

格の内容とする」。

【具体的】

○診療に関する義務

*診療義務：「診療契約に基づいて医師や病院が負担する債務は、技術上適正に注意深い診療を実施すべき債務であり、その法的性質はいわゆる手段債務であるが、診療の高度の専門性・特殊性に照らし、右医師の債務は、患者によって希望された診療目的…の達成を目標として、診療当時のいわゆる臨床医学の實踐における医療水準を基礎とする危険防止のための実質上必要とされる最善の注意義務をもって診療を行うべき債務であると解される。」⁶³⁾

*転医義務：「履行補助者である医師等が(新規の治療法に関する)知見を有しなかつたために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかつたために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負うべきである。また、新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であつて、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある。」⁶⁴⁾

○承諾と説明に関する義務

*承諾取付義務：「病院の医師としては、(患者)に対し……診療契約上の義務として……情報を提供した上で自らの意見をも述べ、Aの自己決定権を保障するとともに、手術を実施する限りは、これらの知識を前提とする真摯な同意を得て手術を実施するべき注意義務があつたといふべきである。」⁶⁵⁾

*説明義務：「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たつては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断(病名と病状)、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があると解される。」⁶⁶⁾

*療養指導義務：「医師は診療をした時は、本人又はその保護者に対し、療養の方法その他療養の向上に必要な事項の指導をしなければならず、又、被告病院が保険医療機関であることは弁護側の全趣旨から明らかであるところ、保険医療機関及び保険医療費担当規則11条によれば、保険医療機関は患者の病状に關しては、その病状におよびて適切に行い、療養上必要な事項については適切な注意および指導を行わなければならないとされている。……(患者の疾患発症)の事実、進行状況、治療経過、今後の見とおし、治療方法等につき……担当眼科医として自ら認識し、知識として有する一切の資料を披瀝説明して、療養方法等の指導をなすべき義務があつたものであり、これは患者の生命健康を管理すべき担当医師として当然なすべき管理注意義務の一つといふべきである。」⁶⁷⁾

○医療の場の管理者としての義務

*安全配慮義務：「(安全確保義務(入院中の患者の生命・身体の安全を確保する義務))は診療契約の内容そのものに含まれる義務であり、(安全配慮義務(患者の生命・身体に対する危険を防止すべき義務))は診療契約に付随して信託則上生じる義務であると主張するところ、一般に診療契約の本来の内容として安全確保義務が認められるか否かの点は措くとして、少なくとも診療契約に伴う付随義務と

して安全配慮義務を肯定できることは明らかである。」⁶⁸⁾

○その他

*証明文書等の交付義務：「医師法第19条は、診療をした医師は診断書の交付の求めがあつた場合には、正当の事由がなければ、これを拒んではならないと規定している。医療法人との間の医療契約の中には、右医師法の規定の趣旨が当然に合致されていると解すべきである。」⁶⁹⁾

*特約による権利義務
(2) 診療を受ける側の義務

*診療報酬支払義務：医療側が診療契約に基づく診療義務を履行するに際して、患者側もそれに協力する義務があると解される。

*費用前払義務：委任事務を処理する場合には、委任者から請求があれば、委任者はその前払いをしなければならぬ。(§649)

*費用等償還義務：委任者が委任事務を処理するために必要な費用を支払ったときは、委任者に対してその費用およびその利息の償還を請求することができる。また必要な債務を負担したときは委任者に自らその弁済をなすように請求することができる。(§650①②)

*損害賠償義務：委任者が委任事務を処理するため、自己に過失がないのに損害を受けたときは、委任者に対しその賠償を請求することができる。(§650③)

6) その他

(1) 契約がないとき(事務管理としての医療行為)
→患者が意識を回復すれば、患者の意思により医師患者間に溯及的に医療契約が成立する。
(2) 免責約款：入院契約書、手術同意書(承諾)書
入院または手術に際して、治療の経過中において万一患者に事故が起きたとしても一切責任を負わないとの趣旨の条項を印刷記載した文書
→判例は、公序良俗違反、例文解釈、衡平の原則違反などにより効力を否定。

2 医療契約論をめぐる近年の動向

1) 専門家主張論⁶⁹⁾

医師の責を義務をさらに厳密化し、その内容や範囲、相互の関係などを明決にするために、診療契約を専門家を一方当事者とする契約の類型に位置づける。

→これら専門家を一方当事者とする契約に共通する性質を抽出し、再び診療契約論にそれをフィードバックさせる。

2) 関係的契約論⁷⁰⁾

「意思を中核とする古典的な契約像に対して、社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出すという契約像」

→契約条件は契約関係の進行とともに形成され、修正される。当事者は、契約的運命(信託関係)を維持するがために、当該契約が置かれている社会関係のなかで要求されるさまざまな義務を負う。

62)神戸地判平成9年8月27日判例1854号75頁、他に大阪高判昭和47年11月20日判例697号56頁など。

63)原判二小平成27年6月9日民集49巻6号1493頁など。

64)京都地判平成14年3月12日判例9集未載など。

65)原判三小平成13年11月27日民集55巻6号1154頁など。

66)岐阜地判昭和49年3月25日判例738号39頁。

67)東京高判平成14年1月31日判例1790号719頁など。

68)東京地判昭和48年8月17日下民集24巻5号565頁。

69)山口賢一「診療契約の構造——ドイツの議論を手がかりに——」(1)(2・完)J門法社法学53巻1号79頁以下、2号156頁以下(2001年)。

70)内田貴「契約の時代 日本社会と契約法」(岩波書店、2000年)、同「契約の再生」(私文堂、1990年)。

→紛争解決に偏し、単に当事者がどのような合意を行ったかということだけでなく、現在に至るまでの当事者関係の歴史、当事者を囲む社会関係の援助、そして当事者の属する社会の行為規範等々が考慮の材料となる。

3) 信託関係 (Fiduciary relation) 論¹¹⁾

自己責任が支配すべき契約の領域と依存関係に対して適用される信託の法理(信託法)は、その基本的な考え方、違反に対する救済方法、公的介入の必要性・程度などの点で異なる。
→契約原理(自己責任の関係)とは区別された、依存関係における信託関係の法理の確立が必要。

IV 福祉と契約

1 概観

(1) 理論状況

○社会福祉基礎構造改革以降の理論：理論の途についてたばかり。
→理論の蓄積なし。論理的整理が十分にされていない。

○医療契約論との相違～理論の起点と方向性の違い

*医療契約論～倫理的理論
理論の増進：医療過誤訴訟で問題となる債務不履行論の前提として論ずる。
契約の効力の側面における理論の深化：裁判例の集積→管注法規範の具体化・類型化

*福祉契約論～経済的理論
理論の増進：福祉領域における契約という手段の導入。
契約の効力の側面における理論の深化：契約解釈による。

(2) 福祉契約を検討するに際しての原則：契約解釈による。

○契約によりサービスが提供される場合には、市場取引関係を一般に規定する民法財産法規範が原則的に適用され、必要に際し、特別法が適用されることになる。
→契約の当事者に関する事項、契約内容に関する事項、契約の成立・変更・終了に関する事項等は、特別の法意がない限り民法の原則(一般の契約法理)に依うことになる。
→消費者契約法

【福祉契約の検討方法をめぐる基本的問題】

○医療と福祉の接近(連続性) ←→ 医療契約論と福祉契約論の理論の起点と方向性の違い
→医療契約における理論を福祉契約の領域で参照すべきか否か?
→参照するとするならば、どこに、どのような形で、どの程度、参照すべきか?¹²⁾

2 契約の意義

1) 福祉契約の定義・想定契約 (1) 定義¹³⁾

71) 山口隆雄「ライオンズクラブ」[附録]の時代 福祉と契約J(有斐閣、第1版、1999年)。

72) このような点をあまり強調することなく、医療契約と比較検討を試みる福祉契約に関する文献がしばしば散見されるが、その限りにおいて慎重さには欠ける点があると思われる。

73) ①の「医療・本セッションにおける定義以外に、「福祉における契約」(秋本英世「福祉契約の特質と課題をめぐって」通商社会保険231号20頁(2002年))、「福祉サービスへの供給を媒介する契約」(佐井彦「福祉契約におけるサービス」の「買」の解題」或法法政35号35頁(2003年))、「福祉サービスを提供することを目的とする契約」(大曾根寛「成年後見と社会福祉法論——高齢者・障害者の権利保護と社会的後見」193頁(法律文化社、第1版、2000年))などがある。

①説：「福祉サービスに関する契約」¹⁴⁾
②説：「福祉サービスの給付を目的とする契約」¹⁵⁾
本セッションでは、「社会福祉事業において提供されるサービスを利用するための契約」

(2) 想定契約

①説：社会福祉事業に該当する種類の事業のサービス利用契約、有料老人ホームの利用契約
②説：社会福祉構造改革で登場した3つの契約(保育所入所契約、介護保険サービス利用契約(介護契約)、支援方式に基づく契約(障害者福祉契約))
本セッションでは、介護保険事業者と利用者との間で締結される契約、地域福祉権利保護事業ないし福祉サービス利用者との間で締結される契約、地域福祉協議会と利用者との間で締結される契約

【福祉契約の定義をめぐる問題】

○福祉契約の定義とそこに含まれる種類・性質の違い
社会保険と無関係に成立するもの【①説(規定)】
e.g. 有料老人ホーム利用契約等。
社会保険と関係あるもの【②説・本セッション】
*行政の現物給付原則を維持(契約当事者：利用者・行政)
*行政の役割が費用保障に限定(契約当事者：利用者・事業者)
*介護契約(在宅/施設)
*障害者福祉契約(身体障害/知的障害/精神障害)
契約の当事者・性質・内容・あり方が質的に大きく異なる。
e.g. 給付内容形成の自由度の違い。
●医療契約における理論：医療契約を類型化し個別具体的に検討

2) 福祉契約の特性と法的位置

(1) 契約の特性

① 労務・役務(サービス提供)提供型契約

② 継続的契約

→「福祉契約がサービスの提供者と利用者との間に信頼関係によって成り立っている」
「一種の継続的契約関係である。特に、在宅での介護サービスの提供のように、その時期があらかじめ明らかではなく、利用者が生存する限り契約の継続が予定されている場合も多い」¹⁶⁾

③ 福祉契約の公共性・倫理性

→「福祉契約により提供される福祉サービスは、利用者の生命・健康を支えるものであるという点である。福祉サービスは医療の単に高い公共性を持つということができる。そして、サービスの提供に関していったん利用者側に被害が発生したならば、その被害の回復は不可能であるか、きわめて困難である場合が少なくない。それゆえサービス

74) 福田洋一「福祉契約の再考」自由と正義52巻7号14頁(2001年)。

75) 福田大樹「福祉契約の行政法学的分析」九州大学法政研究65巻4号770頁(2008年)。なお、本稿では福祉契約の概念に含まれる契約の多様性を考慮し、福祉契約を「介護契約、障害者福祉契約」の意味に限定したうえで論じている。

76) 福田洋一「福祉契約の再考」自由と正義52巻7号14頁(2001年)。

77) 佐井彦「福祉契約論の問題——サービスの「買」の確保と契約責任」『事件増進と民法の現代的問題——早田正夫先生古稀記念論集——』697頁(法学書院、2003年)。他に清水御成「介護保険契約と当事者能力——介護保険契約の当事者は誰か」清和法学研究7巻1号9頁(2000年)など。

③ 提供者には高い倫理性が求められる」⁸¹。
 提供契約の非産業性
 →「福祉サービスという『産業』が利益の追求という単純な資本の論理が貫徹しない分野である」⁸²。

④ 福祉契約における当事者の非対等性
 →利用者と提供者との「交渉力の差、情報の収集、分析力の差が、一般の消費者契約に比べ格段に大きい」⁸³。「福祉サービスを利用する人には、判断能力が必ずしも十分ではないという人が含まれている」⁸⁴。

⑤ 福祉契約の質の異質・提示の困難性
 →福祉サービスとは「サービスと比べて、他のサービスと比べると福祉サービスはその成果もまたいつそう見えにくい面を持つ」⁸⁵。

⑥ 契約目的の不明確性
 →「福祉契約を締結することによって得ようとする最終的な目的・目標が明確ではないことが多い。対人援助サービスとしての福祉サービスは利用者の状態の何らかの変化・改善を目的とするものではないことが多い(診療契約との相違)、その提供による望ましい成果を契約締結時にあらかじめ具体的に描き出し、そしてそれを契約内容に盛り込むことが難しい」⁸⁶。

⑦ 契約内容の非特定性
 →「サービスの範囲が利用者によって異なり、かつ提供される内容は利用者の状況によって日々変化するため、事前に債務の内容を特定しにくいという性格を持っている」⁸⁷。

⑧ 契約内容の要規制性
 →福祉サービスの特性から適正な契約実現のために規制・介入の強化が強く求められる」⁸⁸。
 →「社会福祉法制のなかにおける福祉サービスの供給手段としての契約である」⁸⁹。

(2) 契約の法的性質
 ① (準)委任契約説：「入浴やリハビリテーションなどの達成目標を有する介助行為であっても、請負とみなすことは難しく、基本的に全体として事業者と利用者との準委任契約であると見るべき」⁹⁰であると解する説。
 ② 請負契約説：「従来は、福祉サービス提供契約は委任ないし準委任と捉えられることが多かった。しかし、個々の福祉内容に即して、請負契約としての性質をもつ場合もあれば、準委任契約としての性質をもつ場合もありえよう。むしろ、今日の福祉サービスの多くは、一定の仕事の完成を目的としている、無形の請負契約と見るべき」⁹¹。

78) 柳田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号15頁(2001年)。
 79) 柳田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号16頁(2001年)。
 80) 柳田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号15頁(2001年)。ほか本奥表「福祉契約の特質と課題をめぐって」通関社会保険2214号20-21頁(2002年)など多数。
 81) 笠井修「福祉契約論の課題——サービスの確保と契約責任」森島卓編『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』667頁(法学書院、2003年)。
 82) 笠井修「福祉契約におけるサービスの『質』の評価」筑波法政35号41頁(2003年)。
 83) 品田充徳「介護保険契約の特質と法的問題——モデル契約書を参考として」ジュリスト1174号70頁(2000年)。
 84) 品田充徳「介護保険契約の特質と法的問題——モデル契約書を参考として」ジュリスト1174号70頁(2000年)。
 85) 笠井修「福祉契約論の課題——サービスの『質』の確保と契約責任」森島卓編『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』666頁(法学書院、2003年)。柳田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号15頁(2001年)。
 86) 品田充徳「介護保険契約の法的性格とその規制」神戸大論集51巻2号71頁(2000年)。

ものもある」⁹²と解する説。
 ○非典型契約説：「民法上の典型的な契約モデルに固執することは難しい」⁹³と解する説。
 《福祉契約の特性と法的性質をめぐる問題》

(1) 契約の特性
 ○福祉の特性と契約
 福祉の特性 → 契約特性に反映 (権利・義務関係に反映)
 福祉の特性 → 契約特性に反映 (権利・義務関係に反映)
 医療 (診療契約) の特性を参照 [前提：医療と福祉の違いの明確化]

(2) 契約の法的性質
 ● 医療契約論における指摘
 「一般に、ある契約がどのような法的性質をもつかを論ずるということは、当該契約の内容を検討した後の、名称表示の問題にすぎないといえるべきである。したがって、診療契約についても、その内容を検討せずに、法的性質だけを論じてもそれは不実益があるとは思われない」⁹⁴。

3) 福祉契約の理念
 (1) 憲法 13、18、25
 (2) 社会福祉法 3、5、75以下
 (3) 老人福祉法
 (4) 各種運営基準

3 契約の成立と終了
 1) 契約の成立
 (1) 契約成立までのプロセス
 第1段階 利用者 → 行政 : 給付申請
 第2段階 行政 → 利用者 : 給付決定
 第3段階 利用者・事業者 : 契約締結
 (2) 各段階における特徴
 ① 第1段階
 ○利用者側：給付申請には行為能力が必要とされる。
 →行為能力を欠く利用者に対する法的スキーム (成年後見制度、福祉サービス利用援助事業)
 ○行政側：応答義務あり。行政手続法の申請に対する処分のルールが適用される⁹⁵。
 ② 第2段階
 ○行政側の給付決定：福祉サービスの必要性に基づきサービス費用保障の上限額の決定
 《第3段階の契約締結との関係》
 第3段階：どのようなサービスを誰から提供するかの実体的な決定。
 = 第2段階の給付決定が契約内容の枠組みを規定する機能を持つ⁹⁶。
 ③ 第3段階

87) 笠井修「福祉契約論の課題——サービスの『質』の確保と契約責任」森島卓編『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』674頁(法学書院、2003年)。その例として入浴サービスをあげる。
 88) 新井誠「介護保険契約と成年後見・再論」千葉大学法学論集15巻3号91頁(2001年)など。
 89) 新井誠「福祉契約」伊藤誠編『契約法』228頁(学臨書房、第1版、1984年)。
 90) 正田彬「福祉から契約へ」支援費制度の問題点(上)——障害者の権利と自由の観点から」ジュリスト1248号66頁(2003年)。原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」九州大学法政研究69巻4号779頁(2003年)。
 91) 行政手続法 35以下。
 92) 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」九州大学法政研究69巻4号780頁(2003年)。

○福祉契約と契約自由の原則：事業者が利用者を選別して恣意的な「介護拒否」を行う可能性等があるため、各事業運営基準のレベルで、事業者が正当な理由なくしてサービスへの提供を拒否できないが、拒否理由や内容等につき規定されている。

《福祉契約締結過程における問題》

- ①第1段階における問題
 - ※給付申請：行為能力が利用者にあることが前提
 - 成年後見制度の問題点
 - 《実態面での問題》：福祉契約締結の際にあまり利用されていない⁹⁴⁾。
 - 《制度的問題》：利用者支援として最低限の内容しか持たない⁹⁵⁾。
 - 福祉サービス利用援助事業の問題点
 - 契約締結能力が全くない人は成年後見を利用しない限り対象外とする。
- ②第2段階における問題
 - 給付決定と給付開始とのタイムラグの問題
 - (給付決定→契約締結→サービス提供→現金給付)
- ③第3段階における問題
 - ※福祉契約：民法上の契約であるため、契約自由の原則(自由放任思想)に基づくものとなる。
 - 契約の場のあり方(市場のあり方)とそのコントロールをめぐる問題
 - 契約の主体をめぐる問題
 - *利用者：(契約締結)能力の問題
 - *事業者：事業者・サービス提供者個人の質の確保の問題
 - 契約の客体(提供されるサービスの質)の確保の問題
 - 医療契約との比較
 - ※給付決定が契約締結の前提となっているが、医療契約にはない。

5 契約の効力 ~ 福祉契約から導かれる権利義務 → 平田報告

- 1) サービス提供者の義務
 - 《抽象的》 皆皆注意義務 (§ 644)
 - 《具体的》
 - (1) サービス提供義務
 - (2) 公正義務：契約内容を公正なものとし、契約締結過程においても公正に行動しなければならぬ義務⁹⁷⁾。
 - (3) 情報提供義務：自己(事業者)に関する情報、自己(利用者)の提供するサービス内容等につき不特定多数の潜在的利用者に対し明らかにし透明化する義務⁹⁸⁾。

○福祉契約解除の方法
 ※詳細な議論なし? →民法(委任契約)の原則による?
 個別の契約類型ごとに定められている特別な終了原因
 ※詳細な議論なし? →民法(委任契約)の原則による?

4 契約の当事者

- 1) 利用者本人に十分な判断能力がある場合 →利用者・事業者間の契約
- 2) 利用者の判断能力が疑わしい場合⁹⁹⁾
 - (1) 成年後見制度を利用して利用者本人名義の契約を結ぶ方法¹⁰⁰⁾
 - ①同意権者(補助人・保佐人)の同意を得て利用者本人と事業者が契約を結ぶ場合
 - ②利用者の法定代理人(保佐人・補助人・成年後見人)が利用者本人名義の契約を事業者との間に結ぶ場合
- (2) 利用者本人以外の者(家族など)と事業者が「第三者のためにする契約」を締結する方法¹⁰¹⁾
 - 場合わけの判断基準
 - 判断能力の有無が基準
 - = 整理弁認能力 (§ 7)?
 - 診療契約との比較
 - 患者の意思能力の有無・行為能力の有無の観点から詳細に場合を分けて検討。

5 契約の効力 ~ 福祉契約から導かれる権利義務 → 平田報告

- 1) サービス提供者の義務
 - 《抽象的》 皆皆注意義務 (§ 644)
 - 《具体的》
 - (1) サービス提供義務
 - (2) 公正義務：契約内容を公正なものとし、契約締結過程においても公正に行動しなければならぬ義務⁹⁷⁾。
 - (3) 情報提供義務：自己(事業者)に関する情報、自己(利用者)の提供するサービス内容等につき不特定多数の潜在的利用者に対し明らかにし透明化する義務⁹⁸⁾。

93)費用、時間、裁判所での手続上の問題があると思われる。
 94)福祉契約利用者の行為能力を補充するだけ。身上等への配慮規定はあるが、財産管理制度の色彩が強い。
 95)各モデル契約書も利用者側からの「契約の自由」を規定している。
 96)字面も、福祉契約の締結はしばしば利用者の生活基礎そのものを左右する意味を持つことを理由に、拒否則による制限が課されるべきであると思われる。

97)詳細は、福祉サービスの質に関する検閲会「福祉サービスにおける第三者評価事業に関する報告書」(2001年)、日本弁護士連合会「契約型福祉社会と権利保護のあり方を考える」206頁(2002年)。
 98)新井麻「介護保険契約と成年後見・再編」千葉大学法学論集16巻3号69頁(2001年)など。
 99)全国社会福祉施設経営者協議会編「介護サービスの利用契約の手引き」5頁(山本重(全国社会福祉協議会、期)版、2000年)。なお、「契約の常識が、権利保護のための保護機関を必要とし、かつ「介護の社会化」の要請の下に介護者の負担の軽減・軽減をめざすものである」とすれば、契約主体はむしろ「家庭」そのものであることが望ましいのではないかとする清水幸雄「介護保険契約と当事者能力——介護保険契約の当事者は誰か」清和法学研究1巻1号12頁(2000年)。「この基準の対象となる指定事業者と都道府県知事がこの基準を内容として締結する公法上の契約とし、サービス提供事業者は消費者から申込みがあった時点での基準に従いサービスの給付を行う義務を負う一種の第三者のためにする契約と考える」とする正田洋一「介護から契約へ」支援者制度の問題点(下)——障害者の権利と自由の観点から」ジュリスF1249号136頁(2003年)もこの見解に属すると思われる。この第三者契約については、市村大三「介護サービス契約における第三者契約の問題点と契約の実状について」神奈川法学6巻1号229頁以下が詳しい。
 100)額田洋一「福祉契約の順序性」自由と正義53巻7号18頁(2001年)。
 101)額田洋一「福祉契約の順序性」自由と正義53巻7号18-19頁(2001年)。並井孝「福祉契約の問題——サービスの「質」の確保と契約責任」森泉章編「著作権法と民法の現代的課題——早田正夫先生追悼記念論集——」471-472頁(法学書院、2003年)。

- (4) 説明義務：特定の利用者に対して、利用契約の内容およびその履行に関する事項について、利用者が十分理解・納得したうえで契約を締結できるように説明すべき義務¹⁰²⁾。
 - (5) 書面化義務：契約に契約上の重要事項に関して記載した書面を適時な¹⁰³⁾交付しなければならぬ義務¹⁰⁴⁾。
 - (6) 苦情解決義務：適切な苦情解決システムを備え、それを利用者に周知させる義務、並びに誠意をもって苦情解決に努める義務¹⁰⁵⁾。
 - (7) 安全配慮義務：サービス提供の場面において、提供者側に利用者の安全を配慮する義務¹⁰⁶⁾。
 - (8) 個人情報保持義務：利用者に関する記録物等の個人情報を、契約終了後あるいは当該従業員¹⁰⁷⁾の退職後も守秘すべき義務¹⁰⁸⁾。
- 2) サービス利用者の義務
- (1) 代金支払義務
 - (2) 協力義務¹⁰⁹⁾
 - ① 消滅的な「甘受する義務」：サービス提供が行われたときに、それを受け取る義務¹¹⁰⁾。
 - ② 積極的な「高度な協力義務」：リハビリに代表されるような自立支援にかかわるサービスが、はきりとした効果を挙げるために、利用者側にかんがりの努力・協力が不可欠な義務。
 - ③ 告知義務・情報提供義務：サービス対象者に関する情報を伝える義務。

6 その他

- 1) 免責約款・特約など
 - 福祉契約と消費者契約法へ
- 2) 福祉契約の關係的契約性・信託關係性

「相手方から債務・依存を受ける者に対しては、高度の注意義務（誠実義務・利益配慮義務）が課せられることが一般に承認されている。近時『社會關係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出す』という『關係的契約』概念が紹介されているが、福祉契約もその一適用場面といえることができよう。」¹¹¹⁾

V 医療契約・福祉契約と消費者契約法

- 102) 額田洋一「福祉契約の順序性」自由と正義52巻7号18-19頁(2001年)、並井修「福祉契約の価値問題——サービスとしての権利と契約責任」法學雑誌「著作権法と民法の現代的課題——」671-672頁(法學雑誌、2003年)。
- 103) 正田形「『措置から契約へ』支援費制度の問題点(上)——障害者の権利と自由の観点から」ジュリス1249号71頁(2003年)。
- 104) 正田形「『措置から契約へ』支援費制度の問題点(下)——障害者の権利と自由の観点から」ジュリス1249号138-140頁(2003年)。
- 105) 並井修「福祉契約の課題——サービスの『質』の確保と契約責任」法學雑誌「著作権法と民法の現代的課題——」676頁(法學雑誌、2003年)。
- 106) 額田洋一「介護保険契約の特徴と法的問題——モデル契約書を参考として」ジュリス1174号72頁(2000年)。
- 107) 並井修「『介護サービス契約のあり方』に関する一試論——消費者保護にかかわる8つのポイント——」ニッセイ基礎研究所「21世紀の社会保険改革に向けた視点」115-119頁(ニッセイ基礎研究所、1998年)。なお、この義務は、それ自体で債務不履行等を構成するようではなく、仮に法的効果があるとしても、限定された意味合いにとどまるものと考えられるとしている。
- 108) たとえば、ヘルパーが訪問しても家に入れてくれない、嫌がって入室しないなどの状況が考えられるとする。
- 109) 額田洋一「福祉契約の順序性」自由と正義52巻7号17頁(2001年)。

1 消費者契約法の概観¹¹⁰⁾

1) 消費者契約法の基本的枠組

- (1) 立法趣旨
 - ：消費者が十分な情報に基づいて自由な意思決定ができる場を確保する手段を用いることと
 - もに事業者による不当な契約内容の押しつけを回避する方策を定める。

- (2) 消費者契約の定義(法52①)
 - ：消費者と事業者との間で締結される契約。
 - 「消費者」：事業に関わらないで契約を締結する個人
 - 「事業者」：法人その他の団体および事業者として事業のために締結の当事者になる場合における個人をいう。

- 2) 契約締結過程における消費者保護(法54)
 - (1) 誤認による契約の取消 → 取消可能(法84①②)

《契約締結の勧誘に関して》

- * 事業者が重要事項につき真実でない事実を告げ、または不確実な見込みについて断定的な判断を提供することによって、消費者に誤認を生じさせた場合
- * 重要事項またはそれに関連する事項について、事業者が消費者に有利な事実のみを告げ、不利な事実について故意に告げなかった場合
- (2) 困惑による契約の解消 → 取消可能(法84③)

《契約締結の勧誘に関して》

- * 事業者が消費者の住居などに居座ったり、事業者が勧誘をしている場所から消費者が去ることを妨げたりして、消費者を困惑させ、それによって契約を締結させた場合

- 3) 契約内容に関する消費者保護(法8,9)
 - ～消費者にとり不当な不利益となると通常考えられる一定の契約条項につき無効と定める。
 - (1) 免責条項(法8)～事業者の契約責任・不法行為責任を減免する条項
 - 全部免除条項：すべて無効
 - 一部免除条項：故意または重大過失により生じた損害につき免除しようとする条項を無効
 - 免責条項は消費者の負担に基づくものとは考えられない。
 - (2) 損害賠償額の手定(法9)～消費者が負う損害賠償責任に關しその賠償額を予め定める条項通常生ずるである(法9)～消費者が負う損害賠償額を予定している場合：無効
 - 交渉力の劣る消費者が自発的に合意したとはいえないのが通常。
 - (3) 民法や商法による場合に比べて、消費者の権利を制限したり、消費者の義務を加重したりする契約条項であつて債権に反する程度に消費者の利益を害する条項(法810)：無効

2 消費者契約法と医療契約・福祉契約

1) 医療契約と消費者契約法¹¹¹⁾

- (1) 診療契約は消費者契約法¹¹²⁾
 - 医療の供給形態：医師・看護師その他ク・メデイクアルの専門的知識ないし技術を総合した医療診療契約＝医療サービス提供契約
 - 診療を受ける側＝「消費者」
 - 自由診療の場合/社会保険診療の場合：通院・入院によれば医療機関・開業医が契約当事者 → 医療機関・個人開業医：消費者契約法上の事業者に該当

110) 消費者契約法については、さしあたり、最高裁判所事務総局民事部監修「消費者関係法務資料」法曹会、2001年)、日本弁護士連合会・消費者問題別府委員会編「コンメンタール消費者契約法」(商事法務、2001年)、櫻谷誠一「消費者契約法」(有斐閣、第3版、2001年)などを参照されたい。

111) 新美晋文「消費者契約法と医療」からの科学224号

消費者契約法の適用対象内

(2) 医療契約と消費者契約法

⇒「裁判例によって、消費者契約法よりもはるかにきびしい法律則が医療機関をいし医師に適用されている。」

○診療契約における免責条項(手術承諾書における免責条項)＝消費者契約法における免責条項

→判例において早くから「例文にすぎない」として法的効果を否定する。

→消費者契約法においては、これを明文で規定。

2) 福祉契約と消費者契約法

(1) 福祉契約は消費者契約法よりか

福祉契約によりサービス提供を受ける利用者＝「消費者」

福祉サービス＝事業 → 福祉サービス提供者＝「事業者」

消費者契約法の適用対象内

(2) 福祉契約と消費者契約法

⇒「福祉サービスの利用者の保護にあたって契約取消権と免責条項の無効を認めると、規

こりうる問題のほんの一部をカバーするにすぎない。」¹¹²⁾

○既型契約の取消(法34)と福祉契約

○g. 事業者が介護保険給付対象かどうかについて不告知をした場合→取消可能

→一部または全部無効

→消費者契約法上の不当条項に当たらない場合であっても、福祉契約では公正義務に反する不正な条項は無効と解すべき。

○消費者契約法を超える問題

○消費者契約法

→主に経済的損害の防止、大量生産商品の安全性を図るという点に中心がある。

○福祉契約は消費者契約法に関する基本的ルール。

○福祉契約：消費者契約法の適用を受けるが、超こりうる問題のごく一部に対する対応がなされるに過ぎない。

○g. 消費者契約法の規律の範囲に至らない動機形態による契約締結

事業者等の経過失による損害賠償責任の一部を免除する条項であって法310の一般条項に該当しないもの¹¹³⁾。

→福祉契約によって扱われるのは利用者の人間としての生活基盤や生命・身体に直結する重大な利益であり、より強い保護をすべき。

VI 福祉契約の課題そして行方

1 福祉契約の課題

1) 福祉契約の成立をめぐる課題

(1) 契約の主体をめぐる問題

①利用者：契約締結能力をめぐる問題

○解釈上の問題

→古典的契約像(人間像)の修正の必要性

福祉サービス提供者・利用者間の契約は「自由で独立した個人が対等な立場で交渉し、その意思に基づいて契約を締結する。」という古典的契約像が妥当せず、従来の契約法理は修正を余儀なくされるのは当然¹¹⁴⁾である。

→修正方法

事業者側：説明義務の一定の義務を課す。

→

利用者側：その「個人」に応じた直接的な支援の仕組みの構築

解釈の次元での解決

契約当事者の問題

制度の次元での解決

成年後見法・福祉サービス利用援助事業

○制度上の問題

→福祉契約利用援助システムをどのように整備するか。 → 大原報告

成年後見制度と福祉サービス利用援助事業との相互関係。

成年後見制度の使いにくさをどのように改善するか。

福祉サービス利用援助事業の手續上の問題。

○事業者：質の確保

→事業者の健全化・サービス提供者の能力の均質化

行政上の質の担保が重要となる？

事業者：指定基準

サービス提供者の能力：資格制度・教育制度

(2) 契約の客体(提供されるサービス)の質の確保の問題

○契約『法』はサービスの質を担保しうるか？

～債務不履行に対する福祉サービス提供者への責任が追求される過程において、債務の本旨にかかった履行がなされているかどうか、債務者に帰責事由があるか否かを判断するための注意義務水準の認定という形で、福祉サービスの内容・質そのものが事後的に検討されるにすぎない。

○契約のひとつつの効果(prospectiveな効果)

～権利義務関係＝責任(責任の範囲・程度・種類)が明確化

～利用者・サービス提供者：各々の果たすべき義務(責任)が明確化

→履行するに際しての行為基準化(行為準則化)

(3) 契約の場のあり方(市場のあり方)とそのコントロールをめぐる問題

○契約の場のあり方(市場のあり方)をめぐる問題

「事業者が自由に契約を締結することによって消費者の自由が具体的に確保されるためには、市場の仕組みについていくつもの前提が必要とされるうえ、取引主体の地位と性格に

に対応した前提条件の確保が必要とされる場合もある。これらの前提が確保されたうえで、市場の動きを媒介として自由な取引主体として取り扱われる取引主体に実質的な自由がないいは取引上の対等な地位が保障されることになるのであって、単に契約の自由が認められたというだけではその自由が実内容になる場合も少なくない。事業者に契約の自由が保障され福祉サービス提供者が参入の自由がある程度認められたことで、直ちに

消費者に福祉サービス提供者との関係で実質的に対等かつ自由な地位が保障され

たことにはならない。」¹¹⁵⁾

112) 大曾保寛『成年後見と社会福祉法制——高齢者・障害者の権利保護と社会的後見』193頁(法律文化社、第1版、2000年)ほか多数の論者が同様の指摘をしている。

113) 並井修『福祉契約法の課題——サービスの「質」の確保と契約責任』新泉堂『事件簿法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』688頁(法学書院、2003年)。

114) 額田洋一『福祉契約論序説』自由と正義52巻7号18頁(2001年)。

115) 正田田形『「消費者から契約へ」支援制度の問題点(上)——障害者の権利と自由の観点から』ジュリスト1248号67頁(2003年)。

※福祉契約：関連の行政上のシステムを前提として初めて機能しうる。

→【前提】適切な契約関係を構築することのできる枠組み（行政上のシステム）の構築

福祉契約にかかわる行政制度をどのように整備するか。

→行政の公的責任の検討が必要

福祉契約が行われる場をどのようにしてコントロールしていくのか。

②市場のコントロール手法をめぐる問題
【現在の福祉市場の主なコントロール手法】
～運営基準（法的性格が不明確）

＝

契約自由の原則の制約緩和の不確かさ

*実質的な制約要素：福祉契約の特性

*民法の内にある制約要素：公序良俗、信義則、権利乱用などの一般条項

*民法の外にある制約要素：憲法、社会福祉法、老人福祉法、各種運営基準

○福祉市場における契約自由原則制約要素の限界

*実質的な制約要素：損壊とはなりうるが、法的価値としては力不足。

*民法内の制約要素：契約自由の原則に立脚したシステムの中の制約要素ではない。

*民法外の制約要素：いずれも直接的には民事法上の効力にかかわるものではない。

○課題

①市場のコントロール主体は誰か

*市場をどのようにしてコントロールしていくのか

*民法の外在的制約をいかに内在的制約として取り込むか。→価値構築・明確化

*民法の内在的制約の再検討

民法内にある制約要素をどのように適用させていくか。

契約自由原則それ自体の再検討。

「契約自由の射程についても、改めて問い直す必要がある。つまり、無制限な契約自由を出発点として、これをいかに制限するか、という発想ではなく、むしろゼロからこれを問わないことが求められているのである。そもそも契約に關してどのような自由があり、それがどこまで認められるのかということが、一度は『積極的な形』で問われなければならない。』¹¹⁶

2) 福祉契約法の立法をめぐる課題
(1) 解釈か立法か～“福祉契約法”立法の希求
①契約自由の原則に照らしめることの危惧
②消費者契約法の問題点
*消費者契約に共通する最低限度の民事的規制立法であり福祉契約に特化したものではない。
→福祉契約に特有のニーズ¹¹⁷についての規定なし。
*裁判規範としての性格が強く、裁判で争うまでは救済されるかどうか不明確。
→福祉契約における利用者は訴訟を行うだけの余裕がない場合が多い。
*被害が発生するから事後対応になるざるをえない。
→福祉契約は提供者側の不履行が利用者の生命や身体に直接影響し、かつ特に施設サービスでは提供者を容易に変更できない。

(2) 福祉契約法の立法をめぐる課題

立法的に規制を行うべきであるとの提督：多数¹¹⁸

→立法の必要性の検討

社会福祉基礎構造改革以降の議論：議論の途についたばかり。

(議論の蓄積なし、論理的整理が十分にされていない。)

→不適切な立法となる可能性大。

判例法理の形成を期待できないのか？

法の限界・立法の効果を熟慮する必要性

2 福祉契約の行方

1) 福祉契約の検討方法の見直し

○2つの指摘

【医療契約論】

「医療契約の有する特質や内容を詳細に検討せず、アザリオリに診療契約の法的性質を論じることば、あまり意味がない。むしろ、診療行為の有する性質や現代の医師と患者関係の質を直視し、そこからいかなる権利義務が導き出されてきたか、またいかなる権利義務が導き出されるべきかを検討すべきである。かような作業の後は、はじめて、契約内容との関係で、法的性質をきめた契約の位置づけにつき適切に論じることができると思われるからである。」¹¹⁹

【児童に「福祉契約」の実現に即した履修検を確立する必要がある。】¹²⁰

→ 平田報告

【児童に「福祉契約」の実現に即した履修検を確立する必要がある。】¹²⁰

→ 平田報告

2) 福祉契約論へのあるひとつのバースペクティブ

(1) 福祉契約の多層構造性と阻害性

→適正な活動をする行政システムのうえに適正な内容の契約が確保される（多層構造性）
システム上の2つの弱さ：①福祉契約市場の適正化

②契約締結・内容の適正化

(2) 福祉サービス提供手法の再検討～契約が福祉の手段たりうるか。

【あるひとつの示唆】

「福祉サービスの多くが『措置』から『契約』に転換されることになったが、その目的は利用者の選択の可能性、サービスの提供を要求する権利性、利用者と提供者（事業者）の対等性を確保するところにある。しかし、それはどうしても『契約』によってしか実現できないというのではない。現行の社会政策のなかで、一番現実的な手段が『契約』であると考えられて採用されたものに過ぎず、一種の『借用』である。」¹²¹

↑

「契約」という手法の限界の把握とその明確化¹²²が急務の課題

「契約」という手法の限界の把握とその明確化¹²²が急務の課題

116) 菅井修「福祉契約論の課題——サービスの「質」の確保と契約責任」『社会福祉法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』683頁(法字書院、2003年)。なお角田氏は異なるが、高野広城「障害者福祉における契約」自由と正義51巻6号32頁以下は障害者が契約を締結する際にそれを支拂する法定の制度の必要性を説いている。

119) 高野英弘「医師と患者の法律関係」藤立明・中井英徳編『医療現場法』60頁(青林書院、第1版、1994年)。

120) 平田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号21頁(2001年)。

121) 平田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号16頁(2001年)。

116) 菅井修「福祉市場における福祉関係と契約」日本福祉大学社会福祉論集106号111頁(2002年)。

117) 菅井修「福祉市場における福祉関係と契約」日本福祉大学社会福祉論集106号111頁(2002年)。

福祉サービス利用援助に関する諸問題

開成学院大学 大原 利夫

はじめに

I 福祉サービス利用援助契約

II 地域福祉権利擁護事業

(1) 趣旨

平成 11 年 10 月から平成 15 年 8 月までの統計資料 (全国社協作成資料による)
相次等の件数: 41 万 1217 件、契約者数: 1 万 2617 名

(2) 法的位置づけ

・社会福祉法二条三項一ニ号

(3) 内容

・委託 (平成 13 年 8 月 10 日社援発第 1391 号別添 3 地域福祉権利擁護事業実施要領。以下、実施要領と略す。実施要領 2(4))。基幹的社協 (推進型ニュアール)
・援助内容 (実施要領 3(4)イ)

(イ) 福祉サービスについて的情報提供、助言

(ロ) 福祉サービスの手続援助

(ハ) 福祉サービス利用料の支払い等

(ニ) 苦情解決制度の利用援助

平成 14 年 6 月 24 日社援発第 0624003 号

援助利用までの流れ

初期相談→具体的調査→関係調整→契約書・支援計画作成→契約締結→援助の開始

(4) 契約締結能力

6 千万円を超える贈与契約 (東京地判平成 4 年 2 月 27 日判時 1442 号 116 頁)
3 億 6 千万円の連帯保証契約と極度額 5 億 2 千 5 百万円の抵当権設定契約 (東京地判平成 8 年 10 月 24 日判時 1607 号 76 頁)

判断能力…広くものを判断する能力 (推進型ニュアール)

契約締結能力…地域福祉権利擁護事業の利用契約の内容を理解する能力 (推進型ニュアール)

契約締結判定ガイドライン等による判定 (平成 15 年 5 月 9 日社援地発第 0509001 号)

判断要素…コミュニケーション能力、契約意思、見当識 (時間と場所、また、これと関連して周囲を正しく認識する機能) など

類型 I: 福祉サービスの利用援助に限定された契約内容

類型 II: 類型 I に加え、日常的な金銭管理サービス、書類等の預かりサービスを含む契約内容

△△さんに勧められたとのことですが、〇〇さんご自身は、この制度を利用するかどうか検討してごらんになるお気持ちがおありですか?

a、この制度に関心を示し、拒絶がない

b、発意者や専門員に言われるままにはいと答える

c、意思が確認できない

d、明確な拒否がある

一週間後の訪問調査

a、覚えていて、契約希望を再確認できる

b、覚えていたかどうか疑問だが、再度説明することにより契約希望

c、前回の訪問を全く覚えていない

→契約可能

→類型 I: 契約可能

→類型 II: 契約締結審査会へ

→類型 I: 契約締結審査会へ

→類型 II: 契約になじまない

→中止

→契約可能

→類型 I: 契約可能

→類型 II: 契約締結審査会へ

→類型 I: 契約締結審査会へ

→類型 II: 契約になじまない

(6) 問題点

・意思能力判定の困難性

・本人による利用拒絶

・関係者間の調整

・代理権の範囲と限界

・必要とされる生活支援の多様性

・利用料の負担

III 成年後見制度と措置制度

・「その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」(平成 12 年 3 月 30 日法律第 11 号・法律第 21 号・老計第 13 号)

・「やむを得ない事由」(昭和 62 年 1 月 31 日社老第 8 号)

終わりに

(資料)

社会福祉法

二条三項一ニ号

福祉サービス利用援助事業 (精神上の理由により日常生活を営むのに支障がある者に対して、無料又は低額な料金で、福祉サービス (前項各号及び前各号の事業において提供されるものに限る。以下この号において同じ。) の利用に関し相談に応じ、及び助言を行い、並びに福祉サービスの提供を受けるために必要な手続又は福祉サービスの利用に要する費用の支払に関する便宜を供与することその他の福祉サービスの適切な利用のための一連の援助を一体的に行う事業をいう。)

八〇条 (福祉サービス利用援助事業の実施に当たつての配慮)

福祉サービス利用援助事業を行う者は、当該事業を行うに当たつては、利用者の意向を十分に尊重するとともに、利用者の立場に立つて公正かつ適切な方法により行わなければならない。

八一条 (都道府県社会福祉協議会の行う福祉サービス利用援助事業等)

都道府県社会福祉協議会は、第百十條第一項各号に掲げる事業を行うほか、福祉サービス利用援助事業を行う市町村社会福祉協議会その他の者と協力して都道府県の区域内においてあまねく福祉サービス利用援助事業が実施されるために必要な事業を行うとともに、これと併せて、当該事業に従事する者の資質の向上のための事業並びに福祉サービス利用援助事業に関する普及及び啓発を行うものとする。

八三条 (運営適正化委員会)

都道府県の区域内において、福祉サービス利用援助事業の適正な運営を確保するとともに、福祉サービスに関する利用者等からの苦情を適切に解決するため、都道府県社会福祉協議会に、人格が高潔であつて、社会福祉に関する識見を有し、かつ、社会福祉、法律又は医療に関し学識経験を有する者で構成される運営適正化委員会を置くものとする。

八四条 (運営適正化委員会の行う福祉サービス利用援助事業に関する助言等)

運営適正化委員会は、第八十一条の規定により行われる福祉サービス利用援助事業の適正な運営を確保するために必要と認めるときは、当該福祉サービス利用援助事業を行う者に対して必要な助言又は報告をすることができる。

2 福祉サービス利用援助事業を行う者は、前項の報告を受けたときは、これを尊重しなければならない。

老人福祉法

第三十二条

市町村又は、六十五歳以上の者につき、その福祉を図るため特に必要があると認めるときは、民法第七條、第十一條、第十二條第二項、第十四條第一項、第十六條第一項、第八百七十六條の四第一項又は第八百七十六條の九第一項に規定する審判の請求をすることができる。

〇条の四

市町村は、必要に応じて、次の措置を採ることができる。

一 六十五歳以上の者であつて、身体上又は精神上の障害があるために日常生活を営むのに支障があるものが、やむを得ない事由により介護保険法に規定する訪問介護を利用することが著しく困難であると認めるときは、その者につき、政令で定める基準に従い、その者の居室において第五条の二第二項の厚生労働省令で定める便宜を供与し、又は当該市町村以外の者に当該便宜を供与することを委託すること。

老人福祉施設施行規則

第一条

老人福祉法（昭和三十八年法律第百三十三号。以下「法」という。）第五条の二第二項に規定する厚生労働省令で定める便宜は、入浴、排せつ、食事等の介護、調理、洗濯、掃除等の家事、生活等に関する相談及び助言その他の身体上又は精神上の障害があつて日常生活を営むのに支障がある六十五歳以上の者に必要な便宜とする。

改訂長谷川式簡易知能評価スケール
Hasegawa's Dementia Scale Revision (HDSR)

長谷川式簡易知的機能評価スケール(1974長谷川)の改定版

質問内容	備考	配点
1. お年はいくつですか?	2年までの誤差は正解	0.1
2. 今日は何年の何月何日ですか? 何曜日ですか?	年月日、曜日が正解でそれぞれ1点ずつ	年 0.1 月 0.1 日 0.1 曜日 0.1
3. 私たちが今いるところはどこですか?	自動的に出れば2点、5秒おいて、家ですか、病院ですか、のちから正しい選択をすれば1点	0.1, 2
4. これから言う3つの言葉を言ってみてください。 1. a) 電卓 b) 電卓 c) 電卓 2. a) 時計 b) 時計 c) 時計	いずれか1つを憶えさせる	a) 0.1 b) 0.1 c) 0.1
5. 100から7を順番に引いてください。	100-7は? それからまた7を引く上と質問する。最初の答が不正解の場合、打ち切る。	(83) 0.1 (86) 0.1
6. 私がこれから言う数字を逆に言ってください。 (6-8-2, 3-5-2-9)	3桁逆順に失敗したら打ち切る。	286 0.1 9253 0.1
7. 先ほど憶えてもらった言葉をもう一度言ってみてください。	自動的に回答があれば各2点、もし回答がない場合、ヒントを与え正解であれば1点	a) 0.1, 2 b) 0.1, 2 c) 0.1, 2
8. これから5つの品物を見せまます。それを見ますので何があったか言ってください。	時計、鏡、タペ、ペン、硬貨など必ず相互無関係なもの	0.1, 2, 3, 4, 5
9. 知っている野菜の名前をできるだけ多く言ってください。 5個までは0点、6個までは1点、7個までは2点、8個までは3点、9個までは4点、10個までは5点	途中でつまり、約10秒持つてもでない場合はそこで打ち切る	0.1, 2, 3, 4, 5
合計得点		

地域福祉権利擁護事業と成年後見制度対照表 (全社協 地域福祉部作成)

所轄庁	地域福祉権利擁護事業	補助・保佐・成年後見制度 (法定後見)
厚生労働省	厚生労働省 厚生労働省令・授産局長通知等	民法、政省令、家事審判規則等
対象者 (獨居性高齢者・知的障害者・精神障害者等)	精神上の理由により日常生活を営むのに支障がある者 (痴呆/痴呆、高齢者/身体障害者/痴呆)	精神上の障害により事理弁識が著しく不十分な者 = 保佐する能力 = 後見する能力
担い手・機関の名称	本人 利用者 基礎的福祉協議会 (注1) 法人のボランティアとして専門員、生活支援員 指導監督 都道府県社会福祉協議会 (受託主体機関) 及び運営監視委員会	本人 被補助人、被保佐人、成年後見人 補助人・保佐人・成年後見人 保佐者 被保佐者 ボランティア等及び法人
費用	社会福祉事業として、契約締結までの費用は公費補助 契約後の補助は利用者負担 (生活保護利用者は公費助成)	全て本人の財産から支弁することを明確化。申立ての手続き費用、登記手続の費用 後見の事務に属する費用 成年後見人、監督人に対する報酬費用等 裁判所に申立 (本人、監督者、四親等以外の親族、被保佐者等、福祉関係の行政機関は整備法で規定。) ※本人の同意: 補助=必要 保佐・後見=不要
手続きのしじまり	社会福祉協議会に申し込む (本人、関係者・機関、家族等)	医師の鑑定書・診断書を裁判所に提出 (最速で鑑定書・診断書を作成) 自己決定の尊重と保護の両方
意思能力の確認・診断 審査や鑑定・診断 援助の目的・理念	【契約締結判定ガイドライン】により確認あるいは契約締結審査会で審査 契約により、福祉サービスが適切に利用できるよう、その自己決定を援助	法律行為を行う保護・支援制度 代理、取消、同意 規範なし (法律行為でなければ) ※成年後見制度申立て等の相対的財産差控所等実施
援助 (保護) の種類 援助の方法	生活に必要な不可欠な福祉サービスの利用に關する情報提供、相談と代理 福祉サービスへの情報提供、助言などの相談 福祉サービスへの利用契約手続き援助 契約による福祉サービスの利用	□財産管理等の法律行為 (不動産の処分、遺産分割等の法律行為) *同意権 (補助は契約が定める) 特定の法律行為、保佐は民法12条1項各号所定の行為、成年後見人は日常生活に關する行為以外の行為 *代理権 (補助・保佐は申立ての範囲内で家裁が定める) 特定の法律行為、成年後見人は、財産に關するすべての法律行為 ※身上監護義務
相談 法律行為 財産管理 福祉契約等	□日常的な金銭管理 * 日常的な金銭管理に伴う預貯金通帳の払い出し等の代理、代行 * 福祉サービスへの利用料支払いの便宜の供与 □書類等の預かり * 証書等の保管と取り、紛失防止を、福祉サービスへの円滑な利用を支える □社会福祉事業等の在宅福祉サービスの契約代理	※ 施設入所手続きの代理は機関から除外 ※ 上記のことを援助の種類とし、情報提供相談、法律行為の一連の援助を権利擁護と地域福祉の視点で援助する。

福祉契約に関する実務的諸問題

井護士 平田 厚

1 福祉契約の技術的視点

(0) はじめに

- 福祉契約の意義¹ → 小西報告
- 技術的視点に関する福祉契約の特性
- 有償契約であるが、「能力に依り自立した日常生活」(介護保険制度)、「利用者の自立と社会経済活動への参加」(支援費制度)という非経済的価値の追求を目的とする。～ 公共性・非効率性 → 評価の困難さ
- 自立の意義と権利擁護の多様性²
- 福祉的視点に基づくモデル契約書の作成

(1) 高齢者福祉契約と障害者福祉契約の内容に関する差異

- 高齢者福祉＝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。
…残存能力に即して支える。
- 障害者福祉＝能力獲得を通じて自立状態に至る過程を支える。
…能力形成を目標に支える。

(2) 高齢者福祉契約と障害者福祉契約の形式に関する差異

- 高齢者福祉契約＝支援者を確保してゆるやかにサポートできればいい。
…条文教もある程度多くていい。正確さも重視。
- 障害者福祉契約＝できる限り自分で理解しようようにサポートすべき。
…条文教はできる限り少く。分かりやすさを重視。

(3) 福祉契約の技術的体制

- 介護保険の契約システム：条文教25条前後。

1 福祉契約に関する最近の論考には、類田洋一「福祉契約論序説」『自由と正義』2001年7月号14頁、品田充徳「福祉サービスの利用方式」日本社会保険法学会編『講座社会保険法第3巻 社会福祉サービス法』2001年法律文化社54頁、並井修「福祉契約論の課題」『著作権法と民法の現代的課題』2003年法学書院661頁などがある。

2 拙稿「福祉サービスの利用契約時代の権利擁護のポイント」『月刊福祉』2003年3月号12頁、拙著『これからの権利擁護』2001年簡井書房

3 全国社会福祉協議会「障害者福祉サービスの契約に関する検討委員会」『障害者福祉サービス』2003年3月1頁以下

…契約書・サービス利用説明書・重要事項説明書の3点セット体制
支援費の契約システム：条文教15条前後。

…契約書・サービス利用説明書・重要事項説明書・手引の4点セット体制
継続的契約関係ではあるが、比較的短期間にサービス内容を見直すべき可変性・個別援助計画の詳細性・自由記載に関する柔軟性等のメリットがあるため、サービス利用説明書を切り離す。

* ただし、これらの道具立てだけでは完結しない。常にサポートする人の存在を前提にした道具立てにすぎない。「ふりがな」では支援は完結しない。

2 福祉契約の理論的視点 ～ 支援費制度における契約を中心に

(0) はじめに

① 契約法理論の変容¹

ア 関係的契約論 ²	→ 裁判所の後見的介入：社会＝共同体志向型 ³
イ 交渉促進規範論 ⁴	→ 普遍的な対話ルール：過程志向型 ⁵
ウ 私的自治論 ⁶	→ 国家による自由志向：リベナリズム志向型 ⁷
エ 契約正義論 ⁸	→ 外在的価値基準導入：国家・社会志向型 ⁹

1 以下の類型化については、吉田亮己『現代市民社会と民法学』1999年日本評論社8頁以下を参照。また以下の緒論の詳細な文献一覧も同書を参照。

2 内田貴「契約の再生」1990年弘文堂、同『契約の時代』2000年岩波書店など。なお、内田理論の基礎となったイアン・マクニールの結論については、“The Relational Theory of Contract: selected works of Ian Macneil” edited by David Campbell (2001 Sweet & Maxwell) を参照。

3 内田教授は、サンデルによるロールズの批判（『自由主義と正義の限界（第2版）』菊池理夫訳1999年三樹書房）に共感しながら、ハーバーマス理論（『コミュニケーションの行為の理論（上）（中）（下）』河上倫逸他訳1985-87年未來社））に依拠することが特徴的であるとしている（内田注5）『契約の時代』156頁以下）。したがって、ここでの共同体志向は、そのような内容のものであり、アラステア・マクキントシア（『美德なき時代』藤崎榮訳1993年みすず書房、『西洋倫理思想史 上』菅島彦他訳1985年九州大学出版会）などの共同体論とは内容を異にしている。なお、サンデルの共同体論については、C. ウルソ他編『断絶に立つ自由主義』菊池理夫訳1999年ナカニシヤ出版が参考になる。

4 山本顕治「契約交渉関係の法的構造についての一考察(1)～(3)完」1989年民商法雑誌100巻2号、3号、5号などの論考。

5 山本顕治教授も基本的にハーバーマス理論に依拠している。山本顕治「契約規範の獲得とその正当化」『谷口知平先生追悼論文集2 契約法』1993年信山社69頁以下など。

6 山本敬三「公序良俗論の再構成」2000年有斐閣など。

7 山本敬三「公序良俗と契約正義」1995年有斐閣など。

8 大村教授は、フランス法のレゾナン法理に依拠し、判例による「給付の均衡」法理の創造によって、契約への介入を肯定的に評価している。

② 契約法の修正理論¹⁷

- ア 保護義務論¹⁸
- イ 信託関係論¹⁹
- ウ 付随義務論²⁰

③ 福祉契約に必要な視点

- ア 措置の対象から契約の主体へ
- イ 保護理論ではなく自己決定理論へ（「パーナリズムから自己決定へ」²¹）
- ウ 契約にかかると人間像の寛容²²
- エ 修正された意思主義（緩やかな意思主義の復権²³）：付随義務論へ
- オ 古典的契約法の基準（意思の価値を重視）：硬いが安定²⁴

(1) 福祉契約関係

① 給付義務関係

* 福祉契約についての給付義務に関しては、公的サービスとして法令上にて定められ、運営基準によって内容が示されている²⁵。したがって、サービ

¹⁷ この議論については、柳瀬孝雄編『契約法理と契約履行』99年弘文堂1頁以下を参照。
¹⁸ 保護義務については、フランチヤイヌ契約に於いて多数の判決例がある。例えば、東京地判平成元年11月6日判時1363号92頁、京都地判平成3年10月1日判時1413号102頁、東京地判平成5年11月29日判時1616号92頁、東京高判平成11年10月28日判時1704号65頁、福岡高判平成13年4月10日判時1773号52頁、名古屋高判平成14年5月23日判時1798号86頁など。
¹⁹ 樋口範彦『ライフェンヤリー—信託の時代』1999年有斐閣など。ただし、樋口教授はアメリカ言語法の検討を行っているものであり、民法においても委任等の信託的契約において信託義務が認められるとまで言明しているわけではない。同書165頁以下を参照。
²⁰ 平井百雄『債権総論』1985年弘文堂44頁、後藤巻則「付随義務」『解説条文にない民法』2002年日本評論社152頁、潮見佳男『契約規範の構造と展開』1991年有斐閣2頁などを参照。

²¹ 拙著『増補 知的障害者の自己決定権』2002年エンパワメント研究所。詳細な文献は、同書所収の参考文献目録を参照。
²² 聖野英一『民法論集第6巻』1986年有斐閣6頁、大村敦志『消費者・家族と法』1999年東京大学出版会239頁
²³ 意思主義の復権論に関して多数の文献があるが、ここでは石田喜久夫『現代の契約法』1982年日本評論社228頁以下を挙げておく。
²⁴ 中田裕康『継続的取引の研究』2000年有斐閣119～121頁。なお、この点については、拙稿「福祉の契約に関する法務」小林雅彦編著『地域福祉を拓く第5巻 地域福祉の法務と行政』2002年きょうせい135頁以下を参照。

内容を変更する余地はほとんどない。これが運営基準の「約款的定め」と呼ばれる所以である。しかし、そのサービスの質は必ずしも保障されていないのであって（民第401条第1項「中等の品質」）、サービスの質が別途問われることとなる。

- ア 事業者：サービス提供義務 … サービス事業者は権利義務の束²⁶
- イ 利用者：代金支払義務 … パッケージ代金の法令による設定²⁷

② 付随義務関係²⁸

- ア 安全配慮義務
- イ 説明義務
- ウ 守秘義務
- エ 記録作成・保存義務など²⁹

(2) 契約関係における問題点

① 運営基準等による決定性とサービスの質

²¹ 例えば、支援費の場合、省令第79号第19条ないし第23条、第45条ないし第47条、第59条、省令第81号第20条ないし第25条、第53条、第58条ないし第60条、第62条
²² 例えば、支援費制度における知的障害者更生施設では、相談・援助（省令第81号第20条。以下の条文も同省令を示す。）、指導・訓練（第21条）、食事の提供（第22条）、作業指導（第23条）、社会生活上の便宜供与（第24条）、健康管理（第25条）などの性質の異なるサービスが入所施設としての居宅の提供というサービスとともにパッケージ化されている。ただし、パッケージの個別的な権利義務関係に単純に通元できるわけではなく、総合的視点から本人の自立と社会経済活動への参加を図るといふ基本的義務が付加されるものと考えらるべきであろう。

²³ 支援費基準（厚生労働省告示平成15年第30号、第42号など）
²⁴ 具体的な付随義務（支援費制度）の内容及び解釈については、注3）『障害者福祉サービス』の契約に関する研究事業報告書』53頁以下を参照。介護保険制度下のモデル契約書に関する付随義務については、全国経営協議『介護サービス利用契約の手引き』2000年全社協55頁以下を参照。

²⁵ 樋口注15）142頁以下によれば、代理法・パートナーシップ法・信託法においては、信託関係として、守秘義務・情報提供義務・記録員備義務と本人の同意・検査権が認められるとしており、情報非対称であり判断能力も不十分な利用者に対する単委任契約という信託的な福祉契約においては、信託関係の要素を多分に有していることを示しているものと考えられる。なお、信託関係においては、忠実義務が重要な要素となっており、主として経済的利益の帰属が問題とされている。福祉契約関係においては、例えば、自己の研究のためにケアを提供しないなどの内容の忠実義務も概念しうるであろうが、非経済的価値の追求を目的とする契約の場合は、職業倫理あるいは通常の善管注意義務とそれほどのズレを生じないようにも思われる。

ア 運営基準等の決定枠：ストラクチャー基準

イ サービスの質の確保：プロセス基準²⁶。しかし、プロセス基準で考えるのであれば、請負より準委任の要素を強く認めるべきではないか？²⁷また、現在は、介護職員の最低限のスキルが保障されているとはいいたい。

ウ 第三者評価による調整：第三者評価システムが質の確保に有効に機能しうるか？現在のシステムでは、「悪貨が良貨を駆逐」しかねないのではないか。

エ そうすると、プロセス管理と市民評価がより重要ではないか。

② 契約化と約款化

ア モデル契約書の機能：約款的機能への期待 ～ 不当条項の排除

…「汎用性的な定型性」＝「核心的合意部分」²⁸

→ 約款化＝標準化

→ 公共性の要請による強行規定性

～ 約款のマイナスイメージと有効性＝「モデル契約書」の概念²⁹

イ 福祉契約の特質：自己決定尊重の余地 ～ 福祉条項の推進

… 約款性の否定＝各障害者の特性に配慮した個別性の重視³⁰

→ 契約化＝個別化

→ 厳密性の要請による任意規定性

3 具体的福祉契約条項に関する解説

(1) 給付義務関係

²⁶ 橋井孝子『介護サービス論』2001年有斐閣、注1)の笠井論文675頁。ただし、前掲橋井では、「介護技術、看護技術、診療の質」などを「第2階層 process(過程)の評価」に加えているが(28頁)、それらはストラクチャー基準に含まれるべきものであり、それらをプロセス基準に含めるのは問題ではないだろうか。

²⁷ 例えば、ケアマネジメントでは、ケアプラン作成という請負的な要素が強いが、ケアマネジメントではむしろプラン作成のプロセスが重要なのであって、プラン作成に当たった事提供・洗濯完了などの請負的な要素が強いが、そうであれば契約書も仕事内容の明記で十分であるにもかかわらず、時間による支援として構成されている。それは、請負的要素が重視されるから、支援のプロセスとコミュニケーションが重視されているためであり、これも準委任の要素が強いと解すべきであろう。

²⁸ 河上正二『約款規制の法理』1988年有斐閣127,185頁。なお、山本豊『不当条項規制と自己責任：契約正義』1997年有斐閣39頁以下、大村敦志『消費者法』1998年有斐閣166頁以下も参照。

²⁹ 河上中(20)180頁は「約款」と「モデル契約書」との区別が相対的であることを明確にしているが、変更可能性の強弱によって上記のような区別を行うことも可能ではないかと思われる。

³⁰ 拙稿「利用契約制度のもとでの事業者の法的責任」『経営協』2003年4月号10頁

① 意思と人格の尊重

ア 契約制度の目的と表裏一体

イ 意思と人格の尊重＝サービスの質のメルクルール

ウ 安全性の要請と人格の保障

エ 身体拘束禁止の先行と事故防止³¹

② 制度内サービスと制度外サービス

ア 制度外サービスの重要性

イ 明確化の要請³²

ウ 契約の自由と不自由

エ 制度外サービスへの規制と限界

③ 損害賠償請求権と不当条項

ア 介護事故と損害賠償請求権

イ 損害賠償請求権と消費者契約法³³

ウ 不当条項1：軽過失による損害賠償義務免責条項

「事業者は、サービスを提供するにあたって、事業者の故意または重過失に基づいて利用者に損害を与えた場合には、速やかに利用者の損害を賠償します。」

エ 不当条項2：損害保険と免責条項

「事業者は、サービスを提供するにあたって、事業者の責任と認められる事由によって利用者に損害を与えた場合には、速やかに利用者の損害を賠償します。ただし、その損害賠償の範囲については、事業者が加入する損害賠償責任保険の補償金額を限度とします。」

(2) 付随義務関係³⁴

³¹ 拙稿「施設におけるリスクマネジメントの現状と課題」『社会福祉研究第85号』2002年10月号51頁、拙著『実践リスクマネジメント』2002年全日本社会福祉協議会を参照。

³² 拙稿「障害者福祉サービスの契約における問題点①②」『経営協』2003年5月号18頁、6月号30頁

³³ 厚生労働省平成15年3月26日「特定日常生活費等の取扱いについて」

³⁴ 福祉契約と消費者契約法との関係については、拙著『消費者契約法の解説』2001年全社協、拙著『介護保険サービス契約書の実務解説』2000年日本法令を参照。

³⁵ 付随義務について、北川晋太郎「債務不履行の構造とシステム」下巻定稿『安全配慮義務法理の形成と展開』1988年日本評論社263頁以下は、「従属的な付随義務」と「安全義務」とに類型化している。

① 安全配慮義務と契約化

- ア 給付義務か付随義務か⁴¹
- イ 安全配慮義務の契約化⁴²
- ウ 安全配慮義務条項の意義：義務の意識化
- エ 不当条項 3：安全配慮義務の軽減特約
- オ 「事業者は、サービスの提供にあたって、利用者の生命、身体、財産の安全確保に配慮します。ただし、事業者が故意または重大な過失がない場合には、利用者は事業者は一切の異議を申し述べないこととします。」

② 説明義務と苦情解決努力義務の関係

- ア 説明義務の射程⁴³
- イ 重要事項説明とその他の説明⁴⁴
- ウ 苦情解決努力義務との関係⁴⁵

⁴⁰ 注 1)の空井論文は、安全配慮義務を「それ自体主たる給付義務としてとらえられるべき」としている。確かに労働現場における安全配慮義務（村労働者）と福祉現場における安全配慮義務（村利用者）。ただし、村労働者も含まれる）は、それぞれに問題となる射程が異なっている。また、医療行為のようにそれ自体危険な内容のサービスに関する限り（ただし、医療行為の中にも必ずしも危険でない場合も含まれている）、そのように評価しうる余地がある。しかし、福祉契約におけるサービスは、一般的には給付義務自体としての合意はないように思われる。もし給付義務と解すると、契約条項に安全配慮義務が明記していない場合にも給付義務として当然に認められることになるであろうか疑問が残る。

⁴¹ 『支遣費制度に関するQ&A』2003年日弁連23頁

⁴² 説明義務一般の理解についても多数の論考が存するが、横山英夏「契約締結過程における情報提供義務」1996年7月ジュリスト1094号128頁、山田誠一「情報提供義務」1998年1月ジュリスト1126号179頁、内田貴「民法Ⅱ 債権各論」1997年東京大学出版会27頁以下、樋口注16)の165頁以下、本田純一「契約規範の成立と範囲」1999年一社社134頁以下を参照。医療行為における説明義務については、松倉豊治「医療行為における裁量の特異」1980年8月判例タイムズ415号9頁を参照。

⁴³ 従来の説明義務に関しては、樋口注16)173頁は、「契約締結の過程における問題だけを念頭におき、契約が成立した後の説明義務につき論究しないのはなぜか。」と指摘しているが、筆者は、苦情解決のプロセス自体が契約後の説明義務を具体化するものと捉えている。拙稿注16)146頁を参照。なお、苦情解決のプロセス又は民法第645条上の義務の実現ともいうる。

⁴⁴ 額田1)論文では、公正義務・透明化義務と並べて苦情解決義務を論じている（18頁）。しかし、苦情解決義務は後の2つのように理念的レベルの義務ではなく、具体的レベルの義務であるため、次元を異にするのではないかと思われる。むしろ、説明義務を具体化する義務として捉えるのが妥当と考える。これらの点については、拙著『利用者の権利擁護と苦情解決の意義』2000年東社協、具体的な対応については、『福祉サービス事業者における苦情解決取り組み事例集』2002年東社協、拙稿「事例解説」『利用者とのよりよい関

③ 説明義務の契約化

- ア 説明義務の契約化
- イ 説明義務条項の規範性：付随義務違反による解除権付与
- ウ 法理論的根拠：信頼関係の基礎を欠く。「契約の目的達成が阻害される」と評価してよいのではないか。利用者からの自由解約を認める以上、比較的解除原因が弱くても実質的には問題を生じない。

④ 守秘義務の契約化

- ア 守秘義務とプライバシー⁴⁶
- イ 守秘義務条項の規範性：付随義務違反による解除権付与。同上。
- ウ 守秘義務を負う法主体：事業者と従事者⁴⁷
- エ 不当条項 4：守秘義務の事前的包括的放棄
- オ 「本契約上のサービスを提供するにあたって、事業者が必要と認める事項については、利用者の個人的な情報を開示・利用することに、利用者はあらかじめ同意します。」

⑤ 身体拘束禁止の契約化

- ア 身体拘束禁止原則の契約化⁴⁸
- イ 身体拘束禁止の射程範囲
- ウ 身体拘束禁止の例外的許容
- エ 不当条項 5：身体拘束特約
- オ 「利用者または利用者の家族が特に必要と認める場合には、事業者が一定の時間内において利用者の身体を拘束することができます。」

⑥ 記録閲覧・謄写権の契約化

保つくりをめざして」2002年全社協、拙稿「利用者の声聞き取るために」『利用者の声をサービス上の向上につなげるために』2003年全社協、拙稿「苦情解決事例に関する所感」『事例にもとづく苦情解決 vol.2』2003年全社協などを参照。

⁴¹ 後藤注12)156頁。なお、一般的には付随義務違反による解除は認めない。

⁴² 守秘義務と情報提供義務の関係につき、樋口注16)142頁以下を参照。

⁴³ 守秘義務は、個別の従事者にも課されているのであり、事業者に関する付随義務のみが問題となるわけではない。他の付随義務についても、従事者を単なる履行補助者と位置づけるのではなく、契約上の義務主体として構成することも考えられようが、むしろ履行補助者と位置づけた上で、従事者の専門家としての責任を担担する（例えば、介護事故に対する予見義務など。東京地判平成12年6月7日買金と社会保険1280号14頁を参照）のが妥当であるように思われる。

⁴⁴ 厚生労働省『身体拘束ゼロへの手引き』2001年3月

- ア 記録作成保管義務
 - ・ 信頼関係の維持と強化のために行われる情報提供義務の一部⁴⁴：公正さ
- イ 記録閲覧権の有無
 - ・ 自動的には認められないが、信頼関係においては認められる（信託法第40条第2項、民法第673条）。
 - ・ また、紛争が生じた場合、文書提出命令の対象にもなると考えるべき。
- ウ 記録閲覧権写権の契約化
- エ 不当条項6：記録閲覧権写の高コスト条項…脱法あるいは暴利行為
- 「利用者は、その事業所において、当該利用者に関する記録を閲覧照写することができません。ただし、その費用については利用者が負担するものとし、複写1枚につき金300円とします。」

⑦ 応諾義務と解除条項

- ア 応諾義務と「正当な理由」
 - イ 応諾義務の私法的効力⁴⁵
 - ・ 医師法等と運営基準
 - ・ 取締法規と公序良俗⁴⁶
 - ウ 解除条項と応諾義務
 - エ 信頼関係破壊法理と解除条項
 - オ 信頼関係破壊法理の要否と「正当な理由」の限定
 - カ 不当条項7：留保なき解除条項
 - 「利用者が、サービス従事者や他の利用者の身体・財産に対して、重大な侵害行為を行った場合には、事業者は直ちに本契約を解除することができます。」

⁴⁴ 樋口注 16)162頁。なお、同書は、情報提供義務の意義として、自己決定のための情報提供義務、忠実義務の履行を保障するための情報提供義務、も挙げしており、示唆に富む。とりわけ「自己決定のための情報提供義務」は、支援費制度を考察する上でも重要な概念であろう。

⁴⁵ 品田注 1)論文 61頁以下

⁴⁶ 山本(敬)注 9)75頁以下によれば、福祉契約における公序良俗は、「法令型—政策実現型公序良俗」という類型に該当するであろう。そうすると、「法令型—政策実現型公序良俗」という類型に、行為規制による直接規制と参入規制による間接規制とを区別し、「直接型」「間接型」という下位分類を含めてもよいのではないかと考える。

福祉契約の法的関係と公的責任

2003.11.2 秋元

1. はじめに

○福祉契約という仕組みを福祉制度全体の中でどう位置づけたいからよいか
→それを、とくに、公的責任という視点から考えてみる

○福祉契約の位置づけ→介護保障を具体化するための1つの方法

○介護保障に対する公的責任とは

→社会的ニード（社会的必要）としての介護要求を有するものに対して、その必要（介護要求）を
満たすための福祉サービスを提供すること（結びつけること）。

○財政責任の問題

2. 権利の保障と公的責任——公的責任として求められていること

○請求権としての福祉要求に対する公的責任の問題

○結果として必要なサービスに結びつけば、公的責任が果たされたと見えるのか

○利用者の選択を保障することと公的責任

3. 福祉契約の構造的特質——介護保障制度

(1) サービス利用の決定プロセスの構造

1) その介護要求が、社会的ニードに該当するかどうかおよびその程度の判断→誰が、どのよう
に判断するのか

2) その社会的ニードとしての介護要求に應じるためのサービス内容を、誰がどのようにして決
めるのか（→要保確保性の充足の仕方の問題・サービス内容決定の問題）

(1) その介護要求の優先度（優先順位の問題）

(2) その介護要求に應じるためには、どのようなサービスが必要なのかという問題

(2) 措置制度の場合

(3) 契約方式の場合

1) 利用者の選択（契約化）というところで問題になる点

(1) 福祉ニードが社会的ニードであるということ
（本来的に、利用者の選択の問題に解消し得ない部分がある）

(2) 優先順位の決定が必要となる状況については、利用者の選択では対応不可能

2) 介護保障の契約化ではどのような対応がなされたのか

(1) 社会的ニードに関する問題の処理

1) 社会的ニードに関わる判断は、行政（介護者としての市町村）が決定する→要介護認定
2) ただし、裁量の働く余地を狭める仕組みを取り入れる→全国一律の客観的な基準に基づ
判定

3) 要保確保性の程度についてもランク化して確定する

(2) サービス内容の決定について

1) 契約方式を用いて、利用者の選択に委ねる

2) 優先順位の決定の問題は、直接的には対応の対象としない

4. 契約化と公的責任をめぐる論点

(1) 契約化（利用者の判断）に委ねることに伴う問題点

1) 対象外とされたニードの問題

・利用者の判断に委ねる範囲をあらかじめ決めることが必要であることの結果として生じる問題

2) 優先順位の決定の問題

3) 「サービスの特性」や（契約当事者である）サービス「利用者の特性」に伴う問題

①情報の非対称性

②情報の不確実性

4) 信頼性の問題

・公正さに対する信頼→契約の相手方が行政である場合に含意されること
→こうした信頼を与えることも公的責任として期待されていることではないか

(2) 福祉契約と公的責任——イネイabler（the enabler）としての行政の役割

1) 条件整備自体が、公的責任を果たす役割を担っている

契約化（利用者の判断に委ねること）のための条件整備

- a. サービスの質の監視・監督（市場参加者の規制含む）
- b. 権利擁護・利用者支援・消費者保護
→福祉契約の法理；成年後見制度；地域福祉権利擁護事業含む
- c. 総合性の確保→連携・協働

5. おわりに

○准市場の問題

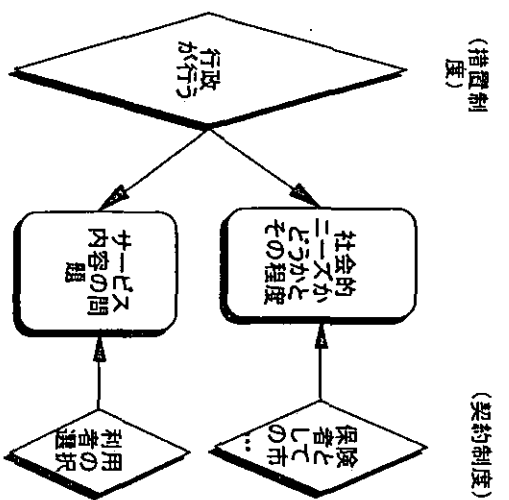
・「財政＝公、供給＝私」という姿が「疑似市場」（準市場）のポイント

・サービス購入型と利用者補助型

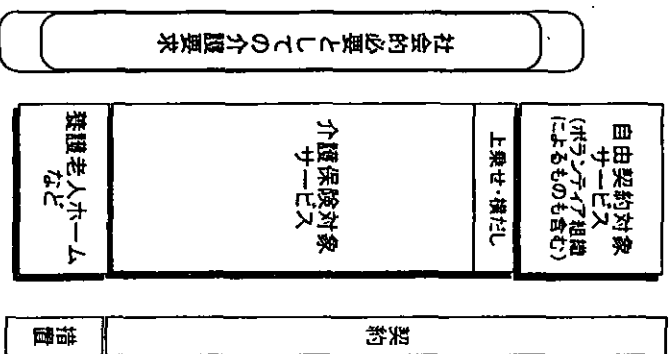
- 1) サービス購入型→中央・地方の政府機関が特定のサービス供給組織から、契約に基づいてサービスを購入し、これを住民に利用できるように手配す
 - 2) 利用者補助型→政府機関や社会保険機関が、現金給付やバウチャー（引換券）の支給などによりサービス費用の一部もしくは全額を負担し、利用者は自由にサービス供給組織を選択してサービスを利用する
- ・どの段階での市場化・契約化か

○ケアマネジメントと行政の責任

サービスの利用の決定（誰がどのように判断するのか）



社会的必要(ニード)と契約



厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）
分担研究報告書

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法学的研究

分担研究者 新井 誠 筑波大学社会科学系教授
研究協力者 大原利夫 関東学院大学講師

研究要旨

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、利用者の権利擁護のための制度である成年後見制度（とくに区市町村長申立て）および任意後見制度、これを補充する役割を期待されている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ついて検討するものである。平成 15（2003 年）年度は、前年度における福祉契約研究会での講演・報告・質疑応答などを基に、2003 年 11 月 2 日の日本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、大原会員（研究協力者）が地域福祉権利擁護事業および区市町村長申立てによる成年後見制度の利用実態と問題点について学会報告を行う（前掲・総括報告参考資料 3 参照）とともに、分担研究者は、同日開催された日本成年後見法学会および 11 月 8 日の日本家族＜社会と法＞学会において成年後見制度における身上監護の重要性および医療行為における後見の必要性、地域福祉権利擁護事業との連携・調整の必要性などについて研究成果を公表してきた。

A. 研究目的

福祉契約の当事者である利用者本人の権利を擁護するために、成年後見制度と地域福祉権利擁護事業の問題点を明らかにし、両者の連携・調整を図るために必要な方策を検討するとともに、立法的解決が必要な問題点を明らかにする。

B. 研究方法

福祉契約研究会における報告および質疑応答を重ねるとともに、日本社会保障法学会、日本成年後見法学会、日本家族＜社会と法＞学会における諸報告および質疑応答を基に、問題点等を明らかにするとともに解決の方向性をさぐることにより、研究目的の達成を目指す。

C. 研究結果と考察

a. 成年後見制度の新しい展開（新井 誠）

I. 学際性の高まり

新成年後見制度は、単に民法という一法分野のミクロな法政策の産物に留まるものではない。今回の法改正は、立法者も述べるように、『高齢社会への対応及び障害者福祉の充実の一環として』企図されたものであり、わが国における社会福祉政策の根幹の一つをなす

ともいえる、非常にマクロな射程を持っている。したがって、筆者のみるところでは、新制度導入の与える刺激は、単に民法学内部には留まらず、隣接する関連諸学問分野にも及ぶと思われるのである。逆からいえば、我々もまた、既存の民法学の狭い視野の中に蛸壺的に安住するのではなく、広く隣接分野の研究成果に配慮しつつ、学際的な研究を押し進めていく必要性に迫られているといえるのではないだろうか。ここではその一例として、学際的検討が必要と思われる論点を二つだけ挙げておくこととする。

1. 介護保険との関連

2000年4月、新成年後見制度の導入と時を同じくして、介護保険制度が実施されることとなる。むろん、この符合は決して偶然などではない。

介護保険制度の特徴は、①財源を公費方式から社会保険方式へと変更するとともに、②サービス提供の仕組みを措置制度（市町村等の行政機関が行政処分の一環として法に基づきサービスの受給者、種類、内容等を決定して提供するシステム）から利用者自身の意思決定に基づく契約によってサービスの提供機関、種類、内容等を選択する方式へと転換させた点にある（いわゆる「措置から契約へ」の流れ）。そして、後者の帰結として、介護保険の利用者側に介護契約を締結するに足るだけの十分な判断能力が要請されることとなったわけである。しかし、介護保険の性質上、利用者自身の判断能力が既に低下しているケースも少なくないと思われるため、この契約締結を代行（もしくは支援）するとともに、サービス提供者側の適正なサービス履行を監督して、利用者の権利擁護を遂行する保護機関の必要性が大きくクローズアップされることになる。そこで、この保護機関の選任を担当するのが新成年後見制度というわけである。かくして、この両制度は、社会の高齢化を念頭に据えたわが国の社会福祉に関する最重要の法的インフラとして、いわば車の両輪として機能することを期待されているのである（ドイツでも、同様に介護保険制度の実施と世話制度の導入がリンクしている）。このためには、社会保障法や社会福祉論等の専門家との学際的協力が必須のものとなるのではないだろうか。

2. 精神医学との協力

成年後見制度は判断能力の低下した人の生活をその法的側面を中心として支援するためのシステムである。したがって、当然のことながら、各種の成年後見を開始するための要件として、その利用者の一定の精神能力の低下が要求されている。つまり、後見なら本人が『精神上ノ障害ニ因リ事理ヲ弁識スル能力ヲ欠ク常況ニ在ル』（民法7条）ことが、保佐なら本人が『精神上ノ障害ニ因リ事理ヲ弁識スル能力ガ著シク不十分ナル』（民法11条）ことが、補助では本人が『精神上ノ障害ニ因リ事理ヲ弁識スル能力ガ不十分ナル』（民法14条）ことが、そして任意後見では『精神上の障害により本人の事理を弁識する能力が不十分な状況にある』（任意後見法4条）ことが、それぞれの開始の条件となっているのである。こうした各種の定義規定は基本的には法的概念であり、最終的には法律学の観点からその具体的な内容を確定すべきことになるわけではあるが、この前提作業として、精神医学による人間の精神能力に関する知見を吸収すべきことはいうまでもなからう。

特に新設の補助制度については、①軽度の精神障害を対象として、旧制度とは異なる能力基準が導入されたこと、及び、②本人の具体的能力と必要性に応じたきわめて弾力的な保護内容となっているため、利用者（被補助人）の精神能力の幅もこれに応じて相当程度広くなるものと思われること等の理由から、その運用に際して、要件となる判断能力の基

準確定が重要な役割を果たすと解される。この点、現実の鑑定や診断書作成にあたる精神科医をはじめとする精神医学の専門家との連携が、その鍵を握っているといえるであろう。

II. 任意後見と既存の概念との有機的結合

新たに導入された任意後見を実社会において、より有益なものとして機能させていくためには、既存の類似の法制度との有機的な連携を図ることが重要であると思われる。そこで、ここでは信託と遺言という二つの制度を例として、任意後見との統合的運用の可能性について概説してみたい。

1. 任意後見と信託

筆者はかねてより、信託の持つ受託者裁量機能に注目し、これを活用した裁量信託の設定によって、高齢者の財産管理や身上監護あるいは障害者の扶養（親亡き後対策）といった、現代社会における任意後見的な財産管理のニーズに対応できること（信託の任意後見代替的機能の承認）を主張してきた。しかし、残念ながら、筆者の想定するような裁量信託は一部の例外を除きほとんど存在していないというのがわが国の現状であるし、現在の信託銀行等の実状を踏まえるならば、この状況がドラスティックに変化することも考えにくい。そこで、筆者は、ある種の過渡的対策として、任意後見と信託とを結合させることによって実質的に裁量信託と同一の機能を創出させることを提案している。

具体的には、次のようなスキーム（「任意後見結合型裁量信託」）を用いることになる。まず、夫婦の一方が自身を受益者とする自益信託を設定する。ただし、この信託は、委託者兼受益者が財産管理能力を喪失した以後は夫婦双方が共同受益者となり、また、夫婦のいずれかが死亡したときには他方を受益者とする裁量信託として継続するものとしておく。さらに、委託者兼受益者は、先の信託設定と同時に、自己の身上監護面に関する決定とこれに基づく受託者への指図権の行使を内容とする任意後見契約を締結しておくのである。これにより、委託者兼受益者の財産管理能力が低下し、受託者への指図が十分に行えない状況になれば、任意後見人が選任され、自己に代わって意思決定を代行し、受託者に対して必要な指図を行うことになるわけである。つまり、信託受託者は信託財産の管理処分、任意後見人は本人の意思決定代行と、それぞれの得意分野に専念させ、両者の職務分担を図りながら、結果として裁量信託の機能をわが国に出現させようというのが、筆者の狙いなのである。

2. 任意後見と遺言

本人の意思能力低下・喪失後の本人の意思決定の支援ないし代行を担当するのが任意後見人であるが、これに対して、本人の死亡後（権利能力喪失後）の本人の意思＝遺志を代行するのが遺言執行者であるといえる（遺言により、遺言執行者に受遺者選定の裁量権を与えることができるというのが、わが国の判例であり、少なくともこの限りでは遺言執行者に遺言者の意思決定代行権が帰属しているとみることもできるだろう）。両者は、いずれも、その意思決定を現実的に実行不能な状況下にある者の利益擁護のために、第三者に意思決定代行（もしくは本人による事前決定の代行的実現）を委ねるものであり、その本質的機能において共通する性格を有しているといえることができる。したがって、任意後見契約を締結するとともに、任意後見受任者を遺言執行者とする遺言を作成しておけば、自己の人生の晩期から死亡後までをも含めた、非常に包括的なライフプランニングを実現することが可能となるだろう。

b. 福祉サービス利用援助に関する諸問題（大原利夫）

はじめに

介護保険法の制定等によって、福祉サービスを契約によって利用することが一般化した。契約によって福祉サービスを利用する方式には、利用者にサービス選択の機会を与え、この選択を通してサービスの質を向上させるなどの利点がある。しかし、その一方で、判断能力が不十分な人は契約を締結することができず、福祉サービスを必要としても実際に契約に基づく福祉サービスの利用が困難な場合がある。

そこで、このような人が必要な福祉サービスを適切に利用するためには、何らかの援助が必要となる。その援助を行うことを目的とする契約が福祉サービス利用援助契約である。この契約を中心に、福祉サービス利用援助に関する問題を探る。

I 福祉サービス利用援助契約

福祉サービス利用援助契約とは、社会福祉法2条3項12号の「福祉サービス利用援助事業」において提供されるサービスを利用するために締結される委任契約、準委任契約、寄託契約をいう。この福祉サービス事業に対する国庫補助制度として、地域福祉権利擁護事業が創設されている。実際、福祉サービス利用援助事業のサービスを提供しているのは、この国庫補助制度を利用できる事業者、すなわち、都道府県社会福祉協議会および指定都市社会福祉協議会にほぼ限られている。

II 地域福祉権利擁護事業

痴呆性高齢者や知的障害者・精神障害者など、判断能力が十分でないために、福祉サービスの利用援助や日常的な金銭管理が一人では十分できない人々に対しては、今までは民生委員やホームヘルパーが善意で預貯金の払い戻しなどの援助をしてきた場合もあった。その際、適切な援助がなされなかったり、授權について証明できる様な書類を残しておかなかつたりなどしたために、後日、トラブルが生じることも少なくなかった。そこで、平成一一年度の国の予算において、「地域福祉権利擁護事業」を実施するために必要な国庫補助金が計上され、平成一一年一〇月にこの事業が実施された。

地域福祉権利擁護事業（以下、地権事業という。）に関しては、近時、種々の問題点や疑問点が指摘されたため、事業内容が一部改正され、また明確化されている。

III 契約締結能力

福祉サービス利用援助契約に関する最も重要な問題のひとつが契約締結能力の判定である。契約締結能力は、まず社会福祉協議会の相談員が「契約締結判定ガイドライン」にもとづいて本人に対するインタビューを行うことによって判定される。

契約締結判定ガイドラインにおける契約締結能力の判断基準は、契約類型にしたがって二つに分かれている。①契約内容が福祉サービスの利用援助に限定される場合（類型Ⅰ）と、②類型Ⅰに加え、日常的な金銭管理サービス、書類などの預かりサービスを含む場合（類型Ⅱ）とのふたつに分けて判定基準が設けられている。

基幹的社協の段階で契約締結能力を判断することができない場合は、都道府県社会福祉協議会の契約締結審査会が審査する。しかし、ガイドラインなどには契約締結審査会における判定基準は明示されておらず、実際には、各契約締結審査会がそれぞれ創意工夫を凝らして判定を行っているようである。

契約締結判定ガイドラインと契約締結審査会等の例を見る限り、契約締結能力の判定の