

介護サービス契約のあり方に関する一試論

—— 消費者保護にかかる8つのポイント ——

生活研究部 副主任研究員 長沼 建一郎
(社会保障研究室)

naganuma@nli-research.co.jp

<要旨>

1. 介護保険の下では、介護サービスは事業者と利用者との契約により提供される。したがって、介護サービスの適正さ、「質」を確保するためには、消費者保護の観点から、介護サービス契約のあり方にかかる最低限のルールづくりを行う必要がある。そこで本稿ではとくに在宅介護サービスを念頭に置いて、具体的な検討を試みた。
2. まず契約締結過程においては、
 - (1) 利用者からの申し込みがあれば、原則として事業者は契約を拒否できない（いわゆる締約強制）ものとするべきである。ただし、例外的に契約を拒否できる場合を事前に明確に類型化しておく必要がある。
 - (2) 契約書は必ず作成すべきであるが、記載内容の標準化を図る必要がある。また、ケアプランとの関係の整理が課題である。
 - (3) 利用者への事前の情報提供の充実が図らなければならないが、契約プロセスの段階（サービス選定段階／事業者選定段階／契約締結段階／サービス提供段階／サービス終了後）にあわせた適切な情報の選定・選別を行う必要がある。
3. つぎに契約内容については、
 - (1) 契約文書・条項を通じた「質」の確保に関しては局面を分けて考える必要がある。とくに「損害発生」に対しては、事業者は高い注意義務を負うべきである。他方「不十分な履行」についての解決は、むしろ事前の情報提供や事後の市場評価に委ねられるべき部分が多い。
 - (2) 契約内容はある程度規制され、とくに訪問型サービスにおいて、付随的条項を通じた事業者側の責任の軽減については、法令等により厳しく制限される必要がある。
 - (3) 利用者側にはサービス提供に対する一定の協力義務があると考えられるが、そこに過大な法的効果を負わせるべきではなく、また高齢者本人の意向に十分配慮する必要がある。
4. さらに紛争処理のあり方については、
 - (1) 不適正なサービスに対する救済方法としては、完全履行（やり直し）の請求や、契約の取消も考えられるが、サービスの「質」に関する紛争においては、契約離脱の自由を確保しつつ、むしろ損害賠償の請求を基本とすべきである。
 - (2) 救済手続としては、国家賠償等も考えられるが、むしろ行政の監視機能・事後的な是正措置との連携の下で、事業者への民事的な対抗手段を基本に考えるべきである。また訴訟等の前段階として、苦情処理手続の充実を図る必要がある。
5. これらの介護サービス契約自体にかかるルールづくりとあわせて、より制度的な問題——サービス評価、モニタリング、高齢者へのサポートシステム等々——にも取り組んでいく必要がある。

I. 問題の所在——本稿の目的⁽¹⁾

1. 介護保険下における介護サービスの提供

介護保険の下では、従来「措置」として提供されていた介護サービスは、「契約」により提供されることになる。

したがって、介護サービスに関する質の確保あるいは利用者保護の問題は、契約の適正化確保あるいは契約者＝消費者保護問題という形で再編される必要がある。

もっとも「契約」といっても、単純な民法上の契約ではありえない。とくに公的介護保険の給付対象となる以上、古典的な「契約自由の原則」が大幅に修正されることは当然であろう⁽²⁾。

しかしながら、そもそも「契約」という仕組みは、利用者側の選択の自由を広く確保し、市場原理・民間活力を最大限活用するために導入されるものである以上、過剰規制に陥っては所期の目的が達せられないこととなる。

したがって本稿の課題は、介護サービスの質を確保するための、契約にかかる最低限のルールというべきものを模索することだということになる。

ただし最低限のルールとはいえ、契約自由の原則からすると、かなり様々な角度からの修正が施されるべきであることは、本稿で示す通りである。逆に、これらについての議論が不十分であれば、最低限のルールすら確立されず、介護サービスの質が確保されないという事態を招くこととなる。

2. 具体的な検討の必要性

上記で述べたような問題意識は、比較的共有されつつあるとあってよい。しかしながら、「介護サービスでは質の確保が大事だ」であるとか、「介護においてもインフォームド・コンセントの考え方が必要だ」などのスローガンは横行するものの、より具体的にどのような方策によれば、サービスの質が確保されるのかという検討は、必ずしも進んでいないように思われる。

この点をとらえて、とくに民間「営利」企業の参入は、介護サービスの質の劣化、ひいては高齢者にとっての不幸をもたらすとの論調もまた盛んである。

何のルールも設定しなければ、サービスの提供主体が「公」であろうと「民」であろうと、質が劣化するおそれは等しくあるといえる。必要なのは、市場原理を過信することでも、何みせず憂えることでもなく、まさにサービスの質の確保のための条件整備を図ることであろう。本稿が試みようとするのはまさにそのための、具体的な検討である。

⁽¹⁾ 本稿は、筆者が1998年6月に九州大学（法学部大学院）で行った集中講義の一部（前半部分）をとりまとめたものである。貴重な機会を与えて頂いた九州大学法学部・河野正輝学部長、増田雅暢助教授（当時）に厚く御礼申し上げたい。

⁽²⁾ 「契約自由の原則」が何を含意するか自体議論はありえようが、通常「契約内容（価格を含む）の自由」「契約方式の自由」「契約当事者（相手）の自由」が挙げられる。

3. 本稿の検討対象

以下では具体的な問題点を8つ挙げて、順次検討する。これらはさしあたり介護サービス契約（とくに在宅分野）において重要と考えるものだが、8つのテーマの中には、これまでの諸議論ではまったく論及されていないものもあり、テーマの選定自体について議論の余地は大いにある。

本稿で扱う8つのテーマの構成・位置付けは、以下の通りである。

< 介護サービス契約 >

【契約締結過程】	1. 事業者は利用者からの申し込みを拒否できるか 2. 契約書は必要か、また何を記載すべきか 3. 情報提供あるいは介護における「インフォームド・コンセント」はどうあるべきか
↓↓	
【契約内容】	4. 契約（文書・条項）によるサービスの質の確保は可能か 5. 契約内容はどのように規制されるべきか 6. 利用者側に協力義務はあるか
↓↓	
【紛争処理】	7. 利用者側にはどのような救済が与えられるべきか 8. 苦情・紛争はどのようなルートで解決されるべきか

もちろんこれら以外にも、重要なテーマは多数ある。とくに代金の支払関係や、契約期間（あるいは契約からの途中離脱およびサービス提供の中止）の問題、権利擁護にかかる問題などは、指摘されることが多い。しかしこれらは契約というよりは、今後の制度の全体枠組みに左右される部分が多いと考えられることから、本稿では検討対象としなかった。

なお、本稿が取り上げるテーマについて、若干補足したい。本稿では、介護サービスの提供を行う「契約システム」にかかる諸問題を基本的な検討対象とした。このことは、「契約条項」自体——あるいは介護サービス「契約約款」のあり方、もしくは「モデル契約書」についての検討ではない（Ⅱ.5参照）とともに、サービスの質の確保に伴う制度全般を扱うものでもないということの意味する。

とりわけ質の確保にかかる「制度全般」としては、介護技術や介護従事者の資質にかかる教育訓練・マンパワーの問題、ケアマネジメントのあり方、サービス評価システムなどは欠かせない。また法律的な問題に絞っても、オンブズマン等を含む紛争処理システム、要介護

認定にかかる不服審査システム、また介護従事者の労働関係の問題などを無視することはできない。

しかし本稿では、少なくとも法的には介護サービス提供の核心となるべき「介護サービス契約」と、これを取り巻く諸制度という意味で、検討対象を「契約システム」に限定するものである。もちろん広義の制度にかかる諸問題についても、本稿の検討に必要な限度で触れることになる。

4. 本稿の検討方法

上記の8つのテーマについての、本稿での検討方法について若干説明しておきたい。

まず各テーマについて、(1)として、検討の前提となる事項の整理を行う。すなわち①として、問題の所在を述べ、論点を明らかにする。これら論点に対する考え方は、既存の文献等で論者により表明されているものもあるが、まだ議論がほとんど行われていないテーマも多く、その場合は考える立場をあえて設定してみた部分もある。(「論文」としての体裁からは外れるものであるが、問題提起に向けた検討手法の試みとしてご宥恕頂ければ幸いである。)

つづいて②として、各テーマもしくは類似するテーマについて、医療における取扱や議論の参照を試みる。医療はすでに社会保険のスキームの中で運営されていることから、参照すべき点は多いが、実際には本稿で扱ったようなテーマは、医療分野でも議論途上である場合が多い。

さらに③として、現行の介護サービス提供における取扱を参照してみる。(現行では、措置(民間委託)による場合が中心であるが、相対的には少数ながら、利用者と事業者との間の個別契約による場合(全額利用者負担)もある。後掲別稿⁽³⁾および図I-1参照。)介護保険に移行した場合の、取扱の連続/不連続を意識する必要がある。

これを受けて、(2)において具体的な検討を行う。ここでは、主に既存の法律学での議論を参酌しつつも、今後のルールづくりに向けた検討を行っている。(したがって、現行法下での法解釈論というものではない。)しかしいずれのテーマについても、十分な検討が及ばず、ラフな試論というレベルにとどまっている。また検討に際しては、法律学や社会保障領域の多くのすぐれた諸研究等を参考にさせて頂いているが、紙幅の都合から、注記したものはそのうち当該箇所直接参考としたごく一部に過ぎないことをお断りしておきたい。

⁽³⁾ 別稿58頁、63-64頁参照。

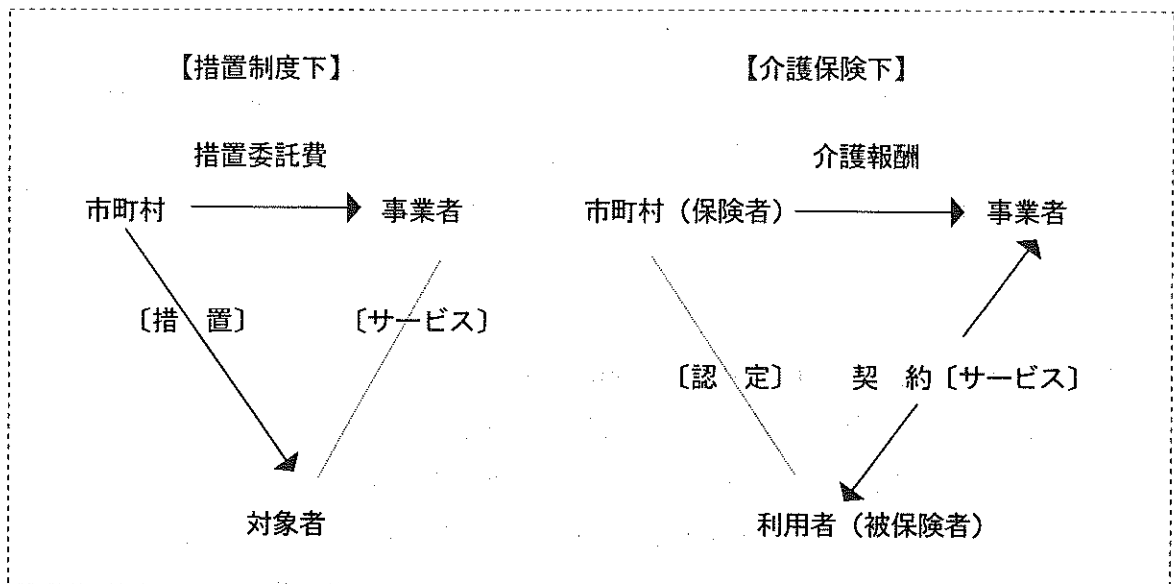


図1-1 介護サービス契約の構造

本稿での記述内容について、下記を補足しておく。

第一に、公的介護保険というときは、昨年12月に成立し、2000年より施行される介護保険法の内容を前提としている。そして本稿では、基本的に介護保険下でのサービス提供を念頭に置いて記述している。

第二に、介護サービスというときは、主に在宅サービス——ホームヘルプや訪問入浴サービスを念頭に置いている。これは、介護施策における在宅サービスの重要性に鑑みて、その代表例であり、しかもすでに個別契約形態もある程度行われているサービス類型を検討対象として取り上げるものである。加えて在宅サービスは、施設型のサービスに比べて検討が著しく遅れているという点を指摘できる⁽⁴⁾。

第三に、いわゆる実態把握——介護サービスにおける苦情やトラブル等の事例・実情——については、主にニッセイ基礎研究所がこれまで行ってきた諸調査に基づきつつ、適宜他の調査⁽⁵⁾を参照した。なお、本稿に直接関連する調査研究として、岸田宏治＝長沼建一郎「民間シルバーサービスと消費者保護問題——在宅介護サービスを中心として」(ニッセイ基礎研『所報』2号、1997年)があり、以下では「別稿」と呼ぶ。

第四に、消費者保護の領域では、現在経済企画庁、国民生活審議会を中心として、「消費者契約法(仮称)」の検討が進められている。これは本稿のテーマにとっても重要な意味合いがある

⁽⁴⁾ この領域における消費者保護の観点からの検討は、従来、施設型サービスとりわけ有料老人ホームに集中してきたとの感がある。もちろん問題も多く、紛争も顕在化している施設型サービスについての検討も、一層進められる必要がある。

⁽⁵⁾ とくに国民生活センターが従来から取り組んでいるほか、シルバーサービス振興会や東京都、総務庁などによる調査がある。

ので、中間報告の段階ではあるが、適宜参照している⁽⁶⁾。

第五に、本稿では法律的な専門用語（とくに理論的な用語）による議論の展開はなるべく避けるよう心がけた。幅広い層の方々に読んで頂きたいためである。本稿の記述に厳密性が欠けているとすれば、もちろん最終的には筆者の検討が正確さ・明晰さを欠くためだが、部分的には上記事情によるものである。

5. 補説——消費者保護アプローチへの批判について

なお本稿のように、介護サービスに対して消費者保護という観点からアプローチするという方法自体について、批判があることを指摘しておく必要がある。

すなわち、介護サービスを消費者保護の側面だけからとらえるのは「一面的」であり妥当でないというものである。この立場からは、介護サービスを一般の商品やサービスと同列に論じることが、出発点からおかしいということになる。また、「事業者対消費者」という図式の中で検討となり、行政の存在が抜け落ちてしまうという点も指摘される。

本稿はここで、アプローチの方法自体について詳しく議論することはしない。仮に消費者保護からの検討が「一面的」だとしても、重要性を有する「一面」である限り、取り組む価値があるであろう。ただ、消費者保護の考え方、あるいは消費者法という領域は、従来の民商法による伝統的なアプローチの限界を打破するために登場してきたものであり、「一般の商品やサービスと同列に論じられない」取引や「事業者対消費者という図式では解決できない」紛争が、消費者保護論のむしろ主たる検討領域となっている事実は最小限指摘しておく必要がある。いいかえれば、消費者保護アプローチを批判する議論は、実は消費者保護論ではなくて、民商法による伝統的なアプローチを批判しているにすぎないとの感もあるのである。

ところがこのアプローチ方法をめぐっては、もうひとつ根の深い問題が横たわっているように思える。すなわち消費者保護アプローチを批判する見解は、介護サービスの提供を国家もしくは行政の本来的な責任だと考えており、民間（営利）企業が介護サービスを提供すること自体に強い懸念を抱いているのではないかという点である。このことから、介護サービスはあくまで「公法的に」律せられるべきであり、「私法的」発想が入り込む余地はない、という考え方に傾くのはある種一貫した思考プロセスといえる。

もしそうだとすると、議論は基本的な考え方（社会保障における国家の役割等々）に及び、歩み寄りも容易ではなかろう。本稿は、少なくとも介護サービスについては、民間企業を含む多様な主体により供給することが望ましい——これらを通じた早期の供給確保が喫緊の課題である——という考え方に立脚しているからである。（この点は、本書所収の郷一尚「介護サービ

⁽⁶⁾ 「消費者契約法（仮称）の具体的内容について」経済企画庁1998年。なお、同法の適用範囲も検討中であるが、介護サービス契約にも（公的主体を含め）広く適用されることが想定される。

スにおける公と民の役割に関する経済分析」参照。）

このような基本的な考え方如何により、アプローチ方法はもちろん、個々の問題点への対応方策も影響を受けることは避けられない。ただ、目の前に問題点が山積していることだけは確かである以上、本稿としては実態を踏まえ、あるべき方向を模索するという作業（すなわちⅡ. 具体的な問題をめぐる検討の部分）にあくまで重点を置くこととしたい。

Ⅱ. 具体的な問題をめぐる検討

1. 締約強制の是非

論点：事業者は、利用者からのサービス提供の申し出に対して、契約の締結・サービス提供を拒否することができるか。

(1) 検討の前提

① 問題の所在

電気・ガスをはじめ多くの公共（的）サービスでは、いわゆる締約強制（契約の強制的な締結）が法定されている。

介護サービスについても、その公共性に鑑みて、事業者が契約を一方的に拒否することは原則として許されないこととすべきかどうかを検討する必要がある。

締約強制を課さない、事業者は利用者を選別してサービスを提供し、恣意的な「介護拒否」⁽⁷⁾が横行するとの主張は多い。

しかし介護サービスは、独占事業でもないことから、その事業者の経営判断による営業活動を制限することには、慎重な検討が求められるべきである。

② 医療（契約）での取扱

医師法においては19条1項が医師の診療義務（あるいは応招義務、応需義務）を定めており、「正当な事由」がないのに診療を拒否すれば、行政処分の対象となり、また刑事責任、民事責任を問われうる。

③ 現行の介護サービスにおける取扱

現行法ではとくにこの点の規制は課されておらず、また特段トラブル等も顕在化していないと思われる。ただし介護保険下での「介護拒否」を懸念する声は多い。

⁽⁷⁾ いわゆるクリームスキミング。ちなみにこの現象は（不正確な表現であるが）事業者による「逆選択」といわれることもある。

(2) 具体的な検討

① 締約強制の論拠と介護への適合性

医療との対比、また高齢者にとっての介護サービスの重大性からすると、介護サービスの事業者に締約強制を課することは、ある種自然な発想ではある。

しかし、たとえば医療行為や他の公共企業同様、締約強制を課することが必然的に要請されるかどうかは、なお精査を要するよう思える。

すなわち、まず介護サービスは、公共企業のように独占事業ではなく、利用者はむしろ自由に事業者を選べるのが、介護保険におけるひとつの“セールスポイント”でもある。医師のように国家資格・免許制でもない。

また、医療行為と比べると、介護サービスは緊急性（「たらい回し」による危険）には相対的には乏しい⁽⁸⁾。

さらに、「事業者による利用者の選別」の危険については、確かに憂慮されるものの、どんなサービス業にもある種随伴する問題であり、少なくともこれだけを決め手とするには無理がある。

しかしながら、現在諸事業に課されている締約強制も、その根拠は様々であり（独占事業以外に課されることもある）、必ずしもその“相場観”は一定していない。その中では、いわば様々な要素の「合わせ技」で、介護サービスの事業者にも締約強制を課するというのもある種の納得性はあるように思われる。

② 基本的な方向

より实际的に考えると、締約強制を課さないこととすれば、事業者は「利用者の選別」「介護拒否」を（極端にいえば）自由に行えることとなる。他方、締約強制を一応課することとする場合には、医療行為と同じように「正当な事由」でその範囲を調整することが可能となる⁽⁹⁾。

完全にサービス提供を義務化することは硬直的だとしても、逆に全く恣意的な介護拒否は認めるべきではないとすれば、原則的には締約強制を課しつつ、例外として認められる「正当な事由」について、あらかじめ類型的に検討しておく、というのが实际的な解決ではないかと考えられる⁽¹⁰⁾。

③ 例外たる「正当な事由」

そこで、締約強制の例外として認められる「正当な事由」について、若干検討してみたい。

⁽⁸⁾ ただしいわゆる老々介護において介護者が倒れた場合など、緊急対応を要する場合もあろう。

⁽⁹⁾ もっとも医療行為について、医師法では「正当な事由」についての具体的な規定はない。

⁽¹⁰⁾ なお、締約強制の“裏返し”の問題として、サービス提供の継続の問題（一方的なサービス提供中止の問題）がある。基本的には締約強制についての検討内容が当てはまるが、契約条項との関係を踏まえ、やはり類型的な検討を要しよう。

具体的な類型としては、i. 資源的制約、ii. 営業範囲・遠隔地等、iii. 事業者の専門違い、iv. その他、が考えられる。

i. 資源的制約

典型的には「混んでいる」「人・施設が足りなくて、対応できない」というケースである。医療であれば「病床が一杯で入院できない」「医者自身が病気で診療できない」などのケースにあたるもので、やむを得ない事態といえよう。

もっとも病院であれば、「3時間待てば」診てくれるわけだが、在宅型サービスの場合、「今は混んでいるなら、何ヶ月でも待つからヘルパーを派遣してくれ」との要望があったとき、これを受けなければならないか、という点は微妙であろう。一応、“その時点”での資源的な制約があれば、一旦は断る理由になると考えておきたい。

ただし（この点はii. 以下でも同様だが、）事業者として可能な対応範囲（施設であれば定員にあたる事項等）を事前に開示するとともに、理由を付記した「お断り」文書等の交付をルール化することで、恣意的な介護拒否を防ぐことが望ましい。

ii. 営業範囲あるいは遠隔地等の問題

とくに訪問型のサービスで、遠隔地等からの申込への対応が問題となる。しかしこれは、営業範囲たる自治体内での申込であれば、基本的には断る理由にはならないと考えるべきであろう。もっともそのことが上記i.の資源的な制約となれば、正当な事由となる。難しいのは離島等であるが、一応それも営業範囲内と考えておきたい。（ただしこれらの点は、介護報酬における交通費の取扱等に左右される部分大きい。）

iii. 専門違いの問題

たとえば医療であれば、内科医に外科の診療を強制することが困難なのは確かであろう。同じようにたとえばヘルパーについて、家事援助は対応するが、身体介助は「専門が違う」ので断る、ということが許容されるかどうか問題となる。同一のサービス種類の中での“選り好み”は疑問が大きいのだが、その同一種類の中でも「専門性の明確な違い」がありうるかどうか、現時点では判断できず、引き続き検討を要する。

iv. その他

上記以外にも、いくつか「正当な事由」にあたるカテゴリーはありうると思われる（たとえば一部負担の未払等）が、検討が及ばない。また、これら以外にまさに「その他」として、一般条項を置いておく必要があるかどうか検討を要する。

さらに逆に、上記事由が存在してもなお、（たとえば緊急に）サービス提供を行わなければならない、というケースを想定するべきかどうか検討を要しよう。

いずれにせよ、できるだけ「正当な事由」の類型化を図り、サービス提供を拒否できる場合を事前に明確化しておくことが重要だと考えられる。

④ 公的介護保険および市場との関係

以上に加えて、公的介護保険の給付対象であるという点をどう評価するかが問題となる。保険給付の対象であるということ自体は、締約強制を肯定する要因であろう。しかし逆に、保険対象外の場合は、同様に締約強制を課するのか、一転して締約強制不要とするのか、が問われる必要がある。

この点は、市場におけるサービスの供給状況にも負うところが大きいし、サービスの内容にもよる。公的介護保険により（抽象的な表現だが）ある程度の給付水準は賄われるとすれば、これを超える部分については市場に任せればよいともいえる。したがってここでは一応、締約強制が課されるのは保険給付対象となる部分のみと考えておくこととしたい。さらに将来的に、供給の充実が図られれば、保険給付の部分についても、（介護報酬の自由化等と連動して）締約強制を外すことは考えられよう。

⑤ いわゆる混合介護について

ところで公的介護保険においては、（医療と異なり）いわゆる混合介護が認められることとなっている。具体的には、要介護認定による保険給付の範囲では、たとえばホームヘルプサービスが週2回提供されるという場合、全額自己負担により、週にあと何回かホームヘルプサービスを依頼することが可能である。（いわゆる「上乘せ」形態。このときはじめの2回分については、保険給付の対象＝1割の自己負担。）

このとき、（上記④で述べたように）保険給付部分についてのみ、締約強制を課するとすると、「上乘せ」部分の取扱が問題となる。（逆に保険給付の対象であるかどうかにかかわらず、およそ介護サービスである限り締約強制を課するという立場を取れば、検討は必要なくなる。）この場合、契約としては両者があくまでひとつの合意内容として締結される（いわば財源がちがうだけである）ことから、このような規制も契約全体が対象となると考えるのが自然ではないかと思われる。すなわち契約の一部が保険給付対象である限り、契約内容全体に保険給付対象部分への規制の効果が及ぶという考え方である。しかしやや極端なケースも含め⁽¹⁾、保険給付部分と「上乘せ」部分とで取扱を分けた方が妥当な場合も考えられ、なお検討を要する。

なお、II. 2以下の各テーマについても、本稿では保険給付対象となることを前提に検討を行っているが、いわゆる混合介護にかかる場合については、それぞれ同様の問題点がある。

⁽¹⁾ たとえば保険給付の範囲ではホームヘルプを「週1回・2時間」という場合に、「上乘せ」で「毎日・10時間」という申込みがあっても、締結が強制されるか、という問題がある。

2. 契約書作成の要否

論点：介護サービス契約に、契約書は必要か。また何を記載すべきか。

(1) 検討の前提

① 問題の所在

介護サービスが契約により提供される以上、権利義務関係を明確にすべきであり、契約書は必須だという主張は広く行われている。

これに対して契約書が不要だとする主張はないが、契約書がもつばら利用者側の義務を規定する「誓約書」に転化する危険性があるという点が指摘されることもある。

また、介護保険法による給付である以上、個別契約で勝手に内容を決められるわけではなく、逆にサービスの具体的な態様を文書化することにも限界がある⁽¹²⁾ことから、契約書に具体的に何を記載するかが問題となる。

さらに実際には契約内容の相当部分がケアプランにより定められることとなり、これとの関係を整理する必要がある。(ただしつねにケアプランが作成されるわけではない。)

② 医療（契約）での取扱

医療（診療）行為も、一応「契約」として観念されているが、診療一般に際して契約書等の文書による合意は通常行われていない。ただし、手術などの特段の処置に際しては同意書等が徴されている。

③ 現行の介護サービスにおける取扱⁽¹³⁾

個別契約に際しては申込書・契約書が交わされている。またサービスの具体的な態様は、別途の介護計画書等に委ねられることが多い。

他方、措置（民間委託）によるサービス提供の場合は、自治体と事業者の間で委託文書が交わされ、事業者と利用者の間では特に契約書等は交わされない。

⁽¹²⁾ この点は、サービスの「質」との関係で、II. 4で検討する。

⁽¹³⁾ 別稿63頁以下参照。

(2) 具体的な検討

① 契約内容の分解

契約書が不要だとする論者は見当たらず、その点では一致を見ているようであるが、一体何を契約書に記載すべきかについては、議論が詰められているとはいえない。少なくとも「契約書さえあれば、すべてクリアになり、問題は解決する」と考えるのはある種の幻想である。

そこで、改めて介護サービス契約の内容を（現行の個別契約をもとに）見てみると、大きく3つに分けられる。（表Ⅱ-1参照）

第一に、サービス給付の種類・内容（「何を」）である。たとえば「ホームヘルプサービス」「訪問介護」等々が、サービスの基本的な種類・内容にあたる。

第二に、給付の態様（「いつ・だれが・どのように」）である。たとえばホームヘルプサービスであっても、身体介助・家事援助等に大別されるし、その具体的内容はさらに細かく分かれる。また何月何日の何時に、幾人でサービスを提供するか、等々である。〔現行の申込書部分〕

第三に、これに付随する諸々の事項である。代金の支払方法や、損害が生じたときの賠償ルール等々が定められる。〔現行の付随（的）条項部分〕

② 契約文書の構成——ケアプランとの関係

これらのうち、主要な部分はケアプランとして策定されよう。しかしとくに上記第二の部分の詳細や、第三の部分については、ケアプラン本体に取り組むのは（少なくとも現在実務的に想定されているケアプランのイメージでは）やや無理があり、いずれにせよケアプランだけでは契約は完結しないと思われる。そうすると、まずケアプラン自体を法的にどう位置付けるかが問題となる⁽¹⁴⁾。

ひとつの方向性は、ケアプランを契約文書の中核と位置付けて、残りは何らかの形で別途文書化するという方向である。（ケアプランの付属文書とするのが分かりやすいであろう。）もうひとつの方向性は、ケアプランはあくまでサービスの全体像を示すものとして、法的には各事業者との個別の契約をあくまでベースにするという方向である。（なお、ケアプランが作成されない場合は、個々事業者との契約がベースとならざるを得ない。）

前者のケアプランに集約させる方向性のメリットは、多数当事者が一挙に参画し、法的関係を決定できるという点にある。（後者の方向であれば、たとえば5つのサービス種類を利用するとすれば、5つの事業者と個別に契約締結が必要となってしまう。）加えてケアプランであれば介護支援専門員やその他の専門家等も作成に関与するので、本人の意向反映を含

⁽¹⁴⁾ 本沢（1996）173頁がケアプランの法的性質を検討する必要性を指摘している。

めた利用者保護の観点からも望ましいといえる。

しかし、この方向を実現させるのは、かなりの努力を要するように思える。ケアプランに盛り込まれる内容は、(少なくとも現在の実務上の想定では) それだけで契約書・申込書に代わりうるほど詳細なものではない。契約文書をかなり整合的に標準化しないと、ケアプランとは別に、各事業者と契約を締結する(別途の文書取り交わしや押印手続等が必要になる)というかえって煩瑣な事態になりかねない。

ケアプランを中核とした場合のイメージとしては、たとえば以下の3つのパートでの構成が考えられる。

- パートA——いわゆるケアプラン。日程表とサービスの組み合わせ。
(基本契約書として、これに各当事者が押印するイメージ)
- パートB——各サービスの実施にかかる、利用者毎の具体的な態様。
(付属文書のイメージ)
- パートC——各サービスにかかる付随的な取り決め条項。
(いわゆる約款のイメージ)

このパート毎の記載内容レベルをサービス種類毎に揃えることができれば、望ましい方向となろう。ただし、契約期間の長短をはじめとして、標準化を行うのは実務サイドの——各業態の協力による——かなりの努力を要しよう。

逆にケアプランを契約文書の中核に法的に位置づけることが困難だとすれば、各事業者との個々の契約文書が法的なベースとなることになる。その場合のイメージとしては、たとえば以下のような構成が考えられる。

- 申込書・契約書 —— 各サービス毎の、実施にかかる基本的内容(基本契約書として、これに各当事者が押印するイメージ)
- 付属文書 —— (上記のパートB)
- 約款 —— (上記のパートC)

- ケアプラン —— (上記のパートA: 契約文書の外に位置づける)

このように契約文書を細分化し、とくに「約款」を独立させることは“複雑・難解”との印象があるかもしれない。しかし利用者が記入・押印する部分と、それ以外の部分とは明確に分けて、また約款についても事業者間の比較が容易になるよう独立させることの意義は小さくないと思われる。

いずれの形にせよ、次に述べる「標準化」をいかに図れるかが重要な課題となってくる。

表II-1 現行介護サービス契約のイメージ

- ・ 現行のホームヘルプサービスの個別契約においては、概ね下記のような事項が定められている。
- ・ ただし具体的な内容や文言、契約文書の呼び方（申込書、契約書、約款、取り決め事項、会員規約等）は様々である。（また別途介護計画書等が作成されることが多い。）

<p>申 込 書 部 分</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ 契約者の氏名・住所等 ・ サービス対象者（要介護者「本人」）の氏名・住所・生年月日等 ・ 介護サービスの期間 ・ 介護サービスの内容・種類 ・ 介護サービスの実施日時 ・ 介護サービスの料金 	
<p>付随（的）条項部分</p>	<p>サービス料金</p>	<p>料金の計算方法、訪問の場合は実費を徴収する旨、月末締め切り・翌月銀行引き落としの旨を定める</p>
	<p>サービスの内容の変更と中止</p>	<p>サービス対象者の状態により、サービス内容を変更・中止することがある旨を定める</p>
	<p>免責事項</p>	<p>事業者が責任を負わない場合を定める</p> <p>①サービス実施を原因としないサービス対象者の身体に関する不測の事態に起因した事故発生</p> <p>②事業者の指示・依頼に反して利用者側（サービス対象者・家族）が行った行為、利用者側の故意・重過失による不実の告知に起因した事故発生</p> <p>③地震・噴火等の天災・公権力の行使等、事業者の責によらない事由による事故発生、サービス実施不可能</p>
	<p>損害賠償責任</p>	<p>事業者側の故意・重過失により利用者側の身体を損傷・財物を損壊した場合は、損害賠償を行う旨を定める</p>
	<p>契約の期間</p>	<p>契約の有効期間、協議による更新を定める</p>
	<p>契約の解除</p>	<p>料金延滞による契約解除について定める</p>

③ 標準化をめぐる留意点

契約文書の標準化については、とくに付随的な取り決め事項に関して、留意すべき点がある。第一は、記載すべき項目自体の標準化を図る必要があるという点である。第二は、この文書以外のところで付随的な取り決めを行わないようにするという点である。ともに契約の「尻抜け」を防ぐための留意点である。

第一の点は、必要的記載事項という考え方であり、一定の項目の取扱については、必ず契約（あるいは約款）の中で定めなければならないというものである。（どのような項目がこれにあたるかは、まさにサービス種類により定めていく必要がある。）たとえば代金支払が遅れた場合の取扱（遅延利息等）について、事業者が内部的に定めていても、契約に記載されていなければ効力を持たないということである。

もちろんそのような内部的取り決めが法外なものであれば、そのまま効力を認められるものではなかろうが、契約として明示することにより、開示自体の効果に加えて、法的な予測可能性をうむ（無用な紛争を避ける）、事業者間での比較が可能になる等の効果が期待できる。

第二の点は、契約（約款）を、諸々の取り決めを行う排他的・専属的な舞台とするということである。上記のような形で“オープン”になる契約・約款以外の、たとえば「しおり」や差入書のような形で、別途の法的な定め（たとえば「予告なくサービス内容を変更することがあります」などのガード文言や、免責文言等）を行うことを認めれば、契約・約款の趣旨が潜脱されてしまうおそれがある。

このような記載（プレプリント、不動文字等）があっても、そのまま効力を認められるかどうかは疑わしいが、内容以前に（あるいは内容の如何を問わず）、そもそもそのような形での定め自体が問題である。趣旨は、第一の点と同様である。

これらに加えて、現在検討されている「消費者契約法（仮称）」でも取り上げられている通り、契約条項の明確さ（不明な場合は消費者に有利な解釈）等が、介護サービス契約においても求められよう。

④ 契約の当事者をめぐる問題

なお実務的には細かいようだが重要な問題として、契約当事者の設定がある。現状の個別契約では、高齢者＝要介護者「本人」あるいは家族が“適宜”契約者になっているようである。このこと自体は、「本人」の意向が無視されうるという意味では問題だが、逆に形式的に「本人」となっていれば、それで本人の意向が反映しているというものでもない点には留意を要する。

公的介護保険では、被保険者本人が、申請者となる。契約当事者も「本人」となるのが自然であるが、民法の原則により、契約締結には意思能力が必要であるため、いわゆる無能力

者（禁治産者、準禁治産者）は契約を有効に締結することができない。

しかし現行の無能力者制度は、対象も限定的で、手続等も硬直的であるため、高齢化の進展——要介護者の増加等には十分対応できそうにない。そこでより幅広く、柔軟に対応できる成年後見制度が検討されているわけである。

成年後見制度の具体的な内容については、今後法制化に向けて検討されていくことになるが、昨年公表された「成年後見問題研究会報告書」（平成9年9月）では、成年後見人の職務として「介護・生活維持に関連して必要な契約を締結する行為」が「ほぼ一致した意見」として挙げられている。他方、「治療行為等についての決定・同意権」「本人を現実に介護する行為」等は、今後の検討事項と位置付けられている点に注意を要する。（成年後見制度も“万能薬”“魔法のランプ”ではなく、過大・過剰な期待をかけるべきではない。家族との関係をはじめ、多くの難問は別途検討・解決される必要がある。）なお、上記研究会の考え方は、法務省による「成年後見制度の改正に関する要綱試案」（平成10年4月）にも基本的に引き継がれている。

しかしただちに想起されるように、「介護についての契約の締結」と「“介護行為”についての決定・同意権」とは、紙一重である。法律的な観点からも可能な限り分析・検討すべきではあるが、結局（少なくとも部分的には）実際上の解決——具体的にはケアプラン作成の中での適切な諸調整——に委ねざるを得ない。

その中では、やはり専門職としての介護支援専門員（ケアマネージャー）等に、十分高齢者＝要介護者「本人」の意向も汲み取りつつ、なお生活状態の維持・向上や自立支援も図るための適切なケアプランを策定する役割（さらには契約締結へのサポート、アシスト）が期待される場所である。

（なお法的な（契約締結上の）側面よりも、より事実上の側面での問題につき、II. 3およびII. 6参照）

3. 情報提供あるいは「インフォームド・コンセント」

論点：契約締結、サービス提供に際して、事業者からの情報提供、「インフォームド・コンセント」は必要か。

(1) 検討の前提

① 問題の所在⁽¹⁵⁾

介護サービスの提供においても、事前に利用者に情報が提供され、「インフォームド・コンセント」の理念が徹底されるべきだとの点が広く主張されている。

現在検討されている「消費者契約法（仮称）」においても、情報提供義務は契約締結過程における対応の中心に位置づけられており、介護サービスが契約により提供されるとなれば、同様の要請が働こう。

ただし多くの取引と同様に、提供すべき情報の線引きは難問である。また逆に、ケアプランの策定に利用者側が参画することで実質的に解決される部分もあることから、契約プロセスに即してより具体的に検討する必要がある。

② 医療（契約）での取扱

医療において、これらの問題はまさにホットイシューであり、カルテ開示問題をはじめ、様々な検討や法案化の動きがある。またいうまでもなく「インフォームド・コンセント」はまず医療行為について、問題とされたものである。

したがって、医療における議論を十分参酌するとともに、介護との異同についても留意する必要がある。

③ 現行の介護サービスにおける取扱

現行の個別契約においても、事前訪問による説明等は比較的行われており、トラブル事例においても「話が違う」というケース（情報提供の欠如や実際との齟齬）は多くない⁽¹⁶⁾。

ただし実際のサービス提供時を含む、情報提供あるいは「インフォームド・コンセント」の“程度”や、すでにサービス内容が決められている措置（民間委託）によるサービス提供の場合の取扱は不明であり、事前情報との齟齬によるトラブル等が指摘されることもある。

⁽¹⁵⁾ なお、本節のテーマを「情報提供あるいは『インフォームド・コンセント』」として掲げた。「インフォームド・コンセント」は主に医療の分野で議論されているものであり、その射程は（論者にもよるが）いわゆる情報提供問題と必ずしも一致するものではない。しかしここでは、少なくとも「インフォームド・コンセント」の中核に位置する「説明義務」を情報提供義務と同質のものと考え、両者にかかる検討ポイントを同時に扱うこととした。

⁽¹⁶⁾ 別稿65頁以下参照。

(2) 具体的な検討

① 問題へのアプローチ

この事前の情報提供の問題は、実は非常に幅が広い。「事業者はいろいろな情報を提供すべきだ」というような一般的な命題には異論はなかろうが、スローガンだけ唱えていても、具体的なルールづくりには結びつかない。

すなわち、どの時点で、どのような内容の情報を、どのような形・方法で、誰に対して提供することが必要か、またその提供／不提供の効果・帰結をどう考えるか、という点について、具体的に検討することが求められる。

② 契約プロセスに即した検討

上記の通り、検討すべきポイントは錯綜しているが、ここでは契約プロセスに即して（すなわち「どの時点で」という角度を軸に）若干の検討を試みたい。

というのは、情報提供の場面では、つねに何が提供すべき「重要な情報」かが問題となるが、契約プロセスに応じて、その何が「重要な情報」かがまさに変化すると考えられるからである。（少なくとも「重要な情報」を提供せよ、というだけでは実効的な指針とならない。）

具体的には、介護サービス契約のプロセスは、（広告——）ケアプランの策定（サービス選定・事業者選定）——サービス事前説明——サービス提供開始——サービス提供完了、というように分解される。（実際の契約締結がどの時点になるかは、ケアプランの法的性格・位置づけにかかわる。II. 2 参照。なお、広告のあり方については医療でも問題となっており、固有の論点があろうが、本稿では検討が及ばない。）これらのプロセスに沿って、若干検討してみよう。

i. ケアプラン策定——サービス選定段階

ここでは、まずどんなサービスを組み合わせるかが検討されるので、そもそも当該サービスがどんなものなのか、という意味内容の説明が不可欠である。

たとえば同じ入浴サービスでも、「訪問入浴サービス」「（ホームヘルプにおける）入浴介助」「入浴車（車内での入浴）」の区別を明確に理解している利用者は多くないであろう。ケアプランの策定プロセスの中で、基本的な内容説明が行われることが期待される。

ii. 事業者選定段階

ここでは（ケアプランが策定される場合はやはりその一環ではあるが）、サービス種類についての基本的事項というよりは、むしろ事業者毎に異なるいわば「偏差情報」が重要となる。すなわち利用者が事業者（公的主体を含め）を「横並び」に比較できることが重要であ

り、サービス表示の凡例づくりや一括表示の励行（「いいことだけいわない」）などが求められる。提供すべき情報の「定型化」ではなく、「標準化」である。

この i. と ii. については、ケアプラン策定の中で、事業者というよりは介護支援専門員等に、説明が期待される⁽¹⁷⁾。（ケアプランが策定されない場合は、事業者の役割となろう。）しかし i. と ii. とで、何が「重要な情報」かは、ほとんど重ならない。この点をケアプラン策定において十分に意識しないと「すれ違い」や「(事後的な) ないものねだり」となりやすく、事前に「重要な情報」を提供すべきだとする「消費者契約法（仮称）」との関係でも、とくに留意すべき点といえる⁽¹⁸⁾。

iii. サービス提供段階（事前訪問・実施・終了後）

つづいて、サービスを実際に提供する段階の問題がある。

現在、個別契約でも事業者による事前訪問は広く行われており、そこでサービス提供に際しての留意点等が説明されている。事前訪問や実施段階で改めて説明を行うことは、たとえ i. や ii. の段階での説明が介護保険法下では十分行われるようになったとしても、なお励行されるべきである。医療でいえば、実際の治療や手術時の説明にあたるもので、(法的意義とはいえないかもしれないが、) 心理的な納得効果もあろうし、この段階での“翻意”もありえよう。

また、サービス実施後の情報提供・説明も重要である。医療であれば、治療や手術の結果報告（あるいはまたカルテ開示）にあたる、利用者へのフィードバックである。実施報告書にせよ、日誌方式にせよ、やはり何らかの形式面での標準化が望まれる⁽¹⁹⁾。

iv. 契約締結時

上記とは別に、契約締結時の説明の問題がある。ただし、契約締結がどの段階に来るかは、その契約プロセスの構成のあり方による。（II. 2 参照）

その際に、契約の重要事項を説明すべきだとのことになるが、ここでも具体的に考える必要がある⁽²⁰⁾。サービスの基本的事項と、事業者独自の事項が既に説明されているとすれば（i. や ii. ）、残りはいわゆる付随的条項が多くなる。しかし、このあたりは説明というよりも、むしろ客観的な内容規制に馴染む部分が多いとも思われる。（II. 5 参照）

⁽¹⁷⁾ ただしその前提として事業者からの情報開示・提供がなければならず、この間の法律的構成についてはなお検討を要する。

⁽¹⁸⁾ 拙稿（1998）参照。生命保険契約を例に検討したものだが、論点の所在はほぼ同一である。

⁽¹⁹⁾ サービス提供の記録を当事者双方が残しておくことは、事後的なトラブル解決に資するとともに、保険者への不正請求防止の観点からも意義があろう。

⁽²⁰⁾ しばしば「契約締結の際に、十分説明すべきだ」といわれるが、具体的な契約プロセスを考えると、必ずしも契約締結時だけが説明を行うべき時点ではなく、逆に契約締結時にすべてを求めるのは現実的ではない。

③ 情報不提供／不同意の場合の効果

必要な情報提供を行わないと、契約の効力に影響する場合がある。「消費者契約法（仮称）」によれば、情報の不提供と意思決定の間に因果関係があれば、契約の取消が可能である。

ただ、とくにiii. の段階のものや、i. やii. の中でもいわば軽微なものは、契約の効力を左右するところまではいかない（効力を覆すべきではない）ことも多いと考えられる（II. 7参照）。

むしろ問題は、情報提供・説明を行ったときに、同意が得られなかった場合である。とくに家族ではなく高齢者＝要介護者「本人」に、サービス提供時に同意が得られないというケースが考えられる。（なお契約締結段階の問題は、II. 2参照。）

この問題は理念的には、サービスを提供する側の、いわゆる「専門家の判断」（要介護者の生活状態を維持・向上させる、自立支援を行う）と、「自己決定権」（高齢者＝要介護者「本人」の意向・希望を尊重する）との相克ともいえる。このような理念的な問題は、正面から解こうとしても無理がある。したがって、ぎりぎりの提供段階でそのような“相克”が顕在化しないよう、ケアプラン策定段階で、「本人」の意向が十分反映されることが望ましい。しかし、そこで「本人」の意向を十分反映できない場合も実際にはありえよう。

このような事態に立ち至った場合、一般論としては、なお「本人」の意向が重視されるべきであろう。（なお、「本人」の意向が明確でないときは、一部は成年後見制度による解決が期待されるが、成年後見制度の法制化ですべてが解決できるわけではない。II. 2参照）しかしながら、少なくとも最低限の生存（たとえば衛生状態）を確保するための医的要請や、自立支援の必要性から、「専門家の判断」が優越し、ある程度のサービス提供の「強行」が容認されるケースもありうるように思われ、今後さらに検討を要する。（なおII. 6参照）

なお先回りしていうと、後述するようなサービスの「質」の確保の問題（II. 4）については、一義的には契約内容（条項）の問題であるが、それだけでは解決しきれず、一部は事前の情報提供問題に“戻ってくる”ことになる。

4. 契約による「質」の確保

論点：契約（文書・条項）を明確化することで、サービスの「質」を確保することができるか。

(1) 検討の前提

① 問題の所在

介護サービスの「質」が重要であることは、多くの論者が指摘している。しかしより具体的に、「質」を確保するためには何が必要かを検討し、ルール化していくことが大切であろう。

本稿全体としても、契約システムにかかわる「質」の問題をテーマとしているわけだが、ここではその中でもいわば契約（文書・条項）そのものとの関係で、「質」の確保について検討してみたい。

契約内容が不明確であったり、より極端に契約書がなかったりすれば、適正なサービス提供が行われず、トラブル等につながるおそれも大きい。そうだとすれば、逆に極力契約内容を具体化することで、契約（文書・条項）の次元でサービスの「質」を確保するという方向が考えられる。

しかし介護サービスは無形で純粋役務性が強いいため、契約においてその「質」を扱うことは、そもそも困難な面もある⁽²¹⁾。

したがって、改めてサービスの「質」とは何かについて、契約（文書・条項）との関係で、考えてみる必要がある。

② 医療（契約）での取扱

そもそも通常は契約文書を取り交わしていないので、法的な問題としては意識されていないように思える。

ただし事実上の問題としては、「痛み」への対策（緩和医療・ケア）などが重要なテーマとなりつつある。

③ 現行の介護サービスにおける取扱

サービスの「質」については、個別契約でも契約事項とは考えられておらず、通常は契約文書の中でも触れられていない。

したがって、もっぱら事業者の教育訓練や事業方針、あるいは具体的なサービス提供者（ヘルパー等）の属人的な問題とされているといえる。

⁽²¹⁾ 介護サービスをどこまで文書化できるかという点は、いわゆる「法化/非=法化」にかかる論点でもあり、田中（1998）が検討を加えている。

(2) 具体的な検討

① 問題の種類

介護サービスの「質」の確保について、(狭義の)契約システムにおいて、何ができるであろうか。ここでも具体的・分析的に考える必要がある。

とりあえず、在宅介護サービスにかかる主な苦情・トラブル類型(表Ⅱ-2)を参考にしながら、契約システムにかかる「質」の問題を、4つに分けてみよう⁽²²⁾。

第一に、ハード(設備、施設、器具、用具等)に近い「質」がある。(ハードを「質」というのも少し不自然だが、無形のサービスを提供する際でも、何らかの“もの(ハード)”が関与することは多い。)

第二に、何らかの事故や損害が発生していないかどうか、という側面がある。(比喩的にいえばサービス提供において、「0(ゼロ)」を出発点として、「マイナス」が発生していないか、という観点である。)苦情・トラブル類型(表Ⅱ-2)との関係では、「損害発生型」の多くがこれに当てはまる。

第三に、サービス本体の契約適合性の問題、すなわちあるべきサービスがきちんと提供されているかどうか、という側面がある。(比喩的にいえば、「0(ゼロ)」を出発点として、「プラス」の方に向かっているか、という観点である。)苦情・トラブル類型との関係では、「契約不適合型」の多くがこれに当てはまる。

第四に、付加的な、いわばプラスアルファの側面(たとえば快適さ)がある。

もちろんこれらを厳密に分けることは難しい。(このことはいわゆるサービス契約の構造自体に由来しよう。)しかし、これら様々な側面が「十把ひとからげ」に扱われ、「質」の問題としてスローガ的に議論されるよりは、多少無理があっても側面を分けて検討した方が、まだしも生産的であろう⁽²³⁾。

⁽²²⁾ 実際の苦情・トラブル事例については、別稿65頁以下参照。

⁽²³⁾ 必ずしも適切な比喩ではないが、これら4つの側面をたとえば「テレビ」を買ったときの問題に仮託すれば、そのデザインは第一の側面、「映るどころか発火して火事になった」というのが第二の側面、「映らない」「きちんと映らない」「白黒しか映らない」というのが第三の側面、「他よりキレイに映らない」「リモコンが使いづらい」などが第四の側面ということができようか。(「もの」に仮託すると、ある種分かりやすいのだが、逆にサービス契約の特性が見落とされる懸念がある。)

表II-2 在宅介護サービスにかかる主な苦情・トラブル類型

A. 契約不適合型

	内 容	実 例
A-1 事前情報違背型	事前に情報提供・説明されたサービス内容と異なる	<ul style="list-style-type: none"> ・身体介助全般ということだったのに、家事援助しかやってくれない ・話が違う
A-2 履行遅延・不履行型	決められた日時に、決められたサービスが提供されない	<ul style="list-style-type: none"> ・入浴車やヘルパーが時間通りに来ない、まったく来ない
A-3 不十分履行型	サービス提供のあり方が、何らかの形で十分ではない	<ul style="list-style-type: none"> ・下手だ、不快だ、(食事が)まずい、(入浴が)ぬるい ・頼みをきいてくれない、融通がきかない ・(価格と比べて)不満足
A-4 不達成型	サービス提供による効果・自立支援等の目標が達成されない	<ul style="list-style-type: none"> ・リハビリを行っても介護状態が改善しない

B. 損害発生型

	内 容	実 例
B-1 人身損害型	サービス提供の際に、利用者の人身を損傷	<ul style="list-style-type: none"> ・入浴介助時に、高齢者を落として骨折させた ・ヘルパーにたたかれた
B-2 もの破損型	サービス提供に際して、利用者宅の物品等を損傷	<ul style="list-style-type: none"> ・浴槽搬入時に家具を傷つけた ・ヘルパーが掃除中に、花瓶を割った
B-3 もの紛失型	サービス提供に際して、利用者宅の物品が紛失	<ul style="list-style-type: none"> ・ヘルパー訪問後に財布がなくなった
B-4 精神的損害型	サービス提供により、精神的な苦痛を受ける	<ul style="list-style-type: none"> ・ヘルパーに罵られた ・不親切なサービスで、いやな思いをした (他の類型と同時に発生)

② ハードの問題

ここでいうハードの問題としては、たとえばリハビリ器具の性能や、搬送浴槽の機能などがあげられる。介護に携わる人の一般的な資質（資格や有する技能）も、ここでいうハードの質の問題に含めることができよう。（たとえば「当社が派遣するのは、全員ヘルパー2級取得者である」等。なお現場での働き方は、むしろ③や④の問題といえよう。）

さて、これらは契約の内容といえるであろうか。最低限の質は確保される必要があり、場合により（今後も）事前規制の対象となろうが、これを超える、いわばセールスポイントとしてのハードについては、事前にそれが明確に表示（広告、説明等）されるのであれば、契約内容として保護される必要が生じる。

たとえば「最新鋭の浴槽」を売り物にした場合、実際にはそうでない機器によるサービス提供が行われれば、「消費者契約法（仮称）」によれば情報提供義務違反（不実告知）だといえ、その情報と契約締結との間に因果関係があれば、契約の取消が可能とされることになる。

ハードにかかる諸情報についても、これを大きなセールスポイントとするのであれば、（契約文書に取り込まないまでも）印刷物に明記し、相手方に手交することを励行（場合によってはルール化）すべきであろう。

③ 事故・損害発生の問題

第二としてあげた、事故や損害の発生にかかる問題としては、たとえば入浴サービスや身体介助に際して、誤って高齢者の身体を傷つけたという場合（表Ⅱ-2のB-1型）や、サービスを提供する過程で利用者宅の家具やものを壊した・なくしたという場合（B-2型、B-3型）などが挙げられる。前者はいわばサービス提供自体から発生した損害であり、後者はいわばサービス提供に付随して発生した損害である。

契約面の対応からは、このような不適正事象がそもそも「発生しないようにする」ことは難しいが（ただし④で後述する象徴的機能）、発生してしまった場合に適正に処理されるためのルールづくりをしておくことは、「質」の確保の一側面といえよう。

そして具体的には、契約条項の中で事業者に対してどのような注意義務を負わせるべきか、という問題となる。この点、やはり介護サービスの内容や性格に鑑みれば、高い注意義務を規定してしかるべきであろう。すなわち第一に、典型契約の中では（準）委任に近い、第二にサービスの内容・性格としても医療行為に近い、第三に保険給付の対象となっている、等々の点からして、いわゆる善管注意義務のレベルは契約内容として当然負うべきものと考えられる。

ただし問題は、契約の中でこれとは異なる定めをした場合の契約条項の効力であり、これについては次のⅡ.5で扱う。（なお救済の態様についてはⅡ.7参照）

④ 契約適合性の問題

第三の、あるべきサービス本体という問題が、もっとも本質的かつ難しいものだといえる。平たくいえば、「ちゃんとサービスが提供されたか」ということだろうが、ものの売買などどちがってまさに無形、純粹役務の評価なので、評価する側の主観的な要因、サービスを提供する側の属人的な要因等が交錯し、客観的な判断は容易ではない。

トラブル事例を見ても、「(家事援助が) 下手だ」「(担当者が) 不快だ」などの苦情 (A-3型) が非常に多いが、これを契約適合性との関係でどう評価するかはきわめて困難な問題である⁽²⁴⁾。

この点、最終的には個々の具体的なケースについての判断とならざるを得ないが、その前に一般論としても以下の4点には留意する必要がある。

i. サービスの「適正さ」の評価に際しては、多様な価値観の調整を要する。とくに「顧客満足」と「自立支援」の要請等は、相反することが多い。(たとえばリハビリなどでは、実効的なサービスはむしろ「快適ではない」ことが多いとも考えられる。なお⑥参照)

ii. ある部分は事前の情報提供の問題に還元されるべきである。(現状では利用者側の過大な期待から、苦情が発生することも多い。現状のトラブル類型では、事前の情報と明らかに「異なる」というパターン (A-1型) は必ずしも多くないが、事前の情報が「足りない」ことに起因する無用のトラブルを、十分な情報提供により防ぐことはある程度可能であろう。)

iii. ある部分は事後の市場評価の問題に委ねるべきである。(不十分なサービスしか提供できない事業者からは、顧客が離れていくと考えられる。)

iv. 以上のことからしても、法的な意味はあまりないかもしれないが、なお象徴的な意味も含めて「質」の確保に関する文言を契約条項に入れておくことは支持されよう。(たとえば「利用者の権利・プライバシーを十分尊重します」「利用者のニーズに沿ったサービス提供を行います」等の条項。) すなわち紛争解決規範としてより、事業者の行為規範としての意味合いである。

とくに在宅介護サービスについては、施設入所や医療等と比べてまだ「取り返しがきく」ことが多いという観点からは、法的判断・評価として一回のサービス提供の契約適合性へのぎりぎりの検討を行うことが、必ずしも生産的とはいえない。すなわち総じていえば、とくに「不十分履行型」(A-3型) では、あまり契約適合性違反を広く認めるべきではないということになる。(誤解を恐れずいうと“あきらめて別の事業者に乗り換えろ”ということである。なお救済のあり方につき、II. 7参照)

⑤ プラスアルファ的部分の問題

サービス契約一般についてであれば様々な事例があろうが、介護保険の法定給付という枠内

⁽²⁴⁾ なお、少なくとも「何かを達成する債務」を内容とする契約ではないと考えられる。(II. 6参照)

では、(価格も介護報酬により一律に定められることもあり、) あまり極端な「プラスアルファ」は考えづらい。またハードに近い部分は、すでに②で扱った。そうすると残るのは、いわば高度に精神的・抽象的な要素が大きい「快適さ」「親切さ」というような部分であろう。

しかし④で扱った契約適合性の問題と同様に、これに対する法的な評価はきわめて困難であり、以下の点を指摘するにとどめたい。

i. 基本的には市場評価の問題ということが出来る。(質の低いサービスや、看板に偽りがある場合には、その事業者は市場で淘汰されていくと考えられる。)

ii. したがって、基本的には契約(文書・条項)の問題ではないというべきなのだが、なお(④の適合性の問題同様)その種の内容にかかる文言(たとえば「誠心誠意、利用者の立場に立ってサービスを提供します」等)を契約文書に入れておくこと自体は評価されるものとする。(象徴的な、行為規範としての意味合い。)

iii. ただし、過剰な広告や表示、話法(たとえば「当社がいちばん快適・好評です」等)は、規制される必要がある。

⑥ 市場における評価

いずれにせよ、契約文書・条項の次元ですべてを対応しようとするには無理がある。すなわち一部は契約締結過程——事前の情報提供段階において解決されるべきであり(Ⅱ. 3で検討した)、また一部は市場における競争淘汰——事後の評価問題に委ねられるべきである。(もちろんその前提として、Ⅱ. 5以下でも示すとおり、契約文書・条項の次元での詳細な検討を怠るべきではない。)

とくに「損害発生型」のトラブルについては、利用者保護に重きが置かれるべきだが、「契約不適合型」(とくに「不十分履行型」)のトラブルについては、法的な解決に拘泥することが必ずしも生産的とはいえない面もある。

ただし市場における介護サービスの評価については、それが適正になされるための尺度、さらにはそのための制度的な条件整備が必要である。そしてその際留意すべきなのは、介護サービスの目指すべき理念や評価軸は多様であり、決してたとえば「顧客満足」が至上価値ではない——自立支援(Ⅱ. 6参照)や、効率性の要請も大きい⁽²⁵⁾——という点である。

逆にいうと、このような介護サービスが目指すべき諸理念が、具体的なサービス提供の場面でお互いに衝突することはある種不可避である。たとえば事業者がもっぱら顧客への忠実性を重視すれば、何らかの別の理念や要請を損う可能性が高い。いいかえれば、苦情やトラブルの多い事業者が、サービスの「質」が悪いと一概に決め付けることは正しくないといえる。

⁽²⁵⁾ 医療における説明義務論、医師—患者の関係について、吉田(1994)が「医療資源配分のあり方」という観点の必要性を指摘している。

5. 契約内容への規制

論点：契約内容は、どのように規制されるか。

(1) 検討の前提

① 問題の所在

介護サービス提供にかかる権利義務関係については、とくに付随的な条項も含めて、契約書等の文書により明確にすべきである（Ⅱ. 2で検討した）が、その中味についてはなお検討を要する。

やはり介護サービス契約については、利用者・消費者保護の立場から、その契約内容への一定の介入が要請されるものと考えられる。

しかし逆に契約内容への規制を強め、契約内容がどの事業者も同一になってしまえば、（価格も介護報酬により一律に定められる中では、）競争原理、利用者の選択の自由は著しく減殺されると思われる。

そうすると、契約内容への規制はどのようなときに行われるべきなのだろうか。

② 医療（契約）での取扱

Ⅱ. 4と同様に、そもそも契約文書を取り交わしていないので、問題としては意識されていないように思える⁽²⁶⁾。

また医療過誤においては、相当高度な注意義務が求められており（いわゆる責任の客観化）、やはり契約内容という次元ではとらえられていないといえる⁽²⁷⁾。

③ 現行の介護サービスにおける取扱

個別契約での契約内容は比較的簡単なものが多いが、その中でも事業者側の賠償責任条項や、免責条項等のいわゆる付随的条項が含まれている。（Ⅱ. 2、表Ⅱ-1参照）

⁽²⁶⁾ ただし、いわゆる自由診療等では問題もありえよう。また別途診療効果（治癒）についての特約を交わした場合や、逆に手術に際してしばしば求められるとされる「手術結果等に一切文句をいわない」との誓約書等については、その法的意義について議論の余地が大きいものと思われる。

⁽²⁷⁾ もっとも医療過誤訴訟の法的構成（契約か、不法行為か）については、従来より大きな議論がある。

(2) 具体的な検討

① 具体的な条項の例——賠償責任（限定）条項

介護サービス契約における代表的な付随的条項としては、サービス提供において、利用者側に何らかの損害が発生した場合の、事業者側の賠償責任の定めがある。（このような損害についても複数の類型があることは、II. 4で検討した。）付随的条項としては、他にも事故等に伴うサービス提供中止など、いくつかのものがある（II. 2、表II-1）が、ここでは代表例として、この賠償責任条項だけを取り上げることとする。（ただし利用者側からの告知義務に関するものについてはII. 6で扱う。）

この損害賠償の要件について、現行契約では事業者側の「故意もしくは重過失」としている例が多い。これは、民法一般の原則などと比べても、請求の範囲をかなり限定しているように見える。（認められるのは、ほとんど「わざとものを壊した」「わかっていて人を傷付けた」等の場合だけになってしまう。）⁽²⁸⁾

もっとも実際には、事業者の多くはかなり幅広く損害賠償に応じているようである。すなわち“法（契約）と実態とが乖離”しているのが現状である⁽²⁹⁾。

幅広く請求に応えるという事業者の姿勢は、もちろん歓迎すべきものである。しかしながら、これがいわば「慈善的に」あるいは「評判を落とさないために」、法的には必ずしも要求されないことまでやっているということであれば、問題は大きい。

すなわち一方では、今後ともこのような「寛大な」事業者ばかりを期待できるとは限らない。また他方では、現在の事業者も「もし請求に応じたくない事情等が出てくれば、いつでも法的には請求を否定できる」ということになり、利用者側の法的地位はきわめて不安定なものだということになるからである。

② 賠償責任（限定）条項の有効性

このような、事業者の責任を故意・重過失の場合に限定する条項が、事業者側に求められる注意義務を軽減する趣旨だとすれば、基本的にはその有効性には疑問があるといわざるを得ない。すなわち契約書に明確に規定してあったとしても、その効果をそのまま認めるべきではないと思われる。

その論拠は多様で、相互に関連するが、下記の点が挙げられる。

i. 過失責任という民法の原則が大幅に事業者側に有利に修正されており、法的交渉力が強いとはいいがたい利用者側が一層不利になる。〔消費者契約・高齢者契約という側面〕

⁽²⁸⁾ 経緯等は不明だが、告知義務の文言（「故意・重過失による不実の告知」）に合わせたものかとも思われる。

⁽²⁹⁾ 別稿67頁以下参照。

ii. 介護サービスは無形で純粋役務性が強く、履行が完了したあとでは賠償責任要件の立証が困難である。〔サービス契約という側面〕

iii. 介護サービスにおいて発生する損害は、高齢者にかかる人身損害など、生活・身体に直接かかわるものが多い。(人身損害に関する免責条項は、「消費者契約法(仮称)」の不当条項リストでも、厳しくチェックされることが予定されている。)

iv. とくに在宅型の介護サービスでは、事業者が利用者宅を訪問し、居室内でサービスが提供される。(この点は④で検討する。)

v. 公的な保険給付の対象である。(保険者から介護報酬が支払われる。)

これらの要素がいわば「合わせ技」として、賠償責任(限定)条項の効力を弱める方向に作用するものと考えられる。

すなわち市場原理・選択の自由が標榜されるところとしても、このような付随的条項の領域で「競争」するべきではなく、この部分についてはむしろ契約内容への規制を強く働かせるべきだといえる。競争は、広義の「質」の中でも、よりサービスの中味そのもの(契約適合性)に近い領域で行われるべきであろう。

ただし契約内容規制を行うとしても、「介護サービスは大事だから」「高齢者は弱いから」といった理由だけで、利用者保護に資する法的効果を直接導き出すことには疑問が残る。介護サービス契約について、消費者契約一般よりも“一段強く”利用者保護を図る(具体的には、明確に付随的条項の効力を否定したり、立証責任を転換する)べきだとすれば、具体的な条項との関係で、それを根拠付けるに足るサービス類型に固有の論拠が必要であろう。

③ 訪問型サービスとしての特性

消費者契約法一般での対応を前提とし、さらに在宅介護サービス契約に固有の要素という意味では、上記のiv.の点、すなわちサービスを提供するために訪問する——上がり込む——という点が意外に重要ではないかと思われる。

従来この訪問型という点は、“密室性”という形で指摘されることがあった。しかし、仮に家族などの付き添いにより、密室性が幾分解消していたとしても、事業者が利用者宅に「上がり込む」という点は、利用者にとっては特殊な法的状況といえるのではないだろうか。いいかえれば、事業者が一時的にせよ利用者宅を、空間的に「支配する」という点が、他のサービス類型と、大きく異なる点である⁽³⁰⁾。

ちなみにサービス業の中でも、旅館などの営業主については、ものの保管に関して重い責任(不可抗力を証明しない限り免責されない)が法定されている。これは旅館という事業主

⁽³⁰⁾ 念のため付け加えると、“空間の支配”という用語自体に否定的な含意はない。在宅(訪問型)サービスという形態は、いうまでもなく重要な意義を有する。

が完全に“支配”する空間において、所持品の滅失等のトラブルが発生しても、利用者側では事実上なすすべがなく、損害の立証もきわめて困難であることに鑑みて——いわば旅館営業におけるサービス提供の「構造的な要因」に着目して、特別の法的責任を課したものとされている⁽³¹⁾。

在宅介護サービスは、ちょうどこの旅館営業の、いわば「裏返し」の構造といえないだろうか。事業者側が、利用者宅に上がり込み、生活そのものに近接した領域でサービスを提供するという形態は、旅館に宿泊するのとは「行く」「来る」を逆にただけで、構造的には類似している。

とりわけ「独り暮らしの寝たきり高齢者」の家に訪問するようなケースでは、まさに利用者宅は一時的に「事業者側の支配空間」に入るといえる。しかしそうでないときであっても、多かれ少なかれ利用者の「空間の支配」が揺らぐことは間違いないと思われる。

このようなサービス類型について、その構造に着目するなら、安易に契約による修正（責任の限定や免責）を認めない——それどころかむしろ典型的に、立証責任を転換するというのも理由がたつように思われるのである。

いずれにせよ契約内容への規制に際しては、具体的な条項との関係で、各サービス類型固有の論拠を重視すべきであろう。なお、訪問型の在宅介護サービスを対象に検討してきたが、むしろ施設型のサービス（たとえばデイサービスやショートステイ）において、施設内で提供される介護サービスについては、上記の議論がより適合するといえよう（まさに旅館営業等に近いといえる）。

④ 契約内容規制のあり方

なお、契約内容への規制のあり方（コントロールの手法）自体について、若干補足したい。

本稿のように、契約内容についても一定の規制が容認されるべきだという立場からすると、その規制の手法についても今後検討が必要になる。

もちろん「消費者契約法（仮称）」に期待されるころは大きい。しかし、たとえば在宅介護サービスに特有の問題点が多いとすれば、別途、より具体的な対応の要否を検討する必要がある。

選択肢としては、法律、政令や省令、規則・行政指導、自主規制等々が考えられる⁽³²⁾。またたとえば法律についても、強行規定（その中でも片面的・両面的）、任意規定等のバリエーションがある。

⁽³¹⁾ 廣瀬（1978）参照。

⁽³²⁾ なお本稿では検討しなかったが、現在でも在宅介護サービスについては、主務省や業界団体によるガイドライン等が設けられており、実務上大きな役割を果たしている。

この点、規制緩和の潮流、また「小さな政府」の流れからすると、自主規制に委ねるとい
う方向が支持されやすいところではある。(とくに過剰な事前の行政規制等は、サービス供
給確保の制約になり兼ねないというのが本稿の立場でもある。) 実際、在宅介護サービスに
ついても、その「モデル約款」の必要性が指摘されており、作成の試みも行われつつある。

このような取り組み自体は評価されるべきことである。しかし同時にそのような「モデル
約款」と異なる契約が実際に締結されたときにどうするかという問題があることに留意する
必要がある。

たとえば生命保険のような免許事業(会社数も少ない)の場合は、「標準的」ではない約
款を用いていれば、事前段階でもそのことが比較的明らかになりやすいといえる。しかし在
宅介護事業のように、多数の事業者が一斉にサービスを提供する中では、事前段階では「モ
デル約款」との異同も意識されにくい。

また事業者団体についても、期待される場所は大きい(紛争処理につきⅡ. 8参照)、
団体に加盟しない事業者等の存在も含めて、機能的な限界は免れがたい。

そうすると、やはりいわゆる不当条項を中心とした一定の部分については、追加的な立法
措置(法律もしくは少なくとも政省令)による強行法規的な規制が要請されるのではないだ
ろうか。このような立法措置をもとに、行政による事後の監視・是正措置や、司法的規制も
有効に機能しよう。(なおⅡ. 8参照)

なお念のため付言すると、このような付随的条項においては契約内容を規制すべきとの主
張を行ったが、逆にいうとこれら以外の面では、もちろん事業者間の競争が期待・奨励され
るものである。

しかし介護保険法のもとでは、価格も介護報酬により一律であるので、競争はもっぱら実
際のサービス提供にかかる(狭義の)「質」の側面で行われるべきだということになる。た
だしこの際留意すべきなのは、介護サービスの理念や評価軸は多様であり、決して「顧客満
足」だけが至上価値ではない(自立支援や、効率性などの要請も大きい)という点であろう。

(Ⅱ. 4参照)

6. 利用者側の協力義務

論点：利用者側には、サービス提供に協力する義務があるか。（利用者側が協力しないときにどのような法的効果があるか。）

(1) 検討の前提

① 問題の所在

介護サービスを実効的に提供するためには、利用者側（高齢者＝要介護者「本人」や、その家族）の協力が不可欠である。いいかえれば、介護サービスは事業者が利用者側に一方的に提供するものというよりは、事業者と利用者側とが協働して実現するものととらえることもできる。

このことから、介護サービスの提供という契約の履行のためには、利用者側にもサービス提供に協力する一種の義務があると考えられる余地もある。しかし、これを法的な義務とまでいえるかどうか、また具体的にどのような法的効果が発生するかについては、慎重な検討を要する。

② 医療（契約）での取扱

医療においては、法的な次元ではあまり問題になっていないと思われるが、やや類似の事例として、いわゆる承諾なき医的侵襲の問題がある⁽³³⁾。

③ 現行の介護サービスにおける取扱

あまり（法的な次元では）具体的な問題とはなっていないように思える。

ただし契約書の中で、利用者側に身体状況等に関する一定の告知義務を課して、これに違反していたときの事業者側の免責を定めていることが一般的である。（Ⅱ. 2、表Ⅱ-1 参照）

なお実際問題としては、利用者側の中で、サービスの対象となる高齢者＝要介護者「本人」と、その家族の意向とが一致しないことは多い。しかし本稿では、一応「適法な申請がなされ、サービス提供自体は正当な保険給付の対象である」ことを前提とする。（なお（2）⑤ およびⅡ. 3 参照）

⁽³³⁾ たとえば宗教上の理由での献血拒否の問題がある。

(2) 具体的な検討

① 問題の種類

この問題についても、いくつか局面を分けて検討する必要がある。

すなわち第一に、サービス提供が行われたときに、それを受け取る、いわば消極的な「甘受する義務」である。

第二に、より積極的な、いわば「高度な協力義務」である。

第三に、サービス対象者に関する諸情報を事業者に伝える義務である。告知義務あるいは、利用者からの情報提供義務とでもいえよう。

いずれにせよ「義務」といってもそれ自体で債務不履行（たとえば損害賠償）等を構成するようなものではなく、仮に法的効果があるとしても、限定された意味合いにとどまるものと考えられる。

② 消極的な「甘受する義務」

この第一の種類には、具体的には「ヘルパーが訪問しても、家に入れてくれない」、「嫌がって入浴しない」などが考えられる。

この類型は、あらゆる債権債務関係においてありうる事態であり、あえて協力義務といわなくても、従来も「弁済の提供」あるいはそれに対する「受領遅滞」の問題として、民法の領域で議論されてきた。具体的には、このような義務を利用者側が果たさない（サービス提供を甘受しない）場合には、事業者がサービス提供を行わなくても、事業者側の債務不履行とはならないと考えられる。

もちろんこのように利用者側が“ゴネた”場合にも、“うまく”サービス提供を行うのがプロではないか、との立論はありうる。しかし、少なくとも介護保険給付は申請主義であり、また事業者にはサービス提供自体に関する高度な注意義務を課するべきとの立場（Ⅱ. 4、Ⅱ. 5で検討した）をとるとすれば、それら注意義務の無限定化への一種の歯止め・バランスから、利用者側にも最小限の「甘受する義務」は認めるべきであろう。

ただし微妙なのは、やはり介護保険法との関係である。たとえば一度「拒んだ」分のサービスは、介護保険法により認定された給付の枠内では、実際に提供された（「枠」をつかった）ものとみなされるのだろうか。

この点、たとえば社会保障請求権は放棄できない、との伝統的な考え方からすると、「枠」としては依然残るようにも思え、もしそうだとすると「翻意してサービス提供を受ける」ことは可能であることになる。しかしそのようにして、サービスを受ける権利を「貯め込んでおく」ことを認めるのも妥当とは考えづらく（ある時期に「貯め込んでおいた分」を一挙に使えるということになってしまう）、たとえばケアプランの有効期間内にサービス提供を受

領することがなかったならば、それをさらに次の期間に「持ち越す」ことは認めるべきではないと考えられる。(いずれにせよ「保険給付」であることで、一段複雑な検討・判断が必要になる。社会保険法と契約法とが交錯する場面の一つといえる。)

さて、このように事実上の拒否により、サービスが提供できなかったとき、費用関係はどのように取り扱われるべきであろうか。すなわちサービス提供があったとみなして費用関係を精算する(保険者からの介護報酬および利用者からの一部負担が事業者を支払われる)か、逆にサービス提供はなかったものとして扱うか、である。

たとえば医療(治療)で考えれば、「患者が病院の入口まで来て、翻意して帰った」(当然費用関係は発生しない)というケースよりは、一步進んで「患者が手術台から逃げ帰った」というケースに近いものと考えられる。

この点本稿では一応、実際のサービス提供がなかった以上は、介護報酬も一部負担も発生しないものと考えておきたい。したがって、場合により事業者からの損害賠償(履行にかかる準備費用等)だけが発生するということになる。これはある意味では「プロならうまくやれ」ということであり、「事前に了解をちゃんと取れ」ということでもある⁽³⁴⁾。

しかしこのようにすると、他方では「サービスの強行」が発生しやすくなるおそれがあるともいえる。したがって、事実行為の次元での高齢者の「自己決定権」を尊重しておく必要があり、またサービス自体の(狭義の)「質」はともかく「損害」の発生に関しては、事業者の注意義務を高く設定しておく必要があるわけである。

③ 積極的な「高度な協力義務」

いわゆる協力義務の中でも、介護サービスの提供に特有の問題と考えられるのが、第二、第三の類型である。

まず第二の積極的な協力義務は、介護サービスの目的——とくに自立支援——にかかわるものである。介護サービスのうち、たとえば家事援助のような比較的単純な「世話」に近い部分については、利用者側で第一の「甘受する義務」さえ果たせば、適正なサービス提供が可能である。しかし、リハビリに代表されるような自立支援にかかるサービスが、はっきりとした効果を挙げるためには、利用者側にもかなりの努力・協力が不可欠である。

この点は、サービス提供債務の性格ともかかわってくる。もし介護サービス契約を、民法でいう「請負」に近い、何かを完成・達成する債務(具体的には自立支援)ととらえると、自立支援の効果があがらなければそれだけで「債務不履行」ということになる。そうなれば、

⁽³⁴⁾ 関連して、事後的な紛争処理に備える意味からも、履行/不履行の記録を双方にきちんと残す仕組みが必要となろう。(Ⅱ. 3参照)

利用者側の積極的な協力の有無は重大な問題となってくる。

しかし、医療行為と同様に⁽³⁵⁾、必ずしも「病気を直す」というような“達成”を目的とする債務ではないと考えれば、結果としての自立支援の可否は、債務の履行／不履行とは別の次元の問題となる。その場合は、積極的な協力義務を利用者側に求める（法的な意味での）実益はなくなることになる。

ただし、細かい問題は残る。一つは、現在検討されている「成功報酬」（介護報酬におけるインセンティブ付与）との関係である。しかし、成功報酬が仮に制度として認められたとしても、そのために一般的に考えられる以上の協力義務が前提とされるわけではなからう。

もう一つは、申請主義との関係で、「積極的に協力する意向がないのに、保険給付を申請することをそもそも認めてよいのか」という点である。この点は介護保険法の基本趣旨とも関わってくることに加え、「本人」と家族の相克の問題もからみ、本来は根本的な検討を要するところである。しかし現実問題としては、介護保険法の趣旨を完全に自立支援に特化することもまた困難であり⁽³⁶⁾、このことから、積極的な協力を給付の前提としてとらえるのはやはり少し無理があるのではないかと考えられる。

④ 利用者側からの告知義務、情報提供義務

もう一つの介護サービスに特有な問題点は、とくに高齢者の身体状態等にかかる諸情報（たとえば骨がもろい、風邪をひいている等）についての事業者との情報共有の必要性である。実際のトラブル事例を見ても、この種の情報が事業者にも共有されていなかったために、深刻な人身損害の発生をもたらすケースは少なくない⁽³⁷⁾。

このため、現在でもホームヘルプサービスや訪問入浴サービスの個別契約では、利用者側に一定の告知義務を定めている。（具体的には、利用者側の故意・重過失による不実の告知に起因する事故については、事業者は免責される。Ⅱ、2、表Ⅱ-1参照）

これは生命保険契約等ともよく似た法的状況であり、したがって告知の範囲、因果関係や重過失など、同じ論点が問題となりうる⁽³⁸⁾。

また、告知義務違反があったとき、発生したトラブルに関して事業者側が「まったく免責」となることを認めてよいかどうか（いいかえれば告知義務違反を原因とする免責条項は有効

⁽³⁵⁾ 議論があるが、概ねいわゆる手段債務と位置づけられている。

⁽³⁶⁾ 自立とは関係ない「世話」や、家族支援という趣旨も含めざるを得ないからである。それでも法の本来の趣旨たる「自立支援」を強調することは重要と考える。とくに介護サービスについては「世話」に近い領域を中心に、「多ければ多いほどよい」という性格をしばしば有することから、利用者の「ニーズ」に応えようとするれば、給付が無限定に膨張していく懸念がある。社会保険による申請主義との関係でも、自立支援の趣旨（法1条）を強調しておくことは必要であろう。

⁽³⁷⁾ 別稿69頁以下参照。

⁽³⁸⁾ ただし、保険契約と全く同じかどうか（たとえば告知により謝絶される場合をどう考えるか）は別途検討を要する。

か)は微妙である。基本的にはかなり高い注意義務を事業者が負う中で、(利用者側の故意・重過失を要件とするとはいえ)これが告知義務違反のときは一挙に免除されるというのはバランスを失すともいえる⁽³⁹⁾。

個々のケースにもよるが、考え方としては、損害賠償に際しての利用者側の過失相殺の根拠として(つまり損害賠償責任自体は成立した上での調整機能を果たすものとして)位置づけるという方向も、検討に値するように思われる。

⑤ サービス提供の「強行」

なお関連して、サービス提供を拒否する姿勢を利用者(とくに高齢者=要介護者「本人」)が取っているときに、「無理に」サービス提供を行うことの評価の問題がある。

考え方としては、(Ⅱ.3で検討したように)「自己決定権」と「専門家の判断」の相克の問題ともとらえられる。社会保険が申請主義であることからすれば、給付の申請があった以上は、サービス提供の「強行」は責められるべきではないともいえる。ただし前にも触れた通り、「本人」/家族の意向の不一致があると、問題は深刻である。そのような現実を直視するなら(「そもそも申請すべきではない」ともいえるのだが)「本人」の意向を重視し、「強行」は慎むというスタンスがとりあえずは求められようが、なお「専門家の判断」が優越するケースについての画定、類型化等の検討が必要であろう。

⁽³⁹⁾ 利用者側(とくに「本人」)が、“わざと”健康・安全等を装うのが無理からぬケースも多いように思われる。

7. 救済の内容

論点：契約違反や不適正なサービス提供に対して、どのような内容の救済が認められるべきか。

(1) 検討の前提

① 問題の所在

契約に基づいて適正なサービス提供が行われない場合、利用者には何らかの救済が与えられる必要がある。

考えられる救済としては、一つにはあくまで適正なサービス提供を求める——「何らかの」サービス提供があったとしても、それが適正なものでなかった以上は「やり直し」を求める（いわゆる完全履行の請求）——方法がある。

もう一つには、金銭的な解決を図る——具体的には、サービスが適正ではなかった場合に、損害賠償を求める——方法がある。

加えて、契約をそもそも取り消すという方法が考えられる。

このようないくつかの方法が考えられる中で、介護サービス契約においてはどのような救済が適しているだろうか。

② 医療（契約）での取扱

医療過誤においては、完全履行（「やり直し」）や契約の取消などはあまり問題とならず、もっぱら損害賠償の問題となっている。

③ 現行の介護サービスにおける取扱

事業者へのヒアリングによれば、「担当者を代えろ」「（サービス提供が）下手だ」等の苦情には、それ以降の担当者を代えることで、ほぼ問題解決となっているようである。

またいわゆるサービス提供に付随して発生した損害（「ものが壊れた」、「金銭がなくなった」等）については、事業者は金銭的な賠償に広く応じているようである⁽⁴⁰⁾。

⁽⁴⁰⁾ 別稿67頁、70頁参照。ただし当然このような事業者ばかりとは限らないし、また現状では幅広く対応が取られているとしても、なお問題は残る。（Ⅱ. 5参照）

(2) 具体的な検討

① 問題の種類

やはりこの問題についても、類型を分けて検討する必要がある。

第一に、明らかにサービス提供がなかった場合である。「ヘルパーが全くこない」などのケースがありうる。(Ⅱ. 4、表Ⅱ-2では「不履行型」とした。)

第二に、外形的にはサービス提供があったが「適正なサービスではなかった」という場合である。これはまさにサービス自体の(狭義の)「質」の問題に近いといえる。

もっとも「適正でない」といっても、その内容は多様である(Ⅱ. 4、表Ⅱ-2)。典型的にはいわゆる契約適合性(サービスそのもの)に問題のあるケースと、別途損害が発生したケースに分けられ(両者が同時に発生することもあるが)、前者の中では「情報提供違背型」「不十分履行型」「不達成型」などが、これに該当しよう。

ただし第一と第二の間は微妙である。たとえば「ヘルパーは来たが、何一つせずに帰った」というような事例は、第一のケースに近いといえるが、「ヘルパーが来るには来たが、全然役に立たなかった」というように主観が交じってくると、第二のケースに近いとも思われる。

第三に、「約束の時間(日時)に来ない」というケースである。(Ⅱ. 4、表Ⅱ-2では「履行遅延型」とした。)とくに多数の顧客を抱える事業者にあつては、当該利用者宅への到着が遅れることはしばしばありえよう。

これらについて、完全履行の請求(「やり直し」と、損害賠償(金銭的な解決)と、いずれを基本と考えるかがここでの検討点である。もっとも第一のケース、また第三のケース(履行されない段階)では、履行そのものを請求できることは間違いない。問題は第二のケース(第一のケースに近いものも含めて)であり、とりわけ事例も多い「不十分履行型」の取扱が重要である。(ただし「不十分履行型」もまたいくつかの類型に分かれよう。)

なお、若干議論を限定しておきたい。すなわち実体的な問題——請求が認められるかどうか、何が不完全履行にあたるか——は一応ここでは置く。ここでのテーマは、あくまで与えられるべき救済の内容である。もちろん、その「不十分さ」の種類や程度により、救済のあり方も異なってくることはありうる。

② 完全履行の現実的な困難性

普通に考えると、不十分なサービス提供がされたのであれば、「やり直し」を命じておかしくないように思える。実際、これを認める余地が「全くない」とする必要はないであろう。

しかし、介護サービスのように純粹役務性が強いサービスで、「やり直し」を求めて争うことは、やや不経済との感もある。「やり直し」を命じるというのは、介護サービスを提供する事業者を“叱正”する効果はあろうが、とくにサービス自体の(狭義の)「質」に関す

るトラブル（「不十分履行型」）において、事業者・利用者双方が納得する「やり直し」——完全履行に結びつくのかどうか、やや疑問もあり、いいかえれば問題を「法化」させすぎとの感もある。

（なお、「損害発生型」への救済としては、損害賠償請求のみというのが自然であろう。また契約適合性についても、「不達成型」はそもそも債務不履行にあたらないと考えられる。

II. 4、II. 6参照。）

すなわち考え方としては、利用者への救済は損害賠償を基本としつつ、消費者保護の観点からは、むしろその認められる要件の緩和に注力すべきではないかと思われる。加えて損害賠償であれば、過失相殺がありうることから、中間的な解決が可能であり、その反面として請求が認められやすくなるという“副次的な”効果もあるのではなかろうか。

③ 契約離脱の自由の確保

このように利用者への救済として、損害賠償を基本に考えるもう一つの理由は、在宅介護サービスの性格である。すなわち在宅介護サービスは、高齢者の生活・身体に関わる重大なものであることは間違いないものの、施設入所（老人ホーム等）や医療における手術などと比べれば、まだ相対的にはあとから「取り返しがつく」という性格がある⁽⁴¹⁾。

このような場合、あくまで一つの事業者の“完全履行”にこだわるよりは、適切な機会に別の事業者へ「乗り換え」が可能な条件整備を行う方が、より利用者のニーズにかなうとも思われるのである。

したがって（繰り返すが完全履行の請求を否定する必要はないのだが、）むしろ優先されるべきは、多様な事業者によるサービス提供の確保やその際の競争条件の整備を前提とした、短期間での契約からの離脱の自由の確保であろう。逆にいえば、これらの条件が整わないならば、特定の事業者の“完全履行”に固執する必要が生じてくるともいえよう。

⁽⁴¹⁾ ただしより精確には、在宅サービスの中でも類型毎の検討が必須であろう。また、とくに重度の要介護者や独り暮らしの高齢者については、一度の不適正なサービスが重大な事態を招くこともあるので、慎重な検討が必要である。

表II-3 主な苦情・トラブル類型への救済（取り得る方法の方向性）

A. 契約不適合型

	完全履行	損害賠償
A-1 情報提供違背型	×～△	○
A-2 履行遅延・不履行型	○	○
A-3 不十分履行型	×～△	○
A-4 不達成型	×	×

B. 損害発生型

	完全履行	損害賠償
B-1 人身損害型	△～×	○
B-2 もの破損型	×	○
B-3 もの紛失型	×	○
B-4 精神的損害型	×	○

④ 契約の取消

このように利用者への救済としては、完全履行の請求と損害賠償とが考えられ、また契約からの離脱の自由を確保すべきであるが、別途、契約をそもそも取り消すことが考えられるだろうか。

たとえば契約締結の際に、詐欺・強迫等の事態があれば、民法の原則により取消が可能である。しかしそこまでは至らない場合、具体的なトラブル類型に即して考えるとどうだろうか。

たとえば事前の情報との齟齬があれば、「消費者契約法（仮称）」の考え方によれば、取消の余地があるといえる。また、ケアプランにしたがってヘルパーが来たものの、「あんまりひどい」（たとえば何もしない）というときに、ただちに契約を取り消して、別の事業者へ乗り換えることを認めるべきではないかとの主張はありえよう。

この点なお検討を要するが、ここではこのような場合でも「契約の取消」には下記のような問題点があることを指摘しておきたい。

すなわち第一に、契約をはじめから取り消して、ただちに別の事業者と契約するのを認めるということは、（当該事業者自身に完全履行を求めることと同様に、）「不十分な履行」にかかる主観的な要素が混じった困難な認定（いわゆる不完全履行）を、即座に下しうるとい

うことが前提となっている。第二に、結果的には保険給付の“使い回し”に近い事態となり、介護報酬の支払関係等も混乱する。ケアプランとの関係も複雑化する。(契約法と社会保険法とが交錯する場面の一つといえようか。)第三に、あえて契約を取り消してまで「乗り換え」を可能としなくとも、次の機会から「乗り換え」は可能である。第四に、少なくとも一度は(ケアプラン等のプロセスを経て)利用者が選択した事業者であり、その意味では自己責任の範囲内ともいえる⁽⁴²⁾。第五に、何らかの損害が発生していれば、別途救済を求められるし、また事実上の履行拒否を行えば、一部負担は発生しないと本稿では構成している。

以上から、(詐欺や強迫でなければ)基本的には損害賠償の問題として処理していくのが妥当ではないかと考えられる。とはいえ問題は微妙であり、とくに「履行がまったくなかった場合」と「履行が外形上あったが、実質的にはなかった場合」とで截然と取扱を分けることは、概念的との批判もあろう。

ただいずれにせよ、主観的な要素を含むサービスの「質」のあるいは「適正な履行」については、法的強制によってだけでなく、むしろ市場原理によっても確保を図っていくべき領域だということができよう。

ただし、実際的により重要なのは、やはりケアプランや契約の有効期間である。たとえば半年間の継続的サービス契約を締結して、その第1回目のサービス提供で、上記のような事態が発生したときに、「半年後を待て」というのは(いかに自己責任を問うにしても)酷だといえる。したがって、基本的には契約期間は短くすべき(あるいは短期での離脱・乗り換えを認めるようにすべき)だといえるが、今後の制度の全体枠組みによっては、このような場合の法的効果(救済の内容)についても再検討する必要が生じよう。

⁽⁴²⁾ ただし情報提供違背型の場合は、そもそも自己責任を問う前提が欠落しているとの指摘がありえよう。もっとも今のところ、この型のトラブル事例は必ずしも多くない。

8. 救済の手続

論点：契約違反や不適正なサービス提供に対して、どのようなルートでの苦情申し出、紛争処理が認められるべきか。

(1) 検討の前提

① 問題の所在

介護保険の下では、当事者は基本的には保険者（行政サイド、自治体）——サービス提供者（事業者）——利用者、という3者関係からなる（I. 4、図I-1参照）⁽⁴³⁾。

この中で、これまで扱ってきたような諸問題に関する苦情処理や紛争解決をどのようなルートで行うかが検討課題である。

介護サービスの提供が契約に基づいて行われる点を重視すれば、一義的には事業者対利用者の問題ととらえることが可能である。

しかし公的介護保険が全体として国の社会保障施策であり、民間事業者がサービス提供主体となったとしても、適正な介護サービスが国民に提供されることが行政の責任であることは変わらないと考えれば、行政に対する責任追及がむしろ前面に位置付けられよう。

利用者としては、どちらを相手にするかで手続的なルートが変わってくることになる。

② 医療（契約）での取扱

医療事故においては、一義的には患者と医療機関との争いとなるが、しばしば行政の認可責任、監督責任も問われることがある。

ただしこの場合に行政を相手とするのは、賠償資力の確保等というよりは、むしろ当該事件を社会的な問題とすることに力点がある（いわゆる政策指向型訴訟）ようにも思われる。

③ 現行の介護サービスにおける取扱⁽⁴⁴⁾

個別契約においては、まずは事業者に苦情等が寄せられているようである。他方、措置（民間委託）によるサービス提供の場合は、自治体・事業者双方に解決が求められているようである。

事業者では、苦情・相談受付電話を設置し、フリーダイヤルとしている例もある。

⁽⁴³⁾ ただし3者関係といっても、正確には行政サイドには保険者たる市町村のほかには都道府県、さらには国があり、また利用者サイドでもしばしば触れた通り、サービスの対象たる高齢者＝要介護者「本人」と家族とは別である。事業者サイドでも、事業者自身と介護労働従事者に分かれ、また介護支援専門員等も介在する。逆に保険者とサービス提供者が一致する場合もある。さらにこの3者とは別の、第三者的な機関（3者との遠近はあるが、たとえば国保連、事業者団体、国民生活センター、また新設機関等々）も関与してこよう。

⁽⁴⁴⁾ 別稿67頁、70頁参照。

(2) 具体的な検討⁽⁴⁵⁾

① 事業者との関係——民事訴訟とその限界

契約関係をベースにサービスが提供される以上、不適正なサービス提供があったときに、まず利用者から当該事業者に対して解決を求めるのが、正当なルートのひとつであることは間違いない。苦情レベルであれ、本格的な紛争処理レベルであれ、同様であろう。具体的には裁判による紛争処理であれば、民事訴訟という方法が考えられる⁽⁴⁶⁾。

しかし民事訴訟という方法には、いくつかの限界、あるいは利用者から見たときの難点がある。

第一に、利用者側にかかる諸々のコスト（時間・金銭等）がある。これは消費者紛争全般の問題ともいえ、その角度からも検討されつつある⁽⁴⁷⁾。

第二に（第一と関連するが）、立証面での困難性がある。これは第一の点と共通の角度からとともに、介護サービス契約にかかる（固有の）法的ルールの策定を通じて解決される必要がある。（Ⅱ. 5 参照）

第三に、事業者の賠償資力の問題である。（④参照）

第四に、介護サービス契約に特有の問題点であり、当事者が高齢者であるため、通常と比べて一層訴訟を提起するハードルが高いという点がある。具体的には「訴訟を起こす力がない」「方法がわからない」「訴訟提起に伴う“不利益”をおそれる」等々である。（とくに最後の点、すなわち「事業者に報復される」「意地悪される」等の懸念は、その性格上なかなか表面化しないが、重要である。）

② 行政との関係（i）——監督責任の追求

民間事業者との間での紛争解決を基本とすることは、上述したような難点があることに加え、そもそも介護保険のもとで、いきなり行政が紛争当事者から離脱することとなれば、「弱い個人」が「強い事業者」と戦わなければならないということになる。そこで介護保険下でも、行政の責任を後退させるべきでないとする考え方から、不適正なサービス提供にかかる行政への責任追及（国家賠償等）を認めるべきだと主張する見解が多い。

確かに介護保険下で行政の責任が後退する、というのは妥当ではなかろう。しかしながら、利用者への救済の実効性という観点からは、行政への責任追及を優先することが、必ずしも

⁽⁴⁵⁾ 手続的問題は非常に広汎に及ぶため、本稿ではこれらのうち「契約システム」自体に近い部分について、基本的な考え方を記述するとどめざるを得ない。なお、苦情処理／紛争解決を一括して扱うが、まず最終的な紛争処理である裁判の問題を先に取り上げる。

⁽⁴⁶⁾ もっとも現状では、利用者側から事業者への申し出により、問題が解決されるケースも多い。（Ⅱ. 5、Ⅱ. 7 参照）

⁽⁴⁷⁾ たとえば「消費者取引と紛争解決」経済企画庁1998年。

よい結果をもたらすことにはならないように思える。

すなわち民事訴訟と比べて、行政の責任を追及する訴訟の方が、利用者にとって、コストや立証などの面で、有利だということはあまり考えにくい。それどころか利用者の前に、行政と事業者とが、「スクラムを組んで」立ちふさがることにもなる（「事業者の問題はなく、行政にも監督責任に不備はない」との主張）。この図式はどうも利用者には有利なものとは思えない。

図式的に言えば、「利用者」対「事業者+行政」という形で争うよりは、「利用者+行政」対「事業者」という形で争う方が、利用者にとっては有利なのではなからうか。（ただし民事的なルートについても、①で述べたような諸々の限界があり、これらの解消・改善を図っていく必要がある。）

もちろんこれに対しては、「行政がそもそも利用者の味方になってくれるか」との疑問がただちにあらう。確かにそうなのだが、この図式を可能とするような方策をとともに考えていかなければ、結局利用者、行政双方にとって不幸なのではないだろうか。

③ 行政との関係（ii）——行政の役割の変化

行政の役割という観点から再論してみよう。従来介護分野においては、行政はサービスの提供主体としての役割と、事前規制主体という役割が中心だった。これら両者は今後とも重要ではあるが、相対的にはそのウェイトは小さくなり、むしろ監視や事後的な介入、あるいは介護サービス供給メカニズムの条件整備という役割が大きくなっていくべきだとも考えられる。（この点は国家機能全般につき、昨今指摘されるところである。）

もし依然として行政の事前チェック機能を重視すれば、介護サービス供給の制約ともなり兼ねない。規制緩和によりまず幅広く介護サービスへの参入を認め、行政としては不適正な事業者やサービスを監視し、事後的に是正することに注力すべきではないかと考えられる。

もっともこの辺はどちらかという、民間事業者に対する基本的なスタンス——介護サービスの主要な担い手なのか、「必要悪」なのか——にもかかわるところである。本稿は、民間事業者に積極的な意義・位置付けを与え、介護サービスの供給の早期確保を図ろうとするものであるが、詳論はできない（本書所収の郷論文参照）。少なくとも在宅介護サービスについては、若干の不適正な事象があっても、事後的な是正が可能である（いわば「取り返しがつく」）ことが多いという点を指摘しておきたい。（II. 7 参照）⁽⁴⁸⁾

⁽⁴⁸⁾ 念のため付記すると、本稿はどうしても国家賠償等を認めない、また事前規制は全く要らないとの主張を行うものではない。

④ 賠償資力の問題

なお、民事訴訟について指摘した第三の点、すなわち事業者の賠償資力の問題は、実務上は重要かつ深刻である。この点、保険スキーム（賠償責任保険）の活用⁽⁴⁹⁾や行政による立替払いの制度化などが考えられるが、技術的にはいろいろクリアすべき論点があり、検討を要する。（しかし、だからといって（民事訴訟より）行政を相手にした方がいいということにはならないように思われる。）

⑤ 苦情処理段階

訴訟にならない段階での対応も、もちろん重要である。いわゆる裁判外紛争処理（ADR）の問題は、それ自体大きなテーマであるが、本稿では介護サービス契約に即して、ポイントと考えられる点だけを指摘しておきたい。

第一に、苦情の受付については、複数の機関があることが望ましい。（紛争処理機関の間での競争原理が期待される。）少なくとも介護保険法が予定する国保連の“オンブズマン機能”だけでは不安が残る。

もちろん事業者自身による対応も重要であるが、利用者の立場・心理に配慮すれば（①参照）、やはり事業者を“経由しない”通報方法の確保が求められる。

第二に、苦情処理機関にはやはりある程度の専門性が求められる。ただし専門性を追求するあまり、紛争類型により細分化しすぎると、単独で設立する現実性を失うという点に留意する必要がある⁽⁵⁰⁾。本稿としては、『介護・医療関係』もしくは『高齢者関係』という括りでの苦情処理機関の設立の必要性を一応提示しておきたい。

なお、第一の点と矛盾するようだが、専門性という意味では事業者サイド（とくに事業者団体）に期待するところはやはり大きい。事業者団体による対応という点、「事業者寄り」「お手盛り」とのイメージがあろうが、複数の機関が並存する中で、存立基盤を確保するために中立性を志向すれば、かなり有効な機能発揮が期待できるのではないだろうか。

第三に、このような紛争解決ルートが存在を高齢者に告知することの実効性担保が重要である。ある種強制的な告知・書面交付等の方策が求められよう。

いずれにせよ、本来は狭義の「契約システム」から、より制度的な領域で、検討すべき論点が多い。本稿でも断片的には扱ったが、包括的な検討は別の機会とせざるを得ない。

⁽⁴⁹⁾ 現在でも一部は制度化されている。別稿67頁参照。

⁽⁵⁰⁾ たとえば「在宅介護サービスに関する苦情専門の処理機関」「老人ホーム入居者専用の相談機関」等は、専門性の観点からは望ましいが、これらを個々に設立していくというのは現実的に乏しい。

Ⅲ. 今後の課題

以上で具体的な諸問題にかかる検討を一応終えることとするが、残された課題は多い。

本稿での具体的な検討内容自体、誠に不十分なものであり、まさにラフな試論とでもいうべきものでしかない。問題提起の役割だけでも果たすことができればと願うものである。もちろん筆者自身も、大方のご教示・ご批判を得ながら今後引き続き検討していきたい。

また、本稿でそもそも正面から扱えなかったものとして（断片的には言及してきたが、）下記がある。

第一に、「契約システム」を超えた、より広い制度的な問題である。とくに紛争処理システム、モニタリングシステム、サービスの評価システム、成年後見制度、保険システムなどが重要であろう。

第二に、利用者サイド——高齢者＝要介護者「本人」と、家族との内部関係の整理である。これは一部は成年後見制度に期待されるが、これに尽きるものでは決してなく、自己決定権と専門家の判断の相克の問題にも関わってこよう。介護における家族の位置づけは、困難な課題である。

第三に、サービス類型毎の検討である。在宅型のサービスの中でも様々なちがいがあがる。また施設型のサービスについてはまったく扱っていないが、これも民間事業者の参入が拡大することとなる。さらに医療との比較もより詳細に行う必要があろう。

第四に、理論的な問題であり、制度／契約／市場の役割分担、あるいは既に多くの議論が行われている税／公的保険／民間保険の役割分担についても、なお検討すべき論点は多い。ちなみに社会福祉の領域においても、「措置」から「契約」への転換が昨今唱えられており、いまいちど「契約」の意義を考え直す必要に迫られているといえよう。

介護保険法の施行まで、残された時間はあまりない中で、残された課題にわれわれは一つずつ地道に取り組んでいかなければならない。

なお付言すれば、本稿の議論は通常の社会保障論議からすれば、「細かい」と感じられるかもしれない。「重箱の隅をつつくような、悪しき法律論」との印象があるのではないかと憂慮している。しかしながら、実際の介護の場面に即していえば、おそらく本稿程度の議論では「大雑把」すぎるのである。勇ましいスローガンだけでは、現実の問題——たとえば介護の「質」の向上——は解決しないということを改めて強調しておきたい。

また本稿の主張は、事業者側から見ると、実務の変更を迫る部分もあり、ある種の理想論と感じられるかもしれない。また逆に、既存の学識者の見解と比べると、かなり事業者寄りで、消費者・高齢者の権利を軽視していると感じられるかもしれない。いずれにせよ、片方で実務側の真摯な努力を知り、片方ではなお発生するトラブルの実態を知る中で、筆者なりに「このあたりなら」という点を探ったのが本稿であり、その意味では中途半端であるにせよ、ひとつの政策提言（具体的なルール策定の提言）として受け取って頂ければ幸いである。

主要参考文献（報告書関係を除く）

- 岩村正彦・河野正輝・本沢巳代子（1998）「＜鼎談＞介護保険法——意義と課題」『ジュリスト1131号』
- 大谷實（1997）『医療行為と法 新版補正二版』弘文堂
- 落合誠一・鎌田薫・松本恒雄・大村敦志（1997）「座談会・消費者契約適正化のための検討課題」『NBL621～626号』
- 河上正二（1998）「成年後見制度と高齢者の契約」『国民生活1998.7』
- 河野正輝（1993）「在宅ケアにおける質と基準」『ジュリスト増刊・高齢社会と在宅ケア』
- 木間昭子（1996）「在宅介護サービスをめぐる消費者問題」『国民生活1996.9』
- 佐藤進・河野正輝編（1997）『介護保険法』法律文化社
- 田中成明（1998）「社会保障への法的・権利論的アプローチをめぐって」『社会保障法第13号』
- 栃本一三郎（1997）『介護保険』家の光協会
- 野田寛（1990）「医療をめぐる民法上の問題」『民法講座別巻2』有斐閣
- 廣瀬久和（1978）「免責約款に関する基礎的考察」『私法40号』
- 星野一正（1997）『インフォームド・コンセント』丸善ライブラリー
- 本沢巳代子（1996）『公的介護保険』日本評論社
- 吉田邦彦（1994）「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問」『民商法雑誌110巻2・3号』
- 岸田宏司＝長沼建一郎（1997）「民間シルバーサービスと消費者保護問題」『ニッセイ基礎研究所報2号』
- 岸田宏司＝長沼建一郎＝郷一尚（1997）「介護・医療関連サービスとニュービジネス」『行政サービス・ビジネス』東洋経済新報社
- 長沼建一郎（1998）「消費者契約立法と生命保険契約」『生命保険経営66巻4号』

（付記）本稿の執筆過程で、多くの研究者や実務家の方々から有益な示唆やご指摘をいただいた。
厚く御礼申し上げたい。