

- gütung, 2002, S. 11-12.
- * 68 OVG Lüneburg, Urt. v. 5. 10. 1987, NJW 1988, 1341. BGHZ 119, 93 等基本的には差別取扱を是認する判決であった(原田・前出注*4・801頁注(97)参照)。
- * 69 Igl, supra note 6, Teil B § 6 Rn. 3.
- * 70 Richter, supra note 28 [LPK], § 6 Rn. 5.
- * 71 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 6 Rn. 1.
- * 72 BR-D, 11/5120, S. 12.
- * 73 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 6 Rn. 1.
- * 74 Richter, supra note 28 [LPK], § 6 Rn. 5.
- * 75 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 6 Rn. 2.
- * 76 Igl, supra note 6, Teil B § 6 Rn. 5.
- * 77 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7 § 6 Rn. 1, 3, 5; Igl, supra note 6, Teil B § 6 Rn. 5.
- * 78 BT-D, 11/5120, S. 14.
- * 79 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7 § 7 Rn. 4; Richter, supra note 28 [LPK], § 7 Rn. 7-8.
- * 80 BT-D, 14/5399, S. 23.
- * 81 BT-D, 14/5399, S. 23.
- * 82 Susanne Holdt, Verbesserung der Rechtsstellung von Heimbewohnerinnen und Heimbewohnern durch das neue Heimgesetz, NDA 82, 331.
- * 83 BT-D, 14/5399, S. 23-24.
- * 84 Brünner, supra note 28, RsDE 49, 72.
- * 85 Brünner, supra note 28, RsDE 49, 72.
- * 86 Richter, supra note 16, Rn. 142.
- * 87 Giese, supra note 38, RsDE 48, 59.
- * 88 Crößmann, supra note 24, RsDE 49, 98.
- * 89 Brünner, supra note 28, RsDE 49, 74-75; Richter によると, この場合の手続きは, 計算の基礎の変化の確認→ホーム諮問委員会からの意見聴取→介護金庫や社会扶助事業体への報酬交渉要求→理由を開示して入居者に値上げ予定を通知→交渉の履行→入居者への交渉結果の通知, という流れになるといふ。(Richter, supra note 28 [LPK], § 7 Rn. 21)。
- * 90 Neumann/Bieritz-Harder, supra note 67, S. 42-44.
- * 91 BT-D, 14/5399, S. 24.
- * 92 Igl, supra note 6, Teil B § 8 Rn. 7; Richter, supra note 28 [LPK], § 8 Rn. 8.
- * 93 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 8 Rn. 6; Richter, supra note 28 [LPK], § 8 Rn. 8.
- * 94 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 8 Rn. 9.
- * 95 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 8 Rn. 21.
- * 96 Richter, supra note 28 [LPK], § 8 Rn. 10.

- * 97 Kunz/Butz/Wiedemann, supra note 7, § 8 Rn. 24.
- * 98 Richter, supra note 28 [LPK], § 8 Rn. 5.
- * 99 BGB 105 a 条 成人の意思無能力者が, 日常生活に関する少額取引を行った場合, 彼によって締結された契約は, 給付と反対給付が行われるとすぐに, 給付と, 合意された通りである限りで, 反対給付に関しては有効とみなされる。
- * 100 BGB 105 条 1 項 意思無能力者の意思表示は無効である。2 項 意識不明又は一時的精神障害の状況における意思表示もまた無効である。
- * 101 BT-D, 14/9266, S. 53.
- * 102 Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 29.
- * 103 BT-D, 14/9266, S. 53.
- * 104 Volker Lipp, Die neue Geschäftsfähigkeit Erwachsener, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2003, 721, 729; Richter/Schuldzinski, supra note 28 [LPK], § 5 Rn. 29.
- * 105 岸本和博 [厚生省新福祉対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)。
- * 106 社会保険研究所 [平成 14 年度 1 月版介護保険制度の解説] 135 頁, 高野・前出注*2・36 頁。施設基準との関係で, 軽費老人ホーム A, B については介護保険施設の指定が行われていないことについては, 岩村教授からも助言を受けた。
- * 107 岸本・前出注*105・36 頁。
- * 108 行政解釈によると, 所有権分譲型の施設は老人福祉法 29 条にいう「入所させ」に該当せず, また, 施設所有者と介護事業者が異なる場合も同法にいう有料老人ホームには該当しないが, かかる施設も類似施設として「設置運営指導指針」に基づく行政指導の対象にはなるといふ(岸本・前出注*105・34 頁, 45-46 頁)。
- * 109 ケア付住宅の問題を扱うものとして, 松脇達朗「ケア付高齢者住宅の利用関係」西村宏一編「現代借地・借家の法律実務」3] 163 頁(ぎょうせい, 1994 年), 山本直生「ケア付きマンションの法的諸問題—当事者の権利義務に関する序論的考察—」大学院研究年報(中央大学) 31 号 95 頁参照。なお, ケア付マンションについて契約の個数と解除が問題となった事例として, 東京高判平成 10 年 7 月 29 日判時 1676 号 55 頁がある(評釈として, 玉田弘毅「高齢者向けケア付分譲マンションの法律関係に関する一考察」清和法学研究 6 巻 2 号 29 頁(1999 年), 中野妙子「高齢者用ケア付きマンション売買契約の解除—中銀マンション事件」ジュリ 1182 号 101 頁(2000 年))。
- * 110 この高齢者用賃貸住宅への入居を希望する 60 歳以上の高齢者は借地借家法 30 条にかかわらず賃借人死亡時を終了時とする終身建物賃貸借契約を締結することができ(高齢者の居住の安定確保に関する法律 56 条), 認可事業者(賃貸人)による解約申入はかなり限定され(同法 62 条), 賃借人側もやむを得ない事由がある場合と親族と同居する場合等以外は, 6 ヶ月の解約告知期間が必要とされている(同法 63 条)。賃借人側の解約について設定されている 6 ヶ月の告知期間は長すぎるようにも思われる。

- *111 従来の状況について山口・前出注*2・59頁～60頁、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。
- *112 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256頁(1999年), 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)参照。
- *113 全国社会福祉施設経営者協議会(以下, 全社福祉)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」(全国社会福祉協議会, 2000年), 岸本・前出注*105・193頁以下。
- *114 さしあたり, 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。
- *115 執行・前出注*2・257頁, 濱田・前出注*2・23頁等。
- *116 岩村・前出注*112・261頁, 道垣内弘人「福祉サービス契約の構造と問題点」月刊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」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*2・61頁, 河野三増田=倉田「社会福祉法入門」68頁[倉田聡](有斐閣, 2004年)等。
- *117 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定の適用対象が厳格に画される傾向にあることは, 山本豊教授により指摘されたことがある(「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。
- *118 大曾根・前出注*111・149頁以下, 全社福祉編・前出注*113・5～6頁[山本豊], 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*116・671頁, 高野・前出注*2・63頁以下, 小西・前出注*112・19号105頁等。
- *119 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(熊谷士郎「意思無能力法理の再検討」(有信堂, 2003年))。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))。
- *120 笠井・前出注*116・671頁。
- *121 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。
- *122 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)。
- *123 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(全社福祉編・前出注*113・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いる(全社福祉編・前出注*113・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アーにおいて, 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。
- *124 全社福祉編・前出注*113・6頁[山本豊], 「シンポジウム」社会保障法19号152頁。
- *125 岩村・前出注*112・259頁。
- *126 下森編・前出注*2・177頁～178頁[河上正二], 岩村・前出注*112・258～259頁。
- *127 全社福祉編・前出注*113・4頁[鈴木史郎]。
- *128 勸告義務に関しては, 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), 後藤巻則「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。
- *129 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ジュール」民商123巻4=5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。
- *130 丸山=前田・前出注*2・107頁～109頁[丸山英気], 内田・前出注*2・149, 158頁, 執行・前出注*2・246頁～249頁, 下森編・前出注*2・103頁[花立文子], 166頁[河上正二]。
- *131 岸本・前出注*105・55頁, 全社福祉編・前出注*113・7頁[鈴木史郎]。
- *132 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)」法学教室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。

*13 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(商事法律研究会, 2001年), 潮見佳男編【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)。

*14 伝統的暴行論が要求する他人の窮迫・軽率・無経験等に乘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*66, 山本敬三・前出*132・502頁以下参照)。

*15 岩村・前出注*112・260頁。

*16 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。

*17 指定介護老人福祉施設の運営基準19条は, 入院最初の連続した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(全社協編・前出注*113・10頁【鈴木史郎】)。契約法からみた場合には, 民法536条2項但書や損害軽減義務等の観点から, 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。

*18 澤野順彦「利用の対価」ジュリ949号32頁(1990年), 下森編・前出注*103~104頁【花立文子】等。

*19 河上正二「有料老人ホーム事業の破綻と経営者の責任」社会保険法判例百選第3版(別ジュリ153)229頁参照。

*140 下森編・前出注*2・158頁【野村豊弘】。

*141 下森編・前出注*2・111頁【花立文子】は費用に関しチェックする第三者機関の存在が望ましいという。

*142 山口・前出注*2・66頁, 丸山=前田・前出注*2・162頁~163頁【丸山英気】, 執行・前出注*2・250頁以下, 下森編・前出注*2・178頁【河上正二】。

*143 契約の不意打ち性よりも, 給付の内容に関する根拠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られる(拙稿「クローリング・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))。

*144 田中・前出注*2・66頁, 丸山=前田・前出注*2・207頁【丸山英気】, 下森編・前出注*2・139頁【新井誠】, 下森編・前出注*2・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*116・678頁。

*145 丸山=前田・前出注*2・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。

*146 下森編・前出注*2・130頁, 180頁~181頁【河上正二】。

*147 内田・前出注*2・155頁, 執行・前出注*2・234頁。

【資料一条文試訳】

ドイツホーム法 (Heimgesetz)

1条 適用範囲

1項 この法律はホームに適用される。この法律にいうホームとは老人又は要介護状態にある若しくは障害のある成人を成人を受け入れ, その居宅を提供し並びに世話及び食事を用意し若しくは確保することを目的とするものであり, かつその存続が入居者の変動及び数に左右されない有償で営まれる施設のことをいう。

2項 居室の貸主が, 第三者との契約に基づき又はその他の方法によって, 借主に世話及び食事を提供することを保証したという事実だけでは, この法律の適用は理由づけられない。このことは, 借主が契約によって, 緊急呼び出しサービス又は特定の提供者の役務給付若しくは介護給付の仲介といった一般的な世話サービス給付を受領することに義務づけられかつこれに対する対面が貸借との関係において従属的意義を有するにすぎない場合も同じである。この法律は, 借主が契約によって特定の提供者の食事及びそれ以外の世話給付を受領することに義務づけられている場合には適用される。

3項 成人の短期入居に利用される1項の意味でのホームまたはホームの一部(ショートステイホーム), 並びに通所ホスピスには, 6条, 7条, 10条及び14条2項3号4号, 3項, 4項, 7項は適用されない。1文に基づくとホームが通常最低6人を受け入れている場合には, 10条がホーム代理人が選任されるべき基準とともに適用される。

4項 この法律でいう短期とは3ヶ月までの期間をいう。

5項 この法律はデイケア及びナイトケアの施設に対しても10条及び14条2項3号4号, 3項, 4項, 7項を除いて適用される。施設が通常最低6人を受け入れている場合には, 10条がホーム代理人が選任されるべき基準とともに適用される。

6項 この法律は病院融資法2条1号にいう病院には適用されない。リハビリテーション施設についてはこの法律は1項の前提要件を満たす部分に対して

適用される。この法律は職業教育や職業促進を行う寮には適用がない。

2条 法の目的

1項 この法律の目的は以下の通りである、

- 1号 ホーム入居者の尊厳並びに利益及び要望を侵害から保護すること、
- 2号 入居者の自律性、自己決定及び自己責任を擁護しかつ促進すること、
- 3号 入居者に対して経営者が負っている義務の遵守を確保すること、
- 4号 入居者の参与を確保すること、
- 5号、居住及び世話に関して一般的に承認されている専門知識の水準に合致する質を確保すること、
- 6号 ホーム案件に関する助言を促進し並びに
- 7号 この法律実施に関する所轄官庁と経営者及び経営者連盟、介護金庫、疾病保険のメディアイカルサービス並びに社会扶助事業体との協力を促進すること。

2項 目的設定やその使命の実行における経営者の自律性は影響をうけない。

3条 ホームの給付、法規命令

- 1項 ホームは、その給付をその時に承認されている専門知識の水準に基づいて提供する義務を負う。
- 2項 2条の実行のために連邦家族高齢者女性青少年省は、連邦経済テクノロジ一省、交通建設住宅省、連邦健康省及び連邦労働社会秩序省と協力して連邦参議院の承認を受けた法規命令によって一般的に承認されている専門知識の水準に合致する規則（最低基準）を公布することができる
- 1号 居室、とりわけ住居用居室、一時滞在用居室、セラピー室及び管轄関係設備室並びに通路、衛生設備及び技術的施設に関して、
- 2号 ホームの管理者及び従業員の適性に関して、

4条 助言

所轄官庁は以下のことについて情報提供及び助言を行う

1号 入居者並びにホーム諮問委員会及びホーム指定代理人に対してその権利及び義務に関し、

2号 正当な利益を有する人に対し、1条にいうホーム及びそのようなホームの経営者並びに入居者の権利及び義務に関し、そして

3号 1条にいうホームの運営を希望し又はその種のホームを経営している者の申出に基づきホームの計画や経営に関して、

5条 ホーム契約

1項 経営者と入居予定者との間で契約は締結される。ホーム契約の内容は入居者に対し契約書を添付して書面で確認されなければならない。

2項 経営者は入居予定者に対してホーム契約締結前に書面によって契約内容に関し情報を提供しかつ彼らに対して事後の給付の変更及び対価の変更可能性を指摘しなければならない。

3項 ホーム契約においては経営者及び入居者の権利義務、とりわけ経営者の給付及び入居者によって支払われる対価の総額が、規定されていないなければならない。ホーム契約はホームの一般的な給付に関する記述、とりわけその設備に関する記述を、含むものでなければならない。ホーム契約においては経営者の給付、とりわけ宿泊、食事、世話の種類、内容、範囲が、宿泊、食事、世話に割り当てられる対価も含めて説明されなければならない。その他それ以外の給付についても個別に記述がなされかつ各々についての対価構成が個別に説明されなければならない。

4項 入居者が一時的にのみ入居する場合にも、経営者の給付義務は滞在中に必要なあらゆる世話に関する処置を含むものとなる。

5項 社会法典第11編41条、42条及び32条に基づく給付を請求する者（介護保険の給付受領者）との契約においては、3項において言及された給付並びに各々の対価の種類、内容及び範囲は社会法典第11編の第7章及び8章中の又は第7章及び8章に基づき適用される規定（介護保険規則）に一致し並びに別個に算出され得る投下費用（社会法典第11編82条3項及び4項）が個別に示されなければならない。給付又は対価の種類、内容若しくは範囲が介護保険の規

定に一致しない場合には、介護保険の受給者も経営者も契約を適合させる請求権を有する。

6項 社会法典第12編に基づき施設内で援助を与えられる人との契約においては、3項において言及された給付並びに各々の対価の種類、内容及び範囲は社会法典第12編第10章に基づいて行われる協定に一致しなければならぬ。5項2文が準用される。

7項 対価並びに部分対価は給付との関係において相応でなければならぬ。これらは、すべてのホーム入居者にとって統一的原則に基づいて査定されなければならない。区別は、経営に必要な投下費用の公的助成がホームの一部に対してのみ発生している場合には許される。費用負担者による区別は許されない。4文にもかかわらず、対価の区別は、投資額又は別に計算された投下費用に関して連邦社会扶助法第7章に基づき報酬協定に該当する場合には許される。

8項 ホーム契約において入居者不在の期間について節約された費用の償還が行われるか否か、いかなる範囲で償還されるかについて規定を、予定しなければならない。

9項 給付が直接法定給付者の負担においてもたらされる場合には、入居者に遅滞なく費用負担分に関する書面通知においてこのことが指摘されなければならない。

10項 経営者は入居予定者に対しホーム契約の締結に際して書面にて経営者、所轄官庁又は20条5項に基づき研究チームにおいて助言を受け並びにホーム契約において予定された給付の提供における瑕疵について苦情を述べる権利を示さなければならない。同時に経営者は対応するアドレッシングを通知しなければならない。

11項 経営者が合意された給付を完全に若しくは一部提供せず又は重大な瑕疵を指摘しなかった場合、入居者はそれ以外の私法上の請求権にかかわらず6ヶ月まで遡って合意されたホーム対価の相応な減額を請求できる。これは、社会法典第11編115条3項に基づいて同じ事実関係を理由に減額が合意されるか又は確定された場合には、適用されない。社会法典第12編に基づいて施設におけるその援助を与えられる者においては、もたらされる給付額までの減額は優

先的に社会福祉事業体に帰属する。介護保険の被保険者にはホームの対価に関する自己負担額までの減額は帰属する；超過額は介護金庫に支払われる。

12項 入居者がホーム入居の時点において無能力であった場合には、入居者によって締結されたホーム契約はすでに生じた給付と反対給付に鑑みて、それらが適切な均衡関係にある限りで、有効とみなされる。

6条 適合義務

1項 経営者はその給付を、彼にそれが可能である限りで、高まった又は低下した入居者の世話の必要性に適合させかつこのために必要なホーム契約の変更を提示しなければならない。経営者も入居者もホーム契約の必要な変更を要求することができる。ホーム契約においては以下のことを合意する事が可能である、経営者が対価を適合理化された給付に対応するように相応な範囲において一方的意思表示によって値下げすることに義務づけられるものとし並びに値上げしてもよいことにすること。

2項 経営者は給付の種類、内容及び範囲の変化並びに場合によっては報酬の変化を証明しなければならない。5条3項3文及び4文が準用される。

3項 1項及び2項には、5条5項から7項まで及び7条4項1文及び5項1文が準用される。

7条 料金の値上げ

1項 経営者は、これまでの計算の基礎が変化しかつ値上げも値上げされた料金も相応なものである場合には、料金の値上げを要求できる。ホームの投下費用に基づき料金の値上げは、それがホームの種類によれば経営上必要でありかつ公的助成によっては補われない場合のみ、許される。

2項 料金の値上げには入居者の同意も必要である。ホーム契約において、1項の要件が存在する場合に経営者が料金を一方的な意思表示によって値上げすることができ旨を合意することは可能である。

3項 料金の値上げは、それが経営者によって入居者に対し、値上げの効力が発生する時点の遅くとも4週間前までに書面によって通知され、かつ理由付

けが分担金基準の提示の下ホーム契約の給付の記載及び料金の構成要素に基づき契約締結後費用の増加が発生した状況を詳細に説明している場合にのみ、有効である。理由付けは予定された変更を示しかつこれまでの料金の構成要素も予定された新たな料金の構成要素も含むものでなければならぬ。5条3項及び5項、9項が準用される。入居者並びにホーム諮問委員には経営者の説明を計算資料の閲覧を通じて検討する機会が与えられなければならない。

4項 介護保険の給付受領者の場合にはさらに料金の値上げは、値上げされた料金が介護保険の規定に合致する場合のみ有効である。2項1文は適用されない。経営者は、介護金庫との給付及び質協定並びに報酬協定に関する交渉に入る前にホーム諮問委員会の代表又はホーム指定代理人から意見を聞きかつ彼らにあとづけ可能な資料を提示して計画されている値上げの必要性と相当性をと説明しなければならない。その上経営者はホーム諮問委員会の代理人又はホーム指定代表者に書面によって意見を表明する機会を与えなければならない。この意見表明は、経営者が交渉開始前に費用負担者としての契約当事者に提示する資料に含まれなければならない。ホーム諮問委員会の代表又はホーム指定代理人は給付及び質協定並びに報酬協定に関する交渉のために経営者の要請に基づき召集されるべき立場にある。彼らは、交渉の内容を介して、交渉の枠内で経営者の秘密を知った場合には、秘密保持の義務を負う。3項が適用される。

5項 社会法典第12編に基づき施設内で扶助を受ける者に関しては、料金の値上げは、値上げされた料金が社会法典第12編第10章に基づく協定に合致する場合にのみ、有効である。ホーム諮問委員会の代表又はホーム指定代理人は、経営者の要請に基づき給付、報酬、審査協定に関する交渉へ召集されるべき立場にある。その他の点では4項が準用される。

6項 料金の値上げを目的とするホーム契約の解約告知は排除される。

8条 契約の継続期間

1項 個別の事例において入居者の期限付き入居が意図されておらず又は1条3項に基づく短期入居が合意されていない場合には、ホーム契約は期間の定めなく締結されたものとする。

2項 入居者はホーム契約を遅くとも当月の経過に向けて翌月の第三平日までに書面によって解約告知することができる。料金の値上げにおいては1文にかかわらず随時に値上げが有効となる時点に向けて解約告知が可能である。入居者にホーム契約の継続を告知期間の経過まで継続することを要求できない場合には、解約告知期間を置くことなしに重大事由を理由にホーム契約は解約告知され得る。3文の事例において経営者が告知事由に帰責性があるときには、経営者は入居者に対して要求可能な条件で適切な他の宿泊場所や世話を斡旋しなければならずかつ適切な範囲で移転費用を負担しなければならない。3文の事例において入居者は適切な他の宿泊及び世話を、彼らがいまだ解約告知していない場合にも、要求できる。社会法典第11編115条4項は影響を受けない。

3項 経営者はホーム契約を重大事由を理由としてのみ解約告知することができる。重大事由とは以下の場合に存在する、

1号 ホーム経営の停止、本質的縮小又は経営方法の変更があった場合かつホーム契約の継続が経営者にとって要求できない程に過酷となる場合、
2号 入居者の健康状態が当該ホームではもはや適切な世話をすることができない程に変化した場合、
3号 入居者がその責めに帰すべき重大な契約上の義務違反をし、その結果経営者に契約の継続を要求できない場合、又は
4号 入居者が、

a) 料金の支払いを又は1ヶ月分の料金を超える形で料金の一部の支払いを二期連続して遅滞した場合、若しくは、
b) 二期以上の期間において対価の支払い遅滞が2ヶ月分に達している場合。

4項 3項4号の事例において、経営者が前払いを受けている場合には解約告知権は排除される。弁済期にある料金について明渡請求訴訟の係属後2ヶ月を経過するまでに経営者が弁済を受けるか又は公的機関が弁済に義務づけられる場合には、解約告知は効力を生じない。

5項 経営者による解約告知は書面でなされる必要がある；解約告知には理由が示されなければならない。

6項 3項2号から4号までの事例においては経営者は告知期間を置かず解
約告知することができる。3項のその他の事例においては遅くとも翌月の経過に
向けて翌月の第三平日までの解約告知が許される。

7項 経営者が3項1号及び2号に基づいて解約告知をする場合、経営者は
入居者に要求可能な条件で適切な他の宿泊や世話を斡旋しなければならない。3
項1号の事例においては経営者は適切な範囲で移転費用を負担しなければならない
ない。

8項 入居者の死亡によって契約関係は終了する。死亡日から2週間を超え
ない限りで、居室及び投資費用に対する報酬部分に関して契約の継続に関する
合意をすることは許される。前文の場合、経営者が免れた費用の額分だけ料
金は減額される。経営者によるホームに置かれた遺品の取扱並びに保管に関す
るホーム契約の規定は有効なままである。

9項 入居者が短期入居している場合には、両契約当事者はホーム契約を重
大事由を理由にのみ解約告知することができる。2項から8項までは3項2文
号及び3号並びに8項1文を除いて適用されない。解約告知は告知期間を置く
ことなく許される。解約告知は書面によって理由をふして行われる必要がある。

10項 入居者がホーム契約締結の際に無能力であった場合には、ホームの経
営者はホーム契約を重大事由を理由にのみ解約告知することができる。3項2
文、4項、5項、6項、7項、8項及び9項1文から3文までがこの点において準
用される。

9条 異なる合意

5条から8条に関する入居者に不利な合意は無効とする。

10条 入居者の参与

1項 入居者はホーム諮問委員会を通じてホームの経営及び宿泊、世話、滞
在条件、ホーム規則、介護及びレクリエーション活動に関する事項に参与する
ものとする。参与はホームにおける世話の適切な質の確保及び7条4項及び5
項に基づき給付、質、審査協定にかかわる。参与は、14条2項3号の意味にお

ける給付がもたらされる場合には、ホームの管理及び事務執行並びに経済活動
に及ぶものとする。ホーム諮問委員会はその使命と権利を守るために専門知識
があり信頼のおける人物に参与を求めることができる。その人物は守秘義務を
負う。

2項 この法律の実行について権限のある官庁はその選挙及び権限並びにホ
ーム経営に関する事項において入居者の利益を主張するホーム諮問委員会の可
能性に関して入居者及びホーム諮問委員会の構成員の教育を促進しなければな
らない。

3項 ホーム諮問委員会は少なくとも年1回入居者を召集し、信任者を入居
者に引き合わせなければならない。詳細を5項に基づき法規命令において規定
することができる。

4項 ホーム諮問委員会が設立されるまでの間、その使命はホーム指定代理
人によって引き受けられる。ホーム指定代理人の活動は無償でありかつ名譽的
なものである。ホーム指定代理人はホーム管理者と協議の上所轄官庁によって
任命される。入居者又はその法定代理人は所轄官庁にホーム指定代理人の選択
について提案できる。入居者の協力が別の方法によって確保できる場合には、
所轄官庁はホーム指定代理人の任命を見合わせることもできる。

5項 連邦家族高齢者女性青少年省は連邦労働社会秩序省及び健康省と協力
して連邦参議院の同意を得た法規命令によってホーム協議会の選挙及びホーム
指定代理人の任命並びにその協力の種類、範囲及び形式に関する規定を公布す
ることができる。法規命令においては、入居者の親族及びその他の信任者、所
轄官庁によって提案された人物並びに公的な高齢者代表のメンバー、公的な障
害者組織のメンバーが適切な範囲でホーム諮問委員会に選出されることが予定
されるべきである。

11条 ホーム経営に関する要件

1項 ホームは以下の場合にのみ経営が許される、すなわち経営者及びその
給付が

1号 入居者の尊厳並びに利益及び要求を侵害から保護し、

- 2号 入居者の自律性、自己決定及び自己責任を擁護しかつ促進し、とりわけ障害者においては社会教育学的世話及び治療教育学的援助並びに要介護者においては人間的かつ能動的介護を人間の尊厳への配慮の下で保証し、
- 3号 入居者が介護を必要としている限りで、入居者の適切な質の世話を、ホームにおいて自身で又は適切な他の方法で医学や介護に関する知識の一般的に承認された水準に基づく介護並びに医学的かつ保健的世話を確保し、
- 4号 障害者の順応を支援し、
- 5号 入居者にその必要な世話の種類や範囲に応じた適切なライフスタイルを可能としかつ必要となる援助を与え、
- 6号 家事及び適切な質の住居を提供し、
- 7号 介護を必要とする入居者のために介護プランが作成されかつその移行措置が記録されることを保証し、
- 8号 入居者のための障害者支援施設においては支援プラン及び援助プランが立案されかつその移行措置が記録されることを保証し、
- 9号 感染からの入居者の十分な保護を保証しかつ従業員にその職務範囲に関連する衛生要件を保持させ、及び
- 10号 入居者に関する又は法規で指示されている薬が保管されかつ介護に従事する者が最低1年に1回は薬に関する講習を受けられることを保証している場合である。
- 2項 ホームは以下の場合にのみ経営が許される、すなわち経営者が
- 1号 必要な信頼性、とりわけホーム経営に対する経済的給付能力を有し、
- 2号 従業員の数及び彼らによって給付される活動に対する彼らの人的及び専門的適性が十分であることを保証し、
- 3号 相応な対価を要求し、かつ
- 4号 質の管理を行っている場合。
- 3項 ホームは以下の場合にのみ経営が許される、すなわち
- 1号 3条に基づく法規命令に定める規則の遵守が保証され、
- 2号 契約された給付が提供され、かつ
- 3号 14条7項に基づいて発された規則の遵守が保証されること。

4項 ホーム経営の要件が満たされていることについて疑いが生じた場合は、所轄官庁は解明のために必要な措置を講じる権利を有し義務を負う。

12条 届出

1項 ホーム経営を開始しようとする者は、11条1項から3項に基づく要件を満たしていることを、説明しなければならぬ。このために、経営希望者は遅くとも予定された開設から3ヶ月前には所轄官庁にその計画を届け出なければならぬ。届出にはとくに以下の事項を記載しなければならぬ：

- 1号 経営開始の予定時期、
- 2号 経営者及びホームの名称と住所、
- 3号 ホーム及び居室の利用権の種類並びにその立地条件、居室の数及び大きさ及び予定割り当て、
- 4号 スタッフの予定数、
- 5号 ホーム管理者の名前、職業教育並びに経歴及び介護ホームの場合には世話人の介護サービス、名前及び職業教育も、
- 6号 一般的給付内容及びホームのコンセプト、
- 7号 社会法典第11編72条に基づく介護供給契約及び同法80a条に基づく給付、質に関する協定又はそのような介護供給額若しくはそのような給付や質に関する協定が申請されようとしているかどうかの開示、
- 8号 社会法典第12編75条3項に基づく協定又はそのような協定が申請されようとしているかどうかの開示、
- 9号 社会法典第5編39a条に基づく個別協定又はそのような協定が申請されようとしているかどうかの開示、
- 10号 投下費用の融資に関する資料、
- 11号 ホーム契約のモデル及びその他用いられる契約のモデル、
- 12号 経営者の定款又は組合契約、及び
- 13号 ホーム規則、但し、そのようなものが存在する限りにおいて。
- 2項 所轄官庁は目的に適合した職務履行に必要な場合には、それ以外の事項の届出を要求することができる。給付、介護サービス給付又は世話が届出

の時点で確定していない場合には、遅くともホーム開設前に、できるだけ早い時点で、あとからの届出がなされなければならない。

3項 所轄官庁は遅滞なく、1項に従った届出にかかわる修正を指示しなければならない。

4項 ホーム経営の全部若しくは一部を停止する場合又は契約条件を本質的に変更することを意図している者はこのことを遅滞なく所轄官庁に2文にしたがって届出なければならぬ。入居者の確認された宿泊及び世話に関する申し出並びに入居者と計画された契約関係の展開は届出と結びつくものでなければならぬ。

13条 文書記録義務及び保管義務

1項 経営者は決められた通りの簿記及び文書保管の原則に従って経営に関する記録をしなければならない。そこからホームの規則通りの経営が明らかとなるように、質確保に関する措置及びその結果を記録しなければならない。とくに以下のことが明らかとされなければならない：

- 1号 ホームの経済状況及び財政状況、
- 2号 利用権の種類、場所、部屋の数及び大きさ並びに居室の配置、
- 3号 職員の名、生年月日、住所及び学歴、その通常の労働時間、その職員が従事する業務及び雇用関係の継続期間並びに雇用計画、
- 4号 入居者の氏名、生年月日、性別、世話の必要性並びに要介護者の場合には介護等級、
- 5号 在庫の調剤点検を含めた薬の保持、保管並びに投与及び薬の適正な取り扱いに関する職員教育、
- 6号 要介護入居者の介護計画とその経過、
- 7号 その移行措置も含めた障害者援助施設の入居者のための育成・支援計画、
- 8号 質の向上及び質の確保のための措置、
- 9号 入居者の自由を制限したり奪う措置並びに措置の指示に関する責任者の明示、

10号 入居者のために管理される金銭又は価値物、

経営者が複数のホームを経営する場合、各々のホームについて別個に文書記録を行わなければならない。経営者はその経済状況及び融資状況を介護簿記規則において要求されているバランスシート並びに利益損失計算を提出することによって証明してもよい。所轄官庁と異なる役所のために用意された文書記録を1文の要件を充足するために用いることができる。

2項 経営者は1項に基づく文書記録並びにホーム経営に関するその他の書類及び資料を5年間保管しなければならない。その後には消去される。1項に基づく文書記録はそれが個人関係のデータを含まない限りで権限ある者だけが入手できるように保管されなければならない。

3項 連邦家族高齢者女性青年省は、連邦労働社会秩序省及び連邦保健省と協力して、連邦参議院の同意の下、1項及び2項において言及された義務並びに遵守すべき手続きを詳細に法規命令によって定めることができる。

4項 他の規定による又は介護報酬基準協定若しくは社会法典第12編75条3項による合意に基づくその他の義務は影響を受けない。

14条 経営者及び職員に対する給付

1項 ホーム経営者が、入居者若しくは入居希望者から又は入居者若しくは入居希望者の有利となるように5条に基づいて合意された対価を超える金銭給付又は金銭的価値を有する給付をホーム施設に関して約束し、又は提供させることは禁止される。

2項 前項の規定は、以下の場合には適用されない、

- 1号 5条に掲げられた経営者の給付以外の給付に対して支払われる場合、
- 2号 少額の心付けとして約束され又は提供される場合、
- 3号 給付がホームの建築、取得、修繕、設備若しくは経営のためのホーム施設の譲渡に関して約束され又は提供される場合、
- 4号 ホーム契約から発生する義務の履行についての担保が給付されかつこの給付が1ヶ月分の対価の2倍を超える場合。入居者の要求に基づきこのような担保は信用機関の又は公法上の団体の連帯保証をたてることに

よっても給付され得る。

3項 2項3号にいう給付は、それが対価と相殺されなかつた場合には、返還されなければならない。この給付は、対価算定のときに利息又は資本利用の利益が考慮されない場合には、その提供のときから最低年4%の利息が支払われなければならない。対価算定の利息又は資本利用の利益は入居者に対して年間決算書によって証明されなければならない。1文から3文は入居者によって又は入居者のために提供された給付にも適用される。

4項 2項4号に基づき担保として一定の金額が準備されるべき場合、入居者は3ヶ月に等分して分割給付をすることができ、最初の分割給付の履行期は契約開始までとする。経営者はその金額を自己財産と分離してすべての入居者個人のために公的貯蓄銀行又は銀行に3ヶ月の解約告知期間を伴った貯蓄預金として通常利息で預金しなければならない。利息は、より高額の利息が獲得される場合でも、入居者に帰属し、かつその担保を増額させる。これと異なる入居者に不利な合意は無効である。

5項 ホームの管理者、職員又はその他の協力は入居者から又は入居者の有利になるように経営者によって提供される報酬に加えて金銭又は金銭的価値のある給付をホーム契約から発生する義務に關して約束され又は提供されなければならない。但し、少額の心付けについてはこの限りではない。

6項 所轄官庁は、入居者の保護のために禁止の維持が必要ではなくかつ給付がいまだ約束されず与えられていない場合には、1項及び5項の例外を認めることができる。

7項 連邦家族高齢者女性青少年省は連邦経済テクノロジー省、連邦保健省、連邦労働社会秩序省と協力してかつ連邦参議院の同意の下法規命令によって2項3号にいう給付を受領した場合における経営者の義務に関する規定を定めることができる。とりわけ、以下のような義務である。

1号 償還請求の履行のための十分な担保提供義務、

2号 受領した財産価値の分離義務、

3号 契約締結前に契約の判断のために必要な事項、とりわけ償還請求権の担保について記載した文書を給付者に交付する義務。

法規命令においてはさらに2項3号にいう給付の受領及び使用に対する経営者の権限を制限することができる。その上、法規命令においては実効性のあるいて詳細に規定することができる。3項に基づき義務及び1文2文に基づいて定められた規定監督に必要な限り、3項に特別な理由がある場合に自己の費用で審査を遵守していることを定期的に又は特別的理由がある場合に審査を受けることを受け、かつその審査報告を所轄官庁に提出すべきことを義務づけることができる；この場合、審査の詳細、とりわけその原因、時期並びに頻度、審査員の選任、任命及び解任、審査員の権利義務並びに責任、審査報告の内容、審査員に対する経営者の責任及び審査員と経営者との間に意見の違ひがあった場合における処理について規定することができる。

8項 2項4号は介護保険の被保険者及び社会法典第12編75条3項に基づいて施設における援助を受けている者には適用されない。

15条 監督

1項 ホームは、所轄官庁による定期的な又は不定期の検査によって監督を受けるものとする。検査は何時でも通知して又は通知なしに行うことができる。夜間の検査は、監督目的が他の時間では果たされない場合のみ、許される。ホームは、この法律に基づきホーム経営の要件が満たされているか否かについて検査をうける。経営者、管理者及び介護サービス管理者は所轄官庁に対しその要求に応じてこの法律若しくはこの法律に基づいて定められた法規命令の実施のために必要な口頭又は書面による回答を無償で提供しなければならない。13条1項に基づき文書記録を経営者はホームの所在地に検査のために置く必要がある。13条1項1号に基づき文書について、このことは、通知のある検査の場合のみ、妥当する。

2項 ホームの監督を所轄官庁によって委託された者には、以下の権限がある、

1号 ホームの用に供されている不動産及び空間に立ち入りすること；これらが入居者の住居不可侵権の保障の下にある場合には、その同意をもって、

2号 検査及び査察を行うこと、

9 項 情報提供義務者は自己又は民事訴訟法 383 条 1 項 3 号に記載された身内の者を刑事裁判追及又は秩序違反に関する法律に基づく訴訟手続きの危険にさらすこととなる情報提供を拒絶することができる。

16 条 不備がある場合の助言

1 項 ホームに不備が確認された場合、所轄官庁はまず第一に経営者にその不備を除去する可能性について助言すべきである。不備が 12 条に従った届出に基づいて経営の開始前に確認された場合にも同様である。

2 項 1 項に基づき助言に社会法典第 12 編 75 条 3 項に基づき協定をしている社会扶助事業体は関与すべきである。不備の除去が対価又は報酬に影響を与え、場合にも社会扶助事業体は関与すべきである。1 文及び 2 文は、介護金庫又はその他の社会保険事業体にも、社会法典第 11 編 72 条、75 条若しくは 85 条、又は社会法典第 5 編 39 a 条に基づき協定がそれら若しくはそれらの州連合との間で成立している限りで、準用される。

3 項 入居者には確認された不備に基づいてホーム契約の継続を要求できない場合には、所轄官庁は、適切なその他の宿泊及び世話を提供し得る条件で見つけることを支援すべきである。

17 条 命令

1 項 確認された不備が除去されない場合、ホームの経営者に対して発生している侵害の除去又は入居者の福祉に対する差し迫った侵害若しくは危険の防止、入居者に対して経営者が負っている義務遵守の確保又はホームの対価と給付の不均衡を回避するために必要な命令を発することができる。不備が 12 条に従った届出に基づきホーム経営の開始前に確認された場合も同様である。

2 項 命令は可能な限りで連邦社会扶助法 93 条 2 項に基づき協定と一致した内容が形成されるべきである。命令が社会法典第 12 編 75 条 3 項に基づく報酬の値上げを伴う場合には、その規定に基づき協定をしている社会扶助事業体のそれに関する同意を得るべきである。2 文に基づき命令に対してホーム経営者に

3 号 あらゆるホームにおける情報提供義務者の 13 条に基づく文書記録を閲覧すること、

4 号 入居者並びにホーム諮問委員会又は指定ホーム代理人と面接すること、

5 号 その同意の下で要介護状態の入居者を観察すること、

6 号 職員に質問すること。

経営者はこの措置を受け入れなければならない。所轄官庁は検査のためにそれ以外の専門家を自由に召喚できる。召喚された専門家は守秘義務を負う。彼らは入居者に関する個人データについて言及し又は第三者に伝達してはならない。

3 項 治安及び公の秩序に対する差し迫った危険を防止するためには入居者の住居不可侵権の保障の下にある又は情報提供義務者の居住目的に利用されている土地及び空間に、いつでも立ち入ることができる。情報提供義務者及び入居者は 1 文に基づき措置を受け入れなければならない。住居の不可侵に関する基本権 (基本法 13 条 1 項) はその限りにおいて制限される。

4 項 所轄官庁はあらゆるホームに対し原則として最低年に 1 回は検査を行う。所轄官庁は、ホームが疾病金庫のメディアカルサービスによって検査されている場合又は独立の専門家の適切な証明によってホーム経営の要件を満たしているとの認識が存在する場合には、1 文よりも長い間隔をあげて検査を行うことが許される。詳細は州法によって定められることとする。

5 項 1 項から 4 項に基づき措置に対する異議及び取消の訴えは延期的効力を有しない。

6 項 監督は 12 条 1 項に基づき届出によって開始するが、遅くとも予定されたホーム開設から 3 ヶ月を経過した場合には開始する。

7 項 1 項 2 項 4 項及び 6 項に基づき措置は施設が 1 項の意味でのホームか否かを確定するためにも許される。

8 項 経営者は民間社会福祉州連合体、地方自治体首脳連合体、その他彼らの属する経営者の連合体を、通知なしの検査を除いて、適切な方法で検査に関与させることができる。所轄官庁はこれらの団体に對し予告検査の時間を知

加えて社会福祉事業体も異議を唱えかつ取消訴訟を提起することができる。15条5項が準用される。

3項 認可された介護ホームに対する命令が社会法典第11編に基づいて約定され又は設定された対価の値上げを伴う場合には、当該介護支給基準額利害関係人の同意を得るべきである。1文の命令に対しては、介護支給基準額利害関係人にも2項3文及び4文が準用される。

18条 就業禁止、委託を受けたホーム管理者

1項 管理者、職員又はその他の協力者が、その活動に必要な適性を有していないという事実が確認された場合には、経営者は、それらの者を、全部又は一部の機能や活動についてそれ以上従事させることを禁止される。

2項 所轄官庁が1文に基づき就業禁止を発しかつ経営者が新たな適任の管理者を補充していない場合には、所轄官庁は、ホーム経営を維持するため、15条から17条までに基づく権限が十分でなくかつホーム経営差止の前提要件が存在する場合には、経営者の費用で限定された期間についての委託管理者を投入することができる。経営者が所轄官庁の同意を得て、適切な管理者を定めた場合には、委託管理者の活動は終了する；しかし遅くとも1年後には終了する。委託管理者はこれまでの管理者の権利と義務とを引き継ぐ。

19条 差止

1項 11条の命令が履行されずかつ命令では十分ではない場合には、ホームの経営は差止められるものとする。

2項 経営は、経営者が以下のような場合にも、差止められ得る。

- 1号 12条に基づき届出を怠り又は不完全な届出が行われた場合、
- 2号 17条1項に基づき命令が定められた期間内に遵守されなかった場合、
- 3号 18条に基づいて生じた禁止に反する者が従事した場合、
- 4号 14条1項3項若しくは4項又は14条7項に基づいて発された法規命令に違反した場合。

3項 ホーム経営の開始前には、1項又は2項に基づき差止事由に加えて12

条1項1文に基づき届出義務が発生している場合にのみ、差止めが許される。差止事由が除去され得る場合には、一時的経営開始の差止めのみが許される。一時的差止に対する異議及び取消訴訟は延期的効力を有さない。一時的差止は、差止に対する前提要件が欠けていたという旨の書面による所轄官庁の意思表示によって無効となる。

20条 協力、研究チーム

1項 入居者の利益と必要性の保護のため及びホームにおける居住と世話の適切な質の確保のため並びに監督の適切な質の確保のためという使命を遵守することにおいて、この法律施行のための所轄官庁及び介護金庫、その州連合、疾病保険のメデイカルサービス、並びに所轄社会事業者は密接に協力すること義務づけられる。密接な協力の枠内で1文に列挙された関係者は相互に情報を交換し、その検査活動を調整し並びに質確保や不備を除去するための措置に関して協調しなければならない。

2項 彼らはその協力を必要な報告を監督の際に獲得した認識も含めて互いに交換する権利を有しかつ義務を負う。個人データは伝達前に匿名化されなければならぬ。

3項 2項2文にかかわらず、社会法典11編の目的のために必要である限りで、個人データが匿名化されない形で介護保険金庫や疾病保険のメデイカルサービスに伝達されることが許される。伝達されたデータは受領者によって他の目的のために加工され又は利用されてはならない。この期間はデータは遅くとも2年経過後には抹消されなければならない。この期間はデータが蓄積された暦年の経過によって開始する。ホーム入居者は、1文に基づいて伝達されたデータに関して通知を受けることを要求できる。

4項 ホーム法に基づき所轄官庁が認可された介護ホームに対する直接効を有する契約又は協定が現行法に矛盾するという見解である場合、ホーム法所轄官庁はこのことを連邦法又は州法に基づいて権限のある監督官庁に伝達するものとする。

5項 1項の実施のために研究チームが結成される。研究チームの長及び業務

をこの法律の管轄官庁がつとめる；州法に別段の定めがない限りで、1項1文において言及された関係者は共同作業によって彼らに生じたコストを自身で負担するものとする。詳細は州法で規定するものとする。

6項 5項に基づき研究チームは民間社会福祉団体、地方自治体事業者、その他の経営者並びにその連合、入居者団体及び介護職業団体並びに世話官庁と信頼をもって協力するものとする。

7項 所轄官庁の領域において社会法典第12編4条2項にいう研究チームが発足した場合には、この作業チームの枠内で1条において言及されたホームの維持と調達のために必要な計画の問題もまたパートナーシップのある共同作業において助言対象となる。

21条 秩序違反

1項 故意又は過失によって次の行為をした者は、秩序違反となる、

- 1号 12条1項2文に反して届出をしないか、正当に又は適時に行わない、
- 2号 19条1項又は2項に基づいて行われる処分によってホーム経営が差止められているにもかかわらず、ホームを経営する、
- 3号 14条1項に反して金銭若しくは金銭的給付を約定し若しくは提供させ又は14条7項に基づいて発せられた法規命令が一定の要件の下で過料の規定を置いている場合に、この法規命令に違反する、

2項 故意又は過失によって次の行為をした者は、秩序違反となる、

- 1号 3条又は10条5項に基づき法規命令が一定の要件の下で過料の規定を置いている場合に、この法規命令に違反する、
- 2号 12条4項1文に反して届出をしないか、正当に又は適時に行わない、
- 3号 14条5項1文に反して金銭若しくは金銭的給付を約定し若しくは提供させる、
- 4号 15条1項5文に反して情報を提供しないか、正当に、完全に、若しくは適時に提供せず、又は15条2項2文若しくは3項2文に反して措置を受け入れないか、又は
- 5号 17条1項若しくは18条に基づいて行われる命令に違反する。

3項 秩序違反は1項の場合には25000ユーロ以下の過料を課すことが出来る、2項の場合には10000ユーロ以下の過料を課すことができる。

22条 報告

1項 連邦家族高齢者婦人青少年省は連邦の立法団体に4年ごとに最初は2004年にホームの状況及び入居者の世話に関して報告しなければならない。

2項 所轄官庁は、連邦家族高齢者婦人青少年省の求めに応じて、この法律に基づきその使命の履行のために認識が必要である事実に関する情報を提供する義務を負う。

3項 所轄官庁は、2年ごとに活動報告を作成する義務を負う。この報告は公開される。

23条 この法律の所轄及び実施

- 1項 州政府はこの法律の実施を所轄する官庁を定めるものとする。
- 2項 人格において適任でありかつ通常その任務にふさわしい教育を受けた者又は特別の職業経験を有する者にこの法律の実施を委任するものとする。
- 3項 州政府は、所轄官庁による使命の遵守が利益衝突によって危険にさらされ又は侵害されることのないことを保証しなければならない。

24条 営業法の適用可能性

営業として行われている法規定の適用を受けるホームには、この法律が特別規定を有しない限りで、営業法の規定が適用される。

25条 法規命令の継続適用

この法律発効前に営業法38条1文10号及び2文から4文までに基づいて発された法規命令は、それがこの法律の規定に矛盾しない限りで、3条及び13条に基づき法規命令の廃止まで継続適用される。

25a条 試験規定

1項 所轄官庁は例外的に申請に基づき、他の方法で協力が確保されるか若しくはこれがそのコンセンプトに必要ではない場合に、10条の要件から経営者を部分的に解放でき、又は新たな世話若しくは福祉の形式の試験の意味でこれが差し迫って要請されておりかつこれによって2条1項に基づく法律の目的が危険にさらされない場合には、3条2項に基づいて公布された法規命令から部分的に解放することができる。

2項 所轄官庁の判断は、書面通知によって効力を生じかつ最高4年に限定される。15、17、18及び19条に基づく監督権限は例外規定によって影響を受けない。

26条 経過規定

1項 この法律の施行以前に成立したホーム契約に基づく権利及び義務はこの法律の施行の時点より新法に従う。

2項 この法律の施行前に成立したホーム契約のこの法律の規定への書面による適合は、6条又は7条に基づく給付若しくは対価が変化した後直ちに、遅くともこの法律施行後1年以内に、行われなければならない。

3項 この法律施行前に適用された形式におけるホーム法4c条に基づく対価の値上げが無効であることを理由とする入居者並びに権利承継者の請求権は経営者に対しこの法律施行後3年以内に限り主張することができる。

社会保障法と民法

——社会保障法学の課題についての覚書——

岩村正彦

1 はじめに

わが国の社会保障法の構築は、第2次世界大戦後に始まる。その出発点をどこに置くかについては、見方が別れるであろう。仮に1950年の社会保障制度審議会の「社会保障制度に関する勧告」がそれに該当するとしても、すでに50年以上が経過したことになる。この「社会保障法」を研究対象とする「社会保障法学」がいつ独立の学問分野としてわが国で確立したかは、社会保障法の成立時期以上に時期を明確に特定することは困難である。先の社会保障制度審議会の1950年勧告と同時期だとしても50年以上ということになる。「社会保障法」という表題を付した最初の本格的体系書と思われる吾妻光俊「社会保障法」(有斐閣, 1957年)を起点と考えたとしても、50年近くを経過している。「社会保障法学会」についてみれば、その前身である「社会保障法研究会」(1977年10月発足)から数えても、27年になる。社会保障法学会が毎年刊行している学会誌「社会保障法」は第1号が1986年に発行されており、同学会が学会の事業として編集した「社会保障法講座」(全6巻, 2001年, 法律文化社)は学会創立20周年を記念して刊行されたものである。こうした学会の動向を念頭に置いて、もし社会保障法学の草創を学会(もしくは前記研究会)設立の時期とみるとすれば、それからおよそ20年余りを経過したということになる。

この間、わが国の社会保障法は大きな発展を遂げた。そして、1990年代以降は、わが国の経済状態の大きな変化、自由貿易体制の確立による国際競争の激化、わが国社会の高齢化のさらなる進展などによって、社会保障法は、

医療、年金、福祉・介護の各分野において、大きな変革の時期に入った。こうした社会保障法の各分野にわたる展開は、社会保障制度を構成する各制度の下で展開する法律関係を様変わりさせつつある。これに応じて、社会保障法学も従来とは違った様相を見せる当事者間の法律関係ないし権利義務関係の分析・解明や法的问题の検討を迫られている。本稿は、社会保障法の変貌によって社会保障法学が取り組むことが求められている課題について、とくに民法との関係に焦点を当てながら考察を加えることによつて、社会保障法学の今後の方向を模索することを試みようとするものである。

まず、1990年代以降の変革期に入る前の社会保障法学のあり方を、社会保障制度の展開に目を配りながら、ごくおおざっぱに概観し、それを通してその頃までの社会保障法学の特徴を探ることにしよう(2)。ついで、1990年代以降、社会保障の領域でどのような動きがあったかを簡単に振り返って、従来とは異なる社会保障の法律関係・権利義務関係の展開を確認し、それをもとに、これからの社会保障法学に求められる課題を、特に民法との関係に焦点を当てて、分析することにした(3)

2 発展期の社会保障と社会保障法学

わが国の社会保障制度の発展は、戦後に始まるといっても、その本格的な展開は高度成長期に入ってからである。これと大体歩調を合わせる形で、とくに朝日訴訟などの著名社会保障裁判をめぐる議論を軸としながら、わが国の社会保障法学は発展してきたといつてよいくであろう。したがって、この時期の社会保障法学の特徴を素描するには、その前に戦後の社会保障制度の歩みを見ておくことが適当である(a)。その上で、社会保障法が変貌期に入る前の社会保障法学の状況を振り返ってみることにしよう(b)。

- (1) 社会保障制度の展開
- (a) 社会保障制度の発足

欧州諸国の社会保障制度——たとえば、わが国でもよく参照され、またモデルとされたこともあるドイツ、フランス、イギリス等の社会保障制度——

は、第2次世界大戦前に既に存在していた諸々の法体系(公的医療保険法、公的年金保険法、労災補償法・労災保険法、公的扶助法など)を基礎としながら発展したものである。わが国の場合も、(程度は異なるにしても)似たような状況にあり、戦後の社会保障制度は、大正時代から戦争期にかけて制定・展開してきたいくつかの制度を基盤に構築されている。主な制度の根拠となった法律をとってみても、健康保険法は1922年制定・1927年施行(保険給付および費用の負担について)、(旧)国民健康保険法は1938年制定、厚生年金保険法の前身である労働者年金保険法は1941年制定・1942施行、労基法の災害補償制度の前身である工場法の職工扶助制度は1911年制定・1916年施行(健康保険法施行後は業務災害についても同法にもとづく給付が行われる)、現在の社会福祉法の出発点である社会事業法は1938年制定・施行である。

もともと、前記の欧州諸国でも「社会保障」という考え方——その具体的内容は国によって同じではないもの——にもとづいて法制度が構築されていくのは戦後であったように、わが国の社会保障制度の体系的な整備も第2次世界大戦が終了し、混乱期が一段落して復興が本格化してからである。新たに制定された日本国憲法で生存権が人権として認知され、社会保障制度の憲法的基盤が築かれたことが憲法レベルでは重要ではあるが、具体的な制度構築の面では、1950年の社会保障制度審議会による「社会保障制度に関する勧告」が新たに構築すべき社会保障制度のグラントデザインを描いたことが大きな意味を有している。しかも、この「社会保障制度に関する勧告」は法的にも重要な役割を果たすことになった。というのは、わが国の戦後の社会保障制度は、おおよそこの「社会保障制度に関する勧告」が提示した姿を基軸に作り上げられていったことから、「社会保障法」が法的基盤を提供し規律を行う諸制度として想定されていたのは、だいたい「社会保障制度に関する勧告」が取り上げた範囲の諸制度であったからである。実際、わが国は今日に至るまで「社会保障法」という名称を有した特定の法律を持っていないのであり、現在においても、前記勧告で描き出された社会保障制度を構成する下部制度(公的医療保険制度、公的年金制度、労災保険制度、雇用保険制度、公的扶助制度、社会福祉サービス制度等)の根拠となり、それらの制度を規律する法令の総体がいわゆる「社会保障法」として考えられている(もちろん、1950年

の前記勧告当時想定されなかつたわが国社会・経済の変化に応じた構想の練り直しによる新制度の創設等はあるから、それは考慮に入れる必要がある。例えば老人医療制度など。

上で述べたように、社会保障制度を築いていく出発点は「社会保障制度に関する勧告」にあつたものの、実際に制度が発展し、充実度を増していくのには今少し時間を要した。社会保障制度は巨視的にみれば、税を財源にするにせよ、社会保険料を財源にするにせよ、社会の構成員のある一定の層から別の一定の層への所得の再分配であり（もちろん税を財源とするか、社会保険料を財源とするかで再分配の意義は異なる。また、税を財源とする場合でも、所得税等の直接税に比重があるか、消費税等の間接税に比重があるかで意味が違ふし、社会保険料が財源のときも、社会保険料の賦課ベースや賦課対象者のあり方によって再分配は異なる意味を持つ）、したがって、充実した社会保障制度を持つためには、十分な再分配を行うことを可能にするだけの規模の国民経済（つまり豊かさ）が必要とされるからである。そして、戦争によって経済活動が崩壊した戦後しばらくの間は、社会保障制度を充実させていくだけの経済的余力はなかつた。重要な役割を果たしていたのは（旧）生活保護制度（1946年制定）や、それから分離した児童福祉法（1947年制定・1948年施行）・身体障害者福祉法（1949年制定・1950年施行）、および（現）生活保護法（1950年制定・施行）による公的扶助や失業保険法（1947年制定）による失業給付などである。これに対して、前述の戦前から存在していた各制度は機能不全に陥っていた。健康保険制度は戦争による事業運営の荒廃、インフレに伴う診療報酬点数単価の引き上げや急速な保険診療の増加による財政難を抱え⁽¹⁾、（旧）国民健康保険制度は経済の混乱による保険料徴収困難や保険診療への不信・利用率の低下等のために活動を休止する保険者（当時は国民健康保険組合）が続出するという危機的状況にあつた⁽²⁾。厚生年金保険制度も戦後の猛烈なインフレーションの直撃を受け、その目的を達成することが困難な状況に陥っていたので

(1) 厚生省保険局編「健康保険30年史上巻」(全国社会保険協会連合会, 1958年) 317頁

以下。

(2) 厚生省保険局保険課・国民健康保険中央会編「国民健康保険40年史」(ぎょうせい, 1979年) 15頁以下。

ある⁽³⁾。

このような状況から脱却して、前記「社会保障制度に関する勧告」の描いた構想に沿って、社会保険制度が社会保障制度の中核としようになるのは、やはり高度成長期に入ってからである。そして、社会保障制度の拡充という点で大きな転機をなすのは、国民皆保険の実現および国民皆年金の成就である。国民皆保険は、(新)国民健康保険法の制定(1958年)と施行(1959年)により、それまでの国民健康保険制度を市町村を保険者とする強制加入の制度に改革する形で実施された。これによって、国民は、公的医療保険については、健康保険等の被用者保険か、国民健康保険という形で運営される地域保険のいずれかに必ず加入し、医療の給付を受けることになった。他方、国民皆年金は、厚生年金保険等の被用者年金保険の適用を受けていなかった農林水産業・商工業自営業者を強制加入の被保険者とする国民年金制度の新設によって、成し遂げられる(1959年)。このように、制度の人的適用という面では飛躍的な充実があつたとはいえ、当時の経済力の下では、給付水準等の面で制度を充実させるどころまでには至らなかつた。給付水準等が向上していくのはわが国経済の高度成長が一層進展してからである。たとえば健康保険の被扶養者の家族療養費の給付率は当初5割であつたが、高度成長期が終わる頃である1973年に7割に、入院については1980年に8割になつていく。国民健康保険でも、療養の給付の給付率は5割であつたのが、1968年に全被保険者について7割に引き上げられている。さらに、高度成長期の終盤に、老人福祉制度の枠内で老人医療制度が創設され、いわゆる老人医療の無料化が実施される(1973年。これは、後に老人保健法(1982年制定, 1983年施行)による老人医療制度に模倣替えされ、定額負担が導入される)。厚生年金保険につ

(3) 厚生省年金局・社会保険庁運営部編「厚生年金保険50年史」(厚生年金事業振興団, 1993年) 25-30頁。

(4) 基礎年金制度の創設(1986年)によって、65歳以上の受給者に支給される老齢厚生年金については定額部分は廃止された。現在では、老齢厚生年金の支給開始年齢から65歳に達するまでの者に支給される特別支給年金についてのみ定額部分が支給される(厚年附則8)。男性被保険者についていえば、支給開始年齢が65歳となる2013年には定額部分は全面的に廃止となる。

いてみれば、1973年改正によって行われた定額部分(4)の2倍近くの引き上げと報酬比例部分年金の計算の基礎となる過去の標準報酬月額額の再評価制の導入とによって、年金の水準の充実度は大きく増した⁽⁵⁾。

社会福祉サービスの領域においても、社会福祉サービスの基本的な組織基盤等を定める社会福祉事業法(現・社会福祉法(2000年改正による))が1951年に制定・施行され、高度成長期に入ると、生活保護の枠から、対象者別の社会福祉サービスが単行法として分離していく。すなわち、精神薄弱者福祉法(1960年制定・施行。現・知的障害者福祉法(1998年改正による))、老人福祉法(1963年制定・施行)、母子及び寡婦福祉法(1964年)である。このほか、国民年金の母子福祉年金⁽⁶⁾の対象とならなかつた生別母子家庭を対象とする手当を支給する児童扶養手当法も制定されているし(1961年、1962年施行)⁽⁷⁾、児童を養育する者に対する手当を定める児童手当法の制定も高度成長期の終盤である(1971年制定、1972年施行)。

このように、社会保障制度構築の着手と制度充実に向けての歩みは、戦後、わが国経済の高度成長の波に乗りながら進んできたのである。健康保険制度等は、戦前から存在していたとはいえ、国民皆保険・国民皆年金が成立し、法制面でも充実度を増していくのは、やはり高度成長期である。その意味で、社会保障制度の法的基盤を提供し、社会保障制度の中で展開する法律関係・権利義務関係を規律する「社会保障法」、および、それを研究対象とする社会保障法学が明確に登場してくるのも戦後、とりわけ高度成長期になってからである。そこで、社会保障制度が充実度を増していく高度成長期までの社会保障法学の状況を概観してみることしよう。それによって、この時期の社

(5) 厚生省年金局・社会保険庁運営部編・前掲注(3)巻187～9頁。

(6) 1985年改正によって遺族基礎年金となった。

(7) もともと、児童扶養手当制度は、1985年の改正によって、国民年金の母子福祉年金制度の補充的性格から脱却し、「母子世帯の生活の安定を自立促進を通じて児童の健全育成を図ることを目的とする」独自の福祉制度となった。これについては、福田素生「児童扶養手当の現状と課題」[所得保障法] (講座社会保障法第2巻) (法律文化社、2001年) 314-20頁参照。

会保障法学の持つ特徴を浮かび上がらせることができよう。そのことが、高度成長最終期の社会保障制度の変容に直面して、今後、社会保障法学が取り組むべき方向を探ることに役立つと思われる。

(2) 形成期の社会保障法学の特徴

(a) 萌芽期

前述のように、既に戦前に現行諸立法の多くが成立していたとはいえ、社会保障制度を規律する立法が、明確に「社会保障」という考え方の下で整備されるのは、戦後になってからであり、本格的な整備・展開は高度成長期に入ってからである。

こうした社会保障制度の創設の経緯のゆえに、社会保障法学の萌芽が見られるのも戦後である。実際、戦前には、法学の立場からの本格的な学問的業績は乏しい。社会保障法についてみれば、早くに法律が成立・施行された健康保険法に関して、立法に関与した官僚の手になる立案作業の経緯、法律の趣旨・目的等を叙述し、各条文の解説・注釈を行う著作がいくつかが存在する⁽⁸⁾。その前身為その前身である労働者年金保険法に関するものも考慮に入れ、厚生年金⁽⁹⁾、法学者によるものはわずかである⁽¹⁰⁾。厚生年金保険法については、その前身である労働者年金保険法に関するものも考慮に入れて、少数の著作しか見あたらない⁽¹¹⁾。国民健康保険法もほぼ同様である⁽¹¹⁾。例外をなすのは、労災補償法関係であり、戦前において優れた比較法的研究が存在した⁽¹²⁾。労働立法として工場法が早くに成立し、職工扶助制度

(8) 清水玄「健康保険法釋義」(帝國地方行政學會、1923年)、熊谷憲一「健康保険法詳解」(巖松堂、1926年)など。

(9) 立法に関与した森莊三郎による「健康保険法解説」(有斐閣書房、1923年)等のほかは、後藤清「健康保険法」(日本評論社、1936年)が見られる程度のものである。

(10) 学者によるものとしては、後藤清・近藤文二「労働者年金保険法論」(東洋書館、1942年)、実務家の著作としては、花沢武夫「厚生年金保険法大要」(教学館、1944年)が散見される。

(11) 清水玄「国民健康保険法」(羽田書店、1938年)、川村秀文他「国民健康保険法詳解」(巖松堂書店、1939年)など。

が社会保険に先立って施行されたということが影響しているであろう。社会福祉・公的扶助の領域では、相当数の著作が既に存在するが、官公庁の手によるものが目立つし、他方で法学者によるものはほとんど見あたらない。

この時期には、当時の欧州諸国の社会保険立法や社会福祉立法の紹介もかなり行われているが、学者によるものではなく、主として(当時の)厚生省社会局等の立法作業に関与した官僚の手になるものである。法学者の学問的営為としての外国法研究・比較法研究は、乏しい状況であった。

第2次世界大戦後、日本国憲法の下で、とりわけ1950年の前記「社会保障制度に関する勧告」以後、社会保障制度が構築され、展開を始める時期の状況も、戦前までとそれほど大きく変わることはなかった。社会保障立法に関しては、厚生省(当時)の実務家の著作が見られる程度である⁽¹²⁾。法学の立場からの学問的研究は依然として非常に手薄な状態から脱するには至らなかった。同じく戦後になって発展を遂げた労働法については、急速に研究が充実していったのと対照的である。

(b) 形成・展開期

高度成長期に入って、前述のように(1)(b)社会保障制度が充実していく段階に進むと、それに呼応して、社会保障法学も、それまでの実務家による著作を中心とする萌芽期から、研究者による著作が充実していく形成・展開期へと移行する。

(c) 社会保障法学の形成・展開を示す一つの指標は、「社会保障法」に関する

(12) 浅見隆平「英国に於ける労働者の企業災害に対する企業主の責任(一)(二)」法学論叢 6巻2号(1921年)78頁・6巻4号(1921年)92頁、野村平爾「英国に於ける労働者災害補償制度の歴史的考察」早稲田法学 11巻(1931年)14頁、水島密之亮「英国に於ける労働災厄賠償制度の研究」(三省堂, 1935年)などが見られる。

(13) 小山進次郎「生活保護法の解釈と運用」(改訂増補)(中央社会福祉協議会, 1951年)、小山進次郎編「社会保障関係法」(日本評論新社, 1953年)など。

(14) 法学のある学問領域の厚みや力量を示す指標としては、もちろん学会の規模や論文の量等も存在する。しかし、その学問分野の成熟度ということを見ようとするときには、高水準の概説書・体系書がどれだけその分野の研究者によって書かれているかということを観察するのが適切であろう。

る概説書や体系書の登場である⁽¹⁴⁾。先駆的な体系書は1957年刊行の吾妻光俊「社会保障法」(有斐閣)(1969年に新版)である⁽¹⁵⁾。その後、少し時間をおいて、1970年代に入ると、概説書・体系書が相次いで出版される。1970年に荒木誠之「社会保障法」(ミネルヴァ書房)が、1972年に初井常喜「社会保障法」(労働法実務体系18)(総合労働研究所, 1972年)、1978年に角田豊「社会保障法」(青林書院新社)が刊行されている⁽¹⁶⁾。西原道雄編「社会保障法」(初版)(有斐閣, 1972年)のような手頃でコンパクトな教科書も出現しているが、やはり1970年代の特徴は、前記の各概説書・体系書の登場にあるとみるのが適切であろう。

これらの1957年以降1970年代までに現れた概説書・体系書の内容にはある程度共通する要素が存在する。それは社会保障法の概念・体系・沿革や憲法25条の生存権と社会保障法との関係等を考察する「総論」の重視である。先駆的体系書である吾妻「社会保障法」の場合、初版・新版のいずれでも、全体の約3分の1弱が、社会保障法の概念や社会保障法の史的発展を述べる「序論」と社会保障法の体系と基本概念を検討する「総論」とに割かれている。1970年代の概説書の代表である荒木「社会保障法」でも、全体の3分の1強を総論が占め、そこで社会保障制度形成の要因や国際化、社会保障法の体系と地位、わが国社会保障立法の発展の分析・検討が行われている。総論に比重が置かれていることは初井「社会保障法」でもほぼ同様であり、社会保障法の基本的性格、日本社会保障法の形成過程および現行社会保障法の仕組みと体系を取り上げる総論にはほぼ3分の1の分量が割り当てられている。初井「社会保障法」の総論には、給付請求権や措置請求権という概念を定立しその解明も試みているという特徴があるが、それでも生存権の規範的意味とといった論点により重きが置かれている。角田「社会保障法」では、「総論」の

(15) 同書に先立つ法学者の手になる概説書として、清水金二郎「社会保障制度」(有斐閣, 1953年)などがある。

(16) これらに先行して、林迪廣・古賀昭典「現代社会保障法論」(法律文化社, 1968年)があるが、同書でも総論が315頁中の100頁近くを占めており、やはり総論重視の趣が強く現れている。このほか、この時期には、佐藤進「社会保障の法体系(上)」(勁草書房, 1969年)も刊行されている。

ウェートは下がるが、それでも全体の約5分の1になる。

(4) こうした「総論」の重視とともに、形成・展開期の社会保障法学には、もう一つ、かなり際立った傾向があった。それは、小川政亮「権利としての社会保障」(勁草書房, 1964年)に代表される権利論が大きな位置を占めていることである。この点は上掲の体系書・概説書ではそれほど明確には現れていないし(もっとも、萩井「社会保障法」は前述のように給付請求権・措置請求権という構成を追求していたから、権利論への傾斜はかなり見られるといえてよい)、権利論への指向に対する批判的立場も存在したが⁽¹⁷⁾、高度成長期がそろそろ終焉を迎える1970年代の社会保障法に関する論考でも、運動論的色彩を持つ社会保障の権利論に立脚するものが少なからず見られる。

このように、運動論とかなり密着した形で展開される権利論を主軸としながら形成・展開していったということが——労働法にも、いわゆるプロ・レイバーを中心とする運動論の系譜が主流を占めていたことと非常に類似している——、この時期の社会保障法学の基調を成しているといえてよい。

(5) 早くから学問体系として成熟していた民法などに関する体系書・概説書と比較すると、(7)で述べた、体系書・概説書における「総論」の重視は、この時期の社会保障法学の大きな特徴を成しているということができよう⁽¹⁸⁾。そして、民法等の体系書・概説書において叙述の中心を占める個別の制度の解説や、判例・学説の分析と条文の解釈論(そして場合によって立法論)の展開——いわゆる各論——は上記の著作では手薄である。すなわち社会保障

(17) 「特集・社会保障法学の軌跡と展望(座談会)」民商法雑誌127巻4・5号(2003年)

485頁における荒木誠之教授の回想を参照。

(18) もっとも「総論」に置きが置かれている実定法分野もある。たとえば、刑法(「刑法総論」と「刑法各論」とに分けるのが一般的である)や行政法(行政法総論と行政法各論に分けることがあり、一般に「行政法」というときには行政法総論を指すことが多い)がそうである。しかし、これらの「総論」は、各論で横断的に共通して存在する問題を括りだして法解釈論としての検討・分析を行うものである(刑法総論でいえば、違法性、責任などであり、行政法でいえば行政行為、行政指導などである)。1970年代の社会保障法の体系書・概説書でも上記の意味のような総論を取り上げていないわけではない(たとえば吾妻・前掲書)。そこで主として論じられていた社会保障法の「総論」は上記の意味での「総論」とは異なる性格のものである。

制度を構成する各種の制度——公的医療保険制度、公的年金制度、社会福祉制度等——についての叙述は、これらの概説書・体系書では淡々とした制度の概観・紹介の域をそれほど超えていないのである(この点で萩井「社会保障法」は「医療に関する社会保障」についてかなり踏み込んだ考察をしている点を目を引く)。

また、運動論的色彩の強い権利論が社会保障法学の主流をほぼ形成していたということも、民法学などには必ずしも見られない社会保障法学の特徴と捉えることができよう⁽¹⁹⁾。そして、この特徴もまた、民法学等の主要な実定法分野で練り上げられた精緻な解釈論とは異なる基調の議論が、この時期に社会保障法学では目立つという事情につながるものである。同様に、他の実定法分野で多くの蓄積があったのも、権利論優位という特徴の一つの要因があると評価してよいであろう。

(6) もっとも、高度成長期が終焉にさしかかる1970年代末から1980年代に入ると変化の兆しが現れる。一つは、園部逸夫・田中館照橋・石本忠義「社会保障行政法」(有斐閣, 1980年)の上梓である。同書は、行政法的観点からの社会保障法総論を展開するとともに、医療保障、年金、福祉等の各論についても、それぞれの制度の検討と解釈論・立法論をかなり詳細に検討している。「総論」に相当数の頁が割り当てられているとはいっても、1970年代の体系書・概説書の総論とは異なる意義を持つ総論を提示している点、各論が充実しているという点で、これらの体系書等とは一線を画している。また、教科書ではあるが、荒木誠之「社会保障法読本」(有斐閣, 初版は1983年)も、「総論」に相当する箇所を敢えて末尾に配置し、各論に関して制度の紹介・概観だけでなく、重要な論点について法的・政策的観点から検討を加えるとい

(19) ただ、民法学でも運動論的な要素が皆無であつたわけではない。たとえば、高度成長期に大きな社会問題となった公害問題については、特に不法行為法を中心として運動論的な法学の営みがあり、それが大きな成果を生んだ。これについては、たとえば、平井宜雄「現代不法行為理論の一展望」(一粒社, 1980年)参照。