

損害賠償)と結びつく形で情報提供義務(さらに進んで助言義務⁽¹⁹⁾)の具体化を明文において図るべきか、消費者契約法よりも広い範囲で取消等を認める必要があるかといったことである。この点については、これまでの情報提供義務に関する議論からも伺えるように⁽²⁰⁾、私法的な効果と結び付けての具体化作業は容易ではなく、また消費者契約法の見直しが検討されている現状に鑑みれば、さしあたりは、監督法の領域において説明・情報提供事項(リスト化)を充実させ、かつ現行法においても取消、損害賠償を導き得るような情報提供義務違反の具体的事例を検証し、事業者に対しては、不正確な情報提供や情報不提供が、場合によっては、民法、消費者契約法を介して契約の取消や賠償責任等を帰結し得ることを、周知徹底させるべきであるように思われる。

(3) 対価、値上げ規制

対価に関しては、社会福祉サービス利用契約の規制という切り口を用いた場合には、費用が保険制度とリンクする限りで、私法ルールとしての対価規制を論じる意味はあまりないが⁽²¹⁾、保険対象外のサービス部分がある場合では、市場原理が殆ど働かないことには注意を要する⁽²²⁾。老人ホーム契約という切り口でみた場合には、従来から、入居一時金の性質が問題となることや前払部分と相互扶助的部分とを事業者が区別して明示すべきであることが指摘され⁽²³⁾、介護保険導入後の介護サービス費用についても明確な説明や二重払回避の必要性が説かれてきた⁽²⁴⁾。まず、介護保険の導入により費用の二重払いが発生するケースでは、その分が不当利得として返還され、あるいは保険でカバーされる分の費用は徴収しない

(19) 助言義務に関しては、森田宏樹「「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論(2)」NBL483号60頁(1991年)、潮見佳男「投資取引と民法理論(2)(4)」民商118巻1号18頁以下、2号378頁以下(1998年)、後藤卷則『消費者契約の法理論』第2章第1節(弘文堂、2002年)[初出1999年]等参照。

(20) 情報提供義務に関連する研究はかなりの数に登るが、森田・前出注(128)、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ1094号129頁(1996年)及び同「消費者契約法における情報提供モデル」民商123巻4号551頁(2001年)、小粥太郎「「説明義務違反による損害賠償」に関する二、三の覚書」自由と正義47巻10号36頁(1996年)、沖野眞巳「契約締結過程の規律と意思表示論」『消費者契約法—立法への課題—』別冊NBL54号23頁以下(1999年)、潮見佳男「ドイツにおける情報適用義務論の展開」法学論叢145巻2号1頁3号1頁4号1頁(1999年)、後藤・前出注(128)第1章[初出1990、1999年]、山本敬三「消費者契約法と情報提供法理の展開」金融法務事情1596号6頁(2000年)、円谷峻『新・契約の成立と責任』(成文堂、2004年)等参照。

(21) 岩村・前出注(7)260頁。

(22) 例えば、診療の過程で保険外診療が必要となった場合のその価格など、市場原理が殆ど働かないという問題は、保険対象と保険外のものが混在するサービス一般に存在するものであろう。

(23) 丸山=前田・前出注(4)107頁~109頁[丸山英気]、内田・前出注(4)149,158頁、執行・前出注(4)246頁~249頁、下森編・前出注(4)103頁[花立文子]、166頁[河上正二]。

(24) 岸本・前出注(4)55頁、全社福協編・前出注(9)7頁[鈴木史郎]。

等の対応がなされるべきことは勿論であるが、さらに、保険とかかわらない費用部分について、二重払否定を超えた対価規制がなされるべきか否かは一応問題となり得る（ドイツホーム法のように、民法よりは踏み出した形での給付の均衡規定を置く必要があるか否かという問題である）。いわゆる現代的暴利行為論⁽²⁵⁾によれば、伝統的暴利行為論よりも柔軟に、民法90条を介して対価の定めを無効（一部無効）とする余地はあるものの、裁判実務において、対価の問題についてどれほど民法90条が活用され得るかは明らかではなく、また、消費者契約法は対価の問題には介入しないという理解が一般的である⁽²⁶⁾（価格に関する条項に消費者契約法10条は適用可能という見解はある⁽²⁷⁾）ことから、老人ホーム契約等の領域で、対価規制に係る立法を行うことは一考に値しよう。その他、価格に関連することとして、例えば、指定介護老人福祉施設の場合には、その運営基準19条によって、入院最初の連続7泊は介護報酬が算定され、入居者の1割負担も発生するが、これを超える場合には、介護報酬も利用者負担も発生しないことになっている⁽²⁸⁾が、指定介護老人福祉施設に該当しない老人ホーム等の場合にも同種の問題が発生することを指摘できる。現行法においても、ホームから出て病院に長期入院する等の場合について、一切節約費を償還しない旨の契約条件は、消費者契約法10条によって無効とされる可能性があるが⁽²⁹⁾、不償還が許される額の基準等について明文化が望ましいと言えよう。

値上げに関しても、老人ホーム契約に対しては値上げ規制の必要性が従来から説かれてきたことからわかるように⁽³⁰⁾、保険制度と費用がリンクしていない場合、値上げに関する特別私法ルールを導入が問題となり得る。現行法においても、合理的理由を示さずに一方的に値上げする権限を事業者に与える契約条件は、消費者契約法10条により無効となろう。さらに、値上げに関しては、値上げを認める実質的要件の他に、ドイツのホーム法にみられるように、手続き違背の値上げは無効という効果を伴う手続的要件を置くことが望ましく、これは立法なしには実現できない事項である。

(25) 伝統的暴利行為論が要求する他人の窮迫・軽率・無経験等に乗じた著しく不相当な財産給付がなくとも、主観的要件と客観的要件の相関関係によって不当性を判断し無効を導く枠組みである（大村・前出注(1)、山本敬三・前出(1)502頁以下参照）。

(26) 内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説消費者契約法〔補訂版〕』23頁（商事法務、2003年）、山本豊「消費者契約法(3)」法教243号62頁（2000年）、落合誠一『消費者契約法』152頁（有斐閣、2001年）等。山本敬三「職務発明と契約法」民商128巻4=5号504頁以下も参照。

(27) 日弁連消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』166頁以下（商事法務研究会、2001年）、潮見編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』86頁〔松岡久和〕（経済法令、2001年）。

(28) 全社福協編・前出注(9)10頁〔鈴木史郎〕。

(29) 民法536条2項但書や損害軽減義務の観点から、節約費の償還基準や無効基準が考えられることになろうか。

(30) 澤野順彦「利用の対価」ジュリ949号32頁（1990年）、下森編・前出注(4)103～104頁〔花立文子〕等。

(4) 解約

解約制度に関しては、介護などの純粋なサービス利用契約か、ホーム契約のように賃貸借等の要素も含む施設利用契約なのかによって、利害適正な解約制度の内容は異なってくることになる。

まず、自宅においてホームヘルパー等による介護サービスを受ける場合については、サービスの性質上、提供者・受領者との相性等が重視されるものであり、他方で、事業者側では、一つの契約が打ちきりとなっても、他の者へのサービス提供をすれば損失は発生しないことから、解消自由が基本となると考えてよからう（実務においても・・・？）。事業者からの解約については、逆に、サービス受領者側にとっては、当該サービスが日常生活を営む上で、必要不可欠なサービスであることも多いことから、已む得ない事由や正当事由を要求すべきであろうし、即時の解約は認めるべきではない。（この辺は実体や指針などをフォローした上で、追加）

老人ホーム契約等の解消に関しては、まず従来から、クーリング・オフや体験期間のような制度を設けることが望ましいことが説かれてきた⁽³¹⁾。入居者の中途解約権に一定程度の負担が伴う場合には、ホーム契約における給付が不可視的なものである点からも、クーリング・オフや体験期間の如き制度（滞在期間中の相応の費用徴収は許されて良い⁽³²⁾）を設けることが望ましく、これは立法的手当を必要とする事項である（但し、負担を伴わずに入居者が中途解約できる場合には不要であろう）。入居者側からの解約については、従来から制限すべきではないと言われており⁽³³⁾、実務でも解約の自由を認めるものが多いようである。入居者の解約自由は、共同生活の要素や介護というサービスの性質が入居者の人格的利益にかかわるものであることから承認されてよく、現行法においても、解約自由を制限する条項は消費者契約法10条により無効となると考えられる。また、解約の際の清算条件も、消費者契約法9条1号又は10条による規制を受けることになる。権利の明確化の観点からは、入居者の解約自由も、清算ルールも、強行規定としての明文化が望ましい事項と言えよう。事業者側からの解約に関しては、まず、介護保険施設や健康型有料老人ホームの場合には、施設の目的から入居要件を満たさなくなった場合（健康回復あるいは要介護状態の発生）の終了は、契約内容から当然予定されていることになる。終身型有料老人ホームについては、

(31) 山口・前出注(4)66頁、丸山＝前田・前出注(4)162頁～163頁〔丸山英気〕、執行・前出注(4)250頁以下、下森編・前出注(4)178頁〔河上正二〕。

(32) 契約の不意打ち性よりも、給付の内容に関する視認判断困難性が体験期間導入の主たる理由となることから、給付されたサービス等への相応の対価請求は認められて良いと考える（拙稿「クーリング・オフの要件・効果と正当化根拠」専修法学論集79号32～33頁（2000年））。

(33) 田中・前出注(4)66頁、丸山＝前田・前出注(4)207頁〔丸山英気〕、下森編・前出注(4)139頁〔新井誠〕、下森編・前出注(4)180頁〔河上正二〕。社会福祉サービス利用契約について、笠井・前出注(7)678頁。

信頼関係破壊や已むを得ない事由がある場合に限定すべきという見解⁽³⁴⁾やさらに進んで将来の生活への具体的方途を講じること（正当事由の具備）及び適正手続を条件としてもよいのではないかとといった提案⁽³⁵⁾があった。いったんホームへ入居すると入居者は事業者に依存することとなり、ホーム契約の継続は生活基盤にかかわる問題であることから、事業者側の解約には信頼関係破壊や正当事由が問われるべきという見解はもつともである。予測可能性の点からもドイツのホーム法の如くより具体的な形での明文化が望ましく、また少なくとも事業者側の事由による解約については転居費用負担や転居先の紹介を条件とするような規定を置くことも考えられて良い。

いずれにしても、契約解消権は、現行法では直接具体的な定めがなく、立法的手当が望ましい事項であると言える⁽³⁶⁾。

4. 小括

以上の確認から、我が国における社会福祉サービス利用契約あるいはホーム契約に対する特別私法ルールを導入に関しては、まず、一方で、業法方式と特別私法方式のメリット・デメリットを考え、他方で、従来の「ホーム契約」立法論と近時の「社会福祉サービス利用契約」立法論を踏まえて、規制の切り口を検討し、いかなる理念をもって、何故にその領域に特別私法を導入するのか、介入の契機・正当化を丁寧に考察した上で、政策的判断とその理由を示す必要があるように思われた。

次に、個別の問題に対する現行私法の限界という点に関しては、まず、この領域で問題となることの多いサービス利用者の意思能力欠如の事態について、成年後見制度発動と措置に拠る場合以外、施設への入居やサービスの利用を認めないという態度が非現実的であるとするならば、現行法では限界があるという認識に立ち法的手当（この問題については社会福祉サービスという切り口が適切かもしれない）を考える必要があるように思われた。その他、立法的手当が必要な事項としては、とりわけ生活基盤の確保という問題がかかわるホーム契約に対しては、解約規制（クーリング・オフを含む）や値上規制を実体要件・手続要件を備える形で明文化することが望ましい。解約時や不在時の清算・償還ルールについても、消費者契約法9条や10条による規制はある程度可能ではあろうが、不当性判断の微妙な事例があり得ることを考えると、許容範囲の具体化を伴う立法的手当が必要ではなかろうか。それに対し、情報提供義務や安全配慮義務、適合義務の設定という問題は、いかなる場合がいかなる効果（契約解消、無効・一部無効、損害賠償、適合等）と結びつくのか具体化が難しい側面があり、まずは、現行法に

(34) 丸山＝前田・前出注(4)208頁以下【丸山英気】。指定介護老人福祉施設運営基準が3ヶ月を超える入院をもって事業者の解除を承認している。

(35) 下森編・前出注(4)130頁、180頁～181頁【河上正二】。

(36) 内田・前出注(4)155頁、執行・前出注(4)234頁。

において一定の私法的効果と結びつき得る義務違反の具体的事例を検証し、事業者に対して、情報不提供や利益不配慮等が、民法、消費者契約法等を介し、私法的効果と結びつき得るという認識を普及させるべきであるように思われた⁽³⁷⁾。

(37) 本章は、本科研費補助金助成により公表した「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」専修法学論集第93号105頁以下（2005年3月）の一部に加筆修正したものである。

第3章 ドイツにおける介護・福祉契約

(倉田 聡)

I. 介護保険法における給付体系

以下では、ドイツにおける介護・福祉契約を論じる前提として、どのような介護給付が社会保障給付として存在するかを概観する。

1. 居宅介護；自分の確保した居住スペースで受ける介助（わが国でいうところの訪問系の各種介護サービスのみを「居宅介護」として捉えている）
 - A. 現物給付；①介護金庫が供給委託契約を締結した介護サービス事業（専門職）
②介護金庫が直接、個別に契約を結んだ個人（専門職）
（因みに、両者の相違点は、事業体として組織されているか否かという点である；わが国でも個人開業の介護サービス事業には、保険給付取り扱い事業者としての「指定」が与えられない。ドイツでは、事業体としての実態のみを要求するのに対し、わが国では法人格の取得を明示的に要求する点で異なっている）
 - B. 現金給付；必ずしも介護供給者に対する報酬として与えられない点の特徴。事実上は、要介護者を抱える家庭の負担を経済的に評価し、要介護者を名宛人として与える金銭給付として理解され運用されている。したがって、介護サービス以外の消費があっても許される。
 - C. 現物給付と現金給付のコンビネーション
2. 施設介護；介助を受ける場所が事業者の設置した施設内である場合を指す。
 - D. デイケアとナイトケア（わが国でいうところの通所系サービスをすべて含む）
 - E. ショートステイ（わが国でいう「短期入所」に該当）
 - F. 完全施設入所（わが国の特別養護老人ホーム、老人保健施設だけではなく、有料老人ホームや軽費老人ホームを含んでいる）

上記の給付分類をわが国の介護保険給付と比較すると、わが国では在宅給付と施設給付の区別が要介護者の「生活の本拠（民法21条）」に拠って行われている。これに対し、ドイツでは、介護サービスが供給される場所で行われる点が異なっている。

それゆえ、わが国では「在宅」三本柱に位置づけられる通所系サービスや短期入所も、ドイツではすべて「施設」介護と理解されることになる。また、施設給付における介護サービス部分とホテル・コストの分離が不完全なわが国では、ホテル・コスト部分に介護報酬の一部が充てられる特別養護老人ホーム／老人保健施設が「施設」給付の対象になっているのに対し、その部分が完全に自費となっている有料老人ホーム／軽費老人ホームを「在宅」給付に位置づけている点も重要な相違といえる。

II. 介護サービスの構成

一般に施設給付では、さまざまなサービスや財の提供がひとつの給付として「マルめ」られている。そこで、以下では、施設給付を念頭におきながら、介護サービスを構成するサービスや財のなかみについても概観してみる。

1. 介護保険給付がカバーするサービス；被保険者自己負担なし（ただし、給付上限額を超過した部分については、すべて自費で負担する）

A. 身体介助

B. 家事援助（これはAに付随するという位置づけ）

2. 介護保険給付がカバーしないもの（被保険者の自費で負担）

A. 宿泊と食事（いわゆるホテル・コスト）

B. 付加給付；①宿泊と食事に関する快適さの向上に関する給付（より広い居室を求める場合や贅沢な食事など）

②介助や世話に関する選択給付（ペディキュアのような美容術、文学などの精神的な嗜好に応える給付など；ただし、これについては、介護保険給付に含まれるべき必要不可欠な介護ニーズとの区分が難

しいので、その境界については大綱契約の規律に委ねられる)

◎留意点 1 ; 介護保険給付に関する内容形成は、当然、保険者と介護事業者間の供給委託契約によって行われる。これに対し、それ以外の部分(2)については、本来ならば、被保険者と介護事業者による私的自治に委ねられるが、ドイツの介護保険法では、施設介護にかかる宿泊と食事(2のA)にかかる事業者との交渉権限を介護金庫に委ねている。これは、2の部分を含み当然給付に含む社会扶助(ドイツの公的扶助制度;日本の生活保護に相当)の実施にあたり、社会扶助の給付担当機関がこの部分の交渉を行ってきたことに鑑み、被保険者の交渉代理権を法定で介護金庫に与えたと説明されている。

◎留意点 2 ; ただし、上記の供給委託契約の内容は、金庫と事業者の上位団体が締結する大綱契約の規範的効力に服する。この大綱契約が規律するのは、以下の項目である(特に重要なのは、一の事項と思われる。日本では、介護報酬に関する厚生労働省告示によってこの問題が決定されるが、細かい部分については行政解釈によって行政=保険者側が事実上、一方的に決定している);

.....

※大綱的契約の規律対象(8項目)

- 一 介護給付の内容、ならびに入所介護にあつては通常介護給付、宿泊および食事に関する給付ならびに附加的給付との境界、
 - 二 費用の引受け、介護員n賃金の決済およびこれらに必要な証明書および記録簿を含めた介護の一般的な条件、
 - 三 供給委託に則した経済的にかつ給付に関連した介護施設の人的設備に関する基準および原則、
 - 四 介護の必要性および期間に関する審査、
 - 五 要介護者が介護ホームから一時的に離れた(病院への入院、一時帰宅)場合の介護報酬のカットに関する規律、
 - 六 医学サービス部および介護金庫から任命された他の審査員の介護施設への立入、
 - 七 審査費用の分担を含む経済性審査の手続原則および審査原則、
 - 八 介護給付を遠距離ではなく、可能な限り地域および市民に密着して提供するため、介護施設の地区または地域的な業務範囲を確定するための原則。
-

Ⅲ. 報酬システムとホーム法の関係

1. 在宅介護給付について

- A. 連邦大臣の法規命令＝報酬規則による場合（これは、医療契約とほぼ同じ仕組みであり、報酬にかかる当事者の明示の意思表示がない限りは、この報酬規則の内容が当事者の契約意思とされる）と
- B. 明示の意思表示を通じた介護報酬の合意による場合
- C. 具体的な決め方（これは、AとBに共通である）
 - ①身体介護については、時間と種類にしたがった報酬設定
 - ②家事その他の支援については、定額制。
- D. 報酬は、一事業者について統一・同一でなければならない。
- E. この報酬を決定するのは、介護金庫・社会扶助担当機関等の費用支弁者と事業者との合意による（供給委託契約とは別の協定となるが、この協定内容はそのまま供給委託契約の内容になる）。

2. 施設介護給付について

- A. 施設の設置・整備に関する費用は、介護報酬に含まない（州政府による税財源の補助金が充てられるが、これが十分でないことも多い。そこで、介護保険法は、この部分の費用をホテル・コストに転嫁することを認めている）。
- B. これには、連邦大臣の規則が設定されず、すべて当事者の交渉と合意に基づいた協定により設定されるが、個別交渉が難しい場合には委員会による決定方式を選択することができる。
- C. 具体的な決め方
 - ①介護サービスにかかる部分＝介護保険給付部分は、介護等級ごとの定額制で「マルめて」ある（Pflegesatz）。
 - ②宿泊と食事＝ホテル・コスト部分も別途、決定する。
 - ③この決定は、そのままホーム法の規定にいう報酬と同視される。ただし、デイケアやショートステイにはホーム法の規定は適用されない（これを問

題視する学説はあるが、いまの段階では立法的解決はなされていない)。

D. 報酬は、一事業者について統一・同一でなければならない。

E. この報酬を決定するのは、介護金庫・社会扶助担当機関等の費用支弁者と事業者との合意による（供給委託契約とは別の協定となるが、この協定内容はそのまま供給委託契約の内容になる）。

IV. 介護の質を確保する法律 (PQsG) の制定

上記ホーム法は、1974年にホーム入居者の保護を目的に制定されたものである。この法律は、ホームの入居・利用関係が当事者の私的自治による契約に基づいていることを前提に、ホーム入居者とホーム経営者との実質的な力関係を緩和する契約法の特別法と位置づけられてきた。介護保険法が施行される前にも、社会扶助とりわけ老齢扶助受給者がホームに居住することが少なくなかったが、この場合もホーム経営者団体と社会扶助実施主体である市町村ないし市町村連合との報酬等に関する団体契約と、ホーム入居者とホーム経営者との個別契約が併存していたため、もっぱら後者にかかる私法的効果をもつ法律と位置づけられてきた（ただし、この法律には、ホーム経営者に対する行政監督の規定が制定当初から含まれており、この部分については行政法としての性格をもつ）。

その後、介護保険法が制定・施行されてから、1997年2月3日に第二次改正法（連邦法律官報 I・158頁）が短期入所介護をホーム法の適用領域に繰り入れ、民間事業者のホームの許可制度をホーム法から除き、その他の規律を社会法典第11編（介護保険法）の規律に適合させるなどの修正を施している。

しかし、上記の修正では、実務上、不十分であるとの批判がなされた。特に、居所からホームに移行する平均年齢が非常に延びたこと、ホーム入所者に占める要介護者の比重が高まり、介護等級もより高度化していったことが、基本的に25年間ほとんど改正されなかったといってよいホーム法の抜本改正の必要度を高めていた。また、メディアが介護スキャンダルを大々的に取り上げるようになったことも、法改正に向けた圧力をより強めていった。その結果、必要な介護の質を確保することが国家の責務 (Aufgabe des Staates) であるという認識が生まれ、2001年9月9日に介護の質を確保する法律（連邦法律官報 I・2001頁。この法律の正式名称は「介護における質の確保と消費者の保護の強化に関する法

律 (Gesetz zur Qualitätssicherung und zur Stärkung des Verbraucherschutzes in der Pflege)」である。以下、PQsGと略する)。

この法律は、ホーム法の改正にかかる部分と介護保険法すなわち社会法典第11編にかかる保険給付の質のコントロールにかかる部分とを内容としている。

まずホーム法にかかる改正は、以下の通りである：

- 1) 「ホーム (Heim)」といわゆる「ケアハウス (Betreute Wohnen)」の区分をした。ここでいうケアハウスとは、もっぱら居住空間のみを提供し、入居者は必要な介護や緊急通報システムなどを別の事業者から受けるというものであり、この度の改正は、この種の施設をホーム法の適用から排除した。
- 2) ホーム契約の透明性 (Transparenz) を改善した。ここでは、同種の施設との比較対照を可能にしたこと、とりわけどの利用料がどの給付に対応しているかという点をより明確にした (この点は、介護保険法の規定整備によるところが大きい)。また事後的な契約変更とりわけ利用料の引き上げについて契約上明文化することを義務づけた。
- 3) ホーム協議会 (Heimbeirat) の関与権をさらに拡大した。
- 4) ホームに対する行政監督を強化し、立入検査を改善した。
- 5) ホーム法に基づく行政監督と介護保険法に基づく金庫、医療サービス部、社会扶助担当機関との連携をより緊密なものとした。

またさらに介護保険法に関しては、

- 1) 報酬のみに限定されていた介護金庫州連合会とホーム連合会との集团的契約関係に給付と質の協定 (Leistungs- und Qualitätsvereinbarung) の締結を導入し、介護サービスの内容に関する規律についても具体的に集团的自治に委ねた。特に、この協定については、設備や人員配置について具体的な内容を含むものであり、これによって格段にサービス内容が標準化されたといつてよい。
- 2) 上記の協定締結に必要なデータを収集し、それを統合することを連邦政府に義務づけた。これは、法規命令の形式で発布される。
- 3) それに必要な範囲で各介護施設のサービスについてわが国でいうところの第三者評

価制度を導入し、整備した。

- ④) また契約面については、ホーム法の適用を受けない訪問介護などの在宅サービスについて新たに介護保険法において規律を設け、ここで契約法としての規制を統一的に行うことにした。

V. 若干の考察と今後の検討課題

1) ドイツの介護保険法は、現物給付原則を採用し（もちろん例外的な費用償還給付も認められているし、被保険者の選択により現物と費用償還の双方を組み合わせることも可能である）、さらに保険者と施設運営主体との委任契約が被保険者と介護事業者との間の契約を直接拘束する仕組みをとることから、個別契約での内容形成の自由があまり認められない仕組みになっている。この点、費用償還方式を採用することにより、理論的には、被保険者と介護事業者の私的自治を原則とする日本とは決定的に異なっている（ただし、日本の場合は、償還条件が厳格になっているため、契約にかかる当事者の意思解釈によって事実上は介護保険給付の規律をそのままの内容とする契約が存在しているので、あくまでも実態は相対的であると評価できる。しかし、法的安定性という点では問題があろう）。

2) また、現物の保険給付と自費の介護給付との混在が認められているものの、自費の介護給付についても交渉代理権が介護金庫に吸収され、介護サービスの対価に関しては、ほぼ当事者である被保険者が直接、決定する余地が狭められている。確かに、付加給付の選択給付については、被保険者と事業者との形成自由が認められているが、付加給付と保険給付の境界決定が大綱契約に委ねられ、しかも付加給付の実施要件が法により厳格に定められていることから、実際はほとんど機能していないのではなかろうか（おそらく日本の保険外給付の方がドイツよりも広く認められているように思われる）。付加給付の要件を以下に示す；社会法典第11編88条1項

一 追加給付の実施によって、介護ホームの必要不可欠な終日のまたは部分的な入所給付（第八四条第四項および第八七条）に支障をきたさない場合、

二 提供される追加給付の種類、範囲、期間および実施の順番ならびに追加料金の額および料金の支払い条件が介護ホームと要介護者との間で予め書面により合意されている場

合、

三 給付の提供および給付の条件が介護金庫の州連合会および地区を超えた州の社会扶助担当機関に対して、給付の開始前に書面で通知されている場合。

○指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準(平成十一年三月三十一日)(厚生省令第三十九号)

(利用料等の受領)

第九条 指定介護老人福祉施設は、法定代理受領サービス(法第四十八条第五項の規定により施設介護サービス費(同条第一項に規定する施設介護サービス費をいう。以下同じ。)が入所者に代わり当該介護老人福祉施設に支払われる場合の当該施設介護サービス費に係る指定介護福祉施設サービスをいう。以下同じ。)に該当する指定介護福祉施設サービスを提供した際には、入所者から利用料(施設介護サービス費の支給の対象となる費用に係る対価をいう。以下同じ。)の一部として、当該指定介護福祉施設サービスについて同条第二項第一号に規定する厚生労働大臣が定める基準により算定した費用の額(その額が現に当該指定介護福祉施設サービスに要した費用の額を超えるときは、当該現に指定介護福祉施設サービスに要した費用の額とする。)及び同項第二号に規定する厚生労働大臣が定める基準により算定した費用の額(その額が現に当該食事の提供に要した費用の額を超えるときは、当該現に食事の提供に要した費用の額とする。)の合計額(以下「施設サービス費用基準額」という。)から当該指定介護老人福祉施設に支払われる施設介護サービス費の額を控除して得た額の支払を受けるものとする。

2 指定介護老人福祉施設は、法定代理受領サービスに該当しない指定介護福祉施設サービスを提供した際に入所者から支払を受ける利用料の額と、施設サービス費用基準額との間に、不合理な差額が生じないようにしなければならない。

3 指定介護老人福祉施設は、前二項の支払を受ける額のほか、次に掲げる費用の額の支払を受けることができる。

一 厚生労働大臣の定める基準に基づき入所者が選定する特別な居室(国若しくは地方公共団体の負担若しくは補助又はこれらに準ずるものを受けて建築され、買収され、又は改造されたものを除く。)の提供を行ったことに伴い必要となる費用

二 入所者が選定する特別な食事の提供を行ったことに伴い必要となる費用

三 理美容代

四 前三号に掲げるもののほか、指定介護福祉施設サービスにおいて提供される便宜のうち、日常生活においても通常必要となるものに係る費用であつて、その入所者に負担させることが適当と認められるもの

4 指定介護老人福祉施設は、前項各号に掲げる費用の額に係るサービスの提供に当たっては、あらかじめ、入所者又はその家族に対し、当該サービスの内容及び費用について説明を行い、入所者の同意を得なければならない。

3) 最後に、ドイツの介護保険法では、報酬の面でかなり細かい決定がなされている一方、提供されるサービス内容の方にはあまり関心が払われていなかった。サービス供給という債務の内容は具体性を欠くのに対し、介護報酬の支払いという債務の内容はかなり詳細に具体化できるからである。これは、介護サービスの性質上、やむを得ない。しかし、このような法状況は、2001年改正によりかなり劇的に変化したといえる。少なくとも提供されるべき介護サービスの内容とりわけ質が介護報酬と集团的契約のレベルで直接、連動するようになったこと、そのためのサービス標準を連邦レベルで設定するための仕組みが整備されたことにより、今後はドイツでも介護サービスの定型化が大いに進むものと考えられる(因みに、わが国では、介護保険法に先行する老人福祉法が最低基準という法形式でサービス標準を一定程度まで法化してきた実績をもっており、2001年の法改正前は、むしろわが国の方がこの点で長じていたといえる)。

なお、在宅給付については、ドイツの方が介助行為の類型化がかなり進んでおり、個別に報酬額が決定されていることから、その報酬の中で何をどうするかという点を議論する余地が少ない。これに対して、日本の介護報酬は、ホームヘルプサービスにしてもかなり具体性を欠く(例えば、身体介護と家事援助という大きなカテゴリーしかないし、この区分さえもともすれば不要とする考え方も出てきている)。それゆえ、日本において、この問題への関心が深いのは、介護保険におけるサービス内容の具体化を法がどの程度まで規律するかという密度の問題によると考える。しかし、介護の具体化といっても、日本とドイツの生活様式の違いは、今後の検討において大きく影響してくるものと考えられる。

他方、施設給付については、日本とドイツの間に大きな違いはないといってよいと考えられる。しかし、ドイツでは、サービスの具体化にあたって関係当事者間の共同決定に大きなウエイトが割かれ、さらに個別契約についてもホーム法の規律とりわけ規則の共同決定により大きな役割が期待されている。これに対して、わが国では、施設基準を行政がそ

して施設の利用規則を施設側がこれを一方的に（換言すれば、就業規則的に）決定している点が大きく異なる。共同決定による集団的処理のドイツ法と、あくまでもはだかの個別契約法原理に依拠する日本法は、ある意味で非常に対照的であるといえないだろうか。近年、わが国の実務の関心は、介護事故訴訟等を通じて、個別契約を根拠とする安全配慮義務や附合契約から導き出されるその他の不随義務の具体化という方向を打ち出しつつあると思われる（より具体的には、どういう状況で、どういう行為をもしくはどういう配慮が義務づけられるのかという問題意識が今後、個別契約理論のなかでより深められる）。おそらくこの問題を関係当事者の集団的な自治により裁判ではなくより政治的なプロセスによって決しようとするドイツとわが国の間には、最終的な決定事項や内容が似通ったとしても、基本的な制度枠組みにおいてかなり大きな差があるといわねばならない。

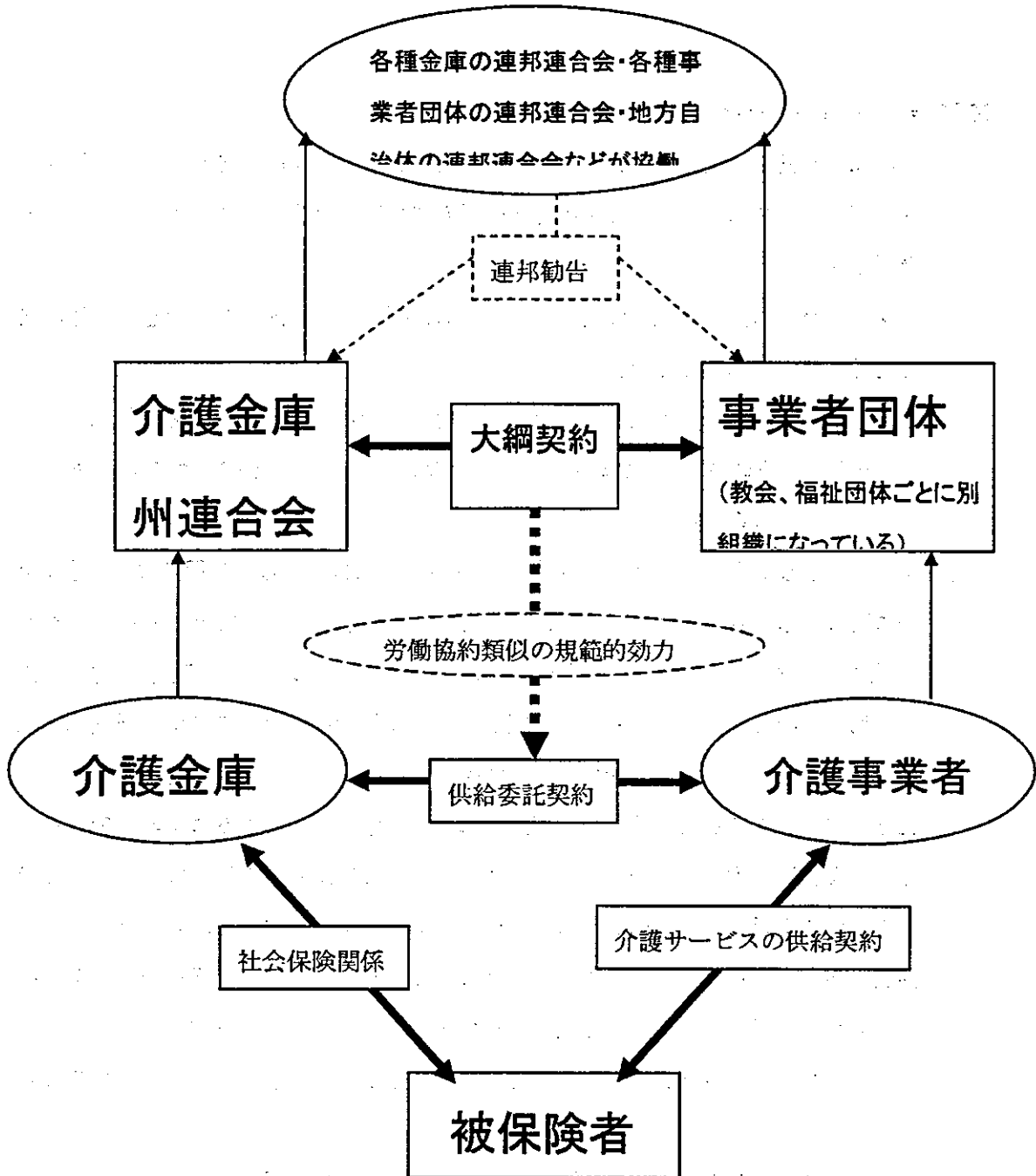
《参考文献》

Ronald Richter, Das neue Heimrecht (Nomos, 2002)

Anja Möwisch: Carsten Hons, Der Heimvertrag, Mit ausführlichen Erläuterungen für Alten- und Pflegeheim, Bewohner und Angehörige (MedizinRecht.de Verlag, 2004)

Hans Böhme; Gerhard Götttert, Praxiskommentar PQsG/HeimG 2. Auflage-komplett überarbeitet (WEKA MEDIA GmbH & Co. KG, 2004)

※図：ドイツにおける介護保険給付(現物)の法関係



※参考資料;社会法典第 11 編(介護保険法)の関係条文

第 71 条 介護施設(Pflegeeinrichtungen)

- ① 本編にいう訪問介護施設(介護サービス)とは、専門的な教育を受けた介護要員が常に責任を持ちながら、要介護者をその居宅において介護しかつその者のために家事援助を行う経済的に独立した施設をいう。
- ② 本編にいう入所介護施設(介護ホーム)とは、要介護者に対して、つぎの各号の給付を行う経済的に独立した施設をいう：
 - 一 専門的な教育を受けた介護要員が常に責任を持ちながら、介護を行う施設、
 - 二 一日中(終日の)または日中もしくは夜間のみ(部分的)要介護者を宿泊させ、給食を行うことができる施設。
- ③ 第 1 項および第 2 項にいう介護要員(Pflegefachkraft)としての認定には、看護師法に基づく看護婦(Krankenschwester)もしくは看護師(Krankenpfleger)または小児科看護婦もしくは小児科看護師、各州法に基づく高齢者介護婦(Altenpflegerin)または高齢者看護師(Altenpfleger)としての教育課程修了に加えて、直近5年以内に、習熟した介護職としての2年の実務経験を必要とする。主として障害者を世話する訪問介護施設においては、各州法に基づく専門教育を受けた更正教育介護士(Heilerziehungspfleger)ならびに更生教育婦または更生教育士で、かつ直近5年以内に2年の実務経験を有する者も専門的な教育を受けた介護要員とみなされる。第 1 文または第 2 文にいう要件期間は、第 1 項または第 2 項にいう介護要員が責任ある立場で任用された日から5年以内とする。この要件期間は、本項がかかげる介護要員がつぎの各号に掲げる事由に該当する期間について延長されるものとする、
 - 一 子どもの世話または養育を理由に生業活動ができない期間、
 - 二 本編第 19 条にいう介護者(Pflegeperson)として要介護者を少なくとも週 14 時間介護している期間、または
 - 三 企業経営学もしくは介護福祉学または疾病、老齢もしくは更生教育介護にかかるその他の高等専門教育課程に従事している期間、ただし当該修学ないし学修課程が連邦法または各州法によって制度化された修了検定によって終了するも

のに限る。

要件期間は、いかなる場合であっても8年を超えることがあってはならない。

- ④ 医学的な配慮措置もしくはリハビリテーション、職業もしくは社会への編入措置、学校教育または疾病者もしくは障害者の教育を施設の目的に加えている入所施設、ならびに病院は、第2項にいう介護施設に該当しない。

第72条 供給契約(Versorgungsvertrag)による介護の許可(Zulassung)

- ① 介護金庫は、供給契約の成立した介護施設(許可施設)を通じてでしか、訪問介護および施設介護を提供することができない。供給契約には、契約期間中に介護施設から被保険者に対して提供されねばならない通常介護給付(第4条第2項)の種類、内容および範囲が確定されていなければならない(供給委託)。
- ② 供給契約は、介護施設の運営主体または同種の運営主体の代理権を有する団体と介護金庫の州連合会との間で締結されるが、州法により、地区単位の社会扶助担当機関が介護施設について管轄を有しない場合には、地区を越えた州の担当機関の同意を要する。供給契約は、当該介護施設および内国のすべての介護金庫に対して、直接の拘束力を有する。
- ③ 供給契約は、つぎの各号にかかげる介護施設とのみ締結されるものとする、
 - 一 第71条の要件を充たすもの、
 - 二 介護供給能力があり、かつ経済的な介護を供給することが保証されるもの、
 - 三 第80条に基づく協定(Vereinbarungen)の基準にしたがって施設内に介護の質のマネジメント(Qualitätsmanagement)を導入し、かつその向上を義務づけられたもの。

適格性を有する複数の介護施設から選抜する必要がある場合、供給契約は、非営利の公益法人および営利の私法人との間で優先的に締結されるものとする。訪問介護サービスの場合、供給契約における地域的な業務範囲は、可能な限り遠距離を避けるように確定されねばならない。

- ④ 供給契約の締結をもって、介護施設は、契約期間につき被保険者への介護供給を許可される。許可施設は、供給委任の枠内において、被保険者への介護供給の義務を負う；訪問介護サービスの場合、この義務には、要介護者の求めに基づいて行われる第37条第3項の介護代替の実施が含まれる。介護金庫は、介護施設の給付に対し

て、第八章の基準に従った報酬の支払い義務を負う。

第75条 介護供給に関する大綱的契約(Rahmenverträge)および連邦勧告

- ① 介護金庫の州連合会は、被保険者への効果的かつ経済的な介護供給を確保する目的をもって、疾病保険の医学サービス部(Medizinischer Dienst)ならびに州の民間疾病保険会社の連合会の参加を得て、州にある訪問または入所介護施設の運営主体の団体と共同かつ統一的な大綱的契約を締結する。公法上の教会もしくは宗教団体またはその他の非営利の公益法人に所属する介護施設については、当該介護施設が所属する教会もしくは宗教団体または福祉事業団体(Wohlfahrtsverband)とも大綱的契約を締結することができる。訪問介護に関する大綱的契約にあつては、地区の社会扶助担当機関の共同チームが、入所介護に関する大綱的契約にあつては、地区を超えた社会扶助担当機関と地区の社会扶助担当機関の共同チームが契約当事者として契約締結に関与しなければならない。大綱的契約は、国内にある介護金庫および許可施設に対して、直接的な拘束力を有する。
- ② 大綱的契約は、とりわけ以下のことを規定する：
 - 一 介護給付の内容、ならびに入所施設介護にあつては通常介護給付、宿泊および食事に関する給付ならびに附加的給付との境界、
 - 二 費用の引受け、利用料の算出およびこれらに必要な証明書および記録簿を含めた介護の一般的な条件、
 - 三 供給委託に則した経済的でかつ給付に関連した介護施設の人的設備に関する基準および諸原則、
 - 四 介護の必要性および期間に関する審査、
 - 五 要介護者が介護ホームから一時的に離れた(病院への入院、一時帰宅)場合の介護報酬のカット、
 - 六 医学サービス部および介護金庫から任命された他の審査員の介護施設への立入、
 - 七 審査費用の分担を含む経済性審査の手続原則および審査原則、
 - 八 介護給付を遠距離ではなく、可能な限り地域および市民に密着して提供するための介護施設の地区または地域的な業務範囲を確定するための諸原則。
- ③ 第2項第3号に基づく契約の一部として、つぎの各号が合意されねばならない、
 - 一 人手不足の際の手配または介護時間の算定に関する州単位の手続

二 州単位の人事考課基準。

その際、知的障害者、精神病患者、痴呆症状のある者およびその他神経系の疾患をもっている要介護者について、それぞれに特有の介護または世話のニーズが顧慮されなければならない。本項第1文第1号の手続に関する協定にあつては、ドイツ国内において試行されかつ評価された国際的な経験が考慮されねばならない。本項第1文第2号の人事考課基準については、一定の幅があるものとして合意され、部分施設入所または完全施設入所介護にあつては、少なくともつぎの各号の事項を含めることができる、

- 一 ホーム居住者数と介護または世話要員数の比例数（フルタイムで換算）、しかも介護等級ごとに区分されたもの、
- 二 介護、社会的な世話および医学的な行為時の介護の領域において、専門的な教育を受けた介護要員にかかる受け持ちの一部を介護および世話要員が補足的に行うことのできる行為の範囲。

従前のホーム人事規則は、いかなる場合にあつても影響を受けない。

- ④ 第1項の契約が6月以内に全部または一部成立せず、その後、契約当事者の一方が書面でもって契約行為の要請を行った場合、契約内容は、第76条の仲裁機関（Schiedsstelle）によって確定される。第1文の規定は、既存の大綱的契約が変更され、または新たな大綱契約によって置き換えられるような契約であっても適用されるものとする。
- ⑤ 第一項に基づく契約は、各契約当事者から、1年の期間をもって全部または一部の解約を告知することができる。前段の規定は、第4項に基づいて仲裁機関によって形成された規律についても準用される。先の規律は、解約告知なしでも本項第1文に基づく契約に代えることができる。
- ⑥ 介護金庫の中央連合会および介護施設運営主体の連邦レベルの団体は、疾病金庫中央連合会の医学サービス部および民間疾病保険会社の連合会ならびに独立の有識者の参加を得て、地方公共団体の中央連合会の連邦協会および地区を超えた社会扶助担当機関の連邦共同チームと共同で第1項にいう契約の内容に関する勧告（Empfehlung）を行う。その際、介護職の団体ならびに障害者および要介護者の団体は、密接な協力を行うものとする。