とされていることから、前述の「住居規定の要件」は賃料支払いの不履行に対する被告(違法な居住者)の抗弁理由となると判示されている⁽²⁾。

州裁判所は、同様のことを「居住者が利用料の支払いをしない」というナーシングホームからの訴えに対して適用している。すなわち裁判所は「当該ナーシングホームの管理人は、法の要請する資格をもっていないことから、契約は法に違反し無効である」と判示している⁽³⁾⁽⁴⁾。

メディケイド適用施設契約 (the Medicaid Provider Agreement) 違反を主張することに加えて、居住者は施設と州の契約に対する「第三受益者」⁽⁵⁾としての権利を主張することが認められてきた⁽⁶⁾。

例えばメディケイドのサービス供給契約は、居住者の権利に関する基準を含む「参加の条件」を明白に規定し或いはそれに言及している。

前述した不法行為訴訟の少数のケースにおいて原告は、契約に基づく権利を主張している。これに対し裁判所は、「入所契約が注意義務に対する明示の約定が存在しない場合でも、合理的な (reasonable) ケアを供給する義務を負うという黙示の契約がある」としている⁽⁷⁾。しかし一般的には裁判所は、契約上の文言を(黙示であれ、明示であれ) 必要な (necessary) ケアを供給するという約定は、不法行為事件の場合と同様の介護基準を定めるものと解釈してきた⁽⁸⁾⁽⁹⁾。そして合理的なケアを供給する義務に違反していない場合には、契約違反を理由として損害賠償⁽¹⁰⁾を主張することは出来ないとされてきた(通常人に対する程度の介護がなされているなら、介護義務は果たされていたことになる)。報告されている少数のナーシングホームの契約違反を問題とする訴訟のひとつで⁽¹¹⁾、原告は「全ての必要な医療サービスを行なうこと」を施設に義務づける「生活介護契約」(a life care contracts)を月\$160で施設との間に締結した。しかし原告の身体状況が悪化しより費用のかかる介護が要求されるようになった為に、施設は1日\$42を新に請求した。裁判所は原告の損害を、「他の施設において原告が計画されたケアを受けた場合の費用の額」に基づいて算定した。裁判所は、「高齢化が進みつつある

- (13) “*Ibid*”.
- (14) *Res ipsa loquitur*=①被害の原因とされる手段が被告の排他的支配に属し、②その事故が過失なしには通常発生しないものである場合に、一部の法域では被告に過失があったと推定し、原告が①②について相当の証拠を提出すれば、被告が推定を覆す反証をあげないかぎり、被告の過失が推定されるとする。これに対し、多くの法域ではこの場合には過失ありと *inference* (推論) することが許されるに過ぎず、反証がなくても事実認定者が過失なしと判断することもできるとする。
- (15) 現在でも、弁護士は高齢者の個々の傷害事件を弁護することを渋りがちであることが指摘されている (CA Elder Law 12・7)。もっとも1987年の法改正後、プライベートアトニーの参加は増えてきているといわれる (CA Elder Law)。
- (16) “*Bulter, supra note 2, at 642-270*”.
- (17) California Elder Law では、保健サービスの供給者として、単に怠慢な経営者であるということを訴えることは、Medical Injury Compensation Reform Act (MICRA) における一連の規定により制限されている。他方もしその行為が、故意或いは詐欺的に行なわれた場合、或いはその懈怠が、「専門家としての懈怠」ではなく「通常の」ものである場合には、MICRA の規定は適用されない。CA Elder Law 12・41 12・8 参照。

2 契約に基づく訴訟

ナーシングホームに対する訴訟は、通常は不法行為訴訟として構成される。しかし居住者と施設の間に締結される契約についての違反も、原告が適切な質のケアを供給することに対する施設の過失を追及する基本的な救済手段となりうる。

しかし入所時に締結される契約には、居住者が施設に高い質のケアを供給することを請求できる文言が含まれることはめったにない。しかし入所契約 (*admission contracts*) は、包括条項 (*integration clauses*) であり⁽¹⁾、明確な文言がなくても州のライセンスの基準並びにメディケイド受給者に関するメディケイドの基準が求める要件に明白に合致すべきことを施設に遵守させることは可能であると考えられてきた。例えば公営住宅の「違法な居住者」に関するいくつかの訴訟では、「占有に関する黙示担保について規定した州の賃貸に関する住居規定の要件」が(関

(注)

- (1) 不法行為については、後の損害賠償の項でも触れることになるが、ここでは「請求権」との関係で、「不法行為」の問題を扱いたい。
- (2) Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, 14 Clearinghouse Review 641-254 (Oct. 1980).
- (3) reasonable=法律用語としては、思慮分別のある一般人の普通の判断に合するということを示す包括的な言葉。そこには施設が知っている或いは施設によって当然熟知されるべき利用者の年齢や精神的、肉体的状態の把握が当然含まれる。
- (4) contributory negligence=自己の損害の発生に寄与した被害者(原告)自身の過失。寄与過失は、加害者の過失と比べて軽微なものであっても加害者(被告)の不法行為責任を全面的に阻却するものとされていた。現在は、多くの法域において comparative negligence (比較過失)の原則がこれにとって代わり、減額の効果のみをもつとされている。
- (5) “Butler, *supra* note 2, at 642-258” 病院での医療過誤を巡るケースに対する伝統的な基準が問題にされている。
- (6) “*Id.*, at 642-261”.
- (7) ケアの基準並びにケアの基準を遵守しなかったことの過失は、通常専門家によって証明されなければならない。しかし階段から落ちて腰を打ったというように、直接的な関係が認められる場合は必要とされない (Smith v. Gravois Rest Haven, inc., 662 SW2d 880 (Missouri App. 1983))。当該施設に以前働いていた看護婦というように仕返しを受ける恐れのない人が、床づれのような介護上の問題の証人となる。看護補助者 (nurse’s aide) の付帯的な報告書が、患者はどのように腰を打ったかについての施設のディレクターの証言を覆すものとして使用されうる (Strauss (*et. al.*), Aging and the Law 535 (1990))。
- (8) “Butler, *supra* note 2, at 642-262”.
- (9) “*Id.*, at 642-264”.
- (10) negligence per se=法律、条例に違反するか、通常人に期待される行為規範から著しく違反する行為で、そこで行なわれた特定の状況について論じるまでもなく、過失と認定される行為。身体、財産を保護することを目的とする法律によって定められた義務を怠り、あるいは禁止されている行為を行なった時に認められることが多い。
- (11) “Butler, *supra* note 2, at 642-267”.
- (12) “*Id.*, at 642-269” 基準が満たされていても、問題は存在するのが実情なのに、基準を満たしているということで救済が果たされない現状が示されている。

規定している州の規則に対する違反は、単なる過失の証拠にすぎず、州法に対する違反だけが「法律上当然の過失」を構成するとしている⁽¹²⁾。

いずれにせよナーシングホームを被告とする多くの不法行為は、基準がどうであれ「すでにどうしようもない状態が生じていること」を問題としているのであって、州や連邦の規則に基づく「明確な基準の維持」を問題にしているわけではない。州や連邦の法令に基づく基準が施設の義務を明らかにする上での有効な手段として、証拠としてさえ考慮されてこなかったのはその為である。ナーシングホームに好意的な判決を下した少数の裁判所は、「被告は、スタッフの数も含め、州のライセンスに関する最低要件を満たしており、従って介護に対する施設の義務に応える適切な用意を施している」と述べているのである⁽¹³⁾。

ところでこれらの不法行為事件において因果関係を証明することは、原告にとって非常に困難な仕事となる。過失推定則⁽¹⁴⁾は、一般には適用されない。事故の状況が過失の推論を導きださないからである。つまり（施設が果すべき「相応のケアに対する責任」が免除されるわけではないが）、居住者の虚弱な状態は、「少なくとも当該事件に最も影響した原因に施設がどう関わっていたか」の証明が求められる「衰退に伴う障害」の原因となるかもしれないからである（施設がどうこうしたわけなくとも、老衰で障害になることがあるということである）。

ナーシングホームの居住者個人への傷害事件に対する損害額の多くは、小額なものである。その理由は、おそらくこれらの事件を処理している民間の法律事務所が消極的にしかこの種の事件を扱っていないことによる⁽¹⁵⁾。被告の義務違反に基づく損害額は、報告された事例においては、実際上の医療費用の 2 千ドルから、壊疽の足の切断に対する 4 万ドルの費用の範囲にわたっている。刑罰上の罰金も、時おり課されている。もっとも控訴裁判所が、「故意のそして甚だしい不正行為があると判断する十分な証拠がない」と判断した場合には、それは認められない⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。

際し、病院における医療過誤 (malpractice) の場合の伝統的な基準を参照して「施設での合理的な介護の義務」について定義している⁽⁵⁾。事実多くのナーシングホームにおける不法行為訴訟においては、病院における医療過誤に対する訴訟例に依拠していることが多く、(その介護の義務が通常知られていることで、陪審員が容易にそれを決定できるという場合を除いて)「適応されるべき介護の基準」を決定する為に専門家が証人として採用されてきた。多くのナーシングホームにおけるケアの基準は、(1970年代を通じ)非常に低いことが指摘されてきたが、この基準は一般的には病院における基準の低さを反映していたといえる。つまりナーシングホームについて地域(病院)の基準と共通の基準を適用することは、最も低い所での地域社会の基準を適用するのと同じことを意味していたのである。州のライセンスや連邦の承認に関わる規則が明確な規定をおいている場合⁽⁶⁾には、時にはこれらの規則が介護の基準の輪郭を明らかにする為に用いられてきた⁽⁷⁾。しかしこれらの規則は時には、コモロー上の義務或いは地域の他の病院やナーシングホームにおける介護基準或いは「明白或いは黙示の契約により施設に求められている介護」と似たようなものであったことが明らかにされている⁽⁸⁾。潰瘍に対する医者処置方法と彼の処置に異義を挟まなかったナーシングホームの過失を追及した事件において裁判所は、州のライセンスに関する基準はあまりにも漠然としており、介護の基準を決定する助けにはならないと判示している⁽⁹⁾。判決は、「特殊な場合を除き、一般に施設は医師の処置を予測しなければならないわけではないこと」や、「〈介護に対する州の基準〉が漠然としていて、全く一般的なものである」という事実を前提としている。つまり判決は、ライセンスや承認に関する州や連邦の基準がもっと明確であるならば、これらの基準を利用する可能性を排除しているわけではないとあってよいだろう。

法令違反はしばしば「法律上当然の過失⁽¹⁰⁾」と判示され、(原告が介護に対する施設の)「義務を証明することの必要性」は排除されているが⁽¹¹⁾、少なくともひとつの裁判所は、病院における温湯の最高温度を

として阻止するのと同じことになる。弁護士達は、このタイプの訴訟を提起する前に、これらのことをよく考えなければならないことが指摘されている。

1 不法行為⁽¹⁾

個々のナーシングホームに対する多くのケースは、懈怠に対する伝統的な個々の障害理論 (personal injury theories) に依拠している。1970年代に提起された数十の事例のうちいくつかは、床ずれ、やけど、放浪、暴行 (assaults) を含んでいる。当時ナーシングホームの火災が続き、その結果火災による不慮の死に対する訴訟が増えていたことや、食中毒のような施設における流行病を理由とする訴訟も少なくなかったことを指摘しておく必要がある。

しかしこうしたケースの多くはおそらく審判 (trial) になる前に解決されたり、訴訟にならなかつたり、報告されていないものと推察される。甚だしく基準に違反している施設の場合は、生活妨害 (nuisances, 不法行為の一類型) にあたるように見えるが、請求権 (cause of action) はおそらくないと考えられてきた⁽²⁾。

不法行為訴訟の原告は、報告によれば67才から95才にわたり、3対1で女性の方が多い。半身マヒ、失禁のある者、歩行が覚束ない者が殆どだが、これらはホーム居住者の特質を示している。

ナーシングホームが居住者に負っているケアの義務は一般的には、「予見しうる (foreseeable) 障害を避ける為の相応のケア⁽³⁾」ということになる。

従ってナーシングホームは通常施設が知っていた或いは知りうべき状態にあったところの居住者の状態 (例えば高齢であるとか、徘徊があるというような) を、寄与過失⁽⁴⁾として主張したり、施設が居住者を保護する義務のもとにあることを前提として否定するような主張をすることは出来ない。

裁判所は、地域 (community) での介護の一般的な基準を判断するに

検討されている。

(注)

- (1) Strauss (*et al.*), *Aging and the Law*, 538 (1990).
- (2) ケアの基準と基準を遵守することへの過失は、居住者の障害の身近な理由づけとなるが、それは通常専門家によって証明されなければならない (“*Id.*, at 535”).
- (3) Makas 事件 (589 F. Supp. 736) によれば、州の「患者の権利法」は、施設の違反に対し私人が差止め救済を求める根拠とはなるが、損害賠償には適用されない。この視点にたてば、州の「患者の権利法」は、「ケアの基準」とはならないことになる (“*Id.*, at 537”). 「患者の権利法」が損害賠償を求める近親者の当事者適格 standing を保障していても、証拠が不足していれば保障していることにはならない。
- (4) 5章参照。障害に対し、ナーシングホームを訴える居住者は、3つの主たる法理論のひとつにより、訴訟を遂行することになる。すなわち、契約違反・不法行為・法により創設された請求権のいずれかである (*Legal Counsel for the Elderly, A Practical Guide to Nursing Home Advocacy* 88 (1990))。
- (5) 施設を被告とするメリットであり、日本との相違といえよう。
- (6) 損害賠償を請求する際に補足的に念頭におかなければならないいくつかの事項が指摘されている。例えばどの基金 (fund) から賠償が支払われるのかということがある。事業実施の全ての費用を主として州に依拠している或いは全施設がメデイケイド受給者を対象としている施設においては、居住者へのケア延いては施設に止まっている居住者に対する危険なサービスや処遇が、基金とは無関係なものであることを保障することは難しい(違反がわかれば、基金は打ち切られることを意味すると考えられる)。さらに保険の存在(保険がカバーしてくれるということ)は、例えそのことが将来の保険料率の引き上げに通じることや、懲罰的な意味での損害賠償に対する費用は通常保険ではカバーされないとはいえ、実質的な意味での施設への懲罰の意味を希薄にしている。保険会社の弁護士は、懲罰的な損害賠償請求に対し必ずしも防御しないと考えられるので、結果として施設は抗弁を提示する為に自身の弁護士を雇うことになり、その結果施設を直接訴訟参加させることが出来ることも考えられる。

法律扶助弁護士 (legal services attorneys) 並びにその他のナーシングホーム居住者の弁護士は、居住者に対する損害賠償請求を真剣に考え、現在訴訟中の人々を援助すべきである。しかし実際上のケースにおいて効果を発揮していない要因は、こうした訴訟を賢明でない実行不可能なものとし、結果

末であることにも関係しているといわれている。

さらに法的な問題点として、ナーシングホームを相手に訴訟を提起したいと考えている居住者の主張の根拠となる請求権 (Cause of Action) をどのように構成し、裁判所にそれを容認させるかも難しい問題とされてきた。

1970年代には、上述のような様々な困難を超えてナーシングホーム居住者から州裁判所に数十の傷害事件が提訴されているが、その多くは主として懈怠 (negligences) のような不法行為理論に基づき、またいくつかは契約上の請求に基づいて訴えが起されている。又この時点ですでに原告の中には、連邦裁判所において「連邦法令に定められた SNF に対する参加の条件」への違反を理由に、「黙示の請求権」(an implied cause of action) に基づき、ナーシングホームを相手どり訴訟を提起する動きも出始めている。又州の「消費者保護法」や「住居規則」(housing code) に関する違反のような少数の他の理論も、注目されてきている⁽⁴⁾。

個々のナーシングホームを被告として損害賠償訴訟を提訴し成功すれば、その損害の裁定では州の執行機関が課することが出来ない或いは望まない直接的な財政上の制裁を課することが可能となるという利点が指摘されている⁽⁵⁾。また「家庭的な雰囲気欠如とか、人間の尊厳の喪失といった居住者に対するよりデリケートな処遇上のミス」を形にあらわし証明し裁判所に有効な強制を求めることは訴訟技術上難しいが、損害を受けた居住者に対する金銭による実質的な賠償は、実質的にこうした問題を解決させることになることも重視されてきた。被告である施設並びに他の施設がより大きな不正行為を繰り返したり、居住者を虐待することを阻止することが出来るからである。

実際の事件におけるいくつかの非生産的な要因⁽⁶⁾は、訴訟を結果的に阻止するに等しいことも警戒されてきた。

それだけに訴訟のタイプを決定する前にいくつかの要素が考慮されなければならないことになる。以下の分析は、こうした問題意識にたって

希望したが、調査に費用がかかりすぎた為、Trialでの証拠の提示になったということであろう。ナーシングホームを巡る訴訟の検討課題のひとつが提起されている。

三 ナーシングホーム訴訟と請求権

永い間ナーシングホームにおけるケアの質が深刻に問われてきたにもかかわらず、国を被告としてその執行義務の行使を求める訴訟は極めて少ないことは前述のとおりである。

ナーシングホームを被告としてケアや処遇を問題にする訴訟も、特に1970年代まではほとんど行なわれてこなかった。このことは、特に病院に対してはケアの問題を含む多くの訴訟が提起されていることと比べ極めて対照的であることが、指摘されている。

1980年代以降特に90年代に入り、ナーシングホームを被告とする訴訟は、相対的に増加してきているが、病院等に比べれば依然としてその数は少ないといえる。

その理由は特に、ナーシングホームの居住者は通常年をとり重い障害をおっている場合が多いことに関係している。つまりその障害が致命的なものであっても、余命も少なく財産もないといった場合には、損害賠償を請求してもいわゆる「得べかりし利益」は少ないと考えられてきたからである⁽¹⁾。又ある障害が不十分なケアの結果起こったものなのか、老化に伴うものなのかを判断することも難しい⁽²⁾。ナーシングホームに対する不法行為訴訟が相対的に少ない理由のひとつは、苦情の解決を法に訴えて貫徹させることの難しさにあるといわれている⁽³⁾。又ナーシングホームのベッド数は不足しているが、適当な親戚や友人がいなければ、居住者がナーシングホームから自宅に戻ることは難しい。施設の居住者は、不満があってもナーシングホームで生活していくよりないことになる。だからナーシングホームの仕返しや被害の拡大を恐れて訴訟を起こそうとしないことも大きな理由のひとつになっている。また訴訟の難しさは、証人をえることの困難さとナーシングホームの医療記録が粗

るかは、確認の必要があろう。

- (2) 現行規定なし。
- (3) 地域の保健クリニック等は例外。
- (4) 現行規定なし。
- (5) キャンペーンは当初、居住者のニーズが何であり、そのニーズは充足されているかを検討する為に、SNF に対する連邦のメディケイド・メディケア監査／認可制度の欠陥の是正に重点が置かれた。その結果これらの基準は、ケアが実際供給されているかどうかではなく、ケアを供給出来る施設の紙上の能力を測定しているに過ぎないことが明らかにされた。

1976年2月、連邦保健教育福祉省は第二段の長期介護施設キャンペーン(PHASE11)を実施している。ここでは上述の欠陥を是正し、調査者が居住者に実際に供給されているケアを検討出来るように、執行基準や手続を改良することが目指された。その結果PACE(The System of Patient Assessment and Care Evaluation)が作成された。PHASE 11において保健教育福祉省はPACEを策定し、ついでそれが有効かどうか、ナーシングホームの職員がそれを利用出来るかどうか、それは居住者の「経過」を測定出来るかどうか、目標設定の基準になるかどうか、ナーシングホームの職員によるケアプランニングとケアの評価の道具として効果的に用いることが出来るかどうか、そして監査と認可の手続を通じて、いかに執行に結びつけることが出来るかについて検討を着手した。1976年から1978年の初めにかけて、保健教育福祉省はPACEを同省の10の全ての地方局を通じて、19の州の140の施設において、テストを実施している。1978年、上院下院特別財政支出委員会に、PACEについての好意的な報告書(Briefingbook)が提出されている。1978年HEWは、SNF・ICFに対しより統合された評価を可能とする医療上の記録の変更を要請したが、それに対し特定の組織や形式を求めることはなかった。患者よりも紙上の事実重点をおいたナーシングホーム執行システムの解決には、さらに5年の年月と数百万ドル以上のリサーチの為に費用が費やされることになる。

- (6) Butler, Nursng Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Review, 640—248. (Oct. 1980)
- (7) “Butler, *supra* note 6, 640—247”.
- (8) この事件の顛末については、別途確認したい。
- (9) discovery は、「開示(手続)」と訳されている。Trial(正式事実審理)の前にその準備の為に、法廷外で当事者が互いに、事件に関する情報を開示し収集する手続。アメリカの民事手続では、証拠関係だけではなく、争点を明確にさせる情報等広く訴訟物に関連性のあるいかなる用語も含むので「証拠開示」という訳語は狭すぎると言われている。

スミス事件では、裁判所はこのdiscoveryの段階で情報を収集することを

計画することについて裁量を有する」としながらも、「そのシステムは、彼らが可能な限り機能的に自立しセルフケア出来るように、最適なりハビリテーション・看護・医療を受ける居住者の権利に対する資格(Entitlement)が確保されるように計画されなければならない」と主張した。

「現状のナーシングホーム執行システムが不十分であり、そのことについて保健教育福祉省には過失がある」という原告の主張に対し、同省は「居住者に対するアセスメント、特に PACE (注5参照)は、法令上の要求並びに個々人の生活上の要求に対処しうる執行システムを再構築する技術を提供している」と繰り返し反論したが、原告は「長官の前述の義務に対する過失は、裁量権の濫用であり、憲法上委任された権限の逸脱である」と主張した。

原告は1978年の夏から秋にかけて、事件に関する情報を収集・開示する作業 (Documentary Discovery) に着手している。宣言証言書 (Depositions) により、10人の保健教育福祉省の役人に尋問がなされている。1980年現在原告は、同省を被告とするこの事件において正式な事実審理 (trial) の準備の為の最終段階にきている⁽⁸⁾。この事件で裁判所は、「事実審理での証人による証拠」よりも、より非公式な手段で、「州全体におけるナーシングホームの問題の程度・性質・居住者の構成といった当該事件の基本的な事実を確立すること」により関心を示していた。裁判所は、州のナーシングホームについて、「介護・心理的ケア・市民権・環境・食事に関する各条項についての科学的に有効な調査をすること」を提案した。しかし調査を始めて数か月後に、裁判所はその費用があまりに膨大であり、資金源を見いだすことが出来ないと判断するに至った。そのために原告は、事実審における伝統的な事実証拠の提出に取り掛からねばならなかったのである⁽⁹⁾。

(注)

(1) 地方分権化が進んでいることを考えると、1990年代についても同様といえ

開されてきたことにも示されている⁽⁵⁾。

1975年、上院の高齢者委員会がナーシングホームについての実態報告書を公開し始めた頃、コロラドでナーシングホーム居住者によるクラスアクション（名前が記載されている原告達は、以前被告であるナーシングホームにいた）が提起された。このスミス事件訴訟（後述参照）で原告はナーシングホームだけでなく、保健教育福祉省・州監督機関・州メディケイド機関を被告として「メディケイドに基づきナーシングホームが有する全ての権限の剥奪」を求めた。彼らは、安全で衛生的で個人に合わせて適用されるリハビリテーション、適用しやすい環境の下でのナーシングホームにおける最善の医療と看護・心理的なケアを求めていた。原告は、剥奪を求める理由は、部分的には以下のような事実にあると指摘した。すなわち、保健教育福祉省がコロラド州に適用することを求めている連邦のナーシングホーム執行システムは、居住者がメディケイドの下で受けることが出来るケアやサービスを考慮したり、確保していないし、その性格からみてそれらの確保は事実上不可能であることに鑑み、非合理的であり専制的であると主張した。78年、被告コロラド州は原告と和解し改めて原告として訴訟に加わり、「連邦政府の執行システムは基本的に間違った方向にある」ことを主張した。

原告側の理論は、「保健教育福祉省長官は、42 U. S. C. § 1302に基づきメディケイドに参加している全ての州に対し〈ナーシングホームに居住するメディケイドの受給者は、メディケイドの下で法的に明確にされた権利を有する〉ことを、実際に確保出来るナーシングホームの執行システムを計画し実行させる法的な義務を有する」とするものであった。ナーシングホームの居住者が、メディケイドに基づき供給されるケア・サービス・生活の質は、特に「連邦のメディケイド・メディケアへの参加の条件すなわち1972年社会保障修正法⁽⁶⁾により統合され修正されたメディケイド・メディケアに関する制定法上の条件から導きだされる規則⁽⁷⁾」において規定されている。

原告は、「長官はナーシングホームの執行に関する詳細なシステムを

- (25) 結果については、不明。
- (26) “Butler, *supra* note 1, 638—224”.
- (27) “*Id.*, at 638—228”.
- (28) “*Id.*, at 638—229”.

(3) 連邦のナーシングホーム執行制度の過失に対し、連邦政府（具体的には当時の保健教育福祉省 HEW）の責任を追求する場合

州はナーシングホームの執行について重要な役割を担っているが、連邦政府のこの分野に対する責任も重いものになってきている⁽¹⁾。例えば、メディケアへの参加を希望する SNF の認可、メディケイドの適用を受ける SNF・ICF に対する明確で詳細な基準の採用、規則を遵守させる手続、連邦の基準に達しない施設に対しメディケア等からの償還に対する連邦負担分を減額する権限、SNF・ICF に対する監査費用の全額負担⁽²⁾等が挙げられる。こうした連邦政府のもつかなりの権限は、メディケイドの場合の「連邦と州の関係」と対照的といわれている。メディケイドの場合には、保健教育福祉省（当時）は、一般的な供給者規則を設けているだけだからである⁽³⁾。また後者の場合連邦政府は、供給者が他の連邦の基準に従っていないことを理由に、連邦の分担支払額を減額することはない。連邦政府はメディケイドの下でのサービスに関し、供給者（ナーシングホーム等）ではなく州に制裁を課すことは出来る⁽⁴⁾。通常その負担割合は50%から83%であり、特別の場合のみそれを超えることが出来るが、メディケイドにおいては、監査費用以外連邦が費用を全額負担することはない。いずれにせよ、前述のような事実からして連邦政府が、メディケイドの適用を受ける「SNF並びにICFにおけるケアの質」を確保する為に広範囲な関わりをもってきたことは間違いない。

保健教育福祉省は、ナーシングホームの改善についての独自の権限と役割を認知している。このことは、1974年6月以来同省の主導のもとに LTC 施設 (Long Term Care Facilities, LTC) の改良キャンペーンが展

- 人に権限を付与する法律。この規定に違反した行為は *ultra vires* (権限踰越) となる。
- (4) *Berman V. Bd. of Regislation in Medicine*, 355 Mass. 358, Mass. 358, 360, 244 N. E. 2D 553, 554 (1969). But See, *Flyn V. Town of Seekonk*, 352 Mass. 71, 223 N. E. 2D 690 (1996)).
 - (5) *Clear Vue Acres Homeowners Association v. Commonwealth*, 13Pa. Commw. CT. 66, 317 A. 2d AT55.
 - (6) *Demers V. Adamson*, 102R. I. 453, 231 A. 2d 484 (1967).
 - (7) *Brady v. Bd. of Appeals of westport*, 348 Mass. 515, 204 N. E. 2d 513 (1964) ; *Mariano v. Bldg. Inspector of Marldorough*, 353 Mass. 663, 233 N. E. 2D 903 (1967). *Cullen v. Bldg. Inspector of North Attleborough*, 353 Mass. 671, 234N. E. 2d 727 (1967).
 - (8) “Butler, *supra* note 1, 636—202.
 - (9) “*Id*, at 636—203”.
 - (10) “*Id*, at 636—204”.
 - (11) “*Id*, at 636—205”.
 - (12) “*Id*, at 636—206”.
 - (13) “Butler, *supra* note 1, 636”.
 - (14) cause of action (訴訟原因) は、請求を実体法的に基礎づけるに必要な事実。単なる生の事実ではなく、権利義務を発生させるのに必要な範囲の事実であり、その意味で実体法の法的構成と関連すると説明されている。cause of action はこの用法を基礎に、そのような事実が存在する時に発生する実体法的権利 (と少なくとも日本法では構成するようなもの) をさすものとして、「請求権」という意味でも使用されると説明されている。ここでは後者の意味と理解する (田中英夫編集代表「英米法辞典」による。以下用語の説明は、同辞典による)。
 - (15) “Butler, *supra* note 1, 637—211”.
 - (16) “*Id*, at 637—214” 現行規定は削除されているが、なぜなのか疑問に感じられる。
 - (17) “*Id*, at 637—215”.
 - (18) “*Id*, at 637—218” 現行規定にはない。州法への委任事項とされているのだろうか。
 - (19) 現行規定はない。
 - (20) 現行規定はない。
 - (21) Clearinghouse NO. 26889.
 - (22) see, “Butler, *supra* note 1, 638—224”.
 - (23) “*Id*, at, 638—225”.
 - (24) 結果について、未確認。

も出来る。このような個々の評価を求めることは可能ではあるが、費用を要する。Resident 事件においては、被告ナーシングホームが連邦のナーシングホームの基準に従っているかどうかを調査するために、後述のように3人の専門家からなる調査委員会が任命された。調査は、約6ヵ月に渉り費用は約\$20,000を要し、報告書は150ページに及んだと報告されている。誰が調査に要する費用を支払うかの問題は、未解決である⁽²⁴⁾。Resident 事件では、原告はそれを州に請求している⁽²⁵⁾。十分な報告書の作成が可能ではあるが、州の監査・認可の過程の適切性を評価することは、時間の浪費であり、費用がかかりすぎると考えられている。スミス事件（後述参照）においては裁判所は、原告の要求に基づき上述のような調査を行なうことを検討したが、結果的には膨大な費用がかかるという理由で採用を見合わせている。

州機関を相手とする訴訟を検討する際には、ナーシングホームが要求を貫徹させる手段として訴訟を好んで利用するようになり、中には州のナーシングホーム改革法に対し、訴えを提起するナーシングホームも現われてきていることにも注意すべきである。カリフォルニア州の罰則制度が憲法違反であるとする訴え⁽²⁶⁾は退けられたが、フロリダ法に基づく評価制度（Rating System）は、基準なしに立法権限を違法に委任したものであり、憲法違反であると判示されている⁽²⁷⁾。居住者の権利保護につき手厚い規定をもつオハイオ州のナーシングホーム法（1978）は、法に優先する憲法上の理由に基づき、ナーシングホームからクラスアクションが提起されている⁽²⁸⁾。居住者側もこうした動向に気づき、可能な場合には当該訴訟に参加していくべきことが指摘されている。

（注）

- （1） 以下2の記述は、Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Clearinghouse Review. 635 (Oct. 1980) による。
- （2） 「裁量の乱用に関する審査」については、E. ゲルホーン他著 大浜啓吾他訳「現代アメリカ行政法」p. 76以下参照。「行政の不作為と遅延」については p. 91以下参照。
- （3） 授権規定（enabling statute）とは、議会行政機関または法人もしくは個

dent 事件の原告も、連邦規則の文言に加え、苦情を調査しメディケイド機関に事実を報告する調査機関の義務を含む州の機関間協定についての「第三受益者としての権利」を主張している。

これらの理論は原告である居住者が、契約上・法令上の権利についてある特定の施設に対する州機関の違反を訴えている場合にも特に有効である。機関が明らかにその明白な義務を遂行していない時には、機関は適切な被告当事者となる。機関の存在は少なくとも 2 つの理由で重要である。政治的に機関はコモンロー上並びにエクイティ上の責任に應えるものとして行動すべきであり、このことはもしそれが適切な事例であるならば特定の救済を求めて州機関のみを訴えるべきことを提示している。曖昧にしておくことは、将来の機関の責任の行使を一層怠惰で無関心なものにすることになるからである。当事者がそれを望んでいるかどうかは別のこととして、個々の施設に対する訴訟に州機関を加えることも重要である。例えば原告が、(認可を求め、供給契約を締結しそして恐らくメディケイドからの償還率について再交渉するため) 管財人の決定を裁判所に求めている場合には、当該地域の関連州機関の存在のみが原告住民に完全な救済を与えることが出来ることになる。裁判所が被告ナーシングホームを管理するため管財人を選定した Resident 事件においては、施設をメディケイド適用機関として継続させ、裁判所の命令にそのことを明記させる上で、州機関の存在が大きな役割を果たしている。もっとも一時的差止め (Preliminary Injunction) の文言の中には、州機関の責任は直接には表現されていない。

州全域にわたり連邦政府のメディケイドを実施する州機関の過失について、請求権 (A Cause of Action) を主張しうる。しかし、そうした事件は実証することが難しい。

州機関が連邦の認可要件に従っていないということを実証するためには、何年間にも渉る全ての或いは統計的に有効なサンプルを調査することが必要となるからである。州の監査 (Surveys) が不十分であったということの問題にするケースにおいては、サンプルとなるいくつかの施設についての個々の監査について専門家からの証拠の提出を求めること

務違反が、又州の監督機関に対しては施設に対し義務の遵守を強制しなかった執行の過失が追及されている⁽²¹⁾。

要求されている事実認定が、調査機関 (Survey Agency) によって行なわれている場合には、調査が適切なものであったかどうかの事実認定の実質 (Substance) を争うことはより難しくなる。その認定はより主観的なものになるからである (例えば施設は、その管理能力の限界の故に基準に従うことが出来なかったのか、或いは遵守する為、集中的に努力したにもかかわらず不可抗力な事実の為にそれを遂行することが出来なかったのか、或いは適切なケアを行なう為に、資源を効率的に使用したか或いは現にしているかどうか、誠実に努力したにもかかわらず不可抗力の為にそれをすることができなかったのか等)。

こうした困難はあっても、上述のような点について事実認定がなされ記録が作られなければならない、調査機関はそのような事実認定を合理的な基準に従って実施しなければならない。独断的で実証的でない事実認定がなされている場合には、調査機関としての承認は継続されるべきではない。

州機関に課せられているこれらの内容上・手続上の要件に加えて、連邦のメディケイド規則は、メディケイド機関と調査機関が、機関間協定を締結するか或いは共有する義務についての相互理解を深める為の覚書を作成することを求めている。居住者は、第三受益者としてその行使を求めることが出来ると考えられるべきである⁽²²⁾。

この契約 (上述の協定や覚書のこと) において、調査機関は、1) メディケイド供給機関 (サービスの供給への支払いをメディケイドから受けることが出来るサービス供給機関) の認可については連邦政府の定める形式と手続に従うこと。2) 調査者は、調査報告書と「問題点についての記録」を作成する。3) 調査機関は、SNF・ICFの利用者についての医療上及び各専門的視点からなされた記録並びに職員記録を調査・検討し、規則を遵守させるために或いは認可を取消す為に必要な行動をとること。4) 資格をもつ個人に少なくとも1年に一度、調査をさせ、6ヵ月以内には是正計画を承認することに同意しなければならない⁽²³⁾。Resi-

の調査機関が施設の努力にも関わらず不可抗力の理由の為是正措置をとることが出来なかったことを証明しない限りメディケイドへの参加は承認されない。

これらの条件を満たした場合に、当該施設は次の2つの方法により認可をえる事が出来る。すなわち1) 監督機関によって承認された是正プランにおいて特定された日より60日を超えない期間(12ヵ月を超えてはならない)に、欠陥を是正するか、2) 監督機関により欠陥の是正が承認される、或いは監督機関がメディケイド機関に対し「欠陥の是正に対し相応の努力がなされ、かつ新しい是正計画が提出されている」ことを通知するという方法である。このいずれかの手段を取らない限り、施設は12ヵ月の期間内に自動的に廃止となる⁽¹⁸⁾。

強固な建物を備え火災上の安全基準を守らせるために、連邦規則はその是正の為に2年以上を要するとしても、1) 当該ICFがその可能性を裏付ける特別の是正計画を提出しており、2) かつその計画にそって相応の対応が取られていると監督機関が判断し、さらに、3) 当該ICFが、州及び地方の火災基準には適用しているのならば、当該ICFに12ヵ月間の認可を与えることを認めている⁽¹⁹⁾。同様の規定は、メディケアの適用を受けるICFにも適用される⁽²⁰⁾。

特定のナーシングホームの居住者又は州の全ての居住者は、「メディケアまたはメディケイド適用施設契約」(Provider Agreements)に署名する州のメディケイド機関が、(例えば認可の期間を超えて契約をするという)違反をした場合には、その明白な行政上の義務(These Express Ministerial Duties)の執行を強制することが出来るはずである。居住者はまた、(1) 相応の是正計画の提出なしに或いは規則上求められている明白な事実認定をせずに、欠陥ある施設を認可したり、或いは(2) 法律上認められている二つの方法以外の手段により施設を認可することを禁止するよう、州の監督機関に要請することは出来るはずである。オハイオ州におけるResident事件(後述参照)とA. P事件(後述参照)においては、これらの基本的な事実認定なしに、施設に継続的な認可を与えていたことが争われている。インディアナ州では、施設に対しては義

1994 Newman V. Kelly 詳しくは別章参照)。

上述のように Medicaid 機関は、州監督機関 (The State Survey Agency) が「当該施設は州の認可基準ならびに連邦の承認基準 (State Licensing and Federal Certification Standard) に従っている」と決定した後で、施設との間でサービス供給契約を締結し、SNF と ICF に対する Medicaid の支払いを行なう。この2つの行政機関と各ナーシングホーム施設の間での契約においては、行政機関に多くの特別の義務が課せられている。例えば Medicaid 機関は、監督機関 (あるいは Medicaid に対し責任を負う保健教育福祉省 <HEW 当時>) が「当該施設は承認要件を満たしている」ことを確認した後でなければ、供給契約を実施できないとされている⁽¹⁵⁾。また契約は、承認期間をこえることは出来ない。ただし、監督機関が「その延長が居住者の健康や安全を損なうものではなく、かつ施設や居住者に対する修復できない被害を避けるために必要であること、あるいは承認基準が承認期間終了時までには充足できるかどうかを監督機関は決めかねているため延期を必要とする」と通知している場合には、Medicaid 機関は、2 ヶ月に限り延長をすることが出来る。Medicaid 機関は、保健教育福祉省 (当時) によってメディケアへの参加を否定された SNF と契約することを禁じられている⁽¹⁶⁾。メディケイド規則は州の監督機関に対しても命令的な義務を課している。監督機関は、施設が連邦基準に適合しない欠陥をもつ場合には、州の監督機関は次のような場合にしかメディケイドへの参加を承認できない。すなわち、1) 個々の欠陥あるいはその欠陥全体が居住者の健康や安全を損なうものではないこと。あるいはその欠陥が適切なケアを供給する施設的能力を阻害しないことが文書で確認されていること、2) 施設の是正計画が受理されていることである⁽¹⁷⁾。以前に欠陥を指摘された施設が、次の調査で異なる欠陥を指摘された場合は、1) 不可避的な理由のために、努力をしたにも関わらず、規則に従うことが出来なかったことが、監督機関の記録に留められており、2) しかも適切なケアを供給するための十分な財源の利用が可能でなければ、メディケイドへの参加は承認されない。以前に指摘されたのと同じ欠陥を指摘された施設は、もしそ

る場合には、義務は命令的 (Ministerial) なものになり、職務執行命令 (Mandamus) を通じて強制されうる。その義務を行使する上での過失は、州機関の裁量の濫用となる。従って例えば、州機関が法律の定めによって Citation を出しながら施設に制裁金 (Penalty) を課さなかった過失については、当該施設の居住者はカリフォルニア保健サービス部局に対して、制裁金の執行を要求することが出来る。もし州機関の行為が職務執行義務への違反であるなら、居住者集団は一般に、法の執行を州機関に強制する訴訟を提起出来る。居住者はまたカリフォルニアの罰金制度の実施を促すためになされたような、新しい法を実施するための手続や基準の確立を州機関に強制することも可能である⁽¹³⁾。原告は両方のやり方で訴えをすることが可能であるが、司法救済の効果はそれぞれ異なっている。後者の場合においては、裁判所は規則の制定を命じることが出来るが、その内容については必ずしも検討する必要はない。前者の場合には、裁判所は法を執行する差止め命令 (Injunction) を出すことになるが、その執行がどのように行なわれるかについては詳細にはふれないのが通常である。後述のように、州機関を被告として当該施設への職務の執行を求める訴訟を提起するためには、例えその求める救済が微々たるものであっても、原告に対する重要な戦略上の理由が存在することが必要である。

(2) 連邦医療扶助 (Medicaid) に基づく要件

州のナーシングホームの認可に関する法律は当該州機関に多くの裁量を委ねており、そのことが州機関に対し私人がその執行を求める請求権 (Cause of Action)⁽¹⁴⁾を制限し、あるいは州機関に向けて提起しうる救済を圧倒的に制約するところとなっている。これに対して州の施設認可機関と福祉機関に関して連邦政府が Medicaid に基づき課している要件は、非常に明確であり「職務執行命令」を通じて強制すべき多くの命令的な義務を課している (州監督機関の検査の結果、連邦基準に合致したと判断された施設との間にサービス供給契約が結ばれる。保健福祉省の長官および州機関は連邦基準に合致しない施設とのサービス供給契約を解除出来る。

らない（別章参照）。

多くの州の保健施設（Health Licensing, ナーシングホーム等をさす）の認可に関する法令は、基準の制定とその執行について、州の執行機関に幅広い裁量を与えることを規定している⁽⁹⁾。つまり、そこには職務執行命令を求める法的根拠はないと考えられる。他の法令、特に1970年代末以降のナーシングホーム改革の流れの中で制定されてきている法令には、命令的かつ強制的義務を課しているものもある。例えば、ウェストバージニアとフロリダの法律は、州の保健局は罰則や A Citation/Penalty System（前述参照）を含むナーシングホームに固有な多様な問題に対処するための基準を制定することを求めている⁽¹⁰⁾。いくつかの州の罰金に関する法令は、違反の通告がなされた施設に対し、州機関は罰金を課すべきことを明白に定めている⁽¹¹⁾。もちろん、その違反があるかどうかの決定は明白に裁量事項とされている⁽¹²⁾。

少なくとも、ミネソタ州の施設の認可剥奪に関する法令は、施設の認可を剥奪すべきことを行政機関に明白に課している。1977年のミネソタナーシングホーム改革法は、もし先行する2年以内に、当該施設が2以上の罰金刑に値する居住者に有害な是正不能な違反を行なった場合、あるいはどのような理由であれ10以上の是正不能の違反を行なった場合には、ライセンスを廃止する手続を開始しなければならないと定めている。少数の州の認可に関する法令は法令に違反した施設に対して、州機関が認可を剥奪しなければならない場合について、詳細に定めている。例えば、新しいミシガンのナーシングホームの法律は、各施設が研修と経験を積んだ正看護婦（Resisterd Nurse）を少なくとも1名雇用していること、患者一人に対し1日あたり2.25時間の看護時間が確保できるように看護スタッフを採用すべきことを定めている。そのような基準に違反した施設が認可施設としてあり続けるためには、大方の基準に従っていればよいのではなく、完全に基準に従うことが必要であるという議論が成り立つ限り、州機関に対し命令的な義務に対する施設の違反を訴えようことは明白となろう。

州の認可に関する法令が、州機関にそのような明確な義務を課してい

専制的であると判断される場合にのみ、執行命令がだされる」と述べている⁽⁵⁾。同様に「原告は、近隣にある犬小屋の管理認可の取消を町役場に求めることは出来ない。認可は裁量の範囲内にある」とする判決もある。もっとも同判決では、「原告は、犬小屋自体という迷惑行為 (nuisance) に対し、訴訟原因 (cause of action) をもつ」と判示されている⁽⁶⁾。

ライセンスや認可の取消を州機関に強制出来るのは、ライセンスや認可に対する明確な基準が法令で定められており、州機関が基準を遵守していないことが裁量の濫用に当たると判断される場合である。例えばマサチューセッツの事例では、住民が区画法 (Town Zoning Laws) に違反して発行された認可の取消を建物査察官 (Building Inspectors) に求める訴えを認めている⁽⁷⁾。フロリダにおける二つの判決では、州のゲーム委員会のドッグレースに対する認可が、相互に50マイル以内にある所有者に認可を与えることを禁止している法律に違反しているという理由で、認可の取消が命じられている⁽⁸⁾。これらの判例に共通することは、州機関の義務が裁量的なものというよりむしろ命令的なものと判断される公正で明確な法的基準 (例えば地区についての命令であるとか州のドッグレースについての法律等) が存在することである。様々な州において争われている訴訟は多様な事実問題を含んでいるが、「裁判所は公的機関に対しその裁量的義務の執行を強制することはなく、執行の強制はその義務が命令的なものである場合に限られる」という考え方は、普遍的に適用されている。従って問題とされている州の施設認可局 (State/Certification Agency) の行為を検討するに際しては、適用される法令上の基準を明確にし、その義務が「命令的なものであるか」あるいは「裁量の濫用となるか」を見極めることが重要になってくる。この点を以下ナーシングホームに係る法令について、個別にみてみることにしたい。

(1) 州の施設認可に関する法律

全てのナーシングホームはその所在地の州による認可を得なければな

二 法の執行の過失を理由とする州機関に対する訴訟

州機関 (State Licensing and Certification Agencies) に対する批判の多くは、問題のある施設に対し、例えば州機関が施設認可やメディケイド適応施設としての承認を取消す手続を迅速に開始しなかったり、あるいは過料を課す等の可能な処罰を課すことによって施設に認可基準を遵守させる努力を怠っていることに向けられている⁽¹⁾。

このような場合、私人が訴訟を通じて州機関の執行義務の遂行を求めることが出来ればよいのだが、その為の法的救済手段には限界があるのが実情である。先にもふれたように、州機関の役人に義務の遂行を強制する衡平法上のマンデイマスは、その義務が裁量的なものではなく、羈束的なものである場合に限られている。もっとも裁量的な義務であっても、裁量権の濫用に当たる場合には、法的救済が可能となる。裁量的な義務の場合、州機関の行為が裁量権の濫用に当たるかどうかは、当該義務について法令がどのような定め方をしているかということと密接に関わっている⁽²⁾。

実施機関は授權規定⁽³⁾により多くの裁量を行行使することを認められてはいるが、ナーシングホームの認可に関する州の責任は羈束的なものと考えられることが多い。しかし、一度なされた認可を取消すことは、通常裁量行為と考えられておりマンデイマスを求めることは通常困難とされている。この点に関連するいくつかの判例をあげてみたい。

医師の不適切な治療に対して患者の兄が、損害賠償に加え「医師検査委員会 (Board of Medical Examiners) が、問題の医師の免許を停止するためのヒアリングを開催すること」を求めた事件では、損害賠償は容認されたが、後者は認められていない。裁判所は「行政機関に対し、その公的な義務を如何に遂行するかを命ずる権限をもたない」と判示している⁽⁴⁾。

又別の事件でも裁判所は「家主連合 (Homeowners Association) は、州機関に対し、携帯用水道の供給を水道会社に求める命令の執行を強制出来ない。命令の執行は州の裁量事項であり、州の執行が不正あるいは

- (9) ①訴訟提起することで仕返しや状態がもっと悪くなる場合を恐れる, ②他の施設に移ることは通常容易ではない, ③弁護士と通じる手段をもたない, ④貧困者や施設利用者への法律扶助の欠如, ⑤訴訟を提起しても, 原因を証明することが困難, ⑥衰弱している居住者の状況は, 高齢化の結果として齎らされる状態と当該障害が結果する状態を区別することが困難, ⑦高齢者の記憶は時として定かでない為, 証拠として採用されにくい, ⑧損害賠償額は, 余命の短さや所得能力のなさから皆無に近いと判断される傾向がある(しかし, 刑罰的な意味と同時に痛みや苦痛を受けたことに対する賠償という考えは受け入れられるようになってきている), ⑨訴訟が終了する前に死亡することも多い, こと等が指摘されている (Hemp, *The Right to a Remedy*, *The Elder Law Journal*, at 213 (1994))。
- (10) 宇賀克也「国家責任法の分析」p. 357。
- (11) 同 p. 355。
- (12) 例えば, Margolis (Editor), *Key Elder Law Cases (July 1989—December 1994)* をみても, 全てがナーシングホームを被告とする訴訟である(オンブズマンの存在, ライセンスの廃止過程への住民参加等の手段が確保されていること等が, 訴訟の数を減らしていることも一応は考えられる。ライセンスの廃止過程等の手続過程への参加やオンブズマンについては別章参照)。
- (13) 障害者の場合は, 修正14条の問題となりやすいように見える。
- (14) 本論は, Butler, *Nursing Home Quality of Care Enforcement: Part 1—Litigation by Private Parties*, 14 *Clearinghouse Rev.* 622 (Oct. 1980) を基に, 以後の判例やアメリカでの調査研究を加え, 一応の纏めとしたものである。Butler の論文は, 1980年に出版されたもので, 1987年の改正前それも年代的には事実上1970年代の状況を扱っているといつてよい。検討の基本に置くには必ずしも適切ではない。しかし, 1994年に出された前掲の Hemp の論文でも, 同論文に多くを依拠している。つまり, Butler のような視点から, ナーシングホームと法を全面的に把握した論文は, 現在に至るまで皆無に等しいことが推測される。私のアメリカでの調査においても, 国を相手方としその執行義務を正面から追及した論文は私の知る限り皆無である。こうしたことから, 本論では判例等を手がかりに, 上述のような視点から, ナーシングホームの質の確保に関連した法の執行義務が, どのような理由で制限的なのか, またその原因を克服する手がかりはどこに求められるのかを検討したいと考える。
- (15) ナーシングホームは, 入居希望者を受け入れるかどうかについて, 結局は決定権を握っているのであり, 家族や入居希望者はナーシングホームとの関係においては全くの無力であることが指摘されている (R. Krisztal 弁護士の講演 “Medical Malpractice and the Elderly” による)。

係はないと判断している。その行為が政策の実施でなければ、ナーシングホームの責任はない。原告は、ナーシングホーム（市立）の過失を問題にした。審理（trial）以前に、地方裁判所は市が所有する施設の職員の過失や不法行為の訴訟に対し、主権免責を与えていると判断した。他方裁判所は、州の主権条項は、個人に市の公務員の不法行為に基づく被害を訴えることを認めている。原告側は、この不一致は、修正14条に違反すると主張した。しかし裁判所は、市の行為を円滑に実施するため市の所有する施設の職員の行為に免責を与えた州の法律は、明確には非合理的とはいえず、修正14条には違反しないと判決した。

- ④ Paula and Ron Williams, for and behalf of themselves and for and on behalf of Ashley Williams and Robyn Williams, vs. Kansas Dept. of Social and Rehabilitation Services, and Kansas Department of Health and Environment 1993年の時点で訴訟中、結果は不明。

デイケアセンターの職員から性的虐待を受けた原告は、州に対し原告が虐待を受けていたことを知りながら、ライセンスの取消等を行なわなかった州の過失を追及している。なお、デイケアセンターとの間では和解が成立している。

- ⑤ Kansans for Improvement of Nursing Homes, INC. vs. Stanly c. Grant, Acting Secretary, Kansas Department of Health and Environment 1993年の時点で The Court of Appeals of the State of Kansas に継続中、結果は不明。

原告は、原告となるべき市民一般と区別される特別な損害利益を有するかどうか、ライセンスを破棄するかどうかの決定も州の裁量行為に含まれるかが争点とされている。

なお、1995年に出された Key Elder Law Cases をみても、国を被告とする事例はひとつもない。

- (7) CA elder law 11・16.

- (8) Ruben J. Krisztal (Attorney and Counselor at Law in Kansas) は、1996年9月の筆者宛の手紙の中でこのように述べている。Krisztal は、注5で触れた訴訟の一部に関係している。

また、改正法により規制が強化されたが、規制の限界を認め質を向上させる為には、

- ①質を評価するためのパフォーマンスの基準
- ②確立された基準に対して質を評価するモニター体制
- ③基準を遵守させるための手段

が必要とされ、②③については不十分であることが当初より指摘されていた（池上直己「長期ケアにおける質の評価」海外社会保障情報 Winter 1992 No. 101）。

- ment, 14 Clearinghouse Review 622 (Oct. 1980). 詳しくは本文後述参照)。
- (3) P. Butler (注 2 参照) の論文では, Enforcement として, 1 Survey/Certification Process 2 Receivership 3 Civil Fine & Penalty 4 Injunction 5 Suspension Medicare Reference 6 Issue of License 7 Criminal Sanction 8 Nursinghome Admi, License 9 Ombudsman 10 Professional Standard/Review Organization をあげている。しかし論者によっては, Survey/Certification を執行システムと別立てで論じている (Edelman, The Nursing Home Reform Law, Clearinghouse Review, Vol 24 No. 6 Oct, 1996 pp. 622-631参照)。
- (4) 歴史的には, 居住者の個人的な障害に対し長期介護施設に対し訴訟を提起したケースは多くはなかった。1950—1978年の間で35ケースが報告されているにすぎない。しかしこの状況は, 変化しつつあると云われている。現在では, American Trial Lawyers Association には, 正式に Nursing Home Litigation Group が含まれている
- (5) 多くは州をさす。連邦裁判所は, ナーシングホームの高齢な居住者の保護やその執行に関し, ほとんど機能してこなかったことが指摘されている (Skoler, The Elderly and the Federal Courts, Clearinghouse Review, Feb. 1990)。
- (6) 例えば過去に調査の機会を得たカンザスとカリホルニアについてみれば, 以下のようなものである。
- ① Bay Area Advocates for Nursing Home Reform vs. Director of the California Dept.
- 原告は, カリホルニア州法に基づくナーシングホーム居住者の支援団体。原告は, SNF の居住者は, 十分な情報を収受する権利を有するとし, 被告に情報についての州法を修正し, 再公布する宣言的・差止め請求を求めた事件。州法が修正されることで和解が成立している。
- ② 行政上の苦情救済を求めた事件 (1979年) リハビリテーション法並びに The California Long Term Care Act に基づく義務を遂行しなかった州の過失を問題にし, 義務の遂行を求める宣言的救済並びに金銭的救済を求めた事件。申立て者である, United Neighbors in Action は, 当時, SNF の患者へのサービス, 状況の改善を計ることを目的とする組織で, 患者の苦情をきき, サービスを供給し SNF の患者とのコミュニケーションを計る為に 3つのホットラインを開設していた。結果は不明。
- ③ Kranson vs. Vally 1985.
- 過失は, 1983条に基づく市の機関に対する訴訟原因を確立するほど十分ではない。憲法違反と訴えられた公務員の行為が採用・実施されている政策の声明・命令・決定の行使である時にのみ, 1983条に基づく責任を負う。裁判所は, 蘇生手続の設立の過失と政策の間には, 訴訟原因となる関

駆使して「生存権」の実質的な定着を計ってきた。1987年の改正法が、「入居者の権利」を実質化させる上で果たした役割も無視出来ない。ナーシングホームの Enforcement も、言ってみれば「規制行政の生存権的再構成」の視点にたって検討してみることが重要といえよう。

ナーシングホームとメディケア・メディケイドの関係は、大まかにいえばわが国の医療保険制度の仕組みと似ているところがある。公的介護保険制度が導入され、老人ホームへの入所が措置から契約へと変化し、老人ホームへの費用が介護保険で賄われることになれば（介護保険については別書参照）、わが国の老人ホームはアメリカの老人ホームが抱えてきた、あるいは抱えている問題の多くを担うことになるのではなかろうか⁽¹⁵⁾。少なくとも、老人ホームにおけるケアの質を担保する最終的な法的手段として、適切な執行救済（enforcement）を確立しその実施を私人が法的に求めていく手段が、わが国においても確立されることが必要となろう。わが国の場合、その現状はアメリカの場合以上に多くの制約が課せられている。法的な基盤の異なるアメリカの状況が、直接的にわが国の参考になるわけではないが、その検討はわが国が抱える問題の所在をより明確にし、解決への手がかりを与えてくれるものと考え

(注)

- (1) 河野正輝「社会福祉の権利構造」p. 200等参照。
- (2) Patricia Butler は、居住者が一般的なケアの質を問題にしうる以下の様な方法について論じている。a) 居住者は、ライセンスや認可の取消手続に参加することが出来る b) 居住者は又、法を執行する機関自身の過失を問題にする訴訟に参加することが出来る さらに c) 居住者は、独自に州や連邦政府機関に対して取消の決定を求めることが出来る しかしこれらが利用されることは稀であり、特にこれらの手段は、個人的な（居住者全体に共通する問題ではないという意味）救済を求めている居住者には殆ど利用されない。1970年代の終わりの時点でウイシコンシンやイリノイ等のいくつかの州では、制度上「私法上の訴訟原因」（private causes of action）をもっていたが、それでもなおコモンローの方がよりよい手段であったともいえるのが実情であったとされる（Butler, Nursing Home Quality of Care Enforce-

ところで一般的に居住者が、ナーシングホームにおけるケアの質の確保に関連して、Private Remedies を求めるためには前提として、いくつかの法律問題がクリアされていることが必要になる。1) 当事者適格 2) クラスアクションの可能性 3) 被告適格 4) 訴訟原因 (Cause of Action) 5) 管轄権等の問題がそれである。これらの問題は、ナーシングホームを訴訟の相手方とする場合 (1) にも共通する問題であるが、3) に関連する主権免責 (Sovereign Immunity) の問題等国を相手方とする場合 (2) に固有の問題もある (これに対し、契約に基づく訴訟原因は、主としてナーシングホームが相手方の場合に問題になる。詳しくは後述参照。なおアメリカのナーシングホームは、ほとんどが民間である。別章参照) (2) の訴訟が少ない法的な理由には、衡平法上のマンデイマスによる救済が「命令的な義務」の場合に限られていることに加え、1) から 5) に掲げたような法律問題が関連しているものと考えられる⁽¹²⁾。

アメリカにおいては障害者の場合に比べ、「高齢者と法」の問題は扱いが少ないように見受けられる⁽¹³⁾。また「高齢者と法」についての関心も年金・医療 (メディケイド・メディケア)・公的扶助 (SSI) やガーディアンシップ等が中心であり、ナーシングホームと法の問題を扱ったものは少ない⁽¹⁴⁾。いうまでもなくアメリカは、私的自治の強い国である。ナーシングホームは、その多くが民営である (詳しくは、別章)。ナーシングホームの入所費用は、メディケイドやメディケア (無期限ではない) から償還されるが、ナーシングホームへの入所は当事者間の契約により決定される (前述参照)。国は、メディケイドやメディケアから償還を受けるための要件を課し、またナーシングホームを認可制にすること等の Enforcement により、私的自治に介入する。この Enforcement が適格に行なわれ、その執行の強制を裁判等により求めることが私人に保障されていることは、国民の「生存権」を保障する上で重要な意味をもつことになる。周知のように、アメリカの連邦憲法には、「生存権」についての明文の規定はない。しかし1960年代以降の判例は、様々な理論を

カでもナーシングホーム支援団体（例えば、注5に挙げた訴訟の原告となっている団体）でも認識されてきているところである。

ところでアメリカの国家責任が制限的であることはよく知られているが、他面アメリカでは、禁止的インジャンクションや命令的インジャンクションにより、惹起された損害を事後的に金銭で填補するのではなく、違法な行為、不作為に基づく損害を事前に抑止する行政救済手段が可能である。日本では義務づけ訴訟が極めて例外的にしか認められていないのに対しアメリカではこれに対応する命令的インジャンクションが相当広範に認められており、国家賠償制度のみをみて、アメリカの行政救済制度が不備であるとはいえないことも指摘されているところである⁽¹¹⁾。

ナーシングホームにおけるケアの質を保障する上で、禁止的或いは命令的インジャンクションが金銭賠償より効果的な争訟手段であることはいうまでもなく、これらの争訟手段がナーシングホーム争訟においてどのように機能しているかを検討することは、日米間の法制度の相異を超えて意味あることに思われる。具体的な検討は後回しにして結論的にいえば、命令的インジャンクションによる法的救済も、ナーシングホーム訴訟においては制限的である。政府の役人にその義務の遂行を求める衡平法上のマンデイマスの救済は、一般的には「裁量的な義務」(Discretionary Duties)に対応する「命令的な義務」(Ministerial Duties)に制限されているからである。ナーシングホームへのライセンスの取消のように「裁量的な義務」とされている政府の義務の執行を政府に強制できるのは、取消に対する明確な基準が法令で定められており、取消を実施しないことに対する政府の過失が、裁量の濫用にあたる場合である。従って、ナーシングホームにおけるケアの質の確保に関わる法令との関わりで、訴訟ではどのような場合に「裁量の濫用」があると判断され、政府の執行義務が強制されているのかをみておくことが重要になる。この点を検討するのが本節の主な課題のひとつである。

めて少ない（後述本文参照）。

訴訟が提起されても、判決までに至るケースは少なく立ち消えになったり、和解に基づき規則が変更される等して事実上の解決が計られているという印象を受ける⁽⁶⁾。

こうした事実にもかかわらず、現実には執行機関への批判（すなわち、Enforcement Remedies の限界）は大きく、執行機関の行なう執行救済が不適切であることについては、多くの指摘がなされてきた。特に州に対する批判は、問題のあるナーシングホームに対して州がライセンスの取消、メディケイドへの加入の取消、罰金の賦課等の執行救済の手段を迅速に行使せず、結果としてナーシングホームに課せられた多くの要件が遵守されないまま放置されていることに向けられてきた。こうした批判が1987年の法改正を導いたことは前述のとおりであるが、残念ながら前述のような状況は、法改正後も基本的には解消されていないと言われている。州機関の執行権限の不適切さを指摘する報告書は、改正後もいくつか出されてきている⁽⁷⁾。「法が改正されて10年が経過しようとしているが大きな改正は生じていない」とも指摘されている⁽⁸⁾。

このようにみえてくると、ナーシングホームが適切なケアを講じていない場合、ナーシングホームの居住者（以下居住者という）にとって、施設を被告として権利を主張することも必要だが、州機関を被告としその執行義務の行使を義務づける訴訟を提起することも依然として重要だということになる。ナーシングホームを被告とする訴訟は増加の傾向にあり、ナーシングホームを被告とすることで問題の多くは解決するという弁護士の見解もある。しかし、ナーシングホームを被告とする場合でも訴訟に伴う問題の多くは依然として解決されていない。ナーシングホームを巡る訴訟は、一般的な訴訟に比べた場合なお困難な状況にあるとみなければならない⁽⁹⁾。しかも仮にナーシングホームを被告とすることで、相応の被害者救済が計られたとしても、私人の責任と同時に国の責任が問題となりうる状況においては、相互の機能の関連を念頭に入れた解釈論、立法論を展開することが必要になる⁽¹⁰⁾。このことは、アメリ

III 私的救済 (Private Remedies)

— ケアの質を巡る訴訟と法的課題を中心に —

一 はじめに

ナーシングホームにおけるケアの質をどのように確保するかについて、アメリカでは1980年代を通じ多方面から議論が展開された。ナーシングホームでの差別や劣悪なケア、虐待が積年の課題とされてきたことについては多くの指摘がある⁽¹⁾。

ナーシングホームにおけるケアの質は、

- ① 国家の執行権限の行使 (State Agency Enforcement Remedies) と
- ② 私人が直接ナーシングホームを相手に訴訟を提起したり、国家に対し執行権限の行使を求めたりその行使の懈怠に対し損害賠償を求めること (Private Remedies) 等により確保されることが予定されている⁽²⁾。

State Agency Enforcement Remedies (以下執行救済という) には、メディケイドの資格検査 (Survey) / 認証 (Certification) 手続・管財人制度 (Receiverships)・罰金 (Civil Fines and Penalties)・老人ホームの認可とメディケイドの承認の停止ならびに等級制度の採用等がある (前述執行救済の項, 参照)⁽³⁾。

州がどのような規制を行なうことが、居住者の救済に繋がるかについては、今まで多くの議論が展開され、強制執行の多様な救済の欠如が指摘されてきた (前述参照)。

Private Remedies には、私人が(a)ナーシングホームを相手方にする場合と (b)国を相手方にして訴訟を提起する場合がある。

(a)については1990年代以降訴訟は相対的に増加してきている⁽⁴⁾。

(b)についてはナーシングホームと並んで国⁽⁵⁾が、被告に加えられる場合があるものの全体としては少数に止まっている。国だけを被告として提起されている訴訟は極めて少なく、しかも判決までに至るケースは極

- (29) Cort 事件では、①原告は、法令が規定する特定利益をもつクラスの一人であるかどうか ②立法府が、議会在が private remedy を創造しようとするを、明示的に或いは黙示的に意図しているかどうか ③ private remedy を含むことが、立法府の目的と一致するかどうか ④ the cause of action が、伝統的に州法に委任されており、その結果連邦法に基づく a cause of action を推測することが、不適切かどうか 4 つの要因とされた。Cort 事件については、III で詳述したい。
- (30) See., *Roberson v. Wood*, 464 F. Supp. 988-89 (E. D. III 1979), *Berry v. First Healthcare Corp.*, 1977 Medicare & Medicaide Guide, 11 Clearinghouse Review 581 (Oct 1977).
- (31) 改正法は、請求権を明示していないこと、しかし裁判所はそれを認めてきたこと (例 *Spitzer v. Resnick* 事件)、改正法は、コモンローに基づく居住者の訴権を保護していることのみを指摘する論文もある (*Hemp, The Right To A Remedy, The Elder Law Journal*, 194 (1993))。
- (32) Jeffery Spitzer-Resnick, *Protecting the rights of Nursing Home Residents Wis. Law.*, May 1993, at 22, 23, 23-24 (“*Id.*, at 197-14”).
- (33) 他の証拠によって覆されるまでは、それだけで事実を認定し判決してよいとされる証拠。
- (34) 法律上当然の過失。
- (35) “Edelman, *supra* note 4, at 549”.
- (36) Fuzie, 461 F. Supp. 689.
- (37) 河野正輝「社会福祉の権利構造」p. 224。
- (38) “Edelman, *supra* note 4, at 549”.
- (39) “*Ibid.*”.
- (40) ナーシングホーム居住者は、カリフォルニア州が改正法 (OBRA) に基づく新法を実施しなかったこと、又その行使を州に要請する具体的な措置を取らなかった連邦政府の過失を訴え、州に改正法の実施を求め勝訴している [*Valadiviva v. California Dept. of Health Services* (E. D. 15 No. S-90-1226 EJJEM, 1992 WL 226316, Feb. 25, 1991)。See, Margolies (Editor), *Key Elder Law Cases*, 293, (1995 Edition)]。
- (41) “Hemp, *supra* note 31, at 213”.

- (16) しかし、それが難しければ、そのどちらかを放棄することが許されている。正看護婦の不足や通常準看護婦は老人病のケアに従事したがらないことを考えると放棄は一般的なことになるかと予測されている。
- (17) Clearinghouse Review, 1512, (April 1990).
- (18) 1993/1 p. 1257.
- (19) “Edelman, *supra* note 15, at 959”.
- (20) 施設中心のアプローチは、1984年の Estate of Smith v. Heckler, 747 F. 2d 583 (10th Cir. 1984) 事件で裁判所が、「メディケイド・メディケアの目的に到達するためには、患者の実際の介護についての観察を重視しなければならない」と判示した時から転換していた。
- (21) 介助施設にも適用する州が増えてきている。
- (22) 石田「前掲論文(一)」p. 70.
- (23) 同時に行なわれた1987年の高齢者法の改正では、オンブズマンは、施設やその利用者に関する情報を利用出来ることが規定された。また州オンブズマンには、その職務を遂行する為に必要とされる地方事業を指定する職務上の権限が付与され、その結果この事業に関係する職員やボランティアは、州オンブズマンの代理人と考えられることになった。1992年の高齢者法の改正では、オンブズマンの代理人として活動している人々に対する研修の手段を設定することを、高齢局(AoA)に求めている。
- なお1992年の高齢者法の改正でオンブズマン事業は、「虚弱高齢者の権利保護活動」として、同法のタイトルVIIに組み入れられた。タイトルVIIIは、オンブズマン事業の他に高齢者に対する「虐待等の防止事業」「高齢者の権利及び法的援助の開発事業」「サービスの受給に関する援助」事業について、規定している。また高齢者法は、州及び地方オンブズマンに対し、施設居住者に関わる法律の策定状況・履行状況について分析し、監視するとともに修正を勧告したり、意見を述べることを要請している。このことから示唆されるように高齢者法は、州オンブズマンに個々の居住者のもつ苦情の解決と同時に、制度レベルでの老人の権利擁護をも求めている。
- (24) Nemore, Developments in OBRA-87 Nursing Home Sanctions Requirements, Clearinghouse Review, 1540 (April 1990).
- (25) 施設のライセンスが破棄されても、入居者を保護する為、メディケイドからの償還は継続されることがある。
- (26) “Edelman, *supra* note 4, at 549”.
- (26) “*Ibid*”.
- (27) “*Ibid*”.
- (28) “*Ibid*”.

- (6) 新しい要件は、改正に伴って必要とされる実施規則 (regulation) が90年の時点で制定されるかどうかにかかわらず効力をもつものとされた。Final Ruleについては、手続等の理由から1990年当時訴訟が継続中であった (“Edleman, *supra* note 4, 545”)。
- (7) 石田「前掲論文 (一)」p. 68参照。
- (8) 改正法では、入居者が正当に移送される理由をさらに制限し、明確にすることで移送の要件を強化している。改正法はまた、通常移送の理由の通知は、移送がなされる30日前になされるべきことや、提示された移送を入居者が争う手続を定めるよう州に要請している。“Brown (*et al.*), *supra* note 1, at 313”。
- (9) 石田「前掲論文 (二)」p. 79。
- (10) カリフォルニア州法は、入所の要件について規定しているが、要件が遵守されなかった場合の保護規定はない。
ナーシングホーム裁判に詳しいカンザス州の R. Krisztal 弁護士は、「Medical Malpractice and the Elderly」と題するスピーチ (1996・9) の中で、「一般にナーシングホームは、入居者を受け入れるかどうかについて、多くの決定権をもっている。施設側は、要請されているサービスの供給について、スペシャリストとして精通しているのに対し、家族や居住者本人は全くの素人であることが、決定権を施設側に握らすことになっている」と述べている。
- (11) 池上直己「長期ケアにおける質の評価」海外社会保障情報 No. 101 参照。
- (12) “Edelman, *supra* note 4, at 548” では、以下の2例をあげて、通常のアプローチの仕方を示している。naso-garatic tube/antipsychotic drugs therapies.
- (13) 改正法は、1990年10月1日から有効となる「施設に対する新しいケア基準」を打ち出した。「もはや法は、施設が対処すべき最低基準を規定しているのではない。法は、施設に対し居住者が実現しうる最高の身体的・精神的・心理的な生活に到達し、それを維持できるようにケアやサービスを供給することを求めている。連邦の命令は、かつてより広範囲で、強力なものになっている」と指摘されている (Edelman, *supra* note 4, at 544)。
- (14) Pepper, Recent Revision to Nursing Home Requirements will Protect older People with Mental Disabilities, Clearinghouse Review, 1275 (March 1991).
- (15) Edelman, Level of Care for Medicaid Nursing Homes to Be Eliminated by October 1, 1990, Clearinghouse Review, 959 (December, 1989).

でも訴訟を提起しうると考えられている。施設に関する検査報告が重大な欠陥を指摘している時に、「高いケアの質を供給している」という施設の主張は、不当表示、虚偽宣伝その他の州消費者保護法違反になりうるということが、指摘されている⁽³⁹⁾。

(6) ま と め

改正法が、ナーシングホームでのケアに対する新しく高い基準を設定したことを前むきにとらえ、法の実現を確保しようとする姿勢が示されてきている。(5)で指摘されていることは、その具体的な方向性を示唆するものに他ならない。言い換えれば、改正法は、それだけで速効性をもつものではないということであろう⁽⁴⁰⁾。HCFA (the Health Care Financing Administration) の改正法への取組みは、緩慢で、不十分であることが指摘されている。特に HCFA は、規則の制定については慎重であり、制定された法令上の用語は、明確ではなく、州に多くの裁量を委ねていることが指摘されている⁽⁴¹⁾。法の理念を具体化する争訟の役割は大きくなってきているとみなしなければならない。本稿IIIでは、こうした現実を背景に、「ケアの質を巡る争訟と法的課題」について検討していきたい。

(注)

- (1) ナーシングホームへの規制に関する問題点については、Brown with Legal Counsel for the Elderly, *the Rights of Older Persons*, 293 (1989).
- (2) 2) については、Brown, *supra* note 1による。
なお関川芳孝「米国ナーシングホーム改革の焦点—メディケイド法改正を中心に」北九州大学法政論集20巻4号(1993年) p. 99以下参照。
- (3) Edelman, *the Nursing Home Reform Law*, *Clearinghouse Review*, 550 n. 1 (Oct, 1990) 注に付記するものの他、全体としてEdelman, *the Nursing Home Reform Law*, *Clearinghouse Review*, 545 (Oct, 1990) による。
- (4) 改正法の内容については、石田道彦「アメリカの長期ケアにおける利用者の権利とその実現 (一) (二)」九大法学71号73号が詳しい。
- (5) *fainal rule* その後変更の方向が指摘されている (Edleman, *Federal Rules Governing Survey and Certification of Nursing Facilities Will Change Again*, *Clearinghouse Review*, 263 (July 1994)).

(private enforcement rights) を否定している。しかし1994年の Ottis 事件判決では、地方裁判所は、Suter 判決を引用して「請求権」の不存在を主張した被告 (Michigan Departments of Social Services and Public Health) の主張を退け、ナーシングホーム改革法の執行を求めるナーシングホーム居住者の請求が認められている (詳しくは、II 参照)。

また、1993年の Spitzer-Rensnick 事件⁽³²⁾でも、請求権は容認されている。

(2) 不法行為

改正法の詳細な規定とそれを解釈している規則は、ケアの義務について規定しており、その違反は懈怠の prima facie evidence⁽³³⁾ 或いは、いくつかの事例においては negligence per se⁽³⁴⁾ になりうると解されている⁽³⁵⁾。

(3) 契約違反

関連する法令並びに規則上の要件は、「施設と州の間に締結されたサービス供給契約」に引用されることにより当該契約に具体化される。居住者は、行政庁と施設の間に締結されたサービス供給契約の受益者たる第三者であると構成した訴訟もある⁽³⁶⁾。法令並びに規則上の規定は又、ナーシングホームと居住者との入所契約 (admission contract) に引用されることにより具体化される。法令並びに規則に定められた要件についての違反は、契約違反として訴訟を提起しうる可能性があるとされている。

(4) 黙示の保証 (Implied Warranties)

入所契約には、基準について定めた連邦並びに州の法令に合致する旨の「黙示の保証」が含まれているとするなら⁽³⁷⁾、ケアの基準について規定した連邦並びに州の法令は、訴訟を通じ居住者によって執行されうる可能性をもつ適切な住環境、介護、処遇に関する「黙示の保証」を創設したことになると指摘されている⁽³⁸⁾。

(5) 消費者保護法違反

法令上並びに規則上の要件に違反した過失は、州の消費者保護法の下の

の要件」の執行を求めることも可能と考えられている⁽²⁷⁾。

さらに、居住者やその代理人は、訴訟を通じて「参加の要件」の執行を直接求めることが出来るという解釈もなされている⁽²⁸⁾。その理由として、『議会は、「居住者は改正法を執行しうる」と考えていた。すなわち、「黙示の請求権が居住者に付与されていた」という指摘』がなされている。詳述すれば、『議会は、法令上明確な「明白な請求権」を示してはいないが、「改正法の執行を私人が訴訟を通じて要請しうること」を明らかに意図していた。』なぜなら議会は、『メディケイド法令における執行に言及した部分で、Constractionと名付けた条文(subsection)を設け、その中で「(8) ここで規定される救済は、州法並びに連邦法に基づき、別の方法で利用しうる救済に付加されるものであり、コモンローに基づき個人が利用しうる救済を含む他の救済を制限するものとして、解釈されるべきではない」と述べていること、さらに下院委員会(The House Energy and Commerce)は、この規定の意図について「ここに記されている救済は、ナーシングホームに対し要件に従うことを強制する請求権(private right of action)を含む、〈コモンローに基づき居住者が利用しうる救済〉を制限するものとして解釈されるべきではない」と述べていることが、その論拠として指摘されている。その上で、すでに最高裁判所はCort v. Ash事件において、「連邦法においてprivate right of actionが含有されているかどうかを判断する4つの要因」を確認している⁽²⁹⁾ことを指摘し、さらにCort事件で用いられたこの分析を用いて、いくつかの裁判所が「メディケイド法令のナーシングホームに関する規定は、私的に執行しうる」と判示してきた⁽³⁰⁾ことに言及している。要するに、法令上の文言並びに改正法についての立法過程並びに「ナーシングホーム基準を規制する公的な執行が、過去ずっと不適切であった」ことについての議会の明確な認知は、「請求権(a private right of action)の存在」を示唆するものであると判断されていることになる⁽³¹⁾。

因みに1992年のSuter事件判決では、最高裁判所は原告の「請求権」

目的は、患者のケアを継続的に確保しながら、劣悪な処遇を改善していくためである。居住者を他施設に移送するかわりに罰金を課したり、欠陥のあるナーシングホームを一時的に管理することが出来る。総じて中間的救済が強化されている⁽²⁴⁾。施行規則は、違反の摘発から制裁の実施を迅速に実施することを要請している。問題の欠陥が、直ちに入居者の健康や安全に関わる場合には、即時救済 (Prompt Action) を要求できる。

連邦規則に従わないナーシングホームに対する罰則も強化された。その他の有効な制裁としては、民法上の罰金・新しい入居者に対するメディケイドからの償還の拒否⁽²⁵⁾、緊急の場合における施設の閉鎖や入居者の移送が規定されている。

公的情報の周知も、重要な改正部分である。メディケイド・メディケアの執行機関は、欠陥の指摘を含む調査結果を住民が利用できるようにしなければならない。

(5) 「参加の要件」を執行させる為の訴訟

(1) 黙示の請求権 (Implied Private Right of Action)

改正法は、「参加の要件」を実行あらしめる為に、「検査／認可手続」と「執行制度」の両方について規定している。

そして居住者とその代理人は、連邦並びに州の機関に対し「参加の要件」の執行を要請することが出来るとされている。しかし特定施設が参加の要件を守っているかどうかの調査を、居住者等は連邦政府に対し、どのような手段で要請しうるかについて、連邦規則は、特別には規定していない。居住者等は、地方事務所 (Regional Office) に直接そのような請求を求めることになると考えられているが⁽²⁶⁾、改正法の問題点のひとつといえよう。州機関については、連邦法で、要件違反への苦情を調査する手続並びに適切なスタッフを維持することが求められている。その他居住者は、他の連邦や州の機関 (the Inspector General, the State Attorney General, The Medicare Fraud Control Unit etc.) を通じて「参加

の規則によって規制されていないからである。多くの州のライセンスに関する法令は、連邦法を受けている。従って多くの州は、1987年のOBRAの要件を自費払いの施設に適用させることになると期待されている。OBRAは、最低基準を規定したものであり、州がそれ以上の要件を課することは自由である。事実、いくつかの州は、OBRA87制定以前に、より厳格な基準を制定しており、その一部はOBRA制定の際のモデルとされている⁽²¹⁾。

ナーシングホームの認可やナーシングホームを調査する過程が強化された。事前に監査のあることを報せた者は2000\$の罰金を課せられることになった。州は入所者の虐待、入所者の財産の着服について調査する義務が課せられている⁽²²⁾。また州は、ナーシングホームに対する苦情を調査するために、あるいは規則に従わないナーシングホームを監視するために十分なスタッフを置くことを求められている。また調査の結果を公表し、その結果を州の長期ケアオンブズマンなど他の行政機関に知らせることも求められた。所有者や経営者が替わった時は、いつでも特別調査がなされることになった。

高齢者法の改正により、オンブズマン制度が強化された。州はこの制度のために十分な量の資金と援助を要求されている。

1987年の改正法では、施設の居住者が保護や援助を必要とする時には、すぐにそして直接にオンブズマンに接触できることとされた。また、改正法では、オンブズマンと施設への規制・監督を行なう機関との連携が強化されている。例えば連邦規則は改革法を受けて、監督機関は施設について調査を実施する時には、事前にオンブズマンにこのことを知らせ、施設についての情報を監督機関とオンブズマンが共有するようにすることが求められている。又連邦法は、調査の終了時に監督機関が行なう最終会議にオンブズマンが出席することを許可している⁽²³⁾。

(4) 制裁の方法 (前述の③に対応)

OBRA87は、監督機関に幅広い制裁権限を与えている。

従来看護の条件は、スタッフ・患者の栄養状態の監督・記録・老衰の看護の4つを含んでいたが、それはレベル A の5つの要件（利用者の評価・ケアの質・利用者の行動・施設の実践・患者の権利）に再編された。レベル A の内容は、従来の規則と中身において類似しているが、施設はレベル A の要件のひとつに違反した場合は、認可取消または中間的制裁を受ける可能性がある。また施設への制裁方法も拡大されている⁽¹⁸⁾。もっとも実際には、ケアのレベルは、1990年10月1日の時点で、完全には無くならないと予測されていた。この時点までに、SNF/ICF という用語は、連邦のメディケイド法からは消えるが、メディケアの場合には、SNF という用語の使用が継続されることとされており、メディケア事業の占める位置の重要性からして、SNF という用語そして概念は、今後も継続することになると考えられたのである⁽¹⁹⁾。

(3) 参加の要件に従わせる為に、執行機関によって用いられる手段の改革（前述②に対応）

連邦政府のナーシングホーム規則は、入居者の「生活の質」を重視することに焦点をあてる形で強化された（以前の調査の手続は、「実際に供給されているケア」より、ナーシングホームが良いケアを「供給出来る能力を有しているかどうか」におかれていたことは前述のとおりである）。その結果個々の居住者に対する定期的な評価の点検が求められることになり、ケアはその評価に基づいたものでなければならないとされた。こうした点を受けて、具体的な調査の手続過程では、監査者は何人か代表的な患者に直接面接することとされた。また患者のニーズに対しケアプランが適切かどうか、患者の権利が守られているかどうか重視されることになった⁽²⁰⁾。

改正法では、州はライセンスを与えるための州独自の基準を強化することとされている。このことは、自費払いの入居者だけを受け入れていて、メディケイドやメディケアの適用施設となっていない施設にとって重要な意味をもっている。これらの施設は、メディケイドやメディケア

(5) 治療 (Therapies)

改正法は、施設に「各居住者が実現可能な最高の身体的、精神的、心理的な状況に到達し、それを維持できるように専門化されたりハビリのサービスの供給を調整或いは実施すること」を要請している。

(6) 精神保健

改正法は、施設に対し「居住者の精神保健についてのニーズを調べ、サービスを供給すること」を要請している。しかし1989年2月に出された「参加の要件」では、適切な精神保健サービスについての具体的な要請はナーシングホームに対し何もなされていない。

保健福祉省 (HHS) も、精神保健についての「参加の要件」の規定は不十分であり、後日それを補足すべきことを認めていた。これを受けて、1990年には精神障害をもつ高齢者の施設への入居審査と入居者についての検査手続に関する規則が改正されている⁽¹⁴⁾。

(7) 生活の質

改正法は、施設に対し居住者の生活の質を維持し、強化するような方法並びに環境において居住者をケアすることを求めている。

「生活の質」を確保する為の基本は「自己決定と参加」におかれており、居住者は可能な限り最大限に自身の生活をコントロールし、選択権を行使するものとされている。

(8) メディケイドにおけるふたつのケアレベルの結合

改正法は、メディケイドのもとで「ナーシング施設ケア」と呼ぶ新しいケアのレベルを設立する為、従来の高度看護 (skil) / 中間的 (intermediate) を合体させている。すなわち改正法では、SNF と ICF を区別していたことの多くは廃止された⁽¹⁵⁾。例えばメディケア・メディケイドの適用を受けているナーシングホームはいずれも、1人の正看護婦 (Registered Nurse) をおかなければならない。加えて、施設は準看護婦 (Licensed Practical Nurse) による24時間介護を要求されている⁽¹⁶⁾。入居者のケアの実際を担当している準看護婦に対する訓練も強化されている⁽¹⁷⁾。

け入れを阻止する多くの抜け道を塞いでいる（今後の見守りが必要とされている）。

メディケイドを利用する前の一定期間、自費を要求することは、改正前でさえ違法と考えられてきた。改正法が前述のようにメディケイド適用者の「権利放棄」を禁止したことは、この点をさらに共通の認識にするものと予測された。またこの法令上の用語は、他のよくある入所時の差別を禁止する根拠ともなりうることが期待されている（例 施設が州との供給契約で、メディケイドのベッド数を一定に制限する）。

(3) 平等なサービス

連邦法は初めて、ナーシングホームに対し支払い方法の相違にかかわらず平等のサービスの実施を求めている。メディケイドやメディケアに参加する為には、施設は居住者に供給しなければならないサービス（看護、リハビリテーション、ソーシャルサービス、薬剤、食事サービス、諸活動、歯科サービス）を平等に供給しなければならない。

(4) ケアの質

新しい「参加の要件」のもっとも刷新的なもののひとつは、ケアの質である。改正法は、各居住者の機能的な能力に関し、包括的で、正確な、基準化された、反復して利用出来る「居住者のケアに関するアセスメントとケアに関するプランニング」の策定を求めているが、このことは居住者がケアの質を保障されうるかどうかを決定する基本となるものと解されている⁽¹¹⁾。

規則は、13の異なった領域（日常生活行動、視力／聴力等）を規定し、ケアの質を保障する為にすべての人に同じやり方で接することを命じている。規則は、1) 始めに、もし当該個人が何の問題もなく施設に入所させられたら、通常は行動範囲を制限されない。2) 施設は問題に対し、適切な対応をしなければならない。3) 問題が再び生じないように、施設は予防を講じなければならない。4) 最後に実際に可能な最大限度まで、居住者の機能を高めるよう努力することを求めている⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

のニーズと趣向に依拠したサービスを受け、居住する権利を付与している。

- (b) 改正法は又、施設に対し居住者の「機能的な能力」についての「包括的で正確なそして規定化された反復して利用されるアセスメント」を実施することを求めている。

(2) 入所 (admission) における差別

改正法 (メディケイド/メディケア以外の部分) は、移送や退所、カバーされるサービスについては言及しているが、入所の際の平等の保障には言及していない⁽¹⁰⁾。これに対し連邦のメディケイド&メディケア法令は改正法の中で始めて「メディケイド/メディケア受給者のケアへのアクセスの問題」に言及している。すなわちメディケイド/メディケア法令は、明らかにメディケイド受給者の入所を制限してきた典型的な施設に共通する多くの行為 (それは、移送・解除・サービスの範囲に関係する) を禁止している。

メディケイド/メディケア法令のもとでは、施設は入所に関し利用者が有する「メディケイド/メディケア上の利益」を放棄することを求めることは出来ない。例えば入所の申請に際し、施設は申請者に「メディケイド等を利用しない」ことを、口頭又は文書で求めることは出来ない。又公的に保障された「利益の利用」等については施設内に掲示されなければならないこととされている。施設は同様のことを、入所時に口頭又は文書で渡さなければならない。メディケイド/メディケア法令のもとでは、施設は支払いについての保証人を居住者に求めてはいけなと解されている。

メディケイドの法令は、寄付その他をあおいではいけないという規定を付加的に規定している。これは従来から禁止されていたことではある。

改正法は施設に対し「始めに来所したもの」或いは「もっともサービスを必要としているもの」から優先的に入所させることを要求してはいない。しかし入所の実質に関わる多くの規定は、メディケイド患者の受

しかし居住者の権利についての当局の新しい解釈は、いくつかの領域で居住者の権利を強化している。

例えば従来の連邦規則も、抑制（例えば徘徊癖のある高齢者の身体を物理的に拘束したり、薬物により抑制すること）の使用についての規制に言及していたが、ガイドライン（interpretive guideline 新しい「参加の要件」を説明している）は、「物理的抑制」の範囲を従来より幅広く定義している。ガイドラインは又不必要な薬物の使用を禁止する為に、新しいより完全な説明をおいている。

② 他の領域については改正法自体が、既存の連邦規則上の保護をより強化している。例えば「移送についての法令上の用語」は、移送が許される理由について規定した現行の連邦規則の内容をより明細なものにしている。改正法は又移送に先立ち当該居住者に「告知する必要性とその理由」について規定している。さらに改正法は、「移送を行なうことに対する施設の責任」を明確にし、施設は居住者の安全を確保する為十分な準備と居住者への指導を行なった上で、施設からの移送もしくは解除を規則に従って実施することを命じている。

改正法の下では、州は「強制的に他施設に移送されるあるいは退所を求められている入居者」から苦情を聴くヒアリングの手続を設けなければならないこととされた。州はまた入居者の虐待、懈怠、入居者の財産の不適切な扱いに対する苦情を受け付け、調査をする手続を明らかにしなければならない⁽⁹⁾。

③ 同様に改正法は、様々な政府の役人、居住者の主治医、居住者の直接的な家族その他の親族に対し施設への「即座のアクセス」を保障することにより、訪問者の施設へのアクセスに関する現行規定を強化している。

④ 改正法における居住者の権利のいくつかは、新しいものである。すなわち、

(a) 「Acomodation of needs」という法令上の用語は、居住者が施設において（本人ならび他者の健康・安全に支障がない限り）個人

である。以下そのそれぞれについて補足的な説明をしておきたい。

(2) 参加の要件 (前述①に対応)

居住者のケアに関する新しい基準は、「参加の要件」を通じて表明されている。保健福祉省 (HHS) は1989年2月2日、新しい「参加の要件」を確定規則 (final rule)⁽⁵⁾として公表した。これは1990年より効力をもつこととされた⁽⁶⁾。

保健福祉省 (HHS) は改正法を、規則 (regulatory language) を通じて画一的に適用するのではなく、多くを非公式なガイドライン (informal interpretive) により具体化していく方針を示していた。このことから「参加の要件」の多くは、将来訴訟を通じてより明確なものになっていくことが期待されることとなった。

以下重要な「参加の要件」の内容をみておくことにしたい。

(1) 居住者の権利

連邦規則は、1970年代の半ばより「居住者の権利」に触れていたが、改正法は居住者の権利についての明白な法令上の基礎を定めることになった。つまり改正法により「入所者の権利」が、従来のように連邦規則のレベルだけでなく連邦法上規定されることになったことの重要性が指摘されている⁽⁷⁾。新しい規定を覆う理念は、入居者が施設でなく地域にいれば当然にもっていた権利を入居者に保障することにあるとされている。

具体的には、ナーシングホームの入所時や、ナーシングホームからの移動の際の保護が強化されている。ベッドに縛り付ける等の拘束に対する保護や、入所者の財産の保護についても規定されている。訪問者との面会やナーシングホームに対する調査結果を知る権利も強化された⁽⁸⁾。改正法では、ナーシングホーム居住者に対する包括的な市民権条項を規定することになったのである。改正法の内容について、少し具体的な説明を加えておきたい。

① 法令上の権利の多くは、既存の連邦規則上の権利と同じである。

査過程を改善するとともに苦情処理の在り方を見なおし、規則を守らないナーシングホームに対する罰則を強化する為に、連邦規則をより厳しいものに改正することを要請していた。

報告書の指摘の多くは、1987年の改正法（Omnibus Budget Reconciliation Act of 1987 Pub L No. 100-203 Title IV Subtitle C 4201-4216 101 Stat 1330-160 through 1330-220. 行政一括削減法と訳される。以下 OBRA ともいう。ならびに 42 U. S. C. § 1395i-3 (a)-(h), 1396r (a)-(h), Medicare and Medicaid, respectively 社会保障法の関係部分の改正）と改正高齢者法（the Older Americans Acts of 1987）に盛り込まれることとなった⁽³⁾。改正法の内容の一部は、直ちに実施されることになったがその他の事項は 1990年10月1日までに段階的に実施することとされた。

改正法は以下のようなことを含んでおり斬新なものではあるが、その実施には多大な経費を要することも予想された。特に連邦政府の厳しい財政引き締めのもとでは、改正法がケアの質を改良することになるのか、中身の無いものとなるのかは予断をゆるさないとするのが大方の見方であった。

3 改正点

(1) 始めに

ナーシングホーム改正法（ここでは87年財政一括削減法をさす）は、基本的にナーシングホーム法に関する3つの領域について再定義している⁽⁴⁾。すなわち、

- ① ナーシングホームが、メディケイド&メディケア事業に参加する為に対応しなければならない要件、すなわち「参加の要件」について
- ② 施設を要件に適用させる為に連邦・州の監督機関によって用いられる手段について
- ③ 施設が要件に従わない時、用いることのできる執行機構、中間的救済について

- ③ 監査を受けるナーシングホームに、監査の実施を事前に通知している為に、問題の箇所が一時的に隠蔽され発見しにくくなっている。
 - ④ 有効な執行救済の実行を難しくしているいくつかの問題がある。
 - ⑤ 監査機関が、ナーシングホームに対し強制的な制裁を加えようとするときに、ナーシングホームの経営者団体のロビイスト等から政治的な圧力がかかり、必要な制裁ができないことがあること。
 - ⑥ 監査結果の公示を明記する州法や連邦法が欠如していること。
- その他「入居者の権利」に関し以下のような問題点が指摘されていた。
- ① 移送については、連邦規則で事前にその計画を当該居住者に通知することになってはいたが、事前のヒアリングは要求されていないこと（州によってはヒアリングを認める所もある）。
 - ② 「患者の権利」が守られない場合のナーシングホームへの制裁が不明確であること。
 - ③ 居住者の「自己決定」よりも、医師の判断が優先されていたこと。
 - ④ 意思能力喪失者の「自己決定」を保障する方策が不十分であること。
 - ⑤ 「患者の権利」を周知させる努力が払われていないこと。
 - ⑥ ナーシングホームへの規制（執行救済）の過程への住民参加が不十分であること。

2 改正にいたる経緯

こうした中で1983年連邦政府は、協会 (Institute of Medicine of the National Academy of Sciences) に、新しいナーシングホーム規則を制定する必要性についての研究を委託することになる⁽²⁾。

1986年に協会は報告書を提出した。報告書はとりわけナーシングホームでの居住者のより質の高い生活を可能とする条件を確保するため、調

「資格」(entitlement)を創設し、「訴権」を認め、適切な弁護士費用を(審査の上)付与することができる。こうした法をもつ州においては、入居者の権利に基づく救済の要求を、不法行為請求に付随して行なうことが可能とされた。

州消費者保護関係法も、救済請求と弁護士費用を供給しうる。これらの法では、一般的文言が使用されており、多様の「不当表示」が訴因となりうる と解されていた (“NSCLC, *supra* note 2, at 59)。

- (89) “Hemp, *supra* note 49, at 208”.
- (90) Clearinghouse Review 1263 (Feb. 1990).
- (91) Clearinghouse Review 801, (Nov. 1986).
- (92) 石田道彦「アメリカにおける利用者の権利とその実現(一)」九大法学71号 p. 69参照。なお処遇過程における入所者の権利については、石田論文が詳しい。同論文並びに「アメリカにおける利用者の権利とその実現(二・完)」九大法学73号参照。
- (93) Edelman, The Nursing Home Reform Law, Clearinghouse Review, 545 (Oct, 1990).
- (94) “*Ibid*”.
- (95) 「入居者の権利」は、市民権中心に構成され、日本流に言えば、「生存権」保障としての「ケアの質」を権利として保障することについては、直接的な言及はない(新しい規定を覆う理念は、入居者が施設ではなく地域にいれば当然にもっていた権利を入居者に保障することであるとされている。see, “*Ibid*”).

六 従来の執行救済の限界と1987年の改正について

1 指摘されていた問題点

1970年代からアメリカでは、ナーシングホームの状況を改善する試みがなされてきた。例えば連邦規則において「入所者の権利」が規定されたこともそのひとつである。しかし1980年代においても問題はなお残されたままであった。特に以下のような点が課題とされていた⁽¹⁾。

- ① 監査の手続が、「実際に供給されているケアがどのようなものか」よりも、ナーシングホームが「良いケアを供給できる能力を有しているかどうか」におかれている。
- ② 監査機関の財政やスタッフが不十分で、十分な監督が行なわれていない。

- (March 1979).
- (67) Dalton v. Madonna Home, Inc No. CV 79-L-119 (D. Neb., field May 10, 1979).
- (68) “NSCLC, *supra* note 2, at 56”.
- (69) “*Ibid*”.
- (70) “*Ibid*”.
- (71) Berry v. First Healthcare No. 77-208, (D. N. H., Oct. 1977), 11 Clearinghouse Review 1007 (April 1978), 11 Clearinghouse Review 581 (Oct. 1977).
- (72) 500 F. Supp. 854 (E. D. III. 1980).
- (73) 河野正輝「社会福祉の権利構造」pp. 222～226参照。
- (74) No. C-80-0988 (N. D. Cal., March 25, 1980), 14 Clearinghouse Review 477 (Aug-Sept 1980).
- (75) 13 Clearinghouse Review 623 (Dec. 1979), 12 Clearinghouse Review 736 (Feb. 1979).
- (76) “*Id*, at 57”.
- (77) E. g., Potter v. Janes 499 F. Supp. 607 (M. D. Ala. 1981).
- (78) See, e. g., Resident v. Emmanuel Family Training Center, Inc., Anonymous Plaintiff v. Abbey Nursing Home, Inc., Patient Martha v. Colonial Crest Nursing Centers, District of Columbia v. Mar-Salle Convalescent Center, Inc.
see, 12 Clearinghouse Review 126 (June 1978), 13 Clearinghouse Review 126 (June 1978), 15 Clearinghouse Review 521-22 (Oct. 1981).
- (79) 42 C. F. R. Section 405. 1904 (b) (1983).
- (80) “NSCLC, *supra* note 2, at 58”.
- (81) see “*Ibid*”.
- (82) see “*Ibid*”.
- (83) Hoyt v. Wisconsin Dep’t of Health and Social Services (see, “*Ibid*”).
- (84) see, “*Ibid*”.
- (85) “*Ibid*”.
- (86) ①悪いイメージの広がり ②問題が是正されない場合は責任保険契約を解除する旨の保険会社の威嚇の双方もしくはいずれかを招来するからである。
- (87) Mellies v. National Heritage, Inc., 6 Kan. App. 2d 910, 636 p. 2d 215 (1981).
- (88) 弁護士報酬は、不法行為訴訟の通例として、依頼人の回復財産 (recoveries) から支払われるが、一部の州では法定の弁護士報酬制度も利用できる。他に2つの可能な弁護士料供給源として、州ナーシングホーム「患者の権利」規定は、「適切かつ適正な」医療ケア及び看護的ケアに対する居住者の

- (41) the National Health Planning and Resources Development Act of 1974, 42 U. S. C. Section 300k.
- (42) 差別については, “Strauss (*et al.*), *supra* note 1, 545” 参照。
- (43) 42 C. F. R. § 447. 15,
- (44) 42 C. F. R. § 124. 603 (c) (2)
- (45) See, *Glengariff Corp. v. Snook*, *supra* note 40.
- (46) 日本の差額ベッドの問題に通じるものが感じられる。
- (47) *Highland Chateau, Inc. v. Minnesota Department of Public Welfare*, File No. 463312 (Mn, District Court, Ramsey Co., Jan. 16, 1984).
- (48) “*Ibid*”.
- (49) 施設への立入りについては, 以下の資料を参照。
- ① “Strauss (*et al.*), *supra* note 1, 542”.
- ② *Cape Cod Nursing Home Council v. Rambling Rose Rest Home*, 56 F. 2d 238 (2d Cir. 1981).
- ③ *Hemp, The Right to a Remedy*, *The Elder Law Journal*, 221 (1990).
- (50) *United Neighbors in Action v. Sequoia Manor Convalescent Hospital, Inc.*, 14 *Clearinghouse Review* 374 (July 1980).
- (51) *Teitelbaum v. Sorenson* Civ. No. 79-199 (D. Ariz., Aug. 6, 1979).
- (52) Mich. Comp. Law § 333. 21763, 21764.
- (53) “NSCLC, *supra* note 2, at 54”.
- (54) “*Ibid*”.
- (55) Ohio rev. Code Ann. § 3721, 14 (Page 1980).
- (56) 非自発的移送については, 以下の資料を参照
- ① “Strauss (*et al.*), *supra* note 1, 527.
- ② *Clearinghouse Review*, 62 (May 1994).
- ③ *Clearinghouse Review*, 1263 (Feb. 1990) の註89掲載の判例
- (57) “NSCLC, *supra* note 2, at 55”.
- (58) 特別養護老人ホームの場合は, 3 ヶ月である。
- (59) *Clearinghouse Review* 249 (Aug. 1975).
- (60) 420 F. Supp 1005 (D. N. J. 1977), *Klein v. Califano*, 586 F. 2d 250 (3d Cir. 1978).
- (61) 447 U. S. 773 (1980).
- (62) see, 14 *Clearinghouse Review* 1113-14 (Feb. 1981), 12 *Clearinghouse Review* 1066 (April 1977).
- (63) “NSCLC, *supra* note 2, at 56”.
- (64) “*Ibid*”.
- (65) “*Ibid*”.
- (66) *Warren v. Franklin Hosp. Dist.*, see, 12 *Clearinghouse Review* 841

メリカ法のもとで残された「法的課題」を特別に検討するのは、上述のような理由によるものである。

(注)

- (21) No. 80-2914-M (W. D. Tenn., filed January 11, 1980), 13 Clearinghouse Review 988 (April 1980) (Clearinghouse No. 28, 463).
- (22) Section 504. OCR ruled in a January 14, 1981 compliance review memorandum.
- (23) “National Senior Citizens Law Center, *supra* note, at 51”.
- (24) 443 F. Supp. 1257 (E. D. Pa. 1978), 11 Clearinghouse Review 945 (March 1978), 11 Clearinhouse Review 151 (June 1977) (Clearinghouse No. 20, 990).
- (25) The Sherman Act, 15 U. S. C. Sections 1 and 2.
- (26) “NSCLC, *supra* note 2, at 52”.
- (27) Massachusetts Federation of Nursing Home and Related Facilities, Inc. v. Sharp, No. 18915 (Mass. Super. Ct., March 16, 1977).
- (28) Bellotti v. Kimwell Nursing Home, No. 124 745 (Mass. Super. Ct., Norfolk., filed and settled June 23, 1978) ; Commonwealth v. Twin Pines Corp., No. 78-2768 (Mass. Super. Ct., Middlesex Co., field May 24, 1978 and settled May 28, 1978).
- (29) “NSCLC, *supra* note 2, at 52”
- (30) “*Ibid*”.
- (31) “*Id*, at 53”.
- (32) “*Ibid*”.
- (33) “*Ibid*”.
- (34) “*Ibid*”.
- (35) “*Ibid*”.
- (36) “*Ibid*”.
- (37) Minnesota Association of Health Care Facilities v. Perpich, No. 377-CN 467 (D. Minn., Aug. 28, 1984), 11 Clearinghouse Review 816 (Jan. 1978).
- (38) “NSCLC, *supra* note 2, at 53”.
- (39) 日本の介護保険法のもとで、サービスを供給する指定業者の法的性格を考える上でも参考になろう。
- (40) Summit Nursing Home v. Medical Care Programs, Dept. of Health and Mental Hygiene, Hearing Office Docket Nos. 82-MAP-264, *et al.*, May 8, 1984, Medicare and Medicaid Guide (CCH) 33, 977.

かし、困難な場合は、その一方を放棄できるとされており、その完全実施は難しいと予測されている。1987年の改正を実行に移す為には、多大な経費が必要とされることも、難問として指摘されてきたところである。

改正法が定める「参加の要件」は、今後訴訟を通じてより明確化していくことが必要とされ、又改正法によって強化された「居住者の権利」を中心とする諸点も、「訴訟を通じて、居住者の法令上の資格の意味と範囲が明確にされる必要」が指摘されている⁽⁹³⁾。

このようにみえてくると法改正以後も、訴訟の必要性は依然として存在しているとみなければならない。特に、訴訟の困難さが指摘されてきた「ケアの質」を巡る訴訟の必要性は大きいとみなければならない。

しかし1987年の改正法は、状況に対処する法的な救済の仕組みについては1980年代の訴訟を通じて提起された法的な課題に具体的な対処をしているわけではない。訴訟上の請求権 (a private right of action) についても、議会はそれを黙示に認めているという指摘もあるが⁽⁹⁴⁾、法律上明確には規定されていない。

つまり1987年以前に提起された「法的課題」は、1987年以降も基本的に存在しているとみなければならない。五で述べてきた争訟の実態は、そのまま1990年代に持ち込まれたとあってよいであろう。居住者の権利、中でも「ケアの質」を最終的に保障する為の「訴訟による権利救済」の仕組みの確立が望まれる⁽⁹⁵⁾。議会が黙示に容認しているとされる「請求権」は、その為の具体的な手段となりうるのだろうか。また改善された「執行救済」が州当局によって遂行されない場合、居住者は訴訟を通じてその執行を求めることが出来るのだろうか。法は、監督機関に幅広い裁量権限を与えていることを考えると、1980年代の訴訟で提起された課題は、依然として解決されていないことも危惧される。「執行救済」を担保する福祉領域に固有の手段が検討される必要があるのかもしれない。ここに「高齢者の権利救済」の難しさがある。次章で、1987年の改正に触れた後、IIIにおいて「ケアの質」を巡る訴訟を中心に、ア

分なスタッフ、監督についての研修の不足、効果のない救済実態等々、或いは家族や利用者がナーシングホームからの仕返しを恐れるといった事実も、訴訟を困難にしてきた関連要因として指摘されてきた。

こうしたことからアメリカでは、「高齢者の虐待」（ナーシングホーム利用者の不本意な移送も虐待とされる）は解消しきれず1987年の改正が必要とされることになる。

1987年の改正では後述のように、

- ① ナーシングホームが、メディケイド&メディケア事業に参加する為
に連邦・州の監督機関によって用いられる手段
- ② 施設を要件に適用させる為
に連邦・州の監督機関によって用いられる手段
- ③ 施設が要件に従わない時、用いることができる執行機構、中間的
制裁

の3つの視点から、「高齢者の権利保障」が取組まれた。

1987年の改正は、移送に伴う差別や「ケアの質の確保」を前進させた。そこでは、「執行救済」の在り方が変えられ、訴訟提起の防波堤として、高齢者の権利を事前に防止する役割が強化されたことになる。特に、1987年の改正で、入所者の拘束に厳しい制限が課せられたことは、不当な拘束を減少させることになったといわれている⁽⁹²⁾。1987年の改正を施設が率先して受け入れ、公的な機関が施設に対し適切な規制を実施するなら、事態はかなり改善されることになる。

しかし1987年の改正が問題の全てを解決したわけではない。例えば、改正法は、多くのところで「入所者の差別」を禁止しているが、始めに
来所したもの、もっともサービスを必要としているものを優先的に入所
させることを、施設に求めている。又メディケイド・メディケアの
適用を受けるナーシングホームは、1人の正看護婦（Registered Nurse）
と準看護婦（Practical Nurse）による24時間介護を要求されている。し

場合がある。例えば、Juhnke 事件では、暴力的好戦的であることで知られた入居者が他の入居者を負傷させた件についてこれは「常識的例外」とされ、専門家証人の証言は必要ではないとされている。

ネグリジェンスの立証に専門家の証言が必要とされる事件では、医療担当者以外の参考人の証言が求められる場合がある。床ずれの形成と処置段階でのネグリジェンスが申立てられた Mellies 事件⁽⁸⁷⁾では、裁判所は看護婦を「床ずれ」の予防・処置・治療に関する厳密な意味での専門家と裁定している⁽⁸⁸⁾。

④ ま と め

一般的な意味ではあるが、1980年代までのアメリカの「権利救済」への取組みは、介護保険法下で予想されるわが国の「権利救済」の仕組みと比較した場合、やはり格段に進んでいたとみなければならないだろう。

しかしながらナーシングホームにおける虐待や違法行為についての訴訟が、実際に提起されることは少なかった。あるデータによれば、1950—1978年の間35の事件が提起されたにすぎない⁽⁸⁹⁾。

特に、ナーシングホームが、メディケイドやメディケア或いは「居住者の権利宣言」に基づく法令上の義務に違反していることに対し、連邦裁判所に救済を求めることは極めて少なかったと報告されている。公民権法VIや1973年のリハビリテーション法 S504やヒルバートン法のようなナーシングホームに適用される他の法規定への違反の場合も同様であったと指摘されている⁽⁹⁰⁾。

唯一、強制的移送についての訴訟は相対的に多いが、裁判所は合衆国憲法や連邦メディケイド法に基づく「居住者の権利宣言」の解釈に寛容ではない。公的規制もまた、従来居住者の権利を保護するには不適切であることが指摘されてきた⁽⁹¹⁾。

中でも「ケアの質」を巡る訴訟は、極めて少なく法技術的にも検討されるべき課題が多いことを推測させるものがある。

州の監督機関（多くの場合保健局）が抱えていた多くの障害、不十

受けた」と申立てる入居者に代わって訴訟を提起することができる。この種の事件としては、State of Texas v. Southwest Mediplex, State of Texas v. Forest Manor Nursing Home, Belotti v. Heritage Hill at Newton Retirement and Convalescent Home, Inc., Massachusetts v. Havolyn Management Coがある⁽⁸¹⁾。

これらの事件において、州検事総長は、州消費者保護関係法に基づいて訴訟を提起し、非良心的行為並びに不適切なケア・処遇の実態を問題としている。

ウイシコンシン州メディケイド不正取締局は、某施設の経営者並びに管理者を、「刑事上の懈怠58」「管理不注意による殺人1」を理由に刑事訴追している⁽⁸²⁾。

施設全体のケアの質改善を求める訴訟に加え、個々の居住者が個人についての救済を求める訴訟がなされる場合もある。施設の「リスト」(当該施設の医師が作成した緊急ケアを要する者のリスト)から抹消された(その結果、医療上の緊急ケアの必要が生じても、それを受けられないことになった)女性入居者の代理人として友人の一人が訴訟を提起し、「リスト」への再登録を勝ち取った事例がある(Hoyt事件)⁽⁸³⁾。また他の居住者個人に関わる訴訟では、車椅子の使用が不可能になった重度の身体障害者のために電動車椅子の費用を州メディケイド事務所から給付させることに成功している⁽⁸⁴⁾。

(b) 不法行為訴訟(後述「不法行為」参照)

懈怠(ネグリジェンス)、過失その他の不法行為に対する損害賠償請求訴訟もまた、ケアの質向上を計る上で、効果的な強制メカニズムのひとつになりうるということが指摘されている⁽⁸⁵⁾。不法行為訴訟はケア基準の設置に寄与し、またひどい施設慣行への抑止力としても寄与する⁽⁸⁶⁾。

不法行為訴訟における重要な争点のひとつは、ネグリジェンスの立証に「専門家の証人を必要とするかいなか」である。ある場合には「常識的例外」として、専門家証人の証言が必要条件から除外される

その実情を少しみてみたい。

(a) 差止め命令及び宣言的救済（後述「差止め命令と宣言的救済」参照）

入居者は自分個人のために、あるいは入居者全員のために特定施設内のケアの質の改善を求めて訴訟を提起することができる。事実いくつかの訴訟が提起されていた⁽⁷⁸⁾。

これらの全ての事件において原告である入居者は、「施設の状態・処遇・基準がメディケイド規則で定められた基準に合致しない」と訴え、施設を被告として差止めの救済を求めることによりケアの質の向上を追及しようとしている。事件の提訴時点では、いずれの州もナーシングホームの管財人について規定していなかったが、これらの事件の原告は裁判において管財人を置くことをも請求していた。これらの事件における原告の主張を裏付ける法的根拠として、「1. 施設の行為及び慣行が、連邦規則が求めるレベルのケア及び処遇を受けるという入居者の権利に違反している。2. 修正 8 条違反（残酷かつ違法な制裁）3. 適切な居住、ケア、処遇について暗黙に保障されていることに対する違反 4. サービス供給契約違反とみなされること 5. 各州の虐待報告関係法違反 6. ケア義務違反及び故意に与えられた感情的苦痛（及びその他の不法行為請求）」が主張された。原告等はまた、被告州機関が「欠陥の甚だしい施設に対し、認可を更新し続けてきたこと」は、連邦規則⁽⁷⁹⁾に違反すると訴えた。

ケアの質を巡る訴訟において、いまだ俎上に乗せられていない法理論の 1 つが、リハビリテーション法に見いだされることが指摘されていた。前述のように施設に入居する障害者への適切なサービスを怠ったナーシングホームは、同法 504 条に違反して障害者を差別していると解されるからである。例えば職員の定員割れによって、入居障害者の持つ特殊なニーズが放置されている実態があるとするなら、それは障害をもたない入居者との間に差別を構成することになる⁽⁸⁰⁾。

検事総長は、消費者保護部局を通じ、「虐待もしくは不当なケアを

れたのである。入居者は、施設に入る以前からのコミュニティとの関係を継続させることができる。コミュニティの関与は、入居者の質の向上にも寄与することになることも期待された。コミュニティの関与が施設側の反発をかう場合には、前述した「施設へのアクセス」の問題として、法的に対処することが考えられていた。

② 行政の擁護・支援

州レベルの擁護・支援は、当時既に連邦レベルでの対応を反映して多岐に涉っていた。登録 (License) や認可 (Certification) に関する州法や州規則についての違反は、州保健担当部局に苦情を申立てることが出来るとされていた。当該苦情を受けて、施設への抜き打ちの立入り調査や州の強制執行制度が適用されることもあった。ナーシングホームの管理者にライセンスを与える「免許審査委員会」に申立てられた苦情は、懲戒措置に発展する場合もありうるとされていた。また連邦公民権関係法規 (1973年リハビリテーション法 S504, 1964年公民権法, 年令差別法等) 違反に関しては、公民権局 (OCR) に申立てることが出来ることは、前述のとおりである。

州検事総長及び地方検事は刑事上の法違反を訴追することが出来るほか、州消費者保護法に基づく民事上の訴えを入居者に代わって、提起することができることも、前述のとおりである。「メディケイド不正取締組織」は、通常検事総長の事務所に置かれており、施設における入居者の虐待、財政上の不正を追及することも既にふれた。州の高齢者局、特にナーシングホームオンブズマン事業は、ナーシングホーム居住者の特定の苦情の解決に役立ち、さらには立法、行政改革への足掛かりとなりうると考えられていたことも前述したところである (詳しくは後述)。

③ 訴訟

ケアの質を確保する為の手段としては、上述のような処置が一応考えられる。それでは、最後の手段としての訴訟はどうであろうか。この分野の訴訟が必要であることは疑いもない事実と考えられてはいたが、実際の訴訟は極めて少なかったことが指摘されている。

前通告・ヒアリングの機会・不服申立ての権利が含まれている⁽⁷⁶⁾。

いくつかの州が「ナーシングホームの居住者が一時的に緊急入院している間のベッドの確保」について州法を制定している。

ミシガン州では入居者が一時的に入院加療を受ける場合は10日間、医療担当者の承認する医学上の理由で一時的に施設を不在にする場合は18日間ベッドが確保されていた。コネチカット州法は「メディケイド入居者に対するメディケイドからの給付が入院期間の終了までの必要額を満たさず、結果としてメディケイド入居者のベッドが確保されなかったとしても、施設は当該元入居者が退院した場合には、他の入居者に先立ち第一順位で再入居できる権限を与えなければならない」としている。

(4) ケアの質/生活の質

多くの入居者がナーシングホームで不適切なケアを受けていることについては、1987年の法改正以前の段階において詳細な報告が出されている。そこでは不適切な職員配置や職員の熟練不足に起因する不適切なケアの事例が広汎に指摘されてきた。こうした中で実際に触れられることは少ないが、最も重要な究極の課題は、入居者の人間性が施設内の生活で日々奪いさられている事実であることが確認されてくることになる⁽⁷⁷⁾。

(1) 解決策

しかし不適切なケア、生活の質の低下という問題を唯一の解決手段に訴えることは困難であった。その為出来るだけ多くの資料と将来への展望に基づき解決のための諸手段を考え、それらが同時多発的に提起されることが必要と考えられた。

① 強力なコミュニティの存在と認識

この問題に取り組むための重要な手段のひとつとして、LTC 施設に実質上のコミュニティを存在させることが主張された。コミュニティを施設に介在させることは、コミュニティの構成員が施設に関心をもっている証左となり、施設におけるケアの質を向上させることになると考えら

た。いずれの場合も立法的及び行政的アプローチによって非自発的移送を必要とする事態を削減することが可能であることが指摘されてきた。

まず①ケアレベルの変更を理由とする移送は、「長期ケアにおける指導指針」に関連して廃止されるべきであることが指摘されていた。このような移送はコスト削減という目的に資するものでしかなく、長期ケア本来の目的にはほとんど関連性をもたないからである。②また廃止に至る過程においても、いくつかの救済手段が考えられることが指摘されてきた。まずケアレベルの決定を行なう委員会及び団体が評価対象者の心理的ニーズを考慮に入れることを法律事項として義務化すべきとされた。次に施設は高度・中度双方のレベルのケアを提供すべきものである旨、法律で定めるべきことが主張された。こうすればケアレベルの変更は入居者を移送させず、施設へのメディケイドからの償還率を変更するだけで済むことになるからである。施設の免許取消しに伴う移送については、認可基準に従わない施設に対する連邦政府のとりうる制裁措置が免許取消しに限定されている現状を改め、他の代替的メカニズムが開発される必要があることが指摘されていた。管財人制度・召喚制度 (citation system)・差止め・入所申請、入所紹介の停止といった中間的措置は、当時すでに多くの州において州認可基準執行のための制裁措置として一般化してきていた。従ってこれを連邦のレベルで適用していくことは可能と考えられていたのである。③メディケイド受給者への差別の結果として行なわれる移送については、2段階の対応が考えられるとされた。まず、(a)ある施設が「第三者支払いプログラム」への参加をひとたび自発的に決定した場合には、そのプログラム受益者へのケア提供に関して一定の義務が生じる旨を確認する法規定を定めること、(b)より広義の対応としては、全ての施設に対し、営業を行なう条件として、貧困者へのケア提供が求められるべきであることが主張されてきた。

一部の州では移送に関する包括的な州法をすでに制定していた。例えば1979年イリノイ州ナーシングホームケア改善法は、全ての非自発的移送及び退所の基準となる詳細な必要条件を内容としている。これには事

し、ケア放棄の意思表示であるとの主張もなされている⁽⁷³⁾。別の事件では原告は、「入居者の安全及び身体的・精神的充足のための適切な保護を提供せずに入居者を移送することは、施設と入居者の信頼関係の違反を構成する」と主張している。この義務は、「関連事実を公開する積極的義務及び入居者に有害であることが広く認められている処置を自主規制する義務を施設に課すものである」と主張された⁽⁷⁴⁾。

こうした訴訟を通じて、①個々の入所者にとって有害な移送の中止 ②入居者の移送の決定過程と実施方法の実質的改善がなされることになった。移送に伴うショックによる障害の発生は、移送決定に際し常に考慮すべきことと考えられるようになった。

ニューヨーク州の利用観察手続 (UR) においては、Yaretsky 事件を契機に重要な変更がなされている。同事件の同意判決において訴訟当事者は、「UR 委員会あるいは州の代行者として同様の機能を遂行する団体は、以下のことを受け入れ検討すべきこと」に同意している。すなわち、①入居者の心理的評価 (将来の移送に対する入居者の反応も含む) ②当該移送が医学的に安全であり、入居者にとって最大の利益である旨、主治医が策定・署名した書面 ③詳細な退所計画 ④当該施設のケアに直接責任をもつ正看護婦の承認、署名した評価書 ⑤施設外移送は一連の嚴重な保護手段の下での自発的な同意に拠るものでなければ、医学上の理由によるものに限定される。

専門的基準観察機構 (Professional Standards Review Organization, PSRO) の判定によるケアレベルの変更に基づいて行なわれた「移送」が問題とされた Chacon 事件⁽⁷⁵⁾における同意判決では、PSRO 法で定められたヒアリング権及びデュープロセスについても言及がなされている。

ナーシングホームにおける移送問題の長期的解決策は、①必要性を欠く非自発的移送事例の削減 ②やむをえない移送について可能な限り安全な移送形態の達成を目標とするものでなければならない。

主たる非自発的移送の事例には、3つの場合があることは先にもふれ

を利用することとなった。一部の州法は特定の移送の場合のみを問題にしているが、他の州は移送一般を対象にしてきた。

イリノイ州の公的扶助局は、施設がメディケイドから任意脱退した場合、当該施設にいるメディケイド受給者のナーシングホームケア費用を当局が継続して支払うとする緊急規則を制定していた⁽⁶⁸⁾。州保健局が制定した同州行政規則は、移送の期日と理由を明記した30日前の予告書面通知なしに入居者を退所させる行為を禁止していた⁽⁶⁹⁾。

コネチカット州のように、適切な退所計画が策定されていない場合の移送を州法で禁じていた場合もある⁽⁷⁰⁾。

(5)

入居者は又非自発的移送に関する訴訟において、多様なコモンロー上の契約や不法行為理論を主張してきた。メディケイドならびに（あるいは）メディケイア加入の全ての施設は、連邦政府（メディケイドの場合は州事務所）との供給契約に調印しなければならない（42 C. F. R § § 442.10.30）。これらの契約においては、全ての適用可能な連邦法並びに州法及び規則を適用することが可能とされてきた。居住者は、供給契約の受益者たる第三当事者として、法令上・規則上の規定の執行を求めることが出来ると判示されている⁽⁷¹⁾。同様に居住者と施設の間で取り交わされた「入居契約」においては、多くの場合州法の要請することとして引用により自動的に全ての適用可能な連邦法並びに州法及び規則を適用することが可能とされ、居住者はそのことを訴訟において主張出来ると解されてきた。

Cambridge 事件では、入居者はナーシングホーム産業からの撤退を決定した施設に対し、債務不履行を主張している。撤退の決定により施設はナーシングホームとは無関係ということになり、居住者の移動に関して適切な援助を行なう義務を怠り、入居者に対し不十分、不適切な代替場所への移動を甘受させることになるからである。また施設の居住者に対する強制・報復・差別も問題とされてきた⁽⁷²⁾。メディケイド事業からの施設の脱退は、コモンローに基づく施設のケア提供義務に違反

にも無関係な財政上の差別的理由によって施設が移送を要求する場合、特に効果的に運用されてきた。特に必要とされる介護レベルの変化に関し訴訟において引用された連邦規則は、「事前の適切な時期の予告通知」「メディケイド給付の打切りや減額決定に対し事前に異義を唱えることのできる聴聞手続」を受給者に付与する根拠規定として利用されてきた(42 C. F. R § 442. 20)。メディケイド法は、メディケイドの適用を受けている SNF に対するメディケイド適用施設としての承認期間はメディケアに対する承認期間と同一であるべきことを求めている⁽⁶³⁾ことから、行政が施設に提起した「メディケイド供給契約の期間前解約」が、移送に直面した入居者によって問題とされる可能性があった(ただし、この点については Robersonn 事件 500 F. Supp. 854 (E. D. Ill. 1980) 参照)。同様に非自発的移送に直面した入居者は、利用観察委員会のメンバーや利用検討委員会の利用手続の違法性を問題としうる可能性があることも指摘されていた (Feld 事件参照)。

(3)

ヒルバートン事業に基づき建設もしくは修繕の資金の貸与あるいは供与を受けている公立もしくは非営利のナーシングホームの場合、ヒルバートン法はそこに居住するメディケイド受給者の救済策となりうる⁽⁶⁴⁾。このような施設は前述のように、地域へのサービスの提供という義務を果たすため、適格条件を満たす全ての政府拠出プログラムに参加すべきものとされており、そのプログラムには当然メディケイア・メディケイドも含まれるからである⁽⁶⁵⁾。

居住者は、ヒルバートン法に基づく補助金受給施設がメディケイド・プログラムから脱退したり (Warren 事件)⁽⁶⁶⁾、メディケイドを受給することになったという理由で入居者を追い立てる (Dalton 事件)⁽⁶⁷⁾ 試みに、訴訟を通じ挑戦していることが報告されている。

(4)

移送問題を規制する法を制定し、規則を公布する州が多くなるにつれて、非自発的移送に異義申立てをする入居者は州によるこのような法令

ディケイドへの切り替えは、私費入居者として一定期間を満たした後にのみ認める等) 制限を加えている場合にも、転居が要求されることが多い。その他例えば入居者が公的機関等に苦情を申立てた事に対する報復あるいは入居者の家族の「干渉」に対する施設側の煩わしさ等多種多様な非合法理由に基づき、転居を迫られる事態が発生されがちなことが多数指摘されてきた⁽⁵⁹⁾。

非自発的な移送に対する短期の解決方法は、訴訟であると考えられてきた。特に LTC 施設入居者が、他の LTC 施設に突然移送されかけているときには、この方法は有効であるとされてきた。その理由として以下のようなことが、指摘されていた。

(1)

合衆国憲法は、非自発的な移送に抵抗している居住者に対し重要な理論を提供している。すなわち非自発的な移送は、現在の施設に留まっているという入居者の「財産的利益」(Property Interest)を侵害しているのだと主張された。この見解が明確に示されたリーディングケースは Klein 事件⁽⁶⁰⁾である。しかし他方最高裁判所は、第三巡回区における Klein 事件の付帯事件である O'Bannon 事件において少なくとも施設の認可取消しに伴う移送については、この主張を否定している⁽⁶¹⁾。

(2)

連邦法令は非自発的な移送に抵抗する居住者に対して豊富な法理論の論拠を提供している。例えばメディケイド法は、メディケイド事業が受給者の「最大利益」を増進すべく運用されることを求めていることが指摘されてきた (42 U. S. C. § 1396 a (a) 19)。こうした指摘に依拠して判決は、非自発的な移送が移送ショック性障害の危険発生を伴う以上、非自発的な移送は一般的に入居者の最大の利益には該当しないと判示している (Baranaukas 事件)⁽⁶²⁾。またメディケイド受給者の人権宣言は、「医療上の必要性」「本人及び他の入居者の福祉の権利に利するため」もしくは「費用不払い」以外の理由による入居者の移送を禁じている。同条項は入居者のケアの必要性にも、またそのケアを行なうための施設の介護力

行政主導による「非自発的移送」がなされる第 2 は、当該、メディケイド受給者が入居している施設が認可取消し、あるいは第三者払い事業への参加資格の取消しを受けた場合である⁽⁵⁷⁾。施設に対し前述のような処置がなされると、メディケイド受給者はメディケイドから引き続き支払いを受けるため他のメディケイド適用施設への転居を迫られることになる。

施設側の都合で非自発的な移送が惹起される場合もある。施設は同一内容のサービスでも、私費入居者からは通常より高い料金をとることができる。そのため施設は入居者が自費払いから、メディケイドに変わった時点で他施設への転居を求めることがある。このことが移送措置が取られる一般的な理由のひとつとなっており、メディケイド受給者への差別を構成してきた。メディケイド支払い金が、入居者に代位して施設に受領されるまでの期間私費負担を義務づける入所契約が横行していることも前述のとおりである。

行政と施設両者に共通するもうひとつの問題は、施設からの高齢者の「放り出し」(DUMPING) である。すなわち「医学上の緊急状態」を理由に、移送もしくは退所の措置を取って施設のメディケイド受給者を救急治療病院に移した後、緊急状態が解除されても施設への再入居を拒否するという施設の一般的な慣行がある⁽⁵⁸⁾。より陰險な差別的慣行は、入居者の権利宣言 (Bill of Rights) のもとで保障されている事由を名目的に掲げメディケイド受給者に虚偽的に転居を求める場合である。その場合の施設側の本当の狙いは、より高い料金を徴収できる私費入居者用のベッドを増やしたいということにある。

ナーシングホームは体の衰弱が進み、より多くの介護を必要とするに至った入居者を移転させる場合がある。重介護者への差別は1973年のリハビリテーション法違反の可能性もある。また施設が人種差別を行なう場合は、1964年公民権法違反となることが指摘されてきた。

(メディケイド事業への参加を取り止めた場合のように) メディケイド法に基づく合法的な理由による場合以外に、施設が非合法に (入居者のメ

② あるいはその他の方法で州の正式承認を求める。

等の動きがなされてきた。このような州法はミシガン・オハイオの両州で制定をみている⁽⁵⁵⁾。しかしこれらは入居者及び支援者の権利を侵害する潜在的な可能性があり回避すべきものとして警戒された。「登録法」から生じる具体的な問題としては、以下の3点が指摘されてきた。

① 州に対し異義申立てをしたことのある団体は、許可を取得できない恐れがある。

② 「登録法」は、支援団体に正式加入していないフリーの (independent) 支援者の登録をカバーしえない恐れがある。

③ こうした法律は、修正1条に違反して本来面会できるはずの個人の発言に事前の制約を課す要素となる。

などである。

(3) 非自発的移送⁽⁵⁶⁾

高齢のナーシングホーム入居者が本人や家族の希望ではなく行政もしくは施設の意向で、ある施設から他の施設に移送されるケースは頻繁に存在した。こうした非自発的移送は、入居者にしばしば有害な影響を及ぼしてきた。最悪の場合に入居者の死期を早めることにもなった。「移送ショック性障害」現象についての社会学的研究調査によれば、死亡率の大幅な増大が報告されている。最も良い場合でも、入居者は身体的精神的に衰弱しあるいは家族や友人からの隔絶に悩まされる恐れがあることが指摘されてきた。

非自発的移送の多くは行政の決定によって発生する。あるレベルのケア (ONE LEVEL OF CARE, LOC) 例えば「高度看護ケア」を受けている入居者が、利用観察委員会 (a Utilization Review, UR) もしくは専門的基準観察機構 (a Professional Standards Review Organization, PS RO) によって、より低レベルのケアすなわち「中間看護ケア」の対象者であると判断された場合、当該入居者は「適切」なレベルのケアを提供する中間ケア施設 (ICF) に移送されることになる。

に施設のケア方針への無用の危惧を植え付けることになる」とみている)。

連邦及び州の法律並びに規則の規定の仕方を工夫すれば、争訟を必要とせずに立入りを可能なものとする事ができることが主張されてきた。この点に関連して2つの連邦法令が注目されてきた。すなわち、

(1) 連邦規則の規定は、SNFの参加の条件のうちの「入所者の権利」の部分及びICFの基準の中で、それぞれ立入りについての根拠をおいているという指摘がなされてきた⁽⁵³⁾。いずれの規定も、入居者が私的に交際・通信する権利、未開封の手紙を発信もしくは受け取る権利及び社会的・宗教的・地域的団体に参加する権利を保障しているからである。しかし裁判所はこれらの規則が、「地域のグループに立入り権を強行しうる権利を付与したもの」と判断することには消極的であった。

(2) 立入りに関係するとされる第2の連邦法の規定は、高齢者法(the Older Americans Act)であった。同法は、各州にオンブズマンによる適切なLTC施設への立入りと居住者記録の閲覧のための手続を設けることを求めていることが、その理由とされた。いずれにせよこれらの制定法令に基づく指示が、多くの州に立入り権問題に関する法や規則を制定させる契機となったことは間違いない。

州法においては、「以下のことが規定されるべきこと」が主張されてきた。

- ① 地域のグループや支援者の立入り権についての明白な権利を規定すること。
- ② 支援者が率先して施設と接触を保ち、施設を調査する権限を支援者に与えること。
- ③ 以上の履行手順を明確にすること。

以上の3点を盛り込んだ「コロンビア地区立入り規則」は、多くの支援者によってモデル立法と考えられてきた⁽⁵⁴⁾。

これに対し、立入り権問題に対する立法的アプローチとして、

- ① ホーム入居者への面会に先立ち、地域支援組織に州機関への登録を求める。

より一般的に施設への立入りが問題となるのは、入居者が精神的・身体的障害のために他の人が直ちに理解出来るような方法で、他者との接触を求める意思を伝達出来なかつたり、入居者が外部の支援組織の存在を知らないため、専ら支援組織の側から一方的に働きかけをしなければならない場合であった。

保健福祉省（HHS）の公民権局（OCR）や各州保健局の行政諮問委員会は、支援者の不服申立てに対し、状況によっては支援者の施設立入りを施設に要請してきた。例えばUNA事件⁽⁵⁰⁾において、公民権局は、ナーシングホームに対し支援者の立入りを保障する為に施設内の苦情申立て手続を改善することを求めている。公民権局は、「こうした立入りは、入居者が1973年のリハビリテーション法S・504違反を理由に苦情の申立てを有効あらしめるためにも必要である」としてきた。

コミュニティからの施設訪問を保障させるには、訴訟もまた有効とされてきた。Teitelbsum事件⁽⁵¹⁾において、連邦地方裁判所は「修正1条は、ナーシングホーム入居者本人からの申し出がない場合でも、コミュニティの支援グループ自身の意思に基づき入居者に面会する権利を同グループに保障している」と判示している。また裁判所は、UNA事件の場合と同様「行動能力を欠き介助を必要とする入居者の状況、また施設に居住しているという事実は相俟って、自らの懸念や不満を表明することへの入居者の意欲を失わせている。それ故に独自の支援活動は必要不可欠である」とする支援グループ側の主張を認めている。

しかし判決は、一貫して立入りを認めてきたわけではない。連邦巡回区第2控訴裁判所は、ナーシングホーム委員会等が、ナーシングホームへの立入りを求めた事件において、訴訟上の請求権（a claim of a suit）についての陳述が不十分であるとする、被告からの却下請求を容認している⁽⁵²⁾。裁判所は、病院における集団教唆（union solicitation）の事件を引用して、「施設外の者の立入りが憲法で保障された権利であると認めることは、患者のケアを脅かし、高齢の入居者に重大なリスクを負わせることになる」ことを示唆している（施設側の処遇方針を乱し、入居者

州人権法規に違反しているといえる。

(b) 区域特定認定は、認可区域（ナーシングホームとして認可を受けている区域特定認定以外の部屋）と同等レベルのケアを提供している施設には、適用されないものと考えられる。

(c) 区域特定認定は、州法の明文規定の下で禁止される場合がある（オハイオ州の場合があげられる）。

③ 制限的ベッド協約 (Limited bed agreements)

制限的ベッド協約とは、メディケイド事務所とナーシングホームとの間の供給契約においてメディケイドの適用認定を受けるベッド数を、（認定可能なベッド総数よりも少なく）特定するものである。区域特定認定と同じくこの契約の目的は利用可能なメディケイドベッド数を限定することにある。

厚生省保険資金局 (The Health Care Financing Administration, HCFA) の見解は、制限的ベッド契約を容認すべきでないとしていた。同局は、ミシシッピ州メディケイド機関宛1981年の書簡の中で、制限的ベッド契約の容認を目的とするメディケイド計画の改正要求を拒絶した上、各州は全床を認定ベッドとする供給契約にのみ署名するか、もしくは供給契約自体への署名を拒絶するかのどちらかにすべきであると述べている⁽⁴⁸⁾。

(2) 施設への立入り⁽⁴⁹⁾

住民が折りにふれて施設との接触を求めることは、居住者の支援者 (advocate) にとっての関心事とされてきた。支援者達が実際にナーシングホームに入り、入居者を訪問し、面接しない限り効果的な支援活動は不可能だからである。支援者が入居者から明確に要請されている場合は、訪問は通常自由である。しかし、入居者がガーディアンシップやコンサバターの適用を受けていたり、もしくは州法が「医学上の禁忌」に該当するとして特定の面会者の訪問を禁止している場合は、接触が制限される場合があり問題とされてきた。

つとされている。このことは、「同規則は、施設がメディケイド受給中もしくは受給資格をもつ人々に前納金もしくは供託金を要求することを禁じたものである」と保健福祉省（HHS）は解釈している。

(d) 不正かつ詐欺的取引慣行を禁じた各州消費者保護法も、この領域の改善に役立つものと考えられてきた。

(e) 私費負担期間を強制することは、コモンローの契約原則からして、公序良俗に反する不当もしくは無効なものであるという判断も可能とされてきた。

(f) 最後に、ヒルバートン・プログラムに基づく公的補助を受けている公立及び非営利の施設は、メディケイド適用施設となることを義務づけられていることから、メディケイド受給者を差別することは許されないことになる⁽⁴⁴⁾。

これらの各理論は、入居者（及びその家族）が、施設側から（私費の）取立て訴訟を提起された場合の被告側論拠となりうるものと考えられてきた⁽⁴⁵⁾。

② 区域特定認定 (Distinct part certification)

区域特定認定とは施設全体ではなく、1フロアもしくは1棟のみに特定して施設が、メディケイドの適用認定を受けるものである。この認定を求める施設の目的は、（潜在的には多くの利用可能性がある）メディケイド受給者のベッド数を限定することにある。メディケイドベッドに空きがなければ、入居希望者は料金の私費負担に応じる場合に限り入居を許可されることになるからである⁽⁴⁶⁾。

この問題を扱った唯一の判例は、独自の規定をもつ州法を根拠に以下のような決定を下している⁽⁴⁷⁾。そこで「裁判所の友」(amicus curiae)によって提示されたいくつかの論拠は、他の州法の下でもより一般的に適用が可能なものと考えられてきた。

(a) まず区域特定認定は、同一とみなしうる複数の部屋に複数のメディケイド受給者達を隔離するものであり、これは差別を禁じた各

け入れ状況を改善する手立てのひとつになってきた。

(3) 特定の差別の実態と対処⁽⁴²⁾

① 入所契約における私費負担期間

メディケイド受給に移行する前提として一定期間「私費による入居」を入居希望者に強制することは、施設の一般的慣行となってきたが（現状については後述）、ヴァージニア・メリーランド・ワシントン・ニューヨークの各州は、明文化した法規定によってこれを禁じてきた。後にはミシガン及びニュージャージー両州においても同旨の禁止規定が検討されることになった。

明文化された法規定がない場合でも、この慣行に対する異義申し立てはいくつかの理論によって可能と考えられてきた。その理由は、以下のとおりである。

(a) LTC 施設がメディケイド受給者を受け入れる際、州から支払われる金額に何らかの加算をした額を当該受給者に請求し勧誘し受理もしくは収受することを入居の要件とする行為は、メディケイド／メディケア不正及び乱用防止法1977年修正条項により、連邦法の基で重罪とされている。従ってメディケイド受給資格を有する入居予定者に対して特定期間、料金の私費負担を求める施設は同条項に違反して「その他の報酬」（私費負担加算料金）を受領することは、メディケイド／メディケア不正及び乱用防止法1977年修正条項に違反し無効となる（私費負担契約を禁じた明文規定をもつ上記各州は、その法的根拠を一部同条項においている）。

(b) 第2に考えられる救済の根拠は、独占禁止諸法の中に見いだすことができる（前述）。多数の施設が入居契約書に同一内容の契約条項を盛り込んでいるという事実がある場合には、複数の施設の同一步調の行動に相互の関連性があることを示唆するものと解されることになるからである。

(c) メディケイド適用施設は、連邦規則⁽⁴³⁾により、メディケイド支払い金を、全額一括で受領することに同意することが要件のひとつ

等を中心に州の消費者保護法をよく検討することにより、当該差別についての明文の禁止規定がない場合でも有効な措置が見いだされる可能性があることが指摘されてきた。メリーランド保健精神衛生局は、私費負担期間を定めた入居契約は、詐欺であり消費者保護法に違反すると裁定している⁽³⁷⁾。

② 他方いくつかの州ではナーシングホームに対し、メディケイド受給者もしくは貧困者一般へのナーシングホームケア提供を義務づけてきた。

(a) 「貧困者用ベッド」に関するニュージャージー州保健局規則に基づき、保健局は LTC 施設に対し、州の施設承認要件として、施設に貧困者（定義＝メディケイド受給者またはメディケイド有資格者）へのケアの提供を求める権限を付与する⁽³⁸⁾。州による承認を経ないで施設を運営することは不可能であるため、同規則は州内のナーシングホームに対してメディケイド受給者へのケア提供を義務づける効果的な措置となってきた。ナーシングホームにとっては、メディケイド受給者へのケアの提供が営業を続けていくうえで必要になるからである。ニュージャージー州最高裁判所は、同規則を承認した上で、ナーシングホームは、〈準公的施設〉であると判示している⁽³⁹⁾。これは高裁上訴部（the Appellate Division of the Superior Court）の判決を支持したものである⁽⁴⁰⁾。

(b) 1974年の国民保健計画及び財政計画法⁽⁴¹⁾に基づき、州レベルに設立されているいくつかの保健制度機関（HSAs）は、「（ナーシングホームの）ニードに対し承認（a certificate of need, CON）」を与える条件として、施設がメディケイド受給者用として一定数もしくは一定比率のベッドを別枠で確保することを求めてきた。すなわち施設設置者はまず CON を受けなければ、新規施設の開設・医療設備の拡充・保健サービスの追加あるいは終了・一定の損失に対し相応の融資を受けることは出来ないと言われていたのである。こうしたことからこの制度も、ナーシングホームへのメディケイド受給者受

が州司法長官により提起されてきたことが報告されている⁽²⁸⁾。

(b) ミネソタ州法は、ナーシングホームがメディケイド適用施設として承認される為の同州固有の適用要件として、メディケイド料金を上回る入所料金を私費入居者に課さないことへの同意を求めている⁽²⁹⁾。私費入居者もメディケイドによる入居者も料金が同額であれば、入居の際や自費からメディケイドへの切り替えに際して、メディケイド受給者が差別されないことが期待されることになり、この料金均等化法は、高く評価されてきた。

(c) オハイオ州法はメディケイド適用施設に対し、サービス供給者協定において「メディケイド受給者を差別しない」ことを必要記載事項としてきた⁽³⁰⁾。特に1983年以降、協定書には施設によるメディケイド受給者の受け入れ拒否を禁ずる条項を盛り込まねばならないこととされてきた。この差別規制条項の履行を保障するため入居者には、訴権が保障されている⁽³¹⁾。

(d) コネチカット州法である「ナーシングホーム入居希望の貧困者差別禁止法」は、先着順による受け入れを求めている⁽³²⁾。又施設は、法で定められた施設の義務及び入居者のための救済措置（地方オンブズマンの氏名・住所・電話番号を含む）を必ず郵便で通知しなければならない⁽³³⁾。施設は入居希望者・欠員・入所決定者を日誌の形で残さなければならない⁽³⁴⁾。地方オンブズマンは苦情申立てを調査できる⁽³⁵⁾。また州の所得扶助局（Dept, Income Maintenance）は、法に違反する施設へのメディケイドからの日割り償還率を減額する権限をもつことが規定されていた。

1984年の修正条項は、施設に対し入居希望者への日付入り受理書の交付・待機者リストの保持・希望があった場合のリストの公開を求めている⁽³⁶⁾。

(e) 不正かつ詐欺的取引慣行を禁止した各州の一般的な消費者保護法は、LTC施設やサービスにも適用されうることは前述のとおりである。こうしたことから一般に、適用範囲・禁止活動・救済措置

体のもので解されていたのである。S504事件としては歩行不能者及びカテーテル使用者に対する施設側の入所拒否に対し、公民局への不服申立てがなされた事例が報告されている⁽²³⁾。

前述のように連邦独占禁止法は、ナーシングホームが共謀してメディケイド事業をボイコットすることを禁止しているが、メディケイド受給者がナーシングホーム並びにナーシングホーム業者団体を被告とした訴訟が提起されている。この訴訟すなわち DeGregorio 事件⁽²⁴⁾は、「SNF への入所が適当」と認定された多くのメディケイド受給者が（団体に加入している）施設側のボイコット宣言により入居を否定された為に、施設と州ナーシングホーム業者団体を、SERMAN 法15条違反⁽²⁵⁾であるとして提訴した事件である。被告側は、本件の却下を求めたが、原告側は施設によるトラスト禁止規定違反を訴える原告適格がありかつ被告側の共謀により州際事業に多大な影響が出ていると主張し、裁判所はこれを認めている。

(2) 入居による差別と州レベルでの取組み

入所差別について連邦法に直接の禁止規定がない為に、一部の州では州法や州規則を制定しそれによって入所問題に対処してきた。

① 入所差別問題に早くから取組んできた州の多くは、メディケイドプログラムに任意に加入する施設にいくつかの義務を課してきている⁽²⁶⁾。

(a) マサチューセッツ公的扶助マニュアルは、「メディケイド受給者に対するサービス供給者の差別—長期介護供給者の責任」と名づけられた規定において、メディケイド適用施設にメディケイド受給者の要求するケアレベルに見合う空ベッドがある場合、施設は入所を希望するメディケイド受給者を受け入れなければならないことを、明記していた。施設は、自費入居者とメディケイド受給者を区別した待機者リストを所有してはならず、すべての入所希望者を先着順で入所させなければならない。これらの差別制裁規定は、いくつかの訴訟において、州裁判所⁽²⁷⁾で支持され、又いくつかの訴訟

した場合に適用施設となる。利用者の側からすれば、適用施設契約を結んでいる施設でしか、メディケアやメディケイドの利用は期待できないことになる。また適用施設であってもメディケイドが適用される入居者をどの程度入居させるかは、州の明確な指導がない場合には施設が自由に決定できるとされてきた。また施設は私費入居者の個人負担料金を、メディケイド等の政府事業から支払われる額より高く設定することができる。こうした状況のもとで私費による入所者を拡大しようとするナーシングホーム側の意向は、メディケイド受給者への様々な差別となってあらわれることになった。

入居時における貧困者への差別問題の解決方法として、1) メディケイド事業に参加しているナーシングホームに対し、非差別を原則とするケア提供義務を課すこと、2) 州は、全てのナーシングホームに貧困層へのケア提供を求めること、が提示されてきた。

現実には過去の入所差別問題の解決は多く、州レベルでの立法的にあるいは行政指導による解決に委ねられ、争訟によるものは極めて少なかったといわれている。

ナーシングホームについて、公民権法 VI 違反を訴えた最初の訴訟事件は、Hickman 事件⁽²¹⁾である。これはテネシー州に住む高齢の黒人達が起こしたクラスアクションである。彼らは、12の私営ナーシングホームと州の厚生省 (the State Department of Human Services, DHS) ならびに州の保健省 (the State Department of Public Health, DPH) を被告にメディケイドの適用施設である複数のナーシングホームが、黒人の受け入れを拒否し、そのため黒人は無認可のホームで劣悪なケアしか受けられないでいることが公民権法 VI に違反すると主張した。

1973年リハビリテーション法, Section 504は、前述のように連邦政府の財政援助を受けている事業における障害者差別を禁止している。このことからメディケイドからの償還費用を上回るケアを必要とするメディケイド利用者の受け入れを拒否する一般慣行は、S504に違反する可能性があるとしてされていた。S504は、連邦規則に規定される手続⁽²²⁾と一

- (13) "Id, at 802".
- (14) Taylor v. Bear Sterms & Co., 572 F. Supp. 667 (N. D. Ga. 1983).
- (15) "Horvath, *supra* note 12, at 804".
- (16) "Id, at 802".
- (17) オンブズマンに関する争訟には、四にあげたものの他、以下のようなものがある。

Hart v. Roseman See, Clearinghouse Review, 1150 Feb. (1989). オンブズマンが原告となり、未登録のナーシングホームへの差止め、監査人の派遣の請求並びに損害賠償を求めたもの。

Longmire, In re, No. 932645 See, Clearinghouse Review, 311 July (1995). 高齢の入院患者のガーディアンである彼女の甥の要求に基づき、オンブズマンは病院が誤った治療をしているという事実を調査した。病院は、甥がガーディアンであることを取消すことを裁判所に求めている。こうした状況のもとで、裁判所は病院側の請求にもとづき、オンブズマンの調査記録を病院側に開示することを容認した。

- (18) Institute of Medicine, An Evaluation of the Long-Term Care Ombudsman Programs of the Older Americans Act, 258 (1995)
- (19) Traial 1997 7
- (20) 日本の自治体で実施されているオンブズマン制度については、この辺が不明確なものが多い。

3 ナーシングホームにおける主要問題と解決への取組み

以上のことを前提として、以下利用者の権利を保障する為に争訟も含めナーシングホームにおける主要な問題に対しどのような取組みがなされてきたのかをより具体的に概観しておきたい（争訟部分については、下線で示している）。

(1) 入居をめぐる差別

(1) 入居をめぐる差別と連邦法令の適用

ナーシングホームがメディケア・メディケイドの適用施設となるかどうかは自由である（補助金を受けていると適用施設となることを強制される。前述参照）。適用を希望するナーシングホームが、当該連邦法令ならびに州法令に合致していることを条件として、州と適用施設契約を締結

つ。これらの組織は、一般に18才以上の人々への虐待に対処し援助を供給する。こうしたサービスの供給は、SUA を通じて行なわれている州もあるがやり方は州によって様々である。APS 部隊は、州の補助者として働くがLTC オンブズマンは居住者の代理人として働く⁽²⁰⁾。州によっては両者は共同して事業を実施しているが、LTC 居住者の APS への苦情を阻止しているところや制限しているところがある。

(注)

- (1) 刑事罰については、例えば P. Strauss (et al.), *Aging and the Law*, 541～ (1990) 参照。
- (2) 以下 2・3 については、全体として、National Senior Citizens Law Center (ed), *Representing Older Persons*, 49-61 (1985) に依拠している。
- (3) 介護保険では、状態が改善された場合には、保険からの給付率が上げられるという話もきかれる。
- (4) 実際には1990年現在、ヒルバートン法に基づく連邦裁判所での係争は、殆どないと報告されている (Skoler, *The Elderly and the Federal Courts*, *Clearinghouse Review* 1263, (Feb. 1990))。
リハビリテーション法については、例えばカリフォルニア州では、アルツハイマーの患者の受け入れに関するナーシングホームの過失が、リハビリテーション法 § 504 違反として争われているが、原告の請求は棄却されている (Wagner v. Fair Acres Geriatric Center (E. D. Pa., No. 932708, 1994 WL 45018, Feb. 15, 1994))。
- (5) "Supra note 2, at 52".
- (6) 42 U. S. C. § 1396b (q) (Supp. III 1979), 42 C. F. R. § 455. 300.
- (7) 州政府、連邦政府の規則等に対応して作成されたナーシングホームの入所者の「権利条項」を訳出したものとして、宮崎昭夫「老人ホーム入所者の権利 (1) ～ (3)」(四国学院大学論集76・77・78号掲載)がある。
- (8) 42 C. F. R. § 405. 1121.
- (9) 規則にはあったが、現在法令によって求められているものほど包括的ではなかった。
- (10) see, Opperman, *Michigans' Bill of Rights for Nursing Home residents*, *Wayne Law Review*, Vol: 1203 (1981).
- (11) see, e. g., Ga. Code Ann § § 333. 21799a (1), 21799c (3).
- (12) (10) については、全体として Horvath (*et. al.*), *Nursing Home Abuses as Unfair Trade Practices*, *Clearinghouse Review*, 801 (Nov. 1986) に依拠している。

上規則上の要請に従わなかった施設の過失を訴えることが可能と考えられている（後述参照）。

クラスアクションについて、特に明文で規定する州は少ない。しかし（適用除外が特に明記されているのでなければ）一般的な州のクラスアクションについての法令や判例理論に基づき、訴訟を提起しうるとの指摘がなされている⁽¹⁶⁾。

(11) オンブズマン

オンブズマンの役割は、入居者の苦情を保健省に報告し省が適切に対処することを確実にすることである。またオンブズマンは、ナーシングホームの入居者の権利に関する法律や問題を監視し、地方レベルでのボランティアの養成に従事している（詳しくは、別項参照）⁽¹⁷⁾

(12) 虐待防止法⁽¹⁸⁾

1992年に新に高齢者法に加えられた第7章は、LTC オンブズマン事業／高齢者虐待予防事業／州の高齢者の権利と法的援助事業／援助・相談・援助事業の4つの構成物からなるが、高齢者虐待予防事業はそのひとつである。同事業は以前は同法第三章におかれていた事業やサービスを結合・拡張したものである。同事業の発足は高齢者が彼らの権利・利用出来る給付を確保し、維持することを援助するとともに、サービスにアクセスすることを容易にする為に州レベルでの事業、サービスの計画・結合・管理に対する責任を強化する必要性が議会で承認されたことに基づいている。多くの州が高齢者虐待防止法を制定しており、それらの法令の多くは、訴えられた虐待についての州の調査を命じ、保護のためのサービスを規定している⁽¹⁹⁾。しかしこれらの法令の効果については疑問視する声もある。

(13) Adult Protective Services (APS)

連邦レベルでは義務づけられていないが、多くの州がAPS組織をも

(10) 州の消費者保護法とナーシングホーム⁽¹²⁾

1970年代から、いくつかの州の法務長官は、ナーシングホームにおける様々な行為を禁止するために、「不正ならびに虚偽の商行為」(unfair and deceptive trade practices, UDAP) 法や消費者保護法の規定を、適切に行使してきている。標準以下のサービスの提供・虐待・施設への家族等のアクセスの禁止・(メディケイド事業と家族への) 二重請求等が、これらの法律を駆使することにより救済されてきた。

現在 全ての州が、UDAP 法 (Unfair Trade Practices Acts) 等様々な名称で呼ばれる一般的な消費者保護法を制定している。このうち少なくとも11州が、やや特殊な「消費者問題」をも対象とし、かつそれに見合った救済方法を提起しているという点で、一般的な消費者保護法以上に有効な法律を制定している⁽¹³⁾。

UDAP 法は、一般に「虚偽行為」を禁止している。「虚偽」(deceptive) の基準は、コモンローでいわれる FLAUD の基準よりは広いと考えられてきた。(1986年現在で) 法令の半分は、「必ずしも、deceptive ではないが、unfair な行為」についても禁止している。多くの法令が、「特定の禁止行為」を列挙する一方、deceptive, unfair, unconscionable (不合理な) 行為を一般的に禁止している。これは、多くの場合ナーシングホームの居住者に、「訴権」(cause of action) を規定する一般的な用語 (general language) である。全ての法令が、法務長官等による公的救済を規定している。4州を除く全ての州が、UDAP 関連法の少なくともひとつにおいて、私的救済 (Private Remedies) についての権限を定めている。判例は、「消費者救済についての、明確な規定がある場合には、UDAP 法令は適用されない⁽¹⁴⁾」としていることから、反対解釈として「ナーシングホーム法並びに規則が、虚偽行為 (deceptive practices) について規定し、訴権を規定しているのでなければ、UDAP 訴訟を提起できる」との指摘がなされている⁽¹⁵⁾。

1987年の改正法においては、利用者は州消費者保護法に基づき、法令

セス・不本意な移送・ケアの質を含む施設を巡る訴訟において、弁護士により権利主張の為の法的根拠とされてきた。

メディケイドやメディケアについて規定する法令は、ナーシングホームの認可（メディケイド/メディケアからの償還をえるための承認）についても規定しているが、関係法令の中には比較的最近になるまで、「患者の権利」についての掲載はなかった⁽⁹⁾。

(9) 州法と「患者の権利」

1970年代中期以降、多くの州が連邦の形式に倣う形で、州法を制定してきている。制定の形式には、「患者の権利法」という特定目的で制定されたものと、より包括的にナーシングホーム改革立法の形をとったものがある。これらの州法は、「患者の権利」を表明したものとして徐々にその重要性を増していくことになった。前述の連邦規則や初期の州法が一般的な個人の市民的自由をうたってはいたが、履行の確保が難しい規定の仕方であったのに対し、その後の州法はより明確になりかつ財政上の権利やケアの質の保障等従来は規定されなかった分野も含むようになる。また初期の州法には、「医学上の禁忌」に該当する場合には、患者の権利放棄を容認する文言が含まれていて、その為に例えばある入居者が「無能力かどうか」の法的判断を受けることなく、医学上禁忌の文言にあたるとして当然に「未開封の郵便物を受領する権利」を医療担当者によって否定されるといったことがなされていた。その後規定された「患者の権利」についての法律では、「医学上の禁忌」についての規定は少ないか、全くふれられないようになってきている。

また1980年代になると州法の中には、患者の権利侵害に対し特定の是正を求めることが出来る明白な手続を置くものがでてくる⁽¹⁰⁾。例えば法令上の救済は、訴権⁽¹¹⁾・施設レベルでの苦情処理機構・州の各種機関への苦情申立て権限等を含むようになってきている。

1987年の改正法は、「居住者の権利」に関する明白な法令上の根拠を規定している（詳しくは、後述）。

受給者の家族に「寄付」を求める行為は明らかに本条違反となる。その他入所契約に私費入所期間を定めたり、保証人 (Responsible Party) の署名を求めるなどの施設で行なわれている一般的な慣行も法の禁ずる範囲に含まれる可能性がある」と解されてきた。

(6) 州メディケイド不正取締組織 (State Medicaid Fraud Control Units)

州司法長官は通常州機関を代表するが、特に消費者保護部を通じて入居者の利益保護にあたっている (後述, 消費者保護法参照)。州メディケイド不正取締組織⁽⁶⁾は、典型的には州司法長官事務所におかれ、施設の不正を追及し、ナーシングホーム居住者の虐待や懈怠に関する苦情申立てを調査する。

(7) 連邦メディケイド法は、地方小規模病院における病院ベッドの流動的な使用を容認している。緊急患者用にも、SNF 患者用にも使える「スイングベッド」がそれである。SNF の施設が少なく、救急病院に空がある地方の場合には、他に長期ケアサービスの利用の手段がないメディケイドの患者には、有効な方策となってきた。

(8) 患者 (居住者) の権利 (Residents Rights. 本稿の次章以下では、「居住者の権利」と表現する)

連邦規則は、1970年代の半ばより、患者の権利について言及してきた⁽⁷⁾。すなわち1974年、当時の保健教育福祉省は、SNF の入居者を対象とする「患者の権利宣言」(Patient Bill of Rights)⁽⁸⁾と呼ばれる一連の規則 (regulation) を制定した。1976年には、ICF の入居者の諸権利がほぼ同趣旨で定められている。これらの規則は、ナーシングホーム入居者の個人的なかつ市民的自由をうたっているが、多くの場合履行の確保が困難と考えられる「包括的文言」(broad language) が使用されていた。しかしこうした制約にもかかわらずこれらの規定は、施設へのアク

ことの双方もしくはいずれかにより保障されるとされてきた。

プランには施設の提供する無料サービスの種類、年間を通じて「無償ケア」が利用可能な期間そして費用減額サービスの有無が明示されなければならないとされてきた⁽⁵⁾。もっとも「無償ケアサービス」を、先着順で提供するか予め「計画」において割り当て方法を決定しておくかは施設の自由選択とされた。またナーシングホームは、当該施設における「無償ケアの割り当て計画」を公表しなければならないとされてきた。さらにナーシングホームは、3年毎に所定の報告書類を保健教育福祉省(HEW, 現在の厚生省 HHS)に提出しなければならない。また監査を終了した「財務諸表」その他の義務的報告書は施設で管理され、常に誰でもが利用可能な状態におかれなければならないとされてきた。なお利用者等が、施設が行なうコミュニティサービス保証等の実行を担保する為行政に対して執行権限の発動を求めていくことは可能とされてきた(SEC 124. 606)。

こうしたことから保健教育福祉省の執行責任は、定期的な調査、義務を履行しない施設に赤字補填の義務を課す等の措置に加え個人から書面により提出された不服申立ての調査によって果たされるものと解されてきた。

(4) 連邦独占禁止法(Federal antitrust laws)は、ナーシングホームが共謀してメディケイド事業をボイコットすることを禁止している。

(5) メディケイド/メディケア不正及び乱用防止法(the Medicare-Medicaid Anti-Fraud and Abuse Amendments of 1977, 42 U. S. C. Section 1396h (d))は、施設がメディケイド受給者の受け入れ条件として施設利用希望者から「何らかの贈与、現金、寄付その他の報酬」を請求し、勧誘し、受理もしくは収受することを禁止している。本条項は重罪として処罰の対象となりうる。本条項違反については合衆国司法長官が訴追の権限を有する。施設がメディケイド受給者の受け入れ条件として、当該

場合、居住者は施設に対する当該差別の撤廃あるいは連邦資金の打切りを求める民事訴訟 (Private Lawsuits) を提起することができる⁽⁴⁾。

(3) 1983年のヒルバートン事業にもとづき、公立及び民間非営利のナーシングホームは、建築や改修にかかわる資金及び借入金を受けることができる。同事業は、施設建設や改善を行なうために連邦政府から資金援助や資金貸与を受けている公立及び非営利のナーシングホームに対し、以下のことを書面で提出することを求めている。

- (1) その施設のサービスを地域居住者が利用できること (コミュニティサービス保証)
- (2) サービスの対価を支払うことが困難な人々に「適正な量の」サービスを無料で提供出来るようにすること (無償ケアの保証)

具体的には「コミュニティサービス保証」を実行するため、例えばナーシングホームは当該施設が資格を充足している場合には (メディケイドのように) 政府が拠出をしている或いは第三者 (利用者以外の、例えば保険者) が支払いをする主要な事業に参加しなければならないとされた。特にメディケイド・メディケアへの参加は、明白に義務づけられてきた (42CFR, 措置の受託義務)。「コミュニティサービス保証」は、メディケイド受給者の施設への受け入れを促進する上で有効と考えられてきた。「無償ケアの保証」は、必要最低限度レベルのケアを無償で貧困者に提供することを施設に義務づけたものであり、メディケイド受給資格要件を欠く貧困者 (例えば、若年の障害者) にナーシングホームでのケアを保障する上で特に有効とされてきた。これらの点は今後のわが国でも参考とされることになろう。

これらの「保証」の実効性を担保する為の政府の執行活動は、

- (1) 特定の事項の執行を求めて、連邦政府司法長官によって提起される訴訟
- (2) 義務の遂行を確保するためのアファーマティブアクションプランを制定する

(1) 1964年公民権法 (The Civil Rights Act of 1964, 42 U. S. C. S2000 d. VI) は、メディケイド・メディケアその他の連邦資金を受けている事業 (ナーシングホームが、メディケイド等から償還を受けている場合がこれにあたる) が、人種・肌色・出身国籍が異なることを理由として差別を行なうことを禁止している。HHS の公民局は、1980年12月11日付覚書「ナーシングホームの入所差別」において、入所費用の出所 (私費によるか、メディケイドによるか等) により差別をすることは、公民権法 VI に違反するとしていた。公民権法 VI は、私人がこうした差別に対し公民局に行政救済を求めることを認めている。すなわち連邦政府からの財政援助を受けているあるいは申請している施設により特定の個人あるいは集団が、公民権法 VI 編違反の差別を受けていると確信する者は、誰でも直接もしくは代理人を通じて HHS 所轄の地方事務所に置かれた公民局に、書面による行政不服審査を申立てることができる。この申立ては通常当該差別行為の発生から、180日以内に行なうべきものとされている。連邦政府に対する行政救済は、必ずしも民事訴訟に先行する必要はないとされてきた。

(2) 1973年リハビリテーション法 (Section 504 of the Rehabilitation Act of 1973, 29 U. S. C. S794) の Section 504 は、連邦からの財政援助を受けている事業における障害者差別を禁止している。この規定に基づきメディケイドからの償還率に見合うサービス以上のケアやサービスを必要とするメディケイド受給者の入所をナーシングホームが拒否するという当時の一般的慣行は、S504に違反する可能性がある」と指摘されている⁽³⁾。この S504 に関する「規則遵守審査のための覚書」(1981・1・14) は、「メディケイド受給者が、特別のレベルのケアを必要とすると認定された場合、当該レベルのケアを供給する施設と認定されながら同受給者の入所を拒否する施設の行為は、リハビリテーション法 S504 に違反する」と規定していたからである。また特定の障害をもつ者または無能力者の入所を拒否することも同条に違反する。このような違反があった

- (1) ヒルバートン法に基づき
 - ① 特定義務の履行を求める連邦政府司法長官によって起こされる訴訟
 - ② アファーマティブアクションプラン（積極的処遇優先計画）の制定
 - ③ HHS（保健福祉省 前保健教育福祉省）の責任として、定期的な調査・個人からの不服申立ての調査，義務を履行しない施設に赤字補填の義務を課す
 - (2) メディケイド／メディケア不正及び乱用防止法
司法長官に訴追権限を与えている
- (4) 刑事罰⁽¹⁾
- (1) メディケイド／メディケア不正及び乱用防止法に基づく処罰
 - (2) 多くの規定が，高齢者の虐待については刑事上の罰則を定めている
- (5) 州法に基づく規制
- 入所差別について連邦法に規定がない場合，一部の州では州法の制定や州規則で，ナーシングホーム利用者の権利について規定してきた。そこでの対応は，大別して次の2つに分けられる（詳細については，本章3—（3）でふれることにしたい）。
- (1) 州貧困者差別禁止法や州消費者保護法に基づき，メディケイドプログラムに加入する施設へ義務を課す。
 - (2) 全てのナーシングホームにメディケイド患者の受け入れを義務づける。

2 若干の補足説明

上述した法令について，若干の補足的説明を加えておきたい⁽²⁾。

い)。法改正前のより厳しい現状において為された「居住者の権利救済」の為の様々な試みに言及することは、わが国の現状を顧みる時、制度の相違を越えて示唆に富むものとする。

1 概 観

まず、ナーシングホーム居住者の権利保障に直接・間接に関係する法令と行政救済の仕組みを指摘し、次にそれらについて最小限の説明を加えておくことにしたい。

(1) 関連する連邦法令

- (1) 公民権法VI編
- (2) 1973年リハビリテーション法
- (3) ヒル バートン法
- (4) 連邦独占禁止法
- (5) メディケイド／メディケア不正及び乱用防止法
- (6) メディケイド法（特に、病院ベッドをナーシングホームに代替して利用出来ることを規定）
- (7) 連邦規則（患者の権利規定に関するもの）

等が、あげられる。

(2) 連邦政府と「行政争訟」

- (1) 公民権法VI編に基づき、公民局（The Office for Civil Rights OCR）に行政不服審査を申し立てることが出来る。
- (2) 居住者は、リハビリテーション法に基づき、差別の撤廃又は連邦資金の打切りを求める訴訟を提起出来る。
- (3) ヒル バートン法の執行権限の発動を求めることが出来る。

(3) 執行救済

執行救済としては、次のようなことがあげられる。

ていたとあってよいであろう。

IIの三で述べたことからわかるようにアメリカでは、ナーシングホームの認可手続やライセンスの更新手続、これらに直接関連する監督や制裁の仕組みだけがナーシングホームを規制しているわけではない。その他に管財人制度を始め様々な執行救済の可能性が追及されてきている。これらの執行救済は、社会保障法 (42U. S. C. SS1495i-3 (a)-(h), 1396r (a)-(h) Medicare and Medicaid) のようにナーシングホームを直接に対象として制定された法令はもとより、その他の様々な法令に基づいて行なわれている。例えば多くの州で、ナーシングホームと入居者の間の契約は、州の消費者保護法に従うこととされている。又執行救済のひとつにあげられる「オンブズマン」制度は、高齢者法に依拠している。同じく「差止め」は一般法令に基づき、又「管財人」の指定は、衡平法に依拠して行なわれる場合もあることはIIの三で述べたとうりである。

本章では、こうした「ナーシングホーム利用者の権利保障に関する法と救済の仕組み」を概観しておくことにしたい。

アメリカでは1970年代80年代において、すでにいくつかの法令がナーシングホーム利用者の権利保障に直接・間接に関連する規定をおいていた。これらの法令に依拠して争訟が提起されることもあったし、法的解決の為の「法理論」や運動への指針が模索されていたことも事実である。その意味で本章での検討は、前章で検討した「執行救済の仕組み」とある程度まで表裏一体をなすものといつてよいであろう。

本章では、「ナーシングホーム利用者の権利保障に関する法と救済の仕組み」を概観した上で、次にナーシングホームへの入居や転居の際に生じてくる差別やナーシングホームでのケアの保障等について、実際にどのような視点からどのような取組みがなされてきたのかを概観しておくことにしたい。「ケアの質」を問題にする訴訟の難しさも指摘されることのひとつである。ここで取り上げている状況は主として1987年の改正前の状況である（1990年代の状況は、IIIにおいて可能な限り補足した

特別の Durable Power of Attorney をもつ代理人 (attornys-in-fact), ガーディアン, 一定の親族が, ヘルスケアの決定を代理できるとされる (Schuster, *supra*, note 26 at 420)。

- (48) See, District of Colombia v. Caldwell House, Inc., C. A. 88-9506 (D. C. Super. Ct. field Oct. 11, 1988). See, Newman, 848 F. Supp. at 228.
- (49) Owen *et al.*, "*supra* note 36, at 620".
- (50) 高齢者法に基づくオンブズマン制度の改正の基となった "Ombudsman Adovocacy Improvement" legislation を作成した上院議員の指摘によるとされる ("*Ibid*").
- (51) "Owen *et al.*, *supra*, note 36, at 618".
- (52) "*Id.*, at 619".
- (53) "*Ibid*".
- (54) "*Id.*, at 622".
- (55) "*Ibid*".
- (56) "Schuster, *supra* note 26, at 421".
- (57) "Owen *et al.*, *supra*, note 36, at 622".
- (58) See Stevens, Can the State Attorney general Represent Two Agencies Opposed in Litigation?, 4 Ge. J. of Legal Ethics 757 Spring 1989.
- (59) D. C. code § § 6-3501 et seq. (1989 Repl. Vol.), 32-1401 et seq. (1993 Repl. Vol.).
- (60) "Owen *et al.*, *supra*, note 36, at 623".
- (61) "Schuster, *supra* note 26, at 421".
- (62) 6 は, 全体として以下に依拠している ("Schuster, *supra*, note 26").
- (63) "Owen *et al.*, *supra*, note 36, at 623".
- (64) "*Id.*, at 617".

五 ナーシングホーム利用者の権利保障に関する法と救済の仕組み

ナーシングホームの認可手続やライセンスの更新手続, これらに関連する監督や制裁の仕組みの概略は前章で述べたとおりである。監督や制裁の方法については1987年の改正法において重要な改革が行なわれているが(後述参照), その基本的な枠組みは1987年以前にすでに形成され

dence Facility Residents Protection Act.

- (31) District of Columbia Long-Term Care Ombudsman Program Act of 1988.
- (32) Ohio Rev. Code § § Ann. § 3712. 10 (E) (Anderson 1980).
- (33) *Id.* at § 3721. 17 (I).
- (34) *Id.* at § 52: 27G-7g.
- (35) 注39参照。
- (36) 1985年の調査結果によればナーシングホームの65才以上の居住者の63%が方向感覚の喪失・記憶障害をもち、43%が痴呆や脳障害にかかっているといわれる (“Schuster, *supra* note 26, at 420”).
- (37) Owen & Schuster, *Legal Support to Long-Term Care Ombudsman Programs : Seven Years Later*, Clearinghouse Review, 617 Oct, 1994. 以下注で指摘する箇所その他、最近のオンブズマン事業の実施状況については、同論文を基本としている。
- (38) “*Id.* at 618”.
- (39) “*Ibid*”.
- (40) “*Ibid*”.
- (41) 42 U. S. C. S. § 1396r (c) (I) (C).
- (42) See 54 Fed. Reg. 5316, 5360 (February 2, 1989).
- (43) ガーディアンは、「裁判所が自分で自分自身の為に合理的な判断が出来ないと判断した人」に代わって当該人の為に行動することを裁判所によって任命された人である。ガーディアンは、かつては身分法上・財産法上の両方の権限を付与されていたが、現在は身分法上の決定に限定されることが多い。これに対し、財産上の決定をする為には別にコンサバターが任命されることが多い。しかし州によって違いがある。
- (44) わが国でも成人後見法が制定されると、現在都道府県や市の社会福祉協議会を中心に実施されていきている「権利擁護制度」との間と同じような問題が生じてくることが予想される。
- (45) 代理人 (attorney) の権限が、本人が障害状態になったり、意思能力を失う状態になっても、本人の死或いはそれが取消されるまで継続して実施される制度を durable power of attorney という。アメリカでは全州および District of Columbia でこの制度が実施されている。Power of attorney とは、本人が他の人 (或いは組織) に対して本人の代わりに行動すること委任した書面のことである (Brown, *the Rights of Older Person*, 1944 at 350)。
- (46) D. C. Code Ann. § 32-1401 (11) (1988).
- (47) District of Columbia の法律のもとでは、ヘルスケアの決定につき

- (20) “U. S. DEPT., *supra* note 3, at 68”.
- (21) “*Id*, at 216”.
- (22) NAHC 1994.
- (23) 日本においても今後の重要な課題となろう。
- (24) “U. S. DEPT., *supra* note 3, at 222”.
- (25) “*Ibid*”
- (26) 現実に在宅の保健サービスやLTCサービスを受けている虚弱者のニーズや利益の充足を援助する他の活動が、存在する。これらの活動では、ケースマネジメントプログラム／多くの州で利用されているAPSの試み／87年法で義務づけられたホームケア苦情ホットライン、ホームヘルス機関に対するライセンスと調査の手続を利用することが出来る。加えて、公的・私的なガーディアン (guardian) シップ・コンサバター (conservator) シップ政策は、自ら意思決定出来ない人々が彼らの最善の利益のもとに行動する為に、代理人を確保する上で意味のある制度となっている。
- もちろんこれらの事業は欠陥をもっている。ケースマネジメント事業は、助言者 (advocate) としてサービスを提供する能力の点で、又助言者となる人によってケースマネジメントの力点が変わりやすいという問題をもつ。APSの対象とするケースは広範に渡っているし、権利擁護サービス従事者の責任範囲は、むしろ狭い意味の法的な権利擁護に限定されるという問題もある。ホームケア苦情ホットラインは周知されておらず、あまり活用されていない。ライセンスとその確認手続は、やり方によってはよく機能しうるが、監督者の姿勢や規制の在り方等は州により多様である。ガーディアンシップ事業については、おざなりという批判もある。
- こうしたことから委員会は、問題の解決が上述した既存の制度を強化し、新しい組織に結合することで可能なのか、或いは主軸となる総合的な機能を果たすものとして、オンブズマンを創造していくことが必要なのかは、明確ではないと結論している。
- (27) Schuster, *Legal Support to the Long-Term Care Ombudsman Program : A Practical Guide*, Clearinghouse Review, 418 Summer 1989.
- (28) Owen & Schuster, *Legal Support to the Long-Term Care Ombudsman Program : Seven Years Later*, Clearinghouse Review October 1994 at 617-624.
- (29) 42 U. S. C. S. § 1396r (C) (B) § (II) (LAW. Co-op. 1985 & Supp. 1989).
- (30) the District of Columbia Nursing Home and Community Resi-

において、構想されたものであるが、それは高い個人としての権威と独立性をもって個々の政府についての市民の苦情をきき、中立的な立場で苦情を解決する政府の役人であった。より広い意味ではオンブズマンは、市民とある権限をもつ当局との間を仲裁する政府の番犬 (public watchdog) とか市民の擁護者 (citizen defender) としてとらえられている。官僚性の没個性に対しオンブズマンは、人々の擁護だけでなく政府の対応や責任の強化を求めている。さらにオンブズマンは、苦情処理システムを供給し苦情の形態に応じてサービスを再組織する方法を提示する。

批判者であると同時に活動家でもあるアメリカのオンブズマンがもつ基本的な権限は、人々の権利と尊厳に関するアメリカの基本的な信念に由来しているといわれている。

- (8) “U. S. DEPT., *supra* note 3, at 66”.
- (9) the Nursing Home Reform Act of 1987 (Omnibus Budget Reconciliation Act of 1987).
- (10) the 1987 reauthorization of the OAA.
- (11) 事務所 (Office) とは、section 712 (a) (1) (A) に基づき制定された事務所をいう。
- (12) LTC オンブズマンは、市民の擁護者として位置付けられているが、オンブズマン事業自体は、州の事業として実施されている。LTC オンブズマンと州の利益相反行為が問題になりうるのも、さかのぼればこの点に関係しているようにみえる。
- (13) 代理人 (Representative) とは、712 (a) (5) (A) に基づき指定された組織を代理する組織の雇用者もしくはボランティアをさす。
- (14) 州機関とは具体的には SUAs を指すと考えられる。
- (15) 組織 (Local Ombudsman Entity) とは、プランニング並びにサービス区域等に関し、712 (a) (5) (B) に規定された義務を遂行する為 712 (a) (5) (A) に基づき指定された組織をいう。
- (16) AAA は、Area Agency on Aging の略
- (17) “U. S. DEPT., *supra* note 3, at 45”.
- (18) “*Id.*, at 66”.
- (19) Protection & advocacy systems (P&A) は、各州等に設置されている。P&A は知的障害者／精神障害者／リハビリテーション法の対象者／同法1992年改正による他の3つの事業の対象とされない人々を対象としている。最近ではこの事業は若い人への対応が中心になってきている。しかしその対象者も高齢になり、又1992年の改正により高齢の対象者も増えてきている。高齢者法は、州の LTC オンブズマン組織に対し、これらの事業と連携を保つことを求めている。

態を改善しようとする政策者の要請にこたえ、1965年議会は、the Older Americans Act を制定した。それは特に高齢者の社会サービスへのニーズに対処することを目的とした連邦事業であった。当初の立法は、高齢者の領域におけるコミュニティプランニングとソーシャルサービス、リサーチ、開発プロジェクト、人材研修に関し、州に連邦が補助金を交付する権限について規定していた。法はまた、DHEW (Department of Health, Education, and Welfare) の中に、新しく創造された補助事業を管理し、高齢者に関する事項を管理する為に、AoA (the Administration on Aging) を設立した。高齢者は他の多くの連邦補助事業のもとでサービスを受けることが出来るかもしれないが、今日この法律は、高齢者集団への社会的サービス食事サービスその他のサービスを供給する主たる手段となっている。

同法は、57の州機関 (state agencies on aging) と665の地方機関 (area agencies on aging) を通じて、一連のサービス事業を実施づけ、さらに唯一の連邦の低所得高齢者への雇用創造事業を支援している。また高齢者分野でのデモンストレーション活動、研究、研修に対し補助事業を拡大している (“U. S. DEPT., *supra* note 3, at 252”)

なお、1978年の改正の後、1987年ついで1992年に改正が行なわれ、オンブズマン事業が利用しうる適切な法律顧問についての要件が付加された。

- (5) “LTC services” とは、「障害をもつ人々が自分の願望や信念に基づき有意義な人生を過ごす為に利用する一連のサービス」を意味する幅広い用語であるとされている。そこには、保健サービス・ソーシャルサービス・住宅サービス・移送サービス・その他の支援サービスが含まれる。典型的には、LTC サービスは、高齢者を対象としている。しかし高齢者が全て LTC サービスを必要とするわけではなく、又若年者でもこうしたサービスを必要とする人々も存在する。

LTC 施設 (nursing facilities, B & C homes, その他の居住施設 (residential homes)) における高齢の居住者が、オンブズマンを必要としている人々ということになる。

個人の住宅に代わる広範囲の居住施設が造られ、高齢者に一定の支援サービスを提供するようになってきている。又高齢者の入院が厳しくなり、LTC 施設へ的高齢者の早期の移転政策がとられてきている中で多くの LTC 施設が、より高度で集中的な保健サービスを供給することになると予想されている。また今後の人口構成の変化やその他の変化が、保健サービスや LTC の今後の改革の方向に大きな影響を及ぼすことも考えられるところである。

- (6) “U. S. DEPT., *supra* note 3, at 65”.
- (7) 周知のように、オンブズマン制度は、1809年スウェーデンの国会に

う為、Idaho を始めとする 5 つの州と契約を結んでいる。

1973年に DHEW が、改組されたのに伴い AoA (Administration on Aging) は、DHEW からこのモデル事業を引き継いだ。このことは、連邦レベルで高齢者への擁護や調整を行なうという AoA の法令上の責任とも一致するものである。加えてその実施は、州の AoA の「高齢ネットワーク」の下部組織に置かれた。これらの機関のネットワークは、高齢者法を通じ 60 才以上の高齢者の為の一連の幅広い支援サービスの展開と実施を育成する権限を付与されている。

「高齢ネットワーク」の構造は、連邦レベルでは AoA と 10 の地方局 (regional office)、全ての州の SUAs (State Units on Aging) の州組織、670 の AAAs (Area Agencies on Aging) と数千の直接のサービス供給業者からなる。1960 年代末、始めてこの組織が形成された時には、ほとんどの州や area agencies が直接にはサービスを供給していなかった。しかし今日では、SUAs や AAAs は、コミュニティベースの LTC の供給に深くかかわっている。

1975年 5 月、Aging の委員フレミングは、全ての SUAs を召集し、「州機関がサービス領域内のオンブズマン活動を促進・調整・監視・評価する AAAs の能力を喚起させる為の補助金」を申請させた。補助金は第一に、出来るだけ多くの地域で施設の操作に関し高齢者やその家族の苦情を確認し、処理することにコミュニティ活動事業を開始することを求めていた。2 州を除き、全ての州が補助金を受け入れ、オンブズマン事業を展開する為のスペシャリストを雇った。多くのスペシャリストが SUAs の外で働いた。

事業を単一の州事業を通じて展開させていくのではなく、地方の事業を活用しながらすすめるというこの戦略は、事業の発展に大きな影響を与えた。スペシャリスト達は、個々の苦情解決を供給するより、地方事業を発展・育成する為に利用された。

既存市民助言組織とボランティアは、政府機関並びにその雇用者と同様に地方事業の支援者として働いている。これらの民間の組織の活用は、「オンブズマンは、中立的な政府の機関として行動していることを意味しない」という認識を強調している。これらの助言組織の多くは、市民権と女性の権利運動の領域で見いだされる。これらは、無料奉仕の強力な居住者助言組織を形成している。オンブズマンを中立な存在とみるか、居住者のアドボケートとみるかについては、多くの誤解が存在してきた (U. S. DEPARTMENT OF COMMERCE National Technical Information Service, REAL PEOPLE, REAL PROBLEMS: AN EVALUATION OF THE LONG-TERM CARE OMBUDSMAN PROGRAMS OF THE OLDER AMERICANS ACT 1995, at 43)。

(4) 高齢者に対するコミュニティケアサービスの不足とアメリカ人高齢者の状

用すべきである。

- ② オンブズマン事業は、(契約やオンブズマンに対する訴訟においてオンブズマン事業を擁護するといった) 事業に関連する問題を扱うより経験ある弁護士を第二次的な弁護士として利用する。
- ③ 州は、①②の支援を得る為の財政的援助をすべきである。
- ④ 連邦政府 (the Federal Administration on Aging) は、高齢者法に基づく法的な支援の供給を執行すべきである。

そして、

- ⑤ 州は、長期介護並びにライセンスに関する法を執行する為に、居住者並びにオンブズマン双方に、請求権 (a private right of action) を付与する立法を制定すべきことが要請されていることは、本稿の問題意識と関連し興味深いところである。

(注)

- (1) administrative hearing 行政聴聞。行政委員会が決定をなすに先立ち、告知を行ない、利害関係人の意見をきき、証拠を提出させる機会をいう。個別的な聴聞と一般的な公聴会の別がある。
- (2) アメリカのLTC オンブズマンの実情についての研究としては、高谷よね子「老人ホームの苦情処理—米国の実情をふまえて—」龍谷大学大学院研究紀要、社会学・社会福祉学—第2号—1995年3月。
- (3) LTC オンブズマン事業が最初に提案された1971年、オンブズマンという考えは、アメリカ政府内で一般的になりつつあった。同年 the Department of Commerce が、最初のオンブズマン制度を導入したのに続いて、多くの連邦局がオンブズマン制度を導入することになったが、その中には、社会保障局 (the Social Security Administration) も含まれていた。続いて多くの州や郡その他の管轄区 (jurisdiction) が、オンブズマン事業を実施するようになった。多くの民間の病院や退役軍人局 (the Department of Veterans Affairs) でも、患者代表 (オンブズマン) を導入した。

1971年ニクソン大統領は、ナーシング施設の状態を改善する為の8つの施策を提示したが、そのひとつとしてナーシングホームにおける介護の質を改善する為に「州に調査の為のオンブズマンの組織」をおき、居住者に密着することにより、施設への規制を始めとするその他の手段の限界をおくことが提案された。これを受けて、1972年には、DHEW (the Department of Health, Education, and Welfare) 等は、オンブズマンのモデル事業を行な

ブズマンがどの程度法律扶助弁護士や法律扶助事業、手弁当の弁護士や民間の弁護士を利用出来るかにかかっている。

② オンブズマン事業がどこにおかれているか

法的支援の質を決定する上で、オンブズマン事業がどこに置かれているのかも重要な役割をもっている。政府機関の中にオンブズマン事業が置かれている場合には、政府内の弁護士からの支援や訴訟上の代理をえる傾向にある。

D. C. や Vermont のオンブズマン事業が、訴訟支援事業の色彩を色濃くもっていることは、これらの事業が法律扶助事業の中に位置付けられていることと無関係ではない。

③ オンブズマンが自身として或いは居住者の代理人として「訴えの利益」をもっているかどうか

④ 政治的な環境

事業が州機関の中に置かれ、検事総長によって代理されている時には、オンブズマンが居住者の利益を代理する、特にその利益が州の利益と相反する時には難しい。

⑤ オンブズマンの経験や背景

オンブズマンが法律家である場合には、法的支援を必要とすることは少ない。又オンブズマンがどのような考え方をもっているのかが、オンブズマン事業の在り方に大きな影響を与えている。

1994年に行なわれた調査結果⁽⁶⁴⁾は、以下のことを示唆している。

多くのオンブズマン事業は、法的支援の現状について相当程度の不満を抱いている。加えて、良いと答えた州オンブズマンですら、法的支援へのニーズに完全に答えていく為のより多くの手段を求めている。そしていくつかの理由から、政府内の弁護士を活用していくことは不適切であると指摘している。その結果、次のことが要請されている。

① オンブズマン事業は、長期介護問題に精通した機関内或いは外部の弁護士を助言・相談・代理人としての第一義的な弁護士として利

をもつ。D. C. は、立法によりオンブズマンに居住者を代理して訴訟を提起しうる権限を付与していることで他の地域の先をいっているといえよう⁽⁵⁹⁾。このように D. C. を始め、いくつかの州等ではオンブズマンは、居住者にとって不本意な移送や退所を訴え、或いは居住者の権利違反を追及し、管財人の設置を求め、州等に対し訴訟を提起出来る。しかしながら多くの州においては、オンブズマンの「訴えの利益」は明確ではない。Michiganにおける「1987年のナーシングホーム改革法の執行を州に求めた最近の訴訟」においても、当該訴訟の原告であるオンブズマンの「訴えの利益」は不確かであるとされている⁽⁶⁰⁾。多くの州では、オンブズマン事業は、居住者を代理して訴訟を提起する「訴えの利益」をもたない。オンブズマン事業が居住者を代理して訴訟を提起出来るかどうかは前述のように、州によって異なるのが現状である。

相談や助言の提供の場合と同様にこの要件（適切な救済を遂行しうる能力）は、州・地方両方のオンブズマンに関係する。関係の上院議員は、「この要請は、非自発的な移送等を訴える行政聴聞のような個人の行為と集団レベルの両方を含む」ことを指摘している⁽⁶¹⁾。しかしすでに3～4で述べたように、居住者が苦情を訴える手段は、多くの場合彼らの代理人として行動するオンブズマンに訴えることだけである。この要請は、居住者の代理人として適切な救済を遂行するオンブズマンの能力（権限 ability）に関する法的な権限を期待しているといえよう。D. C. と New Jersey では居住者の代理人として訴訟や行政争訟を始動する法的な権限をオンブズマンに付与していることは前述のとおりである⁽⁶²⁾。

結 語

法的な支援を強化していく為の方策として、以下の点が重要であることが指摘されている⁽⁶³⁾。

① 他の適切な方策の利用

オンブズマンが多様な行政的、法的他の救済を行使しうるかは、オン

用者であるオンブズマンに代理人を供給する場合には、リーガルサービスや民間の弁護士の方が適切と考えられている。このタイプの法的代理人は、明確に訴えられたオンブズマンと弁護士の関係を弁護士とクライアントの関係としてみているので、オンブズマンにとっては直接に弁護士 (counsel) を確保しておくことが望ましい。法律顧問 (legal counsel) は、事業に対し一般的な法的支援を行なう弁護士 (counsel) と同一人でもよいとされる。

③ 適切な救済を遂行しうる能力

(前述した3つの) 法的援助についての最後の要件は、居住者の問題を解決することが第一であることを要請している。オンブズマン事業は、様々なやり方で居住者の利益を代理出来るものでなければならないということである。例えば、立法府や行政府に対し、居住者の利益を明確にし、追及出来るものでなければならない。すなわち、法的支援は、法的な論争を行なう上でオンブズマンを援助することも必要とされてこよう (オンブズマンの役割を前述のように、触媒とみる場合には少し違ったものになってこよう)。

この規定 (適切な救済を遂行しうる能力) の他の要素は、居住者を代理して訴訟を発動する権限である。しかしながら先にも触れたように、ほとんどのオンブズマンは居住者を代理して訴訟を提起していない。多くの州ではオンブズマン事務所 (the Office of the Long-Term Care Ombudsman) は、居住者を代理して訴訟を提起する「訴えの利益」 (standing) を持たない。いくつかの州では州が訴訟に関与すべき時には、検事総長だけがそれを決定しうる。またいくつかの州法は、オンブズマンが訴訟の提起について、外部の弁護士を雇うことを阻止しうる⁽⁵⁸⁾。Vermont と the District of Columbia (D. C.) の場合は前述のように、法律扶助事業の中に州事業 (オンブズマン事業のこと) を置くことによってこのジレンマを解決している。Vermont においてはオンブズマンは、州に対しても政府の干渉なく訴訟を提起しうる「訴えの利益」

sel) を雇う或いは法的なサービス供給組織と契約することが出来る付加的な基金をもった事業を用意することになろう。

もっともこの場合、州機関と民間の法律事務所や法的なサービス組織が契約することは、望ましくないとされている⁽⁵⁶⁾。州の倫理規定は、一般に弁護士とクライアントの関係に第三者が介入することを禁止しているからである。従ってもしオンブズマン事業が、民間の法律事務所等と弁護士／クライアントの関係になるなら、州機関は、オンブズマン事業に対し援助を供給する弁護士の法的な仕事に対し指示を与えることは出来ないことになる。州機関やオンブズマン事業はアドバイスを得る為に、州や地方の適切な法律倫理委員会と契約を結ぶべきである。利害の対立は、オンブズマンが居住者の家族が居住者の財産を使い込んでいるという苦情を調査している時に、関係する法律扶助事業が、当該家族の代理人であるという場合にも存在する。機関内の法律扶助事業であれ、契約によるものであれ、倫理的な意味での利害の対立を避ける為の正式な手続 (formal conflict procedures) を持たなければならないことが指摘されている⁽⁵⁷⁾。

高齢者法は、「適切な法律顧問」について規定している。「適切な法律顧問」とは、ナーシングホーム法に精通しており、状況がそれを要求する時には、オンブズマンを適切に援助し、代理する能力 (resources) をもつ弁護士 (attorney) をいう。具体的には、州検事総長・高齢者法等から資金援助を得ている「法律家」 (legal services provider) や高齢者法に詳しい民間の弁護士の利用等が考慮されることになろう (政府関係の弁護士の立場は実際には、オンブズマン事業に対し必ずしも有効でないことは先に触れたとおりである)。

② オンブズマンの代理人

高齢者法は、オンブズマンがその義務の遂行に対し訴訟その他の法的行為を提起された場合の代理人の確保について規定している。オンブズマンに対する法的な忠告と相談の場合と同様に、州の検事総長は州の雇用者であるオンブズマンの代理人となることが出来る。他方 NPO の雇

言・相談・法的代理人として利用していることは驚くに値しない。しかし調査結果は、州オンブズマンが、助言や相談の為に非公式には法律扶助事業のような他の弁護士に依拠していることを提示している⁽⁵²⁾。

これと対象的に地方のオンブズマン事業は、(a)や他の政府関係の弁護士に殆ど依拠しておらず、一義的に法律扶助弁護士 (legal services attorneys) に助言・相談・法的代理人の全てを依拠している⁽⁵³⁾。これらは政府関係の弁護士からの支援に対する不満を提示するものと総括されている。

州レベルのオンブズマンは通常、州の雇用者であるから、州検事総長 (the state attorney general)、州組織内の弁護士、他の政府の弁護士が、相談や助言を提供する。しかしこのやり方は、利害の対立がある時には望ましくないことになる。利害の対立は、倫理的、政治的 2 つの意味で存在すると指摘されている⁽⁵⁴⁾。倫理的な対立の例としては、もし検事総長の事務所が、オンブズマン事業と係争中の当該機関を同時に代理している場合である。しかし州裁判所は、検事総長の事務所が、係争中の 2 つの機関を同時に代理していても、必ずしも利害の対立があるとはみてきていない。その理由のひとつは、係争中の 2 つの事務所がそれぞれクライアントであるのではなく、州だけがクライアントであるということである。しかしこうした考え方は、高齢者法の規定からして法的な代理の真の受益者が、ナーシングホームの居住者であることを考えれば納得のいくものではないと批判されている⁽⁵⁵⁾。従って例えばオンブズマンが州検事によって代理されている他の州機関の行政上の行為を訴えているときには、望ましくない。検事総長の事務所は、意識するとしなにかかわらずその第一の顧客は政府であるから、予算や政策的な主張が政府のそれと異なる場合には、政治的な意味で利害の対立があることになり、こうした場合も検事総長は偏見をもたずにオンブズマンを（延いては居住者を）代理することは出来ないと指摘されている。そのようなケースにおいては、州は（オンブズマン事業が）民間の弁護士 (coun-

5)

州は、高齢者法に基づき法的援助 (legal assistance) に関する次の3つの明白な要請, すなわち ① LTC オンブズマンの事務所に対し助言と相談を行なうに適切な法律顧問 ②訴訟その他の法律行為を起こされた事務所の代理人に対する法的代理 ③施設居住者を代理し, 行政救済・法的救済その他の適切な救済を行なう LTC オンブズマン事務所の法的な能力の確保に努めなければならない。

① 助言と相談に対する適切な法律顧問 (legal counsel)

前述の要請に基づき州機関 (SAA) は, 一般的な法的支援を行なう為に適切な法律顧問を確保しなければならない。例えば居住者の苦情の解決やオンブズマンに対してもたらされる訴訟 (legal action) を含む多様な理由から, オンブズマンは弁護士 (attorney) の支援を必要とすることになろう (なおオンブズマン事業に対する適切な法律顧問が確保されなければならないことについては, 1987年の改正法に続いて, 1992年の改正でも, 強化された)。

この法的な支援は, LTC オンブズマン事務所の構成員である州並びに地方双方のオンブズマンに対し供給されなければならない⁽⁵⁰⁾。

この要請はいくつかの方法により達成されうる。

オンブズマンに対する調査結果は, 法的支援のモデルとして3つの形が考えられるとしている。すなわち, (a)検事総長の事務所の利用 (b)組織内部の弁護士の利用 (c)民間の弁護士もしくは法律扶助事業 (legal services program) の利用である。

Vermont 州並びに D. C. のオンブズマン事業は, 多くの地方のオンブズマン事業がそうであるように法律扶助事業の一部に位置づけられている⁽⁵¹⁾。それらは, 組織内の弁護士の支援も受けているので ((a)と(b)の「混合形態」といってよい。Floridaでは, 特にLTC オンブズマン事業の事務所の為の特別の組織内弁護士をもつ。多くの州で, 州オンブズマン事業が州機関内に置かれていることを考えれば, (a)を正式な助

味をもつと考えている。

これに対し、オンブズマンは触媒として擁護の活動を行なうものという考え方は、オンブズマンが訴訟を行なうことは（擁護のひとつではあるにせよ）居住者の苦情を解決するには非効率的と考えている。この意味での擁護概念の支持者は、監督庁のような機関が法的救済を追及する方がより効率的であると考えている。又オンブズマンが訴訟に関係することは、施設や他の機関との関係をまずいものにし、連携を難しくすることが経験から指摘されている。

多くのオンブズマン事業は、両者の考え方の中間をとっていると指摘されている⁽⁴⁹⁾。Colorado では、オンブズマンはもし適切な法的代理やアドバイスを居住者が利用出来るなら、これらの他の事業が居住者を代理して法的な行為を遂行すべきであるが、もし適切なものがないなら、オンブズマンは自分がその権限をもつことを望んでいるとされる。州や地方のオンブズマンの中には、同様の見解を示すものがある。Illinois のように多くの州では、援助人 (a staff person) が、行政聴聞において居住者に付き添ったり、支援をしたり、時には居住者の証人になったりしている。法律扶助弁護士 (Legal Services Attorney) は、訴訟の代理人となる。オンブズマンの中には、行政聴聞において、居住者の代理人となっているものもある。Georgia では、オンブズマンが弁護士であるなら、代理人となりうるとされたと考えられている。

Michigan のオンブズマン事務所は、触媒としての擁護活動の代表例である。オンブズマンは、居住者とその家族を擁護し、その権利の行使を援助している。Michigan のオンブズマンは、訴訟への参加は時間の浪費であり、他の居住者を擁護する時間を奪うことになると考えている。従ってオンブズマンは、居住者とその家族が法律顧問を必要とする時には、適切な法律顧問を獲得出来るように助することになる。Oregon のオンブズマン事業も又、触媒型の代表的なものである。そこでは、オンブズマンは居住者が必要とする時に、法律扶助サービスから弁護士を獲得出来るように援助している。

を居住者の代理人として規定しているだけでなく、居住者の利益を代理する独立した法的権限をオンブズマンに付与している⁽⁴⁶⁾。D. C. 法においてはオンブズマンは、居住者が特別の任命者をもたない時、或いはガーディアンが任命されていない時にのみ、居住者の代理人になれる。D. C. 法は又、ヘルスケアの決定が関係している場合、誰がヘルスケアの決定に関し無能力者を代理出来るかについても規定をおいている⁽⁴⁷⁾。

オンブズマンの役割についての2つの考え方が議論されている。オンブズマンが法的な擁護者であるという考え方の支持者は、行政聴聞やその他の救済手段のもとで、居住者の利益をオンブズマンが直接に代理することを重視している。Vermont の LTC オンブズマン事業は、この考え方の代表的なものである。Vermont では、オンブズマン事業は法律扶助事業 (Vermont Legal Aid) の一部とされ、法律扶助弁護士 (Legal Aid Attorney) から法的な支援を受けることが出来る。かつて法律扶助弁護士であったオンブズマンは、長期介護ケアに伴う日常的な法律問題に自ら対処している。他方高齢者法律扶助事業 (Vermont Legal Aid's Senior Citizens Law Project) は、介護の質や生活の質の問題に直接関係しない問題を抱える居住者に対し、法的な援助を提供している。D. C. のオンブズマン事業もまた、同様のアプローチを採用している。1985年以來、高齢者法律顧問 (Legal Counsel for the Elderly) に置かれている D. C. のオンブズマン事業は、(原告としてオンブズマンが名前を掲げ) 訴訟を提起出来る権限をもち、現に居住者の権利違反や、施設の悪習を問題とし、或いは管財人の任命を求めてそれを行使している⁽⁴⁸⁾。D. C. のオンブズマンは、居住者が当事者になれない或いはなる意思がない場合には当事者にはなれないことは先にも触れた。オンブズマンの役割についてのこの見解の支持者は、オンブズマンが法を執行する監督庁と同等の権限を持って初めて、居住者の苦情は本当の意味で取り上げられることになると考えている。従って、居住者の関心事が適切に取り上げられる為には、請求権 (A Private Right of Action) は、決定的な意

ることに関する過失を理由に州と HHS の双方に対するクラスアクション⁽⁴⁰⁾において、法的援助を確保する上で居住者を援助している。もしオンブズマンがその命令的義務（例えば、施設や記録にアクセスする）を遂行する為に施設や政府機関を訴えねばならないなら、オンブズマンはその意味でも法的支援を必要とすることになる。

87年法の制定に関連し議会は、居住者が無能力である場合の権利行使の問題を検討している。87年法（OBRA-87）のもとでは、もし居住者が裁判所（a court of competent jurisdiction）により、無能力と裁定されたら（adjudicated）、州法により「居住者の代理人として行動する為に任命された人」によって、居住者の権利は行使されることとされている⁽⁴¹⁾。しかしこの文言は、不適切であると批判されている。文言は裁判所が介入するいくつかの形態を考慮しているがもしこの規定が文言どおりに適用されるなら、施設居住者の半分以上が裁判所の訴訟手続に従うことになってしまうからである。

HCFA（the federal Health Care Financing Administration）は、改正法（OBRA-87）に関する実施規則の制定に際し同様の用語を採用している⁽⁴²⁾。しかし規則の前文において HCFA は、「任命された代理人（surrogate）を適切に確定することを、州法に委ねる」としている。裁定（adjudication）の用語の保持は、まだ混乱していると指摘されている。これら 2つの規定に関するもっともらしい解釈は、『非法的な代理人は、それが州法のもとで認められるのなら、容認される。しかし訴訟手続が開始されたら、「無能力の認定とガーディアン⁽⁴³⁾の任命に係る州法」が支配する』ということになる⁽⁴⁴⁾。かくして居住者の意思決定に関し多様な代理人（surrogate decisionmakers）が存在することになる。例えば居住者は彼の権利を主張する為に無能力となる以前に、durable power of attorney⁽⁴⁵⁾の支配のもとにある代理人を任命することが出来る。或いは裁判所がガーディアンを任命する。第三の可能な代理人は、LTC オンブズマンである。例えば D. C. の法律は、オンブズマン

4)

施設の居住者は、例えば遺言・委任状・公的給付等についても共通的な法的ニーズをもっているが、オンブズマンは「居住者の権利」に関する違反・ケアの質・お金の管理の違反とその補償・プライバシー・非自発的移送や退所の問題を扱うことがもっとも多いとされている⁽³⁵⁾。州法には、介助施設の居住者についても同様の規定がおかれていることが多い。ある程度まで無能力といってもよい居住者は、彼らの権利を守る為に多くの困難に遭遇している⁽³⁶⁾。前述した2つの法的問題に加え、施設職員の懈怠の結果、居住者が障害を負ったといった場合には、具体的な訴訟の為に弁護士が必要となってくる。

これらの法律問題は、手短な助言や相談で解決する場合もあるし、居住者の代理人を通じて解決される場合もある。ナーシングホーム居住者に多く起こる問題を、オンブズマンは弁護士に頼らずに解決しうる。例えばオンブズマンはしばしば、「不本意な移送」の可能性をもつ問題を公正聴聞に持ち込まずに解決してきていることが指摘されている⁽³⁷⁾。

オンブズマンは、クラスアクションの提起のようなより複雑な法的戦略に関係することもあろう。例えオンブズマンがクラスアクションの当事者ではないとしても、事件においてオンブズマンは重要な役割を演じることになり、法的な援助を必要とすることになる。加えてオンブズマンは、クラスアクションの代理人となってくれる弁護士を探す為にしばしば居住者の相談相手となっている。例えば D. C. のオンブズマン事務所は、「87年の改革を実施する上での D. C. の過失」を追及するクラスアクションの提起に関し、オンブズマンは担当弁護士を探していくつかのナーシングホームの居住者を援助している。オンブズマンは当事者ではないが、裁判所に提出する宣誓供述書 (affidavits) を起草する為にも弁護士の援助を必要としている⁽³⁸⁾。居住者とオンブズマンは、手弁当の弁護士 (probono counsel) と高齢者の為の法律顧問 (Legal Counsel for the Elderly) の両方により代理されている⁽³⁹⁾。同様に Michigan の州オンブズマン事業は、ナーシングホーム執行手続を実施し居住者を救済す

おいている。D. C. 法⁽³⁰⁾では、LTC オンブズマンは「居住者の代理人」として定義されており、「管財人の請求」「差止め救済と賠償の訴え」「市長にマンデイマスの執行」を求める法的な権限をもつとされる。加えてオンブズマンは、強制的な移送・施設内の配置転換・退所について聴聞を請求しうることとされている。

D. C. では、1988年オンブズマン法⁽³¹⁾が制定され、同法を通じて高齢者法の一部が実施されている。この法のもとでD. C. の地方局は、「オンブズマン法を遂行する為に、訴訟が要請される場合に、オンブズマンが助言の為の法的な専門家をもつこと」が出来るようにしなければならない。D. C. では、新法を実施する為の資金が投与されている。

D. C. 以外の少数の地域 (jurisdiction) で居住者の擁護者としてのオンブズマンの役割を強化する法律が制定されている。そのひとつであるOhio州の法律は、「居住者の擁護者」(resident's advocate)を、居住者を援助することに責任をもつ「政府又はNPOの雇用者」として定義している⁽³²⁾。しかし、居住者の「sponser」(財政的援助をしている家族等を指すものと思われる)だけが、居住者の権利を執行する「訴えの利益」(standing)をもつとされる⁽³³⁾。つまりD. C. 法と同様にオハイオ州法は、証明された違反に対する関係当事者(前述の意味での家族等)への損害賠償と相応の弁護士費用を認定する権限を裁判所に付与しているものと解されている。にもかかわらず実際には、(前述の意味での家族等ではない)オンブズマンが居住者の代理人として行政聴聞を求めてきたとされている。

New Jerseyでは、州オンブズマンは苦情を調査し、聴聞を行ない人々や記録を召喚しうる。もし調査の結果が法の違反を示唆しているなら、オンブズマンはそのことを関係機関に報せなければならない。最も重要なことはNew Jerseyでは、オンブズマンは、差止め救済や民事賠償を求める訴訟を開始しうるとされていることである⁽³⁴⁾。

2)

1987年、州及び地方のオンブズマン事業の現状についての調査過程に、AARP (the Americans Association of Retired Persons) が、NAAAA (the National Association of Area Agencies on Aging) やNASUA (the National Assotiation of State Units on Aging), NASOP (the National Association of State Long-Term Care Ombudsman) とともに加わることになった。その後NASOPは、1988年州オンブズマンとのテレビ会議による調査も行なっている。これらの調査結果は、高齢者法の改正以前の「オンブズマン事業における法的サービスの利用状況」についての包括的な情報を与えることになった。

3)

1983年公文書 (technical assistance document) の中で、連邦政府 (the Federal Administaration on Aging) は、オンブズマンのさまざまな役割について述べている。すなわち、助言者・調停者・助成者 (facilitator) ・コーディネイター・ブローカー (仲介人) 或いは紹介者 (referral agent) ・触媒・患者への擁護者・専門的な助言者そして宣伝係としての役割である。1987年の改正高齢者法は、LTC居住者の同志である代理人にオンブズマンを充てて、法律専門家の増員を事務所に命じている。

87年の改正法 (OBRA-87) には、この拡大されたオンブズマンの役割が反映されている。例えば、施設は居住者の移送や退所に先立ち、居住者に居住者の有する権利並びに移送や退所の理由と並んで「州オンブズマンの名前・住所・電話番号」を告げなければならないこととされている⁽²⁹⁾。高齢者法の要請に関連させて考えると、この規定は「オンブズマンは、施設居住者の為に行政聴聞を遂行する権限を有すること」を意味することになる (SEC. 712 (a) (3) (E)/(5) (B) (iv) 参照)。現に、Maryland, Ohio, D. C. のオンブズマンは、移送・退所の行政聴聞を代理している。

D. C. は、オンブズマンの法的な権限についてもっとも進んだ規定を

拡大については次のような賛成理由が表明されている⁽²⁵⁾。

オンブズマン事業の拡張は、LTC サービスの変化していく有り様に対応しかつ多くの利用者が抱えている同様の問題に対応していく上でよい影響を付与していくとみられている。高齢者が異なる段階のサービスにスムーズに移行していく為には、擁護 (advocacy) が必要である。限定的に施設にだけ向けられたオンブズマン事業では、全ての虚弱高齢者の状況を把握できない。そのためにもオンブズマン事業サービスは全領域に広げられるべきである。加えて委員会は医療保健と LTC サービスの質に関する関心の増大からみて、これらの領域における問題関心は、増加すると予測している。行政は、こうした動きを無視出来なくなってきている。それは丁度、1970年代の始めにおける行政のオンブズマン事業に対する姿勢と同様なものといえよう。議会は、在宅サービスに關しすでに公聴会を行なっている (1994年現在)。不適切なケア等を報じるニュースも多くなってきている。多くの擁護者が予防措置を講じることをのぞんでいる⁽²⁶⁾。

6 法的救済とオンブズマン

1)

1987年の高齢者法の改正により、州機関 (state offices on aging) は、「事務所 (the Office of the Long-Term Care Ombudsman) が、法的な助言と相談の為に利用出来る適切な法律顧問 (legal counsel) をおくこと」、『(legal counsel による) 法的な代理は、代理人 (注 いわゆるオンブズマン) の公的な義務の遂行に關し、訴訟やその他の法的行為を提起された「事務所の代理人」に対し供給されること』、「事務所は、LTC 施設の居住者を代理して法的な或いはその他の適切な救済を遂行する能力 (権限) をもつ」ことを確実にしなければならない (SEC. 712 (g) 等参照)⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。

る⁽²³⁾。

3) 拡張されたオンブズマン事業への反対理由

もっとも重大な論点は、事業の拡張がLTC オンブズマンの機能を弱めることになりはしないかということである。

各州（在宅ケアに事業を拡張実施している州）は、「関連機関（州機関・SUAs・AAAs）との詳細な協定は、在宅サービスに関する各機関の役割を明確にする為に、現状の事業（施設オンブズマン事業）の場合以上に重要である」としている。「とくにAPS, P&As, 法律サービス機関の相互関係を明白にすること」の必要性が強調されている。

多くのサービス供給者は、サービスの質を内部的な努力で確保できるとしている。在宅サービスを実施する多くの州が、質の確保を事業の構想に組み込んでいる。そこで構想されている質の確保の為の活動（quality activities）には、周期的なケースの再検討・家庭訪問・消費者満足度調査・機関や供給者へのライセンス制度の適用、虐待の報告義務が含まれている。供給者と州は、これらの活動が、（明確には証明出来ないが）既に他の方法でなされていることの上塗りになるのではと戸惑っている。又他の患者等の擁護者は、オンブズマン事業が彼らの働きを奪うことになると恐れている。いづれにせよこれらの事業のいづれもが、明白には消費者の見解を代弁していないことに注意しなければならない。

医療保健改革と医療保健の消費者の為に、別のオンブズマン事業を予定している連邦法令も、オンブズマン事業の拡大に関係することになるかもしれない。もし消費者が自分の為に関係する複数の擁護者（医療保健のオンブズマン、拡張されたLTC事業に基づくオンブズマン等）をもつことになるなら、問題が生じうることも指摘されていることの一つである⁽²⁴⁾。

4) 拡張されたオンブズマン事業への賛成理由

以上の反対理由に対し、在宅ケアサービスへのオンブズマン事業への

費者の権利や施設外の LTC サービスについては、同じように明白には宣言されていない。オンブズマンは、ナーシングホームに適用される規則的なフレームワークの中で働いてきた。ナーシングホームの場合にはオンブズマンは、個々人の苦情に接近し問題を解決する為の明白な基準をもっている。

在宅ケアの場合は、事情が違ってくる。在宅ケアを受けている人々は市民の権利を享有してはいるが、オンブズマンは苦情にアクセスする錨を少ししかもたない。国家レベルでの在宅ケアサービスへの規則は多様である⁽²²⁾。この多様性にもかかわらず消費者の権利は、情報に対する権利／(消費者の自律を保障する為サービスに対する多極面での) 参加とコントロールの権利／一般的市民権の保護／(苦情に対する) 救済手段の確保に対する権利／質の確保に対する権利の 5 つに区分されると指摘されている。

これは、LTC オンブズマンが施設居住者に求めているものと同じである。

最後に委員会は、組織的な多様な擁護がオンブズマンのような事業を通じてなされると確信している。こうした擁護は、多くの州で施設と在宅ケアサービス双方に対する「システム」が、同時に展開されることから適切なものと考えられている。しかしこうした擁護は、論争なしには達成されないことも予測されているところである。例えば在宅ケア領域の擁護者（具体的にはオンブズマン等）が、サービスに対する成文化された各種の基準に依拠して体系的な擁護活動を行なうべきかどうかは、論争を呼ぶと推測されている。反対者のある者は、そのような成文化はクライアント（サービス利用者）の自治や選択の妨害物になると考え、ある者は逆に虚弱な消費者への保護は必要であり成文化は不可避だと主張するからである。

オンブズマンが拡張された事業（在宅ケアへの事業の適用）において、各焦点（ここではケースワーク、組織的擁護、教育）について何を強調していくかについては、より進んだ研究なしには予測が難しいとされてい

究は行なわれていない。一般に前述の3州の経験から、事業の展開は未だ脆弱であること、しかしいずれにせよ既存のアプローチはかなり修正される必要があることが指摘されている。委員会は、3州のデータから「(3州における在宅ケアへの) オンブズマン事業の広がり、非実践的で、おそらく望ましいものではない。このような事業は付加的なスタッフと公的な情報・サービスの受給・訪問・擁護活動を支援する資金の適切な増加なしには不可能である」と結論している。

2) (在宅ケアに) 拡張されたオンブズマン事業では、どのようなモデルが考えられるか

拡張されたオンブズマン事業の概念上の焦点は、LTC事業の場合と同様、個々人のケースワーク、組織的な助言 (advocacy)、教育である。しかしこうした焦点における強調点や重要性は、LTC事業の場合とは異なってくる。

拡張された事業におけるオンブズマンは、当事者とともにその問題の為に働くことにより、高齢者の直面している問題に近づくことが出来る。ナーシングホームの居住者は、家庭にいる人とは異なった立場にある。LTCの居住者は、見知らぬ土地に住む異邦人のように自分自身を感じているかもしれないが、在宅でコミュニティケアを受けている人には、自分の土地という思いが強い。サービスの供給者は、利用者の縄張りに入りこんでいくことになる。こうした違いにもかかわらず、受け付けられている苦情は、LTCの場合と同じである。例えば、高齢者を一人で自宅で生活させておくことが難しいと判断すれば高齢者の意思を離れ、非自発的に施設にいれることを決定するというようにである。これらの問題の多くは、LTCサービスに関して使用される技術と同じ技術で解決されることになる。前述の委員会は、「LTC オンブズマン事業の基本的な目的は、拡張されたオンブズマン事業においても第一の拠り所であり続けるべきである」と信じている。ナーシングホーム居住者の権利は、連邦や州の法令で成文化されているが、ヘルスケアサービスの消

業がうまく活用されていないことであるとされている。 アラスカ／アイダホ両州以外は、在宅高齢者からの苦情は本当に少数しか受け付けられていない。オハイオ州その他のように、幅広い命令に依拠し多くの高齢者を事業の対象としている州でさえ、年間300以下の苦情しか受理されていない。

報告された苦情数が少ないことは、オンブズマンは扱わなければならない全体の苦情や問題が少ないことを意味しない。苦情の少なさは財源や人材の不足を反映しているのである。このことは、苦情確認の方法とも無関係ではなかろう。現在は、実施されていないニューヨーク市の例をのぞき、苦情を確認する為の規則的な訪問は行なわれていない。現状ではホットラインや苦情提言の方法（public speaking engagement, public services announcement 等）が用いられている。委員会は、現状に表れている苦情は全てではなく、過去数年にわたる在宅サービスの進展と介護の質に対する関心の増大を考えると、上がってきている苦情は、氷山の一角と委員会はみている。

苦情の多くは電話で受け付けられている。時々ワーカーは、家庭訪問を課せられる。現状の LTC オンブズマン事業の場合と異なり、ボランティアが利用されているところはひとつもない。おそらくどのような役割をしてよいのかわからないからであろう。いくつかの州は、個人の家にボランティアを派遣することにも躊躇を示している。プライバシーとの兼合いも問題とされるがもっとも大きな理由は、付加的なボランティアとコンタクトをとる有給の職員を雇う費用がないことにあると指摘されている。

調査／解決／調停の為に必要とされる技術は、どこの州でも同様に希求されている。 LTC オンブズマンの場合と同様、高齢者の権利について関係者への教育／消費者の権利／介護者援助グループの援助／変更の為の意欲的な交渉や調停への援助、監督機関や法律扶助機関への接近が重要とされてきている。

在宅ケアへと拡張されたオンブズマン事業についての包括的な調査研

少なくとも、ひとつの州においては、州オンブズマンは、ライセンス機関の助言席に座り、ボランティアのオンブズマンは、監査の時の居住者インタビューに同行している。

他の州ではライセンス機関は、オンブズマン諮問委員会で説明をし、オンブズマンは監督機関のスタッフと規則的な会合をもっていることが指摘されている。

現在調査のデータは、規制当局とオンブズマンとの共同作業により集められた厳格なコピー (hard copy) から収集されなければならないとされている。

5 オンブズマンと在宅ケア

1) 州により異なる実施形態

現在13の州において、「州のLTCオンブズマンは、ナーシングホーム・介助施設の居住者以外の個人に援助サービスを供給しうる」ことが法律または命令で認められている⁽²¹⁾。現在は実施されていないが、ニューヨーク市も数年に渡り、home care ombudsman 事業を実施していた。在宅ケアにオンブズマン制度を適用する為に委員会が設置され、現在在宅ケアにもオンブズマン制度が適用されている3つの州で情報収集の為に調査が行なわれている。3州の方法は異なっており比較は難しいことが指摘されている。

ある州では、州の全ての高齢の消費者 (older consumers) にオンブズマン事業を適用することを求めている。これに対し別の州では、高齢者のあるグループ (州が実施している home-care demonstration program を需給している者) だけが対象とされている。ある州の事業は10年以上行なわれているし、他は始まったばかりであるという違いも指摘されている。

しかしながらいくつかの共通性も指摘されている。事業はいずれも少数の例外をのぞき、(LTC オンブズマン事業に) 附加される財源や人材の補助は行なわれていない。重要な点は、在宅ケアに対しオンブズマン事

なわれず、特定施設の情報にはオムズマンには容易に入手されないことを実証的に周知していると言われている。

オムズマンと規制行政者は、異なる組織に属し証拠や報告の異なる調書のもとに行動している。こうしたこともあって多くのオムズマンは、居住者のケアや処遇の問題を解決する為に「(当局が規制を行なう前提となる証拠となるべき事実を確定する際に) オムズマンには十分な証拠になると思われる事実を提出することによって、実際にはどの程度当局を援助することになるのか疑問をもっていることが指摘されている。例えばオムズマンは、直接に施設における粗雑な介護や状況を証明出来るし、あるいはオムズマンの調査は違反の明確な証拠を暴くことが可能である。しかし規制行政官が苦情に対応する時には、証拠をあげることが出来ず、従って違反していないことになってしまう。彼らは証拠原則の厳しいルールに従わなければならないので、目で見た証拠に従うことは出来ないからである。

1987年立法府は、以前から言われていたオムズマンと規制行政官とのつながりを強化している。例えば連邦規則は、規制行政官はメディケイドやメディケアの適用を受ける施設の調査において早い段階で、オムズマンと接触することを要請しオムズマンが当該施設についての情報や状態を把握しやすいように配慮している。しかし規制行政官の施設訪問は、抜き打ちなので直前にそれを知らされてもオムズマンはスケジュール的に行政官に同行出来ないこともあるとされている。又オムズマンのデータシステムは、調査官に情報提供することになっている施設の特別の苦情データを短期間に集めることが出来るようにはなっていないという問題もある。ところで又連邦法は1987年の改正で、規制行政官による調査の終了時に行なわれる会議にオムズマンはオブザーバーとして参加することを認めている。しかしいくつかの州は、スタッフとボランティアの不足がこの活動へのオムズマンの参加を妨げていると報告している。

いくつかの州は、ライセンス機関との共同の研修機会を設けている。

的な形態をとっている。すなわち、当該州の一部は地方オンブズマンによって運営され、州の残りの地域は州オンブズマンのスタッフによって、直接に実施されているのである。

4 オンブズマン事業と監督機関等の関係

伝統的なオンブズマン事業の場合と同様に、オンブズマンの仕事の多くは居住者の状況並びに LTC 組織を改善する為に多くの政府機関との協同を必要としている⁽¹⁸⁾。

多くの政府機関がナーシングホーム並びに介助施設を規制し、費用の償還（その費用の一部が、メディケア・メディケイドから償還されること）に関係している。このような機関として、Health Care Financing Administration, SUAs, AAAs, Departments of health, divisions of licensure and certification, APS, professional boards (eg, Board of Nursing Home Administrators), police, district attorneys を挙げることが出来る。

protection & advocacy systems (P&As) のような援助組織も又、市民組織と同様施設の居住者を見守り擁護することに関係している⁽¹⁹⁾。

これらの機関が、オンブズマン事業とどのように関係しているかについては、以下に言及する。

(1) ライセンス／認可機関との現実的關係

オンブズマン事業は、ある意味では規制行政の限界・不足を補う意味で導入されたといつてよいであろう⁽²⁰⁾。当初多くのオンブズマン事業は、それぞれの責任範囲を明確にする為に、規制行政当局とメモ交換 (MOUs と呼称されている) による確認を行なってきた。今日でもそれは続いているが、時として相互理解よりも不満や対立が生み出されてきたとも言われている。多くのオンブズマンは、規制行政当局による査察の多くが不適切で、問題があっても監督庁による規制の執行は稀にしか行

おかれている。これらの SUAs の組織（体）配置は、州によって異なっている。半分（21）が、直接知事に報告をする単一の目的をもつ独立した機関である。他の半分为、より大きな傘下（組織）の一部（いくつかの他の機関が head office に報告をし、そこが知事に報告をする）である。後者の形態をとる州のうち 9 州は、傘下機関内にある施設にライセンスを付与したり、認可を付与することに責任をもつ機関を含んでいる。LTC オンブズマンの事務所が SUAs 内におかれていない 10 州のうち 3 州は、州が経営する独立のオンブズマン機関内に事務所をもつ。7 州では事務所は完全に州政府の外におかれている。すなわち 5 州が法律扶助サービス機関、2 州が非営利の助言機関の中に事務所をおいている。オンブズマンが、居住者の擁護者であるとするなら、オンブズマン事務所は、LTC ケアサービス供給者のみならず、州機関からも独立していることが望ましいように見受けられる。

17 州が中央集権的な事務所（いくつかは地方事務所をもつ）を中心にオンブズマン事業を行なっている。これに対し 35 州では、明白な地方事業（時には〈副州事業〉と呼称される）としてこれを実施してきている。1993 年現在、35 州においてそのような地方事業が 467 展開されている。これら 35 州のうち、12 州は AAAs にのみ地方事業の拠点を置きこれらの事業を支援している。2 州では、地方事業は非営利の擁護組織の中におかれている。すなわち 1 州は法律扶助組織に、他の 1 州は州の地方サービス機関に依存している。残りの 19 州は、こうした地方事業の為に AAAs、非営利組織、法律サービス機関を多様に利用している。

州内で実際に事業がどのように行なわれているかは、中央集権的、地方分権的、この 2 つの折衷というように分けて考えることが出来る。17 の州では、事業は中央集権化され、州オンブズマンが直接に有給並びにボランティアのスタッフを雇い、監督している。

これに対し 27 の州での事業は、地方分権的とみられている。これらの州では、州オンブズマンは有給並びにボランティアのスタッフを雇用し監督する地方事業を設立している。残りの 8 州が前述 2 つの形態の折衷

- (6) オンブズマンサービスを以下のもとに設立された知的障害、精神障害をもつ個人に対する擁護・支援活動と繋げること。
- (A) part A of the Development Disabilities Assistance and Bill of Rights Act (発達障害に対する扶助のパート A 並びに権利章典法)
- (B) the Protection and Advocacy for Mentally Ill Individuals Act of 1986 (1986年精神保健法に基づく保護と擁護)
- (7) オンブズマンサービスを可能な限り (解説資料の付記或いはその他の手段を通じて) 306(a)(2)(c)のもとで規定された法律扶助 (legal assistance) と結合させること。
- (8) パラ (1)~(7) に記述された責務の遂行を地方オンブズマンに許可すること。
- (i) 責任 (liability) 一州は、「事務所の代理人は州法に基づく、公的義務の誠実な遂行 (the good faith performance) に対する責任を負わない」ことを確保すべきである。
- (j) 非妨害一州は
- (1) 公的義務を遂行中の事務所の代理人に対する意図的妨害は、違法とすべきである。
- (2) 事務所の代理人に連絡すること、情報を提供すること、苦情を提起することに関して居住者・雇用者・その他の者に対する LTC 施設その他の組織の仕返し、報復を禁止すべきである。
- (3) 妨害・仕返し・報復に対し、適切な制裁を規定すべきである。

3 オンブズマン事業の現状

今日オンブズマン事業は、アメリカ全土 (50の州及び the District of Columbia, Puerto Rico) で行なわれている⁽¹⁷⁾。その実施形態は多様でありその特徴を簡単に述べることは難しいが、いくつかの共通項をもっている。例えば42州で州の LTC オンブズマンの事務所は、SUAs の中に

と判断される以下のことに関する情報を供給する。

1. LTC 施設に居住する高齢者についての問題や心配事。
2. 問題や心配事に関する勧告。

(B) パラ (1) で準備された報告書を、一般に利用しうるようにし、委員 (Commissioner)、州の主任行政官 (Chief Executive Officer)、州の立法者 (Legislature)、LTC 施設の認可・ライセンスに関係する当局、他の適切な機関にそれを提出する。

(4)

(A) この title の制定の日から 1 年以内に、事務所・LTC ケア供給者、市民グループの代表者とともに、オンブズマン事業の為の Associate Commissioner によって設立されたモデル基準に基づいて無給のボランティアを含む事務所の代理人の研修の為の¹ 手続を確立すること。

1. 初級研修の最小時間数を特定すること。
2. 以下のことに関する研修を含む研修の内容を特定すること。

(a) 州内の LTC 施設に関する連邦、州、地方の法律・規則・政策

(b) 調査技術

3. 全ての指名された代理人に対し、現職者の為の研修の年次時間数を特定すること。

(B) この章の制定の日の後、21日以内に手続の実施を求めること。

(5) サブ(a)3)の(G)を通じサブパラ(A)において、記述された活動を実施することを (オンブズマン以外の) 事務所の代理人に禁止している。ただし以下の場合はこのかぎりでない。

- (A) パラ (4) で求められた研修を受けている。
- (B) 事務所を代理して活動を実施しているオンブズマンによって任命された者。

適切な救済を遂行する。

- (h) 管理 (adomistration) 一州機関は、事務所に以下のことを求める。
- (1) 年次報告書を用意すること。
 - (A) 年次報告書の年度内に、事務所によって実施された活動を記述すること。
 - (B) サブ (c) のもとで収集されたデータを含み、かつそれを分析すること。
 - (C) 居住者により、或いは居住者に代理してなされた苦情並びに居住者により経験された問題を検討すること。
 - (D) 以下に関する勧告を含むこと。
 1. 居住者の生活と介護の質を改善すること。
 2. 居住者の健康等を擁護すること。
 - (E)
 1. 介助施設その他類似の施設の居住者に対するサービスの供給に関する成功例を含む事業の成功例を分析すること。
 2. 事業の最善の実施を阻止している障害は何かを確認すること。
 - (F) 確認された問題を解決すること、苦情を解決すること、居住者の介護と生活の質を改善すること、居住者の健康等を守り、弊害を除去するために、政策や規則、立法上の勧告をすること。
 - (2) 「州内の LTC 施設とサービス」を維持し居住者の健康等を維持する為の「連邦・州・地方の法律、規則、他の政府の政策と行動の計画と実施」を分析・評価・監督すること、事務所が適切と判断した「法律・規則・政策の変更」を勧告すること。
 - (3)
 - (A) 事務所が、公的私的機関、立法者、その他の人々に対し必要

直接の関係をもたないこと

- (B) LTC 施設や LTC サービスの投資利害（財物物件の純値，負債，他の財産関係に代表される）をもたないこと或いはその所有者でないこと
 - (C) LTC 施設に雇用されたり，その管理に参加していないこと
 - (D) LTC 施設の所有者や経営者との補償の取り決めに基づき，（現金その他で）直接，間接の報酬を受けないこと
- (4) パラ(1)(2)において言及された利害の対立を確認し，除去するために，そしてパラ(3)の (D) を通じてサブ (A) において述べられた関係を確認し，除去するために，
1. 州機関が，利害の対立を確認する為に個人並びに直接的な家族のメンバーを調査する手段として
 2. 州機関が利害を除去するために，個人や家族に要請する行為を行なう機構を含む組織を確立し，書面でそれを特定すること

(g) 法律顧問 (legal counsel) —州機関は次のことを確保すべきである。

(1)

- (A) 適切な法律顧問を利用しうること，そして利害の対立なしに
 1. 居住者の健康等を保護する為に必要とされるアドバイスと相談を提供すること。
 2. オンブズマンと代理人の公的な義務の遂行において，事務所のオンブズマン並びに代理人を援助すること。
- (B) オンブズマン並びにその代理人の公的義務の遂行との関係において，訴訟その他の法的な行為がもたらされるもしくはその恐れがある事務所の代理人に対し，法的な代理人が供給されること。

(2) 事務所は，居住者を代理して行政上の，法的なそしてその他の

する「オンブズマンもしくは地方オンブズマン組織による開示の為の手續」を設立すべきである（以下サブセクションは、サブと略す）。

- (2) 苦情者もしくは居住者の確認—(1) で述べられた手續は、
- (A) (1) で述べられた記録やファイルが後述 (B) に従い、オンブズマン（もしくはオンブズマンによってファイル等の開示を任命された者）の指示によってのみ開示されうることを規定すべきである。
- (B) 事務所が維持している苦情者や居住者のファイルや記録をその確認の為に開示することは以下の場合でなければ禁止される。
- ① 苦情者や居住者もしくは彼らの代理人が開示に同意し、同意が書面でなされている場合。
 - ②(a) 苦情者等が口頭で同意しており、かつ
(b) その同意が、州機関が規定する要件に従い、事務所の代理人によりなされた書面に同時期に記録されている。
 - ③ 開示が、裁判所の命令により求められている。
- (e) 総括—事業を計画し運営することにおいて、州機関は OAA、高齢者、LTC の供給者の考えを考慮すべきである。
- (f) 利害の対立—州機関は、以下のことをすべきである。
- (1) サブ(a)(5)に基づき、任命された組織もしくは（任命であれ、その他の方法であれ）オンブズマンとして指名の対象とされている個人・個人の直接的な家族との間に利害の対立がないことを確認すること
 - (2) 事務所の雇用者、事務員、地方オンブズマン組織の代理人との間に利害の対立がないことを確認すること
 - (3) オンブズマンは
 - (A) LTC 施設や LTC サービスの供給者のライセンスや承認に

(2) 事務所の代理人が、「ガーディアンが居住者の最善の利益にそって行動していない」と信ずるにたる相応の理由を有する場合。

③ 代理人がオンブズマンの承認をえている場合。

(C) 居住者が有する或いは一般の人々が有する LTC 施設に関する行政の記録・政策・ドキュメントにアクセスすること。

(D) LTC 施設に関し州によって維持されているライセンス及び認可に関する記録、もしくは（要請に応じて）そのコピーにアクセスすること。

(2) 手続—州機関は、パラグラフ（1）で記述したアクセスを確保する為の手続を定めるべきである（以下パラグラフは、パラと略）。

(c) 報告システム

州機関は、以下に掲げる目的の為に州全域にわたる単一の報告システムを設立すべきである（目的は、下記のとおりである。すなわち）、

(1) 重要な問題を確認し、解決する為に苦情や LTC 施設の状態並びに居住者に関するデータを収集し、分析する為に

(2) 規則的に、以下に対してデータを提出する為に

(A) 州内の LTC 施設のライセンスや認可に責任を負う州の機関に対して

(B) オンブズマンが適切と判断する他の州や連邦の組織

(C) 委員 (Commissioners)

(D) S202(a) (21) に基づき設立された National Onbudusman Resouces Center

(d) 開示

(1) 一般—州機関は、(サブセクション (b) (1) もしくは (c) に記述された記録を含む) 事業によって維持されているファイルに対

- ③組織については、公的もしくは非営利組織（NPO）であること。
 - ④オンブズマンが特定する付加的要請に対処すべきこと。
- (D) 政策と手続
- ①通例—州機関は、州事務所とともに事務所の責務を遂行する為に任命された地方オンブズマン組織を監督する為の政策や手続を設立すべきである。
 - ②政策—組織が補助金を交付されている場合或いは代理人がAAA⁽¹⁶⁾の被雇用者である場合には、州機関はAAAと相談しながら、政策を具体化すべきである。政策は、AAAの参加とコメントを規定すべきであり、事例活動に関する問題の解決について規定すべきである。
 - ③秘密保持と開示—州機関は秘密保持と利害の対立に関し、この章の全ての規定に従い政策と手続を展開すべきである。

(b) アクセスの為の手続

- (1) 通例—州は、事務所の代理人に対し以下のことを確保すべきである。
 - (A) LTC 施設や居住者と接触をとること
 - (B) ① (以下の条件を満たす場合) 居住者の社会的、医療的記録を審査する為に記録にアクセスすること、すなわち、
 - (1) 代理人が居住者の許可を得ていたり、居住者の法的代理人である場合。
 - (2) 居住者が、審査に同意することが出来ず、しかも法的代理人をもたない場合。
 - ② (以下の条件を満たす場合) 苦情を調査する為に必要な記録にアクセスすること、すなわち、
 - (1) 居住者の法的なガーディアンが許可を与えることを拒否した場合。

はその他の高齢者の為の施設

(5) 地方オンブズマン組織 (entities⁽¹⁵⁾) と代理人の任命

- (A) 任命—事務所の任務を遂行する為に、州オンブズマンは地方オンブズマン組織を任命することができる。さらに組織を代理する雇用者やボランティアを任命できる。
- (B) 義務—任命された個人は、事務所並びに州機関により設立された政策並びに手続に従い、
- ①居住者の健康等を守る為のサービスを供給する。
 - ②組織の管轄内の居住者が、規則的にかつ適切に事業の代理人に接触し、苦情や援助の要請に対して、適切に対応することを確保すること。
 - ③居住者の健康等に影響しうる決定や作為、不作為に関し、居住者もしくははその代理人によってなされた苦情を確認し、調査し、解決する。
 - ④政府機関と対峙して、居住者の健康等に関しその利益を代理し、行政的、法的その他の解決を求める。
 - ⑤(1)居住者の権利と幸福にかかわる既存の或いは提示されている法律・規則・他の政策や行為に関し、審査し必要であればコメントをする。
(2)法や規則等に関し市民がコメントする能力をたやすいものにする。
 - ⑥居住者（家族）委員会の発展を支援する。
 - ⑦オンブズマンが適切と判断した他の活動を実施する。
- (C) 任命の適確性—地方オンブズマン組織として任命されるのに適確な組織、並びに組織の代理人として任命されるに適確な個人は、
- ①事務所の責務を遂行しうる能力を有することを明らかにすること。
 - ②利害の衝突がないこと。

- (E) 政府機関と対峙して居住者の利益を代理し，居住者の健康等を守るために行政上，法律上の或いはその他の救済を求める。
- (F) 事業に参加する上で機関 (entities) を援助する為に，後述 (5) のもとで任命された機関に行政上，技術上の援助を提供する。
- (G) ①州内のサービスや LTC 施設の適切性に資する為に居住者の健康等に関係する連邦，州，地方の法律，規則，他の政府の政策や行動を分析し，コメントし，監察する。
②事務所が適切と判断した場合には法律，規則，政策，行動について，変更を求める。
③法律等に対する一般の人々の意見表明 (comment) を援助する。
- (H) ①事務所の代理人⁽¹³⁾の研修を援助する。
②事業への参加を促す為，市民参加を育成する。
③居住者の権利と幸福を守る為に，「居住者 (家族) 委員会」の発展を技術的に援助する。
④コミッショナーが適切と判断する他の活動を実施すること。
- (4) 契約と調整
- (A) 一般に，後述 (B) に規定された場合を除き，州機関はオンブズマン事務所を設立し運営するとともに，事業を直接に或いは他の公的機関或いは NPO との契約その他の方法で間接的に実施出来る⁽¹⁴⁾。
- (B) ライセンスをもつ或いは認可された組織；協会 (association) 一州機関は上述 (A) に述べられた契約等を以下の機関と締結することはできない。
- ①州内の LTC サービスにライセンスを付与したり，認可を付与することに責任を負う機関
- ② LTC 施設の協会 (もしくはそのような協会の加盟組織)，或い

も、一度条文に立ち返りその機能を確認しておくことが重要と考える(本稿の課題に直接間接に特に関係すると思われる部分については、下線を付した)。

(a) 設 立

(1) 通例—702 (a) に依拠する基金から703条に基づく給付 (allotment) を受ける為には、州機関 (the State agency) は本条に基づき

A) 事務所 (a Office of the State Long-Care Ombudsman program)

を設立し、運営する。

B) 当該事務所⁽¹¹⁾を通じて、オンブズマン事業を実施する⁽¹²⁾。

ことが要請される。

(2) 州オンブズマン (the State Long-Term Care Ombudsman) —事務所は、長期介護 (LTC) と擁護 (advocacy) の領域に関し、専門知識と経験をもつ者から選出された州オンブズマンによって、統率されるべきである。

(3) 機能—州オンブズマンは、フルタイムで活動すべきであり、また個人として或いは組織の代表として

(A) ①居住者により、或いは居住者の為になされた ②居住者の健康、安全、福祉、居住者の権利 (福祉、ガーディアンや代理受領者の任命や行為に関する居住者の権利を含む) に影響すると予想される ③ LTC サービスの供給者もしくはその代理人、公的機関・保健機関・社会サービス機関に関する苦情を確認し、調査し、解決する。

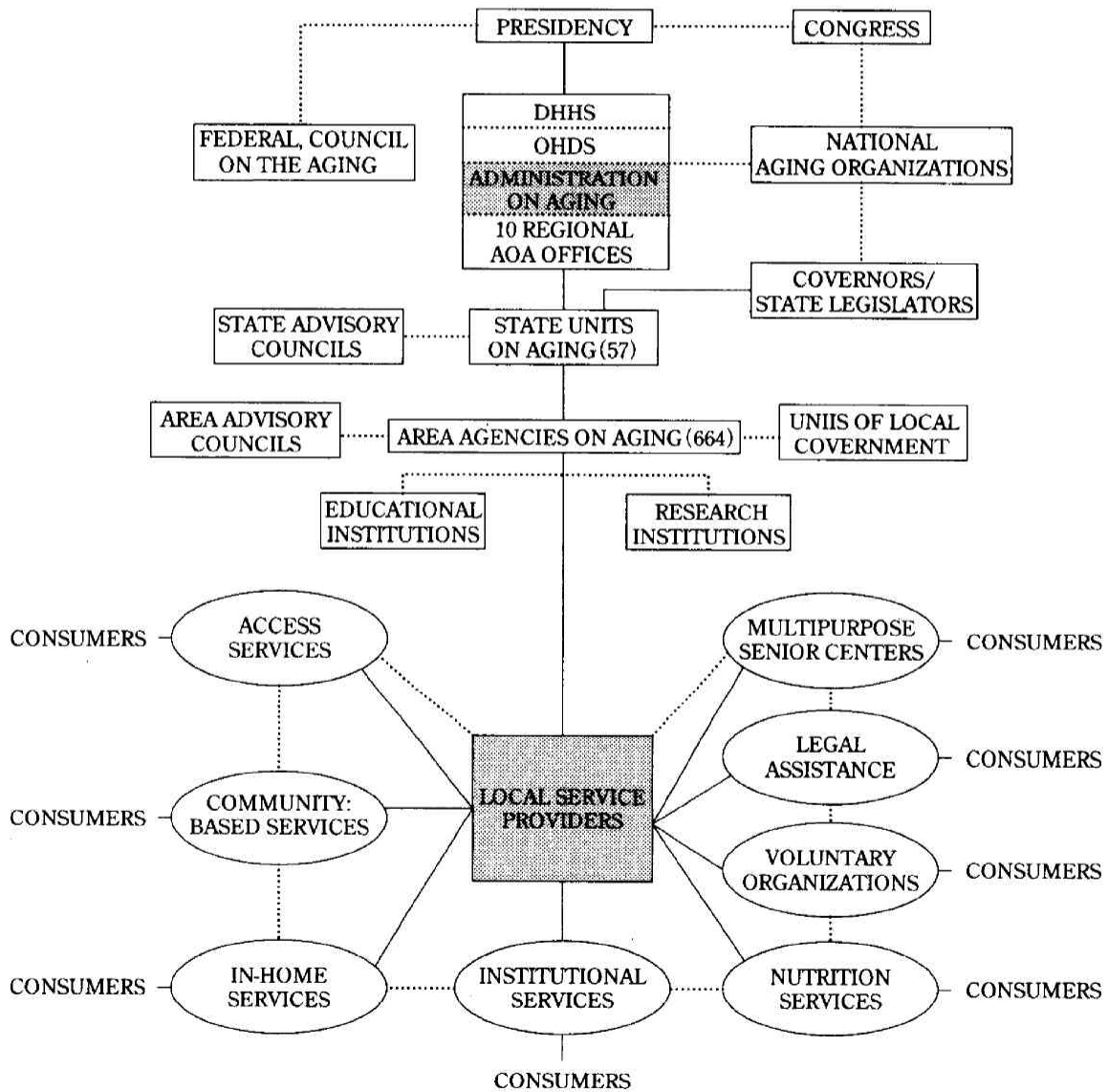
(B) 居住者の健康、安全、福祉ならびに権利の保護に関し、居住者を援助する。

(C) 供給者や上述 (A) の③の機関によって供給されるサービスや上述 (B) のサービスの獲得方法を居住者に報せる。

(D) 居住者が、オンブズマン事務所から供給されるサービスに規則的にかつ適切に対応でき、居住者や苦情者が事務所の代表者から苦情について適切な対応をうるようにすること。

マン事業については、いくつかの紹介があるが、法的な問題関心からオンブズマンの機能を明確に位置付けたものはないようにみえる。わが国でも、自治体レベルや施設レベルでオンブズマンが導入されてきているが、アメリカにおける LTC オンブズマンとの異同についてのきちんとした比較検討もなされていないようにみえる。そのような検討に立ち入ることは本稿の当面の課題をこえるが、本稿の主たる関心事である「福祉サービスと法的救済 (legal remedies)」の問題に、LTC オンブズマン制度がどこまでどのような関わりをもっているのかを明確にする為に

図1 高齢者サービスの全国ネットワーク



出典 海外社会保障情報 No. 103, p.7

は、その新しい責任を明確に反映しているといつてよいであろう。

1987年、2つの法律が改正され居住者に接触しサービスを提供するオンブズマンの権限が強化された。すなわち87年のナーシングホーム改革法⁽⁹⁾は、ナーシング施設居住者が保護や援助サービスを必要とする場合に、オンブズマンに直接直ちに接触出来ることとしている。同時に1987年の高齢者法⁽¹⁰⁾は、オンブズマンが施設を訪問し、居住者の記録にアクセスすることその他に対し州は重要な法的保護を付与すべきことを規定している。又州オンブズマンは、オンブズマン機能を実施する為に地方事業を指定する公的な権限を付与された。まさに州オンブズマンによって権限を付与された雇用者とボランティアは、州オンブズマンの権利と特権を行使する州オンブズマンの代理人といつてよいだろう。87年の高齢者法の改正は最後に、オンブズマン事業が適切な法律顧問 (legal counsel) を確保することを SUAs に要請している。

1992年の高齢者法の改正は、組織全体に亘つての変更に対し、一方では擁護者や代理人としての個々の LTC オンブズマンの役割を再確認しつつ、他方でオンブズマン事業の役割と州オンブズマンの指導的役割を強調している。その結果として LTC オンブズマン事業は、高齢者法第7章に規定される「Vulnerable Elder Rights Protection Activities」の一環に位置付けられることになった。通常 Elder Rights と呼ばれるこの章の目的は、高齢者が付与されている権利や特権を享受出来るよう高齢者を援助する事業を強化することにある。オンブズマン事業に加えて、3つの他の事業が、7章におかれている。高齢者虐待保護事業・高齢者の権利と法律扶助援助事業・給付援助 (benefits outreach)、カウンセリング、援助事業である。それぞれの事業は区別される特質をもつけれども、4つの事業が協力することを求めている。

2 高齢者法にみるオンブズマン事業

ここで高齢者法 SEC. 712に掲げられたオンブズマン事業についての条文の内容を確認しておきたい。アメリカのナーシングホームオンブズ

擁護者

オンブズマンは、年来の苦情を解決する為に居住者を擁護し、当該問題を緩和するための方策を求めて行動する。擁護者とは、管理者や他のスタッフと交渉すること、居住者の代理人として苦情を提起すること、居住者委員会とともに行動すること、政府機関の前で居住者の関心事を述べること、行政的或いは法的その他の救済を求めることを意味する。

古典的な意味での「オンブズマン」の場合は、中立性や調停が強調されるが⁽⁷⁾、LTC オンブズマンの役割は、関係者に対する居住者の利益を代理し、居住者の利益を積極的に擁護することをめざしている。加えて伝統的なオンブズマンのモデルは、政府と個人の関係に介入するが、LTC オンブズマン事業においては、第三当事者であるナーシング施設や介助施設をも含んでいる。こうしたオンブズマンの役割の拡張は、規制者並びに償還者（メディケイドやメディケアの給付）としての政府がこれらの第三者に実質的にかかわりをもっていることから正当化されている。このようにオンブズマンは、政府と民間事業者（ナーシングホーム）双方にかかわるお目付け役として独特な役割を果たしている。

高齢者法によってオンブズマンに要請された当初の活動は、施設居住者の個々の苦情を確認し、調査し解決することであった。オンブズマンの受理した苦情総数は、1988年現在で102,231であったものが、1993年には197,820で94%の増となっている。全苦情の75%が「施設に向けられたもの」、16%が「介助施設に対するもの」、そして3%が「監督並びに保険給付償還機関に対するもの」、6%が「その他」となっている。多くの苦情が、居住者の介護（35%）と居住者の権利（17%）に関するものであるが、苦情数については、全国的にバラツキがあると指摘されている⁽⁸⁾。

(3) オンブズマンの責任は、1981年に議会が事業の義務として介助施設を加えたことによりその重要性を増してきている。事業の名称がナーシングホームオンブズマンからLTC オンブズマンに変わったこと

居住者の為に問題を確認し解決することにあるとされる。苦情を解決する為に、オンブズマンは様々な役割をもつ。それを以下に整理すると⁽⁶⁾,

友好的な訪問

オンブズマンは単純に、居住者に「仲間付き合いの機会」や「社会活動の機会」を与えるという役割も担っている。オンブズマンのこうした活動が一番合法的で、有効な活動であると感じているオンブズマンもいる。逆に多くのオンブズマンは、(この活動が居住者を知り、信用をえていく上で重要な仕事であることを認めつつも)これがオンブズマンの第一次的な役割とはみていない。

教育者

オンブズマンは、居住者や家族、施設職員、さらに将来施設への入居を予定している人々に、「居住者の権利と施設の責任」について教育する。従ってオンブズマンは彼らの疑問に答える為、連邦や州の現行の「居住者の権利」について実際的な知識をもっていなければならない。オンブズマンは又、居住者の為に援助活動をしたいと考えているがどうしたらよいかわからないでいる関係者に情報を提供しなければならない。

調停者

オンブズマンは、居住者とスタッフ・政府機関・他の居住者あるいは家族の間の調停者としても行動する。この場合オンブズマンは、問題解決の為に居住者の関心事を関係者に伝えながら、当該居住者のスポークスマンとして行動する。そこではオンブズマンは、自分の見解を述べることはないが、お互いの納得できる解決を見いだし、同意を取り付けられるよう関係者を援助する。

質化する為に、議会は州並びに地方のオンブズマンへの「法的援助」を要請している。「法的援助」は、通常は州政府関係の弁護士によって担われるが、オンブズマンが州機関を相手として訴訟を提起した場合には、「利害の対立」があり、のぞましくないと考えられていることは重要である。「法的援助」は、オンブズマンが他の者（例えば、オンブズマンのやり方に不満をもつ施設関係者）から訴訟を提起された場合にも必要となる。福祉と法の関わりは、こうしたことにも示唆されている。特に1994年の調査結果は、オンブズマンと法との関わりについて、いくつかの興味ある指摘を行なっていることは後述のとおりである。わが国では、オンブズマン制度自体について共通する理解が形成されているとは言い難い。ましてオンブズマンと法との関わりについては、ほとんど議論がなされていないのが現状である。居住者の法的救済を問題とする本稿の関心から以下、オンブズマン制度を概観しておくことにしたい。

1 オンブズマン制度の概観⁽²⁾

(1) 1970年代の始め「LTC 施設におけるケアの質」についての問題関心が高まり、施設を規制する政府の権限が問題とされてきた。こうした中で後の LTC オンブズマン事業の創設が検討されてくる⁽³⁾。

その結果1978年高齢者法⁽⁴⁾が改正され、オンブズマン事業が規定され、連邦政府は各州にオンブズマン事業の設立を求める権限を付与されることになった。

州機関 SUAs (State Units on Aging 57区域からなる。後述参照) は、直接にあるいは「公的機関又は、NPO との契約」によりオンブズマン事業を行なうことが出来る。連邦政府の命令 (mandate) は、オンブズマンが苦情を調査し、ボランティアを監督し、連邦・州・地方の法律等を検討し、LTC 施設居住者⁽⁵⁾が直面する問題について情報を提供することを指示している。

(2) 連邦政府を始め規制者の役割が、法や規則を適用することにあるのに対し、オンブズマンの使命は、居住者の全生活を改善する為に、

施設を訪問し、居住者の状況を把握することや、施設や家族と居住者間の「調停」を計ること、或いは政策を審査し必要な提言を行なうことも彼らの仕事である。オンブズマンと施設監督庁との連携を強化する努力も追求されてきた。こうした活動の裏付けとして、「施設等へのアクセス権」「監督機関等が所有する情報の開示請求権」がオンブズマンに法的に保障されている。しかし残念ながら長期ケアオンブズマン制度は主として財政的理由からいくつかの困難に直面している。在宅ケアへの長期ケアオンブズマン制度の導入が必ずしも成功していないことにも留意する必要があるだろう。

ところでアメリカでは施設居住者に（例えば、不本意な施設からの移送に関し）、行政聴聞の機会が保障されている（社会保障法その他に依拠する）。こうした場合オンブズマンは、行政聴聞⁽¹⁾において施設居住者を法的に代理出来るという法解釈もなされており、現にいくつかの州では実施されている。さらにオンブズマンは、差止め救済や損害賠償を求めて訴訟を提起出来るという法解釈もだされている。いくつかの州等では、オンブズマンの役割を強化する法律が特別に制定され、中でも District of Columbia（以下 D. C. ともいう）の法律は、オンブズマンを居住者の代理人として位置付けるだけでなく、居住者の利益を代理する独立した法的権限をオンブズマンに明確に付与している。これらの州等では、オンブズマンを原告とする或いは居住者の代理人とする訴訟が実際に提起されている。例えば、D. C. では、オンブズマンが原告となり、未登録のナーシングホームを被告とし、差止め救済、管財人の派遣、損害賠償を求めている（Hart v. Roseman, D. C. Super. Ct., Civ. Div., Nov. 22, 1988）。

オンブズマンと法との関わりについては、アメリカでも大別して2つの考え方があることは後述のとおりである。しかしいずれにせよ、アメリカではオンブズマン制度が、ADR（Alternative Dispute Resolution, 代替的紛争解決）としてだけでなく法的救済制度を実質化していく上でも大きな働きを齎らしつつあるとあってよいであろう。こうした機能を実

すなわち①連邦憲法上の違反に対する訴訟は、政府機関により管理運営されているホームに対してのみ提起できる。民間のあるいは非営利のホームの場合には、権利は否定されると考えられる。ホームの経営者あるいは使用者の行為は、当然に「州の行為」(State Action)とはみなされないと考えられてきた。②メディケアとメディケイドの法令は、州に対し、入居者の退所を巡る紛争を解決するために、行政聴聞の手続を制定することを求めているが、私的救済について特に定められているのは、その程度であることが指摘されてきた。

メディケアとメディケイドにおいては、権利侵害に対する私的な請求権(Private Cause Action)について述べているその他の法令はない。司法審査の可能性はどこにもふれられていない。

- 2) これに対し、州法による救済はそれほど制限的でない。①多くの州が、患者の権利を成文している。②さらに意味深いことに多くの州法は、連邦法令が明白に与えていない、訴権を患者に与えている。多くの州は、州のナーシングホーム規則のもとで訴権を与えている。③そして全ての州で伝統的な不法行為や契約責任に基づく救済を求めることができる。判決もまた、患者は、州法のもとで〈受益者たる第三者〉の理論に基づき、政府とのサービス供給契約の履行を強制できることが指摘されてきた。

四 執行救済としてのオンブズマン制度

わが国では、介護保険制度の導入に伴い「サービスの実質的な保障」の為の方策として「オンブズマン制度」が、注目を浴びてきている。「オンブズマン制度」のわが国への導入を考える上で参考になりそうなのがアメリカの長期ケアオンブズマン制度だが、同制度は現在日本の一部の自治体や福祉施設で行なわれている「オンブズマン制度」とは、格段にスケールの違う制度であり膨大な資金と人材の投入によって始めて実質化されるものといってもよいであろう。その概要について若干言及すると同制度は、連邦法によって州の事業として位置付けられたものであり、州オンブズマンの下に地方オンブズマン組織がありさらに多くの州では組織を代理する多くの人々が活動を支えている。人々の多くはボランティアであるが、これらの人々も含めオンブズマンとしての研修が手続に従い実施されることが連邦法により要請されている。オンブズマンの仕事も多岐に涉り、施設居住者の苦情に対処するだけでなく日常的に

Professional Standards Review Organization) も、執行救済のひとつとして考えられてきた。PSRO 事業は、政府機関ではないが長期介護を含むメディケアやメディケイドのもとで供給される介護の適切性と質の検討についても重要な役割を果たす可能性をもつものとして注目されてきた。この事業は当初医師による医師同士の審査機関 (peer review) とされ、その理事会 (boards of directors) には他の保健の専門家や消費者代表を含むことも可能であるが、医師は絶対に参加しなければならないこととされている。1970年代後半から実際に、地域に形成されてきた PSRO に消費者代表が参加することは少なかったと報告されている。最後にオンブズマン事業も執行救済のひとつと考えられているが、オンブズマン事業の詳細についてはここでは省略する (後述参照)。

- (34) “Brown, *supra*, note 3, at 300”.
- (35) 規制を守らせる為の住民参加が重要と考えられてきている (“*Ibid*”).
- (36) amicus curiae=裁判所の友；法廷助言者裁判所に係属する事件について裁判所に情報または意見を提出する第三者。多くの場合、社会的・経済的・政治的影響のある事件において、これに利害関係のある個人・機関・組織等が裁判所の許可を得またはその要請によって amicus curiae となり、amicus brief を提出する。
- (37) “Butler, *supra*, note 4, at 666-21”.
- (38) 具体的には、Inspector General, State Attorney General, State Medicaid Fraud Control Unit 等をさす (Edelman, The Nursing Home Reform Law, 549 Clearinghouse Review Oct. (1990)).
- (39) “*Id*, at 549”.
- (40) “Brown, *supra*, note 3, at 301”.
- (41) Smith v. O’Halloran 75-M-539 (D. Colo) p. 647.
- (42) 改正法の審議過程において、議会は居住者が改正法の執行を求めることが出来るとする意向をもっていとされている。すなわち議会は、法律上明白には訴権を規定していないが、それは明らかに新しい立法に関する私的な強制を意図していたと指摘されている。この点に関連し議会は、「執行」(enforcement) に言及しているメディケイド法の条文に関し、Constraction と銘うった次のような 1 節に触れていることが指摘されている。すなわち、
- このサブセクションのもとで規定される救済は、他の州法や連邦法で規定される別の救済方法に付加されるものであり、コモンローに基づき個人が利用しうる救済を含む他の救済を制限するものとして解釈されるべきではない (“Edelman, *supra*, note 3, at 549”.)。

- 1) 従来連邦法による救済は、非常に制約されていることが指摘されてきた。

- (14) “Butler, *supra* note 4, at 665”.
- (15) see, “*Id*, at 682”.
- (16) 河野「前掲書」p. 219。
- (17) 同
- (18) “Butler, *supra* note 4, at 682”.
- (19) 障害者については、例えば Wyatt v. Stickney, 325 F. Supp. 781 (M. D. Ala. 1971) 344 F. Supp. 373 (M. D. Ala. 1972) 等の例がある。
- (20) “Butler, *supra* note 4, at 682”.
- (21) “*Id*, at 669” 各州の立法については、see “*Id*, at 670”.
- (22) 具体的な判例の流れについては、see “*Id*, at 672”.
- (23) “*Id*, at 669”.
- (24) “*Id*, at 674”.
- (25) 管財人制度に関する法的な問題点としては管財人の採用に対し、ナーシングホームの所有者を始めいずれの者にも、不服を申し立てることが出来ないことが指摘されている。施設が、州の管財人制度を利用した施設への規制に対し補償を求めた事件があるが、不成功に終わっている (see, “*Id*, at 672”)。裁判所の承認なく独自に州機関は管財人を任命出来るかについては、see “*Id*, at 669”.
- (26) “Brown, *supra* note 3, at 298”.
- (27) 河野「前掲書」p. 219。
- (28) “Butler, *supra* note 4, at 681”.
- (29) わが国の介護保険法では、障害の改善に効果があった場合には、保険給付を割増しすることが検討されているともきく。
- (30) misdemeanor=軽罪、コモンロー上土地・財産の没収が科されない犯罪。
- (31) 他面ナーシングホーム所有者への救済は、刑事制裁しかない (see, “Butler, *supra* note 4, at 686”)。
- (32) 筆者は、監査結果を閲覧したが、膨大なもので素人が簡単にみることは難しい。サンフランシスコでは、ナーシングホームへの法的支援団体が、監査結果を纏めたものを発行している。
- (33) その他、ナーシングホームの管理者を資格制にし、管理者にライセンスを付与することも執行救済のひとつとされている。この点に関連しメディケイド法は、「州機関がナーシングホームの管理者にライセンスを付与すること」、「州機関もしくは高齢者並びに身体障害者の介護に関係する専門家並びに施設関係者からなる委員会は、ナーシングホーム管理者の資格基準を作り執行すること」「適切な研修や経験に基づき、資格を付与すること」「ライセンスを発行したり取消すこと、苦情を処理すること、基準をたえず検討しなおすこと」を規定している (42USC 1396g (b) (1977))。
1972年の社会保障法改正で制定された PSRO 事業 (「基準審査委員会」

(注)

- (1) カリフォルニア州では、苦情はまずオンブズマンに齎らされることが多い。次に DSS (California Dept. of Social Services) に苦情が寄せられる。DSS の行なう 1 年に 1 度の調査で不適切と判断された場合に調査に乗り出すこともある。しかし、対応は十分でないことが多い (California Elder Law 11-16)。苦情をもつものは、DSS の調査を要求する権利をもつ。家族や援助機関も苦情を訴えることが出来る (Administrative Complaints 同 11-9)。
- (2) 査察は、要請を受けてから 10 日以内になされなければならない。しかし実際には、査察に熱心でなく、証拠を無視するものもいると指摘されている (査察の要件については、12-36 参照)。
- (3) 執行救済としては、州の執行機関の施設に対する制裁／罰金／管財人／suspension of admission (新しい居住者を受け入れることを停止)／償還／刑事制裁／公的な執行過程への住民参加があげられている (Brown, The Right of Older Person, 301 (1989))。
- 別の論文では、執行救済として、The Survey／Certification Process (検査と認可手続)、Receiverships (管財人制度)、Civil Fines and Penalties (罰金)、Injunctions (差止め)、Suspension of Admissions and Medicaid Referrals and Rating Systems (入居の停止等)があげられている。詳しくは、Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Part II, 14 Clearinghouse Rev. Oct. (1980) 参照。
- (4) 全体として、三の記述は、個別に記載するものの他 Butler, Nursing Home Quality of Care Enforcement, Part II 667～ (1980) による。
- (5) 河野「前掲書」p. 217。
- (6) 理論的にはナーシングホームは連邦の認可基準に「完全に」従うことを求められているが、少なくともある行政聴聞官は、「実質的に従っていればよい」としている (“Butler, *supra* note 4, at 667”)。
- (7) 違反が明確になると、違反是正の通知とライセンスの召還が求められる。施設が 15 日以内に citation の再考を要請しなければ、それは最終決定として、ライセンスは召還される。違反に関わるライセンスの召還とカリフォルニア州の執行についての行政手続については、California Elder Law (2・36～12・40)。
- (8) “Brown, *supra* note 3, at 298”。
- (9) 日本の老人ホームとの相違といえよう。
- (10) “Butler, *supra* note 4, at 667”。
- (11) “*Ibid*”
- (12) “*Ibid*”
- (13) 1987 年の改正で、事前の通知は行なわれないことになった。

住民はそれを公表させるために連邦政府や州の情報公開法に基づき訴訟を起こすべきことも主張されてきた。

上述のことからまず①居住者の側から「州機関の執行救済を要求すること」は例外的とされてきたことが、確認されなければならない。居住者等は、裁判所に破産管財人の設置を求めることが出来る場合があるにすぎない。従って②居住者はどのような場合であれば「差止め」等の手段に訴え権利として裁判所に執行救済を求め、かつそれが認められる可能性があるのかが当然の関心事となってくる。特に州機関による執行救済が行使されない場合、居住者はナーシングホームを被告とする私人間の訴訟において州を被告に加えて差止め救済を求めることが可能なのか。その場合、原告である居住者の州に対する「権利」はどのようなものとして構成されるのかが関心と呼んでくる。原告の請求権 (cause of action) の問題もこの点に関係してくる。また③居住者からの「執行救済の要請」が限定されてきた状況のもとで、これを補う為の手段はどのように考えられてきたのか。その点についての関心も無視出来ないものとなろう。以下本稿ではこの点を中心に検討を進めたいと考える。

それに先立ち次章では、ナーシングホーム利用者の権利保障の視点から「法と救済の仕組み」を概観しておくことにしたい。

ところで本章では、行政の行なう執行救済を概観することによって間接的に利用者の権利保障を考えてきたとあってよいであろう。そこではアメリカの執行救済は、社会保障法 (42 U. S. C. SS1495i-3 (a)-(h), 1396r (a)-(h) Medicare & Medicaide) のようにナーシングホームを直接に対象として制定された法令はもとより、様々な法令に基づいて行なわれていることが明らかとされた。次章で検討する、「ナーシングホーム利用者の権利保障に関する法と救済の仕組み」も又多岐に涉っている。両者 (本章と次章の検討の視点) は厳密な意味で表裏一体をなすものではないが、本稿では「ナーシングホーム利用者の権利保障」の視点から両者を一体として理解した上で上述の検討に入ることにしたい。

権利を認めてきた。1987年以降は、多くの州で居住者やその他の者は、管財人の任命を裁判所に求める権限をもつとされておりその有効な利用が期待されている。

2) 現に州機関が執行救済を行使している場合には、機関を支援して住民がその過程に参加することは、多くの場合望ましい結果を招くことになると考えられてきた⁽³⁵⁾。ナーシングホームが、執行救済の受入れを拒否している時には、居住者の弁護士は当事者として、或いは「裁判所の友」⁽³⁶⁾として執行システムへの支援を裁判所に訴えるべきであることが強調されている⁽³⁷⁾。

3) 居住者は又、他の連邦及び州の機関⁽³⁸⁾を通じて、「要件」の執行を求めることが出来ると考えられている⁽³⁹⁾。

4) 規則の遵守を求めていく過程により多くの住民が参加していくことはこれらの欠陥を是正することになると考えられてきた。事実、国・州・地方レベルそれぞれの消費者団体はナーシングホームでの生活を改善するために、活動し成功を納めてきたとされている⁽⁴⁰⁾。その代表的な事例とされるのがコロラド州の事例⁽⁴¹⁾であり、この訴訟の結果、連邦保健福祉省はナーシングホームの入居者や入居者が実際に受けているケアに焦点をあてた監査を実施する為に、PaCS と呼称される新しい監査方法を採用することになる。さらに1987年の改正は新しい監査方法をさらに強化し今日に至っている。

5) 前述のコロラド州の例にみるように、不法行為や契約上の債務不履行を理由に、差止めやその他の裁判所の命令を求めることが困難だが重要であるとされている。

6) 特に1987年の改正後においては、居住者とその擁護者は連邦及び州機関に法令上の制度を通じて、「参加の要件」の強制を求めて直接に訴訟を提起出来るとの解釈もだされている⁽⁴²⁾。

7) さらに監査の結果や費用のデータ等ある程度入手できるものは、より広く公布され個々のナーシングホームにも郵送され、公共図書館でも利用できるようにすることが求められ、それを拒否された場合には、

(7) 監査結果の公表

連邦政府は1972年までは、監査報告は極秘情報であるとしていた。現在ではナーシングホームの監査結果の概要と是正計画は、直近の監査の日から90日以内に地方の保健福祉部局や地域の社会福祉機関で入手できる。要約だけでなくより詳細な内容が公表されることが要求されている。多くの州でナーシングホームの監査結果を広く公表することが求められ、連邦政府は1987年の改正法で、調査結果の公表を強化することを求めている⁽³²⁾。

1987年の改正法は、これらの制裁への権限を DHHS や州に与えることを明記している。

(8) その他⁽³³⁾

3 執行救済と私人

前述のように州の機関は施設を監督し、必要な場合にはナーシングホームに自ら制裁を課したり、裁判所に制裁の許可を求める権限を有する。しかしこれらの機関が居住者にとって必要な場合に、適切にこれらの権限を行使するとは限らない。特に1987年の改正法以前においては、入居者の安全性やケアの基準をナーシングホームに守らせる公的实施機関の責務は十分に果たされていないことが指摘されてきた。その理由の一部は監督機関の怠慢にあり、ナーシングホームは時々には公的機関の規制を受けてこなかったといわれている。その理由としては監督機関の財源やスタッフの不足、監督機関が政治上のあるいは超法規的な圧力に屈してきたこと等があげられている。要するに政府機関は、常に模範的な制裁者であるわけではないということが指摘されてきた⁽³⁴⁾。

こうした状況に対し、

1) いくつかの州の管財人に関する法令は、私人が例外的に執行救済を求めることが出来る場合として、居住者に管財人の任命を要請する

償還の割合は増額される。メディケイドやメディケアの制度から、ナーシングホームに支払われる償還の割合をコントロールし、ナーシングホームが州や連邦政府によって要請されている活動を実施している場合には、財政的に優遇され、不適切な行為がある場合には、財政的に規制されるというシステムは、ケアの質を改善させる有効な方法と考えられている⁽²⁹⁾。

(6) 刑事上の制裁

ライセンスなしにナーシングホームを経営することは、州法の軽罪⁽³⁰⁾にあたる。いくつかの州は、ライセンスの付与やケアに関する基準の違反に対し、刑事的制裁を課してきた。すなわちほとんどの州の監督機関や連邦政府の司法省は、ナーシングホームの管理者による不正行為に対して、刑事上の制裁を求めることができる。しかし、刑事上の制裁は、入居者のケアに関する基準・火災に関する基準に従わなかった職員や施設への制裁としてはあまり利用されてこなかった。検察官は、一般にナーシングホームの裁判に時間を取られることを好まず、また裁判官はこれらの違反が、刑事上の犯罪であると認識しない傾向があり、勾留を宣告したり、多額の罰金を課することをしなかったからである。裁判になっても遅延が常態となっており、違反に対しては合理的な疑義を超えた立証が必要なことも問題を難しくしてきた。また刑事上の制裁は、ナーシングホームの所有者への制裁の意味合いが強く、ナーシングホームの再生に直結しにくいという点でも限界をもっている⁽³¹⁾。こうした限界にもかかわらず、激しい虐待等がある場合には、刑事上の制裁が求められてきた。

また財政上の不正行為については、刑事上の制裁が可能であり、積極的に活用されるべきと考えられている。例えば、ナーシングホーム産業に広く浸透している「居住者と政府からの費用の二重の受理」や、水増し請求、ナーシングホームの資産の私的流用は、刑事上の犯罪を構成する。

(4) 新しい入居者の入居の不承認

多くの州で監督機関は、問題のあるナーシングホームへの新しい入居者の受け入れを拒否する権限をもつ。一般にこの制裁は職員の不足または職員によるサービスの不足のため、施設の入居者に対するケアに慢性的な欠陥がある場合に用いられる。こうした場合監督機関は、欠陥が修正されるまでナーシングホームが新しい入居者を受け入れることを禁止することができる。もっとも現在施設にいる居住者は、依然として被害を受けているわけである。従ってこの救済方法は他の救済手段と連動して用いられ、かつ既存の居住者の生命や健康を脅かさないという場合にのみ有効ということになる。

この制裁の変形としては、メディケイドを受給している入居者の費用を施設に償還しないという方法がある。

1986年連邦政府は、「入居者の健康や安全を害する恐れがあり、ナーシングホームを規制する基本的要件に違反する施設に対しては、新しい入居者に対するメディケイドとメディケアからの償還を行なわない」と通知している。一度償還が停止されると、当該ナーシングホームが欠陥を是正するか、欠陥の是正に向けて具体的努力を実施するまで、この状態が継続し、ひいてはナーシングホームのライセンスの取消しに対する承認の手続が取られることになる。この制裁は一時的には有効であるが、停止が解除されると同じ過ちが繰り返されるという欠陥も指摘されている。

なおウエストバージニア州やミシガン州のように、予定されているケアの量や質或いはベッド量を提供していない施設に対し、例えば SNF から ICF に等級を転換させるという処置をとってきた州もある。

(5) 償還率のコントロール (Reimbursement Controls)

ナーシングホームに欠陥があった時には、償還の割合は減額され、逆にナーシングホームが居住者にすぐれたケアを供給している場合には、

グホームの運営を引き継いでいるのに対し、パブリックモニターは、当該ナーシングホームが監督機関の命令に従っているかを監督するだけである。パブリックモニターの存在は、問題のあるホームが法的規制を逃れようとするのを防止することができる⁽²⁶⁾。

(3) 罰 金

全ての施設居住者に具体的な影響を与えているわけではないが、施設が重要な規則に違反しているといった場合には、ライセンスの取消しも管財人の任命もあまり有効ではない。

例えば「ある種の衛生上の基準に適合していない」あるいは「居住者全体に対するものではないが、個別の居住者のケアに対するニーズに対応していない」といった違反には、管財人制度よりも罰金の方が事態に適切に対応できる可能性をもつとされている。罰金が相応の高額であり、即時的に問題が解決される場合には有効な制裁方法となると考えられている。

多くの州の監督機関は、保健法や関連規則の違反に対し、過料(fines)やその他の民事上の罰則を課す権限を与えられている。罰金の額は理論上は、違反の内容・施設の規模によって異なることになる。管財人制度がない州では、罰金はライセンスの取消しを除くと唯一の中間的な救済方法となってきた。罰金は、行政的には迅速な処理と問題の是正が可能であるが、民事上の罰金を課するにあたっては、刑事上の罰金刑の場合と異なり適性手続は保障されていない為その必要性が指摘されてきた。

罰金の効果についての評価はわかれている。ナーシングホームにとっては、高額な罰金の支払いは重荷となるため、違反を抑制しようとするようになり、その実行性は高まっているという指摘もあるが、必ずしも効果的に行使されていないという指摘もある⁽²⁷⁾。居住者のケアの為の資金から罰金の支払いがなされる為、ケアの質が低下するとの指摘もあり継続的な監査の必要性を指摘するものもある⁽²⁸⁾。

法を制定していた⁽²¹⁾。さらにこの時点でいくつかの裁判所がケアの質が問われている事件において、裁判所固有の衡平法上の権限に基づき管財人を任命している⁽²²⁾。管財人は、規則に従わないナーシングホームの運営を指導あるいは監督し、ナーシングホームを規則に従わせることができる。もし必要であれば管財人は規則に従わせるために必要とされる施設の構造上の修復をする権限を有する。この救済策の利点は、入居者を転居させずに施設の再生を達成できることである。管財人の任命は裁判所でも迅速に認められる傾向にある。管財人の任命の中断や延期を求めるナーシングホームの所有者の主張が裁判所によって認められることは少ない。裁判所は、争訟中の財産を適切に確保し、それによって浪費と崩壊を防ぎ、効果的に事業を終結させ、負債を返済させるために衡平法上の管財人制度を利用してきた。管財人は、改善の余地のない欠陥のために施設が閉鎖されようとしている場合にも任命される。その場合には、管財人は閉鎖に伴う事務処理を行ない、入居者の安全や他施設への移送を管理することになる。管財人制度は、単なる財産の保護を超えて、第三者の市民権の保護例えば学校の統合化や精神病院や監獄の条件改良を求めるケースにおいても利用されていることは、注目に値しよう⁽²³⁾。

管財人制度に関する問題は、(a)意欲的で経験のある管財人を見付けることが困難なこと(b)施設を再生するのに必要な資金の調達が困難なこと(c)もとの施設所有者が「(もし可能であるなら)施設運営を再開できる条件」を設定することが難しいことである。

また管財人制度を有効に機能させる前提条件のひとつとして、管財人が任命され欠陥を是正しメディケイド違反の是正に努めている間、当該施設についての「条件つき一時的な承認」が容認され、メディケイド給付の継続がなされることが求められている⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。

管財人に似た制度として、パブリックモニターがある。パブリックモニターは、ナーシングホームが州や連邦政府の規則に従っているかを監督するもので、監督機関によって任命される。管財人が、当該ナーシ

ない状況に対する差止め」は、実際には「十分なスタッフ・居住者のニーズにあったサービスや物品の供給を行なうこと」を施設に命じることに他ならない⁽¹⁸⁾。しかしながらこれまでいくつかの裁判所は、命令的な差止め (mandatory injunctions) を出すことに積極的ではなかったといわれている。特にこの種の差止め命令が、ナーシングホームの経営や管理についての監督や司法の介入を求めている場合には消極的であったことが指摘されている⁽¹⁹⁾。

つまり差止め救済も、救済の対象が「特定出来るある事項」に限られている場合にのみ、実際には有効であるということになる。ケアの質が全般的に問題とされている場合には、差止め救済は有効に機能することは難しいことになる⁽²⁰⁾。さらに衡平法上の命令を獲得した場合でさえ、即施設の状況が是正されることにはならないという問題もある。施設が命令に従わない場合で法廷侮辱罪が適用されても処罰は、通常罰金か拘留の宣言にすぎない。しかも当該施設の所有者や管理者が指摘されている問題点の是正について努力していることが明白であれば、裁判所は法廷侮辱罪自体の適用を躊躇することも考えられる。又差止め救済の効果は、「差止め命令に従おうとする施設管理者の意思或いは命令を強制する為に、裁判所がより実行力ある手段をとりうるかどうかにかかっている」ということも指摘されてきた。こうしたことから、実際にはほとんどの州で差止め救済は用いられてこなかったといわれている。とはいえ差止め救済は、規則に従わない施設に対し州機関が行使出来る数少ない「司法的政治的な救済手段」としてその活用がつとに望まれてきたことも又事実といわなければならない。

(2) 管財人の任命 (Receiverships)

多くの州の監督機関は、ナーシングホームの管財人の任命を裁判所に要求する権限をもつ。管財人の任命は、1970年代後半頃から関心をよんできた。ニューヨーク州の立法を契機として1980年現在で既に10州が、特にナーシングホームに関し裁判所が管財人を任命出来るとする特別立

相当分の負担」(連邦負担分に相当する)を求められることにもなりかねない⁽¹⁴⁾。

こうした欠陥が、以下に指摘する「中間的制裁」の発展を促すことになる。

2 中間的制裁 (Intermediate Sanctions)

「取消し」という決定的な制裁方法に変わる「より速く、より柔軟な制裁方法」として、多くの州が以下のような中間的な制裁方法を採用してきた。1987年の改正では連邦政府もこの考え方を踏襲することになる。

(1) 差止め 一般法令／消費者保護法

州の機関(或いは州機関を代理して行動する検事)は、法令に基づき一般的にナーシングホームの違法な行為を禁止する差止め命令を裁判所に申し立てる権限を与えられている。加えていくつかの州では一般的な法令の定めとは別に、消費者保護法により虚偽や不当な行為を禁止しており、州の検事総長は訴訟によりこれらの行為に対する差止めや損害賠償を求めることが出来る。いくつかの州は、差止めを通じて法律や規則を執行する権限を州機関に付与する特別の立法を制定している⁽¹⁵⁾。

衡平裁判所は、差止め命令をだすことに意欲的であり急を要する場合には、差止めは裁判所により迅速に認められるとされている。差止め命令がだされると当該ナーシングホームは、裁判所の監督下におかれ、もし差止め命令に従わないときには裁判所侮辱罪となり処罰される⁽¹⁶⁾。このため差止めは理論的には効果的な制裁方法と考えられている。特に差止めは、危険な状況の改善要求にナーシングホームが従わない時や、入居者が苦情を訴えた場合に、施設が報復手段として当該入居者を他の施設に移そうとしているような場合に有効とされている⁽¹⁷⁾。また差止めは「事項の禁止」だけでなく、実際には多くの場合「施設による積極的な行為」を求めて提起されている。例えば「適切な介護を供給してい

またメディケアやメディケイドへの参加の拒絶やライセンスの取消しは、極端な場合を除きナーシングホームへの制裁としては効果的ではないとされてきた。その理由として、次のようなことが指摘されてきた。

(a) ナーシングホームは、参加の拒絶やライセンスの取消しに先立ち、聴聞を受ける権利を与えられており、ナーシングホーム側は、これを最大限利用して抵抗するため、聴聞が結審するまでに時間がかかり、ライセンスの取消し手続等に時間がかかる。

(b) ライセンスの取消し処分等がなされても、ナーシングホーム側は、訴訟でこれを争うのが通常であり、決着までにはさらに時間を要することになる。

(c) 聴聞官 (Hearing Officer) や裁判所は、ライセンスの取消し等を求める根拠について、行政機関側に高い証拠基準を求めていることも聴聞手続や訴訟における行政機関の勝訴を困難にしている (ライセンスやメディケイド等からの償還の取消しを求めることは難しいということである)。

(d) 「取消し」という決定的な制裁は、ナーシングホームの閉鎖と入居者の退去を伴う。「参加」が拒絶されると、メディケアやメディケイド受給者は、私費入所か退所を余儀なくされることになるからである。たとえ欠陥のある施設でも、そこからの退去・移送は入居者に精神的な苦痛を与えることが多い。また全体として施設数が少なく移送する適切な施設がないという問題もある。連邦政府は、「健康と安全が争点となっている訴訟は、迅速に決定されるべきこと」を要請してきたが、仮にそれが実現したとしても、「取消し」という柔軟性を欠く措置 (考慮の余地のない決定的な措置) は、前述のような理由で適切性を欠くことになる。

(e) 連邦法令は、メディケイドに対する連邦基金の支給を、州機関が認可を取消す決定をしてから30日間に限定をしている (30日間で、連邦からナーシングホームへの補助は打切られる)。その為認可取消しに対する訴訟が継続している間、州は当該ナーシングホームから「介護に対する

設に対し「問題点を告知し、是正の機会を付与すること」が求められてきた。指摘された欠陥を是正する為に「当該州機関と施設」の間でもたれる交渉は、数か月から1年に及ぶことが指摘されている⁽¹⁰⁾。

州によるライセンスの発行とメディケイドから償還を受けることが出来ることの承認 (certification, 連邦の委任を受けて州機関が検査と承認を行なう) の機能は、本来別のものであるが、かつては州のライセンスの基準が、連邦基準を上回ることは少なかったといわれている。州はしばしば、州のライセンスについての調査とメディケア/メディケイドに適合しているかどうかについての調査の両方において、連邦の査察形式だけを利用してきたとされている⁽¹¹⁾。理論的には、州はより充実した調査をすることが「可能」だし、より厳しい基準を採用して連邦法令で規定された「検査と認可手続」の過程を改良することが出来るが実際には、その余地は少ないことが指摘されてきた。州に義務として課せられている手続過程 (The mandated federal process, メディケア/メディケイドの参加の条件に関連して州が連邦の委任を受けて行なう検査・監督) に、異なった手続過程を導入することは行政的に難しいことだし、費用もかかるからである。因みに、メディケイド事業に基づくサービスに要する費用は実際にかかった費用を基に、償還されるのに対し調査の為の費用は、州機関と連邦政府の地方当局との交渉の結果固定された年間予算のもとで拠出されてきたにすぎない⁽¹²⁾。

また1987年の改正前の連邦法令は、メディケイド/メディケアのサービス供給契約の終了前90日の間に検査を行なうことを要請していた。その為施設は検査の時期を予知出来ることになり、検査の有効性は阻害されてきた⁽¹³⁾。検査と認可の手続が、「施設の構造とか政策等の手続に関する基準の遵守」に重点を置いていて、「居住者へのケアの実情についての調査」が軽視されてきたことにも、検査の有効性からみた疑問が提起されてきていた。

こうした事実は、州の「検査と認可手続」が有効に機能する為には、いくつかの課題が残されていることを示唆していた。

財人の任命・許可ベッド数の削減・州機関による紹介の打切り等がある⁽³⁾。しかしながら救済の為の執行については実際には、様々な制度上・運用上の問題点が指摘され、それが87年の改正を促すことになったことは後述のとおりである。ここでは本稿の理解の為にナーシングホームに対する執行救済とその問題点について、簡単に触れておくことにしたい⁽⁴⁾。

1 検査と認可手続 (survey/certification process)

前述のようにナーシングホームは、州の発行するライセンスを保持しなければならない。又当該ナーシングホームがメディケイドやメディケアから償還を受ける為には、連邦規則並びに州法の定める SNF や ICF の基準に従っていること等が要請される⁽⁵⁾。またメディケイド・メディケアの適用施設であるためには、州のライセンスをもっていることが条件のひとつとされている。

さらに通常1年に1回検査が行なわれ基準が遵守されているかどうかの調査がなされる。全ての基準に合致していれば⁽⁶⁾、ライセンスは1年間さらに更新されることになる(前述「ナーシングホームへの規制」参照)。

もしナーシングホームが重大な欠陥を有するなら、州はライセンスを取消し、連邦政府はそれを承認して⁽⁷⁾、メディケイドやメディケアに適合する当該施設の居住者への支払いを拒否することが出来る⁽⁸⁾。ライセンスなしでナーシングホームを経営することは、刑法上の処罰の対象となる⁽⁹⁾。

こうした「検査と認可手続」の過程も執行救済のひとつということになる。

州法に基づくライセンス更新拒絶の手続は、連邦法に基づく承認手続(州が行なった更新拒絶を承認する手続)ほど正式な手続としては規定されてこなかった。しかし実際には州が実施するライセンスの更新拒絶の際にも、連邦法に基づく承認手続の場合と同様の調査を行ない、当該施

- (9) 河野「前掲書」p. 204。Brown, *supra*, note 1, 292.
- (10) 後述のように改正法は、「参加の要件」の実質的浸透を確保する為に、検査 (survey), 確認 (certification), 執行 (enforcement) のシステムを包括的に設立している。保健福祉省は、検査手続において「入居者が実際に受けているケア」や「入居者自身」に焦点をあててきたが、1986年には、検査手続をさらに整備し、PACS と呼ばれる新しい検査手続を導入した。そこでは、「過去の記録をみること」より、「ナーシングホームの居住者をよくみる」「入居者の話を聞くこと」が求められている。また DHHS (保健福祉省) は、重大な欠陥が明らかになったナーシングホームに対し、財政上の援助を打ち切る「Fast Track」を取り入れたが、これらは、1987年の改正法でも継続され、強化されている。

この点に関連することとして改正法は、施設に対し居住者の「機能的な能力」についての「包括的で正確な規定化された反復可能なアセスメント」を実施することを求めている。

さらに改正法は、施設に対し「各居住者が身体的、精神的、心理的に良好な状態を得てかつそれを維持出来るように特定化されたりハビリテーションサービスの供給を調整或いは実施すること」を求めている。又改正法は精神保健についても、居住者のニーズを調べ、サービスを供給することを求めている。

改正法における「参加の要件」の最も刷新的なセクションのひとつはケアの質である。改正法が言及する「居住者のアセスメントとプランニング」は、居住者がケアの質を受けることが出来るかどうかを決定する基本ということになる (Edelman, *supra*, note 8, 545)。

三 ナーシングホームに対する州機関による執行救済 (enforcement remedies)

州はナーシングホームを規制する権限をもっている。施設への検査や様々なルート (州苦情申立て/消費者保護/オンブズマン等) をへて判明した違反に対して⁽¹⁾、州機関 (メディケイド・メディケアの機関/州検事総長等) は様々な根拠法 (メディケイド・メディケア法/州ナーシングホーム法/衡平法等) に基づき執行救済を実施する権限をもつ⁽²⁾。州機関によるナーシングホームへの執行救済の代表的なものとしては、認可の停止または取消し或いはメディケアおよびメディケイド適用施設契約の解除等があげられる。その他の救済方法としては、差止め救済・罰金・管

施設の構造、防災、医師と看護婦のサービス、衛生状態、治療、レクリエーションの構造や記録の保持といったことにも及んでいる。連邦政府のこのような規制は、入居者の権利を保護する為におかれてきた。特に1987年の改正では、「入居者の権利」の保障が「参加の条件」の重要な一部として強化されたことは後述のとおりである。

検査の結果欠陥が見つかった場合には、当該ナーシングホームはその欠陥をいつどのように修正するかを決め、「修正計画」を出すよう命じられる。もし欠陥が大きければ、州はライセンスを取消し、連邦政府はそれを追認 (decertify) することになる⁽¹⁰⁾。

(注)

(1) Brown, *The Right of Older Persons*, 292.

(2) 河野正輝「社会福祉の権利構造」p. 203。

なお、ICF には、メディケアからの償還はない。

(3) 河野「前掲書」p. 217及び後述三 参照。

なお付言すれば、ナーシングホームがメディケア・メディケイドから償還を受けている場合、実際には州が当該施設への一次的な監督責任をもっている。詳述すれば、州はメディケイドに参加する施設に対し「参加の要件」の遵守を強制する権限を持っている。メディケアについては、州は連邦機関に執行を勧告する責務を負うことになる。この点の相違は、メディケアについては全面的に連邦政府の財源に依拠しているが、メディケイドの財源については州が多くを負担し、一部分を連邦政府が負担していることに関連しているものと思われる。

(4) 河野「前掲書」p. 217。

(5) Brown, *supra*, note 1, at 294.

(6) Brown, *supra*, note 1, at 292.

(7) わが国の介護保険法においては、指定がなされると、取消しや辞退がないかぎり、資格は継続することになる。

(8) federal minimum standards.

1987年の改正法は、施設に「各居住者に対する実行可能な身体的、精神的、心理的に最高の状態を維持もしくはそれに到達する為に特別に組まれたリハビリテーションサービスの供給を求めている」(Edelman, *The Nursing Home Reform Law*, *Clearinghouse Review*, 545 Oct. (1990)) とされる。その意味では、改正法は、最低基準の維持ではなく、最高基準への到達を意図しているということになるのだろうか。

ばれている。連邦規則においては、居住者の権利保護について特に配慮がなされている。多くの州が、ナーシングホームの承認に関する法令において連邦規則と同様の要件を定めているので、メディケア／メディケイドの適用を受けない施設も実質的に「参加の条件」と似た規制を受けることになる。

施設特にメディケイドやメディケアからの償還を受けている施設に対する連邦並びに州機関の規制は、以下のようである。

連邦の機関は州の検査官（ナーシングホーム行政官 Inspector）による検査の実施要領を定めて基準の実施状況について調査を行なう他、州による検査を監督し州の保健機関は連邦からの委任を受けて、連邦政府と州の規則がどの程度守られているか調べるために、全施設の定期的な検査とライセンスの発行の責務を負っている⁽³⁾。連邦基準（保健教育福祉省の連邦政府規則）の監督機関は、連邦レベルにあっては保健福祉省の保健介護財政局のもとにある保健介護基準連邦管区事務所、州レベルにあっては通常各州の保健部局がこれにあたる⁽⁴⁾。検査は毎年1回州の保健機関により、連邦規則並びに州の規則⁽⁵⁾がどの程度遵守されているかを調べる為に行なわれる。

連邦政府は、州に対し検査官を規制することを求めており、これを受けて多くの州が、検査官になるにはライセンスを要するものとしている⁽⁶⁾。検査官は、複数で衛生専門官や看護婦等の専門家から構成されている。

検査の結果全ての基準（連邦規則・州規則）に合致していると認定されれば、ライセンスが交付、或いは更新される。さらに当該施設が望むならば、1年間メディケアまたはメディケイドへの「参加」（後述参照）を承認（certified）される⁽⁷⁾。

連邦政府が規定する「最低基準」⁽⁸⁾は、SNF 又は ICF がメディケイド・メディケアから償還の資格を得る為の条件（condition of participation 以下「参加の条件」という）と呼ばれている⁽⁹⁾。「参加の条件」は、

供している施設もある。

(注)

- (1) Edeleman, *The Nursing Home Reform Law*, Clearinghouse Review, 545 October (1990).
- (2) 「介助施設」以下, 「一」についての記述は, 主として以下の資料に依拠している。Institute of Medicine, *An Evaluation of the Long-Term Care Ombudsman Programs of the Older Americans Act*, 並びに R, Brown with Legal Counsel for the Elderly, *The Rights of Older Persons* による。
- (3) カリフォルニア州では, NPO の経営する施設は, 1991年現在20%以下であるが, そのケアは営利企業の施設よりよいことが指摘されている。California Elder Law-An Advocate's Guide 12-6.
- (4) *Protecting America's Abused Elderly: The Need for Congressional Action*, H. Rep. No. 810, 102 Cong., 1ST (1991).
- (5) カリフォルニア州では, Qualifying Admission としてナーシングホームへの入所の要件が規則で定められている (11-17)。しかし, 守られない場合についての規定はない。なお入所契約は, 州法で規制されている。入所者が, 障害の為契約にサイン出来ない時は, そのことが記録に残される (12-28)。カッコは, 注3の資料のページ数をさす。
- (6) 私保険が, ナーシングホーム利用料金をカバーする割合は少ない (“Brown, *supra* note 2, at 290”)。
関川芳孝「アメリカ長期療養ケアをめぐる新たな展開」週間社会保障 No. 1507参照。
- (7) 河野正輝「社会福祉の権利構造」p. 203参照。
- (8) “Institute of Medicine, *supra* note 2, at 32”.
- (9) “*Ibid*”
- (10) “*Ibid*”
- (11) “*Ibid*”

二 ナーシングホームの認可／メディケイド・メディケアから償還を受ける為の資格審査

SNF・ICF を経営するためには, 施設のおかれている州のライセンスを受けなければならない⁽¹⁾。施設がメディケイドやメディケアから償還を受ける為には, さらに連邦規則が定める SNF・ICF の基準に合致することが必要になる⁽²⁾。これら連邦の基準は, 「参加の条件」ともよ

ず、アメリカにおいては SNF や ICF の場合も含め広義のナーシングホームの費用の多くが依然として自費で賄われていることは重要である。LTC サービスの多くは、家族・友人・教会の会員・ボランタリーグループ・その他によってその大半を支えられていると指摘されている⁽¹⁰⁾。障害をもつ高齢者の70%が、配偶者・子供その他の私的な介護に依拠していると報告されている⁽¹¹⁾。この場合介護者の75%が女性で、介護者の多くが、又高齢であるとされている。

ナーシングホームに要する費用は、1991年現在で大雑把に見積もって600億\$と指摘されている。このうち280億\$がメディケイドからの償還であり、ほぼ同額に近い260億\$が、居住者及び家族の負担とされている。メディケアからの償還は30億\$近くで、20億\$以上が「私保険からの償還及びその他の政府事業からの給付」で賄われている。

因みに在宅サービス (home care) には、100億\$が使われているにすぎない。内訳は、メディケア44億\$, 州及び地方政府からの拠出13億\$, 民間保険からの償還や(利用者及びその家族の支払いを含む)その他の民間資金が26億\$となっている。なお、他の連邦補助事業 (the Older Americans Act や the Social Services Block Grant program) が、1993年度で12億\$ (1991年度58,800万\$) を高齢者のサービスに拠出している。

介助施設に要する全体としての費用は、ナーシングホーム、在宅ケアいずれと比較しても少ないとは推定されるものの、正確な推定を行なうことは困難とされている。多くの場合、介助施設の費用は、メディケアのような第三者支払いではなく、直接利用者や家族によって支払われている。調査結果は介助施設の居住者の半数が、自費だけで支払いをしているとみている⁽¹²⁾。多くの介助施設居住者が、SSI (Supplemental Security Income, 貧困な障害者や高齢者に対する連邦/州による所得補助事業) を受けていることは周知の事実である。つまり、介助施設の中には、一方で非常に高額でいたれりつくせりのサービスを提供する施設がある中で、他方では相対的に低い SSI の給付額に見合ったサービスだけを提

SNF, ICF には、メディケイドから支払いがなされる。メディケアは、SNF に対してだけ、100日を限度として支払われる。もっとも、メディケイドやメディケアからの支払いは、当該施設がその適用を受けることを希望し、かつ連邦規則や州法に基づく基準を満たしている場合に行なわれる（詳しくは、後述）。またもとよりメディケイドやメディケアからの支払いは、ナーシングホームの利用者がメディケイド或いはメディケアの受給適確要件を満たしていることが前提となる。それ以外の利用者は自費払いということになる⁽⁶⁾。

介助施設には、メディケイドやメディケアの適用はない。社会保障に基づく年金や SSI（生活扶助）を受けている場合には、それらがケアに要する費用をカバーすることになる。

メディケイドやメディケアからのナーシングホームへの支払いは、ナーシングホームの費用での全額に対するものであるから、基本料金によってなされるサービスについては、これらの適用を受ける入居者から超過料金をとることはできない。

いずれにせよ殆ど全ての州においてメディケイドからの償還額は、自費払いの場合より低くなっている。その為施設は、メディケイド受給者の入居を歓迎しない傾向がある⁽⁷⁾。法令はメディケイドの適用者がナーシングホームから公正に扱われるよういくつかの制限をナーシングホームに課してきた。しかし実際には、メディケイド受給者に対する入居時点や処遇内容における差別は解消されず、ずっと大きな問題であり続けたことは後述のとおりである。1987年の改正により、事態は改善されてきているがなお問題は残っており、メディケイド受給者への差別問題は、オンブズマンの取組むべき重要課題のひとつともなっている⁽⁸⁾。差別問題は、ナーシングホームサービスに投入される公的財源の絶対的不足が背景となって惹起されてきていることは、オンブズマンの勧告からも明らかである⁽⁹⁾。

メディケイドやメディケアからの償還という制度の存在にも関わら

と推定されている。短期滞在者の場合、長期滞在者よりメディケアから給付を受けている比率は高い（メディケアからの給付は、100日が限度である）。

長期滞在者の中には、精神的には正常であるが、硬化症や関節炎の為に機能的障害を負っている人もある。逆に精神的に障害を負っているが、身体的には健康でかなりの歩行が可能な人々もいる。ナーシングホームの中には、「植物人間」として昏睡状態にある人や生命維持装置をつけている高齢者を入居させているところもある。

長期入居者の平均入居年数は2年を超えるとされるが、日本の特別養護老人ホームと比較すると短いようにみえる。しかし、ナーシングホーム入居者の5人に1人は、家庭に帰ることができず、ナーシングホームまたは病院で終末を迎えると報告されている。短期の入居者は、一般病院から専門的介護を受けるため入居してくる人で、地域で生活するための通過施設としてナーシングホームを利用しているとみることができ。しかし、高齢の患者に対するメディケアから病院への償還方法が変更され長期入院させても利潤が少ないため、病院は高齢者を早めにナーシングホームに入居させるようになっており、その結果ナーシングホームに入居を許可されたものは、従来より高齢で病状も重くなってきていると指摘されている。この点はわが国とも共通する所で、それに伴いナーシングホームの入居期間も長期化しているものと推察される。又リハビリテーションの為にホスピスとしての利用まで様々な理由でナーシングホームを利用している高齢者とその家族が、様々な援助（advocate）を必要としていること、又求められている援助の多様性からその要請に応えられる援助の在り方が重要と考えられてきている。

5 ナーシングホームの費用

利用に要する費用は、施設によって異なり差が大きい。SNFは月額4千ドル以上かかるといわれている。契約時に、基本料金でどこまでのサービスがなされるのかを確認することが重要とされている。

多くの居住者が家族や友人と交流を持っているが、中には訪れる人もなく孤独な人も少なくない。こうした居住者の状況は、虐待 (abuse)・搾取 (exploitation)・放置 (neglect) の温床となりやすいと指摘されている。

ナーシングホームに居住する65才以上の高齢者は1991年現在、1,365,873人と推定されている。それは全てのナーシングホーム居住者(若い人もいる)の92%を占めている。介助施設の高齢者の数はより少なく52%, 216,020人である。

ナーシングホーム居住者は多くの場合、貧困である。このことが特に居住者を、弱者にしていると指摘されている。メディケイドから何らかの給付を受けている居住者の半数が、財産を使い果たしている。総額は州によって異なるが、こうした居住者は通常個人的な消費の為の費用(衣類・タバコ・電話代等)として月40\$を保有することが認められているだけである。他の者は、日常の金銭管理能力を喪失している。こうした場合普通、ナーシングホームは「代理受領」を認めているので、居住者の中には代理人に年金等を消費されてしまう者もある。

ナーシングホーム居住者について一般的には以上のようなことが指摘できるが、個々の状況は、居住者の関心・嗜好・才能・教育・人生経験・文化的背景・言語といったことにより、大きく異なることも指摘されている。さらにナーシングホームへの入居事由・予定されている入居期間・余命予測といったことも、居住者の状況に影響を与えていると指摘されている⁽⁵⁾。

4 入居期間

入居期間は、長期と短期に大別される。短期滞在者の中には、骨折や卒中等が原因でリハビリテーションを必要とする人々や死期が迫っていて終末医療やホスピスとしてのサービスを受けている人もいる。こうした短期入居の人々は、痴呆のような「身体的、精神的障害」(cognitive impairments)の為に長期間入居している人々より、人数的には少ない

3 ナーシングホームの入居者

アメリカでは65才以上の高齢者の割合は増加しており、1990年現在で13%であるが、2020年までには18%になると予測されている。特に85才以上の高齢者の増加が著しいと指摘されている。その数は、1990年現在の300万人から上昇しつづけ、2030年には810万人、2050年までには1,500万人になると予想されている。

やや古いのが1990年現在で、SNF・ICFの総数は約2万施設であり、ここに、約150万人の高齢者が入居している⁽⁴⁾。

1991年現在、ナーシングホームに居住する高齢者(65才~84才)は、全人口の2.7%(766,000人)にすぎないが、そのうち85才以上の者はナーシングホーム居住者の18%(552,000人)近くに上っている。高齢者(65才以上)の1%より少ない者が、介助施設に住んでいる(216,020人)。なお1991年現在、在宅の高齢者の17%(530万人)が、何らかの介護の援助(1ADL or an ADL)を必要としているものと推定されている。そのうち丁度100万以上の人々が、より重篤な介護(three or more ADLs)を必要としていると考えられている。

ナーシングホーム居住者の男女比率は1対3で女性が圧倒的に多い。入居者の90%は、配偶者がいない。居住者には白人が多いという指摘もある。大多数の人が、関節炎・心臓病・高血圧症・視力、聴力の減退といった慢性的な疾患をもっている。半数以上の居住者が、緊急病院(an acute-care hospital)からの移送である。こうしたことからみても、高齢者自身並びにその代理人が「注意深く施設を選ぶ」機会は殆どないと言ってよいだろう。多くの調査結果は、ナーシングホームの入所に際し、居住者自ら特定の施設を選択することはなかったことを指摘している。

ナーシングホーム居住者の相当程度の者が、アルツハイマーその他の痴呆症の為に程度に差はあれ何らかの心身喪失状態にある。又多くの者が、視聴覚並びに言語障害を負っている為に、意志の疎通を欠くことが少なくない。何人かの者は、重篤な疾病や絶対安静を求められている為に、寝たきりであったり、椅子に腰掛けたままで一日を過ごしている。

度には注目すべきものがみられると指摘されている。また介助施設居住者の高齢化が進んでおり、様々な障害を抱えてきている例も報告されている。1994年には、介助施設の居住者の30%が84才以上で、他の30%が75才から84才、そして20%だけが65才という調査結果も発表されている。このことは、介助施設の居住者が高齢化してきていることを示している。これらの人々の中には、1960年代、70年代の「非施設化（施設から在宅への動き）」政策の中で、いわゆる「施設」から介助施設に移行させられた人々が含まれており、今やこれらの人々が、精神保健サービスに加えて、本来の意味での高齢化に伴うサービスを必要としてきているという指摘は重要である。調査結果は又、介助施設居住者の障害の程度が、過去10年を超えるスピードで増加することを予測している。なお、介助施設居住者の10～15%が、知的障害もしくは経験発達障害をもち、およそ33%が精神病と診断されている⁽²⁾。

2 ナーシングホームの所有形態

アメリカのナーシングホームの約8%は、政府によって所有・運営されている。残りは、民間ということになるが、このうち約22%は教会のような非営利団体によって運営され、70%は営利団体によって運営されている⁽³⁾

1960年代の半ばに、メディケイド（Medicaid 医療扶助）とメディケア（Medicare, 高齢者医療保険）が制定され、ナーシングホーム利用費用が医療費として、ナーシングホームに償還されることになった。その結果、アメリカでは1960年代後半から、70年代前半にかけてナーシングホームは、ビッグビジネスとなりその株が証券取引所で取引されるまでになった。さらに、国あるいは地方レベルでナーシングホームのチェーンが形成され、しかもこのような形で運営されるホームの割合が高まっていったといわれている。ナーシングホームをめぐる人権問題の背景にこうした実態が関係していたことは想像に難くない。

高齢者中心、障害者中心、複合的なところと様々である。

同様に支払方法や施設への規制の在り方も様々である。少なくとも10州以上の州においては、複数の当局が介助施設への規制に責任を負っている。多くの州で精神保健局や発達障害局等と呼称される部局が、それぞれ対象者別に介助施設にライセンスを与えている。

1990年現在で、32,000以上のライセンスを付与された介助施設が、主として高齢者を対象として或いは障害者を含めた複合的な形でサービスを提供している。この数字には、障害者だけを対象とし保健局によってライセンスを付与されている施設や児童や被虐待者の為の施設は含まれていない。こうした施設を含めると、いわゆる介助施設はアメリカ全土で36,000以上に上ると推測されている。加えて、ライセンスを得ていない介助施設が存在するが、その数は不明である。多くて28,000と推測するデータもある。そのような介助施設の中には、得るべきライセンスを得ていない非合法的なものと、当該州が求めているライセンスの要件に合致しない為に合法的にライセンスをもたない施設が含まれている。

全ての介助施設が小さく家庭的というわけではないが、ライセンスを付与されている施設の67%が、小規模のものである(2—10床)。介助施設には、個人の古い大きな家が改造され使用されている場合が多いという指摘もある。全体の3分の2の施設が、10床以下の規模であるが、他方50床以上の施設も全体の3分の1を占めている。

介助施設と同様のサービスを供給している他の施設(アパートを含め退職者の家や高齢者の町といわれるもの retirement communities and congregate settings)も含めて考えるなら、ライセンスを受けていない介助施設についても同様の傾向が指摘できるとされている。この意味でのライセンスを受けていない施設に居住する人々の半数以上が、50床以上の施設に住んでいる。

ナーシングホームの居住者と比較して、介助施設の高齢者は総じて若く、機能的にも自立度は高い。又ADL(高齢者の身体的な自立度を計る基準)もナーシングホーム居住者に比較して高いが、障害のタイプや程

準看護婦を置くことを義務づけられている。従来は、SNF と ICF で看護婦についての条件が異なったが現在はこの点では両施設の間での区別はなくなっている。従って改正法は、メディケイドのもとで「ナーシング施設ケア」と呼ぶ新しいケアのレベルを設立する為、高度 (skil) と中度 (intermediate) の区別をなくし両者を合体させたとして表現されている⁽¹⁾。

なお補足すればナーシングホームの利用者は、ほとんどが高齢者である。通常ナーシングホーム (又はナーシング施設以下同じ) という場合は、SNF と ICF を指す。より広義の意味では、SNF や ICF に後述の介助施設を加えてナーシングホームという。さらに広い意味ではその他の高齢者の居住用施設 (group residential homes) 一般を含めて用いられている。因みに後述の LTC オンブズマンは、施設 (Long Term Care Facilities, 以下 LTC 施設という) で生活する高齢者の保健、安全その他の諸権利を守る為の支援活動を行なうものであるが、そこでいう LTC 施設には、ナーシングホーム (nursing facilities, メディケイドやメディケアからの償還の適用を受ける施設かどうかを問わない)、介助施設、その他の居住用施設が含まれている。

(3) 介助施設 (Board & Care Homes, B & C Homes)

60万人から100万人に上る高齢者や障害者が、介助施設で生活していると推定されている。介助施設は、domiciliary care homes, personal care homes, residential care facilities, homes for the aging, rest homes, adultcongregate living facilities, assisted living facilities, adult foster care homes 等と呼ばれている。介助施設は、基本的な医療ケアを提供する施設と考えられていて多くの場合居室と食事が提供され、衣服の着脱・入浴・排泄の際の介助等が行なわれている。その規模は様々でベッド数2のものから100以上のものというように多岐に涉っていると指摘されている。月々の料金は、383\$から4000\$以上にわたり、提供されるサービスの範囲や量にも相異がある。施設によっても、

- (10) 法的な視点、特に手続的な整備についてここでは問題にしている。人的物的基盤整備の為の財政上の課題等重要だがここでは直接の対象としていない。
- (11) Traial, August 1992.
- (12) アメリカでは、十分なケアサービスが提供されないといったことや、意思に反して施設に入所させられることも老人虐待の範疇でとらえられることがある。

なお、介助施設は、連邦政府の規制を受けていない。一般に介助施設を管理する州の規則も SNF や ICF については大きな改正がなされたことから、1990年代のナーシングホームの一番大きな問題は、介助施設にあると指摘されている。

II 概 要

一 ナーシングホーム概観

1 ナーシングホームの種類

ナーシングホームは医療ケアの水準により、3種類に分類されている。

(1) SNF

高度看護施設 (the Skilled Nursing Facility, 以下 SNF という) は、病気ではあるが入院には及ばない入居者に対し、高度な看護やそれに関連するサービスまたは、リハビリテーションサービスを提供する施設と定義されている。医療指導ができる内科医の常置が条件とされる。

(2) ICF

中度看護施設 (the Intermediate Care Facility, 以下 ICF という) は、病院や SNF におけるケアとは異なるが整ったケアに基づき入居者の世話や健康管理のためのサービスを提供する施設とされている。

1987年のナーシングホーム法の改正に伴い、1990年10月1日から SNF も ICF も、1日8時間、週7日勤務の正看護婦1人と全日勤務の

供給量はその性格から、住民のニーズ自体よりも「介護保険の保険料総額とのかかわり」で決定される傾向をもつことにも留意する必要がある。橋本宏子「介護サービスの供給体制」佐藤進他編『介護保険法』p. 107参照 なお後述注7参照。

- (2) 正確には、橋本「前掲論文」参照。
- (3) 橋本宏子「福祉行政と法」5章他参照。橋本宏子「福祉サービスと権利保障(2)」神奈川法学23巻2号掲載予定。なお、本稿「ナーシングホームと法」は、「福祉サービスと権利保障(1)在外研究覚書」研究年報第16号(平成9年10月)神奈川大学法学研究所刊、ならびに神奈川法学23巻2号に続くもので、実質的には「福祉サービスと権利保障(3)在外研究覚書」となるものである。
- (4) 後述のように、アメリカではナーシングホームの入所に関し、例えばメディケイド(医療扶助)の受給者を差別することが禁じられる等、いくつかの規制がある。しかし入所費用が支払えなくなった場合、利用者の退所は当然のこととして容認されている。
- (5) 橋本宏子「覚書 イギリスにおける苦情処理手続について」神奈川法学28巻1号参照。なお、イギリスではオンブズマンや司法審査の利用は、苦情処理制度が出来たことにより、相対的に増加している。それだけ、苦情が顕在化してきたということであろう(この点については、橋本宏子「福祉サービスと権利保障(1)」研究年報16号(神奈川大学法学研究所刊)参照。
- (6) 岡本祐三氏は、老人保健施設を日本型ナーシングホームとみている(「米国のナーシングホームとわが国の老人保健施設」Medical Way Vol. 4/No. 5 1987)。アメリカの老人虐待の実態については、例えば、早川武夫「アメリカの老人ホーム」法学セミナー No. 404 1988参照。
- (7) 田中幹夫「在宅ケアサービスをめぐる民間委託と公的責任」ジュリスト増刊 1993年4月。
- (8) 今後の高齢者福祉サービスを、どこまで直営で保障するのかについては、老人福祉計画や介護保険計画でも明らかにされていない。介護保険下では、サービス供給の多くが民間によって供給されることが予定されていることは明確だが、民間の社会福祉事業への助成の費目や限度、憲法89条との関係についても改めて整理検討することが必要である(小川政亮「社会事業法制」p. 162以下参照)。従来の助成の在り方から離れて、アメリカにおけるヒルバートン法(後述参照)や社会保障法 TitleXX(橋本宏子「住民参加と法」参照)のような形での補助金の在り方を検討することも必要になってこよう。介護保険法に対する提言として「基盤整備の充実」が言われているが、注1と共に上述の点も視野にいれておくことが重要であろう。
- (9) 後述するアメリカのヒルバートン法やナーシングホームに対する監督の在り方は、この点についての参考となろう。

化していることも付記しておきたい)。

(注)

- (1) 例えば現在の法律では「市町村老人福祉計画」は、老人福祉法に基づく「福祉の措置に関する事業の供給体制の確保に関する計画」(老人福祉法20条の9, 下線筆者以下同じ)と規定されているが、同法20条の9は改正され、平成12年4月1日からは、「老人福祉事業の供給体制の確保に関する計画」となる。この改正法のもとでも市町村は「当該市町村の区域内において確保すべき老人福祉事業の量の目標」を定める責務を負っていることは間違いのない。この点を確認しておくことは重要だが、他面そこでは、直営方式へのこだわりはさらに捨てられ、市場機構を通じて供給されるサービスをも視野に入れた「老人福祉事業の供給体制の確保」が予定されていることも見逃せない。国の生存権保障への責務を規定した憲法25条の理念からしても本来であるならば、この政策の転換については、まず国の具体的な説明と国民の合意が求められてしかるべき事項である。市場機構を利用するにしても、「公的責任を担保する為の手續の整備」(例えば、生存権保障の為の「規制行政の再構成」等)が必要と考えるが、この点も明確には表明されていない。

また、「市町村老人福祉計画」にいわゆる「老人福祉事業」とは、「老人居宅支援事業と老人福祉施設による事業」をさすとされる(20条の8 1項参照)。市町村が、国や都道府県の補助を受けつつ単独事業として実施してきた「入浴サービス」「給食サービス」「移送サービス」等は対象とされていない)。「市町村老人福祉計画」が対象とする「老人福祉事業」は住民が必要とする全ての老人福祉事業を対象とするものではないことも留意されなければならない。

また「市町村老人福祉計画」における「老人福祉事業」の目標量を定めるにあたっては、「(老人福祉事業)のうち」「老人居宅生活支援事業、老人デイサービスセンター、老人短期入所施設及び特別養護老人ホームに係わるもの」(老人福祉施設のうち、養護老人ホーム・軽費老人ホーム・老人福祉センター・老人介護支援センターは除かれていることになる)については、法が掲げる介護保険給付対象サービスの種類ごとの量の見込みを勘案しなければならないとされている(詳しくは20条の8 3項参照)。さらに市町村老人福祉計画は、市町村介護保険事業計画等と調和が保たれるものでなければならないとされている(正確には20条の8 7項参照)。「市町村老人福祉計画」の立案は、介護保険制度に基づく給付と直接関係しない「養護老人ホーム」等についてはともかく、介護保険給付と関連する「老人福祉事業」の「老人福祉計画」は、基本的には介護保険事業計画に基づく供給量に規定されることになるとみてよいであろう。「市町村介護保険事業計画」に基づく事業の

ある。その意味では、「III 私的救済」が本稿の中心であり、「II 概要」は、検討の為の予備的考察ということになる。しかし「II 概要」で触れたことが、それ自体として多くの示唆を含んでいることも、纏めで指摘するとうりである。

「II 概要」ではまず、アメリカのナーシングホームについて簡単に説明し、ナーシングホームに対する連邦政府並びに州政府の規制が、どのような法律に基づきどのように及んでいるのかを整理する。さらに規制が守られない場合には、連邦法や州法の下で、どのような執行救済の方法が確保されているのかを概観する（利用者が、争訟制度を通じ執行の行使を求めることが出来るかはとりあえず別の問題とする）。執行救済のひとつに位置付けられるオンブズマン制度は、ADR (Alternative Distribute Resolutions) としての意味ももっている。法的にも検討しておくことが多いので、別に項をたてて論じることとした。「ナーシングホーム利用者の権利保障に関する法と救済の仕組み」では、ナーシングホームの利用者の権利の保障に対し、どのような法律が関係し、また争訟を通じてそれらがどのように活用されてきたのか、されうるのかが検討されている。この項は、前述の「執行救済」と部分的には表裏一体をなしている。また本項では、ケアの質を問題とする裁判の困難さが指摘され、「ケアの質の保障への法的な取組みの必要性」という「II」の問題意識への示唆ともなっている。

「I」では最後に、1987年の改正にふれ「従来のナーシングホームに対する公的な規制のどこに問題があり、それが改正によってどのように是正されたのか」が提示され、「II」に繋がれている。

なお、本研究は在外研究期間（1995年8月から1996年8月）を挟み数年に亘って検討されてきたものではあるが、対象の複雑さと筆者の力量の不足からなお十分な纏まりをえていない。研究論文としては、細かな点で未完成な点が多い。しかし介護保険法の実施が目前に迫っていることから、「覚書」としてこれを整理し今後の研究の縁としたいと思うものである（本稿の脱稿後、「社会福祉基礎構造改革」の動きが、にわかには活発

チが検討されてきた。また87年の改正法は、ナーシングホームへの監督の在り方を始めいくつかの問題点を制度的に改善してきた。しかしながらアメリカにおける高齢者虐待はなくなったわけではない。厳しい財政状況のもとで87年改正法の実行性がどの程度担保されるかについては制定当初から疑問視する声も指摘されてきた。Elma Holder (director of the National Citizens Colation for Nursing Home Reform in Washington) は、「法は実施されていない。いくつかのナーシングホームは、ケアを改善しているが、多くの施設は、必要な変更をすることに抵抗しており、依然としてスタッフ不足、資金不足の状態が続いている」と述べている⁽¹¹⁾。のみならず介助施設や在宅ケアサービスの実施過程で生じてくる老人虐待の解決は、21世紀への残された課題といわれている⁽¹²⁾。その理由はどこにあるのだろうか。財源の不足が大きな要因であることは間違いないにせよ、それだけなのだろうか。

そもそも福祉サービスの供給を市場に委ね、国は規制と補助を通じて市場を規制することで、高齢者の生存を保障することは、本当に可能なのだろうか。

こうした疑問は、依然として残されている。そうではあるが、わが国の主たる福祉政策がアメリカ型に移行しつつある現在、アメリカにおいて模索されてきた言ってみれば「公的責任を担保する為の手續」に学びつつ、そこからわが国への示唆を得ていくことも又必要なことであることは、間違いない。

ナーシングホームにおける人権保障の「効用と限界」を明らかにし、そこからわが国における問題を検討しようとする本稿の問題意識は、このような背景を前提としている。

本稿は、大別して二つの部分から構成されるが、研究の主題は、「ケアの質を巡る訴訟とその法的課題」を検討することであり、そこから「ナーシングホームにおけるケアの質を保障する為に、法は何をすることが出来るか。何を検討しなければならないか」を明らかにすることで

例えばナーシングホームは、施設を運営するにあたっては、州の許可を受けなければならない。またメディケアやメディケイドからの償還の資格をえるためには、全てのナーシングホームは、連邦政府の法・規則に従わねばならない。

このことは1980年代の始めにおいて既にある程度確立されていたことであったが、実際には連邦や州の法令に違反する事実が罷り通っており、結果としてナーシングホームでの老人虐待は解決されず、1980年代を通じてその政治的解決を求められてきたということになる。連邦政府が永い検討過程を経て、1987年財政一括削減法（Omnibus Budget Reconciliation Act of 1987 (OBRA 以下改正法と略), Pub. L. No. 100-203, Title IV, Subtitle C SS 4201-4206, 4211-4216, 101 Stat. 1330-160 through 1330-220, 42 U. S. C SS 1395i-3 (a)-(h), Medicare and Medicaid, respectively.) と高齢者法の改正（Older Americans Act amendment of 1987, Pub. L. No. 100-175 (1987)）を成立させたことは、事態の深刻さを他面から示唆している。

現在では連邦政府の規則は、「入居者の権利」を保護するために存在していると解されており、ほとんどの州がまた同様の規定をもつ。加えて、高齢者法に基づき、ナーシングホームへのオンブズマンのかなり日常的な「監視」もなされている。

またアメリカでは、わが国と異なりクラスアクションが認められており、当事者適格も広く解されてきている。命令的インジャンクションも相当広範に認められていることが指摘されている。こうしたことも、高齢者の権利保護を支えているものと一応は推測される。いってみればアメリカでは、「高齢者福祉において市場サービスを前提とし、その利用を当事者間の契約に委ね国はその費用の一部を保障するといった制度方式」を採用する前提条件がそれなりに整っているようにも見受けられる。

現実はどうであろうか。従来ナーシングホームをめぐる問題については、様々な法律に根拠を求めながら、訴訟を通じた問題解決のアプローチ

本論に入る前にアメリカのナーシングホーム（アメリカのナーシングホームには以下のような種類があるが、一応 SNF はわが国の特別養護老人ホームに近いものとして説明しておくことにしたい。正確には後述参照）について簡単に説明し、こうした本稿の問題意識を今少し敷衍的に述べておくことにしたい。

アメリカではナーシングホームの利用は、施設と利用者の契約によって決まる。費用の面からすると、毎年330億ドル以上の費用がナーシングホームでのケアのために支出されている。この費用の半分以上は、国・州・地方によって支払われ、残りは入居者の負担となっている。ナーシングホームにおけるケアの最も大きな支払いの部分は、メディケイド（Medicaid 医療扶助）によっている。メディケア（Medicare, 65才以上の高齢者を対象とする老人医療保険制度）は、SNF（高度看護施設, Skilled Nursing Facility）における介護を必要としている高齢者に100日間を限度として支払われる。メディケアは、ICF（中間看護施設 Intermediate Facility）には支払われない（なお、SNF/ICFについては、後述の1987年の法改正の項参照）。介護の程度の軽い人々を対象とする介助施設（Board and Care Home 等と称される）には、メディケイドやメディケアの適用はない。これらの施設を利用している人々の場合、社会保障法に基づく年金やSSI（生活扶助 the Supplemental Security Income program）からの支払いが、ケアに要する費用をカバーするようになってきている。

加えて指摘されなければならないことは、アメリカではナーシングホームに対し日本とは比較できない様々な規制がなされていることである。又「その規制の在り方」について過去様々な試行錯誤が繰り返され今日に至っていることも指摘しておく必要があるだろう。

北欧諸国やイギリスと比べた場合、福祉における自助努力がその特徴として指摘されるアメリカであるが、この国の人権保障への永い歴史を考えればむしろ当然のことにも思えてくる。詳しくは後述するとして、

- 2 利用にあたり公平な優先順位の決定が確保されるような補充的制
度があること⁽⁹⁾
- 3 苦情処理制度が整備されていること
- 4 サービス事業者の自己点検・自己管理のシステムが実質化されて
いること
- 5 国の基準監督責任が、利用者への義務として規定され、その保障
が具体的に担保されていること
- 6 国が十分な監督をしない場合には、利用者等が監督の行使を求め
る争訟制度が確立していること。事後救済としての「損害賠償制
度」が確立していること

が必要になってくるものと考えられる⁽¹⁰⁾。

これらについては、例えば苦情処理制度の例にみるようにその必要性が既に指摘されていることが大半であるが、具体的にどのような制度を設定することが可能でかつ効果的であるか、或いはどのような点に解決困難な課題が残ると予想されるのかについてはあまり検討されていないのが実情といえよう。

さてアメリカでは、1960年代末以降ナーシングホームでの様々な人権問題が明るみにされ、状況を改善する様々な試みがなされ、或いは提起されてきた。

本稿は、そのような試行錯誤の結果アメリカでは「人権保障の為のどのような法的枠組みが整備されてきたのか」、さらに「その効用と限界」を明らかにすることにより、わが国において解決をせまられている上述のような課題を検討する手がかりをえたいとするものである。その前提にわが国の高齢者福祉サービスのあり様が限りなくアメリカ型に近付いてきているとの認識があることは前述のとおりである。さらにいえばアメリカ型の「高齢者福祉」において、果して国家は人々の生存を保障するというその義務を果たすことが最終的に可能なのかという懸念もないわけではない。

入所者」の処遇上の平等をどう保障していくかというアメリカで生じてきた問題と類似の課題が日本でも生じてくることが予想される⁽⁶⁾。

また契約関係に移行することにより、民法の不完全履行にあたるようなサービスの給付があった場合の公的責任は今以上に後退することも考えないわけにはいかない。施設の利用関係が私的な契約であるならば、利用者から国の責任を求めることは法理論的に困難と考えられるからである。

せめてサービスの実施過程に対し、国の適切な監督がなされることが期待される。しかしながら、福祉行政においても「規制緩和」を求める一般的な流れを受けて「規制緩和」を求める声は、一部で強まってきている。

必要なことは、「規制緩和」ではなく「規制の在り方」にあると考えられるが、仮にサービスの質や量についての国の基準が設定されたとしても、施設が基準を遵守していない場合に利用者が訴訟により施設への国の規制を求めることは、「原告適格」の面からしても、また「義務づけ訴訟」の現状からみてもわが国においては困難な問題が多い。施設への国の監督も、あくまで「権限」であり、利用者への「義務」として観念されているわけではないのである（例えば、老人福祉法18条参照）。

もっとも国が基準を設け、その基準を守らせる義務を自らに課すことになれば、利用者の方で国の義務違反を手がかりに損害賠償の請求をする余地も出てこよう⁽⁷⁾。しかし介護保険施設についての「設備及び運営に関する基準」（介護保険法第5章第3節参照）、特に指定居宅サービス事業のそれは、こうした視点からの基準設定とは程遠いものといわなければならない（73～78条参照）。サービスの質や量について実際には十分な基準は設けられていないし、基準の策定について住民参加の手続的保障もないのがわが国の現状である。

このようにみえてくると、介護保険法のもとにおいて福祉サービスへの公的責任を担保する為には、さしあたり

1 サービスの供給体制を確立すること⁽⁸⁾

らの契約条件を受け入れている場合も少なくないと推察される。当事者間の契約関係を前提としている以上、異論を挟む余地はないようにみえるが「高齢者と施設（病院）」という必ずしも対等とはいえない当事者関係を考慮すれば、措置から契約への移行は簡単には受入れ難いものがあるといわなければならない。

介護保険法のもとでも、それぞれの「介護保険施設」が契約時に、（現在の老人病院のように）介護保険給付費以外の支払いを利用者に求めることは論理的には可能なようにみえる。

仮にこうした懸念が杞憂に終わるとしても、介護保険法のもとでは例えば特別養護老人ホームの場合食費は介護保険給付費に含まれないと考えられている為、食費相当分や「施設介護サービス費の1割」と規定されている自己負担分を入所者は、介護保険給付費とは別に施設に支払わなければならないことになっている（例えば介護保険法48条参照、以下条文は断りなき限り介護保険法をさす）。こうした「自己負担分」を利用者が支払えない場合どうなるのかは、施設側にとっても懸念材料となっている。

アメリカでは自費払いが困難になった入所者を施設が追い出したり、他の施設に移送する事態が相次ぎ大きな社会問題となったことは後述のとおりである。高齢者福祉施設の場合「契約自由の原則」に委ねきれない問題がそこには存在するとみななければならない。介護保険下のわが国では、「施設介護サービス費」や「措置費」とは関わりなく高額な利用料を支払って全くの「自由契約」で特別養護老人ホームを利用することも一般化してくるものと考えられる。一方に介護保険法上は「要介護」と認定されないが、実際には諸般の事情から在宅での介護が難しい高齢者が存在し、他方に「介護保険法」の下での施設介護サービス費に基づく経営に苦慮する施設が存在するとすれば、「自由契約での特別養護老人ホームの利用」はかなりの現実性をもってくることになろう。そこでは「措置入所者」「施設介護サービス費による入所者」「自由契約による

介護保険法が実施されると、老人福祉法の下での措置制度はこのままいくと将来的には「解体」もしくは縮小されることになろう。既に介護保険法の公布に伴い老人福祉法についても改正がなされており（平成9年12月17日法律124号による改正。平成12年4月1日から施行）、この点については例えば「65才以上の者であって、身体上又は精神上著しい障害があるために常時の介護を必要とし、かつ居宅においてこれを受けることが困難な者が、やむをえない事由により介護保険法に規定する介護老人施設に入所することが、著しく困難であると判断される時は、市町村の措置に基づき特別養護老人ホームを利用出来る」とされている（詳しくは改正老人福祉法15条2項参照）。

措置制度については、国と利用者の「支配・服従」的な関係を拭いきれない等の理由から批判があり、上述のような「措置から契約へ」という政策の動向には賛成の意を唱える向きも少なくない。

しかし措置制度が抱える問題の多くは、人的物的資源の不足に関連するもので直接に「措置」か「契約」かの相異によって生じる問題ではない。また人権保障上の課題については、措置制度のもとで広義の利用手続を整備することによって展望の開けることも少なくない⁽³⁾。逆に純然たる契約方式に移行することによって、基本的には「契約自由の原則」のもとに施設の側にも「利用者を選ぶ権利」が保障されることから、結果として緊急度の高い重篤な高齢者や、貧困な高齢者の「介護保険施設」の利用が後回しになることこそ懸念されねばならないだろう⁽⁴⁾。仮に「苦情処理制度」が確立されたとしてもこうした苦情を解決する為には多大な努力が必要とされることは他国の例が示すところである⁽⁵⁾。

老人保健施設の場合は現在でも契約方式である。老人保健施設の場合、契約時に「おむつ代」等の名目で老人保健法から給付される「老人保健施設療養費」以外の支払いを請求されることがあるときいている。老人病院についても同様のことが指摘され、その自己負担額には施設或いは病院によって相当の差があるともいわれている。高齢者の利用出来る施設や病院の数や質が十分でない現状では、利用者はやむをえずこれ

「介護サービス或いは居宅介護サービスを受けることが出来、その費用については介護保険から当該高齢者に〈施設介護サービス費〉が支給される」ことになる。

このように介護保険法は、介護のために必要とされる費用の一部を保険制度を通じて被保険者に給付することを予定している。つまり介護保険法のもとでは「介護給付等対象サービス」は、市町村によって直接供給されるだけでなく、むしろその多くが都道府県知事の指定や許可を受けた民間の事業所によって提供されることが予定されている。このことは「福祉サービスの供給自体に対する公的責任」を転換させる、或いは少なくとも大幅に縮小させるものであることは間違いない⁽¹⁾。その意味では本来、憲法25条を始めとする憲法論の展開と国民の真の合意が必要とされる問題であるといわなければならないであろう。

いずれにせよわが国の高齢者福祉は雑駁な言い方をすれば、介護保険法の導入により国（地方公共団体、以下、地方自治体という）が実施主体として福祉サービス自体を提供する「イギリス型」から、サービスの供給自体は基本的に民間に委ね施設サービスや在宅ケアサービスの利用に要する費用の一部を国が高齢者医療保険や医療扶助から償還する「アメリカ型」に転換しつつあるとあってよいであろう。

ところで介護保険法における施設介護サービスとは、介護福祉施設サービス・介護保険施設サービス・介護療養施設サービスをさすが、これらの施設は大まかに言えばそれぞれ従来の特別養護老人ホーム・老人保健施設・老人病院に対応している⁽²⁾。

特別養護老人ホームについては現在市町村に入所の申込みをし、市町村が入所の必要性を検討した上で入所を決定するいわゆる「措置制度」が採用されている。介護保険法のもとでは、「要介護認定」を受けた高齢者は、自分の選択した特別養護老人ホームと直接契約を結び入所することになる。その費用は「施設介護サービス費」として介護保険から給付されることになるわけである。

「連邦規則から請求権を導き出すことの適切性の問題」から「連邦裁判所の管轄権」「州の行為」や訴えの利益 (standing) 一を提起しており、前述してきた問題を具体的に理解する手がかりとなっていることも付記しておきたい。

7 このようにアメリカの状況から学ぶことは少なくないが、他面アメリカの現状は多くの課題をも残している。苦情申立制度の有効性については疑問が提起されているし (IIの六参照)、管財人制度についても主として財政的並びに人的資源の欠如からの限界が指摘されている。多様な執行救済制度が検討されてきているわりには、その実行性は十分ではないともいわれている。

さらに最もニーズの高い者を優先的にナーシングホームに入所させることやナーシングホームの利用料を支払えなくなった利用者の退所を阻止する方法は、現在のアメリカの制度の下では当然には保障されていない。大まかにいえばアメリカの社会保障は、福祉サービスの供給を一義的に市場に委ね、費用の保障と市場への規制を通じてその実質化が担保されているわけであるが、この最後の点はこうしたアメリカ型社会保障の限界と直接に関連する問題のようにも思えてくる。そこでは虚弱な高齢者の生存はことその他保障が難しいことになる (この点に関連して、拙稿「住民参加と法」pp. 309~310参照)。この点も念頭に入れながら以下記述を進めることにしたい。

I はじめに

わが国では一昨年 (1997年12月17日)、介護保険法 (平成9年法律第123号) 及び介護保険法施行法 (平成9年法律第124号) が公布され、2000 (平成12) 年4月1日から施行されることになった。

介護保険法においては、「市町村に要介護認定の申請をし、当該市町村が要介護認定をした高齢者 (被保険者) は、本人の希望により施設介

点です。すでに原告の中には、連邦裁判所において「連邦法令に定められた SNF に対する参加の条件」への違反を理由に、「黙示の請求権」(an implied cause of action)に基づき、ナーシングホームを相手どり訴訟を提起する動きも出始めている。この点に関連し裁判所の中には、42 U. S. C. §1983や連邦憲法に依拠する請求権を導き出す為に「ナーシングホームは、州の行為 (state action) に含まれる行為を遂行しており、従って原告は連邦憲法違反を理由に直接ナーシングホームに対し請求することが出来る」と判決するものもある。ナーシングホームを始め、福祉サービスの供給の多くが市場に委ねられているアメリカの現状からして興味深い判決といえよう (IIIの四の4 参照)。

又州の「消費者保護法」や「住居規則」(housing code)に関する違反を理由に請求権を主張する動きも注目されてきている (IIIの四の4の(3) 参照)。

わが国では、介護保険法の導入に関連して消費者保護法の改正が議論にはなっているが、高齢者の生存権を実質化する為の関係法の整備は、今後の課題である。

制度の相違をこえて表面的な比較をすれば、わが国では施設や在宅サービスの利用者が、委託先のサービス供給者により、提供されるサービスの質に問題を感じた場合、実施機関の責任を追及することは、サービス利用者の「原告適格」の面からも困難が指摘されてきた。アメリカでは(わが国でいう)福祉サービスの領域で「利用者の生存権」が表面から問題にされることはないといっただろうが、請求権 (Cause of Action) が認められることにより、実質的な生存権の保障に通じる面がみられることは、わが国の現状と比較し興味深いものを感じられる。わが国でも行政の取締りが不十分な場合に、利用者が行政に権限の行使を求める権利を法律上明確にしていくことが必要である。

なおアメリカを研究する場合、後述のスミス事件を始め連邦裁判所や州裁判所における少数だが重要な事件が、多くの法律問題—例えば

をどのように構成し、裁判所にそれを容認させるかが難しい問題とされている (IIIの四の4 参照)。

5 ところで本稿では、当初の問題意識との関係から、アメリカでの「命令的インジャンクションを手段とする利用者の救済」に中心的な関心をおいているが、救済 (remedies) の方法としては

- ① 損害賠償
- ② 命令的インジャンクション
- ③ 管財人の任命

があることを指摘しておきたい。

特に③は、わが国でも今後注目されてよい救済方法のひとつである。

6 さらにアメリカでは、居住者の主張の根拠となる請求権 (Cause of Action) をどのように構成し、裁判所にそれを容認させるかも難しい問題とされてきたが、その主たる法理論として (IIIの四の4 参照)、

- ① 不法行為論
- ② 契約違反
 - (a) 契約条項に基づく
 - (b) 第三者の為の契約

の他

- ③ 法により創設された請求権として
 - (a) 州法令に基づく請求
 - (b) 連邦上の権利に基づく請求 (例えば、メディケイド法令等)

が構築されてきた。

1970年代には、前述のような様々な困難を超えてナーシングホーム居住者から州裁判所に数十の障害事件が提訴されている。その多くは主として懈怠 (negligences) 等を理由とする不法行為理論に基づいているが、いくつかは契約上の請求に基づいて訴訟が起されている。又この時

(命令的インジャンクションを求める場合)に固有の問題として、特に「義務と裁量」の問題や「被告の主権免責」の問題をみていくことにしたい(IIIの二~四 法の執行の過失を理由とする州機関に対する訴訟/法の執行の過失を理由とする連邦政府に対する訴訟 被告の項参照)。

アメリカにおいてもナーシングホームに関する行政の執行義務の多くは、「裁量的な義務」とされている。しかし義務に対する明確な基準が法令で定められている場合には、義務を行使しないことが裁量権の濫用に当たると判断される場合も少なくないことは参考になろう。

わが国では、施設サービスや在宅福祉サービスへの法令の規制基準は、アメリカと比較し大まかであったり、基準そのものが存在しなかったり、法令では規定されていないという実情がある(この点についての日本の現状については、河野正輝「社会福祉の権利構造」第四章参照)。サービスの供給主体への統制基準という視点からも、基準の明確化が必要とされる。

以上を検討する中で(ナーシングホームを被告とする場合も含め)、ナーシングホーム訴訟がもつ固有の困難さにも注目していきたい。その困難さは、

(1) 原告を巡る状況に起因する問題(例えば、施設からの仕返しを恐れて、原告になることを躊躇する人が多い等)

(2) 法技術上の問題

に大別される。

(2)の問題としては、例えば

① 因果関係の実証、それに関連する事実認定の問題と専門家の採用

② 損害賠償額の認定

が、あげられる。

中でも法的な問題点として、ナーシングホームを相手に訴訟を提起したいと考えている居住者の主張の根拠となる請求権(Cause of Action)

分でない時、利用者は執行機関に権限の行使を求めることが出来るか」ということにある。しかし実際には、この種の訴訟で、国のみを被告とする場合は少ない。現実の訴訟では国（連邦政府や州等）を被告とする場合（命令的インジャンクションを求めたり、損害賠償を求める場合）、同時にナーシングホームを被告としていることが多い。又例えば、後述する論文 Nursing Home Quality of Care Enforcement（ナーシグホームでのケアの質を保障する為の救済方法を問題としている）等では、問題が litigation by Private Parties（私人によって提起される訴訟による救済）と State Agency Enforcement Remedies（違反に対する執行機関の制裁による救済）という2つの視点から捉えられている。つまり国を被告とする場合も、ナーシングホームを被告とする場合も Private Remedies として把握され特別に区別はされていない。こうしたことから、本稿ではとりあえず②と③を一緒にして、「ケアの質を巡る訴訟において共通する問題点」をみていくことにしている（III参照）。もっとも、仮にナーシングホームを被告とすることで「ケアの質」の確保に対する相応の解決が計られたとしても、私人と同時に国の責任を問題としなければならない状況においては、国も又被告とすることにより問題を解決していくことが必要であり、その為には国と当該私人相互の機能を念頭に入れた解釈論、立法論が必要なことも指摘されてきているところである。

IIIでは「ケアの質を巡る訴訟と法的課題」を、

- (1) 原告と訴えの利益
- (2) クラスアクション
- (3) 被告
- (4) 請求権

連邦法令に基づく請求権

州の行為

契約に基づく連邦法上の請求権

- (5) 連邦裁判所の管轄権

の視点から検討するが、その中で国を被告として訴訟を提起する場合

ところでアメリカについては、命令的インジャンクションが相当広範に認められることが国家責任との関わりで重視されてきた（IIIの二）。違法な行為や不作為に基づく損害を事前に防止することになる命令的インジャンクションは、福祉行政における救済の在り方を考える上で事前聴聞制度と並んで興味ある所である。

さらにアメリカでは、執行救済のひとつとされるオンブズマン制度において、州によってはオンブズマンが原告を代理し、或いは自らの権限に基づき争訟を提起したり、事前聴聞制度に関わってきている（IIの四参照）。アメリカではオンブズマン制度はADR（代替的紛争解決）としてだけでなく、争訟制度を利用者にとってさらに利用しやすいものにしていく為の手段としても機能しているといつてよいであろう。

こうしたことからアメリカから学ぶものは大きく、制度の相違を超えて多くの示唆をえることが出来ることが予想される。

4 以上の理由から本稿では、主として3つの視点からアメリカにおける「救済の在り方」をみていくことにしたい。すなわち、

- ① 執行救済の種類と方法（アメリカでは、ナーシングホーム利用者の人権を保障する為に20年以上試行錯誤が続けられ、特に1987年にはこの点に関する大きな法改正が行なわれている。日本の執行救済制度そのものにも、改善の余地があることから、①を検討する意味がある）→（IIの三参照）
- ② 執行権の行使が十分でない時、居住者は執行機関に権限の行使を求めることが出来るか（本稿の当初からの課題である）→（IIIの二参照）
- ③ ナーシングホームを被告とする訴訟（ナーシングホームを被告とする訴訟は、1990年代相対的に増加。施設への命令的インジャンクションを求める訴訟により、②の代替的解決手段となることがある）を巡る課題

繰り返しになるが、本稿の当初からの問題関心は「執行権の行使が十

立制度を通じてなされてきた（IIの五）。しかしこれらの手段により主として追及されてきたのは、入所を巡る差別の問題であり、施設における「ケアの質を巡る問題」を争訟により解決することは、極めて困難であったことが指摘されなければならない。この点の課題は、1987年の改正を経てなお今日に続いているとあってよいであろう

3 本稿の究極的な課題は、「ケアの質を保障する為の法的救済の枠組みをどのような形で用意することが、利用者の権利救済に繋がるのか」を検討することである。

この問題はアメリカでも、十分に解決しきれていないことは前述のとおりである。しかし、アメリカでの執行救済の種類と方法は、わが国とは比較にならない程充実しているといつてよいであろう。介護保険制度の導入により、福祉サービスの在り方がアメリカ型に近付いているわが国にとって、アメリカの執行救済の種類と方法はやはり検討に値するものがあるといつてよいだろう（後述 Iはじめに 参照）。

さらにサービス供給の多くを市場に期待するアメリカ型の福祉サービスにおいては、公的機関による執行権の行使が十分に行なわれない場合に、最後の砦としてサービスの利用者が執行機関に権限の行使を求めることが保障されていることが重要と考えられる。しかし周知のように、日本では義務づけ訴訟は極めて例外的にしか認められていない。行政の取締りが不十分な場合に、サービスの利用者が自分の生活を守る為に、権限の発動を行政に求める権利が保障されていると解することは難しいとされている。同様に行政の取締りが不十分であった為に事故が発生したとしても、利用者が行政に損害賠償を求めることも至難と予想される。介護保険制度の下でサービス利用者の生存・生活を守る法的仕組みは極めて不十分といわなければならない。介護保険制度の導入に伴い、わが国でも執行権限の行使をいわゆる「規制行政」としてではなく、利用者の為に行なう「規制行政」のいわば、「生存権的再構成」が必要とされてきていると思われる。

(IIの一参照)。SNF や ICF を経営する為には、施設のある州のライセンスを受けなければならない。施設を利用する高齢者は、要件が合致すればメディケイド（医療扶助）やメディケア（高齢者医療保険）から費用の償還を受けることが出来るが、その為には予め当該施設がこれらの制度から償還を受ける為の「連邦規則が定める要件」に合致していることが必要とされる（IIの二参照）。これらの連邦規則は、（ナーシングホームが、メディケア等からの償還を受けるつまり当該制度に参加する為の）「参加の要件」とも呼ばれている。1987年の法改正では、「入居者の権利」が「参加の要件」の重要な一部として強化されている（IIの六参照）。

州は、ナーシングホームを規制する権限をもっている。施設に対する州機関の検査を始め様々なルート（州機関への苦情申立て／消費者保護機関／オンブズマン等）を通じて判明した違反に対して、州機関（メディケイド・メディケアの機関／検事総長等）は、様々な根拠法（メディケイド・メディケア法／州ナーシングホーム法／衡平法等）に基づき、執行救済を実施する権限をもつ（IIの三参照）。執行救済は、州機関による施設の審査と認可手続、管財人制度、罰金、施設認可の取消し等多様な手段を行って行なわれている。しかしながら救済の為の執行には、様々な制度上・運用上の問題点が指摘されてきた。1987年の法改正は、執行救済についても大幅な改善を齎したが、問題は全て解消されたわけではないといわれている。

2 先にも触れたように執行救済は、様々な根拠法に基づき、様々な方法で行なわれている（IIの五参照）。それらは連邦法令に基づくものと、州法に基づくものに大別される。連邦法令の中には、メディケイド受給者への差別を禁止したりハビリテーション法や施設の建設や改善を行なうために、連邦政府から資金援助や資金貸与を受けている公立及び非営利の施設に対し、貧困者への「無償ケアの保証」を義務づけたヒルバートン事業等も含まれている。1970年代以降これらの法令に依拠して、ナーシングホーム居住者の権利を救済する為の試みが訴訟や苦情申

法的課題を中心に—

- 一 はじめに
- 二 法の執行の過失を理由とする州機関に対する訴訟
- 三 ナーシングホーム訴訟と請求権
 - 1 不法行為
 - 2 契約に基づく訴訟
 - 3 州法令に基づく請求
 - 4 連邦法上の権利に基づくケース
- 四 ケアの質を巡る訴訟と法的並びに戦略的課題
 - 1 原告と訴えの利益
 - 2 クラスアクション
 - 3 被告
 - (1) ナーシングホームを被告とする場合
 - (2) 公的機関を被告とする場合
 - 4 請求権
 - (1) 連邦法令に基づく請求権
 - ①州が連邦法令に従わなかった場合は、連邦政府ではなく州を被告として訴訟を提起出来る
 - ②ナーシングホームに対し、居住者が権利の執行を求める訴訟
 - ③被告ナーシングホームに対する「連邦法令に基づく請求権」の容認
 - ④ Fuzie 事件への批判
 - ⑤まとめ
 - (2) 州の行為
 - (3) 契約に基づく連邦法令上の請求権
- 5 連邦裁判所の管轄権
- 6 救済
- 7 裁判所での救済以前に利用可能な全ての行政上の救済手段
- 8 ナーシングホーム訴訟における事実の開示と事実の実証

本稿の理解の為に (要旨)

- 1 アメリカのナーシングホームは、SNF とか ICF と呼ばれている

- 3 オンブズマン事業の現状
 - 4 オンブズマン事業と監督機関等の関係
 - 5 オンブズマンと在宅ケア
 - 6 法的救済とオンブズマン
- 五 ナーシングホーム利用者の権利保障に関する法と救済の仕組み
- 1 概観
 - (1) 関連する連邦法令
 - (2) 連邦政府と「行政争訟」
 - (3) 執行救済
 - (4) 刑事罰
 - (5) 州法に基づく規制
 - 2 若干の補足説明
 - (1) 1964年公民権法
 - (2) 1973年リハビリテーション法
 - (3) 1983年ヒルバートン事業
 - (4) 連邦独占禁止法
 - (5) メディケイド／メディケア不正及び乱用防止法
 - (6) 州メディケイド不正取締組織
 - (7) 連邦メディケイド法
 - (8) 患者の権利
 - (9) 州法と「患者の権利」
 - (10) 州の消費者保護法とナーシングホーム
 - (11) オンブズマン
 - (12) 虐待防止法
 - (13) Adult protective Services
 - 3 ナーシングホームにおける主要問題と解決への取組み
 - (1) 入居をめぐる差別
 - (2) 施設への立入り
 - (3) 非自発的移送
 - (4) ケアの質／生活の質
 - 4 ま と め
- 六 従来の執行救済の限界と1987年の改正について
- 1 指摘されていた問題点
 - 2 改正に至る経緯
 - 3 改正点

III 私的救済 (Private Remedies) —ケアの質を巡る訴訟と

研 究

アメリカ ナーシングホームと法

——在外研究覚書——

橋 本 宏 子

本稿の理解の為に（要旨）

I はじめに

II 概要

一 ナーシングホーム概観

- 1 ナーシングホームの種類
- 2 ナーシングホームの所有形態
- 3 ナーシングホームの入居者
- 4 入居期間
- 5 ナーシングホームの費用

二 ナーシングホームの認可／メディケイド・メディケアから償還を受ける為の資格審査

三 ナーシングホームに対する州機関による執行救済

- 1 検査と認可手続
- 2 中間的制裁
 - (1) 差止め
 - (2) 管財人の任命
 - (3) 罰金
 - (4) 新しい入居者の入居の不承認
 - (5) 償還率のコントロール
 - (6) 刑事上の制裁
 - (7) 監査結果の公表

3 執行救済と私人

四 執行救済としてのオンブズマン制度

- 1 オンブズマン制度の概観
- 2 高齢者法にみるオンブズマン事業