

200400078A  
200400098B (1/2)

別添 2 (1/2 冊)

# 厚生労働科学研究費補助金

## 政策科学推進研究事業

### 社会福祉サービス利用契約の法的研究

平成 16 年度 総括・分担研究報告書  
平成 14 年度～平成 16 年度 総合研究報告書

主任研究者 岩村 正彦

平成 17(2005)年 3 月

## はじめに ～研究の目的と方法～

本報告書は、厚生労働科学研究費補助金(政策科学推進研究事業)を受けて2002年度～2004年度の3年度にわたって行った研究「社会福祉サービス利用契約の法的研究」の総括・分担研究報告書である。

本研究は目的はつぎのようなものである。これまでの社会保障法学においては、介護保険の実施までは契約による福祉サービスの提供は法的分析の視野の外にあった。しかし、介護保険法により高齢者介護サービスは契約方式化し、また障害者福祉サービスも支援費制度の導入により契約方式に移行した。これに伴い、介護保険法制や新しい社会福祉法制によって、契約によるサービスの利用については一定の法的枠組みが整備されたが、その理論的支柱となる基礎的な法理論の蓄積は必ずしも十分ではない。契約方式の下における利用者保護のあり方、既に発生し、また今後生じうる法的紛争の類型、紛争が生じた場合の紛争処理のあり方等については、検討すべき論点が多い。これらの問題の考察には、主要国の法制度を調査・研究することが有益であるが、福祉サービス利用契約が法的な関心を引いてこなかったことから、主要国の状況も詳しいことは明らかでない。そこでこの研究では、以上のような理論・実務の状況に鑑み、利用者と当該サービス提供事業者との間で締結されることになる社会福祉サービス利用契約をめぐる法的諸問題を、比較法的考察を踏まえて、法政策的観点および法解釈論的観点の両面から検討し、今後の法解釈、制度運営および法制度設計の指針を得ることを試みることにした。

冒頭に述べたように、本研究は3か年の計画であり、2004年度はその最終年度にあたる。そこで、今年度は、昨年度まで行った研究の基礎となる資料・文献や情報の収集を継続するとともに、引き続き海外調査を行って、研究を一層深め、これまでの研究成果全体の取りまとめを行った。

本研究は法学のアプローチによって社会福祉サービス利用契約に関する研究を行うことから、本研究においてわれわれが用いた研究方法は法学・比較法学のオーソドックスなものである。すなわち、①わが国および主要国の社会保障一般、社会保障法、社会福祉制度一般、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、苦情処理、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主要国(今年度はドイツおよびスウェーデン)の福祉サービス利用に関する法制度についての現地での海外調査、④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、という方法によっている。

以上の方法を取ることで、これまで必ずしも明かではなかったドイツ・フランス・スウェーデンの社会福祉サービスと契約との関係について多くの知見を得ることができ、それをもとにした比較法的考察によってわが国の社会福祉サービス利用契約の特徴や今後の課題を考察することができたと考えている。もちろん、本研究によってもなお検討の尽くされていない点が残されている。今後、こうした残された研究課題について若干の補充をする作業を行い、何らかの出版助成を得た上で、来年度を目途に本研究の成果を単行書として公開することを考えている。

2005年3月  
主任研究者  
岩村正彦

## 研究メンバー

### 主任研究者

岩村正彦

東京大学大学院法学政治学研究科教授

### 分担研究者

倉田 聡

北海道大学大学院法学研究科教授

丸山絵美子

専修大学法学部助教授

嵩 さやか

東北大学大学院法学研究科助教授

中野 妙子

名古屋大学大学院法学研究科助教授

### 研究協力者

渡邊絹子

東京大学大学院法学政治学研究科

研究拠点形成特任研究員

笠木映里

東京大学大学院法学政治学研究科助手

本研究事業による研究成果の発表は以下のとおりである。

I 著書

中野妙子 『疾病時所得保障制度の理念と構造』(有斐閣、  
2003年)354頁  
(2004年度沖永賞(労働問題リサーチセンター)受賞図書)

II 論文

岩村正彦 「社会保障法と民法——社会保障法学の課題について  
の覚書」  
『労働関係法の現代的課題』(信山社、2004年)  
359頁～396頁  
丸山絵美子 「ホーム契約に対する規制と契約法の一般理論・  
社会福祉サービス制度との関係——原稿ドイツホ  
ーム法との比較を通して——」  
専修法学論集 93号(2005年)105 - 168頁

III 学会報告

岩村正彦 「民法典と社会法」  
日仏法学会(2005年3月13日・学士会館)

健康危険情報および知的財産権の出願・登録は、研究の性格上、いずれも存在しない。

## 目 次

第 1 章	社会福祉サービス利用契約をめぐる法制度と課題	1
第 2 章	社会福祉サービス利用契約・ホーム契約に対する 特別私法ルール導入に際しての課題	10
第 3 章	ドイツにおける介護・福祉契約	21
第 4 章	ドイツホーム法 2001 年、2002 年改正の紹介 ～私法的規制の変化を中心に～	48
第 5 章	フランスにおける高齢者介護政策と介護サービス 契約への規制	60
第 6 章	スウェーデンにおける福祉サービス利用関係の 法的検討	111
第 7 章	比較法的考察	175

# 第1章 社会福祉サービス利用契約をめぐる法制度と課題

(岩村正彦)

## I はじめに——「措置」から「契約」へ

### 1 序説

介護保険法の施行および社会福祉基礎構造改革による障害者福祉の領域での支援費制度の施行により、高齢者および障害者の社会福祉サービスの利用に関する法律関係は大きく変化した。すなわち、よく知られるように「措置」から「契約」へという変化が生じたのである。

上記の一連の改革の前は、高齢者・障害者の社会福祉サービスは措置制度によって提供されていた。措置制度は、きわめて図式化して表現すれば、行政庁(福祉事務所長等)が、一般には受益的なものと性格づけられる行政処分(入所措置決定等)によって対象となる高齢者・障害者に対する社会福祉サービスの提供とその具体的内容(たとえばホームヘルパーの派遣であれば、1週間あたりの派遣頻度と時間帯等、入所措置であれば入所施設)を決定し、サービスの提供者(多くの場合は市町村から委託を受けた社会福祉法人等の施設・事業の実施主体)に対してサービス提供の財源たる措置費を支給するというものである。

これに対して、介護保険法、障害者福祉サービス法において導入されたいわゆる契約方式の下では、高齢者・障害者(またはその成年後見人や家族等)とサービス提供事業者(特別養護老人ホーム、居宅介護事業者、障害者通所・入所施設等)との間で、社会福祉サービス利用に関する契約を締結し、それを受けて介護保険の保険者(市町村)や障害福祉行政当局(市町村等)が介護保険給付や支援費を、代理受領が認められる場合には直接当該事業者に対して支給するという形になる。つまり、契約によって事業者から提供されるサービスの利用に要する費用の全部または一部を介護保険の保険者または障害福祉行政当局が負担するという仕組みである。

こうした措置制度から契約方式への変化は、それに対応する法制度の整備という課題を立法担当当局(具体的には厚生労働省)に課すことになった。上述のように、これまで社会福祉の領域では、契約を基礎とするサービスの利用・提供ということはほとんど存在しなかったから、契約方式による社会福祉サービスの利用・提供による法的問題に対処するためにはいかなる法制度が必要・適切かを制度設計の際に考えることが立法担当当局に求められることになったのである。また、他方では、この一連の「措置から契約へ」という改革は社会保障法学に新しい検討課題を投げかけることになった。というのは、従来、社会保障法学は社会福祉サービスの領域に限らず、「契約」ということにほとんど関心を抱いてこなかったからである。もちろん、このことは社会保障制度においてこれまで「契約」という法形式が用いられてこなかったということは意味しない。たとえば公的医療保険制度を考えてみればそのことは明かである。公的医療保険制度では、保険者と被保険者(患者)との関係では確かに契約関係は登場しないが、現物給付たる療養の給付の支給をめぐる保険医療機関等と被保険者(患者)との関係は私法上の診療契約にもとづいて展開すると解するのが通説である。けれども、社会保障法学は公的

保険診療の際の診療契約にはまったくといってよいほど関心を示さず、診療契約をめぐる問題の検討は専ら民法学・医事法学に委ねられていたのである<sup>1)</sup>。

しかし、措置から契約へ、という介護保険・障害者支援費制度の発足・施行に伴う改革は、必然的に社会保障法学を「契約」をめぐる問題へと目を向かせることになった。そして、徐々にではあるが、社会保障法学の領域でも、社会福祉サービス利用にかかる契約の問題を正面から扱う研究も現れ始めている。

## 2 課題

このように、「措置から契約へ」という高齢者介護・障害者福祉の分野での大きな方向転換と、それに伴う法改正によって、社会福祉サービス利用契約の重要性は大きく増加した。しかし、上述のように、社会保障法学においては社会福祉サービス利用契約に関する研究の蓄積が十分ではないことに鑑みると、社会福祉サービス利用契約をめぐる法的論点を整理し、今後の検討課題を抽出しておくことは、これからの社会福祉サービスの提供に関する法制度のあり方を考える上で重要である。そこで、以下では、社会福祉サービス利用契約について、論点を整理し、今後の検討課題を明らかにすることを試みることにしたい。

### II 契約方式の導入

#### 1 契約方式移行の背景

##### (1) 措置制度批判

契約方式への移行の背景となったのは、それまで高齢者の介護および障害者福祉の領域で主流であった措置制度に対する批判である。たとえば、1996年4月22日の老人保健福祉審議会報告『高齢者介護保険制度の創設について—審議の概要・国民の議論を深めるために—』では、現行制度(当時の措置制度)の問題点として、

「第一には、現在の仕組みでは、利用者である高齢者本人やその家族にとって、介護サービスが利用しにくいことである。

(中略)

② 校費を財源とする福祉の措置制度は、高齢者介護サービスの保障に重要な役割を果たしてきたが、利用者自らによるサービス洗濯がしにくいという制度上の制約や、所得調査等がありサービス利用に心理的抵抗感が伴うといった問題点が見られる。」

---

(1) こうした社会保障法学の特徴は、一つには、上述のように、社会保障をめぐる法律関係において「契約」が登場するとはいえ、登場する場面やその役割は相当程度限定的であったということに由来するといえよう。しかし、より本質的には、従来の社会保障法学が、社会保障をめぐる法律関係を国家と国民という二項対立の関係として把握し、国民の国家に対する社会保障の権利を検討対象とするという立場を堅持してきたことによると考えられる。したがって、サービスの利用者たる国民とサービスの提供者たる(国家以外の)法主体との間の契約関係というのは、ほとんど社会保障法学の視野の外に置かれていたのである。

という指摘がなされている。

また、支援費制度導入にあたっての議論では、措置制度に対して、構造改革を強く後押しする経済学者から、①高齢者の介護サービス等の利用者の法的地位が曖昧であり、利用者が行政当局や福祉サービス提供者(特別養護老人ホーム等の施設)に従属的な立場に立ってしまう、②福祉サービスが、利用者の多様なニーズに応えることができず、硬直化する、③市場メカニズムが機能しないので、効率的な事業運営やサービス向上のための創意工夫が促進されない、という批判がなされた<sup>(1)</sup>。

## (2) 契約方式の推奨

以上のような措置制度批判から登場したのが、契約方式である。そして、実際に、既に述べたように、介護保険と障害者福祉(支援費)の領域で契約方式が導入されるに至った。

もともと、介護保険の制定過程での議論では契約方式についてはあまり明示的には議論されていない。前出の老人保健福祉審議会報告では高齢者自身による選択ということが介護保険制度の基本的目標の一つとされ、具体的には「高齢者が利用しやすく、適切な介護サービスが円滑かつ容易に手に入れられるような利用者本位の仕組みとする。このため、高齢者自身がサービスを選択することを基本に、専門家が連携して身近な地域で高齢者およびその家族を支援する仕組み(ケアマネジメント)を確立する」と述べられているが、サービス提供の法的構造、とりわけ高齢者(またはその家族)とサービス提供事業者との間の法律関係には直接言及していない。また、「介護サービスの利用方法」を述べた箇所でも前記報告書はサービス提供の法的構造には触れていない。審議会の漠としたイメージは、ケアマネジャーがケアプランに沿ったサービスの利用・提供がなされるよう、サービス提供事業者との通知・連絡・調整にあたるというものであったようである(前記報告・参考3参照)。この報告書以降の政策文書(1996年6月6日の老人保健福祉審議会宛厚生大臣諮問『介護保険制度案大綱』、同10日の同審議会答申など)でも契約方式についての具体的な言及はない。

他方で、支援費制度の導入時の議論では、契約方式の狙いが明示的に論じられている。中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会の『社会福祉基礎構造改革について(中間まとめ)』(1998年)は、契約方式によって、①契約により、福祉サービス提供者と利用者との関係が明確になり、両者が対等の立場に立つ、②契約に先立って、利用者が自らのニーズに適合した福祉サービス提供者を選択できる、③この選択によって、福祉サービス提供者間の競争が生まれる、等の効果が期待されるとしている。

こうした立法時の議論からわかるのは、契約方式の導入は、高齢者・障害者というサービス利用者の嗜好に沿った選択を可能にするという点に力点が置かれていたということである。その系として、(介護保険の場合は明示的には立法時の議

---

(2) 八代尚宏「社会福祉の構造改革——市場を通じた供給基盤整備の方向——」社会保険旬報 2000号(1998)36頁。

論では示されていないが)サービス提供事業者間の競争を促し、市場メカニズムを等した資源配分の効率化・適正化を図ることも狙いであったといつてよい。そして、その背景にあった考え方は、前記・中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会の間接まとめに示されている、契約によって、福祉サービス提供者と利用者との関係の明確化が図られ、両者が対等の立場に立つという見方である。

## 2 問題点

### (1) 選択の自由の過度の強調

しかし、契約方式の移行について展開された立法時の議論には、いくつかのかなり重要な問題点を孕んでいる。

第一は、立法時の議論が前提としていた契約観は、サービス利用者の選択の自由に大きなウェイトを置く、経済学的契約観の色彩の濃いものであるという点である。これは、この契約観が、サービス提供者の競争と結びつけられて論じられていたことにも現れている。もちろん、法学の世界でも、契約の自由の一環として契約締結の自由ということがいわれるが、介護保険にしても、支援費制度にしても、サービス提供事業者には契約締結義務(正当な理由なしに契約締結を拒否できない義務)を課しているから、立法時の議論で語られた契約が、純粋に法学的な意味での契約ではないことは明かである。

第二に、おそらくそのことの帰結として、立法時の議論で述べられていた「契約」は、その内容がどのようなものになるかといった具体的議論が詰められていない非常に抽象的なものであったということも指摘できる。このため、民法学・消費者法学などが発展させてきた現代的な契約観がまったく反映されていないという大きな問題を抱えることになった。このことは、前述した、契約方式によって、高齢者・障害者という福祉サービス利用者とサービス提供事業者とが対等の立場に立つという、およそ時代錯誤的な中央社会福祉審議会社会福祉基礎構造改革分科会の間接まとめに如実に現れている。

### (2) 契約規制の不十分さ

このように立法時の議論が、もっぱら契約方式による「選択の自由」に焦点が当てられた結果として、現実の介護保険法や社会福祉法等における社会福祉サービス利用契約に関する法制度の整備も高齢者・障害者等の「選択の自由」の確保という点に焦点を当てる形で進められ(契約締結の勧誘である広告に関する規制や居宅介護支援員(ケアマネージャー)による情報提供規制、契約締結時の重要事項説明書提示義務等)、契約内容の適正化や契約の履行の確保といった点に関する法制度の整備が手薄になった。契約の本質的部分である給付(介護サービス・福祉サービス)と対価(介護報酬・支援費)については詳細な法規制が存在することから、それ

でも問題は少なかったともいいうるが<sup>(3)</sup>、法定外サービスについては(一定の規制がかかっているとはいえ)問題が多いし、まして2005年の介護保険法改正が成立すれば、施設サービスについてはホテルコスト分が保険給付の対象から外れるのでより一層大きな問題が生じることになる。

### Ⅲ 契約方式の浸透

#### 1 導入当時の状況

##### (1) 契約方式をめぐる戸惑いと混乱

2002年度(したがって支援費制度導入前)に実施した聞き取り調査や資料等の分析・検討等によって、契約方式の導入・浸透は、実務ではそれほどスムーズに進んだわけではないということが明らかになった。

たとえば、これまで行政主導の措置制度のもとで慣れ親しんできた社会福祉関係者(社会福祉を担当する地方公共団体の行政当局、社会福祉協議会、社会福祉法人等)の契約についての理解が必ずしも十分ではなかった。そのため、一方では契約方式への不信(契約方式になることによって、サービス提供事業者にすべての責任が押しつけられるのではないかという見方)、他方では契約への過度の依拠(契約で決めておきさえすれば、トラブルが起きてもサービス提供事業者の責任が追及されることはないといった考え方)、といった状況が見られたのである。

また、介護保険や支援費制度のもとで福祉サービス利用契約にもとづくサービス提供が行われる法制度の枠組みになった状況で、市町村等の行政がいかなる役割を担うべきかについても、なお十分な検討とコンセンサスが得られていないという事情も存在した。契約によって、利用者の選択にもとづいた適切なサービスの提供が行われるためには、福祉サービス市場において提供されているサービスの種類や内容、質に関する情報を利用者側が十分に把握する必要がある。ところが、契約方式導入当時では、利用者側への情報提供のシステムは十分には整備されておらず、かえって、措置制度下の頃に比べると、行政の福祉サービス提供事業者に関する情報把握力・情報提供能力が低下しているという懸念も指摘されていたのである。現在では介護保険制度が発足して丸4年が経過し、また支援費制度も2か年が過ぎ、社会福祉を担当する地方公共団体の行政当局も利用者サイドへの福祉サービスの提供に関する情報提供の重要性を認識して、情報提供の冊子の作成・配布等を行っており、上記の問題はかなり解決されてきたといえよう。しかし、制度設計面では、以前として、情報提供に関する地方公共団体の行政当局の果たすべき役割は明確ではなく、なお検討の余地が残っている。

---

(3) このように、社会福祉サービス利用契約の本質的内容の部分について介護保険法令(各種の運営基準と介護報酬基準)や支援費関係法令(各種の運営基準と支援費算定基準)とによる規制の網が広くかかっていたことが、契約内容や履行に関する規制については、介護事故の場合の損害賠償責任が大きく取り上げられた一つの要因であると推測される(もちろん、これが唯一の要因というわけではない。たとえば、従来は国家賠償責任でカバーされいたかもしれない介護事故がそうではなくなる、ということも要因の一つといえる)。

## (2) 社会福祉サービス利用者の契約締結能力

契約方式導入時に問題となった論点として、社会福祉サービス利用契約の当事者となるのが、高齢者、しかも、しばしば痴呆等によって行為能力が低下・喪失している高齢者や、行為能力のない知的障害者であるということに由来するものがある。この論点は、さらにいくつかの局面がある。

一つは、従来の施設中心のサービスから、地域の中での在宅での自立を目指したサービスへの転換が図られていることに伴うものである。とりわけ知的障害者については、在宅で自立する場合に、福祉サービスを含む財・サービスの購入、家賃等の支払い、預貯金の管理・出入金といった面での自立支援をどのように組織化・制度設計するか、という論点が浮き彫りになってきている。

なかでも、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、高齢者や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、現在までのところ、契約方式導入時に比べればかなり改善されたとはいえ(とくに、知的障害者については、鑑定の手法が工夫され、成年後見制度の活用が進んだといえる)、要介護の高齢者までを含めて全体として考えたとき、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、ケアマネージャーの役割を考えてみても分かるように、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ている。したがって、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比較法的な検討も含めてさらに突っ込んで検討することが必要である。

## 2 社会福祉サービス利用契約の実情と問題点

### (1) モデル契約書等の影響

本研究では、介護保険制度の施行から約丸2年を経た2002年度末に、仙台市地域の主として介護老人保健施設の社会福祉サービス利用契約と重要事項説明書を10数例収集した<sup>(4)</sup>。それとは別個に集めた約20例弱とあわせて、これらの契約例を分析すると、つぎのことが指摘できる。

すなわち、これらの契約および重要事項説明書には――各施設ごとの違いを反

---

(4) 契約例の収集には、東北大学大学院法学研究科博士課程の柴田洋二郎君の協力を得た。

映した若干の差異はみられるものの、基本的な部分では多くの共通点を持っているということである。契約についてみれば、基本的な様式、介護サービスに関する事業者側の責務・義務、重要事項説明書をリファーマーしたり、詳細を譲っている事項、介護事故の場合の事業主の損害賠償責任、解約に関する当事者双方の義務などが概ね共通している。また、重要事項説明書についても、運営基準で列挙している事項は当然として、それ以外の事項に関しても、共通性が明確である。とりわけ、社会福祉サービス利用契約の本質的要素であるサービスに対する利用料の定めが契約書ではなく、重要事項説明書に記載されていること、サービス利用料金について「経済状況の著しい変化その他やむをえない事由がある場合、事業者は、契約者に対して、変更を行う日の2か月前までに説明をした上で、当該サービス利用料金を相当な額に変更することができる」旨の事業者による一方的変更条項が契約書に入っていることなどが注目される。

これらの契約・重要事項説明書を通してみられる共通事項は、介護保険法施行を前に、全国社会福祉協議会が用意したモデル契約書・重要事項説明書と対応している。おそらくは、全国社会福祉協議会から各都道府県社会福祉協議会・市町村社会福祉協議会を通してこのモデル契約書・重要事項説明書が頒布されたことによるのであろう。各施設は、全国社会福祉協議会版モデル契約書・重要事項説明書をもとに、それぞれの施設の状況に応じた手直しをして契約書・重要事項説明書を作成したものと推測される。障害者福祉の領域については、調査できなかったが、支援費制度の施行にあたって、厚生労働省が全国社会福祉協議会が取りまとめるモデル契約書・重要事項説明書をサービス提供者や市町村に周知するなどして積極的な活用を図るように指示していた(2003年1月28日の支援費制度担当課長会議資料Ⅷ)ことからみて、おそらく同様の状況にあると思われる。

サンプル数が非常に限られているために一般化はできないが、もしこうした状況が一般的であるとすると、社会福祉サービス利用契約については、介護保険法例および障害者福祉法令では、契約締結過程についての規制と法定のサービスとその対価に関する内容規制を行うほかは規制をしていないものの、実際には、全国社会福祉協議会が作成するモデル契約書・重要事項説明書によって、契約内容についての事実上の画一化を図るという行政手法が採用され、実際それはかなりの程度達成されているということの意味すると思われる。これは、これまで契約とは無縁であった領域――社会福祉サービス提供事業の領域――に、法制度の大転換によって契約によって法的関係を構築するという考え方が持ち込まれたときに、その領域で活動している事業者や行政当局の担当者がどのような対応をするかということが観察できる格好の素材を提供しているともいえよう。また、法令による強制力を持った規制ではなく、当該領域に高い権威をもつ機関(この場合は、全国社会福祉協議会)によってモデル契約書・重要事項説明書等を作成させ、それを当該機関の傘下機関を通して頒布・周知することで一定の行政目的を達成するという一種のソフト・ロー的アプローチが採用されたという点でも注目に値しよう。

## (2) 問題点

契約方式は、以上に述べたように、全国社会福祉協議会のモデル契約書・重要

事項説明書の事実上の影響力がおそらく働いて、ひとまず実務においても定着しつつあるともいえよう。しかし、やはりいくつかの問題点が存在し、なお検討課題は残っている。

まず、重要事項説明書に記載すべき事項が適切に選定されているかという問題がある。重要事項説明書は、運営基準によって、利用者のサービス選択に資すると認められる重要事項を記載するものとされている。しかし、運営基準自体は、運営規程の概要、勤務体制等を列挙するのみである。結局、重要事項の具体化はモデル重要事項説明書によって行われていることになる。しかし、何がサービスの選択に資する情報であるかについては、制度設計を担った厚生労働省自体も十分に煮詰めた考えを持っていたわけではないようであり、そのことは、介護保険法施行後しばらくして「介護保険サービス選択のための評価のあり方に関する検討会」を設置して、事業者の選択に資するチェック項目例を作成したことにも現れている（つまり、重要事項説明書には記載されていない事柄ではあるが、事業者の選択に資するものがあるということを示す厚生労働省自身が暗に認めているということになる）。事業者の選択という契機を重視するのであれば、契約書や重要事項説明書で開示すべき情報についてなお精査し、必要があればその点についての法制度の整備を行うことを考えるべきであろう。

つぎに、福祉サービス利用契約は、まだ歴史が浅いこともあって、法的な論点について、必ずしも突っ込んだ検討がなされていないという問題もある。たとえば、もっとも基本的な事柄である、福祉サービス利用契約の内容になるのは何かということについても、それほど解明が進んでいるわけではない。契約書記載事項が契約内容になるのは当然のことであるが、そのほか、重要事項説明書記載内容や、施設や事業所に掲示されている諸々の内部規則等が契約内容になるのか、といった論点がある。このうち、重要事項説明書に記載されている事柄の多くは契約内容になることは疑いを入れない（契約書で重要事項説明書をリファーしていたり、詳細を重要事項説明書に譲っている場合は当然であるが、そうでない場合であっても、これ契約の本質的要素である利用料などは当然契約内容になると解すべきである）。何が契約内容になるかという問題については、違反の場合の法的効果、不当条項規制のあり方といった側面も交えて、考察をする必要がある。

さらに、契約内容の一方的変更を、一定の条件の下で認める条項がモデル契約書に入っており、今回収集した契約例の多くがこれを踏襲していた。この条項の書きぶりから見て、モデル契約書の立案者の考えとしては、この条項はいわゆる事情変更の原則を取り入れたにすぎないということであると想像される。そして、実体的要件に加えて、変更の手続（2か月前に利用者に説明をする）も加重していることから、この条項を発動して利用料等を事業者が一方的に変更できるのは例外的な場合であるというのが立案者の考えであったのであろう。確かに、施設入所の場合には、契約の存続保護という形での解決の方が、契約解約という形での解決よりも望ましいであろうから、こうした条項を契約で定めておくことには一応の合理性がある。しかし、実際の運用において、立案者の考えたとおり一方的変更条項が用いられるとは限らず、事業者によって安易に変更が行われる手段となる危険性を大いに孕んでいる。とりわけ、介護保険法の改正によって、施設サービスについてホテルコストが保険給付の対象外となると、ホテルコスト分の

利用料の変更が大きな問題となる可能性は高い(すでに、いわゆるグループホームについてはそうした問題が発生していることは周知の通りである)。したがって、契約内容の変更に関するルール作りと紛争解決のあり方を早急に検討することが必要である。

最後に、介護保険・障害者福祉(支援費)のいずれについても、法が予定している外部の苦情処理機関(前者の場合は、都道府県国民健康保険連合会による助言・指導、後者の場合は都道府県運営適正化委員会)が必ずしも活発に活動していないという問題もある。その原因としては、関係者の努力にもかかわらず、これらの苦情処理機関があまり知られていないこと、都道府県の県庁所在地にしか存在せず、利用者にとってアクセスしにくいこと、取り扱う苦情がサービスに関するものに限定されており、契約などの法律問題に関する事項は所掌外となっていること、などが考えられる。しかし、前述のように、契約をめぐる紛争も今後重要性を増してくるであろうと考えられることに鑑みると、苦情処理にどとまらない契約をめぐる紛争の解決も扱う ADR の設置を検討する必要があるだろう。

## 第2章 社会福祉サービス利用契約・ホーム契約に対する特別私法 ルール導入に際しての課題

(丸山 絵美子)

### 1. はじめに

現在我が国においては、社会福祉サービス利用契約<sup>(a)</sup>に対しても、老人ホーム契約<sup>(b)</sup>に対しても、特別私法ルールは存在しない状況にある<sup>(c)</sup>。老人ホーム契約

---

(1) ここでは、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を念頭に置く(本沢巳代子「社会福祉と契約「総論」」社会保障法19号95頁参照)。

(2) 一般に、我が国において老人ホームといった場合、老人福祉施設である特別養護老人ホーム、養護老人ホーム、軽費老人ホーム及び老人福祉法29条にいう要件を満たす有料老人ホーム(常時10人以上の老人を入所させ、食事の提供その他日常生活上必要な便宜を供与することを目的とする施設であって、老人福祉施設でないもの)が念頭に置かれるが、ここでは、これらに該当するものの他、定員が10人に満たない、あるいは分譲方式がとられるなどの理由から老人福祉法の有料老人ホームに該当しない施設であっても、老人が入居生活を送り日常的に食事・介護等の世話の提供を受けるような施設との契約も含めて老人ホーム契約として念頭においていく。

(3) 社会福祉法上の書面交付義務や各種指針・基準等で定められている事項は、そこから直ちに私法上の権利・義務が導かれたり、その違反が契約(条項)の無効や損害賠償責任に直結するものではなく、私法上の権利・義務、契約(条項)の有効・無効は、民法、消費者契約法、契約法の一般理論を介して判断されることになる。

に関する研究<sup>(4)</sup>が盛んに行われた1990年代、ホーム契約に対する特別法（ホーム法やホーム事業法）の必要性が説かれ<sup>(5)</sup>、また、2000年以降は、措置から契約へのシステム転換を契機に<sup>(6)</sup>、社会福祉サービス利用契約について、社会福祉給付の性格に対応した法理の形成や特別法・強行規定の立法が課題であることが指摘されるようになった<sup>(7)</sup>。社会福祉サービス利用契約あるいはホーム契約について、特別私法の導入が検討に値することは、ここで繰り返すまでもなく多くの文献で説かれてきたことである。本報告は、このような状況を踏まえて、特別私法ルールの導入を論じる際に検討すべき課題及び現行私法（民法や消費者契約法）による対応とその限界（立法的手当が望ましい事項）について幾つかの点を確認する

---

(4) 老人ホーム問題を扱った著作として、丸山英気＝前田敬子『検証有料老人ホーム』（ゆうひかく選書、1993年）、下森定編『有料老人ホーム契約』（有斐閣、1995年）、岸本和博『厚生省新指针对応の有料老人ホームの理論と実務』35頁以下（明石書店、1999年）、高野範城『介護保険法と老人ホーム』（創風社、2003年）等があり、その他、山口純夫「有料老人ホーム契約—その実態と問題点」判例タイムズ（以下、判タ）633号59頁（1987年）、本沢巳代子「西ドイツ老人ホーム法の実証的研究」大阪府立大学経済研究34巻2号83頁（1989年）、「特集・有料老人ホームの法律問題」ジュリスト（以下、ジュリ）949号（1990年）、田中克志「有料老人ホームの利用関係をめぐる法・政策の展開」静岡大学法経研究39巻3号49頁（1990年）、後藤清「有料老人ホームに関する若干の考察」民商法雑誌（以下、民商）104巻4号45頁（1991年）、濱田俊郎「老人ホーム契約の展望—ドイツの「ホーム法」改正を契機として」ジュリ972号44頁（1991年）、木間昭子「有料老人ホームにおける消費者被害（上）（下）」国民生活研究31巻4号50頁、32巻1号13頁（1992年）、内田勝一「有料老人ホームの利用関係」西村宏一編『現代借地・借家の法律実務3』141頁（ぎょうせい、1994年）、執行秀幸「有料老人ホーム契約の法的課題と展望」早稲田法学69巻4号227頁（1994年）、濱田俊郎「有料老人ホーム契約の諸問題」法の支配96号15頁（1994年）、本沢巳代子「ドイツのホーム法と施設介護の質の確保—公的介護保険導入の前提要件として—」大阪府立大学経済研究40巻2号151頁（1995年）、丸山英気「有料老人ホームへの入居金の返還」不動産鑑定36巻6号52頁（1999年）、玉田弘毅「有料老人ホーム入居契約の法的性質と入居者の権利」清和法学研究6巻1号15頁（1999年）、原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」法政研究69巻4号109頁（2003年）等。

(5) 執行・前出注(4)257頁、濱田・前出注(4)法の支配23頁等。

(6) 措置から契約への移行に関して高藤昭「社会保障・福祉における措置から契約へ論（上）（下）」週刊社会保障2040号22頁、2041号22頁（1999年）、大曾根寛『成年後見と社会福祉法制』106頁以下（法律文化社、2000年）等参照。

(7) 岩村正彦「社会福祉サービス利用契約の締結過程をめぐる法的論点—社会保障法と消費者法との交錯—」季刊・社会保障研究35巻3号261頁（1999年）、道垣内弘人「福祉サービス契約の構造と問題点」判タ1030号178頁（2000年）、升田純「福祉サービスにおける「契約」の意義」月刊福祉2000年10月号20頁、額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号14頁（2001年）、笠井修「福祉契約論の課題—サービスの「質」確保と契約責任」『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—』668頁（法学書院、2003年）、原田・前出注(4)、高野・前出注(4)61頁、河野＝増田＝倉田『社会福祉法入門』68頁〔倉田聡〕（有斐閣、2004年）等。

ものである。

## 2. 規制の手法

特別私法ルール導入に際してまず問題となるのは規制の手法であり、これには特別私法ルールの介入契機や理念がかかわることになる。

### (1) 規制法の性質

まず、監督法等と結合した形での立法（以下、さしあたり業法的立法という）を行うか、独立した特別私法を制定するのか、という問題がある。社会福祉サービス利用契約あるいはホーム契約に対して特別私法ルールを設定するという場合、一つの規制のあり方として、介護保険法や社会福祉法、老人福祉法等と連結する形で業法的に私法ルールを導入することが考えられる。これは、ドイツのホーム法や我が国の特定商取引法等のように、法の適用対象に対し、公法的規制（監督・罰則規定）と私法的規制の両方を置く形式を意味する。もう一つの手法としては、我が国の消費者契約法、借地借家法等のように、公法的規制とは切り離し、一定の特徴をもつ契約についての特別私法という形でルールを新設することが考えられる。前者の方法は、比較的スムーズに立法作業が進むものと思われ、また、監督や罰則が背後に控えることから私法ルールの実効性も確保されやすい。しかし、デメリットとしては、法の適用対象事業者であることが許可・届出制、監督・罰則規定等と直結することとの関係で、法の適用範囲が厳格に画され、法の定義からは漏れるが、特別私法ルールの保護目的が妥当するような契約について、規定の類推適用等による保護を与え難いという側面があるように思われる<sup>(8)</sup>。他方で、後者の立法方式では、直接適用が無理な場合でも、法の保護目的が妥当するケースについては、規定の類推適用といった手法による保護を考えやすいと言えよう。

### (2) 規制対象の切り口

また、規制のあり方に関して問題となるのは、規制対象の切り口である。ドイツの場合、ホーム契約に対して手厚い規制の網をかけ、社会法典第11編（介護保険）12編（社会扶助）における規制と重複する部分については調整規定を置き、在宅介護サービス契約については、社会法典第11編の中に若干の私法的規定を置くという状況にある。つまり、「社会福祉サービス利用契約」ではなく「ホーム契約」に着目した規制をまずは行っていることになる。我が国の立法論は、1990年代にホーム契約に焦点をあてた議論が行われ、現在は、社会福祉サービス利用契約に焦点をあてた議論がみられる状況にある。規制の切り口の問題は、

---

(8) クーリング・オフの指定制に関してであるが、業法では罰則規定との関係で規制対象が厳格化される傾向にあることは、山本豊教授により指摘されている（『ドイツ民法改正と消費者信用法制』クレジット研究30号119頁の注182）参照）。

そもそも特別私法を設定する際に、民法や消費者契約法よりも踏み出した規制の必要性をいかなる点に見いだすか、特別私法の介入契機・立法理念にかかわる問題とも言える。一般消費者よりもさらに相対的に判断能力や交渉力、情報収集力等の点で劣る者が典型的に一方契約当事者として登場し他方契約当事者が事業者であること、それに加えて、密室性の高い空間に取り込まれることから人格権侵害の可能性も高く、費用・居住の観点から生活基盤確保にも関わり得るという側面にも着目するならば、まずは「ホーム契約」に特別ルールを設定するという切り口は一応の正当化が可能である。逆に、社会福祉サービス利用契約という切り口を用いる場合、保険給付等の支給に関わらない契約や契約部分については特別私法ルールは妥当しないことになるのか、それとも社会福祉事業者が結ぶ契約全般に私法規制の網をかけることになるのか（この場合でも、例えば、老人ホーム類似施設において、介護サービス提供事業者と施設提供事業者が別主体であり前者だけが第二種社会福祉事業者である場合、後者との契約部分には何ら特別私法ルールは妥当しないのか等の問題は残る）が問題となり、社会福祉事業と関わる契約にだけ特別私法ルールを導入することを正当化する理屈、あるいは政策的判断理由を示す必要があると言えよう。

### 3. 現行法（民法、消費者契約法、契約法の一般理論）による対応とその限界

以上のように、我が国において、社会福祉サービス利用契約あるいは老人ホーム契約に対して特別私法ルールを設定しようとする場合、そもそも、その必要性、規制法の性質、切り口という検討課題があることを前提としつつ、次に、この領域で発生し得る問題に対する現行民法や消費者契約法による対応とその限界について、いくつかの点を確認しておくことにしよう。

#### (1) 契約締結と意思能力

我が国では、契約締結とそれに必要な能力の問題は、とりわけ社会福祉サービスの利用が契約方式に転換されて以降、注目を集めることとなった<sup>(9)</sup>。例えば、成人である要介護者が介護サービス利用契約を締結する場合、要介護者にかかる

---

(9) 大曾根・前出注(4)149頁以下、全国社会福祉施設経営者協議会（以下、全社福協）編『介護サービス利用契約の手引き 指定介護老人福祉施設編』5～6頁〔山本豊〕（全国社会福祉協議会、2000年）、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84頁（2001年）、松嶋道夫「高齢者の財産管理」久留米法学43号196頁（2002年）、笠井・前出注(7)671頁、高野・前出注(4)63頁以下、小西知世「福祉契約の法的関係の医療契約」社会保障法第19号108頁（2004年）等参照。

契約を締結するに十分な能力（意思能力<sup>(10)</sup>）がない場合には、自身で契約することはできず、代理人選任という法律行為も通常難しく、成年後見制度の利用が必要となる。しかし、日本では、成年後見制度の普及が不十分であり、事実上、家族が契約手続きを行い、そのような状況を行政も「第三者のためにする契約」として容認する傾向にあることが問題となる。この「第三者のためにする契約」については、すでに指摘のあるように、民法 537 条にいう「第三者のためにする契約」（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り、受益者の権利取得には、その受益の意思表示が停止条件となる）を意味する場合には、要介護者は受益の意思表示をする必要があるので、「受益の意思表示」をする能力すらないケースが問題となる<sup>(11)</sup>。また、ここでの契約を、諾約者に対する請求権は要約者に帰属し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」<sup>(12)</sup>と捉えたとしても、要約者の地位に立つ家族等が支払い義務を負う対価について、実際の費用を受益者の財産（法的には受益者に帰属する介護給付金<sup>(13)</sup>や年金）によって支払うのであれば、その権限が問題とならざるを得ないことになる<sup>(14)</sup>。要するに、民法 537 条との関係では受益の意思表示をする程度の能力もない場合に問題を生じ、また不真正第三者のためにする契約と捉えた場合でも、支払うべき費用が意思無能力者本人に支給される保険給付や年金その他の財産から支払われる場合には、やはり問題が存在することになる。他方で、成年後見制度や措置制度が発動する場合以外に施設や介護サー

---

(10) 意思能力は民法の条文にない概念であるが、意思能力を欠く者のした法律行為が無効であることは判例・学説によって承認されている。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のことであり、およそ 7 歳程度の知能が目安となるが、その有無は行為の複雑さや重大性によって異なると一般に言われている（四宮＝能見『民法総則第 5 版増補版』33 頁（弘文堂、2001 年）、山本敬三『民法講義 I 総則』36 頁（有斐閣、2001 年）等）。最近、意思無能力法理では三つの異なるレベルの問題が扱われていることを指摘し、各々のレベルでの解釈論を提示する研究が登場している（熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂、2003 年））。

(11) 笠井・前出注(7)671 頁。

(12) この概念については、谷口＝五十嵐編『新版注釈民法(13)』596 頁〔中馬義直〕（有斐閣、1996 年）等参照。

(13) 原則は償還方式が採用されているはずであるが、実態は現物方式であることが多い（菊池馨実「福祉サービス利用契約への移行と課題」月刊福祉 2000 年 11 月号 12 頁等参照）。

(14) 実務でいう第三者のためにする契約が民法 537 条にいうそれを指すのか、不真正第三者のためにする契約をさすのか曖昧であり（全社福協編・前出注(9)6 頁〔山本豊〕）、サービス利用料支払義務者が家族等となる場合、保険制度上これをどのように整理するか議論を要することはすでに指摘されてる（全社福協編・前出注(9)6 頁〔山本豊〕、本沢巳代子「成年後見と介護保険」民商 122 巻 4=5 号 564 頁（2000 年））。また、ドイツ現地調査のインタビューにおいて、ゲッティンゲン大学のリップ教授（Prof. Volker Lipp）からも、日本の第三者契約論は保険の本人給付の観点から問題があると思われる旨が指摘された。

ビスの利用等を一切許さないとの頑なな態度は実態にそぐわないという指摘<sup>(15)</sup>自体は正当であるように思われる（現実には介護サービス等が必要となった人には速やかに保険によるサービスが提供されるべきである）。しかし、そうであるならば、法的に説明できない状況を曖昧なまま放置するよりも、その状況について立法による法的基礎付けを与える方が望ましいのではあるまいか。あくまで成年後見制度発動までの繋ぎとして、ドイツの社会法典やホーム法にみられるように、一定の要件の下、契約締結時に無能力であったとしても、既履行部分の給付を覆さないシステム等の導入が検討されてよからう（このシステムに関しては、ドイツのようにホーム契約全般に導入するのではなく、保険給付である故に暴利が問題とならずかつ清算するとすれば手続的問題があることを理由に、社会福祉サービス利用契約という切り口によって導入する方向性が考えられる）。かかる見解に対しては、成年後見制度の普及を阻害するものではないかといった批判が想定されるが、成年後見制度への繋ぎとしてシステムを構築することも可能と思われ、また成年後見制度の利用促進問題は別の次元に属する問題であるとも言える。成年後見制度が普及しているドイツにおいてでさえ、ホーム法5条12項や8条10項、社会法典第9編138条5項6項のような事実上の世話を容認するかのような制度が導入されたことは、一つの参考となる。

## (2) 情報提供義務とその違反の効果

介護サービス利用契約や老人ホーム契約を締結するにあたっては、運営基準や指導指針によって、事業者は重要事項の説明や情報開示等をすべきものとされ、また、学説によってもかかる契約に関する内容明確化の重要性は以前から強調されてきた。契約締結前に、許可・行政指導等と結びつく形で必要十分な情報を事業者提供させ、利用者・入居者等の適切な判断を可能ならしめることが重要であることは言うまでもない。もっとも、特別私法ルールを導入という観点から問題となるのは、契約の内容形成にかかわり、あるいはその違反が契約の取消や損害賠償を導くような情報提供義務である<sup>(16)</sup>。このような意味での情報提供義務に関しては、その違反が民法709条や415条に基づく損害賠償責任を帰結したり、場合によっては、錯誤無効、詐欺取消を認めることになること、適切な開示が行われない場合に契約内容とならないことなどが論じられ<sup>(17)</sup>、また、消費者契約法立法後は、同法4条による取消が問題となる場合があることも指摘されている<sup>(18)</sup>。問題は、さらに進んで、この領域において、私法的効果（全部取消、一部取消、

---

(15) 全社福協編・前出注(9)6頁〔山本豊〕、「シンポジウム」社会保障法19号152頁。

(16) 岩村・前出注(7)259頁。

(17) 下森編・前出注(4)177頁～178頁〔河上正二〕、岩村・前出注(7)258～259頁。

(18) 全社福協編・前出注(9)4頁〔鈴木史郎〕。