

## 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——

岩村正彦

### I はじめに

(a) 社会福祉制度が大きく動こうとしている。高齢者福祉の領域では、既に介護保険法が成立し、2000年4月から施行される。身体障害者福祉、知的障害者福祉、児童福祉(障害児にかかる部分)においても、いわゆる社会福祉基礎構造改革の実施が予定されている<sup>1)</sup>。この二つの改革は、特別養護老人ホームや身体障害者更生施設等の施設サービスおよび高齢者・障害者の在宅福祉サービスについて、サービス提供の法的構造を根本的に変えることを内容としている。すなわち、措置制度から契約方式への転換である。

(b) 措置制度の法的構造を要約すれば、つぎのようになる。①私人の申出を契機としつつも、行政が、その一方的決定によってサービス提供の要否を決定する。②サービスの提供を要すると判断した場合、行政が、施設や在宅サービス提供者、およびサービスの内容を一方的に決定する。③以上の決定に従い、行政は、自ら、あるいは、施設等に委託して、サービスを提供する。④サービス利用者(被措置者)・扶養義務者の費用負担の要否、および負担額は、所定の基準に依拠して、行政が一方的に決定する。⑤利用者等の費用負担にかかる部分を除いて、行政が、サービス提供者に措置費として支弁する。

このように、措置制度では、福祉サービスを受ける私人(サービス利用者)の地位は、措置決定という行政の一方的な決定(上記①②④)によって設定される。法的には、この措置決定は、行政

処分と性格づけられている<sup>2)</sup>。その帰結として、実際の福祉サービス提供者(施設やホームヘルパー派遣主体)と利用者との法律関係も、契約関係ではないと解されてきたといつてよい<sup>3)</sup>。

以上の措置制度の法的枠組みは、近年、社会福祉サービスへのニーズの変化に対応できないという問題点の指摘に直面する。指摘の焦点は、福祉サービスの提供が、行政の一方的決定によることに集約される。このことが、(ア)利用者の法的地位が曖昧であり、利用者が行政、あるいは福祉サービス提供者に従属的な立場に立ってしまう、(イ)福祉サービスが、利用者の多様なニーズに応えることができずに、硬直化している、(ウ)市場メカニズムが機能しないので、効率的な事業運営やサービス向上のための創意工夫が促されない、といった問題点を生んでいるというのである<sup>4)</sup>。また、利用者ではなく、施設や在宅サービス提供者に措置費という形で費用を支払うため、予算の制約を受け、サービスの供給が不十分となるという指摘もある<sup>5)</sup>。

(c) 措置制度が抱えるとされる上記の問題点の解決策として構想されたのが、サービス提供の契約方式への転換である。契約方式とは、おおむね、以下のようにまとめることができよう。①利用者が、自らのニーズに応じた福祉サービスを提供する提供者(施設や在宅サービス提供者の経営主体)を選択する。②利用者は、福祉サービス提供者と締結する契約(サービス購入契約ないしサービス利用契約。以下では、「サービス利用契約」という)にもとづいて、福祉サービスを購入する。③行政は、福祉サービス提供者と契約を締結して

サービスを購入した利用者には、その費用負担にかかる部分を除いて、利用費用相当額を支給する。

以上のメカニズムを通して、前記(b)(ア)(イ)(ウ)等の問題が解決されるというのである。すなわち、①契約によって、福祉サービス提供者と利用者との関係が明確となり、両者が対等の立場に立つ、②契約に先立って、利用者が、自らのニーズに適合した福祉サービス提供者を選択できる、③この選択によって、福祉サービス提供者間で競争が生まれる、等の効果が期待されている<sup>6)</sup>。

この契約方式と同様の枠組みは、既に介護保険に導入されている。高齢者の施設・在宅福祉サービスは、老人福祉法下の措置制度から、介護保険法の下での契約方式に転換するのである<sup>7)</sup>。現在構想されている社会福祉基礎構造改革は、社会保険方式は採用しないものの、介護保険と基本的に同じ枠組みを、身体障害者福祉等に拡大するものと捉えることができる。実際、介護保険は、社会福祉基礎構造改革の第一歩と位置づけられ、サービス提供にかかる多様な選択肢の提示、ケア・マネジメントを媒介とした利用者本位のサービス内容の決定といった点は、介護保険導入の目標として挙げられていた<sup>8)</sup>。措置制度の抱える問題点を解決する対応策として、契約方式を構想するという発想は、介護保険導入時に既に存在していたのである。

(d) 以上のように、契約方式への転換は、問題解決のための政策手段という性格を明確に帯びている。そうだとすれば、契約という法的構成によって、先に(b)で挙げた、現行措置制度に存在する問題点の解決という政策目的を達成するためには、いかなる条件を整える必要があるかを検討する必要がある。必要な条件が存在せず、またその整備も望めないならば、契約方式に転換しても、措置制度に見られた問題点は解決しないからである。逆に、措置制度の下では存在しなかった、新たな問題を生みかねない。

ところで、契約方式が念頭に置くのは、利用者が、市場から、自分の望むサービスを購入するという構図である。ここでは、購入者である利用者は、障害者等の個人(自然人)であり、かつ、事

業に関連してではなく、消費生活において、サービスの購入を行う。この点に着目すると、サービスの利用者は、消費者法や、消費者保護政策でいわれるところの「消費者」に該当する<sup>9)</sup>。他方、福祉サービスの提供者は、営利にせよ、非営利にせよ、事業として、サービスの販売を行うことが想定されている。つまり、サービス提供者には事業者性がある<sup>10)</sup>。したがって、利用者福祉サービス提供者とのサービス利用契約は、「消費者契約」としての性格を持つ<sup>11)</sup>。注意しなければならないのは、利用者自身の行為能力が十分ではなく、親権者、未成年後見人あるいは成年後見人等がいる場合でも、社会福祉サービスの購入にみられる上記の性格(消費者性・消費者契約性)は変わらない点である。親権者・成年後見人等も、社会福祉サービス購入を業とするわけではないからである。それゆえ、成年後見制度の導入は、福祉サービス利用契約をめぐる問題すべてを解決するわけではない。

消費者契約では、既に多くの研究が明らかにするように、具体的な属性を捨象した抽象的法人格を指定し、当事者が対等であるとの前提に立つ契約法をそのまま適用したのでは、契約の一方当事者たる消費者の利益が不当に損なわれる恐れが非常に高い。商品・サービス選択の機会が制限されたり、契約内容の実現が図れないといった問題が生じるのである。契約によって、当事者の権利義務関係が明確になる側面はあるが、事業者に一方的に有利な形で権利義務関係が明確化される危険も多分に存在する。消費者契約に存在するこうした問題点の解決を図るために、既に個別の消費者保護法が制定され、さらに、一般的な消費者契約法も構想されている<sup>12)</sup>。

利用者福祉サービス提供者との契約は、前述のように「消費者契約」としての特性を持つから、何も対応策を講じなければ、上記のような問題が生じよう。そうなれば、介護保険や社会福祉基礎構造改革が、契約方式への転換によって狙う効果(前記(c)参照)は達成できないし、それどころか、社会福祉の領域での「消費者問題」を惹起することになろう。そうした結果を防止し、契約方

式への転換が想定する成果を期待するためには、消費者法の見地から、福祉サービス利用の契約関係を検討する必要がある。

社会福祉サービス利用契約に関する消費者法の視点からの検討は、社会保障法学ではそれほど豊富ではない。むしろ、有料老人ホームの入居契約に関して、民法学者等による研究が先行しているのが現状である<sup>13)</sup>。筆者自身も、消費者法の専攻ではない。それでも、消費者法の領域の業績を参照しながら、福祉サービス利用契約をめぐる法的な問題の素描と、今後の検討課題を探ることは許されよう。また、そうした概観的なものであっても、社会保障に関する学際的な研究雑誌である本誌で、他の学問分野の研究者に法学的な視点からの考察を提示することは、それなりに意味があると考えられる。

(e) そこで、本稿では、以上の視角から、高齢者や障害者といった利用者が、社会福祉施設や在宅サービス等の社会福祉サービスを提供する法主体（社会福祉法人等。以下では、「提供者」という）との間で締結するサービス利用契約をめぐる法的問題を検討する。したがって、地方公共団体との間の契約にもとづいて提供される社会福祉サービスをめぐる問題は、本稿の検討対象外となる。また、サービスを購入した利用者に対する費用負担は、消費者法の観点とは別の見地からの考察を必要とするので、やはり、本稿では取り上げない。

消費者法では、消費者契約の法的検討に際して、契約の締結時点を境に、契約の締結過程と、締結された契約の履行という分析軸が設定される<sup>14)</sup>。契約の締結過程のみならず、契約の履行をめぐる法的問題にも消費者法が注目するのは、契約内容の実現が図られなければ、利用者が、契約によって権利義務を設定した意味を失うからである。したがって、本来であれば、社会福祉サービス利用契約をめぐる法的問題を考察する上では、履行の問題をも扱う必要がある。しかし、紙幅の問題もあり、本稿では、契約の締結過程に焦点を絞って検討を加えることにしたい。

消費者契約の問題を考察するにあたって、契約

の締結過程が重要視されるのは、消費者の法的地位が、どの事業者と契約を締結するか、また、いかなる内容の契約を締結するか大きく左右されるからである。このことは、社会福祉サービス利用契約についても変わらない。契約方式の下では、社会福祉サービスの利用関係は、契約の諸条項にもとづいて展開する。したがって、どの提供者を契約の相手方として選ぶか、そして、いかなる内容で契約を締結するかという契約の締結過程が、利用者の法的地位に決定的な影響を及ぼすことになる。

この社会福祉サービス利用契約の締結過程は、大きく、二つの段階に分けることが可能である。第一の段階は、サービス提供者の選択や、サービス内容の比較検討のために必要な情報の入手である。契約方式への転換の帰結として、社会福祉サービス市場が形成されるという前提に立つならば、利用者は、提供者の候補者を選定するために、市場にどのような提供者が存在するか、しかも、自らのニーズに適合する福祉サービスを提供する者が存在するかに関する情報を得る必要がある。利用者の多様な選択の機会を保証するためには、この段階の法的問題も考察しなければならない。最初にこの問題をⅡで検討する。契約の締結過程では、上記の情報入手の段階に引き続いて、提供者の候補者を絞り込んだ上で、提示された契約内容・条件を検討し、場合によっては、交渉をして、しかるべき提供者と契約を交わすことになる。つまり、特定の提供者との具体的な契約の締結という第二の段階が来る。Ⅲで、この具体的な契約の締結に至る段階をめぐる法的論点を考察することしよう。

## Ⅱ 提供者選択のための情報提供

社会福祉サービスに関する利用者の選択肢の多様化や、利用者のニーズに適ったサービスの購入といっても、複数の、しかもできるだけ多くの提供者が市場に存在しなければ、その実現は図れない。けれども、より重要と思われるのは、利用者が、市場における複数の提供者の存在を知りうる

条件が整えられていることである。市場に多くの提供者が存在していても、それが情報として利用者に提供されず、利用者が一つの提供者しか把握できなければ、選択肢の多様性は確保されないからである。また、提供者選択の第一歩であるこの段階で、不適切な情報によって、利用者が特定の提供者に誘導されることも回避されなければならない。利用者が誤った提供者の選択に向かう危険があるからである。

市場に存在する提供者に関する情報は、個人同士の情報交換(口コミ)、新聞・雑誌・電話帳・インターネット等による広告、他の提供者からの紹介、行政による情報の提供<sup>15)</sup>等が想定しうる。これまでの措置制度の下では、行政が提供者を決定していたから、行政による情報提供以外の情報手段は、それほど重要性を持たなかった。しかし、契約方式に転換すると、行政のみが情報提供を行う枠組みは、維持し難いし、また、これまで指摘されてきた硬直性等の批判を免れえないであろう。契約方式の下では、行政のみならず、民間による情報提供にも相当の役割を担わせることになる。このように考えたとき、今後重要性を増す情報手段は、とりわけ広告、そして、ある提供者を通じた他の提供者の紹介であると考えられる。そこで、この二つの情報提供手段をめぐる法的な問題点を順次検討することにしたい。

## 1 広 告

### (1) 新たな広告規制の枠組み

新聞等のメディアを通しての広告は、市場に潜在的に多数存在する顧客たる消費者の誘引に有効な手段である。また、一般的に、消費者にとっても、メディアを介した広告は、購入すべき財貨やサービスの選択のための主たる手段の一つでもある。

ところで、従来の社会福祉法制は、提供者の広告に関する法的な枠組みを持たない<sup>16)</sup>。これは、措置制度の下では、提供者を最終的に選択・決定するのは、行政であって、利用者ではなかったため、提供者の広告を考える余地がなかったからである。問題自体が存在しなかったので、広告に関

する法的枠組みについては、現行社会福祉法制は何も語っていないと見るのが素直である。

だが、契約方式への転換によって、市場の機能を利用して、利用者がサービスを購入する方向へ進むのであれば、一般メディアを通じた広告も、利用者の提供者選択のための一つ的手段となる。契約方式化は、提供者の広告を認めることを含意するのである。しかし、広告は、適正でない顧客誘引の手段となりうるものであり、利用者の利益を害する恐れもある。それゆえ、契約方式の下で、提供者の広告が認められるとしても、利用者の利益が害されることのないように規制を加える必要がある。

この点につき、1999年9月に中央社会福祉審議会が諮問案どおり了承との答申を出した「社会福祉の増進のための関係法律の整備等に関する法律案(仮称)制定要綱」(以下「制定要綱」という)では、提供者が広告をできることを前提に、誇大広告を禁止することとしている<sup>17)</sup>。これに対し、介護保険法のとる立場は把握しにくい。明文で規定するのは、介護老人保健施設の広告規制のみである(介護保険法98条)。もっとも、指定介護療養型医療施設等の病院・診療所に該当するものについては、医療法による広告規制の網がかかる。しかし、それ以外の事業・施設の広告には、介護保険法自身は言及しておらず、省令(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(1999年厚生省令37号)等。以下では一括して「事業運営基準」という)が触れるにとどまる。そこでは、虚偽または誇大な広告が禁止されている。

### (2) 問題点

サービス提供者の選択において広告が持つ重要度に鑑み、事業運営基準や制定要綱は、以上に述べたような広告規制を予定している。しかし、こうした広告規制には、つぎのような問題があると思われる。

第一に、施設や事業の範疇に着目した区分けをしているため、広告規制のあり方が必ずしも統一的でない点である。ほぼ同じサービスを提供する場合であっても、法令上は、範疇を異にする結果、

異なる広告規制が行われることがある。たとえば、指定介護老人福祉施設は虚偽広告・誇大広告が禁止されるが、介護老人保健施設や指定介護療養型医療施設は法令の認める事項しか広告できない。同様のことは、居宅サービスについても見られる。しかし、こうした差異は、ほぼ同内容のサービスを提供する事業者間の公正な競争を阻害しかねないし、消費者であるサービス利用者（購入者）の選択を誤らせる恐れもある。

第二に、禁止する広告の範囲が狭すぎないかという問題である。施設や在宅での社会福祉サービスは、利用者の身体・健康状態や社会的自立に大きな影響を及ぼす可能性がある。ときには、利用者の状況に不可逆的な結果をもたらすことすらある。不当な誘引となる広告によって、利用者が誘導され、劣悪あるいは不適切なサービスによって、取り返しのつかない状態になることは避けなければならない。事業運営基準は、虚偽広告ないし誇大広告の定義をしていないが、既に存在する立法（不当景品類及び不当表示防止法（不当景表法）4条、宅地建物取引業法32条、旅行業法12条の8等）を参照すると、「著しく事実に相違する表示、実際よりも著しく優良であるか、有利であると誤認させる表示」が該当することになると考えられる。しかし、福祉サービスの持つ、前記のような特質に鑑みると、広告規制を、上記のような意味での虚偽広告・誇大広告に限るのは、規制の範囲が狭すぎると思われる。不当な誘引となる広告全般を視野に入れて、規制のあり方を検討すべきである<sup>18)</sup>。

第三に、広告規制に対する違反があった場合の法的効果、とくに利用者との関係での法的効果が明確でない。介護保険法が用意する広告規制の実効性確保の手段は、文書提出や帳簿書類の提示を求める権限（23条、24条、76条等）や、事業運営基準に従った適正な事業運営ができなくなった場合の指定取消権限（77条等）を背景とする行政指導である（行政手続法34条参照<sup>19)</sup>。制定要綱も、同様の仕組みを想定していると考えられる。この実効性確保手段は、将来の利用者の保護にはなるが、規制に違反した広告によって、サービス

提供者と契約を結んでしまった後で虚偽や誇大広告に気づいた場合や、さらに進んで、実際に損害を被った場合に、利用者に直接的な救済を与えるわけではない<sup>20)</sup>。被害者の救済は一般民事責任法によることになるが、果たしてそれで十分かは問題である。この点は、後に検討する契約締結過程の情報提供義務や苦情処理手続とも密接に関連する<sup>21)</sup>。いずれにせよ、提供者の広告の監視や、違反広告があった場合の、被害防止のための迅速な対応の面で、行政の適切な監督権限の行使が要請される。

以上のように、提供者の広告に対する規制のあり方には、規制の一貫性、規制する広告の範囲、違反広告があった場合の法的効果等に関し、なお、詰めた検討をする余地があるといえよう。

## 2 紹介

### (1) 居宅介護支援による提供者の紹介

ある提供者による、別の提供者の紹介も、市場に存在する提供者に関する情報を利用者が得る方策として見逃せない。この紹介は、いろいろな状況の下で行われようが（たとえば、障害の重度化に伴い、ある提供者では利用者のニーズを満たせなくなったので、他の提供者を紹介する等）、ここでは、紹介自体が社会福祉サービスである場合、具体的には、介護保険法にもとづく居宅介護支援について、若干の考察を加えておく。

居宅介護支援とは、居宅要介護者等の依頼を受けて、指定居宅サービスの担当者等を定める計画を作成するとともに、指定居宅サービス事業者との連絡調整を行い、また、入所が必要な場合には、介護保険施設を紹介する等をいう（介護保険法7条18項）。つまり、居宅介護支援は、利用者には、介護等のサービスそのものの提供者を紹介することを内容とする。利用者にとっては、本来求めているサービスの提供者への橋渡し役である。この点で、居宅介護支援の提供者の行う紹介の役割は重要である。紹介が適正に行われなければ、利用者の選択は事実上制約され、ひいては、その利益が害される恐れがあるからである。

介護保険法は、この点を配慮して、居宅介護支

援サービスの提供者のみならず、その他の提供者にも、利用者の立場に立ってサービスを提供する努力義務を課している(73条1項, 80条1項, 87条1項等)。さらに、事業運営基準は、指定居宅介護支援事業者に、居宅サービス事業者との関係での中立性を義務づける(指定居宅介護支援事業運営基準1条3項)。この中立性は、①介護支援専門員による、当該地域の提供者に関する諸情報の適正な提供(13条2号)、②介護支援専門員による特定提供者の利用指示等の禁止(25条1項)、③事業者とその従業員による、特定提供者からの財産上の利益の収受の禁止(25条2項)、によって具体化されている。これと対応する形で、各事業運営基準は、居宅および施設サービスの提供者に対しても、居宅介護支援事業者との間での財産上の利益の収受・提供を禁止している。介護保険法ならびに事業運営基準の用意するこうした規制は、高く評価できる。

## (2) 問題点

しかし、介護保険法と事業運営基準が用意する上記のような紹介規制の枠組みには、広告規制と同様に、これらの規制が利用者にいかなる法的地位を与えるかが不明確という問題点を指摘できる。介護保険法が提供者に課している義務は努力義務にすぎず、これらの規定自体が、提供者に対する法的権利を利用者に付与する根拠となるとは考え難い。また、事業運営基準も、行政の監督権限の根拠を提供するにとどまる。したがって、基準の不遵守があったときに、利用者が、この基準自体に依拠して、提供者に対し、契約の取消しや損害賠償請求等をなしようと解するのは困難である。解釈論としては、こうした努力義務規定や事業運営基準は、提供者と利用者との間のサービス購入契約(利用契約)の内容となったり、契約条項の合理的解釈にあたって参照されるという形で、利用者の法的地位を強化する方向を検討すべきであろう。

また、居宅介護サービス提供者等の紹介にあたって、指定居宅介護支援事業者の中立性を確保するための手段も、十全とはいえない難い面がある。たとえば、居宅介護支援事業者と他のサービス提供

者との事業の分離を担保する規定がない。それゆえ、居宅介護支援事業者が居宅介護サービス事業者でもあるとき等に、居宅介護支援サービスの中立性を監督するのは、実際上難しいのではないかと懸念される<sup>22)</sup>。また、特定の居宅介護支援事業者との面談では、利用者との間で交渉力の格差(強く進められると、断りにくい等)が生じ、特定事業者への誘導が行われる可能性が高い。しかし、こうした面談は、第三者が介在しない「密室」で行われることがほとんどであろうから、交渉力の格差による誘導を抑止するのは困難であろう<sup>23)</sup>。

## III 契約の締結過程

契約の締結に至る過程は、IIで検討した広告、紹介をはじめとする様々な情報手段によって、諸々の提供者の情報を獲得するところから始まる。そして利用者がある提供者を選択すると、サービスを購入するための具体的な契約を締結する過程に移る。ここで検討する契約の締結過程は、この具体的な契約の締結に向けたステップである。

契約の締結は、広告や紹介による誘引以上に、利用者の法的地位を決定的に左右する。いうまでもなく、一旦締結してしまうと、契約は、両当事者を法的に拘束するからである。サービス利用契約を消費者契約の側面から把握するならば、まず、契約が締結されて法的拘束力が生じる前に、利用者の保護を図るための法的措置を講じる必要がある。これによって、利用者の利益を損なう契約の締結を事前に防止するのである。また、契約が締結されてしまった場合でも、利用者の利益を不当に損なうような条項が挿入されている場合には、その拘束力を否定する等して、利用者の保護を図らなければならない。これが、契約締結過程における利用者保護の問題である。ただ、その問題の検討に入る前に、サービス利用契約を締結する過程が、いかなる特徴を持つかを簡単に考察することが有益である。

## 1 サービス利用契約締結過程の特質

### (1) 消費者契約性に由来する特質

既に言及したように、サービス利用契約は、消費者契約としての属性を備えている。消費者契約の属性や、締結過程に見られる特徴に関しては、既に消費者法学の理論的蓄積があり<sup>24)</sup>、本稿で新たに付け加えることは何もない。それでも、前述した本稿の目的からすれば、消費者契約の観点から、サービス利用契約の締結過程の特質を述べておくことも、無駄ではあるまい。ここでは、この特質として、つぎの三点を挙げておけば十分であろう。

第一に、提供者と利用者との間では、情報の非対称性がある。冒頭で既に述べたが、提供者は、事業者性を帯びていることに加えて、自らの提供するサービス内容を熟知している。他方で、利用者は、様々な媒体を通して情報を得ている可能性はあるとはいえ、当該提供者のサービス内容については、提供者ほど情報を持っているわけではない。そもそも、事業者が、利用者の行う契約締結判断にとって重要な情報を開示しない可能性もある。この情報の非対称性が、契約締結時の利用者の判断を誤らせる原因となりうる。

第二は、サービス利用契約の具体的内容が、実際には、提供者が予め作成した不動文字による書面によって定められることである。提供者が、いわゆる「約款」を作成し、それが契約内容となるのである。この点で、サービス利用契約は、附合契約の性格を持つ。提供者は、約款に定めた条件以外の個別的条件を受け入れることは稀であるから、契約締結過程といっても、当事者間で、一つ一つの契約条項ごとに、互譲を伴う交渉が行われるわけではない。利用者が、相対している提供者を気に入って、約款で提示された契約条件全体を包括的に受け入れ、当該提供者を契約相手として選ぶかどうかだけが問題となる<sup>25)</sup>。

第三は、契約締結のための交渉の場で、交渉のプロである提供者と、素人である利用者との間で、交渉力に差があることである。交渉が閉ざされた空間の中で行われると、利用者は、提供者の言説、その場の雰囲気等に影響され、必要のないサービ

スマで購入してしまったり、不当に高い対価を払わされるといった事態が起こりうる。

### (2) 利用者保護の基本的枠組み

こうした情報の非対称性、附合契約性、そして交渉力の格差は、契約締結過程において、提供者を優位な立場に置く。この優位性を利用して、提供者は、自分に一方的に有利な条件を契約内容に挿入することができる。サービス利用契約では、利用者・提供者間の利益の均衡が確保されない危険があるのである。サービス利用契約が持つ特質に即して、利用者に対する提供者の優位性を解消し、利用者の保護を行う手法としては、つぎの二つのものが考えられる。

まず、契約を締結した（「契約の締結」として以下で想定するのは、契約書への署名である）後、事後的に、法が強行的に介入して、提供者に一方的に有利な契約内容の改訂や、契約の拘束力からの利用者の解放を行い、あるいは、かかる一方的条項によって利用者が被った損害の賠償を提供者に命じる等の法的救済の途が考えられる。これが、2(2)で検討する契約内容の適正化の問題である。これによって、利用者が契約を締結してしまった後でも、不当な不利益を受けないように法的保護を与えることが可能となる。

しかし、こうした事後的な法的救済が重要であることはもちろんであるが、それで十分なわけではない。事後的救済を得るためには、利用者が積極的に行動することが必要であるが、それには有形・無形のコストがかかる。そのコストのために、利用者が救済を得るための行動を断念（泣き寝入り）することは稀ではない。とくに、居宅介護や施設介護等のサービスは、利用者の提供者に対する継続的な依存関係を作り出すから、利用者が、事後的な法的救済を求めて行動を起こすことは、一層困難となりうる。また、この種のサービスは、利用者の健康・生命に関わるものも含んでおり、いったん被害が発生してしまうと、事後的な回復が難しい場合もある。かくして、契約締結前に、法が介入して、適正な内容の契約が締結されるように、利用者の保護を図る必要がある。この保護は、もつぱら、契約締結に際して、事業者（社会

福祉サービスの提供者)に、契約内容にかかる重要な情報の提供義務を課すという形で行われる。

## 2 契約締結過程における利用者保護

契約締結の過程の段階で考えられる法の介入は、以上に述べたように、まず、実際に契約を締結するか否かの判断を、利用者が契約内容等を十分に知った上で行うための条件を確保すべく、提供者に対し情報提供義務を課すという形をとる。しかし、法の介入はそれで十分なわけではなく、契約締結後に、不当条項の拘束力から利用者を解放するために、不当条項を規制し、契約内容の適正化を図ることも必要である。

### (1) 情報提供義務

(a) 抽象的な法人格を前提とし、基本的には、交渉当事者間に情報の非対称性がないものとする民法は、取引の相手方に情報を提供すべき義務を課す規定を置いていない。また、情報が提供されないまま契約を締結してしまった場合の法的救済も、民法は、詐欺・錯誤を定めるのみである。したがって、サービス利用契約に特段の法的介入をしなければ、民法上の救済が与えられる場合以外では、情報の非対称性は解消されないことになる。

けれども、今日では、判例・学説により、当事者間に情報の非対称性が認められる契約類型については、事業者には、契約締結の当否を判断するために必要な情報を相手方に提供すべき義務があることが解釈によって認められている<sup>26)</sup>。

また、各種の消費者保護立法も、事業者には、事前に、相手方に対して、重要事項にかかる情報を提供する義務を課している。割賦販売法等の各種の消費者保護立法が、契約締結前の情報提供義務を事業者には負わせている(たとえば、割賦販売法3条、29条の2、30条等)。さらに、業法でも、重要事項の書面による説明や(宅地建物取引業法35条)、取引条件の説明を義務づけるもの(旅行業法12条の4)等がある<sup>27)</sup>。

そして、消費者生活部会は、締結過程での情報提供義務に関して、消費者契約に一般的に適用される規定を提唱している。それによれば、事業者

が、契約の基本的事項その他消費者の判断に必要な重要事項について、情報を提供しなかった場合や、不実のことを告げた場合で、そうした事業者の行為がなければ、消費者が契約を締結しなかった場合には、消費者は、当該契約を取り消すことができるものとされている<sup>28)</sup>。

以上のように、消費者契約の場合、その締結過程での情報提供義務を事業者には負わせる必要があることは、今日、承認されているといつてよい。情報の非対称性が存在する福祉サービス利用契約についても、やはり、提供者に情報提供義務を課すことが求められる。

(b) この点、介護保険法は、提供者の情報提供義務につき、定めるところがない。しかし、事業運営基準が、サービス選択に有益な重要事項を事業所内に掲示すること、および、サービス提供前に、重要事項を記した文書を交付し説明をすること、を定めて、提供者に情報提供義務を課している。つぎに、制定要綱は、提供者に、利用希望者からの契約申込みがあった場合に、契約内容等を説明する努力義務を課すこととしている。

これらの規定は、サービス利用契約締結過程に存在する情報の非対称性を考慮し、その解消を目指したものといえ、その意味では、至極当然かつ妥当なものといえることができる。サービス利用契約には、施設入所契約のように、継続的であって、かつ複雑な内容の契約も含まれている<sup>29)</sup>。こうした契約では、利用者がその内容を十分に理解するのは容易ではない。その点で、事業運営基準が、提供者に、契約に先立ち、口頭の説明だけではなく、文書交付による情報提供義務を課しているのも、適切と評価できる。

だが、問題も残る。第一は、制定要綱が定める情報提供の義務が、努力義務にとどめられている点と、義務の内容が曖昧な点である。とくに、文書交付による情報提供が求められるのかが明らかにされていない。介護保険のサービスと、それ以外の福祉サービスとで、契約締結過程における情報提供の必要性の程度に差があるとは考え難く、介護保険以外の福祉サービスについても、立法化にあたっては、努力義務ではなく、強行的義務と



するのが妥当であるし、情報提供の方法も文書交付および説明とするのが適当であろう。

第二は、制定要綱は、サービス利用契約成立時に重要事項を記載した書面の交付を提供者に義務づけることとしているが、介護保険の事業運営基準は、この点が必ずしも明確でない点である。消費者立法では、事前の情報提供義務とともに、契約締結時の書面交付を義務づけることが一般的である(割賦販売法4条等)。また、業法にも、書面の交付を定めるものがある。たとえば、旅行業法12条の5は、旅行業者に、契約を締結したときは、遅滞なく、サービスの内容、対価等を示した書面を交付することを義務づけている(他の例として、宅地建物取引業法35条等がある)。こうした立法例に鑑みれば、制定要綱が、契約成立時の書面交付を義務づけたことは妥当である。しかし、事業運営基準の方は問題が残る。もちろん、事前の書面交付・説明があれば、契約締結それ自体を書面による必要はないという考えもありうる。しかし、締結したときに書面が交付されていないと、事前の情報提供が適正なものであったのかを事後的に判断するのが困難となり、利用者に不利益が生じる恐れがある。事業運営基準の諸規定の文言は、「文書を交付して説明を行い」「利用申込者の同意を得なければならない」という含みを残した表現であるが、上記の点を考慮すれば、事前に文書交付と説明を行えば足りるわけではなく、当該交付文書上に利用者の同意を得た旨を記すことが求められていると解するのが相当であろう。要するに、提供者は、情報提供として、契約書を交付・説明し、署名後、利用者が控えを保存するという扱いをすべきである<sup>30)</sup>。

第三は、情報提供すべき重要事項の内容が、運営規程の概要等以外は、あまり具体化されていない点である。情報提供すべき事項にどこまでを含めるかは、微妙な問題である。些末な事項まで提供者に開示させると、それに紛れて、利用者が、本当に重要な事項を把握できなくなるし、他方で、事項をあまり限定すると、これまた利用者の選択を誤らせる危険がある。他の立法では、開示すべき事項を列挙する例が少なくない。今後、指針等

で、事業の種類ごとに、情報提供すべき重要事項を具体的に示すことを考える必要がある。これとの関連で、いわゆる不意打ち条項(契約締結交渉の経緯等からは利用者が予想できない契約条項)は、契約内容とはならないといった考え方を導入するのが適当であろう<sup>31)</sup>。

第四は、情報提供義務の履行確保に問題がある点である。介護保険では、広告の場合と同様に、行政による監督が予定されている<sup>32)</sup>。制定要綱が予定する努力義務の履行確保については明確ではないが、おそらく行政監督(行政指導)や苦情処理の活用が想定されているのであろう。こうした履行確保手段の有効性は否定しないが、広告について述べたように、利用者の法的救済としては不十分なものとどまる可能性がある。とくに、行政が動かない場合には、こうした履行確保手段は機能しないから、利用者としては、契約の取消しや、損害賠償を司法上求めていくことになるが<sup>33)</sup>、これらの規定が、私法上、どのような効力を持つかは、規定上は、不明確なままである。立法論としては、先に述べた消費者政策部会が示す規定を盛り込むべきであろう。ただ、現段階でも、事業運営基準を手がかりに、解釈論として、サービス利用契約の締結過程で提供者に情報提供義務を認め、私法上の救済(損害賠償)を与えることは十分に可能であると思われる。

## (2) 契約内容の適正化

(a) 情報提供義務は、サービス利用契約の当事者間に存在する情報の非対称性を解消するのに役立つが、それだけでは、利用者の利益を保護するには不十分である。附合契約性のあるサービス利用契約では、重要事項開示文書や契約書の作成者である提供者が、自分に一方的に有利な条件を定めた条項を挿入する可能性があるからである。利用者は、文書提示や説明で情報提供を受けていても、専門知識の不足や交渉力の格差のために、当該条項の不利益性に気がつかなかつたり、不利益性の有無を熟慮する間もなく契約させられてしまう等の事態が十分に起こりうる。この場合には、情報の開示自体はなされているから、情報提供義務違反で対処することはできない。そこで、契約

内容に介入して、提供者に一方的に有利な条項、いわゆる不当条項を排除する必要が生じる<sup>34)</sup>。

不当条項の排除の立法例は、わが国でも先例がある。たとえば、契約解除等の制限条項の排除(割賦販売法5条2項, 訪問販売等に関する法律6条8項), 消費者側からの契約解除等の場合の損害賠償額の予定や違約金の定め(割賦販売法6条, 宅地建物取引業法38条), 瑕疵担保責任に関する特約の制限(宅地建物取引業法40条)等である。また、消費者政策部会も、信義誠実の原則に反して消費者に不当な不利益を及ぼす条項を、不当条項とし、その全部または一部を無効とする旨を提案している。さらに、「不当条項」という概念が抽象的で、法適用の安定性を確保できないことから、不当条項リストを作成することを提唱する<sup>35)</sup>。

(b) サービス利用契約の内容についても、介護保険法は触れていない。制定要綱も同様である。もっとも、介護保険では、事業運営基準が、一方では、事業の人員や設備、各種サービスの提供方法の基本的指針等を定め、契約内容の根幹に関わる部分につき、詳細な規制をしている。とりわけ、サービスの具体的内容に関わる事項を定める運営規程の作成と揭示、苦情処理、事故発生時の対応等を義務づけている点は、注目してよい。他方で、事業運営基準は、法定代理受領サービス対象外のサービス利用料等につき、給付と対価との均衡維持を義務づける定めを置き、この点について、不当な条項が設けられることを防止しようとしている。消費者政策部会が、給付と対価との均衡をめぐる問題には踏み込まないとしていること<sup>36)</sup>と比べると、この面では、事業運営基準は、一步踏み込んだ内容となっている。

介護保険や、制定要綱で改革が予定されている社会福祉サービスでは、サービス利用契約の根幹である、サービス内容とその対価とが、事業運営基準や介護報酬基準等で定められているので、この面で不当条項が問題となることはあまり考えられないであろう。それでも、検討すべき問題は残る。事業運営基準が言及していないもので、利用者に不当な不利益を及ぼす可能性のある条項は少

なからず存在するからである。現に、国民生活センターの調査によれば、消費者政策部会が不当条項のリストに掲げるべきものとしている条項<sup>37)</sup>、たとえば提供者の損害賠償責任を限定する条項、長い契約期間(1年)を定める条項、即時中途解約を制限する条項、一方的に料金を変更できるとする条項、管轄裁判所の指定条項等の存在が報告されている<sup>38)</sup>。介護保険の実施や制定要綱の立法化によって、サービス利用契約が一般化すると、事業運営基準による規制が及んでいない不当条項が問題となる余地がある。

介護保険法はこうした不当条項の効力を否定する定めを持たない。事業運営基準も同様である。制定要綱も、不当条項にそれほど関心を払っているとは思われない。ここでも、提供者に対する一般的な監督および苦情処理による解決が予定されているにとどまる。行政監督および苦情処理で満足が得られない利用者は、事件を裁判所に持ち込んだ場合、民法が提供する信義則違反や公序良俗違反による処理しか利用できないことになる。これは法的処理の予見性の不明確さや、訴訟遂行上の負担のゆえに、利用者側には大きな重荷である。したがって、サービス利用契約についても、事業運営基準よりもさらに踏み込んで、利用者に不当な不利益を及ぼす不当条項を一般的に排除する規制、および、排除されるべき不当条項を具体的に例示列挙するリストを導入する必要があると考える。

#### IV おわりに

介護保険の事業運営基準や制定要綱は、福祉サービスの提供方法の契約方式への転換が想定する政策目的である、提供者と利用者との関係の明確化、市場を通じた多様な選択肢の利用者への提供、そして、提供者間の市場競争の誘発、を達成するための前提条件整備を図っている。本稿では、こうした条件整備のために事業運営基準や制定要綱が導入し、あるいは導入しようとしている枠組みを、利用者を消費者と捉える角度から、分析することを試みた。その結果、事業運営基準および制

定要綱は、一方では、提供者による広告や、他の提供者への紹介に対して規制を加えることにより、利用者への不当な誘導や拘束を排除して、選択の多様性と提供者間の市場競争とを確保し、他方では、契約締結時の情報提供やサービス内容基準の設定によって、契約内容の明確化を図ろうとしていることが明らかとなった。これらの法の介入によって、前記の政策目的を達成するための条件は、相当程度整備されていると評価できよう。

しかしながら、本稿の検討からは、事業運営基準と制定要綱が用意する枠組みは、成年後見制度や権利擁護事業を考慮したとしても、消費者たる利用者の利益の保護という見地からは、なお問題も残ることが浮き彫りとなった。広告や紹介の規制に見られる不十分さは、利用者の多様な選択を阻み、提供者間の不公正な競争を防止できない恐れがある。契約締結時に義務づけている情報提供の方法に関する曖昧さと不当条項排除の不徹底は、提供者に不当に有利な形で、契約内容を明確化する危険をはらんでいる。これらの点で、事業運営基準と制定要綱には改善の余地があり、早急な検討が望まれる。

また、事業運営基準および制定要綱のいずれも、提供者に対する行政的な監督という見地からの規制を行う性格を有している。その帰結として、違反があった場合の私法上の効果が明確でないという問題がある。もちろん、これに対しては、行政による適切な監督権限の行使と苦情処理の活用とによって対応できるという見解もあろう。そのことを否定するつもりは全くない。とりわけ、コストがかからず、迅速に問題を解決する苦情処理が整備されることは、利用者にとって大きな利益である。その点で、苦情処理制度の充実と活用が望まれる。けれども、行政的監督や苦情処理によっても、なお問題の解決が図れない場合には、利用者は司法救済に訴えるほかない。しかし、介護保険法、事業運営基準そして制定要綱は、私法上の法的救済への途を明確には開いていない。この点、本稿でも試みたように、解釈で対応することは不可能ではないが、明文で、私法上の効果を定めるのが適切である。

最後に、本稿では検討できなかったが、契約の履行も、契約方式への転換との関係で、考察を要する論点である。この局面では、消費者としての福祉サービス利用者をめぐる法的問題として、契約内容の確定、契約不履行時の契約の拘束力からの解放や履行請求、あるいは契約内容改訂請求などがある<sup>39)</sup>。この履行過程においては、契約の締結過程以上に、利用者である高齢者や障害者の側が、積極的に契約の履行確保のための法的手段に訴えることが必要となる。ところが、高齢者や障害者には、そうした行動を期待しえないことが多いという独特な問題が存在する。このため、契約の履行過程では、高齢者や障害者をサポートする成年後見制度や権利擁護事業が大きな役割を担うことになる。契約の履行の場面は、このように多角的な検討を必要とする。これについては、今後の検討課題としたい。

#### 注

- 1) 本稿脱稿時には、中央社会福祉審議会から、法案制定要綱の諮問に対する答申が出ているにとどまる。したがって、社会福祉基礎構造改革に関する本稿の分析は、条文化された法律案にもとづいたものではない。
- 2) 堀 1997, p. 160. 1997年改正前の保育所入所措置につき、行政処分であることを前提として判断した例として、仙台高判昭和62・4・27判時1236号59頁、老人福祉法によるホームヘルパーの派遣決定につき、大田区ホームヘルパー事件・東京地判平成8・7・31判時1593号41頁、大阪市ホームヘルパー事件・大阪地判平成10・9・29賃金と社会保障1245号30頁等がある。
- 3) もっとも、世田谷区ホームヘルパー事件・東京地判平成11・3・16賃金と社会保障1254号64頁は、区が派遣するホームヘルパーと利用者との関係を公法上の契約関係と把握する。
- 4) 構造改革分科会 1998, 八代 1998, p. 36.
- 5) 八代 1998, p. 36.
- 6) 構造改革分科会 1998.
- 7) 堀 1997, p. 182.
- 8) 老人保健福祉審議会 1996.
- 9) 「消費者」の概念については、消費者政策部会 1998, p. 5, 大村 1999, pp. 18-24.
- 10) 事業者性については、消費者政策部会 1998, pp. 7-8, 同 1999, p. 26.
- 11) ある契約の消費者契約性が、契約当事者の消費者性と事業者性から導かれる点については、消費者政策部会 1998, p. 8, 同 1999, p. 26.

- 12) 消費者政策部会 1998, 同 1999。
- 13) たとえば, 丸山・前田 1993。
- 14) たとえば, 大村 1999。
- 15) 従来の社会福祉制度では, 行政による情報提供が大きなウェートを占めてきた。これに対し, 介護保険や, 福祉サービス提供枠組みの新しい構想の下では, 福祉サービス市場が整備されれば, 将来的には, 提供者に関する情報提供についての行政の役割は縮小する方向に向かうかもしれない。
- 16) 広告そのものではないが, 「社会福祉法人」「共同募金会」という名称の使用制限はある(社会福祉事業法 23 条, 72 条 4 項)。
- 17) 制定要綱第二(社会福祉事業法の一部改正の要点) 五 4。なお, 制定要綱第二, 五 1 (1) は, 社会福祉事業の経営者に利用者への情報提供の努力義務を課している。ここにいる情報提供に広告が含まれるかは, 制定要綱からは必ずしも明らかではない。
- 18) 医療審議会 1999 は, 医療機関等の広告規制に関し, 虚偽広告・誇大広告のみならず, 比較広告やいわゆる「イメージ広告」等も検討対象とする方向を示している。
- 19) 「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について」老企 22 号(1999 年 7 月 29 日)。
- 20) 居宅サービス運営基準は, サービスの提供による賠償すべき事故が生じた場合に, 事業者に損害賠償を速やかに行う義務を課している(37 条 2 項等)。しかし, 不当な広告による損害は, サービスの提供による事故から生じた損害ではないから, 事業運営基準が定める賠償義務の射程外と解されよう。
- 21) 苦情処理でも紛争解決に至らない場合には, 被害を受けた利用者は, 不法行為による損害賠償請求訴訟に訴えるほかない。その場合, 被害者側は, サービス提供者の故意・過失の証明という困難な問題に直面する。なお, この点に関する特則として, 不当景表法 7 条以下の定め(独占禁止法 25 条, 26 条による無過失損害賠償責任を適用する)があり, これを活用するという途もある。
- 22) 厚生省老人保健福祉局介護保険制度施行準備室からの都道府県介護保険主管課(室)宛 1999 年 9 月 14 日付事務連絡参照。
- 23) 前掲・老企 22 号(1999 年 7 月 29 日)は, 「特定の指定居宅サービス事業者に不当に偏した情報を提供するようなことや, 利用者の選択を求めることなく同一の事業主体のサービスのみによる居宅サービス計画原案を最初から提示するようなことがあってはならない」とするが, その履行確保のための施策には触れるところがない。
- 24) 消費者法の詳細な体系書である大村 1999 を参照されたい。
- 25) もっとも, 約款ないし附合契約と消費者契約の問題が完全に重なるわけではない。経済企画庁国民生活局 1997, p. 13 以下。
- 26) 内田 1997, p. 27 以下, 経済企画庁国民生活局 1997, pp. 34-36。
- 27) 情報提供義務等にかかる法規制の一覧は, 消費者政策部会 1998, pp. 55-56。
- 28) 消費者政策部会 1998, pp. 16-18, 同 1999, p. 29 以下。
- 29) 有料老人ホーム入居契約が, やはり複雑な取引内容を持つ契約という特性を帯びている。本城 1997, p. 15。
- 30) 前掲・老企 22 号(1999 年 7 月 29 日)。
- 31) 消費者政策部会 1998, pp. 21-22, 同 1999, p. 43 以下。
- 32) 前掲・老企 22 号(1999 年 7 月 29 日)は, 書面によって同意を確認することが望ましいとする。
- 33) 情報提供義務違反の持つ効果については, 経済企画庁国民生活局 1997, pp. 36-38 を参照。
- 34) 不当条項規制の必要性については, 消費者政策部会 1998, p. 23 以下, 同 1999, p. 37 を参照。より理論的な考察としては, 経済企画庁国民生活局 1997, p. 45 以下, 大村 1999, p. 166 以下がある。
- 35) 消費者政策部会 1998, p. 26 以下, 同 1999, p. 38。
- 36) 消費者政策部会 1998, pp. 29-30, 同 1999, p. 41。
- 37) 消費者政策部会 1998, pp. 32-34。
- 38) 国民生活センター 1999, pp. 46-92。
- 39) 大村 1999, p. 118 以下。

#### 参考文献

- 医療審議会(1999)『医療提供体制の改革について(中間報告)』。
- 岩原紳作・岩村正彦・宇賀克也・浜田宏一・廣瀬久和(1998)「21世紀の消費者法を展望する」, 『ジュリスト』1139号。
- 岩村正彦・河野正輝・本沢巳代子(1998)「介護保険法——意義と課題」, 『ジュリスト』1131号。
- 内田 貴(1997)『民法II 債権各論』, 東京大学出版会。
- 大村敦志(1999)『消費者法』, 有斐閣。
- 倉田 聡(1999)「医療・福祉分野におけるサービス供給主体論」, 『社会保障法』14号。
- 経済企画庁国民生活局(1997)『消費者契約適正化法(仮称)の論点——消費者契約適正化のための民事ルールの具体的内容について——』。
- 国民生活センター(1999)『介護サービスと消費者契約』。

消費者政策部会（国民生活審議会消費者政策部会を略記）（1998）『消費者契約法（仮称）の具体的内容について（国民生活審議会消費者政策部会中間報告）』。

消費者政策部会（1999）『消費者契約法（仮称）の制定に向けて——国民生活審議会消費者政策部会報告——』。

構造改革分科会（中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会を略記）（1998）『社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）』。

本城 昇（1997）「民間高齢者介護サービスの取引適正化の必要性」、『公正取引』No. 564。

堀 勝洋（1997）『現代社会保障・社会福祉の基本問題』、ミネルヴァ書房。

丸山英気・前田敬子（1993）『検証 有料老人ホーム』、有斐閣。

八代尚宏（1998）「社会福祉の構造改革——市場を通じた供給基盤整備の方向——」、社会保険旬報2000号。

老人保健福祉審議会（1996）『高齢者介護保険制度の創設について——審議の概要・国民の議論を深めるために——』。

\* 脱稿後、校正段階で、国民生活審議会に対し、消費者契約法について、消費者政策部会の中間報告および最終報告よりも後退した内容の諮問がなされた旨の報道に接した。しかし、本文中で示した見解を改める必要はないと考える。

（いわむら・まさひこ 東京大学教授）