

準市場における福祉関係と契約観

--- 阿部志郎・土肥隆一・河幹夫著 『新しい社会福祉と理念』
(中央法規出版, 2001年) を手がかりとして ---

長 沼 建一郎

はじめに

介護保険法とこれに続く社会福祉法の制定は、福祉関係のあり方に大きな転換をもたらした。すなわち従来措置という形で一方的に“割り当て”られていた福祉サービスが、原則として利用者の主体的な選択により“利用”するという形に大きく性格を変えたのである。

特に法的な側面では、介護サービスや福祉サービスの利用が「契約」関係と構成されることになり、「国家から国民へ」という公法的規律中心のイメージから、市民間の対等な私法関係としての性格を強く帯びるようになったものと評価される。しかしそこでの福祉関係も、まったく対等な私人間の取引と同視することはできないことから、この「新しい」福祉関係をどのように理解するかが問われている状況にある。

ところで今般出版された、阿部志郎・土肥隆一・河幹夫著『新しい社会福祉と理念——社会福祉の基礎構造改革とは何か』(中央法規出版, 2001年。以下では「本書」と記す)は、上記のような問題を考える際の貴重な示唆を与えてくれる文献である。

本書は、先般のいわゆる社会福祉基礎構造改革、社会福祉法の制定に関与した国会議員、福祉の実践家、厚生官僚の3人が、これらを振り返るとともに社会福祉に関する基本的な考え方について議論を交わした座談会と、それぞれの執筆による論文3篇、ならびに関係資料を収めたものである。

この国会議員、福祉の実践家、厚生官僚という取り合わせは一見奇妙であるが、実はこの3人はともに熱心なキリスト者であり、信仰という共通項を媒介として、社会福祉にかかる基本的な哲学から、最新の政策動向までを一挙に論じたユニークな書である。

ちなみに阿部氏は横須賀基督教社会館館長であるが、福祉哲学の理論家としても知られ、審議会等にも多数参画し、著書も多い。土肥氏は現在、民主党の国会議員であるが、牧師であり、ま

た社会福祉事業にも長く携わってきた。河氏は現在、厚生労働省の参事官であるが、社会福祉法の制定において中心的な役割を果たした人物である。(いずれも2001年9月時点)

このように本書は多彩なメンバーにより、福祉関係全般について、特にそこでの「契約」の位置付けを含めて踏み込んだ議論を展開したもので、本稿の問題意識からしても参考となるところ大である。

そこで本稿では上述したような問題関心に即して、本書の内容を手がかりとしつつ、今日的な福祉関係の位置付けを再検討するとともに、そこでの「契約」をめぐる考え方についての若干の整理を試みたい。

1. 本書の概略

まず本書の概略について、紹介しておきたい。

全体は3つの章からなる。第1章は「社会福祉法の制定に携わって——歴史と社会のなかで」と題する3人の座談会である。第2章「社会福祉の思想とその形成」では3人がそれぞれ短い論文を寄せており、これまでの来し方を交えて、各人の思想の核心を述べている(阿部志郎「福祉の実践と哲学」、土肥隆一「福祉の種蒔きとキリスト教会」、河幹夫「パブリックの形成」の3篇)。第3章は資料編として、社会福祉基礎構造改革についての諸資料を収めている。

このうち第2章に収められた論文もそれぞれ興味深いが、特に第1章の座談会では対話を通じて論点の明確化が図られており、本稿の問題関心からしても、重要な指摘が多く含まれている。

座談会での議論の軸となっているのは、福祉関係全般について、それを国家から国民への一方的な関係としてではなく、社会における人間同士の関係としてとらえていく視点である。具体的には、「官」だけが福祉サービスの責任を担うのではなく、「官」と「民」とが協調して、「公」(パブリック)を築いていくべきだ、というのが基本的な主張となっている。

ボランティアズム、互酬の論理、隣人愛、契約思想、そして後述する「よきサマリア人の譬え(たとえ)」などの諸々の要素が、この基本線に沿って位置付けられていく座談会の運びは見事である。これらの議論に接すると、「措置から契約へ」、「利用者の尊厳」、「選択に基づくサービス利用」等々の社会福祉基礎構造改革にかかるコンセプトが、単なるスローガンとしてではなく、思想的な奥行きを持って理解されていることがわかる。

以下では座談会の中で、本稿の問題関心に即して特に印象的だった箇所を手がかりに考えていきたい。それは聖書のいわゆる「よきサマリア人の譬え」についての河幹夫氏の発言である。

2. 「よきサマリア人の譬え」の新たな解釈

座談会の中で河氏は、聖書に登場する挿話「よきサマリア人の譬え」についてのユニークな解釈を披瀝している(62~63頁)。少し長いが引用する(なお筆者が適宜改行した)。

「強盗に襲われた人が路上で倒れていたときに、祭司や偉い人は見て見ぬふりをして反対側を通り過ぎていった。しかしサマリア人の商人がその人を助け起こして介護し、宿屋に連れて行って介護して欲しいと言ってお願いしてお金を置き、もし足りなかったらまた帰りに寄って払うということを書いて去っていった。このときサマリア人こそ傷を負った人の隣人であるという話であります。

これを社会福祉のこれまでの措置制度にあてはめるとどういうことになっているかと言いますと、社会福祉施設の皆さん方は、宿屋であります。公務員がその倒れている人を助け起こして福祉施設に連れて行って、しかもお金を置いて行って去っていくわけでありますから、まさに傷を負った人の隣人であります。したがって措置制度において、よきサマリア人・隣人とは、私（というか公務員）です（笑）。

こう申し上げますと、福祉施設を経営していらっしゃる方はみなさん怒られる。当然のことです。キリスト教社会福祉施設を担っていらっしゃる方はたぶん共通の理念として、よきサマリア人でありたいというところから事業を起こしてこられた。にもかかわらず、今の社会福祉の仕組みはこの名誉を公務員に奪われてしまっている。介護保険制度とか社会福祉の基礎構造改革は、いわばその名誉と栄光を福祉事業者にお返しする作業だと私は思っております。」

この解釈は、まさしく意表を突いている。この発言に対して、土肥氏も「はじめて聞きました」と応じている。

この「よきサマリア人の譬え」は、しばしば引き合いに出される、新約聖書の中でも最も有名な挿話の一つであるが¹、もっぱら「サマリア人²」と「傷を負った人」との関係で取り上げられるのが通例である。すなわち宗教的にはまさに隣人愛・慈善の問題として、また哲学的には利他主義（アルトゥルーイズム）の格好の題材として、引き合いに出されてきた³。他方、日本の法律学では、民法の事務管理（697条以下）の問題として取り上げられることが多いが、最近では緊急（救命）手当との関係でも言及されることがあり、またアメリカ各州では医療過誤との関係で、「よきサマリア人法」と呼ばれる法律が制定されている⁴。

いずれにせよ「傷を負った人」と「それを救うもの」という“2者関係”の中で、この挿話が取り上げられてきたわけである。しかし聖書に忠実に見れば、この挿話が「宿屋」との“3者関係”で描かれているのは確かである。もちろんこの挿話の中心的な主題は、サマリア人の行為に（すなわち誰が傷を負った人の「隣人」であるかということに）あることは間違いない⁵。だが、サマリア人の行為の中では、自分自身で介護したという点も重要かつ印象的だが、宿屋に連れて行く、費用を支出するということところにも見逃すことのできない意味があるように思える。いいかえればサマリア人は、自分だけでは救助を完結できない——専門家（宿屋）の存在があって、救助が完結する——のであり、その前提の中での隣人愛が説かれているということになる。

この点で、「待っている」だけだった「宿屋」に、より能動的・積極的な役割を付与したのが社会福祉基礎構造改革だという河氏の論法は、まさに挿話が“3者関係”であることに着目した、

ユニークなものである。(阿部氏もこの役割の転換を強調する。65頁, 119頁⁶.)

ただそれ以前に, そもそもこの「よきサマリア人の譬え」が“2者関係”ではなく“3者関係”で描かれていること“自体”に, 筆者としては刮目しないわけにはいかなかった。

すなわち少なくとも従来, 福祉については, まさにそれを「提供するもの」, それを「受けるもの」という形での“2者関係”が想定されるのが普通であったといえる。しかし新約聖書において, このような福祉にかかる“3者関係”の「ある種の原型」が描かれていたということには, 改めて注目する価値があるように思われる。いいかえれば, そもそも福祉関係の1つの(あくまで1つの)原型は, このようにサービスの提供者と, その費用の支出者が異なるものではなかったのか, ということである。

見方を変えれば従来, 今日の社会保障の「源流」としては, イギリス・エリザベス救貧法(あるいはそれ以前)以来の慈善の伝統と, ドイツ・ビスマルク以来の社会保険の伝統との2つが指摘されてきたが, このような“3者関係”を, 社会保障の「もう一つの源流」と位置付ける余地が絶無とはいえないように思われるのである。

この点は, 荒唐無稽の誇りを免れないかもしれないが, さらに若干敷衍してみたい。

3. 準市場論との符合

実はこのような形の“3者関係”は, 近年“発見”され, 社会保障論議における一つの軸となっている「準市場(quasi-market)論」と重なる部分大きい。すなわち福祉サービスの供給主体と費用支出とを明確に区分し, 後者は公的にファイナンスするが, 前者については民間やNPOを含め, 幅広くサービスの担い手を求めていくという考え方である。これは国家なり政府なりが, すべて責任を持って, 供給も費用支出も行うという図式へのオルタナティブとして提示されている⁷。

しかし, もしもその「ある種の原型」が新約聖書にあるのだとすれば, これは面白い発見ではないかと思われる。上述したように, サマリア人の行為の中では, 「自分自身で介護した」, 「宿屋まで連れて行った」こととあわせて, 「費用を支出した」という側面も無視できない。とりわけ「もし足りなかったらまた帰りに寄って払う」とまでサマリア人が述べていることには, 改めて注目すべきではなからうか⁸。

ちなみに今般の社会福祉法ではサービスの提供者と利用者との関係を, 当事者間の「契約」としているが, そもそも「契約」という考え方, あるいはこれを支える思想については, 旧約聖書に遡ると指摘されている⁹。ところがこの「準市場論」についても, こちらは新約聖書に遡るとしたら, それ自体とても興味深いことである¹⁰。

ところでこれを現代の福祉関係に当てはめてみると, 「傷を負った人」がサービスの利用者であり, 「宿屋」はサービス提供者である。問題は「サマリア人」であるが, 河氏の卓抜した解釈

の通り、従来はこのサマリア人の「宿屋まで連れて行く」という役割を、もっぱら国家（措置制度）が担っていたところが、今後は変容していく方向にあるということになる。その意味で、サマリア人の名誉が、宿屋（福祉サービスの提供者）に返還されるわけである。

他方、サマリア人の果たした役割のうち、費用支出という面については、これを今日担っているのは依然として国家、政府、あるいは保険者ということになる。このように、費用については公的（社会的）にファイナンスするというのがまさに準市場論である。

さらにいえばこれらの費用についても、もとは国民の拠出によるものだと考えれば（あるいはいわゆる社会契約として考えれば）、国民ひとりひとりがサマリア人の名誉を分かち合いながら、この“3者関係”を築き上げているのだと解釈する余地もあるかもしれない。

もっともこのように“美しく”まとめてしまうのは、ある種の勇み足であろう。第一に、この解釈ではあらゆる国家作用について（警察であろうと、国防であろうと）、同様の説明が可能となってしまうし、第二に福祉サービスに限っても、社会福祉法の制定があるとなかろうと、このような説明は可能となる。

ただ、少なくとも次の点はいえるのではないか。すなわち“2者関係”のもとでは、圧倒的なパワーの格差を背景とした「国家から国民へ」という垂直的・一方的なベクトルからの脱却が難しいのに比べて、“3者関係”の構図のもとでは、いわばベクトルの水平化・双方向化が図られ、各当事者が主体的に福祉関係に関わっていく可能性が示されるということである。“2者関係”ではなく、「もともと“3者関係”だった（かもしれない!）ものを、いかに現代において、各当事者が主体的に関われるようなものにしていくか。その文脈の中で、今回の改革もとらえる余地があるように思われる¹¹。

より具体的な制度に即した議論においては、たとえば費用支出という側面では、そのファイナンスのあり方として昨今議論が集中している「保険か税か」という論点（あるいはいわゆる保険者機能・保険者自治の問題）とも関係してこよう¹²。

またサービス提供に至るプロセスでは、河氏や阿部氏はサービス提供者（宿屋）の役割の変化（主体性の回復）を指摘しているわけだが、宿屋まで「連れて行く」「ついて行く」という意味では、ソーシャルワーカー（広義の）も、引き続き（あるいはこれまで以上に）サマリア人の名誉を担っている（分掌している）ともいえよう。さらにいえば、サービス利用者にとっても、従来とは異なる一定の役割が求められているともいえる¹³。

このような「解釈」は、河氏の発言趣旨とは一致しないかもしれないが、しかしサマリア人の役割が、現代の福祉関係においては分化しているということ自体にも、少なからぬ意味があるように思える¹⁴。

4. 多様な契約観との関係

ところでここで問題となるのが「契約」との関係である。周知の通り、新しい社会福祉法のも

とでは、サービス提供者と利用者の関係は「利用契約」と位置付けられている。このこと自体についての議論は多いが、前述した“三者関係”をめぐる文脈においても興味深い材料を提供する。

すなわち「契約」とひと括りにされるものの、これに対する見方や考え方——契約観というべきもの——は、歴史的・比較法的にも多様である。この点を本稿との関係を軸に、やや図式的に3つに分けて整理してみよう。

第一に、契約概念にあまり限定を加えず、当事者間の合意として、幅広くとらえる見方である。実際、日本法のもとでは、このような理解が一般的である。

第二に、契約をやや狭く、自己利益を追求するための手段として、いいかえれば「取引」の性格を有するものとしてとらえる見方である¹⁵。これは思想的には市民革命期の所産である「契約の自由」に遡ることができようが、最近の自己責任に基づく「契約の時代」¹⁶という発想にも連なってくるものである。

第三に、やはり契約の限定的なとらえ方であるが、利益追求の手段としてではなく、むしろある種の社会的な（あるべき）関係を構築するためのものとして契約をとらえる見方である。すべての合意が契約となるわけではなく、また当事者が合意した内容がそのまま法的にも認められるわけではなく、むしろ諸々の制約が当然に課され、「もともと」社会的な刻印を帯びたものとして契約が位置付けられる。そこでは思想的な裏付け、いわゆる契約正義の観点も前面に出てくることになる¹⁷。

第一の見方からすれば、福祉関係が契約であるのは、もともと当たり前ともいえる。八百屋で野菜を買うことや、レストランで食事をする 것도、間違いなく契約である。これらと同様に、福祉関係が契約であること“自体”にはさしたる意味がなく、これを殊更に議論する必要もないとすらいえる¹⁸。

ただし社会福祉との関係（あるいは準市場論との関係）では、次の点が指摘できる。すなわちもともと福祉関係は（あるいは医療関係も）、サービス提供者と利用者との、上記のような意味での契約であった。これが近代的な社会保障の成立の中で、国家に取り込まれて契約部分が見えづらくなり、「国家から国民へ」という構図ばかりが目立つようになっていたのである。特に戦後日本では、措置制度が上から“かぶさって”きたため、契約関係は“埋もれて”しまっていたといえる¹⁹。

これが介護保険法や社会福祉法のスキーム（措置から利用制度への変更）により、あるいは準市場論の登場を通じて、再び契約関係が“露呈した”（に過ぎない!）と評価することができるのである。

これに対して、第二の見方からすると、福祉関係は、契約とは必ずしも親和的なものではない。契約が「自己利益を追求するための手段」だとすると、福祉はそれとはむしろ対極的なものともいえるからである²⁰。

このような契約観を前提として、今般の社会福祉法は福祉の世界に契約関係を持ち込んだものだとして理解すれば、これはやはり重大な転換だということになる。つまり「もともと契約“的”な関係であったところから、“かぶさって”いた部分を取り去って、契約に“復する”というわけではなくて、「もともと契約とは“無縁な”関係を、“あえて”契約関係として構成する」ということを意味するからである。

そこでは従来の措置制度とは 180 度転換して、当然に契約自由の原則が支配する、私法の世界（ビジネスの世界・エゴイズムの世界！）に移行しようとしているという認識が基本となる。そうであれば、これに対する反応は当然ネガティブなものとならざるを得ない。すなわち一つには、なるべくこの移行自体を“制限的に”解して、措置制度の「良さ」を残そうとするものであり、もう一つには契約への移行を前提としつつも、そこに福祉サービスの特性を顧慮した修正を施そうとするものである。いいかえれば市民法に対する、社会法的な観点からの修正というべき対応である。

他方、第三の見方からすると、契約に対する社会的・思想的な刻印というべきものに留意する必要が生じる。そしてこちらの見方からしても、福祉サービスの提供は少なくとも伝統的には、契約とはやはり無縁なものだったといえる。「よきサマリア人の譬え」にしても、「傷を負った人」との関係では（サマリア人との間にせよ、宿屋との間にせよ、）この意味での契約関係を観念するのは困難である。

今般の社会福祉法が唱える契約の考え方が、このようなものだとするれば、福祉関係を契約にもとづいて再構成していくことは、第二の見方と比べてもさらに質的な困難を伴わざるを得ない。とりわけ契約を通じてある種の客観的な正義（あるべき人間関係）の実現を目指すのであれば、契約プロセスを市場の論理に任せるだけでは足りず、契約の各当事者の（さらには契約を取り巻く諸々の関係者の）自覚的・自律的な努力が、当然に要請されることになる。

まさに土肥氏が強調する通り「契約の思想の確立なしに福祉は国民のものにならない」のであり（73 頁）、これはとても“自然に移行できる”ようなものではないのである²¹。「官の担った役割の評価をきっちりしたうえで、民の能力や積極性、自発性をどう組み合わせたらよいのか、これから検証し直す時期です。おそらく五年、十年かかって国民は介護保険の真髄をわかってくるでありましょう」との土肥氏の指摘（60 頁）は、この文脈で理解される必要がある。

このような契約観のもとでは、そもそも契約自由の射程についても、改めて問いなおす必要がある。つまり、無制限な契約自由を出発点として、これをいかに制限するか、という発想ではなくて、むしろゼロからこれを問いなおすことが求められるのである。そもそも契約に関してどのような自由があり、それがどこまで認められるのかということが、一度は“積極的な形”で問われなければならない^{22,23}。

その上で、このような契約の思想を貫徹するための様々な要請が、契約法理からある種内在的に求められてくる点に着目する必要がある。たとえば契約正義の理念から、当然に導かれる消費

者保護的な要請もある。あるいは私保険の法理からの類推で、利用者の義務等が導かれる部分もある。さらには長期契約であること、無形の（それも品質が分かりづらい）サービスであること、専門家によるサービス提供であること、高齢者が対象であること、人身損害を伴い得ること、等々が様々な要請を引き起こし、これに応じて歴史的にも多様な諸法理が形成され、それらが密接・複雑に配列されてきている。

いずれにせよ、そのような多様な要請を、市民法（契約法理）の中にも見るべきなのであり、その意味ではまず市民法（契約法理）の中から、福祉サービスに親和的な部分を発見し、それらを適切に位置付けていく作業が求められるのではなからうか²⁴。一概に「市民法 対 社会法」というような対立軸でとらえるべきではないであろう。

ところで本書の著者らにとっては、最後の考え方がおそらく親和的なものと思われる。やや大きさにいえば、「よきサマリア人の譬え」に見られる“3者関係”に、契約関係を導入し、二重の意味での大転換を図ったのが、今般の改革だということになる。だからこそ、これから「契約の思想の確立」が必要だとされるのである。

ただ事情は複雑であり、政策当局が全体としてどのような考え方に立っていたか、またでき上がった制度が結果的にどのような考え方を体現しているかは必ずしも明らかではない。たまたま（「措置でないもの」というだけの意味で）「契約」と称せられているのかもしれない。またそうでないとしても、制度的にも様々なニュアンスが微妙に混ざり合っているのが現状であり、このことが福祉関係における「契約」の位置付けをめぐる議論にもある種の混乱をもたらしているように思える。

この混乱は、意外に根深いものであるおそれがある。理論研究においても、むしろこのことを一度は明確にした上で、今後の方向を（それがどのような方向であるにせよ）展望していくべきであろう。

おわりに

以上、阿部氏らによる『新しい社会福祉と理念』を手がかりとしつつ、現代の福祉関係と契約観の交錯を読み解くための検討を試みてきた。特に「よきサマリア人の譬え」に仮託された当事者の“3者関係”は、現代の準市場論と符合する部分があり、示唆に富むものであった。ひるがえって今般の社会福祉法の制定についても、ここに投影してその意味合いを理解することが可能である。

さらにこのような福祉関係の中で、「契約」をどのように位置付けるかが重要である。「契約」に対する見方や考え方は一つではない。多様な契約観の存在を十分に踏まえながら、その福祉関係に適合するあり方を模索していく必要がある。

現代の福祉関係を論じるのに、遠く古代の一挿話を持ち出すのは、あまりにも場違いとの印象

があるかもしれない。また聖書の挿話はあくまでも挿話であり、これと現代とを“つなぐ”ためには、より歴史的・実証的な検討が課題として残されていることはいうまでもない。

しかしいずれにせよ、事態の表面的な「新しさ」に目を奪われて、小手先の対応にばかり走るのは決して望ましいことではない。この領域においても、歴史の中で何が積み重ねられてきたかを改めて振り返ることは、意外に意味のあることではないだろうか。

註

- 1 ルカ福音書 10 章。ただし共観福音書（マルコ、マタイ、ルカ）の中ではルカ福音書にのみ見られるものであり、ルカによる創作と指摘されることが多い。
- 2 サマリア人は、当時ユダヤ人にとってもっとも憎悪すべき敵とみなされていた存在であり、これを「隣人」とみるところにこの挿話の重要な意味がある。
- 3 なお経済学では、特に遺産動機をめぐって samaritan's dilemma というテーマのもとでの議論がある。日本でこれを紹介するものとして、たとえば釜田公良・佐藤隆・二神律子「サマリタンズ・ジレンマと世代間所得移転政策」竹内信仁・白井正敏編著『公共経済学研究』中京大学経済学部附属経済研究所、1997 年。
- 4 これらにつき、星野英一「愛と法律」『民法論集第 7 巻』有斐閣、1989 年。またジュリスト特集・救命手当の促進と法（樋口範雄「よきサマリア人法（日本版）の検討」、沖野真巳「総務庁報告書の紹介と検討」、久保野恵美子「良い隣人法（救急車到着までの救命手当に関する法律）案」）『ジュリスト』1158 号、1999 年。
- 5 ただし土肥氏は、祭司等が「何もなかった」という点をむしろ重視する（63 頁）。ちなみにこの点を強く主張し、この挿話を根本的な「宗教批判」と位置付けるものとして、田川建三『イエスという男』三一書房、1980 年、35 頁以下。
- 6 阿部氏は、サマリア人が旅人に「近寄って」と聖書に書いてあることを重視し、「近寄るのが福祉だと思うのです」と述べる（65 頁）。これはイエスの「誰が隣人になったか」という表現に着目する田川・前掲書（42 頁）の議論と通底するものがある。
- 7 日本で準市場論（あるいは擬似市場論）について扱った文献は多いが、早い時期に取り上げたものとして、駒村康平「英国における社会サービスへの市場メカニズム導入政策の研究体系」『海外社会保障情報』112 号、1995 年がある。
- 8 宮田光雄「愛するということ」『宮田光雄集 聖書を読む』岩波書店、1996 年、218 頁。は、聖書では銀貨 2 枚を渡したと書かれているが、これは当時の宿泊費を勘案すると、傷つけられた人の重傷のほどが推定できるとする。
- 9 法学領域の代表的な文献として、星野英一「現代における契約」『民法論集第 3 巻』有斐閣、1972 年。
- 10 もちろん話はそれほど単純ではないであろう。契約思想については、旧約聖書全体を“貫いている”ものだといえようが、この「よきサマリア人の譬え」については、新約聖書の中の「一つの寓話」に過ぎず、その意味では位置付けが決定的に異なるともいえる。しかしそれでもこの挿話が「福音書の中でも、＜放蕩息子＞のたとえと並んで、多くの人々の心を打つ、いわば人類不滅の財宝のような話」（宮田・前掲書 199 頁）とまでいわれることの意味は小さくないように思える。
- 11 もっとも“2 者関係”（国家と国民との関係）であれば、「一方向的で良い」というわけではない。このような給付行政における国民との関係をより一般的に扱うものとして、大橋洋一『行政法学の構造的変革』有斐閣、1996 年（特に第 7 章）。
- 12 いうまでもなく、ここでいう“3 者関係”が、ただちに「保険関係」とイコールであるわけではない。なお、この福祉サービスの社会的費用についての河氏の考え方は、166 頁以下で述べられている。

- 13 社会保障の法関係において、個人を保護されるべき客体としてではなく、能動的な主体として位置付けようとするものとして、菊地馨実『社会保障の法理念』有斐閣、2000年（特に第3章）。
- 14 なお準市場論と現代の福祉関係について一言すれば、準市場が成立し得る医療・介護領域と、それが少なくとも基礎部分については成立しそくない年金領域とで、議論を峻別すべきか（あるいはむしろ共通項を模索すべきか）どうか重要な論点となる。
- 15 アメリカにおける契約（contract）観はこのようなものに近いと考えられる。樋口範雄「医師患者関係と契約——契約とContractの相違」榎瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』弘文堂、1999年。は、アメリカではたとえば単なる贈与は契約としての拘束力を持たないことが多く、また医療における医師と患者の関係などは、信認関係という別のカテゴリーに分類されると指摘する。
- 16 内田貴『契約の時代』岩波書店、2000年。同書の冒頭では「契約の時代の到来」の一つの証左として、福祉サービスが契約により提供されるようになったことが挙げられている（1頁）。ただしここでの「契約の時代」という表現は、必ずしも（規範的な意味での）肯定的な評価に基づくものではない（325頁）。
- 17 ここではあえて細部を捨象して一つのグループにまとめたが、議論はきわめて多様である。最近の諸議論の包括的な整理を試みた文献として、吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社、1999年がある（特に第1章第1節で、内田貴、山本顕治、山本敬三、大村敦志各氏の所説を取り上げている）。
- 18 ちなみに福祉サービスは契約になったのだから、契約書は当然交わすべきだと指摘されることがあるが、一般的には契約書の作成は契約成立の要件ではない。
- 19 そもそも措置制度のもとでも、サービス提供者と利用者の間を契約関係と構成する説は少なくなかったことには改めて留意すべきである。学説の整理として、加藤智章他『社会保障法』有斐閣、2001年、214頁～215頁（前田雅子執筆）。
- 20 ただしここで「利益を追求する」というのは、決して“悪い”意味ではない。経済学でいう「余剰・効用の獲得・拡大」であり、それは個人としての「幸福の追求」でもある。これを否定すべきではないし、余剰・効用のとらえ方によっては福祉（の提供）もここに含める余地がある。
- 21 ただし土肥氏が「契約の思想」というとき、個々のサービス提供の場面とあわせて、制度全体の構築という局面（いわゆる社会契約）も念頭に置いているように思われる。両者は密接に関連する、ともに重要なものであることは間違いないが、問題の次元を異にするので、一応両者を分けて論じた方が（あるいは別途、両者の相互関係を明示的に論じた方が）良いように思われる。
- 22 この点に関連して河氏は、これまでは公権力がかわるだけに、社会福祉の仕事から宗教や思想信条などの価値観を脱色してもらわないといけなかったが、今後はそれぞれの価値観を尊重することができるようになり、このことが社会福祉事業の活力にもつながるとする（164頁）。微妙な論点であろうが、契約自由の射程という側面からも重要な指摘である。
- 23 ちなみにこの問題に関して筆者自身は、特にサービスの価格との関連（対価性の問題）が重要だと考えている。すなわち「幅広い選択肢」を確保する一方で、「安かろう悪かろう」をどこまで認めるべきか（あるいは認めるべきでないか）という論点である。
- 24 自由・平等を基本とする民法解釈学の中にも、「博愛」に代表されるもう一つの考え方が目立たないが脈々と流れており、19世紀以降の社会立法の底流にもなっている、との指摘も注目される。淡路剛久他「[座談会] 民法の発展と新時代への課題」『ジュリスト』1126号、1998年、287～288頁（廣瀬久和発言）。