

20030060

厚生労働科学研究費補助金

政策科学推進研究事業

福祉契約と利用者の権利擁護に関する法学的研究

平成15年度 総括・分担研究報告書

主任研究者 本澤 巳代子

平成16（2004）年3月

目 次

I. 総括研究報告	
福祉契約と利用者の権利擁護に関する研究	1
本澤巳代子	
（資料1）	
福祉契約研究会報告レジュメおよび資料	38
（資料2）	
介護保険の契約書に関するアンケート	77
（資料3）	
日本社会保障法学会秋季大会レジュメ集	82
II. 分担研究報告	
1. 福祉契約と成年後見制度・福祉サービス 利用援助事業に関する研究	115
新井 誠	
2. 福祉契約の法関係と公的責任に関する研 究	121
秋元美世	
3. 福祉契約に基づく事業者と従業者の責任 をめぐる問題に関する研究	125
品田充儀	
（資料）介護保険サービスと消費者保護	
4. 福祉契約の法的関係と医療契約に関する 研究	137
小西知世	
（資料）福祉契約の法的関係と医療契約	
III. 研究成果の刊行に関する一覧表	162
IV. 研究成果の刊行物・別刷（別途添付）	

厚生労働科学研究費補助金（政策科学研究推進事業）

総括研究報告書

福祉契約と利用者の権利擁護に関する法学的研究

主任研究者 本澤 巳代子 筑波大学社会科学系教授

研究要旨

主任研究者および分担研究者を中心に立ち上げた「福祉契約研究会」における共同研究を通じて、①介護保険制度、支援費制度、福祉サービス利用援助事業ないし地域福祉権利擁護事業に関わる福祉契約の特性を明らかにするとともに、具体的な契約書の作成・利用にあたっては、各制度の対象者の違いに留意した対応が必要であること、②利用者の権利擁護のための制度である成年後見制度および任意後見制度の利用、とくに区市町村長申立てによる制度利用、ならびに福祉サービス利用援助事業ないし地域福祉権利擁護事業の利用を促すための施策が必要であること、③利用者の選択権保障のために公的責任による関与が必要であることが明らかとなった。研究会における研究成果は、2003年11月2日の社会保障法学会秋季大会共通テーマ・シンポジウム「社会福祉と契約」において公表した。

2002年度に東京都と共同で実施した介護保険の訪問介護事業所を対象としたアンケート調査に続き、今年度も、介護保険の訪問介護事業所および介護福祉施設を対象に契約書・重要事項説明書のサンプリング調査を東京都と共同で実施した。調査により収集された契約書・重要事項説明書について、東京都の契約書モデルとの比較検討を進めており、その中間結果からは、実際に事業所により利用されている契約書について、東京都の契約書モデルは重要な役割を果たしていることが明確になった。今後は、介護保険法の改正に対応した契約書モデルの見直しに当たって、改善が必要とされる点を明らかにしていく必要がある。

分担研究者

新井 誠 筑波大学社会科学系教授
秋元美世 東洋大学社会学部教授
品田充儀 神戸市外国語大学外国語学部教授
小西知世 筑波大学社会科学系助教授

A. 研究目的

本研究は、介護保険制度および支援費制度のもとにおける福祉契約のあり方、ならびに判断能力が不十分な痴呆高齢者や知的障害者等のための権利擁護のあり方について、民法および社会保障法の総合的観点から検討しようとするものである。

B. 研究方法

a. 福祉契約研究会における共同研究

2003年度も前年度に引き続き、主任研究者および分担研究者を中心とした社会保障法および民法の若手研究者をメンバーとして2002年4月に立ち上げた「福祉契約研究会」において、毎月1回程度のペースで研究会を開催し（合計8回、12報告）、研究会メンバーを中心に、わが国における福祉契約と権利擁護をめぐる法律上・実務上の問題点を整理するとともに、法学的観点から検討を加えてきた。

b. 介護保険の訪問介護事業所および介護福祉施設を対象とした契約書・重要事項説明書のサンプリング調査

福祉契約の実態を確認し法学的考察を行うために、前年度に東京都と共同で実施した介護保険の訪問介護事業者を対象としたアンケート調査結果を法学的観点から更に分析・検討するとともに、介護保険の訪問介護および介護福祉施設を対象とした契約書・重要事項説明書のサンプリング調査とそれに関連したアンケート調査を2003年末に実施し、東京都の契約書モデルとの比較検討を進めている。

C. 研究結果

a. 福祉契約研究会における共同研究の記録（筑波大学大学院博士課程・藤澤奈央）（各報告のレジュメは、参考資料1を参照）

（1）第10回福祉契約研究会（2003年4月26日（土）14:00～17:00）
明治大学駿河台校舎 研究棟2階第9会議室
報告テーマ：「医療契約と福祉契約への示唆」

報告者：小西知世（筑波大学）

〔報告〕

1. はじめに

社会福祉構造改革による福祉サービスの「措置から契約へ」という動きは、サービス利用者の当事者性の明確化や財政状況の安定化、サービス量の拡大を目的としている。そこで、いわゆる「福祉契約」を論ずることの必要性が出てきた。

2. 医療と福祉～非連続性と連続性

医療は病人の治療、福祉は障害者・弱者の生活援助という発想に基づいた法律上の「役割分担」が従来から存在しているが、實際上、その役割が有効に機能しうるかが問題となる。他方、「疾病と障害」、「介護と看護」という区分が実体的に必ずしも明確ではなく、医療と福祉には連続性があることを出発点に、契約という観点で両者を比較検討する必要がある。

3. 医療と契約

これまでの医療契約論は、医療過誤訴訟を前提とし、医師の責任追及を中心に議論しており、診療契約は患者保護のための概念としてのみ検討されてきた。まず、医療契約の種類は様々であるが、議論の念頭に置かれているのは主に診療契約であり、その特性は継続的契約性、診療債務の専門性等である。契約の法的性質は一般的に（準）委任契約と解せられている。また、診療契約において契約自由の原則が制限される。契約の当事者については、診療の受け手の意思能力が問題となり、諸説存在する。診療を行う側の抽象的義務は善管

注意義務であるが、具体的には診療義務、付随的に承諾取付け・説明・療養指導などの義務がある。

4. 福祉契約への若干の示唆

医療契約論の最大の欠陥は、医師と患者との関係に関する従来議論が、医療過誤訴訟をめぐる問題、とくに医師の責任追及を容易化するための法律構成に集中していたため、診療契約についても、訴訟上の患者保護のための概念としての有効性のみが検討されてきたことである。医療契約論には、契約解釈に際しての基本的なスタンス、すなわち「サービスの質と利用者の安全性の確保」が存在しない。

医療契約論の法解釈の手法として、診療契約の有する特質や内容を詳細に検討し、医療の実体を考慮した上で適切な契約論を論じることが可能となると考えるならば、契約論を論じることの意義は、第一に「法的地位（責任）の明確化」にあり、第二に「契約という手法の限界の明確化」にあるといえる。

以上の議論を参考に、福祉契約の定義や構造を明確にする必要がある。

[質疑応答]

1) 法律的な議論として、介護と看護の交錯をもっと吟味してはどうか？

→それについて規定されている法律が限られており、参考とする資料があまりないので、吟味するまでに至らないと思われる。

2) 契約自由の原則を福祉契約に取り込んだ場合のメリットとデメリットはなにか？

→措置制度では、事業者を受諾義務を課す・指定業者から外すという制裁があったが、契約自由にすると、利用者が事業者の選択をし、そのリスクを負うという点がある。

3) 主張する「責任の明確化」について、行政はどう考えたらいいか？

→契約を前提に考えれば、行政の役割は限定されるが、職務の専門性が高い場合は「倫理的責任」を考えるべき。

4) 実際に紛争が起こった場合、裁判による問題解決というのは極めて稀な解決方法であるが、福祉サービス提供に関する紛争解決方法としてはどのようなものが妥当か？

→現時点でうまく答えるのは難しいが、裁判が少ないから論ずる必要がないとは思わない。また、責任明確化の意義は裁判規範としてだけではなく、行為規範としてもあるのでは。

5) 契約論として、利用者の成熟度をふまえた契約のあり方はどうか？

→法律論として、想定する人間像が「強く賢い消費者像」から、「弱い消費者」へと変換し、消費者保護という発想がより強くなってきている傾向がある。

(2) 第11回福祉契約研究会(2003年6月21日(土) 14:00~17:00)
筑波大学大塚キャンパス G310教室

報告テーマ:「知的障害者、精神障害者、痴呆性高齢者の消費者被害と権利擁護に関する調査研究」

報告者: 木間昭子(国民生活センター)

[報告]

資料として、「知的障害者、精神障害者、痴呆性高齢者の消費者被害と権利擁護に関する

調査研究」(2003年3月 国民生活センター)が配布された。この資料に沿って報告がなされた。

1. 相談の概要

・国民生活センター及び全国の消費者生活センターに寄せられた全ての相談件数は年々増加傾向にあり、年齢別に見ると、30代から50代の相談件数に大差がないということが調査をした中での大きな発見であった。

・契約した本人は事情を説明できない場合が多く、事業者名がわからないこともあるという状態で救済が始まる。

・被害を受けたという認識がなく、満足しているように見える場合があるが、しかし本人に事情を説明すると、被害を受けたことを理解し落ち込む。

2. 消費者被害の概要

・18歳以上の人から、トラブルに巻き込まれる件数が増加する。その理由としては、それ以前は養護学校と家との往復で生活の大半が成り立っており、教職員や保護者などの保護下に置かれているからである。

・年齢や性別を問わず、アクセサリーや絵画などの「美しい物」を欲しがる気持ちを悪用する業者が多い。

・全相談の件数を見ると、年齢が上がるにつれて相談件数が減少している。これは、生活経験を積み重ねていくことで、トラブルを回避できているのだと推測される。人間関係が希薄な環境にあると被害に遭いやすい傾向も指摘される。

・70歳代の件数の推移から、70歳代の女性の相談が多く、年々増加傾向にあることが窺われる。ただし、一人暮らしの高齢者が男女を問わず被害に遭っており、女性が特に被害を受けやすいというよりも、相談件数の性比には人工の性比が反映しているとみることができるだろう。

3. 知的障害者、精神障害者の消費者被害の特徴

・被害に対して周囲がどう対処すればよいかわからず、潜在化するケースが多い。それをどうやって顕在化するかがポイントとなる。

・知的障害者の場合、障害者手帳を持っている人は全国で46万人だが、知的障害のある人は100万人いると言われている。

・特徴

(1) 障害のあることを知ったうえで販売：被害が急増しているのは、知的障害者等をターゲットにする業者が増えているからである。

(2) 被害に遭う要因：孤立しがちな点、消費生活の経験・情報の少なさ、地域住民の無理解や偏見、排外的な態度が挙げられる。

(3) 障害があることの証明：業者に障害者手帳や診断書を提示し、無条件解約に応じさせる事例が多い。障害者手帳や診断書がない場合でも、センターは、被害者の周囲の様々な人と連携し、被害を救済している。クーリング・オフや法律等の手段を尽くして交渉するが、最終的には、交渉する人の熱意によるところが大きい。

4. 知的障害者、精神障害者の相談事例

・消費生活センターは1つの事例について、判断能力や消費者契約法、クーリング・オフ等を活用して多面的な交渉をすることが少なくない。

・判断能力の面から交渉した事例…家庭訪問販売で、同じ業者に浄水器を買わされた3年前の契約も無条件解約した事例、アポイントメントセールスでアクセサリを契約させられたが、信販会社に協力を求めて無条件解約とした事例など。

5. 痴呆性高齢者の消費者被害の特徴

(1) 痴呆症、判断能力不十分であることの証明：ケアマネジャーの所見や医師の意見書・診断書が活用されている。

(2) 証明するものがない場合：痴呆症、判断能力が不十分である点や病気であることを主張する。

(3) ヘルパー、ケアマネジャー、訪問看護師等が消費者被害に気付く：介護保険制度の実施以降、介護保険利用者の被害にヘルパー等が気づき、事態が表面化するケースが急増している。

6. ヒアリング調査に見る消費者被害の特徴と問題点

・消費者被害の潜在化の要因（主に知的障害者に関して）としては、(1) 被害を受けたという認識がない、(2) 恥ずかしい、笑われる、責められたくない等と思いがちである、(3) 訴えても、相手にしてくれない、という3点にまとめられる。

・調査の結果、暮らしの安心を左右するキーパーソンの存在が明らかになった。ヘルパーや生活支援員、相談員が被害に気づいても、救済されないことや、生活環境が改善されないこともある。しかしその一方で、様々な機関と連携をとり、被害を未然に回避するよう努め、地域で信頼されている専門員や相談員もいる。

・成年後見制度の問題点としては、(1) 後見人等の供給体制が不十分であること、(2) 財産管理だけでなく、生活全般に配慮できる人が少ないこと、(3) 家庭裁判所の手続きに時間がかかりすぎること、(4) 費用負担が重く、財産が十分でない制度を利用できないこと、(5) 後見人等がいても、消費者被害に対処できるとは限らないこと、が挙げられる。

[質疑応答]

1) ケアマネジャーは具体的に何をすべきか。

→ケアマネジャー自身が問題を解決しなくてはいけないと思いき、相談できないことがある。しかし、センターに速やかに連絡し、指示を仰ぐことが必要である。

2) 「消費者被害に遭ったから、その契約を取消す」という方法をとることについて、被害者本人のプライドを傷つけずにうまく納得させるにはどうすればよいか。

→実際、騙されたことを納得させるしかない。うまく納得させて取消しても、再度業者に取り込まれて契約してしまうことがあるので、業者のネットワークよりも強いネットワークを作らねばならない。

3) 悪徳業者は組織的に行っているのか、末端の者が行っているのか。

→業者と一言でいってもどんどん変化していき、形態も様々である。

4) 商品の客観的価値からみて、騙したことになるのか。

→値段に見合った価値のある商品ではないので、業者は明らかに騙すことを目的としている。

5) キーパーソンとそうでない人、取組みが熱心な社協とそうでない社協との差は何か。

→ヘルパーがその役割を担うことは、業務内容からみて困難であるが、利用者の異変に気づき、被害を発見することはできる。キーパーソンの条件は、日常を見放さないことであ

る。社協の差は、ほとんどの場合、これまでの歴史によるところが大きい。

6) 人権擁護機関は新たな救済機関として関与するのか

→消費者被害はその専門家が救済した方がよく、規制を厳しくすればするほど、業者は撤退する。

(3) 第12回福祉契約研究会(2003年7月12日(土)14:00~17:00)

上智大学7号館第4会議室

報告テーマ:「福祉契約と契約責任」

報告者:笠井 修(筑波大学)

[報告]

I. はじめに—契約による福祉と契約責任

・報告の趣旨:契約は、市場原理下での商品取引において有効な手段である。福祉サービスの提供を契約化することのメリットは、事業者と利用者との対等性が確保されることや、自由競争によるサービスの向上等が挙げられる。しかし、実際に自由競争の環境が整うのか、また、福祉の世界は契約になじむのかという疑問がある。報告では、この疑問を前提に、契約責任の追求という観点から福祉契約の問題点を検討する。

II. 福祉契約の概念と特質

1. 検討対象としての福祉契約の意義

・福祉契約とは、「福祉サービスを提供する契約」であるという大きな枠組みで、高齢者を対象とするサービスを中心に議論する。

2. 福祉契約の特質

(ア)「福祉の手段」としての契約—福祉の理念の契約への反映

・社会福祉法の理念にみられるような公法的な性質を、私的自治における契約にどのように反映するかが大きな課題である。

(イ) 公共性・倫理性

・公法的な側面が大きい福祉には高い公共性と倫理性が要求されるが、その要求と利益追求を求める契約とをどのように調和させるかが新しいテーマになる。

(ウ) 継続的契約性

・福祉契約は、福祉サービスを提供する継続的契約であるという性質をもつが、利用者の状況が変化するというような実情に即した契約をどのように考えるか?→フランスの「枠契約」、アメリカの「不完全契約理論」等の応用、あるいは契約内容の具体的な解釈に委ねるという方法がある。

(エ) 福祉サービスの質の評価・表示の困難さ—市場原理に対する阻害原因

・福祉サービスの質の向上が社会福祉法78条の眼目であるが、生産と消費が同時に行われるという性質もあり、サービスの質を評価するのが困難である。しかし、評価基準が不明確であるということは、市場原理の枠組みが欠けることであるため、利用者側の客観的評価基準を明らかにすることが求められる。

(オ) 消費者契約の側面とそれをこえる問題

・消費者契約法では、救済する対象が限定されており、これをそのまま福祉契約に適用することには問題があるのではないか。例えば、一般に消費者と事業者では情報量や交渉力の面で格差が大きいということになっているが、福祉サービスの利用者の個人差（後見人の有無、障害の種類など）を考慮せずに、一様に議論してよいのかということが挙げられる。

(カ) 福祉サービス提供事業者に対する信頼

・営利法人の新規参入に伴い、モラルハザードの問題が生じたり、悪徳業者とのトラブルが生じたりすると考えられる。

(キ) 契約内容にわたる規制の強化

Ⅲ. 福祉契約をめぐる論点と解決の方向

1. 福祉契約の成立にかかわる問題点

(ア) 福祉契約の構成

・成年後見制度を利用した契約や、本人が行う契約など、様々な契約形態があるが、本人の自己決定としてどのような契約が望ましいかが議論点になる。

(イ) 交渉過程におけるサービス内容の明確化と説明義務

・事業者の情報提供も自己決定に必要である。特に契約内容に関わる個別の説明が契約責任追及のためにも重要になる。また、契約締結後も説明が必要であることが福祉契約の特徴であると言える。説明義務を肯定する条文として、社会福祉法76条があるが、同法の理念を契約の場面で実現していくことが課題であろう。

(ウ) 契約当事者の対等性確保と自己決定権の確保

(エ) 締約強制の肯否

2. 福祉契約の内容の確定

・社会福祉法の理念やサービス内容の指針をモデル契約の内容に流し込めることができるが、一般的な理念を具体的な契約内容に反映できるのかが問題となる。

(ア) 法律による規制

・消費者契約法が規定するもの以上のものが要求される。ただ注意すべきは、従来、提供側の人的物的設備などの構造に関する規制はなされてきたが、プロセスベースの規制がないということである。プロセスに比重を置いた規準をどのように作るかが問われる。

(イ) 契約解釈

(a) 福祉契約の法的性質の決定

・従来、福祉契約は準委任契約という性質で考えられていたが、場合によっては無形の請負とも考えられるのではないか。その際、仕事の完成や仕事の瑕疵をどう考えるかが契約法理論として注目されるだろう。

(b) 中等の品質の福祉サービス—プロセスベースの基準の必要性

・民法401条を類推すると、「中等の品質」という考え方が用いられるが、同条は履行の態様にかかわる規定である。物そのものと福祉サービスは違うという点では、善管注意義務と融合して考えるべきではないかと考える。何をもって質の向上というかは、社会福祉法3条、5条で規定しているが、業者の自己点検だけでなく、契約責任追及という観点から、従来の基準よりもさらに踏み込んだサブルールが必要と考える。

・サービスの質を確保する基準を設ける試みとして看護学の分野で用いられている三層の基準（ストラクチャー：業者側の構造／プロセス：どのようなサービスが提供されるか／アウトカム：利用者側の変化）を福祉契約にも応用できるのではないか。

・ただし、結果が明らかなものは評価が容易であるが、福祉サービスは結果の評価が難しい。結果と言っても現状維持や主観的な評価にすぎない。プロセスの評価はさらに困難であるわけだが、サービス提供のプロセスが重要な問題を含む以上は、これを評価する客観的基準を確立する必要がある。

（ウ）契約内容の変更

・利用者の長期的な変化をどのように契約内容に反映させるかというテクニックの問題がある。

（エ）付随義務・保護義務

・従来から指摘があるとおり、福祉サービスに付随義務や保護義務を業者との関係でどう考えるか、また、保護義務を特定する方法等の議論がある。

（オ）主たる給付義務としての安全配慮義務

・利用者は安心配慮というサービスを求めて入所するのだから、主たる義務論で議論できる。

（カ）有効性判断

・不当条項をどう具体化するかがもんだいとなるが、社会福祉法には指針がない。学説の展開が必要である。

3. 福祉契約における契約違反と「福祉過誤」

（ア）福祉サービスの提供における履行の瑕疵・欠陥と不完全履行

・「なす債務」の不完全履行の議論が完成していないということが問題である。善管注意義務の判断基準があいまいなので、具体的なサブルールが必要である。福祉サービスの場合、品質とサービスは融合するため、純粹役務としてサービスを分類し、医療水準論を参考に解決できるかということが問題として提起できる。

（イ）救済

・不完全な福祉サービスの提供があった場合、どのような救済が望ましいか？

（a）追完…どのような追完が望ましいかが問題となる。

（b）損害賠償…身体への侵害とその範囲、業者の免責条項に関する問題がある。また、事業者側に損害が発生する場合の損害賠償についても考える必要がある。

（c）解除と事業者の交替…相性が合わないという理由で契約を解除できるかという問題は、契約の性質を委任と考えれば解約の自由は利用者であり、可能である。

IV. むすび

・以上、福祉契約に関する問題点を全体的に眺めたが、「契約」の議論ではなかなか解決できない問題であるといえるだろう。

〔質疑応答〕

1) 梓契約、フランチャイズ契約、福祉契約をあわせて考えるのは困難ではないか？継続的売買が主に議論されてきたのでは物取引である。業法規定と私法をどうすりあわせるか？

→継続的な役務提供契約としてとらえ、今日の福祉契約モデルを使うことで運営基準を作

り込む。

2) 中等の品質の中身は何を指しているのか？

→基本的には質そのものは評価と関連させられる。どのように提供するかが主眼である。

3) 中等という概念はどの程度の質で提供するかであるということとすると、サービスの質は資格や教育で担保するのか？

→そのようなこともあるが、資格があれば必ず中等のサービスをするということではない。

4) 福祉過誤について具体的にどういうことを想定しているのか？

→給付義務の解釈として帰着する。欠陥あるサービスそのものというよりも、サービス固有の価値ということを考える。

5) サービス提供者は何の義務を尽くしたことになるのか？

→主観的態様を含めた注意深いサービスを提供する義務。

6) 注意深いサービスを提供するという緊張を要求するとかえって質を害するのでは？

→それと判断枠組みとを考えると次元が違う

7) 看護学におけるプロセスの基準は確立しているのか？

→海外からの輸入後、長い議論の歴史あり、日本で修正されて精密に確立している。

(福祉は看護そのものよりは蓋然的な要因しかなく、実のある議論かどうかは疑わしいという意見あり) しかし、最も広く使われていることは確かである。

(4) 第13回福祉契約研究会(2003年9月13日(土)13:00~17:00)

上智大学7号館第4会議室

第1報告テーマ:「福祉契約の法的関係と医療契約」

報告者:小西知世(筑波大学)

第2報告テーマ:「福祉サービス利用援助に関する諸問題」

報告者:大原利夫(関東学院大学)

[第1報告]

1. はじめに

社会福祉構造改革による福祉サービスの「措置から契約へ」という動きは、サービス利用者の当事者性の明確化や財政状況の安定化、サービス量の拡大を目的としている。しかし、そもそも契約が福祉の手段足りうるのか、足りうる場合は福祉契約どうあるべきか、が根本的問題として存在している。報告では、福祉契約論を概観し、その課題を抽出するが、その分析手段として医療契約論を用いる。

2. 医療と福祉

従来、医療は病人の治療、福祉は障害者・弱者の生活援助という発想による技術観の違いがあり、それぞれの役割も異なっていた。しかし近時では、疾病と障害という区分が、必ずしも明確ではなくなってきた。

3. 医療と契約

これまでの医療契約論は、医療過誤訴訟を前提とし、医師の責任追及中心に議論しており、診療契約は患者保護のための概念としてのみ検討されてきた。まず、医療契約の種類

は様々であるが、議論の念頭に置かれているのは主に診療契約であり、その特性は継続的契約性、診療債務の専門性等である。契約の法的性質は一般的に（準）委任契約と解せられている。また、診療契約において契約自由の原則が制限される。契約の当事者については、診療の受け手の意思能力が問題となり、諸説存在する。診療を行う側の抽象的義務は善管注意義務であるが、具体的には診療義務、付随的に承諾取付け・説明・療養指導などの義務がある。医療契約論をめぐる近年の動向をとしては、専門家責任論・関係的契約論・信認関係論が挙げられる。

4. 福祉と契約

福祉と契約について、議論の蓄積はなく、また論理的整理が十分でない状況にある。医療契約論は、裁判例の集積により議論が深化したのに対し、福祉契約論は契約の効力の解釈によるという違いがある。また、福祉契約にも原則として民法が適用され、必要に応じて特別法が適用される。福祉契約（福祉サービスに関する契約）には、契約の手段性・公共性・継続的契約性・当事者間の情報格差・福祉サービスの質の評価の困難さ等の特性があり、その法的性質は主に（準）委任契約と解されている。社会福祉法 3,5,7 条以下で規定される理念は福祉契約独自のものである。契約の成立につき、行政への給付申請、行政決定という過程が契約締結の前提となり、提供者側の契約解除は各種運営基準で制限されていること等が特徴的である。

5. 医療契約・福祉契約と消費者契約法

医療契約は形式的には消費者契約法の適用範囲内であるが、契約という観念になじまないとも考えられる。なお、裁判例によって形成されたきびしい法準則が医療従事者に適用されているという考え方もある。他方、福祉契約についても同様に消費者契約法の適用範囲内であるが、消費者保護よりもより重大な利益が扱われているので、より強い保護をすべきである。

6. 福祉契約の課題そして行方

福祉契約の行方は、行政システムの適正化と契約締結・内容の適正化がポイントであり、「契約という手法の限界の把握とその明確化」が急務の課題である。

[質疑応答]

1) 個人的見解を含めた問題提起を打ち出してもよいのでないか？

→ここでは議論動向の紹介にとどめ、あえて結論を出していない。

2) 福祉と医療の議論では、どちらを主要に行いたいのか？

→まず、議論状況を紹介し、福祉と医療それぞれの立場を明らかにすべきである。

3) 学会発表に向けた提案として、①議論が複雑なので分かりにくい人がいるのではないか、②医療契約論をめぐる近年の動向をもっと詳しく説明して欲しい、③医療契約に関して、相対的行為概念についての議論も加えて欲しい、④医療契約の当事者・効力の議論を介護保険に置き換えたらどうか、等の意見が出された。

[第2報告]

1. はじめに

高齢者・障害者問題には、連続性、期間の長期性という特性があり、また、福祉サービスを利用している高齢者等にとって、福祉サービスの休止は生命や健康に重大な影響を及

ばすため、その必要性は高い。さらに、高齢者等の判断能力や障害の内容・程度、その境遇などは各自で全く異なっている。近時、社会福祉サービスの措置から契約へという流れの中で、高齢者等の判断能力の不十分性から、適切な福祉サービス利用を援助する必要性が生じたのである。この援助の必要性に関して、成年後見制度の中の老人福祉法等に基づく市町村長の申立権について中心的に述べ、福祉サービス利用援助事業と地域福祉権利擁護事業を検討し、福祉契約における利用者の意思能力についても報告する。

2. 市町村長の申立権

成年後見制度では、老人福祉法等に市町村長の申立権が規定されている。原則的には、四親等内の親族がいる場合、市町村長は申立をできないが、行政解釈としては四親等内の親族がいても申立できると解せられる。この申立権の公使につき、居住地と住民登録が異なる場合にどの市町村長が権限を有するのか、という問題や、親族への調査の困難さ等が実務的には重要となる。申立後後見開始までおよそ4～8ヶ月かかるため、その間、保全処分や緊急的の事務管理を活用し援助するところもある。また、後見人等の職務に見合った報酬が支払われる保障がないため、後見人等の確保が困難な状況にある。実際、財産管理や福祉サービス利用援助事業利用という理由だけで申立を行うことは少ない傾向にある。

3. 福祉サービス利用援助事業

かつて高齢者等の判断能力の不十分性から生じる問題に対して、民政委員等が対応してきた経緯があるが、平成11年に地域福祉権利擁護事業実施のための基盤整備が行われ、平成12年に法改正により地域福祉権利擁護事業がスタートした。援助の内容について、契約締結能力判定ガイドラインが設けられているが、このようなことを判断することは可能であるかどうかの問題となりうる。

判例では、意思能力について、生物学的意味における判断能力に、具体的な取引内容を加味して判断するとしている。このような一般的な契約に関する解釈を福祉契約という領域に持ち込むことの妥当性が問われるかもしれないが、本人保護の目的の機能性に注目すれば、特に福祉契約を区別する必要はない。

4. おわりに

契約無効の効果（民法121条但書）や現存利益の判断をどう解釈するか等については今後の検討を要するが、高齢者等が必要とするサービスを現実的に可能とする仕組みが必要であるという考え方を基本に解釈する必要がある。

[質疑応答]

1) 市町村長の申立件数が少ないと言われているが、どのような理由があるのか？

→申立を必要とする人を見つけるネットワークがないこと、使い勝手が悪いことなどが挙げられるが、一部の地域ではかなり件数が増えている。ただし、福祉サービス利用援助事業の件数は増えていない。理由は、必要とする長期的な援助に対応していないことや、必要度の高い人がもともと念頭に置かれていない仕組みになっていることなどである。

2) 成年後見制度に関して契約の問題とどう結びつけて考えたらよいか？

→実際、積極的に援助する場合は最初に人の生活を助ける時に、契約の利用がなされ、それでは賄いきれない部分を公的に補うのであるから、あくまで利用者の権利を守るための議論として考える。

3) 学会発表に向けた提案として、①現在の制度が本当に福祉的視点で構成・運営されて

いるのかということを経理的に整理して欲しい、②現存する制度を使えるようにしたり、足りないものを足したりするという現場的な考えも含めて社会的責任を強調したい、③成年後見制度と地域福祉権利擁護事業との連携の意義を最後に指摘したらよい、④成年後見制度に関して、財産管理中心の議論のままスタートし、現在の運営の問題が起こっていることをメッセージとして指摘して欲しい、等の意見が出された。

(5) 第14福祉契約研究会(2003年10月4日(土)13:00~17:00)
筑波大学大塚キャンパス G503教室

第1報告テーマ:「福祉契約に関する実務的諸問題」

報告者:平田厚(弁護士)

第2報告テーマ:「福祉契約の法的関係と公的責任」

報告者:秋元美世(東洋大学)

[第1報告]

1. 福祉契約の技術的視点

・技術的視点に関する福祉契約の特性は、有償契約であるが、「利用者の自立と社会経済活動への参加」という非経済的価値の追求を目的とするところにあり、評価の困難さがつきまとう。さらに、民法的視点の前に、福祉的視点に基づくモデル契約書の作成が求められる。

・高齢者福祉が、自立状態から加齢による能力喪失状態に至る過程を支えるのに対し、障害者福祉は、能力獲得を通じて自立状態に至る過程を支えることに主眼がおかれるので、それぞれ必要とする支援体制も契約も異なってくる。この差異は、契約の形式にも現れる。すなわち、高齢者福祉契約は、支援者を確保した緩やかな支援を基礎とするので、正確さを重視するのに対し、障害者福祉契約は、自立に際した自己決定を基礎とするので、理解しやすさを重視する。

・福祉契約の技術的体制:介護保険の契約システムは、契約書(条文数25条前後)・サービス利用説明書・重要事項説明書で対応し、支援費制度の契約システムは、契約書(条文数15条前後)・サービス利用説明書・重要事項説明書・手引で対応している。このシステムは、継続的契約関係を前提としているが、常に可変性があることを意識して作られている。但し、これらのシステムは、人によるサポートで完結するのである。

2. 福祉契約の理論的視点

・現在、従来の契約法理論に新たな視点を加えた契約法理論が議論されている。その中で福祉契約に必要な視点は、契約にかかる人間像の変容や、緩やかな意思主義等である。

・福祉契約には、事業者がサービス提供義務を負い、利用者が代金支払い義務を負うという給付義務関係にあり、それに伴って事業者には安全配慮義務・説明義務・守秘義務等が課される。この契約関係における問題点は、サービスの質の確保するような技術が保障されるとは言い難い現状や、第三者評価システムが質の確保に有効に機能しうるか否かという点などである。よって、プロセス管理と市民評価を重要視すべきである。

・モデル契約書の機能として、不当条項排除のために約款的機能への期待があり、公共性

の要請による強行規定を定めても良いのではないかと考える。しかし、福祉契約の特質として自己決定尊重の余地を残すのであれば、個別的契約関係を重視すべきかもしれない。

3. 具体的福祉契約条項に関する解釈

・給付義務関係については、意思と人格が尊重されるべきであり、制度外サービスを重要視すべきである。損害賠償請求権に関する不当条項は、消費者契約法上違法である。

・付随義務関係については、説明義務を苦情解決努力義務を具体化しても良いのではないか。また、契約の付随義務あるいは守秘義務違反による解除権付与を利用者に認めるべきである。身体拘束禁止や記録閲覧謄写権は契約化されてしかるべきである。

[質疑応答]

1) 誰と誰の契約かということに注目し、当事者を整理すべきではないか？

→契約の種類は様々あるので、代理権の範囲という切り口での整理はできる。また、事業者を専門家主体として責任を強めるべき。

2) 事業者といっても、強大な企業から小さなNPO法人まであり、NPO等に課す義務としては重すぎるので、利用者を守る一方でNPOを育成する仕組みを作るべきでは？

→事業者の性質が違っていようと、低いサービスを提供することが許されるべきではない。NPOの一番のネックは税金であり、それ以外の義務が足枷になっているとは思わない。

3) 契約をした後のフォロー（紛争処理）のあり方をどう考えるか？

→消費者契約紛争事例のようなクラスアクションという方法が考えられるが、そのための訴訟支援システムを模索する必要がある。

4) 福祉契約の条項を約款化するというのは、発想的に逆行しているのではないか。

→画一的な約款への批判も考えられるが、権利意識の発露としての約款化があってもよい。だから、そのような意味も含めて「モデル契約」という名称を使用している。

[第2報告]

1. はじめに

・福祉ニーズを有する者と福祉資源（サービス）を結びつけるのが、介護保険・福祉に対する公的責任であり、エンタイトルメントと裁量という、二つの結び付け方のアプローチがある。日本の措置制度において、公的セクターがすべてサービスの提供や財源の役割を担っていた。

2. 福祉契約の背景

・裁量をめぐって、職権主義や一方的な行政決定に対する批判が起こり、また、提供者中心のサービスから利用者の意見を重視する方向へと意識変化が起こった。

3. 福祉契約・消費者契約・疑似市場

・介護保険と福祉契約では、購買力の保障と契約による利用者（消費者）のサービスの選択が行われているとされるが、どこまで一般的な消費者保護の問題として位置づけられるかが問題となる。つまり、理論上言われていることがどこまで実体と離れているかを考える必要がある。福祉の「契約化」というのは、あくまで括弧付きのものであり、単純な資本の論理が貫徹しない分野である。

・疑似市場（準市場）としての福祉市場：疑似市場とは、「財源＝公、供給＝私」という構図を主な特徴とするが、その上で様々な整理がなされている。

・イギリスでは、利用者の段階では契約化されていないが、日本では市場化・契約化されている。ただし、完全な市場化・契約化ではないのだが、そうであっても利用者が契約当事者となることは、選択権を保障するという意味において重要である。なお、利用段階で契約化したことにより、対象外とされた利用者のニーズの問題や、そもそも福祉サービスが契約化になじむのかという本来的問題もある。

4. 福祉契約と公的責任

・福祉に対する公的責任は、福祉ニーズを有する者と福祉資源（サービス）を結びつける点にあるが、措置制度において、財政責任と供給段階での責任がその主な内容であり、利用者の参加・選択・主体性の確保などの問題は克服し得なかった。他方、介護保険制度において、保険化と公的負担分・要介護認定・サービス提供事業者の指定が主な内容である。しかし、福祉契約をめぐる行政の役割としては、サービスの質の監督や総合性の確保、権利擁護・利用者支援等が果たされるべきである。

5. おわりにー福祉における公的責任と法的関係

・上記の行政の役割を果たすには、コーディネーターとしての行政の公的責任が一番重要であり、その一方で疑似市場メカニズムとしての介護保険制度の課題（ケアマネジメントの位置づけ、福祉契約におけるフォーマリズムとの関係性）を克服する必要がある。

[質疑応答]

1) 福祉契約を立法化すべきであるか？

→将来的には必要だが、現時点では行政が行えないことを立法化するという所ではないか。

2) 立法の提示は難しく、具体的内容に入ると立ち行かなくなるので、政策義務として提示すべきでは？

→個人的関心を優先させると、公的責任に関係がなくなるので、まとめ方に工夫が必要。

3) 学会発表に向けた提案として、①報告の前半部分を削り、福祉契約に特化したほうがよい、②公的責任の根拠を明らかにすべき、③全体的・総論的なまとめが欲しい、④現状を前提とした問題→公的責任→根元的問題という順番に変えたほうがよい、等の意見が出された。

(6) 第15回福祉契約研究会(2003年12月6日(土)14:00-16:00)
筑波大学大塚キャンパス G310教室

審議内容：厚生労働科学研究費補助金事業の最終報告書としての著書の構成と執筆者
11月2日の社会保障法学会共通テーマ・シンポジウム報告の評価と反省
今後の研究会の進め方(来年度の科研費継続申請との関係)等

・厚生労働科学研究費補助金事業の最終報告書としての著書の構成と執筆者
著書名：『福祉契約と消費者保護』(仮)～日独ミニシンポジウム～
構成：

(ミニシンポジウム報告)

①ドイツの介護保険契約と消費者保護(理論編)

②日本の介護保険契約と消費者保護(理論編)

- ③ドイツの介護保険契約と消費者保護（実務編）
- ④日本の介護保険契約と消費者保護（実務編）
- ⑤ミニシンポジウム記録

（日独法比較：シンポテーマの理解のために）

- ①介護保険
- ②質の保証＋ホーム法⇔社会福祉法・ガイドライン
- ③社会扶助⇔生活保護＋支援費制度
- ④世話法⇔成年後見法
- ⑤消費者保護行政
- ⑥介護事故・虐待の民事／刑事訴訟

執筆予定者：小西（中央）、脇野、新井、笠井…

著書名：『福祉契約と利用者の権利保護』（仮）

構成：

はしがき

- ①医療契約と福祉契約
- ②福祉契約（理論編）
- ③福祉契約（実務編）
- ④福祉契約（実態調査）
（責任賠償保険）…検討中
- ⑤福祉契約当事者論
- ⑥成年後見（身上配慮）
- ⑦地域福祉権利擁護事業＋福祉サービス利用援助事業
- ⑧公的責任
- ⑨憲法論ないし権利論
- ⑩行政責任・行政訴訟

執筆予定者：①小西（筑波）②笠井③平田⑥新井⑦大原⑧秋元

- ・11月2日の社会保障法学会共通テーマ・シンポジウム報告の評価と反省
フロアからの質問は、公的責任に集中し、その他については少なかった。
概ね好意的な評価を得られた。
福祉現場に携わっている参加者の数も多かった。
- ・今後の研究会の進め方（来年度の科研費継続申請との関係）
上記各著書の執筆担当者が報告を行う。
2004年秋頃までにシンポジウムに関する共通認識をもつ。
厚生労働省に科研費の継続申請を行う。

・その他

各自への振込が予定より2ヶ月早まる。

消耗品等の購入希望者は申し出ること。

講演の希望がある場合も申し出ること（謝金がほとんど出ていない）。

社会保障の教科書を作成する予定がある。

（7）第16回福祉契約研究会（2004年2月14日（土）13:00～17:00）

筑波大学大塚キャンパス G207講義室

第1報告テーマ：「ドイツ介護保険と『質の保障』をめぐって」

報告者：小西啓文（中央大学大学院）

第2報告テーマ：「介護保険法の現状と課題ードイツ介護保険法との比較を中心として」

報告者：本沢巳代子（筑波大学）

〔第1報告〕

1. ドイツ介護保険制度の現状

・介護保険法成立の背景と現実：ドイツにおいても、高齢者の在宅介護の主な担い手は家族構成員であり、要介護者の年齢が上昇するに応じて、いわゆる老々介護の問題が生じていた。このような背景の下で、公的介護サービスの整備によって介護負担から家族を解放することが、介護保険法の立法目的の一つとされた。他方、施設入所者の場合、社会扶助における特別給付を事実上の介護費用に充てられて、地方財政を圧迫した経緯もあり、介護リスクを社会保険方式で補う制度が成立した。しかし、要介護者の自己負担の問題や、介護保険法の成立により、関連領域との関係における新たな問題が発生している。

・要介護認定の現状と問題：要介護度の判断は疾病保険メディカルサービス（以下MDKと略す。）が行い、その結果を受けて介護金庫が決定を下している。認定に関して、①認定の精度、②痴呆症患者の対策、③医療と介護の交錯が現在問題となっている。

・給付の現状と介護手当：介護保険は、在宅・部分施設・完全施設介護給付と、現物・金銭給付とを区別し、要介護度に応じて給付額を分けており、実際、各種給付の中では、介護手当が大きな意味を有している。近時、現物給付の選択者が増えてはいるが、介護手当が家族による介護をその給付の前提とする制度において定着している。

2. ドイツ介護保険法と「質の保障」（総論）

・介護における質の保障と消費者保護の強化に関する法律：質の保障に関して、介護保険法80条で規定されているが、次の4点に関して改正が行われた。まず、①「介護事業者側の自己管理責任の強化」により、内部的質の確保がなされ、②「第三者評価の義務づけ」により外部的質の確保がなされる。そして、③「介護金庫・MDKとホーム監督局の協働」、④「消費者としての要介護者の保護」について改正された。

・ホーム法の改正により、①適用対象をすべての施設とし、②ホーム契約の透明性の向上のため、個別給付とその料金の構成要素の明示・書面での契約締結・減額請求権が明確化された。また、③ホーム協議会の機能が拡大し、ホーム監督の強化とMDK等との協力関係の改善が図られた。

・給付適合的報酬：「完全費用保障」から「自己費用カバー原則」へ、という連邦社会扶助法の方向転換は、介護保険法にも影響を与え、「給付適合的な報酬」という概念が登場した。しかしこの概念は法に規定されず、裁判例によりある程度の基準が示されているにとどまる。ここにおいて、経済効率の追求と質の確保という相対立する問題をいかに解決すべきか、という課題が現れる。

3. 質の保証をめぐる（各論）

・介護保険法の導入に伴い、老人介護士という職業が、責任ある介護専門家として位置づけられ、世話活動においても重要視されるようになった。しかし、その具体的活動内容に関し、介護問題の医学的力点が強められるという傾向にある。

・ホーム法関係の裁判例で、ホーム契約に用いられていくつかの条項を今後用いてはいけないという原告側の主張が認容された事案がある。

4. 日本法への示唆

・日本において、介護の質をどう捉えるか、また医療と介護の関係をどう整理するのか等の問題につき、以上のようなドイツの議論を参考に模索する必要があると考える。

[質疑応答]

1) 給付適合的報酬を実際は誰がどう決めて使われているのか？

→条項に詳しく規定されていないので、実際は裁判官が決する。なお、ある程度は地域バランスのとれた報酬にする必要があるため、ホーム法で行政的介入がなされている。

2) 給付適合的報酬は上昇・低下どちらの方向に向かうと思われるか？

→経済的側面を重視するなら、低下する。

3) 報酬は日本のように介護の内容・作業ごとに決められているのか？

→州により細かく決めている所から大まかに決めている所まで様々である。

4) 「質」の定義は決まっているのか？

→MDKでは3つの質（業者側の構造・プロセス・結果）を用いている。

5) 規制を撤廃し、外部からの参入を行うという考え方はあるか？

→EUでは、市場の開放や新規参入を求める動きが見られる。

6) 老人介護士の業務拡大傾向の中で、介護と看護の違いをどう捉えるか？

→在宅介護の浸透に伴い、老人介護士も医師の指示があれば医療的行為を行うことが可能であり、また、訪問看護師は介護も行う場合もあり得る。

7) 現金給付の質の確保は議論になっているか？

→議論になっているが、具体的方策は規定されておらず手つかずの状態である。

[第2報告]

1. ドイツ介護保険制度の変遷

・1994年5月に法律が公布される。

・1996年に改正された点は、①包括的介護報酬、②要介護者の個別的ニーズを反映するよう、自費から給付に切り替えられた、③給付額別介護保険からの現物・金銭給付が段階的でも包括的でもプラスになるようにした、④社会統合の一環として、障害者もすべて給付対象とした等である。

・1998年5月29日（第二次法改正）には、研修費用も保険報酬に組み込むこととされ、

次いで6月5日（第三次法改正）には施設介護に関する改正が行われた。

・1999年2月7日には、在宅介護の促進の一環として、デイケア・ナイトケア費用が引き上げられ、自己負担を保険により負担することなどが決定された。また、休暇・代替介護・年間利用の促進・短期入所の利用条件緩和・介護手当等に関する法が施行された。

・1999年12月12日には、法定疾病法制定により、包括的医療報酬の延長がなされた。

・2002年1月、質の保障法が施行され、ホーム法の改正がなされた。

・2002年4月、痴呆に対する介護報酬に関する法が施行された。

2. ドイツ介護保険法との比較

・ドイツにおいて行政側は総合相談所的な役割が大きいですが、日本では行政としての責任が自覚されにくい面がある。

・ドイツでは、要介護認定を行う専門職を養成するために、実習を含めた長期的な研修を行っており、その点に関して日本でも学ぶ所がある。

・認定に関して、日本は申請主義を採用しており、また、定期的な審査を行うための事務コストがかかりすぎる一方、ドイツでは定期的審査を行っておらず、年々認定の件数が減ってきている。

・保険料に関して、ドイツは定率に賦課方法をとっているが、日本では同居世帯員の所得を条件にした賦課方法を採用しており、収入と保険料のバランスがとれていない。

3. 介護保険法の現状と課題

・介護保険の視点から、医療保険の問題点を指摘することができるし、また、医療と福祉の仲介や総合コーディネーターとして機能する機関が求められるが、ソーシャルワーカーや福祉団体は、従来の理念ある活動にその存在意義を見いだすべきである。

・現在介護保険制度が抱えている問題を議論するには、税制と財政との関係を視野に入れないといけない。公費負担を税金でまかなうと、予算の空洞化の問題につながる。

[質疑応答]

1) 定率利用者負担は日本独自の制度か？

→ドイツでも部分的に同様の制度が存在する。

2) 財源を税で補うことと保険料を免除することの違いは何か？

→保険料は特別会計としてストックされるが、税の場合だと他の予算との区別がないため、使用目的のためにストックされることがない。

3) 保険料を高くして、サービス内容を充実させている自治体はあるか？

→独自給付を行っているところはあるが、支払い段階では保険料の低い地域に住み、給付段階では給付内容のよい所に住む人が増大することは今後あり得ることである。

4) 保険料が地域によって格差があることは、地方分権の試みと捉えられうるか？

→国の拘束が厳しいため、自治体の長の裁量が狭いため、実際は自治体側での格差に対する不満は大きいようである。

5) 支援費制度の場合、基準が地域によって異なることで混乱が生じたが、介護保険ではそのようなことはあったか？

→給付に関しては地域差があっても構わないが、自治体の保険者としての立場と、給付を行う立場の違いは意識して問題を切り分けるべきである。

(8) 第17回福祉契約研究会(2004年3月6日(土) 13:00~17:00)