

在宅サービスと公的責任^①

——民間委託の現状を中心に——

橋 本 宏 子

序

一、移送サービス

(一) 区・市の単独事業としての移送サービス

(1) 区・市と委託契約を結んでいる民間タクシー会社によって自動車の提供がなされる形態

① 福祉タクシー

(i) 制度の概要

(ii) 総論 福祉タクシーをめぐる法関係

① 自治体とタクシー会社との間の契約の性格——代金清算契約をめぐる若干の検討——

② 公的責任転嫁禁止の原則と民間委託

③ 甲の危険防止責任

(iii) 各論 サービスの遂行過程と法的課題

① 自動車損害賠償保障法と福祉タクシー

② 民法上の不法行為責任

③ その他の課題

④ 事務手数料の性格

- ⑤ 制度の不利益変更の可能性
- ⑥ 基準の設定・申請の処理と法的手続
- ⑦ リフト付福祉タクシー
 - (i) 制度の概要
 - (ii) 甲乙間の契約の性質と公的責任
 - (iii) 甲の事故予防義務と丙の「権利」
 - (iv) 金銭による事後救済
 - ① 自動車損害賠償保障法との関係
 - ② 「運行」の範囲と契約責任
- (2) 区・市がリフト付タクシーを保有し、運転手のみが供給契約によって民間業者から提供される形態
 - ① 制度の概要
 - ② 形態①と比較した場合の制度の特徴と問題点
 - ③ 自動車損害賠償保障法と事故責任
 - ④ 移送サービスと国家賠償法
 - ⑤ B市、C市の契約書にみる甲乙間の指揮監督関係と安全配慮義務
 - ⑥ その他の問題点
 - (i) 秘密保守義務
 - (ii) 付添人の存在と運転手の注意義務
 - (iii) 職業安定法との関係
- ⑧ ボランティアによる移送サービス
 - (1) ボランティアセンター（市設置、市社協に管理委託）を中心とするボランティア活動の一環としておこなわれる場合
 - ① 制度の概要
 - ② 事故とボランティア
 - ③ ハンディキャブ運営事業とD市の義務

- ④ ボランティアセンターの管理運営委託の可能性と必要性
- (2) 民間のボランティアビューローに車が貸与、また補助金を助成する形態
 - ① 制度の概要
 - ② 安全に対する配慮
 - ③ Eミニハンディキャブ運営事業とE区的位置
 - ④ 補助金交付と要綱行政
 - ⑤ 助成にともなう監督と住民自治

二、老人・障害者入浴介助事業

- (一) 制度の概要
- (二) 申請及び決定
- (三) 入浴サービスと社会福祉事業法
- (四) 甲乙間の契約の性格
- (五) 入浴サービスと安全への配慮
- (六) 給湯設備・衛生面への配慮
- (七) 甲の監督責任
- (八) 事故と責任関係
- (九) 入浴サービス実施にあたっての医師の了解——家族の介助
- (十) 入浴サービスと住民監査請求

三、給食サービス

- (一) 制度の概要
- (二) 申請と決定
- (三) 給食サービスとボランティア
- (四) 給食サービスをめぐる法関係

四、老人家庭奉仕員等派遣事業

- (一) 食品衛生法上の国の監督責任
- (二) 事業制定の趣旨
- (三) 老人家庭奉仕員派遣事業と家事援助者派遣事業の相違点と関連性
- (四) 老人家庭奉仕員派遣事業と民間委託
- (五) 家事援助者派遣事業の構造と問題点
- (六) その他の課題

- (1) 利用料の徴収
- (2) 老人家庭奉仕員等によるサービスとは何か
- (3) 秘密保守義務
- (4) 申請と決定
- (5) 職業安定法との関係

五、ふれあいサービス事業

- (一) 制度の概要
- (二) ふれあいセンターと無料職業紹介事業
- (三) ふれあいサービスの法的性格
- (四) ふれあいサービスセンター、老人家庭協力員の関係
- (五) ふれあいサービスセンターと職業安定法

むすびにかえて

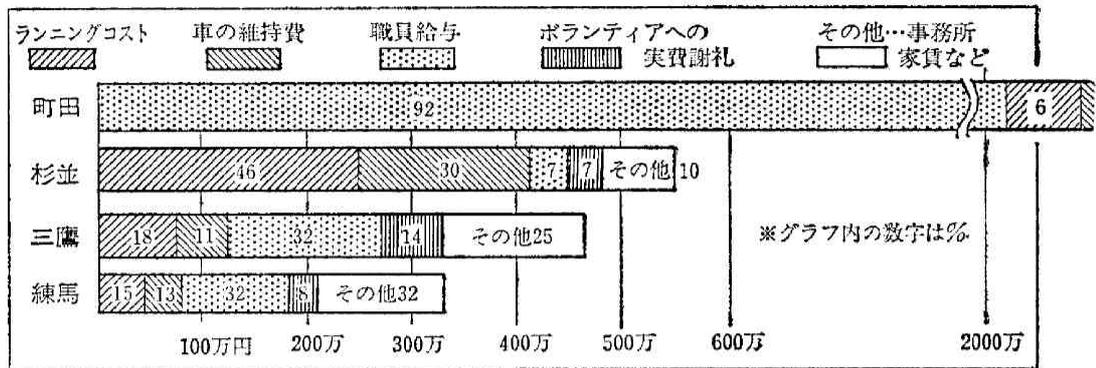
序

(1) 一九七〇年代後半以降、老人や障害者に対する移送サービス・入浴サービス・給食サービス・家事援助サービスといった在宅サービスが、各自治体であいついで実施されてきている。

(2) これらの在宅サービスを、責務の遂行即ち事務処理の面からとらえると、その多くが、市町村単独事業に属する。

市町村が実施する事業でも、国・県・市町村共同型、県・市町村共同型の場合には、法令によって市町村の実施が義務づけられ、その結果、国や県の費用負担がなされたり、あるいは補助金によって実施が誘導される⁽²⁾のに対し、市町村単独事業は文字通り、住民の生活実態や議会の要請に基づき、市町村独自の財源によって、やむをえず実施されているものが少なくない。

(3) その背景として、近年（日本型社会福祉論の高騰のなかで）老人保健法をはじめとする社会保障制度において、家族扶養を結果的に重視する政策展開がなされてきており、その結果、家族扶養を補完する在宅サービスへの需要が無視できなくなってきたこと、にもかかわらず法律のレベルでは（たとえば、老人の場合）非金銭的サービスについて定めている老人福祉法は、施設サービス（多くは機関委任事務）を中心に構成され、いわゆる在宅サービスについては老人家庭奉仕員制度が、市町村固有事務として定められているにすぎないことが指摘できよう。つまり法改正が期待できないとすれば、現状では在宅サービスは、市町村単独事業（多くは要綱行政）として実施されざるをえないことになるのである（もつとも、厚生省社会局長通知「在宅老人福祉対策事業の実施及び推進について」に基づき、老人福祉法第一二条に規定する老人家庭奉仕員派遣事業・デイサービス事業等六種類の事業の実施が、補助金によりメニュー方式で誘導されている。



注) 移送サービスに要する費用。
 町田市の場合、総支出の92%が職員給与であるのに対し、三鷹や練馬など、民間の力で運行しているところでは人件費は40%程度となっている。
 新宿身障明るい街づくりの会・編集「障害者の移動の権利」P.45より引用

しかし、各事業の実施及び運営は、先の通知に別添された各事業ごとの実施要綱あるいは運営要綱に基づくことが要請されるために、現状では、この事業に参加する自治体は、必ずしも多くないといわれている。身体障害者についても同様のことが指摘しうる。

(4) 右のような事実は、市町村単独事業として実施される在宅サービスが（行革以降の政策動向からみて）「経済性からみた効率性の追求」と関連してくる余地が、一般に大きいことを示唆している。

事実、冒頭にかかげたような在宅サービスの多くは、民間業者に委託されたり、ボランティアの協力のもとに実施されているが、表1にみられるように、在宅サービス事業に要する費用は、自治体が直接実施する場合に比べ民間委託による場合は人件費を中心に、大幅に削減されていることが指摘できる。

(5) したがって、こうした行政の姿勢においては、サービスの実施過程の充実、安全性の確保にかかわる国の生存配慮義務がどの程度までたいかなる形で保障されうるのかが重要な問題となってくる。

折しも、一九八五年三月一日の朝日新聞は、A区がC社に管理委託したBプールでは、昨夏実質的な責任者が、臨時雇いの主婦であった実例をあげ、「民間委託で住民サービスも向上」という行政側の説

明にもかかわらず、安易に業者任せにした場合、利用者への最大のサービスである安全確保があやうくなることを指摘しているが、同様のことは、在宅サービスにおいても問題となることが予想される。

特に在宅サービス事業の民間委託においては、(区)市町村があらかじめ決定した「サービス利用者」に対し、民間業者が、(区)市町村との契約に基づき、直接サービスの提供をおこなう形態が典型的である。そこでは、在宅サービス事業は、個々の契約内容でみるかぎり、民間業者とサービス利用者の法的関係として、即ち、私的自治の原則の支配する分野として、観念される傾向がつよい。そこで生じた事故は、一義的には民間業者のサービス実施上の過誤という形態で表現され、また行政が、サービス実施関係に介入する場合にも、それは業者に対する若干の規制という形態をとるので、サービス利用者の利益は、伝統的な行政法学の理解では、反射的利益にすぎないことになる。

(6) しかも国は、今後ますますサービスの直接生産から事実上撤退し、私的サービスの許認可、安全面、衛生面のチェックを主義務とし、福祉サービスにおける「競争原理」の導入をめざしてくると予想される(たとえば、大蔵省ソフトエコノミックス・フォローアップ研究員、塚啓明チーム報告参照)。

のみならず、すでに実施されている在宅サービスの中には、自治体は住民に民間サービス会社をあっせんするにすぎない形態や、表面的には、当該サービスを住民が買うための費用の一部を補助するにすぎない形態も少なくない。まさに、福祉サービスの「自由化」「市場化」が進行しつつあるといえよう。

(7) しかし、公的責任に属すると解されるサービスの実施を、市場メカニズムにゆだね、自治体はせいぜいのところ、事後的、二次的に責任を負うにすぎないとすれば、それは生存権が、制度的にも具体化されてきた歴史的経緯を無視し、憲法二五条の予定する生存に対する法的姿勢を大きく後退させることになるといっても過言ではない。

しかも、社会福祉事業法五条一項一号は、「国及び地方公共団体は、法律により帰せられたその責任を、他の社会福祉事業を經營する者に転嫁し、又はこれらの者の財政的援助を求めないこと」と定め、公的責任転嫁禁止の原則を掲げているのである。もつとも五条二項は、「前項第一号の規定は、国又は地方公共団体が、その經營する社会福祉事業について要援護者等に関する收容その他の措置を、他の社会福祉事業を經營する者に委託することを妨げるものではない」と定め、民間委託が公的責任の転嫁にあたらぬ場合を例外的に規定している。しかし、二項はわが国の第二次大戦後の絶対的貧困下の混乱した現状と、公の支配をめぐるGHQの理解とを対応させる苦肉の策として、きわめて限定的に設けられたものである。⁽³⁾

即ち、五条二項は「收容その他の措置」と定めてはいるが、具体的に問題とされたのは、公立の「收容施設」の不足を補うための「民間收容施設」の公的利用であり、「收容」以外のサービスの委託は、具体的な対象ではなかった。また、五条二項は「收容その他の措置」を、「他の社会福祉事業を經營する者」に委託することを妨げるものではないと定めているのであり、在宅サービスの委託先である民間企業が、「他の社会福祉事業を經營する者」にあたるかは、本文でのべるようにきわめて疑問である。加えて、現在、増加しつつある公的施設の管理運営委託は、そもそも五条二項の予定するところではなかったことは、先の経緯からも明らかである。

(8) このようにみてくると、在宅サービス事業を一義的には私的自治の原則の支配する分野として構成しようとする現在の国の姿勢には、少なからず検討の余地があることに気づかざるをえない。

現状では、住民の主体性を前提にした、監督・訓練・知識・連絡調整・サービスへの接近といった「予防的・事前」的対応策がほとんど問題とされず、金銭による事後的救済においても、自治体の責任はきわめて曖昧であったり、あるいは限定されたものとしてしか構成されていないのも、こうした国の姿勢に関連するものと考えられる。

(9) 本稿は、人間の生存への国の配慮が、侵害防止行政と、サービス行政の総合性のなかに実現されるとした場合、現状において民間委託のもとで実施されている在宅サービスに対する公的責任は、従来の民法原理・行政原理のもとでは、どこまで貫徹されうるのか、さらにそこでは、人間の生存への配慮に対し、どのような課題が残されているのかを検討し、今後社会保障の法分野にそくした法的展開を具体的に発展させていく縁を得ることを目的としたい(当事者以外の第三者への損害に関する責任、及び刑法上の責任の問題は、ここでは取り上げない)。なぜならば在宅サービスにかかわる公的責任は、事後救済に先だつ事前的予防策においてまず貫徹されねばならない。しかし総じて在宅サービスにおける法関係を、従来の民法原理・行政法原理に依拠して解した場合には、法の対応は主として、事後的救済を中心に表現されることになり、また、事後的救済においても、民法・行政法の法構成・法律要件のもとでは、在宅サービスにおける「権利」救済になじまない点も少なくないと考えられるからである。

とはいえ、市民の生存にかかわるさまざまな行政活動に対する国民の人権保障の視点からのアプローチを十分に理解し、社会保障の個別・具体的な法分野にそくした法的展開をおこなうためには、(民法上の諸原則ないし諸規定をどこまで適用しうるかという問題も含めて)いくたの媒介項が必要である。その意味では、本稿は、複雑化している在宅サービスの領域へのよりの確なアプローチを可能とするための一過程として、一応のまとめをこころみるものにはすぎないことをおことわりしておかねばならない。

(10) ところで、公的責任を問題にするにあたり、さいごにふれておかねばならないのは、近年注目されてきている「市民と行政の協力による第三セクター福祉」の動向である。

第三セクター福祉は、公共的福祉供給システムの場合には、「①サービス内容を、最低限度もしくはある程度のうわのせに限定せざるをえない、②選別された低所得層に重点がおかれる、③たてわり行政でサービス利用者の多面的

な福祉ニーズを充足することが困難である、④担い手が公務員であるため弾力性を欠いたサービス提供になりやすく、市民参加も消極的である」との理解にたち、その「限界」を克服するものとして位置づけられている。

しかし、人間の生存への配慮を原点とする法的姿勢は、まさにここで指摘されているような「公共的福祉供給システムの限界」をのりこえようとするところに、国の義務をみいだそうとするものではなからうか。

むしろ、わが国では、従来国のサービスの方向性を決定しうる個人の主体性を軸に、公的責任のあり方を考えていく姿勢がよわく、右のように安易に公的責任の限界を設定し、別の形で問題をとらえようとするところにこそ問題があるように思われる。

とはいえ、第三セクター福祉において「公共的福祉供給システムの限界」としてとらえられてきていることは、逆説的な意味で従来わが国では、抽象的にしかとらえられてこなかった公的責任を具体的にとらえなおし自覚していくことへの問題提起であり、個人の主体性を基軸にした公的責任のあり方をより具体的に問題としうる契機として受けとめるべきものもっていることは否めない。サービスの実現を、国に一方的にゆだねていた時代から、住民が、財源とのかかわりのなかで、より積極的に「作品」としてサービスを創りあげていく下ささえとして、公的責任を発展的にとらえなおす時期にきていると表現することもできよう。もっともこのような視点からみれば、在宅サービスにおける公的責任を重視する本稿の視点は、サービスの利用者自身の責任を軽視しすぎるといった疑問を生じかねまい。しかし、現状では、サービスを実施するにあたりどのような危険がおりうるのか、それに対し行政はどのような対応を予定しているのか、といったその前提条件としての公的責任の確認に、あまりにも多くの課題が残されていることも事実である。公的責任を、個人―家族―地域の主体性を軸に、そのあり方を具体的な視点からとらえなおすことは、本稿のより究極的な課題であることをかさねて指摘しておきたい。本稿では、公的責任と民間委託を中心のテー

マとしつつ、一見それとはことなる事柄、特に申請手続等について言及しているのも、右のような問題意識に関連するものに他ならない。以下、具体的なサービスにそくして記述をすすめることとしたい。⁽⁴⁾

一 移送サービス

移送サービスとは、「身体障害者（要件に該当するねたきり老人等も含む場合がある）のためにサービス車を提供し、生活圏の拡大及び生活の利便を図ろうとするもの」と一応定義することができる。

しかし、移送サービスは、サービスの直接の実行主体、運行範囲、利用者の障害の程度等によって、いくつかの形態にわかれ、またそれによって検討されるべき法的課題もことなっている。

以下、主として法的関心にそつて、移送サービスをいくつかの類型に分け、問題点の検討をおこなっていききたい。

(一) 区・市の単独事業としての移送サービス

(1) 区・市と委託契約を結んでいる民間タクシー会社によって自動車の提供がなされる形態

① 福祉タクシー

(i) 制度の概要

① 福祉タクシー利用助成の対象者は、区・市によって若干異なるが、たとえばA区の場合には、A区内に住所を有する心身障害者等で、次の各号の一に該当するものとされる（A区心身障害者等福祉タクシー事業実施要綱）。

(1) 身体障害者福祉法（昭和二十四年法律第二八三号）に基づく身体障害者手帳を有し、下肢障害、体幹機能障害にあっては三級以上、視力障害にあっては二級以上、内部障害にあっては一級であるもの。

- (2) 脳性麻痺を有するもの又は筋萎縮症であるもの。
- (3) 戦傷病者特別援護法(昭和三十八年法律第一六八号)に基づく戦傷病者手帳を有し、第三項症以上であるもの。
- (4) 東京都愛の手帳交付要綱(昭和四十二年三月二〇日四二民児精発第五八号)に基づく愛の手帳を有し、二度以上であるもの。

(5) A区難病患者福祉手当条例(昭和五〇年条例第一〇号)に基づく難病患者福祉手当を受給しているもの。

(6) その他区長が特別に必要と認めるもの。

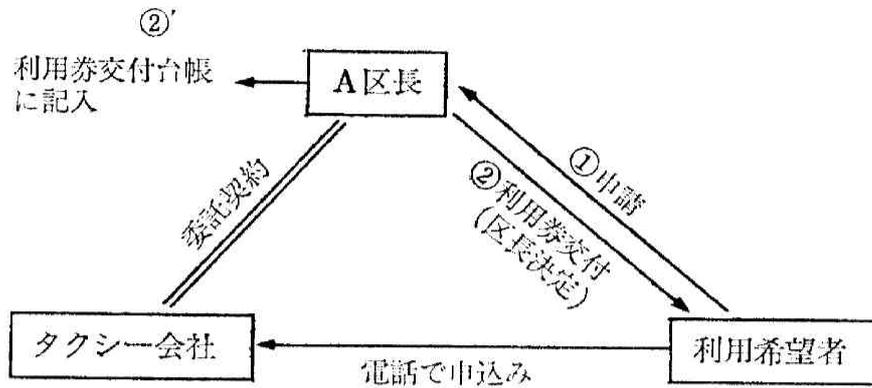
⑥ (右の要件に該当すると考え)福祉タクシーの利用を希望する者は、区長に「福祉タクシー利用券交付申請書」を提出する。

区長は要綱に規定する資格要件をそなえていると判断した場合には、福祉タクシー利用券交付台帳に記入し、利用券を交付する。

福祉タクシー券を交付された者は、路上で直接、あるいは電話で、タクシー会社に利用の申しこみをする。

⑦ このように、福祉タクシーとは、一般の営業車であり、身体の不自由な人々のために専用に設けられたものではないが、空車のない場合をのぞき、できるだけ障害者の利便を図ろうとするものである。即ち、福祉タクシー利用者は、あらかじめ区市町村が、契約(A区心身障害者等福祉タクシー委託契約とある)を結んでいるタクシー会社所属のタクシーを利用した場合、一回の乗車につき、中型車四三〇円、小型車四一〇円相当の福祉タクシー利用券一枚分(初乗り相当額)を使用できる(区市町村によっては、一回分の利用に制限がないところもある)。

⑧ 区は前述の契約に基づき業者に対し、タクシー利用一回の実費弁償として中型車について四三〇円、小型車については四一〇円、及び事務手数料として中型車について四三円、小型車については四一円を支払うものとされる。



場合と同様、基本的には運行供用者である乙(タクシー会社)の不法行為責任(自動車損害賠償保障法三条)、ついで、乙との移送契約を問題としうるにすぎないことになる。

しかし、このように移送サービス事業の遂行過程での事故に関する一切の責任は乙に生じ、甲の責任をといえない

(ii) 総論 福祉タクシーをめぐる法関係

① 自治体とタクシー会社との間の契約の性格——代金清算契約をめぐる若干の検討——

前述のような形態からみて、A区(甲)とタクシー会社(乙)との間の契約関係は、利用者(丙)のためにする代金清算契約のようにみうけられる。

A区が実施する福祉タクシー事業にかかわる契約書・要綱・仕様書等には、(後述のリフト付福祉タクシーの場合と異なり)甲の乙に対する指揮監督を、明記する規定がなく、契約当事者の主観的な意図も、代金清算契約としての理解に基づくものであったと推察される。⁽⁵⁾

代金清算契約と解すれば、甲乙間の契約内容は、移送費をだれがどのように出すかのとりきめとそれに基づく清算事務の乙への委託となり、具体的に、丙の希望に応じて乙がどのような移送をおこなうかは、別に乙丙間の私法上の準委任契約(もしくはこれに類する契約)によって決定されることになってくる。

したがって、ここでは、利用者(丙)は、移送サービス中に事故にあった場合でも、移送サービスの実施主体である甲の責任はとえず、通常のタクシー利用の

と考えることは制度目的からみると必ずしも妥当ではない。

A区要綱は、福祉タクシー事業の目的を、後述のリフト付福祉タクシーの場合と同じく「歩行困難な心身障害者等の生活圏の拡大を図り社会参加を促進することにある」と定め、この事業の目的が単なる所得保障にあるのではなく、移動手段の確保にあることを表明している。すなわちA区は、利用希望者の申請と、利用決定後の、利用者への移送サービスの制度目的にそった完全な履行を「権利」として保障することを予定していると解され、移送サービスの遂行過程における事故は、一義的には、甲丙間に締結されている契約の債務不履行という概念で把握されるべきものと考えられるからである。詳述すれば、本事業のように「要綱」に基づく措置にすぎず、厳格な「法令」に基づく申請でなくとも、当該制度上、申請が認められており、かつ申請がなければ、当該「法」制度の設けられている趣旨目的が達成されえないような場合における申請についても、近年これを、行政事件訴訟法三条五項の「法令に基づく申請」と解すべきことが有力に主張されてきている。⁽⁶⁾判例においても、実定法上の「法令」に基づく申請に該当しない要綱に基づく申請といえども、給付申請権の保障にかんがみ訴訟法上の「法令」に基づく申請になる、とするものがある。⁽⁷⁾(また申請にかかる給付についての権利が公権か私権か、あるいは実体法上の権利が存するか否かには、右の申請権自体の存在はかかわらないとされる。たとえば、今村成和『行政法入門』(新版一四一―一四三頁参照)。しかも要綱行政とはいえ、申請権が保障されその施策が「憲法上の生存権保障原理にたらなるものである以上」⁽⁸⁾地方公共団体には、申請に対し、なんらかの応答義務が生じるだけでなく、典型的な贈与契約とことなり、地方公共団体と「要綱の定める一定の要件を有するもの」との間には、適正な優先順位に基づく契約の締結とその完全な履行が保障されているといわなければならないであろう。

したがって、仮に甲が、乙に対し移送の供給にともなう代金清算事務を委託したとしても、甲はそれによって制度

の目的を完全に実施しえたとみることはできない。甲乙間の契約は、福祉タクシー事業によって「歩行困難な心身障害者等の生活圏の拡大をはかり社会参加を促進する」(A区要綱による)という福祉タクシー事業の制度目的自体の実現を契約内容とするものではなく、甲には、制度遂行上なお独自の義務が残されていると考えられるからである。

特に、福祉タクシー利用助成の対象者には、三級以上の下肢障害、体幹機能障害、二級以上の視力障害、一級以上の内部障害、脳性麻痺、筋萎縮症の人々も含まれていることに留意しなければならない。つまり、(新宿身障者明るい街づくりの会編集『障害者の移動の権利』が指摘するように)タクシー利用時における乗り降りの困難や(車いすがおりたためることを運転者が知らないことによる)、乗車拒否が少なくないことを考えると、運転手への教育や、乗車にさいしての相当の介護知識、技術の授与が必要といえよう。

即ち、以上の例が示すように、甲は、制度目的にそって福祉タクシー事業を実施するためには、①(社会参加をなしうる前提となる)道路状況の把握と、整備など安全性への配慮、②利用者の歩行及び乗車訓練、③運転手への指導・訓練、④障害者へのアクセスの整備、⑤経済的援助の妥当性の検討(現在は、初乗り分の補助にとどまるところが多い)、⑥その他、福祉タクシー事業を営むうえでの障害についての利用者及び運転手側からの意見の聴取と対策等を必要に応じて講じることとも制度上要請されていると考える。その中には、⑦運転手への指導・訓練等、甲が、民間業者に事業の一部を委託するにあたっては、制度目的からして、契約上当然に考慮しなければならない問題が含まれているといわざるをえない。つまり、甲はまず乙に委託をするにあたっては、乙が制度目的の実現にこたえうる資質をもっているかについて検討する義務を負っていると考える。

⑧ 公的責任転嫁禁止の原則と民間委託

以上の点に関連し指摘しておかねばならないことは、社会福祉事業法五条一項が「公的責任転嫁禁止の原則」をか

かげ、原則として民間委託を禁止していることである（「何が法律によって国・地方公共団体の責任とされ、したがって責任転嫁を禁じられている社会福祉事業であるのか」は明示の規定がない。したがって、移送サービスのように、要綱によって実施される事業が、公的責任に属する事業といえるかは、一応検討される必要がある。しかし、要綱とはいえ、先にみたように、憲法上の生存権保障原理に連なる自治体の施策である以上、それは地方自治体の公的責任に属する事業と考えるのが相当といえる）。

もっとも、五条二項は、一項の例外として「前項第一号の規定は、国又は地方公共団体が、その経営する社会福祉事業について、要援護者等に関する収容その他の措置を他の社会福祉事業を経営する者に委託することを妨げるものではない」（傍点引用者）と定めていることはすでにふれた。しかし、そこで認められているのは、「社会福祉事業を経営する者」への委託である。（通常な形での利用者の移送が、営利活動の手段として位置づけられる）タクシー会社を「社会福祉事業を経営する者」とはいいがたい。また、社会福祉事業の委託が五条二項に限定されていること自体「社会福祉事業は本来公的責任のもとに運営されるべきものであること」を示すものであることからすれば、二項の限定範囲をこえたものに委託しうることを許す趣旨ではないことはいうまでもないであろう。（社会福祉事業法六四条は、第二種社会福祉事業を経営する者について届出を義務づけているが、移送サービスは、当局の理解によれば第二種社会福祉事業ともいいがたいから、六四条から社会福祉事業を経営するものの範囲を論じることは困難である。また、社会福祉事業法三条は「社会福祉事業は、援護育成又は更生の措置を要する者に対し、その独立心をそこなうことなく、正常な社会人として生活することができるよう援助することを趣旨として経営されねばならない」と定めるが、タクシー会社はこの意味でも社会福祉事業を経営するものとはいえない）。

したがって、地方自治体が民間企業との間に代金清算契約を締結し、事実上障害者の移送を、民間企業（ここではタクシー会社）に委託することは、「公的責任転嫁禁止の原則」に違反するといわなければならない。

少なくとも、すでに民間委託が一般化している現状では、前述した意味での公的責任が貫徹しうる形で、乙に対する指導監督が契約上明記されていることが、次善策として要請されているといわなければならない。

いいかえれば、金銭による事業救済だけでなく事前的予防策に対する公的責任が貫徹しうる形で契約が締結されることが必要となる（判例には、清掃に関する業務の終極的責任が、地方自治法及び清掃法に基づき市町村にあるとしたり、市の許可をえた業者のおこなう特別清掃地域内の汚物の収集、運搬処分は市の公務に属さないとするものがあるが、そこでは、業者のおこなう清掃業務が市に期待しえない技術性をもっていることが、判断の前提となっている（大阪高裁昭和四九・一一・一四判、判例時報、七七四号七八頁）。いいかえれば、このことは福祉タクシー事業におけるタクシー会社のように、業者が独自の責任を追及されうる技術性・専門性をもたない場合には、その事業は市の公務として把握すべきことを示唆しているともいえよう。現状のような、「代金清算契約」が制度目的からして妥当なものか否かは、この点からも問題となろう。

ところで、右のような甲の乙に対する指導監督の履行確保は、利用者（もしくは住民）からみれば、サービス遂行にあたっての甲の事前予防策に対する義務として構成されるべきものでなければならぬ。

そのためには、甲の乙に対する指導監督の懈怠に対し丙（利用者・住民）が、その不作為を追及できるものでなければならぬが、そのためにも、要綱上、その作為義務（予見可能性をたかめうる甲の事前点検義務）が明記されていることが必要となろう。

のみならず、甲丙間の契約の前提となる「法制度」は要綱ではなく、条例で定められていることがのぞましい。

しかもその場合、特に考慮したいのは内容の充実とともに、その制定手続の適正化、なかならず住民参加の保障である。条例制定過程への住民参加は、議会制民主主義を制限するものではなく、条例制定改廃の住民の直接請求制度とならぬで、住民の地方自治に対する積極性・能動性を示すものと考えられるからである。⁹⁾ 甲の乙に対する指導監督

義務をとってみても、条例制定過程において住民もまじえて事前点検のあり方が具体的に検討され、甲の作為義務が明確化されることによってその違反を問題にしうる余地がたかまってくることはいうまでもない（条例制定過程における住民参加手続が、条例によってあらかじめ制度化される必要がある）。

つまり、丙（利用者）は甲に対し、損害発生防止のための利益処分を求める義務づけ訴訟、あるいは事故発生後においては乙の故意、過失を問題にする以前に、（乙に対する甲の監督義務の懈怠を理由に）国家賠償法一条項に基づく甲の損害賠償責任を追及しうるものであることがのぞましい。

④ 甲の危険防止責任

ところで義務づけ訴訟が適法である余地（適法性・許容性）を認める肯定説は、一九五〇年代後半に発して行政事件訴訟法下にしだいに数をましつあるといわれる⁽¹⁰⁾。しかし、義務づけ訴訟の肯定説の中でも厳しい適法要件、訴訟要件を付す限定肯定説が支配的であり、その場合には、多くは法定抗告訴訟で足りるとされてしまうことになる⁽¹¹⁾。特に第三者国民が他者に対する二重効果処分の発効を求める義務づけ訴訟の場合には（現行法制上は二重効果処分の申出手続の法定が少ないため不作為訴訟に由なく義務づけ訴訟は、特に要望されるにもかかわらず）自己に対する利益処分を求めるそれよりいっそう難事であるとされる⁽¹²⁾。数少ない義務づけ訴訟にかかわる従来判例をみても行政庁の権限の不行使についてその違法を主張し、行政の積極的介入によって保護を求めようとする利害関係人の主張は反射的利益論によって排斥されている⁽¹³⁾（兼子仁教授は、西ドイツの連邦行政裁判所の一九六〇年判決が公害事業に対する隣接居住者の「警察規制請求権」に基づく義務づけ訴訟を認容したことを指摘し、日本で同じ問題を考える場合、規制処分の不作為が地域住民等の法益を著しく侵害していないかが適法要件および本案の焦点になるが、この点は各分野の「特殊法」とその条理解釈の進展にかかっていることを指摘されている。〈注11参照〉本稿における内の位置は、〈特に利用決定後においては〉単なる第三者としての地域

住民以上の意味をもつことが考慮されねばならない。

このことは、行政庁の権限の不行使を違法であるとして国家賠償を要求した判例においても同様である⁽¹⁴⁾。また反射的利益論が克服されても、いわゆる行政便宜主義の原理が義務づけ訴訟のみならず、国家賠償訴訟でも採用される傾向にある。即ち、国がいかなる場合に、その権限の不行使につき、国家賠償責任を負うかは一義的には明確といえず、損害賠償責任を負う要件は、東京スモン判決にみるように「さしせまった具体的危険の発生の子測」が可能であるにもかかわらず、国が当該権限を行使しなかった場合を中心に構成されてきている。「営業の自由」が保障されている以上、行政介入には限度があり、そこから「監督責任」に制約が生じ、「特殊例外」的に要件をみたした場合にのみ、賠償請求権が認められるという考え方がその背景をなしている⁽¹⁵⁾。

このようにみてくると福祉タクシーにおける国の監督義務懈怠に対する義務づけ訴訟のみならず損害賠償請求は、(スモン訴訟やカネミ訴訟の過程で論議されてきた監督行政に関する賠償要件論に依拠するかぎり)かなり困難なことに気づかざるをえない。

しかし、ここで注意されなければならないことは「行政庁が権限を行使しなければ結果の発生を防止できなかったかどうか」の判断(予見可能性の有無)は、「通常時における監視方式」「事前チェック方式」を含む積極行政の姿勢がとられるかどうかによって大きくことなってくることである⁽¹⁶⁾。

それだけに、先に指摘したように行政庁の予見可能性を主張しうる事実の規範性が、当面条例(または要綱)を通じて具体化されることが重要と考える。

しかも、甲の丙に対する生存権保障義務を基本とする福祉タクシー事業においては、国が指摘する「営業の自由」を問題とする余地は、訴訟として展開されてきている食品・薬品に関する行政の監視機能の場合と比較しても少なく、

行政庁の信託された権限が、丙及び市民の生命・健康の保全・育成のために機能するものであることは、より明確でなければならぬことに留意したい。

またこのようにみえてくると、甲乙間の契約は、条例（もしくはそれに基づく甲丙間の契約）の實質を保障するものでなければならぬことになる。したがって、甲乙間の公法上の契約の締結にあたっては、契約内容についての住民（在宅サービス利用者、もしくはその家族となりうるという意味での住民）の情報公開制度の活用とそれに基づく規則（契約）制定過程への住民参加手続の保障が検討されてしかるべきと思われる。また「行政上の契約関係における行政当局の行為に対し、第三者住民からも行政処分として取消訴訟がおこせるという解釈がなりたつならば」、⁽¹⁷⁾ 甲乙間の契約に基づく甲の行為を住民とのかかわりで「公権力の行使」としてとらえ、行政上の契約関係における行政当局の行為に対し住民から行政処分取消訴訟をおこしうることも検討される必要がある。

ところで、下山英二教授は、今日の行政活動の諸形態の中には、私法上の契約とは一見ことなつた契約行為が、幾多あらわれはじめてきていることを指摘されている。そしてこれを「法」の授權という関係から整理するにあたり、①（公企業の利用関係のように）契約として捉えるか否かにかかわらず、法律上根拠を有する場合、②規制行政活動的な機能を営む契約のように法律上の根拠がない場合に分類され、③の場合の契約形式のもとでは、法的拘束力をもつ形では契約を締結しえない。ただ、私経済的活動のための契約と同様、行政主体の裁量に基づく私法上の契約と解する余地が残されている、とされる。ただしその場合に、どこまで民法上の諸原則ないし諸規定をそのまま適用しうるかは個別的検討にゆだねられる解釈問題であるとのべられている（下山英二『現代行政法学の基礎』九三頁以下参照）。

このことからすれば、甲の制度目的遂行義務の反映として、甲が乙に契約上、規制行政活動的な機能を法的拘束力をもつものとして課するためにも、条例制定が必要とならう。

しかし、いずれにせよ、福祉タクシー事業の現状は、甲乙間の代金清算契約を中心に構成されており、丙は、移送サービス中の事故に対し、甲の責任を問いうる余地は少なく、乙の不法行為責任ならびに乙との移送契約を問題とするにすぎないことは前述のとおりである。

以下においては、その具体的な構造と問題点にふれることにより、現状での事業実現方法が、制度目的からいかに離反しているかについての補足的な説明としたい。

(iii) 各論 サービスの遂行過程と法的課題

① 自動車損害賠償保障法と福祉タクシー

一般に在宅サービスの遂行過程での事故は自動車事故と密接に関連することから、その損害賠償責任は、現実にはまず不法行為責任として問題となる。「自己のために自動車を運行の用に供する者」は、その運行により他人の生命又は身体を害したときは、自動車損害賠償保障法三条により、同条但書にかげられる三つの免責事由のすべてを立証しないかぎり、同条及び民法の規定により、損害賠償責任を負うと定められている(四条)からである。即ち、福祉タクシーについての運行供用者の損害賠償は「運行供用者でかつ保有者」である場合には、まず自動車損害賠償法一条に基づき、保険会社によって補償されることになる。また、保有者でない運行供用者は、同法三条のほか民法によって責任を負うことになる(同法四条)(民法は七一五条をさすとされる⁽¹⁸⁾)。

したがって、以下順をおって、自動車損害賠償保障法との関係、ついで不法行為、契約不履行について検討してみたい。

福祉タクシーの場合、乙が、運行供用者で保有者にあたることは間違いない。したがって、乙は福祉タクシーによる運行の途中、丙をはじめ他人の生命又は身体を害したときは、自動車損害賠償保障法三条の免責事由に該当しな

いかぎり、事故によって生じた損害を賠償する責任を負い、同法一一条、一六条により、自賠責保険金が支払われる。

ところで、自動車損害賠償保障法三条・四条は、運行供用者も同法及び民法に基づき損害賠償責任を負うと定める。

問題は、福祉タクシーにおける甲も、運行供用者にあたるかである。学説、判例の運行供用者への理解は必ずしも一致していないが、運行利益・運行支配は要件とはなりえないとしても、ひとつのメルクマールとして考えられるのではないかというのが伝統的な考え方とされる。また、近年では運行支配を中心とする一元説も学説の多数説になっているが、他面、ドライブクラブ、企業の親会社、子会社の場合のように、場合によっては運行利益も強調しなければならぬという見解も有力である。要するに、自動車の使用形態が複雑になってくるに従い、何が運行支配、運行利益なのかということについて具体的なケースを前提として多様な動きがおこってきているとみることができるといえる。さらに、最高裁判例昭和五〇年一月二八日（最判民集一九卷二号、一八一八頁）は、運行支配、運行利益という概念をやや離れて、損害防止の決定可能と管理の可能性のあった者を運行供用者と、判示している。⁽¹⁹⁾

このような事実からして制度目的からすれば、福祉タクシー事業における甲は、運行供用者と解される余地が少なくなく、甲は、運行供用者として民法七一五条に基づき、損害賠償責任を負うものと考えられる。しかし、甲乙間の契約が代金清算契約と解される現状では、甲が運行供用者となる余地は少ないといわなければならないであろう。

また、会社に雇われた運転者は、自動車に対する独立の運行支配および直接の運行利益がないので運行供用者とはいえない（自動車損害賠償法二条四項参照民法七〇九条によってその過失が立証された場合にはじめて責任を負うことになる）。

ところで、自動車損害賠償保障法上規定される運行供用者としての責任は、その運行によって他人の生命又は身体を害したときとある（三条）。

したがって運行とは何か、が次の課題となってくる。「運行」概念についても、①原動機説（最高裁判例昭和四三年一

○月八日、判例時報、五三七号四五頁）（この説では原動機による走行状態にない場合、たとえば停止時のドアの開閉による事故や惰力走行による下り坂での事故は「運行」に含まれないことになる）、②走行装置説（同上判例）（当該装置を必ずしも原動機に限らずハンドル、ブレーキ装置などの走行装置も含める説、この説では道路で停止状態にある自動車は「運行」に入らないという問題がある）、③固有装置説（運送車輛法四一条に列举される当該装置に加えて、ドア、クレーン車のクレーン、ミキサー車のミキサーも含むとする説）、④車庫出入説（横浜地裁判例昭和四五年三月二六日、判例タイムス、二四八号一一六頁）（車の場所的移動や装置の操作に限らず、車庫をでてから車庫に格納されるまでの途中の駐停車の場合も「運行」に含むとする説）があり、現在は固有装置説、車庫出入説の考えが、判例・学説では強いといわれている。また「運行によって」とは、一般に装置の用い方に従い用いることによって生じる物的な危険をさし、人的な危険による場合は入らないと解されている。

つまり、注意すべきことは、福祉タクシー事業においては、車いすのトランクへの収納、乗降のさいの介助など、いずれの説をとるにせよ、運行によらない事故がおりうる可能性を含んでいることである。この点も含め、福祉タクシー事業では、自動車損害賠償保障法で保障されない運行による物的損害、運行による人的損害に対する慰謝料の他に、運行によらない人的・物的損害に対し、民法上の不法行為責任をとられる余地がでてくることになる（任意保険によってある程度まで救済されることは周知のとおりである。任意保険では運行という概念はない。しかし、「自動車の所有、使用または管理に起因して他人の生命または身体を害すること」とある。「自家用自動車総合保険の約款、東京海上火災保険」）。

② 民法上の不法行為責任

それでは、乙ならびに運転手の不法行為責任はいかなる関係にあるのだろうか。

運転手は、運行とはいえない場合、即ち、乗降のさいの介助等によって、丙自身及び車いすに損害を与えた場合に

も、民法七〇九条によって責任がとられる可能性がでてこよう。

また、運転手は、乙の使用人であり、履行補助者とみることができから、乙はその履行にあたって履行補助者の行為に対しては、民法七一五条により、すべての責任を負わなければならない。しかし、甲乙間に契約上「指揮監督関係」のみられない現状では、甲の乙に対する使用者責任を追及することは、ここでもむずかしい。

ところで、丙の福祉タクシー利用にさいし運転手が、車いすのトランクへの収納、乗車のさいの介助を手伝わなかった場合、運転手が不作為の不法行為責任をとわれる余地はあるだろうか。周知のように不作為の不法行為責任がとられるためには、一般に作為義務（ここでは安全配慮義務）の存在が問題となる。福祉タクシーの場合、作為義務は現状では事務管理に基づくもの、公序良俗からくるもの、移送契約からくるものが考えられる。しかし、いずれの場合にも過失の前提たる行為義務の程度は低くならざるをえないだろう。

甲乙間の契約が代金清算契約として構成され、甲の乙への指揮監督が、契約上明記されていない現状では、乙（及びその履行補助者である運転手）に対し、高度な専門技術行為を期待することは困難だからである。

このことから、甲乙間の契約において、甲の監督指導責任及び乙の安全配慮義務が規定され、その結果、甲乙間の契約を「一般的・基本的契約」とする乙丙間の個別的契約においても、安全配慮義務の法的根拠が明らかになれば、その結果「安全配慮義務」は契約関係における「本来的給付」の性格をもつものとして構成されることがのぞまれることになる⁽²⁰⁾。

③ その他の課題

④ 事務手数料の性格

概要においてのべたように、甲は乙に対し、タクシー利用一回につき、事務手数料として中型車につき四三円、小

型車については、四一円を支払っている（A区要綱三条四）。

B区の場合、三〇〇円の券に一〇〇円の手数料が支払われており、三〇〇円の券に対し一〇〇円の手数料が本当に必要なかという疑問が提起されている。⁽²¹⁾ 要綱には事務手数料とされながら、タクシー業者には事業協力費として説明されていることも問題⁽²²⁾を混乱させているように思われる。

このような場合、区民は区に対し事務手数料の説明を求め、その結果違法もしくは不当な契約の締結、履行等があると認められる時には、地方自治法による住民監査請求により、当該行為の是正を請求することが必要であり、可能と考える。

その場合、乗降における援助・車いすのトランクへの搬入等とに対する運転手の援助が必要とされる以上「サービス料は必要なし」⁽²³⁾といいきれるかは疑問が残る。むしろ乙への委託が不可欠であるならば、甲は乙への指導監督とともに相当な（介護についても配慮をとまないうる）サービス料を支払い、運行にとまらうサービスの履行をも、契約内容として特定していくことが必要と考える。

⑥ 制度の不利益変更の可能性

B区では、利用者の要望により一回の乗車にかかわるタクシー利用券の利用枚数の制限を撤廃した。しかし、一九八四年四月、B区はふたたびその使用枚数を一回につき一枚分（初乗り分）に変更した（実施基準の変更）⁽²⁴⁾。B区の場合には、券一枚ごとに、事務手数料が計算されていることから、利用枚数が無制限になると手数料もかさむこと、福祉タクシー事業は、利用者への経済援助ではなく、生活圏の拡大にある（極端な場合、利用券を一度に全部使用してしまえば、外出の機会は一度しか保障されないことになる）ことを変更の理由としている。

ここでの課題は、右のような理由に基づき、制度を利用者に不利益に変更することが可能かどうかという点である。

A区の場合であるが、要綱は「申請書を受理したときは、二条に規定している資格要件を備えているか否かを調査し、交付を相当と認めるときは、福祉タクシー利用券交付台帳に記入し、利用券を一人一カ月一〇枚を限度として交付するものとする」と定めている（B区では、一年分が書留で送付される）。即ち、受給資格ならびに利用条件は、申請書が受理され、交付台帳に記入されたときに決定されているとみることができる。

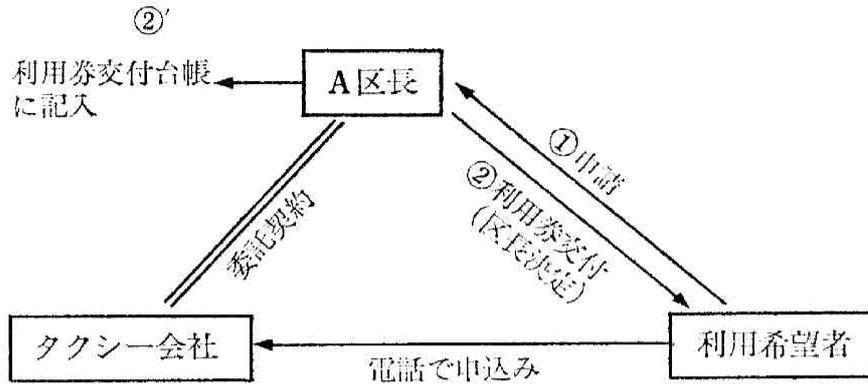
すでにみたように、甲丙間には書面（要綱および実施基準）に基づく贈与契約が成立していると解するならば、実施基準の乙に不利益な変更は、契約の一部変更と解することも可能であり、許されないと考える（実施基準の変更はそれ自体では具体的な行政処分をとまわらないから、行政不服審査法、行政事件訴訟法の救済手続にはそぐわない）。

仮に、契約の変更がありうるとしても、利用者との事前の話しあい也不可欠となる。しかしB区の場合、障害者団体と区との定期的な懇談の機会が設けられているにもかかわらず、一度もこの点についての協議はなされなかったといわれている。わが国ではあまり発展していないが、実施基準の策定・変更に先だつ事前手続への住民参加制度（聴聞・諮問手続）の確立がのぞまれる。事前手続制度が確立されているにもかかわらず、行政庁の手続的義務が果されていない場合には、手続上の違法が問題となり、利用者の権利は予防的に保障されることになる。

◎ 基準の設定・申請の処理と法的手続

制度の概要についてのべたように、福祉タクシーの利用要件は、地方公共団体（行政庁）において一義的に定められている。しかし、利用要件の設定は、利用者の「権利」に大きな影響を与えてくることから、審議会への諮問手続が、法定もしくは行政運用上活用されることが望まれる。ちなみに三鷹市などの自治体においては、正式の付属機関としてではなく、住民代表に発言・討議を求め「住民会議」が要綱に基づいて設置されてきているが、こうした新しい形態の住民参加的な審議会は在宅サービスにおいても注目されてよいであろう。

(i) 制度の概要
 リフト付福祉タクシー（ハンディキャブともいわれる）は、車いすごと乗車できるよう、特殊に設計された自動車であ



また基準が設定されても、この種のニーズは予想しがたいほど多様であり、基準によって自動的に決定しにくいものが少なくない。

前述したA区の実施基準にも、利用者の決定にあたっては、医師の判断を必要とするもの（二条一項②）や、区長が特別に必要と認めるもの（二条一項⑥）（同一項）とする規定がみられる。とすれば、基準の認定を、現状のように必ずしも専門家とはいえない区長（実質的には行政担当者）の裁量にゆだねることは問題がある。基準を一定の拠として、具体的事例について決定をおこなう決定機構（医師・ケースワーカー・地域代表・障害者代表など）からなる。また利用希望者が出席して意見をのべる機会も手続上保障されることがのぞましい）が設定されることが必要と考える。

また、福祉タクシー事業の場合、申請書あるいは要綱に利用が却下された場合の不服申立て手続についての記述がない。

生活保護法をはじめ、最近では各社会福祉法においてもこの点が明記されていることからみても問題といえる。特に福祉タクシーの場合、要綱行政によるものだけに注意を要するが、同じ要綱による事業でも、後述する入浴サービス・給食サービスではこの点が明記されていることもあわせて考えておく必要がある。

② リフト付福祉タクシー

り、したがって日常外出時に車いすを利用する必要がある者をはじめ、(実施主体によって差はあるが)寝たきり老人、視力障害者等、福祉タクシー利用者に比べより重度な障害者の利用に供されている。

たとえば、A区の場合は、福祉タクシーの対象者のうち、日常車いすを利用しているか、又は寝たきりの状態にある者およびこれに準ずる者で、区長が特に必要であると認めたものにつき、リフト付福祉タクシー専用利用券(一人一カ月一〇枚限度)が交付されている(A区等号様式福祉タクシー利用券交付申請書)。利用を希望する者は、「福祉タクシー利用券交付申請書」(リフト付を希望する場合も同一の申請書)を提出し、区長が要綱二条に基づき決定する。即ち、二条に規定する資格要件をそなえていると判断した場合、福祉タクシー利用券交付台帳に記入し、利用券を交付する(こゝでも福祉タクシーの場合と同様の決定手続等が必要とされる)。リフト付福祉タクシー専用利用券を交付された者は、あらかじめ、A区(甲)との間に、「心身障害者等リフト付福祉タクシー供給契約」が締結されているタクシー会社(乙契約業者)に、原則として前日までに直接申しこみをおこなう(リフト付福祉ハイヤー運行仕様書)。

運転手および車両は、タクシー会社によって供給される。車両の形は、トヨタハイエースを車両仕様書どおり改良した車両とすることが、要綱により要求されている。

利用者は福祉タクシー利用者と同様、通常タクシーメーター料金から、四三〇円を引いた金額を契約業者に支払うこととされる。しかし、福祉タクシーの場合とことなり、使用した利用券の清算はおこなわれず、その供給自動車賃月額八二四、〇〇〇円が、契約にもとづき甲から乙に支払われる。

(ii) 甲乙間の契約の性質と公的責任

A区(甲)とタクシー会社(乙)間のリフト付福祉タクシーの供給契約書は「乙は、甲の定める心身障害者等が指定する期日及び時間に機能完全な車両を供給し、乗客の運送に従事するものとする」(A区契約書二条)とし、また、

「利用券の清算はおこなわれず、供給自動車賃として月八二万円相当額が乙に支払われる」（同四条、運行仕様書七）と定めている。このような内容からみて、甲乙間の「福祉タクシー委託契約」は、移送自体の準委任契約（あるいは請負契約）であり、しかもその契約は、甲乙丙間を包括していると考えることが妥当と思われる。

具体的には、甲と乙の関係を、使用者と被用者の関係になぞらえてとらえ、乙は第三者（丙、利用者）に移送サービスを提供することを甲に約する、第三者のための契約と考えたい。しかも、甲乙間の契約は、不特定多数の移送サービス利用者のための一般的・基本契約であり、それは共通の基準によって、個々の利用者（丙）が必要に応じてタクシー会社と締結しうる個別的契約を、一定の限度で制約したり修正したりするものであると考えられる。⁽²⁵⁾

またさらに積極的に、乙丙間の契約は、あらかじめ締結されている、甲乙間の双務協定の枠内でおこなわれるところの、いわば間接的供給契約、または、双務協定を仲介とする二次供給契約としてとらえ、したがって債務不履行の主張は、一次にはむしろ甲に対してなされるもの（この場合は公法上の当事者訴訟となる）、少なくとも乙との連帯責任を前提にしてなされるべきとみる⁽²⁶⁾ことが、より妥当なように思われる。

しかも乙は、契約書ならびに仕様書において「契約から生ずる権利義務の譲渡の禁止」「リフト付福祉ハイヤー運転手に対する安全配慮の要請」の他、「車両供給及び道路運送上、必要な事項については、関係法令の解釈ならびに甲の指示に従うこと」「リフト付福祉ハイヤー利用実績の報告」等が求められており、福祉タクシー以上に乙は、甲の指揮監督下にあることは明らかである。これらの規定は、（福祉タクシーの項でのべたように）甲乙間の委託契約が甲の制度目的遂行義務の一環として位置づけられるべきものであること、また、公的責任転嫁禁止の原則（社会福祉事業法五条一項）とのかかりからみても、当然の規定と考える。

もっとも、A区の場合、利用者が直接乙に利用申しこみをおこなう形態であるから（後述のB市の場合に比べ）、乙に

一定の裁量性が与えられている。「乙は、もし所定日時に規定の車両を供給することができない事由が発生したときは、代車両の供給等、甲の定める心身障害者等に支障のないよう適当な処置をとらなければならない」「車両の法定点検日等には、代車両の供給等、心身障害者等に支障のないよう適当な処置をとるものとする」等はその例といえる。しかし、このようなサービス内容の決定にかかわる行為を委託することは、社会福祉事業法五条二項が本来予定するところではなく、そのような行為を委託することは、法的責任の回避となり、同条一項にいう公的責任の転嫁禁止の原則に違反するといわなければならない。

(iii) 甲の事故予防義務と丙の「権利」

先に引用した「障害者の移動の権利」によれば、車いす利用者の移送サービス利用には、通院が多くをしめており、したがって、乗車に際しての介護には特に相当の介護知識や技術が必要とされ、ボランティアにその責任と力量を求めることはむずかしいといったことが指摘されている。

こうした事実からすれば、リフト付福祉タクシーの運転手には、通常の運転手としての安全配慮義務(善管注意義務)以上の、最善の注意義務が要請されることになっていよう。

とすれば、甲は乙に委託をする以上、乙の運転手に、(その同意のもとに)あらかじめこうした介護を期待しうる介護技術や知識を付与することを義務づけられていると考えざるをえない。

しかも甲の安全配慮義務の懈怠については、丙は甲に対しその義務の履行(もしくは義務の確認)を請求しうると共に、運転手の事故責任を論ずるについては、甲自身の指導監督義務の履行が厳密に検討されることがぞましい(判例の中にも国の指導の不行使は「それが著しく合理性を欠く場合には国家賠償責任を認めうる」と判示するものが出てきていることに注目したい。(広島地裁昭和五六・六・二四(七)八九〇号)

近年、労災損害賠償の分野ではあるが、使用者もしくは元請事業主の「安全配慮義務」を、監督機関たる国の、個別労働者に対する直接的な義務として「拡大」することにより（最近の特例的な場合にのみ国の不作為違法を問題とする国賠法損害賠償判例の）理論構成を質的に飛躍させようとする学説も展開されてきている。⁽²⁸⁾

甲乙間の（丙のためにする）準委任契約（もしくは請負契約）が、甲の丙に対する契約（生存権保障義務）の主要部分を、実質的に担保していると考えられる移送サービスの場合には、甲の「安全保障義務」の存在はより明確であり、丙が甲に対しその履行（もしくは義務の確認）を請求しうると解することは、社会福祉事業法五条一項（公的責任転嫁禁止の原則）の趣旨でもありと考える。

したがって今後、その請求権を効果的に行使し、甲の安全保障義務の懈怠を明確にしていくためにも、当面運転手への甲の監督指導を実効せしめる諸規定が、契約書その他において確保されることがのぞまれる（衛星市町村社協事務局長会受託事務研究会報告書「老人家庭奉仕員派遣事業一部委託契約書モデル」では、委託料の算定基礎には、スーパーバイザーの設置費、老人家庭奉仕員の研修に関する経費が含まれている）。

さらに、この点に関連して、契約・仕様書の公開、ならびにその策定過程への住民参加が保障されねばならないことはいうまでもない。

(iv) 金銭による事後救済

① 自動車損害賠償保障法との関係

移送サービスによる事故は、死傷の形態をとるものが少なくない。そのために外見上は往往にして、(1) 不法行為の予定する（本来の契約から結果的にはみだした）積極的債権侵害と同様の結果がもたらされるが、移送サービスによる事故は、理論的には、単なる生命・身体に対する不法行為ではなく、一義的には、甲の丙に対する生存権保障の債務不

履行として考えられるべきものと思われる。しかしいずれにせよ、移送サービスの場合、現実にはその事故の多くが自動車事故と結びついているために、債務不履行責任を問題とする以前に、自動車損害賠償保障法上の特殊不法行為責任がとわることが少なくないことは前述のとおりである。

リフト付福祉タクシーの場合、まず乙は、自動車損害賠償保障法三条の「自己のために自動車を運行の用に供する者」となり、同条但書に定められる三つの免責事由のすべてを立証しないかぎり、事故によって生じた損害を賠償する責任を負うことになる。

また、甲も、①リフト付福祉タクシーの運行によって、移送サービスの実施が確保されていること、②自動車の装置は仕様書により甲によって指定されていること、③契約書・仕様書を通じて乙を指揮監督する立場にあること、からみて、通常運行供与者のメルクマールとされる運行利益・運行支配を有すると考えられる。したがって、甲も運行供用者として、損害賠償責任をとられる余地は大きい。

② 「運行」の範囲と契約責任

自動車損害賠償保障法二条二項は、「この法律で『運行』とは、人又は物を運送するとしなにかかわらず、自動車を当該装置の用い方に従い用いることをいう」と定める。先にみた固有装置説、車庫出入説にしたがえば、ドアの開閉中の事故や停車中の乗降用リフト（電動）の操作中の事故等、自動車の構造上の欠陥・機能障害に起因する事故も「運行」にあたることになるが、原動機説や、走行装置説では、停車中の事故が含まれるかは疑問である。したがって、どの説にたつかは、リフト付福祉タクシーでは、大きな影響を与えることになろう。

しかも、A区仕様書は、「リフト付福祉ハイヤー運転者は、心身障害者等の車両への乗降に関する一切の業務を行なうものとする」と定めている。つまり、そこには、いかなる説にたとうとも「運行」概念には包含されない、即ち、

「人が装置とは独立にする行為」が運転手の業務にふくまれているように解される。運転手が車をはなれて、一定の安全地帯に利用者を誘導する等は、その例といえる。

したがって、リフト付福祉ハイヤーにおける運転手の職務内容がどこまでを含むのか（いいかえれば、安全配慮義務の法的根拠）が、契約によって、より明確化されることが、ここでも必要となってくる。このことは、契約上の給付義務かどうかで、過失の挙証責任の所在がことなってくることも関連して重要と思われる。

もつとも、運送人の安全配慮義務は本来運送契約の本質的条項であり給付義務であるとみることもできる。その場合には、安全配慮義務不法行為責任ではなく、その違反は債務不履行であって、履行不能・履行遅滞ではなく、不完全履行となる。ケベック民法理論においては、このような理解がなされていることが紹介されているが、わが国でも、最高裁判決は、「債権者は、債務者の生命・身体の安全を配慮すべき給付義務をおっている」(最判昭五〇・二・二五、民集二九巻二号、一四三頁)と判示している。また、この論理を発展させ、安全配慮義務は、契約締結前、給付行為中、給付行為終了時(アフターサービス)にも及ぶとする指摘もある。以上のような理解にたてば、契約によって明記される⁽²⁹⁾と否とにかかわらず、「乗降にかかわるいっさいの行為」が、契約不履行の対象として包括されることになろう(ただ、安全配慮義務が具体的にとわれる段階では、契約によってその内容・程度が定められていることが意味をもってこよう。利用者への安全配慮の程度が健常者とことなる移送サービスでは、特にこの点が重要になると考える)。

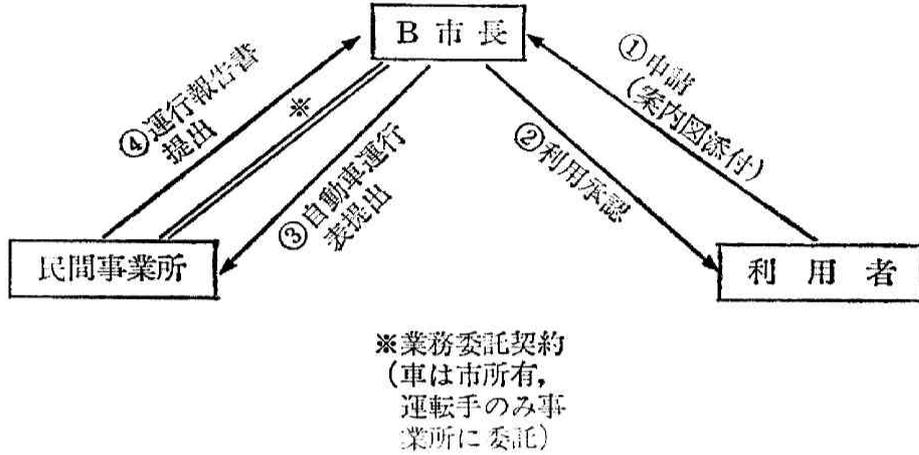
その場合、リフト付福祉タクシーにおける乙丙間の契約は、甲乙間の双務協定の範囲内でおこなわれる間接的供給契約であると解する本稿の立場からすれば、甲は、丙に対し一義的な損害賠償責任を負うことになる。

また、それとは別に甲は(近年、裁判例においても、国家賠償法上の「公務員」が、広く公務を委託されている者一切を含むと解されてきていることから)事業主体として、国家賠償法上の責任をとわれうる可能性がある。

事実、福祉サービスの領域においても市のおこなう精神薄弱者に対する福祉事業を「公権力の行使」にあたるとし、それを受託した社会福祉法人の職員を「公務員」と認めた判例がある（広島地裁福山支部昭五四・六・二五、判例時報、九四七号）。もっとも、当該事件における施設は、市から被告（社会福祉法人愛生会）に管理、運営委託された施設であることも指摘しておかねばならない。すなわち「被告市は、同愛生会の人事、予算、財産管理、日常業務の全般にわたり、強力な指導監督権を有してこれを自己の支配下におき、その行政活動の範囲を拡大しているのであるから両者は、実質的には「民法七一五条一項にいう使用者と被用者の関係にある」と判断されているのである。そこには、認可を受けた民間施設が措置委託を受けた場合の市と民間施設の関係と比べ、より緊密な関係があることに気づかざるをえない。したがって、管理運営委託の場合に公権力性が認められたことは、必ずしも判例がその他の委託の場合にも公権力性を認めていることを意味することにはならないであろう。このことは「栃木県知事病院開設の許可を受けて病院を経営し、また、同知事により、精神衛生法五条にもとづき『県が設置する精神病院に代る施設』（指定病院）として指定された医療機関の措置入院患者に対する診療保護行為には公権力性は認められず、単に栃木県知事との委託契約に基づいて、自ら独立に経営する業務の一環として契約内容を履行していたものによらず、まして両毛病院の従業員と県知事との間には何らの関係も存在しない」（宇都宮地裁足利支部昭五〇・一二・二三）とする判例からも推察されよう。もっとも市の許可を得た業者のおこなう汚物の収集、運搬、処分が、市の公務の執行に属さない、とされた判例（大阪高裁昭四八（ネ）二〇三三号）では、前述のように①業者の行為が、市に期待しえない技術性をもっていること、②措置費や補助金支出がなく、特定の業者にかぎり汚物取扱業の禁止を解除したにすぎない点が指摘され、あくまで市町村がその実施の主体となり、自己の計画の範囲内でおこなう委託と、前述のような許可とはことなることが指摘されている。したがって判例のような理解にたてば、措置委託の場合には一般に公権力性は認められることに

(事例B)

- 1. 事業名 B市身体障害者用自動車運行事業
- 2. 根拠 B市要綱
- 3. 図



※業務委託契約
(車は市所有、
運転手のみ事
業所に委託)

も、市要綱は、「市長は必要があると認めるときは身体障害者用自動車の運行を民間事業所等に委託することができる」としており、実際は、その運行業務を、B市はタクシー会社、C市は運送会社に委託している(しかし、右のように運行の委託がなされる具体的な必要性は、少なくとも契約や要綱をみるかぎり明らかではない)。

なるのであろうか？

いずれにせよ福祉サービスにおける国家賠償法の適用を判例上定着させていくためにも、社会福祉事業と公権力性の問題は、(1)施設の管理運営委託、(2)病院への措置委託、(3)認可を受けた社会福祉法人立の施設への措置委託、(4)本事例のように、認可・届出・許可のいずれをも欠く民間サービス会社への委託、(5)民間団体に対し、国から補助金のみが実質的に交付されている形態、(6)前述の汚物取扱業者のような市の許可をえた民間会社によるサービスの実施といった、さまざまな形態ごとに、実態にそくしてより緻密に検討されることが必要といえよう。

(2) 区・市がリフト付タクシーを保有し、運転手のみが供給契約によって民間業者から提供される形態

① 制度の概要

B市、C市では、A区とことなり、リフト付福祉タクシーは、実施主体であるB市、C市が所有する。もつとも、B市、C市と

また、B市の場合、タクシー会社に運行が委託されているが、タクシーの台数、運転手の数は、法令により規定されているので、運転手を本事業に流用することはできず、運転手以外の事務員で運転免許をもっている人が従事することになっている。

A区とことなるこのような構造上の仕組みは、利用の申請方法にも反映されている。即ち、(A区の場合、リフト付福祉タクシー券交付申請書に基づきタクシー券を交付された者が、原則として、前日までに契約業者に直接申し込みをおこなうのに対し) B・C市の場合には、それぞれ要綱により「身体障害者用自動車運行事業を受けようとする者は、利用予定日の一カ月前から、一週間前までに身体障害者用利用申請書に案内図をそえて、市長に提出すること」(圈点引用者)と定められている。市長は、この申請を受けたときは、「申請者が第二(対象者)、第三(利用条件)に規定する要件に該当するか否か」を審査し、利用の可否を決定し、利用予定日の五日前までに身体障害者用自動車利用承認書により通知するものとされている(B市身障用自動車運行要綱第五の一)。即ち、利用の申請は、利用のつど市長に申請することによって決定される(A区では、交付申請書が受理されるとそれを否定する新しい事実関係が生じないかぎり、「交付を受ける権利」は存続するものとみることができ、「制度の不利益変更の項」参照)。

② 形態①と比較した場合の特徴と問題点

B市、C市の要綱もA区と同様、移送サービスの目的として、「生活圏の拡大および生活の利便」をあげている。その用途は、総じて幅広く、B市のように、該当要件の一つに「健全な市民生活に資すると認められる場合」をあげられる場合もある。タクシー会社に直接申し込みをするA区の場合、個別、具体的な利用が目的に合致しているかチェックしがたいのに対し、市長に利用申請をおこなうB市やC市の場合、形式的にみるかぎり、利用目的のチェックは、より可能な構造となっている。ただ、実際には「何が健全な市民生活に資するか」を市長が行政裁量で決定するには、

恣意性が介入しやすく、その妥当性の確保については、別途の検討が必要と思われる。また、極度の介入は個人のプライバシーとも関連し疑問が残る。

このように、A区とB市、C市では手続上、若干の相違があるが、対象者や、利用条件、申請にかかわる手続上の例外規定の認定等、市長（現実には担当者）にかなりの裁量が委ねられている点は、共通の課題といえよう。ただ、B市の場合は、「利用日が競合した場合の優先順位の決定」に対し、一応の基準を定めていることが注目される。

また、運行の範囲についても、A区の場合、道路運送関係法に規定され、特に乗車可能地域は、一定の範囲に限定されることになる。

B市、C市の場合は、車は、市所有のものとなるから、この点の制約はない。事実、B市の場合、運行の範囲は、要綱により、(1)市役所を中心として、半径三〇キロメートル以内であって、運行が安全と認められるとき、と定められているが、(2)上記範囲外であっても特に市長が認めた場合は、可能とされている。またC市の場合、「運行は市内とする。ただし、市役所を中心としておおむね半径五〇キロメートル以内の市外であって、かつ、運行が安全と認められ、使用目的が適当と判断できる場合」には利用が認められる。もっとも運行時間は、それぞれ、「午前八時から午後五時までと、市長が必要と認めるときは午後八時まで延長することができるもの」とされるから、時間的制約から、領域に一定の制約はあることになる。

またA区の場合、(争いはあるが)一回の乗車につき利用券一枚分を利用しうるにすぎず、残りは自費負担となる。A市、B市の場合には、要綱により「この事業に必要な費用は、全額市が負担し、有料道路料金および有料駐車場料金は、利用者負担となる。」にすぎない。

B市、C市の場合には、運行サービスの提供自体を目的とする制度の趣旨は、A区の場合と比べ、費用負担の軽重

からみても、また、一回ごとの申請決定の形態をとることからみても、より明確であるといわなければならない(特にB市の要綱は「現状では既存の交通機関を利用することが困難であるため、社会生活に不便をきたしているのが実態である。これらの実態に対処するひとつの手段として身体障害者用自動車を運行するもの」と定めている)。

このように運行サービスを、利用者が必要かつ十分に保障する義務が、実施主体B市、C市にあることは、形態(I)に比べより明確といえる。問題は、その義務を具体的に実行あらしめる法構成が、現行の法制度のもとでどこまで確保されているか、ということにある。

以下、この点を(前述までの指摘と重複しない範囲で)検討してみたい。

③ 自動車損害賠償保障法と事故責任

事故責任に関連し、まず検討されねばならないのが自動車損害賠償保障法であることは、A区の場合と同様である。しかも、B市、C市の場合には、(A区の場合と異なり)B市、C市が自動車の所有者であり運行供用者であるから、自動車の運行にともなう実施主体の損害賠償責任が自動車損害賠償保障法で補てんされる余地は、A区に比べ大きい。しかし、自動車損害賠償保障法は、物品の損害を保障しないから、運転手の運行による故意・過失により、車いす等を破損した場合には自動車損害賠償保障法では保障されない。また、運行によらない事故についても同様であることは、前述のとおりである。C市の場合、甲乙間の契約上「甲が、自動車損害賠償責任保険の他、任意保険(車両保険・対物保険・対人保険)に加入することとし、乙の故意又は過失により、甲又は第三者に損害を与えた場合は、両保険を適用する他、乙は甲に対し賠償の責めを負うものとする」と定められているのは、この点への対応を考慮したものと思われる(ただし、車の所有・使用・管理によらない事故は任意保険でも救済されない)。

④ 移送サービスと国家賠償法

本事例(形態②)のように自治体の所有する自動車を、業務委託を受けた企業の従業員が運転し移送サービスを遂行するという場合には、当該運転手が、国家賠償法上の公務員とみなされる可能性は、形態①と比較すれば、よりたかといえる。甲が国家賠償法上の責任を問われる可能性もそれだけたかくなることになる。

また、B市、C市の場合、リフト付福祉タクシーは、市の所有車であり、公の営造物である。したがって、自動車の機能的・構造的欠陥による事故については、国家賠償法二条に基づく公の営造物の設置管理の瑕疵責任がとわれる。最近の判例の動向からすれば、乗降用リフトの安全性、緊急ベルの有無、車内消毒等の対策も、移送サービスの制度目的からして場合によっては、公の営造物の瑕疵として問題にされる余地があろう。

⑤ B市、C市の契約書にみる甲乙間の指揮監督関係と安全配慮義務

B市、C市とも「運行業務は、甲から乙へ送付する運行表に基づき」実施されており、甲の乙に対する指揮監督関係は、A区に比べより明確といえる。

しかし、B市とC市の契約書を比較した場合、特に甲の乙(及びその履行補助者としての運転手)に対する安全配慮への要請に関連して、契約上、微妙な相違があることに気づかざるをえない。

この相違は、B市の契約書が業務委託契約でありながら「施設(自動車)等の使用管理」中心に構成されており、委託業務(利用者の移送)自体に言及していないことに基づいている。

移送サービスにおいては、「自動車保険」では保障されない事故が問題となる可能性もあり、利用者の生存への配慮を基本に考えれば、委託される業務内容と、乙の安全への配慮義務が明確に定められ、それによって乙の安全配慮義務に対する甲の指揮監督がより明確化される必要がある。その意味でも、B市、C市間の契約上の相違は無視できないものといわざるをえない。

B市とC市の契約内容を具体的に検討すると、以下のような相違が指摘である。

まず、C市の契約書は、「運転手は、関係法令を遵守し、車両の運転、リフト及び車いす固定装置等の操作を行なうほか、利用者の乗降、車内での安全確保並びに車両の清潔保持に努めるものとする」と定めているのに対し、B市の場合、これに対応する規定はない。B市の契約書が、前述のように、「施設（自動車）等の管理」中心に規定されているためである。即ちB市の契約書は、「本委託業務処理に関し発生した損害（第三者に及ぼした損害を含む）は、すべて乙が負担するものとし、甲はその責を負わないものとする」と定め、「ただし、その発生が甲の責に帰すべき事由による場合は、この限りではない」とするものの、甲は契約上、いかなる安全配慮義務を乙に要請しているのか、いいかえれば、乙は、いかなる場合に、甲の監督責任を追及しうるのかは明らかではない。

また、C市契約書は、「乙は、甲に対し、毎月報告書を提出すること」を、義務づけているが、B市の場合には「乙は委託業務を完了したときは、遅滞なく甲の指示する目的物及び完了報告書を甲に提出して、甲の検査をうけなければならぬ」とし、事業報告というより、目的物（自動車）の管理に重点をおいた構成になっている。

こうした視点の相違は、C市の契約書が、「車両に使用する燃料、オイル、消耗品等は、甲の負担とする。車両の法定点検及び毎月一回の定期点検は甲が施行する。車両は、甲が定めた運行目的以外に使用してはならない」と定め、乙の甲に対する使用者性を明確にしているのに対し、B市の場合には、「施設などの使用管理として、甲は、委託業務遂行上必要な設備もしくは物品等は無償で使用させることができる」とあり、使用者性がより曖昧であることにも示されている。

また、C市の契約書では、運行従事者として「乙は甲の承認を得た運転手を配置するものとする」と定め、請負契約的性格を強くしている。これに対しB市の場合には、乙の運転手についての指示を規定する右のような規定はなく、

また運転手の業務内容にふれる記述もない。

B市の場合、このように物品等の使用管理を表面にだした構成をとっているのは、甲の使用者責任、ならびに職業安定法四四条（人材派遣の禁止）との関係を考慮したものと思われる。B市契約が「乙は、本契約の履行に関し、乙の業務員の中から責任者を定め、かつ、甲に届出をし、その者に他の業務員を指導監督させるとともに、甲との連絡に当たらせなければならない」と定めていることも、この点に関連するものと思われる。いずれにせよ、施設管理センターの契約のあり方は、B市の安全配慮義務を曖昧にすることになり、問題といわなければならぬ。

B市においても（担当者へのヒヤリングによれば）、実際には、リフト付福祉タクシーの車内に、緊急ベルがそなえつけられており、車内で体の具合がわるくなった場合や、交通事情その他で予定どおり運行ができない場合には、連絡をとる用意もあるといわれている。それだけに、実態にそくした利用者の生存を中心にした契約の構成がのぞまれる。

⑥ その他の問題点

(i) 秘密保守義務

B市契約書は、「本契約の履行に当たって知り得た秘密を漏らしてはならない」、「乙は成果品を他人に閲覧させ、複製させ、又は譲渡してはならない」と定めている。これに対しC市契約書は、秘密保守義務について特別の規定をおいていない。C市が秘密保守義務について規定していないことにまず問題があることはいうまでもない。

加えて、B市において規定される秘密保守義務は、乙のB市に対する秘密保守義務であることにも留意しなければならない。つまり、ここでは、乙の丙に対する秘密保守義務は、成果品（設計業務等の履行過程において得られた記録等を含む）の閲覧が禁止されていることから、間接的、部分的に「保障」されているにすぎない。

いいかえれば、ここでいわれる秘密保守義務は、「たまたま一定の業務に従事するが故に秘密漏洩を刑罰によって

制裁される医師・弁護士等における場合（刑法一三四条）、あるいは、「特定の公務を担当するが故にとくに法律によつて職務上知りえた秘密を漏洩することを禁じられている場合（例、所得税法二四二条、精神衛生法五〇条の二、労働基準法二二〇条一号等）」とは、ことなるものであることに注意しなければならない。⁽³⁰⁾

甲から乙への移送業務の委託が、甲の制度目的実現義務の一環である以上、後者の意味での秘密保守義務こそ、丙のプライバシーの保護のために保障されねばならないと考える（同様のことは、後述の入浴サービス、給食サービスその他でも共通して問題となってくる）。

(ii) 付添人の存在と運転手の注意義務

前述のように、リフト付福祉タクシーの乗車にさいしての介護には、相当の介護知識や技術が要求される場合も少なくない。

ところで、B市、C市とも、丙が介護を必要とする場合には、自ら介護人を配慮すべきであるとしている。このことはB市要綱が、この点につき明確に「利用者が付添を必要とする場合は、利用者において配慮するもの」とさだめ、C市の場合には、契約書のなかで運行の対象となる利用者として、障害者と共に「その者が必要とする者」をあげていることから推察される。

いいかえればこれらのことは、甲は、移送にあたっての、一般的な安全性の確保しか予定していないことを示唆しているともいえる。

それだけに、付添人がついた場合、運転手の注意義務は軽減されるのか、あるいは、客観的にみて付添が必要と考えられるにもかかわらず、一人で乗車することを運転手が黙認して乗車させた場合、運転手の注意義務は増加するようになるのか等が問題となりうる。

少なくとも、移送サービスが自治体の事業である以上、丙に重大な過失がある場合をのぞき甲の最終的な行政責任は回避できず、したがって、契約上、あらかじめ移送中の事故について甲の免責を定める条項は、公序良俗に違反し無効といえよう（民法九〇条）。

(iii) 職業安定法との関係

職業安定法四四條は、労働者供給事業を禁止し、同法施行規則四條は、以下にのべる四つの要件をすべて満たしていないかぎり、四四條違反が生ずるとしている。

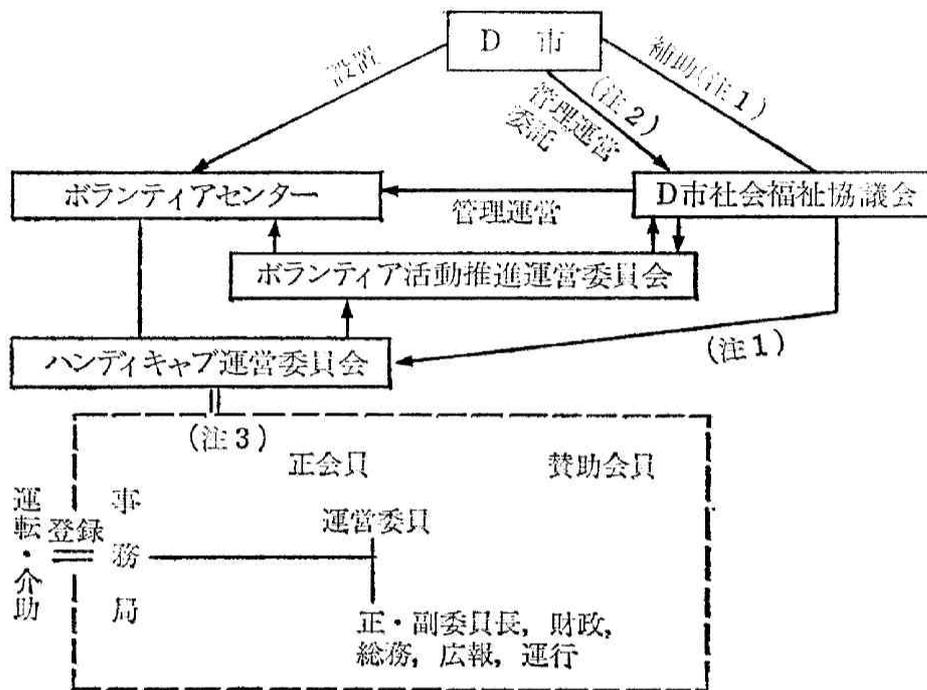
即ち、本件でいえば、乙は、(1)作業の完成について事業主としての財政上及び法律上のすべての責任を負うものであること、(2)作業に従事する労働者を指揮監督するものであること、(3)作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての業務を負うものであること、(4)自ら提供する機械、設備、器材(業務上必要な簡易な器具をのぞく)若しくはその作業に必要な材料、資材を使用し、又は企画若しくは専門的な技術若しくは専門的な経験を必要とする作業をおこなうものであって、単に肉体的な労働力を提供するものでないこと、の四つの要件をみたしていることが必要とされる。

B市、C市とも、自動車は甲の所有であり、乙は自ら提供する機械、設備、器材に基づいて作業をおこなっているとはいえず、職業安定法四四條とのかかわりは、A区の場合以上に問題になってくる。

(また、民間委託されても)行政主体が、その管理監督責任を遂行することが住民に対する責務であるはずの福祉サービス事業の場合には、行政上の監督責任と供給業者による連転手への指揮監督との関係が問題にならざるをえず、同規則特に、「四條一項二号の労働者に対する指揮監督」と行政上の監督責任を矛盾なく説明することは困難であること、また総じて供給業者の雇用主としての責任が不十分であることから、現状では在宅サービス事業が労働者供給事

(事例C)

1. 事業名 ボランティア団体によるハンディキャブ運営事業
2. 根拠 運営委員会会則
3. 図



- 注 1. C市は社協を経由して、ハンディキャブ運営委員会に助成金を交付。
 注 2. ボランティアセンターについては市が設置し、管理運営をC市社会福祉協議会に委託している。
 注 3. 正会員(障害者) 年会費 1,800円
 賛助会員 年会費 1,200円

業とみなされる可能性はきわめてたかいといわざるをえない。

(二) ボランティアによる移送サービス

(1) ボランティアセンター(市設置、市社協に管理委託)を中心とするボランティア活動の一環としておこなわれる場合

① 制度の概要

D市ではD市ハンディキャブ運営委員会によって、移送サービスがおこなわれている(図参照)(ハンディキャブとは、前述のリフト付福祉タクシーと同様の機能を営むものである)。

D市ハンディキャブ運営委員会(以下、運営委員会という)は、D市

社会福祉協議会が、市より施設の管理運営の委託を受けているボランティアセンターを拠点として活動するボランティア団体である。運営委員会は、サービスの公的性格にかんがみ、市社協を通じて、市から特別に助成を受けている。

D市ハンディキャブ運営委員会は、会の目的（D市ハンディキャブ運営委員会会則二章二条）に賛同する正会員、賛助会員からなり、正会員はハンディキャブの利用を必要とする障害者自身である。

正会員は年会費一、八〇〇円、賛助会員は一、二〇〇円を支払い、運営費の一部としている。

ハンディキャブの利用を必要とする者は、正会員の申し込みをし、その後必要に応じて、利用日の一週間前に、事務局に対し申請書を提出し、運営委員会によって決定がなされる（前述の移送サービスの場合は、すべて自治体に利用申し込みをし、自治体が独自に決定しているのとことなることに注意。したがって行政は、利用順位、方法については、運営会議を設置し、民主的な管理運営がなされるよう、運営委員会に対し、適正な指導をおこなうことが求められる）。

利用範囲は、原則としてD市内とその周辺三〇キロメートル、時間は、原則として、午前八時から午後七時とされ、運転は登録されたボランティアによっておこなわれる（普通免許証をもつ二一歳以上の者）。使用料は無料だが、運行に必要な燃料（D市をのぞく、一キロメートルの運行実費三五円）、駐車料金、有料道路料金等の費用は利用者負担とされる。ボランティアは、前述のように、運転ボランティア登録カードに登録したうえ、事務局から依頼があると、個々のケースにおいて受託することになる。運転ボランティアには一時間五〇〇円が支払われる。

② 事故とボランティア

ハンディキャブの保有者であり運行供用者であるD市運営委員会は、運行中の事故について、自己が負う損害賠償の責任にかかわる損害を自動車賠償責任保険により保障される。しかし、移送サービスは、総じて運行によらないサ

ービスによる事故も含みうる。D市のハンディキャブ運営事業においても、介助が必要な場合には、利用者自身が手配するものとされるが、乗降の介助は運転ボランティアがおこなうこととされている。

前述のように乗降の介助には、相当の技術・知識を要する場合もあり、どの程度、どのような介助をおこなえばよいのか、あらかじめハンディキャブ運営委員会により明らかにされ、それが運転ボランティアによって承認されていることが最低限度必要となる。このことは、事故の発生にあたってのボランティアの責任を考えるうえでも重要である(たとえば、乗降のさいのボランティアの介助が、自動車を降りるまでなのか、降車後適切な場所まで誘導することをさすのか、D市の現状からは明らかでない。もし前者とすれば、降車直後、利用者が車いすを一人で操作中事故にあったような場合、運転ボランティアには、なんら義務は生じないしまた不作為の不法行為責任も生じない場合もあろうが、後者であればこととなる)。

その場合、ボランティアは登録をし、個別ケースごとに受諾の意思表示をしているのであるから、ハンディキャブ運営委員会との間に、何らかの契約関係があることは間違いないと考えられる。

しかしいづれにせよ、運転ボランティアは、運転をおこなうにさいし、運営委員会の依頼どおりに行動することを、「手引書」によって義務づけられていることから、ここでは、ハンディキャブ運営委員会の履行補助者とみるのが適切と考える(またこの手引書では事故がおこった場合、運転ボランティアは直接相手方と交渉せず運営委員会に連絡することとしている。ただし、この手引書においても、乗降の介助についての具体的な指導はない)。したがって、ハンディキャブ運営委員会は、運転ボランティアの故意・過失については、これを自身の故意・過失として損害賠償の責任を負わなければならないと考える。

したがって、同運営委員会が、正会員申込者に対し、「不測の事故補償について、当会は営業体ではないので、不

測の事故によるのった方の事故補償に関しては車に掛けている最高保険額以上の補償はできかねる」旨の規定をおいていることは、その効力において問題といえる。⁽³¹⁾

③ ハンディキャブ運営事業とD市の義務

先にみたかぎり、本事例では、ハンディキャブ運営委員会が、一義的には、安全配慮義務ならびに事故責任を負うことになると考えざるをえない。しかし、法論理的にはともかく、現実には当事者が指摘するように、その保障能力に限界があるのも事実といえよう。

このことは、見方をかえれば以下のような事実を示唆している。

つまり、ボランティア団体によるハンディキャブ運営事業は、主観的には移送サービス事業を、(先述してきた形態と比べ)より住民の主体性を軸に構成しようとする意思を含むものでありながら、客観的には、そのことが、法をまします私的自治の原則のもとでの事後的救済法体系として機能させることになり、結果的に、当事者間に過酷な責任を負わせることになっていることである。

ところでハンディキャブ運営事業は、D市が設置しD市社会福祉協議会(社協)が委託管理するボランティアセンターの活動の一環としておこなわれており、しかも、同事業には、社協を通じて、D市から補助金が交付されていることは前述のとおりである。

このことから、自治体の社会サービスに対する姿勢を、住民の主体性を媒介として、社会サービスを統合化しているようにするものとして理解するとすれば、本事業における自治体の義務は、どのようなものと解することが妥当なものであろうか。

この場合、自治体の義務は、ひとつには、ボランティアセンターを管理するD市社協、その管理を委託したD市と

いう位置づけのなかで、管理の内容に関連して明らかにされることになる。

ボランティアセンターの活動は、スポーツセンターの場合のように、その場所を利用して、その設置目的が有効適切に実現されるものではないだけに、その管理の性格を理解することは一義的ではない。

学説は、従来公有財産の管理者によっておこなわれる公物管理権は、所有権そのものとしてきたが、最近では、「公物（管理）主体が、公物をその本来の公の目的に供するために認められる、それ自身独立の公の権能（32）（32）と解する見解が有力とされる。こうした学説の最近の傾向はボランティアセンターにおける管理の性格を考えるうえで示唆深い。

D市の場合ボランティアセンターの設置の目的は、「地域におけるボランティア活動を推進するための拠点」となることであり、具体的には、(1)ボランティア活動の相談、(2)ボランティア活動の紹介、連絡調整、(3)ボランティア活動についての啓発的・教育的活動、(4)場の提供、(5)器材の提供、(6)調査活動、にあると考えられている（D市ボランティア活動推進運営委員会、D市におけるボランティア活動の推進に関する答申による。現在(1)～(5)までがおこなわれている）。

こうした活動目的を最近の学説にそって位置づければ、ボランティアセンターにおける管理とは、このような設置目的を具体化するための諸機能とみることができよう。とすれば、運転ボランティアの運行にともなう障害者への援助についての実際的な知識や技術などについての啓発的・教育訓練的活動をおこなうことは、ボランティアセンターの重要な仕事となってくる。現に、D市の場合ボランティア活動に関するさまざまな状況を調査する委員会（市社協におかれている）は、毎月の会合で、D市ボランティアセンターの活動状況の報告を受けており、実際的な知識、技術について教育訓練を具体化する場は形成されてきているとみることができよう。

しかもD市社協は、センターを運営するにあたっては、別に設置されているボランティア活動推進運営委員会（ボ

ランティアセンターを拠点とするボランティアグループを中心に構成。D市ハンディキャップ委員会からも委員が選出されていると連絡を密にし、その意向を尊重しなければならぬとされ（本委員会規定四条）、管理作用概念を人権実現の手段や住民自治の視点から指定しようとする姿勢が示されている。

ところで、D市社協によるこのような管理は、もともとD市から委託されたものであることは前述のとおりである。そうである以上、D市は、社協がこのような意味での管理を、十分かつ適切に実施しているかについて監督責任を有すると解される。

④ ボランティアセンターの管理運営委託の可能性と必要性

問題は、さらにそもそもD市がこのような管理権をD市社協に委託する可能性と必要性の問題である。

まず、可能性からみると、地方自治法の二四四条の二第三項は、「普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、その管理を公共団体又は公共的団体に委託することができる」と定めており、必要さえあれば、可能なようにも解される。

しかし、社会福祉事業の場合には、このような公の施設の管理運営の委託は、憲法の生存権条項およびこれをうけた社会福祉事業法の公的責任転嫁禁止条項の趣旨からして、疑義あるとするものや、あるいは地方自治法二四四条の二第三項は、公の施設に関する一般法であるから、社会福祉事業施設に関するかぎりには社会福祉事業法が特別法として優先するものというべきである、とする指摘もあることに留意しなければならない。二

確かに、社会福祉事業法五条二項の歴史的経緯からすれば、公の施設自体の委託が予定されていたとは解しがたい。しかも、地方自治法の二四四の二第一項は、「公の施設の設置及びその管理に関する事項」ならびに必要があると認めるときについての「公の施設の委託」については条例で決めることを要請している。しかし、ボランティアセン

ターについては、その設置ならびに委託について条例を欠いているところにもうひとつの問題がある。

ところで、近年では、公の施設の管理概念自体が、人権実現の手段や住民自治の手段としても把握されてきているように、管理を民主的に理解することは、むしろ管理に内在する要素として位置づけられてきている。

とすれば、管理を住民の主体性を媒介にして機能的にとらえることは、即管理の委託を意味しないといってよいであろう。その意味では、本事業の場合においても、施設の管理運営委託が、必要であったのか疑問なしとしない。むしろ、ボランティアセンターの管理運営の委託の必要性が何であり、そこでは、住民の主体性を担保する形で、どう行政責任が貫徹されているのが、具体的にないままに管理委託がなされている現状こそ問題と考える。

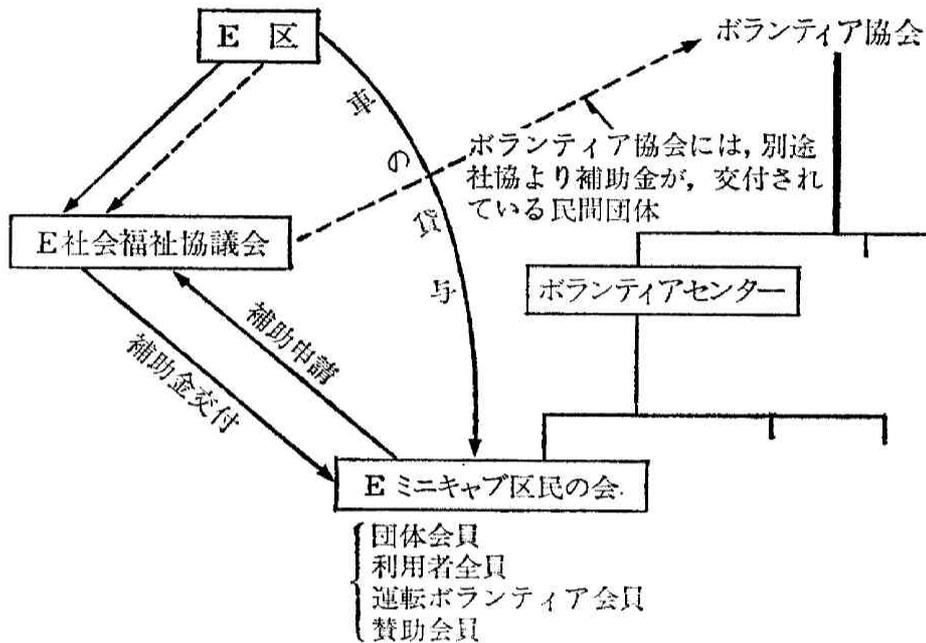
なお、付言すれば、ボランティアセンターの管理運営委託の必要性は、D市が同センターを、(その設置はD市であるにせよ)実質的な民間団体として考えており、したがって、憲法八九条により、公の支配に属さない慈善事業について公的助成が禁じられていることを考慮したものと考えられる(通常、ボランティア団体には、その希望により、五万円が、D市社福協議から助成されている。社会福祉事業法七四条三号参照。また、特にD市ハンディキャップ運営委員会に対しては、D市は運営主体である社福協議に対し、助成金三〇六万円を支出している)。

しかし、公の支配に属するとは、現状のように特別監督に服することを意味するのではなく、一般的監督でたりるとする解釈も可能であること、しかも住民の主体性を基盤とする社会福祉事業においても、それを必要とする人々に対し、必要な監督と、その国家的要求にこたえうる公的援助をおこなうことは、憲法二五条の要請するところでもある⁽³⁵⁾。しかも、そもそもボランティアセンターは、公の施設として設置されたものなのである(助成と公的責任については次項でふれたい)。

このようにみえてくると、ボランティアセンターは、社会サービスを生きた人間の生存を中心に、個人―家族―地域

(事例D)

1. 事業名 E区ミニハンディキャブ運営事業
2. 根拠 E区補助要綱
3. 図



- 注 1. E区は、E区ミニキャブ運営補助事業をD区社協に委託している。
ミニキャブ運営を希望するボランティア団体は、社協に補助金交付を申請。社協は要件に合致すれば交付を決定する。
- 注 2. ボランティア団体であるミニキャブ区民の会が運営計画及び決定をおこなう。

4. 説明

- ① 車は区が所有。
- ② 登録したボランティアに対し、区民の会で運転教育。ただし困難な場合は利用者が確保。
- ③ 運転手には3時間 1,000円支払う。

5. その他特記事項

- ① 利用申込 障害者が電話で予約。

の主体的結合体のなかにを統合して、自治体の姿勢を具体化するものとして理解されることが重要と思われる。

(2) 民間のボランティアブローに区が車を貸与、また補助金を助成する形態

① 制度の概要

E区でも「E区ミニキャブ区民の会」という民間のボランティアグループにより移送サービスがおこなわれている(図参照)。

即ち、Eミニキャブ区民の会は、Eボランティア協会(任意団体、常勤三、非常勤三)の下部組織であるボランティアセンタービューローを構成するボランティアグループのひとつである。ボランティア協会には、社会福祉法人E区社会福祉協議会をとおして補助金(人件費、管理費、運営費、事業費の一部)が交付されている。

「Eミニキャブ区民の会」は、E区から借り入れたミニキャブの運行を自主的におこなうことを目的としている。この目的に賛同し、目的達成のためかかわりをもつ団体および個人は、運営委員会に申しでることにより会員となる。運営委員会は、会則によれば総会において選出される(実際には、E区が決めている様子。一九八四年現在、運営委員会は、障害者関係四人、労働組合一人、市民ボランティア四人、障害児父母二人からなる)。

ミニキャブを利用できるものは、原則としてE区民であって、次のいずれかに該当するものでなければならぬ。

①車いす利用者、②歩行困難な者、③視覚障害者、④その他運営委員会が必要と認めた場合はこのかぎりでないときれる。またミニキャブは、「心身の障害をはじめ、さまざまなハンディキャップをもつ区民の外出、社会参加を容易にすることにより、自主的運行を通じて、区民相互の連帯と共感に基づく福祉の街づくり」という会の目的達成のためにも、会員の使用に供することができる。利用は利用日の一カ月前から利用日の五日前までに事務局に申しでること

とによってなされる（ただし、利用者が運転者を確保して利用する場合は、このかぎりではない）。

ミニキャブの運行範囲は、原則として東京都内とする。ただし、運営委員会が必要と認めた場合はこのかぎりではない。運行時間は、原則として午前九時から午後九時までとする（利用料は無料とする。運行に必要な燃料代、有料駐車場代、有料道路代などについて会は負担しない）。

運転は、Eミニキャブ区民の会に登録した運転ボランティアによっておこなわれる（それが困難な場合は利用者が確保する）。三時間一、〇〇〇円の謝礼が支払われる。

② 安全に対する配慮

移送サービスには、いわゆる運行業務の他に、利用者の介護、利用者の特殊性を配慮した運行や車内での対応が問題となることはすでに述べた。

Eミニキャブ区民の会は、ミニキャブの運転をおこなうものは、あらかじめ会の運転ボランティア指導員の指導を受けたものでなければならず（ミニキャブ運行細則（七条））、会は、①ミニキャブの安全運行を確保するため、定期的に運転講習会および試乗会を実施すること、②事務局は、事務局長、会計その他日常業務に携わることのできる会員（事務ボランティア）及び運転ボランティア会員の指導にあたる会員で構成する、③ミニキャブの運転の未経験者が運転する場合には、指導員と連絡し、必ず事前に指導が受けられるようにすること、また、ミニキャブ運行の場合の介護者は利用者が確保するもの（九条）としているから、運営委員会と利用者の安全配慮の程度、安全配慮義務についての責任関係は、D市の場合と比べて、より明確になっている。

③ Eミニキャブ運営事業とE区の位置

ところで、会の目的に定められているように、ミニキャブの所有権はE区にある。その意味では、B市やC市の形

態と同様といえる。ただ、B市やC市が、移送サービスの実施主体であるのに対し、E区の場合、実施主体は、ミニキャブ区民の会である。E区は従来の理解でいえば、補助金を交付し、それと関連して別途、車を貸与している関係にあるにすぎない。⁽³⁶⁾したがって、E区は、運行支配、運行利益をもつか、即ち、「運行供用者」といえるか、疑問なしとしない。

しかし、近年の最高裁の裁判例に従い、損害防止の決定可能性と管理の可能性の観点から「運行供用者」をとらえれば、E区は、「運行供用者」となりうるであろう。E区は、E区ミニキャブ運営補助事業要綱、ならびに、ミニキャブ運行細則を通じて、ミニキャブの「安全な運行」を監督しうる立場にあると考えられるからである。

それでは、E区は、Eミニキャブ運営事業にどのようにかかわっているのでしょうか。

E区は、「Eミニキャブ区民の会が行なうミニキャブの運行並びに普及を円滑に推進……」することを目的としてEミニキャブ運営補助事業要綱を作成している。区民の会の代表者は、別に定める様式をもって、社協会長に補助金の交付を申請し、先の目的に合致することを条件に、交付がおこなわれている（区はE区ミニキャブ補助事業を、社会福祉法人E区社会福祉協議会に委託するという形態をとっている。思うに「E区ミニキャブ区民の会」が社会福祉法人ではないため区が、直接補助金を交付することによる憲法八九条との抵触を懸念したためであろう）。

このように、E区とEミニキャブ区民の会の関係は、前述してきた委託の形態とは明らかに異なっている。しかし、前述のように「事業要綱」は、(すべての者に「申請権」を保障しているわけではなく)Eミニキャブ区民の会の存在を前提として作成されており、その意味では、自治体の責任は別にしたまま委託契約と同じ目的を、補助事業によって達成しようとしたものとみることもできる。

それだけに、E区ミニキャブ補助事業に基づき実施されるEミニキャブ事業にかかわるE区の責任がどのようなも

のかは、綿密に検討される必要がある。

ミニキャブ運営細則は、E区の責任の範囲として、(1)ミニキャブの所有権とそれにとまなう法令上の義務、(2)ミニキャブの損害賠償保険への加入、(3)法令で定められた検査費用の負担、(4)ミニキャブの運行に要する経費を予算の範囲内において会に支出すること、(5)その他ミニキャブの運行のための協力、を規定している。

また、E区は、要綱および細則において、区民の会に対し、運転に関する安全指導を課している。また、E区は、助成金のなかからも、「安全指導」に関し、かなりの部分を支出している。

しかも、区に対する事業報告が会に義務づけられており、区は、会の安全配慮指導が完全になされているかについて、指導監督する立場にある。E区が、ミニキャブ運営事業要綱を定め、要綱二一条により、ミニキャブの運行を円滑にすすめるため細則を定めているのは、その監督の行使を具体化したものとみることができるとは、したがって、細則において、Eミニキャブ区民の会が実施することを義務づけられている「運転講習会等の実施」等に対し、E区はそれが細則どおりおこなわれているかの監督責任があり、その懈怠は、国家賠償法上、その危険防止責任をとられる可能性をもつと考えられる。⁽³⁹⁾

④ 補助金交付と要綱行政

また、本事業では、補助金交付が要綱によっておこなわれている。しかし、いかなる要件のもとにだれに対して補助金を交付するかについては、民主的な手続による意思決定が必要であると解すべきであって、地方公共団体の補助金交付については条例によることを原則とすべきである。なお社会福祉事業法五六条は、社会福祉法人への補助金支出の場合には条例で定める手続に従い補助金を支出する旨定めている。もっとも判例のなかには「地方公共団体が同条一項所定の条例を制定しないままでした、社会福祉法人に対する補助金の交付規定が右条例の不存在をもって直ち

に違法となるものではない」とするものがある（福島地裁昭五二・七・二五日行集二八卷六・七号。少なくとも本件のように社会福祉法人以外のものへの実質的な補助金交付の場合には条例によるべきと考える⁽⁴⁰⁾）。さらに、この考え方に従って条例が制定されるときは、次のような実益が生じる⁽⁴¹⁾。このことは、在宅サービス補助事業の場合、特に重視されなければならない。即ち、第一には、補助金交付に対する住民のコントロールが可能になる、補助金行政の内容が公開されることになる、第二、「法規による行政」によって、申請の機会がすべての者に平等に与えられ、しかも、法律的にいえば、申請権が保障される。手続規定（この点は後述）において交付申請に対する行政庁の応答を行政処分として定めている場合には、申請に対する応答のないときに、不作為に対する不服申立て及び違法確認訴訟の途が開かれる、第三に、根拠規定としての条例・規則の定める要件に対して現実の補助金交付が適合していない場合には、住民訴訟によって司法審査の途が開かれる、ことである。

⑤ 助成にともなう監督と住民自治

また、補助金一般論として講ずべき問題点として、補助金交付決定にあたり付しうる付款の限界、監督権行使の限界、補助金交付請求権の譲渡性を指摘しうる⁽⁴²⁾。

本事例の場合、本来、会自体で自主的に決定されなければならない区民の会会則が、要綱によって行政主導で作成されていることまた、利用対象、運行範囲等について、自由裁量的な決定権を与えられている運営委員会のメンバーが、実際には総会で選出されるのではなく、行政によって決定されているというように、検討されなければならない問題が少なくないことを指摘しておきたい。

以上みてきたようにE区ミニキャブ区民の会は、その名称からストレートに考えれば、憲法八十九条により公金の支出が禁じられた「公の支配に属しない慈善・博愛の事業」ということになる。「E区ミニキャブ補助事業」が社会福

社法人E区社会福祉協議会に委託されているのもそのためといえよう。しかしいずれにせよ、実質的には自治体の補助金が、「区民の会」に交付されていることにはまちがいない。今後、こうした形態がふえらるるならば、民間事業の主体性を前提とした公的責任の遂行（公の支配の貫徹）が新たな観点から検討される必要がある。本事業にかかわる要綱において直接・間接に指摘されるE区と「区民の会」の関係も右の観点からとらえなおされる必要がある。

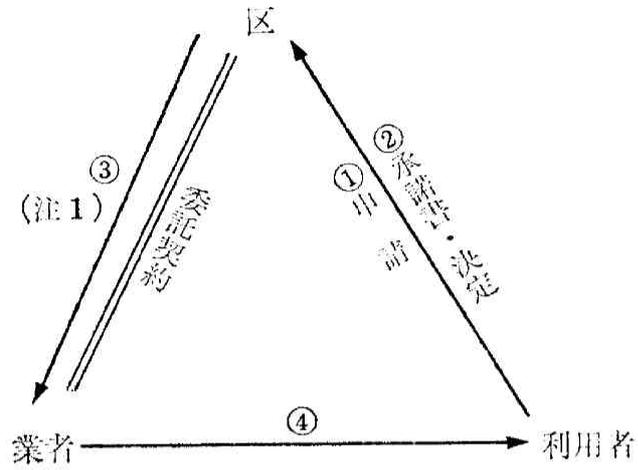
因みにアメリカでは（特に一九六〇年代から七〇年代にかけて）、州のおこなう社会福祉サービスに対し、サービスの自主的運営を可能とする計画の策定を要件とすることによって、連邦補助金が交付され、さらに連邦は、計画が目的どおり実施されているかを監督するという手続関係が、個別法の改正ならびに制定によって保障されてきている。⁽⁴³⁾もとより、これらの制度は、固有の欠陥を内在させているが、我が国のひもつき財政といわれる補助事業のあり方と比較し、住民の自治、郡および州の自治を基盤とする関係が形成されてきている点は注目し値しよう。特に我が国にみられる前述のような動向については、制度の相違をこえて示唆に富んだ指摘を含んでいるように思われる。

二 老人・障害者入浴介助事業

(一) 制度の概要

入浴介助事業とは、長期にわたり入浴することが困難な、寝たきり老人・重度心身障害者（児）に対し、入浴・介助のサービスをおこなうものである。

東京都二三区の多くで単独事業としておこなわれている入浴介助事業は、民間業者との間に締結された「入浴介助委託業務契約」に基づき（あらかじめ区で決定された）実施対象者の家庭に、業者が自己所有者の巡回入浴介助車を派遣することによっておこなわれる形態をとっている（F区・G区等）。費用は無料だが入浴の介助にあたっては、各家庭



注 1) 入浴介助申請書に書かれた内容の文書を業者へ送付し、入浴介助実施の依頼をする。

の電気（コンセント）と水を使用する。その他実施の方法としては、寝台車（送迎車）で地域の福祉センターやケアセンターや、特別養護老人ホームに運び入浴させる方法や、家の前まで入浴車が行き車内で入浴させる方法等がある。ここでは、冒頭にのべた方法でおこなわれる入浴サービスについて、特に寝たきり老人の場合を中心に検討したい。

（二）申請及び決定

F区の場合、寝たきり老人の入浴介助事業を受けようとする者は、「F区寝たきり老人入浴介助申請書」を区長に申請する（F区ねたきり老人入浴介助事業実施要綱による。F区では申請者は老人本人である。世帯主は別に入浴についての承諾書を提出する。G区では老人以外が申請

者となり、老人との続柄を書かせる）。

重度心身障害者（児）の場合には、「入浴介助を受けようとする者は、医師の了解を得たうえ、申請書に承諾書を書き、区長に申請するものとする」（圏点引用者）とされ、より厳しい条件が課されている（F区重度心身障害者（児）入浴介助事業実施要綱による）（寝たきり老人の場合、F区前記要綱は、入浴介助開始後、区長が必要と認めるときは、医師の診断書の提出を要請している）。

F区長は、当該対象者の入浴介助実施について適否を審査し、入浴介助の実施が可能と認められた者に対しては、「F

区寝たきり老人入浴介助決定通知書」により申請者あて通知する。また不適当と認められた者に対しては、「F区寝たきり老人入浴介助却下通知書」により通知する。重度心身障害者(児)の場合も同様である。前述の移送サービスの場
合には、決定後の対応が不明確であったのに対し、少なくとも、行政不服審査法の利用が明確である点、評価できる。

これに対し、G区の場合には、実施要綱上入浴介助の適否および、入浴介助の決定をおこなう主体が明記されていない。ただ、寝たきり老人入浴介助事業委託契約書七条が「甲(G区)は、実施要綱四条による寝たきり老人入浴介助申請書を受理したときは、派遣の可否を決定する前に、乙(委託業者)に看護婦又は保健婦による事前調査を依頼し、乙はこれを行うものとする」と定めていることから、実際には、G区が、一応専門家に近いものの判断をえて決定するものと予想される。G区の場合、(看護婦又は保健婦による事前調査が委託業者への依頼によっておこなわれている点には検討の余地があるが)入浴サービスの決定過程において、医学的・心理的判断がとりいれられている点は注目される(G区の要綱は、寝たきり老人の場合も、医師の了解をえたるうえ、入浴介助申請書及び念書の提出を求めている)。

しかし、G区の場合、(前述のような手続をへて、入浴介助が決定された者に対しては、入浴介助決定通知書が交付されるもの)却下の場合には、特別に規定がない。

G区では、入浴介助決定後、入浴介助の実施が不可能になった場合、あるいは、資格要件に該当しなくなった場合には「入浴介助取消通知書」により、入浴介助の申請をした者に通知すること」と明記されていることからすれば、かなり意図的にはずされていると感じられなくもない。

いずれにせよ、要綱に基づく権利を行使するうえで不適切な要素が少なくないことはこのことから明らかといえよう。

もっとも、不服申し立てが形式的に保障されたとしても、現在の行政不服審査法、行政事件訴訟法が、福祉サービ

スの法的権利の決定と確認にふさわしいものかは、検討すべき点が少なくない（移送サービスの項におけるその他の課題参照）。ここでは、加えて入浴サービス決定の可否が、(1)家族の介助がえられること（したがって、ひとりぐらしの老人はサービスがえられない）、(2)浴槽搬入が可能なこと（住宅事情）といった老人の健康状態以外の要件をも含めて判断されていることを特に指摘しておきたい（このことは、入浴サービスをもつとも必要とする層のニーズが、この事業では充足されにくいことを示している）。

③ 入浴サービスと社会福祉事業法

社会福祉事業法五条一項が、国及び地方公共団体に対し、「法律により帰せられたその責任を他の社会福祉事業を経営する者」に転嫁することを禁じ、例外として二項において、「要援護者等に関する收容その他の措置を社会福祉事業を経営する者に委託する」ことを認めていることはすでにふれた。もっとも、「何が法律によって国・地方公共団体の責任とされ、したがって責任転嫁を禁じられている社会福祉事業であるか」には明示の規定はない。したがって、要綱によって実施される入浴サービス事業がここにいる社会福祉事業にあたるかは、移送サービスの場合と同様、一応検討に値する。しかし、同事業は要綱という形式であれ、区市町村が一定の要件を定めて統一的・組織的な制度として、具体的な給付措置を実施しようとするものである以上、それは法制的な措置とみられ、⁴⁴⁾地方自治体の公的責任に属する事業と考えるのが相当といえる。とすれば、社会福祉事業法が存在する以上、地方公共団体は入浴サービス事業を、「他の社会福祉事業を経営する者」以外には委託することはできないことになる。したがって（現在、東京都二三区のうち、一五区が、民間の入浴サービス会社であるA社に事業を委託しているが）A社は、社会福祉事業法五条二項にいう「社会福祉事業」を経営する者にあたるかが次に検討されねばならないことになる。制定当初の社会福祉事業法

が、民間の入浴サービス会社を、社会福祉事業を經營する者として予定していなかったことは前述のとおりである。それでは、法解釈上、A社を「社会福祉事業を經營するもの」と解することは可能であろうか。社会福祉事業法は、その二条で同法にいう「社会福祉事業」の定義をしているが、入浴サービス事業は、同条三項一号（生計困窮者に対して、その住居で衣食その他日常の生活必需品若しくはこれに要する金銭を与え、又は生活に関する相談に応ずる事業）の事業と解することも不可能ではない。もっとも、三項一号の事業は、「生活困窮者に対し」とあるのに対し、同事業は、生活困窮を要件としていない。しかし、G区は、「老人福祉手当受給者であること」（要綱第二）を要件のひとつとしており、またF区も、申請書には、老人福祉手当の受給の有無を記載することになっており、受給者の決定にあたって、低所得層の優先順位はかなりたかいものと思われる。すなわち、入浴サービス事業でも（経済的）生活困窮者は、施策の中心にあつかわれており、しかも、身体的状況からくるニーズへの保障である入浴サービス事業では、生活困窮者を、経済的状况に限定せずに解釈することが適切であるとすれば、入浴サービス事業は二条三項一号の事業に該当する。

ところで、社会福祉事業法は、「社会福祉事業は、援護、育成又は更生の措置を要する者に対しその独立心をそこなうことなく、正常な社会人として生活することができるよう援助することを趣旨……として經營されなければならない」（三三條）と定め、またそのことを担保するために、「国及び都道府県以外の者は、第二種社会福祉事業を開始したときは、事業開始の日から一カ月以内に、事業經營地の都道府県知事に第六二条第一項各号に掲げる届け出をしなければならぬ」（六四條）と定めている。

したがって入浴サービス事業が、二条三項一号に該当するとすれば、同事業を經營する者は、少なくとも六四條一項にいう届出をなし六七條に基づく（社会福祉事業經營者に対する広義の公的責任としての）国の監督に服することが必要

となるが、私の知るかぎりA社は六四条の届出をしていない。行政当局は入浴サービス事業を二条三項一号に該当する事業とは理解していないように思われる。しかし、二条二項 三項は例示的列挙と解するのが相当であり、二条三項一号の事業に該当しないとしても）入浴サービス事業は、いずれにせよ社会福祉事業法にいう社会福祉事業に該当すると考えられる。仮にそうでないとしても、五条二項は社会福祉事業にあたらぬサービスの委託を自由に認める趣旨でないことは、同条が、人権保障にかかわる規定であることから当然と考える。

以上のことは、「移送サービスや入浴サービスが、社会福祉事業法の諸規定とのかかわりで、どのように位置づけられうるものなのか、あるいはそれとは別個のものとするなら、どのように考えるべきものなのか」について、行政当局がほとんど関心をむけていないことを示しており、その結果、在宅サービスを自治体の住民に対する生存配慮義務の一環として観念する姿勢がかなり曖昧なものになってきていることを示している。

しかし、いずれにせよ（厳密な意味で社会福祉事業を営むものとはいえない）、民間会社に対し、入浴サービス事業の委託がなされている現状では（移送サービスの場合と同様）F区、G区の相応の監督責任が、契約上、要綱上、どの程度配慮されているかを検討することが、当面の重要課題とならざるをえない。

四 甲乙間の契約の性格

まず、甲から乙への事業委託契約では、甲の公的責任は、どの程度明確にされているのであろうか。

G区（F区）の寝たきり老人入浴介助事業委託契約書は、「G区（F区）は、別添寝たきり老人入浴介助事業実施要綱及び寝たきり老人入浴介助事業実施要綱に基づき利用者に入浴介助をすることを乙に委託する」とし、乙は「実施要綱並びに実施要領及びこの契約を遵守し、甲が指定する者に、甲の定める入浴介助の実施時期及び回数に基づき入浴

介助サービスをおこなう」(圏点引用者)と定めている。特にF区要綱は「業務の委託は、老人の、人権保護及び事故防止のため必要な条件を附し、別に定める仕様書によりおこなうもの」(圏点引用者)と規定している。

これらのことから、甲(G区・F区)と乙間の契約は、甲の指定する丙に対し、入浴介助サービスをおこなう事業の委託を内容とする第三者のための契約と解することが可能と考えられる。しかも、移送サービスの頃でふれたように甲乙間の契約は、不特定多数のサービス利用者のための一般的・基本的契約であり、乙丙間の個別的契約はその枠内でおこなわれることに顧み、債務不履行の主張は一次的には甲に対してなされるべきものと考えたい。そのことは、甲乙間の契約が、甲が、丙に負っている生存権保障義務を実質的に担保するものであると考えるべきことから妥当と思われる(一四頁参照)。

⑤ 入浴サービスと安全への配慮

入浴サービスは、乙が用意する給湯設備を具備した自動車によっておこなわれることから、乙は甲(G区・F区)との契約にあたって、自動車損害賠償保険、賠償責任保険に加入しておかなければならないことを義務づけられている。しかし、入浴介助サービスは、移送サービスの場合以上に、自動車の使用とかかわらない事故が少なくない。したがって、利用者の生存、生活を基本に考えるならば、前述の委託契約において(自動車保険による対応以外にも)入浴介助サービスにともなう安全配慮が明確になさなければならないことになる。

G区契約書及び実施要綱は、「乙が入浴介助に従事させる者は、原則として、医師又は理学療養士等により、寝たきり老人に関する基礎知識、入浴介助の方法及び留意事項について講習を受けた者三名とし、このうち一名は看護婦又は保健婦の資格を有する者をあてること」とする。

さらにG区仕様書は、「一、利用者・家族への（事前の）顔合せ等お互いの理解をふかめること、一、（入浴サービス実施前の）健康チェック、三、入浴準備、四、立会い」等についても細かく規定している。また、F区重度心身障害者（児）入浴介助事業仕様書では、「入浴介助の実施は、看護婦の資格を有する者一名、入浴介助者二～三名と当該障害者の家族とで行うこととし、特に、(1)看護婦の職務内容、(2)入浴介助者の職務内容を明記するとともに、入浴介助実施前に家族状況等の把握のため、(4)訪問調査をおこなうことと、前述の(4)にいう戸別訪問によってえられた入浴介助に必要な調査を監督員に報告すること、(5)万一不測事態が生じた場合には速やかに監督員に報告し、指示をうけること」と定められ、乙の丙への安全配慮にかかわる実施上の義務に対し、（移送サービスの場合以上に）細かい規定がおかれていることが注目される。

㉙ 給湯設備・衛生面への配慮

しかしながら、このような実施過程での安全への配慮において、個別・具体的にはどのようなことがなされなければならないかについては、今ひとつ抽象的である。

国の義務（監督権限の行使）を要求するためには、「予見可能性」が重要なメルクマールとなるだけにこの点は重要である。

特に、長期にわたり入浴が困難な寝たきり老人を対象とする入浴サービスでは、給湯設備の衛生面についての指導監督が不可欠と思われるが、この点についての具体的な規定はない。

因みに、「温湯、潮湯又は温泉その他を使用して、公衆を入浴させる施設（公衆浴場法一条）」である公衆浴場を営む者に対しては、都道府県知事の許可が必要とされ（二条）、都道府県知事は、報告の要求、立入調査、場合によっては

許可の取消、営業の停止をおこなうことができる。この点と比較しても、浴槽がせまく同じであり、伝染性疾患に対しても、抵抗力の弱い者を対象とする入浴サービスの場合には、いっそうの衛生管理を施していくことが、公的責任として入浴サービス事業を実施する甲の義務と考える。

また、以上の点に関連し、入浴サービス事業と保健所との関係も問題となつてこよう。

保健所法は、二条七号で「母性及び乳幼児並びに老人の衛生」また「結核、性病、伝染病その他の予防」に関する事項につき、指導及びこれに必要な事業をおこなうものと規定しており、形式的にみるかぎり、入浴サービスについても、指導すべき立場にあると思われるからである。しかし、実際には民間委託会社に対しいかなる指導監督もなされていない（保健所は、「都道府県又は政令で定める市」がこれを設置することとなっているが、特に政令都市以外の市では、在宅サービス事業が多く市の単独事業であるのに対し、保健所は、都道府県立であることから連絡をいっそうむずかしくしているとされる。この点に関連し、国家賠償法における国の賠償責任を「公務員の行為に基づいて国が直接負担する自己責任」と解する立場では、行政機構がたてわりで組織され、相互に他の専門分野について無能力であるため、規制権限をおこなうべきところをおこなったとすれば、それはすでにそれ自体で、公役務の運営に瑕疵あることを意味し、国家賠償責任を基礎づけうるとされていることに留意したい⁽⁴⁵⁾）。

また（リフト付福祉タクシーの場合には、甲はタクシー自体の構造を、あらかじめ仕様書で乙に指示しているが）、入浴サービス車の給湯設備についても、甲は、入浴サービス車が備えるべき条件について、あらかじめ指示しまたそれについて、甲は監督をおこなうことが委託をなすうえでの最低の条件と考える。

(七) 甲の監督責任

以上のべてきたことにも示されるように、入浴サービスの実施中、乙によって遂行されるべき利用者への安全配慮義務は、特に甲の的確な監督によって保障されることが必要である。この点に関連するものとして、F区契約書は「業務の委託は老人の人権保護及び事故防止のため必要な条件を附し、別に定める仕様書により行うものである」(圏点引用者)と規定しているが、そのことは、「乙の安全保障義務が老人の人権保障によって裏づけられたものであり、その義務が一義的には甲にあること」を表明しているとみななければならない。また、G区契約書は、「乙は、この契約により実施する入浴介助の実施状況を明らかにできる書類を整備し、甲の要求のあったときはこれを閲覧させなければならない」。「甲は、乙にこの契約により実施する入浴介助について必要な報告を求めることができる」ともに、調査又は指導を行うことができる」とし、また、委託料請求にそえてであるが、毎月末に、「入浴介助実施状況報告書」を提出するものとされる等、乙が実施する入浴サービスに対し、甲が監督権限を行使しうる方法について、ある程度具体的に規定していることを指摘しておきたい。

特にG区重度心身障害者(児)入浴介助委託契約では、業務単位は一回ごととし、業務完了後、完了届及び実施報告書を甲に提出し、甲の監督員の確認を受けるものと定めている。

したがって、問題はさらにこれらの規定が甲によって積極的に行使されない場合、丙は、甲に対し、直接行政上の監督規制権限の発動を求めて訴訟を提起しうるか、にかかってくる。

すでにみたように義務づけ訴訟については、作為義務の存在確認の訴は可能とする説や、義務づけ訴訟が適法である余地を認める肯定説も増加してきているが、特に本件のように他者に対する二重効果処分の発効を求める義務づけ訴訟には困難な点が多いことが指摘されている。

むしろ、本事例のように、地方公共団体と「要綱の定める一定の要件を有するもの」との間には、適切な優先順位に基づき契約の締結とその完全な履行が保障されていると考えられる場合には、甲の「監督義務の懈怠」を債務不履行としてとらえ、丙は甲に対し公法上の当事者訴訟の手續に従い、その履行を追及しうると考えられないものであるか。検討の余地があるように思われる。

① 事故と責任関係

入浴サービスを受けた丙に入浴後異変が生じた場合には、入浴にあたって、健康チェックをおこない、さらに具体的な入浴介助をおこなった乙会社の保健婦や看護婦の過失の有無が問題となってくる。

過失が認定されれば、当該保健婦等について不法行為責任が成立する。この場合、使用者である乙の使用責任もとわれることになる（民法七一五条）。また、前述のように、判例は、国家賠償法上の「公務員」を広く公務を委託されている者一切を含むと解する方向にあることから、入浴サービス事業に実際に従事している民間会社の保健婦や看護婦も「公務員」とみなされる余地もあろう。したがって、甲が国家賠償法一条により、その責任を追及される可能性も大きいといわなければならない。

ただ、入浴介助仕様書に基づき、（A社Ⅱ乙所属の）看護婦又は保健婦によっておこなわれた「健康チェックの可否」が問題とされるような場合には、一般に医療行為は、私経済作用と解されていることからして、（当該看護婦や保健婦が公務員と解されたとしても、なお）これらの行為が、公権力の行使にあたるかは問題となろう。もっとも、それが行政庁の職員の指導上の過失によるものであるなら国家賠償法の適用が可能となるが、さらにその指導が、規則に依拠してなされたものである場合には、立法作用も公権力の行使に含まれるかという別の問題がでてくる。⁽⁴⁶⁾

また、入浴サービスでみられるような事前調査から事後処理までの、互いに性質能様を異にする数個の行為のうちいずれの段階において過失があったか明らかでない場合における国の責任を肯定した判例は少ないことも指摘しておかねばならないだろう（ただ、最高裁昭和五七年四月一日第一小法廷判決では、定期健診に関連しフィルム撮影から、結果に基づき指示等がなされる全過程に関与した公務員のうち、いずれかの者の過失によって被害が生じたものということができれば足り、過失のあった公務員を特定することを要しない、としている⁽⁴⁷⁾）。

このように詳細な点での法論理的構成には検討の余地があるものの、甲は総じて事故責任について最終的な責任を負うべき立場にあると考えられる。このことは、入浴サービス事業が、憲法二五条につらなる施策として丙の生存への配慮を基本として甲によって実施される制度であることから当然に予定されるところといわなければならない。

したがって、F区・G区契約書が、入浴介助の実施にともなって発生した事故の責任は乙に帰属するとし、甲の免責条項を定め、また、入浴サービスの実施にあたり、甲は丙に対し「入浴介助の実施に伴い生じた健康上の変化に關し意義の申したてをしなす旨の念書を提出させていることは、以上に示してきた甲の位置からみて、民法九〇条違反にし無効といわなければならない。特にG区の場合は申請者が、老人以外の者（入浴介助対象老人との続柄を明記することになっている）となっており、申請者と老人の關係（任意代理か否かなど）が問題となる。F区のように本人の申請によるとされる場合でも、本当に老人の意思によるのか老人の状況によってはむずかしい場合が少なくないと思われる。（因果關係はともかく）入浴サービス後の老人死亡が多いといわれる現状では、老人の意思をどこかで確認する方法も（意思が確認できない場合の対応も含めて）検討されるべきものと考ええる。

㊦ 入浴サービス実施にあたっての医師の了解——家族の介助

F区・G区は、入浴サービス事業を利用しうる要件として、丙自身の身体的状況の他に、(1)医師により入浴が可能であると認められていること、(2)入浴時に家族等が立ち会いが必要な介助作業にあたることができること、をあげている。この医師の了解や、家族の介助は、老人に入浴サービスにかかわる事故が発生した場合、入浴介助を委託されている民間企業及びその従業員、実施主体である区市町村の責任を論ずるにあたり、関連して問題とされることになろう。しかしながら、医師の了解についての各区の具体的な対応はさまざまである。たとえば、申請書には、主治医の名前を書くだけで、入浴介助開始後区長が必要と認めるときにはじめて、医師の診断書を提出すべきとするもの（F区要綱7(i)）や、申請書には、かかりつけの医師の所在地、医療機関名の他に、「この入浴介助の申請をするについての医師の了解の有無」について記入させ、医療機関名・所在地のほか、了解をえた日を書かせることもある（G区）。G区の場合も、医師自身が記入する形式にはなっていない。これに対し、極端な場合には、家族が医師の了解をえず記入することも不可能ではない。また、医師自身の記入であったとしても、通常診断書の有効期間が三月とされていることや、また仮に三カ月以内であっても、入浴当日の特殊状況とのかかわりもみのがせない。その意味では診断書を参考としつつ、当日の診察結果に基づき入浴の可否を決定する看護婦、保健婦の責任はより大きくなる。これに対し診断書を発行した医師は、診断書が丙の健康状態に関し、診察の結果に基づいて、意見・判断等を記載したものである以上、責任はない。⁽⁴⁸⁾ 即ち、既往症についての記述をおとしたり、故意に診断の結果をかえたりしたものでない以上、診断書をだした医師の責任は問題とならない（これに対し単なる「了解」のもつ法的意味については疑問がある）。

ところで、念書および承諾書は、「必ず家族等が立ち会うとともに介助作業にあたること」を確認させ、立ち会う

家族等の氏名、本人との続柄・住所を記入させている。

しかし、入浴にさいし家族が立ち会い、介助することの意味が明確ではない(治療行為の場合、医師の説明義務がかなり重視されていること⁽⁴⁹⁾や、インフルエンザ予防接種法は被質問者に的確な応答を可能ならしめる適切な質問をする義務があること⁽⁵⁰⁾されていること)の⁽⁵⁰⁾かねあいからみても)、承諾書において、甲が家族に立会いと、介助作業を要求しうるためには、少なくともその目的が何であるのか(たとえば、担当者に老人の一番近々の健康状況を知らせる義務を負っているのか、老人の緊張をやわらげるためなのか)を、家族に明示し、その目的に應えることが、家族にとって可能か否かを個別に判断できる機会を与えることが必要と考える(いづれにせよ家族の立会いや介助を利用要件とすることは、一人ぐらし老人の入浴サービス利用を不可能にすること、家族に必要以上の負担をしいる場合があることからみても望ましくない)。

② 入浴サービスと住民監査請求

地方自治体(甲)が、入浴サービスの受託会社A(乙)をして社会福祉事業を営ませるためには、甲が乙に安全配慮を義務づけ、甲がそれについての監督責任を有するだけでは不十分であり、入浴サービスの安全性・有効性を確保しうる研修費・設備費が、委託費のなかに含まれていること、またそれが正しく使用されるよう監督することも、公的責任の一環といわなければならない。またこれらの委託費が、税によってまかなわれるものである以上、その使用状況の点検は、国民民主権・住民民主権に基づく財政の民主的統制の意味からも不可欠となる。

ところで、新聞はここでとりあげている入浴サービス事業の委託先であるA社に対する国税当局の査察の結果、一九八一年までの三年間で約一億三千万円の所得隠しが発見されたと報じている(一九八四年一月九日毎日新聞)。新聞も指摘するように、A社は、「現在、都内の一五の区や市と業務委託契約を結んでいる公共性の強い会社」であること

を考えると、前述の所得隠しと、委託費の運用との間に何らかの関連性があるとの推測も、一概に否定できないであろう。

少なくとも、甲は先のような事実が存在する以上、契約書に基づき乙に必要な報告を求めるとともに、厳密な調査をおこなうべきものと考ええる。

また、このような場合、住民はその調査結果を公表させるとともに、状況によっては地方自治法一二条に基づき、地方財政法八条等に違反する地方公共団体に対し、財産管理事務の監査請求権を行使し、財政の民主的統制権を行使していくことが必要と考える。

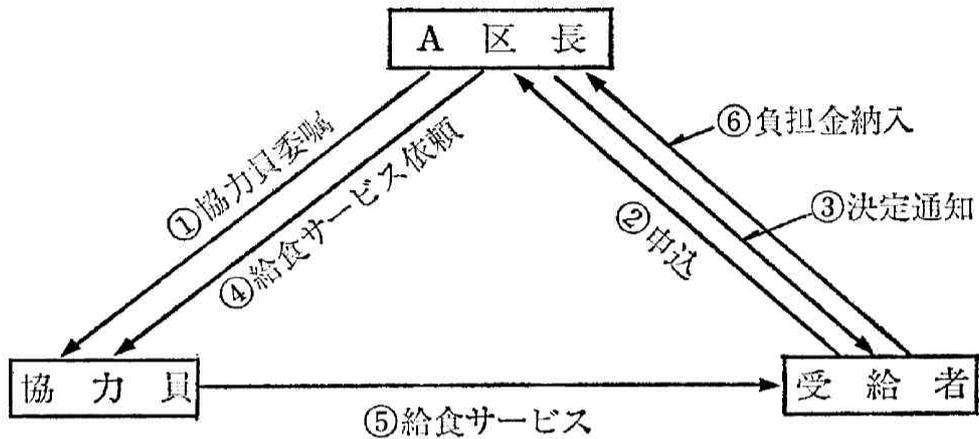
また、「行政上の契約関係における行政当局の行為に対し第三者住民等から行政処分として取消訴訟を提起しうるという解釈」⁽⁵¹⁾を検討していくことも重要と思われる。

なお、判例には、「市営処理場から排出される残廃棄物の運搬及び処分を目的とする委託契約」の締結にあたって随意契約の方法によったことは、地方自治法二三四条二項に違反するとして、委託契約上の権利の行使及び義務の履行の差止めを求める住民訴訟が提起された事例がある（これに先立ち契約を是正しかつその執行を停止するため、地方自治法二四二条にもとづき、必要な措置を講ずべきことを求める監査請求がなされたが認められなかった。静岡地裁昭五一・四・一、委託契約無効確認請求事件請求棄却、行集二七巻四号）。入浴サービス上の委託契約を検討するにあたって注目する判例といえよう。地方自治法二三四条は、地方公共団体がおこなう売買、賃借、請負その他の契約は、原則として一般競争入札の方法によるべきこととされており、随意契約によることが、公有財産に関する住民の経済的利益を確保し、かつ処分の公正を期するうえで適切であったかを問題とする原告の主張は入浴サービス上の委託契約（より一般的に移送サービスその他の民間委託契約も含めて）の妥当性を検討するうえでも重要な論点と考えられるからである。も

(1) 制度の概要

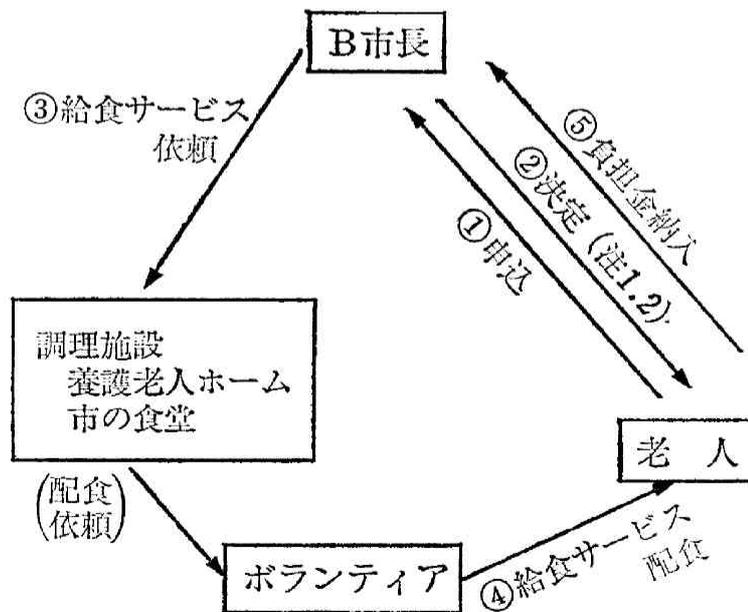
(事例 A)

1. 事業名 A区老人給食サービス事業
2. 根拠 A区要綱 (A区単独事業)
3. 図



(事例 B)

1. 事業名 B市老人給食サービス事業
2. 根拠 B市要綱 (B市単独事業)
3. 図



注 1) 市長が生活の実態を調査→本人の状況と配食態勢を勘案し決定。

注 2) 却下の手続はあり、しかし現在多すぎて PR したら対応しきれない。現在滞留 3 名。

つとも前述の判決では、随意契約によったことは、地方自治法施行令一六七条の二第一項一号の「その性質または目的が競争入札に適しないもの」に該当し、同法二三四条二項に違反しない、とされている。しかもその理由として、判決は、①当該委託以外に適当な方法がなかったこと、②委託費用が市独自に処理するに必要な費用を大幅に下回るのみならず、県の設計基準により計算され費用をも下回ることをあげ、したがって、公有財産に関する住民の経済的利益を害さず、処分の公正を害しないと判示している。しかしながら、特に、在宅サービスをはじめとする福祉サービスの場合には住民の利益は経済効率性の点からのみおしはかれず、委託契約（随意契約）の適法性を、右のような視点からのみ判断することは、きわめて疑問となってくる。また福祉サービスにかかわる契約は、地方自治法という原則的方法である一般競争入札によることにも（経済的効率性を主たる基準とする以上に）もとより問題がある。福祉サービス事業において（仮に民間企業への委託契約が認められるとしても）契約の方法を決定するにあたっては、その固有の基準の設定とそれに基づく第三者的決定機関の設置、さらに契約内容を（たとえば協定という形などで）あらかじめ公表し、市民の意見を反映させる機会を導入すること等が必要と考える。

三 給食サービス

(一) 制度の概要

(区)市の単独事業としておこなわれている給食サービスでは、地域社会との交流の乏しいひとりぐらし老人等に対し、①家庭的な料理を提供することにより、老人の健康保持に寄与するとともに、②地域社会との交流を促し老人福祉の向上を図ることが、給食サービスの目的とされている。この目的は各(区)市ともほぼ共通している。給食サービスの対象者は、右の目的にも示されるように、①「(区)市内に居住する六五歳以上の在宅のひとりぐらし老人」で

あるが、この他、②「区長が特に必要と認める場合は、対象者として必要と認められることができる」ことをつけ加えるところ（I区）や、①あるいは②の条件をみたすもののうち、③「特定の給食サービス協力員がえられる者あるいは、配食が可能な者」（J区、K市）を条件とするところもある。

（二）申請と決定

I区ひとりぐらし老人等給食サービス実施要綱は、「給食サービスを希望する者は『I区ひとりぐらし老人等給食サービス受給申請書』により、区長に申請する」と、定めている。

J区も、区長に、「老人給食サービス受給申請書」を提出しておこなうものと定めるが、必要あるときは受付を一時中止することができる（実施要綱ならびに実施細目等による）。その理由は明らかではないが、要件該当者でありながら、供給側の実情から要求に対応できないものが多数でくる「危険性」をあらかじめ防止した規定と考えられる。K市の行政担当者も、「あまり宣伝すると対応できなくなる」ことを指摘しており、K市の要綱が申請についてあまり明確に定めていないのもこの点と関連するものと思われる。

以下にのべる決定の態様も、こうした実情を少なからず反映しているといえる。

前述の区市のうち、申請について要綱上一番明確に規定していると考えられるI区の場合には、区長は、申請を受理したときは速やかに実態を調査し給食サービス給付の可否を決定し、「ひとりぐらし老人等給食サービス給付決定通知書」又は「ひとりぐらし老人等給食サービス受給申請不承認通知書」により、その旨を当該申請者に通知するものとされる（同要綱）。さらに要綱は、「区長は、申請者が対象要件に該当する場合にあっても、適当な協力員がいなるときは『ひとりぐらし老人等給食サービス給付待機通知書』により申請者に通知し、協力員がえられるまでの間、

給食サービス給付の待機をさせることができる」と規定し、また、「区長は、前項により給食サービスの給付を待機させている申請者に対して給食サービスの提供可能な協力員が得られたときは、前条に準じて改めて実態を調査し、給食サービス給付の可否を決定し、その旨を申請者に通知する」と規定している。

これに対し、K市の場合は、給食サービスの希望について申請があったときは、市長は生活の実態を調査し、本人の状況と配食態勢を勘案し、サービスの可否を決定したうえ、文書をもって本人に通知するものとする、とされ（同要綱）、「決定通知」あるいは「却下通知」によって対応されている。つまり、本人の状況と配食態勢を勘案し、とあることからして、本人の状況が、給食サービスを必要とする状況にあっても、配食態勢が整わなければ、要綱のいう対象者には該当しないことになり（前述参照）、却下処分がなされることになるのであろう（因みにK市における「給食サービス受給申請書」は、生活保護の申請書等とことなり、却下処分に対する「不服申立の制度」については特に付記していない。K市における却下処分が、前述のような状況を内包するものである以上、仮に却下処分に対する不服申立が提起されても救済はむずかしいことを考慮したためとも考えられる）。

J区の場合も、区長は申請書を受理したときは「給食サービスの必要を認め、かつ特定の給付サービス協力員のえられるもの」に該当するか否かを審査し、併せて対象者の実情を調査して給食の可否を決定する、としていることから、K市と同様の理解にたつものと考えられる。

各自自治体にみられる右のような対応は、(i)非金銭的サービス給付においては、利用要件に該当するかどうかの問題の他に、提供可能なサービスの枠組のなかで、利用要件該当者にいかなる基準でサービスを提供するかという「優先順位の設定」が不可欠であること、(ii)また福祉サービス行政においては、その権利の決定過程ならびに救済過程が、申請↓保護決定↓不服申立↓抗告訴訟の道すじをたどるように構成されていることに関連するものといえよう。

その意味では、前述のような状況は、現在非金銭サービス給付における権利と決定の過程において総じて問題となつてきていることである。しかし、特に給食サービスの場合には、その実施過程にボランティアの利用を予定しているために、ボランティアの不足から配食態勢がととのわず、結果として福祉サービスに対する国民の権利が、いっそう制約されていることが指摘されなければならないであろう。

また、右のような状況のもとで、限定された給食サービスに対する優先順位を決定するにあたって、どの(区)市においても専門機関が設定されず、抽象的に区長が決定するものと定めて処理していることも問題といえる。

在宅サービスの分野においても、財政上の制約を所与のものとし、その解決をボランティアの導入や民間委託に求めるのではなく、住民のニーズを積極的にくみとり財政的枠組のなかでそれを調和させていく努力が、自治体においても保持されることがのぞまれる⁽⁵²⁾。ニーズアセスメント調査の実施、ならびに、地方自治体レベルでのサービス計画などの行政基準設定における住民参加手続が、条例上ないし行政運用上とりいれられることが必要と考える。

③ 給食サービスとボランティア

すでにのべたことから示唆されるように、(区)市町村が単独事業としておこなう給食サービスには、

- ① ボランティアの協力によって、ボランティアが自宅で調理し各戸に届ける方式(J区・H区(予定))
- ② 調理施設で栄養士等が調理した食事を地域まで配食し、ボランティアが各戸まで届ける方式(K市・I区(①と併用))

③ 業者が調理した食事を地域まで配食し、ボランティアが各戸まで届ける方式(J区(①と併用))
がある。①をとる地域は、主として下町であり、ボランティアの自宅以外に適切な調理施設がないことが、①方式を

とする理由のひとつにあげられている。ここでは、①の方式を中心に、給食サービスにおけるボランティアの法的位置づけについて検討したい。

①の方式では、受給者、ボランティア、区(市)の三者関係が構成されることになるが、I区の場合、ボランティアとの関係では、区長は、給食サービスに理解を示し、老人福祉に熱意のある者及び団体を、給食サービス協力員として委嘱する(I区要綱)とともに、②(具体的な)対象者が決定した協力員に対して区長が定める金額を、給食提供のための準備金として支払い(同)、③さらに、協力員が給食サービスを実施したときには、区長が定める支給基準により謝礼を支払うものとする(同)。また、H区の場合には原則として、給食サービスにかかった費用の一部を区長に支払うものとする。

J区、H区の場合もほぼ同様であるが、J区では、前述の点をくわしくする形で、給食サービス協力員については協力員申込書の提出により、これを協力員名簿に登録する(実施細目)とし、区長は、給食の決定を受けた者と協力員をくみあわせ、当該協力員に対し老人給食サービス依頼通知書により依頼するとする(同)。

また、J区長は、給食サービス協力員に対し、給食サービスに要する材料費、光熱水道費の経費を支払うもの(要綱)とされるが、それは、月一回協力員に対し、報告が義務づけられている給食サービス実施状況報告書(細目)に基づき支払われる(細目)。その他、区長は、協力員に対し配食に使用する食器を貸与する(細目)とあるが、I区のような謝礼に該当する規定はない。H区は、実施予定であるが、J区と似た形で予定されている。

四 給食サービスをめぐる法関係

以上、指摘してきた制度実態からみて、利用者(丙)と実施(区)市(甲)との間には、申しこみに対する(契約強制を

ともなう) 贈与契約が成立していると考えられる。

問題は、甲とボランティアである協力員(乙)との間には、右の贈与契約を対価関係とする、第三者のためにする契約(請負契約)が成立しているかとみることができるところである。入浴サービスのように「委託」先が、業者ではなくボランティアであること、無償もしくは無償に近い謝礼であること、したがって、協力員(乙)自身に、準委任もしくは請負契約の意味をもつ契約を締結する意思があるかどうか、まず問題になってくるからである。

しかし少なくとも前述のように、給食サービスボランティアを希望する者は、協力員申込書を提出し協力員名簿に登録し(給食サービス決定者と個別にくみあわせ)し、依頼通知書を発行するという形態がとられている。しかも、依頼通知書を受け、さらに対象者が決定した協力員には、給食提供のための準備金が甲から支払われなければならない、同時に要綱上、いくつかの注意義務が協力員に課せられている。これらのことからすれば、協力員には、義務受諾に先立ち、契約上の義務を負担する意思があったとみることが可能と思われる(事実、K市のように、「ひとりぐらし老人に対する給食に関する契約書」をつくっているところもある。現在は廃止)。

この点に関連し、(好意的に子どもをあずかった側の責任がとわれた)隣人訴訟においても、判決は、①準委任(善管注意を要求される)ほどの契約の成立は否定しているものの、それより低い契約関係も成立していないとはいきっていないこと⁵³⁾、②また、学者や実務家のなかには、判決が契約責任を問題とせず、不法行為として構成したことを批判し、隣人訴訟のようなケースにおいては、「民法に規定はないが、注意義務の程度の低い契約」⁵⁴⁾、たとえば、自然債務(あるいは無償の準委任⁵⁵⁾)のような存在を認め、それに基づき義務を検討する方が論理的と考える指摘が少なくないことが注目される。

つまりこのようなことからみても、当事者間の契約締結意思が隣人訴訟の場合に比べ、より明確である給食サービ

スの場合には、甲乙間には、丙に対し、乙が給食サービスを提供するという無償の準委任契約が成立していると考えられることはまず可能と思われる（隣人訴訟の場合のように口約束ではないから、自然債務として具体的請求権を否定するのは問題と考える）。

したがって、丙は、乙にも遅配・欠配についての履行請求権・不当利得返還請求権をもつが、（移送サービスの項でのべたように）乙丙間の契約は二次的契約と考えられるから、一義的には、丙は甲に請求権を行使することになると考える。そうでないと乙（ボランティア）は、履行についての立証責任を負うことにもなり、負担が大きいといわなければならない。

ところで、一般にボランティアの行為を自然債務、あるいは無償の準委任契約として構成しようとする考え方はいずれも好意的・無償の協力員の行為を考慮するものであり、そのような行為については、責任を軽くみていこうとする発想を前提としている。即ち、無償の準委任であれば、自己に対すると同一の注意義務となり、解約も可能となってくる。子ども会ハイキング事件において、原告側が不法行為責任を追及しているのに対し、被告側が、贈与、もしくはこれに準じた無名契約であると主張し、したがって、民法五五一条により何ら担保責任を負わないと主張しているのも、同様な理解を背景とするものであろう。

しかし、これらの考え方は、ボランティアの立場を考慮した場合には妥当なものではあっても、給食サービス事業として実施されるサービス全体をとらえた場合には問題が残る。協力員が、調理・保管・運搬する途中で事故が発生したような場合、協力員の過失責任を軽くすることにより、利用者（特に病原菌に対する抵抗力も十分とはいえない老人）の生存がおびやかされることが許されるとは思われないからである（協力員の刑事責任がとわれるのは死亡のとき等に限定されよう）。

事実、要綱はそれぞれ協力員の注意事項として、「協力員は、対象が老人であるため給食の調理にあたっては、消化・吸収・栄養等のバランスを十分考慮するとともに次の各号について留意しなければならない。

(1) 料理等の衛生管理について、万全の注意をはらわなければならない。

(2) 給食が原因と推定される事故が受給者に生じたとき又は、協力員若しくは協力員と同居を同じくする者に伝染性若しくは、中毒性の疾患が発生したときは直ちに区長に報告し指示を受けなければならない。」「(I区)、「協力員は、受給者が老人であることを考慮し、消化・吸収・栄養のバランス等調理の方法について、適切に配慮するとともに、次の各号に留意しなければならない。

(1) 食品の衛生管理について。

(2) 実施状況について、記録を整理すること。

(3) 給食が原因と推定される事故が生じたときは、直ちに福祉部老人福祉課長に連絡すること。」「(J区)、「協力員は、月一回、給食サービス実施状況報告書により区長に報告するものとする。」「(同実施細目)と定めており、協力員は利用者に対し自己と同一程度以上の契約上の義務をも負っているとも解されるのである。

つまり、乙には要綱上、自己と同一程度以上の注意義務が課せられているにもかかわらず、甲はボランティアである乙に対し、そのままでは、善管注意義務を課しがたいのが実情といえよう。とすれば、甲は自己のサービスの実施において乙の協力を要請する以上、乙に対し、右の程度の注意義務を課するための指導義務と監督義務を負っていると考えざるをえないであろう。

具体的には、「老人食に対する栄養指導、食べ物の特異体質についての把握と対処方法、食品の衛生管理についての指導、ボランティアに課されている実施状況についての記録整理に基づく事後指導監督、調理にあたるボランティア

アへの健康管理」等が、甲の義務としてなされなければならないことになろう。ところで、ボランティアが給食サービスをおこなうにあたっては、ボランティアにあらかじめ実費相当額を支払うところ（H区）、「給食サービス実施確認票」に基づき実施確認をしたうえ、事後的に謝礼を支払う（I区）とするもの、区長は、給食サービスに要する材料費、水道光熱費等の経費を協力員に支払うものとする（J区）などと定められている。即ち、これらのことから一部の自治体の場合には、給食サービスの実施すら未確認であること、また、給食サービスに対して支給される金額の性格が不明確であることが指摘されうる。さらに、給食サービスの実施に対する自治体のフォローアップがなされていないことに関連して、①どの程度の金額の給食が予定されているのか、②老人食として質量のみあった給付がなされているのか、を検討するうえでも、現状のやり方には曖昧な点も少なくない。

またボランティアには調理・配送だけでなく、食事のすすみ具合（健康度のめやす）や、話し相手としての役割も期待されている。給食サービス事業の目的には、老人と地域社会の交流を促進することもうたわれているからである。

にもかかわらず、行政は、ボランティアの登録申請がなされるとその資質を考慮せず、ほぼ自動的に登録していると思われること、のみならず老人家庭と給食ボランティアの組みあわせにおいても、主として地理的な遠近を考慮して決定されていること等、検討すべき点は少なくない。また、老人との対応について、ボランティアへの教育も十分ではないようにみうけられる。したがって、ボランティアが話し相手として「ケースワーク」的なことをおこない（結果的に老人への侵害的行為の違法性が大きく）、ボランティアの指導の違法性になることも皆無とはいえない（投資のすすめ、宗教への勧誘など）。このような場合、国家賠償法一条にいう「その職務を行うについて」あるいは、「職務行為にさいしての行為」が、損害賠償の対象となる「範囲と限界」、また（仮に職務に付随する行為とされたとして）

その過失の有無を判断するにあたり、公務員（ボランティア）が当該職務を執行するにさいし要求されている注意義務の程度は、ボランティアであることを理由に軽減されるか等が問題となつてこよう。

将来的には、ケースワークは、（もし必要であるなら）専門職として位置づけ、医療過誤と類似の視点からとらえていくことも可能と考える。

ところで、丙（老人）の家庭状況報告書が、甲（自治体）から乙（ボランティア）に提出され、乙は、丙の家庭内に介入することになる以上、乙の守秘義務が契約上明記されることも重要であろう。国家公務員の守秘義務（国家公務員法一〇〇条）は、一般的には、個々の個人や企業の利益のためではなく、国民全体の利益のために認められており、⁽⁵⁷⁾ ためたま、一定の業務に従事するが故に秘密漏洩を刑罰によって制裁される（刑法一三四条）場合とはことなると解されている。⁽⁵⁸⁾ その意味でも、一般人である乙の丙に対する守秘義務が（甲に対するそれとは別に）、契約上明記されることが必要と考える。

以上のべてきたような「給食サービスをおこなうにあつての留意事項」は、甲（自治体）の義務の一環として観念されなければならないであろう。このことは、給食サービスが（移送サービスの場合のように「必要に応じて、民間企業に委託」されることを予定した事業ではなく）、甲が実施主体としておこなう給食サービス事業の目的自体が、「地域社会との交流を予定するために」給食サービス協力員の包摂を当然に予定していること、即ち、協力員は公的事业にあらかじめ包摂された存在であること、そして、自治体は老人に対し、同事業において生存権保障義務の履行につらなる給食サービスをおこなう義務を負っていることからみても当然といえる（その意味では、協力員は、甲の履行補助者とも考えられるが、給食自体の提供には、協力員の裁量の余地が大きく、準委任契約関係とみる方が妥当といえよう。⁽⁵⁹⁾ いずれにせよ、協力員は、右のような位置づけからみても、国家賠償法上の公務員とみななければならない。一般に国家賠償法上の公務員は、重過失以外

求償されないが、十分な研修がなされたうえでの過失であれば、責任ありとみるのが福祉の精神と考える。各区のなかには、給食サービス実施要綱において、「給食が原因と推定される事故が受給者に生じたとき又は、協力員若しくは協力員と同居を同じくする者……は、直ちに区長に報告し指示を受けなければならない」（I区・J区）と規定するものもある。

⑤ 食品衛生法上の国の監督責任

ここで問題としている給食サービスは、協力員が、自宅で調理した料理を受給者に届けさせることによって実施される。

そこでは、協力員の感染性疾患、不衛生な調理場の状況などが原因で、食品として不適切な給食が提供される危険性もないとはいえない。このような場合、事故が発生してからの救済よりも、行政の監督権限が適切に行使され、事前の予防策が講じられることがのぞましいことはいうまでもない。しかも、甲（自治体）が、ボランティアの健康管理について、指導監督の義務を負っていると解されるべきことは前述のとおりである。しかし一般に「第三者国民が他者に対する二重的効果処分の発効を求める義務づけ訴訟」は、自己に対する利益処分よりいっそう難事⁽⁶⁰⁾と考えられる状況を考慮すると、対象老人が甲（自治体）のボランティアに対する「安全衛生確認義務」を訴訟上要求することには、かなり無理がともなうことは否定できない。特に、要綱に基づき、間接的に自治体の「安全衛生確認義務」が表現されているにすぎない現状では、義務づけ判決の本案勝訴要件とされる処分の法的拘束性・非裁量性を確定するため⁽⁶¹⁾は、福祉サービス分野に固有のいくつかの媒介項が必要となろう。

ところで食品衛生法は、「飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し公衆衛生の向上及び増進に寄与することを目的としている。」（一条）と規定しているところから、給食サービスについても、（実施主体である自治体の「安全衛生

確認義務とは別に) 国は、同法上の義務を負うものかいなかも検討されなければならない。同法は、二二条で「都道府県知事は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業であつて、政令で定めるものの施設につき、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない」と定め、つづいて「前条に規定する営業を営もうとする者は、省令の定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない」(二二条)とし、二二条で、許可の取消し、営業の禁止停止について定めている。また、営業の意味について、食品衛生法二条七項が「この法律で営業とは、業として食品若しくは添加物を採取し、製造し、輸入し、加工し、調理し、貯蔵し、運搬し若しくは販売すること又は器具若しくは容器包装を製造し、輸入し、若しくは販売することをいう」と定めていることからすれば、ボランティアによる給食サービスも、右のような監督に一応は服するもののようにみえる。

しかし二条八項、二九条二項、細則二九条を総合してとらえると、立法者は「営業」の意味内容として営利目的を有するものを予定していると考えられ、文理解釈上は、営利性の低いボランティアによる給食サービスに、二〇条、二二条、二二条を適応することはむしろかしいのが実情である。

しかし、給食サービスの趣旨が、地域社会との交流の乏しいひとりぐらし老人に対し、家庭的な料理を提供することにより老人の健康保持に寄与するとともに、地域社会との交流を促し老人福祉の向上を図ることを目的とするものであることを考えれば、本制度のように営業以外の趣旨に基づき継続的に、多数の者に給食の提供がおこなわれる場合にも、二〇条、二二条、二二条と同様の義務が、都道府県知事に課せられることが望まれる。その場合、食品衛生法に基づく都道府県知事の監督は、安全衛生の見地から、給食サービスという「営業」を単に規制するだけでなく、給食サービスの実施主体である市の積極的な安全衛生義務の履行を促すものとして觀念され、それが市によって具体化される過程が、一体として公役務として運営されることがのぞまれる(この点「営業の自由」が「公共の福祉」のために制

約される場合の規制行政とことなってくるものと思われる。

このような公役務の活発な運営を確保するためにも、監督権限行使の条件とされている「必要があると認める」とき、あるいは「公衆衛生に与える影響が著しい場合」の判断が、具体的危険性の認識（緊急措置）の段階ではなく、抽象的危険性の認識（予防行政の必要性）の段階においてなされること、が期待されてくる（そのことが、また事故発生への「予見可能性」をたかめることになると考えられるからである⁽⁶²⁾）。

こうした姿勢は、自治体の定める要綱（本来は条例、少なくとも住民参加手続をとる要綱において具体化されることがのぞまれる）において、給食サービスの実施過程に対する調査・指導等が、実施主体である市町村に具体的に義務づけられ実施されることによつて、より可能になってくると考える。

四 老人家庭奉仕員等派遣事業

(一) 事業制定の趣旨

老人家庭奉仕員等派遣事業は、すでに制度化されていた、①老人家庭奉仕員派遣事業、②老人家事援助者派遣事業、③老人介護人派遣事業、の三事業を、「在宅老人福祉対策事業の実施及び推進について」の一部改正（昭和五七年九月八日社老第九八号）をもつて、統合化し昭和五八年一月から実施しているものである。

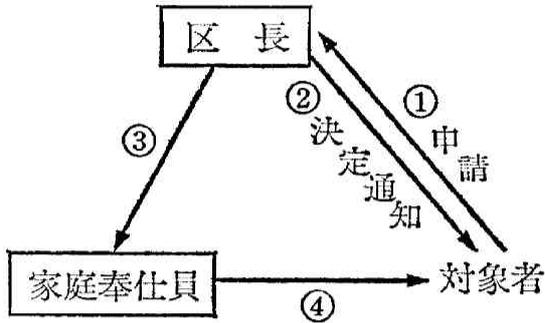
これら三事業を統合化する改正の趣旨は次の点にあるとされる。

（昭和五七年九月八日、社老第九九号、各都道府県指定都市民生主管部（局）長あて、厚生省社会局老人福祉課長通知）

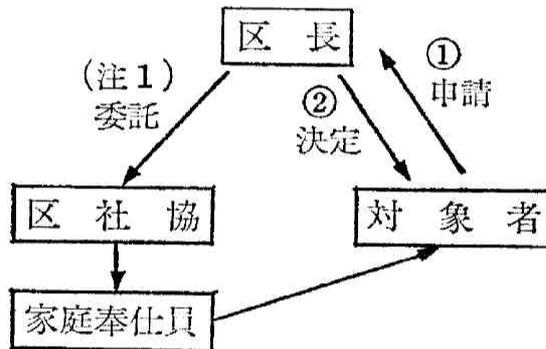
1、今回改正の趣旨

2. 図

ア. 老人家庭奉仕員（常勤職員の場合）



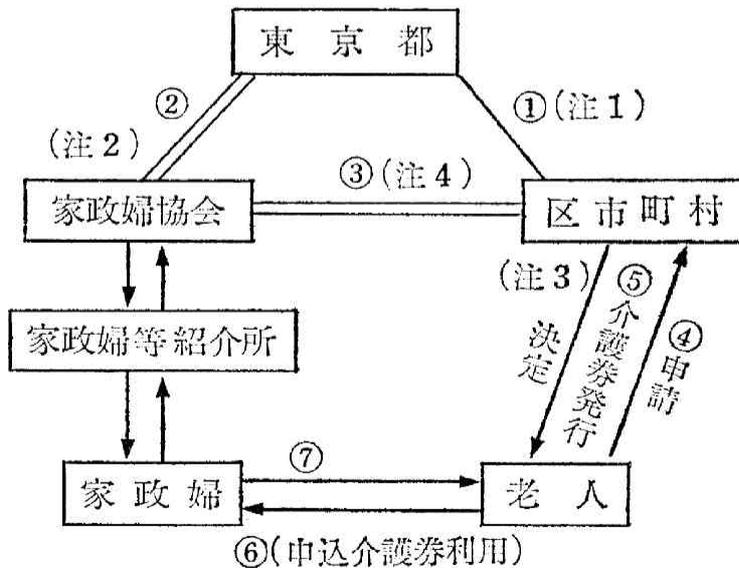
イ. 老人家庭奉仕員（社協会に委託する場合）



(注 1)

ただし、派遣世帯、サービス内容及び費用負担区分の決定はのぞく。

ウ. 老人家庭家事援助者



注 1. 家政婦等紹介団体との協定締結に関する委任について（契約当事者は都）

注 2. 数種類の協会と別個に締結。

注 3. (各区市町村ごとの) 派遣事業実施要綱に基づき決定。

注 4. 物品供給契約書（介護者）

(1) 派遣回数、時間数の増加

ねたきり老人等常時の介護を要する老人の同居者が、真に十分な介護にあたることができないう家庭に対する派遣を重点とし、必要な派遣回数、時間数の増加を図ることとしたこと。

(2) 臨時的介護需要への対応

家庭奉仕員の勤務体制の弾力化を図り、利用者の臨時的な介護需要にも対応することとしたこと。

このことにより、介護人派遣事業との二本立ての運用は不必要になったので、同事業は、家庭奉仕員派遣事業に統合することとしたこと。

(3) 派遣対象の拡大について

現行家庭奉仕員の派遣対象である低所得者の家庭(原則として、その世帯の生計中心者が所得税を課せられていないものという)については、引き続き無料で派遣することとし、今回加えて、寝たきり老人等の介護サービスが、一般市場では容易にえられない実情等にかんがみ、所得税課税世帯に対しても有料で派遣できるようにしたこと。

(二) 老人家庭奉仕員派遣事業と家事援助者派遣事業の相違点と関連性

改正趣旨にも示されているように(老人介護人派遣事業は、家庭奉仕員派遣事業に統合されたので)、老人家庭奉仕員等派遣事業は、実質的には老人家庭奉仕員派遣事業と家事援助者派遣事業からなる。

したがって次に、両事業の関連性と相違点を指摘し、検討の所在を明らかにする縁としたい。

結論的にいえば、派遣対象とされる老人の身体的・環境的条件は、老人家庭奉仕員の場合も、家事援助者も同じである。即ち、「老衰、心身の障害及び傷病等の理由により臥床しているなど、日常生活を営むのに支障があるおおむ

ね六五歳以上の者のいる家庭であつて、その家族が老人の介護を行えないような状況にある場合」とされる。対象者が同じである以上、サービスの内容も当然に同じということになる。事実、各区市町村の要綱は、家庭奉仕員等のおこなうサービスの内容として、次のようなものをかかげている。

「家庭奉仕員等の行うサービスは、次に掲げるもののうち、必要と認められるものとする。(1)相談、助言に関すること、ア 生活、身上に関する相談・助言 イ その他必要な相談・助言 (2)家事、介護に関すること ア 食事の世話 イ 衣類の洗たく、補修 ウ 住居等の掃除、整理整頓 エ 身の回りの世話 オ 生活必需品の買物 カ 医療機関等との連絡、通院介助 キ その他必要な家事、介護」

それでは、両事業間の区分は、どのようにしてなされているのであろうか。

各(区)市町村の要綱は、両事業への対象者のふりわけを派遣世帯の区分を基準として規定しているとみることができらる。

(1) 家庭奉仕員は定期的派遣が必要な低所得世帯のほか、別に定めるその他の世帯

(2) 家事援助者は、前記(1)の派遣対象世帯以外の世帯に派遣するものとされている。

つまり、低所得世帯には原則として家庭奉仕員が派遣され、低所得世帯でも、臨時的に派遣が必要とされる場合や、一般世帯の場合には家事援助者が派遣されることになる。

いずれにせよ(対象者ならびに必要なサービスが同じである以上)家事援助者派遣事業においても、老人家庭奉仕員の場合と、実質的にも平等なサービスが保障されることが必要となつてこよう。

以下、両制度の法的仕組に言及しつつ、この点を検討していきたい。

③ 老人家庭奉仕員派遣事業と民間委託

老人家庭奉仕員派遣事業は、老人福祉法一二条に規定される法定事業であり、市町村の固有事務（国庫補助事業）としておこなわれているものである。

実際には、同事業を、区市町村社会福祉法人社会福祉協議会に委託している市町村が少なくない。法一二条が、「(区)市町村は老人家庭奉仕員の派遣を、社会福祉法人その他の団体に委託しておこなうことができる」と、定めているためである。

また、法一二条が規定する「社会福祉法人その他の団体」には「市町村社会福祉協議会のほかに、社会福祉事業法七四条に基づく社会福祉協議会、人材シルバーセンター及び、家政婦紹介所等も含まれるか」という、都福祉局老人福祉部長の照会に対し、厚生省社会局老人福祉課長は、「意見のとおり」としたうえで、市町村社会福祉協議会以外の民間団体を活用するにあたっての留意事項について次のように通知している（しかし同事業を社会福祉法人以外の民間団体——特に家政婦紹介所——に委託することは、憲法二五条、社会福祉事業法五条一項の趣旨からみて疑問が多いことは、他の在宅サービスの項でふれたとおりである）。

1 家庭奉仕員派遣事業の実施にさいして、市町村社会福祉協議会以外の民間団体を活用するにあたっては、当該団体の組織、事業内容等を調査し、家庭奉仕員派遣事業運営要綱に基づく適正な事業運営が確保できるかどうか十分検討すること。

2 当該団体の活用が適当と認められる場合は、次の内容を明記した家庭奉仕員派遣事業委託契約（協定）書を締結すること。

(1) 委託事業の内容

(注) 家庭奉仕員の派遣世帯の決定、サービス内容及び費用負担の決定は、本事業の実施主体である市(区)町村がおこなうこと。

(2) 業務の委託期間

(3) 家庭奉仕員の報酬、活動書等業務の実施運営に充てるための委託料の額

(4) 家庭奉仕員の活動に関する訪問日程表、活動記録簿等の書類の整備

(5) 業務にかかわる報告書の提出

(6) 契約解除等に関する事項

(7) その他適正な業務履行の確保に関する事項

3 家庭奉仕員の研修は、実施主体(市(区)町村)が責任をもって実施すること。

加えて国は、家庭奉仕員の採用時研修の実施について、各都道府県・指定都市民生主管部(局)長に対し、老人家庭奉仕員派遣事業運営要綱、身体障害者家庭奉仕員派遣事業及び心身障害児家庭奉仕員派遣事業運営要綱の諸規定を補充する形で、家庭奉仕員採用時研修運営指針を示し、「新規の家庭奉仕員採用者等に関し、原則として、市(区)町村を、実施主体として、採用時研修をおこなうよう、区市町村を指導すること」(「家庭奉仕員の採用時研修について」八二頁)を要望している。

また、老人家庭奉仕員の健康管理についても、国は、各都道府県・指定都市民生主管部(局)長に対し、「老人家庭奉仕員自身及び、老人家庭奉仕員の派遣対象者の双方に対し、細心の注意を払うよう」管下市町村を指導することを要望するとともに、老人家庭奉仕員の派遣対象者は、心身障害等の理由による臥床老人等であって、老人家庭奉仕員の行なうサービスは、それらの老人の日常生活に必要な介護等、老人とじかに接するものが多いので、老人家庭奉仕

員には伝染病等に関する基礎知識を習得させるとともに、その健康管理には細心の注意を払う必要がある。

については、次の事項に留意し、管下市町村に対して遺憾のないよう指導されたい。

1 老人家庭奉仕員については、伝染病等に関する正しい基礎知識の習得に配慮するとともに、毎年一回以上健康診断を行なうこと。

2 老人家庭奉仕員の派遣対象者については、老人健康診査（寝たきり老人に対する訪問健康診査）の徹底を期すること。」としている（厚生省社会局老人福祉・老人保健課長通知、昭和四八年三月二日社老第二四号）。

このように法定事業である老人家庭奉仕員事業の場合には、通達を通じて都道府県から実施区市町村に対し、民間委託にあたってのかなり具体的な指導がなされていることがわかる。前述してきた（区）市町村の単独事業としての在宅サービスの現状と比較して注目される点である。

それでは、家事援助者派遣事業の場合はどうであろうか。以下、この点に留意しつつ、家事援助者派遣事業の実施の態様を概観したい。

（四）家事援助者派遣事業の構造と問題点

東京都知事（以下「甲」という）は、東京都老人家庭奉仕員等派遣事業運営要綱（昭和五七年二月八日付五七福老計第六九七号）に基づき区市町村（以下「実施主体」という）が実施する家事援助者派遣事業に関し、別記区市町村長から協定に関する委任を受け、日本民営看護婦・家政婦連合会、社団法人日本臨床看護家政協会等（以下それぞれ「乙」という）との間に、それぞれ協定書を、締結している（即ち、東京都知事が契約の当事者となっており、協定に関する区市町村長の委任は、民法上の委任とはいえない）。

このように、家事援助者派遣事業では、東京都知事、区市町村（実施主体）、各家政婦紹介所とそれが所属する家政婦会（乙）、家政婦（ここでは家事援助者という）、利用者が複雑に係っている。

まず、各「実施主体」は、協定の結ばれている家政婦協会等（乙）のなかから、適当なところをえらび、介護券の発注をおこない、（介護券の）納入がおこなわれたあと、介護券の支払いがなされる。そして乙に所属する家政婦等紹介所は、実施主体から介護券の交付を受けた対象者がサービスを依頼したときは、実施主体に登録等をしている家政婦等（以下「家事援助者」）を責任をもって紹介し、派遣させるものとされるのである。

問題のひとつは、甲乙間の契約が、物品（介護券）の供給契約として構成されていることである。つまり、福祉タクシーの項でのべたように、甲乙間の契約が物品供給契約であるとすれば、契約の内容は、介護費をだれがだすかのとりきめとなり、具体的に、利用者の希望に応じて、家政婦がどのようなサービスをおこなうかは、利用者と家政婦間の準委任（もしくは請負）契約によって決定されることになってくる。

しかも、家事援助者派遣事業の場合、物品供給契約の当事者は、東京都と、（各家政婦紹介所が所属する）「日本民営看護婦・家政婦連合会」あるいは「日本臨床看護家政協会」等であり、東京都と実施主体である（区）市との間には「委任」関係があるが、「連合会」や、「協会」と各家政協会との間の「委任」関係は明らかでない。また、家政婦協会と家政婦との間にも、法的には雇用関係はない、といった問題もある。

したがって、協定書は、家事援助者は、サービスを提供したつど、対象者から介護券を受領すると定め、また同七条は、家事援助者は、対象者から受領した介護券に基づき賃金等を紹介所に請求するものとしているが、このような効力が、いかなる根拠に基づき家事援助者に生じてくるかは明らかではない。現に、K市では（市が、物品供給契約書に基づいて購入した介護券に含まれている交通費よりたかい）交通費を要した場合、家事援助者が利用者による差額の徴収

を要求するという事例がでて問題になっているが、右のような関係からみて予想されるところである。

また、協定書は、「乙は、家事援助者の資質の向上を図るため、随時内部研修おこなうものとする」と定め、また、協定書は、「紹介所は、実施主体の指示により、家事援助者としての要件をみたしている者（これが具体的にどのような要件をさすのかは明らかでない（引用者注））を、実施主体に推せんするもの」とし、また「甲（東京都知事）は、一〇条の推せんに基づき、実施主体が、研修受講者として決定した者に対し、研修終了証を交付するものとする」が、先に示した事実関係からみて、これらの指導監督関係を可能とする法関係が、どのようなものとして構成されうるのかは明らかでない。

協定書は、また「実施主体は、家事援助者に対し乙を経由して家庭奉仕員等派遣状況報告書を提出すべきこと」を要請し、また、「家事援助者の就労時間」を定めている。老人家庭奉仕員派遣業が、区市の福祉行政の一環としてなされるものである以上、当然の規定ではあるが、そのためには、家事援助事業をめぐる当事者関係が、それにふさわしい法関係として構成されることが先決であることは、前述のとおりである。

ところで、協定書は、先に指摘したように、家政婦等紹介所は、「実施主体から介護券の交付を受けた対象者が、サービスを依頼したときは、実施主体に登録等をしている家政婦等（ここでは家事援助者という）を責任をもって紹介し、派遣させるもの」と定めている。しかし、協定書は、「実施主体に登録等をしている家政婦等」とは、具体的にどのような資格をそなえたものをさすのか、たとえば、右にあげた採用時研修を修了したものをさすのかは、明らかにしていない。

この点について、L区取扱要領は、「家事援助者とは、L区に登録している者及び家政婦紹介所に登録がなされていて、L区に届け出ている者のうち、L区老人家庭奉仕等派遣事業要綱一〇（家庭奉仕員等に対しては、区がおこなう採

用時研修及び年一回以上の定期研修を実施するものとする」に定める採用時研修の終了証を交付されているものとする。」と定めており、家事援助者についても一応の資格を前提とすることを明らかにしている。

しかし、その他の(区)市の場合には、その点が要綱においても明らかではない。

いずれにせよ、協定書にもどつき、家政婦紹介所が、利用者に紹介しうる家事援助者の資格を定めるにあたっては、健康上も問題のない者でなければならないことはいうまでもない。

しかし、老人家庭奉仕員事業の場合と異なり、家事援助事業の場合には、健康診査を義務づける規定はなく、協定書及び各(区)市にも、この点についての規定はみられない。老人家庭奉仕員と家事援助者との質の相違は公的責任転嫁の可能性をさらしたかめることになる。

しかも、家事援助者の健康上の原因がもとで、利用者に被害が発生した場合、(通常は、派出婦会は、利用者と家政婦―家事―援助者の間に、雇用契約が成立する便宜を図る紹介事業にすぎないから)家政婦本人に損害賠償を求めることはできても、通常は派出婦会の責任はとえないと考えられる。⁽⁶³⁾

また、家政婦と、実施主体との間にも、直接の関係はないと考えられる。仮にあるとすれば、職業安定法四四条と抵触することになってくる。東京都と「協会」等間の契約が物品供給契約として構成されるもうひとつの理由も、この人材派遣事業との関係を考慮したためと考えられる。しかし、いずれにせよ、これらのことは結果として、利用者に対する都や実施主体の責任を曖昧にしていることは否めない。従来の民法上の契約関係に依拠して考えても、実施主体の家事援助者への「使用者性」を認めることはかなりむずかしい構成になっていると考えざるをえないからである。

田 その他の課題

(1) 利用料の徴収

低所得層を対象とする老人家庭奉仕員の場合には問題とならないが、派遣対象が拡大されている家事援助事業の場合、一定以上の収入があれば、対象家族から利用料が徴収されることになる。利用料の徴収基準は、区市町村によってかなり多様である。

利用料の性格をどうみるかは議論のあるところであるが、「地方自治体に金銭納付義務という負担を課するものである以上、当該地方自治体の条例によるべき」(地自法二二八条)ことからしても、要綱でこれらの利用料が一方的に定められていることは、再考を要しよう。

(2) 老人家庭奉仕員等によるサービスとは何か

協定書は、サービスの内容について規定している。さらに実施主体は、「老人家庭奉仕員派遣決定(変更)通知書」によってサービスの内容を具体的に明示しているが、それ以外の必要な家事・介護を否定するものではない。つまり、家事援助者の裁量が少なからず要請されることになるが、実際には、入浴介助等が求められることもあり、保健婦、看護婦の仕事と競合する点も指摘されている。⁽⁶⁴⁾ そのような場合、ただ拒否するだけでなく、入浴サービス事業への紹介や保健所との連携を実施主体に要請することも、家事援助者の仕事の内容となるよう教育・指導がなされねばならないであろう。総じて、非金銭的サービスの場合には、(所得保障の場合と異なり、具体的なサービスの遂行過程が、全体として保障の対象とされねばならない。にもかかわらず)実際には、決定をもって、実施主体の責務は完了したかのように考えられやすいのが実情といえる。その意味で、報告書の徴収も(伝統的な行政法がとらえるように)家事援助者ならびに家政婦紹介所に対する矯正的監督とだけではなく、利用者自身に対する生存権保障のための監督の意味を徹

底させる必要がある。

(3) 秘密保守義務

また、協定書は、紹介所及び家事援助者に、業務中知りえた秘密について守秘義務を課している。この義務も、利用者に対するものとして構成されねばならないことは前述のとおりである。

(4) 申請と決定

各(区)市の実施要綱は、老人家庭奉仕員等の派遣を受けようとする者は、別に定める「老人家庭奉仕員等派遣申出書」を(区)市長に提出するものと定めている。

他のサービスの申請書と比較して特徴的なことは、申請者の他に、確認者による確認が求められていることである。また申請者は利用者本人ではなく、原則として当該世帯の生計中心者⁽⁶⁵⁾とされていることも指摘しておく必要がある。申請者が本人でないということは、本人の委任に基づく行為ということになるのであるが、実際そのように理解してよいのかは問題になる場合も少なくないと思われる(前述の入浴サービスの場合にも同様のことが問題となりうることはすでにふれた)。

ひとりぐらし老人の場合には、本人自身の申請ということになり、一見問題はなさそうである。しかし、当該事業の場合、(利用料徴収の必要性からであろうが)生計中心者の所得状況についてかなり詳しい書きこみが必要とし、一般には、老人自身での記述はかなり困難であるという他の問題がある。

いずれにせよ、在宅サービスの普及にともない、申請書への記述内容は総じてむずかしくなってきた。こうした動向が否定できないものであるとすれば、可能なサービスの提示や手続方法など、利用者の手続過程での利便を総体として保障するシステムの確立が必要になってこよう。

また、決定については、本事業の場合も、(区)市長が申出に基づき「派遣対象者の状況及び世帯の状況等」を調査し、派遣の要否を決定する、という定型的なパターンがとられている。もっとも、対象者の決定にあたっては(たとえば)区家事援助者派遣事業取扱要領では)、対象者の認定にかかわる用語の定義、対象の範囲及び取扱いについて定めているが、なお実質的には決定者の裁量にゆだねられている点も少なくない。また、当該事業の場合には、派遣の要否のみならず、派遣回数やサービスの内容についても決定が必要とされ、手続過程のいっそうの確立がのぞまれる。

また、決定にあたっては、家事援助者派遣通知書、または、家事援助者派遣不承認通知書により通知される。即ち、要件には該当するが、供給側がその需要に応じきれない場合の対応は、要領上明記されていない。老人家庭奉仕員の場合も、決定通知書か却下通知書になり、この点にかかわる特別の通知は様式上みあたらない。ただ、老人家庭奉仕員派遣申出却下通知書には、却下の理由が明記されている点が、家事援助者派遣不承認通知書との相違となっている。行政不服審査法等への不服申立ができる旨の記載がない点、明快さを欠くが、いずれにせよ、争訟が可能とすれば、理由の明記は重要な意味をもつことになる。こうした手続上にも、老人家庭奉仕員事業と、家事援助者派遣事業の相違があることが指摘されなければならない。また、老人家庭奉仕員の場合には、派遣廃止(停止)の場合(また、先にふれたサービス内容の変更の場合にも)変更通知書がだされ、それだけ不服申立制度を利用しうる可能性はより明確になっているといえる。ただ要綱に基づく当該事業に不服申立の機会が保障されたとしても、「サービス内容の変更が妥当かどうか、派遣停止・廃止の決定が妥当かどうか」を判定することが、行政不服審査法のもとでの程度可能なのかという問題は、依然として残されている。

また、この点に関連し、各(区)市家事援助者派遣事業取扱要領では、「ア、当該老人が入院治療を要するとき、又は伝染性の疾患を有しているとき、イ、家事援助者に対し暴行・脅迫等の非行のあったとき、又はそのおそれがある

とき、ウ、その他、家事援助者が正常なサービスを行うのに支障があると認められるときは、派遣対象としないことができる」と規定するが、第一に、アについては、伝染性疾患か否かを判断する健康診査自体の規定がおかれています。にもかかわらず、だれが、どのようにそれを判断するのか、第二にア、イに共通することがらとして、このような場合、行政として却下処分をするだけであつたのか、いいかえれば、これらの対象者が、ア、イに該当するが故に、日常生活を営むのに支障があるにもかかわらず、他の適正な対応をとらず、派遣対象としないこととしたりとすれば、実施主体である(区)市の「生存配慮義務」からみて問題なしとしない。また、在宅サービスとは、本来、種々多様なサービスの包括的な把握のもとに位置づけられているものであるとすれば、その意味からも検討すべき点と考える。

(六) 職業安定法との関係

家事援助者派遣事業の場合には、職業安定法四四条との関係を考慮せざるをえず、そのことが、従来の民法上の契約関係に依拠して考えても、実施主体の家事援助者への「使用者性」、つまり公的責任を認めることをむずかしくしているといわざるをえない。

本来、労働大臣の許可をえた家政婦紹介所は、職業安定法三二条一項但し書きに基づく有料職業紹介事業であり、利用者と家政婦との間に雇用契約が成立する便宜を図る紹介事業にすぎないことは前述のとおりである。しかし、家政婦派遣事業に基づき、家事援助者として家政婦を紹介する場合には、端的に紹介事業として成立するかは疑問である。なぜならば、協定書(東京都と乙)当該家政婦等紹介所が所属する団体との間に締結されている)七条は、「家事援助者は、対象者から受領した介護券(一条は、乙は実施主体の発行する発注書により介護券を納入するものとし、実施主体は、乙に

納入した介護券の代金を支払うものとする)に基づき賃金等を紹介所に請求するもの(圏点引用者)と規定しており、そのかぎりでは、家事援助者と家政婦紹介所との間には、雇用契約が結ばれているとみられるからである。

このようにみた場合には、実施主体(甲)が(家政婦等紹介所が所属する)団体(乙)と結んでいる物品供給契約(前述の協定書一条参照)は、実質的には、家政婦を甲があらかじめ指定した者に派遣し、サービスを提供することを約する請負契約であり、家政婦等紹介所はその請負事業主、家事援助者はその労務者(労働者)とみることができる。

ところで、そう考えると、職業安定法四四条の労働者供給事業禁止条項との抵触が問題となり、具体的には、家政婦等紹介所は職業安定法施行規則四四条の定める四つの要件(ふれあいサービスセンターの項参照)をすべて充足するかいなか問題となる。

結論的にいえば、家政婦紹介所は、家事援助者に対し職業安定法施行規則四四二条に規定される指揮・監督権を負っていないこと、また、同条三号に規定される使用者として労働基準法、労災法、雇用保険法等の法律に規定されたすべての義務を負っていないこと等からして、職業安定法四四条で禁止された労務提供事業となるのではなからうか。

しかも、先にふれた協定書七条「家政婦等紹介所は、介護券に基づき賃金等を支払う」(圏点引用者)との規定が、「介護券には、家事援助者への賃金の他に、紹介所への事務手数料も含むとの趣旨であり、そのために紹介所は、通常は家政婦(家事援助者)から受けとる紹介料を別個には受けとっていないのである」とすれば、家事援助者と利用者との間に雇用契約が成立していないにもかかわらず「紹介料」を受けとっていることになり、むしろ有料の人材あっ旋業になることになろう(職業安定法五条一項)。また(このような理解とはことなり)介護券に賃金を意味しているとすれば、その賃金のなから紹介所が「紹介料」の名のもとに費用を徴収することは、前述のような状況のもとでは労働

基準法六条の禁止する、中間搾取にあたることにもなりかねないであろう。

いずれにせよ、家事援助者と家政婦等紹介所の間には、前述のような状況からみて、実質的な従属関係があるとは思われない。したがって、次に、家事援助者への実質的な指揮命令権はだれにあるのかが、検討されねばならないことになる。

まず、利用者と家事援助者との間に実質的な雇用関係があるか、という点であるが、結論的にいえば、両者の間に雇用関係はないといえよう。利用者は、実施主体から介護券の交付を受けると、通常本人及び生計中心者の前年度の「所得」に応じて費用負担することになっているが、これは、地方自治法二二四条にいう分担金にあたると考えられ、必ずしも、介護券（いいかえれば、家事援助者への賃金）との対価性をもつものではない。したがって利用者に家事援助人への賃金支払の義務はないと考えられるからである。

むしろ「実施主体が購入し、利用者へ送付した介護券に基づき」賃金等が支払われるという事実を素直に受けとり、賃金は、実施主体から紹介所を経由して、（後述参照）家事援助者に支払われるものと解するのが自然であろう。

加えて、実施主体は、サービスをおこなう対象者を決定するとともに対象者に対し、家事援助者がおこなうサービスの内容、派遣回数、時間を決定していること（各区要綱）や、家事援助者に対してサービス内容の報告を求めている（協定書九条）こと等から、実施主体に、家事援助者への指揮監督権があると考えるのが妥当のように思われる。ただそう考えると、実施主体が、派遣主体とならざるをえず実施主体が職業安定法四四条・職業安定法施行規則四条三号に違反する可能性はある。

また、前述のように、家事援助者への賃金が、実施主体から紹介所を経由して支払われるということになれば、「賃金直接払いの原則」を示した労働基準法二二四条一項に違反する恐れなしとしない。加えて、家事援助者に対する

労働条件明示の原則(同一五条)についても、より徹底する必要があるのではなからうか。たとえば、サービスの提供後、家事援助者は、利用者から(介護券の受領とは別に)交通費実費分の請求を直接利用者に求める場合があることが指摘されているが、このことは、(前述のように、利用者と家事援助者との間に雇用関係がないとすれば)家事援助者に対する制度上の使用者からの(賃金を含めた)労働条件に対する、より明確な説明がおこなわれていないことにも起因する問題のように思われるからである。

五 ふれあいサービス事業

(一) 制度の概要

ふれあいサービス事業とは、新しい在宅サービス形態として、現在M区から、社会福祉法人M福祉地区社会福祉協議会に、調査研究の委託されている事業であり、したがって現在おこなわれているふれあいサービス事業は、これを制度として確立していくために必要な諸条件や問題点を明らかにし、それらを解決していく手がかりとして、試行中のものである。

ふれあいサービスのしくみは、次のようである。ふれあいサービス(食事のしたく、あとかたづけ、そうじ、整頓、掃除番、家屋・家財などの簡単な修理、庭の草むしり、簡単な植木の手入れ、洗たく、簡単なつくろい、買物、話し相手など。そのほかにも利用する老人の希望や協力員の都合を考え、できるだけ多くのサービスを提供していくという意向が示されている)の利用を希望する老人は、あらかじめふれあいサービスセンターに登録しておく。他方、協力員として、自分のできることを、できる時間帯で仕事として参加することを希望する地域の人々も、協力員としてサービスセンターに登録しておく。センターは、老人家庭と協力員の都合を調整したうえで、協力員に協力依頼をする。協力員が協力を受託した場

合には、協力員から老人家庭にサービスの提供がなされる。サービスセンターは、サービス料を原則として一カ月分をとりまとめて、翌月のはじめに老人家庭から徴収する。料金は、一時間六百円と交通費である。サービスセンターは、この代金を「謝礼支払」として協力員に支払う。

(二) ふれあいセンターと無料職業紹介事業

ところで、職業安定法三二条一項本文は有料の職業紹介事業をおこなうことを禁止し、また三三条一項は、三三条の二に規定する場合をのぞき、無料の職業紹介事業をおこなおうとする者は、労働大臣の許可を受けなければならぬと定めている。

老人家庭からセンターが徴収し、協力員に謝礼として支払われる金額は等しい。したがって、ふれあいセンターを、無料職業紹介事業とみることもその意味では可能といえよう。しかし、その場合には、三三条にいう労働大臣の許可を受けることが必要となるが、現在、ふれあいセンターは許可を受けているとは考えられない。許可を要する行為を許可をえないときは、違法（職業安定法六四条二号）であって罰せられるが、その行為はすべて無効とはならないから、ふれあいセンターは、現在そのような位置にあるとみることもできよう。

しかし仮に許可を受けたとしても、以下の点を整理していく必要がある。

① 第一に、職業安定法五条一項は、「この法律で職業紹介とは、求人及び求職の申し込みを受け、求人者と求職者との間における雇用関係の成立をあっ旋することをいう」と規定しているにもかかわらず、老人家庭は、なぜ協力員料金の支払義務を負わず、ふれあいセンターに対して負うのか、という問題である。

この辺の特殊な関係を説明するものとして、協力員からふれあいサービスセンターにだされる登録には、「謝礼の

受け渡しをスムーズにする、センターと協力員の特約が含まれている」と解することもできようが、かなり困難と考える（しかも、この謝礼が賃金であるとすれば、老人家庭は、賃金の支払義務者として、民法上の責任（先取特権など）を負わねばならず、そのような義務を老人家庭に負わせることは酷となる）。

⑩ また仮に、センターと協力員との間に、契約（現在では黙示のということになる）があり、それを第三者のための契約と解すると、老人家庭がセンターに支払いをする説明はつくだろうが、今度は、センターと協力員との間に請負契約か雇用契約があることが前提となり、サービスセンターを、無料紹介事業とみることはむずかしくなる。

したがってあくまで、サービスセンターを無料職業紹介事業と解するとすれば、前述のように、老人家庭と奉仕員との間に雇用契約が成立していると解さざるをえないことになる（とすれば、老人家庭は、協力員に対し、労働基準法上の義務を負うことにもなりかねない。労働基準法は八条で、家事使用人を適用除外としているが、命令（労働基準法施行規則一条）は、八条適用事業に派出婦協会を加えており、また法解釈上も、家事使用人については厳格に理解する方向にあるからである）。

③ ふれあいサービスの法的性格

しかしながら、このような法構成にかなり無理があることは、ふれあいサービスの性格からも指摘することができる。

たとえば、ふれあいサービスの手引は「1 サービスの内容は、ふれあいサービスセンターから指示された範囲内にとどめましょう！（圏点引用者）」とのべ、労務の提供がセンターの指示命令によるものであることを明らかにしており、ふれあいサービスセンターの活動が、単なる紹介事業にとどまらないことを示しているからである。このような手引の指摘はむしろ、老人家庭奉仕員事業のサービスの内容について「老人家庭奉仕員と派遣世帯との間には、サー

ビスの供与に関し、何ら契約関係は生じるものではなく、老人家庭奉仕員は、経営主体の決定した範囲内のサービスをおこなうものである」とする国の理解と共通の立場にたつものといえよう（昭和四一年社老等五号各都道府県指定都市民生主管部（局）長あて、老人福祉課長通知）（都労働局も老人家庭Ⅱ奉仕協力員およびふれあいサービスセンター協力員いずれにも雇用契約はないという見解を示しているときいている）。また「5 活動中にトラブルが起きたときは、必ずふれあいサービスセンターへ連絡しましょう」とする手引の指摘も、紹介事業にとどまらないサービスセンターの性格を示唆しているといえよう。

四 ふれあいサービスセンター、老人家庭協力員の関係

このような手引の書き方からみても、老人家庭とふれあいサービスセンターとの間には、サービスの提供についての請負契約があり、協力員は、請負人であるサービスセンターの下請負人とみる方がより適切となろう。また、料金の徴収を一月分まとめて翌月のはじめにふれあいサービスセンターが、老人家庭に請求するという本事業の形式も「仕事の完成を主たる目的とし、完成した仕事に対して報酬を支払うこと」を約束する請負契約の性質と合致しているといえよう。この場合、老人家庭とふれあいサービスセンターとの間、センターと協力員の間、それぞれ別個に請負契約があると考えられることももちろん可能であるが、本事業のように公的サービスの一環にボランティアを介在させる場合には、その活動の範囲を明確にするとともに、（自発的に労務を提供する）ボランティアへの法的責任追及緩和の可能性からみても、下請負人とした方がより妥当と思われる。ただ、民法上の請負契約と解するには、若干の検討すべき点がある。

たとえば、

① 「ふれあいサービスセンターの手引」によれば、料金は時間給をとることが定められている。したがって、本事業は「労務の提供は仕事の完成の手段にすぎない」通常の請負契約とは、矛盾してくる面をもっているといわなければならない。

② 加えて、制度の仕組みからみて、仕事の「完成」については、そのつど、協力員からふれあいサービスセンターの方に連絡があるものと予想されるが、資料上では明確ではない。請負人（ふれあいサービスセンター）の老人家庭に対する担保責任（民法六三四条以下）との関連でも、伝達方法がより明確にされる必要がある。

③ また、本事業の場合、ふれあいサービスセンターは、完成した仕事に対する報酬として利用料金を徴収するように理解してきたが、サービスセンターは現実には、料金と同額のことを、下請負人たる協力員に謝礼として支給していると考えられる。したがって、有償契約とされる民法上の請負契約とは、一見ことなる印象をまぬかれない（もっとも、前述のように、それは元請負人と下請負人との間の問題であり、この点では、実質的には問題はないといえよう）。

④ さらに、サービスの事例にあげられている仕事の内容には、「話し相手」のように請負の性格にはなじみにくいと考えられるものもあることも指摘しておかねばならないであろう。

⑤ またその他のサービスとしてあげられている「食事のあとかたづけ、したく、そうじ、整頓、るす番、家屋・家財の修理」等についても、仕事の範囲や方法、用具などを先方によく相談することが要請され、請負人のもつ「だんどり等に対する自主性」との関係で、検討すべき点もある（ただ、本事業の場合には、事業の特殊な性格上指示を受けた方が、より完全な請負業務を提供しうるものとして、積極的にとらえることも可能といえよう）。

⑥ 加えて、家屋・家財の修理等についての材料は、老人家庭で準備することが原則とされ、通常「自己の材料をもつて製作することを原則」とする請負契約とはことなる面をもっている（ただ、この点については、「注文者が建築の主要

材料である木材いっさいを供給したときは、その建物の所有権は、竣工と同時に注文者に帰属する」とする判例Ⅱ最高裁判決、昭七・五・九、民集一一卷八二四号もあり、必ずしも矛盾するものではない。

④ 以上検討してきたことから、本事業はやはり、老人家庭とふれあいサービスセンターとの間の請負契約、もしくは(前述の①)～⑤の点を考慮し)請負契約的要素をもった無名契約と理解しその内容を明確にしていくことが必要と考える(こうした形態を明確にすることは、老人家庭・協力員のいずれかが相手方に損害を与えた場合を考えても重要である。協力員と老人家庭との間にいかなる契約関係もないとすれば、被害者は、加害者に不法行為責任を追及するしかなく、挙証責任の点からも被害者救済がよりむずかしくなるからである)。加えて、契約上、あらかじめ請負人(ふれあいサービスセンター)は、下請負人(協力員)に、仕事を請け負わせることを明らかにしておくことがのぞましいといえよう。また、請負契約的にみるとすると危険負担(民法四一五条参照)の問題も一応考慮し、民法の規定をそのまま適用することが妥当かどうかをあわせて検討する必要がある。

ところで無名契約と考えた場合、契約が本来、対等な当事者間の意思の合意に基づくものであり、しかもサービスが後述のように公的性格をもつものである以上、地域住民や老人家庭の参加をも含んだ規則制定手続に基づき、一種の就業規則のように契約内容が定められていく必要がある。そのなかには、利用料金も含まれるとみななければならぬ。現在の料金は、家事労働サービスの単価としてはたかくはないものの、一般の時間給の平均からすれば、高額の部類に属すると思われるからである。また、契約内容をどうみるかにより、協力員の受ける謝礼の税法上の位置づけもかわってくることに留意したい。

なお、元請負人(ふれあいサービスセンター)は、下請負人(協力員)の故意・過失については責任を負わねばならない(民法七一五条)。ふれあいサービスの手引が、サービス活動中における金銭の紛失や、物品の破損などが起きたとき

は自分で解決せず、ふれあいサービスセンターに連絡して指示をあおぐことを求めているのも、この点をふまえてのことと理解したい。

④ ふれあいサービスセンターと職業安定法

ところで、残された課題のひとつは、このふれあいサービスセンターの事業が、職業安定法四四四条にいう「労働者供給事業の禁止」に抵触しないか、という問題である。

労働基準法六条は「何人も、法律に基いて許される場合の外、業として他人の就業に介入して利益を得てはならない」と規定し、いわゆる中間搾取を排除している。利用料＝報酬である本事業の場合、ふれあいサービスセンターがこれにふれないことはいうまでもないが、しかし職業安定法四四四条は、中間搾取という要件なしに、労働者供給事業そのものを禁止しているから問題となる。即ち、職業安定法施行規則四条は、具体的に四つの条件を定め、その要件をすべて満たしていないかぎり職業安定法四四四条違反が成立するという厳しい態度を示している。即ち、(1)作業の完成について事業主としての財政上及び法律上のすべての責任を負うものであること、(2)作業に従事する労働者を指揮監督するものであること、(3)作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての義務を負うものであること、(4)自ら提供する機械、設備、器材若しくは、その作業に必要な材料、資材を使用し又は企画若しくは専門的な技術若しくは専門的な経験を必要とする作業をおこなうものであって、単に肉体的な労働力を提供するものではないことの四つの要件である。

以下、ふれあいサービスセンターが、この四つの要件に該当しているかどうか検討してみたい。

まず、(1)については、ふれあいサービスセンターが請負事業を運営するにあたり自己の経費を充足しうるかが問題

となる（ふれあいサービス事業は、冒頭でのべたように、現在は、M区から（区）社会福祉協議会に調査研究が委託されているものであり、将来、ふれあいサービスセンターがどのように運営されるかは必ずしも明らかではないが、仮に）M区の社会福祉法人M福祉地区社会福祉法人に委託され、ふれあいサービスセンターは、委託費において運営されるものとすれば、同センターは、自己の経費でもって事業を運営しうる責任能力はないとみななければならないであろう。

もともと社会福祉法人は、社会福祉事業を行うに必要な資産をそなえなければならぬとされるが（社会福祉事業法二二条）、実際には、きりつめられた委託料の範囲で経営にあたっては社会福祉法人や社会福祉協議会への老人家庭奉仕員事業の委託は、職業安定法四四条に違反するとの指摘がある。⁽⁶⁶⁾

ところで、(2)に指摘される指揮監督とは、作業上・身分上の指揮を、労働供給者の方がもつことを意味する。本事業の場合、下請負人協力員は労務の提供にあたり、老人家庭の指揮監督下にあるかのような指摘があるが、この点は、前述のように考えれば問題はないといえよう。

また(3)については、ふれあいサービスセンターは民法におこなける使用者責任を負う立場にはあるが、労働基準法、雇用保険法、健康保険法などに規定された義務の履行については明確ではない（おそらく、ふれあいサービスセンターはこれらの法律上の責任を果すことを予定していないと推測される）。

(4)についても、ふれあいサービスセンターは、必ずしも自ら提供する機械その他をもって、専門的な技術を必要とする作業をおこなうとは、いいがたいことは前述のとおりである。

このように、ふれあいサービスセンターは（(2)号・(4)号はともかくとしても）、(1)号、(4)号に違反するおそれは少なくとも、職業安定法四四条の労働者供給事業の禁止と抵触する部分が多いといわざるをえない。

しかしながら、もともとふれあいサービス事業は、その成立の趣旨からして職業安定法四四条の保護を予定してい

ないものであるとし、同条の形式的適用を非難することも可能であろう。

すなわち、職業安定法四四条が、労働基準法六条とは別に設けられた趣旨は、(1)労働者の身分的不安定ならびに、(2)使用者の不特定の排除にあるといわれている。

にもかかわらず、この制度は、当初からこれらの点を予定したともいえるからである。(1)についていえば、「ふれあいサービス御案内」は、ふれあいサービスはパートとも違う、自分のできることを、できる時間帯で仕事として参加するものと定めており、(2)についても、サービスを提供する老人家庭が、そのつどかわることは、当然に前提とされており、また提供拒否も、協力依頼のさいに保障されていると考えられるからである。

しかし、こうした考え方は、職業安定法四四条の脱法行為をうながすものではなからうか。

即ち、総じて主婦のパートタイマーとしての就業希望が増加し、それにともないボランティア活動への参加が減少してきている状況が指摘される今日では、比較的報酬のたかい当該事業には、「収入」増を希望して登録する協力員が比較的多いものと推察され、それ故に仕事の内容と収入の不安定性を懸念する協力員も少なくないものと予測される。その場合には、当該事業は不安定使用を醸成する基盤となってくることは否めない。また、総じて、ボランティアが行政に介入するとき、その本来の意味をはなれて超低廉な労働力としてしか位置づけられてこなかったこと、しかも現に当該事業に登録している老人家庭のなかには、より低廉な費用ですむ家事援助者派遣事業対象者が少なくないことと推定されること等を勘案するとボランティアが公的責任の一部を代替していると考えざるをえず、職業安定法四四条の趣旨を本事業にもいかしていくことは、やはり重要な意味をもっているといわざるをえない。

したがって、今後ふれあいサービスセンターが、社会福祉法人M福祉地区協議会によって営まれていくのであるとすれば、社会福祉法人M福祉地区社会福祉協議会が、職業安定法施行規則四四条に規定するすべてを充足することが

必要となつてこよう。この点に関連しさいごに同協議会の性格について言及しその縁としたい。冒頭にのべたように、現在ふれあいサービス事業は、M区から同協議会に調査研究委託中のものである。

ところで、社会福祉事業法七四条に定める社会福祉協議会は、その一項一号で、社会福祉協議会がおこなう事業として社会福祉を目的とする事業に関する調査をあげている。

したがつて、本事業は、この規定に基づき社協事業として委託実施されているとみることもできよう。しかしながら、同七四条は、社協の仕事として、社会福祉事業自体の実施を認めていない。それ故、七四条をみるかぎり、社会福祉協議会は、試行期間後は、それ自体でふれあいサービスセンター事業をおこなうことは不可能となつてくるが、注意すべきことは、同協議会が、社会福祉法人福祉地区社会福祉協議会となつてゐることである。社会福祉事業法二二条は、この法律において「社会福祉法人とは、社会福祉事業を行うことを目的として、この法律の定めるところにより設立された法人をいう」（圈点引用者）と規定する。したがつて、試行期間経過後は、同協議会は、社協としてというより、社会福祉法人、M福祉地区社会福祉協議会として、ふれあいサービス事業を営むものと予想される（もっとも、M福祉地区社会福祉協議会自体、七四条の構成員とかなりことなつたものになつてゐる。同協議会定款二一条）。

その場合、当該事業試行後は、現在までの経緯からして、M区から同協議会への委託事業となるものと予想され、しかも、登録に基づき、老人家庭及び協力員の調整をおこなひ、協力依頼をおこなう。同センターの機能からみて、それは管理運営の委託になるものと予想される。

しかし、「公の施設」の管理運営の委託を認めた「地方自治法二四四条の二に対し、社会福祉事業法は特別法であり、社会福祉事業における経営の委託は、同法五条二項の公的責任転嫁禁止の原則に違反する」との指摘があることにも留意したい。とはいへ先にふれたように、M区福祉地区社会福祉協議会の会員の構成は、場合によつて（従来の社協

の構成に比べ)、より民主的管理運営をなしうる可能性(その逆もありうる)を含んでいることはみのがすべきではないであろう。その意味ではむしろ、住民参加の視点からこれらの団体に管理を委託しうる前提条件としての、団体の構成員、組織、責任の所在などを検討し、確認していくことが先決ともいえよう。また、委託に関連して指摘しておかねばならないことは、ふれあいサービスセンター事業が、そもそも、社会福祉事業法五条にいわれる社会福祉事業にあたるのかということである。社会福祉事業法五条にいう社会福祉事業が、同法二条の定義に従うものであるとすれば、ふれあいサービス事業は、そもそも社会福祉事業ではないということにもなりかねない。ただ本事業の場合には社会福祉事業法二条三項六号規定される隣保事業とも考えられるが、いずれにせよ、その点が明確にされる必要はあろう(一九八五年六月二五日閉会した第百二通常国会で労働者派遣事業法が成立した。一九八六年七月一日から施行予定)同法との関係も検討する必要があるが、本稿は同法制立以前に検討されたものであり、この点は他日に期したい。

むすびにかえて

一、本稿でのべた在宅サービスは、(1)(主として)(区)・市の単独事業として実施されている。また (2)制度上法律上の根拠規定をもつものは少なく、ほとんどが(区)・市の要綱に基づいた事業であり、そのために住民は在宅サービスを権利として請求できないという解釈もとられている。(3)しかも(福祉サービス一般に共通することであるが)サービスの決定手続、決定に対する救済手続が十分でないことは、前述(2)の傾向を助長させるところとなっている。(4)しかも当該サービスが(区)・市によって直接実施されている場合はなく、民間企業への「委託」やボランティアの「協力」によって実施されている。

(5) 特に近年の動向として、実施主体(区)・市)と委託企業との契約を、代金清算契約的に構成する傾向(「福祉タク

「シニ事業」「老人家庭奉仕員等派遣事業」や（ボランティアによる移送サービスやふれあいサービス事業の例にみるように）当該在宅サービスを補助事業として構成し、民間団体によって実施させようとする傾向が強まってきている。そこでは、福祉サービスの「自由化」「市場化」の法的表現としてサービスの遂行に対する責任は、私的自治の原則に基づき一義的には利用者と、委託業者（あるいは民間団体）の関係において（しかも金銭による事後救済として）処理される余地がますます大きくなってきていると考えざるをえない。

(6) また、本稿で検討した在宅サービスにおいては、家族の介護がえられることがサービスを受ける前提条件とされる場合も指摘された（入浴サービスの項参照）。（また本稿では本来、国民の主體的な意思に基づく私的な活動であるはずの）ボランティア活動が、公的な在宅サービス事業の一環に包摂されてきている（給食サービス）ことも指摘された。

これらのことは、在宅サービスに対するわが国の姿勢が、（公的サービスのあり方を具体的に方向づける意思主体として）家族を位置づけ、あるいは人間の他をいたわる「権利」の行使としてボランティア活動を把握しようとする社会の意識とは大きくことなっていることを示している。

二、本稿で指摘された以上のような傾向は公的責任が遂行されるうえでの前提であるはずの国民の意思が、ますます形骸化されてきていることを示している。

冒頭でふれた、第三セクター福祉設立の背景も、わが国において公的責任が国民の意思をはなれたところに理解されていることを逆説的な意味で示唆しているといえる。

とすれば、本稿でふれてきた在宅サービスをめぐる諸状況に対し、国の国民に対する生存配慮義務の存在を前提とし、その「生存権」的な構成を検討するためには、どこに視点を定めなければならぬかが次の課題となってくる。その場合、さしあたり検討されるべき中心的事実がらのひとつとして、在宅サービスにおける自治体、委託企業、

利用者の三者関係をどのように理解するかがあげられる。本稿では、(委託についてはそれを否定的にとらえながらも)現実に生じてきている民間委託においてできるだけ利用者の権利を保障するために、まずこれを「第三者のためにする契約」として解することを検討した。しかし自治体の生存配慮義務、それに対する利用者の権利の視点をより重視して考えるならば、今後においては、自治体と(自治体が実施する)在宅サービスの利用者との関係を契約という関係でとらえ、当事者訴訟的に構成する方向が、より検討される必要がある。①なぜならば、在宅サービスの民間委託が、社会福祉事業法上許されないものであるとすれば、委託を前提とするかのような、法構成を検討することはそもそも論理矛盾であるだけでなく、②在宅サービスのうちに、社会福祉事業法が委託についての授權を否定していると考えられる場合には、行政は、このような委託契約を私法上の契約として締結することになるが、このような場合、行政は相手方である業者に対し、一定の規制をどこまで法的拘束力をもつ形で要求しうるのか疑問だからである。また、自治体と委託業者の関係を公的サービス実施上の内部関係(履行補助者)としていちづけたいうえで、地方自治法二三四条二項、同法施行令一六七条の二第一項をうけた随意契約の締結をなすことが可能であるにせよ、そのためには契約締結にあたって「経済効率性」以外の判断基準が考慮されねばなるまい。③また仮に①②の点を一応除外し)委託契約の存在を肯定したとしても、在宅サービス事業の制度目的は、委託によるだけでは保障されない。サービスの実現が、ボランティアや社会福祉事業の専門機関とはいえない民間企業において営まれている現状では、本文でふれたような委託とは別個の制度目的にそった国の義務の遂行が必要とされるからである。④その場合、制度目的実現のために要請される自治体の義務が条例(要綱)において具体的に明記されていくことは、在宅サービスに不可欠な予防法体系の確立にとっても重要と考える(要綱の作成には何らかの形で住民の参加がのぞまれる)。

けだし、在宅サービスが、委託契約を中心に、利用者と業者の関係として処理される傾向にある現状では、金銭に

よる事後救済が中心となり、自治体と業者との間における契約や要綱において予防対策が介在する場合においても、利用者および住民が、自治体の事前的予防策の発効（業者への規制処分の不作為を含む）を求める義務づけ訴訟を求めることはことの外困難なのが実情だからである。したがって、その予防策が条例・要綱において（実質的に住民との）契約の形で明記されることは、この事前的予防策の実行がサービスの実現にとって不可避であること、あるいはその不作為が国の懈怠であることを実証していくうえでも、意味あることと思われるからである。

ところでその場合、本文でのべたように、自治体と利用者の関係を、民法上の贈与契約として理解していくことには限界があり、どこまで適用しうるかを個別に検討していく必要がある。またその場合、利用者としての住民の意思を、どのようにこの関係の中にもりこむかが、福祉サービスという権利の性格から検討されなければならない。そのためには、本文でふれたように、この関係を行政上の契約とみつつ、一部を行政処分としてとらえる発想や、行政手続の確立が検討されねばならないと考える。また給食サービスの項でのべたように、サービスの供給量にあわせて需要を制約せざるをえない状況は、福祉サービスに多かれ少なかれ不可避的に存在する。しかしまた、行政の活動は国民主権と基本的人権の視点から制約されるものであることも周知のとおりである（本稿では言及しなかったが、在宅サービスの形態についても、別途検討する必要がある。たとえば、給食サービスは老人を社会からますます孤立化させることになるとの批判がある。また公的サービスが質量とも不足であることから、公的サービスを当初から希望しない老人家庭も増加してきている）。その意味でサービスの計画、基準設定、運用の各段階において、国民の意思が何らかの形で反映されねばならないと考える。

ところで近年、前述してきた委託契約にかわって補助事業が増加してきている。しかも、本文でふれたようにその理由は、公的責任回避とかかわる点が少なくない。委託契約とならんで、補助事業と公的責任についての検討が今後

の重要な課題と考える。ここでは別稿で指摘したアメリカの事例(注43参照)が示すように、補助事業においても、国民の意思を主体とする公的責任のあり方を再考することは、必ずしも不可能ではないばかりか、その契機は、わが国の現状においても、それなりに見いださうと考えられることを指摘してむすびとしたい。

本稿では、研究課題の性質上、行政法、民法といった諸領域にもわけいることになってしまった。基本的な点も含め、御叱正、御教導をえて、今後の検討に期することとしたい。

(1) 本稿は、東京都福祉局から委託を受け、「在宅福祉サービスをめぐる法的問題検討委員会」において、筆者が在宅サービスに関するヒヤリング、契約・要綱の収集をおこなうにさいしてこころみ法的問題の検討を土台としている。委員会報告書「在宅サービスをめぐる法的問題に関する調査研究」(一九八四年九月)からの引用は別途指摘していきたい。

(2) 秋田成就編著『高齢化社会における社会法の課題』一三七頁、法政大学現代法研究所叢書4、日本評論社、一九八三。

(3) 第一〇回国会参議院厚生委員会会議録第一五号、一七号参照。

(4) 本稿を執筆するにあたり、特に、下山英二『人権の歴史と展望』法律文化社、一九七二、『ジュリスト』五三八号『健康権』をめぐって、佐藤進『社会福祉と行政財政論』誠信書房、一九八五、から多くの示唆をえたことを付記しておきたい。もっとも、本稿についての責任はもとより私にある。

(5) もっとも、甲乙間に締結された「A区心身障害者等福祉タクシー委託契約」一条は「甲は……福祉タクシー利用券を発行し、乙に所属するタクシーに使用することができる」と定めており、甲の丙に対する、乙の丙に対する関係は明らかではない。即ち、この条文を文字どおりに解するならば、当事者が契約をどのようなものとして理解しているかは明確ではなく、代金清算契約と断定することも困難となる。このことは、行政当局がサービス事業を実施していくうえで、契約書の作成は、少なくとも委託の内容・契約の性質が、契約当事者のみならず、利用者にも明確にされる形でなされなければならないことをも示している。

(6) 室井力「要項に基づく補助金申請と不作為の違法確認訴訟」『判例時報』九二二号、一四二頁。

(7) 進学奨励金等不作為の違法確認請求事件、福岡地裁昭五二(行ウ)一一二号一九七八・七・一四『判例時報』九〇九号、二七頁。

(8) 前掲「在宅福祉サービスをめぐる法的問題に関する調査研究」二三頁。(安達和志報告)

(9) 原野翹「条例の制定過程と適正手続」四九頁、『都市問題研究』三四卷六号。

- (10) 兼子仁『行政法総論』二四六頁、筑摩書房、一九八三。
- (11) 同 二六五～六頁。
- (12) 同 二六六頁。
- (13) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』弘文堂、一九七九、四六頁。
- (14) 広島地裁一九七一年六月二四日判決『判例時報』一〇二二二号
- (15) 下山英二「国家賠償責任に関する理論的問題」『法律時報』五三卷八号、七七頁。
- (16) 前掲 下山「国家賠償責任に関する理論的問題」八〇頁以下。
- (17) 前掲 兼子『行政法総論』三六頁。
- (18) 安田火災記念財団叢書一七号、昭和五五年度版Ⅳ「自動車保険の変遷とその法律上の問題―自賠責保険を中心として―」三八頁。財団法人安田火災記念財団。以下運行に関する記述は、断りなきかぎり同書による。
- (19) くわしくは、前掲「自動車保険の変遷とその法律上の問題」三九頁参照。
- (20) 湯浅道男「山岳遭難とリーダーの法的責任」『法律時報』五六卷七号、一二二頁。
- (21) 券の使用が一回の乗車につき一回に制限されているとすれば、B区の場合、タクシー会社は、基本料金相当額さえ、実費弁償されるわけではない。一〇〇円というのは、この点への配慮もあるのではなからうか。
- (22) 新宿身障明るい街づくりの会編集『障害者の移動の権利』二〇頁参照。
- (23) 同二九頁。
- (24) B区は「一回につき一枚」という実施基準を定めており、券にも注意がきをしていた。「券の注意がきを一時削除し、またいた」というのが実状」(朝日新聞、昭和五九・四・二二(木))と報じられている。
- (25) ①「医療過誤紛争をめぐる諸問題」④『法曹時報』二六卷二号 二七七頁。
 ②西原道雄「保険診療契約の当事者」別冊ジュリスト『社会保障判例百選』七三頁。
 ③野田寛『医療事故と法』新有堂、九九頁、一九八二。
- (26) 前掲『法曹時報』二六卷二号、二七七頁。
- (27) この点に間接的に関連するものとして、学説は学童保育国家賠償請求事件―東京地裁一九八〇・一・二九判―にふれて、「学童保育クラブの指導員は、学校教育における教師と同様、学童保育の専門家として職務上当然に万全の注意義務を払わなければならない。この万全の注意義務とは、単なる『善良な管理者の注意義務』よりもたかいもので、いわば善管注意義務を指している」とのべていることを指摘しておきた

- い「上井長久」判例研究学童保育クラブでの負傷事故責任」『季刊教育法』四二卷上）
- (28) 桑原昌宏「労基監督権限不行使と職業病国家賠償」『労働判例』一九八三年五月一日（四〇三号）
- (29) 米山隆「運送人の安全配慮義務」『現代契約法体系』七所収 七六頁、一九八四年。
- (30) 前掲 室井『現代行政法の原理』三一八頁以下。
- (31) ただし、移送サービスにおいては、利用者も自賠責法の運行供用者となり、利用者に過失（運転ボランティアに誤った指示を与えた等）があれば過失相殺される余地もでてくる。高知地判、一九七二・三・九、判タ二八三号、一八七頁。
- (32) 原竜之助『公物營造物法』〈新版〉二一八頁、一九七四。
- (33) 小川政亮『社会保障権と福祉行政』ミネルヴァ書房、二二二頁、一九七四。
- (34) 石橋操「社会福祉事業団構想しその新展開と社会福祉施設の合理化」月刊『自治研』一九七二・八、前掲 小川『社会保障権と福祉行政』二四一頁の引用による。
- (35) 小川政亮『社会事業法制』ミネルヴァ書房、一八二頁、一九七三。
- (36) E区ミニハンディキャップ運営補助事業要綱によれば、この補助の対象となる経費は、ミニキャップの運営に必要な経費とされ、ミニキャップの貸与自体は、補助事業からストレートにでてこない。ミニキャップの貸与は、要綱として位置づけられる「Eミニキャップ区民の会会則及びそれに基づく細則」によってはじめて具体化されている。区民の会が補助をうけたことにもない、右のような行政措置がなされたものと思われるが必ずしも明確ではない（ミニキャップは区所有の公の營造物。公の營造物の管理委託は認められるかに関連して問題となろうとみられる）。
- (37) 「委任に基づかない規則による規制について補助金交付の相手方を拘束するか否かに関し疑問が提起されるかもしれないが拘束力を肯定しておきたい」原田尚彦・兼子仁共編『自治体行政の法と制度』三四六頁、一九八〇。
- (38) 阿部金隆「行政の危険防止責任その後（一）」『判例時報』一〇〇二号
- (39) 県が市町村の海水浴場に補助金を支出するための条件として定めていた海水浴場に関する要綱で、人口蘇生器をおくことが求められていたことは、人口蘇生器も海水浴場の安全を担保するため通常必要なものとみる一つの要件と考えられるかもしれないといった趣旨の指摘もある。前掲 阿部「行政の危険防止責任その後（三）・完」『判例時報』一〇〇七号、一五〇頁。
- (40) 前掲 原田・兼子『自治体行政の法と制度』三三九頁。
- (41) 碓井光明「地方公共団体の補助金交付をめぐる法律问题」（上）『国家学会雑誌』五六卷八号、三二頁。
- (42) 前掲 碓井「右に同じ」（下）、三九頁。

(43) 橋本宏子「『行政改革』と福祉問題」『法律時報』五五卷三号、同「アメリカにみるソーシャル・サービスの実現過程」『資金と社会保障』八六五号、(一九八三年五月上旬)。

(44) 東京都福祉局「在宅福祉サービス活動をめぐる法的问题に関する調査研究」五九年九月、二二頁。(安達和志報告)

(45) 阿部泰隆「行政の危険防止責任その後(一)」『判例時報』一一〇一号、一四四頁。

(46) 前掲 野田「医療事故と法」二九頁。加藤乾「注釈民法」三九六、三九七頁。

(47) 時の判例『ジュリスト』七四四号、七〇頁。

(48) 前掲「医療過誤紛争をめぐる諸問題(三)」四六、五一頁。

(49)(50) 前掲「行政の危険防止責任その後(三・完)」一五三頁。『判例時報』一一〇七号。

(51) 前掲 兼子「行政法総論」三六頁。

(52) 梶井教授は、施設についてであるが、「施設上の収容能力が全く存在しないとみられる場合には、施設の拡充を法的に請求する手段を欠くし、不認可処分取消を求めても、実際上の利益実現の余地がないとすると、結局すでに発生している社会福祉措置請求権が、その実現を国の懈怠により阻害されたことを理由に、国家賠償の請求を求める以外、法的救済方法はないだろう。」とのべている。右のような実情をみた場合、興味深い指摘と考える。

梶井常喜「社会保障法」総合労働研究所一九七一年、一〇二頁。

(53) 「座談会・隣人訴訟と法の役割(上)」『ジュリスト』七九三号、一七頁。

(54) 「地方公共団体をめぐる契約関係判例研究」『地方財務』三五〇号、八二頁。

(55) 星野英一・青山善充対談「隣人訴訟と法学教室」四〇号、一九八四年一月『判例時報』一〇八三頁。

(56) 津地裁判決、一九八三年四月二二日確定。

(57) 前掲 室井「現代行政法の原理」三一八頁。

(58) 前掲 室井「現代行政法の原理」三一九頁。

(59) この点にも問題は残ろう。委託というパターンをとっていないにせよ、包摂は実質的な委託ともいえる。

(60)(61) 前掲 兼子「行政法総論」二六六頁。

(62) 前掲 下山「国家賠償責任に関する理論的問題」七七頁。

(63) 職業安定法三二条一項は、有料の職業紹介事業を禁止している。ただし、美術、音楽、演芸、その他特別な技術が必要とする職業は、労働大臣の許可をえておこなう場合にはこの限りでないと定める。これを受けて、職業安定法施行規則二四条は、別表第二においてこれに該当す

る職業をあげており、家政婦紹介はその一つとされる。

(64) また、各区市町村の要綱の中には、関係機関（保健所、福祉事務所、民生委員等）との連携を規定しているところもあり、予防行政における行政機関相互の連絡調整が要請されてきているが、在宅サービスに従事する者の健康状態の把握についても、関係機関の具体的な連携のあり方が課題である。

(65) L区老人家庭家事援助者派遣事業取扱要領五は、要綱五のサービスについて、さらにくわしく規定し、その中で、専門的知識・技術が必要な介助は含まないとする。東京都世田谷区老人家庭家事援助者派遣事業取扱要領では「生計中心者」とは、利用者の属する世帯を事実上主とし、生計維持の中軸となる者とする。

(66) 青木宗也・室井 力・中山和久・竹下英雄編『自治体における民間委託・臨職の法的検討』総合労働研究所、二二八頁。一九八二