

適切な福祉利用の確保とその公法的構成（二）

林 倬 如

目 次

はじめに

第一章 適切な福祉利用とその権利実現

第一節 福祉利用のニーズ判定

一 要保障状態と給付内容の照応

二 利用者の選択権行使と専門技術・政策的判断

第二節 ニーズ判定の仕組みの分節化

一 請求権の存否と給付内容の決定

二 福祉サービスの受給の権利性

第三節 介護利用の権利実現過程

一 権利実現過程の分節化（以上、二四九号）

二 分節化の諸側面

第二章 適切な介護利用の確保手法

第一節 決定と利用契約の機能分担

一 適切な介護利用の法的仕組み

二 ニーズ判定のための複合手法

第二節 介護サービス内容の交渉による形成

一 交渉過程の制度化

二 利用者の選択権行使（以上、本号）

第三節 要介護等認定とその法的位置づけ

第三章 要介護等認定の適正的判断

おわりに

第三節 介護利用の権利実現過程

二 分節化の諸側面

1 先節でのべたように、要介護被保険者にとっての介護利用の権利実現過程は、介護保険制度への加入によって介護保険給付の受給資格を取得するという基礎的法律関係の成立の段階と、介護保険給付である九割の法定介護費用をもって介護サービスを購入するという具体的な利用関係の形成の段階とに分けることができる¹¹⁾。後者の具体的な利用関係の形成は、前者を基礎として生ずる介護保険給付請求権の存在を前提とする。そして、介護保

除給付をもって介護サービスを利用するにあたり、要介護認定または要支援認定（以下「要介護等認定」という）の実施という段階と介護サービス内容の確定という段階に細分することができ、それぞれに用いられる処分や契約または介護サービス計画の組合せにより、適切な介護給付の実施を確保するための制度的な仕組みが作り上げられている。こうした権利実現過程の分節的構成は、これまでの福祉サービスの利用関係のあり方とは異なるが、そこで検討を要するのは、その相違がどのようなものであり、そこに理論的問題が生じるのかという点である。

2 介護利用の権利実現過程にさらされる分節化の側面について、まず介護利用にかかる法律関係の分断という現象から説明する。さしあたりここでは、介護サービスの利用関係の形成にあたって、介護サービス計画の作成依頼を含め、対等な当事者の意思にもとづく契約という法形式により当事者間の債権債務関係が発生することを、福祉利用の契約化とよぶこととする。具体的には、介護サービス利用者がサービスの個々の利用内容について介護支援専門員と相談したり、その助言や連絡調整などの便宜を受けたり、介護サービス計画を作成してもらったうえで、指定介護サービス事業者を選んで交渉を行い、合意にもとづき介護契約を締結し、そして、当該契約にもとづきサービス提供にかかる債務の履行を相手方である当該事業者に要求することができるなどの地位の獲得がこれにあたる（介護保険法七条五項、八条二三項、四一条三項、社会福祉法七十七条一項）。これについては、措置制度の下で措置決定にもとづき福祉サービスの利用関係が包括的かつ一方的に規律されていたことと異なり、介護サービス利用関係の形成過程においては、サービス内容に対する交渉・合意という要素が制度化されることで、かつては重視されていなかった利用者の意思がこの形成過程に反映される。これは、いわゆる利用者の選択権を重視するものである。また、介護保険加入関係の形成に際しても、将来における介護費用の補填を目的として保険料を拠出するという合意を法的に観念することができ、さらにこのような権利義務関係の発生も当

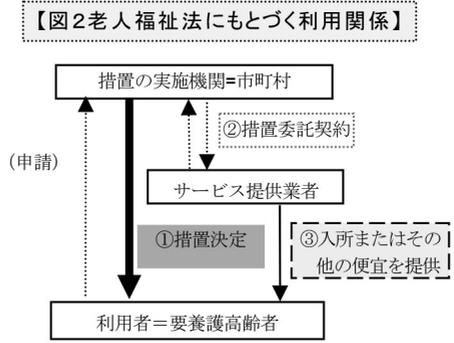
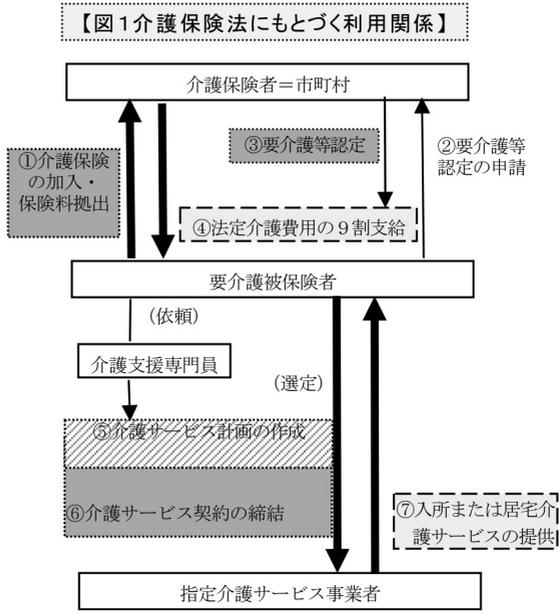
事者の参画行為を基礎としている。ここにおいては、拠出と給付の間に関連性が存し、とくに、被保険者の保険料拠出を要件として保険給付の受給権が発生するとともに、保険料を滞納した場合には保険給付の支払方法が変更されるか、あるいはその全部または一部の支払いが一時差し止められるといった点に、保険契約における「給付反対給付均等の原則」による対価性の存在がうかがえる。他方で、被保険者の資格の得喪は、ある市町村の区域内における住所の有無という事実の変動により自動的に発生するものとされているものの、手続上、資格の取得については、第一号被保険者は所在地の市町村に届け出なければならぬとともに、市町村が当該被保険者に対して被保険者証を交付するものと定められている⁵⁾。前出の対価性、被保険者の届出に対して被保険者の返答として被保険者証を交付するといった点に鑑みれば、介護保険加入関係の形成についてもなお保険契約の要素が含まれるものと考えることができ、ここに、利用関係の契約化のもうひとつの側面を見て取ることも可能であろう。

このような介護利用の契約化には以下のような意図がうかがえる。介護保険制度において重要なのは、介護サービス内容の確定と実施について、利用者の意思または選好が重視されるということである。このことは、当事者間の行為により法律関係が定まるという仕組みに表現されている。このような契約的手法にもとづく仕組みの採用には、介護利用の権利実現過程における利用者の意思の反映またはその選択の「自由」を制度的に保障するという意味が含まれている。したがって、介護サービス利用者の主体性の回復あるいは向上にこそ、介護利用の契約化の法的意義を見いだすことができる⁶⁾。すなわち、介護保険法においては、社会保険方式であれ、契約方式であれ、いずれも給付と反対給付の等価交換という対価関係を基礎とした債権債務関係の形式を利用することを通じて、法律関係の形成に参画する主体として介護サービス利用者を位置づけて、対等な当事者としての地位を確立することがその趣旨である。介護サービスの利用関係の成立や具体的内容の形成といった各段階において、要

介護被保険者と相手方（保険者や指定介護サービス事業者など）との間に対等な当事者としての関係を構築しようとしているのである。

ここで留意しておかなければならないのは、社会保険方式と契約方式を併せて導入したことにより、介護サービスの利用関係が対等な当事者間の債権債務関係としてとらえられ、それぞれの法律関係の発生要件と効果が明確化されると同時に、介護保険利用関係において、要介護被保険者と保険者である市町村との間、要介護被保険者と介護支援専門員あるいは指定介護サービス事業者との間、および国・都道府県・市町村と指定介護サービス事業者との間には新たな法律関係が作られているという点である。そのなかでも、保険者と要介護被保険者との間の介護保険加入関係、および介護サービス利用者とは指定介護サービス事業者などとの間の介護契約関係は、互いに別個な法律関係として存在する。そして、要介護被保険者が指定居宅サービス事業者から指定居宅サービスを受けた場合、指定居宅介護支援を受けることをあらかじめ市町村に届け出ているという前提の下で（介護保険法四六条四項）、市町村は、当該要介護被保険者が当該指定居宅サービス事業者に支払うべきサービス費用について、「居宅介護サービス費として当該要介護被保険者に対し支給すべき額の限度において、当該居宅要介護被保険者に代わり、当該指定居宅サービス事業者に支払うことができる」（同法四一条六項）と定められている。また、右の規定による支払いがあったときは「居宅要介護被保険者に対し居宅介護サービス費の支給があったものとみなす」（同条七項）ものとされている。このように、上記の法定介護サービス費用に関する指定介護サービス事業者の代理受領の規定は、前出の介護保険加入関係と介護契約関係との複数法律関係の間に存する関連性を示す唯一のものであるが、この費用の支払いとともに、前者の介護保険給付にかかる債務関係が一応完了する。すなわち、次頁の【図一介護保険法にもとづく利用関係】の上の部分に示されるように、①介護保険加入関係に

おいては、②要介護等認定の申請に対して保険者である市町村が当該要介護被保険者に対して③要介護等認定を
 行い、また当該認定により決められた要介護度と支給限度額にもとづき④法定介護費用を算定し、当該費用の九
 割を介護保険給付として支給するものとされている。上記の費用が支払われた時点で、当該要介護被保険者の保



險給付請求権に対する保険者の履行義務が果たされたことになる。ここでは、新たな要介護状態が発生しないあるいは当該認定の有効期間内で更新認定を申請しない限り、要介護等認定の実施時点で確定された具体的な介護保険給付の請求関係がいったん終了すると同時に、要介護被保険者に対する保険者の具体的な給付義務が履行され、当事者間の法律関係は基礎関係たる介護保険加入関係に復帰することになる。他方で、要介護等認定を受けた要介護被保険者が具体的にいかなる介護サービスを利用するかは、厳密的に言えば介護保険給付の問題に属するものではなく、要介護被保険者は、支給限度内の介護費用をもって自ら介護支援専門員または指定介護サービス事業者を選択し、介護サービス計画作成の依頼を含めて介護サービスを購入する。前頁の【図1 介護保険法にもとづく利用関係】の下の部分に示されるように、要介護被保険者が自らあるいは介護支援専門員に依頼し、⑤「介護サービス計画を作成した後、選定した指定介護サービス事業者と⑥介護契約を締結することにより、当該契約相手である指定介護サービス事業者が⑦入所または居宅介護サービスなどを当該要介護被保険者に提供する。ここでは、保険者である市町村は、介護契約関係の当事者としての地位を有しないことは明らかである。このようにして、介護保険加入関係における要介護等認定の実施と介護契約の締結、という前後の両段階に予定された法律関係は、時間順に形成されかつ逆行できないものとなっており、また、介護利用の権利実現の過程において各々異なった法的効果があり、別個の存在として把握されている。これと比べると、これまでの措置制度の下では、措置の委託にもとづき、措置権者たる市町村―利用者―受託事業者、という三者間の法律関係が一つの福祉サービス利用関係にまとめられ、またそれらが並存する（【図2 老人福祉法にもとづく利用関係】を参照）。

このように、介護保険制度の導入により、福祉を増進する責務を有する国と地方公共団体、とくに市町村の法的地位について変化が生じており、また、要介護被保険者の法的地位が複数の法律関係に分断されていることはわかった。

まず、市町村の法的地位の変化についてのべる。市町村は老人福祉法（昭和三十八年七月十一日法律第百三十三号）における措置の実施者である（同法五条の四第一項）と同時に、介護保険制度における保険者でもある（介護保険法三条）。しかし、現行法の下で、老人福祉法にもとづき老人ホームへの入所や居宅介護などの措置を実施するには、「やむをえない事由」により介護保険法に規定する介護サービスの利用あるいは施設入所が「著しく困難であると認めるとき」に限られている（同法十条の四第一項各号、十一条一項二号）。⁸⁾したがって、介護サービスの利用に関しては、介護保険法にもとづく利用が原則として優先し、老人福祉法にもとづく措置は補完的な存在とされている。その結果、市町村はかつての措置の実施者としての地位から離れて、「被保険者の要介護状態又は要支援状態に関し、必要な保険給付を行う」という介護保険の保険者としての性格に傾いている（介護保険法三条一項）。さらに、保険給付は法定介護サービスに要する費用の支給であるため（同法四〇条）、保険者である市町村の責任は右の費用の補填および介護保険事業の運営などの責任にとどまる一方、措置の実施者として必要なサービスを提供するというかつてのような責務が存続しているか否かは、必ずしも明らかではない。

次に、要介護被保険者の法的地位に関しては、二四二頁の【図一】のように、要介護者は介護費用の補填を保険給付とする介護保険関係における被保険者であるとともに、介護サービスの利用契約関係の一方当事者としての地位を有する者である。また、これらの法律関係は時間順に個別に成立するものである。そして何よりも、

二四二頁の【図2】の措置制度においては、施設への入所や他の便宜の提供といった法律効果が、措置決定により一方的に決定されることとの差異が存する。いかえれば、【図2】の措置決定に包括的に規定される利用関係は、介護保険制度の下で上記の二つの法律関係に分断され、時系列的には介護保険加入関係における要介護等認定の実施段階を経てから、介護サービス契約の締結・履行段階に移るものとされている。そしてここにおいては、適切な介護利用の判定に関して、要介護状態に対する判定過程と給付内容の形成過程が分離されている。前者は、市町村が被保険者に対して行う要介護認定または要支援認定であり、内容的には申請者が「要介護状態に該当すること及びその該当する要介護状態区分」を審査しかつ判定する結果にとどまるものである（介護保険法十九条一項・二項）。後者においては、契約手法の導人により介護サービスの利用関係は私的契約関係へと変化している。ここにおいては、要介護等認定を含む保険給付に関する処分の結果に不服のある者は、介護保険審査会の審査請求を経て、当該処分の取消しの訴えを提起することが可能である（同法一八三条、一九六条）。しかしながら、当該認定に不服があっても、その争い対象は要介護・要支援状態区分などの判定についての結果に限られる。もつとも、介護保険法により、保険者である市町村の責任は右の認定を受けた要介護被保険者に対して保険給付としての介護給付、介護予防給付または条例で定める市町村特別給付に関する法定サービス費用を支給することである（十八条、四〇条、五二条、四一条六項・七項）。そして、介護サービスの具体的な内容については、要介護者と指定介護サービス事業者の利用契約により規律されることになるがゆえに、利用の際に生じた紛争は債務不履行などの契約責任の問題として現れる。ここにおいては、老人福祉法四条にいう「老人福祉を増進する責務」を有する国および地方公共団体、とくに市町村の責務は「最も適切な支援が総合的に受けられるように……細かな措置の積極的な実施」とともに「地域の実情に応じた体制の整備に努めなければならない」こと

(同法十条の三第一項) から、介護保険法二条三項にいう「適切な保健医療サービス及び福祉サービスが、多様な事業者又は施設から、総合的かつ効率的に提供されるように配慮して」保険給付を行うことへと限定されている。国および都道府県の責務も同法五条にいう「介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われるように」関係体制の確保とともに必要な助言および適切な援助を行うことにとどまる。このように、市町村を含む地方公共団体または国の公的責任は介護費用の補填および介護保険事業の健全かつ円滑的な運営に限定されているので、手続したがって必要な給付を受けるかまたは不服申立て・訴訟により適切なサービスを確保できるよう、権利保障のためにこれまで構築されてきた権利救済方法によるのでは、国や地方公共団体の公的責任を追及することが困難になってしまっているのではないか、という疑問が生ずる。

3 もう一つの分節化の側面について、専門性確保手法の分節化という現象から説明する。介護保険法においては、上述のような実現過程の分節化に伴い、要介護状態の判定過程と介護サービスの具体的内容の形成段階についてそれぞれに第三者たる専門家の関与が想定されている。要介護等認定に関する手続において主治医意見書の提出や介護認定審査会による審査・判定、介護支援専門員による介護サービス計画の作成などの居宅介護支援制度、といった新たに導入された手法がこれにあたる。具体的には、要介護等認定の調査・判定手続における専門家の関与については、要介護等認定の申請を受けた市町村は、厚生労働省令で定める全国共通の調査票による一次判定の際にして、当該申請に係る被保険者の主治医から意見書を提出させる形で意見を求めたり(二七条三項)、また、右の一次判定の結果と主治医の意見書などを、要介護者などの保健、医療または福祉に関する学識経験を有する者などにより構成された介護認定審査会に通知し、当該申請者についての要介護状態区分の審査と判定(「二次判定」とも呼ばれる)を求めることとされている(十四条、十五条、二七条四項(六項))。また、給付内

容の決定およびサービスの実施という各段階においては、要介護者が自立した日常生活を営むのに必要な援助に関する専門的知識および技術を有する介護支援専門員が、要介護者の依頼を受けて、要介護状態にある被保険者の状態についてアセスメントを行い、これにもとづき介護サービス計画を作成するとともに、当該計画にもとづき介護サービスなどの提供が確保されるよう、指定介護サービス事業者その他の者との連絡調整その他の便宜の提供を行い、サービスを受けた被保険者の状態やサービスの実施状況などについて管理および評価を行うものとされている(七条五項、八条二三項、四六条。なお、この一連の過程が「ケア・マネジメント」と通称される⁹⁾)。

以上のような要介護等認定段階および介護契約段階ごとに設けられた専門家の関与は、各々異なった制度趣旨を有するものである。ここにいう専門性の確保とは何かについては、専門家の関与形態により一様ではなく、介護利用の権利実現過程の分節された各段階ごとに、それぞれ異なる機能を果たしている。まず、要介護等認定における専門家の関与については、要介護状態の調査・判定手続の正当性を確保するためのものである。次に、介護サービスの利用に際して行われる介護支援専門員の関与は、要介護被保険者の契約当事者としての対等な地位、とくに介護サービスについての情報収集、理解および交渉能力を法的に補完するとともに、専門的知識または技術にもとづき必要な介護サービス内容を客観的に決定し、利用者の選択権行使を支援するためのものである。こうした点から比較すれば、これまでの措置制度の下での福祉サービスの利用過程においては、各利用者の要保障状態に応じた具体的な給付内容の決定にあたり、措置の実施機関の一方的な判断権限が広く認められ、措置の要否とその判定方法、および措置の内容や必要なサービスの調達方法(措置委託先の選定)などを含む専門技術的な判断は、もっぱら措置の実施機関と所属福祉専門職員に委ねられてきたのが、右のようにあらためられたものである。ちなみに、介護保険制度の下では、要介護状態に対する認定と介護サービス内容の形成およびその調達

という形で細分されるとともに、前者の認定については、保険者である市町村は主治医の意見を求め、介護認定審査会の審査および判定の結果にもとづき行うものとなされている一方、後者においては、介護に際して、いかなるサービス内容が必要であるか、また、誰のサービスを受けるかについての最終決定は、もはや市町村（介護保険法上の保険者）に存するのではなく、利用者たる要介護被保険者が自らあるいは介護支援専門員の援助を受けて介護サービス計画の作成段階で決定することになっている。

しかし、この点についてはなお検討すべき問題は存する。まず、以上の要介護等認定の調査・判定手続における専門家の関与は、要介護等認定の実体的正当性の担保という側面についても、また要介護被保険者の手続的権利の確立という観点からも、一歩前進したものと評することができる。もつとも、要介護等認定については、要介護状態の区分に関する審査・判定にはそれ自体保健、医療または福祉に関する高度に専門技術的な領域に属するものである。問題は、要介護等認定の公正・公平と効率性の確保のために、要介護認定に関する調査手続や要介護状態区分などの審査判定基準など（以下「要介護認定基準」という）が厚生労働省令または通知により全国一律に規定されているという点である。¹⁰⁾ こうした介護認定基準が画一的に適用される結果として、個々の要介護被保険者に特有の事情が捨象されてしまい、不合理な結果が生ずるおそれがある。また、要介護等認定について、専門技術的な観点から介護認定審査会と所管市町村に一定の裁量権が認められ、右の認定に裁量権の逸越・濫用がある場合、裁判所は当該認定を違法として取り消すことができる（行政事件訴訟法三〇条）。しかし、要介護者の該当性および要介護状態区分の審査基準として用いられる介護認定基準は、要介護等認定の判断結果を左右するものである。こうした介護認定基準の設定については、権限を持つ厚生労働大臣の裁量をいかに把握するか、そしてその下で、介護認定審査基準などの行政立法に対していかなる裁量統制手法によりその審査密度を

向上させることがしばしば問題となっている。⁽¹¹⁾

次に、介護支援専門員による居宅介護支援などの制度化についてもなお検討すべき問題が存する。従来、いかなるサービス内容が必要かについての受給者などとの相談や、ケアを中心とした生活全般の支援は、法的には「相談・援助」として措置の実施機関とその専門職員により行われてきた。介護保険法においては、「相談・援助」は、介護支援専門員による介護サービス計画の作成を含む居宅介護支援制度として位置づけられる。ここでは、専門職としての介護支援専門員の専門性については、「要介護者等が自立した日常生活を営むのに必要な援助に関する専門的知識及び技術」にもとづき、介護サービス計画の作成の際にして、要介護者とその家族からの相談に応じながら、それらの意思に拘束されず、適切な介護サービスの内容を客観化するものとされている。⁽¹²⁾ サービス内容の確定、その供給事業者の選定や調整または仲介を行う業務は、行政（措置の実施者である市町村）から介護支援専門員に移されると同時に、要介護被保険者との間で締結される居宅介護支援契約により規律され、介護支援専門員とその所属する指定居宅介護支援事業者の契約責任に変化することになる。⁽¹³⁾ さらに、このような居宅介護支援は独自の介護保険給付の対象とされ（四六条）、有償化されている。これについては、介護支援専門員によるケアマネジメントの公正・中立性を担保するために、指定居宅介護支援事業者と指定居宅サービス事業者とを分離すべき、という指摘がなされている。⁽¹⁴⁾ 他方、繰り返しになるが、介護保険法では、要介護被保険者に対する市町村の責任は「適切な保健医療サービス及び福祉サービスが、多様な事業者又は施設から、総合的かつ効率的に提供されるように配慮して」保険給付を行うことに限定されている（二条三項）。そして、市町村は措置制度下での措置の実施機関とは異なり、必要なサービスの選定や調整または調達機能を果たすわけではなく、介護サービスの提供体制の確保については、介護保険事業計画による調整という責務にとどまっている（一一七条）。

このようにして、介護サービス利用の総合的な調整について、実際的には、個々の介護支援専門員に委ねられている一方、市町村の総合福祉機能が減退している。これについては、保険者自治と住民自治の交錯の中におかれた市町村の責任をいかに体系的に把握すべきか、という問題にも関心が寄せられる。要するに、専門性確保手法の分節化により、前述の両段階において各々の機能を果たす専門家の関与のあり方が多様化し、それぞれの法律関係がさらに細分化され、かつ複雑になっているため、これに関連する責任の帰属が希薄になっている。

以上、介護利用の権利実現過程の分節的構成とその法的理由、およびそれによってもたらされた分節化現象とその問題点を概観してきた。介護利用の権利実現過程が分節化されたことに伴い、これまで措置決定に統合されてきた利用者―サービス提供事業者―国・地方公共団体の間の多面的な法律関係は、時系列的に整序された複数の両面的法律関係に分断される。また、それとともに市町村は介護サービスの提供に関与せず、要介護被保険者に対する義務が必要な介護サービス費用の補填であり、指定介護事業者に対する義務が法定介護サービス費用の九割の支払いである。それゆえ、三者間における公的責任が変化するとともに、権利保障をめぐる紛争の現れ方もまた異なったものとなっている。ここでは、これまで法治主義にもとづいて蓄積されてきた権利保障手段または統制法理により果たして十分に対応することができると否か、かかる理論構成の検証が問われている。そして、「措置利用から契約利用へ」という技術的再編に対応するような権利保障の制度的仕組みの検討に際して、権利保障主体である国および地方公共団体を規律する法理とその方向性を再考する必要性も生ずる。これらの問題は、次章以降の検討に委ねる。

注

- (1) 介護保険法十九条により、要介護等認定の内容は要介護状態に該当するという給付資格と支給限度額の前で示された給付上限である。上記の認定を受けた際に、被保険者の介護保険給付に対する請求権が発生するが、しかし、「介護サービスを実際に利用しなければ、具体給付は受給できず、受給権は発生しない。……具体的な給付受給権の取得は、要介護認定後の介護保険契約に基づく介護保険サービスの利用という要介護者の作為を必要とする点に特徴がある」伊藤周平『介護保険法と権利保障』（法律文化社、二〇〇八年）五九頁を参照。
- (2) 本稿では、介護保険制度における要介護者と指定介護サービス事業者との間の介護サービスを利用するための契約について、とくに説明しない限り、「介護契約」とよぶこととする。
- (3) 介護保険法六六条により、市町村は、保険料を滞納した要介護被保険者に対して被保険者証の提出を求め、当該被保険者証に……「支払方法変更の記載」をする（一項）。そして、支払方法変更の記載を受けた要介護被保険者が、「支払方法の変更の記載がなされている間」に受けた指定居宅介護サービス費などの支給について、指定介護サービス事業者による代理受領の規定は適用できない（四項）。そのため、利用する際に、当該要介護被保険者が右の費用の全額を支払い、その後、法定支給限度で算定された金額の九割分を介護保険給付として市町村に請求することとなる。
- (4) 介護保険法六七条により、保険料を滞納した要介護被保険者などに対して、市町村は法令で定める特別の事情があると認める場合を除き、「厚生労働省令で定めるところにより、保険給付の全部又は一部の支払を一時差し止め」（一項）、また、あらかじめ、支払方法変更の記載を受けている要介護被保険者に通知して「当該一時差止に係る保険給付の額から当該要介護被保険者等が滞納している保険料額を控除することができる」（三項）。
- (5) 介護保険法九条一項一号により、「市町村の区域内に住所を有する六十五歳以上の者」を第一号被保険者をいう。保険者の資格

取得および喪失については、同法十条、十一条、十二条一項・三項・四項を参照。

(6) 大橋洋一『行政法 現代行政過程〔第2版〕』（有斐閣、二〇〇四年）三六一頁を参照。

(7) 介護保険制度は、介護サービスの社会保険化とも呼ばれる。阿部和光「社会保険の形成と展開」河野ほか編著『社会保険改革の法理と将来像』（法律文化社、二〇一〇年）二六頁、伊藤・前掲注(1)・三八頁および八〇頁を参照。制度の仕組みとして、市町村および特別区が介護保険法により特別会計を設けて行う「介護保険は、被保険者の要介護状態または要支援状態に関し、必要な保険給付を行うものとする」（同法二条一項、三条）と定められている。介護保険事業に要する費用に充てるため、市町村は当該区域内に住所を有する六五歳以上の第一号被保険者から保険料を徴収し（九条一項一号、一二九条一項～三項、一三二条、一三二条）、また、四〇歳以上六五歳未満の第二号被保険者の保険料を介護給付費交付金として社会保険診療報酬支払基金に請求する（九条一項二号、一二九条四項、一二五条）。しかも、介護に要する費用の負担については、右の保険料だけではなく、費用別により国、都道府県および市町村が法定の割合で公費で負担している。たとえば、介護給付費および予防給付費（以下、あわせて「給付費」と呼ぶ）について、国が20%、都道府県および市町村がそれぞれ12.5%の割合で負担する（二二条一項一号、二三条一項一号、一二四条一項）。要するに、介護保険制度は拠出制を基本原則とするものの、保険料はその財源の一部にとどまり、公費の投入により、拠出と保険給付の対価性を基礎にする保険原理が修正される。いいかえれば、狭い被保険者集団の内部分でしか働かない所得再分配という限界は、公費負担の投入により改善される。なお、それに加えて、強制加入、保険料の強制徴収あるいは免除・軽減、さらに無拠出制給付の導入などは、社会保険における社会性として説明されている。河野正輝「社会保険の概念」同ほか編著『社会保険改革の法理と将来像』（法律文化社、二〇一〇年）二～十二頁を参照。

(8) 「老人ホームへの入所措置等の指針」（平成十八年三月三十一日老発第〇三三二〇二八号厚生労働省老健局長通知）により、老人福祉法十条の四第一項各号および十一条一項二号にいう「やむを得ない事由」について「(一) 本人が家族等の虐待又は無視を受

- けている場合、(2) 痴呆その他の理由により意思能力が乏しく、かつ、本人を代理する家族等がない場合」などが挙げられる。
- (9) 倉田聡「福祉サービスの供給契約と福祉専門職の役割」法学研究（北海学園大学）三五卷二号（一九九九年）一三三頁、伊藤・前掲注(1)・一四〇～一四一頁を参照。
- (10) たとえば、「要介護認定等に係る介護認定審査会による審査及び判定の基準等に関する省令」（平成十一年四月三十日厚生省令第五十八号。最新改正：平成十八年三月十四日厚生労働省令第三十二号）、「要介護認定等基準時間の推計の方法」（平成十二年三月二十四日厚生省告示第九十一号。最新改正：平成二十四年三月三十日厚生労働省告示第二百二号）、または「要介護認定等の実施について」（平成二十一年九月三十日老発第九三〇〇五号厚生労働省老健局長通知）、「介護認定審査会の運営について」（平成二十一年九月三十日老発〇九三〇第六号厚生労働省老健局長通知」など。
- (11) 生活保護基準にかかる厚生大臣の裁量として国の財政事情を含む専門技術的かつ政策的な判断の必要性を認めた裁量法理は、朝日訴訟上告審判決（最高裁昭和四二年五月二四日大法廷判決・民集二二卷五号一〇四三頁）をはじめとする裁判例の積み重ねにより定着したと考えられる。近時、最高裁平成二四年四月二日第二小法廷判決（判例タイムズ一三七一号八九頁）は、生活保護基準中の老齢加算に係る改定の際に、最低限度の生活を維持する上で老齢であることに起因する特別なニーズが存在するといえるか否かを判断するにあたって、厚生労働大臣に国の財政事情を含めた多方面にわたる専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権を前提にしている。この分野の行政立法についての裁量統制に関する近時の検討は多数あるが、豊島明子「行政立法の裁量統制手法の展開―老齢加算廃止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に―」法律時報八五卷二号（二〇一三年）二九頁以下を参照。
- (12) 福祉に関する「相談・援助の技術よりも、介護保険法特有の給付管理業務や住宅サービス計画作成の技術の取得が重視されている」ため、介護支援専門員は、福祉の専門職よりも、「介護保険の専門職として位置づけられている」と指摘される。伊藤・前掲注(1)・二五二頁を参照。

- (13) 介護保険法では、被保険者の利用するサービスの内容の決定にあたっては、保険者である市町村ではなく、被保険者の選択権行使あるいは自己責任によることとなる。被保険者の選択権行使を支援する仕組みとして介護支援専門員による介護サービス計画の作成その他の援助という居宅介護支援サービスが保険給付の対象となる。同法八条二三項にいう居宅介護支援については、介護保険法の保険給付がなされることがその前提であり、指定居宅介護支援事業者と被保険者の間には上記のサービスの提供を目的とした私法上の契約が締結されていると解される。これは「ケア・マネージメント契約」あるいは「介護支援契約」とも呼ばれている。その際、介護支援専門員は上記の指定居宅介護支援事業者の従業員として、居宅介護支援などの債務の履行補助者に位置づけられるにすぎない。また、このような居宅介護支援については、福祉専門職の業務としての性格を有するものである。この点について、専門家の責任法理をベースに、福祉専門職の契約責任のあり方とその法理の確立が必要である、という共通の認識は存する。倉田・前掲注(9)・二二八～二三〇頁、伊藤・前掲注(1)・一五五～一六一頁、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』(有斐閣、二〇〇一年) 六四～六六頁を参照。
- (14) 専門職としての介護支援専門員の専門性および客観中立性の確立について、倉田・前掲注(9)・二二四～二三〇頁、伊藤・前掲注(1)・一五〇～一五二頁と一六四頁、品田・前掲注(13)・六五頁を参照。

第二章 適切な介護利用の確保手法

福祉利用の権利実現過程⁽¹⁾について、利用関係の形成または変動をもたらす処分が行われた段階に注目し、支給の許否に関する決定がなされた時点⁽²⁾を、給付関係の確定までのプロセスのなかでの一つの区切りとしてとりあげ、

そして、かかる決定の法的効果とそれに対する法的統制のあり方を検討することが、これまでの法学の主な関心であった。もつとも、前章でのべたように、右の給付決定に対する裁量統制の観点から問題を整理し、許否の決定に至るまでの判断過程を、申請者の受給資格の該当性(サービスに対する必要性和その程度)にかかる調査または判定行為と、申請者の要保障状態にふさわしい給付内容の具体的な確定行為とに区別し、二段階に分けてとらえるべきという考え方が示されてきた。こうしたとらえ方は、福祉受給権の特質に即して、適切な福祉利用のニーズ判定の仕組みのなかに、利用者の要保障状態に関する具体的な事情を考慮に取り組み試みである。福祉サービスの適切な利用にあたって、利用者個人の要保障状態と必要なサービス内容の整合性または照応関係について最も見合う状態を見定める、というニーズ判定の判断過程においては、専門家の意見または公平な分配を実現するための専門技術・政策的判断という客観的要素、および利用者個人の意思とそれにもとづく選択という主観的要素をいかに考量するか、またそこでいかなる判断の仕組みをとるかによって、ニーズ判定の結果は左右される可能性がある。

介護保険法においては、営利・非営利の別を問わずにサービス供給主体が多元化され、より多様で効率的なサービス供給体制を目指しながら、他方で、要介護者の該当性とその要介護・要支援状態(以下、「要介護等状態」という)区分にかかる市町村の認定を受けることを前提に(同法十九条。以下、とくに断らない限り、要介護認定と要支援認定をあわせて「要介護等認定」という)、介護内容の具体的形成について、介護支援専門員の援助による介護サービス計画の作成(八条二三項)および指定居宅サービス事業者の自己選定(四一条三項)といった契約手法を用いることにより、利用者の選択権行使や自己決定の実現を図る、という仕組みが制度化された^①。要介護等認定と介護契約の組み合わせによって適切な介護利用のためのニーズ判定の仕組みを構築しているの

も、上記の両要素の調和を図るためであると考えられる。また、権力的形式たる受給資格認定と利用契約の組み合わせにより福祉サービスの利用関係を具体化していくという制度設計は、社会福祉の各分野に浸透しつつあり、障害者総合支援制度や子ども・子育て支援制度にも導入されて、現行社会福祉制度に横断的に用いられている仕組みとなっている。⁽⁶⁾

もともと、これまでの行政法学においては、権力的形式である給付決定とその法的効果に着目して、これに対する法的統制に重点をおいてきた一方、福祉分野における契約手法のコントロールに対する考察が十分に行われているとはいいがたかった。この点から、介護サービスの適切な利用を確保するために、要介護等認定と介護契約が組み合わされて、一つの制度的な仕組みとして作用する手法は、行政法学の一般理論から見ても新しい現象であるとはいえる。そして、近年のいわゆる福祉サービスの「措置利用から契約利用へ」という展開に伴い、福祉利用の権利実現過程における契約手法に注目が集まり、福祉サービスの利用について、当事者間の対等な緊張関係に関心が寄せられつつある。同時に、このような契約手法の導入による私的な契約関係への回帰に対しては、権利保障や法治主義にもとづく公共的制約から逸脱する可能性があるとの懸念も指摘されている。⁽⁹⁾ 福祉分野における処分と契約の交錯的な運用手法に関して、行政法学の一般理論からこれと積極的に向き合い、福祉契約を支える行政過程における行政法的仕組みの介在を再認識すべきとも説く例はある。⁽¹⁰⁾ それにおいては、要介護等認定のような権力的形式で行なわれる判断過程における公正性の確保や、⁽¹¹⁾ 専門家参加の中立性または専門家責任などの問題が意識され、⁽¹²⁾ また、福祉契約現象の類型化とその特殊性、あるいは契約利用を支える条件整備に着目した論考も多く現れている。⁽¹³⁾ このような福祉サービスの利用形態に対する従来の分析においては、以上の介護サービスの利用契約とその問題群に関する検討のほかに、要介護等認定の法的性格とそれに対する法的統制を個別的に

検討するものもあるが、しかし、ここでは、要介護等認定と介護契約の両者を包括的にとらえる視点の希薄化は否定しがたいであろう。⁽¹⁴⁾

そこで、本章では、介護保険制度下での介護サービスの利用関係に焦点を当てて、要介護等認定と介護契約の結合という仕組みが、適切な介護利用を確保するための手法としていかに機能するかについて考察を行うこととする。以下では、右の二つの法形式の間での相互補完的な現象を包括的にとらえ、両者間の相互関係および機能的分担を明らかにすることに重点をおいた上で、その際に用いられる法形式が、それぞれどのような法律効果を有するかという問題を併せて分析する。そしてこのような考察を通じて、現行制度のなかで生じうる理論的な問題とその帰結を検討することにする。

第一節 決定と利用契約の機能分担

一 適切な介護利用の法的仕組み

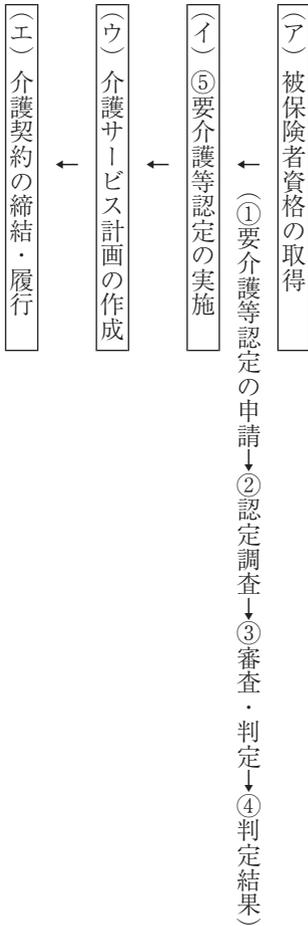
1 複数の行為形式の組合せを用いた法的仕組みの登場

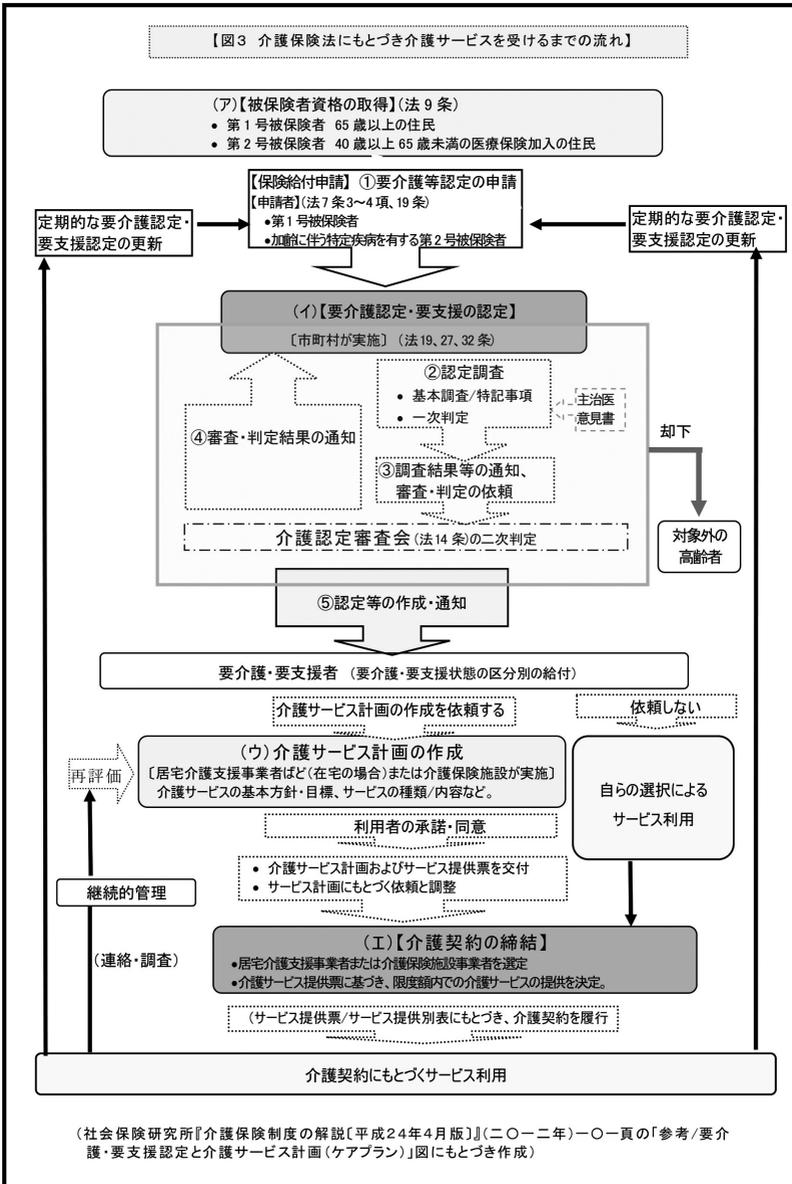
行政と国民との間の法律関係においては、法律で定められた規律を行政自身が処分形式で具体化するという形態が一般的であった。しかし、今日ではもはやそれにとどまらず、その自体が処分としての性質を持たない複数の行為形式は重要な機能を果たすようになってきている。たとえば、医療法（平成九年法律第二百五号による改正前）三〇条の七の規定にもとづく病院病床削減等勧告取消請求事件に関する上告審において、藤田宙靖裁判官が次のような認識を示している。⁽¹⁵⁾ 複数の行為形式の組合せを用いた法的仕組みについて、「これらの行為が相

互に組み合わせられることによって、一つのメカニズム（仕組み）が作り上げられ、このメカニズムのなかにおいて、各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになっていく。学説においても、こうした複数の行為形式の併用に対して関心が寄せられ、たとえば福祉サービスの利用にあたっての「行政主体、サービス提供者、サービス利用者との関係につき、行政行為、契約、基準設定などの行為形式が組み合わせられた法的仕組み」も、このような現象に属するものとされている。⁽¹⁶⁾そして、介護保険法にもとづく各種給付の実現までの一連のプロセスにおいて、複数の行為形式の組合せにより構築された法的仕組みも、こうした現象の一つであるということができる。⁽¹⁷⁾

介護保険法においては、介護保険の給付について、必要と認められる法定介護サービス費の九割の支給がその内容として定められ（四〇条各号、四一条一項・四項、四八条一項・二項など）、要介護等認定を受けた被保険者が指定介護サービス事業者から法定サービスを受けたことを前提に、当該サービスに要した費用の九割が支給される（四一条一項・四項）。介護サービスの利用方法については、サービスを受けようとする要介護被保険者が、法令で定めるところにより、自己の選定する指定居宅サービス事業者に「被保険者証を提示して、当該指定居宅サービスをうけるものとする」と定められている（同条三項）。すなわち、介護保険法にもとづく諸給付の利用関係においては、まず、介護保険への加入が申請者としての資格要件である。また、被保険者の要介護・要支援状態⁽¹⁸⁾の発生が介護保険給付の支給条件とされており、これについては市町村により、要介護者または要支援者の該当性の有無およびその状態区分の認定がなされる（十九条）。そして、介護サービスの利用を欲する要介護被保険者は、右の認定の結果にしたがい、自らあるいは介護支援専門員の援助を得て介護サービス計画を作成し、法定支給限度内で介護サービスの種類とその利用量を決めて（四三条）、指定介護サービス事業者と利用契約を

結んで介護サービスを購入する。前章でのべたように、かような制度的仕組みは、介護利用のニーズ判定を必要性の判断とサービス内容の具体的形成の二つの段階に区分した上で、要介護等認定、介護契約や介護サービス計画などの行為形式の組合せにより、介護利用の専門性や政策的要請と利用者の選択権行使との間での調和を図り、もってニーズ判定の適正性および介護給付の適正な実施を確保しようとするものである。介護サービスを受けるまでの具体的なプロセスは、次頁の図3のような流れで進んでいく(以下、「介護サービスの利用過程」とよぶこととする)。このような利用関係の形成または確定は、法律上の一連の手続から構成されるプロセスとして把握することができる。そして、各段階に生ずる法律効果に応じて、このような法律関係を次のようにいくつの分節点に区分することができる。





右の複数の行為形式の組合せにより構成される介護サービスの利用過程に関しては、介護サービスの実現に至るまでの各段階をすべて視野に入れ、利用過程の全体を包括的にとらえた上で、時系列的におかれた各行為形式の性質を把握するためには、いわゆる「過程尊重型思考」が親的である、との見解がある。⁽²⁰⁾ 確かに、介護サービスの利用過程においては、前後の両段階に予定された法律関係が時間順に形成され、逆行できないものとなっており、また、介護利用の権利実現過程においてそれぞれが区別され、別個の存在として把握されている。それでも、法律関係の形成または変動原因を把握し、一連の過程における当事者の法的地位および用いられる行為形式とその機能を明らかにするためには、上記の「過程尊重型思考」の有効性が、たしかに認められよう。

以上のとらえ方によれば、図3に示した手続上分節化された介護サービスの利用過程は、次のように整理することができる。第一に、(ア) 被保険者資格の取得段階においては、介護保険法九条に定められた資格要件をみたした者は、権力的形式たる行政の判定を待つことなく、適格要件に該当するに至った日から自動的に被保険者資格を取得する。それと同時に、将来要介護・要支援状態にあると認められたときに介護保険給付を申請できる法的地位を有することとなる(十条)。第二に、要介護・要支援状態という介護保険給付の開始条件に該当するかどうか、また、いかなる内容の給付を受けられるか、などの介護サービス利用関係の確定については、(イ) 要介護等認定の実施段階から、(ウ) 介護サービス計画の作成を経て、最後に(エ) 介護契約の締結・履行段階に至る、という具合で時系列的に具体化されていく循環的なプロセスが認められる。このように、(イ) から(エ)までのプロセスは、被保険者の要介護・要支援状態(以下「要介護等状態」という)にかかる判定を経て、当該要介護等状態に応じた充足方法を定める一連の手続から構成されている。そして、そこでは、一連の手続で行われた行為の法的効果により介護保険給付請求権の内容が具体化されていくことになろう。

2 要介護等認定と介護契約の結合

従来、法律関係の形成・変動原因については、処分と契約という二つの手法が主な法形式として想定されてきた。ある政策目的を達成するために、制度設計の上で両行為形式が択一的な関係に立つか、それともこれらが組み合わせられた結合関係になるかは、法律の定めによる事柄である⁽²²⁾。もつとも、法律関係の形成・変動についての処分の介在が事前の法律関係の明確化・安定化・画一化のための方法としてよく見られ、社会保障領域とりわけ社会保険分野においては、契約関係として理解されうる法律関係についても、行政内部の統一性の確保や処分の相手方の権利利益の保護または法律関係の早期確定を図るために、立法上、行政決定に不服を有する者が期間制限を伴う不服申立てや取消訴訟によつて争うべきことを定めたり、不服審査前置などの規定をおく例が少なくない。また近時、福祉分野における「措置利用から契約利用へ」といわれる制度改革の下で、利用関係の形成・変動原因として契約手法の重要性が増大している現象に注目しつつ、民法と行政法がどのように組み合わせられて現行法制度ができていくか、そしていかに組み合わせる立法していくのかを考察し、民法と行政法との新たな関係を構築しようとする見方が示されている⁽²⁴⁾。ここにおいて注目に値するのは、処分と契約の両者それぞれの機能に応じた役割分担を通じて制度的仕組み全体の効果を向上させるために、協調関係ないし補完関係といった視点から両者を組み合わせる構図が存する点である⁽²⁵⁾。もちろん、場合により民法の仕組みと行政法の仕組みを様々な形で組み合わせることも可能である。

そして、処分と契約との組合せにより介護サービスの利用関係を規律する介護保険制度の法的構造は、上記のようなとらえ方から読み取ることができよう。前出の図3の(イ)から(エ)までの流れのように、介護保険法にもとづき介護サービスの給付を受ける法的地位ないし法律関係が形成・確定される際に、具体的な介護サービ

ス内容の決定は、介護サービスに対する必要性の程度に対する判定行為から分離されている。⁽²⁶⁾ すなわち、介護保険給付の開始条件としての要介護等状態の有無とその状態区分を判定する市町村の認定は後者にあたり、ここでは介護保険給付に対する要介護被保険者個人の必要性（以下、「要介護性」という）について行政判断の優位性が重視される。そして、要介護等認定を前提に作成される介護サービス計画⁽²⁷⁾および介護契約は、前者の介護サービスの充足の仕方を規律する手法として、要介護被保険者個人の選好により自ら決定されるものであるが、その内容は要介護等認定により制約される。⁽²⁸⁾ このように、介護保険法上、両者がそれぞれ固有の役割を果たすことが予定されており、また、それにより適切な介護利用を実現するための法的仕組みが構成されるのである。

以上をまとめると、介護保険法にもとづき介護サービスを利用する際に用いられている法的仕組みは、次のような特徴を有するものと考えられる。⁽³⁰⁾ すなわち、保険者である市町村に対する介護保険給付請求関係の下で、介護保険給付の受給開始資格の有無を判定する要介護等認定の実施を前提として、要介護被保険者が介護支援専門員に依頼するかあるいは自ら介護サービス計画を作成して、そして、選定した指定介護サービス事業者⁽³¹⁾とサービスの利用契約を締結する。このようにして、各々の要介護被保険者の利用しうる介護サービスの具体的な内容が確定されるようになる。こうした権力形式たる処分と契約との結合によって介護サービスの利用関係が具体化されてくるといふ点こそ、介護保険制度において用いられた法技術の特徴の一つであるといえよう。

二 ニーズ判定のための複合手法

繰返しになるが、介護サービスの利用関係の確定を図式的に整理するとすれば、三つの部分から構成される次のようなプロセスとして把握することができる。すなわち、第一に、介護ニーズの存否とその程度、すなわち要

介護者該当性とその状態区分にかかる調査と判定、第二に、判定された要介護状態区分に応じて必要と認められる介護サービス内容の確定、第三に、介護サービスの具体的実施、という三段階である。この三つの段階においては、各段階の役割に応じて行われる行為の性質は必ずしも同様ではない。各段階の連続によって構成される利用プロセスは、順次にニーズの判定、必要な給付の確定とその具体的実施の三つの問題を取り扱い、またそれを経て介護利用の法律関係が具体的に確定されていく。そして前述のとおり、これらの各段階において、サービスの適切な利用を担保するために、保健医療サービスや福祉サービスに関する専門的知識および技術が必要となる。介護サービスの利用過程は、前出の専門技術的な判断にもとづき右の三つの問題の答えを探し出し、またそれを通じて具体的な利用関係の内実を形成していくプロセスととらえることができよう。この点について、現れる態様が多少異なるが、自費で福祉サービスを購入する民法関係か、あるいは措置決定にもとづく公的福祉サービスの利用関係かにかかわらず、利用関係の確定に至るプロセスは通底的な特徴を有するものと考えられる。

ところで、介護サービスなどの福祉事務が行政の一環として位置づけられ、かつ利用可能な福祉資源が限られるという前提の下では、利用機会の公平・平等という価値の実現は、要件認定の際の不可欠の考慮要素として常に問題となる。すなわち、ニーズ判定を行う際に、だれに対してどの程度の福祉サービスを提供するかについて、他の利用者または潜在的な利用者との平等な扱いという問題をも、ともに考慮せざるをえない。したがって、以上の専門性の要請および利用の公平性のために、利用者の要保障性とそれに応じたサービスの内容を判断する過程においては、利用者個人の主観的な選好を超えた、いわゆる「社会的承認」が常に要請されるものと説かれる⁽³²⁾。従来⁽³³⁾の制度においては、このような社会的承認は、前章でのべた福祉利用の特性にもとづき、利用者に対する必要な援助に関する専門的知識、技術または経験を有する行政庁や専門職員の判断を通じて、法の適用過程の一

部として付与されてきた。ここにおいては、福祉サービスの利用を欲する者が法にもとづいた法定給付や公平な扱いを受けられるか否かについては、公正かつ公平な配分という観点からなされる行政の判断に優位性が認められてきた。⁽³³⁾ たとえば、老人福祉法にもとづく施設入所あるいは居宅介護サービスなどの利用関係の確定については、各々の利用者に与えられる給付内容があらかじめ画一的に定められているのではなく、措置権者たる市町村が入所やホームヘルプ派遣などの基準に定められた各種の判定事項に即して利用者個人の要養護状態、すなわち右の給付に対する必要性の程度を判定した上で、各々の要養護高齢者の具体的な状態に応じて個別的に決定する、という措置決定の仕組みが採用されている。⁽³⁴⁾ そのなかでも、行政庁による権力的形式たる決定ないし裁量権の行使には、個々の申請者の要保障状態とその程度に対する判定または評価にとどまらず、それに応じた給付内容の具体的形成または確定もが含まれている。⁽³⁵⁾ 要するに、福祉にかかる措置の決定は、前出の要保障状態と給付内容の両者を一括して一つの判断としてまとめるものである。

これに対して、介護保険法ではやや異なった仕組みが用意されている。利用関係の確定プロセスに現れる問題の特色にしたがって、法技術上、要介護状態の有無とその程度すなわち受給資格の該当性を判断する段階と、認定された要介護度に基づき適切な介護内容を確定する段階に分けて、そして、右の両段階の連続によって一つの介護利用の仕組みがつくりあげられている。⁽³⁶⁾ そのうち、受給資格の法定要件に該当するか否かを判断する段階は、行政関与の介在が必要な領域に属し、権力的形式たる処分により判定がなされる。また、後の介護内容の確定段階は、基本的にサービス利用者の選択権行使を優先させることが妥当な領域として、行政による決定行為から分離され、その代わりに契約手法が用いられている。⁽³⁷⁾ このようにして、前後の両段階に用いられる要介護等認定と介護契約という二つの行為形式が一つの法的仕組みの下で組み合わされている。ここでは、被保険者個人の要介

護状態と介護内容との整合性・照応関係が最もよく実現できるように、右の二つの行為形式が相互補完的關係に立ち、それぞれの制御機能をもって介護サービスの利用関係の確定・具体化のために協働するものと考えられる。そのうち、両者の間の機能的分担は次のように整理することができる。すなわち、権力的形式たる要介護認定等によるサービス利用の公正性・公平性の確保と、交渉・合意にもとづく個別的かつ柔軟な対応の確保である。このことは措置制度そのものの改良によって可能であるが、このことはさておき、上記のような機能的分担に伴い、介護サービスの利用にかかる必要性の判断過程の分節化と、その手続をより緻密化することが可能になる。⁽⁸⁾そこで以下では、この点について考察することとする。

1 権力形式の処分の介在

利用可能な福祉サービスの種類と量が限られているという前提の下で、すべての利用者をいかに公正かつ公平に取り扱うかという点は、介護サービスの場合のみならず、社会保障領域全般において共通するものである。もつとも、要保障状態にある利用者にとっては必要なサービスの受給により要保障状態の原因を除去または軽減することこそは権利保障が実現された状態であるものの、あらかじめ用意されたサービスの類型に、利用者のニーズをあてはまるという制度的仕組みの下では、サービスを受けられるか否かについて、まず問われるのは利用者の困難度であり、すなわち福祉サービスに対する必要性（要保障性）の有無またはその程度である。これらは利用の優先順位について他の利用者との調整を行うことにかかわり、必要と認められる利用者を選別するための、受給資格の該当性判断の問題として取り扱われてきたのである。介護保険給付にかかる受給資格に関して、なぜ要介護等認定という判断過程を介在させるかといえは、その理由は、前出の利用の優先順位の調整にとどまらず、専門的知識または技術にもとづく判断という実体的正当性および行政による法の公正・公平な執行という手続

的正当性、の二点から説明されている。⁽⁴⁰⁾

実体的正当性の確保について、要介護等状態を的確に把握するためには、介護サービスにかかる専門的知識、技術や経験が不可欠である。そのため、法技術上、要介護被保険者の要介護等状態区分にかかる認定・調査手続は、基本調査にもとづく一次判定と、専門家から構成される介護認定審査会による二次判定という二回の判定手続に区分されている(介護保険法十四条、二七条二項～七項)。ここでは、要介護等認定の結果の公正性・中立性・客観性の確保が目指されている。要するに、要介護等認定の判定過程においては、調査・判定手続の公正と公平を実現するために、権力的形式たる行政決定に優位性が認められている。また、同時に、分節化された判定手続のなかに客観的かつ中立的な専門家の関与を組み入れることにより、個々の被保険者の要介護状態区分についての判定結果の公正性および客観的な評価が担保されている。このようにして、要介護等認定には被保険者たる介護サービスの利用者本人の意思に還元しえない側面があることに留意しておく。⁽⁴¹⁾

手続的正当性の確保について、介護保険法においては、介護サービスの必要性(要介護等状態の有無)とその程度の問題は、二六〇頁の図3の(イ)の一連の要介護等認定手続を通じて決められていく(詳細な分析は次章に譲る)。このような認定は、保険給付の大量の請求を迅速かつ画一的に処理するために、定められた認定基準および調査・審査手続にもとづき市町村が実施するものとされ(十九条、二七条)、全国一律の認定基準と調査・審査手続の設定とその画一的な適用により、要介護等状態に対する認定判断の公平・公正を図ろうとしている。また、こうした要介護等認定は、被保険者の抽象的な介護保険請求権を具体化する一連の権利実現過程における区切りの一つ、すなわち前出の図3の(イ)から(エ)までのプロセスの結節点として位置づけられる。⁽⁴²⁾ 右の要介護等認定が申請にもとづく処分として扱われる以上、認定の申請に対して介護保険者である市町村に応答義務

が課され（二七条十一項）、申請に対する処分としての手続規定が設けられており、申請型への転換とともに、介護サービスの利用者に手続的権利を認めるという趣旨がうかがえる。⁽⁴⁴⁾さらに、介護保険給付関係の早期確定のため、不服審査の前置や、期間制限を伴う行政上の不服申立ておよび取消訴訟によって争うべきものと規定され（二八三条、一九二条、一九六条）、それにより要介護等認定に不可争力が付与されることとなる。

2 交渉・合意的要素の導入

前章でのべたように、福祉分野において利用者個人の要保護状態にふさわしい給付内容の実現を図るためには、常に利用者の多様かつ可変的な需要を即応的かつ柔軟に反映する仕組みが必要がある。⁽⁴⁵⁾これに関しては、主にサービスの内容をめぐって、利用者側とサービス提供者側の間での調整に焦点を当てて、必要とするサービスの内容や提供方法など具体的な充足の仕方に関する問題の一環として論じられてきたところである。

介護保険法においては、自己決定やノーマライゼーション⁽⁴⁶⁾の理念を踏まえて、次のような権利保障方法を用意している。すなわち、法定介護費用の九割支給を前提に、介護サービス計画の作成依頼や指定介護サービス事業者の選定（同法八条二三項、四六条、四一条三項）により、要介護被保険者に介護サービス内容の形成に関する決定権をある程度付与するという形で、⁽⁴⁸⁾契約手法を介護サービス利用の仕組みのなかに組み込むという方法である。そしてこれを通じて、指定介護サービス事業者の選定および利用可能なサービス内容の確定を、利用者による選択または自己決定にゆだねることが可能となる。この点は介護保険法にもとづくサービス利用手続上の特徴である。かつての措置決定の場合と比べると、サービス内容の決定を利用者の選択に託すところこそが利用手続の契約化の核であるといってもよい。⁽⁴⁹⁾要するに、介護サービス事業者との交渉を経て当事者間の合意にもとづき介護サービスの内容を具体的に確定していくという制度設計は、利用者の主観的意思を介護利用のニーズ

判定の仕組みに取り入れ、それによって要介護被保険者の選択権行使を確保するためのものである。この点からは、介護保険制度においては、要介護被保険者が自らの選好によって介護内容の具体的形成に関する意思決定を行う可能性が創出されていることはみてとれる。

右にもかかわらず、当事者間の完全的な自治にゆだねられているものとはいえない部分も存する。介護利用の特性により生じる様々な問題が意識されて、通常の契約とは異なった介護契約の特殊性が問われるところとなっているからである。⁽⁵⁰⁾ また、契約利用の条件整備をめぐる各種の問題を適切に処理するためにいかなる法的対応をとるべきかも、新たな課題となっている。そのなかでも、契約の成立要件の充足のために留意された一連のプロセスが一つの制度的仕組みとしてまとめられるなら、そこには拡大した「契約」領域に対する公的関与をあらためて許容する可能性が存するである。このことは次節で説明する。

第二節 介護サービス内容の交渉による形成

介護保険法二条三項により、介護保険給付について多様な事業者または施設から提供される保健医療サービスおよび福祉サービスは「被保険者の選択に基づ」くものと規定されている。利用者の選択可能性や自己決定の確保が契約方式への転換を基礎付ける視点である以上、ここにいう選択権の行使とは何か、自己決定にもとづき何を選択するのかについて、これまでの契約概念に照らしてあらためて検討しておく必要がある。本節では、ここでいう契約手法の内容を明らかにするとともに、介護保険法により制度化された交渉過程とそこに規定された要介護被保険者の選択権、すなわち介護サービス内容の形成権を分析してみよう。

一 交渉過程の制度化

1 個別の福祉サービス利用者ごとに、その要保障状態は様々に異なる。ここでは、ある程度の類別化こそ可能であるものの、画一的なサービスの提供によっては利用者の個別具体的な事情に対応しきれない場面が残る。そこで、各々の利用者のおかれた具体的な状態に応じたサービス内容を即応的に実現することが、福祉利用に固有な要請であると考えられてきた。その際に、利用者の意思または選択をいかにニーズ判定に反映しかつ取り入れるべきかがしばしば問題となり、また、各々の制度的仕組みにおいて現れる態様も一様ではない。

かつての措置制度の下では、福祉サービス内容の具体的形成に関して、措置の実施機関が種類と利用量について複数の選択肢から決定をなす権限を有することが認められるとしても、他方で、個々の利用者の要保障状態とその変化を常に把握し、それにふさわしい必要な措置の実施を即時に行うべき、という必要即応の原則の貫徹も要請されてきた。⁽⁵¹⁾ そのため、措置の実施機関は、利用者ごとの要保障状態を充分に考慮する義務および利用者の意見を聴取する義務を負うものと解されてきた。すなわち、福祉サービスの内容を含む措置の決定が行われる際に、右の利用者の意思を考慮事項と解し、そして、裁量権の逸越・濫用の法理にもとづいて、右の考慮事項に対する調査や審査などに関する義務の違反の有無を検証し、またその適法性判断を通じて、措置決定に至るまでの判断過程全般を法的制約の下におくべきものとされてきたのである。⁽⁵²⁾ このように、サービス内容の具体的形成について利用者の意見またはそれにもとづく選択をある程度反映しようとする試みが存したものといえる。しかしながら、こうしたニーズ判定の過程において、措置決定の相手方である利用者が自ら意見または選択をのべる機会は老人福祉法令には定められておらず、また、措置決定の内容にそれがどの程度反映されるのかも措置の実施機関の判断に委ねられていた。⁽⁵³⁾

2 これに対して、介護保険法においては、前章でのべたように、介護サービスの利用関係の形成に関して、基礎的法律関係の形成段階における社会保険方式、また、介護サービスの具体的な利用段階における要介護状態に関する権力的形式の処分（要介護等認定）と契約などの行為形式の組合せが、新たな法的仕組みとして登場している。とりわけ、介護サービスの具体的な内容の確定段階においては、要介護等認定を受けることを前提として、当該認定により定められた限度額の範囲内で、個々の要介護被保険者が介護サービスの具体的な内容（種類別と時間数）を指定介護サービス事業者などとの合意にもとづいて自由に決める、という法的仕組みが採用されている。ここでは、利用者の意思や選好の反映またはその選択権行使を制度的に保障するために、介護サービス内容の形成と実現について、利用者と指定介護サービス事業者または介護支援専門員との間での交渉・合意にもとづく契約という法形式が用いられている。

介護サービスの利用方法に関しては、サービスを受けようとする要介護被保険者は、法令で定めるところにより自己の選定する指定居宅サービス事業者に対して「被保険者証を提示して、当該指定居宅サービスをうけるものとする」と定められているもの（同法四一条三項）、⁽⁵⁴⁾要介護被保険者と指定介護事業者との間の契約締結などについて、具体的な規律はなされなかった。とはいえ、この要介護被保険者による指定居宅サービス事業者の選定および指定居宅サービス事業者による居宅介護サービス費用の代理受領に関する規定（同条六項・七項）に鑑みれば、指定居宅サービス事業者から介護サービスを購入するといういわゆる介護サービスの契約利用は、介護保険制度の暗黙の前提であると推察することができる。さらに、指定介護サービス事業者を選定する際に、要介護被保険者は、介護支援専門員による相談、介護サービス計画の作成、市町村や指定介護サービス事業者との連絡調整その他の援助を受けることができる。いわゆる居宅介護支援である（八条二三項）。こうしたサービス

を利用する場合に、その対価は居宅介護サービス計画費として独自の介護保険給付が支給される（七条五項、四六条）。こうしたプロセスは、前出の二六〇頁の図3の流れに照らしてみれば、時間順的には、（ウ）介護サービス計画の作成にあたり、指定居宅介護支援事業者との間で、まず相談や介護サービス計画（ケアプランとも呼ばれる）の作成依頼を内容とする介護支援契約が締結される⁽⁵⁵⁾。次に、実際に介護サービスを利用する段階、すなわち（エ）介護契約の締結段階に移行し、指定介護サービス事業者との間に介護サービスの利用に関する契約が締結される。こうした二つの契約関係がそれぞれに形成される点も、介護保険法で導入された契約化の一部であるといえよう⁽⁵⁶⁾（以下、とくに断らない限り、（ウ）と（エ）の両段階をあわせて「介護契約段階」とよぶこととする）。

3 本来自らを拘束しうるのは自らの意思のみであるという考えの下では、個人の自己決定を基礎に自己の意思にしたがって法律関係を形成する自由が私的自治として理解されてきた。契約自由の原則は、もっぱら契約の場における私的自治としてとらえられる⁽⁵⁷⁾。そして、契約という概念は、申込に対する承諾という合意にもとづいて成立する法律行為であると定義され、その正当性Ⅱ拘束力の根拠は私的自治に求められるものとされる。原則として、成立した時点で契約の条件が定まり、後には契約の履行が残るにすぎない。こうした契約理解の下では、契約の内容、すなわち当事者間の権利義務の変動は契約成立の時点で確定するものと理解されている⁽⁵⁸⁾。これを法律関係の形成または変動原因という視点からみれば、「意思」を自己決定、「内容」を法秩序の形成といえることができる。もつとも、契約法上、「意思」と「内容」の両者の関連をいかにとらえるべきかについては、契約観念とその思想の変遷にかかわり、見解は必ずしも一致していない。これについては、意思の尊重により公正な内容が実現されるという手段対目的の関係と見るか、あるいは自己決定により形成されたことが法秩序にほかならな

いとするか、という二つの考え方が存するものとされる。⁽⁶⁰⁾ にもかかわらず、当事者の意思にしたがった法律関係の自己決定による形成こそが契約の本質そのものであるという認識は、ほぼ共通していると思われる。そうすると、ここでは、意思の合致(約束)、交換(の対価性) および生活関係の法的秩序づけ、という三つの契約の要素を抽出することが可能である。このなかでは、意思の合致または約束の創造的な役割は、契約の締結、内容および効果のすべての局面において肯定されるのである。以上の契約観からとらえれば、前述した介護保険法にもとづく契約化はおそらく、当事者間の交渉を経て合意にもとづいて介護サービスの内容および提供方法を規律または調整するという点に着目したものと考えられる。

4 確かに、介護保険制度の下で、介護サービス計画にしたがって介護サービスが提供される場合には、その種類や内容について要介護被保険者が指定介護サービス事業者と交渉する余地はそれほど多いとはいえないかもしれない。そうはいっても、介護サービス計画の作成を依頼せずに、要介護被保険者が自ら指定介護サービス事業者を選定して介護サービスを購入する可能性も、介護保険法上は認められている。にもかかわらず、介護サービス計画の作成を依頼する場合、要介護被保険者に交付される週間サービス計画表、サービス利用票・同別表がほぼそのまま、その後の指定介護サービス事業者との介護契約の内容になるものとされている。⁽⁶¹⁾ この点から、介護サービス内容の具体的形成について、介護サービス計画が相当重要な役割を担っていることがみてとれる。もつとも、上記の計画内容の作成にあたり、要介護者などが自立した日常生活を営むために必要な援助に関する専門的知識および技術を有する介護支援専門員は、「居宅要介護者の依頼を受けて、その心身の状況、その置かれてある環境、当該居宅要介護者及びその家族の希望などを勘案し、利用する指定居宅サービス等の種類及び内容、これを担当する者その他厚生労働省令で定める事項を定めた計画」を作成する(同法七条五項、八条二三項)。

ここでは、要介護者本人のみならず、その家族との意見交換も想定されている。また、指定介護サービス事業者の提供する介護サービスを利用するにあたり、提供する日時以外にも具体的な提供方法などについて利用者のニーズをできる限り満足させるために、利用者側とサービス提供者側との間で細かな個別的な合意が求められる場面も少なくない⁽⁶⁾。このような面からみれば、いずれも当事者間の交渉を経た合意によって形成されるほうが望ましいものと考えられる。しかし、介護保険法においては、介護契約の具体的な内容および提供方法についての調整は、サービス提供側である指定介護サービス事業者との契約締結過程を通じてなされるのではなく、その前の段階において介護支援専門員を介した介護サービス計画の作成プロセスにおいてなされるものとされ、対等な当事者としての「実質的な」交渉・合意を確保するための仕組みとして法律に定められている。すなわち、要介護者とその選定した指定介護サービス事業者との間に結ばれる介護契約は、両当事者間の合意だけにとづくものとはされていない。かかる契約の内容に対する交渉および合意の形成について、第三者である介護支援専門員がそれに関与し、また、こうした居宅介護支援により、契約内容に対する規律・調整が契約の締結過程から分離され、外部化されている。

このように、介護契約関係の確定には、少なくとも介護サービス計画および介護契約という、それぞれ異なった役割を有する二つの段階が存するものと考えられる。そして、利用者である要介護被保険者にサービス提供者の選択権を法的に承認した上で、介護支援専門員との交渉過程が介護サービス計画の作成手続として制度化され、またその交渉結果にもとづいて介護サービスの具体的な内容が形成・確定される。さらに、介護サービス計画をもって選定した指定介護サービス事業者との利用契約の内容を構成するのである。これにより、利用者の意見とそれにもとづく選択を介護サービス内容に反映しようという点が期待されている⁽⁶⁾。そして、介護支援専門員の介

在により契約内容についての交渉過程を制度化することは、専門的知識または技術にもとづき必要な介護サービス内容を客観的に決定し、利用者の選択権行使を支援するためのものであるとともに、要介護被保険者の契約当事者としての対等な地位、とくに介護サービスについての情報収集、理解および交渉能力を法的に補充するよう、要介護被保険者の契約締結能力を実質化するという側面もある。といった点から、指定介護サービス事業者に対する要介護被保険者の対等な当事者としての地位を補充しようとする制度の趣旨が、ここでも現れていることを確かめることができる。

二 利用者の選択権行使

1 こうして、居宅介護支援などの権利擁護システムを契約交渉過程に取り入れ、法により規律された交渉過程を経て契約を締結する、という形で契約手法を導入することにより、介護利用のニーズ判定についての自己決定重視の仕組みが制度化されている。この点を重視すれば、措置制度との対比で、介護サービスの利用過程において利用者に認められている給付内容形成の自由度は高いものと評価することが可能であろう。⁽⁶⁴⁾

ところで、このような介護契約は一般的な契約に見られない特性があり、「消費者契約としての性格を持つ」ことがすでに指摘されており、⁽⁶⁵⁾新たな問題点もまた浮かび上がっている。これらは契約の締結過程と契約の履行過程という二つの側面から整理することができる。⁽⁶⁶⁾まず、契約の締結過程については、一方当事者である要介護高齢者は契約の締結に対する判断能力ないし意思能力を必ずしも十分に有する者であるとは限らない。また、契約締結能力には問題がないとしても、介護サービスの内容への理解、介護契約にかかる情報収集能力や契約内容に対する交渉能力などの点においては、指定介護サービス事業者より要介護高齢者が不利な立場にあることが少

なくない。次に、契約の履行過程については、介護契約の履行内容としての介護サービスの提供には、専門的な知識・技術・経験などが要請され、それとともに、こうした専門性を有する提供者側への信頼関係にもとづく「手段債務としての性格が強い」⁽⁶⁵⁾。また、介護サービスについては、技術的処理に終わることなく、常に望ましい状態をもたらしするために積極的な履行行為をなすことが要請されるものとされる⁽⁶⁶⁾。したがって、従来の「決められた内容が守られるか否か」という契約の履行の仕方に合わない側面があり、そして、契約の内容が多岐にわたるために、民法上の典型契約に当てはめることが難しい、と考えられている⁽⁶⁹⁾。

以上の問題に対して、民法や社会保障法の観点からさまざまな問題整理や理論提示がなされている。そのなかでもとくに問題の焦点とされているのは、対等な当事者としての地位を確保するために、契約の交渉過程における要介護高齢者の地位の向上または維持に関する特別な配慮が必要である、という点である⁽⁷⁰⁾。これに関しては、契約原理一般よりも利用者のいっそうの法的保護を図ろうとする消費者保護法理の深化が必要であるという方向が強調されている⁽⁷¹⁾。とりわけ契約締結過程に関心が寄せられ、説明義務や不当条項規制といった消費者保護法理の視点から、契約の具体的締結に至る段階における必要な情報の入手や契約内容または条件の交渉などの契約上の権利実現を支えるための制度整備が強く求められている⁽⁷²⁾。また、介護契約などの福祉サービスの利用契約は、典型的な消費者契約とは異なり、福祉的視点からの利用者保護という側面を有するため、消費者保護の視点だけでとられきれない「福祉契約」としての特性を有するものと説く見解が存するものの、そこで指摘される事項は論者により相違がある⁽⁷³⁾。他方で、利用者の生命・健康の維持に不可欠である福祉サービスについては、利用者の心身能力の低下のために重大かつ回復困難な損害が発生しやすいので、「一般の消費者契約法よりも強度の利用者保護規制が必要」⁽⁷⁴⁾であり、福祉サービスの利用契約に対する行政関与の必要性を認めるべきという見解も示さ

れている。たとえば、サービス提供事業者の指定基準や施設最低基準などの規制をモデル利用契約に組み入れて、それに照らした契約解釈にゆだねることなどを通じて、利用契約の内容を規制するという考え方は、そうした試みの一つである。⁽⁷⁵⁾あるいは、民法法学の立場から「制度的契約」という理論を展開する論者によれば、一定の契約への行政関与とは、公平・平等な利用という内在的要請を「国家の関与によって制度化したものであり」、⁽⁷⁶⁾「もともと契約に内在している制約を実質化することを行政が分担している」と理解することが可能であるとされている。⁽⁷⁷⁾そして、契約内容の形成の適正性を図るために、制度上契約当事者の自由な個別交渉を制限して、潜在的な当事者への配慮という要請にもとづき行政関与を組み込むような契約類型が、「制度的契約」と名付けられている。「給付決定は行政行為としてなされ、それに応じた介護サービスが提供される」という構造が採用される」介護契約がその一例として扱われている。⁽⁷⁸⁾

2 そのなかでも、措置利用から契約利用への転換を経た後には、介護サービスの利用契約などの福祉契約には次のような役割が期待されるものと指摘されている。⁽⁷⁹⁾すなわち、利用者のサービス提供者についての選択権が法的に承認されること、利用者と提供者との関係が法的な意味で対等であること、および給付内容が利用者と提供者との間で形成・確定させられること、という三つの役割である。確かに、居宅要介護被保険者は自ら選定する指定居宅介護サービス事業者に被保険者証を提示して指定居宅サービスを受ける、と定めた介護保険法四一条三項の法意に照らせば、利用者が介護サービス提供者を選択する権利を有することは明らかであり、制度上、契約の相手方を選択して契約を結ぶ自由が保障されているものと解することができる。ここにおいては、いちおう、当事者間の合意にもとづくという契約の形式が採用され、またそれを通じて利用者側とサービス提供者側との間の対等な当事者としての地位を法的に構築するという趣旨をみてとることができる。この点に鑑みれば、「利用

者の選択の可能性、サービス提供を要求する権利性、利用者と提供者（事業者）の対等性を確保すること」がその目的であるといってもよい。⁽⁸⁰⁾ところで、すでにのべたように、介護契約については、事前に受けた要介護等認定がこうした契約関係の前提であり、また、居宅介護支援により介在された交渉過程によりその内容が具体的に形成・確定される。こうした特性を踏まえた上で、厳密な意義での契約自由の原則（とりわけ契約内容決定の自由）と、いわゆる介護サービス内容の形成権の内実との間の関係をなお検討する必要がある。

受給者の選択権に対する配慮に欠けたかつての措置制度との対比の下で、要介護被保険者の選択の自由を保障するように設計されている介護保険制度、とりわけ「契約方式への転換は、問題解決のための政策手段という性格を明確に帯びている」というとらえ方が存する。⁽⁸¹⁾いいかえれば、介護保険制度において契約手法が採用されたことは、介護サービスの利用過程におかれる利用者の意思を給付内容に反映するための、要介護被保険者に付与された選択権行使の保障方法としての意義を有する。また介護保険法においては、前出の介護契約の特性に応じて、これまでの契約自由の原則の修正ないし消費者保護という観点にとどまらない行政関与および権利擁護の仕組みが定められ、要介護被保険者の權益を保護する制度的仕組みとして制度化されている。介護サービスの専門技術的要請にもとづくだけではなく、潜在的利用者との調整を図るための要介護等認定や、契約締結能力の向上にとどまらない契約内容の適正性の確保のための介護支援専門員による介護サービス計画の作成（八条二三項、八条の二第十八項）といった制度設計は、そうした関与の具体的な手法であると考えられる。⁽⁸²⁾何よりも、指定介護サービス事業者との利用契約がこれらの関与によって規律されかつ具体的に規定されるのである。この意味では、上記の制度的仕組みは、利用者の介護サービス内容形成権の確保手法として位置づけうる一方で、介護サービスの利用過程に組み込まれた「契約」という手法も、つまるところ、一種の「借用」にとどまるといわざるを得ない。

えまい。⁽⁸³⁾

3 介護保険制度の下で、当事者間の合意にもとづき指定介護サービス事業者との契約締結を行うことができるが、ここで要介護被保険者に認められる選択権の行使は、契約の自由として一般に認められるものとはなお異なる。

契約相手方の選択および契約の締結こそ要介護被保険者が自己決定により行うことができるものの、具体的な契約内容の形成については、要介護等認定の結果(すなわち、認定された要介護状態区分に規定される支給限度額(介護保険法二七条七項、四三条)および指定された介護給付対象サービスの種類(三七条))に拘束され、また右の枠のなかで、介護支援専門員の援助を通じてあるいは自ら選定した事業者と交渉して、具体的な契約内容を形成しかつ確定する。要介護等認定を受けた要介護被保険者は、介護サービス内容の形成権を有するもの、ここには、その権利行使の内容に制限があることがみてとれる。すなわち、契約内容の形成または確定に関しては、要介護等認定に定められた枠内で、選定した指定介護サービス事業者との間で要介護被保険者が個別的に交渉を行うことは認められている。一方、介護保険給付額の範囲内でいかにして効率的にニーズを充足するのかという問題は、介護サービス内容の適切さに深くかわり、ここでは一定の調整が不可欠である。かかる調整については、要介護被保険者と指定介護サービス事業者との間の交渉のみに委ねることなく、具体的なスケジュールの策定を介護サービス計画に託するのが一般的である。これを通じて、介護サービス計画の作成のみならず、介護支援専門員から指定介護サービス事業者の紹介や連絡・調整その他の便宜を受けることができ、これらが具体的な調整機能を果たすものといえる。さらに、指定介護サービス事業者との交渉において、介護サービス計画がその交渉内容に組み込まれる。したがって、居宅介護支援は、要介護被保険者個人の交渉能力を補完して、各々

の利用者が本当の意味での自己決定を行えるよう担保するという側面を有する。同時に、「要介護者等が自立した日常生活を営むのに必要な援助に関する専門的知識及び技術を有する」介護支援専門員の介在により、介護サービス内容の適切な形成かつ実施が確保されるのである。

注

(1) 福祉サービスを必要とする者にふさわしいサービスを結び付けていくプロセスについて、要保障性の有無、その程度および要保障性の充足の仕方、この三つの問題を取り扱う過程である。秋元美世「福祉契約の法的関係と公的責任―介護保険制度の問題を中心に―」社会保障法十九号（二〇〇四年）一三八頁を参照。

(2) 介護支援専門員とは、要介護者が自立した日常生活を営むために必要な援助に関する専門的知識および技術を有する者として、介護支援専門員証を交付された者であって、要介護者とその家族などの相談に応じ、また要介護者の心身の状態などに応じて適切な介護サービスを利用できよう、市町村、指定介護サービス事業者との連絡調整を行うものと規定されている（介護保険法七条五項）。

(3) 介護保険制度の下では、介護サービスの利用関係の確定にあたり、かかるプロセスが複数の行為の介在によっていくつかの段階に分節されるとともに、段階ごとに形成される法律関係も時系列的に垂直的に分断される現象はみることができる。本稿では、こうした現象に着目し、段階ごとに行われる行為の連続を包括的に把握し、権利実現過程の分節としてとらえる意味で用いる。拙稿「適切な福祉利用の確保とその公法的構成（一）」名古屋大学法政論集二四九号（二〇一三年）三五頁以下を参照。

(4) 受給資格認定とは、法律関係の形成または確定の際に、行政庁が優越的な判断をもって行う一方的決定行為を指す。ここでは、主に、介護保険法十九条にもとづく市町村の要介護認定および要支援認定をいう。詳細は後述する。このほかにも、障害者自立

支援法(平成十七年十一月七日法律第百二十三号・平成二十四年六月二十七日法律第五十一号)により「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」と改称した)十九条の定める支給決定、子ども・子育て支援法(平成二十四年八月二十二日法律第六十五号)二〇条の定める子どものための教育・保育給付にかかる支給認定などもその具体例である。

- (5) 主に、社会福祉法(平成十二年三月二十九日法律第四十五号)の第八章「福祉サービスの適切な利用」にいう、社会福祉事業の経営者と利用者との間の「福祉サービスを利用するための契約」を指す。介護保険制度における要介護者と指定介護サービス事業者との間の介護サービスを利用するための契約は、その具体的な形態の一種である。近時、福祉利用における特殊性を考慮しながら契約自由を制約する概念として、「福祉契約」、「利用契約」や「福祉サービス利用契約」などの用語が使われ、様々な類型が挙げられている。本沢巳代子「社会福祉と契約『総論』」社会保障法十九号「介護保険と福祉契約」(法律文化社、二〇〇四年)九五頁を参照。本稿では、介護保険制度における要介護者と指定介護サービス事業者との間の利用契約について、とくに説明しない限り、居宅介護サービスなどの利用契約、介護保険施設の利用契約、および居宅介護支援の利用契約などをあわせて「介護契約」とよぶこととする。

- (6) このような現象は、主に、福祉サービスの必要性と給付する内容(措置決定の法律効果として生じる措置委託も含む)を包括的に決定していた、いわゆる措置決定と対比する観点から、サービスの要否の決定と提供すべきサービスの内容(実施者の選定を含む)の決定が分けられているという点にその特徴を有する。豊島明子「福祉の契約化と福祉行政の役割」名古屋大学法政論集二二五号(二〇〇八年)一九〇頁を参照。

- (7) かつての老人福祉法にもとづく措置決定とその法的統制の問題について、拙稿・前掲注(3)二五―三四頁以下を参照。

- (8) そのなかでも、福祉契約についての議論が最も活発であり、社会保障法学の視点から多くの研究がなされている。たとえば、秋元美世「措置から契約へ―社会福祉と契約―」法の科学四〇号(二〇〇九年)、岩村正彦「社会保障と契約の諸問題―総論―」季

- 刊社会保障研究四五卷一号（二〇〇九年）、中野妙子「介護保険法および障害者自立支援法と契約」季刊社会保障研究四五卷一号（二〇〇九年）、岩村正彦編著『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、二〇〇七年）、新井＝秋元＝本沢編著『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、二〇〇六年）、社会保障法学会第四四回大会「社会福祉と契約」掲載諸論文・社会保障法十九号「介護保険と福祉契約」（法律文化社、二〇〇四年）、秋元美世「福祉契約の特質と課題をめぐって」週刊社会保障二二四号（二〇〇二年）、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』（有斐閣、二〇〇一年）、額田洋一「福祉契約序説」自由と正義二〇〇一年五月号など。また、「一般の消費者契約法よりも強度の利用者保護規制が必要となる」ため、不当条項の法理のみならず、サービス利用契約内容および履行にかかる規制をも射程に入れた福祉サービス利用契約の法理論の構築とその実定法化が重要である、という認識が近時行政法学の領域でも共有されつつある。たとえば前田雅子「社会保障の法律関係」ジュリスト増刊『行政法の争点（第3版）』（有斐閣、二〇〇四年）二三三頁、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究（九州大学）六九巻四号（二〇〇三年）七六五頁以下、河野ほか編著「介護保険法―権利としての介護保険に向けて―」（法律文化社、一九九七年）第三章「5介護サービスの供給体制」一二六―一二八頁（橋本宏子）など。
- (9) 現行福祉法制の「市場化、営利化、契約化」への傾斜がその特徴ともいわれる。豊島明子「社会福祉行政の役割に関する一考察―高齢者福祉分野を対象に―」（南山大学）アカデミア（人文・社会科学編）八五号（二〇〇七年）二三三頁、同「社会福祉行政とNPM―変容する社会福祉行政と行政法学の課題―」法律時報七八巻九号（二〇〇六年）三三―三九頁を参照。また、社会保障分野に市場メカニズムまたは競争原理を持ち込むという動き、とりわけ、福祉の市場化現象がもたらした利用関係の民事法への回帰について、権利保障または法治国家にもとづく公共的制約という観点が希薄化していることもすでに指摘されている。紙野健二「福祉国家と公的規制」公法研究六〇号（一九九八年）一八二―一八四頁を参照。
- (10) たとえば、原田・前掲注(8)、秋元美世「福祉サービスの利用手続きをめぐって」社会保障法十八号（二〇〇三年）、又坂常人「契

約による福祉と行政の責任」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』(有斐閣、二〇〇一年)など。

- (11) たとえば、秋元・同上注、同「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 社会福祉サービスの法』(有斐閣、二〇〇一年)(同『福祉政策と権利保障—社会福祉学と法律学との接点』(法律文化社、二〇〇六年)五三頁以下所収)、又坂・同上注、小林良二「要介護認定とケアマネジメント」季刊社会保障研究三六巻二号(二〇〇〇年)など。
- (12) たとえば、伊藤周平「介護保険ケアマネジメントと利用者権利 その1・その2」賃金と社会保障一三四一―一三四三号(二〇〇三年)、同「介護事業者・介護従事者の現状とサービス利用者の権利 その1・その2」賃金と社会保障一三四九―一三五一・五二合併号(二〇〇三年)、倉田聡「福祉サービスの供給契約と福祉専門職の役割」法学研究(北海学園大学)三五巻二号(一九九九年)、など。
- (13) たとえば、前掲注(8)所掲げる諸文献など。
- (14) たとえば、又坂常人「行政の法的行為形式の多様化と権利救済手続の諸課題(一)(二)(三)」法学論集(信州大学)四〇六―八号(二〇〇四年)、秋元美世「福祉給付における権利と決定―措置制度と公的介護保険制度―」社会保障法十二号(一九九七年)、同・前掲注(10)など。
- (15) 最高裁判平成十七年十月二十五日第三小法廷判決・判例時報一九二〇号三三頁、藤田裁判官の補足意見を参照。
- (16) 行政法教科書でこれを説明するものとして、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論(第5版補訂版)』(有斐閣、二〇一三年)一九二頁、大橋洋一『行政法 現代行政過程論(第2版)』(有斐閣、二〇〇四年)三四三―三四五頁など。
- (17) 塩野・同上注・一九一頁を参照。
- (18) ここにいう要介護状態とは、「身体上または精神上の障害があるために、入浴、排せつ、食事等の日常生活における基本的な動作の全部又は一部について厚生労働省令で定める時間にわたり継続し、常時の介護を要すると見込まれる状態」であり(介護保

除法七条一項)、要支援状態とは、要介護状態まで至らず、その状態の「軽減又は悪化の防止に特に資する支援を要すると見込まれ」るような状態である(二項)。

(19) 介護保険は「被保険者の要介護状態又は要支援状態に関し、必要な保険給付を行う」(介護保険法二条一項)。そして、保険給付は医療との連携に十分に配慮した上で、「要介護状態又は要支援状態の軽減または悪化の防止に資するよう行われる」べきものとされている(二項)。

(20) 「伝統的な行政行為論はそれが発せられる決定の局面に一点集中型の思考方法をとったのに対して、それに至る準備過程をも重視する方向へと議論は動いてきている」と指摘されてきた。これは「プロセス化の視点」とも称されてきた。宇賀¹¹大橋¹²高橋編『対話で学ぶ行政法』(有斐閣、二〇〇三年)五九頁以下(大橋洋一)、大橋・前掲注①・二六二頁を参照。

(21) 介護保険法七条にいう「要介護状態」あるいは「要支援状態」は、介護の必要な程度に応じて厚生労働省令で定める「要介護状態区分」あるいは「要支援状態区分」のいずれかに該当するものとなされている。そして、要介護者あるいは要支援者とは、上記の要介護状態もしくは要支援状態に該当する者をいう(同条三項・四項)。以下、とくに断らない限り、両者をあわせて「要介護者」とよぶこととする。

(22) 山田幸男「給付行政法の理論」岩波講座『現代法4 現代の行政』(一九六六年)四九頁を参照。また、給付決定の法形式に関して、制度設計および解釈により、行政行為と契約の「手続構造がかなり接近する」ため、「行政行為が適切な給付決定と契約形式が適切な給付決定の違いも、相対的なものに過ぎない」ものとなる。そして、いずれの行為形式をとるかは「一次的に法律の文言に現れた立法者の意思に従う」ものとされる。山本隆司「処分性(1)―行政行為の法律上の根拠、給付行政における処分性」法学教室三三三―三三九号(二〇〇八年)一―四頁を参照(同『判例から探求する行政法』(有斐閣、二〇一二年)三二二―三二六頁所収)。

(23) 市橋¹³榊原¹⁴本多¹⁵平田『アクチュアル行政法』(法律文化社、二〇一〇年)八九頁を参照(本多滝夫)。

- (24) 大橋洋一「新世紀の行政法理論」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 上巻』(有斐閣、二〇〇一年) 一一七頁を参照。
- (25) これは、契約と行政行為の「補完関係」とよばれる。宇賀ほか編著・前掲注(20)・六二―六四頁を参照(大橋洋一・河上正二)。そして、「『一体としての公的任務』、不可分な『社会的問題状況』に対処するために、『異なる制御機能』を持つ行政法的規律」と民事法の規律とを、有効に組み合わせること」により、二つの規律の間で有効な相互補助的關係が形成されるような、「相互的捕捉秩序としての公法・私法」という現象の存在が指摘されている。山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、二〇〇〇年) 三二二―三二八頁を参照。これに対して、民法学では、やや異なる視点に立つものの、「競争秩序が目指すものを市民総体の利益擁護(市民的公共性)」として把握し、行政法による競争秩序の維持が「国家による介入というより、市民社会の自己規制」という意味を持つもの」と考えたうえで、「私法と公共利益を体现する行政法規とは、対立するものではなく、相互補完関係にあるもの」ととらえる見解も現れている。吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、一九九九年) 一八二―一八三頁を参照。
- (26) 原田・前掲注(8)・七七―八二頁、秋元・前掲注(11)・一六四頁を参照。
- (27) すなわち介護保険法八条三三項の「居宅介護支援」および八条二の「介護予防支援」である。
- (28) 制度改正に伴う利用者の法的地位は、従前のような措置決定に服して福祉給付を受けるという受動的な地位から、福祉利用の実現過程で能動的な権利主体として利用内容の形成をある程度決定できる積極的な地位へと変化している。本稿では、問題発見という意図で、かつて利用者のおかれた従属的・客体的な法的地位に對置するための概念として、主体性という用語を使う。
- (29) 又坂・前掲注(14) (二)・一五一―一五三頁を参照。介護契約は「介護保障を具体化するための一つの方法」として理解されている。秋元・前掲注(1)・一三六頁を参照。
- (30) 又坂・前掲注(10)・八五〇頁を参照。
- (31) すなわち、介護保険法八条および八条の二に規定された介護サービスを行う事業者である。具体的には、居宅サービス事業者、

地域密着型サービス事業者、介護保険施設、介護予防サービス事業者、地域密着型介護予防サービス事業者、居宅介護支援事業者などをいう。

(32) 福祉サービスにかかる個人の必要性に対する社会的承認は、近代的な福祉サービスと前近代的な救済事業とを分かつものとして、福祉行政の制度化を徴表するものであり、そのあり方が福祉サービスにかかる権利の内容を大きく左右することになるものとされる。秋元・前掲注(1)・一六七～一六八頁を参照。

(33) とはいえ、給付決定が多少とも「社会全体において財を公正に配分する観点」を要するとしても、「個別事情に柔軟に対応するものでなければならぬ」という点に注意を要する。山本・前掲注(2)・一一四頁を参照。

(34) たとえば、老人福祉法十一条にもとづき老人ホームへの入所措置をとる際に、「老人ホームへの入所の入所措置等の指針について」(昭和六十二年一月三十一日社老第八号厚生省社会局長通知)の「第四 老人ホームへの入所措置の基準 1 養護老人ホームに関する判定事項」にもとづき、入所者となるべき老人の健康状態、日常生活動作の状況、精神の状況、家族状況または住居の状況などを調査した上で、措置の実施者である市町村が総合的な判定を行い、必要に応じて措置をとらなければならない。この入所措置の基準は、一九九七年改正前の老人福祉法十一条に定められた入所措置に関する通達である。二〇〇〇年四月に介護保険法が施行され、老人福祉法の一部改正がなされたことに伴い、上記の通知は廃止され、その代わりに新たな「老人ホームへの入所措置等の指針」(平成十八年三月三十一日付け老発第〇三三一〇二八号厚生労働省老健局長通知)が発せられた(内容的には、養護老人ホームに関する判定事項を健康状況と環境の状況という二つに限定した)。

(35) 又坂・前掲注(4) (一)・一五四～一五五頁を参照。

(36) 秋元・前掲注(1)・二六五頁および原田・前掲注(8)・七七〇～七七二頁を参照。

(37) 秋元・前掲注(8)「措置から契約へ―社会福祉と契約―」・八五～八六頁を参照。

- (38) 福祉分野のみならず、社会保障領域における行政行為の手続法的技術化に伴い、この領域における行政法的一般理論がある程度のインパクトを受けつつあり、また、このような影響により、従来の行政法学における行政行為概念の外延があらためて問われることになる。又坂・前掲注(14)(三)・一三六頁を参照。
- (39) すなわち、利用の公平性の問題である。秋元・前掲注(11)・一六六頁を参照。
- (40) 福祉利用関係の確定に公権的判断を介在させるべき理由として、行政庁による法的公正・公平な執行という手続的正当性、および専門的知識の適用という実体的正当性、という二点から説明されている。秋元・前掲注(11)・一六八頁、原田・前掲注(8)・七七八～七七九頁を参照。
- (41) 介護保険法二七条から三五条までに規定された審査判定業務を行う介護認定審査会は、原則的に、保険者である市町村ごとに設置され、その委員は、要介護者などの保健、医療または福祉に関する学識経験を有する者のなかから、市町村長により任命される(同法十四条、十五条)。
- (42) すなわち、要介護状態に対する社会的承認には、社会的通念および専門家の判断に依拠せざるをえない部分があり、利用者の主観的選好との間で乖離が生ずることも考えられる。他方で、介護などの福祉サービスの専門性が進めば進むほど、利用者の専門家への依存または従属性が顕著になるため、現実には、客観的要素にもとづく社会的承認と利用者との間にある程度の一致が見られることにもなる。秋元・前掲注(1)・一四一頁を参照。
- (43) 又坂・前掲注(10)・八四九頁を参照。
- (44) 原田・前掲注(8)・七七八頁、又坂・前掲注(10)・八五三頁を参照。
- (45) いわゆる福祉給付の個別化原則である。生活保護や福祉などの非定型給付は、給付請求権の成立と同時に権利内容が画一的な給付として法律で一義的に定められる社会保険給付と異なり、その給付内容の具体的形成に際して、受給者の人格的属性、所在環境、

需要、義務者の費用負担能力など、具体的個人の特殊事情を十分に考慮すべきことが要請される。これは個別化の原則と呼ばれ、社会保障給付の基本原理として認識されてきた。生活保護法九条の「必要即応の原則」の規定などはその具体例である。又坂・前掲注(14)(二三)・一三九頁以下を参照。

- (46) ノーマライゼーションという概念は、初期には、精神障害者に対する対応の原理として主張されてきた。今日では、それは社会福祉の基本理念として、障害者のみならず、高齢者を含む様々なハンディキャップを持った人々が、他の人とできるだけ同じ普通の環境で暮らせるように取りはからうという意味で認識されている。そして、社会福祉制度においては、原因が何であれ、たとえば障害、高齢または性別の違いを問わず、社会的に不正、不利、不便と考えられるような状態に陥っている人々に対して、人間らしい自立した生活が送れるように、生活条件全般の改善のための対策や社会的仕組みを講ずるべきであるとされている。
- 塩野谷祐一「ノーマライゼーションとケアの論理学」都市問題研究四八巻四号（一九九六年）十八頁以下を参照（秋元美世編、リーディングス日本の社会福祉『第5巻 社会福祉の権利と思想』（日本図書センター、二〇一〇年）三四四～三五三頁所収）。

- (47) 国連総会では、一九九一年に、「高齢者のための国連原則」として、「独立 (Independence)」、「参加 (Participation)」、「ケア (Care)」、「自己実現 (Self-fulfilment)」および「尊厳 (Dignity)」の五つの原則を掲げた。翌年に、世界的規模での人口の高齢化および人権保障の二つの流れの合流点として、一九九九年を「国際高齢者年」(International Year of Older Persons)と決定し、「高齢者の十年」を開始した。このような流れのなか、日本では「社会保障『構造改革』の第一歩として介護保険が実施され」、一九九七年十二月十七日に介護保険法が公布され、一九九九年十月一日から要介護認定の申請が開始され、その翌年の四月一日から介護保険の給付が始まった。井上英夫「高齢者、障害者」の人権と日本の課題―国際高齢者年と契機に―早稲田法学七五巻三号（二〇〇〇）七四頁以下を参照（秋元美世編、リーディングス日本の社会福祉『第5巻 社会福祉の権利と思想』（日本図書センター、二〇一〇年）二七二～二八七頁所収）。

- (48) 原田・前掲注(8)・七七〇頁を参照。
- (49) 秋元・前掲注(10)・一六二～一六三頁を参照。利用者とサービス事業者との間で締結される契約にしたがって福祉サービスの提供の実施がなされるようになった状況は「社会保障法の私法化」と形容されている。菊池馨実「社会保障法の私法化？」法学教室二五二号(二〇〇一年)二二頁を参照。そして、社会福祉の契約化、とくに措置方式から契約方式への転換は、「私法Ⅱ契約領域の拡大」現象の典型例であるともいわれている。神戸秀彦「契約的手法の両義性―公法・私法協働論」との関連で―法の科学四〇号(二〇〇九年)七一頁、大村敦志『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』(東京大学出版、二〇〇九年)二九一頁以下。
- (50) 契約法の従来の意義をとらえなおし、当事者の内容形成に委ねることができない、いわゆる「制度的契約」の理論は、民法学の議論にとどまらず、行政法の観点からも関心が寄せられている。たとえば原田・前掲注(8)・一一五頁以下など。制度的契約に関して、内田貴「民営化(privatization)と契約―制度的契約論の試み―(1)〜(6・完)」ジュリスト一三〇五号、一三〇六号、一三〇七号、一三〇八号、一三〇九号、一三一一号(二〇〇六年)(同『制度的契約論―民営化と契約』(羽鳥書店、二〇一〇年)所収)、同「制度的契約論の構想」北大法学論集五九卷一号(二〇〇八年)。
- (51) たとえば、生活保護法九条や老人福祉法十条の三第一項前半に定められた「最も適切な支援……細かな措置の積極的な実施」など。
- (52) 前章でのべたように、裁量統制の観点からは、受給請求権の存在とその内容の形成とを分けるべきであり、それぞれの統制密度も異なるものとされる。具体的には、前者においては、法治国家の要請にもとづき請求権の明文化により給付主体の裁量が排除される。後者については、個別化の原則にもとづき裁量を容認しながら、要保護利用者の個別事情に対する熟慮義務を求め、裁量権限の適正な行使を問う、という文脈で問題が取り扱われてきた。又坂・前掲注(4)(三)・一二五頁を参照。

(53) たとえば、大阪ホームヘルパー派遣決定処分取消等請求事件において、原告の派遣時間増加請求について、第一審（大阪地裁平成十年九月二九日判決・賃金と社会保障一三三四号三〇頁）および控訴審（大阪高裁平成十三年六月二一日判決・判例地方自治二二八号七二頁）は最低限度の「日常生活維持レベル」のホームヘルプサービスの実践について、どの程度の頻度、時間と内容を指すかが「行政庁の具体的な認定判断」に委ねられるものと判示した。

(54) もっとも、介護保険の制定過程においては、「高齢者が利用しやすい、適切な介護サービスが円滑かつ容易に手に入れられるような利用者本位の仕組み」が望ましく、そのため、「高齢者自身がサービスを選択することを基本に、専門家が連携して身近な地域で高齢者およびその家族を支援する仕組み（ケアマネジメント）」の確立の必要性が言及されていたが、契約方式についてはあまり明確な議論がなされていなかった。その後、支援費制度の導入の際に、一九九八年六月十七日中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会の『社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）』報告書のなかで、サービスの利用に関する契約方式の導入がはじめて明示的に論じられた。『社会福祉基礎構造改革の実現に向けて 中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会 中間まとめ・資料集』（中央法規、一九九八年）十二頁を参照。時間的には、「福祉サービスを利用するための契約」は、介護保険制度の施行に伴う社会福祉法の二〇〇〇年改正により「第八章福祉サービスの適切な利用」が新設されたことで、はじめて利用手法として制度化された（同法七六条、七七条）。近年の福祉サービス利用手続の契約化の流れについては、岩村正彦「社会福祉サービス利用契約をめぐる法制度と課題」同編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、二〇〇七年）、秋元・前掲注(11)・一五九頁以下を参照。

(55) 居宅サービスや地域密着型サービスなどを利用する際に、要介護被保険者が指定居宅介護支援事業者から居宅介護支援を受ける場合に、介護保険給付の一種として居宅介護サービス計画費が支給される（介護保険法四六条一項・二項）。老人福祉施設、介護老人保健施設や介護療養型医療施設の入所者である場合に、当該施設が介護支援事業者となり、当該施設に配置される介護支援

専門員が施設サービス計画を作成するが、右の作成費用が施設サービスの給付に含まれる。その際に、介護支援契約が施設入所の利用契約に取り入れられるのは一般的である。また、二〇〇五年介護保険法改正により新設された地域密着型予防サービスなどを利用する場合、介護予防サービス計画など「介護予防支援」(八条の二第十八項)を行うのは市町村の指定を受けた介護予防支援事業者で、具体的には同法二一五条の四六第一項の地域包括支援センターである。その場合、介護支援契約の当事者は要支援者と地域包括支援センターである。

(56) 豊島・前掲注(6)・一九〇〜一九一頁を参照。

(57) 石田喜久雄『民法秩序と自己決定』(成文堂、一九八九年)三四頁を参照。しかし、契約自由と私的自治とはなにかについて、従来の説明は必ずしも明快とはいいがたく、早期から二つの概念の混同が指摘された。星野英二「現代における契約」岩波講座「現代法第8巻 現代法と市民」(一九六六年)二一〇頁を参照。

(58) 内田貴「契約プロセスと法」岩波講座「社会変動の中の法」(一九九三年)一三〇頁(同「契約の時代—日本社会と契約法—」(岩波、二〇〇〇年)八九頁以下所収)を参照。

(59) 契約観念または契約思想の変遷については、星野・前掲注(5)、同「契約思想・契約法の歴史と比較法」岩波講座「基本法学4契約」(岩波、一九八三年)などを参照。

(60) 大村敦志「契約法から消費者法へ」(東京大学出版会、一九九九年)九〇頁注一一八を参照。私的自治概念における「意思」的形成と、いかなる場合に意欲されていなかった法律関係の成立が正当化されるのかという契約「内容」に対する規制との関係をめぐる、古典的な私的自治理論の重層構造とその思考様式を分析したものと、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会、一九八八年)を参照。なお、こうした意思と公正な内容(法秩序)の対峙あるいは緊張関係は、大量型契約領域における約款あるいは附合契約、たとえば電気・水道などの公共サービスの供給契

- 約によく見られる。石田・前掲注(57)・三二～四二頁、白羽祐二「現代契約法の理論」(中央大学出版部、一九八二年)第五章を参照。
- (61) 社会保険研究所編『介護保険制度の解説』(平成二四年四月版)』(二〇一二年)一三〇頁および一四〇頁を参照。たとえば、居宅介護サービスである場合、現行介護報酬制度の下で、国民健康保険連合会が介護給付費の請求を審査する際には、居宅介護支援事業者がサービス提供票・別表にもとづき作成した給付管理表をもとに、指定介護サービス事業者の介護給付費明細書と照らし合わせて、支給限度額などの審査が行われる。この給付管理体制の下で、サービス提供票・別表の記載内容は、具体的に介護サービスの内容を規定するものである。
- (62) 品田・前掲注(8)・五七頁を参照。
- (63) 原田・前掲注(8)・七二頁を参照。
- (64) 同右。
- (65) 契約方式への転換に関して、その念頭におかれたのは「利用者が、市場から、自分の望ましいサービスを購入するという構図」である。「購入者である利用者は、障害者等の個人(自然人)であり、事業に関連してではなく、消費生活において、サービスの購入を行う」うため、消費者法や消費者保護政策でいわれる「消費者」に該当する。岩村正彦「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―」季刊社会保障三五卷三号(一九九九年)二五二頁(同「福祉サービス契約の法的研究」(信山社、二〇〇七年)第二章所収)、石畝剛久「介護保険契約の規制枠組―序論―」法政理論(新潟大学)四四卷四号(二〇一二年)一一三～一五頁、高さやか「福祉サービス契約と不当条項規制―有料老人ホームの入居一時金をめぐる紛争を中心に―」法学(東北大学)七七卷一号(二〇一三年)四～六頁を参照。
- (66) 一般的には、契約法または消費者保護法の議論は、契約の締結時点を境に、契約締結までの交渉過程(①具体的な契約に先行する準備段階と②契約締結段階)、および締結された契約の履行(③契約履行段階)、という二つの段階に分けている。岩村・同上注・

二五三頁以下、大村・前掲注(60)・四四頁などを参照。しかし、こうした考察の焦点は、契約成立前の交渉過程よりも、主に契約の成立と消滅、とりわけ契約成立後の権利義務の変動(契約内容の法的効果)にあてられてきた、との指摘がある。宇賀ほか編著・前掲注(20)・五九～六一頁を参照(大橋洋一・河上正二)、内田・前掲注(58)・一三〇頁を参照。近時、契約履行段階における法的効果(契約内容に対する規制)だけをとらえるのではなく、具体的な契約の先行準備段階から契約締結段階までの交渉過程をも視野に取り入れ、当事者の意思の尊重あるいは自律的決定の確保という側面から契約法の全体像を見ていくことが必要である、という認識が民法学でも有力となっている。大村・前掲注(60)・八八頁、宇賀ほか編著・前掲注(20)・六〇～六一頁を参照(大橋洋一・河上正二)。そのなかでも、継続的な契約関係を把握する場合、当事者間で時間の経過とともに進行する事実上の契約関係―すなわち契約締結前段階から履行完了後に至る連続的かつ動態的な過程をとらえようとする見解が存する。内田・前掲注(58)・一三〇頁以下を参照。

(67) 品田・前掲注(8)・六九頁を参照。

(68) 秋元・前掲注(1)・一四六頁を参照。

(69) 同右、中野・前掲注(8)・十七頁、前田・前掲注(8)・二三三頁を参照。

(70) 秋元美世「福祉契約の特性と課題をめぐって」週刊社会保険五六卷二二二四号(二〇〇二年)二〇～二二頁、品田・前掲注(8)・五九頁、岩村・前掲注(65)・二五六頁以下、同・前掲注(54)・六～八頁などを参照。

(71) 岩村・前掲注(65)・二五六頁以下、同・前掲注(54)・六～八頁などを参照。

(72) たとえば岩村・前掲注(65)・二五三頁以下、笠井修「福祉契約と契約責任」新井⇨秋元⇨本沢編著『福祉契約と利用者の権利擁護』(日本加除出版、二〇〇六年)二六頁以下など。

(73) 福祉契約の特性とそれに対応するための手当てについても、さまざまな議論がある。そのうち、契約法理の修正にもとづく締結強

制、モデル契約の必要性、事業者の高度の注意義務などの指摘にとどまらず、福祉契約固有の法理を求めて、利用者保護のための事前予防的措置、契約終了に伴う援助や苦情処理手続の充実など一般的に消費者保護の文脈を超えた事項までが提示されるに至っている。丸山絵美子「ホーム契約規制論と福祉契約論」岩村正彦編著『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、二〇〇七年）五五～六一頁を参照。

(74) 前田・前掲注(8)・二二三頁、原田・前掲注(8)・七七二～七七三頁、菊池・前掲注(49)・一二二～一二三頁、額田・前掲注(8)・十四頁以下などを参照。

(75) 原田・前掲注(10)・七六五頁以下を参照。なお、当事者の合意にもとづかない契約内容の形成という点では、約款論との共通性が存し、ここに民法と行政法の接点があると指摘されている。宇賀ほか編著・前掲注(20)・六四～六五頁を参照（大橋洋一）。

(76) 内田貴「民営化 (Privatization) と契約 (4)」ジュリスト一三〇八号（二〇〇六年）九六頁（同『制度的契約論—民営化と契約—』（羽鳥書店、二〇一〇年）所収）を参照。

(77) 内田貴「民営化 (Privatization) と契約 (6・完)」ジュリスト二二三二号（二〇〇六年）一四九頁（同『制度的契約論—民営化と契約—』（羽鳥書店、二〇一〇年）所収）を参照。

(78) 内田・前掲注(76)・九五～九七頁を参照。

(79) 以下、原田・前掲注(8)・七七二頁を参照。

(80) 額田・前掲注(8)・十五頁を参照。

(81) 岩村・前掲注(65)・二五二頁、又坂・前掲注(10)・八六一頁を参照。

(82) 介護契約などの福祉サービスの利用契約に関しては、共通の認識となっているのは、契約の締結過程とその内容に対する規制の導入が必要である、ということである。前者は福祉サービス利用者とサービス提供事業者との間に生ずる「情報の収集力・分析

力や交渉力における格差」を是正するため、介護保険法一一五条の二九および社会福祉法七五条～七九条などの社会福祉関係法令により、契約締結過程において事業者に情報提供義務や説明義務を課すという手続的規制である。後者は福祉サービスの「契約内容そのものに対する実態的規制である不当条項規制」問題として説明されている。高・前掲注(65)・二一～三頁を参照。もつとも、福祉サービス契約への規制に関しては、行政による関与を正当化する理由として、福祉利用についての人権保障や適切なサービス提供の確保の必要性や、公費の導入などが挙げられる。ところで、これらの関与をいかに位置づけるか、また、その法的効果をいかに考えるかについて、従来の法理論との整合性が問題となる。そのうち、契約自由の原則に対する修正という延長線上で、民法の解釈もしくは消費者保護政策の一環としての法理論の深化を求める見解が存する(たとえば高・前掲注(65)・三～二九頁、石畝・前掲注(65)・一〇三～一四七頁、岩村・前掲注(65)・二五一頁以下、中野・前掲注(8)・十六～十八頁、丸山・前掲注(73)・六一頁以下、倉田聡「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」社会保障法十四号(一九九九年)六五頁など)。ほかには、福祉利用の際に、契約当事者の間の事情を超えた潜在的な利用者への配慮やサービス提供の公共性などの外部的要素が存在するという側面に関心をおき、契約の自由との調和点を見出したり(内田・前掲注(76)・九〇頁以下、品田・前掲注(8)・五四頁以下、笠井・前掲注(72)・二三頁以下など)、あるいは契約法理や消費者保護政策による対応の不全を指摘し、公正かつ公平な利用の観点から行政関与の制度化に積極的意義を見いだす見解も有力である(秋元・前掲注(8)「措置から契約へ」・八六頁以下、前田・前掲注(8)・二二三～二三三頁、原田・前掲注(8)・七七二頁以下、又坂・前掲注(10)・八六五頁など)。

(83) 額田・前掲注(8)・十五頁を参照。

