

2004-00111A

厚生労働科学研究費補助金

政策科学推進研究事業

福祉契約と利用者の権利擁護に関する法学的研究

平成16年度 総括・分担研究報告書

主任研究者 本澤 巳代子

平成17（2005）年3月

目 次

I. 総括研究報告	
福祉契約と利用者の権利擁護に関する研究	1
本澤巳代子	
1. 福祉契約研究会記録	2
大窪高志・脇野幸太郎	
2. 契約書聞き取り調査結果	19
大窪高志・根岸忠・橋爪幸代	
三輪まどか・脇野幸太郎	
3. 福祉契約研究会報告レジュメおよび資料	34
II. 分担研究報告	
1. 福祉契約の法的関係と医療契約に関する研究	68
小西知世	
2. 福祉契約と成年後見制度・福祉サービス利用援助事業に関する研究	73
新井 誠	
3. 福祉契約に基づく事業者と従業者の責任をめぐる問題に関する研究	77
品田充儀	
4. 福祉契約の法関係と公的責任に関する研究	80
秋元美世	
III. 研究成果の刊行に関する一覧表	82
IV. 研究成果の刊行物・別刷（別途添付）	

厚生労働科学研究費補助金（政策科学研究推進事業）
総括研究報告書

福祉契約と利用者の権利擁護に関する法学的研究

主任研究者 本澤 巳代子 筑波大学大学院人文社会科学研究科教授

研究要旨

2004年度も、主任研究者および分担研究者を中心とした「福祉契約研究会」における共同研究を通じて、①福祉契約の特性としての多層構造的脆弱性を認識し、契約という手法の限界を把握する必要のあること、②具体的な契約書の作成・利用に当たっては、高齢者・障害者の特性の違いに配慮する必要があること、③利用者の権利擁護のためには、成年後見制度と福祉サービス利用援助事業の相互補完、市町村長による成年後見の申し立てと措置制度の連携、任意後見の活用などが必要であること、④契約下の後における公的責任の明確化が必要であることなどを明確にした。また、2004年10月に主任研究者が受け入れ研究者となって招へいしたドイツ人研究者・実務家2名と研究会メンバーとの懇談、ならびに研究会が企画協力して財団法人東京都高齢者研究・福祉財団が2004年10月9日に実施した公開シンポジウム「明日の介護保険制度」における講演および質疑応答を通じて、⑤福祉契約の必要的記載事項を公法的に定める必要があること、⑥福祉契約の内容の適正化や利用者の権利擁護のために、消費者団体の団体訴訟が有効であること、⑦入所介護施設の権利侵害防止には、施設運営に入所者代表や入所者の代弁者を参加させることも有効であること、⑧介護の質の向上により利用者の権利擁護を図るためには、質の審査者による助言等が重要であり、また事業者内部からの質の向上意欲をたかめるためには、介護報酬等に質の審査結果等を反映させるなどの誘導策が有効であることなどを明確にした。

2004年度も引き続き、介護保険の訪問介護事業所および特別養護老人ホームを対象に2003年末に東京都と共同で実施したサンプリング調査により収集された契約書・重要事項説明書について、東京都モデルとの比較検討および課題の整理を行ってきた。さらに、問題点の明確化および課題の整理のために、契約書・重要事項説明書の利用実態をより詳細に知るため、研究協力者である福祉契約研究会所属の大学院生たちが、2004年夏と2005年2月に訪問介護事業所および特別養護老人ホームを訪問し、聞き取り調査を行った。これらの調査結果を分析・検討することによって、東京都の契約書・重要事項説明書のモデルの見直し作業を進めているところである。

分担研究者

新井 誠 筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授
秋元美世 東洋大学社会学部教授
品田充儀 神戸市外国語大学外国語学部教授
小西知世 筑波大学大学院人文社会科学研究科助教授

A. 研究目的

本研究は、介護保険制度および支援費制度のもとにおける福祉契約のあり方、ならびに判断能力が不十分な痴呆高齢者や知的障害者等のための権利擁護のあり方について、民法および社会保障法の総合的観点から検討しようとするものである。

B. 研究方法

a. 福祉契約研究会における共同研究

2004年度も前年度に引き続き、主任研究者および分担研究者を中心とした社会保障法および民法の若手研究者をメンバーとして2002年4月に立ち上げた「福祉契約研究会」において、毎月1回程度のペースで研究会を開催するとともに（合計6回、10報告）、特に10月に来日中のドイツ人研究者および実務家と研究会メンバーとの懇談を行い、わが国における福祉契約と権利擁護をめぐる法律上・実務上の問題点について、ドイツにおける法律上・実務上の現状および課題との比較検討を通じて、法学的観点から更なる検討を加えてきた。

b. 介護保険の訪問介護事業所および介護福祉施設を対象とした契約書・重要事項説明書のサンプリング調査および聞き取り調査

福祉契約の実態を確認し法学的考察を行うために、2003年末に東京都と共同で介護保険の訪問介護事業所および特別養護老人ホームを対象に実施したサンプリング調査により収集できた契約書・重要事項説明書について、2003年度に引き続き2004年度も東京都の契約書モデルとの比較検討を進めるとともに、法学的観点からその問題点や今後の課題などについて検討を行ってきた。さらに、契約書および重要事項説明書の内容および利用にあたっての課題などについて詳細な情報を得るべく、福祉契約研究会の若手メンバーが訪問介護事業所および特別養護老人ホームを直接訪問し、聞き取り調査を行った。これらの調査結果を受けて、東京都の契約書および重要事項説明書のモデルの見直しを進めているところである。

C. 研究結果

a. 福祉契約研究会における共同研究の記録（各報告のレジュメは、参考資料1を参照）

（1）第18回福祉契約研究会

日時：2004年4月24日（土）14：00～17：00

場所：上智大学10号館322会議室

記録作成：大窪高志（早稲田大学大学院）

2003年末に実施した契約書サンプリング調査およびアンケート調査の結果報告

第1報告：アンケート調査の結果について

本澤巳代子会員（筑波大学）

11月15日付で、東京都と福祉契約研究会が事業者あてに出したサンプリング調査。サンプリングの対象物は、契約書、契約書別紙、重要事項説明書、アンケート用紙であった。今回はアンケートが主目的ではなかったため、アンケートの内容は簡単なものになっている。介護保険契約書に関する事業者側の意識を知るためのアンケートである。アンケ

ートだけの返送が4通あって、どういう事業内容を行っている事業者かわからないものもある。施設と訪問介護事業の両方を送ってくれた事業者も6件くらいあった。施設の方が61件あったので、係数を合わせるために介護事業所の方を一件適当に選んでひとつ足して、調査回収を行った。デイサービスで戻ってきたり、こちらの意図しない形で戻ってきたりしたものもあった。最終的には、訪問介護で出して訪問介護で帰ってきたもの、施設で出して施設で帰ってきたものだけを、分析することになる。

どこのモデル契約書を使っているかという点では、東京都版を使っているのが39箇所ということで、かなりの割合で使っていることになる。施設の方もあわせると全社協版もいくつかある。施設側の思い入れで作ったと思われるようなものもある。

東京都版を使っている理由としては、東京の施設だから、その他のモデル契約書を知らないから、ということが理由となっている。やはり行政がモデル契約書を作ることに意義があることを示している。

契約書で重点を置いていたり、変化があったりするの、料金のところだろうか。

契約書が難しいということならば、重要事項説明書だけの説明でもいいということを知っていたが、両方別々に利用者に対して説明しているところが多い模様。

モデル契約書をそのまま使用しているところ、一部使用しているところ、参考程度など、3種類くらいに分かれている。

介護報酬の改定と当時に契約書に変更を加えたかどうかという点。いろいろであった。

来年介護保険法の改正があるが、改正法の法案提出が遅れており、施行が遅れる可能性もある。年金審議が遅れていることも影響している。

厚生労働省の科学研究費で行われる研究というのは、政策提言をすることも期待されている。そういう観点で今回の報告書をまとめることも必要。

北海道や熊本の方で行われている研究やサンプリング調査ともリンクできればと思う。

第2報告：サンプリング調査により収集した契約書について

(1) 根岸忠会員（上智大学大学院）

調査した13事業所のうち、モデル契約書と同じものが5箇所、一部異なるもののほぼ同じものを用いていたところが2箇所であった。

モデル契約書との相違点。契約期間について、モデル契約書では契約終了の書面での告知を2日前としているが、7日前としているものや、契約満了時としているところもあるなど。

事業者の損害賠償責任を重過失がある場合に限るとしている規定を持つ契約書もある。また裁判管轄を、事業所は東京にあるのに、事業者の本社が存在する熊本としているものなどがあった。これは裁判を簡単に起こさせないための条項であると考えられる。

天災などによる免責事由を設けているものもある。

モデル契約が果たした役割は大きいですが、モデル契約書と比較したときに、利用者側に問題となるような条項や、衡平を欠く様な条項を持つ契約書もあるように思われる。

(2) 三輪まどか会員（横浜国立大学大学院）

調査した14事業所のうち、モデル契約書と全く同じものを利用した事業所が6箇所、

一部異なるがほぼ同じものが4箇所あった。変更されていた部分は、料金の変更部分、秘密保持規定がないものなどがあった。条文の構成を変えているところも1箇所あった。

モデル契約書の規定内容と構成を大きく異にするところが、4箇所あった。モデル契約書より条文数が多いものが3箇所、簡素化しているところが1箇所あった。

モデル契約書との相違点。契約期間について、モデル契約書では契約終了の書面での告知を2日前としているが、7日前としているものや、契約満了時としているところもあった。サービス提供の記録について、記録の書面交付の条項を置かない事業所があった。サービスの中止については、事業者への連絡を前日17時までとするものや、2日前までとするものなどがあった。

モデル契約書と大幅に異なる内容の規定をおいている事業所の場合、契約の終了事由、中途解約事由、契約者及び事業者からの解約事由などの部分で、共通して大きな相違点が見られた。料金変更などに同意できない場合、事業者側から解約できるという規定を置いている契約書もあった。

安全配慮義務、秘密保持義務などを具体的にあげているものもあった。

裁判管轄地を事業者の住所地にするものがあった。

全体的には、モデル契約書をそのまま利用していたり、部分的に変更したりして使用している事業者が多い。その点モデル契約書が果たした役割は大きい。部分的な変更が集中しているのは、サービス利用中止の告知の期限であった。権利義務関係において事業者にのみ有利であるものや、表現が難しいものなどもある。見直しが必要なものや、重要事項説明書の説明との関係を明確にするべく、運用指針などを定める必要があるものもあるであろう。

(3) 橋爪幸代会員（上智大学大学院：脇野幸太郎会員、小西啓文会員報告を含めた集約）

施設のモデル契約書についても東京都のモデル契約書にほとんど準拠していた。一部修正したもの、独自の条項を設けたものもあった。

契約書、契約書別紙、重要事項説明書の役割が、まちまちである事業者もあった。

① 東京都モデルに準拠した契約書について

モデル契約書に準拠している契約書とモデル契約書との相違点をあげると、身体的拘束に関する条項について、モデル契約書に記載されていた身体的拘束の具体例がほぼ抜け落ちていた。身体的拘束をする場合、利用者や家族に同意をとる場合の方法などについても、いくつかのパターンに類型化できる。身体拘束については利用者の人権問題と深くかかわるので、慎重な対応が求められるところである。契約終了についての条項については、事業者側の契約終了はモデル契約書で30日間となっているが、7日間に短縮されているものや、予告期間の規定がないものもあった。契約終了事由として、入院時、料金改定に同意しない場合、伝染性疾患にかかった場合、利用者が施設職員にセクハラ行為する場合、暴力・暴言行為をした場合等があげられている。利用者の方が予告期間を置かずに契約を終了できるという規定を置いているものもあった。秘密保持義務や、賠償責任については、利用者側に負担や責任を負わせるような規定を置いたものもあった。裁判管轄については、「利用者の所在地」という規定になっているものもあった。

金銭管理に関する規定を置いた契約書が2つあった。利用者が亡くなった場合などの財

産処理規定を置いているものがあつた。金品の受取人を指定するとか、未払い分の料金の支払方法や、財産の処分に事業者が関わらないといった規定が置いてある。

身元引受人を立てる規定を置いている契約書があつた。身元引受人を2名立てなければならない規定もあつた。身元引受人に対する責任を明記したものもある。利用者の死亡後の財産処理に関係するものが多い。

② 独自契約書について

形式や構成から、モデル契約書に拠っていないと思われる独自契約書については、内容的にはモデル契約書に類似しているものもあつた。モデル契約書よりも詳しい規定を置いているものもある。市町村から支給されるサービス費の代理受領についての規定を置いているものもあつた。情報提供の部分で、利用者の情報を学術研究や学会発表などに利用する場合がある旨を明記した規定もあつた。

裁判管轄について「東京地裁」と明記しているものもあつた。

金銭管理について、事業者に印鑑や通帳を預けることができるとした規定を置いているものもある。

居室内の衛生管理についての規定、来訪者の宿泊の規定、外泊の規定などがある。独自契約書の最大の特徴は、身元引受人についての規定を置いている点であろう。

<各会員からのコメント>

訪問介護における直前のキャンセルについては、ホテルと同じであると考えれば、原則100%料金を支払う必要があるだろう。民法上の原則からはそうなる。しかし訪問介護契約の場合、1日前にキャンセルを申し出れば、業者側もシフトを変更して対応できると思われる。前日の夕方、前日の営業時間内、あるいは24時間前までに申し出れば、キャンセル料は必要ないだろう。一方、24時間を過ぎたときのキャンセル料については業者間で対応の差が激しい。訪問デイサービスの場合、訪問先にサービス利用者が居なかったら困るとか、当日の朝のキャンセルは困るという気持ちが事業者側にはある。しかし「キャンセル料無し」が2日前までというのは、かなり事業者側に有利な形になっていると思われる。

施設の契約書に身元引受人規定があるのは、やはり不合理ではないか。モデル契約書では身元引受人規定を入れるかどうかで大変もめた。社会福祉法人が経営している特養という施設の特性からして、「終の棲家」として入所した人を、対応に困ったからといって身元引受人に丸投げすることはやはりおかしい。身元引受人規定は、相手に下駄を預けるような、施設にとってはとても便利な条項である。それは裏を返せば、利用者に大きな心理的負担を与える条項であるとも言える。

施設の側に、特養は「住みか」であるという認識が低い。だから契約終了の催告が7日前などという契約がでてくる。モデル契約書で30日としたのは、大体30位あれば、次の場所が見つかるのではないかという判断からであつた。しかし30日でもいいのかどうかについては、議論があつた。トラブルを起こしてしまうような利用者もいるので、事業者側にも解約を認めてあげる必要はある。30日というのは労働契約から派生したものということでもある。個人的には3ヶ月くらいがいいとも思うが、事業者が抵抗しないレベルや、事業者に使ってもらえるモデル契約書であるためには、30日くらいに落ち着くよう

な気がする。

金銭管理規定についても、モデル契約書では外させた。今までの措置時代には施設で当たり前のように行われていた。入所契約とセットにすると、年金通帳を預けないと入所させないということも起きかねない。それは一種の脅迫である。金銭管理をしたければ、別途金銭管理に関する契約を結ばばいい。

身体拘束についても、モデル契約書のなかに具体例まで入れたのは、委員の中に「身体拘束をやめさせる運動」をしている精神科の先生がいて、非常に細かく書くことになった。転落防止という名の下に、車椅子に縛り付けたり、ベッドに柵をつけたりすることは、重大な人権侵害になるという認識で入っている。

モデル契約書というのは法律と一緒に、「最大公約数的」に書かざるを得ない。利用者に有利なことを書きすぎたり、具体的なこと書きすぎたりすると、事業者に利用してもらえないようなこともある。

裁判管轄地は、民事訴訟法上は「原告の住所地」である。モデル契約書で「利用者の住所地」としたのは、原告が事業者であった場合、その事業者の本社が九州だったりした場合に、利用者に負担がかかることがあるので、利用者に配慮する意味でそのようにした。

契約書の「字の大きさ」「特定の文言の太字などによる強調」「ポイントの大きさ」にも配慮が必要であろう。

契約で行く方がいいのか、約款で行く方がいいのか。訪問介護の場合はサービス内容が人によってかなり違ってくるので契約の方がよく、施設の場合はほとんどの人に定型的なサービスが提供されていることになっているので、約款の方がいいという話もある。約款で行くならば、いっそのこと法律で決めてしまえば言いという話もある。しかし、なんでも法律で決めてしまうとトラブルが起きたときに、「争いづらい」行政訴訟に持っていかれる可能性もある。だから民法的な契約関係に利用者と事業者を置いて、民事訴訟で争った方がいいという話もある。

結論としては、モデル契約書を作って民法の枠で押さえながら、訪問サービスでも施設サービスでも、当事者性を大切にすることが重要であろう。そういう意味で、検討した各契約書を見てみると、モデル契約書はその効果を發揮しているといえよう。

(2) 第19回福祉契約研究会

日時：2004年6月26日13:00～17:30

場所：上智大学9号館359教室

記録者：大窪高志（早稲田大学大学院）

1. 第1報告：脇野幸太郎会員（明治大学大学院）

報告テーマ：ドイツの社会扶助の中における介護扶助について

ドイツの社会扶助、あくまでも一時的なニーズに対応する制度となっている。

「補足性の原理」－自分や他者の助けが借りられるならば、それをまずは使う。

「個別性の原則」－個別のニーズに応じて、給付する。

申請主義ではなくて、職権開始主義を前提にしている。これは日本と大きく違う点。

保有資産を認める規定がある。例えば、思い出の品とか、文化的な生活を営むのに必要な物品であれば、資産の保有を認めている。小額の現金も持てる。日本と比べるとその辺の基準が緩やかであり、その原則を支える哲学・理念が違う。これも大きな相違点。

社会扶助の現状―支出予算額は年々増えている。それをどのように減らすかが、今、議論されている。

ドイツにおける社会的介護は、元来、民間の福祉団体が主導する形で行われてきた。社会扶助に関しても、このような民間機関の役割にまずは期待して、その上で、公的な扶助を行うという規定が法令上置かれている。

介護保険が制定される前の93年、94年当時、介護に関する扶助の支出額が莫大に増えた。介護に関する予算が足りないということで、保険化して予算を得ようということで、介護保険ができることとなった。

また、東西ドイツ統一後、旧東独地域へのハード・ソフトの提供により、とにかく予算がなくなってしまったという事情もあった。

さらには、ドイツでも家庭内の女性が介護を担ってきた歴史があり、それを社会的なものにしようということで、介護保険が出てきた経緯がある。

連邦社会扶助法の中にある介護補助の規定は、社会法典11篇14条の介護保険の規定と、狭義の介護概念については、内容的にほぼ重なるものである。

ドイツにおいては、社会扶助等に関わる福祉事務所のスタッフは、すべて「プロフェッショナル」たる専門の職員である。ここが日本の生活保護をめぐる状況と大きく異なる部分の一つ。

また「世帯」概念がそもそもないので（これは日本でも、もともと法的には「あいまいな概念」であるが）、給付をめぐる関係は個人単位で行われる。

それまで「税金で賄われていた制度」が「保険料を財源とした制度」に変わるにあたり、「権利性の問題などは議論にならなかったのか」という質問が日本では出る。しかし、ドイツの福祉は供給主体がほとんど民間で、且つ契約ベースで行われてきたため、そのようなことはそもそもあまり話題にならない。福祉サービス分野でも、償還払い的な制度体系が基本なので、サービス利用者は利用後に「扶助からの給付」を申請するのである。加えて、ドイツはもともと「社会保険立国」ゆえ、介護サービスが扶助から保険移行するにあたり、特にそのような議論が起こらなかったとも考えられる。

ドイツには、カリタス会など、特別に認定され扱われている代表的な民間福祉団体が、6つある。このこともドイツの社会福祉サービスを理解する上で、重要な事実である。

2. 第2報告：原田啓一郎会員（駒澤大学）

報告テーマ：福祉契約と介護保険の保険者責任についての考察

サービスを提供する側とサービスを受ける側という構図で、福祉契約をめぐる議論はなされてきた。しかし「公的保険で行われている介護サービス」ということになると、この契約関係の中に「保険者」が入ってくることになるわけだが、そのあたりについての論考は今まであまりなされてこなかった。その点に注目して、若干の検討を行いたい。

ここでいう契約当事者は「事業者」「利用者」「保険者」という形で、三者にきれいに分けられるものではない。考え始めると、実はかなり錯綜していると思える。

このあたりは、「医療契約」の議論にあわせて考えることも出来るが、「介護契約」の場合に特有な、異なる部分も当然出てくるだろう。

医療の場合、自由診療であれば、医師と患者の関係のみで様々な法的責任関係を考えることが出来る。しかしここに保険者が入ってくると、少し様相が変わってくる。このあたりは、医事法の分野で、すでに蓄積が見られるところである。

また、いまひとつ注目すべき点は、日本のような現物給付を基本にしている国の場合と、フランスのような償還払い方式を基本にしている場合とでは、保険者やその機能を考慮した法律関係が、かなり変わってくるということである。

日本の公的医療保険制度を見る場合、法的に重要な点は、医療に社会保険が介在する場合、「保険者が本来給付すべき『療養の給付』を、指定医療機関を指定し、ある種、代行させて行っている」という部分であろう。

すなわち基本のところでは、「保険者」というのは、療養の給付を提供する主体として存在しているわけで、単に医療費を支払う機関として存在しているのではないという事実をまずは踏まえる必要があるということである。

これは労災でも同じで（記録者注：自賠償なども同じように考えることができるのか？）、基本は、保険者が自ら病院を作り、療養の給付を行うのが原則なのである。それができないから、第三者の医療機関を指定して、そこに療養の給付をやらせているということになっているのである。

これを介護保険の話に置き換えたとき、どのような議論ができるのか。特に保険者の法的な責任、あるいは各種当事者間の債権債務関係という観点から、どのような考察が可能なのか。より詳細な今後の研究が待たれるのである。

（3）第20回福祉契約研究会

日時：2004年9月11日（土）13:00～17:00

場所：明治大学アカデミーコモン308A教室

記録者：脇野幸太郎（明治大学大学院）

1. 第1報告：橋爪幸代会員（上智大学大学院）

報告テーマ：要保護児童の適切な処遇をめぐる日英制度比較—親権者等の同意によらずに行なわれる処遇に関わる行政機関と司法機関の役割—

要保護児童に対し、親権者の同意を得ることなく行なわれる処遇の開始時、継続時、終了時の各時点における司法機関および行政機関の役割につき、日英それぞれの制度を比較検討し、わが国の今後の制度のあり方への示唆を得る、という報告者の問題意識にもとづき、以下のとおり報告がなされた。

I はじめに

報告者における、上記のような問題意識の指摘がなされた。それにもとづき、以下の報告は、処遇の開始時、継続時、終了時の各時点における日英制度を検討する、という形で行なわれた。

II 開始時

1 イギリス

裁判所の関与の範囲

① 地方当局が裁判所にケア命令の申立を行なう。その際、地方当局は必要と思われるケアプランを作成し提出するが、裁判所はサービスの必要性についてのみ判断を行なう。また、裁判所は、そのケアプランの実施を強制することもできない。

② 地方当局、要保護児童、親等の三者間で、その後の交流に関し合意がなされない場合、裁判所に申立がなされ、裁判所はどのような交流が必要かを判断する。

(1) 家庭裁判所の関与方法

児童福祉法 28 条にもとづき、児童相談所長が家庭裁判所に対し措置の申立を行なう。ただ、この際家裁が措置の必要性のみを判断するのか、措置の相当性まで判断するのか、校舎の場合、措置の種類に関する判断や具体的施設名の指定等まで行なうのかどうか、といった点については、法文上必ずしも明確ではない。

(2) 多数説・審判例

上記(1)の点につき、学説の多数説および審判例は、措置の種類につき、特定の承認を行なうべきであるとしている。その根拠を示した審判例および学説についてはレジュメを参照。

III 継続時

1 イギリス

(1) 行政機関の裁量の範囲

裁判所によるケア命令の効果として、地方当局が「親責任」を取得する。この親責任は、わが国における親権とは必ずしも一致しないが、それに相当するものと考えてよい。

地方当局が親責任を取得しても、それまで親責任を有していた親等が親責任を失うわけではなく、両者が親責任を共有する。

②の場合、地方当局が自らの裁量により親責任を有していた者の親責任を必要に応じて制限するので、両者の親責任の衝突は生じない。

具体的なサービスの内容も、地方当局が裁量により決定する。

→ 地方当局の裁量の範囲はきわめて広い。

行政機関の裁量の統制

①苦情解決手続 → レジュメ参照

②再審査制度 → レジュメ参照

2 日本（通説・審判例の見解）

(1) 行政機関の裁量の範囲→児童福祉法 28 条による承認の効果

どの程度、親権等を制限するものなのか

→ この点については、児童福祉法 28 条からのみでは明確な結論を導くことは困難。

○1997 年通達

28 条の承認を得て児童福祉施設等に入所している場合、その施設の長の監護権が保護者等の監護権に優先するので、保護者等が児童の引取りを求めてもこれを拒むこと。

○児童虐待の防止等に関する法律（2000 年）

児童相談所長や施設の長による、保護者等と当該児童との面談・通信等の制限（12 条）

→ 家庭裁判所や児童相談所長等が、親権の一部を制限することができる、と解される。
いつまで効果が継続するのか

→ 明確な期限なし＝行政機関の裁量により必要である限り継続

(2) 行政機関の裁量の統制

① 司法救済（取消訴訟）

問題点

・出訴期間の制限

→ 現状では28条の承認を受けるのは小学生が最も多い。小学生の保護が当該児童が18歳ないし20歳まで継続される可能性を考えると、現行制度ではカバーしきれない。

・行政の裁量への司法の関与の消極性

→ どのような措置をとるべきかについては、行政による専門技術的判断を要するため、司法判断になじみにくい。裁量権の逸脱、濫用がない限り、取消訴訟が認められる場合は少ないと考えられる。

・裁判所は、行政の処分時の瑕疵のみを判断

→ 事情の変更等により措置が妥当でなくなったとしても、裁判所はその妥当性を判断できない。

・特定の措置を請求することの困難性

これらから、取消訴訟を当事者の不服を解決する手段とするのは困難。

② 不服申立

→ 訴訟によるのと同様の問題点が考えられる。

③ 児童相談所への主張・相談

→ どのように扱われ、どのように結果が出されるのか、というプロセスが不明確。このように不明確なままでは、当事者同士の信頼関係の回復は難しく、当事者に不安感をあたえるおそれがある。

→ 都道府県児童福祉審議会の意見聴取は、児童相談所の裁量によってのみなされ、当事者がそれを求めることができない点も問題。

④ 処遇の見直し（レジュメ参照）

「児童虐待に対する児童相談所の取組みの実態」家月51巻8号

・年2回の報告を行なっている相談所…全体の11.6%

・年1回の報告を行なっている相談所…全体の63.8%

→ 処遇の見直しの頻度としては低い。実際の処遇の見直しがなされているのか、審査がなされているのか、という点につき疑問が残る。

IV 終了時（レジュメ参照）

→ 日本では、イギリスと異なりもっぱら行政機関が自らの裁量によりサービスの終了の必要性を判断する。

V 日本法への示唆

1 開始時

・ 長期的な措置における処遇の適切性を確保することが困難

→ いつまで処遇の効果が継続するのかを明確にする必要性

※2004年児童福祉法改正法案…措置の期間を2年に制限（28条を改正）

→ 長期的な措置により適切な処遇の効果が失われていく、というリスクを減らす、という点において意義がある、と評価され得る。

・ ただし、この場合においても、この期間内における事情の変更に対応する、当事者の申立の制度に対するニーズは依然として存在する。

→ 児童相談所への主張・相談の制度を整備していく必要性

2 継続時（処遇の見直し）

・ 当該児童の事情や環境の変更に対応した処遇の見直しの必要性

→ 措置の対象は児童であり、その児童の利益を侵害しているのが保護者である以上、当事者からの処遇の見直しの申立を待っているだけでは不十分。

→ 見直しの機会を、当事者たる児童や親権者の意見を聞く機会とすべき。そのために、見直しの頻度を法定し、相談所長の報告を徴集し、当事者の処遇環境をチェックする機会を設けるべきではないか。

3 終了時

・ 当該児童や親権者等が家裁の承認を取り消し、もしくは変更することを求める制度を設ける必要性

<質疑応答>

・ 前回の報告に比べ、日本の制度との比較、提言等が多くなっているが、そのぶんイギリスの制度（例えば親責任）を知らない者に対するもう少し詳細な説明（あるいは参考資料等）があってもよいのではないか。

・ イギリスにおける「3段階の手続き」のそれぞれの違いについて。

→ 「公式段階」の中心となるのは、地方当局の内部関係者。公式段階が、内部で事情を把握するための調査資料の収集等を眼目としているのに対し、「再審査段階」では、「パネル」に必ず1人以上の独立指名人が入るため、決定のプロセスにより第三者的要素が入る。その際、必要があれば、再審査段階でも新たな調査等が行なわれる場合もあるが、原則として公式段階で収集された資料や報告にもとづき、パネルによる協議が行なわれる。

・ 「事情の変更」というのは、具体的にどのようなケースを念頭に置いているのか。

→ さまざまなパターンが考えられるが、例えば、当該児童の非行がおさまりに、今いる自立支援施設での処遇が適切でなくなった場合などが考えられる。また、行政機関の裁量という点では、具体的な施設の変更の要求などが考えられる。日本の場合、同じ種類の施設同士で、具体的な施設を変更する場合、取消訴訟によらなくても、行政の決定の変更のみで可能である。ただし、その変更決定へのプロセスが現時点では必ずしも明確ではないので、これを明確にしていく必要がある。

・ 報告のなかで、柱となる部分が見えにくい。報告の力点はどこか、どのような視点で問題を分析するのかをもう少し明確にする必要がある。報告者の立場をもっと明確にしてもよいのではないか。

※ 本報告は、2004年社会保障法秋季大会における個別報告の最後のプレ報告として行なわれたものである。そのため、報告内容が当研究会の主題と必ずしも一致していないことを付記しておく。

2. 第2報告：長沼建一郎会員（日本福祉大学）

報告テーマ：福祉契約と人身損害に対する事業者側の責任—賠償責任保険をはじめとする保険スキームとの関係を中心に—

<質疑応答>

・事業者側の責任を単なる不法行為責任で問うのであれば、民法上の規定によればよいのであるから、わざわざ介護サービス利用契約書に損害賠償の条項を盛り込む必要もないのであるが、モデル契約書作成にあたり、ぜひ入れておいてほしい、と事業者側から要求があった、という経緯がある。そのような、事業者側のリスクマネジメントという観点から、今回の報告をお願いした。来秋公刊予定の本にも、本報告はそのような流れの中に位置づけられる。

・「法と経済学」における「分離均衡」と「一括均衡」（レジュメ8ページ）という用語について。

→ 一例を挙げれば、現在都内には、中途半端に値段が高く、あまりおいしくないコーヒーを出す喫茶店がやけに多いが、これを、大手チェーン店のように安いがそれなり、というのと、コーヒーにしては高いがとてもおいしい、という棲み分けをしてはどうか、といったこと、あるいは、投函したハガキが届かなくても、損害賠償はなされないが、高い料金を払って簡易書留にすれば賠償がなされる、といったように、リスクの程度に応じた棲み分け、といった程度の意味である。

・先ほど保険の上限額の話が出たが、逆に「下限額」が最近現場で問題となったことがある。すなわち、「〇〇万円以上の被害でなければ賠償をしない」といった条項である。実際の保険商品でも、通常下限が設けられると思うがどうか。特に、介護保険導入前のシルバーサービスの時代に比較的好くみられたようである。

→ あまり見たことはないが、民間の医療保険では問題となったことがある。

・一部にせよ、そのような免責条項はすべて不当条項に該当する、とする見解もあるが、そのように簡単にいくかどうか。また、損害額が確定してみないと、一部なのか全部なのか明確でない場合もあり、問題は必ずしも単純ではない。

・報告者が問題にしている「無過失事故の場合損害額ゼロ」の趣旨は、被保険者（事業者）にとって無過失責任は大変だから、ということなのか。

→ 両方ある。利用者側にしても、理由もわからず入所者が死亡したのに賠償が0円では納得がいかないであろうし、事業者側にしても、無過失であっても見舞金程度のものは出したいであろうし、その両方の趣旨である。そもそも法律的には、無過失なのになぜ賠償金を支払わなければならないのか、という問題があるが、介護の場合には過失無過失が区別できない場合も多い。それならばその区別にかかわらず、定額を支払ってはどうか、という提言である。

・結果を重視するというこの提言は、発想としてはおもしろいのではないか。もともと従来の民法の議論は過失責任主義に偏りすぎているきらいがあるし、保険責任であるから、一部は民法上の不法行為などの議論と重なる部分もあるが、まったくイコールではなくてよいのではないか。利用者にとっても事業者にとってもメリットがあると思う。

・このモデルは、すべての事業者に対して強制的に適用されることを想定しているのかどうか。任意加入か、強制適用かによって意味合いが異なってくるのではないか。

→ この点については迷ったところであるが、仮に司法判断というものが軽過失ないしは

無過失と、重篤な過失とを明確に区別するようになれば、強制加入でなくとも自腹でも事故保険等でもよいのではないか、という印象をもっている。

※報告は以上で終了し、第21回の研究会を10月8日（金曜日）と決定し、散会した。なお、第21回福祉契約研究会は、ドイツから招へいたドイツ人研究者・実務家2名との懇談を予定していること、懇談のテーマは「介護の質」であることが、本澤会員からアナウンスされた。

（4）第22回福祉契約研究会

日時：2004年11月26日（金）18：00～21：00

場所：明治大学駿河台校舎アカデミーコモン308A教室

記録者：脇野幸太郎（明治大学大学院）

報告者：三輪まどか会員（横浜国立大学大学院）

報告テーマ：福祉契約と契約当事者（利用者側）—全体の素描

I 問題の整理

（1）当事者は誰か？

介護保険法上の契約当事者＝「要介護認定を受けた被保険者」

…意思能力・行為能力に欠ける場合が少なくない

→ 本人の意思によらない家族の代諾

「誰のための制度であり、どういった目的の制度であるのか」

（2）福祉契約とは何か？—福祉契約の特質

II 福祉契約と契約当事者

（1）関係の整理

（2）現行の議論

（3）比較検討

医療契約——「生命そのもの」を対象⇔介護——「日常生活」を対象

→ 専門性、緊急性等の根拠の異同につき、別途検討を要する。

保育——本人が「未成年の子」

→ 意思能力のない本人と家族との関係を考慮する場合に、比較対象となることが考えられる。

有料老人ホーム

→ より契約の世界に近いという点で、比較対象と考えられる。

III 結論（方向づけ）——福祉契約における当事者をどう考えるか？

<質疑応答>

・ 民法の人たちは、準委任契約だとか、いろいろな分類をするだろうが、福祉契約自体は、新しい非典型パターンの混合契約であろう。目指しているのは、金銭に関わるものではない。

実態調査（福祉契約研究会の若手メンバーを中心として実施されている、都内指定介護事業者に対する契約書サンプリング調査、アンケート調査、訪問聞き取り調査を指す）——議

事録作成者注)の結果を反映してはどうか?本人が書くものもあるが、家族が勝手に署名しているものもある。署名した家族が「署名代行欄」に署名捺印するものもある。

→ 確かに調査によれば、そういったものが、見受けられる。

・ お互いの意見が反する場合、どうするか?というのは障害者の問題でも同様。今回は障害者の問題は抜けているが、障害者も含めても良いのではないか。

→ 対象については、もう少し検討したいと思う。

・ いろいろな契約、実態を見る必要がある。人間関係を整理するという感じでいいのではないか。

→ その方が、他の先生方との執筆を考慮しても、書きやすいと思う。

・ 医療契約との比較については、どのように思われるか?(報告者から会場への質問)

→ 医療契約との比較については、机上の空論になりがちであるので、対比して書くのはやめた方がいいと思う。これから、福祉契約という議論をしていくのであれば、従来型の議論の積み重ねでは、意味がない。それよりも、実態を把握して、それをベースに理論構築した方が、従来にないアプローチができて、よいのではないか。

(5) 第23回福祉契約研究会

日時：2005年1月15日13:00~17:30

場所：明治大学アカデミーコモン310A教室

記録者：大窪高志(早稲田大学大学院)

1. 第1報告：長谷憲明会員(関西国際大学)

報告テーマ：今回の介護保険見直しに関して一事業者サイドから見た改正の動向とその考察

現在東京でNPOの運営に関わっているが、今回の改正については、ビジョンが見えてこないということで、事業者側はかなりの危機感を持っている。このことは大手の事業者でも同じで、そのため、得意分野を特化していこうという動きが見られる。例えばコムスは「住宅重視」、ニチイは「アジア戦略」など。新たな体系の中でどのように生き残っていくか、経営規模に関わらず、事業者はそれぞれ考えあぐねている。

今回、国が出している改正の方向のベースには勿論財政論がある。基本的な方向性は「負担を増やして総事業費を減らす」というもの。しかし、財政論だけを出しても仕方がないということで、「制度体系の見直し」と「質の改善」というキーワードを出している。

例えば「事業者の情報開示の標準化」について議論が行われている。しかし、援護局と老健局とで見解が異なっていたりする。このあたりを見るにつけ、今、厚生労働省のビジョンが明確でないことがわかる。

また、ケアマネの見直しが議論されている。例えば、「主任ケアマネの創設」など。厚生労働省としては、この主任ケアマネに普通のケアマネを指導させたり、独立型の事業所に必置とすることを考えているようだが、これが「サービスの質の向上」に本当につながるのか、はなはだ怪しい。

この主任ケアマネの要件として5年の実務経験というハードルを設けるそうである。し

かしケアマネの技量というのはただ年を重ねればつくというものではなく、ある意味、5年やっても、10年やっても、駄目な人は駄目で、むしろ「ケアマネとは『技術』なのだ」という認識に立って、きちんとした人材を育てることが必要ではないだろうか。

筋力トレーニングなどを想定した「予防給付」なるものや、老健事業の廃止を見込んで移行させようとしている「地域支援事業」なるものも作ろうとしている。しかし、これらの事業で、どこまで「介護の質の向上」が図られるのか、これまた、はなはだ疑問である。医療と介護の関係も見直しに挙がっているが、医師会の力が強すぎる。医師会が「NO」というと、何も動かなくなってしまう。事業者間でも「医療系」と「福祉系」の仲は悪い。(あくまで個人的な意見であるが) 医師は「治療」や「リハビリ」を念頭に高齢者介護を考えることが多いので、介護保険利用者の生活総体を考えて動いている人材が少ないように思える。

要介護度の見直しも行われる。例えば、現在の「要支援」と「要介護1」については、「新予防給付」に移行するという。

市町村の「保険者機能」強化も謳われている。そうすると当然、今後ますます市町村の財力や能力が問われてくる。しかし、介護保険に精通している人材が多く自治体で不足していること考えると、高齢者福祉をめぐる「ヒト・モノ・カネ」の自治体間格差は、今後広がる一方であろう。特に小さな市町村の多くは、今回の改革の流れに、のれない可能性が非常に高い。

2. 第2報告：根岸忠会員（上智大学院）

報告テーマ：介護従事者の労働条件規制－ホームヘルパーの労働時間・労働災害をめぐる問題に焦点をあてて－

介護労働者をめぐる問題にはいろいろな論点がある。そもそも労働者に当たるのかどうか、労働環境がどのように守られるべきか、あるいは異性による介護時などのセクシャルハラスメントの問題等々。

この分野は大場教授がパイオニア的に研究なさっているが、今回はホームヘルパーの労働時間や労働災害をめぐる問題に焦点を当てて、いくつかの独自の考察を試みたい。

まずは、介護従事者の地位の問題。「契約形式による分類」を行うならば、①雇用、②(準)委任、③職業紹介、④派遣、などに分けられるだろう。

また「就労形態による分類」を行うならば、①正社員、②常勤、③非常勤（特に「登録ヘルパー」の問題で出てくる）に分けられる。

さらに「就業実態による分類」を行うならば、①事業所に一度集まるケース（事業所集合型）、②自宅から現場に直接行くケース（直行直帰型）、③その他「中間型」とでも呼ぶべき、事業所を何らかの形で経由して現場に向かうケースなどが考えられる。

労働者性判断の基準や労働時間（すなわち『何』の『どの部分』が労働時間に当たるのか）などをめぐる問題も、介護労働者の場合、理論的検討がほとんどなされておらず、今後十分に検討されなければならない。

例えば、現場から現場へ移動に要する時間を労働時間と見るかどうかなどは、大きな論点となるであろう。

「福祉契約」との関係でも、「介護従事者の労働者性」をめぐる問題は重要な論点にな

りうる。なぜならば、「質の高い介護サービス」を確保しようとするならば、きちんとした一定の労働条件も確保されるべきであるし、当然、介護労働に従事するも者としての法的責任問題も出てくるからである。

このように、労働者自身の不法行為責任や使用者責任、それらにまつわる求償の問題等を介護従事労働者の「労働者性」や「労働者としての安定性（不安定性）」との絡みで考えることは、「福祉契約」研究の上でも重要である。

例えば、福祉労働にありがちな「細切れ労働」などが、「労働者としての不安定性」としてどこまで認識できるかなど、多くの重要な論点が、未だ解明されていない。

介護保険の介護報酬との関係で、移動の費用を入れるか否かといった問題も出てくるだろう。介護報酬に移動費用を含めることで介護労働従事者の「労働者としての安定性」が増し、その結果、反射的に利用者は「質の高い介護サービス」を受けることができる、といった議論も出来得るのではないだろうか。

（6）第24回福祉契約研究会

日時：2005年3月5日（土）13：00～17：00

場所：明治大学リビティータワー19階119F教室

記録者：大窪高志（早稲田大学大学院）

1. 第1報告：品田充儀会員（神戸市外国語大学）

報告テーマ：介護事故における事業者の損害賠償責任

介護事故において事業者側の損害賠償責任を問うという場合、民法規定上、「不法行為」と「債務不履行」の両方から立論することができる。

民法709条の適用に関していうと、実行行為者の故意・過失と事業者の責任関係ということが問題になる。被害者は両方を訴えることができるが、現実には事業者が責任を追うことになる。その際問題になるのは、事業者の過失をどのように証明するのかということである。

民法715条の適用に関しては、使用者責任ということで、事業者の監督義務を問うことができる。しかし但書にあるとおり、「相当な注意を払った場合における免責事由」の解釈が問題となりうる。

民法717条の適用に関しては、占有者たる事業者の責任を問うことになる。しかし、占有者が被害を防止する適切な措置を講じていたにも関わらず、被害を被ってしまった際は、但書のとおり所有者の責任を問うことができる。この場合、例えば社会福祉法人が賃貸で建物を借りて事業を行っていた場合などにおいて事故が起きた際、この717条の厳格な解釈を前提に行うと、「介護サービス提供事業者ではない『建物所有者』」の責任などが問われる場合もありうる。

民法415条の適用に関しては、債務不履行責任・安全配慮義務違反という観点から事業者責任を問うことになる。しかし周知のとおりだが、この条文の適用に当たっては、契約の存在がまずは前提となる。ゆえに、「介護サービス利用契約」における安全配慮義務というのは、実務上あるいは法理上、どのような形で生じるのかということが問題となる。

一般論として債務不履行の形態は、「履行不能」「履行遅滞」「不完全履行」という3つの形があるが、介護事故の場合にはほとんどが「不完全履行」のケースになると思われる。となると、「介護サービス利用契約」における「債務の完全履行」とはどのような状態を言うのか。それが最大の問題となる。

以下、その問題について検討する。

事故が起こらなければ「完全履行」であり、事故が起こればそれ自身で「不完全履行」となるのかどうか言えば、そうではないだろう。ゆえに、「完全な履行」を図る手法や基準は何になるのかが問われる。

介護事故に関する判例動向は、近年、蓄積をみることとなった。それらを分析すると、「完全履行」や「不完全履行」の判断材料・判断基準のパターンは、何類型が存在することに気づく。

また国井教授の説によれば、ほとんどすべての介護事故は「安全配慮義務違反」を構成することができるという。そうすると、限りなく「無過失責任」の考えにつながるようになると思われる。

しかしこの論をとると、事業者側は「より低いリスク」をとりたいがために、例えば、入居者の自由を奪う（ベッドへの身体拘束など、あるいは必要以上の薬物投与など）行動に出るなどして、「見えないところでの人権侵害」などが、かえって起こりやすくなることも考えられうる。また訴訟が頻発する要因にも、つながりかねない。

そうすると、介護保険制度全体の持続的な運営・発展という点を踏まえ、介護事故にかかる債務不履行に関して考察検討するならば、いま少し学術的に丁寧な議論が必要ではないだろうか。

そのような観点で介護事業者の安全配慮義務を考えると、例えば、雇用契約下での事故、学校事故、医療事故などとの比較を通じて、介護事故における事業者の安全配慮義務の範疇やその判断基準がより明らかとなるだろう。そしてその結果、事業者と利用者の両方に配慮した法理の検討・形成が可能になるであろう。

その流れで今ひとつ指摘したいことは、裁判実務に携わる法律家（特に裁判官）が社会保障制度の成り立ちや、公的保険というものの理念（法理念）に、さほど通じていないという事実である。すなわち、一般的な民法法理をのみを以て「裁判で勝った負けた」という類の話で片付いてしまっているケースが多いように見受けられなくもない。

この点、やはり、「社会保障とは何か」、「公的介護保険制度とは何か」といったことを、歴史的背景、諸外国の社会保障制度、福祉現場の実態等を踏まえて攻究している社会保障学者には、（ある意味、自らの存在意義や使命ゆえに）これら介護事故にまつわる事業者の安全配慮責任につき、「より学問的な」検討が、今まさに、求められているのではないだろうか。

2. 第2報告：新田秀樹会員（大正大学）

報告テーマ：支援費制度—支給決定における行政（司法・立法を除いて残った行政としての市町村）の責任

措置から契約へという流れの中で、障害者（児）に関する各種の社会福祉サービス制度も変わった。

今回は、支援費制度に基づく支給決定にかかる市町村の行政責任を、法理に基づき、構造的に把握することを試みたい。なお、障害者に関する法律は、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法、児童福祉法など、いろいろあるのであるが、ここでは、身体障害者福祉法にある居宅支援を念頭に論じる。

また支援費制度そのものは、平成 15 年から始まったばかりの制度だが、早くも財政的な問題を主たる原因として行き詰まりかけている。しかし、その現況や実務上の経緯はここではさて置いて論じることとする。

市町村が行う支給決定により、支援費の支給期間、支給内容、支給量などが決まる。これは周知の事実だが、では、この支給決定によって生じる「行政責任」とは何か。

様々ある議論を整理すると、まずは一番大枠的なところで、法的責任、社会的政治的責任等、いろいろな文脈・方法論で「責任」論が語られていることに気づく。論者や論じ方によって、「責任」という言葉の使われかたや概念はかなり変わってくるのである。

そのことを踏まえた上で、「行政責任」という言葉の中の「行政」という言葉にこだわって、主体や範囲・内容を考えるならば、何がどう論じられるのであろうか。

まず、主体は、「社会的に何らかの支援を必要としている人」に対して、サービス提供を行っている「市町村」であると言っていると思う。

また範囲や内容については、介護保険の場合などを考えると、市町村は、利用者と事業者間で結ばれた契約に基づく責任を負っていることも考えられるし、また保険者としての責任を負っているとも考えられる。しかし、ここでは、さしあたり、それら二つを除いたときに残るであろう「行政責任」について考えたい。

そのように範囲限定した場合、まず、支援費制度において行政が負っている責任として考えられるのは、「制度に定められたサービス内容に基づいて、行政が利用者に対して行った支給決定内容の範囲で、利用者と事業者が結んだ契約に基づくサービスを具体的に一定の質で実施する責任」ではないだろうか。例えば、事業者サービスの「質の確保」のための監査や、利用者の権利擁護などもここに入ってくるだろうか。

また、そもそも契約という範疇では捕らえきれない、あるいは契約という概念になじまない種類のサービスなどの、直接的なサービス提供責任（生活保護によるサービスや、「措置」として残っているサービスにおける責任）も、「行政責任」として、支援費制度に極めて近い位置で（？）存在しているだろう。

ここで一つ考えたいのは、「代理受領」の「代理」という言葉である。健保法以来、介護保険、支援費でも使われている概念。

すなわち、支給決定が決まると、利用者と事業者と契約を結び、事業者は代理受領ということで市町村から利用料等の支給を受けることになるが、ここで言う「代理」とは、「誰が誰に対して代理している」のかが、実は明らかでない気がする。

私見では、利用者と事業者が結んだ契約に基づいて、利用者が支払うはずお金を、市町村が「代理して」事業者を支払っていると、読めなくもないと思う節もある。

いずれにせよ、「措置から契約へ」のスローガンの下に給付システムが全面的に変わったと解するべきではないだろう。行政が「必要とされている福祉サービス」を確保する「公的責任」を果たすためのツールとして「契約」という手法が採用されたのであり、その意味において、支援費支給決定における「公的責任」あるいは「行政責任」の質は、措置制