

介護保険契約の規制枠組—序論

石 畝 剛 士

1. はじめに

1997年12月17日に公布され、2000年4月1日に施行された介護保険法は、「措置から契約へ」という標題に顕著なように、従来行政が担っていた社会福祉領域につき、疑似市場（準市場）を想定しつつ市場原理を導入したという意味で、基礎構造の転換を伴う画期的なものであった。法学的視点からも、介護保険制度は、社会保障法学ないしは行政法学が主担当であった分野に、民法学による関与を必然的に要求することの嚆矢となり、社会保障法学・行政法学と民法学との協働が理論的のみならず実践的にも強く求められる状況を作出した。具体的には、介護保険制度において、事業者と要介護被保険者は私法的な契約当事者として制度設計がなされているため、そこでの契約内容ないし法的規律につき、民法学は、その研究対象として積極的に関わることを要求されているのである。

しかしながら、介護保険法が施行されて既に10年以上が経過しているにもかかわらず、介護保険契約¹の法的性質やその規制枠組に関する民法

1 介護に関する契約について、その用語法は必ずしも統一されていない。本稿では、介護保険制度に内在する私法的契約の総体としてこの語を用いるが、主として、介護サービス提供事業者と要介護認定者との間で締結される契約を念頭に置く。「介護契約」・「介護サービス契約」・「介護支援契約」・「福祉契約」などの用語の整理の一つとして、大村敦志『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）294頁以下を参照。

学からのアプローチは十分とは言い難く、議論が熟している状況にはない。そこで本稿は、主として民法学の視点から、かかる問題に対する現時点での議論の到達点を整理しつつ、介護保険契約につきあり得る規制モデルを想定し、各規制モデルから導出可能な規制内容を具体的に紹介することを目的とする。それは同時に、介護保険契約に対する私法的規制の可能性を各規制モデルに即して詳細に検討するための基礎的作業という意味合いをも有する。もっとも、本稿は、介護保険契約に対しそもそも何らかの私法的規制を行うべきか、仮に何らかの規制を行うとしても、如何なる内容を伴ったものとして行うべきであるかといった問題点について、定見を述べるものではない。しかし、かかる議論状況の整理と問題の所在のデッサンをすることは、少なくとも今後の具体的検討のために必要不可欠な序論として一定の意味を持ちうるものと考ええる。

2. 規制必要性・規制手法・規制内容

(1) 総論

介護保険契約に対する私法的規制を論ずる場合、そのプロセスはおおよそ以下ようになるであろう。第一に、根源的な問題として、そもそも規制を行う必要があるのかという点（＝規制必要性論・規制根拠論）がある。この問題に肯定し、仮に何らかの規制を行う必要性が認められるとしても、第二に、どのような視点からどのような形態による規制を行うべきかという問題が立ち現われ（＝規制手法論）、それを踏まえつつ、第三に、如何なる内容の規制を行うべきかという問題が登場する（＝規制内容論）。これらの問題群は、その問題となるレベルが異なるため論理的には整序することが可能であるが、実際に規制の在り方を考える際には、それぞれの

要素を眺めながら、同時並行的に検討することとなろう²。

(2) 規制必要性

介護保険をめぐる当事者関係を私法上の契約関係に（一部）移行することについては、積極的評価がある一方で、マイナスの側面も存在する。従来、積極的評価として挙げられているのは、①当事者による事業者選択・サービス選択の自由の確保、②利用者・事業者間の実質的な対等化、③競争原理に基づくサービスの質の向上などである。これに対して、消極的評価としては、「そもそも契約が福祉の手段たりうるのか」との根本的懐疑と、それからの派生として、自由競争・市場原理が支配する世界における手段を、それらが支配する社会でセーフティネットの役割を担う福祉の世界に持ち込むものではないかとの危機感が述べられている³。換言すると、

-
- 2 規制の意味内容を広く解すると、契約締結支援の制度的インフラ、成年後見制度の整備、地域福祉権利擁護事業との連携、裁判外紛争処理の在り方など、介護保険契約に関しても様々な問題が浮かび上がる。しかし、本稿ではこれらの問題に言及することはせず、もっぱら介護保険契約に対する私法的規制に焦点を当てる。
 - 3 以上につき、笠井修「福祉契約論の課題—サービスの『質』の確保と契約責任」森泉章編『著作権法と民法の現代的課題〔半田正夫先生古稀記念論集〕』（法学書院、2003年）662頁以下（以下、笠井「課題」と略称する）、笠井修「福祉契約と契約責任」新井誠ほか編『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）23頁以下（以下、笠井「契約責任」と略称する）、小西知世「契約による福祉と事業者の応諾義務—医師の応招義務を類比して—」新井誠ほか編『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）2頁以下、秋元美世『社会福祉の利用者と人権 利用関係の多様化と権利保障』（有斐閣、2010年）29頁以下。介護保険契約などの福祉契約を民法法理のみで処理することへの疑問を呈する山田晋「福祉契約論についての社会法的瞥見」明治学院論叢（社会学・社会福祉学研究）117号（2004年）67頁以下も同趣旨。措置制度の問題点と契約方式への移行の背景、更に契約方式の問題点についての概観は、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

民法が念頭に置き、一定の価値が認められている「自己決定に基づく自己責任」という原則を、介護保険契約にもそのまま当てはめるのが果たして妥当であるのかという問いが、ここでは正面から設定されているのである。

これらの評価は、「契約」というツールが用いられた場合の特徴をそれぞれ端的に示しており、積極的側面・消極的側面いずれも、その内容自体については、疑いを差し挟む余地が少ないであろう。また両者は、積極的側面を重視すればするほど、消極的側面として挙げられた危険性が高まるという意味で、トレードオフの関係にある。これは基本的には「契約自由の原則とその限界」という古くからの問題と同質と言える。即ち、今日の取引社会において、およそ如何なる意味においても規制が存在しない領域というのは存在せず、その意味では「契約自由の原則」には（外在的か内在的かは論者により異なるが）制約が課されている。従って、介護保険契約に関しても、積極的側面を推進することで増幅される消極的側面はどの程度までであれば甘受しうるかという、「線引き」問題であるという意味では、他の契約一般と共通性を有するであろう。しかし、介護保険契約は、社会福祉領域の特殊性故に、他の契約においては当然に契約自由が保障されるべき事項についてまで、改めてその当否が問われる所に、分析視角設定及び問題解決の困難さが現れる。つまり、介護保険契約においては、問題が先鋭化しているものの他の契約と「線引き」の移置が異なっているに過ぎない、その意味では程度問題として捉えうるのか、それとも「線引き」の方法や質がそもそも異なっており、従来にはない規制枠組が求められているのかが問われている。いずれにせよ、介護保険制度においては契約をその手段として用いる以上、民法が想定している私的自治の原則が差し当たり覆い被さるのは否定できないため、消極的側面に伴う危険性を回避するために一定の規制がやはり必要であると考えた立場に、「線引き」の移置ないし方法・質に関して正当化する「立証責任」があることとなる。

題」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）4頁以下。

(3) 規制手法

1) 如何なる規制手法を採るか

規制の手法・形態に関しては、法的規制（これは、公法的規制と私法的規制に細分化されるのが通例である）、行政規制、自主規制といった分類がある。これらの区分は、直接には規制の根拠となる規範の性質の相違に由来するが、その背景には規制目的の相違が関係を持つ。また、このような区分の実益は、規制に違反した場合におけるサンクション内容の相違にという形で現れる。

介護保険契約に対して何らかの規制の必要性が基礎付けられるとしても、如何なる手法の規制までが必要であるかは、各規制の組み合わせ方も含め、慎重な検討を要する事項である。現状の介護保険契約に関しては、公法的規制及び行政規制を中心として、規制枠組が形成されてきた。即ち、公法的規制としては、①社会福祉法⁴、②介護保険法⁵による規制の網がかけられ、行政規制としては、③各種の事業運営基準（省令）⁶がその中心的

4 社会福祉法においては、例えば、サービス給付の内容説明についての努力義務（同76条）、契約成立時における書面交付義務（同77条）サービスの質の向上のための措置を執る努力義務（同78条）、誇大広告の禁止（同79条）などが規制の具体的内容として挙げられる。

5 給付対象サービスの種類・内容の指定、サービス提供事業者に対する人員・設備にかかる基準などが挙げられる。

6 「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」（平成11年3月31日厚令37号）、「指定地域密着型サービスの事業の人員、設備及び運営に関する基準」（平成18年3月24日厚令34号）など、居宅サービス、施設入所サービス、介護支援サービスに応じて基準が定められており、実際にも、当該基準に従ってある事業者が介護保険法上の指定を認めるか否かが判断されるため、その実効性は高い。

役割を果たしている^{7,8}。ここでは、これら現行の規制根拠が何処にあるかという問題が一方にあり、他方に、介護保険契約を私法的にも規制する必要は何処にあるのかという問題があり、これら問題の上位に更に、両規制の「棲み分け」を何処で図るべきかという問題が関わってくるという構造になっている。本稿の関心からとりわけ重要なのは、上記第二の問題である。というのも、介護保険契約について安易に私法的規制を推進するとすれば、そもそも当事者による自由な契約形成を志向する手段として「措置から契約へ」の移行を実現させた経緯に鑑みると、それは当該趣旨を換骨奪胎することになりかねないと、差し当たりは言いうるからである。

この点、一つの有り得る考え方として論じられてきたのは、「運営基準」などの法的性格の不明確なものを用いて、民法上の原則の1つである「契約自由の原則」を実質的に制約していることが果たして方法的に適切かという意識である。かかる問題提起は一定の共感を持って迎えられており⁹、この方向を進めると、「契約自由の原則」を制約するためには法的規制、

7 解釈論上は、これら公法的規制・行政規制の違反が契約にもたらす影響・効果が重要なところではあるが、この問題は近時隆盛を極めている「公私協働論」など総論的な視点からの検討も不可避であり、本稿では立ち入る用意がない。

8 介護保険におけるこれら公法的・行政的規制の具体的内容とその実効性の有無に関しては、差し当たり伊藤周平『介護保険法と権利保障』（法律文化社、2008年）188頁を参照。

9 小西知世「福祉契約の法的関係と医療契約」社会保障法第19号（2004年）108頁。また、四ッ谷有喜「介護保険契約をめぐる契約環境」辻村みよ子編『男女共同参画のために—政策提言（ジェンダー法・政策研究叢書第12巻）』（東北大学出版会、2008年）416頁は、行政規制の効果による指定取り消しがなされた場合、それまでは要介護被保険者は1割の自己負担で介護サービスを受けられたところ、その後は、介護保険法上の介護給付でなくなるため、利用料全額を事業者を支払わなければならない点を指摘する。行政規制の効果が、利用者にとって必ずしも有意義な帰結とはならないことを示す例として理解できよう。もっとも、このような視点からは、行政規制では実効性が不十分なしは帰結が不当となる部分につき、それをカバーしうるような内容の私法的規制の在り方が求められ、かつ、私法的規制の対象はそれで足りることとなる。

とりわけ私法的規制が必要であるとの結論に至ることとなろう。もっとも、この考え方は、介護保険契約において「契約自由の原則」の制約が認められるという前提に立って、初めて成り立ちうるものである。それ故、「介護保険契約では、他の取引類型以上に『契約自由の原則』が制約されるべき」という、そもそもの当為命題について、かかる議論は正当化に資するものではなく、この点についての更なる議論が必要と思われる¹⁰。

結局のところ、従前の公法的規制・行政規制による対応が不十分であるということを明らかとし、かつ、私法的規制（その中心は契約規制である）が必要かつ合目的であるとの根拠を検討することが、必須の課題となろう¹¹。

2) 私法的規制の在り方

これらのスクリーニングを経て、仮に私法的規制が必要であるとの結論に至るとしても、その先に、解釈論か立法論かという、更なる法技術的問題が控えている。即ち、介護保険契約の私法的規制の在り方につき、従前の民法典及び民事特別法における解釈論の展開を通じて対応できるもの

10 事業運営基準で定められている各種の義務違反が私法上どのような意味を持つかという視点からの分析として、品田充儀「介護保険契約の法的性格とその規制」神戸外大論叢51巻2号（2000年）65頁以下、小西前掲（注3）4頁以下、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—」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）25頁以下・28頁以下・34頁以下。また、このような「運営基準中心主義」の問題点を挙げるものとして、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法学研究〔九州大学〕69巻4号（2003年）789頁以下。

11 福祉契約というカテゴリを念頭に置き、こうした契約に対し「一般の契約以上の規制を行うべき根拠はあるか」という視点から検討した研究として、額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号（2001年）14頁以下。

か¹²、それ以上に特別法立法による規制が必要なものか¹³という問いが生ずる。とりわけ後者を推し進める場合、介護保険契約の私法的規制にとって既存の法律では不十分であること、つまり解釈論としての限界を提示し、その上で、立法による特別な規制を必要とする理由が模索されねばならない。解釈論の限界を考える際には、法律文言上の制約、既存法律の規制根拠と介護保険契約の規制根拠との相違、既存法律では対応できない新たな問題への対処必要性など（もとより、これらは相互に関連し、厳密には区分できない性質のものではあるが）が明確に示される必要があり、これを基点とした上での立法論の構築が望まれよう。

(4) 規制の種別

1) 機能面からの各種規制態様

介護保険契約に対する私法的規制が必要であるとの前提に立った場合、具体的に如何なる内容の規制が求められているのか。この点を考察するに当たっては、まずは、従前の民法学（ないし民事特別法）における、一般的な規制の態様を整理しておくことが便宜であろう。「規制」とは、一般

12 額田前掲（注11）20頁以下は、現段階では特別立法ではなく解釈論による解決を模索する。小西前掲（注3）21頁以下（脚注52）も、特別立法による対処に慎重である。丸山絵美子「ホーム契約規制論と福祉契約論」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』（信山社、2007年）65頁も、現段階では契約の基礎理論の検討及び個別の論点ごとの考察が不十分である以上、早急な立法化には躊躇する。笠井前掲（注3）「課題」682頁以下も「将来的に」福祉契約に焦点を当てた立法を志向しているため、現時点での立法化には慎重な態度と言える。

13 特別法による規制を推進・示唆する立場として、大曾根寛『成年後見と社会福祉法制』（法律文化社、2000年）192頁以下、山田前掲（注3）118頁以下などがある。消費者保護に根差した新法を提唱する、品田前掲（注10）76頁以下も参照。

に「おきて。きまり。また、規律を立てて制限すること。」を意味するが、契約の私法的規制という文脈では、以下の2種類に大別できよう。まず、A. 当事者の合意の範囲外の事項につき、法律上（若しくは解釈上）一定の負担を付与するという機能を有する規制であり、これを本稿では「広義の規制」と称する。第二に、B. 当事者の合意の範囲内の事項につき、合意による効力を否定する機能を有する規制であり、これを本稿では「狭義の規制」と称する。

2) 「広義の規制」の諸相

「広義の規制」に関しては、更に細分化が可能である。具体的には、規制の内容・機能に応じて、A-1:「義務設定型」、A-2:「権利付与型」、A-3:「権利制約型」、A-4:「責任過重型」に分類できよう。

A-1:「義務設定型」とは、契約の一方当事者に、契約内容よりも過重された義務を法律上ないし解釈上設定する形式を指す類型であり、議論の対象として最も多く取り上げられているものであろう¹⁴。A-2:「権利付与型」とは、契約の一方当事者にとって契約内容よりも有利となる、特定の権利を法律上ないし解釈上付与する形式を指す類型であり、契約の他方当事者はその反射として何らかの負担を受けることとなる。民事特別法上の例は数多い^{15, 16}。これら2つは、当事者間に合意がない以上、本来であれ

14 この類型の具体例として、情報提供義務（消費者契約法3条一但し、努力義務）、説明義務、配慮義務、書面交付義務（割賦販売法4条）などが挙げられよう。

15 この類型の具体例として、消費者取消権（消費者契約法4条）、クーリング・オフ（特定商取引法9条など）、抗弁権の接続（割賦販売法30条の4・同35条の3の19）などが挙げられよう。

16 なお、A-2:権利付与型において、（主に消費者一要介護被保険者に）付与される権利の性質が請求権の場合、他方当事者に視点を移動させると、それはA-1:義務設定型となる。その意味で、この類型に固有の意味があるのは、付与される権利が形成権や抗弁権の場合であろう。この類型を「規

ば法的には何等の権利義務も生じない事項、従って法的評価が空白の領域につき、法律上・法解釈上の効力として一定の法的効果を生じさせるものである。これに対し、以下の2つは、当事者間の合意がない部分につき既に法規範（一般法である民法が想定される）が一定の効果を付与しているところ、その上に更に規制の網がかぶり、それによって、当該効果は何らかの変容をもたらすというタイプである。A-3:「権利制約型」とは、契約の一方当事者が法律上有している権利（内容及び行使）を法律上ないしは解釈上制約するという類型である。もっとも、民事特別法上、この類型に該当する例は少ないであろう¹⁷。最後に、A-4:「責任過重型」とは、契約の一方当事者が既存の法規範に基づいて負うべき責任を、法律上ないしは解釈上過重する形式を指す類型であり、不法行為責任の特別立法に典型的に見られる手法である¹⁸。

3) 「狭義の規制」の内容

「狭義の規制」は、従来、「不当条項規制」と称されているものと同一である。当事者間が特に定めた契約上の合意（そこには付随的契約条項も含まれる）につき、法律が、その効力の一部ないし全部を否定するという機

制」という文言の意味内容に含めてよいかは多少問題であろうが、付与された特別な権利が一方当事者によって行使されることにより、反射的に、他方当事者は契約上予定されていない不利益を被るという実質的視点から、本稿では、「規制」の内容に含めて論じる。

17 特別法化した例として、割賦販売における解除権等の制限（割賦販売法5条）、労働契約における解雇権濫用法理（労働契約法16条）が挙げられよう。なお、判例により認められている、委任契約における中途解約権の制限（民法651条の制限解釈）や、賃貸借契約における信頼関係破壊の法理（典型的には、民法612条の制限解釈）なども、この類型に含まれようか。

18 各種の無過失責任規定（自動車損害賠償保障法3条など）。また、瑕疵担保責任を実質的に過重する立法（住宅の品質確保の促進等に関する法律94条・同95条）も含まれるか。但し、後者の例については、時効援用権の制限という捉え方をすると、A-3:権利制約型の規制となろう。

能を有する。その意味では、法的効果の側面からB：「条項無効型」と称することができよう。このタイプの規制は、民事特別法によって、既に数多くの種類が存在している¹⁹。

介護保険契約に対する私法的規制を意図する場合、一般論としては、このような「広義の規制」と「狭義の規制」とを組み合わせて実効的かつ合目的な規制を目指さなければならないであろう。もっとも、これらの規制が具体的にどのような形で認められるべきか、また、その根拠は何処に存在するかという問題は、介護保険契約の特質に照らして、個別的に考察しなければならない。以下では、介護保険契約の特質を概観した上で、具体的な規制内容の存立可能性について言及する。

3. 介護保険契約の特質

(1) 介護保険契約の特質

介護保険契約は、さまざまな特徴を具有している契約と理解されている。即ち、消費者契約、役務提供契約、継続的契約、福祉契約といった性質を持つとされ、それ故に、経済的合理人を前提とした対等当事者間による交渉に基づく合意といった、民法典が予定している（取引的）契約とは異なると解されている。

敷衍すると、介護保険契約の具体的特質として従来指摘されているのは、以下の点である²⁰。介護保険契約において如何なる内容の私法的規制

19 事業者の免責条項・責任制限条項（消費者契約法8条）、消費者が支払う損害賠償額の予定条項（消費者契約法9条、割賦販売法6条、特定商取引法10条・25条）、その他各種不当条項（消費者契約法10条）、契約解除等の制限条項（割賦販売法5条2項、特定商取引法9条8項・24条8項）など、枚挙に暇がない。

20 以下の特徴を抽出するに際しては、額田前掲（注11）15頁以下、笠井前

を必要とするのかを考えるに際しては、これら特性に照らして、必要かつ十分な法的規律を検討しなければならない。

① 当事者間の格差

介護保険契約の一方当事者は要介護認定を受けた被保険者（＝要介護被保険者）であり、他方当事者は介護に精通している（はずの）介護事業者である。要介護被保険者は高齢者であることから、一般に認知症など判断能力が減退している可能性がある。また、中には、判断能力減退を生ぜしめる疾患を発症した後に要介護認定がなされる例もある。その意味で、要介護被保険者と介護事業者との間には、情報力や交渉力の格差が、通常の消費者契約と同程度ないしはそれ以上に著しい。

② 契約の継続性

要介護被保険者は、加齢ないしは症状の悪化により、時の経過に伴い、要介護度が高まることはあっても、いったん受けた要介護認定が外れることは事実上少ない。その結果、介護保険契約は継続性を帯びることが常態となる。また、要介護度が高まると、当初合意された給付内容とは異なる介護サービスが必要となる場合も生じるため、給付内容の可変性が他の契約よりも必然的に高くなる。更に、継続的契約一般について指摘されるような、中途解約の問題や、信頼関係の重視などは、介護保険契約にも当てはまる。

③ 役務給付契約

介護保険契約の給付は役務給付が主であり、サービス契約として挙げられている特徴を有する。即ち、役務提供契約では、一般に、給付提供者の裁量が大きく、給付内容・質が不明確であるとの指摘がなされている。

掲（注3）「課題」666頁以下、笠井前掲（注3）「契約責任」29頁以下、小西前掲（注9）103頁、伊藤前掲（注8）186頁以下などを参照した。但し、これらは主に福祉契約の特性として挙げられているものである。また、執行秀幸「福祉契約—介護契約を中心に」NBL929号（2010年）57頁以下も参照。

また、生産消費の同時進行性や視認困難性、不可逆性なども問題となる。

④ 生活・生存の基盤

要介護被保険者にとって、介護保険契約における給付は、生活・生存のために必要不可欠なものである。従って、要介護被保険者には契約を締結しないという選択肢は存在しえず、同様に、代替手段なしに契約を途中で終了するという選択肢も持ちえない。また、事業者の不履行等によりいったん損害が発生すると、その回復には非常に困難が伴うこととなる。

⑤ 制度の一環

介護保険契約は、介護保険制度の一構成要素をなすものであり、かかる「制度」としての視点が契約にも影響を及ぼす可能性がある。理念的には、福祉の手段として契約が用いられたに過ぎず、従来の措置制度が契約に置き換わったという視点からは、とりわけ公的資金を一部投入しているとの事情も相俟って、契約の公共性や倫理性、不特定当事者の平等取扱性が要求されることとなる。

(2) 類似契約との比較

1) 比較対象の措定

これら特質①～⑤は、密接に関連する部分もあるが、それぞれが独自の意味内容を有している。そのため、各特質から導かれる規制の内容と射程とを検討することが、本稿における一つの課題となるであろう。

もっとも、これら特質①～⑤のいずれかを帯びている契約は、介護保険契約以外にも数多く存在する。これら特質のいずれかないしは全ての存在を理由に、介護保険契約に対する私法的規制が正当化されるならば、他の契約類型においても、その特質を包含する限りにおいて、同様の私法的規制が認められなければ、法体系上のバランスを逸することにもなりかねない。このことは、換言すると、例えばこれら特質の存在を理由に民事特別法の制定を志向するとき、そこで定められる特別法は、介護保険法のみな

らず、当該特質を含むような他の契約類型についても、適用範囲に取り込まれることを視野に入れて作り上げられなければならない。

以下では、介護保険契約と密接に関連する契約として、主に医療契約（診療契約）と有料老人ホーム契約を取り上げる。これらの契約を取り上げる理由は、少なくとも純然たる取引的契約ではない点、給付内容的にも重複する部分が多い点、また、上記要素を（少なくとも部分的には）伴う契約である点など、共通要素が見出しやすく、介護保険契約規制を考える場合、その内容が、両契約にも波及する可能性が大きいためである。また同時に、これらの契約は既に議論の蓄積があるため、両契約に対する規制の有無及び内容を参考にすることで、介護保険契約規制の在り方を考える一助としたい。

2) 医療契約（診療契約）

医師と患者との間で締結される医療契約は、通常、準委任契約と性質決定される。医療と介護とは、理念的には異なっているものの、要介護被保険者は同時に医療を必要とする場合がほとんどであり、その実質的な内容が類似している部分もある²¹。また、要介護被保険者が入院を要する事態に陥ると、医療施設内で介護を受けることとなるため²²、両者には連続性

21 医業独占により、介護サービス事業者が医療行為を行い得ないのと言うまでもないが（医師法17条）、介護現場の実態との乖離が問題となっているところである。厚生労働省も、平成22年4月1日付の通知（医政発0401第17号）において、特別養護老人ホームにおける介護職員に、鼻腔内のたんの吸引や経鼻経管栄養など、相対的に危険性の低い医療行為について、一定の条件のもと、それを「やむを得ないもの」として、事実上容認する態度を示している。これも、医療と介護との境界が曖昧であることの一事例と言えよう。

22 但し、医療保険と介護保険との併用は認められていないため、入院中に介護サービスを受ける場合には、10割負担となる。そのため、入院中は、介護サービス事業者を経由して介護サービスを受ける例は少なく、事実上、医療施設内の看護職員が介護サービスと同等の行為を行っている。

も存在する。その意味で、介護保険契約と医療契約は密接に関連しており、契約の私法的規制を考察するに際しても、かかる内容類似性・連続性を視野に入れなければならないであろう。

医療契約は、患者の疾病・怪我の程度が様々であることに起因し、その内容の幅も非常に大きいという固有の特徴を有するものの、上記特質のうち、少なくとも特質①③は、介護保険契約と通有している。これに加え、入院を要する契約となると特質②を備えることとなり、また、重篤な疾病・怪我については特質④が、医療保険適用の契約に関しては特質⑤が含まれることとなる²³。医療契約に関する民法学の研究は多岐にわたるが、医療契約に対する私法的規制という視点からの検討は、必ずしも多くない²⁴。裁判として表れるのは主に医療過誤であり、この場合にも、医師側の債務不履行責任よりも不法行為責任が追及される場合が多い。それに伴い、不法行為責任に関しては医療水準論を典型とした判例法理の著しい展開があるにもかかわらず、契約規制といった発想はとられていない。医療契約に対する法的規制は、医師法を中心とした公法的規制のみというのが現状である。

こうした現実・理論状況は、社会福祉領域における契約規制の在り方をめぐる活発な議論状況（後述）とは対照的である。これをどのように理解

23 小西前掲（注9）103頁も、医療契約と福祉契約との相違は、（上記特質⑤の一側面である）「福祉の手段としての契約」以外は、程度の差こそあれ、あまり明確ではないという。

24 一例であるが、診療契約に関して、消費者契約法が適用された公刊物搭載事案は皆無に等しく（東京地判平成21年6月19日判時2058号69頁がある程度である）、また、この点について論じた文献もほとんどない。更に、現存する特別法の適用ではなく、例えば、「診療契約法」といった民事特別法制定の機運は必ずしも高いとは言えない。そのような中で、医療契約に特化した民事特別法の必要性を説く近時の論考として、手嶋豊「医療契約についての規定を民法に組み込むことを考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える（法律時報増刊）』（日本評論社、2008年）323頁以下が参考になる。

すればよいであろうか。第一に、既に指摘したように、医療契約においては医療水準論に典型的に見られるように、不法行為責任が圧倒的に幅を利かせてきたという事情があるろう。契約責任は、いわば不法行為責任に付随して主張されるに過ぎず、説明義務などの問題も不法行為上の注意義務として主に議論されており、その内容を契約上の義務としてそのままトレースすれば足りた。換言すれば、医療契約論は、主に不法行為責任が追及された裁判例に付随して（その限りで）発展したものであった²⁵。また、第二に、医療契約においては、給付が定型的判断に馴染まない一方で、医師の高度な専門性に鑑み、そもそも給付内容の質の担保が図られ、社会に認知されているという面があることが、その要因として挙げられるのではなかろうか。このような社会的認知が達成しえたからこそ、逆説的ではあるが、その質に達しない医療行為に対して、医療過誤訴訟が数多く提起されているとも言えよう。この点は、資格認定などは存在するものの、なお専門特化が不十分であり、給付内容の質に対する社会的認知も未熟な介護保険契約におけるのと局面を異にするであろう。

しかし、第一の点に関しては、不法行為責任の展開が著しいという理由で、契約の私法的規制の必要性が減殺されることにはならないとも言える。確かに、紛争の解決や裁判上の準則という意味では、契約の私法的規

25 小西前掲（注9）101頁は、医療過誤訴訟で問題となる債務不履行論の前提として論じ、裁判例の集積により議論が深化すると言う経緯を辿ったことを捉え、医療契約論を「帰納的議論」と評されている。これは、後に述べる福祉契約論が、「契約の解釈」から議論を深化させていこうとする点を捉え、「演繹的議論」と評されることと対比される。本稿も、この見解に異論を挟むものではないが、医療契約においては、債務不履行論の更なる前提として、不法行為論が重要な意味を持っており、その反射として、医療契約論固有の問題意識が薄かったのではないかと考える。もっとも、医療契約規制を巡る議論の深化が十分になされていなかったからこそ、現実に直面する問題に対し、不法行為法が柔軟に適用されてきたという真実もあるものと思われ、その意味では、両者の相乗効果が現在の状況を導いたと評価できよう。

制を持ち出すまでもなく、不法行為責任に依拠すれば足りるとも言えるが、このことは裏を返せば、契約規制が不十分で不確かな状況であったが故に、不法行為が好んで用いられたという理解もまた可能である。また、第二の点に関しては、契約の私法的規制は給付の質の確保に止まるものではないために、やはり理由としては説得的なものとは言えない。

3) 有料老人ホーム契約

有料老人ホーム契約は、入居希望者と有料老人ホーム事業者とで締結される契約である。その法的性質については様々な議論があるが、少なくとも、準委任・請負・賃貸借の要素を含む混合契約であるとの理解が一般である。有料老人ホーム契約は、上記特質のうち、特質①～④を備えている²⁶。有料老人ホーム契約においては、医療契約と異なり、従来から契約内容の不透明性が指摘され、私法的規制の必要性が叫ばれてきた²⁷。具体的には、有料老人ホーム契約における事業者の様々な義務を設定する見解、借地借家法の適用可能性を検討するもの、私法的規制を中心とした民事特

26 なお、特定施設入居者生活介護事業者の指定を受けた有料老人ホームにおいては、入居者は、同ホーム内で介護保険法上の介護給付を受けることができる（介護保険法8条11項・同70条1項・同78条の2第1項など）。この場合には、特質⑤が含まれることになりそうであるが、ここで私法的契約の個数を考えると、有料老人ホーム入居契約と介護サービス契約との2本が締結されると言える。従って、特質⑤は、そのうち後者の属性であると考えられることができるであろう。また、ここで取り上げる有料老人ホーム契約は、介護保険法上の介護給付を予定していない形態のもの（いわゆる「住宅型」及び「健康型」）を典型的に想定している。

27 有料老人ホーム契約の性質決定及びその私法的規制の在り方に関しては、下森定編『有料老人ホーム契約』（有斐閣、1995年）に収められている諸論稿が重要である。また、拙稿「ドイツにおけるホーム契約の規制枠組—解約の局面を中心として—」法学〔東北大学〕69巻4号（2005年）76頁以下、同「ドイツにおける介護・福祉サービスをめぐる法制度—モデルとしてのホーム法の概観—」実践成年後見26号（2008年）12頁以下も参照。

別法制定を主張する見解などがある。また、私法的規制を考察するに際し、情報提供などの契約環境整備と並んで主眼とされていたのは、[1] 対価規制（給付と対価の均衡性保持）、[2] 解約規制である。この2点は、消費者契約法などの既存立法の規律対象外であるため、消費者契約法のみ委ねることへの不十分性も相俟って²⁸、特に議論がされているのであろう。但し、有料老人ホーム契約において [1] の要請が強いのは、価格決定の自由が作用しているからこそである。この点は、公的給付が前提とされている医療契約（保険医療の場合）や介護保険契約には必ずしも妥当しない、有料老人ホーム契約固有の問題であろう²⁹。

4. 介護保険契約における規制モデルの諸相

(1) 介護保険契約の法的性質

介護保険契約は、事業者と要介護被保険者とが当事者となり、事業者が要介護被保険者に対して「入浴、排せつ、食事等の介護その他の日常生活の世話」（介護保険法8条2項参照）を給付し、これに対して要介護被保険

28 有料老人ホーム契約に関して、消費者契約法の適用が問題になった事案は、東京地判平成21年5月19日判時2048号56頁、東京地判平成22年9月28日判時2104号57頁くらいであり（有料老人ホーム契約上の終身利用権金不返還条項や入居一時金償却条項が消費者契約法に照らしても無効ではないとされた）、この点は医療契約と共通する。

29 サービス給付の内容とその対価については、介護報酬基準・事業運営基準などの定めが存在する以上、不当条項規制が問題となることはあまり考えられない。しかし、2005年の介護保険制度改革により、食事提供の利用料、居住・滞在・宿泊にかかる利用料が保険給付から除外されたため、上記基準による規制が及ばないことが問題とされている。この「ホテルコスト」をめぐる問題については、ドイツ法の状況も含め、小西啓文「福祉契約に対する内容規制の方法—ドイツ連邦消費者センター連盟による団体訴訟を例に—」法律論叢 [明治大学] 80巻6号（2008年）199頁以下を参照。

者が事業者に対して金銭の給付を行うことを、その内容とする。その意味で、介護保険契約が有償双務契約であることには異論はないものの、その法的性質決定については必ずしも明確ではない。多くの論者は、これを準委任契約であると考えている³⁰。このような理解に異論はないが、介護保険契約においては、基本的に介護支援専門員（ケアマネージャー）作成による介護サービス計画（ケアプラン）に従って給付がなされる結果、給付内容・種類を大幅に変更できるという権限は事業者には与えられておらず、その意味で、医療契約に比べて事業者の裁量性は乏しいであろう。また、有料老人ホーム契約とは異なり、住居の提供や給食などのサービスが予定されていないため、賃貸借契約や売買契約など他の契約類型との複合化を考慮する必要性も少ない。更に、介護保険契約の給付内容自体、定型化の度合いが強いため、総じて請負契約的な要素が多いと思われる³¹。

30 道垣内弘人「福祉サービス契約の構造と問題点」判タ1030号（2000年）179頁（但し、「福祉サービス契約」の性質決定として述べる）、品田前掲（注10）71頁以下、菊池馨実「社会保障法の私法化？」法教252号（2001年）123頁〔脚注2〕、西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）312頁、伊藤前掲（注8）185頁以下など。なお、長沼建一郎『介護事故の法政策と保険政策』（法律文化社、2011年）62頁は、基本的に準委任契約であるとしつつも、「高齢者を預ける契約」と位置付けることも不自然ではないとし、寄託契約類似性を見出す。その主眼は、「そのままきちんと預かり、きちんと返す」という保管型営業的な側面を介護保険契約の債務の本旨の一つとして位置付ける点にある。以上に対し、執行前掲（注20）59頁は、「介護契約は、民法における準委任や請負とは異なる独自の類型の契約といえよう」と述べる。もっとも、民法上の委任・請負の規定の適用を排除する趣旨であるのか、「独自の類型」の意味は明確ではない。

31 福祉契約一般についての言及であるが、笠井前掲（注3）「課題」674頁、笠井前掲（注3）「契約責任」30頁を参照。なお、このように述べたからと言って、事業者は結果さえ果たしていればよいというわけではない。果たされた結果が、要介護被保険者にとって十分な内容を伴うものであったか否かがむしろ問われることになろう。従って、介護保険契約においては、「サービスの瑕疵」判断の基準がむしろ重要な要素となるように思われる。

(2) 具体的規制モデル

1) 総論

契約上の給付につき特定の性質を捉え、そこに規制を及ぼす場合、一般に以下の2点につき留意しなければならないと思われる。第一に、規制の内容に関しては、当該性質に関連する範囲に限られる。例えば、後述する消費者契約においては、事業者・消費者間の情報力・交渉力の格差が規制の正当化根拠である以上、情報力・交渉力を是正することに資する内容の規制しか導くことはできない。第二に、規制の対象に関しては、当該性質を具備する契約全てについて規制を及ぼす必要が生ずる。これらの点を踏まえつつ、以下では介護保険契約における具体的な規制モデルを示したい。

なお、規制モデルを考えるに際しては、それと類似した契約にまでその射程に収めて制度設計を行うべきかという視点が重要となる。この点、介護保険契約とは、その定義上、(α) 保険対象となる契約を指すが、これと区別されるべき契約として、(β) 介護を給付内容とするが介護保険の対象とはならない介護サービス契約があり、(α) と (β) を包括して私法的規制に反映させるべきか、両者の規制枠組を別個に捉えるかについても一つの問題となる³²。更に、介護保険契約の類似契約としての、(γ) 医療契約、(δ) 有料老人ホーム契約³³を含めた規制モデルを考えるか否か

32 長沼前掲（注30）335頁以下が、「『保険対象となる』介護サービス契約」とそうでない介護サービス契約との比較という視点からの分析を行っている。そこでは、「『保険対象となる』介護サービス契約」とは、「当該サービスにかかる費用が……介護保険法の要件に該当して給付されることを意味する」と定義づけられている。従って、保険対象とはならない介護サービス契約とは、例えば、都道府県からの指定を受けない事業者による給付や、要介護認定で自立判定がなされた者に対する給付、要介護被保険者に指定事業者からサービスがなされた場合であっても、法定サービス以外の給付などが含まれることとなる（同書338頁を参照）。

33 有料老人ホーム契約に関しても、公法的規制・行政的規制が整備されてき

は、その規制内容をどのように措定するかという問題とも絡んで、より大きな態度決定となりうる。

以上の点は裏を返せば、介護保険契約が有する上記特質のいずれに焦点を当てて規制を施すかという問題に繋がる。上述した特質は、他の契約類型に比較的共通して見られるものもあれば、介護保険契約とその類似契約のみにしか見られないものもある。ここで、一般に規制の網の射程範囲と規制内容とは密接に関係しており、通常は、その射程範囲が広ければ広いほど、規制として取り込む内容は緩やかなものとなり（一般化）、逆に、射程範囲が狭くなるに従って強い内容の規制が可能となろう（特別化）。また、実際に介護保険契約に対する私法的規制が必要であるとの認識に立ったとしても、以下の規制モデルはそこから一つのみを妥当させなければならないという排他的なものではなく、複層的・重疊的に用いることが可能である。従って、いずれのモデルを取上げ、また、いずれのモデルを組み合わせるかといった、選択の問題も併せて考えなければならない。

2) 消費者契約規制モデル

(a) 基本的思考

この規制モデルは、契約当事者間の情報力・交渉力の格差を正面から認め、その是正を図ることで、劣位当事者の自律を確保すること（＝支援された自律）が主眼となる。介護保険契約においても上記特質①が存在しているため、特質①を規制根拠とする当該規制モデルが妥当することとなる。消費者契約規制モデルは、既に消費者契約法が施行されている以上、介護保険契約に対する現行の私法的規制であるという点に、他の規制モデルとは異なる地位を有している。従って、ここでの問題は、現行法を維持

ている（近時の規制内容に関しては、差し当たり吉村朋代「有料老人ホームについて—高齢者の居住とケアにかかる法律問題覚書（1）—」広島国際大学医療経営学論叢4号〔2011年〕12頁以下を参照）。

したままでどの程度その実効性が担保しうるかという点と、なお不十分な部分がある場合、当該規制モデルに即して消費者契約法の改正などが必要となるかという点にある。なお、当該規制モデルにおいては、(α) 介護保険契約、(α) 保険対象とならない介護サービス契約、(γ) 医療契約、(δ) 有料老人ホーム契約いずれもその範疇に収められるのみならず、事業者・消費者間の契約である限り、その他「市場型取引」に関する多種多様な契約類型が全て含まれる。従って、他の契約類型一般に必要な規制の在り方をその規制根拠に照らして考える必要が生じ、介護保険契約を出発点としてあるべき規制を考えるのは狭きに失する恐れがあろう。

(b) 消費者契約法の適用可能性

民法典が予定しているのとは異なる契約として、特別な規制を展開したのが、消費者契約法である。この点、介護保険契約も消費者契約法が適用される以上、介護保険契約に固有の規制を考える必要はなく、消費者契約法に基づく規制で十分であるというのも、ありうる考え方であろう。このような考え方を承認するか否かは、消費者契約法に基づく規制によって、どの程度まで実効性が担保されるかに依拠する。具体的には、消費者契約法は上記特質①に対応した規制を認めているのみであり、介護保険契約の他の特質に対する規制は捨象されざるを得ない。これで十分であるか否かの評価が、更なる規制を要するかどうかの分岐点であろう。以下では、当該規制モデルに即した介護保険契約規制の具体的内容について検討を行う。

(c) 具体的適用条文

消費者契約法の規定のうち、介護保険契約にも意味のある適用が考えられるのは、どの規定であろうか³⁴。周知のように、消費者契約法の規定は、

34 この問題については、笠井前掲（注3）「課題」668頁、笠井前掲（注3）「契約責任」40頁、原田前掲（注10）773頁以下、岩村前掲（注10）19頁以下。

契約締結時の規制と契約内容規制とに分けられるため、以下ではこの二つに分けて考察する。

（i）契約締結過程

消費者契約法は、契約締結時の規制として、情報提供義務（3条）、不実告知・不利益事実の不告知（4条）を定める。しかし、消費者契約法が規定する情報提供義務はそもそも努力義務に過ぎず³⁵、信義則等の媒介を経て初めてその義務違反が確定する。従って、その法規範性は相対的に弱いものと評価せざるを得ない。また仮に一定の法的効力を有するとしても、介護保険契約の特質に鑑みると、契約締結時点で提供可能な情報は抽象的・定型的なものに限定されると解される。これは、重要事項説明の対象事項に関しても同様のことが言えよう。即ち、介護保険契約は、上記特質②③を包含する契約であり、それが消費者契約法の規定による解決の実効性を阻害する要因として作用すると考えられる。

また、規制枠組を設定するに際し、消費者契約法のみによつて依拠した場合には、更なる問題を抱えることとなる。具体的には、消費者契約法が規定する法的効果は、取消権の付与という形での契約関係からの離脱のみであり、こうした解決策が現実の要介護被保険者にどれほどの実益があ

具体的な消費者契約法各条文への適用可能性に関する検討は、四ッ谷有喜「介護保険契約の消費者契約性」法政理論〔新潟大学〕39巻3号（2007年）314頁以下に詳しい。また、卯辰昇「消費者契約法の適用に関する序論的考察—介護サービス契約、金融リスク商品契約を中心として—」損保ジャパン総研クォーターリー vol.33（2000年）37頁以下、「消費者契約法と規制緩和」に関する研究会「私法としての消費者契約法—実効性のケーススタディー—」（『消費者契約法と規制緩和』に関する研究会〔第2期〕報告書）（損保ジャパン記念財団、2004年）93頁以下、小西前掲（注29）241頁以下も参照。

35 四ッ谷前掲（注34）318頁は、事業者の専門性と情報の危険性が認められるものに限って、介護保険契約に情報提供義務を認める。

るのかは不透明である³⁶。ここでも、市場が整備され給付の代替可能性が高い通常の取引的契約と異なり、介護保険契約が有する上記特質④が、消費者契約法のみによる規制とその解決の不十分性を導くものとして作用するであろう。

(ii) 不当条項

消費者契約法は、規制される不当条項として、免責制限（8条）、違約金・損害賠償額の予定（9条）、一方的不利益条項（10条）を置いている。この中で、消費者契約法8条・9条の適用が問題となるような条項がどの程度まで存在しているのかについては、必ずしも明確ではない。他方、消費者契約法10条の適用可能性を考える場合、その前提として、他の任意規定と比較して消費者に一方的に不利益となるとの判断を、どのように行うべきかという問題が現れてこよう。即ち、比較すべき「他の任意規定」の決定にまつわる問題である³⁷。介護保険契約の法

36 この点、河上正二「サービスと消費者」ジュリ1139号（1998年）72頁以下は、効果としての損害賠償義務と追完的役務給付の可能性を示唆するが（四ッ谷前掲〔注34〕319頁も同旨）、それは、サービス契約一般に妥当するものとして措定する。とすれば、消費者契約規制モデルではなく、役務提供契約の特質に即した役務提供契約規制モデル（後述）に相応しい効果としてのみ検討する余地がある。いずれにせよ、消費者契約規制モデルでは、一般的にそこまでの効果は認められないであろう。

37 四ッ谷前掲（注34）324頁もこの点を指摘する。なお、「消費者契約法と規制緩和」に関する研究会前掲（注34）94頁は、ヘルパー変更権に関する条項を素材に、日弁連などが提案しているモデル契約書を「介護サービス契約の標準的な契約類型として認めれば、これを前提とした契約内容の司法的規制も考えられないではない」として消費者契約法10条の適用可能性を示唆する。ある契約類型につき適切な任意法規が存在しない場合、直ちに消費者契約法10条が適用できないとするのは妥当ではない以上、かかる試みは興味深い、同法の解釈問題としては、任意法規に準ずる規範正当性をどのように担保すべきかなど、理論的ハードルは高いであろう。

的性質決定をどのように行うかは、上記特質②③とも絡んで、慎重な検討が必要であり、場合によっては上記規定による解決の実効性を阻害する可能性も出てくるのではないかと思われる。

(d) 消費者契約規制モデルの総括

以上のように、現行の消費者契約法を適用することで、介護保険契約に対する適切な規制の在り方について一定の役割を果たす可能性は否定できないが、それは部分的なものにとどまる³⁸。換言すると、消費者契約規制モデルでは、介護保険契約の消費者契約たる特質のみを捉えて規制を施す以上、それ以外の特質については、当該モデルからは適切な法的効果を得ることができない。とりわけ、介護保険契約においては、給付される内容が利用者の人間としての生活基盤や生命・身体に直結する重大な利益に関わるものであり、より強い保護が求められること、また、要介護被保険者と事業者との交渉力の格差が格段に大きいこと³⁹、また、消費者契約法は、

38 平田厚「福祉契約に関する実務的諸問題」新井誠ほか編『福祉契約と利用者の権利擁護』（日本加除出版、2006年）53頁（初出は社会保障法19号〔2004年〕124頁）。なお、介護保険契約を消費者契約として規制に服せしめると、その帰結は契約解除と損害賠償に収斂するのみとなり、介護サービスの提供が図られないことから、公的責任の視点を強く打ち出すべきであり、要介護被保険者を単純に消費者と認めることに疑問を呈する立場もある（和田隆夫「介護保険制度における三者関係の法的問題」花園大学社会福祉学部研究紀要〔2000年〕79頁以下）。本文とは異なる視点からの消費者契約性への疑問であり、確かに行政の公的責任の有無と程度という観点は考えなければならない。しかし、その問題と消費者契約性の問題とは別であり、消費者契約性を否定する理由とはならないであろう。

39 笠井前掲（注3）「課題」668頁。なお、笠井前掲（注3）「契約責任」32頁は、「利用者が社会における最も保護を要する弱者である」点からも、より強い規制を正当化する。このような発想は、消費者契約規制モデルを超えた介入を他の原理（規制モデルとその正当化）から導かなければならないことを想起させる。

不当な契約を解除することにより消費者保護を図るものであるのに対し、介護保険契約は契約の継続にこそ焦点があるため、両者の議論にはかみ合わない部分がある⁴⁰ことが、ここで十分に留意されなければならないであろう。このように考えると、消費者契約法の適用それ自体では規制枠組としては十分ではなく、介護保険契約の他の特質に配慮した強い法的規制が要請されるという立場⁴¹にも、一定の説得力があると思われる。

3) 役務提供契約規制モデル

(a) 基本的思考

この規制モデルは、契約上の給付の質の客観化・標準化が困難であるという役務提供の性質に鑑み、それに起因する不都合を是正することに主眼が置かれる。介護保険契約における給付内容の中心は役務提供契約である以上、介護保険契約の規制枠組を考えるに際し、当該規制モデルを軸にその内容を構築することも当然に可能となる。この場合、介護保険契約の上記特質③（ないし②）に由来する諸問題に対し、規制の網をかけることとなる。具体的には、役務受領者が給付対価間の合理的な判断を行う場合に生ずる支障を回避し、また、役務提供は継続の関係となりやすいという一般的傾向から、長期のリスク判断が困難となり契約を維持することが必ずしも役務受領者の利益にならない状況を回避することが、規制の中心となる。なお、消費者契約規制モデルと同様に、当該規制モデルにおいては、

40 山田前掲（注3）76頁、卯辰前掲（注34）38頁以下。また、消費者契約は経済的損害を防止し、あるいは大量生産商品の安全性を図るもので、福祉契約とは異なると説く額田前掲（注11）16頁や、①サービス範囲の個別性、②締結主体の能力低減、③福祉制度からの移行という面で、典型的な消費者契約とは異なる特徴を有すると指摘する品田充儀「介護保険契約の特徴と法的問題—モデル契約書を参考として」ジュリ1174号（2000年）70頁以下も発想としては近い（菊池前掲〔注30〕122頁も参照）。

41 消費者契約の特性では不十分であるとの理由付けに関し、従来議論を整理したものとして、丸山前掲（注12）55頁以下。

(α) 介護保険契約、(β) 保険対象とならない介護サービス契約、(γ) 医療契約、(δ) 有料老人ホーム契約いずれもその範疇に収められるのみならず、それ以外の多種多様な役務型取引が含まれることとなる。

(b) 典型契約としての役務提供契約？

周知のように、近時の債権法改正議論において、民法（債権法）改正検討委員会は、役務提供契約に関する一般的定めを提案している。そこでは、役務提供契約は、「役務提供、当事者の一方（役務提供者）が相手方（役務受領者）から報酬を受けて、または、報酬を受けないで、役務を提供する義務を負う契約である」（【3.2.8.01】）と定義され、介護保険契約も当然に含まれる内容を有する。従って、債権法改正が実現の運びとなった暁には、介護保険契約に対する私法的規制枠組は、消費者契約規制モデルと役務提供契約規制モデルが重疊的に被ってくることになる。もっとも、ここで提案されている役務提供契約とは、従来の役務提供型の典型契約（請負・委任・雇用・寄託）の「受け皿」という性質を持つものであり、それらに共通する規律が付与される以上、その規律内容は、最大公約数的なものにならざるを得ない。具体的に見ても、役務提供者の基本的義務（【3.2.8.02】）及び報酬請求権に関する規律（【3.2.8.04】～【3.2.8.09】）、契約終了に関する規律（【3.2.8.10】～【3.2.8.12】）があるにとどまる。ここで、介護保険契約規制に資する規律の具体的内容としては、役務提供者の任意解除権の有無に関する部分のみとなろう⁴²。即ち、介護保険契約を準委任契約と性質決

42 民法（債権法）改正検討委員会による提案では、【3.2.8.11】において、役務提供者の任意解除権を定める。そこでは、有償役務提供契約においては、役務提供者は任意解除権を有さない〔甲案〕か、やむを得ない事由がない限り解除を認めない〔乙案〕とされる（民法〔債権法〕改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』〔商事法務研究会、2009年〕362頁）。従来の民法典では、契約当事者の抽象的対等性が前提とされていたため、その発想によると、当事者いずれも契約を解除できるという扱いも、一方当事者のみが解除

定すると、民法典の委任契約規定が適用される結果、受任者である介護事業者にも任意解除権が認められる帰結となる（656条・651条）。しかしながら、委任の固有の領域を超えて、長期のリスク判断の困難を理由に事業者にも任意解除権を付与するのは妥当ではないであろう⁴³。従来、（無名契約として委任規定の適用を排除するなど）契約の性質決定によって、ないしは信義則によって対処していた問題を、正面から規定する点に意味があるものと思われる。以上に対し、役務提供契約においても一つ問題として現れる給付対価間の合理的判断の支障の回避、とりわけ役務給付の質にまつわる問題については、改正提案は有償役務提供者の注意義務の水準を「善良な役務提供者に通常期待される注意」（【3.2.8.02】）としているのみであり、その具体化は従前と同様に解釈論に委ねられることとなった。

4) 福祉契約規制モデル

(a) 基本的思考

この規制モデルは、福祉契約論として従来議論されてきた内容に、その理論的背景を求めるものである。即ち、福祉の手段として契約が採用されているに過ぎないという側面から、私法上の問題に関しても、各種社会福祉制度の理念や各種事業運営基準と統合的な理解がなされなければならず、かかる理念を私法的側面に浸透させるべきとの要請が、当該規制モデ

権を制限されるという扱ひも、必ずしも正当化できない。この点、一方当事者たる役務受領者に対しては任意解除権を与え、他方当事者たる役務提供者に対しては任意解除権を原則として否定するという規律は、その意味で「規制」と評価することも可能である。しかし、当該規定は判例の展開を明文化したに過ぎないとの評価も可能であり、また、請負における民法641条が注文者のみに解除権を与える点に鑑みると、抽象的対等当事者性の原則が既に修正されているとも考えられる。

43 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針V 各種の契約（2）』（商事法務研究会、2010年）41頁。

ルの基本的視座として位置付けられる⁴⁴。また、消費者契約規制モデル・役務提供契約規制モデルが当事者の自律的契約形成を理念的には推進し、その実質的保障に資する手段を各種規制として想定するのに対し、当該規制モデルは、少なくとも部分的には当事者の自律に関わらない後見的な支援を規制内容として取り込むことに特徴を有する⁴⁵。それとの関連では、上述の規制モデルが取引的契約をも広く射程に置くのに対し、当該規制モデルは、その射程が自ずと狭まる点に特色を有する。これは、上記特質⑤を備える契約に対する規制であり、その範疇に入る具体的契約は、(α)介護保険契約を典型とするものの、それ以外にも、(β)保険対象とならない介護サービス契約、及び(その性質を巡る理解次第であるが)(δ)有料老人ホーム契約などが想定される⁴⁶。以上のことから明らかなように、

44 笠井前掲(注3)「課題」666頁・670頁以下、笠井前掲(注3)「契約責任」25頁では社会福祉法3条、同5条、同75条以下と共に憲法25条を挙げている(この点については、菊池前掲[注30]122頁も参照)。また、額田前掲(注11)16頁は、憲法25条、同13条及び社会福祉法などの各福祉法の目的・理念を挙げる。社会福祉サービスの利用関係は憲法25条に由来する「憲法価値」の化肉したものであり、契約形成面・内容面での社会法的介入が逃れられないと説く山田前掲(注3)117頁も参照。憲法25条をその基礎に据えるという思考は、後述の基盤契約と同様であり、この限りでは、福祉契約と基盤契約のそれぞれの守備範囲はほぼ同一のように見える。もっとも、福祉契約は憲法25条が体現する価値が「福祉」という形で、かつ契約として現れた場合に妥当すると解され、例えばライフライン供給契約など憲法25条が他の局面で具体化した場合は含まれないと思われる。従って、両規制モデルの守備範囲は、若干のズレがあると言えよう。

45 もっとも、当該規制モデルにおける「自律」の捉え方については、社会福祉の本質についての議論も相俟って、なお慎重な検討を要する。この点については、山田前掲(注3)87頁以下の分析が興味深い。福祉契約における当事者の「自律」につき、民法学がどのように捉えているか(または捉えるべきであるのか)については、今後の課題とせざるを得ない。

46 笠井前掲(注3)「課題」665頁以下では、その他に、「障害者福祉について予定されている支援費支給方式のもとでの各種福祉サービス契約」や「社会福祉法上の社会福祉事業に該当する各種の事業におけるサービス利用契

当該規制モデルは、上記特質⑤に関わる限りではあるが、他の規制モデルとは異なる、より具体的な内容をも取り込むことが可能となる。もっとも、如何なる内容の規制を行うかについては、当該規制モデルを措定しただけでは未だ空白であり、法技術的にも「福祉契約法」のような立法論を構築するのか、それとも、信義則判断における一考慮要素又は「福祉公序」⁴⁷のような公序良俗判断として解釈論上位位置付けられるに過ぎないのかは、議論があろう。

(b) 福祉契約論の現状

福祉契約論は、学界においては2000年初頭より活発な議論がなされていたが、近年はその勢いも落ち着いたように思われる。その目的は、福祉サービスを供給する契約が一般的な取引的契約とは異なるという認識のもと、福祉契約一般に妥当する契約規制の在り方を模索する点にあった。福祉契約の特徴としては、以下のような点が指摘されている⁴⁸。

第一に、行政行為である給付決定がサービスの必要性の総枠を決定し、この枠内で契約関係が展開されるという構造、第二に、利用者の選択権を保障するための行政過程が発達しつつあり、こうした行政制度の整備を基盤として契約が成立している点、第三に、内容形成が適切に行われるように、給付組織と提供者との法関係（＝給付提供法）による内容的コントロールが図られている点である。

約一般」など挙げている（笠井前掲〔注3〕「契約責任」24頁も同様）。但し、後述のように、(d) 有料老人ホーム契約がこの範疇に収まるかは、なお検討の余地がある。

47 この概念は、額田前掲（注11）20頁〔脚注17〕に由来している。

48 原田前掲（注10）804頁のまとめによる。もっとも、同論文は、福祉契約の台頭に伴う行政法学の役割と課題という問題意識が全体のトーンであるため、「福祉契約」とされる対象も、行政法システムに関連を有する契約に意識的に限定している。従って、福祉契約の定義次第では、この特徴が妥当しないような契約も含まれてくるであろう。

現状の福祉契約がこうした特徴を一般に備えることについては、特に異論は見受けられないものの、かかる特徴からどのような視角でどのような規制を（その正当化根拠と共に）導くかについては、議論は帰一するところではない。「福祉契約というものに対する普遍的なイメージあるいは確立した概念というべきものが存在しない」と称されており、この点を等閑視したままで総論的に福祉契約を論じても、そこでの実益は疑問である⁴⁹との評価が的を射ていると思われる。

例えば、如何なる視角から「福祉契約」という性質決定を下すかという定義上の問題についても、論者により様々である。一方で、サービス給付の内容に焦点を当てた場合、その定義は、「福祉サービスの給付を目的とする契約」・「福祉サービスを利用するための契約」とされる⁵⁰。この場合にも「福祉」概念の曖昧さに起因して、その外延をどこで画するかによりその対象範囲が変動する可能性はあるものの、このような考え方によれば、有料老人ホーム契約や介護付きマンション区分所有権売買契約等、最低限度の生活を保障するという視点からは必ずしも必要とはされない契約も、そこに広く含まれることとなる。他方、該当する公法規範の有無に焦点を当てる場合⁵¹、社会福祉法2条にいう社会福祉事業に該当せず、高

49 小西前掲（注9）102頁。また、丸山前掲（注12）61頁以下も同様の問題意識を持つ。

50 額田前掲（注11）14頁（主として社会福祉事業に該当する種類の事業のサービス利用契約、有料老人ホームの利用契約を念頭に置く）が、このような前提を採る。「社会福祉契約」という名称を用いる山田前掲（注3）69頁も、内容的には同旨（「利用者とサービス事業者またはサービス提供者との間で交わされる、社会福祉サービス供給に関する契約」と定義する）。また、福祉契約論に立脚するものではないが、道垣内前掲（注30）178頁も同様に捉える（但し、有料老人ホームなどの施設利用契約は検討対象から外されている）。

51 笠井前掲（注3）「課題」665頁、笠井前掲（注3）「契約責任」24頁以下は、「各種福祉法……の理念のもとでその機能を果たすべく予定されているもの」を福祉契約論の対象として一般に想定しているため、この分類に入ると

齢者等に有償・無償で彼らの生活・自立に資するようなサービス給付を行うような契約関係⁵²は、ここには含まれない可能性も出てこよう。

このような定義の曖昧さにより、規制の具体的内容に関してもなお流動的な部分があり、統一した理論としての完成度はいまだ高くないというのが現状である。また、福祉契約論を説く論者であっても、主に解釈論として、社会福祉法の体系と矛盾しない契約法理論、社会福祉法制の中で適切に機能する契約法理論の形成を目指す理解⁵³がある一方で、究極的には、「福祉契約法」なる民事特別法の制定も視野に入れる立場もあるなど、規制手法に関してもなお議論は続いている。

5) 基盤契約規制モデル

(a) 基本的思考

この規制モデルは、給付提供者による給付の不提供がひいては生存権を脅かしかねない局面において、倫理的後見の見地から給付受領者の生存権を実質的に保障し、また、各人の生存権の実質的な平等を確保することを

考えられる。小西前掲（注9）99頁も、「社会福祉事業において提供されるサービスを利用するための契約」と定義づける。

52 丸山前掲（注12）54頁・61頁がこのような例を挙げる。その他、純粋に私的当事者間の福祉給付を内容とする契約（例えば、（β）保険対象とならない介護サービス契約など）をその範疇に取り込むか否かも問題となろう。福祉契約の外延の画定次第で、後述の基盤契約や制度的契約との境界がほぼなくなる可能性も出てこよう。

53 笠井前掲（注3）「課題」663頁、笠井前掲（注3）「契約責任」23頁以下。もっとも、このような基本志向を共有しつつも、社会福祉契約において社会法的アプローチから特別立法を目指す立場もある（山田前掲〔注3〕119頁）。但し、同105頁以下では、他者の支援（＝社会福祉サービスへの従属）なしには自律しえない個人が法主体となっている以上、市場原理に基づく没価値的な契約とは異なり、価値的なものとして観念せざるを得ないとし、その上で、生存と結びついた自律という社会法的価値の実現を誘導するためにも特別立法が必要と説く。その意味で、規制対象は福祉契約規制モデルであるが、その背景思想は基盤契約規制モデルに近似する。

目的とするものであり、それがそのまま規制の正当化根拠となる。当該規制モデルは、かかる基盤契約⁵⁴としての公共性・倫理性を直視するため、「契約自由の原則」に見られるような当事者の自律はその限りで背景に退く結果、福祉契約規制モデル以上に、当事者の自律の有無にかかわらない、

54 「基盤契約」との用語は一般的に用いられているものではない。これは、従来は、むしろ「必需契約」として議論されていた内容に近い。基盤契約と必需契約との相違に関しても検討を深めなければならないが、本稿では、差し当たり以下の理由に基づいて「基盤契約」という用語を用いる。第一に、必需契約における「必需」という概念が、用語の通常の意味からして非常に広汎にわたる上、通常は「生活必需」という含意を持って用いられるため、法的概念として既に一定の意味付けを伴った概念として理解されている点にある。具体的には、かかる理解ではいわゆる衣食住に関する契約が全て含まれることとなり、例えば通常の食料品の売買についてまで取り込まれてしまうこととなる。確かに基盤契約もその概念は明晰さを欠くものの、ここでいう「基盤」とは、生存権保障に裏打ちされた生活基盤を指すものと解され、ニュアンスとしては生存のためのインフラに関する契約に限定されやすい。その判断基準としては、当該給付が「社会的必要性」の結果としてなされているか否かという点にあると解されるが、それは終局的には「社会通念」に依拠せざるを得ないであろう（「社会的ニーズ」については、秋元前掲〔注3〕39頁以下の議論が示唆に富む）。以上のような意味で、基盤契約概念は、必需契約以上に制度的契約概念と近似することとなるが、両者の対象領域は全く同様ではないと思われる（この点は後述脚注〔57〕を参照）。第二に、第一の点とも関わるが、生活必需性を規制の正当化根拠に求めることに対しては、従来から懐疑的な見解が呈されている。概念の不明晰性や主観的価値判断への依存性などがその主たる原因であるが、規制根拠を基礎付ける法的な基礎が存在しない点にも求められよう。これに対し、基盤契約は、生存権保障をその基礎として有すると解する以上、実定法的な基礎を獲得しやすい。用語法の問題に過ぎないのかもしれないが、以上の点より、本稿では「基盤契約」という一般的でない語を用いる。対象や視角は異なるものの、本稿と同様の問題関心を持ちつつ、契約規制の存立根拠としての「必需」ひいては「公共性」を巡る従来の日本の議論状況を整理した民法学者の論稿として、千葉恵美子「規制改革と契約法—郵便法免責規定違憲判決を契機として—」名古屋大学法政論集201号（2004年）407頁以下、谷江陽介「締約強制論の現代的展開（二）」名古屋大学法政論集215号（2006年）283頁以下などを参照。

必要最低限の支援を規制内容に取り込むことが可能となる。具体的な規制内容としては、①締結自由の制約、②契約両当事者間への対等なリスク分配の否定などが提案され⁵⁵、また、生存権保障の観点から③契約継続の要請が導かれる。当該規制モデルは、上記特質④を備えた契約をその射程に置くものであり、具体的には、(α) 介護保険契約、(γ) 医療契約が原則としてその中に取り込まれる。また、(β) 保険対象とならない介護サービス契約、(δ) 有料老人ホーム契約がこの範疇に含められるか否かは、必要性・緊急性・代替給付可能性などの相関判断によって決せざるを得ないが、原則としては含まれないように思われる。その他、上記以外に対象となりうるのは、広く生存基盤を保障するタイプの契約、例えば各種のライフライン供給契約や（理解の仕方によっては）労働契約などであろう。

(b) 制度的契約論

基盤契約規制モデルとの関連では、近時有力に主張されている制度的契約論に関しても触れなければならない⁵⁶。制度的契約とは、個人の意思の外部に確立された財・サービス分配のための行動様式（仕組み）を「制度」と捉えた上で、かかる制度に契約という手段が用いられている場合の概念であり⁵⁷、取引的契約に対するアンチテーゼとそれに伴う特殊考慮の必要

55 福祉契約論のもとでの指摘であるが、笠井前掲（注3）「課題」666頁は、福祉契約にも内包される特質④（公共性・倫理性）の観点から、このように述べる（笠井前掲〔注3〕「契約責任」32頁以下も参照）。

56 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）1頁。

57 制度的契約論は、公的制度が契約という形で浸透した場合に、契約法理としての新たな可能性を探るものであり、より広い射程を有する（具体的には、介護サービス契約のほか、学校教育契約、保育契約、企業年金契約など）。その意味で、「生存権」保障にとどまらない側面を有するものではあるが、これらの制度が従来「公的」制度として担われてきた根拠の一つとして「生存権」の存在を排除しえない以上、（その射程にズレはあることは承知しつつ）基盤契約規制モデルとも密接な関連があるため、ここで取り上げるものである。

性を提唱することが主眼となる。ここでは、市場メカニズムが機能し契約という手段が採用されているとしても、なお「制度」が有している構造的な特質が失われるわけではない⁵⁸。とりわけ、制度的契約においては、不可避免的に、他の主体の同種の契約や潜在的当事者集団、さらには社会一般に影響を与えるため、一方当事者は、個別契約の締結や履行において、当該契約の相手方当事者のみならず、それ以外の(潜在的)当事者への配慮が要求される(=「外部性」)点が指摘されている。

制度的契約論の特質としては、以下の点が挙げられる⁵⁹。第一に、契約締結時に、個々の当事者が契約条件を交渉し個別合意をすることは正義公平に反するという個別交渉排除原則があり、この点が従来の契約法ないしは契約理論では捉えられない最大の特質である。第二に、第一の特質の裏返しとも言えるが、財・サービスは、受給者として資格を有する者に、平等に、差別なく提供される必要があるという、差別禁止原則が挙げられ、そこから、締約強制や平等強制などが導き出される。第三に、契約の拘束力の正当化のために、(潜在的)受給者は、直接・間接的方法により、集権的に決定に参加できる仕組みが確保される必要性が指摘され、これは参加原則とも呼ばれる。第四に、給付内容・手続について透明性が確保されるべきであり、提供者は受給者に説明責任を負うという、透明性原則・アカウンタビリティが提示される。これは、制度的契約概念が、「外部性」という性格に端を発して構築されている以上、その価値を担保するために要求される制約である。

以上が制度的契約論の簡潔な紹介であるが、本稿の関心からは、制度的契約論が独立した契約規制モデルとして有効に機能するか否かが重要である。また、それを肯定するとしても、制度的契約論と福祉契約規制モデル・基盤契約規制モデルなど他の規制モデルと関係もまた必ずしも明確で

58 内田前掲(注56)123頁以下・166頁以下。

59 内田前掲(注56)86頁以下・124頁以下・186頁以下。

はない。こうした問題については詳細な分析が必要であるが、現時点では少なくとも以下の点を指摘することができよう。制度的契約論は、一般に契約として理解される様々な社会現象を従来とは異なる一定の視角から括り出し、もって他の契約との選別を図り、その共通性から概念構築を行う点に特色があると解される。その意味では、同理論を「認識・説明のための理論」として社会的に認知させることが第一の課題となる⁶⁰。このことは換言すれば、例えば制度的契約から法的規制を直截に基礎付けその正当化を図るといような規範的概念として同概念を機能させることは次の課題であり、この点は発展途上の段階であると思われる。従って、同理論が進化し、規範的概念としての再構成が一定の共感を持って認められて初めて、他の類似概念との偏差や規制根拠の明確化など、法的な検討課題が表に出てくるであろう⁶¹。この段階に至った場合、新たなモデルとしての制

60 内田前掲（注56）102頁は、独自交渉による個別合意を行うことが不公平と感じられるような「特異な事例が広汎に存在することが反省され、契約現象を認識するための理論枠組が転換されて、制度的契約という理論枠組が仮定的に構成され……共通の概念で理解される」結果、「さらに制度的契約の特質についての理解が深まり、どのような条件のもとで正当性を持ちうるかの議論も可能となる」と述べる。本文で挙げた第一の課題は、まさに現症認識のための理論構築とその共有を意味し、第二の課題である法的議論は今後の課題となろう。この点に関しては、池田清治「コメント1 民法学から見た制度的契約論」北法59巻1号（2008年）105頁以下・113頁以下も参照。

61 例えば、内田前掲（注56）68頁以下は、原田前掲（注10）805頁の「福祉契約には、関連の行政法システムを前提として初めて機能しうる特質を持つなど一般的な民事契約にはない法的特色がみとめられ」との指摘を引用した上で、「果たして『行政法システム』が介在することが不可欠な要件なのかどうか、なお議論の余地があるように思われる。……市場を通しての介護サービスの給付が原理的に不可能なわけではないという理解に立ち、仮にそのような完全民営化が実現したと仮定しても、なお、介護サービスの提供契約は、現在存在しているような制約を免れないであろう。」と述べる。ここからは、福祉契約と制度的契約の射程につき、少なくとも違いが生ずる可能性があることが示唆される（なお、同書98頁以下も参照）。

度的契約規制モデルが誕生することとなるものと思われる⁶²。

6) 介護保険契約規制モデル

この規制モデルは、その名称から明らかなように、端的に介護保険契約

62 言うまでもなく、同理論の提唱者は、「認識・説明のための理論」との位置づけでのみ制度的契約論を主張しているのではなく、その背景には法実践上の目的、従って制度的契約概念を「規範的概念」として志向しているであろう。実際に規範的概念として構築する試みも同書には見られ（例えば、内田前掲〔注56〕32頁は、契約自由の制約原理としての規制必要性・規制内容・規制の正当化を論ずることも視野に入れており、また同書66頁は「既存の契約法とは異質の次元の規範を内在する新たな契約類型」としての制度的契約論の可能性を示唆する）、また、上記特質は規範的概念としての制度的契約という視点から見ると、そのまま一定の規制内容となりうるような内容である。しかし、制度的契約から導かれる規制ないしは法効果についても、当該特質がそのまま制度的契約の規制内容となりうるか、それ以外に認められる規制内容はないのか、これらの規制に違反した場合の法的効果は何かといったなどの具体的問題については、なお検討の余地がある。また、如何なる契約についてまで制度的契約として掌握可能かという、いわば要件面についても更に考えなければならない。この点、同書は、介護サービスが制度的契約に該当するのは、「介護を必要とする利用者の『必要性』が「市場」と対立する「外部性」を基礎付けるためとし、制度的契約として認められないと、「共同体（日本社会）内部で大きな不公平感を生ずる」とする（同書69頁）。また、保育契約が制度的契約に該当するか否かは「日本の社会（コミュニティ）における政治的な意識」（同書72頁）により、学校教育契約については「その社会において下される一定のカテゴリーへの政治的決定」（同書79頁）により、企業年金契約については「企業年金が公的年金制度の補完として理解されているかどうか」、即ち「『外部性』の意味での公共性を有すると観念されているかどうか」（同書84頁）によるという。一般論として、ある契約が制度的な契約に該当するかどうかは、当該契約が他の（潜在的な）当事者への配慮が要求される「外部性」を有するか否かであり、それは、「ある共同体の属する人々の政治的判断」に委ねられるという（同書88頁以下）。抽象論としてはこのような線引きが可能であるが、法的基準としては、個別具体的な契約の検討を経た上で、なお洗練される必要がある。そのような意味で、規範的概念としては未だ発展途上にあると評価することができる。

を対象としてその特質に応じた規制を施すことを、その基礎に据えるものである。上述の規制モデルが、その程度・範囲の大小はあるにせよ、いずれも介護保険契約と他の契約とに通有する特定の特質を共通項で括り出した上で、当該特質に照らして横断的な規制を試みるのに対し、当該規制モデルは、介護保険契約のみを対象とする規制であるため、介護保険契約に内在する各種特質に沿ったきめ細やかな内容の規制が可能となることに、その特徴を有する。理論的には当該規制モデルを構築することも十分可能であり、その手法としても、「介護保険契約法」なる民事特別法の制定や介護保険法の内部に民事特別ルールを挿入することが考えられ、立法技術上の困難も少ない。しかしながら、現実には、このような提案を行う論者はほとんど存在しない⁶³。その理由は判然としないが、分析の起点として、他の契約には存在しない介護保険契約固有の特質が果たしてどこまで存在するのかという問題意識が影響しているのであろうか。

(3) 規制内容と規制モデルとの対応

1) 介護保険契約（≡福祉契約）で具体的に提唱されている規制内容

介護保険契約の私法的規制としては、どのような内容が考えられるであろうか。この点については、福祉契約論における議論の蓄積があるため⁶⁴、以下では、主としてこれを参考としつつ、具体的規制内容を提示してみたい。

63 「強行的義務」としての情報提供義務・説明義務や契約書交付義務や、要介護被保険者に一方的に不利な契約条項を禁止する規定を、介護保険法に明記すべきと主張する伊藤前掲（注8）228頁以下が、この立場の一例と言えよう。

64 また、私法的規制という文脈ではないものの、「社会福祉の権利」を整理した河野正輝『社会福祉法の新展開』（有斐閣、2006年）140頁以下も、規制内容を考える上では参考になろう。

第一に、A-1: 義務設定型規制の内容としては、おおよそ以下のものが提唱されている⁶⁵。まず、契約の締結に関する義務として、a. 応諾義務⁶⁶、b. 公正義務⁶⁷、c. 情報提供義務(説明義務)⁶⁸、d. 書面化義務(書面交付義務)⁶⁹が挙げられる。次に、契約履行時の義務として、e. 苦情解

65 小西前掲(注9)105頁以下が、従来挙げられた義務内容を列挙している。

66 a. を契約解釈上認めようとする試みとして、小西前掲(注3)10頁以下、執行前掲(注20)61頁。その他、締結誘導という意味でa. を認めるのは山田前掲(注3)118頁。

67 ここでいう「公正義務」とは、概ね、「福祉サービス提供者は契約内容を公正にし、契約締結過程においても公正に行動しなければならない義務」といった、大綱的意味を持つものとして観念され、社会福祉法上の自己評価義務(78条)、誇大広告の禁止(79条)、配慮義務(80条)が公正義務の社会福祉法上の具体化とされる(額田前掲〔注11〕18頁)。また、執行前掲(注20)61頁は「必要性に応じて平等に取り扱うという信義則上の義務」を認めるが、これを公正義務の一内容として捉えることもできる。

68 c. については笠井前掲(注3)「課題」671頁以下、笠井前掲(注3)「契約責任」27頁以下(いずれも信義則を根拠とする)、山田前掲(注3)118頁、小西前掲(注9)105頁以下、岩村前掲(注10)34頁以下(解釈論も十分可能だが明文で定めるのが適切とする〔同書41頁〕)、執行前掲(注20)59頁(民法の解釈として信義則上認める)。なお、平田前掲(注38)55頁は、説明義務違反があれば直ちに契約を解除できるという効果を付与すべきとするが、代替給付先を容易に見つけることが困難な場合が多い福祉市場において、契約解消に重点を置くことが果たして実効性を保ちうるのかは問題となろう。その他、解釈論として介護支援専門員及への助言義務及び介護サービス提供者への情報提供義務を認めるべきとする論稿として、和田隆夫「介護サービス提供契約における情報提供義務と助言義務」政教研紀要〔国土館大学〕26号(2004年)55頁以下。

69 d. については笠井前掲(注3)「課題」671頁、岩村前掲(注10)35頁以下。また、品田前掲(注10)77頁は契約内容確認義務として、平田前掲(注38)56頁は情報提供義務の一部としての記録作成保管義務(その裏面としての記録閲覧謄写権)を論ずる(なお、c. d. を併せ持つ内容として「透明化義務」という概念を提示するのは額田前掲〔注11〕18頁以下)。

決義務(紛争解決義務)⁷⁰、f.安全配慮義務⁷¹、g.個人情報保護義務⁷²、h.給付の質評価基準開示義務⁷³がある。最後に、契約終了に絡んだ義務としては、i.契約終了後他契約によるサービス提供までのサービス提供確保義務(余後効)⁷⁴、j.契約終了後一定の場合に他の事業者を斡旋・紹介する義務(余後効)⁷⁵がある。

第二に、A-2:権利付与型規制としては、a.一定期間のクーリング・オフ権、b.後見人の関与を必須化し、これがない場合における取消権の付与、c.利用者事情に起因する契約内容改訂権、d.利用者の中途解約権が提唱されており⁷⁶、これらはいずれも契約締結後に要介護被保険者に

70 e.については額田前掲(注11)19頁。また、誠実交渉義務という意味で用いるのは山田前掲(注3)118頁。

71 f.については笠井前掲(注3)「課題」675頁以下、笠井前掲(注3)「契約責任」31頁以下、山田前掲(注3)118頁、執行前掲(注20)60頁。また、介護サービスにおける安全配慮義務の内容・程度については、品田充儀「福祉契約と契約当事者」新井誠ほか編『福祉契約と利用者の権利擁護』(日本加除出版、2006年)169頁以下を参照。

72 g.については笠井前掲(注3)「課題」678頁。また、守秘義務としてこれを論ずるのは平田前掲(注38)55頁(守秘義務違反の効果として即時解約権に主眼を置く)。

73 h.については笠井前掲(注3)「契約責任」28頁。具体的には、サービス内容、財務諸表の開示が挙げられている。

74 i.については笠井前掲(注3)「課題」667頁・678頁、笠井前掲(注3)「契約責任」31頁。また、契約後のケアの継続の配慮義務、記録の移行を説く山田前掲(注3)118頁も同旨であろう。

75 j.は、有料老人ホーム契約の規制に関して指摘された点である。有料老人ホーム契約の法的分析をめぐる文献は数多いが、近時の文献として、丸山絵美子「ドイツホーム法2001年・2002年改正の紹介—私法的規制のあり方を中心に—」岩村正彦編『福祉サービス契約の法的研究』(信山社、2007年)104頁が示唆に富む。

76 a.については額田前掲(注11)19頁、品田前掲(注10)77頁。b.については、笠井前掲(注3)「課題」672頁以下、笠井前掲(注3)「契約責任」27頁(いずれも立法論として提案する)。もっとも、判断能力が十分な利用

有利な形で付与される権利であると言えよう。

第三に、A-3：権利制約型規制としては、a. 事業者からの解約権制限、b. 事業者からの不安の抗弁権制限、c. 事業者からの同時履行の抗弁権制限が提唱されており⁷⁷、これらもA-2：権利付与型規制と同様に、契約締結後に事業者により作用する（その意味で事実上片面的な）権利を制約する機能をもたらす。

なお、A-4：責任過重型規制として提唱されているものは見当たらなかった。

続いて、B：不当条項規制として提唱されているのは⁷⁸、a. 合理的理由なく給付変更権を事業者に与える特約、b. 説明なく「横出し」「上乗せ」サービスが付加されている特約を無効とするような内容規制である。

2) 各種規制モデルとの対応関係

上述のように、これら具体的規制内容は、主に福祉契約論の文脈で提唱されてきたものであるが、他の規制モデルにおいても妥当するような内容

者に対しても常に後見人の関与を必須とするという趣旨であれば、本人の自律的意思決定に対する不当な介入の余地が生じかねないという問題が生ずるであろう。c. については笠井前掲（注3）「課題」667頁・675頁、執行前掲（注20）60頁が示唆する（なお、笠井前掲〔注3〕「契約責任」30頁では、給付義務の内容のレベルで柔軟性を取り込み、「利用者の状態に対応した給付をなすべき義務」と位置付ける）。d. については、執行前掲（注20）60頁。

77 a. については、信義則を根拠にこれを認めるのは笠井前掲（注3）「課題」667頁・678頁。また、執行前掲（注20）61頁は、介護保険サービスの公共性を理由に民法の解釈として中途解約権の制限や債務不履行解除権の制限を導く。なお、平田前掲（注38）57頁は事業者からの不当な解約を応諾義務違反の問題と位置づける。b. については笠井前掲（注3）「課題」676頁、c. については山田前掲（注3）118頁。

78 額田前掲（注11）19頁以下がa. b. を挙げる。また、平田前掲（注38）53頁以下では、福祉サービス契約に見られる条項につき具体的に不当条項該当可能性を探る。

が含まれている。そこで、各種規制モデルとその背景にある規制の正当化原理に照らし、個々の規制モデルが如何なる内容の規制を包摂しうるかについて、以下ではありうる対応関係を簡潔に示しておこう。もっとも、各種規制モデルはいまだ固定的な内容を有しておらず、可変性が強いことは言うまでもないため、一方で各種規制モデルを理論的に純化しつつ、他方で個別的な規制内容の正当化根拠を精査する作業を通じて、規制モデルに取り込まれるべき内容を更に検討していかなければならない。この点は今後の課題であり、以下の対応関係は予想される規律内容を示している試みに過ぎない。なお、介護保険契約規制モデルについては、介護保険契約の特質①～⑤すべてを取り込んだ規制が（少なくとも原理上は）可能であるため、他の規制モデルの和集合的な規制となりうる以上、ここで触れることはしない。図中の○印は既に規定されていないし提唱されている規制内容であり、△印は規定・提唱されていないが、特質に鑑みると取り込むことが可能と思われる規制内容であり、□印は規定・提唱されているものの、特質に照らすとその規制モデルに組み込むことが果たして妥当か、なお検討を要する規制内容である。

規制モデル	消費者契約	役務提供契約	福祉契約	基盤契約
対応する特質	特質①	特質②、③	特質⑤	特質④
守備範囲	(α) (β) (γ) (δ) の他、消費者事業者間契約一般	(α) (β) (γ) (δ) の他、役務給付を内容とする契約一般	(α) (β) の他、(δ) や契約化された社会福祉事業一般	(α) (γ) の他、ライフライン供給契約などが対象か?
法技術	消費者契約法の解釈 or 改正	民法典の解釈 or 民法典への挿入?	民法典の解釈 or 民事特別立法?	民法典の解釈 or 民事特別立法?
背景思想	支援された自律? ⁷⁹		自律にかかわらない支援?	
A-1.				
a. 応諾義務			○	○

79 民法が前提としている人間像を「自律」の観点から捉え、それとの偏差で

b. 公正義務			○	○
c. 情報提供義務（説明義務）	○ （努力義務）	△	□	
d. 書面化義務（書面交付義務）	△	△	□	
e. 苦情解決義務		△	○	○
f. 安全配慮義務			○	○
g. 個人情報保護義務	△		□	
h. 給付の質確保義務		△	○	○
i. 契約終了後サービス提供確保義務（余後効）			○	○
j. 契約終了後一定の場合に他の事業者を斡旋・紹介する義務（余後効）			○	○
A-2.				
a. クーリング・オフ権	△		□	△
b. 後见人関与の必須化とそれがない場合の取消権			○	
c. 利用者事情に起因する契約内容改訂権		△	○	○
d. 利用者の中途解約権		○	□	
A-3.				
a. 事業者からの解約権制限		○	○	○
b. 事業者からの不安の抗弁権制限		△	○	○
c. 事業者からの同時履行の抗弁権の制限		△	○	○

特別法がどのように位置づけられるのかを検討した試みとして、森田修「民法典と個別政策立法」『岩波講座現代の法4』（岩波書店、1998年）111頁以下。主に社会福祉領域を対象とした「自律」の在り方に関しては、秋元（注3）59頁以下も参照。

5. おわりに—今後の作業として

本稿は介護保険契約を題材の中心としつつ、類似契約をも視野に入れながら、その私法的規制枠組の在り方を考察してきた。もっとも、冒頭で述べたように、本稿の主目的は現在の議論状況の整理と、それに基づくありべき規制枠組（規制モデル）の提示であり、規制根拠・規制手法・規制内容の具体的な検討には至っていない。以下では、介護保険に対する私法的規制の在り方を深く考える際に検討すべき今後の課題を提示して、結びと代えたい。

第一に、規制手法に関わる問題として、公法的規制・行政的規制の他に、私法的規制が必要であることを正当化する原理が求められる。介護保険が契約制度を導入した以上、取引的契約との相違を過大視することは得策ではなく、むしろ市場の競争原理に委ね、最低限の規制は各種運営基準のような行政規制で定めておけば十分であるという予定調和的発想も、もちろん可能である。その意味で喫緊に問われているのは、法的規制までもを要求する基礎である。また、仮に法的規制を是認するとしても、公法・私法の峻別に対する疑念が表明され、公私の協働が各方面から有力となっている今日、本稿にいう私法的規制の在り方という問題提起が果たして妥当するのかも併せて問われよう。

第二に、規制根拠・規制内容に関わる問題として、とりわけ重要なことは、それぞれの規制と民法典との関係である。具体的には、各種規制根拠及びその規制内容が民法典（の解釈論）の許容しているものであるか、それとも、民法典が内包する原理と衝突する内容を含むものかについての分析が肝要であろう。これは、別言すると、義務設定、権利付与、権利制約 etc として提唱した具体的な規制内容の法理論的検討に他ならない。また、仮に民法典が基礎に置く原理と衝突する規制内容がある場合、それにもかかわらずそのような規制を導入するとすれば、その必要性と意義につき、より厳密な論証が要求されよう。この点、原理的衝突がある場合の対処と

しては、規制内容と規制原理の棲み分けが考慮されねばならない。これは、介護保険契約に即すると、一方で、契約方式の長所（フォーマリズム）が活かされるべき領域を的確に画定し、その部分に関しては過度の規制を慎み、他方で、福祉からの要請、即ち契約方式に馴染まない領域に関しては、契約を仮託的な存在と捉えた上で、社会福祉の理念が貫徹できるための規制を加重する方向が妥当であろう⁸⁰。具体的な方向性としては、前者においては、一定の支援を施した上での自律を推進するための規制を整備し、後者においては、自律に関わらない支援が規制の中心内容になろう。

第三に、同じく規制根拠・規制内容に関わる問題として、個別の規制モデルに関する分析も重要となる。この点、既に一定の議論の蓄積がある消費者契約規制モデル及び役務提供契約規制モデルに関しては、相対的に問題が少ないものの、福祉契約規制モデルと基盤契約規制モデルに関しては、議論はなお流動的であり、その境界画定も含めた根本的な検討が必要となろう。両者については、その思想的背景を外国法も顧慮した深い考察を経た上での意義・射程の検討が必要であり、その成果が明らかになって初めて、具体的な法技術として取り込む可能性の有無及びその程度も見えてこよう。

介護保険制度は、その発足当時から様々な実際の・法的問題を抱えていた。新たな制度が作り上げられた場合に何らかの問題が生ずること自体は、当然想定されることであり、盲目的に承認されるよりも遙かに健全なプロセスである。しかし、介護保険制度において危惧されるべきは、曲がりなりにも契約方式を採用したにもかかわらず、民法学からの積極的な問題提起の機運が必ずしも高まっていない点である。民法学からの積極的な議論喚起及び社会保障法学・行政法学との対話のために、本稿がほんの僅かでも意味を持ちえたならば、本稿の目的は十分に達せられたと言えよう。

80 秋元前掲（注3）32頁以下を参照。

〔付記〕

本稿は、日本学術振興会平成21年度科学研究費補助金「介護保険報酬債権の担保化・証券化に関する研究」（研究代表者・加藤智章、挑戦的萌芽研究、研究課題番号：21653004）の助成による研究成果の一部である。