HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	介護サービス契約の解除に係る運営基準の妥当性 ： 介護従事者に対する権利擁護の観点から
Author(s)	谷井, 基子
Citation	北大法政ジャーナル, 26, 165-196
Issue Date	2019-12-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76269
Type	departmental bulletin paper
File Information	HokudaiHouseiJournal_26_06_Tanii.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

介護サービス契約の解除に係る運営基準の妥当性

―介護従事者に対する権利擁護の観点から―

谷井基子（たにいもとこ）

目　次

はじめに …… 167
第１章　介護サービス提供過程の役割分担 …… 168
　第１節　介護サービスの直接提供場面における各当事者間の法的関係 … 168
　　第１款　行政庁（国，市町村，都道府県等）と利用者 …… 168
　　第２款　事業者と利用者等 …… 171
　　第３款　行政庁と事業者 …… 171
　　第４款　事業者と被雇用者 …… 172
　　第５款　まとめ …… 172
　第２節　運営基準の特徴と現状の問題 …… 173
　　第１款　運営基準の特徴 …… 173
　　第２款　介護サービスの直接提供場面における問題 …… 175
　　第３款　まとめ …… 177
第２章　事業者の「サービス提供困難時の対応」義務の範囲 …… 178
　第１節　合意によって生じる利用者および事業者の義務 …… 178
　　第１款　委任契約 …… 178
　　第２款　役務提供契約 …… 179
　第２節　契約の性質から導かれる完全性利益の保護 …… 180
　第３節　完全性利益の保護と「サービス提供困難時の対応」 …… 181
　第４節　事業者に課される利用者の生活保障に関する義務の限界 …… 181
むすびにかえて …… 182

はじめに

介護保険法施行以後、事業者が行う利用者に対する生活保障範囲の拡大によって、介護現場では種々の問題が表面化している。特に利用者から事業者の被雇用者に対する、身体的、精神的暴力によって介護サービスの提供を継続することが困難となり、事業者側から介護サービス契約を解除せざるを得ない場合がある。

事業者が、利用者と介護サービス利用契約を締結するにあたって、サービス提供中の利用者による他利用者や被雇用者の有する諸権利の侵害をあらかじめ予防し、事業者側から契約の終了ないし契約の解除を行うために解除条項を設けることは、介護保険制度の維持と適正な運用に資するものとして捉えることができる。ところが現状では、契約解除に至る要因が利用者にある場合にも、事業者側から行う契約の解除は制約を受けている。具体的には、介護サービス契約の解除は利用者の「生活基盤」を揺るがす行為であるとして、事業者による契約の解除には特に制約が加えられるべきであるとする学説に加え[1]、行政庁（国、市町村、都道府県等）による介護保険の運用にあたって各指定介護サービス事業者の規律を目的とした運営基準が定められている。介護保険において、各介護サービスの指定事業者（以下、事業者）は指定権者（市町村長、都道府県知事）による指定を受け、利用者に対して介護サービス提供を開始するが、事業者は利用者との介護サービス契約[2]に係る合意に基づいて債務を履行する義務を負うほかに、指定権者に対しても、条例により介護サービスの種類ごとに定められた人員、設備及び運営に関する基準を遵守する義務を負う。

本来、サービス提供を通じて関わった利用者の生活を支える事業者の役割の範囲については個々の事業者と利用者の契約関係に基づく合意に委ねられる。それにもかかわらず、介護サービス契約の前後で事業者に対して指定権者による人員、設備及び運営に関する基準が一律に適用されている。例えば、行政庁から事業者に対する運営基準には、契約の締結に際し、正当な理由がない限り利用者から介護サービス利用の申込を拒否できない、とする「提供拒否の禁止」の規定のほかに、「サービス提供困難時の対応」規定（本論文第1章第2節第１款）が含まれている。この定めは、事業者に対して利用者に対する介護サービス契約が終了した後に各関係機関への連絡のみならず必要な措置をとることを義務付けており、本規定の違反は、運営基準の他の規定に違反した場合と同様に指定取消の対象となる。介護保険施行以後、国の役割は、介護サービスの直接提供場面に対して介入することから介護保険の運営の適正化を目指すことを目的として事業者の不正事例に対する規制を強化することへと変化している[3]。一方で、介護サービスの標準化を図るために契約関係の外から一律に課された規定が、当事者間で交わされた契約の範囲を超え、事業者に対して過重な負担を課すものとなる可能性がある。

しかしながら、介護サービス直接提供の過程が、利用者により場合によっては積極的に妨害されている状況であっても、事業者によりそのような状況を予防するような個別の事情に合わせた規定を契約の中に設けることの必要性について、多くの学説は言及していない[4]。さらに、契約関係の外から一律に課された規定は、以下の具体的状況における問題の解決方法を示すものではない。例えば、特に過疎地域など事業者数の少ない地域において、或る事業者が利用者との介護サービス契約を解除しようとする際、運営基準に定める一定の条件のもとで、契約の解除の申出を事業者から利用者に対して行うことは可能である。しかし、利用者に対して次の後任事業者を見つけることが困難であることから、契約終了後も、当分の間は事業者がサービスを継続し続けなければ利用者の生活の安全が脅かされることが想定される。前述した「サービス提供困難時の対応」規定によれば、このような状況にあっても事業者は後任事業所に引き継ぐまでは利用者に対して「必要な措置」をとり続ける義務が課せられることになる。つまり、実際には事業者に対して利用者に対する

生活保障の実践が義務付けられていると捉えることができる。しかし、民間私人であり、介護保険法において国との法的関係が認められていない事業者が、利用者に対する憲法第25条に基づく生活保障の役割を担うべきであるとする根拠は介護保険法の中にみることができず、介護保険法施行前後の国が担う役割の変化は、介護サービス直接提供場面における利用者の生活保障に対する責任の主体が事業者になり、国自身は、利用者の生活保障に関連した問題が含まれる介護サービス直接提供場面で生じている問題を解決する主体としての役割から退くに至ったとする見方が可能である。

上記を踏まえ、本論文では、措置制度から介護保険法施行後に至るまでの国民に対する生活保障の責任主体の変化と、介護サービスの直接提供場面で生じている問題を確認し、各契約当事者に課せられた債務の達成を目標として各契約当事者が担う役割について介護サービス契約の性質から検討する。これらについて検討することは、社会連帯の中で介護保険制度を維持するため、介護の受け手と担い手の関係を尊重した議論を行う出発点としては、ささやかであるとしても意味のある作業であると考える。

本論文では、利用者本人が契約における意思決定の主体となり得るかという議論、社会保険としての介護保険の財政方式をめぐる議論にはふれない。本論文では、運営基準に定められた「サービス提供困難時の対応」規定を取り上げ、利用者に対する介護サービスの直接提供場面において事業者に課せられる義務の根拠は、生活保障を担う役割から導かれないことを検証する。そして事業者が利用者に対して課される義務は事業者と利用者の契約関係から直接的あるいは間接的に導き出されることを、介護サービス契約の性質から説明しようと試みる。

第１章　介護サービス提供過程の役割分担

第１節　介護サービスの直接提供場面における各当事者間の法的関係

措置委託制度から、介護保険法施行にかけて国に課されてきた「公的責任」及び「生活保障」責任の形成を確認し、介護サービス直接提供場面における「公的責任」及び「生活保障」責任にかかわる行政庁と利用者の法的関係の変化について確認する。

第１款　行政庁（国、市町村、都道府県等）と利用者

（１）国から国民に対する生活保障責任

国は国民に対して「公的責任」および「生活保障」責任を負う。これは、憲法第89条、同法第25条から導かれる。介護保険法施行前の介護サービスの直接提供に係る国の役割について、第二次世界大戦後の我が国の歴史を振り返る。

最初に国の「公的責任」に関して検討する。戦後、 SCAPIN（連合国最高司令官指令）775における公私分離（公的責任）の原則として、「生活困窮者に対する最低限の保障は政府の責任で行うべきこと」が定められ[5]、憲法第89条においては国の責任を民間に転嫁することの無いよう、社会福祉事業の運営を私的機関等に委譲または委任することを禁じた。ここでは、「公的責任」を、措置権者である都道府県知事、市町村長が、措置の内容を事務として履行する上での主体となる責任を指しているものとして捉える[6]。公的責任により行政庁[7]によって遂行される「措置」は、戦前とは異なり、国民の最低限度の生活を保障する目的によって行われており、戦前の社会的弱者に対する一方的な恩恵としての救貧ではなく、憲法第25条によって保障される「生存権」を直接の法的根拠として、最低限の保障として受ける側からその実現を求めることができる権利であると位置づけられてきた[8]。

ところが、日本においては、戦前より、救済事業等の公益性を持つ社会的弱者に対する事業の発

展は、民間事業者の篤志によるものであって、戦時中も1937年施行の社会事業法によって既に「助成と監督を表裏一体のものとして構成」する国からの関与を受けながらも、実際に救済活動を行っていたのは民間団体であった[9]。1950年の「社会保障制度に関する勧告」において、憲法第25条第1項に規定する社会保障の一部に生存権保障を理念とする社会福祉が含まれるとする見解が示され[10]、さらに、1951年制定の社会福祉事業法において、第一種社会福祉事業と第二種社会福祉事業の区分が設けられることになった。国家責任を民間社会事業者に転嫁することを禁止しつつ（社会福祉事業法第5条）、民間事業者による福祉サービスを買い上げる「措置委託」の制度化は、本来国の有する「公的実施責任」を民間事業者に転嫁する制度ではないことを説明するものであった[11]。こうして、措置決定からサービスの給付内容に至るまで「公的責任」の具体化として「第一義的には国および地方公共団体が直接」[12]提供するようになった[13]。

措置を、「人権保障行為」[14]の観点から行政庁の「申請者のサービス受給資格の認定を行ったり具体的なサービスの提供を決める行為」に関する義務や権限の意味で用いると[15]、措置の目的は憲法第25条の実現であり、社会保障制度における国民に対する、国による責任の「範囲」（江口隆裕の言葉を借りるならば、「『公』がどの範囲まで個人の生活に「責任」を持つべきか」[16]）は、憲法第25条を根拠として決定される。しかし、1970年代後半から、我が国では高齢者を支える中心的な担い手は家族であるとする「日本型福祉社会論」の考え方が生まれ、1981年になると、当時の厚生局は憲法第25条を根拠とする社会福祉サービス給付を、「最低限度の生活を保障する国の債務を遂行する」[17]こと、とするにとどまった。しかし、介護の長期化、介護を要する高齢者の認知症及び長期臥床、家族と高齢者の同居率の低下といった変化に伴い、「日本型福祉社会論」は社会の実態とはそぐわないものになったことから、1994年になると、介護の担い手を家族から社会へ転換する「介護の社会化」が厚労省によって提唱されることになった[18]。介護保険の構想段階にあたる同時期に、行政解釈は、旧老人福祉法第11条に規定する市町村による「福祉の措置」は、国民から国に対する申請によらず、職権による「反射的利益」であり、法的な保護の対象となる権利ではないとする見解を示した[19]。さらに、高齢者介護・自立支援システム研究会は、介護保険法施行以前、高齢者が受ける介護サービスは行政処分の結果として受ける「反射的利益」であり、このことが社会福祉サービスを受ける措置対象者の「権利性の欠如」となることを理由として、介護保険における利用者と事業者との「契約方式」導入の必要性を説明した[20]。以上の見解からは、「介護の社会化」に関して、高齢者介護が国による公的責任のもとで実施されるという意味を有するとの前提をもって議論されてきたとは言い難い。しかし、旧老人福祉法第11条が法的な保護の対象になるか否かの判断は、市町村の職権によるものか、希望者からの申請によるものかによらず、「高齢者を保護し、利益を付与するものであるか否か」という観点から判断されるとする議論があること[21]、また、憲法第25条第1項は国民に対して「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するものであり、第2項を根拠としてより快適な生活を保障すること（1項・2項区分論）[22]、すなわち国民に対する「生活保障」の実現を行う責任としての「公的責任」[23]を国は認めており、受給者は福祉事業者に対しては実際のサービス提供を求める請求権を持ち、市町村に対してはサービスの給付請求権を有していること[24]からは、行政解釈のみをもって介護保険法施行前後、介護サービスの（それが直接提供される場面を含めた）提供に関して、国の公的責任が消滅したと考えることは困難である。

（2）介護サービス直接提供に関する公的責任の所在

先述の通り、戦後、国は、措置委託制度を根拠として介護サービスの直接提供に関する国の責任を認めてきた。福祉の措置は福祉六法と呼ばれる

生活保護法、児童福祉法、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法、老人福祉法、母子及び父子並びに寡婦福祉法をおもな根拠法としている。措置委託制度のもとで、民間事業者に措置対象者が入所する入所措置について確認すると、措置対象者が措置権者自らが設置した福祉施設以外の、社会福祉法人等が運営する施設に入所する場合には、措置権者である市町村は当該施設と「措置委託」契約を締結する。措置対象者は事業者との契約によって入所するのではなく、行政庁による入所措置という行政行為に基づくと堀勝洋は述べている[25]。しかし、介護保険制度の成立にかけて、介護サービスの直接提供の責任主体は、市町村から事業者へと移行してきた。国家の生活保障責任を強調した1950年の社会保障制度審議会による「社会保障制度に関する勧告」の中で[26]、既に国民は「社会連帯の精神に立って、それぞれその能力に応じてこの制度の維持と運用に必要な社会的義務を果たさなければならない」と宣言され[27]、老人保健法等の一部改正法（昭和62年1月1日施行）により社会保障制度における法の理念に「国民の自助と連帯の精神」（老保2条）が定められた[28]。このようにして、社会を構成する国民の連帯が社会保障制度の基盤にあるとする考え方が公的に示された[29]。また、1995年の社会保障制度審議会「社会保障体制の再構築（勧告）」（平成7年7月4日）においても、「サービスの提供は国や地方公共団体が直接行わなくとも、必要な助成を行い、また、民間サービスの質が確保されるよう規制を行う必要がある」として、介護サービスの直接提供を国の公的責任の中から除いた。1998年の「社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）」では、介護サービスを含む社会保障制度を国民に対する普遍的な制度として[30]、「サービス利用者と提供者との対等な関係の確立」、「個人の自立」、利用者が行う「選択の尊重」および「サービスの質と効率性の向上」を社会福祉基礎構造改革の理念としてあげている。「公的責任」を、社会保障制度における「『公』と個人ないしは家族との責任分担」[31]とする観点からは、介護保険の運用において、国は介護サービスの直接提供場面において、これまで国自身が担ってきた「公」の立場に事業者を置き、さらに利用者に対して「自己決定権」を認めている。しかし、これを認めるためには、利用者自身が自己決定権を行使した結果生じた生活の安定に関するリスクを利用者本人が引き受けられない場合に、利用者の代わりにそのリスクを最終的に引き受ける者が必要となる。この役割は憲法第25条に基づき本来公的責任の実施主体である行政庁の直接的介入によって担われるべきである。しかし、国に対して介護サービスの直接提供責任が免ぜられる根拠が不明確なまま、行政庁は、行政庁の代わりに「公」の性質を持つことになった事業者に対してその責任を引き受けることを求める構図へと制度を方向づけた[32]。

荒木誠之は、社会保障を「国が、生存権の主体である国民に対して、その生活を保障することを直接の目的として、社会的給付を行う法関係である」と定義し[33]、生活保障給付を行う社会保障法の法体系は「所得保障給付」と「生活障害給付」に分かれると述べた[34]。そして、社会福祉サービスを、1962年の社会保障制度審議会の勧告にあるような「国および地方公共団体が低所得者階層に対して積極的、計画的に行う組織的な防貧政策」にとどまらず、さらに進んで「日常生活上のハンディキャップを持つ人々へのサービスを提供する制度」における「生活障害に対する保障」[35]であると述べている[36]。また、社会福祉の目的を「社会的に組織されたサービスを提供して人間らしい生存を確保する」ことであると述べている[37]。さらに、荒木誠之は憲法第25条の生存権保障に基づき社会保障制度の柱は「所得保障と生活障害保障」であることを示し、介護サービスは生活障害保障に含まれると分類している[38]。また、生活障害の特質は「金銭給付ではなく人的サービスたる点」にあるとしている[39]。この観点に立つと、憲法第25条に基づく生活保障である社会福祉サービスには、人的サービスたる介護サービスの直接提供が含まれている。さらに菊池馨実は、社会サービス保障を社会福祉サービスに限定されない「生活自

立に向けた社会的支援」を行うことをその独自の特徴として有することを指摘した[40]。以上より、介護保険においても、被保険者に対する「自立支援」及び「生活援助」[41]は、介護サービス直接提供場面における生活障害保障の目的として捉えることができる。

（3）行政庁と利用者間の法的関係

介護保険法施行以前、行政庁は措置対象者に対して措置権に基づき、福祉の措置を実施していた。1963年の老人福祉法改正以降、生活保障にかかわる介護給付を行う国の事務は市町村（一部都道府県）へと移行がすすめられてきた。「介護保険制度における行政庁の役割として、社会保険（保険給付）と社会福祉（利用者支援、サービスの直接提供主体）の性質を有する」と高畑柊子は指摘しており[42]、介護保険法施行以後は、被保険者は保険者である市町村長、特別区に対して要介護認定または要支援認定（以下、要介護認定等）を申請し、保険者は、これまでの措置開始決定に代わり、行政行為として要介護認定等を行うこととなった[43]。被保険者は保険者の裁量によらず、学識経験者等によって構成される介護認定審査会の判定結果に基づき、市町村により要介護認定等を受けて要介護被保険者（以下、利用者）となる。被保険者である利用者と市町村長、都道府県知事等の間には法的関係が存在せず、原則として、要介護等認定以後、実際の介護サービス提供に関して生じた問題については、事業者と利用者の間の法的関係の中で解決するべきものと考えられている[44]。

第２款　事業者と利用者等

介護保険法施行以前、介護サービスは老人福祉法に基づく行政処分（措置開始決定）によって行われた。措置権者である市町村は事業者との間で、「福祉サービスの提供という事実行為」の委託を行う準委任契約として、措置委託契約を締結し、措置対象者である受給者が「受益の意思表示」を行い、受給者に具体的なサービス受給権が発生すると、受給者と福祉事業者の間には準委任契約が成立した[45]。

介護保険においては、介護サービス給付を行う事業者と利用者の間で締結される法的関係に関して、介護保険法上に明文規定は存在しない[46]。両者の間には契約関係が推測されるにとどまり、居宅サービス費の支給について被保険者は被保険者証を提示して当該指定居宅サービスを受ける旨の規定がある（介保41条3項、厚生労働省令第37号第8条）。さらに、社会福祉事業者が契約書に記載するべき内容は、社会福祉法の定めに従う（社福75条、同76条、同77条）が、介護保険法には重要事項説明書および契約書の内容に関しても明確な定めがなく、都道府県・市町村において作成されたモデル書式が示されている。また、学説は、「介護サービス提供主体」である事業者と利用者との関係について「純粋の私法上のサービス利用契約（役務提供契約）関係」であるとする立場をとる[47]。以上に加え、介護保険指定事業者は社会福祉法の定める社会福祉事業者に該当し、事業者から利用者に対して契約書の交付が定められ[48]、実際のサービス提供に関して、市町村長、都道府県知事に対する不服申し立てが利用者・事業者双方について認められていないこと[49]等から事業者と利用者の法的な関係は私法上の契約関係と解されている。介護保険を通じて提供される実際のサービスの内容は両当事者間の合意に基づき、当事者間で自由に決定されるものではない。次節に述べるように、介護保険法および人員、設備及び運営に関する基準の規定に則るものにする必要があり、これらの規定の不遵守は都道府県知事等による事業者の指定取消の対象になることを前提に、事業者は利用者との契約内容を決定している。

第３款　行政庁と事業者

介護保険法成立前、事業者と市町村の間には本来国が行うべき「福祉の措置」、特に施設入所の措置を民間事業者に委託する措置委託契約が締結され、民間事業者には老人福祉法第20条の規定により、「措置の受託義務」[50]が課されていた。介護保険法上の介護サービス提供に関して事業者が遵

守すべき基準は、厚生労働大臣が省令で定めるものとなった[51]。事業者は、介護保険法のもとでサービスを提供する法的地位を獲得すると同時に、サービス費用の代理受領を可能とするために指定権者（市町村長、都道府県知事等）から指定[52]を受けなければならず、この指定は更新制である。さらに、人員、設備及び運営に関する基準は指定[53]を受ける要件であるとともに、事業の運営を通じ、利用者に対して直接介護サービスを提供する際にもこれに従うことが義務付けられ、事業者の行動を規定する事後規制として機能している[54]。地方公共団体には事業者に対する規制監督権限が付与され、指定事業者に人員、設備及び運営に関する基準に従った事業を行っていない事由が認められる場合、市町村長、都道府県知事等は裁量により当該事業者を勧告の対象として、その勧告に係る措置をとるべきことを事業者に対して命じることが可能であり（介保76条の2等）、介護保険法第77条第1項各号のいずれかに該当する場合には、指定を取り消し、又は期間を定めて効力の一部若しくは全部を停止できる。指定取消を受けた事業者は一定期間指定の欠格事由に該当し、指定事業者の申請を行うことができない（介保70条2項）。

行政庁による運営基準違反による指定取消処分については、都道府県知事等により指定取消を受けた事業者は都道府県に対して処分の取消訴訟を提起することができる[55]。しかし、事業者の「故意」は指定取消の要件にならないとする見解がある[56]。地方裁判所の裁判例においては、事業者の行った行為に故意性がないとしても、指定権者により「法令等を遵守しない行為」に該当するとの判断を受ける場合があり、制度全体における指定事業者の「業務の適正を確保する」ために必要であると判断された場合には、事業者に対する指定取消の判断が、都道府県知事等の合理的な裁量として認められている[57]。

以上より運営基準は指定権者と事業者の間だけではなく、事業者と利用者の契約内容についても実質的に規定しているということができる。

第４款　事業者と被雇用者

介護労働者[58]は、「専ら介護関係労務に従事する労働者」であると定義されている（介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律（平成4年法律第63号）第2条2項）。労働者性判断は「使用者の指揮監督等の実態に即し総合的に判断」されることからすると、使用者の指揮監督下にある介護労働者は、労働基準法第9条の労働者として認められる[59]。

介護労働者の保護に言及する法律として、平成4年に介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律が定められているが、この法律では介護労働者である被雇用者に対する福祉の増進を図るための努力規定として「労働環境の改善」を挙げている[60]（介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律第3条）。しかし、事業所の介護労働者に対する義務はこれにとどまらない。被雇用者は労働基準法第9条における労働者である以上、事業者は使用者として被雇用者に対する安全配慮義務を有する。さらに、「雇用ないし労働契約関係」における安全配慮義務の適用は「一方当事者（使用者）が他方当事者（被用者）の活動する場所や条件、あるいは活動そのものを管理する関係」にあると考えられている[61]。つまり、事業者は利用者に対するのと同様、被雇用者に対して心身に対する安全配慮義務を負っている。また、介護従事者である労働者も人格的利益を有しており、使用者に課される安全配慮義務に基づく保護の対象となる。特に、心理的負荷に関連するうつ病自殺に関しては「信義則上負う義務」[62]、特別な契約関係にある者に対する義務とともに「業務の遂行に伴う疲労や心理的負荷などが過度に蓄積して労働者の心身の健康を損なうことがないよう注意する義務」[63]が事業者に課されている[64]。

第５款　まとめ

実際の介護サービス直接提供場面における当事者間の関係について検討した。介護保険の実際のサービス提供場面における指定権者（市町村長、都道府県知事等）の役割は、事業者に対する都道府県知事等による勧告・命令等および事業者に対

する指定の取消権限を行使するなどの手段を用いて、介護サービスの直接提供過程において生じる問題の予防あるいは解決を図ることにより、介護保険制度の適正な運用に向かうものであると捉えることができる。しかし注目すべきことは、都道府県知事等はあくまでも運営基準を通じて事業者の行動を規律することにより、実際のサービス現場で生じている問題の解決・予防を図っている点にある。つまり、実際の介護サービス提供場面において生じた問題の責任を負担しない指定権者が、当該責任を負う事業者によって行われる介護サービスの提供方法に関する決定に介入している。しかし、このような行政庁の介入方法によって、事業者の提供するサービスの内容が利用者との契約関係の合意の外から規定されるのであれば、個々の事業者の実情を考慮することなく、運営基準を一律に事業者と利用者の契約の締結に際して適用することになり、これらの規定が介護サービス契約における一方当事者への過剰な負担となることや、利用者と被雇用者との関係に過度な非対称性を与える可能性が考えられる。次節からは、運営基準の特徴を確認し、実際の介護サービス現場において事業者と利用者間で生じた問題を解決する基準として運営基準が機能しているのかを検討する。

第２節　運営基準の特徴と現状の問題

第１款　運営基準の特徴

各指定事業者は、人員、設備及び運営に関する基準に従って介護サービスを提供する。人員基準とは、「従業者の知識や技能、必要な人員数に関する基準」、設備基準とは「事業所に必要な設備・備品等の基準」、そして、運営基準は「利用者への対応やサービスの取扱い等に関する基準」、をそれぞれ定める[65]。本節では「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」（介保74条）（以下、「指定基準」）を例にあげて検討を進める[66]。「指定基準」は法規命令に含まれる省令（国家行政組織法第12条）として定められ[67]、介護保険におけるサービス給付の質向上を図るために、監査[68]、サービス評価（第三者評価）[69]、苦情解決[70]等の仕組みを制度化することによって事業者と利用者の契約内容を規律している。

これまで厚生労働省令として定められていた「指定基準」は、「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」（第1次一括法）（平成23年法律第37号）により、2012年から条例で定める際に従うべき基準等として規定されることになった[71]。条例として制定する際には、条例に必ず定めなければならない「従うべき基準」のほか、「標準」、「参酌すべき基準」のように地域の実情等によって異なる内容の定めが許容される規定であっても[72]、条例として制定されると「指定基準」は行政庁の内部において効力を有するにとどまる規定から、事業者を規律する義務規定となる[73]。

事業者と利用者は契約関係にあると考えるならば、当事者間の意思の合意によって契約の内容を定める自由は原則として認められる。しかし、介護保険制度の持続可能性を維持するためには[74]、質の維持向上・公平性・効率性・応答性・説明責任の観点から、各当事者の関係を規律する必要がある[75]。このように、介護保険法においても、利用者を特に保護の対象として事業者の有する権利を制限する規定があり、「指定基準」は事業者と利用者間で締結する契約の安定性を確保するために、契約の効力が及ぶ範囲と程度を決定し、強制力をもって当事者の合意以外の規範[76]に契約当事者を服させている。

介護保険において、指定事業者が利用者に行う介護サービスの内容は、介護保険法の規定にもとづき提供される。居宅サービス事業において、介護福祉士、介護初任者研修課程修了者[77]により提供されるサービスの内容（介保8条）には以下の項目が条文に規定されている。

すなわち、「入浴、排せつ、食事等の介護その他の日常生活上の世話」[78]、「機能訓練」[79]、「健康管理」[80]、「療養上の世話」[81]、「調理、洗濯、掃除等の家事、生活等に関する相談及び助言」[82]である。しかし事業者は、これに加えて、都道府県ま

たは市町村条例で定める基準に従い「要介護者の心身の状況等に応じ」たサービスの提供を行う。また、「質」の自己評価を行い「受ける者の場に立った」サービス[83]を提供する義務が定められている。このように介護保険の指定事業者が行う介護サービスの内容は介護保険法に定めることによって、介護サービスの質の標準化が図られている。

介護保険法施行後に、国から事業者に対して介護サービス直接提供場面における契約の解除・終了に関わる規定が追加された。2007年に全国に介護保険事業を展開していた事業者のサービス休止に伴い利用者のサービス継続が困難になる事態が生じたことを契機として、サービス休止時・廃止時に事業者のサービス供給が停止することにより、利用者に原因のない要因によって利用者の権利が侵害されることを防止する対策が要請されたことから、「介護、事業運営の適正化に関する有識者会議報告書」において介護サービスの質の確保と継続性の両立をはかるため、事業廃止時における利用者へのサービスの確保対策は、一義的には事業者の責任で実施することを新たな規制として盛り込む必要性が主張された[84]。

こうして、2008年の介護保険法改正により、「利用者等に対する継続的なサービス提供の確保」を目的として、「利用者等に対する便宜提供」の義務が追加された（介保74条5項）[85]。この条文では、介護保険法第75条2項の規定により事業の廃止または休止の届出を行ったとき、当該事業の利用者であった者が希望した場合には、後任事業者の紹介、介護支援専門員との連絡調整、その他の便宜の提供を行う旨を定めている。ただし、連絡調整の程度・範囲や、地域の実情から後任事業者が見つからない場合の事業者の対応の限界については定めがない。事業者による介護サービスが終了した後の義務については、運営基準においても「サービス提供困難時の対応」について定めた規定がある。例えば訪問介護の運営基準について定めた居宅サービスの指定基準（以下、「居宅基準」）の第10条においては、「利用申込者」に「自ら適切な」介護サービスを提供することが困難である場合に、事業者は「利用申込者に係る居宅介護支援事業者への連絡」、「適当な他の指定訪問介護事業者等の紹介」、「その他の必要な措置を速やかに講じ」ることが義務付けられている[86]。事業者が行うべきこれらの対応は、「居宅基準」第9条に定める提供拒否の正当な事由に該当する場合に行うことが義務付けられている[87]。ただし、通達において、保険給付として不適切なサービスの提供が求められている場合には、事業者から利用者に対して当該サービスが介護保険の給付対象外のサービスとなることを説明し、利用者の希望に応じて代替サービスを紹介し、居宅介護支援事業者及び市町村等関係機関に連絡を行い、その上で利用者から当該事業所によるサービス提供の希望があった場合には、当該事業者がサービス提供を行わない場合も同条には抵触しないと明示している[88]。

この「指定基準」は、第1次地方分権一括法制定後は介護保険法第74条2項で定める都道府県条例による指定居宅サービスの事業の設備及び運営に関する基準[89]にもとづいて定められた。「サービス提供困難時の対応」規定においては、「利用申込者」に対し、「自ら適切な指定訪問介護を提供することが困難であると認めた場合」に、「居宅介護後支援事業者への連絡」（改正により、（法第8条24項に規定する居宅介護支援事業を行う者））および「適当な他の指定訪問介護事業者等の紹介その他の必要な措置」を「速やかに」講じることを定めている。2008年の介護保険法改正により、「居宅基準」第10条（サービス提供困難時の対応）は、条例で定める（介保74条2項）際、参酌すべき基準とされている（平成23年10月7日老発1007第6号）[90]。

介護サービス契約における契約終了あるいは解除に際して新たに事業者が講じるべきこととされた義務は、介護保険法施行以前に定められた各最低基準[91]を超える義務である。すなわち、老人福祉法の規定する最低基準とは、事業者が国との措置委託契約を根拠として、憲法第25条に基づいて定めた、国の、措置対象者に対する生存権保障な

らびに生活保障義務を、事業者によって実現するための基準であることから、私人である事業者に課すことが許されていた義務である。

本章第1節で確認したように、生活保障の役割が行政庁から民間事業者に変化したと考えることが困難であることから、事業者に対して当該義務を課す際には、その範囲と限界についての基準を設ける必要がある。倉田聡は、利用者との契約について実際に利害関係を有しているのは介護サービス提供者であり、当事者以外からの一方的な契約内容の決定は、契約当事者間の保護に欠ける場合があることを指摘している[92]。これらを考え併せるならば、当該義務規定を適用する要件についても当該規定を定めた行政の裁量の根拠を明示した上で、慎重に定める必要があったのではないか。次節では、当該規定から直接的あるいは間接的に生じている問題について検討する。

第2款　介護サービスの直接提供場面における問題

実際の介護現場に生じている問題のうち、運営基準との関連から次の二点を挙げる。

（1）介護サービスの直接提供場面に対する「居宅基準」第10条の適用範囲

第一の問題は、利用者等の意思でサービスを終了したにもかかわらず、「居宅基準」第10条の「サービス提供困難時の対応」を定める規定について、契約の終了にあたり事業者がとるべき必要な措置の範囲を判断するための基準が存在しないことである。

利用者等による暴力が事業者の雇用する職員に対して生命の危機を感じさせる内容である場合には、「背信的行為により現場の介護努力を尽くしても状況の改善が認められず、サービス提供の継続が困難になる場合に、事業者は契約を解除することができる」という規定を契約締結にあたって当事者間で定めるというように、解除条件を最初から合意の内容とすることで、事業者からの契約解除が原則として認められると考えられる[93]。

しかしながら、現行制度では、当事者間の合意により事業者による解除が認められる場合であっても、「居宅基準」第10条（サービス提供困難時の対応）に基づき、事業者には市町村に対して「連絡調整」を行う義務、また、利用者に対して「必要な措置」を行う義務があり、契約の解除に際して、条文上事業者に当該義務の履行が義務付けられている。ところが、「必要な措置」の範囲については、行政解釈では基準が示されていない。裁判例では、①利用者との間で身体障害者居宅介護契約を締結していた利用者が、事業者側から介護サービスを一方的に終了されたとして債務不履行又は不法行為責任に基づく損害賠償を求めた事件があり、判決は、当該事業者が契約終了後に利用者から後任事業者を探す義務は事業者にある旨の連絡を受けた後に、他の後任事業者を紹介したことについて、障害者自立支援法に基づく指定障害福祉サービスの事業等の人員、設備及び運営に関する基準（平成18年9月29日厚生労働省令第171号）第13条の「サービス提供困難時の対応」規定に定めた「必要な措置」を講じたものとは認めなかった。この事件では契約解除時に、利用者は市の福祉事務所から他事業所のリストを受け取っていたが、利用者がそのリストに基づいて事業所に申込みをしたか否か等については判決では触れられていない。（東京地判平成21年8月28日「判例集未登載」（平成19年ワ28117号））。一方で、②市が設置したホームヘルプサービス事業所を廃止するにあたって、事業の打ち切り前に利用者と協議を実施せず、市から利用者に対する他の事業所名と住所の書いた紙の配布をもってサービス打ち切り後の引き継ぎについての配慮が行われたとは言えないとして、市の契約に付随する信義則上の義務違反が争点の一つとなった事件では、市によるホームヘルプサービス事業の廃止および存続については行政の有する裁量の範囲内であり、「事前にホームヘルプサービス事業の廃止を連絡して事業者一覧表を渡」し、さらに市が「適当であると考える事業者をアドバイスする」など、「民間事業者を利用するための対応をしている」ことから、「被告の対応に信義則上の義務違反があるとまでは認められない。」とする裁判所の判断が示さ

れた。（名古屋地判平成20年3月26日判例時報2027号57頁）。これらの裁判例では、②においては、他事業者の一覧表を利用者に渡し、他の事業所について助言を行ったことをもって利用者に対する引き継ぎの配慮にあたるとしているが、①においても契約解除に際して、他事業所の一覧が福祉事務所によって配布されており、さらに事業所から後任事業者の担当者に連絡を行っているにも関わらず、「サービス提供困難時の対応」規定に定める「必要な措置」にあたらないとしている。事業者の運営主体が行政庁であるか民間事業者であるかという違い、また事業者の利用者に対する契約解除の違法性に対する判断の違いも考慮しなければならないが、裁判例によってサービス契約終了時に事業者が利用者に対して行うべき引き継ぎの範囲について結論は異なる。しかし、いずれにせよ、「必要な措置」が事業者に対して後任事業者へ行う連絡以上の行為を求めるものであると考えるならば、利用者の要望や関係各機関の協力の程度によっては、利用者の希望するサービスを提供できる後任事業者が近隣に存在しない場合や、後任事業者による受け入れが事情により困難となる場合に、利用者の暴力行為が契約解除の要件を満たす場合であっても、事業者の講じるべき「必要な措置」として、後任事業者が見つかるまで利用者に対してサービス提供を継続する判断を事業者に強いることになり、サービス提供を継続する中で利用者から受ける被雇用者の心身・人格に対する侵害を被雇用者も含め事業者自らが引き受けざるを得ない実情が想定される。

その一方で、事業者以上に各地域における介護資源を把握し、各事業者に対する指導監査を通じて利用者に適切かつ必要な介護サービスに関わる情報を有すると考えられる都道府県知事・市町村町・厚生労働大臣に対しては、休止・廃止時のサービス確保が円滑に行われるために必要と認める時には、連絡調整又は援助を行うことができるという努力規定が定められるにとどまっており、利用者による故意の暴力行為等によって契約解除事由が発生した後もサービスの提供を継続せざるを得ない事業者に対して、行政庁による具体的な対応は義務付けられていない[94]。

（2）利用者等のニーズに対する評価

第二の問題は、家族を含めた利用者の要望が、他の利用者等を傷つける内容である場合や、そもそも制度の中で対応すべき問題か否かの限度や基準が曖昧な点にある。事業者は、利用者の行動による被雇用者あるいは他利用者の心身等に対する危害を予防するために、サービス提供を終了する判断を迫られる場合がある。この場合に事業者は利用者と被雇用者の利益調整をどのように図るべきかの判断について基準は存在しない[95]。

しかし、実際に提供される介護サービスの内容は「利用者本位」の観点から決定されるとはいえ、利用者の意思表示のみがその者に最も適したサービスを決定する判断基準になるとは考え難い。例えば、介護保険制度の趣旨は「自立支援」であり、自立支援を達成するための適切な支援方法については、介護従事者に対する教育訓練の内容に含まれる[96]。介護保険制度における自立支援には、高齢者が望む生活を、自ら選択し決定することを含む。これらが達成されていない場合を含め充足されるべき利用者の必要をニーズと捉え、介護従事者は利用者に対して援助を行う。「ニーズは援護水準によって『顕在ニーズ』と『潜在ニーズ』とに分類される。」と上野千鶴子は指摘しており、「『顕在』ニーズが当事者によって自覚されたニーズであるのに対し、『潜在ニーズ』とは、当事者によっては自覚されないが専門家や第三者によって判定されたニーズ」であると述べている[97]。この点については、利用者にとって最も優先されるべきニーズとは何かに関して、専門家と利用者本人の間で異なる判断が想定される。利用者に提供される具体的サービス提供の方法を決定する際に、利用者に必要なサービスについて、何が最善であるかという判断を誰が行うのか、事業者の有する職業的専門性はその判断の適否を評価する際に尊重されているのか、といった観点を含め、これらの判断基準については検討を要する[98]。

また、サービスの質の向上を目的とした、事業者の主体性を含む専門性による効率的なサービスの提供や、利用者の心身の自立を目標とした事業者による働きかけといった、サービス提供場面における事業者の役割遂行に向けた行動が、利用者ないし家族によって実行困難になる事例もあり、利用者のニーズに対する評価が一致しないどころか、ある当事者の評価のみでサービスの内容を決めることには利用者にとって不利益になる可能性も考えられる[99]。

サービス給付内容に関してここまでの検討で明らかになることは、利用者にとって最も適切なサービス内容は、利用者の意向に沿うことであるとは限らないという点である。つまり、利用者の意向が公序良俗上許されない内容である場合、あるいは、利用者の希望がその事業者の提供するサービスの種類・内容[100]によっては当該利用者に不適なサービスであると考えられる場合にも、利用者自身の潜在ニーズとは異なるサービスを当該事業者が提供する可能性がある。また、前述のように被雇用者の専門性を介護サービス契約内容を変更する過程に反映させることを、明確な規定として認めることが出来なければ、他の利用者全体に対する自立支援の実施を制約する結果を生むこともあり、事業者が運営する事業所全体の利用者に対する自立支援の質を低下させ、ひいては介護保険制度全体の効率的な運営が阻害される可能性は否定できない。

第3款　まとめ

憲法第25条における国民に対する生活保障は国の責任で行われる。サービス直接提供場面において、私人である事業者は、利用者に対して生活保障責任を果たす主体にはなり得ない。介護保険法施行以前において、行政庁による事業者に対する介護サービス直接提供にかかわる義務は、措置委託制度を根拠として国の公的責任を遂行する意図で規定された。この規定は生活保障の最低水準を定めるものであった。ところが、介護保険法施行後、介護サービス提供においては事業者と市町村長、都道府県知事等の間に法的関係が存在しないとされていることから、事業者による介護サービス提供の根拠を、利用者に対する生活保障に置くことが出来ない。一方で、行政の公的責任として措置委託制度における最低基準の中にも課せられなかった義務が、介護保険の下では明確な理由なく、行政庁の決定によって事業者に対して課されている。

このように、事業者に対する運用基準を含む「指定基準」の適用範囲が曖昧であることが事業者に対して、利用者の過度なニーズの充足に関する合意を惹き起こし、結果として、公平なサービスの提供を困難にしている可能性がある。

事業者は介護保険制度においてその専門性を保障される根拠が乏しい上に、規制がなければ営利に優先して不正を行う性質を持つことから、指導・監督を当然に受けるべき存在として描かれてきた[101]。しかし、介護保険制度の構成員として、実際に介護サービスを提供する事業者の被雇用者もまた、利用者等による不誠実な行為の結果について、本来利用者等が負うべき結果を代わりに引き受けざるを得ない現状においては、むしろ、事業者は介護保険制度における弱者となる。本来、事業者の被雇用者は事業者に雇用された労働者であり、彼らの人格的利益・生命・身体の安全を侵害する行為は許されない。しかし、事業者が介護保険制度の構成員として介護サービスを提供した結果、被雇用者に対する保護義務に運営基準が抵触する問題が生じた場合に運営基準が解決の判断・対応基準になるどころか、現場の混乱を却って大きくしている可能性があることを確認した。被雇用者自身が利用者によって心身・人格の侵害を受ける場合にも、それを仕事の一環[102]として捉えようとする価値観があるように、介護サービス提供における具体的な状況の中で利用者のニーズが適切であるのか、そしてニーズにどの範囲まで応えるべきであるのかを事業者が客観的に判断することが困難である。また、事業者の有する職業的価値観ゆえに、被雇用者が心身に対して侵害する行為が加えられた事実を表現しない、あるいは

表現できない環境が形成されてきたと言われるが、事業者側と利用者側にこのような関係性が形成される原因は被雇用者のみに帰すものではなく、むしろ、このような関係当事者の権利義務関係が明記されていない介護保険法の規定の不備という制度的背景の存在が認められる。

このように検討するならば、介護保険法施行後に運営基準によって新たに義務付けられた義務は、国民に対する生活保障とは別の根拠によって定められたものと言うことができ、運営基準のみをもって事業者に対する規制の根拠の出発点にすることはできない。この別の根拠とは、当事者間で締結した契約の合意によって導かれる。

第２章　事業者の「サービス提供困難時の対応」義務の範囲

介護保険制度の下で、事業者は公平なサービスの提供に加え、実質的に、国が被保険者に対して行う生活保障に関わる役割の一部を担うことは、これまでの検討から明らかであり、「一部」の範囲と限界を決定する基準は、両当事者の権利利益を衡量する契約関係から導かれると捉えることが可能である。つまり、契約の性質そのものが「不確実な将来に対し、各人が利益とリスクとを予測しつつ、自らの判断で締結する」ものであり、「不確実性の不均衡」を理由として、契約当事者が自らの行った選択の結果から逃れることを原則として予定するものではない[103]。

第１節　合意によって生じる利用者および事業者の義務

第１款　委任契約

わが国では、債務の目的が役務となる場合に、債務内容を確定する上で基準となる一般的な規定は債権総則中に明示されておらず、契約各則における個々の契約類型で検討されている[104]。介護サービス契約は、法律行為ではない事務[105]としてサービスを提供する準委任契約（新民法第656条）であり[106]、各当事者に委任契約遂行にあたって義務が存在すると考えられている。本節では介護サービス契約に内包される委任契約としての性質を検討する。

（１）利用者に債務の本旨に則った最善のケアを提供する義務

委任契約（新民法第643条）の受任者が義務として処理すべき事務の内容は契約によって定まるが、事務を処理する過程で生じる事態に対する対処方法を事前に契約の内容として全て想定することは困難であるため、受任者の裁量に委ねられなければならない。受任者には委任の本旨に従った処理を行う旨の規定が置かれている[107]（新民法第644条）。「当事者の合意内容よりも、委任者の利益をはかる」という「委任の本旨」によって「善良な管理者として合理的に要請されるすべての義務」が受任者の義務に含まれており、「当事者が合意で具体的に定めた委任事務の範囲」を超えて、「委任者の利益をはかるために合意内容とは異なる措置」が認められている[108]。

福祉サービスは委任契約の性質を持つ。介護保険制度の目的である自立支援と生活援助を最も合理的に達成することが委任の本旨であると捉えるならば、介護サービス契約においては、利用者の意向が委任の本旨と異なる場合に、利用者のニーズを解決する最善の援助方法を判断する際、事業者の行う利用者のニーズ評価は事業者の裁量の根拠として現状の範囲よりも広く認められる余地があると考えられ、利用者の希望とは異なる方法を採る場合も否定されるものではないと考えられる。

（２）利用者の協力義務

事業者は受任者として委任の本旨にしたがってサービスを提供する義務を有する。一方で、利用者に求められる、委任者として債務の目的達成に協力する義務の存在について検討する。契約関係における債権者と債務者の関係からは、債権はただ債務者の義務として課されるのではなく「社会的目的の達成を共同の目的」として両当事者は給付の実現に向って協力関係に立ち、利用者もまた「信義則によって支配される一個の共同体」として把握されている[109]。中田裕康は、委任者の義務

として受任者に対する経済的損失を与えない義務に加え、事務処理に協力すべき義務を負うことがあると指摘する[110]。

このような債権者の協力義務に関しては、民法上、債権者の協力義務に関する規定はなく、債権者の双務契約上の義務としてこれを導くことは困難であると指摘されている[111]。しかし、我が国においても、債権者の協力義務も信義則に基づく債務者の義務の「拡張、強化」の表れとして、債務者の義務と同様の法的義務と認める余地があることが指摘されている[112]。以上を考慮するならば、介護サービス契約は、委任・役務提供契約であり、債権者の協力なしには債権の目的が達成されないことから、債権者の協力義務違反は、事業者からの契約解除の効果を導く余地があると考える。

（3）特別な法的関係に基づいた保護義務

「契約関係の安定性の保護」のために、事業者からの契約の解消が約定解除権の行使によるものであっても信義則で制限され、あるいは解消に要件が付加される場合がある[113]。

以上より、介護サービスの提供に際し、事業者には委任の本旨に従って受任者としての裁量が認められ、委任者に対しては受任の債務目的を達成するための協力義務が課される余地があることを示した。次款では、介護サービス契約における事業者の債務は人に対して行うサービスである点に着目し、人的信頼関係のもとで介護サービス契約において事業者の有する職業的専門性により、債権者である利用者に対して注意義務・忠実義務が課されていること、第2節では、信義則を根拠とした債権者である利用者の義務を確認し、委任契約では十分ではないと考えられていた受任者である事業者の保護について検討する[114]。

第２款　役務提供契約

個々の介護サービス契約は、「物」ではなく「サービス」の取引であるという性質から、役務提供契約としても把握することができる。物と比較した場合、サービスの特徴は、①供給と消費は同時に行われ、②目で見て確かめることができず、その内容、質の判定が困難であり、③復元・返還が困難であって、④サービスの結果は受給者の協力によるもので、⑤サービスの質について客観的評価は困難であり、受給者の主観的・情緒的評価に左右され、⑥サービスの取引は人手依存性（人的資源により、直接提供され、その質は提供者によって異なる、と中田裕康によって指摘されている[115]。

また、役務提供契約は「人的な信頼関係」[116]を基礎にすると、債務の目的である役務の給付は行為者の「人的特性」に左右されること、債務の内容が非定型的であり契約締結時に確定できないこと、債務の提供は役務提供それ自体であること、債務の提供にあたっては「債権者の権利・利益領域」に介入するものであることから債権者が自らの身体に対する注意を債務者に委ねなければならない[117]こと、といった特徴を有する。

ここで、注意を「委ねる」基礎にあるのは、債務者と債権者の間に生じる個人的な信頼関係であることから、「忠実義務」[118]及び「注意義務」[119]（新民法第644条）が事業者に課せられ、さらに委ねられた債権者の権利・利益に対する危険負担をも事業者に割り当てられていることにあると考えられている[120]。ただし、信頼関係に基づいて債権者から受けた期待に債務者が応えるという、契約当事者間の具体的な人間関係を背景にしているという点で、忠実義務の違反には個別具体的な検討を要する[121]。

さらに、注意を委ねる先が債務者の職業的特性に由来することから、役務提供契約は職業的専門性ゆえに債務者に課される義務であるとする観点について検討する[122]。役務提供契約においては、専門的知識・技術が認められる場合、持たない者であれば許される以上の注意が必要である[123]。

債務者の有する職業的専門性に関しては、「当該技能の専門性が高い場合には、専門的技能の傾注を積極的に促すため、標準的な専門的技能の投入を債務者に義務付ける－そして、その反面で、右の範囲内での債務者の専門的・裁量的判断を許容し、尊重する－」[124]とする見解もあるが、日本

における介護サービスとは、介護を必要とする者の家族の役割を社会で共有するための仕組みとして、家族介護の代用とする側面もあり[125]、介護保険法に基づき介護サービスを提供する事業者の専門性は、これを根拠として課される義務ほどには裁量の範囲を広く認められておらず、専門性に対する信頼も低い。

介護保険制度における利用者の権利保障過程として、ⅰ）要介護認定等（介保27条）、ⅱ）介護サービス計画（ケアプラン）作成、ⅲ）指定事業者との契約解除の三段階に分けられている[126]。それぞれの段階において、事業者の専門性を反映する機会が確保されているのかを順に確認すると、ⅰ）に関しては、要介護認定等における二次判定を行う介護認定審査会の委員は「要介護者等の保健、医療又は福祉」に関する学識経験者（介保15条）とされ、委員として介護福祉士も含まれているため、福祉の専門的見地が尊重されていると考えることもできる[127]。しかし、一次判定の段階で、たとえば、介護が必要な内容がBPSD（認知症に伴う行動・心理症状：Behavioral and Psychological Symptoms of Dementia）関連の幻覚・妄想による不潔行為や攻撃行動への対応を主とする場合、現行の要介護認定等基準時間が実際に必要な介護時間よりも低く算出される[128]。また、判定の前に実施される認定調査についても長時間近い関係の中で介助を行う介護者に対する行動と認定調査員が評価する一時点の行動が異なる場合もあり、判定された要介護度と介護量に差が生じる場合が想定されるが、その結果について「区分変更の申請」ないし「再審査請求」ができるのは被保険者と規定されている[129]。また、ⅱ）に関しては、サービス開始時の支援計画書作成は介護サービスを提供する指定事業所ではなく居宅介護支援事業所等の介護支援専門員の権限で行うため[130]、現行制度においてはサービス事業者側と利用者側のサービス目標の不一致がみられる場合でも事業者の評価によって決定された目標や判断が支援介護計画書に十分に反映されない。さらにⅲ）については、契約解除の場面において、事業者側からの契約解除が認められる「やむを得ない事由」の中には、介護サービス利用の継続は当該利用者にとって不適であるとする事業者側が行う評価は含まれていない。

このように、契約締結に至るまでの利用者の権利保障過程に介護サービス事業者の専門性が反映される段階が十分に確保されているとは言えない状況では、事業者に対して義務を課す根拠を専門性に置くことには疑義がある。

第２節　契約の性質から導かれる完全性利益の保護

第１節では介護サービス提供契約には委任契約および役務提供契約の性質が含まれることに着目し、債務者である事業者の義務だけではなく、債権者である利用者にも事業者による債務の完成に協力する義務があることを示した。ここでは、各指定基準に定められた「サービス提供困難時の対応」規定を介護サービス契約の終了にあたって、契約関係から直接導くことが困難である、事業者に課せられる利用者および行政庁に対する引き継ぎ義務として捉え、その根拠について検討する。

わが国において、伝統的な債務以外にも信義則に照らして契約利益実現のために種々の義務が債務者に対して義務付けられるとする議論[131]があり、契約を根拠とするものの、債務の内容とは直接関係しない信義則から導かれる事業者に対する権利の制限を含むものとして、北川善太郎により給付義務、付随的注意義務、保護義務の分類[132]が提唱されてきた。

付随的注意義務とは、債務の本旨に従って給付を完成させるために履行の実現と給付結果の利益の保護に向かう注意義務であり、給付義務に付随して生じる義務である[133]。付随義務の違反には帰責事由の存在が必要である[134]。

このように、付随義務は給付義務を完成するための注意義務であるのに対して、保護義務とは、「完全性利益」（債権者の一般法益）すなわち、「生命・身体・健康・所有権等の利益その他の財産権利害」[135]が侵害されないことに向けられた注意

義務である[136]。これに加え、保護義務は契約が無効となる場合や取り消された後にもその義務が残り[137]、債権者にも課される義務である点で、給付義務、付随的注意義務と異なる[138]。

この保護義務に関しては、完全性利益の保護が契約の目的に含まれている場合には「契約利益」として、給付義務と区別されていない[139]。たとえば、医療訴訟においては、役務の提供が契約の目的であるが、「給付義務と患者の生命・身体に対する保護義務とは不可分に結合」しており、契約の目的を完成するためには完全性利益の保護が必要である[140]。そして利用者の日常生活の安全を保護することが契約上の債務となる介護サービス契約においては、完全性利益の保護そのものが契約の主たる目的となる[141]。

また、保護義務は「意図され、目的とされた特別結合関係」のもとでの社会的接触から生じる法益侵害に対しても向けられており、契約の前・中・後のいずれの段階においても、「特別の目的・社会的関係において認められる信頼保護の原理」に基づく義務である[142]。完全性利益の保護に基づく「信頼関係から導かれる保護義務」(「特別な社会的関係」を根拠とする安全配慮義務など)についても、契約における債務に引き付けて考えるべきであり、契約当事者の意思を直接根拠としない保護義務を拡大することについては懸念が指摘されている[143]。

第３節　完全性利益の保護と「サービス提供困難時の対応」

前節のように考えるならば、利用者・事業者間の契約における合意の外から課される「サービス提供困難時の対応」の義務については、利用者に対する契約終了後における直接のサービス提供義務として信頼関係の保護に基づき契約の性質から導かれる。よって、利用者・事業者間において契約を継続し難いほどに信頼関係が失われた場合には、サービスを終了した際の利用者に対する「サービス提供困難時の対応」として、利用者に対して実際のサービス提供を含む「便宜の提供」あるいは「必要な措置」を行う義務の消滅が導かれる。つまり、「サービス提供困難時の対応」が事業者に適用される条件は、利用者と事業者の間に信頼関係が認められる場合である。

契約関係に基づく債務の発生から、債権者の背信的行為により債務の履行に対する協力が得られず、提供が困難になった場合には、債権者は自ら債務の履行が達成されるという信頼関係を破壊し、さらに信頼関係を基盤とする完全性利益の保護を受けることを否定したものと捉え、債務不履行の結果、完全性利益が保護されないことによるリスクを債権者自身が引き受けることに同意したとみることができ、事業者は債権者（利用者）に生じる不利益を保護する責任を負わないと考えることも可能である[144]。

第４節　事業者に課される利用者の生活保障に関する義務の限界

前述の通り、利用者と事業者の関係を当事者の合意の外から規律するための基準を提示する行政庁は、実際の介護サービス給付内容に関して、利用者や事業者と法律関係を持たないことから、利用者とは保険者対被保険者としての関係にとどまり、介護サービス事業者の間には、前述の「指定」以上の法的関係は生じない[145]。

このように、これまで介護サービス契約上で生じた問題に関しては事業者と利用者の間で解決することが求められているとする考え方が多数説として主張されている。つまり、「指定基準」の内容に従い、行政庁が定めた基準に則って事業者が介護サービスを提供した結果、利用者・事業者に不利益・損害が発生した場合でも、この結果は事業者ないし利用者の関係の中で引き受けるべきものであると解されてきた[146]。そして、サービス提供終了の直接の原因が利用者に帰する場合であり、契約の解除が認められる場合であっても、事業者は利用者の生活保障の保護の見地から、後任事業者の引継ぎに加えて利用者に対して便宜を図ることを義務付けられてきた。しかし、契約関係にある債権債務者は対立した関係ではなく[147]、契

約の目的を共有し、その達成のために両当事者が協力して一つの債権の達成に向けて努力する関係にある[148]とする観点からは、社会の中で共に解決する役割を担う立場にある事業者と利用者の背景を常に見直しつつ、各々の権利義務を明らかにすることなく、契約の目的が達成できない場合の結果処理を一方当事者に負わせることはできない。さもなければ、介護現場で生じる問題を解決することを目的としているはずの立法政策が現場の混乱を増幅させ、当事者の権利を侵害する結果を生じさせるおそれがある。

利用者あるいは事業者のいずれに原因がある場合を問わず、引継ぎ義務を契約解除時等に事業者のみに対して新たに担わせるならば、実際に介護サービス給付を供給する役割について、介護保険制度における利用者と事業者両者の役割の範囲と利益の制限の妥当性について、双方の法的関係から説明する必要がある[149]。

保険者として制度の適切な運用をはかり、個々の利用者に対して、介護給付が公平かつ適切に行われるように努めるべきであるのは、一義的には行政庁の役割であり、契約解除後の生活保障の実現を目的としてサービス給付を行うべきであるのか否かについては、特に契約解除に至る直接の要因が利用者の行動にあった場合、事業者は前述のとおり、契約の性質から導かれる義務を負わない。

これまでの検討から、事業者の役割は、あくまでも契約が継続している間、各利用者に対して公平にサービスを提供することであって、一人の利用者に対する生活保障を契約の限度を超えて行うことではない。介護保険制度の円滑な運用を目的とする事業者に対して、事業者・利用者間の契約関係からは導くことのできない義務を課す場合には、サービス提供者に対して過重な負担が生じないよう、両当事者の立場が、十分考慮された範囲に限定すべきであり、事業者が単独で利用者に対して課せられる義務は、利用者と事業者の間の契約関係に基づいて検討されることが妥当である。

そこで、介護サービス契約の債務の内容から引継ぎ義務について検討すると、引継ぎ義務とはサービス提供終了後の利用者の心身に向けられた保護義務であり、「完全性利益の保護に向けられた」保護義務として捉えられる。しかし介護保険制度の趣旨からは、引継ぎ義務は自立支援、生活援助に向けられた介護保険法に定める給付内容には直接含まれるものではない。前述の通り介護サービス給付においては、サービス提供に際して利用者は「信頼関係」を基礎に事業者に自らの身体に関する判断を委ね、事業者は介護保険制度の趣旨である「生活保障」に基づく「自立支援」と「生活援助」の観点から利用者のニーズに応えるため、「完全性利益」の保護そのものが給付利益となるかどうかは、両当事者の契約に含まれる債務の評価と契約類型から導かれる信義則等により個々の契約ごとに判断することが妥当であると考える[150]。

引継ぎ義務を契約終了後に義務が存続する余後効の問題とする指摘もあるが[151]、前述の通り引継ぎ義務は信頼関係に基づく完全性利益の保護にあり、完全性利益の保護は契約を離れて存在しないと捉えられることから[152]、契約終了後に引継ぎ義務を事業者に対して当然に課す（契約責任の時間的拡張）ことはできず、あくまでも個々の契約の中で検討される義務であると考える。

むすびにかえて

本論文では、措置制度において行政庁（国、市町村、都道府県等）が利用者に対して生活保障として直接担ってきた介護サービスが、介護保険法成立以後は利用者との契約関係に基づき事業者によって提供されることになった背景を最初に確認した。介護保険法施行以前は、事業者に対して老人福祉法第17条に基づき遵守すべき基準が条例で定められ、行政庁に事業者に対する監督権限があった[153]。行政庁の事業者に対する規制は、行政庁（都道府県、市町村）と事業者の間には直接法的関係が認められなくなった介護保険法施行後も、事業者に対する運営基準を含む「指定基準」とし

て引き続き行われている。しかし、第1章で検討したように、介護サービス直接提供場面における利用者に対する事業者の義務は、事業者と行政庁の間に法的関係が認められていない以上、生活保障を根拠とすることができない。一方で、措置委託契約によって行政庁の代わりに事業者に対して義務付けられた利用者に対する生活保障については、介護保険法施行後、事業者から利用者に対する義務について、措置委託制度において課されていた範囲を超えて新たな義務が発生し、両当事者の関係が事業者と利用者の合意の外から強制力を伴う運営基準によって規定されるようになった。

次に、介護保険制度施行以後、実際に介護現場の直接提供場面で生じている問題との関係について、第1章第2節で検討した。実際のサービス提供場面において法的関係を結ぶのは利用者と事業者に留まり、行政庁に生活保障を実行する役割が義務づけられていない現状からは、事業者は契約関係を開始した利用者に対して、その義務の範囲と限度が不明確な生活保障の役割を行政庁の代わりに担わざるを得ず、事業者と利用者の間に新たな問題が生じている。実際のサービス提供場面における行政庁の役割は縮小しているとはいえ、行政庁にも老人福祉法第10条における措置の努力規定だけではなく、老人福祉法第11条における入所措置に係る義務が定められており、事業者と利用者の介護サービス契約解除にあたって行政庁の果たすべき役割は老人福祉法に基づき、現状よりも広範囲に求めることができるのではないか。また、事業者、利用者を含む国民に対する「公的責任」は時代とともに異なる定義付けがなされている。しかし、荒木誠之は、憲法第25条第2項で定める国の国民に対する社会保障責務に基づき「社会保障の法関係は、国と国民の間に成立する。」として、「現実の立法で保障の実施機関が地方公共団体の長や公法人とされている場合にも、最終的な責任は国が負わなければならない。」と述べ、この趣旨のもとで国は基準を定めることを示している[154]。これらを考え併せると、行政庁の事業者に対する介護サービス直接提供場面への規制は、事業者と利用者の間で解決が困難な問題が生じた際、行政庁が介護サービスの直接提供場面に介入する義務が介護保険法の中に明確に定められた上で行われるべきである。

第2章では介護保険法施行以後、新たに事業者に課せられた義務の根拠を各運営基準に定める「サービス提供困難時の対応」規定を題材に、事業者と利用者の契約関係に拠ることができるか、という点について契約の性質から検討した。まず、事業者と利用者の委任契約から、利用者側に対しても介護保険制度の趣旨に則った対応が求められる。次に、役務提供契約の性質から導かれる義務のうち、事業者の職業的専門性を根拠とした「忠実義務」及び「注意義務」並びに債権者の権利・利益に対する事業者の危険負担については、これらの義務を事業者に課すことができるほどには、介護サービスの内容を決定・変更する過程で当該事業者の職業的専門性が反映される機会が保証されていない。さらに、同章第2節では契約の性質から導かれる義務として、「完全性利益の保護」による信頼関係に基づく保護義務があることを確認した。利用者によって契約当事者間の信頼関係が失われた場合には、「完全性利益の保護」から導かれる保護義務も成立しない。

以上のように、契約の性質自体から生じる義務を検討し、契約の性質から導かれる義務を確認した結果からも、介護サービス契約において利用者の選択の自由が尊重される範囲には限界があることを示した。介護サービス内容の範囲は、契約関係に基づく事業者と利用者の合意によって決定され、両当事者の合意の外から課せられる場合にあっても、それは無制限・無条件に課されるのではなく、両当事者が目的の達成をめざす立場としての関係（本論文においては「信頼関係」）を土台としている。両当事者の権利義務関係を、契約関係にとどまらず、介護保険法施行に至るまでの社会福祉事業の役割の変化を含めた現行制度の背景を理解した上で捉えることは、一方当事者に対する権利擁護に偏ることなしに各当事者の義務の範囲を判断する上で有益であるだけでなく、相手の

役割と権利義務の限界を理解し、双方の立場を尊重する関係性の形成に資するものである[155]。

また、事業者が提供する介護サービス内容の決定に、利用者本位や利用者の「自己決定権の尊重」を無条件に適用するならば、長期的に見て介護事業者の質向上に対する意欲を減少させ[156]、さらに公益性を有する事業者として公平なサービスを提供する制度上の目的があるにも関わらず、声をあげる者のニーズが優先的に充足される状況は十分に考えられる。例えば集団に対して行う介護サービス直接提供場面において、利用者のニーズが介護保険制度の趣旨に合致しているか、に関する事業者の評価・判断が行政庁や利用者および利用者家族とは異なる場合を考える。このとき、事業者の判断は専門家として周囲が尊重するべきものとしては法的に保証されておらず、介護保険制度の趣旨から外れるような要求であっても援助が必要なニーズであるとして主張する利用者に対して、優先的にサービス提供を行わなければならない場合があり、その結果、他の利用者に対して公平性に欠ける介護サービスを提供せざるを得ない状況が想定される[157]。一例ではあるが、このような状況に対しては、司法の場で争点になった場合に初めて個別具体的に判断するのではなく、その前段階で第三者機関等によって利用者のニーズが介護保険制度の趣旨に適合するものであるのか、また利用者のニーズに対する事業者の判断が適切であるのかを評価するシステムを現行制度の規定に加え、たとえ訓示的であるとしても利用者のニーズの充足に対する利用者自身の協力義務を重視する規定を定める必要があるのではないか。

本論文では、介護保険制度をめぐる議論の中で、これまで検討が不十分であった介護サービスを提供する事業者に対する義務の背景と、介護サービスの直接提供場面で生じている問題を確認するものである。本論文を通じて得られた事業者と利用者間で生じている問題、特に事業者に雇用される介護従事者に対する過重な負担への配慮に関する政策は、介護従事者の人材確保を目的とした処遇改善に注目して検討するだけでは不十分である。利用者も事業者も私人である以上は、被雇用者である介護従事者に対する権利擁護を利用者に対して求める議論がなされることなしに、利用者に対する権利擁護を介護保険制度の理念に謳うことはできない。

---

[1] 笠井修「福祉契約と契約責任」新井誠＝本沢巳代子＝秋元美世『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）31頁。他に、消費者としての高齢者に考えられる契約解除に係る取引上の問題については、河上正二「高齢化に伴う消費者問題」ジュリスト1034号（1993年）42頁を参照。

[2] 本論文では、事業者と利用者間の間で介護サービスの取引を行う契約を、「介護サービス契約」と呼称する。

[3] 高畑柊子「介護保険の制度・実態・理論」東北法学第45号（2016年）60頁。

[4] たとえば、内田貴は、制度的契約論の立場から、行政が関与する介護契約において「対象となる全ての人との関係での平等で差別のない扱い」、「統一的・画一的な扱い」が要請され、契約締結にあたっての当事者間で行われる「個別交渉やそれによる契約条件の修正」は「正義・公平に反する」と主張している。内田貴『制度的契約論 - 民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）55頁、66頁、123頁参照。

[5] 江口隆裕『社会保障の基本原理を考える』（有斐閣、1996年）13頁。

[6] 江口・前掲注（5）26頁。

[7] 1990年の「老人福祉法等の一部を改正する法律（平成2年法律第58号）」の制定（福祉八法の改正）により、措置事務権限は都道府県及び市から市町村に委譲された。高畑・前掲注（3）5頁。

[8] 菊池馨実『社会保障法』（有斐閣、第2版、2018年）101頁、荒木誠之『社会保障法読本』（有斐閣、第3版、2002年）249頁。

[9] 江口・前掲注（5）7頁、増田雅暢「福祉サービスと供給主体」日本社会保障法学会編『講座社

会保障法第3巻　社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）105-106頁。また、岡本多喜子は、旧老人福祉法12条に規定された「老人家庭奉仕員」（訪問介護員の前身）は1950年代から行政活動ではなく地域で自然発生的に生じた活動から開始したことを指摘している。岡本多喜子『老人福祉法の制定』（誠信書房、1993年）62頁。

[10] 荒木誠之『生活保障法理の展開』（法律文化社、1999年）114-115頁。「社会保障制度に関する勧告」では、社会保障制度が社会保険、公的扶助、社会福祉、公衆衛生の各部門から構成されると指摘している。社会保障審議会「社会保障制度に関する勧告」公文類集第75篇昭和25年42巻。

[11] 江口・前掲注（5）14頁、24頁。

[12] 増田・前掲注（9）108頁。また、江口・前掲注（5）24頁。

[13] 豊島明子「福祉の契約化と福祉行政の役割―高齢者福祉と障害者福祉に着目して―」名古屋大学法政論集225号（2008年）190頁、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究69巻4号（2003年）123頁、江口・前掲注（5）13頁、芝田英昭「福祉サービスの公的責任」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第三巻　社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）30頁。

[14] 成瀬龍夫「社会福祉措置制度の意義と課題」彦根論叢309号（1997年）86頁。

[15] 成瀬・前掲注（14）73-74頁。

[16] 江口・前掲注（5）31頁。

[17] 社会福祉施設運営改善検討委員会「社会福祉施設の運営をめぐる諸問題についての意見」日本社会保障資料Ⅲ（下）（昭和56年6月15日）、http://www.ipss.go.jp/publication/j/shiryou/no.13/data/shiryou/syakaifukushi/166.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[18] 介護保険制度史研究会編『介護保険制度史―基本構想から法施行まで―』（社会保険研究所、2016年）25-26頁、51頁。

[19] 倉田聡『これからの社会福祉と法』（創成社、2001年）49-52頁。

[20] 介護保険制度史研究会・前掲注（18）65頁。

[21] 倉田・前掲注（19）49-56頁。ほかに、成瀬・前掲注（14）78-79頁、矢嶋里絵「福祉サービスの紛争解決」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻　社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）138-139頁。

[22] 樋口陽一ほか『憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）159頁。

[23] 芝田・前掲注（13）30頁。

[24] 前田雅子「介護保障請求権についての考察」賃社1245号（1999年）19頁、23頁。

[25] 堀勝洋『福祉改革の戦略的課題』（中央法規出版、1987年）171-181頁。

[26] 社会保障審議会は、社会保障制度を「疾病、負傷、分娩、廃疾、死亡、老齢、失業、多子その他困窮の原因に対し、保険的方法または直接公の負担において経済保障の途を講じ、生活困窮に陥った者に対しては、国家扶助によって最低限度の生活を保障するとともに、公衆衛生及び社会福祉の向上を図り、もってすべての国民が文化的社会の成員たるに値する生活を営むことができるようにすること」と定義づけている。社会保障審議会・前掲注（10）。

[27] 社会保障審議会・前掲注（10）。

[28] 老人保健法等の一部改正法（昭和62年1月1日施行）にとどまらず、後に、生存権とともに社会連帯（国年1条、高齢医療1条、介保1条、同4条第2項）も明文で規定されるようになった。橋本宏子「福祉をめぐる状況と展望」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻　社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）6頁。また、社会保障制度審議会の平成7年勧告においても、国民による社会連帯の重要性に言及している。社会保障制度審議会事務局編『社会保障制度の展開と将来―社会保障制度審議会五十年の歴史』（法研、2000年）223頁。ただし、菊池馨実によって、「連帯」の範囲が明らかではなく、「社会全体の利益に中に個人を埋没させ、安易に個人への犠牲を強いかねない危険」があると指摘されている。菊池・前掲注（8）114頁。また、倉田・前掲注（19）136頁。

[29] 菊池・前掲注（8）113-114頁。

[30] 「限られた者の保護救済にとどまらず、国民全体を対象としてその生活の安定を支える役割を果たしていくことが期待されている」。厚生省老人保健福祉局企画課長「介護保険施設等の指導監査について」（平成12年5月12日老発479号）（通知）、http://www2.airnet.ne.jp/fno/syousetu/syousetu28/rouhatsu_2.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[31] 江口・前掲注（5）31頁。

[32] 菊池馨実は、社会保障における国家の役割は最低生活保障責任およびそれを上回る生活保障責任において、国民個人に対する直接的役割から、「基本指針の作成、施設等運営基準の整備、規制監督権限の行使、費用負担など」へと間接的役割の担い手に変化したことを指摘している。菊池・前掲注（8）109-110頁。

[33] 荒木誠之『社会保障法読本』（有斐閣、改訂第2版、1991年）245頁。

[34] 荒木・前掲注（33）247-248頁。

[35] 菊池馨実は、生活保障を必要とする原因を「心身の機能喪失又は不完全によって生ずる生活上のハンディキャップ」とし、それに対応する保障給付を「社会サービス給付」と捉えている。菊池・前掲注（8）103頁。

[36] 荒木・前掲注（10）115頁。

[37] 荒木・前掲注（33）202頁。

[38] 医療給付と介護給付の違いについては、荒木誠之の提唱する給付別体系論の中では明確な差として言及されていない。荒木・前掲注（10）37頁、139頁以下、菊池・前掲注（8）104頁以下。

[39] 荒木・前掲注（33）30頁。

[40] 菊池・前掲注（8）104頁以下。

[41] 菊池・前掲注（8）100頁、荒木・前掲注（8）249頁、堀勝洋『社会保障法総論』（東京大学出版会、第2版、2004年）11-12頁。菊池馨実は、社会保障法について、国民等（場合によっては外国人も含めた）「主体的な生の追求を可能にするための前提条件の整備」を目的としており、憲法第25条を直接の根拠として「給付」が行われる法であると述べている。菊池・前掲注（8）101頁。

[42] 高畑・前掲注（3）22頁。

[43] 亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究65号（2003年）198頁以下。亘理格は、措置制度下においても、国家賠償法1条1項にいう「公権力の行使」が認められていない場合があることを指摘している。倉田・前掲注（19）30頁。

[44] 亘理・前掲注（43）198頁。前田雅子は、措置制度において受給者は、実際に提供された介護サービスに関して利用者から苦情がある場合、措置権者である市町村にも国家賠償責任、債務不履行責任を追及することができると解されていると示している。前田雅子「第7章　社会福祉」加藤智章＝菊池馨実＝倉田聡＝前田雅子『社会保障法』（有斐閣アルマ、第6版、2015年）354頁。

[45] 堀・前掲注（25）191-192頁、倉田・前掲注（19）21-27頁。

[46] 三輪まどか「介護契約と利用当事者」新井誠＝本沢巳代子＝秋元美世『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）97頁。

[47] 亘理・前掲注（43）198頁。ほかに、倉田・前掲注（19）21-27頁、前田・前掲注（24）19頁参照。

[48] 三輪・前掲注（46）99頁。また、三輪まどかは、介護保険法における当事者は保険者（市町村および特別区）と被保険者（利用者）の二者となり、事業者と利用者の法的関係に関する明文規定は定められていないことを指摘する。

[49] 亘理・前掲注（43）194頁。

[50] 中井健一「続・戦後日本社会福祉論争　その３　措置制度論争」東邦学誌第38巻第2号（2009年）91頁。

[51] 指定居宅サービスの基準は、「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」（平成11年3月31日厚生省令第37号）として定められた。

[52] 指定居宅サービス事業者（介保70条）、介護予防

サービス事業者（介保115条の2）、介護保険施設（指定介護老人福祉施設（介保86条））の指定権者は都道府県であり、地域密着型サービス事業者（介保78条の2）、地域密着型介護予防サービス事業者（介保115条の12）、居宅介護支援事業者（介保79条）、介護予防支援事業者（介護115条の22）の指定権者は市町村である。介護医療院（介保107条）介護老人保健施設（介保94条）は都道府県知事より指定ではなく、開設許可を受ける。介護療養型医療院の設置期限は、順次、介護医療院へ転換される。第144回社保審－介護給付費分科会、参考資料3「介護療養型医療施設及び介護医療院」（平成29年8月4日）、https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12601000-Seisakutoukatsukan-Sanjikanshitsu_Shakaihoshoutantou/0000174009.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[53] 介護サービスを提供する事業者は、都道府県より指定サービス事業者としての指定を受けなければならない。指定居宅サービス事業者（介保70条）、指定地域密着型サービス事業者（介保78条の2）、指定居宅介護支援事業者の指定（介保79条）等。前田・前掲注（44）273頁。

[54] 前田・前掲注（44）274-275頁以下。

[55] 介護保険法における要介護状態・要支援状態の認定は行政処分であり、不服がある場合には都道府県の介護保険認定審査会への審査請求を経て、取消訴訟等の提起が可能である（介保196条）。

[56] 介護保険法第78条の4第7項、同法第91条の2、同法第99条の2。居宅サービス事業者の指定の取消等に関わる規定として同法第77条がある。

[57] 都道府県知事等による事業所指定取消の判断は、「指定権者である都道府県知事の合理的な裁量に委ねられ…それが社会観念上著しく妥当性を欠いて裁量権を付与した目的を逸脱し又はこれを濫用したと認められる場合でない限り、違法とされることはない」とした上で、事業者の故意が要件とされるかについては、介護保険法第77条第1項第4号における基準の違反には、「故意が必要であるとする法令上の根拠もない」としている。さらに介護保険法第77条第1項第6号における「不正」とは同法第22条第1項にいう「偽りその他」を含めていないことから、事業者の「故意」を要件とすることは、「指定居宅サービス事業者の業務の適正を確保することが困難となる事態」を招きかねないとして、「法令等を遵守しない行為」があれば、「不正」としている。東京高判平成29年9月13日「判例集未登載」（平成29年（行コ）163号）。

[58] 介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律第2条2項の定義に従う。また、同法第2条第4項には「介護労働者を雇用して介護事業を行う者」を「事業主」と呼称しているが、本論文では「事業者」を同義に用いる。

[59] 厚生労働省「訪問介護労働者の法定労働条件の確保について」（平成16年8月27日付基発第0827001号）（通知）、https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tb5448&dataType=1&pageNo=1（2019年5月27日最終閲覧）。訪問介護員を労働基準法第9条における労働者に該当する者としている。

[60] 同条における介護労働者の労働環境の改善は国及び地方公共団体の責務とはなっていない（同法第4条）。

[61] 高橋眞「安全配慮義務・付随義務違反による債務不履行責任についてどのように規定すればよいか」椿寿夫ほか『法律時報増刊　民法改正を考える』（日本評論社、2008年）196頁。

[62] 最三小判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁。高橋眞は安全配慮義務を当事者の意思を超えた根拠であり、その水準は社会正義の観点から求められることを指摘する。高橋・前掲注（61）196頁。

[63] 最二小判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁。

[64] 労働者人格権の保護に関して、「人に向かって暴言をあびせ罵倒し又は人を威嚇するという行為が、暴言、罵倒、威嚇の内容や態様という観点から見て、単に人に不快感を生じさせるにとどまらず、その人の自尊心を傷つけ、名誉感情

を害し、その人に屈辱感、焦燥感、恐怖心などを生じさせてその人が精神的苦痛を被ることが予想され」、かつ「相当多数回にわたり反復継続して繰り返されている場合には、それによってその人がいわば恒常的に精神的苦痛を受け続けて精神的に疲弊する」結果、心身に障害の発生がある、あるいは予想される場合は、生命または身体の「人格的利益を侵害するものであり又は侵害するおそれがあるものである」として、差止請求が認めている。（東京地判平成11年11月12日労判781号72頁（西谷商事事件））。民法715条における使用者の責任とは「具体的被用者に由来する危険への対処に向けられた義務」であり、当該行為者と使用者の間に使用関係が存在することが前提となるが、権利の侵害行為を行う者と使用者が使用関係にない場合であっても、当該侵害行為者に対する「動員制御に関わる義務」は民法第709条に基づいて検討可能であると述べる。中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理－使用者責任とその周辺問題に関する再検討（10・完）」法学協会雑誌129巻10号（2012年）2423頁。

[65] 増田雅暢『逐条解説　介護保険法　2016改訂版』（法研、2016年）306頁。

[66] 増田・前掲注（65）306頁。
現行制度において、「指定基準」は居宅サービス等（居宅サービス・地域密着型サービス・居宅支援）、施設サービス（介護福祉施設・介護老人保健施設・介護療養型医療施設・介護医療院）、介護予防サービス等（介護予防サービス・地域密着型介護予防サービス・介護予防支援）にそれぞれ分類され、定められている。

[67] 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論』（有斐閣、第6版、2017年）285頁以下。

[68] 介護保険法第23条、同法第24条、同法第70条以降。平成17年介護保険法改正に伴い、指定の欠格事由、指定の取消要件、改善命令等が追加された。

[69] 介護保険法第73条、社会福祉法第78条、老人福祉法第20条の2より第三者評価（老発第 0507001号平成16年5月7日）、介護保険法第115条の35以降により、情報公表制度が施行されている。厚生労働省老健局振興課長「「介護サービス情報の公表」制度の施行について」の一部改正について」（最終改正老振発0706第1号平成30年7月6日）（通知）、http://www.kaigo-wel.city.nagoya.jp/_files/00090452/kaiseitsuchi2.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[70] 「居宅基準」第36条、介護保険法第176条等。

[71] 介護保険法第74条第1項、同条第2項。また、同法第74条第3項第1号から第3号に定める事項は厚生労働省令で定める基準に従って条例を定め、その他の事項については厚生労働省令で定める基準を参酌するものと定められた。厚生労働省老健局長「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律の施行に伴う厚生労働省関係省令の整備等に関する省令について（老人福祉法及び介護保険法関係）」（平成23年10月7日老発1007第6号）（通知）、https://www.mhlw.go.jp/web/t_doc?dataId=00tb7815&dataType=1&pageNo=1（2019年5月27日最終閲覧）。

[72] 介護保険法第74条第3項等。『介護保険制度の解説（平成30年8月版）』（社会保険研究所、2018年）187頁。

[73] 指定の取消事由の合計に運営基準違反が占める割合は、平成28年度は10.7％、平成29年度は9.5%である。厚生労働省、全国介護保険・高齢者保健福祉担当課長会議　参考資料「介護サービス事業所に対する指導・監査結果の状況及び介護サービス事業者の業務管理体制の整備に関する届出・確認検査の状況」（平成31年3月19日）、https://www.mhlw.go.jp/content/12301000/000490689.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[74] 社会保障制度審議会後、「社会保障国民会議　最終報告」において、介護保険制度は持続可能性の確保を目的に含み、「自立」、「社会的公正の実現」、「効率性・透明性」、「地域社会の協働」、「当事者として国民全体が社会保障

を支えるという視点の明確化」等の視点が制度設計上も盛り込まれている。内閣府、首相官邸、平成20年11月4日、「社会保障国民会議 最終報告」、https://www.kantei.go.jp/jp/singi/syakaihosyoukokuminkaigi/saishu.html（2019年1月22日最終閲覧）。

[75] 社会福祉基礎構造改革の基本理念として公表された1998年の中間まとめにおいては、利用者と介護サービス提供者の「対等な関係の確立」、「地域での総合的な支援」、「多様な主体の参入促進」、サービスの「質と効率性の向上」、事業運営の「透明性の確保」、「公平かつ公正な負担」、「福祉の文化の創造」を社会福祉制度全体の考え方として示している。高畑・前掲注（3）9頁。また、良い公共サービスについて、①高いサービスの質②効率的なサービスの実施と管理③納税者に対する説明責任④利用者のニーズに応答的、そして、⑤公平な提供の5項目が挙げられている。ジュリアン・ルグラン『準市場　もう一つの見えざる手　選択と競争による公共サービス』（法律文化社、2010年）7頁。

[76] 平井宜雄は、わが国における信義則に基づく権利義務の決定は、契約の解釈に基づくものではなく、契約の外に生じる権利義務の根拠を説明するために用いられるとする。平井宜雄『債権各論I上－契約総論』（弘文堂、2008年）106頁、104頁。現在では契約の解釈とは奥田昌道によって「当事者の合致した意思（当事者の付与した共通の意味）」の確認であると定義される。奥田昌道『法学講義　民法総則』（勁草書房、第3版、2018年）80頁、平井・同80頁、奥田昌道「民法と宗教・学者的良心：奥田民法学の五十余年」北大法学論集60巻3号（2009年）86頁。

[77] 「平成30年度介護報酬改定に関する審議報告」において、介護福祉士等は「自立支援の機能を高めること」もふまえて「身体介護」を中心に担うとし、生活援助中心型については、「生活援助中心型のサービスに必要な知識等に対応した研修を修了した者」として介護初任者研修・生活援助従事者研修の修了者が担うこととされた。厚生労働省、社会保障審議会介護給付費分科会「平成30年度介護報酬改定に関する審議報告」（平成29年12月18日）、https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000188370.html（2019年5月27日最終閲覧）。厚生労働省老健局振興課長「介護員養成研修の取扱細則について（介護職員初任者研修・生活援助従事者研修関係）」（一部改正平成30年3月30日老振発0330第1号）（通知）、https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/kaigoinnyouseikennsyuu.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[78] 介護保険法第8条第2項、同条第7項、同条第9項、同条第11項、同条第15項、同条第16項、同条第17項、同条第18項、同条第21項、同条第22項、同条第27項。

[79] 介護保険法第8条第7項、同条第9項、同条第10項、同条第11項、同条第17項、同条第18項、同条第19項、同条第21項、同条第22項。

[80] 介護保険法第8条第22項、同法施行規則第10条。

[81] 介護保険法第8条第20項、同条第21項、同条第22項。

[82] 介護保険法施行規則第5条、同則第10条、同則第17条。

[83] 指定居宅サービス（介保73条、同74条2項）、指定居宅介護支援（介保80条、同81条2項）、指定介護老人福祉施設（介保87条、同88条2項）、介護老人保健施設（介保96条、同97条2項）、指定介護予防サービス（介保115条の3、同115の4第2項）、指定地域密着介護予防サービス（介保115条の13、同115条の14第3項）、指定介護予防支援（介保115条の23、同115の24条2項）。

[84] 介護事業運営の適正化に関する有識者会議「介護、事業運営の適正化に関する有識者会議報告書」（平成19年12月3日）、https://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/12/s1203-7.html（2019年5月27日最終閲覧）。給付終了時にあたって終了後に利用者に対して適切な措置をとるように定める必要性は、広範囲に展開する事業者の事業廃止に伴い日常生活を当該事業の支援に頼ってい

た利用者が窮地に立たされたことが契機となり顕出した。厚生労働省老健局総務課長「株式会社コムスンの不正行為への対応等について」（老総発第0606001号平成19年6月6日）（通知）、https://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/12/dl/s1220-5h.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[85] 介護保険法第74条第5項は「事業の廃止又は休止の届出をしたとき」に希望する者に対して、指定居宅支援事業者等との「連絡調整その他の便宜の提供」を行うことと規定された。厚生労働省老健局長「介護保険法及び老人福祉法の一部を改正する法律等の施行について」（平成21年3月30日老発第330076号）（通知）、https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/090330-a_1.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[86] 全国介護保険事業者指定指導監督担当者会議、資料「株式会社コムスンの利用者のサービス確保対策について」（平成18年6月12日）。

[87] 行政解釈では、「提供拒否の正当な事由」を「①当該事業所の現員からは利用申込に応じきれない場合、②利用申込者の居住地が当該事業所の通常の事業の実施地域外である場合、その他利用申込者に対し自ら適切な指定訪問介護を提供することが困難な場合である」、と示している。社会保障研究所『介護報酬の解釈２指定基準編』（社会保障研究所、2018年）38-39頁。

[88] 厚生省老人保健福祉局振興課長「指定訪問介護事業所の事業運営の取扱等について」（最終改正老振発第0319001号平成15年3月19日）（通知）。

[89] 同様の趣旨の規定として介護保険法第78条の4第7項、同法第88条第5項、同法第97条第6項。

[90] 厚生労働省老健局老人保健課「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準等の一部を改正する省令等の公布について」（平成30年1月18日）（通知）、https://www.wam.go. jp/gyoseiShiryou-files/documents/2018/0118192215857/ksvol.617.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[91] 神戸地判昭和48年3月28日判例時報707号86頁を引いて、倉田は以下のように指摘する。「措置にかかる福祉給付の内容は、措置開始決定の段階ですでに最低基準にしたがったかたちで確定され、措置委託契約も最低基準にしたがった福祉給付の実施を契約上の債務として福祉施設に義務付けることになる。」倉田・前掲注（19）32頁。

[92] 倉田・前掲注（19）135頁-136頁。

[93] 平田厚「福祉契約に関する実務的諸問題」新井誠＝本沢巳代子＝秋元美世『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）58頁。

[94] 都道府県知事又は市町村長は、関係者相互間の「連絡調整」又は事業者及び関係者等に対する「助言その他の援助」を「行うことができる」と定めている（介保75条の2）。

[95] 施設内で対処し得ないことを理由とする解約権の行使が可能か否か」について、「基本的には、対処し得ない理由が、他の入所者や介護職員の安全のためか、要介護被保険者本人の安全性に対する管理責任回避のためかといった点や施設の種類や設備状況によって、個々に判断されざるを得ないと考える。」とする見解が示されている。品田充儀「福祉サービスの利用方式」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻　社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）68頁以下。このような場合でも、最低限保護されるべき、サービス提供者の人格的利益については、基準として設定することを不可能にするものではない。

[96] 今野順夫「福祉サービスの担い手と法的諸問題」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻　社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）270頁。今野順夫は、「「自立」援助は単純な身体機能の補助・回復のためだけの援助ではなく、「自立」に必要な精神的・肉体的援助である。そのためには、要介護者の生活をトータルに把握し、援助する労働として位置づけられるべきであり、そこに専門的能力を求めることになる。」と指摘している。介護福祉士養成課程等における「介護過程」は、利用者の心身状態

を評価し、援助目標を設定し、具体的な援助内容を含む介護計画を立案し、計画に基づいて介護サービス提供後に介護計画の再評価を行う一連の過程を指す。厚生労働省社会・援護局福祉基盤課、福祉人材確保対策室「実務者養成施設の介護過程等の教育内容における留意点について」（平成24年3月27日）（通知）。

[97] 上野千鶴子『ケアの社会学』（太田出版、2011年）69頁。

[98] 平井宜雄は、「契約ないし法律関係によっては、その目的ないし趣旨を達成するように協力する義務」の例として「専門的職業に従事する者のそうでない者に対する情報提供・告知・説明義務」を挙げている。平井宜雄『債権総論』（弘文堂、1985年）45頁。後藤巻則「契約の締結・履行と協力義務（1）」民商法雑誌 106巻6号（1992年）624頁。

[99] 介護保険制度の趣旨に適合する介護サービスの内容には、事業者の評価と利用者および家族の主観的な判断とが合致しない場合が潜在する。心身のアセスメントに基づき、自立支援を指針としてサービスを提供しようと介入しようとする事業者に対して、利用者自身は「自立支援」ではなく「世話」を受けることを望み、結果として身体機能の廃用が進行した結果介護量が増加する場合がある。

[100] 介護給付は、施設系サービス、居宅系サービス、地域密着型サービス（介保40条）に、予防給付は居宅系サービス、地域密着型サービスに分類される（介保52条）。中村二朗『日本の介護経済分析に基づく実態把握と政策評価』（有斐閣、2017年）34頁。

[101] 消費者契約の観点から、岩村正彦は、事業者と利用者の関係を次のように説明している。すなわち、「消費者契約の観点から、サービス利用契約の締結過程の特質を述べておく……第一に、事業者と利用者との間では、情報の非対称性がある。……事業者は、事業者性を帯びていることに加えて、自らの提供するサービス内容を熟知している。……事業者が、利用者の行う契約締結判断にとって重要な情報を開示しない可能性もある。この情報の非対称性が、契約締結時の利用者の判断を誤らせる原因となり得る。第二は、サービス利用契約の具体的内容が、実際には、事業者が予め作成した不動文字による書面によって定められることである。事業者が、いわゆる「約款」を作成し、それが契約内容となるのである。利用者が……事業者を気に入って、約款で提示された契約条件全体を包括的に受け入れ、当該事業者を契約相手として選ぶかどうかだけが問題となる……。第三は、契約締結のための交渉の場で、交渉のプロである事業者と、素人である利用者との間で、交渉力に差があることである。交渉が閉ざされた空間の中で、利用者は、事業者の言説、その場の雰囲気等に影響され、必要のないサービスまで購入してしまったり、不当に高い対価を払わされるといった事態が起こり得る」として、「この優位性を利用して、事業者は、自らに一方的に有利な条件を契約内容に挿入することができる。サービス利用契約では、利用者・事業者間の利益の均衡が確保されない危険がある」ことを指摘している。（岩村正彦「第2章　社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点―社会保障法と消費者法との交錯―」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）17頁以下。この指摘については、実際の事業者の活動状況との乖離がある。まず、そもそもサービス提供に関わる必要事項は運営基準等で記載すべき項目であり、明確である。また、後述するように、事業者も、利用者自身も、契約締結後の利用者自身の心身状況の変化は予想されるところであり、サービス契約の時点ではサービス内容を確定することが出来ない。また、事業者に対して利用者の心身の変化と要望に応じてサービス内容を定めるように義務付けられているところからすると、ここで言及されている意味での「交渉力の差」というものがそのまま当てはまらない状況が多いと考えられる。また、事業者が交渉のプロであると

する根拠は明らかではなく、実際の契約締結過程においては、介護支援専門員の紹介を受けてサービス担当者会議等、介護保険制度上の利用者周囲の他構成員と共に、当該事業所の利用に関する（敢えていうなれば）“交渉”を行うのである。利用者と事業者の「差異」を論じようとするときには、事業者・利用者に対する印象の「偏り」に注意する必要がある。たとえば、事業者側の姿勢に関しては論者によって異なっており、岸田孝史は、「措置（費）制度＝公的責任制度では、福祉労働者・福祉事業主体は、利用者の人権を守り、健康で文化的な生活を保障する援助実践の立場で、『ともに自治体や国に対して改善を要求する』」ことを基本としていたが、介護保険制度の有する契約関係等の変化は当事者の関係を「『対等』の名のもとに本質的に『対立的』なもの」に変える、と指摘している。岸田孝史「措置制度と介護保険〔公的責任制度の再構築をめざして〕」（萌文社、1998年）126-127頁。

[102] 介護労働実態調査結果においては、介護サービス提供の際に利用者やその家族等からのセクハラ・暴力等の経験がない者は、平成20年度の調査では5割未満であり、介護現場における利用者から事業者に対する攻撃が、決して一部の例外的な状況ではないことを示している。財団法人介護労働安定センター、平成20年「介労働実態調査」、http://www.kaigo-center.or.jp/report/h20_chousa_01.html（2019年1月15日最終閲覧）、財団法人介護労働安定センター、平成19年「介護労働実態調査」、http://www.kaigo-center.or.jp/report/h19_chousa_04.html（2019年1月15日最終閲覧）。

介護施設で介護サービスを提供中に受けた暴力・暴言行為・性的行為・性的発言について、ある被雇用者は「認知症の入所者からなのでケアハラスメントと言えるかわかりません。認知症の方をお世話させていただく上では仕事の内のような気がします。」と述べている。吉田輝美「介護労働者の労働環境支援についての一考察～施設ケアハラスメントの現状を踏まえて～」仙台白百合女子大学紀要 13巻（2009年）91-106頁。さらに、訪問看護の領域で、利用者からの「暴力」について取り組んでいる藤田愛によればケアに従事する者は、「日頃ケアを提供している相手から暴力を受けても、相手に判断能力がない場合や悪意がない場合、それを「暴力行為」ととらえることに罪悪感を抱く」と指摘している。藤田愛「あなたはどう考える？利用者からの「暴力」２*顕在化しない理由」おはよう21、29巻7号（2018年）64-65頁。上記を踏まえ、利用者・家族からの暴力・セクハラ等の原因としては以下3点等を考える。すなわち、①利用者に適した方法で事業者が介護を行っていない場合、②医療（精神科等）の介入がなければ改善が困難であるような心身機能の障害によって生じている場合、③①、②に原因がなく利用者が周囲に暴力・セクハラ等を表現する場合である。しかし、事業者からの介護方法を改善することによって解決が見込めるのは①のみであり、②については利用者の心身機能を評価し医療につなげる能力（評価をする能力も専門性である）が求められ、③については利用者・家族の意識を変えることが出来なければ改善は困難と考える。本論文の目的は③の解決のために介護保険制度における利用者と事業者の役割を整理することに向けられる。

[103] 中田裕康は、いかなる契約にも「不確実性」が存在し、それは、特定の債務の発生の有無、発生の時期、あるいは履行以外の事由による消滅の予定の有無とその時期などであると指摘する。中田裕康「継続的役務提供契約の問題点（下）」NBL602号（1996年）39頁以下。

[104] 潮見佳男『債権総論Ⅰ』（信山社、第2版、2003年）81頁以下。

[105] 中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）519頁。

[106] 奥田昌道『債権総論　増補版』（悠々社、1992年）158頁。

[107] 中田・前掲注（105）523頁。

[108] 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権

法改正の基本方針Ⅴ各種の契約（2）』（商事法務、2009年）95頁以下。

[109] 潮見・前掲注（104）15頁、我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店、1964年）7頁。また中田裕康は、請負契約、委任契約などの行為債務（役務提供契約）においては、債権者の協力が債務の完成（履行過程）に不可欠であることを指摘している。中田・前掲注（105）519頁以下。

[110] 中田・前掲注（105）533頁。

[111] 生田敏康は、債権者の協力義務が問題となる一場面としては「診療契約上の診療債務債権者の協力行為が欠如する場合（いわゆる債権者の「協力懈怠」の場合）」があると指摘する。生田敏康「債権者の協力義務-ドイツ請負契約における注文者の義務を中心に」早稲田法学会誌44巻（1994年）28頁。また、医療契約における契約解除の問題に関して、患者側の協力義務違反を契約解除事由として、医療側からの解除可能性を認めるべきか否かに関する検討の必要性に関する議論については、以下を参照。奥田昌道「注釈民法（10）」（有斐閣、1987年）229頁以下、手島豊「医療契約についての規定を民法に組み込むことを考えるか」椿寿夫ほか『法律時報増刊　民法改正を考える』（日本評論社、2008年）325頁。

[112] 後藤・前掲注（98）786頁。

[113] 中田・前掲注（105）29頁。

[114] 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2001年）197頁。

[115] 中田・前掲注（114）166頁。

[116] 中田・前掲注（105）522頁。

[117] 潮見・前掲注（104）82頁。潮見佳男は、付随義務としての善良なる管理者としての注意をもって行う義務善管注意義務であるとして、事務処理のために他人の権利・利益を付託された物がいわば管理権者として本人の利益に適うように当該権利・利益を管理すべきであるとの要請も含まれると指摘する。潮見・前掲注（104）85頁。

[118] 中田裕康はこれを、「受任者が、委任者との利害が対立する状況において、受任者自身の利益を図ってはならない義務」であると定義づけている。中田・前掲注（105）526頁。

[119] 中田・前掲注（105）525頁。

[120] 潮見佳男は、注意を委ねられた債務者は信託的地位を有するとして、「契約の履行（事務処理）をするに際しては、注意の付託された趣旨を踏まえて、行為の結果が帰属する債権者の期待に反するような行動をしてはならない義務を負う」と指摘している。潮見・前掲注（104）87頁。

[121] 潮見・前掲注（104）81頁。

[122] 品田充儀は、受任者である被雇用者は専門性を根拠とする「高度な注意義務」を有しており、利用者に対する債務の履行としての介護サービス提供について、「不完全な履行であるとみなされる範囲は相当に広い」と指摘している。そして、訪問介護サービスの実施について、「単に時間どおりに訪問し、計画に記載された任務を遂行しただけでは債務が履行されたとはいえず、訪問介護員等は当日の状況に応じて必要な処置を施す義務を負っている」とする見解を示す。品田・前掲注（95）69頁以下。

[123] 役務給付を目的とする債務。潮見・前掲注（104）85頁。

[124] 潮見・前掲注（104）85頁。

[125] 角谷快彦『介護市場の経済学』（名古屋大学出版会、2016年）151頁。

[126] 豊島・前掲注（13）185-212頁。

[127] 増田・前掲注（65）118頁。

[128] 要介護認定等の一次判定方法は、認知症高齢者に対する要介護状態等区分の見直しを含め2002年4月に総務省からの勧告を受けた。全国介護保険担当課長会議資料、「介護保険の運営状況に関する実態調査結果に基づく勧告」（平成14年4月）。その後、2018年に介護認定ソフトの改修が行われている。厚生労働省、第6回要介護認定調査検討会、資料1「要介護認定一次判定ロジック見直しの主な経緯」（平成20年11月25日）、https://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/11/s1125-7.html（2019年5月28日最終閲覧）。ま

た、老健局老人保健課長「平成30年４月１日以降の要介護認定制度等について」（平成29年12月20日）（事務連絡）、https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-12301000-Roukenkyoku-Soumuka/0000204135.pdf（2019年5月27日最終閲覧）。

[129] 倉田・前掲注（19）73頁。要介護認定等の結果に不服がある時には、被保険者は市町村に対し区分変更の申請を行うか（介保29条）、都道府県の介護保険審査会に審査請求を行うことができる（介保183条）。

[130] 介護支援専門員は介護保険法第7条第5項に規定され、実務上の規定は同法第69条の2以下に定める。増田・前掲注（65）81頁以下、他に前田・前掲注（44）289頁以下参照。

[131] 潮見・前掲注（104）15頁-16頁。

[132] 潮見・前掲注（104）16頁、平井宜雄『債権総論』（弘文堂、第2版、1994年）49頁。北川善太郎は、付随義務と注意義務を区別しており、積極的債権侵害とともに契約締約時に給付義務が形成される過程において生じる債権関係から「締約上の過失」が付随義務違反として生じ、契約終了後であっても債権者の有する完全性利益保護の観点から、「信義則上の注意義務」として「契約の余後効」等が残っていることを示している。北川善太郎『契約責任の研究』（有斐閣、1958年）286頁。しかし、潮見佳男は、債権者の有する完全性利益は契約から離れて存在するのではなく、契約の解釈として、契約の目的に関連して契約当事者が配慮されるべき完全性利益の範囲と程度をまず議論するべきであり、「契約終了後の」義務を重視する契約の余後効について、わが国では適切な概念ではないと指摘している。潮見・前掲注（104）134頁。

[133] 奥田・前掲注（76）『法学講義　民法総則』80頁。奥田・前掲注（76）「民法と宗教・学者的良心：奥田民法学の五十余年」。平野裕之「契約責任の本質と限界」法律論叢58巻4・5・6号（1986）575頁以下、奥田・前掲注（106）163頁。

[134] 奥田・前掲注（106）163頁。

[135] 奥田・前掲注（106）163頁。奥田・前掲注（76）「民法と宗教・学者的良心：奥田民法学の五十余年」85頁。潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）163頁。潮見佳男は、完全性利益に対する侵害に対しては、民法改正後、契約による債務不履行責任および不法行為責任における損害賠償の判断について、過失責任原則は採用されていないことを示す。潮見・同180-181頁。

[136] 平井・前掲注（132）49頁。平井宜雄は、これらの分類はドイツ民法上、履行不能、遅滞以外に明文規定がないため、積極的債権侵害を損害賠償法に対しても損害賠償責任を追及するための規定であり、日本民法においては、民法本論文415条にある「債務の本旨」に従うか否かで検討されるものであることから、契約により意図された目的を最もよく達成できるような義務に関して契約各論で議論すれば足りるものとし、法律論としては、信義則をその根拠として用いるしかないと指摘した。しかし、ひとまず本論文は契約の外から当事者の関係を規律する根拠を信義則におくため、これらの分類を用いて事業者の義務を検討している。

[137] 潮見佳男は、保護義務は給付関係とは独立した「信頼関係」に基づくため、「給付関係の有効・無効は、保護義務関係に影響を及ぼさない」と述べる。潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、1991年）103頁以下。

[138] 潮見・前掲注（104）95頁。

[139] 潮見・前掲注（104）31頁。

[140] 奥田・前掲注（106）165頁より引用。ほかに、潮見・前掲注（104）102頁、潮見・前掲注（137）146頁以下、奥田昌道「安全配慮義務」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『還暦記念論文集（中）損害賠償法の課題と展望』（日本評論社、1990年）40頁以下。

[141] 潮見・前掲注（104）102頁。契約責任が認められた安全配慮義務に関しては、完全性利益を保護する義務である点では保護義務としての性質をもつ。最大判昭和50年2月25日民集29巻2号143

頁、川井健『専門家の責任』（日本評論社、1993年）10頁。また、奥田昌道は「生命・健康等の安全の配慮自体を契約目的とする場合には、安全配慮義務は給付義務である」と指摘し、例として入院患者に対する病院の義務・保育所の乳幼児に対する義務を挙げる。奥田・前掲注（106）166頁。

[142] 潮見・前掲注（104）98頁以下。

[143] 潮見・前掲注（104）101頁以下、潮見・前掲注（137）109頁、122頁。保護義務は「契約またはこれに準じる法律関係」にもとづくものであり、「一方的な支配・被支配の関係にある当事者間」においては、「法令に基づき相手方の権利・自由に対して配慮をすべき義務」が成立するか否か、その内容・程度については、保護義務ではなく、不法行為法における行為義務であると指摘されている。潮見・前掲注（135）161-165頁。また、地方裁判所の判決であるが、東京地判平成27年8月28日「判例集未登載」（平成24年ワ30689号）。利用者から契約解除の同意がなく、その者が退居を予測しておらず、「移転先確保に協力しても被告の新たな住居の確保に資する状況であったとは認めがたい。」場合に、契約締結時に当事者間で定められていた事業者の引継ぎ義務の「適用の前提を欠く」として、後任事業所を紹介するなどの引継ぎ義務の遂行なく契約解除の成立を認めている。

[144] 東京地判平成22年3月16日「判例集未登載」（平成20年ワ19683号）。利用者の背信的行為により、引継ぎ義務の履行を問わず利用者からの契約解除の意思表示をもって解除が有効であると認めた。

[145] 原田啓一郎は、確認行為説の立場から「指定は、事業者あるいは施設が法に定める設備・人員を満たしているか否か……をチェックする確認行為に過ぎ」ず、「指定を受けた事業者は、介護サービス費の代理受領を受ける地位にあることを確認されるまでであり、都道府県知事（理念的には保険者）と介護サービス事業者との間にはそれ以上に権利義務関係が成立するものではない」と主張する。原田啓一郎「社会福祉契約における介護保険の保険者責任」新井誠＝本沢巳代子＝秋元美世『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）258-259頁。このことについて、前田雅子は、サービスの実施をめぐる保険者である市町村と福祉事業者とのあいだで、介護サービスの委託を定める規定が介護保険法にはないことから準委任契約の成立を認めることは困難であると指摘し、受給者と保険者である市町村との関係について、「要介護認定の申請権とそれに対する応答義務という関係以外には法律関係は生じない」との立場から、確認行為説の立場を示す。前田・前掲注（24）。他に、豊島明子「福祉行政における供給体制論」神長勲＝市橋克哉＝紙野健二『公共性の法構造：室井力先生古稀記念論文集』（勁草書房、2004年）583頁参照。

[146] 亘理格は、契約制度により、事業者と利用者の関係は「純粋の私法上のサービス利用契約（役務提供契約）関係」となり、「利用者の不利益や不服は、サービス提供主体である民間事業者との民事契約関係として処理され」る一方、「行政の規制監督権限」については「利用者が行政の公的責任を追及する場も手続きも保障されない」として行政との関係に対する利用者の法的地位が十分に検討されていないことを指摘している。亘理・前掲注（43）194頁。

[147] 北川・前掲注（132）93頁。

[148] 潮見・前掲注（104）14頁。

[149] 丸山絵美子は、「立法手続きを経たわけでも、契約当事者の適切な関与を経たわけでもない省令・告示である「運用基準」を契約の内容規制の基準と直結させることには理論的に困難が伴う。本来的には、最低限必要な内容規制基準の設定や私法上の権利義務関係の明確化を立法により図るべきであるが、どのような立法の形を選択すべきか……また、立法の際に、規制の詳細を大幅に政令等に委ねてしまうことも、立法府との役割分担の関係では問題がある。」と指摘する。丸山絵美子「第３章 ホーム契約規制論

と福祉契約論」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）61頁。

[150] 潮見・前掲注（135）183頁。

[151] 笠井・前掲注（１）31頁。

[152] 平井・前掲注（132）49頁、北川・前掲注（132）286頁、潮見・前掲注（104）134頁、潮見・前掲注（135）183頁。

[153] 堀・前掲注（25）222-223頁。

[154] 荒木・前掲注（33）9-10頁、245-247頁。

[155] 小西知世「契約による福祉と事業者の応諾義務－医師の応招義務を類比して－」新井誠＝本沢巳代子＝秋元美世『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）16頁。

[156] 中田裕康は、契約の自由に対する事後的な制限は、契約当事者の行動に影響をもたらす可能性があることを指摘している。中田・前掲注（105）185頁。

[157] 立岩真也は、自己決定が「肯定」されるのは、「自己決定を尊重するということはその存在を尊重すること、その存在を決定しないことの一部」であり、自己決定を行う者は、「多くの場合自分にとってよい状態を（他の人達よりもよく）知っている」が故であることを主張する。立岩真也『弱くある自由へ』（青土社、2000年）21-22頁。しかし、介護保険制度においては、特別な社会的関係の中で情報格差・契約締結能力について、事業者と利用者の間に明らかな格差があり、利用者自身が契約締結の時点で一番良い選択ができる能力を有しているとは考えにくい場合もある。また、事業者の提供するサービスの専門性、介護保険にあたって他の利用者との関係の調整の必要性から、利用者本人の選択にゆだねることに対する疑問を指摘する見解もある。秋元美世「福祉サービスの利用者と福祉の権利」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第3巻 社会福祉サービス法』（法律文化社、2001年）175頁。

（たにい　もとこ　北海道大学大学院法学研究科修士課程修了）