

## 介護保険法および障害者自立支援法と契約

中 野 妙 子

### I はじめに

1990年代末から2000年代前半にかけて、わが国の社会福祉分野では、「措置から契約へ」という言葉に表される改革が進められた。介護保険法の施行、社会福祉基礎構造改革による障害者福祉各法での支援費制度の導入、そして支援費制度に代わる障害者自立支援法の施行<sup>1)</sup>により、高齢者福祉および障害者福祉の領域に契約方式が導入されたのである。

基礎構造改革以前の福祉サービスの提供は、措置方式と呼ばれる方法によっていた。すなわち、市町村等が行政処分によって福祉サービスの提供の有無および提供する具体的なサービス内容を決し、必要に応じてサービスの提供を社会福祉法人等のサービス提供者に委託するという方法である。周知のとおり、措置方式の下では、行政処分の一方性に起因する利用者の法的地位の弱さ、福祉サービスの申請権および受給権の否定、サービス提供決定に際しての行政裁量の広さなどが問題視された。

これに対し、基礎構造改革後の契約方式の下では、サービス利用者が、サービス提供者と直接に契約を締結し、利用する福祉サービスの内容を決する。そして、契約に基づきサービスが提供された場合、行政がサービス利用者にその費用を支給する。また、規制緩和により、社会福祉法人以外にも多様な民間事業者が福祉サービスの提供に参入することとなった。このような契約方式の導入の主たる目的は、福祉サービス利用者の自己決

定や選択権の尊重を図ることであった。

しかし、高齢者・障害者は、加齢や障害のために、契約内容の理解力および契約締結能力が低下し、あるいは失われていることがしばしばある。そのため、これらの者が契約方式の下で福祉サービスを適切に利用できるようにするためには、利用者の権利を擁護するためのシステムが欠かせない。この問題については、既に多くの議論の蓄積があり<sup>2)</sup>、また、本特集においても別稿が用意されている。

そこで、本稿では、介護保険および障害者自立支援制度の下で締結される福祉サービス利用契約が、利用者擁護の必要性以外にいかなる特徴や課題を有するのかについて、二つの契約の法的構造・法的性質の異同に留意しつつ検討を試みることにしたい。以下では、介護保険を利用するために利用者が事業者・施設と締結する契約を介護契約、障害者自立支援法の下で締結される同様の契約を障害福祉契約と呼ぶ。なお、介護保険法および障害者自立支援法では、介護保険給付または自立支援給付のみでは対応できないサービスの需要について、利用者とサービス提供者の間の自由契約に基づき、上乗せ・横出しの法定外サービスを併用することが認められている。しかし、本稿では、このような自由契約の部分は検討の対象外とし、介護保険法および障害者自立支援法による給付の対象となるサービスの利用にかかる契約のみを取り扱うこととする。

## II 介護契約および障害福祉契約と給付決定

### 1 行政の給付決定による契約への制約

まずはじめに、介護契約・障害福祉契約の法的構造の特徴を、契約締結前の段階から締結に至るまでのプロセスを順に追いつつ、検討していくこととしたい。

介護保険または障害者自立支援制度による給付を受けて福祉サービスを利用しようとする者は、サービス提供者と契約を締結する前に、市町村による給付決定（要介護認定または支給決定）を受けなければならない。給付決定の手続きおよびプロセスは、両制度においてかなり類似したものとなっている。これは、障害者自立支援法が、将来の介護保険の普遍化をも見据えて、制度構造をできるだけ介護保険に近づける形で制定されたことに由来する〔岩村 2007a, pp. 22-23; 津田 2007, p. 40〕。

具体的には、まず、サービス利用希望者が市町村に対して給付決定の申請を行う（介護保険法 27 条 1 項、障害者自立支援法 20 条 1 項）。介護保険法および障害者自立支援法は、申請手続きに関する具体的規定を設けており、受給希望者の申請権を認めている<sup>3)</sup>。

申請を受けた市町村は、コンピュータによる一次判定、審査会による二次判定を経て、申請者の心身の状況を認定する（要介護認定、障害程度区分の認定）（介護保険法 27 条 7 項、障害者自立支援法 21 条）。介護保険においては、要介護認定がただちに保険給付の支給決定となる。これに対し、障害者自立支援制度においては、障害程度区分自体は自立支援給付の支給決定の意味を持たない。市町村は、障害程度区分の他、当該障害者等の介護を行う者の状況、申請者のサービス利用に関する意向などを考慮して、支給決定を行う（障害者自立支援法 22 条）。すなわち、障害者自立支援制度における障害程度区分は、支給決定の際の考慮要素の一つに過ぎない<sup>4)</sup>。

介護保険では、該当する要介護状態区分に応じて、利用できるサービスの種類および支給限度額

が定められている<sup>5)</sup>。障害者自立支援制度においても、市町村は支給決定に際して、支給対象となる障害福祉サービスの種類ごとに支給量を決定する（障害者自立支援法 22 条 4 項）。そのため、給付決定を受けたサービス利用希望者がサービス提供者と介護契約または障害福祉契約を締結する際に、契約するサービスの内容および量は、給付決定による上限の範囲内に留まることになる。したがって、介護契約および障害福祉契約の大まかな外枠は、行政による給付決定によって定まることができよう。

以上の検討から、介護契約・障害福祉契約に共通する特徴の一つとして、契約方式の導入によって福祉サービスの選択が利用者の自己決定に委ねられるようになったとはいえ、行政による給付決定が契約締結の前提条件となっており、かつ契約の外枠も給付決定により形成されるという点を指摘できる〔原田 2003, p. 780〕。契約に対するこのような行政の介入の背景には、介護サービスおよび障害福祉サービスは、高齢者・障害者の生活保障に関わるものであり、市場にその配分を完全に委ねることは不適切であるとの価値判断があらう。すなわち、介護サービス・障害福祉サービスが一定の公共性を有するという考え方である。利用者本人に対しては、給付決定による契約への介入は、ある一定量の給付の受給権を確保することになり、必要な福祉サービスの利用を保障するという意味を有するといえよう。そして同時に、福祉サービスという限られた資源を多くの利用者の間で公平・公正に分配する必要性も、給付決定による契約への制約を肯定するだろう〔内田 2006, p. 96〕。

### 2 両契約に対し給付決定が果たす役割の相違

一方、介護契約と障害福祉契約の間には、給付決定による契約への制約のあり方・程度について、以下のような相違点があることを指摘することができる。

まず、上述したように、介護保険においては、要介護状態区分によって利用できるサービスの種類や支給限度額が決まる。ただし、要介護認定に

よる支給上限の設定は包括的なものであり、利用するサービスの具体的内容およびその配分は、利用者の自己決定に委ねられている。これに対し、障害者自立支援制度の場合、市町村は障害福祉サービスの種類ごとに支給量を決定する。すなわち、自立支援給付の支給決定は、利用しうる障害福祉サービスの具体的な種類と個別的な上限を定めるものとなっている。

また、介護保険における要介護認定は、利用希望者の心身の状況（要介護度）のみに基づいて行われ、行政裁量が働く余地がない。利用できるサービスの上限も全国一律の基準により、介護契約の外枠は定型的に決まる。一方、障害者自立支援制度では、市町村は、障害程度区分以外のさまざまな要素、例えば、申請者の介護を行う家族の状況、区域内の障害福祉サービスの整備状況などを考慮して、支給決定を行う（障害者自立支援法 22 条 1 項、同法施行規則 12 条）。そのため、支給の要否の判断および支給する場合の支給量の決定について、市町村の裁量の働く余地がある。さらに、法律上は支給量の上限に関する規定はなく、市町村は、個々の障害者のニーズに応じて上限なく支給量を決定することができる〔津田 2007, p. 43〕<sup>6)</sup>。したがって、同じ障害程度区分の者であっても、個別の事情に応じて異なる内容の支給決定を受けうるのである<sup>7)</sup>。

以上に述べたように、介護契約の外枠は、心身の状況から導かれる要保障性（要介護度区分）に応じて定型的かつ包括的に定まるのに対し、障害福祉契約の外枠は心身の状況（障害程度区分）のみによって定まらず、行政の裁量的な判断によって個別のかつ具体的に決定される。このような両契約の相違点の背景には、介護保険が保険料拠出に基づき運営される社会保険であるのに対し、障害者自立支援制度は公費を財源とするという、両制度の構造の基本的な違いがあるだろう。すなわち、一般的に社会保険の特徴とされる、給付の普遍性、拠出と給付の対価性に基づく権利性の強さ〔岩村 2001, p. 44〕が、障害者自立支援制度には当てはまらないのである。したがって、障害者自立支援制度においては、限られた資源の効率的な

分配という給付の選別主義的性質が強くなり、給付決定に際しての行政裁量も広く認められると考えられよう。

ただし、自立支援給付の支給決定に行政裁量が認められるといっても、それは措置方式の下では認められたような無制限に近いものではない。市町村が支給決定および支給量の決定に際して勘案すべき事項は、障害者自立支援法 22 条 1 項の委任に基づき同法施行規則 12 条に列挙されている。そして、考慮すべき事項を考慮しないこと、または考慮すべきでない事項を考慮することは、裁量権の逸脱濫用となり許されない<sup>8)</sup>。また、同法 24 条は、支給決定の変更の申請について定める。この規定は、ある特定の種類・量の自立支援給付を求める実体的請求権を、利用者に認めたものと解される<sup>9)</sup>。したがって、障害福祉サービスの利用希望者は、自身の権利として、一定の種類・量のサービスの利用を認める決定を行政に求めることができるといえよう。

### III 介護契約および障害福祉契約の内容の特徴

#### 1 契約の自由の原則に対する修正

給付決定を受けたサービス利用希望者は、自己の選択するサービス提供者と介護契約または障害福祉契約を締結する。介護保険法・障害者自立支援法ともにケアマネジメントの仕組みを取り入れているが、原則としては、利用するサービスの内容の決定は利用者とサービス提供者の私的自治に委ねられている。ただし、介護契約および障害福祉契約は、ともに、契約の自由の原則を貫徹するものではなく、したがって古典的な意味での自由契約ではない〔岩村 2007b, p. 6〕。上述したように行政の給付決定によって契約の外枠が定まる他にも、契約の締結過程およびその内容に対してさまざまな公的規制が及ぶ。

まず、利用者は、都道府県による指定を受けた事業者・施設の中からサービス提供者を選択しなければならず、契約の相手方の選択に一定の制限が課されている。厚生労働省令で定める人員、設

備及び運営の基準（以下「指定基準」という）を充たさない事業者・施設は、サービス提供の相手方となりえない。また、指定基準により、サービス提供者は利用者からの契約申し込みに応じる義務を負っており、正当な理由なくサービスの提供を拒むことができない<sup>10)</sup>点も、契約の自由の原則の大きな修正点である。

さらに、契約の中心部分となる介護サービス・障害福祉サービスの内容およびその対価についても、関連法令による細やかな規制が及ぶ。すなわち、サービス提供者は、指定を受けた後も、指定基準に従ってサービスを提供しなければならない（介護保険法 73 条、87 条、障害者自立支援法 43 条、44 条など）。指定基準には、身体拘束等の禁止、入浴等の介護の方法など、サービスの提供方法や質に関する規定も設けられている。そして、提供されたサービスに対して支払われる対価の額は、厚生労働大臣が定める基準（いわゆる介護給付費単位数表など）によって算定される（介護保険法 41 条 4 項、障害者自立支援法 29 条 3 項など）。したがって、介護契約および障害福祉契約の主たる債権債務の内容も、利用者および提供者の完全に自由な合意によって決められるものではない<sup>11)</sup>。

以上のような、契約締結過程および契約内容に対する公的規制は、契約方式の下で、利用者に実際の契約締結を保障し、一定の質の福祉サービスの提供を確保すると同時に、提供者による不当な価格設定を避けることを目的とすると解される〔原田 2003, p. 789〕。そして、契約の自由の原則に対するこのような修正も、個人の生活保障に関わるという福祉サービスの公共性から、肯定され、かつ必要とされるといえる〔倉田 1999, p. 64; 菊池 2007, p. 56〕。また、介護契約および障害福祉契約に基づく福祉サービスの費用は、全額をいったん利用者が支払うものの、9 割が介護保険給付または自立支援給付として利用者に償還される<sup>12)</sup>。社会保険か全額公費負担かを問わず、公的な社会保障制度の一環としてその費用を賄う以上、給付を支給するのに適切な水準・質のサービスが提供されるべく規制を行うことは、当然であるともいえよう。

ただし、介護契約・障害福祉契約という視点から見ると、これらの公的規制の多くが事業者・施設の指定基準によるものであり、契約当事者に対する法的拘束力が明らかではない点が問題となろう。指定基準は、もっぱら行政による規制監督を通じて遵守されるものであり、直ちに利用者と提供者の間の契約内容となるものではない。そのため、指定基準の内容が明確にサービス利用契約の内容となっていない場合、指定基準に対する違反が、サービス利用者にとって私法上何らかの意味を有するかは、必ずしも明らかではない〔品田 2000b, p. 65; 原田 2003, p. 790; 加藤他 2007, p. 258〕。学説からは、指定基準の内容を介護契約・障害福祉契約の内容に盛り込むような契約解釈の必要性〔岩村 2007c; 倉田 1999, p. 65〕や、さらに進んで福祉契約に対する特別な法制度を整備する必要性も、指摘されている〔加藤他 2007, p. 246〕。

## 2 契約に基づくサービス提供者の義務

以上のようなプロセスを経て締結される介護契約・障害福祉契約において、サービス提供者はどのような義務を負い、またその義務にはどのような特徴が見られるだろうか。サービス提供者が負う義務を明確にすることは、サービス提供過程で生じた債務不履行や事故に対する提供者の責任を追及する際に、重要な問題となる。そこで次に、介護契約・障害福祉契約の法的性質に関する学説の議論を概観した後、介護事故を巡る裁判例においてサービス提供者の義務がどのように解されているかを検討する。

介護契約・障害福祉契約は、事業者・施設が介護または障害福祉サービスを提供し、施設においてはその居室や共同施設を利用者に使用させ、それに対して利用者が費用を支払うことを主たる内容とする。一つの契約に基づき提供されるサービスの内容は多岐に渡るため、これを民法上の典型契約に当てはめることは難しい。学説においては、おおむね、在宅、通所または施設における身体介護、入浴、食事介助等のサービスの提供は準委任となり、輸送サービスの提供は請負

によると理解されている〔品田 2000b, pp. 70-71; 本澤 2000, pp. 104-105; 倉田 2001, p. 80, p. 98; 笠井 2006, p. 30〕。障害者自立支援法の下で提供される、自立支援のための訓練や就労支援を提供するサービスも、請負とは解しがたく、準委任契約に基づくものと考えてよいだろう<sup>13)</sup>。学説の理解に立てば、サービス提供者は利用者に対し、介護契約または障害福祉契約による委任の本旨に従い、善管注意義務をもって、サービスを提供する義務を負うこととなる。

では、裁判例では、契約の法的性質ならびにサービス提供者の義務は、どのように解されているであろうか。介護保険法の施行による高齢者介護への契約方式の導入後、利用者側の権利意識の高まりを背景として、介護事故をめぐる裁判例が増加している。しかし、裁判例では、利用者と提供者の間にある契約の詳細な性質が論じられることは少なく、介護契約が民法上の典型契約のいずれに該当するかを明確に述べる裁判例もほとんどない<sup>14)</sup>。多くの判決は、個々の事案に即して、事故が起きた具体的場面においてサービス提供者に課される安全配慮義務<sup>15)</sup> または注意義務の内容を判断するに留まる。

そして、裁判例がサービス提供者に対して課す安全配慮義務または注意義務の内容は、一般化すれば、要介護状態にある高齢者の心身の状況に応じて適切な介護を行い、事故や傷害から高齢者の安全を守るために必要かつ適切な対応をする義務といえることができる<sup>16)</sup>。例えば、グループホームにおける入居者の転倒・骨折が問題となった事案において、裁判所は、当該入居者の心身の状態（認知症の進行および不安定歩行）および事故当時の状況からすれば、職員には目を離す前に当該入居者の安全の見通しを確認すべき注意義務があったと判断している（大阪高判平成 19・3・6 賃金と社会保障 1447 号 55 頁）。また、デイサービス利用者が転倒・受傷した事案でも、歩行が不安定であった当該入居者に対して、職員は、その歩行時には特段の事情のない限り常に歩行介護をする義務を負っていたと判断されている（横浜地判平成 17・3・22 判時 1895 号 91 頁）<sup>17)</sup>。

介護事故を巡る一連の裁判例が、介護契約の法的性質はもとより、契約に基づく債権・債務関係を直接的に論じないことは、次のような介護契約の特徴を考慮すると妥当なものと考えられる。すなわち、介護契約の特徴の一つとして、提供すべき介護サービスの内容が利用者の心身の状況に応じて日々変化しうるため、サービスの詳細を事前に定めることができないという点が挙げられる〔品田 2000a, p. 70〕。そのため、介護契約では、提供するサービスの内容とそれに対する利用者の費用負担といった権利義務関係の大枠が定まるに留まり、債権・債務関係の詳細までは明らかにならない〔品田 2006, p. 168〕。また、前述した事業者・施設の指定基準も、サービスの提供方法・質に関する規定を設けているとはいえ、その内容の多くは緩やかな行為規範に留まる。したがって、個別具体的な場面において提供すべき介護サービスの内容および方法は、現場でサービス提供にあたる職員の専門的な裁量に委ねられているといえよう<sup>18)</sup>。介護契約のこのような特徴を考慮すると、介護契約の法的性質を論じても、そのことからサービス提供者の債務内容を直接的に具体化することは難しい<sup>19)</sup>。したがって、個別具体的な場面における注意義務の内容のみを判断する裁判例の手法は、一定の合理性を有すると考えられよう。

また、裁判例の特徴として、サービス提供者に課される注意義務・安全配慮義務の内容が、家庭内介護の際に家族が行う注意・監視に比べ、かなり高度なものであることが指摘できる<sup>20)</sup>。一般論としては、委任契約・準委任契約において受任者に課される善管注意義務は、受任者のような職業・地位にある者に対して一般に期待される水準の注意義務とされる〔内田 2007, p. 273〕。したがって、裁判例が介護契約を準委任契約と認識していないとはいえ、高齢者介護に職業として携わる者に対して家庭内介護者よりも高度の注意義務を課すこと自体は、妥当であると解される。実際、裁判例の中には、サービス提供者の注意義務違反を判断するにあたり、介護福祉士等の専門性に明確に言及するものもある（東京地判平成 12・6・7 賃金と社会保障 1280 号 14 頁、前掲・横浜地判

平成 17・3・22)<sup>21)</sup>。

そして、サービス提供者が負う注意義務の程度は、介護職に一般に期待される水準、すなわちその時代の一般的な介護水準に基づき判断されることとなる〔菊池 2003, pp. 196-197〕。この際に、「一般的な介護水準」の基準をどこに求めるかが、問題となりうる。もちろん、事業者・施設の介護体制が指定基準を充足していないような場合には、注意義務違反が肯定されやすくなるだろう。また、厚生労働省やさまざまな関連団体が提示する指導・指針も一つの参考となろう。裁判例にも、事故当時の老人保健施設一般における誤飲に関する認識（横浜地判平成 12・6・13 賃金と社会保障 1303 号 60 頁）や、厚生労働省の検討会がまとめた指針が示す食事介助の留意事項（松山地判平成 20・12・18 判タ 1275 号 219 頁）を参考に、サービス提供者の注意義務を判断するものがある。しかし、指定基準や各種の指導・指針は、サービス提供者が守るべき介護水準を判断するための一要素に留まり、これを遵守すれば義務違反を免れるという趣旨のものではないだろう<sup>22)</sup>。結局は、個別具体的な場面ごとに、高齢者の心身の状況や事故の状況に照らし、その時代の福祉分野における一般的認識や学術的議論等を参考に、専門職としての介護職員が果たすべき義務の内容を判断する他ないものと思われる。

なお、本節ではもっぱら介護保険法の下における介護事故の裁判例を取り上げたが、サービス内容の不確定性、および現場の職員の専門的裁量への依存といった特徴は、障害福祉サービスにも共通する。したがって、サービス提供者が負う義務の特徴に関する上記の議論は、障害福祉契約にも敷衍することができるだろう。

#### IV 介護契約および障害福祉契約の課題

##### 1 契約における家族の位置付け

ここまで、介護契約および障害福祉契約の法的構造および特徴を、両者の異同を含めて検討してきた。次に、両契約を巡る今後の検討課題として、利用者擁護の必要性以外にどのようなものがある

かを考えたい。

介護契約および障害福祉契約の課題の一つとして、契約において家族をどのように位置付けるかという点が挙げられよう。判断能力が不十分な高齢者・障害者本人に代わり、家族が契約書に代理署名する、あるいは契約当事者となるといった取り扱いが行われている実状は、介護保険法施行直後から指摘されてきた<sup>23)</sup>。成年後見制度や福祉サービス利用援助事業の利用が伸び悩んでいる現状からすれば、今日でもこのような家族による事実上の代理が広く行われていると推測される。

また、事業者・施設の指定基準には、サービス提供者が契約の内容および手続きを説明する相手方、ならびに提供者が作成するサービス計画の原案を説明する相手方を、「利用者（利用申込者）又はその家族」と規定するなど、説明義務を果たすべき相手方が不明確な規定が見受けられる<sup>24)</sup>。さらに、サービス計画の作成時には、高齢者・障害者の家族の希望をも踏まえた計画作成が義務付けられており<sup>25)</sup>、契約に基づき提供される具体的なサービスの内容・方法の決定に対して家族が強い影響力を持ちうる。このように、介護契約・障害福祉契約の実務においては、しばしば、その法的位置付けが不明確なままに、家族が重要な役割を果たしているといえることができる。

以上のような状況を反映してか、近年の裁判例の中には、契約当事者ではない家族に対する義務を介護契約から派生的に導き、サービス提供者が負う損害賠償責任の根拠とするものが見られる。例えば、有料老人ホームに関する事案であるが、入居者が危篤に陥った際に親族に連絡をすることは、老人ホームと親族の間に格別の契約関係がない場合であっても、信義則上、老人ホームの義務となる場合があると述べる判決がある（東京地判平成 13・9・17 判タ 1181 号 295 頁）。また、グループホームが利用者に対して負う安全配慮義務の前提として、家族に対する介護上の情報提供義務および事故防止のための協議義務が利用契約から派生するとした例もある（大阪地判平成 19・11・7 判時 2025 号 96 頁）。

これらの判決に対しては、家族に対する情報提

供・連絡等が法的義務となる論拠が明らかではなく、また、義務違反によって損なわれる利益も不明確であるという批判が当てはまる。さらに、利用者に家族が複数いる場合には、そのうちの誰に対して果たすべき義務なのかという問題も生じる〔長沼 2008, pp. 44-45〕。家族がサービス利用者の成年後見人となっている場合を除き、介護契約・障害福祉契約上、サービス提供者が契約当事者ではない家族に対して何らかの義務を負うと解することは困難だと思われる。福祉サービスの提供にあたって、家族に対する情報提供やその意向の反映が事実上重要であるということと、サービス提供者が福祉サービス利用契約に基づき負う法的義務の範囲の問題とは、区別して考える必要があるだろう。

## 2 契約方式における市町村の責任

介護契約および障害福祉契約に関わるもう一つの課題として、契約方式の下で市町村が負う責任の範囲の問題を挙げることができる。

Ⅱ 2 で検討したように、障害者自立支援制度において、市町村は支給決定に際し、当該区域内のサービス提供体制の整備状況を考慮することができる。しかし、介護保険法では、要介護認定に際してそのような行政裁量が働く余地はない。そのため、介護保険制度においては、要介護認定を受けたにもかかわらず利用するサービスがないという、いわゆる「保険あって介護なし」の状態が起りうる〔倉田 2001, p. 77〕。また、介護契約・障害福祉契約を締結してサービスの利用を開始した後、事業者・施設が指定を取り消されたり、経営難等を理由に事業を廃止したりすることによって区域内のサービス提供者数が減少し、サービス利用の継続が困難になることもあるだろう。以上のような場合に、市町村に対して、福祉サービスの直接提供を義務付けることは可能であろうか。

一般に、今日の介護保険法・障害者自立支援法の下では、行政は、事業者に対する規制監督、提供体制の確保等の基盤整備の他は、サービスにかかる費用を金銭給付する義務を負うに留まり、サービスそのものを提供する義務を負わないと解

されている〔前田 1999, p. 24; 西村 2003, p. 290, p. 451; 加藤他 2007, p. 243〕。市町村が負う基盤整備責任は、サービス計画の未達成のために福祉サービスを利用できない者からの、サービスの直接提供の請求あるいは損害賠償の請求を可能にするような法的責任であろうか。この点、障害者自立支援法は、88条で市町村障害福祉計画の策定を市町村に義務付けているが、同法2条が定める市町村の責務の内容からすれば、計画達成のために市町村が自ら福祉サービスを提供することまで義務付けるものではないと考えられる。公営サービスの実施拡大は、計画達成のために市町村が講じる政策の一つの選択肢に過ぎず、その選択は市町村の裁量に委ねられるだろう。介護保険法117条による市町村介護保険事業計画に基づく市町村の基盤整備責任についても、同様に解される〔新田 2000, pp. 258-259〕。したがって、計画で定めたサービスの必要量を達成できない場合に市町村が負う責任は、政治的責任に留まり、法的責任の追及は難しいと考えられよう<sup>26)</sup>。

また、契約方式の導入後も各福祉法に措置の規定は残されており、高齢者または障害者がやむを得ない事由により介護保険または障害者自立支援制度を利用できないときは、市町村は措置を実施することができる（老人福祉法10条の4、身体障害者福祉法18条など）。学説には、市町村の措置権者としての責任を根拠として、サービス欠缺時の直接サービス提供義務を認めようとするものもある〔豊島 2008, p. 208〕。しかし、現行法の措置権限に関する規定は、高齢者・障害者に身寄りがない場合や家族から虐待を受けている場合など、そもそも給付決定の申請ができない場合を念頭に置くものと一般に解されている。そのため、給付決定を得たにもかかわらずサービスが利用できない場合の問題を、市町村の措置権限によって解決することは難しいだろう<sup>27)</sup>。

裁判例には、支援費制度の事案であるが、市公営の障害ホームヘルプサービス事業の廃止に関し、市町村の障害者福祉体制の整備責任を定める身体障害者福祉法14条の2は一般的責務を定めたものにすぎないとして、市のサービス直接提供

責任を否定したものがある（名古屋地判平成 20・3・26 判時 2027 号 57 頁）。ただし、同判決は、民間事業者の増加によるサービス供給量の確保および厳しい財政状況を背景に、ホームヘルプサービス事業を廃止した市の政策判断が、行政の裁量の範囲内であると判断している。裁判所の判断枠組みは、必要な民間事業者数が確保されていないなどの事情がある場合には、市営の福祉サービス事業の廃止を行政裁量の範囲外とみなす余地を残しているものと解されよう。したがって、同判決は、公営の福祉サービス事業の廃止には、民間のサービス提供者が事業を廃止する場合よりも厳しい制限がかかりうることを、認めたものといえる<sup>28)</sup>。しかし、公営福祉サービス事業の廃止による利益侵害を訴訟上主張できるのは、当該事業の現在の利用者（市町村と介護契約または障害福祉契約を締結している者）に限られると解され、潜在的な利用希望者が市町村の法的責任を問うことは困難であろう。

以上に見たように、現行法の枠組みの下では、福祉サービスの利用者・利用希望者がサービス不足に対する市町村の法的責任を問うことは難しく、サービスの直接提供を要求することも困難である。しかし、このような状況は、福祉サービス利用者の選択権の保障を欠くものであり、問題であろう。学説からは、契約方式の下において、市町村に福祉サービス提供の最終的責任を課すことが必要であるとの指摘もある〔原田 2003, p. 782〕。今後、立法的な措置も視野に入れて、検討する必要があるだろう。

## V おわりに

Ⅱ 1 で述べたように、障害者自立支援法の立法当時は、介護保険の適用範囲を若年障害者にも拡大する、いわゆる介護保険の普遍化が大きな議論となっていた。平成 17 年介護保険法改正時の改正法附則 2 条は、「介護保険制度の被保険者及び保険給付を受けられる者の範囲について、社会保障に関する制度全般についての一体的な見直しと併せて検討を行い、その結果に基づいて、平

成 21 年度を目途として所要の措置を講ずる」と定めており、これに基づき、「介護保険制度の被保険者・受給者範囲に関する有識者会議」において検討が行われた。同有識者会議は、平成 19 年 5 月 21 日付けの中間報告において、介護保険の適用範囲拡大に積極的な姿勢を示している〔京極 2008, pp. 82-99〕。しかし、介護保険の普遍化の議論は、その後は中断しているようである。

むしろ、今日の議論状況は、障害者自立支援制度の構造を介護保険から遠ざけるという方向にある。すなわち、障害者自立支援制度における利用者負担は、介護保険法との足並みを揃える目的もあって 1 割の定率負担とされた。しかし、制度導入当初からの強い批判を受けて、このたび、上限を 1 割とする応能負担への変更が決定され、早ければ今年度中には法改正が実施される予定である。この改正が実施されれば、一度は近づいた障害者福祉と高齢者介護の制度構造が再び乖離することとなり、介護保険の普遍化からは一歩遠ざかることとなろう。

しかし、本稿で指摘した、①対象となるサービスの公共性を理由とする、行政の給付決定による契約の外枠の決定、ならびに、契約締結過程および契約内容に対するさまざまな公的規制、②債務内容の具体化の困難さによるサービス提供者の裁量と専門性の尊重、およびそれに伴いサービス提供者に課される高度の注意義務、といった両契約の特徴は、利用者負担のあり方によって直接影響されるものではない。また、③家族の法的地位の明確化、および市町村のサービス提供義務の検討の必要性も、今後とも引き続き検討されるべき課題であることに変わりはない。したがって、障害者自立支援制度における利用者負担のあり方の変化は、介護契約および障害福祉契約の特徴およびその課題に対して、大きな変化を与えるものではないだろう。

## 〔付記〕

本稿は、日本学術振興会平成 20 年度科学研究費補助金「地方分権時代の社会保障―国・地方公共団体の役割分担と連携の法的分析」（研



究代表者・岩村正彦, 基盤研究 (B) 課題番号 20330010) および文部科学省平成 20 年度科学研究費補助金「日本・スウェーデンの社会福祉争訟の比較法研究」(研究代表者・中野妙子, 若手研究 (B) 課題番号 20730039) の助成による研究成果の一部である。

## 注

- 1) 障害者自立支援法の制定過程については, 岩村〔2007a〕を参照。
- 2) 学説の議論については, 丸山〔2007〕を参照。
- 3) 支援費制度の下での事案であるが, この点を確認する裁判例として, 船引町訴訟判決・福島地判平成 19・9・18 賃金と社会保障 1456 号 54 頁がある。
- 4) 行政解釈では, 障害程度区分の認定は独立した行政処分を構成すると解している〔障害者福祉研究会 2007, p. 217〕。障害程度区分の認定が処分性を有するとすると, 後続する行政処分である支給決定に関する不服を争う際に, 障害程度区分認定の公定力の問題が生じる点に注意が必要である。
- 5) 例えば, 居宅サービスの利用については要介護度区分別の支給限度額が設定されており (介護保険法 43 条), また, 要介護度が「要支援」に該当する場合は施設サービスは介護保険給付の支給対象とならない (介護保険法 52 条)。
- 6) 実際には, 自立支援給付に対する国庫負担金の算定要件が障害程度区分別に定められており, これが各自治体の定める支給決定の審査基準に影響することによって, 事実上の支給上限となっている〔山口 2007, p. 29〕。
- 7) 行政裁量が認められることにより, 個々の障害者の個別事情に即した決定が可能になる反面, 障害福祉サービスの整備状況によっては, 障害の程度から客観的に必要とされるサービス量よりも少ない量の支給決定をすることも許されることとなる。支援費支給制度においても, 市町村の広範な行政裁量が認められており, 障害者の支援費に対する権利性を弱めると批判されていた〔竹中 2002, p. 436〕。
- 8) 前掲・福島地判平成 19・9・18 および東京地判平成 18・11・29 賃金と社会保障 1439 号 55 頁を参照。
- 9) 支援費支給制度について, 中野〔2008〕参照。介護保険法も要介護状態区分の変更認定の申請を規定しており (29 条), 同様の請求権をサービス利用者に認めるものと解される。
- 10) 「指定介護老人福祉施設の人員, 設備及び運営に関する基準」(平成 11 年 3 月 31 日厚生省令 39 号) 4 条の 2, 「障害者自立支援法に基づく指定障害者支援施設等の人員, 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 172 号) 9 条など。ただし, これらの規定の実効性については疑問も呈されている〔小西 2006, pp. 4-7〕。
- 11) さらに, 事業者・施設が作成する契約書および重要事項説明書に対しても, 全国社会福祉協議会が作成するモデル契約書・重要事項説明書が大きな影響を与えており, ソフト・ロー的な規制が行われていることが指摘されている〔岩村 2007b, p. 12〕。
- 12) 実際には, 代理受領方式により, 介護保険給付または自立支援給付が事業者・施設に直接支払われ, 利用者は事業者・施設に対し 1 割の自己負担分を払うのみで済むことが多い。
- 13) ただし, 就労継続支援には, 障害者と事業者が雇用契約を締結する A 型と, 雇用契約を締結しない B 型とがある。A 型の就労継続支援を利用する場合は, 訓練等の提供を目的とする障害福祉契約 (準委任契約) に合わせて, 利用者と事業者の間で雇用契約が締結されることとなる。
- 14) 介護保険法施行前の事案であるが, 措置制度のもとでショートステイ利用者と施設との間に「介護委託契約」(傍点筆者) が存在したと述べる裁判例として, 横浜地川崎支判平成 12・2・23 賃金と社会保障 1284 号 43 頁。また, 東京地判平成 15・3・20 判時 1840 号 20 頁は, 送迎付きのデイケアの利用者と医院との間で, 「診療契約と送迎契約が一体となった無名契約」を締結していたと述べている。
- 15) 裁判例には, 安全配慮義務を, 介護契約に伴う信義則上の義務として導く (前掲・東京地判平成 15・3・20, 大阪高判平成 19・3・6 賃金と社会保障 1447 号 55 頁) に留まらず, 介護契約上の義務として直接位置付けられるものも見受けられる (横浜地判平成 17・3・22 判時 1895 号 91 頁)。東京地判平成 19・5・28 判時 1991 号 81 頁は, 不法行為責任を問う事案であるが, 特別養護老人ホームの利用契約上の義務として, 施設が利用者に対する安全配慮義務を負っていたと認定している。全社協のモデル契約書が事業者・施設側の義務の内容として安全配慮義務を明記していることが, 影響しているものと推測されよう。
- 16) 安全配慮義務違反と不法行為責任のいずれを追及するかによって, サービス提供者側が負う義務 (安全配慮義務または注意義務) の内容に実質的な差異が生じることはないと解される〔品田 2006, p. 166〕。
- 17) 前掲・東京地判平成 15・3・20 も, 利用者の年齢, 身体状況, 転倒の危険性を考慮し, デイサービスを設置していた医院には, 当該利用者を送迎するにあたり, 移動の際に常時職員が目を見守る

- ずにいることが可能になるような態勢をとるべき義務があったと判断する。
- 18) この点は、医療保険における療養担当規則と医師・医療機関の専門的裁量の関係に近いといえよう。
- 19) 福島地白河支判平成15・6・3判時1838号116頁は、利用者と老人保健施設の間に締結された介護老人保健施設利用契約について、施設の介護マニュアルを手がかりに、施設には「入所者のポータブルトイレの清掃を定時に行うべき義務」があったと判断する。しかし、利用者には提示されない施設のマニュアルの内容がなぜ契約内容となるのかという、法的理由付けは必ずしも明らかではない。
- 20) 前掲・大阪高判平成19・3・6の事案において、第一審・京都地判平成18・5・26賃金と社会保障1447号63頁は、施設職員に当該入居者から十数秒ないし二、三十秒の間でも目を離してはならないという法的義務があったとは認めがたいとして、施設の安全配慮義務違反を否定した。第一審判決と比較すると、高裁判決は、サービス提供者に対してより高度な注意義務を課したといえよう。
- 21) ただし、学説は、介護職に求められる専門家としての注意義務は、医療職のような高度なものにはなりえないと指摘する〔菊池2000a, p. 13; 菊池2000b, pp. 40-42; 品田2006, p. 166〕。この点は、特に、誤嚥の事故を巡る裁判例において問題となろう。事故が発生した際に、介護職に医療職と同程度の医学的対応を要求することは不適切である。介護職が果たすべき義務の内容としては、職務上可能な応急措置を施し、かつただちに医療機関へ連絡することが求められるだろう〔菊池2003, pp. 196-197〕。裁判例としては、前掲・東京地判平成19・5・28などを参照。
- 22) 逆に、行政指導等に従っていないことが直ちに安全配慮義務違反の根拠となるかどうか、判断が難しい問題であると指摘されている〔品田2006, pp. 169-170〕。
- 23) 実務では、利用者本人を受益者とする第三者のためにする契約と説明されてきたようであるが、介護保険給付および障害者自立支援給付が本人に対する給付であることと矛盾する〔本澤2000, p. 564〕。また、家族による代理署名には、無権代理の問題が生じうる。
- 24) 「指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準」4条、12条7項など。これに対し、障害者自立支援法に基づく指定基準では、契約の内容および手続きの説明の相手方は利用申込者本人のみとなっている。「障害者自立支援法に基づく指定障害者支援施設等の人員、設備及び運営に関する基準」7条1項など。
- 25) 「指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営

に関する基準」12条5項、「障害者自立支援法に基づく指定障害者支援施設等の人員、設備及び運営に関する基準」23条4項など。

- 26) 学説には、必要なサービス量の達成のために市町村が公的責任を果たすべき旨を指摘するものもある〔正田2003b, p. 134; 津田2007, p. 43〕が、サービス供給不足について市町村が何らかの法的責任を問われることまでを認める趣旨ではないと思われる。
- 27) 措置規定の解釈によってこの問題を解決しようとするものとして、前田〔1999〕も参照。
- 28) 同判決は、さらに、事業廃止を理由とする契約解除について市の債務不履行を否定し、また、事業廃止を事前に連絡し、民間事業者を新たに選択するためのアドバイスをするなどの対応をしていることから、市には信義則上の義務違反もなかったとした。学説からは、福祉サービス提供者からの契約解除に対して制約を付す必要性の指摘もあり〔笠井2006, p. 31〕、本判決はこの問題を考える上でも参考となろう。

#### 参考文献

- 稲森公嘉 (2004) 「介護保険事業計画と保険者の役割」 社会保障法 19 号
- 岩村正彦 (2001) 『社会保障法 I』 弘文堂
- (2007a) 「総論——改革の概観」 ジュリスト 1327 号
- (2007b) 「社会福祉サービス利用契約をめぐる法制度と課題」 岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』 信山社
- (2007c) 「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」 岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』 信山社
- 内田貴 (2006) 「民営化 (privatization) と契約 (4)」 ジュリスト 1308 号
- (2007) 『民法 II [第2版]』 有斐閣
- 笠井修 (2006) 「福祉契約と契約責任」 新井誠他編著『福祉契約と利用者の権利擁護』 日本加除出版
- 加藤智章他 (2007) 『社会保障法 [第3版]』 有斐閣
- 菊池馨実 (2000a) 「介護事故と損害賠償責任」 賃金と社会保障 1280 号
- (2000b) 「食事介助と特養ホームでの死亡事故」 賃金と社会保障 1284 号
- (2003) 「介護事故関連裁判例からみたリスクマネジメント」 増田雅暢・菊池馨実編著『介護リスクマネジメント』 旬報社
- (2007) 「社会福祉の公共性とサービス供給体制の再編」 週刊社会保障 2447 号
- 京極高宣 (2008) 『障害者自立支援法の課題』 中央法規
- 倉田聡 (1999) 「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」 社会保障法 14 号
- (2001) 『これからの社会福祉と法』 創成社

- 小西知世 (2006) 「契約による福祉と事業者の応諾義務」新井誠他編著『福祉契約と利用者の権利擁護』日本加除出版
- 品田充儀 (2000a) 「介護保険契約の特徴と法的問題」ジュリスト 1174 号
- (2000b) 「介護保険契約の法的性格とその規制」神戸外大論叢 51 巻 2 号
- (2006) 「福祉契約と契約当事者」新井誠他編著『福祉契約と利用者の権利擁護』日本加除出版
- 障害者福祉研究会 (2007) 『逐条解説障害者自立支援法』中央法規
- 正田彬 (2003a) 「『措置から契約へ』支援費制度の問題点 (上)」ジュリスト 1248 号
- (2003b) 「『措置から契約へ』支援費制度の問題点 (下)」ジュリスト 1249 号
- 竹中康之 (2002) 「支援費の支給決定をめぐる法的課題」同志社法学 54 巻 3 号
- 津田小百合 (2007) 「介護保険と障害者福祉制度の将来」ジュリスト 1327 号
- 豊島明子 (2008) 「福祉の契約化と福祉行政の役割」名古屋大学法政論集 225 号
- 中野妙子 (2008) 「労働判例研究」ジュリスト 1364 号
- 長沼健一郎 (2008) 「福祉サービス提供にかかる規範と法規範との不連続」週刊社会保障 2491 号
- 西村健一郎 (2003) 『社会保障法』有斐閣
- 新田秀樹 (2000) 『社会保障改革の視座』信山社
- 額田洋一 (2001) 「福祉契約論序説」自由と正義 52 巻 7 号
- 原田大樹 (2003) 「福祉契約の行政法学的分析」法政研究 69 巻 4 号
- 前田雅子 (1999) 「介護保障請求権についての考察」賃金と社会保障 1245 号
- 丸山絵美子 (2007) 「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
- 本澤巳代子 (2000) 「成年後見と介護保険」民商法雑誌 122 巻 4・5 号
- 山口春子 (2007) 「障害者自立支援法における障害福祉サービス支給決定基準」東京成徳大学人文学部研究紀要 14 号

(なかの・たえこ 名古屋大学准教授)