

別添 2 (2/2 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

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

— 現行ドイツホーム法との比較を通して —

丸山 絵美子

- I. はじめに
- II. ドイツホーム法の変遷と同法の制定・改正理由
 1. ホーム法の成立
 2. 1990年4月23日ホーム法第一次改正法
 3. 1997年2月7日ホーム法第二次改正法
 4. 2001年11月5日ホーム法第三次改正法
 5. 2002年7月23日上級地方裁判所代理改正法によるホーム法の改正
- III. 現行ドイツホーム法における規制の状況—2001年、2002年改正による私法的規制の変化を中心に
 1. ホーム法の適用領域
 2. 情報提供義務、指示義務、書面記載事項
 3. 給付と対価の相応性(均衡)確保
 4. 事情の変化への対応～適合義務、値上げ規制
 5. 解約規制
 6. 自然的行為無能力(意思無能力)とホーム契約
 7. 小括～ドイツにおけるホーム契約規制の特徴
- IV. 日本の現状との比較
 1. 日本の現状
 2. 比較と今後の課題

I. はじめに

本稿は、ドイツにおけるホーム契約に対する私法的規制^{*)}の現状について、ドイツホーム法 (Heimgesetz; 以下、ホーム法という) の2001年、2002年改正を中心に紹介し、日本の老人ホーム契約に対する私法的規制

の現状との比較を行うものである。ホーム契約に関しては、これまでも相当数の検討が行われており、様々な論点を包括的かつ詳細に扱った研究も存在する。また、ここで検討の対象とするドイツのホーム法もその内容について紹介がなされてきたものである。それにもかかわらず、本稿においてこのテーマを取り上げる理由は次の点にある。第一に、ドイツのホーム法に関しては、近時の改正によって、社会法典第11編第12編との調整に関する規定がこれまでよりも詳細化され、また内容的には消費者保護強化の方向で改正が加えられていることから、まずそのような近時の改正内容を紹介することに意義があると考えたからである。第二に、周知の通り、日本においては、老人ホーム契約に対する特別私法は存在せず、介護保険等の給付対象となる社会福祉サービス利用契約も、措置から契約への流れの中で、一般的な契約法理や消費者保護法理（民法や消費者契約法による解決）の下に置かれることとなったが、やはりこの領域に特有の特別私法ルールは存在しない。こうした状況を、民法や消費者契約法による対応とその限界という観点から検討し、ドイツの法状況と対比させつつ、特別私法ルールの導入が必要か否か、導入に際しての課題は何か、について整理をしておく必要があると考えたからである。

検討の方法としては、まず、ドイツのホーム法が数次に渡る改正を経ていることから、規制の変遷とその時々の改正理由とを簡単に確認する。次に、現行ドイツホーム法における規制の現状について、2001年、2002年改正による私法的規制の変化を中心に紹介する。その上で、この領域における我が国の規制の現状を確認し、ドイツ法との比較をまじえつつ契約法の観点から検討を加える。

II. ドイツホーム法の変遷と同法の制定・改正理由

1. ホーム法の成立

ドイツにおいては1967年まで、老人ホーム (Altenheime)、老人居住ホーム (Altenwohnheime) 及び老人介護ホーム (Pflegeheime) 等の営業に対しては、一般的な営業規制を行う営業法 (Gewerbeordnung; RGBI. S. 871) 等が適用されるにすぎなかった。その当時、ホーム経営に対して許可制は採用されておらず、一般的な安全・衛生の要請を超えてホームに対し特別の基準が設定されている訳でもなかった。しかし、ドイツにおいては、とりわけ営利を目的とするホームにおいて、放置できない事例が数多く発生し、1967年8月24日の営業法の改正によって、州政府に老人ホーム、老人居住ホーム及び介護ホームの営業監督に必要な法規命令 (Rechtsverordnungen) を定める権限が与えられた。州による法規命令においては、居室や職員に関する最低基準、簿記・文書保管義務、監督義務等が定められた。⁷しかし、このような州毎の規制は、ホームの営業を制限するものではなく、事前規制の点で不十分であり、当時発生した一連のホームスキャンダルや詐欺事件がこのような規制のあり方の限界を示していたと言われている。⁸このような状況下で、ヘッセン州が、1971年に、営利的老人ホーム・老人介護ホームに対する許可制度の導入に向けて、法律草案を連邦参議院に提出した。立法を巡る議論の中でホーム法の保護規定を営利施設に限定して適用することは正当化されないという見解が多数を占めた。そこで、あらゆるホームに対して検討中の保護法が適用されることを前提にベールリン州が1972年に連邦参議院に提出した草案を基礎に、連邦参議院草案が練り上げられた。連邦参議院草案の理由書においては、許可制度の必要性や所轄官庁の持続的監督の必要性、ホームの種別を問わない入居者保護の必要性等が確認された。⁹かかる連邦参議院草案は、連邦議会や委員会等による助言・修正を経て、1974年8月7日「老人ホーム、老人居住ホーム及び成年者用介護ホームに関する法律 (Gesetz über Altenheim, Altenwohnheim und Pflegeheim für Volljährige vom 7. 8. 1974, BGBl I S. 1837)」として成立し、1975年1月1日から施行される

に至った。

2. 1990年4月23日ホーム法第一次改正法 (Erste Gesetz zur Änderung des Heimgesetz vom 23. 4. 1990, BGBl I, S. 758)¹¹⁾

1990年のホーム法第一次改正法による改正(以下、この改正を受けたホーム法を「第一次改正ホーム法」という)は、制定当時のホーム法を、施行以来積まれてきた実務経験に適合させ、同法に存在した不備の除去及び欠缺補充を行い、法律上の不確実性を一掃するといった目的のために行われた¹²⁾。この改正は、社会の発展に対するホーム法の適合を唱えるドイツ連邦議会の決議にも対応するものであった。具体的には、制定当時のホーム法で用いられた「老人ホーム、老人居住ホーム及び成年者のための介護ホーム」という概念では、保護対象とすべきホームがどの部類に属するかが不明確となり、問題が生じるため、個別名称を列挙しない形でホームが定義されるに至った。また、ホーム契約に関しては、実務で問題となり、民法では解釈上の疑義を生じる解約告知権、対価の増額等について、片的強行法規性を有することを定める条文とともに、規定が置かれるに至った(ホーム法における私法的規制の導入)。さらに、入居者の代表等により構成されるホーム諮問委員会 (Heimbeirat) の設置が無理な場合に、ホーム指定代理人 (Heimfürsprecher) が任命され得ることとなり、ホームが営業許可を受けるにあたって職員の人的・専門的適性が問われることも明示されるなどした。

3. 1997年2月7日ホーム法第二次改正法 (Zweites Änderungsgesetz zum Heimgesetz vom 7. 2. 1997, BGBl I, S. 157)

1997年の第二次改正においては、ホームやホームの一部で行われる短

期入所介護が、ホーム法の適用範囲に含まれるものとされ、ホーム経営の前提要件として経済的給付能力を要する旨の規定が置かれることとなった。また、ホーム経営に関する許可制度の廃止(届出制へ)、官庁の助言義務に関する規定の設定、社会法典第11編との調整(ドイツでは、社会法典第11編に規定された介護保険法に基づき施設介護関係の給付が1996年7月より実施された¹⁴⁾が行われた(以下、この改正を受けたホーム法を「第二次改正ホーム法」という)¹⁵⁾。

4. 2001年11月5日ホーム法第三次改正法 (Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetz vom 5. 11. 2001, BGBl I, S. 2960)

1997年の第二次改正は、社会状況(ホームへの入居年齢が高齢化するとともに要介護者数も増加している)や法状況(社会法典11編とのさらなる調整の必要性)に十分に対応した改正内容とは言えず、介護スキヤンダルも一因となって第三次改正が行われた。その重点は、ホームといわゆる世付付住宅の区別基準を設定すること、ホーム契約の透明性をよりいっそう確保し入居者保護を強化すること、ホーム諮問委員会の役割を拡大し第三者へメンバ資格を解放すること、ホーム監督庁の権限を強化し介入のあり方を改善すること、ホーム監督庁と介護金庫、メディアカルサービス、社会扶助事業体 (Träger der Sozialhilfe) との協力体制を整備すること、である(以下、この改正を受けたホーム法を「現行ホーム法」又は単に「ホーム法」という)¹⁶⁾。

5. 2002年7月23日上級地方裁判所代理改正法 (OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23. 7. 2003 BGBl I S. 2850) によるホーム法の改正

上級地方裁判所代理改正法によって、取引における精神障害者の地位を

改善するため、自然的行為無能力者（我が国で言うところの意思無能力者におおよそ対応する者）が日常生活に関する取引を行った場合、既履行部分について有効性を維持する旨の規定が民法典に置かれることとなり（ドイツ民法典（以下、BGB）105 a 条）、それと並んでホーム法の改正も行われた。すなわち、ホーム入居者がホーム契約締結時に自然的行為無能力であった場合、給付と対価とが相応であったことを条件に、契約の効力を維持する旨の規定（ホーム法5条12項）及びかかる事態において経営者は重大事由がある場合にのみ解約できることを定める規定（同法8条10項）が導入された。この規定の目的は既履行給付に関する清算の手間を省くことと要世話状態の入居者の保護に存在し、この規定によって契約当事者双方の信頼と法的安定が確保されることになるといふことである。^{*17}

III. 現行ドイツホーム法における規制の状況

—2001年、2002年改正による私法的規制の変化を中心に

ドイツホーム法は以上のような変遷を経て今日に至っている訳であるが、^{*19}後掲の条文試訳を一瞥すればわかるように、ホーム法は、公法的規制（監督法、罰則規定）と私法的規制双方を含むものであり、また、社会法典と規制対象が重なる部分については、基本的には社会法典を優先する形でホーム法の中に調整規定が置かれている。ここでは、本稿の目的から、ホーム法における私法的規制にかかわる部分を、2001年（第三次改正）、2002年における改正点を中心に紹介する。

1. ホーム法の適用領域

ホーム法は、公法的規制、私法的規制ともに、同法1条によってその適用範囲が画されることになる。ホーム法の適用範囲は、第三次改正によ

って、一方では、ホーム概念に短期入所ホームと入所ホスピスが加えられるという方向で拡大され^{*20}（ホーム法1条3項）、他方で、ホーム的な世話を提供する施設のみがホーム法の適用対象となることを明らかにするべく、ホームといわゆる世話付住宅とを区別することが試みられた（同法1条2項）。以下、この点について敷衍しよう。ホーム法の制定当時、同法はその適用範囲を老人ホーム、老人居住ホーム、介護ホーム並びに老人、要介護又は障害のある成人を短期的にはなく受け入れる同種の施設と定義していたが、先にも言及したように、第一次改正によって個別名称列挙方式を廃止した。この時点まで、ホーム法は継続的給付を行う施設のみを適用対象としていたが、第二次改正によって短期入所介護ホームが適用対象とされ、第三次改正によってさらに短期入所ホームや入所ホスピスもホーム概念に含まれることとなった。その結果、一時的か継続的かは、もはやホーム概念のメルクマールではなくと言え（但し、三ヶ月を超えないという短期入居の性格にそぐわないホーム法上の規定は同法1条3項により適用除外とされる）。他方、高齢化社会に伴い老人のためのサービスを付加的に提供する賃貸住宅等（世話付住宅）が増加かつ多様化し、世話や食事の提供を約束する世話付住宅について、裁判所がホーム法の適用を肯定する判断を示したところ、^{*25}契約当事者の意図を軽視しているのではないかといった批判が判決に対して展開された。そこで、“ホーム的な世話”を提供しない世話付住宅とホームとの区別を明らかにすべく同法1条の改正が行われたのである。現行ホーム法1条2項によると、その3文から借主が食事及びその他の世話給付を受領することに義務づけられる場合には、ホーム法の適用が肯定されることがわかるものの、^{*26}その他の場合の判断基準は、法律の文言だけでは明確とはいえない。^{*28}むしろ、立法理由の中に、区別のより具体的な指標に関する説明をみることができ。すなわち、賃貸物件の貸主が単に一般的世話サービス（緊急連絡サービス、家事サービス・介護サービスの仲介等）^{*29}を提供するにすぎない真正の世話付

住宅にはホーム法の適用はなく（ホーム法1条2項2文参照^{*30}）、ホーム的な世話とは、入居者に対し、日常生活のあらゆる局面で、健康状態等の変化に忠じて、世話や介護を提供するというものであり、法文中の「受け入れ（aufnehmen）」という言葉も、いわば有機体としてのホームの中に入居者が一定の強固さをもって組み込まれる場合を想起させるという説明が与えられていたり、ホーム法適用の指標として、月々の賃料総額の20%をサービス費用が超えること（低所得者に対する助成があるため賃貸住宅の賃料が低額であるような場合には、単純な比較は行われない^{*33}）、集会所やセラピールームが存在すること、共同生活を可能とするような社会的世話や日常生活の計画提供がなされていることが挙げられている。しかし、この立法理由において示された基準に対しては、家族・老人・女性・青年委員会によって、小規模借家や賃料水準の低い借家の場合等には、サービスの対価が月々の賃料総額の20%を超えても、なおサービスが従属的なものにはすぎない場合があることや集会所及び社会的世話の提供だけでは基準として不十分であることが指摘されている。また、学説においても、20%基準に対し疑問が示され、具体的金額を示す可能性を指摘する見解や20%基準によると伝統的にホーム法が適用されると考えられてきた老人居住ホームも適用範囲外となるという指摘があり、集会所の存在、余暇計画の提案を区別の基準とすることに對しても批判が加えられている。さらに学説の中には、世話付住宅の入居者にもホーム入居者と同等の保護が必要であるとして、今回の改正に懸念を示す見解もみられる。いずれにしても、ホームと世話付住宅との区別基準の明確化は、ホーム法改正後もなお裁判や監督実務における将来的な課題とならざるを得ないと評価されている^{*40}。

なお、入居者が任意に集まり自律的に生活している居住共同体（Wohn-gemeinschaft, Wohngruppen）は、ホーム法の名宛人である経営者の責任下で運営されている施設とは言えず、経営者による世話保証も存在しな

いことから、従来より、ホーム法の適用範囲外と解されている（経営者が、ホーム法の適用回避等を目的として居住共同体であることを主張するケースにおいて、ホームと居住共同体との区別が問題となることはある^{*42}）。

2. 情報提供義務、指示義務、書面記載事項

第三次改正においては、ホーム経営者の組織的・専門的優位性を考慮し、これまで以上に契約の透明性を確保する趣旨の改正が行われた。まず、ホーム法に規定されている情報提供義務等の内容について確認しよう。従来から存在した契約内容に関する情報提供義務（契約締結前に書面にて行うべきものとされている^{*44}）については、給付内容等に加えて、後に生じ得る給付内容や対価の変更可塑性についても、入居前に予め契約書において指摘することが第三次改正によって経営者に義務づけられた（ホーム法5条2項）。また、契約書の記載事項についても、入居希望者が十分に比較検討できるよう従来より詳細化され、経営者は契約書において提供される給付のカタログを示し、住居、食事、世話という給付ブロック毎に対価との対応関係を説明し（従来は総額表示で足りた）、クリーニングサービスや余暇行事といったそれ以外の給付についても、別個に説明し対価の構成要素を記述すべきこととなった（同法5条3項^{*46}）。さらに、経営者はホーム法5条8項によって、入居者の不在期間に對する節約費償還の有無や範囲についても契約に明示すべきものとされた。この節約費償還に関する規定は、償還の有無について経営者に裁量があることを前提に、入居者が契約前にこの情報を提案してホームを選択できるように設けられたものである^{*47}。その他、給付が法定費用負担者の負担によって行われる場合にはその旨を（同法5条9項）、また入居者の助言を受ける権利及び苦情申立権に関する情報を（同法5条10項）、書面にて指示することに経営者は義務づけられている。以上のホーム法に規定された情報提供・書面記載義務

ホーム法制定当時から、給付と対価の不均衡回避がホーム法の目的として掲げられていた。というのも、ドイツでは、ホームの倒産等により入居者が高額のお金を失うといった諸事件が発生し、当初より過大利益の許取 (Übervorteilung) から入居者を保護すべきという問題意識が高かったからである。そして、立法当時、対価と給付が不均衡である場合、ホーム監督庁により営業許可が拒絶され (制定当時のホーム法6条3項5号a)、賦課金が課せられる (制定当時のホーム法11条、12条) 等の定めはあったが、不均衡と認められた契約の効力を定める規定は存在しなかった。解釈論として、制定当時のホーム法2条1項2号はBGB134条にいう法律上の禁止を定めるものであり、BGB140条に基づく転換が行われるか、BGB139条による一部無効とならない限り、対価と給付が不均衡である契約は無効となるという説明は存在した。このように、ホームの目的として置かれていた規定が、第一次改正ホーム法によりホーム契約に閃する規定として位置づけられ (第一次改正ホーム法4条3項)、不均衡が存在する場合には、同法4d条によって無効となることが明らかとされた。^{*55}

第三次改正法による改正後、それ以前のホーム法における「対価と給付に不均衡があってはならない (Das Entgelt darf nicht in einem Mißverhältnis zu den Leistungen des Trägers stehen)」(第二次改正ホーム法4条3項) という規定が、5条7項に移動され、内容的にも「対価並びに部分対価が給付との関係において相応なものであること (Das Entgelt sowie die Entgeltbestandteile müssen im Verhältnis zu den Leistungen angemessen sein)」が要求されるに至った。給付と対価が全体として均衡状態にあるのみならず、構成要素たる各給付 (宿泊、食事、世話) とその対価も相応であることが要求されることになったのである。改正による審査基準の厳格化は、^{*56} 経営者には価格形成に關し十分な裁量があるのに対し、入居者は通常価格形成に影響を及ぼすことができなから正当

については、社会法典第11編第12編との調整規定が置かれている点に注意が必要である。すなわち、介護保険給付や社会扶助の受給者とホームとの契約においては、給付の種類、内容、範囲、対価が社会法典の規定に合致することが要求され、異なる場合には、入居者にも経営者にも契約適合請求権が与えられることになっている (同法5条5項6項)。また、介護保険受給者たる入居者は、自らホーム契約書を集めその比較を行うまでもなく、社会法典第11編7条3項によって介護金庫が提示する介護施設の給付・対価比較リストを利用することができ、受給者たる入居者の選択を支援する仕組みが整えられている。^{*49}

以上のような情報提供義務に關して注意すべきことは、その違反がホーム監督庁の助言・命令の対象となり (ホーム法16条、17条)、また、かかる情報提供を不要とするような合意が無効となることは明らかである (同法9条) が、必要な情報提供や書面記載事項等が欠けていた場合に、それが契約の有効性や損害賠償請求権の発生に結びつか否かについては、ホーム法上規定がないということである。この点、注釈書等において次のような説明を確認することができる。まず、ホーム法5条10項にいう指示義務違反はホーム契約の有効性には影響を与えない。また、ホーム法5条2項3項にかかわる書面要件や記載義務に違反した場合には、入居者及び入居希望者は書面交付や記載を要求し得る。そして、ホーム法5条2項にいう情報提供義務に違反している場合、これはBGB125条の方式欠如を意味するものではなく、この点から契約無効は導かれなものの、情報提供義務は契約締結前の行為義務の具体化とみなされ、場合によっては入居者の錯誤無効 (BGB119条) や契約締結上の過失理論による契約解消等が検討されるべきことになると言われている。^{*50}

3. 給付と対価の相応性 (均衡) 確保

化されると説明されている。^{*57}

それでは、第三次改正によって各給付と各対価の相応性も要求されることとなった結果、審査基準が厳格化されたということはわかりやすいが、「不均衡であってはならない (...darf nicht in einem Mißverhältnis... stehen) から「相応でなければならぬ (...müssen ... angemessen sein)」への文言改正は対価規制の基準についてのどのような意味をもつであろうか。立法当時から第三次改正までの不均衡審査基準について確認してみよう。制定当時、許可要件でもあった不均衡判断の基準に関して、異様な不均衡 (auffälliges Mißverhältnis) に焦点が当てられるべきであり、経営に関わる計算全てが詳細に審査される訳ではない旨が立法理由において述べられていた。^{*58} この制定当時のホーム法における給付と対価の不均衡判断に関しては、1985年に Thieme が、その論文において、ホーム経営者と社会扶助事業者との間で合意される介護報酬基準は判断の基準とならず、効率的経営をすすめるほどコストは低くなることから実費も基準とすべきではないことを指摘し、不均衡判断にとつてまず基準とされるべきは、基本法の想定する経済体系 (契約自由や営業自由) に合致する価格としての市場価格であり、同種のホーム間の価格比較が有効であるなどの見解を示した。^{*61} その後行われた第一次改正の理由書においては、不均衡は他のホームにおける同等の給付に対する対価をかなり (erheblich) 上回る場合に認められるが、BGB 138 条 2 項で要求されている異様な不均衡や窮状、経費不足、意志薄弱といった主観的事情は問われず、客観的不均衡の存在をもって判断されると説明されるに至った。^{*62} 制定当時の立法理由では異様な不均衡に焦点が当てられていたのに対し、そこまで厳格な要件は課せられないことが確認されたことになろう。また、第一次改正ホーム法 4 条 3 項に対する注釈においては、Thieme の主張と同様、不均衡判断にあたって実費を基礎とすることは妥当ではなく、同種の給付に対する平均的な市場価格を比較の対象とすべきこと (同じ条件下で価格形成を行う施

設同士が比較の対象とされ、介護報酬基準に拘束される施設と自由に価格形成を行う施設間での比較は行われない) が説明されている。^{*63} そして、第三次改正ホーム法によって用いられることになった「Angemessenheit」概念については、一方の劣位につけ込むといった主観的要件も異常な不均衡も問題としない概念であるという指摘がみられるものの、^{*64} 具体的審査基準については、注釈書等においてほぼ従前の説明が踏襲されていることから^{*65}、BGB 138 条 2 項の無効基準とは異なることを、文言をもって強調したということにならうか。かかるホーム法における対価規制とその基準は、BGB 138 条 1 項を客観的不均衡をもって無効を導く場合に用いることがあるドイツの判例の展開や BGB 138 条の改正案等からすれば、BGB によって無効が導かれる場合とそれほど大きな隔りがある訳ではないのかもしれない。しかし、個別事例の状況を捨象している点 (老人自身が契約したか代理人が契約したかなどは一切問われない) と要求される不均衡の程度は BGB に依拠する場合よりもある程度は緩和されていると思われる点から、やはり BGB より一步踏み込んだ対価規制として評価することができよう。もつとも、対価規制については、介護保険・社会扶助受給者が入居者である場合、結局、対価は介護金庫・社会扶助事業者と事業者間の報酬協定によって決定されることから、その実務的意義は乏しいことが指摘されている。^{*67}

その他、第三次改正法によってホーム法 5 条 7 項 2 文 4 文に、社会扶助や介護保険給付を受ける入居者と全額自己負担入居者とを区別し同じ給付について異なる対価を要求することを原則として禁止する旨の規定が置かれた (同法 5 条 7 項 3 文 5 文はその例外を定める)。この規定は、従来裁判で争われていた問題を立法によって解決したものである。そうすると結局、同一ホームに介護保険の受給者等と自己費用負担者が同居している場合、差別禁止の観点から、介護金庫等と経営者との間の報酬協定額が、自己費用負担者に対しても妥当することにならう。

4. 事情の変化への対応～適合義務、値上げ規制

(1) 適合義務

継続的契約であるホーム契約においては、入居者の状況の変化にいかなる対応がなされるかは、重要な関心事となる。第一次改正ホーム法において、4a条にホーム経営者の適合義務が規定され、これが現行ホーム法6条に引き継がれている（入居者の変化に対し、経営者は適合した給付を提供し、必要な契約の変更を申し出ることに義務づけられている）。第三次改正法によってそれほど大きな修正は加わっていないが、経営者の適合義務は、入居者の健康状態の変化というよりも世話の必要性の変化に焦点をあてるものとなり（同法6条1項1文）、また、適合要求権は、入居者にも経営者にも認められるものとされた（同法6条1項2文）。

この規定に関しては、一方で、行為基礎喪失の効果論を模範とする規定であるという理解があり、他方で、このような理解に対しては、ホーム法の秩序・保護機能を顧みないものであるという批判が存在し、適合義務をホームへの受け入れによって発生する経営者の特別の保護義務（Obhutspflicht）と性格づける見解も存在する。導入時の立法理由は、適合義務の規定によって老人が必要以上に介護施設に留められることを避けることができると述べた^{*72}。しかし、そのような状態改善の事例は稀であり、通常は世話の必要性は高まること指摘されている。そして、ホーム経営者の適合義務は無制限な訳ではなく、経営者に要求可能な範囲に限定され、結局、経営者の施設が混合施設でない限り、適合した給付の自身による提供は無理な場合が多いとも言われている（他の施設への移転が必要な場合に、その間、経営者にどこまでそのことを要求できるのかについても検討されるべきことが指摘されている^{*75}）。契約内容の変更が必要な場合、変更には入居者の同意が必要となるが、適合した給付自体は即座に提供される必要があり（同法6条1項3文によって適合した給付に対応する対面

を経営者が一方的意思表示によって要求できる旨の合意は可能とされている）、適合が客観的に不能な場合や入居者の同意が得られない場合には、最終的には、ホーム法8条3項2文2文2号等^{*77}による経営者の重大事由に基づく解約告知が認められることになる。

(2) 値上げの規制

第一次改正ホーム法4c条において増額に関する規定が導入され、値上げは、計算の基礎が変化し、かつ増額後の対価が相応（angemessen）な場合に許されるとされた。かかる規定によって、経営者による恣意的な追加請求を回避できるというのが立法理由である^{*78}。そして、第一次改正ホーム法4c条2文2文によれば、その当時から、他の増額要件が満たされている限りで、経営者の一方的意思表示による増額を可能とする合意は許されていた。

第三次改正において値上げ規制はホーム法7条1項にその場所を移し、経営者の増額要求には、計算の基礎の変化（経営者の対価計算の基礎とされていた各項目費用等が今後継続的に変化したり追加されるなどする場合であり、支出の増加や標準生計費指数の上昇を指摘するだけでは不十分とされる^{*79}）と増額後の対価の相応性の他に、増額自体についても相応であることが要件とされた。また、入居者の利益とならない投資や不要な設備投資による増額を回避するため、投資費用を理由とする増額は、それが経営上必要であると認められる場合にのみ許される旨の規定が置かれた（同法7条1項2文^{*81}）。その他、値上げには原則としてホーム法7条2項により入居者の同意が必要となるが、その他の要件を満たしている限りで、経営者の一方的意思表示に替える合意をしておくことは、従来と同様、許されている（同法7条2項）。この点については、値上げに関し、賃借人レベルの保護も与えられていないという批判はある^{*82}。従来の4c条3項は現行ホーム法7条3項に引き継がれ、入居者の同意を要する場合でも経営者の

一方的意思表示による場合でも、これまでよりも詳細化された形で値上げ理由の開示が必要とされ、理由開示義務に違反がある場合には値上げの意思表示が無効となることが明らかとされた。さらに、値上げについて資料を閲覧して検討する入居者と施設顧問委員会の権利が承認されるに至っている。⁸³

ところで、従来から、介護保険受給者については、値上げに関するホーム法の規定は適用されず、社会法典第11編の規律によることになってきたところ（受給者たる入居者の保護はホーム法ではなく、彼らの利益代弁者たる介護金庫等により確保されるという考え方に基づく）、第三次改正ホーム法では、その7条4項5項に、介護保険受給者に加え社会扶助受給者も含めて、調整規定が設けられるに至った。介護保険等受給者の支払う報酬やその値上げに際しては、追加的要件として、増額された報酬が介護保険規定等に合致することが要求されている（同法7条4項1文5項1文；7条4項2文により7条2項1文の同意要件は不要となる）。受給者たる入居者の値上げへの関与という点については、ホーム諮問委員会の代表や指定ホーム代理人に対し、ホーム経営者は、介護金庫や社会扶助事業体との交渉に入る前に意見を聞き、資料を示し、値上げの必要性や相応性についての説明を行うこと（同法7条4項3文）、諮問委員会等が示した意見を費用負担者である交渉の相手方に示すこと（同法7条4項4文5文）に義務づけられている。このような仕組みに対しては、一方では、ホーム諮問委員会が交渉段階に関与し影響を及ぼし得ることの意義は少なくないという評価があるものの、むしろ、このような規定の実質的意義は乏しく、入居者の関与なくして値上げが決定されるであろうという見方や多くのホーム諮問委員会にとって関与は荷が重いという評価が示されている。さらに、第三次改正において示されたこの仕組みについては幾つかの矛盾点が指摘されている。まず、社会法典11編による報酬協定は受給（被保険）者への直接効果をもつものであり、ホーム法7条4項が予定する

入居者の関与は必要ではなく、7条3項の理由開示要件も、せいぜい経営者と費用負担者との間で交渉を開始する前に、資料を示して入居者に値上げ実施前の解約告知の機会を与える程度の意味があるに過ぎないと言われている。また、同一施設に介護保険の受給者等と費用自己負担者が居住し、値上げについて費用自己負担者の同意拒絶が認められるような場合、差別取扱禁止の観点から、介護金庫等とホーム経営者で予定した値上げが妨げられる可能性があることが指摘され、この点については、むしろホーム法7条2項1文を目的論的に解釈し、費用自己負担者の同意拒絶は他の入居者に影響を与えないと解すべきといった議論がされている。（もっとも、多くの場合、同意要件は契約書をもって経営者の一方的意思表示に替えられているのが通常であろう）。

5. 解約規制

ホーム契約における解約規制も第一次改正ホーム法においてその4b条に導入され、第三次改正においては、従来と比べて入居者保護の方向での改正が行われている。

ホーム契約は一時入居等が意図されていない限り、期限の定めのないものとなるが（ホーム法8条1項）、入居者からの解約告知権としてはまず、通常の解約告知権が存在する。この解約告知は、従来、翌月末に向けて第三平日までに行うものとされていたが、第三次改正によって、当月末に向けて遅くとも第三平日までに書面で解約告知すればよいこととなった（同法8条2項1文）。立法理由によると、4週間あれば新たな入居者を探すといった対応が可能であり、この短縮は経営者に要求可能なものであるということである。また、従来から、1文に定める告知期間の経過を入居者に要求できないような場合（他の入居者との対立⁸⁴といった入居者側の事情にも経営者側の契約違反行為等も考えられる）に、入居者には重大事由によ

る解約告知権が帰属することになっている（同法8条2項3文）。重大事由について、経営者の帰責性が要件とならないことは、継続的債務関係一般における重大事由による解約告知と同様であり、重大事由の立証責任は解約者が負うこととなる。^{*93}第三次改正では、入居者からの重大事由による解約告知であっても、経営者に帰責性がある場合には、経営者に施設斡旋義務や転居費用負担義務が課せられている（同法8条2項4文）。なお、第三次改正においては、値上げに向けての入居者の特別解約告知権も設けられるに至っている（同法8条2項2文）。

経営者からの解約告知権としては、書面に理由を明示しての重大事由による解約告知権だけが認められており（同法8条3項4項5項。但し、3項2文2～4号以外の解約は、同法8条6項により重大事由に加えて告知期間を保持することも必要とされている）、ホーム法8条3項2文1号～4号に重大事由が典型的に存在する場合が列挙されている（これに限定される訳ではない）。すなわち、営業停止や経営縮小等があり、かつ経営継続が経営者にとって過酷となる場合（1号）、入居者の健康状態にホームが対応できなくなった場合（2号）、経営者に契約継続を要求できない程に重大な入居者の責めに帰すべき契約違反が生じた場合（3号）、二期連続の対価不払いがあった場合等（4号）である。但し、4号解約は、前払いを受けている場合は排除される（同法8条4項）。経営者が1号及び2号解約（経営者側の事情による解約）を行う場合には、施設斡旋義務や転居費用負担義務を負うことになり、この義務の違反は告知の効力には影響しないもの、契約上の一般的な保護義務違反として、積極的契約侵害（BGB 280条以下）を理由とする請求権や損害賠償義務が発生し得るといふ。^{*95}なお、ホーム法8条5項にいう書面要件や理由明示要件が欠けた場合には、BGB 125条により解約告知は無効となる。^{*96}

さらに、入居者死亡の場合については、社会法典第11編との整合性を保つため、第三次改正によって、二週間を超えない限度で居室と投下費用

に関する対価存続を合意することは可能であるものの、契約自体は例外なく終了するものとされた。限定された範囲での対価存続（節約費等は差し引かれる）は、居室の原状回復に一定の時間がかかることから正当化されるといふ。^{*97}

なお、短期入居の場合、両当事者には重大事由による解約告知権のみが帰属し、ホーム法8条3項2文2号3号及び8項1文のみが適用可能となる（同法8条9項）。短期入居に該当しない期限付契約の場合には、ホーム法の適用があるかないかがまず検討され、ホーム法適用回避のために期限付契約を繰り返すことはホーム法9条からも許されないが、体験入居契約には本条の規制は及ばない。^{*98}

6. 自然的行為無能力（意思無能力）とホーム契約

2002年の上級地方裁判所代理改正法に盛り込まれていたBGB 105 a条の導入に対応して、ホーム法5条12項は、BGB 105条1項によると自然的行為無能力者が締結した契約は無効であるところ、ホーム契約に関しては、すでに行われた給付と反対給付について、それが対価的に相応である限りで、有効性を維持するとした。実際行われた契約を清算することは、生み出されたものを保護するという法経済思考とも矛盾することになるところ、この規定によって双方の信頼が考慮され法的安定性が保たれるといふことである。^{*101}ホーム法5条12項によって有効とされるのは既履行部分だけであるので、自然的行為無能力者の世話人が将来にむけて新たにホーム契約を締結することになるが、無能力者保護の制度が能力者に利用されるべきではないという観点から、この場合の経営者からの解約は重大事由がある場合に限定される旨の規定も置かれた（ホーム法8条10項）。^{*102}ホーム法や社会法典に盛り込まれたこの種の規定は、精神障害者等の取引参加における地位の改善を目的とするBGB 105 a条とは異なり、親族や社会

サービスによる「事実上の世話」を容易にする意味があると言われている。^{*104}

7. 小括～ドイツにおけるホーム契約規制の特徴

以上みてきたドイツのホーム法は、私法的規制と公法的規制とを含む点において、法律のあり方としては我が国の業法等と類似していると言える。この種の法律は、監督・罰則規定等との関係で、適用範囲を明確化する必要があるが、まさにドイツでは、類似施設（世話付住宅）の登場により、適用範囲の明確化という問題を解決する必要に直面している（第三次改正により世話付住宅との区別基準を設定するという問題の解決が試みられたが、先に述べたように不明確さを残すものとなっている）。また、ホーム法の規制の切り口はそのタイトル通り「ホーム契約」であり、介護保険制度導入後も、ホーム法を維持しつつ、社会法典との調整規定を置く形がとられている。在宅介護サービス契約の私法的規制については、社会法典第11編120条にクーリング・オフ的な規定があるなど若干のルールがみられるだけであることに比べると、ドイツにおいては、その歴史的背景や要保護性の高ざから、まずは「ホーム契約」の入居者に対して手厚い保護を与えるという立場をとっていると言えよう（在宅介護サービス契約の規制の充実はもちろん問題となり得る）。具体的な私法的規制としては、ルールへの明確化が望ましく民法による対応では限界のある解約規制や値上規制が、実体的要件・手続的要件を組み合わせる形で置かれている。そして、契約規制の内容的には、まず、BGB 138条2項の要件を緩和する形でホーム法では対価規制の規定が置かれている点が注目された。介護保険導入後は、対価は介護金庫と経営者との間で決められる報酬協定に拠ることが多いことから、対価の相応性が裁判等で問題となることは少ないと考えられるが、ホーム法5条7項のような対価規制が当初よりホーム法に置

かれていたこと自体興味深い。ホーム契約に関する情報提供義務や適合義務等については、一般的な契約締結過程での情報提供義務論や保護義務論等との関係が詰められるべき状況にあると言えよう。その他、成年後見制度が普及しているドイツにおいてでさえ、事実上の世話を行わざるを得ない状態が存在し、それに対する手当がホーム法（5条12項、8条10項）においてなされたことは注目に値する。

IV. 日本の現状との比較

1. 日本の現状

(1) 老人ホームの種類と関連法規

我が国における老人ホームとしては、まず、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（A型；B型；ケアハウス）^{*105}が存在する。これらは社会福祉法にいう第一種社会福祉事業として位置づけられ、設置許可主義の下、公的助成や監督を受けるものであり、経営主体も地方自治体や社会福祉法人に限定されている（社会福祉法2条1項3号、60条参照。但し、ケアハウスについては知事等の許可を受けた法人にも設置主体が拡大されている）。また、介護保険制度との関係では、特別養護老人ホームが都道府県知事の指定を受けた場合、指定介護老人福祉施設として介護保険制度にいう施設サービスを提供することになるが（介護保険法86条）、軽費老人ホームのうちケアハウスが指定基準を満たし指定を受けた場合には、介護保険制度の居宅サービス（特定施設入所者生活介護：介護保険法7条16項）を入居者である要介護者に提供できることになる（養護老人ホーム、軽費老人ホームA・Bによる介護保険上の介護サービスの提供は予定されていないが、^{*106}養護老人ホームについては要介護者が多く入所している実態を踏まえ特別養護老人ホームへの転換や

ら該当しない場合とが混在する状態にあるようである。¹⁰⁹その他、高齢者の居住の安定確保に関する法律が適用される高齢者向け優良賃貸住宅が存在し、緊急連絡サービス等を必要に応じて利用できることが多いものの、食事の提供その他生活に必要なサービス全般の受領が入居者に義務づけられている訳ではなく、一般に老人ホームとして言及される種類のものではない（もっぱら高齢者が居住し、¹¹⁰法律によって借地借家法や民法のルールが変更されている点は注目される）。

(2) 特別私法の不存在と運営基準・指針による指導

先に言及してきた我が国の老人ホームのうち、有料老人ホーム及び軽費老人ホームは、従来から入居者と事業者との契約がベースとなって利用関係が形成されていたが、その他の措置施設であった老人ホームについても、社会福祉基礎構造改革によって、その利用手続きが措置（行政機関がサービスの内容、内容、提供機関等を決定し、行政処分の一貫として利用者にサービスを提供する仕組み）から契約（利用者とサービス提供機関との間の契約に基づきサービスが提供される仕組み）へと転換された（養護老人ホーム及び特別養護老人ホームにおける例外ケースとして措置制度は残っている）。したがって、我が国でいう老人ホームは、現在では殆どの場合、契約によって利用関係が開始されることになるが、施設と入居者との契約に関しては、行政規制や行政指導が行われているもの、特別な私法ルールは存在しない状況にある。すなわち、例えば、社会福祉法には社会福祉施設の設備やサービス提供方法等に関し最低基準を定めること（同法 65 条）や福祉サービス利用契約成立時に書面を交付すべきこと（同法 77 条）などが法定され、指定介護老人福祉施設に対する「指定介護老人福祉施設の人員、設備および運営に関する基準」では、重要事項説明書の交付義務、適切なサービス提供や配慮をすべき努力義務、保険外サービスについての説明同意義務等が定められている。また、有料老人ホームに

¹⁰⁷併設が進められているようである）。このような老人福祉施設としての老人ホームに加え、老人福祉法 29 条にいう要件を満たす有料老人ホーム（¹⁰⁸當時 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）も我が国における老人ホームとして一般に言及されるものである。この有料老人ホームについては、事前届出制が採用され、民間営利法人も設立可能な施設である。介護保険制度との関係では、ケアハウスと同様、指定基準を満たし指定を受けた場合に、介護保険制度にいう居宅サービス（介護保険法 7 条 16 項）を、入居者である要介護者に提供できる。

我が国における老人ホームとしては、以上の老人福祉施設としての老人ホーム及び有料老人ホームに言及されることが一般的であるが、もっぱら高齢者を対象とし、高齢者が生活を送る施設はこれらのもに限定される訳ではない。高齢者が居住し食事や一定の介護サービス等を受けるが、予定入居者が 10 人未満であったり、居室について所有権分譲方式が採用されていたり、サービス提供者と施設所有者が別主体であるため、老人福祉法 29 条にいう有料老人ホームには該当しないと解釈される施設が存在する。¹⁰⁸例えば、グループホームという名称の施設は、ドイツでいう Wohngemeinschaft とは異なり、老人達の自主的集合体というよりは事業者により設置運営される施設であり、一般には、介護保険の痴呆対応型生活介護事業（入居者数 5 人以上 9 人未満等の指定条件を満たす場合）として居宅介護サービスを提供する施設（介護保険法 7 条 15 項、老人福祉法 5 条の 2 5 項）であることが多いと思われる。しかし、グループホームという名称を用いているも、10 人以上の入居者を予定する利用権又は賃借権型施設であり、かつ施設所有者が介護等の提供を行う場合であれば、老人福祉法にいう有料老人ホームとして性格づけられることになろう。また、ケアマンション等の名称を使用する施設についても、施設種別としては老人福祉法の有料老人ホームに該当する場合と分譲方式であるなどの理由か

対しては行政指導の基準である「有料老人ホーム設置運営指導指針」が、情報開示、適切なサービス提供・配慮・助言に努めること、適切な利用料・一時金を設定すること、料金改定及び一時金返還ルールを明示することなどを要求している。しかし、このような社会福祉法上の規定や基準・指針等は、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。同じく、「モデル契約書・重要事項説明書」^{*113}、「標準管理規程」^{*114}等も、これらを用いることが強制される訳ではなく、モデルにおいて示されている内容が直ちに契約規制の基準となる訳でもない。

2. 比較と今後の課題

(1) 規制の手法

さて、先にも目及したように、現在我が国においては、ホーム契約に対しても、社会福祉サービス利用契約^{*115}に対しても、特別私法ルールは存在しない状況にある。ホーム契約に関する研究が盛んに行われた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^{*116}、また、2000年以降は、社会福祉サービス契約について、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。ホーム契約あるいは社会福祉サービス契約について、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が、特別私法ルールの立法を論じる際には、規制の手法が問題となる。

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呼ぼう）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。ホーム契約あるいは社会福祉サービス利用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^{*117}。他方で、後者の立法方式では、直接適用が無難な場合でも、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。

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12編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。我が国におけるこの領域に関する立法論は、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、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込んだ規制の必要性をい

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ふ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ドイツのあり方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などの問題は残る）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。

(2) 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、老人ホーム契約あるいは社会福祉サービス利用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、規制の手法、切り口という検討課題があることを前提としつつ、次に、老人ホーム契約を中心に、ドイツのホーム法と対比させながら、現行民法や消費者契約法による対応と限界について、いくつかの点を確認しておくことにしよう。

(i) 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。¹¹⁸ 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、要介護者にかかる契約を締結するために十分な能力（意思能力）¹¹⁹ がなない場合には、自身で契約を締結することはできず、代理人選任という法律行為も通常は難しく、成年後見制度の利用が必要となる。しかし、日本では、成年後見制度の利用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¹²⁰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。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」¹²¹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面について、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¹²²ことになる。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、やはり問題があることになる。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ビス¹²⁴の利用を一切許さないという頑なな態度は実態にそぐわない¹²³という指摘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、ドイツのホーム法や社会法典にみられるように、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いのではあるまいか（このシステムに関して、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ことも考えられる）。かかる見解に対しては、成年後見制度利用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、成年後見制度利用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、一つの参考となろう。

(ii) 情報提供義務とその違反の効果

我が国においても、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業者に提供させ、入居者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。もともと、特別私法ルールの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責任を導くような情報提供義務である。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条や同法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約款中の条項が契約内

容とならないことなどが論じられ¹²⁶（ドイツのホーム契約に関する情報提供義務も契約締結上の過失論等を介して私法的効果を帰結するにとどまっていた）、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。問題は、さらに進んで、この領域で、私法的効果（全部取消、一部取消、損害賠償など）と結びつく形で情報提供義務（さらに進んで助言義務¹²⁸）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伺えるように¹²⁹、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を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、損害賠償責任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。

(iii) 対価規制

対価に関しては、契約締結の際に給付毎の明確な説明がなされるべきこと、とりわけ入居一時金については、その性質が問題となることや費用の前払部分と保険的部分（入居者の相互扶助的性格を有する部分）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、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いの回避の必要性が説かれている。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、その部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部分の費用は徴収しないなどの対応がなされるべきことは勿論であるが、さらに、明確化や二重払否定を超えた対価規制がなされるべきか否かが問題となる。ドイツのホーム法では、その5条7項に、個別事情を捨象し、客観的不均衡をも

って無効を導き得る規定が置かれている点が注目された。我が国では、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が(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)、いわゆる現代的暴利行為論によれば、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。但し、裁判実務において、対価の問題についてどれほど民法90条が活用されるかは明らかではなく、居住・介護という生活必需給付を目的とし、一方契約当事者がとりわけ交渉力、判断能力の点において平均的消費者よりも劣る老人であることの多いホーム契約等について、ホーム法5条7項の如き規定を置くことは、説明のつかない価格の上乗せを抑制する効果もあることから、一考に値するのではなからうか。なお、介護保険制度等と直結する費用部分については、私法ルールとして対価規制を置く意味はあまりないが、介護保険施設等でも、保険対象外のサービス部分には、むしろ市場原理が殆ど働かないことには注意を要する。なお、価格に関連することとして、ホームから出て病院に長期入院するなどの場合に、節約費償還義務を明文化することも考えられてよい(一切償還しない旨の契約条件は現行法においても消費者契約法10条で無効とされる可能性があるが、償還が許される額の基準等については明文化が望ましい)。

(iv) 値上げ

値上げに関しては、まず、合理的理由を示さずに一方的に値上げできるような権限を事業者に与える契約条件は、消費者契約法10条により無効となる。そして、これまでも論じられてきたように、事情の変化によって値上げが必要となる場合があることは否定できないものの、ホーム契約の場合、事業者は長期的視野の下で費用を設定しているはずなので、値上げは容易には認められなれないという姿勢が出発点となる。また、ドイツにおいて、第三次改正によってホーム法7条1項2文に明文化されたように、入居者が利益を享受せず又は必要としない施設の新設・建替等に関連して

費用を増額することは許されないことは、明文化が望ましい事項である。そして、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、手続的要件(手続き違背の値上げは無効という効果を伴う)を置くことが望ましい(但し、介護保険等対象給付の費用部分についてはドイツのように別に仕組みを考える必要がある)。なお、入居の老人自身には値上げの妥当性を判断することが困難であることが多いことから、ドイツのホーム諮問委員会や指定代理人の閲覧・検討制度を参考とした仕組みが工夫される必要がある。

(v) 解約

ホーム契約の解消に関しては、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。ホーム契約における相互扶助的発想との兼ね合い等から後にみる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たい)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ろう(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、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原則とされてよく、現行法においても、解約自由を不当に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となる。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おける事業者の解約については、信賴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¹⁴⁵やさらに進んで将来の生活への具体的な方法を講じること（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いった提案があった。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賴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。¹⁴⁷

(3)小括～今後の課題

以上の検討から、我が国におけるホーム契約あるいは社会福祉サービス利用契約に対する特別私法ルール¹⁴⁸の導入に関しては、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。

意思能力を欠く場合の問題については、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とすれば、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利用契約という切り口が適切かもしれない）を考える必要がある。その他、ホーム契約に対しては、解約規制（クーリング・オフを含む）や値上規制を実体的要件・手続的要件を備える形で明文化することが望ましく、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条による規制は可能であるが、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望ましい。そして、ドイツのホーム法にみられるような対価規制も、ホーム契約のような特徴（一般消費者契約よりも典型的に要保護性が高い）をもつ領域では考慮に値しよう（介護保険施設等の場合にも、保険外サービス部分についてかかる規定はなお意義を持つ）。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、情報不提供や入居者利益不配慮等が、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。

以上、本稿では、「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」について、問題の一部を取り上げ、幾つかの検討課題を抽出したに過ぎないが、個別の問題のさらに深い検討は、今後の課題として他日を期したい。

*本稿は、厚生労働科学研究補助金（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（2002～2004）」主任研究者・岩村正彦教授の助成による研究成果の一部である。

*1 本稿では、経営者と入居者との間で主張され得る私法上の権利・義務又は契約の内容規制に関するルールを扱い、監督法、罰則規定、罰則と結びつく義務等に関しては私法的規制の検討に限定する限度で取り扱うに留める。

*2 老人ホーム問題を扱った著作として、丸山英氣「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), 高野範城『介護保険法と老人ホーム』(御風社, 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), 『特集・有料老人ホームの法律問題』ジュリスト(以下, シュリ)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), 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), 丸山英氣『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)等の論文がある。

*3 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), 同『ドイツのホーム法と施設介護の確保—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), 下森編・前出注*2・9~22頁[本沢巳代子], 藤井俊二『西ドイツにおける有料老人ホーム利用契約』ジュリ949号37頁(1990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)。

*4 2001年ホーム法改正を紹介し, ドイツのホーム法制や社会福祉法制について検討する先行業績として原田大樹『福祉契約の行政法学的分析』法政研究69巻4号109頁(2003年)が存在する。

*5 ホーム法制定の経緯と制定当時のホーム法を紹介するものとして, 藤井・前出注*3, 本沢・前出注*3[西ドイツ老人ホーム法の実証的研究]参照。

*6 Dahlem/Giese/Igl/Klie, Das Heimgesetz, 1997-2003 (加除資料), Teil A Allgemeines Einleitung Rn.27.

*7 BT-D, 7/180, S. 7; Dahlem/Giese/Igl/Klie, supra note 6, Teil A Rn. 27; Kunz/Butz/Wiedemann, Heimgesetz Kommentar, Einführung, 9. Aufl., 2003.

*8 Dahlem/Giese/Igl/Klie, supra note 6, Teil A Rn.27; Kunz/Ruf/Wiedemann, Heimgesetz Kommentar, 1976, S. 2.

*9 BT-D, 7/180, S. 7.

*10 青少年, 家族及び健康に関する委員会報告(BT-D, 7/2068)。

*11 第一次改正の経緯と内容を紹介するものとして, 濱田・前出注*3, 下森編・前出注*2・9~22頁[本沢巳代子]。第一次改正後のホーム法の訳として, 藤井俊二訳『ドイツの新ホーム法』山梨学院大学社会科学研究所9号81頁(1992年)がある。

*12 BT-D, 11/5120, S. 8.

*13 BT-D, 10/4020, S. 1.

*14 ドイツの介護保険については, 本沢巳代子『公的介護保険 ドイツの先例に学ぶ』(日本評論社, 1996年)参照。

*15 BT-D, 13/2347, S. 1.

*16 BT-D, 14/5399, S. 16 f.; BT-D, 14/6366; Ellen Sunder/Rudolf Konrad, Die wesentlichen Neuregelungen durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes zum 1. Januar 2002, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge(NDA)82(2002), 52; Ronald Richter, Das neue Heimgesetz, 2002, Rn. 4; Dahlem/Giese/Igl/Klie, supra note 6, Teil A Einleitung Rn. 37-46.

*17 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, S. 172.

*18 BT-D, 14/9266, S. 53.

*19 連邦社会扶助法が社会法典第12編となることによる改正も加わり2005年から施行されているが, 内容的修正はない。

*20 第二次改正ホーム法1a条では短期入所介護ホームのみに必要な規定が準用される形がとられていた。

*21 ここでいう「施設(Einrichtungen)」とは建物自体を指すのではなく, 長期の目的のために経営者の責任の下に置かれた物的材や人的材の統合体を指す。本沢・前出注*3[西ドイツホーム法の実証的研究]88頁注(16)参照。

*22 各概念については, 本沢・前出注*3[西ドイツホーム法の実証的研究]87頁以下参照。

*23 本稿II. 2. 参照。

*24 Thomas Schüller, Betreutes Wohnen und Heimgesetz, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM) 2000, 530; Gunter Crößmann, Verbaucherschutz im Heim Gibt die Novelle des Heimgesetzes mehr Möglichkeiten? Welche Rolle spielt die Heimaufsicht?, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) 49 (2001) 90, 91 f.; Giese, Dahlem/Giese/Igl/Klie, supra note 6, Teil B §1 Rn.1.

*25 VG Dusseldorf, Urt., v. 2. 12. 1997, OVG Münster, Besch. v. 28. 1. 1999, Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WuM) 1999, 412.

*26 BT-D, 14/5399, S. 18; Schüller, supra note 24, NZM 2000, 530 ff.; Uwe Hannig, "Betreutes Wohnen" unter staatlicher Kuratel? Zeitschrift für Mietrecht 2000, 1114 ff.

*27 BT-D, 14/5399, S. 17.

*28 Frank Brünner, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes aus Sicht

- der Freien Wohlfahrtspflege, RsDE 49 (2001) 66, 68; Giese, supra note 6, Teil B § 1 Rn. 16 d; Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 1 Rn. 16; Kraher, Kraher/Richter, LPK-Heimgesetz, 2003, § 1 Rn. 15.
- * 29 かかる一般的な世話給付契約は賃貸借契約の存続に関わらず解約告知でき、拘束期間が設定されている場合には一般的な約款規制に服することになると言われている (Kraher, supra note 28 [LPK], § 1 Rn. 15)。実務では、賃貸借契約と世話給付契約は不可分であり、賃貸借契約を存続させたまま世話給付契約を解約することを認めない世話付住宅が多かったが、LG Lüneburg Urt. v. 18. 7. 2001は、賃貸借契約を維持しての世話給付契約の解約を可能とし、長期の拘束は AGBG 11 条 12 a 号により無効となることを示した (Crößmann, supra note 24, RsDE 49, 93)。
- * 30 BT-D., 14/5399, S. 19.
- * 31 BT-D., 14/5399, S. 18.
- * 32 BT-D., 14/5399, S. 18.
- * 33 BT-D., 14/5399, S. 19.
- * 34 BT-D., 14/5399, S. 19.
- * 35 BT-D., 14/6366, S. 28.
- * 36 Richter, supra note 16, Rn. 66.
- * 37 Kraher, supra note 28 [LPK], § 1 Rn. 15.
- * 38 Dieter Giese, Der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetz—Schwerpunkte und kritische Anmerkungen—, RsDE 48 (2001) 54-57; Brünner, supra note 28, RsDE 49, 68; Richter, supra note 16, Rn. 68; Kraher, supra note 28 [LPK], § 1 Rn. 16.
- * 39 Giese, supra note 38, RsDE 48, 57; Giese, supra note 6, Teil B § 1 Rn. 16 d. 但し, Gieseの見解に疑問を示す見解として, Kraher, supra note 28 [LPK], § 1 Rn. 15.
- * 40 Crößmann, supra note 24, RsDE 49, 95; Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 1 Rn. 16.
- * 41 BT-D., 14/5399, S. 18; Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 1 Rn. 4; Kraher, supra note 28, § 1 Rn. 11.
- * 42 OVG Lüneburg, Urt. v. 25. 2. 1985, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1987, 3206; 判決の中で, 居住共同体は共同生活のあらゆる問題を居住者が自律的に決定していく集団であることが前提となると説明されている。
- * 43 BT-D., 14/5399, S. 16.
- * 44 入居者心得や利用規程の交付では不十分であるとされる (Igl, supra note 6, Teil B § 5 Rn. 9)。
- * 45 BT-D., 14/5399, S. 16, 21; この改正では不十分であり, 例えは, 値上げの際に経営者が用いる分担金基準 (Umlagemaßstabe) の明示等も検討されるべきことが指摘されている (Igl, supra note 6, Teil B § 5 Rn. 15)。
- * 46 BT-D., 14/5399, S. 22.
- * 47 BT-D., 14/5399, S. 22.; 経営者に裁量があるといっても, 入居者不在 3 日までには節約費償還を行わない旨の契約条件を無効とした判決 (BGH, NJW 2001, 2971) や 2 日までの不償還条件を有効とした判決 (OLG, NW-RR 1998, 780) 等があり, 今後, 費用不償還条件が入居者に不当に不利な場合には BGB 307 条等により無効とされる可能性はある (もともと, 介護保険受給者でもある入居者の場合には, 事業者団体と介護金庫連合の枠協定がこの問題を規律することから私法規制は問題とならないと思われる)。
- * 48 殆どの場合, 情報提供に関しては, 社会法典第 11 編 75 条において介護金庫連合と事業者団体が締結される枠契約 (Rahmenvertrag) のコピーが手渡されればよいことになる (Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 13)。また, 介護金庫は宿泊と食事という費用を統合的に査定しこれらの対価部分は区別できないので, 要介護入居者に対しては, ドイツホーム法 5 条 5 項により, 経営者は, 枠契約の内容を示していれば, 宿泊及び食事の対価を別個に示さなくとも, ホーム法違反とはならないと言われている (Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 14)。
- * 49 Richter, supra note 16, Rn. 109-111. Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 9.
- * 50 Igl, supra note 6, Teil B § 5 Rn. 10.
- * 51 Igl, supra note 6, Teil B § 5 Rn. 33.
- * 52 Igl, supra note 6, Teil B § 5 Rn. 33.
- * 53 Kunz/Ruf/Wiedemann, supra note 8, S. 4.
- * 54 Kunz/Ruf/Wiedemann, supra note 8, S. 32.
- * 55 Igl, supra note 6, 21. Lfg. Juli 1998 § 4 Rn. 12. 2.
- * 56 BT-D., 14/5399, S. 22.
- * 57 BT-D., 14/5399, S. 22.
- * 58 BT-D., 7/180, S. 10.
- * 59 Werner Thieme, Die Angemessenheit von Entgelten in Einrichtungen der Altenhilfe, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NZfV) 1985, 73.
- * 60 Thieme, supra note 59, NZfV 1985, 74.
- * 61 Thieme, supra note 59, NZfV 1985, 75.
- * 62 BT-D., 11/5120, S. 12.
- * 63 Kunz/Ruf/Wiedemann, Heimgesetz Kommentar 5 Aufl. 1990, § 4 Rn. 9-10; Igl, supra note 6, 21. Lfg. Juli 1998 § 4 Rn. 12. 3.
- * 64 Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 18.
- * 65 Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 18-19; Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 5 Rn. 31.
- * 66 大村敦志「公序良俗と契約正義」213 頁以下 (有斐閣, 1995 年) [初出, 1987 年] 参照。
- * 67 Volker Neumann/Renate Bieritz-Harder, Die leistungsgerechte Pflegever-