

福祉契約の行政法学的分析

原田, 大樹
九州大学大学院法学府博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/2311>

出版情報 : 法政研究. 69 (4), pp.109-150, 2003-03-20. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

福祉契約の行政法学的分析

原田 大樹

はじめに

I 社会福祉構造改革と福祉契約

一 福祉契約導入の背景

二 福祉契約の具体例と役割

三 民事法による対応とその限界

II 福祉契約を支える行政過程

一 給付決定の法的性格と機能

二 利用者の選択権保障システム

III 福祉契約統制論の日独比較

一 行政主導型内容形成—日本法

二 合意型内容形成—ドイツ法

三 比較法研究の総括—ドイツ法からの示唆

おわりに

はじめに

一九九〇年代に入って我が国では、社会の数多くの分野で既存のしくみの制度疲労が顕在化し、これまでにないスピードで制度改革が進んでいる。こうした流れは、「行政法一般理論に対する重要な素材の提供の場」⁽¹⁾である社会福祉法にも認められる。戦後の福祉サービス給付の中核的なしくみであった措置制度に代わって、利用者がサービス提供者と契約（以下「福祉契約」という）を締結し、サービスを利用するしくみが導入されたのである。すなわち、給付内容を行政の職権処分ではなく福祉契約により決定することで、利用者の選択権やサービス内容形成権が制度上保障された。また、行政が現物給付義務を負うしくみが保育所分野を除き撤廃され、行政の役割はサービス利用にかかる費用の保障に限定された。これに加え、新しい成年後見制度の導入や消費者契約法の制定により、契約を支える民事ルールも準備された。こうした「措置から契約へ」の構造改革に伴い、福祉法は行政法中心から民事法中心へと転換したとの見方が示されている。⁽³⁾

しかし、詳細に分析すると福祉契約の周辺部や内部には行政法的しくみが多く投入されていることが判明する。そ

ここに見られる手法は行政法学の一般理論から見ても注目すべき特色を持っており、福祉契約の導入によって福祉法はこれまで以上に行政法学の参照領域としての価値を高めているとさえ言える。このような状況変化に対し、従来の行政法学の取り組みを振り返るならば、行政行為である給付の決定の分析はなされてきたもの⁴、福祉契約の法的特色の解明はなお十分には行われていない。そこで本稿では、福祉契約を行政法学の立場から分析し、このような行為形式の進展が行政法総論にどのような変革を迫るものであるのかも合わせて考察対象とすることとしたい。

問題の検討にあたり、本稿ではドイツ法との比較を行う。その理由は第一に、社会保険が重要な役割を担っているドイツの社会保障制度の基本構造が我が国に類似し、本稿の考察の対象である福祉分野では両国とも介護保険のしくみを持つているという共通性があることである。第二に、ドイツでは以前から福祉分野において利用者と提供者との契約を中核とするシステムを採用しており、この点に関する実定法や判例が存在していることである。このため福祉契約の法的性格や制度設計の比較検討に際して多くの手掛かりが得られると考えられる。

本稿は次の順序で福祉契約の分析を行うこととする。ま

ず、社会福祉構造改革の背景及び理念と福祉契約に期待されている役割を明らかにした上で、今回の改革と同時期に整備された民事ルールでは対応できない福祉契約上の問題が存在することを指摘する（Ⅰ）。次に、福祉契約は単体として機能しうるのではなく、それを支える行政過程の中に組み込まれて初めてその役割を果たすことができるものであることを示す。具体的には、福祉契約締結の前提であり、契約内容の枠組を規定する機能を持つ要介護（要支援）認定や支援助費支給決定（以下「給付決定」という）のしくみと、利用者の選択権を保障するためのシステムを扱う（Ⅱ）。その上で、福祉契約に対する法的規律手法の分析をドイツ法との比較により行う。我が国において契約内容の形成に対して大きな役割を果たしているのは行政基準である。これに対してドイツでは、利用者と提供者との関係と、利用者利益を代表する組織と提供者組織との関係の二つのレベルで、合意によりサービス内容を形成するしくみがみられる。両国のしくみの比較を踏まえ、日本法において利用者中心の給付システムを実現する方策を検討する（Ⅲ）。最後に、福祉契約の行政法学的分析の結果をもとに、その行政法総論上の意義にも言及し、今後に残された課題を整理することとしたい（おわりに）。

(1) 塩野宏「社会福祉行政における国と地方公共団体の関係」同『国と地方公共団体』(有斐閣・一九九〇年) 一二七頁〔初出一九八四年〕。

(2) 社会福祉の概念については、社会保障法学の体系論とも関係してさまざまな把握のしかたがある(体系論の現状につき参照、岩村正彦『社会保障法Ⅰ』(弘文堂・二〇〇一年) 一六頁以下、河野正輝『社会保障法の目的理念と法体系』日本社会保障法学会編『二世紀の社会保障法』(法律文化社・二〇〇一年) 二二頁以下)。本稿では、自立して生活することが困難な人々に対し主として人的サービスを提供するしくみにかかわる法を広く社会福祉法と捉え、考察を行うこととしたい(同旨、荒木誠之『社会保障法読本』〔第三版〕(有斐閣・二〇〇二年) 一八〇頁)。

(3) 参照、本澤巳代子「成年後見と介護保険」民商法雑誌 一一二巻四〇五号(二〇〇〇年) 五五六頁。

(4) 太田匡彦「権利・決定・対価(一)〜(三)」法学協会雑誌(東京大学) 一一六巻二号(一九九九年) 一八五頁以下、三号三四一頁以下、五号七六六頁以下は法的仕組みに即した給付決定の分析を進めた意欲的な理論研究である。同論文では我が国の社会保障法及び行政法の学説が詳細に検討され、それを踏まえた行政法一般理論の再検討が試みられている。

I 社会福祉構造改革と福祉契約

一 福祉契約導入の背景

(1) 措置制度の成立と展開

措置制度の起源は一九二九年の救護法に求められる。同法では市町村長に救護義務を課し、養老院等の救護施設に被救護者の収容委託(救護法一三条)を行うしくみを規定していた。地方長官の認可(同法七条)を得て私人が設置した施設に救護委託する場合に必要な費用は市町村の負担とされた(同法一八条)。救護法の適用を受けた施設は少数であったと思われるが、それでも今日の措置制度にかなり近いしくみが戦前の段階で既に登場していた⁽⁵⁾。

戦後、GHQは軍国主義の解体を目的として、扶助を軍人援護団体や民間社会事業者に行わせるのではなく、政府が直接実施することを要求した⁽⁶⁾(公私分離原則)。さらに憲法八九条は公の支配に属しない慈善事業に対する補助を禁止した。このため一九五一年に制定された社会福祉事業法では五条一項で国が社会福祉事業者に責任を転嫁することを禁止し、公的福祉と民間福祉との分離を図った。一方で一九四六年の生活保護法でも踏襲された保護委託は、委託という法形式をとることで民間による事業の実施が公に

よる実施と同視されることとなる一方で、行政が正当な対価を払って社会福祉事業者からサービスを買い上げているのであるから公私分離原則に違反しないことが確認された⁷⁾ (社会福祉事業法五条二項)。社会福祉の共通事項を規定する同法にこうした規定が置かれたことで、救護法以来の委託のしくみが社会福祉一般に拡大する可能性が開かれた⁸⁾。

一九六〇年の精神薄弱者福祉法(現・知的障害者福祉法)制定や一九六三年の老人福祉法制定の頃から、給付対象者が拡大する傾向が見られるようになる。低所得者を中心とする福祉施策という立場は維持され続けるものの、障害等の程度によつては所得と関係なく福祉サービスを必要とする知的障害者や高齢者の存在が法律上位置づけられた⁹⁾。措置制度はその後、今回の改革までその基本構造を変化させずに存続してきた。すなわち、サービスを必要とする人に対して行政が職権処分により給付内容を決定し、サービスは行政が直接給付するか、社会福祉法人等に措置委託して提供を行う。その費用は本人またはその扶養義務者からその所得に応じて負担金を徴収し、残余を租税財源で賄うという構造である。

(2) 措置制度の問題点

措置制度に対しては、福祉の公的責任を十全に果たすし

くみである(はずである)とする肯定的な評価とともに、次の三点にわたる批判がなされてきた。

① 要援護者の措置請求権や措置申請に対する行政の応諾義務を行政実務は否定していた¹⁰⁾。その理由は、措置決定が生活保護決定とは異なり職権処分の性格を持つことに求められる。児童福祉法施行規則や「社会福祉法人又は心身障害者福祉協会の設置する施設への援護委託制度の運営について」(昭和三五年一〇月一三日社発六三二二号)では要援護者やその家族が行政に対して申請を行うとされていたものの、それは職権発動の端緒となるにすぎず、行政に応諾義務は課されていないとされていた¹¹⁾。ではなぜ手厚い法的保護がなされるべき受給者に対して、救護法以来のしくみが維持されていたのだろうか。これを正当化しようとすれば、その根拠は第一に、福祉サービスの対象である児童・高齢者・障害者に法的な意味での行為能力がない、あるいは不十分であることに求められる。こうした人の世話をすべき立場にある人が適切な申請をしなければ対象者の福祉が実現されないため、公の責任である福祉の措置を申請に依存させてはならないと考えられたのかもしれない。第二に、措置請求権を法律で認めたとしても、一般財源を用いて給付を実施することに起因する財政上の制約から、希望

者全てにサービスを割り当てることは不可能であった。¹²

② 措置制度では提供されるサービスの内容は行政が一方的に決定するしくみとなっていた。その背景には、専門的知識を持つ行政が効果裁量や選択裁量を適切に行使してサービスを決定することが本人にとって最も幸福であるはずという発想がある。換言すれば福祉の措置の内容を行政が一方的に決めることができることにこそ行政行為を中核とした福祉サービス提供システムの真髓があった。¹³ しかしこのことは、提供者の選択や給付内容の形成に本人の意向を反映させることができないという帰結をもたらした。

③ サービスの提供は行政直営で行うことが公私分離原則からすれば望ましいはずであるが、実際には社会福祉法人等への措置委託がなされることも多かった。この場合、社会福祉法人は行政の受託者として受託業務を適正に管理していればよかった。逆に利用者に応じて個性的なサービスを提供したり、費用対効果を高めたりしようとする場合には、施設の最低基準¹⁴を満たすように設定された措置費国庫負担基準が多くの自治体で一律にそのまま適用されることや、措置費の使途が委託業務の実施に限定されることが阻害要因となった。さらに、施設サービスでは建設の際に国庫補助が必要とされたため、¹⁵その供給量は国家予算に依存

することとなった。こうしたことから、提供者内部での競争状況を生み出せなかったのである。

二 福祉契約の具体例と役割

(1) 社会福祉構造改革とその共通理念

右のような問題の解決を図ったのが社会福祉構造改革であった。まず一九九四年一月の保育問題検討会報告書¹⁶が措置制度の存続案とならんで保護者と保育所との直接契約方式を提言し、最終的に一九九七年の児童福祉法改正では保護者と市町村との契約のしくみがとられた。続いて一九九五年七月の老人保健福祉審議会¹⁷の中間報告では高齢者介護の費用保障方式として社会保険方式を用いることが提言され、一九九七年には介護保険法が制定された。さらに一九九八年六月には中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会¹⁸の中間まとめにおいて障害者福祉における利用者⇄提供者間契約と公費助成のしくみ(支援費方式)への転換が提言され、二〇〇〇年の社会福祉事業法等改正により二〇〇三年度からの実施が予定されている。これらは先に指摘した問題に対して次のような対応を試みたものである。

① 措置の権利性を否定する最大の要因は措置決定が職権型の行政行為であることにあった。そこで今回の改革では

行政による給付の決定行為を申請型の行政行為に変更して、行政に応諾義務を課すことが共通して行われた。また高齢者については財政方式を社会保険方式に変更することによって安定的な財源を確保し、⁽¹⁹⁾ サービス量の拡大を狙うことにより受給権の強化を図った。

② さらに、従来の措置決定が担っていた給付の必要性の認定と給付内容の決定という二つの機能を分離し、⁽²⁰⁾ 前者を申請型の行政行為に、後者を利用者と給付提供者との間の契約に変更した。自己決定権の尊重やノーマライゼーションの考え方を背景として、⁽²¹⁾ どの提供者からどのような内容のサービスを受けるかの決定権を利用者に認めたのである。また高齢者・障害者については、上乘せ・横出し給付を認めるため、行政がサービスを現物で給付する義務を負う現物給付原則を改め、現金給付方式が採用された。こうしたしくみは一九三八年の職員健康保険法以来、医療保険分野の一部でとられており、特に特定療養費制度（健康保険法八六条等）との目的上の類似性が、介護保険・支援費方式への応用の背景にあつたと考えられる。⁽²³⁾

③ 利用者に対する現金給付へと方式を変更したことにより、提供者が受け取る公的資金の性格は委託費からサービスの対価へと変化した。このため措置制度下で存在した措

置費の使途制限が撤廃されて提供者側には経営上の工夫の余地が大きく広がり、提供者間競争の前提条件が整った。さらに提供者の参入規制の緩和も競争状況の実現に大きな役割を果たすと考えられる。今回の改革でも施設サービスについては、事業の永続性確保の観点から⁽²⁵⁾ 社会福祉法人以外の民間法人へは原則として開放されていない。しかし、居宅サービスへの民間法人の参入が認められ、いわゆる介護ビジネスが脚光を浴びることとなった。とりわけ介護保険については、かつての国民健康保険のように、社会保険方式そのものの市場創出効果によるサービス増加が期待されている。⁽²⁶⁾ また一九九八年に制定された特定非営利活動促進法（NPO法）も、サービス提供者確保策の一つである。介護保険・支援費方式の指定事業者となるためには法人格が必要であり、従来社会福祉法人になれなかった市民活動組織に対してもNPO法は法人格を付与しうるのである。⁽²⁷⁾ こうした利用者の選択による公的資金配分のしくみと参入規制の緩和によるサービス量の増大により、福祉サービス提供者の間に競争原理を働かせ、質の向上を図ろうとしているのである。

(2) 福祉契約の具体例

福祉サービスの給付を目的とする契約を福祉契約とする

ならば、社会保障と無関係に成立する有料老人ホーム入居契約や認可外保育施設との保育契約などもこの中に含まれる。しかし本稿は今回の改革によって登場した福祉契約を素材に契約と行政法システムとの連携を分析することを目標とするため、こうした契約は考察の対象から除外した。以下では今回の構造改革で登場した三つの契約を主要な対象とすることとしたい。

第一は、保育所入所契約である。児童福祉法二四条一項は、保護者の監護すべき児童の保育に欠けるところがある場合で保護者から申込みがあったときに、市町村に保育サービスを現物給付する義務を課している。そして市町村が保育に欠けることを認定した場合には、市町村は原則として保護者の希望する保育所に入所させ、それが公立保育所でない場合には当該保育所と保育の実施委託契約を締結する。ここでは、保護者の申込みを受けて行われる保育に欠けるかどうかの認定行為と、保護者の希望する保育所で市町村が保育の実施をする契約関係が結合している。²⁸⁾

第二は、介護保険サービス利用契約（介護契約）である。介護保険サービスを利用するためには、市町村の要介護認定（介護保険法二七条）を得る必要がある。認定を受けた利用者は指定事業者との間で介護契約を締結し、介護保険

サービスを利用する。費用の一割は利用者が直接事業者に支払い、残りは市町村が指定事業者を支払う（代理受領方式）（同法四一条等）。保育所入所契約の場合と異なり、行政に現物給付義務が課されているのではなく、行政の役割はサービス費用を保障することにある。また給付決定と福祉契約の当事者が異なる場合が多いので、サービスの必要性の認定判断と利用するサービスを決定する法的行為との分離が明瞭である。

第三は、支援費方式に基づく契約（障害者福祉契約）である。支援費方式によるサービスを利用するためには、市町村の支援費支給決定を受ける必要がある（身体障害者福祉法一七条の五等）。決定を受けた利用者は指定事業者との間で障害者福祉契約を締結し、サービスを利用する。その費用は、応能負担原則により支援費支給決定で定められた額を利用者が事業者が直接支払い、残額を市町村が事業者を支払う（同法一七条の四・一七条の五等）。

このように、今回の改革により登場した福祉契約の中には保育所入所契約のように行政の現物給付原則を法律上維持し、利用者側と行政とが契約を締結するものと、介護契約・障害者福祉契約のように行政の役割を費用保障に変更し、給付決定と契約関係を完全に分離しているものがある。

ある。本稿では後者を検討の中心としたい（以下「福祉契約」は介護契約・障害者福祉契約の意味で用いる）。その理由は、この方式の利用範囲が広いことに加え、職権処分から利用者と提供者との契約へとドラスティックに構造が変化しているため、法的に検討すべき課題が多いからである。すなわち前者では保護者の養育義務を前提に、保護者と市町村との間の契約により家庭の保育機能を外部化するしくみになっている。これに対し、後者は高齢者・障害者を介護する家族の存在を給付システム上は重要視せず、本人が権利擁護システムの助けを借りて契約を締結するという自己決定重視のしくみをとっている。また保育所入所契約よりも介護契約・障害者福祉契約の方が、利用者に認められる給付内容形成の自由度が高い。このような差異を前提とすれば、より高度な利用者利益保護のしくみが求められる後者の方が検討の対象として適切である。

(3) 福祉契約の役割

それでは、今回の改革において福祉契約にはどのような役割が期待されているのだろうか。第一は、利用者のサービス提供者選択権を法的に承認することである。伝統的には効果裁量を強調してきた措置決定のしくみを変革し、提供者選択の自由や給付内容形成権を利用者に保障する法形

式が福祉契約である。第二は、利用者と提供者との関係を法的意味で対等とすることである。措置制度の下では提供者は行政と一体であり、利用者と提供者との関係は対等とは言いが難かった。ここに契約を導入することにより、利用者と提供者とが対等な法主体として位置づけられることとなった。第三は、給付内容を利用者と提供者との間で形成・確定することである。福祉契約により確定されたサービスに不履行があった場合には利用者は民事訴訟によりその履行を請求することができる。また福祉契約には事故の場合等の責任分担を予め明確に規定しておくことで、提供者側のリスクマネジメント²⁹⁾を促進する効果も認められる。

三 民事法による対応とその限界

社会福祉構造改革とほぼ同時期に、民事法では新しい成年後見制度と消費者契約法という福祉契約に密接に関連する重要な立法がなされた。しかしいずれも福祉契約の利用者利益を保護する観点からは十分な対応策ではない。

(1) 成年後見制度

一九九九年に成立した新しい成年後見制度は、社会福祉構造改革に対応する基盤整備の意味も持っている。中でも多くの利用が予想されるのは、法定後見に新たに加えられ

た補助と、本人が任意後見人と契約を締結し、その権限や事務を全て契約で決定する任意後見である。また新しい成年後見制度では法人後見人も許容された(民法八四三条四項)。そこで社会福祉協議会、弁護士会等が後見人を提供する組織をスタートさせている。⁽³⁰⁾

それでは、成年後見制度は福祉契約の締結のために利用されているのだろうか。最高裁判所事務総局家庭局によれば二〇〇一年度の後見・保佐・補助開始及び任意後見監督人選任事件申立件数(合計一一〇八八件)に占める介護保険契約締結を動機とする事件の割合は二・二%である。⁽³¹⁾ 成年後見制度の利用を妨げている原因として考えられるのは費用、時間、裁判所での手続であろう。⁽³²⁾ 成年後見制度が使いやすいものとならない限り、第三者のためにする契約や本人名での契約が用いられている現実を一概に批判すべきではない。また、もともと成年後見制度は高齢者等の財産管理制度の色彩が強く、⁽³³⁾ 新しい成年後見制度で身上等への配慮(同法八五八条等)が規定されてからも右の性格は変わっていない。現状では成年後見制度は福祉契約利用者の行為能力を補完するという、利用者支援として最低限の内容しか持たないのである。

(2) 消費者契約法

福祉契約の利用者は消費者法にいう消費者に位置づけられる。二〇〇〇年に成立した消費者契約法の制定の背景となったのは従来の行政規制中心に対する反省である。業法規制は個別業法が制定されていない分野では対応ができないこと、業法違反により直ちに民事法的効果が発生するわけではないこと、規制緩和の進展で事前規制から事後チェックに転換する方向性が示されていることから、消費者契約に関する包括的民事ルールが必要とされたのである。⁽³⁴⁾

消費者契約法は契約締結過程に対する規制と契約内容に対する規制から構成されている。契約締結過程に関して消費者契約法は、事業者の説明努力義務と消費者の理解の努力を規定し(同法三条)、消費者側に不当勧誘・困惑に基づく契約の申込又は承諾の意思表示の取消権(同法四条)を認めている。例えば事業者が介護保険給付対象かどうかについて不実告知をした場合には、⁽³⁵⁾ 消費者契約法により意思表示の取消が可能であろう。一方、契約内容規制として消費者契約法は、任意規定の適用と比較して信義則に反するほど消費者の利益を害する条項を無効とする条文(同法一〇条)を置いている。これを用いれば利用者に不利となる契約条項を一定程度無効にできるだろう。

しかし、消費者契約法による契約規制は福祉契約にとってなお十分ではない。第一に消費者契約法は消費者契約に共通する最低限度の民事的規制立法であり、福祉契約に特化したものではない。このため福祉契約に特有のニーズ、例えば事業者側に対する情報提供義務の徹底、契約期間、事業者側による契約解除事由の制限等についての規定は何もない。第二に消費者契約法のような民事ルールは裁判規範としての性格が強く、裁判で争うまでは救済されるかどうか不明確である。しかも福祉契約における利用者は訴訟を行うだけの余裕がない場合が多い。第三に、消費者契約法では、被害が発生するのを待ってからの事後的対応にならざるを得ない。しかし、福祉契約は提供者側の不履行が利用者の生命や身体に直接影響し、かつ特に施設サービスでは提供者を容易に変更できないから、事前予防的な措置が不可欠であろう。³⁶⁾ 以上述べた点を整理するならば、費用保障以外にも福祉契約に対する広範な行政関与の必要性が認められるのである。

(5) 一方、一九三八年に制定された社会事業法は広く民間社会事業の統制と保護を目的とし、事業開始の届出制(同法二条)、地方長官の収容委託(同法三条)、予算の範囲で

の国庫補助(同法一条)などを規定していた。しかし同法の収容委託は「地方長官が其の施設が本来保護すべき種類の要保護者を引取り施設に収容することを促す行政処分」(灘尾弘吉『社会事業行政』(常磐書房・一九四〇年)二二二頁)とされ、処遇に要する費用は施設が負担していた。

(6) 「GHQ覚書 社会救济」(一九四六年二月二七日)(社会保障研究所編『日本社会保障資料I』(至誠堂・一九七五年)七頁所収)。措置制度の成立に関する詳細な研究として参照、北場勉『戦後社会保障の形成』(中央法規出版・二〇〇〇年)一〇二頁以下「初出一九九七年」。

(7) 参照、木村忠二郎『社会福祉事業法の解説(改訂版)』(時事通信社・一九五五年)五三頁。

(8) 参照、江口隆裕「社会福祉の公的責任を考える」同『社会保障の基本原理を考える』(有斐閣・一九九六年)二四頁「初出一九九三年」。

(9) 参照、炭谷茂「社会福祉基礎構造改革の展望と課題」社会福祉研究七三号(一九九八年)二六頁。

(10) 参照、大山正『老人福祉法の解説』(全国社会福祉協議会・一九六四年)一二四頁以下。

(11) 参照、堀勝洋「福祉施設入所の法律関係と権利」同『福祉改革の戦略的課題』(中央法規出版・一九八七年)二二三頁。また行政手続法立法時の考え方につき参照、仲正『行政手続法のすべて』(良書普及会・一九九五年)一二頁。

- (12) 例えば精神薄弱者福祉法制定当時の成人施設はわずかに公立二一〇名、民間約五〇〇名の定員しかなく、「施設」の収容定員が推定される要収容者の数に比し遙かに少なくかつ予算上の制約もある以上、精神薄弱者又はその保護者に本条の援護の措置を要求する権利を与えるところまでふみきれなかったのである」（厚生省社会局更生課編『精神薄弱者福祉法 解説と運用』（新日本法規出版・一九六〇年）九五頁）。
- (13) 戦後直後の状況につき参照、武智秀之『行政過程の制度分析』（中央大学出版部・一九九六年）一七〇頁。
- (14) 最低基準の法的性格については、河野正輝『社会福祉における最低基準保障の構造と法理』同『社会福祉の権利構造』（有斐閣・一九九一年）一三三頁以下〔初出一九八八年〕を参照。
- (15) 参照、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣・一九八九年）三〇四頁以下。
- (16) 参照、厚生省児童家庭局編『利用しやすい保育所を指して（増補版）』（大蔵省印刷局・一九九四年）。
- (17) 参照、厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『新たな高齢者介護システムの確立について』（ぎょうせい・一九九五年）。
- (18) 参照、厚生省社会・援護局企画課監修『社会福祉基礎構造改革の実現に向けて』（中央法規出版・一九九八年）。
- (19) 参照、増田雅暢「介護保険制度の政策形成過程の特徴」と課題」季刊社会保障研究三七巻一号（二〇〇一年）四五頁以下。
- (20) 措置制度のもとでもこうした構成の可能性を示していた議論として参照、木佐茂男「保育所行政からみた給付行政の法律問題」公法研究四六号（一九八四年）一六〇頁。
- (21) 参照、古川夏樹「社会福祉事業法等の改正の経緯と概要」ジュリスト一二〇四号（二〇〇一年）一一頁。
- (22) 参照、築誠「職員健康保険と船員保険」厚生省保険局『社会保険庁医療保険部監修『医療保険半世紀の記録』（社会保険法規研究会・一九七四年）二四六頁以下。
- (23) 参照、倉田聡「これからの社会福祉と法」（創成社・二〇〇一年）七九頁、同「保険診療と自由診療（自費診療）の使い分けに必要な知識」治療八三巻七号（二〇〇一年）二一八九頁以下。
- (24) 参照、増田雅暢「措置費と社会保険診療報酬」月刊介護保険一七号（一九九七年）二八頁以下。
- (25) 参照、社会福祉法令研究会編『社会福祉法の解説』（中央法規出版・二〇〇一年）三七頁。
- (26) 参照、増田雅暢「介護保険制度をめぐる誤解と対策」月刊介護保険二三号（一九九八年）四二頁。
- (27) 一九九九年一二月の調査によれば特定非営利活動法人の活動分野に保健・医療・福祉分野が含まれている比率は六七％、主たる活動分野が同分野である比率は四五・一％にのぼる（経済企画庁国民生活局編『特定非営利活動法人の

活動・運営の実態に関する調査』(大蔵省印刷局・二〇〇〇年)二二頁)。

(28) 保育所入所決定に関してはこれを行政処分と解する有力な見解がある。その理由は入所拒否に対する行政不服審査の利用を旧厚生省は前提としていたことにある(児童福祉法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係政令の整備に関する政令等の施行について)(平成九年九月二五日児発五九六号)、児童福祉法規研究会編『最新・児童福祉法・母子及び寡婦福祉法・母子保健法の解説』(時事通信社・一九九九年)一八一頁)。また仮に処分でないとするれば行政手続法の適用がなされないこととなり、利用者保護の観点から適当な解釈ではないとする考慮も影響している(田村和之「保育所制度改革案の問題点」保育情報二四三号(一九九七年)七頁)。しかし、児童福祉法二四条は保護者の「申込み」という文言を用いているから立法者はこれを契約と位置づけていると解する方が自然であるし、保育所入所関係に契約の要素を認めた方が今回の構造改革で導入されたしくみを統一的に把握できる。本稿では保育所入所関係の法的性質を以下のように考えている。①保護者は市町村に対して特定の保育所での保育サービスの提供を内容とする保育所入所契約の申込みを行う。同法では契約の前提条件として児童が「保育に欠ける」状態にあることを要求しているから、市町村は契約締結をするかどうかの判断に先行して、当該児童が保育に欠けているのかを認定する

必要がある。ここで同法は法令で定めている要件を満たすかどうかを判断する権限を市町村に与えているから、この認定行為は行政行為(処分)である。保護者は契約締結の申込みをすると同時に、行政行為の申請を行っていることになる。②市町村には同法により保育の実施義務が課されているから、保護者が契約締結の申込みをした場合には、市町村には保育の実施義務の一形態として、契約を締結するか否かを速やかに保護者に表明する義務がある。市町村の応答は次の三通りありうる。第一は、保護者の希望する保育所での入所を認める場合である。資格認定の要件を満たし、保育所定員超過といった法定の契約変更・拒否事由(同法二四条一項但書・三項)が存在しない場合には、認定と契約関係とが併存することとなる。第二は、児童の保育に欠けるところがないので保育所入所を拒否する場合である。資格認定の段階で要件を満たしていないので契約は不成立となり、行政行為の部分拒否処分となつて顕在化することとなる。このとき単なる契約関係だけでは追及できない法令の要件該当性の有無等を保護者は行政争訟手続で争いうる(こうした行政訴訟の救済上のメリットにつき参照、阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政救済法の意義(三)(四)」自治研究七七卷六号(二〇〇一年)四三頁、七号一一頁)。第三は、児童の保育には欠けているものの希望の保育所が一杯のため別の保育所に入所決定する、または保育所定員が一杯のため入所を拒否する場合である。

この場合には資格認定の行政行為は成立している。しかし保育所定員超過という法定の契約変更・拒否事由があるため、契約内容を市町村が一方的に変更して契約関係を成立させるか契約締結を拒否するのである。ただしいずれの場合も法定の契約変更・拒否事由に該当することを市町村が認定していることから、この部分を行政行為として取り出すことができる。保護者は法定の契約変更・拒否事由を満たしているのかどうかを行政争訟手続で争いうる。

(29) 参照、菊池馨実「介護におけるリスクマネジメント」賃金と社会保障一三一九号（二〇〇二年）二八頁。

(30) 参照、秦悟志「成年後見制度における弁護士役割」自由と正義五一巻六号（二〇〇〇年）五二頁。

(31) 参照、最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」(最高裁判所Webページ (<http://www.courts.go.jp/>) 内)。また二〇〇〇年度については最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」ジュリスト二二一年号（二〇〇一年）三五頁を参照。

(32) 参照、「高齢者を守れない成年後見制度の空白」(日本経済新聞二〇〇二年六月二三日朝刊)。

(33) 参照、本田純一「成年後見制度の利用上の課題について」月刊福祉八四巻九号（二〇〇一年）一七頁。

(34) 参照、落合誠一「消費者契約法」(有斐閣・二〇〇一年) 一七一頁以下。

(35) 國光登志子「介護保険制度と高齢者の消費者被害」研

究年報（神奈川大学）一八号（二〇〇〇年）三〇頁はその例として介護保険による住宅改修を挙げている。

(36) 参照、大村敦志『消費者法』(有斐閣・一九九八年) 一五二頁。

II 福祉契約を支える行政過程

社会福祉構造改革により給付方式が現金給付に変更されても行政による給付決定の意義はなお大きく、福祉契約と給付決定とは不即不離の関係にある(一)。また現物給付原則が撤廃されたとはいえ、改革の目的を実現するため、利用者のサービス選択権を実質的なものとする一連の行政システムが発展しつつある(二)。福祉契約はこうした行政過程が存在して初めて機能するのである。

一 給付決定の法的性格と機能

(1) 給付決定の法的性格

① 給付決定は申請に基づく行政行為である。給付決定の申請に対しては行政に承諾義務が課されており、また行政手続法の申請に対する処分に関するルール(同法五条以

下)が適用される。申請型への転換により、利用者の手続的権利を確立することが意図されているのである。一方で、次のような解決すべき新たな問題が提起されている。

第一は、利用者の行為能力との関係である。給付決定では法的に有効な申請をなしうる行為能力が利用者にあることが前提となることから、こうした前提を欠く場合に対応する法的しくみが求められる。しかし成年後見制度は福祉サービス利用の観点からは使い勝手が悪く、利用は進んでいない。そこで注目されるのが判断能力が不十分な人に対し福祉サービスの利用を行うための助言や手続援助等を行う地域福祉権利擁護事業である(社会福祉法二条三項一・二号・八一条)。しかし同事業は契約締結能力が全くない人は成年後見を利用しない限り対象外としている⁽³⁷⁾。これを改善するためには成年後見制度を取り込んだ行政主導の契約締結サポートシステムを進展させることが必要である⁽³⁸⁾。横浜市後見の支援を要する障害者支援条例(二〇〇一年制定)に見られるように、市町村長の成年後見の申立の積極的な活用や低所得者を対象とした後見手続費用及び後見人報酬の公費負担などのしくみを準備すべきである⁽³⁹⁾。また後見人の養成を行政が積極的に行い、適当な後見人がいない場合には行政自らが後見人となるしくみが必要である⁽⁴⁰⁾。契約締

結能力の問題のように措置から契約へシステムを改革したために新たに生じたニーズに対しては、行政も積極的に裁判所を支援し、利用者にとって使い勝手のよいシステムを形成していくべきである。

第二は、福祉分野に固有の手続ルールを確立させる必要性である⁽⁴¹⁾。今回の改革により福祉分野でもようやく行政法の一般的な水準の手続的保護がなされるに至った。しかし給付決定の特性を考慮すれば、事実認定の正しさを確保する手続ルールが必要である。こうした観点から一定の工夫が見られるのが要介護認定の手続である(介護保険法二七条)。その特色は、申請者の日常生活動作の調査を市町村職員等が行った上で、専門家組織である介護認定審査会が判断を行うところにある。「介護認定審査会の運営について」(平成二一年九月一三日老発五九七号)によれば、日常生活動作の調査は基本調査と特記事項とに分かれ、前者についてはコンピュータによる一次判定の資料となる。審査会による審査は基本的には一次判定を踏襲するものの、特記事項や主治医の意見書を加味して要介護度の変更が必要かどうかを判断することとなる。介護保険法に見られる認定基準の定型化は受給権の安定に資する一方、痴呆等の非定型な状況を十分に把握できない欠点も持つ。こうし

た問題点を緩和するために専門家組織を手続に関与させることは高く評価されてよい。これに対し、支援費支給決定の手続は市町村による聞き取り調査と勘案事項整理票への記入をもとに市町村が総合判断するだけで、介護認定審査会のような専門家組織は介在しない。専門的事項に関しては更生相談所への意見照会が予定されているにすぎない（身体障害者福祉法施行規則一〇条）。しかし支援費支給決定の場合も要介護認定と同様に、障害の程度が給付額と連動するため、利用者にとって支給決定が正しい事実認定の下になされるかどうかは極めて重要である。支援費支給決定に認められる裁量の範囲が要介護認定と比べて広範であるならばなおさら、決定の適切性を担保する観点から専門家組織を介在させる制度設計が必要である。⁴²⁾

② 措置決定は福祉サービスの必要性和給付するサービスの内容とを一体的に決定していた。これに対し、給付決定は福祉サービスの必要性に基づくサービス費用保障の上限額の決定であり、具体的にどんなサービスを誰から提供してもらうかについては後続の福祉契約に委ねている。福祉契約を締結し、サービスの提供を受け、それにより生じた費用に対して現金給付がなされるのである。このような給付決定と給付の開始とのタイムラグを短縮するためには、

サービス量を十分確保することや、提供者に契約締結強制を課すことにより早期の契約成立を図ることが重要である。それでも給付開始が遅れてしまう場合には、今回の改革でもなお補完的に存続された措置制度を暫定的に利用することが考えられる。⁴³⁾

(2) 福祉契約の枠組を規定する給付決定

利用者中心の福祉サービス利用システムを構築するため今回の改革では従来一本化されていたニーズの認定と給付内容の形成を分離した。しかし両者の結合関係は強固なものである。第一に、給付決定を得ることは福祉契約締結の前提となっている。福祉契約の締結の際に利用者は給付決定を受けているか、少なくとも利用者に給付申請の意思があり、将来的に給付決定を受ける可能性がある必要がある。第二に、給付決定は現金給付額の上限を定めるものであり、とりわけ居宅サービスを利用する場合には契約締結サービスの種類や給付内容の形成に大きな影響を与える。第三に、要介護認定の場合には認定の際に審査会がサービス利用に関する意見を述べることができる（介護保険法二七条八項）。市町村長は要介護認定の際にこの意見も含めて被保険者に通知する。行政行為の附款によってサービス内容を個別にコントロールしうるしくみがここでは見られる。⁴⁴⁾こ

のように給付決定は福祉契約締結の前提であり、その内容の枠組を規定する機能をもっている。

給付決定と福祉契約に見られるような行政行為と契約の結合は、給付の実体要件を法定することで制度の概観性を確保し、受給権を安定させることができる行政行為の利点と、利用者による選択権や給付内容形成権を確保する契約の利点とを両立させるためにとられたものであると考えられる。行政行為と契約との結合の例としては公営住宅の入居決定と賃貸借契約、母子福祉資金の貸付決定と消費貸借契約のような行政と市民との間で行政行為による資格認定と契約による内容形成が二段階で行われる場合が知られていた。また私人間の契約や協定の有効要件として行政の認可を必要とする場合も存在した。給付決定と福祉契約との不即不離の関係はこうした行政行為と契約の結合手法に新たな一例を加えるものである。

二 利用者の選択権保障システム

今回の構造改革では利用者の選択権を保障するため福祉契約が導入された。ただし利用者の選択権が本当に保障されるためにはいくつかの前提が必要となる。例えば利用者⁽⁴⁵⁾の選択が可能となる程度のサービス量が確保され、サービ

スの質が一定程度以上に保たれた提供者市場が形成されなければならぬ。また、利用者の特性を考慮すれば、提供者に関する正確な情報が利用者に伝えられるしくみや、さらに進んで、利用者一人一人にとって最適なサービスは何かを助言し、契約締結を支援するしくみも必要であろう。以下ではこうした要請に応える行政法上のしくみを検討し、利用者の選択権を実質化するためのシステムが発達しつつあることを示すこととしたい。

(1) サービス確保手段としての行政計画

福祉分野における行政計画は一九九〇年代に入って急速に発展している。法律に基づくものに限定しても枚挙に暇がない。⁽⁴⁶⁾こうした行政計画にはサービス確保の財政的裏付け機能が認められ、計画を通じて利用者が選択しうるだけの十分なサービス量の確保が可能となる。この機能が最もよく発達しているのが介護保険法上の行政計画である。

市町村が策定する介護保険事業計画は、保険者としての市町村が必要なサービス総量の見込みを計算した上で、保険料を算定することを主要な課題として⁽⁴⁷⁾いる。これに対し都道府県の策定する介護保険事業支援計画では必要施設サービスの確保や整備、介護労働力確保等を内容としている。「介護保険事業に係る保険給付の円滑な実施を確保す

るための基本的な指針」（平成十一年五月一日厚生省告示一二九号）によれば、介護保険事業計画の策定にあたっては、まず介護保険事業計画作成委員会を設置し、被保険者代表が委員として参加する。被保険者の計画策定への参加は法律上の要請である（介護保険法一一七条五項）。次に必要サービスマスを確定するために被保険者全体を対象としたアンケート調査、要介護者への聞き取り調査、待機者調査等の実態調査が行われる。これをベースに委員会でサービスの必要量が設定されると保険料水準がおおむね決まる。介護保険事業支援計画はこうして策定された事業計画を積み上げて作成される。

次に計画の実現手法の側面を検討しよう。市町村の策定する介護保険事業計画で算定された保険料の総額は、当該市町村の介護保険サービスのために準備される公的資金の総量を規定する性格を持つ。介護保険の会計は一般財源とは切り離されているため、経済状況や政治的要素の影響を比較的受けにくい。このため提供者は計画で算定された公的資金の総量のうちどれだけを獲得できるかをめぐって競争関係を展開することとなる。介護保険サービス提供の目的だけのために一定の金額をプールしておくことで参入意欲を刺激するしくみとなっているのである。

一方、施設サービスの場合には初期投資の額が莫大で、かつ社会福祉法人以外の民間参入が制限されているため、以上に述べたものとは別のしくみも必要である。それが見られるのが都道府県の策定する介護保険事業支援計画である。一つは施設建設補助金との連動である。介護保険事業支援計画で算定された施設の必要定員数の枠内であることが補助金交付の条件となっている⁴⁸。もう一つは施設許可との連動である。介護保険事業支援計画に定める必要定員数を超過する介護老人保健施設の開設許可、都道府県老人福祉計画に定める必要定員数を超過する特別養護老人ホームの開設許可を知事は拒否することができる⁴⁹（介護保険法九四条五項、老人福祉法一五条六項⁵⁰）。施設建設費を公費補助するとしても、行政計画を用いて制度設計することは必然的ではない。投資的経費も含めて報酬を算定する方法や、ドイツの一部の州が介護施設に対する補助で採用している個人単位の補助金（介護住宅手当）⁵¹が代替的手法である⁵¹。サービスマス確保の観点からこれらと比較した行政計画の利点は二点ある。第一に、補助金の配分を市場原理に委ねるのではなく、公共空間での討論により決定するため、サービスマスの現状への認識が深まり、サービスマス拡大への社会的圧力が働きやすい。そのためには計画策定への多様

な主体の参加のチャンネルを確保しておくことが重要である。第二に、需要と供給の關係に任せるだけでは不可能な、地域的特性を考慮したサービス量の適正配分が可能になる。一方で、不当な政治的圧力により不適切な資源配分がなされる可能性があることから、策定過程の透明性の確保が欠かせない。また、適正配分の実現による利用者の選択権保障を確実なものとするため、サービス提供の最終的責任を行政に課すことも必要である。⁽⁵²⁾

(2) 事業者指定のしくみと役割

行政計画によりサービス量確保を財政面から保障することができた場合、次の課題として、一定以上の水準の質を確保しつつ多様な提供者が参加して競争関係を展開する提供者市場を形成することが重要となる。こうした市場の創設が利用者の選択権保障の前提となる。介護保険・支費方式では事業者指定がこれに対応するしくみである。

国・自治体以外が経営主体となって入所サービスを提供する場合には通常、社会福祉法人の認可を受けて施設建設の届出（個別法で定めがある場合は認可）を行うことが必要である。さらに介護保険・支費方式での指定事業者となるためには、都道府県知事による指定を別途受ける必要がある。これに対し、居宅サービスについては、これまで

は行政が限られた提供者（とりわけ社会福祉協議会）と契約を締結することで給付提供者が決定されたため、提供者が個別の利用者のニーズに関心を示す契機を欠いていた。⁽⁵³⁾しかし今回の改革で導入された事業者指定では、一定の基準さえ満たしていれば全ての事業者が指定を受けることができ、指定事業者間で利用者獲得競争が行われることが想定されている。競争原理を導入するために行為形式の転換が行われ、それにより利用者の意向に合わせたサービスの提供が促進されるようになったのである。

事業者指定は参入条件を均一化・明確化することにより参入意欲を高める手法である。また、最低限の給付の質を一律に担保し、基準に満たない事業者を市場から排除することにより、利用者にも不測の損害が及ぶことを避ける機能を持つ。事業者指定要件であり給付の質の最低基準を提示しているのが運営基準⁽⁵⁴⁾である。この運営基準により事業者の活動を広範囲かつ一律に規律している点に日本法の特徴がある（後述III）。

(3) サービス評価手法の発展

利用者が提供者を選択するためには正確な提供者情報が十分に流通している必要がある。そのためには広告規制と並んでサービス評価が有用である。現在先進的な自治体で

実施されているサービス評価のしくみは、自治体が直接実施しサービス改善を重視するタイプ⁽⁵⁵⁾と、自治体以外の第三者組織が介在し利用者に対する情報提供を重視するタイプ⁽⁵⁶⁾の大きく二つに分けることができる。

前者のしくみの具体例として福岡県北九州市がある。評価はあらかじめ公表されている評価基準に基づいてまず事業者が自己評価を行い、その後、評価委員会調査部会が約一日かけて現地調査とヒヤリングを行う。調査部会の報告を受け、最終的な評価を下すのは評価決定部会である。評価結果は事業者へ通知され、事業者が同意すれば（北九州市介護保険条例二二条一項）評価結果の概要がWeb上や市民福祉センターに配布する資料に掲載される⁽⁵⁷⁾。ただし評価項目間に重要度の差があることから、公表される結果には点数部分はなく、利用者の嗜好に係る情報が文章で示されるにとどまる。

これに対し、後者のしくみを採用しているのが神奈川県であり、評価事業は社団法人かながわ福祉サービス振興会により行われている。調査は事業者と利用者に対して調査票への記入を求め、それを分析する方法で行われる。その後、事業者に対して評価結果通知書と公開同意書が送付され、同意書を提出した事業者についての評価データは事業

者名を明らかにした上でデータブックやWeb上に掲載される。事業者育成に配慮して、事業者へ通知される評価結果の全てが公開対象とされてはいないとはいえ、点数評価を公表している点で同会の評価は最も評価情報の公表が進んでいる。また、現在は個別同意の下で公開しているしくみを原則公開にすることを検討するなど、将来的には情報提供手段としての側面をさらに強化する意向である。

給付者としての行政がサービス評価を行うことは給付システム内部のランク付けの色彩を持つこととなり、また利用者に対する情報提供の要請と事業者の営業上の情報保護の要請とが衝突する。しかし利用者の選択権保障を目標とした構造改革の理念からすれば、利用者に対する情報提供は強化していくべきである。給付システムから独立した組織による評価であればこうしたジレンマを避けることができるかと考えられる。ただしその場合でも、評価の公正性や信頼性を確保するため、組織の設置や評価基準の定立、評価結果の管理や公表などに求められる配慮は評価組織が行政組織の場合とほぼ同一である。また評価システムの制度設計やその適正な運用確保の面で行政の果たす役割は非常に大きい。つまり評価組織が行政組織ではないとしても、評価システムそのものは選択権保障の行政過程の枠内にな

お位置づけられるのである。

(4) ケアプランによる契約締結支援

利用者が施設サービスを希望する場合には、当該施設のサービス内容全体の評価を基準に選択が可能となるので、サービス評価手法を前提とする情報提供が十分になされれば契約締結交渉をする対象は絞りやすい。これに対し、居宅サービスの場合には複数の居宅介護事業者から複数種のサービスの提供を受けるケースが多いため、個別の契約を果たばね、調整を行うしくみが不可欠となる。この役割を果たすのが居宅サービス計画（ケアプラン）である（介護保険法七条一八項）。ケアプランは個人を対象として契約締結や支援の実施などの個別行為を調整する給付計画の性格を持つ。このようなしくみは福祉分野にとどまらず、分立した給付措置の調整・統合を行う局面に適合的⁵⁹⁾、調整組織を設置する手法と選択関係にある⁶⁰⁾。ケアプランの作成は義務ではないが、利用者がケアプランの作成を依頼した居宅介護支援事業者名を市町村に届出しなければ代理受領とならない（同法四一条六項・四六条四項、同法施行規則七条一項）。またケアプランの作成費用の全額が保険給付の対象となっている（同法四六条二項）。こうしたことからケアプランは、利用者個人のニーズを給付内容に確実に

反映させることを制度的に保障するために現行法が採用した規律技術と見ることができるといえる。

居宅介護サービスを希望する場合、要介護認定を得てからまず居宅介護支援事業者を選択し、ケアプランを作成してもらったことが標準的な手順となる。介護支援専門員は利用者と面接して課題状況を把握し、介護認定審査会が要介護認定に付した意見も踏まえてケアプランの原案を作成する。その原案に含まれている居宅サービスの担当者を集めてサービス担当者会議を開催し、担当者から意見を求める。原案を利用者に説明し、文書で利用者の同意を得ることでケアプランは成立する。それに従って利用者は居宅サービス事業者と契約を締結する。さらに支援専門員はケアプランの実施状況を把握し、内容の修正を行い、利用者からのサービス利用に関する苦情に対応し、場合によっては入所施設を利用者に紹介する（指定居宅介護支援等の事業の人員及び運営に関する基準一三条）。

今回の構造改革が目指した利用者中心の福祉サービス給付システムは極めて重要な理念である。一方で、利用者の個別的状况に差異があるにもかかわらず一律に契約方式を導入したことから、提供者に関する情報の収集やその評価の面での不安を抱えつつ契約を締結せざるを得ない利用者

も存在することは事実である。こうした状況では利用者の選択権を実質的なものとするための仲介的行政作用⁽⁶¹⁾が大きな役割を果たすこととなる。

- (37) 参照、厚生労働省社会・援護局地域福祉課「地域福祉権利擁護事業の改正のポイント」月刊福祉八五巻一二号(二〇〇二年)五二頁以下。
- (38) 同旨、片本隆「成年後見制度における自治体の役割」地方自治職員研修四八七号(二〇〇二年)八〇頁。
- (39) ただし横浜市がこの条例を制定した背景には、同市が年来推進してきた障害者の在宅福祉政策が親の高齢化により新たな法的手当を必要としたという事情があり、必ずしも支援費制度の準備のためではなかったことである。参照、横浜市障害者施策推進協議会専門委員会「後見的支援を要する障害者に対する施策を実施するための条例制定に向けた検討について(中間報告)」(二〇〇一年)。
- (40) 同旨、内田貴『民法Ⅰ 第二版補訂版』(東京大学出版会・二〇〇〇年)一一八頁。この点で参考になるのがドイツの世話行政機関(Betreuungsbehörde)である。Vgl. Horst Deinert, Handbuch der Betreuungsbehörde, 2. Aufl., 1994, S. 63ff.
- (41) 参照、大橋洋一「社会福祉行政手続の法的特質」同『行政法学の構造的変革』(有斐閣・一九九六年)一七四頁

「初出一九九五年」。

- (42) 自治体の中には独自に組織上の工夫を行っている例も見られる。参照、小川美智子「支援費制度の導入に向けての西宮市の取り組み」月刊福祉八五巻一三号(二〇〇二年)六〇頁。
- (43) 参照、前田雅子「介護保障請求権についての考察」賃金と社会保障一二四五号(一九九九年)二五頁。
- (44) さらに市町村は審査会の意見に基づき、利用できる介護給付対象サービスを指定することができる(介護保険法三七条)。しかしこれはサービスの必要性の認定という要介護認定の性格を越えるものであり、要介護認定とは別の行政行為である。このしくみは今回の改革の基本理念である利用者のサービス選択権の尊重と緊張関係に立つため、立案担当者は医療的観点から必要な場合等に限り例外的に運用するものと説明している(遠藤浩||神田裕二「介護保険法案の作成をめぐって」法政研究(九州大学)六六巻四号(二〇〇〇年)一八一頁)。
- (45) 阿部泰隆「行政監督と情報の活用」小早川光郎||宇賀克也編・塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣・二〇〇一年)四七四頁はこの点の重要性をとくに強調する。
- (46) 老人福祉計画(市町村・都道府県)(老人福祉法二〇条の八等)・老人保健計画(市町村・都道府県)(老人保健法四六条の一八等)、障害者基本計画(国)・障害者計画(都

- 道府県・市町村) (障害者基本法七条の二)、介護保険事業計画(市町村)・介護保険事業支援計画(道府県)(介護保険法一七条等)、地域福祉計画(市町村)・地域福祉支援計画(道府県)(社会福祉法一〇七条等)。
- (47) 参照、村川浩一「介護保険事業計画策定の意義と課題」同編『高齢者保健福祉施策と介護保険事業計画の実際』(東京法令出版・二〇〇〇年)一四頁以下。
- (48) 参照、東京都福祉局「平成一五年度特別養護老人ホーム等施設整備基本指針」(二〇〇二年)。
- (49) 介護保険法に基づく計画のしくみと老人福祉法に基づく老人福祉計画とは密接な関係を有しており、介護保険給付対象サービスに関しては両者の内容は共通となる。特別養護老人ホームは老人福祉法に基づき設置され(同法一五条)、介護保険法上のサービスを提供する指定介護老人福祉施設は特別養護老人ホームの中で開設者の申請があったものが指定対象となるから(介護保険法八六条一項)、特別養護老人ホームの整備に関する計画は老人福祉計画となる。これに対し介護老人保健施設は介護保険法のみに基づく施設であるから(同法九四条)、その整備に関する計画は介護保険事業支援計画となる。
- (50) さらに二〇〇二年末に成立した構造改革特別区域法に基づく区域の認定(同法四条八項)を内閣総理大臣が行い、都道府県老人福祉計画で算定された特別養護老人ホームの必要入所定員総数に達していない特別養護老人ホーム不足
- 区域において、社会福祉法人以外の民間法人が民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律(PFI法)の選定事業者となると、都道府県知事の認可を受けて特別養護老人ホームを設置することができるようになる(構造改革特別区域法一八条)。このしくみも計画実現手法の一つである。
- (51) Vgl. Heinz Rothgang, *Pflegebedarfsplanung in Deutschland*, Zeitschrift für Sozialreform 2000, S.1003ff.
- (52) 同旨、佐藤進||河野正輝編『介護保険法―権利としての介護保険に向けて―』(法律文化社・一九九七年)一四八頁(河野正輝執筆)。また日本法と同様に介護計画による施設建設補助金の配分を決定するしくみを採用しているバーデン||ヴュルテンベルク州介護法では、サービス不足の際に特別市・郡に最終的なサービス提供義務を課している(バーデン||ヴュルテンベルク州における介護保険の実施のための法律(州介護法)(Gesetz zur Umsetzung der Pflegeversicherung in Baden-Württemberg (Landespflegegesetz)) 一条二項)。
- (53) 参照、かながわ福祉サービス振興会編『介護保険と福祉ビジネス』(中央法規出版・二〇〇〇年)一六〇頁(小宮一慶執筆)。
- (54) 介護保険法に関して①指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準(以下「居宅運営基準」という)②指定居宅介護支援等の事業の人員及び運営に関する

る基準③指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準(以下「老福運営基準」という)④介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準⑤指定介護療養型医療施設の人員、設備及び運営に関する基準の五つの省令、支援費方式に関して①身体障害者福祉法に基づく指定居宅支援事業者等の人員、設備及び運営に関する基準②指定身体障害者更生施設等の設備及び運営に関する基準(以下「更生運営基準」という)③知的障害者福祉法に基づく指定居宅支援事業者等の人員、設備及び運営に関する基準④指定知的障害者更生施設等の設備及び運営に関する基準⑤児童福祉法に基づく指定居宅支援事業者等の人員、設備及び運営に関する基準の五つの省令を総称して本稿では「運営基準」と呼ぶ。

(55) この類型に属するものとしては他に東京都品川区の評価システムがある。同区では独自の協定制度を中核として事業者の給付の質の向上に力点を置いた評価システムを構築しているため、Web上での公開といった一般市民に対する情報提供は行っていない(品川区介護サービス向上委員会「品川区介護サービス向上委員会答申書」(二〇〇一年))。

(56) 本文で紹介したもののほか、福岡市では二〇〇二年一月から介護サービス評価センターふくおか(社会福祉協議会)が評価を行い、評価の高い事業者を認証するしくみを導入した(福岡市介護サービス評価システム検討会「福

岡市介護サービス評価システムに関する報告書」(二〇〇二年)。また東京都では二〇〇三年度から、ISO的な複数認証機関による評価制度を導入することを予定している(東京都福祉局総務部福祉改革推進課編「福祉サービス第三者評価システム検討会報告書」(二〇〇二年))。

(57) 参照、北九州市保健福祉局総務部監査指導課「北九州市介護サービス評価事業」(二〇〇一年)三頁以下。

(58) 参照、かながわ福祉サービス振興会「二〇〇一年版介護サービス評価データブック」(二〇〇一年)。

(59) Vgl. Karl-Jürgen Bieback, Effizienzanforderungen an das sozialstaatliche Leistungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Altmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 154. このような性格を持つ計画は日本法ではケアプラン以外には見あたらないものの、ドイツ法では社会法典八編三六条二項の援助計画(Hilfeplan)、連邦社会扶助法四六条の支援総合計画(Gesamtplan)、連邦建設法典一八〇条の社会計画(Sozialplan)などを挙げることできる。

(60) その例として、サービス給付者が分立しているドイツのリハビリテーション給付において設置されるサービス機関(Servicestellen)がある(社会法典九編二二条)。Vgl. Dirk H. Dau u.a. (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen Lehr- und Praxiskommentar,

2002, S. 113, Rn. 15ff. (Hartmut Haines).

(19) Vgl. Eberhard Schmidt-Altmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 123, Rn. 32.

III 福祉契約統制論の日独比較

利用者中心の給付システムを実現する上では、福祉契約の内容形成がどのように行われるかが重要な意味を持つ。契約規律のあり方をめぐっては日本法とドイツ法との間に大きな違いがある。日本法では運営基準などの行政基準によって契約規律を行うしくみがみられる(一)。これに対しドイツ法では利用者と提供者との合意形成を多段階で行うことで契約内容を確定する手法がとられている(二)。日独比較を踏まえ、日本法において利用者中心の給付システムを実現する方策について検討を加えたい(三)。

一 行政主導型内容形成—日本法

(1) 運営基準中心主義

福祉契約の内容形成を適切に行うため、日本法では運営基準や報酬基準⁽⁶²⁾といった行政基準によるコントロールが大

きな役割を果たしている(運営基準中心主義)。運営基準は事業者指定要件を定めた省令であり、事業者がこれに違反した場合は指定権者である都道府県知事により指定取消がなされうる(介護保険法七十七条一項等)。また市町村は運営基準に基づく給付が行われているかを審査した上で報酬基準に基づく額を支払うとされている(同法四一条九項等)。運営基準は本来、行政と指定事業者との法関係を規律し、行政の事業者に対する規制監督活動の基準としての性格を持つ。しかし、実際には次のような契約に関する規制が盛り込まれている。

契約締結過程に関しては、重要事項説明・同意(居宅運営基準八条等、老福運営基準四条、更生運営基準九条)、事業者の応諾義務(居宅運営基準九条等、老福運営基準六条二項、更生運営基準二一条一項)、契約締結の相手方となる利用者を決定する場合の考慮要素(老福運営基準六条三項(入所の必要性の高い要介護者を優先的に入所させる努力義務)⁽⁶³⁾、更生運営基準二一条二項(市町村のあっせん等への協力の努力義務)等)に関する定めがある。契約内容については、身体拘束の禁止(老福運営基準二一条四項)、週二回以上の入浴(老福運営基準二三条二項)、要介護認定・支援費支給申請に関する援助(老福運営基準七条

二項・更生運営基準一二条二項)、退所時援助(老福運営基準六条八項、更生運営基準一条八項)等の規定がある。

(2) 運営基準中心主義の意義と限界

運営基準中心主義には消費者保護の機能が認められる。運営基準の要件を満たさない不適格事業者を提供者市場から排除することは、事前規制の必要性が高い福祉分野においては適切な制度設計である。また報酬基準で統一的な報酬を設定することにより、利用者の交渉力の弱さから不当な金額の対価を支払うことを防止できる。さらに、社会保障審議会への諮問手続(介護保険法四一条五項等・七四条三項等)だけで足りる報酬基準や運営基準の方が、報酬や給付内容を行政と提供者との間で個別に決定したり私法的効力を伴う福祉契約規制立法を行うよりも迅速に対応可能である。加えて、サービスの総量が不足している現段階で事業者に不利な民事ルールを導入することは、事業者育成の観点から好ましくない。こうした観点から行政による指導や援助を通じた事業者育成が運営基準中心主義では重視されているのである。

他方で、運営基準中心主義の背景には、行政による規制や監督が行き届いていれば利用者の利益保護は十分になされるはずであるとする発想がある。⁶⁴しかし監査指導のため

の行政資源が限定されている現状では、監督権限の行使が機動的になされることは期待できない。例えば介護保険の指定事業者に対する都道府県の実地指導は、施設に対しては原則二年に一回、居宅事業者に対しては原則三年に一回行うこととされているが、⁶⁵実際にはこのペースを維持することさえ困難という。今回の改革により導入された運営適正化委員会や国民健康保険団体連合会・市町村による苦情解決のしくみは、監督権限行使の契機を市民からの苦情に求めるものであり、行政による監督が適時になされることを確保するためのものである。しかしこれらは法律に定められた調査権(社会福祉法八五条一項、介護保険法一七六条一項二号・二三条)に基づく苦情解決活動で、都道府県知事による指定取消権限の発動を前提としたしくみ(社会福祉法八六条、介護保険法七七条二項等)⁶⁶である。換言すれば、規制権限の行使可能性が調査に対する事業者の協力確保策や紛争解決の最終的担保策となっている。従って苦情解決のしくみが適切に機能するかどうかは都道府県による規制監督活動に依存するのである。

運営基準中心主義の問題点は次の二点にまとめられる。

第一は、運営基準の法的性格が不明確である点である。前述の事情により市場から締め出されなかった不適格事業者

から不適切な給付を受けたり、市場から締め出されるほどではないにしても不適切なサービス履行が行われた場合、利用者の侵害された利益を個別的に調整することは民事ルールが得意とする領域である。⁶⁷⁾しかし運営基準の法的性格が不明確であるため、福祉契約に関する民事紛争の解決に運営基準を援用することが可能なかは不透明である。⁶⁸⁾

第二は、運営基準により福祉契約の内容形成を一律に行うため、利用者側や提供者側の意向を反映した給付内容形成の自由度が意外なほど低い点である。しかし、改革の理念であった利用者本位のシステムを実現するのであれば、より自由度が高く、かつ利用者利益の保護にも配慮した方法を検討すべきである。

二 合意型内容形成—ドイツ法

日本法とは対照的にドイツの給付システムでは利用者と提供者との契約が中核に置かれている。ドイツでは伝統的に民間提供者中心の給付システムがとられていた。社会扶助の実施者として歴史的に大きな役割を果たしてきたのは民間福祉団体 (Verbände der freien Wohlfahrtspflege) であり、連邦社会扶助法の前身の扶助義務令以来、民間福祉団体が固有の資格で扶助を実施する場合には国家は実施

を行わないとする原則があった。⁶⁹⁾この場合に国家は現金給付を行って経済的な支援をしていた (同法一〇条四項)⁷⁰⁾。また民間福祉団体の中でも大きな地位を占めるキリスト教系組織の場合には教会自治権の保障により国家介入を排除することができた。⁷¹⁾こうした沿革の中で成立した提供者優位の状況に風穴を開けたのが、一九七四年のホーム法の制定である。同法は入居者 (Bewohner) 利益の保護を目的として、当時はまだ一般的ではなかった入居者—施設間契約 (ホーム契約) を締結することを施設に義務付けた。この規定は、提供者側に偏在していた給付内容形成権を入居者と提供者の合意に移し、営造物的発想から脱却する契機となった。⁷²⁾こうした立法による条件整備と並んでドイツでは、利用者と提供者との契約で確定される給付内容を、利用者利益を代表する組織と提供者利益を代表する組織との間で段階的に合意形成するしくみが発達している。この二つのしくみとその連携により利用者利益の保護がなされている点にドイツ法の特色がある。以下ではドイツの福祉法制を概観した上で、個別レベルでの合意形成を支援するホーム法、組織レベルでの合意形成を支援する枠契約のしくみを検討する。

(1) ドイツの福祉サービス給付システム

ドイツにおける福祉サービス給付システムとしては特別市や郡、行政管区や州といった社会扶助団体 (Träger der Sozialhilfe) (連邦社会扶助法九六条以下) が租税財源を使って行う社会扶助と、疾病金庫に併設された介護金庫 (Pflegkassen) (社会法典一一編一条三項) が保険料を財源に給付を行う介護保険の二つが代表的なものである。

① 社会扶助で行政以外の第三者が介在して給付を行う場合には我が国の代理受領に似た方式がとられている。⁽⁷³⁾ 社会扶助団体は事業所 (Einrichtungen)⁽⁷⁴⁾ との間で予め協定 (以下「扶助協定」という) を締結し、給付内容や報酬等に関して合意しておく (連邦社会扶助法九三条二項)。受給希望者は協定締結事業所の中から自ら選定した事業所と契約を締結し、社会扶助団体に給付を申し出るか事業所が届出を行う。⁽⁷⁵⁾ 社会扶助団体には扶助決定に際して個別事例に最も適する扶助の方法を選択する裁量が認められている (同法四条二項) が、協定締結事業所間での受給希望者の選択は尊重される (同法三条二項)。実務上は扶助決定と同時に事業所に対し費用支払承認 (Kostenzusage) が出され、⁽⁷⁷⁾ 扶助の実施に必要な費用を社会扶助団体が負担することが表明される。費用は社会扶助団体が受給者の自己負

担分を差し引いた扶助費を事業所に支払い、受給者は自己負担分を事業所に支払う。

② 介護保険では、介護金庫の連合組織である介護金庫州連合会は、広域社会扶助団体の承認を得て、事業所との間で供給契約 (Versorgungsvertrag) を締結する (社会法典一一編七二条二項)。報酬については介護金庫と事業所との間で締結される介護費協定 (Pflegesatzvereinbarung) で決定される (同法八五条)。サービスを利用した被保険者は金庫に給付を申請する。金庫は専門家組織 (MDK) の調査を踏まえ⁽⁷⁹⁾ (同法一八条) 被保険者の介護の必要性や介護度を確定して給付額の上限とともに被保険者に通知し、供給契約を締結している指定介護事業所 (zugelassene Pflegeeinrichtungen) の一覧表を交付する (同法七条三項)。入所介護給付を受ける場合には被保険者はその必要性を金庫に伝え、事業所とホーム契約を締結し、事業所は金庫に被保険者の受け入れを通知する。⁽⁸⁰⁾ 金庫が事業所に費用支払承認をすると当該事業所で現物給付を受けることが確定する。費用は要介護の程度に応じて介護費協定で定められた額を金庫が提供者に支払い、賄えない部分については被保険者が事業所に支払う。この部分を自ら支払えない場合には介護扶助として社会扶助団体が支払う⁽⁸²⁾

(連邦社会扶助法六八条)。

(2) ホーム法の契約規制—個別レベルの合意形成支援
ドイツの福祉契約規制としては約款規制法のほか在宅介護保険サービスに対して社会法典一一編一二〇条、介護保険対象外の児童福祉施設を除く施設サービスに対するホーム法がある。ここでは詳細な契約規制規定と関連する判例や学説の蓄積があるホーム法を検討する。

ホーム法は入居者の生命や身体に不可侵に関する国家の保護義務を果たすための規制法としての性格を有する⁽⁸⁴⁾。施設に対する包括的規制立法が遅れていたドイツでは一九六七年の営業法改正により民間営利事業者の経営する成年者対象施設の最低条件に関する法規命令が各州で出され、不適切な施設に対しては営業法による営業禁止が可能となった。しかし入居者の利益保護のためには事前予防的なくみが必要であり、また公立・民間福祉団体立の施設へも規制をすることの必要性が認識されていた。一九七一年に老人ホームの問題状況がマスコミ報道されたことをきっかけに施設規制立法化の動きが強まり、ホーム法が制定されたのである⁽⁸⁵⁾。ホーム法の中核は届出制⁽⁸⁶⁾と助言・監督を中心とする事業規制である。ホームを経営するためにはホーム法一一一条に定める必要条件を満たしている必要がある。ホー

ムを設置しようとする者は経営開始の三ヶ月前までに監督庁に対して届出を行い(同法一二条)、必要条件を満たしていることを示さなければならない。ホーム法で定められた行為義務や必要条件の遵守を確保するため、監督庁には立入検査を含む監督権限が与えられている(同法一五条)。問題が見つかった場合はまず助言(同法一六条)により解決を図り、それでも改善されない場合には改善命令(同法一七条)や営業禁止(同法一九条)が発動される。このようにホーム法は我が国の社会福祉法等の施設規制に相応する性格を持つ。しかしホーム契約に関する以下のような規定が存在する点で一般的な規制法とは異なる⁽⁸⁷⁾。

① 契約締結過程に関してホーム法では、契約締結前にホーム経営者の文書による情報提供義務と事後的な給付・対価の変更の可能性を指摘する義務を定めている(同法五条二項)。また契約を締結した場合には、経営者は入居者に対して契約書面を交付しなければならない(同法五条一項)。契約書では給付の内容と対価が給付の種類ごとに明示されていなければならない(同法五条三項)。これらにより、契約に基づき給付される内容を明確にして紛争を予防することや、他ホームとの比較を可能にして競争を促進することが意図されている⁽⁸⁸⁾。

② 契約期間に関してホーム法は無期限契約原則を定めている(同法八条一項)。入居者にとってホームへの入居は、従前の居住地を離れて新しい生活の中心を定めることを意味するから、安定的に生活の場を確保しておく必要性が高いのである。⁽⁸⁹⁾ 入居者保護の考え方は契約解除の規定にも見られる(同法八条二・三項)。入居者側からの解約は理由を問わず解約予告期間をおけば可能であるのに対し、経営者側の解約権はホーム経営の中止、入居者の健康状態の悪化、入居者の重大な契約義務違反による信頼関係の破壊といった重大な理由がある場合に限定されている。さらに入居者は経営者側の債務不履行等の重大な理由により契約の存続が期待できない場合には予告期間を置かず解約可能である。この場合には経営者側は、別の居所をあつせんしたり転居費用を負担したりしなければならぬ。こうした入居者有利の解約規定の背景には、経営者も入居者の事情を十分知った上でホームの経営を行っているはずであるという発想がある。⁽⁹⁰⁾

③ 契約内容に関して注目されるのは、給付と対価との関係が適切でなければならぬとする規定である(同法五条七項)。我が国の消費者契約法が契約の中心条項へは不介入の姿勢をとっているとされるの⁽⁹¹⁾と対照的に、ホーム法で

は抽象的な定め方ではあるにせよ給付と反対給付の均衡を要請している。

以上のようにホーム法では、入居者の特性に配慮しつつ両当事者の実質的対等性を確保し、適切な内容の合意形成がなされるような契約規律を置いている。そしてこの契約規律の担保策としてホーム法では私法的効力を用いている(民事特別法)。すなわち同法九条は「入居者に不利益となる五条から八条に反する合意は無効である。」とし、入居者不利の契約条項を民法典一三四条により無効とすることで、入居者の利益保護を図っている。こうした営業規制法としては異例のしくみの背景には、行政行為論における「認可」のような規制の実効性確保手段としての役割⁽⁹²⁾とともに、執行の欠缺に起因する入居者利益の侵害を防止しようとする発想があると考えられる。例えば給付と対価の関係の適切性はホーム経営の必要条件であり(ホーム法一条二項三号)、営業開始前に監督庁により届出書類に基づく審査がなされ、問題があれば助言や改善命令により是正がなされる。さらにホーム契約のレベルでも給付と対価の均衡に反する契約を私法上無効とすることで、入居者利益を個別的にも保護しようとしているのである。

(3) 給付提供法上の枠契約—組織レベルの合意形成支援

さらに給付組織と提供者との法関係（以下「給付提供者」(Leistungserbringungsrecht) という) によって利用者⁹⁴と提供者との契約をコントロールするしくみが見られる。

① 社会扶助における給付提供法上の行政契約は、社会扶助団体と各事業所またはその連合体との間で締結される(扶助協定)。扶助協定は給付の内容や設備・人員の基準を定める給付協定、宿泊・食費や給付措置費の総額及び投資的経費を内容とする報酬協定、給付の経済性と質の確保及び審査手続の原則と基準を定める審査協定の三つで構成される(連邦社会扶助法九三条二項・九三a条)⁹³。扶助協定はもともと給付内容コントロールの性格を持つてはなかった。しかし、国家財政の悪化を背景に扶助費の削減圧力が高まり、一九八三年末の改正で協定に経済性・儉約性・給付能力の原則への配慮を求める文言が挿入された。一九九三年改正では扶助費のみならず給付の内容・範囲・質を協定で定めることとされ、同年末の改正で事後的な扶助費の調整を認めない予定対価方式に算定方法が変更されて、扶助費の報酬としての性格がより明確化された。⁹⁴一九九六年改正では報酬の定額払化と扶助協定の内容に関する詳細な法的規律がなされた。同時にこれらの協定の内容について州レベルで一定の統一性を確保するため、広域社会扶助団

体・州レベルの自治体中央組織が、州レベルの事業所協会と枠契約(Rahmenverträge)を締結するしくみが規定された(同法九三d条二項)。枠契約の扶助協定に対する拘束力は協定当事者の同意がある場合のみ認められる。⁹⁵この枠契約の指針を示すのが、広域社会扶助団体の連邦協会・自治体中央組織の連邦協会(以下「社会扶助団体の連邦組織」という)と連邦レベルの事業所協会が共同で出す連邦勧告(Empfehlungen)である(同法九三d条三項)。

② 介護保険における給付提供法上の行政契約は給付内容・報酬・給付の質の三つに関して締結されるが、締結当事者は右の契約類型ごとに異なる。第一に、事業所の被保険者に対するサービス供給責任と金庫の報酬支払義務を設定し、給付内容を規律する効果を持つのが供給契約であり、介護金庫州連合会と事業所との間で締結される。しかしその内容の大枠は、広域社会扶助団体や州レベルの自治体中央組織も参加して介護金庫州連合会と事業所協会の間で締結される枠契約(社会法典一一編七五一条一項)によって与えられることから、個別交渉の余地は少ない。枠契約の拘束力は法律によって国内全ての金庫と事業所に及ぼされており(同法七五一条一項四文)、個別事業所が枠契約の交渉を協会に授権したかどうかは問題とならない。枠契約のモ

デルとしての役割を果たすのが介護金庫中央組織と連邦レベルの事業所協会が社会扶助団体の連邦組織と共同で出す連邦勧告である(同法七五条六項)。第二に、介護報酬を定めているのが介護費協定であり、各事業所ごとにその経営者と一定以上の利用のある金庫・当該事業所を管轄する社会扶助団体との間で締結される(同法八五条・八九条)。入所介護に関する宿泊・食費は要介護者の自己負担であるにもかかわらず、協定当事者はこれらについても協定を締結する(同法八七条)。こうした協定は介護金庫州連合会等と経営者協会が設置する介護費委員会での交渉により集団的に締結することもできる(同法八六条)。第三に、給付の質を定めているのが、介護費協定と同じ当事者により各事業所ごとに締結される給付及び質に関する協定(Leistungs- und Qualitätsvereinbarung)(同法八〇a条)である。介護の質を確保する上で重要な要素となる職員数や設備などが協定内容に含まれ、介護費協定の算定基盤としての役割を果たす⁹⁶。このほか、統一的な介護の質及び質の管理の基準と原則は、介護金庫中央組織・社会扶助団体の連邦組織と連邦レベルの事業所協会との間の協定で定められている。協定は連邦官報で公示され、全ての金庫と指定介護事業所に拘束力を及ぼす(同法八〇条一項)。

このように給付提供法は給付内容や報酬といった契約の中心条項に対してコントロールを行うしくみを持っている。それではホーム法と給付提供法はどのような関係に立つのだろうか。伝統的には、ホーム法と連邦社会扶助法は全く性格を異にする別個のシステムであると理解されていた。たとえ社会扶助受給者のホーム入居者に占める割合が高く、また社会扶助における給付提供法の発達によってホーム契約に対してコントロールを及ぼすことができるとしても、それは事実上の効果にとどまると考えられてきた⁹⁷。こうした峻別論に変化の兆しが見え始めたのが一九九四年の介護保険の導入である。介護保険では現物給付方式が採用され、給付組織である介護金庫が要介護者利益の弁護者(Sachwalter)としての役割を果たすことが強調された。すなわち一人一人の要介護者が個別に提供者と交渉するのではなく、その利害関係を介護金庫という組織に集積させることにより交渉力を高め、それによって要介護者の利益保護を図ろうとしたのである⁹⁸。保険給付外である宿泊・食費についてまで金庫とホーム経営者の協定で定めるしくみの背景にはこうした発想があった¹⁰⁰。このため対価の変更等に関するホーム法の契約規制規定は、介護保険の被保険者との契約では適用除外とされた。一方で全額自己負担者や扶助受

給者については従来のままであり、ホーム法と給付提供法の棲み分けによる問題解決が志向された。

このような両者の関係に重大な変革を迫ったのが二〇〇一年のホーム法・社会法典一一編改正であった。この改正によって、ホーム法の契約規制と給付提供法によるコントロールとの結合が法律上も予定されることとなったのである。具体的には次の二つの局面で両者の連携が実現した。

① 介護保険の被保険者や社会扶助受給者とのホーム契約では、給付内容や対価が給付提供法上の行政契約で定められたものと一致していなければならず、不一致がある場合には入居者及び給付組織に契約内容を相応に適合させる請求権が認められた（ホーム法五条五・六項）。現金給付方式である社会扶助についても現物給付方式の介護保険と同程度の給付提供法によるコントロールが可能となった。⁽¹⁰⁾

② 介護保険・社会扶助におけるホーム対価の値上げ手続に、入居者代表であるホーム評議会またはホーム指定代理人（ホーム法一〇条一・四項）が参加するしくみが導入された。介護保険の報酬協定、給付及び質に関する協定、社会扶助の扶助協定の交渉開始前に、経営者はホーム評議会の代表者等に値上げの必要性と適切性を証拠書類を提示して説明し、代表者等に書面による意見表明の機会を与えな

ければならない。また代表者等は経営者の求めがあれば協定交渉に参加するものとされた（ホーム法七条四・五項、社会法典一一編八五条三項二文）。

このように現在のドイツ法では給付提供法上の行政契約に利用者の利益保護機能を認めている。利用者利益を組織化する方法としては従来からホーム評議会のしくみが存在していたが、ホーム単位の組織のため提供者に対する立場は強くなかった。⁽¹⁰⁾これに対して介護金庫は需要サイドをほぼ独占できるため、ホーム評議会に比べて大きな交渉力を獲得できる。ただし給付組織は本当に弁護機能を発揮できるのかという問題は検討を要する。社会扶助では給付組織は市町村や州といった一般的行政組織であり、組織原理上は受給者利益だけを集積しているとは言えない。また他方で給付費用の削減圧力が社会扶助の給付組織には強く働いており、伝統的には提供者である民間福祉団体こそ受給者の代弁者を自認していたのである。⁽¹⁰⁾確かに不当な給付費用削減圧力から利用者を守るのは提供者であり、利用者保護の観点からも枠契約のしくみによって当事者の力関係の均衡を図ることは必要である。⁽¹⁰⁾これに対し介護金庫では一定の共通利害関係者を構成員とする自治組織の形態をとるため、こうした問題はないように見える。しかし労使同権原

則をとる金庫もやはり純粋な被保険者利益の集積組織とは言い難く⁽¹⁰⁵⁾、また金庫内部の意思形成が民主的になされなければ利益弁護機能は損なわれてしまう⁽¹⁰⁶⁾。そこで利用者利益保護のしくみをホーム法による契約規制に一元化すべきであるとする見解も存在する⁽¹⁰⁷⁾。

しかし、契約締結手続や存続期間・責任分担などと異なり、給付内容や報酬に関してはホーム法で一律かつ明確な規律基準を設けることは難しい。給付内容や報酬は状況に応じてその水準が不断に変化するため、ホーム法による規律は抽象的なものにとどまり、判例の蓄積を待たない限り利用者利益を実効的に保護することは困難である。そこで利用者利益を集積しつつ提供者との多段階の交渉過程を経て形成される給付提供法上の行政契約と私法的効力を伴うホーム法の契約規制との組み合わせにより、個別的なレベルでも利用者利益の保護を図ろうとしているのである。給付提供法によるコントロールの手法を放棄するよりも、給付組織内部の民主性を確立したり、給付提供法上の行政契約の締結過程への参加手続を拡充した方が、利用者利益の保護につながると考えられる。

このような交渉に基づく内容形成システムでは提供者の立場が強くなるため、我が国のように行政基準を用いる場

合よりも利害調整のコストがかかると思われがちである。しかし行政契約を用いて制度設計する場合でも、合意形成のための工夫を埋め込むことにより調整コストを削減することができ、契約交渉の場として給付組織と提供者の代表による合議組織を形成したり、合意不成立の場合に仲裁機関による仲裁手続を準備したりする(社会法典一一編七六条・連邦社会扶助法九四条)ことはこうした工夫の一例である。また粹契約不成立の場合や粹契約を代替する法規命令が予定されていれば(社会法典一一編八三条等)、法規命令を避けるため給付組織と提供者に合意形成を目指すインセンティブが働く。粹契約は調整コストを削減するメカニズムを内包しつつ、大量に存在する給付組織⁽¹⁰⁸⁾提供者間契約の標準的内容を予め確定させておき、個別的状況に合わせて内容を最適化するための契約間調整手法である。

三 比較法研究の総括—ドイツ法からの示唆

契約規律に見られるドイツ法の第一の特色は、ホーム法のように契約そのものを対象に私法的効力を伴う規制を行っている点である。福祉契約に特有のニーズに対応した契約規制を個別の民事紛争に明確に援用しうる方法で定められていることは、福祉契約における利用者利益の個別的保護

に資するものである。ここで注目すべきことは日本法にもその萌芽が見られることである。自治体のレベルでは先進的な自治体が福祉契約のモデル契約を策定し、中心条項以外についてはホーム法にほぼ対応する契約規律を設定している⁽¹⁰⁾。ただ、モデル契約は契約書のひな形にすぎず、福祉契約の契約書として用いられなければ法的拘束力は発生しない点にこの手法の限界が認められる⁽¹¹⁾。国のレベルでは社会福祉法七五条以下に事業者の情報提供努力義務、契約申込時の説明努力義務、契約成立時の書面交付義務などの契約規制が規定されている⁽¹²⁾。ただしこれらは事業者に行き義務を課す形式をとり、私法的効力も罰則も伴っていない点で、現段階では運営基準による契約規律と同様の性質を持つものと考えられる。しかし施設規制法であるホーム法が私法的効力を伴った詳細な契約規制を発達させていることを考慮すれば、我が国でも社会福祉法の契約規制をドイツ法と同様の方向で発展させるべきである⁽¹³⁾。

ドイツ法の第二の特色は、利用者利益と提供者利益をそれぞれ集積した組織が多段階で合意を形成することによって給付内容や報酬といった福祉契約の中心条項を確定する点に見られる。給付提供法による契約コントロールは、給付費用が公的資金であることに起因する給付の効率性の要

請に比べると同時に、利用者利益を集積化した給付組織と提供者側との間で力関係を対等にしつつ、交渉によって当該時点にふさわしい給付内容と報酬を決定するしくみである。こうした行政過程の存在により、契約内容の柔軟性を確保しつつ利用者利益の保護を図ることが可能となるのである。近時言及がなされている保険者機能強化論⁽¹⁴⁾は、戦時中に医療保険の分野で廃止された給付提供法上の行政契約⁽¹⁵⁾を再び日本法が採用する契機となりうる。仮に再導入がなされる場合には、被保険者による自治を実現しうる組織・手続上の法整備⁽¹⁶⁾とともに、ドイツの給付提供法に見られる合意形成支援のしくみが制度設計にあたって参照されるべきであろう⁽¹⁷⁾。

(62) 介護保険法に関する①指定居宅サービスに要する費用の額の算定に関する基準②指定居宅介護支援に要する費用の額の算定に関する基準③指定施設サービス等に要する費用の額の算定に関する基準④厚生労働大臣が定める一単位の単価の四つの告示を総称し本稿では「報酬基準」と呼ぶ。

(63) この点に関し、二〇〇二年の省令改正によってこの規定が追加される以前から行われている自治体独自の取り組みの例として参照、神奈川県福祉部高齢者保健福祉課「神奈川県介護保険事業支援計画」(二〇〇〇年)三八頁(神

- 奈川県）、古井豊「特別養護老人ホーム入所指針の導入」地方自治職員研修四九二号（二〇〇三年）六六頁以下（神戸市）。
- (64) 措置制度におけるこうした発想を指摘したものとして参照、大橋洋一「福祉オンブズマンの制度設計」同『対話型行政法学の創造』（弘文堂・一九九九年）一一二頁「初出一九九七年」。今回の改革でもこの発想はなお維持されているといえよう。
- (65) 参照、介護保険施設等指導監査指針ハンドブック編集委員会編『介護保険施設等指導監査指針ハンドブック』（中央法規出版・二〇〇〇年）五頁。
- (66) 参照、小笠原祐次・若穂井透監修『実践Q&A介護保険の苦情対応』（東京法令出版・二〇〇〇年）五四頁（関口日出夫執筆）。
- (67) 参照、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣・二〇〇〇年）三二二頁以下「初出一九九七年」。
- (68) 解釈論上、運営基準の民事上の効力を導出する試みとして参照、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」季刊社会保障研究三五巻三号（一九九九年）二五六頁、倉田聡「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」社会保障法一四号（一九九九年）六五頁。
- (69) 扶助義務令でこのような規定が置かれた背景につき参照、豊島明子「ドイツ連邦社会扶助法における行政の責任（一）」法政論集（名古屋大学）一六六号（一九九六年）一七三頁以下。
- (70) Vgl. Ursula Friedrich, Die neue Pflegesatzregelung im Bundessozialhilfegesetz, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV) 1994, S. 168. これに対し、民間福祉団体が社会扶助団体の事務委託を引き受ける（連邦社会扶助法一〇条五項）場合は国家事務を遂行することとなるのでこのような原則の適用はない。Vgl. Dirk Ehlers, Rechtsfragen der freien Wohlfahrtspflege, NJW 1990, S. 802ff.
- (71) Vgl. Volker Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 1992, S. 16ff.
- (72) Vgl. Gerhard Igl, Das Leit mit der Heimgesetz-Novellierung, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RSDE) 7 (1989), S. 49.
- (73) このことを明確に規定した条文は存在せず、連邦社会扶助法一一条二項を根拠にこのような取り扱いが行われていること。Vgl. Jochem Schmitt, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990, S. 432ff.
- (74) Einrichtungenの中には入所施設だけではなく在宅介護サービス提供施設も含まれるため本稿では「事業所」の訳語を用いている。この概念についてはWalter Schellhorn/Helmut Schellhorn, Das Bundessozialhilfegesetz, 16. Aufl., 2002, S. 717, Rn. 19を参照。またこの用語法は介護保険でも同様である。Vgl. Bertram Schuljin/

- Gerhard Igl, Sozialrecht, 7. Aufl., 2002, S. 184, Rn. 378.
- (75) BVerwGE 69, 5, 6 はこの例である。この他、社会扶助団体が主導的な役割を果たしてサービス提供者の決定に関わるケースもあつゝる。
- (76) Vgl. Otto Fichtner (Hrsg.), Bundessozialhilfegesetz Kommentar, 1999, S. 24f., Rn. 10ff. (Otto Fichtner).
- (77) Vgl. Ulrich-Arthur Birk u.a., Bundessozialhilfegesetz Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., 1998, S. 959, Rn. 50f. (Johannes Münder).
- (78) 広域社会扶助団体は各州の連邦社会扶助法施行法により定められる。州が担当する例としてラインラント＝プファルツ州、福祉連合等の広域行政組織が担当する例としてバーデン＝ヴュルテンベルク州、行政区が担当する例としてバイエルン州がある。地域社会扶助団体と広域社会扶助団体とは上下関係に立つものではなく、後者は連邦社会扶助法及び州法で列挙された事務（代表例は障害者に対する扶助である）だけを行い、その他の事務は全て前者が担当する（連邦社会扶助法九九・一〇〇条）。Vgl. Peter Trenk-Hinterberger, Sozialhilferecht, in: Bernd Baron von Maydell/ Franz Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 2. Aufl., 1996, S. 1190ff., Rn. 38ff.
- (79) 参照、松本勝明『社会保障構造改革』（信人社・一九九八年）一九五頁以下。
- (80) 本文の記述は第一次連邦勧告（一九九五年）五条一項、第二次連邦勧告（一九九六年）七条一項・八条二項に基づく手続である。
- (81) Vgl. Peter Udsching, SGB XI Soziale Pflegeversicherung, 2. Aufl., 2000, S. 147, Rn. 2.
- (82) 介護扶助と介護保険との相違点や相互関係については Wolfgang Gitter/ Jochen Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., 2001, S. 320f., Rn. 21ff. が簡潔にまとめている。
- (83) 注文中ではホーム側が作成したモデル契約 (Musterverträge) がホーム契約の締結に際して利用されるのが通例である。このためホーム法の契約規制が十分でない分野では約款規制法による規制が大きな役割を果たす (Anja Sofia Gaiser, Fallstricke bei der Altenheim- Vertragsgestaltung, NJW 1999, S. 2311ff.)。またモデル契約はホーム監督庁への届出書類に含まれているためホーム監督の対象となる上、ホーム評議会がモデル契約の策定に関与するしくみも存在する（ホーム運営の事務における入居者の協力に関する命令（ホーム協力令）三〇条一号）。ホーム契約の統制が多様な手法の組み合わせによりなされている点にドイツ法の特徴がある。
- (84) Vgl. OVG Koblenz Urt. v. 6. 12. 1988 in: Thomas Klie, Heimrecht: Rechtsprechungssammlung zum Heimgesetz samt Nebengebieten, 1997, S. 43ff.
- (85) Vgl. Eduard Kunz u.a., Heimgesetz Kommentar, 8. Aufl., 1998, Einführung XIII ff. また制定当初のホーム法

- の内容については本澤巳代子「西ドイツ老人ホーム法の実証的研究」経済研究(大阪府立大学)三四巻二号(一九八九年)八三頁以下を参照。
- (86) ホーム法の制定当初は営利施設に対しては許可制、公立・民間福祉団体立の施設に対しては事後届出制をとっていたが、一九九七年改正で規制緩和のため統一的に事前届出制をとることとなった。しかし必要条件を満たしていない場合には暫定的営業禁止がなされることから、実質的な意味で規制緩和となつてゐるとは言つがたう(Klaus Füßer, Regulierung und Deregulierung im Heimrecht, NJW 1997, S. 1957ff.)。
- (87) Vgl. Gerhard Igl, Entwicklungen und Probleme auf dem Gebiet des Heimgesetzes, RsDE 3 (1988), S. 4.
- (88) Vgl. BT-Drucks. 14/5399 S. 22.
- (89) Vgl. Eduard Kunz u.a. (Anm. 85), S. 80, Rn. 1.
- (90) Vgl. AG Münster, Urt. v. 22. 10. 1993 in: Thomas Kluge (Anm. 84), S. 273ff.
- (91) 参照、山本豊「消費者契約法(三・完)」法学教室二四二号(二〇〇〇年)六一頁。
- (92) 参照、阿部泰隆『行政の法システム(上)「新版」』(有斐閣・一九九七年)一五七頁。また民事特別法と行政法との親近性について Hans-Heinrich Trute, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Albmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufangordnungen, 1996, S. 175 が示唆的である。
- (93) 上記の協定を総合協定としてまとめ、締結するべきである。Vgl. Dietrich Schoch, Sozialhilfe, 3. Aufl., 2001, S. 140.
- (94) もともと扶助協定による社会扶助団体の支出は連邦社会扶助法一〇条三項にいう民間福祉団体への支援の一環と位置づけられ、補助金と同列に扱われていた。Vgl. Volker Neumann, Leistungserbringungsverträge im Einrichtungsbereich der Sozialhilfe, RsDE 33 (1996), S. 135.
- (95) Vgl. Fritz Baur, Die Bundesempfehlungen nach § 93d Abs. 3 BSHG zu den Leistungs-, Vergütungs- und Prüfungsrahmenverträgen auf Länderebene, NDV 1999, S. 394.
- (96) Vgl. Ronald Richter, Das neue Heimrecht, 2002, S. 19ff., Rn. 22ff.
- (97) ホーム許可条件に全額自己負担者と扶助受給者の対面を回類するべきを命ずるのは違法と判断した OVG Lüneburg, Urt. v. 5. 10. 1987, NJW 1988, S. 1341 と扶助協定の中にそうした内容を定めることは競争法に違反するとして判断した BGHZ 119, 93 が代表例である。
- (98) Vgl. Karl-Jürgen Bieback, Fünf Jahre SGB XI und die Besonderheiten der Pflegeversicherung, Vierteljahresschrift für Sozialrecht 1999, S. 257. 条文中現物給

付であることが明らかな在宅介護給付とは異なり、施設介護給付については法律上は費用引受が規定されている。にもかかわらず供給契約・枠契約による給付内容コントロールや報酬協定による給付の経済性確保のための影響力の行使が給付組織には可能であることから、施設介護給付についても現物給付であると考えられている。Vgl. Volker Neumann, Leistungserbringungsrecht, in: Bertram Schulz (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Bd. 4. Pflegeversicherungsrecht, 1997, S. 531, Rn. 58.

(65) BSGE 87, 199, 201 は介護金庫が要介護者の利益を代表することに着目し、介護費協定に関する仲裁決定を不服としてホーム経営者が提起した訴訟へのホーム評議会の訴訟参加(社会裁判所法七五条)の必要性を否定している。

(90) Vgl. BT-Drucks. 12/5262 S. 147.

(101) Vgl. Frank Brünner, Das Dritte Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes aus Sicht der Freien Wohlfahrtspflege, RStDE 49 (2001), S. 72.

(102) Vgl. Dieter Giese, Öffentlich-rechtliche Körperschaft »Heimbewohner«, RStDE 37 (1997), S. 109.

(103) Vgl. Dirk Meyer, Wettbewerbliche Neuorientierung der Freien Wohlfahrtspflege, 1999, S. 50.

(104) 枠契約の手法は、各提供者と給付組織が個別に契約で給付内容や報酬を決定すると提供者側が構造上不利な立場

に置かれるため、給付組織側と提供者側がそれぞれ連合組織を形成して交渉力を対等にした上で契約内容を形成し、それを個別の給付組織に提供者間の法関係に反映させようとしたことから発展した (Jochem Schmitt (Anm. 73), S. 123ff.)。こうした観点からすると、提供者組織に属していない提供者(アウトサイダー)が存在する場合には両者の力関係の均衡が崩れる可能性が生じる。枠契約が最初に発達した契約医法では契約医の強制加入組織である金庫医師協会が存在するのに対して(社会法典五編七七条)、病院法(同法一〇七条以下)や介護保険のように教会自治権との関係から提供者強制加入組織を導入できない分野ではこの問題が特に表面化するのである (Peter Udsching, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1999, S. 475f.)。現行法

では法律でアウトサイダーに対しても枠契約の拘束力を拡張することはよりこの問題に対処し、供給契約を締結したことでアウトサイダーも職業遂行の自由に対する枠契約による規制に同意したと見なしている。これに対しては、契約という方法で締結当事者以外にも法的拘束力を及ぼす「規範」を定立することが民主的正統性を欠くこととあわせて許諾からの批判が強さ (Volker Neumann, Normenvertrag, Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung?, 2002, S. 23ff.)。

(105) Vgl. Frank Brünner, Vergütungsvereinbarungen für

Pflegeeinrichtungen nach SGB XI, 2001, S. 139.

(106) こうした観点から問題視されているのが金庫内での代表者を選出する際にとられる平和選挙とよばれる方法である。Vgl. Jan Castendiek, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, 2000, S. 130f.

(107) Vgl. Frank Brüner (Anm. 105), S. 192.

(108) Hartmut Bauer, Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Almann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 277f. も学術法における枠契約を例として同様の見解をとる。

(109) 参照、福岡県弁護士会北九州部会「北九州市保健福祉局「北九州市版 介護サービス利用標準契約書」(二〇〇〇年)一七一頁以下、かながわ福祉サービス振興会「介護保険制度における介護サービス標準契約書(第二版)」(二〇〇一年)一一二頁以下。

(110) ただし、たとえ自治体策定のモデル契約が契約書として利用されていなくても、こうしたモデル契約が消費者契約法一〇条にいう任意規定の中に含まれると解すれば、同条を用いて不当条項を無効とする可能性もある。参照、中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリスト一二〇〇号(二〇〇一年)七四頁。

(111) 本稿の対象である福祉契約には含まれていないが、認

可外保育施設との契約に関して児童福祉法五九条の二の三以下が社会福祉法と同様の規制をしている。しかし、認可外保育施設に対しては給付提供法による規制が存在しないのであるから、社会福祉法よりも高い水準の契約規制が検討されるべきである。

(112) とりわけ施設サービスの参入規制を緩和する場合にはこのことは必須の前提となろう。参照、伊奈川秀和「社会福祉法人法制についての一考察」法政研究(九州大学)六八巻一号(二〇〇一年)四六頁。

(113) 参照、新田秀樹「医療保険における保険者と医療機関の直接契約制の導入の可能性」同「社会保障改革の視座」(信人社・二〇〇〇年)一一〇頁以下[初出一九九八年]。

(114) 参照、厚生省保険局編『健康保険三十年史(下巻)』(全国社会保険協会連合会・一九五八年)二六六頁以下。

(115) 参照、倉田聡『医療保険の基本構造』(北海道大学図書刊行会・一九九七年)三二五頁。

(116) ドイツに見られる合意形成支援のしくみの中にはかつての我が国の法制にも見られたものもある。例えば戦前期の国民健康保険法では、保険者と医療機関との契約締結をめぐる紛争を道府県に設置される国民健康保険委員会で解決するしくみを用意していた(国民健康保険法五〇条[當時])。委員会は組合・医師・官吏により構成され(国民健康保険委員会規程五条一項)、斡旋の結果は原則として公表することとされていた(同規程三二条)。参照、川村秀文

『石原武二』纂誠『国民健康保険法詳解』（巖松堂書店・一九三九年）二七八頁以下。

おわりに

本稿では、社会福祉構造改革により登場した福祉契約を素材として、その法的特色を行政法学の立場から分析した。以下では基本的な分析結果について整理することとしたい。一般的な民事契約には見られない福祉契約の特徴は次の三点にまとめられる。第一は、行政行為である給付決定がサービスの必要性の総枠を決定し、この枠内で契約関係が展開されるといふ構造的特色である（II一）。第二は、利用者の選択権を保障するための行政過程が発達しつつあり、福祉契約はこうした周辺の行政制度の整備を基盤として成立している点である（II二）。第三は、福祉契約の内容形成が適切に行われるように給付提供法による内容コントロールがなされている点である（III）。このように、一般に民事契約と捉えられている福祉契約は行政法的しくみと密接な関係を有しており、この点に行政法学の取り組むべき課題が認められる、このことが本稿から得られた最も大

きな成果である。契約内容の適正性を確保するための行政過程が存在して初めて契約は機能するのであり、契約の法的性質を論じるにあたっては背景にある行政法システムの考察が不可欠である。

福祉契約が登場した背景には、給付内容の決定や給付の実施を全て行政が独占する行政直営システムが限界に達したという認識があった。すなわち、給付提供を行政が独占することによるサービスの量的不足に加え、行政とその委託を受けた社会福祉法人だけで構成される提供者集団内に競争原理が働かず、サービスの質の停滞と公的資金の非効率的使用が批判されたのである。こうした問題状況は福祉分野だけに特有のものではない。近年では、給付行政の分野を例にとっても、教育法における学校選択制の議論や公施設法におけるPFIの導入など、従来行政直営による給付が当然と思われていた分野で、行政以外の第三者による事務遂行の可能性が示されている。また規制行政の分野でも、行政部内での規制活動を行う人的資源の不足を背景に、とりわけ検査検定分野で指定法人等に検査活動を行わせる動きが見られる（建築基準法六条の二、住宅の品質確保の促進等に関する法律五条一項等）。このように行政が従来は直接行っていた任務を行政以外の第三者へと移行す

る傾向は福祉分野以外でも見られる⁽¹¹⁹⁾。

こうした現象は従来「委任行政」の枠内で扱われ、主として行政組織論の文脈で、行政と第三者の關係に大きな関心が向けられてきた⁽¹²⁰⁾。一方、第三者と市民との關係については、それが権力的作用を含む場合であれば第三者を行政と同一視して行政法学の対象に含めたものの、そうでない場合には単なる民事契約として行政法学の考察から除外される傾向にあった。しかし、本稿によって明らかにされたように、福祉契約には、関連の行政法システムを前提として初めて機能しうる特質を持つなど一般的な民事契約にはない法的特色が認められ、これを行政法学の検討対象に含めて検討する必要性は高い。

従来の行政契約論は契約の一方当事者が行政主体であることに注目し、平等原則などの行政法の一般原則の適用を行おうとするものであった。近時の行政契約論は行政過程における市民の立場を保護するための理論構築、あるいは行政による公金使用の適正性を担保するための議論へと展開している⁽¹²¹⁾。こうした傾向をさらに一歩進めるなら、福祉契約が予め設計された一連の行政過程の中で一定の政策目的を達成するため手法として予定された機能を果たしているのかどうか、あるいは公的資金の適正使用に配慮して

るのかどうかを検討対象に加える余地は残されている。

このような考察の拡張により、これまで素材不足のため発展が遅れていた行政契約論に深化の契機を与える一方、従来個別レベルの考察にとどまっていた、行政過程における行政主体が締結当事者に含まれない契約に共通の議論の場を設定することで、問題発見や制度設計のヒントが得られることが期待される。一方、行政主体性に注目して構築されてきた従来の行政契約論との連続性をいかに確保するかが問題となる。一つの課題として、行政行為論のような類型論的考察が行政契約についても要請されることとなる。その際の種類軸の一つとして、契約当事者の属性を考慮することが考えられる。組織の公的性格の差異に応じて、適用される契約法理にも差異が設けられるべきである。こうした分析を踏まえ、行政契約論を公的任務遂行者が多様化する時代に即応した理論として再構成していくことが今後に残された課題となろう。

(117) 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義五二巻七号(二〇〇一年)一五頁以下も、福祉契約は選択・権利性・対等性を導くための手段として「借用」されているにすぎず、福祉サービス提供の制度全体は依然として公的システムで

あることを指摘する。

(118) ただし現段階では学校選択制は就学指定制度の枠内で行われており、福祉分野に見られるような構造改革を伴ったものではない。参照、佐藤博志「東京都品川区における学校選択制度の導入」『学校経営研究』二六巻（二〇〇一年）四〇頁。

(119) 参照、多賀谷一照「非営利組織の公法理論」『法学論集』(千葉大学) 一五巻一号（二〇〇〇年）四二頁以下。

(120) 参照、塩野宏「指定法人に関する一考察」同『法治主義の諸相』(有斐閣・二〇〇一年) 四六〇頁以下「初出一九九三年」、米丸恒治「指定機関による行政の法律問題」同『私人による行政』(日本評論社・一九九九年) 三五〇頁以下「初出一九九四年」。

(121) 参照、大橋洋一『行政法 現代行政過程論』(有斐閣・二〇〇一年) 三五三頁以下。

【附記】 本稿は、文部科学省科学研究費補助金（特別研究員奨励費）の助成による研究成果の一部である。