

とくに、痴呆の高齢者や知的障害者で年金資産等を持つ場合には、その財産保護が重要な課題となる。このとき、問題を複雑かつ微妙にするのは、親族やサービス提供事業者・施設が必ずしも高齢者や知的障害者の利益のために行動するとは限らないということである。したがって、高齢者は知的障害者の自立を図りつつ、その保護を図っていくかを考える必要がある。

もう一つは、成年後見制度と福祉サービスとの関係である。契約方式への移行に伴い、行為能力の低下・喪失した高齢者、行為能力のない知的障害者は、法的に厳密に言えば、福祉サービス利用契約の締結について、成年後見人を選任する必要がある。また、この契約に伴う様々な処分行為についても、厳密には、成年後見人が関与する必要がある。しかし、少なくとも現在までのところ、成年後見制度が十分に活用されているとはいえない。また、成年後見制度と社会福祉サービスの法制度との間の連携に関する制度設計も、必ずしも十分に練り上げられているとはいえない状況にある。しかも、社会福祉法にもとづく、福祉サービス利用援助事業(地域権利擁護事業)も他方で存在し、成年後見制度との関係は錯綜した状況にある。この点、一部の地方公共団体では、福祉サービス利用の援助と成年後見制度とを総合的に結びつける試みも行われ始めている。こうした試みの実績等も調査し、かつ比較法的な考察も踏まえて、福祉サービス利用契約の締結と履行に関する高齢者・知的障害者の保護の総合的な仕組みのあり方を検討することが必要である。

D 健康危険情報

本研究にかかる健康危険情報は無い。

E 研究発表

研究計画の初年度ということもあり、今年度は、本研究の成果として発表に至ったものはない。

F 知的財産権の出願・登録状況

研究の性格上、知的財産権の出願・登録にかかるものはない。

2. ドイツの社会福祉サービス利用契約をめぐる諸問題

丸山絵美子 専修大学法学部助教授

研究要旨

本研究計画全体のテーマに関する文献・資料の収集、およびドイツでの研究者および障害者福祉サービスに関わっている実務家からの聞き取り調査を実施した。これらの研究活動を通して、主として、ドイツ介護保険および福祉サービスの制度におけるサービス利用契約の法的特質等について、最近の動向を含めた検討を行った。さらに、この調査および文献・資料の検討にもとづき、わが国の福祉サービス利用契約をめぐる法的論点についても検討を加えた。

A 研究目的

本研究は、第1に、わが国でもしばしば参照されるドイツ法について、文献・資料等の収集等を行い、その検討を試みるとともに、実際にドイツに赴いて、主として民法との交錯という角度から福祉サービス利用契約について研究をしている現地の研究者、および障害者福祉サービスに関

して活動をしている実務家から聞き取り調査を行うことを目的とする。第2に、上記の研究活動をもとに、わが国の社会福祉サービス利用をめぐる契約等の問題について、主として民法の観点から検討を加えることを目的とする。

B 研究方法

本研究で用いた研究方法は、総括報告書にもあるように、法学・比較法学のオーソドックスなものである。すなわち、①わが国およびドイツの民法・消費者法、社会福祉サービス法等に関する基礎的な文献・資料の収集、②わが国の介護保険・支援費制度、とくに福祉サービス利用契約や福祉サービス提供の仕組みに関する政策の動向についての実務家・行政担当者からの聞き取り調査、③主任研究者・分担研究者・研究協力者による研究会を開催しての論点の析出や分析視角に関する議論、という方法を採用している¹⁾。

(1) 研究会には、主任研究者および他の分担研究者・研究協力者も出席し、議論を行った。したがって、これまでの分担報告書と同様に、本報告書の内容については、主任研究者や他の分担研究者・研究協力者の示唆等が反映されている。

C 研究結果、考察および結論⁽¹⁾

1. はじめに

今回の海外調査においては、日本において社会福祉サービス利用契約に関して問題となり得る点を中心に、ドイツの法状況について調査し、インタビューを行った。以下では、ドイツで訪問した機関について説明した後に、論点毎に、日本の問題状況、ドイツの状況を対比させて検討を試みる。

2. 調査の概要

ドイツのゲッティンゲン大学及びマールブルクのレーベンスヒルフェにおいて、社会福祉サービス利用契約に関し、インタビューと資料収集を行った。

① ゲッティンゲン大学 (Prof.Dr.Volker Lipp らへのインタビュー)

ゲッティンゲン大学における今回の調査では、老人ホーム契約や介護サービス契約締結時におけるサービス受給者の能力にかかわる問題を中

(1) 本研究の性格上、様式 A-1(4)の「総括・分担報告書参考例」のように研究結果、考察、結論を分けて記述することには依りがたいので、本報告書では、研究結果、考察および結論を一括して記述する。

心に、インタビューを行った。具体的には、1992年から施行されているドイツ世話法の現状及び最近の改正、日本の問題状況への意見などを述べていただいた（ドイツ世話法は、日本でいう成年後見制度の類似の制度である）。

② レーベンスヒルフェ(Lebenshilfe)におけるインタビューと資料収集

レーベンスヒルフェにおいて、ドイツホーム法や介護制度に関してインタビューと資料収集を行った。レーベンスヒルフェとは、知的障害者やその家族の福祉のために活動する団体である。宗教色や政治色はなく、その目的は知的障害者の福祉の向上とその家族への支援にある。レーベンスヒルフェは、知的障害者の福祉の向上という目的を達成するために、法的条件や社会的条件が整備されるよう国や国民に働きかけ、また知的障害者のためのサービス自体も提供している。知的障害者、その家族、専門家、ホーム経営者で構成される自助団体であり、現在約130,000（13万）の会員がいる。もともと、知的障害者の親が中心となって、専門家の助力を得ながら、1958年に設立された団体である。その後、統合拡大発展をとげ、ドイツ国内に活動拠点をもつに至っている。まず地方支部は施設やサービスの担い手が所在し、知的障害者とその家族のために、初期教育施設、幼稚園、保育所、特殊学校、職場、成人のための教育助言施設、スポーツ・遊技・余暇のイベント、グループホーム、移動サービス、家族へのケアなどが提供されている。1616の州支部は、州の政策や行政、制度に関して知的障害者の利益を代弁した活動を行っている。マールブルクの中央機関は、事務の統括や法律・政策問題などを扱っている。知的障害者のための施設自体はここには存在しない。95

名程度の職員が活動しており、事務職員として成人の知的障害者も働いている。この中央機関は、国策レベルでの活動、たとえば、外部の専門家とプロジェクトチームをつくり提言を行うなど、国の立法や政策決定にかかわる活動をしている。レーベンスヒルフェの資金源の大部分は、国からの資金援助によっている。その他、個人や企業からの寄付金を随時募っている状況にある。メンバーの年会費自体は低額である。知的障害者に対する各種サービスの対価は、障害の等級に応じて自己負担はあるものの、多くは保険の支給によって賄われている。リハビリテーションや成人の教育は保険対象外であり、資金不足が問題となっている。レーベンスヒルフェは出版活動も行っており、定期的に雑誌や新聞を発行し、冊子や本なども出版している。

レーベンスヒルフェとは以上に説明したような団体であるが、ドイツでは、レーベンスヒルフェの他にも、福祉を目的とする公益団体やキリスト教団体が多数存在し、老人ホームの経営などを行っている。

3. 社会福祉サービス利用契約を巡る諸問題～民法的観点から

以下では、日本における社会福祉サービス利用契約をめぐる問題に即してドイツの法状況やインタビューにおける見解を紹介していくことにする。

(1) 契約締結時の問題～契約主体とサービス受給者の意思能力

(a) 日本における問題状況

社会福祉サービス利用契約の締結に関しては、未成年者による契約締結も問題となるところであるが、以下では、財産権保護の観点で問題の多い老人による介護契約締結の場面に焦点をあてて検討を行う。

成人である要介護者が介護サービスを利用契約に基づき、サービスを受給しようとする場合、二つのケースを想定することができる。

第一のケースとして、1)要介護者には意思能力（契約締結能力）があり、かつ成年後見制度も利用していないというケースを挙げることができる。

この場合、要介護者たる成人自身が契約を締結することに何ら問題はない。また自身で契約を締結せずに、家族などに代理権を付与して契約を締結してもらうことも本人の自由である。その他、家族などが自分のために締結してくれた契約（第三者のためにする契約）から受益し、場合によってはその費用を家族に支払うということも本人自身の判断でなし得る。但し、老人の場合、契約締結能力があると判断されたとしても、なお、契約内容の理解能力が通常人よりも劣るという可能性がある。この問題は、情報提供と理解能力の問題、又は不当な契約条件の規制の問題に接続することになる。

第二のケースとしては、2) 要介護者に社会福祉サービス契約を締結するための意思能力がないケースが考えられる。

意思能力とは、自己の行為の法的な結果を認識・判断することができる能力（四宮＝能見『民法総則第5版増補版』33頁（弘文堂、2001年））のことであり、およそ7歳程度の知的判断能力が目安とも言われる（山本敬三『民法講義I総則』36頁（有斐閣、2001年））が、

意思能力の有無は行為の種類ごとに判断されるものであるので、複雑な取引においては意思能力がないと判断される人でも、単純な取引では意思能力ありと判断されることがあり得る。意思無能力による法律行為の無効は、民法には規定のない法理であるが、判例・学説により認められている。したがって、ある取引をした際に意思能力がなかったと認定されれば、その取引は無効と評価されるが、現在の通説は、伝統的通説と異なり、意思無能力を根拠とする無効は相対的無効であり、これを主張できるのは意思無能力者の側だけであると考えている。

さて、契約締結時点で意思能力がなければ、自分自身で契約を締結することは法理論上は不可能であるし、代理人の選任行為自体（通常は委任契約の締結を基礎とすると考えられている）も通常はできないと考えられる。したがって、成年後見制度を利用して、審判を受け、成年後見人などの法定代理人が、制限能力者である本人を代理して契約を締結する必要があることになる。後見人などの代理人が契約を締結した場合、制限能力者自身が契約当事者となり、対価の支払い義務は制限能力者が負う。実際には、代理人が財産管理の一貫として支払いなどの手続きをすべて行うことになるろう。

問題は、日本では、成年後見制度が利用されていないという現状がある点である。

サービス提供を受ける成人自身に意思能力が備わっていないが、成年後見制度を利用せずに、家族などが契約を行う場合、契約書に家族が勝手に契約者の欄に本人の名前を書き、代理人欄に自分の名前を書いたとしても、法的には、先に述べたように、成年後見制度を利用しない限り、家族が代理人となることはない。そこで、厚生省から出ている文書などに、介護サービス契約について、家族が「第三者のためにする契約」を

締結することも可能といったことが書かれている。そこで、この点について、ドイツで行ったインタビューにおける Lipp 教授（世話を専門とする研究者）の見解を参考にしながら検討を加えることにしよう。

(b) ドイツ法

① 世話制度の利用について

まず、ドイツにおけるインタビューによれば、日本とは異なり、ドイツでは、日本の成年後見制度に対応する世話制度がかなりの数利用されている。被世話人（被世話人とは保護を受ける人）の数は、現在、約 100 万人であり、その他、日本の任意後見制度に類似の制度である高齢者配慮代理権（168 条、672 条）が付与されている例もかなりあるということである（被世話人の数については、レーベンスヒルフェの職員の方からも、1992 年の世話法改正前の 25 万人という数字から 100 万に増加したというコメントを頂いている）。

ドイツでは、基本的には法定代理権をもつ世話人が選任される世話制度が積極的に利用されることから、成年後見制度が利用されない日本とは契約締結時の問題に関して出発点の状況が異なっているということになる。ドイツのかかえる問題としては、むしろ、世話人（法定代理人）が足りない状況にあり、適切な世話人が存在しない場合、職業的な世話人、例えば弁護士などが世話人に選任されることになるが、職業的世話人は費用が高いということが挙げられる。すなわち、被世話人がこの費用を支払うことができない場合には、世話人の報酬は国庫から支出されることになるので、世話制度に関連する財産難の発生が問題となっている。

また、世話人の選任や監督には後見裁判所があたることになっているが、多くの若手裁判官は世話人の選任や指導について適切な判断ができないケースが多く、このような状況が問題視されているということである。稀なケースではあるが、世話人として金銭をもらうためにこの制度が濫用されている場合もあるということである。但し、このような問題はあつたものの、1992年改正以前の状況に比べて現行の世話法は非常に良く機能し、財政的問題を抱えるほどに利用されているということである。したがって、ドイツの状況としては、能力などが劣つた場合には、世話制度が積極的に利用され、世話人には必要な範囲で代理権が付与されるので、契約締結の場合に日本のような「第三者のためにする契約」といった議論は、殆どなされていないと言えそうである。

以上からすれば、ドイツでは日本の成年後見制度に対応する世話制度が活発に利用されていることになるが、実は、ドイツでは最近、世話制度の利用促進とは相反するような法改正が2002年7月23日に行われている。この改正において、社会福祉サービス利用契約との関係で問題となるのは、ホーム法5条12項、8条10項、社会法第9章138条5項である。この改正によって、契約締結時に、世話人が任命されていなかったが、実は、ホーム入居者などに契約時に意思能力がなかったことが発覚したケースを想定した規定が導入された。新规定では、たとえば、契約締結時に無能力であったとしても、契約締結後これまで行われてきた給付に関しては、対価関係が適切である限りで、有効なままとなる。つまり、ホーム契約や知的障害者の労働契約に関しては無効として清算関係に移行させるという処理は生じないものとされたのである。そして、精神障害者や知的障害者側は、将来に向けて、自己の無能力を理由に、契約を解約告知できるが、ホームや職場の経営者側は重大事由がある場合

に解約が制限されるという規定も同時に設けられている。

Lipp 教授によれば、契約締結ができないほどの精神障害のある者は、現実問題として、自分自身でホーム入居契約や労働契約を締結することはできないはずであり、結局、この規定は、家族や社会福祉サービスによる「事実上の世話 (faktischen Fürsorge)」を容認するもののように思われるということであった。そして、Lipp 教授によれば、この新规定は、ホームへの軽率な移送を裁判所のコントロールを受けた世話人によって防止するというドイツ民法 1907 条世話法の趣旨に反するものであり、結局、職場や入所後の様々な法律行為を判断するためには世話人の選任が必要となるだろうということであった。

このような法改正から伺えるように、ドイツにおいても、家族や福祉サービス関係者が、無能力者の契約締結を、事実上行ってしまうという例は皆無ではないということになる。しかし、そのような事例に対して、行政的規定が中心となっている社会法やホーム法で民事ルールを設定し対処策を示しておこうとする姿勢が注目される点である。

② 第三者のためにする契約という法的構成について

次に、無能力者のために行われる契約を第三者のためにする契約として評価することについて、Lipp 教授の意見を伺ったところ、以下のよう指摘がなされた。

ドイツの第三者のためにする契約も、日本民法と同様に、第三者に債権を取得させる契約を意味する。異なる点としては、日本では受益の意思表示が取得要件となっているのに対し、ドイツでは、第三者は権利取得を拒絶する権利をもつという形になっているとが挙げられる。Lipp

教授によると、第三者のためにする契約として捉えることは、理論のための議論であって、現実的ではないように思われるということであった。まず、第三者のためにする契約は、債権を第三者に与える契約を指すのであるが、ここで受益者の立場に立つ精神障害者や知的障害者、要介護者は、意思無能力であるのだから、たとえ請求権が与えられても、それを適切に行使することはできないはずである、という。また、ここで要約者の地位に立つ家族などが契約当事者となり対価支払い義務を負うことになるが、実際の費用が受益者の財産から出るというのであれば、受益者の財産から、要約者に費用を支払う権限を誰がもっているのか問題となる、という。とくに、受益者の財産が銀行にある場合、代理権の存在を証明できない者に、ドイツの銀行は払い戻しをしたりせず、公的ホーム（施設）なども代理権の確認をすることははずであるということであった。

(c) 日本法の問題状況の検討

日本の法制度の問題に戻ろう。

日本民法で「第三者のためにする契約」と言えば、諾約者が要約者との間で、受益者に対して債務を負担することを約束する契約である。例を挙げれば、保険契約において、保険契約者である要約者が死亡したときには、諾約者は、受益者に保険金を支払う義務を負うというような契約をさす。要約者・諾約者間に契約が成立し、その契約内容において、第三者に権利を直接取得させることが含まれることが必要となるが、民法 537 条 2 項によって第三者の権利取得は第三者による受益の意思表示が停止条件となっている。

まず、意思能力のない要介護者のために家族が締結する契約を、第三者のためにする契約と捉えることに関して問題となり得るのは、この場合の第三者のためにする契約というものが民法にいう第三者のためにする契約をさしているか否かということ、である。また、民法の第三者のためにする契約と捉えた場合、受益者は受益の意思表示をする必要があるので、契約締結能力のない要介護者がこれをなしえるかが問題となる。あるいは社会福祉サービス契約を締結する能力はなくても、「受益の意思表示」をする程度の意思能力があるというケースもあり得なくはないが、障害の程度が重ければ受益の意思表示も無理と判断されることになろう。また、民法上の真正の「第三者のためにする契約」は今述べたような受益の意思表示を停止条件とし、あくまで受益者に請求権を与える契約であるが、要約者に請求権がとどまり受益者は事実上給付を受けるにすぎない「不真正・第三者のためにする契約」といったものを観念することも可能であるが、厚生省のいう「第三者のためにする契約」とはどちらを念頭としたものかはっきりしないことを指摘できよう。

さらに、Lipp 教授が指摘してくれたところから言えば、成人になってから要介護状態になったケースでは、成人には財産や年金があるので、受益者の財産からサービスの対価（自己負担分）が支払われるといったことが事実上行われることがある。しかし、そのような財産管理は契約締結時に受益者たる要介護者には意思能力がない以上、本来、成年後見制度の利用なしには行い得ないものである。また、介護保険は本人給付を前提とするが、家族と介護サービス業者との契約に基づく家族の債務が本人給付によって弁済されることについて、介護保険法上、法律上の基礎付けがあるかも問題となる（ドイツでは、介護給付は本人への金銭給付も選択できるので、本人の財産管理の問題は常に伴ってくるから、

代理権は不可欠と考えられることになる)。

以上をまとめると、

まず第一に、「第三者のためにする契約」を持ち出すときには、「請求権の取得」「受益の意思表示」といったことを前提とする「民法の第三者のためにする契約」が語られているのか否かが不明確であること、第二に、本人給付であることと第三者のためにする契約構成は矛盾しないのか、民法でいう第三者のためにする契約を指している場合、受益の意思表示を本人はなし得ないのでへないか、といった問題があること、第三に、自己負担分などについて要介護者の財産から支弁するときは財産管理権がない者による支払いは法律上正当化されないこと、が問題となる。

結局、理論的には、第三者のためにする契約構成には問題が多いということができ、社会福祉サービス締結時に能力や代理権限のチェックを行い、契約締結時に後見制度の利用の方向に義務的にもっていくか、成年後見制度利用に問題があるのであれば、この制度と矛盾するとしても、契約締結権限について社会保障法独自の実体法的基礎付けが準備されたほうがよいのではなかろうか。

(2) 契約内容の規制

(a) 法律による特定契約の内容規制

① ドイツ法

ドイツでは、周知の通り、ホーム法が存在し、その多くの規定は行政

的規制であるが、私法的な規制も含まれている。ホーム法の規制対象となるホームは、営利・非営利を問わず、老人や障害のある成年者を長期に渡り収容する施設である。在宅介護については、ホーム法のような契約内容に介入する実体法的（私法的）な規定は今のところ殆ど存在しない。ドイツのホーム法については、1990年改正までは条文や内容を紹介する文献が日本に存在するが、1997年改正、2001年改正、2002年改正までフォローしている文献は今のところみあたらない。1997年度以降、とくに今回ドイツにおいて資料収集することができた2002年改正を中心にホーム法を紹介しておこう。

当初、ホーム法の監督は営業法に基づいて行われており、州の権限によって経営開始後の事後規制（居室規制や職員規制）は可能であるが、許可制度はとられていなかった。1970年頃、メディアによってホームの問題が取り上げられ、国が居住者保護のための法制を検討し始めた。1そして、974年8月7日に、①ホーム法 Heimgesetz = Gesetz über Altenheim, Altenwohnheim und Pflegeheime für Volljährige von 7.8.1974 (BGBl I S. 758)が制定された。当時のホーム法は監督法つまり監督権限や命令罰則などについて定める法律であった。その後、1990年にホーム法は最初の改正を受けることになる② das Erste Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 22.4.1990である。このときの改正内容と条文は日本でも紹介文献が比較的多くある。その後も、介護保険法施行の際の調整のための改正が1994年に行われたが、1990年改正後の大きな改正としては1997年改正③ das Zweite Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 3.2.1997(BGBl I S.158)を挙げることができる。このときの主たる改正内容は、短期入所介護：Kurzzeitpflege（ショートステイ、デイケア、ナイトケア）をホーム法適用領域へ取り込むこと、許可制度の廃止し開業規制は行政指導

で行うようにすること、である。しかし、この改正によっては、ホーム利用者の増加、入居者における要介護者の増加、重度要介護者の増加という社会の変化に対応できないとして、社会法第 11 章（介護保険法）とホーム法のさらなる適正化を内容とする刷新が必要と考えられた。そこで、2001 年にホーム法はかなり大幅な改正を受ける。この時の改正の目的は、入居者・設置者の適正な利益調整、入居者保護の強化、にある。主たる改正点としては、契約の透明度を高めるために、ホーム契約書面における費用の明示などが義務づけられたこと（介護サービスについては社会法の改正によって書面や介護金庫への書面提出が義務づけられた）、ホーム協議会の役割が拡大されたこと、ホーム監督庁の監督権限が強化されたこと（予告なしの監査、ホームにおける医療サービスに瑕疵があった場合の介護報酬削減権限など）、入居者からの解約告知期間の短縮、などである。その後も、2002 年 7 月に、先に述べた契約締結時に無能力であった場合に対処する特別規定を導入する改正が行われている。

インタビューでは、Lipp 教授も、レーベンスヒルフェの職員の方も、ホーム法が果たしている役割に対する評価は高かった。私法的規制に関して、契約自由や合意は拘束するの原則に反するかにみえるホーム法の規制は、いかに正当化されるかという質問に対し、ヘルマン氏（レーベンスヒルフェ）は、契約当事者の非対等性、とりわけホーム契約の場合、老人は、ホームに頼らざるを得ない立場にあることも多く、国の使命としてこのような介入が許される、と説明してくれた。ホーム法のような規定は在宅介護については存在しないが、ヴェント氏（レーベンスヒルフェ）によると、ホーム法 8 条のような適切な対価に関する規定がないため、在宅介護の報酬は割高になっており問題があるということであっ

た。

② 日本の問題状況と検討

日本においても、とくに有料老人ホームに関して、契約解約時の解約金、申込金、対価関係は、従来から問題となってきたものである。私法実体的に對価関係をコントロールし、適切な告知期間に拘束を制限することは、信義則や公序良俗の一般条項に委ねていたのでは難しいと言える。日本では、公的規制や行政指導は存在するであろうが、その違反が即私法的効力否定につながらないとすれば、解約権や違約金の規制については特別の私法的ルールがあったほうが望ましい。もちろん、これらの問題はすべて消費者契約法で対応できる問題であるが、受給者の状態を考えると一般条項的なものよりも、この契約に即した明確な規定が置かれていた方が望ましい。また、社会福祉サービス受給者はサービスの受給が不可欠の状況に置かれ、必需品としてのサービスを購入していることから、一般の消費者契約よりも厚い保護が与えられて良いということも特別規定制定の理由となろう。介護用品や介護サービスなどについてのクーリング・オフ規定的なものも準備されてよいのではなかろうか。

ドイツが公法私法のコンビネーションで契約のコントロールをしているように、公的規制でどこまで行い、特有の私法規制が必要なのはどの領域かを検討する必要があると言えよう。

(b) 民法・消費者契約法による不当条項規制

で行うようにすること、である。しかし、この改正によっては、ホーム利用者の増加、入居者における要介護者の増加、重度要介護者の増加という社会の変化に対応できないとして、社会法第 11 章（介護保険法）とホーム法のさらなる適正化を内容とする刷新が必要と考えられた。そこで、2001 年にホーム法はかなり大幅な改正を受ける。この時の改正の目的は、入居者・設置者の適正な利益調整、入居者保護の強化、にある。主たる改正点としては、契約の透明度を高めるために、ホーム契約書面における費用の明示などが義務づけられたこと（介護サービスについては社会法の改正によって書面や介護金庫への書面提出が義務づけられた）、ホーム協議会の役割が拡大されたこと、ホーム監督庁の監督権限が強化されたこと（予告なしの監査、ホームにおける医療サービスに瑕疵があった場合の介護報酬削減権限など）、入居者からの解約告知期間の短縮、などである。その後も、2002 年 7 月に、先に述べた契約締結時に無能力であった場合に対処する特別規定を導入する改正が行われている。

インタビューでは、Lipp 教授も、レーベンスヒルフェの職員の方も、ホーム法が果たしている役割に対する評価は高かった。私法的規制に関して、契約自由や合意は拘束するの原則に反するかにみえるホーム法の規制は、いかに正当化されるかという質問に対し、ヘルマン氏（レーベンスヒルフェ）は、契約当事者の非対等性、とりわけホーム契約の場合、老人は、ホームに頼らざるを得ない立場にあることも多く、国の使命としてこのような介入が許される、と説明してくれた。ホーム法のような規定は在宅介護については存在しないが、ヴェント氏（レーベンスヒルフェ）によると、ホーム法 8 条のような適切な対価に関する規定がないため、在宅介護の報酬は割高になっており問題があるということであっ

た。

② 日本の問題状況と検討

日本においても、とくに有料老人ホームに関して、契約解約時の解約金、申込金、対価関係は、従来から問題となってきたものである。私法実体的に對価関係をコントロールし、適切な告知期間に拘束を制限することは、信義則や公序良俗の一般条項に委ねていたのでは難しいと言える。日本では、公的規制や行政指導は存在するであろうが、その違反が即私法的効力否定につながらないとすれば、解約権や違約金の規制については特別の私法的ルールがあったほうが望ましい。もちろん、これらの問題はすべて消費者契約法で対応できる問題であるが、受給者の状態を考えると一般条項的なものよりも、この契約に即した明確な規定が置かれていた方が望ましい。また、社会福祉サービス受給者はサービスの受給が不可欠の状況に置かれ、必需品としてのサービスを購入していることから、一般の消費者契約よりも厚い保護が与えられて良いということも特別規定制定の理由となろう。介護用品や介護サービスなどについてのクーリング・オフ規定的なものも準備されてよいのではなかろうか。

ドイツが公法私法のコンビネーションで契約のコントロールをしているように、公的規制でどこまで行い、特有の私法規制が必要なのはどの領域かを検討する必要があると言えよう。

(b) 民法・消費者契約法による不当条項規制