

# 神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

The characteristic of contract which is based on the public nursing care insurance and the restriction by laws to the freedom of this contract

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2000-09-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 品田, 充儀, Shinada, Mitsugi メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/1428">https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/1428</a>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



# 介護保険契約の法的性格とその規制

品 田 充 儀

## 1. はじめに

介護保険法が施行され、保険に基づくサービスの提供が始められている。介護保険によって提供される介護サービスは、民間事業者もしくは社会福祉法人等（以下、事業者という）と利用者または入所者（以下、利用者という）との自由な契約に基づくことを基本とする。もっとも、この契約が当事者にかほどの自由度を認めているかについては、必ずしも十分な議論が行われてはいない。私人間におけるサービス利用契約という形態から見て、私法上の契約であることは間違いない。しかしながら、措置からの変革であるという経緯、保険適用の事業者指定は都道府県知事の権限とされていること、さらには介護を必要とする高齢者が契約主体であるという特殊性などから見て、契約自体が一定の公法上の規制を受けるべきものであることを否定する意見は少ないものと思われる。

では、事業者とサービス利用者が締結する介護保険契約は、いかなる点において公法上の規制を受け、また一方、どの程度当事者に自由な内容設定を認めているのであろうか。本稿は、介護保険契約への法的規制とその法的性格を検討した上、利用者保護の観点からの介護保険契約のあり方を提言するものである。<sup>(1)</sup>

---

(1) 介護保険法の問題点と利用者保護の観点については、拙稿「介護保険法の問題点と要介護者保護」外国学研究所（神戸市外国語大学外国学研究所）第42号（1999年）1頁を参照のこと。

## 2. 介護保険サービス利用契約への法的規制

介護保険法、介護保険法施行規則、および各種介護保険サービスに関する省令のいずれにも、当事者間のサービス利用契約を直接的に規制する規定は存在しない。しかしこれらの法規は、事業者が、利用者へのサービス提供を行うにあたって遵守すべき一定の義務を明記しており、これが当事者の契約内容を制限する結果を生じることは言うまでもなからう。第一に、介護保険法は、介護保険の給付対象となるサービスの種類を指定し、介護給付と予防給付に分けてその内容を定めている<sup>(2)</sup>。つまり、同法に指定されていないサービスは保険給付外の内容となり、当事者の意思により契約において特定される必要がある。この点、介護保険法施行規則は、保険給付の対象とならないサービスの種類について、例示列举の形で食材料費、おむつ代、理美容代などを挙げ、保険対象サービスであるか否かの判断基準は、「日常生活においても通常必要となるものに係る費用であって、その利用者に負担させることが適当と認められるもの」としている<sup>(3)</sup>。第二に、介護保険法は、各サービス提供事業者に対して、人員および設備にかかる基準を設定している。同基準は、介護保険事業者として指定を受けるための条件であり、事業者に対する公法上の規制であるが、介護サービス受給権者との契約関係においても同基準の遵守が前提となると考えるべきであろう<sup>(4)</sup>。第三に、省令が定める各サービスの基本方針である。例えば、訪問介護の基本方針は「(略) その利用者が可能な限りその居宅において、その有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるよう、入浴、排せつ、食事の介護その他の生活全般にわたる援助を行うものでなければならない」としており、訪問介護にかかる契約はこの方針を実現するものであることを求められよう<sup>(5)</sup>。第四に、省令に定め

(2) 介護給付の種類とその内容は介護保険法第40条以下、予防給付の種類とその内容は同第52条以下。

(3) 介護給付については、介護保険法施行規則第61条、予防給付については同84条。

(4) 介護保険法第5章(第70条以下)、介護保険法施行規則第4章(第114条以下)。

(5) 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(厚令37号)第4条。なお、各介護保険施設に関する基本方針もそれぞれに定められている(厚令39、40、41号)。

る運営に関する基準のうち、サービス提供にかかる事業者の義務に関する規定である。<sup>(6)</sup>当事者が介護サービス利用契約に定める事項のうち、多くの部分は、この規定の内容を基準とするものと考えられる。

こうした介護保険関連法規は、サービス提供事業者に対して、利用者への適正なサービスを提供させることを目的とした公法上の規制であり、義務違反が発覚した場合には指定の取り消し等の理由となることを予定しているものである。ところが、事業者がこれらの法規に違反した場合に、これを理由としてサービス利用者が当該事業者に対して損害賠償等の請求をできるか否かが問題となる可能性はある。<sup>(7)</sup>当事者が介護保険関連法規の趣旨を受け、個別に契約を締結している場合には、当該契約書の内容が双方の義務内容となることは言うまでもない。しかし、契約当事者が契約書を取り交わしていない場合、これを取り交わした場合にもその意思確認が不十分であった場合、さらには事業者への法令上の義務とされていながらも契約書には記載されていなかった事項が問題となった場合など、介護保険関連法規の私法上の効果は問題となりうるものと思われる。

### 3. 介護保険「運営基準」の私法上の効力

介護保険関連法規が定める契約への規制の中でも、省令が定める「運営基準」が最も実質的な影響を及ぼす可能性が高い。この省令の内容は、介護サービスの種類ごとに異なっており、多岐にわたるが、その特徴を捉えれば、概ね居宅サービス、施設入所サービス、介護支援サービスの3種類に分類することは可能であり、またそれぞれに契約締結の前段階で守られるべき義務に関する事項、サービス提供にかかる義務内容に関する事項、契約終了後も継続する義務内容に関する事項に区分することができるものと思われる。以下、

---

(6) 例えば、居宅訪問介護サービスについては厚令37号第4節(第8条以下)、指定介護老人福祉施設については厚令39号第4章(第4条以下)などである。

(7) 当事者の契約により契約期間を定めている場合には、その取消し事由となるか否かも問題となりうる。

居宅訪問介護サービスと施設入所サービスを中心に、契約の段階ごとに省令が定める契約への規制を概観する。

#### (1) 契約締結の前段階で守られるべき義務内容

事業者は、介護保険サービス利用契約を締結する前段階において、利用者に対していくつかの義務を負うこととされている。契約の締結以前の問題であり、当該義務違反が利用者側において損害賠償等の理由となることは一般論としては考えにくい<sup>(8)</sup>が、契約締結後に当該義務違反が発覚した場合に、発生した損害に対する賠償もしくは契約解除等の理由となる可能性は否定できない。例えば、指定訪問介護事業者および介護保険施設は、サービスの提供にあたって、あらかじめ利用者またはその家族に対して重要事項等を記した文書を交付して説明すべき義務を負うとされており、<sup>(8)</sup>契約の締結後にその義務違反が発覚した場合には、少なくとも利用者側からの契約解除の理由となる可能性は高いといえよう。<sup>(9)</sup>

また省令は、各事業者に対して「正当な理由なく」サービスの提供を拒否してはならないとしているが、事業者がこれに違反した場合の私法上の効果も問題となりうる。<sup>(10)</sup>すなわち、正当な理由なく介護サービスの提供を拒否された要介護者もしくはその家族が、この規定を根拠として当該事業者に対して「サービス提供拒否の違法確認」もしくは「損害賠償」を請求できるか否かである。もっとも現実には、「正当な理由」の中には「多忙であり手が回らない」ことも含まれると解釈されており、「正当な理由なく」サービスの提供を拒否されたことを利用者が証明することは極めて困難であると考えられることから、実際上の効果を期待することは難しい。しかしながら、例え

---

(8) 厚令37号第8条、厚令39号第4条、厚令40号第5条等。

(9) 例えば、サービス内容に関する正確な説明を受けていれば、当該施設には入所しなかったにも関わらず、一旦入所してしまったためにその後の移転費用など不利益を被ったといった場合が考えられる。

(10) 厚令37号第9条、厚令39号第6条2項、厚令40号第7条2項等。

ば介護保険施設への入所においては、要介護度による差別化が起こってくる可能性は否定できず、また各種在宅サービスにおいても、介護度のほか、地理的な理由、手間のかかり具合、さらには何らかの差別的な理由での提供拒否は生じうる。したがって、この規定が私法上の効果を有するか否かは重要な意味を持つと考えられよう。何らかの差別的理由によって提供を拒否されたことが明らかであり、他に選択肢がなく当人のサービス受給権が実質的に制限されるような場合には、サービスの提供拒否が違法となる場合があるものとする。

その他、例えば訪問介護サービスにおいては、「自らが適切な指定訪問介護」を提供できない場合には他の事業者を紹介する等の措置を講じること<sup>(11)</sup>、利用者が要介護認定の申請を行っていない場合には、これに必要な援助を行うべきこと等の義務が課されている。これらは、法文上義務規定となつてはいるが、その内容は利用者の便益のために援助を行うべきというものであり、事実上努力義務に近いものといわざるを得ない。したがって、これらの義務違反に対して私法上の効果を認めることは難しかりう。

## (2) サービス提供時の義務内容

介護サービスの提供時に事業者が負うべき義務については、努力義務とされるもの<sup>(13)</sup>、利用者の便益のためにこれを支援すべきとされるもの<sup>(14)</sup>、および明確な義務規定となっているものの3つに分類することが可能である。このうち、努力義務となっている内容については、私法上の効果を認めて使用者の責任を問うことはできないと考えられ、また利用者を援助すべきとの内容も

(11) 厚令37号第10条。

(12) 厚令37号第12条。

(13) 例えば、居宅訪問介護サービスについては、心身状況等の把握（厚令37号第13条）、居宅介護支援事業者等との連携（同第14条）、衛生管理等（同第31条2項）など。

(14) 例えば、居宅訪問介護サービスについては、法定代理受領サービスの提供を受けるための援助（厚令37号第15条）、居宅サービス計画等の変更の援助（同第17条）、指定訪問介護の具体的な取扱方針（同第23条1項）など。

上述の理由により私法上の効果があるとは考えがたい。したがって、私法上の効果が問題となる義務内容は、明確に事業主に対する義務を課す表現となっている場合に限られるといえる。もっともこの種の規定のなかにも、サービス提供の記録義務<sup>(15)</sup>や証明書の発行義務<sup>(16)</sup>など、そもそも私法上の効果を問題とする意義を認めにくい規定も少なくない。

表現上義務規定であり、かつその違反に対して私法上の効果が問題とされる可能性のある規定として、例えば、居宅訪問介護サービスについては、「居宅サービス計画に沿ったサービスの提供」、「指定訪問介護の基本取扱方針」、「緊急時等の対応」、「衛生管理等」、「秘密保持等」、「事故発生時の対応」<sup>(17)</sup>などが考えられる。また、指定介護老人福祉施設については、「指定介護老人福祉施設サービスの取扱方針」、「介護」、「食事の提供」、「社会生活上の便宜の供与等」、「機能訓練」、「健康管理」、「入所者の入院期間中の取扱い」、「衛生管理等」、「事故発生時の対応」<sup>(18)</sup>などが挙げられよう。もっとも、事業者がこれらの規定に違反し、利用者に損害が発生した場合には、不法行為による責任追及が可能となる場合があるものと考えられる。しかし問題は、事業者の故意・過失の証明が困難であるため不法行為による責任追及が難しく、また、当事者間の契約においても明示されていないサービス内容について、これらの省令規定を根拠として事業者の債務不履行等の責任を問うことができるか否かである。例えば、「計画的に実行されない訪問介護」や「1週間に2回以上入浴させていない、もしくはおむつを適切に取り替えていない老人福祉施設」について、当該義務違反自体において不法行為であるとはいいにく、また当事者間の契約内容として明示されていない限り債務不履行責

(15) 厚令37号第19条。

(16) 厚令37号第21条。

(17) 厚令37号第16条、第22条、第27条、第31条1項、第33条、第37条。

(18) 厚令39号第12条—14条、第16条—19条、第27条、第35条。介護のうち、入浴については「1週間に2回以上、適切な方法により、入所者を入浴させ」ること、食事については「栄養並びに入所者の身体状況及び嗜好を考慮し…適切な時間に」行うこととされており、その基準には相当程度の具体性がある。

任を問うことも難しい、といった場合がある。

この点私見では、この種の省令規定は、事業者がサービスを提供する場合に遵守すべき最低限の基準を定めたものであり、当事者間の契約に明示されていない場合、もしくは明示されていた場合にもこの基準を下回る場合には、当該義務違反が債務不履行の内容をなすと考える。もっとも、不履行となった債務の内容には相当程度の具体性が必要となるものと考えられ、実質的には、「1週間に2回以上入浴させていない、もしくはおむつを適切に取り替えていない」といった具体性のある基準に限定されることとなろう。

### (3) 契約終了後も継続する義務内容

省令は、介護保険サービス提供事業者に対して、利用者との契約関係が終了した後も守るべき一定の義務を課している。例えば、居宅訪問介護サービスや介護保険施設における「記録の整備」がこれにあたるが、契約終了後の義務について明示されていない「秘密保持等」についても同様に解釈されるべきであろう。まず、サービス記録の保持については、2年間という明確な期間が明記されており、当該義務違反によって利用者が損害を被った場合には、不法行為もしくは債務不履行として責任を追及することが可能となるものとする。一方、秘密保持義務違反についても、その様態により不法行為の問題として捉えることが可能となる場合がある。

なお、契約が終了しているか否か自体が問題となる指定介護老人福祉施設等における「入所者の入院期間中の取扱い」については、「おおむね3ヶ月以内に退院することが明らかに見込まれる場合には、(略)退院後再び当該施設へ入所できるようにすべき」との規定内容からみて、一旦契約は終了するものの、3ヶ月以内における再入所については利用者が予約完結権を持つ「一方の予約」が成立しているものとするべきであろう。



### 3. 介護保険契約の法的性格

事業者と利用者は、明文による義務付けがなされているわけではないが、通常はサービス利用にかかる契約書を取り交わし、その内容にしたがって双方の義務を果たすこととなる。当該契約は、事業者が介護支援もしくは介護サービスの提供を約し、利用者がこれに対価を支払うという意味において、典型的な消費者契約である。しかし、介護サービスの内容は極めて多岐にわたるものであり、当該契約を民法上いかなる契約類型であるとみるかについての定説はない。

この点、措置制度のもとにおいては、地方公共団体（以下、自治体という）以外の者〔社会福祉法人等〕が自治体から介護業務の委託を受けて介護を実施する場合、自治体は介護利用者に対し介護決定の行政処分を行い、これを受けて具体的介護を行う受任業者と介護利用者との間で介護サービス提供の請負又は準委任契約が成立し、自治体と受任業者との間には第三者〔介護利用者〕のためにする契約が成立しているという理解があった。<sup>(19)</sup> 措置という行政処分のない介護保険制度下においても、事業者と利用者の契約は、同様に請負又は準委任契約であると考えることができよう。もっとも、従来から介護業務のうち、いかなる職務内容が請負であるか準委任であるかの区別は明確にされてきておらず、混合契約であるといった曖昧な説明に終始してきた。<sup>(20)</sup> 確かに、介護サービスの場合、その具体的な内容は多様であるとともに、個性性が強く、一律にいずれかの形態であると結論付けることには難しい側面がある。しかしながら、介護サービスが措置から離され、事業者と利用者の直接的な契約となったことは、契約締結にあたっての債務の内容により明確さが求められることになったと考えるべきである。なぜなら、介護サービ

---

(19) 水谷英夫「『介護』の法的性格」『民事法秩序の生成と展開・広中俊雄先生古希祝賀論文集』（創文社、1996年）294頁。ただし、これに反対する意見として、小室豊允『社会保障と福祉施設の展望』（全国社会福祉協議会、1986年）192頁がある。

(20) 例えば、濱田俊郎「老人ホーム契約の展望—ドイツの『ホーム法』改正を契機として」ジュリスト972号（1991年）49頁。

ス利用契約における債務不履行が問題となった場合には、そこにいう債務とは何であったかが確定されなければならないからである。<sup>(21)</sup>つまりこの問題は、当事者間の契約内容が、いかなる意味を持って当事者を拘束するかという点において、その検討価値があるものと思われる。

#### (1) 居宅介護サービス利用契約の法的性格

介護保険による居宅介護サービスは、利用者たる高齢者の要介護度に応じて策定される居宅サービス計画に基づいて供給されることとなる。居宅介護サービスの場合、当該計画に記載される標準のサービス内容は、訪問介護をはじめとする4種類の訪問型サービスのほか、2種類の通所型サービス、施設への短期入所、および福祉用具の貸与である。<sup>(22)</sup>このうち、訪問型のサービスは、通常いくつかのサービスが組み合わせられて提供される場合が多いものと考えられ、入浴やリハビリテーションなどの一定の達成目標を有する介護行為であっても、請負とみなすことは難しく、基本的には全体として事業者と利用者との準委任契約であると見るべきであろう。<sup>(23)</sup>例えば、訪問入浴を行う予定でありながらも利用者の体調不良によってこれを行うことができないといった事態が生じるものと思われるが、訪問入浴介護が他の訪問型サービスと一体として提供されることとなっている以上、実際に提供された訪問介護等にかかる利用料のほかに、訪問入浴介護サービスについてのキャンペ

(21) 長尾治助「サービスの欠陥とサービス提供者の契約責任—消費者契約を中心として」『日本民法学の形成と課題(上) 星野英一先生古希祝賀』(有斐閣, 1996年) 777頁を参照。なお、介護保険サービス利用契約については、各地でその難型となるモデル契約書が策定されてきている。その概要と問題点については、拙稿「介護保険契約の特徴と法的問題—モデル契約書を参考として」ジュリスト1174号(2000年) 70頁を参照。

(22) 介護保険法第40条, 41条。

(23) 居宅介護サービス契約が、個々の介護行為それ自体だけではなく、「利用者の自立」を目的とする以上、事業者は、おむつ交換などの介助行為の完了自体だけを義務としているのではなく、「利用者の自立」の実現に向けて、契約で定められた範囲の介助行為(おむつ交換、ポータブルトイレなどの利用行為、トイレまでの歩行介助など)を適宜組み合わせることで、適切な介護を尽くす義務を負っていることになる。こう考えると、居宅介護サービス契約は「利用者の自立」の実現に向けた適切な介護行為の実施を内容とする準委任契約ということになろう。以上、高村浩、木間昭子「在宅介護サービスと消費者取引」『介護サービスと消費者契約』(国民生活センター, 1999年) 10頁。

ル料を請求することはできないもの<sup>(24)</sup>と考える。もっとも、訪問入浴介護や訪問リハビリテーションなど特定のサービスを単独で提供する旨の契約が締結された際には、請負に近い性格の契約であるとみなすべき余地はある。

通所型のサービスについても、特別な食事やマッサージなどのサービス内容が特定され、各サービスにつき個別に保険外の対価を支払う契約がなされているような場合には、請負と見るべき余地はある。しかし、例えば通所介護の場合を例にとれば、介護の過程において食事や入浴などのサービスが随時提供されるものであり、一般論としてはやはり準委任契約であるということとなろう。

## (2) 介護保険施設入所契約の法的性格

介護保険施設のうち、介護老人保健施設や指定介護療養型医療施設については、従来から入所時に利用者と施設側は契約を締結しており、一定の経験があるといえるが、指定介護老人福祉施設の場合には通常そうした経験はない。また、介護老人保健施設や指定介護療養型医療施設についても、一般的には終身入所することを前提として契約を締結することはなく、多くの場合、入退所の要件や利用料の支払いに関する同意書に近いものであった。したがって、介護保険施設への入所契約の法的性格とは、全く新たに提起されてきた問題であるといえよう。もっとも、終身利用を前提とした施設の契約問題としては、有料老人ホームへの入居契約が存在する。有料老人ホームには、一般的に利用権型と分譲型があるといわれるが、わが国では終身利用権方式が主流となっており<sup>(25)</sup>、実態として介護保険施設入所契約と類似するものと考えられる。

---

(24) たとえ利用者の検診に入浴介護をした場合と同じだけの時間を要したとしても、実際に入浴サービスを提供していない以上、その分の保険請求ができないことは当然であろう。

(25) ただし、有料老人ホームは度々入居時には健康体であること等を条件とするが、介護保険施設は要介護状態であることが条件とされること、有料老人ホームはサービスごとの対価関係が比較的明確であることなどから異なる側面もある。水谷浩「有料老人ホーム研究の意義と必要性」ジュリスト949号（1990年）17頁。

介護保険施設への入所契約においては、有料老人ホーム契約とは異なり、不動産部分に対する権利や一括納入した利用料の返還といったことが問題となることはない<sup>(26)</sup>。また、介護保険施設入所の場合には、医療機関への入院とは異なり、治療やリハビリテーションといった特定の目的の達成を内容とすることは少ないと考えられる。したがって、介護保険施設入所契約では、基本的には要介護高齢者を「善良ナル管理者ノ注意」をもって介護し、契約内容に沿ったサービスを提供するという準委任契約が成立しているものといえよう。ただし契約書には、介護サービスのほか、看護、リハビリテーション、食事、入浴、レクリエーションなどといった様々なサービス内容が記載される可能性があり、なかには請負的な性格によるサービス提供が行われる可能性がある<sup>(27)</sup>。たとえば、個人の健康に配慮した特別食やマッサージサービスなどである。個人に特定されたサービス内容が契約書に記載されている場合には、当該サービスの履行について施設が請負っていると解釈される場合がありうるし、とりわけ、施設における標準的サービスとは異なるものとして、特別な対価の支払いが約定されているような場合には、そうした解釈が妥当する可能性は高いといえよう<sup>(28)</sup>。

### (3) 介護支援契約の法的性格

介護支援専門員の職務に関わる契約関係は複雑である。まず、介護支援専門員が所属している介護支援事業者は、市町村が必要と考えた場合、保険申

(26) 有料老人ホーム入居契約の法的性質については、山口純夫「有料老人ホーム契約—その実態と問題点」判例タイムズ633号(1987年)59頁、丸山英気「有料老人ホーム契約の性格」ジュリスト949号(1990年)19頁、内田勝一「有料老人ホーム利用契約関係の特質と当事者の権利・義務」ジュリスト949号(1990年)25頁などを参照。

(27) この点、有料老人ホームが提供するサービスについては、「健康管理は準委任的色彩が強いといえる。しかし、食事の提供は、設置者ないしその受託者が裁量で栄養などを考慮してつくれば、入居者からの食費を清算しなくてもよいと考えられるべき場合が多いのではなかろうか。この意味では請負的色彩が強いといえよう」(丸山・前掲論文20頁)との意見がある。

(28) こうした考え方は、短期入所型の介護サービスの場合にも妥当しよう。短期入所の場合にも、利用者と介護保険施設との間には契約書が取り交わされることとなろうが、当該契約書も、短期入所期間中預かるといふ準委任契約が成立していると考えることが適当である。なお、入所の場合と同様、特別なサービス内容については請負とみなす余地がある。

請者の要介護認定に係る調査について市町村から委託を受ける旨の契約を結ぶこととなる。<sup>(29)</sup>これは、通常申請者ごと個別に行われるわけではなく、事業指定の段階もしくはその後に包括的に締結されると考えられ、法律上は請負契約ではなく有償委任契約であるといえよう。ただし、当該業務に従事する際、介護支援専門員および介護支援事業者は、刑法その他の罰則の適用においては公務に従事する職員とみなされるものとされており、<sup>(30)</sup>純粋な私法上の契約ではなくかなり公法的な色彩が強いものであるといえる。

介護支援事業者は、保険申請者との関係においては、認定申請の代行、居宅サービス計画の作成、および居宅介護サービス事業者その他の者との連絡調整等を内容とする介護支援契約を締結することとなる。これらは、ほとんどの場合同一の契約書による一体とした契約になるものと思われ、全体として捉えれば、被保険者の保険申請からサービスの提供およびその調整までを含めた準委任契約であると考えられるしかない。しかしながら、現実には、介護支援専門員が申請代行を行った後、当該申請者が「自立」と認定された場合には居宅サービス計画の作成はなされないし、また「要支援」ないしは「要介護」と認定された場合にも、申請者もしくはその家族が独自に居宅サービス計画を作成することや他の居宅介護支援事業者にこれを委託することもありうることから、全体を1つの契約であるとして把握することには問題もある。そこで、これら3つに分割される職務について、その法的性格を把握しておくことは重要であると思われる。

まず、保険申請の代行は介護給付の対象とはならず、また民生委員による代行も可能とされていることなどから見て、基本的には委任契約であり、介護支援事業者および介護支援専門員には代理権が与えられるものと考えられる。もっとも、当事者間の合意によりこれを有償とする契約を無効とする理由はない。なお、有償であるか無償であるかに関わらず、例えば代行政為の

---

(29) 介護保険法第27条2項。

(30) 介護保険法第27条5項。

遅延や懈怠によって申請者に損害が生じた場合には、当該事業者が債務不履行責任が生じる可能性があることは言うまでもない。一方、居宅サービス計画の作成はより請負契約に近いといえる。居宅サービス計画は、その作成にあたり要介護度別（要支援も含む）に一件あたりの価格が設定されているが、当然のことながらこれはその完成に対して支払われるものであり、当該業務に従事したことに対して支払われるものではない。例えば、要介護の認定を受けた被保険者が、居宅サービス計画の作成を二つの介護支援事業者に依頼し、いずれか適当な方を選択するという行動を採った場合には、もう一方の事業者は少なくとも保険からの報酬は受けられないこととなる。ただし、こうした理由をもって、ただちに請負であるとは断定しにくい。なぜなら、介護支援事業者とその介護支援専門員に課せられた守秘義務を勘案すれば、当該業務を第三者に請負わせることはできないであろうし、また請負というには業務遂行にかかる制約が多すぎるともいえよう。<sup>(31)</sup>

計画策定後の居宅サービス事業者もしくは介護保険施設との連絡調整、および苦情処理は、定型的な業務内容が定められているわけではなく、まさに準委任契約であるといえる。もっとも、この業務においても、介護支援事業者の責任が問われる可能性はある。例えば、介護支援専門員が居宅サービス計画にしたがい、自らが帰属するサービス事業者以外の施設における短期入所生活介護サービスを斡旋したところ、当該施設で感染症に罹患したといった場合である。利用者もしくはその家族が、当該施設のみならずこれを斡旋した介護支援専門員（実際には、介護支援事業者ということになろう）をも訴えるといったことは考えられることであろう。例えば、前歴がある等、そうした事態が生じる危険性に対する一定の認識があったような場合には、介護支援専門員の責任が問われることはあるものと考えられる。<sup>(32)</sup>

(31) 守秘義務に関しては、介護保険法第27条4項。介護支援専門員による職務の遂行については、厚令第38号第13条において16項目に及ぶ方針が掲げられている。

(32) 指定居宅介護支援事業は、利用者の状況に応じて、多様な事業者から、総合的かつ効率的に提供されるよう配慮が必要とされており（厚令第38号第1条2項）、十分な情報に基づいて、安全な施設を紹介・斡旋しなかった安全配慮義務違反の可能性が生じるといえる。

#### 4. おわりに

介護保険サービスの供給主体は都道府県の指定を受けることとされており、またサービス価格も法定化されていることから、利用者保護の必然性は一般市場における売買契約等に比較すると低いとの意見があるかもしれない。しかし、いうまでもなく、介護保険サービスの受給主体は要支援もしくは要介護状態にある高齢者であり、その家族を含め、必ずしも契約書等に十分な注意を払うことができないことが予想される。また、一般的に言って、介護サービスを受ける家族にとっては、それが当人の権利に基づくものであるとしても、「お世話になっている」との感覚が生じることも多い。そこで、契約内容もしくはその解釈に不適当ないしは不均衡な要素が含まれていると感じたような場合にも、これに異を唱えにくいという事態が生じやすいのである。

そもそも、介護保険サービス利用契約書の内容が原則として自由である理由は、サービス提供者間の競争が、悪質なサービスや不当な契約締結への抑制機能を果たし、また万が一の場合にも苦情処理や保険指定取消しといった事後処置で対応できるというものであるといえる。しかし、居宅介護サービスの場合は、度々密室においてサービス提供が行われる上、被保険者たる高齢者本人からの苦情は出にくいこともあり、苦情処理システムは必ずしも機能しない可能性がある。また、施設サービスにおいても、入所者の獲得競争が激化するという事態が生じない限り、入所者およびその家族は一定の不利益も受忍してしまうという事態に陥りやすい。さらに、地域によっては、利用者がサービス供給者を選択できるほど事業主体が存在しない場合もあり、事実上一方的な契約を強いられるという可能性さえ否定できない。つまり、介護保険サービス契約は、利用者側に幅広い選択権を認める双務契約でありながらも、実態としては、必ずしも双方が等しく納得して契約を締結もしくは更新していくとはいえないのである。

そこで、介護保険サービス利用契約には、消費者保護の視点がより強化される必要がある。この点、介護サービス契約における利用者保護の問題は、

「消費者保護」の問題として位置付けるべきではなく、「国民に対する福祉サービスの給付義務に対応する義務の履行」であるとの説も存在するが、少なくとも介護保険サービス利用者は行政の介入を要することなく、その供給主体を自由に選択しうるとの原則から見て、消費者と位置付けられるであろうし、その視点からの保護を与えることは当然であると思われる。もっとも、保護の方法は、必ずしも容易ではないものと思われる。現状においては、サービス供給主体数には地域差があり、また保険によるサービス単価が定められている以上、価格競争も生じにくいことから、消費者保護の有効な手段たる競争維持政策には限界がある<sup>(33)</sup>。さらに、契約内容についても、省令等に違反しない限り、明らかに被害が予想されるような一方的な内容でない限り、不公正な取引として規制することも難しい。結局のところ、契約内容の確認義務を強化することや、クーリングオフ制度を拡張するなど、新たな立法による消費者保護を実現するしか方法はないものと思われる<sup>(35)</sup>。ただし、この問題については、契約書の情報公開の義務づけや苦情内容の公開など、消費者情報を広く伝達させることが最も有効であり、そうした政策を行政主導で行っていくことが望まれる。

---

(33) 佐藤進、河野正輝『介護保険法』（法律文化社、1987年）127—28頁。

(34) 消費者保護としての競争維持政策の有効性については、例えば、加藤一郎、竹内昭夫編『消費者法講座3』（日本評論社、1984年）3—16頁を参照。

(35) なお、訪問販売法等のクーリングオフ制度については、大村敦志『消費者法』（有斐閣、1998年）210頁以下、加藤一郎、竹内昭夫編『消費者法講座4』（日本評論社、1984年）134—140頁などを参照。